



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

행정형벌의 책임주의적 해석론에 관한 연구

2016년 1월

서울대학교 대학원

법 학 과

김 완 기

행정형벌의 책임주의적 해석론에 관한 연구

지도교수 李祥源

이 논문을 법학석사학위논문으로 제출함

2015 년 10 월


서울대학교 대학원


법 학 과


金完基

金完基의 석사학위논문을 인준함

2016 년 1 월

위 원 장 한 인서 (인) 

부 위 원 장 이 용식 (인) 

위 원 이 상원 (인) 

국문 초록

제재수단으로 형벌을 채택하고 있는 이상, 그 소재를 불문하고(형법전인지 특별형법전인지 행정형법전인지 여부) 형법 총칙과 죄형법정주의, 특히 책임주의가 적용되므로 유추해석은 금지되고 문리해석을 엄격히 하여야 한다.

각종 행정법령은 행정의 실효성을 확보하기 위하여 다양한 수단을 강구하고 있는데, 일반적으로 각 법령의 마지막 장에서 ‘벌칙’이란 제목 하에 1) 행정형벌(징역 또는 벌금), 2) 양벌규정, 3) 과태료(행정질서벌)를 순차 열거하고 있다. 이러한 벌칙규정, 소위 행정벌은 모든 유형의 행정법상 의무(작위의무 또는 부작위의무) 불이행시 활용할 수 있고, 특히 행정형벌의 경우 그 위하적 효력 때문에 매우 흔하게 활용되고 있는 것이 현실이다.

사회윤리적 비난을 전제로 한 전통적인 형사범(소위, 자연범)과 비교할 때, 행정범의 경우 행정기능 확보를 위해 실정법에 입안됨으로써 처벌이 이루어진다는 차이가 있으나(소위, 법정범) 시간의 경과로 인해 행정범 처벌로써 보호하려는 파생적 생활질서가 형사범 처벌로써 보호하려는 기본적 생활질서로 편입될 수 있다는 점에서, 행정범과 형사범은 상대적으로 구별되는 것이다.

행정벌은 행정형벌과 행정질서벌로 대별할 수 있는데, 전자(前者)는 행정의 목적을 직접 침해하는 행위를 대상으로 하는 것인 반면, 후자(後者)는 행정의 목적을 간접적으로 위태롭게 하는 수준의, 위법

성이 경미한 행위를 대상으로 한다는 차이가 있다. 이와 같이 행정 형벌과 행정질서벌의 대상은 이론상 구분되는 것이지만, 실제로는 행정기능 확보라는 행정편의적인 사고가 바탕이 되어 행정형벌이 남용되는 현상이 발생하였고, 이러한 현상에 대한 반성으로 최근 행정형벌의 비범죄화가 활발히 진행되고 있으며, 이러한 기류와 더불어 과태료의 일반법이라 할 수 있는 「질서위반행위규제법」이 2008년부터 시행되고 있는 상황이다.

법인에 대한 형사처벌은 행정법령상 주로 양벌규정에 의하여 이루어지고 있는데, 1961년 일본법령을 계수하여 도입된 양벌규정은 영미법계의 실용주의적 형법관에 바탕을 둔 것이어서 법인에 대해 범죄능력을 부정하는 대륙법계 국가의 형법 체계에는 부합하지 않는 측면이 있고, 특히 형법 총칙과 죄형법정주의가 적용되는 행정형벌에 관하여 책임주의 원칙이 구현되지 않는 위헌적 요소가 존재한다. 이러한 위헌적 요소는 종래 면책규정이 없는 양벌규정에서 극심하였는데, 헌법재판소는 이러한 면책규정 없는 양벌규정에 대하여 책임주의 위반을 이유로 위헌결정을 잇따라 선고하였고 이에 법무부 주도로 이러한 양벌규정에 대하여 면책규정을 단서로 추가하는 방식의 법개정 작업이 이루어지게 되었다.

한편, 대법원은 종래 면책규정이 없는 양벌규정에 관한 법인 처벌의 근거에 대하여 무과실책임설을 취하는 입장과 과실책임설을 취하는 입장을 모두 보였는데 법무부 주도로 양벌규정에 면책규정이 대부분 추가됨으로써 더 이상 무과실책임설의 입장을 취하기는 어렵게 되었다. 또한 대법원은 면책규정이 있는 양벌규정에 대하여는 과실책임설 중 과실추정설을 취한 판결을 하였는데, 이는 책임주의

에 반하고, 형사소송에서의 입증책임 원칙에도 어긋날 뿐만 아니라 달리 입증책임의 전환을 인정할 만한 명문의 규정 내지 합리적인 이유도 없어 부당한 것이므로 변경함이 상당하다.

양벌규정은 면책규정의 존재에도 불구하고 개념 내재적으로 위헌적 요소를 가지고 있으므로 그 집행 및 해석에 엄격을 기해야 할 것이고, 이를 보완 내지 대체하는 방안으로 회사의 준법감시제도 (Compliance Program)나 미국 연방법상 기업 보호관찰 제도 등을 참고할 만하다.

행정법의 경우 특별규정 없이도 입법취지 내지 해석을 통해 과실범 처벌이 가능하다는 취지의 판례는 ① 헌법 제12조 제1항이 천명하는 적법절차 원칙에 위배되고, ② 행정형벌에 대하여는 죄형법정주의(“법률주의”)가 적용되며, ③ 현행 형법은 의용형벌과 달리 제14조를 통해 과실범의 성문법주의를 입법적으로 명시한 것이라는 점 등을 종합하여 볼 때, 부당하므로 변경되어야 한다.

대법원은 과태료는 형벌이 아니므로 행정형벌과 병과하더라도 이중처벌금지 원칙에 위배되지 않는다는 이유로 양자의 병과를 긍정하나, ① 행정형벌과 행정질서벌은 행정의 실효성을 확보하기 위한 간접적 강제수단으로서 그 목적과 성격이 동일하므로 양자는 택일 관계에 있는 것이고, ② 양자의 성격은 행정형벌의 비범죄화 추세에 비추어 볼 때 상대적인 차이가 있을 뿐이며, ③ 도로교통법은 범칙금(행정형벌)과 과태료(행정질서벌)를 분리하여 택일하도록 규정하고 있고, ④ 벌금과 과태료는 모두 금전적 제재로서 피처분자 입장에서는 양자가 병과될 경우 범감정 상 이중처벌로 받아들일 수 있을 뿐

만 아니라 과잉처벌에 해당하여 헌법 제37조 제2항에도 저촉될 수 있으므로, 위 판례는 변경함이 상당하다. 근본적으로는 행정형벌과 행정질서벌이 병과되는 일이 없도록 법령을 정비하고 대만의 행정법 제26조와 같이 양자가 중복되는 경우 우선순위를 정해야 하겠으나, 이러한 입법이 준비되어 있지 않은 현 상황에서는 형법의 보충성 원칙(ultima ratio)에 따라 행정질서벌의 부과를 우선적으로 강구해야 할 것으로 본다.

결론적으로, 행정벌 분야는 1) 경미한 행정법령 위반에 대하여는 과태료로 전환하고, 2) 행정목적 달성을 위해 반드시 행정형벌을 부과해야 하는 경우에는 형법 총칙과 책임주의 원칙이 철저히 관철되도록 범집행과 해석을 엄격히 하여야 하며, 따라서 행정형벌과 관련하여 ① 양벌규정에 의한 법인처벌에 관해 과실추정설을 취한 것으로 볼 수 있는 판례, ② 행정법의 경우 명문의 과실범 처벌규정이 없이도 과실범 처벌이 가능하다는 취지의 판례, ③ 행정형벌과 과태료를 병과할 수 있다는 취지의 판례는 모두 책임주의 관점에서 볼 때 부당하므로 각각 변경함이 상당하다.

핵심어 : 형사범, 행정형벌, 행정질서벌(과태료), 책임주의, 양벌규정, 비범죄화, 과실책임

학 번 : 2009 - 23338

목 차

제1장 서론

제1절 연구의 배경 및 목적	1
I. 연구의 배경	1
II. 연구의 목적	2
제2절 논문의 구성	4

제2장 형사법의 해석방법

제1절 법률의 해석방법 및 합헌적 법률해석	6
I. 법률해석의 의의 및 방법	6
II. 합헌적 법률해석	7
제2절 형사법의 해석방법	9
I. 형사법의 일반적 해석론	9
II. 죄형법정주의의 의의 및 구체적인 내용	10
1. 법률주의	10
2. 소급효금지의 원칙	11
3. 명확성의 원칙	11
4. 유추해석금지의 원칙	12
5. 적정성의 원칙	13
III. 소결	14

제3장 행정벌의 의의 및 유형

제1절 행정벌의 의의	17
I. 행정벌의 의의	17
II. 행정벌의 성질	20
1. 행정벌과 징계벌	20
2. 행정벌과 집행벌	20
3. 행정벌과 형사벌	20
제2절 행정벌의 유형	22
I. 행정형벌	22
II. 행정질서벌	22

제4장 행정형벌 및 행정질서벌

제1절 형사범과 행정범의 구별	24
I. 형사범과 행정범 구별의 의의	24
II. 형사범과 행정범 구별에 관한 학설	25
1. 구별 부정설	25
2. 구별 긍정설	26
가. 행위태양을 기준으로 구별하는 견해	26
나. 피침해이익의 성질을 기준으로 구별하는 견해	26
다. 피침해규범의 성질을 기준으로 구별하는 견해	27
1) 절대적 구별설	27
가) R. Garofalo의 견해	27
나) M. E. Mayer의 견해	27
다) H. Röder의 견해	28

2) 상대적 구별설	28
가) 福田平의 견해	29
나) K. Siegert의 견해	29
III. 검토	29
제2절 행정형벌과 행정질서벌의 구별	32
I. 구별의 의의	32
II. 구별기준에 관한 판례	32
III. 구별기준에 관한 학설	33
IV. 검토	33
제3절 행정형벌의 남용과 비범죄화 필요성	35
I. 문제의 소재	35
II. 행정형벌 남용의 원인	36
III. 행정형벌의 비범죄화 필요성	37
1. 이론적 근거	37
가. 비례의 원칙	37
나. 법적 안정성의 결여	38
2. 실천적 근거	39
가. 소송경제	39
나. 개인의 사회생활 보장	40
IV. 행정형벌의 비범죄화 및 전환기준	40
V. 행정법에 관한 외국 입법례 (비범죄화)	43
1. 독일	43
2. 미국	44
3. 대만	44
VI. 비범죄화 이후에 비범죄화되기 전의 행위를 처벌할 것인지 여부	

.....	45
1. 형법 제1조 제2항의 해석	45
2. 검토	46
제4절 질서위반행위규제법 해설	48
I. 도입배경	48
II. 질서위반행위규제법 해설	48
1. 법률의 명칭	49
2. 책임주의 원칙 도입	49
3. 위법성의 착오	50
4. 책임조각사유	51
5. 수개의 질서위반행위의 처리	51
6. 과태료 부과 제척기간	52
7. 종합평가	52
제5절 소결	54

제5장 양벌규정에 관한 책임주의적 해석론

제1절 서론	56
제2절 행정범에 관한 형법 총칙의 적용 문제	58
I. 문제의 소재	58
II. 행정범에 있어서의 ‘위법성의 인식’ 및 ‘법률의 착오’ (형법 제16조)	59
제3절 법인의 범죄능력에 관하여	62

I. 문제의 소재	62
II. 법인의 범죄능력에 관한 학설	63
1. 부정설	63
2. 긍정설	64
3. 부분적 긍정설	65
III. 판례의 태도	65
IV. 검토	65
제4절 양벌규정의 의의 및 위헌적 요소	67
I. 문제의 소재	67
II. 양벌규정의 의의 및 도입취지	67
III. 양벌규정의 위헌적 요소	70
1. 문제의 제기	70
2. 책임주의의 의의 및 양벌규정의 위헌적 요소	71
가. 책임주의의 의의	71
나. 양벌규정의 유형	72
다. 양벌규정의 위헌적 요소	73
IV. 양벌규정에 관한 헌법재판소의 위헌결정	74
V. 위헌결정 이후의 법령 개정방향	77
VI. 소결	78
제5절 양벌규정의 법적 성질에 관한 학설	83
I. 무과실책임설	83
II. 과실책임설	83
III. 검토	84
제6절 양벌규정에 관한 판례비평	87

I. 문제의 제기	87
II. 과실추정설을 취한 것으로 평가되는 판례 : 대법원 1992. 8. 18. 선고 92도1395 판결	88
III. 판례의 비판적 검토	89
제7절 양벌규정에 대한 대안(代案) 및 보완(補完)	91
I. 서론	91
II. 준법감시제도(Compliance Program)	91
III. 미국의 기업 보호관찰 제도	92
제8절 소결	94

제6장 행정범의 과실범에 관한 책임주의적 해석론

제1절 서론	95
제2절 행정범의 과실범 처벌 관련 판례 및 배경	97
I. 행정범의 과실범 처벌 관련 학설 및 판례	97
II. 판례의 배경 분석	97
제3절 소결 : 판례의 비판적 검토	100

제7장 행정형벌과 행정질서벌의 병과에 관한 책임주의적 해석론

제1절 서론	102
제2절 판례의 입장	103

제3절 소결 : 판례의 비판적 검토	104
I. 헌법 제13조 제1항의 해석에 관한 헌재 결정 검토	104
II. 행정형벌과 과태료 병과에 관한 대법원 판결 검토	106
III. 입법형식상 병과가 가능한 경우 현행법상 관할의 문제	109

제8장 결론

참고문헌	113
Abstract	118

제1장 서론

제1절 연구의 배경 및 목적

I. 연구의 배경

현재 「도로교통법」, 「식품위생법」, 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」, 「관세법」, 「출입국관리법」 등 다수의 행정법령이 시행되고 있고, 이러한 행정법령은 대부분 해당 법령 말미에 형벌과 과태료 등 벌칙규정을 두고 있으며, 법인 등의 영업주에 대해서는 양벌규정을 통해 형사책임을 부과하고 있다. 이러한 행정법령에 위반하여 행위자 또는 법인이 형사처벌되는 사례가 통상적인 형사범보다 많은 것이 현실이다. 행정법령은 행정법상 의무이행을 확보하기 위한 수단으로서 행정대집행, 직접강제, 강제징수 등의 다양한 방법을 강구하고 있는데 행정형벌이나 과태료(행정질서벌)는 간접적인 방식의 의무이행 확보수단으로 고안된 것이다.

그런데 현행 행정법령을 보면 행정형벌을 통해 행정법상 의무이행을 강제하기 위하여 벌금(양벌규정 포함)을 과도하게 활용하는 측면이 있다. 문제는, 행정형벌의 경우 비록 그 소재(所在)는 행정법령이지만 그로 인한 법적 효과는 일반 형사범과 동일하므로 죄형법정주의, 특히 엄격한 책임주의가 실현되어야 할 것임에도 불구하고 행정법상 의무이행을 확보한다는 공익적 목적에 치중한 나머지, 책임주의가 철저히 구현되지 못하는 상황이 발생하고 있다는 점이다. 이는 결국 행정형벌의 경우 ① 그 목적이 국가행정기능 확보에 있다는 특수한 점과 ② 형벌인 이상 책임주의가 관철되어야 한다는 점을 조화롭게 고려하지 못한 데 따른 것으로 볼 수 있으며, 혹자는

행정벌 분야를 “형사법과 행정법의 사각지대”로 평가하기도 한다.¹⁾

특히, 양벌규정의 경우 법인의 범죄능력을 부정하는 것이 통설적 견해임에도 불구하고 우리는 일본법을 계수하면서 별다른 고민 없이 받아들였고, 이에 지금도 책임주의와 관련해 양벌규정의 위헌성 시비가 제기되고 있으며, 실제로 헌법재판소는 2007년 이래 위헌결정을 연이어 선고하였다(헌재 2007. 11. 29. 선고 2005헌가10 결정 등). 무엇보다 아쉬운 점은 행정형벌과 관련된 대법원 판결 가운데 책임주의적 해석을 소홀히 한 것으로 볼 만한 것이 몇 가지 있다는 점인데, 이는 행정목적 달성을 강조한 나머지, 피고인의 인권보호에 소홀해지는 결과를 초래한다.

본 논문은 ① 행정벌이 남용되고 있는 실상과, ② 행정형벌의 경우 양벌규정을 비롯해 책임주의가 철저히 실현되지 못하고 있는 판례의 해석론에 대한 문제의식에서 출발한다.

II. 연구의 목적

1983년 이래 소위 “행정형벌의 비범죄화”가 상당히 진행되고 있기는 하나, 그 동안 행정법령 위반사범에 대하여 형벌을 과도하게 집행했던 것이 사실이다. 이러한 과잉처벌은 1차적으로는 행정형벌을 남발하는 ‘입법과잉’이 문제였고, 2차적으로는 행정의 실효성을 확보하기 위하여 형벌에 관한 책임주의적 해석론을 후퇴시켰기 때문이라고 본다. 그런 면에서 1983년 이래 지속적으로 행정형벌의 비범죄화가 추진되고 있고, 과태료에 관한 기본법으로 평가받는 「질서위반행위규제법」이 2007. 12. 21. 법률 제8725호로 공포되어 현재 시행되고 있는 점은 고무적이다.

1) 김용섭, “양벌규정의 문제점 및 개선방안”, 행정법연구 제17권, 행정법이론실무학회, 2007년 5월, p.200.

그러나 우리 대법원은 여전히 행정형벌의 해석과 관련하여 엄격한 책임주의를 구현하지 못하고 있는 것으로 보인다. 필자가 행정형벌의 해석론과 관련하여 문제의식을 가지고 있는 판례는 ① 양벌규정에 의한 법인처벌에 관해 과실추정설을 취한 것으로 볼 수 있는 판례(대법원 1992. 8. 18. 선고 92도1395 판결), ② 행정법의 경우 명문의 과실범 처벌규정이 없이도 과실범 처벌이 가능하다는 취지의 판례(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도9807 판결 등), ③ 행정형벌과 과태료를 병과할 수 있다는 취지의 판례(대법원 1996. 4. 12. 선고 96도158 판결) 등 총 3가지 유형이다.

본 논문에서는 행정형벌에 관한 해석론을 본격적으로 펼치기 전에 우선 책임주의의 의미, 행정형벌의 의의와 체계적 지위, 양벌규정의 위헌적 요소 등을 심도 있게 검토할 것인데, 이러한 선행 작업을 통해 위 판결들의 문제점이 자연스럽게 환기될 것이라 생각한다. 그리고 위 판결들에 대하여는 각각 별도의 장을 구성하여 책임주의 관점에서 문제점을 지적해 보고자 한다.

필자는 본 논문을 통해 위와 같은 판결들이 변경되어야 하며, 이제 행정형벌에 관한 깊은 이해를 바탕으로 행정벌 제도가 정비되고 그에 대한 해석론도 책임주의에 부합하는 방향으로 모아져야 한다는 점을 주장하고자 한다.

제2절 논문의 구성

행정형벌 분야는 형사법과 행정법이 교차하는 분야이다. 그러므로 행정형벌에 관한 합리적인 해석론을 전개하려면 형사법과 행정법의 관련 법리를 모두 이해할 필요가 있다. 이에 본 논문에서는 행정형벌에 관한 본격적인 해석론을 전개하기에 앞서 형사법과 행정법의 관련 분야에 대해 살펴보고자 한다.

즉, ‘제2장’에서 형사법의 해석원칙, 특히 책임주의적 해석론에 대하여 살펴보고, ‘제3장’에서 행정벌의 의의 및 유형(행정형벌 및 행정질서벌)을 살펴본다.

그리고 ‘제4장’의 ‘제1절’에서 행정법과 형사법의 구별 의의 및 기준을 검토한 후 ‘제2절’에서 행정형벌과 행정질서벌의 구별 기준 등을 논하고자 한다. 이러한 개념 정의를 토대로 행정형벌의 남용 문제점과 비범죄화(과태료화) 논의를 살펴보고, 과태료에 관한 일반법이라 할 수 있는 「질서위반행위규제법」 가운데 총칙규정을 중심으로 그 내용을 검토해 보고자 한다(이상 제4장 제3절 내지 제5절).

다음으로, 변경되어야 한다고 필자가 주장하는 3가지 유형의 대법원 판례에 관하여 각각 장(章)을 나누어 책임주의적 관점에서 깊이 있게 비평해 보기로 한다.

‘제5장’에서 양벌규정 관련 판례를 비평하는데, 우선 행정벌에 대한 형법총칙의 적용문제 및 법인의 범죄능력에 관해 살펴본 후, 양벌규정의 의의 및 문제점 등을 검토하고, 책임주의 관점에서 양벌규정 관련 판례를 비판하며, 끝으로 비교법적으로 양벌규정의 대안이 될 만한 제도를 소개하고자 한다.

‘제6장’에서는 행정법의 과실범 처벌 관련 판례를 비평하는데,

의용형법의 내용과 일본의 해석례 등을 바탕으로 판례의 배경을 분석해 보고자 한다.

‘제7장’에서는 행정형벌과 행정질서벌의 병과 관련 판례를 비평하는데, 이를 위해 이중처벌금지에 관한 헌법 제13조 제1항 및 그에 대한 헌법재판소 결정을 함께 검토해 보고자 한다.

그리고 이상의 논의를 거쳐 ‘제8장’에서 결론을 내리고자 한다.

제2장 형사법의 해석방법

제1절 법률의 해석방법 및 합헌적 법률해석

1. 법률해석의 의의 및 방법

법률은 오랜 기간 발생한 다양한 사건들에서 공통점을 추출해 이를 일반적·추상적으로 규율하고 있다. 따라서 특정 사건이 발생하여 그에 관해 재판규범을 적용함에 있어서는 추상적으로 규정되어 있는 해당 재판규범의 내용과 의미를 명확히 밝혀야 하는데 이러한 작업을 ‘법률의 해석’이라고 한다.²⁾

대법원은 법률해석의 방법에 관하여 다음과 같이 판시하였다.

【대법원 2013. 1. 17. 선고 2011다83431 전원합의체 판결】

『법은 원칙적으로 불특정 다수인에 대하여 동일한 구속력을 갖는 사회의 보편타당한 규범이므로 이를 해석함에 있어서는 법의 표준적 의미를 밝혀 객관적 타당성이 있도록 하여야 하고, 가급적 모든 사람이 수긍할 수 있는 일관성을 유지함으로써 법적 안정성이 손상되지 않도록 하여야 한다. 한편 실정법은 보편적이고 전형적인 사안을 염두에 두고 규정되기 마련이므로 사회현실에서 일어나는 다양한 사안에서 그 법을 적용함에 있어서는 구체적 사안에 맞는 가장 타당한 해결이 될 수 있도록 해석할 것도 또한 요구된다. 요컨대 법해석의 목표는 어디까지나 법적 안정성을 저해하지 않는 범위 내에서 구체적 타당성을 찾는 데 두어야 한다. 나아가 그러기 위해서는 가능한 한 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하

2) 김준호, 민법강의, 법문사, 2015, p.29.

는 것을 원칙으로 하면서, 법률의 입법 취지와 목적, 그 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 추가적으로 동원함으로써, 위와 같은 법해석의 요청에 부응하는 타당한 해석을 하여야 한다.』

II. 합헌적 법률해석

‘합헌적 법률해석’이란, “외형상 위헌적으로 보이는 법률이라 할지라도 그것이 헌법의 정신에 맞도록 해석될 여지가 조금이라도 있는 한 이를 쉽사리 위헌이라고 판단해서는 아니된다는 법률의 해석지침”을 말한다.³⁾ 이러한 합헌적 법률해석의 이론적인 근거는 ① 헌법의 최고규범성에서 나오는 법질서의 통일성(“헌법을 정점으로 하는 통일적인 법질서유지”), ② 권력분립의 정신(“민주적 정당성을 갖는 입법권의 존중”), ③ 법률의 추정적 효력(“법적 안정성의 요청에 의한 규범유지의 필요성”), ④ 국가간의 신뢰보호(“국제사회에서의 신의존중과 국가간의 긴장회피”)에서 찾을 수 있다.⁴⁾ 헌법재판소 역시 “일반적으로 어떤 법률에 대한 여러 갈래의 해석이 가능할 때에는 원칙적으로 헌법에 합치되는 해석 즉 합헌해석을 하여야 한다. 왜냐하면 국가의 법질서는 헌법을 최고법규로 하여 그 가치질서에 의하여 지배되는 통일체를 형성하는 것이며 그러한 통일체 내에서 상위규범은 하위규범의 효력근거가 되는 동시에 해석근거가 되는 것이다.”라고 실시하여 합헌적 법률해석의 원리를 천명하였다(헌재 1989. 7. 21. 선고 89헌마38 결정).

그러나 합헌적 법률해석을 지나치게 확장할 경우 헌법의 규범통제가 약해져 기본권 보호에 소홀할 우려가 있으므로 합헌적 법률해

3) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2013, pp.74-75.

4) 허영, 전거서, pp.76-78.

석에는 일정한 한계가 있다고 할 것인바, “법률의 조항의 문구가 간직하고 있는 말의 뜻을 넘어서 말의 뜻이 완전히 다른 의미로 변질되지 아니하는 범위 내이어야 한다는 문의적 한계와, 입법권자가 그 법률의 제정으로써 추구하고자 하는 입법자의 명백한 의지와 입법의 목적을 헛되게 하는 내용으로 해석할 수 없다는 범목적에 따른 한계가 바로 그것이다.” (헌재 1989. 7. 14. 선고 88헌가5 결정 등)

제2절 형사법의 해석방법

I. 형사법의 일반적 해석론

형사법의 해석방법에는 ① 문리해석, ② 논리해석, ③ 목적론적 해석이 있다. ‘문리해석’이란, 말 그대로 법률의 의미를 사전적 의미에 따라 해석하는 것으로서 형법해석의 출발점이 된다. ‘논리해석’이란 용어가 사용된 체계와 맥락에 따라 그 의미를 밝히는 것을 말한다. 예컨대 사기죄, 절도죄, 도박죄는 모두 ‘재물’이라는 용어를 사용하는데 도박죄의 재물은 동산·부동산 및 재산상 이익을 포함하지만, 사기죄에서는 동산·부동산을 의미하고, 절도죄에서는 동산만을 포함한다고 해석하는 것이다.⁵⁾ ‘목적론적 해석’이란 법률에 관해 다양한 해석이 가능한 경우 입법자의 의도와 취지, 법률의 연원 등을 고려하여 그 목적에 맞게 해석하는 것을 말한다.⁶⁾

형사법 해석의 경우, 문리해석을 기초로 하여 논리적·체계적으로 해석하고 입법취지와 목적까지 함께 고려한다는 점에서 전술한 일반적인 법률해석의 방법과 유사하며, 최상위 법령인 헌법에 합치하도록 합헌적 법률해석을 하여야 한다는 점 역시 동일하다.⁷⁾

그러나 다른 한편으로, 형사법의 경우 ‘죄형법정주의’라는 대원칙이 법률해석에 있어서도 구현되어야 한다는 점에서 다른 법령의 해석과 차별성이 있으므로, 이하에서는 죄형법정주의의 내용을 구체적으로 살펴보고 그에 부합하는 해석방법을 도출해 보기로 한다.

5) 이재상, 형법총론, 박영사, 2010, p.26.

6) 신동운, 형법총론, 법문사, 2014, pp.15-16; 임웅, 형법총론, 법문사, 2014, p.31.

7) 신동운, 전거서, p.16.

