

보안처분으로서 독일의 직업금지명령 - 의사의 범죄에 대한 대응을 중심으로 -

이 석 배*

I. 전문직의 직무상 범죄와 직업적 제재
II. 독일의 직업금지명령제도 일반론
1. 직업금지 규정의 역사
2. 직업금지 규정의 목적과 대상
3. 직업의 자유와 비례성의 원칙
4. 직업금지명령의 시점
5. 실무에서 직업금지명령
III. 직업금지명령을 위한 형식적 요건 - 직업 또는 업무관련 범죄
1. 위법한 행위
2. 유죄판결 또는 책임무능력으로 무죄판결
3. 직업 또는 영업 관련성 - 직업 혹은 영업을 악용 또는 중대한 의무위반
IV. 직업금지명령을 위한 실질적 요건 - 위험성
1. 직업 또는 영업을 수행과 관련된 재범의 위험
2. 중대한 범죄의 위험
3. 행위와 행위자에 대한 종합적 평가
V. 의사의 범죄에 대한 직업금지명령
VI. 나가며 - 시사점

I. 전문직의 직무상 범죄와 직업적 제재

전문직의 직업윤리위반에 대한 법적 제재는 오래된 논쟁거리이다. 특히 의사가 범죄로 형사처벌을 받는 경우 직업적 제재에 대한 논의는 우리나라만의

* 논문접수: 2021. 3. 3. * 심사개시: 2021. 3. 9. * 게재확정: 2021. 3. 29.
* 단국대학교 법과대학 법학과 교수, 법학박사 (straflaw@nate.com).

문제가 아니라 대부분의 문명국가에서 중요한 논의대상이며, 아직까지 의사들만큼 법과 직업윤리 사이의 논쟁이 있어온 직업은 없다.

변호사, 법무사, 공인회계사, 세무사, 변리사, 국가공무원, 사립학교 교직원 등 대부분 전문직의 경우 범죄의 종류를 불문하고 자격에 대한 제재를 예정하고 있으며, 「변호사법」 제5조, 「법무사법」 제6조, 「공인회계사법」 제4조, 「세무사법」 제4조, 「변리사법」 제4조, 「국가공무원법」 제33조, 「사립학교법」 제22조 등에서 직업적 제재를 규정하고 있다.¹⁾

의료인의 경우 다른 전문직과 달리 현행 「의료법」 제8조제4호에 따라 의료법, 의료관련법 위반 이외에는 「형법」 제233조, 제234조(허위진단서작성 및 동행사죄), 제269조, 제270조(낙태의 죄), 제317조제1항(업무상비밀누설죄), 제347조(사기죄: 허위청구에 한함)의 경우만을 취소사유로 하고 있다. 과거 2000. 7. 13. 시행된 「舊의료법」(법률 제6157호, 2000. 1. 12., 일부개정) 이전에는 “금고이상의 형의 선고를 받고 그 형의 집행이 종료되지 아니하거나 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자”의 경우, 「舊의료법」 제8조제1항제5호, 제52조제1호에 따라 면허 취소사유에 해당하여, 보건복지부장관은 그 면허를 취소할 수 있었다.²⁾

현행 「의료법」에 따를 때 살인죄, 강간죄, 강제추행죄 등 일반 형사범죄의 경우에도 의사의 면허에 대한 제재를 가할 수 있는 가능성은 낮다. 「의료법」 제66조제1항제1호에 “의료인의 품위를 심하게 손상시키는 행위를 한 때” 자격정지가 가능하도록 규정하고 있지만, 「동법시행령」 제32조(의료인의 품위 손상행위의 범위)에 형사처벌이 규정되지 않아, 실제로 형사범으로 면허가 취소

1) 여기서 직무관련 범죄에 한정하고, 과산선고와 관련된 내용은 검토하지 않는다.

2) 당시 제안이유에도 단순히 “금고 이상의 형을 선고받은 자에 대한 의료인의 결격사유 및 면허취소사유를 의료법 또는 보건의료와 관련되는 법령을 위반하여 금고이상의 형의 선고를 받은 경우로 조정함(法 제8조제1항제5호 및 제52조제1항)”이라고 기술되어 있을 뿐 이렇게 개정하는 본질적인 이유에 대한 설명은 없다. 다만 2000년 의약분업을 추진하는 과정에서 반대급부로 의료법 개정이 이루어진 것으로 추정하기도 한다. 범죄 저질러도 ‘5년 취소’ 그치는데...백신 접종 불모 삼는 의사들, 한겨레 2021. 2. 22.자 참고. 당시 논란이 되었던 보라매병원 사건도 관련이 있을 것으로 보인다.

될 가능성은 거의 없는 것으로 보인다.³⁾ 즉, 의료인의 경우 성범죄⁴⁾와 의료법이 규정하고 있는 범죄를 제외한 나머지 범죄를 저지른 때에는 의사로서 업무를 수행하는 데에 영향이 없다. 또한 「의료법」 제65조제2항에서 면허가 취소된 자라도 취소의 원인이 된 사유가 없어지거나 개선(改悛)의 정이 뚜렷하다고 인정되면 범죄의 종류에 따라 1년에서 3년이 지나면 면허를 재교부할 수 있는 것으로 규정하고 있다. 2019. 10. 2. 기동민 의원실에 따르면 2015년부터 2019년 6월까지 면허 재교부 신청은 총 55건이었으며, 당시 심사 중인 1건을 제외한 53건이 승인되고 단 1건만 재교부되지 않았다.⁵⁾ 설령 면허가 취소되더라도 대부분의 경우 면허가 재교부 되고 있는 것이 현실이다. 의료인의 사회적 지위, 국민건강에서 차지하는 역할, 다른 전문직역과 비교 등을 고려할 때, 과연 이러한 현행법의 입장이 타당한지에 대하여는 의문이 있다. 또한 특정 범죄와 관련되어 면허의 취소가 있었던 경우 의료인은 유독 ‘원인이 된 사유가 없어지거나 개선(改悛)의 정이 뚜렷’한 예가 위의 통계처럼 거의 모든 경우에 해당하는지 하는 행정실무에도 문제가 있다.

최근 의사의 범죄에 대한 면허취소사유의 확대하는 「의료법개정안」과 관련하여 대한의사협회는 크게 반발하고 있다. 특히 직무와 관련 없는 범죄에 대하여 면허취소의 위험성을 지적하고 있다.⁶⁾ 하지만 전문직의 경우 특히 그 직무의 지속적 수행이 재범의 위험성을 징표한다면, 그 직무를 지속하지 못하도록 하는 것이 타당하다.

직업금지 명령제도는 의료인뿐만 아니라 전문직의 경우 면허의 유지와 무관하게 특정업무수행을 제한함으로써 공공을 범죄로부터 보호하는 형사정책

3) 「약사법」 제5조, 제79조도 특정한 범죄에 한하여 결격자유로 규정하고 있다.

4) 성범죄자의 취업제한은 의료인에게만 특별한 것이 아니다.

5) 취소된 의사면허도 신청만 하면 재교부?...“중신면허” 비판, 청년의사 2019. 10. 2.자 2016. 10. 인재근 의원실에서도, 당시 기준으로 10년 간 의료인의 면허 재교부 신청은 총 94건으로 모두 재교부 승인이 되었으며, “의료인이 면허 취소 후 재교부를 신청하면 승인이 100%로 자격 관리가 허술하게 이뤄지고 있다”고 밝혔었다. (2016. 10. 14.자 인재근 의원실 보도자료 참고).

6) “중범죄 시 의사면허 취소”...의료법 개정에 의협, “약법” 격앙, 뉴스핌 2021. 2. 20.자

적 목적을 달성하는 제도로, 형법상 형벌로서 자격정지나 자격상실이나 의료법상 결격사유 또는 면허취소와 다른 점은 면허의 유지여부와 관계없이 법원이 재범의 위험성에 따라 직무를 제한하는 것으로 구체적인 사안에 따라 범죄와 직접 관련된 특정 업무범위만을 제한하는 것이 가능하다는 점이다.

