

양벌규정에 대한 판례분석*

오 경 식

강릉대학교 법학과 교수

< 목 차 >

- I. 서론
- II. 양벌규정의 개념과 유형
- III. 법인의 처벌과 양벌규정
- IV. 실제 행위자와 사업주의 처벌근거와 범위
- V. 결론 및 본 사안의 검토

< 대상판례 : 헌법재판소 2007.11.29. 선고 2005헌가10 전원재판부 >

【판시사항】

‘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 위반된다.

가. 사건의 개요

(1) 당해 사건의 피고인 강○용 및 김○윤은 2004. 12. 29. 서울서부지방법원

* 심사위원 : 이정원, 양종모, 김혜정

투고일자 : 2008. 7. 15, 심사일자 : 2008. 8. 13, 게재확정일자 : 2008. 8. 15.

에 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.

(2) 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 소송계속 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 여부의 심판을 제청하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 ‘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 부분이 헌법에 위반되는지 여부이고, 그 내용 및 관련조항은 다음과 같다.

【결정요지】

가. (1) 재판관 이강국, 재판관 김종대, 재판관 민형기, 재판관 목영준의

의견

이 사건 법률조항이 종업원의 업무 관련 무면허의료행위가 있으면 이에 대해 영업주가 비난받을 만한 행위가 있었는지 여부와는 관계없이 자동적으로 영업주도 처벌하도록 규정하고 있고, 그 문언상 명백한 의미와 달리 “종업원의 범죄행위에 대해 영업주의 선임감독상의 과실(기타 영업주의 귀책사유)이 인정되는 경우”라는 요건을 추가하여 해석하는 것은 문리해석의 범위를 넘어서는 것으로서 허용될 수 없으므로, 결국 위 법률조항은 다른 사람의 범죄에 대해 그 책임 유무를 묻지 않고 형벌을 부과함으로써, 법정형에 나아가 판단할 것 없이, 형사법의 기본원리인 ‘책임없는 자에게 형벌을 부과할 수 없다’는 책임주의에 반한다.

(2) 재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 김희옥, 재판관 송두환의 의견

일정한 범죄에 대해 형벌을 부과하는 법률조항이 정당화되기 위해서는 범죄에 대한 귀책사유를 의미하는 책임이 인정되어야 하고, 그 법정형 또한 책임의 정도에 비례하도록 규정되어야 하는데, 이 사건 법률조항은 문언상 종업원의 범죄에 아무런 귀책사유가 없는 영업주에 대해서도 그 처벌가능성을 열어두고 있을 뿐만 아니라, 가사 위 법률조항을 종업원에 대한 선임감독상의 과실 있는 영업주만을 처벌하는 규정으로 보더라도, 과실밖에 없는 영업주를 고의의 본범(종업원)과 동일하게 ‘무기 또는 2년 이상의 징역형’이라는 법정형으로 처벌하는 것은 그 책임의 정도에 비해 지나치게 무거운 법정형을 규정하는 것이므로, 두 가지 점을 모두 고려하면 형벌에 관한 책임원칙에 반한다.

나. 이 사건 법률조항이 위헌이라는 의견이 8인으로서 위헌심판의 정족수를 넘으므로 위헌선언을 한 예 - 재판관 이동흡의 반대의견

이 사건 법률조항은 문언상 자신의 ‘업무’에 관하여 종업원의 ‘위반행위’가 있는 영업주만을 처벌하도록 규정하고 있으므로, 일관된 대법원 판례와 같이 ‘영업주의 종업원에 대한 선임감독상의 과실’이 있는 경우에만 처벌하는 것으로 보는 것은 문언해석의 범위 내에서 허용되는 합헌적 법률해석이라 할 것이고, 이를 전제로 할 때에 위 법률조항은 책임주의원칙에 위반되지 아니하며, 국민건강

이라는 보호법익의 중대성과 영업주라는 지위에 대한 비난가능성 등에 비추어 보면, 영업주의 선임감독상 과실의 죄책은 직접 행위자와 동등하게 평가될 수도 있는 것이므로, 영업주에게도 종업원과 동일한 법정형을 규정하였다고 하여 입법재량의 한계를 벗어나 책임과 형벌의 비례성원칙에 위반된다고도 볼 수 없다.

【심판대상조항】

보건범죄단속에 관한 특별조치법(1990. 12. 31. 법률 제4293호로 개정된 것) 제6조(양벌규정) 법인의 대표자 또는 법인이나 개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제2조 내지 제5조의 위반행위를 한 때에는 행위자를 처벌하는 외에 법인 또는 개인에 대하여도 각 본조의 예에 따라 처벌한다.

【관련조항】

보건범죄단속에 관한 특별조치법(1990. 12. 31. 법률 제4293호로 개정된 것) 제5조(부정의료업자의 처벌) 의료법 제25조의 규정을 위반하여 영리를 목적으로 의사가 아닌 자가 의료행위를, 치과 의사가 아닌 자가 치과 의료행위를, 한의사가 아닌 자가 한방 의료행위를 업으로 한 자는 무기 또는 2년 이상의 징역에 처한다. 이 경우에는 100만 원 이상 1천만 원 이하의 벌금을 병과한다.

