

제 4 장 벌칙 규정

1. 개관

가. 행정벌의 의의

벌칙은 법령의 실효성을 담보하기 위한 목적으로 보충적이며 최종적으로 사용되어야 할 수단으로서, 행정법에서는 ‘행정벌’(행정법상 의무위반행위에 대해 일반 통치권에 기하여 일반 사인에게 과하는 제재)이라고 불리며, 처벌 내용을 기준으로 행정형벌과 행정질서벌(과태료)로 크게 구별된다.

「형법」과 특별형법⁵⁵⁰⁾이 규정하는 형사범은 국가의 제정법을 기다릴 것도 없이 그 성질 자체로 보아 반윤리성·반사회성을 띠며 그것이 일반국민에게 의식된 행위로서 ‘자연범’이라고도 한다.

행정벌이 과해질 의무위반에 해당하는 행정범의 경우 그 행위의 성질 자체는 반윤리성·반사회성을 띠지 않는 경우가 대부분이며 특정한 행정 목적의 실현을 위한 국가의 제정법에 의한 명령·금지를 위반했기 때문에 비로소 반사회성·반윤리성을 띠게 되고 범죄로서 처벌되는 행위이며 흔히 ‘법정범’이라고도 한다.

550) 특별형법은 형사처벌을 그 법률 내용의 전부 또는 주된 내용으로 하되, 적용 대상·범위가 「형법」보다 구체적이거나 「형법」 범죄의 가중된 범죄유형에 대해 엄벌하거나 「형법」 조문 내용을 세분하여 처벌하는 것을 목적으로 하는 법을 말한다(「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」, 「성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률」 등).

나. 일반적 유의 사항

벌칙은 의무 내용에 따라 그 의무에 대한 벌칙을 둘 것인지를 신중히 검토해야 하며, 법률상 의무를 확인하고 정립했다는 이유만으로 그 의무위반에 대해 벌칙을 두는 것은 단속의 편의만을 위해 벌칙을 정했다는 비난을 면하기 힘들다.

법률상 의무를 본칙에 규정하면서 그 위반에 대한 벌칙 조항이 전혀 없는 경우도 있는데, 이를 ‘훈시적 규정’이라 한다. 훈시적 규정의 경우 벌칙 조항이 아닌 다른 제재수단을 마련하여 입법에 반영할 필요가 있을 수 있다.

벌칙에서 정하는 형벌 또는 과태료는 위반행위의 가벌성의 정도에 비추어 적절한 것이어야 한다. 또한 해당 법령이나 다른 법령에서 동일한 또는 유사한 의무위반행위에 대한 처벌이 어느 정도인가를 충분히 고려하여 균형을 맞추도록 해야 한다.

가벌성의 정도는 국민의 법 감정과 사회 여건의 변화 등에 따라 변할 수 있다. 가령 비형벌화(非刑罰化) 정책이 강조되는 경우 형벌 조항이 과태료로 전환되고 이행강제금과 같은 전혀 다른 성질의 제재로 바뀔 수도 있다.

벌칙을 정할 때에 「형법」의 규정을 기준으로 하고 이를 최대한 존중해야 하며, 특별한 사유(형벌의 가중·경감 등)가 없으면 「형법」의 규정과 중복되는 내용은 규정하지 않도록 한다.

벌칙 규정을 두려면 먼저 형벌의 보충성 또는 최후 수단성을 고려하여 형벌 외적인 수단으로 행정법규의 목적을 달성할 수 있는지를 검토해야 하고, 다음으로 해당 행정법규의 목적을 달성하는 데에 필요·최소한의 벌칙 내용인지를 확인하여 벌칙과 국민의 법 감정과의 일치 여부, 벌칙 적용으로 예상되는 국민 법 감정의 변화와 준법정신의 변화 여부, 형사정책상 예상되는 문제점, 수사 실무상의 애로와 문제점, 벌칙 부과로 야기될 수 있는 부작용 등을 검토해야 한다.

2. 벌칙의 규정 방식

가. 조 제목과 규정 방식

법령이 장·절로 구분되어 있으면 특별한 사유가 없으면 법령의 끝에 벌칙 장을 배치한다. 벌칙의 조문 수가 극히 적은 경우에는 보칙의 장·절에 포함하거나 실제 규정의 장·절에

포함할 수도 있으나 바람직한 규정 방식은 아니다.

일부 법률에서는 벌칙을 보칙과 합쳐 하나의 장으로 하고 있다.⁵⁵¹⁾ 장의 숫자를 줄이기 위한 것으로 여겨지는데, 일반적인 규정 방식을 따르도록 한다.

[입법례]

환경영향평가법
제1장 총칙
제2장 전략환경영향평가
.....
제8장 보칙
제9장 벌칙
부 칙

법령이 장·절로 구분되어 있지 않으면 실제 규정과 보칙 규정을 전부 배열한 다음 맨 끝에 배치한다.

[입법례]

통신비밀보호법
제1조 ~ 제15조의4 (생략)
제16조(벌칙)
제17조(벌칙)
제18조(미수범)
부 칙

벌칙 규정 상호 간에는 법정형이 무거운 것부터 차례로 배열한다. 법정형의 경중은 「형법」 제41조 및 제50조⁵⁵²⁾에 따라 판단한다. 같은 벌칙 조항에서 둘 이상의 실제 규정을 인용하

551) 「금융위원회의 설치 등에 관한 법률」 제4장

552) 「형법」

제41조(형의 종류) 형의 종류는 다음과 같다.

1. 사형
2. 징역

는 경우에는 조 번호가 빠른 것부터 배열한다.

[입법례]

농지법

제58조(벌칙) ① 농업진흥지역의 농지를 제34조제1항에 따른 농지전용허가를 받지 아니하고 전용하거나 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 농지전용허가를 받은 자는 5년 이하의 징역 또는 해당 토지의 개별공시지가에 따른 토지가액에 해당하는 금액 이하의 벌금에 처한다.

② 농업진흥지역 밖의 농지를 제34조제1항에 따른 농지전용허가를 받지 아니하고 전용하거나 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 농지전용허가를 받은 자는 3년 이하의 징역 또는 해당 토지가액의 100분의 50에 해당하는 금액 이하의 벌금에 처한다.

③ 제1항 및 제2항의 징역형과 벌금형은 병과(併科)할 수 있다.

제59조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제32조제1항 또는 제2항을 위반한 자
2. 제36조제1항에 따른 농지의 타용도 일시사용허가를 받지 아니하고 농지를 다른 용도로 사용한 자
3. 제40조제1항을 위반하여 전용된 토지를 승인 없이 다른 목적으로 사용한 자

행정벌 간의 규정 순서는 형벌 규정, 양벌 규정, 과태료 규정의 순서로 배열한다. 과태료를 형벌과 함께 동일한 조에 규정하는 경우⁵⁵³⁾가 있으나, 과태료와 형벌은 엄연히 구분되므로 벌칙 다음에 별개의 조로 규정하도록 한다.

3. 금고
4. 자격상실
5. 자격정지
6. 벌금
7. 구류
8. 과료
9. 몰수

제50조(형의 경중) ① 형의 경중은 제41조 각 호의 순서에 따른다. 다만, 무기금고와 유기징역은 무기금고를 무거운 것으로 하고 유기금고의 장기가 유기징역의 장기를 초과하는 때에는 유기금고를 무거운 것으로 한다.

② 같은 종류의 형은 장기가 긴 것과 다액이 많은 것을 무거운 것으로 하고 장기 또는 다액이 같은 경우에는 단기가 긴 것과 소액이 많은 것을 무거운 것으로 한다.

③ 제1항 및 제2항을 제외하고는 죄질과 범정(犯情)을 고려하여 경중을 정한다.

553) 「정치자금법」 제49조

형사범(특별형법 위반 형사범 포함)의 경우 형사처벌이 법률의 전부 또는 주된 내용이므로 벌칙 규정을 둘 때 ‘벌칙’이라는 제목 하에 따로 규정하지 않으며, 범죄구성요건과 법정형을 동일한 조문에 규정한다.

이와 달리 행정법의 경우에는 먼저 의무 규정을 두고 그 규정에 상응하는 벌칙 규정을 별도로 규정하는 방식이 일반적이다. 다만, 입법례 중에는 형사범의 규정과 같이 ‘벌칙’이라는 제목 하에 범죄구성요건과 법정형을 동일한 조문에 규정하고 있는 경우도 있다.

[입법례] 의무 규정과 벌칙 규정을 별도로 규정한 사례

건강검진기본법
제23조(비밀누설의 금지) 이 법에 따른 국가건강검진 업무에 종사하는 자 또는 종사하였던 자는 그 업무상 알게 된 비밀을 정당한 이유 없이 누설하여서는 아니 된다.
제28조(벌칙) 제23조를 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

[입법례] 범죄구성요건과 법정형을 동일 조문에서 규정한 사례

변호사법
제111조(벌칙) ① 공무원이 취급하는 사건 또는 사무에 관하여 청탁 또는 알선을 한다는 명목으로 금품·향응, 그 밖의 이익을 받거나 받을 것을 약속한 자 또는 제3자에게 이를 공여하게 하거나 공여하게 할 것을 약속한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. 이 경우 벌금과 징역은 병과할 수 있다.
② (생략)

나. 벌칙의 명령에의 위임

1) 일반적인 유의 사항

벌칙 규정은 죄형법정주의 원칙상 가능하면 하위법령에 위임하지 않는다. 부득이하게 위임해야 할 경우에도 위임입법 원칙상 일반적·포괄적인 위임은 허용될 수 없다.

2) 위임 기준

가) 처벌법규의 위임 요건

법률에 의한 처벌법규의 위임은 그 요건과 범위가 보다 엄격하게 제한적으로 적용되어야 한다. 따라서 처벌법규를 위임하는 경우에는 첫째, 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우로 한정되어야 하고, 둘째 이러한 경우에도 법률에서 범죄의 구성요건을 처벌 대상 행위가 어떠한 것일 것이라고 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하며, 셋째 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하되 위임입법의 위와 같은 예측 가능성의 유무를 판단할 때에는 해당 특정 조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하면 된다.⁵⁵⁴⁾

법률에서 제조업자 및 수입자의 준수사항을 위반하면 처벌하도록 하면서 준수사항을 “부령(총리령)으로 정한다”고 한다면,⁵⁵⁵⁾ 구체적인 내용을 포괄적, 전면적으로 하위법령으로 위임하는 것이 되어 법률만으로는 그 내용을 예측할 수 없다. 이러한 내용이 형사처벌의 구성요건이 되는 경우라면 그 대강을 법률에 규정해야 하고 입법기술적 측면에서 준수사항을 일일이 법률에 규정할 수 없다면 그 핵심이 되는 사항을 법률에 규정하고 보다 구체적인 사항은 부령·총리령으로 정하도록 하는 것이 타당할 것이다.⁵⁵⁶⁾

나) 불명확한 개념을 토대로 한 위임 금지

범죄의 구성요건을 하위법령에 위임하려는 때에는 하위법령에서 정해질 구성요건의 대강을 예측할 수 있도록 위임 법률에 구체적이고 명확한 기준을 정해야 하며, ‘공공의 안녕질서’, ‘미풍양속’과 같은 추상적이거나 불명확한 개념을 사용해서는 안 된다(헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 99헌마480).

554) 헌법재판소 1997. 9. 25. 선고 96헌가16 결정 및 헌법재판소 1997. 5. 29. 선고 94헌바22 결정

555) 「화장품법」 제5조제1항·제2항 및 제38조제1호, 「축산법」 제39조 및 제54조제7호, 「제대혈 관리 및 연구에 관한 법률」 제15조 및 제40조제3항제3호 등에서 이러한 방식으로 규정하고 있다.

556) 헌법재판소 2010. 3. 25. 선고 2008헌가5 결정

3) 위임의 방식

벌칙 규정을 하위법령에 위임할 때에 벌칙 자체를 위임하는 경우는 현재는 찾아보기 힘들며,⁵⁵⁷⁾ 벌칙의 구성 요건이 되는 실체적 의무 규정의 일부를 위임하는 경우가 있다.