현재 대표적으로 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제56조(아동·청소년 관련기관등에의 취업제한 등)에서, 법원은 아동·청소년대상 성범죄 또는 성인대상 성범죄로 형 또는 치료감호를 선고하는 경우에는, 재범의 위험성이 현저히 낮은 경우 또는 그 밖에 취업을 제한하여서는 아니 되는 특별한 사정이 있다고 판단하는 경우를 제외하고, 판결로 그 형 또는 치료감호의 전부 또는 일부의 집행을 종료하거나 집행이 유예·면제된 날(벌금형을 선고받은 경우에는 그 형이 확정된 날)부터 일정기간 동안 다음 각 호에 따른 시설·기관 또는 사업장을 운영하거나 아동·청소년 관련기관 등에 취업 또는 사실상 노무를 제공할 수 없도록 하는 명령을 성범죄 사건의 판결과 동시에 선고하여야 하는 것으로 규정하고 있다. 그 이외에 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제14조도 특정경제범죄에 대하여 일정기간 동안 취업제한을 규정하고 있다.⁷⁾

헌법재판소는 성범죄자의 의료기관개설과 의료인의 취업제한에 대하여 “법률조항은 의료기관의 운영자나 종사자의 자질을 일정 수준으로 담보하도록 함으로써, 아동·청소년을 잠재적 성범죄로부터 보호하고, 의료기관의 윤리성과 신뢰성을 높여 아동·청소년 및 그 보호자가 이들 기관을 믿고 이용할 수 있도록 하는 입법목적은 지니는바 이러한 입법목적은 정당하다.”고 판시하면서도, “그러나 이 사건 법률조항이 성범죄 전력만으로 그가 장래에 동일한 유형의 범죄를 다시 저지를 것을 당연시하고, 형의 집행이 종료된 때부터 10년이 경과하기 전에는 결코 재범의 위험성이 소멸하지 않는다고 보며, 각 행위의 죄질에 따른 상이한 제재의 필요성을 간과함으로써, 성범죄 전력자 중 재범의 위험성이 없는 자, 성범죄 전력이 있지만 10년의 기간 안에 재범의 위험성이 해소될 수

7) 특정경제범죄법의 취업제한에 대하여 자세하게는 김정환·홍사윤, “특정경제범죄법상 취업제한제도의 형벌로서의 법적 성격 규명”, 형사정책(제32권 3호), 2020, 95면 이하 참고.

있는 자, 범행의 정도가 가볍고 재범의 위험성이 상대적으로 크지 않은 자에게 까지 10년 동안 일률적인 취업제한을 부과하고 있는 것은 침해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 원칙에 위배된다. 따라서 이 사건 법률조항은 청구인들의 직업선택의 자유를 침해한다.”는 입장을 취했다.⁸⁾ 이 헌법재판소 결정의 취지는 재범의 위험성과 무관하게 획일적으로 의료기관개설 또는 취업의 제한 기간을 동일하게 규정하고 있는 것이 과잉금지 원칙에 반한다는 것으로 취업제한제도 자체에 대하여는 정당성을 인정하면서도 비례성의 원칙을 고려하지 않은 점이 헌법에 위반된다는 것이다.

현재 일부 범죄에 대하여 특별법에서 규정하고 있는 취업제한제도는 유럽의 각국에서 형벌 또는 보안처분으로 규정하고 있는 직업금지명령제도를 그 근간으로 하고 있다. 보안처분으로서 직업금지명령제도는 범죄의 종류와 정도에 따라 개별적으로 비례성원칙에 맞게 법원이 직업수행의 기간과 범위를 제한하는 것으로, 우리 헌법재판소 결정의 취지에도 부합할 수 있는 제도로 보인다. 물론 직업금지명령은 의사에 국한된 제도는 아니지만, 의료법 개정을 통한 의사의 면허유지여부와 관련된 최근의 논의와 달리 의사에게도 면허의 유지여부와 무관하게 일반적인 보안처분으로서 구체적인 범죄의 종류와 재범의 위험성에 따라 적용이 가능하다는 점에서 직업금지명령제도를 검토하고 의사에게 적용되는 사례들을 검토하는 것은 의미가 있다.

아래에서 독일의 직업금지명령제도 일반론을 검토하고(II), 직업금지명령의 형식적 요건인 직무관련성(III)과 실질적 요건인 위험성(IV)을 검토한 후, 실제 독일에서 의사에게 범죄에 따라 내려진 직업금지명령 사례를 중심으로 적용가능성을(V) 검토한 후, 우리나라에 시사점을 검토하기로 한다(VI).

8) 헌법재판소 2016. 3. 31. 선고 2013헌마585,786, 2013헌바394, 2015헌마199,1034,1107(병합) 전원재판부 결정.

II. 독일의 직업금지명령제도 일반론

1. 직업금지 규정의 역사

독일의 직업금지명령제도는 1933년 11월 24일 「舊독일형법」 제42조제1항에 처음으로 도입되었다. 형법에 이 규정이 도입되기 전까지 직업금지의 조치는 오로지 행정청에 의해서만 이루어질 수 있었다.⁹⁾ 이후 1935년 6월 28일 현행 「독일형법」 제70조a, 제70조b 규정의 모델인 제42조제4항이 추가되었고, 1969년 6월 25일 「제1차형법개혁법」에 따른 편집상 변경에도 형법개혁까지는 변경되지 않고 그대로 유지되었다. 오늘날 「독일형법」 제70조 이하의 직업금지명령 규정들은 「제2차형법개혁법」에 의한 것이고, 제70조제1항과 제2항의 편집상 변경은 형법개혁법률초안(Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Strafrechts)의 제18장 제35호와 제36호를 통해서 이루어졌으며, 나아가 1962년 정부초안 제101조, 제106조부터 108조까지 거슬러 올라간다.¹⁰⁾ 직업금지명령을 예컨대 「프랑스형법」¹¹⁾¹²⁾과 같이 형벌의 일종으로 규정하자

9) SK-Horn, §70 StGB Rn. 1. 독일도 그 이전에는 우리나라와 유사하게 행정청에 의한 면허의 취소, 정지제도만을 가지고 있었다.

10) “연방정부는 1954년 이후 형법 전면개정을 위한 통일적이고 체계적인 입법 작업을 추진하게 되었다. 이러한 노력의 일환으로 1962년 「정부초안(Regierungsentwurf)」이 발표된 데 이어 1966년에는 14명의 형법교수들이 작성한 「대체초안(Alternativentwurf)」이 연방의회에 제출되었다. 특히 「대체초안」은 형벌의 한계와 효과를 지금까지와는 근본적으로 다르게 규정하고 있는 개정안으로서 연방의회의 심의 과정에서 압도적인 지지를 받았다. 그 후 이러한 「대체초안」의 내용을 반영하고 있는 두 개의 「형법개정법률초안(Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Strafrechts)」이 연방의회에서 통과되어 「제1차형법개정법률(Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts)」과 「제2차 형법개정법률(Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts)」의 명칭 하에 정식법률로 채택되었다.” 이 점에 대하여는 법무부 편, 독일형법 (2008), 법무부 참고.

11) 「프랑스형법」 제131-6조 【구금형을 대체하는 권리박탈형 또는 권리제한형】 구금형에 처하여지는 경죄를 범한 경우 다음 각 호의 권리박탈형이나 권리제한형 중 하나 또는 수개의 형을 선고할 수 있다.

11. 의도적으로 직업 활동 또는 사회활동으로 인한 편의를 범죄의 준비 또는 실행에 이용한 경우 그 직업 활동 또는 사회활동에 대한 5년 이하의 수행금지. 다만, 선거에 의한 위임사무 또는 노동조합의 책임사무를 수행하기 위한 활동은 금지할 수 없으며, 언론범죄의 준비나 실행과 관련된 직업 활동 또는 사회활동 역시 금지할 수 없다.

프랑스형법 제131-7조 【벌금형을 대체하는 권리박탈형 또는 권리제한형】 벌금형에만

는 견해가 지속적으로 주장되었지만,¹³⁾ 형법개혁의 논의에서 받아들여지지 않았다.

현행 규정은 「舊독일형법」 제42조제1항에 비하여 특히 다른 보안처분들과 다른 직업금지명령의 전제조건과 법적 효과를 좀 더 명확하게 규정함으로써 다른 보안처분들과 조화를 이루게 되었다.¹⁴⁾ 이 직업금지명령은 법원의 판결 이전에도 직업금지를 가능하도록 하는 「독일형사소송법」 제132조a를 통해서 소송법적으로 보완되었다.

가. 「독일형법」 제70조 [직업금지명령]¹⁵⁾

① 자신의 직업 또는 영업을 악용하여 또는 그것과 관련된 의무를 위반한 위법행위로 인하여 유죄선고를 받거나 또는 단지 책임무능력이 증명되거나 또는 배제되지 않아 유죄선고를 받지 않은 경우, 법원은 행위자와 행위에 대한 종합평가를 통해 직업, 직업 일부, 영업 혹은 영업 일부의 계속되는 수행 중에 규정된 유형의 **중대한**¹⁶⁾ 위법행위를 범할 위험이 있는 것으로 인정된다면 그에게 1년 이상 5년 이하 동안 직업, 직업 일부, 영업 또는 영업 일부의 수행을 금지할 수 있다. 법정 상한이 행위자로부터 예상되는 위험의 방지를 위하여 충분하지 않은 것으로 예상되는 경우에는 직업금지를 영구히 명할 수 있다.

② 행위자에게 직업, 직업 일부, 영업 또는 영업 일부의 수행이 잠정적으로 금지된 경우(형사소송법 제132조a), 금지기간의 하한은 유효했던 잠정적인 직업금지 기간만큼 단축한다. 다만, 이는 3월을 넘어서는 아니 된다.

