

# 행정제재와 형벌의 관계에 관한 소고\*

최 봉 석\*\*

## 차 례

- I. 서 론
- II. 행정벌의 개념과 특수성
  - 1. 행정벌의 개념과 근거
  - 2. 행정벌과 형벌의 구별
  - 3. 행정형벌의 특수성
  - 4. 행정질서벌의 특수성
- III. 독일 질서위반법의 시사점
  - 1. 독일 질서위반법의 기본구조
  - 2. 독일 질서위반법의 제재규정
- IV. 질서위반행위규제법의 문제점
  - 1. 고의·과실
  - 2. 공범과 경합범 처리 및 시효
  - 3. 가산금 징수 및 체납처분의 문제
  - 4. 관허사업의 제한
  - 5. 신용정보의 제공 등
  - 6. 고액·상습체납자에 대한 제재
- V. 행정벌의 문제점과 개선방향
  - 1. 행정벌의 문제점
  - 2. 행정벌의 개선방향
- VI. 결 론

\* 동국대학교 법과대학 교수, 법학박사.

접수일자 : 4월 20일 / 심사일자 : 5월 28일 / 게재확정일자 : 6월 1일

## I. 서론

행정벌은 행정법상 행정의무불이행에 대한 불이익을 부과하는 심리적 강제를 통해 의무이행을 담보하는 간접적 강제수단이다. 이러한 행정벌은 크게 행정형벌과 행정질서벌로 대별된다. 행정질서벌은 순수한 행정제재로서 과태료, 영업정지, 단수·단전, 공표, 개선명령, 폐쇄명령, 부과금, 과징금 등이 있다. 이에 비해 행정형벌은 행정의무를 강행하기 위해 행정법에서 수용하고 있는 형법상의 형벌을 말한다. 따라서 행정형벌의 종류도 형법상의 형벌의 9가지(사형, 무기징역, 징역, 금고, 자격상실, 자격정지, 벌금, 구류, 과료, 몰수, 추징) 종류와 동일하다. 제재의 내용으로는 이와 같이 명백하게 구분되지만, 어떠한 불법행위에 행정질서벌이 부과되고 또 행정형벌이 부과되는지는 분명하지 않다. 대체로 그 불법성이 경미한 경우에는 행정질서벌이, 그 불법성이 강한 경우에는 행정형벌이 부과된다고 말할 수 있다. 그러나 범칙금과 같이 제재의 종류에 따라서는 행정질서벌인지 행정형벌인지 논란이 되는 경우도 있다. 범칙금은 기본적으로 재산형인 벌금이나 절차에 있어 일반적인 형사절차가 아닌 통고처분이라는 특수한 절차를 통해 부과되지만, 범칙금은 실체법적으로 보면 형벌이지만 부과되는 절차상으로는 행정제재의 성격을 띠고 있다. 이에 우리나라에서 행정의 간접적인 실효성 확보수단인 행정벌의 문제점을 살펴보면서 독일 질서위반법의 비교법적 고찰을 통해, 현행 행정벌에 대한 개선방향을 제시해 보고자 한다.

## II. 행정벌의 개념과 특수성

### 1. 행정벌의 개념과 근거

행정벌이란 행정의 상대방이 행정법상의 의무를 위반한 경우, 행정주체가 일반통치권에 의거 행정의 상대방에 과하는 행정법상의 제재로서의 처벌로 이해되어 왔다.<sup>1)</sup> 일반적으로 행정형벌은 형법전에 규정된 형벌을 가하는 제재를 의미하고, 따라서 원칙적으로 형법총칙과 형사소송법이 적

용되며, 행정질서벌은 일반사회의 법익에 직접 영향을 미치지 않는으나 행정상의 질서에 장애를 야기할 우려가 있는 의무위반에 대해 과태료를 가하는 제재를 말한다고 한다.<sup>2)</sup> 그러나 행정벌 중 행정형벌은 법원에 의해 부과되는 것임을 고려한다면, 행정벌을 행정주체가 부과하는 것으로 정의하는 것은 정당하지 않다는 견해가 있다.<sup>3)</sup> 이에 의하면 행정벌은 ‘행정의 상대방이 행정법상 의무를 위반한 경우에 국가(국가기관)가 행정의 상대방에 과하는 행정법상의 제재로서의 처벌’로 정의할 수 있다는 것인데 이 견해가 보다 더 타당하다고 할 것이다.

그러나 이러한 행정벌도 처벌의 한 종류이므로 죄형법정주의의 원칙상 당연히 법률의 근거를 요하며, 행정질서벌의 경우 총칙으로 질서위반행위 규제법이 있으나, 각칙은 개별 법률에서 규정되고 있다. 따라서 엄밀히 말한다면 질서위반행위규제법은 행정질서벌을 포함한 모든 질서벌의 일반법이라 할 것이다.

## 2. 행정벌과 형벌의 구별

행정벌과 형벌의 구별에 대하여 다수의 견해는 형사범은 그 행위가 법규를 기다리지 않고 그 자체가 반도덕성, 반사회성을 가지고 있어 이것을 국민일반이 의식하고 있는데 반해, 행정범은 법규가 정한 명령, 금지에 위반함으로써 반사회성, 반도덕성을 띠게 된다는 것이다. 다만 양자의 구별을 긍정하는 견해에도 여러 견해가 있다.

### (1) 법익에 대한 공격의 태양이나 피침해 이익을 기준으로 구별하는 견해

형사범은 법익을 침해하는 행위인데 대하여, 행정범은 법익을 위협하게

1) 박윤훈, 최신행정법강의(상), 1999, 641쪽.

2) 대법원 1982.7.22선고, 82마210판결 ; “무역거래법 제30조 제2항의 규정에 의한 과태료는 이른바 행정질서벌의 하나로서 행정질서유지를 위한 의무의 위반행위에 대하여 과하는 제재이므로 무역거래법 또는 이 법에 의한 처분이 명하는 의무에 위반한 이상 고의 또는 과실유무를 불문하고 과태료 책임을 면할 수 없는 것이다.”

3) 홍정선, 행정법원론(상), 제13판, 2005, 500쪽.

하는 행위라고 하여 구별하는 견해가 있으며,<sup>4)</sup> 이는 형사범은 법익을 침해하거나 구체적으로 위협하게 하는 것이고 행정범은 법익을 추상적으로만 위협하게 하는 행위라고 설명하기도 한다.<sup>5)</sup>

이와 달리 Otto Mayer는 침해되는 이익의 성질을 기준으로 형사범은 법규에 의하여 보호된 이익인 법익을 침해하는 행위이지만, 행정범은 행정에 의하여 보호된 이익을 침해하는 행위, 즉 공적 질서에 위반하는 행위로 구분하였다.<sup>6)</sup> 반면 Erick Wolf는 형사범이든 행정범이든 다 같이 구성요건에 해당하고 위법·유책한 행위로서의 범죄인 점에서는 같으나 형사범은 개인적 이익의 침해를 전제로 인적, 물적 침해를 매개로 하여 사회적, 국가적 손실을 발생하게 하는 행위인데 대하여, 행정범은 개인적 이익의 침해를 전제로 하지 않고 직접 사회적, 국가적 손실을 발생하게 하는 행위라는 점에서 다르다고 한다.<sup>7)</sup>

## (2) 침해되는 규범의 성질을 기준으로 구별하는 견해

이 견해는 침해받는 성질에 따라 행정형벌과 형사벌을 구별하려는 견해로서 절대적 구별설과 상대적 구별설로 대별된다. 절대적 구별설은 과거의 통설<sup>8)</sup>이라고 할 수 있으며 일반적으로 반윤리성, 반도덕성, 반사회성을 그 구별기준으로 하여, 형사범은 원래 반사회적, 반도덕적 행위인데 대하여 행정범은 제정법에 의하여 비로소 범죄가 되는 행위라고 한다. Garofalo는 자연범(형사범)은 국가의 명령, 금지가 있기 전부터 반사회성, 반도덕성을 가지는 범죄인데 대하여, 법정범(행정범)은 행정목적에 위한 국가의 입법에 의하여 비로소 범죄로 되는 것이라고 하였다.<sup>9)</sup> 상대적 구별설은 오늘날 학설의 다수의 위치를 점하고 있는 견해로 원칙적으로 형사범은 기본적 생활질서에 위반하는 행위이고, 행정범은 파생적 생활질서

4) 김기두, “행정범의 특수성”, 『법제월보』, 7권4호, 법제처, 1965, 1쪽.

5) 김기두, 앞의 논문, 2면.

6) Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd.I. Duncker&Humblot. 1895. S.319.

7) Vgl. Erik Wolf. Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem. in: Hegler, A.(Hrsg). Festgabe für Reinhart von Frank. Bd.II. 1930. S.560ff.

8) 윤세창, 행정법(상), 1987, 309쪽.

9) 남승길, “행정벌의 특수성(1)”, 『경찰대학논문집』, 제2집, 경찰대학, 1983, 80쪽.