II. 죄형법정주의의 의의 및 구체적인 내용

범죄와 형벌의 구체적인 내용은 반드시 성문법령에 규정되어 있어야 한다. 즉 「법률 없으면 범죄 없고 형벌도 없다」는 근대 형법의 기본원리를 죄형법정주의라고 한다.⁸⁾ 헌법 제12조 제1항은 “누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.” 라고 규정하고 있고, 헌법 제13조 제1항은 “모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니한다.” 라고 규정함으로써 죄형법정주의를 헌법의 대원칙으로 명문화하고 있다. 죄형법정주의를 통해 국가형벌권의 확장·남용과 자의적 행사를 방지함으로써 시민의 자유를 보장할 수 있다.⁹⁾

또한 현대적 의미의 죄형법정주의는 단순히 「법률 없으면 범죄 없고 형벌도 없다」는데 그치는 것이 아니라, 법률의 내용이 실질적 정의에 부합하여야 한다는 것까지 포함한다. 따라서 「불법 없으면 형벌 없다」, 「필요 없으면 형벌 없다」, 「책임 없으면 형벌 없다」는 명제까지 모두 죄형법정주의의 내용을 이룬다고 할 수 있다.¹⁰⁾

죄형법정주의의 구체적인 내용을 이루는 파생원칙은 다음과 같다.

1. 법률주의

범죄와 형벌은 모두 ‘법률’에 규정되어 있어야 한다는 원칙을 말한다. 여기서 말하는 법률이란 형식적 의미의 법률, 즉 국민의 대의기관인 국회에서 제정한 법률을 말한다. 물론 하위법령에 대한 위

8) 이재상, 전게서, p.8.

9) 신동운, 전게서, p.18; 임웅, 전게서, pp.16-17.

10) 이재상, 전게서, p.14.

입입법이 허용되지 않는 것은 아니나, 위임하더라도 범죄의 구성요건과 형벌의 범위 등은 구체적으로 정하고 위임하여야 하고, 형사법령의 경우 소위 ‘포괄위임입법 금지의 원칙’ 이 다른 법령에 비하여 훨씬 엄격하게 적용된다.¹¹⁾ 또한 관습형법은 성문법이 아니므로 금지된다.

2. 소급효금지의 원칙

범죄와 형벌은 행위 당시의 법률에 의하여 결정할 뿐 사후입법을 통한 소급효는 금지된다는 원칙을 말한다. 형법 제1조 제1항에서도 “범죄의 성립과 처벌은 행위시의 법률에 의한다.” 라고 명시하고 있다. 소급효금지의 원칙은 “법적 안정성과 법률에 대한 예측가능성을 담보하는 법치국가원리” 에서 그 근거를 찾을 수 있다.¹²⁾

대법원은 보호관찰과 같은 보안처분의 경우 “과거의 불법에 대한 제재가 아니라 장래의 위험성으로부터 행위자를 보호하고 사회를 방위하기 위한 합목적적인 조치” 라는 점을 이유로 소급효금지의 원칙이 적용되지 않는다고 보았고(대법원 1997. 6. 13. 선고 97도 703 판결), “형법 조항에 관한 판례의 변경은 그 법률조항의 내용을 확인하는 것에 지나지 아니하여 이로써 그 법률조항 자체가 변경된 것이라고 볼 수는 없으므로” 소급효금지의 원칙이 적용되는 것은 아니라는 입장이다(대법원 1999. 9. 17. 선고 97도3349 판결). 또한, 가별성과 관련이 없는 소송법(절차법) 규정에 대하여는 소급효금지의 원칙이 적용되지 않는다.

3. 명확성의 원칙

11) 이재상, 전게서, pp.14-16; 신동운, 전게서, pp.22-24; 임웅, 전게서, p.20.

12) 이재상, 전게서, p.16; 임웅, 전게서, pp.23-27.

범죄구성요건과 형벌(제재)은 명확히 규정되어야 한다는 원칙을 말한다. 명확성의 원칙은 “법률에 범죄와 형벌을 가능한 한 명확하게 확정하여야 법관의 자의를 방지할 수 있고, 국민으로서도 어떤 행위가 형법에서 금지되고 그 행위에 대하여 어떤 형벌이 과하여지는가를 예측하게 되어 규범의 의사결정효력을 담보할 수 있다”는데 그 근거가 있다.¹³⁾ 헌법재판소는 “범죄의 구성요건에 관한 규정이 불명확한 경우에는 국가형벌권의 자의적인 행사가 가능하게 되어 개인의 자유와 권리를 보장할 수 없으므로 죄형법정주의에 위배된다.”라고 판시하였다(헌재 1995. 9. 28. 선고 93헌바50 결정).

형법의 규정을 통해 어떠한 행위가 금지되는 것인지 여부를 예측할 수 있어야 할 것인데, 이러한 판단기준으로서 헌법재판소는 “통상의 판단능력을 가진 사람이 그 의미를 이해할 수 있었는가”를 들고 있고(헌재 1992. 2. 25. 선고 89헌가104 결정), 대법원은 “사물의 변별능력을 제대로 갖춘 일반인의 이해와 판단”을 기준으로 들고 있다(대법원 2002. 7. 26. 선고 2002도1855 판결).¹⁴⁾

형의 장·단기가 전혀 특정되어 있지 않는 절대적 부정기형은 명확성의 원칙에 위배되므로 허용되지 않는다.¹⁵⁾

4. 유추해석금지의 원칙

‘유추해석’이란 법률에 규정되어 있지 않은 사항에 대하여 다른 법률에서 유사한 사항에 대해 규정한 것을 적용하는 해석방법을 말하는바, 형사법의 해석에 있어서 이와 같은 유추해석은 금지된다는 원칙을 말한다. 만약 위와 같은 유추해석을 허용할 경우 법률주의와 명확성의 원칙을 무력화시킬 수 있고, 이는 법관이 법률을 형

13) 이재상, 전거서, p.21.

14) 이재상, 전거서, p.22.

15) 이재상, 전거서, p.25; 임웅, 전거서, pp.35-36.

성하는 결과를 초래하게 될 것이기 때문이다.¹⁶⁾ 금지되는 유추해석은 피고인에게 불리한 경우를 말하고, 피고인에게 유리한 유추해석, 즉 형벌조각사유 내지 감경사유에 대한 유추해석은 허용된다.¹⁷⁾

유추해석은 논리해석 내지 목적론적 해석과정에서 이루어질 개연성이 큰데, 유추해석이 금지되는 형사법의 영역에 있어서는 상대적으로 문리해석의 비중이 커질 것이다. 즉 형사법의 해석에 있어서는 문언의 의미를 엄격하게 해석해야 하고, 유추해석을 통해 그 내용을 확대해서는 안 된다.

대법원 역시 “형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고 명문규정의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장 해석하거나 유추 해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 않으며, 이러한 법해석의 원리는 그 형벌법규의 적용대상이 행정법규가 규정한 사항을 내용으로 하고 있는 경우에 있어서 그 행정법규의 규정을 해석하는 데에도 마찬가지로 적용된다.”¹⁸⁾라고 판결하여 형사법 해석에 있어 유추해석이 금지된다는 점을 분명히 하였다.

5. 적정성의 원칙

「법률 없으면 범죄 없고 형벌도 없다」는 고전적 의미의 죄형법정주의는 자칫 「법률만 있으면 범죄 있고 형벌 있다」는 의미로 변질될 수 있다. 그러나 위와 같은 해석은 결국 “합법적 불법”을 가능하게 하여, 법률이 인권을 탄압하는 강력한 도구가 될 수 있다는 점에서 부당하고, 우리는 역사를 통해 위와 같은 폐해를 경험하였다. 즉, ‘적정성의 원칙’이란 실질적 정의에 합치하는 법률, 적

16) 이재상, 전거서, p.25; 신동운, 전거서, pp.29-30; 임웅, 전거서, p.28.

17) 이재상, 전거서, p.26; 신동운, 전거서, pp.32-33.

18) 대법원 2007. 6. 29. 선고 2006도4582 판결.

정성을 갖춘 법률이 있어야 범죄와 형벌이 성립할 수 있다는 원칙을 말한다. 「불법 없으면 형벌 없다」, 「필요 없으면 형벌 없다」, 「책임 없으면 형벌 없다」는 명제는 이러한 적정성의 원칙의 내용을 이루는 것이라 할 수 있다.¹⁹⁾

Ⅲ. 소결

다른 법령해석과 마찬가지로 형사법을 해석함에 있어서도 문리해석, 논리해석, 목적론적 해석의 방법을 사용할 수 있고 가급적 합헌적 방향으로 해석을 하여야 할 것이다.

그러나 형사법은 다른 법률과 달리 개인의 생명, 신체의 자유에 심대한 제한을 가져올 수 있다는 점에서 인권보호에 더욱 신경을 써서 해석론을 전개하여야 할 것이고, 이 과정에서 죄형법정주의 원리가 해석과정에서도 철저히 구현되어야 할 것이다. 즉, 철저한 성문법주의가 관철되어야 하고(법률주의), 사후입법을 통한 처벌은 금지되며(소급효금지의 원칙), 통상의 판단능력을 가진 자의 관점에서 구성요건과 형벌이 예측가능하게 규정되어 있어야 하고(명확성의 원칙), 당해 법령에 규정이 없다고 해서 유추해석을 하여서는 아니 되며(유추해석 금지의 원칙), 책임이 없으면 형벌을 부과해서는 안 되고 부과하는 형벌은 책임에 비례해야 할 것이다(적정성의 원칙).

적정성의 원칙과 관련하여 “책임 없으면 형벌 없다.” (Schuldprinzip)는 책임주의는 우리 형법의 대원칙이다. 책임이란 위법행위를 한 자에 대하여 비난할 수 있느냐의 문제로서, 책임 판단의 대상은 행위자가 규범적으로 위법행위를 하지 않을 수 있었음에도 불구하고 위법행위를 한 “의사”와 “의사로써 실현된 행

19) 이재상, 전게서, pp.29-31; 신동운, 전게서, pp.34-36; 임웅, 전게서, pp.36-38.

위”로 볼 수 있다. 그런 면에서 책임은 “의사책임”이고, “의사형성의 비난가능성”이라 할 수 있다.²⁰⁾

형벌에 관한 형사법의 기본원리인 책임원칙은 두 가지 의미를 포함한다. 하나는 형벌의 부과 자체를 정당화하는 것으로, 범죄에 대한 귀책사유, 즉 책임이 인정되어야만 형벌을 부과할 수 있다는 것이고(‘책임 없는 형벌 없다’), 다른 하나는 책임의 정도를 초과하는 형벌을 과할 수 없다는 것이다(책임과 형벌 간의 비례의 원칙)(이상 헌재 2007. 11. 29. 선고 2005헌가10 결정).

따라서 책임주의 원칙에 따르면, 행위자는 자신이 실행한 행위에 대해서만 책임이 있고 타인의 행위에 대해서는 책임을 지지 않는다. 이는 두 가지 의미를 가지는데, 행위자는 자신이 실행하지 않은 행위로 인하여 ① 처벌받지 않을 뿐만 아니라 ② 처벌이 가중되어서도 아니 된다는 것이다. 그런 면에서 형법상 고의책임이 원칙인 것이고 최소한 과실은 존재하여야 형사처벌이 가능하다고 할 것이므로, 무과실책임은 인정할 수 없는 것이다.²¹⁾ 이러한 책임주의 원칙에 의하면 다수가 범죄에 관여한 경우 범죄 가담 정도에 따라 개별적으로 책임을 지울 수 있는 것이지 단체 자체에 책임을 지울 수는 없다고 본다.²²⁾

요컨대 형사법을 해석함에 있어서는 책임주의를 포함한 죄형법정주의 원칙이 철저히 구현되도록 하여야 할 것인바, 필자가 본 논문에서 문제의식을 가지고 있는 비평하려는 대법원 판결들²³⁾의 경우

20) 이재상, 전거서, p.289.

21) 장한철, “양벌규정에 관한 현재의 위헌결정과 개정 양벌규정에 관한 고찰”, 한양법학 제23권 제3집, 2012년 8월, p.122.

22) 이주희, “양벌규정의 실효성 확보에 관한 고찰”, 법학연구 제47집, 한국법학회, 2012년 8월, p.240.

23) ① 양벌규정에 의한 법인처벌과 관련하여 과실추정설을 취한 것으로 볼 수 있는 판례(대법원 1992. 8. 18. 선고 92도1395 판결), ② 행정법의 경우 명문의 과실범 처벌규정이 없어도 과실범 처벌이 가능하다는 취지의 판례(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도9807 판결 등), ③ 행정형벌과 과태료를 병과할 수 있다는 취지

행정목적 달성이라는 행정형벌의 목적을 강조한 나머지 책임주의적 해석론은 후퇴한 것으로 보이고, 이에 대한 구체적인 내용은 제5장 내지 제7장에서 검토하기로 한다.

의 판례(대법원 1996. 4. 12. 선고 96도158 판결) 등 총 3가지 유형이다.

제3장 행정벌의 의의 및 유형

제1절 행정벌의 의의

I. 행정벌의 의의

행정법령은 공익을 위하여 국민에게 의무를 부과하거나 특정 행위를 금지하는 경우가 있는데, 만약 국민이 이러한 의무를 위반할 경우 그러한 위반상태를 제거하기 위한 다양한 실효성 확보수단을 마련해 놓고 있다.²⁴⁾

행정의 실효성확보수단은 1) 직접적 강제수단과 2) 간접적 강제수단으로 크게 구분할 수 있는데, 직접적 강제수단은 ① 행정상 강제집행과 ② 행정상 즉시강제로 구분할 수 있다.²⁵⁾

‘행정상 강제집행’이란, 행정법상 의무를 불이행한 자에게 행정기관이 장래에 향하여 실력 행사 내지 심적 압박을 가함으로써 의무이행을 하게 하거나 혹은 의무이행이 된 것과 같은 상태를 만드는 작용을 총칭하는 것으로서, 행정대집행법상의 행정대집행과 행정상 강제징수(가령, 국세징수법상 조세채납자에 대한 채납처분)가 일반적이고, 그 외에 집행벌(가령, 건축법상 이행강제금)이나 직접강제(가령, 식품위생법상 폐쇄조치)도 행정상 강제집행의 유형으로 분류할 수 있다.²⁶⁾

‘행정상 즉시강제’란 행정상 장애상태를 해소해야 할 긴급할 필요가 있으나 해당 의무를 명할 시간이 부족할 때, 즉 긴급성과 보

24) 김철용, 행정법, 고시계사, 2014, p.365.

25) 김동희, 행정법 I, 박영사, 2010, p.429.

26) 김동희, 전거서, pp.431-448; 김철용, 전거서, pp.366-380; 박군성, 행정법론(상), 박영사, pp.501-525.

충성(다른 수단으로는 목적달성이 어려운 경우를 말함) 요건을 충족할 때 행하는 권력적 사실행위로서, 전염병예방방법상 전염병환자의 강제격리 조치를 예로 들 수 있다.²⁷⁾

‘행정벌’은 전술한 직접적 강제수단과 달리, 벌칙의 위하력을 통해 간접적으로 행정의 실효성을 확보하기 위한 제재를 말한다. 즉, 행정벌이란 행정법상 의무를 위반한 자에 대하여 가하는 제재를 말하며, 이는 행정의 실효성을 확보하기 위한 수단으로서 마련된 것이다.²⁸⁾ 직접적 강제수단 가운데 일반적으로 활용되는 것이 행정대집행인데, 행정대집행의 경우 소위 ‘대체적 작위의무’ 위반에 대하여만 활용할 수 있을 뿐(행정대집행법 제2조²⁹⁾ 참조) 부대체적 작위의무 또는 부작위의무를 위반한 경우에는 행정대집행을 할 수 없으므로, 이와 달리 위반된 의무의 태양을 불문하고 부과할 수 있는 행정벌이 널리 활용되고 있는 실정이다.

한편, 행정법상의 의무위반에 대하여 이행강제금, 과징금, 가산금 등이 과해지기도 하는데, 이행강제금의 경우(가령, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제17조의3 제1항³⁰⁾) 일정한 기간 내에 의무를 불

27) 김동희, 전거서, pp.458-459; 박균성, 전거서, pp.526-528.

28) 김동희, 전거서, p.479; 김철용, 전거서, pp.380-381; 박균성, 전거서, pp.534-535.

29) 행정대집행법 제2조(대집행과 그 비용징수) 법률(법률의 위임에 의한 명령, 지방자치단체의 조례를 포함한다. 이하 같다)에 의하여 직접명령되었거나 또는 법률에 의거한 행정청의 명령에 의한 행위로서 타인이 대신하여 행할 수 있는 행위를 의무자가 이행하지 아니하는 경우 다른 수단으로써 그 이행을 확보하기 곤란하고 또한 그 불이행을 방지함이 심히 공익을 해할 것으로 인정될 때에는 당해 행정청은 스스로 의무자가 하여야 할 행위를 하거나 또는 제삼자로 하여금 이를 하게 하여 그 비용을 의무자로부터 징수할 수 있다.

30) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제17조의3(이행강제금) ① 공정거래위원회는 제7조(기업결합의 제한) 제1항을 위반하여 제16조(시정조치 등)에 따라 시정조치를 받은 후 그 정한 기간내에 이행을 하지 아니하는 자에 대하여 매 1일당 다음 각호의 금액에 1만분의 3을 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위안에서 이행강제금을 부과할 수 있다. 다만, 제7조(기업결합의 제한)제1항제2호의 기업결합을 한 자에 대하여는 매 1일당 200만원의 범위안에서 이행강제금을 부과할 수 있다.

이행하면 강제금을 부과할 것을 미리 경고하는 것으로서 장래 의무이행을 확보하기 위한 ‘집행벌’로서 직접적 실효성확보수단의 하나로 인정되는 것이라는 점에서, 과거의 의무위반에 대한 제재로 과해지는 행정벌과는 그 성격을 달리 한다.³¹⁾

과징금의 경우(가령, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제17조 제1항³²⁾) 주로 경제법상 의무에 위반한 경우 그로써 취득한 불법적 이익을 박탈하기 위한 것이고, 가산금의 경우(가령, 국세징수법 제21조 제1항³³⁾)의 급부 의무의 종국적 이행을 확보하기 위한 연체금으로서 양자는 소위 ‘새로운 의무이행확보수단’으로 등장한 것이라는 점에서 전통적인 행정의 실효성확보 수단인 행정질서벌과 차이가 있다.³⁴⁾

최근에는 소위 ‘새로운 의무이행확보수단’으로서 과징금이나 가산금과 함께, 전기·수도 등의 공급거부, 위반사실의 공표(가령, 고액채납자 공표), 관허사업 제한(가령, 건축법상 위법건축물에서의 영업허가 금지) 등이 활용되고 있는바,³⁵⁾ 이러한 새로운 의무이행확보수단 역시 간접적으로 의무이행을 확보한다는 점은 행정벌과 공통되지만, 벌칙을 부과하는 것은 아니라는 점에서 행정벌과 그 방법

-
1. 제7조(기업결합의 제한)제1항제1호 또는 제5호의 기업결합의 경우에는 취득 또는 소유한 주식의 장부가격과 인수하는 채무의 합계액
 2. 제7조(기업결합의 제한)제1항제3호의 기업결합의 경우에는 합병의 대가로 교부하는 주식의 장부가격과 인수하는 채무의 합계액
 3. 제7조(기업결합의 제한)제1항제4호의 기업결합의 경우에는 영업양수금액

31) 김동희, 전거서, p.441; 김철용, 전거서, pp.373-375.

32) **독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제17조(과징금)** ① 공정거래위원회는 제9조(상호출자의 금지 등), 제9조의2(순환출자의 금지)를 위반하여 주식을 취득 또는 소유한 회사에 대하여 위반행위로 취득 또는 소유한 주식의 취득가액에 100분의 10을 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금을 부과할 수 있다.

33) **국세징수법 제21조(가산금)** ① 국세를 납부기한까지 완납하지 아니하였을 때에는 그 납부기한이 지난 날부터 체납된 국세의 100분의 3에 상당하는 가산금을 징수한다.

34) 김동희, 전거서, pp.449-452.

35) 김철용, 전거서, pp.390-394; 박균성, 전거서, pp.553-571.

상 차이가 있다. 참고로, 전기·수도 등의 공급거부와 관허사업 제한의 경우, 특정 행정의 실효성 확보를 위하여 그와 무관한 행정을 결부시킨다는 점에서 행정법상 부당결부금지원칙에 저촉될 소지가 있다.³⁶⁾

II. 행정벌의 성질

행정벌은 징계벌, 집행벌, 형사벌과는 그 성질이 다르다.

1. 행정벌과 징계벌

징계벌은 특별행정법관계에서 그 내부질서 유지를 위하여 내부규율을 위반한 자에게 과하는 제재로서, 행정벌과는 처벌 목적, 권력의 기초 등이 다르다.³⁷⁾ 교정기관이 내부규율에 위반한 재소자를 독거수용시키는 경우를 징계벌의 예로 들 수 있다.

2. 행정벌과 집행벌

집행벌(이행강제금)은 행정법상 의무를 위반한 경우 그 이행을 강제하기 위하여 과하는 금전부담을 말하는바, 이는 행정상 강제집행수단 중 하나로서 ‘장래’의 이행을 확보하기 위한 것이라는 점에서, ‘과거’의 의무위반에 대한 제재인 행정벌과는 그 성질을 달리한다.³⁸⁾

3. 행정벌과 형사벌

36) 김동희, 전게서, pp.452-457.

37) 김동희, 전게서, p.480; 김철용, 전게서, p.381.

38) 김동희, 전게서, p.441; 김철용, 전게서, pp.373-375.

행정벌은 행정형벌과 행정질서벌로 대별할 수 있는바, 행정형벌과 형사벌은 그 법적 효과가 동일한 이상 양자 간에는 양적 차이가 존재할 뿐 구별실익이 없다는 구별 부정설과, 피침해규범 내지 피침해이익의 성질을 기준으로 양자는 구별된다고 보는 구별 긍정설이 대립한다. 행정법령의 시행으로 새로이 형사처벌되는 행정범은, 윤리적 비난가능성을 핵심으로 하는 기존의 형사범과는 성질상 구분된다고 할 것이고, 또한 이와 같이 구별하는 것이 과태료 전환가능성이나 양벌규정 가부 등에서 차이가 난다는 현실을 고려해 보더라도, 구별긍정설이 타당하다.

이에 대한 구체적인 논의는 후술(제4장 제1절)하기로 한다.

제2절 행정벌의 유형

행정벌은 제재효과에 따라 1) 행정형벌, 2) 행정질서벌로 구분된다.

I. 행정형벌

행정법상 의무위반에 대하여 형법 제41조 소정의 형을 과하는 행정벌을 말한다. 형법 제41조는 형의 종류에 관하여 사형, 징역, 금고, 자격상실, 자격정지, 벌금, 구류, 과료, 몰수 등 9가지의 형을 규정하고 있다.

이러한 행정형벌에 대하여는 그 법적 효과가 형벌인 이상 형법총칙과 죄형법정주의가 적용된다(형법 제8조³⁹⁾ 참조).

II. 행정질서벌

행정법상 의무위반에 대하여 형법 제41조 소정의 형이 아닌 제재로서 ‘과태료’를 과하는 행정벌을 말한다.

그런데 과태료의 경우, ① 행정법상 의무이행확보수단, 즉 행정질서벌로서의 과태료 외에도, ② 민사상 의무위반에 대한 과태료(가령, 민법 제97조⁴⁰⁾), ③ 소송법상 의무위반에 대한 과태료(가령, 민사소송법 제311조⁴¹⁾), ④ 징계벌인 과태료(가령, 변호사법 제117조⁴²⁾ 등)

39) **형법 제8조(총칙의 적용)** 본법 총칙은 타법령에 정한 죄에 적용한다. 단, 그 법령에 특별한 규정이 있는 때에는 예외로 한다.

40) **민법 제97조(벌칙)** 법인의 이사, 감사 또는 청산인은 다음 각호의 경우에는 500만원 이하의 과태료에 처한다.

1. 본장에 규정한 등기를 해태한 때
(이하 생략)

41) **민사소송법 제311조(증인이 출석하지 아니한 경우의 과태료)** ① 증인이 정당한 사유 없이 출석하지 아니한 때에 법원은 결정으로 증인에게 이로 말미암은 소송

등이 있는데, 본 논문에서는 과태료의 범위를 행정질서벌로서의 과태료에 국한하여 검토하고자 한다. 참고로 과태료에 관한 일반법인 질서위반행위규제법 역시, 모든 유형의 과태료를 적용대상으로 하지 않고, 행정질서벌로서의 과태료를 적용대상으로 삼고 있다(질서위반행위규제법 제2조 제1호⁴³⁾ 참조).

행정질서벌에는 행정형벌과 달리 형법총칙이 적용되지 않는다. 그러나 질서위반행위규제법은 형법총칙의 규정을 상당수 차용하고 있으므로, 실질적으로 볼 때 행정질서벌에 대해서도 책임주의 원칙이 실현되고 있다고 평가할 수 있다. 구체적인 내용은 후술(제4장 제4절)하기로 한다.

비용을 부담하도록 명하고 500만원 이하의 과태료에 처한다.

- 42) **변호사법 제117조(과태료)** ① 제89조의4제1항·제2항 및 제89조의5제2항을 위반하여 수임 자료와 처리 결과에 대한 거짓 자료를 제출한 자에게는 2천만원 이하의 과태료를 부과한다.
- 43) **질서위반행위규제법 제2조(정의)** 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
1. "질서위반행위"란 법률(지방자치단체의 조례를 포함한다. 이하 같다)상의 의무를 위반하여 과태료를 부과하는 행위를 말한다. 다만, 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 제외한다.
 - 가. 대통령령으로 정하는 사법(私法)상·소송법상 의무를 위반하여 과태료를 부과하는 행위
 - 나. 대통령령으로 정하는 법률에 따른 징계사유에 해당하여 과태료를 부과하는 행위

제4장 행정형벌 및 행정질서벌

제1절 형사벌과 행정벌의 구별

1. 형사벌과 행정벌 구별의 의의

‘행정벌’이란 행정법상 의무를 위반한 자를 통칭하므로 행정벌의 범주에는 행정형벌을 받는 자와 행정질서벌을 받는 자가 모두 포함된다고 할 것이나, 본 절(제4장 제1절)에서는 형법(특정범죄가중처벌등에관한법률, 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 등 특별형법 포함)에 위반한 자, 즉 형사벌과 대비하기 위하여 ‘행정벌’의 범주를 ‘행정형벌’을 받게 된 자로 협의로 해석하여 논의를 전개할 것을 전제한다.

형법 제8조는 “본법 총칙은 타법령에 정한 죄에 적용한다. 단, 그 법령에 특별한 규정이 있는 때에는 예외로 한다.”라고 규정하고 있는바, “피고인의 마그나 카르타(Magna Carta)”라 할 수 있는 형법 총칙이 행정형벌, 즉 행정벌에 대하여 원칙적으로 적용된다는 데 대하여는 이론(異論)이 없는 것으로 보인다.⁴⁴⁾

그러나 행정벌의 경우 행정형벌을 대신해 행정질서벌, 즉 과태료를 부과하는 입법이 가능하고 이는 후술하는 바와 같이 향후 과태료로 제재수단이 전환될 개연성을 내포한다는 점⁴⁵⁾에서 형사벌과 차이가 있고, 양벌규정을 통한 법인처벌이 가능하다는 점에서 형사벌과 행정벌의 구별 논의는 실익이 있다고 할 수 있다. 또한 동일한

44) 박정훈, “협의를 행정벌과 광의의 행정벌”, 서울대학교 법학 제41권 제4호, 2001, p.284.

45) 박균성, 전제서, p.536; 김성룡, “형사벌·행정형벌과 과태료 부과기준 및 산업안전보건법상 처벌규정의 적정성 검토”, 강원법학 제34권, 2011년 10월, p.85.