[입법례] 실체적 의무 규정의 일부만을 위임한 사례

옥외광고물 등의 관리와 옥외광고산업 진흥에 관한 법률

제4조(광고물등의 금지 또는 제한 등) ① 제3조제1항 각 호의 지역·장소 또는 물건 중 아름다운 경관과 미풍양속을 보존하고 공중에 대한 위해를 방지하며 건강하고 쾌적한 생활환경을 조성하기 위하여 대통령령으로 정하는 지역·장소 또는 물건에는 광고물등(대통령령으로 정하는 광고물등은 제외한다)을 표시하거나 설치하여서는 아니 된다.

② 시·도지사(특별자치시장 및 특별자치도지사를 포함한다)는 아름다운 경관과 미풍양속을 보존하고 공중에 대한 위해를 방지하며 건강하고 쾌적한 생활환경을 조성하기 위하여 특히 필요하다고 인정되면 제3조제1항 각 호의 지역으로서 대통령령으로 정하는 지역을 특정구역으로 지정하여 제3조제3항에 따른 허가 또는 신고의 기준을 강화할 수 있다.

③ ~ ⑤ (생략)

제18조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 2. (생략)

3. 제4조제1항, 제5조제1항 또는 제2항제4호를 위반하여 광고물등을 표시하거나 설치한 자

4. (생략)

② (생략)

557) 종전에는 「수산업법」(법률 제9626호, 2009. 4. 22. 전부개정, 2010. 4. 23. 시행되기 전의 것) 등에서 벌칙을 하위법령으로 위임한 사례가 있었으나, 현재는 그러한 예를 찾아보기 힘들다.

3. 구성요건

가. 의의

‘구성요건’이란 형벌을 과하는 근거가 되는 행위 유형을 기술한 것으로서 처벌의 대상이 되는 행위의 내용을 규정한 법률요건을 말한다. 이러한 구성요건은 죄형법정주의 관점에서 국민이 예측할 수 있는 형식으로 명확하게 규정하여 국가 형벌권을 자의적으로 행사하지 못하게 하고 개인의 자유와 권리를 보호하는 기능을 하는데, 형사범보다 법정범인 행정범에게 더욱 중요한 의미가 있다.

나. 명확성의 원칙

‘명확성의 원칙’이란 구성요건과 관련한 죄형법정주의의 파생원칙으로서 법률에서 구성요건과 그 법적 결과를 가능하면 명확하게 규정하여 일반국민이 어떠한 행위가 법에서 금지되고 또한 그 행위에 대해 어떠한 형벌이 부과되는지를 예측할 수 있도록 해야 한다는 원칙을 말한다.

그러나 처벌법규의 구성요건이라 하더라도 모든 구성요건을 단순한 의미의 서술적인 개념에 의해 규정하는 것은 어려우므로 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이 그 적용 대상자가 누구이며, 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지 충분히 알 수 있도록 규정되어 있다면 명확성의 원칙에 반하는 것은 아니다.⁵⁵⁸⁾

1) 의무 규정의 명확성

이른바 형사범과 달리 법령상의 의무를 위반하여 제재를 과하는 행정범의 경우에는 행위자가 지켜야 할 의무를 구체적으로 정하고 또 그 의무위반에 대해서만 처벌된다는 점이 법률에 명확하게 나타나야 한다.

558) 헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 93헌바65 결정

2) 처벌 대상의 명확성

누구를 벌할 것인지 처벌할 대상을 명확히 한다. 벌칙 적용의 전제가 되는 실제 규정에서 둘 이상의 행위의무를 규정하고 그 행위자를 각각 달리 정하고 있는 경우에는 처벌할 대상이 되는 행위나 행위자를 특정해야 한다.

의무 규정의 내용이 특정인을 대상으로 하고 있는 경우 가급적 처벌 조항에서 “...한 자는 ... (형)에 처한다”라고 표현함으로써 처벌 대상을 특정하도록 하거나, 하나의 조항에서 의무를 준수해야 하는 주체를 ‘갑, 을, 병’ 등으로 특정한 후 “(의무 준수의 주체가) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하면 ... (형)에 처한다”라는 형식으로 표현하여 처벌 대상을 명확히 해야 한다.

[입법례]

공공기관의 운영에 관한 법률

제56조(벌칙) ① 「상법」 제635조제1항에 규정된 자나 그 밖에 공기업·준정부기관의 회계업무를 담당하는 자가 제39조제1항에 따른 회계처리의 원칙을 위반하여 거짓으로 재무제표를 작성·공시한 경우 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

② 「상법」 제635조제1항에 규정된 자나 그 밖에 공기업·준정부기관의 회계업무를 담당하는 자, 회계감사인 또는 그에 소속된 공인회계사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하면 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 정당한 사유 없이 회계감사인을 선임하지 아니한 경우
2. 감사의견서에 기재하여야 할 사항을 기재하지 아니하거나 거짓으로 기재를 한 경우
3. 제43조의3제4항을 위반하여 비밀을 누설한 경우
4. 결산서를 작성하지 아니한 경우

③ (생략)

3) 처벌 대상 위반행위의 명확성

벌칙 적용의 대상이 되는 행위를 규정할 때에는 의무위반행위의 내용과 태양(態樣) 등을 구체적으로 명시해야 한다. 따라서 벌칙 적용의 전제가 되는 의무위반행위의 내용이 단순하여 법해석상의 의문이 없는 명백한 경우가 아니면 “제○조를 위반한 자는 ... 처한다”와

같이 표현하는 것은 피하고, “제○조를 위반하여 △△한 자는 … 처한다”로 해야 한다.

또한, “이 법 또는 이 법에 따른 명령이나 처분을 위반한 경우”와 같은 벌칙규정은 너무 포괄적이어서 구성요건으로 적합하지 않으므로 조문을 특정해 주어야 한다.⁵⁵⁹⁾

4) 범죄 성립 시기의 명확성

부작위범의 범죄 성립 시기를 확정하는 경우에 특히 문제가 되는데 법문상 “지체 없이 신고를 하지 아니한 자” 또는 “… 신고하지 아니한 자” 등으로 규정하는 경우에는 어느 때에 범죄가 성립되는지 분명하지 않다고 할 수 있다. 따라서 법률 자체에 신고기한이나 의무 이행 시점을 명시하여 범죄의 성립 시기를 명백히 해야 할 것이다.

[입법례]

부정수표 단속법

제7조(금융기관의 고발의무) ① 금융기관에 종사하는 사람이 직무상 제2조제1항(발행인이 법인이나 그 밖의 단체인 경우를 포함한다) 또는 제5조에 규정된 수표를 발견한 때에는 48시간 이내에 수사기관에 고발하여야 하며, 제2조제2항(발행인이 법인이나 그 밖의 단체인 경우를 포함한다)에 규정된 수표를 발견한 때에는 30일 이내에 수사기관에 고발하여야 한다.
② 제1항의 고발을 하지 아니하면 100만원 이하의 벌금에 처한다.

다. 구성요건의 규정 방식

1) 실제 규정에서 일정한 작위·부작위 의무를 과하는 뜻을 규정하고, 벌칙 규정에서는 실제 규정 위반자에 대한 처벌을 규정하는 방식

위의 규정 방식은 구성요건을 실제 규정과 벌칙 규정에 각각 나누어 규정하는 방식으로서 행정법규상 벌칙 규정에서 주로 쓰이는 방식이다. 행정법상의 범죄는 행위 그 자체는 반

559) 헌법재판소는 “이 법과 이 법에 따른 명령”이라고만 되어 있을 뿐 처벌규정에서 범죄구성요건에 해당하는 규정을 특정하지 아니하였을 뿐만 아니라 처벌규정 자체에서도 범죄구성요건을 정하고 있지 아니하여 금지하고자 하는 행위 유형의 실질을 파악할 수 없도록 하고 있으므로 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위반된다고 판시한 바 있다(헌법재판소 2001. 1. 18. 선고 99헌바112 결정).

윤리성, 반사회성을 띠지 않으나 특정한 행정 목적의 실현을 위한 국가의 법률에 따른 명령이나 금지를 위반했기 때문에 비로소 반윤리성, 반사회성을 띠게 되는 것이므로 의무 규정을 명확하게 표현해야 한다.

규정하는 방법은 앞에서 본 바와 같이 장·절을 달리하거나 조문을 달리하는 경우가 대부분이지만 특정한 법률의 경우 한 개 조문에서 항을 달리하여 규정하는 방식도 있다.

[입법례] 실제 규정과 벌칙 규정에 각각 나누어 규정한 사례

건축법
제25조(건축물의 공사감리) ① ~ ⑤ (생략)
⑥ 공사감리자는 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 감리일지를 기록·유지하여야 하고, 공사의 공정(工程)이 대통령령으로 정하는 진도에 다다른 경우에는 감리중간보고서를, 공사를 완료한 경우에는 감리완료보고서를 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 각각 작성하여 건축주에게 제출하여야 한다. 이 경우 건축주는 감리중간보고서는 제출받은 때, 감리완료보고서는 제22조에 따른 건축물의 사용승인을 신청할 때 허가권자에게 제출하여야 한다.
⑦ ~ ⑭ (생략)
제110조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.
1. ~ 5. (생략)
6. 제25조제6항을 위반하여 정당한 사유 없이 감리중간보고서나 감리완료보고서를 제출하지 아니하거나 거짓으로 작성하여 제출한 자
6의2. ~ 12. (생략)

[입법례] 실제 규정과 벌칙 규정을 하나의 조문에서 항을 달리해 규정한 사례

소년법
제70조(조회 응답) ① 소년 보호사건과 관계있는 기관은 그 사건 내용에 관하여 재판, 수사 또는 군사상 필요한 경우 외의 어떠한 조회에도 응하여서는 아니 된다.
② 제1항을 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

2) 일정한 작위 또는 부작위 의무를 규정한 다른 실체 규정과 연결하지 않고 벌칙 규정 자체에서 구성요건을 규정하는 방식

구성요건의 전부를 벌칙 규정에 규정하는 방식으로서 형사법의 성격을 지닌 벌칙 규정에서 주로 쓰인다.

[입법례]

형법

제250조(살인, 존속살해) ① 사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.
② (생략)

공직선거법

제234조(당선무효유도죄) 제263조(선거비용의 초과지출로 인한 당선무효) 또는 제265조(선거사무장등의 선거범죄로 인한 당선무효)에 해당되어 후보자의 당선을 무효로 되게 할 목적으로 제263조 또는 제265조에 규정된 자를 유도 또는 도발하여 그 자로 하여금 제230조(매수 및 이해유도죄)제1항 내지 제5항·제231조(재산상의 이익목적의 매수 및 이해유도죄) 내지 제233조(당선인에 대한 매수 및 이해유도죄)·제257조(기부행위의 금지제한등 위반죄)제1항 또는 제258조(선거비용부정지출등 죄)제1항에 규정된 행위를 하게 한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.

3) 가중처벌 규정을 하나의 조문에 규정하는 경우

동일한 유형의 위반행위에 대한 법정형과 이에 대한 가중형이 있는 경우에 하나의 조문에 함께 규정하는 경우가 많다.⁵⁶⁰⁾ 이러한 규정 방식은 법정형 순서에 맞지 않을 수 있으나 국민이 쉽게 그 내용을 알 수 있다는 장점이 있으므로, 입법기술상의 합리성을 인정할 수 있다. 이 경우 법정형이 무거운 가중형은 나중에 정하는 것이 일반적이다.

560) 이러한 예로는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제70조, 「건축법」 제106조, 「전력기술관리법」 제27조의2 및 제27조의3 등이 있다.

[입법례]

전기공사업법

제40조(벌칙) ① 공사업자 또는 제17조에 따라 시공관리책임자로 지정된 사람으로서 제18조 또는 제22조를 위반하여 전기공사를 시공함으로써 착공 후 하자담보책임기간에 대통령령으로 정하는 주요 전력시설물의 주요 부분에 중대한 파손을 일으키게 하여 사람들을 위험하게 한 자는 7년 이하의 징역 또는 7천만원 이하의 벌금에 처한다.

