

의료법 등의 양벌규정과 책임원칙

황 만 성*

- I. 들어가며
- II. 헌재 결정의 내용과 함의
 - 1. 헌법재판소 2007.11.29. 선고 2005헌가10 결정
 - 2. 헌법재판소 2009.7.30. 선고 2008헌가16
 - 3. 헌법재판소 2009.7.30. 선고 2008헌가24 전원재판부
 - 4. 헌법재판소 2009.10.29. 선고 2009헌가6
- III. 위헌결정 후의 개정법률의 내용과 해석
 - 1. 위헌결정 후 양벌규정의 개정 동향
 - 2. '상당한 주의와 감독'의 해석 문제
 - 3. 업무주체의 문제
 - 4. 불법태양에 따른 유형화의 문제
- IV. 양벌규정이 행정제재의 근거규정이 될 수 있는지의 여부
 - 1. 문제의 소재
 - 2. 양벌규정에 의한 처벌이 면허자격정지사유가 되는지 여부
 - 3. 판례의 태도
- V. 마치며

I. 들어가며

최근 헌법재판소는 보건범죄단속에 관한 특별조치법 제6조에 대한 위헌 결정¹⁾을 비롯하여 의료법 제91조 제1항에 대한 위헌결정,²⁾ 의리기사 등에

* 논문접수: 2010. 7. 11. * 심사개시: 2010. 11. 10. * 게재확정: 2010. 12. 10.

* 원광대학교 법학전문대학원 조교수, 법학박사

* 이 논문은 2009학년도 원광대학교의 교비지원에 의하여 수행됨.

1) 헌법재판소 2007.11.29. 선고 2005헌가10 전원재판부.

관한 법률 제32조에 대한 위헌결정³⁾ 및 의료법 제91조 제2항에 대한 위헌결정⁴⁾ 등을 통하여 종래의 양벌규정에 대한 위헌결정을 내렸다. 양벌규정(兩罰規定)이란 형벌법규를 직접 위반한 행위자뿐만 아니라 그 행위자와 일정한 관계를 맺고 있는 개인 또는 법인도 함께 처벌한다는 규정이다.⁵⁾ 주로 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 일정한 위반행위를 한 때에는 그 직접적인 위반행위자를 처벌하는 외에 그 영업주인 법인이나 개인에 대하여도 위반행위자에 적용되는 해당 벌칙에 의하여 처벌하는 규정을 말한다.

헌법재판소의 이러한 위헌결정은 한편으로는 종래의 양벌규정이 위헌이라는 선언의 의미가 있지만, 다른 한편으로는 종래의 양벌규정이 합헌적인 내용으로 개정되어야 할 지침으로서의 의미도 있다고 보인다. 종래 우리나라 양벌규정의 대부분을 차지하고 있는 ‘처벌근거가 없는 양벌규정의 형식’은 법인 또는 개인인 영업주에게 무과실책임을 인정하게 되어 형사법상 책임주의 원칙에 반하므로 위헌이라는 것이 헌법재판소 위헌결정의 일차적인 의미이다. 한편 양벌규정이 위헌결정을 받아 그 법률조항이 무효로 되고 대체입법이나 보완입법이 불필요한 것인지의 여부는 무효인 법률조항의 의미와 해당 법률 및 정책필요성 등을 고려해서 판단하여야 할 별개의 사안이라고 할 수 있다. 이러한 점에서 단순히 위헌결정이 된 조문을 삭제하는 것만이 위헌결정의 궁극적인 목표가 아니며, 현재의 위헌결정의 취지를 반영하고 헌법정신에 합치하는 내용으로의 보완 입법이 필요한 경우가 있다. 이러한 점과 관련하여 헌법재판소는 “행정형벌법규에서 양벌규정으로 사업주인 법인 또는 개인을 처벌하는 것은 위반행위를 한 피용자에 대한 선임감독의 책임을 물음으로써 행정규제의 목적을 달성하려는 것이므로 형벌체계상 합리적인 근거가 있다고 할 것”⁶⁾이라고 판시하여 양벌규정의 존재 자

2) 헌법재판소 2009.7.30. 선고 2008헌가16 전원재판부.

3) 헌법재판소 2009.7.30. 선고 2008헌가24 전원재판부.

4) 헌법재판소 2009.10.29. 선고 2009헌가6 전원재판부.

5) 신동운, 『형법총론』, 제3판, 법문사, 2008, 제105면.

체에 대하여는 합헌적인 것으로 이해하고 있다.

헌법재판소의 위헌결정취지를 반영하여 법무부는 합리화 방안을 마련하였고, 2010년 1월 현재 약 110여개 법률⁷⁾의 양벌규정이 개정되었다. 합리화 방안의 내용은 '종업원의 범죄행위를 방지하기 위해 관리·감독의무를 다한 경우에는 법인·개인 영업주의 형사책임을 면제하고, 관리·감독상의 과실이 있을 뿐인 영업주에게 징역형까지 부과하는 양벌규정을 개선하여 징역형을 폐지하며, 양벌규정의 적용범위를 '업무에 관한' 위반행위로 한정하여 업무와 무관한 종업원의 행위에 대하여는 영업주가 책임지지 않도록 한다는 것이다.

개정으로 추가된 면책규정은 '상당한 주의 또는 감독을 게을리 하지 않은 경우'라는 표현을 통해 종업원에 대한 선임·감독상의 과실을 법인 또는 개인인 영업주의 처벌근거로 인정하는 것으로 보인다. 종래 학설의 해석에 맡겨졌던 법인처벌의 근거는 "과실책임"이라는 점을 현재의 사법적 판단과 함께 입법적으로 마무리한 것으로 이해할 수 있을 것이다.

그러나 다양한 분야와 업무에서 각각의 법률에서 양벌규정을 두고 있는 취지와 위반의 행태를 고려하지 않고 모든 법률의 양벌규정을 일률적으로 개정하는 것은 바람직하다고 없다고 할 것이다. 모든 양벌규정에 대하여 세부적으로 그 정당성과 합헌성을 다양한 행위태양에 따라 검토하는 것은 곤란하므로 이 글에서는 의료법, 보건범죄단속에 관한 특별조치법, 의료기사 등에 관한 법률 등(이하 '의료법 등'이라고 함)에 관련된 부분에 한정하

6) 헌법재판소 전원재판부 2000. 6. 1. 99헌바73.

7) 건설기계관리법 제43조; 건설기술관리법 제44조; 건설산업기본법 제98조; 결혼중개업의 관리에 관한 법률 제27조; 고압가스안전관리법 제42의2; 공공차관의 도입 및 관리에 관한 법률 제25조; 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제98조; 공인노무사법 제29조; 관세사법 제30조; 근로기준법 제115조; 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 제8조; 금융지주회사법 제71조; 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제70조; 마약류 불법거래 방지에 관한 특별법 제18조; 모자보건법 제26의2; 물가안정에 관한 법률 제30조; 민영교도소 등의 설치·운영에 관한 법률 제43조; 병역법 제96조; 보건범죄단속에 관한 특별조치법 제6조; 산업안전보건법 제71조; 선원법 제148조; 성매매방지 및 피해자보호 등에 관한 법률 제23조; 의료법 제91조; 총포·도검·화약류 등 단속법 제76조 등.

여 양벌규정의 의미와 내용을 검토하고자 한다.

II. 현재 결정의 내용과 함의

1. 헌법재판소 2007.11.29. 선고 2005헌가10 결정

가. 사건의 개요 및 현재의 판단

당해 사건의 피고인 강○용 및 김○윤은 2004. 12. 29. 서울서부지방법원에 2004고단3102 보건범죄단속에관한특별조치법위반(부정의료업자)으로 공소제기 되었는데 그 공소사실의 요지는, 피고인 김○윤에 대하여는 “상피고인 강○용이 운영하는 ○○기공소의 직원으로서 치과의사면허 없이 위 기공소에서 2004. 10. 15.경부터 같은 해 10. 17.경까지 7명에 대한 치과치료를 해주고 그 대가로 합계 320만 원을 교부받아 무면허 치과의료행위를 업으로 하였다”는 것이고, 피고인 강○용에 대하여는 “위 ○○기공소를 운영함에 있어서 그 사용인인 상피고인 김○윤이 위 범죄사실과 같이 치과의료행위를 업으로 하였다”는 것이다.

당해 사건의 1심에서, 피고인 김○윤은 징역 1년 6월 및 벌금 100만 원에 집행유예 3년의 형을 선고받아 그 판결이 확정되었고 피고인 강○용은 김○윤의 치과의료행위가 객관적 외형상 치과기공업무의 범주에 포함되지 않는다는 이유로 무죄판결을 받았다.