행위가 형법과 행정법에 모두 위반될 경우 구별 긍정설에 따르면 ‘법조경합’으로 보는 반면, 구별 부정설에 따르면 ‘상상적 경합’으로 보게 될 가능성이 크다는 점에서 역시 논의의 실익을 찾을 수 있을 것이다.⁴⁶⁾

II. 형사범과 행정범 구별에 관한 학설

형사범은 기본적 생활질서에 위반한 것으로서 그 반도덕성·반사회성에 따라 처벌되는 자연범인데 비하여 행정범은 행정법령을 통해 생성된 파생적 생활질서에 위반한 법정범이므로, 양자는 피침해 규범의 성질을 기준으로 구별된다는 구별 긍정설이 행정법학계의 일반적 견해인바,⁴⁷⁾ 아래(pp.25-29)에서는 이에 관한 학설을 구체적으로 서술한 설계경 교수의 글⁴⁸⁾을 요약·정리하여 소개한다.

1. 구별 부정설

트로프스(Trops)에 의해 주장된 견해로서, 형사범이든 행정범이든 형벌이 과해진다는 점에서는 차이가 없고, 기껏해야 윤리적 비난의 경중에서 차이가 있을 뿐인데 이는 양적인 차이에 불과하다는 점을 논거로, 형사범과 행정범은 구별할 필요가 없다는 입장이다. 트로프스는, 형사범과 행정범을 구별하는 실질적 위법의 개념은 불확실하고, 범죄에 있어 중요한 것은 법령 위반이라는 형식적 위법이라 할 것인데, 형식적 위법 측면에서 볼 때 형사범과 행정범은 차이가 없다고 보았다.

46) 김철용, 전거서, p.382; 설계경, “행정형벌과 형사벌의 구별에 관한 소고”, 법학연구 제32집, 한국법학회, 2008년 11월, p.62.

47) 김동희, 전거서, p.481.

48) 설계경, 전거 논문, pp.49-58.

우리 형법학계에서도 죄형법정주의를 강조하여 형사범과 행정범의 구별을 부정하는 입장이 다수 발견되는데, 형사범과 행정범은 구성요건에 해당하는 위법·위책한 행위라는 점에서 공통되고, 윤리적 비난의 정도가 크냐 작냐의 차이는 양적인 차이에 불과하다는 점을 논거로 삼고 있다.

이러한 구별부정설에 대해서는 죄형법정주의를 강조한 나머지 행정범의 목적과 그 소재(所在)의 특수성을 간과한 것이라는 비판이 제기된다.

2. 구별 긍정설

행정법학자들은 일반적으로 형사범과 행정범의 구별긍정설을 지지하고 있는바, 구별의 구체적인 기준에 대하여는 아래와 같이 견해가 나뉜다.

가. 행위태양을 기준으로 구별하는 견해

① 형사범은 침해범인 반면 행정범은 위험범이라는 견해, 또는 ② 형사범은 구체적 위험범인데 비해 행정범은 추상적 위험범에 불과하다는 견해 등이 있다.

나. 피침해이익의 성질을 기준으로 구별하는 견해

본 학설을 주장하는 대표적 학자인 E. Wolf는, 형사범이나 행정범이나 구성요건에 해당하는 위법·유책한 행위라는 점에서는 차이가 없으나, 그 실질을 들여다보면 행정범의 경우, 행위객체가 없는 범죄라는 점에서 실질적 위법 면에서 형사범과 차이가 있다고 본다.

즉, 형사범은 인적·물적 피해와 같은 개인적 법익의 침해로 전제로 사회적 법익이나 국가적 법익이 침해되는 것인데 반해, 행정범은 개인적 법익의 침해 없이 바로 사회적 법익이나 국가적 법익을 침해하는 범죄라는 차별성이 있다는 것이다.

그러나 이러한 견해에 대하여는 형사범인 퇴거불응죄의 경우 행위객체가 없고, 직접 국가적 법익을 침해하는 내란죄를 행정범으로 볼 우려가 있다는 비판이 제기된다.

다. 피침해규범의 성질을 기준으로 구별하는 견해

이는 다시 절대적 구별설과 상대적 구별설로 나뉜다.

1) 절대적 구별설

형사범은 원래부터 반윤리적·반도덕적·반사회적 범죄인데 비하여, 행정범은 행정법령에 입법됨으로 인하여 비로소 범죄로 취급된다는 규범적 차이가 있다는 것이다.

이러한 견해를 주장하는 대표적인 학자들의 견해는 아래와 같다.

가) R. Garofalo의 견해

형사범은 법령이 제정되기 전부터 금지되는 자연범인 반면(“그 자체로 악”), 행정범은 법령이 제정됨으로써 그때부터 범죄로 취급되는 법정범(“금지됨으로써 악”)이라는 차별성이 존재한다.

나) M. E. Mayer의 견해

M. E. Mayer는 문화규범을 기준으로 형사범과 행정범을 구별한다. '문화규범'이란 사회적 타당성을 가지는 관습, 종교, 도덕 등의 총체라고 할 것인바, 법규범이란 원칙적으로 이러한 문화규범을 국가 차원에서 승인·확인한 것으로 본다. 다만, 이러한 문화규범과 상관없이 오로지 국가의 행정기능 확보를 위한 기술적·행정편의적 규범이 존재하는바, 이러한 규범을 위반한 것이 행정범이라는 것이다.

즉, 일반적인 형사범의 경우 법규범 외에도 문화규범을 위반한 것이 되는 반면, 행정범의 경우 법규범을 위반한 것일 뿐 문화규범을 위반한 것은 아니므로 양자(兩者)는 규범적으로 본질적 차이가 있다는 것이다.

이러한 견해에 대하여는 국가가 승인하는 법규범은 모두 문화적 소산이라 볼 수 있고 그런 면에서 문화규범과 무관한 법규범이란 존재하지 않는다는 비판이 제기된다.

다) H. Röder의 견해

H. Röder는 형사범과 행정범을 구별하는 핵심은 '윤리성'에 있다고 본다.

즉, 형사범은 사회윤리적 의무를 위반한 것인데 비하여, 행정범은 윤리적으로 무색한(무관한) 것으로서 단순히 사회공동체의 생활기능을 방해하는 행위일 따름이라고 본다.

2) 상대적 구별설

전술한 절대적 구별설에 대하여 원칙적으로 찬성하면서도 오늘날 형사범과 행정범의 구별은 상대적·유동적이라는 견해로서 현재 통설적 견해로 평가된다.

그 대표적 학자들의 견해를 간략히 살펴보면 아래와 같다.

가) 福田平의 견해

사회질서는 ① 사회의 기본적 생활구조를 규제하는 기본적 생활질서와 ② 기본적 생활구조와 직접 결합되는 정도는 아닌 파생적 생활질서로 구별할 수 있는데, 형사범은 기본적 생활질서를 위반하는 행위인 반면, 행정범은 파생적 생활질서를 위반하는 행위라고 본다.

따라서 파생적 생활질서는 행정적·정책적 목적을 위해 형성된 질서라는 면에서 일반적인 윤리와는 상관이 없고, 행정범의 반사회성은 법령의 규제에 의해 비로소 획득되는 것이라고 본다.

그리고 현대사회의 기본적 생활구조가 변할 때 경우에 따라서는 파생적 생활질서가 기본적 생활질서로 편입됨으로써 행정범은 형사범으로 전화할 수 있다는 점에서, 양자(兩者)간의 차이는 유동적인 것으로 본다.

나) K. Siegert의 견해

“행정범과 형사범을 본질적·절대적으로 구분할 수는 없고 윤리적 무가치내용의 정도의 차이에 의해 상대적으로 구분할 수 있으며 양자의 구별은 유동적인 것”이라고 본다.

Ⅲ. 검토

형벌의 목적과 관련하여, 1) 형벌의 본질은 범죄에 대한 정당한 응보라는 응보형주의(Kant, Hegel, Binding 등)와 2) 형벌의 목적은

장래 범죄를 예방하는 데 있다는 목적형주의(Beccaria, Feuerbach 등)의 대립이 있는바, 통설인 ‘결합설’은 형벌은 근본적으로 범죄에 대한 응보의 성질을 띠지만 책임주의의 범위 안에서 범죄예방적 측면을 고려하지 않을 수 없다는 입장이다.⁴⁹⁾

이처럼 형사범 처벌의 목적은 응보와 범죄예방에 있다는 점을 고려할 때, 행정의 실효성확보 차원에서 행정법령에 의해 개설된 행정범은 형법학에서 전통적으로 논의되어 온 형사범과는 그 성격이 구별된다고 하지 않을 수 없다.

또한 형사범과 행정범을 구별하더라도, 행정형벌에 관한 한 형법 총칙과 죄형법정주의가 전면적으로 적용된다는 해석이 불가한 것도 아니어서, 죄형법정주의를 강조하기 위해 양자의 구별을 부정할 것은 아니라고 생각한다. 후술하는 바와 같이 행정형벌에 관한 한 그 소재와 특수성에도 불구하고 형법 총칙과 죄형법정주의는 철저히 구현되어야 하겠으나, 침해되는 규범의 성질이 분명히 다른 이상(자연범이나 법정범이나) 양자는 구별되는 것임을 부인할 수는 없다고 할 것이고, 해석론을 전개함에 있어서도 이러한 차별성은 분명 염두에 두어야 한다고 본다.

아울러 별도의 행위규범을 실시하지 않고 바로 재판규범으로 작용하는 형사범과 달리, 행정범의 경우 우선 행정상 의무를 부과하는 행위규범을 정한 후 법령 말미의 벌칙조항에서 행위규범 위반에 따른 재판규범을 설정한다는 점에서 양자 간에는 법령형식상의 차이도 엄연히 존재한다.⁵⁰⁾

따라서 구별 긍정설이 타당하다고 본다. 그리고 형사범과 행정범을 구별하는 기준으로는, 애초부터 윤리적으로 금지되는 것을 위반한, 즉 기본적 생활질서를 위반한 자연범을 형사범으로 보고, 이와

49) 이재상, 전거서, pp.46-58.

50) 박정훈, 전계 논문, p.285.

달리 행정법령 제정으로 생성된 파생적 생활질서를 위반한 법정범을 행정범으로 보는 “피침해규범의 성질을 기준으로 구별하는 견해”가 가장 정확한 것이라 본다.

다만, 장기간 시간이 경과됨으로써 행정범이 형사범으로 전화(轉化)될 수 있다는 점도 부인할 수 없으므로⁵¹⁾ 구별 긍정설 가운데 “피침해규범의 성질을 기준으로 구별하는 견해” 중 상대적 구별설(통설)이 타당하다고 본다.

51) 남선모, “현행 도로교통법의 실무적용상 문제점에 관한 고찰”, 법학연구 제28편, 한국법학회, 2007년 11월, p.321.

제2절 행정형벌과 행정질서벌의 구별

I. 구별의 의의

“어떤 행정법규 위반행위에 대하여 이를 단지 간접적으로 행정상의 질서에 장애를 줄 위험성이 있음에 불과한 경우로 보아 행정질서벌인 과태료를 과할 것인가 아니면 직접적으로 행정목적과 공익을 침해한 행위로 보아 행정형벌을 과할 것인가”의 여부는 “기본적으로 입법권자가 제반사정을 고려하여 결정할 입법재량에 속하는 문제”라고 할 수 있다(헌재 1994. 4. 28. 선고 91헌바14 결정).

즉, 행정상 의무위반 시 형벌을 부과할 것인지 아니면 과태료를 부과할 것인지 여부는 원칙적으로 입법자의 결단에 달린 문제라고 하겠으나, 형벌의 경우 과태료와 달리 피고인에 관한 법치주의적 안전장치라 할 수 있는 형법 총칙이 적용되고, 절차상으로는 형사소송법령이 적용됨으로써 적법 절차가 철저히 구현된다는 점에서 양자간 구별의 실익을 찾을 수 있다.

II. 구별기준에 관한 판례

대법원은 “행정질서벌과 행정형벌은 다 같이 행정명령에 위반하는 데 대한 제재라는 점에서는 같다 하더라도, 행정형벌은 그 행정법규 위반이 직접적으로 행정목적과 사회공익을 침해하는 경우에 과하여지는 것인 데 대하여, 행정질서벌인 과태료는 간접적으로 행정상의 질서에 장애를 줄 위험성이 있는 정도의 단순한 의무태만에 대한 제재로서 과하여지는 것”이라고 판결하였는바(대법원 1969. 7. 29. 선고 69마400 결정), 행정목적은 직접 침해하느냐 아니면 간접적으로 위험을 초래하느냐를 기준으로 삼고 있는 것으로 해석된다.

헌법재판소 역시 대법원과 같은 입장으로 보인다(위 91헌바14 결정).

Ⅲ. 구별기준에 관한 학설

행정형벌과 행정질서벌의 구분은 철학적인 문제로부터 시작되는 것이라는 점에서 그 기준을 명확히 제시하기는 어려우나, 행정형벌은 행정목적 직접 침해한 데 대해 부과하는 것인 반면 행정질서벌은 행정목적 달성에 장애를 미칠 우려가 있는 행위에 대해 부과하는 것이라고 보는 것이 전통적인 견해이다.⁵²⁾

그러나 후술(제4장 제3절 Ⅳ. 행정형벌의 비범죄화 및 전환기준)하는 바와 같이 상당수의 행정형벌이 행정질서벌로 전환되고 있으므로(소위 ‘행정형벌의 비범죄화’), 행정목적 침해 여부로 행정형벌과 행정질서벌을 구분하는 기존 통설은 더 이상 유지되기 어렵다는 견해가 유력하게 제기되고 있다.⁵³⁾⁵⁴⁾

제재금의 성격이 민사적인 것인지(행정질서벌) 아니면 형사적인 것인지(행정형벌)의 여부와 관련해 H.Goldschmid는 3가지 기준을 제시하였는바, 어떠한 제재가 “① 규제제도와 관련되어 있고 ② 자연범에 관한 것이 아니며 ③ 예방적이며 실효성확보수단으로서의 효과가 기대되어 있는 경우에는 민사적” 이라고 하였다.⁵⁵⁾

Ⅳ. 검토

52) 이호용·박수희, “행정형벌의 과태료 전환의 이유와 기준에 관한 연구”, 한양법학 제19권 제3호, 2008년 10월, pp.361-362.

53) 박정훈, 전계 논문, pp.291-292.

54) 이호용·박수희, 전계 논문, p.363.

55) H.Goldschmid, An Evaluation of the present and potential use of civil money penalties as a sanction for Federal Administrative Agencies, Administrative conference of the United States (Nov. 17. 1972), p.18 / 박윤흔, “행정질서벌”, 고시연구, 1990년 5월, pp.39-40에서 재인용.

행정형벌의 비범죄화에 따라 상당수의 행정형벌이 과태료로 전환되고 있는 점을 고려할 때 종래 통설의 의미가 반감된 점은 부인하기 어렵다. 그러나 비범죄화 전환에 있어 종래 통설은 하나의 기준으로 작용할 수는 있을 것이고, 그런 면에서 행정형벌이나 행정질서벌이나의 구분기준으로서 행정목적의 직접 침해하느냐 간접적으로 위협을 야기하느냐 여부는 여전히 중요한 기준으로 기능할 수 있을 것이다.

물론 종래 통설에 의할 경우 행정목적의 직·간접적 침해의 경계선상에 있는 행위에 대해서는 기준설정에서 어려움이 예상되나, 이러한 경우는 결국 입법자가 행정목적 달성의 공익 및 실효성 확보 실익을 피침해이익과 사이에서 구체적으로 형량하여 결단하여야 할 것이다.

제3절 행정형벌의 남용과 비범죄화 필요성

1. 문제의 소재

형벌, 특히 징역형은 각종 자격의 제한이 따르고 인신의 자유를 박탈하는 형벌로서 다른 어떤 기본권의 제한 수단보다도 처벌되는 자의 자유를 침해하며, 집행 후에도 그의 인격적 가치나 사회생활에 심각한 영향을 미치기 때문에 형벌 이외의 다른 제재 수단으로도 입법목적은 달성할 수 있는 경우에는 그 방법을 사용하여야 한다. 형벌의 일반예방적 효과를 맹신한 나머지 형사처벌을 통해 해결하려는 것은 행정편의적인 발상으로서 그 헌법적 정당성이 인정될 수 없고, 따라서 행정형벌제도는 행정명령에 대한 의무이행확보수단으로서 최후적·보충적인 것이 되어야 한다(이상 헌재 2002. 6. 27. 선고 2000헌마642, 2001헌바12(병합) 결정에서 재판관 4인의 반대의견 참조). 행정상의 의무이행확보라면 행정목적실현을 위한 것이므로 그 제재수단도 가능하다면 형벌이 아닌 행정질서벌 등의 수단이어야 할 것이다(헌재 1995. 3. 23. 선고 92헌가14 결정). 형법은 최후수단(ultima ratio)이어야 한다.

우리 정부는 1983년 이래 법무부·법제처를 중심으로 행정형벌을 과태료로 전환하는 노력을 경주해 오고 있으나, 여전히 행정형벌이 남용되고 있는 실정이다.

이에 본 절(3절)에서는 우선 이러한 행정형벌이 남용되는 원인을 분석해 보고, 아울러 행정형벌의 비범죄화 및 전환기준에 대하여 살펴보기로 한다.

또한 행정형벌의 비범죄화와 관련한 외국 입법례도 살펴보고자 한다.

끝으로 행정형벌이 비범죄화된 경우, 비범죄화되기 전의 행위를 형사처벌할 수 있는지 여부에 대해 검토해 보기로 한다.

II. 행정형벌 남용의 원인

첫째, 행정의 실효성확보수단(제3장 제1절 참조)이 제대로 활용되지 못하고 있는 점을 꼽을 수 있다.⁵⁶⁾ 행정대집행법에 따른 행정대집행의 경우 소위 대체적 작위의무 위반에 대하여만 가능하므로, 부대체적 작위의무 내지 부작위의무 위반에 대해서는 행정대집행을 할 수 없다. 직접강제의 경우 일반적인 수권 법령이 존재하지 않으므로 활용되기 어려운 측면이 있다. 이에 간접적 강제수단인 행정벌이 널리 활용되는 것이다.

둘째, 헌법재판소는 일사부재리에 관한 헌법 제13조 제1항⁵⁷⁾과 관련해 “일사부재리 또는 이중처벌금지의 원칙에 있어서 처벌이라고 함은 원칙적으로 범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서의 과벌을 의미하는 것이고 국가가 행하는 일체의 제재나 불이익처분이 모두 그에 포함된다고는 할 수 없다.”(헌재 2002. 7. 18. 선고 2000헌바57 결정 등)라고 일관되게 판시하고 있는데, 이에 행정청으로서의 행정법령 위반자에 대하여 영업취소나 정지, 이행강제금, 과징금 등의 행정제재와 병과하여 행정벌을 부과하더라도 이중처벌의 문제가 발생하지 않으므로 행정벌을 ‘일종의 보험’으로 활용하는 경향도 존재한다.⁵⁸⁾

셋째, 행정형벌이란 형사적 제재는 위하력이 크므로 향후 행정지

56) 이호용·박수희, 전계 논문, p.369; 박윤흔, “행정벌”, 사법행정 26(12), 한국사법행정학회, 1985년 12월, p.35.

57) 헌법 제13조(형벌불소급, 일사부재리, 소급입법 제한, 연좌제 금지) ① 모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다.

58) 이호용·박수희, 전계 논문, p.369; 박윤흔, “행정벌”, 사법행정 26(12), 한국사법행정학회, 1985년 12월, pp.36-38.

도 등을 행하기 수월한 측면이 있다. 행정청 입장에서는 사법경찰관-검사-법관으로 이어지는 일련의 형사사법절차를 활용함으로써 제재의 실효성을 담보할 수 있을 뿐만 아니라 제재에 소요되는 자원을 아낄 수 있다는 점에서 행정형벌을 남용할 유혹에 빠지기 쉬운 것이다.⁵⁹⁾

이 외에도 행정법령의 경우 의원입법보다 정부입법이 활발하게 이루어지는데 이 과정에서 국민의 의견이 제대로 수렴되지 못하고, 속칭 ‘사무관입법’이 이루어지는 사정도 행정형벌 남용의 한 요인으로 보인다.⁶⁰⁾

III. 행정형벌의 비범죄화 필요성

본 논문을 통해 필자가 주장하려는 것은, 현재 행정형벌이 행정의 무 위반에 대한 제재수단으로 남용되고 있으므로 이 가운데 행정목적 달성에 장애를 초래할 위험성이 있는 수준의 단순한 의무태만의 경우에는 행정질서별인 과태료로 전환하여야 한다는 것이지, 모든 행정형벌이 비범죄화 되어야 한다는 것은 아니다. 그러므로 아래에서 제시하는 비범죄화의 근거는 행정범으로 처벌하기에는 지나치게 볼 수 있는 일부 행정범의 비범죄화에 관한 논거임을 먼저 밝힌다.

1. 이론적 근거

가. 비례의 원칙

59) 박윤흔, “행정벌”, 사법행정 26(12), 한국사법행정학회, 1985년 12월, p.35; 최봉석, “행정형벌에 관한 일고”, 법조 51권 12호, 법조협회, 2002, p.139.

60) 이천현, “행정법규상 벌칙규정의 법정형”, 형사정책연구 제20권 제4호(통권 제80호), 2009년 겨울호, pp.139-141.

헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.” 라고 하여 이른바 ‘비례의 원칙’ (또는 과잉금지원칙)을 규정하고 있는바, ‘비례의 원칙’이란 공공의 이익을 위하여 국민의 자유와 권리를 제한함에 있어 제한수단을 통해 달성하려는 공익과 제한되는 불이익(국민의 자유와 권리) 사이에 비례관계가 존재해야 한다는 원칙을 말한다.

비례의 원칙의 내용을 세분해서 살펴보면 ① 선택한 수단이 목적달성에 적합한 것이어야 하고(적합성의 원칙), ② 당해 목적 달성을 위해 선택한 수단이 필수적인 것이어야 하며(필요성의 원칙, 보충성의 원칙), ③ 실현하고자 하는 공익과 제한되는 불이익 사이에 균형이 이루어져야 한다는 것이다(상당성의 원칙).

따라서 행정형벌의 방식을 채택하였더라도 그로써 달성하려는 공공의 목적을 다른 제재수단을 통해서도 강구할 수 있는 것이라면 필요성의 원칙을 위반하는 것이고, 행정형벌로 인한 제한되는 개인의 자유와 권리가 그로써 달성하려는 공익보다 큰 것이라면 상당성의 원칙에 저촉된다는 점에서, 각각 비례의 원칙에 위반된다고 볼 것이다.⁶¹⁾

나. 법적 안정성의 결여

법적 안정성이란, ① 법령 자체의 안정성 문제와, ② 법령의 적용 대상에 대한 규범력 약화로 인한 안정성 문제라는 두 가지 측면에서 접근할 수 있다.⁶²⁾

61) 민홍기, “행정질서벌에 관한 연구”, 고려대학교 석사학위논문, 고려대학교 대학원, 2005, p.23.

‘법령 자체의 안정성 문제’란, 행정형벌이 남용됨으로써 그 위하력 내지 경고효과가 약해질 수 있다는 점이다. 무수한 행정법령과 행정형벌이 남용되다 보니 수범자로서는 자신의 행위가 행정형벌로 처벌될 수 있다는 점, 소위 위법성의 인식을 제대로 하지 못할 개연성이 있다. 이런 경우 행정형벌의 예방적 효과를 기대하기는 어려운 것이다. 또한 규범과 이를 위반한 경우 가해지는 제재 사이에는 일종의 한계효용점이 있는데 일정한 한계를 넘는 경우 제재의 존재가 오히려 규범력을 약화시키는 현상이 발생할 수 있다. 경미한 위법행위에 대해서까지 형벌을 부과할 경우 오히려 경미범죄가 일상화되는 사태가 야기될 수 있는 것이다.⁶³⁾

‘법령의 적용대상에 대한 규범력 약화로 인한 안정성 문제’란, 법령 위반자에 대한 법집행이, 법집행기관의 의지부족 내지 단속인원의 부족 등으로 인해 일관성이 없는 경우에 야기된다. 즉, 동일한 위법행위에 대하여 누군가는 처벌을 받고 다른 누군가는 처벌을 받지 않는 경우 처벌받는 자로서는 자신이 잘못해서 처벌받는다고 생각하게 될 개연성이 크고, 이러한 법집행은 법령의 규범력을 약화시키고 경우에 따라서는 당해 법령을 사문화시킬 우려도 있다.⁶⁴⁾

2. 실천적 근거

가. 소송경제

국가의 행정기능은 법집행이라는 특성상 사법기능에 비해 신속함

62) 민흥기, 전계 논문, p.26.

63) 정신교, “교통범죄의 비범죄화”, 법학연구 제31집, 한국법학회, 2008년 8월, p.417.

64) 민흥기, 전계 논문, p.28.

을 요한다. 그런데 행정의 실효성을 확보하기 위해 행정형벌을 부과하게 될 경우 이는 형사절차로 진행되고, 결과적으로 볼 때 행정의 담보 기능을 행정부가 사법부로 전가하는 것이 된다. 이 경우 법원은 사건 급증으로 업무처리가 지연될 수밖에 없을 것이다.

즉, 행정기능에 비해 상대적으로 시간이 더 소요되는 사법기능의 특성에다가, 업무과중이라는 현실적 이유가 더해져 행정법 처리는 더욱 지연될 수밖에 없게 된다.⁶⁵⁾

나. 개인의 사회생활 보장

과태료와 비교할 때, 벌금의 경우 형사처벌에 해당하고 미납할 경우 노역장유치(형법 제70조⁶⁶⁾ 참조)됨으로써 인신이 구속될 가능성도 있다. 또한 수형자명부 내지 수사자료표에 등재됨으로써 전과기록이 남게 된다.

행정형벌의 남용은 “행정목적 달성을 최고의 가치로 여기는 행정편의적인 발상으로서, 목적과 수단이 전도되어 있다는 비판”⁶⁷⁾을 면하기 어렵다.

IV. 행정형벌의 비범죄화 및 전환기준

후술하는 바와 같이 외국 입법례를 보더라도 행정형벌의 경우 행정질서벌(과태료)로 전환되는 것이 전반적인 추세이고, 우리 정부 역시 1983년부터 법무부·법제처 주도로 행정형벌의 비범죄화 노력을

65) 민흥기, 전계 논문, p.29.

66) **형법 제70조(노역장유치)** ① 벌금 또는 과료를 선고할 때에는 납입하지 아니하는 경우의 유치기간을 정하여 동시에 선고하여야 한다.

② 선고하는 벌금이 1억원 이상 5억원 미만인 경우에는 300일 이상, 5억원 이상 50억원 미만인 경우에는 500일 이상, 50억원 이상인 경우에는 1,000일 이상의 유치기간을 정하여야 한다.

67) 민흥기, 전계 논문, p.30.

경주해 오고 있다.⁶⁸⁾ 이러한 비범죄화는 행정벌의 주된 목적이 행정의 실효성 확보에 있다는 점을 고려할 때 바람직한 경향이라 할 것이다.

조병선 교수는 비범죄화의 기준으로 다음과 같은 기준을 제시하고 있다. 즉, “분야별로 개별법규의 목적 내지 행정목적에 파악하여 행정목적위반에 지장이 적은 경미한 의무위반행위에 대한 지나친 과잉규제가 아닌지, 법규의 실효성을 담보하는 측면에서 지나치게 벌금형에 의존하고 있지 않은지, 동일 또는 유사한 의무위반행위에 대한 불균형 입법례가 존재하는지를 검토하면서, 다른 한편 벌금의 대상인 위반행위가 형벌이 아닌 다른 기타의 제재수단으로는 그 실효성을 담보할 수 없는지 형벌의 보충성을 검토하고, 형법상 보호할 만한 법익인지 형벌의 겸의성을 판단해야 할 것”⁶⁹⁾이라는 기준을 제시하였는바, 일응 타당한 기준으로 생각된다.

