

연구총서 13-AA-01

K O R E A N I N S T I T U T E O F C R I M I N O L O G Y

직업금지의 형사제재화 방안에 관한 연구

Untersuchung zur Einführung des Berufsverbots
als Kriminalstrafe

박학모

■ 박학모

한국형사정책연구원 부연구위원

오늘날 세계 각국에서 일자리 문제가 사회·정치적 핫이슈라는 사실에서도 보듯이 현대사회에서 직업이 지니는 의의는 매우 크다 할 것입니다. 이에 상응하여 직업의 행사와 결부된 위험을 최소화하고 현대사회에서 직업이 지니는 공공성을 보장하기 위해서는 건강한 직업윤리와 규칙체계가 형성되고 기능하는 것 역시 매우 중요합니다. 무엇보다 직업의 행사와 결부되어 발생하는 크고 작은 범죄행위에 대하여서는 형법을 통한 법익보호가 효과적으로 수행되어야 합니다.

우리 형사법이 과연 이러한 과제에 적절히 부응하고 있는가 하는 물음으로부터 이 연구는 출발하고 있습니다. 우리 형법전을 보면 직업과 결부된 형사정책적 관점을 발견하기가 쉽지 않습니다. 형법 제41조의 ‘형의 종류’에 ‘자격상실’과 ‘자격정지’는 일반적 직업상의 자격상실·정지보다는 “공직자격”에 국한된 제재입니다.

본격적으로 직업과 결부된 범죄가 형사정책이슈가 된 것은 주로 성폭력범죄와 식품관련범죄가 미디어를 통하여 문제화되면서입니다. 특히 성범죄와 관련하여서는 성범죄자의 취업제한이 입법되었으며, 이른바 ‘도가니법’을 통하여 최근에 다시 강화되었습니다. 그 밖에도 여러 개별법들이 중대한 위법행위에 대하여 자격정지, 업무정지 등의 행정처분을 규정하고 있습니다. 하지만 직업단체의 자체 징계제도나 행정제재에 대해서는 ‘봐주기논란’, ‘숨방망이징계’ 등 공정성시비가 제기되며 그 실효성이 의문시되는 실정입니다. 직업과 자격의 남용 및 악용에 의한 범죄행위에 대하여는 범죄행위의 맥락과 가장 밀접한 제재가 정당한 응보를 통한 정의의 실현이나 일반인에 대한 위하 또는 규범의 안정이라는 일반예방, 나아가 범죄자의 재범으로부터 일반을 보호하는 특별예방과 같은 형벌론적 관점에서 설득력을 갖는 것으로 보고되고 있습니다.

이 연구는 먼저 헌법상 직업의 자유에 대한 맥락을 고려하면서 직업과 결부된

실효성 있는 형사제재를 지향하는 이론적인 검토를 함과 아울러 현행법상 직업 관련 제재들에 대하여 그 내용 및 체계상의 문제점 등을 종합적으로 고찰하고 있습니다. 또한 독일, 프랑스, 미국을 중심으로 한 비교법적 검토를 통해서는 그 시사점을 우리 형법상 새로운 형사제재화로 구체화하는 방안을 찾는 토대로 삼고 있습니다. 우리 현실에서 실현가능한 현실적 대안으로서 ‘직업금지형’을 제안하는 이 연구가 우리 학계와 실무계의 앞으로의 논의에 좋은 밑거름이 되기를 바라며 연구자의 노고를 치하합니다.

2014년 2월

한국형사정책연구원

원장 

CONTENTS

국문요약	11
제1장 서론: 문제의 제기	17
제2장 직업금지에 대한 헌법이론적 검토	25
제1절 헌법상 직업의 개념	27
제2절 헌법상 직업의 자유의 범위	29
제3절 직업의 자유의 제한과 그 한계	31
1. ‘약국판결’과 ‘단계이론’	32
2. ‘단계이론’의 3단계에 대한 개관	33
가. 제1단계(직업행사의 자유의 제한)	34
나. 제2단계(주관적 사유에 의한 직업선택의 자유의 제한)	34
다. 제3단계(객관적 사유에 의한 직업선택의 자유의 제한)	35
라. 소결	35
제4절 자격제도를 통한 직업의 자유의 제한	36
1. 우리나라 자격제도와 그 현황	37
2. 자격제도에 관한 헌법재판소의 심사기준	38
가. 포괄적 입법형성의 자유	38
나. 자격제도에 관한 법률의 성질	39
다. 자격의 정지 및 박탈에 대한 헌법재판소판례	39
3. 자격제도 관련 심사기준에 대한 비판적 고찰	42
가. 적용범위 한정 필요성	42
나. 적용범위의 유형화와 자격정지·박탈	43

제3장 행정처분과 직업금지	45
제1절 변호사 징계제도와 직업금지	48
1. 변호사징계제도의 의의	48
2. 징계의 사유 및 종류	50
가. 영구제명에 해당하는 징계사유	51
나. 영구제명 이외의 기타 징계에 해당하는 사유	51
다. 징계의 종류	53
3. 변호사징계절차	54
가. 대한변호사협회 변호사징계위원회의 징계절차	55
1) 징계개시청구절차	55
2) 조사위원회 조사절차	57
3) 변호사징계위원회의 징계심사와 결정	59
나. 법무부변호사징계위원회 이의신청절차	61
1) 법무부징계위원회의 구성	61
2) 이의신청의 법적 성격과 심리절차	62
4. 업무정지명령제도	64
5. 변호사징계제도의 평가	65
제2절 의료인 징계제도와 직업금지	67
1. 의료인 징계제도에 대한 개관	67
2. 의료인 징계처분으로서의 의료법상 행정처분	69
가. 면허취소처분	69
나. 자격정지	70
제3절 직업금지 제재의 호환대체 가능성	71
제4장 형사제재로서의 직업금지에 대한 이론적 검토	73
제1절 형사제재체계와 직업금지	75
1. 형법상 이원주의 형사제재체계의 발전	75
2. 이원주의 형사제재체계와 이른바 “상표사기” 비판	77
3. 이원주의 형사제재체계와 직업금지 제재의 길	78

제2절 직업금지의 형사제재화 모델	80
1. 직업금지의 형사제재로서의 의의	80
2. 부수형(Nebenstrafe) 모델의 직업금지	81
가. 독일형법상 ‘운전금지’ 모델	81
나. 현행법상 ‘취업제한’ 모델	82
3. 주형(Hauptstrafe)모델의 직업금지	84
제5장 직업금지에 대한 비교법적 고찰	87
제1절 독일의 직업금지처분	89
1. 보안처분으로서의 직업금지처분	89
2. 직업금지처분의 요건	90
가. 원인범죄의 직업관련성(형식적 요건)	90
나. 중대한 재범위험성(실질적 요건)	92
3. 직업금지의 법적 효과	93
4. 직업금지처분의 절차적 특징	96
가. 직업금지처분의 집행연기제도	96
나. 직업금지처분의 집행유예제도	97
다. 직업금지의 종료	98
5. 독일의 직업금지처분에 대한 평가	99
제2절 프랑스의 직업금지형	100
1. 프랑스 형사제재체계와 직업금지형	100
2. 직업금지형과 기본권 침해	104
3. 직업금지형의 유형 및 요건	105
4. 직업금지형의 죄명에 따른 적용범위	106
가. 형법각론의 직업금지형 규정	106
나. 특별형법상 직업금지형 규정	110
5. 직업금지형의 법률효과	113
가. 직업금지의 효력	113
나. 직업금지의 기간	114
다. 직업금지위반에 대한 형사제재	115

6. 직업금지의 해제	115
7. 직업금지형과 그 밖의 처분과의 관계	116
가. 형사절차상 직업금지처분	116
나. 징계와의 관계	116
8. 프랑스 직업금지제도에 대한 평가	117
제3절 미국의 직업금지 제재	118
1. 직업금지와 관련된 헌법적 이슈	119
가. 근로권의 기본권성 문제	119
나. 직업제한에 대한 법원의 입장	120
2. 직업금지의 현황	121
가. 직업금지의 방식	121
나. 연방법률상 직업금지 규정	124
1) 직업의 제한	124
2) 자격의 상실·박탈	126
3) 직업제한 선고방식	127
다. 주(州) 법률상 직업금지 규정	127
1) 일반적 현황	127
2) 각 주(州)의 범죄유형별 제한의 예시	134
3) 직업금지에 대한 논의 동향	139
3. 미국의 직업금지제도에 대한 평가	146
 제6장 결론적 고찰	 147
 참고문헌	 153
 Abstract	 161

표 차례

〈표 2-1〉 자격유형에 따른 정의와 목적	37
〈표 2-2〉 우리나라 자격 현황(2013년 5월 현재)	38
〈표 3-1〉 최근 5년간 의사 행정처분 현황(2009-2013.6)	68
〈표 5-1〉 전체 유죄판결 대비 직업금지처분	100
〈표 5-2〉 메릴랜드 주의 직업제한 유형별 규정 예시	123
〈표 5-3〉 직업금지를 규제하는 주(州)의 규정	131
〈표 5-4〉 미시간주 범죄유형별 직업금지 기간 - 장기요양시설 근무제한	138

직업은 “사람이 살아가는 데 필요한 정신적 또는 물질적 생활수단을 얻거나 유지하기 위해서 행하는 계속적인 활동”으로서 인간의 사회·경제적 생활의 기초가 된다. 오늘날 세계 각국에서 거의 공통적으로 “일자리” 문제가 정치·사회적 핫이슈라는 사실에서도 보듯이 현대사회에서 직업이 지니는 의의는 개인적으로나 사회적으로나 매우 크다. 이 때문에 헌법 또한 ‘직업의 자유’를 “직업에 관한 종합적이고 포괄적인 기본권”으로 명문화하여 보장하고 있다. 국민 누구나가 직업을 개성신장의 수단으로 자유롭게 선택할 수 있다는 의미에서 직업의 자유는 주관적 공권의 성격을 지니면서, 동시에 이러한 국민 개개인의 직업의 행사에 의해 국가적 사회·경제 질서가 형성된다는 의미에서 헌법질서를 구성하는 일종의 객관적 가치질서에 해당한다.

한편 오늘날 다수의 헌법학자들이 일반적으로 수용하고 있는 ‘기본권의 양면성’의 자명한 귀결이기도 하지만, 모든 자유와 권리를 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우 법률로써 제한할 수 있도록 한 헌법 제37조 제2항의 취지에 따라 직업의 자유도 제한될 수 있다. 하지만 그 제한에 대해서는 비례성원칙, 본질내용침해금지원칙 및 이른바 “단계이론” 등에 의한 정당화과정을 거쳐 다시 일정한 한계가 설정된다.

현대사회에서 직업의 행사가 지니는 공공성을 고려할 때 직업에 기반을 둔 경제활동은 사회화되어야 하며, 직업의 도덕성과 직업윤리가 원만하게 작동하기 위해서는 그 직업의 규칙체계를 만들어 내는 건강한 직업집단이 형성되어 기능하여야 한다. 그러나 직업윤리의 구심점이 되는 직업집단도 종국적으로는 국가의 틀 안에 부속되고 직업관련 법률의 규제를 받게 되며, 이러한 직업집단이 형성되어 있지 않은 직업들 역시 국가의 법적 통제로부터 자유롭지 않다는 점에서는 큰 차이가 없다. ‘규범’과 ‘제재’를 그 구성요소로 하는 사회통제는 국가적 법

적 통제로 발전하여 그 정점인 형법적 사회통제에 이른다. 최고로 정형화된 ‘형사규범’을 통하여 법익보호를 규정하고, 법익침해에 대하여는 자유·재산과 같은 법익을 박탈하거나 제한하는 ‘형사제재’를 부과하는 형법적 사회통제는 그 효력이 법치국가적 ‘형사질차’를 통하여 관철된다는 점에서 가장 강력한 사회통제이다.

그렇다면 직업의 행사와 결부되어 발생하는 크고 작은 법익침해와 관련하여 요청되는 형법적 법익보호는 어떠한 방식으로 효과적으로 수행될 수 있으며, 우리 현행 형사사법체계는 이에 적절히 부응하고 있는가 하는 물음이 제기된다.

먼저 일반형법에 국한하여 살펴보자면 우리 형법전에서 ‘직업과 결부된 범죄 및 형사제재’라는 형사정책적 관점을 확인하기가 쉽지 않다. 형법 제41조는 9가지 형벌을 열거하여 ‘형의 종류’를 규정하고 있는데, 그 중에서 제4, 5호의 ‘자격상실’과 ‘자격정지’는 일견 직업과의 맥락이 있는 것처럼 보인다. 그러나 이른바 “자격형” 또는 “명예형”으로 일컬어지는 자격정지와 자격상실에 대하여 구체적으로 규정하는 제43조를 살펴보면 제4호의 “법인의 이사, 감사, 지배인”과 같은 법인관련 업무의 주요직책을 제외하면 형법상 자격상실과 자격정지는 “공직자격” 관련 제재임을 알 수 있다. 즉 일반적인 직업행사에 요구되는 “자격”의 상실이 나 정지와는 무관한 규정이다.

일반형법의 틀 밖에서 “직업과 범죄”의 문제가 본격적으로 형사정책이슈가 된 것은 최근 성폭력범죄와 식품관련범죄가 미디어를 통하여 문제화되면서부터라 할 수 있다. 특히 성범죄와 관련하여서는 『아동·청소년의 성보호에 관한 법률』의 개정을 통하여 구체적으로 성범죄자의 취업제한이 입법화되었으며, 이 법은 이른바 ‘도가니법’으로 불리는 개정법을 통하여 최근에 다시 강화되어 의료인 성범죄자의 경우 최대 10년의 취업제한이 가능하게 되어 사실상 ‘직업금지’ 제재가 도입된 측면이 있다.

그 밖에도 각종 직업 및 영업의 행사와 관련하여 관련 개별법들은 대부분 행정처분으로 중대한 위법행위에 대하여 자격정지, 면허정지, 업무정지, 영업정지 등의 처분을 규정하고 있다. 대한변호사협회, 대한변리사회, 대한의사협회 등 제도화된 직업단체의 경우 해당 직업단체의 윤리위원회 또는 징계위원회의 징계결정을 거쳐 또는 이와 별개로 직접 관할행정청이 이러한 행정처분을 내린다.

먼저 이러한 행정처분을 통해 내려지는 면허·자격정지 등 직업금지에 준하는 행정제재에 대하여는 통계자료 등 신뢰할 만한 자료가 부족하여 그 실효성을 검증하기 힘들다는 한계가 존재한다. 또 직업단체의 자치적 징계규정 및 징계절차의 구성에는 온정주의적 “동료재판”의 요소가 존재하여 징계제도의 공정성에 대한 의구심이 제기될 수밖에 없다. 다른 한편 이와 같은 직업단체가 형성되어 있지 않은 직업의 경우, 해당 직업과 관련하여 발생하는 범죄를 제재함에 있어서 그 한계를 드러낼 수밖에 없다.

이 연구에서는 먼저 형사제재론의 관점에서 한편으로는 헌법상 직업의 자유와 맥락에서, 다른 한편으로는 직업과 결부된 실효성 있는 형사제재의 검토라는 측면에서 형사제재로서의 ‘직업금지’에 대해 이론적인 검토를 한다. 나아가 위에서 언급한 현행법상 직업관련 처분들에 대하여 그 요건과 절차 및 체계상의 문제점과 한계점을 종합적으로 고찰하고 있다. 비교법적 검토에서는 독일, 프랑스, 미국의 직업관련 형사제재를 중심으로 고찰함으로써 우리 형법상 직업금지의 형사제재화와 관련한 시사점을 찾아 이를 형법상 구체화하는 방안의 토대로 삼고 있다.

직업의 자유의 제한과 제한의 한계에 대한 ‘단계이론’의 관점에서 고찰한 바에 따르면 국민의 생명과 건강·안전을 다루는 직업이나 전문적 지식·기술을 가져야만 원활히 행사할 수 있는 직업에 대하여는 헌법 제37조 제2항에 근거하여 국회가 제정한 법률로 직업선택의 자유를 전면적으로 금지시켜 놓은 후 일정한 자격을 갖춘 자에 한하여 직업선택의 자유를 회복시켜 주는 자격제도를 운영하는 것이 우리나라뿐 아니라 거의 모든 현대국가의 추세라 할 수 있다. 최근 사회의 전문화·세분화로 자격의 종류와 자격에 따라 수행되는 업무의 영역이 다양해지고 있으며, 직업분야에서 자격제도가 차지하는 비중 및 사회적 중요도가 점차 높아지고 있다. 이에 따라 한편으로는 이를 규제하는 개별 자격법률에 의한 기본권의 침해를 주장하는 사례가 늘고 있으며, 다른 한편으로는 자격과 직업을 남용·악용한 범죄의 중요성과 심각성도 증가하고 있다. 이러한 자격과 직업의 남용 및 악용에 의한 범죄행위에 대하여서도 “범죄행위의 맥락과 가장 밀접하게 결부된 제재”가 정당한 응보를 통한 정의의 실현이란 관점이나 일반인에 대한 위하 또는 규범의 안정이라는 일반예방의 관점, 나아가 범죄자의 재범으로부터

일반을 보호하는 특별예방의 관점에서 설득력을 갖게 된다.

행위자가 소지하고 직업적으로 행사하는 자격의 경우에는 대부분 직업단체가 존재하며, 정도의 차이는 있지만 자치적 징계제도를 통한 이른바 “직업재판권”이 행사된다. 그렇지 않은 경우에는 관할 행정청이 직접 징계권을 행사하며 행정처분을 내린다. 전자의 대표적인 예로는 대한변호사협회가 변호사징계위원회를 통해 행사하는 변호사징계제도를 들 수 있으며, 후자의 경우로는 보건복지부가 직접 징계권을 행사하는 ‘의료인’에 대한 징계제도를 들 수 있다. 이 연구에서는 대표적인 이 두 가지 유형의 징계제도를 고찰하고 있다.

가장 바람직한 것은 직업단체들이 “직업자율성, 단체자치성, 사법공공성”의 토대 위에서 엄격하고 공정한 직업재판권을 행사하는 방안이라 할 수 있다. 그러나 현재 비교적 자리가 잡힌 것으로 평가할 수 있는 대한변호사협회 변호사징계위원회의 징계실무를 보든, 아직 “자율징계권” 쟁취를 외치며 자체 징계위원회제도를 구성하고자 노력하고 있는 대한의사협회를 비롯한 보건의료단체의 접근법을 보든, 이 자격 및 직업들이 지니는 사회적 중요성에 상응하는 징계제도의 운용이라는 기대치에는 미치지 못하는 것이 현 실정이다. 후자의 경우 감독당국인 보건복지부의 행정처분 실무도 대부분 이른바 “숨방망이징계”의 모양새를 보이고 있기 때문이다.

이와 같이 직업단체의 이른바 “직업법정” 내지 “명예법정”이 스스로의 직업적 신뢰와 품위를 지키는데 미온적인 한편, 관할행정청에 의한 행정처분도 제 기능을 하지 못한다는 점에서 우리나라의 직업 관련 제재는 사실상 무력한 상태로 평가되며, 따라서 형사제재로서의 직업금지의 의의와 필요성이 매우 큰 것으로 판단된다.

그러나 직업금지를 형사제재로 구성함에 있어서는 현재 사실상 부수형의 형태로 “아청법”을 통해 입법된 성범죄자의 취업제한과 같이 “거친 형태”의 입법형식은 피하여야 할 것이다. 취업제한처분은 장래에 특정직업을 취득하여 행사할 사람에게는 일반인에 대한 위협의 차단을 위한 진입장벽에 해당하는 측면이 있다. 그러나 현재 해당직업을 행사하는 사람, 예컨대 최근에 피처분대상자로 포함된 의료인의 경우에는 이로써 사실상 직업금지가 법제화된 것으로 볼 수 있는데, 원인행위의 경중을 막론하고 일괄적으로 10년의 직업금지를 부과하는 것은 과

잉금지를 위반한 것으로 판단된다.

직업금지를 형사제재로 규정함에 있어서는, ‘보안처분모델’이라 할 수 있는 독일의 현행 직업금지모델은 독일과 스위스의 실무경험에 비춰볼 때 그리 바람직하지 않은 것으로 사료된다. 특히 보안처분의 본질적 요소인 “미래에 직업을 행사하면서 이와 관련하여 중대한 범죄를 저지를 재범위험성”을 예측한다는 것은 형사법관에게 큰 부담으로 작용하기 때문에 일종의 전문법원인 ‘형사집행법원’을 전문적 위험예측기관으로 도입하지 않는 이상 이를 현실적으로 실현할 수 있는 가능성이 낮다 할 것이다. 그리고 위험예측의 신뢰성이 확보되지 않은 상황에서는 원인행위에 비중을 두고 위험성을 판단하여 보안처분인 직업금지처분을 사실상 ‘직업금지형’의 형태로 부과하게 될 것이다. 이 경우 수형자인 피처분자의 입장에서는 직업금지제재를 보안처분이라는 이름만을 단 “상표사기” 내지 “이중처벌”로 받아들여지게 될 것이다. 우리 현행 형사제재 가운데 이와 같은 문제를 안고 있는 것이 보안처분의 형태로 도입된 위치추적전자장치부착명령, 즉 전자감독제도라 할 수 있다.

따라서 직업금지를 형벌로 구성하는 방안이 현실적으로 더 바람직한 것으로 판단되는데, 이 경우에도 독일에서 위헌판단을 받아 삭제된 바 있는 독일형법의 “재산형(Vermögensstrafe)모델”이나 교통범죄를 겨냥한 독일형법의 보안처분의 하나인 “운전금지 내지 면허정지(Fahrverbot)모델”을 차용한 “부수형(Nebenstrafe)모델”은 직업금지형의 구성모델로는 적절하지 않은 것으로 검토된다.

현 상황에서 가장 바람직한 모델은 자유형 및 벌금형에 준하는 “주형(主刑, Hauptstrafe)모델”로 직업금지를 도입하는 방안이라 생각된다. 특히 자유형 또는 벌금형과 결합하여 선택·병과·대체형의 방식으로 직업금지제재를 투입할 때 직업금지는 직업의 행사와 결부된 범죄에 대하여 직접적 맥락 속에서 기능하는 제재로서 한편으로는 억제적 형벌효과를 극대화하면서 다른 한편으로는 보안과 개선의 목적을 동시에 지향하는데 적합한 형사제재모델이 될 수 있을 것이다. 보안처분모델과 같이 위험성예측의 난제에 봉착하는 문제를 피할 수 있고, 또 준벌예측을 토대로 한 직업금지의 집행유예제도를 함께 규정함으로써 재사회화 고려의 여지도 확보할 수 있게 될 것이다.

이러한 방안의 입법화는 우선 “형의 종류”에 자유형(징역), 벌금과 함께 직업금지를 규정하고, 자유형의 집행유예에 관한 조항은 준용규정을 통하여, 그리고 직업금지에 관한 본 조항은 자유형과 벌금형에 관한 규정에 이어 “자신의 직업이나 영업을 악용하거나 이와 관련한 의무를 중대하게 위반한 범죄행위로 인하여 6월 이상의 자유형에 처해지는 때에는 법원은 6월 이상 5년 이하의 기간 동안 해당 직업이나 영업의 행사를 금지할 수 있다”는 내용을 담아 규정할 수 있을 것이다.

제1장

서론: 문제의 제기

서론: 문제의 제기

오늘날 세계 각국에서 거의 공통적으로 “일자리” 문제가 사회적·정치적 핫이슈라는 사실에서도 보듯이 현대사회에서 직업이 지니는 의의는 개인적으로나 사회·국가적으로 매우 크다 할 수 있다. “사람이 살아가는 데 필요한 정신적 또는 물질적 생활수단을 얻거나 유지하기 위해서 행하는 계속적인 활동”¹⁾으로서 인간의 사회·경제적 생활의 기초가 되는 것이 직업이기 때문이다. 따라서 헌법은 이러한 “직업에 관한 종합적이고 포괄적인 기본권”²⁾으로서 ‘직업의 자유’를 명문화하여 보장하고 있다. 나아가 이러한 직업의 자유는 대부분의 기본권과 마찬가지로 주관적 공권과 제도적 보장의 성격을 동시에 내포하는 복합적 성격을 지닌 기본권으로 이해된다. 국민 누구나가 직업을 개성신장의 수단으로 자유롭게 선택할 수 있다는 의미에서 직업의 자유는 주관적 공권의 성격을 지니면서, 동시에 이러한 국민 개개인의 직업의 행사에 의해 국가적 사회·경제 질서가 형성된다는 의미에서 헌법질서를 구성하는 일종의 객관적 가치질서를 의미한다고 보는 것이다.³⁾

1) 성낙인(2013), 670쪽; 이승우(2002), 13쪽; 현재 1993.5.13. 92헌마80.

2) 이승우(2002), 14쪽.

3) 성낙인(2013), 669쪽; 현재 1996.8.29. 94헌마113.

오늘날 다수의 헌법학자들이 일반적으로 수용하고 있는 ‘기본권의 양면성’⁴⁾의 자명한 귀결이기도 하지만, 모든 자유와 권리를 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우 법률로써 제한할 수 있도록 한 헌법 제37조 제2항⁵⁾의 취지에 따라 직업의 자유도 제한을 받을 수 있다. 그리고 그 제한에 대해서는 비례성원칙, 본질내용침해금지원칙, 이른바 “단계이론” 등에 의한 정당화⁶⁾ 과정을 거쳐 다시 일정한 한계가 설정된다.

이미 직업개념의 본질적 요소 가운데 하나로 이른바 “공공무해성”을 포함시키는 관점에서 직업을 이해하든, 이를 배제하는 관점에서 이해하든, 오늘날 직업의 행사가 공공복리와 밀접한 관계를 맺고 있다는 것은 국가가 직업의 행사를 다양한 제도를 통하여 제약하는 점을 통해 나타난다.⁷⁾ 현대국가에서는 특정한 전문 분야에 대하여 자격제도를 도입하여 해당 직업을 원칙적·전면적으로 금지한 후 제도화된 자격요건을 갖춘 자에게만 허가하는 방식으로 해당 직업의 공공복리성을 고려하고 있다.⁸⁾

이처럼 현대사회에서 직업의 행사가 지니는 공공성을 고려할 때 직업에 기반을 둔 경제활동은 사회화되어야 하며, 이 목적에 따라 직업의 도덕성 또한 끊임없이 촉진되어야 한다.⁹⁾ 그리고 직업의 도덕성과 직업윤리¹⁰⁾가 원만하게 작동

4) 이승우(2002), 16쪽.

5) “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”

6) 이에 대해 더 자세한 것은 이준일(2013), [4.7.43] 이하 참조!

7) 직업활동의 다양한 규제방식에 대한 판례들을 잘 분류하여 제시하고 있는 문헌으로는 이준일(2013), [4.7.38] 이하 참조!

8) 예컨대 의사, 한의사, 간호사 등 “의료인”의 자격과 면허를 규정하는 의료법(법률 제11748호, 2013.4.5., 일부개정) 제1조는 “국민건강의 보호·증진”을 그 목적으로 규정하고 있다. 아주 직접적으로 산업안전보건법은 산업재해예방과 근로자의 안전과 보건을 위하여 제47조(자격 등에 의한 취업 제한) 제1항에서 다음과 같이 규정하여 자격·면허의 근거를 마련하고 있다: “사업주는 유해하거나 위험한 작업으로서 고용노동부령으로 정하는 작업의 경우 그 작업에 필요한 자격·면허·경험 또는 기능을 가진 근로자가 아닌 자에게 그 작업을 하게 하여서는 아니 된다.”

9) 이에 대해 자세한 것은 뒤르켐(권기돈 역/1998), 84쪽 이하 참조! 직업윤리의 변천과 “현대사회의 직업윤리”에 대하여는 윤대혁(2001), 18쪽 및 29쪽 이하 참조!

10) 직업윤리에 대하여 자세한 것은 김기홍·이지연·정윤경(1999), 13쪽 이하 참조! 2006년과

하기 위해서는 그 직업의 규칙체계를 만들어 내는 건강한 직업집단이 형성되어야 가능하여야 한다.¹¹⁾ 그러나 직업윤리의 구심점이 되는 직업집단도 중국적으로는 국가의 틀 안에 부속되어 직업관련 법률의 규제를 받게 되며, 설사 직업집단이 형성되어 있지 않은 직업이라 할지라도 역시 국가의 법적 통제 아래 있다는 점에서는 차이가 없다.

한 국가의 사회통제는 ‘규범’과 ‘제재’를 그 구성요소로 하며 광범위한 비공식 통제에서 출발하여 법적 통제에 이르며 그 정점을 형법적 사회통제로 하고 있다. 법적 통제가 광범위한 다른 사회통제들로부터 구별되는 것은 법적 통제는 고도로 정형화되어 수행되고 그 효력이 보편적이며 독립적인 공권력에 의해 그 집행이 담보된다는 점이다. 특히 형법적 사회통제는 최고로 정형화된 ‘형사규범’을 통하여 법익보호를 규정하고, 법익침해에 대하여는 자유, 재산과 같은 법익을 박탈하거나 제한하는 ‘형사제재’를 부과하며, 그 효력이 법치국가적 ‘형사절차’를 통하여 관철된다는 점에서 가장 강력한 사회통제이다. 그런 만큼 형법적 사회통제는 사회적 공존을 중대하게 침해하며 이를 예방하는 것이 사회공동의 관심사에 해당하는 이른바 “형법적 법익”의 보호를 위하여서만 투입되어야 하는 것이다.¹²⁾

그렇다면 직업의 행사와 결부되어 발생하는 크고 작은 법익침해¹³⁾와 관련하여 요청되는 형법적 법익보호는 어떠한 방식으로 효과적으로 수행될 수 있으며, 우리 현행 형법체계는 이에 적절히 부응하고 있는가 하는 물음이 제기된다.

2010년 『한국인의 직업의식 및 직업윤리』에 대하여 조사연구를 수행한 한국직업능력개발원 연구팀은 직업윤리를 “사회 안에서 인간이 삶의 유지를 위해 수행하는 직업생활에서 지켜야 할 상호적 관계의 도리나 사회적으로 기대되는 행위 기준”으로 정의하고 있다(임언·박천수·최지희(2010), 3쪽). 김기홍·이지연·정윤경(1999, 79쪽 이하)의 설문조사 결과에 따르면 우리 사회의 총체적인 윤리의 후진성에 동의하는 비율은 80%에 달하였으며, 당시 IMF사태와 관련하여 그 원인 중의 하나로 부정부패와 함께 직업의식의 부족 또한 중요한 요소로 꼽혔다. 직업윤리에 대한 비교적 최근의 조사 결과에 따르면 한국인은 “직업인들의 일반적인 윤리수준”을 중간 정도(56.2%)로 인식하고 있으며, 직업인의 윤리의식이 높다고 인식하는 경우(30%)가 낮다고 인식하는 경우(16.6%)보다 높게 평가되긴 하였으나, 직무관련 선물 및 지식·기술유출에 대한 허용적 태도가 상당히 존재하여 직업윤리의 문제점을 드러내고 있는 것으로 평가되었다(임언·박천수·최지희(2010), 63쪽 이하).

11) 뒤르켐(권기돈 역/1998), 66쪽 이하 참조!

12) 이에 대해 자세한 것은 Meier(2009), 1쪽 이하 참조!

13) ‘직업과 범죄’와의 관련성에 대하여 자세한 것은 박상기·손동권·이순래(2013), 278쪽 이하 참조!

먼저 형법전에 국한하여 살펴보자면 우리 형법전에는 직업과 결부된 범죄 및 형사제재라는 측면에서는 적극적인 형사정책적 관점을 찾아보기가 힘들다. 형법 제41조는 9가지 형벌을 열거하여 ‘형의 종류’를 규정하고 있다. 그 중에서 제4, 5호의 ‘자격상실’과 ‘자격정지’가 일견 직업과 관련이 있는 제재인 것처럼 보인다. 그러나 이른바 “자격형” 또는 “명예형”으로 일컬어지는 자격정지와 자격상실을 더 구체적으로 규정하는 제43조를 살펴보면, 기껏 제4호가 “법인의 이사, 감사, 지배인”과 같은 법인관련 업무의 주요직책과 관련된 점을 제외하면 형법상 자격상실과 자격정지는 사실상 “공직자격”에 국한된 것임을 알 수 있다.¹⁴⁾ 즉 일반적인 직업의 수행에서 요구되는 “자격”의 상실이나 정지와는 무관한 규정이라는 점이다.

형법전의 틀 밖에서 “직업과 범죄”의 문제가 본격적으로 형사정책이슈가 된 것은 성폭력범죄와 식품관련범죄가 미디어를 통하여 문제화되면서부터라 할 수 있다.¹⁵⁾ 그 중에서도 성범죄와 관련하여서는 『아동·청소년의 성보호에 관한 법률』의 개정¹⁶⁾을 통하여 구체적으로 성범죄자의 취업제한이 입법되었으며, 이 법은 이른바 ‘도가니법’으로 불리는 개정법률을 통하여 최근에 다시 강화되어 특히 성범죄자인 의료인의 경우 최대 10년의 취업제한이 규정된 바 있다. 이러한 입법조치는 아동·청소년 관련기관 종사자들의 아동·청소년대상 성범죄가 꾸준히 발생하는 문제점에 대한 인식의 변화로부터 비롯된 것이다. 그러나 사건이 발생하고 이슈화될 때 이에 대응하는 ‘임기응변적 입법’으로 마련된 대책이라는 점에

14) 1992년 형법개정법률안 제36조는 형의 종류에서 자격상실을 삭제한 바 있으며, 2011년 형법개정안 제40조는 자격상실과 자격정지를 모두 형의 종류에서 삭제하고 있다.

15) 2004년 불량만두소를 사용하여 문제가 된 이른바 “쓰레기만두사태”로 국민적 공분이 일자 당시 노무현대통령이 식품관련범죄를 뿌리 뽑을 수 있도록 범정부적으로 대처하도록 하며 처벌규정이 약하면 처벌규정을 강화해서라도 식품관련범죄가 발붙이지 못하도록 하라고 지시한 것(연합뉴스 2004년6월8일 기사: 『노대통령 "올해 안에 식품범죄 반드시 근절"』)이나, 최근 박근혜대통령이 성범죄, 학교폭력, 가정폭력과 함께 불량식품을 4대 사회악으로 규정하고 임기 내 근절을 강조한 것(연합뉴스 2013년4월5일 기사: 『朴대통령 "사회지도층 범죄 더욱 엄정하게 대응해야"(종합)』)을 대표적인 예로 들 수 있을 것이다.

16) 당시 『청소년의 성보호에 관한 법률』[일부개정 2005.12.29 법률 제7801호] 제28조 신설을 통하여 규정되었으며, 현행 『아동·청소년의 성보호에 관한 법률』에서는 제56조 이하에 규정되고 있다.

서 그 적정성에 대한 논란¹⁷⁾을 별론으로 하더라도 그 법적 성격과 절차에 대하여는 형법체계적인 검토가 필요한 상황이다.

그 밖에도 각종 직업 및 영업의 행사와 관련하여 각종 개별법들이 주로 행정처분으로 중대한 위법행위에 대하여 자격정지, 면허정지, 업무정지, 영업정지 등의 처분을 규정하고 있다. 대한변호사협회, 대한변리사회, 대한의사협회¹⁸⁾ 등 제도화된 직업단체의 경우 해당 직업단체의 윤리위원회 또는 징계위원회의 징계절차를 거쳐 또는 이와 별개로 관할행정청에 의해 행정처분이 내려진다. 또 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」 제82조는 “공직자가 재직 중 직무와 관련된 부패행위로 당연퇴직, 파면 또는 해임된 경우에는 공공기관, 퇴직전 3년간 소속하였던 부서의 업무와 밀접한 관련이 있는 일정규모 이상의 영리를 목적으로 하는 사기업체(영리사기업체) 또는 영리사기업체의 공동이익과 상호협력 등을 위하여 설립된 법인·단체(협회)에 퇴직일부터 5년간 취업할 수 없다”고 규정함으로써 “비위공직자”에게 법률에 따른 취업제한의 행정제재를 가하고 있다.

그러나 이러한 행정처분을 통해 내려지는 면허·자격정지 등 직업금지에 준하는 행정제재에 대하여는 공식적 통계자료 등 신뢰할 만한 자료가 부족하여 그 실효성을 검증하기 힘들다는 한계가 존재한다. 또 직업단체의 자치적 징계규정 및 징계절차의 구성에는 온정주의적 “동료재판”의 요소가 존재하여 징계제도의 공정성에 대한 의구심이 제기될 수밖에 없다. 다른 한편 이와 같은 직업단체가 형성되어 기능하지 않는 직업의 경우에는 더더욱 직업과 관련된 범죄에 대한 제재의 한계를 드러낼 수밖에 없다.

이 연구에서는 먼저 형사제재론의 관점에서 한편으로는 헌법상 직업의 자유와 의 맥락에서, 다른 한편으로는 직업과 결부된 실효성 있는 형사제재의 검토라는

17) 의협신문 2013년9월27일 기사: 「아청법 ‘기본권 침해’ ... 시민단체도 ‘공감’」 참조. 최근에 취업제한 대상에 의료인이 포함된 데 반발하여 의료계를 중심으로 법개정을 추진하려는 움직임을 보이고 있다: <http://www.doctorsnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=91030> (검색일: 2013. 11. 1.)

18) 중앙일보 2013년10월28일 기사: 「‘사모님’ 허위진단서 발급주치의-의사협회, 3년간 회원자격 정지」: http://article.joins.com/news/article/article.asp?total_id=12973369&clcc=olink|article|default (검색일: 2013. 11. 1.)

측면에서 형사제재로서의 ‘직업금지’에 대해 이론적인 검토를 시도한다.¹⁹⁾ 나아가 위에서 언급한 현행법상 직업관련 처분들에 대하여 종합적으로 검토하며 그 내용 및 체계상의 문제점과 한계에 대하여 살펴본다. 비교법적 검토에서는 독일, 프랑스, 미국의 직업관련 형사제재를 중심으로 고찰함으로써 우리 형법상 직업금지의 형사제재화 여부 및 그 방안의 검토를 위하여 참고하고자 한다. 현재 ‘직업금지’는 독일의 경우는 보안처분의 하나로 규정되어 있는 반면, 프랑스의 경우는 대체형 및 부가형의 한 형태로 규정되어 있다. 대표적으로 이 두 나라의 이러한 제도적 구성의 배경 및 장단점이 시사하는 바는 참조하여 우리나라의 직업관련 제재 법제를 종합적으로 검토하는 가운데 우리 형법상 직업금지에 대한 구상과 자리매김의 단초를 찾을 수 있을 것이다.

19) 예컨대 일본형법가안에서 자격형의 도입을 논의할 당시 처우의 개별화와 형의 종류의 다양화라는 관점이 일정한 역할을 한 것은 흥미로운 점이다. 이에 대해 더 자세한 것은 신동운(2006), 205쪽 이하 참조! 아래에서 살펴보는 바와 같이 현대 형사입법에서 이러한 경향이 나타나는 예로는 예컨대 프랑스형법상 직업금지형이라 할 수 있다.

제2장

직업금지에 대한 헌법이론적 검토

직업금지에 대한 헌법이론적 검토

형사제재로서 직업금지에 대해 논하기 위해서는 이에 앞서 헌법적으로 보장되는 직업의 자유의 헌법적 의의를 짚어볼 필요가 있다. 이는 직업금지의 형태로 이루어지는 직업의 자유에 대한 중대한 제한의 근거와 그 한계를 파악하기 위한 필요불가결의 과정이라 할 수 있다. 이러한 헌법적 정당화 토대 위에서 국가적으로 제도화된 자격제도가 갖는 헌법적 함의에 대해서도 개관하여 살펴볼 필요가 있다.

제1절 헌법상 직업의 개념

직업의 자유의 보호영역을 확정하는 것은 ‘직업’ 개념에 대한 정의로부터 시작된다. 직업 개념을 어떻게 정의하느냐에 따라 일정한 활동이 헌법상 보호되는 직업이 될 수도 있고 보호가 거부될 수도 있기 때문이다. 그런데 입법자가 국민의 다양한 생활영역에서 전개되는 모든 직업을 정의하여 보호되는 직업과 그렇지 않은 직업으로 나눌 수 있다고 한다면 헌법상 직업의 자유가 유명무실하게 될 수 있다. 따라서 입법자에 의하여 비로소 구체화되는 다른 기본권과 달리 헌법이 직업개념의 규정을 입법자에게 위임하지 않고 있는 점은 매우 중요한 의미를 지닌다.

우리 헌법재판소는 직업에 대하여 처음으로 정의를 내린 판결²⁰⁾에서 “직업이

란 생활의 기본적 수요를 충족시키기 위한 계속적 소득활동을 의미하며, 그러한 내용의 활동인 한 그 종류나 성질을 불문”하는 것으로 정의함으로써 상대적으로 넓은 직업개념을 취하였다.

직업개념과 관련하여서는 독일연방헌법재판소도 정신적, 물질적으로 생활의 기초를 형성하고 유지하는데 필요한 계속적인, 모든 허용된 행위를 직업으로 이해하여 직업의 개념을 폭넓게 해석하고 있다.²¹⁾ 그러한 행위는 전통적으로 또는 법적으로 확정된 직업형태로 나타나는 모든 직업뿐 아니라, 개인에 의하여 자유롭게 선택된 허용된 행위를 의미하며, 그 행위의 독립적 또는 의존적 행사는 문제되지 않는다고 본다.²²⁾

이러한 직업개념에 따라 직업으로 인정되는 행위를 구체화하면, 우선 생활의 기초를 형성하고 유지하는데 필요한 활동이어야 하기 때문에 오로지 비용부담을 목적으로 하거나 취미를 위한 행위는 직업개념에 포함될 수 없다. 일정기간 지속적이고 계속적으로 행해져야 한다는 ‘계속성’²³⁾이 있어야 하므로 일회적인 영업행위 또한 직업이라 볼 수 없다.

한편 독일연방헌법재판소가 제시한 기준에 따르면, 직업적 행위는 사회적 법공동체에 의하여 ‘허용된 행위’로서 직업기준과 법공동체의 가치관에 따라 명백히 사회의 통념에 반하는 행위가 아닐 것이 요청된다.²⁴⁾ 다만 여기서 허용된 행위란 입법자가 입법행위에 의하여 일정한 행위를 금지하거나 처벌하는지 여부에 따라 판단되어지는 것이 아니라, 그 행위가 사회적 통념에 반하는지의 여부가 판단기준이 된다. 일반적으로 직업으로 허용되지 않는 명백히 사회통념에 반하는 행위로는 밀수, 마약판매, 간첩활동 등을 들고 있으나 이 기준을 정한다는 것은 매우 어려운 것이다.

여기서 직업개념에 ‘법적 허용성’이 개념요소로서 포함시켜야 하는지 짚고

20) 헌재 1993. 5. 13. 92헌마80 (『체육시설의 설치·이용에 관한 법률』의 시행규칙 제5조에 대한 헌법소원).

21) BVerfGE 7, 377 (397).

22) BVerwGE 2, 89 (92); 4, 250 (254 f.).

23) BVerfGE 7, 377(397).

24) BVerfGE 22, 286(289); 96, 293(297).

넘어가야 할 필요성이 제기된다. 생활수단성 및 계속성과 함께 이른바 ‘공공무해성’(법적 허용성)을 직업개념의 3요소로 보는 견해는 이를 긍정하는 견해이다.²⁵⁾ 그러나 이에 대해서는 법률적으로 금지되어 있다는 이유로 그 직업이 헌법상 직업개념에서 배제될 수 있다면 헌법과 법률이 뒤바뀌는 결과를 낳는다는 점에서 ‘공공무해성’ 요건은 직업개념에서 배제되어야 한다는 견해가 유력하게 제기된다. 이 견해에 따르면 법률적 금지 자체가 헌법적으로 정당화되는지 여부가 단계이론이나 과잉금지의 원칙을 통해 걸려져야 한다고 본다. 즉 허용되지 않는 직업은 직업개념의 규정 단계에서 배제될 것이 아니라 직업의 자유의 제한의 단계에서 비로소 공익적 사유에 의하여 그 제한이 정당화될 수 있는 것으로 이해하는 것이다. 이 견해를 따르는 것이 기본권 보장의 측면에서 더 효과적이라 할 것이다.²⁶⁾

제2절 헌법상 직업의 자유의 범위

직업의 자유의 범위와 관련하여 헌법재판소는 1989년 판례²⁷⁾에서 처음으로 직업의 자유에는 직업선택, 직업종사, 직업변경 및 직장선택의 자유가 포함된다 고 언급하였으며, 그 이후 판결²⁸⁾에서 직업의 자유에는 직업결정의 자유, 직업행사의 자유, 전직의 자유 등이 포함되며 직업행사의 자유에 대하여서는 직업결정의 자유나 전직의 자유에 비하여 상대적으로 넓은 법률상의 규제가 가능하다는 이른바 ‘단계이론’을 처음으로 언급하였다. 독일연방헌법재판소가 확립한 ‘단계이론’은 이후 우리 헌법재판소의 확고한 판례로 정착되었다.

직업의 자유의 보호영역은 판례를 통하여 계속 확장되고 있으며, 헌법재판소는 이러한 취지에서 경쟁의 자유,²⁹⁾ 겸직의 자유,³⁰⁾ 경영의 자유를 의미하

25) 허영(2013), 458쪽.

26) 방승주(1998), 217쪽; 성낙인(2013), 663쪽 이하.

27) 헌재 1989. 11. 20. 89헌가102 (『변호사법』 제10조 제2항에 대한 위헌심판).

28) 헌재 1993. 5. 13. 92헌마80 (체육시설의 설치·이용에 관한 법률 시행규칙 제5조에 대한 헌법 소원).