의료법 제25조(무면허의료행위 등 금지) ① 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 이외의 의료행위를 할 수 없다. (이하 생략)

< 연구 >

I. 서론

본 대상판례는 법률조항이 종업원의 업무관련 무면허의료행위가 있으면, 영업

주가 자동적으로 처벌하도록 규정하여 다른 사람의 범죄에 대해 관리책임이 있는 자의 책임 유무를 묻지 않고 형벌을 부과함으로써 책임주의에 반하는가 라는 문제와 위 법률조항을 종업원에 대한 선임감독상의 과실 있는 영업주만을 처벌하는 규정으로 보더라도, 과실밖에 없는 영업주를 고의의 본범(종업원)과 동일하게 '무기 또는 2년 이상의 징역형'이라는 법정형으로 처벌하는 것은 그 책임의 정도에 비해 지나치게 무거운 법정형을 규정하는 것이므로 책임과 형벌의 비례성 원칙에 위반되는지 여부가 본 대상판례 분석의 연구대상으로 볼 수 있다.

II. 양벌규정의 개념과 유형

1. 양벌규정의 개념

양벌규정에 대한 정의로 다수의 의견으로는 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인 기타의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 일정한 위반행위를 한 때에는 그 직접적인 위반행위자를 벌하는 외에 그 영업주인 법인이나 개인에 대하여도 위반행위자에 적용되는 해당 벌칙에 의한 형벌을 부과하는 규정으로 정의된다.¹⁾

양벌규정은 일반적으로 행정법상의 행정벌의 형태로 규정되어 있는 것이 일반적이며, 직접 위반행위를 실행한 자와 고용관계·대리관계 등 특정한 관계에 있는 영업주인 법인이나 개인 쌍방을 함께 처벌하려는 것이다. 일반적 의미의 영업주라 함은 영업행위의 주체로서 자기의 계산으로 영업을 행하는 자 혹은 영업의 이익이 귀속되는 주체로서 법인과 자연인을 함께 포함시켜 해석하여야 한다. 또한 일반적 의미의 종업원이라 함은 영업주와 정식의 고용계약이 체결되어 근무하는 자 뿐만 아니라 그 영업주의 대리인·사용인 등이 자기의 업무보조자로서 사용하면서 영업주의 통제·감독하에 있는 자까지 포함된다고 보아야 한다. 종업원의 범위에 관하여는 대법원 판례의 흐름을 살펴보면 그 범위가 확대되는 경향을 보이고 있다.²⁾

1) 이상철, 양벌규정의 연구, 법제, 491호, 48면.

2) 대법원 1993.5.14. 93도344판결 참조, 대상범위가 확대되는 경향이 있다.

2. 양벌규정의 형사정책적 배경

양벌규정이 형법상 책임주의와 관계없이 이를 입법으로 시행한 것은 형사정책적으로 다음과 같은 배경에 기인된 것으로 볼 수 있다.

첫째, 행위자와 직접 행위를 행하지 않은 영업주를 함께 처벌할 목적이 있다.³⁾ 일반적 유형으로 양벌규정의 입법형태는 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인 기타의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 위반행위를 한 경우 그 행위를 한 행위자를 벌하는 외에 그 법인이나 개인에 대하여도 해당 각 본조의 벌금형을 부과하는 형태를 띠고 있다.⁴⁾

둘째, 영업주의 종업원 선임·감독상의 과실 또는 무과실 책임을 과한다. 양벌규정에 의한 영업주의 책임에 대해서는 무과실책임설과 과실책임설이 있다. 무과실책임설은 영업주의 책임에 대하여 형법상 책임주의 원칙에 대한 예외로 행정행위의 목적으로 일종의 전가대위책임으로 보는 입장이며, 과실책임설은 종업원에 대한 선임·감독상의 과실책임으로 보되, 법인이나 영업주가 과실이 없음을 입증하지 못하면 과실이 추정된다는 과실추정설로 보는 입장이다. 일반적으로 법인이나 영업주의 처벌은 직접 금지위반행위자인 종업원 등의 처벌에 따라 의존되는 것이 아니라 독립하여 영업주 자신의 종업원 등에 대한 선임·감독상의 과실에 따른 처벌로 보아야 할 것이다.⁵⁾

셋째, 양벌규정은 행정상 의무이행을 강제하는 목적이 있다. 즉 법인에 대한 형사책임능력에 대하여는 전통적으로 이를 인정하지 않는 입장이 지배적이었으나, 행정형벌의 경우에 행정의무의 이행보장 등 입법정책상의 필요성에 의하여 직접 행위를 행하지 않은 자에 대한 형사책임을 물을 수 있도록 행정정책상 이를 인정하고 있다. 이는 양벌규정이 없을 경우 종업원 등의 위반행위로 이익을 얻는 수혜자가 영업주이므로 장래 위반행위 방지와 예방조치를 위해 영업주인 법인이나 개인에 대하여도 처벌하는 규정이 필요하다.

3) 박영도, 입법기술의 이론과 실제, 한국법제연구원 연구보고서 97-1, 356면 참조.

4) 건설업법위반사건(대법원 1997.6.13. 97도534 판결) 등 일련의 대법원 판례를 살펴보면, 양벌규정의 입법취지는 해당법률의 위반행위를 한 행위자와 그 영업주인 법인 또는 개인의 쌍방을 모두 처벌하려는 데에 그 목적이 있다고 판시하고 있다.

5) 이상철, 앞의 논문, 50면 참조.

3. 양벌규정의 입법형식과 대상판결의 심판조항의 입법형식

1) 입법형식

양벌규정에 대한 입법형식은 가장 일반적 형식으로 업무와 관련된 위반행위를 한 경우 행위자인 종업원을 벌하는 외에 그 영업주에 대하여도 각 해당 조항의 벌금형을 부과하도록 규정하는 입법형식으로 가장 일반적 입법형식이다.