박기석 교수는 행정형벌의 보호법익을 ① 원활한 행정기능(국가행정에 대한 협조의무), ② 전체사회 내지 일부사회의 집합적 이익(가령, 경제형벌에서의 거래질서, 환경형벌에서의 공공의 건강, 교통형벌에서의 교통질서 확립 등), ③ 개개인의 생명, 신체, 자유, 재산으로 구분하면서 ①의 보호법익에만 그치는 경우(가령, 각종 장부비치 의무, 신고의무 등의 위반)는 비범죄화하여 과태료로 제재함이 상당하고, ③의 보호법익이 크면서(가령, 의료시설 손괴, 정신질환자 유기) ①, ②의 보호법익은 미미한 경우 행정형벌이 아니라 아예 형법전에 편입시키는 것이 바람직하다는 견해를 제시하였는데,⁷⁰⁾ 참신한 견해로서 시사하는 바가 크다고 생각한다.

68) 이호용·박수희, 전제 논문, p.358.

69) 조병선, “질서위반행위규제법에 관한 연구”, 청주법학 28권, 2007, p.49.

70) 박기석, “형벌법규의 경합과 그 적용”, 형사판례연구 8권, 형사판례연구회, 박영사, 2000년 6월, pp.301-304.

행정형벌을 과태료로 전환하는 기준에 관한 법제처 기준⁷¹⁾을 살펴보면, ① 신고의무 위반(휴업·폐업 또는 재개업, 신고·허가 또는 등록 사항 변경, 사업 등의 양도·양수·승계, 종업원 임면(법정고용 의무가 있는 경우), 기타 신고 또는 신청), ② 장부의 작성·비치·보존 의무 위반, ③ 허가증·요금표 등 표지물의 게시 위반 등, ④ 허가증·등록증 등의 반납 불이행, ⑤ 보고·자료제출·출석답변 또는 통지 등 명령위반, 정기보고 등의 불이행, ⑥ 검사·조사 또는 출입·검사 등의 기피, ⑦ 유사명칭 사용금지 위반, ⑧ 정부투자·출연기관이나 그 밖의 특수법인 등의 등기 또는 공고의 해태, 시정·감독 등 명령 위반, ⑨ 겸직금지 위반, ⑩ 조사·측량 등을 위한 토지에의 출입의 거부·방해 또는 기피, ⑪ 본 의무 이행 후 그 부수의무의 불이행(변호사·공인회계사 등의 미등록업무 수행 등), ⑫ 사용료·수수료등의 요금면탈과 승인된 요금 외의 요금수수, ⑬ 그 밖에 경미하거나 수시로 부과되는 행정질서유지를 위한 명령의 위반 등에 대하여 가능한 한 이를 과태료로 처분하되, 위 유형에 속하더라도 ① 단순한 행정질서 위반이라도 이와 관련성이 깊은 범죄를 예방하는 데에 필요한 사항, ② 행정질서 위반이 결과적으로 위생과 안전의 확보를 크게 저해하는 사항, ③ 정부 역점 정책에 관련되는 사항, ④ 제도의 목적자체를 침해하는 사항(신고영업의 경우 영업신고 등), ⑤ 그 밖에 제도의 목적을 달성하는 데에 반드시 형별로 처벌하여야 할 사항 등에 대해서는 형사별로 처벌하도록 하고 있다.

위와 같은 행위유형에 따른 기준 외에도, 행정법령 위반 건수를 함께 검토할 필요도 있다. 획일적으로 정할 성질의 것은 아니겠으나, 상대적으로 적발 건수가 빈번하고 많은 경우가 그렇지 않은 경우에 비해 과태료로 전환할 실익이 클 것이다.⁷²⁾

71) 법제처, 법령 입안·심사 기준, 2012, pp.510-511.

72) 김재광, “과태료제도의 문제점과 개선방안”, 법조 53권 10호, 법조협회, 2004.

한편, 행정형벌이 비범죄화될 경우 기존의 형사사법절차에서 보장된 적법절차 원리, 기타 기본권 보호장치가 결여되고 불복 시 권리구제가 장기화될 수도 있으므로 무분별한 비범죄화는 지양해야 한다는 반론에도 귀를 기울일 필요가 있으므로,⁷³⁾ 비범죄화가 될 경우 후술하는 질서위반행위규제법령 및 기타 행정절차법령이 적법절차 원리에 따라 철저히 집행되도록 주의해야 할 것이다.

V. 행정법에 관한 외국 입법례 (비범죄화)

1. 독일

1949년 경제형법(Wirtschaftsstrafgesetz)을 공포하여 경제분야에서의 위법행위를 경제범죄(Wirtschaftsstraftaten)와 질서위반행위(Ordnungswidrigkeiten)로 구분하면서 질서위반행위에 대하여는 과태료를 부과하도록 함으로써 행정법의 형법으로부터의 분리, 행정법의 비범죄화를 구현하였다.⁷⁴⁾

1952년 질서위반법(Gesetz über Ordnungswidrigkeiten)을 공포함으로써 행정법의 비범죄화를 경제분야뿐 아니라 모든 행정법 분야로 넓혔고, 1968년 질서위반법을 대폭 개정하여 교통사범의 대부분을 질서위반행위로 전환시켰다.⁷⁵⁾

그리고 1969년 형법개정을 통해 범죄행위와 질서위반행위의 구분을 완성시켰다고 평가된다.⁷⁶⁾

pp.185-187.

73) 최봉석, 전제 논문, p.142.

74) 박윤훈, “행정질서벌”, 고시연구, 1990년 5월, p.42.

75) 박윤훈, “행정질서벌”, 고시연구, 1990년 5월, pp.42-43.

76) 박윤훈, “행정질서벌”, 고시연구, 1990년 5월, p.43; 김철용, “행정벌의 탈범죄화”, 고시계, 1991년 6월, p.140.

2. 미국

미국의 경우 많은 개별법(1979년 기준 348개의 연방법률에서 민사금전벌을 규정함)에서 행정법규를 위반한 자에 대하여 형벌이 아닌 민사금전벌(civil money penalty)을 부과·징수하도록 규정하고 있는바, 이는 종래 형벌과 인허가사업의 정지 등에 갈음하는 제재로서 과잉범죄화(Overcriminalization)를 막기 위한 것으로 평가받고 있다.⁷⁷⁾

미국행정회의(Administrative Conference of the U.S.)는 1972년에 행정의 실효성확보 면에서 형벌보다 민사금전벌이 우월하다는 점등을 근거로 민사금전벌의 적극적인 활용을 권고한 바 있다.⁷⁸⁾

3. 대만

대만의 경우 2005년 과태료 부과 등에 관한 일반법률로서 행정벌법을 제정하여 시행하고 있는바, 독일, 중국에 이어 세계에서 세 번째로 행정상 강제집행에 관한 일반법을 도입한 것으로 평가된다. 다만, 후술(제4절)하는 우리의 질서위반행위규제법과 비교할 때 과태료 부과에 관하여만 규정하고 있을 뿐, 징수절차에 대해서는 직접 규정하지 않고 행정집행법과 강제집행법을 상당 부분 준용하고 있다는 점에서 차이가 있다.⁷⁹⁾

대만 행정벌법에서 주목할 만한 규정으로서 제26조를 들 수 있는데, 이에 의하면 하나의 행위가 형사법과 행정법 모두에 위반될 경

77) 박윤훈, “행정질서벌”, 고시연구, 1990년 5월, pp.43-44.

78) 박윤훈, “행정질서벌”, 고시연구, 1990년 5월, p.44.

79) 박종명, “행정질서벌의 법적문제에 관한 연구”, 고려대학교 석사학위논문, 고려대학교 대학원, 2013, p.36.

우 행정벌법은 적용하지 않고 형사법률만 적용하도록 하여 양자(兩者) 간의 병과를 명문으로 배제하고 있다는 점이다. 다만, 형사절차에서 불기소처분 또는 무죄, 면소의 판결이 확정되면 행정법상 의무위반으로 처벌이 가능하다.⁸⁰⁾ 이러한 규정은 후술(제7장)하는 바와 같이 행정형벌과 행정질서벌의 병과문제와 관련해 참고할 만하다.

Ⅶ. 비범죄화 이후에 비범죄화되기 전의 행위를 처벌할 것인지 여부

1. 형법 제1조 제2항의 해석

형법 제1조 제1항은 “범죄의 성립과 처벌은 행위 시의 법률에 의한다.” 라고 하여 소위 ‘행위시법주의’ 를 원칙으로 천명하면서, 같은 조 제2항에서는 “범죄후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하거나 형이 구법보다 경한 때에는 신법에 의한다.” 라고 하여 행위시법주의의 예외를 인정하고 있다.

그런데 대법원은 “형법 제1조 제2항의 규정은 형벌법령 제정의 이유가 된 법률이념의 변천에 따라 과거에 있어서 범죄로 본 행위에 대한 현재의 평가가 달라짐에 따라 이를 범죄로 인정한 그 자체가 부당하였다거나 또는 과형이 과중하였다는 반성적 고려에서 법령을 개폐하였을 경우에 적용되어야 하고, 이와 같이 법률이념의 변경에 의한 것이 아닌 다른 정세의 변천에 따라 그때 그때의 특수한 필요에 대처하기 위하여 법령을 개폐하는 경우에는 이미 그 전에 성립한 위법행위를 현재로서 관찰하여도 행위 당시의 행위로서는 가벌성이 있는 것이어서 그 법령이 개폐되었다 하여도 그에 때른 형이 폐지된 것이라고는 할 수 없다.” 라고 함으로써 형법 제1조 제2항이 형이 폐지된 모든 경우에 적용되는 것은 아니라는 점을 분명

80) 박종명, 전계 논문, pp.36-37.

히 하고 있다(대법원 1984. 12. 11. 선고 84도413 판결 등).

대법원은 청소년보호법 개정으로 청소년의 숙박업소 출입행위가 처벌대상에서 제외된 경우(대법원 2000. 12. 8. 선고 2000도2626 판결)나 바닥면적 300㎡ 미만의 종교집회장의 용도변경 시 허가를 요하지 않게 하는 경우(대법원 1992. 11. 27. 선고 92도2106 판결)는 각각 기존의 형사처벌이 잘못된 것이라는 반성적 고려에 기한 법률의 변경이므로 형법 제1조 제2항이 적용된다고 본 반면, 도로교통법상 운전자 준수사항에서 부당요금징수를 삭제한 경우(대법원 1987. 3. 10. 선고 86도42 판결)나 계엄포고령이 해제된 경우(대법원 1985. 5. 28. 선고 81도1045 판결)는 각각 단순한 사실관계의 변화로 인한 경우로서 형법 제1조 제2항이 적용되지 않는다고 판결한 바 있다.

위와 같은 대법원은 입장은 한시법(限時法)의 추급효에 관한 동기설{“법률이 변경된 동기를 기준으로, 법률이념의 변경에 따라 법률이 변경된 경우와 단순 사실관계의 변화에 따라 법률이 변경된 경우를 구분하여 전자의 경우 행위의 가벌성이 소멸하여 불가벌이지만(추급효 부정) 후자의 경우에는 별할 수 있다(추급효 긍정)는 견해”}을 형법 제1조 제2항의 경우에 적용한 것으로 볼 수 있다.⁸¹⁾

2. 검토

행정형벌의 비범죄화가 이루어진 경우, 비범죄화 되기 전에 행해진 행위를 형사처벌할 수 있는지 여부, 즉 형법 제1조 제2항의 적용여부가 문제되는바, 행정형벌의 비범죄화는 행정형벌의 남용을 억제한다는 반성적 고려에서 이루어진 조치라는 점에서 법률이념의 변경에 의해 처벌법령이 폐지된 경우에 해당하여 형법 제1조 제2항이 적용된다고 봄이 상당하다. 물론 반성적 고려가 아닌 특수한 필요에

81) 이재상, 전게서, p.37.

따라 행정형벌을 비범죄화하는 것도 이론상 가능하고 이러한 경우에는 형법 제1조 제2항이 적용되지 않으므로 과거의 비위행위를 처벌할 수 있겠으나, 1983년 이래 우리 정부가 추진해 온 행정형벌의 비범죄화는 과거 경미한 의무태만에 관하여 형벌을 부과해 온 데 대한 반성적 고려가 바탕이 된 것으로 봄이 상당하다.⁸²⁾

따라서 예전에 행정형벌에 처해지다가 법제처의 과태료 전환기준에 따라 과태료 부과대상으로 전환(비범죄화)된 경우, 비범죄화 되기 전에 행해진 행위의 가벌성은 소멸하게 되므로(구 법령의 추급효는 미치지 아니하므로) 과태료를 부과하는 것은 별론으로 하더라도 더 이상 과거의 행위를 이유로 행정형벌을 부과할 수는 없고, 기소된 사건의 경우 형사소송법 제326조 제4호⁸³⁾에 의거 면소판결을 하여야 할 것이다.

82) 법제처, 법령 입안·심사 기준, 2012, pp.510-511.

83) 형사소송법 제326조(면소의 판결) 다음 경우에는 판결로써 면소의 선고를 하여야 한다.

(중략)

4. 범죄 후의 법령개폐로 형이 폐지되었을 때

제4절 질서위반행위규제법 해설

I. 도입배경

행정법은 그 목적 및 규정형식이 형사법과 차이가 나므로 이러한 행정법의 특수성을 반영한 통칙적 규정이 필요하다는 입법론은 종래부터 제기되어 왔다.

독일의 경우 앞서 살핀 바와 같이(제4장 제3절 IV. 1. 독일) 1949년에 경제형법을, 1952년에 질서위반법을 각각 공포하여 행정질서벌에 관한 단행법전을 마련하기도 하였다.

위와 같은 입법론에다가, 소위 행정형벌의 비범죄화 흐름까지 더해 우리나라 역시 2007년 12월 21일 법률 제8725호로 질서위반행위규제법을 공포해 오늘날까지 행정질서벌의 일반 법률로서 시행하고 있다.

조병선 교수는 질서위반행위규제법의 제정은 “그 부차적인 목적인 벌금형의 과태료로의 전환을 촉진시켜, 1948년 정부수립 이후 우리나라 형법에서 그 최후수단성을 진정으로 확립시키는 ‘형법의 혁명적 전환’을 가져오는 획기적 계기”⁸⁴⁾가 될 것이라 예상한 바 있다.

이하에서는 질서위반행위규제법 제1장(총칙), 제2장(질서위반행위의 성립 등)을 위주로 주요 내용을 검토해 보도록 한다.

II. 질서위반행위규제법 해설

아래에서는 질서위반행위규제법의 해설을 위하여, 질서위반행위규제법의 주무부처인 법무부에서 발간한 질서위반행위규제법 해설집

84) 조병선, 전계 논문, p.53.

의 내용을 주로 참고하되 관련 논문의 내용을 요약·정리하여 소개한다.

1. 법률의 명칭

입안 과정에서 「행정벌법」이나 「행정질서위반규제법」의 명칭도 검토되었으나, 향후 경미범죄의 비범죄화 차원에서 형벌(벌금형)에서 과태료로 전환되는 행위에는 행정법상 의무위반과 무관한 것도 있을 수 있는 점을 고려하여, 독일의 질서위반법과 유사하게 「질서위반행위규제법」으로 명명하였다.⁸⁵⁾

2. 책임주의 원칙 도입

행정질서벌의 경우 원칙적으로 고의·과실을 필요로 하지 아니한다는 것이 종래 다수설과 판례의 입장이었으나(대법원 1969. 7. 29. 선고 69마400 결정⁸⁶⁾,⁸⁷⁾ 질서위반행위규제법은 제7조에서 “고의 또는 과실이 없는 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다.”라고 하여 책임주의 원칙을 도입하였다.

한편, 당초 정부입법안에는 “고의 또는 과실이 없는 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다. 다만, 법률에 특별한 규정이 있

85) 법무부, “질서위반행위규제법 해설”, 2008, p.3.

86) “행정질서벌과 행정형벌은 다같이 행정법령에 위반하는데 대한 제재라는 점에서 같다하더라도 행정형벌은 그 행정법규 위반이 직접적으로 행정목적과 사회공익을 침해하는 경우에 과하여지는 것이므로 행정형벌을 과하는데 있어서 고의과실을 필요로 할 것이냐의 여부의 점은 별문제로 하더라도 행정질서벌인 과태료는 직접적으로 행정목적이나 사회공익을 침해하는데까지는 이르지 않고 다만 간접적으로 행정상의 질서에 장애를 줄 위험성이 있는 정도의 단순한 의무태만에 대한 제재로서 과하여지는데 불과하므로 다른 특별한 규정이 없는 한 원칙적으로 고의과실을 필요로 하지 아니한다고 해석하여야 할 것이다.”(대법원 1969. 7. 29. 선고 69마400 결정)

87) 정형근, “질서위반행위규제법에 대한 고찰”, 외법논집 제33권 제3호, 한국외국어대학교 전문분야연구센터 법학연구소, 2009년 8월, pp.580-581.

는 경우에는 그러하지 아니한다.” 라고 하여 단서규정을 포함시켰으나 국회 국제사법위원회 제1소위원회 심의과정에서 책임주의 원칙을 형해화할 소지가 있다는 이유로 삭제되었다.⁸⁸⁾

고의 또는 과실이 없더라도 과태료를 부과해야 할 필요성이 있는 경우를 고려해 위와 같은 단서규정을 포함시켰던 것인데, 향후 단서규정의 필요성이 대두되면 이 부분은 다시 논의할 필요가 있어 보인다.

3. 위법성의 착오

종래 통설은 행정질서벌에는 형법 총칙이 적용되지 않으므로 위법성의 인식이 없더라도 과태료 부과가 가능하다는 입장이었고 법원의 실무 또는 같은 입장이었다.⁸⁹⁾

그러나 질서위반행위규제법은 제8조에서 “자신의 행위가 위법하지 아니한 것으로 오인하고 행한 질서위반행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 과태료를 부과하지 아니한다.” 라고 하여 형법 제16조(법률의 착오)⁹⁰⁾와 같은 내용을 규정하고 있는바, 이는 행정형벌의 비범죄화 등 행정형벌과 행정질서벌의 구분이 상대화되고 있는 현실도 반영한 것으로 보인다.

독일의 질서위반법은 제11조 제2항에서 “행위자가 법규정의 존재 또는 그 적용가능성을 인식하지 못하였기 때문에 행위시에 행위자에게 허용되지 않는 그 무엇인가를 행한다는 통찰이 결여되어 있는 때에, 행위자가 그와 같은 착오를 회피할 수 없었던 경우에는 행위자는 유책하지 않다.” 라고 규정하여 질서위반행위규제법 제8조와

88) 법무부, 전거서, p.25.

89) 법무부, 전거서, p.26.

90) **형법 제16조(법률의 착오)** 자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다.

같은 취지의 규정을 두고 있다.⁹¹⁾

4. 책임조각사유

미성년자라도 의사능력이 있으면 과태료를 부과하는 것이 종전의 실무례였다.⁹²⁾ 그러나 질서위반행위규제법 제9조는 “14세가 되지 아니한 자의 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다. 다만, 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.” 라고 함으로써 형사미성년자에 관한 형법 제9조⁹³⁾와 같은 취지의 규정을 명문화하였다.

다만, 형법 제9조와 달리 단서조항을 둬으로써 14세 미만인 자에게도 현실적 필요에 따라 과태료를 부과할 수 있는 길을 열어 놓았다.⁹⁴⁾

5. 수개의 질서위반행위의 처리

질서위반행위규제법 제13조는 제1항에서 “하나의 행위가 2 이상의 질서위반행위에 해당하는 경우에는 각 질서위반행위에 대하여 정한 과태료 중 가장 중한 과태료를 부과한다.” 라고 하고 있고, 제2항에서는 “제1항의 경우를 제외하고 2 이상의 질서위반행위가 결합하는 경우에는 각 질서위반행위에 대하여 정한 과태료를 각각 부과한다. 다만, 다른 법령(지방자치단체의 조례를 포함한다. 이하 같다)에 특별한 규정이 있는 경우에는 그 법령으로 정하는 바에 따른다.” 라고 규정하고 있는바, 제1항의 경우 형법 제40조⁹⁵⁾ 소정의 상

91) 법무부, 전게서, p.27; 정형근, 전계 논문, p.586.

92) 법무부, 전게서, p.28.

93) **형법 제9조(형사미성년자)** 14세 되지 아니한 자의 행위는 벌하지 아니한다.

94) 법무부, 전게서, pp.29-30.

95) **형법 제40조(상상적 결합)** 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 경우에는 가장 중

상적 경합범에 대응하는 것이고, 제2항의 경우 형법 제38조 제1항 제2호⁹⁶⁾ 소정의 실제적 경합범에 대응하는 것으로 평가할 수 있다.

형법 제38조 제1항 제2호와 비교할 때 질서위반행위규제법 제13조 제2항 소정의 과태료 가중조항이 보다 과중한 면이 있는데, 이는 과태료의 신속한 확정과 집행을 고려한 부득이한 측면을 고려한 것이다.⁹⁷⁾

6. 과태료 부과 제척기간

질서위반행위규제법 제19조 제1항은 “행정청은 질서위반행위가 종료된 날(다수인이 질서위반행위에 가담한 경우에는 최종행위가 종료된 날을 말한다)부터 5년이 경과한 경우에는 해당 질서위반행위에 대하여 과태료를 부과할 수 없다.” 라고 하여 과태료 부과 제척기간을 명문화하였다.

당초 입안 과정에서 벌금형의 공소시효인 3년과 균형을 맞추자는 주장이 제기되었으나, 과태료 부과건수가 많고 행정청이 질서위반행위를 적발하기가 쉽지 않은 점, 과징금 제척기간이 5년인 점(독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제49조 제4항 제1호 참조) 등을 고려하여 최종적으로 5년으로 확정하였다.⁹⁸⁾

7. 종합평가

한 죄에 정한 형으로 처벌한다.

96) 형법 제38조(경합범과 처벌례) ① 경합범을 동시에 판결할 때에는 다음의 구별에 의하여 처벌한다.

2. 각 죄에 정한 형이 사형 또는 무기징역이나 무기금고이외의 동종의 형인 때에는 가장 중한 죄에 정한 장기 또는 다액에 그 2분의 1까지 가중하되 각 죄에 정한 형의 장기 또는 다액을 합산한 형기 또는 액수를 초과할 수 없다. 단, 과료와 과료, 몰수와 몰수는 병과할 수 있다.

97) 법무부, 전게서, pp.37-38.

98) 법무부, 전게서, pp.50-51.

질서위반행위규제법 제1장(총칙), 제2장(질서위반행위의 성립 등)을 보면 형법 총칙의 규정과 상당히 유사한 점을 확인할 수 있는바(가령, 고의 또는 과실, 위법성의 착오, 책임연령, 다수인의 질서위반행위 가담, 수개의 위반행위의 처리 등), 이에 질서위반행위규제법은 사실상 형법 총칙의 주요 원칙을 그대로 수용하고 있다는 평가를 받고 있다.⁹⁹⁾

무엇보다도 그 동안 개별법령에 산재해 있던 행정질서법 관련 규정을 하나의 단일 법전에서 통칙으로 규정하고 있는 점을 높이 평가할 수 있고, 이는 최근의 비범죄화 경향에도 부합하는 입법이라 할 것이다.

아울러 과태료 부과·징수절차를 개선하고 가산금 징수, 관허사업의 제한, 신용정보의 제공 등 소위 과태료 실효성 제고수단을 마련한 점도 높이 평가할 만하다.

99) 김성룡, 전계 논문, p.95.

제5절 소결

행정법은 행정의 실효성을 확보하기 위한 데 주된 목적이 있다는 점에서 응보와 범죄예방을 목적으로 하는 형사법과는 성격상 차이가 있으며, 법령의 규정형식도 상이하다. 따라서 행정법과 형사법은 구별된다고 보는 구별 긍정설이 타당하고, 양자를 구별하는 기준으로는 기본적 생활질서를 위반한 자연법은 형사법으로, 파생적 생활질서를 위반한 법정법은 행정법으로 보는 “피침해규범의 성질을 기준으로 구별하는 견해”가 타당하다. 그리고 시간이 경과됨으로써 파생적 생활질서가 기본적 생활질서에 편입됨으로써 행정법이 법정법으로 전화될 가능성이 있다는 점을 고려할 때, 상대적 구별설이 타당하다. 행정법의 경우, 형사법과 달리 양벌규정을 통한 법인처벌이 가능하고, 그 행정목적 침해 정도에 따라 행정질서벌인 과태료로 전환될 수 있다는 점에서 형사법과 구별할 실익이 있다.

한편, 행정벌의 경우 제재효과로 형사책임을 부과하는 행정형벌과 과태료를 부과하는데 그치는 행정질서벌로 대별되고, 특정 행정법규 위반행위에 대하여 행정형벌을 과할 것인지 아니면 행정질서벌을 과할 것인지 여부는 기본적으로 입법재량에 속한다고 할 것이지만 (헌재 1994. 4. 28. 선고 91헌바14 결정 등), 대법원은 행정법규 위반이 직접적으로 행정목적과 공익을 침해하는 경우를 행정형벌 부과 대상으로, 행정법규 위반이 간접적으로 행정목적 달성에 장애를 초래하는 수준의 위험성이 있는데 불과한 경우를 행정질서벌 부과 대상으로 보고 있는바(대법원 1969. 7. 29. 선고 69마400 결정) 통설도 대법원 판결과 같은 입장이다. 이러한 행정형벌과 행정질서벌의 구별은 최근 지속적으로 이루어지고 있는 행정형벌의 행정질서벌화(비범죄화)에 있어 실천적 의미가 있다고 할 것이다.

그 동안 행정의 기능 확보를 위하여 행정형벌이 과도하게 입법된

면이 있었으나, 1983년경부터 법무부·법제처 주도로 행정법의 특성을 반영해 기존의 행정형벌을 행정질서벌(과태료)화, 비범죄화하는 최근의 경향은 바람직해 보인다. 그러나 여전히 정비되지 못한 행정법령이 존재하므로, 법제처가 정한 『법령입안심사기준』에 의거 지속적인 비범죄화 작업이 진행되어야 할 것이다. 행정형벌이 비범죄화된 것은 기존의 처벌이 과잉형벌이라는 반성적 고려에서 기인한 법률적 이념의 변경으로 말미암은 것이므로 형법 제1조 제2항이 적용되고, 따라서 비범죄화 이후에는 비범죄화되기 전의 행위에 대하여 형사처벌을 부과할 수는 없다.

또한, 그 동안 수많은 법령에 산재해 있던 과태료 관련규정을 질서위반행위규제법이라는 단일 법전으로 정비하여 과태료의 성립요건은 물론 부과절차를 통일적으로 규정한 것은 그간의 학계 논의를 수용한 바람직한 입법이라 평가할 수 있으며, 그 내용적인 면에서도 형법 총칙의 규정을 대부분 차용하였다는 점에서 국민의 인권을 실질적으로 보장해 주는 법률이라 생각한다. 행정질서벌에 대하여 질서위반행위규제법이라는 통일 법전이 마련된 것과 같이, 행정형벌에 대하여도 행정형벌의 특수성을 고려하여 총칙규정을 제정하는 것을 입법론적으로 고려해 봄직 하다.