에 위반하는 행위라고 한다.<sup>10)</sup> 기본적 생활질서는 기본적 생활구조를 규제하는 질서이므로 국민일반의 도의적인 인식면에 승인되어 있어서 이에 위반하는 형사범은 전법률적으로나 사회윤리적으로나 비난의 대상이 되는데 반하여, 파생적 생활질서는 특정의 행정적, 정책적 목적을 위하여 형성된 질서이므로 국민일반의 도의적인 인식면에 승인되어 있지는 않고 이에 위반한 행정범의 반도덕성, 반사회성은 법의 제정에 의하여 성립한다는 것이다.

### (3) 소 결

범죄를 실질적으로 고찰해 보았을 때, 행정범과 형사범의 차이를 부정할 수는 없다.<sup>11)</sup> 이러한 차이를 인정함에 있어서 그 구별에 대하여 우선, 법익에 대한 공격의 태양을 기준으로 구별하는 견해는 법익에 대한 위협 또는 추상적 위험을 행정범의 일반적인 특징으로 삼는데 무리가 있다고 할 것이다. 또한 피침해 이익의 성질을 기준으로 구별하는 견해 중 Otto Mayer의 견해는 공적질서도 국가의 보호를 받는 하나의 법익이므로 공적질서와 법익을 논리적으로 대립시키기 힘들 것이며, Erick Wolf의 견해는 형사범에 있어서 퇴거불응죄와 같이 행위의 객체가 없는 범죄의 존재와 사회적, 국가적 법익을 침해하는 내란죄 등을 행정범이라고 봐야 하는가 여부를 해결하지 못한다. 결국 피침해 규범의 성질에 따라서 구별하는 것이 가장 타당하다고 생각된다. 즉, 형사범은 법 이전에 당연히 해서는 안 될 반사회적 행위를 벌하는 것인데 반하여, 행정범은 행정목적의 실현이라는 정책적, 기술적 요청에 기하여 편의적, 합목적적 견지에서 행정법규 위반행위를 벌하는데 기인하는 것이라고 볼 수 있다. 다만, 행정범도 시간의 경과에 따라 그 반사회성, 반도덕성의 인식이 국민일반에게 형성되는 경우에는 형사범으로 전환될 수 있다는 점에서 양자의 구별은 상대적·유동적이라 할 것이다.

10) 김도창, 일반행정법론(상), 1993, 521~522쪽; 김남진·김연태, 행정법 I, 2002, 324쪽; 박윤훈, 최신행정법강의(상), 1999, 403쪽; 서원우, 현대행정법론(상), 1983, 609쪽.

11) 정연권, “행정벌의 특수성에 관한 고찰”, 부산대, 1987, 16쪽.

### 3. 행정형벌의 특수성

#### (1) 행정형벌과 죄형법정주의

행정형벌도 형벌인 이상 죄형법정주의의 원칙이 적용된다고 할 것이다.<sup>12)</sup> 따라서 파생원칙인 관습형법금지의 원칙과 유추해석금지의 원칙도 적용될 것인데 특히 행정법규는 형사법규와 달라서 죄에 관한 규정의 표현이 모호하거나 특수용어를 쓰거나 포괄적인 경우가 많기 때문에, 이런 경우에는 당해 법규의 범위 안에서 합리적인 목적적 해석을 하여야 할 것이지만 피고인에게 유리하도록 해석할 것이 요청된다. 그 외에도 소급효 금지의 원칙과 절대적 부정기형 금지 원칙 역시 행정형벌에도 적용될 것이다.

#### (2) 행정행위의 하자과 행정형벌

행정행위가 무효인 경우, 즉 하자가 중대하고 명백하여 당해 처분이 무효인 경우에는 문제가 되지 않을 것이지만, 행정행위의 하자가 취소 정도의 위법성에 그치는 경우 그 처벌에 의하여 부과된 의무를 위반한 경우에도 행정벌이 과하여질 것인지 여부가 문제된다.<sup>13)</sup> 즉 행정행위의 하자가 취소사유에 그치는 경우에는 당해 처분에 공정력 또는 구성요건적 효력<sup>14)</sup>이 있어 비록 위법하더라도 유효한 행위로 통용되는 바, 이 경우 취소소송을 제기 받은 행정법원이 아닌 형사법원이 행정행위의 위법성을

12) 정연권, 앞의 논문, 19쪽.

13) 김도창, 앞의 책, 410쪽.

14) 공정력과 구성요건적 효력을 구별하는 견해에 의하면, 이 경우는 구성요건적 효력에 관한 문제가 될 것이다. 이 견해에 따르면 공정력이란 행정행위의 직접상대방 또는 이해관계인에 대한 구속력을 의미하고, 구성요건적 효력이란 제3의 국가기관에 대한 구속력을 의미한다. 공정력과 구성요건적 효력을 구별하는 이유는, 공정력이란 행정행위의 상대방과의 관계에서 법적 안정성 내지 취소소송의 배타적 관할에 기한 반사적 효과로서 인정되는 것이나, 구성요건적 효력은 국가기관 상호간의 권한존중의 원칙상 인정되는 것이므로, 그 인정근거가 다르기 때문이다. 이에 의하면, 선결문제에 관한 논의는 공정력이 아니라 구성요건적 효력과 관련한 것이라고 한다. 그러나 선결문제를 공정력으로 이해하거나, 구성요건적 효력으로 이해하거나, 선결문제의 해결에 차이가 있는 것은 아니기 때문에 별도로 '구성요건적 효력'이라는 개념을 인정하지 않아도 무방하다고 할 것이다.

심사할 수 있는지가 문제가 된다.

1) 부정설(적법성추정설)

행정행위는 당연무효가 아닌 한 공정력이 있기 때문에 유효성뿐만 아니라 적법성도 추정되는 것이고 실정법상 취소소송의 배타적 관할원칙을 채택하고 있으므로 형사법원은 구성요건을 이루는 행정행위의 위법성 여부를 심사할 수 없다는 견해이다.<sup>15)</sup>

2) 긍정설(유효성추정설)

행정행위의 공정력은 실체법상의 적법성 추정이 아니라 재송법상의 유효성의 통용력에 불과한 것이기 때문에 형사법원은 선결문제로 행정행위의 위법성을 심사할 수 있다는 견해이다. 즉 범죄의 구성요건이 되는 행정행위의 위법성 심사는 그 행정행위의 효력을 부인하지 않고서도 심리 가능하므로 공정력 또는 구성요건적 효력과 모순되는 것이 아니라고 한다.<sup>16)</sup> 그리고 위법한 행정행위에 의거하여 위법행위를 행한 경우에 범죄가 성립하는가의 문제는 개개 처벌규정의 구성요건해석의 문제이지 공정력이 미치는지 여부의 문제와는 차원이 다르다는 견해가 있다. 즉 취소소송의 배타적 관할권에 기한 유효·무효의 판단은 행정소송에 있어서의 사인의 구제라는 측면에서 행하여지는 것으로 그것과 형사재판의 판단과는 그 논리적으로 결합이 되는 것이 아니라는 것을 이유로 들고 있다.<sup>17)</sup>

3) 소 결

행정행위의 공정력은 단순히 절차적 효력에 불과할 뿐, 그 행위를 실체적으로 적법하게 만드는 것은 아니기 때문에, 행정행위의 효력 여부와 상관없이 그 적법성 여부를 심사하는 것은 공정력에 반하지 않을 것이고, 따라서 긍정설이 타당하다고 생각된다. 판례 또한 행정행위 위반이 범죄

15) 이상규, “행정행위의 공정력과 선결문제심판”, 『고시연구』, 1986. 27쪽.

16) 홍준형, 행정법총론, 1994, 285쪽.

17) 김철용, 행정법 I, 1998, 170쪽.