는 기업의 자유³¹⁾도 이에 포함되는 것으로 보고 있다. 법인의 설립 자체가 직업선택의 한 방법이라는 점³²⁾에서 자연인뿐만 아니라 법인도 직업의 자유의 주체로 인정하고 있다.³³⁾ 나아가 헌법재판소는 직업의 자유가 국민의 주관적 공권일 뿐 아니라 사회적 시장경제질서라고 하는 객관적 법질서의 구성요소³⁴⁾가 된다고 본다.

우리 헌법 제15조는 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다.”라고 규정하여 개인의 사회·경제적 생활의 기초가 되는 ‘직업선택’의 자유를 헌법적으로 보장하고 있으나,³⁵⁾ 헌법재판소는 이를 직업활동 전반을 포괄하는 넓은 의미의 ‘직업의 자유’로 이해한다. 직업개념을 넓게 이해할 뿐 아니라 직업의 자유도 넓은 의미로 이해하고 있는 것이다.³⁶⁾

독일기본법 제12조 제1항은 “모든 독일인은 직업, 직장 및 직업교육시설을 자유롭게 선택할 권리를 가진다. 직업의 행사는 법률에 의해서 또는 법률에 근거하여 규제될 수 있다”고 규정하고 있다. 그리고 이러한 기본법 제12조 제1항이 보장하는 직업의 자유는 기본법 제2조 제1항에 규정된 ‘일반적 인격권’을 보장하는 특수한 형태의 하나로 이해된다.³⁷⁾ 직업의 자유는 개인이 자기의 생활을 영위해 나가는 한 부분이며, 사유재산제도를 기본으로 하는 사회에서 개인이 창의와 능력을 발휘하여 자유롭게 인격을 발현해 나가는데 필수적인 것이기 때문이다.³⁸⁾ 따라서 기본법 제12조 제1항의 직업의 자유는 기본법 제2조 제1항

29) 현재 1996. 12. 26. 96헌가18.

30) 현재 1997. 4. 24. 95헌마90.

31) 현재 1998. 10. 29. 97헌마345.

32) 현재 1996. 4. 25. 92헌바47.

33) 현재 1996. 3. 28. 94헌바42.

34) 현재 1995. 7. 21. 94헌마125; 현재 1997. 4. 24. 95헌마273.

35) 직업선택의 자유가 헌법상 명문화된 것은 제3공화국헌법으로, 1962년의 제5차 개헌을 통해 헌법 제13조에 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다”고 규정함으로써 직업의 자유의 헌법적 근거를 둘러싼 종래의 학설상의 대립을 입법적으로 해결하였다.

36) “입법론적으로도 현행헌법상의 ‘직업선택의 자유’는 ‘직업의 자유’로 개정되는 것이 바람직하다”는 견해로는 허영(2013), 458쪽.

37) Katz(2010), Rn. 787.

38) Hesse(1999), Rn. 419.

의 특별규정으로서, 한편으로는 기본권의 본질적 요소로서 주관적 공권의 성격을 가짐과 동시에 다른 한편으로는 국가질서의 형성요소로서 객관적 가치질서의 성격을 가진다고 보는 것이다. 다시 말해서 국민 개개인이 선택한 직업의 수행은 국가의 사회·경제질서를 구성하는 중요한 부분이며, 나아가 직업의 자유는 시장경제질서 형성의 불가결한 요소라고 할 것이므로 국가권력행사의 지침이 되며 국민을 구속하는 효력을 갖는다는 것이다.

우리 헌법규정과 비교하여 독일기본법 제12조가 지니는 특징은 직업의 자유를 직업선택의 자유와 직업행사의 자유로 각각 구분하여 규정하고 보장한다는 점이다. 여기서 “직업선택”이라 함은 특정 직업에 종사하고자 하는 또는 종사를 단념하고자 하는 결정 및 선택을 의미하며, 그 이외의 것이 “직업행사”에 관한 것으로, 모든 직업 활동, 특히 그 활동의 형식, 방법, 외연 및 내용이 직업행사의 자유를 통해 보장된다.

우리 헌법과 독일기본법이 비록 직업의 자유를 규정하는 방식이 다르긴 하지만, 직업의 자유는 직업선택과 직업행사의 자유로 대별되며, 이 둘은 상호 기능적으로 긴밀한 연관관계에 있는 것으로 이해하는 점은 양자에 공통된 점이라 할 수 있다.³⁹⁾

제3절 직업의 자유의 제한과 그 한계

어느 기본권과 마찬가지로 직업의 자유도 헌법상 그 제한이 예정되어 있는 기본권이다. 중요한 것은 어떠한 목적을 위하여 어떠한 형식과 방법으로 구체적으로 어느 범위까지 제한할 수 있는가 하는 문제이다. 독일기본법은 직업의 선택에 대해서는 법률유보가 없는 자유를 보장하는 반면, 직업의 행사에 대해서는 법률유보에 의한 제한을 승인하고 있다. 하지만 독일연방헌법재판소는 법률유보에 의한 규제에도 엄격한 한계를 둘 필요가 있다고 보며, 직업의 선택과 직업의

39) 그러나 직업 ‘선택’과 ‘행사’를 구별하여 전자를 엄격히 심사해야 한다고 단정짓기 어렵다는 지적으로 김지현(2010), 7-9쪽 참조

행사에 대하여 각각 차별화된 단계적 제약이 승인된다고 판단하였다. 독일연방 헌법재판소가 ‘약국판결(Apotheken-Urteil)’⁴⁰⁾을 통해 직업의 자유의 제한과 관련하여 구성된 이른바 ‘단계이론’의 기본적 틀은 그 후의 판례에서 거듭 확인되어 확고한 판례가 되었으며, 학설에 의해서도 원칙적으로 지지를 얻고 있다. 이 판례는 헌법체계가 다름에도 불구하고 우리나라의 학설과 판례에도 결정적인 영향을 미쳤다는 점에서 보다 상세히 들여다 볼 필요가 있다.

1. ‘약국판결’과 ‘단계이론’

독일연방헌법재판소는 약국판결에서 단계이론에 입각하여 바이에른주 약사법의 관련 조항을 기본법 제12조 제1항을 위반하여 위헌이라고 판단하였는데, 단계이론을 담고 있는 그 판결요지를 대략적으로 살펴보면 다음과 같다.

직업의 허가와 관련하여 이것이 ‘일정한 능력을 구비한 사람’에게 직업을 허가한다는 주관적 조건과 관련된 경우 그 직업 희망자는 이를 사전에 미리 알고 규정된 조건을 자신이 충족할 수 있는지 여부를 판단할 수가 있다. 그러나 직업 허가와 관련하여 객관적 조건이 전제되어 있는 경우에는 이러한 조건을 충족시키는지 여부를 판단하는데 개인의 힘이 미칠 수 없기 때문에 이러한 객관적 조건과 결부된 직업허가제도는 기본권보장과 관련하여 문제가 된다. 특히 직업에

40) BVerfGE 7, 377: 독일 바이에른주의 약사법(藥事法)은 약국의 개설을 허가제로 하고, 그 허가조건으로서 폐쇄된 약국을 재개업하거나 개업 중의 약국을 인계하는 경우에 관하여 규정하고 있고 또한 제3조 제1항에서 새로운 경영을 시작할 때에는 첫째, 약국의 개업이 약품공급을 함으로써 국민생활의 보장을 위한 공공이익에 합치될 것, 둘째, 새로운 약국의 개업으로 인근약국의 경제적 기반이 훼손되지 않는다고 인정될 것, 셋째, 허가 시에도 균형 있는 약품공급의 확보를 위해 일정한 장소에서 약국을 개설할 의무를 부과할 수 있도록 규정하고 있다. 당국에서는 그 허가의 거부사유로서 1. 신청자가 개업을 하려는 지역에는 현재 개업 중에 있는 약국으로도 수요가 충족되고 있고, 따라서 새로운 약국의 개업은 공공이익에 합치되지 않는다는 점, 2. 일개의 약국이 영업능력을 유지하기 위해서는 최소한 7, 8천명의 주민을 필요로 하므로 신청인은 자기 스스로의 경영을 유지할 수 없다는 점, 3. 새로운 약국을 허가할 경우 이미 개업 중에 약국의 경제적 기반은 붕괴될 염려가 있다는 점 등을 제시하였다(380쪽 이하).

결국 약국법 제3조 제1항은 기본법 제12조와 기본법 제2조에 위반하기 때문에 무효라고 주장하는 청구인의 헌법소원이 인용되었고 해당조항은 위헌무효판결을 받았다.

관한 문호의 제한이 기존업자를 경쟁으로부터 보호하기 위한 것이라면 이러한 제한에 엄격한 제약요건을 두어야 한다. 이 경우에는 매우 중대한 위험을 방지하기 위하여 제약하는 것만이 허락될 수 있는 것이며, 그 이외에 공동체의 이익을 촉진한다거나 직업종사자의 수를 제한함으로써 그 직업의 사회적 위신을 확보한다는 정도의 사유로는 불충분하다. 그리고 그러한 제한은 필요최소한의 규제이어야 하며, 염려되는 위험이 그 하위단계의 수단에 의해서는 저지될 수 없음이 명백하게 증명되는 경우에만 허용된다.⁴¹⁾

2. '단계이론'의 3단계에 대한 개관

독일연방헌법재판소 '약국판결'⁴²⁾이 발전시킨 이른바 '단계이론'은 내용상 '3단계이론'으로서, 직업의 자유의 제한과 관련하여 직업행사의 자유와 직업선택의 자유를 구분하여 제한의 방법에 있어서 그 침해의 심각성이 적은 방법부터 선택하여 단계적으로 적용하여야 한다는 이론으로, 기본권제한에 관한 비례의 원칙, 특히 최소침해의 원칙을 직업의 자유의 제한에 적용한 것이다.

여기서 직업의 자유의 제한에 있어서 직업행사의 자유에 대한 보호는 비례의 원칙에 합치되지 않는 자의적인 제약규정을 방어하는데 그치고 있는 반면, 직업선택의 자유는 특히 중요한 사회적 이익을 보호하기 위하여 필요한 경우에만 허용된다고 한다.⁴³⁾ 이렇게 직업행사의 자유의 제한보다 직업선택의 자유의 제한을 더 까다롭게 한 것은 직업선택의 자유가 직업행사의 자유에 비하여 개인의 인격발현과 더 밀접한 관계에 있기 때문이다. 독일연방헌법재판소는 다음과 같은 세 가지 단계를 제시하면서, 입법형성을 통해 우려되는 위험이 덜 침해적인 전단계, 즉 하위단계의 수단에 의해서 극복될 수 없다는 것이 고도의 개연성에 의해 입증될 수 있는 때에만 다음 단계로 넘어갈 수 있다고 본다.

41) BVerfGE 7, 377(405ff.).

42) BVerfGE 7, 377(405ff.).

43) BVerfGE 30, 292(316); 46, 246(256f.).

가. 제1단계(직업행사의 자유의 제한)

입법자는 직업의 자유에 대한 제한이 불가피한 것으로 판단하는 경우 제1단계로 직업행사의 자유를 제한하는 방법을 모색해야 한다. 이 경우 입법자의 입법형성권은 제2, 제3단계에 비하여 자유롭기는 하지만 먼저 개인의 일반적 인격권에 대한 침해가 가장 적은 방법을 선택하여야 한다. 이와 함께 반드시 지켜야 되는 한계가 있는데, 그것은 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 합리적이고 합목적적으로 판단되는 필요최소한도의 범위 내에서만 직업의 행사를 제한해야 한다는 것이다.

따라서 직업행사의 자유에 대한 제한의 요건 및 한계는 필요성·적합성·상당성 원칙을 따라야 한다. 필요성이란 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위해서 그 제한이 필요불가피할 뿐 아니라 목적달성을 위해 기본권을 더 적게 제한하는 다른 방법을 선택할 수 없음을 의미한다. 적합성이란 채택된 제한의 방법으로 국가안전보장 등의 목적달성이 현실적으로 가능할 것을 의미하며, 상당성이란 직업행사의 제한으로 침해당하는 사익에 비하여 보호하여야 하는 공익이 더 커야 한다는 요청이다.

나. 제2단계(주관적 사유에 의한 직업선택의 자유의 제한)

직업의 자유의 제2단계 제한은 직업선택의 자유를 주관적 조건에 의해 제한하는 것이다. 주관적 조건, 즉 기본권 주체인 개인의 능력·자격 등을 직업선택의 자유와 결부시켜 제한하는 것이 이에 해당한다. 직업의 성질상 그 직업의 행사가 일정한 전문성·기술성을 요하는 경우 직업선택을 일정한 교육과정의 이수나 시험 등과 같이 기본권주체가 충족시켜야 하는 일정한 전제조건과 결부시켜서 제한해야 할 경우가 있다. 예컨대 의사·약사·간호사와 같은 의료인이 되기 위해서는 국가자격고시의 합격을 요구하는 것이나 특수한 자동차운전면허소지자가 아니면 영업용 택시운전사를 할 수 없도록 한 것 등이 주관적 사유에 의한 직업선택의 자유의 제한에 해당한다.

다. 제3단계(객관적 사유에 의한 직업선택의 자유의 제한)

제3단계는 직업선택의 자유를 기본권 주체인 개인과는 무관한 객관적 요건에 의하여 제한하는 경우이다. 이러한 객관적 사정은 개인의 힘이 미치지 않는 곳에서 판단된다는 점에서 개인의 권리와 자유에 대한 제한의 강도도 훨씬 강한 것이라 할 수 있다. 따라서 제3단계의 제한은 주관적 사유에 의한 제한보다 훨씬 축소된 재량권의 범위 내에서 제한적으로만 허용된다. 즉 그 직업의 자유의 보장보다 더 중대한 공익에 대하여 명백하고 현존하는 위험이 있어야만 그 제한이 정당화 될 수 있다.⁴⁴⁾ 일반적으로는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리 등을 위하여 직업의 자유의 제한이 필요한 경우에도 ‘명백하고 현존하는 위험’ 내지는 장래 발생가능성이 확실한 위험의 방어를 위하여 필요한 범위 내에서만 객관적 사유에 의한 직업의 자유의 규제가 극히 제한적으로 가능하다.

직업행사의 자유의 제한과 주관적 사유에 의한 직업의 자유의 제한에 있어서와 마찬가지로 객관적 사유에 의한 직업의 자유의 제한의 경우에도 비례의 원칙이 적용된다. 특히 객관적 사유에 의한 직업의 자유를 제한하는 목적(제3단계)이 그 아래 단계(제1단계, 제2단계) 수단을 통해서도 달성될 수 있을 경우에는 제3단계에 의한 직업의 자유의 제한은 헌법 제15조에 위반하는 것으로 판단된다.

라. 소결

이상에서 살펴본 단계이론의 체계는 일견 단순·명확한 것 같지만 직업을 제한하는 규정들이 실제상황에서 어떠한 경우에 구체적으로 어떻게 적용될 수 있는지를 예측하는 것은 그리 쉬운 것만은 아니다. 예컨대 공공복리를 근거로 일정한 업종의 적정분포를 정하는 규정은 과연 세 기준 가운데 어떤 기준에 의해 허용여부가 결정되어야 할 것인가 하는 문제도 결국 법관의 해석재량 내지는 주관적 가치판단에 의하여 좌우될 수 있다는 문제를 안고 있는 것이 사실이다. 그러나 단계이론은 개인의 인격발현과 더불어 경제·사회질서의 초석이 되는 직업의

44) 홍성방(2000), 121쪽 참조.

자유에 대한 한계를 단계화하여 제시함으로써 직업의 자유에 대한 제한은 궁극적으로 최소침해의 원칙에 따라 이루어져야 한다는 점을 분명히 했다는 점에서는 큰 의미를 지닌다 할 것이다.⁴⁵⁾

우리 헌법재판소도 직업선택의 자유를 규정하고 있는 헌법 제15조를 직업선택의 자유와 직업행사의 자유를 포함하는 넓은 의미의 직업의 자유로 해석하면서, 직업선택의 자유에 대한 규제에 있어서보다는 직업행사의 자유에 대한 규제에 있어서 국가가 보다 넓은 형성의 자유를 갖게 된다고 함으로써 기본적으로 독일에서 발전된 단계이론을 원용하고 있다.

제4절 자격제도를 통한 직업의 자유의 제한

위에서 언급한 바와 같이 직업의 자유에 대한 제한의 심사기준에 관하여 우리나라 헌법학계는 독일연방헌법재판소가 발전시킨 ‘단계이론’을 수용하였으며, 헌법재판소도 체육시설의 설치·이용에 관한 법률 시행규칙 제5조에 대한 헌법소원⁴⁶⁾에서 단계이론을 논거로 채택한 이후 지금까지 그 입장을 유지하고 있다.

국민의 생명·건강·안전을 다루는 직업이나 전문적 지식과 기술을 습득하여야만 원활히 행사할 수 있는 직업에 대하여는 헌법 제37조 제2항⁴⁷⁾을 근거로 먼저 법률로써 직업선택의 자유를 전면금지한 후 일정한 자격을 갖춘 자에 한하여 직업선택의 자유를 회복시켜 주는 자격제도가 운용된다.⁴⁸⁾ 최근 사회의 전문화·세분화로 자격의 종류와 자격에 따라 수행되는 업무의 영역은 다양해지고 있으며, 직업분야에서 자격제도가 차지하는 비중이나 사회적 중요도도 점차 높아지고 있다. 이에 따라 한편으로는 이를 규제하는 개별 ‘자격법률’에 의한 기본

45) 홍성방(2002), 92쪽.

46) 헌재 1993. 5. 13. 92헌마80.

47) “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”

48) 김지현(2010), 1쪽.

권 침해를 주장하는 사례가 늘고 있으며, 다른 한편으로는 자격을 남용·악용한 범죄의 중요성도 증가하고 있다. 먼저 우리나라의 자격제도와 그 현황을 개관한 후 우리 헌법재판소의 자격제도에 대한 판단기준을 중심으로 살펴보기로 한다.

1. 우리나라 자격제도와 그 현황

우리나라에서 자격에 관한 일반법은 자격기본법과 국가기술자격법이 있다. 자격기본법 제2조에 의하면, “자격”은 직무수행에 필요한 지식·기술·소양 등의 습득정도가 일정한 기준과 절차에 따라 평가 또는 인정된 것을 의미한다. 자격 가운데 “국가자격”은 법령에 따라 국가가 신설하여 관리·운영하는 자격을, “민간자격”은 국가 외의 자가 신설하여 관리·운영하는 자격을 의미한다. 또한 국가기술자격법(제2조 제1호)은 “국가기술자격”은 자격기본법에 따른 국가자격 중 산업과 관련이 있는 기술·기능 및 서비스 분야의 자격을 의미한다. 다시 말해서 우리나라의 자격은 관리운영의 주체에 따라 국가자격과 민간자격으로 대별되며, 국가자격은 국가기술자격법에 근거한 국가기술자격과 개별법에 의해 운영되는 국가자격으로 구분되고, 민간자격은 ‘공인민간자격’과 ‘등록민간자격’, ‘기타 민간자격’으로 구분된다. 각 자격유형에 따른 정의와 목적 및 주요특징은 아래와 같이 표로 정리될 수 있다.

표 2-1 자격유형에 따른 정의와 목적

구분	정의	운영목적	주요 특징
국가자격	법령에 따라 국가가 신설하여 관리·운영하는 자격 - 자격기본법 제2조 제4항	자격에 관한 기본적인 사항을 정함으로써 자격제도의 관리·운영을 체계화하고 평생 직업 능력 개발을 촉진하여 국민의 사회·경제적 지위를 높이고 능력중심사회의 구현에 이바지함 - 자격기본법 제1조	국가가 개별 법률에 따라 부여하는 자격으로 각 중앙부처에서 주관·관리
국가기술자격	자격기본법에 따른 국가자격 중 산업과 관련이 있는 기술·기능 및 서비스 분야의 자격 - 국가기술자격법 제2조 제1호	국가기술자격제도의 운영을 효율화하여 산업현장의 수요에 적절한 자격제도를 확립함으로써 기술 인력의 직업능력을 개발하고, 기술 인력의 사회적 지위 향상과 국가의 경제발전에 이바지함 - 국가기술자격법 제1조	국가가 국가기술자격법에 따라 부여하는 자격으로 대표적으로 한 국산업인력공단과 대한상공회의소에서 시행

구분	정의	운영목적	주요 특징
민간자격	국가 외의 자가 신설하여 관리·운영하는 자격 - 자격기본법 제2조 제5호	“자격기본법”은 교육개혁위원회가 1996년도 「교육 개혁 방안(II)」에서 ‘좋은 자격제도는 거시적인 교육정책을 통하여 국가경쟁력을 강화시킬 수 있는 일차적 조건이며, 인력수급의 원활화와 개인의 평생에 걸친 생애설계를 도울 수 있는 필수적 요건’이라는 전제하에 자격제도의 개편 방향을 정하고 자격제도의 발전을 위해 자격제도의 민간참여를 증대시킴	민간단체가 임의로 부여하는 자격
공인민간자격	공인받은 민간자격관리자가 관리·운영하는 자격 - 자격기본법 제19조	자격제도를 활성화하고 공신력을 높임으로써 산업체가 요구하는 질 높고 다양한 인력을 양성하고, 자격증에 대한 사회적인 효용 가치를 향상시킴	자격기본법에 근거하여 국가가 인정한 민간자격

자료: 박종성 외(2008), 국가기술자격 관할영역에 관한 연구. 한국직업능력개발원.

표 2-2 우리나라 자격 현황(2013년 5월 현재)

구분		종목 수	관련법	시행기관
국가자격	국가기술자격	522개	국가기술자격법 (고용노동부)	18개 부처(7개 기관)
	개별법상의 국가자격	148개	76개 개별사업법 (개별 부처)	23개 부처·청·위원회
민간자격	공인민간자격	91개	자격기본법(교육부)	15개 부처(53개 기관)
	등록민간자격	4,066개	자격기본법(교육부)	855개 기관
	사업내자격	116개	고용보험법(고용노동부)	55개 사업체

자료: 민간자격정보서비스(한국직업능력개발원, 2013), 국가기술자격검정안내서(한국산업인력공단, 2013), Q-net(한국산업인력공단, 2013).

2. 자격제도에 관한 헌법재판소의 심사기준

가. 포괄적 입법형성의 자유

헌법재판소는 물리치료사와 임상병리사에 대하여 독자적인 영업을 금지하고 의사의 지도하에서만 업무를 수행하도록 한 의료기사법 제1조 및 같은 법 시행령 제2조 제2항에 대한 헌법소원 사건에서, “입법부가 일정한 전문분야에 관한 자격제도를 마련함에 있어서는 그 제도를 마련한 목적을 고려하여 정책적인 판단에 따라 자유롭게 제도의 내용을 구성할 수 있고, 그 내용이 명백히 불합리하

고 불공정하지 아니하는 한 원칙적으로 입법부의 정책적 판단은 존중되어야 한다”⁴⁹⁾고 판시한 이래, 자격제도와 관련된 많은 사건에서 이 결정을 인용하거나 그 취지를 따르고 있다. 즉, 자격제도는 입법자의 정책적 판단사항이므로 합리성 심사 내지 명백성 통제로 족하다고 본다.

나. 자격제도에 관한 법률의 성질

자격제도에 대하여 헌법재판소가 자주 사용하는 “광범위한 입법형성권” 또는 “입법형성의 자유”라는 표현에서 “형성”은 입법자가 공익상의 필요와 제반여건에 따라 전문자격제도의 내용을 구체적으로 정한다는 데 중점을 둔 표현이며, 그 본질은 어디까지나 개인의 직업선택의 자유를 ‘제한’하는 것이다. 다시 말해 그와 같은 법률규정에 의해 비로소 직업선택의 자유의 내용이 창출된다는 의미의 “형성”은 아니다. 모든 자격제도는 그 자체가 일반적 금지의 해제, 즉 허가의 성격을 갖는 것으로, ‘자격법률’로 제한하였던 개인의 자유를 일정한 경우 해제하여 적법하게 행사할 수 있도록 회복하여 주는 것이다. 따라서 자격제도를 규율하는 ‘자격법률’에 의하여 비로소 해당 직업영역에 대한 기본권이 형성되는 것으로 볼 수는 없는 것이다.

헌법재판소는 1997년 이후 일관되게 “전문적 지식과 기술을 가져야만 직업을 원활히 수행할 수 있다고 판단되는 직업에 대하여는 그 공익목적을 위하여 헌법상 보장된 직업선택의 자유를 법률로 전면적으로 금지시켜 놓은 다음 일정한 자격을 갖춘 자에 한하여 직업선택의 자유를 회복시켜 주는 자격제도”라고 판시⁵⁰⁾하여 ‘자격법률’에 대하여 직업의 자유에 대한 ‘제한’의 성격을 갖는 것으로 보고 있다.

다. 자격의 정지 및 박탈에 대한 헌법재판소판례

자격제도에 관한 헌법재판소의 결정례를 대별하면 직업선택의 단계, 직업행사

49) 헌재 1996. 4. 25. 94헌마129.

50) 헌재 1997. 10. 30. 96헌마109; 헌재 1998. 7. 16. 96헌마246 참조.

의 단계 및 자격의 정지·박탈의 경우로 유형화할 수 있다. 이 가운데 우리의 핵심적 관심사항은 마지막 유형이라 할 수 있으므로 여기서는 이에 대한 몇 가지 대표적 판례를 중심으로 살펴보기로 한다.

먼저 일단 일정한 자격을 취득한 후 유죄판결을 받고 형을 선고받아 결격사유에 해당하는 사례이다. 위험물탱크안전성능시험자 지정의 결격사유와 관련한 위헌소원⁵¹⁾에서는 금고 이상의 형의 집행유예의 선고를 받고 그 집행유예기간 중에 있는 사람을 위험물탱크안전성능시험자 지정의 결격사유로 규정하고, 그 시험자로 지정된 후 이러한 결격사유에 해당하게 된 때 그 지정을 필요적으로 취소하도록 규정한 소방법 제18조 제4항 제2호 등이 위헌소원의 심판대상이 되었다.

헌법재판소는 이에 대한 결정요지에서 “입법자는 일정한 전문분야에 관한 자격제도를 마련함에 있어서 그 제도를 마련한 목적을 고려하여 정책적인 판단에 따라 그 내용을 구성할 수 있고, 마련한 자격제도의 내용이 불합리하고 불공정하지 않는 한 입법자의 정책판단은 존중되어야 하며, 자격제도에서 입법자에게는 그 자격요건을 정함에 있어서 광범위한 입법재량이 인정되는 만큼, 자격요건에 관한 법률조항은 합리적인 근거없이 현저히 자의적인 경우에만 헌법에 위반된다고 할 수 있다.”고 판시하고 있다. 또 “이 결격조항에 의하여 그 결격사유에 해당하는 자로 하여금 위험물탱크안전성능시험자의 직업을 선택할 수 없도록 제한한 입법자의 의사결정은, 위험물 안전관리체계를 구축하려는 입법목적의 달성에 적절한 수단으로, 이로써 보호하고자 하는 공익이 결격사유에 해당하는 자가 그 직업을 선택할 수 없는 불이익보다 훨씬 크다는 면에서 수공이 가고, 소방법위반죄로 처벌받은 경우에 한정하지 않았다고 하여 합리성과 형평에 반한다고 할 수는 없다”고 판단하고 있다. 그래서 “입법자가 일정한 자격제도를 마련하면서 그 자격제도를 둔 취지와 양립할 수 없는 결격사유를 규정하고 있는 이상, 일단 자격을 취득하여 그 자격제도에 포섭된 자일지라도 결격사유에 해당하게 됨으로써 해당 자격제도의 범주에서 벗어난 경우, 이 법률조항과 같이 필요적으로 그 자격을 취소, 박탈하는 것은 자격취득에 관한 요건으로 결격사유를

51) 헌재 2001. 5. 31. 99헌바94.

설정한 자격제도 자체에서 유래하는 본질적인 한계에 속하고, 단지 그 결과만을 두고 최소침해성의 원칙에 위반된다고 볼 수도 없다”는 결론을 내리고 있다.

법무부장관으로 하여금 형사사건으로 공소가 제기된 변호사에 대하여 그 판결이 확정될 때까지 일방적이고 전면적으로 가처분 성격의 업무정지를 명할 수 있도록 규정한 구 변호사법 제15조에 대한 위헌판단⁵²⁾을 내린 사안에서 헌법재판소는 “변호사법 제15조⁵³⁾는 직업선택의 자유를 제한함에 있어서 제한을 위해 선택된 요건이 제도의 당위성이나 목적에 적합하지 않을 뿐 아니라 그 처분주체와 절차가 기본권 제한을 최소화하기 위한 수단을 따르지 아니하였으며 나아가 그 제한의 정도 또한 과잉하다 할 것으로서 결국 동 조항은 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙에 어긋난 헌법 제15조의 직업선택의 자유의 제한이라고 볼 수밖에 없을 것이다”는 판단을 내렸다.

그러나 헌법재판소는 사립학교법 제58조의2 제1항 제3호 소정의 형사사건으로 기소된 교원에 대하여 필요적으로 직위해제처분을 하도록 규정한 구 사립학교법 제58조의2 제1항 단서⁵⁴⁾에 대한 위헌심판⁵⁵⁾에서는 “목적의 정당성은 일응

52) 헌재 1990. 11. 19. 90헌가48.

53) 구 변호사법 제15조 (업무정지명령) “법무부장관은 형사사건으로 공소가 제기된 변호사에 대하여 그 판결이 확정될 때까지 업무정지를 명할 수 있다. 다만, 약식명령이 청구된 경우에는 그러하지 아니하다.” 참고로 현행 변호사법 제102조는 다음과 같이 상세하게 업무정지명령을 규정하고 있다: 제102조 (업무정지명령) “① 법무부장관은 변호사가 공소제기되거나 제97조에 따라 징계 절차가 개시되어 그 재판이나 징계 결정의 결과 등록취소, 영구제명 또는 제명에 이르게 될 가능성이 매우 크고, 그대로 두면 장차 의뢰인이나 공공의 이익을 해칠 구체적인 위험성이 있는 경우에는 법무부장계위원회에 그 변호사의 업무정지에 관한 결정을 청구할 수 있다. 다만, 약식명령이 청구된 경우와 과실범으로 공소제기된 경우에는 그러하지 아니하다. ② 법무부장관은 법무부장계위원회의 결정에 따라 해당 변호사에 대하여 업무정지를 명할 수 있다.”

54) 1997년1월13일 개정 이전의 구 사립학교법 제58조의2 (직위의 해제): “① 사립학교의 교원이 다음 각호의 1에 해당할 때에는 해당 교원의 임면권자는 직위를 부여하지 아니할 수 있다. 다만, 제3호에 해당하는 자에 대하여는 직위를 부여하여서는 아니된다. 1. 직무수행능력이 부족하거나 근무성적이 극히 불량한 자, 또는 교원으로서 근무태도가 심히 불량한 자 2. 징계의결이 요구중인 자 3. 형사사건으로 기소된 자(약식명령이 청구된 자는 제외한다).”

55) 헌재 1994. 7. 29. 93헌가3.

인정된다고 할지라도 방법의 적정성·피해의 최소성·법익의 균형성을 갖추고 있지 못하다고 할 것이므로, 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙에 어긋나서 헌법 제15조의 직업선택의 자유(구체적으로는 직업행사의 자유)를 침해하는 것이라고 할 수밖에 없다”는 입장을 피력하였다.

3. 자격제도 관련 심사기준에 대한 비판적 고찰

가. 적용범위 한정 필요성

사회의 변화로 새로운 직업영역이 생겨날 경우 입법자는 그 분야에 대해 새로운 자격제도를 창설하고 규율할 수 있다. 그 직업에 어떠한 능력이 요구되는지, 어떠한 전문지식과 기술을 갖추어야 해당 자격을 취득할 수 있는지 등과 같은 ‘해당 직업영역에의 진입 방법 및 절차’에 대해서는 앞서도 살펴본 바와 같이 입법자에게 광범위한 입법재량권이 인정될 여지가 크다. 그러나 자격제도에 관한 내용이라고 하여 모든 경우에 대하여 광범위한 입법재량권의 인정을 전제로 합리성 통제에만 그치는 것은 문제가 있다.

법이 정한 요건을 충족하여 일단 전문자격자로서의 지위를 취득한 이상, 그들은 법에 의하여 전면적으로 금지되었던 자유를 정당하게 회복받은 자들이므로 이들은 처음부터 법률로 금지되지 않은 일반 직업을 선택하여 행사하는 자들과 차이가 없게 된다. 오히려 직업선택에 드는 노력과 비용, 해당 직종에 종사함으로써 얻고자 하는 사회·경제적 가치에 대한 기대이익 등이 일반 직업에 비하여 훨씬 더 크다는 점에서 같은 내용의 제한이라 할지라도 당사자에게 미치는 피해의 정도는 더 중대한 것으로 평가될 수도 있을 것이다.

이러한 문제는 특히 일정한 사유가 발생할 경우 자격을 박탈하거나 기존의 자격제도를 폐지하는 상황에서 더 심각하게 나타나게 된다. 따라서 자격을 요구하는 직업의 경우, 직업선택의 단계에서 인정되었던 입법자의 재량범위가 직업선택 이후의 행사방법을 제한하는 입법을 하는 과정에서는 오히려 더 축소된다고 볼 여지가 있다. 따라서 자격제도를 이유로 ‘광범위한 입법형성권’이란 동일한 잣대를 적용하여 획일적으로 판단하는 것은 무리가 있다 할 것이다. 자격요건의

설정이나 자격의 효력이 미치는 범위와 같이 자격제도의 형성에 필수적으로 수반되는 자격제도 구성의 본질적인 사항에 대하여는 위와 같은 심사기준을 적용하고, 그렇지 않고 제한의 목적이나 내용이 자격제도 자체에서 비롯된 것이라고 볼 수 없는 경우에는 일반 직업영역에서의 제한과 특별히 다를 바가 없으므로 구체적 사안에 따라 제한의 목적 및 필요성, 제한되는 직업의 성질과 내용, 제한의 정도 및 방법 등을 종합하여 헌법 제37조 제2항에 따른 비례성심사를 하여야 할 것이다.

나. 적용범위의 유형화와 자격정지·박탈

자격제도에 관한 심사기준은 자격취득, 즉 직업영역의 진입을 기준으로 기본적으로 다음과 같이 구분하여 유형화하여 설정할 수 있다.

자격취득 이전의 단계, 즉 직업영역에 진입하기 이전의 단계에서 자격취득의 요건을 정하는 것은 입법자의 광범위한 입법형성의 자유가 인정되는 사항이므로 합리성 내지 명백성 심사에 그쳐야 할 것이다. 다만, 주관적 자격요건 외의 다른 사유로 직업의 선택을 제한하는 경우에는 일반적인 직업선택의 자유에 대한 제한과 마찬가지로 비례성심사를 해야 할 것이다.

자격취득 이후의 단계, 즉 직업영역에 진입한 이후의 단계에서 직업행사의 자유를 제한할 경우에는 일반적인 직업의 자유에 대한 제한과 동일한 심사기준, 즉 비례원칙을 적용해야 할 것이다. 다만, 자격을 취득한 사람이 해당자격과 관련된 직업의 영역범위 내에서만 직업을 행사할 수 있다는 것은 자격제도의 개념 본질상 당연한 것이므로 이와 관련된 제한, 즉 자격의 효력범위 내지 업무범위의 한정, 그에 따른 유사자격 간의 경계설정 등을 심사하는 것은 합리성 통제로 족할 것이다.

자격의 정지·박탈의 경우에는 일반적인 직업의 자유에 대한 제한에 있어서와 동일한 심사기준을 적용해야 하지만, 입법자가 일정한 자격제도를 마련하면서 그 자격제도를 둔 취지와 양립할 수 없는 결격사유를 규정하고 있는 이상, 이러한 결격사유에 해당하게 된 자에 대한 자격의 정지·박탈은 자격제도 자체에서 유래하는 본질적인 한계이므로 자격요건의 심사와 마찬가지로 합리성 통제를 해

야 할 것이다.

결론적으로 요약하자면 상대적으로 입법자의 정책적 판단이 크게 개입될 수밖에 없는 자격요건의 설정이나 자격의 효력 범위, 유사자격 간의 업무범위의 조정과 같은 해당 자격제도를 구성하는 본질적인 사항에 대하여는 합리성 내지 명백성 통제를 하여야 할 것이며, 그 밖에 제한의 목적이나 내용이 자격제도 자체에서 비롯된 것이라고 볼 수 없는 경우에는 일반원칙에 따라 비례성 심사를 하여야 할 것이다. 현재 우리나라에서 시행되고 있는 자격제도는 수백 가지에 이르고, 새로운 자격제도와 직업영역이 계속해서 생겨나고 있는 상황에서 ‘자격법률’들이 국민의 기본권을 침해하는지 여부를 심사함에 있어 단지 전문분야에 관한 자격제도라는 이유만으로 모든 경우 입법자의 정책적 판단을 존중하여 합리성 심사에만 그친다면 기본권 제한의 한계에 관한 헌법 제37조 제2항의 원칙은 사실상 무의미하게 될 우려가 있기 때문이다.

제3장

행정처분과 직업금지

행정처분과 직업금지

직업금지를 내용으로 하는 제재는 형법상 형사제재로 자리매김하기 훨씬 이전부터 직업·영업 관련 법률 및 행정법의 영역에서 독자적인 요건과 법률효과로 구성되어 발전하여 왔다. 그리고 양자는 기본적으로 병렬적으로 존재할 수 있다. 그러나 행정법 또는 직업법상 직업금지의 원인이 된 행위가 동시에 형사절차의 대상도 된 경우, 한편으로는 형사제재로 직업금지가 존재하고 형사판결로써 직업금지가 선고된 경우 이것이 형법 바깥에 존재하는 직업금지처분에 대하여 어떠한 구속력을 가지는가 하는 문제가 제기된다. 다른 한편으로는 이러한 직업금지가 서로 다른 법영역에 병렬적으로 존재하며 경합하는 것이 과연 중요한 의미를 지닐 수 있는지, 경우에 따라 단일제재로 통합하는 것이 바람직하지 않은지 등의 물음이 제기될 수 있다.

이는 형사제재로서의 직업금지와 비교 또는 호환 가능성을 검토하는 것을 의미하기 때문에 이러한 범주를 벗어나는 제재는 일단 고찰대상에서 제외할 필요가 있다. 먼저 그 처분의 성격과 내용이 형사제재로서의 직업금지와 유사성이 있고 상호비교가 가능하여야 하기 때문이다. 또 그 제재가 형법적으로 의미 있는 직업의 행사와 결부된 행위를 “원인행위”로 하여 그 직업을 금지하는 형사절차와 유사한 절차에 의해 결정이 이루어지는 그러한 제재이어야 할 것이다.

그렇다면 다른 절차의 특정한 결정에 자동적으로 수반되는 처분이거나 직업의 행사 그 자체를 제재하기보다는 특정 지위나 권한을 금지하는 제재는 일단 고찰의 대상에서 제외될 수밖에 없을 것이다. 따라서 대표적으로 우리 형법의 자격정

지 가운데 제41조 제1항 제4호에 규정된 “법인의 이사, 감사 또는 지배인 기타 법인의 업무에 관한 검사역이나 재산관리인이 되는 자격”의 정지라든지 민법 또는 상법상 이사의 자격상실과 같은 제재유형은 우리의 고찰대상에서 제외된다.

이렇게 볼 때 형사제재로서의 직업금지와 비교할 만한 처분은 앞에서 살펴본 바와 같이 현대사회의 다양한 국가자격제도와 결부된 행정법과 신분법·직업법의 영역에서 발견된다. 앞에서도 자격제도에 대하여 간단히 살펴본 바와 같이 이러한 직업관련 제재를 담고 있는 법률은 각 소관 부처에서 관할하는 관계로 그 전수를 파악하는 것은 거의 불가능하다해도 과언이 아니다.

다만 국가자격제도에 따라 관리되는 전문성이 높은 직업의 경우, 행정청에 의한 자격관리와 병행하여 직업단체의 자치적 직업법정 또는 징계제도를 갖추고 있는 것을 볼 수 있다. 변호사, 변리사, 세무사, 공인회계사, 의사, 약사와 같은 전문직들이 그 대표적 사례다. 그러나 대표적으로 우리나라 변호사법과 의료법은 변호사와 의료인⁵⁶⁾의 직업관련 제재 및 징계절차의 구성에 있어서 다소 상이한 발전양상을 보이고 있다. 아래에서는 대표적으로 이 두 직군을 중심으로 징계처분 내지 행정처분으로서의 직업금지 제재에 대하여 살펴보기로 한다. 그 제재의 성격을 이해하기 위해 먼저 징계절차 전반을 개관할 필요가 있다.

제1절 변호사 징계제도와 직업금지

1. 변호사징계제도의 의의

변호사는 기본적 인권을 옹호하고, 사회정의를 실현함을 사명으로 하며, 이러한 사명에 따라 성실히 직무를 수행하고 사회질서의 유지와 법률제도의 개선에 노력하여야 한다.⁵⁷⁾ 즉, 변호사의 직무는 영리를 추구하는 순수한 영업활동이 아니며⁵⁸⁾ 본질적으로 공공성을 지닌다. 변호사가 이러한 변호사직무를 수행하기

56) 의료법 제2조는 의사, 치과의사, 한의사, 조산사, 간호사를 의료인으로 정의하고 있다.

57) 변호사법 제1조.

58) 독일연방변호사법(BRAO) 제2조 제2항은 “변호사의 활동은 영업(Gewerbe)이 아니다”라고 명시하

위해서는 고도의 법률지식과 교양, 품성 뿐 아니라 확고한 윤리의식을 갖출 것이 요구된다. 이러한 이유에서 변호사법은 변호사자격을 엄격하게 제한하면서⁵⁹⁾ 높은 윤리적, 법적기준을 충족하도록 요구하고 있다.⁶⁰⁾ 또 변호사개업을 위해서는 심사절차를 거쳐 대한변호사협회에 등록을 하도록 하고 있고,⁶¹⁾ 변호사의 업무활동을 여러 가지로 제한하고 있다.⁶²⁾ 변호사의 활동은 또한 소속 지방변호사회, 대한변호사협회 및 법무부장관의 중첩적 감독을 받도록 되어 있다.⁶³⁾ 나아가 변호사법은 제10장(징계 및 업무정지)에서 변호사에 대한 감독방법의 일환으로 일정한 비행이나 범죄를 범한 변호사를 징계하는 절차를 규정하고 있다.⁶⁴⁾

변호사는 다른 전문직과 달리 국민의 권리를 옹호하고 사회정의를 실현할 공익적 사명을 토대로 법률전문직으로서의 독립적, 독점적 지위를 누리는 만큼 그 직무를 수행함에 있어서 고도의 윤리의식이 요구되며, 변호사의 일탈행위에 대한 징계는 엄격하게 이루어질 필요가 있다. 한편 변호사 직무활동의 특성으로부터 자명하게 도출되는 바로서 변호사 징계제도를 구성함에 있어서 그 독립성과 공정성을 확보하기 위해 각별히 유의하여야 한다는 점이다.⁶⁵⁾

변호사는 그 직무의 성격상 국민의 기본권을 옹호하기 위해 때로는 법원, 검찰 등 국가기관에 대하여 비판자의 입장에 서게 된다. 따라서 변호사에 대한 감독 및 징계 권한을 국가기관에 부여할 경우, 변호사가 자신의 사명을 충실히 수행하는 데 위협이 될 수 있고, 이는 결국 국민의 기본권이 침해되는 결과를 초래할 수 있다. 우리나라에서는 변호사에 대한 징계가 행정기관인 법무부장관 및

고 있다.

59) 헌법재판소는 변호사를 의료인, 법무사, 공인회계사, 세무사 등과 같이 “전문지식과 엄격한 자격을 요하는 직종”으로 분류하고 있다(헌재 1995.2.23. 93헌가1).

60) 변호사법 제4조 및 제5조.

61) 변호사법 제7조 이하.

62) 변호사법 제21조 이하.

63) 변호사법 제39조.

64) 변호사법 제90조 이하.

65) 변호사의 지위를 “직업자유성·단체자치성·사법공공성”의 3원적 가치의 틀 속에서 파악하고, 변호사에 대한 규제·징계제도 역시 이 3원적 구조를 벗어나지 않는 한에서 헌법적으로 정당하다는 입장에 대해서 자세한 것은 신우철(2002), 119쪽 이하 참조!

검찰총장의 관여 하에 이루어져 오다 1993년과 1995년 개정 변호사법을 통하여 대한변호사협회에 자치적 징계권을 대폭 부여하는 방향으로 제도적 변화가 이루어졌다. 변호사징계는 국가기관으로부터 독립하여 자치적으로 이루어져야 한다는 변호사의 직무성격으로부터 도출되는 당연한 요청에 부응하게 된 결과라 할 수 있다.⁶⁶⁾

그러나 다른 한편 변호사에 대한 징계권을 동료집단인 변호사회에 전적으로 맡기는 것은 경우에 따라 집단이기주의로 인해 징계권이 적절하게 행사되지 못할 수도 있다는 위험을 내포하게 된다. 따라서 징계절차에는 변호사 이외에도 같은 법조구성원인 법원과 검찰이 일정부분 관여할 필요가 있을 뿐 아니라 이들 법조구성원 이외에도 일반인의 참여가 징계절차의 적정성 및 징계절차에 대한 국민의 신뢰를 위해 필요하다 할 것이다. 1995년 개정 변호사법이 변호사에 대한 징계권을 전적으로 변호사자치에 맡겼다가, 2000년 개정 변호사법을 통해 징계절차의 공정성을 확보하는 차원에서 여러 제도적 장치를 강구한 것은 이러한 요청을 반영한 것이다.⁶⁷⁾

2. 징계의 사유 및 종류

변호사법은 징계사유를 ‘영구제명’에 해당하는 사유⁶⁸⁾와 ‘제명’ 이하 기타 징계에 해당하는 사유⁶⁹⁾로 대별하여 규정하고 있다. 영구제명의 대상이 되는 징계사유는 2회 이상의 금고 이상의 형을 선고받아(집행유예선고 제외) 그 형이 확정된 자(과실범 제외)와 변호사법에 따라 2회 이상 ‘정직’ 이상의 징계처분을 받은 후 다시 ‘(제91조)제2항의 징계사유’가 있는 자로서 변호사의 직무를 수행함이 현저히 부적당하다고 인정되는 경우이다. 제2항의 징계사유, 곧 징계사유의 두 번째 카테고리가 ‘기타 징계처분에 해당하는 징계사유’인데, 변호사법을

66) 변호사법 제2조 참조.

