

지방자치단체에 대한 양벌규정의 적용 가능성 : 미국법과의 비교를 중심으로

박기석* / 허순철**

국 | 문 | 요 | 약

지금까지 양벌규정의 적용대상은 사법인에 한한다고 보는 견해가 다수의 입장이었으나 최근에 대법원이 지방자치단체도 양벌규정의 적용대상이 될 수 있다고 판결하였다. 이 문제는 매우 획기적이면서도 개혁적인 문제제기로서, 국가나 지방자치단체도 고권적인 형벌권발동의 주체에서 형벌권 발동의 대상이 될 수 있다는 민주화의 일환으로도 이해될 수 있다. 아울러 주민을 대상으로 하는 행정행위를 보다 신중하고 적절하게 수행할 수 있도록 하는 계기가 될 것이다. 반면에 방대한 인적·물적 조직을 갖춘 지방자치단체가 그 구성원인 자연인의 업무수행 중의 모든 행정행위상의 범죄행위에 대해 양벌규정의 적용을 받는다면 지방자치단체는 지나치게 과중한 형벌부과에 시달리게 될지 모른다. 또한 개인에 대한 처벌로 족할 사안 혹은 국가배상청구권 등에 의해 해결이 가능한 사안에 대해서도 양벌규정의 형식성으로 인해 자동적으로 벌금을 물어야 하는 부당한 경우, 즉 책임주의에 위배되는 경우도 발생할 수 있다.

우리 대법원은 국가가 본래 그의 사무의 일부를 지방자치단체의 장에게 위임하여 그 사무를 처리하게 하는 기관위임사무의 경우에 있어서 지방자치단체는 국가기관의 일부로 볼 수 있는 것이지만, 지방자치단체가 그 고유의 자치사무를 처리하는 경우에는 국가기관의 일부가 아니라 국가기관과는 별도의 독립한 공법인이므로 양벌규정에 따라 처벌대상이 되는 법인에 해당한다고 하였다.

미국의 경우 1975년까지 지방자치단체는 주법상 형사처벌의 대상이었다. 주는 지방자치단체를 주정부가 제기한 형사소추의 대상으로 함으로써 불법행위를 억제하는 것이 가능했었다. 그리고 형사처벌은 주로 지방자치단체가 국고작용이나 재량행위와는 구별되는 국가작용을 수행하는가의 여부에 따라 결정되었다. 그러나 오늘날에는 지방자치단체의 법적 성질이 주의 규제를 받는 단순한 하부기관으로 변화함에 따라 더 이상 형사처벌을 받지 않게 되었다. 한편 주법과 달리 일부의 연방형법들은 지방자치단체에도 적용되는 것으로 해석된다.

지방자치단체는 법률상 법인이라고 명시되어 있고 국가나 지방자치단체도 개인 못지않게 공적 의무를 지고 있는 존재이므로 형법적 처벌대상으로서의 지위도 부인할 수만은 없다고 할 것이다. 특히 현재의 양벌규정의 해석으로 지방자치단체를 적용대상에서 배제할 특별한 근거는 없다고 보이며, 형벌권 발동의 주체라도 자신의 잘못에 대해 죄책을 인정받는 것은 개념적으로 불가능한 것이 아니다.

❖ 주제어 : 지방자치단체, 양벌규정, 공법인, 형사처벌, 자기소추의 금지

* 대구대학교 경찰행정학과 교수, 법학박사

** 경남대학교 법학부 조교수, 법학박사

I. 머리말

우리 헌법은 제12조 제1항 후문에서 “누구든지 … 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌 · 보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”고 규정함으로써 국가의 형벌권을 규정하고 있다.¹⁾ 주지하듯이 이러한 국가 형벌권의 대상에 자연인 이외에 법인이 포함되는가에 관하여는 견해의 대립이 있다. 그런데 지방자치법상 법인으로 규정되어 있는 지방자치단체의 경우에는 어떠한가.

지금까지 양벌규정의 적용대상은 사법인이라는 점에 사고가 머물러 있었으나 최근에 이에 관한 대법원 판결²⁾이 선고됨으로써 지방자치단체도 양벌규정의 적용대상이 될 수 있는가의 문제가 논의되게 되었다. 이는 매우 획기적이면서도 개혁적인 문제제기라 할 수 있다. 국가나 지방자치단체도 고권적인 형벌권 발동의 주체에서 형벌권 발동의 대상이 될 수 있다는 민주화의 일환으로도 이해될 수 있기 때문이다. 또한 주민을 대상으로 하는 행정행위를 보다 신중하고 적정하게 수행할 수 있도록 하는 계기가 될 것이다.

그러나 방대한 인적 · 물적 조직을 갖춘 지방자치단체가 그 구성원인 자연인의 업무수행 중의 모든 행정형법상의 범죄행위에 대해 양벌규정의 적용을 받는다면 지방자치단체는 지나치게 과중한 형벌부과에 시달리게 될지 모른다. 또한 개인에 대한 처벌로 족할 사안 혹은 국가배상청구권 등에 의해 해결이 가능한 사안에 대해서도 양벌규정의 형식성으로 인해 자동적으로 벌금을 물어야 하는 부당한 경우, 즉 책임주의에 위배되는 경우도 발생할 수 있다. 이하에서는 지방자치단체에 대한 양벌규정의 적용 문제에 관한 우리나라의 최근 판례의 내용을 살펴보고, 비교법적인 관점에서 미국에서의 논의를 통해 이 문제의 해결에 관한 시사점을 얻고자 한다.

1) 배종대, 형법총론, 홍문사, 2005, 4면.

2) 대법원 2005.11.10 선고, 2004도2567 판결.

II. 우리나라법상 지방자치단체에 대한 양벌규정의 적용

1. 지방자치제도와 지방자치단체

(1) 지방자치의 의의

지방자치란 “일정한 지역적 사무를 지역주민의 의사에 기하여(주민자치) 국가로부터 독립된 지역적 단체가 법인으로서 자주적으로 처리하는 것(단체자치)을 말한다”고 한다.³⁾ 이러한 지방자치는 보통 주민자치와 단체자치의 두 가지 요소로 성립되는데, 전자는 “지방행정을 중앙정부의 간섭에서 배제하여 그 지방의 주민 스스로의 의사에 기하여 자주적으로 처리하게 하는 것”을 말하며, 후자는 “국가로부터 독립된 법인격을 가진 지역단체를 설치하고 그 지역단체의 기관에 의하여 지방행정을 수행하게 하는 것”을 말한다.⁴⁾ 연혁적으로는 “영미에서는 주민자치를 중심으로, 독일 등 유럽대륙에서는 단체자치를 중심으로 하여 지방자치가 발달”되어 왔다고 한다.⁵⁾

(2) 지방자치제도와 헌법

우리 헌법은 제117조 제1항에서 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”고 규정하고 있다. 동조의 법적 성격에 관하여는 이른바 제도적 보장으로 이해하는 것이 종래 다수의 견해로서,⁶⁾ “지방자치제는 역사적·전통적으로 형성된 제도의 일종으로서 그 본질적 내용을 입법에 의하여 폐지하거나 유명무실한 것이 되게 하여서는 아니된다”⁷⁾

3) 김동회, 행정법II, 박영사, 2007, 48면. 한편 김철수교수는 “법적 개념으로서의 지방자치라 함은 「국가에 종속되어 있는 법적 능력을 가진 공공단체가 주민에 의하여 피선된 기관에 의하여 국가의 감시 하에 자기 이름으로 지방공공의 과업을 독자적 책임으로 수행하는 것을 말한다」”고 한다. 김철수, 헌법학(下), 박영사, 2008, 1808면.

4) 김동회, 위의 책, 49면.

5) 김동회, 위의 책, 50면.

6) 김철수, 앞의 책 1812면; 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008, 238면. 헌법재판소 역시 “지방자치를 제도적으로 보장하고 있다”고 한다. 헌재 1998.4.30 선고, 96헌바62, 판례집 제10권 제1집, 385면.

7) 권영성, 위의 책, 237면.

는 의미라고 한다.

그러나 “독일의 바이마르헌법 해석에 있어서 C. Schmitt는 지방자치를 제도보장으로 보았으나 수백년간의 중앙집권제의 역사를 가진 우리나라에서 지방자치제도를 전래의 제도보장으로 보는 것은 무리가 있다”⁸⁾는 견해가 설득력이 있다고 본다. 따라서 우리의 지방자치제도는 헌법에 의하여 창설된 제도이며, 그 법적 성격도 헌법과 지방자치법에 의해 정해진다고 할 것이다.