구성요건을 이루는 경우 형사법원은 그 행정행위의 위법성 여부를 심사할 수 있다고 판시하고 있다.<sup>18)</sup>

### (3) 행정형벌과 형법총칙

우리나라 현행법에는 행정벌에 대한 통칙적 규정이 없고, 각 단행법에서 처벌의 근거를 정하고 있어, 구체적인 절차는 명령에 위임하는 경우가 많다. 우선 형법 제8조가 “본법 총칙은 타법령에 정한 형에 적용한다”고 규정하고 있기 때문에 형법총칙은 행정형벌에도 원칙적으로 적용된다고 할 것이다. 그러나 “단 그 법령에 특별한 규정이 있는 때에는 예외로 한다”는 형법 제8조 단서에 따라 행정형벌의 경우에 형법총칙의 적용이 배제될 수도 있다. 이에 대해 죄형법정주의의 엄격한 적용, 기본권보장의 내실화의 관점에서 사인의 책임을 축소하는 방향에서 조리상의 특수성도 ‘특별한 규정’에 포함된다는 견해가 다수이다.<sup>19)</sup>

### (4) 행정형벌의 과형절차상의 특수성

형벌의 경우와 마찬가지로 행정형벌의 처벌절차 역시 형사절차에 따라야 한다. 그러나 통고처분<sup>20)</sup>이라는 특별절차에 따라 범칙금 미납시 당해 관청의 고발에 의해서 비로소 형사소송절차로 넘어가게 된다. 통고처분은 범칙자가 통고에 복종하여 처분의 내용을 이행할 때 확정절차와 동일한

18) 대법원 1992.8.18선고, 90도1790판결 ; “구 도시계획법 제92조 4호, 제78조 1호의 각 규정을 종합하면, 도시계획구역안에서 허가없이 토지의 형질을 변경한 경우 행정청은 그 토지의 형질을 변경한 자에 대해서만 같은 법 제78조 제1항에 의하여 처분이나 원상회복 등의 조치명령을 할 수 있다고 해석되고 토지의 형질을 변경한 자도 아닌 자에 대하여 한 원상복구의 시정명령은 위법하다 할 것이다. 같은 법 제78조 제1항에 정한 처분이나 조치명령을 받은 자가 이에 위반한 경우 이로 인하여 같은 법 제92조에 정한 처벌을 하기 위하여는 그 처분이나 조치명령이 적법한 것이어야 하고 그 처분이 당연무효가 아니라 하더라도 그것이 위법한 처분으로 인정되는 한 같은 법 제92조 위반죄가 성립될 수 없다.”

19) 김남진·김연태, 앞의 책, 469쪽; 김동희, 앞의 책, 444쪽.

20) 통고처분이란 조세범처벌절차법, 관세법, 출입국관리법, 도로교통법 등에서 인정되는 것으로 행정관청이 일정한 범죄에 대하여 조사를 한 후 범죄에 대한 확증을 얻었을 때에 범인에 대하여 그 이유를 명시하고 ‘벌금에 상당한 금액, 물수에 대항하는 물품, 추징금에 해당하는 금액’을 병과할 것을 통고하는 행정처분을 말한다.



효력이 발생되고, 따라서 일사부재리의 원칙이 적용된다(조세범처벌절차법 제11조, 관세법 제233조). 그러나 범칙자가 통고처분에 복종하지 않을 때에 통고처분은 효력을 상실하고 당해 관청은 고발을 해야 하며 이로써 형사소송절차로 이행하게 된다(조세범처벌절차법 제12조, 관세법 제232조). 통고처분을 받은 자의 경우에도 그 처분에 이의가 있는 경우 정식재판을 청구할 수 있지만 취소소송을 제기할 수는 없다.<sup>21)</sup> 이는 이의가 있는 자가 통고처분을 이행하지 않으면 당연히 실효되고, 관계공무원의 고발에 의하여 일반법원의 재판을 받을 수 있는 것이므로, 위법·부당한 통고처분에 대하여는 특별한 구제절차가 마련되어 있는 것(행정심판법 제1조, 행정소송법 제1조)으로 볼 수 있기 때문이다.

그 외에도 20만 원 이하의 벌금, 구류, 과료에 해당하는 행정형벌은 즉결심판에 의하여 과하여지는데 이에 불복하는 자는 정식재판을 청구할 수 있다. 즉결심판은 정식재판의 청구에 의한 판결이 있을 때에는 그 효력을 정지하고, 정식재판의 청구기간의 경과 또는 그 청구의 취하에 의하여 확정판결과 동일한 효력을 갖는다. 즉결심판절차는 일반과형절차에 대한 특별절차이기는 하나, 행정형벌의 특별한 과형절차는 아니다.<sup>22)</sup>

#### 4. 행정질서벌의 특수성

행정상의 의무위반에 대하여 형벌이 아닌 과태료가 과해지는 경우가 있으며, 이러한 과태료는 행정질서벌이라고 불리고 있다. 행정질서벌은 그 이름이 나타내는 바와 같이 당해 행위가 그 자체 당연히 반사회성을 가지거나 직접적으로 행정목적에 침해하는 것도 아니며 단지 행정상의 질서를 유지하기 위하여 제재로서 과해지는 것으로 이해되고 있다.<sup>23)</sup> 이러한 과태료는 형벌은 아니기 때문에 형사소송법이 아니라 원칙적으로

21) 대법원 1995.6.29선고, 95누4674판결 ; “구 도로교통법 제118조에서 규정하는 경찰서장의 통고처분은 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 아니므로 그 처분의 취소를 구하는 소송은 부적법하고, 도로교통법상의 통고처분을 받은 자가 그 처분에 대하여 이의가 있는 경우에는 통고처분에 따른 범칙금의 납부를 이행하지 아니함으로써 경찰서장의 즉결심판청구에 의하여 법원의 심판을 받을 수 있게 될 뿐이다.”

22) 김동희, 앞의 책, 450쪽.

23) 조태재, “행정질서벌제도의 문제점과 개선방안”, 토지공법연구, 2004, 533쪽.

비송사건절차법에 따라 법원의 재판으로서 과해지고 있었다. 이로 인하여 질서위반행위에 대한 과벌요건이나 벌칙정도에 차이가 있어 법령의 체계성이나 통일성이 결여되기도 하고 개별 법률마다 과태료 부과에 관한 절차를 마련해야 하는 번거로움 등의 문제점이 있어 왔다. 또한 과태료의 매우 저조한 징수율로 인하여 법령상 의무이행 확보수단이라는 과태료의 본래의 기능을 제대로 수행하지 못하고 있었다.

### III. 독일 질서위반법의 시사점

#### 1. 독일 질서위반법의 기본구조

##### (1) 법체계에서 질서위반법의 지위

독일의 「질서위반법(Deutsches Ordnungswidrigkeitengesetz)」은 행정형법으로 알려져 왔지만 행정법과 형법 사이에서 다의적 의미를 포함하고 있다.<sup>24)</sup> 첫 번째 의미는 형벌부과의 권한이 해당 행정관청에 있다는 것이고, 두 번째 의미는 국가가 행정의 기능을 확보하기 위하여 행정기능 자체를 법익으로 하고, 형벌에 의해 담보된 법규정으로 파악하는 것이다. 이러한 두 가지 의미는 독일의 입법사에서 오랫동안 혼용되어 왔다. 하지만 지금은 일반적으로 전자를 질서위반법이라고 부르고 있으며 제재면에서 질서위반금과 형벌로 대비된다고 할 것이다.

독일의 질서위반법은 네 가지의 특징을 가지고 있다. 첫째, 질서위반법은 헌법상으로 형법범주에 속한다. 입법권의 관점에서 볼 때 독일의 질서위반법은 독일기본법 제47조 제1항의 형법 내지 법원의 절차에 속한다. 둘째 몇 가지의 예외를 제외하고는 형법총칙은 질서위반법에 그대로 적용된다. 셋째 독일 질서위반법의 질서위반금은 진정한 의미에서의 형벌은 아니지만, 형벌과 같이 일반예방과 특별예방의 기능을 수행한다. 넷째 질서위반행위의 소추절차에 있어서는 독일 질서위반법 제46조 제1항과 같이 특별한 규정이 없는 한 형사소송법, 법원조직법, 소년법의 일반원칙이

24) 임웅, 경미범죄의 비범죄화, 형사정책연구, 1990년 제2호, 197쪽.

그대로 적용되고 있다. 이러한 네 가지 특징을 보면 독자적인 실체법적·절차법적 체계를 갖추고 있고, 그 법적 제재수단이 형벌이 아닌 질서위반금이라 할지라도, 독일의 질서위반법은 항상 형사법적인 원칙이 그대로 적용되고 있다.<sup>25)</sup>

## (2) 독일 질서위반법의 구조

독일의 질서위반법은 실체법적 규정과 절차법적 규정을 모두 가지고 있는데 크게 일반규정, 질서위반금절차, 개별적 질서위반행위 등 세 부분으로 이루어져 있다. ① 일반규정에는 효력범위, 부과 기조, 법적효과에 대해 규정하고 있고, 이 부분은 형법전의 총칙에 해당하는 것으로 문구적으로 상당 부분이 일치하고 있다. ② 질서위반금절차는 제46조 제1항에 규정되어 있는 것으로 형사소송법, 법원조직법, 청소년법원법이 적용된다. 이는 규범적 구조와 그 필요에 따라 형사절차법의 원칙과는 전혀 다른 규정들이 적용되도록 규정되어 있다는 특징이 있다.<sup>26)</sup> 그럼에도 독일의 질서위반법에는 간략하고 신속한 절차종결이 그 특징이라고 할 것이다. ③ 개별적 질서위반행위는 형법전의 각칙에 해당하는 국가명령에 대한 위반, 공공질서에 대한 위반, 국가표지나 국가가 보호하는 표지의 남용, 영업체와 기업에 있어서의 감독의무위반, 절차형태의 공통규정으로 정해져 있다. 이 중에서 형법전 각칙의 구성요건에 해당하는 순수한 의미의 각칙은 제1장에서 제3장까지 상세히 규정되어 있다.<sup>27)</sup>

## (3) 질서위반과 범죄행위의 구분

독일의 질서위반법에서 규정하는 질서위반행위란 범죄행위에 비하여 그 불법내용이나 비난의 정도가 경미하고, 사회윤리적 반가치판단의 측면

25) 조병선, 질서위반법-형법과 행정법사이의 새로운 법영역에 관한 비교법적 연구-, 형사정책연구원(연구보고서 90-25), 1991, 67쪽.