기타의 입법형식으로는 첫째, 양벌규정의 적용대상으로 법인만을 규정하는 입법형식으로 용역경비업법 제18조(법인의 대표자나 사용인 기타 종업원이 그 법인의 업무에 관하여 제16조의 규정에 해당하는 행위를 한 때에는 그 행위자를 처벌하는 외에 그 법인에 대하여도 동조에 규정된 벌금형을 과한다)와 교통사고처리특례법 제6조 등이 이에 해당된다.

둘째, 면책규정이 없고, 의무해태 등의 과실책임을 묻는 표현이 없이 종업원이 위법행위를 한 경우에는 아무런 조건을 부가하지 아니하고 영업주를 처벌하도록 하는 입법형식이다. 미성년자보호법 제7조(법인의 대표자 또는 법인이나 개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제6조 또는 제6조의2의 벌칙사유에 해당하는 행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당 조의 벌금형을 과한다)와 환경범죄의 처벌에 관한 특별조치법 제5조 등의 수많은 입법례가 이에 해당된다.

셋째, 양벌규정에 법인격 없는 단체를 포함시키는 입법형식이다. 종래 특히 노사관계에서 불법노조단체 등 법인격 없는 단체의 대리인·사용인 기타 종업원이 위반행위를 하는 사례가 많았기 때문에 이와 같은 입법방식이 등장하였다고 본다. 노동조합 및 노동관계조정법 第94조(법인 또는 단체의 대표자, 법인·단체 또는 개인의 대리인·사용인 기타의 종업원이 그 법인·단체 또는 개인의 업무에 관하여 제88조 내지 제93조의 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인·단체 또는 개인에 대하여도 각 해당 조의 벌금형을 과한다), 건설근로자의 고용개선 등에 관한 법률 제25조, 보험업법 제227조 등에서 찾아 볼 수 있다.

넷째, 법인·자연인이 그 주의·감독의무를 태만히 하지 아니하였을 때에는 처벌하지 아니한다는 면책규정을 단서의 형태로 두는 입법형식이다. 이러한 입

법형식은 법인이나 영업주의 책임을 형법상 책임원리에 따라 정한다는 입장이다.

다섯째, 양벌규정에 면책규정인 단서를 두되, 제4유형의 경우와는 달리 법인이나 개인의 영업을 위하여 관리감독자의 지위에 있는 자가 일정한 위반행위의 계획을 알고 그 방지에 필요한 조치를 하였거나 위반행위를 알고 그 시정에 필요한 조치를 하였을 때에는 당해 법인이나 개인을 처벌하지 아니하도록 하는 단서를 두고 있는 입법형식으로 산업안전보건법 제71조(법인의 대표자 또는 법인이나 개인의 대리인·사용인(관리감독자를 포함한다) 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제67조 내지 제70조의 위반행위를 한 때에는 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 동조의 벌금형을 과한다. 다만, 관리감독자가 위반의 계획을 알고 그 방지에 필요한 조치를 하였거나 위반행위를 알고 그 시정에 필요한 조치를 하였을 때에는 그러하지 아니하다) 및 근로기준법 제117조를 들 수 있다.

여섯째, 양벌규정에 면책규정인 단서를 두되, 제4유형 및 제5유형과는 다른 형태를 취하고 있다. 그리고 후단을 두어 영업주가 위반계획을 알고 그 방지조치를 하지 아니하거나 위반행위를 알고 그 시정조치를 하지 아니하는 경우에는 위반행위를 교사한 경우와 함께 영업주도 행위자로서 처벌하도록 하는 방식이다. 즉 영업주의 악의·과실 및 교사행위에 대하여 처벌하려는 것이다. 근로기준법 제116조(이 법의 위반행위를 한 자가 당해 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위 한 대리인, 사용인 기타의 종업자인 경우에는 사업주에 대하여도 각 본조의 벌금형을 과한다. 다만, 사업주(사업주가 법인인 경우에는 그 대표자, 사업주가 영업에 관하여 성년자와 동일의 능력을 갖지 아니하는 미성년자 또는 금치산자인 경우에는 그 법정대리인을 사업주로 한다. 이하 이 조에 있어서 같다)가 위반방지에 필요한 조치를 한 경우에는 그러하지 아니하다. 사업주가 위반의 계획을 알고 그 방지에 필요한 조치를 하지 아니하는 경우, 위반행위를 알고 그 시정에 필요한 조치를 하지 아니하는 경우 또는 위반을 교사한 경우에는 사업주도 행위자로서 처벌한다)고 규정하고 있다.

일곱째, 개업노무사 등 일정한 국가자격을 취득한 자연인의 직무보조원이 위반행위를 한 경우에는 그 행위자인 직무보조원이외에 당해 自然人도 처벌하도록 하고, 개업노무사 등 국가자격을 취득하고 영업하는 자가 위반행위를 한 경우에는 그 소속 노무법인 등 법인에 대하여도 처벌하도록 하는 2단계의 입법방식이다. 구체적인 입법례로서 공인노무사법 제30조제1항에서 개업노무사의 직무

보조원이 개업노무사의 직무에 관하여 제28조의 규정에 해당하는 위반행위를 한 때에는 그 행위자를 벌하는 외에 그 개업노무사에 대하여도 동조에 규정된 벌금형을 과한다라고 규정하고, 동조 제2항에서 노무법인의 사원인 공인노무사가 제28조의 규정에 해당하는 위반행위를 한 때에는 그 행위자를 벌하는 외에 노무법인에 대하여도 동조에 규정된 벌금형에 처한다라고 규정하는 입법형식을 취하고 있다.