위 강○용에 대한 무죄판결에 대하여 검사가 항소하여 당해 사건의 소송 계속 중, 제청법원은 2005. 6. 16. 직권으로 ‘보건범죄단속에 관한 특별조치법’ 제6조의 양벌규정 중 개인인 업주에 관하여 벌금형 외에 무기 또는 2년 이상의 징역형까지 부과하도록 한 규정이 형벌과 책임 간의 비례성의 원칙에 위반된다며 그 위헌 여부를 심판을 제청하였다.⁸⁾

8) 제청법원의 위헌제청이유는 다음과 같다. “이 사건 법률조항은 다른 양벌조항이 ‘각 본

헌법재판소 전원재판부는 재판관 8인의 위헌의견에 따라 ‘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 헌법에 위반된다고 결정하였다.

나. 위헌판단의 논거

(1) 귀책사유 없는 형벌부과의 위헌성⁹⁾

법질서가 부정적으로 평가한 결과가 발생하였다고 하더라도 그러한 결과의 발생이 어느 누구의 잘못에 의한 것도 아니라면, 부정적인 결과가 발생하였다는 이유만으로 누군가에게 형벌을 가할 수는 없는 것이 원칙이다. 형벌의 본질은 비난가능성인데, 비난받을 만한 행위를 하지 않은 자에 대한 비난이 정당화될 수 없기 때문이다.

이와 같이 ‘책임 없는 자에게 형벌을 부과할 수 없다’는 형벌에 관한 책임주의는 형사법의 기본원리로서, 헌법상 법치국가의 원리에 내재하는 원리인 동시에, 국민 누구나 인간으로서의 존엄과 가치를 가지고 스스로의 책임에 따라 자신의 행동을 결정할 것을 보장하고 있는 헌법 제10조의 취지

조에 규정된 벌금형을 과한다’고 규정하는 것과 달리 ‘각 본조의 예에 따라 처벌한다’고 규정하여 징역형의 수형능력이 없는 법인인 사업주가 100만 원 이상 1천만 원 이하의 벌금형에만 처해지는 것과 달리, 개인인 사업주는 무기 또는 2년 이상의 징역에 처해지고 여기에 위와 같은 벌금형이 필요적으로 병과된다. 이는 사업주의 고의가 아닌 선임·감독상의 과실을 근거로 처벌을 하면서도 법정형의 하한을 징역 2년으로 정하고 있어 형벌이 책임에 비해 지나치게 과도하다. 즉, 사업주가 사용인의 무면허 의료행위를 알지 못하였다 하더라도 선임·감독상의 과실 없음을 증명하지 못하는 이상, (법률상 감경사유가 없는 경우 작량감경을 하여) 적어도 징역 1년 이상에 처해지게 된다. 나아가 만약 피고인에게 선고유예나 집행유예가 허용되지 아니하는 사정이 있는 경우에는 자신이 알지 못하였던 사용인의 행위로 인해 징역 1년 이상의 실형을 복역할 수밖에 없는 불합리한 결과가 발생한다. 따라서 이 사건 법률조항은 헌법 제10조, 제37조 제2항에 반하여 위헌이다.”

9) 재판관 이강국, 재판관 김중대, 재판관 민형기, 재판관 목영준의 위헌의견의 주요 논거인 동시에, 재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 김희옥, 재판관 송두환의 위헌의견 중 일부 논거이기도 하다.

로부터 도출되는 원리이다.

형벌에 관한 형사법의 기본원리인 책임원칙은 두 가지 의미를 포함한다. 하나는 형벌의 부과 자체를 정당화하는 것으로, 범죄에 대한 귀책사유, 즉 인정되어야만 형벌을 부과할 수 있다는 것이고(‘책임 없는 형벌 없다’), 하나는 책임의 정도를 초과하는 형벌을 과할 수 없다는 것이다(책임과 형벌 간의 비례의 원칙).

따라서 일정한 범죄에 대해 형벌을 부과하는 법률조항이 정당화되기 위해서는 범죄에 대한 귀책사유를 의미하는 책임이 인정되어야 하고, 그 법정형 또한 책임의 정도에 비례하도록 규정되어야 한다.

그런데 앞서 보았듯이 이 사건 법률조항은 영업주가 고용한 종업원이 그 업무와 관련하여 무면허의료행위를 한 경우에, 그와 같은 종업원의 범죄행위에 대해 영업주가 비난받을 만한 행위가 있었는지 여부, 가령 종업원의 범죄행위에 실질적으로 가담하였거나 지시 또는 도움을 주었는지, 아니면 영업주의 업무와 관련한 종업원의 행위를 지도하고 감독하는 노력을 기울리 하였는지 여부와는 전혀 관계없이 종업원의 범죄행위가 있으면 자동적으로 영업주도 처벌하도록 규정하고 있다.

이것은 아무런 비난받을 만한 행위를 한 바 없는 자에 대해, 다른 사람의 범죄행위를 이유로 처벌하는 것으로서 형벌에 관한 책임주의에 반하는 것이라 하지 않을 수 없다.

(2) 책임과 형벌의 비례성원칙 위반¹⁰⁾

앞에서 언급한 바와 같이 형벌에 관한 형사법의 기본원리인 책임원칙은 두 가지 의미를 가지는데, 그중 책임의 정도를 초과하는 형벌을 과할 수 없다는 ‘책임과 형벌 간의 비례의 원칙’에 비추어 볼 때에도 보건범죄단속에 관한 특별조치법 제6조의 양벌규정은 위헌적이라는 점이다.

10) 재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 김희욱, 재판관 송두환의 위헌의견.

비례의 원칙의 관점에서 볼 때 위헌적이라는 판단은 이미 위헌법률심판을 제정한 법원의 제정 이유에서도 밝히고 있는데, 이는 우리 형법이 원칙적으로 고의범을 기본적인 불법유형으로 하고 과실범에 대하여는 예외적으로 처벌규정이 있는 경우에 한하여 처벌하며 형벌도 고의범에 비하여 가볍게 규정하고 있다는 점에 근거하고 있다.

따라서 일정 행위가 고의에 의한 것과 과실에 의한 것 사이에는 비례의 원칙상 그에 따른 책임의 정도를 다르게 판단하여야 할 것이며, 심판대상인 이 사건 법률조항을 종업원에 대한 선임감독상의 과실 있는 영업주를 처벌하는 규정으로 보는 경우라 해도 과실밖에 없는 영업주를 고의의 본범(종업원)과 동일한 법정형으로 처벌하는 것은 각자의 책임에 비례하는 형벌의 부과라고 보기 어렵다는 점이다. 무면허의료행위가 아무리 중대한 불법이라고 본다 하더라도, ‘종업원에 대한 선임감독상 등의 과실’에 대해 무려 ‘무기 또는 2년 이상의 징역형’이라는 형벌을 가하는 것은 그 책임에 비해 지나치게 무거운 법정형이라고 하지 않을 수 없다는 점이다. 이는 과실범의 책임에 비하여 무거운 형벌의 부과에 해당하여¹¹⁾ 이는 헌법 제37조에서 도출되는 비례의 원칙에 대한 위반으로서 무효라는 것이다.

다. 합헌이라는 반대의견¹²⁾의 논거

(1) 보건범죄단속에 관한 특별조치법의 입법목적

보건범죄단속에 관한 특별조치법이 제정된 경위와 입법목적 등을 고려하고, 이 법률의 적용에서 예견되는 입증의 어려움 등에 비추어 볼 때 합헌적 해석의 여지가 있으므로 위헌으로 선언하기 보다는 합헌적인 해석의 범위 내에서 동 조항의 의미를 찾을 수 있다는 것이 합헌의견의 주요 논지라고

11) 업무상 과실 또는 중대한 과실로 사람을 사망에 이르게 한 경우에 5년 이하의 금고 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있는 형법 제268조와 비교해 보더라도 이 사건 법률조항의 법정형이 비례의 원칙에 크게 어긋나 있음을 쉽게 알 수 있다.

12) 재판관 이동훈의 견해이다.

할 수 있다.

즉, 심판대상 법률조항에서 무면허의료행위를 영리 목적으로 업으로 행한 자 이외에 영업자를 그와 동일한 징역형 및 벌금형으로 처벌하도록 하는 것은 종업원의 그와 같은 위반행위가 이익의 귀속주체인 영업주의 목인 또는 방치로 인하여 발생 또는 강화될 가능성이 높아 영업주에 대한 비난가능성이 높음에도 공범으로서의 입증가능성은 오히려 낮을 수 있다는 점을 감안하여 국민보건이라는 중대한 법익에 위협을 초래할 행위에 대한 예방 및 처벌의 실효성을 제고하고자 한 것으로, 이는 영업주의 선임감독상의 주의 의무위반행위에 대하여 강력한 처벌을 하려는 입법자의 의지를 반영한 것이라는 점이다.