26) 즉 법원의 절차에 선행하여 행정관청의 질서위반금절차를 선치하도록 되어 있고, 행정관청, 검찰, 법원의 권능과 관할이 조화를 이루도록 되어 있으며, 질서위반금절차와 형사절차의 전환문제가 상세히 규정되어 있다.

27) 조병선, 앞의 논문, 68쪽.

에서도 범죄행위에 비해 정도가 낮은 경우를 가리킨다. 독일의 질서위반법에서 질서위반과 범죄행위의 구분은 질서불법행위와 경미범죄불법행위의 관점에서 구체적으로 설명할 수 있다. 질서불법행위의 측면에서 본 비범죄화란 형법의 구성요건을 질서위반법의 구성요건으로 전환한 것이다. 반면 경미범죄불법행위의 측면에서 본 비범죄화란 형식적인 가벌성의 전제조건은 완비되었음에도 불구하고, 형벌필요성이 단지 없다는 이유로 독립적으로 비범죄화한 것이다. 질서위반행위와 범죄행위의 본질적 차이는 행정청의 배타적 관할권에 있다.

## 2. 독일 질서위반법의 제재규정

### (1) 제재의 원칙

독일 질서위반법에는 자유형이 없고 다만 주요제재로 제17조 질서위반금, 제22조 몰수, 제29조a 추징 등이 있다. 질서위반법 외에도 도로교통법 제25조 운전금지와 연방수렵법 제41조a 사냥연습금지 등이 있다. 이러한 제재는 불법과 책임이 경미한 질서위반행위에 대해 경미한 비범죄효과를 주고 있다. 질서행위 위반자의 잘못된 행위에 대해 의식을 바로 잡는 경고성 의미가 있고, 그의 법적의무와 규범신뢰를 강화하기 위해서 부여하는 제재수단이다. 여기서 중요한 것은 질서위반법의 제재로서 집행유예를 부과할 수 없다는 점이다. 그리고 질서위반법에는 강제처분에 엄격한 제한규정을 두고 있는데 질서위반자의 권리영역을 침해하는 강제처분은 무엇보다도 법치국가의 원리와 헌법상의 비례성의 원칙에 제한을 받고 있다. 이러한 독일 질서위반법의 제재벌칙은 단순하고, 신속한 집행이 그 특징이다.

### (2) 질서위반금

독일 질서위반법이 형법과 다른 점은 경미의 여부나 정도에 따라 질서위반금을 차등하는 것을 허용하지 않는다는 점이다. 예를 들면 책임감경, 미수, 부작위, 금지착오, 방조 등의 경우 형법에서는 차등을 두어 형벌을

부과할 수 있지만, 질서위반법의 경우 질서위반금을 차등하여 부과할 수 없다. 이 경우 질서위반금 상한선과 하한선의 기준은 오직 고의와 과실에 따라 구분되어 있다. 여기서 질서위반금 부과기준은 오직 비난의 정도인 것이다. 또한 독일의 질서위반법은 아주 예외적인 경우를 제외하고는 질서위반금 부과시 위반자의 경제적 상황은 고려하지 않는다.<sup>28)</sup>

### (3) 연대질서위반금

여러 사람이 공동으로 범죄를 하는 경우 독일 형법 제25조 제2항에 따라 공동정범이 되며, 모든 형사제재는 항상 개인적 자연인과 개인행위에 맞추어져 있다. 그렇기 때문에 독일에서는 법인의 범죄능력을 인정하지 않기 때문에 법인의 위법행위를 범죄로 인식하지 않는다. 다만 형법과 행정법의 중간영역이라고 할 수 있는 질서위반법에서 질서위반금을 부과하는데 법인에 부과되는 질서위반금 액수는 자연인에게 부과하는 질서위반금보다 고액으로 고의행위의 경우 최고액수는 형사범죄와 연결된 고의행위의 경우 백만유로화 이하까지, 과실행위인 경우에는 50만유로화 이하까지 부과할 수 있고, 질서위반법 이외의 질서위반행위인 경우 개별 법률의 각각의 규정에 따라 최고액수가 결정된다.<sup>29)</sup>

### (4) 추징과 몰수

추징과 몰수는 하나의 부수제재로 추징은 질서위반행위에 근간이 된 재산상의 이익을 박탈한다면 몰수는 이로 인해 취득한 재산상의 이익을 박탈하는 것이다. 추징은 질서위반법 제17조 제4항과 제30조에 규정되어 있다. 그러나 몰수는 독일 기본법 제14조에 근거를 두고 있고, 몰수절차는 기본적으로 형사절차와 같다.

28) 일반 형사사범의 경우에는 독일 형법 제40조 제2항이 고려될 수 있지만, 질서위반법의 경우는 같은 불법, 같은 책임에서는 동일한 질서위반금을 부과하는데 이것이 정외에 부합한다고 보고 있다. Vgl. Mitsch, Wolfgang, Recht der Ordnungswidrigkeiten, Springer Lehrbuch. Berlin Heidelberg New York 2004. S.155ff(Rdnr. 4.5.6.11.13.20).

29) Vgl. Mitsch, Wolfgang, a.a.O., S.165ff(Rdnr.4.10.12.14.17).

#### IV. 질서위반행위규제법의 문제점

행정질서벌의 많은 문제점을 해결하고자 「질서위반행위규제법(이하 ‘질서법’)」이 제정되어 2008년 6월 22일부터 시행되고 있다. 그러나 질서법 제2조 제1항은 질서위반행위를 형식적 관점에서 “법률(지방자치단체의 조례를 포함한다)상의 의무를 위반하여 과태료를 부과하는 행위”로 정의하고 있다. 따라서 질서법에서 말하는 모든 질서위반행위가 행정질서벌에 해당하는 것이 아니라, 행정법의 영역에서 이루어지는 질서위반행위만이 행정질서벌에 해당하는 것이다.

##### 1. 고의·과실

행정질서벌은 신고, 등록, 서류비치 등의 의무를 해태하는 것과 같은 간접적으로 행정상 공공의 목적의 달성에 장애를 미칠 위험이 있는 행위에 대하여 과해지는 것으로 행위자의 고의 또는 과실과 같은 주관적 구성요건은 문제되지 않고 객관적 법률위반이 있으면 행정질서벌을 과할 수 있다.<sup>30)</sup> 그러나 질서법은 “고의 또는 과실이 없는 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다.”(제7조)고 규정하고 있고, “자신의 행위가 위법하지 아니한 것으로 오인하고 행한 질서위반행위에 대해서도 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 과태료를 부과하지 않는다”(제8조)고 규정하고 있어, 과태료 부과 시에도 형벌부과의 경우와 같은 책임요건의 존재를 요구하고 있다. 하지만 행정형벌은 주관책임인 반하여 행정질서벌은 객관책임이기 때문에 이러한 고의 또는 과실에 대한 주관적 책임요소는 필요하지 않은 것으로 보인다. 이는 마치 행정질서벌을 지나치게 행정

30) 대법원 1994. 8. 26선고, 94누6949판결 ; 대법원 1982. 7. 22선고, 82마210판결; 대법원 2000. 5. 26선고, 98두5972판결에서 “과태료와 같은 행정질서벌은 행정질서유지를 위한 의무의 위반이라는 객관적 사실에 대하여 과하는 제재이므로 반드시 현실적인 행위가 아니라도 법령상 책임자로 규정된 자에게 부과되고 원칙적으로 위반자의 고의 과실을 요하지 아니하나, 위반자가 그 의무를 알지 못하는 것이 무리가 아니었다고 할 수 있어 그것을 정당화할 수 있는 사정이 있을 때 또는 그 의무의 이행을 그 당사자에게 기대하는 것이 무리라고 하는 사정이 있을 때 등 그 의무해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있는 때에는 부과할 수 없다”고 판시하고 있다.

형벌로 다스리고자 하는 의미로서 행정형벌과 행정질서벌의 구별에 혼란을 초래하는 것이며 행정제재법의 체계를 무원칙하게 파괴하는 개악이라 아니할 수 없다.