2) 대상판결의 심판조항의 입법형식

대상판결의 심판조항의 입법형식은 위의 입법형식 중 기타의 입법형식 중 두 번째의 입법형식으로서 면책규정이나 의무해태 등의 과실책임을 묻는 표현이 없이, 종업원이 위법행위를 한 경우 아무런 조건을 부가하지 아니하고 영업주를 처벌하도록 하는 입법형식이다. 즉 개인의 대리인, 사용인 기타 종업원이 그 개인의 업무에 관하여 제5조의 위반행위를 한 때에는 행위자를 처벌하는 외에 개인에 대하여도 본조의 예에 따라 처벌한다고 규정되어 있다. 그러나 둘째 유형과의 차이점은 대부분의 양벌규정에서 영업주에 대한 법정형은 벌금형으로 규정되어 있으나 대상판결의 심판조항은 법정형이 징역형으로 되어 있어, 양형과징에서 형법의 기본원리와 비례성의 원칙으로 인한 위헌심판제청으로 위헌판결이 내려 졌다. 따라서 이러한 유형의 입법형식은 추후 개정작업을 거쳐야 할 것이다.

4. 논의의 초점

본 대상판결을 계기로 양벌규정의 근거와 관련 이론 그리고 입법형식에 대한 종합적 검토와 위헌판결을 계기로 제기될 수 있는 대체입법에 대하여 종합적으로 이하에서 종합적으로 살펴보기로 한다.

III. 법인의 처벌과 양벌규정

1. 범죄능력과 형사책임

법인의 범죄능력과 형사책임에 대한 논의는 기본적으로 행위자형법을 근거로 하는 현대 형법의 기본원리에서부터 시작된다고 볼 수 있다. 양벌규정을 법인의 행위능력과 수형능력 등과 관련하여 어떻게 이해할 것인지에 대하여 살펴보기로 한다. 법인의 범죄능력에 대한 학설의 입장을 살펴보기로 한다.

1) 법인의 범죄능력 부정설

법인의 범죄능력 부정설은 통설과 판례의 입장으로 법인은 범죄의 주체로 될 수 없다는 입장이다.⁶⁾ 이와 달리 법인의 범죄능력을 부정하면서 법인의 수형능력은 인정하는 견해도 있다.⁷⁾ 이 입장은 첫째, 의사와 육체가 없는 법인은 행위능력이 없으며, 둘째, 법인이 관여된 범죄로 자연인인 기관을 처벌하면 족하지 법인 자체를 처벌할 필요는 없으며, 셋째, 법인을 처벌하면 범죄와 무관한 그 구성원까지 처벌하는 것이 되어 형법상 자기책임원리에 반하며, 넷째, 법인의 행위능력을 인정하더라도 법인에게 형벌의 전제가 되는 윤리적 책임비난을 부과 할 수는 없으며, 다섯째, 법인설립의 목적에서 범죄행위는 이 목적이 될 수 없으므로 범죄행위를 법인에게 귀속시킬 수 없으며, 여섯째, 법인에게는 생명형과 자유형을 가할 수 없다는 논거를 제시하고 있다.

2) 법인의 범죄능력 긍정설

법인의 범죄능력 긍정설은 소수설의 입장으로 법인의 범죄주체성을 형사법과 행정법 모두에게 인정하는 입장이다.⁸⁾ 이 입장은 첫째, 법인실체설에 의하면 법인의 범죄능력을 인정할 수 있으며, 둘째, 법인은 그 기관을 통하여 의사를 형성하고 행위를 할 수 있으므로 법인에게도 의사능력과 행위능력을 인정할 수 있으며, 셋째, 법인의 기관의 행위는 법인 자체의 행위이고, 법인 자체의 행위는 그 구성원에게 효력이 미치므로 법인에 대한 처벌은 형법상 자기책임의 원리에

6) 이재상, 형법총론, 100면; 이형국, 형법연구 I, 167면; 대법원 1984.10.10, 82도 2595선고; 대법원 1985.10.8, 83도1375등.

7) 진계호, 형법총론, 115면; 이재상, 앞의 책, 101면.

8) 김일수, 형법원론, 276면; 정성근, 형법총론, 103면.

반하는 것이라 할 수 없으며, 넷째, 실제로 법인에게도 형벌이 과해지므로 책임 비난도 가능하며, 다섯째, 법인이 설립 목적과 달리 범죄를 범할 수 없는 것이라 해석할 수는 없으며, 여섯째, 법인에게에는 재산형과 자격형을 가할 수 있고, 양벌규정으로 법인에 대한 형벌을 규정하고 있는 법률이 있으며, 일곱째, 형사정책적 목적으로 법인의 범죄능력을 인정할 필요가 있다는 논거를 제시하고 있다.

3) 법인의 범죄능력 일부긍정설

법인의 범죄능력 일부긍정설은 형사법에 대해서는 법인의 범죄능력을 부정하고, 행정법에 대해서만 이를 인정하는 입장이다⁹⁾ 이 입장은 행정법의 경우 행정적 단속목적이 강하며, 형사법과 달리 윤리적 경향이 약하므로 형사법에 대해서는 부정설의 입장과 동일하나, 행정법의 경우 이를 인정하자는 취지이다.

