

행정집행법제의 개선방안 연구

- 새로운 행정상 실효성확보수단을 중심으로 -

The Study on the improvement of
Administrative Enforcement Laws

- focusing on the New Means for Effective
Enforcement of Public Administration -

연구자 : 김 치 환 (한국법제연구원 부연구위원)

2004. 11.

국 문 요약

행정은 공익을 실현하기 위하여 국민에 대하여 의무를 부과하거나 권리를 제한하는 경우가 많이 있다. 그리고 대부분의 경우에는 국민의 자발적인 이행에 의하여 행정은 순조롭게 그의 목적을 달성하는 것이 가능하게 된다. 그러나 때로는 국민의 불이행으로 인하여 행정목적의 실현이 방해되는 경우도 발생한다. 행정의 실효성확보수단이 필요한 것은 바로 이 때이다. 불이행이 있음에도 불구하고 이를 저지하고, 위반상태를 회복할 수 있는 아무런 힘이 행정에게 주어지지 않다면 행정은 실질적으로 그 역할을 다하지 못하게 될 것이기 때문이다.

이와 같은 행정의 실효성확보수단으로서 전통적으로 현재의 의무불이행 상태에 대하여 직접적으로 실력을 행사하여 장애에 있어서의 의무의 이행을 강제하는 행정강제와 과거의 의무위반에 대하여 일정한 제재를 가함으로써 행정법규위반에 대한 처벌을 의도하면서도 간접적으로 심리적 압박을 통하여 의무이행을 확보하게 하는 행정벌이 인식되어 왔다. 행정대집행, 행정상 강제징수, 집행벌, 과태료 등이 그 대표적인 예이다. 이에 대하여 오늘날에는 이들 전통적 실효성확보수단 외에 새로운 유형의 행정의 실효성확보수단들이 인식되고 있다. 그리고 그러한 수단들이 행정목적의 달성에 있어 오늘날 적지 않게 기여하고 있는 것으로 이해된다. 본 보고서는 이와 같이 그 중요성을 더해 가고 있는 새로운 행정의 실효성확보수단들에 대하여 그 의의와 특징, 현황을 살펴보고 법제상의 문제점과 개선방안을 연구하는 것을 목적으로 한다.

행정의 실효성확보는 행정이 그의 목적을 달성하기 위하여 주어지는 것으로 기본적으로는 행정목적의 실현에 중점이 두어진다. 그러나 그러한 실효성확보수단들은 상대방의 경제적 또는 정신적 고통을 필연적으로 수반하게 된다. 여기서 행정의 실효성의 확보와 상대방의 권리보호간의

조화가 요구되게 된다. 본 보고서는 현행법제의 분석과 개선방안을 탐구함에 있어 이와 같은 대립되는 두 가치의 조화를 줄곧 염두에 두고 진행한다.

※ 키워드 : 새로운 행정상실효성확보수단, 행정상 공표, 가산세, 가산금, 과징금, 공급거부

Abstract

Public Administration would often impose duties upon citizens or restrict their rights in order to achieve public end. And in most of them, public administration can attain its purpose through that citizens perform their duties voluntarily. But there happens where the attainment of public end would be disturbed by citizens' disobedience. This is the time when administrative compulsory means for effective enforcement be needed.

As such enforcement means of public administration, traditional enforcement ones have been known in general, for example, compulsory execution by public administration instead of offenders(administrative vicarious execution), compulsory tax collection, a fine for execution, a fine for default, and so on. But such new means for effective enforcement of public administration as administrative announcement, denial of public service and penalty surcharge are being recognized recently and are on the increase.

This study is to inquire into what the problems of the present enforcement laws system are and how they can be promoted, focusing on the new means for administrative enforcement. And I have had efforts to maintain the harmony of effective enforcement with private interests and rights which would be exposed to the infringement by compulsory enforcement all the time of this study.

※ **Key world** : the new means for effective enforcement of public administration, administrative announcement, an additional tax, an additional charge, penalty surcharge, denial of public service

목 차

국문 요약	3
Abstract	5
제 1 장 서 론	11
제 1 절 연구의 목적	11
제 2 절 연구의 범위	14
제 3 절 새로운 행정상 실효성확보수단의 종류와 의미	15
1. 현행법상 새로운 실효성확보수단의 종류	15
2. ‘새로운’ 실효성확보수단의 의미	17
제 2 장 공표제도의 문제점과 개선방안	21
제 1 절 연 혁	21
1. 등 장	21
2. 공표제도의 확대와 변천	21
제 2 절 기 능	23
1. 본래적 기능	23
2. 실효성 확보기능	25
3. 비용절감기능	27
제 3 절 법적 성질	27
제 4 절 공표의 유형 및 현황	29
1. 공표의 유형	29
2. 현행법상 공표제도의 현황	35
3. 일본과 독일의 경우의 공표제도의 현황	44
제 5 절 공표제도의 법적 쟁점과 개선방안	50
1. 공표의 실효성확보와 권리보호의 조화방안 - 일반론	50

1. 실효성확보를 강화하는 측면의 방안 검토	50
2. 권리보호를 강화하는 측면의 방안 검토	53
II. 공표의 실효성확보와 권익보호의 조화방안 - 개별론	63
1. 훈령과 공표	63
2. 청소년의성보호에관한법률과 공표	64
3. 하도급거래공정화에관한법률상의 공표	67
4. 해운법령상의 공표제도의 확대	68
5. 장애인고용촉진및직업재활법과 공표	70
제 3 장 금전적 실효성 확보수단의 개선방안	73
제 1 절 가산세, 가산금, 부당이득세 제도	73
I. 제도의 의의	73
1. 가산세	73
2. 가산금 및 증가산금	74
3. 부당이득세	75
II. 새로운 실효성확보수단으로서의 기능	76
III. 법적 성질	78
1. 가산세	78
2. 가산금, 증가산금	83
3. 부당이득세	85
IV. 현행법상의 현황과 검토	86
1. 가산세의 도입례와 검토	86
2. 가산금과 증가산금의 도입례와 검토	94
3. 부당이득세의 도입례와 검토	117
V. 종합적인 문제점과 개선방안	118
1. “산출세액이 없는 경우에도 가산세를 징수한다”의 의미와 문제점	118
2. 징수금액의 다과의 문제	121

3. 국세징수법연동형 요율제의 확대	122
4. 수권규정의 정비	123
5. 징수요율의 주기적인 타당성검토제도	125
6. 유인제도의 도입	126
7. 절차적 권리보호	128
8. 부당이득세의 존치여부	129
제 2 절 과징금제도	131
1. 새로운 실효성확보수단으로서의 제도의의	131
2. 새로운 실효성확보수단으로서의 과징금의 가부	132
3. 과징금제도의 고려사항	135
4. 과징금제도의 과오와 향후전망	137
제 4 장 비금전적 실효성확보수단의 개선방안	139
제 1 절 새로운 실효성확보수단으로서의 기능	140
제 2 절 비금전적 실효성확보수단의 현황	141
1. 수익적 행정행위의 정지와 철회	141
2. 공급거부	145
3. 차량 등의 사용금지	148
제 3 절 비금전적 실효성확보수단의 개선방안	149
1. 비금전적 실효성확보수단의 난점	149
2. 비금전적 실효성확보수단의 활용도	151
3. 비금전적 실효성확보수단의 개선방안	152
제 5 장 결 론	155
참 고 문 헌	159

제 1 장 서 론

제 1 절 연구의 목적

행정목적은 달성되지 않으면 아니된다. 행정의 목적이 일반 사인에 의하여 임의로 거부될 수 있고 그로 인하여 행정이 당초의 목적을 달성할 수 없게 되는데 대하여 아무런 법적 장치도 마련되어 있지 않다고 한다면 그러한 행정은 더 이상 행정이라고 보기 어렵다. 왜냐하면 행정은 국가목적 내지 공익을 실현하기 위하여 존재하는 것이기 때문이다.¹⁾ 행정의 존재의의는 공익의 추구하고 함께 공익의 실현까지 보장할 때에 비로소 확인된다고 할 수 있다.

행정행위에 대하여 일반 사인의 행위의 경우와 달리 공정력을 비롯하여 구속력과 존속력 등이 인정되어 왔던 것은 행정목적의 달성과 무관하지 않다. 행정행위의 존속을 보장하고 그것에 따르지 않으면 아니된다고 하는 힘을 행정행위에 부여함으로써 행정목적의 실현이 가능할 수 있게 되기 때문이다. 이런 의미에서 보면 행정행위에 대하여 인정되고 있는 이들 여러 가지 효력들은 행정의 실효성을 확보함에 있어서 일정한 기여를 하고 있음을 부인할 수 없다. 이 때, 이들 행정행위에 대하여 부여되는 특별한 효력은 행정행위에 대하여 제도적으로 (또는 논리적으로) 강력한 힘을 부여함으로써 행정행위의 상대방으로 하여금 그것에 대항할 수 없도록 하는 사전적·예방적인 의미를 지니고 있다고 할 수 있다. 만일 행정의 상대방이 항상 행정주체의 행위에 대하여 협조적이고 그것에 대하여 절대적으로 복종한다면 행정행위에 대하여 위에서 열거한 여러 가지 특별한 힘을 부여하는 것만으로도 행정은 그 목적을 달성함에 아무런 어려움이 없을 것이다. 문제는 현실에 있어서 행정의 상대방은 언제나 행정주체에 대하여 순종적이지는 않다는 점에 있다. 여기에 제도적으

1) 주지하는 대로 행정의 개념에 대한 일반적인 정의는 이른바 양태설에 입각해 있다. 즉, “법 아래서 법의 규율을 받으면서 국가목적의 적극적인 실현을 위하여 행하여지는 전체로서 통일성을 가진 적극적·형성적 국가활동”이 행정이라 정의된다. 김동희, 행정법 I (제10판), 5면 이하; 박균성, 행정법강의(박영사, 2004), 3면.

로 또는 이론상으로 행정기관의 행위에 대하여 특별한 힘을 부여하는 것만으로는 행정목적의 궁극적인 달성이 담보될 수가 없으므로 별도의 법적 장치가 강구되지 않으면 안되게 된다. 그것이 이른바 행정의 실효성 확보수단이라고 하여 강학상 논의되는 문제인 것이다.

규범 내지 당위란 항상 그에 대한 위반에 노출되어 있는 존재와 같다고 생각된다. 행정행위에 대하여 인정되고 있는 공정력을 비롯한 상기의 여러 효력들도 그 실체는 행정행위에 주어지는 규범적 효력이 아닐까 생각된다. 다시 말하면 그 효력은 항상 사실상 침해될 수 있는 위험에 노출되어 있는 것이다. 행정의 실효성확보수단은 이러한 규범적 효력이 사실상 침해되었을 경우에 비로소 발동된다. 그런 점에서 실효성확보수단은 사후적인 성격을 지니며, 규범의 문제라기보다는 사실의 문제라는 특징을 지닌다고 할 수 있을 것이다.

또한 실효성확보수단은 행정행위에 의하여 상대방에게 부과된 의무를 이행하지 아니할 때, 다시 말해서 행정행위의 위반(행정행위의 효력에 대한 침해)이 발생한 경우 이외에도 발동되는 경우가 있음에 주의가 필요하다. 행정행위에 의하지 않고 행정법규 자체에서 수범자에게 의무를 부과하는 경우도 있기 때문이다. 이 경우에도 당해 행정법규의 입법목적을 달성할 것이 요구되므로 행정상의 의무위반자에 대한 실효성확보수단의 발동이 요구된다. 이 점에서 보면 사후적인 의미의 실효성확보수단은 사전적인 의미에서의 실효성확보기능을 수행하는 행정행위의 제반효력보다보다 광범위한 작용영역을 가지고 있다고 할 수 있을 것이다.

이상과 같은 행정의 실효성확보수단으로 전통적으로는 직접 의무위반자의 신체나 재산에 실력을 가하여 법에 합치하는 상태를 실현하고자 하는 방식이 주로 인식되어왔다. 행정대집행, 직접강제, 행정상 강제징수, 행정상 즉시강제²⁾ 등이 그러하다. 이 외에도 집행벌 내지 이행강제금이

2) 상대방의 의무불이행을 전제하지 아니하고 상대방의 신체나 재산에 대하여 직접 실력을 행사하여 행정상 필요한 상태를 실현한다고 하는 행정상 즉시강제도 '실효성확보'라고 하는 관점에서는 행정의 실효성확보수단의 하나로서 함께 논하는 것이 허용된다. 다만 실효성확보의 문제를 의무불이행을 전제로 하는 의무이행확보의 문제로 제한하여 보게 되면, 행정상 즉시강제는 행정의 실효성확보수단이라는 하지만 행정의 의무이행확보수단은 아니라고 하게 된다.

라 불리는 수단이 행정상 강제집행의 한 수단으로서 일반적으로 인식된다. 그러나 이것은 본래의 의무불이행에 대하여 또 하나의 의무(금전적 부담)를 부과하는 것이고 그 의무불이행(제2차적 의무불이행)에 대하여는 행정상 강제징수가 예비되어 있으므로 직접 의무불이행자의 신체나 재산에 실력을 가하는 형태의 실효성확보수단은 아니라는 점에 주의가 필요하다. 이러한 차이에 대하여 논자들은 ‘간접적’이란 표현을 사용하여 집행벌은 간접적인 의무이행수단이라 설명한다.³⁾

그런데 행정목적의 달성을 위한 수단에는 집행벌과 같이 간접적으로 의무의 이행을 꾀하는 수단이 적지 않다. 이들 수단은 대부분 의무자에게 심리적인 부담을 주거나 권유함으로써 의무자가 행정법규 위반상태를 스스로 시정하도록 유도한다. 위반사실의 공표제도, 공급거부, 관허사업의 제한이나 행정행위의 철회 등의 비금전적인 강제수단과 과징금, 가산금·증가산금, 가산세, 부당이득세 등의 금전적인 강제수단이 일반적으로 소개되고 있는 예이다. 이들 수단들은 상대방의 신체나 재산에 대하여 직접적인 실력을 행사하지 않으면서도 의무위반자 스스로의 개선노력을 통하여 행정목적의 달성할 수 있게 한다는 점에서 그 가치가 높이 평가되는 반면에 이들 수단 가운데에는 오히려 국민의 기본권을 크게 위협할

3) 이와 같이 보면 집행벌은 단순히 의무이행을 강제하기 위한 수단이라는 하더라도 의무이행을 확보하는 수단이라고 보기는 어렵지 않을까 생각된다. 왜냐하면 직접적인 의무이행확보수단은 상대방의 의사를 묻지 않고 실력에 의하여 법에 합치하는 상태를 실현하는 것이므로 이행의 문제가 남지 않음에 반하여 집행벌은 금전적인 의무를 부과하는 것이고 그것은 또 다른 이행의 문제를 발생시킬 뿐이기 때문이다. 집행벌을 부과함으로써 그 집행벌에 의하여 달성하고자 하는 본래의 의무에 대한 이행을 언제나 반드시 실현할 수 있는 것이 아니기 때문이다. 따라서 집행벌은 다른 의무이행확보수단과는 달리 의무이행을 ‘확보’하는 수단은 아니고, 의무이행을 보다 강력하게 촉구하는 ‘권고적·조성적·보조적’수단이라고 보아야 할 것으로 생각된다.(집행벌은 의무의 법정최고액의 제한이 있다고 하더라도 이행이 있을 때까지는 몇 번이고 부과할 수 있는 것이므로 매우 강력하다고 할 수 있다. 김동희, 앞의 책, 421면) 이러한 생각은 직접적으로 실효성을 확보하는, 다시 말하면 법에 합치하는 상황을 실력으로써 직접적으로 실현하는 경우 이외의 모든 실효성확보수단에까지 확대하는 것이 가능할 것이다. 부연하면 직접적인 실효성확보수단은 실효성확보를 보장하는 수단임에 반하여 간접적인 실효성확보수단은 실효성확보를 기대할 수 있는 수단에 불과하다고 할 수 있다. 전자의 경우에는 행정이 의도하는 대로 법에 합치하는 상태를 실현할 수 있지만, 후자의 경우에는 상대방의 대응여하 또는 상황의 변화에 따라서는 행정이 의도하는 대로 효과의 거둘 수 없는 상황도 발생할 수 있는 차이가 있다.

우려가 있고 남용되기 쉬운 수단도 있음이 지적되고 있다.⁴⁾ 여기서 본 연구는 전통적인 실효성확보수단 이외에 현행법에서 채택되고 있는 실효성확보수단의 현황과 문제점 및 개선방안에 관하여 검토하여 행정의 실효성확보와 국민의 기본권보호가 동시에 충족될 수 있는 실효성확보수단의 바람직한 모습을 정립하는 것을 목적으로 한다.

제 2 절 연구의 범위

앞서 언급된 전통적인 행정의 실효성확보수단들은 본고의 연구대상에 포함되지 않는다. 이하에서는 전통적인 실효성확보수단에 포함되지 아니 하면서 동일한 역할을 수행하고 있다고 인정되는 공표제도, 공급거부, 관허사업의 제한 내지 행정행위의 정지와 철회, 과징금, 가산금·중가산금, 가산세 그리고 부당이득세 등에 관하여 고찰한다. 다만 이들 가운데에서 과징금의 경우에는 이미 깊이 있는 선행연구들이 축적되어 있다고 생각되므로 선행연구를 정리하고 그와 다른 쟁점을 발견한 경우에 해당 쟁점을 논하는 정도로 고찰을 한정한다. 또한 공급거부와 관허사업의 제한 내지 행정행위의 정지와 철회에 대하여도 후술하는 바와 같이 최근에 실정법에 기초한 종합적인 분석보고서가 나와 있으므로 그와 중복되지 않는 한도에서 검토를 행한다.

연구범위와 관련하여 이른바 새로운 실효성확보수단들을 중심으로 고찰하고 있으므로 이는 본 연구의 대주제로 하고 있는 행정집행법제라는 개념과는 상치되는 것이 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있다. 행정의 집행이라는 표현은 행정이 의무위반자의 신체나 재산에 대하여 직접 실력을 행사하여 행정에 필요한 상태를 실현하는 경우로 일반적으로 이해되고 있기 때문이다. 따라서 의무자의 심리에 작용하여 그가 스스로 의무를 이행하도록 강제하는 방식의 새로운 실효성확보수단들은 ‘집행’이라는 개념과는 거리가 있다고 하는 지적을 이해할 수 있다. 독일이 우리의 전통적인 실효성확보수단에 해당하는 강제수단들을 한데 모아 규율하고 있는 단행법률을 행정집행법(Verwaltungsvollstreckungsgesetz)이라

4) 박균성, 앞의 책, 379면.

부르고 있는 점도 같은 맥락에서 이해할 수 있다. 그러나 행정집행의 의미를 “널리 행정의 실효성을 확보하기 위하여 행하는 행정의 활동”으로 넓게 이해하는 것도 전혀 불가능하지는 않을 것이다. 집행이란 본래 구체적으로 실현한다는 의미를 담고 있는데⁵⁾ 행정기관이 직접 실력을 행사하여 법에 합치하는 상태를 실현하지 않고 간접적으로만 의무자의 심리에 부담을 가하여 행정이 원하는 목적을 달성하고자 하는 것(즉, 새로운 의무이행확보수단을 활용하는 것)도 중국에는 행정의 목적을 구체적으로 실현하기 위한 것과 다르지 않다고 볼 수 있기 때문이다. 이러한 관점에서는 행정상의 강제집행이란 행정상의 실효성확보와 동일한 개념이라고도 볼 수 있을 것이다.⁶⁾ 행정집행의 의미를 가장 넓게 이해하고 새로운 의무이행(실효성)확보수단을 그 중의 하나로 위치 지워 고찰하는 이유는 종래의 전통적인 실효성확보수단으로서의 행정집행수단(좁은 의미에서의 행정집행의 개념)과 새로운 실효성확보수단이 행정목적의 달성이라는 공통의 목적 위에서 있는 것이라는 점을 확인한다는 점에서도 쉽게 배제하여서는 아니될 것이라 생각한다. 이 점을 유의하여 일반적인 행정집행의 의미에 지나치게 구애되지 아니하고 이하의 논의에 임할 필요가 있다.

제 3 절 새로운 행정상 실효성확보수단의 종류와 의미

1. 현행법상 새로운 실효성확보수단의 종류

이미 언급된 바와 같이 현행법상 새로운 실효성확보수단으로서는 공표제도를 비롯하여 공급거부, 관허사업의 제한, 수익적 행정행위의 철회, 차량

5) 집행의 사전적 의미는 “실제로 시행하는 것”, “법률·명령·재판·처분 등의 내용을 현실로 구체화하는 것” 등의 의미를 지니고 있다. 동아 새 국어사전; 법제처·한국법제연구원 공편, 증보판 법령용어사례집(하) 참조.

6) 참고로, 일본에서는 법집행시스템이라고 하는 관념을 제시하고 그 테두리 안에서 종래의 행정의 실효성확보에 관한 문제를 재검토하려는 시도가 일각에서 제기된 적이 있다. 그에 의하면, “법집행시스템”을 “사인에 의한 (행정)법위반을 시정하고, (행정)법목적에 적합한 상태를 실현하기 위한 법적 체제”로 정의하며 종래의 행정상 실효성 확보론을 포괄하는 보다 광범위한 개념으로 이해한다. 曾和俊文, “法執行システム論の變遷と行政法理論,” 公法研究 第65号(2003), 有斐閣, 216頁 이하 참조.

등의 사용금지, 과징금, 가산금·증가산금, 가산세 그리고 부당이득세 등을 들 수 있다. 이들 가운데 공표제도는 그 성질상 사안을 가리지 아니하고 널리 일반적으로 활용될 수 있는 것임에 반하여 가산세, 가산금 및 증가산금의 경우는 조세의 납부를 비롯한 일정한 공법상의 금전급부의무의 불이행을 발동요건으로 하여 그와 같은 금전급부의무의 이행을 마찬가지로 금전적 제재라는 방식을 통하여 달성하고자 하는 점에서 공통점을 지닌다. 이에 대하여 과징금은 공법상의 금전급부의무의 위반을 요건으로 하지 않고 널리 행정법상의 의무위반에 대하여 그 의무의 이행을 강제하기 위하여 발동되는 것이라는 점에서 가산세 및 가산금 등과 차이가 있다. 그러나 금전적 제재라고 하는 측면에서는 과징금은 가산세 및 가산금 등과 다르지 않다. 따라서 본고에서는 과징금을 금전적 실효성확보수단이라는 카테고리 하에 가산세 등과 같은 절에서 다루기로 한다.⁷⁾

이에 대하여 공급거부와 수익적 행정행위의 철회, 그리고 차량 등의 사용금지에는 비금전적 실효성확보수단으로 묶어서 검토하기로 한다.

공표제도도 성질상으로는 비금전적인 실효성확보수단이므로 체계상으로는 비금전적 실효성확보수단의 장에서 함께 검토하는 방법이 일관성이 있을 수 있다. 그러나 공표 이외에 본 보고서에서 다루는 비금전적인 실효성 확보수단들은 해당 장에서 보는 바와 같이 공통적으로 부당결부금지원칙과 관련한 중요한 법리적인 문제점을 안고 있는 것임에 반하여 공표에는 그와 같은 문제가 지적되는 일이 없다. 또한 공표 이외의 비금전적 실효성 확보수단들은 행정청의 어떠한 급부행위 또는 수익(授益)행위를 상대방의 의무이행의 대가 또는 의무이행을 조건으로 행하고 있는 공통된 성격⁸⁾을 가지지만 공표에는 일반적으로 그러한 대가관계를 발견할 수 없다. 이러한 점에서 공표제도와 그 밖의 비금전 실효성확보수단 간에는 큰 차이를 인정할 수 있고, 또한 행정의 거의 모든 영역에서 행사될 수 있는 적용범위의 광대함, 실제에 있어 많은 입법례가 있다는 점 등의 이유에서 공표제도를 다른 금전적 실효성확보수단과는 별도의 장으로 검토하고, 다용되고 있는 그의 중요성에 비추어 다른 것에 앞서 고찰한다.

7) 정하중, 행정법총론(제2판), 470면 이하도 같은 입장에서 서술하고 있다.

8) 이점은 부당결부금지의 원칙과 관련이 깊다.

2. '새로운' 실효성확보수단의 의미

연구의 주제로 삼고 있는 새로운 실효성확보수단이 행정의 실효성확보에 관한 모든 수단들 가운데 어떠한 의미를 지니고 있는가 하는 것이 우선 확인될 필요가 있다. 왜냐하면 새로운 실효성확보수단이라는 카테고리 자체가 어떤 이유에서 학계에서 등장하게 되었고 또 논의되게 되었는지 명확히 하는 것이 새로운 실효성확보수단에 대하여 고찰을 진행함에 있어서 하나의 논의기준을 제시해줄 수 있을 것이라 생각되기 때문이다. 여기에 대한 해답은 아마도 새로운 실효성확보수단의 수식어인 '새로운'이란 단어 속에 함축되어 있다고 생각된다. 그렇다면 '새로운'의 의미를 명확히 한 후에야 비로소 그 다음의 논의로 나아가는 것이 허용될 것이다.

결론부터 말한다면 새로운 실효성확보수단에서 말하는 '새로운'의 의미는 가장 최근에 등장하였다는 의미에서 사용되고 있는 것이 아닌 점에 주의가 필요하다. 왜냐하면 예를 들어 새로운 실효성확보수단의 하나로써 논의되고 있는 공표제도의 경우에 (i)헌법의 경우에는 1952년 7월에 개정된 대한민국헌법 제53조가 대통령과 부통령의 선거와 관련하여 “참의원의장은 즉시 각원의 재적의원 과반수가 출석한 공개된 양원합동회의에서 전항의 득표수를 계산하여 당선된 대통령과 부통령을 공표하여야 한다”고 한 것이 있는가 하면, (ii)1956년의 지방자치법 제144조가 지방자치단체의 장이 결산서를 정기의회에 제출하여 승인을 얻으면 즉시 그 요령을 공표할 것을 의무지운 것이 있다. (iii)명령의 경우에도 1958년에 제정된 무역법시행령 제8조는 보충공표라는 제하에 상공부장관은 무역계획 또는 그 변경된 사항에 관하여 필요하다고 인정할 때에는 그 세부적인 내용을 고시 또는 공고로써 공표한다고 규정하고 있었다. 좀더 거슬러 올라가면 대통령령인 1949년의 정부처무규정 제79조에도 “주무국에서 조사한 조사보고 및 통계 등으로서 공표할 것은 복잡한 것 및 따로 간행을 요하는 것을 제외하고는 이를 관보 또는 시정월보에 게재한다”고 하는 공표에 관한 언급을 하고 있다. 1961년의 수로업무법은 해군수로국장은 수로측량 또는 해상관측을 실시하여 성과를 얻었을 때에는 이

를 공표하여야 한다(제22조)고 하고, 1961년 12월 6일에 제정된 직업안정법(법률 제807호) 제22조는 비밀보장의 의무에 대하여 규정하면서 직업소개와 관련하여 업무상 지득한 근로자 등의 개인에 관한 비밀의 누설금지과 주무부장관의 지시가 있는 경우의 예외적인 공표허용에 관하여 규정하고 있었다. 또한 1962년에 처음 마련된 증권거래법은 증권거래소에 대하여 유가증권의 시세공표를 의무지우고 있었다(제89조).

이상에서 소개한 과거의 여러 법령에서 보듯이 공표제도는 해방 후 우리 법제에 있어서 결코 생소한 것이 아니었고, 어떤 의미에서는 매우 흔한 행정작용 중의 하나였다고도 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 공표제도에 대하여 ‘새로운’이라는 수식어를 붙여 실효성확보수단의 하나로 파악한 데에는 무엇을 알린다고 하는 공표의 본래의 기능과는 별도로 행정의 실효성을 확보함에 있어 공표가 일정한 역할을 수행하고 있다고 본격적으로 인식된 것이 비교적 최근의 일이었기 때문이라고 이해된다. 이와 같이 본래는 실효성확보를 위한 수단으로서의 의미를 지니지 못한 것이 그 본래적 목적과는 별도로 실효성확보수단으로서 기능하게 된 것은 공표외에도 이곳에서 검토하게 되는 새로운 실효성확보수단의 경우가 모두 그러하다. 예를 들어 가산세제도도 이미 1960년대 초반의 각종의 개별세법에 이미 규정되고 있었고, 가산금의 경우도 1952년의 국세징수법에 이미 등장하고 있었다(동법 제16조의2). 행정행위의 취소와 철회 등은 행정행위개념이 등장한 때부터 이미 존재하고 있었던 것이다.

그러므로 통상 인용하고 있는 ‘새로운’ 실효성확보수단이란 서두에서 언급하였듯이 단순히 ‘전통적인’ 실효성확보수단에 대응하는 의미에서 사용되고 있는 것에 불과하다. 다시 말하면 종래의 전통적인 실효성확보수단에서는 미처 깨닫지 못했으나 실질적으로 행정의 실효성을 확보하는데 상당한 기여를 하는 것으로 인정된 수단을 의미한다.

이상에서 볼 때, ‘새로운’의 의미는 “새로이 등장한”의 의미가 아니라 기존에 이미 존재하였지만 그 수단의 “가치가 새롭게 인식된” 의미로 이해되고 있다고 할 수 있을 것이다. 즉, 본래는 행정의 실효성확보의 목적을 지니지 않은 채 행정기관에 의하여 행사되어 오다가 후에 그것에 실효성을 보장하게 되는 기능이 추가로 발견되어 이후에는 실효성을 확보

하기 위한 수단으로서 행사되기도 한다는 의미를 지니고 있다. 이러한 점에서 새로운 실효성 확보수단은 그 수단의 본래적 기능이 쇠퇴하고 행정의 실효성을 보장하고자 하는 기능으로 전용되고 있는 것이라 할 수 있다.⁹⁾ 새로운 실효성 확보수단의 일부에 대하여 “수단의 전용에 의한 실효성확보문제”로 전제하고 논의를 전개하는 견해가 나타나게 되는 이유이다.¹⁰⁾

9) 이것은 동시에 새로운 실효성 확보수단이 주로 간접적인 강제수단으로서의 성격을 지니게 됨을 보여준다. 수단의 본래의 기능이 행정의 실효성확보에 있는 경우가 직접적인 강제수단인 것임에 반하여 본래의 기능과는 별도의 기능으로 법에 합치하는 상황을 실현하려고 하는 것이기 때문이다.

10) 藤田宙靖, 行政法 I (總論; 第4版), 青林書院, 2003, 276頁 이하 참조.

제 2 장 공표제도의 문제점과 개선방안

제 1 절 연 혁

1. 등 장

공표라는 표현은 1948년 7월 5일 제정된 해안경비법 제11조에서 처음 발견할 수 있다. 동조는 군법회의의 재량에 의하여 처벌하는 범죄로서 26개 항목을 열거하고 있는데 그 가운데 하나인 정치관여에 관한 항목에서 공표라는 문구가 등장한다. 즉, 정부에 대하여 정치에 관한 청원의 제출, 연설 또는 문서에 의한 자기의 정치적 의견공표 또는 정치에 관여하여 해안경비대내에 소요를 양성하거나 또는 차로 인하여 해안경비대의 명예를 손상하는 자(제23호)를 규정하고 있었다. 그러나 이 규정문언에서 알 수 있듯이 이곳에서의 정치적 의견공표는 행정이 행하는 작용이 아니므로 말할 것도 없이 제도로서의 행정상 공표는 아니다.

공표제도라 볼 수 있는 국가의 행위에 관하여는 1948년 10월 2일 법률제5호로 제정된 국회법 제47조에서 발견할 수 있다. 비밀회의의 기록은 국회의 결의로 공표하지 않을 수 있다고 한 것이 그러하다. 만일 공표제도를 행정부의 영역에서 운용되는 공표로만 이해한다면 국회의 결의에 의한 공표문제는 입법부의 영역에서 발생하는 공표이므로 논외로 할 수 있다. 그렇다면 앞서도 잠깐 소개된 1949년 7월 15일의 정부처무규정 제79조가 행정부의 영역에 있어서의 공표제도에 관하여 규정한 최초의 것이라고 할 수 있지 않을까 생각된다. 다만, 정부처무규정은 대통령훈령제1호이다. 따라서 법규적 성질을 가지지 않는 행정내부의 규칙에서 공표에 관하여 규정하였다. 다만 이 때의 공표는 후술하는 본래적 기능만을 지닌 공표라고 할 수 있을 것이다.

2. 공표제도의 확대와 변천

헌행법에 등장한 공표제도는 적어도 1960년대 중반까지는 국민투표법, 국회의원선거법, 대통령선거법 등 선거와 관련한 법률, 국회법, 정당

법 등 입법에 관한 법률 통계법, 가게조사규칙, 생산동태조사규칙 등 통계·조사에 관한 법령 그리고 법률이 아닌 시행령에서 공표에 관하여 명시하고 있는 경우 등이 다수를 차지하고 있었다. 그리고 공표의 주체가 행정주체이고 공표의 대상의 내용도 행정적 사항인 경우가 다수에 이르고 있었다. 이것은 공표가 주로 또는 오로지 행정 스스로의 편의 또는 행정 스스로의 필요를 위한 것이 아니었을까 생각된다. 그리고 그러한 행정의 편의나 필요는 대다수 국민의 이익으로 나타났다고 생각된다.¹¹⁾

또한 다수 발견되고 있는 시행령에서 규정하고 있는 공표는 그 수범자가 행정기관인 경우가 일반적이며, 공표의 대상도 행정기관이 보유하고 있는 정보, 또는 행정기관이 취득한 객관적인 정보(일반 사인의 이해관계에 관련된 주관적 정보가 아닌)를 공표하게 하는 경우가 대부분이었다. 이 경우에는 시행령에서 규정하고 있는 공표의 성질은 오로지 행정기관만을 기속할 뿐이며 그러한 공표의 결과 일반 국민이 얻게 되는 정보공유의 이익은 국가의 호혜에 의한 반사적 이익에 불과하지 않았을까 생각된다.¹²⁾ 물론 사회의 일반적인 질서유지가 질서행정의 한 분야로서 행정의 활동영역에 포함되고, 그러한 질서유지의 목적으로 사인에게 그의 인적·물적 정보에 대하여 공표하게 하는 것도 넓게 보면 행정의 필요에서 취하여지는 조치(규율)라고 생각할 수도 있겠지만, 이 경우에는 공표의 대상이 행정기관의 정보가 아니라 사인의 정보라는 점에서 커다란 차이점을 발견할 수 있을 것이다. 그러다가 보다 직접적으로 특정인에 대한 제재의 성격을 띠는 공표는 1966년에 제정된 중소기업기본법에서 발견할 수 있다. 동법 제17조는 과도경쟁의 방지라는 제하에 중소기업경영의 안정과 발전을 위하여 과도한 경쟁을 초래하는 사업에 대하여는 이를 공표하고 필요한 조치를 강구하도록 규정하고 있었다. 법은 ‘사업자’라고 하지는 않고 ‘사업’이라고만 하고 있으므로 특정의 정도가 다소 약하기는 하나 아마도 처음으로 단지 알리기 위한 목적이 아닌 제재 내

11) 다시 말하면 공표의 내용이 특정인이나 특정집단에 대한 침해적인 것이 아니라 거의 만인에게 이로운 내용이었다는 것이다.

12) 오늘날은 헌법상의 알권리가 구체적 권리로 인식되어 국민이 누리는 이익이 단순한 반사적 이익에 그치지 않는다는 박균성, 행정법론(상)(제3판), 449면 이하 참조.

지 특정한 행정목적의 달성하기 위한 수단의 성격을 지닌 공표가 법률에 규정된 예가 아닐까 생각된다.

현재 공표제도의 활용도가 가장 높은 분야는 아무래도 공정거래법의 영역이라 생각된다. 그러한 공정거래법에 있어서도 법이 처음 제정되던 때에는 공표제도가 법률에 도입되어 있지 아니하였다. 그러다가 1986년의 개정에서 공표제도가 시정조치의 한 수단으로 공정거래법에 비로소 등장하게 되었다.¹³⁾ 공정거래법의 전신이라 할 수 있는 물가안정및공정거래에관한법률(1975.12.31 제정 법률 제2798호)에서도, 또 그 이전의 물가안정에관한법률(1973.3.12 제정 법률 제2599호)이나 물가조절에관한임시조치법(1961.11.9 제정 법률 제770호)에서도 도입되어 있지 않았다.

제 2 절 기 능

1. 본래적 기능

공표는 본래 불특정 다수인에게 일정한 사실을 알리는 행위이다. 이러한 관점에서 공표제도는 국민의 알권리를 실현하는데 기여한다.¹⁴⁾ 국민에게 예측가능성과 기대가능성을 주어 법률생활의 안정을 도모할 수 있게 한다. 이는 동시에 정부가 시책을 추진해 감에 있어서 국민의 협조를 구하는 것을 보다 용이하게 할 것이다.

(1) 민주주의적 성격

감사결과의 공표나 조사결과의 공표 등 어떠한 결과의 공표에서의 공표는 공표의 본래적 기능을 목적으로 하는 것이다. 다만, 여기에는 상대방의 궁극증을 해소하기 위한 의미가 있다고 생각하고 그 점에서 민주적인 성격, 정보공유적 성격이 있다고 생각된다.

13) 1986.12.31 법률 제3875호 독점규제및공정거래법에관한법률 제16조, 경제기획원 장관은 제15조제1항(불공정거래행위)의 규정에 위반하는 행위가 있을 때에는 당해 사업자에 대하여 당해 불공정거래행위의 중지, 계약조항의 삭제, 범위반사실의 공표 기타 시정을 위한 필요한 조치를 명할 수 있다. 이 경우에도 공표는 한건만 규정되어 있으나 현행 공정거래법에는 위반유형별로 공표제도를 마련하고 있다.

14) 홍정선, 행정법원론(상), 2003, 529면.

(2) 행정의 자기통제적 성격

다른 한편으로 공표가 행정의 자기구속적 효과 또는 자기통제적 효과를 발생시키는 경우도 있다고 생각된다. 예를 들어 청년실업해소특별법 제14조는 청년미취업자의 취업실태 및 지원계획 공표에 관하여 규정하면서 정부로 하여금 ①매년 청년미취업자의 취업실태를 조사하여 공표할 것과 ②제3조·제8조 및 제13조의 규정에 의하여 수립한 고용 및 직업능력개발훈련계획과 이에 따른 지원계획을 공표할 것을 의무지우고 있는데 이는 정부로 하여금 자신이 수립한 계획에 스스로 구속시키는 효과를 가지고 있다고 할 수 있다.

(3) 사무처리의 객관성과 공정성 도모

또한 널리 일정한 사실을 불특정 다수인에게 알림으로써 사무처리의 객관성과 공정성을 기하는 효과가 기대되는 경우도 있다. 예를 들어 지식정보자원관리법시행령 제15조에 의하면 지식정보자원관리 추진실적의 평가와 관련하여 지식정보자원관리위원회가 법 제13조제1항의 규정에 의하여 지식정보자원관리의 추진실적을 평가하고자 하는 경우에는 그 평가기준 및 방법을 미리 공표하도록 의무지우고 있다. 이 경우의 공표는 스스로가 공표한 기준에 구속되어 평가할 것이 강제되고 있으므로 위에서 말한 행정의 자기구속적 성격의 공표의 모습을 지니고 있다. 그런데 동시에 평가의 기준을 널리 일반에게 알림으로써 평가가 객관적이고 공정하게 이루어질 것을 보장하는 측면도 지니고 있다고 하겠다.

(4) 소 결

이상과 같이 보면, 공표가 실효성확보수단으로서 활용되지 않고 순수하게 공표의 본래적 기능에 따라 원용되는 경우에도 세부적으로는 상당히 다양한 형태의 기능을 수행하고 있음을 발견할 수 있다.

2. 실효성 확보기능

행정의 실효성확보를 위한 수단으로서의 공표의 기능은 상대방에게 심리적 압박을 가하여 행정이 의도하는 방향으로 유도하는 것이다. 이미 언급하였듯이 전통적인 실효성확보수단이 기본적으로 상대방의 신체나 재산에 대하여 물리적인 실력을 가하여 상대방의 의사여하에 관계없이 행정이 필요로 하는 상태를 실현하는 것임에 반하여 공표제도는 행정이 필요로 하는 상태를 직접 형성하는 것은 행정이 아니라 공표를 당하는 상대방이다.

전통적 실효성확보제도에 의하면 <행정의 실력행사> → <행정이 원하는 상태의 실현>의 2단계로 실효성확보수단은 목적을 달성하게 된다. 행정의 작용만으로써 상대방의 행위를 개재하지 않고 행정목적의 실현할 수 있는 점에서 직접적이라는 특성을 가진다.

이에 대하여 공표제도의 경우에는 <행정의 공표> → <상대방의 시정행위> → <행정이 원하는 상태의 실현>의 3단계로 행정목적의 궁극적인 실현이 이루어지게 된다. 행정의 실효성확보행위(공표)가 상대방의 시정노력이라는 중간단계를 거쳐서만 비로소 행정목적의 달성할 수 있는 점에서 간접적이라는 특성을 지니며, 이로 인하여 전통적인 실효성확보수단에 비하여 행정목적의 실현이 공표 그 자체에 의하여 확실하게 담보된다고 하기 곤란하다. 중간단계인 상대방의 대응여하에 따라 행정목적의 실현이 좌우될 수 있는 구조이기 때문이다. 이 점에서 공표제도의 실효성확보수단으로서의 효과는 전통적 실효성확보수단에 비하면 미약하다고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 상대방의 시정노력을 압박하는 여론 등 외부의 요소가 작용하는 경우에는 행정목적의 실현이 결코 불확실하지 않고 실효성확보의 효과는 매우 강대하게 된다. 오히려 전통적 실효성확보수단은 실력행사에 의하여 행정목적의 달성하면 그것으로 실효성확보수단의 효과는 소멸한다고 볼 수 있음에 반하여, 공표제도의 경우에는 공표에 의하여 불특정 다수인에게 알려진 사실은 다분히 오래도록 다수인의 기억속에 남아 있다고 할 수 있다. 따라서 이를 의식하는 의무위반

자로서는 이후의 의무위반에 매우 주의하지 않을 수 없게 된다고 한다면 공표의 실효성확보효과는 공표시점 이후의 장래에 향하여도 상당한 정도 미칠 것을 기대할 수가 있다. 이는 전통적 실효성확보수단에서는 기대하기 어려운 공표제도의 장래적 실효성확보 효과(장래효)라고 할 수 있을 것이다.¹⁵⁾ 공표제도가 지니는 이와 같은 장래효는 공표제도의 실효성확보의 효과를 강화하는 것이다. 이에 따라 공표제도는 전통적 실효성확보수단에 못지 않은 행정의 목적달성기능을 한다고 할 수 있다.

뿐만 아니라 공표제도가 개인의 명예심이나 수치심을 자극함으로써 의무의 이행을 강제하는 것을 의도하는 것이므로¹⁶⁾ 명예나 체면을 중시하는 사회정서에 따라서는 오히려 직접적인 강제수단인 전통적 실효성확보수단보다도 더욱 강력한 의무이행강제효과를 지니는 것이라 할 수 있다.¹⁷⁾ 이와 같이 보면 공표제도는 명예나 체면을 중시하는 사회풍토를 이용하여 실질적으로 상대방 스스로에 의한 의무의 이행을 달성하고자 하는 것이다. 공표제도의 이러한 측면은 공표제도를 法 안의 수단(법이 라는 틀 안에서 행사되는 수단의 의미)을 넘어서 사회에 의한 의무이행강제와 같은 성격을 지니게 한다고 할 수 있다. 즉, 공표의 실시행위는 법에 근거하여 행하여지는 경우에도 그 실질적인 효과는 법의 손을 떠나 버리는 것으로 생각된다. 다시 말하면 법의 수권을 받아 행사되지만 그의 사실상의 효과는 법에 의하여 제어되고 있는 것이 아니라 사회에 의하여 통제·관리되고 있다고 생각되는 것이다. 이것은 공표제도가 지니는 또 하나의 커다란 특징이라 할 수 있다.¹⁸⁾ 그러한 점에서 공표를 논자에 따라서는 사회적 제재로 분류하는 이유가 이해될 수 있다.¹⁹⁾

15) 이것은 결국 공표가 위반행위를 자제하게 하는 사전예방적 효과를 보여주는 것이라 생각된다.

16) 홍정선, 앞의 책, 529면.

17) 예를 들어, 최근에 모기업에서 발생한 쟁의에 있어서 사용자측이 근로자측의 임금 수준과 근로환경 등을 언론매체를 통하여 대외적으로 공표함으로써 다른 기업에 비하여 상대적으로 좋은 처우를 받고 있던 근로자측에 대하여 국민의 비난을 끌어내고 협의에 유리하게 이용한 것을 들 수 있을 것이다.

18) 줄고, “공정거래법에서 규정하고 있는 시정조치의 법적 의미,” 경쟁저널 제106호 (2004년 6월), 12면 참조.

19) 遠藤博也, 實定行政法, 有斐閣, 1989, 108頁.