## 2. 공범과 경합범 처리 및 시효

질서법은 “2인 이상이 질서위반행위에 가담한 때에는 각자가 질서위반행위를 한 것으로 본고 신분에 의하여 성립하는 질서위반행위에 신분이 없는 자가 가담한 때에는 신분이 없는 자에 대하여도 질서위반행위가 성립한다”(제12조 제1항, 제2항)고 규정하고 있어, 질서위반행위의 공범과 경합관계의 처리에 관하여 명문화 하고 있다. 이에 의하면 형법의 규정과는 달리 질서법은 질서위반행위의 공범(교사범과 방조범)을 모두 정범으로 취급하고 있다. 이는 형법에 비해 제재의 범위가 확대하고 있다는 비판이 있을 수 있다. 하지만 이에 대해서 통일된 정범개념은 범죄가담의 복잡한 형태를 준별하여야 한다는 곤란함을 제거하여 법적용을 보다 용이하게 할 수 있고, 가담자의 가담형태의 정도 및 중요도에 따라 과태료를 다르게 부과할 수 있다는 측면에서 제재의 범위가 확대되지 않는다고 한다.<sup>31)</sup> 그러나 어떠한 기준으로 준별하여 과태료를 차등 부과할 수 있는지 의문이다. 또한 질서법은 하나의 행위가 둘 이상의 질서위반행위에 해당하는 상상적 경합관계에 있는 과태료에 관해서는 가장 중한 과태료를 부과하도록 규정하고 있지만(제13조 제1항), 둘 이상의 질서위반행위가(실체적으로) 경합하는 경우에는 특별한 규정이 없는 한 각 질서위반행위에 대하여 정한 과태료를 각각 부과하도록 하고 있다(제13조 제2항). 그러나 후자의 경우에는 경합범 가중규정을 적용하는 것보다 과중한 제재가 된다는 비판이 가능하다. 특히 형법총칙 규정을 도입하면 질서위반행위자를 발견할 때 마다 과태료절차가 진행 중인지 여부를 확인하여 병합 여부를 결정하여야 하는 등 복잡한 문제와 더불어 과태료 산정이 곤란해질 수 있다.

그리고 질서법은 행정청의 과태료 부과처분이나 법원의 과태료 재판이

31) 조태재, 앞의 논문, 545~546쪽.



확정된 후 5년간 과태료를 징수하지 않거나 집행하지 않으면 시효로 인하여 소멸한다고 규정하고 있다(제15조 제1항). 형벌의 경우에는 형법 제78조에 각각의 형벌에 대하여 각각의 시효기간을 규정하고 있다.<sup>32)</sup> 그러나 행정질서벌인 과태료는 한번 부과되면 일정기간 동안 국가기관이 권리를 행사하지 않으면 그 권리가 소멸되는데, 질서법에서 과태료의 소멸 시효기간을 “5년”으로 정한 것은 국가의 입장에서 기간을 넓게 정한 것으로 당사자의 법적안정성을 해할 가능성이 많다. 특히 형벌인 벌금의 경우 “3년”으로 정하고 있다는 점을 감안하면 이는 행정청의 행정편의주의에 기인한 것으로 볼 수 있다.

### 3. 가산금 징수 및 체납처분의 문제

질서법은 과태료를 체납하는 자에 대하여 납부기간을 경과하는 날로부터 가산금을 부과하는 규정을 두고 있다. 동법 제24조에서는 행정청은 당사자가 납부기한까지 과태료를 납부하지 않는 경우 납부기한을 경과한 날부터 체납된 과태료에 대하여 100분의5에 상당하는 가산금을 징수하도록 하고 체납된 과태료를 미납하는 경우에는 납부기한이 경과한 날부터 매 1개월이 경과할 때마다 체납된 과태료의 1천분의 12에 상당하는 가산금(이하 “증가산금”이라 한다)을 가산금에 가산하여 징수하도록 하고 있다. 이에 대해 행정법상의 의무위반에 대한 금전벌인 점에서 동일하지만 그 발생원인이 다르기 때문에 이중처벌이 아니라는 견해가 있다.<sup>33)</sup> 그러나 행정법상의 의무위반에 대하여 과태료를 부과한 후에 또다시 가산금을 부과하는 경우 이중처벌금지에 반한다고 할 것이다.<sup>34)</sup> 특히 헌법 제12

32) 『형사소송법』제249조에 공소시효는 사형에 해당하는 범죄에는 25년, 무기징역 또는 무기금고에 해당하는 범죄에는 15년, 장기10년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄에는 10년, 장기10년미만의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄에는 7년, 장기5년미만의 징역 또는 금고, 장기10년 이상의 자격정지 또는 벌금에 해당하는 범죄에는 5년, 장기5년 이상의 자격정지에 해당하는 범죄에는 3년, 장기5년미만의 자격정지, 구류, 과료 또는 몰수에 해당하는 범죄에는 1년 기간의 경과로 완성된다. 그리고 공소가 제기된 범죄는 판결의 확정이 없이 공소를 제기한 때로부터 25년을 경과하면 공소시효가 완성한 것으로 간주한다(동법 제29조제2항).

33) 대법원 1986. 6. 13선고, 88도1983판결; 대법원 2004. 4. 9선고, 2001두6197판결.

34) 개별 법률에 과태료 규정은 『주민등록법』에 5만원에서부터 민방위기본법에 훈련불참



조제1항에서 말하는 “처벌”을 반드시 사법에 의한 처벌에만 국한할 것이 아니라 법률이 사법에 의한 처벌로서 행정형벌을 규정함과 동시에 행정에 의한 처벌로서 가산금을 부과하는 것도 포함한다고 하여야 할 것이다. 종래 행정질서벌은 행정형벌과 실질적인 차이가 있음을 전제로 한 것이지만, 현재 양자는 상대화되어 그 차이가 분명하지 않다. 따라서 행정법상의 의무위반에 대하여 행정질서벌을 부과한 후 또 다시 행정형벌을 부과하는 경우에, 어느 하나가 확정되면 나머지에 대한 기관력에 저촉된다는 문제가 발생할 수 있다고 보아야 할 것이다.<sup>35)</sup>

#### 4. 관허사업의 제한

행정청은 허가·인가·면허·등록 및 갱신을 요하는 사업을 경영하는 자 중 해당 사업과 관련된 질서위반행위로 부과 받은 과태료를 3회 이상 체납하고 있고, 체납발생일부터 각 1년이 경과하였으며, 체납금액의 합계가 500만 원 이상인 체납자 중 대통령령으로 정하는 횟수와 금액 이상을 체납한 자와 천재지변이나 그 밖의 중대한 재난 등 대통령령으로 정하는 특별한 사유 없이 과태료를 체납한 자에 대하여는 사업의 정지 또는 허가 등의 취소를 하거나 주무관청에 대하여 이를 요구할 수 있다. 또한 행정청은 이에 따라 사업의 정지 또는 허가 등을 취소하거나 주무관청에 대하여 그 요구를 한 후 당해 과태료를 징수한 때에는 지체 없이 사업의 정지 또는 허가 등의 취소나 그 요구를 철회하여야 한다(제52조).

그러나 관허사업의 제한은 납세자에게 권익을 침해하는 권력적 행정행위이므로 반드시 법적수권이 있어야 한다. 즉 행정청은 법률에 근거가 있다고 하여 “관허사업의 제한”의 행사는 아주 합리적인 범위 내에서 소극적으로 행사되어야 한다. 그리고 행정법상의 의무위반에 대한 관허사업의

---

자 30만원, 『독점규제 및 공정거래에 관한 법률』에 2억원까지 정하고 있음을 감안할 때 과태료체납에 대한 가산금을 병과하는 경우 이중처벌에 해당한다고 보아야 할 것이다. 왜냐하면 행정상질서위반행위로 부과되는 과태료금액이 형법상의 벌금보다 높게 책정되는 경우도 있기 때문이다.

35) 박정훈, 『행정법의 체계와 방법론』(박영사, 2005), 344~348면; 박정훈, “행정법과 법철학-현대행정법에 있어 순수법학의 의미-” 『행정법연구』 제7호, 행정법이론실무학회, 2001, 216쪽.

제한조치가 법률의 근거가 있더라도 헌법상의 비례의 원칙을 준수하여야 한다. 따라서 질서위반행위로 부과 받은 과태료를 3회 이상 체납하고 또는 체납금액의 합계가 500만 원 이상인 체납자 중에 영세 사업자에게도 “관허사업의 제한”을 하는 것은 과잉제한조치라고 볼 여지가 다분하다.