처하여지는 경죄를 범한 경우에도 제131-6조에 규정된 권리박탈형 또는 권리제한형을 선고할 수 있다.

12) 이 글에서 법률 번역은 원칙적으로 독일, 프랑스의 형법, 형사소송법 등은 원칙적으로 법무부 번역본에 따름.

13) Weber, NJW 1951, 699.

14) LK¹²-Hanack, vor §70 StGB Rn. 1.

15) 「독일형법」 제70조a 【직업금지의 유예】, 제70조b 【직업금지의 유예와 종료의 취소】를 규정하고 있다.

16) 법무부 번역본에는 ‘현저한’으로 번역되어 있으나 문맥상 ‘중대한’이 더 적합하다.

③ 직업금지가 유효한 동안, 행위자가 다른 사람을 위하여 직업, 직업 일부, 영업 또는 영업 일부를 수행하거나 또는 그의 지시를 받는 타인을 통해 자신을 위하여 이를 수행하게 해서는 아니 된다.

④ 직업금지는 판결의 확정과 함께 효력을 갖는다. (당해)범죄로 인해 명하여진 잠정적인 직업금지 기간은 그 기간이 보안처분의 근거가 되는 실질적인 확정을 마지막으로 심사할 수 있었던 판결의 고지 이후에 경과된 경우에 한하여 금지기간 안에 산입된다. 행위자가 관청의 명령으로 시설 내에 감호된 기간은 산입되지 아니한다.

2. 직업금지 규정의 목적과 대상

이 규정은 특정한 직업 또는 영업의 수행과 관련된 특별한 위험으로부터 공공의 보호를 목적으로 하는 보안처분이다.¹⁷⁾ 이에 따라 일부 견해는 직업금지가 “주요” 보호목적에 기여하는 것으로 해석하기도 한다.¹⁸⁾ 직업금지명령이 특수한 위험으로부터 공공을 보호하는 목적을 가진 것이기는 하지만, 직업금지명령도 보안처분의 일종이고, 보안처분은 적어도 행위자에 대한 재사회화의 목적을 포기할 수 없기 때문이다. 재사회화의 관점을 전혀 고려하지 않는 직업금지명령은 인정할 수 없다. 모든 보안처분이 그러하듯 직업금지도 특별예방적 관점이 중요하며, 책임의 양이나 응보, 일반예방적 관점 등은 고려대상이 아니다.¹⁹⁾ 즉 직업금지명령과 그기간의 확정은 특별예방적 관점에 따라야 하며, 법률에 규정된 요건을 충족하는 경우에 사실심 법관은 특별예방적 관점에서 직업금지명령을 내릴 수 있다. 보안처분이기 때문에 책임무능력으로 처벌되지 않은 경우에도 직업금지명령은 가능하다.

17) OLG Karlsruhe StV 1993, 403, 404; MK³-Bockemühl, §70 StGB Rn. 2; LK¹²-Hanack, §70 StGB Rn. 1; Lackner/Kühl²⁶, §70 StGB Rn. 1; Sch/Sch²⁷-Stree, §70 StGB Rn. 1.

18) Maurach/Gössel/Zipf, AT §69 Rn. 34.

19) OLG Karlsruhe StV 1993, 403, 404; MK³-Bockemühl, §70 StGB Rn. 2; LK¹²-Hanack, §70 StGB Rn. 3; Lackner/Kühl²⁶, §70 StGB Rn. 1; Sch/Sch²⁷-Stree, §70 StGB Rn. 1.

소년법과 초기성년²⁰⁾(「독일소년법」 제105조)에 대하여는 보안처분이 허용되지 않는다(「독일소년법」 제7조). 하지만 형법에 따라 유죄판결을 받은 초기성년에 대하여는 직업금지명령이 가능하다. 물론 이 때 보안처분은 초기성년의 장래 직업상 생애에 대하여 직업금지가 갖는 의미와 관련하여 특히 신중한 심사가 필요할 것이다.

법인에 대하여는 보안처분이 불가능하다. 하지만 법인의 기관에 대하여는 당연히 직무수행을 금지하는 직업금지명령이 가능하다.

지배적 견해에 따르면 본인이 속한 직업군(예컨대 의사협회나 변호사협회)에서 직업법적 제재나 행정법적 제재를 통해 제명될 수 있거나 행정법상 제재로 영업금지를 받을 수 있는 경우는 물론 이미 주무관청이 이미 면허를 취소, 철회, 정지한 경우에도 「독일형법」 제70조제1항, 「독일형사소송법」 제132조a에 따른 직업금지명령은 가능하다.²¹⁾ 직업금지명령은 직무수행만을 금지하고 면허 자체와는 무관하기 때문에, 이와 별개로 면허주무관청은 자체 결정위원회에서 직업금지명령을 받은 자의 면허를 취소, 철회, 정지할 수 있다.

법원이 직업금지명령을 선고하지 않은 경우에도 주무관청은 면허에 대한 처분을 할 수 있다는 점에는 견해가 일치하나, 법원의 직업금지명령이 주무관청을 구속하는지에 대하여는 다툼이 있다.²²⁾ 독립적이라는 견해는, 보안처분으로서 직업금지명령의 목적과 의사면허제도의 목적이 전혀 다르고, 「형법」, 「형사소송법」, 「연방의사법(BÄO; Bundesärzteordnung)」에 전혀 다른 요건을 두고 있기 때문에 주무관청은 항상 독립적이고 자신들의 요건에 따라 판단해야 한다고 한다.²³⁾ 반면에 구속력을 인정하는 견해는 형사법원이 직업법적

20) 초기성년(Heranzwachsende)은 소년법상 소년과 같이 취급되는 18세에서 21세 사이의 갓 성년이 된 자를 말한다.

21) BGH NJW 1975, 2249; OVG NRW, Urteil v. 30. 1. 1997 - Az. 13 A 2587/94; BverwG, NJW 1963, 875; LK¹²-Hanack, §70 StGB Rn. 6; NK-Lemke, §70 StGB Rn. 6.

22) Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts³, §8 Rn. 38.

23) OVG NRW, Urteil v. 30. 1. 1997 - Az. 13 A 2587/94; Rieger/Kiesecker, Lexikon des Arztrechts², Stichwort: Berufsverbot, Nr. 940 Rn. 4; Ulsenheimer, Arztstrafrecht³, II §3 Rn. 511.

징벌도 포함하여 모든 관점을 이미 고려하여 심사한 것이고, 거기서 이미 결정적인 직업정책적 관점 또한 고려하여 결정한 것이기 때문에, 일사부재리(ne bis in dem)의 원칙에 반한다는 입장을 취한다.²⁴⁾

3. 직업의 자유와 비례성의 원칙

직업금지에는 「독일기본법」 제12조에서 보장하는 직업의 자유라는 기본권에 대한 중대한 침해를 수반한다는 점이 판례와 학계에서 지적되고 있다.²⁵⁾ 직업 금지는 금지의 범위에 따라서 일정한 직업 또는 영업을 선택할 수 없도록 하기 때문에, 경우에 따라서 당사자에게 형벌보다 훨씬 더 강한 영향을 미칠 수 있고,²⁶⁾ 재사회화를 방해할 수도 있다.²⁷⁾ 특히 직업금지의 범위가 당사자가 유사한 직역으로 옮기는 것까지 완전히 불가능하게 정해지는 경우에는 더욱 더 그러하다.

하지만 개인의 자유는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 제한이 가능하기 때문에, 공공의 보호를 목적으로 구체적인 범죄자에 대하여 선고하는 직업 금지는 이 규정의 목적과 비례성의 원칙을 엄격하게 적용하여 「독일기본법」 제12조 직업의 자유와 충돌을 피할 수 있다고 해석하는 것이 독일의 지배적 견해이다.²⁸⁾

4. 직업금지명령의 시점

본래 보안처분으로서 직업금지는 판결에서 유죄선고와 연결되어 명령되지

24) Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts³, §8 Rn. 38; Narr/Hess/Schirmer, Ärztliches Berufsrecht, Rn. 99.

25) BGH VRS 15, 110; BGH MDR 1968, 550; BGH StV 1982, 72, 73; BGH NSStZ 1990, 580; MK³-Bockemühl, §70 StGB Rn. 3; LK¹²-Hanack, §70 StGB Rn. 2; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT⁵, §78 III 1; NK-Lemke, §70 StGB Rn. 1; Sch/Sch²⁷-Stree, §70 StGB Rn. 1.

26) MK³-Bockemühl, §70 StGB Rn. 3; NK-Lemke, §70 StGB Rn. 3.

27) LK¹²-Hanack, §70 StGB Rn. 2.

28) BVerfGE 25, 88, 101; MK³-Bockemühl, §70 StGB Rn. 3; LK¹²-Hanack, §70 StGB Rn. 3; NK²-Lemke, §70 StGB Rn. 3.