제5장 양벌규정에 관한 책임주의적 해석론

제1절 서론

각종 행정법령의 체계를 보면 대부분 해당 법령 마지막 장(章)에서 “벌칙”이란 제목 하에 행정벌을 규정하고 있는데, 벌칙 규정은 ① 행정형벌(징역이나 벌금), ② 양벌규정, ③ 과태료의 순으로 열거되어 있는 것이 일반적이다. 가령, 건축법의 양벌규정을 예로 들면, 건축법 제112조 제1항은 “법인의 대표자, 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인의 업무에 관하여 제106조의 위반행위를 하면 행위자를 벌할 뿐만 아니라 그 법인에도 10억원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 법인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.”라고 하여 행위자 외에 법인까지 함께 처벌하도록 하는 ‘양벌규정’을 도입하고 있는데, 다른 행정법령에서도 이와 동일한 형식의 양벌규정을 명시하고 있다. 신동운 교수는 “양벌규정은 특별형법에 관한 한 사실상 총칙규정으로서의 위치를 구축”¹⁰⁰⁾하고 있다고 평가할 정도로 양벌규정은 행정법령에서 일반화된 상태이다.

행정법령에서의 양벌규정은 행정의 실효성을 확보함에 있어 법인도 처벌해야 한다는 현실적 필요에 의해 도입된 것이기는 하나, 일단 그 법적 효과를 형벌로 규정하고 있는 이상 죄형법정주의, 특히 책임주의의 적용을 부정할 수는 없다. 그런데 법인은 행위능력이 없으므로 범죄능력이 없다고 보는 것이 대륙법계 국가를 비롯한 국내의 통설적 견해로서, 이러한 법인의 범죄능력 부정설의 입장에서 볼 때 양벌규정을 통해 법인의 형사책임을 인정하는 것은 논리적으로

100) 신동운, 전거서, p.111.

모순되는 측면이 존재한다. 이에 현행 양벌규정은 위헌적 요소가 강하므로 폐지되어야 하고, 독일의 질서위반법과 같이 과태료로 전환되어야 한다는 주장도 제기되고 있다.¹⁰¹⁾

그럼에도 불구하고 현재 수많은 양벌규정이 존재하고 있는바, 현행 양벌규정은 일반적으로 본문에서 행위자 외에 법인 등도 처벌한다고 하면서 단서조항에서 면책사유를 규정하고 있을 뿐, 법인처벌의 본질에 관하여는 침묵하고 있다. 이에 법인처벌의 법적 성질에 관하여 과실책임설과 무과실책임설이 대립하고 있고, 판례의 입장 또한 혼재돼 있는 것으로 평가된다.

이에 본 장(제5장)에서는 우선 행정형벌에 대한 형법총칙의 적용 여부(제2절) 및 법인의 범죄능력(제3절)에 관하여 살펴본 후, 양벌규정의 의의와 그 위헌성(최근 헌법재판소 결정례 포함) 및 법인처벌의 법적 성질을 검토해 보기로 한다(제4절 및 제5절). 위와 같은 이론적 논의를 바탕으로 양벌규정과 관련된 현행 판례를 비판적으로 검토하고(제6절), 해석론과 별도로 양벌규정의 대안 내지 보완이 될 만한 것을 비교법적으로 살펴본 후(제7절), 행정목적으로 법인을 처벌함에 있어서 책임주의가 관철되어야 한다는 결론을 도출하고자 한다(제8절).

101) 배종대, “법인의 범죄능력”, 고시연구 18(9), 1991년 9월, pp.163-165.

제2절 행정법에 관한 형법 총칙의 적용 문제

I. 문제의 소재

형법 제8조는 “본법 총칙은 타법령에 정한 죄에 적용한다. 단, 그 법령에 특별한 규정이 있는 때에는 예외로 한다.” 라고 규정하여, 형사범에 대한 형법 총칙의 일반적 적용을 명시하고 있다. “입법자가 일단 형벌을 선택한 이상 형벌에 관한 헌법상 원칙, 즉 법치주의와 죄형법정주의로부터 도출되는 책임주의원칙이 준수되어야 한다.” (헌재 2009. 7. 30. 선고 2008헌가16 결정)는 점에서, 행정법(행정형벌)에 대하여 형법 총칙이 적용된다는 데 대하여는 이론(異論)이 없어 보인다.

다만, 형법 제8조 단서의 ‘특별한 규정’의 범위와 관련하여 견해가 나뉘는데, 행정법학계의 통설은 1) 명문의 규정 외에도, 2) 당해 법령의 해석상 형법 총칙의 적용을 배제함으로써 형벌이 ‘감경’ 되는 것은 죄형법정주의에 위반되지 않으므로 이러한 해석까지 ‘특별한 규정’에 포함된다고 본다.¹⁰²⁾

전술한 바와 같이 행정법은 형사범과 달리 행정의 실효성을 확보하기 위한 간접적 강제수단으로서 행정법령에 규정된 것이라는 점을 고려할 때, 형법 총칙의 적용 면에서 이러한 특수성이 일정 부분 고려되어야 할 것이다.

본 절(제2절)에서는 행정법에 대한 형법 총칙의 적용과 관련하여, 특히 ‘위법성의 인식’ 및 ‘법률의 착오’(형법 제16조)에 대한 관례의 의미를 분석해 보기로 한다.

그러나 행정형벌의 경우 그 특성을 감안하여 피고인에게 유리하게 해석될 가능성이 있다고 할지라도, 그에 앞서는 대명제로서 행정

102) 김동희, 전게서, pp.484-485; 박균성, 전게서, p.538.

형벌에 관한 한 형법총칙과 죄형법정주의가 직접 적용되어야 하고 책임주의 원칙 역시 철저히 지켜져야 한다는 점(위 헌재 2008헌가16 결정)을 재차 강조한다.

II. 행정법에 있어서의 ‘위법성의 인식’ 및 ‘법률의 착오’ (형법 제16조)

‘위법성의 인식’이란 “행위자의 행위가 공동사회의 질서에 반하고 법적으로 금지되어 있다는 것을 인식하는 것”으로서, “어떤 법규정에 위반하였다는 인식으로 족하고 구체적인 법규정의 인식까지 요구하는 것은 아니다.”¹⁰³⁾

위법성의 인식과 관련하여 형법 제16조(법률의 착오)는 “자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다.”라고 규정하고 있는바, 여기서의 ‘정당한 이유’란 위법성 착오의 ‘불가피성’을 의미하고,¹⁰⁴⁾ 자연범인 형사범에 비하여 법정범인 행정범의 경우 이러한 정당한 이유가 인정되기가 보다 용이하다는 것이 통설적 견해이다.¹⁰⁵⁾

법률의 착오의 회피가능성과 관련해 보통 “① 행위자에게 자신의 행위의 위법성에 대하여 심사할 계기가 있었는가, ② 계기가 존재하는 경우에 위법성을 인식하기 위한 확인과 조회의 노력을 다하였는가, ③ 행위자가 충분한 노력을 다한 경우에는 위법성을 인식할 수 있었는가”¹⁰⁶⁾가 문제되는데, 행정범의 경우 특히 위 ①과 ②의 적용 면에서 형사범과 차이가 나타난다.

103) 이재상, 전게서, pp.320-321.

104) 이재상, 전게서, p.328.

105) 박정훈, 전계 논문, p.288.

106) 이재상, 전게서, pp.336-337.

즉, 기본적 사회규범이라 할 수 있는 핵심형법(형사범)에 있어서는 일반적으로 법률의 착오에 정당한 이유가 있다고 보기 어렵겠지만, 파생적 사회규범이라 할 수 있는 부수형법(행정범)에 있어서는 행위의 위법성을 인식하지 못할 개연성이 상대적으로 크다고 할 것이어서, 행위자에게 특별한 계기가 없다면 위법성의 인식이 없다고 볼 수 있을 것이다.¹⁰⁷⁾ 행정청의 입장에서는 행정목적 달성을 위해 행정범을 처벌할 필요성이 큰 것이 사실이지만, 국민의 입장에서는 위법성의 인식가능성이 형사범보다 낮아서 형법 제16조 소정의 ‘정당한 이유’가 인정될 가능성이 그만큼 큰 것이다.¹⁰⁸⁾

또한 위법성 인식의 계기가 존재할 경우 행위자로서는 이를 확인하기 위한 조희의 노력을 다하여야 할 것인데, 대법원은 허가를 받아야 하는 사안임에도 불구하고 담당공무원이 허가가 필요하지 않다고 회신한 경우 위법성의 인식이 없다는 취지의 판결을 다수 선고한 바 있다(대법원 1983. 2. 22. 선고 81도2763 판결¹⁰⁹⁾, 대법원 1995. 7. 11. 선고 94도1814 판결¹¹⁰⁾ 등).

한편, 담배사업법 제31조¹¹¹⁾는 형법 제16조의 적용을 명시적으로

107) 이재상, 전제서, pp.338-339.

108) 손기식, “행정범에 있어서 고의·과실”, 법조 47권 9호, 법조협회, 1998, p.24.

109) 피고인이 1975.4.1자 서울특별시 공문, 1975.12.3자 동시의 식품제조허가지침, 동시의 1976.3.29자 제분업소허가권 일원화에 대한 지침 및 피고인이 가입되어 있는 서울시 식용유흥동조합 도봉구 지부의 질의에 대한 도봉구청의 1977.9.1자 질의회시 등의 공문이 곡물을 단순히 볶아서 판매하거나 가공위탁자로부터 제공받은 고추, 참깨, 들깨, 콩 등을 가공할 경우 양곡관리법 및 식품위생법상의 허가대상이 아니라는 취지이어서 사람들이 물에 씻어 오거나 볶아온 쌀 등을 빻아서 미숫가루를 제조하는 행위에는 별도의 허가를 얻을 필요가 없다고 믿고서 미숫가루 제조행위를 하게 되었다면, 피고인은 자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 않는 것으로 오인하였고 또 그렇게 오인함에 어떠한 과실이 있음을 가려낼 수 없어 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다고 본 사건임.

110) 행정청의 허가가 있어야 함에도 불구하고 허가를 받지 아니하여 처벌대상 행위를 한 경우, 허가를 담당하는 공무원이 허가를 요하지 않는 것으로 잘못 알려 주어 이를 믿었기 때문에 허가를 받지 아니하였다면, 허가를 받지 않더라도 죄가 되지 않는 것으로 착오를 일으킨 데 대하여 정당한 이유가 있는 경우에 해당하여 처벌할 수 없다고 본 사건임.

111) **담배사업법 제31조(「형법」의 적용 제한)** 이 법에서 정한 죄를 범한 자에 대해서는 「형법」 제9조, 제10조제2항, 제11조, 제16조, 제32조제2항, 제38조제1항제2

배제하고 있는바(벌금형에 한함), 위법성의 인식은 책임비난의 핵심¹¹²⁾인데 위 각 규정에 따라 위법성의 인식이 없더라도 행정범으로 처벌할 수 있다고 볼 경우 책임주의에 반할 수 있다¹¹³⁾는 점에서 위헌의 소지가 있어 보인다.

호 중 벌금 경합에 관한 제한가중규정과 같은 법 제53조는 적용하지 아니한다. 다만, 징역형에 처할 경우 또는 징역형과 벌금형을 병과할 경우의 징역형에 대해서는 그러하지 아니하다.

112) 이재상, 전거서, p.320.

113) 윤성호, “행정형벌에 관한 시론”, 법학연구 2권, 한국법학회, 1999, p.323.

제3절 법인의 범죄능력에 관하여

I. 문제의 소재

자연인이 범죄행위의 주체가 된다는 점에 대해서는 이론(異論)이 없다. 범죄체계론에 따를 때 범죄란 구성요건에 해당하는 위법·유책한 행위이고, 형벌이란 범죄자에 대한 사회윤리적 반가치의 표현이라는 점에서 우리 형법은 원칙적으로 범죄의 주체로서 자연인을 상정하고 있다. 따라서 형사미성년자로서 책임능력이 부인된다고 할 지라도, 자연인인 이상 누구나 범죄능력을 보유한다고 할 것이다.

그런데 근대사회에 이르러, 다수인이 단체를 조직해 활동하고 특히 주식회사 등 각종 법인을 결성해 경제활동 및 사회활동을 하는 경우가 많아졌으며, 대부분의 행정법령에서는 행정법상 의무불이행에 대하여 양벌규정을 통해 자연인 외에 법인에 대해서까지 행정형벌을 부과하고 있는 실정이다. 이에 자연인 외에 법인도 범죄의 주체가 될 수 있으나, 즉 법인도 범죄능력을 가진다고 볼 수 있는지의 문제가 본격적으로 대두되기에 이르렀다. 현재 국내의 학설을 살펴보면 법인의 범죄능력과 형사책임에 대하여 별도로 논하고 있고, 실정법상 법인 처벌규정이 있는 이상 법인의 형사책임을 부정할 수는 없다고 보는 것이 통설적인 견해로 보인다.

그러나 양벌규정이 시행되고 있다고 하여 법인의 범죄능력에 관한 기존 논의가 무의미해지는 것은 아니고, 특히 양벌규정에 관한 위헌 논란을 이해하고 양벌규정에 관한 합리적인 해석을 위해서는 법인의 범죄능력 여부에 관하여 고찰해 볼 필요가 있다. 이에 본 절(제3절)에서는 법인의 범죄능력에 관한 학설을 구체적으로 검토해 보고자 한다.

II. 법인의 범죄능력에 관한 학설

1. 부정설

법인은 범죄능력이 없다고 보는 견해로서, 독일은 물론 국내 통설적 견해인바, 그 주된 논거는 다음과 같다.

① 법인은 의지와 육체가 없으므로 범죄행위 자체를 할 수 없는 것이고, ② 법인은 그 기관을 통해 활동하므로 기관인 자연인을 처벌하면 족하지 법인까지 처벌할 필요는 없으며, ③ 법인을 처벌하게 되면 범죄와 무관한 법인의 다른 구성원까지 처벌하는 결과가 된다는 점에서 자기책임 원칙에 위배되고, ④ 책임의 핵심은 비난가능성인데 법인에 대하여는 사회윤리적 비난을 귀속시킬 수 없으며, ⑤ 법인의 책임은 법인 목적 범위 내에서 제한되는 것인데 범죄행위를 법인의 목적 범위 안에 있다고 볼 수는 없고, ⑥ 형벌 중 사형과 자유형(징역, 금고, 구류)은 법인에게 집행할 수 없으며, ⑦ 법인이 범죄를 통해 취득한 수익은 형사처벌 외에 과징금 등 다른 제재수단을 통해 확보할 수 있으므로 법인의 범죄능력을 부정한다.¹¹⁴⁾

독일의 경우 Feuerbach가 개인책임 원칙에 따라 단체의 범죄능력을 부정할 이래 현재까지 법인의 범죄능력을 부정하는 것이 통설인데, 법인의 경우 책임능력을 따지기 전에 이미 그 전(前)단계로서 행위능력 자체가 부정되기 때문에 범죄의 주체가 될 수 없다고 보는 것이다.¹¹⁵⁾ 독일의 경우 전술한 바와 같이 질서위반법에서 법인의 위법행위에 대해 과태료를 부과하도록 함으로써 법인의 형사책임을 인정하지 않고 있다.¹¹⁶⁾

114) 이재상, 전게서, pp.93-94; 신동운, 전게서, p.116; 임웅, 전게서, p.87.

115) 이재상, 전게서, p.92.

116) 조국, “법인의 형사책임과 양벌규정의 법적 성격”, 서울대학교 법학 제48권 제3

2. 긍정설

법인의 경우 범죄능력이 인정된다고 보는 견해인바, 실용주의적 관점에 입각한 영미법계 국가에서 통설적 견해이다. 즉, 행정의 실효성 확보라는 행정벌의 취지를 중시한 견해로서, 미국의 경우 범죄자(Any Person)에는 자연인과 법인이 모두 포함된다고 해석하고 있고,¹¹⁷⁾ 전통적으로 ‘대위책임’ 법리에 따라 법인의 고용인이 업무상 범죄를 저지른 경우 법인에 대하여 형사책임을 인정하고 있다.¹¹⁸⁾

긍정설이 제시하는 주된 논거는 아래와 같다.

① 법인의 실체를 인정하는 법인실재설에 의하면 법인의 범죄능력을 긍정할 수 있고, ② 법인은 그 대표인 기관을 통해 의사를 형성하고 행위를 실행한다는 점에서 법인의 의사능력 및 행위능력을 인정할 수 있으며, ③ 자연인인 기관의 행위는 자연인의 행위임과 동시에 법인의 행위로 평가할 수 있으므로 가사 법인을 기관인 자연인과 함께 처벌한다고 하여 이중처벌이라고 볼 것은 아니고, ④ 책임능력을 형벌적응능력으로 보는 한 법인에게도 책임능력은 존재하는 것이며, ⑤ 법인도 사회적 존재로서 활동하는 것이므로 법인이 범한 범죄행위도 법인의 목적 범위 안에 포함된다고 못 볼 바 아니고, ⑥ 법인 해산을 통해 사형과 같은 효과를, 영업정지를 통해 자유형과 같은 효과를 볼 수 있으며, ⑦ 사회방위차원에서 볼 때에도 법인의 범법행위를 제재해야 한다는 점 등을 근거로 법인에게도 범죄능력이 인정된다고 본다.¹¹⁹⁾

호, 2007, p.63.

117) 이재상, 전거서, p.92.

118) 조국, 전거 논문, p.62.

3. 부분적 긍정설

원칙적으로 형사범으로서의 법인의 범죄능력은 부정되나, 행정법에 관한 한 법인의 범죄능력을 긍정하는 입장이다. 행정법의 경우 행정의 실효성 확보라는 합목적성이 강조되므로 일반 형사범과는 달리 보아야 한다는 점을 논거로 한다.¹²⁰⁾

Ⅲ. 판례의 태도

대법원은 배임죄와 관련하여, “배임죄에 있어서 타인의 사무를 처리할 의무의 주체가 법인이 되는 경우라도 법인은 다만 사법상의 의무주체가 될 뿐 범죄능력이 없는 것이며 그 타인의 사무는 법인을 대표하는 자연인인 대표기관의 의사결정에 따른 대표행위에 의하여 실현될 수밖에 없어 그 대표기관은 마땅히 법인이 타인에 대하여 부담하고 있는 의무내용대로 사무를 처리할 임무가 있다 할 것이므로 법인이 처리할 의무를 지는 타인의 사무에 관하여는 법인이 배임죄의 주체가 될 수 없고 그 법인을 대표하여 사무를 처리하는 자연인인 대표기관이 바로 타인의 사무를 처리하는 자, 즉 배임죄의 주체가 된다.” 라고 판시하였는바(대법원 1984. 10. 10. 선고 82도2595 전원합의체 판결), 이러한 태도는 통설과 같이 법인의 범죄능력을 부정한 것으로 보인다.

Ⅳ. 검토

119) 이재상, 전게서, p.94; 신동운, 전게서, p.116; 임웅, 전게서, p.88.

120) 임웅, “범죄의 주체와 법인의 범죄능력”, 고시연구 25(12), 1998년 12월, pp.129-138.

우선 법인의 본질에 관한 사법(私法)상의 이론이 법인의 범죄능력 인정 문제와 논리적인 연관성을 갖지는 않는다고 본다. 즉, 법인의 범죄능력 인정 여부는 형사법적으로 혹은 형사정책적으로 따져볼 문제이지 법인의 본질을 법인실재설로 보느냐 아니면 법인의제설로 보느냐의 논점에서 연역적으로 도출되는 결론은 아니다. 실제 법인실재설을 취하는 대륙법계 국가들은 대부분 법인의 범죄능력을 부정하는 반면, 법인의제설을 취하는 영미법계 국가들은 오히려 실용주의적 형법관에 입각하여 법인의 범죄능력을 긍정하고 있다.¹²¹⁾

살피건대, 책임의 핵심은 윤리적 비난가능성에 있다고 할 것인데, 기관을 매개하지 않는 한 독자적인 의사형성이나 행위를 실행할 수 없는 법인에 대하여 직접적으로 윤리적 비난을 귀속시킬 수는 없다고 할 것이고, 기관을 통한 법인의 행위는 형법상 행위론적 관점에서 보기에 행위로 평가하기 어려운 측면이 있으며, 법인에 대한 처벌은 비형벌적 수단, 즉 과태료나 과징금 등의 방법을 통해 도모할 수도 있다는 점에서 법인에 대한 형사제재가 필수적이라고 보기는 어려운 점 등을 종합하여 볼 때, 범죄능력 긍정설을 채택하기는 어렵다고 본다. 부분적 긍정설의 경우 행정벌의 특수성을 감안하더라도 적어도 형벌에 관한 한 그것이 책임주의 원칙보다 우위에 있다거나 책임주의 원칙을 배제할 수 있다고 볼 수는 없으므로 찬동하기 어렵다.¹²²⁾

따라서 법인의 범죄능력을 부정하는 통설·판례의 태도가 타당하다. 즉, 양벌규정과 관련하여 후술하는 법인의 형사책임과는 상관없이(법인 처벌규정이 있다고 할지라도) 법인은 범죄의 주체가 될 수 없다.

121) 이재상, 전게서, p.93.

122) 이재상, 전게서, pp.95-97.

제4절 양벌규정의 의의 및 위헌적 요소

I. 문제의 소재

법인의 범죄능력에 관해 부정설을 취할 경우, 현재 다수의 행정법령에서 양벌규정의 형태로 규정되어 있는 법인 처벌규정을 어떻게 해석할 것인지 여부가 문제된다. 범죄능력과 형벌능력은 일치한다는 원칙을 강조하게 되면 현행 양벌규정의 경우 법인의 범죄능력 부정설을 취하는 한 그 자체로 위헌인 규정이라 할 것이고, 실제 이와 같은 입장을 보이는 학자도 있다.¹²³⁾

조국 교수는 양벌규정을 통한 법인처벌 실태와 관련하여 “법인 처벌의 방법과 그 한계를 무엇으로 할 것인가는 해당 사회에서 법인 범죄의 심각성, 법인범죄에 대한 비형사적 제재수단 구비 정도와 그 효과 등을 고려하여 입법자가 결정할 사안이지, 범죄주체에 대한 이론적 논변에 종속하여 결정될 사안은 아니다.” 라고 논평한 바 있다.¹²⁴⁾

그럼에도 불구하고 법인의 범죄능력 부정설을 취하는 한 이러한 양벌규정에 대한 해석에는 논리적 부정합이 있을 수 있다는 점을 부인하기는 어려운바, 이에 대한 구체적인 학설상의 논의는 다음 절(제5절)에서 살펴보기로 하고, 우선 본 절(제4절)에서는 이러한 헌법적 문제점이 있음에도 불구하고 왜 양벌규정이 도입되었고 그 실천적 의미는 무엇이며 어떠한 지점에서 헌법적 문제가 야기될 수 있는지 여부 등에 대하여 순차 검토해 보기로 한다.

II. 양벌규정의 의의 및 도입취지

123) 배종대, 전계 논문, pp.155-165.

124) 조국, 전계 논문, p.63.

우리나라에 양벌규정이 등장한 것은 1961년경으로 주로 경제법 영역에서 도입되었으며, 특히 법제처에서 양벌규정의 모델을 정한 1984년부터 대부분의 행정법령에서 상용하게 되었다. 우리나라가 양벌규정을 도입한 것은 일본의 영향을 받은 것인데, 일본의 양벌규정은 프랑스 형법을 모범으로 한 것으로 전해진다. 업무주 처벌방식은 크게 1) 전가벌규정과 2) 양벌규정이 있는데, 전자의 경우 종업원의 범법행위에 대하여 종업원을 처벌하지 않는 대신에 영업주를 처벌하는 방식인 반면, 후자의 경우 종업원의 범법행위에 대하여 종업원과 영업주를 모두 벌하는 방식이다. 양벌규정은 전가벌규정을 대체하기 위하여 도입된 것으로 전해진다.¹²⁵⁾

양벌규정은 법인의 범죄능력을 인정하고, 기업의 형사책임과 관련해 대리책임 법리를 적용하는 영미법계에 적합한 규정인 반면, 법인의 범죄능력을 부정하는 대륙법계에서는 위헌 소지가 있는 규정이다.¹²⁶⁾ 그럼에도 불구하고 양벌규정이 도입되고 상용화된 이유는 다음과 같이 분석할 수 있다.

첫째, 법인을 형사처벌해야 할 형사정책적 필요성 때문이다.

고도로 산업화·조직화되고 개인이 단체에 소속되어 시스템에 의해 움직이는 게 일상화되면서 단체 내 개인의 개성은 함몰되고 있는 실정이다. 이러한 상황에서 기업범죄에 대하여 관련되는 종업원 몇 명만 처벌하고 당해 법인에 대하여는 처벌하지 않을 경우 기업범죄 억지효과를 기대하기 어려운 측면이 있다.¹²⁷⁾

특히 기업범죄로 인해 취득하게 되는 수익이 그로 인해 형사처벌되는 구성원에 대한 보상 수준을 상회할 경우, 기업 입장에서는 충

125) 김용섭, 전계 논문, p.206.

126) 장한철, 전계 논문, p.122.

127) 배종대, 전계 논문, pp.158-159.

분한 보상을 미끼로 소속 구성원들로 하여금 범죄를 실행하게 하려는 강한 유혹에 빠질 수 있을 것이고, 한국 재벌과 같이 실질적 지배자를 보호하는 방식으로 운영되는 기업구조상 실질적 지배자를 위해 일한 구성원을 처벌할 수 있을지언정 실질적 지배자를 처벌하는 것이 그리 쉽지 않은 것도 사실이다.¹²⁸⁾

또한 신분범의 경우 사업주가 종업원을 이용해 범죄를 실행한 때 사업주는 직접행위자가 아니라는 이유로, 종업원은 신분자가 아니라는 이유로 양자 모두 처벌되지 않는 처벌의 공백이 발생할 개연성도 무시할 수 없을 것이다.¹²⁹⁾

물론 범죄행위에 가담한 구성원을 공동정범으로 처벌할 수도 있겠지만, 기업 내부의 의사결정권한이 분산된 경우 주관적 구성요건 요소인 공동가공의사를 입증하기 어려울 수도 있고, 이는 소위 “조직화된 무책임”으로 귀결될 수 있다.¹³⁰⁾

결국 자연인에 대한 처벌만 가지고는 기업범죄 억지효과에 한계가 있다는 것이다.

둘째, 행정의 실효성 확보를 위한 나머지 행정제재 수단에 일정한 한계가 있다는 점도 하나의 요인으로 꼽을 수 있다. 행정기관은 법인설립취소, 영업정지 등 강력한 행정적 제재수단을 동원할 수도 있지만 실제로는 이러한 수단을 강구하는 예가 많지는 않고, 과징금, 가산금, 과태료, 시정명령 등의 비교적 경미한 행정제재를 선호하는 편이다. 이런 상황에서 기업범죄에 대한 억지효과를 기대하기는 어려운 것이 현실이다(물론 이러한 이유는 행정제재 자체의 문제라기 보다는 행정제재에 관한 현실적 운용의 문제로 보는 것이 보다 정

128) 조국, 전계 논문, p.65.

129) 박미숙, “법인범죄 제재의 정책적 근거 및 제재 다양화방안”, 형사정책연구 제 20권 제1호, 2009년 봄호, p.766.

130) 이주희, 전계 논문, p.244.

확한 분석일 것이다).

또한 수사기관에 비해 행정기관은 기업범죄에 대처할 인적 자원이 부족하여 수사기관에 의존하려는 경향도 무시할 수 없으며, 행정기관과 영업주 간 유착가능성도 배제할 수 없다. 아울러 우리나라는 손해배상에 관한 한 원칙적으로 전보배상주의를 채택하고 있어 미국과 같은 징벌적 손해배상을 기대하기는 어렵다.¹³¹⁾

결론적으로 양벌규정은 행정의 실효성을 확보하는 차원에서 볼 때에는 매우 유용한 것임은 분명하고, 이러한 유용함으로 인해 자칫 지나치게 남용될 개연성이 큰 것이라 하겠다. 그러나 이와 같은 편리함과 행정범의 특수성을 강조한 나머지, 양벌규정의 경우 특히 책임주의에 위반될 소지가 상당하고, 최근 헌법재판소는 이와 관련해 위헌결정을 잇따라 선고하였으며, 이에 현재 상당수 행정법령에서 면책규정을 삽입하는 방향으로 법개정이 이루어지고 있는 실정이다. 이에 대하여는 항(項)을 구분하여 후술하기로 한다.