(2) 합헌적 법률해석의 가능성

양벌규정에 의한 영업주의 처벌근거에 관하여 학계에서는 무과실책임설 이외에 과실책임설로서 과실추정설, 과실의제설, 순과실설 등 다양한 학설이 제시되고 있는데, 과실책임을 전제로 한 과실추정설이 다수의 입장이라고 할 수 있으며, 양벌규정에 의한 영업주의 처벌과 관련한 대법원 판례를 종합하여 보면, 대법원은 일관되게 영업주의 종업원에 대한 선임감독상의 주의의무위반 즉 과실책임을 근거로 영업주의 책임을 묻고 있다고 봄이 상당하고, 따라서 이러한 대법원 판례¹³⁾에 의할 경우 이 사건 법률조항을 영업주의 책임 유무와 관계없이 영업주를 처벌할 수 있도록 규정한 것으로 볼 수는 없다는 점이다.

위와 같은 학설의 다수의 입장(과실추정설) 및 대법원판례에 따르면, 이 사건 법률조항의 문언상 ‘영업주의 종업원에 대한 선임감독상의 과실’이 명

13) 대법원 2006. 2. 24. 선고 2005도7673 판결; 대법원 1987. 11. 10. 선고 87도1213 판결; 대법원 1980. 3. 11. 선고 80도138 판결; 대법원 1992. 8. 18. 선고 92도1395 판결; 대법원 1995. 7. 25. 선고 95도391 판결; 대법원 2002. 1. 25. 선고 2001도5595 판결 등 참조.

시되어 있지 않더라도 그와 같은 과실이 있는 경우에만 처벌하는 것으로 해석하는 것은 문언해석의 범위 내에 있는 것으로서 합헌적 법률해석에 따라 허용된다고 판단되며 이러한 해석을 전제로 한 이 사건 법률조항은 형벌에 관한 책임주의원칙에 위반되지 아니한다는 것이다.

(3) 책임과 형벌의 비례성원칙의 위반 여부

헌법재판소는 이 사건 법률조항의 전제가 되는 위반행위자에 대한 처벌 규정인 ‘보건범죄단속에 관한 특별조치법’ 제5조에 대한 위헌소원사건¹⁴⁾에서, 위 조항의 법정형은 국민의 생명과 건강에 직결되는 의료행위의 중요성에 비추어 의사가 아닌 자가 영리를 목적으로 업으로 하는 것이라는 비난가능성과 무면허의료업자에 대한 일반예방적 효과를 달성하려는 형사정책적 고려에서 입법자가 국민보건의 향상을 위하여 필요 최소한의 범위 내에서 형벌을 가중한 것이어서 입법형성의 범위 내의 것이라는 전제 하에 위 조항에 대하여 합헌결정을 선고한 바 있다.

그 양벌규정인 이 사건 법률조항에 있어서도 직접 행위자의 처벌규정과 관련하여 영업주에 대한 처벌조항의 법정형의 종류와 하한을 어떻게 정할 것인가는 기본적으로 입법재량에 속한다고 볼 수 있다는 것이다.

이러한 입장에서 이 사건 법률조항이 국민건강에 대한 위해의 측면에서 보호법익에 대한 침해가 중대할 뿐 아니라 종업원의 위반행위가 이익의 귀속주체인 영업주의 목인 또는 방치와 관련되는 등 영업주라는 지위에 대한 비난가능성이 크다는 점 등에 비추어 종업원의 행위에 대한 영업주의 선임감독상 과실의 죄책은 직접 행위자와 동등하게 평가될 수도 있는 것이므로 이 사건 법률조항에서 종업원에 대한 처벌규정을 전제로 하여 양벌규정으로서 그 영업주에게도 종업원과 동일한 법정형을 규정하였다고 하여 입법재량의 한계를 벗어났다고 볼 수는 없다는 것이 합헌의견의 입장이다.

14) 헌재 2001. 11. 29. 2000헌바37.

2. 헌법재판소 2009.7.30. 선고 2008헌가16

가. 사건의 개요

당해 사건의 피고인 의료법인 강릉○○병원은 보건의료에 관한 연구개발 등을 목적으로 설립된 의료법인인바, “2007. 8. 22. 14:00경 위 병원의 건강검진센터 사무실에서 위 병원 건강관리과 직원인 상피고인 김○하가 의료인이 아님에도 불구하고, 강릉시 소재 ○○초등학교 4학년에 재학 중인 김○현 외 19명에 대하여 구강검진을 실시하고 학생구강검진 기록지의 종합소견란에 ‘양호’, ‘우식치료’, ‘대체로 양호’ 등을 기록하는 등 의료행위를 하였다”라는 공소사실로 위 김○하와 함께 의료법위반으로 기소되어 2008. 5. 2. 춘천지방법원 강릉지원에서 벌금형의 약식명령을 받게 되자 같은 법원에 이에 대한 정식재판을 청구하였다(위 법원 2008고정37). 담당재판부는 위 소송계속중 2008. 6. 23. 직권으로 의료법 제91조 제1항 중 “법인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 제87조에 따른 위반행위를 한 때에는 그 법인에도 해당 조문의 벌금형을 과한다”는 부분이 책임주의에 반하여 헌법에 위반된다며 그 위헌 여부의 심판을 제청하였다.¹⁵⁾

이 사안의 경우, 앞의 2005헌가10 사건과의 차이점은 형벌을 받게 되는 주체가 개인이 아니라 ‘법인’이라는 것과 ‘업무에 관하여’라는 요건이 심판 대상 법률조항에 규정되어 있지 않다는 점이고, 이러한 차이점에 따라 헌재 결정의 이유에서도 앞의 판결과 상이한 내용을 다루고 있다는 점에서 독

15) 제청법원의 위헌제청이유는 “의료법 제91조 제1항은 법인의 ‘대리인, 사용인, 그 밖의 종업원(이하 ‘종업원 등’이라 한다)이 의료법 제87조에 따른 위반행위를 한 사실이 인정되면 영업주인 법인이 종업원 등의 위와 같은 위반행위에 실질적으로 공모·가담하거나, 최소한 이를 묵인, 조장, 방조하였는지 여부를 묻지 아니하고 영업주인 법인을 종업원 등과 함께 처벌하도록 규정한 것으로 해석된다. 이와 같이 종업원 등의 범죄행위에 관하여 영업주인 법인 자신의 귀책사유를 묻지 아니하고 법인을 처벌하는 것은 헌법 제10조에서 도출되는 형벌에 관한 책임주의원칙에 어긋난다. 또한, 이 사건 법률조항이 종업원 등의 범죄행위가 ‘영업주의 업무와 관련’될 것을 요건으로 규정하고 있지 않아 업무관련성을 규정하고 있는 다른 양벌규정과 달리 그만큼 영업주에 대한 처벌의 범위가 넓다는 점에서도 이 사건 법률조항을 보다 엄격히 해석할 필요성이 있다”는 것이다.

자적인 의미를 갖는 것이다.

나. 현재의 판단

헌법재판소 전원재판부는 의료법(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정된 것) 제91조 제1항 중 “법인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 제87조 제1항 제2호 중 제27조 제1항(무면허의료행위)의 규정에 따른 위반행위를 하면 그 법인에 대하여도 해당 조문의 벌금형을 과한다”는 부분은 헌법에 위반된다고 결정하였다.

그 이유는 이 사건 법률조항은 법인이 고용한 종업원 등이 업무에 관하여 의료법 제87조 제1항 제2호 중 제27조 제1항의 규정에 따른 위반행위를 저지른 사실이 인정되면, 법인이 그와 같은 종업원 등의 범죄에 대해 어떠한 잘못이 있는지를 전혀 묻지 않고 곧바로 그 종업원 등을 고용한 법인에게도 종업원 등에 대한 처벌조항에 규정된 벌금형을 과하도록 규정하고 있는데, 법인이 종업원 등의 위반행위와 관련하여 선임·감독상의 주의의무를 다하여 아무런 잘못이 없는 경우까지도 법인에게 형벌을 부과될 수밖에 없게 되어 법치국가의 원리 및 죄형법정주의로부터 도출되는 책임주의원칙에 반하므로 헌법에 위반된다는 것이다.¹⁶⁾

3. 헌법재판소 2009.7.30. 선고 2008헌가24 전원재판부

가. 사건의 개요

당해 사건의 피고인인 제청신청인 사회복지법인 ○○원은 화성시 마도면

16) 이에 대하여 일부위헌의견(재판관 조대현)으로 의료법인의 임원·직원이 의료법인의 ‘업무와 무관하게’ 위법행위를 한 경우에도 적용하는 것은 헌법에 위반된다는 견해가 있으며, 반대(합헌)의견(재판관 이동흡)으로서 그 문언상 ‘법인의 종업원에 대한 선임 감독상의 과실 기타 귀책사유’가 명시되어 있지 않더라도 그와 같은 귀책사유가 있는 경우에만 처벌하는 것으로 해석할 수 있고 이는 문언해석의 범위 내에 있는 것으로서 합헌적 법률해석에 따라 허용되므로, 이러한 해석을 전제로 할 때 이 사건 법률조항은 책임주의원칙에 위반되지 않는다는 견해가 제시되었다.