만, 법원은 긴급한 근거가 있는 경우에 판결이전에도, 즉 검찰 수사단계에서도 선제적으로 직업금지를 명령할 수 있다(「독일형사소송법」 제132조a²⁹⁾).³⁰⁾ 이 경우 「독일형법」 제70조제1항의 전제가 되는 위법한 범죄에 대한 긴급한 혐의가 존재하고 직업을 계속 수행하는 경우 중대하고 위법한 범죄를 저지를 고도의 개연성이 있어야 한다. 위험성의 판단은 특정된 사실에 입각해야 하고 공동체의 법익보호에 절대적으로 필요하다고 인정되어야 한다.³¹⁾ 왜냐하면 선제적 직업금지명령으로 나타나는, 기본법이 보장하는 직업의 자유(「독일기본법」 제12조제1항)에 대한 침해는 비례성의 원칙(「독일형법」 제62조)에 대한 엄격한 존중을 요구하기 때문이다.³²⁾ 따라서 수사절차의 초기단계에서 선제적 직업금지명령은 거의 불가능하지만, 공소제기 이후나 공판개시결정과 동시에는 가능하다.³³⁾ 선제적 직업금지명령을 포함하여, 직업금지명령을 위반한 경우에는 「독일형법」 제145조c³⁴⁾에 따라 처벌된다.

5. 실무에서 직업금지명령

법률규정에도 불구하고 실제로 법원의 판결에서 직업금지명령이 자주 선고되지는 않는다.³⁵⁾ 대체로 사실심 재판에서 의사의 중대범죄와 경제범죄의 영역에서 행해진 불법과 실제로 관련된 현저한 범죄경향이 있는 경우 드물게 직업금

29) 「독일형사소송법」 제132조a 【명령-취소】 ① 직업금지(형법 제70조)를 명령할 유력한 근거가 존재하는 경우, 판사는 결정으로 피의자가 직업, 직업의 일부, 영업 또는 영업의 일부에 종사하는 것을 일시적으로 금지할 수 있다. 형법 제70조 제3항을 준용한다. ② 일시적 직업금지의 사유가 존재하지 않거나 법원이 판결에서 직업금지를 명령하지 않은 경우에는 이를 취소하여야 한다.

30) AG Bochum, MedR 1988, 161f.; AG Dortmund, Beschluss v. 17. 8. 2000, 8 Ls 49 Js 52/99 AK 4100.

31) Ulsenheimer, Arztstrafrecht³, II §3 Rn. 511.

32) BVerfGE 48, 296; KK⁷-Bonjong, StPO §132a Rn. 5.

33) OLG Koblenz, wistra 1997, 280.

34) 「독일형법」 제145조c 【직업금지위반】 형법상 금지되어 있음에도 불구하고 자기 또는 타인을 위하여 직업, 직업의 일부, 영업 또는 영업의 일부를 수행하거나 타인으로 하여금 자기를 위하여 수행하게 한 자는 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

35) 이에 대한 비판으로는 대표적으로 Kaiser, Befinden sich die strafrechtlichen Maßregeln in der Krise? (1990), S. 41f.

지명령이 선고되고 있다.³⁶⁾ 그 이유에 대한 실증적 연구를 찾기는 어렵지만, 대체로 법원이 보안처분을 내리기 위해 고려하는 상황에서 함께 고려하게 될 직업 금지가 갖는 단호하면서도 재사회화에 친화적이지 못한 성격, 직업 또는 영업의 수행에 따른 행위자의 위험성을 명백하고 충분하게 예측하기 어렵다는 점, 직업 또는 영업의 악용(남용)이 형법외적 방식으로도 해결될 수 있는 상황 등이 법원에게 직업금지명령을 어렵게 만드는 요인이라고 생각해 볼 수 있다.³⁷⁾

III. 직업금지명령을 위한 형식적 요건 - 직업 또는 업무관련 범죄

1. 위법한 행위

직업금지 명령을 위한 첫 번째 요건은 위법한 행위이다. 다른 보안처분들과 마찬가지로 질서위반법 위반으로는 직업금지를 명할 수 없다. 범죄형태는 특별한 의미가 없다. 즉 기수·미수, 정범·공범은 물론 가벌적인 예비행위에 대하여도 모두 직업금지명령이 가능하다.³⁸⁾

처음 1933년 직업금지제도를 도입할 때 「舊독일형법」 제42조가 3개월 이상의 자유형 유죄판결을 요건으로 하였던 것을 포기하고, 1969년 7월 4일 「제2차형법개혁법」에서 위법한 행위로 규정하였다. 그 배경은 보안처분의 성격상 책임무능력 행위자를 포함하고, 책임비난의 중점을 두는 것이 아니라 행위자의 위험성에 중점을 두기 위해서라고 한다.³⁹⁾ 하지만 최소 1년의 보안처분 기간이 비례성원칙에 비추어 볼 때 행위자의 위험성에 중점을 둔다는 것은 설득력이 없다는 비판도 있다.⁴⁰⁾ 직업금지명령의 근거로 요구되는 위험성을 확실

36) 경제범죄의 영역에 대하여 직업금지명령을 확장하여야 한다는 입장으로는 대표적으로 Tiedemann, FS-Wallmann, S. 369.

37) LK¹²-Hanack, §70 StGB Rn. 4; NK²-Lemke, §70 StGB Rn. 4.

38) LK¹²-Hanack, §70 StGB Rn. 7; NK²-Lemke, §70 StGB Rn. 11.

39) LK¹²-Hanack, §70 StGB Rn. 8.

히 인정하기 위하여, 하나의 범죄행위가 장래에 중대한 형법상 범죄와 관련된 행위자의 위험을 확실히 예상할 수 있는 범죄의 유형과 강도가 인정되어야 하는데, 하나의 범죄행위로 이러한 위험성이 의심없이 인정될 수 있는지에 대한 의문이 제기되기도 한다.⁴¹⁾

2. 유죄판결 또는 책임무능력으로 무죄판결

위법한 행위로 유죄판결을 받은 경우뿐만 아니라 책임무능력으로 무죄판결을 받은 자에게도 직업금지명령이 가능하다. 여기서 유죄판결은 실제로 처벌될 것을 요하지 않기 때문에 「독일형법」 제60조⁴²⁾에 의해서 형이 면제된 경우에도 직업금지명령은 가능하다.⁴³⁾ 또한 책임무능력이나 변론무능력으로 검사가 공소를 제기하지 않는 경우에, 「독일형사소송법」 제413조⁴⁴⁾ 이하에 따라 형벌과 독립적인 직업금지명령이 가능하다.⁴⁵⁾

3. 직업 또는 영업 관련성 – 직업 혹은 영업의 악용 또는 중대한 의무위반 가. “직업”과 “영업”

직업금지명령을 위해서는 판단의 기준이 되는 기존범죄는 「독일형법」 제70조에 기술된 방식으로 행위자의 직업 또는 영업과 관련성이 있어야 한다. 하지만 여기서 직업 또는 영업의 개념과 관련성의 정도에 대하여는 명확하게 기술

40) LK¹²-Hanack, §70 StGB Rn. 8.

41) SK-Horn, §70 StGB Rn. 3.

42) 「독일형법」 제60조 【형의 면제】 법원은 행위자에게 발생한 범죄행위의 (법적) 결과가 형의 판결이 명백히 잘못된 정도로 중한 경우에는 형을 면제한다. 이는 행위자가 범죄행위로 1년 이상의 자유형을 선고받은 경우에는 적용되지 아니한다.

43) MK³-Bockemühl, §70 StGB Rn. 8; LK¹²-Hanack, §70 StGB Rn. 10.

44) 「독일형사소송법」 제413조 【신청의 요건】 범죄행위자의 책임무능력이나 변론무능력을 이유로 검사가 형사절차를 수행하지 않는 경우, 검사는 독립적으로 보안처분명령을 신청할 수 있으며, 이는 그 명령이 법적으로 허용되어 있고 수사결과에 비추어 예상할 수 있을 만한 경우에 한한다.

45) MK³-Bockemühl, §70 StGB Rn. 9; LK¹²-Hanack, §70 StGB Rn. 10; SK-Horn, §70 StGB Rn. 8.

하고 있지 않으며, 직업과 영업의 경계도 명확하지는 않다.⁴⁶⁾ 예컨대 재화를 판매하는 영업을 하는 상인의 경우 직업과 영업은 중첩되며, 구별하는 것은 가능하지도 않고 의미도 없다. 또한 이 두 개의 개념이 다른 규정이나 법률에서 해석과 동일하지도 않다. 따라서 그 해석은 공공에 대한 특별한 위험성의 원천을 포함하는 직업의 특수한 직무행위로부터 공공을 보호하는 「독일형법」 제70조의 목적에 따라야 한다.⁴⁷⁾ 이 두 개념의 해석은 직업금지의 종류와 범위를 결정할 때 의미가 있다. 원칙적으로 위법한 업무는 「독일형법」 제70조에서 말하는 직업이나 영업에 속하지 않는다.