한편 우리 헌법상 지방자치단체가 가지는 자치권의 법적 성격에 관하여는 지역주민이 국가성립 이전부터 가지고 있는 고유의 권리라고 보는 고유권설과 국가가 승인하는 한에서만 행사할 수 있는 위임된 권리라고 보는 전래권설이 대립되고 있으며, 후자가 다수의 견해라고 한다.⁹⁾ 그런데 “종래 지방자치는 자치고유권설에 기초하여 성립된 주민자치와 자치위임설에 기초하여 성립된 단체자치로 이루어져 있다고 설명”되었다.¹⁰⁾

논리적으로는 우리나라의 경우 자치위임설에 기초한 단체자치로 설명될 수 있을 것이나, “현대에 들어 지방자치제도는 국가의 효율적인 운영과 권력분립 및 민주주의의 실현을 위한 제도로 운영됨에 양자가 차이가 없어 모두 지방자치의 요소로 기능한다. 다만, 국가에 따라 어느 것에 비중을 더 두느냐에 따라 현실적인 양태에서는 차이가 있다.”¹¹⁾ 헌법재판소도 “지방자치의 본질적 내용은 자치단체의 보장, 자치기능의 보장 및 자치사무의 보장이고, 우리 헌법상 자치단체의 보장은 단체자치와 주민자치를 포괄하는 것”이라고 하고 있다.¹²⁾

8) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008, 848면.

9) 김철수, 앞의 책, 1809면. 이에 대해 “우리나라의 경우에는 오랜 중앙집권의 전통을 가지고 있어 고유권설이 성립할 기반이 거의 존재하지 않으며 국가의 통일성을 보장하기 위하여는 지방자치단체의 자치권은 국가에 의해 부여된 것으로 보는 것이 타당”하다는 견해가 있다. 박균성, 행정법론(下), 박영사, 2008, 62면.

10) 정종섭, 앞의 책, 849면.

11) 정종섭, 위의 책, 849-850면.

12) 헌재 2006.02.23, 선고, 2005헌마403, 판례집 제18권 제1집, 334면. 이와 관련하여 “지방자치단체가 존재하고 지방자치단체가 자치권을 향유하는 점 등은 단체자치의 관념에 근거한 것이며 주민이 지방의원 및 지방자치단체의 장을 선출하고, 조례의 제정·개폐의 청구, 주민투표 등을 통하여 자치행정에 직접 참여하는 점 등은 주민자치의 관념에 근거한 것”이라고 한다. 박균성, 앞의 책, 61면.

(3) 지방자치단체의 법적 성격

지방자치단체는 국가 영토의 일부를 자기구역으로 하여 그 구역 내의 모든 주민에 대해 국법이 인정하는 한도에서 지배권을 행사하는 단체이다. 지방자치단체는 그 지배권이 지방자치단체에 고유한 것이 아니고 국가로부터 부여된 것이라는 점에서 시원적 행정주체인 국가와 구별되고, 일정한 구역에 대한 지배권을 가지는 지역단체인 점에서 다른 공법인과 구별된다.¹³⁾ 이에 대해 국가는 독립된 법인격을 가지는 것으로, 국가는 始源的으로 존재하는 지배권으로부터 행정주체의 지위를 갖는다. 국가는 모든 행정권한을 스스로 행사하지 아니하고 공법인(공공단체)을 설립하여 일정한 범위의 행정을 담당케 한다.¹⁴⁾

그렇다면 지방자치단체의 법적 성질에 관해서는 첫째, 지방자치단체가 법인인가 둘째, 지방자치단체의 법인성은 국가와는 분리된 것인가 아니면 국가로부터 위임된 것인가 셋째, 지방자치단체가 법인이 아니라면 그 법적 성질은 무엇인가 등의 문제를 생각해 볼 수 있다. 이에 대해 이론을 떠나 현행 지방자치법은 지방자치단체가 법인이라는 것을 명시하고 있다. 지방자치법 제3조 제1항은 “지방자치단체는 법인으로 한다”고 규정하고 있으며, 동조 제2항은 “특별시, 광역시, 도, 특별자치도(이하 “시·도”라 한다)는 정부의 직할로 두고, 시는 도의 관할 구역 안에, 군은 광역시나 도의 관할 구역 안에 두며, 자치구는 특별시와 광역시의 관할 구역 안에 둔다”고 규정하고 있다. 이 규정들로 볼 때 지방자치단체는 법인이라는 하지만 국가로부터 독립된 것이 아니라 국가권력으로부터 연원되어 국가의 지도와 감독을 받는 법인이라고 보아야 할 것이다.

그러나 지방자치단체는 단체장을 주민의 선거에 의해 선출하고 그 장을 정점으로 행정기관을 구성하고 있다. 또한 지방의회를 두고 있으며, 독립된 예산편성과 집행을 통해 지방자치단체가 운용되고 있다는 점에서 국가에 소속되어 있기는 하지만 독립된 법인으로 보는데 무리는 없을 것으로 여겨진다.

13) 김남진, 행정법I, 법문사, 2001, 95면.

14) 김남진, 위의 책, 95면.

2. 지방자치단체에 대한 양벌규정의 적용에 관한 판례

(1) 사건개요 및 적용법조

1) 사건개요

피고인 윤○○은 피고인 부산광역시 서구 소유의 11t 압축트럭 청소차 운전자인바, 2003년 7월 29일 10시 16분경 부산 서구 암남동을 출발하여 남해고속도로를 운행하던 중 한국도로공사 서부산영업소 진입도로에서 제한축중 10t을 초과하여 위 차량 제3축에 1.29t을 초과 적재 운행함으로써 도로관리청의 차량운행제한을 위반하였다.

이에 검찰은 피고인 부산광역시 서구의 소속 공무원인 피고인 윤○○이 피고인 부산광역시 서구의 업무에 관하여 위 범죄사실과 같은 도로법 제83조 제1항 제2호, 제54조 제1항의 위반행위를 하였으므로 피고인 부산광역시 서구에 대하여도 양벌규정에 의한 형사상 책임을 묻기 위해 공소를 제기하였다.

2) 적용법조

본 사건에 관련된 법조문은 구 도로법 제86조, 제83조 제1항 제2호,¹⁵⁾ 제54조 제1항,¹⁶⁾ 도로법시행령 제28조의3 제2항 제1호 등으로서, 동법 제86¹⁷⁾조는 “법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인 기타의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제81조 내지 제85조의 규정에 의한 위반행위를 한 때에는 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당 조의 벌금형을 과한다”고 규정하고 있었다.

15) 제83조 (벌칙) ①다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다. …

2. 제54조 제1항의 규정에 의한 운행제한을 위반한 자 …

16) 제54조 (차량의 운행제한) ①관리청은 도로의 구조를 보전하고 운행의 위험을 방지하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 차량(「자동차관리법」 제2조의 규정에 의한 자동차 및 「건설기계관리법」 제2조의 규정에 의한 건설기계를 말한다. 이하 같다)의 운행을 제한할 수 있다. 다만, 차량의 구조 또는 적재화물의 특수성으로 인하여 관리청의 허가를 받아 운행하는 경우에는 그러하지 아니하다. …

17) 동조는 2008년 3월 21일 법률 제8976호로 전부개정되기 전의 것을 말한다.

(2) 판결요지

1) 제1심 판결¹⁸⁾ 요지

제1심법원은 “지방자치법 제3조 제1항에서는 지방자치단체는 법인으로 한다고 규정되어 있으나, … 지방자치단체를 도로법 제86조의 양벌규정 내지 각종 형사법규들에 있는 양벌규정상에서 처벌의 대상이 되는 법인으로 볼 수는 없다”고 하면서, “헌법과 지방자치법에 근거하여 존립하는 지방자치단체는 … 본질적으로 독립된 자치권을 보유한 통치단체로 그 사무에 관하여 중앙정부의 통제를 받지 않고 자주적으로 결정하고 집행할 수 있으며, 이러한 의미에서는 중앙정부와 대등하게 국가의 전체적인 통치기구를 구성하는 기관이라고 할 것이다. 따라서 형벌권의 주체가 국가인 이상 국가를 구성하는 기관의 일종인 지방자치단체 역시 본질적으로 국가 형벌권의 대상이 될 수는 없다”고 하였다.

또한 동법원은 “지방자치법 제3조가 지방자치단체를 법인으로 한 취지는 중앙정부와 구별되는 독립된 권리 의무의 주체라는 의미에서 법인격을 부여한다는 의미로, … 도로법 제86조의 양벌규정에서 벌금형으로 처벌받아야 하는 대상으로서의 ‘법인 또는 개인’에, 형벌권 행사의 주체인 국가기관의 일종인 지방자치단체를 포함되는 것으로 해석할 수 없다”고 하면서 피고인 부산광역시 서구에 대한 공소를 기각하였다.

2) 제2심 판결¹⁹⁾ 요지

제2심법원은 지방자치법 제3조 제1항의 ‘법인’은 “특별한 사정이 없는 한 ‘법률의 규정에 의하여 권리능력 즉, 권리와 의무의 주체가 된 자’를 의미하는 것으로 해석하여야 할 것이고, 동법이 지방자치단체를 … 제외한다는 명시적 조항을 따로 두고 있지 않은 이상 … 단지 지방자치단체의 성격이 공법인이라는 사정만으로 지방자치법 제3조 제1항에 규정된 ‘법인’이 도로법 제86조에 의하여 처벌대상이 되는 ‘법인’과는 전혀 구별되는 것이라거나 지방자치단체가 당연히 그 처벌대상에서 제외된다고 볼 수는 없다”고 하였다. 또한 동법원은 “지방자치단체는 단순한 국가의 하부기관에 그치는 것이 아

18) 부산지법 2003.12.5. 선고 2003고단8004 판결.