## 5. 신용정보의 제공 등

행정청은 과태료 징수 또는 공익목적을 위하여 필요한 경우 「국세징수법」 제7조의2를 준용하여 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 제2조에 따른 신용정보회사 또는 같은 법 제25조에 따른 신용정보집중기관의 요청에 따라 체납 또는 결손처분자료를 제공할 수 있다. 그리고 행정청은 당사자에게 과태료를 납부하지 아니할 경우에는 체납 또는 결손처분자료를 신용정보회사 또는 신용정보집중기관에게 제공할 수 있음을 미리 알려야 하며, 행정청은 이에 따라 체납 또는 결손처분자료를 제공한 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 해당 체납자에게 그 제공사실을 통보하도록 정하고 있다(제53조). 그러나 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률」과 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」은 개인의 신용정보를 최대한 보호하도록 한 법률인데 반하여, 「국세징수법」은 국세수입을 확보함을 목적으로 하는 국세체납에 대한 강제징수를 위한 법률로 성격이 다르다고 할 것이다. 그럼에도 불구하고 질서법은 국세징수법 제7조의2를 준용하여 신용정보업체에 국세를 체납하는 자의 정보를 등록하여 세금을 강제 징수하도록 하는 것이 타당한지는 의문이다. 또한 과태료 체납액이 국세체납자만큼 국가근간을 흔들 만큼 국가 또는 지방재정의 확보에 문제가 되는지도 의문이다.<sup>36)</sup>

## 6. 고액·상습체납자에 대한 제재

법원은 검사의 청구에 따라 결정으로 30일의 범위 이내에서 과태료의

36) 김종천, “최근에 제정된 ‘질서위반행위규제법’으로 인한 사회적 파장”, 법학논문집 제32집 제2호(중앙대학교 법학연구소), 2008, 233쪽.

납부가 있을 때까지 과태료를 3회 이상 체납하고 있고, 체납발생일부터 각 1년이 경과하였으며, 체납금액의 합계가 1천만 원 이상인 체납자 중 대통령령으로 정하는 횟수와 금액 이상을 체납하고 과태료 납부능력이 있음에도 불구하고 정당한 사유 없이 체납한 경우에 모두 해당하는 체납자(법인인 경우에는 대표자를 말한다)를 감치(監置)에 처할 수 있다. 그리고 행정청은 과태료 체납자가 제1항 각 호의 사유에 모두 해당하는 경우에는 관할 지방검찰청 또는 지청의 검사에게 체납자의 감치를 신청할 수 있다(제54조). 여기서 감치제도란 행정상 과태료 납부의무를 이행시키기 위한 행정상 강제처분이지 형벌이 아니고 따라서 전과자가 되지도 않는다. 다만 고액·상습적인 과태료 체납자에게 심적인 압박을 가하여 과태료를 이행하기 위한 간접적인 강제수단이 될 수 있을 뿐이다.

그러나 질서법 제54조에 “고액·상습적인 과태료체납자에 해당하는 자”에게만 감치제도를 규정하여 단순한 채무를 이행하지 않은 것임에도 불구하고 감치할 수 있도록 하는 것은 인권침해에 해당할 수 있다. 형법상의 구류는 1일 이상 30일미만의 기간 동안 수형자를 교도소 내에 구치하는 것을 내용으로 하는 자유형이다. 즉 질서법 제54조에 고액·상습적인 과태료체납자에 해당하는 자에게만 부과하는 행정상 제재인 “감치”제도와 형법 제68조에 규정된 “구류”는 국민에게 미치는 법 효과 측면에서 동일하다고 보아야 할 것이다. 따라서 과태료체납자에 대한 질서위반행위에 대한 행정상 제재인 감치제도는 형법상의 형벌인 구류제도와 같은 법 효과측면에서 동일한 법효과를 발생하게 한다는 점에서 고액·상습적인 과태료체납자에 해당하는 자에게만 감치처분을 하도록 규정한 것은 인권침해의 소지가 있다.<sup>37)</sup> 특히 형벌인 몰수·추징에도 강제구금이 인정되지 않고 있음에도 불구하고, 그 보다 경미한 행정상 제재인 과태료 체납자를 감치할 수 있도록 하는 것은 법체계상 균형을 상실하였다고 할 것이다.

37) 김종천, 앞의 논문, 240~241쪽.

## V. 행정벌의 문제점과 개선방향

### 1. 행정벌의 문제점

#### (1) 행정질서벌과 행정형벌의 불균형성

행정질서벌과 행정형벌은 각각 행정질서위반행위와 행정범죄에 부과된다. 일반적으로 법익침해가 작아 불법성이 경미한 경우에는 행정질서벌이, 법익침해가 큰 불법성이 중한 경우에는 행정형벌이 부과된다고 할 수 있다. 행정형벌의 법정형은 주로 자유형과 재산형의 선택형으로 규정되어 있으며, 이와 같은 형식은 당해 행위의 불법성이 중한 경우에는 자유형을, 경한 경우에는 재산형을 선고하라는 취지라고 볼 수 있다. 그러나 행정형벌상의 범죄는 그 동기가 자신의 이익과 관련되는 경우가 대부분이라 할 수 있다.

또한 행정질서벌은 행정형벌에 비해 상대방에 대한 타격의 정도가 작은 것으로 이해되고 있다. 그러나 행정질서벌이 행정형벌에 비해 타격의 정도가 큰 경우가 적지 않다. 예컨대 영업정지나 관허사업의 제한 등은 단순한 재산형인 벌금형보다 타격의 정도가 크다. 특히 법인의 처벌과 관련하여서는 이러한 불균형성이 확실하게 나타난다. 즉 법인에게는 몇백만원의 벌금보다 몇 일간의 조업정지나 영업정지가 훨씬 더 심각한 타격을 입히기 때문이다. 그 외 공표나 공급거부(단수, 단전 등), 등록취소 등도 경우에 따라서는 형벌보다 중한 행정제재일 수 있다. 따라서 행정법에 나타난 각 제재들의 타격정도를 조사하여 행정질서벌과 행정형벌의 균형적인 재편이 필요하다.

#### (2) 과잉범죄화

행정형벌은 국가의 제재 중 가장 무겁고 심한 것이므로 다른 제재로 당해 불법행위에 대응할 수 없는 경우에만 발동되어야 한다. 이러한 점에서 볼 때 우리 나라 행정형벌은 불필요하게 많은 경우에 의무 이행 확보 수단으로 동원되고 있다. 원칙적으로 행정법상의 의무 이행 확보는 행정

형벌이 아니라 원칙적인 행정제재인 행정질서벌에 의하는 것이 법체계상 으로나 효과상으로 타당하다. 행정법에서 형벌이 동원될 수 있는 경우에는 행정종속성의 필요에 따라 행정법에 범죄와 형벌규정을 들 수밖에 없는 경우로써, 보호법익을 중하게 침해하는 중대한 불법행위에 한정되어야 한다. 따라서 현재 사소하거나 단순한 행정 위반행위에 대해서도 형벌을 부과하는 것은 모두 비범죄화 되어야 할 것이다.

### (3) 제재체계의 복잡성

행정벌의 제재체계가 복잡하다는 것은 제재의 종류가 많아 그 내용과 악이 용이하지 않다는 점도 있지만, 부과되는 내용이 중첩되거나 병과되어 이를 파악하기 쉽지 않다는 점도 있다. 행정질서벌에 해당하는 것을 보면, 과태료, 과징금, 가산금, 부당이득세, 이행강제금, 배출부과금, 공급 거부(단수, 단전 등), 공표, 관허사업제한, 영업정지, 등록취소, 허가취소, 폐쇄명령, 개선명령 등 다양하다. 반면 행정형벌에 해당하는 것은 형법상의 9가지 형벌이다. 이와 같이 행정벌의 다양한 제재수단을 통해 효율성을 살릴 수 있다는 장점은 있지만, 그로 인하여 그 성질을 명확하게 파악하기 어려울 뿐만 아니라 행위의 불법성에 부합하는 평등한 제재를 부과하기 쉽지 않다는 문제가 발생한다. 또한 제재의 부과에 있어서도 하나의 법률에서도 행정제재나 형벌만을 부과하는 경우, 행정제재와 형벌을 모두 부과하는 경우, 행정제재를 부과하고 이를 이행하지 않으면 형벌을 부과하는 경우 등 다양한 경우가 많다.<sup>38)</sup>

38) 「수질보전법」의 경우 제38조 제3항의 규정을 위반하여 배출시설 등의 운영상황에 관한 기록을 보존하지 아니하거나 이를 거짓으로 기록하는 자에 대해서는 300만원 이하의 과태료만을 부과하고 있고(동법 제82조 제2항 2호), 동법 제15조 제1항 제1호의 규정을 위반하여 특정수질유해물질 등을 누출·유출시키거나 버린 자에 대해서는 3년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금이라는 형벌만을 부과하고 있다(동법 제77조). 그러나 제33조 제1항 내지 제3항의 규정에 의한 허가를 받지 아니하거나 신고를 하지 아니하고 배출시설을 설치하거나 사용하는 자에 대해서는 사용증지 명령과 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금이 부과되어 행정제재와 형벌을 병과하고 있다(동법 제76조).

#### (4) 법인에 대한 행정형벌 가중 필요

행정형벌 중 전혀 체계화가 이루어지지 못하고 있는 부분이 법인에 대한 처벌이다. 현재 법인에 대한 유일한 형벌은 벌금형으로 양벌규정을 통해 자연인에 대한 벌금형과 동일한 액수의 벌금형을 부과하고 있다. 그러나 소속 자연인과 법인 양자를 모두 처벌하는 양벌규정은 그 내용도 명확하지 않을 뿐 아니라 법인에게 부과되는 벌금형의 액수도 너무 낮아 법인범죄에 대한 효율적인 처벌이 되지 못하고 있다. 따라서 현대 사회에서 법인 단위의 범죄가 존재할 뿐 아니라 증가하는 추세를 생각한다면, 법인에 대한 형벌체계를 합리적인 선에서 부과하는 등 법인에 대한 형벌체계를 새롭게 마련하여야 할 것이다.