소재 노인전문병원으로 서비스 보건업을 목적으로 하는 법인인바, “2007. 11. 10.부터 같은 해 12. 31.경까지 위 병원에서 그 사용인인 상피고인 신○희(○○요양병원의 물리치료 보조원)가 피고인의 업무에 관하여 물리치료사가 아니면 물리치료사의 업무를 행할 수 없음에도 핫팩, 경피신경 자극치료, 간섭파전류치료, 적외선자극치료 등의 물리치료를 위 병원 입원 환자 송○열 외 11명에게 780회에 걸쳐 면허 없이 실시하는 위반행위를 하였다”라는 공소사실로 위 신○희와 함께 기소되어 2008. 5. 2. 수원지방법원에서 벌금형의 약식명령을 받게 되자, 같은 법원에 위 약식명령에 대한 정식재판을 청구한 후(위 법원 2008고정1612) ‘의료기사 등에 관한 법률’ 제32조에 대한 위헌심판제청신청을 하였다(위 법원 2008초기1739).

제청법원은 위 제청신청을 받아들여 ‘의료기사 등에 관한 법률’ 제32조가 책임주의에 반하여 위헌의 소지가 있다며 2008. 6. 23. 이 사건 위헌법률심판제청을 하였다.¹⁷⁾

나. 현재의 판단

헌법재판소는 ‘의료기사 등에 관한 법률’ 제32조 중 “법인의 대리인·사용인 기타의 종업원이 그 법인의 업무에 관하여 제30조 제1항 제1호의 위반행위를 한 때에는 그 법인에 대하여도 해당 조의 벌금형을 과한다”는 부분은 헌법에 위반된다고 결정하였다.

이 사건 법률조항은 양벌규정으로서, 종업원 등의 일정한 범죄행위가 있

17) 제청법원의 위헌제청이유는 ‘의료기사 등에 관한 법률’ 제32조는 ‘대리인·사용인 기타의 종업원’(이하 ‘종업원 등’이라고 한다)이 영업주의 업무에 관하여 같은 법 제30조를 위반한 사실이 인정되면 곧바로 영업주를 종업원 등과 같이 처벌하도록 규정하고 있고, 그와 같은 종업원 등의 범죄행위에 대한 영업주의 가담 여부나 종업원 등의 행위를 감독할 주의의무의 위반 여부를 영업주에 대한 처벌 요건으로 규정하고 있지 않으며, 달리 영업주가 면책될 가능성에 대해서도 규정하고 있지 아니하는바, 이는 다른 사람의 범죄에 대해 그 책임 유무를 묻지 않고 형벌을 부과함으로써 범치국가의 원리와 헌법 제10조의 취지로부터 도출되는 원리인 책임주의원칙에 반하여 헌법에 위반된다는 것이다.

으면 법인이 그와 같은 종업원 등의 범죄에 대해 어떠한 잘못이 있는지를 전혀 묻지 않고 곧바로 영업주인 법인에게 종업원 등과 같이 벌금형을 과하도록 규정하고 있는데, 이는 법인에게 비난받을 만한 행위가 있었는지 여부, 가령 종업원 등의 범죄행위를 지시하였거나 이에 실질적으로 가담하였거나 도움을 주었는지 여부, 아니면 영업주의 업무에 관한 종업원 등의 행위를 지도하고 감독하는 노력을 게을리 하였는지 여부와는 전혀 관계없이 종업원 등의 범죄행위가 있으면 자동적으로 영업주인 법인도 처벌하도록 하고 있다.

이처럼 이 사건 법률조항은 종업원 등의 범죄행위에 관하여 비난할 근거가 되는 법인의 의사결정 및 행위구조, 즉 종업원 등이 저지른 행위의 결과에 대한 법인의 독자적인 책임에 관하여 전혀 규정하지 않은 채, 단순히 법인이 고용한 종업원 등이 업무에 관하여 범죄행위를 하였다는 이유만으로 법인에 대하여 형사처벌을 과하고 있는바, 이는 아무런 비난받을 만한 행위를 하지 않은 자에 대하여 다른 사람의 범죄행위를 이유로 처벌하는 것으로서 형벌에 관한 책임주의에 반한다고 하지 않을 수 없다는 것이다.¹⁸⁾

4. 헌법재판소 2009.10.29. 선고 2009헌가6

가. 사건의 개요

당해 사건의 피고인 홍○수는 의사로서, 속초시 조양동 소재 ○○정형외과 원장인바, 위 병원 사무장 구○모는 의사면허를 취득하지 아니하고 2007. 4. 11. 14:00경 위 병원 석고실에서 손가락 골절상으로 위 병원에서 치료를 받는 환자 표○태의 다친 손가락 부위에 석고 등을 이용하여 부목고정술을 시술하여 의료행위를 함으로써, 위 피고인의 종업원인 구○모가 무면허의료행위를 하였다.

18) 이 결정에는 재판관 이공현의 별개 위헌의견과, 재판관 조대현, 재판관 이동흡의 반대 의견이 있다.

위와 같은 공소사실로 구○모 및 피고인 홍○수에 대하여 춘천지방법원 속초지원에서 의료법 위반으로 인한 약식명령(2007고약1625)이 발령되자 위 피고인이 위 법원에 정식재판(2007고정249)을 청구한 후 담당재판부에 의료법 제91조 제2항에 대하여 위헌심판제청신청을 하였다(2008초기54).

제청법원은 위 소송계속 중 2009. 7. 27. 의료법 제91조 제2항이 위헌이라고 인정할만한 상당한 이유가 있다며 이 사건 위헌제청을 하였다.

나. 현재의 판단

헌법재판소는 의료법(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정된 것) 제91조 제2항 중 “개인의 대리인, 사용자, 그 밖의 종업원이 제87조 제1항 제2호 중 제27조 제1항의 규정에 따른 위반행위를 하면 그 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과한다”는 부분은 헌법에 위반된다고 결정하였다.

이 사건 법률조항은 개인이 고용한 종업원 등이 의료법 제87조 제1항 제2호 중 제27조 제1항의 규정에 따른 위반행위, 즉 무면허의료행위를 한 사실이 인정되면, 곧바로 그 종업원 등을 고용한 영업주 개인에게도 종업원 등에 대한 처벌조항에 규정된 벌금형을 과하도록 규정하고 있다. 또한 이 사건 법률조항은 종업원 등의 범죄행위에 대한 영업주의 가담 여부나 종업원 등의 행위를 감독할 주의의무의 위반 여부를 영업주에 대한 처벌요건으로 규정하고 있지 않으며, 달리 영업주가 면책될 가능성에 대해서도 규정하고 있지 아니하다. 결국 이 사건 법률조항은 종업원 등의 일정한 행위가 있으면 영업주인 개인이 그와 같은 종업원 등의 범죄에 대하여 어떠한 잘못이 있는지를 전혀 묻지 않고 곧바로 영업주인 개인을 종업원 등과 같이 처벌하도록 규정하고 있다.

아무런 비난받을 만한 행위를 한 바 없는 자에 대해서까지, 다른 사람의 범죄행위를 이유로 처벌하는 것으로서 형벌에 관한 책임주의에 반하므로 헌법에 위반된다는 것이다.¹⁹⁾

III. 위헌결정 후의 개정법률의 내용과 해석

1. 위헌결정 후 양벌규정의 개정 동향

위와 같은 헌법재판소의 일련의 위헌결정을 통해 법무부는 양벌규정에서의 사용자인 법인과 개인의 처벌근거에 대한 기존의 대법원과 헌법재판소의 입장을 적극 수용하여, 책임원칙과의 조화를 위해 면책규정을 추가하기로 하였으며, 현재까지 개정된 양벌규정은 대체로 다음과 같이 규정되어 있다. 다만, 이러한 기본적인 개정내용에 약간의 차이가 있는 경우도 있는데, 위반행위에 대하여 과태료를 배제한다는 규정이 추가된 양식도 있고,²⁰⁾ ‘법인 또는 개인’이라는 문장의 양식에서 벗어나 문장을 분리하여, 양벌규정의 조문에 먼저 ‘본인과 사용인의 양자처벌’을 규정하고, 별도의 문장으로 법인처벌을 규정한 예도 있다.²¹⁾

개정된 양벌규정은 보건범죄 단속에 관한 특별조치법 제6조와 같이 사용자에게 징역형을 가할 수 있다는 점과 법인에게는 징역형 집행이 불가능하다는 점을 해결하기 위해 양벌규정의 본문에서는 “벌금형을 과한다”고 규정하였고, 관리·감독상의 과실유무에 관계없이 사용자인 법인 또는 개인을 처벌하던 기존 규정을 탈피하기 위하여 “상당한 주의와 감독을 게을리 하지 않은 경우”에는 형사책임을 면제한다는 면책규정을 신설하였다.