공표가 사회적 평판을 중시하는 사회에서 특히 그 위력을 발휘할 수 있다고 기대되는 점은 공표의 집단주의적인 성격을 보여준다. 즉 공표는 개인주의적 성향이 강한 사회에서는 그 효과가 미약하고 단체의 평가를 의식하고 중시하는 사회풍토 속에서 보다 그 효과가 강력하고 확실하게 발휘된다고 할 수 있다.²⁰⁾

3. 비용절감기능

행정강제수단에 의할 경우에는 예를 들어 강제집행과 의무자의 저항에 따른 물리력의 충돌, 강제집행에 동원되는 인력 등 많은 비용이 예상되는데 반하여 공표의 경우에는 그러한 비용을 발생시키지 않고 행정목적 을 달성하는 것이 가능하게 된다. 이른바 공표의 비용절감효과인 것이다. 공표의 비용절감 효과는 주로 행정주체의 입장에서 누리는 장점이라 할 수 있다. 그러나 자신의 정보 등이 공표되는 의무위반자의 경우에는 자신에게 가하여지는 사회적 비난을 비롯한 확대되는 효과에 의한 인격침해를 감안한다면 공표제도가 단순히 비용절감에 기여한다고 하기 곤란한 부분도 있다. 특히 공표의 오류가 발생하는 경우에는 공표에 의하여 이미 상대방에게 가해버린 명예훼손 및 수치심과 상대방에 대하여 국민들이 가지게 된 인식을 치유·회복하기까지는 매우 많은 시간이 필요한 것이므로 이러한 측면(시간비용, 사회적 비용)을 고려할 때, 공표비용은 결코 저렴하다고 할 수 없을 것이다.

제 3 절 법적 성질

공표는 사실행위이다. 따라서 앞서서도 언급한 바와 같이 공표에 대하여는 공표가 법에 입각하여 이루어지는 경우에도 법적 효과가 주어지는 것이 아니다. 공표에 주어지는 효과는 사회적 효과인 것이다. 그렇다면 공표에는 법률행위적 요소가 존재하지 않는다. 왜냐하면 법률행위란 법률효과의 발생을 의욕하는 의사표시를 본질적 요소로 하고 있기 때문이

20) 김원주, “행정상 공표의 법적 문제,” 서울대법학 제38호, 1978년 2월, 95-113면.

다.²¹⁾ 사회적 효과는 법률행위의 요건이 아니다. 그러나 만일 공표에 대하여 법에서 일정한 효과를 부여하고 있다고 한다면 공표는 준법률행위적 행정행위로서 법적 행위로 이해될 수도 있다. 이 경우에는 공표 그 자체가 처분성을 띠어 행정쟁송의 대상이 될 수도 있다고 하겠다.

그런데 다음과 같은 관점도 가능할 것이라 생각된다.

통상 어떠한 결정이 있고 그것을 알리기 위하여 공표라는 수단이 사용된다. 이 경우에 선행하는 결정이 행정처분이고 후행하는 공표는 독립된 행정처분이 아니라고 이해하는 것도 불가능해 보이지 않는다. 그렇다면 공표에 대하여 독립된 취소소송을 제기하는 것은 허용되지 않게 된다.

공표는 일정한 사실을 불특정 다수인에게 널리 알리게 되므로 일단 공표가 이루어진 후에는 공표자체를 취소²²⁾ 또는 철회한다고 하여도 공표에 의하여 전달된 사실이 불특정다수인의 관념속에 잔존하는 것까지 소멸시킬 수는 없다. 공표가 있게 되면 공표된 내용은 공표자와는 독립해서, 즉 공표자의 손을 떠나 부유하여 다니게 된다고 생각한다. 따라서 공표된 이후에는 공표에 대한 공표자의 관리·감독은 불가능할 것이라 생각된다. 예를 들어 허가의 경우는 사후적인 허가취소가 가능하다. 바꾸어 말하면 허가사항에 대한 허가권자의 사후관리가 가능한 것이다. 공표에 대하여도 사후적으로 취소하는 것이 전혀 불가능하지는 않다고 생각된다. 공표의 방식과 동일한 방식으로 공표의 내용을 반복하는 내용의 공표를 한다면 처음 행한 공표의 효과를 어느 정도 상쇄할 수 있을 것이기 때문이다. 그러나 처음의 공표내용을 반복하는 내용의 공표는 처음의 공표와는 별개의 새로운 공표라고 한다면 공표에 대한 취소란 생각하기 곤란할 것이다. 설령 새로운 공표에 의하여 기존의 공표를 실질적으로 취소하는 것이 가능하다고 하여도 공표에 의하여 불특정 다수인의 관념속

21) 견해에 따라서는 행정이 상대방을 심리적으로 압박하여 의무이행을 강제하려는 의도에서 공표라는 수단을 활용하는 것이므로 상대방의 의무이행을 강제하려는 의도가 의사표시에 해당한다고 주장할 수도 있을 것이다.

22) 공표를 사실행위로 보는 한 공표의 취소란 있을 수 없다. 사실행위인 공표에는 취소로 소멸시킬 법률효과가 존재하지 않기 때문이다. 본문에서 쓰고 있는 공표의 취소란 공표를 만일 행정법상의 통지행위(준법률행위적 행정행위)의 성격을 가진다고 가정하였을 경우를 전제로 한 표현이다. 철회로 묘사하는 경우도 마찬가지이다.

에 남은 잔영까지 완전히 말소하기까지는 상당한 시일이 요구될 것이다. 따라서 공표의 취소에 의하여 그 시점에 공표의 효력을 완전히 소멸시키는 것은 매우 곤란한 일이다.

제 4 절 공표의 유형 및 현황

1. 공표의 유형

공표는 다양한 기준에 따라 다양한 유형으로 분류할 수 있다.

(1) 공표주체에 따른 분류

공표주체에 따라 행정상 공표와 사인에 의한 공표로의 구별이 가능하다. 본 연구에서 논의의 대상이 되는 공표는 원칙적으로 행정주체에 의한 공표만이 그 대상이 된다. 사인이 행하는 공표는 이곳의 검토영역에 들어오지 않는다. 행정이 그 목적을 달성하기 위하여 행하는 실효성확보 수단으로서의 공표만이 고찰대상이기 때문이다. 사인이 행하는 공표는 특정한 사실을 불특정 다수인에게 알린다는 공표의 본질을 가지고 있지만 행정의 실효성확보를 위한 수단은 아니기 때문이다. 따라서 예를 들어 기업체가 임의로 자사개발상품에 대하여 언론매체 등을 통하여 하는 홍보성 공표는 이곳에서 다루는 의미에서의 공표는 아니다. 그러나 사인이 행하는 공표라고 하여도 그것이 행정기관에 의하여 강제되고 있는 것이라고 한다면 이곳에서의 고찰대상에 들어오게 된다. 현행 공정거래법에서 다수 발견되는 시정조치의 하나로서의 위반사실의 공표가 그러하다. 공정거래법상의 공표제도는 사업자가 공정거래법에 위반하였을 경우에 범위반사실을 공표할 것을 사업자에게 명령하는 형태로 이루어져 있다. 따라서 공표를 행하는 자는 명령을 받은 사업자, 즉 사인이 행하는 것이므로 형식적으로는 사인에 의한 공표로 분류된다. 그러나 사인은 행정의 명령에 따라 기계적으로 공표를 하는데 지나지 않으므로 실질적으로는 행정의 의사에 의하여 공표가 이루어지는 것이고 행정상 공표로서 이곳에서의 고찰대상에 포함된다.

(2) 재량의 유무에 따른 분류

공표를 할 것이 법상 의무인가 아닌가에 따른 구별이다. 현행법에는 공표를 행정청의 재량에 맡기고 있는 경우가 적지 않다. 예를 들어 공정거래법의 경우에도 공정거래위원회는 사업자 등에게 위반행위의 중지, 위반사실의 공표 기타 필요한 시정조치를 명할 수 있다와 같이 규정하여 공표를 명할 것인지의 여부가 행정청의 재량에 의하여 결정되도록 하고 있다. 또 식품위생법의 경우에도 식품의약품안전청장, 시·도지사, 시장·군수 또는 구청장은 식품위생상의 위해가 발생하였다고 인정하는 때에는 영업자에 대하여 그 사실의 공표를 명할 수 있다(제56조의2 제1항)고만 규정하여 공표를 할 것인지의 여부는 식약청장 등의 재량에 맡기고 있다.²³⁾

그러나 예를 들어 중소기업의사업영역보호및기업간협력증진에관한법률 제25조제5항은 시정명령을 받은 위탁기업체·수탁기업체 또는 중소기업협동조합이 시정명령에 불응한 때에는 중소기업청장으로 하여금 그 명칭 및 요지를 공표하도록 의무지우고 있다. 그러나 실효성확보수단으로서의 성격을 가지는 공표에 대하여 그 공표를 의무적으로 강제하고 있는 법률은 현행법상 위의 중소기업의사업영역보호및기업간협력증진에관한법률 제25조가 거의 유일한 것이 아닌가 생각된다. 다시 말하면 실효성확보수단으로서 기능할 것이 기대되는 공표의 경우는 그 전부가 행정청의 재량사항으로 하고 있는 것이 현실인 것으로 보인다.

공표를 의무로 할 것인가 재량사항으로 할 것인가는 기본적으로 정책의 문제라 생각된다. 그렇다면 공표를 행정청의 재량에 맡기는 것은 어떤 의미에서는 의무위반자의 의무이행을 강제함에 있어서 행정청의 교섭 도구로서 사용하게 하려는 의도가 있을 것으로 생각된다. 행정청의 재량의 여지없이 법령에 의하여 명시적으로 행정청에게 공표의무를 부과하는

23) 만일 법적 근거를 필요로 하지 않는 공표가 있다면 그러한 공표의 실시여부도 역시 행정청의 재량사항이 될 것이다. 법에 의하여 강제되고 있지 아니하는 한 상대방의 권익을 침해하지 아니하는 공표의 실시여부는 공표자의 자유의사에 달려있을 것이기 때문이다.

경우보다 행정청의 지시에 따르지 아니하면 이러한 사실을 널리 일반에게 알릴 것이라고 하는 것이 의무위반자에 대하여는 보다 효과적인 위협 수단으로서 작용할 여지도 있을 것이라 생각된다. 공표를 행할 수 있는 권한을 수권 받고 있는 것만으로도 상대방에 대하여는 충분한 위협이 되며, 행정은 유리한 입장에서 상대방과의 교섭에 임할 수 있다. 더욱이 공표가 개인의 프라이버시권의 침해와 같은 부작용을 수반할 우려가 있다는 점을 고려할 때, 공표여부를 행정의 재량하에 두는 것이 실효성확보 수단으로서의 공표제도를 활용함에 있어 보다 유용한 측면이 인정될 수 있을 것이다. 왜냐하면 공표로 인한 효과의 부작용을 경계하고 상대방의 심적 부담에 의한 이행을 끌어내는 탄력적인 방법이 될 수 있을 것이기 때문이다.

그런데 위에서 잠깐 소개한 입법태도에 의하면 공표를 의무로 하는 경우와 재량으로 하는 경우의 차이는 공표의 성격(제재적, 정보제공적)에 따라 갈리고 있는 것으로 보인다. 즉 제재적 성격을 지니고 있는 공표의 경우에는 그 활용에 있어서 행정청의 재량을 인정하고, 의무위반자가 존재하지 않으며 순수하게 국민의 알권리에 기여하기 위한 공표의 경우에는 공표를 행정청의 의무로 하는 규정례가 상당히 많은 것으로 보인다. 이러한 공표의 성격에 따른 구분을 살펴본다.

(3) 공표의 성격·목적·내용에 따른 분류

공표가 제재로서의 성격을 가지는가의 여부에 따라 제재적 공표와 정보제공적 공표로 구별하는 것이 가능할 것이다. 이러한 구분은 공표의 목적에 따른 구별이 되기도 한다. 즉 공표의 성격에 따른 구분은 공표가 특정인에 대하여 불이익을 가하고자 하는 것인가 아니면 정보의 제공을 목적으로 하는 것인가에 따른 구분과도 일치한다. 또 바꾸어 보면, 공표의 내용이 특정인에 대하여 불이익한 내용을 담고 있느냐에 따른 차이이므로 공표내용에 따른 구분이기도 하다.²⁴⁾ 이와 같은 구분이 중요성을

24) 고액납세자의 공표는 정보제공적 성격의 공표이지만, 고액채납자의 공표는 제재적 성격의 공표에 해당된다.

가지는 이유는 실효성확보수단으로서의 공표는 의무위반자에 대한 제재로서의 성격을 띠고 있는 경우에 한정되기 때문이다. 이는 공표의 내용이 상대방에게 불이익한 내용을 담고 있는 경우를 의미한다. 따라서 어느 누구와도 개별적·구체적인 이해관계를 맺지 않는 중립적인 내용을 담고 있는 경우에도 역시 실효성확보의 문제는 발생하지 않는다고 생각된다. 누구에게도 불이익한 내용이 아닌 공표는 실효성확보수단의 문제와 무관하다. 공표가 특정인에게 불이익한 내용을 담고 있는 경우에 비로소 복잡한 법률문제를 야기한다.²⁵⁾

실효성확보수단의 논의와 밀접한 관련을 가지는 제재적 성격을 띠는 공표의 경우, 그 공표에는 두 가지의 상반되는 효과가 공존하기 마련이다. 즉 특정인에게 불이익한 내용을 담고 있는 경우, 해당 특정인에게는 고통을 가하는 제재로서의 성격을 가지지만, 특정인 이외의 불특정 다수인에게는 공표된 내용에 따라 특정인의 의무위반행위를 경계하도록 알리는 수익적 행위가 된다. 따라서 공표는 행정행위는 아니나 그것에 비유한다면 마치 복효적 행정행위의 경우와 같다.

한편 공표는 알리는 행위이나, 제재적 성격의 공표에 있어서는 불특정 다수인 가운데 의무위반자인 특정인은 엄격히 말하여 공표의 상대방이 아니라 생각된다. 제재적 성격의 공표에 있어서 공표의 목적은 의무위반자의 의무위반사실을 불특정 다수인에게 알리기 위한 것이기 때문이다. 의무위반자는 공표되는 사실의 보유주체(공표의 객체)이지 공표의 상대방(불특정 다수인)이 아니다. 구체적인 자신의 정보를 자신에게 알리는 행위는 공표가 아니라 생각되기 때문이다.

25) 공표가 제재 내지 실효성확보수단으로서의 의미 내지 기능을 가지는가의 여부는 공표의 성질에 있다기보다 보다 직접적으로는 공표되는 사항의 내용에 달려있다고 생각된다. 즉 공표내용이 가치중립적이지(이것은 객관적이라는 의미가 아니다.) 않고 일방에게 불리한 내용을 담고 있는 경우에 문제된다. 어느 쪽에게도 불리하지 않은 내용의 공표는 법적으로나 사실적으로도 아무런 문제가 될 수 없다. 예를 들어 소비자보호법상의 공표제도가 그 내용에 따라서는 공표되는 대상의 문제점을 적시하여 그 대상을 생산하는 기업에게 심대한 타격을 가할 것이 예상된다고 한다면 그러한 공표는 제재의 기능을 지닌다고 할 것이다.

(4) 공표의 대상사실에 따른 분류

공표의 대상이 개인에 관한 정보인가 아니면 행정주체가 보유하는 정보인가에 따른 구분이다. 공표의 대상이 개인에 관한 정보인 경우 해당 정보를 수집한 행정청이 그 개인에 관한 정보를 공표하는 것이 허용될 것인가 문제된다. 행정이 자신에 관련된 정보를 공표하는 것은 그 공표에 의하여 영향을 받게 될 이해관계인이 행정 자신에 한정되므로 자신에 관한 정보를 자기 스스로가 공표하는 것에 관하여는 별다른 법적 문제를 야기하지 아니한다. 반면에 공표의 대상이 되는 사실이 특정인이거나 식별이 가능한 일정 범위의 그룹에 관련되는 사실인 경우 이를 행정이 공표하는 것은 타인의 정보를 널리 알리는 것이 되므로 주지하듯이 프라이버시의 침해의 문제를 야기하게 된다. 따라서 구체적인 개인관련정보의 공표의 대책점에는 공무원 등의 수비의무가 있다. 그런데 대개의 법률은 수비의무를 절대적 의무로 구성하고 있지 않다. 정당한 이유가 있는 경우 수비의무는 면제되며 나아가 공표의무로 전환되는 경우조차 있다.

예를 들어, 국립암센터법 제19조는 암센터의 임원·직원 또는 그 직에 있던 자에 대하여 직무상 알게된 비밀을 누설하거나 도용하여서는 아니된다고 규정하고 있는데 이것은 그 규정내용에 의할 때 절대적인 수비의무를 부과하고 있다고 해석된다. 이에 대하여 모자보건법 제24조가 모자보건사업 및 가족계획사업에 종사하는 자는 이 법 또는 다른 법령에서 특별히 규정된 경우를 제외하고는 그 업무수행상 알게 된 타인의 비밀을 누설하거나 공표하여서는 아니된다고 한 것이나 암관리법 제12조가 암관리사업에 종사하는 자 또는 종사하였던 자에 대하여 그 업무상 알게 된 비밀을 정당한 사유없이 누설하여서는 아니된다고 규정하고 있는 것은 상대적 수비의무로 이해된다. 상대적 수비의무의 예에 있어서는 프라이버시를 능가하는 공익목적 등이 존재하는 경우에 수비의무가 해제되는 경우라 하겠다.

다만, 이상의 수비의무에 관한 예는 실정법상 상대적 수비의무와 절대적 수비의무를 구별하기 위한 규정례로서는 유용하나 공표금지명령의 이

면(裏面)으로서 일반 사업자에게 부과되어 있는 것이므로 행정의 실효성 확보수단으로서 행정청이 행하는 공표제도와는 거리가 있다. 행정의 공표제도와는 관계에서는 이따금씩 논란이 되는 고액채납자의 명단공표와 최근에 주목받고 있는 청소년 성범죄자의 명단공표의 예가 보다 유용하다고 하겠다. 이에 관하여는 후술한다.

(5) 공표의 범위에 따른 분류

공표의 대상이 위반자의 명단인가 아니면 위반사실인가에 따라 명단의 공표와 위반사실의 공표로 구분할 수 있다. 그런데 위반사실의 공표를 위반자에게 의무지운다면 위반사실의 공표는 동시에 위반자의 명단공표를 수반한다고 하겠다. 또한 단순히 어떠한 행위가 있었다는 점만을 알리고자 하는 것인지 아니면 그러한 행위의 실질적인 내용까지 알리고자 하는 것인지에 따라 사실의 공표와 내용의 공표의 구별을 행하는 것도 가능하다. 고액 채납자의 명단공표는 단순히 어떠한 자가 고액채납을 했다는 사실만을 공표하는 것이 아니라 얼마나 고액의 세금을 채납하였는가도 동시에 공표하고 있는 점에서 사실의 공표가 아닌 내용의 공표라 할 수 있다.²⁶⁾ 한편, 전기통신사업법 제37조제1항제7호의 “금지행위로 인하여 시정조치를 명령받은 사실의 공표”는 내용의 공표보다는 시정조치를 명령받은 사실의 공표의 외형을 지닌다. 그러나 실제에 있어서는 어떠한 금지행위에 대하여 어떠한 시정조치를 받았는가 하는 점을 공표하게 될 것이라 생각되고 그 점에서는 내용의 공표로 이해될 수도 있을 것이다. 공표에 실효성확보수단으로서의 기능을 보다 강하게 기대한다고 한다면, 단순한 사실의 공표보다는 그 내용에 대한 공표가 이루어져야 할 것이 아닌가 생각된다. 단순히 고액을 채납했다는 사실의 공표가 얼마나 고액을 채납했는가를 공표하였을 때에 그 채납금액에 비례하여 사회적 비난이 드세어질 것이고, 그것에 비례하여 의무이행의 강제력도 보다 강할 것이라 인정할 수 있기 때문이다.

26) 또한 예를 들면 고령자고용촉진법 제18조의 노동부장관의 고용확대요청에 따르지 아니한 경우의 그 내용의 공표 등도 있다.

또한 똑 같이 사실의 공표라고 하더라도 예를 들어 시정명령이나 권고조치가 내려졌다는 사실을 공표하는 경우와 시정명령이나 권고조치에 따르지 아니한 경우에 그 따르지 아니했다는 사실을 공표하게 하는 경우 간에는 실효성확보의 관점에서 정도의 차이가 존재할 것이라 생각된다. 전자의 경우에는 해당 시정조치가 내려진 자와 거래하는 다수인에 대한 정보제공적 성격이 강함에 반하여 후자의 경우에는 행정청의 시정조치에 따르지 아니하였다는 점에 대한 비난을 기대하는 부분이 있을 것이기 때문이다.

이상에서 공표제도의 태양을 다양한 관점에서 분류를 시도하였는데 그 이유는 이와 같은 고찰이 공표제도에 대한 보다 정확한 이해를 위하여 필요하다고 생각하기 때문이다. 위의 고찰에서는 공표에는 실로 다양한 관점과 다양한 기대효과가 예상될 수 있음을 보여주고 있다. 관점을 달리한다면 위에서 시도한 여러 분류법과는 또 다른 분류가 얼마든지 가능할 것이다. 이하에서는 위의 다양한 분류 가운데에서도 주로 제재적 공표에 관한 것을 중심으로 살펴보게 될 것이다. 왜냐하면 말할 것도 없이 제재적 공표가 행정의 실효성확보수단으로서의 성격을 가장 명확하게 지니고 있는 것이기 때문이다.

2. 현행법상 공표제도의 현황

이하에서는 현행법상 도입되고 있는 공표제도를 앞서 본 공표의 유형 가운데 특히 공표의 성격·목적·내용에 따른 분류법에 따라 나누어 살펴본다. 그 이유는 관점에 따라 여러 가지로 분류될 수 있는 공표의 다양한 유형 가운데에서도 공표의 성격·목적·내용에 따른 분류법이 행정의 실효성확보수단으로서의 공표의 모습을 가장 잘 보여주고 있다고 생각하기 때문이다.²⁷⁾ 주의할 것은 이하의 구분이 항상 상호간에 뚜렷하게 구별되어질 수 있는 것은 아니다. 즉, 제재적 공표로서 분류하여 소개하

27) 단, 관점에 따라서는 이하에서의 분류법과는 다른 견해를 취하는 경우도 물론 존재할 것이다.

였지만 동시에 정보제공적 성격을 가진다고도 볼 수 있고, 정보제공적·사건예방적 성격을 가진다고 분류하고 있지만 그것이 동시에 제재적 성격을 가진다고 이해되는 경우도 있을 것이다.²⁸⁾ 이하에서의 구분은 다소 간에 정도의 차이는 있으나 제재적 성격이 보다 두드러지다고 보는지 아니면 사전예방적 성격이 더 두드러지다고 보는지에 따른 구분이라고 이해하고 살펴보는 것이 필요하다.

(1) 제재적 공표

현행법상 공표대상자에게 사회적 비난에 따른 수치심과 정신적 고통을 가하여 이를 통하여 행정법상의 의무의 이행을 강제하고자 하는 성격, 즉 제재적 성격의 공표로는 다음의 것들을 들 수 있다. 따라서 이 이외에 현행법에서 규정되고 있는 공표는 본래적 기능으로서의 공표의 의미로 사용되고 있다고 할 수 있다.

특히 고령자고용촉진법 제18조의 규정은 노동부장관의 고용확대요청에 따르지 않은 자에 대하여 취하는 행정상의 조치로서 공표와 행정기관에서 제공하는 직업지도 및 취업알선 등의 고용관련서비스를 중단할 수 있다고 규정하고 있는데 여기서 후자의 고용관련서비스의 중단은 노동부장관의 고용확대요청에 따르지 아니한데 대한 제재라고 하는 점에 특별한 의문이 없다. 그리고 동 조항에 의하면 공표를 그러한 고용관련서비스의 중단이라고 하는 제재와 동렬에서 제시하고 있는데, 이것은 공표가 그들 제재와 동가치적인 것임을 법문이 명시적으로 인정하고 있는 것이라 생각된다. 다시 말하면 고령자고용촉진법 제18조는 공표의 제재로서의 성격을 법문상 매우 명확히 보여주는 조문이라 생각된다.

- 가맹사업거래의공정화에관한법률 제33조(공정거래위원회의 가맹본부에 대하여 시정명령을 받았다는 사실의 공표명령)
- 고령자고용촉진법 제18조 (노동부장관의 정당한 이유없이 고용확대요청에 따르지 아니한 자에 대한 그 내용의 공표)

28) 국민의 생명·신체·안전 등과 결부되는 경우의 공표는 정보제공과 동시에 제재적 성격 그리고 장래에 있어서의 사전예방적 성격을 모두 가지는 경우가 많을 것이다.

- 고압가스안전관리법 제18조(시·도지사의 검사결과 중대한 결함이 있는 용기 등의 제조자 또는 수입자에 대하여 그 사실의 공표명령)
- 독점규제및공정거래에관한법률 제31조(공정거래위원회의 재판매가격유지행위의 제한규정위반 사업자에 대한 범위반사실의 공표명령)
- 독점규제및공정거래에관한법률 제5조(공정거래위원회의 시장지배적지위의 남용금지규정에 위반하는 시장지배적사업자에 대한 범위반사실의 공표명령)
- 독점규제및공정거래에관한법률 제16조제1항(공정거래위원회의 기업결합제한, 지주회사의 행위제한, 채무보증제한기업집단의 지주회사 설립제한, 상호출자금지, 출자총액제한, 계열회사에 대한 채무보증금지, 금융회사 또는 보험회사의 의결권제한, 탈법행위의 금지 등의 규정에 위반한 사업자 등에 대한 범위반사실의 공표명령)
- 독점규제및공정거래에관한법률 제21조(공정거래위원회의 부당한공동행위 금지규정에 위반한 사업자에 대한 범위반사실의 공표명령)
- 독점규제및공정거래에관한법률 제24조(공정거래위원회의 불공정거래행위금지규정에 위반한 사업자에 대한 범위반사실의 공표명령)
- 독점규제및공정거래에관한법률 제27조(공정거래위원회의 사업자단체의 금지행위에 위반한 사업자에 대한 범위반사실의 공표명령)
- 방문판매등에관한법률 제42조(공정거래위원회의 방문판매업자등의 신고, 방문판매원등의 명부 비치, 계약체결전의 정보제공 및 계약체결에 따른 계약서 교부의무, 청약철회보장의무, 손해배상청구금액의 제한 등 동법상 부과된 일련의 의무를 위반한 사업자에 대한 시정조치를 받은 사실의 공표명령)
- 불공정무역행위조사및산업피해구제에관한법률 제10조(무역위원회의 불공정무역행위자에 대한 시정명령을 받은 사실의 공표명령)
- 소비자보호법 제17조의5제2항(중앙행정기관의 장의 기준위반물품의 제조·수입·판매등금지의무, 표시의무, 광고기준준수의무 등을 위반한 사업자에 대한 시정명령을 받은 사실의 공표명령)
- 소비자보호법 제17조의3제2항(중앙행정기관의 장의 위험물품 수거·파기 등의 권고불응 사업자에 대한 권고불응사실의 공표)
- 에너지이용합리화법 제18조제3항(산업자원부장관의 고시내용 부적합 효율관리가자재에 대한 부적합사실의 공표)

제 2 장 공표제도의 문제점과 개선방안

- 에너지이용합리화법 제19조제3항(산업자원부 장관의 기준평균에너지소비효율에 미달하는 평균효율관리기자재를 제조하거나 수입하여 판매하는 자의 개선 명령 불이행에 대한 공표)
- 장애인고용촉진및직업재활법 제25조(노동부장관의 정당한 사유없이 장애인고용계획의 수립 또는 고용의무의 이행에 있어서 현저히 미달하는 사업자에 대한 그 내용의 공표)
- 장애인고용촉진및직업재활법 제23조제6항(노동부장관의 장애인 고용의무의 이행실적이 현저히 부진한 국가기관 및 지방자치단체에 대한 그 내용의 공표)
- 전기사업법 제23조제1항(산업자원부 장관의 금지행위를 위반한 전기사업자에 대하여 금지행위로 인하여 시정조치를 명령받았다는 사실의 공표명령)
- 전기통신사업법 제37조제1항(통신위원회의 금지행위를 위반한 전기통신사업자에 대하여 금지행위로 인하여 시정조치를 명령받았다는 사실의 공표명령금지행위에 대한 조치)
- 중소기업의사업영역보호및기업간협력증진에관한법률 제7조제2항(중소기업청장의 생산품목·생산수량·생산시설등의 축소권고에 불응한 대기업자 등에 대한 권고불응사실의 공표)
- 중소기업의사업영역보호및기업간협력증진에관한법률제25조제3항(중소기업청장의 시정명령에 불응한 위탁기업체·수탁기업체 또는 중소기업협동조합에 대한 그 명칭 및 요지의 공표의무)
- 표시·광고의공정화에관한법률 제7조제1항(공정거래위원회의 부당한 표시·광고행위를 한 사업자 등에 대한 범위반사실의 공표명령)
- 하도급거래공정화에관한법률 제25조제4항(공정거래위원회의 서면교부와 서류보존, 부당한 하도급대금의 결정금지, 탈법행위금지의 규정에 위반하여 시정명령을 받은 원사업자에 대한 시정명령을 받은 사실의 공표명령)²⁹⁾
- 해운법 제58조의3(해양수산부 장관의 해운업법에 위반한 해운업자가 범위반에 따라 받게 된 행정처분에 관한사항의 공표)

29) 이 경우에 시정명령을 받은 사실을 공표하는 것으로 사태가 종결된다면 이러한 공표는 단순한 제재적 성격의 공표라고 볼 수 있을 것이다. 그러나 시정명령을 받았다는 사실을 공표한다고 하더라도 시정명령에 따르지 아니하여 법적으로 요구되는 상태를 갖추지 못하고 있다고 한다면 이와 같은 성격의 공표는 장애에 있어 시정명령대로의 이행을 강제하는 성격이 보다 강하다고 보며, 시정명령을 받은 문제 있는 기업이므로 그와 거래하지 않도록 정보를 제공하는 결과가 된다고 볼 때, 결과적으로는 그와 거래를 삼가도록 하는 것은 기업에게는 제재(불이익)가 된다고 하지 않을 수 없을 것이다.

(2) 정보제공적·사전에방적 공표

공중위생관리법 제14조제1항의 공표제도는 위생서비스를 평가하여 그 결과에 따라 위생관리등급을 매기고 이를 널리 일반에게 알린다고 하는 공표이다. 이것은 객관적이고 중립적으로 실시한 어떠한 조사결과 또는 평가결과를 널리 일반에게 알려 소비자 또는 이용자 등이 올바른 선택과 판단을 할 수 있는 정보를 제공한다는 성격이 강하다.³⁰⁾ 이 점에서는 제재적 성격이 전혀 발견되지 않는다. 그러나 좀더 깊이 들어가면, 만일 그러한 평가에서 낙제점을 받은 공중위생영업자는 어떠한가 하는 의문이다. 즉, 행정청의 위생서비스 평가결과 가장 낮은 위생관리등급을 부여 받은 자에게도 위와 같은 평가결과의 공표는 순수한 정보제공적 성격만을 가지는가 하는 의문이 제기될 수 있다. 나아가 그러한 정보가 널리 알려짐으로써 그와 같이 낮은 등급의 공중위생영업자에게는 사용자가 찾아가지 않게 된다고 하면 이것은 영업상의 손실을 초래하는 매우 심각한 타격이 아닐 수 없을 것이다.³¹⁾ 다시 말하면 객관적이고 중립적인 평가결과의 공표라고는 하지만 그 사안에 따라서는 단순한 정보제공적 성격에 그치지 않고 실질적으로 특정인에게 제재를 가하는 결과로 될 수 있는 경우가 존재한다고 할 수 있다. 이러한 경우에는 그와 같은 제재를 면하기 위하여 보다 나은 위생상태를 유지하려고 노력하게 하게 하는 효과를 기대할 수 있을 것이다. 이른바 유도적 행정의 단면이 존재한다고 할 수 있다.³²⁾ 그리고 행정이 요망하는 일정한 방향으로 상대방을 유도한다는 점에서는 현실적으로 의무를 가하고 그 위반을 시정하도록 강제하기 위하여 행하는 공표는 아니라고 하여도, 위반이 발생하기 이전에 위반행위로 나아가지 않도록 사전에 조치하는 의미를 지닌다는 의미에서

30) 공중위생관리법과 유사한 취지의 규정을 두고 있는 그 밖의 법령에서의 공표에 관한 규정도 마찬가지로 할 수 있다.

31) 또한 공중위생관리법 제14조제3항이 평가결과 위생서비스 수준이 우수하다고 인정되는 영업소에 대하여는 포상을 실시할 수 있다고 하고 있는데 이 점에서 그와 같은 포상을 받지 못하는 영업소는 상대적으로 불이익을 받고 있다고 이해할 수 있다.

32) 공중위생관리법 제14조제3항이 평가결과 위생서비스 수준이 우수하다고 인정되는 영업소에 대하여는 포상을 실시할 수 있다고 하고 있는 것은 이른바 유인을 제공하는 것으로 이 점에서 유도적 행정의 측면을 뚜렷하게 엿볼 수 있다.

위반행위의 사전예방적 성격을 지니며 행정의 의도하는 바를 실현한다는 의미에서 간접적이거나 실효성확보수단으로서의 성격도 지닌다고 이해될 수 있다. 위의 공중위생관리법상의 공표제도는 이러한 유형에 해당한다.³³⁾

- 공중위생관리법 제14조제1항(시·도지사 또는 시장·군수·구청장의 위생서비스평가결과에 따른 위생관리등급의 공표)
- 국가인권위원회법 제25조제4항(국가인권위원회의 인권의 보호와 향상을 위하여 행한 개선 또는 시정권고 및 그에 대한 관계기관의 해명내용의 공표)³⁴⁾
- 국가인권위원회법 제50조(국가인권위원회의 진정의 조사 및 조정의 내용과 처리결과, 관계기관 등에 대한 권고와 관계기관 등이 한 조치 등의 공표)
- 보험업법 제164조(금융감독위원회의 관계자에 대한 조사실적·처리결과 그 밖에 관계자의 위법행위를 예방하는데 필요한 정보 및 자료의 공표)
- 산업안전보건법 제39조제3항(노동부장관의 유해인자가 근로자의 건강에 미치는 유해·위험성의 평가결과공표)
- 산업안전보건법 제40조제3항(노동부장관의 신규화학물질의 유해·위험성조사 보고서가 제출된 때에 행하는 당해 신규화학물질의 명칭, 유해·위험성, 조치사항 등의 공표)
- 산업안전보건법 제42조제7항(노동부장관의 작업환경측정의 수준향상을 위한 지정측정기관의 평가결과 공표)
- 소비자보호법 제13조제3항(국가 및 지방자치단체의 물품 및 용역의 규격·품질·안전성등에 관하여 행한 시험·검사 또는 조사결과의 공표)³⁵⁾
- 의료법 제47조의2제3항(보건복지부장관의 의료기관평가결과의 공표)³⁶⁾

33) 이러한 의미의 공표는 국민의 건강·안전과 관련된 사항에서 다수 발견되고 있다.

34) 이 경우에도 인권의 보호와 향상을 위하여 필요한 정보를 널리 공유하게 함으로써 인권이 침해되는 관행을 시정하고 인권침해가 발생하지 않도록 사전에 예방하는 의미를 지니고 있으며, 이는 구체적인 의무의 이행은 아니라고 하여도 헌법이 보장하는 국민의 기본권의 보호와 관련하여 넓은 의미에서 개인의 권익보호에 충실하게 하는데 그 역할을 기대할 수 있고 이 점에 국민의 권익보호를 위한 간접적이거나 실효성을 담보하기 위한 수단이라고 생각할 수 있다.

35) 이와 같은 공표를 행한 경우에 국가 또는 지방자치단체는 소비자의 보호를 위하여 일정한 조치를 취하여야 하는데(소비자보호법 제13조제3항 후단), 이는 공표의 목적에 소비자보호가 포함되어 있음을 추단하게 하며, 소비자의 보호를 위한 물품 등의 안전성규제, 행정목적의 실현을 염두에 두고 있는 것이라고 하겠다.

36) 앞서 공중위생관리법의 경우에 설명한 바와 같이 의료기관의 평가결과는 평가대상인 의료기관들에게 있어서는 그의 장래의 영업실적에도 연관될 수 있는 매우 중대한

- 자동차관리법 제33조의2제1항(건설교통부장관의 소비자에게 자동차의 안전도에 대한 정보를 제공하고 안전도가 높은 자동차를 제작하도록 유도하기 위한 자동차의 안전도평가결과공표)
- 전기용품안전관리법 제8조제3항(산업자원부장관의 안전인증대상전기용품의 개선·파기 또는 수거로는 그 위해를 방지하기가 어렵다고 인정되는 경우 당해 안전인증대상전기용품제조업자 또는 전기용품수입·판매업자에 대한 위해사실의 공표명령)
- 전자상거래등에서의소비자보호에관한법률
- 축산물가공처리법 제37조제1항(농림부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장의 영업자로 하여금 공중위생상 위해가 발생하였거나 발생할 우려가 있는 유통중인 축산물의 회수하게 한 경우의 그 사실의 공표명령)
- 품질경영및공산품안전관리법 제15조제3항(산업자원부장관의 안전검사대상공산품의 개선·파기 또는 수거로는 그 위해를 방지하기가 어렵다고 인정되는 경우 당해 제조업자·수입업자·판매업자 또는 영업자에 대한 위해사실의 공표명령)
- 청소년의성보호에관한법률 제20조제2항(법규위반자에 대한 신상과 범죄사실의 요지공개)

(3) 상황에 따라 행정제재적인 동시에 정보제공적인 공표

아래의 입법례 가운데 예를 들어 산업안전보건법 제9조의2의 경우를 보면, 산업재해를 예방하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에 노동부장관은 일정한 사업장의 산업재해 발생건수, 재해율 또는 그 순위 등을 공표할 수 있다고 규정하고 있는데, 산업재해 발생건수나 재해율, 순위 등은 그 실적 여하에 따라, 즉 실적이 양호하지 않은 공표대상 사업장에

문제이므로 순수한 정보제공적인 공표라기보다는 보다 좋은 평가를 받을 수 있도록 의료기관을 유도하는 측면이 있고, 상대적으로 낮은 평가를 받은 의료기관에 대하여는 결과적으로 제재를 가하는 것이기도 하다. 동시에 의료기관을 이용하는 자에 대하여는 보다 나은 의료기관을 이용하게 하여 의료사고를 미연에 예방하는 등의 사전예방적 효과도 지니고 있을 것이라 생각된다. 나아가 의료법 제47조의2제4항에서 보는 것처럼 우수한 평가를 받은 의료기관에 대하여 행정적·재정적 지원의 가능성을 열어 놓고 있는 것은 낮은 평가를 받은 의료기관에게 상대적으로 불이익을 가하는 것이라 할 수 있으므로 이 점에서도 제재적 성격을 엿볼 수 있다 하겠다. 공중위생관리법의 경우와 동일한 구조와 취지 및 내용을 지닌 공표제도이다.

게 있어서는 부정적인 내용을 널리 알리게 되는 것이라 하지 않을 수 없다. 다시 말해서 실적 여하에 따라, 즉 상황에 따라서 당해 공표는 특정 사업자에게 있어서는 제재적인 성격을 가지는 공표라고 하지 않을 수 없다. 이것은 동시에 문제의 사업장의 작업환경이 매우 열악함을 널리 알려 관계인들에게 주의를 환기시키는 점도 인정될 수 있다. 이런 점에서 상황에 따라 행정제재적인 성격과 동시에 정보제공적인 성격을 동시에 찾아볼 수 있다.³⁷⁾

- 산업안전보건법 제9조의2(노동부장관의 산업재해를 예방하기 위하여 필요한 경우 사업장의 산업재해 발생건수, 재해율 또는 그 순위 등의 공표)
- 석유사업법 제25조제2항(산업자원부장관의 석유제품의 품질유지를 위하여 행하는 품질검사결과 품질기준에 적합하지 않거나 유사석유제품제조등금지의무에 위반한 석유제품발견시의 당해 사실의 공표)
- 식품위생법 제56조의2제1항(식품의약품안전청장, 시·도지사, 시장·군수 또는 구청장의 식품위생상의 위해가 발생하였다고 인정하는 경우 해당 영업자에 대한 그 사실의 공표명령)
- 액화석유가스의안전관리및사업법 제22조제2항(시·도지사의 가스용품의 안전관리를 위하여 행하는 유통중인 가스용품을 수집·검사결과 중대한 결함이 있다고 인정되는 가스용품의 제조사업자 또는 수입자에 대한 회수·교환·환불 및 그 사실의 공표명령)

(4) 상황에 따라 행정통제적인 동시에 정보제공적인 공표

공표의 실효성확보수단으로서의 효과가 행정의 상대방의 의무불이행 등에 대한 것만으로 이해하는 경우에는 행정의 자기구속적 또는 행정통제적 성격의 공표는 전혀 주목될 필요가 없다. 그러나 행정목적의 실현에 행정 스스로를 구속시키기 위한 의미에서의 실효성확보도 고려될 수 있다고 하면, 행정의 자기구속적인 성격의 공표도 행정의 실효성확보수단

37) 물론 여기에 사전예방적인 측면이 전혀 존재하지 않는 것도 아니다. 왜냐하면, 그와 같은 부정적인 내용의 공표를 통하여 사업장 책임자를 각성케 하고 이를 통하여 이후에 산업재해를 예방하는 방향으로 유도해 갈 수도 있는 것이기 때문이다. 아마도 행정의 실효성확보에 기여하는 대다수의 공표에는 제재적, 사전예방적, 정보제공적 성격이 정도의 차는 있더라도 모두 존재한다고 이해하는 것이 보다 올바른 해석일 수 있다.

의 하나로서 고려에 넣는 것이 필요하게 될 것이다. 이하에서의 입법례는 행정청 스스로를 구속하며 행정목적의 실현으로 나아가도록 하는 측면을 찾아볼 수 있는 공표에 관한 것이다. 예를 들어 이하의 예에서 민원사무처리에관한법률시행령 제13조가 민원사무의 처리가 완료될 때까지 소요되는 처리기간을 민원사무의 종류별로 미리 정하여 공표하도록 하고 있는 것은 민원사무의 상대방에게 예측가능성을 부여하며(정보제공적 성격), 행정청에게는 해당 처리기간을 준수하도록 강제하는 구속적인 성격(자기구속적 성격)을 인정할 수 있다.³⁸⁾

- 노사정위원회의설치및운영등에관한법률시행령 제15조(위원장의 정부·노동단체 및 사용자단체가 위원회의 의결사항을 성실히 이행하도록 하기 위하여 행하는 매분기별 의결사항의 이행여부를 점검결과의 공표)
- 독점규제및공정거래에관한법률 제3조제3항(공정거래위원회의 독과점적 시장구조가 장기간 유지되고 있는 상품이나 용역의 공급 또는 수요시장에 대하여 경쟁을 촉진하기 위한 시책을 수립·시행을 위한 시장구조의 조사와 공표)
- 민원사무처리에관한법률 제24조(위원회의 매년도 운영상황의 공표)
- 민원사무처리에관한법률 제36조(위원회의 권고 또는 의견의 내용, 처리결과의 내용의 공표)
- 민원사무처리에관한법률시행령 제13조(행정기관의 장의 민원사무처리기간의 설정과 공표)
- 방송법 제10조(방송위원회의 지상파방송사업, 위성방송사업 등의 추천 등을 위한 심사결과 공표)
- 환경분쟁조정법 제33조제3항(조정위원회의 수락권고를 위한 조정안의 공표)³⁹⁾

38) 그런데 동시행령 제13조제3항은 행정기관의 장으로 하여금 그와 같은 처리기간을 관계법령에 명시하도록 하고 있는데, 이것은 하위명령에서 법률에 규정할 것을 의무로 하고 있는 것이어서 법체계상 의문이 있다. 처리기간을 관계법령에 명시하도록 하고 있는데, 관계법령에는 법률도 포함되는 것이기 때문이다 이 규정내용은 시행령이 아니라 오히려 법률의 단계에서 규정되어야 할 사항이 아닐까 생각된다. 동조항 제1항의 경우에도 시행령이 아닌 법률로 끌어올려 규정하는 것이 법체계상 타당하지 않을까 생각한다.

39) 이 경우에는 어떤 면에서는 조정안대로의 합의를 수락하도록 강력하게 유도하는 기능을 엿볼 수도 있을 것이라 생각한다.

(5) 중립적 공표

여론으로 통계결과의 공표나 조사결과의 공표 등은 원칙적으로 정보제공적 성격만을 띠며 대체로 중립적인 성격을 지닌다. 통계결과의 공표가 중립적인 것은 그 대상이 특정 범위의 개인이나 특정인이 아니라 널리 일반인을 대상으로 하기 때문이라 생각한다. 즉 특정인에 대한 이해관계적 요소가 부각되지 않으며 개개의 이해관계인의 개성이 통계속에 매몰되어 그 개성을 상실하게 되기 때문에 중립성을 지니게 되는 면이 많다고 생각한다. 공표의 내용이 특정인의 이해관계와 전혀 무관한 경우에도 공표는 제재적이거나 사전예방적 등의 성격으로부터 자유로운 중립성을 띠게 된다고 하겠다. 통계가 무작위한 대상 또는 개성을 상실한 널리 일반적인 사항을 대상으로 하는 것이라고 한다면 조사는 특정한 목적을 지닌 경우도 있으므로 조사결과의 가치는 중립성을 유지하기 어려운 경우가 적지 않을 것이다. 조사결과의 가치의 중립성은 조사자체의 중립성의 문제와는 별개이다. 조사 그 자체는 객관적이고 중립적으로 이루어진다고 하더라도 조사의 결과는 특정인의 이익에 부합하게 나올 수도 있으며 그 반대로 나올 수도 있을 것이다. 따라서 조사 자체는 객관적이고 공정하다고 하더라도 조사결과가 특정인에게 불리한 성격을 띠거나 하는 것은 별개의 문제이다. 이에 따라 조사결과는 많은 이해관계와 결부되며 단순한 정보제공적 성격을 넘어 다양한 성격을 지닐 수도 있을 것이다.

위에서 여러 가지 관점에서 행정의 실효성확보에 기여한다고 생각되는 현행법상의 공표에 관한 입법례를 소개하였으나 현행법상으로는 위와 같은 성격의 공표보다는 순수한 정보제공적 의미의 공표가 대다수를 차지하고 있다고 이해하는 것이 올바른 지적일 것이다.