19) 부산지법 2004.4.22. 선고 2003노4401 판결.

나라 국가와 명백히 구별되는 대등한 법인격체로서 독립하여 자치권을 보유하면서 자주적으로 자치사무를 처리하는 주체가 된다”고 하면서, “일반적으로 도로법 제86조와 같이 양벌규정에 의하여 법인을 처벌하는 경우 그 책임의 근거는 … 법인에게 그 대표자나 대리인·사용인 기타 종업원에 대한 선임·관리·감독에 대한 과실책임을 인정한 것으로 보아야 할 것이고, … 그 위반행위를 처벌하는 취지가 다른 아닌 도로의 구조보전 및 차량 운행의 위험 방지라는 공익적 행정목적의 달성에 있는 이상, 지방자치단체를 도로법 제86조에 의하여 처벌대상이 되는 법인에서 제외하는 것은 일반적인 양벌규정의 입법취지 및 도로법상 당해 법조의 개별 입법취지에 반할 뿐만 아니라 법률적용에 있어 다른 일반 법인과 의 형평성에도 반한다”고 보았다.

나아가 동법원은 “이 사건 도로법 위반의 장소는 남해고속도로로서 그 관리청은 피고인이 아니라 건설교통부장관(국가)이고, 당시 직접 위반행위자인 피고인 소속 공무원 윤○○이 수행하고 있던 업무는 지방자치법 제9조 제2항 제2호 자목에서 예시하고 있는 ‘청소, 오물의 수거 및 처리’로서 주민의 복리증진에 관한 고유의 자치사무에 속하는 업무였는바, 이러한 점에서도 피고인을 도로법상의 처벌대상에서 제외시킬 이유가 없는 것”이라고 하면서 원심판결 중 피고인에 대한 부분을 파기하고 변론을 거쳐 피고인에게 벌금 30만원을 선고하였다.

3) 대법원 판결²⁰⁾요지

대법원은 본 사건에 관하여 “국가가 본래 그의 사무의 일부를 지방자치단체의 장에게 위임하여 그 사무를 처리하게 하는 기관위임사무²¹⁾의 경우에는 지방자치단체는 국가기관의 일부로 볼 수 있는 것이지만, 지방자치단체가 그 고유의 자치사무를 처리하는 경우에는 지방자치단체는 국가기관의 일부가 아니라 국가기관과는 별도의 독립한 공법인이므로, 지방자치단체 소속 공무원이 지방자치단체 고유의 자치사무를 수행하던 중 도로법 제81조 내지 제85조의 규정에 의한 위반행위를 한 경우에는 지방자치단체는

20) 대법원 2005.11.10. 선고 2004도2567 판결.

21) 이는 국가 또는 지방자치단체로부터 지방자치단체의 장에게 위임된 사무로서, 지방자치법 제102조는 “시·도와 시·군 및 자치구에서 시행하는 국가사무는 법령에 다른 규정이 없으면 시·도지사 와 시장·군수 및 자치구의 구청장에게 위임하여 행한다”고 규정하고 있다.

도로법 제86조의 양벌규정에 따라 처벌대상이 되는 법인에 해당한다”고 하였다.

아울러 동법원은 “이 사건 도로법 위반 당시 위 공소외인이 수행하고 있던 업무는 지방자치단체 고유의 자치사무 중 주민의 복지증진에 관한 사무를 규정한 지방자치법 제9조 제2항 제2호 (자)목에서 예시하고 있는 ‘청소, 오물의 수거 및 처리’에 해당되는 업무라고 할 것이므로 지방자치단체인 피고인은 도로법 제86조의 양벌규정에 따른 처벌대상이 된다”고 판시하였다.

Ⅲ. 미국법상 지방자치단체의 형사처벌

미국²²⁾은 우리와 달리 연방국가이기 때문에 법제도 역시 연방법과 주법이라고 하는 이원제도(dual-system)로 이루어져 있다. 따라서 지방자치단체²³⁾의 형사처벌의 문제도 연방과 주의 경우를 나누어서 살펴보는 것이 필요하다.

1. 주법상 지방자치단체의 형사처벌

(1) 지방자치단체의 형사처벌의 연혁

주의 경우 약 1819년부터 1975년경까지는 지방자치단체에 대한 형사소추가 있었으나, 지방자치단체의 법적 성격의 변화로 인해 현재는 형사소추가 행해지지 않고 있다고 한다.²⁴⁾ 형사소추의 대상이 되었던 지방자치단체에는 시(city),²⁵⁾ 지방공공단체

22) 미국에서의 지방자치단체의 형사책임과 관련하여 “미국에서는 주권면책 사상에 따라 연방이건 주이건 직접 책임을 지는 경우가 없다고 한다. 그러나 최근에는 이러한 태도에 대하여 강한 비판이 있자 각 주에 따라 약간씩 차이가 생기게 되었다. 결과적으로 미국에서는 각 주에 따라 주에 속한 지방자치단체의 책임문제가 달라지는 것으로 보인다(위 공동조 보고서에 의하면 이는 박수현 교수가 제공한 정보임)”이라는 견해가 있다. 박재완, 지방자치단체가 양벌규정의 적용대상이 되는 법인에 해당하는지 여부 - 대법원 2005.11.10. 선고 2004도2657 판결에 대한 평석, 특별법연구 제8권, 특별소송실무연구회편, 2006, 397면 주) 34. 여기서 공동조란 위의 대법원 사건을 검토한 대법원 재판연구관실 중 행정조(임영호부장관사)를 말한다.

23) 지방자치단체는 주권국(sovvereign)이 아니며, 주에 의해 설립된 법인(corporation)이다. Dan B. Dobbs, The Law of Torts 718 (2000).

(municipal corporation),²⁶⁾ 타운(town),²⁷⁾ 버로우(borough), 카운티(county), 타운십(township), 패리쉬(parish),²⁸⁾ 시의회(city council), 시의회의원(alderman)²⁹⁾ 등이 있었다. 그러나 스스로의 규율에 따라 운영되고 재산을 소유한 상대적으로 자율적인 시민들의 결사(association)였던 지방자치단체가 주의 규제와 통제를 받는 주의 단순한 하부기관으로 그 성격이 변화하게 됨에 따라 더 이상 형사소추를 받지 않게 되었다.³⁰⁾

(2) 지방자치단체의 형사처벌의 분류

지방자치단체의 형사처벌의 문제가 위에서 말한 지방자치단체의 법적 성격의 변화의 시기와 딱 맞아 떨어지는 것은 아니며, 지방자치단체에 대한 형사처벌이 문제된 公刊된 판례가 많지 않을 뿐만 아니라 미국 전역에 널리 분포되어 있어서 이를 일률적으로 말하기는 어렵다.³¹⁾ 이에 Green교수는 지방자치단체의 형사처벌 문제에 대한 이해를

24) Stuart P. Green, The Criminal Prosecution of Local Governments, 72 N. C. L. Rev. 1197, 1201 (1994). Green교수에 의하면 지방정부의 형사소추가 문제된 최초의 公刊된 판례는 Commonwealth v. Inhabitants of Dedham, 16 Mass. 141 (1819)이며, 마지막으로 公刊된 판례는 Commonwealth v. Fleetwood Borough Auth., 346 A.2d 867 (Pa. Commw. Ct. 1975)인 것으로 보인다고 한다. Green, id. at 1201 n. 21.

25) 예컨대 People v. City of Chicago, 100 N.E. 194 (Ill. 1912); City of Newport v. Commonwealth, 55 S.W. 914 (Ky. 1900); State v. City of Portland, 74 Me. 268 (1883); Commonwealth v. City of Boston, 33 Mass. (16 Pick.) 442 (1835); State v. Dover, 46 N.H. 452 (1866); State v. Canterbury, 28 N.H. 195 (1854) 등이 있다. Green, supra note 24, at 1201 n. 22.

26) 예컨대 People v. Corporation of Albany, 11 Wend. 538 (N.Y. 1834); State v. Corporation of Shelbyville, 36 Tenn. (4 Sneed) 176 (1856) 등이 있다. Green, supra note 24, at 1201 n. 23.

27) city와 village의 중간규모의 지방자치단체를 말한다. 이에 관한 판례로는 State v. Town of Cumberland, 6 R.I. 496 (1860); State v. Town of Burlington, 36 Vt. 521 (1864); State v. Town of Whitingham, 7 Vt. 390 (1835); Town of Byron v. State, 35 Wis. 313 (1874) 등이 있다. Green, supra note 24, at 1201 n. 24.

28) 예컨대 Commonwealth v. Lansford Borough, 14 Pa. 376 (1894); Commonwealth v. Borough of Wilkesburg, 37 Pa. Super. 160 (1908) 등이 있다. Green, supra note 24, at 1201 n. 25.