67) 오종근(2002), 63쪽 이하 참조; 2000년까지의 우리나라 변호사징계제도의 연혁에 대하여 자세 한 것은 신우철(2002), 77쪽 이하 참조!

68) 변호사법 제91조 제1항 및 제90조 제1호.

69) 변호사법 제91조 제2항 및 제90조 제2-5호.

위반한 경우, 소속지방변호사회 또는 대한변호사협회의 회칙에 위반한 경우, 직무의 내외를 막론하고 변호사로서의 품위를 손상하는 행위를 한 경우가 이에 해당한다.

가. 영구제명에 해당하는 징계사유

변호사법 제91조 제1항 제1호는 우선 변호사의 직무와 관련하여 2회 이상 금고 이상의 형을 선고받아(집행유예선고 포함) 그 형이 확정된 경우(과실범 제외)를 ‘영구제명’의 징계처분에 해당하는 징계사유로 하고 있다. 또한 “금고 이상의 형을 선고받고(집행유예선고 제외) 그 집행이 끝나거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년이 지나지 아니한 자”는 변호사결격사유에 해당되며,⁷⁰⁾ 이는 곧 등록취소사유이기도 하다.⁷¹⁾

나아가 같은 조항 제2호는 2회 이상 ‘정직’ 이상 변호사법의 징계처분을 받은 후 변호사법 제91조 제2항의 징계사유가 있는 자로서 변호사직무수행에 현저히 부적당하다고 인정되는 경우 역시 ‘영구제명’의 징계처분을 받을 징계사유로 규정하고 있다. “정직 이상의 징계처분”이 ‘제명’인 경우, 앞의 사유와 마찬가지로 변호사법 제5조에 따른 변호사결격사유임과 동시에 제18조에 따른 등록취소사유에 해당한다.

나. 영구제명 이외의 기타 징계에 해당하는 사유

먼저 ‘변호사법 위반행위’⁷²⁾는 변호사법이 변호사로서 준수하여야 할 의무를 규정한 것에 위반한 것을 말하며, 구체적으로는 변호사법 제4장 『변호사의 권리와 의무』, 즉 제21조부터 제38조에 규정한 사항을 위반한 행위가 이에 해당한다고 할 것이다. 이 가운데 변호사법 제31-34조 위반행위는 형사처벌의 대상도 된다.⁷³⁾ 이때 이들 규정을 위반한 변호사에 대해 형사처벌과 병행하여 징계처분을

70) 변호사법 제5조 제1호.

71) 변호사법 제18조 제1항 제2호.

72) 변호사법 제91조 제2항 제1호.

73) 변호사법 제109조 이하 참조!

할 수 있느냐의 문제가 헌법상의 이중처벌금지의 원칙⁷⁴⁾과 관련하여 제기될 수 있다. 그러나 국가형벌권의 행사와 행정조치로서의 징계권 행사, 즉 처벌과 징계는 그 목적과 방향이 전혀 다르기 때문에 형사처벌의 유무와는 별도로 징계처분이 가능하다고 할 것이다.⁷⁵⁾ 이는 위에서 살펴본 바와 같이 영구제명의 징계처분의 요건에 이미 일정한 형사처벌을 받았을 것을 전제로 하고 있는 맥락을 통해서도 확인된다.

다음으로 ‘소속지방변호사회 또는 대한변호사협회 회칙 위반’⁷⁶⁾ 사유는 변호사가 준수하도록 규정된 회칙상의 의무를 위반한 경우에 해당한다. 변호사는 소속지방변호사회와 대한변호사협회의 회칙을 준수할 의무가 있으며⁷⁷⁾ 소속지방변호사회와 대한변호사협회는 변호사가 준수하여야 할 의무를 회칙으로 규정하여야 한다.⁷⁸⁾

마지막으로 변호사로서의 직무 이외에 사생활에서의 행위도 그것이 ‘변호사로서의 품위를 손상하는 행위’⁷⁹⁾에 해당하는 경우 징계사유가 될 수 있다. 그러나 이 징계사유의 기준은 매우 추상적이고 포괄적이어서 구체적인 행위가 이에 해당하는지 여부를 판단할 때에는 그때그때 각 개별사안에 따라 종합적인 평가를 하는 수밖에 없다. 1993년 개정법을 통해 이른바 ‘품위손상행위’가 징계사유로 추가된 것은 일단 인권을 옹호하고 사회정의를 실현할 사명을 가진 변호사에게

74) 헌법 제13조.

75) 참고로 독일연방변호사법(BRAO) 제115b조는 동일한 위반행위에 대해 이미 형사처벌을 받았거나 다른 행정처분을 받은 변호사에 대해서는 변호사법에 따른 징계처분을 하지 않는다고 규정하고 있다. 그러나 해당 변호사에 대해 제명 혹은 대리금지와 같은 중징계처분을 하는 것은 가능하며, 또한 변호사의 품위를 유지하게 하고 해당 변호사로 하여금 자신의 의무를 충실히 이행하게 하기 위해 필요한 경우에도 변호사법에 따른 징계처분을 추가적으로 할 수 있다고 규정한다.

76) 변호사법 제91조 제2항 제2호.

77) 변호사법 제25조.

78) 변호사법 제66조, 제80조. 대한변호사협회 회칙 제9조 제1항은 “모든 회원은 대한변호사협회의 회칙, 규칙, 규정 및 결의를 준수하여야 하며, 대한변호사협회로부터 지정 또는 위촉받은 사항을 신속 정확하게 처리하여야 한다”고 규정하고 있다. 따라서 회칙뿐 아니라 규칙, 규정 등에 변호사가 준수하여야 할 의무가 규정된 경우 이를 위반한 행위도 징계사유에 해당하게 된다.

79) 변호사법 제91조 제2항 제3호.

높은 윤리적 잣대를 요구하기 위하여 징계요건을 강화한 것으로 이해할 수도 있지만, 이러한 추상적 징계사유는 자칫 변호사에 대한 징계권의 남용을 초래하거나 남용시비를 일으켜 변호사활동의 독립성을 해칠 수 있다는 근거 있는 우려를 낳게 한다.⁸⁰⁾ 징계공고제도와 결부하여 단지 “변호사 품위손상”이라고만 공고하는 경우, 변호사 직업윤리의 단순위반자와 심각한 위반자를 시민들이 구별할 수 없게 만든다는 문제점도 지적된다.⁸¹⁾

다. 징계의 종류

변호사법 제90조 「징계의 종류」는 다섯 종류의 징계를 규정하고 있는데, 1. 영구제명, 2. 제명, 3. 3년 이하의 정직, 4. 3천만원 이하의 과태료, 5. 견책의 순으로 열거하고 있다.

여기서 ‘견책’ 처분이 가장 가벼운 징계처분으로서, 이는 징계혐의자인 변호사의 신분에 전혀 영향을 미치지도 않고, 변호사활동에도 아무런 제한을 가하지 않는다. 반면 ‘과태료’ 처분은 견책처분과 마찬가지로 징계혐의자인 변호사의 신분에는 영향을 미치지 않지만, 과태료를 납부하여야 하는 재산상 불이익을 받는다.

‘정직’은 징계혐의자에게 일정 기간 변호사업무를 하는 것을 금지하는 것으로, (영구)제명과 달리 변호사자격 및 변호사로서의 신분의 상실을 초래하는 것은 아니지만 정직기간 동안 일체의 변호사업무를 행하지 않는 의무가 부과된다.⁸²⁾ 정직의 징계처분은 징계혐의자의 변호사등록원부에 정직개시일과 정직기일을 명시하여 징계결정의 내용을 기재하는 방식으로 집행한다. 대한변호사협회장은 정직처분의 내용을 대한변호사협회의 기관지인 ‘인권과 정의’에 공고하여야 하며, 법무부장관에게 보고하고 소속지방변호사회에 통지하여야 한다.

80) 오종근(2002), 74쪽.

81) 참여연대 사법감시(2010), 18쪽 참조!

82) 변호사징계처분집행규정 제3조는 영구제명, 제명, 정직처분을 받은 변호사가 변호사업무와 관련하여 구체적으로 준수하여야 할 사항을 규정하고, 징계처분을 고지할 때 해당 변호사에게 이러한 업무규제조치를 설명하도록 하고 있다.

‘제명’은 변호사신분을 박탈하는 징계처분으로, ‘영구제명’과 다른 것은 제명의 징계처분을 받은 변호사의 경우 5년이 경과하면 다시 변호사 등록을 하여 변호사신분을 회복하는 것이 가능하다는 점이다.⁸³⁾ 제명 및 영구제명의 징계처분은 징계협의자의 변호사등록원부에 그 징계결정의 내용을 기재하여 등록을 취소하고 변호사등록원부를 말소하는 방식으로 집행한다.⁸⁴⁾ 반면 ‘영구제명’은 변호사신분을 영구적으로 박탈하는 징계처분이며, 따라서 영구제명처분은 변호사결격사유에 해당되어⁸⁵⁾ 일정기간이 경과한 후 다시 변호사등록을 하여 변호사신분을 회복하는 것이 가능하지 않다.

3. 변호사징계절차

변호사법은 변호사에 대한 징계기관으로 대한변호사협회 징계위원회(변협징계위원회)와 법무부 변호사징계위원회를 두고 있다. 변협징계위원회는 변호사에 대한 징계절차에서 제1심에 해당한다. 변협징계위원회가 변호사에 대한 징계사건에서 제1심의 역할을 수행하게 된 것은 1993년 3월 10일 개정 변호사법(법률 제4544호)을 통해서이다. 개정법에서는 징계사유별로 구분하여 변협징계위원회와 법무부 변호사징계위원회가 각각 제1심의 역할을 수행하였다. 그 후 1995년 12월 29일 개정 변호사법(법률 제5055호)을 통해 모든 징계사유에 대해 변협징계위원회는 제1심의 역할을 수행하고, 법무부변호사징계위원회는 변협징계위원회의 징계결정에 대한 이의신청사건만을 심사하도록 개정되었다. 이는 변호사단체의 자치권을 확대하고 그 자율성을 강화하는 방향으로의 변화라 할 수 있다.

1993년 개정 변호사법 이전에는 법무부가 변호사 징계기관이었기 때문에 변호사지위의 독립성이 문제되었다. 한편 1993년 개정 변호사법은 변협징계위원회 징계위원의 신분을 모두 변호사로 함으로써 변호사단체로부터의 징계절차의 독립성 내지 공정성이 문제시되었다. 1995년 개정 변호사법은 변호사신분을 갖

83) 변호사법 제5조.

84) 변호사징계규칙 제43조 제1항 제1호.

85) 변호사법 제5조.

지 않은 징계위원을 두기는 하였으나 여전히 변호사신분의 징계위원이 과반을 차지하여 의사결정을 지배하는 문제를 안고 있었다. 따라서 현행 변호사법⁸⁶⁾이 종전의 변호사법과 달리 변협징계위원회의 구성에 있어서 변호사신분의 징계위원이나, 법원행정처장 및 법무부장관과 같은 국가기관이 추천하는 징계위원의 수를 모두 과반수에 미달하도록 한 것은 징계절차의 독립성과 공정성을 고려한 것이다.⁸⁷⁾

변협징계위원회는 대한변호사협회장의 징계개시청구가 있는 경우에만 징계개시절차를 개시할 수 있으며, 변협징계위원회가 자발적으로 징계절차를 개시할 수는 없다. 변협징계위원회는 대한변호사협회장이 청구한 징계사안에 대해 징계사유의 유무를 조사하고 징계사유가 인정될 경우 어떠한 징계처분이 상당한지를 의결한다.

가. 대한변호사협회 변호사징계위원회의 징계절차

1) 징계개시청구절차

현행 변호사법상 변호사에 대한 징계개시청구권은 대한변호사협회장에게만 인정되는데,⁸⁸⁾ 이렇게 대한변호사협회장에게 징계개시청구권을 독점적으로 인정한 것은 일단 변호사단체의 자율권을 확대·강화하기 위한 것이다.⁸⁹⁾ 그러나 이러한 태도는 변호사징계제도의 공정성 및 적정성을 심각하게 해칠 수 있다는 문제점을 안고 있다. 특히 징계를 받을 변호사의 징계사유와 직접적인 이해관계를 갖는 의뢰인 등에게 해당 변호사의 징계와 관련하여 아무런 법적 권한을 인정하

86) 2000년 1월 28일 개정(법률 제6207호) 이후 변호사법!

87) 변협징계위원회는 판사 2인, 검사 2인 변호사 3인, 법과대학 교수 1인, 경험과 덕망이 있는 자 1인의 위원으로 구성하며, 판사 2인 검사 2인 변호사 3인 법과대학 교수 1인, 경험과 덕망이 있는 자 1인의 예비위원을 둔다(변호사법 제93조, 변호사징계규칙 제2조 제1항).

88) 변호사법 제97조.

89) 징계개시청구권을 대한변호사협회장에게 독점적으로 인정한 것은 1995년 12월 29일 개정 변호사법(법률 제5055호)에 의해서이다. 그 이전에는 대한변호사협회장 이외에 검찰총장에게도 징계개시청구권을 인정하였다. 반면 구한말 및 일제시대 변호사법에서는 변호사협회장에게 징계개시청구권을 아예 인정하지 않았었다.

지 않은 것은 문제점이 아닐 수 없다. 변호사에 대한 징계제도가 변호사단체의 자치권행사의 하나에 해당하고, 의뢰인 등 피해자에 대한 구제를 직접적인 목적으로 하는 것은 아니다. 그러나 변호사에 대한 징계권이 사실상 의뢰인 등의 문제제기에서 비롯되는 것이 현실임을 감안할 때⁹⁰⁾ 변호사법이 이에 대해 아무런 규정을 두고 있지 않은 것은 문제이며, 변호사징계절차에 의뢰인 등이 직·간접적으로 관여할 수 있도록 제도적으로 보장하는 것이 변호사직무의 공공성과 변호사징계제도의 공정성을 위해 바람직하다 할 것이다.⁹¹⁾

한편 지방검찰청검사장 및 지방변호사회장은 변호사에게 징계사유가 있는 것을 발견한 때에는 대한변호사협회장에게 해당변호사에 대한 징계개시의 신청을 하여야 한다.⁹²⁾ 한편 변호사징계규칙 제11조 제3항은 법조윤리협회의 위원장에게도 “공직퇴임변호사 또는 특정변호사에게 징계사유가 있는 것을 발견한 때”에도 징계개시 신청을 할 수 있도록 인정하고 있다. 이러한 징계개시신청이 있는 경우 대한변호사협회는 지체 없이 조사위원회를 소집하여 징계혐의사실에 대해 조사하여야 하며⁹³⁾ 상당한 사유가 없는 한 징계를 청구하여야 한다.⁹⁴⁾ 또한 대한변호사협회장이 징계청구 여부를 결정한 때에는 지체 없이 그 결과와 이유를 징계개시신청인에게 통지하여야 한다.⁹⁵⁾

변호사법이 지방검찰청검사장 및 지방변호사회장에게 징계개시신청권을 인정

90) 대한변호사협회의 변호사징계규칙(이하 ‘변호사 징계규칙’) 역시 의뢰인 등의 신청의 청원이 있는 경우 대한변호사협회장은 지체 없이 청구여부를 결정해야 하며, 이에 필요한 경우 조사위원회로 하여금 징계혐의사실에 대한 조사를 하게 할 수 있도록 규정하고 있으며(변호사징계규칙 제14조 제1항 및 제2항), 조사 후 징계청구 여부를 결정하였을 때에는 이를 지체 없이 징계개시 신청인 또는 재청원인에게 통지하도록 하고 있다(동 규칙 제14조 제3항).

91) 미국의 경우 고발인이 변호사징계절차의 당사자는 아니지만 고발인에게 광범위한 권한이 부여된다. 징계소추인, 청문위원회, 징계위원회, 법원 등 징계기관이 징계에 관한 결정을 한 경우 이를 고발인에게 통지하여야 하며, 각하결정에 불복하는 고발인은 재심을 요청할 수도 있다(ABA Model Rules for Lawyer Disciplinary Enforcement 제31조 참조). 일본도 누구나 변호사에 대해 징계청구를 할 수 있도록 하고 있으며, 심지어 이러한 징계 관련 결정에 대해 이의를 신청할 수도 있다(일본변호사법 제58조, 제61조).

92) 변호사법 제97조의2.

93) 변호사징계규칙 제14조 제1항 및 제2항.

94) 변호사징계규칙 제10조.

95) 변호사징계규칙 제14조 제3항.

한 것은 대한변호사협회장에 의한 징계개시청구권 행사의 독점성을 완화하여 변호사징계제도의 공정성을 확보하기 위한 방안이라 볼 수 있을 것이다.⁹⁶⁾

한편 변호사법에 따른 징계대상은 대한변호사협회에 변호사로 등록되어 있는 자에 한하기 때문에 변호사자격은 갖추고 있으나, 개업을 원하지 않아서 대한변호사협회에 아직 등록되어 있지 않는 자의 경우 징계대상이 되지 아니한다. 이와 관련하여 예컨대 징계대상자인 변호사가 제명 또는 영구제명과 같은 중징계를 회피하기 위해 미리 등록취소를 신청⁹⁷⁾하는 경우에 어떻게 할 것인가가 문제된다.⁹⁸⁾ 이에 대해 대한변호사협회 변호사등록규칙은 징계개시청구를 받았거나 징계개시신청을 받은 변호사가 등록취소신청을 할 수 없도록 규정하고 있다.⁹⁹⁾ 그러나 이미 그 이전에 발 빠르게 등록취소신청을 하여 징계를 벗어날 가능성이 있다는 점을 고려할 때 징계청구의 시효에 대하여는 그 기간 및 존치여부에 대하여 재고가 필요하다 할 것이다.¹⁰⁰⁾

2) 조사위원회 조사절차

대한변호사협회는 징계협의사실에 대한 조사를 실시하기 위하여 조사위원회를 설치하고 있다. 이와 별도로 대한변호사협회장은 필요한 경우 특별조사위원회를 둘 수 있으며, 이러한 특별조사위원회로 현재 변호사윤리위원회가 설치되어 있다.¹⁰¹⁾

96) 애당초 지방변호사회장에게만 부여되었던 징계개시신청권이 2000년 1월 28일 개정(법률 제 6207호)을 통하여 지방검찰청 검사장에게도 인정되게 되었다.

97) 변호사법 제17조 참조.

98) 영구제명의 징계처분을 받은 경우 다시 변호사등록을 할 수 없고, 제명의 징계처분을 받은 경우에도 최소한 5년 동안 등록이 거부되는 반면(변호사법 제5조 및 제8조 참조), 스스로 등록을 취소한 변호사가 징계사유 발생일로부터 3년의 징계청구시효(변호사법 제98조의6)가 경과한 후에 재등록신청을 하는 경우 징계의 위협에서 벗어나는 이익을 받을 수 있기 때문이다.

99) 대한변호사협회 변호사등록규칙 제28조. 같은 취지로 일본변호사법 제63조도 징계절차에 부처진 변호사는 그 절차가 종결될 때까지 등록변경 또는 등록취소를 청구할 수 없다고 규정한다.

100) 참고로 미국의 경우 변호사징계사유와 관련하여서는 우리 변호사법과 같은 징계청구의 시효를 두지 않고 있다(ABA Model Rules for Lawyer Disciplinary Enforcement 제32조).

101) 조사위원회는 10인 이상 30인 이내의 조사위원으로 구성되며, 2년 임기의 조사위원은 대한변호사협회장 추천으로 대한변호사협회 이사회에서 선출한다(변호사징계규칙 제37조). 변호사윤리위원회는 대한변호사협회장이 위촉하는 10인 이상 40인 이내의 위원으로 구성되며, 각 지방

변호사에 대한 징계개시청구와 관련하여 대한변호사협회장이 필요하다고 판단하여 조사위원회로 하여금 징계혐의사실에 대해 조사하게 할 경우¹⁰²⁾ 대한변호사협회 조사위원회가 사전에 징계혐의사실에 대한 조사를 하여야 한다. 조사위원회의 조사결과 징계청구를 함이 타당하다는 보고가 있을 경우 대한변호사협회장은 징계청구를 하여야 한다.¹⁰³⁾ 조사위원회의 사전 조사절차는 대한변호사협회장의 공정한 징계개시청구권 행사를 도모하고, 신분상 중대한 이해관계와 결부되는 변호사징계절차를 신중하게 개시하려는 목적에서 규정된 것이다. 이러한 점을 고려할 때 조사위원회 관련 근거규정은 대한변호사협회의 회칙이 아니라 변호사법 자체에 편입하여 규정하는 것이 바람직하다 할 것이다.¹⁰⁴⁾

먼저 조사위원회에 의한 조사절차는 우선 대한변호사협회장의 요구가 있는 경우에 진행된다. 즉, 대한변호사협회장은 변호사에게 징계사유에 해당하는 혐의가 있다고 인정하거나 국가기관의 징계혐의사실통보 또는 진정인의 진정 등이 있을 때에는 필요한 경우 스스로 조사위원회에 조사를 요구할 수 있다.¹⁰⁵⁾ 조사요구가 있으면 위원장은 즉시 조사위원회를 소집하여 징계혐의사실에 대해 조사하여야 한다.¹⁰⁶⁾ 지방변호사회장 또는 지방검찰청검사장이 변호사협회장에게 징계개시신청을 하는 경우에도 마찬가지이다.¹⁰⁷⁾ 나아가 조사위원회는 변호사에게 징계사유에 해당하는 혐의가 있다고 인정할 때에는 직권으로 조사를 할 수도 있다.¹⁰⁸⁾

특별조사위원회 성격의 윤리위원회도 변호사윤리규칙위반사건에 대해 조사를 할 수 있으며, 조사결과 징계를 내리는 것이 타당하다고 판단될 때에는 대한변호사협회장에게 징계개시청구를 요청할 수 있다.¹⁰⁹⁾ 조사대상이 되는 것으로는

변호사회별로 1인 이상의 위원을 둔다(대한변호사협회 윤리위원회규정 제2조).

102) 변호사징계규칙 제14조 제2항, 제41조 제1항.

103) 변호사징계규칙 제10조.

104) 예컨대 일본 변호사법 제58조, 제70조, 제71조 참조!

105) 변호사징계규칙 제10조, 제14조 제2항.

106) 변호사징계규칙 제41조 제1항.

107) 변호사징계규칙 제41조 제1항.

108) 변호사징계규칙 제38조 제1항.

109) 윤리위원회규정 제5조.

대한변호사협회장이 의뢰한 사건, 윤리위원회에 접수된 변호사윤리와 관련된 진정사건, 사건수임에 관하여 변호사윤리규칙을 위반하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 때, 언론에 보도된 변호사윤리위반사건에 관하여 조사할 필요가 있다고 인정될 때이다.¹¹⁰⁾

조사위원회와 윤리위원회의 징계협의를 대한 조사절차와 방법에 관해서는 징계위원회의 심사절차와 방법을 준용하고 있다.¹¹¹⁾ 조사위원회는 징계협의를사실에 대한 조사를 한 후 의결을 거쳐 그 결과를 조사기록과 함께 대한변호사협회장에게 보고하여야 한다. 조사위원회의 의결은 15인의 조사위원 중 과반수인 8인 이상의 위원의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 하는 것이 일반적이나, 징계협 의자에 대한 징계청구의 의결을 할 때에는 재적위원 과반수의 찬성을 얻도록 하여 강화된 의결요건을 규정하고 있다.¹¹²⁾ 조사위원회가 특별의결정족수에 따라 징계청구를 함이 타당하다는 의결을 한 경우 대한변호사협회장은 이에 구속된다.¹¹³⁾

3) 변호사징계위원회의 징계심사와 결정

변협징계위원회는 대한변호사협회장의 징계개시청구가 있으면 즉시 징계개시청구를 받은 자(‘징계협의를자’)에게 징계개시통지서와 징계개시청구서 副本 1통을 송달하여야 한다.¹¹⁴⁾ 징계개시통지서에는 심의기일에 출석하여 진술할 수 있고, 증거자료 등을 제출할 수 있으며 특별변호인을 선임할 수 있음과 심사기일의 공

110) 윤리위원회규정 제7조.

111) 변호사징계규칙 제41조 제4항, 윤리위원회규정 제14조.

112) 변호사징계규칙 제31조 제2항.

113) 변호사징계규칙 제10조 및 제32조. 반면 ‘징계청구를 함이 타당하지 않다’는 조사결과에 대한 구속성 여부에 대해서는 명문규정이 없다. 조사위원회제도는 변호사법적 근거가 없이 협회 회칙(규칙)에 근거한 기구에 불과하다는 점에 비추어 보면, 현행법상 조사위원회의 위상은 대한변호사협회장의 적절한 징계개시청구권 행사를 보조하기 위한 보조·보좌기관에 지나지 않는다. 따라서 조사위원회가 조사 결과 ‘징계청구를 함이 타당하지 않다’는 결론을 내리더라도 대한변호사협회장은 자신의 고유권한으로 인정된 징계개시청구권을 행사할 수 있다고 보아야 할 것이다.

114) 변호사징계규칙 제17조 제1항.

개를 신청할 수 있음을 기재하여야 한다.¹¹⁵⁾ 변협징계위원회의 심의기일은 징계혐의자의 인격권 보호차원에서 비공개를 원칙으로 한다.¹¹⁶⁾ 다만 변협징계위원회는 상당하다고 인정하는 자의 방청을 허가할 수 있고, 징계혐의자가 공개신청을 한 때에는 심의를 공개한다.¹¹⁷⁾

변협징계위원회의 심의는 직권탐지주의를 원칙으로 한다.¹¹⁸⁾ 즉 변협징계위원회는 직권 또는 징계혐의자의 신청에 의하여 징계혐의자를 심문할 수 있고 참고인에게 사실의 진술이나 감정을 요구할 수 있으며, 필요한 물건이나 장소에 대한 검증을 할 수 있고, 소지인에게 서류 기타의 물건의 제출을 요구할 수 있다. 변협징계위원회는 필요한 경우 직권으로 징계혐의사실에 대한 조사를 담당한 자를 소환하여 의견을 청취할 수 있으며 국가기관 등에 대하여 사실조회를 할 수 있다.

징계혐의자에 대하여 징계가 청구된 징계혐의사실을 이유로 하여 공소가 제기된 경우에는 변협징계위원회는 그 사건이 확정될 때까지 심의절차를 정지한다.¹¹⁹⁾ 이는 형사재판절차를 통해 징계혐의사실이 좀 더 명확하게 해명될 수 있을 뿐 아니라, 형사절차에서 금고 이상의 형의 선고를 받는 경우 변호사법 제18조의 등록취소사유에 해당되어 징계절차가 종료되어야 하기 때문이다. 그러나 징계사유가 있는 날로부터 3년의 시효가 완성되면 더 이상 징계개시청구를 할 수 없게 되는 점¹²⁰⁾을 감안하여 공소가 제기되었더라도 대한변호사협회회장은 일단 징계개시청구는 하여야 할 것이다.

변협징계위원회는 심의의 종료와 더불어 지체 없이 징계사건에 관한 결정을 내려야 한다.¹²¹⁾ 징계에 관한 결정은 징계개시의 청구를 받은 날로부터 6월 이

115) 변호사징계규칙 제17조 제2항.

116) 독일연방변호사법 역시 비공개를 원칙으로 한다(제135조). 미국의 경우 징계소추인이 징계사안을 조사한 후 징계청구를 한 때부터 공개하는 것을 원칙으로 한다(ABA Model Rules for Disciplinary Enforcement 제16조).

117) 변호사징계규칙 제21조.

118) 변호사징계규칙 제26조(징계위원회의 심의방법) 참조!

119) 변호사징계규칙 제19조. 다만 공소의 제기가 있는 경우로서 징계사유에 관하여 명백한 증명자료가 있거나 징계혐의자의 심신상실·질병 등의 사유로 형사재판절차가 진행되지 아니할 때에는 징계심의를 진행할 수 있다(단서).

120) 변호사법 제98조의6.

내에 내려져야 한다.¹²²⁾ 징계에 관한 결정은 재직위원 과반수의 출석과 출석위원과반수의 찬성으로 결정하며, 과반수 찬성을 얻은 의견이 없을 때에는 과반수에 달할 때까지 징계협의자에게 불리한 의견의 수에 순차 유리한 의견의 수를 더하여 그 중 가장 유리한 의견을 합의된 의견으로 한다.¹²³⁾

나. 법무부변호사징계위원회 이의신청절차

변협징계위원회가 일차적으로 변호사에 대한 징계절차를 진행한 후, 이에 대해 이의가 제기되면 법무부변호사징계위원회(‘법무부징계위원회’)¹²⁴⁾가 변협징계위원회의 징계결정에 대한 이의신청사건을 심의한다. 변협징계위원회로부터 징계처분을 받은 징계협의자 및 징계개시신청인은 징계결정에 불복할 경우 그 통지를 받은 날로부터 30일 이내에 법무부징계위원회에 이의신청할 수 있다.¹²⁵⁾

법무부징계위원회의 결정에 불복하는 징계협의자는 「행정소송법」에 정하는 바에 따라 그 통지를 받은 날부터 90일 이내에 행정법원에 소(訴)를 제기할 수 있다.¹²⁶⁾ 정당한 사유가 있는 경우의 예외가 인정되지만, 원칙적으로 행정소송은 징계결정이 있었던 날부터 1년 이내에 제기하여야 한다.¹²⁷⁾

1) 법무부징계위원회의 구성

법무부징계위원회는 법무부장관이 위원장이 되며, 위원과 예비위원은 법원행정처장이 추천하는 판사 중에서 각 2인, 검사 중에서 각 2인과 대한변호사협회

121) 변호사징계규칙 제31조 제1항.

122) 변호사법 제98조. 징계개시신청 기각 등의 이유로 이의신청에 의해 징계절차를 개시한 경우에는 개시일로부터 6개월 이내에 징계에 관한 결정을 하여야 하며, 부득이한 사유가 있는 때에는 모든 경우에 그 의결로 6월에 한하여 기간을 연장할 수 있다.

123) 변호사징계규칙 제31조 제2항.

124) 법무부징계위원회는 위원장 1인과 위원 8인으로 구성되며 예비위원 8인을 둔다(변호사법 제94조).

125) 변호사법 제100조 제1항.

126) 변호사법 제100조 제4항.

127) 변호사법 제100조 제5항.

장이 추천하는 변호사 중에서 각 1인, 변호사가 아닌 자로서 법과대학교수 또는 경험과 덕망이 있는 자 각 3인을 법무부장관이 임명 또는 위촉한다. 다만 위원의 경우 검사 2인 중 1인은 법무부차관으로 할 수 있다. 위원과 예비위원의 임기는 각각 2년으로 한다.¹²⁸⁾

법무부징계위원회의 구성과 관련하여 판사, 검사, 변호사 등 법조인 신분의 징계위원 이외에 3인의 비법조인 신분의 징계위원을 두고 있는 점이 현행규정의 특징이라 할 수 있으며, 이는 변호사징계절차에 일반인으로 참여시킴으로써 변호사징계제도의 공정성을 도모하고 징계절차에 대한 일반인의 신뢰도 제고하기 위한 것이라 할 것이다. 그러나 위원장을 굳이 법무부장관으로 하고, 검사 2인 중 1인의 위원을 법무부차관으로 위촉할 수 있도록 한 것은 법무부징계위원회의 독립성을 고려할 때 바람직한 구성인지 의문이라 할 것이다.

2) 이의신청의 법적 성격과 심리절차

현행 변호사법은 변협징계위원회의 징계 결정에 대한 불복으로써 법무부징계위원회에 제기하는 이의신청의 법적 성격에 대하여 명확히 하고 있지 않다. 그러나 행정청의 처분 또는 부작위에 대한 행정심판청구와 관련하여 『행정심판법』 제2조 제4호는 이 법이 적용되는 행정청의 범위에 “법령 또는 자치법규에 따라 행정권한을 가지고 있거나 위탁을 받은 공공단체나 그 기관 또는 사인(私人)”도 포함되는 것으로 규정하고 있다. 아울러 변호사가 소속지방변호사회와 대한변호사협회 이외에 법무부장관의 감독도 받는 것으로 규정한 변호사법 제39조, 대한변호사협회로 하여금 법무부장관의 감독을 받도록 규정한 변호사법 제86조를 종합적으로 고려할 때 변호사에 대한 징계는 법무부장관의 권한에 속한다고 볼 수 있다.

다시 말해서 변호사에 대한 징계는 본래 법무부장관의 행정권한에 속하는 것인데 그 권한을 넓은 의미의 ‘행정청’에 포함되는 대한변호사협회(변협징계위원회)라는 공공단체 내지 그 기관에 위임·위탁한 것이며, 따라서 변협징계위원회의 징계처분은 행정심판의 대상이 되는 행정처분이라고 할 것이다.¹²⁹⁾ 따라서

128) 변호사법 제94조.

변협징계위원회로부터 징계처분을 받은 징계혐의자는 이에 불복하는 경우 대한변호사협회에 대한 감독기관인 법무부장관에게 행정심판을 청구할 수 있는 것이다. 요컨대 변협징계위원회로부터 징계처분을 받은 징계혐의자가 이에 불복하여 법무부징계위원회에 하는 이의신청은 행정심판법상의 행정심판의 일종으로 볼 수 있다. 즉 이의신청인은 행정심판법상 ‘심판청구인’에, 법무부징계위원회는 행정심판법상 ‘행정심판위원회’에, 그리고 법무부징계위원회의 결정은 행정심판법상 ‘재결’에 해당하는 것이다. 또 대한변호사협회장은 행정심판법상의 처분행정청에, 법무부장관은 행정심판법상의 ‘재결청’에 각각 해당하기 때문에 법무부징계위원회의 결정에 불복하는 징계혐의자는 「행정소송법」으로 정하는 바에 따라 행정법원에 소(訴)를 제기할 수 있음은 당연한 논리적 귀결이라 것이다.¹³⁰⁾

법무부징계위원회는 이의신청에 대한 심리를 마쳤을 경우 지체 없이 징계에 관한 결정을 하여야 한다. 이의신청이 이유 있다고 인정하면 변협징계위원회의 징계 결정을 취소하고 스스로 징계 결정을 하여야 하며, 이의신청이 이유 없다고 인정하면 이의신청을 기각하여야 한다.¹³¹⁾

변호사법은 법무부징계위원회의 심리절차에 대해서 자세히 규정하고 있지 않지만 앞에서 살펴본 바와 같이 이의신청은 행정심판법의 심판청구에 해당할 것이므로 행정심판법의 심리절차에 관한 규정들이 준용될 수 있다. 여기서 이의신청인은 ‘심판청구인’의 지위를, 대한변호사협회장은 ‘행정청’으로서 ‘피청구인’의 지위를 가진다. 이의신청에 대한 법무부징계위원회의 심리절차는 변협징계위원회의 경우와 마찬가지로 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 필요하면 직권으로 심리할 수 있다.¹³²⁾ 아울러 행정심판법상의 불이익변경금지원칙¹³³⁾은 이의신청에 대한 법무부징계위원회의 징계결정에도 적용된다.

129) 행정심판법 제3조.

130) 변호사법 제100조 제4항 참조. 다만, 행정소송을 제기하더라도 법무부징계위원회의 결정의 효력이 정지되는 것은 아니다(행정소송법 제23조). 구 변호사법은 법무부징계위원회의 결정에 대한 불복방법으로 대법원에 즉시항고를 할 수 있도록 규정하였었다. 그러나 대법원의 즉시항고절차는 법률심일 뿐이어서 행정소송을 인정하지 않을 경우 법원에 의한 사실판단의 기회를 박탈하는 결과를 낳아 헌법상 보장된 재판을 받을 권리를 침해한다는 이유로 위헌판단을 받았다(헌재 2000.6.29 99헌가9; 헌재 2002.2.28 2001헌가18 참조).

131) 변호사법 제100조 제2항.

132) 행정심판법 제39조.

4. 업무정지명령제도

변호사법은 변호사에 대한 징계제도와 아울러 일정요건 하에 법무부장관이 명할 수 있는 잠정적 조치로서 변호사업무정지명령을 규정하고 있다.¹³⁴⁾ 변호사에 대해 공소가 제기(약식명령이 청구된 경우와 과실범으로 공소제기된 경우는 제외)되거나 징계절차가 개시되어 그 재판이나 징계결정의 결과 등록취소, 영구제명 또는 제명에 이르게 될 가능성이 매우 크고, 그대로 두면 장차 의뢰인 또는 공공의 이익을 해할 구체적인 위험성이 있는 경우, 법무부장관은 법무부징계위원회에 대하여 해당 변호사의 업무정지에 관한 결정을 청구할 수 있고, 이에 따라 법무부징계위원회가 업무정지결정을 내리면 법무부장관은 해당 변호사에게 업무정지를 명할 수 있다.¹³⁵⁾

그런데 법무부장관이 업무정지명령을 내릴 수 있는 사유는 변호사에 대한 징계사유와 중첩되며, 업무정지명령의 실질적 효력 또한 변호사에 대한 징계처분 중 ‘정직’과 크게 다르지 않지만,¹³⁶⁾ 해당 변호사에 대한 형사판결이나 징계결정이 확정되는 경우에는 그 효력을 상실하는 잠정적인 처분이다.¹³⁷⁾ 이는 변호사가 형사사건으로 유죄의 확정판결을 받아 등록이 취소되거나¹³⁸⁾ 징계절차에서 (영구)제명의 징계처분을 받는 경우 변호사로서 업무활동을 할 수 없게 되는데, 위법행위로 인하여 이러한 결과에 이를 가능성이 매우 높은 변호사가 계속 변호사업무를 수행할 수 있도록 방지할 경우 의뢰인이나 공공의 이익을 침해할 위험이 높기 때문에 이를 방지하기 위해 잠정적 가처분제도를 제도화한 것이다. 그러나 업무정지명령을 받는 변호사는 아직 형사판결 혹은 징계처

133) 행정심판법 제47조 제2항.

134) 변호사법 제102조 이하. 변호사법위반 변호사에게는 지방검찰청검사가 1천만원 이하의 과태료를 부과하고 징수할 수 있다(변호사법 제117조 제4항).

135) 변호사법 제102조.

136) 정직은 3년 이하(변호사법 제90조 제3항)이며, 업무정지명령은 갱신을 포함하여 최장 2년(변호사법 제104조)까지 가능하다. 한편 지방검찰청검사가 부과하는 과태료처분(변호사법 제117조)의 요건 역시 변호사에 대한 징계사유(변호사법 위반)와 중첩되며, 과태료처분의 효과 역시 변호사에 대한 징계처분 중 ‘과태료’ 처분과 차이가 없다.

137) 변호사법 제106조 참조.

138) 변호사법 제18조 참조.

분이 확정되지 않았음에도 불구하고 사실상 징계처분에 상응하는 업무정지명령을 통해 신분상 및 재산상 중대한 불이익을 감수해야 하며, 이러한 불이익은 경우에 따라 회복될 수 있는 성질의 것이 아니라는 점이 간과되어서는 아니 된다. 따라서 업무정지명령의 제도적 취지를 고려하면서 해당 변호사의 불이익을 최소화할 수 있도록 한편으로는 그 요건을 엄격히 함으로써 업무정지명령을 위험성을 고려하여 필요최소한의 범위로 제한할 필요가 있으며, 다른 한편으로는 그 절차 역시 공정성이 보장하는 방향으로 보장되어야 할 것이다.¹³⁹⁾

법무부장관의 업무정지명령¹⁴⁰⁾ 또는 업무정지기간의 갱신¹⁴¹⁾은 일종의 행정처분이라고 할 수 있다. 이에 대한 불복방법으로 구 변호사법이 해당 변호사가 대법원에 즉시항고하는 것만을 규정하였던 반면, 현행 변호사법은 징계절차의 불복에 대한 변호사법 제100조 제4항 내지 제6항의 규정을 준용하여 업무정지결정에 불복하는 자는 「행정소송법」으로 정하는 바에 따라 행정법원에 소(訴)를 제기할 수 있도록 하고 있다.¹⁴²⁾ 업무정지명령 자체에 대한 불복방법과는 별도로 법무부장관은 직권으로 또는 해당 변호사 등의 신청에 의하여 업무정지명령을 해제할 수도 있다.¹⁴³⁾

5. 변호사징계제도의 평가

그동안의 발전을 통해 정립된 현재의 자치적 변호사징계제도는 변호사단체의 공정한 징계권 행사에 대한 국민적 의구심에도 불구하고 국민의 기본권을

139) 독일의 경우 “징계절차에서 제명처분이 내려질 유력한 근거”가 존재하는 때(독일연방변호사법), 미국의 경우 “중요한 범죄로 유죄판결을 받았거나 변호사윤리규칙을 위반하였거나 업무무능력상태로 인해 대중에게 손해를 입힐 실질적 위협”이 존재하는 경우(ABA Model Rules for Lawyer Disciplinary Enforcement 제19조, 제20조)에 법원이 잠정적 조치로 업무정지를 명할 수 있도록 하고 있다.

140) 변호사법 제102조.

141) 변호사법 제104조.

142) 변호사법 제108조.

143) 변호사법 제105조.

보호하여야 하는 변호사직무에 대한 국민적 기대가 뒷받침되어 가능하였던 것으로 판단된다. 따라서 현재의 자치적 변호사징계제도가 정착하기 위해서는 대한변호사협회가 징계권을 적극적으로, 그리고 엄격하고 공정하게 행사하려는 노력이 있어야 할 것이다.¹⁴⁴⁾

참여연대(사법감시)가 1993년부터 2010년 10월까지 변호사징계사건 총 460건을 분석한 결과¹⁴⁵⁾에 따르면 징계처분건수가 2004년 이후부터 그 전에 매년 10여건 내외였던 것에 비하여 연간 2배 이상 증가하여 매년 20-30건 수준이 되었다. 이것이 대한변협이 높아진 사회적 기대수준에 부응하여 엄격한 징계제도를 가동한 것 때문인지, 변호사들의 직업윤리위반행위가 증가한 데서 비롯된 것인지 이 분석을 통해 드러난 바는 없다. 그러나 460건 가운데 이른바 “의정부법조비리사건”의 여파로 법조계에 대대적인 조사가 있었던 1998년의 136건을 제외하면, 결과적으로 17년간 총 324건의 징계가 내려진 것이며, 이는 매년 19건 정도의 징계처분이 내려졌음을 의미한다.

징계처분의 종류 역시 견책(12.39%)과 과태료(58.26%) 위주의 경미한 처분이 내려졌고, 과태료 가운데서는 500만원 이하의 과태료가 압도적으로 많은 것이 특징이다. 정직(111건)의 경우 24.13%이지만 이 가운데 절반을 육박하는 54건이 1998년에 내려진 것이어서 이를 제외하면 17.59% 밖에 되지 않는다. 제명과 자격상실을 합하면 25%에 달하는데, 이를 환산하면 매년 4.75명만이 정직, 제명, 자격상실과 같은 일시적 또는 영구적 직업금지처분에 상응하는 중한 징계에 처해진 셈이다.

이 자료에서 눈에 띄는 것은 해당기간에 징계를 받은 변호사는 모두 411명인데 그 가운데 2번 이상 징계처분을 받은 34명의 경우 징계수준이 높은, 즉 직업윤리위반수준이 높은 변호사들이라는 점이다. 이는 한편으로는 변호사징계제도의 내재적 한계를 드러내며, 다른 한편으로는 변호사징계정보서비스 등을 통한 징계사실의 공시로 피해예방을 적극적으로 도모해야 할 필요성이 있음을 시사한다.

144) 오종근(2002), 118쪽 이하 참조!

145) 이에 대해 자세한 것은 참여연대 사법감시(2011), 21쪽 이하 참조!

제2절 의료인 징계제도와 직업금지

1. 의료인 징계제도에 대한 개관

앞에서 살펴본 변호사 징계제도의 중요한 특징 중 하나는 대한변호사협회의 자치적 징계권 행사라고 할 수 있다. 이와 달리 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사를 망라하는 이른바 “의료인”¹⁴⁶⁾에 대한 징계제도에는 기본적으로 자치적 징계권이 인정되지 않고 있으며,¹⁴⁷⁾ 관할 행정청인 보건복지부도 그동안 이에 소극적이어서 대한의사협회를 비롯한 의료인직업단체들은 이른바 “자율징계권” 확보를 위하여 전방위로 압력을 행사하고 있는 것이 현실이다.¹⁴⁸⁾

어쨌든 현재로서는 의료인이 의료법을 위반하여 직업 관련 위법행위를 한 경우 행정절차법의 토대 위에서 의료법에 따라 관할 행정청의 행정처분으로서 징계가 내려지게 된다. 의료법상 행정처분은 크게 시정명령, 의료업정지와 의료기관폐쇄를 포함한 개설허가취소, 그리고 면허취소와 자격정지 등이 있다. 시정명령 및 개설허가취소 등은 ‘의료기관’에 대한 처분이며, 면허취소 및 자격정지는 ‘의료인’에 대한 처분이다.¹⁴⁹⁾ 그런데 이러한 의료법상 행정처분의 세부적인 기

146) 의료법 제2조.