3. 일본과 독일의 경우의 공표제도의 현황

앞에서 우리의 경우의 공표제도의 유형 및 현황에 관하여 살펴보았는데 과연 외국의 경우는 어떠한가가 의문이 된다. 왜냐하면 외국의 경우

에도 행정의 실효성확보수단으로서 공표라는 수단을 이용하는 경우가 충분히 있을 것이라 생각되기 때문이다. 이에 일본과 독일의 경우의 공표 제도에 대한 현황 및 주목되는 논의에 대하여 간단히 소개한다.

(1) 일본의 경우

1) 현 황

일본의 경우에 행정의 실효성확보수단으로서의 공표제도의 활용영역은 점차 증대되어 가고 있는 것으로 보인다.⁴⁰⁾ 논자들이 예시하는 것을 보면 다음과 같다.

국민생활안정긴급조치법 제6조제3항(지정물자의 소매업을 행하는 자가 표준가격 또는 판매가격을 일반소비자가 보기 쉽게 표시하도록 주무대신으로부터 지시를 받았음에도 이를 이행하지 아니한 경우의 주무대신에 의한 지시불이행사실의 공표), 제7조제2항(지정물자를 일정가격 이하로 판매하라는 주무대신의 지시에 위반한 경우의 해당사실의 공표), 석유수급적정화법 제6조제4항(석유정제업자 등이 석유생산계획에 따른 석유의 생산, 수입 또는 판매를 하지 아니하였다는 취지의 공표), 제10조제3항(특정석유판매업자의 석유매도지시 위반사실의 공표), 국토이용계획법 제26조(도도부현지사가 토지이용이 토지이용기본계획 등에 적합하지 않으므로 토지이용목적에 대한 변경을 권고하였음에도 이에 따르지 아니한 경우, 권고에 따르지 아니하였다는 사실과 권고의 내용의 공표)⁴¹⁾, 장애자고용촉진에관한법률 제47조(장애자고용촉진을 위한 후생노동대신의 권고에 따르지 아니한 경우의 공표), 식품순환자원등의재생이용촉진에관한법률 제9조제2항·제3항(식품순화자원의 재생이용 등에 관하여 주무대신이 행한 권고에 따르지 아니한 경우의 공표) 등이 있다.

40) 이하의 일본에 관한 소개는 阿部泰隆, 前掲書, 442頁 이하; 高田敏, 行政法(改訂版), 1996, 有斐閣ブックス, 221頁 이하에 의존한다.

41) 이것은 권고를 내용으로 하는 것이므로 이른바 행정지도를 거절한 경우에 있어서의 거절사실의 공표를 규정하고 있는 것으로 앞의 다른 공표들의 경우와는 다르다는 점에 주의할 필요가 있다.

뿐만 아니라 자치단체의 조례에서도, 공해방지조례, 소비자보호조례, 효고현(兵庫縣)산업폐기물처리시설의설치에관한분쟁예방과조정에관한조례, 가케가와시(掛川市)생애학습마을조성토지조례 등에서도 채용되고 있다고 한다. 또한 법률에 근거가 없이 행하여지고 있는 공표의 경우도 있다.

2) 특 징

이상과 같이 일본에 있어서 행정의 실효성확보를 위한 수단으로서 공표제도를 채택하고 있는 경우는 적지 않은 편이라 할 수 있다. 그러나 법령에서 공표제도를 도입하고 있다고 하여 그것이 항상 최대한으로 활용되고 있는가는 별개의 문제이다. 위에서 소개된 몇 가지의 사례에 의할 경우, 앞서도 잠시 지적하였지만 일본에서는 행정청의 권고에 따르지 아니한 경우에 그러한 사실을 널리 일반에게 알리는 방식이 선호되고 있는 것으로 생각된다. 행정청의 권고는 이른바 비권력적 사실행위로서의 행정지도이므로 그것에 따르지 않는 경우에도 현실적으로 상대방의 신체나 재산에 대하여 실력을 행사하는 것을 주된 요소로 하는 전통적인 실효성확보수단⁴²⁾으로 강제하는 것은 허용되지 않는다. 이와 같이 볼 때 여론을 동원하여 상대방의 심리를 압박하고 이로써 행정이 의도하는 대로 행위로 나아갈 것을 강제하려는 공표제도의 위력은 행정지도의 영역에서 매우 크게 나타난다. 고유의 사회풍토에 따라 행정지도가 다용되고 있는 일본에 있어서는 공표제도의 활용도는 매우 높을 것으로 예상된다. 그러나 실제에 있어서는 그다지 활용되지 못하고 있다고 지적된다.⁴³⁾ 그 이유는 공표가 매우 강력한 제재가 될 수도 있다는 우려와 공표를 그르친 경우의 손해배상청구소송에 대한 경계 때문이다. 따라서 실제에 있어서는 단순히 권고에 따르도록 강력히 촉구하는 위협수단 정도로 사용되고 있다.

42) 행정청의 권고나 조언, 즉 행정지도는 상대방에게 아무런 법적인 의무를 부과하지 않는다. 따라서 행정청의 권고나 조언에 따르도록 하기 위하여 동원되는 수단은 의무 이행확보수단의 개념범주로는 포섭할 수가 없고 실효성확보수단의 개념으로만 파악할 수 있게 되는 점을 유의할 필요가 있다.

43) 阿部泰隆, 前掲書, 444頁.

(2) 독일의 경우

1) 개 관

독일의 경우 행정의 실효성확보수단으로서의 공표제도는 잘 알려져 있지 않다. 반면에 민사상의 강제집행과 관련하여서는 유사한 제도가 소개되는 경우가 있다. 금전집행이 현실적으로 그 효력을 발휘하지 못한 때에 선서부(宣誓付)로 전재산목록을 공개하도록 법원이 명령하고, 그 선서를 하지 않으면 구류가 명하여진다고 하는 제도가 소개된다. 이 때에 재산 목록공개에 선서를 행한 자 및 이를 거절하여 구류가 명하여진 자, 나아가 구류가 집행되었음을 공표하기 위한 명부(Schuldenverzeichnis)가 법원에 의하여 작성되는데, 이 명부에 기재되게 되면 거래사회에서는 신용이 절대적으로 실추되어 결과적으로 가혹한 제재가 되는 경우가 있다.⁴⁴⁾ 민사분야이기는 하나 채무의 변제를 간접적으로 강제하기 위한 공표제도로써 행정상 실효성확보수단으로서의 공표와 유사한 측면을 지닌다.

그러나 80년대 중반 이후에는 행정상의 공표에 관련된 판례들이 다수 발견되고 있다. 법률상 명문으로 행정상 공표를 인정하고 있는 경우가 있는지에 관하여는 아직 명확하지 않으나 이들 판례들은 대부분 국민의 건강보호 등 공익목적에서 행한 행정의 공표행위가 과연 법적 근거를 필요로 하는가의 문제, 즉 법률유보와 관련하여 다투어진 사건들이다. 이곳에서는 흥미로운 두 가지를 소개한다.⁴⁵⁾

2) 혼입물이 든 와인의 목록공표가 다투어진 사건

1985년에 독일에서 유통되고 있는 와인에 글리콜이 혼합되어 있는 사실이 밝혀지면서 독일의 청소년·가정·건강에 관한 연방장관은 글리콜이 함유된 와인목록을 작성하였다. 이 목록은 소비자로 하여금 글리콜이 함유된 와인을 특정할 수 있도록 하기 위하여 와인을 병에 채운 자의 성명도 기재

44) 行政強制-行政權의實力行使の法理と實態, JURIST 増刊, 1977年 1月 25日, 106-107頁, 新堂교수의 발언.

45) 이에 관하여는 大橋洋一, 行政法學の構造的變革(有斐閣, 1996), 54頁의 註50 및 56頁의 註57을 참조하였다.

하고 있었다. 이에 와인을 병에 채운 자로서 그 이름이 기재된 자가 원고가 되어 위의 장관에게는 원고의 이름과 와인을 목록에 게재할 수 있는 권한이 주어지지 않다는 확인을 구하는 행정소송을 제기한 사건이다.⁴⁶⁾

판례는 크게 두 가지 관점에서 판결을 내리고 있다. 첫째는 시민의 기본권을 보호해야 하는 내각의 일반적 권한을 논거로 하여 해법을 전개한다. 그에 의하면 우선 국가 전체에 대한 책임으로서 내각이 특히 활동해 줄 것이 요청되는 것은 위기적인 상황전개가 예상되어 중요한 공익이 위협에 노출되고, 국민에게 커다란 불안이 발생한 때라고 전제한다. 이어서 이러한 때에는 특히 기본권 가운데 포함되어 있는 국가의 의무(기본권으로서 보호되는 법익이나 자유를 침해하는 제3자로부터 시민을 지켜야 하는 국가의 의무)에 의하여 내각은 공표와 같은 활동을 하지 않으면 아니 되는 상황이 발생할 수 있다고 하여 상황론에 의한 공표의 가능성을 열어주고 있다.

둘째로 보다 구체적으로 국가의 보호의무를 이유로 하여 법률의 수권없어도 공표가 허용될 수 있음을 명확히 하였다. 즉, 다른 사람의 건강위험을 회피하여야 할 국가의 보호의무(die Schutzpflicht des Staates)에 의하여 위험회피를 위하여 취하여진 국가의 사실행위는 법률의 수권을 필요로 하지 않는다. 이에 따라 국민의 건강과 안정을 보호하기 위한 국가의 공표행위는 법률에 의한 수권 없이도 얼마든지 가능하다고 해석되었다.

3) 약품의 일람표 공표사건

청소년·가정·건강에 관한 연방장관이 임명한 위원들로 구성된 약품 일람표 공표위원회가 시판약품에 대한 일람표를 작성하여 연방관보에 공표하였다. 그런데 이 일람표에는 약품의 성분, 작용 및 부작용, 가격, 적용량 등 시판약품의 품질표시를 포함하는 내용이 담겨 있었다. 그 당연한 결과로 동등한 품질을 가지면서도 다른 제약회사보다도 비싼 가격의 약품은 판매가 되지 않거나⁴⁷⁾, 의사에 의하여 처방되지 않게 되었다. 이에

46) 1990년 10월 18일 연방행정법원판결, BVerwGE 87, 37.

47) 이와 같은 가격인하효과에 일람표 작성의 목적이 있었다고 한다.

따라 일람표의 공표로 인하여 영업상의 손실을 입고 있는 제약업자가 약품의 일람표공표는 법에 근거가 없는 것으로 직업의 자유라고 하는 원고의 기본권을 침해하는 위법한 행위라고 하여 소송을 제기한 사건이다.⁴⁸⁾

판결은 우선 일람표의 공표가 단순행정활동(eine schlichtverwaltende Taetigkeit)으로서 사실행위임을 확인하였다. 다음으로 이러한 사실행위에 의하여 국민의 기본권이 침해될 수 있는가 하는 가능성에 대한 검토를 행하였다. 검토의 결과는 “개개의 기본권의 보호기능에 비추어 볼 때 오히려 그 성질이나 범위에 따라 기본권주체에의 사실상의 침해도 또한 기본권침해를 의미한다”고 판시하였다. 즉 사실행위에 의한 기본권 침해가능성을 시인한 것이다. 그러면 이어서 기본권의 침해가능성이 존재한다고 하면, 과연 공표활동에도 법률의 유보가 필요한 것이 아닌가 하는 마지막 단계의 검토로 이행하였다. 결론적으로 이 사건에 있어서는 제약업자의 편을 들어 국가가 패소하였다. 논지는 다음과 같다. 사업자는 본래 경제상황의 변화에 따른 불이익을 일반적으로 감수하여야 하는 존재이기 때문에 국가의 어떠한 조치에 의하여 이러한 불이익한 상황이 발생하였다고 하여도 원칙적으로 기본권의 침해는 인정되지 않는다. 그러나 특정 사업자의 부담으로 공익을 위하여 바람직하지 아니한 결과를 제거하기 위하여 국가가 일정한 기초조건을 의도적으로(zielgerichtet) 변경하는 조치를 취한 경우에는 기본권의 침해를 구성한다고 하는 것이다.

이 사건은 아마도 국가가 국민에 대하여 널리 정보를 제공할 순수한 목적에서 공표제도를 활용하지 아니하고 특정 제약품의 가격인하를 피하기 위하여 일람표를 작성·공표하였다는 점에서 판결이 국가에게 불리하게 내려진 것으로 생각된다.

첫 번째의 판례가 긴급한 상황을 이유로 하여 법에 근거 없이 행한 국가의 공표행위가 허용된다는 논지임에 반하여 두 번째의 판례는 공표제도의 목적을 염두에 두면서 공표를 행함에 있어서 국가로 하여금 매우 신중하게 하는 판결이라 할 수 있다.

아무튼 독일의 경우에도 공표제도는 행정청에 의하여 그의 목적달성을 위하여 적지 않게 활용되고 있음을 알 수 있다.

48) 1985년 4월 18일 연방행정법원판결, BVerwGE 71, 183.

제 5 절 공표제도의 법적 쟁점과 개선방안

I. 공표의 실효성확보와 권리보호의 조화방안 - 일반론

1. 실효성확보를 강화하는 측면의 방안 검토

(1) 공표청구권의 인정여부

현행법상 공표의 주체를 보면 행정청에 의한 공표와 행정청의 명령에 따라 행하는 의무위반자의 공표의 크게 두 유형으로 나누어 볼 수 있다. 이 때 해당 공표내용에 대하여 이해관계를 가지는 자가 행정청이나 의무위반자에 대하여 당해 사안에 대하여 공표할 것을 요청할 수 있는가의 문제가 제기될 수 있다. 공표내용에 대하여 이해관계를 가지는 자에게 있어서는 공표내용에 따라 그의 사회활동을 보다 합리적으로 영위해 나가는 것이 가능하게 될 것이기 때문이다. 게다가 모든 국민에게 공공기관이 보유·관리하는 정보의 공개청구를 보장하고 있는 정보공개법(제6조제1항)이 제정되어 있는 상황에서는 이해관계인의 공표청구권의 보장도 가능한 방향으로 풀이될 수 있을 것으로 보이기도 한다.

그러나 공표청구권의 일반적인 보장은 가능하지 않다고 볼 것이다. 우선, 의무위반자로 하여금 위반사실을 공표하도록 하는 형태의 공표인 경우에는 공표청구권은 관할 행정청으로 하여금 해당 의무위반자에 대하여 공표명령을 발하도록 요구하는 것과 다름이 없게 되는데 이는 허용될 수 없을 것이다. 또한 행정청의 권한으로 되어 있는 공표의 경우에도 해당 공표여부가 행정청의 재량사항으로 되어 있는 경우에는 역시 상대방의 공표청구권을 인정하는 것은 곤란할 것이다. 그러나 법이 행정청에게 공표를 의무로 하고 있는 경우에는 법령의 해석상 일정 범위의 이해관계인에게 공표청구권이 부여될 수 있는 여지도 존재할 수 있지 않을까 생각된다. 이 경우에 공표청구권은 관련법령의 해석상 해당 공표가 단순히 의무위반자에 대한 제재나 널리 일반인에 대하여 정보를 제공한다는 목적을 넘어서 특정 이해관계인의 권리이익을 보호할 것도 내용으로 하고 있다고 인정되

는 경우에 한한다고 이해될 것이다. 이와 같은 논의는 공표가 행정의 실효성을 확보하기 위한 것이지만 동시에 관계인의 권리이익의 보호의 측면도 있다고 인정되는 경우에 특히 그 실익을 발견할 수 있다.

(2) 공표의 실효성확보

공표가 행정상 실효성확보수단의 하나로 논의되고 있으나 공표를 하여도 공표에 의하여 달성하고자 한 대로 상대방이 자발적인 의무의 이행이 행하여지지 않는다면 어떻게 할 것인가. 이것이 이른바 공표의 실효성확보의 문제이다. 달리 말하면, 실효성확보수단의 실효성을 확보하기 위한 방법이라고 할 수 있을 것이다. 이에 관하여는 공표의 반복부과와 병과의 가능성문제를 고려해 볼 수 있다.

1) 반복부과의 가능성

공표를 제재라고 하면 동일 사건에서는 1회 이상 활용하는 것이 곤란하다는 주장이 있다. 그러나 공표의 집행방법으로서 준수가 있을 때까지는 몇 번이고 활용할 수 있어야 한다는 주장도 있다.⁴⁹⁾

이 문제와 관련하여서는 공표에 기간이 있는가를 생각해 볼 수 있다. 예를 들어 공표에 유효기간이 있어 특정한 공표는 언제까지만 그 효력을 가진다고 이해하는 경우가 그러하다. 만일 공표에 이와 같은 유효기간이 인정될 수 있다고 한다면 해당 유효기간이 만료된 후에 재차 새로운 유효기간을 가진 공표를 행하는 것이 이론상으로는 불가능하다고 할 수 없을 것이다. 다른 한편 그러한 유효기간이 인정되지 않는다고 하는 경우에는 공표를 행한 후에 일정한 시일이 경과하고 나서 동일한 내용의 공표를 재차 행하는 것이 가능한가의 문제가 제기될 수 있다. 이에 대한 해결은 위에서 잠깐 언급한 바와 같이 공표가 과연 제재인가의 여부에 달려 있다고 생각된다. 즉, 공표가 제재라고 한다면 한번 공표한 사항에 대하여 동일 사항에 대하여 재차 공표하는 것은 헌법상의 이중처벌금지의 원칙에 반하며 허용되지 않는다고 보아야 할 것이기 때문이다. 여기에는 공표의 미묘한 효력이 관련되어 있다고 생각된다. 즉 앞에서 이미

49) 阿部泰隆, 前掲書, 444頁.

고찰한 바와 같이 공표에는 제재적 성격의 공표가 인정되고 있다. 여기서 실질주의를 취한다면 공표의 실질이 제재라고 할 수 있으므로 공표의 반복부과는 허용되지 않는다고 이해하게 될 것이다.

그러나 다른 한편으로 공표의 제재적 효과는 법적으로나 사실상으로나 보장된 효과는 아니라는 점이 유의되어야 할 것이다. 공표는 그것이 아무리 제재적 목적으로 활용되고 있다고 하여도 그것은 불특정 다수인에게 일정한 사실을 알리는 것에 변함이 없다. 공표에는 아무런 법적 효과가 부여되어 있지 않은 것이다. 따라서 공표의 제재적 효과를 법적으로 발견하는 것은 매우 어려울 것이다. 또한 공표가 사실상 제재적 효과를 가진다고 하는 점에 대하여도 그러한 사실상의 제재적 효과는 결코 언제나 달성할 수 있는 보장된 효과는 아니다. 왜냐하면 상대방의 도덕심이 평균인보다 둔한 경우에는 공표의 사실상의 제재적 효과는 매우 감소되며 경우에 따라서는 전혀 찾아볼 수 없는 경우도 있을 수 있기 때문이다. 이와 같이 볼 때, 공표는 제재의 효과를 띠는 경우는 있으나 그러한 효과는 보장된 효과는 아니며 따라서 공표의 반복부과여부에 관하여 검토하는 한 공표는 반복적으로 행하여도 이를 저지할 수는 없다고 생각된다.⁵⁰⁾

아무튼 고액채납자는 원래 과렴치하여 수치심이 극도로 결여되어 있는 경우라고 보면 수차에 걸쳐 공표를 한다고 하여도 공표제도에 의하여 그의 의무이행을 확보하는 것이 용이하지 않을 것이다. 이와 같은 의무위반자에게 있어 동일내용의 공표를 반복하는 것은 그 이행이 애초부터 기대될 수 없는 점에서 공표의 실효성확보수단으로서의 위상을 오히려 실추시킬 수가 있으며 그러한 점에서 공표는 오직 1회에 한하는 경우에 그의 실효성을 최대로 할 수 있다고도 생각된다. 공표의 제재적 효과 내지 실효성확보수단으로서의 효과는 맨 처음에 극대화되며 이후 동일 내용의 공표가 반복될수록 그에 비례하여 급격하게 감소되는 것이라 생각된다. 이것은 공표의 정보제공적 효과는 공표의 반복되는 횟수에 비례하여 보다 증가하게 되는 것과 뚜렷한 대조를 이룬다.

50) 의무의 이행이 있을 때까지 공표를 반복해서 행할 수 있다고 하는 것은 금전적 제재의 형태를 띠지 않은 점을 제외하면 집행벌의 경우와 유사하다.

2) 병과의 가능성

공표와 다른 제재수단을 병과하는 것이 가능할 것인가의 문제가 있다. 이에 관한 문제도 결국 공표가 제재인가 아닌가의 성격규명에 귀결되는 것이라 생각한다. 즉 공표가 제재가 아니라고 한다면 다른 제재수단과 병과하여 전혀 문제되지 않는다. 그러나 가사 공표가 제재로서의 성격을 지닌다고 하는 경우에도 다른 제재수단과 그 취지와 목적 등이 상이하다고 한다면 병과하여 모순·저촉, 또는 이중처벌이 발생하는 일은 없을 것이다. 공표가 단독으로 실시되어 의무위반자에 대하여 의무이행을 강제하는 경우도 물론 존재한다. 예를 들면 앞서 소개한 해운법상의 공표(해운법 제58조의3)가 그러하다. 그러나 공표제도를 다수 마련하고 있는 독점규제및공정거래에관한법률상의 공표의 경우는 공표만이 단독으로 이루어지는 것은 거의 드물지 않을까 생각된다. 다시 말해서 일정한 시정조치가 있고 그것과 동시에 범위반사실의 공표 또는 시정명령을 받았다는 사실의 공표를 행하도록 하는 것이 대다수일 것이라고 생각된다. 그렇다면 공표는 단독으로 행사되는 것보다도 다른 실효성확보수단과 함께 행사되는 것이 보다 행정의 실효성확보라는 목적을 달성하는데 기여할 것이라고 생각된다.⁵¹⁾

2. 권리보호를 강화하는 측면의 방안 검토

(1) 공표와 법률유보

공표는 법적 근거가 없어도 할 수 있는가 문제된다. 이 문제는 공표제도의 활용가능성과 관련하여 매우 중요한 문제가 아닐 수 없다.

기본적으로는 공표제도는 본래 정보의 제공이며 직접적으로 누구의 권리이익을 침해하거나 제한하는 것이 아니므로 법적 근거가 필요없다고 이해되어 왔다.⁵²⁾

51) 이런 점에서 보면 공표에 대하여는 행정의 실효성확보수단 가운데 주된 지위를 부여하는 것보다도 종된 지위를 부여하는 것이 적합할 것이라는 생각도 가능할 것이다.

52) 磯野弥生, “行政上の義務履行確保,” 雄川一郎·塩野 宏·園部逸夫編, 現代行政法大系2(行政過程), 1984, 260頁.

우선 앞서 고찰한 다양한 유형의 공표 가운데에서 행정의 실효성을 확보하기 위한 수단으로서 활용되는 공표는 특히 제재적 성격을 지닌 공표와 관련되는 문제임을 보았다. 그리고 제재적 성격을 지니고 있다는 점에서 순수하게 정보를 제공하고자 하는 목적에서의 공표와는 다르다는 점도 확인하였다. 소위 법률유보이론에 의하면 제재적 성격의 공표는 상대방의 권익에 대한 침해가 수반하는 효과가 있으므로 침해유보설이나 중요사항유보설에 의할 때 법적 근거가 요구된다고 하지 않을 수 없다.⁵³⁾ 우리나라에 있어 실효성확보수단으로서의 공표에 법적 근거가 필요 없다고 하는 주장(소극설)은 발견되지 않는다.⁵⁴⁾ 그 반면으로서 그렇다면 실효성확보수단으로서의 공표를 행함에 있어서는 법률의 규정이 반드시 필요하다고 이해하게 된다(적극설).

그런데 적극설의 경우에도 세부로 들어가면 상이한 견해가 주장될 수 있다. 제시될 수 있는 견해 가운데 하나는 다음과 같은 논리에 의거할 수 있다. 실효성확보수단으로서의 공표는 상대방이 행정청이 부과한 의무를 이행하지 아니하는 경우에 이를 강제하기 위한 수단으로서 사용되는 것이므로 행정청이 부과하는 의무의 존재가 전제되어 있다. 그런데 의무의 부과는 법령에 입각하여서만 가능하므로 그러한 의무를 부과한 법령이 이미 존재할 것이다. 그렇다면 공표를 행함에 있어서 새로이 법적 근거를 마련해야 할 필요는 없고, 기존의 의무부과조항을 근거로 하여 공표를 행하는 것이 금지되지 않는다고 하는 견해이다. 법이 행정청에게 의무를 부과할 수 있는 권한을 수권하였다는 사실은 당해 권한이 실현될 것을 기대한 것이라고 할 수 있고 상대방의 의무불이행으로 인하여 그러한 권한이 실현되지 못한 경우에는 그것을 실현할 수 있는 권한까지도 해당 의무부과조항에 의하여 근거 지워질 수 있다고 보는 것이다.

예를 들어 부동산투기를 한 자의 명단을 공개하는 것은 부동산투기를 금하는 근거법규가 있으면 직접 명단공표를 허용하는 규정이 없더라도 금지의 근거법규에 당연히 내포되어 있는 권한으로 보아 명단의 공표가 허용된다고 볼 수 있다고 하는 것이다.

53) 순수한 정보제공적 성격의 공표인 경우에는 앞서 보았듯이 누구의 이익도 침해하는 것이 아니므로 법률에 근거하지 않고도 언제든지 가능하다고 이해될 것이다.

54) 홍정선, 앞의 책, 529면.

다른 하나는 의무부과조항과는 별도로 공표를 뒷받침할 수 있는 법적 근거가 새로이 필요하다고 하는 견해이다. 이에 의하면 예를 들어 집단 식중독의 원인인 식재료의 공표와 같이 국민의 생명과 건강에 밀접하게 관련되는 경우와 긴급을 필요로 하는 경우를 제외하고는 법률과 조례에서 원칙을 정하여, 사전절차를 거쳐 신중하게 행하는 것이 필요하다고 한다.⁵⁵⁾

한편, 공표 가운데에는 법률상 사용되는 공표와 시행령이하에서 사용되는 공표가 있다. 만일 공표가 권리의무를 실질적으로 제약하는 성질을 담고 있다고 하면 그러한 공표는 기본적으로 법률에서 명시하도록 하고 시행령이하에서 규정하는 것은 삼가야 할 것이다. 시행령이 비록 법규명령으로서 국민의 권익에 관한 사항을 규정할 수 있다고 하여도 그러하다. 특히 제재로서의 공표는 제재는 법률전속사항이라고 보면 반드시 법률에서 규정하여야 하고 하위명령에서 규정할 것은 아니라고 생각된다. 하물며 행정기관의 내부규범인 훈령에 규정할 것은 더더욱 아니다.⁵⁶⁾

행정기관이 사인에게 공표를 강제하는 경우에도 사인에게 의무를 부과하는 것이므로 법령에 근거가 없이는 불가능하다고 할 것이다.

(2) 공표시의 고려사항

1) 이해관계의 조정

뉴스통신진흥에관한법률은 뉴스통신의 공정성과 공익성을 담보하기 위하여 제5조제6항에서 뉴스통신은 정부 또는 특정집단의 정책 등을 공표함에 있어 의견이 다른 집단에게 균등한 기회가 제공되도록 노력하여야 하고, 각 정치적 이해당사자에 관한 편집에 있어서도 균형이 유지되도록 할 것이 의무지워지고 있다. 그러나 제재적 성격의 공표에 있어서는 이와 같은 고려가 요구되지 않을 것이라 생각된다.

2) 평등원칙

양성(良性)의 공표인 경우에는 홍보의 효과가 있을 것이다. 이 경우에도 동일한 상황하에 있는 복수인에 대하여 서로 상이한 조치를 취한다면

55) 독일은 이러한 입장에 있는 모양이다. 大橋洋一, 行政行爲の行爲形式論(弘文堂, 1993), 132頁; 大橋洋一, 行政法學の構造的變革(有斐閣, 1996), 33頁, 53-57頁 참조.

56) 후술 “II-1 훈령과 공표” 참조.

평등원칙에 반하게 될 것이다.

악성(惡性)⁵⁷⁾의 공표인 경우에도 평등의 원칙이 적용되게 될 것이다. 즉 동일한 상황조건 하에 있는 2인에 대하여 1인에 대하여는 공표를 행하고 다른 1인에 대하여는 공표를 하지 않는다면 평등원칙 위배의 문제가 제기될 수 있다.

3) 비례원칙

비례원칙은 여러 가지 각도에서 조망하는 것이 가능하다.⁵⁸⁾ 우선, 금전적 급부의무를 달성하기 위한 금전적 제재라고 하는 것과 같이 목적과 수단이 동질적인 것이 있는가 하면⁵⁹⁾, 금전적 급부의무를 달성하기 위한 목적에서 비금전적인 수단을 동원하는 경우⁶⁰⁾나 그와 반대로 비금전적 의무의 이행을 강제하기 위하여 금전적인 수단을 동원하는 경우⁶¹⁾도 있다. 공표는 비금전적인 의무의 이행을 강제하기 위한 비금전적인 제재에 해당한다고 말할 수 있다. 이 경우에 상호간에 동질적인 성격의 목적과 수단을 결합하는데 있어서의 비례의 원칙은 급부의무를 부담하는 금액과 제재로서 부과되는 금액간의 비례문제에서는 비례의 세부원칙 가운데 과잉금지의 원칙이 가장 중요한 고려사항이 될 것이라고 본다. 그리고 이 경우의 판단에 있어서는 부과되는 금전적 제재의 성질에 비추어 시중 금융시장의 금리 등이 중요한 기준으로서 고려되게 될 것이다.

그러나 상호간에 이질적인 목적과 수단을 결합하는 경우에 있어서의 비례원칙의 검토에는 어려운 점이 적지 않다. 해당 목적을 달성함에 있어서 문제의 이질적인 수단이 과연 적합한 수단이라고 할 수 있는지의

57) 법률위반사실 등의 것을 말한다.

58) 목적과 수단간의 적절한 비례관계는 비단 공표에 한하지 않고 행정활동의 모든 영역에서 요구되는 가치라고 할 수 있다. 그러한 점에서 공표의 장에서 기술하고 있으나 모든 행정상의 실효성확보수단에 있어 준수되어야 하는 일반원칙이라는데 의문이 없다.

59) 본고의 후반부에서 검토하는 금전적 실효성확보수단의 예가 그러하다.

60) 예를 들면, 본고 후반부에서 검토하는 공급거부나 관허사업의 제한과 같은 경우가 그러하다.

61) 예를 들면, 물가안정을 위하여 정부가 설정하는 가격 이상으로 거래하여 이득을 얻은 자에 대하여 부과하는 부당이득세가 그러한 예에 해당한다고 하겠다.

심이 되는 경우가 매우 많을 것이기 때문이다.⁶²⁾ 즉, 이 경우의 비례의 원칙은 그 세부원칙 가운데에서도 제1단계인 적합성의 원칙에서 제기된다고 본다. 그러나 공표의 경우에는 그 자체로는 직접적으로 어떠한 권리이익을 침해하는 것이 아니므로 대체로 모든 의무이행의 확보를 위한 수단으로 활용될 여지가 있다고 생각된다. 즉 적합성의 원칙은 대개의 경우 충족하게 될 것이라 생각한다. 다만, 비례원칙 가운데 필요성의 원칙과 과잉금지의 원칙도 충족하는가에 관하여는 좀 더 검토가 필요하다. 공표가 상대방으로 하여금 의무의 이행을 강제하기 위한 목적에서 행사된다고 할 때에 가급적이면 상대방에게 결정적인 불이익이 될 수 있는 것이 요구된다고 할 수 있다. 그렇다면 공표를 실시함에 있어서 필요성의 원칙은 그 중요도가 매우 약화될 것이라고 생각된다. 그러면 남게 되는 것은 과잉금지의 원칙의 준수여부라고 하게 된다. 공표를 행정상의 실효성확보수단으로 활용함에 있어서 가장 고려해야 할 부분은 비례의 원칙 가운데에서도 과잉금지원칙이라고 하지 않을 수 없을 것이다. 그리고 그 경우에 우려되는 것은 공표에 의한 사회적 제재의 효과가 경우에 따라 매우 강력하다는 데에 있다고 본다.⁶³⁾

공표에 의하여 달성하고자 하는 의무위반자의 의무이행강제의 이익과 공표에 의하여 침해되는 의무위반자의 권익이 형량되지 않으면 아니된다. 그런데 침해되는 의무위반자의 권익은 명예심과 같은 정신적·비재산적인 이익이므로 일반적으로 경제적인 재산권에 대한 침해에 비하여 중대한 것이라고 볼 수 있다. 그렇다고 하면, 공표를 위한 이익형량을 함에 있어서는 의무위반자의 정신적·비재산적인 이익을 침해하여서까지 공표를 하지 않으면 아니될 정도의 강한 공적 이익이 존재하지 않으면

62) 이 경우에도 비금전적 목적달성을 위한 금전적 제재라는 수단의 경우가 금전적 목적달성을 위한 비금전 제재수단을 동원하는 경우보다는 상대방의 권리이익에 대한 침해가 보다 적을 것이라 생각된다. 다시 말하면 세금을 납부하지 않았다고 하여 영업허가를 하지 않는 것과 같이 영업의 자유라는 기본권을 제한하는 경우가, 명령에 반하여 영업하였다고 하여 과징금을 부과하는 경우보다 상대방에 대한 권리이익의 침해로서는 보다 강대한 것이라 생각되고 비례의 원칙의 충족여부가 보다 민감하게 검토되어야 할 문제로 생각된다.

63) 후술 참조.

아니될 것이다. 그리고 이 경우에 그러한 공적이익에는 단순히 특정 사안에서의 사회의 질서유지와 같은 공익만이 존재하는 것이 아니라 예를 들어 고액채납자의 명단공표와 같은 경우에는 성실하게 납세하는 납세자와의 형평성이라는 가치가 고려되어야 할 것이고, 청소년성범죄자의 명단 공표와 같은 경우에는 피해 청소년에게 초래된 정신적 및 건강상의 침해에 대한 배려가 종합적으로 평가되어 고려되어야 하는 것이라 생각된다.

(3) 공표의 사회적 효과의 제어

공표는 경우에 따라서는 매우 강력한 행정상의 실효성확보수단으로 기능할 수도 있고, 반대로 전혀 실효성확보수단으로서의 기능을 하지 못하는 경우도 있을 수 있다. 윤리나 도덕의식, 수치심 등에 생래적으로 무관심하거나 의식적으로 무관심할 수 있는 의무위반자에 대하여는 공표는 조금도 실효성확보수단으로서의 기능을 발휘하지 못한다. 그러나 앞서 보았듯이 우리나라는 명예를 숭상하는 민족이어서 명예의 실추를 가져올 공표의 충격은 다른 재산상 또는 신체상의 제재나 강제에 못지 않은 것이다.⁶⁴⁾ 따라서 공표는 대개의 경우에는 공표의 대상이 되는 의무위반자에게 정도의 차는 있을 지라도 심리적 압박으로 작용할 것이고 무엇보다도 방송과 언론매체, 인터넷 등이 발달한 오늘날에 있어서는 공표의 “특정 사실을 널리 알리는” 기능은 월등히 신장되어 있다고 하지 않을 수 없다. 이는 공표의 실효성확보수단으로서의 기능도 그에 비례하여 매우 강대하게 되고 있다고 말할 수 있다. 이것은 동시에 공표가 행정의 실효성확보수단으로서의 효과를 넘어서 의무위반자에게 가혹한 것이 될 수 있다는 점을 의미한다. 이는 공표를 실시함에 있어 비례의 원칙이 매우 중요하게 됨을 보여준다.

그러나 문제는 누차 지적하는 바와 같이, 공표의 효과는 예측될 수가 없다. 공표의 실효성확보수단으로서의 효과는 공표를 실시하는 행정청에 의하여 기대되는, 또는 기도되는 효과이기는 하지만 그것은 달성되는 또는 달성이 보장되는 효과는 아니다. 그리고 현실적으로는 행정청이 기대

64) 김원주, 앞의 논문, 96면.

하는 실효성확보로서의 효과를 훨씬 넘는 부분도 나타날 수 있다. 공표의 가혹성 여부, 공표와 비례원칙이 문제되는 것은 바로 이 점에 있다. 그러나 실효성확보로서의 효과는 행정청이 기대한 효과이므로 동시에 예상한 효과라 할 수 있음에 반하여 실효성확보로서의 효과를 훨씬 넘는 부분에 대하여는 행정청도 예측하지 못하였다고 이해할 수 있으며 그 점에서 비례원칙(특히 과잉금지의 원칙)의 준수가 요구된다고 하여도 비례원칙을 적용하는 시점에 예측하지 못한 공표의 과장효과는 비례원칙을 적용함에 있어 고려되지 않았을 것이므로 과연 비례원칙이 제대로 이루어질 것을 기대할 수 있는가 하는 의문도 제기하게 한다. 이 점이 공표제도를 행정의 실효성확보수단으로서 도입함에 있어 봉착하게 되는 가장 큰 난제라고 하지 않을 수 없을 것이다. 이 경우의 대응방식으로는 공표후에 의무자의 의무의 이행이 있을 경우에 공표시와 동일한 방식에 의하여 의무의 이행 사실을 널리 알리는 방법이 고려될 수 있지 않을까 생각된다. 이러한 관점과 관련하여 후술하는 해운법시행령제17조의 규정은 시사하는 바가 있다.⁶⁵⁾ 그러나 이러한 방법은 사후적인 치유책에 불과하다는 점에서 보면, 사전적인 공표의 효과를 제어하는 방법으로는 다음에서 보는 공표의 절차에 관한 관점과 공표의 한계에 관한 관점이 추가로 요구된다 하겠다.

(4) 공표의 절차와 방법

1) 공표의 절차

행정의 실효성확보수단으로서의 공표는 공표의 대상이 되는 상대방으로 하여금 의무의 이행을 강제하거나 이후의 위반행위로 나아가지 못하도록 하기 위한 목적을 지니고 있으므로 상대방에게 고통 내지 불이익을 가하는 것이 아니면 아니된다. 그리고 공표는 직접적으로 경제적인 부담을 가하거나, 아니면 직접적으로 행정청의 강제집행에 대하여 수인할 것을 강요하는 것도 아니므로 공표에 의하여 상대방에게 가하고자 하는 불이익은 정신적 고통이라고 하는 것, 이른바 수치심의 자극, 명예손상과 같은 것이며 이를 면하기 위한 의무위반자의 자주적인 의무이행을 강제

65) 후술 참조.

하는 간접적인 실효성확보수단인 점에 대하여는 더 말할 필요가 없다. 이 경우에 행정청의 공표조치, 또는 공표명령에 의하여 직접적으로는 의무반자의 법률상태에 대하여 아무런 변화가 발생하는 것이 아니므로 공표에 대하여는 법적 근거가 필요하지 않다고 하는 종래의 일반적인 견해가 주장된 점도 이미 지적하였다.

그러나 공표가 외관상으로는 당장에 공표대상자의 법률상태에 대하여 아무런 변화를 초래하지 않는다고 하여도 실제에 있어서는 무형적인 고통을 가하고 있는 것이라고 한다면 실질적인 관점에서 보아 이를 행정상의 제재로 인식하지 않을 수 없다고 해야 할 것이며, 여기에 공표제도에 관하여 절차적인 관점에서의 규율의 필요성이 대두되게 된다. 이것은 경우에 따라서 매우 강력하게 발휘되는 공표의 제재적 효과를 절차법적 관점에서 여과하여 그 효과의 강대함을 조절하고자 하는 의미를 담고 있다.

우선 공표가 제재적 성격을 띠는 경우에는 공표조치를 취함에 앞서 청문 등 상대방에게 변명의 기회를 주는 것이 반드시 필요하다고 해야 할 것이다.⁶⁶⁾ 현행 행정절차법은 불이익처분에 관하여 일반적으로 청문 등의 의견진술절차를 부여하고 있으나(행정절차법제21조) 공표는 처분으로 이해되고 있지 않으므로 행정절차법상의 불이익처분에 관한 절차적 보장에 의하는 것이 불가능하다. 따라서 제재적 공표를 규정하고 있는 모든 개별법에서 별도로 청문절차를 거치도록 명시하지 않는 한은 제재적 공표에 대한 절차법적 권익보호는 불가능하다.

현행법상 이에 관한 규율을 발견하는 것은 쉽지가 않으나 국세기본법 제85조의5가 체납발생일부터 2년이 경과한 국세가 10억원 이상인 조세체납자에 대하여 명단공개 6월 이전에 통지하여 소명기회 및 국세납부의 기회를 부여한 후에 국세정보공개심의위원회의 심의를 거쳐 조세체납자의 명단을 공표하도록 하고 있는 것이 있으며, 후술하는 해운법시행령 제17조도 그러한 관점에서의 규율로서는 시사하는 바가 매우 크다.⁶⁷⁾

66) 碓井光明, “行政上の義務履行確保,” 公法研究58号, 1996, 143頁 참조.

67) 이에 관하여는 후술 참조.

2) 공표의 방법

공표의 절차와 함께 공표의 방식도 공표가 소기의 목적을 달성하고 공표의 적정성을 확보하기 위하여 유의하여야 할 부분이다. 현행법상으로는 공표에 관하여 규율하고 있는 개개의 법률에서 저마다 독자적인 방식에 관하여 규정하고 있으며 일관성을 지니고 있지 않다. 사안마다의 특성에 따라 통일된 규율에 적합하지 않는 경우에는 달리 방도가 없겠지만 행정절차법과 같이 일반법적으로 적용할 수 있는 공표에 관한 법령이 있어 해될 것은 없다. 이와 관련하여 비록 식품분야에 한정된 것이지만 식품등회수및공표에관한규칙은 공표의 방법 내지 방식에 관하여 종합적인 규율을 하고 있는 것으로 공표의 방법 내지 절차의 측면에서 시사하는 바가 있다.⁶⁸⁾

그런데 현행법상 공표의 방법 내지 방식에 관한 규율은 기본적으로 공표의 본래적 기능, 즉 널리 알린다고 하는 측면에 초점을 두고 얼마나 정확하게 그리고 얼마나 효과적으로 알리는가 하는 데에만 관심이 기울어져 있다고 생각된다. 따라서 공표의 방법의 면에서는 공표대상이 되는

68) 식품등회수및공표에관한규칙

제 1 조 (목적)

이 규칙은 식품위생법 제31조의2 및 제56조제5항과 동법시행령 제34조의 규정에 의하여 식품, 식품첨가물, 기구 또는 용기·포장을 회수·공표함에 있어 필요한 절차 등을 규정함을 목적으로 한다.

제 8 조 (공표명령)

법 제56조의2의 규정에 의하여 식품위생상의 위해발생사실을 공표하여야 하는 영업자는 영 제34조제2항의 규정에 의하여 별표의 식품등긴급회수문으로 식품등의 회수광고를 하여야 한다.

제 9 조 (공표결과의 보고)

①법 제56조의2의 규정에 의하여 공표명령을 받은 영업자는 다음 각호의 사항이 포함된 공표결과를 공표명령을 한 지방식품의약품안전청장, 시·도지사, 시장·군수 또는 구청장에게 보고하여야 한다.

1. 공표일자
2. 공표매체
3. 공표횟수
4. 공표문 사본

②제3조제2항의 규정은 지방식품의약품안전청장, 시·도지사, 시장·군수 또는 구청장의 식품등의 공표결과의 통보에 관하여 이를 준용한다.

의무위반자의 권리보호는 아마도 기대할 수 없을 것이라 생각한다. 그러나 공표의 방법 내지 방식을 선택함에 있어서도 공표대상이 되는 의무위반자를 비롯하여 이해관계인의 권리와익을 최소한으로 침해하는 방법 내지 방식이 강구되어야 할 것이라 생각한다.

(5) 공표의 한계

공표의 한계문제는 공표의 ①내용범위(내용적 한계)와 ②효력범위(효력상의 한계)의 두 가지 관점에서 검토하는 것이 가능할 것이다. 공표의 내용범위는 과연 어느 정도까지의 사실을 공표하는 것이 허용될 것인가의 문제이다. 이에 대하여 공표의 효력범위는 어느 범위의 사람들에게 해당 사실을 알릴 것인가 하는 문제로 이해할 수 있다. 공표 가운데에는 전국민에 대하여 널리 알리는 공표가 있는가 하면, 특정 지역에 한정하여 해당 지역의 주민들에게만 알리거나 또는 특정 산업에 대하여만 알리는 형태의 공표가 있을 수 있다. 그런데 이 두 관점은 전혀 별개로 존재하지 않는다. 왜냐하면 내용범위의 광협에 따라 효력범위가 좌우되는 경우가 존재하기 때문이다. 예를 들어, 특정산업에 관한 내용의 공표는 그 특정산업에 관련된 자 이외에는 특별한 관심을 가지지 않을 것이기 때문에 공표의 실질적인 효력범위도 그것에 한정될 것이다. 이에 반하여 예를 들어 식품위생에 관련된 내용의 공표와 같은 경우에는 전 국민에 대하여 알리는 것이 요구된다고 할 수 있으며 그 효력범위는 전국에 미칠 것이라고 할 수 있을 것이다.

또한 다소 다른 관점에서 예를 들어 성범죄자에 관한 사항의 공표를 성범죄의 예방에 필요한 한도에서 그 성범죄자의 거주지의 일정범위에 한정한다고 하는 것도 공표의 한계와 관련하여 고려되는 문제이다. 이러한 점에서 보면 공표의 내용적 한계와 효력상의 한계는 공표되는 자의 권리보호와 관련해서 중요한 의미를 가진다고 할 수 있다. 공표의 제재적 효과가 법적 제재가 아닌 사회적 제재의 효과를 띠는 점에서⁶⁹⁾ 사실의 문제로서 그의 상한을 제어할 수 없는 것이라면 더더욱 공표의 한계를 법에서 명시하여 효과의 예측하지 않은 확대를 억지하는 것이 공표의

69) 줄고, 앞의 논문, 12면.