「독일형법」 제70조의 의미에서 “직업”은 특정한 전문지식과 관심이 요구되고 지속적으로 행해지는 업무로 특징지어진다. 여기서 법적으로 확정될 수 있는 “직업象(Berufsbild)”이 존재하는 업무이거나 그 사회에서 전통적으로 정착된 업무가 문제가 된다. 직업금지의 의미에서 직업은 경제적으로 의미가 있을 필요는 없고, 사회적 가치도 요구되지 않으며, 행위자의 주업인지 부업인지도 중요하지 않다.⁴⁸⁾ 따라서 다수의 직업을 가진 사람도 있을 수 있다. 예컨대 여기서 말하는 직업에는 꿈해몽가도 해당한다.⁴⁹⁾

과거에 “영업”을 자신의 재산관리에 기여하는 것뿐만 아니라 금전적인 수입을 올리기 위한 주업 또는 부업으로서 행위라고 해석하였다.⁵⁰⁾ 하지만 이러한 해석은 “직업”과 구별을 어렵게 하고 일반적인 “영업”에 대한 이해와도 차이가 있다. 「독일형법」 제70조의 의미에서 “영업”은 허용되는 특정 방식으로 상품, 재화 등의 생산, 처리, 유통, 판매 또는 서비스 제공의 “운영”을 유지하는 것이라고 해석하는 것이, “직업”과 구별하고, 특히 필요한 직업금지의 종류와 범위의 확정이 가장 명확하게 표현될 수 있으며, 「독일형법」 제70조 규정의 목적에 합

46) BGH wistra 2000, 459, 462; BGH NStZ-RR 2001, 241; LK¹²-Hanack, §70 StGB Rn. 12; NK-Lemke, §70 StGB Rn. 13; Sch/Sch²⁷-Stree, §70 StGB Rn. 5.

47) LK¹²-Hanack, §70 StGB Rn. 12.

48) LK¹²-Hanack, §70 StGB Rn. 13.

49) Maunz/Dürig-Scholz, Art. 12 GG Rn. 266ff.

50) LK⁸-Jagusch, §70 StGB Rn. 13; LK⁹-Hinrichsen, §70 StGB Rn. 13.

치할 수 있을 것이다. 「독일영업법(GewerbeO)」에서 “영업”의 개념과 동일하게 「독일형법」 제70조에서도 비록 그것이 “운영”과 관련될 지라도 1차산업(농·임·수산업), 예술, 학문과 고도의 기술을 필요로 하는 서비스제공은 일반적으로 “영업”에 포함시키지 않는다. 왜냐하면 이것들은 직업적 요소가 배후에 있고, 「독일형법」 제70조의 범위에서 직무수행의 유형과 구별을 통해 직업금지의 충분한 차별화에 대한 필요와 자연스럽게 마주하게 될 것이기 때문이다.

직업 또는 영업을 특별한 지식과 경험, 자격증이나 허가를 요구하는지는 고려대상이 아니며, 행위자가 영업주인지 피고용인인지, 전문가인지 단순기능인인지, 정규직인지 수습생인지도 중요하지 않다.⁵¹⁾

남편의 직장이나 영업장에서 함께 일하는 부인이나 자식도, 남편 부재 시에 그 직장이나 영업장을 유지한다면 직업 또는 영업을 수행하는 것이다.⁵²⁾ 따라서 가족에게도 「독일형법」 제70조의 직업금지 규정을 통해서 보호되는 이익이 있는 경우에는 직업금지가 선고될 수 있다.⁵³⁾

나. 직업 혹은 영업을 악용(남용)

위에서 언급한 위법한 행위는 직업 또는 영업을 악용(남용)으로 이루어져야 한다. 행위자가 스스로에게 직업 또는 영업 수행할 권한이 있다고 생각한 것으로는 부족하다.⁵⁴⁾ 행위자는 직업 또는 영업을 통해서 자신에게 주어진 가능성을 자신의 직업수행에서 의식적이고 계획적으로, 즉 고의로 범죄행위에 철저하게 이용했어야 한다.⁵⁵⁾ 직업수행이 위법한 범죄행위에 대한 원인이라는 순수한 사실상 가능성으로는 충분하지 못하고, 범죄행위가 직업수행 또는

51) LK¹²-Hanack, §70 StGB Rn. 15.

52) RG DJ 1940, 458; OLG Hamm DRZ 1948, 315.

53) Sch/Sch²⁷-Stree, §70 StGB Rn. 5.

54) BGH NStZ 1998, 567.

55) BGHSt 22, 144, 145; OLG Frankfurt NStZ-RR 2003, 113, 114; KG JR 1980, 247; RGSt 68, 397, 399; MK³-Bockemühl, §70 StGB Rn. 9; LK¹²-Hanack, §70 StGB Rn. 18, 20; Sch/Sch²⁷-Stree, §70 StGB Rn. 6.

영업행위 그 자체와 직접적으로 관련되어야 한다. 즉 범죄행위는 직업수행 혹은 영업행위와 직접적인 관련성을 가지고 있어야 하며, 적어도 정규적인 직무수행과 관련성을 갖는 행위여야 한다.⁵⁶⁾ 따라서 직업에 종사하기 전이나 직업활동의 종료 이후에 범한 범죄행위의 경우에는 직접적 관련성을 부정한다.⁵⁷⁾ 예컨대 독일연방대법원은 행위자가 과거 업무처리로 알게 된 사람에게 대출사기로 손해를 가한 경우에 직업의 악용(남용)을 인정하기에 충분하지 않은 것으로 보았다.⁵⁸⁾ 반면에 교사의 학생, 교관의 견습생에 대한 성추행,⁵⁹⁾ 체포된 테러리스트에게 관련 정보자료를 전달하고 무기밀매를 한 변호인,⁶⁰⁾ 의뢰인의 돈을 횡령한 변호사,⁶¹⁾ 자신의 통장에 들어있던 위법한 출처의 돈을 모두 의뢰인에게 보내준 공증인,⁶²⁾ 위조지폐를 발행한 인쇄업자,⁶³⁾ 의사의 불법 낙태행위⁶⁴⁾ 등과 같은 경우에 직업수행과 직접적인 관련성을 인정한다.

직업 또는 영업과 결합된 중대한 의무의 침해로 범해진 위법한 행위는 직업 또는 영업의 악용(남용)과 엄격하게 구별될 수는 없다.⁶⁵⁾ 다만 직업 또는 영업의 악용(남용)이 의식적·계획적으로 직업 또는 영업을 악용(남용)했어야 하는 것과 달리, 직업 또는 영업을 수행하면서 준수해야 할 의무에 대한 경시가 문제된다. 중대한 의무위반과 직업 또는 영업의 악용(남용)이 중첩되는 경우도 있을 수 있다. 예컨대 의사의 불법적 낙태,⁶⁶⁾ 약사나 의사의 마약법 위반,⁶⁷⁾ 회계사나 변호사의 가별적인 의무위반,⁶⁸⁾ 교사의 학생, 교관의 견습생

56) BGHSt 22, 144, 145; OLG Frankfurt NStZ-RR 2003, 113, 114; KG JR 1980, 247; RGSt 68, 397, 399; MK³-Bockemühl, §70 StGB Rn. 9; LK¹²-Hanack, §70 StGB Rn. 18, 20; Sch/Sch²⁷-Stree, §70 StGB Rn. 5.

57) LK¹²-Hanack, §70 StGB Rn. 19.

58) BGH NJW 1983, 2099.

59) BGH MDR 1954, 529.

60) BGHSt 28, 84, 85.

61) BGH wistra 1999, 297.

62) BGH wistra 2000, 459, 462.

63) MK³-Bockemühl, §70 StGB Rn. 9.

64) Tröndle/Fischer⁵³, §70 StGB Rn. 3.

65) MK³-Bockemühl, §70 StGB Rn. 10; LK¹²-Hanack, §70 StGB Rn. 17.

66) Tröndle/Fischer⁵³, §70 StGB Rn. 3.

에 대한 성추행⁶⁹⁾ 등은 의부위반과 악용(남용)이 중첩되는 영역으로 본다.

다수설은 직업 또는 영업의 악용(Missbrauch)은 고의행위로, 중대한 의무 위반(grobe Pflichtverletzung)은 과실행위로도 충분한 것으로 해석한다.⁷⁰⁾ 따라서 직업 또는 영업상 중대한 의무위반이 존재하고 비난가능한(업무상)과 실치사상의 경우도 여기에 포함된다.

여기서 의무는 법률·명령·규칙 등 법규에 의한 것이든, 계약 또는 관습에 의한 것인지는 중요하지 않다.⁷¹⁾ 개별사안에서 수행된 직업 또는 영업상 행위의 결과와 내적인 관계에 있는 의무가 중요하다.⁷²⁾ 즉 범행은 직업적 행위 자체로부터 나온 것이거나 적어도 직업수행의 전형적인 방식과 관련된 행위로 설명될 수 있어야 한다.⁷³⁾

IV. 직업금지명령을 위한 실질적 요건 - 위험성

법원은 행위자와 행위에 대한 종합적인 평가를 통해 행위자가 다시 범죄를 저지를 위험성이 있는 경우에 한하여 직업금지를 명령할 수 있다. 여기서 위험성 판단의 기준이 중요하다. 「독일형법」 제70조에서 언급하는 위험의 요건은 크게 세 가지로 나누어 볼 수 있다. 즉 직업 또는 영업의 수행과 관련된 재범의

67) BGHSt 28, 84.