② 제1항의 죄를 범하여 사람을 상해(傷害)에 이르게 한 경우에는 1년 이상의 유기징역 또는 1천만원 이상 2억원 이하의 벌금에 처하며, 사망에 이르게 한 경우에는 3년 이상의 유기징역 또는 3천만원 이상 5억원 이하의 벌금에 처한다.

4) 법령 중 일부가 준용되는 자에 대한 벌칙 적용

법령 중 일부 규정이 다른 대상자에 대해서도 준용되는 경우, 원래의 규율 대상자 외에 준용 규정에 따라 준용되는 자에 대해 벌칙을 적용하려고 할 경우에는 원래의 규율 대상자를 벌하기 위해 구성요건으로서 벌칙 규정에서 열거되는 근거 조항 다음에 “(제○조에서 준용하는 경우를 포함한다)”라고 표기하여 법령 규정 중 일부 규정이 준용되는 자에 대한 벌칙 규정 적용 여부에 관한 해석상 의문이 없도록 한다.

[입법례]

가축전염병 예방법

제56조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제20조제1항·제2항(제28조에서 준용하는 경우를 포함한다)에 따른 명령을 위반한 자
2. 제32조제1항, 제33조제1항·제5항(제38조제4항에서 준용하는 경우를 포함한다), 제34조 제1항 본문 또는 제37조 본문을 위반한 자
3. 4. (생략)

04 제4장 3. 구성요건

4. 법정형

가. 개관

‘법정형’이란 범죄구성요건에 상응하여 벌칙 규정에 정해진 형을 말하며, 해당 법률에서 형종(刑種)의 선택, 형량의 범위와 선택될 형종 간의 균형 등이 법정형을 규정하는 핵심 요령이다.⁵⁶¹⁾

법정형의 형량은 국가안전보장·질서유지·공공복리의 유지·증진을 위한 필요성과의 균형, 해당 행정법규와 다른 행정법규의 행정벌칙의 형량 상호 간의 균형, 그리고 「형법」의 형량 간의 균형이 이루어지도록 해야 한다.

법정형에는 형의 양정(量定)을 할 수 있는 여지(예컨대 “○년 이상 ○년 이하”라는 법정형의 폭)를 두는 것이 보통이다. 그러나 그 폭을 극단적으로 넓게 인정하면 죄형법정주의에 어긋날 우려가 있으므로 유의해야 한다.

나. 유기징역과 유기금고의 규정 방식

유기징역 또는 유기금고는 1개월 이상 30년 이하로 하므로(「형법」 제42조), 형의 장기를 30년으로 또는 단기를 1개월로 하려고 할 때에는 그 장기 또는 단기는 표시하지 않는다.⁵⁶²⁾

징역에는 무기징역도 포함되는 것이므로 ○년 이상의 징역에 처하면서 유기징역으로 한정하는 경우에는 반드시 “○년 이상의 유기징역”으로 나타낸다. 다만, 「형법」 제250조 제1항의 살인죄에서 “사형, 무기, 5년 이상의 징역에 처한다”라고 규정하는 경우와 같이 「형법」, 특별형법 조항에서 무기징역이 법정형으로서 뚜렷이 표시되는 경우에는 별도로 유기징역이라는 표시를 하지 않는다.

561) 법정형이 처단의 범위로 구체화된 형을 처단형(법정형에 법률상 및 재판상 가중·감경한 형)이라고 한다 (1년 이상의 유기징역형의 경우 「형법」 제38조 등에 따라 형의 장기를 2분의 1 가중하게 되면 그 처단형의 범위가 1년 이상 45년 이하의 유기징역으로 정해지게 된다). 한편 처단형의 범위에서 구체적으로 형을 양정하여 해당 피고인에게 선고하는 형을 선고형이라고 한다.

562) 금고형은 수형인의 명예 등을 고려하여 노역을 시키지 않는 구금형이지만 양형 시 징역형과 같게 취급한다.

법정형을 규정하는 방식에는 “○년 이상”과 같은 하한 제한형, “○년 이하”와 같은 상한 제한형, “○년 이상, ○년 이하”와 같은 상하한 제한형이 있는데, 하한 제한형은 유기징역형의 상한인 30년이 그 법정형의 상한이 되기 때문에 법정형의 폭이 극단적으로 넓게 될 우려가 있으므로 신중한 검토가 필요하다.

[입법례]

방사성폐기물 관리법

- 제39조(벌칙) ① 방사성폐기물 관리시설을 파괴하거나 부당하게 조작하여 사람의 생명 또는 신체를 해하거나 공공의 안전을 해치는 자는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.
- ② 방사성폐기물 관리시설을 파괴하거나 부당하게 조작하여 사람을 사망하게 한 자는 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.
- ③ 제1항 및 제2항의 미수범은 처벌한다.
- ④ 제1항 및 제2항의 죄를 범할 목적으로 예비·음모 또는 선동한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다.

다. 자격상실과 자격정지의 규정 방식

형벌의 종류로서 자격상실과 자격정지는 일정한 자격을 박탈하거나 정지하는 내용의 명예형(名譽刑)으로서, 자격상실은 사형·무기징역 또는 무기금고의 판결을 선고받으면 그 부수효과로서 공법상의 선거권 등의 자격을 박탈하고,⁵⁶³⁾ 자격정지는 일정한 형벌의 부과에 의해 당연히 자격이 정지되는 경우⁵⁶⁴⁾와 다른 법정형과 선택적으로⁵⁶⁵⁾ 또는 병과하여 부과하도록 하는 경우가 있다. 판결로 선고하는 자격정지 기간은 1년 이상 15년 이하이다.⁵⁶⁶⁾ 개별법에서 자격정지를 병과하는 경우에는 임의적으로 병과하는 입법례와 필요적으로 병과하는 입법례⁵⁶⁷⁾가 있다.

563) 「형법」 제43조제1항

564) 「형법」 제43조제2항

565) 「형법」 제105조, 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제64조제1항 등

566) 「형법」 제44조제1항

567) 「국가공무원법」 제84조제1항, 「지방공무원법」 제82조제1항 등

[입법례]

제대혈 관리 및 연구에 관한 법률

제41조(자격정지의 병과) 제40조에 따라 유기징역에 처하는 경우 10년 이하의 자격정지를 병과할 수 있다.

라. 벌금의 규정 방식

1) 일반적인 규정 방식

벌금을 규정할 때에는 최고액을 정하는 방법이 일반적으로 사용되나 최저액(「형법」 제45조에 따르면 벌금은 5만원 이상으로 해야 한다)을 「형법」상 벌금의 최저액보다 높게 정해야 할 특별한 사유가 있으면 그 최저액을 정한다.

입법 모델

- 원 이하의 벌금에 처한다.
- 원 이상 ○원 이하의 벌금에 처한다.

2) 최고액을 정하는 한편 범죄행위의 정도·태양에 따라 벌금액을 증감할 수 있도록 하는 방식

[입법례]

조세범 처벌법

제6조(무면허 주류의 제조 및 판매) 「주류 면허 등에 관한 법률」에 따른 면허를 받지 아니하고 주류, 밀술·술덧을 제조(개인의 자가소비를 위한 제조는 제외한다)하거나 판매한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원(해당 주세 상당액의 3배의 금액이 3천만원을 초과할 때에는 그 주세 상당액의 3배의 금액) 이하의 벌금에 처한다. 이 경우 밀술과 술덧은 탁주로 본다.

3) 위반행위의 대상이 되는 물건가격, 용역대금 또는 금전채무의 금액을 기준으로 정하는 방식

[입법례]

하도급거래 공정화에 관한 법률

제30조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 원사업자는 수급사업자에게 제조등의 위탁을 한 하도급대금의 2배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처한다.

1. 제3조제1항, 제2항(제3호는 제외한다), 제6항, 제7항 및 제12항, 제3조의4, 제4조부터 제12조까지, 제12조의2, 제12조의3 및 제13조를 위반한 자
2. 제13조의2제1항부터 제3항까지의 규정을 위반하여 공사대금 지급을 보증하지 아니한 자
3. 제15조, 제16조제1항·제3항·제4항 및 제17조를 위반한 자
4. 제16조의2제7항을 위반하여 정당한 사유 없이 협의를 거부한 자

②·③ (생략)

마. 징역과 벌금의 선택적 규정 방식

징역과 벌금을 선택적으로 처벌할 수 있도록 하는 경우에는 징역과 벌금형 간의 균형을 유지해야 한다. 징역 1년을 벌금 1천만원 이하, 2년을 1천만원 이상 2천만원 이하, 3년을 2천만원 이상 3천만원 이하⁵⁶⁸⁾와 같이 자유형 기간에 상응하여 규정하는 방식도 있지만, 벌금형보다 구금형이 중하다고 보는 국민의 법 감정, 독일·스위스·오스트리아나 북유럽의 여러 나라 등에서 도입하여 시행하는 일수벌금제⁵⁶⁹⁾가 아직 도입되지 않은 점 등에 비추어 구금형과 벌금형을 선택형으로 규정하면서 구금기간에 상응하여 일률적으로 벌금형의 최고

568) 국회사무처의 「법률안의 표준화 기준」(2022. 1. 20. 국회사무처 지침 제390호) 제45조에서는 벌금형을 자유형과 선택형으로 규정하는 경우 다음 기준을 고려하여 벌금액을 자유형의 기간에 상응하도록 규정하되 이를 범죄의 종류 및 죄질에 따라 가감하도록 하고 있다.

징역	벌금	징역	벌금
1년 이하	1천만원 이하	3년 이하	3천만원 이하
2년 이하	2천만원 이하	5년 이하	5천만원 이하

569) 일수벌금제: 벌금형을 일수와 일수정액(日數定額)으로 분리하여 일수는 일반적인 양형규정에 따라 행위자의 불법과 책임을 표시하여 대체자유형의 문제를 자동적으로 해결하고 일수정액은 피고인의 경제적 사정을 고려하여 결정하는 제도로서 이러한 방식에 따르면 죄질 등 양형인자에 따라 우선 죄에 대한 구금일수를 정한 후 대상자의 소득 증가에 비례하여 가중되는 1일 벌금액(가령 소득의 0%~0% 범위)이 결정되어 벌금 부과 대상자마다 소득수준에 관계없이 구금과 비슷한 정도의 압박감을 느끼게 된다.

액을 규정하는 위 방식은 다소 논란의 소지가 있다.

징역형과 벌금형이 선택적으로 되어 있는 경우 징역형에 상당하는 벌금액이 법률에 따라 너무 차이가 나서는 안 될 것이다.

[입법례]

감염병의 예방 및 관리에 관한 법률

제77조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. ~ 3. (생략)

바. 징역과 벌금의 병과 방식

징역과 벌금을 병과할 때에는 임의적 병과를 원칙으로 하고 필요적 병과 방식은 가능하면 피한다. 다만, 영리를 목적으로 하거나 영업에 관한 범죄에 대해서는 징역과 벌금을 필요적으로 병과할 수 있다. 이 경우에도 책임주의 원칙에 부합하도록 작량감경이나 선고유예 등을 활용하여 합리적인 양형이 가능한 한도 내에서 벌금 병과 여부와 그 액수를 정해야 한다.

[입법례] 선택형의 조항을 먼저 정하고 조항을 달리하여 병과 규정을 둔 사례

감사원법

제51조(벌칙) ① (생략)

- ② 제27조제4항을 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.
- ③ 제2항의 징역과 벌금은 병과(併科)할 수 있다.

[입법례] 선택형과 병과 규정을 하나의 조항에서 규정한 사례

반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률

제45조(침해죄 등) ① 배치설계권이나 전용이용권을 침해한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과(併科)할 수 있다.

- ② 제1항의 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.

사. 구류·과료의 규정 방식

‘구류’란 수형자를 교도소 내에 구치하는 것을 내용으로 하는 자유형의 일종으로 그 기간이 1일 이상 30일 미만이며(「형법」 제46조), ‘과료’란 범죄인에게 일정한 금액의 지급을 강제로 부담하게 하는 재산형의 일종으로서 그 금액이 2천원 이상 5만원 미만으로 되어 있다(「형법」 제47조). 구류와 과료는 「형의 실효 등에 관한 법률」상의 전과기록으로 등재되지 않으므로 위반자를 전과자로 관리할 필요가 적은 경미한 의무위반행위에 주로 사용된다.