실효성확보수단으로서의 목적과 공표대상자의 권익보호를 조화시킬 수 있는 방법이라 생각한다.

현행법에 있어서는 내용적 범위에 있어서 프라이버시보호의 관점에서 공표의 한계를 규정하는 예를 다소 발견할 수 있다. 예를 들면, 남녀차별 금지및구제에관한법률 제33조(시정조치의 권고, 개선권고, 처리결과의 공표관련), 민원사무처리에관한법률 제36조(권고 또는 의견, 처리결과의 공표관련), 국가인권위원회법 제50조(진정의 조사, 조정, 처리결과, 관계기관 등에 대한 권고, 관계기관 등이 취한 조치 등의 공표) 등이 그러하다고 할 수 있다.

II. 공표의 실효성확보와 권익보호의 조화방안 - 개별론

1. 훈령과 공표

행정서비스헌장제정지침 (1998. 6. 30 대통령훈령 제70호)은 제6조에서 행정기관의 장은 헌장을 제정하거나 개선한 때에는 이를 국민이 충분히 알 수 있도록 관보 등에 게재하거나 일정한 장소에 게시하여야 한다고 하여 행정서비스헌장의 공표에 관하여 규정하고 있다. 행정기관에 게만 내부적으로 의무를 부과하는 것이어서 훈령으로 공표가 명하여져 있다. 이 경우에는 공표내용 자체도 행정서비스라고 하는 행정측에 관련되는 내용이고 공표내용의 수범자도 행정기관인 점에서 행정내부의 규칙으로 공표제도를 규정하여도 법적인 문제점을 야기하지 않는다.

그러나 만일 고액채납자의 명단공표를 행정규칙인 훈령에 규정을 두고 행한다면 법률유보의 관점에서 문제점이 발생한다. 왜냐하면 공표내용이 행정측의 관련내용이 아니라 의무위반자 즉 특정 사인의 관련내용이기 때문이다. 이는 해당 사인에게는 체면실추 등 불이익이 되는 내용이므로 침익적 행정행위의 영역에 속하고 법률유보의 일반이론에 따라 법률에 근거를 둘 것이 요구된다. 다른 한편으로 더 나아가 고액채납자의 명단 공표는 해당 채납자의 프라이버시권에 대한 침해가 될 수 있으므로 법률에 의하여도 불가하다는 견해가 있을 수 있다.

그러나 주지하는 대로 국민의 기본권은 그 본질적 부분을 다치게 하지 아니하는 한 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 법률에 의하여 제한하는 것이 가능하므로(헌법 제37조제2항) 법률로써 고액채납자의 명단을 공표하는 것이 불가능하지 않다. 다만 그 논거가 견해에 따라 달리 주장될 수 있을 뿐이다.

이상의 문제와 관련하여 종래 국세청장훈령인 국세징수사무처리규정에서 고액채납자의 명단공개에 관하여 규정하고 있던 것이 학계에서 줄곧 문제점으로서 지적되고 이를 법률에 규정할 것이 이견 없이 주장되어 왔고,⁷⁰⁾ 그 결과 2003년 12월 30일의 국세기본법의 개정에서 동법 제85조의 5조로 고액채납자의 명단공표에 관한 법률상의 근거가 마련되게 되었다.

2. 청소년의성보호에관한법률과 공표

주지하는 바와 같이 청소년관련 성범죄를 범하여 형이 확정된 자 가운데 일정한 자의 명단이 공표되고 있다. 그 법적 근거는 청소년의성보호에 관한법률이다. 즉, 동법은 청소년보호위원회에 대하여 청소년관련 성범죄를 방지하기 위하여 계도문을 작성하여 전국에 걸쳐 게시하거나 배포할 의무를 부과하고 있는데(제20조제1항), 이 계도문에 청소년관련 성범죄를 범하여 형이 확정된 자에 대한 그 자의 신상과 범죄사실의 요지에 관하여 공개할 수 있도록 하고 있다(동조 제2항). 따라서 결과적으로 계도문이라는 형태를 통하여 청소년성범죄자의 신상과 범죄사실이 전국적으로 공표되는 결과가 되게 하고 있다. 청소년성범죄자로서 형이 확정된 자의 신상을 널리, 동법에 의하면 전국적으로, 알리게 되므로 공표에 해당한다.

이 제도는 여러 가지로 흥미로운 점을 많이 담고 있다. 이중처벌 등의 위헌문제가 끊임없이 제기되어 온 매우 민감한 문제이므로 선부른 검토에는 적합하지 않다. 그러나 다음의 점을 지적하는 것은 가능할 것이다.

우선, 동 공표는 계도문이라는 형태로 이루어지고 있는 점이 흥미롭다. 계도의 사전적 의미가 깨우쳐 이끈다는 의미임을 상기하면 이 계도문의

70) 정하중, 앞의 책, 477면.

의미는 누군가를 깨우쳐 이끈다는 의미가 된다. 그런데 동범이 의미하는 계도는 과연 누구에 대한 것인가가 의문이다. 청소년성범죄에 연루되는 청소년을 올바르게 깨우쳐 이끈다는 의미에서 계도문으로 하고 있는 것인지, 아니면 청소년성범죄를 범한 자를 계도하기 위한 것인지, 장차 청소년성범죄를 범할 우려가 있는 자를 계도하기 위한 것인지, 아니면 이들 모두에 대한 것을 의도하고 있는 것인지가 분명하지 않으나 기본적으로는 이들 모두에 대하여 계도의 효과를 기대하고 이루어질 것이라 생각된다. 문제는 이 계도문의 성격인데, 계도라는 명칭을 사용하고 있으므로 이것에는 제재라는 성격이 그 외견상 조금도 발견되지 않는다. 계도가 목적인 것이고 누구에게 불이익을 가하고자 하는 것이 아니라는 인식을 부여한다. 계도는 잘못된 행위를 적시하여 올바른 행위로 나아가도록 하는 의미도 있으므로 계도의 취지를 달성하기 위하여는 잘못된 행위를 적시하는 것이 필요한 경우가 있고, 청소년성범죄자의 신상을 공개할 수 있게 한 것은 이러한 관점에서 이루어지는 조치라 할 수 있다. 그러나 잘못된 행위를 적시하는 것은 계도의 목적을 달성함에 있어서 필요한 방법일 수 있으나, 잘못된 행위를 행한 자의 신상까지 게재한다고 하는 것은 계도의 목적을 달성함에 있어서는 필요이상이라는 감이 없지 않다. 다만, 이와 같은 계도가 청소년성범죄의 피해 우려가 있는 청소년을 계도하기 위한 것이라기보다 청소년성범죄자들을 계도하기 위한 것이라고 한다면 사정은 달라질 수 있다. 청소년성범죄자로 하여금 이후 재차 청소년성범죄 행위로 나아갈 것을 강력히 경고하는 계도가 될 수도 있을 것이기 때문이다. 또한 장차 청소년성범죄를 범할 우려가 있는 자에 대한 경고도 될 수 있을 것이다.

이상과 같이 살펴보면, 계도문이 단지 범죄행위의 유형이나 실례 등을 소개하는 데 그치지 않고, 그러한 범죄를 범한 자의 신상까지 공개한다고 하는 것은 계도문이 아니라 오히려 경고문에 가까울 것이라는 생각이 조심스럽게 든다. 신상의 공개는 재발방지를 위한 강력한 경고, 유사한 범죄를 예방하기 위한 충고, 범죄피해자의 발생예방을 위한 정보제공 등 다양한 효과가 의도되든 의도되지 않든 발생하게 될 것이다. 그리고 계도라는 그 목적에 따라 전혀 의도된 것이 아니라고 하여도 사실상의 문

제로서 성범죄자에 대한 제재적 효과도 역시 존재할 것이라 생각된다. 이러한 여러 점에서 청소년성범죄자의 신상공개의 사실상의 파급효과, 사회적 제재로서의 효과는 매우 강대한 면이 있다고 생각된다. 신상공개에 관하여 규정하고 있는 위의 법이 여러 곳에서 국민의 권리보호 내지 인권보호에 관하여 언급하고 있는 이유이다. 즉, 법 제3조는 동법을 해석·적용함에 있어서 국민의 권리가 부당하게 침해되지 아니하도록 주의할 것을 일반적으로 선언하고, 공개에 관하여 규정한 제20조제3항에서는 공개대상자 및 그 가족 등에 대한 부당한 인권침해가 없도록 하여야 한다고 명시하고 있다. 나아가 공개의 방식을 한정하고 공개에 기한을 정하고 있는 것도 인권침해의 폭을 줄이고자 하는 측면을 인정할 수 있다. 즉, 동법시행령 제5조제1항은 (i)청소년보호위원회의 인터넷 홈페이지에는 6월간, (ii)정부중앙청사 및 특별시·광역시·도의 본청의 게시판에는 1월간 게시하도록 규정하고 있다. 제도의 효과를 증대시키기 위해서는 좀 더 널리 알릴 수 있는 것이 필요할 것이고, 반대로 인권침해를 고려한다면 보다 짧은 기간 또는 한정된 지역에서 공개하는 것이 요구된다고 보면 여기에는 일응 딜레마가 존재한다고 하겠다. 그리고 위의 법시행령이 공개의 매체와 기한을 특정하고는 있어 인권침해를 염두에 둔 측면을 엿볼 수 있다고는 하여도 인터넷은 오늘날에 있어 가장 강력한 전달매체이므로 공개의 효과가 작지 않다. 물론 관심을 가지고 해당 인터넷 홈페이지에 접속하는 사람만이 내용에 접근할 수 있다는 한계는 있으나 그 전달매체로서의 위력은 여전히 막대한 것이므로 인권보호보다는 제도 내지 공개 쪽에 보다 중심이 기울어져 있다고 생각된다. 또한 공개되는 신상내용 가운데 주소에 관하여 시·군·구까지만 공개하도록 하고 정확한 주소의 개시를 금하고 있는 것(시행령 제3조제2항제4호)도 인권침해를 염두에 둔 조치일 것이다. 그러나 성명과 생년월일이 공개되는 이상 주변인에게 있어 공개대상자의 신분을 특정하는 것은 용이할 수 있으며 그 점에서 인권침해의 소지가 전혀 불식되는 것은 아니라고 생각된다.

게다가 위의 명단공개제도는 평등원칙과의 관계에서도 문제가 제기될 수 있다. 예를 들어 파렴치한 범죄를 범하여 사형·무기, 징역 등의 중벌에 처하여지는 수많은 범죄자나 상습범의 경우에도 그들의 명단을 전국

적으로 공표하는 규율은 존재하지 않는다. 이에 대하여 청소년 성범죄자만을 범죄예방적 계도의 관점에서 공개한다는 것은 보다 중죄를 범하여 형이 확정된 자와의 형평문제가 제기될 수 있다. 물론 청소년성범죄는 재발의 위험성이 다른 범죄에 비하여 상대적으로 높아 명단공개 등의 방법에 의하지 않으면 효과적으로 이를 경계할 수 없다는 등의 합리적인 이유가 인정된다면 그러하지 않다.

한편 법규위반자에 대한 명단공표로는 고액체납자의 명단공표도 존재하지만 사회적 비난의 강도는 청소년성범죄자에 대한 것이 보다 강할 것이라 생각된다. 그리고 고액체납자의 명단공표는 의무불이행자에 대한 이행강제의 의도가 있는 것임에 반하여 청소년성범죄자의 명단공개는 범죄자의 신상공개이며 의무위반을 전제로 하지 않으며 순수하게 장래의 위반행위의 방지만을 의도하는 것이라는 점에서 차이를 인정할 수 있다. 이러한 차이에서 고액체납자의 명단공표에 있어서는 사전에 해당 의무위반자에게 소명의 기회나 의무이행의 기회를 부여하는 장치를 절차적으로 마련해 놓고 있음에 반하여 청소년성범죄자의 명단공개는 공개대상자를 결정한 경우에 그 사실을 당사자에게 송달할 것만을 규정하고 있으므로(제4조) 일방적인 고지이며 변명의 기회를 부여하는 장치는 마련되어 있지 않다고 하겠다. 여기에는 이미 범죄를 범하여 형이 확정된 것이라는 사실이 고려되어 있는 것이 아닐까 한다. 그러나 인권침해 등의 관점에서는 개선의 여지가 있는 부분이라 생각된다.

3. 하도급거래공정화에관한법률상의 공표

하도급거래공정화에관한법률 제25조제4항은 서면교부와 서류보존, 부당한 하도급대금의 결정금지, 탈법행위금지의 규정을 위반하여 공정거래위원회의 시정명령을 받은 원사업자에 대하여 시정명령을 받은 사실을 공표하게 할 수 있음을 규정하고 있다. 그런데 제25조제1항에 의하면 위와 같은 의무는 원사업자에 대하여만 부과되어 있는 것이 아니고 발주자에 대하여도 부과되어 있다. 그런데 시정명령을 받은 사실의 공표의 무에 와서는 발주자는 제외하고 원사업자에게만 그러한 공표명령을 발할

수 있도록 규정하고 있다. 여기서 발주자를 제외한 이유가 무엇인지 의문이 된다.

4. 해운법령상의 공표제도의 확대

앞서 소개한 해운법 제58조의3(해양수산부장관의 해운업법에 위반한 해운업자가 범위반에 따라 받게 된 행정처분에 관한사항의 공표)의 규정은 공표제도의 개선과 관련하여 시사하는 점이 많아 이에 관하여 검토한다.

우선 공표의 목적에 관하여 법문에서 명시하고 있는 점이 주목된다. 즉 해운업법에 위반하여 행정처분을 받은 해운업자가 있는 경우, 해운업계의 질서유지와 하주의 권익보호를 위하여 필요한 경우에는 그 처분에 관한 사항을 공표할 수 있다고 규정하고 있다. 해운업계의 질서유지와 하주의 권익보호가 해운업법위반 해운업자가 받은 처분관련사항을 공표할 수 있는 정당화 사유, 다른 관점에서 보면 당해 공표의 목적으로 하고 있는 것이다. 따라서 법에서 명시하고 있는 이 목적부분만을 본다면 이 경우의 공표는 제재로서의 성격보다는 해운업계의 질서유지와 하주의 권익보호를 위한 정보제공의 의미를 전면에 내세우고 있는 것이 아닌가 생각된다. 그러나 동법시행령 제17조의 규정을 보면, 오히려 이와는 정반대의 결론에 이르게 된다. 즉 이 규정에 있어서의 공표는 정보제공적 공표가 아니라 제재적 성격의 공표라고 이해되어야 한다고 생각될 수 있다. 왜냐하면 위 시행령의 규정은 해양수산부장관으로 하여금 공표하기에 앞서 공표계획과 공표를 “면하기 위하여” 필요한 사항에 관하여 사업자에게 통보하도록 의무지우고 있기 때문이다. 이 경우의 공표가 제재가 아니라면 그것을 “면한다”고 하는 사고도 필요하지 않을 것이기 때문이다. 다시 말하면 동법시행령 제17조제1항의 규정이 범위반 해운업자에 대하여 공표를 면하기 위하여 필요한 사항을 통보하도록 하고 있는 것은 공표가 곧 제재적 성격을 지니고 있음을 법령 자체가 시인하고 있다는 것을 의미하는 것에 다름 아니다.⁷¹⁾

71) 무릇 제재적 성격의 공표라고 하여도 정보제공적 성격을 배제하는 것은 곤란할 것이다. 정보제공은 공표로부터 분리할 수 없는 공표의 본래적이고 고유의 기능이자 존

게다가 동조 제2항은 공표를 면할 수 있는 방법을 통보하였음에도 불구하고 해운업자가 공표를 면하기 위하여 필요한 조치를 하지 않는 경우에는 실제로 공표로 나아간다고 규정하고 있다. 이 문언은 공표의 의무 이행확보를 위한 수단으로서의 성격을 직접적으로 드러내는 부분이라 할 수 있다. 나아가 동조 제3항은 공표이전에 위반사실의 시정을 행하지 않고 공표가 완료된 이후에 시정을 행한 경우에 있어서의 뒷마무리에 대하여도 규정을 두고 있다. 즉 공표가 이루어진 후에 해운업자가 시정조치를 완료한 경우에는 그와 같이 해운업자에 의하여 시정조치가 이루어졌음을 대외적으로 공시할 수 있도록 하고 있다.⁷²⁾ 이것은 여타 공표제도를 규정하고 있는 입법에서 발견하지 못하는 매우 독특한 규정이며 나아가 공표를 중심으로 하여 의무의 이행을 강제하고 시정조치가 이루어지기까지의 전 과정에 대하여 매우 친절한 규율을 행하고 있는 것이 아닌가 생각된다.

다만, 선행공표의 비용은 행정청이 부담함에 반하여 후행 공시의 비용은 위반자에게 부담시키고 있는 점과 선행공시는 행정청이 해운업계의 질서유지 등을 위하여 필요하다고 인정하면 의무적으로 해야 하는 것임에 반하여 위반시정사실에 대한 후행 공시는 위반자의 신청에 따라 할 수 있다고 규정하고 있는 점의 두 가지에 대하여는 이견이 제기될 수 있다.

첫째로 공시비용의 의무위반자 부담에 관하여는 잘못을 행한 자에 대하여 그에 대한 책임을 부담시킨다는 의미에서는 별다른 이견이 없을 수 있다. 그러나 선행공표가 의무위반에 대하여 이루어지는 것이며 후행공시는 의무위반자가 위반행위를 시정하여 법에 합치하는 모습으로 돌아온

재의의 그 자체이기 때문이다. 다만 구체적인 경우에 있어서 제재의 성격이 좀더 강하게 드러나느냐 약하게 드러나느냐의 차이만이 있을 것이라고 생각된다. 이때 제재적 성격의 공표는 해당 공표의 대상이 되는 자에게는 제재로서의 성격을 가지지만, 그 이외의 모든 자에 대하여는 정보제공으로서의 성격을 가진다고 할 수 있을 것이다. 이것은 마치 하나의 행정행위로써 두 가지의 효과를 동시에 가지는 복효적 행정행위, 그 가운데에서도 제3자효 행정행위와 그 구조면에서 유사하다고 할 수 있다.

72) 이 때의 공시도 그 실질은 그 이전의 공표와 전혀 다르지 아니한 것이라 생각한다. 선행공표가 위반에 대한 제재로서의 공표라고 한다면 후행공시는 위반을 시정하여 적법한 모습으로 돌아온 데 대한 위로 내지 격려의 의미의 공표라고 이해할 수 있지 않을까 생각한다.

것에 대한 것이므로 선악을 가린다고 한다면 오히려 후자의 경우를 더욱 독려해야 할 부분이 아닌가 생각될 수 있다. 다시 말하면 선행공표비용을 오히려 위반자에게 부담하게 하고, 후행공시는 행정청이 그의 비용으로 실시하는 것이 타당하지 않을까 생각된다. 나아가 후행공시의 경우에도 상대방의 신청에 따라 공시를 할 수도 있고 하지 않을 수도 있도록 하기보다는 이후의 위반자에 대하여 그 시정을 보다 적극적으로 권장한다는 의미에서 행정청이 의무적으로 시정이 이루어졌음을 널리 알리도록 하는 것이 타당할 것이라 생각된다. 또한 시행령에서 규정하고 있는 그들 사항들을 법률로 끌어올려 규정하는 것이 필요하지 않을까 생각한다.

이러한 점들을 제외하면 이 법령에서 규정하고 있는 공표제도는 예를 들어 독점규제및공정거래에관한법률에서 규정하고 있는 그것이 지나치게 행정청에 의하여 일방적으로 이루어지는 것과 비교하여 범위반자와의 협조관계 속에 시정행위로 나아가도록 유도하는 매우 바람직한 측면을 지니고 있다고 생각되지 않을 수 없다.

이상의 관점에서 장기적으로 해운법령에서 규정하고 있는 위에서와 같은 방식의 공표제도를 다른 법령에도 그 규율의 대상이나 취지 등을 종합적으로 고려하여 허용되는 한 확대하는 것이 장려되어야 할 것이라 생각한다.⁷³⁾ 즉 공표제도를 도입할 때에 그 목적을 법에서 명시하고, 공표를 조건으로 범위반자와의 교섭의 길을 마련하며, 공표후의 범위반자의 위반행위시정에 대하여 공표로 야기된 사회적 비난이 감소될 수 있도록 사후적인 처방까지 마련해 놓는 것이다.

5. 장애인고용촉진및직업재활법과 공표

한편, 장애인고용촉진및직업재활법 제23조제6항의 규정은 공표의 대상 사실이 국가 또는 지방자치단체의 장애인고용의무의 불성실한 이행이며 이를 널리 일반에게 공표하는 것으로서 행정기관이 아닌 사인관련정보의 공표를 통한 사인의 의무이행강제를 주된 내용으로 하는 본고의 흐름에서 볼 때 매우 특직정이며 흥미로운 부분이 아닐 수 없다. 즉 여타 행정의 실

73) 산업안전보건법 제9조의2 제1항도 공표의 목적을 법문에서 명확히 밝히고 있다.

효성확보수단과 달리 국가나 지방자치단체에 대하여 제재적 성격의 공표를 행하는 것이 충분히 가능한 것이 아닌가 생각된다. 행정법상의 의무는 비단 행정객체로서의 국민에게 대하여만 향하여져 있는 것이 아니고, 사안에 따라서는 국가나 지방자치단체 등 행정주체에 대하여 부과되어 있는 것도 당연히 존재한다. 이와 같은 경우에 국가나 지방자치단체가 그에게 부과된 의무를 충실히 이행하지 아니하는 경우, 그 내용 또는 사실을 널리 일반에게 공표하여 사회적 비난의 표적으로 하게 하는 것은 당해 국가기관이나 지방자치단체에 대하여도 의무의 이행을 독려하는 매우 효과적인 자극이 될 수 있다. 특히 국가나 지방자치단체의 의무위반에 대하여는 관련 공무원에 대한 내부적인 징계책임을 제외하면 일반 사인에 대한 의무이행강제와 같은 실효성확보수단을 동원하는 것이 불가능하거나 심히 곤란하다는 점에서 볼 때⁷⁴⁾, 공표제도는 국가나 지방자치단체에 대하여도 의무의 이행을 강제 내지 유도할 수 있는 매우 효과적인 실효성확보수단이 될 수 있지 않을까 생각된다.⁷⁵⁾

74) 예들 들어 국가나 지방자치단체에 대하여는 가산금이나 증가산금의 적용이 없고(국세징수법 제21조 및 제22조), 가산세의 경우에도 국가나 지방자치단체는 국세 또는 지방세의 징수주체이지 그 의무주체가 아니므로 가산세가 부과·징수되는 경우란 생각할 수 없다.

75) 즉, 공표가 행정주체에 대한 실효성확보수단으로서 활용될 수 있음을 의미한다.

제 3 장 금전적 실효성 확보수단의 개선방안

제 1 절 가산세, 가산금, 부당이득세 제도

I. 제도의 의의

1. 가산세

가산세는 세법에 규정하는 의무의 성실한 이행을 확보하기 위하여 그 세법에 의하여 산출한 세액에 가산하여 징수하는 금액으로서 가산금 이외의 것이라고 정의된다(국세기본법 제2조제4호).⁷⁶⁾ 이 정의에 의하면 세법에 규정하는 의무의 성실한 이행을 담보하기 위한 것이라는 목적적 요소가 표시되어 있는데, 여기서 “세법에서 규정하는 의무”에는 통상 “납세의무”는 포함되지 않는다는 점에 주의가 필요하다. 즉 가산세는 본래의 납세의무의 불이행에 대하여 부과되는 것이 아니라 “본래의 납세의무 이외의 세법상의 의무”를 위반한 때에 부과되는 것으로 이해된다. 조세법은 조세행정의 원활과 조세의 공평부담을 실현하기 위하여 본래적 의미의 납세의무 이외에 과세표준의 신고의무, 성실납부의무, 원천징수의무, 과세자료의 제출의무 등의 여러가지 의무를 납세의무자에게 부과하고 있는데 이들은 “협력의무”로 총칭되고 있다. 따라서 가산세라 하면, 본래의 납세의무 이외의 여러 세법상의 협력의무를 해태한 데 대하여 세금의 형태로 과징되는 행정상의 제재라는 설명이 가능하다.⁷⁷⁾

세법에 있어서 협력의무의 위반을 방지하고 위반 결과를 시정하기 위한 방법으로는 성실한 의무이행을 유도하기 위한 세제상의 혜택부여와 의무위반에 대한 제재의 두 가지 정반대의 방향성을 가진 방법이 존재하는데 가산세는 후자의 예에 해당한다.

76) 이와 같은 의미를 국세기본법 제47조제1항에서도 엿볼 수 있다.

77) 임태혁, “가산세 및 가산금과 조세의 법정기일,” 재판실무연구 2001년, 253면.

2. 가산금 및 증가산금

가산금⁷⁸⁾은 국세나 지방세를 납부기한까지 납부하지 아니한 때에 국세징수법과 지방세법에 의하여 고지세액에 가산하여 징수하는 금액과 납부기한 경과 후 일정기한까지 납부하지 아니한 때에 그 금액에 다시 가산하여 징수하는 금액을 말한다(국세기본법 제2조제5호, 지방세법 제1조제1항제13호).⁷⁹⁾ 이 가운데 후자, 즉 납부기한 경과 후 일정기한까지 납부하지 아니한 때에 그 금액에 다시 가산하여 징수하는 금액을 특히 증가산금이라 한다.⁸⁰⁾ 국세징수법과 지방세법의 규정에 의하면, 가산금은 국세 또는 지방세의 100분의 3(지방세의 경우에는 100분의 5)에 상당하는 금액으로 하고(국세징수법 제21조, 지방세법 제27조제1항), 증가산금은 국세 또는 지방세의 1000분의 12에 상당하는 금액으로 하고 있다(국세징수법 제22조제1항, 지방세법 제27조제2항).⁸¹⁾

참고로 현행법에 등장하는 가산금 가운데에는 이상과 같은 제재적 성격을 띠는 것과는 반대로 오히려 보상적 성격의 가산금제도도 존재한다. 예를 들면, 한국조폐공사법 제13조제1항이 명예퇴직의 요건을 충족한 직원의 퇴직에 대하여 이사회 의결을 거쳐 퇴직금 외에 가산금을 지급할

78) 가산금과 가산세는 다음의 점에서 구별된다. 첫째로, 가산금은 납세의무의 이행지체에 대한 지연이자적 성격이 강함에 반하여 가산세는 세법상의 협력의무위반에 대한 과태료와 같은 행정제재적 성격이 강하다. 둘째로, 가산금의 납부의무는 과세청의 확정절차없이 당해 국세의 납부기한의 경과시 자동적으로 발생하며 확정됨에 반하여 가산세는 과세청의 부과고지에 의하여 확정된다. 셋째로 가산금은 본세인 국세와는 독립된 별개의 부대세로서 가산금의 명목으로 징수됨에 반하여 가산세는 본세인 국세의 세목으로 징수된다. 강인애, 국세징수법해설(청림출판, 1994), 193면, 199면 참조.

79) 구 국세징수법(1961. 12. 8. 법률 제819호)은 국세를 납부기한까지 납부하지 않아 독촉을 하였을 때 징수하는 금액으로서 가산금제도가 아닌 독촉수수료제도를 채택하고 있었다고 한다. 강인애, 앞의 책, 191면 이하 참조.

80) 강인애, 앞의 책, 191면 참조.

81) 이 가운데 가산금의 부과효율은 종전에 체납된 국세 또는 지방세의 100분의 5로 되어 있었으나 2003년도의 국세징수법의 개정에서 당시의 시중 금리수준이 고려되어 100분의 3으로 인하되었다. 본래에는 증가산금의 부과효율도 1000분의 12에서 1000분의 10으로 인하할 것이 제안되었는데, 시중은행의 대출연체이자자가 15%를 상회하고 있다는 현실이 고려되어 종전수준(1.2%)을 유지하는 것으로 귀착되었다. 검토보고서.

수 있다고 규정하고 있는데, 이것은 국세등 체납에 대하여 부과되는 가산금과는 정반대의 성격을 가지는 데에 의문이 없다.⁸²⁾

3. 부당이득세

부당이득세는 행정법규를 위반하여 거래함으로써 부당한 이득을 취한 경우에 그 부당이득을 징수하여 행정법규의 준수를 확보하는 조세의 일종이다.⁸³⁾ 부당이득세는 정부가 정하는 통제가격을 준수시키기 위한 간접적이면서도 실효적인 수단이라고 인정되고 있다.⁸⁴⁾

부당이득세에 관하여 규율하는 일반법으로서 부당이득세법이 있다.⁸⁵⁾ 동법에 의하면 물가안정에관한법률이나 그 밖의 법률에 의하여 정부가 결정·지정·승인·인가 또는 허가하는 물품의 가격, 부동산이나 기타의 물건의 임대료 또는 요금(수수료와 사용료를 포함)의 최고액을 기준으로 거래단계별·지역별 기타의 구분에 따라 국세청장이 따로 정하는 가액(이른바 기준가액)을 초과하여 거래함으로써 부당한 이득을 얻은 자에게 부과된다(동법 제1조제1항). 국세청장은 기준가격을 정한 경우에 이를 고시하지 않으며 아니된다(동조 제2항). 물가안정에관한법률은 국민생활과 국민경제의 안정을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 특히 긴요한 물품의 가격, 부동산 등의 임대료 또는 용역의 대가의 최고가액을 지정할 수 있다고 규정하고 있는데(제2조제1항), 이 때의 최고가액은 부당이득세법 제1조제1항에서 정하는 정부결정가격이 된다(제23조).⁸⁶⁾

82) 같은 성격의 가산금으로 현행법상 다음과 같은 것을 들 수 있다. 북한이탈주민의보호및정착지원에관한법률시행령 제39조(기본금과 가산금으로 구분하여 지급하는 정착금), 법관및법원공무원수당등에관한규칙 제7조제3항(일반법관 및 예비판사에 대하여 근무연수에 따라 지급하는 정근수당가산금), 발전소주변지역지원에관한법률시행령 제22조제2항(특별지원사업 지원금에 추가하여 지원하는 가산금), 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률시행규칙 제58조(주거용 건축물등의 보상에 대한 특례) 등.

83) 박균성, 앞의 책, 397면.

84) 김동희, 앞의 책, 430면.

85) 이 법률은 1974년 12월 21일에 법률 제02688호로 제정된 이래 30년이 가까이 된 지금까지 단 한차례도 개정된 적이 없다. 부당이득세는 1971년 1월 14일에 발령된 대통령 긴급조치 제3호(국민생활의안정을위한대통령 긴급조치) 제5장(제24조 내지 제31조)에서 유래한다. 당해 규정을 독립된 세법으로 규정한 것이 현행 부당이득세법이다.

86) 국세청장이 정하여 고시하는 기준가격이 아님에 주의를 요한다.

가산세, 가산금 및 증가산금이 국세와 지방세 모두에게 있어 적용되는 의무이행확보수단임에 반하여 부당이득세는 국세나 지방세를 전제로 하지 아니하고 국세청장이 고시하는 기준가격을 초과하는 부분을 대상으로 부과되는 점에 특징이 있다. 기준가격을 초과하는 부분이 곧 부당이득이라 규정하는 것으로 그 초과하는 부분은 당시의 시대상황에 비추어 정부(국세청장)에 의하여 정당하지 아니하다고 평가된 부분이다. 그러나 어디까지나 부당한 이득에 지나지 않으며 불법한 이득이 아니므로 본래라면 설령 기준가격을 초과하여도 법적 규제의 대상이 되지 않는다고 이해하는 것이 옳을 것이다.⁸⁷⁾

부당이득세는 기준가격을 초과하여 부당한 이득을 얻은 자로부터 그 부당한 이득을 박탈함으로써 부당이득행위를 무의미한 행위로 만들며, 이에 따라 부당이득에로의 유인을 미연에 차단할 수 있게 하여 거래질서의 안정을 꾀할 수 있게 한다.

II. 새로운 실효성확보수단으로서의 기능

공법상의 금전납부의무위반자에 대하여 추가적인 금전적 부담을 부과하는 이상의 수단들은 본래 의무위반에 대하여 책임을 추궁하는 의미를 지니고 있으며 그 경우의 책임은 납부의무를 지체하고 있는 데에 대한 책임이다. 의무위반에 대하여 금전적 제재를 부과하는 것으로서 의무위반의 반사회성의 정도에 따라 과태료 또는 벌금을 선별하여 부과하도록 하는 제도는 일찍이 존재하였다. 따라서 과태료와 벌금 즉 행정벌은 전통적인 행정의 실효성확보수단으로 이해되어 왔다. 이에 대하여 마찬가지로 금전적 부담을 과하여 의무위반에 대하여 일정한 책임을 추궁하는 가산세를 비롯한 가산금·증가산금의 제도가 오늘날에 와서 새로이 실효성확보수단으로 인식되는 이유가 어디에 있는가 의문이 된다. 과태료나

87) 여기서 의미하는 바는 기준가격이 설정된 일이 없고, 정부가 물가 안정등을 위한 관여를 하지 않는 경우를 상정하는 것이다. 다시 말하면, 동일한 상황에서 높은 가격으로 거래를 하여 이득을 본 자가 있는 경우에, 기준가격의 설정에 의한 가격통제가 이루어지고 있다면 기준가격을 초과하는 부분이 부당이득으로 반환하게 되겠지만 똑 같이 높은 가격으로 거래를 하였어도 기준가격의 설정에 의한 가격통제가 없다면 다소 많은 이득을 보았다고 하여도 부당한 이득으로 되지 않는다는 의미이다.

벌금과 가산세 등이 의무위반자에 대하여 금전상의 제재를 부과함에 있어서는 다를 것이 없기 때문이다.

이에 대한 해답은 두 경우에 있어서의 위반하는 의무의 태양에 존재하는 것이 아닐까 생각된다. 즉 과태료나 벌금 등의 경우에 부과원인으로서 인식되는 의무위반은 금전상의 의무위반에 대한 것이 아니라 비금전적 의무위반에 대한 것이다. 이에 대하여 가산세 등은 공법상의 금전납부 의무의 위반을 부과원인으로 하고 있다. 따라서 가산세 등의 경우에는 의무위반에 대하여 제재를 가하는 것으로는 소기의 목적을 달성할 수 없고, 의무에 반하여 납부하지 아니한 금전이 최종적으로 납부될 것이 요구되는 성질의 의무위반이다. 다시 말하면 납부가 완료될 때까지는 의무위반의 상태가 지속된다는 특징이 있다. 예를 들어 과태료의 경우에는 의무위반에 대하여 과태료를 부과할 뿐, 그 위반한 의무의 궁극적인 이행에 대하여는 기본적으로 관심이 두어져 있지 않는다. 오히려 과태료의 부과원인으로서의 의무위반은 의무위반으로 의무위반상태는 종결되고 소멸하여 과태료의 부과시점에는 위반상태가 현실적으로 존재하지 않거나 이미 위반한 부분에 대하여는 소급하여 회복할 수 없기 때문에 이미 위반한 의무에 대한 이행이란 관점은 과태료제도의 전제로 되어 있지 않는다고 생각한다.

실정법의 규정례를 들어 생각해보면, 예를 들어 공중위생관리법 제22조제1항제2호는 숙박업소의 시설 및 설비를 위생적이고 안전하게 관리하지 아니한 자에 대하여 200만원이하의 과태료에 처한다고 규정하고 있는데, 이러한 과태료의 부과로써 이미 경과된 비위생적이고 안전에 문제가 있도록 관리된 시설 및 설비의 위생상태와 안전성이 회복될 것을 기대하는 것은 아니다. 이미 경과된 비위생상태와 안전성은 소급해서 회복될 수가 없다. 과태료 부과시점 이후에 그러한 위반상태가 시정되고 더 이상 위반이 발생하지 않을 것을 기대하는 것일 뿐이다. 이에 대하여 가산세 등의 금전상의 의무위반에 대하여 부과하는 금전상의 제재수단의 경우에는, 예를 들어 100만원을 체납하였다고 하는 경우에 그에 대하여 일정한 금액의 가산세를 부과하였다고 하여 체납된 100만원에 대한 의무위반상태가 소멸하는 것은 아니다. 이 점이 전통적인 금전적 실효성확

보수단과 가산세 등의 가장 큰 차이로 생각된다. 이와 같은 차이로 인하여 가산세 등의 경우에는 종래 그 부과가 위반한 행위에 대하여 단순히 지연이자나 제재정도로 이해되던 것이 오늘날에는 위반하고 있는 의무를 조속히 이행하도록 압박하는 수단으로서의 기능이 인식되면서 조세행정의 목적 또는 공법상의 금전징수행정의 목적을 달성함에 있어서 유용한 수단, 즉 실효성확보수단으로서의 가치가 수용되고 있는 것이 아닌가 생각된다. 가산세, 가산금·중가산금의 새로운 행정상의 실효성 확보수단으로서의 기능은 이상과 같은 인식의 변화에 기초하는 것이라 생각한다.

Ⅲ. 법적 성질

1. 가산세

(1) 학설과 판례

가산세는 그 명칭에서 알 수 있는 바와 같이 그 성질이 여하인가는 차치하고 세금의 형태로 부과된다. 본세에 대한 의무해태에 대하여 부과되므로 본세의 존재를 필연적인 전제로 하지만 본세와는 별개의 독립된 과세처분으로 이해된다. 판례는 가산세는 행정벌의 성질을 가진 제재로 보는 것⁸⁸⁾과 조세법이 정한 의무를 위반한 납세자에게 세금의 형식으로 부과하는 일종의 행정제재라고 하는 것으로 나뉜다.⁸⁹⁾

88) 대판1992.4.28, 91누9848; 대판1992.10.23, 92누2936. 법인세법상 가산세는 과세의 적정을 기하기 위하여 납세의무자인 법인으로 하여금 성실한 과세표준의 신고를 의무지우고 이를 확보하기 위하여 그 의무이행을 해태하였을 때 가해지는 일종의 행정벌의 성질을 가진 제재라고 할 것이다. 그러나 판례는 행정벌 가운데에서 행정형벌에 해당하는지 행정질서벌에 해당하는지에 관하여는 특별한 언급이 없다. 행정형벌이 형법상의 형종을 차용하고 있는 경우에 인정되는 것이고 보면, 판례는 가산세를 행정벌 가운데 행정질서벌 즉 과태료의 성질을 지닌 것으로 이해하고 있는 것이라 생각된다. 또한 행정형벌의 경우에는 형법총칙의 일반원칙에 따라 이른바 고의 즉 犯意가 존재하여야 하는 것인데 가산세에 관한 일련의 판례들은 일관되게 납세자의 고의·과실을 그 요건으로 하고 있지 않으므로 이 점에서도 판례는 가산세를 행정벌 가운데에서 행정질서벌로 이해하고 있다고 볼 수 있다.

89) 대판1999.9.17, 98두16705. 가산세는 과세권의 행사 및 조세채권의 실현을 용이하게 하기 위하여 납세자가 정당한 이유없이 법에 규정된 신고·납세의무 등을 위반한 경우에 법이 정하는 바에 의하여 부과하는 행정상의 제재이다.

이에 대하여 학설은 가산세가 (i) 행정질서벌인 과태료라는 견해⁹⁰⁾와 (ii) 조세법상의 의무위반에 대하여 가하여지는 불이익으로서의 행정상의 제재라는 견해⁹¹⁾가 있는가 하면, (iii) 이 둘에 모두 해당되지 않는 조세 행정상의 특별과벌이라는 견해가 주장된다. 조세 행정상의 특별과벌이라고 하여 가산세의 독자적인 성질을 인정하고자 하는 견해는 가산세가 형법상의 형종에 의한 것이 아니므로 행정형벌이 될 수 없고 또한 과태료를 과하는 행정질서벌과도 다르다는 점을 근거로 한다.

가산세는 그 정의에서 본 바와 같이 본래의 납세의무위반에 대한 제재가 아니라 조세법상의 협력의무위반에 대하여 가하여지는 불이익이라는 점을 상기하면 과태료의 성질을 강하게 지니고 있다고 할 수 있다, 왜냐하면 과태료가 본래 신고의무 위반과 같이 행정 목적을 간접적으로 침해하는 행위에 대하여 가하여지는 것인데 협력의무라고 하는 것도 역시 조세 행정의 목적을 직접적으로라기보다는 간접적으로 달성 가능하게 하는 의무라 생각되기 때문이다. 이와 같이 과태료가 일반 행정 영역에 있어서의 간접적인 행정목적침해에 대하여 부과되는 것인데 대하여 가산세는 세법 영역에서 간접적으로 조세 행정 목적을 침해하는 경우에 대하여 부과되는 것이라고 이해하는 것이 상호간의 균형에도 맞을 것이라 생각된다.

판례에 의하면 이와 같은 가산세는 납세의무의 해태에 있어서 정당한 사유가 있는 경우에는 부과할 수 없다고 일반적으로 이해되고 있다. 즉 세법상 가산세는 과세권의 행사 및 조세채권의 실현을 용이하게 하기 위하여 납세자가 정당한 이유 없이 법에 규정된 신고·납세의무 등을 위반한 경우에 법이 정하는 바에 의하여 부과하는 행정상의 제재로서, 납세의무자에게 그 의무의 해태를 닦할 수 없는 정당한 사유가 있는 경우가 아닌 한 세법상 의무의 불이행에 대하여 부과되어야 한다고 일관되게 보고 있다.⁹²⁾ 따라서 정당한 사유의 인정범위는 납세의무자의 권리보호의 관점에서 매우 중요한 요소가 아닐 수 없다.⁹³⁾ 그러나 “정당한 사유”에

90) 김홍대, “과징금제도의 의의와 법적 성격,” 법조 통권555호, 2002년 12월, 17면.

91) 정하중, 앞의 책, 474면.

92) 대판2001.1.30, 99두7876; 대판2002.8.22, 98두17685; 대판2001.9.14, 99두3324; 대판2001.11.13, 2000두3788; 대판2002.2.8, 2000두1652 등.

93) 실제에 있어 정당한 사유를 인정한 경우는 매우 드물다. 판례는 법령의 부지 또는 오

의한 의무감면은 관례에 의하여 발달된 이론이며 개별 실정법에서 “정당한 사유”에 관하여 명문으로 언급하고 있는 경우는 없음에 주의가 필요하다. 물론 개별법에 있어서 가산세의 감면사유에 관하여 규정하는 경우는 존재한다. 예를 들어 국세기본법 제48조⁹⁴⁾, 지방세법 제27조의2⁹⁵⁾ 등이 그러하다. 그러나 이들 경우에도 그러한 법정의 감면사유는 부과의 원인

인(대판2002.2.8, 2000두1652; 대판2001.11.13, 2000두3788), 국세심판소의 결정 취지에 대한 신뢰(대판1999.8.20, 99두3515), 납부기간의 기산일 착오(대판1999.3.9, 98두2379), 세무공무원의 잘못된 설명에 대한 신뢰(대판1997.3.22, 96누15404) 등에 대하여 신고·납부의무를 해태한 데 대한 정당한 사유가 되지 않는다고 보았다. 이에 대하여 정당한 사유를 인정한 것으로는 다음과 같은 것이 있다. 이 경우는 그 내용이 중요하다고 보므로 판결의 요지를 게재한다. “납세자가 법무사에게 등기업무를 위임하면서 그가 계산한 등록세와 교육세 상당액을 수표로 교부함에 따라 법무사 사무실 직원이 이를 가지고 관할 과세관청에 등록세 등의 세액신고를 하였는데 담당공무원이 수기로 등록세납부서를 발급하면서 임의로 신고세액보다 많은 금액을 기재하는 바람에 등록세 등을 납부하지 못하였으나 법무사는 등록세 등이 납부되었을 것으로 생각하고 같은 날 등기소에 등기신청서를 접수하였다가 이를 알고 다음날 등록세 등을 납부하여 등기신청의 흠결을 보정한 경우, 납세자가 등기신청서 접수일까지 등록세 등을 신고납부하지 못한 데에는 그 의무해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있으므로 가산세를 부과할 수 없다”(대판2000.8.22, 98두17685); “납세자에게는 납세담보를 제공할 아무런 이유도 없고 담보를 제공한 후에도 언제든지 처분청으로부터 반환받아 처분할 수 있었던 경우, 처분청으로서의 납세자가 자금사정으로 납부기한에 세액을 납부할 수 없을 것을 예상하고 미리 환가 및 세액 총당 신청을 하였을 때 담보로 제공받은 유가증권을 반환하여 납세자로 하여금 이를 처분하여 세액을 납부할 수 있도록 하는 등의 조치를 하였어야 함에도 이러한 조치를 하지 아니하였다면, 심한 경영난을 겪고 있던 납세자가 연장된 납부기한에도 세액을 납부하지 못한 데에는 정당한 사유가 있어 가산세를 부과할 수 없다”(대판1996.10.11, 95누17274)

94) 국세기본법

제48조 (가산세의 감면)

- ① 정부는 세법에 의하여 부과하였거나 부과할 가산세에 있어서 그 부과의 원인이 되는 사유가 제6조제1항의 규정에 의한 기한연장사유에 해당하는 때에는 이를 감면한다.
- ② 제1항의 규정에 의하여 가산세의 감면을 받고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 사유를 정부에 신청할 수 있다.

95) 지방세법

제27조의2 (가산세의 부과와 면제)

- ② 지방자치단체의 장은 이 법에 의하여 부과하였거나 부과할 가산세에 있어서 그 부과의 원인이 되는 사유가 천재·지변·사변·화재 그 밖에 이와 유사한 사유로서 대통령령이 정하는 사유에 해당하는 때에는 이를 면제한다.
- ③ 제2항의 규정에 의하여 가산세를 면제받고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 사유를 명시하여 당해 지방자치단체의 장에게 신청할 수 있다.