4) 소결

행정법을 형벌로써 처벌하는 이상 형사법과 다르게 취급할 논거가 없으므로 일부긍정설은 설득력이 없다. 또한 법인처벌의 명문규정이 있으면 법인의 범죄능력을 인정하여야 한다는 견해도 타당성이 없다. 법인처벌의 명문규정 그 자체는 형사정책적 필요성에 의해 이를 인정한 것이므로 이러한 것이 법인의 범죄능력 인정의 논거로 인정될 수는 없다.

법인은 스스로 행위 할 수 있는 정신적·육체적 실체가 없으므로 행위능력은 없다고 판단되며, 또한 형법상 책임은 자기책임에 근거하고 있으므로 윤리적·도덕적 비난가능성에 근거한 자유로운 의사결정능력이 없는 법인은 책임능력도 인정될 수 없다. 따라서 법인의 책임능력을 부정하는 입장이 타당하다.

부정설의 입장에서는 법인에 대한 제재로 형벌이 아닌 법인해산, 영업의 정지, 금융의 제한, 면허의 박탈, 과태료의 부과 등을 가할 수 있다. 특히 물수는 범죄행위자가 아닌 제3자에 대하여도 부과할 수 있는 제재수단이다. 따라서 대표자 또는 종업원의 범죄행위로 인하여 법인이 이익을 취한 것이 있다면 법인에 대한 물수를 부과할 수 있다.

9) 유기천, 형법총론, 105면.

법인에 대한 벌금 부과는 가능한 것인가? 부정설의 입장에서는 법인에 대한 벌금형의 부과 또한 법인의 벌금수형능력이 부정되므로 벌금형의 부과는 불가능하다고 해석될 수 있다. 따라서 법인에 대한 벌금형 부과를 규정한 법률은 법인 자신의 범죄능력 및 수형능력을 일반적으로 인정한 것이 아니라, 입법자가 정책적 관점에서 예외적으로 특별히 법인의 벌금수형능력을 인정한 것으로 해석할 수밖에 없다.¹⁰⁾ 범죄행위를 한 자연인이 지는 형벌의 부수효과(Nebenfolge)를 법인이 벌금이라는 재산적 제재의 형태로 인수하는 것이라고 이해하여야 하며, 이러한 형벌의 부수효과는 자기행위가 없더라도 귀속이 가능하다.¹¹⁾

법인처벌규정을 이와 같이 이해한다면 법인의 범죄능력이 부정되더라도 실정법의 규정이 있는 범위 내에서 법인을 벌금형으로 처벌할 수 있게 되며, 법인의 범죄능력이 부정되더라도 법인에 대한 독자적인 - 즉 양벌규정이 아닌 - 벌금벌칙 조항이 규정되어도 무방하다.¹²⁾

IV. 실제행위자와 사업주의 처벌근거와 범위

1. 범죄행위자의 처벌근거

범죄행위자에 대하여 형사처벌의 근거에 대하여는 당연한 것이나 직접 행위자인 종업원이 사업주의 업무를 수행하는 과정에서 저지른 위법행위는 그것이 사업주나 법인을 위한 행위로 평가될 수 있더라도 행위자인 종업원 개인의 행위 성질도 함께 지니고 있으므로 처벌의 근거가 된다. 그러나 현실적으로 행위자인 종업원 등을 처벌할 것인가 혹은 처벌할 수 있는가 하는 것은 입법정책 내지는 법규정의 해석에 달린 문제이다.¹³⁾

범죄행위의 주체를 사업자로 한정한 법규정은 사업자 이외의 자는 포함되지

10) 손동권, 법인의 범죄능력과 양벌규정, 안암법학, 제3집, 332-333면 참조.

11) 손동권, 앞의 논문, 333면 참조.

12) 손동권, 앞의 논문, 333면 참조.

13) 주식특별형법 제1권, 245면.

않는다고 해석하는 견해와 사업자의 개념 자체 속에 사업주뿐 아니라 그의 명예에 의하여 또는 그를 대리하여 행하는 기타 직원도 포함된다고 하는 견해도 있지만 통설은 양벌규정에 있어서 행위자를 벌하는 외에 라는 문언에 근거하여 행위자를 처벌할 수 있다고 해석하고 있다.¹⁴⁾ 이러한 해석은 행위주체를 확대함으로써 구성요건을 수정하는 것으로 보고, 이러한 해석과정을 통해서 행위자를 처벌할 수 있다고 해석된다. 이러한 입장에 대해 양벌규정의 본래의 취지가 사업자의 종업인의 범죄행위가 성립함을 전제로 그 이익의 귀속주체인 사업자에 대하여 벌금을 과하는 것이므로 이러한 양벌규정을 적용하기 위해서는 종업원 등의 범죄행위가 먼저 성립되어야 할 것이고, 종업원 등의 범죄행위가 성립되지 아니하는 경우에는 양벌규정은 적용될 여지가 없다. 그러나 대부분의 양벌규정이 사업주를 벌금형으로 처벌하는데 대해 본 연구대상판결의 관련 조문의 경우 징역형으로 규정되어 있어 이에 대한 균형이 맞지 않는다는 점이 특색이 있다.