147) 의료법 제28조 제3항은 “제1항에 따라 중앙회가 설립된 경우에는 의료인은 당연히 해당하는 중앙회의 회원이 되며, 중앙회의 정관을 지켜야 한다”고 규정하고 있다. 하지만 예컨대 대한의사협회 정관(최신 일부개정: 2011년 4월 24일) 제13장 ‘윤리위원회’에 규정된 회원에 대한 징계의 종류는 “1. 3년 이하의 회원권리정지, 2. 고발 및 행정처분 의뢰, 3. 위반금 부과, 4. 경고 및 시정지시”에 불과하다. 이는 의사의 면허나 등록·관리 업무가 대한의사협회에 위탁되고 엄격히 관리되지 않은 이상 협회의 제재 역시 실효성이 없음을 의미한다 할 것이다. 의료직업의 전문직업성과 자율규제의 중요성에 대하여 자세한 것은 안덕선(2010) 참조!

148) 2010년 8월 31일 “전문가단체 전문성 강화 및 자율규제 개선방안 모색을 위한 토론회”에서 이와 관련하여 다양한 요구들이 쏟아졌다. 의협신문 2010년8월31일 기사 “전문가단체 자율규제 당위성 있다” 참조: <http://www.doctorsnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=64875> (검색일: 2013.11.1.) 당시 토론회를 개최한 양승조의원이 최근 2013년11월18일 대표 발의한 의료법 일부개정법률안(의안번호: 7820)은 이러한 보건의료직업단체 중앙회의 “자율징계권” 보장을 그 핵심으로 하고 있다. 이에 앞서 제17대 국회에서도 2006년 안명옥 의원이 대표 발의하였다가 임기만료 자동폐기된 의료법 일부개정법률안(의안번호: 4473) 등을 통하여 각 의료인단체 중앙회에 등록 및 관리 업무를 위탁하고 징계절차에도 참여하는 방안이 모색된 바 있다.

149) 대한의사협회(2008), 27쪽.

준은 보건복지부령으로 정하도록 하고 있어서¹⁵⁰⁾ 그 구체적 내용은 「의료관계 행정처분 규칙」에 규정되어 있다.¹⁵¹⁾

보건복지부가 최근 국회에 제출한 자료에 따르면 2009년부터 2013년 6월까지 4년 6개월 동안 행정처분을 받은 의약사 가운데 이 기간 동안 행정처분을 받은 의사는 총 2,046명이었으며, 연도별로는 2009년 265명, 2010년 447명, 2011년 411명, 2012년 815명, 2013년 6월까지의 108명의 추이를 보였다. 10순위에 드는 위반유형 가운데에서는 ‘관련 서류를 위·변조하거나 속임수 등 부정한 방법으로 진료비를 거짓 청구한 경우’가 414명으로 가장 많았다.¹⁵²⁾

표 3-1 최근 5년간 의사 행정처분 현황(2009-2013.6)

10순위 위반유형	처분기준	계	2009	2010	2011	2012	2013
관련 서류를 위조·변조하거나 속임수 등 부정한 방법으로 진료비를 거짓 청구한 경우		414	74	76	119	129	16
전공의 선발 등 직무와 관련하여 부당하게 금품을 수수한 경우	자격정지 2월	228	45	8	4	153	18
법 제22조를 위반하여 진료기록부 등을 거짓으로 작성하거나 보존하지 아니한 경우	자격정지 1월	198	33	47	35	78	5
의료기관의 개설자가 될 수 없는 자에게 고용되어 의료행위를 한 경우	자격정지 3월	151	15	48	24	60	4
의료기사가 아닌 자에게 의료기사의 업무를 하게 하거나 의료기사에게 그 업무의 범위를 벗어나게 한 경우	자격정지 15일	132	15	22	37	50	8
법 제27조 제1항을 위반하여 의료인이 아닌 자에게 의료행위를 하게 하거나 의료인에게 면허받은 사항 외의 의료행위를 하게 하거나 의료인이 면허된 것 외의 의료행위를 한 경우	자격정지 3월	117	13	24	25	50	5
법 제56조 제2항 제9호 또는 제57조 제1항을 위반하여 의료광고 심의를 받지 아니하거나 심의 받은 내용과 다른 내용의 광고를 한 경우		97	10	45	20	22	

150) 의료법 제68조 참조.

151) 이 규칙은 「의료법」뿐 아니라 「의료기사 등에 관한 법률」 위반행위에 대한 처분기준을 정한 것으로서, 처분권한은 의료인·의료기사·의무기록사 및 안경사에 대한 행정처분의 경우 그 면허권을 가지고 있는 보건복지부장관에게, 그리고 간호조무사·의료유사업자 및 의료기관 등에 대한 행정처분의 경우는 자격증을 발급하거나 지도·감독권한이 있는 시·도지사 또는 시장·군수·구청장에게 있다(의료관계 행정처분 규칙 제3조 참조).

152) 의학신문 2013년10월15일: <http://www.dailypharm.com/News/176185> (검색일: 2013.11.1.)

10순위 위반유형	처분기준	계	2009	2010	2011	2012	2013
법 제27조 제3항을 위반하여 영리를 목적으로 환자를 의료기관이나 의료인에게 소개·알선 그밖에 유인하거나 이를 사주하는 행위를 한 경우	자격정지 2월	90	12	18	15	37	8
법 제22조 제1항을 위반하여 진료기록부등을 기록하지 아니한 경우	자격정지 15일	82	6	18	15	38	5
법 제56조 제2항(제7호와 제9호는 제외한다) 또는 제4항을 위반하여 의료광고를 한 경우	자격정지 1월	77	5	11	11	45	5
총계		2046	265	447	411	815	108

2. 의료인 징계처분으로서의 의료법상 행정처분

의료법에서는 의료인에 대한 제재적인 행정처분으로서 2단계 조치로 면허자격정지처분과 면허취소처분을 규정하고 있다. 그리고 전자의 제재처분을 보다 무거운 후자의 제재처분의 기준요건으로 규정하고 있다.¹⁵³⁾

가. 면허취소처분

의료법 제65조 제1항은 의료인이 제8조의 결격사유 가운데 어느 하나에 해당하게 된 경우, 제66조에 따른 자격정지처분 기간 중에 의료행위를 하거나 3회 이상 자격정지처분을 받은 경우, 제11조 제1항에 따른 면허조건을 이행하지 아니한 경우, 그리고 면허증을 빌려준 경우에 보건복지부장관에게 그 면허를 취소할 수 있는 권한을 부여하고 있다.

다른 요건과 달리 제8조의 결격사유에 해당하게 된 경우에는 필요적으로 면허를 취소하도록 규정하고 있다. 제8조의 결격사유와 결부된 면허취소사유 가운데 범죄행위와 관련된 요건은 제4호이다. 이 요건은 구 의료법에서는 위법행위의 종류와 무관하게 의료인이 어떠한 종류의 범죄행위가 되었든지 이로 인해 금고 이상의 형을 선고받으면 면허취소요건에 해당하도록 규정되었으나,¹⁵⁴⁾ 2000

153) 의료법 제66조 제1항 제2호 참조. 대법원 2005.03.25. 선고 2004두14106 판결.

154) 구 의료법 제8조 제5호: “금고이상의 형의 선고를 받고 그 형의 집행이 종료되지 아니하거나 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자”.

년 1월 12일 의료법 개정에 따라 “의료법 또는 의료 관련 법령을 위반”하여 금고이상의 형의 선고를 받은 경우로 그 요건이 정비되어¹⁵⁵⁾ 결과적으로 면허취소 요건의 범위가 축소되었다.

의료법 제65조 제2항은 “면허가 취소된 자라도 취소의 원인이 된 사유가 없어 지거나 개전의 정이 뚜렷하다고 인정”되는 경우 면허를 재교부할 수 있는 권한을 보건복지부장관에게 부여하고 있다.

나. 자격정지

의료법 제66조 제1항에 따른 자격정지 처분은 1년 이내의 범위에서 의료인의 면허자격을 정지시켜 일정기간동안 해당 의료인의 의료행위를 정지하는 처분이다. 하지만 자격정지 처분이 해당 의료인이 개설한 의료기관의 운영업무까지도 정지시키는 것은 아니어서 예컨대 자격정지 처분을 받은 의사는 대진의를 고용하여 의료기관을 운영할 수는 있다.¹⁵⁶⁾ 그러나 의료인이 관련 서류를 위조·변조하거나 속임수 등 부정한 방법으로 진료비를 허위·부당청구한 것을 이유로 하여 자격정지 처분을 받은 경우에는 의료업을 할 수도 없기 때문에 해당 의료기관 업무정지의 효력이 발생한다.¹⁵⁷⁾

제66조제1항 제1호 ‘의료인의 품위를 심하게 손상시키는 행위를 한 때’ 요건과 관련하여서는 의료법 제66조 제2항에 따라 의료법 시행령 제32조가 비로소 이를 상세하게 구체화하고 있다.¹⁵⁸⁾ 위반행위의 정도에 따른 자격정지의 기간은 「의료관계 행정처분 규칙」 제4조의 별표 제2호 ‘개별기준’ 가목에 상세히 규정

155) 의료법 제65조 및 의료법 제8조 제4호 참조.

156) 대한의사협회(2008), 283쪽.

157) 의료법 제66조 제3항 및 제1항 제7호 참조.

158) 의료법 시행령 제32조: ① 학문적으로 인정되지 아니하는 진료행위(조산 업무와 간호 업무 포함) ② 비도덕적 진료행위 ③ 거짓 또는 과대 광고행위 ④ 불필요한 검사·투약·수술 등 지나친 진료행위를 하거나 부당하게 많은 진료비를 요구하는 행위 ⑤ 전공의의 선발 등 직무와 관련하여 부당하게 금품을 수수하는 행위 ⑥ 다른 의료기관을 이용하려는 환자를 영리를 목적으로 자신이 종사하거나 개설한 의료기관으로 유인하거나 유인하게 하는 행위 ⑦ 자신이 처방전을 발급하여 준 환자를 영리를 목적으로 특정 약국에 유치하기 위하여 약국개설자나 약국에 종사하는 자와 답합하는 행위.

되어 있으며, 그 가운데 대표적인 것 몇 가지를 들면 다음과 같다.

- 학문적으로 인정되지 아니하는 진료행위를 한 경우: 자격정지 1개월¹⁵⁹⁾
- 비도덕적 진료행위를 한 경우: 자격정지 1개월¹⁶⁰⁾
- 부당하게 많은 진료비를 요구한 경우: 자격정지 1개월(1차 위반시), 자격정지 3개월(2차 위반시)¹⁶¹⁾
- 전공의 선발 등 직무와 관련하여 부당하게 금품을 수수한 경우: 자격정지 2개월¹⁶²⁾
- 의료기관의 개설자가 될 수 없는 자에게 고용되어 의료행위를 한 경우: 자격정지 3개월¹⁶³⁾
- 관련 서류를 위조·변조하거나 속임수 등 부정한 방법으로 진료비를 거짓 청구한 경우¹⁶⁴⁾

제3절 직업금지 제재의 호환대체 가능성

형벌이든 보안처분이든 직업금지가 형사제재로 규정되는 경우, 자치적 “직업법정” 또는 “명예법정”과 유사한 대한변호사협회 징계절차에 따라 부과되는 징직·제명, 또는 의료법에 따라 보건복지부 행정처분으로 내려지는 면허취소·자격정지와 같은 직업금지 제재와 형법상 직업금지와와의 관계가 문제된다.

형사제재로서의 직업금지는 어떤 형태로든 최소한 일정한 형법적 중요성을 지니는 위법행위를 원인행위(Anlasstat)로 하여 부과된다는 점에서 명예법정 또는 자율징계나 행정처분으로서 직업금지 제재도 그 원인행위가 형법적 중요성을 지닐수록 제재의 강도가 중하여지며 억압적 성격을 가지게 되는 것을 쉽게 추정해 볼 수 있다.

159) 의료관계 행정처분 규칙 개별기준 가목 31).

160) 의료관계 행정처분 규칙 개별기준 가목 32).

161) 의료관계 행정처분 규칙 개별기준 가목 34).

162) 의료관계 행정처분 규칙 개별기준 가목 35).

163) 의료관계 행정처분 규칙 개별기준 가목 36).

164) 의료관계 행정처분 규칙 개별기준 가목 38).

직업법·행정법상의 직업금지를 겨냥한 징계절차와 형사절차는 원칙적으로 별개로 진행된다. 국가로부터 징계권을 위임받은 직업단체의 자율성과 독립성을 존중하는 한편 행정청의 관할권을 존중하는 것은 권력분립의 원칙상 요청되는 바이며, 같은 이유에서 범죄행위에 대한 형사제재의 부과는 형사법원의 고유관할이기 때문이다.

어쨌든 형법적 중요성을 지닌 원인행위에 있어서 직업금지에 대한 일차적 관할권은 형사법원에 있다고 봐야 할 것이다. 직업법이나 행정법이 비록 별개의 법영역에 속한다 하더라도 직업금지와 같은 제재는 그것을 형사제재로 칭하지 않더라도 형법과 일정한 유사성을 지닌 억압적 처분임에 틀림이 없으며, 이는 역사적으로 직업법 또는 신분법이 형법의 한 부분이었다는 점을 통해서도 드러난다.¹⁶⁵⁾ 따라서 형법에 보다 포괄적인 관할권을 인정하는 입장을 취한다면 직업금지 제재의 중복의 문제는 모든 직업금지를 형사제재화함으로써, 즉 형사법원에 직업금지 전반에 대한 전속적 관할권을 인정하는 방안으로 정리할 수도 있을 것이다.

예컨대 독일변호사법(BRAO) 제118조 제3항 제1문¹⁶⁶⁾은 형사절차상 법원의 판단의 근거가 된 사실의 확인은 변호사직업법정절차(변호사징계절차)에 대하여 구속적인 효과를 지닌다고 명시하고 있다. 또 같은 법 제115b조는 의무위반을 이유로 한 징계절차의 경우 형사판결이나 다른 법원의 결정이 있는 경우에는 추가제재가 필요하지 않다면 변호사법상의 징계를 면제할 수 있도록 하고 있다. 물론 형법적 처분에도 불구하고 변호사법상 제적처분이나 직업금지처분이 당연히 배제되는 것은 아니다. 그러나 소송경제적으로 특히 관할행정청이나 직업법원의 부담감소의 차원에서, 나아가 법질서의 통일성과 안정성의 차원에서 형사제재로 일원화하는 방안을 모색할 필요도 있다.¹⁶⁷⁾

165) Wedekind(2006), 143쪽.

166) “Für die Entscheidung im anwaltsgerichtlichen Verfahren sind die tatsächlichen Feststellungen des Urteils im Strafverfahren oder Bußgeldverfahren bindend, auf denen die Entscheidung des Gerichts beruht.”

167) 이에 대해 자세한 것은 Wedekind(2006), 150쪽 이하 참조.

제4장

형사제재로서의 직업금지에 대한 이론적 검토

형사제재로서의 직업금지에 대한 이론적 검토

제1절 형사제재체계와 직업금지

1. 형법상 이원주의 형사제재체계의 발전

1953년 제정된 우리 형법전은 독일형법전과 일본형법을 참고하여 전후 비교적 짧은 시간 안에 제정된 대륙법계 형법전으로서 형사제재체계에 있어서는 형벌(만)으로 구성된 이른바 “일원주의 형사제재체계”를 채택하였다.¹⁶⁸⁾ 그 당시 독일은 이미 형벌과 보안처분으로 구성된 형사제재의 이원주의체계로 변모하여 있었다.¹⁶⁹⁾ 우리 형법 제정 당시 보안처분제도의 도입에 관한 논의가 없었던 것은 아니지만 시기상조를 이유로 채택하지 않았고,¹⁷⁰⁾ 아직까지 형법전에 형사제재 분야에 대한 근본적인 개혁을 수용한 적이 없는 현행 형법전은 그 자체로만 보

168) 오영근(2012), 46/3.

169) 20세기초 일련의 독일형법개정안에서 형벌과 함께 보안처분이 형사제재로 채택되고 있는데, 그 중에 대표적인 것이 이른바 “라드부르흐 초안”(Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches, 1922)이라 할 수 있다(이 초안은 Radbruch(1992), 47쪽 이하를 참조!). 라드부르흐는 보안처분제도를 형법전에 규정한 자신의 개정안에 대한 해설에서 리스트의 “마부르크강령”으로 촉발된 산·구 형법학파간의 논쟁이 승패가 아닌 실사구시적인 타협을 통해 종료되었으며, 이를 배경으로 개정안도 사회보호와 응보, 개선보안과 형벌위협을 목적을 형법전에 균형있게 반영하게 되었다고 밝힘으로써 이원주의 형사제재체계의 등장배경에 대하여 설명하고 있다(Radbruch(1992), 136쪽 이하 참조!).

170) 신동운(2009), 37쪽.

면 여전히 일원주의의 모습을 띠고 있다. 비록 특별법을 통하여 도입되긴 하였지만 1980년 사회보호법을 통해 일련의 보안처분으로 보호감호와 치료감호 및 보호관찰이 도입된 이래 우리 형사법의 형사제재체계는 이원주의를 채택하고 있다는데 의심의 여지가 없다.¹⁷¹⁾

이러한 이원주의 형사제재체계로의 발전은 형벌은 어디까지나 책임을 전제로 하며, 아무리 중요한 형벌 목적도 책임의 정도, 특히 책임의 상한을 넘어 추구될 수 없다¹⁷²⁾는 형벌의 한계로부터 비롯된다. 주지하다시피 형벌의 전제로서의 책임에 대한 판단의 토대는 ‘과거’에 속하는 범죄행위이다. 따라서 범죄자의 ‘인격’의 문제이며 ‘미래’에 속하는 재범위험성의 문제는 책임이나 형벌과는 무관한 영역에 놓이게 되어 형벌로써는 대응할 수가 없다는 한계에 봉착하게 된다.

여기서 책임형벌이라는 일원적·단선적 형사제재에 의존한 형법적 법익보호의 한계가 드러나며, 특히 ‘예방적’ 법익보호의 보완 필요성이 제기된다.¹⁷³⁾ 이에 따라 책임과 무관하게 미래에 발생할 수 있는 행위자의 재범위험성을 이유로 보안·개선·치료 등의 예방적 조치를 가능하게 하는 합목적처분으로 보안처분이 고안되었고, 이로써 형벌과 보안처분이라는 형사제재의 두 궤도를 운용하여 형법적 법익보호과제를 수행하는 이른바 “이원주의 형사제재체계”가 성립된 것이다.

책임을 양형의 근거로 명시적으로 규정하고 있는 독일¹⁷⁴⁾뿐 아니라 명시적 규정이 존재하지 않는 우리 형법의 이해에 있어서도 책임형벌, 책임형법은 인간의 존엄과 가치를 규정한 헌법으로부터 도출될 뿐 아니라 국가형벌권의 합리적 제한을 지향하는 법치국가원칙에 기초하고 있다.¹⁷⁵⁾ 이처럼 헌법적 지위를 지닌 책임원칙에 기초한 책임형벌은 우리 헌법질서의 토대 위에서 포기될 수 없는 형법적 가치이다.

책임형벌을 포기한 “보안처분 일원주의”는 우리 헌법질서와 근본적으로 부합하기 힘든 반면, “형벌 일원주의”를 취하는 경우에는 형벌에 지나치게 예방적 필요성까지 부담시켜야 하는 문제가 발생한다. 상습범, 상습누범과 같이 재

171) 신동운(2013), 845쪽.

172) 대표적으로 배종대(2013), 45를 참조!

173) Meier(2009), 219쪽.

174) 독일형법 제46조 제1항 참조.

175) BVerfGE 20, 323(331); 이재상(1981), 22쪽 이하.

범위험성이 높은 범죄자에게 보안·개선 목적을 위하여 예컨대 “생활영위책임”(Lebensführungsschuld)과 같은 의문스러운 기준을 적용하여 책임 정도를 넘어 형을 가중함으로써 “보안형”을 부과할 경우¹⁷⁶⁾ 책임형벌의 형벌제한기능이 파괴되는 심각한 법치국가적 위험에 직면하게 된다. 그런 점에서 우리 형사제재체계가 “형벌과 보안처분”으로 구성된 이원주의를 취한 것은 예방적 법익보호의 흠결을 보완하면서 개별예방적 고려에 기초하여 합리적인 형사정책을 추진하는데 적절한 입법적 선택을 한 것으로 볼 수 있다.¹⁷⁷⁾

2. 이원주의 형사제재체계와 이른바 “상표사기” 비판

위에서 살펴본 바와 같이 형법상 예방적 법익보호의 실현을 위하여 제2원 또는 제2궤도의 형사제재유형의 필요성은 근본적으로 제1원(제1궤도) 형사제재인 형벌이 “과거의 유책한 불법에 대한 법률효과”라는 책임형벌론으로부터 나온 귀결이다. 형벌은 행위자의 과거의 행위에 대한 죄책을 비난하며 “형벌해악”을 부과하는, 본질적으로 “억압적인 제재”이다. 물론 형벌에 대해서도 부분적으로 예방적 성격과 고려가 인정되지만 이는 어디까지나 책임의 한계 내에서는이다.¹⁷⁸⁾ 반면 합목적적으로 고안된 보안처분은 책임과 무관하게 행위자의 미래적 위험성과 행태를 고려하며, 그 위험으로부터 사회를 보호함과 동시에 행위자의 개선을 지향하는 본질적으로 “예방적 제재”이다. 따라서 보안처분은 책임무능력자에게도 부과가 가능하며, 책임능력이 존재하는 경우 제1원 제재인 형벌과 함께 병과될 수도 있다.¹⁷⁹⁾

이러한 이원적 형사제재 구상에 대한 가장 오래된 비판은 이른바 “상표사기” 또는 “명칭사기”(Etikettenschwindel)¹⁸⁰⁾ 논란이다. 이 논란의 핵심은 형벌과 보

176) 이에 대해서는 김혜정(2003), 11쪽 이하 참조!

177) 독일 형사제재체계의 일원주의로부터 이원주의로의 발전 및 전후 일원주의 입장이 좌절되고 이원주의가 관철된 배경과 이유에 대해 더 자세한 것은 LK-StGB-Schöch, Vor §§ 61ff. Rn. 6 이하 참조!

178) BGHSt 2, 28(32); 20, 264(267) 참조!

179) Roxin(2004), § 1 Rn. 3; 김성돈(2009), 801쪽; 김일수·서보화(2008), 23쪽 참조!

180) 이 표현은 행형교정실무가였던 콜라우쉬(Kohlrausch, ZStW 44(1924), 33쪽)가 처음 사용한

안전분이 내용적으로 다를 바가 없고 어차피 피처분자는 그 명칭(상표)이 어떻든 이를 “해악”으로 받아들인다는 점에서는, 특히 형벌과 보안처분이 병과되고 순차적으로 집행되는 경우, 사실상 이중처벌과 다를 바 없다는 것이다.

이러한 오래된 비판이 비교적 최근에 와서 실질적 의미를 갖게 된 것은 2009년 12월 17일 유럽인권재판소 판결¹⁸¹⁾을 통해서다. 유럽인권재판소는 독일형법상 보안감호처분(Sicherungsverwahrung)이 자유형과 사실상 차이가 없다는 판단을 내리고, 따라서 보안감호처분에 대하여도 죄형법정원칙의 파생원칙인 소급효금지가 적용된다고 보았기 때문이다. 이 판결의 영향으로 독일 연방헌법재판소도 2011년 5월 4일 판결¹⁸²⁾을 통해 독일의 보안감호제도가 형벌과 보안처분 사이에 존재하여야 하는 “차별화원칙”(Abstandsgebot)에 부응하지 못한다는 이유로 기존 보안감호제도 전반에 대한 위헌판단을 내리고 2년 이내에 보안감호제도를 새로운 종합구상에 기초하여 입법하도록 명령하였다. 이에 따라 독일에서는 새로 추가된 독일형법 제66c조를 비롯한 일련의 관련 연방법 개정¹⁸³⁾ 및 주법의 제정·개정을 통해 보안감호처분 집행의 차별화원칙이 입법적으로 반영되었다.

3. 이원주의 형사제재체계와 직업금지 제재의 길

물론 이러한 보안처분과 형벌의 차별화요청은 자유박탈보안처분, 특히 자유형과 병과되는 보안감호처분을 염두에 둔 것이며, 더 구체적으로는 자유형 행형과 보안감호 “집행의 차별화요청”이 그 핵심이라 할 수 있다. 그러나 이에 국한하지 않고 보안처분 전반에 대하여 상표사기 혐의라는 비판이 제기되기도 하는데 이 경우에는 반드시 특정 형벌과 보안처분의 호환가능성¹⁸⁴⁾을 이유로 한 비판이 아니며, 예컨대 독일형법상 보안처분으로 구성된 직업금지(Berufsverbot)¹⁸⁵⁾가

것으로 알려져 있다.

181) EGMR, Urteil vom 17. Dezember 2009, 19359/04 - M. vs. Germany -.

182) BVerfG, 2 BvR 2365/09 vom 4.5.2011 = BVerfGE 128, 326 ff.

183) G. v. 11.12.2010 BGBl. I 2012, S. 2425 (Nr. 57): Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebots im Recht der Sicherungsverwahrung.

184) 이에 대해 자세한 것은 Müller-Dietz(1979), 74쪽 참조!

185) 독일형법 제70조의 ‘직업금지’는 “직업 또는 영업을 악용하거나 이와 관련한 의무를 위반하여

“보안처분의 옷을 입은 형벌”이 아니냐는 의혹과 비판이 제기될 수 있다는 점에 서다. 실무상 직업금지처분을 받은 자는 일반적으로 이를 예방적 처분으로 받아들이기 보다는 형벌적 해악으로 받아들이기 때문이다.¹⁸⁶⁾

더군다나 행위자가 책임무능력으로 인하여 형벌에 처해지지도 아니하고 그렇다고 자유박탈보안처분이 부과될 정도는 아닌 경우라도 자유제한보안처분인 직업금지처분이 부과될 수가 있다. 그런데 이 경우 책임원칙이 보안처분의 제한원리로 적용될 수는 없다는 점이 행위자에게 의외로 큰 맹점이 될 수 있다. 형벌에 대하여는 책임원칙이 제한원리로 작용하는 반면, 보안처분에 대해서는 비례성원칙이 제한원리로 작용하게 되는데, 물론 비례성원칙에서도 이른바 “원인범죄”(Anlasstat)의 중대성·심각성이 일정한 의미를 지니기는 하지만 우선적으로는 일반의 안전이 고려되고 여기서는 위험성 여부가 초점이 되기 때문이다.¹⁸⁷⁾

다시 말해서 행위자가 책임무능력상태라는 점과 이를 배려하는 입장에서 책임원칙의 적용이 배제되도록 하였는데, 이러한 “보호장벽”에도 불구하고 행위자에게는 제재의 성격상 형벌과 다름이 없는 것으로 비춰지는 직업금지처분이 단지 보안처분이라는 이유로 부과된다면 납득하기 어렵지 않겠느냐는 것이다. 독일형법 제70조 제1항과 같이 직업금지처분에 1년이라는 최저기간이 정해져 있는 경우, 경우에 따라 책임원칙에 따라 받았을 수 있는 형벌보다 더 중한 제재가 될 수도 있다.¹⁸⁸⁾

더군다나 형벌인 자유형과 보안처분인 직업금지처분이 병과되고, 자유형 집행이 종료된 후에 비로소 직업금지처분의 집행이 시작되는 경우¹⁸⁹⁾ 수형자에게 이중처벌적 상황이 발생하는 측면이 있다. 형을 복역함으로써 자신의 “죄값을 치른” 수형자는 형의 집행이 종료됨과 동시에 원칙적으로 일반인과 동일한 시민으로서 사회에 복귀·통합되어야 함에도 불구하고 직업금지로 인해 제2의 낙인상

범죄를 저지른 행위자에 대하여 직업 또는 영업의 수행으로 인한 중대한 위험으로부터 일반인을 보호하기 위하여 일정한 요건 하에 직업 또는 영업의 수행을 금지하는 처분”으로 자유제한보안처분의 하나이다(독일형법 제61조 제6호).

186) Wedekind(2006), 25쪽.

187) Müller-Dietz(1979), 73쪽.

188) Wedekind(2006), 26쪽 참조!

189) 독일형법 제70조 제4항.

황이 시작되기 때문이다. 수형자 일반에 대한 사회적 낙인¹⁹⁰⁾에 더하여 직업 금지까지 처해질 경우 재사회화는 사실상 불가능하게 될 수 있어 직업금지처분의 효과는 형벌의 효과보다 오히려 더 강할 수 있다는 것이다.¹⁹¹⁾ 나아가 자유형과의 관계에서 직업금지처분에 대하여는 집행의 대체주의가 인정되지 않을 뿐 아니라 명시적으로 이를 금지¹⁹²⁾하고 있다는 점에서 이 경우 보안감호처분을 제외하고는 일반적으로 집행의 대체주의가 인정되는 자유박탈보안처분과 비교해보더라도 매우 강력한 부정적 제재효과를 발휘하게 된다. 이러한 직업금지처분의 형벌적 성격과 상표사기라는 일련의 비판들을 고려할 때 아예 직업금지를 형벌로 구성하는 방안이 최선이라는 입장이 일정한 설득력을 갖고 제기되고 있다.¹⁹³⁾

제2절 직업금지의 형사제재화 모델

1. 직업금지의 형사제재로서의 의의

일단 독일의 모델을 출발점으로 하여 살펴보자면, 독일형법상 이원주의 형사제재체계가 도입된 이래 형사제재로서의 직업금지처분은 계속 보안처분의 하나로 규정되어왔다. 그러나 아래 비교법적 검토에서 자세히 보게 되는 바와 같이 직업금지처분은 형사제재실무상 큰 존재의미를 갖지 못하고 있는 것으로 나타난다.¹⁹⁴⁾ 그러나 직업금지제재는 특히 경제범죄 및 직업범죄에 대하여 일반예방 효과가 매우 큰 것으로 평가되며,¹⁹⁵⁾ 다른 한편 직업과 결부된 경제범죄에 대한 효과적

190) 한겨레21 2008년6월30일자 표지이야기 “[인권 OTL] 교도소 밖, 갈 곳이 없다”는 이러한 사회적 낙인과 편견으로 인하여 출소자의 70%가 취업을 하지 못해 사회 적응에 어려움을 겪는 상황을 보도하고 있다(검색일: 2013.11.1.).

<http://legacy.h21.hani.co.kr/section-021003000/2008/06/021003000200806300717027.html>

191) NK-StGB-Böllinger/Pollähne, § 61 Rn. 17 이하 참조. Böllinger/Pollähne는 이러한 관점에 서서 보안처분을 “유사형벌”(Quasi-Strafen)로 칭하고 있다.

192) 독일형법 제70조 제4항 제3문.

193) Wedekind(2006), 27쪽.

194) Kaiser(1990), 41쪽.

인 형사정책을 위해 골몰하면서도 형법상 이미 자리를 잡고 있는 직업금지처분은 “공전상태”로 방치하는 것은 납득이 가지 않는다는 비판이 제기되어 온 점¹⁹⁶⁾을 고려할 때 직업금지처분이 존재의미가 없는 것으로 단순히 폄하할 사안은 아니라 할 것이다.

직업금지만큼 범죄와 제재와 효과가 직접적으로 서로 결부되어 있는 형사제재는 드물다는 점에서 직업금지가 지니고 있는 형사제재로서의 잠재력과 장점은 무시할 수 없는 것으로 보인다. 형사제재론과 양형론 전문가인 슈트렝(Streng)은 “행위자의 범영역에서 발생하는 범죄와의 내용적인 결부성이야말로 단순히 범죄에 상응하는 제재의 차원을 넘어 법감정적으로 납득할만한 행위상쇄”라고 한다.¹⁹⁷⁾ 실무상의 존재의미 상실에도 불구하고 이러한 형사제재로서의 잠재력과 결합가능성으로 인하여 직업금지는 포기할 수 없는 “검증된 형사제재”의 하나로 자리하고 있는 것으로 평가된다.¹⁹⁸⁾

2. 부수형(Nebenstrafe) 모델의 직업금지

가. 독일형법상 ‘운전금지’¹⁹⁹⁾ 모델

형법상 직업금지를 보안처분이 아닌 형벌로 구성하는 방안과 관련하여서는 먼저 현행 독일형법상 부수형²⁰⁰⁾으로 규정된 운전금지(Fahrverbot)와 같은 부수형

195) Tiedemann(1976), 72쪽; Mühlemann(1987), 152쪽; Schneider(1998), 62쪽.

196) Kaiser(1996), § 93 Rn. 68.

197) Streng(1999), 852쪽.

198) Wedekind(2006), 59쪽.

199) 독일형법상 ‘운전금지’는 우리 도로교통법 제93조 이하의 운전면허효력정지(이른바 ‘면허정지’)와 유사하나 여기에서는 원어에 충실하게 ‘운전금지’라는 용어를 사용하기로 한다.

200) 돈세탁대책에 대한 형사정책적 사명을 띠고 형법 제43a조로 입법되었다가 연방헌법재판소의 위헌판단을 받아 무효가 된 (좁은 의미의) ‘재산형’(Vermögensstrafe)처럼 특정범죄에 국한된 부수형으로서 직업금지를 규정하는 것은 직업금지가 특정범죄를 겨냥하는 것이 아니라 ‘직업행사와 결부된 특별상황을 겨냥한 제재’라는 특성과 부합되지 않는다는 문제가 제기되며, 또 ‘재산형 모델’을 따르자면 특정범죄와 선고형 최저기준에 묶인 제재가 되어야 하는 문제로 여러 가지 한계를 안게 되는 결과에 이르게 되어 종합적으로 적절하지 않은 모델로 판단된다 (Wedekind(2006), 86쪽 이하 참조!).

모델의 직업금지를 생각해 볼 수 있다. 독일의 운전금지제재는 도로교통 관련 범죄에 대하여 1월 이상 3월 이하의 범위 내에서 부과되는 특별예방적 ‘경고형벌’(Warnungsstrafe)로서 반드시 주형과 함께 부과되기 때문에 ‘부수형’이다.

직업금지는 직업자격 자체를 박탈하는 것이 아니라 직업을 행사할 수 있는 권리만을 박탈한다는 점에서 면허를 취소(박탈)하는 것이 아니라 정지만 시키는 운전금지와 매우 비슷한 양상을 갖고 있다고 할 수 있으며, 금지의 범위를 제한할 수 있다는 점에서도 서로 유사하다. 무엇보다 행위자의 범죄행위에 대하여 직접적인 방식으로 특정한 맥락 속에서 제재를 가한다는 점에서 작용의 메커니즘과 효과성이 서로 유사한 형사제재라 할 수 있다.

그러나 운전금지와 달리 직업금지는 다양한 직업군을 포괄하기 때문에 도로교통상의 주의의무와 같이 의무목록을 특정하기가 힘들다는 한계가 있다. 물론 각 직업군에 맞추어서 의무위반을 판단하게 하는 방식으로 구성하여 직업금지를 주형에 부수하는 형벌로 구성하는 것이 불가능하지는 않을 것이나, 이렇게 되면 이를 판단하는 형사법원에는 과중한 부담을 의미할 수밖에 없다. 보안처분인 직업금지가 위험성예측의 문제와 한계로 인하여 법원의 ‘기피제재’가 되어버린 상황이 이러한 방식의 부수형으로 구성된 직업금지에도 똑같이 해당될 수 있다는 얘기다.²⁰¹⁾ 무엇보다 운전금지가 주의위무위반으로 인한 비교적 경한 교통범죄에 대해 주형과 함께 부수적 경고형벌로 부과된다는 점을 고려할 때, 이와 달리 만일 3개월 미만의 직업금지가 중대한 침해범죄들과 결부된다면 충분한 제재효과를 발휘하지 못한다는 한계가 있으며, 그렇다고 경한 범죄와 결부되어 부과될 경우에는 “배보다 배꼽이 큰” 제재가 되어 형평성이 문제될 수 있게 된다.

나. 현행법상 ‘취업제한’ 모델

현행법상 취업제한제도는 2005년 12월 29일 「청소년의 성보호에 관한 법률」 제28조²⁰²⁾에 의해 도입되었다. 그 후 취업제한의 범위를 확대하는 개정이 이루어

201) Wedekind(2006), 102쪽.

202) 현행 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제56조(아동·청소년 관련기관 등에의 취업제한 등) ① 아동·청소년대상 성범죄 또는 성인대상 성범죄(“성범죄”)로 형 또는 치료감호를 선고

어저 성범죄 경력자의 취업제한 대상 직군에 가정을 직접 방문하여 아동·청소년에게 교육서비스를 제공하는 학습지도사를 추가하였고, 성범죄자의 아동·청소년 관련기관 취업여부 확인·점검을 의무화하였다. 최근 개정을 통해서 『의료법』 제3조의 의료기관이 취업대상 직군에 포함되어 의료계가 강하게 반발하고 있는 상황이다.

취업제한제도는 성범죄자의 청소년에 대한 접근가능성을 사전에 차단함으로써 학교, 유치원, 학원, 청소년시설, 보육시설, 아동복지시설 등 상시적으로 아동·청소년과 접촉하는 교육기관 등에서의 성범죄 가능성을 효과적으로 방지하기 위하여 도입한 제도이다. 아동·청소년대상 성범죄의 상당수가 교육기관 등 종사자에 의해 저질러지는 사례가 다수 발생함에 따라 성범죄 재범방지 차원에서 아동·청소년을 직접적·항시적으로 보호하는 직종에 대한 성범죄자의 취업을 일정기간 제한하여 잠재적 피해자와의 접촉가능성을 미연에 차단하는 조치로서 도입되었다.

『아동·청소년 성보호에 관한 법률』에 규정된 취업제한제도는 형 또는 치료감호 집행을 만료한 자에게 부과되는 제재수단으로서 법은 이를 명시적으로 형벌로 규정하고 있지는 않지만, 실제적으로는 형벌과 마찬가지로 피처분자의 권리를 제한하는 해악 효과를 수반한다는 점에서 형사제재임은 분명하나 그 법적 성격에 대해서는 논란이 있다. 대법원은 비교적 새로운 형사제재인 신상공개제도 및 전자감독(위치추적전자장치 부착명령)제도에 대해서는 그 법적 성격에 대해 표명한 바가 있으나, 이와 달리 취업제한제도의 법적 성격에 대해서는 아직 입장을 밝힌 바가 없다.

형사제재에 대한 현행법의 대표적인 규정으로는 ‘처벌’(형벌)과 ‘보안처분’에 관하여 규정하고 있는 헌법 제12조 제1항과 형벌의 종류를 규정하고 있는 형법

받아 확정된 자(제11조제5항에 따라 벌금형을 선고받은 자 제외)는 그 형 또는 치료감호의 전부 또는 일부의 집행을 종료하거나 집행이 유예·면제된 날부터 10년 동안 가정을 방문하여 아동·청소년에게 직접교육서비스를 제공하는 업무에 종사할 수 없으며 다음 각 호에 따른 시설·기관 또는 사업장(“아동·청소년 관련기관 등”)을 운영하거나 아동·청소년 관련기관 등에 취업 또는 사실상 노무를 제공할 수 없다. 다만, 제10호 및 제14호 경우에는 경비업무에 종사하는 사람, 제12호의 경우에는 『의료법』 제2조의 의료인에 한한다. (제1-17호 각 호의 내용은 생략).

제41조를 들 수 있다. 그러나 형사제재의 법적 성질은 그 불이익의 실질을 검토하여 그것이 형벌에 속하는지, 보안처분에 포섭될 수 있는지 여부를 판단해야 할 것이다. 신상공개제도와 전자감독제도에 준하여 취업제한제도의 법적 성격을 보안처분으로 파악하는 견해²⁰³⁾도 있다. 그러나 『아동·청소년 정보보호에 관한 법률』상 취업제한제도는 보안처분에 본질적인 행위자에 대한 별도의 재범위험성 판단요건이 없으며, 따라서 위험성에 상응하여 취업제한처분을 부과하는 것이 아니라 성범죄로 인한 처벌에 부수하여 일괄적으로 10년간 취업제한을 부과한다는 점에서 전형적인 부수형 또는 제3의 부수처분이라 할 수 있다.

3. 주형(Hauptstrafe)모델의 직업금지

독일의 사례에서 보안처분으로 규정된 현행 직업금지가 당사자들에게는 사실상 형벌로 이해된다는 점을 볼 때 우선 직업금지의 법적 성질이 형벌이어야 하는지 보안처분이어야 하는지를 둘러싸고 이것이 옳다는 식의 양자택일의 문제는 없는 것으로 보인다. 특히 현대적 형사제재의 특징 가운데 하나는 실제로는 형벌적 성격의 제재를 보안처분의 모습으로 무대에 등장시키는 경향을 나타내고 있어서 사실상 호환성이 부정되지도 않는 것으로 보이며, 법익보호나 사회복귀 목적을 지향하는 점에서도 형벌과 보안처분은 같은 목적의 다른 수단일 뿐이라는 인식이 광범위하게 공유되고 있다. 형벌이 처벌의 토대 위에서 보안·개선 목적을 지향한다면, 보안처분은 애당초 보안·개선 목적을 지향하지만 이에 수반되는 억압·위화의 효과도 배제하지 않는다.

직업금지를 형벌로 구성할 경우 책임무능력자를 포섭하지 못하는 한계가 있으나 이러한 경우는 생각보다 극히 예외적인 사안이라 할 수 있을 것이며 다른 대체제재들로서도 이에 충분히 대응이 가능할 것이다. 다만 직업금지를 형벌로 구

203) 이정훈 외(2012), 132쪽: “취업제한은 형벌과 별개의 제재수단이며 아동·청소년을 성범죄로부터 보호하기 위한 보안처분의 성격을 가진다고 판단할 수 있을 것이다. 집행의 형태와 강도의 측면에서도, 취업제한제도로 인해 대상자에 대해 일정한 직종에 종사하지 못하는 제한이 수반되기는 하지만 사회와 단절되는 것은 아니며 재산 혹은 자격 등과 같은 그 어떤 제한이 수반되는 것도 아니기 때문에 10년 동안 취업이 제한되는 자유제한적 보안처분으로 파악하는 것이 타당하다”.

성한다 하더라도 원인행위의 직업행사와의 관련성은 포기할 수 없는 부분이며, 따라서 이러한 맥락을 무시하고 직업금지를 일반형벌로 끌어들었다면 국가형벌권행사의 자의성만을 드러낼 뿐이다. 따라서 직업금지를 형벌로 규정하더라도 직업행사와 결부된 범죄에 대한 제재라는 점에서는 보안처분으로서의 직업금지와 다를 바 없게 된다. 다만 그 양정의 기준이 행위자의 미래위험성에서 행위책임으로 이동하는 차이만 있게 된다.

사회화의 중요한 토대가 되는 직업을 금지함으로써 수형자의 재사회화 이념에 대해 이율배반적이라는 재사회화 관점에서 직업금지에 대해 제기되는 문제점은 사회와 아예 단절된 상태에서 재사회화를 지향해야 하는 더 심대한 이율배반을 안고 있는 자유형과 비교해 보면 감수할 수 있는 정도의 문제점으로 이해된다. 적어도 직업금지는 행위자를 사회로부터 격리시키지는 않으며, 직업금지가 일반적인 자격박탈이 아니라 특정직업의 행사를 금하는 것이기 때문에 직업금지기간을 활용하여 자신의 직업의 새로운 유형을 찾는 기회로 활용할 수도 있게 된다. 직업금지가 주형인 자유형을 최소한 일부라도 대체하는 기능을 담당하게 된다면 직업금지라는 타격에도 불구하고 오히려 자유형으로 인한 탈사회화를 저지하는 방향으로 기여하는 부분이 더 크다 할 것이다. 사회 내에서 새로운 직업의 기회를 찾을 수 있는 자유는 어떻게 향유할 수가 있기 때문이다. 또 행위자에 직접적 타격이 된다는 점에서 양형과정에서 자유형보다 직업금지를 선택할 가능성이 넓어진다는 장점도 있어서 상당부분 자유형과 벌금형을 대체할 수 있을 것으로 기대된다.

그러나 사안에 따라 단기의 직업금지라도 행위자의 생활기반을 박탈하는 중대한 곤경을 초래할 수가 있다. 이러한 경우를 고려하여서는 직업금지에도 집행유예제도를 도입하여 활용할 수 있을 것이다. 이 경우 법관이 내려야 하는 예측판단은 행위자가 재범을 하지 않고 사회생활을 영위해 나갈 것이라는 준법예측(Sozialprognose)이다. 이는 보안처분에서 요구되는 재범위험성예측(Gefährlichkeitsprognose)에 비하면 그 난이도와 요구수준이 훨씬 낮은 판단에 속한다.

제5장

직업금지에 대한 비교법적 고찰

직업금지에 대한 비교법적 고찰

제1절 독일의 직업금지처분

1. 보안처분으로서의 직업금지처분

독일형법 제70조의 ‘직업금지’(Berufsverbot)는 직업 또는 영업을 악용하거나 이와 관련한 의무를 위반하여 범죄를 저지른 피고인에 대하여 직업 또는 영업을 수행으로 인한 중대한 위협으로부터 일반인을 보호하기 위하여 일정한 요건 하에 직업 또는 영업을 수행을 금지하는 처분이다.²⁰⁴⁾ 행위자와 행위에 대한 종합평가를 통해 행위자가 직업 또는 영업을 계속 수행할 경우 중대한 위법행위를 범할 위험성이 있다는 재범위험성을 근거로 하여 부과될 수 있다는 점에서 직업금지처분은 자유제한보안처분의 하나이며, 따라서 형벌과 달리 책임이나 일반예방의 관점은 고려의 대상이 아니다.²⁰⁵⁾

독일형법상 직업금지처분은 나치 치하인 1933년 이른바 ‘상습범법’(Gewohnheitsverbrechergesetz)을 통해 도입되었으며, 전후 다른 보안처분과 함께 형법에 통합되어 1969년 제2차 형법개혁법(2. StrRG)을 통해 현행 형법 제70조의 직업금지 규정으로 재탄생하여 오늘에 이르고 있다. 규정의 내용에는 거의 변함이 없었다.

보안처분인 직업금지처분은 행위자의 위험성, 특히 행위자의 직업 또는 영

204) HK-GS-Plieger, § 70 Rn. 1.

205) LK-StGB-Hanack, § 70 Rn. 2.