과 관련하여 규율되고 있는 것이고 납세자가 의무위반에 이르게 된 사유에 대하여는 일반적으로 고려하지 않는 것이다. 그러나 특별한 사정을 고려하지 않고 맹목적으로 제재를 부과할 수 있도록 하기보다는 의무위반자가 의무위반에 이르게 된 사정을 구체적으로 참작할 수 있는 장치를 법에 마련한다는 관점은 상대방의 권리보호의 관점에서 필요하다고 생각된다. 그렇다면 판례에 의하여 발달된 정당한 사유의 이론을 가산세에 관하여 규율하는 개별법에 도입하여 명문으로 규정하는 것이 고려될 필요가 있다고 생각한다.

(2) 일본의 학설·판례와 시사점

한편, 일본에도 가산세에 관한 제도가 존재한다.⁹⁶⁾ 일본에 있어서 가산세는 조세법상의 의무위반에 대한 제재의 의미를 가진다고 이해된다. 그런데 이와 관련하여 일본에서는 제재행위를 과세처분절차를 이용하여 행하는 것이 헌법 제31조(법정절차의 보장)⁹⁷⁾ 및 제32조(재판을 받을 권리)⁹⁸⁾에 위반하지 않는가가 다투어진다. 또한 가산세를 탈법행위에 대한 벌금형에 병과하는 처분에 대하여도 이것이 헌법 제39조⁹⁹⁾ 제2문의

96) 일본의 가산세제도는 신고납세제도를 채용한 1947년에 처음 도입되었으므로 그 역사가 긴 편이다. 국세통칙법 제65조 이하에서 규정하고 있는 가산세에는 납세자의 의무위반의 태양에 따라 과소신고가산세, 무신고가산세, 불납부가산세 그리고 증가산세의 4종이 법정가산세로 인정되어 있다. 塩野 宏, 行政法 I (第二版), 203頁; 高田 敏, 行政法(改訂版), 222頁 참조. 우리의 경우는 증가산금제도는 존재하여도 증가산세제도는 실정법상의 제도로서 명시적으로 존재하지는 않는다는 점, 그리고 우리나라의 경우만큼 가산세의 종류가 다양하지는 않다는 점이 일본과 우리와의 큰 차이점으로 생각된다. 참고로 증가산세에 대하여 판례에서는 그와 같은 명칭을 사용한 것이 있다. 예를 들면 2001.7.19 2000헌바86 구지방세법 제121조제2항 위헌소원이 그러하다. 그에 의하면 취득세의 신고납부를 하지 않은 채 취득일로부터 2년 이내에 미등기 전매하는 경우 80%의 가산세를 부과하도록 하고 있는 것에 대하여 통상의 가산세율이 20%인 점에 비추어 그 4배가 되므로 증가산세로 표현하고 있다. 그러나 현행법상 법문에서 명시적으로 증가산세라는 용어가 사용되고 있는 예는 없다.

97) 누구도 법률이 정하는 절차에 의하지 아니하면 그 생명 또는 자유를 박탈당하거나 그 밖의 형벌을 받지 아니한다.

98) 누구도 재판소에서 재판을 받을 권리를 박탈당하지 아니한다.

99) 누구도 실행시에 적법한 행위 또는 이미 무죄로 된 행위에 대하여는 형사상의 책임을 추궁받지 아니한다. 또한 동일한 범죄에 대하여 거듭하여 형사상의 책임을 추궁받지 아니한다.

이중처벌금지의 원칙에 반하지 아니한가 하는 다툼도 있다.¹⁰⁰⁾ 특히 국세통칙법 제68조의 증가산세는 그 요건의 규정방식이나 금액의 고액 등의 여러 관점에서 볼 때 탈세에 대한 벌금형과 실질적으로는 매우 유사한 기능을 수행하는 것이어서 탈세에 대한 제재로서의 벌금과 병과되는 경우에는 이중처벌금지원칙과의 저촉여부가 강하게 논란이 되고 있다. 일본에서 특히 후자의 문제, 즉 이중처벌금지의 원칙위배여부가 문제되는 것은 가산세제도와는 별도로 개별세법상에서 같은 위반행위에 대하여 형사벌을 부과하고 있기 때문이다. 예를 들면, 소득세법 제240조·241조, 법인세법 제159조·160조 등이 그러하다.¹⁰¹⁾

그러나 판례는 가산세는 형벌이 아니며 납세의 목적을 달성하기 위한 취지에서 행하는 행정상의 조치이므로 처벌로서의 벌금과는 구별되며 위헌이 아니라는 판단을 확고하게 유지하고 있다.¹⁰²⁾ 판례는 결론적으로 가산세는 행정상의 조치이므로 형벌이 아니라는 것이므로 어떠한 국가작용의 내용이나 실질이 아니라 그 외적 형식에 치중한 부분이 있다고 하지 않을 수 없다.¹⁰³⁾ 여기서 이러한 판례의 형식에 치중한 태도에 대하여, 국민에게 있어서는 일정한 국가행위가 실질적으로 어떠한 의미를 가지는가 하는 것이 중시되어야 하고, 국민의 기본적 인권의 보장을 행위의 형식여하에 중점을 두어 판단하는 것은 적절하지 못하다는 강력한 비판이 제기되기도 한다.¹⁰⁴⁾ 오늘날에 있어서 국가가 행하는 일정한 행위에 있어서 그 행위의 활동목적이 항상 단일한 하나의 목적만을 지니고

100) 藤田宙靖, 前掲書, 274頁.

101) 다른 세법에 있어서도 동일한 형태로 규정되어 있는데 대표로 소득세법의 규정을 보면, 제240조는 주로 원천징수의무위반자에 대하여 3년이하의 징역 또는 100만엔 이하의 벌금을 각각 또는 병과할 수 있다고 하고 있고, 제241조는 정당한 이유없이 신고의무를 위반한 경우에 대하여 1년이하의 징역 또는 20만엔 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다.

102) 最高裁判所 1958年 4月 30日 民集 12卷 6号 938頁. 학설상으로는 金子 宏, 租稅法(第三版), 1990, 436頁과 田中二郎, 租稅法(第三版), 1990, 392頁이 합헌설의 입장을 취하고 있다.

103) 이와 같은 논거보다는 벌금과 가산세는 행정법상의 의무위반에 대하여 가하여지는 금전상의 제재라는 점에서는 같지만, 벌금이 반사회적인 행위에 대한 제재인 반면에 가산세는 납세의무의 성실한 이행을 확보하기 위한 수단이라는 점에서 구별된다고 하는 설명(정하중, 앞의 책, 474면)이 보다 설득력이 있다.

104) 藤田宙靖, 前掲書, 274頁; 塩野 宏, 前掲書, 203頁 이하.

있다고 보는 것은 매우 어렵다는 점을 감안할 때, 가산세라고 하는 행정상의 조치라고 하여도, 그것은 단순히 납세를 간접적으로 강제하기 위한 수단으로서 뿐만 아니라 의무위반에 대하여 상대방에게 경제적 불이익 내지 정신적 고통을 가하기 위한 처벌이라고 볼 여지가 없지 않을 것이다.

다만, 일본에서의 이와 같은 논의가 우리나라의 경우에는 들어맞지 않는다. 우리나라의 경우는 개별세법에서 가산세와 별도로 벌금이나 징역 등을 부과할 수 있는 규정이 없기 때문이다.¹⁰⁵⁾ 따라서 우리의 경우는 일본에서와 같은 이중처벌금지와 관련한 논란은 재현될 여지가 없다. 그러나 그 반면으로 우리의 경우는 일본의 경우와 비교하여 세법의 실효성 확보장치가 미약하며 일본과 같이 보다 강력하게 보강할 필요가 있는가 하는 문제에 대한 논의는 우리의 조세행정의 현실여하에 따라 장기적으로 보아 고려의 필요성은 전혀 배제할 수 없을 것이라 생각한다.

2. 가산금, 증가산금

판례에는 가산금의 법적 성질에 대하여 지연이자로 보는 경우¹⁰⁶⁾와 행정상의 제재로 보는 경우¹⁰⁷⁾가 모두 존재하지만 각주의 인용판례에서 보

105) 그럼에도 학설 가운데에는 일본과 마찬가지로의 논의를 하는 경우가 있다. 김동희, 앞의 책, 430면; 홍정선, 앞의 책, 542면; 정하중, 앞의 책, 474면은 벌금과 가산세의 병과가 가능하다는 입장을 취한다. 앞서 보았듯이 이는 일본의 판례의 태도와 일치하나 일본에서의 최근의 유력설과는 상반된다.

106) 국세징수법 제21조가 규정하는 가산금은 국세가 납부기한까지 납부되지 않는 경우, 미납분에 관한 지연이자의 의미로 부과되는 부대세의 일종으로서 과세권자의 가산금 확정절차 없이 국세를 납부기한까지 납부하지 아니하면 위 법 규정에 의하여 당연히 발생하고, 그 액수도 확정되는 것이며, 그에 관한 징수절차를 개시하려면 독촉장에 의하여 그 납부를 독촉함으로써 가능한 것이므로, 그 가산금 납부독촉이 부당하거나 그 절차에 하자가 있는 경우에는 그 징수처분에 대하여 취소소송에 의한 불복이 가능할 것이나, 과세관청이 가산금을 확정하는 어떤 행위를 한 바가 없고, 다만 국세의 납세고지를 하면서 납기일까지 납부하지 아니하면 납기 후 1개월까지는 가산금으로 얼마를 징수하게 된다는 취지를 고지하였을 뿐이고, 납부기한 경과 후에 그 납부를 독촉한 사실이 없다면 가산금 부과처분은 존재하지 않는다고 할 것이므로, 그러한 가산금 부과처분의 취소를 구하는 소는 부적법하다(대판1996.4.26, 96누1627). 동일 취지의 판례, 대판1990.5.8, 90누1168; 대판2000.9.22, 2000두2013; 대판2000.6.22, 99가합2082; 대판1993.10.8, 93누10521 등

107) 구 산업재해보상보험법(1994. 12. 22. 법률 제4826호로 전문 개정되기 전의 것) 제25조의3 소정의 가산금은 보험가입자에게 확정보험료의 신고의무를 충실히 이행하

는 바와 같이 전자가 판례의 일반적인 태도이다. 다만, 견해에 따라서는 가산금에 이 두 가지 성질이 모두 존재한다고 이해하는 것도 가능하다.¹⁰⁸⁾ 즉 가산금의 지연배상금의 성격 이외에 제재적 성격도 있다고 보는 것이다. 이러한 견해는 그 논거로서 법인세법 및 소득세법상 가산금이 가산세, 벌금 및 과태료 등과 함께 손금이나 필요경비에 산입되지 않고 있다는 점을 든다.¹⁰⁹⁾ 또 한가지의 논거로서는 가산금의 징수요율이 민법상의 법정이자는 물론 금융기관의 여신금리보다도 훨씬 높다는 점을 든다. 따라서 그와 같은 금융기관의 이자율을 초과하는 부분은 더 이상 지연이자의 성질이 없고 제재의 성질을 띠게 된다고 한다.¹¹⁰⁾

가산금을 국세미납분에 대한 지연이자의 성질로 보는 견해는 동시에 증가산금의 성질에 대하여도 마찬가지로 지연이자의 성질을 띠는 것으로 이해한다.¹¹¹⁾ 이에 대하여 확실 가운데에는 가산금의 지연이자 즉 연체금으로서의 성질은 긍정하되, 증가산금에 대하여는 집행별 이행강제금의 성격을 가진다고 보는 견해도 있다.¹¹²⁾¹¹³⁾

도록 하기 위하여 누락된 보험료를 추가 징수함에 있어서 그 보험료의 100분의 10에 상당하는 액을 가산하여 징수하는 행정상의 제재로서 본래의 보험료와는 성질을 달리 하는 독립적인 것이지만, 형식적으로는 연도별 부과처분 속에 포함되어 일체로서 부과되고 있다(대판1998.11.10, 98두11915). 참고로 국유재산법 제29조는 관리소홀에 대한 제재라는 제하에 가산금의 부과에 관한 규정을 담고 있는데, 이는 법문에서 가산금의 제재로서의 성질을 인정하고 있는 것으로 볼 수 있을 것이다.

108) 강인애, 앞의 책, 192면.

109) 법인세법 제21조제4호, 제6호, 소득세법 제33조제1항제3호 참조.

110) 임태혁, 앞의 논문, 257면. 기본적으로 이 견해에 찬성하지만 이 견해가 제시하고 있는 두 개의 논거는 다소 모순되는 점이 있다. 왜냐하면, 법인세법 등에서 가산금을 가산세와 마찬가지로 손금 등에 산입하는 것을 허용하지 않고 있는 경우에, 그와 같이 손금으로 산입하지 못하도록 하는 금액은 가산금 총액에 대한 것이지 그 가산금 가운데 시중 금융기관의 이자율을 초과하는 금액에 대하여만 손금 산입이 금지되어 있는 것은 아니기 때문이다.

111) 증가산금은 국세가 법정기한까지 납부되지 않는 경우, 미납분에 관한 지연이자의 의미로 부과되는 부대세의 일종으로 과세권자의 증가산금 확정절차없이 납부기한으로부터 국세징수법 소정기한까지 체납세액을 납부하지 아니하면 위 법규정에 의하여 증가산금이 당연히 발생하고 확정된다(대판1988.9.20, 85누635). 같은 취지의 판례, 대판2000.9.22. 2000두2013

112) 김동희, 앞의 책, 430면; 박균성, 앞의 책, 397면.

113) 그런데 실정법에 있어서는 연체금과 가산금을 구분하여 사용하는 경우가 있다. 예를 들어 고용보험및산업재해보상보험의보험료징수등에관한법률(2003. 12. 31 법률 제07047

3. 부당이득세

부당이득세의 성질에 관하여는 그다지 많은 논의가 이루어지지 않으나 정부의 물가안정 방침에 반하여 부당하게 취득한 이익을 전액 박탈하는 것이라는 점에서 과징금의 성격을 띠고 있다고 할 수 있다.¹¹⁴⁾

그런데 가산금이 앞서 보았듯이 현행법상 소득금액 등을 계산함에 있어 필요경비나 손금에 산입되지 않는다는 점에서 제재로서 부과되는 금전상의 부담으로서의 성질이 농후함에 반하여 부당이득세의 경우는 법인세법 또는 소득세법에 의한 소득계산에 있어서 필요경비 또는 손금에 산입되고 있다(부당이득세법 제7조). 그렇다면 이는 부당이득세에 제재적 성격을 인정하지 않겠다는 것이 실정법의 태도라고 이해된다. 제재로서의 금전부담이 아닌 통상의 조세로 이해하고 있는 것이다. 이는 부당이득세법과 국세기본법에 의하여도 확인되고 있다. 즉 부당이득세법 제7조는 전단에서 부당이득세를 국세로 한다고 선언하고 있고, 국세기본법 제2조도 국세의 하나로서 부당이득세를 명시하고 있기 때문이다(제2조제1호‘바’목).

호)제24조와 제25조는 가산금과 연체금을 명백히 다르다는 전제에서 규정을 두고 있다. 그에 의하면, 가산금에 대하여 “그 징수하여야 할 보험료의 100분의 10에 상당하는 금액을 가산금으로 징수한다”(제24조)고 하고 있으면서, 가산금을 징수하는 경우임에도 불구하고 다시 제25조에서 “납부기한까지 보험료, 이 법에 의한 그 밖의 징수금을 납부하지 아니한 때에는 그 연체기간에 대하여 36월을 초과하지 아니하는 범위안에서 은행의 연체이자율 등을 고려하여 대통령이 정하는 바에 따라 월 단위로 연체금을 징수한다”고 규정하고 있는 것이다. 이러한 경우에는 가산금이 판례가 이해하는 바와 같은 지연이자의 성격을 지닌다기 보다도 법문상으로는 연체금이 지연이자의 성격을 가지며 가산금은 납부기한까지 납부하지 않은 데에 대한 일회적인 제재인 것으로 생각된다. 그러나 경우에 따라서는 연체금을 36월이라는 상한의 제한을 두고, 또한 은행의 연체이자율을 감안하여 산정한다는 점 등을 고려하면 연체금의 용어를 사용하고는 있지만 국세징수법에서 규정하고 있는 증가산금과 유사한 성질을 가지는 것이 아닌가 생각된다. 마찬가지로 연체금 개념을 사용하고 가산금과 구별하여 입법하고 있는 예를 장애인고용촉진및직업재활법 제28조에서 발견할 수 있다. 그에 의하면 사업주가 납부하여야 할 부담금에 대하여 100분의 10을 가산금으로 징수한다는 것과, 납부가 있을 때까지 체납하는 부담금 100원에 대하여 1일 7전의 한도에서 대통령이 정하는 비율에 따라 계산한 연체금을 징수할 것을 규정하고 있다. 법령용어의 통일이라는 관점에서 보면 연체금을 증가산금으로 표현하는 것이 적절한 부분도 있을 것이라 생각된다.

114) 同旨, 김홍대, 앞의 논문, 17면 이하.

IV. 현행법상의 현황과 검토

1. 가산세의 도입례와 검토

(1) 가산세율에 따른 분류

1) 100분의 1을 규정하는 경우

- 부가가치세법 제22조제1항(신규사업자 등록의무불이행가산세) 내지 제4항(매출·매입처별계산서합계표의 기한내 미제출 또는 불성실제출), 제6항(영세유통 과세표준의 신고불성실가산세)
- 부가가치세법제28조제4항(간이과세자의 매입세액 공제관련)
- 법인세법 제76조제9항(계산서 미교부 또는 불성실교부, 매출·매입처별계산서합계표의 기한내 미제출 또는 불성실제출)
- 조세특례제한법 제106조의3제8항(면세금지금 거래내역 등에 대한 장부기록·관리보관의무불성실가산세)
- 소득세법 제81조제7항(복식부기의무자의 계산서 미교부 또는 불성실교부, 매출·매입처별계산서합계표의 기한내 미제출 또는 불성실제출), 제9항(영수증 수취명세서의 불성실제출)

2) 100분의 2를 규정하는 경우

- 법인세법 제76조제5항(증빙서류 미수취), 제6항(주식등변동상황명세서 불성실제출), 제7항(지급조서 미제출 또는 불성실제출)
- 관세법 제241조제4항(수입 또는 반송신고 불이행) → 100분의 2 범위내에서 대통령령에 위임(탄력적)
- 소득세법 제81조제5항(지급조서 미제출 또는 불성실제출), 제8항(증빙서류 미수취)

3) 100분의 5를 규정하는 경우

- 소득세법 제159조(납세조합불납가산세)
- 조세특례제한법 제106조의3제8항(면세금지금 거래추천자·면세금지금 수입추천자

에 의한 면세금지금 거래내역 등에 대한 장부기록·관리보관의무불성실가산세)

- 상속세및증여세법 제78조제4항, 제7항(공익법인등의 주식 등 초과보유가산세)

4) 100분의 10을 규정하는 경우

- 특별소비세법 제13조(납부세액의 미신고 또는 미달신고)
- 지방세법 제233조의7제1항(개업신고 불이행 등 신고불성실가산세)
- 지방세법 제260조의5(지방교육세 신고불성실가산세)
- 지방세법 제196조의18(주행세 신고불성실가산세)
- 지방세법 제179조의3제3항(주민세 특별징수의무자의 납입불성실가산세), 제4항(납세조합의 납입불성실가산세)
- 지방세법 제157조제1항(승자투표권·승마투표권 등의 신고불성실가산세)
- 증권거래세법 제14조(증권거래세 불성실납부가산세)
- 주세법 제27조(주류제조자의 신고불성실가산세)
- 조세특례제한법 제106조의3제8항(면세추천받은 금지금의 추천받은 자외의 자에게의 공급)
- 조세특례제한법 제106조의2제5항(면세유류구입권 등의 양도 등 금지의무위반)
- 조세특례제한법 제105조의2제6항(환급대행자의 통보의무위반)
- 조세특례제한법 제86조(개인연금저축 해지추징세액의 납부불성실가산세)
- 조세특례제한법 제105조제2항(부정하게 부가가치세 영세율의 적용을 적용 받아 축산업용기자재 등을 공급받은 경우)
- 소득세법 제115조제1항(양도소득세 신고불성실가산세), 제4항(법인의 양도소득세 기장불성실가산세)
- 소득세법 제158조(원천징수납부 불성실가산세)
- 상속세및증여세법 제78조제1항(상속재산 등을 과세표준에 미달하게 신고한 경우)
- 상속세및증여세법 제78조제9항(공익법인 등의 출연받은 재산의 불성실이용)
- 농어촌특별세법 제11조(농어촌특별세의 납부불성실가산세)

제 3 장 금전적 실효성 확보수단의 개선방안

- 교통세법 제11조(교통세의 신고불성실가산세)
- 교육세법 제11조(교육세 납부불성실가산세)
- 법인세법 제76조제1항(미달신고가산세)
- 법인세법 제76조제2항(납부기한경과후 원천징수납부)
- 부가가치세법 제22조제5항(신고의무불이행 또는 미달신고)

5) 100분의 20을 규정하는 경우

- 상속세및증여세법 제78조제1항(상속재산 등의 미신고 또는 가공의 채무 등에 의한 미달신고의 경우)
- 지방세법 제259조제3항(지역개발세의 신고불성실가산세)
- 지방세법 제250조제4항(사업소세의 신고불성실가산세)
- 지방세법 제177조의2제3항(법인세할 납세의무자의 신고불성실가산세)
- 지방세법 제121조제1항(취득세의 신고불성실가산세)
- 지방세법 제151조제1항(등록세의 신고불성실가산세)
- 소득세법 제81조제1항(과세표준확정신고 불성실가산세)
- 소득세법 제81조제10항(장부비치·기장의무 불성실가산세)
- 대한민국정부와칠레공화국정부간의자유무역협정의이행을위한관세법의특례에관한 법률 제11조제3항(원산지증명서의 내용오류)
- 관세법 제253조제4항(수입신고불이행가산세)
- 관세법 제241조제5항(국내이주자의 이사물품의 신고불성실 가산세)
- 관세법 제42조제1항(신고불성실가산세)
- 법인세법 제76조제1항(미신고 또는 장부비치·기장의무 불이행가산세)

6) 100분의 30을 규정하는 경우

- 법인세법 제76조제1항(법인세의 부당과소신고금액이 50억원을 초과하는 경우)
- 관세법 제241조제5항(여행자의 휴대품 신고불성실 가산세)

- 지방세법 제233조의7제2항(반출된 담배의 용도의 매도·판매·소비·처분의 경우 등)

7) 100분의 80을 규정하는 경우

- 지방세법 제121조제2항(취득세납세의무자가 취득세과세물건을 사실상 취득한 후 신고·납부를 하지 않고 매각하는 경우)

8) 100분의 300을 규정하는 경우

- 인지세법 제8조의2제2항(인지세납부불성실 가산세)

9) 탄력적인 요율을 규정하는 경우

- 법인세법 제76조제1항(납부불성실가산세)
- 법인세법 제76조제4항¹¹⁵⁾
- 관세법 제241조제4항¹¹⁶⁾
- 특별소비세법 제13조(납부불성실가산세)
- 지방세법 제233조의7제1항(담배매도세액 허위신고 등 납부불성실가산세)
- 지방세법 제260조의5(지방교육세 납부불성실가산세)
- 지방세법 제259조제3항(지역개발세 납부불성실가산세)
- 지방세법 제250조제4항(사업소세 납부불성실가산세)
- 지방세법 제196조의18제2항(주행세 납부불성실가산세)

115) 납세지 관할세무서장은 제115조의 규정에 의하여 기업집단결합대차대조표등을 제출하여야 할 내국법인이 기한내에 이를 제출하지 아니한 경우 대통령령이 정하는 경우를 제외하고는 제60조의 규정에 의하여 신고한 산출세액 또는 제66조의 규정에 의하여 결정 또는 경정한 산출세액의 100분의 2에 상당하는 금액과 당해 사업연도의 수입금액의 10만분의 8에 상당하는 금액중 큰 금액을 가산한 금액을 법인세로서 징수하여야 한다.

116) 세관장은 대통령령이 정하는 물품을 수입 또는 반송하는 자가 제3항의 규정에 의한 기한내에 수입 또는 반송의 신고를 하지 아니하는 때에는 당해 물품의 과세가격의 100분의 2에 상당하는 금액의 범위안에서 대통령령이 정하는 금액을 가산세로 징수한다.

제 3 장 금전적 실효성 확보수단의 개선방안

- 지방세법 제177조의2제4항(법인세할 납부불성실가산세)
- 지방세법 제157조제1항(승자투표권·승마투표권 납부불성실가산세)
- 지방세법 제151조(등록세 납부불성실가산세)
- 지방세법 제121조제1항(취득세 납부불성실가산세)
- 주세법 제27조(납부불성실가산세)
- 소득세법 제115조제2항(양도소득세 납부불성실가산세)
- 소득세법 제81조제12항¹¹⁷⁾
- 상속세및증여세법 제78조제8항¹¹⁸⁾
- 교통세법 제11조(납부불성실가산세)
- 대한민국정부와칠레공화국정부간의자유무역협정의이행을위한관세법의특례에관한 법률 제11조제3항¹¹⁹⁾
- 관세법 제42조제1항¹²⁰⁾
- 인지세법 제8조의2제2항(납부불성실가산세)

세율의 관점에 착안하여 본 이상의 가산세에 관한 현행법의 입법례를 보면 다음과 같은 일정한 경향성을 지적하는 것이 가능하다.

첫째로 가산세의 세율이 매우 다양하게 분포되어 있다고 하는 점이다. 위의 조사결과에 의하면 100분의 1부터 100분의 300에까지 이르고 있다. 산술적인 비교에 의하면 최저요율에서 최고요율까지가 300배의 차이가 있

117) 동시에 제1항과 제10항에 해당하는 경우에는 그 중 큰 금액에 해당하는 가산세만을 적용하고, 제1항과 제10항의 가산세액이 같은 경우에는 제1항의 가산세만을 적용한다.

118) 세무서장등은 공익법인등이 제48조제10항의 규정에 의한 광고·홍보를 하는 경우에는 당해 행위와 관련하여 직접 지출된 경비에 상당하는 금액을 대통령령이 정하는 바에 따라 당해 공익법인등이 납부할 세액에 가산하여 부과한다.

119) 세관장은 제2항의 규정에 따라 부족한 세액을 징수하는 때에는 당해 부족세액의 100분의 20의 범위안에서 대통령령이 정하는 금액을 가산세로 징수한다.

120) 세관장은 제38조의3제1항 또는 제3항의 규정에 의하여 부족한 관세액을 징수하는 때에는 당해 부족세액의 100분의 20의 범위안에서 대통령령이 정하는 금액을 가산세로 징수한다.

는 것이다. 그러나 100분의 300을 규정하고 있는 것은 유일하게 인지세법의 경우 하나일 뿐이고, 인지세의 경우의 가산세를 그와 같이 높은 비율로 하는 것은 인지세 그 자체가 다른 조세에 비하여 매우 소액이라는 점에 연유하고 있을 것으로 추측된다. 따라서 인지세의 경우를 제외한다면 가산세율의 분포는 탄력요율을 논외로 하면 100분의 1에서 100분의 80까지가 된다. 이 경우에 일반적으로 검토될 수 있는 논점은 다양하게 인정되고 있는 가산세율간에 균형이 이루어지고 있는가 하는 점과 지나치게 고율 또는 지나치게 저율이라고 인정되는 경우는 없는가 이다. 이와 관련하여 지방세법 제121조제2항에서 규정하고 있는 100분의 80 요율은 지나치게 과한 것이 아닌가의 의문이 제기될 수 있다. 그러나 헌법재판소는 미등기 전매는 취득세 면탈의 의사가 확정적으로 표출된 악의적인 취득자이므로 통상의 가산세율보다 가중하고 있다하여 평등의 원칙에 반하지 않으며 과잉금지의 원칙에도 반하지 않는다고 판시하고 있다.¹²¹⁾

둘째로 100분의 10 요율을 적용하고 있는 예가 가장 많다는 점이다. 이것은 가산세율의 일반적인 모습으로서 현행법제는 100분의 10을 상정하고 있는 것이 아닐까 추측된다. 참고로 위의 헌법재판소의 판결에 의하면 가산세의 통상의 요율이라고 하며 100분의 20을 들고 있었다.

셋째로 위반하는 의무의 경중에 따른 가산세율의 차등적인 적용이 어느 정도 잘 드러나고 있다고 지적할 수 있다. 즉 100분의 10미만의 요율을 적용하고 있는 경우는 직접적인 납세의무관련 의무라기보다도 조세행정의 효율성과 정확성 등과 관련한 협력의무가 주로 차지하고 있다. 이에 대하여 100분의 10 이상의 요율적용은 직접적인 납세의무관련 신고나 납부의무에 관한 것임을 엿볼 수 있다.

끝으로 고정요율이 아닌 탄력요율을 적용하고 있는 예도 다수 존재하는데 그 대부분은 납부불성실가산세에 관한 사실을 인정할 수 있다.

(2) 가산세의 종류

가산세는 납세의무 이외의 협력의무에 위반한 경우에 부과되는 것이므로 협력의무의 종류에 따른 가산세의 구분이 가능하다. 현행법에 의하면

121) 2001. 7. 19, 2000헌바86

소득세법에서 가장 다양한 유형의 가산세를 발견할 수 있다. 대표적인 경우를 보면 다음과 같다.

① 신고불성실가산세

거주자가 소득세법 제70조(종합소득 과세표준확정신고) 내지 제72조(산림소득 과세표준확정신고) 또는 제74조(과세표준확정신고의 특례)의 규정에 의한 과세표준확정신고를 하지 아니하였거나 신고하여야 할 소득 금액에 미달하게 신고한 때(소득세법 제81제1항) 및 복식부기의무자가 대차대조표, 손익계산서, 합계잔액시산표와 조정계산서를 과세표준확정신고서에 첨부하지 아니한 때에는 과세표준확정신고를 하지 아니한 것으로 간주되므로(소득세법 제81조제3항) 그와 같이 첨부 의무로 되어 있는 서류를 첨부하지 아니하고 신고한 때에 부과된다.

② 납부불성실가산세

거주자가 제65조제6항(중간예납세액의 납부)¹²²⁾ 및 제76조의 규정에 의한 소득세액을 납부하지 아니하였거나 납부하여야 할 세액에 미달하게 납부한 때에 부과된다(소득세법제81조제4항).

③ 보고불성실가산세

제164조 또는 제164조의2의 규정에 의하여 지급조서를 제출하여야 할 자가 당해 지급조서를 그 기한내에 제출하지 아니하였거나 제출된 지급조서가 대통령령이 정하는 불분명한 경우에 해당하는 때(소득세법 제81조제5항) 및 복식부기의무자가 (i)제163조제1항 또는 제2항의 규정에 의한 계산서를 교부하지 아니한 경우 또는 교부한 계산서에 대통령령이 정하는 기재사항의 전부 또는 일부가 기재되지 아니하거나 사실과 다르게 기재된 경우와 (ii)매출·매입처별계산서합계표를 제163조제5항의 규

122) 중간예납제도란 납세지 관할세무서장으로 하여금 종합소득이 있는 거주자(대통령령이 정하는 소득만이 있는 자와 당해 과세기간의 개시일 현재 사업자가 아닌 자로서 당해 과세기간중 신규로 사업을 개시한 자를 제외)에 대하여 1월 1일부터 6월 30일까지의 기간을 중간예납기간으로 하여 전년도의 종합소득에 대한 소득세로서 납부하였거나 납부하여야 할 세액중, 중간예납기준액의 2분의 1에 상당하는 금액(이것이 중간예납세액이라 불린다)을 납부하여야 할 세액으로 결정하여 11월 30일까지 징수하도록 하는 제도이다(소득세법 제65조제1항).

정에 의하여 제출하지 아니한 경우 또는 제출한 합계표에 기재하여야 할 사항의 전부 또는 일부가 기재되지 아니하거나 사실과 다르게 기재된 경우(소득세법 제81조제7항)에 부과된다.

④ 증빙불비가산세

복식부기의무자가 사업과 관련하여 사업자(법인을 포함)로부터 재화 또는 용역을 공급받고 소정의 증빙서류¹²³⁾를 수취하지 아니한 경우에 부과된다(소득세법 제81조제8항).

⑤ 영수증수취명세서미제출가산세

복식부기의무자가 영수증수취명세서를 과세표준확정신고기한 내에 제출하지 아니하거나 제출한 영수증수취명세서가 불분명하다고 인정되는 경우(소득세법 제81조제9항)에 부과된다.¹²⁴⁾

⑥ 무기장가산세

사업자가 법이 의무로 하고 있는 일정한 장부를 비치·기장하지 아니하였거나 비치·기장한 장부에 의한 소득금액이 기장하여야 할 금액에 미달한 때에 부과된다(소득세법 제81조제10항).¹²⁵⁾¹²⁶⁾

123) (i) 소득세법 제163조 및 법인세법 제121조의 규정에 의한 계산서, (ii) 부가가치세법 제16조의 규정에 의한 세금계산서, (iii) 여신전문금융업법에 의한 신용카드매출전표(신용카드와 유사한 것으로서 대통령령이 정하는 것을 사용하여 거래하는 경우 그 증빙서류를 포함)의 세 가지가 들어진다(소득세법 제160조의2제2항).

124) 영수증수취명세서가 불분명한 경우란 제출된 지급조서에 지급자 또는 소득자의 주소·성명·납세번호(주민등록번호로 같음하는 경우에는 주민등록번호)나 사업자등록번호·소득의 종류·소득의 귀속연도 또는 지급액을 기재하지 아니하였거나 잘못 기재하여 지급사실을 확인할 수 없는 경우를 말한다(소득세법시행령 제147조제1항).

125) 사업자에게는 소득금액을 계산할 수 있도록 증빙서류등을 비치하고 그 사업에 관한 모든 거래사실이 객관적으로 파악될 수 있도록 복식부기에 의하여 장부에 기록·관리할 것이 의무지워져 있다(소득세법 제160조제1항).

126) 한편, 이와 유사하게 법상 의무로 되어 있는 기장의무를 성실하게 이행하지 아니한 경우에 부과하는 가산세로서 기장불성실가산세라고 부르는 것이 있다. 즉 소득세법제115조제4항에 의하면 법인(중소기업을 포함)의 대주주가 양도하는 주식 또는 출자지분에 대하여 거래내역 등을 기장하지 아니하였거나 누락한 때에는 그 기장을 하지 아니한 소득금액 또는 누락한 소득금액이 양도소득금액에서 차지하는 비율을 산출세액에 곱하여 계산한 금액의 100분의 10에 상당하는 금액을 산출세액에 가산하여

2. 가산금과 증가산금의 도입례와 검토

이하에서는 현행법에 있어서의 가산금과 증가산금의 도입례를 살펴본다. 이 때 가산금 및 증가산금에 관하여 가장 기본이 되는 틀을 제공하고 있다고 할 수 있는 국세징수법과의 대비가 용이하도록 하는 데에 중점을 둔다.

(1) 국세징수법 및 지방세법의 일반원칙

1) 징수요율

국세징수법은 가산금에 관하여 “국세를 납부기한까지 완납하지 아니한 때에는 그 납부기한이 경과한 날로부터 체납된 국세에 대하여 100분의 3에 상당하는 가산금을 징수한다. 다만, 국가와 지방자치단체(지방자치단체조합을 포함한다)에 대하여는 그러하지 아니하다(제21조)”고 규정하고 있다.

또한 증가산금에 관하여 “체납된 국세를 납부하지 아니한 때에는 납부기한이 경과한 날로부터 매 1월이 경과할 때마다 체납된 국세의 1천분의 12에 상당하는 가산금(증가산금)을 제21조에 규정하는 가산금에 가산하여 징수한다. 이 경우 증가산금을 가산하여 징수하는 기간은 60월을 초과하지 못한다”고 하고(제22조제1항) 체납된 국세가 50만원미상인 때에만 그와 같이 증가산금을 징수할 수 있음을 규정하고 있다(동조 제2항).

이에 대하여 지방세법은 가산금의 요율(100분의 5) 및 증가산금의 적용제외 최저체납액(30만원)을 제외하고는 국세징수법의 규정과 전혀 다르지 않다.¹²⁷⁾ 이는 지방세와 국세간의 정합성의 관점에서 보아 타당한

부과하게 되는데 이를 가장불성실가산세라 명명하고 있다.

127) 지방세법 제27조(가산금 및 독촉) ①지방세를 납기한까지 완납하지 아니한 때에는 납기한을 경과한 날로부터 체납된 지방세에 대하여 100분의 5에 상당하는 가산금을 징수한다. 다만, 국가와 지방자치단체(지방자치단체조합을 포함한다)에 대하여는 그러하지 아니하다.

②체납된 지방세를 납부하지 아니한 때에는 납기한이 경과한 날로부터 매 1월이 경과할 때마다 체납된 지방세의 1천분의 12에 상당하는 가산금(이하 이 조에서 “증가산금”이라 한다)을 제1항에 규정하는 가산금에 가산하여 징수한다. 이 경우 증가산금을

입법태도라 생각된다. 다만, 후술하겠지만 지방세의 가산세요율이 100분의 5인 것은 국세의 그것(100분의 3)과 달라야 하는 지방세의 독자적인 이유가 있어서 그러한 것으로는 보이지 않는다. 다시 말하면 국세징수법은 시중의 금리변동을 감안하여 개정이 이루어졌지만 지방세법의 경우에는 그러한 개정노력이 추진되지 않았을 뿐으로 생각된다. 지방세라고 하여 국세와 달리 100분의 5의 가산세를 고수해야 할 아무런 특별한 이유가 없기 때문이다. 따라서 지방세법의 가산세요율은 국세징수법에 맞추어 조속히 개정될 필요가 있다고 하겠다.

2) 징수절차

가. 가산금의 징수절차

국세징수법상 가산금은 과세청의 확정절차 없이 납부기한까지 고지세액을 납부하지 않으면 동법 제21조의 규정에 의하여 당연히 발생하고 그 액수도 확정된다고 이해된다.¹²⁸⁾ 따라서 소정기일을 경과한 때 자동적으로 부과되고 그 결정금액에 대하여 별도로 고지처분은 하지 않는다.¹²⁹⁾ 그런데 가산금이 확정되어 자동적으로 부과되었음에도 불구하고 이를 납부하지 않고 있을 때 그 징수절차에 관하여는 명문의 규정이 마련되어 있지 않아 문제된다. 이에 대하여 판례는 가산금에 대한 징수절차를 개시하기 위해서는 독촉장에 의하여 그 납부를 독촉하여야만 가능하다고 풀이하고 있다.¹³⁰⁾ 따라서 가산금액의 성립 및 확정과, 그 징수를 위한 과세

가산하여 징수하는 기간은 60월을 초과하지 못한다.

③제1항의 경우에 있어서 세무공무원은 납기한이 경과한 날로부터 15일 이내(은행납인 경우에는 50일 이내)에 10일 이내의 납기한을 붙인 독촉장을 발부하여야 한다. 다만, 제26조의 규정에 의하여 납기전에 징수하는 것은 예외로 한다.

④제2항의 규정은 제1항 단서에 해당하는 경우와 체납된 지방세가 30만원 미만인 경우에는 이를 적용하지 아니한다.

128) 강인애, 앞의 책, 198면; 대판1990.5.8, 90누1168; 대판1988.9.20, 85누635 등.

129) 김대영, 국세징수실무(개정증보4판)(조세통람사, 1994), 132면.

130) 대판1990.5.8, 90누1168는 “국세징수법 제21조가 규정하는 가산금은 국세가 납부기한까지 납부되지 않는 경우, 미납분에 관한 지연이자의 의미로 부과되는 부대세의 일종으로서 과세권자의 가산금 확정절차없이 국세를 납부기한까지 납부하지 아니하면 위 법규정에 의하여 가산금이 당연히 발생하고 그 액수도 확정된 다고 할 것이고, 다만 그에 관한 징수절차를 개시하려면 독촉장에 의하여 그 납부를 독촉함으로써 가

관청에 의한 독촉(부과처분)은 별개이며 가산금이 자동적으로 성립하고 그에 대한 별도의 고지처분을 필요하지 않다고 하여도, 징수를 개시하기 위하여는 독촉이 필요하다고 이해되고 있다. 이 경우에는 국세징수법 제 23조제1항¹³¹⁾과 동시행령 제26조제1항¹³²⁾이 적용된다고 이해된다.¹³³⁾

나. 증가산금의 징수절차

증가산금의 경우도 과세청의 확정절차 없이 납세자가 납부기한이 경과 하여도 체납된 세액을 납부하지 않는 경우에, 그 납부기한이 경과한 날로부터 매 1월이 경과할 때마다 국세징수법 제22조의 규정에 의하여 당연히 발생하고 그 액수도 확정된다. 따라서 가산금의 경우와 마찬가지로 증가산금의 납부의무는 성립과 동시에 자동적으로 확정된다고 이해된다.¹³⁴⁾

납세자가 증가산금을 납부하지 않을 때의 징수절차에 관하여도 가산금의 경우와 동일하게 해석된다. 즉, 독촉장을 발부하여 그 이행을 청구하지 않으면 체납처분으로 나아갈 수 없다.

(2) 국세징수법의 경우를 따르는 예

1) 징수요율의 면

가. 국세징수법 제21조, 제22조를 준용하는 방식

- 환경·교통·재해등에관한영향평가법 제33조(협의기준초과부담금관련)
- 하천법 제58조(부담금·점용료·사용료 및 변상금 기타의 납부금관련)
- 원자력법 제9조의4(발전용 원자로운영자에 대한 부담금관련)

능한 것이고 그 가산금 납부독촉이 부당하거나 그 절차에 하자가 있는 경우에는 그 징수처분에 대하여 취소소송에 의한 불복이 가능할 뿐이라 할 것이므로...”라고 판시하고 있다. 대판1996.4.26, 96누1627도 같은 취지.

131) 제23조 (독촉과 최고) ①국세를 그 납부기한까지 완납하지 아니한 때에는 세무서장·시장 또는 군수는 납기 경과 후 15일내에 독촉장을 발부하여야 한다. 다만, 제 14조의 규정에 의하여 국세를 징수할 때에는 그러하지 아니하다.

132) 제26조 (독촉장) ①법 제23조제1항에 규정하는 독촉장에는 납부할 국세의 과세연도·세목·세액·가산금·납부기한과 납부장소를 기재하여야 한다.

133) 장인애, 앞의 책, 199면.

134) 장인애, 앞의 책, 204면.

- 영산강·섬진강수계물관리및주민지원등에관한법률 제13조(지정된 배출량을 초과하여 배출한 자에 대한 총량초과부과금관련)
- 영산강·섬진강수계물관리및주민지원등에관한법률 제14조(할당된 오염부하량 또는 지정된 배출량을 초과하여 배출한 자에 대한 과징금처분관련)
- 수질환경보전법 제19조(허가·변경허가를 받지 아니하거나 신고·변경신고를 하지 아니하고 배출시설을 설치 또는 변경한 자에 대한 배출부과금관련)
- 수도권대기환경개선에관한특별법 제20조(할당된 배출허용총량을 초과하여 배출한 총량관리사업자에 대한 총량초과부과금관련)
- 먹는물관리법 제28조(먹는샘물제조업자 및 먹는샘물수입판매업자 기타 샘물개발허가를 받은 자에 대한 수질개선부담금관련)
- 도로법 제78조(도로관리청이 부과하는 점용료 기타의 부담금관련)
- 대기환경보전법 제19조(대기오염물질을 배출하는 사업자와 허가·변경허가를 받지 아니하거나 신고·변경신고를 하지 아니하고 배출시설을 설치 또는 변경한 자에 대한 배출부과금관련)
- 낙동강수계물관리및주민지원등에관한법률 제13조(할당된 오염부하량 또는 지정된 배출량을 초과하여 배출한 자에 대한 총량초과부과금관련)
- 낙동강수계물관리및주민지원등에관한법률 제14조(할당된 오염부하량 또는 지정된 배출량을 초과하여 배출한 자에 대한 과징금관련)
- 금강수계물관리및주민지원등에관한법률 제13조(할당된 오염부하량 또는 지정된 배출량을 초과하여 배출한 자에 대한 총량초과부과금관련)
- 금강수계물관리및주민지원등에관한법률 제14조(할당된 오염부하량 또는 지정된 배출량을 초과하여 배출한 자에 대한 과징금관련)
- 국유재산법 제29조(행정재산 등의 관리소홀로 인한 재산상의 손해관련)

나. 별도의 규율을 하고 있으나 결과에 있어서 국세징수법과 동일한 규율이 되고 있는 경우

관세법제41조는 징수주체에 관한 기술을 제외하고 국세징수법의 규정과 그 내용에 있어 완전히 동일하다.

관세법

제42조(가산금)

- ① 관세를 납부기한까지 완납하지 아니하는 때에는 그 납부기한이 경과한 날부터 체납된 관세에 대하여 100분의 3에 상당하는 가산금을 징수한다.
- ② 체납된 관세를 납부하지 아니하는 때에는 그 납부기한이 경과한 날부터 매 1월이 경과할 때마다 체납된 관세의 1,000분의 12에 상당하는 가산금(이하 이 조에서 “증가산금”이라 한다)을 제1항의 규정에 의한 가산금에 다시 가산하여 징수한다. 이 경우 증가산금을 가산하여 징수하는 기간은 60월을 초과하지 못한다.
- ③ 제2항의 규정은 체납된 관세(세관장이 징수하는 내국세가 있는 때에는 그 금액을 포함한다)가 50만원 미만인 때에는 이를 적용하지 아니한다.
- ④ 제1항 내지 제3항의 규정은 국가 또는 지방자치단체가 직접 수입하는 물품 등 대통령령이 정하는 물품에 대하여는 이를 적용하지 아니한다.

관광진흥법의 경우는 결과적으로 국세징수법과 부합하는 가산금요율을 책정하고 있다.