현재의 위헌결정 후의 양벌규정의 개정작업은 현재의 위헌판단의 이유가 되었던 귀책사유 없는 경우에도 형벌을 부과할 수 있는 문제를 해결하기 위한 사용자의 면책규정의 신설이 거의 전부라고 해도 과언이 아니다.

이는 위헌결정 이전의 종래 양벌규정이 개별법규에서 각 법률의 입법취지에 따라 다양한 유형으로 규정되어 있었음과는 대비되는 부분이라고 할

19) 이 결정에는 재판관 이공현의 별개의견과 재판관 조대현의 일부위헌의견 및 재판관 이동흡의 반대의견이 있다.

20) 예컨대, 관세법 제279조가 여기에 해당한다.

21) 예컨대 관세법 제279조와 별도로 280조에서 법인처벌의 규정을 별도로 두고 있다.

수 있다. 즉, 종래의 양벌규정은 양벌규정의 적용대상, 부과되는 형벌규정 방식, 종업원의 위반행위의 범위 혹은 면책규정의 존재여부 등으로 유형화될 수 있다.²²⁾ 특히 양벌규정에 의한 영업주 처벌의 법적 성질과 관련하여서는 ① 종업원의 위반행위에 대한 방지조치를 취하지 아니한 때 행위자와 법인을 처벌하는 형식,²³⁾ ② 종업원의 위반행위를 알면서 필요조치를 취하지 않거나 이를 교사할때 법인을 처벌하는 형식,²⁴⁾ 그리고 ③ 조직체의 구성원·종업원의 위반행위에 대해서 행위자와 함께 무조건 법인(사용자인 개인)까지 처벌하는 형식으로 나뉜다.²⁵⁾ ①의 유형의 경우에는 과실책임을 근거로, ②의 유형은 고의책임·공범책임을 근거로 그 법인 또는 개인을 처벌한다. 그러나 ③의 유형은 처벌근거가 없는 양벌규정으로 다수의 입법례가 여기에 해당한다고 할 수 있다.

개정된 양벌규정은 ‘면책규정’을 추가한 것으로 영업주 처벌의 법적 성격과 관련하여 기존의 ①의 유형과 비슷한 구조를 취하고 있다. 개정된 양벌규정은 “다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리 하지 아니한 경우에는 그러지 아니한다”라는 면책조항을 추가하였다.

2. ‘상당한 주의와 감독’의 해석 문제

위헌결정 후의 새로운 양벌규정의 유형인 “면책규정 추가유형”은 이미 일부 법률에 존재하였지만, 그 때마다 표현은 조금씩 달랐다. 그러나 2010년 1월까지 개정된 110여개의 법률에는 동일한 표현의 유형으로 입법되었고, 현재 심의중인 200여개의 법률도 동일한 표현으로 개정될 것으로 추측된다. 이러한 “면책규정 추가유형”의 문언대로 라면, 법인이 처벌되지 않는

22) 박미숙·탁희성·임정호, “양벌규정의 개선방안에 관한 연구”, 『대검찰청 용역과제 연구 보고서』, 2008, 제19면 이하.

23) 관세법 제281조; 공중위생법 제45조 단서; 선원법 제148조 제1항; 하천법 제87조.

24) 근로기준법 제115조 단서; 선원법 제148조 제2항.

25) 앞의 ①, ② 경우를 제외한 대부분의 양벌규정이 이에 해당한다.

경우가 '상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우'이므로, 반대로 법인의 처벌은 '상당한 주의와 감독을 게을리한 경우'일 것이다. 그 표현으로 미루어보면, 과실범의 요건인 '주의의무위반'이라는데 의문의 여지가 없다.

면책조항의 글자 그대로 문언해석을 한다면, 이미 존재하였던 면책규정에 대하여 판례가 언급한대로, 이 유형(면책규정)을 과실추정의 근거로 보면서 입증책임이 전환된다고 해석하는 것이 통설적 방법일 것이다. 이 입장에서는 법인 또는 개인인 영업주는 종업원의 위반행위를 방지하기 위한 과실범 전반에 해당하는 주의의무 이외에도 이를 방지하기 위한 감독의무를 부담한다는 입장인 것으로 이해할 수 있다. 이 입장에서는 법인 또는 개인인 영업주에게 부과되는 감독의무라 함은 업무에 있어서 자기 감독 하에 있는 종업원의 행동에 잘못이 없도록 감시·감독·지휘하는 것에 한정되며, 관리자 등에 의한 물적 설비·기구, 인적 체제 그 자체가 결과발생과 관계되는 관리의무는 이에 해당하지 않는다고 보고 있다.²⁶⁾

이를 바탕으로 하여 업무주의 과실은 추정되는 것으로 해석될 가능성은 더욱 커진다. 결국 법무부도 종래의 이러한 학설과 판례를 염두에 두었을 것으로 추정되고 양벌규정의 새로운 입법형식은 영업주(기업)의 책임을 '추정된 과실'로 보아 위헌판단의 문제를 해결하려는 태도를 취하고 있는 것으로 생각된다.

이러한 입법형식은 그동안 양벌규정의 해석을 두고 학설은 다양하게 전개되었었지만, 이제는 헌법재판소의 위헌결정과 이에 따른 개정의 여파로 과실추정설로 굳어질 가능성이 커 보이게 되었다.²⁷⁾

그러나 이러한 면책조항의 입법형식과 그 의미에 대하여 과실추정으로 볼 수 없다는 반론이 제기되어 주목을 끈다. 이 견해에서는 일반적으로 과실범의 요건으로서 '주의'의무 외에 '감독'이라는 표현이 더 추가되어 있음

26) 조명화·박광민, "양벌규정과 형사책임-개정된 양벌규정의 문제점을 중심으로", 『법학논총』, 제23집, 2010, 숭실대학교, 제291면.

27) 조병선, "개정양벌규정에서의 기업의 형사책임: 과실추정설에 대한 반론", 『형사정책』, 제21권 제1호, 2009, 제353면.

에 주목하고 있다. 즉, 신설된 면책조항에서는 보통 과실범에서 말하는 ‘해당 결과를 방지하기 위한 주의의무’ 외에 ‘해당 결과를 방지하기 위한 감독의무’도 포함되고 있음을 알 수 있다. 그런데 우리 국어문법상 “주의 ‘와’ 감독”, 즉, ‘and’로서 주의와 감독이 병렬적으로 연결되어 있으므로, 합목적적인 해석에 앞서 엄밀한 문언해석에 의존한다면, 결과방지를 위한 주의의무와 감독의무를 병행하는 것을 의미한다고 봐야 한다는 것이다.²⁸⁾

이렇게 주의의무와 감독의무를 병렬적이고 독립적인 의무로 이해하는 데에는 주의의무와 감독의무가 본질적으로 차이가 있다는 것을 전제로 하고 있다고 이해할 수 있다. 즉, ‘결과방지를 위한 주의의무’는 과실범 전반에 해당하는 일반적인 원칙이고, ‘결과방지를 위한 감독의무’는 그 주의의무 중에서도 특별한 ‘감독의무’로 좁은 범위를 갖는 것으로 볼 수 있다는 것이다.²⁹⁾

형법상 과실범은 보통 법익침해의 결과가 발생할 것을 전제로 하는 ‘결과범’이 보통이고, 과실범에 대하여는 중대한 형법상의 법익침해결과를 방지할 주의의무를 태만히 하였다는 비난의 초점이 있다.

그러나 양벌규정에서의 감독의무가 논의되는 유형에서는 그 감독의무의 해태로 인하여 어떤 법익침해라는 결과를 초래하는 경우가 아니라 법익침해의 위험이 존재하는 경우가 대부분이라는 점이다. 즉, 감독의무의 위반행위는 추상적 위험범의 형태를 띠고 있기 때문에 그 자체로서는 과실범이 성립될 수 없으므로, 실제로 위 법률에도 과실범의 처벌규정이 별칙이 없다는 점이다.³⁰⁾

28) 조병선, 전계논문, 제359~360면.

29) 조병선, 전계논문, 제360면.