범죄행위자로 규정되어 있는 종업원이라 함은 직접 혹은 간접적으로 사업주의 통제, 감독을 받으면서 사업에 종사하고 있는 자를 말한다. 반드시 계약에 의하여 고용한 사람이 아니더라도 사업주의 지휘를 받으면서 그 사업에 종사하고 있다면 종업원이 될 수 있다. 또한 사업주 스스로 고용한 사람이 아니라 사업주의 피용자가 자기의 보조자로서 사용하고 있는 자도 종업원이 된다. 판례 중에는 증권거래법 제215조 제2항(양벌규정) 소정의 법인의 종업원에는 법인과 정식의 고용계약이 체결되어 근무하는 자뿐만 아니라 법인의 대리인, 사용인 등이 자기의 보조자로서 사용하고 있으면서 직접 또는 간접으로 법인의 감독 하에 있는 자도 포함되며,¹⁵⁾ 종업원이란 영업주의 사업경영과정에 있어서 직접 또는 간접으로 영업주의 감독 통제 아래 그 사업에 종사하는 자를 일컫는 것이므로 영업주 스스로 고용한 자가 아니고 타인의 고용인으로서 타인으로부터 보수를 받고 있다 하더라도 객관적, 외형상으로 영업주의 업무를 처리하고 영업주의 종업원을 통하여 간접적으로 감독 통제를 받는 자라면 이에 포함된다는 사례도 있다.¹⁶⁾ 그러나 양벌규정에서 대리인은 대항적인 관계에서 위임을 받은 대리인

14) 주석특별형법 제1권, 249면.

15) 증권회사의 지점 대리가 업무보조자로 고용한 사람이 고객으로부터 유가증권의 종류, 종목 및 매매의 구분과 방법에 관하여 결정을 받지 아니하고 일임매매를 한데 대하여 증권회사를 양벌규정에 의하여 처벌한 사안(대법원 1993.5.14, 93도 344 선고).

16) 피고인이 경영하는 극장에서 상영하는 영화의 배급사 직원이 극장 지배인의 지시로 잠시 검표업무를 대행하던 중 미성년자의 관람이 금지되어 있음에도 미성년자를 입장시킨

은 여기에 포함되지 않으나 상사지배인과 같이 종업원의 신분을 가지고 있는 자만을 대리인의 개념에 포함 된다.

2. 법인 또는 업무주체자인 사업주의 처벌근거

법인 또는 업무주체자인 사업주의 처벌근거는 앞의 II. 2. 양벌규정의 형사정책적 배경에서 논술한 바와 같이 무과실책임설과 과실책임설에 의하여 견해가 대립되고 과실책임설이 통설이다. 살피건대, 행정법규의 경우 비록 윤리성보다는 행정규제라는 합목적성이 강조되기는 하지만 그 위반행위에 대하여 형벌을 과하는 이상 형법상 책임주의의 원칙에 위배되는 규정은 받아들이기 어렵다.

사업주가 책임원칙에 의해 어느 정도 주의의무를 다하였을 경우 과실이 없는 것으로 인정될 것인가 그리고 그 판단은 어떻게 할 것인가? 이에 대해서는 단순히 결정할 수는 없으며, 행정법규의 목적, 특성, 위반행위의 내용, 위반자의 지위 등 구체적인 사건에 따라 판단할 수밖에 없다. 판례 중에는 법인이 종업원들에게 윤락행위알선을 하지 않도록 교육을 시키고, 또 입사시에 그 다짐을 받는 각서를 제출하게 하는 등 일반적이고 추상적인 감독을 하는 것만으로는 공중위생법 제45조 단서의 면책사유에 해당하지 않는다는 판례가 있다.¹⁷⁾

사업주의 처벌을 위해서는 행위자인 종업원 등의 범죄성립 혹은 처벌이 그 전제조건이 되는가? 이와 관련하여 양벌규정에 의한 영업주의 처벌은 금지위반 행위자인 종업원의 처벌에 종속하는 것이 아니라 독립하여 그 자신의 종업원에 대한 선임감독상의 과실로 인하여 처벌되는 것이므로 영업주의 위 과실 책임을 묻는 경우 금지위반 행위자인 종업원에게 구성요건상의 자격이 없다고 하더라도 영업주의 범죄성립에는 아무런 지장이 없다고 하여 행위자인 종업원 등의 위반행위가 존재하고 이에 대한 영업주의 감독의무 해태사실이 인정되면 종업원인 행위자가 처벌되지 않더라도 영업주는 처벌할 수 있음을 명백히 하고 있다.¹⁸⁾

사업주가 종업원의 위반행위에 대하여 처벌을 받는 근거는 감독의무의 태만에 있기 때문에 사업주는 경영주체로서 사업경영에 임하고 사업에 종사하는 자

태 대하여 피고인을 양벌규정에 의하여 처벌한 사안(대법원 1987.11.10, 87도1213 선고).

17) 대법원 1992.8.18 선고, 92도1395.

18) 대법원 1987.11.10 선고, 87도1215.

들의 집단을 전체로서 통괄하는 지위에 있을 것이 필요하다.