### 2. 행정벌의 개선방향

#### (1) 제재체계의 단순화

현재의 행정법상 부과되는 제재의 종류와 내용을 보다 단순화할 필요가 있다. 행정상 질서위반행위와 행정형법상의 범죄행위를 보다 더 명확히 구분하여 전자의 경우에는 행정질서벌을 부과하고 후자에 대해서 행정형벌을 부과하여야 한다. 이러한 한계영역에 있는 행위들이 쉽지는 않겠지만 가능한 형벌권 발동 범위를 최소화하여 행정법상의 의무위반행위에 대해서는 원칙적으로 행정질서벌을 부과하고, 예외적으로 중대한 의무위반행위에 대해서는 행정형벌을 부과하는 것이 필요하다. 따라서 과징금 등은 과태료와 별반 차이가 없으므로 과태료로 통일하는 것이 필요하며, 범칙금의 부과 대상행위가 비교적 경미한 경우에는 과태료로 전환하는 등의 정비가 필요하다. 그리고 부과되는 유형도 행정질서벌이 부과되는 경우와 행정형벌이 부과되는 경우를 보다 더 명확하게 구분할 필요가 있으며 중첩적으로 혹은 순차적으로 부과하는 유형은 지양하는 것이 바람직하다.

#### (2) 제재체계의 합리화

행정질서벌과 행정형벌의 제재의 강도에 따라 재편하여야 한다. 예컨대

허가취소, 공표, 조업정지 등은 단순한 행정질서벌로 받아들이기 보다는 행정형벌로 받아들일 수 있다. 따라서 행정질서벌로는 과태료, 개선명령, 배출부과금 등만을 내용으로 하고, 제재의 정도가 강한 제재들은 행정형벌로 수용하여야 한다. 이를 위해서는 각각의 제재의 강도를 면밀히 분석하여 정확한 진단이 선행되어야 할 것이다.

그리고 벌금형과 과태료는 원칙적으로 액수에 의해 구분할 필요가 있다. 단순한 질서위반행위에 대해서는 과태료가 부과되고 중한 질서위반행위에 대해서는 벌금형이 부과되는 만큼 그 제재의 강도를 액수로 조정하는 것이 바람직하다. 예컨대 100만원 정도를 기준으로 그 이하일 경우에는 과태료를 부과하고 그 이상일 경우에는 벌금형을 부과하는 것이 바람직하다. 다만 상습적 질서행위위반자에 대해서는 과태료를 가중할 수도 있을 것이다. 또한 행정질서벌인 과태료의 효율적인 집행을 위하여 제정된 질서법상의 소멸시효를 “3년”으로 단축하는 것이 형평성의 원리에 더 타당하다고 할 것이다.

### (3) 비범죄화

중전과는 달리 상당수의 행정형벌 규정이 비범죄화 되었지만, 아직도 행정질서벌로 규제하여도 족한 경미한 질서위반행위에도 행정형벌을 부과하는 경우가 적지 않다. 이 경우들 역시 과태료로 전환하여야 한다. 특히 벌금형 이상의 형을 받을 경우 인·허가 신청시 결격사유가 되고, 취업이나 해외여행 등 사회적 활동에 제약이 따르며, 심한 경우 한시법에 의하여 행정형벌을 받거나 법령의 개정에 의하여 형이 폐지되어 현행법상 행정범이 아닌 경우에도 전과기록이 남아 있는 등 기본권을 제약하는 문제가 발생한다.<sup>39)</sup> 따라서 행정형벌 중에서 도덕적·윤리적으로 비난가능성이 없는 것은 모두 행정질서벌로 전환하고 고도의 비난가능성이 있거나 불가피한 경우에만 예외적으로 행정형벌을 과하여야 한다. 많은 경우 벌금형을 범칙금이라는 제재수단으로 전환하고 있지만, 이는 제재 수

39) 행정서사업 휴·폐업 신고의무 위반시 3만원 이하의 벌금, 구류, 과료로 법정형이 규정되어 있고, 광업부 비치 및 보고의무 위반시에는 50만원 이하의 벌금형으로 법정형이 규정되어 있다.



단의 중국적인 전환이 아니다. 범칙금의 실질은 행정형벌임에도 외관만 형벌이 아닌 것처럼 포장해 놓은 것에 불과하기 때문이다.<sup>40)</sup> 범칙금을 납입하면 비범죄화이고, 이의를 제기하면 전과자가 될 수 있다는 입법논리는 실질적 비범죄화가 아닌 변형된 행정형벌일 뿐이기 때문이다.

#### (4) 행정형벌과 행정질서벌의 제재의 균형성

행정형벌 중 과도하게 상향되어 있는 자유형의 형기는 조금씩 낮추어 책임주의 원리 하에서 집행이 원활하게 이루어질 수 있도록 하여야 할 것이다. 법정형이 너무 높으면 집행을 받는 사람의 반발과 집행자의 부담으로 인해 집행력이 떨어질 수 있다.<sup>41)</sup> 따라서 당해행위의 불법성의 정도에 맞게 법정형을 정하여야 할 것이다. 또한 행정질서벌에 있어 중첩적인 가산금의 부과로 인하여 과태료의 부과 금액이 벌금보다 많이 부과될 수 있다는 점과 지나친 고액의 과태료 부과는 완화될 필요성이 있다.

#### (5) 자유형과 벌금형의 균형

행정형벌의 경우 범죄 동기가 지나친 이익 추구에 있는 만큼 재산형의 비중을 현재보다 높일 필요가 있다. 따라서 자유형은 낮추고 벌금형은 높여 타격의 정도를 비슷하게 하는 것이 합리적이다. 독점규제 및 공정거래에 관한 법률은 이와 같은 모델을 비교적 잘 보여주고 있다. 동 법에서는 3년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금, 2년 이하의 징역 또는 1억 5천만원 이하의 벌금 등으로 규정되어 있다. 외국환거래법도 이와 유사하다. 다른 행정형벌에 비해 자유형은 낮고 벌금형은 높게 되어, 자유형과 벌금형의 제재 강도가 비교적 비슷하게 되어 불법성의 정도에 따르기 보다는 범죄의 동기나 내용에 따라 자유형과 벌금형을 선택할 수 있게 되어 있는 것이다. 따라서 대체로 행정형벌은 재산적 이익을 범죄의 동기로 하는

40) 김성돈, “가칭 질서위반법의 체계와 이른바 질서위반행위의 구조”, 법조 2004. 10월호 통권 577호, 5쪽.

41) 예를 들면 윤락행위 유인 및 권유시 3만원 이하의 벌금, 구류, 과료로 법정형이 규정되어 있고, 기생충 질환 검사·치료위반시에는 50만원 이하의 벌금형으로 법정형이 규정되어 있다.



경우가 많다는 점을 고려하여 재산형의 액수를 높이고 자유형은 적정하게 낮추는 것이 바람직하다. 또한 범죄의 종류나 행위 동기에 따라 자유형과 벌금형을 선택하는 것이 아니라 동일한 타격정도의 자유형과 벌금형 중에서 범죄예방에 적합한 형종을 법관이 선택할 수 있도록 하는 것이 범죄예방에 보다 효율적일 것이다.

#### (6) 법인 형벌 체계의 정비

행정형벌의 또 하나의 특징은 건설, 환경, 경제, 행정형벌 등 기업체에 의해 범해지는 범죄영역이 많기 때문에 법인에 의한 범죄가 많다는 점이다. 법인에 대해 벌금형을 부과하고 있는 양벌규정이 행정형법에 폭넓게 산재되어 규정되어 있는 것도 이러한 이유 때문이다. 그런데 양벌규정은 자연인 처벌 중에서 선택형으로 규정되어 있는 벌금형의 액수만큼의 벌금형을 법인에게 부과한다. 결국 법인범죄의 규모나 피해에 비해 비교적 소액의 벌금형만이 법인에게 부과되고 있는 것이다. 따라서 법인에 대한 벌금형의 액수를 자연인의 벌금형의 액수와 분리하여 상향조정할 필요가 있다. 즉 법인에 대한 벌금형은 따로 상향하여 규정함으로써 많은 자산을 보유한 법인이 자연인에 대한 벌금형과 동일한 법정형으로 처벌될 수 있는 여지를 제거할 필요가 있다.