30) 우리 판례에서 감독책임의 해태를 주의의무 위반의 과실범으로 처벌하고 있는 사례가 있다. 그러나 우리 판례가 ‘감독책임의 해태’를 주의의무위반 즉 과실범으로 파악한 경우는 ‘사고 발생 원인에 직접 관련한 구체적이고 직접적인 주의의무위반’이라는 기준이 충족되었을 경우로 한정하고 있다. 1994년의 성수대교붕괴사건판례에서 “...피고인들은... 이 사건트러스(철구조물) 제작에 직접 관여하였다고 할 것이므로 트러스를 설계도면대로 정밀하게 제작하도록 지휘감독하여야 할 직접적이고 구체적인 주의의무가 있으며...”(대법원 1997.11.28 선고, 97 도1740)라고 판시하고 있다는 점이다. 이는 삼

대부분의 양벌규정에서 ‘종업원의 위반행위’가 법익침해에 이르는 ‘결과범’이 아니라 ‘추상적 위험범’ 또는 ‘거동범’에 불과하기 때문에 새로운 양벌규정의 법인의 과실(추정)책임은 어떠한 결과를 방지하지 못한 데에 초점이 있는 것이 아니라 종업원의 위반행위 그 자체를 방지하지 못한 것이다. 종업원의 위반행위 그 자체를 방지하지 못한 (게을리한) 행위는 ‘순수한 감독책임’에 지나지 않는다는 것이다.³¹⁾

이처럼 영업주로서의 ‘순수감독책임’으로 이해한다면 그 내용은 ‘기업의 범죄적 태도(criminal corporation attitude)’를 표시하는 ‘총체적인 위반행위 방지시스템의 결여’라고 주장한다. 양벌규정에 표현된 ‘종업원의 위반행위를 방지하기 위한 상당한 주의 또는 감독을 게을리 한 경우’는 ‘위반행위 방지시스템’이 제대로 가동되지 않은 경우에 해당될 뿐이라는 것이다.³²⁾

이상과 같이 감독의무를 일반적 과실범의 주의의무와는 별개의 독자적인 의무라고 이해하는 입장에서는, 개정으로 신설된 면책조항은 순수감독책임의 내용에 대하여는 여전히 공백상태로 두고 있는 불완전한 입법이라고 보고 있다.

3. 업무주체의 문제

가. 업무주체의 불명확성

양벌규정에서 표현된 ‘행위자’는 확정적인 것이 아니라 다양한 접근이 가능하다는 점에서 업무주체의 불명확성이 문제가 될 수 있다. 종래의 양벌규정이나 위헌결정 후 면책규정이 추가된 새로이 개정된 양벌규정 모두 실행행위자(행위주체)로 표현된 ‘법인의 대표자’나 ‘법인 또는 개인의 대리인·

풍백화점 붕괴사고의 판례(대법원 1996.8.23 선고, 96 도1231)에도 동일하다.

31) 조병선, 전계논문, 제361면.

32) 조병선, 전계논문, 제363~364면.

사용인 기타 종업원'이 처벌대상자로 표현된 '행위자'와 일치한다고 볼 수만은 없다는 것이다.

다시 말해서 양벌 규정에서 행위주체로서 표현된 대상은 위로부터는 법인의 대표자부터 시작하여 아래로 법인의 대리인, 사용인 기타 종업원에 이르기까지 법인의 구성원을 모두 포함할 수 있다는 점에서 특정 위반행위의 '행위자'를 특정(特定)하는 데에 있어서 문제가 될 수 있다는 것이다.

형사실무에서는 양벌규정과 관련하여 행위자의 특징이 결정적인 역할을 한다는 점³³⁾에서 중요한 의미를 가진다고 할 것이다. 위반법조의 내용, 조직체의 현황과 업무분담규정, 해당업무의 성격 등을 고려하여 행위자를 특정하는 것이 바람직하지만 법률규정상 이에 관한 근거와 내용이 없기 때문에 행위자를 직접 실행행위를 물리적으로 수행한 자를 중심으로 업무의 성격과 종업원의 역할 등을 고려하여 상향조정되다가 어느 직위에서 정책적으로 정해지는 방법으로 결정되는 것이 현실이다.

나. 법인 스스로의 행위로 볼 수 있는 경우

법인은 법적으로 구성된 가상의 실체로서 현실적으로는 자신의 종업원을 통하여 행위하므로, 공공의 이익을 해할 수 있는 위험이 내재되어 있거나 부당한 경제력 행사에 의하여 사회에 막대한 피해를 초래할 수 있다는 이유로 그 법인에게 형사책임을 귀속시키려면 문제되는 종업원의 행위를 법인의 행위로 볼 수 있어야 한다. 법인의 행위로 볼 수 없는 종업원의 행위에 대하여서까지 그 법인의 관여나 선임감독상의 과실 등과 같은 잘못이 없는데도 그 법인에게 형사책임을 귀속시킨다면 책임 없는 자에게 형벌을 부과하는 것이 되어 책임원칙에 위반되는 것이다.

이에 따라 법인의 위계구조상 어떤 지위에 있는 종업원의 행위까지 법인

33) 이미 실무에서 오래전에 선우영 변호사가 지적한 바 있다. 선우영, “환경보전법 제70조의 행위자”, 『형사판례연구 [1]』, 형사판례연구회(편), 제286면 이하 참조.

의 행위로 볼 것인지 문제되는데, 법인의 경영방침이나 주의를사를 결정하거나 그 법인의 전체 업무를 관리·감독할 수 있는 지위에 있는 기관이나 종업원 혹은 그와 같은 지위에 있는 자로부터 전권을 위임받은 대리인이 그의 권한 범위 내에서 한 행위는 그 법인의 행위와 동일시 할 수 있을 것이다.

법인의 경영방침이나 주의를사를 결정하거나 그 법인의 전체 업무를 관리·감독할 수 있는 지위에 있는 기관이나 종업원 혹은 그와 같은 지위에 있는 자로부터 전권을 위임받은 대리인은 대외적으로 법인의 의사를 표명하고 대내적으로 법인의 전체 업무를 관리·감독할 수 있는 지위에 있는 자이므로, 그의 행위는 법인의 행위로 볼 수 있어 그와 같은 지위에 있는 자가 법인의 업무에 관하여 한 범법행위에 대하여 법인에게 형사책임을 귀속시키더라도 책임원칙에 반한다고 볼 수 없다.

법인의 행위와 동일시할 수 있는 행위를 하는 자로서는 반드시 등기부에 기재된 대표자뿐만 아니라 법인의 경영방침이나 주의를사를 결정하거나 그 법인의 전체 업무를 관리·감독할 수 있는 지위에 있는 기관이나 종업원 혹은 그와 같은 지위에 있는 자로부터 전권을 위임받은 대리인도 포함되는 것으로 보아야 할 것이다.

4. 불법태양에 따른 유형화의 문제

위헌결정 후 지금까지 개정된 양벌규정들은 법률의 특성상 행위주체를 달리하는 것 외에는 동일한 형식을 취하고 있다. 그러나 개정 전의 양벌규정은 양벌규정의 적용대상, 부과되는 형벌규정방식, 종업원의 위반행위의 범위 혹은 면책규정의 존재여부 등에 따른 유형화가 가능할 정도로 다양하게 규정되어 있었다. 이는 개별법규의 입법취지와 목적에 부합하기 위함이었다고 볼 수 있음에도 일률적으로 양벌규정의 형식을 통합하려는 것은 개정된 양벌규정의 또 다른 문제점이라 할 것이다.³⁴⁾

34) 손동권, “양벌규정에 의한 법인처벌의 특수문제-최근 ‘보건범죄단속에 관한 특별조치

한편으로 업무주의 행위태양에 따른 업무주의 책임을 유형화하지 못하고 있는 것도 문제라고 생각된다. 업무주인 개인에게 고의가 있었거나 행위자에게 교사한 때에도 개정된 양벌규정의 “상당한 주의와 감독을 게을리 한 경우”에 해당하는 것으로 보아 감독과실책임을 지는 것으로 보아야 하는지가 문제된다. 이러한 문제는 선원법과 근로기준법 규정의 개정 전후를 비교하면 더욱 명확해진다.

일반적인 양벌규정과 달리 개정 전의 선원법과 근로기준법의 양벌규정은 특히 선박소유자 내지 고용인이 가지는 우월적 지위를 이용해 종업원의 위반행위에 대해 적절한 조치를 취하지 않은 경우에 한하여 행위자와 동일한 행위책임을 인정하고자 하는 것이었다. 즉, 개정 전의 양벌규정은 근로계약을 통해 사용종속관계에 놓이는 종업원에 대해 지휘·명령권을 가지는 사용자가 자신의 우월한 지위를 이용하여 종업원의 위반행위계획을 알았거나 이를 방지하지 않은 경우 혹은 이를 교사한 경우에는 사용자에게 고의·공범을 근거로 행위자와 동일하게 처벌하고 있었다. 그러나 이와 같은 관계의 특수성을 고려하지 않은 채 단순히 ‘상당한 주의와 감독을 게을리 하지 않은 경우’라는 면책규정을 추가하는 일률적인 개정작업은 타당한 입법이라 할 수 없다.