사업주가 법인인 경우 법인격 없는 단체도 양벌규정에 의하여 처벌할 수 있는지에 대해 학설은 법인격 없는 단체가 양벌규정에 의한 처벌의 대상으로 명문화되어 있는 경우만 양벌규정을 적용할 수 있으며,¹⁹⁾ 동일한 취지의 대법원 판결도 있다.²⁰⁾

V. 결론 및 본 사안의 검토

본 대상판결 법률조항에서 종업원의 업무 관련 무면허의료행위가 있으면 이에 대해 영업주가 비난받을 만한 행위가 있었는지 여부와는 관계없이 자동적으로 영업주도 처벌하도록 규정하고 있고, 그 문언 상 명백한 의미와 달리 “종업원의 범죄행위에 대해 영업주의 선임감독상의 과실(기타 영업주의 귀책사유)이 인정되는 경우”라는 요건을 추가하여 해석하는 것은 문리해석의 범위를 넘어서는 것으로서 허용될 수 없으므로, 결국 위 법률조항은 다른 사람의 범죄에 대해 그 책임 유무를 묻지 않고 형벌을 부과함으로써, 법정형에 나아가 판단할 것 없이, 형사법의 기본원리인 ‘책임없는 자에게 형벌을 부과할 수 없다’는 책임주의에 반한다 라는 취지의 의견을 제시하고 있다. .

이 와는 결론에서 동일하지만 논의 전개과정에서 다른 의견이 제시되고 있다. 즉 일정한 범죄에 대해 형벌을 부과하는 법률조항이 정당화되기 위해서는 범죄에 대한 귀책사유를 의미하는 책임이 인정되어야 하고, 그 법정형 또한 책임의 정도에 비례하도록 규정되어야 하는데, 이 사건 법률조항은 문언상 종업원의 범죄에 아무런 귀책사유가 없는 영업주에 대해서도 그 처벌가능성을 열어두고 있을 뿐만 아니라, 가사 위 법률조항을 종업원에 대한 선임감독상의 과실 있는 영업주만을 처벌하는 규정으로 보더라도, 과실밖에 없는 영업주를 고의의 본범(종업원)과 동일하게 ‘무기 또는 2년 이상의 징역형’이라는 법정형으로 처벌하는 것은 그 책임의 정도에 비해 지나치게 무거운 법정형을 규정하는 것이므로, 두 가지 점을 모두 고려하면 형벌에 관한 책임원칙에 반한다.

그러나 양벌규정에서 그동안 대법원 판결과 통설의 논거를 살펴보자. 법인

19) 구 노동조합법 제50조 제2항.

20) 대법원 1995.7.28 선고, 94도3325.

또는 사업주의 처벌근거는 무과실책임설과 과실책임설에 의하여 견해가 대립되지만 과실책임설이 통설이다. 양벌규정에 의한 사업주의 처벌의 당위성은 윤리정보다는 행정규제라는 합목적성이 강조되기는 하지만 그 위반행위에 대하여 형벌을 과하는 이상 형법상 책임주의의 원칙에 위배되는 규정은 받아들이지는 어렵다는 것이 일반 해석의 내용이다. 그러나 그러한 입장에서라도 사업주가 책임원칙에 의해 어느 정도 주의의무를 다하였을 경우 과실이 없는 것으로 인정될 가능성은 있는 것이며 그 판단기준은 앞에서 논술한 것처럼 행정법규의 목적, 특성, 위반행위의 내용, 위반자의 지위 등 구체적인 사건에 따라 판단할 수밖에 없다. 특히 대법원 판결 중에는 구체적으로 사업주의 처벌을 위해 책임원칙에 따른 주의의무에 대한 판단을 하고 이에 대한 근거를 판결내용에 명시하는 경우가 대부분이다.²¹⁾

양벌규정에 의한 사업주의 처벌은 금지위반 행위자인 종업원의 처벌에 종속하는 것이 아니라 독립하여 그 자신의 종업원에 대한 선임감독상의 과실로 인하여 처벌되는 것이므로 사업주의 위 과실 책임을 묻는 경우 금지위반 행위자인 종업원에게 구성요건상의 자격이 없다고 하더라도 사업주의 범죄성립에는 아무런 지장이 없다고 하여 행위자인 종업원 등의 위반행위가 존재하고 이에 대한 사업주의 감독의무 해태사실이 인정되면 종업원인 행위자가 처벌되지 않더라도 영업주는 처벌할 수 있음을 명백히 하고 있다.²²⁾ 그러나 본 대상판결의 법률조항은 독립된 사업주 처벌의 형태가 아닌 종업원의 처벌이 인정되면 사업주의 과실유무와 관계규정에 의해 처벌하는 것으로 양벌규정의 형식이 달라 사업주의 처벌근거로 일관된 판례의 태도로 볼 수는 없다고 할 수 있다. 즉 일관된 대법원의 판례태도와 달리 본 대상판결의 법률조항만을 다른 논지에 의해 판결하는 것은 일관된 내용으로 볼 수 없으며 단지 입법의 오류로 인한 위헌결정으로 결론을 내리는 것이 타당한 결정이유라 할 수 있다. 왜냐하면 사업주는 경영주체로서 사업경영에 임하고 사업에 종사하는 자들의 집단을 전체로서 통괄하는 지위에 있을 것이 필요하므로 이에 대한 선임감독 등 주의의무위반에 대한 논증 없이 형법상 책임주의위반을 근거로 위헌결정을 내린 것은 양벌규정의 여러 유형에 대하여 그동안 대법원이 일관되게 견지해 온 태도와 어긋나는 결론이다. 입법의 오류로 인한 위헌결정이유를 형법상 책임주의원칙으로 그 근

21) 대법원 1992.8.18 선고, 92도1395.

22) 대법원 1987.11.10 선고, 87도1215.

거의 오류가 제시된 판결로 볼 수도 있다.