Ⅲ. 양벌규정의 위헌적 요소

1. 문제의 제기

“책임 없으면 형벌 없다”(Schuldprinzip)는 책임주의 관점에서 보면, 법인에 대해 범죄능력 부정설을 취할 경우 논리적으로는 법인에 대해 형사책임을 부과할 수 없다는 결론에 이르게 된다. 그런 면에서 양벌규정의 도입은 행정편의적인 입법으로서 범죄체계에도 부합하지 않는다는 비판이 제기되는 것이 사실이다. 그럼에도 불구하고 국내 다수설은 법인의 범죄능력 부정설을 취하면서도 양벌규정이라

131) 조국, 전계 논문, pp.65-66.

는 법인 처벌규정이 존재하는 이상 그에 한해 법인의 형사책임은 인정된다고 보고 있다. 즉, 법인의 행정법규 위반행위에 대하여는 형사제재를 할 수 있다는 입법적 결단이 내려졌다고 보는 것이다.¹³²⁾ 이와 같은 다수설적 견해에 대하여 배종대 교수는 “(법인의 범죄능력을) 부정하는 이론과 처벌하는 현실 사이의 괴리를 고민하여 해결하려고 하지 않고 너무 쉽게 타협해 버리고 만다.” 라고 지적하면서, “입법자가 아무리 국가의 가장 강력한 제재인 형벌로써 금지하고 싶은 정책적 필요를 가지더라도 그 필요가 형법을 정당화시켜주지는 않는다.” 라고 비판하고, “법인에 대한 벌금형제도는 비록 그것이 집행가능하다고 해도 입법기술적으로 잘못된 것이고 형법 이론적으로 정당화될 수 없는 잘못된 입법으로서 과태료로 전환되어야 마땅” 하다고 주장한다.¹³³⁾

이에 본 논문에서는 우선 책임주의 관점에서 바라본 양벌규정의 문제점을 검토하고(Ⅲ. 양벌규정의 위헌적 요소), 다음으로 2007년 헌재 위헌결정의 내용과 그에 따른 후속입법을 살펴본 후, 그 밖의 문제점도 검토해 보고자 한다(Ⅳ~Ⅵ).

2. 책임주의의 의의 및 양벌규정의 위헌적 요소

가. 책임주의의 의의

“책임 없으면 형벌 없다.” (Schuldprinzip)는 책임주의는 죄형법정주의의 주된 내용이자(적정성의 원칙) 우리 형법의 대원칙이다. 책임이란 위법행위를 한 자에 대하여 비난할 수 있는지의 문제로서, 책임판단의 대상은 행위자가 규범적으로 위법행위를 하지 않을 수 있

132) 박미숙, 전계 논문, p.764.

133) 배종대, 전계 논문, pp.161-165.

있음에도 불구하고 위법행위를 한 “의사”와 “의사로서 실현된 행위”로 볼 수 있다. 그런 면에서 책임은 “의사책임”이고, “의사형성의 비난가능성”이라 할 수 있다.¹³⁴⁾

앞서 제2장에서 살펴본 바와 같이 형벌에 관한 형사법의 기본원리인 책임원칙은 두 가지 의미를 포함한다. 하나는 형벌의 부과 자체를 정당화하는 것으로, 범죄에 대한 귀책사유, 즉 책임이 인정되어야만 형벌을 부과할 수 있다는 것이고(‘책임 없는 형벌 없다’), 다른 하나는 책임의 정도를 초과하는 형벌을 과할 수 없다는 것이다(책임과 형벌 간의 비례의 원칙; 헌재 2007. 11. 29. 선고 2005헌가 10 결정). 따라서 책임주의 원칙에 따르면, 행위자는 자신이 실행한 행위에 대해서만 책임이 있고 타인의 행위에 대해서는 책임을 지지 않는다. 이는 두 가지 의미를 가지는데, 행위자는 자신이 실행하지 않은 행위로 인하여 ① 처벌받지 않을 뿐만 아니라 ② 처벌이 가중되어서도 아니 된다는 것이다. 그런 면에서 형법상 고의책임이 원칙인 것이고 최소한 과실은 존재하여야 형사처벌이 가능하다고 할 것이므로, 무과실책임은 인정할 수 없는 것이다.¹³⁵⁾ 이러한 책임주의 원칙에 의하면 다수가 범죄에 관여한 경우 범죄 가담 정도에 따라 개별적으로 책임을 지을 수 있는 것이지만 단체 자체에 책임을 지을 수는 없다고 본다.¹³⁶⁾

나. 양벌규정의 유형

종래 양벌규정은 그 형식적 차이에 따라 3가지 유형으로 분류하는 것이 일반적이었다.¹³⁷⁾

134) 이재상, 전게서, p.289.

135) 장한철, 전계 논문, p.122.

136) 이주희, 전계 논문, p.240.

137) 이재상, 전게서, p.98; 조국, 전계 논문, p.67.

첫째, 영업주가 사전 또는 사후에 종업원 등의 위법행위를 알고도 이를 교사 내지 방조한 경우 공범책임을 묻는 유형이다.

둘째, 영업주가 종업원 등이 위법행위를 하지 않도록 충실하게 선임·감독하지 않은 경우에는 처벌하고, 선관주의의무를 다하였음을 입증할 경우 면책해 주는 유형이다.

셋째, 아무런 면책규정 없이 종업원 등의 처벌에 연동하여 영업주를 처벌하는 유형이다.

이 가운데 세 번째 유형이 책임주의 관점에서 볼 때 위헌 소지가 제일 강한 것이라 할 수 있는데 이러한 유형이 종래 가장 일반적인 유형이었다. 그러나 후술하는 바와 같이(Ⅳ. Ⅴ. 각 참조) 이러한 유형의 양벌규정에 대하여 헌법재판소의 위헌결정이 선고된 후 법무부에서 대대적인 양벌규정 개정작업을 진행하면서 위 유형은 대부분 폐기되었고, 개정 양벌규정은 위 두 번째 유형으로 통일되고 있는 것이 현실이다.

다. 양벌규정의 위헌적 요소

책임주의 관점에서 볼 때 양벌규정에는 다음과 같은 위헌적 요소가 존재한다.

첫째, 법인은 책임비난의 대상이 되는 의사를 형성하거나 그에 따른 행위를 직접 실행할 수 없어 범죄능력이 부정됨에도 불구하고 형사책임을 부과하는 것은 책임주의에 부합하지 않는 측면이 있다.¹³⁸⁾ 양벌규정에 대한 위헌성 논란의 가장 근원적인 이유이다. 이러한 부당함은 양벌규정의 법적 성질과 관련하여 후술하는 ‘무과실책임설’에서 극대화된다.

138) 김용섭, 전계 논문, p.213; 장한철, 전계 논문, pp.121-122.

둘째, 법인범죄의 구체적 태양을 규정함이 없이 단순히 종업원 등 자연인의 처벌에 연동시켜 형사책임을 부과한다는 점에서 자기책임의 원칙에 위배될 소지가 있다.¹³⁹⁾ 이 부분은 죄형법정주의 관점에서 볼 때 법인에 대한 처벌근거가 불명확하다는 점에서 ‘명확성의 원칙’ 위배도 문제될 수 있다.

셋째, 법인처벌을 통해 단체에 형사책임을 부과하는 것은 범죄에 관여하지 아니한 자에게까지 책임을 부과한 것으로 볼 소지가 있다는 점에서 책임주의 위반이 문제될 수 있다.

넷째, 자연인에게 형사책임을 부과함은 물론, 동시에 법인에게까지 형사책임을 부과함으로써 이중처벌의 문제가 제기될 수 있다.

이와 같이 양벌규정은 책임주의를 강조하는 대륙법계 국가의 형법체계에는 맞지 않는 측면이 있는데다, 행정의 실효성 확보와 같은 행정목적에 치중한 측면이 있어 여러 모로 위헌성 시비에서 자유롭기 어려운 것이 사실이다. 따라서 행정의 기능을 확보하기 위해 부득이 양벌규정을 도입하더라도, 그것이 행정형벌인 이상 책임주의가 관철될 수 있도록 상세하게 법인의 행위태양을 규정하거나 혹은 면책규정을 정비함이 상당하다. 또한 전술한 바와 같이(제4장 제3절) 행정 목적을 직접 침해하지 않는 경미한 위법행위의 경우, 행정질서 벌인 과태료로 처분하는 것이 상당하다.

IV. 양벌규정에 관한 헌법재판소의 위헌결정

헌법재판소는, 종업원의 위반행위에 대하여 양벌조항으로서 개인인 영업주에게도 동일하게 무기 또는 2년 이상의 징역형의 법정형으로 처벌하도록 규정하고 있는 「보건범죄단속에 관한 특별조치

139) 김용섭, 전계 논문, pp.213-216.

법」 제6조¹⁴⁰⁾ 중 제5조에 의한 처벌 부분이 형사법상 책임원칙에 위반한다는 위헌결정을 하였는바(헌재 2007. 11. 29. 선고 2005헌가 10 결정), 위 결정은 개인인 영업주에 관한 것이기는 하나 책임주의 관점에서 볼 때 법인인 영업주에 관하여도 같은 취지로 이해할 수 있으며, 실제 양벌규정에 관하여 위와 같은 위헌결정이 처음 선고된 이래 현재까지 영업주가 개인인가 법인인가 여부를 불문하고 다수의 위헌결정이 선고되고 있다.¹⁴¹⁾

헌법재판소는 위 사건에서 재판관 “8 : 1”의 의견으로 위헌결정을 하였는바, 그 결정요지는 아래와 같다.

【결정요지】

1. 재판관 이강국, 재판관 김종대, 재판관 민형기, 재판관 목영준의 의견

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

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

141) 장한철, 전개 논문, pp.118-119.

수 없다’는 책임주의에 반한다.

2. 재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 김희옥, 재판관 송두환의 의견

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

요컨대, 위 사건에서 헌법재판소가 위헌으로 판단한 이유는 두 가지이다.

첫째, 영업주가 귀책사유가 없음에도 불구하고 종업원의 처벌에 연동하여 처벌받게 되는 것은 형법상 책임주의 원칙에 위반된다는 것이다(이 부분에 대하여는 위헌의견을 낸 8인의 재판관의 의견이 일치함).

둘째, 가사 영업주의 과실책임을 규정한 것이라 보더라도 그에 대한 법정형을 종업원의 것과 동일하게 규정한 것(“무기 또는 2년 이상의 징역”)은 책임의 정도에 비해 지나치게 무거운 것이므로 비례 원칙과 책임주의에 위반된다는 것이다(이 부분은 재판관 4인(이공현,

조대현, 김희욱, 송두환)의 의견임}.

그런데 위와 같은 위헌결정이 있기 전에 이미 헌법재판소는 형벌에 관하여 책임주의 원칙이 관철되어야 한다는 결정을 선고한 바 있고(헌재 2000. 6. 1. 선고 99헌바73 결정¹⁴²⁾), 그런 면에서 2007년에 선고된 위 2005헌가10 결정은 기존의 입장을 다시 선언한 것으로 볼 수 있다.¹⁴³⁾ 물론 위 2005헌가10 결정은 책임주의 원칙 위반을 이유로 양벌규정에 대해 최초로 위헌을 선언함으로써 이후 정부의 양벌규정 개정을 촉발시켰다는 점에서 대단히 큰 의미가 있다고 하겠다.

V. 위헌결정 이후의 법령 개정방향

「보건범죄단속에 관한 특별조치법」 제6조에 관한 위헌결정이 선고되자 법무부는 양벌규정 개정작업에 착수하였고, 아래와 같은 내용의 면책규정을 추가하였다.

『다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.』

법무부의 양벌규정 개정작업으로 대부분의 행정법령에서는 위와 같은 내용의 양벌규정 면책규정을 도입하였는바, 그 특징은 다음과 같이 요약해 볼 수 있다.¹⁴⁴⁾

142) “행정형벌법규에서 양벌규정으로 사업주인 법인 또는 개인을 처벌하는 것은 위반행위를 한 피용자에 대한 선임 감독의 책임을 물음으로써 행정규제의 목적을 달성하려는 것이므로 형벌체계상 합리적인 근거가 있다고 할 것이나, 과적차량의 운행을 지시·요구하지도 않고 과적차량을 운행한 자에 대한 선임감독의 책임도 없는 화주 등을 과적차량을 운행한 자와 양벌규정으로 처벌하는 것은 형법상 책임주의의 원칙에 반한다.”(헌재 2000. 6. 1. 선고 99헌바73 결정 요지)

143) 장한철, 전계 논문, p.123.

첫째, 책임주의 관철을 위하여 영업주가 위반행위 방지에 상당한 주의의무를 다한 경우 면책되도록 했다.

둘째, 영업주에 대해 징역형을 부과하던 것을 폐지하여 벌금형으로 일원화하였다.

셋째, 종업원 등이 위법행위를 하였더라도 그것이 업무 관련성이 인정되는 경우에 한하여 법인 등 영업주에게 양벌규정을 적용할 수 있도록 하였다.

위와 같은 정부의 개정방향에 대하여 조병선 교수는, “위헌결정의 핵심은 업무주를 처벌하는 근거 내지 내용(요건)이 없다는 점”이고 그렇다면 “합헌이 되기 위해서는 법인처벌의 요건을 마련해야 하는데, 법무부가 마련한 새로운 양벌규정은 면책규정을 추가하였을 뿐” 이어서 궁극적인 해결책이 되지 못하고 “아직도 양벌규정에 대한 해석론으로 완전히 해소시키기 어려운 ‘불완전한 입법’ 이라고 봐야 할 것” 이라고 평가하였다.¹⁴⁵⁾

VI. 소결

1. 양벌규정은 연혁적으로 볼 때 행정목적 달성을 위해 책임주의에 대한 깊은 고민 없이 쉽게 도입된 면이 있고, 특히 법인에 대한 처벌은 법인의 범죄능력을 부정하는 통설적 견해의 입장에 서는 한 엄격한 책임주의와 조화되기 어려운 측면이 있다. 즉, 법인에 대한 양벌규정은 연혁적으로나 법이론적으로나 모두 책임주의와 관련하여 위헌적 요소가 존재한다고 본다.

그런 면에서 과거 면책규정 없이 획일적으로 영업주를 처벌하던

144) 이주희, 전개 논문, p.251.

145) 조병선, “개정양벌규정에서의 기업의 형사책임: 과실추정설에 대한 반론”, 형사정책 제21권 제1호, 한국형사정책학회, 2009, pp.355-356.

양벌규정에 대한 헌법재판소의 위헌결정은 충분히 예상됐던 것이고 (어떤 면에서는 최초의 위헌결정이 늦게 선고된 감도 있음), 위헌결정 이후에 정부 차원에서 산재해 있는 양벌규정에 면책규정을 추가하는 등 법령개정작업을 하고 있는 점은 바람직하다.

2. 행정규모가 비대해지고 특히 국민의 복지를 위한 공공부문이 확대되는 시대적 조류를 고려할 때 행정법상 의무이행을 확보하기 위한 행정형벌의 필요성을 부정할 수는 없겠으나, 행정벌의 형식으로 형사책임을 전제로 한 행정형벌의 형태로 도입한다면 최소한 형벌에 관한 책임주의 원칙에 저촉되어서는 아니 될 것이다.

그런 면에서 정부의 양벌규정 개정작업은 단순히 면책규정을 추가함으로써 현재 위헌결정을 받지 아니할 정도로의 개정에 불과하다는 점에서 다소 아쉬운 면이 있는 것도 사실인데, 그런 만큼 양벌규정에 대한 해석과 집행은 엄격히 이루어져야 한다고 생각한다.

이와 관련해 최근 영미법계의 엄격책임이론에 대한 해석의 변화를 주목할 필요가 있다.

‘엄격책임’이란 행정범과 같이 공익을 위해 새로이 입법된 범죄의 경우, 고의 내지 과실과 같은 주관적 요소(mens rea)가 요구되지 않는다는 것으로서, 결과책임 내지 무과실책임을 규정한 것을 말한다.¹⁴⁶⁾ 그런데 이러한 엄격책임이 적용되는 범죄에 관하여 근래 들어 착오 내지 무과실 항변을 인정해 줌으로써 과실책임으로 변화하고 있는 양상을 보인다. 가령, 상당한 주의(duel diligence)를 하였다는 점을 항변으로 인정해 주는 것이다. 즉, 엄격책임에 대한 영미법계의 해석이 근자에 이르러 과실(최소한 “무모함”)을 요구하는 방향으로 변화해 간다는 점은 우리나라의 양벌규정 해석에 있어서

146) 박강우, “영미형법상 엄격책임의 이해”, 형사정책연구 제18권 제3호, 2007년 9월, pp.249-257.

도 참고할 만하다고 생각한다.¹⁴⁷⁾

3. 나아가 현행 양벌규정에 대해서는, 책임주의 관점에서의 위헌적 요소 외에도 몇 가지 문제점을 지적할 수 있다.

첫째, 영업주에 대한 양벌규정을 명시하고 있을 뿐 법인 등의 범죄태양을 구체적으로 명시하지는 않고 있다. 물론 이는 입법기술상 어려움을 고려한 것으로 보이나, 죄형법정주의의 파생원칙 중 하나인 ‘명확성의 원칙’ 측면에서 볼 때 아쉬운 대목이다. 실제 양벌규정을 통한 법인 처벌의 법적 성질에 대하여는 아무런 입법이 없다 보니 후술하는 바와 같이(제5절 참조) 그에 관해 학설이 나뉘고 판례의 입장도 일관되지 못하고 있는 실정이다.

둘째, 영업주로서 개인과 법인을 함께 규율하고 있는 것도 문제로 지적된다. 물론 근자에 이르러는 개인과 법인을 별도로 규율하는 입법례가 다수 발견(가령, 건축법 제112조¹⁴⁸⁾ 참조)되고 있으나 양자를 동시에 규율하고 있는 예가 여전히 존재한다. 법인의 경우 개인(자

147) 박강우, 전제 논문, pp.257-261.

148) **건축법 제112조(양벌규정)** ① 법인의 대표자, 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인의 업무에 관하여 제106조의 위반행위를 하면 행위자를 벌할 뿐만 아니라 그 법인에도 10억원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 법인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.

② 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 개인의 업무에 관하여 제106조의 위반행위를 하면 행위자를 벌할 뿐만 아니라 그 개인에게도 10억원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.

③ 법인의 대표자, 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인의 업무에 관하여 제107조부터 제110조까지의 규정에 따른 위반행위를 하면 행위자를 벌할 뿐만 아니라 그 법인에도 해당 조문의 벌금형을 과(과)한다. 다만, 법인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.

④ 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 개인의 업무에 관하여 제107조부터 제110조까지의 규정에 따른 위반행위를 하면 행위자를 벌할 뿐만 아니라 그 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과한다. 다만, 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.

연인)과 달리 범죄능력 여부에 대하여 견해 대립이 있는 등 성질상 차이가 확연하고, 개인인 경우에는 공범으로 의율할 가능성도 있다는 점에서 양자를 ‘영업주’라는 하나의 이름으로 묶어 규율하는 것은 부적절해 보인다. 프랑스의 경우 자연인과 구분하여 법인의 형사책임을 규정하면서, 법인해산, 보호관찰, 원상회복 등 다양한 제재 수단을 상정하고 있다.¹⁴⁹⁾ 개인과 법인은 구분하되, 법인과 법인격 없는 사단을 동일한 조문에서 함께 규율하는 것이 기업범죄나 단체범죄 해결에 보다 효과적일 것이라 생각된다.¹⁵⁰⁾

셋째, 법인에 대하여 종업원과 동일한 액수의 벌금을 부과하는 것도 문제로 지적될 수 있다. 법인마다 규모가 다르기 때문에 벌금으로 인한 위하적 효과를 일률적으로 평가할 수는 없겠으나, 일반적으로 법인의 자산규모가 종업원의 자산규모보다 상당히 크다는 점을 고려할 때 종업원에 대한 벌금형과 같은 금액의 벌금형이 법인에 대해 어느 정도 효과적일지 의문이 드는 것이 사실이다. 심지어 법인에 대한 벌금은 위법한 사업활동에 대한 허가료에 불과한 것이라고 평가하기도 한다.¹⁵¹⁾

넷째, 양벌규정은 “규제일변도의 행정편의주의의 산물로서, 집행부전(執行不全)을 가져올 뿐만 아니라 이로 인해 집행요원을 공무원으로 확보하여야 하기 때문에 작은 정부로의 이행도 어렵게 할 수 있다.”¹⁵²⁾는 점도 문제로 지적된다. 이 같은 지적은, 지속적인 단속을 위해 인력과 예산이 늘어날 수밖에 없고, “공무원은 새로운 규제를 확대재생산하는 악순환이 초래될 수 있다.”¹⁵³⁾는 점을 이유로 든다.

요컨대, 양벌규정의 실질적 효과 측면에서 볼 때 현행 양벌규정의

149) 김용섭, 전계 논문, pp.220-221.

150) 김용섭, 전계 논문, p.224.

151) 이주희, 전계 논문, pp.252-264.

152) 김용섭, 전계 논문, p.192.

153) 김용섭, 전계 논문, pp.192-193.

형식은 보완될 부분이 있다고 할 것이며, 기업에 대한 보호관찰이나 기업 내 준법감시제도(Compliance Program) 등 다양한 제재수단으로 보완할 필요가 있다(대안적 방안에 대하여는 제7절에서 후술함).

제5절 양벌규정의 법적 성질에 관한 학설

전술한 바와 같이(제4절 III. 2. 나. 양벌규정의 유형) 종래 양벌규정은 세 가지 유형이 있었으나 현재 위헌결정 이래 대대적인 개정작업으로 현재는 제2유형, 즉 영업주가 선임·감독을 해태하지 않은 경우 면책된다는 단서규정을 두는 형식으로 통일되는 분위기이다.

양벌규정이 있는 경우 법인처벌의 법적 성질 논의는 주로 종래 책임주의 위반이 가장 문제되었던 제3유형, 즉 면책규정 없는 양벌규정에 관한 것이어서 이제는 시의성이 떨어진다고 볼 수도 있는 논제이다.

그러나 현행 양벌규정에서 법인처벌의 법적 성질을 명시하지 않은 이상 여전히 이를 논할 해석론적 실익은 존재하고, 특히 양벌규정 처벌에 관한 대법원 판례의 입장이 불분명한 데다 변경을 요하는 것(대법원 1992. 8. 18. 선고 92도1395 판결)도 있으므로, 본격적인 판례 비평(제6절)에 앞서 학설상의 논의를 구체적으로 살펴보기로 한다.¹⁵⁴⁾

I. 무과실책임설

법인에 대한 형사처벌은 행정의 실효성 확보를 위하여 책임주의 원칙의 예외로서 인정되는 무과실책임이라고 본다. 자기의 행위와 무관한 타인의 행위로 인한 책임을 부담한다는 점에서 대위책임 내지 전가책임으로 볼 수 있다.

II. 과실책임설

154) 학설에 관한 구체적인 설명은 이재상, 전게서, pp.98-101; 신동운, 전게서, p.113; 조국, 전계 논문, pp.67-70에서 주로 참조함.

법인의 종업원 등에 대한 선임·감독상 과실책임을 처벌의 근거로 본다.

이는 다시 4가지 견해로 나뉘는데, ① 법인이 선임·감독상 과실이 없었음을 입증해야 한다는 과실추정설, ② 법인의 과실은 의제되는 것이라는 과실의제설, ③ 법인은 종업원 등에 대한 선임·감독상 주의의무를 다하지 못하여 처벌되는 것이라는 진정과실책임설¹⁵⁵⁾, ④ 법인은 종업원 등의 위법행위를 방지해야 할 보증인적 지위가 있는데 그러한 방지의를 하지 아니한 부작위로 인해 처벌되는 것이라는 부작위감독책임설이 그것이다.

Ⅲ. 검토

1. 양벌규정에 대하여도 책임주의가 관철되어야 한다는 점에서 무과실책임설은 찬동하기 어렵다. 특히 양벌규정에 대하여 책임주의 위반을 이유로 헌법재판소의 위헌결정이 잇따라 선고되었고, 이제는 면책규정을 단서조항에 삽입하는 방향으로 입법이 정리된 점을 고려할 때 무과실책임설은 더욱 받아들이기 어렵다.

2. 과실추정설의 경우 범죄구성요건은 검사가 입증하여야 한다는 형사소송의 대원칙에 위배되고, 법인의 형사처벌을 위하여 반드시 입증책임을 전환시켜야 할 필요성도 인정하기 어렵다는 점에서 받아들이기 어렵다. 헌법 제27조 제4항은 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.” 라고 하여 무죄추정의 원칙을 천명하고 있으므로 과실의 입증을 법인에게 전가할 수는 없는 것이다. 이와 관련하여서는 비록 소수의견(재판관 김종대)이긴 하지

155) 조국, 전계 논문, p.68.

만 현재 2010. 10. 28. 선고 2010헌가55, 64(병합) 결정을 참고할 만하다.

『형사소송에 있어서는 검사가 피고인의 과실을 입증하여야 함이 원칙이다. 아무리 처벌의 필요성이 크다고 할지라도 구성요건적 사실에 해당하는 과실을 법으로 추정하도록 하는 것은 형사소송의 대원칙에 반할 수 있다. 구성요건에 해당되는지 여부는 유무죄 판단에 있어서 핵심적인 쟁점인바, 합리적인 이유 없이 이러한 구성요건적 사실을 추정함으로써 입증책임을 전가하는 것은 형사소송법상의 ‘의심스러울 때에는 피고인의 이익으로(in dubio pro reo)’ 법칙에 어긋난다. 따라서 입증책임을 전환은, 그것이 법익의 보호를 위해서는 필수적으로 요청되는 반면, 그에 비하여 피고인에게 부과되는 부담은 현저히 적은 경우에 한하여 예외적으로 인정되어야 한다.』

3. 과실의제설은 무과실책임설과 결론이 동일하므로, 위와 같은 이유로 찬동하기 어렵다.

4. 부작위감독책임설의 경우 영업주에게 보증인적 지위를 인정함으로써 영업주가 고의로 선임·감독을 해태한 경우와 과실로 선임·감독을 해태한 경우를 모두 포괄할 수 있으므로 이론적으로 간명하다.

진정과실책임설에 의하더라도 과실로 인한 경우뿐만 아니라 영업주가 고의적으로 선임·감독을 해태한 경우에도 법인 처벌이 가능하다고 보므로 부작위감독책임설과 결론에 있어 차이가 없다고 할 수 있으나,¹⁵⁶⁾ 부작위감독책임설에 따르면 법인처벌의 근거를 고의·과실을 포괄하여 설명하기에 보다 논리적일 뿐만 아니라 법인

156) 조국, 전계 논문, p.68.

에게 종업원 등의 범죄실행 이전에 결과방지의무를 부담하도록 함으로써 법익보호에 보다 유리할 수 있다고 생각한다.¹⁵⁷⁾

결론적으로, 과실책임설이 타당하고 필자는 그 가운데 부작위감독 책임설을 지지한다.

157) 장한철, 전계 논문, pp.134-137.