관광진흥법

제29조 (기금에의 납부)

- ① 카지노사업자는 총매출액의 100분의 10의 범위 안에서 일정비율에 상당하는 금액을 관광진흥개발기금법에 의한 관광진흥개발기금에 납부하여야 한다.
- ② 카지노사업자가 제1항의 규정에 의한 납부금을 납부기한까지 납부하지 아니하는 때에는 문화관광부장관은 10일 이상의 기간을 정하여 이를 독촉하여야 한다. 이 경우 체납된 납부금에 대하여는 100분의 3에 상당하는 가산금을 부과하여야 한다.

이상에 대하여 방송법의 경우에는 법률에서 상한선의 제한(100분의 5)을 두고 그 범위내에서 시행령에서 구체적으로 가산금의 징수요율을 규정

하고 있는데 시행령의 규정은 국세징수법과 보조를 맞춘 100분의 3 요율을 적용하고 있다.¹³⁵⁾

방송법

제37조 (기금의 조성)

⑦위원회는 제2항 내지 제4항의 규정에 의하여 기금을 납부하여야 할 자가 납부기한까지 이를 납부하지 아니한 때에는 체납된 금액의 100분의 5 이내의 범위에서 대통령령이 정하는 바에 따라 가산금을 부과할 수 있다.

방송법시행령

제23조의2 (가산금의 징수 등)

①법 제37조제7항의 규정에 의한 기금체납에 대한 가산금은 체납된 금액의 100분의 3에 해당하는 금액으로 한다.

2) 징수절차의 면

가. 체납처분의 경우

(가) 국세체납처분의 예에 의하여 징수하는 경우

- 환경·교통·재해등에관한영향평가법 제33조제10항(초과부담금체납 가산금)
- 해양오염방지법 제46조의4제2항(부담금체납 가산금)
- 전기통신사업법 제37조의2제4항(금지행위에 대한 과징금체납 가산금)
- 전기사업법 제51조제3항(부담금체납 가산금)
- 자원의절약과재활용촉진에관한법률 제19조제4항(재활용부과금체납 가산금)
- 자연환경보전법 제51조제2항(생태계보전협력금체납 가산금)
- 원자력법 제9조의4제4항(부담금체납 가산금)
- 오존층보호를위한특정물질의제조규제등에관한법률 제23조제4항(수입금체납 가산금)

135) 방송법시행령 제23조의2 (가산금의 징수 등) ①법 제37조제7항의 규정에 의한 기금체납에 대한 가산금은 체납된 금액의 100분의 3에 해당하는 금액으로 한다.

제 3 장 금전적 실효성 확보수단의 개선방안

- 석유사업법 제18조제5항(석유의 수급 및 가격안정을 위한 부과금체납 가산금)
- 불공정무역행위조사및산업피해구제에관한법률 제13조제2항(과징금체납 가산금)
- 방송법 제37조제8항(기금재원체납 가산금)
- 방송법 제66조제3항(방송공사가 부과하는 수신료등체납 가산금)¹³⁶⁾
- 독점규제및공정거래에관한법률 제55조의5제2항(과징금체납 가산금)
- 금융지주회사법 제69조제2항(과징금체납 가산금)
- 국민건강증진법 제23조제6항(국민건강증진부담금체납 가산금)
- 광업법 제102조의2제4항(광물의 수입·판매부과금체납 가산금)
- 관광진흥법 제29조제3항(기금납부금체납 가산금)
- 공인회계사법 제52조의5제2항(과징금체납 가산금)
- 고압가스안전관리법 제34조의2제5항(안전관리부담금체납 가산금)
- 개발제한구역의지정및관리에관한특별조치법 제24조제6항(부담금체납 가산금)

(나) 국세 또는 지방세 체납처분의 예에 의하는 경우

- 영산강·섬진강수계물관리및주민지원등에관한법률 제13조제8항(총량초과부과금체납 가산금)
- 영산강·섬진강수계물관리및주민지원등에관한법률 제14조제4항(과징금체납 가산금)
- 수질환경보전법 제19조제8항(배출부과금체납 가산금)
- 수도권대기환경개선에관한특별법 제20조제8항(총량초과부과금체납 가산금)
- 먹는물관리법 제28조제7항(수질개선부담금체납 가산금)
- 대기환경보전법 제19조제9항(배출부과금체납 가산금)
- 금강수계물관리및주민지원등에관한법률 제13조제8항(총량초과부과금체납 가산금)
- 금강수계물관리및주민지원등에관한법률 제14조제4항(과징금체납 가산금)

136) 체납처분을 실시함에 앞서 방송위원회의 승인필요.

(다) 지방세체납처분의 예에 의하는 경우

- 도시교통정비촉진법 제22조제2항(점용료 기타의 부담금체납 가산금)
- 학교용지확보에관한특례법 제5조의3제3항(부담금등체납 가산금)
- 하수도법 제38조제4항(사용료 · 점용료 기타의 부담금체납 가산금)
- 오수 · 분뇨및축산폐수의처리에관한법률 제29조제4항(배출부과금체납 가산금)
- 수도권정비계획법 제15조제5항(부담금체납 가산금)
- 대도시권광역교통관리에관한특별법 제11조의4제5항(부담금체납 가산금)

(라) 가산금징수업무를 국세청장 등에게 위탁하는 경우

a. 국세청장에게 위탁하는 경우

- 독점규제및공정거래에관한법률 제55조의5제3항(공정거래위원회의 과징금체납 가산금)
- 금융지주회사법 제69조제3항(금융감독위원회의 과징금체납 가산금)
- 증권거래법 제206조의16제3항(금융감독위원회의 과징금체납 가산금)
- 은행법 제65조의8제3항(금융감독위원회의 과징금체납 가산금)
- 공인회계사법 제52조의5제3항(재정경제부장관의 과징금체납 가산금)

b. 그 밖의 기관에게 위탁하는 경우

- 한국수자원공사법 제29조제1항(수자원공사의 시장 · 군수 또는 구청장에 대한 가산금 등의 징수위탁)
- 자원의절약과재활용촉진에관한법률 제38조제2항 및 동시행령제48조제3항(환경부장관의 각종 가산금 징수업무를 한국환경자원공사에의 위탁)
- 고압가스안전관리법 제34조의3 및 동시행령 제23조의5(가산금 징수사무의 한국석유공사에의 위탁)¹³⁷⁾ 등

137) 고압가스안전관리법시행령 제23조의5(부담금 징수사무등의 위탁) ①산업자원부장관은 제34조의2의 규정에 의한 부담금 및 가산금의 징수사무를 대통령령이 정하는 기관에 위탁할 수 있다.

②산업자원부장관은 제1항의 규정에 의하여 부담금 및 가산금의 징수사무를 위탁한

나. 독촉절차의 경우

(가) 기간을 명시하지 않고 독촉할 것만을 규정하고 있는 경우

- 전기통신사업법 제37조의2제4항(금지행위에 대한 과징금체납 가산금)
- 전기사업법 제51조제3항(부담금체납 가산금)
- 증권거래법 제206조의16제2항(과징금체납 가산금)
- 은행법 제65조의8제2항(과징금체납 가산금)
- 석유사업법 제18조제5항(석유의 수입·판매부과금체납 가산금)
- 불공정무역행위조사및산업피해구제에관한법률 제13조제2항(과징금체납 가산금)
- 독점규제및공정거래에관한법률 제55조의5제2항(과징금체납 가산금)
- 금융지주회사법 제69조제2항(과징금체납 가산금)
- 공인회계사법 제52조의5제2항(과징금체납 가산금)
- 고압가스안전관리법 제34조의2제5항(안전관리부담금체납 가산금)
- 광업법 제102조의2제4항(광물의 수입·판매부과금체납 가산금)

(나) 10일 이상의 기간을 정하여 독촉할 것을 의무로 하는 경우

- 환경개선비용부담법 제20조제1항(부담금체납 가산금)
- 도시교통정비촉진법 제22조제1항(부담금체납 가산금)

(다) 30일 이상의 기간을 정하여 독촉할 것을 의무로 하는 경우

- 해양오염방지법 제46조의4제1항(부담금체납 가산금)
- 자원의 절약과 재활용촉진에 관한 법률 제19조제3항(재활용부과금체납 가산금)

경우에는 위탁받은 기관의 임원 및 직원중에서 당해 사무를 수행할 회계관계직원을 임명할 수 있다.

③ 회계관계직원등의 책임에 관한 법률중 회계관계직원에 관한 규정은 제2항의 규정에 의하여 임명된 회계관계직원에 대하여 이를 준용한다.

④ 산업자원부장관은 제1항의 규정에 의하여 부담금 및 가산금의 징수사무를 위탁한 경우에는 산업자원부장관이 정하는 바에 따라 특별회계에서 취급수수료 또는 필요한 경비를 지급할 수 있다.

- 자원의절약과재활용촉진에관한법률 제12조제3항(폐기물부과금체납 가산금)
- 자연환경보전법 제51조제1항(생태계보전협력금체납 가산금)
- 국민건강증진법 제23조제5항(국민건강증진부담금체납 가산금)

(라) 독촉절차에 관한 특별한 언급이 없는 경우

이상에서 소개한 법률들을 제외하면 대부분의 법률은 단지 “납부하여야 하는 자가 납부기한 이내에 납부하지 아니한 때에는”이라고만 규정하고 독촉절차에 관하여 특별히 언급을 하고 있지 않다.

(3) 국세징수법과 상이한 독자적인 가산금을 규정하고 있는 경우

1) 징수요율

가. 고정요율을 규정하고 있는 경우(법률자체에서 명기)

- 환경개선비용부담법 제20조제1항(부담금체납 가산금) → 100분의 5
- 해양오염방지법 제46조의4제1항(부담금체납 가산금) → 100분의 5
- 학교용지확보에관한특례법 제5조의3제2항(부담금등체납 가산금) → 100분의 5
- 전기통신사업법 제37조의2제3항(금지행위에 대한 과징금체납 가산금) → 연 100분의 6
- 자원의절약과재활용촉진에관한법률제19조제3항(재활용부과금체납 가산금) → 100분의 5
- 자원의절약과재활용촉진에관한법률 제12조제3항(폐기물부담금체납 가산금) → 100분의 5
- 자연환경보전법 제51조제1항(생태계보전협력금체납 가산금) → 100분의 5
- 오존층보호를위한특정물질의제조규제등에관한법률 제23조제3항(기금조성수입금체납 가산금) → 100분의 5
- 오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률 제29조제2항(배출부과금체납 가산금) → 지방세법 제27조를 준용, 동규정에 따라 100분의 5
- 수도권정비계획법 제15조제2항(부담금체납 가산금) → 100분의 5

제 3 장 금전적 실효성 확보수단의 개선방안

- 대도시권광역교통관리에관한특별법 제11조의4제4항(부담금체납 가산금) → 100분의 5
- 공업용수공급규칙 제11조제3항(요금체납 가산금) → 100분의5.
- 국민건강증진법 제23조제5항(국민건강증진부담금체납 가산금) → 100분의 10
- 고용보험및산업재해보상보험의보험료징수등에관한법률 제24조(보험료체납 가산금) → 100분의 10
- 개발제한구역의지정및관리에관한특별조치법 제24조제5항(부담금체납 가산금) → 100분의 5
- 하수도법 제38조제2항, 제3항(사용료·점용료 기타의 부담금체납 가산금) → 100분의 5

나. 탄력요율을 규정하고 있는 경우(하위명령에 위임)

가) 상한의 제한이 있는 탄력요율

- 지방재정법 제82조(행정재산 및 보존재산의 관리소홀로 인한 재산상의 손해에 대한 가산금) → 사용료 범위내에서 대통령령에 위임. 동시행령 제86조제1항은 “사용·수익허가를 하는 때에 이를 정하여야 한다”고만 규정.
- 전기사업법 제51조제2항(부담금체납 가산금) → 100분의 5 범위 안에서 대통령령. 동시행령제37조에 의하면, (i)부담금 납부기한이 만료된 날부터 1월 이내에 납부하는 경우에는 부담금의 1천분의 15에 해당하는 금액, (ii)부담금 납부기한이 만료된 날부터 1월을 경과하여 납부하는 경우에는 부담금의 1천분의 25에 해당하는 금액¹³⁸⁾
- 불공정무역행위조사및산업피해구제에관한법률 제13조제1항(과징금체납 가산금) → 100분의 5의 범위내에서 대통령령이 정하는 가산금. 동시행령 제10조제1항에 따라 100분의 5
- 불공정무역행위조사및산업피해구제에관한법률 제13조제1항(과징금체납 가산금) → 100분의 5의 범위내에서 대통령령에 위임. 동시행령 제10조제1항에 따라 100분의 5

138) 이것은 매우 구체적이고 상세하다.

- 방송법 제66조 (수신료체납 가산금) → 100분의 5의 범위안에서 대통령령이 정하는 비율에 상당하는 금액. 동시행령 제47조제1항에 따라 100분의 5
- 방송법 제37조제7항(기금체납 가산금) → 100분의 5 이내의 범위에서 대통령령으로 정함. 동시행령 제23조의2제3항에 따라 100분의 3
- 도시교통정비촉진법 제22조제1항(부담금체납 가산금) → 100분의 10의 범위 안에서 대통령령에 위임. 동시행령 제27조제1항에 따라 100분의 5.
- 농어촌정비법 제50조제6항(청산금체납 가산금) → 100분의 5의 범위 안에서 수혜자총회의 의결에 따라 결정
- 전과법 제68조 (전과사용료체납 가산금) → 100분의 5의 범위안에서 정보통신부령이 정하는 비율에 상당하는 금액. 동시행규칙 제37조에 따라 체납된 전과사용료의 100분의 5.¹³⁹⁾
- 국유재산법 제29조(관리소홀로 인한 재산상의 손해에 대한 가산금) → 사용료를 넘지 않는 범위 안에서 대통령령에 위임. 이에 대하여 동시행령 제31조제1항은 “사용·수익허가를 하는 때에 이를 정하여야 한다”고 규정.

나) 상한의 제한이 없는 탄력요율

- 한국수자원공사법 제15조제3항(부당이득금체납 가산금) → 상한제한 없이 대통령령에 위임. 동시행령 제29조제2항에 의하면 가산금요율은 은행법에 의한 금융기관의 연체금리를 그대로 적용함.
- 증권거래법제206조의16제1항(과징금체납 가산금) → 상한의 제한없이 대통령령에 위임. 동시행령제93조에 따라 연 100분의 6
- 은행법 제65조의8제1항(과징금체납 가산금) → 상한선의 제한 없이 대통령령에 위임. 동시행령 제26조의4에 따라 연 100분의 6
- 석유사업법 제18조제4항(석유의 수입·판매부과금체납 가산금) → 상한선의 제한 없이 대통령령에 위임. 동시행령 제24조제5항에 따라 체납된 부과금에 대하여 금융기관의 연체대출이자율을 참작하여 산업자원부령이 정하는 비율을 적용하여 계산한 금액. 동시행규칙 제19조에 의하면 “체납일수 1일당 1만분의 5”
- 독점규제및공정거래에관한법률 제55조의5제1항(과징금체납 가산금)

139) 이 경우는 다시 시행규칙에 위임하고 있다는 특징이 있다.

제 3 장 금전적 실효성 확보수단의 개선방안

- 금융지주회사법 제69조제1항(과징금체납 가산금) → 상한의 제한 없이 대통령령에 위임. 동시행령 제36조에 따라 100분의 6
- 공인회계사법 제52조의5제1항(과징금체납 가산금) → 상한의 제한없이 대통령령에 위임. 동시행령 제41조에 따라 체납된 과징금액에 연 100분의 6을 곱하여 계산한 금액.
- 고압가스안전관리법 제34조의2제4항(안전관리부담금체납 가산금) → 상한의 제한없이 대통령령에 위임. 동시행령 제23조의4제2항에 따라 100분의 5.
- 폐기물처리시설설치촉진및주변지역지원등에관한법률 제8조(폐기물수수료에 대한 가산금) → 대통령령이 정하는 범위 안에서 지방자치단체의 조례에 위임. 시행령 제5조에 의하면 상한선은 폐기물처리수수료의 100분의 10으로 정해져 있음

2) 징수절차

이하에서는 가산금의 징수절차에 관하여 다소 명확하게 규율하고 있다고 생각되는 예를 소개한다. 위에서 소개한 수많은 가산금의 징수에 관하여 규정하고 있는 법률들을 살펴볼 때 법령들은 징수근거와 요율 등에만 관심을 기울이고 그 징수절차에 관하여는 상대적으로 무관심한 것과 같이 이해된다. 이런 상황에서 이하에서 소개하는 입법례는 징수절차를 보다 뚜렷하게 규율하고 있는 점에서 다른 법령을 정비함에 있어 유익할 것이다.

a. 방송법시행령

방송법시행령

제47조 (가산금·추징금 등의 징수)¹⁴⁰⁾

① 생략

②공사 또는 지정받은 자는 납부기한내에 수신료를 납부하지 아니한 자에 대하여는 납부기한 경과후 20일 이내에 다음 각호의 사항을 명시한 독촉장을 발부하여야 한다.

1. 수신료체납액 및 가산금

2. 납부기한(독촉장 발부일부터 10일 이상으로 한다)

3. 납부장소

4. 납부기한내에 납부하지 아니한 때에는 강제징수한다는 뜻

140) 방송법시행령 제23조의2도 같은 규율을 하고 있다.

b. 지방재정법시행령

지방재정법시행령

제86조 (가산금)

- ①법 제82조제4항에 의한 가산금은 사용·수익허가를 하는 때에 이를 정하여야 한다.
- ②제1항의 가산금을 징수하는 때에는 그 금액·납부기한·납부장소와 가산금의 산출근거를 명시하여 문서로 통지하여야 한다.
- ③제2항의 납부기한은 가산금 납부통지일로부터 60일이내로 한다.

3) 가산금의 용도

수취한 가산금의 용도를 명시하여 한정하는 경우로는 다음과 같은 것이 있다.

가. 특별회계에의 귀속

- 영산강·섬진강수계물관리및주민지원등에관한법률 제13조제6항(총량초과부과금 체납 가산금의 환경개선특별회계법에 의한 환경개선특별회계에의 귀속)
- 영산강·섬진강수계물관리및주민지원등에관한법률 제14조제4항(지정배출량초과배 출과징금체납 가산금의 환경개선특별회계법에 의한 환경개선특별회계에의 귀속)
- 환경·교통·재해등에관한영향평가법 제33조제7항(초과부담금체납 가산금의 환 경개선특별회계법에 의한 환경개선특별회계에의 귀속), 제8항(협의기준을 초 과하여 오염물질을 배출함으로써 발생된 환경영향을 제거 또는 저감하는 용도 에 한하여 이를 사용의무)
- 수질환경보전법 제19조제6항(배출부과금체납 가산금의 환경개선특별회계법에 의한 환경개선특별회계에의 귀속)
- 수도권대기환경개선에관한특별법 제20조제4항(총량초과부과금체납 가산금의 환경개선특별회계법에 의한 환경개선특별회계에의 귀속)

141) 방송법시행령 제23조의2도 같은 규율을 하고 있다.

제 3 장 금전적 실효성 확보수단의 개선방안

- 석유사업법 제18조제7항(석유의 수급 및 가격안정을 위한 부과금체납 가산금의 에너지및자원사업특별회계에의 귀속)
- 먹는물관리법 제28조제4항(수질개선부담금체납 가산금의 환경개선특별회계법에 의한 환경개선특별회계에의 귀속), 제5항(수취한 가산금의 지방자치단체에의 교부의무)¹⁴²⁾
- 대기환경보전법 제19조제7항(배출부과금체납 가산금의 환경개선특별회계법에 의한 환경개선특별회계에의 귀속)
- 금강수계물관리및주민지원등에관한법률 제13조제6항(총량초과부과금체납 가산금의 환경개선특별회계법에 의한 환경개선특별회계에의 귀속)
- 금강수계물관리및주민지원등에관한법률 제14조제4항(과징금체납 가산금의 환경개선특별회계법에 의한 환경개선특별회계에의 귀속)
- 고압가스안전관리법 제34조의2제6항(안전관리부담금체납 가산금의 에너지및자원사업특별회계법에 의한 에너지및자원사업특별회계에의 귀속)

나. 기금에의 납입

- 어업협정체결에따른어업인등의지원및수산업발전특별법 제23조제1항제7호(기금의 재원으로서 해양환경개선부담금체납 가산금)
- 원자력법 제10조의3제2항제1호(원자력연구개발기금에 충당)
- 금강수계물관리및주민지원등에관한법률 제32조제1호(물이용부담금체납 가산금의 기금재원충당)
- 해양오염방지법 제46조의4제1항(부담금체납 가산금의 어업협정체결에따른어업인등의지원및수산업발전특별법 제22조의 규정에 의한 수산업발전기금으로 납입)

(4) 증가산금의 도입례

142) 먹는물관리법 제28조제5항 “환경부장관은 제4항의 규정에 의한 환경개선특별회계의 세입중 먹는샘물제조업자 기타 제9조의 규정에 의한 샘물개발허가를 받은 자로서 대통령령이 정하는 자로부터 징수한 부담금 및 가산금의 100분의 50에 상당하는 금액을 당해 취수정이 위치한 시·군 또는 자치구에 교부하여야 한다.”

현행법상 증가산금을 규정하고 있는 경우는 아래와 같다. 이 경우에 증가산금의 징수요율은 기본적으로 국세징수법상의 일반규정에 따라 대상금액의 1천분의 12로 책정되어 있다. 한편, 증가산금은 가중된 제재라고 할 수 있으므로 증가산금의 부과·징수에는 일정한 상한선의 제한을 두고 있다. 현행법상 그러한 상한선으로는 징수기간의 상한을 두는 경우와 징수총액의 상한을 두는 경우의 두 경우가 채택되어 있다. 국세징수법 제 22조는 그 가운데 전자의 입장을 취하고 있으며, 그에 따라 국세징수법의 동조항을 준용하고 있는 대부분의 경우가 징수기간의 상한제를 취하고 있다. 징수총액상한제를 취하고 있는 예는 도시교통정비촉진법의 경우를 들 수 있다. 즉, 동법시행령 제27조제2항은 증가산금에 대하여 징수하는 증가산금의 총액이 체납된 부담금의 100분의 5를 초과하지 못한다고 규정하고 있다.¹⁴³⁾¹⁴⁴⁾

<증가산금의 징수상한을 납부기간으로 규정하고 있는 경우>

- 하수도법 제38조제2항 (사용료·점용료 기타 부담금의 체납)
- 관세법 제41조(관세의 체납)
- 환경·교통·재해등에관한영향평가법 제33조제6항(협의기준초과부담금의 체납)
- 하천법 제58조제2항(부담금·점용료·사용료 및 변상금 기타의 납부금의 체납)
- 원자력법 제9조의4제2항(발전용원자로운용자의 부담금체납)
- 수질환경보전법 제19조제5항(배출부과금의 체납)

143) 이론상으로는 징수총액상한과 징수기간상한을 모두 인정하는 경우의 수도 상정될 수 있다. 그 경우에는 어느 쪽이든 먼저 충족하는 경우에 증가산금의 납부의무는 면제된다고 해석될 것이다.

144) 이들 두 경우에 있어서 어느 쪽이 더 상대방, 즉 납부의무자에게 이익이 될 것인가의문이 된다. 예를 들어, 체납된 부담금이 100만원이라고 한다면 체납된 부담금의 1000분의 12가 매월의 증가산금이므로 납부기한 경과 후 매월12,000원의 증가산금을 납부하게 된다. 이것을 60월로 계산하면 증가산금총액은 720,000원이 된다. 이에 대하여 납부총액상한제에 따라 체납된 부담금의 100의 5까지만 징수할 수 있다고 한다면, 이 경우 납부하게 되는 증가산금총액은 5만원에 불과하다. 따라서 납부기간상한제의 경우가 보다 강력한 제재수단이 된다고 할 수 있다. 납부가 있을 때까지 60개월 동안 계속해서 부과할 수 있으므로 매우 강력한 제재라고 하지 않을 수 없다.

제 3 장 금전적 실효성 확보수단의 개선방안

- 수도권대기환경개선에관한특별법 제20조제5항(총량초과부과금의 체납)
- 먹는물관리법 제28조제3항(수질개선부담금의 체납)
- 도로법 제78조제2항(점용료 기타 부담금의 체납)
- 대기환경보전법 제19조제6항(배출부과금의 체납)

<증가산금의 징수상한을 납부총액으로 규정하고 있는 경우>

- 도시교통정비촉진법시행령 제27조제2항(부담금의 체납)

(5) 가산금 징수와 관련하여 주목할 만한 규정례와 검토

이하에서 소개하는 현행법상의 가산금징수에 관한 규정들은 다른 규정례에 비하여 독특한 면을 지니고 있다고 생각되므로 그 각각에 대하여 약간의 검토를 가한다.

1) 수출용원재료에대한관세등환급에관한특별법과 가산금

수출용원재료에대한관세등환급에관한특별법시행령

제30조 (가산금)

①법 제21조제2항 및 제22조제2항의 규정에 의하여 과다환급금등 및 과소환급금에 가산할 금액의 비율은 징수할 금액 100원에 대하여 1일 5전으로 한다.

이와 같은 경우에는 오늘날에는 일상적으로 전혀 통용되고 있지 않은 “전”이라는 화폐단위를 사용하여 기준요율을 규정해야할 이유가 어디에 있는지 의문이다. 1일 100원에 5전이라고 하는 것은 결국 하루에 0.05%의 가산금을 의미하는 것이므로 다른 일반적인 법령의 표현방식에 따른 수정이 바람직할 것으로 생각한다.

2) 도시교통정비촉진법과 가산금

도시교통정비촉진법시행령

제27조(가산금 및 독촉)

①법 제22조의 규정에 의하여 부담금을 납부기한까지 완납하지 아니한 때에는 납부기한을 경과한 날부터 체납된 부담금에 대하여 100분의 5에 상당하는 가산금을 징수한다.

②체납된 부담금을 납부하지 아니한 때에는 납부기한을 경과한 날부터 매 1월이 경과할 때마다 체납된 부담금의 1천분의 12에 상당하는 가산금(이하 이 조에서 “증가산금”이라 한다)을 제1항에 규정하는 가산금에 가산하여 징수한다. 이 경우 가산되는 증가산금의 총액은 체납된 부담금의 100분의 5를 초과하지 못한다.

③제1항의 경우 시장은 납부기한이 경과한 날로부터 20일 이내(은행에 납부하는 경우에는 50일 이내)에 15일 이내의 납부기한을 붙인 독촉장을 발부하여야 한다.

이와 같은 규정은 본래 국세징수법과 지방세법 자체에 규정되어 있는 것과 요율이나 금액에 있어서의 차이를 제외하고는 내용적으로 일치하는 동일한 규율이라 할 것인데, 국세징수법 등이 법률에서 규정하고 있음에 비추어 이를 법률에서 규정하지 않고 하위명령에서 규정하고 있는 것은 의문이 있다.

3) 농어촌정비법과 가산금

농어촌정비법

제50조 (환지처분의 효과와 청산금)

①항 내지 ④은 생략

⑤제44조제6항의 규정에 의한 고시가 있는 때에는 농업기반등정비사업 시행자는 그 고시된 환지계획에 의하여 청산금을 지불하거나 징수하여야 한다. 이 경우에 그 청산금은 환지인가가 있는 날부터 90일안에 청산하여야 한다.

⑥환지처분에 따른 청산금을 납부기한내에 납부하지 아니하는 자에 대하여는 제53조의 규정에 의한 수혜자총회의 의결에 따라 청산금의 100분의 5의 범위안에서 가산금을 부과할 수 있다.

⑦환지처분에 따른 청산금을 징수하는 경우에는 지방세체납처분의 예에 의하여 징수할 수 있으며, 직접 체납처분을 행하는 농업기반공사 임직원은 공무원으로 본다.

환지처분에 따른 청산금의 체납에 대한 가산금규정으로 통상의 경우에 있어서 가산금의 부과·징수가 징수요율에 관하여 법률이나 명령에서 확정적으로 규정하고 해당 요율의 확정에 있어서는 입법권자(명령제정권자를 포함)의 고유한 판단에 맡겨져 있는 것인데, 위의 경우에는 그러한 요율의 확정이 입법(행정입법을 포함)에 의하여 최종적으로 이루어지지 않고 수혜자총회의 의결에 좌우되도록 되어 있다. 이 경우에 법문의 취지가 수혜자총회의 의결에 의존시키고 있는 것이 가산금의 부과여부에 한정된 것인지 아니면 가산금을 부과하되 얼마의 요율로 부과할 것인지에 관하여도 권한을 부여하고 있는 것인지 의문이 될 수 있다. 그러나 가산금의 부과여부에만 그 권한이 한정되어 있다고 본다면 징수요율의 확정은 누가 행하는가 하는 의문이 남게 된다.¹⁴⁵⁾ 즉 징수요율이 확정되지 않은 채로 있게 되는 것이 아닌가 하는 의문이다. 그렇다면 이 법문의 취지는 가산금의 징수요율에 관하여도 100분의 5의 범위 내에서 최종적으로

145) 법문의 해당 조항에서는 가산금의 징수주체에 대하여는 명확한 언급을 하고 있지 않기 때문이다. 다만, 동조 제5항과 제7항을 함께 고려한다면 아마도 농업기반등정비사업 시행자로서 농업기반공사에게 징수요율의 1차적인 책정권한이 주어져 있는 것으로 이해된다.

는 수혜자총회의 의결로 결정되도록 하고 있는 것이라 해석된다. 이 경우의 가산금의 체납에 대하여도 지방세체납처분절차를 활용할 수 있게 하고 있으나 여기서의 가산금은 제3자에 의존하지 않고 법령자체에서 가산금의 징수요율을 명시하고 있는 통상의 경우와 다른 점이 있다.

이와 유사한 규율은 방송법에서도 발견할 수 있다. 즉 방송법 제66조 제3항은 한국방송공사가 체납수신료에 대한 가산금을 국세체납처분의 예에 의하여 징수하기 위하여는 방송위원회의 승인을 받도록 규정하고 있다. 이 경우에는 앞의 농어촌정비법과 달리 징수요율의 확정예 징수기관 이외의 제3기관의 의사를 반영하게 하는 조치가 취하여지고 있는 것은 아니나 징수절차와 관련하여 제3기관의 승인을 얻도록 하고 있는 점에서 농어촌정비법의 경우에서와 유사한 측면을 찾아볼 수 있다. 그리고 이 두 경우에 있어서의 또 하나의 공통점은 징수의 주체로 되어 있는 것이 행정청이 아니라 공사라고 하는 특수법인이라는 점이다. 가산금의 징수와 관련하여 통상의 다른 법령들과 상이한 방식을 도입하고 있는 데에는 이러한 점도 작용하지 않았을까 추측된다.

아무튼 이 두 경우를 놓고 볼 때, 방송법에서는 한국방송공사가 국세체납처분절차를 실시하기에 앞서 방송위원회의 승인을 얻도록 하고 있는데 그와 같은 필요성이 농어촌정비법의 경우에는 존재하지 않을까 의문이다. 농어촌정비법도 가산금의 징수에 있어서 지방세체납처분의 예에 의할 수 있도록 하고 있기 때문이다.

4) 국민건강보험법과 가산금

국민건강보험법

제71조(가산금)

- ①공단은 보험료등의 납부의무자가 납부기한까지 이를 납부하지 아니한 때에는 그 납부기한이 경과한 날부터 체납된 보험료등의 100분의 5에 해당하는 가산금을 징수한다.
- ②공단은 보험료등의 납부의무자가 납부기한 경과후 3월 이내에 체납된 보험료등을 납부하지 아니한 때에는 그 3월을 경과한 날부터 체납된 보험료등의 100분의 5에 해당하는 가산금을 제1항의 규정에 의한 가산금에 가산하여 징수한다.
- ③공단은 보험료등의 납부의무자가 납부기한 경과후 6월 이내에 체납된 보험료등을 납부하지 아니한 때에는 그 6월이 경과한 날부터 체납된 보험료등의 100분의 5에 해당하는 가산금을 제1항 및 제2항의 규정에 의한 가산금에 가산하여 징수한다.
- ④항 생략

이 경우에도 매우 특이한 규율방식이 행하여지고 있다. 즉 제2항과 제3항은 제1항과 제2항의 가산금도 이행하지 않은 경우에 각기 중과하는 것이다. 이것은 국세징수법 제23조가 규정하고 있는 증가산금제도와 유사한 측면이 있다. 왜냐하면, 이미 1차적으로 가산금이 부과되었음에도 불구하고 다시 체납액에 대한 가산금을 부과하고 1차 가산금에 더하여 함께 징수할 것을 예정하고 있기 때문이다. 다만, 차이가 있다면 징수요율과 계속성의 유무에 있다. 즉, 증가산금의 경우는 납부기간이 경과한 후 매 1월이 경과할 때마다 계속해서 그 체납한 금액에 대하여 다시 가산하여 징수하는 금액이다. 따라서 가산금이 1회의 부과·징수로 종료되는 것과 구별된다. 이와 같은 점에서 볼 때, 위법에서 제2조 및 제3항의 가산금은 매월 부과되는 것이 아니라는 점에서 국세징수법상의 증가산금과는 다르다. 그러나 부과되는 기간의 차이는 있다고 하더라도¹⁴⁶⁾ 국민건강보험법의 규정도 역시 1차적인 가산금 외에 6월까지의 추가로 가산금

146) 즉, 국세징수법상의 증가산금은 매1월마다 부과되는데 반하여 위법에서 규정하고 있는 가산금은 3월과 6월에 각각 한 차례씩 추가로 부과되는 것이기 때문이다.

이 부과되는 것과 다르지 않다고 할 수 있다. 그렇다면 1차 가산금 이후에 3개월의 간극을 두고 부과되는 2차, 3차의 가산금은 실질적으로 국세징수법상의 증가산금과 다를 바가 없다고 할 수 있을 것이다. 여기에 국세징수법상의 증가산금의 징수액과 국민건강보험법상의 그것은 과연 균형을 이루고 있는 것일까 의문을 가지게 된다. 이에 관하여 볼 때, 다음과 같은 결론을 도출할 수 있다.

두 경우에 비교의 기준은 6개월까지로 하는 것이 필요할 것이다. 왜냐하면 국민건강보험법상의 증가산금은 결과적으로 6월까지만 부과할 수 있는 것이기 때문이다. 우선, 국세징수법의 경우를 보면, 예를 들어 100만원의 체납액에 대하여 6개월간 징수되는 가산금과 증가산금의 총액은 $(100만 \times 0.03) + (100만 \times 0.012 \times 6)$ 이므로 10만2천원이 된다. 이에 대하여 같은 100만원에 대하여 국민건강보험법에 의하면 1차 가산금과 2차 및 3차 가산금의 합계는 $(100만 \times 0.05) \times 3$ 이 된다. 즉 15만원이 된다. 이것은 국세징수법이 규정하고 있는 가산금 및 증가산금 총액의 약 1.5배에 달하는 것이다. 여기서 국민건강보험법상의 위의 가산금에 관한 규정은 국세징수법과 비교하여 가혹한 부분이 있지 않은지 의문이며 정책적으로 재검토될 필요가 있다고 본다. 왜냐하면 국세징수법의 징수요율은 현행 시중금리 등을 고려하여 합리적으로 조정이 되어 있는 것이라고 보기 때문이다.

5) 한국수자원공사법과 가산금

한국수자원공사법

제15조 (사용계약)

①항 및 ②항 생략

③제1항 또는 제2항의 규정에 의한 계약을 체결하지 아니하고 물·수 자원개발시설이나 그 수면 또는 하수종말처리시설을 사용한 자에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 따라 부당이득금 및 가산금을 징수할 수 있다.

한국수자원공사법시행령

제29조 (부당이득금의 산정)

①항 생략

②법 제15조제3항의 규정에 의한 가산금은 제1항의 규정에 의한 요금 등 상당금액에 대하여 은행법에 의한 금융기관의 연체금리를 적용하여 산출한다.

이와 같이 금융기관의 연체금리를 적용하여 산출한다는 경기변화에 따른 탄력적인 운용을 가능하게 하고 있는 점은 매우 바람직한 규율방식이 아닌가 생각된다.

6) 독점규제및공정거래에관한법률과 가산금

독점규제및공정거래에관한법률

제55조의5 (과징금 징수 및 체납처분)

①공정거래위원회는 과징금납부의무자가 납부기한내에 과징금을 납부하지 아니한 경우에는 납부기한의 다음 날부터 납부한 날까지의 기간에 대하여 대통령령이 정하는 가산금을 징수한다.

②이하 생략

독점규제및공정거래에관한법률시행령
제61조의2 (과징금의 징수 및 가산금)
① 및 ② 생략
③법 제55조의5(과징금 징수 및 체납처분)제1항의 규정에 의한 가산금은 체납된 과징금에 대하여 금융기관의 연체대출이자율을 참작하여 공정거래위원회가 고시로 정하는 율을 적용하여 계산한 금액으로 한다.

이 경우는 금융기관의 연체대출이자율을 가산금요율 책정의 기준으로 삼고 있는 점에서는 앞서 본 한국수자원공사법과 공통되며 탄력적인 대응을 가능하게 하는 점이 있다. 그러나 한국수자원공사법의 경우와 다른 점은 금융기관의 연체대출이자율을 곧바로 가산금요율로 삼지 않고 그 이자율을 참고로 하여 공정거래위원회가 별도로 고시로 정한다고 하고 있는 점이다. 이것은 결국 법률과 명령에서 징수요율에 관하여 규율하지 않고 행정기관 내부에서만 효력을 가진다고 일반적으로 이해되는 행정규칙(고시)에 의하여 이를 확정하고자 하는 것으로 그 타당성에 대한 의문이 있다. 행정규칙에 대하여 그것의 법규로서의 성질을 인정할 것인가 여부에 관하여 학설과 판례상 많은 논쟁이 제기되고 있는 점을 고려할 때¹⁴⁷⁾, 이와 같은 입법방식을 취함에 있어서는 매우 신중을 기할 것이 요망된다.

7) 국유재산법과 가산금

국유재산법
제29조(관리소홀에 대한 제재)
행정재산등의 사용·수익허가를 받은 자가 그 행정재산등의 관리를 소홀히 하여 재산상의 손해를 발생하게 한 때에는 사용료이외에 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 사용료를 넘지 아니하는 범위안에서 가산금을 징수할 수 있다. 그 경우에는 제25조제3항의 규정을 준용한다.

147) 이러한 논의에 관하여는 박균성, 앞의 책, 170면 이하 참조.

국유재산법시행령

제31조(가산금)

- ①법 제29조의 규정에 의한 가산금은 사용·수익허가를 하는 때에 이를 정하여야 한다.
- ②이하 생략

위에서 보는 바와 같이 국유재산법은 가산금의 요율에 관하여 사용료를 넘지 않는 범위 안에서 대통령령에 위임하고 있는데 동시행령에서는 “사용·수익허가를 하는 때에 이를 정하여야 한다”고 규정하고 있어 특징적이다. 사용료라는 상한선은 법률에 의하여 주어져 있지만 구체적인 징수요율은 실제로 사용·수익허가가 내려질 때까지는 알 수 없다. 사용료의 범위 안에서 대통령령에 위임한 것은 구체적으로 범위를 정하여 위임한 것이라 볼 수 있고 문제되지 않을 것이나, 그 위임을 받은 시행령에 와서는 단지 요율의 확정시기만을 규정하고 있을 뿐 정작 요구되는 요율에 관하여는 아무런 언급이 없기 때문이다. 이것은 법령에서 징수요율에 관하여 확정하지 아니하는 경우로서 앞서 공정거래위원회의 고시에 의하게 한 경우나 수혜자총회의 의결에 의존하게 한 경우등과 유사한 문제점을 지니게 된다고 생각한다. 징수권자에게 징수요율과 관련하여 지나친 재량을 인정하는 것이라는 비판이 제기될 수도 있다. 다만, 사안의 특성상 법령에서 확정하는 것이 현저하게 곤란하다는 등의 특별한 이유가 있다면 문제는 별개이다.

3. 부당이득세의 도입례와 검토

앞서 부당이득세의 개념 부분에서 소개하였지만 부당이득세에 관하여 규율하는 일반법으로서 부당이득세법이 있다. 동법은 부당이득세법 이외의 법률에서 정부가 결정·지정·승인·인가 또는 허가한 물품가격, 부동산이나 기타 물건의 임대료 또는 요금의 최고액을 기준으로 거래단계별·지역별 또는 기타의 구분에 따라 국세청장이 정하는 기준가격을 초과하여 거래함으로써 부당한 이득을 얻은 자에게 부과된다는 일반원칙을

규정하고 있다. 이에 따라 부당이득세제도는 부당이득세법이 정하는 세율과 절차에 따라 징수가 개시되는 것이지만 부당이득세의 구체적인 발생은 다른 법률에서 정부가 물품가격, 임대료나 요금의 최고가액을 지정 등을 행할 것이 선행되어야 하고, 그러한 최고가액을 참조하여 국세청장이 기준가격을 고시하였을 때에 비로소 부당이득세의 요건을 충족하게 된다. 따라서 국세청장의 임의로 기준가격이 설정되지 않고 정부가 정하는 최고가액이 존재하지 않는다면 기준가격의 결정공시도 불가능하며 부당이득세는 발생하지 않는다고 하게 된다. 이에 따라 동법 제1조에서 말하는 정부의 최고가액 지정 등을 행하고 있는 다른 법률을 살펴보는 것이 부당이득세의 도입례를 확인함에 있어 필요하게 된다. 현재로서는 물가안정예관법률외에 특별한 예를 찾아보기 어렵다.

V. 종합적인 문제점과 개선방안

1. “산출세액이 없는 경우에도 가산세를 징수한다”의 의미와 문제점

법인세법 제76조는 법인세와 관련된 가산세에 관하여 일괄적으로 규율하고 있다. 동조 제6항과 제7항에는 주식등변동상황명세서의 제출의무를 이행하지 않거나 일정사항을 누락하여 제출한 경우, 또는 소득세법상의 지급조서제출의무를 이행하지 아니하거나 내용이 불분명한 지급조서를 제출하여 지급조서제출의무를 이행하였다고 보기 어려운 경우에는 그 제출하지 아니한 분의 주식등의 액면금액 또는 지급금액이나 누락하거나 불분명한 액면금액 또는 지급금액에 대하여 100분의2에 상당하는 가산세를 부과할 것을 규정하고 있다.

그런데 문제는 이들 가산세는 모두 “산출세액이 없는 경우에도” 징수할 수 있음을 명시하고 있어 그 의미가 의문이 된다.¹⁴⁸⁾ 왜냐하면 가산세는 본세에 대한 일정한 협력의무위반을 이유로 부과되는 것이므로 가산세액은 아마도 본세의 존부 및 다과에 의하여 좌우될 것이고 따라서 본

148) 소득세법의 경우에도 보고불성실가산세, 증빙불비가산세 및 영수증수취명세서미제출가산세의 경우에는 산출세액이 없는 경우에도 가산세를 징수됨을 명시하고 있다(소득세법 제81조제11항).

세의 산출세액이 가산세의 금액을 산출함에 있어 그 토대가 될 것으로 생각되기 때문이다. 그러나 본세의 산출세액이 없는 경우에도 가산세는 부과할 수 있다는 실정법상의 명문의 규정의 존재는 가산세가 본세의 산출세액을 반드시 그 기초로 하지 않는다는 것을 의미한다. 즉 가산세는 본세와 관련하여 발생하는 의무위반에 대한 것이므로 본세와 밀접한 관계를 가지고 본세의 존재에 의하여 영향을 받는 것과 같은 외관을 보이지만 그 실질은 본세와는 전혀 별개의 독립된 세금이라는 점을 지적할 수 있다.¹⁴⁹⁾

이와 같이 가산세가 본세의 산출세액을 기초로 하지 않는 경우에 가산세는 그 독자적인 산출식을 가진다. 이 때의 가산세는 가산세의 발생원인을 제공한 의무위반사실과 결부된 금액이 산출대상이 된다. 예를 들어 지급조서불성실가산세라고 하면 지급조서¹⁵⁰⁾를 아예 제출하지 아니하여 발생한 의무위반과 제출은 하되 사실과 다르게 부실하게 기재하여 제출한 의무위반의 두 경우가 있는데 전자의 경우에는 지급조서에 기재하여야 할 소득금액 또는 수입금액이 가산세 산출의 기초가 되고, 후자의 경우에는 불분명한 지급금액이 가산세 산출의 기초가 된다.

그런데 이러한 가산세의 산출식과 관련하여서는 다음과 같은 두 가지의 의문을 제기해볼 수 있다. 하나는 과연 의무위반과 직접적으로 관련된 소득금액 등을 가산세 산출의 기초로 하는 점에 법적인 장애요인은 없는가 하는 점과, 다른 하나는 “불분명한 금액”이라고 하는 경우에 그것이 과연 무엇을 의미하는가 하는 점, 그리고 이와 같이 불분명한 개념요소가 세금산출의 기초로 될 수 있는가 하는 점이다.

149) 임대혁, 전개논문, 255면 참조.

150) 지급조서란 일정한 소득금액 또는 수입금액을 지급받는 자의 인적사항, 소득금액 또는 수입금액의 종류와 금액, 소득금액 또는 수입금액의 지급시기와 귀속연도 등을 기재한 과세자료를 말한다. 이와 같은 지급조서는 당해 소득금액 또는 수입금액을 지급하는 자가 제출의무를 부담한다. 지급조서의 제출대상이 되는 소득금액 또는 수입금액으로서는 이자소득, 배당소득, 일정한 사업소득에 대한 수입금액, 근로소득, 연금소득, 기타소득, 퇴직소득, 봉사료수입금액, 비거주자의 국내원천소득 등이 있다. 지급조서의 제출의무는 과세관청이 과세자료를 수집하는데 그 목적이 있다. 김완석, 소득세법론(2002년 개정증보판), 732면 이하 참조.