특히 소수의견의 이유로 이 사건 법률조항은 문언상 자신의 ‘업무’에 관하여 종업원의 ‘위반행위’가 있는 영업주만을 처벌하도록 규정하고 있으므로, 일관된 대법원 판례와 같이 ‘영업주의 종업원에 대한 선임감독상의 과실’이 있는 경우에만 처벌하는 것으로 보는 것은 문언해석의 범위 내에서 허용되는 합헌적 법률해석이라 할 것이고, 이를 전제로 할 때에 위 법률조항은 책임주의원칙에 위반되지 아니한다는 의견을 제시하였다. 이러한 논거가 일관된 대법원 판례의 내용이라 할 수 있으며 그동안의 통설의 내용이라 할 수 있으며, 그 논지는 타당하다고 할 수 있다.

그러나 소수의견에서 제시된 것과 같이 국민건강이라는 보호법익의 중대성과 영업주라는 지위에 대한 비난가능성 등에 비추어 영업주의 선임감독상 과실의 죄책은 직접 행위자와 동등하게 평가될 수도 있는 것이나 영업주에게도 종업원과 동일한 법정형을 규정하였고 특히 일반적 양벌규정과는 달리 벌금형 뿐만 아니라 징역형까지 규정한 것은 입법재량의 한계를 벗어나 책임과 형벌의 비례성원칙에 위반되며 이는 입법의 오류라 할 수 있다.²³⁾ 즉 사업주의 처벌을 위해서는 행위자인 종업원 등의 범죄성립 혹은 처벌이 그 전제조건이 되는 것이 아니라 독립하여 그 자신의 종업원에 대한 선임감독상의 과실로 인하여 처벌되는 것이므로 영업주의 위 과실 책임을 묻는 경우 금지위반 행위자인 종업원에게 구성요건상의 자격이 없다고 하더라도 영업주의 범죄성립에는 아무런 지장이 없으므로 행위자인 종업원 등의 위반행위가 존재하고 이에 대한 영업주의 감독 의무 해태사실이 인정되면 종업원인 행위자가 처벌되지 않더라도 영업주는 처벌할 수 있음을 명백히 하고 있는 판례²⁴⁾가 있으므로 책임과 형벌의 비례원칙을 적용하기 위해서는 처벌대상이 되는 영업주의 책임이 인정되는 것을 조건으로 이 원칙이 적용되나, 종업원의 위반행위에 대하여 영업주의 책임여부와 관계없이 동일한 법정형으로 의율하는 것은 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

23) 제정 당시 정부가 제출한 법률안에 의하면 그 법정형을 “각 본조의 벌금형”으로 규정하고 있었으나 국회 보건사회위원회의 심사 과정에서 “특례법의 취지 상 개인에 대한 제형을 추가”하려는 의도로 “각 본조의 예에 따라 처벌한다”로 수정되어 본회의에서 의결되어 입법의 오류로 볼 수 있다.

24) 대법원 1987.11.10 선고, 87도1215.

필요적으로 병과되며 이는 사업주의 고의가 아닌 선임·감독상의 과실을 근거로 처벌을 하면서도 법정형의 하한을 징역 2년으로 정하고 있어 형벌이 책임에 비해 지나치게 과도하여 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 되며, 만약 피고인에게 선고유예나 집행유예가 허용되지 아니하는 사정이 있는 경우에는 자신이 알지 못하였던 사용인의 행위로 인해 징역 1년 이상의 실형을 복역할 수밖에 없는 불합리한 결과가 발생하므로 형벌이 책임에 비해 지나치게 과도한 비례원칙위반과 입법의 오류를 이유로 관련 법률조항은 위헌이라 할 수 있다.

주제어 : 양벌규정, 법인의 범죄능력

참 고 문 헌

- 김일수, 한국형법I, 박영사, 1992
- 박영도, 입법기술의 이론과 실제, 한국법제연구원 연구보고서 97-1, 1997.
- 손동권, 법인의 범죄능력과 양벌규정, 안암법학, 제3집, 1995.
- 유기천, 형법총론, 일조각, 1979
- 이상철, 양벌규정의 연구, 법제 491호, 법제처, 1999.
- 이재상, 형법총론, 박영사, 2007
- 이형국, 형법연구 I, 법문사, 1986
- 주석특별형법 제1권, 한국사법행정학회, 2001
- 진계호, 형법총론, 대왕사, 2000
-
- 대법원 1984.10.10 선고, 82도 2595
- 대법원 1987.11.10 선고, 87도1215
- 대법원 1985.10.8 선고, 83도1375
- 대법원 1992.8.18 선고, 92도1395
- 대법원 1993.5.14 선고, 93도344
- 대법원 1995.7.28 선고, 94도3325
- 대법원 1997.6.13 선고, 97도534

[Abstract]

The case study about provisions of dual punishment

Oh, Kyung-sik

Professor, Kangnung National University

The constitutional court about provisions of dual punishment(2007.11.29, 2005헌가10) was decidedly against the constitution. This study is about case study and provisions of dual punishment.

This case is related to special law on control law of health crime no.6. I have a different opinion from constitutional judges. Because the related law is mistake in law-mak-ing.

The study is below :

- I. Introduce
- II. The idea and type of provisions of dual punishment
- III. The punishment of corporation and provisions of dual punishment
- IV. The punishment grounds and scope of a behavior and an enterpriser
- V. conclusion.

Key Words : provisions of dual punishment, crime ability of corporation