29) 예컨대 White v. Commissioners of Chowan, 90 N.C. 437 (1884); Commonwealth v. Bredin, 30 A. 921 (Pa. 1895); State v. Mayor & Aldermen of Knoxville, 12 Tenn. 146 (1883) 등이 있다. Green, supra note 24, at 1201 n. 26.

30) Joan C. Williams, The Invention of the Municipal Corporation: A Case Study in Legal Change, 34 Am. U. L. Rev. 369, 392-438 (1985); Richard Briffault, Our Localism: Part I -- The Structure of Local Government Law, 90 Colum. L. Rev. 1, 6-18 (1990).

31) Green, supra note 24, at 1202.

돕기 위해 다음과 같은 세 가지 측면에서 이를 논하고 있다.

1) 非犯意(non-Mens Rea) 범죄와 공공위해 범죄

먼저 19세기와 20세기 초에 지방정부에 대한 형사소추는 대부분 법인의 형사처벌 문제와 관련이 있다. 즉, 지방정부를 형사처벌하는 논거로서 법인의 형사책임이 원용되었으며,³²⁾ 19세기 중반에는 양자 간의 실질적인 차이가 없었다고 한다.³³⁾ 그런데 당시의 법원칙에 의하면 지방정부와 영리법인이 범의(mens rea)를 필요로 하는 범죄에 대해서는 형사소추를 받지 않는 반면에, 공공³⁴⁾에 위해³⁵⁾를 주는 범의가 필요 없는 범죄의 경우에는 형사소추의 대상이 되었다.³⁶⁾ 왜냐하면 법인과 마찬가지로 지방자치단체는 범의를 가질 수 없으며, 자유형의 수형능력이 없기 때문이었다.³⁷⁾

한편 지방자치단체에 대한 민사소송의 제기는 보통법(law)과 형평법(equity)을 구분하고 있었던 당시의 일반적인 원칙에 의하였는데, 사적인 위법방해(nuisance)는 보통법상 사적인 손해배상소송 또는 형평법상 유지명령 청구에 의해 구제될 수 있었던 반면에, 공공에 대한 위법방해는 오직 주가 보통법 법원에 소송을 제기함으로써 구제될 수 있었다.³⁸⁾ 그러나 이러한 형사와 민사의 구별이 항상 명료한 것은 아니었다.³⁹⁾ 그럼에도 불구하고, 주가 지방자치단체를 상대로 제기한 소송은 형사절차로 간주되었으며, 유죄 판결의 경우 지방자치단체에게는 벌금형(criminal fine)이 선고되었다. 예컨대 1844년 도로의 유지보수 책임이 문제된 사건⁴⁰⁾에서는 10달러의 벌금형이 부과되었으며, 1856

32) Id. at 1203.

33) Id.

34) 한편 여기서 말하는 ‘일반 공중(the public at large)’라는 개념이 중요한데, 그 이유는 일반 공중이 아닌 단지 일부의 사람에게만 해를 준 행위는 제소가 불가능하거나 불법행위의 문제로 해결해야 하기 때문이라고 한다. Id. at 1204 n. 40.

35) ‘공공에 대한 위해’란 요건은 크게 두 가지로 나누어 볼 수 있는데, 하나는 적극적으로 공중에 위해를 야기하는 경우, 즉 작위에 의한 위법행위(misfeasance)이고, 다른 하나는 일정한 의무를 이행하지 아니하는 경우, 즉 부작위에 의한 위법행위(nonfeasance)이다. Id. at 1204-1205.

36) Id. at 1203.

37) Id. at 1204.

38) Id. at 1205.

39) Id.

40) State v. Barksdale, 24 Tenn. 154 (1844).

년 교량의 유지보수 책임이 문제된 사건⁴¹⁾에서는 1,000달러의 벌금형이 부과되기도 하였다.⁴²⁾

2) 단일 원고의 원칙과 지방정부의 면책

앞에서 언급한 바와 같이 19세기에는 공공에 대한 위법방해를 야기한 피고는 사적인 위법방해 소송으로부터 면책을 받는 대신에 주가 제기한 형사소추의 대상이 되었는데 이를 ‘단일 원고의 원칙(Single Plaintiff Principle)’이라고 한다. 이 원칙은 만약 사적인 손해배상 청구를 허용하게 되면 소송이 폭주할 가능성이 있는 반면에 소송을 금지하게 되면 그러한 위법행위를 억제할 수 없다는 이유 때문에 생겨났다.⁴³⁾ 그런데 이 원칙이 지방자치단체의 불법행위 면책법리(law of municipal tort immunity)의 발달에 영향을 주었는데, 1812년 *Mower v. Inhabitants of Leicester* 사건⁴⁴⁾에서 법원은 카운티(county)가 교량의 유지보수 책임을 해태하여 자신의 말이 손해를 입었다고 주장하는 역마차의 주인이 제기한 불법행위에 기한 손해배상청구 소송에서 피고인 카운티가 면책된다고 판결하였다. 이 판례는 상당한 비판을 받았으나, 지방자치단체의 불법행위 면책법리의 발달에 중요한 영향을 미쳤다.⁴⁵⁾

3) 국가작용과 재량행위

19세기 중반에 이르러 법원은 지방정부의 법적 성격⁴⁶⁾ 뿐만 아니라 지방정부의 행위를 기준으로 법적용을 달리하게 되었다. 즉, 법원은 지방정부의 행위를 국가작용(governmental function)과 국고작용(proprietary function) 및 재량행위(discretionary)

41) *State v. City of Bangor*, 41 Me. 533 (1856).

42) 이러한 행위를 처벌하는 주된 목적은 공적인 과오(public wrong)를 시정하고 재발을 방지하는데 있었다고 한다. *Id.* at 1207.

43) *Id.*

44) 9 Mass. 247 (1812).

45) Green, *supra* note 24, at 1209.

46) 법원은 준법인(quasi-corporation), 즉 공적인 목적을 위해 주의회에 의해 설립된 지방자치단체와 단체의 이익을 위해 설립된 법인(corporation)을 구분하여 법적용을 달리 하였다. 법원은 후자의 경우에는 개인과 마찬가지로 보통법상 제소될 수 있는 반면에 준법인은 주의회의 입법이 없이는 제소될 수 없다고 판시하였다. *Mower v. Inhabitants of Leicester*, 9 Mass. 247, 249 (1812).

와 기속행위(ministerial)로 구별하였다.⁴⁷⁾ 이러한 구별은 미국 내 일부 주에서는 여전히 유효하며, 따라서 시(city)는 국고작용의 경우에만 불법행위 책임을 진다.⁴⁸⁾

이 법원칙의 주된 논거는 지방자치단체가 주정부의 일부로서 국가작용을 수행하는 것이며, 따라서 주의 주권면책(sovereign immunity)을 공유한다는 것이다.⁴⁹⁾ 그런데 이러한 원칙이 형사법의 영역에도 존재하여, 지방자치단체가 국가작용을 하는 경우에는 형사소추의 면제를 받는 반면에, 국고작용의 경우에는 그렇지 않다.⁵⁰⁾ 전자의 경우는 소위 자기소추(self-prosecution)의 금지⁵¹⁾라고 할 수 있다.

한편 *People v. City of Chicago* 사건⁵²⁾에서 시립병원이 여성을 ‘기계적 혹은 상업적 시설’에서 하루에 10시간 이상 근로하도록 하지 못하도록 규정하고 있던 일리노이주의 여성근로자보호법(Woman's Ten-Hour Law)을 위반한 혐의로 기소되었는데, 市는 지방자치단체에 대한 형사소추는 자기소추가 된다는 이유로 형사범죄의 죄책을 질 수 없다고 주장하였다.⁵³⁾ 이에 대해 일리노이주대법원은 이러한 주장을 배척하면서 지방자치단체는 국가작용과 국고작용이라는 두 가지 상이한 기능을 수행할 수 있는데, 전자의 경우에는 주의 대리인(agent)이며, 그 지역의 통치를 보조한다고 하였다.⁵⁴⁾ 반면에 후자의 경우에는 여타의 법인과 마찬가지로 재산권적 이익을 추구하므로 개인이나 사법인처럼 계약을 체결하고, 사람을 고용하며, 재산을 소유하고 거래를 할 수 있으므로, 지방자치단체는 소송을 제기하거나 제소될 수 있으며, 명시적인 법률의 규정에 의하여 예외가 인정되는 경우를 제외하고는 자연인과 마찬가지로 법의 적용을 받는다고 보았다.⁵⁵⁾ 따라서 이 사건의 경우 지방자치단체는 사적인 국고작용을 수행한 것이므로 자기소추의 문제는 발생하지 아니한다고 하였다.⁵⁶⁾

47) 이에 관하여 자세한 것은 Dobbs, *supra* note 23, at 718 참조.

48) Green, *supra* note 24, at 1209.

49) *Id.*

50) 예컨대 *City of Georgetown v. Commonwealth*, 73 S.W. 1011 (Ky. 1903) 사건에서 법원은 제소행위를 국가작용으로 보아서 사유재산에 대한 위법방해(nuisance)를 제소하지 아니한 지방자치단체에게 유죄를 인정한 하급심을 파기하였다.