우선 첫 번째의 의문과 관련하여 볼 때, 그와 같이 의무위반과 직접적으로 관련된 소득금액 등을 가산세 산출의 기초로 하는 경우에는 가산세는 소득금액 등의 다과에 따라 달리 산정된다는 결론이 되게 된다. 다시 말해서 똑 같이 지급조서의 제출의무를 불성실하게 이행한 결과 부과받게 되는 가산세임에도 불구하고 지급금액의 다과에 따라 납세의무자는 차등적인 가산세의 납세의무를 부담하여야 한다고 하는 것이다. 여기서 위반하는 의무의 성질에는 전혀 차이가 없음에도 불구하고 그 위반에 대하여 부과되는 세금에는 차이가 있는 것이 법리적으로 허용되는가의 여부가 검토될 필요가 있다. 예를 들어 100원의 지급금액을 기재하여 제출하여야 할 경우의 그 제출의무위반의 경우와 10만원의 지급금액을 기재하여 제출하여야 할 경우의 동일한 의무위반의 경우는 제출의무를 위반하였다는 점에 있어서는 전혀 다르지 아니하며 후자가 전자보다 더 위법하다는 평가를 내리는 것은 타당하지 않을 것이기 때문이다.¹⁵¹⁾ 만일 이와 같이 동일한 의무위반임에도 불구하고 차등적인 가산세를 허용한다면, 이것은 동일한 의무의 위반임에도 불구하고 그들 의무간에 경중의 가치 차이를 인정하는 것으로 이해될 수 있다. 실제에 있어서도 예를 들어 100억을 탈루한 자와 10억을 탈루한 자 간에 전자가 더 가혹한 평가를 받는다고 하여 균형을 잃은 판단으로는 생각되지 않는다. 그렇다고 한다면 동일한 조세법상의 협력의무를 위반한 데에 대한 가산세라고 하여도 관련 위반금액의 다과에 따라 차등적인 가산세를 부과하는 것이 결과론적으로 균형을 잃은 조치는 되지 아니할 것이다.

다만, 이와 같은 경우에 동일한 의무위반에 대하여 동일한 제재를 과하는 경우와, 동일한 의무위반에 대한 것이라고 하여도 경중의 차이를 발견하여 차등적인 제재를 과하는 경우의 법적인 의미는 상이할 것이라 생각된다. 단순한 제재의 성격을 넘어서 위반행위로 나아가지 못하게 유

151) 위법성은 법질서 전체에 대한 충돌여부에 관한 일도양단의 동일한 판단임에 반하여 불법은 그러한 충돌의 종류와 정도에 따라 양적·질적으로 세분화하여 달리 판단할 수 있는 영역이라고 이해하는 점에서도(김일수, 한국형법 I(총론 上) 개정판, 487면; 이재상, 형법총론(전정판), 210면 참조) 10만원의 지급금액의 제출의무를 위반한 데 대한 위법성 평가가 100원의 지급금액의 제출의무를 위반한 데 대한 그것보다 더 크다고 말할 수는 없는 것이기 때문이다.

도하는 예방적 의미를 부여하는 경우에는 의무위반에 따른 관련금액에 비례하여 가산세를 부과하는 경우에 과세자료로서 보다 높은 가치를 가지는 경우(즉 지급금액이 보다 고액인 경우의 지급조서제출의무)의 의무이행을 강제하는 효과가 보다 크다고 생각할 수 있다. 다시 말해서 단순한 위반행위에 대한 제재가 아니라 위반행위의 시정 또는 의무이행강제, 장래의 예방이라는 행정의 실효성확보의 관점에서 본다면 동일한 의무위반이라고 하여도 그 대상이 가지는 과세자료로서의 가치여하에 따라 차등적인 규율을 행하는 것이 보다 합리적이라 할 수 있을 것이다.

다음으로 “불분명한 금액”과 관련하여서는 무엇보다도 그 의미의 불명확성이 문제된다. 금액이 불분명한데 어떻게 그것을 기초로 하여 가산세를 부과할 수 있는가 하는 의문이 있다. 나아가 어느 경우가 불분명한 금액에 해당하는 것인가의 판정이 과연 용이한가 하는 문제가 있다. 뿐만 아니라 대상금액에 비례하여 가산세를 부과하는 현행방식에 의할 때, 불분명한 금액이 고액이라면 보다 높은 가산세의 부담을 지게 될 것이므로 일반적으로 실제의 금액보다 저액으로 기재된 지급조서가 제출되는 것이 보통이라고 한다면 과연 당초부터 지급조서를 제출하지 아니한 경우에 가산세의 산정기준이 되는 지급금액과 비교하여 볼 때, 불분명한 금액에 기초한 가산세가 보다 낮게 산정될 것이 아닌가 생각된다. 이것은 전혀 지급조서 제출의무를 이행하지 아니한 경우보다 지급조서를 의도적으로 부실하게 제출한 경우를 다소 가볍게 처우하는 것이라 생각된다. 그러나 과연 후자의 불성실한 지급조서제출이 전자의 지급조서를 전혀 제출하지 아니한 경우보다 경하게 보아야 할 이유가 어디에 있는지 의심이 아닐 수 없다. 그렇다고 한다면, 불분명금액을 가산세의 산정기초로 할 것이 아니라 이 두 경우에 공히 지급금액을 가산세의 산정기초로 하는 것이 두 위반행위에 대한 통일적이고 균형 있는 법적 대응이 아닐까 생각된다.

2. 징수금액의 다과의 문제

징수금액의 다과가 가산세나 가산금 등의 법적 성질을 변질시킬 수 있는가 하는 의문이 있다. 즉, 지나치게 과다한 액수의 가산세나 가산금의 경우에는 그것이 행정상의 의무이행확보를 위한 수단으로서의 의미를 지

난다기보다도 범위반에 대한 응보로서의 처벌의 성격을 띠게 되는 것이 아닐까 하는 의문이다. 만일 과도한 가산세나 가산금은 행정상의 제재나 의무이행확보수단의 정도를 넘어서 실질적으로 형사상의 처벌에 유사한 성격을 가진다고 볼 수 있다고 한다면, 과중한 가산세와 벌금을 병과하는 것은 이중처벌금지의 원칙에 저촉될 우려가 충분히 있다.¹⁵²⁾ 그렇다면 징수금액의 다과는 가산세 등의 법적 성질을 규정하는 한계 내지 잣대로 쓰일 수도 있다. 다시 말하면 징수금액의 다과가 형벌과 행정상의 제재와의 구별을 가능하게 하는 경계를 규정할 수도 있다고 생각된다. 이것은 곧 징수금액을 얼마로 할 것인가가 가산세나 가산금 등의 행정상의 금전적 실효성확보수단의 본래적 성격 유지와 관련하여 매우 중요한 의미를 가지게 된다는 것을 의미한다. 그렇다면 가산세 등의 산정요율을 얼마로 할 것인가는 가산세 등의 본래적 제도취지, 그리고 유사한 다른 의무위반에 대한 산정요율간의 균형 등을 고려하여 적정한 수준이 고려되지 않으면 아니 될 것이다. 여기서 가산세 등의 본래적 제도취지를 고려한다는 것은 가산세의 실효성확보수단으로서의 의미를 중시한다는 것으로, 이러한 관점에서는 시중의 금리와 의무위반의 중대성정도 등 여러 가지 사정이 종합적으로 고려되어 결정되어지지 않으면 아니 될 것이다.

이상과 같은 관점에서 볼 때, 가산금제도의 현황에 의하면 국민건강증진법 제23조와 고용보험및산업재해보상보험의보험료징수등에관한법률 제24조의 두 경우는 100분의 10이라고 하는 가산금요율을 규정하고 있다. 이것은 앞서 보았듯이 다른 법률에서 규정하고 있는 가산금요율이 100분의 5인 경우가 많은 점에 비추어 볼 때, 그 2배에 상당하는 것이므로 지나치게 가혹하지 않은가 하는 의문을 갖게 한다.

3. 국세징수법연동형 요율제의 확대

가산금의 요율로서 100분의 5를 규정하고 있는 경우는 기본적으로 국세징수법의 예를 따르던 것이라 생각된다. 즉, 개정전의 국세징수법의 규정을 기초로 100분의 5라는 고정요율을 산정한 것이라 생각된다. 만일 이와 같이 개별법에 있어서 규정하고 있는 가산금에 관한 규율이 당초에

152) 앞의 藤田宙靖의 견해 참조.

국세징수법의 규정을 기초로 그에 부합하도록 제정하였던 것이라고 한다면, 국세징수법의 해당 규율이 변경된 지금에 와서는 그에 발맞추어 함께 수정되는 것이 필요하다고 할 것이다. 물론 반대로 국세징수법과 동일한 요율을 규정하고 있기는 하였지만 그것이 국세징수법과의 통일성을 고려한 것은 아니고 국세징수법과 무관하게 독자적인 규율의 필요에서 산정된 것이라고 한다면 물론 국세징수법의 규정변동과 무관하게 독자적인 요율 등을 규정하고 있다고 하여 문제될 것은 없다.

그러나 가산금제도의 도입취지가 금전급부의무의 불이행에 대한 제재로서 가해지는 것이고, 제재는 의무위반의 정도와 비례하여야 하며 의무위반의 정도를 넘어 지나치게 가혹한 것이어서는 비례의 원칙에 반한다고 하지 않을 수 없다. 그렇다면 금융시장의 금리변화는 금전적 제재의 정도를 결정함에 있어서 상당정도 현실적이고 합리적인 기준이 된다고 하지 않을 수 없을 것이다. 이러한 이유에서 당초에 국세징수법을 모범으로 하여 그와 부합되게 가산금제도를 도입한 경우들에 있어서는 국세징수법이 100분의 3으로 가산금의 요율을 조정한 이상 그에 맞추어 개정할 것이 필요하다고 생각된다. 그리고 만일 이후에 있어서도 국세징수법의 가산금요율을 기초로 할 것이 요구되는 경우에는 아예 100분의 3 또는 5와 같은 고정요율로 규정할 것이 아니라 국세징수법 제21조 및 제22조의 예에 의한다와 같이 국세징수법과의 연동방식으로 규정하는 것이 무엇보다도 바람직하다고 생각된다. 법령간의 일관성과 통일성, 제재강도의 균형 등을 자동적으로 달성할 수 있게 할 것이기 때문이다. 따라서 특별히 해당 규율에 있어 독자적인 규율이 필요한 것이 아니라면 개별법에서 각기 요율을 규정하도록 하는 것은 바람직하지 못한 것으로 생각된다. 입법 가운데에서 이미 보았듯이 국세징수법의 예에 따른다는 방식으로 규정하고 있는 것이 이미 많이 있기 때문이다.

4. 수권규정의 정비

가산금이 이상에서 보아 온 것처럼 행정법상의 금전급부의무를 이행하지 아니한 데 대한 행정상의 제재로서의 성질을 가지는 것이라고 한다면

가산금의 부과·징수에 관한 사항은 이른바 법률전속사항에 해당한다고 할 것이다. 다만, 법률에서는 가산금 징수의 수권규정만을 두고, 하위명령에서 부과·징수에 관한 구체적인 요율이나 징수절차에 관하여 규정할 수 있도록 위임하는 것은 구체적으로 범위를 정하여 위임하는 것인 한국회입법의 원칙에 반하지 않으며 금지되지 아니한다.¹⁵³⁾ 이 경우에 있어서 어느 정도까지 범위를 정하여 위임하는 것이 허용되는가의 문제가 있다.

위에서 고찰한 가산금의 규정례에 의하면, 징수요건, 징수요율 및 징수절차를 법률자체에서 명시하고 있는 경우에는 이러한 관점에서 볼 때 전혀 문제될 여지가 없다. 다음으로 많이 발견되는 규율방식은 법률에서는 징수권만을 부여하고, 구체적인 징수요율과 징수세액은 하위명령에 위임하는 경우이다. 이 경우에도 징수요율의 상한선을 명시하여 위임하는 경우와 그러한 제한없이 위임하는 경우가 있다. 특히 징수요율을 법률에서 고정적으로 정하여 두지 않고 하위명령에서 규정하도록 하고 있는 것은 현실적으로 시대변화에 적응할 수 있는 탄력성 내지 융통성을 기대할 수 있다는 점에서 입법기술상, 그리고 행정정책상 수긍될 수 있다고 생각된다.¹⁵⁴⁾¹⁵⁵⁾ 이 경우에는 가급적 징수요율의 상한선을 법률에서 명시하고

153) 김철수, 헌법학개론(제11전정신판), 1122면.

154) 1999.6.24, 98헌바68은 납부불성실가산세의 세율을 법률이 아닌 대통령령으로 정하도록 한 구상속세법의 규정이 포괄위임입법금지에 해당하는가가 다투어진 사건이 있다. 이 사건에서 헌법재판소는 구 상속세법 제26조제2항제2호의 “금융기관의 이자율을 참작하여 대통령령이 정하는 비율”이라고 규정한 위임조항은 금융기관의 이자율을 참작하여 그 비율을 정하도록 위임의 구체적 범위를 명확히 규정하고 있으므로 포괄 위임입법에 해당하지 않는다고 판시하였다. 이 사건은 가산금이 아니고 가산세에 관한 판례이나 가산금의 경우를 기본적으로 달리 이해해야할 차이가 존재하는 것이 아니므로 가산금에 관한 징수요율의 규정방식에도 참조할 수 있는 판례라 할 수 있다.

155) 다만, 이 경우에도 상한선의 폭이 지나치게 크다면, 그것은 위임의 폭을 넓히는 것이 되며 수입자에게 광범위한 재량을 인정하는 결과가 될 수 있는 점이 유의되어야 할 것이다. 예를 들어 일본에서는 구지방자치법 제228조제2항이 “詐僞 그 밖의 부정행위에 의하여 분담금, 사용료, 가입금 또는 전조 제1항의 수수료의 징수를 면한 자에 대하여는 조례로…그 징수를 면한 금액의 5배에 상당하는 금액 이하의 과료를 과하는 규정을 설치할 수 있다”고 규정하고 있어, 그에 따라 규정된 동경도공해방지조례 제68조가 “그 징수를 면한 금액의 5배에 상당하는 금액 이하”라고 규정하고 있는 것에 대하여 광범위한 재량의 우려가 지적되기도 한다(確井光明, 前掲論文, 149頁, 각주 30 참조).

하위명령에 위임하는 것이 바람직하다고 생각된다. 징수요건에 관하여는 가산금의 징수권의 발생을 초래하는 징수요건은 적어도 법률에서 규정하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

이상과 같이 볼 때, 모법에 전혀 구체적인 근거규정이 설치되지 아니하고 하위명령에서 처음으로 가산금의 징수에 관한 근거규정이 등장한다면 여기에는 문제가 있다고 생각된다. 공업용수공급규칙이 그 경우에 해당하는 것으로 생각된다.

공업용수공급규칙은 수도법 제33조의 규정에 의하여 국가등의 공업용수도사업자가 공급하는 공업용수의 요금·급수 기타 공급에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 하고 있다(동규칙 제1조). 그런데 동규칙이 모법으로 하고 있는 수도법 제33조는 그 규정문언상 위임입법에 관한 아무런 근거도 찾아볼 수 없다. 국가는 산업입지및개발에관한법률 제2조 제5호의 규정에 의한 산업단지에 대하여 공업용수도시설을 설치하여 공업용수를 공급하거나 다른 수도사업자로 하여금 공업용수도시설을 설치하여 공업용수를 공급하게 하여야 한다고만 규정하고 있기 때문이다. 그렇다면 공업용수공급규칙은 위임명령이라기보다는 집행명령에 해당한다고 볼 수 있다. 그런데 동규칙 제11조제2항은 요금을 기일안에 완납하지 아니한 때에 그 체납액의 100분의 5에 상당하는 가산금을 징수할 수 있음을 규정하고 있다. 그렇다면 이 조항은 모법의 위임이 전혀 없이 하위명령 그것도 부령(건설부령)에서 가산금의 징수근거를 규정한 것이 된다고 해석하지 않을 수 없을 것이다. 이것은 위에서 검토한 바와 같이 가산금이 행정상의 제재라고 하는 성질을 감안할 때, 모법의 아무런 수권규정이 없이 하위명령에서 그에 관한 근거규정이 등장한 것이므로 국회입법의 원칙에 반하고 있다고 하는 의문이 강하다.

5. 징수요율의 주기적인 타당성검토제도

주지하는 대로 법령이 지나치게 자주 바뀌는 것은 신뢰보호나 법적 안정성의 관점에서 바람직하지 않다. 그러나 법령이 변화하는 시대상황에 부응하지 못하고 정체되어 있는 것도 구체적인 타당성이나 정의의 관점

에서 바람직하지 못한 것은 말할 나위가 없다. 오늘날에 있어서는 경제·사회의 변화의 속도가 유독 빠르다는 점에서 전자보다는 후자의 가치가 보다 유의되어야 할 필요가 없지 않을 것이다. 나아가 권리이익의 보호에 보다 충실한 방향으로의 변화는 아무리 자주 바뀌어도 지나치지 않다고 이해되어야 할 측면도 있을 것이다. 이러한 관점에서 볼 때 두 가지의 점을 지적하는 것이 가능하다고 본다. 하나는 앞서 잠시 언급하였듯이 가산금의 징수요율을 법률보다는 하위명령에서 규정하는 것이 변화하는 시대상황에 적응할 수 있는 점에서 뛰어난 측면이 있다고 하는 점이다. 다른 하나는 그러한 징수요율을 일정한 주기로 재검토하여 변화한 사회·경제상황을 반영할 수 있는 장치가 필요하지 않을까 하는 점이다. 이와 같은 관점은 가산세의 경우도 다르지 않다고 본다.

6. 유인제도의 도입

가산세, 가산금 및 증가산금 등은 공법상의 금전급부의무를 이행하지 아니하는데 대하여 그 이행을 강제하기 위하여 행사되고 있다. 이 때 이행을 강제하는 힘은 의무위반자의 심리에 작용하여 그를 심리적으로 이행하도록 압박하는데 있다. 이 경우의 강제요소는 이행이 있을 때까지 불이익이 지속된다는 데 대한 심리적 강제이다. 불이익을 경고하여 이행을 강제한다고 하는 것이다. 그러나 해약의 고지, 또는 해약의 부과에 의한 의무이행강제는 어느 경우를 막론하고 상대방의 불평불만을 수반하며 이루어질 수밖에 없다. 의무위반자는 설령 자신이 의무를 위반하였다고 하더라도 자기 스스로는 자신의 의무위반에 정당한 이유가 있다고 믿고 있는 것이 보통이기 때문이다. 그렇다면 불이익을 부과할 것을 경고하여 행하는 의무이행강제는 아무래도 이행강제자와 이행의무자 사이에 긴장관계를 초래하기 마련이다. 그리고 이와 같은 긴장관계는 이행의무자로 하여금 버티고 버티다가 최후에 가서 이행에 응하도록 하는 결과를 초래하게 될 것이라고 생각한다. 이것은 이행강제를 위하여 마련한 제재적 수단이 결과적으로는 오히려 이행을 지체시키는 결과를 초래하게 될 것이라고 생각한다. 게다가 이와 같은 강압 내지 제재에 의하여 의무이행

을 강제 당한 자로서는 이후 행정과의 관계에 있어서 협조적이지 못할 가능성이 클 것이라 생각된다. 이와 같이 금전적 제재를 통하여 행정상의 의무이행을 강제하고자 마련된 여러 수단들이 공권력을 배경으로 한 강제력에 의하여 결과에 있어서는 법에 합치하는 상황을 형성할 수 있게 한다고 하여도 그러한 강제과정에서 야기되는 여러 가지의 사회적 비용¹⁵⁶⁾을 감안한다면 제재수단에 의한 의무이행강제에는 원초적으로 일정한 한계가 있다고 하지 않을 수 없다.

여기에서 착안하게 되는 것이 유인적 수단에 의한 의무이행강제이다. 예를 들어 납부기간이 경과하여 가산금까지 부과된 경우에도 일정한 기한 안에 납부를 한다면 또는 지금 바로 납부를 한다면 가산금을 면하게 해준다고 하는 식의 유인장치가 있다면 어떠할까. 만일 체납한 자가 성실한 사회의 구성원이라고 한다면 그로부터 의무의 이행을 끌어내는 데는 아마도 많은 시간이 소요되지 않을 것이다. 강제적 수단 내지 제재적 수단보다도 유인적 수단이 보다 의무이행을 끌어내는데 있어서 강력한 힘을 발휘할 수 있는 것이 아닌가 생각된다. 그리고 위에서와 같이 조속한 의무의 이행에 대하여는 금전적 제재를 면해준다고 하는 경우에는, 제재로서 가하고자 하는 가산금 등의 액수를 고액으로 한다고 하여 법적으로 문제의 소지는 작을 것이라 생각한다. 왜냐하면 의무위반자로서는 의무를 이행을 할지 아니면 고액의 가산금을 부담할 지를 선택할 수 있는 것이며, 본래의 의무는 그대로 이행하면서 그 동안의 의무불이행에 대한 제재로서의 금전적 제재에도 응하지 않을 수 없는 현재의 금전적 제재제도의 경우와는 사정이 다르다고 보기 때문이다. 현행 금전적 제재제도는 본래의 의무를 이행하지 아니하였을 때 추가로 부가되며, 추후에 가서 본래의 의무를 이행하게 되더라도 이미 부과된 금전적 제재 또한 감수하지 않으면 안 되는 시스템으로 되어 있는 것이다. 그러나 유인적 관점에 의하면 금전적 제재가 본래의 의무를 이행하지 않으면 추가로 부

156) 행정객체의 행정주체에 대한 반감, 비협조, 의무이행의 지체 등이 그러한 사회적 손실 내지 비용이라 할 수 있을 것이다. 이와 같은 현상은 비단 금전적 제재에 의한 의무이행강제에 한하지 않으며, 행정의 실효성을 확보하기 위하여 행사되는 모든 강제수단이 그러하다고 할 수 있을 것이다.

가되기는 하지만 일정한 요건하에 본래의 의무를 조속히 이행하게 되면 추가로 부가한 금전적 제재를 면하여 준다는 생각이다. 따라서 의무위반자로서는 고액의 금전적 제재를 피하려면 조속한 의무의 이행으로 나아갈 수 있는 것이다. 고액의 금전적 제재를 회피할 수 있는 길을 열어주고 있기 때문에 설령 금전적 제재를 고액으로 책정하고 있다고 하여도 비례원칙위반의 소지는 매우 좁아진다고 생각된다. 더욱이 금전적 제재를 고액으로 책정할 수 있는 경우에는 소액의 금전적 제재장치를 마련하고 있는 경우보다 실효성확보가 보다 용이하게 될 것이라는 점은 상상하기 어렵지 않다.

다만, 이와 같은 유인적 방법은 의무위반의 반사회성이 현저한 경우에는 적용할 수 없다고 보아야 할 것이다. 왜냐하면 유인적 방법은 행정의 선량한 협조자가 될 수 있음에도 불구하고 여러 가지 사정으로 공법상의 의무를 성실히 이행하지 못한 자를 행정의 관대함속에 포용하려는 의미를 담고 있다고 이해하여야 하며, 처음부터 공법상의 의무에 대항하고자 한 명백한 반사회적인 의무위반자에 대하여서까지 그의 잘못을 묻지 않겠다는 의미는 아니기 때문이다.

아무튼 이상에서와 같은 유인이라고 하는 관념은 행정의 실효성확보를 보다 현실적인 것이 되게 하기 위하여는, 다른 말로 한다면, 행정의 실효성확보제도가 보다 실효적인 것이 되게 하기 위하여는 이후에 있어 신중히 검토되어야 할 가치가 충분히 존재하는 사고방식이 아닐까 생각한다.

7. 절차적 권리보호

일본에서는 조세의 증가산세·증가산금은 통상의 조세의 과세절차에 의하고 있는데 그 제재기능의 증대함을 감안하여 고지와 변명의 기회를 제공하여야 한다는 주장이 있다. 조세라는 이유로 사전절차를 일체 필요로 하지 않는다고 이해하는 것은 합리적이지 않다는 것이다.¹⁵⁷⁾ 우리의 경우도 마찬가지로 주장이 가능할 것이라 생각한다. 가산세, 가산금, 증가

157) 碓井光明, “行政上の義務履行確保,” 공법연구 58号, 114頁; 同, “重加算稅賦課の構造,” 稅理 22卷 12号(1979), 2頁; 北野弘久, “相續手續の改革と納稅者基本權,” 租稅法學會編, 相續手續改革の方向, 租稅法研究 22号(1994), 54頁 이하.

산금, 부당이득세 등은 세금의 형태를 띠거나 세법상의 과세절차에 의하고 있다고는 하지만 국가의 재정수입목적의 세금 등이 아니라 의무위반자에게 의무의 이행을 강제하는 목적의 금전적 부담의 부과이므로 불이익처분으로서의 실질을 지니고 있다고 본다. 그렇다면 행정절차법의 일반 원칙과 같이 상대방에게 의견진술 등 소명의 기회를 부여하는 것이 필요할 것이라 생각된다. 다만, 실제의 문제로서 무수하게 발생할 징수행정속에서 그 징수액이 그다지 크다고 인정되지 않는 수많은 경우에 있어서까지 빠짐없이 이와 같은 변명의 기회를 부여하는 것은 징수에 드는 비용 등을 고려할 때 적절하지 않은 면도 있을 것이라 생각된다. 그렇다면 모든 가산세 등의 징수에 대하여는 아니라고 하더라도 가산세 등의 액수가 매우 크다는 등과 같이 비교적 중대하다고 인정되는 한하여 변명의 기회를 부여하는 등의 방법도 강구될 수 있을 것이다.

8. 부당이득세의 존치여부

부당이득세법상의 부당이득세제도에 대하여는 일견하여 다음과 같은 문제점을 지적할 수 있다. 즉 특정인의 부당이득으로 거래상 손해를 입은 자에게 해당 부당이득을 반환하게 하는 것이 아니라 국가가 국세로서 해당 부당이득을 거두어들인다는 점이다. 이는 민법상의 부당이득제도¹⁵⁸⁾가 직접 부당이득으로 손해를 본 자에 대하여 해당 부당이득으로 얻은 이익을 반환하여야 한다고 하고 있는 것과 대조된다. 부당이득세법상의 부당이득세제도는 부당이득으로 인한 피해자는 따로이 있음에도 불구하고 국가가 국세로서 부당이득자의 부당이득을 징구한다. 다시 말해서 제3자의 희생위에 국가가 세제상의 수익을 누리는 결과가 되고 있는 것이다. 이 경우에는 부당이득세로 수취한 세수익의 용도가 주목되지 않을 수 없다. 즉, 해당 세수익이 부당이득자의 부당이득행위에 의하여 피해를 입은 자에게 국가로부터 재차 환원이 이루어지는지, 아니면 부당이득행위로 인하여 혼란에 빠진 거래질서를 안정화하는 목적에 사용되는지 하는 문제이다. 이에 관하여 부당이득세법은 특별한 규율을 하고 있지 않다.

158) 민법 제4장 제741조 이하.

부당이득세와 관련하여 검토가 요구되는 또 한가지는 과징금과의 구별 문제가 있다. 과징금은 행정법규의 위반이나 행정법상의 의무 위반으로 경제상의 이익을 얻게 되는 경우에 당해 위반으로 인한 경제적 이익을 박탈하기 위하여 그 이익액에 따라 행정기관이 과하는 행정상의 제재금이다.¹⁵⁹⁾ 여기서 행정법규의 위반 등에 의하여 얻게 되는 경제상의 이익을 박탈함으로써 행정법규의 위반행위를 방지하는 것이 과징금의 본래적 의도이고 보면, 이 점에서 과징금과 부당이득세는 매우 유사한 것이 아닐 수 없기 때문이다. 그러나 부당이득세는 세금의 형식으로 부과되며, 그에 따라 부과권도 세무서장 또는 지방국세청장에게 부여된다(부당이득세법 제4조제1항). 이에 반하여 과징금은 그것을 규정하는 개별법에서 행정상의 규제권한을 수권받고 있는 행정기관에게 그 부과권이 부여되며 세무행정기관인 세무서장이나 지방국세청장은 부과권자가 아니다.

부당이득세의 세율은 과세표준인 금액의 100분의 100이므로(법 제3조), 기준가격을 초과하는 금액 전부가 세금으로 징수된다. 그런데 부당이득세의 실질적인 운용은 매우 미미하며, 따라서 부당이득세제도의 존치에 관하여 부정적인 견해가 강하다.¹⁶⁰⁾ 현실적인 운용상황만을 보면 거의 활용되지 않고 있는 부당이득세제도는 폐지함이 타당하다고 할 수 있다. 그러나 과연 장래에 있어 물가안정을 위하여 일정한 가격 이상의 거래행위를 규제해야 할 필요성이 전혀 발생하지 않는다고는 보장하기 어려운 것이다. 따라서 만일 정부의 정책이 이후에는 철저하게 시장에서의 거래는 시장원리에 일임하고 정부는 관여하지 않는 입장이라고 한다면 부당이득세제도의 필요성이 더 이상 긍정될 수 없는 것이지만, 자유방임적인 거래에 의하여 물가의 불안정이 초래될 수 있는 상황이 잔존한다고 한다면 그 한 순간에 대하여도 무언가의 대비가 요구될 것이므로 그러한 상황에 대비한 담보장치로서 부당이득세제의 존치가 전혀 무의미한 것은 아닐 것이다.

그러나 부당이득세제도는 1974년에 부당이득세법에 의하여 도입된 이

159) 박균성, 앞의 책, 395면.

160) <http://www.inaus.co.kr/intro/easytax/salaryman/chapt.asp?id=14&num =5> 참조.

래 지금까지 단 한 차례도 개정된 이력이 없다는 점은 시공을 초월하여 타당하게 요구되는 제도라고 하는 측면도 있겠지만 다른 한편으로는 별다른 활용이 없어 입법자 등에 의하여 주목받지 못한 채 방치되어 있었다고 하는 이해도 전혀 무리는 아니라 생각된다. 동법이 제정되던 1970년대는 우리나라의 시장경제가 매우 불안정하였음을 인정할 수 있고, 그에 따라 정부의 적극적인 시장개입이 요구되던 상황이었음을 상기한다면 동 입법의 출발당시에는 타당성을 지니고 있던 입법이라 생각된다. 그러나 오늘날에 있어서 시장에 대한 정부의 개입은 민영화나 규제완화론의 확대에 따라 매우 비판을 받는 상황에 있으며 기본적으로 자유로와야 할 시장에 대한 인위적인 정부개입은 적절하지 못하므로 부당이득제도는 시대에 부합하기 어려운 제도라 생각된다. 오히려 오늘날에 있어서는 행정지도를 통하여 권고·유도해 가는 것이 보다 완곡하고 성숙된 방법이 아닐까 한다. 더욱이 행정지도에 대하여 행정절차법의 제정에 의하여 절차법적인 정비가 이루어진 상황에서는 더욱 그러할 것이라 생각한다.

제 2 절 과징금제도

1. 새로운 실효성확보수단으로서의 제도의의

모두에서 언급한 바와 같이 과징금 제도에 관하여는 그의 중요성과 활용성이 일찍이 인식되어 최근에까지 이미 수많은 선행연구가 이루어져 왔으므로 이곳에서는 그와 중복되지 않는 범위에서 몇 가지의 관점을 지적하는데 그치기로 한다.

우선 과징금제도를 전통적인 행정의 실효성확보수단에서 제외하여 새로운 실효성확보수단¹⁶¹⁾이나 기타의 실효성확보수단¹⁶²⁾의 일환으로 논하는 것이 학계의 일반적인 태도라 할 수 있는데 그 이유가 어디에 있는가에 대한 의문이 있다. 과징금제도가 우리나라에 최초로 도입된 것은 1980년 12

161) 김동희, 앞의 책, 427면 이하; 박윤훈, 최신행정법강의(상)(개정29판), 666면 이하; 유지태, 행정법신론(제3판), 297면 이하; 정하중, 앞의 책, 470면 이하; 한건우, 행정법 I(제3판), 380면 이하; 홍준형, 행정법총론(제3판), 557면 이하 등

162) 박균성, 앞의 책, 395면.

월 31일 법률 제3320호로 제정된 독점규제및공정거래에관한법률에서부터이다.¹⁶³⁾ 따라서 여타 전통적인 행정상 실효성확보수단들이 1960년대를 전후로 하여 도입되어 있던 것에 비하면 비교적 최근의 수단이라고 하여 새로운 실효성확보수단으로 이해하는 것일 수도 있다. 그러나 앞서 새로운 의무이행확보수단에서 “새로운”이 의미하는 바가 시간적인 선후개념이 아니라 당해 실효성확보수단이 지니는 기능이라는 관점에서의 인식이라는 점을 상기하면 과징금을 행정의 새로운 실효성확보수단으로 이해하는 것에는 과징금의 기능 면에서의 다른 측면이 새로이 인식되었기 때문이라 생각한다. 이른바 영업정지에 갈음하여 부과하는 과징금이 그러하다. 과징금은 본래 공법상의 의무를 위반하여 막대한 경제적 이득을 얻는 자에 대하여 그러한 의무위반으로 얻은 이익을 모두 박탈함으로써 의무위반으로 나아가고자 하는 유인을 박탈하고자 하는 기능이 기대되어 도입되었다. 그러던 것이 오늘날에는 법규를 위반하여 영업정지의 행정처분을 받하여야 함에도 불구하고 해당 영업정지로 인한 손실이 단지 영업정지 처분을 받는 자에 한하지 않고 널리 경제사회 전체로 파급될 우려가 있는 경우에 있어서 영업정지에 갈음하여 일정한 경제적 부담을 지우는 방향 즉 과징금을 부과하는 것으로 해결하려는 규율들이 증대하고 있는 것이다.¹⁶⁴⁾ 과징금을 새로운 행정상 실효성확보수단이라고 이해하는 것은 이와 같은 과징금의 변화된 기능에 연유한다고 본다.

2. 새로운 실효성확보수단으로서의 과징금의 가부

앞서 보았듯이 현실적으로 과징금을 의무위반자에 대하여 그 영업정지 등에 갈음하여 부과하는 입법례가 현실적으로 무수히 많다고 하는 사실은 사실의 문제로서 과징금을 그와 같은 용도로 활용하는 것이 금지되고 있지 않음을 보여준다. 그러나 그러한 사실이 곧바로 과징금의 영업정지

163) 박영도·김호정, 과징금제도의 운용실태 및 개선방안(현안분석 2002-2), 한국법제연구원, 5면.

164) 박영도·김호정, 앞의 연구보고서, 33면 이하에서 제2유형이라고 하여 정리하고 있는 현행법상의 과징금의 사례들이 이에 해당한다. 동 보고서에 의하면 과징금의 본래적 모습이라고 할 수 있는 제1유형에 비하여 제2유형에 해당하는 규율이 수배에 이르고 있다.

대체적 활용을 법리적으로 가능하게 한다고 보는 것은 타당하지 않다고 해야 한다. 사실의 문제와 법리의 문제는 별개이기 때문이다. 여기서는 그 부분에 대한 법리적인 검토를 약간 시도해 보고자 한다.

우선, 과징금을 영업정지에 갈음하여 부과한다고 하는 것은 과징금과 영업정지가 상호간에 대체될 수 있는 정도의 가치, 즉 동가치일 것을 전제로 한다고 해야 할 것이다. 그리고 이 경우에 동가치인가의 여부의 판단에 있어서는 과징금 그 자체와 영업정지가 비교되는 것이 아니라 과징금에 있어서의 그 부과되는 금액이 비교의 기준이 된다고 보는데 이견은 없을 것이다. 이에 대하여 영업정지의 경우에는 구체적으로 무엇이 비교의 기준이 되어야 하는가 의문이 된다. 이 경우에는 영업정지처분을 야기하는 의무자의 범위반행위라고 해야 할 것이다. 다시 말하면 의무자의 의무위반행위와 과징금의 액수가 동가치로 평가될 수 있어야만 영업정지에 갈음하여 과징금을 부과하는 것이 정당화될 수 있다고 기본적으로 이해된다. 그렇다면 영업정지에 갈음하여 부과되는 과징금의 액수는 의무자의 의무위반행위의 중대성에 따라 산정될 것이 요구된다고 하게 될 것이다. 그런데 이와 같은 평가를 행함에 있어서는 여러 가지 난관을 극복하지 않으면 아니된다.

첫째로, 의무위반이라고 하는 사안의 중대성을 과징금액이라고 하는 객관적인 수치로 변환한다는 것이 현실적으로는 불가능하다는 문제가 있다. 과징금의 본래의 기능의 경우에는, 범위반행위로 얻게 된 경제적 이익이라고 하는 객관적인 정량적 평가가 가능하였으므로 과징금액의 산출이 가능하며 용이하였음에 반하여 과징금의 새로운 기능에 있어서는 그것이 현실적으로 곤란하다.

둘째로, 영업정지에 갈음하여 과징금을 부과하는 방식을 채용하고자 하는 데에는 영업행위를 유지시키면서 동시에 범위반에 대한 제재도 동시에 가하고자 하는 정책적 의도가 담겨있다. 그리고 이러한 의도에는 해당 영업활동이 당해 사업자 일인의 이익을 충족하는데 그치지 않고 그 영업활동으로 인하여 사회경제활동상의 편익을 제공받고 있는 수많은 사람들에게 영향을 미치게 되므로 영업을 정지시키는 것보다도 영업을 지속시키되 다른 측면에서 제재를 가하는 것이 사회전체의 이익에서 보아

바람직하다고 하는 판단이 전제되어 있다. 여기에 과징금의 액수는 사업자의 영업행위가 지장을 받지 않을 정도로 책정되어야 한다는 요청이 발생한다. 만일 과징금의 액수가 영업활동에 심대한 영향을 미칠 정도로 고액이라고 한다면 영업정지에 갈음하여 과징금을 부과하고자 하는 제도의 취지를 스스로 몰각시키는 결과가 되고 만다. 그런데 다른 한편으로 과징금의 액수가 지나치게 낮은 경우에도 문제가 있다. 국민경제에 중대한 영향을 미치는 성질의 영업을 수행하는 사업자에 대하여 의무위반행위로 나아가지 못하도록 하는 제재의 효과를 기대할 수 없을 것이기 때문이다. 즉 오히려 사업자의 위법행위를 조장하는 결과도 초래될 수 있을 것이다. 이 점은 새로운 의무이행확보수단으로서의 과징금의 딜레마라고 할 수 있으며 두 가지 요청을 동시에 만족하는 과징금액의 산출이 현실적으로 매우 어렵다는 사실을 보여준다.

그러나 영업정지이든 과징금이든 법규를 위반한 자에 대하여 어떠한 제재를 가할 것인가는 기본적으로 정책의 영역이고 입법자의 재량에 속하는 것이라고 한다면 영업정지에 갈음하여 과징금을 부과할 수 있도록 하는 제도가 법적으로 절대로 허용되지 않는다는 측면을 발견할 수 없다. 다만, 영업정지와 과징금 간에 선택의 여지를 부여하고 있는 것은 곧 행정청의 재량을 인정하고 있는 것이므로 구체적인 경우에 재량권의 일반이론에 따라 재량권의 남용이나 일탈의 문제, 재량권의 영으로의 수축 문제에 의하여 해결되어야 할 부분이 발생할 수 있을 것이다.

또한 법적으로 허용되지 않는 논거를 발견할 수는 없다고 하여도 이와 같이 선택적으로 과징금을 도입함에 있어서 과징금과 그와 대체관계에 있을 영업정지간에 선후의 문제가 인식되어야 할 것이라 생각한다. 다시 말하면, 영업정지에 갈음하여 과징금을 부과하는 것이 올바른 판단순위라고 하는 점이다. 행정청에게 재량이 부여되어 있다고 하여 관할 행정청이 영업정지는 당초부터 고려에 넣지 않고 곧바로 과징금의 조치로 나아가간다고 한다면 그러한 행정청의 판단에는 위법의 소지가 농후할 것이라 생각한다.

3. 과징금제도의 고려사항

이상의 검토에 의할 때, 본래적 의미가 아닌 과징금의 수단을 법에서 채용함에 있어서는 다음의 점들이 고려되어야 할 것이라 생각한다.

첫째로, 관할 행정청이 선택적 과징금¹⁶⁵⁾의 결정을 행함에 있어서는 위에서 지적한 바와 같이 우선 영업정지에 관한 판단을 먼저 내려야 할 것이라 본다. 영업정지와 과징금이 동가치의 관계에 있고 상호간에 대체될 수 있는 것이라고는 하나 과징금은 어디까지나 영업정지결정에 대한 보충적인 역할을 수행해야 하는 것이라고 생각한다. 법문에서는 규정되는 바가 없으나 과징금은 영업정지가 적당하지 아니하거나 위반자 개인에게 있어 가혹하다고 인정되는 때에 비로소 취하여질 수 있다고 생각한다. 이것은 선택적 과징금을 부과할 수 있는 정당화사유라고 할 수 있을 것이다. 다시 말하면 선택적 과징금은 의무위반자에 대하여 영업정지에 갈음하여 과징금의 수단을 택하여야 할 정당한 이유가 있는 경우에 한하여 선택될 수 있는 수단이어야 한다고 생각한다. 예를 들어 앞서 언급한 바와 같이 해당 영업이 중지되게 되면 국민경제상 중대한 영향을 미치는 것에 관한 것이거나 국민의 생활에 심각한 불편을 끼치게 되는 것과 같은 특수한 경우이어야 할 것이다.¹⁶⁶⁾ 그렇다면 국민생활에 필수적인 재화나 용역을 생산하는 영업으로서 동일한 영업을 달리 영위하는 자가 없는 사업의 경우에는 대개의 경우 영업정지에 갈음하여 과징금의 수단을 선택하는 결과로 될 것이다. 그러나 설령 국민생활에 필수적인 재화나 용역을 공급하는 사업이라고 하더라도 동일한 재화나 용역을 다른 경로로 용이하게 획득할 수 있는 경우라면 선택적 과징금으로 나아가는 것은 허용되지 않을 것이라고 본다. 이상의 기술은 해석론적인 이해이며 입법론적인 기술은 아니다.¹⁶⁷⁾ 이상의 문제에 대하여 입법론적으로 접근한다면 해당 입법에 의하여 규율하고자 하는 분야가 선택적 과징금을 허용할 수 있는 성질의 것인가가 검토되어야 할 것이라 생각한다. 예를 들어 전기산

165) 영업정지에 갈음하여 행사될 것이 예정되어 있는 과징금을 이하에서는 “선택적 과징금”이라는 명칭하에 인용하기로 한다. 이러한 용법은 본고에서 편의상 사용하고 있을 뿐이며 일반적으로 승인된 용례가 아님이 주의되어야 한다.

166) 전기사업법 제12조제4항은 그러한 점을 법문상 명확히 하고 있다.

167) 이상과 같은 해석론을 엄격히 추구해간다고 하면 영업정지와 과징금 간에는 어느 쪽을 선택하는가에 대하여 행정청에게 재량이 존재하지 않는 것과도 같이 생각된다. 재량이 영으로 수축되는 경우가 보통일 것으로 생각되기 때문이다.

업분야라고 할 때에, 전기사업자가 일정한 의무에 위반하였다고 영업정지를 행하게 되면, 해당 전기를 사용하던 대다수의 소비자에게 지대한 생활상의 불편을 주게 된다. 이와 같은 경우에는 선택적 과징금제도를 도입할 필요성이 충분히 있다고 할 수 있다. 그러나 예를 들어 음반·비디오물및 게임물에 관한 법률 제40조, 화장품법 제22조에서도 선택적 과징금을 규정하고 있는데, 이러한 음반·비디오물·게임물관련산업, 그리고 화장품산업이 선택적 과징금으로 제재에 대신하며 영업을 계속 유지시켜야 할 어떠한 공익적 측면이 인정될 수 있는가 의문이 된다. 이와 같이 해당 산업에 공익적 요소가 희박한 경우에 법에서 도입하고 있는 선택적 과징금제도는 다음에서 보는 가혹한 행정처분에 갈음하여 구체적으로 타당성 있는 탄력적인 처분을 기도하는 입법의 태도는 될 수 있을 것이다. 그러나 그 경우에는 다음에서 보는 바와 같이 사업자에 대한 가혹한 처분이라는 측면만 고려될 것이 아니라 해당 영업의 지속이 야기할 국민의 생명, 건강, 정신상의 침해 등이 고려되어야 할 것이다.

둘째로, 의무위반이 있기는 하였으나 그에 대하여 영업정지의 처분을 행하는 것이 지나치게 가혹하다고 인정되는 경우에 그에 갈음하여 선택적 과징금을 부과하는 것이 허용될 수 있을 것이다.¹⁶⁸⁾ 이 때 이것이 허용되는 전제로서 해당 의무위반이 국민의 생명이나 건강, 안전 문제와 결부되지 않을 것이 요구된다고 생각한다. 예를 들어 詐僞 기타 부정한 방법으로 먹는샘물제조업허가를 받아 영업을 하여 그에 대한 제재로서 영업정지의 결정여부가 문제되었다고 할 때에, 부정한 방법으로 허가를 받은 내용이 샘물의 안전성에도 영향을 미칠 우려가 있는 경우라면 당연히 영업을 지속시키는 것은 허용되지 않으며 선택적 과징금의 수단이 채택될 수 없다고 할 것이다.

셋째로, 영업을 지속시켜 국민경제상의 안정을 꾀하는 것에 선택적 과징금제도의 하나의 목적이 있다고 하면, 영업을 지속시키며 동시에 제재

168) 법률에 영업정지만을 내릴 수 있다고 규정되어 있는 경우에는 행정청으로서 영업정지 이외의 다른 제재수단을 선택할 여지가 없으나 영업정지와 과징금을 동시에 규정하고 있다고 한다면, 행정청은 영업정지가 가혹하다고 판단할 때에는 과징금으로 옮겨갈 수 있게 된다. 선택적 과징금의 이러한 측면은 행정청으로 하여금 보다 구체적인 타당성 있는 결론에 도달하게 하는 역할을 수행하는 부분이라 할 수 있을 것이다.