68) BGH wistra 2000, 459, 462; BGH wistra 2001, 220.

69) BGH MDR 1954, 529.

70) LK¹²-Hanack, §70 StGB Rn. 17; Sch/Sch²⁷-Stree, §70 StGB Rn. 7; Tröndle/Fischer⁵², §70 StGB Rn. 4.

71) BayObLG NJW 1957, 958; OLG Hamburg NJW 1955, 1568.

72) OLG Karlsruhe StV 1993, 403; MK³-Bockemühl, §70 StGB Rn. 10; LK¹²-Hanack, §70 StGB Rn. 18.

73) BGHSt 22, 144, 146; BGH NJW 1989, 3231, 3232, BGH NStZ 1995, 124; BGH StV 2000, 459, 462; BGH StV 2008, 80; OLG Frankfurt NStZ-RR 2003, 113, 114; OLK Karlsruhe StV 1993, 403; OLG Karlsruhe NStZ 1995, 291; RGSt 68, 97; MK³-Bockemühl, §70 StGB Rn. 18; LK¹²-Hanack, §70 StGB Rn. 27; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT⁵, §78 III 2a; Sch/Sch²⁷-Stree, §70 StGB Rn. 5; Tröndle/Fischer⁵², §70 StGB Rn. 3.

위험, 중대한 범죄의 위험, 행위와 행위자를 전체적으로 평가가 그것이다.

1. 직업 또는 영업의 수행과 관련된 재범의 위험

우선 직업금지를 위해서는 직업 또는 영업의 수행이 재범의 위험과 관련성이 있어야 한다. 여기서 단순히 직업관련 범죄의 재범 가능성만으로는 보안처분법상 원칙에 따라 충분하지 못하며, 확실성까지는 아니라도 이미 범한 범죄에 내재된 명백한 재범의 개연성이 존재해야 한다고 본다. 하지만 위험성의 판단은 「독일형법」 제63조 정신병원수용명령⁷⁴⁾에서 규정하고 있는 위험성의 예견(erwarten)보다는 낮은 정도로도 가능하다고 보며,⁷⁵⁾ 재범의 위험을 판단하는 시점은 재판 시로 본다.

직업 또는 영업의 수행이 재범의 위험과 관련성이 있어야 한다. 즉 직업 또는 영업의 수행이 직업 또는 영업의 악용(남용), 직업 또는 영업과 관련된 의무를 중대하게 침해할 위험성을 가져야 한다. 이 관련성은 직접적이어야 하며, 단순한 관련성만으로는 부족하다. 즉 기소된 범죄행위의 동기가 직업 또는 영업의 특수성과 일치해야만 한다.

2. 중대한 범죄의 위험

중대한 범죄의 위험은 「제2차형법개혁법」에서 「독일형법」에 도입된 보안처분법의 핵심개념이기는 하지만, 서로 다른 보안처분에서 통일적으로 해석되는 것은 아니다.⁷⁶⁾ 당사자에게 아주 치명적이며 재사회화에도 친화적이지 못한 침해를 수반하는 「독일형법」 제70조 직업금지의 경우 「독일형법」 제66

74) 「독일형법」 제63조 【정신병원수용】 책임무능력(제20조) 또는 한정책임능력(제21조)의 상태에서 위법한 행위를 범한 경우에 행위자의 그러한 상태에 기인하여 상당히 위법한 행위가 예견되고, 그로 인하여 일반시민에게 위협하다는 점이 행위자 및 행위의 종합평가에서 나타나는 경우에 법원은 정신병원 수용을 명한다.

75) MK³-Bockemühl, §70 StGB Rn. 14; LK¹²-Hanack, §70 StGB Rn. 35.

76) MK³-Bockemühl, §70 StGB Rn. 17.

조 보안감호에서처럼 아주 강한 기준을 따를 필요는 없지만, 그렇다고 너무 낮은 기준으로 평가해서도 안 된다.⁷⁷⁾ 하지만 개별적인 것들이 판례나 학계에서 구체적으로 설명되지는 않고 있다. 다만 사소한 정도의 협박 또는 단순 모욕 정도로는 충분하지 못하다고 일반적으로 설명되고 있다.⁷⁸⁾

「독일형법」 제63조 정신병원 수용이나 제66조 보안감호와 달리 「독일형법」 제70조가 “공공에 대한 위험(Gefährlichkeit für die Allgemeinheit)”을 요건으로 하지는 않지만, 행위자가 공공이 아닌 개인의 법익을 위태화하는 경우에도 직업금지명령이 가능한지 문제가 된다. 입법당시 입법자에게는 공공의 위험이 중요했다고 한다.⁷⁹⁾ 예컨대 거래상대방이거나 환자에게 구애하는 의사와 같이 직업이나 영업으로 인하여 나타난 기존 행위를 근거로 구체적인 개인에 대한 위험성이 인정되는 경우, 이 개인의 장래 위험성은 의심스러운 경우 스스로 피하거나 그 행위자에게 직업수행을 요청하지 않거나 영업장을 방문하지 않음으로써 스스로 회피가능하기 때문에, 그것만으로 중대한 범죄의 위험성을 인정하지는 않는다. 그렇다고 불특정 다수에게 위험성이 있을 것을 요하는 것은 아니고, 직업금지 규정의 목적에 비추어 특정 집단이나 제한된 인적 영역에게 위험이 발생할 수 있는 경우에는 “공공에 대한 위험”을 인정할 수 있다.⁸⁰⁾

3. 행위와 행위자에 대한 종합적 평가

위에서 본 것처럼 직업금지명령은 중대한 위법행위가 계속적으로 범하여질 위험이 있어야 한다는 실질적 요건을 충족해야 한다. 여기서 이 위험성의 예측은 행위자와 행위에 대한 종합적 평가에 따른다. 즉, 중대한 위법행위가 계속적으로 범하여질 위험은 한편으로 ‘행위’, 다른 한편으로 ‘행위자’와 관련되어 있

77) MK³-Bockemühl, §70 StGB Rn. 18; Tröndle/Fischer⁵³, §70 StGB Rn. 7; LK¹²-Hanack, §70 StGB Rn. 38.

78) MK³-Bockemühl, §70 StGB Rn. 18; LK¹²-Hanack, §70 StGB Rn. 38.

79) LK¹²-Hanack, §70 StGB Rn. 39.

80) BGH GA 1960, 183; BGH StV 1982, 72, 73; MK³-Bockemühl, §70 StGB Rn. 19; LK¹²-Hanack, §70 StGB Rn. 39; Sch/Sch²⁷-Stree, §70 StGB Rn. 11.

다. 행위자가 자신의 직업이나 영업과 관련한 행위로 형사사건에 연루된 것이 처음인 경우 그만큼 특별한 예측판단이 요구되며, 행위자의 계속적으로 범해질 위험이 있는 위법행위를 막기 위해 반드시 직업금지명령이 필요한지 여부가 심사되어야 한다.⁸¹⁾

보안처분의 일반원칙상 재범위험성을 인정하기 위해서는 장래 범죄행위에 대한 단순한 반복 가능성만으로 부족하고 높은 개연성이 인정되어야 하며, 장래에 중대한 위법행위를 범할 개연성은 행위자와 행위에 대한 종합평가로부터 도출된다.⁸²⁾ 이러한 종합평가는 보안처분의 중요한 특징이며, 이에 대한 상세한 논증이 필요하다.⁸³⁾ 종합평가는 한편으로는 ‘원인행위’ 자체에 행위자에게 특별한 위험성이 계속적으로 발생하리라는 징후(Indiz)가 있어야만 한다. 즉 행위 자체에 의하여 행위자가 직업 또는 영업을 계속적으로 수행한다면 계속적으로 위험이 발생할 것이라는 결론이 합리적인 것으로 인정될 수 있어야 한다.⁸⁴⁾ 아울러 ‘행위자’에 대한 종합평가에서는 과거의 행동들을 고려하는 것이 허용될 수 있다.⁸⁵⁾ 위험성이 있는지 여부에 대한 판단은 다른 보안처분과 마찬가지로 ‘최종 사실심 선고시점’에 행위자 및 행위의 종합평가를 기초로 내려진다.⁸⁶⁾

V. 의사의 범죄에 대한 직업금지명령

의사에 대하여도 형벌과 함께 부가적으로 또는 독립적으로 「독일형법」 제 70조제1항에 따라 1년 이상 5년 이하의 직업금지명령이 보안처분으로 내려질

81) BGH NStZ 1995, 124.; MK²-Bockemühl, §70 StGB Rn. 22.