51) Green, *supra* note 24, at 1210.

52) 100 N.E. 194 (Ill. 1912).

53) *Id.* at 196.

54) *Id.*

55) *Id.*

또한 市가 국고작용을 하는 경우에도 그 작용이 ‘기속(ministerial)’ 작용이 아닌 ‘재량(discretionary)’ 또는 ‘입법(legislative)’ 작용인 경우에는 형사소추를 받지 않았다.⁵⁷⁾ 예컨대 Board of Chosen Freeholders of the County of Bergen v. State 사건⁵⁸⁾에서 뉴저지주법원은 市가 교량의 건설 또는 보수를 거부한 것이 재량에 속하는지의 여부를 검토하였는데, 만약 일반인들이 교량이 없어서 고속도로의 이용이라는 혜택을 누릴 수 없는 경우에는 그러한 거부는 공적 의무의 위반이 되는 반면에 안전하게 건널 수 있는 개울을 이용도가 낮은 도로가 가로지르는 경우에는 재량으로 거부할 수 있으며, 법원의 재판을 받지 아니한다고 하였다.⁵⁹⁾

(3) 19세기에 있어서 지방자치단체에 대한 형사소추의 이유 및 쇠퇴

19세기에 있어서 지방자치단체에 대한 형사소추는 매우 드물었으며, 판례도 미국 전역에 흩어져 있어서 이를 일률적으로 말하기는 어렵고, 주가 지방자치단체에 형사소추를 통해 관여하는 것이 일반적이지는 않았다.⁶⁰⁾ 다만 주정부가 지방자치단체에 직접 정치적인 통제를 하기 시작한 이후에도, 지방자치단체에게 도로를 건설하고 교량을 보수하며, 위법방해를 줄이고 주의 정책을 따르도록 명령하거나 재정적 지원을 하는 것이 불가능한 경우가 있었다.⁶¹⁾ 왜냐하면 지방자치단체가 독자적인 수입기반을 가지고 있으며, 자치사무를 처리할 수 있는 자치권을 보유하고 있었기 때문이었다.⁶²⁾ 따라서 주가 지방자치단체를 통제하기 위하여 형사소추가 필요했다고 한다.⁶³⁾

그럼에도 불구하고 지방자치단체에 대한 형사소추는 감소⁶⁴⁾하였는데, 그 이유는 다

56) Id. at 197. 한편 State v. Metropolitan Park District of Tacoma, 171 P. 254 (Wash. 1918) 사건에서 워싱턴주대법원은 특수한 시립법인(municipal corporation)인 Tacoma Metropolitan Park District의 여성근로자보호법 위반의 유죄판결을 파기하면서, 공원의 관리 및 유지에 지방자치단체의 사적인 행위 혹은 국고작용이 아니며 국가작용이라고 하였다.

57) Green, *supra* note 24, at 1210.

58) 42 N.J.L. 263, 272-73 (1880).

59) Id. at 273-274. 그러나 무엇이 재량이고 무엇이 기속인지를 구별하는 것은 쉽지 않다는 비판이 있다. Green, *supra* note 24, at 1212.

60) Id.

61) Id.

62) Id.

63) Id.

양하여 일률적으로 설명할 수는 없다고 한다.⁶⁵⁾ 다만 일부의 주들이 형사소추의 가능성을 차단하기 위하여 모범형법전(Model Penal Code)의 조항⁶⁶⁾을 채택하였다. 그리고 무엇보다도 지방자치단체를 주정부의 기관으로 보는 경향이 두드러지고, 자기소추의 문제에 대한 인식이 강화되면서 주의 지방자치단체에 대한 형사소추는 점차 감소하게 되었다.⁶⁷⁾ 따라서 공적인 위법방해와 공적인 의무위반의 문제는 연방, 주 및 개인이 제기한 민사소송을 통해 해결되었으며, 이는 보통법과 형평법의 통합⁶⁸⁾뿐만 아니라 행정국가(administrative state)로의 이행에 의해 가속화 되었다.⁶⁹⁾

2. 연방법상 지방자치단체의 형사처벌

연방법은 주법과는 별개의 법체계이므로 연방법상 지방자치단체에 대한 형사처벌은 다른 문제이다. 오늘날에는 지방자치단체가 가장 범하기 쉬운 범죄들 중 크게 세 가지 영역, 즉 환경법, 민권법 및 독점규제법이 대부분 연방법으로 규정되어 있다. 따라서 이러한 범죄들을 중심으로 살펴본다.

(1) 조문의 해석 문제

연방형법상 통상적으로 규정되어 있는 ‘人(person)’ 또는 ‘누구든지(whoever)’의 개

64) 1933년 *City of Ludlow v. Commonwealth*, 56 S.W.2d 958 (Ky. 1933) 사건에서 Ludlow시가 설치한 하수도의 하자로 인해 일부 주민들의 지하실에 하수가 역류하자 켄터키주는 Ludlow시를 기소하였다. 이에 항소법원은 Ludlow시에게 1500달러의 벌금을 선고하였으나, 켄터키주대법원은 부과한 벌금이 과도한 벌금을 금지한 주헌법에 위반된다는 이유로 파기 환송하였다. 한편 Green교수에 의하면 주가 지방정부나 지방정부기관을 상대로 형사소추를 제기한 사건들 중 公刊된 마지막 판례는 아마도 *Commonwealth v. Fleetwood Borough Auth.*, 346 A.2d 867, 868-69 (Pa. Commw. Ct. 1975)일 것이라고 한다. Green, *supra* note 24, at 1201 n. 21. 이 사건은 버로우(Borough) 당국이 청수위원회(Sanitary Water Board)가 발급한 하수처리 허가기준(sewage permit)을 위반하여 300달러의 벌금을 선고받은 하급심을 지지한 사건이다.

65) Green, *supra* note 24, at 1213.

66) Model Penal Code, § 2.07(4)(a)에 의하면 ‘법인(corporation)’의 개념에서 정부의 프로그램을 집행하기 위하여 정부기관으로 조직되었거나 정부기관에 의해 조직된 단체는 제외된다.

67) Green, *supra* note 24, at 1213-1214.

68) 이로 인해 이전에는 불가능했던 공적인 위법방해에 대하여도 유지명령에 의한 구제(injunctive relief)가 가능해 졌다. Id. at 1214.

69) Id.

념에 지방자치단체가 포함되는지 여부가 문제된다. 연방환경법의 경우 민·형사적 제재를 부과하는 중요한 법률들 중 80% 이상은 ‘人’의 개념에 지방자치단체, 즉 정부법인(governmental corporation) 또는 정치적 하위기관들, 기관들(instrumentalities) 및 주의 대리인들(agents of a state)이 포함된다.⁷⁰⁾

반면에 1988년 개정되기 전의 Endangered Species Act⁷¹⁾는 ‘人’에 지방자치단체가 포함되는지의 여부를 명확하게 규정하지 아니하고, 단지 州의 ‘부서들(departments)과 기관들’ 및 ‘州의 정치적 하위기관들’이라고만 하고 있었다.⁷²⁾ 연방항소법원은 United States v. City of Rancho Palos Verdes 사건⁷³⁾에서 피고인 Rancho Palos Verdes市가 ‘人’이 아니라고 판시하였다. 이에 이 사건 직후 연방의회는 동법을 개정하여 지방자치단체를 ‘人’의 개념에 포함시켰다.⁷⁴⁾

한편 독점규제법(Sherman Act)과 관련하여, City of Lafayette v. Louisiana Power & Light Co. 사건⁷⁵⁾에서 손해배상청구의 소가 제기된 Lafayette市는 책임을 피하기 위해 동법상 ‘人’의 개념에 지방자치단체가 포함되지 않는다고 주장하였으나 연방대법원은 이를 배척하였다.

그리고 민권법과 관련하여 연방대법원은 Monell v. Department of Social Services 사건⁷⁶⁾에서 연방법 42 U.S.C. § 1983이 규정하고 있는 ‘人’이란 단어에 지방자치단체와 기타의 지방정부 부서들(local governmental units)이 포함된다고 하였다.

(2) 형사제재의 적용 불가능성의 문제

사법상 법인과 마찬가지로 타운(town)이나 市(city)는 자유형이나 생명형만 법정형으로 규정된 범죄를 범하였다는 이유로 기소될 수는 없다. 이것이 바로 19세기에 법원

70) 1978년 United States v. Little Rock Sewer Comm., 460 F. Supp. 6 (E.D. Ark. 1978)사건에서도 지방자치단체가 포함되는 것으로 판시되었다.

71) 16 U.S.C. § 1531-1544 (1988 & Supp. III 1991).

72) Id. § 1532(13) (1982) (amended 1988).

73) 841 F.2d 329 (9th Cir. 1988).

74) Pub. L. No. 100-478, tit. I, s 1001(a)(12), 102 Stat. 2306, 2306 (codified as amended at 16 U.S.C. s 1532(13) (1988)).

75) 435 U.S. 389 (1978).

76) 436 U.S. 658 (1978).