다른 한편으로, 업무주의 불법태양을 고려하지 않는 개정법의 태도 역시 책임원칙에 철저히 못하다는 비판이 가능하다. 법인에게 종업원의 위반행위를 방지하지 않은 고의가 있는 경우가 특히 문제된다. 앞서 언급한 바와 같이 기업 내부구조의 세분화 등으로 인해 법인이 종업원의 위반행위에 대한 감독상의 주의의무를 위반한 것에 대한 입증이 어려우므로 사실상 법인을 처벌하지 못하게 되는 결론에 이르게 된다. 나아가 종업원의 위반행위계획 내지 그 위반행위에 대해서 알고도 조치를 취하지 않은 경우 그리고 이를 교사한 경우 역시 “상당한 주의와 감독을 게을리 한 경우”에 해당하

법 제6조’에 대한 헌법재판소 판시내용과 양벌규정에 대한 전면적 법 개정 작업을 중심으로-”, 『한국형사법학의 오늘』, 정은 이영란교수화갑기념논문집, 2008, 제216면.

로 법인은 감독과실책임을 지게 되고, 따라서 고의가 있는 경우에도 과실 책임을 인정하게 되므로 이는 행위책임원칙과의 조화의 관점에서 타당하지 않다.

또한 개정된 양벌규정의 “상당한 주의와 감독”이라는 표현을 통해 영업주에게 인정되는 감독의무는 종업원이 위법한 행위를 하지 않도록 감시·감독·지휘해야 할 의무를 말한다. 따라서 종업원의 위법행위에 대해 법인 또는 개인인 영업주에게 감독상의 주의의무위반의 책임을 지우기 위해서는 자신의 감시·감독·지휘를 받은 종업원의 행위이어야 하며, 이 행위가 업무에 관련된 것임을 요한다. 그러나 오늘날의 기업은 분업화의 진전을 통해 기업내부의 책임이 폭 넓게 분산되고, 권한위임과 같은 특징에 따라 행위의 결과는 다수의 개별행위의 공동작용에 의해 이루어지므로, 실제행위자를 특정한다는 것은 불가능하다. 또한 법익침해의 결과가 위험한 설비 내지 시설의 장애로 발생한 경우도 감독의무의 대상인 종업원의 행위에 해당하지 않는다. 결국 이러한 위반행위로 인한 결과가 사회에 미치는 영향이 중대함에도 행위자의 특성의 어려움과 감독의무의 대상이 아니라는 점에 근거하여 법인을 처벌할 수 없게 되는 것은 조직화된 무책임을 인정하게 되어 부당하다 할 것이다.

IV. 양벌규정이 행정제재의 근거규정이 될 수 있는지의 여부

1. 문제의 소재

의료법 제66조 제1항 제9호에 의사면허자격정지사유로 규정된 ‘이 법 또는 이 법의 규정에 의한 명령에 위반한 때’에 대리인, 사용인 기타 종업원이 같은 법 제27조의 행위(무면허 의료행위, 영리목적의 알선 유인행위) 등을 하여 그 사용주인 의사가 같은 법 제91조의 양벌규정으로 처벌받는 경우가

포함되는지가 문제된다.

즉, 의료기관의 직원 등이 무면허 의료행위를 하여 의료법 제27조에 위반하는 행위를 하여 동법 제87조에 의하여 처벌받는 동시에 의료기관의 개설자인 개인이 양벌규정인 제91조에 의하여 처벌을 받는 경우, 이를 근거로 의사면허자격정지라는 행정제재를 가할 수 있는 지가 문제된다.

2. 양벌규정에 의한 처벌이 면허자격정지사유가 되는지 여부

가. 제66조 제1항 제9호의 '법 또는 법에 의한 명령'의 해석

자격정지를 부과하기 위하여는 '법 또는 법에 의한 명령에 위반'하는 행위가 있어야 하는데 법인이나 개인은 사용자 등의 행위로 인하여 양벌규정에 의한 형사책임을 질뿐이지, 법 또는 법에 의한 명령에 위반하는 행위를 직접적으로 범한 것은 아니라는 점이다.

양벌규정에 관한 헌법재판소의 위헌결정에 따른 개정법률에서 '상당한 주의 또는 감독'이라는 귀책사유를 요구한다고 하여도 이를 근거로 곧 법인이나 개인이 행하여야 할 아무런 행정상의 의무나 명령도 부과하고 보기에 는 무리가 있다고 생각된다. 법이 간접적으로 사용자인 의사 등에게 그 사용자인 기타 종업원이 의료법위반행위로 나아가지 못하도록 적절하게 지휘·감독할 의무를 부과하고 있다고 보더라도, 법 규정의 해석을 통하여 인정되는 의무까지를 '법 또는 법의 규정에 의한 명령'으로 확대해석하거나 유추 해석하기는 어렵다고 생각된다.

나. 운영자로서의 의무위반의 측면 관련 검토

의료인 그 자체로서의 의무위반행위와 의료기관 운영자로서의 의무위반행위는 구분되고, 전자에 대하여는 제66조에 의하여 의료인의 면허자격정지를, 후자에 대하여는 제64조에 의한 의료기관에 대한 의료업 정지나 제67에 의한 과징금부과의 처분을 하고 있다.

따라서 의료인 자신의 행위는 의료인으로서의 의무위반행위로서 의료인 면허자격정지의 대상이 될 수 있으나, 사용인 기타 종업원에 대한 지휘·감독업무를 소홀히 함에 대하여는 의료기관에 대한 업무정지나 과징금부과처분을 하는 것이 타당하고, 이를 의료인 개인에 대한 면허자격의 문제로 확대하는 것은 부당하다고 할 것이다.

결국, 대인적 제재(면허정지 등)를 가할 것이냐, 대물적 제재(의료기관의 의료업 정지 등)를 가할 것이냐는 문제된 행위가 면허라는 개인적 요소를 이용하여 발생한 것인지, 의료기관 자체라는 물질적 요소를 이용하여 발생한 것인지에 따라 구분되는 것으로 법에서 규정하였다고 보아야 한다. 나아가 의사는 하나의 의료기관만을 개설할 수 있으므로(법 제30조 제2항), 처분사유에 해당하는 경우라면 업무정지도 상당한 정도의 행정처분이 된다.

다. 법인과 의 균형면에서의 검토

제64조에서는 의료기관에 대한 개설허가의 취소 등을 규정하고 있는바, 여기에는 제66조 제1항 제9호와 같은 포괄적인 규정이 없고 구체적인 행위들만 나열되어 있으며, 종업원의 영리목적 소개·알선행위는 개설허가의 취소사유는 되지 아니한다.

종업원 등이 영리목적의 소개 알선행위를 한 경우에도 양벌규정에 의한 자격정지를 긍정하는 견해를 취한다면, 법인의 형태를 취한 의료기관의 경우 종업원이 제27조 제3항에 위반되는 행위를 하여도 양벌규정에 의하여 형사적 처벌만 받을 뿐 행정제재는 받지 아니하는 데 비하여, 개인의원은 면허자격정지라는 중한 처분을 받게 되는 경우가 발생할 수 있다. 따라서 이러한 해석은 불합리할 뿐 아니라 법인을 아무 이유 없이 우대하는 것이 되어 평등의 원칙에 위배될 수도 있으므로 바람직하지 못하다고 할 것이다.

3. 판례의 태도

대법원은 2004두824판결³⁵⁾에서 구 의료법(2002. 3. 30. 법률 제6686호로 개정되기 전의 것) 제53조 제1항 제6호에 의사면허자격정지사유로 규정된 ‘이 법 또는 이 법의 규정에 의한 명령에 위반한 때’에는 대리인, 사용인 기타 종업원이 같은 법 제25조 제3항의 행위 등을 하여 그 사용주인의 사가 같은 법 제70조의 양벌규정으로 처벌받는 경우는 포함되지 않는다고 판시하였다.

대법원은 의료인 자체로서의 의무위반 행위와 의료기관 운영자로서의 의무위반 행위는 구분되고 후자에 대하여는 의료기관에 대한 의료업 정지, 과징금 부과 등의 처분이 가능한 바, 의료기관 내의 대리인, 사용인, 기타 종업원의 행위는 전자의 의무위반 행위라기보다는 후자의 의무위반 행위에 가까운 점, 사용자인 의사에게 종업원이 의료법위반 행위로 나아가지 못하도록 지도·감독의무를 부과하고 있다고 보더라도 명시적이지도 아니하고 양벌규정을 통하여 해석상 인정되는 의무를 법 또는 법의 규정에 의한 명령이라고까지 해석하기는 곤란하고, 형사처벌만으로도 충분히 법의 목적은 달성할 수 있다고 보이는 점 등을 들어 양벌규정을 근거로 행정제재를 부과할 수 없다는 입장을 취하고 있다.