업 행위와 관련하여 초래될 수 있는 범죄위험을 예방하기 위한 처분이다.²⁰⁶⁾ 보안처분의 일종이므로 보안처분의 일반목적인 예방·보안의 관점이 그 정당성의 토대가 되며, 따라서 행위자의 책임무능력 또는 소송행위무능력 상태로 인하여 형사절차를 진행할 수 없는 경우에도 독립적으로 직업금지처분이 부과될 수 있다.²⁰⁷⁾

2. 직업금지처분의 요건

가. 원인범죄의 직업관련성(형식적 요건)

직업금지처분의 형식적 요건은 우선 형의 선고를 받거나 책임무능력의 이유에서 형의 선고를 받지 않은 행위자의 위법행위가 존재하여야 한다.²⁰⁸⁾ 그리고 이 위법행위는 원칙적으로 직업 또는 영업을 남용하거나 이와 관련한 의무를 위반한 행위이어야 한다.²⁰⁹⁾ 독일 구형법(제42조 제1항)은 최소 3개월의 자유형 선고를 요건으로 하였으나 현행 신형법은 위법행위와 관련하여 형벌의 하한을 따로 규정하고 있지 않다. 책임비난의 경중보다는 행위자의 위험성에 초점을 맞추는 보안처분제도의 본질과 부합하고 책임무능력자를 포섭할 수 있다는 점에서 선고형기준은 따로 필요하지는 않다고 보는 것이 일반적인 견해다.²¹⁰⁾ 행위자에 대한 유죄선고와 형벌의 선고가 반드시 필요한 것은 아니어서, 책임무능력 또는 소송행위무능력의 경우에도 독립적으로 직업금지처분이 내려질 수 있고, 형의 면제(독일형법 제60조) 판결을 하는 경우에도 직업금지처분이 가능하다.²¹¹⁾ 또 원인범죄인 위법행위는 행위자가 실제로 수행하는 직업 또는 영업과 내적 관련

206) Jescheck/Weigend(1996), 829쪽.

207) 독일형법 제71조(독립명령).

208) Meier(2009), 266쪽.

209) Jescheck/Weigend(1996), 830쪽. 행위자의 위법행위를 원인행위로 요구하기 때문에 다른 보안처분의 경우와 마찬가지로 원인행위가 질서위반행위에 그치는 경우는 충분하지 않다. 그러나 범행형태는 중요하지 않기 때문에 기수나 미수, 정범이나 공범 여부 등은 영향을 미치지 아니한다(LK-StGB-Hanack, § 70, Rn. 7; SK-StGB-Sinn, § 70, Rn. 3).

210) LK-StGB-Hanack, § 70, Rn. 8.

211) LK-StGB-Hanack, § 70 Rn. 10.

성이 있어야 한다.²¹²⁾

직업금지처분은 원칙적으로 모든 직업 또는 영업에 대하여 명할 수 있다. 여기서 직업과 영업의 개념과 관련하여 두 개념 사이의 명확한 경계는 존재하지 않으며, 다소 중첩적으로 사용된다.²¹³⁾ 일반적으로 직업은 앞에서 살펴본 바와 같이 어느 정도의 전문지식과 주의력이 요구되고 무엇보다 지속적으로 행하여지는 활동이라는 특징이 있다. 독일형법 제70조의 의미상 직업은 반드시 경제적 가치가 있을 필요는 없으며, 사회적 평가를 전제로 하는 것도 아니어서, 예컨대 해몽가도 직업을 수행하는 것이다. 본업인지 부업인지도 문제가 되지 않는다. 누군가 여러 개의 독자적 직업을 수행하는 것도 가능할 수 있고,²¹⁴⁾ 특별한 등록 또는 인가가 있는 직업일 필요도 없다.²¹⁵⁾

나아가 행위자가 직업 또는营业을 ‘악용한 위법행위’를 하거나 그것과 관련된 ‘의무를 현저하게 위반한 위법행위’를 한 경우에만 직업금지를 명할 수 있는데, 여기서 ‘악용’은 고의의 행위를 전제하고, ‘현저한 의무위반’은 과실행위로 족하다는 것이 독일의 통설이다.²¹⁶⁾ 행위자가 직업 또는營業을 악용한다는 것은 행위자가 의식적·계획적으로, 즉 고의로 그와 관련된 직업이나營業에 부여된 임무에 반하는 범행에 이용하는 것을 말한다.²¹⁷⁾ 따라서 직업 또는營業활동에서 단지 신뢰할 수 없는 행위를 한 것이라든지 직업행사를 위하여 획득한 지식이나 능력, 신뢰관계를 위법행위에 이용하는 정도로는 직업금지를 선고하기에

212) Wedekind(2006), 41쪽, LK-StGB-Hanack, § 70 Rn. 11: 독일연방대법원 판례는 행위자가 그의 직업이나營業을 통하여 설정된 임무를 의식적으로 따르지 않고 이 임무에 반하는 목적을 추구하기 위해 자신의 행위를 악용하는 경우에만 독일형법 제70조의 의미상 직업 또는營業의 악용을 긍정하고 있다. 나아가 단순한 외적 관련성만으로는 충분하지 않고, 위법행위가 각 직업이나營業활동의 결과라는 점에서 직업전형적 관련성이 인식될 수 있어야 한다는 입장을 취하고 있다(BGHSt 22, 144; BGH NStZ 1995, 124).

213) LK-StGB-Hanack, § 70 Rn. 12.

214) LK-StGB-Hanack, § 70 Rn. 13; NK-StGB-Pollähne, § 70 Rn. 14.

215) HK-GS-Plieger, § 70 Rn. 1. 영리추구를 위해 지속적으로 행사되는 활동으로 이해되는營業 개념 및 직업과營業의 구분에 대해서 자세한 것은 NK-StGB-Pollähne, § 70 Rn. 14ff.; LK-StGB-Hanack, § 70 Rn. 14 참조!

216) LK-StGB-Hanack, § 70 Rn. 24 m.w.N.

217) LK-StGB-Hanack, § 70 Rn. 20 m.w.N.; von Heintschel-Heinegg, § 70 Rn. 4; OLG Hamburg NJW 1955, 1568(1569).

충분하지 않다고 본다.²¹⁸⁾

직업금지처분은 또한 직업 또는 영업과 관련된 의무를 중대하게 위반하여 위법행위를 한 경우에 선고할 수 있으며, 여기서 의무는 직업이나 영업으로부터 고유하게 생겨나거나 적어도 직접적으로 관련된 의무이어야 한다. 규칙적인 직업이나 영업의 수행과 관계되고, 행위자에게 고유하며 직업 및 영업활동의 구성요소 또는 결과로 나타나는 의무만이 고려의 대상이 된다.²¹⁹⁾ 의무위반이 중대한지 여부는 의무위반의 정도와 의무의 중요성을 함께 고려하여 판단한다. 따라서 의무를 특별히 중한 정도로 위반하거나 특별히 중한 의무에 대한 위반이 있는 경우에 그 의무위반은 중대하다고 할 수 있다.²²⁰⁾ 특히 높은 신뢰가 요구되는 직업에 있어서는 덜 중대한 위반이더라도 직업금지처분의 요건을 충족시킬 수 있게 된다.²²¹⁾

나. 중대한 재범위험성(실질적 요건)

직업금지처분은 행위자 및 행위에 대한 종합평가를 통해 행위자가 장래 직업 또는 영업을 계속 수행할 경우 중대한 위법행위를 범할 위험성이 존재하는 것으로 인정되어야 선고될 수 있다. 즉 직업금지처분은 중대한 위법행위가 계속적으로 범하여질 위험이 존재하여야 한다는 것을 실질적 요건으로 하는데, 이러한 위험성예측은 행위자와 행위에 대한 종합평가에 근거하여 이루어져야 한다. 다시 말해서 위험성은 한편으로는 ‘행위’, 다른 한편으로는 ‘행위자’와 관련되어 있

218) MK-StGB-Bockenmühl, § 70 Rn. 9; LK-StGB-Hanack, § 70 Rn. 11; BGH NJW 1968, 1730.

한편 독일 판례는 변호사가 그의 의뢰인에게 무기를 구치소로 밀반입한 행위(BGHSt 28, 84, 85), 의사나 조산원에 의한 불법임신중절, 학생이나 수습생에 대한 교사의 성적 행동(BGH MDR 1954, 529), 인쇄업자의 위폐 생산, 간호사의 모르핀 횡령(OLG Hamburg NJW 1955, 1568.) 등 다수의 사건에서 직업 또는 영업의 악용을 인정하였다.

219) LK-StGB-Hanack, § 70 Rn. 27; KG JR 1980, 243.

220) von Heintschel-Heinegg, § 70 Rn. 5; SSW-StGB-Jehle, § 70 Rn. 10; Sch/Sch-StGB-Stree/Kinzig, § 70, Rn. 7.

221) BGH MDR 1953, 19. 독일 판례는 의사가 마취제를 사실과 다르게 처방하는 것(BGH NJW 1975, 2249), 환경파괴적인 쓰레기 폐기처분(LG Frankfurt NSTz 1983, 171), 식료품판매상을 통한 식용으로 사용할 수 없는 고기나 유통될 수 없는 도살폐기물을 식용으로 판매한 행위(LG Essen 56KLs 7/06 v. 26. 3. 07) 등이 중대한 의무위반에 해당된다고 인정하고 있다.

다. 행위자가 처음으로 자신의 직업이나 영업과 관련한 행위로 인해 형사사건에 연루되었다면 그만큼 특별한 예측판단이 요구되며, 행위자의 계속적 위법행위를 저지하기 위하여 반드시 직업금지처분이 필요한지 여부가 심사되어야 한다.²²²⁾ 보안처분의 일반원칙상 장래의 범죄행위에 대한 단순한 반복 가능성은 재범위험성을 근거지우지 못하며 높은 개연성이 있어야 한다.²²³⁾ 장래의 중대한 위법행위를 할 개연성은 행위자와 행위에 대한 종합평가로부터 도출된다. 이러한 종합평가는 보안처분의 중요한 특징이며, 독일연방대법원은 판결에서 이에 대한 상세한 논증을 요구하여 왔다.²²⁴⁾ 종합평가는 한편으로는 ‘원인행위’ 자체에 행위자에게 특별한 위험성이 계속적으로 발생하리라는 징후(Indiz)가 있어야만 한다.²²⁵⁾ 즉 행위 자체에 의하여 행위자가 직업 또는 영업을 계속적으로 수행한다면 계속적으로 위험이 발생할 것이라는 결론이 합리적인 것으로 인정될 수 있어야 한다.²²⁶⁾ 아울러 ‘행위자’에 대한 종합평가에서는 과거의 행동들을 고려하는 것이 허용될 수 있다.²²⁷⁾ 위험성이 있는지 여부에 대한 판단은 다른 보안처분과 마찬가지로 ‘최종 사실심 선고시점’에 행위자 및 행위의 종합평가를 기초로 하여 내려진다.²²⁸⁾

3. 직업금지의 법적 효과

직업금지처분이 부과되면 행위자는 금지된 기간 동안 금지된 직업, 직업 일부, 영업 또는 영업 일부에 종사할 수 없다.²²⁹⁾ 이뿐 아니라 행위자가 탈법적으로

222) MK-StGB-Bockenmühl, § 70 Rn. 22; BGH NSTZ 1995, 124.

223) SSW-StGB-Jehle, § 70 Rn 13; MK-StGB-Bockenmühl, § 70 Rn. 15; von Heintschel-Heinegg, § 70 Rn. 6; Sch/Sch-StGB-Stree/Kinzig, §70, Rn. 10; OLG Frankfurt NSTZ-RR 2003, 113.

224) MK-StGB-Bockenmühl, § 70 Rn. 20; LK-StGB-Hanack, § 70 Rn. 40.

225) Meier(2009), 268쪽; LK-StGB-Hanack, § 70 Rn. 37.

226) MK-StGB-Bockenmühl, § 70 Rn. 21; LK-StGB-Hanack, § 70 Rn. 41.

227) MK-StGB-Bockenmühl, § 70 Rn. 22; LK-StGB-Hanack, § 70 Rn. 42.

228) SSW-StGB-Jehle, § 70 Rn 12; MK-StGB-Bockenmühl, § 70 Rn. 16, 24; LK-StGB- Hanack, § 70 Rn. 45; BGH NJW 1975, 2249.

229) 독일형법 제70조 제3항.

타인을 위하여 직접 이를 수행하거나 또는 자신의 지시를 받는 타인을 통해 자신을 위하여 수행하게 하는 것도 금지된다. 그러나 행위자의 영업이 독자적인 제3자에 의하여 계승되는 것을 금지하지는 않는다.²³⁰⁾

비례의 원칙과 재범예방에 지향된 보안처분의 본질로부터 도출되는 결론은 계속되는 위법행위의 방지를 위해 직업금지가 필요불가결한 범위 내에서만 부과되어야 한다는 점이다.²³¹⁾ 금지되는 직업의 종류와 그 범위는 판결에서 확정되어야 하기 때문에, 직업금지를 선고하는 판결에서는 금지하는 직업과 그 직업의 분과, 영업 또는 그 영업의 분과를 구체적으로 적시하여야 한다.²³²⁾ 행위자에 의하여 발생될 위험에 제한적인 금지로도 대처가 가능한 경우 직업금지처분도 제한적으로 부과될 수 있다.²³³⁾ 반면 원인행위가 특정분야 또는 직업이나 영업의 일부에서만 행하여졌더라도 계속되는 재범위험의 예방을 위해 필수적이라면 전체 직업이나 영업에 대하여 직업금지를 부과할 수도 있다. 다시 말해서 법원은 직업금지를 행위자가 악용한 특정 직업이나 영업에 제한해야 할 의무는 없지만, 행위를 통해 행위자의 신뢰성문제가 드러나 그의 직업 수행이 공공에 위험이 될 것이라는 염려가 있더라도 완전히 다른 어떤 직업에 대해 직업금지를 부과하는 것은 허용되지 않는다.²³⁴⁾

한편 형사재판에 의한 직업금지가 관할 행정청이 행정처분을 통해 부가적으로 또는 이와 별개로 독자적인 직업금지 또는 영업정지처분을 내리는데 장애가 되지는 않는다. 그러나 어디까지나 형사절차에 따른 직업금지가 우선적 효력을 가지며, 행정기관에 대해서도 구속력을 가진다. 행정청이 먼저 징계절차나 행정소송을 통하여 행위자를 그가 속해 있는 직업단체에서 배제시키거나 행정법적으로 직업행사를 금지하였더라도 이것이 형사제재인 직업금지처분을 부과하기 위한 형사절차의 진행에 장애가 되지는 않는다. 다른 한편 기간이 제한된 형사제재로

230) Meier(2009), 269쪽; Jescheck/Weigend(1996), 831쪽; SK-StGB-Sinn, § 70 Rn. 12.

231) LK-StGB-Hanack, § 70 Rn. 51.

232) 독일형사소송법 제260조 제2항.

233) 예컨대 의사에게 “여성에 대한 치료의 금지명령”하는 방식으로 제한된 처분을 부과할 수도 있다. HK-GS-Plieger, § 70 Rn. 10.

234) Sch/Sch-StGB-Stree/Kinzig, § 70, Rn. 15.

부과된 유기의 직업금지처분이 선고되었다는 사실이 이보다 더 포괄적인 금지처분을 내리려는 행정청에 대해 장애가 되지 않는다.²³⁵⁾

직업금지처분의 기간은 행위자에 대한 재범위험성예측에 따라 법원이 1년 이상 5년 이하의 기간 내에서 그 기간을 정한다.²³⁶⁾ 5년의 법정상한기간이 행위자로부터 예상되는 위험의 방지를 위하여 충분하지 않은 것으로 판단되는 경우에는 영구적인 직업금지를 선고할 수도 있다.²³⁷⁾ 직업금지 기간의 하한은 형사절차상 가치분으로 부과될 수 있는 ‘잠정적 직업금지’²³⁸⁾의 유효기간만큼 단축될 수 있지만 3개월 이하로까지 단축될 수는 없다.²³⁹⁾

보안처분절차상 행위자의 장래 위험성을 판단하여 확정하는 것은 법원의 임무 가운데 가장 본질적이고 중요한 사항이다.²⁴⁰⁾ 보안처분인 직업금지처분의 기간을 정하는데 있어서 결정적인 행위자의 재범위험성 예측·판단에서 책임의 관점은 의미가 없기 때문에 원인행위 그 자체가 결정적이지는 않으나 비례의 원칙을 적용한 판단의 범위 내에서 중요한 ‘징후’가 된다.²⁴¹⁾

행위자의 자유권에 대한 지속적 개입을 의미하는 영구적 직업금지는 비례의 원칙의 중대한 예외사유로서만 적용된다.²⁴²⁾ 이 경우 영구적 직업금지 선고의 상세한 이유를 판결에 적시하여야 한다.²⁴³⁾ 직업금지처분은 판결의 확정과 함께 효력을 발휘하며,²⁴⁴⁾ 선고 이후에는 사후적으로 연장되거나 단축될 수 없으나 그 집행의 유예는 가능하다.²⁴⁵⁾

235) HK-GS-Plieger, § 70 Rn. 2; LK-StGB-Hanack, § 70 Rn. 6; BGH NJW 1975, 2249.

236) Sch/Sch-StGB-Stree/Kinzig, § 70, Rn.18; LK-StGB-Hanack, § 70 Rn. 59.

237) 독일형법 제70조 제1항.

238) 독일형사소송법 제132a조(잠정적 직업금지).

239) 독일형법 제70조 제2항.

240) Wedekind(2006), 49쪽.

241) Sch/Sch-StGB-Stree/Kinzig, § 70, Rn.19; LK-StGB-Hanack, § 70 Rn. 59.

242) BGH NJW 2005, 2566.

243) LK-StGB-Hanack, § 70 Rn. 63; Sch/Sch-StGB-Stree/Kinzig, § 70 Rn. 20; Fischer-StGB 2013, § 70 Rn. 14.

244) 직업금지처분을 위반하여 금지된 기간 안에 금지된 직업 등을 수행한 경우 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처해진다(독일형법 제145c조).

245) 독일형법 제70a조. HK-GS-Plieger, § 70 Rn. 11.

4. 직업금지처분의 절차적 특징

가. 직업금지처분의 집행연기제도

직업금지처분은 판결의 확정과 함께 효력을 발생하나,²⁴⁶⁾ 직업금지의 즉각적 효력발생이 유죄판결을 받은 자 또는 그 가족에게 처분의 목적을 넘어 지나치게 가혹한 반면 효력발생의 연기를 통하여 이를 피할 수 있는 경우, 법원은 직업금지를 선고하면서 6월을 초과하지 않는 범위 내에서 직업금지의 효력발생을 연기시킬 수 있다. 직업금지의 집행연기는 유죄판결을 받은 자의 신청에 따라 또는 그의 동의를 얻어 ‘결정’ 형식으로 내려지며, 법정대리인이 있는 경우에는 법정대리인의 동의가 있어야 한다. 직업금지의 집행연기는 일정한 조건과 결부되어 조건부로 결정될 수도 있다. 집행연기기간은 직업금지기간에 산입되지 않으며,²⁴⁷⁾ 직업금지위반에 대한 처벌규정²⁴⁸⁾도 이 기간에는 적용되지 않는다.²⁴⁹⁾ 집행연기의 결정은 공판절차상 판결과 함께 이루어져야 하며, 판결이 내려진 이후 별도로 결정될 수는 없다.²⁵⁰⁾ 집행연기신청을 기각하는 결정은 그 이유를 적시하여야 한다.²⁵¹⁾

한편 직업금지의 효력이 이미 발생한 이후에는 직업금지 집행연기와 같은 요건 하에서 ‘형집행기관에 의한 집행정지’²⁵²⁾가 허용될 수 있다. 집행정지는 집행연기와 마찬가지로 6개월을 초과할 수 없고, 정지기간은 직업금지기간에 산입되지 않는다.²⁵³⁾

246) 형법 제70조 제4항.

247) 독일형사소송법 제456c조.

248) 독일형법 제145c조.

249) MK-StGB-Bockenmühl, § 70a Rn. 11.

250) Meyer-Goßner-StPO, § 456c Rn. 3.

251) 독일형사소송법 제34조.

252) 독일형사소송법 제456c조 제2항.

253) 독일형사소송법 제456c조 제3-4항.

나. 직업금지처분의 집행유예제도

직업금지가 선고된 이후에 행위자가 중대한 위법행위를 범할 위험이 더 이상 존재하지 않는 것으로 인정할 만한 사유가 존재하는 경우, 법원은 직업금지의 집행을 유예할 수 있다.²⁵⁴⁾ 직업금지의 집행유예는 직업금지선고의 전제가 된 재범위험성이 더 이상 존재하지 않아야 하는 바, 법원이 직업금지를 선고할 때 내린 재범위험성과 관련된 부정적 예측이 긍정적으로 개선되었을 것을 전제로 한다.²⁵⁵⁾ 이러한 긍정적 예측의 ‘구체적 근거가 되는 사유’는 직업기술의 습득·향상, 보수교육의 이수, 실형이나 집행유예형의 재사회화효과 및 범죄적 요인의 제거 등 다양하다.²⁵⁶⁾

직업금지의 집행유예는 직업금지의 선고가 내려진 후 최소한 ‘1년이 경과’한 이후부터 가능하다. 집행유예가 결정되면 금지되었던 직업, 직업 일부, 영업 또는 영업을의 일부를 수행할 수 있으며, 당연히 유예기간 중에는 직업금지위반에 대한 처벌규정²⁵⁷⁾도 적용받지 않게 된다. 직업금지의 집행유예에 대하여는 자유형의 집행유예에 관한 제 규정이 준용되며,²⁵⁸⁾ 독일형법 제56e조에 따라 사후에 선고·변경·취소될 수도 있는 준수사항과 보호관찰은 직업금지처분의 특별한 목적과 관련이 있는 경우에만 허용될 수 있다.²⁵⁹⁾

법원은 독일형법 제70b조 제1-2항에 따라 직업금지의 목적에 비추어 직업금지 집행을의 계속이 필요한 것으로 드러난 경우에는 직업금지의 유예를 취소하여야 한다.²⁶⁰⁾

254) 독일 형법 제70a조. 집행유예에 대한 판단은 법원의 기속재량에 속하나, 직업금지를 정당화한 재범위험성이 더 이상 존재하지 않는다는 요건이 충족된 것으로 판단된 이상 원칙적으로 집행유예 결정이 내려져야 한다고 본다(LK-StGB-Hanack, § 70a Rn. 7).

255) LK-StGB-Hanack, § 70a Rn. 1.

256) LK-StGB-Hanack, § 70a Rn. 5.

257) 독일형법 제145c조.

258) 독일형법 제70a조 제3항 및 독일형법 제56a조 이하.

259) MK-StGB-Bockenmühl, § 70a Rn. 10; LK-StGB-Hanack, § 70a Rn. 18; SK-StGB-Sinn, § 70a Rn. 9.

260) HK-GS-Plieger, § 70b Rn. 2; SK-StGB-Sinn, § 70b Rn. 2.

독일형법 제70b조 제1항 제1-3호에 의하면 형의 선고를 받은 자가 보호관찰기간 동안 직업 또는 영업을 남용하거나 또는 그것과 관련된 의무를 중대하게 위반하여 직업금지 집행의 계속이 필요하다고 인정되는 위법행위를 한 경우에는 직업금지유예를 취소하여야 한다. 형의 선고를 받은 자가 직업금지를 유예하면서 부과된 준수사항을 중대하게 또는 끈질기게 위반한 경우, 그리고 보호관찰관의 감독 및 지도를 끊임없이 이탈한 경우에도 직업금지의 집행 계속이 필요하다는 것이 인정된다면, 법원은 직업금지유예를 취소하여야 한다.

또한, 법원은 보호관찰기간 동안 형의 선고를 받은 자에게서 유예의 거부를 이끌어 수 있는 상황이 나타나서 보안처분의 목적상 직업금지의 계속 집행이 필요한 것으로 드러난 경우에는 직업금지유예를 취소한다. 즉 제70b조에 따라 집행유예판결에 이르게 한 긍정적 예측이 잘못된 토대에서 이루어진 것으로 보호관찰기간 동안에 드러나고, 당시 존재하였으나 인지되지 못한 사정이 현재에도 존재한다는 결론에 이르면 이는 취소사유가 된다.²⁶¹⁾

직업금지 집행유예의 취소가 있는 경우 준수사항 또는 약속의 이행을 위하여 행한 급부는 상환되지 않으며 직업금지 집행유예기간은 직업금지기간에 산입되지 아니한다.²⁶²⁾ 직업금지유예가 취소되면 집행이 유예된 직업금지처분에서 확정되었던 금지기간이 계속 진행된다.²⁶³⁾

다. 직업금지의 종료

독일형법 제70b조 제5항은 직업금지처분의 집행이 유예된 후 그 집행유예기간이 경과되면 법원은 직업금지의 종료를 선언하도록 규정하고 있다. 따라서 법원을 통한 명시적인 선언이 필요하며, 독일형사소송법 제462조에 의한 결정으로써 이를 선언하여야 한다.²⁶⁴⁾

261) 이미 인지된 사정이 단지 그 평가가 나중에 달리 된 경우 이는 취소사유로는 충분하지 않다. SK-StGB-Sinn, § 70b Rn. 6; Sch/Sch-StGB-Stree/Kinzig, § 70b Rn. 6.

262) 독일형법 제70b조 제3-4항.

263) MK-StGB-Bockenmühl, § 70b Rn. 10; SK-StGB-Sinn, § 70b, Rn. 7; Sch/Sch-StGB-Stree/Kinzig, § 70b Rn. 8; LK-StGB-Hanack, § 70b, Rn. 14.

264) SK-StGB-Sinn, § 70b, Rn. 10.

독일형법에는 제70b조 제5항 이외에 직업금지의 종료에 대한 규정이 없으나 직업금지를 기한부로 명령한 이후 직업금지기간이 경과되는 경우 직업금지가 종료되는 것은 당연하다고 보며, 이때에는 법원에 의한 종료선언도 필요로 하지 않는다.²⁶⁵⁾ 한편 영구적 직업금지는 유효한 유예가 있는 이후 그 유예가 취소되지 아니하고 보호관찰기간이 경과하는 방법으로만 종료될 수 있다. 즉 법원이 직업금지유예를 독일형법 제70b조에 따라 취소하지 않는 경우에만 유예시에 확정된 보호관찰기간의 경과 후에 법원의 종료선언으로 종료된다.²⁶⁶⁾

5. 독일의 직업금지처분에 대한 평가

독일에서 직업금지처분 선고실무는 아래 표에서 보는 것과 매우 제한적이다. 제2차 형법개혁법을 통한 신형법 적용(1975년) 이전에는 직업금지처분은 다소 많이 선고되었으나, 그 이후 급감하는 추세를 보여 평균적으로 일 년에 약 70건 정도 선고되었다. 그러나 1990년대에는 다시 직업금지의 선고가 증가하여 2000년에는 234건에 이르렀으나, 그 이후 다시 줄어드는 경향을 보여 2005년에는 99건에 이르렀고,²⁶⁷⁾ 그 이후에도 줄곧 90건 이하의 수준에 머물러 있음을 볼 수 있다. 직업금지처분을 선고받은 사람은 남성이 90% 이상을 차지하며, 대부분의 원인범죄는 재산범죄와 관련되어 있는 것으로 밝혀졌다.²⁶⁸⁾

265) SK-StGB-Sinn, § 70b, Rn. 10; LK-StGB-Hanack, § 70b, Rn. 17.

266) SK-StGB-Sinn, § 70b, Rn. 10; LK-StGB-Hanack, § 70b, Rn. 20.

267) SSW-StGB-Jehle, § 70 Rn. 1.

268) NK-StGB-Pollähne, § 70 Rn. 4.

표 5-1 전체 유죄판결 대비 직업금지처분

연도	전체 판결(성인)	직업금지처분
1960	487,425	279
1965	527,838	162
1970	575,568	90
1975	601,423	70
1980	676,294	63
1985	695,669	66
1990	721,838	57
1995	779,386	129
2000	726,969	234
2005	773,588	99
2010	816,540	91

앞의 제4장에서 형사제재로서의 직업금지에 대한 이론적 검토에서 살펴본 바와 같이 보안처분으로 규정된 독일 직업금지처분은 특히 경제·직업사범에 대하여 형사정책적으로 일반예방효과가 크다는 분석에도 불구하고 무엇보다 위험성 예측의 어려움으로 인하여 형사법원이 기피하는 제재가 된 것으로 평가된다. 그러나 직업금지처분의 무용론을 주장하는 견해를 찾아보기는 힘들며, 직업금지라는 형사제재 자체는 검증된 형사제재로 간주된다는 점에서 앞으로 형사제재의 개혁과정에서 어떻게 변모할지 기대되는 형사제재로 판단된다.

제2절 프랑스의 직업금지형

1. 프랑스 형사제재체계와 직업금지형

현행 프랑스 형법은 죄질의 정도에 따라 범죄를 중죄, 경죄 및 위경죄로 구분하고, 중죄에 대해서는 징역형 또는 구금형, 즉 자유형만을 주형으로 규정하고²⁶⁹⁾, 이에 벌금형 또는 부가형을 병과할 수 있도록 하고 있다²⁷⁰⁾. 경죄에 대

269) 프랑스형법 제131-1조. 프랑스형법은 자유형을 세 가지 유형으로 구분하고 있으나 실무상 차이가 없기 때문에 이하에서는 자유형으로 통일하여 칭하기로 한다.

270) 프랑스형법 제131-2조.

해서는 자유형, 벌금형, 일수벌금형, 시민성교육, 사회봉사형, 권리박탈·제한형(제131-6조), 부가형(제131-11조), 손해배상형을 규정하고 있다.²⁷¹⁾

직업금지는 프랑스형법에서 “권리박탈·제한형”(peines privatives ou restrictives de droits)의 하나로 규정되고 있다.²⁷²⁾ 직업금지는 직업 또는 영업을 악용하거나 이를 기회로 범죄를 저지른 피고인에 대하여 직업 또는 영업의 수행으로 인한 중대한 위험으로부터 일반인을 보호하기 위하여 일정한 조건 하에 직업활동을 금지하는 형벌이다.²⁷³⁾

직업금지형은 연혁적으로 경제형법 분야에서 발달한 형사제재로서 제정 당시에도 주형에 수반하여 부과되는 부수형(peine accessoire)이었다.²⁷⁴⁾ 직업금지형은 『회사 경영·관리의 권리행사금지 및 권리상실 신설에 관한 법률명령(1935.8.8)』에 의하여 기업 도산의 경우 회사 임원의 부정부패를 적절하기 위하여 신설되어, 현행 상법²⁷⁵⁾ 제1권 제2편 제8장(상공업적 직업행사 권리무능력) 내에 편입되었다가 다시 형법전에 편입되었다.²⁷⁶⁾ 직업금지는 1992년 형법개혁법, 특히 『형법 일반규정 개혁에 관한 법률(1992.7.22, 제92-683호)』에 의해 현행 프랑스형법규정에 자리 잡아 오늘에 이르고 있다. 다만, 자유형에 대한 대체형으로서의 직업금지형은 『신형법 효력발생 및 이에 따른 형법과 형사소송법 수정

271) 프랑스형법 제131-3조 주형에 부가하여 부과되는 이와 같은 부가형에는 권리행사금지, 권리상실, 권리무능력 또는 권리취소(이하 ‘권리박탈·제한형’), 치료명령, 이행의무명령, 물건의 이동금지나 몰수, 영업소 폐쇄, 판결문의 게시나 공고 등이 있다(프랑스형법 제131-10조).

272) 프랑스형법 제131-6조 제11호.

273) 프랑스형법 제131-27조 내지 제131-29조.

274) 부수형(peine accessoire)은 옛 형벌체계로서 법원이 주문으로 선고하지 아니하더라도 자동적으로 주형에 부수효과로서 부과되는 형벌이었다. 현행 신(新) 프랑스형법에서는 완전히 사라졌고, 형사소송법전(法律大典) 제362조제5항에서 단 한차례 그 표현이 나타난다. “중죄법원은 부수형(peines accessoires) 또는 부가형(peines complémentaires)에 대해서도 평의한다.”

275) 法律大典, 2005년 5월 7일부터 2012년 3월 22일까지의 판본.

276) 현행 상법(法律大典) 제1권 제2편 제8장(상공업적 직업행사 권리무능력)은 『권리의 단순화 및 행정절차 완화에 관한 법률(2012.3.22)』에 의한 전부개정을 통하여 삭제되었다. 그 이유는 프랑스형법 내에 회사 임원직 수행금지 및 상공업적 직업행사금지에 관련된 모든 조항이 삽입되었을 뿐만 아니라 여타 유형의 직업금지형도 신설되었기 때문이다. 2012년 3월 23일부터의 판본에서 신설된 제8장 제목은 ‘국가자동전산 관리직 수행금지를 받은 자 파일’(fichier national automatisé des interdits de gérer)이다.

에 관한 법률(1992.12.16)』 제341조 및 「경제현대화에 관한 법률(2008.8.4)』 제70조에 의하여 신설되었다.²⁷⁷⁾

프랑스형사법상 형사제재의 특성은 원래 유죄판결의 부수효과로서 주형에 부수적으로 부과되는 무수한 ‘부수형’의 존재였다. 직업금지도 이처럼 부수형으로 규정되어 수많은 부수형법(특히 경제관련)에 규정되어 있었는데 심지어 백여 개의 규정에서 직업금지를 규정하고 있었던 것으로 보고된다.²⁷⁸⁾ 프랑스형사제재체계는 1975년 형법대개혁을 통하여 근본적인 변화를 겪게 되는데, 프랑스형법은 이때 부수형제도를 폐지하고, 부수형을 부가형 또는 대체형으로 재편하였다. 그리고 이 체계를 큰 변화 없이 1992년 신형법에 수용하고 있다. 이러한 체계의 변화는 법관에 형사제재의 선택에 있어서 광범위한 재량권 행사를 허용한다는 특징이 있다.²⁷⁹⁾

법관의 재량에 기초한 형벌의 개별화와 관련하여 프랑스형법 제132-24조는 법원은 위법행위의 정황과 범죄자의 인격을 고려하여 형을 선고하고, 선고된 형의 성질, 형량 및 형의 집행은 범죄자의 사회화(insertion) 및 재사회화(réinsertion)와 재범방지 목적으로 실질적인 사회보호, 범죄자에 대한 제재 및 피해자의 이익을 조정하는 방식으로 정해져야 한다고 규정하고 있다.

경죄에 대한 가장 중한 형벌에 해당하는 “자유형 실행”(emprisonnement sans sursis)은 “오직 최종심으로서 위법행위의 죄질 및 범죄자의 인격이 해당 자유형을 요구하고 여타의 형벌로는 명백히 불충분한 경우에 한하여 선고될 수 있고, 이 경우에도 물리적으로 불가능한 경우를 제외하고는 범죄자의 인격 및 상황이 허락하는 한, 제132-25조 내지 제132-28조에 규정된 ‘형벌완화처분’의 대상이 된다.”²⁸⁰⁾ 또한 법원은 자유형에 처하여지는 경죄의 경우 이를 대체하여 일

277) 프랑스형법 제131-6조 제11호(직업사회활동 수행금지) 및 제15호(임원직 수행금지).

278) Müller(2003), 162쪽 이하 참조.

279) Müller(2003), 239쪽 이하 참조.

280) 형벌완화처분에는 “반(半)자유형”, “외부수용형”, “전자감시수용형”, “형의 분할” 등이 있다.

“반자유형 집행체제”의 경우, 수용자는 형벌적용판사(형사집행판사)가 수용자의 사회생활을 고려하여 정한 필요한 시간 이외에는 반드시 행형시설에 복귀하여야 한다. “외부수용형 집행체제”의 경우, 수용자는 형벌적용판사(형사집행판사)가 수용자의 사회생활을 고려하여 정한 필요한 시간 이외에는 행형시설, 그 권한을 부여받은 사회시설 또는 지정된 장소에 수용된다. “전자감시수용형 집행체제”의 경우, 재소자는 전자장치를 몸에 부착한 채 낮에는 사회생활을

수벌금형,²⁸¹⁾ 시민교육형,²⁸²⁾ 자유박탈·제한형,²⁸³⁾ 사회봉사형,²⁸⁴⁾ 손해배상 제재형²⁸⁵⁾을 선고할 수 있다.²⁸⁶⁾ 이러한 대체형(peine de substitution, peine alternative) 제도는 형의 가중보다는 형의 감경을 통하여 사회로부터 격리되는 수형자의 수를 감소시킴으로써 교도소과밀을 해소하려는 정책과도 무관하지 않지만 근본적으로 재사회화형법의 기본취지를 그 법적 토대로 삼고 있다.²⁸⁷⁾

우선 형법 제131-6조 제11호와 제15호에 규정된 직업사회활동 수행금지 및 회사의 관리·운영·경영·감독직책 수행금지(이하 ‘임원직 수행금지’라고 칭한다!), 즉 직업금지형은 자유형에 대한 대체형으로서의 자유박탈·제한형에 속한다. 그런데 형법 제131-10조에 규정된 권리박탈·제한형은 동법 제131-11조에 따라 “부가형” 또는 “주형 자격으로서 부과해지는 부가형”으로 독립적으로 선고된다고 규정하고 있다. 제131-9조에 의하면, “자유형은 형법 제131-6조에 규정된 권리박탈·제한형(즉 직업금지형)과 병과하여 선고될 수 없으며 사회봉사형과도 병과될 수 없다.” 또한 제131-7조에 의하면 “주형이 오직 벌금형에 처하여지는 경죄의 경우에는 벌금형 대신에 제131-6조에 규정된 자유박탈·제한형을 선고할 수 있다.” 즉 경죄의 경우 대체형이란 주형의 일부가 아닌 전부를 대신하는 주형을 의미하게 된다. 자유형의 경우에는 직업금지형이 “자유형 집행유예”(emprisonnement avec sursis)와 관련되어 부과되는 경우 “주형 자격으로서 부과되는 부가형”, 즉 주형 성격이 두드러진다고 볼 수 있다.²⁸⁸⁾

하고, 그 외의 시간에는 (보통의 경우 17시부터 익일 8시까지) 본인의 거주지(自宅)에서 머물러야 한다.

281) 프랑스형법 제131-5조.

282) 프랑스형법 제131-5-1조.

283) 프랑스형법 제131-6조에 오직 한차례 나오는 자유박탈·제한형(peines privatives ou restrictives de liberté)은 프랑스형법 제131-14조 및 제131-42조에 규정된 권리박탈·제한형(peines privatives ou restrictives de droits)과 그 열거된 내용에 있어서는 다르다. 그러나 제131-3조, 제131-7조, 제131-9조, 제131-12조, 제131-15조, 제131-40조, 제132-31조, 제132-34조 등 프랑스형법 전체 문맥을 고려한다면 결국 자유박탈·제한형은 권리박탈·제한형에 속하는 개념이다.

284) 프랑스형법 제131-8조.

285) 프랑스형법 제131-8-1조.

286) 프랑스형법 제131-5조 및 프랑스형법 제131-6조.

287) 프랑스형법 제132-14조 제2항 참조.

2. 직업금지형과 기본권 침해

프랑스 제헌회의의 「1791년 3월 2일·17일의 알라르드 법(décret d'Allard)」에 따라 동업조합이 폐지되고 직업의 자유가 승인된 이래 프랑스에서도 직업의 자유는 직업의 선택과 행사의 자유 및 근로의 자유 등을 포괄하는 개념이다. 그런데 직업금지형은 사회보호를 위하여 행위자의 직업의 자유를 제한하게 되며, 따라서 판례와 학설은 직업금지형이 법적으로 직업의 자유에 대한 중대한 개입이 되고, 행위자의 경제생활의 토대를 박탈한다는 점에서 다른 형벌보다 더 침해적이며, 그 결과 본질적으로 행위자의 재활갱생(réadaptation) 내지 재사회화를 어렵게 한다는 점을 지적하고 있다.²⁸⁹⁾

그러나 직업의 자유는 공공의 자유 및 공동체의 이익 보호를 위하여 5년 또는 10년 이하의 범위에서 시간적으로 제한될 수 있다. 더 나아가 순수한 예방적 관점 및 비례원칙을 고려하여 영구적인 직업금지형도 가능하다. 다만 직업금지형이 직업의 자유를 본질적으로 침해하는 것은 아니라할지라도 행위자에게 미치는 심대한 영향을 고려할 때 공공에 대한 중대한 위험을 방지하기 위하여 필요·최소한 범위 내에서만 허용되어야 한다고 본다.²⁹⁰⁾

직업금지형은 미성년자에게는 당연히 부과할 수 없고, 언론인, 노동조합 선출직(mandat électif)²⁹¹⁾이나 간부직에도 표현의 자유 및 노동권 보장 차원에서 행위자(condamnés, 재소자)가 그전에 종사했던 직업의 수행금지를 선고할 수 없다.²⁹²⁾ 즉 직업금지형은 언론활동 및 노조활동에서 기인하는 범죄를 제외하고는

288) 본래 부수형법상 형의 부수효과로 규정되었던 직업금지를 주형으로 평가절상하는 입법을 둘러싼 논란에 대해서는 Müller(2003), 249쪽 이하 참조!

289) Zieschang(1992), 117쪽 이하 참조!

290) Zieschang(1992), 118쪽.

291) 선거직(mandat électoral)이라 함은 유권자가 선거에 의하여 자신을 대표하도록 한 자유위임관계의 직무를 말하고, 선출직(fonction élective)이라 함은 의회 또는 지역의회가 당선인 중에서 선출에 의하여 자신을 명령적 위임관계로서 대표하도록 위임한 직무, 즉 의장직, 부의장직, 위원장직 등을 말한다. 그러나 우리나라에서는 이 두 가지 법률용어를 구별하지 않은 채 혼용하고 있다. 그러므로 여기서 말하는 선출직(mandat électif)이라 함은 노조선거(élection professionnelle)에 의하여 당선된 강제적 위임관계에 있는 종업원대표를 말한다.

292) 프랑스형법 제131-27조 제3항.

원칙적으로 모든 직업의 근로자에게 선고될 수 있다.

3. 직업금지형의 유형 및 요건

직업금지형은 위법행위의 유형(chef)에 따라 그 법률적 근거조항이 다르다. 형법 제1권(총칙) 제3장(형벌) 제1절(형벌의 성질)에서 규정하고 있는 직업금지형의 유형은 다음과 같다.

- 1) 임원직 수행금지: 제131-27조 제2항: 10년 이하 또는 영구 금지
- 2) 직업·사회활동 수행금지: 제131-27조 제1항: 5년 이하 또는 영구 금지
- 3) 공무²⁹³⁾ 수행금지: 제131-27조 제1항: 5년 이하 또는 영구 금지
- 4) 미성년자 관련 직업 수행금지: 제132-45조 제8호²⁹⁴⁾

직업금지형을 선고하기 위해서는 범행의 실행 및 결과가 중요하며, 직업 또는 영업을 악용하거나 이와 관련된 의무를 현저히 위반한 경우이다. 여기서 ‘악용’은 고의적 행위를 전제하고,²⁹⁵⁾ ‘현저한 의무위반’은 과실행위로 충분하다.

직업이나 영업에 부여된 직무를 고의적으로 반하여 이를 이용하는 행위에는 변호사가 의뢰인에게 전달하기 위해 무기를 구치소로 부정반입한 행위, 의사나 조산원에 의한 가별적인 임신중절,²⁹⁶⁾ 간호사의 모르핀 횡령, 학생이나 수습생에 대한 교사의 성적 행동, 인쇄업자의 위폐 생산 등이 이에 해당한다.

의무위반은 직업의무를 현저히 심각한 정도로 위반하여야 한다. 위반 여부는 직업에 내적인 구성요소 및 중한 정도에 따라 판단한다. 높은 도덕성(morals) 및 신의(honor)가 요구되는 직업에 있어서는 덜 중대한 위반이더라도 직업금지형이

293) 임용권자는 도덕성(morals) 및 신의(honor)를 검증하기 위하여, 즉 전과기록명부(casier judiciaire) 중 제2초본(bulletin n°2)를 사법당국에 제출해야 한다.

294) 보호관찰부 집행유예를 선고하는 경우로서 선고법원 및 형벌적용판사(형사집행판사)가 집행유예와 결부된 준수사항으로 직업금지를 명할 수 있다.

295) (구)프랑스형법 제43-2조에 의하면, 직업금지형은 “경죄를 계획하거나 범할 목적으로 직업 수행에서 기인하는 편의(facilities)을 의도적으로 이용한 경우” 선고된다.

296) (구)프랑스형법 제317조제4항에 의하면, 부가형으로 “최소 5년의 자격정지 또는 영구적 직업수행 권리무능력이 피의자에게 선고된다.” 제1항에 의하면 주형의 형량은 “1년 내지 5년의 자유형 및 1,800프랑 내지 100,000프랑의 벌금형”이었다.

선고될 수 있다.²⁹⁷⁾ 이에는 식용으로 사용할 수 없는 고기나 유통될 수 없는 도살폐기물을 식용으로 판매한 행위, 환경파괴적인 쓰레기 폐기처분행위 등이 해당한다.

직업금지는 프랑스 신형법에서 독자적인 대체형, 즉 주형으로 도입되면서 재범방지를 위한 적절한 조치로 옹호되었으나 위와 같은 형식적 요건 이외에 ‘재범위험성’과 관련한 부정적 예측판단을 요구하는 등의 별도의 내용적 요건은 규정하지 않고 있다.²⁹⁸⁾

4. 직업금지형의 죄명에 따른 적용범위

프랑스형법상 직업금지형이 선고될 수 있는 구성요건에 대해서는 형법전 및 특별형법의 각 해당구성요건에 법정형으로 열거되고 있는 것이 특징이다. 이를 형법각론과 특별형법으로 대별하여 그 유형과 함께 열거하면 다음과 같다.