구류형은 형사정책적 이유로 벌금형·과료형과 각각 병과될 수 있다.

[입법례]

도로교통법

제158조(형의 병과) 이 장의 죄를 범한 사람에 대하여는 정상(情狀)에 따라 벌금 또는 과료와 구류의 형을 병과(竝科)할 수 있다.

아. 몰수·추징의 규정 방식

‘몰수’란 범죄 반복의 방지나 범죄에 의한 이득의 금지를 목적으로 범죄행위와 관련한 재산을 박탈하는 것을 내용으로 하는 재산형으로서 독립하여 과할 수는 없고 다른 형에 부가하여 과해지는 부가형으로서 「형법」 제48조에 따라 판사에게 몰수 재량권이 부여된 임의적 몰수가 원칙이다.

필요적 몰수이거나 몰수 대상·방법·절차 등 위 원칙에 대한 특칙을 규정할 필요가 있을 때에만 행정벌칙으로 규정하고 임의적 몰수의 경우에는 따로 규정하지 않도록 한다.

[입법례]

공무원범죄에 관한 몰수 특례법

제3조(불법재산의 몰수) ① 불법재산은 몰수한다.

② 제1항에 따라 몰수하여야 할 재산에 대하여 재산의 성질, 사용 상황, 그 재산에 관한 범인 외의 자의 권리 유무, 그 밖의 사정을 고려한 결과 그 재산을 몰수하는 것이 타당하지 아니하다고 인정될 경우에는 제1항에도 불구하고 몰수하지 아니할 수 있다.

③ (생략)

몰수의 대상이 「형법」 총칙에 의한 것과 다르면 이를 표시하되, 누구의 소유이든 불문하고 범인이 점유하고 있었다는 것만으로 몰수할 수 있게 하는 규정은 가능한 한 두지 않으며 부득이하게 두어야 할 경우에는 그 요건을 엄격히 한다.

[입법례]

관세법

제272조(밀수 전용 운반기구의 몰수) 제269조의 죄에 전용(專用)되는 선박·자동차나 그 밖의 운반기구는 그 소유자가 범죄에 사용된다는 정황을 알고 있고, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 몰수한다.

1. 범죄물품을 적재하거나 적재하려고 한 경우
2. 검거를 기피하기 위하여 권한 있는 공무원의 정지명령을 받고도 정지하지 아니하거나 적재된 범죄물품을 해상에서 투기·파괴 또는 훼손한 경우
3. 범죄물품을 해상에서 인수 또는 취득하거나 인수 또는 취득하려고 한 경우
4. 범죄물품을 운반한 경우

‘추징’이란 몰수해야 할 물건의 전부나 일부를 몰수할 수 없는 경우 이를 대신하여 그 가액을 징수하는 처분으로서 부가형인 몰수의 규정 방식이 그대로 적용된다. 추징의 대상이 「형법」 총칙에 의한 것과 다르면 반드시 그 대상을 밝히고 추징임을 분명히 한다.

[입법례]

배타적 경제수역에서의 외국인어업 등에 대한 주권적 권리의 행사에 관한 법률

제21조(몰수 또는 추징) ① 제16조의2, 제17조, 제18조 또는 제19조의 죄를 범한 자가 소유하거나 소지하는 어획물 및 그 제품, 선박, 어구(漁具) 또는 그 밖의 어업활동등에 사용한 물건(이하 이 조에서 “어획물등”이라 한다)은 몰수할 수 있다. 다만, 제16조의2의 죄를 범한 자가 자국(自國)으로부터 어업활동에 관한 허가를 받지 아니한 경우에는 어획물등을 몰수한다.

- ② 제1항에 따라 어획물등의 전부 또는 일부를 몰수할 수 없는 경우에는 그 가액(價額)을 추징한다.

공직자의 이해충돌 방지법

제27조(벌칙) ① 제14조제1항을 위반하여 직무수행 중 알게 된 비밀 또는 소속 공공기관의 미공개정보를 이용하여 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 재물 또는 재산상의 이익을 취득하게 한 공직자(제16조에 따라 준용되는 공무원행사인을 포함한다. 이하 이 조 및 제28조제2항제1호에서 같다)는 7년 이하의 징역 또는 7천만원 이하의 벌금에 처한다.

② ~ ⑤ (생략)

⑥ 제1항 및 제2항제1호의 죄를 범한 자(제1항의 경우 그 정을 아는 제3자를 포함한다)가 제1항 및 제2항제1호의 죄로 인하여 취득한 재물 또는 재산상의 이익은 몰수한다. 다만, 이를 몰수할 수 없을 때에는 그 가액을 추징한다.

성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률

제25조(몰수 및 추징) 제18조부터 제20조까지에 규정된 죄를 범한 사람이 그 범죄로 인하여 얻은 금품이나 그 밖의 재산은 몰수하고, 몰수할 수 없는 경우에는 그 가액(價額)을 추징한다.

5. 과실범, 미수범, 공범, 형의 감면, 친고죄 등

가. 과실범

‘과실’이란 사회생활에서 요구되는 주의의무를 위반하거나 게을리함으로써 구성요건적 결과 발생을 예견하지 못하거나 회피하지 못한 경우를 말한다. 과실범은 고의범과 달리 부주의에 의해 법을 위반한 것이므로 고의범보다 처벌이 가벼워야 하는 것이 원칙이며, 특별한 규정, 즉 과실범을 처벌한다는 규정이 없으면 처벌할 수 없다.

과실범의 처벌 규정에서는 과실을 ‘과실’, ‘중대한 과실(중과실)’, ‘업무상 과실’ 등으로 구분하여 표시한다.

업무상 과실은 주의의무는 동일하지만 더 높은 예견의무가 요구되므로 책임이 가중되며, 중과실은 현저히 주의의무를 게을리 한 경우로서 극히 작은 주의만 기울였다면 결과 발생을 방지할 수 있었던 경우의 과실을 말한다.

과실범의 법정형은 고의범에 비하여 가볍게 하는 것이 원칙이다.

[입법례]

문화유산의 보존 및 활용에 관한 법률

제95조(사적 등예의 일수죄) 물을 넘겨 국가유산청장이 지정 또는 임시지정한 사적이나 보호구역에 침해한 자는 2년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.

제96조(그 밖의 일수죄) 물을 넘겨 제95조에서 규정한 것 외의 지정문화유산 또는 임시지정문화유산이나 그 보호구역을 침해한 자는 10년 이하의 징역이나 1억원 이하의 벌금에 처한다.

제98조(과실범) ① 과실로 인하여 제95조 또는 제96조의 죄를 저지른 자는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

② 업무상 과실이나 중대한 과실로 인하여 제95조 또는 제96조의 죄를 저지른 자는 3년 이하의 금고나 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

나. 미수범

1) 의의

‘미수범’이란 범죄의 실행에 착수하여 행위를 마치지 못했거나 마쳤더라도 결과가 발생하지 않은 경우를 말하며, 실행에 착수했다는 점에서 예비·음모와 구별되고 결과가 발생하지 않았다는 점에서 기수와 구별된다.

2) 규정 방식

미수범은 원칙적으로 처벌되지 않으며 법률에 특별한 규정이 있어야만 예외적으로 처벌되는데(「형법」 제29조), 행위의 결과가 발생하지 않았으나 구성요건상 실행행위의 착수에 이른 것만으로도 가벌성이 충분히 인정되는 경우가 대표적이다.

미수범은 통상 “미수범은 처벌한다”라고 간단히 규정한다. 미수범은 「형법」 총칙상 임의적 감경 대상인 장애미수(「형법」 제25조), 필요적 감면 대상인 중지미수(「형법」 제26조), 임의적 감면 대상인 불능미수(「형법」 제27조)로 나누어지므로 위와 같이 간단히 규정함으로써

행정벌칙에 「형법」이 적용되어 기수범과 비교하여 감경·감면이 결정되는 것이다.

한편 위와 같은 「형법」에 따른 감경·감면을 배제하려고 할 경우에는 특별한 법정형을 두거나 “본죄에 준하여 처벌한다”라는 특별규정을 둘 수 있다.

[입법례]

남북교류협력에 관한 법률

제27조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제9조제1항 및 제6항 단서에 따른 승인을 받지 아니하고 북한을 방문한 자
2. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 제9조제1항 및 제6항 단서에 따른 승인을 받은 자
3. 제13조제1항에 따른 승인을 받지 아니하고 물품등을 반출하거나 반입한 자
4. ~ 6. (생략)

② (생략)

③ 제1항 각 호의 미수범은 처벌한다.

출입국관리법

제99조(미수범 등) ① 제93조의2, 제93조의3제1호·제3호, 제94조제1호부터 제5호까지 또는 제18호 및 제95조제1호의 죄를 범할 목적으로 예비하거나 또는 음모한 사람과 미수범은 각각 해당하는 본죄에 준하여 처벌한다.

② 제1항에 따른 행위를 교사하거나 방조한 사람은 정범(正犯)에 준하여 처벌한다.

다. 예비·음모

1) 의의

‘예비’란 특정 범죄를 실현할 목적으로 행하여지는 준비행위로서 아직 실행에 착수하지 않은 일체의 행위를 말하고, ‘음모’는 예비에 선행하는 범죄 발전 단계에 해당하는 것을 말하는데, 우리나라 법제상 예비·음모를 구별하여 규정하기 보다는 병렬적으로 규정하고 있으므로 이를 구별할 실익은 크지 않다.

2) 규정 방식

예비·음모는 원칙적으로 처벌되지 않고 예외적으로 특별한 규정이 있으면 처벌된다. 미수와 달리 감경 규정이 없으므로 예비·음모를 벌하려면 처벌 규정과 형량을 따로 규정해야 한다. 예비·음모는 실행의 착수에 나아가지 않은 행위이므로 기수의 형보다 가볍게 정하는 것이 일반적이다. 그러나 미수범의 경우처럼 기수범과 동일한 형에 처한다는 방식의 특별 규정을 둘 수도 있다.⁵⁷⁰⁾

[입법례]

부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률

제18조(벌칙) ① 영업비밀을 외국에서 사용하거나 외국에서 사용될 것임을 알면서도 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 15년 이하의 징역 또는 15억원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 벌금형에 처하는 경우 위반행위로 인한 재산상 이득액의 10배에 해당하는 금액이 15억원을 초과하면 그 재산상 이득액의 2배 이상 10배 이하의 벌금에 처한다.

1. ~ 3. (생략)

② 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 10년 이하의 징역 또는 5억원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 벌금형에 처하는 경우 위반행위로 인한 재산상 이득액의 10배에 해당하는 금액이 5억원을 초과하면 그 재산상 이득액의 2배 이상 10배 이하의 벌금에 처한다.

③ ~ ⑥ (생략)

제18조의3(예비·음모) ① 제18조제1항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

② 제18조제2항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

570) 「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」 제477조제1항, 「출입국관리법」 제99조제1항

라. 교사·방조

1) 의의

‘교사범’이란 타인을 꾀어 범죄 실행의 결의를 생기게 하고 이러한 결의에 따라 범죄를 실행하게 하는 자를 말하고, ‘방조범’이란 타인의 범죄 실행을 용이하게 하는 자를 말한다.

2) 규정 방식

교사범의 처벌에 관해서는 「형법」 제31조⁵⁷¹⁾가 적용되므로 특별히 개별법에서 따로 규정하지 않는다. 그러나 형량을 본범(本犯)과 다르게 정하는 등 「형법」 규정과 내용을 다르게 하려고 할 경우에는 이를 규정한다.

원래 교사행위는 죄를 저지를 의사가 없는 남에게 범죄 실행의 결의를 가지게 하는 행위를 말하므로, 본범의 범죄 실행행위와 교사범의 처벌에는 밀접한 관련이 있다. 그러나 교사행위 자체에 큰 반사회성이 인정되어 교사받은 자가 행한 행위와 관계없이 이를 별도의 처벌 대상으로 하는 것이 적당한 경우로서 본범의 법정형과 다르게 규정하려면 독립한 범죄유형으로 해당 조문에서 명시한다.