35) 원고는 신경외과 전문의로 신경외과의원을 개설하여 운영하고 있던 중, 이 병원의 원무과장 A는 영리를 목적으로 환자 중 자기공명영상(MRI) 촬영이 필요한 교통사고 환자를 관악00병원에 알선하고 그 병원의 원무과장으로부터 알선료 명목으로 80,000원을 교부받은 것을 비롯하여 2000. 9. 26.까지 환자 63명을 알선하고, 합계 5,040,000원을 교부받았다. 원무과장 A는 알선료를 받음으로써 구 의료법(2002. 3. 30. 법률 제6686호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라고 함) 제25조 제3항에서 금지하고 있는 ‘영리를 목적으로 환자를 의료기관에게 소개·알선 기타 유인하거나 이를 사주하는 행위’를 하였다는 범죄사실로, 원고는 법 제70조에 의하여 자신의 직원인 A가 원고의 업무에 관하여 위 위반행위를 하였다는 범죄사실로, 각 2001. 11. 2. 서울지법에서 각 벌금 200만 원의 약식명령을 고지받았고, 약식명령은 그 무렵 확정되었다. 보건복지부장관은 2003. 4. 11. 원고에 대하여 법 제25조 제3항에 위반하여 1999. 2.경부터 2000. 9.경까지 사용인 A를 이용하여 자기공명영상촬영을 필요로 하는 환자를 관악00병원에 알선하거나 이를 사주하고 알선료를 교부받았다는 사유로 법 제53조 제1항 제6호, 의료관계행정처분규칙 제4조, 별표 제2호 (가)목 (17)의 규정을 적용하여 2003. 5. 1.부터 2003. 6. 30.까지 2개월간 원고의 의사면허자격을 정지하는 처분을 하였다.

V. 마치며

보건범죄단속에 관한 특별조치법 제6조에 대한 위헌결정을 계기로 하여 많은 양벌규정 조항들이 위헌결정의 취지에 따른 개정작업을 거치고 있지만, 그 개정내용은 미흡하다고 할 것이다. 헌법재판소의 위헌결정의 취지를 충분히 반영하지 못하고 있을뿐더러, 새로이 추가된 면책규정의 내용에 관하여는 논란의 여지도 있으며, 더욱이 각각의 법률이 양벌규정을 두고 있는 정책적 필요성과 실효성의 측면도 고려되지 않은 획일적이 입법이라는 비판을 피할 수 없다고 생각된다.

이러한 문제는 종래 법인의 범죄능력, 법인의 수형능력의 문제에 대한 논의에서 한 발 더 나아가, 현대 사회에 새로운 범죄의 주체로 등장한 법인의 반사회적 범익침해활동에 대처하기 위하여 정책적 필요성에 따라, 일정한 보호법익을 침해하는 법인에 대하여는 가장 강력한 제재수단인 형사처벌의 도입에 관한 정당성과 법인에 대한 책임의 내용과 한계에 관한 검토가 적극적으로 이루어져야 할 것이다.

이러한 점에서 법인을 비롯한 업무조직체의 현황과 업무분담규정, 해당 업무의 성격 등을 고려하여 행위자를 특정하고 세분화하여 그에 따른 관리감독의무의 내용과 범위를 획정하고, 사용자인 법인 또는 개인의 위반행위에 대한 고의의 유무, 위반행위에의 가담정도 등 불법태양에 따른 책임의 개별화 하는 것이 책임의 원칙에 보다 충실한 것으로 될 것이다.

주제어 : 양벌규정, 책임원칙, 법인의 형사책임, 무과실책임, 면책규정

[참 고 문 헌]

- 김대휘, “양벌규정의 해석”, 『형사판례연구』, 제10권, 2002.
- 김우진, “행정형벌법규와 양벌규정”, 『형사판례연구』, 제6권, 1998.
- 박강우, “양벌규정과 감독자 책임”, 『형사판례연구』, 제8권, 2000.
- 박기석, “양벌규정에 관한 판례분석”, 『강의중교수정년기념논문집』, 2002.
- 박미숙·탁희성·임정호, “양벌규정의 개선방안에 관한 연구”, 『대검찰청 용역과제 연구보고서』, 2008.
- 박영도, “입법기술의 이론과 실제”, 『한국법제연구원 연구보고 97-1』, 1997.
- 법무부, 질서위반행위규제법과 각국의 입법례, 2005. 12.
- 서희종, “행정형벌에서의 양벌규정과 위반행위의 주체”, 『사법행정』, 1992.
- 선우영, “환경보전법 제70조의 행위자”, 『형사판례연구』, 형사판례연구회(편), 제1권, 박영사, 1993.
- 손동권, “법인의 범죄능력과 양벌규정”, 『안암법학』, 제3호, 1995.
- _____, “양벌규정에 의한 법인처벌의 특수문제-최근 ‘보건범죄단속에 관한 특별조치법 제6조’에 대한 헌법재판소 판시내용과 양벌규정에 대한 전면적 법 개정 작업을 중심으로-”, 『한국형사법학의 오늘』, 정은 이영란교수화갑기념논문집, 2008.
- 신동운, 『형법총론』, 제3판, 법문사, 2008.
- 오경식, “양벌규정에 대한 판례분석”, 『영남법학』, 제27호, 2008.
- 윤영철, “사업주 등의 형법상 보증인책임에 관한 소고”, 『형사정책연구』, 제13권 제1호, 2002.
- 이상철, “양벌규정연구”, 『법제』, 제491호, 47 이하.
- 이승현·김용세, 『형사특별법 정비방안(7) 환경·교통분야』, 한국형사정책연구원, 2008.
- 이은정, “양벌규정 입법개선방안”, 『국회보』, 통권 446호, 2003.12.
- 이정원, “기업에 의한 환경범죄의 형사정책에 관한 연구”, 『경남법학』, 제12집, 1996.
- 이주희, “양벌규정의개선입법에 관한 고찰”, 『한양법학』, 제20권 제4집, 2009.
- 임 응, 『형법총론』, 개정판, 법문사, 2002.

- 장한철, “환경범죄의 책임주체에 관한 고찰”, 『한양법학』, 제21권 제3집, 2010.
- 조 국, “법인의 형사책임과 양벌규정의 법적 성격”, 『서울대학교 법학』, 제48권 제3호.
- 조명화·박광민, “양벌규정과 형사책임-개정된 양벌규정의 문제점을 중심으로”, 『법학논총』, 제23집, 숭실대학교, 2010.
- 조병선, “개정양벌규정에서의 기업의 형사책임: 과실추정설에 대한 반론”, 『형사정책』, 제21권 제1호, 2009.
- _____, “양벌규정과 법인의 형사책임”, 『형사판례연구』, 제3권, 1995.
- _____, “양벌규정의 구조와 행위자의 특징”, 『형법개정 및 양벌규정 개선 공청회 자료집』, 법무부(편), 2008.6.20.
- _____, “질서위반행위규제법에 관한 연구”, 『청대학술논집』, 제9집, 2007.
- _____, “형벌과 과태료의 기능과 그 한계-과태료일반법의 필요성을 중심으로”, 『형사법연구』, 제22호, 2004.
- _____, “환경형사판례에 대한 비판적 검토-특히 양벌규정과 감독책임에 관하여”, 『형사판례연구』, 제1권, 1993.
- 진정훈, “양벌규정에 의한 신분 없는 행위자처벌의 문제점”, 『제주판례연구』, 제1집, 1997.

Joint Penal Provisions and Criminal Liability in Medical Law

Manseong Hwang

Associated Professor of Wonkwang University Law School, Ph.D. in Law

=ABSTRACT=

In November 2007, the Korean Constitutional Court held that a joint penal provision in which the individual employer is punished when his or her employee is determined to have committed a crime was unconstitutional, because the joint penal provision had no contents for the culpability of an individual employer and thus violated the constitutionally protected principle of culpability.

After the Korean Constitutional Court's judgment, since December 2008 the Ministry of Justice began to change the old joint penal provision into the new revised joint penal provision. On January 2010, the old joint penal provisions of 110 laws were revised. The new revised joint penal provision adds only an additional sentence: "If a juristic person, an entity or an individual perform due care and supervision over its employee for the prevention of such a crime, it will be exempted from the punishment".

But an presumption of negligence clause that is added in the new revised joint penal provision is still vacuum in concerned with supervision responsibility. Probably the new form of penal provision, that is understood to be a kind of the presumption of negligence, could let the burden of proof be changed from the public prosecutor to the accused, in other words employer-side.

Especially, when joint penal provision is applied to hospital as administrative punishment, according to the hospital is a (juridical) foundation or not, the application of the joint penal provision is different and unfaithful.

In my opinion, therefore, a corporation liability could be considered according to

various liability of employee's business and the crime its employee committed because of an organizational failure of the corporation.

Keyword : Joint penal provision, Law on the regulation of petty offenses,
Supervisional culpability, Violation of the duty of care