가. 형법각론의 직업금지형 규정

- 1) 반인류 범죄: 제213-1조; 공무, 직업사회활동, 임원직 수행금지
- 2) 우생학 범죄 및 인간복제 범죄: 제215-1조; 공무, 직업사회활동, 임원직 수행금지
- 3) 생명침해(살인 및 과실치사): 제221-8조; 공무, 직업사회활동, 임원직 수행금지
- 4) 사람의 신체적·정신적 완전성에 대한 침해²⁹⁹⁾: 제222-44조; 공무, 직업사회활동, 임원직 수행금지. 제222-45조에 따라 이외에도 미성년자 관련 직업

297) 도덕성(morals) 및 신의(honor)는 공무수임인(dépositaire public), 변호사, 의사, 약사 등에게 요구되는 덕목이다.

298) Zieschang(1992), 69쪽; Müller(2003), 249쪽.

299) ‘사람의 신체적·정신적 완전성에 대한 침해 범죄’에는 제1절(완전성에 대한 고의적 침해), 제2절(완전성에 대한 비고의적 침해), 제3절(성적침해), 제3절의2(도덕적 회롱), 제3절의3(폭력영상의 녹화 및 유포), 제4절(마약거래) 등이 있다. 특히, 제1절의 완전성에 대한 고의적 침해에는 제1관(고문 및 가혹행위), 제2관(폭행), 제3관(협박) 등이다.

수행금지가 부가될 수 있다.

5) 사람을 위험에 처하게 하는 행위³⁰⁰⁾

(가) 약자의 무지나 취약성에 대한 기만적 남용: 제223-15-3조 제2호; 공무, 직업사회활동 수행금지

(나) 유기, 인체실험, 낙태, 자살교사: 제223-17조 제1호; 공무, 직업사회활동, 임원직 수행금지

(다) 의무위반에 의하여 사람을 위험에 처하게 하는 행위: 제223-18조; 직업사회활동 수행금지

6) 사람의 자유에 대한 침해³⁰¹⁾: 제224-9조 제2호; 공무, 직업사회활동, 임원직 수행금지

7) 사람의 존엄성에 대한 침해³⁰²⁾

(가) 존엄성을 침해하는 근로조건 및 숙박조건: 제225-19조 제7호; 공무, 직업사회활동, 임원직 수행금지

(나) 인신매매, 윤락행위알선, 미성년자 또는 약자에 대한 매춘: 제225-20조 제2호; 공무, 직업사회활동, 임원직 수행금지. 그밖에도 동조 제7호에 따라 미성년자 관련 직업 수행금지가 부가될 수 있다.

8) 인격에 대한 침해³⁰³⁾

(가) 사생활침해: 제226-7조 제2호; 직업사회활동 수행금지

(나) 중상모략(무고): 제226-12조 제2호; 직업사회활동 수행금지

300) ‘사람을 위험에 처하게 하는 행위’에는 제1절(의무위반에 의하여 사람을 위험에 처하게 하는 행위), 제2절(유기), 제3절(인명구조의 방치), 제4절(인체실험), 제5절(낙태), 제6절(자살의 교사), 제6절의2(약자의 무지나 약점에 대한 기만적 남용) 등이다.

301) ‘사람의 자유에 대한 침해’에는 제1절(사람의 약취나 감금), 제2절(항공기, 선박, 기타 운송수단의 탈취) 등이 있다.

302) ‘사람의 존엄성에 대한 침해’에는 제1절(차별행위), 제1절의2(인신매매), 제1절의3(강요에 의한 얼굴은폐), 제2절(윤락행위알선), 제2절의2(미성년자 또는 약자에 대한 매춘), 제2절의3(구걸에 대한 착취), 제2절의4(무허가판매에 대한 착취), 제3절(존엄성을 침해하는 근로조건 및 숙박조건), 제3절의2(신입생 골탕 먹이기), 제4절(사자에 대한 침해) 등이 있다.

303) ‘인격에 대한 침해’에는 제1절(사생활침해), 제2절(인상침해), 제3절(誣告), 제4절(직업비밀침해), 제5절(정보전산처리에 의한 인격에 대한 침해), 제6절(유전형질 검사나 유전자지문 분석에서 기인하는 인격에 대한 침해) 등이 있다.

- (다) 인격에 대한 침해에 속하는 모든 범죄는 제226-31조 제2호에 따라
직업사회활동 중 또는 이를 기회로 범죄를 자행한 경우 해당 직업사회
활동 수행금지가 선고될 수 있다.
- 9) 미성년자 및 가정에 대한 침해³⁰⁴⁾: 제227-29조 제6호 및 제8호; 미성년자
관련 직업 수행금지 및 공무, 직업사회활동, 임원직 수행금지
 - 10) 절도: 제311-14조 제2호; 공무, 직업사회활동, 임원직 수행금지
 - 11) 강요³⁰⁵⁾: 제312-13조 제2호; 공무, 직업사회활동, 임원직 수행금지
 - 12) 사기: 제313-7조 제2호; 공무, 직업사회활동, 임원직 수행금지
 - 13) 배임 또는 사법수임인이나 법률사무종사자에 의한 특수배임: 제314-10조
제2호; 공무, 직업사회활동, 임원직 수행금지
 - 14) 장물은닉: 제321-9조 제2호; 공무, 직업사회활동, 임원직 수행금지
 - 15) 재물에 대한 중대한 손괴·훼손·손상: 제322-15조 제2호; 공무, 직업사회
활동, 임원직 수행금지
 - 16) 데이터자동전산처리장치에 대한 침해: 제323-5조 제2호; 공무, 직업사회활
동 수행금지
 - 17) 자금세탁: 제324-7조 제1호; 공무, 직업사회활동, 임원직 수행금지
 - 18) 국가의 기본적 이익에 대한 침해³⁰⁶⁾: 제414-5조 제2호; 공무, 직업사회활
동, 임원직 수행금지
 - 19) 테러: 제422-3조 제2호; 공무, 직업사회활동, 임원직 수행금지
 - 20) 표현·노동·결사·집회·시위의 자유를 방해하는 행위: 제431-2조 제2호;
공무, 직업사회활동 수행금지
 - 21) 공무원에 의한 공공행정에 대한 침해³⁰⁷⁾: 제432-17조 제2호; 공무, 직업사

304) ‘미성년자 및 가정에 대한 침해’에는 제1절(미성년자의 유기), 제2절(가족에 대한 부양·교육 의무 불이행), 제2절의2(가사판사 명령에 대한 위반), 제3절(친권행사에 대한 침해), 제4절(친자관계에 대한 침해), 제5절(미성년자를 위협에 처하게 하는 행위) 등이 있다.

305) 제312-1조에 따르면 강요(extorsion)라 함은 폭행, 협박 또는 강제에 의하여 서명하게 하거나, 참여 또는 포기하게 하거나, 비밀을 폭로하게 하는 행위 및 현금, 유가증권 또는 기타 재산을 교부받는 행위를 말한다.

306) ‘국가의 기본적 이익에 대한 침해’에는 이적행위 또는 간첩, 헌정파괴, 국방에 대한 침해 등이 있다.

회활동, 임원직 수행금지

22) 개인에 의한 공공행정에 대한 침해³⁰⁸⁾: 제433-22조 제2호; 공무, 직업사회 활동, 임원직 수행금지

23) 사법작용에 대한 침해³⁰⁹⁾

(가) 법원서기의 부패, 수형자의 도주 지원 및 수형자와 접촉할 권한을 부여받은 재소자가 행형시설 내에 물품의 부정반입에 개입한 경우: 제434-44조 제3항; 공무, 직업사회활동 수행금지

(나) 사법관의 부패 및 수형자의 도주 지원 수단이 무기나 폭발물·인화물·독극물인 경우: 제434-44조 제3항; 임원직 수행금지

24) 유럽공동체 및 유럽연합 회원국, 여타 국가 및 여타 공식적 국제기구의 공공행정 및 사법작용에 대한 침해: 제435-14조 제2호; 공무, 직업사회활동 수행금지

25) 공적신용에 대한 침해³¹⁰⁾

(가) 문서위조: 제441-10조 제2호; 공무, 직업사회활동, 임원직 수행금지

(나) 통화위조: 제442-11조 제2호; 공무, 직업사회활동, 임원직 수행금지

(다) 유가증권·신용증권의 위조: 제443-6조 제2호; 공무, 직업사회활동, 임원직 수행금지

(라) 국새 등의 위조: 제444-7조 제2호; 공무, 직업사회활동, 임원직 수행금지

307) ‘공무원의 공공행정에 대한 침해’에는 제1절(공공행정에 대한 권한남용), 제2절(개인에 대한 권한남용), 제3절(청렴의무의 위반) 등이 있다. 특히, 제3절의 공무원 청렴의무 위반에는 제1관(불법징수, *concession*), 제2관(소극적 부패 및 수뢰), 제3관(부당이의 취득, *prise illégale d'intérêts*), 제4관(공공계약의 공정성 침해), 제5관(재물의 절취 및 횡령) 등이다.

308) ‘개인에 의한 공공행정에 대한 침해’에는 제1절(적극적 부패 및 수뢰), 제2절(공무원에 대한 협박이나 위협), 제3절(공물에 대한 절취 및 횡령), 제4절(모독), 제5절(공무집행 저항행위, *rébellion*), 제6절(공공사업집행 저항행위), 제7절(공무집행 개입, *usurpation*), 제8절(자격표시 부정사용, *usurpation*), 제9절(자격증의 부정사용, *usurpation*), 제10절(자격의 도용, *usage irrégulier*), 제11절(민적증서에 대한 침해) 등이 있다.

309) ‘사법작용에 대한 침해’에는 제1절(不告罪), 제2절(사법권행사 방해), 제2절(사법당국에 대한 침해) 등이다.

310) ‘공적신용에 대한 침해’에는 제1장(문서위조), 제2장(통화위조), 제3장(유가증권 또는 여타 신용증권의 위조), 제4장(국가표지의 위조), 제5장(개인 간의 소극적·적극적 부패), 제6장(공공 장소에서 영업하는 직업을 규제하는 규정에 대한 위반) 등이 있다.

- (마) 공적신용에 대한 침해 중, 개인 간의 소극적·적극적 부패: 제445-3조 제2호; 공무, 직업사회활동, 임원직 수행금지
- 26) 범죄결사가담: 제450-3조 제2호; 공무, 직업사회활동, 임원직 수행금지
- 27) 공중보전에 관한 범죄 중, 바이오의학 윤리에 대한 침해: 제511-27조; 직업사회활동 수행금지
- 28) 동물잔혹행위: 제521-1조 제3항; 직업사회활동 수행금지

나. 특별형법상 직업금지형 규정

- 1) 상사회사 및 경제이익단체(GIE)³¹¹⁾에 적용하는 가변자본, 회사계정, 자회사, 경고절차, 합병·분리, 청산, 법정이행명령에 관련된 위법행위: 상법 제L249-1조; 공무, 직업사회활동, 임원직 수행금지
- 2) 파산범죄: 상법 제L654-5조; 공무, 직업사회활동, 임원직 수행금지
- 3) 농산물의 원산지통제명칭(AOC)에 관련된 위법행위: 소비법전 제L115-16조; 공무, 직업사회활동, 임원직 수행금지
- 4) 서면계약에 의하지 아니하는 통신판매 또는 방문판매: 소비법전 제L121-28조; 공무, 직업사회활동, 임원직 수행금지
- 5) 악덕 상거래관행(pratiques commerciales déloyales)³¹²⁾ 중, 소비자의 무지나 약점의 남용: 소비법전 제L122-8조; 공무, 직업사회활동, 임원직 수행금지
- 6) 제품 및 서비스의 일치성과 안전성에 관련된 위법행위

(가) 기만: 소비법전 제L216-8조; 공무, 직업사회활동, 임원직 수행금지

311) 경제이익단체(GIE: Groupement d'Intérêt Economique)라 함은 「경제이익단체에 관한 법률명령 (1967.9.23; 폐지)」, 현행 「상법(法律大綱)」 제L251-1조에 따라 “구성원의 경제적 활동의 발전 및 영업실적(résultats)의 향상을 목적으로 설립할 수 있고”, 조합(비영리법인)과 상사의 중간 형태이다.

312) 소비법전(法律大綱) 제L120-1조에 의하면, 악덕 상거래관행(pratiques commerciales déloyales)이라 함은 “직업적 의무(diligence professionnelle) 요건을 위반하는 상거래 관행 및 정상적으로 알고 있고 이성적으로 신중하며 사려 깊은 소비자의 소비행위를 왜곡시키거나 왜곡시킬 우려가 있는 상거래관행”을 말하고, 이에는 “제L121-1조와 제L121-1-1조에 규정된 ‘불성실한 상거래관행’(unfaithful commercial practices) 및 제L122-11조와 제L122-11-1조에 규정된 ‘공격적 상거래관행’(aggressive commercial practices)” 두 종류가 있다.

- (나) 사기 및 변조: 소비법전 제L217-10-1조; 공무, 직업사회활동, 임원직 수행금지
- 7) 고금리대출(*prêt usuraire*): 소비법전 제L313-5조; 공무, 직업사회활동, 임원직 수행금지
- 8) 근저당설정 중신대출(*prêt viager hypothécaire*)에 관련된 위법행위: 소비법전 제L314-19조; 공무, 직업사회활동 수행금지
- 9) 부탁하지 아니한 접촉을 수반하는 통신판매 또는 방문판매: 화폐금융법전 제L353-3조; 공무, 직업사회활동 수행금지
- 10) 지불서비스에 관련된 위법행위: 화폐금융법전 제L572-5조; 공무, 직업사회활동 수행금지
- 11) 전자화폐 발행에 관련된 위법행위: 화폐금융법전 제L572-14조; 공무, 직업사회활동 수행금지
- 12) 투자서비스에 관련된 위법행위: 화폐금융법전 제L573-1조; 공무, 직업사회활동 수행금지
- 13) 바이오의학에 관련된 위법행위: 공중보건법전 제L1126-3조; 직업사회활동 수행금지
- 14) 유전형질 검사나 유전자지문에 관련된 위법행위: 분석공중보건법전 제L1133-8조; 직업사회활동 수행금지
- 15) 보건직업 및 사회·의료사회시설 부문에 있어 의료사고보험 가입의무 위반: 공중보건법전 제L1142-25조; 직업사회활동 수행금지
- 16) 장기, 세포, 조직 등 매매: 공중보건법전 제L1274-1조; 직업사회활동 수행금지
- 17) 환경·보건위험 및 노동·보건위험에 관련된 위법행위: 공중보건법전 제L1337-4조; 직업사회활동 수행금지
- 18) 산전검사, 생식의료보조(AMP), 배아 또는 줄기세포연구에 관련된 위법행위: 공중보건법전 제L2164-1조; 직업사회활동 수행금지
- 19) 의사·치과의사·조산사의 불법의료행위: 공중보건법전 제L4161-5조; 직업사회활동 수행금지
- 20) 약사의 불법의료행위: 공중보건법전 제L4223-1조; 직업사회활동 수행금지

- 21) 보조약사의 불법의료행위: 공중보건법전 제L4243-1조; 직업사회활동 수행금지
- 22) 간호사, 육아전문가(puéricultrice)의 불법의료행위: 공중보건법전 제L4314-4조; 직업사회활동 수행금지
- 23) 물리치료사(masseur-kinésithérapeute), 발·치료사(pédicure-podologue)의 불법의료행위: 공중보건법전 제L4323-4조; 직업사회활동 수행금지
- 24) 작업요법사(ergothérapeute), 정신운동치료사(psychomotricien)의 불법의료행위: 공중보건법전 제L4334-1조; 직업사회활동 수행금지 (위경죄 역시)
- 25) 발음교정사(orthophoniste), 시력교정사(orthoptiste)의 불법의료행위: 공중보건법전 제L4344-4조; 직업사회활동 수행금지
- 26) 전자방사선사(manipulateur d'électroradiologie médicale), 의료실험실기술사(technicien de laboratoire médical)의 불법의료행위: 공중보건법전 제L4353-1조; 직업사회활동 수행금지
- 27) 보청기사(audioprothésiste), 안경사(opticien-lunetier), 보철전문가(prothésiste), 정형기구전문가(orthésiste)의 불법의료행위: 공중보건법전 제L4363-2조; 직업사회활동 수행금지
- 28) 식이요법치료사(diététicien, 영양사)의 불법의료행위: 공중보건법전 제L4372-1조; 직업사회활동 수행금지
- 29) 생명의학실험실 또는 의료실험실 소장, 부소장의 불법의료행위: 공중보건법전 제L6222-1조; 직업사회활동 수행금지
- 30) 건물 또는 아파트의 불법분할: 건축주거법전 제L111-6-1조; 직업사회활동 수행금지
- 31) 붕괴위험건축물에 관련된 위법행위: 건축주거법전 제L511-6조; 직업사회활동 수행금지
- 32) 임차인 또는 전차인의 재거주권에 관련된 위법행위: 건축주거법전 제L521-4조; 직업사회활동 수행금지
- 33) 국제입양 중개업자의 위법행위: 사회부조·가정법전 제L225-19조; 미성년 접견·숙박·수용시설과 연계된 직업사회활동 수행금지
- 34) 사회·의료사회시설 인허가증, 다년간협약에 관련된 위법행위: 사회부조·

가정법전 제L313-22조 및 제L313-23조; 사회·의료사회시설의 임원직 수행 금지

- 35) 신고제에 따르는 사회·의료사회시설에 관련된 위법행위: 사회부조·가정법전 제L321-4조 및 제L322-8조; 사회·의료사회시설의 임원직 수행금지
- 36) 성년보호·사법수임인에 관련된 위법행위: 사회부조·가정법전 제L473-3조; 성년보호사법수임인과 연계된 직업사회활동 수행금지
- 37) 가족급부사법대표자에 관련된 위법행위: 사회부조·가정법전 제L474-7조; 가족급부사법대표자와 연계된 직업사회활동 수행금지
- 38) 외국인근로자 입국이나 채용을 조건으로 하는 금품사취: 노동법전 제L5224-2조; 직업사회활동 수행금지
- 39) 음성적 노동: 노동법전 제L8224-3조; 공무, 직업사회활동, 임원직 수행금지
- 40) 근로허가증 없는 외국인근로자 채용: 노동법전 제L8256-3조; 직업사회활동 수행금지
- 41) 운전교사자격증이 없거나 운전교사자격증 정지처분 기간 중의 운전교육행위: 도로교통법전 제L212-4조; 직업사회활동 수행금지
- 42) 운전학원 인허가증이 없거나 영업정지처분 기간 중의 영업행위: 도로교통법전 제L213-6조; 직업사회활동 수행금지
- 43) 과실치사: 도로교통법전 제L232-1조; 공무, 직업사회활동, 임원직 수행금지
- 44) 사람의 신체적·정신적 완전성에 대한 비교의적 침해: 도로교통법전 제L232-2조; 공무, 직업사회활동, 임원직 수행금지
- 45) 차량 개조행위: 도로교통법전 제L317-7조; 직업사회활동 수행금지
- 46) 오토바이 개조행위: 도로교통법전 제L321-3조; 직업사회활동 수행금지

5. 직업금지형의 법률효과

가. 직업금지의 효력

직업금지형은 형사유죄판결과 함께 당연히 그 효력이 발생하거나 형사유죄판결에서 부가형 자격으로 주문을 통하여 선고함으로써 발생한다. 직업금지가

선고되면, 행위자는 형법 제131-28조에 의하여 금지된 기간 동안 범행에 악용된 그 직업에 종사할 수 없을 뿐만 아니라 해당 위법행위를 근절하는 개별법에 규정된 전혀 다른 여타 직업에 종사하는 것이 금지될 수도 있다. 특히, 회사 관리직 수행금지의 경우에는 행위자가 타인을 위하여 직접 수행하거나 또는 그의 지시를 받는 타인을 통해 자신을 위하여 이를 수행하게 하는 것이 금지된다. 직업금지형은 전과기록명부(casier judiciaire)³¹³⁾에 기재된다.

나. 직업금지의 기간

법원은 재량판단으로 직업금지의 기간을 확정하여야 한다. 직업금지형의 기간을 정함에 있어서는 위험성의 추정적 기간에 따라 달라지는데, 형법에서는 그 기간을 5년 이하의 기간, 10년 이하의 기간 또는 영구 금지로 구분하고 있다. 또한 법원은 자유형을 선고함에 있어 자유형 집행유예를 선고할 수 있는 것과 마찬가지로 직업금지형에 대해서도 형법 제132-31조에 따라 집행유예조건부 직업금지형을 선고할 수 있다.

직업금지형은 형의 집행일부터 기산하고 판결에 규정된 기간이 만료되는 때 종료된다. 집행유예가 없는 자유형에 수반되는 경우 형법 제131-29조에 따라 “자유형 집행이 개시된 날부터 적용되며 판결에 규정된 기간 동안 자유형 집행이 종료된 날부터 기산하여 계속 적용한다.” 직업금지형은 선고 이후 사후적으

313) 전과기록명부(casier judiciaire)는 Bulletin numéro 1, Bulletin numéro 2 및 Bulletin numéro 3 전체를 일컫는 보통명사이다. ‘전과기록등본1’(Bulletin n°1)은 법원의 결정, 명령을 포함한 유죄판결 전부가 등재된 명부이고, ‘전과기록초본2’(Bulletin n°2)는 ① 외국에서 선고된 유죄판결 ② 미성년자에게 선고된 유죄판결 ③ 실효된 “집행유예를 갖는 유죄판결” ④ 위경죄 ⑤ 「범죄진화에 따른 사법부 적용에 관한 법률(2004. 3. 9)」에 의하여 모든 성범죄(즉 성적침해) ⑥ 법원이 “Bulletin 2”에 기록하지 않는다고 선고한 유죄판결 등을 제외한 유죄판결이 등재된 명부이다. ‘전과기록초본3’(Bulletin n°3)은 ① 2년을 초과하는 “집행유예가 없는 유죄판결” ② 법원이 “Bulletin 2”에 기록한다고 선고한 유죄판결 ③ 형법 제131-10조에 규정된 부가형 ④ 사회사법·보호관찰(suivi socio-judiciaire), 이상 4가지만 기재된 파일이다. 사회사법·보호관찰(suivi socio-judiciaire)은 보호관찰(mise à l'épreuve)과 구별되는 또 다른 형태의 형사제재이고 「범죄 예방과 억제 및 미성년보호에 관한 법률(1998. 6. 17)」 제1조에 의하여 프랑스형법 제131-36-1조 내지 제131-36-8조로 신설되었다. 형사소송법(法律大典)에는 동법 제8조에 의하여 제763-1조 내지 제763-9조로 신설되었다.

로 연장되거나 단축될 수 없으며, 형사소송법 제702-1조 및 제703조에 의한 해제가 가능할 뿐이다.

다. 직업금지위반에 대한 형사제재

부가형이든지 대체형이든지 직업금지를 위반하여 금지된 기간에 금지된 직업 등을 수행한 때에는 직업사회활동 수행금지 및 공무수행금지의 경우 형법 제434-40조에 따라 “2년의 자유형 및 30,000유로의 벌금형”에 처하고, 임원직 수행금지의 경우 형법 제434-40-1조에 따라 “2년의 자유형 및 375,000유로의 벌금형”에 처한다. 미성년자 관련 직업 수행금지처분 위반에 대해서는 명시적 규정이 없으나, 직업사회활동 수행금지 위반에 대한 형량을 준용하여 적용한다.³¹⁴⁾

6. 직업금지의 해제

“권리행사금지, 권리상실, 권리무능력 형벌”을 받은 모든 사람은 형사소송법 제702-1조에 따라 그 형을 선고한 법원 또는 복수의 선고가 이루어진 경우에는 최후의 선고를 한 법원에 대하여 금지기간을 포함하여 “권리행사금지, 권리상실, 권리무능력”의 일부 또는 전부의 해제를 청구할 수 있다.³¹⁵⁾ 해제청구는 동법 제703조에 따라 형의 선고일로부터 6개월이 경과한 후에 한하여 관할법원 검찰청장에 제기할 수 있고, 기각된 경우 그 다음 청구는 기각 결정 후 6개월이 경과하여야 하며, 그 후의 후속청구도 마찬가지다.

공화국검사(procureurs de la République, 181명, 지방검찰청장)는 유용한 모든 자료를 정리하고, 필요한 경우 형벌적용판사(형사집행판사)의 의견을 청문한 후 관할법원에 수리를 청구한다. 수리한 관할법원 評議部(chambre du conseil)

314) “권리행사금지, 권리상실(déchéance), 권리무능력(incapacité) 또는 권리취소 형벌”에 관한 위반 행위 형량은 프랑스형법 제131-11조 제2항에 따른다. 즉, 그 형량은 원래의 위법행위에 대한 법정형(peine encourue) 및 형법 제434-41조에 규정된 형량(2년의 자유형 및 30,000유로의 벌금형)을 초과하지 아니하는 범위 내에서 법원은 구금최대기간 또는 벌금총액을 주문으로 명하여야 한다.

315) 중죄의 경우에는 항소법원 고등검사장(procureur général, 35명, 고등검찰청장)에게 한다.

는 검찰청의 청구에 대해서 재소자가 원하는 경우 그의 의견을 청문한 후 재결한다. 이 결정에 대해서는 항고할 수 있다.³¹⁶⁾

“권리행사금지, 권리상실, 권리무능력”의 일부 또는 전부를 해제하는 결정은 형의 선고를 한 판결문의 여백 및 전과기록명부(casier judiciaire)에 기재한다.

7. 직업금지형과 그 밖의 처분과의 관계

가. 형사절차상 직업금지처분

법원은 형사소송법(法律大典) 제138조에 따라 피의자에 대하여 직업금지를 결정할 수 있다. 다만, 변호사³¹⁷⁾에 대해서는 예심수사판사 또는 영장전담판사가 프랑스변호사협회(Ordre des avocats)³¹⁸⁾에 직업금지조치를 요청하여야 한다. 변호사회가 귀속권을 갖고 있어 그가 속해 있는 변호사회가 이를 거부하는 경우 법원은 판결로서 선고할 수밖에 없다.³¹⁹⁾ 즉, 예심단계에서 변호사에 대한 직업금지처분은 불가능하다.

나. 징계와의 관계

행정청은 국가공무원,³²⁰⁾ 지방공무원,³²¹⁾ 의료공무원³²²⁾ 등 공무수행자에게 징

316) 중죄의 경우에는 대법원에 항고할 수 있다.

317) 프랑스의 경우, 변호사 직업은 심급에 따라 독점권을 행사하며, 변호사라는 단어 또한 그 심급에 따라 명칭이 다르다. 우선 (一審)지방법원 변호사는 단순히 변호사(avocat)라고 부르며 司法보조인(auxiliaire de justice)이다. (二審)항소법원 및 대법원 변호사는 법무장관의 부령(arrêté)으로 임명되는 사법관리(officier ministériel)에 해당하고, 그 명칭은 각각 항소법원·소송대리인(avoué près les cours d'appel; 444명), 국정자문변호사(avocat aux conseils; 93명)라고 부른다.

318) 프랑스변호사협회(Ordre des avocats)란 각 지방대심법원(tribunal de grande instance)에 소속되어 있는 (영업)변호사회(Barreaux; 지역하면 변호사석, 181개소)의 집합을 의미한다.

319) 『사법적·법률적 특정직업의 개혁에 관한 법률(1971.12.31)』 제23조, 제24조.

320) 『국가공무원 지위에 관한 법률(1984.1.11)』 제66조에 따라 3개월 내지 2년 동안의 일시적 직위해제.

321) 『지방공무원 지위에 관한 법률(1984.1.26)』 제89조에 따라 16일 내지 2년 동안의 일시적 직위

계의 일종으로서 ‘일시적 직위해제’(exclusion temporaire de fonctions)를 명할 수 있다. 징계는 완전 또는 부분 집행유예로 집행될 수 있다. 일시적 직위해제는 집행유예를 통하여 그 유효기간만큼 단축될 수 있지만 1개월 이하로까지 단축될 수는 없다. 반면에 법원이 공무수행금지를 선고한 경우 공무원명부에서의 말소 및 공무원 자격상실을 초래하는 해임(cessation définitive de fonctions) 귀책사유에 해당한다. 그리고 공민권·민권·친족권행사금지처분 또는 공무수행금지처분을 받은 사람은 그 금지기간이 만료된 후 임용권을 가진 행정당국에 공직사회로의 복권(réinsertion)을 신청할 수 있다.³²³⁾

직업윤리가 요구되는 특정직업 협회(Ordre) 또한 징계에 의하여 직업이나 영업의 수행을 금지시킬 수 있다. 즉 변호사,³²⁴⁾ 의사·치과의사·조산사,³²⁵⁾ 약사,³²⁶⁾ 간호사,³²⁷⁾ 수의사 등이 직업적·사회적 활동 중 또는 이를 기회로 범죄를 범한 경우 기간의 정함이 있는 직업금지에 처해진다. 징계는 완전 또는 부분 집행유예로 집행될 수 있다. 반면 법원은 협회가 독자적으로 중징계에 의하여 행위자를 그가 속해 있는 직업명부에서 말소시켰다하더라도 직업금지형을 선고할 수 있다. 재판에 의한 직업금지가 우선된다.

8. 프랑스 직업금지제도에 대한 평가

직업금지형을 선고하기 위해서는 직업 또는 영업과 관련된 가벌적인 원인범죄가 있어야 하고, 행위자가 직업을 의도적으로 이용하여야 한다. 또한 예방적 차원에서는 그 직업사회활동을 잘 아는 데서 기인하는 전문성, 수월성, 계속성을 또 다시 악용할 수 있다는 위험한 징후가 있어야 한다. 이러한 재범 가능성에

해제.

322) 『병원공무원의 지위에 관한 법률(1986.1.9)』 제81조에 따라 3개월 내지 2년 동안의 일시적 직위해제.

323) 『공무원의 의무와 권리에 관한 법률(1983.7.13)』 제24조.

324) 『변호사 직업 조직에 관한 정령(1991.11.27)』 제184조.

325) 공중보건법전(法律大典) 제L4124-6조.

326) 공중보건법전(法律大典) 제L4234-6조.

327) 공중보건법전(法律大典) 제L4313-7조.

대한 행위자와 행위의 관련성에 관한 종합판단은 법원의 재량에 속한다. 독일과 같이 보안처분으로 규정된 직업금지에서처럼 비교적 엄격한 재범위험성판단을 직업금지형의 실질적 요건으로 하고 있지는 않다.

직업금지형의 대상범위는 직업의 종류만큼이나 다양하고 구체적이며 제한적이다. 그러나 직업금지형은 구분되어진 직업 영역을 초월하여, 특히 범죄 억제력을 제고할 목적으로 그 직업과 관련성이 있는 여타 직업까지 확장·적용할 수 있어 범위의 명확성은 결여되어 있다고 본다. 식품위해사범, 경제사범 등이 그러하다. 도덕성 및 신의가 중요시되는 공무원 및 특정직업의 경우에는 채용에 있어 임용권자가 전과기록명부 중 전과기록초본2(bulletin n°2)에 대해서 신원조회를 하기 때문에 종전에 직업금지형을 받았다는 사실만으로도 그 직종의 직업 진입이 차단되고 있다.

제3절 미국의 직업금지 제재

범죄자에 대한 처벌의 범위가 형사법적인 측면에 국한되지 않았던 것은 미국도 마찬가지였다. 법원에 의한 유죄의 확정은 형벌의 집행 이외에 범죄인의 다양한 권리에 대한 제한 혹은 박탈 등의 부가적인 효과도 발생시켰다. 미국 건국 초기에 이러한 유죄판결의 부수효과(Collateral Consequences of Criminal Conviction)는 근대의 기준으로 보면 매우 가혹하였는데, 예컨대 민사상 계약할 권리가 박탈되었고, 자동으로 혼인관계가 해소되기도 하였으며, 매우 다양한 업종으로부터 취업을 거부당하기도 하였다.³²⁸⁾ 이러한 유죄확정의 부수효과는 사회가 성숙해 가면서 그 침해의 정도는 다소 완화되어 왔으나, 그 범위는 더욱 확대되어 왔고 그 영향력은 매우 강화되어 온 것으로 보인다.³²⁹⁾

미국의 경우에는 사법적 권리, 공공주택에 대한 권리, 가정 내의 권리가 제한되고, 직업의 금지, 직업관련 자격의 박탈 및 정지, 교육의 제한, 정부와 관련된

328) Travis(2003), 17-18쪽을 참조.

329) 2001년 9.11 사태 이후로 유죄확정의 부수효과는 더욱 광범위해지고 공고화되었다고 한다.

계약 및 혜택의 중지, 운전 및 여가관련 자격의 박탈, 정치참여의 제한, 거주지 등록 및 정보공개 등이 유죄확정의 대상 범죄유형과 조합되어 다양하게 부과된다. 또한 이런 부수효과는 각각의 법률에서 산발적으로 규정되어 있다.

이들 부수효과들 중에서 직업의 금지 및 자격의 박탈과 정지는 주형의 일종이 아니고 어디까지나 형벌의 부수효과 중에 하나이다. 직업과 관련된 부수적 효과가 재소자의 사회복귀와 관련하여 매우 중요한 의미를 가지고 있음에 대한 재인식이 미국전역에 널리 확산되었고 주와 연방의 차원을 무론하고 이를 위한 연구가 활발하게 진행되어 왔다. 현재는 이를 토대로 직업적 제한 및 이를 포함한 형벌의 부수적 효과들을 어떻게 합리적으로 제한 및 운영하여 전과자의 사회복귀에 대한 방해를 최소화하느냐에 대한 논의가 중심이 되어 펼쳐지고 있다.

1. 직업금지와 관련된 헌법적 이슈

가. 근로권의 기본권성 문제

범죄자의 직업적 제한과 관련된 기본권성 여부에 대한 미연방대법원의 논리를 살펴볼 수 있는 직접적인 판례는 아직 존재하지 않는 것으로 보인다. 그러나 기본적으로는 직업의 자유 혹은 근로의 권리는 미연방대법원에 의해 근본적 기본권(fundamental right)으로 인정되지 못하고 있다. 따라서 이와 관련된 판단이 실제로 이루어진다 하더라도, 법원은 근로권의 기본권성을 부인하기 때문에 범죄자에 대한 직업적 제한은 위헌성 심사에서 그 심사의 수준이 최상위의 수준인 엄격한 심사(strict scrutiny)가 아닌 하위단계(intermediate scrutiny, 혹은 rational basis review)의 심사를 받게 되고, 직업적 제한을 규정한 법률의 합목적성을 토대로 합헌의 판결을 받을 것으로 예상된다.³³⁰⁾

330) Silva(2012), 513쪽.

나. 직업제한에 대한 법원의 입장

연방대법원에서 직업제한의 헌법적 이슈에 대해 심사를 진행한 것은 1960년대 이전으로 이후에는 직접적 관련이 있는 판결이 나오지 않고 있다. 다만, 적법절차와 관련하여 세 번의 논의가 있었는데 이를 간략히 살펴보면 다음과 같다. 먼저, 『호커 대 뉴욕주 사건』(Hawker v. New York³³¹)을 통하여 연방대법원이 내린 결정이 직업금지에 대한 최초의 판례로 보인다. 이 사건이 제기한 헌법적 이슈는 직업금지가 형벌의 일종으로 직업금지의 부과가 이중처벌의 문제가 되는가 하는 것이었다. 1890년대 뉴욕의 주 법률은 중범죄의 전과가 있는 의사의 의료행위를 범죄로 규정하여 실질적으로 중범죄 경력을 가진 의사가 의료행위를 할 수 없도록 하고 있었다. 낙태를 금지하고 있는 뉴욕 주에서 낙태의 유죄판결로 의료행위 전체에 대해 금지처분을 받은 의사가 연방대법원에 항소하였으나, 연방대법원은 직업금지 처분이 부가적인 형벌이 아니라 범죄자의 업무부적합성을 원인으로 한 행정적 규제이며 유죄판결은 업무부적합성의 증거라고 판시하였다.

호커 사건 이후 60여년이 지난 시점에서 『바스키 대 리젠트위원회 사건』(Barsky v. Board of Regents)³³²을 통해 또다시 직업금지에 대한 연방대법원의 판단이 이루어졌다. 의회의 소환을 거부하여 유죄판결을 받은 의사가 뉴욕주의 법률에 의해 의사자격이 6개월간 정지되었다. 원고인 의사는 자격정지를 규정한 법률이 지나치게 모호하기 때문에 명확성의 원칙에 위배되고 적법절차를 위반하였다고 주장하였다. 문제가 된 법률은 뉴욕주의 Board of Regents에 자격정지 사안에 대한 재량권을 부여한 것으로 연방대법원은 공공의 이익을 고려해야 하는 위원회의 입장을 옹호하면서 법률이 위원회에 부여한 자격정지 재량권의 행사범위가 헌법적 측면에서 문제가 되지 않는다고 결정하였다.

『드보 대 브래스티드 사건』(De Veau v. Braisted)³³³은 중범죄의 전과가 있는 원고가 향만사업의 노동조합에서 일정 직위를 유지할 수 없도록 자격을 박탈

331) 170 U.S. 189 (1898).

332) 347 U.S. 442 (1954).

333) 363 U.S. 153-154, 160 (1960).

한 법률에 대해 적법절차 위반으로 위헌법률의 심사를 요청한 사건이다. 연방 대법원은 해당 사업영역 즉, 항만사업은 특별히 부패에 취약한 영역이라고 보았고, 따라서 부정부패 방지라는 공공의 이익을 위하여 자격박탈 법률을 제정하고 집행하는 주 정부의 행위는 정당하며 적법절차를 넘어서는 것이 아니라고 판시하였다. 또한 공공의 이익을 달성하기 위해 제정된 자격박탈이라는 방법도 헌법상 용인될 수 있는 수준의 권리 제한으로 판단하여 절차적 헌법 위반이 아니라고 판시하였다. 이와 같이 미연방대법원의 판례는 범죄경력을 이유로 한 직업적 제한을 합헌으로 보고 있으며, 이후 실제적 적법절차에 대한 판결은 이루어지지 않고 있으며, 절차적 적법절차의 위반여부가 직업 금지 혹은 제한의 독자적 경우보다는 유죄판결의 부수적 효과 사례에 포함되어 매우 드물게 나타나고 있다.³³⁴⁾

2. 직업금지의 현황

가. 직업금지의 방식

연방정부와 주정부의 형사사법시스템에 있어 직업적 제한이 본격적으로 이루어진 것은 1980년대 마약과의 전쟁 및 범죄에 대한 강력대응정책(Tough on Crime)을 수행하면서 시작되었다고 볼 수 있다.³³⁵⁾ 당시에는 중범죄자(felon)에게 포괄적 금지(blanket prohibition)의 형태로 직업제한이 이루어졌으나, 현재에는 세부적이며 구체적인 방식으로 법률 규정을 통하여 직업제한을 하고 있다. 예컨대 오하이오 주의 경우에는 404개의 유죄판결의 부수효과를 규정한 법률 중 291개가 직업제한의 규정이며³³⁶⁾ 다른 주들도 비슷한 수준으로 직업제한의 규정을 마련하고 있는 것으로 보인다. 전체 주를 대상으로 한 미 법조연합회(American Bar Association)의 연구에 의하면 38,000여 개의 유죄판결 부수효과 관련 법률 중 65%가 직업제한과 관련된 규정이다.³³⁷⁾

334) Silva(2012), 495쪽.

335) Archer/Williams(2006), 532-539쪽.

336) Mossoney/Roecker(2005), 615쪽.

직업제한을 하는 방식은 법률규정을 통하여 하는 방식이 주를 이루고 있다. 그 법률의 제한방식은 필요적 제한(mandatory restriction)과 임의적 제한(discretionary restriction)으로 나뉜다. 다시 말해서 법률 규정에 의해서 직업제한을 강제하는 방식과 판단주체에 재량권을 위임하는 방식으로 크게 나뉠 수 있다. 이는 직업제한, 자격거부 혹은 상실, 범죄기록 조회 등의 직업금지 유형에 공통적으로 나타나는 방식으로 분석된다. 예컨대, 메릴랜드 주의 경우에는 법규정을 통한 강제적 직업금지와 법률규정을 통한 필요적 범죄기록 조회의 방법을 중심으로 범죄자들의 직업을 제한하고 있다. 동시에 필요시 고용주체의 재량에 의한 임의적 범죄기록 조회로 가능하도록 규정하여 고용의 결정에 범죄사실을 고려대상으로 하는 것을 가능하도록 하고 있다. 그러나 실제로는 직업금지를 강제하는 법률규정을 통해 전과자들의 직업을 금지하는 것 보다는 범죄기록의 조회를 통한 고용주의 재량적 채용결정에 더욱 큰 비중을 두고 있다고 평가되고 있다. 또한 자격심사 기관에 범죄기록조회를 통한 자격의 상실 및 정지의 결정에 대한 막대한 재량권을 부여하고 있는 구조라고 평가된다.³³⁸⁾ 메릴랜드 주의 고용제한 유형 및 내용은 다음의 표에서 설명되는 것과 같다.

337) Gowen et al.(2011), 1쪽.

338) The Reentry of Ex-Offenders Clinic University of Maryland School of Law(2007), 22쪽.

표 5-2 메릴랜드 주의 직업제한 유형별 규정 예시

제한유형	법규정	내용
필요적 금지	MD. CODE REGS. 10.09.54.06(B)(6)	노인요양시설 관련 직업의 제한: ① 중범죄, 부도덕적 행위와 연관된 범죄 혹은 절도를 원인으로 유죄확정판결을 받거나 보호관찰 중이거나 유죄인정협상 과정에 있는 경우 ② 노인들에게 잠재적인 위험이 될 수 있는 범죄전력이 있는 경우
	MD. CODE REGS. 10.09.54.07(D)(2) MD. CODE REGS. 10.07.14.27(B)	주거지원 프로그램 종사의 제한: 유죄확정판결 혹은 범죄경력이 있는 자로서 그 행위가 프로그램 내 거주인들에게 잠재적 위험성이 있는 경우. 단, 전과조회 혹은 범죄경력조회 등을 통해 그 위험성이 일정부분 인정이 되어야 함
	MD. CODE REGS. 10.22.02.11(B).	발달장애 관련 종사의 제한: 발달장애인에게 잠재적으로 해를 끼칠 위험이 있는 자는 고용 및 계약이 금지됨. 전과조회 혹은 범죄경력 조회 등을 통해 그 위험성이 일정부분 인정되어야 함
	MD. CODE REGS. 12.10.01.17(A):	교정시설 근무의 제한: · 살인, 상해, 강도, 방화, 납치, 총기관련 범죄, 성범죄 혹은 2회 이상의 중범죄 · 출소, 가석방 혹은 보호관찰의 완료 후 10년이 지나지 않은 경우 · 경한 범죄로 인한 징역이 선고된 경우 출소, 가석방 혹은 보호관찰의 완료 후 10년이 지나지 않은 경우 · 경미한 교통위반 이외의 경한 범죄를 3회 이상 범했고 최소 1개 이상의 경한 범죄가 폭력행위 또는 부도덕한 행위와 관련된 것으로 그로인해 자유형을 선고 받았던 경우
의무적 전과조회	MD. CODE ANN., FAM. LAW § 5-561(b)(1)-(10)	아동보호시설에서 아동의 양육, 감독, 또는 아동에게 접근권이 있는 자는 전과기록조화를 반드시 거쳐야 함.
	MD. CODE ANN., HEALTH-GEN. § 19-1902(a)(1)(i)-(ii).	성인요양관련 기관은 신규채용에 있어 주 정부의 전과기록조화를 신청하여야 하고 민간조사원을 통한 범죄경력조화를 실시하여야 함.
	MD. CODE ANN., PUB. UTIL. COS. § 10-104(a)(1)(v).	대중교통 운전직에 지원하는 자는 주 전과기록조화를 신청해야 함.
	MD. CODE ANN., BUS. OCC. & PROF. § 18-303(a)(3), (e)(1).	보안관련 시스템에 종사하는 자는 전국 및 주의 전과기록 확인을 위해 지문을 제공해야 함
재량적 전과조회	MD. CODE ANN., CRIM. PROC. § 10-231(a).	군(County)의 행정담당관은 직원의 채용에 앞서 전국 및 주 차원의 전과기록을 요구할 수 있음
	MD. CODE ANN., PUB. SAFETY § 6-306(a)(1).	소방관 및 구조대원, 응급처치요원 등에 지원하는 자는 관련 당국으로부터 전과기록조화를 요구받을 수 있음

나. 연방법률상 직업금지 규정

미연방헌법은 중범죄를 저지른 자가 선출직 연방공무원이 되지 못하도록 하는 일반적인 규정은 두고 있지 않다. 다만, 대통령과 부통령 그리고 일정직의 연방 공무원들은 탄핵으로 인하여, 혹은 반역죄, 뇌물수수 기타 범죄들로 인해 유죄판결이 내려진 경우 그 직을 상실한다고 규정하고 있다. 그러나 하위의 연방법률은 탄핵 및 위의 범죄에 국한하지 않고 범죄로 인한 유죄판결이 직무적격성을 상실케 한다고 규정함으로써 유죄판결에 의한 직업금지를 규정하고 있다.

1) 직업의 제한

① 일반범죄

반역죄(treason)의 경우에는 연방정부 내 어떤 공직도 허가되지 않으며,³³⁹⁾ 소요행위(riot or civil disorder)를 주도, 조직, 방조 혹은 그 행위에 참여하거나 이와 관련하여 저지른 기타 범죄로 인해 연방이나 주의 법령에 의해 유죄로 확정된 경우에는 연방 혹은 콜롬비아 특구(District of Columbia)의 일정 직에 있었던 경우에는 그 직을 상실하고 이외의 경우에는 5년간 업무적격성을 박탈한다.³⁴⁰⁾

② 연방재산 및 뇌물관련 범죄

공공기금 혹은 공공재산의 불법거래로 유죄의 확정을 받은 자는 연방소속의 해당 직을 박탈당하거나 출납에 관련된 직에 대한 업무적격성을 상실하게 되고,³⁴¹⁾ 연방재산을 의회에 대한 로비자금으로 사용한 자는 연방에서 근무하는 경우 그 직위를 박탈하고 고용관계를 종료한다.³⁴²⁾ 뇌물죄를 범한 경우에도 연방정부 공무원의 자격이 상실된다.³⁴³⁾

339) 18 U.S.C. § 2381.