방조행위에 「형법」 제32조⁵⁷²⁾가 적용되므로 방조행위도 교사행위와 같이 형량을 특별히 규정할 필요가 있을 때에만 규정한다. 또한, 방조범의 형량은 「형법」상 정범의 형량보다 필요적으로 가볍게 하는 점에 비추어 특별히 따로 규정하는 경우라도 이 점을 충분히 고려해야 한다.

571) 「형법」

- 제31조(교사범) ① 타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자는 죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌한다.
 ② 교사를 받은 자가 범죄의 실행을 승낙하고 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는 교사자와 피교사자를 음모 또는 예비에 준하여 처벌한다.
 ③ 교사를 받은 자가 범죄의 실행을 승낙하지 아니한 때에도 교사자에 대하여는 전항과 같다.

572) 「형법」

- 제32조(종범) ① 타인의 범죄를 방조한 자는 종범으로 처벌한다.
 ② 종범의 형은 정범의 형보다 감경한다.

[입법례]

장기등 이식에 관한 법률

제45조(벌칙) ① 제7조제1항제1호 또는 제3호를 위반하여 장기등을 주고 받거나 주고 받을 것을 약속하거나, 이를 교사·알선·방조하는 자 또는 같은 조 제3항을 위반하여 장기등을 적출하거나 이식한 자는 2년 이상의 유기징역에 처한다.

② 제7조제1항제2호를 위반하여 장기등을 주고 받거나 주고 받을 것을 약속하거나, 같은 조 제2항을 위반하여 같은 조 제1항제1호 및 제2호의 행위를 교사·알선·방조하는 자는 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다. 이 경우 징역과 벌금은 병과(併科)할 수 있다.

③·④ (생략)

관세법

제271조(미수범 등) ① 그 정황을 알면서 제269조 및 제270조에 따른 행위를 교사하거나 방조한 자는 정범(正犯)에 준하여 처벌한다.

②·③ (생략)

마. 형의 가중·감면

「형법」 총칙에서는 모든 범죄에 공통되는 일반적인 가중·감면 사유만을 규정하고 있으므로 특정한 범죄에만 적용되는 가중·감면 사유는 해당 법률에서 규정해야 한다.

개별법에서 「형법」상 임의적 형의 감경·면제 사유를 필요적 형의 감경·면제사유로 규정하거나, 역으로 「형법」상 필요적 감경·면제 사유를 임의적 감경·면제 사유로 규정하는 경우가 있다. 필요적 형의 감경·면제 사유를 규정하려는 경우에는 관련 법익에 대해 신중히 검토하여 필요한 경우에만 규정하도록 한다.

「형법」에서는 자백에 대해 일률적으로 형을 감경하는 규정을 두고 있지 않다. 그러나 행정법규의 목적 달성, 실체적 진실 발견, 공공복리 실현 등에 현저한 기여를 하는 자백의 경우에는 따로 자백에 대한 형의 감경 또는 면제 조항을 두되, 임의적 감면 형식으로 규정하도록 한다.

[입법례]

진실·화해를 위한 과거사정리 기본법

제46조(형의 감경 등) ① 이 법에 따라 선서한 증인 또는 감정인이 거짓의 증언 또는 감정을 하고 그 범죄가 발각되기 전에 자백한 때에는 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.
 ② 제1항의 자백은 위원회에서 진실규명사건에 대한 결정을 종료하기 전에 하여야 한다.

조세범이나 이에 준하는 재정범(관세사범 등)에서는 특히 벌금형에 관하여 「형법」 총칙에서 정하는 형사미성년자(「형법」 제9조)·심신장애인(「형법」 제10조)·청각 및 언어 장애인(「형법」 제11조) 등의 규정을 적용하지 않는다는 것을 규정한 것도 있다.

[입법례]

담배사업법

제31조(「형법」의 적용 제한) 이 법에서 정한 죄를 저지른 자에 대해서는 「형법」 제9조, 제10조 제2항, 제11조, 제16조, 제32조제2항, 제38조제1항제2호 중 벌금 경합에 관한 제한기준규정과 같은 법 제53조는 적용하지 아니한다. 다만, 징역형에 처할 경우 또는 징역형과 벌금형을 병과할 경우의 징역형에 대해서는 그러하지 아니하다.

바. 친고죄와 반의사불벌죄

1) 의의

‘고소’란 범죄의 피해자나 그와 일정한 관계가 있는 자가 수사기관에 대해 범죄사실을 신고하여 범인의 처벌을 구하는 의사표시를 말하며, ‘고발’이란 고소권자와 범인 외의 제3자가 수사기관에 범죄사실을 신고하여 형사처벌을 구하는 의사표시를 말한다. 고소·고발은 일반적으로 수사의 단서가 되지만, 모욕죄나 관세법 위반죄 등에서는 고소·고발이 소송조건(공소제기요건, 1심 공소유지요건)이 된다.⁵⁷³⁾

573) 고발이 소송조건인 범죄로는 「조세법 처벌법」 위반, 「관세법」 위반, 「출입국관리법」 위반, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 위반, 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 위반, 「물가안정에 관한 법률」 위반, 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」 위반 등이 있다.

‘반의사불벌죄’란 피해자의 명시한 의사를 거스르며 수사를 개시하거나 공소를 제기할 수 없는 범죄를 말하며 피해자의 의사표시는 소극적인 소송조건이다.

2) 규정 방식

친고죄의 규정 방식은 “...의 죄는 고소(고발)가 있어야 공소를 제기할 수 있다”라는 형식⁵⁷⁴)을 취하여 고소(고발)를 공소제기의 필요조건으로 규정한다.

친고죄는 범죄인 처벌보다 피해자의 명예를 보호하는 것이 필요한 경우나 친족 사이의 범죄나 사소한 범죄처럼 국가의 개입을 자제할 필요가 있는 경우 등에 도입되어 있다.

고소(고발)의 취소에 관하여 형사법에 대한 특례를 규정하려면 그 뜻과 취소의 허용 시기를 정한다.

반의사불벌죄를 구성할 때에는 일반적으로 “...의 죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다”는 형식을 취한다. 반의사불벌죄 규정은 주로 개인적 범익에 대한 비교적 중하지 않은 범죄에 규정하며, 국가적·사회적 범익침해에 해당하는 행정범의 경우 피해자의 처벌의사를 소추요건으로 규정하여 공소권을 제한하는 것은 신중해야 한다.

[입법례] 친고죄를 규정한 사례

발명진흥법

- 제58조(벌칙) ① 국내외에서 정당한 사유 없이 제55조의9제1항에 따른 비밀유지명령을 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.
- ② 제19조를 위반하여 부정한 이익을 얻거나 사용자등에 손해를 가할 목적으로 직무발명의 내용을 공개한 자에 대하여는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.
- ③ 제31조의7을 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.
- ④ 제1항 및 제2항의 죄는 비밀유지명령을 신청한 자 및 사용자등의 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.

574) 종전 입법례 중에는 “...의 죄는 고소(고발)가 있어야 논한다”는 표현을 사용한 사례도 있으나, 고소나 고발이 없더라도 수사는 진행할 수 있고, 고소나 고발은 공소제기 전까지 있으면 되므로 이러한 표현은 정확한 표현이 아니다.

[입법례] 반의사불벌죄를 규정한 사례

정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률

- 제70조(벌칙) ① 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.
- ② 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 거짓의 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.
- ③ 제1항과 제2항의 죄는 피해자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

교통사고처리 특례법

- 제3조(처벌의 특례) ① 차의 운전자가 교통사고로 인하여 「형법」 제268조의 죄를 범한 경우에는 5년 이하의 금고 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.
- ② 차의 교통으로 제1항의 죄 중 업무상과실치상죄(業務上過失致傷罪) 또는 중과실치상죄(重過失致傷罪)와 「도로교통법」 제151조의 죄를 범한 운전자에 대하여는 피해자의 명시적인 의사에 반하여 공소(公訴)를 제기할 수 없다. 다만, 차의 운전자가 제1항의 죄 중 업무상과실치상죄 또는 중과실치상죄를 범하고도 피해자를 구호(救護)하는 등 「도로교통법」 제54조제1항에 따른 조치를 하지 아니하고 도주하거나 피해자를 사고 장소로부터 옮겨 유기(遺棄)하고 도주한 경우, 같은 죄를 범하고 「도로교통법」 제44조제2항을 위반하여 음주측정 요구에 따르지 아니하거나(운전자가 채혈 측정을 요청하거나 동의한 경우는 제외한다), 「도로교통법」 제44조제5항을 위반하여 음주측정방해행위를 한 경우와 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로 인하여 같은 죄를 범한 경우에는 그러하지 아니하다.

1. ~ 12. (생략)

6. 「형법」의 적용 제한 규정

행정형벌을 모두 아우르는 통칙적인 규정은 아직 없다. 「형법」 총칙은 다른 법령에도 적용되지만 다른 법령에 특별한 규정이 있으면 적용되지 않는다(「형법」 제8조). 행정법의 다양성에 기인한 행정형벌의 성질과 위 「형법」 조항에 따라 「형법」의 적용을 제한하는 규정을 들 수 있으며, 해당 행정법의 목적의 범위에서 적용이 배제되는 「형법」 조항은 다양하다.

[입법례]

관세법

제278조(「형법」 적용의 일부 배제) 이 법에 따른 벌칙에 위반되는 행위를 한 자에게는 「형법」 제38조제1항제2호 중 벌금경합에 관한 제한가중규정을 적용하지 아니한다.

선박법

제39조(「형법」 공범례의 적용 배제) 제32조 및 제33조에서 정한 죄에 대하여는 「형법」 제30조부터 제32조까지의 규정을 적용하지 아니한다.

7. 양벌 규정

가. 양벌 규정의 필요성과 적용 대상 형벌

‘양벌 규정’은 어떤 범죄가 이루어진 경우에 행위자를 벌할 뿐만 아니라 그 행위자와 일정한 관계가 있는 타인(자연인 또는 법인)에 대해서도 형을 과하도록 정한 규정을 말한다. 양벌 규정은 벌칙규정에 행위자만을 처벌하는 것만으로는 형벌의 목적을 달성하기 어렵다는 전제에서 비롯한다.

어떤 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인·종업원이 위법행위를 한 경우 벌칙 규정을 적용받아 처벌되는 것은 실제 행위를 한 자이다. 이 경우 실제로 그 위반행위에 따라 이익 등을 얻고 있는 자는 그 법인 또는 사용주이므로 법인 또는 사용주가 이와 같은 위반행위를 방지하고 장래에 대한 예방 조치를 강구할 책임이 있다고 할 것이다. 이러한 이유에서 이러한 책임을 다하지 못한 법인 또는 사용주에 대해 형을 과하는 양벌 규정을 두게 된다.

양벌 규정에 따른 법인 또는 개인(사용주·고용주 등)에 대한 벌칙은 벌금형에만 한정되고, 징역이나 금고를 과하지는 않는다. 법인에는 징역형 등 자유형을 과하는 것이 불가능하고 자연인에게는 그것이 불가능한 것은 아니지만 법인과 의 형평성도 고려할 필요가 있기 때문이다.

한편 국가 또는 지방자치단체도 법인이기는 하나 국가는 형벌권의 주체이지 객체는 될 수 없으므로 국가와 국가의 기관위임사무를 수행하는 지방자치단체는 양벌 규정에 의한 처벌 대상이 아니라는 것이 판례의 입장이다.⁵⁷⁵⁾

575) 헌법 제117조, 「지방자치법」 제3조 제1항, 제9조, 제93조, 「도로법」 제54조, 제83조, 제86조의 각 규정을 종합하여 보면, 국가가 본래 그의 사무의 일부를 지방자치단체의 장에게 위임하여 그 사무를 처리하게 하는 기관위임사무의 경우에는 지방자치단체는 국가기관의 일부로 볼 수 있는 것이지만, 지방자치단체가 그 고유의 자치사무를 처리하는 경우에는 지방자치단체는 국가기관의 일부가 아니라 국가기관과는 별도의 독립한 공법인이므로, 지방자치단체 소속 공무원이 지방자치단체 고유의 자치사무를 수행하던 중 「도로법」 제81조 내지 제85조의 규정에 의한 위반행위를 한 경우에는 지방자치단체는 「도로법」 제86조의 양벌규정에 따라 처벌대상이 되는 법인에 해당한다(대법원 2005. 11. 10. 선고 2004도2657 판결).