제6절 양벌규정에 관한 판례비평

I. 문제의 제기

종래 양벌규정은 ① 면책조항이 있는 경우와 ② 면책조항이 없는 경우로 대별할 수 있는데, 면책조항이 없는 ②유형의 경우 법인처벌의 법적 성질과 관련하여 무과실책임설과 과실책임설이 대립하였다는 점은 전술하였는바, 이에 대한 판례의 입장도 무과실책임설과 과실책임설이 혼재되어 있었다.¹⁵⁸⁾

즉, 대법원은 “도로교통법 제81조의 양벌규정은 도로에서 발생하는 모든 교통상의 위해를 방지, 제거하여 교통의 안전과 원활을 도모하기 위하여 도로교통법에 위반하는 행위자 외에 그 행위자와 위법 소정의 관계에 있는 고용자등을 아울러 처벌하는 이른바 질서벌의 성질을 갖는 규정이므로 비록 행위자에 대한 감독책임을 다하였거나 또는 행위자의 위반사실을 몰랐다고 하더라도 이의 적용이 배제된다고 할 수 없다.”(대법원 1982. 9. 14. 선고 82도1439 판결)라고 판결하는 등 무과실책임설을 취한 판결을 다수 선고하면서도, “미성년자보호법상 양벌규정에 의한 영업주의 처벌은 금지위반행위자인 종업원의 처벌에 종속하는 것이 아니라 독립하여 그 자신의 종업원에 대한 선임감독상의 과실로 인하여 처벌되는 것”이고 “종업원 등의 행정법규위반행위에 대하여 양벌규정으로 영업주의 책임을 묻는 것은 종업원 등에 대한 영업주의 선임감독상의 과실책임을 근거로 하는 것”(대법원 1987. 11. 10. 선고 87도1213 판결)이라고 판결하는 등 과실책임설을 취한 판결도 다수 선고하였다.

그러나 면책규정이 없는 양벌규정(위 ②유형)은 2007년 위헌결정을 계기로 면책규정을 추가하는 방식으로 개정이 이루어졌고 이로

158) 조국, 전계 논문, p.70.

써 무과실책임설은 더 이상 유지되기 어렵게 되었으며, 최근의 대법원 판례는 과실책임설의 입장을 보이는 것이 주류적인 경향으로 파악되고 있다.¹⁵⁹⁾

한편, 대법원은 면책규정이 있는 양벌규정(위 ①유형)과 관련해 과실추정설을 취한 판결을 선고한 바 있는데, 이러한 대법원 판례는 양벌규정에서 면책규정을 추가하는 방향으로 개정이 이루어진 현 시점에서 여전히 적용될 수 있다는 점에서 재고(再考)를 요한다고 생각한다.

이에 본 절(제6절)에서는 우선 해당 판례를 소개한 후 이를 비판적으로 평가하고자 한다.

II. 과실추정설을 취한 것으로 평가되는 판례

: 대법원 1992. 8. 18. 선고 92도1395 판결

『공중위생법 제45조에 의하면, 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인 기타의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제42조의 규정에 의한 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 동조의 벌금형에 처한다라고 양벌규정을 하면서 그 단서에 법인 또는 개인의 대리인, 사용인 기타 종업원의 부당행위를 방지하기 위하여 당해 업무에 대하여 상당한 주의와 감독을 한 것이 증명된 때에는 그 법인 또는 개인에 관하여는 예외로 한다라는 면책규정을 두고 있다.

이는 법인의 경우, 종업원의 위반행위에 대하여 행위자인 종업원을 벌하는 외에 업무주체인 법인도 처벌하고, 이 경우 법인은 엄격한 무과실책임은 아니라 하더라도 그 과실의 추정을 강하게 하고,

159) 조국, 전계 논문, pp.70-74.

그 입증책임도 법인에게 부과함으로써 양벌규정의 실효를 살리자는데 그 목적이 있다고 할 것인바(당원 1980. 3. 11. 선고 80도138 판결 참조), 이 사건에서 피고인 법인이 종업원들에게 소론과 같이 윤락행위알선을 하지 않도록 교육을 시키고, 또 입사시에 그 다짐을 받는 각서를 받는 등 일반적이고 추상적인 감독을 하는 것만으로는 위 법 제45조 단서의 면책사유에 해당할 수는 없는 것이다.』라고 하면서 피고인의 상고를 기각하였다.

Ⅲ. 판례의 비판적 검토

‘과실’과 같은 공소사실에 대하여는 검사가 입증책임을 부담함이 원칙인바, 예외적으로 입증책임을 피고인에게 전환하려면 ① 입증책임 전환에 관한 명문의 규정이 있고, ② 이러한 예외를 인정할 만한 합리적인 이유가 있어야 한다.¹⁶⁰⁾ 이러한 입증책임 전환의 예로서 형법 제263조¹⁶¹⁾를 들 수 있는데, ① “원인된 행위가 판명되지 아니한 때에는 공동정범¹⁶²⁾의 예에 의한다.”라는 입증책임 전환에 대한 명문의 규정이 있고, ② 2인 이상이 같은 인물을 폭행한 경우 상해와 인과관계 입증이 어려운데 상해의 결과는 폭행으로 인한 것으로 보는 게 합리적이라는 점에서, 형법 제263조의 경우 입증책임 전환규정으로 볼 수 있다.¹⁶³⁾

반면, 양벌규정 면책규정의 경우 ① 면책규정을 단서조항에 두었다고 하여 입증책임 전환에 대한 명문의 규정이라 볼 수는 없고, ② 영업주의 종업원 등에 대한 선임·감독상의 과실을 입증하는 것이

160) 이재상, 신형사소송법, 박영사, 2011, p.512.

161) **형법 제263조(동시범)** 독립행위가 경합하여 상해의 결과를 발생하게 한 경우에 있어서 원인된 행위가 판명되지 아니한 때에는 공동정범의 예에 의한다.

162) **형법 제30조(공동정범)** 2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다.

163) 이재상, 신형사소송법, 박영사, 2011, p.512.

현저히 곤란하다고 할 것은 아니라는 점에서 과실의 부존재를 영업주로 하여금 입증하도록 할 당위성을 인정하기 어렵다.

‘과실’은 유무죄 판단에 있어서 핵심적인 쟁점인바, 합리적인 이유 없이 이러한 구성요건적 사실을 추정함으로써 입증책임을 전가하는 것은 형사소송법상의 ‘의심스러울 때에는 피고인의 이익으로(in dubio pro reo)’ 법칙에 어긋나므로, 입증책임을 전환은 그것이 법익의 보호를 위해서는 필수적으로 요청되는 반면, 그에 비하여 피고인에게 부과되는 부담은 현저히 적은 경우에 한하여 예외적으로 인정되어야 할 것이다{헌재 2010. 10. 28. 선고 2010헌가55, 64(병합) 결정에서의 재판관 김종대의 반대의견}.

요컨대, 법인 처벌을 위하여 법인의 선임·감독상의 과실에 대한 입증을 법인에게 전가해야 할 실정법적·논리적 당위성은 인정되지 않으며, 과실추정설을 취할 경우 법인이 무과실책임을 부담할 개연성이 커져서 책임주의에도 반하므로, 과실추정설을 취한 대법원 92도1395 판결은 변경되어야 한다고 본다.

제7절 양벌규정에 대한 대안(代案) 및 보완(補完)

I. 서론

양벌규정에 면책규정이 추가되는 방향으로 법령이 개정되었음에도 불구하고 책임주의 관점에서 볼 때 양벌규정은 위헌적 요소가 존재함을 부인하기는 어렵다. 아울러 법인에 대한 벌금액이 과소하다는 면에서 양벌규정의 실효성에 대한 의문이 제기되기도 한다.

그런 면에서 양벌규정에 대한 대안, 또는 양벌규정을 보완할 수 있을 만한 외국의 제도를 소개한다.

II. 준법감시제도(Compliance Program)

기업범죄를 예방하는 데 있어 형사제재를 통한 외부적 통제는 한계가 있을 수밖에 없다. 양벌규정을 통해 벌금을 부과하더라도 그 액수가 미미한 경우 효과적이지 못하고, 개별 구성원에 대하여는 그 효과가 희석될 것이기 때문이다. 그런 면에서 기업 내부의 정화노력이 보다 근본적인 해결방안이 될 것이라 본다.

선진국의 경우 기업의 내부개혁 차원에서 준법감시제도가 운용되고 있는데, 예방적 준법감시제도와 대응적 준법감시제도로 대별할 수 있다. 예방적 준법감시제도로는 사내교육, 내부감사 등을 들 수 있고, 대응적 준법감시제도로는 내부조사, 시정조치, 관계자 처분 등을 들 수 있다.¹⁶⁴⁾

우리나라의 경우에도 상법상(상법 제542조의13)¹⁶⁵⁾ 일정 규모 이

164) 김용섭, 전개 논문, p.193.

165) 상법 제542조의13(준법통제기준 및 준법지원인) ① 자산 규모 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 상장회사는 법령을 준수하고 회사경영을 적정하게 하기 위하여 임직원이 그 직무를 수행할 때 따라야 할 준법통제에 관한 기준 및 절차(이하 "준법통제기준"이라 한다)를 마련하여야 한다.

상의 회사는 준법지원인을 두도록 규정하고 있고, 금융지주회사법 시행령, 여신전문금융업법 시행령, 부동산투자회사법 시행령 등에서 준법감시에 관한 규정을 두고 있는바, 이러한 제도 역시 준법감시제도로 볼 수 있을 것이다.

향후 준법감시와 관련한 법제가 확립되고 또 실질적으로 운용될 것을 기대해 본다.

Ⅲ. 미국의 기업 보호관찰 제도

미국 연방보호관찰법(Federal Probation Act 1925)은 보호관찰의 객체로 개인과 기업을 모두 포함한다. 실제 1971년경 Atlantic Richfield사의 폐유방류사건에서 “45일 이내에 기름방류를 통제할 방지프로그램을 마련할 것”을 조건으로 보호관찰을 명하였으며, 이후 미국법원에서 기업범죄에 대해 보호관찰을 부과하는 예가 증가하였다.¹⁶⁶⁾

1984년 연방 양형개혁법은 기업 보호관찰을 명문으로 인정하였는바, 이는 기업범죄에 대하여 그간의 응보와 예방 관점에서 피해자보호 및 사회보호 등으로 양형목적을 확장한 것으로 평가받는다. 다만, 기업 보호관찰과 함께 조건을 부가하게 되면서 법원의 재량이 커짐으로써 이를 제어할 필요가 있는데, 1991년에 양형가이드라인(Organizational Sentencing Guidelines)이 발효되었고 이는 권고적 효력을 가짐에도 불구하고 실무상으로는 매우 중요하게 다루어지고 있다.¹⁶⁷⁾

기업 보호관찰의 내용은 크게 두 가지로 유형화할 수 있는바, ①

② 제1항의 상장회사는 준법통제기준의 준수에 관한 업무를 담당하는 사람(이하 "준법지원인"이라 한다)을 1명 이상 두어야 한다.

166) 박미숙, 전개 논문, pp.772-773.

167) 박미숙, 전개 논문, pp.773-775.

기부금납부·사회봉사명령과 ② 기업내부의 환경변화가 그것이다. 기업내부의 환경변화는 전술한 준법감시제도의 운영을 대표적인 예로 들 수 있다.¹⁶⁸⁾

그러나 이러한 기업 보호관찰 제도의 경우 자칫 사법부가 기업의 자율성을 제약하는 것으로 변질될 우려가 있고, 사법부 입장에서도 과도한 업무부담이 될 수 있다는 점을 고려할 때, 향후 도입하더라도 반드시 심도 있는 논의를 거쳐 우리 실정에 맞게 변용하여야 할 것이다.¹⁶⁹⁾

168) 김용섭, 전계 논문, p.193; 박미숙, 전계 논문, pp.775-777.

169) 박미숙, 전계 논문, pp.778-781.

제8절 소결

행정범이 형사범과 구분된다고 하더라도 그 법적 효과가 형별인 이상 형법 총칙과 책임주의가 적용되고, 행정범의 특수성을 이유로 이러한 죄형법정주의의 원칙을 배제해서는 아니 된다. 즉, 행정목적 달성이라는 공익도 중요하지만 그것이 피고인의 인권보다 우위에 있다고 할 수는 없고, 최소한 ‘책임주의’ 라는 형법의 대원칙은 준수하여야 한다. 그런 면에서 법인에 대하여 종업원의 행위와 연동하여 형사책임을 부과하는 양벌규정은 근원적으로 책임주의와 긴장관계에 있는 것이고, 특히 법인의 범죄능력을 부정하는 견해에 따르면 그 위헌적 요소가 더욱 크다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 양벌규정을 통한 법인처벌의 현실적 필요성을 무시할 수는 없으므로 양벌규정 자체를 위헌이라고 단정할 것은 아니라고 보고, 단지 그 입법과 해석에 있어 최소한 책임주의가 관철될 수 있도록 해야 한다는 점을 강조하고 싶다. 그런 면에서 면책규정 없는 양벌규정이 책임주의에 위반된다는 취지의 헌재 위헌결정 및 법무부의 후속 법령개정작업은 환영할 만한 일이다.

그러나 대법원이 과거 면책규정 있는 양벌규정에 대하여 과실추정설, 즉 종업원에 대한 선임·감독상 주의의무에 대하여 영업주가 입증책임을 부담한다는 취지로 판결한 것(92도1395 판결)은 검사가 입증책임을 부담하고 예외적인 경우에 한해 입증책임이 전환될 수 있다는 형사소송법의 대원칙에 저촉될 뿐만 아니라 책임주의에도 반하는 결과를 초래할 수 있다는 점에서 부당하다.

한편, 양벌규정의 경우 그 필요성에도 불구하고 여전히 위헌 논란이 있고 실효성 측면에서도 일정한 한계가 있으므로, 외국의 준법감시제도나 기업 보호관찰 제도 등을 참고하여 그 대안 내지 보완책을 고민해 볼 필요가 있다고 생각한다.

제6장 행정법의 과실범에 관한 책임주의적 해석론

제1절 서론

앞서 검토한 바와 같이(제5장 제2절) 행정형벌에 관하여는 형법 총칙이 적용된다고 할 것인바(형법 제8조¹⁷⁰⁾ 참조), 형법 총칙에 포함된 제13조와 제14조는 다음과 같이 규정하고 있다.

즉, 형법 제13조(범의) 본문은 “죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 벌하지 아니한다.” 라고 하고 있고, 형법 제14조(과실범)는 “정상의 주의를 태만함으로 인하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 처벌한다.” 라고 규정하고 있는바, 형사범의 경우 고의범 처벌이 원칙이고 과실범으로 처벌되는 경우는 예외적이다.

그런데 대법원은 대기환경보전법 위반사건에서 “위 법의 입법목적이나 제반 관계규정의 취지 등을 고려하면 위 제36조에 위반하는 행위, 즉 법정의 배출허용기준을 초과하는 배출가스를 배출하면서 자동차를 운행하는 행위를 처벌하고자 하는 위 법 제57조 제6항의 규정은 고의범, 즉 자동차의 운행자가 그 자동차에서 배출되는 배출가스가 소정의 운행자동차 배출허용기준을 초과한다는 점을 실제로 인식하면서 운행한 경우는 물론이고, 과실범 즉, 운행자의 과실로 인하여 그러한 내용을 인식하지 못한 경우도 함께 처벌하는 규정이라고 해석함이 상당하다고 할 것이다.” 라고 판시한 바 있다(대법원 1993. 9. 10. 선고 92도1136 판결). 대법원은 대기환경보전법상 벌칙

170) 형법 제8조(총칙의 적용) 본법 총칙은 타법령에 정한 죄에 적용한다. 단, 그 법령에 특별한 규정이 있는 때에는 예외로 한다.

조항, 즉 행정벌의 취지가 배출가스의 허용기준 초과를 방지하려는 행정목적에 있는 점을 고려하여 이를 위반한 행위의 ‘결과반가치’를 강조하여 위와 같이 판시한 것으로 보인다(대법원은 위 판결사안의 경우 과실초차 인정하기 어렵다고 판단하였다).

또한 대법원은 공중위생관리법 위반사건¹⁷¹⁾에서 “행정상의 단속을 주안으로 하는 법규라 하더라도 명문규정이 있거나 해석상 과실범도 별할 뜻이 명확한 경우를 제외하고는 형법의 원칙에 따라 고의가 있어야 별할 수 있다.”라고 판시하여, 명문규정이 없더라도 해석을 통해 과실범 처벌이 가능할 수 있다는 점을 간접적으로 밝힌 바 있다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도9807 판결). 위 2009도9807 사건에서 대법원은 전후 사정을 고려할 때 피고인에게 업무상 주의의무 위반이 있다고 볼 수 없고 음주 등으로 목욕장의 정상적인 이용이 곤란하다고 인정되는 자를 출입시킨다는 고의가 있다고 할 수 없다고 보아 무죄 취지로 원심을 파기환송하긴 하였으나, 전술한 92도1136 판결과 함께 위와 같은 대법원의 입장은 죄형법정주의에 저촉될 뿐만 아니라 권력분립의 원칙에도 위반될 소지가 크다.

이하에서는 행정벌의 과실범 처벌과 관련한 대법원의 입장과 그 배경을 살펴본 후 그 문제점을 검토해 보기로 한다.

171) 만취한 자가 찜질방 발한실에서 자다가 사망한 것과 관련해 공중위생영업자를 준수사항(공중위생관리법령상 음주 등으로 목욕장의 정상적인 이용이 곤란하다고 인정되는 자를 출입시켜서는 아니 됨) 위반으로 기소한 사건임.

제2절 행정법의 과실범 처벌 관련 판례 및 배경

I. 행정법의 과실범 처벌 관련 학설 및 판례

행정법의 과실범 처벌과 관련된 견해를 정리하면, ① 과실범을 처벌한다는 명문의 규정이 없는 한 불가벌이라는 견해(소위 “명문규정설”), ② 명문의 규정이 없더라도 해당 법령의 목적과 취지에 비추어 과실범 처벌을 긍정하는 경우가 있을 수 있다는 견해(소위 “입법취지설”), ③ 명문의 규정이 없더라도 해당 법령의 해석상 과실범을 처벌할 것이 명백한 경우라면 과실범 처벌이 가능하다는 견해(소위 “해석상 과실설”)로 구분할 수 있는바, 위 92도1136 판결은 입법취지설의 입장을 취한 것으로 볼 수 있고, 위 2009도9807 판결은 해석상 과실설의 입장을 취한 것으로 평가할 수 있다.¹⁷²⁾

II. 판례의 배경 분석

위와 같은 판례가 나오게 된 배경에 관하여 다음과 같이 비교법적으로 접근하는 유력한 견해(신동운 교수)가 있어 이를 소개한다.

1953년에 현행 형법이 시행되기 전까지 우리나라는 의용형법이 적용되었는데, 의용형법(1907년 일본형법) 제38조 제1항에서는 고의와 관련하여 “죄를 범할 의사가 없는 행위는 벌하지 아니한다. 다만, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.” 라고 규정하고 있었으나 과실범에 관하여는 별도로 규정하고 있지 않았다. 이에 행정법 처벌과 관련해 과실이라는 표지가 명기돼 있지 않

172) 신동운, “행정형법과 과실범의 처벌”, 서울대학교 법학 제52권 제1호, 2011년 3월, pp.133-135.

을 경우 처벌할 수 있는지 여부에 관하여 논란이 있었는데, 일본의 대심원 판례는 입법취지설과 해석상 과실설이라는 두 가지 입장을 취한 것으로 평가할 수 있는데, 이러한 의용형법에서의 일본 판례가 현재 우리 대법원 입장의 근간을 이룬 것으로 보인다는 분석이 바로 그것이다.¹⁷³⁾

아울러 신동운 교수는 의용형법과 달리 현행 형법 제14조에서 “정상의 주의를 태만함으로 인하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 처벌한다.” 라는 과실범 규정을 둬으로써 우리 형법은 과실범 처벌을 위해서는 명문의 규정이 있어야 한다는 입법적 결단을 보인 것이므로, 위와 같은 명문의 규정이 없는 상황에서 펼쳐진 의용형법 하에서의 해석론을 우리가 추종할 이유는 없으며 추종해서도 안 된다는 점을 강조한다. 해석상 과실설에 따를 경우 해당 사안이 “해석상 과실범을 처벌할 것이 명백한 경우” 에 해당하는지 여부에 대한 법관의 판단이 이루어져야 하는데, 이는 법관에게 이중의 부담이 될 뿐만 아니라 국민들로서는 정확한 예측이 곤란하다는 점에서 불안요소가 될 것이라는 점도 문제로 지적될 수 있을 것이다.¹⁷⁴⁾

한편, 해석상 과실범도 벌할 뜻이 명확한 경우를 판단함에 있어 행위태양을 기준으로 ① 작위의무 위반범과 ② 부작위의무 위반범으로 구분하는 견해가 있는바, 이러한 견해에 따르면 ① 작위의무 위반범의 경우 주로 행정법령상 신고의무 등을 해태한 것이 문제되는데 이는 거동범으로서 고의범뿐만 아니라 과실범까지 처벌하는 것을 예정한 것이라 해석될 개연성이 상대적으로 크지만, ② 부작위의무 위반범의 경우 실질범(결과범)으로서 구체적인 행위태양이 예정된 것이므로 해석을 통한 과실범 처벌은 불가하고 만약 과실범

173) 신동운, 전계 논문, p.135.

174) 신동운, 전계 논문, pp.137-142.

처벌이 필요함에도 불구하고 명문의 규정이 없는 것이라면 이는 입법의 흠결 내지 불비로서 법개정을 통해 해결할 문제이지 해석을 통해 처벌범위를 확장해서는 안 된다고 본다.¹⁷⁵⁾

175) 윤성호, 전계 논문, pp.319-321.

제3절 소결 : 판례의 비판적 검토

행정법(행정형벌)은 행정의 실효성을 확보하기 위한 것이라는 점에서 형사법과 다른 측면이 있는 것은 사실이나, 그 제재 형태가 형벌인 이상 죄형법정주의가 전면적으로 적용되는 것이므로 해석을 통해 처벌 범위를 확장해서는 안 된다. 또한 헌법 제12조 제1항¹⁷⁶⁾에서 천명하고 있는 적법절차의 원칙은 형사절차뿐 아니라 모든 유형의 공권력 작용을 관류하는 원칙이므로, 행정권에 기한 인신 제한에 대하여도 관철되어야 할 것이다.¹⁷⁷⁾

강구철 교수는 이 문제를 “근대형법의 기본원리인 ‘죄형법정주의’와 ‘행정의 합목적성’이란 두 개의 가치충돌문제”로 보면서, “행정적 형벌법규의 해석에 있어서는 구성요건이 개괄적이며 그 규제 대상이 광범위하고 파생적 생활질서이기 때문에 일반형법의 해석에서 보다 목적론적으로 해석해야 할 경우가 적지 않으나 인권보장적 기능과 그것을 담보하는 예측가능성을 핵심으로 하는 죄형법정주의의 원리가 행정형벌에도 타당할 뿐 아니라 행정법에 있어서는 과실있는 것으로 충분하다고 한다면 고의범 규정이 있는 경우에 별도로 과실범규정을 두는 것은 무의미하다,”라고 하였는데, 이는 행정법의 과실범에 대해 근원적인 논점을 정확히 짚은 것이라 생각한다.¹⁷⁸⁾

176) 헌법 제12조(신체의 자유, 자백의 증거능력) ① 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.

177) 김인선, “과실범의 처벌과 명문규정의 요부에 관한 연구”, 비교형사법연구 제3권 제1호 통권 제4호, 한국비교형사법학회, 2001년 7월, pp.126-127.

178) 강구철, “행정법에 대한 형법총칙의 적용여부에 관한 고찰”, 관대논문집 제11권 제2호, 관동대학교, 1983, pp.278-282. 그러나 강구철 교수는 ‘해석상 과실설’을 취한 것으로 보인다(전계 논문, p.280).

따라서 명문규정설이 타당하고, 죄형법정주의(“법률주의”)에 입각하여 명문의 처벌규정이 없는 한 불가벌로 보아야 한다.

그런 면에서 입법취지설에 입각한 92도1136 판결과 해석상 과실설에 입각한 2009도9807 판결은 모두 변경되어야 할 것이다. 그리고 위 판결들이 의용형법 하에서의 일본 판례를 참고한 것이라면 이는 형법 제14조를 통해 명문의 과실범 처벌규정을 요하는 우리 현행 형법과 의용형법의 차이를 간과한 것이므로 위와 같은 대법원 판결들을 유지할 명분은 더욱 없다고 할 것이다. 뿐만 아니라 의용형법과 달리 현행 형법은 제14조에서 과실범의 경우 명문의 처벌규정이 있어야 한다는 것을 분명히 하였다는 점에서 과실범의 ‘성문법주의’는 입법적 결단으로 평가할 수 있고 따라서 해석을 통해 과실범의 범주를 확대하는 것은 입법취지를 무시하는 것이 되어 권력분립의 원칙에도 반한다고 볼 수 있다.

실무상 행정범의 고의·과실범 문제는 고의의 입증과 관련해 발생하는데, 피고인이 고의를 부인할 경우 정황증거로서 고의의 입증이 가능하므로¹⁷⁹⁾ 행정범의 경우 형사범에 비해 고의 입증의 정도를 보다 완화해 줌으로써 고의를 입증할 경우 고의범으로 처벌하거나, 만약 고의 입증에 실패할 경우 과실범 처벌규정이 없는 한 무죄를 선고하는 것이 보다 타당하다.¹⁸⁰⁾

179) 대법원 1991. 10. 22. 선고 91도2174 판결 등.

180) 박정훈, 전개 논문, pp.286-288.

제7장 행정형벌과 행정질서벌의 병과에 관한 책임주의적 해석론

제1절 서론

헌법 제13조 제1항은 “모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다.” 라고 규정하고 있는바, 여기서의 ‘처벌’ 이라고 함은 “원칙적으로 범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서의 과벌을 의미하는 것이고 국가가 행하는 일체의 제재나 불이익처분이 모두 그에 포함된다고는 할 수 없다.” (헌재 2002. 7. 18. 선고 2000헌바57 결정 등)

위와 같은 해석에 따르면, 행정질서벌은 형벌이 아니므로 행정형벌과 병과할 수 있다는 결론에 이를 수 있는데, 본 장에서는 이에 관한 판례의 입장을 책임주의적 관점에서 비판적으로 검토해 보고자 한다.

제2절 판례의 입장

대법원은 임시운행허가기간을 벗어나 무등록차량을 운행한 자에 대한 과태료의 제재{자동차관리법(1995. 12. 29. 법률 제5104호로 전문 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 자동차관리법’이라 약칭함) 제75조 제1항 제3호¹⁸¹⁾, 제26조 제3항¹⁸²⁾}와 형사처벌(구 자동차관리법 제71조 제1호¹⁸³⁾, 제4조¹⁸⁴⁾)이 일사부재리의 원칙에 반하는 것인지 여부에 대하여, 행정법상의 질서별인 과태료의 부과처분과 형사처벌은 그 성질이나 목적을 달리하는 별개의 것이므로 행정법상의 질서별인 과태료를 납부한 후에 형사처벌을 한다고 하여 이를 일사부재리의 원칙에 반하는 것이라고 할 수는 없다고 하여 양자의 병과를 긍정하는 입장이다(대법원 1996. 4. 12. 선고 96도158 판결).

181) 구 자동차관리법 제75조(과태료) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 100만원이하의 과태료에 처한다.

1. 제15조제1항, 제22조 또는 제26조제3항·제4항의 규정에 위반한 자

182) 구 자동차관리법 제26조(임시운행의 허가) ① 자동차를 등록하지 아니하고 임시운행을 하고자 할 때에는 그 자동차사용자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 교통부장관 또는 시·도지사의 임시운행허가를 받아야 한다.

③ 임시운행허가를 받은 자동차는 그 목적과 기간의 범위 안에서 운행하여야 한다.