이나 학자들이 법인은 중죄(felony)를 범할 수 없다는 주장의 근거로 제시한 주된 이유들 중의 하나였다.⁷⁷⁾ 그러나 지방자치단체에게도 적용되는 형벌규정 중에 벌금형이 선택형으로 규정된 경우에는 이러한 문제는 발생하지 않는다.

(3) 지방자치단체의 면책

1) 형사소추의 일반적인 면책

가. 지방자치단체와 범의

만약 지방자치단체가 犯意(mens-rea)를 가질 수 없다면, 범의를 요건으로 하는 범죄는 범할 수 없는 것이 된다. 미국연방대법원은 *City of Newport v. Fact Concerts, Inc.* 사건⁷⁸⁾에서 지방자치단체가 민권법(Civil Rights Act of 1871)상 징벌적 손해배상(punitive damage)을 규정한 42 U.S.C. § 1983의 적용을 받지 아니한다고 하였는데, 많은 하급심들이 이 판례를 확대해석하여 지방자치단체가 범의를 가질 수 없다고 판시하였다.⁷⁹⁾ 이 사건에서 연방대법원의 논리는 공무원의 악의(malice)가 납세자인 국민에게 전가되어서는 아니 되며, 만약 그렇게 된다면 귀책사유가 없거나 무고한 납세자의 어깨에 그러한 책임을 지우는 결과가 된다는 것이었다.⁸⁰⁾

그러나 형법 이외의 분야에서는 지방자치단체에 고의, 동기 기타 정신적인 상태(mental state)에 대한 책임을 물을 수 있다. 예컨대 *California Retail Liquor Dealers Ass'n v. Midcal Aluminum, Inc.* 사건⁸¹⁾에서 법원은 캘리포니아주가 와인의 도매가격 규제제도를 통해 전매가격(resale price)을 규제하려는 고의가 있었다고 보았으며,

77) Green, *supra* note 24, at 1221.

78) 453 U.S. 247 (1981).

79) Green, *supra* note 24, at 1223-1224. 그런데 이에 대해서는 법제정 당시인 1871년에는 정부법인과 영리법인의 구별이 없었지만, 그 이후로는 사적인 영리법인은 대표자나 고용인의 행위를 통해 인식(knowledge)과 고의(willfulness)가 필요한 범죄를 범할 수 있다는 법리가 발전되어 왔으므로 지방자치단체가 범의를 가질 수 없다고 하기 위해서는 사적인 법인과 달리 취급하는 논거가 필요하다는 비판이 있다. *Id.* at 1224-1225.

80) *City of Newport v. Fact Concerts, Inc.*, 453 U.S. at 267. 그러나 이에 대해서는 그러한 정책적 고려의 문제와 지방자치단체가 범의를 가질 수 없다고 보는 것과는 전혀 다른 문제라는 비판이 있다. Green, *supra* note 24, at 1225.

81) 445 U.S. 97 (1980).

Marshall v. City of Centralia 사건⁸²⁾에서는 사람이 맨홀에 빠져서 상해를 입은 경우에 있어서 Centralia市가 맨홀뚜껑의 관리를 소홀히 한 과실이 있다고 보았다. 또한 민사 손해배상 청구소송에서 지방자치단체가 면책을 받는다고 할지라도, 지방자치단체 공무원은 형사소추를 받을 수 있다.⁸³⁾

나. 국가작용과 재량행위

앞에서 살펴본 주범의 경우와 달리 연방정부가 지방자치단체를 기소한 경우에는 연방과 주는 별개의 기관이므로 자기소추의 문제가 발생하지 아니 한다. 따라서 국가작용과 국고작용을 구분할 필요가 없게 된다.

한편 국가작용과 국고작용의 구별의 곤란성은 주로 불법행위와 관련하여 문제가 되었으며, 국가가 사적인 기능을 담당하는 비중이 커지고 사법인이 전통적으로 정부의 기능에 해당하는 역할을 수행하게 됨에 따라 이러한 기능상의 구별을 포기하고 지방자치단체에게 책임을 인정하게 되었다.⁸⁴⁾ 아울러 재량행위와 기속행위를 구별하는 것도 연방불법행위배상청구법(Federal Tort Claims Act)하에서는 의미가 있었으나, 범의를 요소로 하는 범죄의 경우에는 그러한 구별은 의미가 없게 되었다.⁸⁵⁾

2) 개별법상 지방자치단체의 형사소추 면제

앞에서 본 바와 같이 미국연방대법원은 City of Newport v. Fact Concerts, Inc. 사건에서 지방자치단체는 범의를 가질 수 없으므로 민권법상 불법행위책임으로부터 면책된다고 하였는데, 이러한 논거가 민권법상 형사책임을 규정한 18 U.S.C. § 242에도 적용될 수 있는가의 문제가 있다. 그러나 18 U.S.C. § 242가 1866년 제정당시에는 범의나 고의(willfulness)를 요건으로 규정하고 있지 않았으나, 1909년 법 개정을 통해 고의가 추가되었으며, 이 시기에 이르러 법인이 범의를 가질 수 있다고 보는 견해가 우세하게

82) 570 N.E.2d 315 (Ill, 1991).

83) 예컨대 Dennis v. Sparks, 449 U.S. 24, 28 n.5 (1980); United States v. Gillock, 445 U.S. 360, 372 (1980) 등 참조.

84) Green, supra note 24, at 1228-1229.

85) Id. at 1229.

되었으므로, 지방자치단체가 동조의 형사소추를 면제받는다고 볼 수는 없다고 한다.⁸⁶⁾

한편 독점규제법(Sherman Act)과 관련하여 지방자치단체가 지방정부독점규제법(Local Government Antitrust Act)으로 인해 형사소추의 면제를 받는지가 문제된다. 지방정부가 지방정부독점금지법상 연방정부가 제기한 형사소추의 면제를 받는지에 관하여는 명문의 규정이 없다. 그런데 연방의회가 사인이 제기한 3배배상소송(treble damages actions)으로부터 지방자치단체를 보호하기 위하여 지방정부법(Local Government Act)을 제정하였으므로, 지방자치단체가 독점금지법 위반을 이유로 연방정부가 제기하는 형사소추를 받지 아니하는 것으로 보는 것이 합리적이라고 한다.⁸⁷⁾

IV. 지방자치단체에 대한 양벌규정의 적용 가능성에 대한 검토

1. 양벌규정의 적용범위

일반적인 양벌규정에 따를 때 자연인 행위자가 아닌 이른바 업무주(법인 혹은 개인 업무주)의 범위에 어떠한 주체들이 포함되는지가 문제된다. 예컨대 법인의 개념속에 모든 법인이 다 포함되는 것인지, 반대로 법인격을 취득하지 못한 단체의 경우에는 전혀 포함될 수 없는 것인지가 문제된다. 지금까지 논의로는 양벌규정에서 말하는 법인은 주로 권력발동의 대상이 되는 사적 단체로서의 법인이라고 이해되었다. 사적 단체로서의 법인이면 영리법인, 비영리법인, 사단법인, 재단법인을 불문하고 처벌의 대상이 된다.

한편 법인격을 취득하지 않은 단체에 대해서도 범죄능력을 인정하자는 이론이 있다.

86) Id. at 1231.

87) Id. at 1232. 이상의 논의를 종합하여 Green교수는 다음 세 가지를 주장하고 있다. 첫째, 지방자치단체는 형사소추의 대상이 될 수 있다. 둘째, 일부 사건들, 예컨대 지방자치단체가 조직적으로 범위행위의 결과를 야기하는 정책을 채택하거나 묵인하고, 공무원들이 단지 그러한 위법행위의 대리인인 경우 그 공무원보다는 지방자치단체를 형사소추 하는 것이 더 공정하다. 셋째, 지방자치단체에 형사책임을 부과하는 것이 공무원에게 책임을 묻는 것 보다 더 효과적인데, 왜냐하면 지방자치단체가 불법행위에 대한 내부적 통제를 하도록 하고, 피고를 확정하고 유죄를 인정하는데 보다 용이하기 때문이라고 한다. Id. at 1234-1235.

사법상의 법인격 취득 여부를 형법상의 범죄능력 유무에 그대로 적용할 수 없고 실질적으로 파악하여 형법상의 행위주체가 될 수 있으면 범죄능력을 인정하여야 한다거나⁸⁸⁾, 기업조직체로서의 실체를 지니고 있으면 법인격 취득여부를 떠나 범죄주체로 인정할 수 있다는 이론⁸⁹⁾ 등이다. 미국의 판례도 실체이론(entity theory)에 입각하여 법인격 없는 단체(unincorporated association)나 조합(partnership)에 대해 기소할 수 있다고 한다.⁹⁰⁾ 그러나 죄형법정주의의 유추해석금지의 원칙에 따라 명문에 법인으로 규정되어 있는 경우를 법인격 미취득 단체에까지 유추해석할 수는 없다고 하겠다.⁹¹⁾

또 하나의 문제가 본고의 문제인 국가나 지방자치단체 등도 양벌규정의 대상이 될 것인가 하는 문제이다. 이는 지금까지 형벌의 주체가 동시에 형벌의 객체가 될 수 있는지에 대해 생각해 본 바가 없기 때문에 그 결론이 쉽지 않은 문제이다. 형식적으로 혹은 도식적으로 보면 국가나 지방자치단체도 법인이거나 법인으로 이해할 수 있고, 그 구성원인 자연인(공무원)이 행정형법상의 범죄행위를 하면 양벌규정에 따라 국가나 지방자치단체도 벌금형으로 처벌받을 수 있다고 할 것이다. 그러나 한편 생각하면 행정형법상의 양벌규정은 공법인이 아닌 사법인의 사회활동 중 범한 범죄행위를 처벌하기 위해 마련된 것이 분명하다. 그렇다면 입법자의 의도를 수용하여 사법인에 국한된다는 축소해석을 못할 바 아니다.