나. 양벌 규정의 규정 방식

1) 일반적인 양벌 규정의 규정 방식

종전에는 법인이나 사용인의 양벌 규정을 규정하면서 영업주에 대한 면책 가능성에 관한 규정을 두지 않는 경우가 많았다.

[종전 규정 방식]

제○조(양벌규정) ① 법인의 대표자, 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인의 업무에 관해 제○조부터 제○조까지의 규정에 따른 위반행위를 하면 그 행위자를 벌할 뿐만 아니라 그 법인에도 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다.

② 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 개인의 업무에 관해 제○조부터 제○조까지의 규정에 따른 위반행위를 하면 그 행위자를 벌할 뿐만 아니라 그 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과한다.

그러나 종업원의 업무상 위반행위에 대해 개인인 영업주를 자유형과 벌금형에 처하는 「보건범죄단속에 관한 특별조치법」상의 양벌 규정에 대해 헌법재판소에서 개인인 영업주에 대한 면책 가능성에 관한 규정을 두지 않은 양벌 규정은 책임주의 위반이라는 이유로 위헌 결정⁵⁷⁶⁾함에 따라, 양벌 규정 단서에서 면책 규정을 두는 것을 원칙적 규정 방식으로 하고 있다.

양벌 규정을 규정하면서 종전에는 법인에 대한 양벌 규정과 개인에 대한 규정을 항을 나누어 각각 규정했으나, 이 경우 각 항에 선임과 감독에 대한 주의의무를 다한 경우에 처벌되지 않는 면책 규정을 각각 두게 된다. 유사한 표현을 두 항으로 나누어 규정하는 것이 입법경제상 비효율적이므로 법인·개인을 묶어 양벌 규정 사항을 규정한다.

[입법례]

하천법

제97조(양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제93조부터 제96조까지의 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당 조의 벌금형을 과(科)한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 그 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.

576) 헌법재판소 2007. 11. 29. 선고 2005헌가10 결정

2) 양벌 규정의 적용 대상에 따른 규정 방식

가) 양벌 규정 적용 대상을 특수한 업무 주체로 하는 경우

[입법례]

건축사법
제40조(양벌규정) 건축사사무소개설자의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 건축사사무소개설자의 업무에 관하여 제39조, 제39조의2 또는 제39조의3의 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 건축사사무소개설자에게도 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다. 다만, 건축사사무소개설자가 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

나) 양벌 규정 적용 대상에 법인격 없는 단체를 포함하는 경우

양벌 규정의 적용 대상에 법인격 없는 단체를 포함하려는 경우에는 대법원 판례상 양벌 규정에 규정된 “법인”에 법인격 없는 사단이 포함되지 않으므로(대법원 1995. 7. 28. 94도 3325 판결) 행정 목적상 이를 처벌하기 위해서는 조문 본문에 별도로 법인격 없는 단체를 포함해 규정해야 한다.

[입법례]

자격기본법
제42조(양벌규정) 법인 또는 단체의 대표자나 법인·단체 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인·단체 또는 개인의 업무에 관하여 제39조, 제40조(제5호는 제외한다) 또는 제41조의 어느 하나의 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인·단체 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다. 다만, 법인·단체 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

3) 양벌 규정의 적용 형벌에 따른 규정 방식

가) 벌금형만 규정하는 경우

[입법례]

가축전염병 예방법

제59조(양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제56조부터 제58조까지의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

나) 벌금 또는 과료의 형을 규정하는 경우

[입법례]

도로교통법

제159조(양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제148조, 제148조의2, 제149조부터 제157조까지의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금 또는 과료의 형을 과(科)한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

다) 개별적으로 벌금형을 규정하는 경우

양벌 규정에서 별도의 벌금형을 규정하는 경우는 범죄(위반)행위자에 대한 벌칙이 자유 형만으로 규정되어 있어 이 규정을 법인에 적용하는 것은 곤란하므로 양벌 규정의 입법 목적에 맞게 개별적으로 벌금형을 규정하기 위함이다.

[입법례]

아동·청소년의 성보호에 관한 법률

제32조(양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제14조제3항, 제15조제2항·제3항 또는 제31조제3항의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과(科)하고, 제11조제1항부터 제6항까지, 제12조, 제14조제1항·제2항·제4항 또는 제15조제1항의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인을 5천만원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

라) 법인에 대한 벌금형을 개인과 달리하는 경우

법인에 대해서는 개인에 대한 벌금형보다 더 가중하여 규정하는 경우도 있다.

[입법례]

디자인보호법

제220조(침해죄) ① 디자인권 또는 전용실시권을 침해한 자는 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.

② (생략)

제222조(허위표시의 죄) 제215조를 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

제223조(거짓행위의 죄) 거짓이나 그 밖의 부정한 행위로써 디자인등록 또는 심결을 받은 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

제227조(양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제220조제1항, 제222조 또는 제223조의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인에게는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 벌금형을, 그 개인에게는 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 제220조제1항의 경우: 3억원 이하의 벌금
2. 제222조 또는 제223조의 경우: 6천만원 이하의 벌금

8. 행정질서벌(과태료)

가. 행정형벌과의 차이

행정질서벌인 과태료는 행정법규 위반의 정도가 비교적 경미하여 간접적으로 행정 목적 달성에 장애를 줄 위험성이 있는 정도의 단순한 의무태만에 대해 과하는 일종의 금전벌이다.⁵⁷⁷⁾

행정형벌은 직접적으로 행정 목적이나 사회법익을 침해하는 경우에 과한다는 점에서 과태료와 차이가 있다. 과태료는 형벌이 아니므로 「형법」 총칙의 규정이 자동적으로 적용되지는 않는다. 또한 과태료를 부과 받더라도 전과로 되지 않으며 다른 형벌과 누범관계가 생기지 않는다.

나. 「질서위반행위규제법」의 제정·시행

「질서위반행위규제법」의 시행(법률 제8725호, 2007. 12. 21. 제정, 2008. 6. 22. 시행)⁵⁷⁸⁾ 전에는 과태료의 부과와 징수에 관한 일반법이 없어 개별법에 별도의 규정을 두지

577) 대법원 1969. 7. 29. 선고 69마400

578) 「질서위반행위규제법」의 주요 내용

1. 과태료에 관한 일반원칙, 부과, 불복, 집행 절차 등을 규정하는 일반법
 - 법률상의 의무를 위반하여 과태료를 부과하는 행위(대통령령으로 정하는 사법상·소송상 의무 위반에 따른 과태료 및 대통령령으로 정하는 법률에 따른 징계에 대한 과태료는 제외)를 ‘질서위반 행위’로 정의(제2조)
 - 과태료의 부과·징수, 재판 및 집행 등의 절차에 관한 다른 법률의 규정 중 같은 법의 규정에 저촉되는 것은 같은 법으로 정하는 바에 따르도록 함(제5조).
2. 질서위반행위의 성립 요건
 - 고의·과실을 질서위반행위의 성립 요건으로 규정(제7조)
 - 위법성 착오에 정당한 이유가 있는 경우, 14세 미만자 또는 심신장애인의 질서위반행위는 면책 또는 감경(제8조부터 제10조까지)
 - 확정된 과태료의 소멸시효를 5년으로 규정(제15조)
3. 과태료 부과·징수 절차
 - 과태료 부과 시 사전 통지 및 10일 이상 의견 제출 기회 부여(제16조)
 - 과태료 부과와 제척기간: 질서위반행위가 종료한 날부터 5년(제19조)
 - 당사자가 60일 이내에 이의를 제기하고 행정청이 이를 법원에 통보하면 과태료 재판이 진행되고, 그 재판절차에 관하여 상세히 규정되어 있으며, 「비송사건절차법」은 일부 규정(관할, 비용, 대리 등)만이 준용되고 있음(제4장)
 - 행정청은 법원의 요구가 있거나 법원의 허가를 받으면 재판에 참여 가능(제32조)

않는 경우에 형사미성년이나 심신상실 규정이 적용되는지, 시효로 소멸되는지, 가산금을 부과할 수 있는지 등이 불분명하여 해석상 논란이 되어 왔다.

「질서위반행위규제법」에서는 과태료의 부과·불복·집행 절차와 귀책사유, 소멸시효, 과태료의 실효성 제고 수단(가산금, 증가산금) 등을 규정하여 과태료의 부과와 징수 절차를 명확히 하고 있다.

다. 처분 대상 위반행위

1) 일반 유형

행정 목적 달성에 지장이 적은 경미한 의무위반행위에 대해서는 지나친 형사처벌을 억제하여 다수 국민이 전과자가 되는 것을 막고, 동일하거나 유사한 의무위반행위에 대한 벌칙의 불균형을 해소하기 위해 행정 목적 달성에 지장이 적은 것으로 보이는 다음과 같은 유형의 의무위반에 대해서는 가능하면 과태료를 부과하도록 한다.

- ① (인허가 등) 특정 영업이나 행위에 필요한 행정청의 인허가, 승인, 지정, 등록 등에 관한 의무 위반행위
- ② (신고) 특정 영업이나 행위를 하기 위해 법령에 따라 행정청에 문서로 제출해야 하는 의무를 위반하는 행위(영업 개시신고, 변경신고, 승계신고, 휴·폐업신고, 행위신고)
- ③ (보고) 법령의 적용을 받는 개인, 법인이나 행정기관의 위임이나 위탁을 받은 단체 등이 특정한 사항의 보고의무나 자료제출 의무를 불이행하는 행위(특정 사실의 발생을 행정청에 통지, 통보, 신고할 의무 불이행, 법령에 따른 보고나 자료제출 의무 불이행 허가증·요금표 등 표지물의 게시 위반 등)
- ④ (행정상 명령) 행정청이 특정인에게 부과하는 일정한 법률상의 작위, 부작위 또는 수인(受忍) 의무 등을 불이행하는 행위(이행명령, 개선명령, 시정명령, 조치명령, 보완명령)

- 과태료 재판은 검사의 명령으로 집행하되 그 집행을 행정청에 위탁할 수 있고, 지방자치단체의 장이 위탁받는 경우에는 집행한 과태료를 지방자치단체의 수입이 되도록 함(제42조, 제43조).

4. 과태료의 실효성 제고

- 당사자가 과태료를 자진 납부 시 감경(제18조)
- 행정청에 질서위반행위에 대한 조사권과 공공기관 등에 대한 자료제공요청권 부여(제22조, 제23조)
- 과태료 체납 시 불이익: 가산금 부과, 관허사업 제한, 고액·상습체납자의 경우 신용정보기관에 관련 정보 제공, 30일의 범위 내에서의 감치(제24조, 제52조부터 제54조까지)

- ⑤ (조사) 행정 목적을 달성하기 위해 행정기관의 직원이 그 감독을 받는 사업장, 공장, 창고 등에 출입하여 장부·서류를 조사하는 것 등을 기피하거나 방해하는 행위(조사의 방해·기피·회피, 자료제출·설명·보고 명령(요구) 불응, 출석이나 진술·답변 요구 불응)
- ⑥ (계획) 업무수행을 위해 자체적으로 계획, 대책, 규정, 기준 등을 수립·작성하고 이를 보고할 의무를 이행하지 않거나 수립한 계획 등을 이행하지 않는 행위
- ⑦ (유사명칭) 법률상 특정 자격을 갖춘 자가 아님에도 해당 자격명칭을 사용하거나 법률에 따라 설립 또는 구성된 특정 기관의 명칭을 그 기관 외의 자가 사용하는 행위
- ⑧ (교육) 법률상 일정한 교육을 이수할 의무가 있는 사람이 불이행하거나 관리자 등이 교육대상자에 대해 교육을 시키지 않거나 교육 참가를 허용하지 않는 행위(보수교육, 연수교육, 안전교육, 위생교육)
- ⑨ (강제보험) 의무보험에 가입할 의무를 이행하지 않는 경우, 보험자가 보험계약의 체결을 거부하거나 보험사고 시 보험금 지급을 거절하는 행위
- ⑩ (게시) 법령에 따른 자격이 있음을 나타내는 증명서나 요금 등의 정보를 영업소, 사업장 등에 게시하지 않는 행위
- ⑪ (보존) 법령에 따라 기록·보존되어야 할 사항을 작성하지 않거나 보존하지 않는 행위와 장부를 비치하거나 열람에 제공하지 않는 행위
- ⑫ (통지) 특정 사실을 당사자 또는 이해관계인에게 통지, 통보, 설명할 의무를 위반하거나 일반인이 알 수 있도록 외부에 공지·공시할 의무를 위반하는 행위
- ⑬ (인력배치) 업무상 특정 인력을 배치하도록 규정하고 있음에도 해당 인력을 선임, 지정, 배치하지 않는 행위
- ⑭ (인증) 사용이나 판매를 위해 사전에 검정이나 인증을 받아야 할 의무를 이행하지 않는 행위로서 그 대상의 특성에 따라 형식승인, 검정, 형식검정, 형식등록 등 다양한 명칭으로 표현됨
- ⑮ (검사) 안전 등을 위해 정기적으로 또는 필요 시 받아야 하는 검사나 점검을 받지 않는 행위
- ⑯ (표시) 상품이나 서비스 제공 수단에 법령에서 정한 특정사항을 표시하지 않거나 표시 방법을 위반하는 행위
- ⑰ (토지출입) 행정청이나 사업시행자 등 권한 있는 자가 공사, 조사, 측량 등을 위하여 타인의 토지에 출입하는 것을 거부·방해·기피하는 행위나 공무원 등이 토지 출입 시에 지켜야 할 의무를 위반하는 행위
- ⑱ (기타) 준수사항 위반, 겸직금지 등

2) 과태료 처분 대상의 예외

위 유형에 속하더라도 다음 사항은 형사별로 처벌하도록 한다.