## VI. 결 론

행정형벌에 있어서 우리는 독일과 같이 질서위반법이라는 행정형벌의 일반법의 부재로 인하여 많은 문제점들이 제기되고 있다. 이를 해결하기 위해서 우선 행정형벌의 상당수를 행정질서벌로 전환시켜야 할 것이다. 그리고 제재의 체계를 단순화하여 행정질서벌과 행정형벌의 부과로 이분화하는 것이 바람직하다. 또한 행정질서벌과 행정형벌을 중첩적으로 혹은 순차적으로 부과하는 체계는 복잡하여 수범자들에게 어려움만을 줄 뿐이므로 행정질서벌과 행정형벌의 종류와 내용을 제재의 강도에 따라 구분하여 합리적으로 재편하여야 할 것이다. 특히 증가하는 법인에 의한 범죄

에 대응하기 위하여 법인에 대한 형벌을 구비하고 현재의 그 성격이나 내용이 불분명한 양벌규정에 의한 벌금부과는 피하여야 할 것이다.

행정질서벌의 일반법으로 작용하고 있는 질서위반행위규제법의 제정은 바람직한 것이었지만 행정청의 과태료체납자에 대한 정보를 신용정보기관에 제공하거나, 행정상 고액·상습체납자에 대한 제재로서 감치제도 등의 규정들은 과잉조치로서 부적절하다. 또한 소위 “비즈니스프렌들리(business friendly)”라는 구호 하에 이루어진 형벌영역의 비범죄화, 즉 형벌의 과태료화와 이를 보완하기 위해 행정질서벌에 형법총칙을 적용하는 무리수는 반드시 정비되어야 할 ‘개혁으로 인한 개혁과제’를 남기게 되었음에 주목하여야 한다. 이러한 문제점들은 근본적으로 해결하기 위해서는 행정질서벌과 행정형벌을 모두 일괄정리하여 이를 새로이 하나의 체계적인 법률로서 정비하는 것이 필요한 것으로 보인다. 개혁이 개악이 되어버린 현실을 방치하는 것은 비난받아 마땅한 입법부작위임을 입법자와 정책담당자가 인식하게 되기를 기대해본다.

## 참 고 문 헌

### 〈단행본〉

- 김남진·김연태, 행정법( I ), 2010.  
김도창, 일반행정법론(상), 1993.  
김동희, 행정법( I ), 2009.  
김철용, 행정법 I, 2009.  
박근성, 행정법강의, 2009.  
박윤훈, 최신행정법강의(상), 1999.  
박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 2005.  
서원우, 현대행정법론(상), 1983.  
윤세창, 행정법(상), 1987.  
최봉석, 행정법총론, 2010.  
홍정선, 행정법원론(상), 제13판, 2005.  
홍준형, 행정법총론, 1994.  
M. E. Mayer, Kulturnormen und Rechtsnormen der Wissenschaft. 1903.  
Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I. Duncker & Humblot. 1895.  
Wolfgang Mitsch, Recht der Ordnungswidrigkeiten, Springer Lehrbuch. Berlin Heidelberg New York 2004.

### 〈논 문〉

- 김기두, “행정법의 특수성”, 『법제월보』, 7권4호, 법제처, 1965.  
김성돈, “가칭 질서위반법의 체계와 이른바 질서위반행위의 구조”, 법조 2004.  
김종천, “최근에 제정된 ‘질서위반행위규제법’으로 인한 사회적 파장”, 법학논문집 제32집 제2호(중앙대학교 법학연구소), 2008.  
남승길, “행정벌의 특수성(1)”, 『경찰대학논문집』, 제2집, 경찰대학, 1983.  
박정훈, “행정법과 법철학-현대행정법에 있어 순수법학의 의미-”『행정법연구』 제7호(행정법이론실무학회), 2001.

- 이상규, “행정행위의 공정력과 선결문제심판”, 『고시연구』, 1986.
- 임 용, “경미범죄의 비범죄화”, 형사정책연구, 1990.
- 정연권, “행정벌의 특수성에 관한 고찰”, 부산대, 1987.
- 조병선, “질서위반법-형법과 행정법사이의 새로운 법영역에 관한 비교법적 연구-”, 형사정책연구원(연구보고서 90-25), 1991.
- 조태재, “행정질서벌제도의 문제점과 개선방안”, 토지공법연구, 2004.
- Erik Wolf. Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem. in: Hegler, A.(Hrsg). Festgabe für Reinhart von Frank. Bd. II. 1930. s. 560 ff.

### <국문초록>

행정벌은 크게 행정형벌과 행정질서벌로 구분된다. 양자는 제재의 내용으로는 명확하게 구분되지만 실제 어떠한 경우에 행정질서벌이 부과되고 행정형벌이 부과되는지는 분명하지 않다. 또한 범칙금과 같이 행정질서벌인지 행정형벌인지 불명확한 경우도 있다.

행정벌 특히 행정형벌 역시 형벌이기 때문에 형벌의 일반 원칙이 그대로 적용된다고 할 것이다. 이와 달리 행정질서를 위반한 경우에 부과되는 행정질서벌은 형벌이 아닌 과태료가 과해지는 처분이다.

독일의 경우 행정제재에 대해 질서위반법을 규정하여 법체계에서의 독자성을 확보하고 있다. 독일의 질서위반법은 독자적인 실체법적 규정과 절차법적 규정을 모두 가지고 있고 법적 제재수단의 종류와 무관하게 형사법적 원칙은 그대로 적용되고 있다.

우리의 경우 행정제재에 대해 질서위반법이라는 행정형벌의 일반법이 존재하는 독일과는 달리 아직 이러한 일반법이 규정되지 않고 있기 때문에 많은 문제점이 발생하고 있다. 현재 행정형벌과 행정질서벌은 법익 침해의 정도에 따라 구분되지만 법익 침해에 있어서 양자가 균형을 이루지 못하는 경우가 많이 발생하고 있다. 또한 불필요하게 많은 경우에 행정형벌을 의무 이행확보수단으로 활용하고 있으며 부과되는 자유형과 재산형의 경우 형의 불균형이 발생하고 있다. 행정형벌의 경우 내용은 물론 그 부과체계도 복잡하여 평등한 제재부과에 대해서도 문제점을 노출하고 있다.

이러한 행정벌의 문제점을 극복하기 위해서는 우선 행정형벌의 상당수를 행정질서벌로 전환하고 현재 행정법상 부과되는 제재의 종류와 내용을 단순화하여야 한다. 이에 따라 행정형벌과 행정질서벌을 보다 명확하게 구분하고 보다 각각의 제재에 대해 그 제재의 정도가 강한 경우에는 행정형벌로 수용하여야 한다. 그리고 기존의 행정형벌의 대상을 재검토하여 과감한 비범죄화 노력이 필요하다. 마지막으로 행정형벌과 행정질서벌, 자유형과 벌금형간의 균형을 이룰 수 있도록 하여야 할 것이다. 이와 관련하여 최근 ‘질서위반행위규제법’이 제정되어 시행되고 있다.

보다 근본적인 해결을 위해서는 행정질서벌과 행정형벌을 모두 포괄하는 새로운 법률제정이 이루어져야 할 것이다.

**주제어** : 행정제재, 행정벌, 질서위반행위규제법, 행정형벌, 행정질서벌, 비범죄화

## Meaning and Limit to Administrative Penalty and Connection with Criminal Penalty

Choi, Bong-Seok\*

Administrative sanctions are classified into two categories, administrative criminal penalty and administrative order punishment. The two are distinct in sanction but in fact indistinct which case charged administrative penalty or administrative order punishment. also there is indistinct in administrative criminal penalty and administrative order punishment. for example penalty.

Administrative penalty is so criminal penalty that applied criminal general principles.

On the other hand, administrative order punishment charged a fine on violating the administrative order that is not criminal penalty.

It make “Act on the Violations of Public order” to administrative sanction so gain identity in legal system in germany. “Act on the Violations of Public order” included an substantive law and an adjective law so applied criminal general principles as it is regardless of legal sanctions.

There is Act on the Violations of Public order to common law in administrative penalty in germany. But there is not common law in administrative penalty in korea so take place in many troubles. Both sides are quite distinct to degree the benefit and protection of the law. but they do not always equal in many cases. and

It is complicated content and system in administrative criminal penalty so make many problem in equal treatment.

To overcoming problem in administrative penalty, administrative criminal penalty convert to administrative order punishment and simplify the kind and meaning of sanction. hereunder, we can distinct in administrative criminal penalty and administrative order punishment. and we must accept wholeheartedly to administrative criminal penalty when restrictions are strict. We must review a administrative criminal penalty and make the decriminalization and balance between

---

\* Prof. Dr. jur. Dongguk University, Seoul.

administrative order punishment and administrative criminal penalty, imprisonment and fine penalty. Recently, in this connection, “Act on the Regulation of Violations of Public order” is established and forced.

For the basic solution, we must make legislation containing administrative order punishment and administrative criminal penalty.

**Key Words** : administrative sanction, administrative penalty, Act on the Regulation of Violations of Public order, administrative criminal penalty, administrative order punishment, decriminalization