340) 5 U.S.C. § 7313.

341) 18 U.S.C. § 1901.

342) 18 U.S.C. § 1913.

343) 18 U.S.C. § 201(b).

③ 군사관련 범죄

중범죄를 저지른 자는 연방군의 복무명단에 등재될 자격을 잃는다.³⁴⁴⁾ 연방 군인의 신분으로 혹은 신분이었던 자가 간첩, 반역, 국가전복시도 등의 범죄에 대해 유죄판결을 받게 되면 해당 범죄에 대한 처벌과 동시에 기존 복무에 대한 대가로 지급되었던 혜택을 몰수당한다.³⁴⁵⁾ 유죄판결을 받아 연방 혹은 주 등의 교정시설에 처한 자에게는 수용된 후 첫 60일 이후부터 군인연금의 지급이 중지된다.³⁴⁶⁾

④ 금융, 증권 및 보험관련 범죄

부정직 혹은 신뢰관계의 단절 등을 기본 구조로 하는 범죄와 자금세탁 등으로 유죄판결을 받은 자는 최소 10년 동안 은행의 관계인이 되지 못한다. 관계인이란 이사, 직원, 대리인, 지배주주 등을 포함한다. 또한 은행 등과 같은 공탁 혹은 예탁기관을 직간접적으로 소유 및 지배할 수 없다.³⁴⁷⁾ 그러나, 이와 같은 금지규정에는 면제사유가 있는데, 연방저축보험공사(Federal Deposit Insurance Corporation)에서 동의서가 발급되는 경우에는 그 유죄판결을 받은 자도 관련 기관의 관계인이 될 수 있다. 확정판결 기일로부터 10년이 경과하지 않으면 동의서 발급이 제한된다.³⁴⁸⁾ 또한 연방저축보험공사에서 사회정의를 이유로 법원에 청원하여 받아들여진 경우에는 직업금지 혹은 자격박탈의 예외가 인정되고, 자금세탁의 경우에는 유예가 선고될 수 있다.

부정직 혹은 신뢰관계의 단절 등을 기본 구조로 하는 범죄로 유죄판결을 받은 자는 보험증서의 작성 등 보험과 관련된 업무를 할 수 없다. 이는 이사, 직원, 대리인, 보험사의 피고용인 등을 포함한다. 그러나 관련 보험감독기관으로부터 서면으로 동의를 얻는 경우에는 관련 업무를 재개할 수 있다.³⁴⁹⁾

344) 18 U.S.C. § 1913.

345) 38 U.S.C. §§ 6105(a), (b).

346) 38 U.S.C. § 1505(a).

347) 12 U.S.C. §§ 1818(e), (g)(1)(C), 1829(a).

348) 12 U.S.C. § 1829.

349) 18 U.S.C. § 1033.

⑤ 노동단체 관련 직업제한

일정범죄³⁵⁰⁾의 유죄판결을 받은 경우에는 노동단체에서 임원, 회계감사, 업무 대리인, 운영위원 등으로 일하는 것이 제한된다.³⁵¹⁾ 이와 같은 제한은 유죄확정 후 13년과 해당 자유형이 종료되는 일시 중 더 나중인 기간 동안 유지된다.³⁵²⁾

⑥ 연방정부와의 계약 등에 대한 제한

연방에서 실시하는 보건복지 프로그램의 참여에 있어 범죄유형에 따른 참여제한이 규정되어있다. 환자학대, 건강보험과 관련된 사기, 금지약품과 관련된 중범죄로 유죄판결을 받은 경우 필요적 제외로, 일반사기와 수사방해 및 금지약품 관련 일반범죄는 임의적 제외의 사유로 구분하여 규율하고 있다.³⁵³⁾ 이외에도 특정범죄의 유죄판결을 받은 경우에 방위사업 계약의 제한,³⁵⁴⁾ 정부물품 조달 사업 상의 입찰제한,³⁵⁵⁾ 계약산업 참여 금지³⁵⁶⁾ 등 다양한 부문의 연방사업 참여가 제한된다.

2) 자격의 상실·박탈

경우에 따라서는 유죄판결의 결과로 연방정부에서 발급된 자격(licensure)의 취소 또는 취득자격성의 박탈 등도 이루어진다. 예컨대, 곡물검수,³⁵⁷⁾ 폭발물의 수입 및 제조와 취급 또는 이용,³⁵⁸⁾ 관세중개,³⁵⁹⁾ 방위물품 및 용역의 수출,³⁶⁰⁾

350) 강도, 뇌물, 횡령, 절도 주거침입, 방화, 마약범죄, 살인, 강간 및 노동단체 혹은 피고용인 해택과 관련된 범죄 등을 포함함.

351) 29 U.S.C. §§ 504, 1111.

352) 같은 법조.

353) 42 U.S.C. § 1320a-7.

354) 10 U.S.C. § 2408.

355) 5 C.F.R. § 919.605.

356) 21 U.S.C. § 335a.

357) 7 U.S.C. § 85.

358) 18 U.S.C. § 843(d).

359) 19 U.S.C. § 1641(d)(1)(B).

360) 22 U.S.C. § 2778(g)(4).

기관차 운전,³⁶¹⁾ 상업용 운수³⁶²⁾ 등의 자격을 들 수 있다.

3) 직업제한 선고방식

미연방법률은 형의 선고를 하는 법원은 보호관찰 등의 조건으로 일정한 직업적 제한을 병과할 수 있다고 일반적으로 규정하고 있으며,³⁶³⁾ 양형기준(sentencing guideline)에서 병과의 요건 및 기준 등을 규율하고 있다. 양형기준은 직업적 제한이 부과될 경우에는 해당 직업과 범죄행위와의 사이에 “합리적으로 직접적인 관계(reasonably direct relationship)”가 존재해야 한다고 규정하고 있다.³⁶⁴⁾ 또한 “만약 그 직업적 제한이 없으면 피고인이 유죄판결의 대상이 된 해당 범죄행위를 계속할 가능성이 있다고 믿을 만한 이유가 존재하기 때문에 공공의 안전을 위해 합리적으로 필요한” 경우에 한하여 병과할 수 있다.³⁶⁵⁾ 제한이 부과되는 경우에도 그 제한이 공공의 안전에 필요한 “최소한이며 최단기”일 것을 요구하고 있다.³⁶⁶⁾

다. 주(州) 법률상 직업금지 규정

1) 일반적 현황

미국의 각 자치주는 직업금지에 대한 규율로 관련 연방법률과 주 고유의 법률 양자의 적용을 모두 받는다. 즉, 관련직업에 대해 직업금지를 규정하고 있는 연방법률이 있다면 주의 경우에도 준용하여 사용할 수 있는 것들은 그대로 적용을 받는다. 예컨대, 항공관련 직업, 충기를 사용하는 직업, 은행 등 예탁기관 업무 등에 대한 직업제한의 규정들 중 일부는 연방의 규정과 더불어 주의 자치 규정이 첨부되는 형태로 존재한다. 따라서 각 주들은 연방이 규율하는 것 이외에 직

361) 49 U.S.C. § 20135(b)(4).

362) 49 U.S.C. § 31310.

363) 18 U.S.C. §§ 3563(b)(5), 3583(d).

364) 18 U.S.C. § 3563(b)(5), U.S.S.G. § 5F1.5(a)(1).

365) U.S.S.G. § 5F1.5(a)(2).

366) U.S.S.G. § 5F1.5(b).

업금지의 필요성이 있는 것들을 범죄유형과 연결하여 내용적으로 규율하고 있으며 절차적인 부분에 대해 독립적인 규정을 보유하고 있는 것으로 파악된다.

주에서는 직업군에 따라 각각의 직업을 규율하는 영역의 법률에서 직업 제한을 규정하고 있다. 예를 들면, 도로교통법(Vehicle and Traffic Law)에서 범죄경력에 있는 버스기사에 대한 직업적 제한의 규정을 두고 있고³⁶⁷⁾ 공중보건법(Public Health Law)에서 응급구조사,³⁶⁸⁾ 농업 및 농업시장 법률(Agriculture and Market Law)에서 사료제조, 폐기물처리, 식품가공, 유가공제품 거래 등을³⁶⁹⁾ 규율하는 형식이다. 이렇듯 직업제한의 규정은 각 직업에 따라서 매우 다양하며 매우 광범위하게 산재되어 있다.

그러나 직업에 따라 개별적으로 직업제한을 규율하는 법률과 더불어 일반조항을 통해 각 구체적인 직업제한의 방식을 다시 제한하는 규정이 각각의 주에서 발견되는 있는데 이는 일종의 범죄경력으로 인한 고용 및 자격의 차별금지를 선언한 것이라고 볼 수 있다. 예를 들면, 범죄경력으로 인한 고용 혹은 자격의 제한은 해당 직무와 범죄 사이에 직접적 연관성을 필요로 하는 규정 등이다. 이와 같은 일반조항의 형식으로 직업제한을 제한하는 것은 모든 주가 공통적으로 가지고 있는 형식은 아니며 일부 주는 이와 같은 일반조항을 두고 있지 않다. 이와 같은 형식의 제한은 직업금지의 합리적 제한을 통해 부작용을 억제하고 범죄경력자의 사회복귀를 촉진하기 위한 정책적 목적을 지니고 있는 것으로 보인다.

직업제한의 합리적 제한을 위한 일반조항의 적용을 받는 형식은 고용주체의 성격에 따라 크게 두 가지 유형으로 나뉠 수 있는데, 고용주체를 공공기관에 한정하는 경우와 공공 및 민간경영 모두에게 차별금지 의무를 부과하는 유형이 있다. 전자의 유형에는 아리조나, 콜로라도, 코네티컷, 플로리다, 켄터키, 루이지애나, 미네소타, 뉴멕시코, 워싱턴 주 등이 속해 있다. 플로리다(Florida) 주는 주정부가 유죄판결만으로 지원자의 고용 혹은 자격증발급을 거부할 수

367) State of New York, Vehicle & Traffic Law § 509-C.

368) State of New York, Public Health Law § 3005(8).

369) State of New York, Agriculture & Market Law § 258-c(i).

없다고 규정하고 있다.³⁷⁰⁾ 그러나, 중범죄(felony)인 혹은 1급 범죄(1st degree misdemeanor)에 해당하고 그 직무가 직접적으로 연관(directly related)이 있는 경우에는 금지규정에 적용이 배제된다.³⁷¹⁾ 미네소타(Minnesota) 주도 플로리다 주와 유사한 ‘직접적 연관’의 원칙을 규정하고 있으나, 배제되는 범죄의 정도를 구분하고 있지 않다. 즉, 직접 연관되어 있으면 중범죄나 1급 범죄가 아니더라도 고용거부 혹은 자격 발급의 거부가 용인된다.³⁷²⁾ 만약 고용 및 자격 발급의 지원자가 충분히 갱생 혹은 개전(rehabilitation)되었다는 일정 수준이상의 증거를 제출하면 고용 및 자격증 취득에 있어서 유죄판결에 의한 자격의 박탈을 면할 수 있다.³⁷³⁾

공공 및 민간기관을 무론하고 차별금지법을 시행하고 있는 유형에는 하와이, 캔사스, 뉴욕, 펜실베이니아, 위스컨신 주 등이 속해 있다. 뉴욕의 경우, 공사를 무론하고 고용주는 범죄전력을 이유로 고용 및 자격의 지원을 거부할 수 없다고 규정하고 있다.³⁷⁴⁾ 다만 그 예외적 사유로서 유죄판결과 고용상의 의무(업무)가 “직접적인 관련(direct relationship)”을 갖고 있거나, 지원자의 범죄전력이 개인 혹은 공공의 재산 및 안전에 대한 “비합리적인 위험(unreasonable risk)”과 연관되어 있는 경우에는 거부가 가능하다고 규정하고 있으며, 이를 판단하기 위한 고려요소로서 ① 범죄경력자 자격취득을 장려하는 뉴욕 주의 공공정책, ② 자격이 요구하는 구체적 직무와 해당 범죄경력이 직무수행의 적합성에 미치는 영향, ③ 해당 범죄의 발생 후 경과된 기간 및 범행시의 연령, ④ 해당 범죄의 해악성, ⑤ 재산, 개인 및 공공의 보호 이익, ⑥ 선량행위확인서 등을 포함하여 범죄경력자가 제시한 개전의 증거 등을 열거하고 있다.³⁷⁵⁾

뉴욕주의 경우와 유사하게 버지니아도 직접적 관련성 평가에 있어서 ① 해당 범죄의 본질 및 심각성, ② 해당 직종에서 자격을 요구하는 목적과 해당 범죄사

370) Fla. Stat. § 112.011.

371) 같은 법조.

372) Minn. Stat. § 364.03.

373) 같은 법조.

374) N.Y. COR. LAW § 752.

375) Art. 23A, New York Correction Law (§§ 750-55).

이의 관계, ③ 해당 직종 및 직무가 향후 동일 유형의 범죄발생 기회를 제공할 가능성의 정도, ④ 해당 직무를 수행하는데 필요한 능력 및 적합성과 해당 범죄와의 관계, ⑤ 이전에 행한 범죄의 본질 및 규모, ⑥ 범행시 연령, ⑦ 범행 후 경과한 시간의 총합, ⑧ 해당 범죄 전후의 직업활동, ⑨ 재소 중 혹은 출소 후 개전의 노력 및 개전의 정도에 대한 증명 등의 요소를 고려하여야 한다고 규정하고 있다.³⁷⁶⁾

하와이 주는 민간경영에도 전과를 이유로 한 차별을 금지하고 있으나 그 고용 및 자격의 거부금지에 있어서는 그 기준이 다소 완화되어 유죄확정 대상범죄와 직무 사이에 “합리적 연관(rationally related)”이 있으면 거부가능하다.³⁷⁷⁾ 하와이 주의 경우에는 특이하게 고용에 있어서 조건부 고용 제안(conditional offer of employment)의 단계 이전에는 지원자에게 범죄전력을 묻지 못하게 규정하고 있으며, 고용주가 범죄전력을 고려할 때는 10년 이내에 발생한 범죄만을 고려대상으로 해야 한다고 규정하고 있다.³⁷⁸⁾

그러나 이들 주의 차별금지 법안은 고용인에게 의무를 부과하는 선언적 의미에 그치고 제재의 적절성을 결여하여 법집행의 효과에 있어서는 미흡하다고 평가되고 있다. 예를 들면, 가장 강력한 내용의 차별금지 법으로 평가되는 뉴욕의 법률 또한 그 효과성에 대해 의심을 받고 있다. 법원은 어떤 범죄가 해당기관의 업무내용과 직접적 관련을 맺는지에 대한 판단과 어떤 것이 해당기관에게 위협이 되는 비합리적인 위협인지 등의 판단을 고용주에게 일임하고 있어 효과가 미흡하다는 비난이 있다. 루이지애나 주도 역시 ‘직접적 연관’의 원칙을 채용하고 있으나, 직접적 연관성을 토대로 고용이나 자격 발급을 거부하는 경우에는 그 결정이 서면으로 작성되어야 한다는 경미한 의무만을 부과 하고 있는 점으로 인해 미흡하다는 평가를 받고 있다.³⁷⁹⁾

376) Va. Code Ann. § 54.1-204(B).

377) Haw. Rev. Stat. § 378-2.5(a).

378) Haw. Rev. Stat. §§ 378-2.5(b)-(d).

379) La. Rev. Stat. § 37:2950.

표 5-3 직업금지를 규제하는 주(州)의 규정

주	자격, 공공 및 민간 고용에 있어서 규제
아리조나	-공공기관은 전과자의 채용에 있어서 유죄판결을 이유로 고용을 거부할 수 없으나, 유죄의 판결과 자격 사이에 합리적인 연관이 있는 경우에 한하여 해당 자격 발급을 거부할 수 있다. -이 규정은 법집행기관에는 적용되지 않는다. Ariz.Rev.Stat. § 13-904(E).
하와이	-10년 이내의 범죄사실은 해당 직업에 대해 합리적 연관성이 있는 경우에만 고려될 수 있다. Haw. Rev. Stat. § 831-3.1(a).
뉴욕	-공공고용 및 자격수여의 거부는 유죄판결 대상 범죄와 직무·자격 사이에 직접적인 연관성이 있어야 하며 재산과 안전에 대한 비합리적인 위험이 존재해야 한다. N.Y.Correc. Law § § 750-755.
펜실베이니아	-중범죄와 경죄의 유죄선고는 해당 직책의 고용과 자격에 대한 지원자의 적합성에 일정부분 관계성이 있을 경우에만 고려될 수 있다. 18 Pa.Cons.Stat. § § 9124, 9125.
위스콘신	-범죄가 특정 직업 혹은 자격상의 업무와 상당한 연관성이 있는 경우, 직업 및 자격의 거부 가능. Wis.Stat. § § 111.32, 111.335(1)(c). -의료등의 특정 전문직은 유죄선고의 대상범죄와 해당 업무와 사이에 직접적인 연관성의 존재 필수.
주	자격, 공공 및 민간 고용에 있어서 규제
콜로라도	-중범죄 혹은 비도덕적 행위와 연관된 범죄의 유죄 판결을 이유로 공공고용에 지원 혹은 채용되는 것을 금지할 수 없다. 또한 사업 혹은 직업을 얻기 위해 해당 주에서 법으로 명시해 놓은 자격, 증명, 허가, 등록증 등에 지원하고 이를 취득하는 것을 제한할 수 없다. -법집행기관종사자 혹은 취약계층을 대상으로 하는 직업의 영역에는 적용되지 않는다. Colo. Rev. Stat. § 24-5-101(1).
코네티컷	-공공 고용 및 자격발급 당국은 전과를 이유로 자동적으로 자격을 박탈할 수 없다. - 다음의 사항을 고려해야 한다. 1) 범죄의 성질과 그 직업과의 관계 2) 범죄와 관련된 정보 3) 유죄선고로부터 경과된 시간 Conn. Gen. Stat. § § 46a-80(a)and(c). ³⁸⁰⁾ -만약 지원에 있어서 전과 사실이 거절의 기본적 이유가 되는 경우에는 서면으로 명시되어야 하며, 구체적으로 그 거절의 증거를 제시해야 한다. § 46a-80(d).
DC	-범죄와 자격의 적합성 사이에 직접적인 연관성이 있어야 한다. D. C. Code § § 47-2853.17(a), 3-1205.03. -공공 고용에 있어서 1차 선발이 이루어지기전 채용관련 질문은 제한된다. -해당 직무에 대한 직무와 책임, 직무 수행에 대한 관련성, 경과된 시간, 범죄 당시 연령, 해당 범죄의 빈번도와 심각성, 개전 및 선량한 품행, 공공정책적 이익 등은 반드시 고려되어야 한다. D. C. Code § 1-620.42-,43.
플로리다	-범죄는 해당 직업과 '직접적인 연관성이 있는 경우'에만 자격박탈의 근거가 될 수 있다. Fla.Stat. § 112.011(1)(a).

380) § 46a-80(a)의 전체 내용은 다음과 같다.

[제한된 예외 존재] 개인은 코네티컷 주 혹은 주의 어떠한 기관에 의해서라도 고용으로부터 자격박탈되어서는 안 된다. 또한 개인은 코네티컷 주 혹은 주의 모든 기관에 의해 발행되는 자격, 허가, 증명 혹은 등록이 요구되는 어떠한 직업, 무역, 전문직 혹은 사업을 수행, 추구, 종사하는 것이 단지 이전 범죄의 유죄선고 사실로 인해 자격박탈되어서는 안 된다.

직업금지의 형사제재화 방안에 관한 연구

켄터키	-범죄가 중죄이거나 자유형 선고가 가능한 경한 범죄가 아닌 한 유죄판결의 경력을 유일한 이유로 혹은 부분적 이유로 공공 고용 및 자격발급 거부되지 않는다. -다만, 해당 범죄가 대상 직무와 직접적인 연관이 있는 경우에는 그러하지 아니하다. -직접적 관련성 심사의 요소는 범죄와 직무의 관련성과 직무 간의 관계 및 범죄의 성질과 심각성 등을 포함한다. -변호사 자격증 소지자 및 일정한 법집행관의 경우에는 해당되지 않는다. -중범죄, 경죄 중 위험성이 높은 범죄 및 자유형이 선고될 수 있는 경죄로 인한 유죄판결을 받은 자에게는 적용하지 않는다. -비도덕적인 범죄의 경우에도 해당되지 않는다. Ky.Rev.Stat,Ann § 335B.
미네소타	-공공기관 및 자격발급기관은 유죄판결이 채용 및 자격에 직접적 관련되지 않는 한 유죄판결을 유일한 이유로 또는 부분적 이유로 하여 그 채용 및 자격을 거부할 수 없다. -만약 지원자가 충분히 개선되었다는 것을 증명하는 경우에는 직접적으로 관련이 있는 경우에도 채용 및 자격의 거부 대상이 되지 않는다. Minn.Stat § 364.03.
뉴멕시코	-(1)유죄판결의 대상범죄와 직무/직위 사이에 직접적 연관성이 있는 경우, (2)공공의 신뢰를 담보할 만큼 충분히 지원자가 개선되지 않았다는 판단이 있는 경우, 혹은 (3)마약관련 범죄 혹은 성범죄의 유죄판결을 받은 자가 교원자격이나 아동시설업무에 지원하는 경우(이 경우에는 개선의 정황 유무를 불문)에는 유죄판결의 기록으로 인한 공공고용 및 자격발급이 거부될 수 있다. N.M.Stat,Ann,§ 28-2-4(A). -가석방, 보호관찰이 종료된 경우 혹은 출소로부터 3년이 경과된 경우에는 개선된 것으로 추정된다. N.M.Stat,Ann,§ 28-2-4(B).
워싱턴	-유죄판결이 지난 10년 이내 확정되었으며 범죄가 해당 고용 및 자격에 직접적인 연관성이 고용거부 혹은 자격수여 거절의 원인이 될 수 있다. Wash,Rev,Code § 9.96A.020(1)-(2).

주	자격에 한정된 규제
아칸소	유죄선고는 고려될 수 있으나, 그 자체로 자격발급이 금지되는 것은 아니다. 즉, 형집행완료 후 5년 동안의 준법 행위를 지속했다면 개선되었다고 추정하여 자격발급이 가능하다. 자격금지 사유는 서면으로 명시되어 있어야 한다. Ark Code Ann. § 17-1-103.
델라웨어	범죄는 직업과 '상당한 연관'이 있어야 한다. 74 Del. Law 262 (2004).
일리노이	특정 직업군에 한하여 개선의 증명이 있는 경우 자격에 관련된 범죄 사실을 자격발급에 고려할 수 없다. Ill.Comp.Stat. 5/5-5-5.
인디애나	직업, 사업을 영위하기 위해 법적으로 필요한 자격증, 등록증은 지원자가 전과자라는 사실 때문에 거절, 취소 혹은 정지될 수 없다. 다만, 심각한 약물 범죄에 의한 유죄판결의 경우는 제외된다. Ind. Code § 25-1-1. 1-1.
루이지애나	-유죄판결의 대상범죄가 해당직무와 직접적인 관련이 있는 경우, 자격취득 적격성이 상실될 수 있다. -다만, 법집행직무 혹은 요양직무 등 13개의 자격에 있어서는 직접적 관련성의 기준이 적용되지 아니한다. -채용이나 자격수여가 전과기록으로 인해 거부되는 경우에는 그 결정은 반드시 서면으로 작성되어야 한다. La. Rev. Stat. Ann. § 37:2950.
메인	유죄판결 후 3년 이상이 경과되었거나 1년 미만의 자유형이 선고된 경우에는 자격심사에서 거부의 요소로 고려될 수 없다. Me.Rev.Stat. Ann. tit. 5, § 5303.

미시간	유죄판결이 아닌 범죄관련 기록, 자유형이 선고되지 않은 유죄판결 공공서비스 능력과 연관되지 않은 유죄판결 등은 자격수여 결정의 고려 대상이 아니다. Mich. Comp. Law § 338.42.
미주리	형기를 완전히 마치고 석방된 유죄선고를 주된 이유로 자격 수여를 거부 할 수 없다. Mo.Rev.Stat. § 324.029.
몬타나	유죄판결은 직업적 자격에 있어서 금지요소가 될 수는 없으나 고려 대상이 될 수는 있다. Mont.Code Ann. § 37-1-201. 203.
뉴저지	자격과 유죄판결 대상 범죄 사이에 합리적 연관성이 존재하는 경우에는 자격발급의 제한이 가능하다. N.J.Stat,Ann. § 2A:268A-1.
노스다코타	범죄가 직접적인 연관이 있는 경우, 혹은 개전이 불충분한 경우에는 자격수여가 거절될 수 있다. N.D.Cent.Code § 12.1-33-02.1.
오레곤	-유죄판결을 유일한 원인으로 한 자격수여의 거부는 금지된다. -다만, 유죄판결의 사실과 정황 등은 적합성 판단의 요소로 작용할 수 있다.Or.Rev.Stat. 670.280(2),(3). -교원 자격은 예외.
사우스 캐롤라이나	유죄판결이 해당 직업 혹은 직무에 직접적인 관련이 있는 경우 거부 가능. S.C.Code,Ann. § 40-1-140.
텍사스	유죄판결이 자격 업무에 -직접적인 관련이 있는 경우 거부, 중지 또는 취소될 수 있다. -직접적인 관련이 없는 경우에도 범죄발생후 5년이 지나지 않았거나 폭력적인 성범죄 일 경우에는 거부, 중지 또는 취소 될 수 있다. Tex. Occupations Code § 53.021(a). § § 53.022 과 53.023.
버몬트	해당 직무의 수행과 연관된 범죄의 유죄선고, 혹은, 해당 직무와 연관성이 없더라도, 중범죄의 유죄선고를 이유로 40여개 이상 전문직의 자격이 거부될 수 있다. Vt.Stat,Ann,tit,3, § 129a(10).
버지니아	-자격이 요구되는 전문직과 직업에 직접적인 연관성이 있는 경우 유죄선고를 이유로 자격을 거부할 수 있다. -그러나 업무수행에 부적합하거나 부적절하다면 자격을 거절할 수 있다. Va. Code Ann. § 54.1-204.

주	사면 및 복권 관련 규정
캘리포니아	별도 명시된 중범죄 및 경한 범죄를 고용 및 자격에 있어 고려할 수 없도록 하고 있다. Cal. Bus. & prof. § 480(b). 자격 정지 혹은 취소는 그 범죄가 그 자격요건과 상당한 연관이 있을 경우에만 허용된다. Cal. Bus. & prof. § 490.
코네티컷	사면된 범죄를 이유로 고용을 거부할 수 없다. Conn. Gen. Stat. § § 46a-80(a)and(c).
플로리다	범죄행위가 자격과 관련해 '직접적인 연관성' 이 없는 한, 복권되었다면, 전과로 인해 자격발급을 거절할 수 없다. Fla. Stat. 112.011(1)(b).
매사추세츠	유죄선고 후 사면이 된 경우에는 해당 중범죄를 유일한 이유로 자격수여를 거부할 수 없다. Mass.Gen.Laws ch,127,§ 152 (2011).
뉴햄프셔	사면 또는 복권된 범죄에 대한 질문 혹은 조사는 제한된다. N.H.Rev.Stat,Ann,§ 651:5(X)(c).
오클라호마	공공기관 및 사기업 고용주는 사면 혹은 복권된 유죄선고를 채용에 있어 고려하거나 이에 대해 물어볼 수 없다. 22 Okla.Stat,Ann,§ 19(F).

주	자격 혹은 고용에 관한 규제가 존재하지 않는 경우
조지아	중범죄 혹은 파렴치죄를 포함한 어떠한 범죄의 유죄판결도 자격의 취소, 자격발급 거부 의 근거가 될 수 있다. See Ga. Code Ann. § 43-1-19(a)(3).
아이오와	고용과 자격에 유죄판결을 규정하는 일반 법률이 존재하지 않으나 보건 관련 자격 등 몇몇 자격에 있어서는 직접적 연관성이 있어야 한다고 규정하고 있다.
캔자스	존재하지 않으나, 당사자의 동의 없이 범죄기록을 조회하는 것은 경범죄에 해당한다. See Kan. Stat. Ann. § 22-4710(a)-(c).
메릴랜드	일반규정은 존재하지 않음.
네바다	네바다주는 일반적인 법을 가지고 있지 않으나 특정 자격에 대해서 직접적 연관성 테 스트를 적용한다(예컨대, 토목 및 토지 측량). Nev.Rev.Stat. § 625.410(4).
노스캐롤라이나	일반적인 규정은 존재하지 않는다.
오하이오	일반적인 규정은 존재하지 않는다.
로드아일랜드	일반적인 규정이 존재하지 않는다.

2) 각 주(州)의 범죄유형별 제한의 예시

① 뉴욕(New York)주

뉴욕 주의 직업관련 자격의 경우, 그 제한 규정이 법률체계에 매우 넓게 산재
해 있다. 자격으로 인한 해당 직업 전반을 규율하는 법률에 그 제한규정이 존재
하는 형식이다. 예컨대, 주류 관리법(Alcoholic Beverage Control Law)에서 주류
도매자격, 제조자격 및 소매업 등에 대해 중범죄 및 일정 경한 범죄로 유죄판결
을 받은 전력이 있으면 반드시 자격의 수여를 거부해야 한다고 규정하고 있
다.³⁸¹⁾ 또한 도로교통법(Vehicle and Traffic Law)에서는 버스운전기사가 특정 성
범죄 및 교통범죄 중 중범죄를 범한 경우 자격을 상실하도록 하고 있다.³⁸²⁾

뉴욕 주의 약 110여개의 직업은 자격증 혹은 뉴욕주정부의 관계기관으로부
터 허가 및 등록을 받아야 하는데 범죄전력을 이유로 필요적 자격거부 및 상
실을 규정하고 있는 법률은 공인중개사, 응급구조사 및 주류관련 자격 등 약
15여개 정도이다. 민간조사관의 경우는 중범죄와 약물범죄 등 일정범죄 경력

381) Alcoholic Beverage Control Law § 110, 126, 102.

382) Vehicle & Traffic Law § 509-C.

자의 자격신청을 원천적으로 금지하고 있고 자격소지자가 기타 범죄로 인해 유죄판결을 받은 경우에는 자격이 중지된다.³⁸³⁾ 손해사정인의 경우에도 사기 혹은 부정직성을 기초로 하는 범죄를 범한 경우에 지원을 원칙적으로 금지하며 자격소지자가 그와 같은 범죄를 저지른 경우에는 자격을 상실하도록 규정하고 있다.³⁸⁴⁾

임의적 고용금지 혹은 자격의 정지 및 상실이 가능한 직업군은 약 30개에 이른다.³⁸⁵⁾ 예를 들면, 폐기물 처리를 위한 공장운영 및 폐기물 운송과 관련된 자격과 유가공제품 제조 및 판매 관련 자격에 있어서 중범죄로 인한 유죄판결의 경력이 있는 경우 담당부서인 농무부(Department of Agriculture and Market)가 자격수여를 거부하거나, 정지 혹은 상실을 명할 수 있다.³⁸⁶⁾

위와 같이 범죄경력을 직접적 이유로 한 고용 및 자격의 제한과 더불어 범죄 경력이 자격제한의 간접적인 요소로 작용하고 있는 것이 뉴욕 주의 자격제한 정책의 특징이라 볼 수 있다. 뉴욕주는 해당 자격의 거부, 정지 및 상실 등을 규정하고 있는 법률에서 자격에 대한 심사를 하는 경우 범죄경력 이외의 요소들을 고려하여 판단할 수 있도록 되어 있다. 회계사 등 다수의 직업군과 관련된 자격에 있어서 도덕적 선량(good moral character)의 여부,³⁸⁷⁾ 장례지도사 등의 경우에는 습관적 음주 혹은 마약중독의 여부,³⁸⁸⁾ 총기소지 자격 등에는 정신병력의 여부³⁸⁹⁾ 등이 있다. 가장 대표적이며 보편적인 것이 도덕적 선량의 요구로 이는 자격심사를 할 때에 필요적 제한, 임의적 제한 등에 관련 없이 모든 자격 제한 유형에 걸쳐서 고려할 대상이다. 즉, 유죄판결이 없는 경우에도 도덕적 선량의 판단을 거쳐 자격에 대한 제한이 이루어질 수 있다. 예를 들어 변호사,³⁹⁰⁾ 회계사,³⁹¹⁾ 의사³⁹²⁾ 등의 경우에는 범죄경력으로 인한 자격제한이 존재하지 않

383) General Business Law § 74.

384) Insurance Law § 2108(d)(3)&(4).

385) New York Bar Association(2006), 88쪽.

386) New York Bar Association(2006), 93쪽.

387) Education Law § 7405(1), 7405(3).

388) Public Health Law, § 3450.

389) Penal Law § 400.00.

390) Civil Practice Law and Rule § 9404.

으나, 도덕적 선량 등의 요소를 대상으로 심사하여 해당부서의 재량으로 자격을 제한할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 그 판단에 있어 도덕적 선량의 판단을 위한 구체적인 기준이 제시되어 있지 않고, 해당 주무기관에 매우 큰 재량권을 부여하고 있어 논란이 되고 있다. 예컨대, 강도의 전력이 있는 자가 수형기간 내에 직업훈련을 거쳐 형의 만료시점에 이발사 자격을 취득하고자 하는 경우, 그 범죄전력 자체가 해당자격(이발사 자격)이 요구하는 도덕적 선량과 신뢰도의 부족을 증명한다는 이유만으로 자격증 발급을 거부하였다.³⁹³⁾ 이와 유사한 사례로서 지방의 자치단체는 피고용인이 “비도덕적 행위(immoral conduct)”에 연루된 전력이 있다면 범죄로 인한 유죄판결의 유무와 상관없이 해당 고용을 거부할 수 있다.³⁹⁴⁾

뉴욕 주는 범죄전력으로 인한 직업제한에 있어서 형사사법 기관이 주도적으로 운영하는 구제제도가 체계적으로 발달되어 있다는 것이 다른 주들과 비교되는 또 하나의 특징이라고 볼 수 있는데, 일종의 확인서를 법원 혹은 기타 형사사법 기관에서 발급하여 줌으로써 도덕적 선량에 대한 보증을 하는 방식이다. 먼저, 자격상실 면제 확인서(Certificate of Relief from Disabilities, CRD)는 형벌의 부과시 병과되는 자격상실 혹은 박탈을 면제해 주는 것으로 양형시 법원에 의해 부여되거나 가석방위원회에서 심의 의결한다. 다만, 신청자는 중범죄 유죄확정판결의 건수가 1건 이하여야 한다. 이와 비슷한 것으로 중범죄 유죄확정판결의 건수가 2건 이상인 경우에 신청하는 선량행위 확인서(Certificate of Good Conduct, CGC)가 있다. 강력 중범죄의 경우에는 최종 유죄판결, 벌금납부 및 석방 혹은 가석방으로 부터 3년이 지나야 신청이 가능하다. 신청이후 6개월에서 1년 정도 심사가 진행된다.³⁹⁵⁾ 그러나, 확인서를 통한 자격제한의 해제가 모든 직업관련 자격에 해당하는 것은 아니며, 다른 조건의 충족이 전제되어야 하는 경우도 다수 있다. 예를 들어, 민간조사관,³⁹⁶⁾ 손해사정사,³⁹⁷⁾ 공인중개사³⁹⁸⁾의

391) Education Law § 7404(1), 7405(3).

392) Education Law § 6524.

393) Clyde Haberman, He Did Time, So He's Unfit To Do Hair, N.Y TIMES, 2005.3.4, B1면.

394) The Bronx Defenders(2004), 5쪽.

395) New York Bar Association(2006), 19쪽.

경우에는 사면이나 선량행위 확인서가 있으면 심사결과에 따라 자격 회복이 가능하다. 버스 운전기사의 경우에는 자격상실면제 확인서와 더불어 석방 후 5년의 기간이 경과되어야 자격제한이 해제된다.³⁹⁹⁾

해당 법률은 자격제한에 대한 불복절차도 규정하고 있는데 대부분의 경우, 심사 요청의 권리를 인정하고 있으며 문서로 청원할 것을 의무화하고 있다. 다만, 주류도매업 관련 자격의 경우에는 주류관리국의 심사결과에 대해서 뉴욕주 법원에 의한 검토를 요청할 수 있도록 일종의 재심절차를 마련하고 있으며,⁴⁰⁰⁾ 소방관의 경우에는 범죄전력에 의한 해고에 대하여 공개심의를 요구할 권리가 주어져 있다.⁴⁰¹⁾

② 미시건(Michigan)주

미시간 주의 경우도 연방법률이 규정하고 있는 것과 주 자치적으로 규정하고 있는 것이 혼용되어 직업제한을 규율하고 있다. 다른 주들과 마찬가지로 각 직업 혹은 자격관련 제한규정이 여러 관련 법률의 편제 속에 산재되어 있다. 미시간 주의 직업제한의 예를 들면 다음과 같다. 회계의 직무는 중범죄의 전력 혹은 일반범죄 중 부정직 및 사기와 관련된 경우 제한되며, 자격은 상실될 수 있다.⁴⁰²⁾ 항공과 금융에 관련된 직업의 경우에는 연방법의 규율을 준용하고 있는데 중범죄인이 경우 10년 동안 항공관련 업무를 할 수 없다.⁴⁰³⁾ 연방법에 규정된 대로 일정범죄를 저지른 자는 금융 및 증권관련 업무가 제한된다. 아동보호 시설 혹은 보육센터 등에서의 근무가 금지되는 범죄의 종류는 매우 광범위한데 성범죄자 거주등록 대상이 되는 범죄 일체와 선량한 도덕성이 흠결된 것으로 간주되는 범죄 일체 중 하나의 전력이라도 있으면 직업이 금지된다.⁴⁰⁴⁾ 성인 흡

396) General Business Law § 74.

397) Insurance Law § 2108.

398) Real Property Law § 400-a.

399) Vehicle and Traffic Law § 509-c.

400) Alcoholic Beverage Control Law § 121, 54.

401) NYC Admin Code § 15-113.

402) MCL § 339.734(1)(d); MCL § 339.602.

403) 9 U.S.C. § 44935; 49 U.S.C. § 44936; Mich. Admin. Code R. § 338.3145.

케어센터 및 장기요양시설 등도 유사한 제한을 두고 있다.

표 5-4 미시간주 범죄유형별 직업금지 기간 - 장기요양시설 근무제한

직업금지기간	범죄유형
평생	• 마약류 등의 제조, 판매 등의 중범죄 • 환자 학대 범죄 • 건강보험관련 중대사기
가석방 혹은 보호관찰 종료 후 15년	• 폭력의 행사 혹은 위협과 관련된 중범죄 • 사망 혹은 중상해가 야기된 결과적 기중범 중 중범죄 • 고문 혹은 잔혹 중범죄 • 장애인 등을 포함한 사회취약계층에 대한 학대와 관련된 범죄 • 강제추행과 관련된 중범죄(1급 내지 3급) • 학대 혹은 유기와 관련된 중범죄 • 총기 및 위험한 무기의 사용과 관련된 중범죄
가석방 혹은 보호관찰 종료 후 10년	기타 중범죄
유죄확정일로부터 10년	• 폭력의 행사 혹은 위협과 관련된 범죄 • 총기 및 위험한 무기의 사용과 관련된 범죄 • 장애인 등을 포함한 사회취약계층에 대한 학대와 관련된 범죄 • 강제추행과 관련된 범죄(4급) • 고문 혹은 잔혹한 범죄 • 학대 혹은 유기와 관련된 범죄
유죄확정일로부터 5년	• 16세 미만이 저지른 잔혹범죄 • 단순주거침입 • 횡령 • 과실치사 • 절도 • 일부 마약류 범죄 • 사기
유죄확정일로부터 3년	• 폭행 및 상해 • 마약의 제조, 배달, 소지 및 이용 등에 관련된 일부 범죄
유죄확정일로부터 1년	• 18세 미만이 저지른 일부 마약범죄 • 16세 미만이 저지른 일부 절도 및 사기

404) MCL § 722.115, 722.115c, Mich. Admin. Code R. § 400.1152(1)(a)-(e).

3) 직업금지에 대한 논의 동향

① 직업금지의 부작용에 대한 인식

출소 후 취업은 범죄자의 성공적인 사회 재진입에 있어 가장 중요한 요소라는 연구결과들을 통해 형사법 관련 기관은 물론 사회 전반적으로 재범의 억제에 위해 취업을 일정 수준이상 보장해야 한다는 인식이 확대되었다. 이와 같은 인식의 증대에 기여한 연구들에 대해 간략히 살펴보면 다음과 같다. 재범의 대부분이 마약거래, 절도 등 생계유지를 목적으로 한 범죄였다는 것,⁴⁰⁵⁾ 그리고 출소 후 취업한 출소자와 미취업 출소자의 재범률을 비교하였을 때, 전자의 경우는 27.6%, 후자는 거의 두 배에 육박하는 53.9%를 보인다는 연구 등이 있다.⁴⁰⁶⁾ 이러한 직업과 재범과의 상관성에 관한 연구는 지속적으로 이루어지고 있는데, 26세 이상 출소자를 대상으로 이루어진 연구는 안정적 고용이 24%의 재범감소 효과가 있다는 것을 밝혀내었다.⁴⁰⁷⁾ 유사한 다른 연구는 취업이 68.5%의 재범감소율을 보이는 것으로 나타났다. 이와 같이 재범의 유무와 관련하여 취업이 재범을 억제한다는 점 이외에 재범의 발생기간을 연장한다는 연구도 취업의 중요성에 대한 사회의 인식을 제고하였다. 즉, 취업 출소자와 미취업 출소자의 재범 발생기간을 비교한 결과, 출소 후 취업한 경우는 출소 후 범죄에 이르기까지 31.4개월이 소요된 반면, 취업하지 못한 경우는 17.3개월 만에 재범을 저지르게 된다고 한다.⁴⁰⁸⁾

취업을 통한 경제적 안정이 재범억제에 미치는 영향이 크다는 인식의 증대에도 불구하고 고용에 있어서 현실적 문제가 되는 것은 고용주들의 출소자 채용에 대한 부정적 인식과 이로 인한 채용의 거부였다. 범죄전력이 있는 자의 고용에 있어서 고용주가 채용 자체를 꺼린다는 것이고 이는 가장 기초적이면서 범죄유형을 불문하고 가장 공통적인 사회복귀에의 장애라는 점이 부각되었

405) Harer(1994), 3쪽.

406) Harer(1994), 4-5쪽.

407) Uggen(2000), 529쪽.

408) http://www.research.fsu.edu/crc/FYAP/posters/Tripodi_FYAP_Poster_Final.pdf(검색일: 2012.10.9.).

다. 고용주들은 장애인이나 직업경력단절자 등의 그룹보다 범죄자들에 대한 고용을 더욱 꺼리고 있으며,⁴⁰⁹⁾ 약 60%의 고용주들은 범죄경력자들을 채용하지 않을 것이라고 답한 연구결과도 있다.⁴¹⁰⁾ 이들이 채용을 꺼리는 이유로는 신체적 위협의 우려, 사업장내의 절도 가능성, 형사사법절차 종사자들과의 업무 연관 가능성 등이었다.⁴¹¹⁾ 또한 출소자 채용시 세금 감면 등의 우대정책이 채용확대에 효과적이지 않았다는 정책의 실패 등을 경험하였다.⁴¹²⁾ 따라서 범죄경력으로 인한 고용상의 차별을 막기 위한 정책과 법률들이 다수의 주에서 등장하게 되었다.

② 범죄경력자 취업촉진 정책 - 전과기록체크박스 삭제 정책("Ban the Box" policy)

전과기록 체크박스 삭제 정책은 보스턴(Boston), 샌프란시스코(San Francisco), 미네아폴리스(Minneapolis), 세인트 폴(St. Paul), 뉴왁(Newark), 그리고 필라델피아(Philadelphia) 등의 도시에서 제정된 조례로써 입사지원서에서 전과기록의 유무를 표시하는 칸(box)을 삭제하는 것이 조례의 핵심 내용이다. 이 조례는 지원자의 업무능력 및 직무적합성 등을 기본요소로 채용심사가 이루어지고 필요시 이후 계약 단계에서 전과기록 조회를 하도록 규율하고 있다. 즉, 채용단계에서 전과기록의 조회 자체를 없애는 것은 아니고 단지 채용절차의 순서상 뒤로 미뤄놓은 것이다. 따라서 최종 계약의 단계에서 고용주가 지원자의 업무능력 및 직무적합성에 대한 평가와 그의 범죄경력을 비교하여 채용의 여부를 결정하게 되어 실질적으로 범죄경력자에게 취업의 기회를 증대시키고 그로인해 사회복귀를 용이하게 하도록 돕기 위한 것으로 이해되고 있다.

409) Holzer et al.(2006), 453쪽.

410) Pager/Quillian(2005), 363쪽; Pager/Western(2009), 29쪽 (<http://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/228584.pdf>).

411) Pager/Western(2009), 23-25쪽.

412) Pager/Western(2009), 29-30쪽.