- 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 목적 자체를 침해하는 사항(신고영업의 경우 영업신고 등)
- ⑤ 그 밖에 제도의 목적 달성을 위해 반드시 형벌로 처벌해야 할 사항 등

라. 과태료 상한액

법률에서 과태료 상한액을 정할 때에는 동일 유형의 과태료 상한액 입법례, 위반행위의 내용(보호가치 등), 위반의 양태(부정한 방법 사용 여부 등), 해당 분야의 특성(영업의 종류 및 규모 등), 행위주체(대기업 등), 그 밖의 정책적 요소 등을 종합적으로 고려하여 적절한 상한액을 정하여야 한다.⁵⁷⁹⁾⁵⁸⁰⁾

과태료 상한액이 높고 과태료 대상 행위가 다양한 경우에는 단일한 과태료 상한액을 규정하는 것보다는 과태료 상한액을 세분화하는 방안을 고려할 필요가 있다.

더불어, 벌금을 과태료로 전환할 때에는 특별한 사정이 없으면 동일 금액으로 전환되도록 하여야 할 것이다.

579) 「과태료 금액지침」(2019. 2.)상 과태료 상한은 원칙적으로 1천만원 이하에서 설정하되, 그보다 높게 설정할 필요가 있는 경우에도 가급적 3천만원 이하에서 설정하도록 한다.

580) 「과태료 금액지침」(2019. 2.)상 행위유형별 최빈금액 및 중위금액 (단위 : 만원)

행위유형	인허가	신고	보고	명령	조사	계획	유사명칭	교육	강제보험
최빈값	5백	5백	5백	1천	5백	1천	5백	1백	3백
중앙값	5백	3백	5백	5백	5백	1천	3백	3백	5백
행위유형	게시	보존	통지	인력배치	인증	검사	표시	토지출입	전체
최빈값	3백	5백	5백	5백	5백	5백	5백	2백	5백
중앙값	3백	5백	5백	5백	5백	5백	5백	3백	5백

마. 과태료의 부과·징수 절차

1) 종전의 규정 방식

「질서위반행위규제법」이 시행되기 전에는 개별 법률에 과태료에 관한 규정에 i) 과태료의 부과근거, ii) 부과징수 절차의 위임, iii) 불복절차 및 iv) 강제징수 등 과태료의 부과·징수 절차를 두는 경우가 많았다.

2) 「질서위반행위규제법」 시행 이후 규정 방식

「질서위반행위규제법」 제5조에서는 과태료의 부과·징수, 재판 및 집행 등의 절차에 관한 다른 법률의 규정 중 같은 법의 규정에 저촉되는 것은 같은 법으로 정하는 바에 따르도록 하고 있으므로, 개별 법률에서 이러한 사항들을 두는 것은 불필요하게 되었고, 현행법에 규정되어 있는 이런 규정은 해석상 혼란을 줄 수 있으므로 삭제하도록 한다.

따라서 과태료 규정에서는 부과절차·징수에 관한 규정은 생략하고 부과요건과 부과권자 등에 관한 규정만 둔다. 이 경우 부과절차 등을 「질서위반행위규제법」에 따른다는 별도의 규정을 두지는 않는다. 법률의 과태료 규정이 이런 방식으로 정비되어 있지 않은 경우에도 시행령상의 종전 규정 방식은 먼저 정비하도록 한다.

입법 모델

【법률】

제○조(과태료) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 300만원 이하의 과태료를 부과한다.

1. 제○조를 위반하여 신고를 하지 아니하거나 거짓으로 신고한 자
 2. 제○조를 위반하여 ○○○○사임을 표시하거나 유사한 용어를 사용한 자
- ② 제1항에 따른 과태료는 대통령령으로 정하는 바에 따라 ○○○○장관이 부과·징수한다.

입법례 중 과태료의 부과기준을 규정할 만한 사항이 없는 경우에도 위 입법 모델 제2항과 같은 내용을 규정하여 하위법령 입안 시에 어려움을 겪는 경우가 종종 있다. 따라서 과태료의 부과기준 등 대통령령으로 정할 사항이 있는 경우에만 입법 모델 제2항과 같은 내용을 규정한다.

입법 모델 제2항과 같은 규정을 두지 않는 경우에는 제1항에서 과태료 부과권자를 명시해야 할 것이다.⁵⁸¹⁾ 또한 대통령령으로 정할 사항이 과태료의 부과기준만인 경우라면 입법 모델 중 제2항을 “제1항에 따른 과태료의 부과기준에 대해서는 대통령령으로 정한다”라고 규정할 수도 있다. 이 경우에도 제1항에서 과태료 부과권자를 명시해야 한다.

한편 법률에서 동일한 과태료 금액에 대해 다수의 과태료 부과 대상자를 규정하면서, 그에 따른 과태료 부과권자가 각각 다른 행정기관인 경우에 대다수의 입법례는 과태료 부과권자를 병렬적으로 열거하고 있으나,⁵⁸²⁾⁵⁸³⁾ 위반행위별 과태료 부과권자를 적시한 입법례도 일부 있다. 후자의 경우 법률에서 규정한 것⁵⁸⁴⁾과 대통령령에서 규정한 것⁵⁸⁵⁾이 있다.

과태료 부과 요건인 의무의 내용을 규정한 개별 실체 규정에서 해당 의무와 관련된 행정 업무를 수행할 수 있는 권한자를 확인하여 과태료 부과권자를 특정할 수 있다면 굳이 법률 또는 대통령령에서 위반행위별로 과태료 부과권자를 적시할 필요성은 적을 것이다.

반면에, 법률 문언 표현상 과태료 부과권자를 규정한 조문만으로는 각 위반행위별 과태료 부과권자가 누구인지를 명확히 파악하기가 어려운 경우에는 과태료 부과권자를 적시하도록 한다. 이 경우 대통령령에서 규정하는 것은 하위법령에서 행정권한 관계를 창설하여 규정하는 것으로 보일 수 있고, 자칫 법률상 입법취지와 다르게 하위법령에서 행정권한 관계를 특정하여 규정하는 결과를 초래할 수 있으므로 법률에서 규정하는 것이 바람직하다.

[입법례] 법률에서 과태료 부과권자를 구분해 규정한 사례

국토의 계획 및 이용에 관한 법률
제144조(과태료) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 1천만원 이하의 과태료를 부과한다. 1. 제44조의3제2항에 따른 허가를 받지 아니하고 공동구를 점용하거나 사용한 자 2. 정당한 사유 없이 제130조제1항에 따른 행위를 방해하거나 거부한 자

581) ○○○장관은 ~~~한 자에게 000만원 이하의 과태료를 부과한다.
 582) 「가정폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제22조, 「건축 및 축산물 이력관리에 관한 법률」 제34조 등
 583) 「공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률」 제111조제2항에서는 같은 조 제1항에 따른 과태료는 대통령령으로 정하는 바에 따라 국토교통부장관, 해양수산부장관, 시·도지사 또는 지적소관청이 부과·징수한다고 규정하고 있을 뿐 각각의 위반행위별로 과태료 부과권자를 구분하여 명시하고 있지는 않으나, 이는 같은 조 제1항 각 호의 위반행위에 대한 과태료 부과·징수를 국토해양부장관, 해양수산부장관, 시·도지사 또는 지적소관청이 모두 할 수 있다는 것이 아니고, 이 중 행정권한이 있는 자가 해당 위반행위에 대해 과태료를 부과·징수할 수 있다고 보아야 한다(법제처 2020. 6. 3. 19-0666 해석례).
 584) 「골재채취법」 제52조, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제144조 등
 585) 「건축서비스산업 진흥법 시행령」 제26조, 「국민건강증진법 시행령」 제33조 등

3. 제130조제2항부터 제4항까지의 규정에 따른 허가 또는 동의를 받지 아니하고 같은 조 제1항에 따른 행위를 한 자
4. 제137조제1항에 따른 검사를 거부·방해하거나 기피한 자
 - ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 500만원 이하의 과태료를 부과한다.
 1. 제56조제4항 단서에 따른 신고를 하지 아니한 자
 2. 제137조제1항에 따른 보고 또는 자료 제출을 하지 아니하거나, 거짓된 보고 또는 자료 제출을 한 자
 - ③ 제1항과 제2항에 따른 과태료는 대통령령으로 정하는 바에 따라 다음 각 호의 자가 각각 부과·징수한다.
 1. 제1항제2호·제4호 및 제2항제2호의 경우: 국토교통부장관(제40조에 따른 수산자원보호구역의 경우 해양수산부장관을 말한다), 시·도지사, 시장 또는 군수
 2. 제1항제1호·제3호 및 제2항제1호의 경우: 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수

바. 과태료에 책임주의 원칙 도입

종래 판례⁵⁸⁶⁾는 과태료는 행정질서벌로 고의·과실을 요구하지 않았으나, 「질서위반행위규제법」의 시행에 따라 과태료 부과에도 고의·과실을 필요로 하는 책임주의 원칙이 적용된다.⁵⁸⁷⁾

개벌법에서 고의·과실이 없는 경우에도 과태료를 부과할 수 있는 예외 규정을 두는 경우를 상정해 볼 수 있으나, 책임주의를 도입한 「질서위반행위규제법」의 입법취지와 종전에도 의무 위반에 정당한 사유가 있는 경우 과태료 부과를 제한한 판례와의 저촉 가능성 등을 고려할 때 무과실 과태료 규정의 입법은 신중해야 한다.

586) 과태료와 같은 행정질서벌은 행정질서유지를 위한 의무의 위반이라는 객관적 사실에 대해 과하는 제재이므로 반드시 현실적인 행위자가 아니라도 법령상 책임자로 규정된 자에게 부과되고 원칙적으로 위반자의 고의·과실을 요하지 아니하나, 위반자가 그 의무를 알지 못하는 것이 무리가 아니었다고 할 수 있어 그것을 정당시킬 수 있는 사정이 있을 때 또는 그 의무의 이행을 그 당사자에게 기대하는 것이 무리라고 하는 사정이 있을 때 등 그 의무 해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있는 때에는 이를 부과할 수 없다(대법원 2000. 5. 26. 선고 98두5972 판결).

587) 「질서위반행위규제법」

제7조(고의 또는 과실) 고의 또는 과실이 없는 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다.