183) 구 자동차관리법 제71조(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제4조의 규정에 의한 등록을 하지 아니한 자동차를 운행한 자

184) 구 자동차관리법 제4조(등록) 자동차(이륜자동차를 제외한다. 이하 제43조까지 같다)는 자동차등록원부에 등록을 한 후가 아니면 이를 운행하지 못한다. 다만, 제26조제1항의 규정에 의하여 임시운행허가를 받은 때에는 그러하지 아니하다.

제3절 소결 : 판례의 비판적 검토

I. 헌법 제13조 제1항의 해석에 관한 헌재 결정 검토

1. 헌법재판소는 헌법 제13조 제1항 후단의 “거듭 처벌받지 아니한다.”는 규정에서 말하는 ‘처벌’은 형벌만을 의미한다는 입장을 일관하고 있는바(위 2000헌바57 결정 등), 이와 같이 처벌의 개념을 협소하게 해석할 경우 형사소송법상 기관력 법리 및 일사부재리 원칙을 헌법상 확인한 것에 불과하게 되어 굳이 헌법에 명문화한 의미가 반감될 뿐만 아니라, 오히려 기본권 보호에 소홀할 수 있으므로 변경되어야 한다는 견해가 제기되기도 하였다.¹⁸⁵⁾

2. 우선 관련 헌법재판소 결정을 살펴보면 부당내부거래에 대한 과징금부과 사건(헌재 2003. 7. 24. 선고 2001헌가25 결정)에서 비록 소수의견(재판관 김영일)이긴 하나 “문제되는 과징금이 구체적 목적을 위하여 부과되는 것이 아니고, 오로지 제재적 목적에만 봉사하는 것일 경우 이중처벌금지의 원칙에 해당하는지 여부에 대하여 보다 실질적인 판단이 필요”하고 “과징금과 행정형벌의 성격이 본질적으로 공히 형사적 제재에 속하는 한, 중첩된 절차에 의한 이중처벌이 불가피해지는 것”이므로 “오로지 과징금과 벌금의 절차상의 일반적 차이점만을 판단기준으로 하는 것이라고 해석한다면, 이는 지나치게 형식적인 결론에 치중하여 사안의 실질을 전혀 반영할 수 없는 결과가 된다.”라고 하여 헌법 제13조 제1항에서 말하는 처벌의 의미를 실질적으로 해석한 견해가 제기된 바 있다.

또한 가산세 부과에 관한 법인세법 위헌법률심판 사건(헌재 2006.

185) 김승대, “이중처벌 금지원칙에 대한 헌법해석의 재검토”, 공법연구 제35집 제4호, 한국공법학회, 2007년 6월, pp.377-381.

7. 27. 선고 2004헌가13 결정)에서 비록 소수의견(재판관 권성, 김경일, 송인준)이긴 하나 “어떤 제재가 ‘헌법’에서 규정한 ‘처벌’인가 하는 것은 헌법적 문제로서 논증하여 해결하여야 하는 것이지를 ‘법률’의 문제로 치환하여 어떤 법률이 그 제재를 ‘형벌’로 정하고 있는가 하는 것을 살펴 해결할 수는 없기 때문”에 “예를 들어, 형법 제41조 제1호에서 정하고 있는 사형을 법의 개정으로 삭제하였다 하여 사형은 형벌이 아니므로 이중처벌금지에서 말하는 처벌에 속하지 아니한다고 말할 사람은 없고”, “이 점은 우리 형법 제41조에서 ‘형’으로 들고 있지 아니한 곤장(棍杖)도 마찬가지”이며, “우리 형법이 이를 형벌로 들고 있지 않다고 하여 형사절차에 따르지 아니하고, 이중처벌금지의 적용도 받지 아니하며, 고의·과실을 요건으로 하지 아니하여도 좋다고 말할 수는 없다.”라는 의견이 제시되기도 하였다.

3. 다음으로 미국의 경우를 살펴보면, 미국연방헌법 수정 제5조는 “누구도 동일 범죄에 대하여 중첩하여 생명, 신체의 위협에 처하지 아니한다.”라고 규정하여, 소위 이중위험(double jeopardy) 금지원칙을 천명하고 있다.¹⁸⁶⁾

미국 연방대법원은 1989년 하퍼 사건(US v. Halper) 전까지는 민사금전벌(civil money penalty)과 행정형벌을 병과하는 것은 이중처벌에 해당하지 않는다고 보았으나, 하퍼 사건에서 민사금전벌이 실질적으로 과벌로서의 성격을 가진다면 이중처벌에 해당한다고 판단하였다. 즉, 이중처벌 여부를 판단함에 있어 그 형식이 민사금전벌이나 형벌이나 하는 형식(“label”)보다는 그 실질을 따져봐야 한다는 것인데, 하퍼 판결은 민사금전벌이 실질에 있어 형벌로서의 성격을 가질 수 있다는 점을 인정한 최초의 판결로 평가받고 있다. 하퍼

186) 김승대, 전개 논문, pp.381-382.

판결 이후 미국 하급심에서도 소위 하퍼 기준(“Halper Test”)을 적용해 민사금전벌의 형벌성을 인정하기도 하였다.¹⁸⁷⁾

4. 위와 같은 헌법재판소의 소수의견 및 미국 연방대법원의 견해는 모두 이중처벌금지 원칙을 적용함에 있어 처벌의 개념을 실질적으로 이해하고자 한다는 공통점이 있다. 처벌을 받게 되는 자로서는 제재의 형식이 민사벌이나 형사벌이나 행정벌이나 여부보다 실제 자신에게 미치는 타격이 어느 정도인지가 중요할 것이다. 그런 면에서 제재의 실질적 효과에 주목하여 이중처벌 여부를 판단하는 헌재 소수의견 및 미국 연방대법원의 견해에 귀를 기울일 필요가 있다.

처벌의 개념을 형사처벌로 국한시킨 뒤 후속 제재조치를 비례원칙(과잉규제 등) 위반 여부로 검토하는 현재의 헌재 입장은 개인의 기본권 보호 측면에서 부족한 면이 있어 보이고, 처벌의 개념을 실질적으로 살펴보면 1) 이중처벌금지 위반 여부를 검토한 후 2) (이중처벌이 아닌 경우라면) 과잉규제는 아닌지 여부에 관한 비례원칙 준수 여부를 2중으로 검토하는 것이 개인의 기본권을 더욱 보장하는 심사방식이 될 것이라 생각한다.

따라서 헌법 제13조 제1항 후문에서 말하는 ‘처벌’의 개념을 형벌로 국한하여 해석하는 헌법재판소의 일련의 결정들(위 2000헌바 57 결정 등)의 경우, 제재의 형식에 치중하여 이중제재 여부를 판단함으로써 기본권 보호에 미흡할 수 있으므로 변경할 필요가 있다.

II. 행정형벌과 과태료 병과에 관한 대법원 판결 검토

행정형벌과 행정질서벌의 병과를 긍정하는 대법원 판례(대법원 1996. 4. 12. 선고 96도158 판결)는 아래와 같은 이유로 찬동하기 어

187) 김승대, 전개 논문, pp.381-384.

럽다.

첫째, 행정형벌과 행정질서벌의 성질이나 목적이 다르다는 판결이 유를 납득하기 어렵다. 행정형벌과 행정질서벌은 행정의 실효성을 확보하기 위한 간접적 강제수단으로서 그 목적이 근본적으로 동일하기 때문이다. 행정벌의 형태를 행정형벌로 할 것인지 아니면 행정질서벌로 할 것인지 여부는 입법재량에 속한다고 할 것이나¹⁸⁸⁾ 여기서 허용되는 입법형성권은 양자 중 택일할 수 있다는 것일 뿐이고¹⁸⁹⁾ 실제 현행법상 양자의 병과를 긍정하는 규정도 존재하지 아니한다. 앞서 살펴본 바와 같이(제4장 제3절 V. 3. 대만) 대만 행정법 제26조는 행정형벌과 행정질서벌의 병과를 명문으로 배제하고 있는바, 입법론적으로 참고할 필요가 있다고 본다.

둘째, 최근 행정형벌의 비범죄화, 행정형벌화로 인해 행정형벌과 행정질서벌이 “상대화” 되고 있는 점을 고려할 때 행정형벌과 행정질서벌은 그 목적과 기능이 실질적으로 동일하다고 보아야 한다.¹⁹⁰⁾ 이러한 경향은 2008년부터 시행되고 있는 질서위반행위규제법을 보더라도 알 수 있는바, 동법은 질서위반행위, 즉 과태료 부과대상행위에 대하여 형법 총칙의 규정을 대부분 수용하고 있다(제4장 제4절 참조).

셋째, 도로교통법상 부과되는 과태료와 범칙금의 관계에 비추어 볼 때, 양자는 택일관계에 있는 것이지 병과할 성질의 것이 아니다. 범칙금 통고처분은 교통사범, 조세범, 관세범, 출입국관리사범 등 빈번하게 발생하는 행정법을 신속하게 처리하기 위해 도입된 제도인바, 기본적으로 범칙금 부과 사안은 기존에 형벌을 부과해 온 사안이다.¹⁹¹⁾ 신호위반 내지 속도위반을 한 경우 우선 차주가 과태료 부

188) 헌재 1994. 4. 28. 선고 91헌바14 결정 등.

189) 김명길, “행정벌의 법리”, 부산대학교 법학연구 제49권 제2호, 2009년 2월, p.126.

190) 박정훈, 전개 논문, p.297.

191) 배순기, “통고처분”, 전북대학교 법학연구 통권 제29집, 2009년 12월,

과처분을 받고 만약 차주가 이에 불복하게 되면 범칙금을 부과받게 되는데 양자는 택일관계에 있다. 통상 과태료 금액이 범칙금에 비해 1만원 내지 3만원 많으나 과태료의 경우 별점이 없다는 이점(利點)이 있다.¹⁹²⁾ 즉, 도로교통법은 범칙금(행정형벌)과 과태료(행정질서벌)를 분리하여 택일할 성질의 것으로 보고 있는데, 양자를 병과할 수 있다고 보는 것은 이러한 도로교통법의 태도와도 맞지 않는 것이다.

넷째, 앞서 살핀 바와 같이 헌법 제13조 제1항에서 말하는 처벌을 형사처벌로 국한시킬 것은 아니고 피고인(혹은 피처분자) 입장에서 그 실질을 따져 봄이 상당하고, 가사 헌법 제13조 제1항에 따른 이중처벌금지의 원칙에서 말하는 ‘처벌’에는 형사처벌만 포함되는 것이라고 하더라도 행정청의 제재적 처분은 헌법 제37조 제2항¹⁹³⁾에 따른 통제를 받게 되는데, 행정형벌과 행정질서벌은 기본 취지가 동일할 뿐만 아니라, 벌금과 과태료의 경우 금전적 부담을 받게 된다는 점은 동일하여 피처분자가 체감하는 피해는 사실상 동일하다는 점을 고려할 때, 양자의 병과는 해석상 제한되어야 한다. 헌법재판소 역시 “행정질서벌로서의 과태료는 행정상 의무의 위반에 대하여 국가가 일반통치권에 기하여 과하는 제재로서 형벌(특히 행정형벌)과 목적·기능이 중복되는 면이 없지 않으므로, 동일한 행위를 대상으로 하여 형벌을 부과하면서 아울러 행정질서벌로서의 과태료까지 부과한다면 그것은 이중처벌금지의 기본정신에 배치되어 국가 입법권의 남용으로 인정될 여지가 있음을 부정할 수 없다.” 라고 설시한 바 있다(헌재 1994. 6. 30. 선고 92헌바38 결정).

pp.345-347.

192) 남선모, 전계 논문 pp.314-315.

193) 헌법 제37조(국민의 자유와 권리 존중·제한) ② 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

따라서 행정형벌과 행정질서벌의 병과를 긍정한 위 대법원 판결은 이중처벌금지 원칙에 초점을 맞추다 보니 양자의 성격과 취지를 간과하였고 이로써 과잉제재를 쉽게 허용한다는 점에서 책임주의 관점에서 볼 때 찬동하기 어렵고, 더욱이 행정형벌의 비범죄화, 질서위반행위규제법의 입법내용 등을 종합하여 볼 때, 위 대법원 판결은 변경함이 상당하다.

III. 입법형식상 병과가 가능한 경우 현행법상 관할의 문제

각종 행정법령의 벌칙규정을 보면 대부분 1) 행정형벌, 2) 양벌규정, 3) 과태료의 순으로 규정하고 있다. 사안의 경중에 따라 사안별로 조문을 달리 하여 행정형벌 내지 과태료 규정을 두고 있다. 따라서 위 96도158 판결의 사안과 같이 행정형벌과 행정질서벌이 병과되는 경우가 실제로는 많지 않을 것으로 보인다.

그러나 만약 위 96도158 판결사안과 같은 상황이 실제로 발생한다면 행정형벌과 행정질서벌의 병과를 반대하는 입장을 취하는 경우 둘 중 어느 것을 선택해야 하는 현실적인 문제가 대두될 수 있다.

이에 대한 문제는 근본적으로는 다만 행정벌법 제26조와 같이 입법적으로 해결해야 할 것이나, 이러한 규정이 없는 우리 현행법상으로는 의문이 생길 수밖에 없다.

아직 이에 관한 국내 논의는 찾기 어려운데, 이러한 경우에는 대만의 행정벌법 제26조와 달리 행정질서벌인 과태료를 부과하는 것이 상당하다는 것이 필자의 견해이다.

왜냐하면 형법은 최후수단(ultima ratio)으로 기능하여야 하는데(형법의 보충성), 현존하는 과태료 규정으로 실질적인 제재효과가 있다면 그에 관한 한 형법규정은 적용하지 않는 것이 타당하다고 보기

때문이다. 그리고 이와 같이 해석·적용하는 것이 행정형벌의 비범죄화에도 부합하는 것이고, 비범죄화의 실천적 논거인 소송경제 및 개인의 사회생활 보장 차원에서 보더라도 국민의 권리보호에 보다 충실하다고 생각한다. 즉, 이러한 경우 형사제재는 최후에 기능하여야 한다는 점에서 과태료 처분을 우선적으로 강구해야 하고, 따라서 당해 사건처리에 관하여 소관 행정기관에게 1차적인 관할권이 있다고 봄이 상당하다.

근본적으로는 이러한 입법적 충돌이 없도록 행정벌을 일원화하고, 만약 행정형벌과 행정질서벌이 중복될 경우 양자간 우선순위를 미리 규정하는 입법이 마련되어야 할 것이다.

제8장 결론

행정형벌 분야는 형사법과 행정법이 교차하는 분야로서 ‘죄형법정주의’와 ‘행정기능 확보’라는 두 개의 큰 명제가 늘 긴장관계에 있는 지점이다. 따라서 행정형벌에 관한 한 형사법과 행정법을 모두 아우를 수 있는 토론을 바탕으로 법령을 만들고, 집행하며, 법해석이 이루어져야 할 것임에도 불구하고, 안타깝게도 우리 현실은 행정편의적인 행정형벌의 남용과 들쭉날쭉한 법집행, 그리고 아쉬운 법해석이 이루어져 왔던 것 같다.

본 논문을 통해 필자가 말하고 싶은 핵심을 요약하자면, 1) 이론적, 실천적 측면에서 행정형벌로 다루기 부적합한 위법행위의 경우 행정질서벌인 과태료로 전환하고, 2) 행정형벌의 경우에는 행정범이라는 특수성에도 불구하고 형법총칙이 적용되므로 엄격한 책임주의가 관철되어야 한다는 점이다. 그런 차원에서 최근의 행정형벌의 행정질서벌화 현상과 2008년부터 과태료의 일반범이라 할 수 있는 질서위반행위규제법이 시행되고 있는 점은 바람직하다고 평가할 수 있다.

그러나 행정형벌과 관련하여 ① 양벌규정에 의한 법인처벌에 관해 과실추정설을 취한 판례(대법원 1992. 8. 18. 선고 92도1395 판결), ② 행정범의 경우 과실범 처벌규정 없이도 과실범 처벌이 가능하다는 판례(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도9807 판결 등), ③ 행정형벌과 과태료를 병과할 수 있다는 판례(대법원 1996. 4. 12. 선고 96도158 판결)는 모두 책임주의 원칙에 부합하지 않은 측면이 있으므로 변경되어야 한다고 본다. 특히, 양벌규정의 경우 법인의 범죄능력을 부정하는 입장에서는 그 자체로 책임주의에 위배되어 위헌

이라고 볼 소지가 있으므로, 그 해석 및 적용에 엄격을 기해야 할 것이다.

행정형벌의 경우 행정목적 달성을 위해 편의적인 입법이 이루어질 개연성이 큰데 이는 결국 국민의 기본권 제한으로 이어진다는 점을 고려할 때, 입법과정에서부터 심도 있는 검토가 이루어져야 한다. 아울러 광범위한 파급효과와 빈번한 적발사례 등을 고려할 때 행정형벌에 대한 집행과정에는 적법절차 원리가, 그 해석과정에서 책임주의가 각각 철저히 실현되어야 할 것이다. 따라서 행정형벌 분야에 관하여는 입법·행정·사법부 모두 지대한 관심을 가지고 심도 있는 논의와 연구를 경주해야 하고, 형법학과 행정법학계는 보다 적극적인 연구로써 이를 뒷받침해 주어야 할 것이다. 향후 보다 발전된 해석론과 입법론이 활기차게 대두될 수 있기를 기대하면서, 본 논문이 그러한 움직임에 조금이나마 밑알이 될 수 있기를 희망해 본다.

참 고 문 헌

1. 단행본

- 김동희, 『행정법 I』, 박영사, 2010
김준호, 『민법강의』, 법문사, 2015
김철용, 『행정법』, 고시계사, 2014
박균성, 『행정법론(상)』, 박영사, 2014
법무부, 『질서위반행위규제법 해설』, 2008
법무연수원, 『특별사법경찰 수사실무과정 I』, 2015
법제처, 『법령 입안·심사 기준』, 2012
신동운, 『형법총론』, 법문사, 2014
이재상, 『형법총론』, 박영사, 2010
이재상, 『신형사소송법』, 박영사, 2011
임웅, 『형법총론』, 법문사, 2014
허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2013

2. 학술논문

- 강구철, “행정법에 대한 형법총칙의 적용여부에 관한 고찰”, 관대
논문집 제11권 제2호, 관동대학교, 1983, pp.273-282
김명길, “규제와 제재법리에 관한 실정법의 분석적 연구”, 부산대
학교 법학연구 제52권 제1호, 2011년 2월, pp.5-33
김명길, “행정벌의 법리”, 부산대학교 법학연구 제49권 제2호,
2009년 2월, pp.109-132
김성룡, “형사벌·행정형벌과 과태료 부과기준 및 산업안전보건법

- 상 처벌규정의 적정성 검토”, 강원법학 제34권, 2011년 10월, pp.61-111
- 김승대, “이중처벌 금지원칙에 대한 헌법해석의 재검토”, 공법연구 제35집 제4호, 한국공법학회, 2007년 6월, pp.377-406
- 김용섭, “양벌규정의 문제점 및 개선방안”, 행정법연구 제17권, 행정법이론실무학회, 2007년 5월, pp.191-227
- 김용세, “행정질서벌과 형사제재의 관계 - 질서위반행위의 효과적 통제방안에 관한 연구”, 형사정책연구, 2001년 6월, pp.31-92
- 김인선, “과실범의 처벌과 명문규정의 요부에 관한 연구”, 비교형사법연구 제3권 제1호 통권 제4호, 한국비교형사법학회, 2001년 7월, pp.115-139
- 김재광, “과태료제도의 문제점과 개선방안”, 법조 53권 10호, 법조협회, 2004, pp.163-188
- 김철용, “행정벌의 탈형벌화”, 고시계, 1991년 6월, pp.133-140
- 남선모, “현행 도로교통법의 실무적용상 문제점에 관한 고찰”, 법학연구 제28편, 한국법학회, 2007년 11월, pp.313-336
- 류지태, “행정질서벌의 체계”, 고시계, 2002년 11월, pp.64-82
- 박강우, “영미형법상 엄격책임의 이해”, 형사정책연구 제18권 제3호, 2007년 9월, pp.247-264
- 박기석, “형벌법규의 경합과 그 적용”, 형사판례연구 8권, 형사판례연구회, 박영사, 2000년 6월, pp.294-318
- 박기석, “한국 행정형벌의 문제점과 개선방안”, 비교형사법연구 제6권 제2호, 한국비교형사법학회, 2004, pp.233-246
- 박미숙, “법인범죄 제재의 정책적 근거 및 제재 다양화방안”, 형사정책연구 제20권 제1호, 2009년 봄호, pp.759-783
- 박윤훈, “행정벌”, 사법행정 26(12), 한국사법행정학회, 1985년 12

- 월, pp.34-42
- 박윤흔, “행정질서벌”, 고시연구, 1990년 5월, pp.37-48
- 박정훈, “협회의 행정벌과 광의의 행정벌”, 서울대학교 법학 제41권 4호, 2001, pp.278-322
- 배순기, “통고처분”, 전북대학교 법학연구 통권 제29집, 2009년 12월, pp.337-358
- 배종대, “법인의 범죄능력”, 고시연구 18(9), 1991년 9월, pp.155-165
- 설계경, “행정형벌과 형사벌의 구별에 관한 소고”, 법학연구 제32집, 한국법학회, 2008년 11월, pp.47-68
- 성시경·이현국, “과태료 결정요인에 관한 탐색적 연구 : 서울시 사치구의 주정차위반 과태료를 중심으로”, 사회과학연구 제26권 1호, 충남대학교 사회과학연구소, 2015년 1월, pp.157-177
- 손기식, “행정벌에 있어서 고의·과실”, 법조 47권 9호, 법조협회, 1998, pp.5-34
- 신동운, “행정형벌과 과실벌의 처벌”, 서울대학교 법학 제52권 제1호, 2011년 3월, pp.129-145
- 윤성호, “행정형벌에 관한 시론”, 법학연구 2권, 한국법학회, 1999, pp.313-327
- 원혜욱·김찬, “교통범죄의 비범죄화와 그 방안으로서의 통고처분 제도”, 형사정책연구, 제13권 제1호, 2002년 봄호, pp.123-148
- 이기호·박기석, “행정형벌상에 있어서 법정형의 문제점과 그 입법 기준에 관한 연구”, 논문집19, 경찰대학, 1999년 12월, pp.1-25
- 이근우, “행정형벌론의 비판적 검토”, 형사법연구 제21권 제3호,

- 한국형사법학회, 2009, pp.137-160
- 이원우, “지정토론에 대한 답변의견”, 저스티스 통권 제106호, 2008년 9월, pp.405-422
- 이주희, “양벌규정의 실효성 확보에 관한 고찰”, 법학연구 제47집, 한국법학회, 2012년 8월, pp.239-268
- 이천현, “행정법규상 벌칙규정의 법정형”, 형사정책연구 제20권 제4호(통권 제80호), 2009년 겨울호, pp.125-150
- 이호용·박수희, “행정형벌의 과태료 전환의 이유와 기준에 관한 연구”, 한양법학 제19권 제3호, 2008년 10월, pp.357-384
- 임동규, “범칙행위와 일사부재리의 효력”, 형사판례연구 12권, 박영사, 2004년 7월
- 임웅, “범죄의 주체와 법인의 범죄능력”, 고시연구 25(12), 1998년 12월, pp.129-138
- 장한철, “양벌규정에 관한 현재의 위헌결정과 개정 양벌규정에 관한 고찰”, 한양법학 제23권 제3집, 2012년 8월, pp.117-141
- 정신교, “교통범죄의 비범죄화”, 법학연구 제31집, 한국법학회, 2008년 8월, pp.411-426
- 정우일·장석현, “우리나라 교통범칙금제도에 관한 논의”, 한국경찰학회보, 한국경찰학회, 2009, pp.377-399
- 정형근, “질서위반행위규제법에 대한 고찰”, 외법논집 제33권 제3호, 한국외국어대학교 전문분야연구센터 법학연구소, 2009년 8월, pp.563-599
- 정훈, “한국의 행정제재 현황과 문제점”, 법학논총 제33편 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2013년 12월, pp.267-293
- 조국, “법인의 형사책임과 양벌규정의 법적 성격”, 서울대학교 법학 제48권 제3호, 2007, pp.60-76

- 조병선, “개정양벌규정에서의 기업의 형사책임 : 과실추정설에 대한 반론”, 형사정책 제21권 제1호, 한국형사정책학회, 2009, pp.351-370
- 조병선, “질서위반법과 행정형법”, 형사정책연구, 1991년 12월, pp.135-192
- 조병선, “질서위반행위규제법에 관한 연구”, 청주법학 28권, 2007, pp.39-57
- 조병선, “형벌과 과태료의 기능과 그 한계”, 청주법학 20권, 2003, pp.107-120
- 최봉석, “행정형벌에 관한 일고”, 법조 51권 12호, 법조협회, 2002, pp.109-143

3. 학위논문

- 민흥기, “행정질서벌에 관한 연구”, 고려대학교 석사학위논문, 고려대학교 대학원, 2005
- 박종명, “행정질서벌의 법적문제에 관한 연구”, 고려대학교 석사학위논문, 고려대학교 대학원, 2013
- 박찬명, “행정형벌과 행정질서벌의 비교 연구”, 성균관대학교 석사학위논문, 성균관대학교 대학원, 2012

Abstract

Study on the Principle of Liability about Administrative Punishment

Kim, Wan-Ki
Department of Law
The Graduate School
Seoul National University

The section of the Administrative Punishment is the point of intersection between Criminal Law and Administrative Law, and also the point of intersection between the two big theses, so called 'nullum crimen, nulla poena sine lege' and 'guarantee for administrative function'. In case of Administrative Punishment, thus it must be legislated, executed and interpreted by basis on the thoughtful discussions embracing Criminal Law and Administrative Law altogether. However, unfortunately the truth is that there are so many cases of the abuse of Administrative Punishment, inconsistent execution and insufficient legal interpretation.

In summary of this article, 1) the sanctions of the regulatory wrongdoing, which is not suitable for criminal law, are converted from criminal penalty to fine for negligence, 2) in case of Administrative Punishment, the principle of liability must be completely realized because of the application of the "general provisions of Criminal Act". In this respect, recent conversion of crimi-

nal penalty to fine for negligence and the enforcement of the Regulatory Offences Law, the fundamental law of fine for negligence, since 2008, are evaluated as positive changes.

But following Supreme Court Decisions about Administrative Punishment, ① in case of corporate punishment by joint penal provisions, the fault of the corporate is presumed(1992. 8. 18. sentence 92Do1395), ② the act of negligence can be also punished even if it is not clearly prescribed so by law(2010. 2. 11. sentence 2009Do9807), ③ Administrative Punishment and fine for negligence can be overlapped at the same time(1996. 4. 12. sentence 96Do158), must be all revised because the legal interpretations like those are against 'nullum crimen, nulla poena sine lege', especially the principle of liability. In case of joint penal provisions, if we do not acknowledge the criminal responsibility of corporations, then joint penal provisions infringed the Constitutional Law intrinsically, therefore the interpretation and application of joint penal provisions must be done strictly.

Administrative Crime Laws are likely to be enacted so easily for accomplishment of administrative regulation, these phenomena eventually lead to the restriction of human right. Therefore, from legislation phase of administrative sanctions, deep, consistent and positive consideration must be proceeded. Moreover thinking about the wide force range of Administrative Criminal Law, often violation cases, etc., the "due process" must be observed completely in the execution of Administrative Criminal Law, and

'nullum crimen, nulla poena sine lege', especially the principle of liability must also be realized perfectly in the legislation of Administrative Criminal Law.

keywords : Criminal Penalty, Administrative Punishment, Fine for Negligence, Principle of Liability, Joint Penal Provisions, Decriminalization, Liability with Fault

***Student Number* : 2009-23338**