2. 지방자치단체에 대한 양벌규정의 적용 여부

(1) 적용설

양벌규정의 처벌대상인 법인에 지방자치단체도 포함된다는 견해의 논거는 다음과 같다. 첫째, 지방자치법 제3조 제1항에 법인으로 규정되어 있는 한 양벌규정의 대상이 되는 것이 원칙이다(문리해석). 둘째, 지방자치단체는 국가와 구분되는 대등한 법인격

88) 伊東研祐, “法人の刑事責任”, 刑法理論の現代的展開, 日本評論社, 1980, 108면.

89) 板倉 宏, 現代社會と新刑法理論, 勤草書房, 1980, 53면.

90) W. R. Lafave & A. W. Scott, Substantive Criminal Law 263 (West Publishing Co., 1986).

91) 김일수, 형법학원론, 박영사, 1988, 278면; 박기석, 환경범죄의 효율적 대처방안에 관한 연구, 한양대학교 박사학위논문, 1997, 89면.

체로 존재하기 때문에 국가의 구성부분으로 이해하여 형벌권의 대상 여부를 따져서는 아니 된다. 셋째, 법인을 처벌하는 이유를 생각해 볼 때, 사법인뿐 아니라 공법인도 사회적 해악을 끼치는 실질을 가지고 있다. 넷째, 지방자치단체의 행위성은 대표자나 대리인, 사용인 기타 종업원에 대한 선임, 감독, 관리 책임을 통해 이론화할 수 있다. 다섯째, 지방자치단체에 대한 벌금형의 부과는 지방자치단체의 재원에서 징수할 수 있으며, 국가로 귀속하면 된다. 여섯째, 권리 없는 의무, 의무 없는 권리는 생각하기 어렵다. 권리가 있어 법적 이익을 향유한다는 것은 그에 따른 의무도 동전의 양면처럼 동반하는 것이다. 지방자치단체가 여러 가지 행정행위를 행할 때에는 그에 따른 의무도 지고 있는 것이다. 그 의무는 행정법적 의무 외에 형법적 의무도 갖는다. 행정법적 의무는 행정행위를 행하는 이유가 ‘사회의 질서와 안정’이라는 고유한 의무 외에 요건과 절차에 부합하는 행정권의 발동이라는 것 등이 될 것이다. 그러나 더 나아가 행정행위가 형법을 위반하는 범죄행위를 구성할 경우에는 지방자치단체도 처벌받아야 한다. 왜냐하면 그와 같은 범죄행위로 인해 이익을 얻었을 것이기 때문에 그에 따른 의무를 지는 차원에서 처벌도 받아야 하기 때문이다.

(2) 부적용설

반면에 양벌규정의 처벌대상인 법인에 지방자치단체가 포함되지 않는다는 부적용설의 논거는 다음과 같다. 첫째, 지방자치단체는 독립된 자치권을 가지고 자주적으로 사무를 결정하고 집행하는 기관이지만, 전체적으로 국가를 구성하는 일부분으로서 형벌권의 주체는 될 수 있지만 대상은 될 수 없다. 둘째, 국가가 지방자치단체에게 사무를 위임할 수 있다는 점에서도 지방자치단체는 국가의 구성부분으로 볼 수 있다. 셋째, 지방자치단체를 법인으로 규정한 것은 사법상의 권리의무를 확정하기 위한 것이지 형법상의 범죄능력이나 수형능력을 인정하기 위한 것은 아니다. 넷째, 지방자치단체는 그 인적, 물적 구성이 방대하고 다양하여 그 외연을 확정하기 어려워 범죄의 성립을 인정하기 어렵다. 다섯째, 국가위임사무의 경우 국가와 지방자치단체의 책임을 명확하게 구분하기 어려운 면이 있다. 여섯째, 당해 범죄행위를 범한 자연인인 공무원을 처벌하면 족하지 책임소재가 명확하지 않은 지방자치단체까지 처벌할 일은 아니다. 일곱째, 국가나 지방자치단체에게는 국가배상청구권이나 행정법적 책임(예컨대 행했던 허가의 취소나 철회 등)을 물

을 수 있고, 이것이 국가나 지방자치단체의 법적 성격에 부합할 수 있다. 여덟째, 현실적으로 볼 때 국가나 지방자치단체로부터 벌금을 납부케 한다고 하더라도 결국 국가나 지방자치단체에 또다시 귀속하게 되어 큰 효과를 기대하기 어렵다.

3. 지방자치단체의 법적 성질과 형사처벌

지방자치법에서는 지방자치단체를 법인이라고 명시하고 있다. 지방자치단체를 법인이라고 이와 같이 명시적으로 규정한 이유는 무엇일까. 이는 지방자치단체는 독립된 인격이라는 의미, 지방자치단체는 행정법상 혹은 사법상 행위와 거래의 독립된 주체라는 의미, 지방자치단체는 그 내부조직이 상하좌우로 짜여 있어 살아있는 유기체와 같이 활동한다는 의미 등일 것이다. 그러나 이는 주로 헌법적, 행정법적, 사법적 의미가 짙고 입법자가 형법적 의미, 즉 형벌권의 대상도 될 수 있다는 의미까지 생각하지는 않았을 것이다.

그러나 입법자의 의도만이 법해석의 기준이 될 수 없고, 기본적인 문리해석과 사회적 변화에 따른 합리적 해석도 중시되어야 한다. 그렇다면 지방자치단체가 법인이라고 명시되어 있고 국가나 지방자치단체도 개인 못지않게 공적 의무를 지고 있는 존재라면 형법적 처벌대상으로서의 지위도 부인할 수만은 없다고 할 것이다. 다만 형법적으로 사람에게 형벌을 부과하기 위해서는 그 자가 당해 범죄를 범했다는 점이 명확하게 확정되어야 한다. 이러한 점에서 볼 때 규모가 작은 사법인에 비해 지방자치단체는 그 규모나 구성원이 방대하고 많아 지방자치단체 자체의 범죄행위를 쉽게 확정지을 수 있을지는 의문이다.

4. 지방자치단체에 대한 양벌규정의 적용 가능성

현재의 양벌규정의 해석으로 지방자치단체를 적용대상에서 배제할 특별한 근거는 없다고 보인다.⁹²⁾ 형벌권 발동의 주체로만 여겼던 국가나 지방자치단체에 대해 역으로

92) 질서위반과 관련하여 양벌규정이 있는 경우에는 지방자치단체도 과태료 부과 대상이 될 수 있다고 보는 견해가 있다. 홍정선, 행정법원론(下), 박영사, 2007, 78면. 이에 대하여 이 견해는 “과태료

형벌권을 발동한다는 것이 어색하거나 부담스러운 것은 사실이다. 그러나 한 주체에 권리와 의무가 동시에 부과될 수 있는 것처럼, 형벌권 발동의 주체라도 자신의 잘못에 대해 죄책을 인정받는 것은 개념적으로 불가능한 것은 아니다. 특히 지방자치단체를 법인으로 규정한 명문이 존재하고 양벌규정이 특별한 요건을 두지 않고 법인 내의 구성원인 자연인이 당해 행정형법의 범죄를 저지르면 자동적으로 벌금형을 부과받는 형식으로 존재하고 있는 한 지방자치단체도 이와 같은 명문규정의 적용을 피할 수는 없다고 본다.⁹³⁾

형사정책적으로 보더라도 지방자치단체에 대한 범죄인정과 형벌부과는 중요한 의미를 갖는다. 범죄인을 교화, 개선시켜 정상적인 사회인으로 변화시켜 나간다는 특별예방이 효과를 갖기 위해서는 범죄인에게 형벌을 부과하는 사회나 국가가 엄결성(廉潔性)을 지녀야 한다. 즉 형벌을 부과하는 주체가 범죄에 물들어 있으면서 상대방에게 범죄를 저지르지 말라고 말하는 것은 어불성설일 뿐 아니라 효과도 없을 것이다. 따라서 국가나 지방자치단체가 스스로의 잘못에 대해서도 형벌을 부과받는 것은 엄결성을 제고하는데 도움이 될 것이다.