③ 유죄판결의 부수효과에 대한 고지의 강제

직업금지를 포함한 유죄판결의 부수효과에 대한 제한의 한 형식으로 해당 결과에 대한 고지를 강제하는 경향이 나타나고 있다. 즉, 유죄판결에 이르게 되면 피고인에게 미치는 불이익을 미리 고지해야 한다는 견해이다. 이는 유죄인정협상(Guilty Plea)에서 발달되어 온 것으로 브래디 대 미합중국(Brady v. United States) 판결에서 그 시초를 찾아볼 수 있다. 연방대법원은 브래디 판결에서 “유죄인정협상은 피고인이 유죄의 직접적인 결과에 대해 온전한 지식을 바탕으로 이루어져야 한다”고 판시하고 있다.⁴¹³⁾ 이 판결은 유죄인정협상의 자의성(voluntariness)이 인정되어야 적법절차에 의한 적법한 유죄인정이며 자의성이 인정되지 못하는 경우에는 유죄인정협상의 확정적 효력이 발생하지 않아 확정판결과 동일한 효과를 발생할 수 없다는 결정이다. 자의성을 인정하기 위해서는 유죄의 결과에 대해 완전한 인식을 하고 있어야 한다는 것을 지적하고 있다. 연방대법원의 판례 이후에 하급법원은 유죄인정협상의 적부를 판단함에 있어 “직접적인 결과”에 주목하여 왔다. 즉, 유죄의 직접적인 결과에 대한 온전한 지식이 있는 상태에서 피고인이 유죄인정을 해야 하며 이는 법원에서 선고하는 형량 등 유죄평결의 “직접적인 결과(direct consequences)”가 그 대상이며 “부수효과(collateral consequences)”는 법률이나 행정처분 등에 의한 것이므로 알려야 할 필요가 없는 것으로 이해되었다.

그러나 문제는 직접적인 것과 부수적인 것의 차이가 명확하지 않다는 것이었는데 연방제4순회법원은 직접적인 결과를 “명확하고 즉각적이며 사실상 자동적인 처벌을 부과”하는 것을 의미한다고 판시하고 따라서 민사적인 측면에서 이루어지는 어떤 권리 등의 제한 가능성은 유죄확정의 직접적인 결과가 아니라고 보았다.⁴¹⁴⁾ 이후 성범죄자의 신상공개도 명확하고 즉각적이며 자동적인 측면이 있는 행정조치이지만 입법의 의도가 처벌이라고 보기 어렵다며 “직접성”을 부인한 바 있다.⁴¹⁵⁾ 반면 유죄가 선고되면 약물범죄자의 운전면허가 자동으로 취소되는

413) 397 U.S. 742 (1970).

414) Cuthrell v. Dir., Patuxent Inst., 475 F.2d 1364, 1366 (4th Cir. 1973).

415) Mitschke v. State, 129 S.W.3d 130, 135 (Tex. Crim. App. 2004).

것은 유죄협상(guilty plea) 전에 피고인에게 고지되어야 하는 “직접적인 처벌의 결과”라고 본 판례가 있다. 부과되는 것이 처벌의 성격이 있는 경우에만 직접적인 것으로 보는 일종의 “처벌성 기준”이외에도 “사법적 권한 기준” 또한 간혹 사용되고 있다. 즉, 피고인 개개인의 개별적 상황에 기인한 결과는, 예컨대 이민법상의 추방 등은 사법시스템이 통제할 수 있는 대상이 아니기 때문에 판결의 직접적 결과로 보기가 어렵고 따라서 이런 사항들은 유죄판결의 부수효과라는 논리이고 유죄인정협상의 단계에서 고지되어야 할 필수사항은 아니라는 논리이다.

그러나 1980년대 후반 법원은 유죄인정협상의 적법성에 대해 새로운 도전을 받게 된다. 유죄확정의 부수효과에 대하여 변호인이 잘못된 조언을 제공하여 피의자가 하자있는 인식을 하고 있는 경우에 유죄인정협상의 철회가 가능한가 하는 문제였다. 법원은 철회가 가능한 사유로 판시하였다.⁴¹⁶⁾ 이는 효과적인 변호인의 조력을 받을 권리의 침해여부와 관련하여 쟁점이 되었다. 예를 들면, 유죄인정의 결과가 이민과 관련하여 강제추방 등의 부수적인 결과를 가져오는 경우와⁴¹⁷⁾ 가석방 심사의 부적격 대상으로 분류되는 경우에⁴¹⁸⁾ 피고인이 변호인으로 부터 그릇된 조언을 제공받은 경우에는 변호인의 조력을 받을 권리가 침해되었다고 인정될 수 있고 유죄인정협상을 철회할 수 있게 되었다. 그러나 이와 같은 판례는 잘못된 조언에 대한 염려로 인해 변호인이 아예 조언 자체를 하지 않도록 유도하는 폐단을 낳게 되었다.

이러한 문제점은 2010년 연방대법원의 판결로 새로운 지평을 열게 되는데, 유죄인정협상을 고려하고 있는 비시민권자인 피고인에게 변호인은 유죄인정시 추방될 가능성에 대해 적극적으로 조언해야 하며 이를 하지 않을 경우에는 변호인의 조력을 받을 권리가 침해된 것으로 보았다.⁴¹⁹⁾ 연방대법원은 추방이라는 부수효과가 처벌과 같은 “중대성(severity)”이 있고 거의 자동적으로 부여되는 결과라는 “확실성(certainty)”가 있다는 점에서 그 근거를 찾고 있다. 즉, 미국에 남아 거주해야 하는 권리는 다른 어떤 형벌보다도 중요한 것이며 추방은 형사절차와

416) Strickland v. Washington, 466 U.S. 668 (1984), Hill v. Lockhart, 474 U.S. 52 (1985).

417) United States v. Couto, 311 F.3d 179, 188 (2d Cir. 2002).

418) Hill v. Lockhart, 894 F.2d 1009, 1010 (8th Cir. 1990).

419) Padilla v. Kentucky, 130 S. Ct. 1473 (2010).

밀접하게 연결되어 있으며 유죄확정과 추방은 100년 이상 서로 얽혀 있었다는 점을 높이 평가한 것으로 보인다.⁴²⁰⁾

이에 따라 하급 법원들은 기존의 직접적·부수효과의 이분법적인 적용 대신, 유죄인정시 부여되는 다른 결과가 “중대하고 확실한” 경우에는 그에 대한 고지의 의무가 있다는 입장을 택하고 있는 것으로 전환한 것으로 보인다. 연방대법원의 판결대로 추방의 경우는 그대로 고지되어야 하는 부수효과가 되었음은 분명하고, 가석방의 적격성 박탈,⁴²¹⁾ 성범죄자 거주지등록도 유죄인정의 결과로 초래되는 확실한 부수효과이기 때문에 피고인에게 고지되어야 하는 대상으로 판단되었다.⁴²²⁾

반면, 치료감호(civil commitment)의 경우는 고지되어야 하는 대상이 아니라는 하급법원의 판례가 축적되어 왔다.⁴²³⁾ 치료감호는 그 처분의 성격상 중대한 것임에는 틀림이 없지만, 유죄의 확정에 따라 자동적이거나 강제적으로 부과되는 확실성은 없다는 논리로부터 출발하였는데 이는 유죄확정 이후 행정적인 측면에서 부가적으로 이루어지는 결정이라는 점에서 추방이나 성범죄자 거주지 등록에서 나타나는 “확실성”과 차이가 있다는 데에 근거하고 있다. 그러나 2010-11년에 이루어진 최근의 판례는 고지의 대상으로 보아야 한다는 법원의 의견이 나타나고 있다.⁴²⁴⁾

직업제한에 관한 고지의무 관련된 판례가 매우 드문데, 2011년 미네소타 항소법원은 성폭행에 대한 유죄인정(guilty plea)을 하면 성폭행범의 등록이 자동적으로 이루어진다는 것은 변호인으로부터 고지되어 인식하고 있는 상태였으나 해당 등록을 하게 되면 트럭운전기사로서의 적격성이 상실되어 직업적 제한으로 작용한다는 것을 설명 혹은 조언 받지 못한 경우에는, 유죄인정협상의 적부를 판단해야 하는 사유가 되지 못한다고 판단하였다.⁴²⁵⁾ 생각건대, 위의 판결은 직

420) *Padilla v. Kentucky*, 130 S. Ct. 1473, 1480 (2010).

421) *Webb v. State*, 334 S.W.3d 126, (Mo. 2011).

422) *People v. Fonville*, 804 N.W.2d 878, 894 --95 (Mich. Ct. App. 2011).

423) *Brown v. Goodwin*, No. 09-211 (RMB), 2010 WL 1930574, *Maxwell v. Larkins*, No. 4:08 CV 1896 DDN, 2010 WL 2680333.

424) *Blaise v. State*, No. 10-0466, 2011 WL 2078091, *Bauder v. Dep't of Corr.*, 619 F.3d 1272, 1275 (11th Cir. 2010).

업 금지에 있어서 일반적인 경우는 아닌 것으로 보인다. 즉, 범죄가 성폭행이며 유죄판결의 부수적 효과는 성범죄로서 거주등록이 된다는 점은 직접적인 결과이며 중대하고 확실한 결과로써 피고인이 인식하고 있어야 하는 점이지만, 그로 인한 이차적 결과인 자격 상실에 대한 조언이 없었던 것은 변호인 조력의 유효성을 해할 만한 정도가 아니라는 견해로 보인다. 따라서 이러한 이차적 결과가 아닌 직접적인 경우 특정범죄로 인한 직업적 제한은 고지되어야 하는 대상으로 향후 나타날 가능성이 있다고 본다. 이는 직업제한의 규정이 전체 법률체계에 산재해 있어 변호인의 적절한 조언이 상황에 따라, 예컨대 이차적인 결과의 조언 등이 용이하지 않다는 현실적인 어려움에 대한 이해가 기본이 되어 있는 상태에서 이루어진 판시로 볼 수 있다. 이런 현실적인 문제로 인해 유죄판결의 부수효과에 대한 규정들을 통일하려는 움직임이 일고 있다.

④ 유죄판결의 부수효과에 관한 통일법률안(Uniform Collateral Consequences of Conviction Act)

직업금지 및 제한을 포함한 유죄판결의 부수효과가 연방과 주에 따라 매우 다양하고 범죄인의 사회복귀를 어렵게 한다는 비판이 법조계에 투영된 결과, 통일 법률안이 제시되었다. 2009년에 재정되어 2010년 수정을 거친 본 법률은 2013년 현재 노스캐롤라이나(North Carolina)주가 채택하여 입법하였고 버몬트(Vermont), 뉴욕, 코네티컷, 네바다, 뉴멕시코 등의 주에서는 올해 주 의회에 상정될 예정이다.⁴²⁶⁾ 본 법안의 주요 특징은 다음과 같다.

a. 산재된 규정의 정리

주의 법과 규정에 산재되어 있는 모든 유죄확정의 부수적 효과와 그 효과의 회피 및 완화에 대한 규정들은 정리되어야 한다는 것을 명확히 하고 있다. 정리된 문건은 유죄의 확정시 자동으로 부과되는 것과 재량에 의해 부과되는 것을

425) State v. Elmblad, A10-444, 2011 Minn. App. Unpub. LEXIS 11, at *3-5 (Minn. Ct.App. Jan. 4, 2011).

426) <http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Collateral%20Consequences%20of%20Conviction%20Act>

분리하여 모두 등재하여야 하고, 이와 같은 작업은 연방에 의해 재정적인 지원을 받아야 한다는 점을 강조하고 있다.

b. 부수효과의 통지

피고는 형사절차 상 적절한 때에 부수효과(Collateral Consequences)에 대해 고지를 받아야 하고 정식 기소 이전 혹은 기소의 순간에 충분히 인식한 상태에서 자신의 형사절차에 대한 결정을 할 수 있어야 한다. 양형과 출소의 때에도 충분히 고지되어 부수효과를 인식한 상태에서 적법한 행위를 할 수 있도록 해야 한다.

c. 부과 권한

유죄확정의 부수효과들은 조례, 방침 혹은 준칙 등에 의해 부과되어서는 안 되며, 반드시 법률로써 부과되어야 한다. 모호한 법규정은 재량에 의한 부과결정을 의미하는 것으로 해석된다.

d. 부과 기준

적법한 결정권자는 유죄확정을 기초로 한 자격상실의 부과 권한을 갖지만, 그 결정은 반드시 개인에 대한 평가 즉, 해당 피고인의 범죄와 특이한 사실관계, 정황 등을 기반으로 해야 한다.

e. 제외 대상

파기되거나 사면된 유죄의 판결을 부수효과를 부과하는 대상이 되지 않는다. 마찬가지로 검찰 측의 불기소처분 및 다이버전 프로그램의 대상이 된 혐의는 부수효과들을 부과하는 대상이 되지 않는다.

3. 미국의 직업금지제도에 대한 평가

미국의 경우 유죄판결이나 범죄경력을 이유로 고용거부 혹은 자격상실 등 직업적 제한은 각각의 범죄에 대하여 법률에서 필요적 금지 혹은 상실을 직접 규정하거나, 직업군과 관련된 부서에서 결정할 수 있도록 재량권을 수여하는 방식으로 이루어져 있다. 매우 다양한 직업군에 대하여 필요적 혹은 임의적으로 고용을 금지하거나 자격의 상실 및 정지, 범죄경력 조회의 의무 등을 규정하고 있다. 다만, 이렇듯 다양하고 복잡할 수 있는 직업제한 정책으로 범죄자의 권리가 일정부분 침해될 수 있으며 또 그들의 사회복귀가 어려울 수 있다는 정책운영과 연구의 경험을 통해 각각의 자치주들은 그 제한의 합리성을 도모하는 시도를 하고 있다. 즉, 범죄와 제한되는 직업의 직무 사이에 일정 이상의 연관성, 예컨대 직접적 관련성 혹은 중대한 관련성 등이 존재할 것을 요구하는 일반조항을 제정하는 노력이 하나의 예가 될 것이다. 또한 재량에 의한 임의적 직업제한의 경우에는 불복절차를 법률에서 규정하여 권리구제의 가능성을 열어 놓고 있으며 사법기관을 통해 자격제한 사유의 해소를 증명하도록 하여 범죄자의 과오가 극복된 경우 직업제한이 이루어지지 않도록 하는 것도 절차적 측면에서 직업금지에 대한 합리성 및 적법절차를 담보하는 장치라 볼 수 있다. 이에서 멈추지 않고 법률시스템 전반에 산재된 직업적 제한 및 그를 포함한 유죄판결의 부수 효과들을 정리하는 작업들이 전체 자치주를 대상으로 이루어지고 있다는 점도 주목할 만한 부분이라 평가된다. 생각건대, 이러한 모습들은 직업금지 정책의 효과성과 적법성의 양자를 조화롭게 모색하는 관점에서 고려해야 할 시사점을 준다고 본다.

제6장

결론적 고찰

결론적 고찰

“사람이 살아가는 데 필요한 정신적 또는 물질적 생활수단을 얻거나 유지하기 위해서 행하는 계속적인 활동”으로 정의되는 직업은 인간의 사회적·경제적 생활의 기초가 된다. 따라서 헌법은 직업의 자유를 명문화하여 “직업에 관한 종합적이고 포괄적인 기본권”으로서 보장하고 있다. 이러한 직업의 자유에 대한 중대한 제한을 의미하는 직업금지는 따라서 특별한 헌법적 정당화가 필요하다는 점에서 논의의 출발점은 직업금지에 대한 헌법이론적 검토에서 시작하여 이른바 “단계이론”을 통한 직업의 자유의 제한에 대하여 살펴보고, 그 토대 위에서 또한 자격제도와 결부된 직업의 자유의 제한과 그 한계를 고찰하여 보았다.

단계이론적 고찰에서 본 바와 같이 국민의 생명과 건강·안전을 다루는 직업이나 전문적 지식과 기술을 가져야만 원활히 행사할 수 있는 직업에 대하여는 헌법 제37조 제2항에 의하여 국회가 제정한 법률로 직업선택의 자유를 전면적으로 금지시켜 놓은 후 일정한 자격을 갖춘 자에 한하여 직업선택의 자유를 회복시켜 주는 자격제도가 운용되고 있다. 최근 사회의 전문화·세분화로 자격의 종류와 자격에 따라 수행되는 업무의 영역이 다양해지고 있고 직업분야에서 자격제도가 차지하는 비중 및 사회적 중요도가 점차 높아짐에 따라 한편으로는 이를 규제하는 개별 자격법률에 의한 기본권의 침해를 주장하는 사례가 늘고 있으며, 다른 한편으로는 자격과 직업을 남용·악용한 범죄의 중요성도 증가하고 있다.

이러한 자격과 직업의 남용과 악용에 의한 범죄행위에 대하여 범죄행위와 직접적으로 결부된 제재가 정당한 책임응보나 일반예방적 위하의 관점에서는 물론

범죄자의 재범으로부터 일반 보호의 목적에 대하여 상당한 설득력을 갖는다. 행위자가 소지하고 직업적으로 행사하는 자격의 경우 대부분 직업단체가 존재하며, 정도의 차이는 있지만 자치적 징계제도를 통한 이른바 “직업재판권”이 행사되며, 그렇지 않은 경우에는 관할 행정청이 직접 징계권을 행사하여 행정처분을 내린다. 전자의 대표적인 예가 대한변호사협회의 변호사징계위원회라고 할 수 있으며, 후자의 경우는 보건복지부가 직접 행사하는 의료인징계제도라 할 수 있다. 바람직한 것은 직업단체들이 “직업자율성, 단체자치성, 사법공공성”의 토대 위에서 엄격하고 공정한 직업재판권을 행사하는 방안이라 할 수 있으나 현재 비교적 자리가 잡혔다고 볼 수 있는 대한변호사협회의 변호사징계위원회의 징계실무든, “자율징계권” 쟁취를 외치며 자체 징계위원회제도를 구성하고자 하는 대한의사협회를 비롯한 의료단체의 경우든 변호사 및 보건의료 직책이 지니는 자격 및 직업의 사회적 중요성에 상응하는 징계제도의 운용이라는 기대에는 턱없이 부응하지 못하는 실정이다. 감독당국인 보건복지부의 행정처분 실무도 대부분 이른바 “숨방망이징계”의 모양새를 보이고 있다.

이와 같이 직업단체의 “직업법정” 내지 “명예법정”이 스스로의 직업적 신뢰와 품위를 지키는데 미온적이고, 행정처분도 제 기능을 하지 못한다는 점에서 우리나라의 직업 관련 제재는 사실상 무력한 상태로 평가되며, 그만큼 더 형사제재로서의 직업금지의 의의와 구성의 필요성이 큰 것으로 판단된다. 직업금지를 형사제재로 구성함에 있어서는 현재 사실상 부수형의 형태로 “아청법”을 통해 입법된 성범죄자의 취업제한과 같이 “거친 형태”의 입법 형식은 피하여야 할 것이다. 취업제한처분은 장래에 특정직업을 취득하여 행사할 사람에게는 위험차단을 위한 진입장벽에 해당하지만, 현재 해당직업을 행사하는 사람, 예컨대 최근에 대상자로 포함된 의료인의 경우에는 사실상 직업금지가 법제화된 것이다. 더구나 원인행위의 경중을 막론하고 일괄적으로 10년의 직업금지를 부과하는 것은 많은 경우에 과잉금지의 위반에 해당될 것으로 판단된다.

직업금지를 형사제재로 규정할 때에는 현행 독일의 직업금지모델인 ‘보안처분 모델’은 독일과 스위스의 실무경험에 비춰볼 때 그리 바람직하지 않은 것으로 사료된다. 특히 보안처분의 본질적 요소인 “미래에 직업을 행사하면서 이와 관련하여 중대한 범죄를 저지를 재범위험성”을 예측해야 하는 예측판단이 형사법

관에게 큰 부담으로 작용하기 때문이며, 사실상 원인행위에 비중을 둔 판단으로 직업금지형을 부과하는 것과 다를 바 없게 되는데, 이 경우 보통 수형자인 피처분자의 입장에서는 보안처분을 “상표사기” 및 “이중처벌”로 받아들여지게 된다.

따라서 프랑스법제와 같이 직업금지를 형벌로 구성하는 방안이 더 바람직한 것으로 판단된다. 이 경우에도 위헌판단을 받아 삭제된 돈세탁을 겨냥한 (독일) “재산형(Vermögensstrafe)모델”이나 교통범죄를 겨냥한 “운전금지(면허정지, Fahrverbot)모델”을 차용한 “부수형(Nebenstrafe)모델”은 직업금지에 적절하지 않은 모델로 검토된다.

결국 가장 바람직한 모델은 자유형 및 벌금형에 준하는 “주형(主刑, Hauptstrafe) 모델”의 직업금지형이라 생각된다. 특히 자유형 또는 벌금형과 결합하여 “직업의 행사와 결부된 범죄와의 직접적 맥락 속에서 형사제재가 부과”됨으로써 한편으로는 억제적 형벌효과를 극대화하면서, 다른 한편으로는 보안과 개선의 목적을 동시에 지향하는데 이것이 가장 적합한 모델이 될 수 있을 것이다. 보안처분 모델과 같이 위험성예측의 난제에 봉착하는 문제를 피할 수 있고, 준법예측을 토대로 한 직업금지 집행유예제도를 함께 규정함으로써 재사회화의 고려를 위한 여지를 확보할 수도 있게 될 것이다.

이러한 방안의 입법화는 우선 “형의 종류”에 자유형, 벌금과 함께 직업금지를 규정하고, 집행유예에는 자유형의 집행유예에 관한 조항을 준용하는 방식으로 규정하면 될 것이다. 그리고 직업금지에 관한 본 조항은 자유형과 벌금형에 관한 규정에 이어 “자신의 직업이나 영업을 악용하거나 이와 관련한 의무를 중대하게 위반한 범죄행위로 인하여 6월 이상의 자유형에 처해지는 때에는 법원은 6월 이상 5년 이하의 기간 동안 해당 직업이나 영업의 행사를 금지할 수 있다”는 내용으로 규정할 수 있을 것이다.

참고문헌

1. 국내문헌

- 강우예·박학모: 형사법개정연구(Ⅳ) 보안처분제도의 정비방안, 한국형사정책연구원, 2009.
- 김기홍·이지연·정윤경: 한국인의 직업윤리에 관한 연구, 한국직업능력개발원, 1999.
- 김성돈: 형법총론 제2판, 성균관대학교 출판부, 2009.
- 김일수·서보학: 형법총론 새로쓴 제11판, 박영사, 2008.
- 김지현: 자격제도와 직업의 자유 - 자격제도를 통한 직업의 자유 제한의 체계 및 위헌심사기준 -, 안암법학 제32권, 안암법학회, 2010, 1-29.
- 김혜정: 보호감호제도의 개선방안 연구, 한국형사정책연구원, 2003.
- 대한의사협회: 의료법원론 개정판, 법문사, 2008.
- 뒤르켐(권기돈 역): 직업윤리와 시민도덕, 새물결, 1998.
- 박상기·손동권·이순래: 형사정책 제11판, 한국형사정책연구원, 2013.
- 박승룡: 변호사법 개정 논의에 대한 검토 - 국가의 징계권 행사와 변호사단체의 임의단체화를 중심으로 -, 민주법학 제15호, 민주주의 법학연구회, 1999, 272-289.
- 박학모·김유근·허상구·형법총칙개정안평가연구회·괴팅엔대학교 형법학연구소: 형사정책과 사법제도에 관한 평가연구(Ⅵ) -형법총칙개정안에 관한 국제비교·평가연구, 한국형사정책연구원, 2012.
- 박학모·뮐러·야버스: 형사집행절차상 사법심사 방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2011.
- 방승주: 직업선택의 자유 - 헌법재판소의 지난 10년간의 판례를 중심으로 -, 헌법논총 제9집, 헌법재판소, 1998, 211-272.
- 배종대: 형법총론 제11판, 홍문사, 2013.

- 배종대: 형사정책 제8판, 홍문사, 2011.
- 법무부: 형법개정법률안 제안이유서(형사법개정자료 XIV), 법무부, 1992.
- 법무부: 형법(총칙)일부개정법률안 제안 이유서, 법무부, 2011.
- 법제처: 각국의 보안처분 제도 (법제자료 제73집), 법제처, 1975.
- 서보학: 명예형의 제문제, 형사법연구 제22호 특집호, 한국형사법학회, 2004, 426-444.
- 성낙인: 헌법학 제13판, 법문사, 2013.
- 신동운: 자격상실과 자격정지 형의 존폐에 대하여, 서울대학교 법학 제47권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2006, 200-239.
- 신동운: 형법총론 제7판, 법문사, 2013.
- 신동운: 형법 제·개정 자료집, 한국형사정책연구원, 2009.
- 신우철: “감시하는 자를 누가 감시할 것인가?” - 변호사 징계에 관한 비교사법제도로론적 일 고찰 -, 영남법학 통권 제15·16호, 영남대학교 법학연구소, 2002, 77-122.
- 안덕산: 직업전문성과 자율규제, 의료리더십포럼(<http://www.mlf.or.kr/>) > 의료현장 법과 윤리 > 특별기고, 등록일: 2010. 4. 21.
- 양형위원회: 양형기준(2013. 7. 1. 기준), 2013.
- 여성가족부: 성범죄자 취업제한 제도 및 신고의무제도 안내, 여성가족부 아동청소년보호과, 2012.
- 오영근: 형법총론 제2판, 박영사, 2012.
- 오종근: 변호사징계제도에 관한 연구, 인권과 정의 통권 제308-309호, 대한변호사협회, 2002.
- 윤대혁: 현대사회와 직업윤리, 무역경영사, 2001.
- 이승우: 직업선택의 자유와 면허제도, 세창출판사, 2002.
- 이정훈·원혜옥·황태정·정혜옥: 성범죄자 신상공개제도 및 취업제한제도의 발전 방향 연구, 여성가족부 아동청소년보호과, 2012.
- 이준일: 헌법학강의 제5판, 홍문사, 2013.
- 임언·박천수·최지희: 한국인의 직업의식 및 직업윤리(2010), 한국직업능력개발원, 2010.
- 정종섭: 헌법학원론 제8판, 박영사, 2013.
- 정형근: 변호사 징계제도 연구, 법무부 연구용역 과제 보고서, 2011.

- 조규창: 로마형법, 고려대학교 출판부, 1998.
- 참여연대 사법감시센터: 변호사법 전부개정안에 대한 의견 - 법무부 입법예고(공고 제2012-171호) 『변호사법 전부 개정법률(안)』에 대한 의견, 참여연대 사법감시센터, 2012.
- 참여연대 사법감시센터: “이런 변호사인 줄 진작 알았다면 좋았을텐데” [변호사징계정보 검색서비스 운영 3주년] 징계사례 460건 분석, 사법감시 통권 제30호, 참여연대 사법감시센터, 2010, 15-26.
- 표명환: 독일연방헌법재판소의 약국판결과 우리 헌법상의 직업의 자유의 해석론, 헌법학연구 제15권 제1호, 한국헌법학회, 2009, 423-453.
- 허영: 한국헌법론. 전정9판, 박영사, 2013.
- 헌법재판소: 헌법재판소에 의한 헌법재판이 우리 사회에 미친 영향(정책개발연구 제1권), 헌법재판소, 2010.
- 홍성방: 직업의 자유의 제한과 그 한계, 고시계 2000. 5.
- 홍성방: 직업선택의 자유, 고시계 2002.2.

2. 독일문헌

- Böse, M.: Strafen und Sanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht, Köln 1998.
- Braum, S.: Vom Schuldprinzip im nach-präventiven Strafrecht, KritV 2003, S. 22 ff.
- Bruns, H.-J.: Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im StGB-Entwurf von 1956, ZStW 1959, S. 210 ff.
- Busch, T.: Die deutsche Strafrechtsreform. Ein Rückblick auf die sechs Reformen des Deutschen Strafrechts (1969 - 1998), Baden-Baden 2005.
- Dessecker, A.: Gefährlichkeit und Verhältnismäßigkeit. Eine Untersuchung zum Maßregelrecht, Berlin 2004.
- Diemer, H.: Karlsruher Kommentar zur StPO (KK-StPO/GVG-Bearbeiter), 6. Aufl., München 2008.
- Dölling, D./Duttge, G./Rössner, D. (Hrsg.): Gesamtes Strafrecht. StGB - StPO - Nebengesetze. Handkommentar (HK-GS-Bearbeiter), 2. Aufl., Baden-Baden 2011.

- Eser, A./Huber, B. (Hrsg.): Strafrechtentwicklung in Europa Band 4,3, Freiburg 1995.
- Eser, A.: Zur Entwicklung der Maßregeln der Besserung und Sicherung als zweite Spur im Strafrecht, in: Britz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Heinz Müller-Dietz, München 2001, S. 213 ff.
- Fischer, Th.: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 60. Aufl., München 2013.
- Frisch, W.: Das Marburger Programm und die Maßregeln der Besserung und Sicherung, ZStW 1982, S. 565 ff.
- Frisch, W.: Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem, ZStW 1990, S. 343 ff.
- Frommel, M.: Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweckdiskussion Beziehungen zwischen Rechtsphilosophie, Dogmatik, Rechtspolitik und Erfahrungswissenschaften, Berlin 1987.
- Goldschmidt, J.: Strafen (Haupt- und Nebenstrafen) und verwandte Maßregeln unter Berücksichtigung der den Inhalt der Strafe bestimmenden Grundsätze des Strafvollzugs, in: Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts (VDA) Allgemeiner Teil, Band IV, Berlin 1908, S. 81 ff.
- von Heintschel-Heinegg: Strafgesetzbuch, 2. Aufl., München 2014.
- Hesse, K.: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1999.
- Jarrass, H. D./Pieroth, B.: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Kommentar 5. Aufl., München 2000.
- Jescheck, H.-H./Weigend, Th.: Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996.
- Kaiser, G.: Befinden sich die kriminalrechtlichen Maßregeln in der Krise?, Heidelberg 1990.
- Kaiser, G.: Kriminologie. Ein Lehrbuch, 3. Aufl., Heidelberg 1996.
- Katz, A.: Staatsrecht: Grundkurs im öffentlichen Recht, 18. Aufl., Heidelberg 2010.
- Kintzi, H.: Unbefriedigende Sanktionenlandschaft?, DRiZ 2003, S. 326 ff.

- Killias, M./Camathias, P./Stump, B.: Alternativ-Sanktionen und der “Net-widening”-Effekt - ein quasi-experimenteller Test, ZStW 2000, S. 637 ff.
- Klip, A.: Harmonisierung des Strafrechts - eine fixe Idee?, NStZ 2000, S. 626 ff.
- Koch, H.: Jenseits der Strafe, Tübingen 1988.
- Kohlrausch, E.: Sicherungshaft, ZStW 1924, 21 ff.
- König, P.: Ist das strafrechtliche Sanktionensystem reformbedürftig?, DRiZ 2003, S. 267 ff.
- Krekeler, W. u.a. (Hrsg.): Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts (HWiStR) Loseblattsammlung, Stand: Mai 1990 Köln.
- Kubink, M.: Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel, Berlin 2002.
- Lackner, K./Kühl, K.: StGB. Kommentar, 27. Aufl. München 2011.
- Laun, S.: Alternative Sanktionen zum Freiheitsentzug und die Reform des Sanktionensystems, Frankfurt am Main 2002.
- Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch (*LK-StGB-Bearbeiter*), 12. Aufl., Berlin, 2010.
- Leyendecker, N.-A.: (Re-)Sozialisierung und Verfassungsrecht, Berlin 2002.
- Löwe, E./Rosenberg, W.: Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz (*LR-StPO-Bearbeiter*), 26. Aufl., Berlin 2010.
- Lüdicke, L. (Übersetzer): Das französische Strafgesetzbuch/Code pénal: in Kraft getreten am 1. März 1994, 2. Aufl., Berlin 2009.
- Markwardt, M.: Reformbedürftigkeit des Maßregelrechts, in: Böttcher u.a. (Hrsg.), Verfassungsrecht, Menschenrechte, Strafrecht. Kolloquium für Walter Gollwitzer, Berlin 2004, S. 125 ff.
- Meier, B.-D.: Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl., Berlin 2009.
- Meyer-Goßner, L.: Strafprozessordnung (*StPO*), 55. Aufl., München 2012.
- Mühlemann, D.: Prävention von Wirtschaftsdelikten durch Berufsverbote, Diss. jur. Zürich 1987.
- Müller, S.: Sanktionen und Strafauswahl in Frankreich - Eine historische, rechtspolitische und dogmatische Analyse der Ermessensfreiheit des französischen Strafgerichts, Freiburg 2003.

- Müller-Dietz, H.: Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems, Heidelberg 1979.
- Münchener Kommentar zum StGB (*MK-StGB-Bearbeiter*), 2. Aufl., München 2005.
- Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch (*NK-StGB-Bearbeiter*), 3. Aufl., Baden-Baden 2010.
- Pollähne, H.: Kriminalprognostik - Untersuchung im Spannungsfeld zwischen Sicherheitsrecht und Rechtssicherheit, Berlin/Boston 2011.
- Roxin, C.: Strafrecht AT 1, 4. Aufl., München 2004.
- Satzger, H./Schmitt, B./Widmaier, G. (Hrsg.): Strafgesetzbuch. Kommentar (*SSW-StGB-Bearbeiter*), Köln 2009.
- Schäfer, G.: Praxis der Strafzumessung, 3. Aufl., München 2001.
- Schmidt, E.: Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., Göttingen 1965.
- Schneider, H.-J.: Kriminalpolitik an der Schwelle zum 21. Jahrhundert - Eine vergleichende Analyse zur Inneren Sicherheit-, Berlin/Newyork 1998.
- Schönke, A./Schröder, H.: Strafgesetzbuch Kommentar (*Sch/Sch-Bearbeiter*), 28. Aufl., München 2010.
- Stree, W.: Deliktsfolgen und Grundgesetz, Tübingen 1960.
- Streng, F.: Strafrechtliche Sanktionen, Stuttgart 2012.
- Streng, F.: Modernes Sanktionenrecht?, ZStW 1999, S. 827 ff.
- Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (*SK-StGB/Bearbeiter*), 8. Aufl., Köln 2013.
- Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung (*SK-StPO/Bearbeiter*), 4. Aufl., Köln, 2013.
- Tiedemann, K.: Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität. Allgemeiner Teil, Reinbeck/Hamburg 1976.
- Wagner, K.: Nebenstrafe-Ideologie im heutigen Strafrecht, Frankfurt am Main 2002.
- Wedekind, V.-K.: Die Reform des Strafrechtlichen Berufsverbots, Tübingen 2006.
- Weinrich, Ch.: Statusmindernde Nebenfolgen als Ehrenstrafen im Sanktionsystem

des StGB, 1. Aufl., Baden-Baden 2009.

Zieschang, F.: Das Sanktionensystem in der Reform des französischen Strafrechts im Vergleich mit dem deutschen Strafrecht, Berlin 1992.

3. 미국문헌

Archer, D.-N./Williams. K.-S.: Making America “The Land of Second Chances”: Restoring Socioeconomic Rights for Ex-Offenders, N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change vol. 30, 2006, p. 527.

Gowen, C. et al.: The ABA’ s Approach to Juvenile Justice Reform: Education, Eviction, and Employment: The Collateral Consequences of Juvenile Adjudications, A.B.A. Crim. Just. Sec., June 2011.

Harer, M.-D.: Recidivism Among Federal Prisoners Released in 1987, Office of Research & Evaluation, Fed. Bureau of Prisons, 1994.

Holzer, H.-J. et al.: Perceived Criminality, Criminal Background Checks, and the Racial Hiring Practices of Employers, J. L. & ECON. vol. 49, 2006, p. 451.

Mossoney, K.-R./Roecker, C.-A.: Ohio Collateral Consequences Project: Executive Summary, U. Tol. L. Rev. vol. 36, 2005, p. 611.

Pager, D./Quillian, L.: Walking the Talk? What Employers Say Versus What They Do, Am. Soc. Rev. vol. 70, 2005, p. 355.

Pager, D./Western, B.: Investigating Prisoner Reentry: The Impact of conviction Status on the Employment Prospects of Young Men, 2009.
<http://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/228584.pdf>.

Silva, L.-R.: In Search of a Second Chance: Channeling BMW v. Gore and Reconsidering Occupational Licensing Restrictions, U. Kan. L. Rev. vol. 61, 2012, p. 495.

The Bronx Defenders: Civil Action Project, The Consequences of Criminal Proceedings in New York State: A Guide for Criminal Defense Attorneys and Other Advocates for Persons with Criminal Records 2004,10.

- The Reentry of Ex-Offenders Clinic University of Maryland School of Law, A Report on The Collateral Consequences of Criminal Convictions in Maryland, 2007.
- Travis, J.: Invisible Punishment: An Instrument of Social Exclusion, in: Marc Mauer & Meda Chesney-Lind (eds.), Invisible Punishment: The Collateral Consequences of Mass Imprisonment, 2003.
- Uggen, C.: Work as a Turning Point in the Life Course of Criminals: A Duration Model of Age, Employment, and Recidivism, Am. Socio. Rev. vol. 67, 2000, p. 529. <http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Collateral%20Consequences%20of%20Conviction%20Act>

Abstract

Untersuchung zur Einführung des Berufsverbots als Kriminalsanktion

Hark-Mo Daniel PARK

In der modernen Gesellschaft ist Beruf als „jede auf die Dauer berechnete und nicht nur vorübergehende, der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienende Betätigung“ sowohl für die Einzelnen wie auch für die Gesellschaft sehr von Bedeutung. So schützt der Staat die Berufsfreiheit als „ein umfassendes Grundrecht auf Beruf“ ausdrücklich in der Verfassung, wobei der Begriff „Beruf“ im Sinne der Verfassung denkbar weit verstanden wird. Die Berufsfreiheit schützt als ein einheitliches Grundrecht sowohl die Berufswahlfreiheit wie auch die Berufsausübungsfreiheit.

Geht es um eine staatliche Maßnahme, auf deren Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit zu überprüfen ist, ist zunächst zu prüfen, ob die Frage der Berufsfreiheit im Hinblick auf den konkreten Sachverhalt überhaupt einschlägig ist. Es kommt also in erster Linie auf den Schutzbereich an.

Selbst wenn der sachliche Schutzbereich der Berufsfreiheit eröffnet ist, ist noch zu fragen, ob die staatliche Maßnahme einen Eingriff in die Berufsfreiheit darstellt, welcher die beiden Aspekte der Berufsfreiheit betreffen kann, nämlich einerseits den Ausübungsaspekt (die Berufsausübungsfreiheit) und andererseits den Wahlaspekt (die Berufswahlfreiheit). Um einen Eingriff bejahen zu können, müssen Tätigkeiten betroffen sein, die typischerweise beruflich ausgeübt werden

und es muss eine nennenswerte Behinderung der beruflichen Tätigkeit durch die Regelung eintreten.

Wird ein Eingriff in die Berufsfreiheit bejaht, bedeutet dies nicht automatisch, dass es sich um eine verfassungswidrige Maßnahme handelt, denn auch Eingriffe in die Berufsfreiheit können gerechtfertigt sein. Hierzu hat das deutsche Bundesverfassungsgericht im „Apothekenurteil“ die sog. „Stufentheorie“ entwickelt, die auch in der koreanischen Rechtsprechung und Literatur weitgehend rezipiert wurde. Nach dem Bundesverfassungsgericht ist in der Prüfung der Rechtfertigung eine abgestufte Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen (BVerfGE 7, 377(405f.)).

Das Grundrecht solle die Freiheit des Individuums schützen, der Regelungsvorbehalt ausreichenden Schutz der Gemeinschaftsinteressen sicherstellen. Um beiden Forderungen gerecht zu werden, seien für das Eingreifen des Gesetzgebers stets auf der „Stufe“, die den geringsten Eingriff in die Freiheit der Berufswahl mit sich bringt. Die nächste „Stufe“ darf der Gesetzgeber erst dann betreten, wenn mit hoher Wahrscheinlichkeit dargetan werden kann, daß die befürchteten Gefahren mit Mitteln der vorausgehenden „Stufe“ nicht wirksam bekämpft werden können.

Erstens: Berufsausübungsregelungen können durch „vernünftige, zweckmäßige Gründe des Gemeinwohls“ gerechtfertigt werden. Zweitens: Subjektive Berufswahlbeschränkungen können als gebotene Vorkehrung zum Schutz „wichtiger Gemeinschaftsgüter“, die der Gesetzgeber nach politischer Zwecksetzung vorgeben kann, gerechtfertigt werden. Drittens: An objektive Berufswahlbeschränkungen werden aber die strengsten Anforderungen gestellt. Sie sind nur zulässig, wenn sie der Abwehr nachweisbarer bzw. höchstwahrscheinlich schwerwiegender Gefahren für „überragend wichtige“ Gemeinschaftsgüter dienen.

Ein Berufsverbot ist zwar der weitgehendste Eingriff in die Berufsfreiheit, jedoch wird durch das Berufsverbot die Sicherheit der Allgemeinheit als ein überragendes

Gemeingut geschützt, welche der Berufsausübungsfreiheit des Einzelnen vorgeht. Ein strafrechtliches Berufsverbot ist also eine zulässige Beschränkung der Berufsfreiheit, denn förmliche Gesetze können Schranken des Grundrechts darstellen.

Im koreanischen Strafgesetzbuch ist allerdings eine berufsbezogene Sanktion wie das Berufsverbot kaum aufzufinden. Unter Straftaten des § 41 des koreanischen Strafgesetzbuches sind zwar Aberkennung bzw. Verlust der Amtsfähigkeit aufgeführt, aber nach § 43, der deren Einzelheiten regelt, betreffen diese Sanktionen hauptsächlich Amtsträger, so dass sie mit einem Verbot allgemeiner beruflicher Tätigkeiten kaum zu tun haben.

Als ein Sonderstrafgesetz regelt das koreanische Kinder- und Jugendschutzgesetz, dass ein Verbot von beruflichen Tätigkeiten auch ausgesprochen werden kann, wenn der Täter die Anlasstat nicht in Ausübung der betreffenden Tätigkeit begangen hat. Zudem sollen bestimmte Sexualstraftaten zwingend zur Verhängung eines Tätigkeitsverbots führen. Das Verbot kann fast automatisch für 10 Jahre verhängt werden.

Bei der vorliegenden Untersuchung wurden zuerst der Begriff und die Bedeutung des Berufs, der Berufsfreiheit bzw. des Berufsverbots aus verfassungsrechtlichen Perspektiven zur Einleitung betrachtet. Dann wurde das Berufsverbot aus sanktionenrechtlichen Gesichtspunkten näher erläutert. Um einen Einblick in die gesamte Landschaft der aktuellen berufsbezogenen Sanktionen zu gewinnen, wurden die Inhalte und das Verfahren der Berufsgerichten bzw. der beruflichen Disziplinarverfahren kritisch analysiert, und zwar am Beispiel des Anwaltsgerichts und des Disziplinarverfahrens gegen den Mediziner. Die Analyse zeigt, dass das geltende Recht und die gegenwärtige Rechtspraxis kein zuverlässiges Bild über die berufsbezogenen Kriminalstrafen aufweisen.

In der rechtsvergleichenden Betrachtung wurden hauptsächlich die Regelungen der drei Länder über das Berufsverbot (Deutschland, Frankreich und USA) zur

Untersuchung herangezogen. Aus der einschlägigen deutschen Rechtsprechung ist erkennbar, dass das strafrechtliche Berufsverbot weitgehend nur gegen Angehörige bestimmter Berufsgruppen wie Ärzte, Rechtsanwälte und Kaufleute verhängt wird. Die Prognose der zukünftigen Gefährlichkeit des Täters scheint im Übrigen für die Strafgerichte besonders problematisch zu sein.

Angesichts der herausragenden Bedeutung eines Berufs geht man heute davon aus, dass von einem Berufsverbot eine starke Sanktionswirkung zu erwarten ist. Daneben zählt auch der Vorteil, dass dem Täter mit dem Berufsverbot in gewisser Hinsicht eine weitaus bessere Resozialisierungschance gewährt werden kann.

Im Hinblick darauf, in welcher Form das Berufsverbot als eine Kriminalsanktion ins Strafgesetzbuch eingeführt werden sollte, ist festzuhalten, dass sich weder eine Gestaltung nach dem Vorbild der Vermögensstrafe gem. § 43a StGB a.F. noch als Nebenstrafe anbietet. Denn die Verhängung eines Berufsverbots neben einer Hauptstrafe ist besonders problematisch, denn eine Verdopplung des Übels für den Betroffenen und die Opfergleichheit sind wenig überzeugend. So verdient die französische „Strafe-Lösung“ den Vorzug, während das deutsche „Maßregel-Modell“ u.a. wegen hoher Anforderungen an die Kriminalprognose de facto ein „totes System“ geworden ist. Im Übrigen ist für eine zuverlässige Kriminalprognose das Vollstreckungsgericht erforderlich, das die künftige berufsbezogene Rückfallgefahr in der Person des Verurteilten ordentlich beurteilen soll.

Bekanntermaßen kennt das koreanische Strafjustizsystem noch kein Vollstreckungsgericht, so dass Einführung des Berufsverbots als eine Maßregel jede Menge Probleme bei der Praxis aufwerfen könnte, und zwar im Hinblick auf die Kritikpunkte wie das Doppelbestrafungsverbot und den Etikettenschwindel.

Es empfiehlt sich von daher das Berufsverbot doch als eine Hauptstrafe zu gestalten, und zwar mit der Aussetzungsmöglichkeit. Die Kernvorschrift dürfte dann etwa folgendermaßen aussehen: „Wird jemand wegen einer rechtswidrigen Tat, die er unter Mißbrauch seines Berufs oder Gewerbes oder unter grober

Verletzung der mit ihnen verbundenen Pflichten begangen hat, zu einer Freiheitsstrafe von mindestens 6 Monaten verurteilt, so kann ihm das Gericht die Ausübung des Berufs, Berufszweiges, Gewerbes oder Gewerbebezweiges für die Dauer von 6 Monaten bis zu fünf Jahren verbieten.“

연구총서 13-AA-01

직업금지의 형사제재화 방안에 관한 연구

발 행 / 2014년 2월

발행인 / 박상옥

발행처 / 한국형사정책연구원

서울특별시 서초구 대봉로 114

(02)575-5282/5283

등 록 / 1990. 3. 20. 제21-143호

인 쇄 / 화신문화(주)

(02)2277-0624

보고서 내용의 무단복제를 금함

정가 7,000원

ISBN 978-89-7366-003-2 93360