82) MK³-Bockemühl, §70 StGB Rn. 15; Sch/Sch²⁷-Stree, §70 StGB Rn. 10.

83) MK³-Bockemühl, §70 StGB Rn. 20; LK¹²-Hanack, §70 StGB Rn. 39f.

84) MK³-Bockemühl, §70 StGB Rn. 21; LK¹²-Hanack, §70 StGB Rn. 41.

85) MK³-Bockemühl, §70 StGB Rn. 22; LK¹²-Hanack, §70 StGB Rn. 42.

86) MK³-Bockemühl, §70 StGB Rn. 24; LK¹²-Hanack, §70 StGB Rn. 45.

수 있다.

의사에 대한 직업금지명령은 다른 경우와 마찬가지로, 피고인인 의사가 자신의 직업적 지위를 악용(남용)하거나 중대한 의무위반으로 범죄를 저질렀고, 의사로서 직업을 계속 수행하는 경우 중대하고 위법한 범죄를 저지를 위험이 존재한다는 전제조건을 필요로 한다. 물론 여기서 위험은 의사의 직무와 직접적이고 내적인 관계가 있어야 한다.⁸⁷⁾ 그래서 예컨대 의사가 허위의 사실로 환자를 기만하여 대출을 승낙하도록 하기 위하여 직업적으로 형성된 신뢰관계를 이용한 경우라면, 위법한 범죄와 의사의 직업적 직무사이에 내적이고 직접적인 관련성은 인정되지 않는다.⁸⁸⁾ 반면에 간호사가 (마약성) 진통제를 절취한 경우,⁸⁹⁾ 병원에 고용된 마취통증과 의사가 환자의 치료를 위해 준비해 놓은 (마약성) 진통제를 주사하고 약에 취한 상태에서 업무를 수행한 경우⁹⁰⁾에는 「독일형법」 제70조에 해당하는 직업금지명령의 전제조건인 직업적 지위의 악용(남용)에 해당하는 것으로 본다. 또한 적응증 없이 마약성 진통제를 처방하거나,⁹¹⁾ 업무상 비밀유지의무를 위반하거나,⁹²⁾ 사기적 급여 과다청구,⁹³⁾ 가벌적인 낙태⁹⁴⁾를 한 경우도 직업금지명령의 전제조건인 직업을 악용(남용)했다는 요건을 충족하는 것으로 본다.

「독일형법」 제70조제1항제1문이 요구하는 것처럼 의사의 중대한 의무위반은 개개의 의무가 특별히 중하게 침해되거나 특히 중요한 의무를 위반한 경우를 말한다.⁹⁵⁾ 과실에 의한 의무위반으로도 충분하다. 그래서 반복되는 의료과실의 경우 직업금지명령이 가능한지에 대한 의문이 제기될 수 있다. 제70조제

87) BGH, Beschluss v. 20.04.1983-2 StR 175/83; VGH BW MedR 1994, 158.

88) Ulsenheimer, Arztstrafrecht³, II §3 Rn. 510.

89) OLG Hamburg, NJW 1955, 1569.

90) OLG Frankfurt a.M., NStZ-RR 2001, 16.

91) BHG NJW 1975, 2249.

92) Sch/Sch²⁷-Stree, §70 StGB Rn. 7.

93) OLG Koblenz, wistra 1997, 280.

94) Tröndle/Fischer⁵³, §70 StGB Rn. 3.

95) Sch/Sch²⁷-Stree, §70 StGB Rn. 7; Ulsenheimer, Arztstrafrecht³, II §3 Rn. 510.

1항은 “행위자와 행위를 종합적으로 평가”하여 “직업을 계속 수행하는 경우 중대하고 위법한 범죄를 저지를 위험이 존재”한다는 점을 추가로 요구하고 있다. 직업의 자유의 핵심을 결정적으로 제한하는 직무수행의 금지의 의미와 관련하여 보면 단순한 반복가능성만으로는 재범의 위험성을 인정하기에 충분하지 못하며, 중대한 권리침해의 개연성이 예측될 수 있어야 한다.⁹⁶⁾ 따라서 법원에 주어진 재량의 범위 안에서 너무 낮은 기준으로 판단해서는 안 되며, 행위와 판결 사이의 오랜 시차가 있는 경우나 재범의 위험이 낮은 경우, 직업변경이 불가능한 경우 등은 쉽게 직업금지명령이 내려져서는 안 된다.⁹⁷⁾

직업금지가 유효한 한 의사는 타인을 위하여 직무를 수행하거나 자신의 지시를 받는 타인이 자신을 위해 직무를 수행하는 방법으로 직무를 수행하여서는 안 된다(「독일형법」 제70조제3항). 따라서 자신의 병의원을 다른 보조의사 등을 통해 운영할 수 없다. 다만 자신의 지시로부터 독립적인 의사가 대신하여 운영하는 것은 허용된다.⁹⁸⁾ 즉 자신의 병의원을 타인이 양도하도록 하는 것은 가능하다.

직업금지명령은 비례성의 원칙에 합치해야 한다. 따라서 보안처분으로서 직업금지명령의 목적을 달성할 수 있고 공공의 안전을 해하지 않는 범위 안에서, 직업금지는 일정한 행위만을 금지할 수도 있다. 예컨대 사기적 급여 과다청구로 유죄판결을 받은 개원의의 경우 개원만을 제한할 수도 있다. 따라서 이 경우 봉직의가 될 수 있는 가능성은 남아있다.⁹⁹⁾

VI. 나가며 - 시사점

직업금지명령제도는 면허제도와 독립적으로 내려지는 형사제재로서 일부

96) Sch/Sch²⁷-Stree, §70 StGB Rn. 10; Ulsenheimer, Arztstrafrecht³, II §3 Rn. 510.

97) Tröndle/Fischer⁵³, §70 StGB Rn. 9.

98) AG Bochum, MedR 1988, 162.

99) OLG Koblenz, wistra 1997, 280.

국가에서는 형벌로, 일부 국가에서는 보안처분으로 전개되어 왔다. 하지만 직업금지에는 장래 직무관련범죄를 예방한다는 점이 중심이며, 그러한 관점에서 보안처분의 하나로 직업금지를 규정하고 있는 독일의 직업금지명령제도를 살펴보고자 한다. 현재 우리나라에 도입되어 있는 취업제한의 경우 특정 범죄의 경우 가능하도록 하고 있지만, 그 부분에 대하여는 비례성의 원칙에 합치하는지 논란이 있어왔다.

직업금지명령은 특히 최근 문제가 되고 있는 의사의 범죄에 대한 면허취소와 무관하게, 모든 범죄에 대하여 법원에 의해 처분 가능한 보안처분이다. 직업금지명령이 도입되면 의사에게도 형벌과 함께 부가적으로 또는 독립적으로 직업금지명령이 보안처분으로 내려질 수 있다. 면허의 유지여부와는 무관하게 법원이 재판과정에서 밝혀진 범죄의 경중과 재범의 위험성 판단에 따라 비례성의 원칙에 따라 합리적인 범위 안에서 직업수행을 제한 할 수 있다.

현재 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제56조와 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제14조에 일부 취업제한이라는 이름으로 도입되어 있지만, 형사정책적 관점에서 모든 범죄에 확대적용할 필요가 있다.

의료영역에 한정해서 본다면, 마취상태에 있는 환자를 추행했던 의사,¹⁰⁰⁾ 약물투여하여 성관계를 가진 후 약물과다투여로 사망한 내연녀의 시신을 유기한 의사,¹⁰¹⁾ 동일한 수술로 재차 사망사건을 일으킨 신해철 사건 의사,¹⁰²⁾ 단골환자에게 프로포폴을 투여했으나 환자가 사망하자 환자의 사체를 바닷가에 유기한 의사,¹⁰³⁾ ‘약안 쓰고 아이 키우기(안아키)’ 카페를 운영하며 예방접종을 하지 않도록 하고 검증되지 않은 단순한 첨가물 여과 보조제로서 비위생적인 환경에서 관리·제조된 활성탄을 치료 효과가 있다고 하면서 영유아 부모에게 적극적으로 복용을 권고하여 물의를 일으킨 한의사,¹⁰⁴⁾ 그 밖에도 병원 간

100) 수면내시경 후 잠든 사이...검진 센터장 성추행 의혹, 중앙일보 2016. 1. 14.자 등.

101) 시신 버린 의사, 치명적 마취제 등 13종 섞어 주사했다, 조선일보, 2012. 8. 9.자.

102) 의사면허는 ‘철밥통’, 동아일보 2018. 5. 6.자.

103) 의사면허는 ‘철밥통’, 동아일보 2018. 5. 6.자.

104) 대법원, ‘안아키’ 운영 한의사 징역형 최종 확정, 청년의사 2019. 5. 30.자.