사. 과태료 부과기준의 규정 방식

1) 일반기준

과태료의 구체적 부과기준은 시행령에 주로 규정한다. 이 경우 과태료 가중·감경과 관련된 내용을 별표 대신 본문에서 규정한 입법례⁵⁸⁸⁾도 있으나, 과태료 관련 가중·감경 기준이 복잡한 경우에는 과태료 가중·감경 사유의 일반기준과 개별기준을 별표에서 적고 「질서위반행위규제법 시행령」 제2조의2에 따른 감액사유는 개별 법령에서 중복하여 규정할 필요가 없다.

입법 모델

[별표 ○]

과태료의 부과기준(제○조제○항 관련)

1. 일반기준

가. 부과권자는 다음의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제2호의 개별기준에 따른 과태료의 2분의 1 범위에서 그 금액을 줄여 부과할 수 있다. 다만, 과태료를 체납하고 있는 위반행위자에 대해서는 그렇지 않다.

- 1) 위반행위가 사소한 부주의나 오류로 인한 것으로 인정되는 경우
- 2) 위반행위자가 법 위반상태를 시정하거나 해소하기 위하여 노력한 사실이 인정되는 경우
- 3) 그 밖에 위반행위의 정도, 위반행위의 동기와 그 결과 등을 고려하여 과태료 금액을 줄일 필요가 있다고 인정되는 경우

나. 부과권자는 다음의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제2호의 개별기준에 따른 과태료의 2분의 1 범위에서 늘려 그 금액을 부과할 수 있다. 다만, 늘려 부과하는 경우에도 법 제□□조제△△항에 따른 과태료의 상한을 넘을 수 없다.

- 1) 위반의 내용·정도가 중대하여 소비자 등에게 미치는 피해가 크다고 인정되는 경우
- 2) 법 위반상태의 기간이 6개월 이상인 경우
- 3) 그 밖에 위반행위의 정도, 위반행위의 동기와 그 결과 등을 고려하여 과태료 금액을 늘릴 필요가 있다고 인정되는 경우

588) 「국가유신수리 등에 관한 법률 시행령」 제31조제2항, 「곤충산업의 육성 및 지원에 관한 법률 시행령」 제8조제2항 등

2. 개별기준

위반행위	근거 법조문	과태료
1. 법 제○조제●항을 위반하여 -----하는 경우	법 제□□조제△△항	3천만원
2. 사업자가 법 제○조제○항을 위반하여 -----하는 경우	법 제□□조제○○항	2천만원

2) 과태료 부과금액

대통령령에서 과태료 부과금액을 정할 때에는 법률에서 정한 과태료 상한액과 지나친 편차가 발생하지 않도록 하여야 한다.⁵⁸⁹⁾

또한, 법률에서 과태료 상한액을 복수로 구분 설정한 경우에는 법률적 판단을 존중하여 과태료 부과금액도 위반행위 간 순서를 유지할 필요가 있다.⁵⁹⁰⁾

아. 위반 횟수별 과태료 가중처분 규정 방식

위반 횟수별 과태료 가중처분 제도는 과태료를 받은 전력이 있음에도 불구하고 또다시 같은 위반행위를 한 자에 대해 그 위반 횟수에 따라 보다 무거운 제재를 가하려는 것으로, 종전 처분의 경고적 기능을 무시하고 같은 위반행위를 반복한 경우 보다 비난 가능성이 크다는 점을 근거로 한다.

다만, 「질서위반행위규제법」상 과태료는 1개의 의무위반행위에 1개의 과태료가 부과됨을 원칙으로 하므로, 위반 횟수별 과태료 가중처분을 규정하더라도 위반행위의 상태가 계속되는 경우에는 1회 위반에 따른 과태료 부과만 가능하다. 따라서 계속되는 위반행위에 대해서는 과태료 외에 다른 제재수단을 함께 두거나 위반 기간에 비례하여 과태료 금액 자체를 증액

589) 「과태료 금액지침」(2019. 2.)상 부과금액(위반 횟수별 가중처분의 경우 1차 위반 기준)은 법률상 과태료 상한액의 50% 이상에서 설정하며, 특별한 사유가 있는 경우에도 가급적 30% 이상에서 설정하도록 한다.

590) 법률에서 과태료 상한액이 a행위에 대해 1천만원 이하, b행위에 대해 5백만원 이하로 설정되었으나, 대통령령에서 과태료 부과금액이 a행위에 대해 50만원, b행위에 대해 3백만원으로 규정된 경우는 위반행위 간 순서가 유지되지 않은 경우이다.

하는 방식으로 규정하여 제재의 실효성이 확보되도록 할 필요가 있다.⁵⁹¹⁾

위반 횟수별 과태료 가중처분 제도를 규정할 때에는 위반 횟수, 가중처분의 기준이 되는 기간 과 가중처분이 적용되는 기간의 계산에 대해 명확히 규정하여 집행상 혼란이 없도록 해야 한다.

먼저, 위반 횟수는 3회 이상으로 규정하는 입법례가 많다. 다만, 가중 필요성이 높으면 위반 횟수를 줄일 수 있다.

다음으로, 가중처분의 기준이 되는 기간은 1년 또는 2년인 경우가 일반적이지만 반복 가능성이 높고, 가중 필요성이 높으면 3년 이상⁵⁹²⁾으로 설정할 수도 있는데, 비례의 원칙 등을 고려하여 지나치게 장기가 되지 않도록 주의한다.

마지막으로, 가중처분의 적용 대상이 되는 위반행위는 과태료 부과처분 후에 행해진 위반 행위만 해당한다는 것이 판례⁵⁹³⁾ 및 해석례⁵⁹⁴⁾의 확립된 견해이므로 가중처분의 적용 대상과 관련해서는 ‘과태료 부과처분 후 다시 같은 위반행위를 한 것’에 한정함을 명확히 하도록 한다.

가중처분이 적용되는 기간 계산에서 만료점을 설정할 때에 ① 위반행위일로 하는 경우, ② 적발일로 하는 경우, ③ 행정처분일로 하는 경우를 상정할 수 있으나, 행정처분일은 행정청의 자의적인 집행에 따라 가중처분 여부가 결정되는 문제가 있고, 위반행위일은 객관적인 기준이 될 수 있지만 그 위반행위에 대한 적발이 장기간 경과하여 이루어진 경우에도 가중처분을 해야 하는 불합리한 점이 있으므로, 적발일로 하는 것이 적절하다.

별도의 규정이 없다면 가중처분의 적용 차수를 계산할 때 가중처분 적용 기간에 부과된 처분의 차수를 기준으로 해야 하므로 이를 명확히 하기 위해 ‘가중된 부과처분을 하는 경우 가중처분의 적용 차수는 그 위반행위 전 부과처분 차수의 다음 차수로 한다’라고 규정한다.⁵⁹⁵⁾

591) 「산업융합 촉진법 시행령」 별표 6, 「자동차손해배상 보장법 시행령」 별표 5, 「재난 및 안전관리 기본법 시행령」 별표 5 등

592) 「학교급식법 시행령」 별표 등

593) ‘처분기준의 적용은 (중략) 행정처분일과 처분 후 재적발일을 기준으로 한다’에서 ‘재적발일’은 종전의 같은 위반행위에 대한 행정처분 후에 영업자가 같은 위반행위를 한 경우로 새김이 타당하다(대법원 2014. 6. 12. 선고 2014두2157 판결).

594) 가중된 행정처분을 부과하는 취지는 중전 행정처분의 경고적 기능을 무시하고 다시 위법한 행위를 하였다든 점에서 비난 가능성이 더 크기 때문이라고 할 것인바, (중략) 해당 위반행위는 그 처분일 이후에 발생한 것으로 한정함이 상당하다고 할 것이다(법제처 2013. 11. 13. 13-0381 해석례).

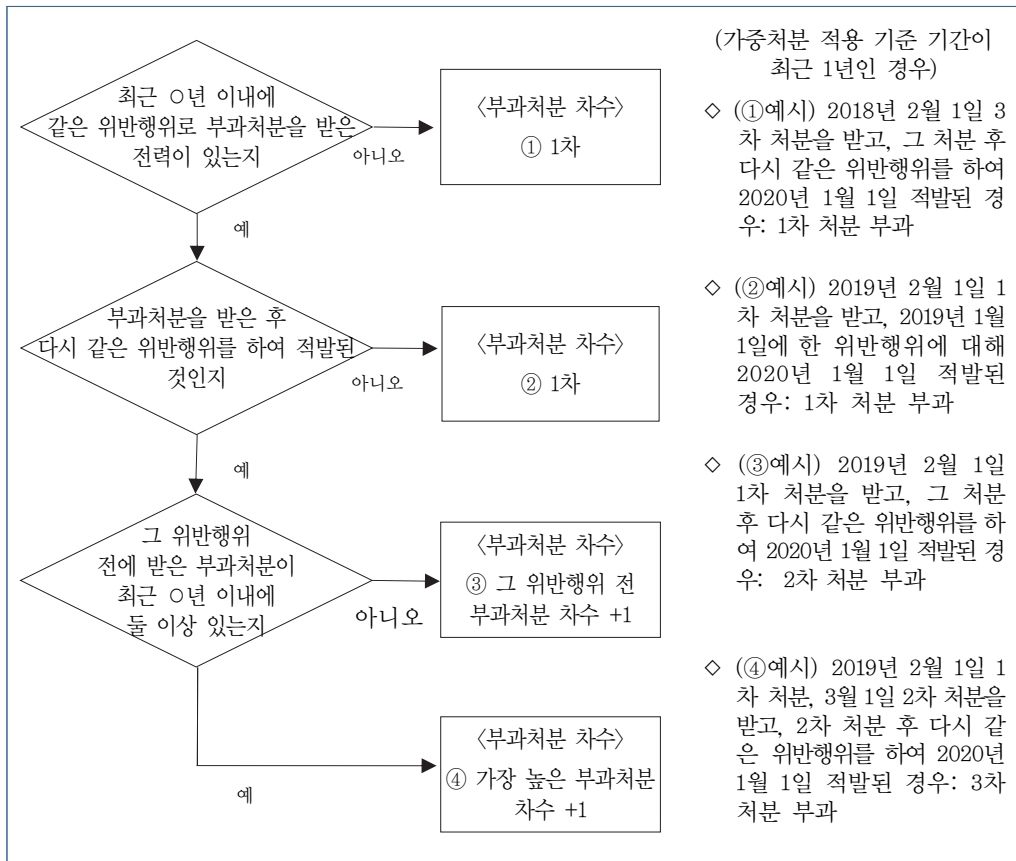
595) ‘최근에 행한 행정처분을 받은 후 1년 이내에 다시 개별기준 동일호 또는 동일목적 위반행위를 하여 행정처분을 행하는 경우’라 함은 그 문언상 하나의 위반행위가 있어 행정처분을 받고 그로부터 1년 이내에 다시 그와 같은 위반행위를 하는 경우 앞의 행정처분보다 가중된 처분을 하여야 한다는 뜻으로 보아야 할 것이지, 최근에 행한 행정처분을 받은 후 1년 이내에 해당 차수의 가중처분을 함에 있어서 요구되는 위반행위가 모두 발생할 것을 요하는 것으로 볼 것은 아니다(법제처 2005. 10. 5. 05-0039 해석례).

입법 모델

가. 위반행위의 횟수에 따른 과태료의 가중된 부과기준은 최근 ○년간 같은 위반행위로 과태료 부과처분을 받은 경우에 적용한다. 이 경우 기간의 계산은 위반행위에 대하여 과태료 부과처분을 받은 날과 그 처분 후 다시 같은 위반행위를 하여 적발된 날을 기준으로 한다.

나. 가목에 따라 가중된 부과처분을 하는 경우 가중처분의 적용 차수는 그 위반행위 전 부과처분 차수(가목에 따른 기간 내에 과태료 부과처분이 둘 이상 있었던 경우에는 높은 차수를 말한다)⁵⁹⁶의 다음 차수로 한다.

[가중처분 적용 순서도 및 예시]



596) 괄호의 규정은 2차 처분 후 그 전의 위반행위가 적발되어 1차 처분을 한 경우와 같이 가중처분 적용기간에 처분이 둘 이상인 경우 1차 처분이 최근의 처분이라도 가중처분 적용 기간 중의 처분 중 가장 높은 차수인 2차 처분의 다음 차수인 3차 처분을 해야 한다는 의미이다.