지방자치단체를 양벌규정의 대상으로 삼게 되면 국가는 어떻게 되는가도 생각해 보아야 할 것이다. 국가가 법인이라는 규정은 없지만, 지방자치단체가 법인이라면 그 외연이 보다 분명하고 유기체로서의 작용이 보다 분명하게 인정되는 국가는 법인성을 보

에 관하여만 언급하고 있는바, 과태료는 각 지방자치단체도 조례로 정할 수 있는 것이므로, 위 견해를 따라 과태료의 양벌규정에 의하여 지방자치단체가 처벌대상이 된다고 하는 경우, 국가가 정한 벌금에 관한 양벌규정의 적용범위에서 지방자치단체가 배제된다고 볼 이유는 없다고 생각된다”는 견해가 있다. 박재완, 앞의 평석, 393면. 그러나 과태료와 벌금은 그 법적 성격이 다른 것이며, 각 지방자치단체가 과태료를 조례로 정할 수 있다는 사실이 국가가 정한 벌금에 관한 양벌규정의 적용범위와 어떤 관련이 있는지 명확하지 아니하다고 본다. 한편 실무와 관련하여 “대법원 법원 행정처가 발간한 과태료재판실무편람에 의하면 국가는 과태료 부과대상이 아니라고 기재하고 있으나, 지방자치단체에 관하여는 별다른 언급이 없다.(법원행정처, 과태료재판실무편람 2002년, 4면 및 42면) 현재(2005년을 의미함) 하급심의 실무상, 국가는 과태료 부과대상이 아닌 것으로 처리되고 있으나, 지방자치단체는 부과대상이 되는 것으로 처리되고 있다(서울중앙지방법원의 경우임. 다만, 사건은 1년에 1,2건 정도라고 함)”고 한다. 박재완, 위의 평석, 393면(원문의 각주를 괄호 안에 인용하였음).

93) 반면에 앞서 살펴본 우리나라의 판례는 “양벌규정인 도로법 제86조의 적용범위가 문제되므로 통상 법인이 독자적으로 범죄의 주체가 될 수 있는지 여부에 관한 논의나, 양벌규정이 있는 경우 법인을 처벌하는 근거에 관한 논의는 이 사건과는 직접적인 관련이 없다고 판단된다”는 견해가 있다. 박재완, 위의 평석, 394면.

다 질게 갖는다고 할 것이다. 그렇다면 국가도 그 구성원인 자연인이 행정형법에 위반되는 행위를 한 경우 국가가 벌금을 납부하여야 한다는 결론에 이를 수 있을 것이다. 국가가 벌금을 납부하고 스스로 납부 받는 모순이 있기는 하지만 회계를 달리한다면 효과가 없지않은 않을 것이다.

V. 맺음말

행정제재와 같은 제재의 주체인 지방자치단체가 형벌부과의 대상이 된다는 점에서 아이러니한 점이 있긴 하지만 그것은 개념상 충분히 분리하여 이해할 수 있다. 양벌규정의 대상이 되지 못한다는 이유 중의 하나는 과연 지자체가 수많은 공무원이나 물적 시설에 대해 실질적인 선임, 감독책임을 저야 할 만큼 조직적 밀도를 갖추고 있는가 하는 점이다. 그러나 거대한 사기업의 경우에도 양벌규정에 따라 형사처벌되며, 전술한 바와 같이 양벌규정이 형식적으로 벌금을 부과하는 현재의 상황으로 볼 때 이 역시 부인할 이유는 되지 못한다고 할 것이다. 지방자치단체가 국가와 구분되는 독립적 존재로서 명확한 외연을 갖추고 있는가도 문제가 될 수 있지만, 지방자치단체가 담당하는 고유사무 범위 내에서는 처벌의 대상이 될 수 있을 것이다. 그러나 위와 같은 문제 해결은 현행 양벌규정의 적용과 관련된 내용일 뿐이고 이론상 완벽한 구성은 아니다. 사실 법인범죄를 정치하게 구성하기 위해서는 전술한 바와 같이 많은 문제를 검토하고 입법하여야 한다.

여기서 간단하게나마 법인범죄의 구조를 입법론적으로 생각해 보면 다음과 같다. 지금까지의 방식은 법인범죄를 자연인의 행위에서 출발하여 법인의 범죄성을 도출하자는 것이었다. 그러나 법인범죄를 직접적이고 거시적으로 인정하려면 법인자체의 행위성과 위법성, 책임성, 수형능력 등을 독자적으로 파악하여야 한다. 법인범죄는 자연인의 행위, 물적 장비의 동원, 운용체계의 미비 등이 어우러져 범죄행위로 나타나게 된다. 구체적인 행위는 자연인이 하겠지만 그 결과로 법익침해행위가 나타나고 사회적 비난이 가능할 것이다. 자연인 개인의 행위도 법인을 위한 행위(혹은 법인의 행위) 및 법인의 정책에 입각한 행위에 한정되어야 할 것이다.

또한 법인의 처벌도 자연인 처벌(징역 등), 물적 제재(벌금 등), 운용제한(조업정지, 공표 등) 등으로 종합적으로 이루어져야 한다. 행위가 종합적으로 이루어지는 만큼 형벌도 행위에 부합하여 종합적으로 이루어져야 할 것이다. 이러한 이론적 접근이 가능한 것은 법인의 규모가 크면 클수록 설득력을 얻게 된다. 따라서 지방자치단체의 경우도 이러한 이론에 따라 범죄에 동원된 지방자치단체 공무원에 대한 처벌(징역 등), 물적 제재(벌금 등), 운용제한(공표, 주민에 대한 봉사 등) 등으로 입체적으로 범죄 및 처벌체계를 검토할 필요가 있다.

참고문헌

- 권오걸, 형법총론, 형설출판사, 2005.
- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.
- 김남진, 행정법I, 법문사, 2001.
- 김동희, 행정법II, 박영사, 2007.
- 김일수, 형법총론, 박영사, 1998.
- 김일수, 형법학원론, 박영사, 1988.
- 김철수, 헌법학(下), 박영사, 2008.
- 박균성, 행정법론(下), 박영사, 2008.
- 박기석, 환경범죄의 효율적 대처방안에 관한 연구, 한양대학교 박사학위논문, 1997.
- 박재완, 지방자치단체가 양벌규정의 적용대상이 되는 법인에 해당하는지 여부 - 대법원 2005.11.10. 선고, 2004도2657 판결에 대한 평석, 특별법연구 제8권, 특별소송실무연구회편, 2006.
- 배종대, 형법총론, 홍문사, 2005.
- 이재상, 형법총론, 박영사, 2002.
- 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008.
- 홍정선, 행정법원론(下), 박영사, 2007.
- 伊東研祐, “法人の刑事責任”, 刑法理論の現代的展開, 日本評論社, 1980.
- 板倉 宏, 現代社會と新刑法理論, 勁草書房, 1980.
- Briffault, Richard, Our Localism: Part I -- The Structure of Local Government Law, 90 Colum. L. Rev. 1 (1990).
- Dobbs, Dan B., The Law of Torts (2000).
- Green, Stuart P., The Criminal Prosecution of Local Governments, 72 N. C. L. Rev. 1197 (1994).
- Lafave, W. R. & Scott, A. W., Substantive Criminal Law (West Publishing Co., 1986).
- Williams, Joan C., The Invention of the Municipal Corporation: A Case Study in Legal Change, 34 Am. U. L. Rev. 369 (1985).

The Possibilities of Applying the Provisions to Punish Corporations to Local Self-Governments

: Especially on the Comparison with the American Law

Park, Gi-Suk^{*} / Huh, Soon-Chul^{**}

As you may already know, there are some arguments about whether a state may inflict criminal punishment on corporations. Until now, most Korean criminal law scholars deny the criminal responsibility of corporation because of lacking personality. However, the Supreme Court of Korea recently decided that the local self-governments managing business on behalf of the national government are legally regarded as a kind of subdivisions of the national government, but when they handle their own business they are also legally viewed as autonomous corporations separated from the national government.

In the U.S., until 1975, American local governments were subject to criminal prosecution under state law. By making local governments liable for criminal prosecution brought by the state government, it was possible to deter local governments from wrongdoing. And the criminal liability usually hinged on a determination of whether a local government was acting in a governmental, rather than proprietary or discretionary as opposed to ministerial, capacity. However, as the legal status of a local government was changed into a mere subdivision of the state subject to almost complete state regulation, local governments are not subject to criminal punishment. On the other hand, at federal level, some federal criminal statute can be construed to apply to local governments.

It is undeniable that local self-governments are subject to criminal sanction because not only they are defined as corporations by the Local Autonomy Act but also have public duties. With the interpretation of the legal provisions to

^{*} Professor, Department of Police Administration, Daegu University, Ph.D. in Law

^{**} Assistant Professor, Department of Law, Kyungnam University, Ph.D. in Law

punish corporations, it seems reasonable that there is no special grounds to exclude local self-governments from applying the provisions, and making local governments criminally liable for their wrongdoing is also possible even if they are the subject of criminal sanction in general.

❖ Key Words : local self-government, provisions to punish corporation, public corporation, criminal punishment, ban on self-prosecution