호사 탈의실에서 몰카를 설치하여 불법촬영한 의사나 출산을 앞 둔 부인을 살해한 의사¹⁰⁵⁾ 등 직업관련성이 높고 사회적으로 물의를 일으킨 의사들에 대하여 직업금지명령을 통해서 의사 직무의 수행을 금지할 수 있다. 특히 성범죄의 경우는 의사의 직업 특성상 환자의 신체를 밀접접촉 한다는 점에서 직업금지명령의 필요성이 크다고 볼 수 있다.¹⁰⁶⁾

반면 허위청구에 의한 사기죄로 유죄판결을 받은 개원의의 경우에는 의사의 직무는 수행할 수 있도록 하면서도, 개원을 금지하거나 청구업무를 할 수 없도록 하는 등 직무의 일부만을 금지함으로써 비례성원칙에 합치하는 범위 안에서만 직업금지명령도 가능하다. 또한 직무와 관련 없는 범죄의 경우는 직업금지명령이 불가능하다. 예컨대 단순사기처럼 의사로서 직무와 무관한 경우 직업금지명령은 불가능하며, 정상적인 의료행위 중 발생한 일반적인 업무상 과실치사상의 경우는 그것만으로 직업금지명령의 요건을 충족하지는 못한다. 만약 시술방법 자체가 의학적으로 위험성이 있음에도 불구하고 시행되어 문제가 되었다면 그 시술 자체를 금지하는 직업금지명령도 가능할 것이다.

직업의 악용(남용)에 의한 범죄행위에 대하여 범죄행위와 직접적으로 결부된 제재가 정당한 책임응보나 일반예방적 위하의 관점에서는 물론 범죄자의 재범으로부터 공공의 보호 목적에 기여할 수 있을 것으로 보인다. 다만 직업금지명령이 특히 의료와 경제분야 범죄에 형사정책적 효과가 크다는 연구에도 불구하고 실제 독일의 법원에서 직업금지명령이 잘 내려지지 않는 이유가 재범의 위험성의 예측에 어려움이 있기 때문으로 해석할 수도 있고, 비례성의 원칙에 충실하기 때문으로 볼 수도 있다. 하지만 직업금지명령이 무용하다는 주장은 찾아보기 힘들고, 직업금지명령 그 자체로는 검증된 제도로서 형사법의 개혁과정에서 일반적인 형사제재로 유용성은 기대해 볼 수 있을 것으로 판단된다.

105) 부인 살해범도, '몰카' 찍어도 ... '철밥통 의사면허', MBC 뉴스데스크, 2021. 2. 23.자 방송.

106) 2015년부터 2019년까지 5년간 의사의 성범죄만 686건이 발생했다.

[참 고 문 헌]

- 김정환·홍사훈, “특정경제범죄법상 취업제한제도의 형벌로서의 법적 성격 규명”, 『형사정책』 제32권 3호, 2020.
- Hannich, Rolf (hsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, 7. Aufl., 2013.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996..
- Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus (hsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3.Aufl., 2016.
- Kaiser, Günther, Befinden sich die strafrechtlichen Maßregeln in der Krise?, 1990.
- Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfried/Paeffgen, Hans-Ullrich (hsg.), NOMOS-Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2005.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 26 Aufl., 2007.
- Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Saan, Ruth Rissing-van/Tiedemann Klaus (hsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar der Praxis, 12. Aufl., 2008.
- Laufs, Adolf/Uhlenbruck, Wilhelm (hsg.), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., 2002.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter (bgr.), Grundgesetz-Kommentar 69. Ergänzungslieferung 2013
- Maurach, Reinhart/Zipf, Heinz/Jäger, Christian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 1989.
- Narr, Helmut/Hess, Rainer/Schirmer, Horst Dieter (hsg.), Ärztliches Berufsrecht - mit Fortsetzungebzug, Ausbildung - Weiterbildung - Berufsausübung, 2003.
- Rieger, Hans-Jürgen (hsg.), Lexikon des Arztrechts, 2.Aufl., 2004.
- Rudolphi, Hans-Joachim/Samson, Erich/Horn, Eckhard (hsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl., 1998.

Schönke, Adolf/Schröder, Horst (hsg.), Strafgesetzbuch, 27. Aufl., 2006.

Tiedemann, Klaus, Wirtschaftskriminalität - ein Fall organisierter Kriminalität?
in: Festschrift für Walter Mallmann, 1978, S. 359ff.

Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. Aufl.,
2006.

Ulsenheimer, Klaus, Arztstrafrecht in der Praxis, 3., neu bearb. und erw. Aufl.,
Heidelberg 2003.

Weber, E., Strafersatz durch Berufsverbote, NJW 1951, 699.

[국문초록]

보안처분으로서 독일의 직업금지명령
- 의사의 범죄에 대한 대응을 중심으로 -

이석배(단국대학교 법과대학 법학과 교수, 법학박사)

아직까지 의사들만큼 법과 직업윤리 사이의 논쟁이 있어온 직업은 없다. 특히 의사가 범죄로 형사처벌을 받는 경우 의사자격과 관련된 논의는 우리나라만의 문제가 아니라 대부분의 문명국가에서 중요한 논의대상이다. 의료법에 따르면 다른 전문직업군과 달리 의사의 경우 범죄로 유죄판결을 받는 경우에도 특정한 경우를 제외하고는 의사의 업무를 수행할 수 있다.

최근 의사의 범죄에 대한 면허취소사유의 확대하는 「의료법개정안」과 관련하여 대한 의사협회는 크게 반발하고 있다. 특히 직무와 관련없는 범죄에 대하여 면허취소의 위험성을 지적하고 있다. 하지만 전문직의 경우 특히 그 직무의 지속적 수행이 재범의 위험성을 징표한다면, 그 직무를 지속하지 못하도록 하는 것이 타당하다.

직업금지 명령제도는 의료인뿐만 아니라 전문직의 경우 면허의 유지와 무관하게 특정업무수행을 제한함으로써 공공을 범죄로부터 보호하는 형사정책적 목적을 달성하기 위한 제도이다. 형법상 형벌로서 자격정지나 자격상실이나 의료법상 결격사유 또는 면허취소와 달리, 직업금지 명령제도는 면허의 유지여부와 관계없이 법원이 재범의 위험성에 따라 직무를 제한하는 것으로 구체적인 사안에 따라 범죄와 직접 관련된 일부 업무범위만을 제한하는 것이 가능하다는 장점이 있다.

이 글은 독일의 직업금지명령 요건과 실제로 의료인에게 내려진 사례를 통해 시사점을 검토하였다.

주제어 : 직업금지, 보안처분, 의료법, 의사의 범죄, 의사면허, 취업제한

Berufsverbot als eine Sicherungsmaßregel in Deutschland

Seok-Bae Lee

Prof. Dr. iur., Juristische Fakultät, Dankook Universität

=Zusammenfassung=

Bisher wurde kein Beruf zwischen Recht und Berufsethik so diskutiert wie Ärzte. Diskussionen über die Qualifikation(od. Approbation) von Ärzten sind nicht nur eine Frage Koreas, sondern in den meisten zivilisierten Ländern ein wichtiges Diskussionsthema, wenn ein Arzt insbesondere für eine Straftat bestraft wird.

Vor kurzem hat sich die koreanische Ärztekammer (the Korean Medical Association) weitgehend gegen das „Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Medizingesetzes“ stark ausgesprochen, das die Gründe für den Entzug einer Approbation für ein Verbrechen eines Arztes erweitert. Vor allem wird auf die Gefahr hingewiesen, eine Approbation für Straftaten zu entziehen, die nicht mit beruflichen Pflichten zusammenhängen. Es ist jedoch vernünftig, den Beruf bzw. das Gewerbe zu verbieten, wenn ein Fachmann unter Missbrauch seines Beruf oder grober Pflichtverletzung die Tat begangen hat und die Gefahr besteht, dass er bei weiterer Ausübung seines Berufs erhebliche rechtswidrige Taten der bezeichneten Art begangen wird.

Die Untersagung der Berufsausübung soll die Allgemeinheit gegen die spezifischen Gefahren schützen, die mit der Ausübung eines Berufs oder Gewebes verbunden sind. Da das Berufsverbot nur die Berufsausübung untersagt, die Approbation selbst aber bestehen lässt, kann die Approbationsbehörde in eigener Entscheidungskompetenz die Approbation zurücknehmen, wiederrufen, oder in Ruhen anordnen. Entsprechend dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist aber auch das Berufsverbot auf bestimmte Tätigkeiten im Bereich des Berufs zu beschränken, wenn dies zur Erreichung des Maßregelzwecks, dem Schutz der

Allgemeinheit, ausreichend ist.

In diesem Beitrag wurden die Voraussetzungen des Berufsverbots und die tatsächlich an Ärzte bzw. medizinische Personal gerichteten Fälle untersucht.

Stichwörter : Berufsverbot, Sicherungsmaßregel, Medizingesetz, Verbrechen der Ärzte, Approbation der Ärzte, Beschäftigungsbeschränkung