의 목적도 달성할 수 있는 다른 방법이 있다고 하는 경우 굳이 선택적 과징금 제도를 도입을 고려해야 할 필요는 상실될 것이다. 영업정지는 기본적으로 해당 사업자의 영업 전체의 중단을 의미한다. 이에 반하여 예를 들어 사업전체의 중단을 초래하지 않고 위반이 발생한 분야에 특정하여 영업정지를 발하는 것이 가능하다고 한다면 영업정지에 갈음하여 선택적 과징금제도를 도입할 필요는 발생하지 않을 것이라 생각한다. 예를 들어 사업자가 생산하는 제품에 위생관리상의 의무위반이 발생하였다 고 하여도 해당 의무위반이 발생한 것은 A품목에 대한 것이고 동일한 사업자가 생산하는 다른 품목에 대하여는 그와 같은 위생관리상의 문제가 존재하지 않는다고 하면, A품목에 한하여만 부분적인 영업정지를 행하는 방안이 고려될 수 있지 않을까 생각된다.¹⁶⁹⁾

4. 과징금제도의 과오와 향후전망

이상에서 본 선택적 과징금제도는 앞으로도 보다 많은 입법영역에서 도입될 것이 전망되고 있다.¹⁷⁰⁾ 그 동안의 선택적 과징금제도의 증가추이를 감안한다면 그와 같은 전망이 결코 틀리지 않을 것이라 믿게 한다. 이와 같은 선택적 과징금제도가 증가해 가는 것은 그의 여러 가지 장점이 인식되었기 때문이라 생각한다. 즉 첫째로, 선택적 과징금제도에 의하면, 사업자는 영업을 지속할 수 있기 때문에 영업정지로 인한 영업손실을 피할 수 있다. 둘째로, 해당 사업자의 생산물을 필요로 하는 자 또는 해당 사업자와 거래하는 자에게 있어서도 종래대로의 편익을 계속해서 향유할 수 있다는 이익이 인정된다. 또한 행정청으로서도 영업정지라는 밀도 없는 행정처분에 의하여 양단논법으로 대응하는데 따른 제재의 가혹함이나 맹목성을 탈피하고 과징금액의 차등에 따른 탄력적인 처분이 가능하다고

169) 물론 사업자의 의무위반이 개별사업영역과는 무관하게 사업전체와의 관계에서 발생한 것이라면 이와 같은 부분적 영업정지에 의한 대응은 가능하지 않을 것이다.

170) 박영도·김호정, 앞의 연구보고서, 34면. 동 보고서는 이와 같이 선택적 과징금의 유형이 보다 많이 도입되고 증대되어 가고 있는 점에서 선택적 과징금을 과징금의 일반형이라 묘사하고 있다. 사정이 이와 같다면, 종래 인정되어 왔던 본래적 과징금은 차선으로 밀리게 되고 선택적 과징금이 이제는 과징금의 본래적 모습이라 인식되는 상황에 이르지 않았을까 생각한다.

하는 이점을 누릴 수 있다. 물론 그 반면으로서 사업자에게는 가혹한 제재를 회피할 수 있다는 이익도 주어진다. 이상의 여러 가지 점들이 선택적 과징금제도의 확대의 발판을 마련해 주는 부분이 있다고 하지 않을 수 없을 것이다.

그러나 선택적 과징금제도는 장점만을 지니고 있지는 않다. 행정청에 대하여 가혹한 영업정지보다는 과징금으로 나아가도록 하는 유인이 될 수 있으며 이러한 측면은 영업정지를 하여야 할 경우에 있어서도 쉽게 과징금에 의하여 대처하게 하는 경향을 초래할 수도 있을 것이다. 그리고 이와 같은 경향이 인정된다면 영업정지에 의하여 국민의 생명이나 건강 등에 영향을 미칠 수 있는 요소를 일시적으로 차단하여야 할 경우에도 이를 방지하게 되는 결과가 다발할 수 있고, 국민의 권익보호의 관점에서 부족한 점이 인정될 수 있을 것이다.¹⁷¹⁾ 만일 이와 같은 현상이 야기된다면 그것은 행정의 실효성확보의 측면도 또 국민의 권익보호의 측면도 모두 약화시키는 결과가 될 것이다. 그러나 선택적 과징금제도에서 우려되는 이와 같은 부의 측면은 행정청의 대응여하와 해석론의 강화를 통하여 보완할 수 있는 것이라고 한다면 앞으로도 선택적 과징금제도의 약진을 저해할 요소는 그다지 찾아보기 어려울 것이라 생각된다.

171) 이러한 우려가 입법상 명확히 표현되어 있는 경우도 있다. 예를 들면, 영산강·섬진강수계물관리및주민지원등에관한법률 제14조제1항의 단서조항이 그러하다. 오염부하량 또는 지정된 배출량을 초과하여 배출한 자에 대하여 조업정지를 명하고자 하는 경우로서 그 조업을 정지하면 주민의 생활, 대외적인 신용, 고용·물가 등 국민경제 그 밖의 공익에 현저한 지장을 가져올 우려가 있다고 인정되는 경우에는 그 조업정지에 갈음하여 3억원 이하의 과징금을 부과할 수 있다. 다만, 환경부령이 정하는 경우에는 조업정지에 갈음하여 과징금을 부과할 수 없다.

제 4 장 비금전적 실효성확보수단의 개선방안

이하에서는 비금전적인 새로운 행정의 실효성확보수단으로서 수익적 행정행위의 정지와 철회, 공급거부, 차량 등의 사용금지에 관하여 검토한다. 이들 세 경우는 공법상의 의무위반에 대하여 의무의 이행을 간접적으로 강제하기 위하여 부과하는 불이익이 비금전적인 성질의 것이라는 점에서 상호 공통점을 지니며 따라서 비금전적 실효성확보수단이라는 관점에서 함께 검토한다. 장의 제목에는 ‘새로운’이라는 수식어를 붙이고 있지 않지만 달리 ‘새로운’이라는 수식어를 부가하지 않더라도 이곳에서 살펴보는 비금전적 실효성확보수단은 전통적인 행정상 실효성확보수단과의 관계에서 새로운 실효성확보수단으로 인식되고 있는 부분이다.

다만, 이하에서의 검토에 있어서는 선행연구와의 관계에서 연구범위를 조정할 필요가 있다. 왜냐하면 당 연구원에서 최근에 이 분야에 대한 종합적인 연구결과물이 발간되었기 때문이다.¹⁷²⁾ 따라서 이곳에서는 이 선행연구를 토대로 하여, 일부는 선행연구의 업적을 정리하되, 그것에 추가하여 독자적인 관점을 제시하는 것으로 연구의 범위를 조정하기로 한다. 가장 최근의 훌륭한 선행연구가 있다고 하여 이 부분에 대한 언급을 전혀 하지 않는 것은 본 보고서가 주제로 하고 있는 새로운 행정상 실효성확보수단으로서 앞서 본 공표제도 및 금전적 실효성확보수단과의 균형상 적절하지 못한 면이 있다고 생각하기 때문이다.

이상의 관점에서 고찰은 각 실효성확보수단별로 고찰하는 것을 지양하고 비금전적 실효성확보수단이라는 공통의 관점에서 살펴보는 형태로 진행한다. 그 과정에서 필요에 따라 수익적 행정행위의 정지와 철회, 공급거부 그리고 차량등의 사용금지에 대하여 개별적으로 언급하기로 한다. 이와 같이 검토하는 것이 선행연구와의 중복을 피하고 독자적인 이해를 제시하는데에 적합할 것이라고 생각하기 때문이다.

172) 박영도·김호정·김혜룡, 새로운 행정상 의무이행확보를 위한 관허사업제한 등 관련법령의 정비방안, 2004, 한국법제연구원.

제 1 절 새로운 실효성확보수단으로서의 기능

수익적 행정행위의 정지와 철회, 공급거부, 차량 등의 사용금지는 각기 행정행위, 급부행위, 차량사용 이라고 하는 비금전적인 성질의 수단을 의무위반자의 위반행위를 시정하고, 의무를 이행하도록 유도하기 위하여 동원하는 행정의 기술이다. 이들 수단은 그의 행사에 의하여 곧바로 의무위반상태가 시정되어 법에 합치하는 상황이 형성되는 것이 아니다. 그런 점에서 의무이행을 강제하는 수단, 더 넓게 표현하여 행정의 실효성을 확보하기 위한 수단으로서는 간접적인 것이며, 간접적이기 때문에 의무위반자를 의무의 이행으로 나아가도록 유도하는 유도행정의 성격을 띠고 있다고 할 수 있다.

그런데 이러한 수단들은 의무위반자에 대하여 간접강제로서 작용하여 행정의 실효성을 확보하는 것이 그 본래의 존재이유는 아니다. 수익적 행정행위를 정지하거나 철회하는 것은 당해 수익적 행정행위를 지속할 요건이 상실되었을 때에 행하는 것이고, 공급거부는 수급자가 공급조건에 위배하거나 하였을 때에 행하는 것이다. 또한 차량 등의 사용금지도 자동차나 선박 또는 건설기계장비 등이 그가 본래 갖추어야 할 안전성을 결한 경우에 그 사용을 중지하거나 금지하게 함으로써 해당 차량의 운전과정에서 발생하는 인명손실 등의 피해를 예방하는 것이 본래의 모습이다(도로교통법시행령 제24조).

이와 같이 이들 수단들은 그들 본래의 용도 내지 목적을 지니고 있는 것임에도 불구하고 이를 그러한 본래의 용도 내지 목적과는 다른 용도 내지 목적, 즉 의무위반자에게 고충을 가하고 의무이행을 강제하는 등으로서 행정의 실효성을 확보하기 위한 수단으로 이용하는 점에서 이들 수단들이 행정의 실효성확보수단으로서 인식되게 된 배경이 있다. 그리고 그들 수단의 본래의 용도 내지 목적은 행정의 실효성을 확보하는데 있지 않은 것임에도 불구하고 이를 실효성확보를 위하여 활용하는 것이므로 이러한 실효성확보를 위한 기능은 이들 수단들에게 있어서는 종래에는 알지 못하던 새로운 기능이라고 하지 않을 수 없다. 이들을 ‘새로운’

실효성확보수단이라고 하여 인식하게 되는 이유이다.¹⁷³⁾

그런데 이들 수단을 그 본래의 용도와 달리 행정의 실효성확보를 위하여 사용하는 이유는 어디에 있는가? 그것은 이들 수단들이 주어진 상황에 따라서는 의무위반자를 심리적으로 압박하는데 매우 유용하다고 이해되기 때문이다. 이와 같은 효용이 전혀 존재하지 않는 수단은 그것을 아무리 의식적으로 행정의 실효성을 확보하기 위하여 원용한다고 하여도 실효성확보수단으로서의 의미를 부여받지는 못한다. 그러면 이들 수단이 실효성 확보수단으로서 강력한 효과를 가지는 이유는 또 어디에 있는가의 의문이 된다. 그 이유는 이들 수단들, 즉 적법하게 영업활동을 하기 위한 행정의 인허가, 수도나 전기, 그리고 차량 등이 상대방의 일상의 경제사회활동에 있어서 매우 중요한 요소라고 하는 데에 있다. 여기서 이와 같은 수단들이 상대방의 일상의 경제사회활동에 있어서 큰 비중을 차지하고 있으면 있을수록 그에 비례하여 이들 수단의 실효성확보를 위한 기능도 매우 강대한 것이 된다.

제 2 절 비금전적 실효성확보수단의 현황

이에 관하여는 앞서 소개한 당 연구원의 연구보고서가 상세한 결과물을 제공해 주고 있다. 이를 정리하면 다음과 같다.¹⁷⁴⁾

1. 수익적 행정행위의 정지와 철회

위의 보고서는 관허사업의 제한이라는 표현을 사용하고 있는데 이는 수익적 행정행위의 정지 또는 철회와 다르지 않다. 허가·인가·면허 및 등록 등을 부여하여 적법하게 영업을 행할 수 있도록 하는 것은 상대방에 대하여 권리이익을 부여하는 행위이므로 수익적 행정행위에 속하며, 이러한 수익적 행정행위를 하지 아니하거나 철회함으로써 적법하게 영업

173) 이와 같이 본래의 용도 내지 목적이 엄연히 존재함에도 불구하고 이를 행정의 실효성확보라는 다른 용도에 활용하는 것이므로 이는 종래의 수단을 실효성확보를 위한 수단으로 전용하는 것이 된다.

174) 박영도·김호정·변혜철, 앞의 보고서, 37-45면 참조.

행위를 할 수 있는 길을 차단하는 것은 곧 관허사업의 제한을 초래하는 것이기 때문이다.¹⁷⁵⁾

(1) 국세징수법 제 7 조

동조는 두 가지 유형의 관허사업의 제한에 관하여 규정하고 있다. 하나는 허가 등의 갱신의 경우를 포함하여 신규로 사업을 개시하고자 하는 자에 대한 허가 등을 제한하는 경우에 관한 것이고, 다른 하나는 이미 허가 등을 받아 사업을 행하고 있는 기존사업자의 허가 등을 취소하는 경우에 관한 것이다. 전자의 경우로서 법은 세무서장으로 하여금 납세자가 정당한 이유없이 국세를 체납한 때에는 허가·인가·면허 및 등록과 그 갱신을 요하는 사업의 주무관서에 당해 납세자에 대하여 그 허가 등을 하지 않을 것을 요구할 수 있도록 하고(제1항), 후자의 경우로서 허가 등을 받아 사업을 경영하는 자가 국세를 3회이상 체납한 때에는 일정한 경우를 제외하고 세무서장으로 하여금 그 주무관서에 사업의 정지나 허가 등의 취소를 요청할 수 있도록(제2항) 규정하고 있다. 이러한 관허사업의 제한요청은 요청권자인 세무서장의 재량사항이나 그러한 요청을 받은 주무관서의 경우에는 원칙적으로 해당 요청에 응하여야 할 의무가 부과되어 있다(제4항).

(2) 지방세법 제40조

동조는 지방세체납자에 대한 관허사업의 제한에 관한 규정으로 그 취지와 규정방식은 국세징수법의 경우와 기본적으로 동일하다. 즉 지방자치단체의 장 또는 그 위임을 받은 공무원은 허가 등의 권한 있는 주무관청에 대하여 체납자에 대한 사업의 허가 등의 불허와 사업의 정지나 허가 등의 취소를 요구할 수 있고, 그 요구가 있는 때에는 주무관청은 특별한 경우가 아니면 그에 응하지 않으면 아니된다.

175) 다만, 두 경우가 완전히 일치하는 동일 개념으로 사용되는가에 관하여는 이견이 있을 수 있다.

(3) 건축법 제69조

위의 국세징수법과 지방세법이 조세채납자에 대한 의무이행강제라고 하는 공법상의 금전급부의무의 위반에 대한 것이라는 공통점이 있는 데에 반하여, 건축법은 비금전적인 작위의무 위반에 대한 것이라는 점이 다르다. 건축법은 동법에 위반하는 건축물에 대하여 동법의 규정에 의한 허가나 승인 등을 취소하거나 시정명령을 발할 수 있도록 하고(제1항), 허가나 승인이 취소된 건축물이나 시정명령에 따르지 아니한 건축물에 대하여는 당해 건축물을 사용하여 행할 다른 법령에 의한 영업 기타 행위의 허가를 하지 아니하도록 요청할 수 있다고 규정하고 있다(제2항). 그리고 이 경우에도 상기 두 입법례의 경우와 마찬가지로 요청 받은 자에게는 원칙적으로 당해 요청에 응하여야 할 의무가 부과되고 있다.

(4) 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제14조

동조는 동법의 규정¹⁷⁶⁾에 따라 유죄판결을 받은 자에 대하여 일정기간 동안 금융기관, 국가·지방자치단체가 자본금의 전부 또는 일부를 출자한 기관 및 그 출연·보조를 받는 기관과 유죄판결된 범죄행위와 밀접한 관련이 있는 기업체에 취업할 기회를 제한하고(제1항), 그와 같이 유죄판결을 받은 자 또는 그를 대표자나 임원으로 하는 기업체는 일정기간 동안 특정한 관허업의 허가·인가·면허·등록·지정 등을 받을 수 없음을 명확히 선언하고 있다(제2항). 그리고 이미 그와 같은 기업체에 취업을 하였거나, 그러한 자를 대표자나 임원으로 하는 기업체가 관허업의 허가 등을 받고 있는 때에는, 그의 해임이나 허가 등의 취소를 관계기관이나 그의 장에게 요구할 것을 경제사범관리위원회의 위원장에게 의무지우고 있다(제4항). 물론 이 경우에도 그러한 요구를 받은 관계기관이나 그의 장은 그에 응할 것을 의무로 하고 있다(제5항).

이 경우는 앞의 세 입법례의 경우와 다른 점이 매우 많다. 우선, 이 경우에는 관허사업의 제한이 제재로서의 성격을 강하게 지니고 있음을 지

176) 제3조의 사기, 공갈, 횡령 배임 등의 죄, 제4조제2항의 재산국외도피의 죄, 제5조제4항의 수재 등, 제8조의 사금융알선 등의 죄가 그것이다.

적할 수 있다. 앞의 세 경우가 의무위반에 대하여 그 의무의 이행을 강제하기 위한 것임에 반하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률에서의 경우에는 경제범죄자에 대한 것이므로 이미 범하여진 범죄에 대하여는 그것을 시정한다거나 하는 등의 의무이행관념이 존재하지 않는다. 따라서 의무의 이행을 강제하는 간접적인 행정의 실효성확보수단으로서의 성격은 약하다고 할 수 있다.¹⁷⁷⁾

다음으로 앞의 여러 경우가 의무위반자에 대한 허가 등을 하여주지 말 것을 주무관청에게 요청할 수 있는 권한을 요청권자의 재량사항으로 하고 있음에 반하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률은 의무사항으로 규율하고 있는 점이다. 즉, 동법상의 의무위반이 발생하면 원칙적으로 해당 위반자에 대한 허가 등은 절대적으로 금지된다. 이것은 동법 위반자에 대하여는 일정기간 동안 직업선택의 자유가 근본적으로 차단됨을 의미한다. 지나치게 강력한 제재가 아닐 수 없다.

(5) 병역법 제76조

동조는 국가기관, 지방자치단체의 장 또는 고용주에 대하여 징병검사 기피자, 징집·소집 기피자, 군복무 및 공익근무요원복무 이탈자 등에 대하여 공무원 또는 임·직원으로 임용하거나 채용할 수 없으며, 이미 재직중인 경우에는 해직하도록 규정하며(제1항), 동시에 이들에 대하여는 각종 관허업의 특허·허가·인가·면허·등록 또는 지정 등을 금지하며, 이미 이를 받은 자에 대하여는 취소하도록 규정하고 있다(제2항).

나아가 이러한 제재를 보다 실효적인 것이 되게 하기 위하여, 동법시행령 제154조제1항은 국가기관·지방자치단체의 장 또는 고용주가 병역 의무자를 공무원이나 임·직원으로 채용하거나 각종 관허업의 특허·허가 등을 하고자 할 때에는 지방병무청장에게 조회하거나 병역증·전역증 또는 병적증명서 등을 제출하게 하여 병역기피여부 등의 사실확인을 의무지우고 있다.

177) 물론 그와 같이 가중된 제재를 규정함으로써 일벌백계의 효과를 기대하여 장차 그와 같은 경제범죄가 범하여지지 않도록 하기 위한 점에서는 행정의 실효성을 확보로서의 성격을 인정할 수 있을 것이다.

이 경우는 의무를 위반한 자에 대하여 관허업의 허가 등을 제한함에 있어서 그 방식이 앞의 네 경우와 상이하다. 즉, 이 경우에 있어서는 주무관청에 대한 요청권자의 허가 등의 중지, 취소요청이 있고 그에 응하는 방식의 허가 등의 제한이라는 구조를 취하고 있지 않다. 허가 등의 권한 있는 기관에 대하여 직접 그러한 병역기피자 등을 고용하지 않거나 허가 등을 하지 말 것을 법에서 곧바로 명확히 선언하고 있는 것이다.

(6) 기 타

위에서 국제징수법과 지방세법이 일반적으로 납세와 인·허가 등을 연결시키는 경우인 것과 유사하게, 조세와 그 사업과의 관련성이 특히 밀접한 경우에 있어서 행정서비스의 제공과 조세완납을 연계하는 예도 있다. 관세법이 보세운송업자 등의 등록요건으로서 관세 및 국세의 체납이 없을 것을 규정하는 경우(동법 제22조제3호), 국제물류기지육성을위한관세자유지역의지정및운영에관한법률이 관세자유지역 안에서의 등록사업에 대하여 관세 또는 내국세를 체납한 자에 대하여는 등록을 할 수 없도록 하고 있는 경우(제11조제1항 및 제3항제7호), 주세법이 주류제조면허, 밀술 또는 술덧의 제조면허, 주류판매업면허 등의 면허를 면허신청당시 국세 또는 지방세를 체납하지 않은 사실과 연계시키고 있는 경우(동법 제10조제6호), 고용보험법이 보험료체납자에 대하여는 정부의 고용안정사업의 지원을 하지 않을 수 있도록 규정하고 있는 경우(제20조의2제2항) 등이 그러하다.

2. 공급거부

공급거부의 입법례로서는 현행법령상 아래에서와 같은 6가지의 경우를 들 수 있다. 그러나 실질적으로 행정의 목적을 달성하기 위하여 행정법상의 의무위반자에 대하여 간접적인 의무이행 강제수단으로서 작용할 것이 기대되는 것은 현행법상 건축법 제69조가 유일한 경우라고 할 수 있다. 그 외의 입법례의 경우는 정당한 이유가 있으면 공급거부가 가능하다고 규정하고 있는 점에서 당해 정당한 이유에 행정법상의 의무위반이

포함된다고 이해하면 간접적 의무이행강제수단으로서의 성격을 지니는 규정이라 할 수 있으나 일반적으로 그곳에서 말하는 공급거부의 정당한 사유란 당해 재화의 사용의 대가로서 지불해야 할 요금 등의 체납에 따른 공급거부이며 행정법상의 의무위반에 대한 이행강제 등의 성격을 띠는 것은 아니라고 이해하는 것이 일반적이다.¹⁷⁸⁾

한편 행정상 실효성확보수단으로서의 공급거부의 경우에도 견해에 따라서는 행정서비스의 거부라고 표현하기도 한다. 공급거부라고 하면 재화의 공급의 거부만이 연상되기 쉬우며 행정서비스의 거부라고 하면 재화의 공급거부는 배제되는 것처럼 이해하기 쉬우나 이 두 개념은 행정상의 서비스나 재화의 공급을 거부하는 두 경우를 모두 포함하는 것으로 이해되고 있음에 주의가 필요하다. 이와 같이 이해할 때에는 이하에서 소개한 것 이외에 고령자고용촉진법 제18조가 정당한 이유없이 노동부장관의 고용확대 요청에 따르지 않은 자에 대하여 직업안정업무를 행하는 행정기관에서 제공하는 직업지도 및 취업알선등 고용관련 서비스를 중단할 수 있다고 하고 있는 것은 행정상의 서비스거부를 무기로 한 간접적인 의무이행확보수단으로서의 기능을 인정할 수 있을 것이다.

(1) 건축법 제69조

건축법 제69조는 앞서서도 본 바와 같이 수익적 행정행위의 정지·철회 내지 관허사업의 제한에 의한 간접적 의무이행강제 외에도 공급거부에 의한 의무이행강제에 관한 내용을 담고 있다. 즉 건축법상의 규정위반이 있거나 시정명령에 응하지 아니한 건축물에 대하여는 전기·전화·수도또는 도시가스를 공급하지 못하도록, 그들 공급시설의 설치 또는 공

178) 공급거부의 문제는 일본에서도 행정의 실효성확보수단의 하나로서 많은 논의가 이루어지는 분야이나, 일본에서도 예를 들어 수도법 제15조제1항이 정당한 이유가 없으면 급수를 거부할 수 없다고 규정하지만 그곳에서의 정당한 이유 속에는 조례에 의한 요청, 행정지도위반, 건축기준법과 같은 다른 법령의 위반 등은 포함되지 않는 것으로 해석되고 있다. 즉, 건축기준법의 규정에 반하였다고 하여 관할 행정청이 급수의 중지를 요청하는 것은 수도법상의 급수거부가 가능한 정당한 이유가 될 수 없다는 것이 일반적인 이해이다. 塩野 宏, 前掲書, 199頁; 일본의 공급거부사예에 관하여는 박영도·김효정·변혜철, 앞의 보고서, 67-77면이 자세하다.

급의 중지를 해당 공급자 또는 관계행정기관의 장에게 요청할 수 있도록 하고(제2항) 그러한 요청을 받은 자에게는 특별한 이유가 없는 한 요청에 응하여야 함을 명시하고 있다.

(2) 수도법 제24조

동조 제1항은 일반수도사업자는 정당한 이유없이 수돗물의 공급을 원하는 자에 대하여 그 공급을 거절하여서는 아니된다고 하고, 수돗물의 공급을 거절할 수 있는 사항에 대하여는 공급규정이나 지방자치단체의 조례에서 정하도록 하고 있다. 이에 따라 예를 들어 서울시급수조례에서는 수도요금, 수수료, 공사비 기타 조례에서 규정한 징수금의 독촉을 받고 지정 기한 내에 납부하지 않는 자에 대하여 급수를 정지할 수 있음을 규정하고 있다(제31조제1항제1호). 또한 건설교통부 훈령인 수돗물공급규정도 요금, 연체료 등을 납기일 내에 납부하지 않는 경우 수돗물공급을 정지하거나 사용을 제한할 수 있도록 규정하고(제20조제1항제1호), 그 경우에는 7일 전까지 수요자에게 통지할 것을 의무로 하고 있다(동조 제3항).

(3) 전기사업법 제14조

수돗물의 공급거부와 마찬가지로의 규정이 있다. 전기사업법 제14조는 발전사업자 및 전기판매사업자에 대하여 정당한 사유 없이 전기의 공급을 거부하여서는 아니된다는 공급의무를 규정하고 있는데, 이는 정당한 사유가 있는 경우에 공급거부를 가능하게 하는 규정이다. 동법 시행규칙에 의하면 전기요금을 납기일까지 납부하지 않은 전기사용자가 공급약관에서 정하는 기간까지 당해 요금을 납부하지 않는 경우에 전기의 공급을 거절할 수 있다(제13조제1항제1호).

(4) 도시가스사업법 제20조

동조는 도시가스의 공급규정에 관하여 규정하는데, 그에 따라 제정된 도시가스공급규정 제29조는 요금 및 그 밖에 동 규정에 의한 제징수금을

기한내 납부하지 않아 2회 이상 독촉장을 받고도 이를 이행하지 않는 때에는 가스수요자에게 그 사유를 통지하고 가스공급을 중지할 수 있음을 규정하고 있으므로 공급의 거부에 관한 규율을 행하고 있다.

(5) 집단에너지사업법 제16조

동조 제1항과 제2항은 집단에너지사업자에 대하여 그 허가받은 공급구역 안에 있는 사용자에게 정당한 사유없이 집단에너지의 공급을 거부하여서는 아니된다는 점과 열생산자는 사업자와 수급계약을 체결한 때에는 정당한 사유없이 그 열의 공급을 거부하여서는 아니됨을 규정하고 있다. 그리고 요금 등의 공급조건에 관하여는 공급규정을 제정하여 운용하도록 하고 있는데(법 제17조) 그에 따라 제정된 한국지역난방공사의 열공급규정에는 열공급정지사유로서 사용자가 열요금을 연체납기일로부터 14일 되는 날까지 납부하지 않거나, 기타 납부하여야 할 금액을 납기일까지 납부하지 않고 사업자가 정하는 별도의 조치에 따르지 않을 경우에는 그 사용자에게 대하여 열의 공급을 정지할 수 있다고 규정하고 있다. 이 경우 정지하는 날의 5일 전까지 사용자에게 통지가 의무로 된다.

(6) 공업용수공급규칙 제12조

동조는 공업용수도사업자로 하여금 공업용수를 공급받는 자가 요금을 기일 안에 납부하지 않거나 부정한 방법으로 공업용수를 사용한 때, 공업용 및 생활용의 원수로부터 공급받은 물을 공업용수 이외의 목적으로 사용하거나 판매한 때 및 계량기의 기능을 저해할 행위를 할 때에는 정지 2일 전까지 당해 사실을 통지한 후 급수를 정지할 있도록 규정한다.

3. 차량 등의 사용금지

운송수단으로서의 자동차나 선박 등이 행정법규에 위반하여 사용된 경우에 차량의 사용을 정지하거나 금지함으로써 이후 해당 차량을 이용한 행정법규 위반행위를 근절하려는 행정의 실효성확보수단이다. 차량은 대량수송을 가능하게 하는 도구로서 오늘날 인식되고 있는 그 유용성에 비

추어 차량의 사용이 정지되거나 금지될 경우에 차량의 소유자 또는 운전 자로서는 직업활동이나 생계활동 등에 있어서 중대한 행동의 제약을 감 수하게 될 것을 예상하기는 어렵지 않다. 차량 등의 사용금지조치가 행 정의 실효성을 확보함에 있어서 강력한 수단으로 작용할 수 있음을 시사 하는 부분이다.

산림법은 부정임산물을 적재 또는 운송하거나 장비를 사용하여 불법으로 산림형질변경을 하는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 당해 자동 차·선박 또는 장비의 사용정지처분을 할 수 있도록 하고 있다(제94조).

1981년에 개정된 하천법에서는 관리청에 대하여 제25조제1항제6호의 규정에 위반하여 채취한 토석·사력 등 하천산출물을 적재하거나 운송한 차량·중기 또는 선박을 그 정을 알면서 운전한 자에 대하여는 그 운전 면허·중기조종사면허 또는 해기사면허의 취소 또는 1월이상 6월이하의 효력정지 및 당해 자동차·중기 또는 선박에 대한 사용정지처분을 그 주 무관청에 요구할 수 있도록 하는 규정을 신설하였다. 그러나 1999년 2 월의 하천법 전문개정에서 동 조항은 삭제되고 말았다.

이에 따라 종래에는 도로교통법과 관련하여 다소 활용이 기대된 것으 로 보이나 현행법상으로는 이와 같은 취지의 의무이행강제수단이 매우 희소하게 되어 있다. 따라서 이하에서의 검토는 주로 앞의 두 수단 즉 수익적 행정행위의 정지와 철회, 공급거부에 집중하게 될 것이다.

제 3 절 비금전적 실효성확보수단의 개선방안

1. 비금전적 실효성확보수단의 난점

이상에서 소개한 비금전 실효성확보수단은 행정상의 의무의 이행을 강 제하기 위하여 상대방(의무위반자)이 긴급하게 필요로 하는 사항을 제공 하지 않음으로써 경제사회활동상의 불이익을 감수하게 하고, 그러한 불 이익으로부터 벗어나기 위하여는 행정상의 의무를 이행하지 않을 수 없 다고 하는 상호관계를 이용한 행정상의 실효성확보수단에 관한 것이다. 이것은 결국 의무위반자가 긴급하게 필요로 하는 사항¹⁷⁹⁾과 공법상의 의

179) 그것이 일상생활에 있어서 없어서는 안되는 재화일 수도 있고, 자신이 희망하는 사

무의 이행을 상호 결부시키는 것인데, 의무위반자가 긴급하게 필요로 하는 사항과 그가 이행해야 하는 공법상의 의무는 상호간에 아무런 실질적인 연관성을 지니고 있지 못한 점에 문제의 심각성이 있다. 이른바 부당 결부금지원칙의 위반문제이다.¹⁸⁰⁾ 예를 들어 건축법에 위반한 건축물의 시정 의무와 해당 건축물에 공급될 수도물의 공급거부나, 조세의 체납과 조세체납자가 행하는 관허사업에 대한 허가는 상호간에 실질적인 연관성을 인정하는 것이 곤란하다. 물론 의무의 강제수단과 위반한 의무간에 전혀 연관이 없지는 않다. 왜냐하면 건축법의 예의 경우에는 위법한 건축물이 위법건축물의 시정과 당해 건축물에의 수도의 공급이나 당해 건축물에서의 사업의 허가 등을 연결시키는 매체가 되고 있는 것이고, 세법의 예에서는 조세를 체납한 자가 납세의무와 관허사업간을 연결시키는 매체가 되고 있다. 다시 말해서 조세를 납부하지 아니하는 자가 행하고자 하는 사업의 허가라는 점에서 조세의 체납과 사업의 허가문제가 서로 연결될 수 있게 된다. 또한 법에 위반한 건축물에 대한 수도물의 공급이라는 점에서 건축물의 시정과 수도물의 공급문제가 서로 연결될 수 있게 된다.

그러나 수도물의 공급거부는 해당 수도물의 사용관계와 관련하여 발생하는 문제의 해결을 위한 수단인 것이고, 허가 등의 금지나 철회는 해당 허가사업과 관련한 문제의 해결을 위한 수단인 것이다. 이러한 수단들을 각기 그것과는 전혀 관련이 없는 위법건축물의 시정이나 납세의무의 이행 등에 동원하고 있는 것은 위의 수단들에 대하여 법이 본래 부여한 기능을 변질시키는 것이고 의무위반자에 대하여도 예측하지 못한 수단에 의하여 의무이행을 강제당하는 것이므로 그 문제점이 작지 않은 것이다.

또한 실제에 있어 이들 의무위반 또는 법규위반에 대하여 그의 이행 또는 시정을 담보할 법적 장치가 존재하지 않는 것이 아니다. 조세체납의 경우에는 행정상 강제징수라는 실효성확보수단이 존재하는 것이며, 위법한 건축물의 시정에 대하여도 행정상 대집행이라는 일반적인 실효성 확보장치가 마련되어 있기 때문이다.¹⁸¹⁾ 따라서 이들 수단을 이용하여 행

업을 적법하게 영위하기 위하여 필요한 조건일 수도 있다.

180) 이에 관하여는 박영도·김호정·변해철, 앞의 보고서, 85-88면; 박균성, 앞의 책, 57면 이하 등 참조.

181) 또한 시정명령 불이행자에 대하여 집행벌, 즉 이행강제금을 부과함으로써 의무의

정이 원하는 상태 내지 법에 합치하는 상태를 충분히 실현할 수 있는 것임에도 불구하고 이를 활용하지 않고 허가권이나 급수의무 등 행정이 보유하고 있는 권한이나 의무를 그 본래의 용도가 아닌 용도에 활용하는 것은 수단의 변칙적인 운용이라고 하지 않을 수 없다.

게다가 위반하는 의무와 의무이행을 강제하기 위한 수단이 상호간에 실질적인 연관성이 없어 이질적인 데에서 양자의 균형을 확인함에 있어서도 어려움이 있다. 이른바 비례의 원칙에 관한 문제가 제기될 수 있다. 조세의 채납과 허가 등의 거부를 어떻게 견주어볼 수 있는지 의문이 아닐 수 없기 때문이다. 이 경우에 행정청이 허가등을 거부함으로써 의무 위반자가 입는 고충 및 손실과 허가 등을 거부함으로써 달성할 수 있는 행정청의 의무이행강제의 효과가 상호 형량이 가능한지 의문이 아닐 수 없다. 그 이전에 실제에 있어서는 납세의무의 이행목적에 위하여 그와 무관한 사업의 허가를 금지하는 것이 조세행정의 목적을 달성하게 함에 적합한 수단인가 하는 적합성의 원칙부터 그 충족여부에 의문이 제기될 수가 있다.

2. 비금전적 실효성확보수단의 활용도

이상과 같이 법리적으로 여러 가지 난점을 안고 있는 비금전 실효성확보수단이 실제에 있어서 얼마나 활용되고 있는지 의문이 된다. 만일 법리적으로 여러 가지 문제점이 있다고 하더라도 그 활용도가 높다고 한다면 법리적인 문제점을 최소화하는 방향으로 이들 수단들의 행사에 관한 규율의 정비를 행하는 것이 필요하다고 할 것이고, 그와 반대의 경우라면, 법적인 난점도 있으므로 장기적으로는 이들 수단들을 축소해 나가는 방향으로의 정비가 있어야 할 것이라 생각되기 때문이다.

그런데 이들 실효성확보수단의 운용실태에 관하여 보고하는 통계는 알려져 있지 않다. 납세의무위반을 이유로 기존 관허사업의 허가 등을 철회한 것에 관하여는 다소간 판례가 존재하나¹⁸²⁾ 그 외의 경우에 있어서의

이행을 간접강제하는 장치도 마련되어 있다. 건축법 제83조 참조.
182) 박영도·김호정·변혜철, 앞의 보고서, 110면, 각주158) 참조.

이들 수단의 활용도는 많지 않을 것으로 생각된다. 예를 들어 공급거부의 경우, 소형영세위반건축물의 경우에는 영세서민의 생활과 직결되어 사회정책적인 문제가 되고, 대형위반건축물의 경우에는 막대한 경제적 손실이라는 문제가 있으므로 이 수단이 사후강제수단으로서보다는 사전예방수단으로서 그 기능을 발휘하고 있다고 이해되고 있기 때문이다.¹⁸³⁾

3. 비금전적 실효성확보수단의 개선방안

비금전적 실효성확보수단이 당해 수단이 지닌 특성상 일정한 경우에 강력한 의무이행의 강제효과를 달성할 수 있는 것이라고 하여도 그것이 초래하는 부작용이 적지 않은 것이라고 하면 장기적으로는 축소해가는 것이 바람직할 것이다. 더욱이 앞에서 본 바와 같이 그것이 행정실체에 있어 별로 운용되고 있지 않고 위반행위로 나아가지 못하도록 경계하기 위한 수단, 즉 사전예방수단적 기능을 수행하는 것이라고 한다면 실제에 있어 활발하게 운용되고 있는 것은 아니므로 더더욱 존치시킬 이유가 존재하지 않는다고도 이해할 수 있다. 물론 사전예방수단적 기능도 의무위반을 예방하여 이로써 행정의 실효성을 확보하는 것을 가능하게 하는 중요한 기능이라고 이해한다면 이들 수단 그 자체를 폐지해 나갈 필요까지는 존재하지 않는다고 할 수 있다. 이 경우에 실제에 활용할 의도는 없고 위반행위로 나아가지 못하도록 엄포하고 경계할 목적만이라고 한다면 이상과 같은 비금전적 실효성확보수단은 오히려 의무위반자에게 가혹하면 할수록 그의 예방적 차원의 효과를 보다 달성할 수 있다고까지 생각할 수 있을 것이다. 그러나 법문으로 존재하여도 실제에 있어서의 운용이 없다고 한다면 해당 규율의 존재의의는 감소된다고 하지 않을 수 없다. 또한 동시에 운용이 활발하다고 하여도 그의 부작용이 크다고 하는 경우에도 해당 규율을 아무런 수정없이 방치하는 것은 바람직한 태도가 아닐 것이다.

이상과 같은 관점에서 볼 때, 건축법의 규정을 중심으로 하는 공급거

183) 박윤훈, 최신행정법강의(상), 2004, 675면; 박영도·김호정·변해철, 앞의 보고서, 129면.

부라는 실효성 확보수단은 건축법상의 의무위반을 인간의 일상생활에 불가결한 수도·전기 등의 공급과 같은 생계형 수단을 담보로 이행강제하고자 하는 것은 비례의 원칙이나 부당결부금지의 원칙과 같은 법리를 굳이 들추지 않더라도 매우 후진적인 행정편의적인 태도라 하지 않을 수 없으므로 그의 존치는 바람직하지 않다고 하지 않을 수 없다.¹⁸⁴⁾ 오히려 건축허가나 공사감리 등의 건축과정에 대한 행정적 감독장치를 강화하여 불법건축물의 발생을 사전에 방지하는 것이 보다 필요하다고 할 것이다.

다만 사실의 문제로서 불법건축물이 현실적으로 건축된 경우에 그 위반자에 대하여 위반상태의 시정을 강제하는 수단으로서 수도 등의 공급을 거부하여 건축물이 건축물로서의 구실을 하지 못하게 하는 것은 여전히 어느 정도의 효과가 있으며 따라서 공급거부제도의 존치를 주장하는 경우에는 선의의 피해자가 발생하지 않도록 하는 규율의 정비가 있어야 할 것으로 생각한다. 예를 들어 공급거부를 가능하게 하는 경우에도 이미 해당 건축물에 주민 등의 입주가 이루어진 경우와 같이 일정한 경우에는 공급거부를 금지하는 규정이 필요할 것으로 생각된다.

다음으로 수익적 행정행위의 정지 또는 철회와 관련하여서는 국세징수법 및 지방세법의 규정과 관련하여 이 제도를 존치시키는 한 다음의 점도 고려될 필요가 있다고 생각된다. 우선, 이들 법률에 의하면 조세의 체납횟수가 3회 이상일 것을 요건으로 하고 있는데 이 경우에도 단지 위반의 횟수만을 고려할 것이 아니라 위반하는 체납액의 다과도 함께 고려될 필요가 있지 않을까 생각된다. 국세를 3회 체납하였다고 하여도 그 체납액이 미미한 경우라고 한다면 이를 가지고 체납자의 다른 사업 등의 인허가를 금지하도록 하는 것은 과잉금지의 원칙에 반할 것이라 생각되기 때문이다. 또한 체납된 국세나 지방세의 종류를 가리지 않고 막연하게 이들 조세의 체납이 있으면 인허가 등을 철회하게 하는 것은 부당결부금지의 관점에서 문제가 제기될 수 있으므로 상호 결부시킬 수 있는 예를 법문에서 구체적으로 한정하는 것이 필요할 것으로 생각된다.¹⁸⁵⁾ 예를 들

184) 박영도·김호정·변해철, 앞의 보고서, 129면 참조.

185) 박영도·김호정·변해철, 앞의 보고서, 113면 이하는 이러한 관점에서의 법제개선방안을 제안하고 있다. 다만, 동 견해에 의하면, 국세를 예로 설명하면서 국세 가운데에

어 당해 체납세금이 해당 사업의 수행과정에서 발생한 것인 경우에 해당 사업의 인허가 등의 철회를 가능하게 하고, 여러 개의 사업체를 가지고 있는 사업자의 경우에 하나의 사업에서 발생한 세금의 체납을 다른 사업의 인허가와 결부시키는 것은 타당하지 않을 것이다. 또한 사업주의 개인적인 세금체납을 이행강제하기 위하여 사업주가 운영하는 사업체의 인허가를 연동시키는 것도 역시 적절하지 못한 실효성확보방법이라 생각된다.

징수실적이 없어 사실상 운영되지 않거나, 체납국세의 종류에 포함시킬 실익이 적은 세목을 제외할 것을 법문에 명시할 것이 필요하다고 하는 입장이나 본문에서 제시하는 필자의 견해는 세목을 줄히자는 것이 아니라 세목에 상관없이 해당 사업과 관련하여 야기된 체납이면 해당사업의 인허가와 연계시킬 수 있다는 관점의 차이가 있다.

제5장 결론

정의란 어느 한쪽에 치우치는 관념이 아닐 것이다. 그러한 정의를 동시대의 사회문화를 반영하여 조문의 형태로 변형시킨 것이 법률이라고 하면 법률 역시 어느 한쪽의 가치에 치우치는 것이어서는 안될 것이다. 나아가 이러한 법률을 집행하는 행정 역시 마찬가지로 할 수 있을 것이다. 이러한 관점에서 볼 때, 행정의 실효성확보는 그의 반대편에 위치하고 있는 가치로서의 국민의 권리이익을 항상 염두에 두고 추진될 것이 요구된다고 하지 않을 수 없다. 두 가지의 가치는 어느 쪽이 우세에 있으면 다른 쪽이 침해되는 관계에 있다고 볼 수 있다. 실효성확보가 강화되면 국민의 권익보호가 약화될 수 있고, 그 반대는 반대의 결과를 낳을 것이다. 그러나 두 가치가 동시에 공존할 수 없다고 보는 것은 타당하지 않다. 두 가치는 타협과 양보 속에 공존할 수 있는 적정선을 가지고 있는 것이고 문제는 그러한 적정선을 어디에 구할 것인가에 있다고 할 수 있다. 새로운 행정의 실효성확보를 중심으로 이상에서 살펴 본 논의들은 결국 그 적정선을 발견하고 점검해가고자 하는 과정이라고 할 수 있다.

이와 같이 볼 때, 현행법에서 발견할 수 있는 새로운 행정상 실효성확보수단에 대하여는 다음과 같은 지적을 할 수 있을 것으로 생각된다.¹⁸⁶⁾

첫째로, 비금전적 실효성확보수단으로서의 수익적 행정행위의 정지와 철회, 공급거부의 경우에는 행정의 실효성확보의 가치가 우세에 있다고 지적할 수 있다고 본다. 그리고 이들 수단은 행정편의에 치우친 수단이라 생각된다. 행정측의 입장에서는 행정상 대집행이나 행정상 강제징수는 직접 의무자의 재산에 대한 실효행사를 수반하므로 보다 부작용이 큰 것이고 따라서 단순히 필수재화의 공급을 거부하거나 인허가 등을 부여하지 않는 것이 의무위반자에 대한 제재로서는 약한 것이고 따라서 실효행사의 절차로 나아가기보다는 이들 간접적 강제수단을 활용하는 것이라고 반론할 수도 있다. 그러나 실제에 있어서는 이들 수단들은 생존권이 나 직업선택의 자유등 국민의 기본권과 직결되는 심대한 문제를 지니고

186) 설명의 편의상 본문에서의 기술순서와는 역순으로 종합한다.

있으므로 결코 완곡한 실효성확보수단은 될 수 없다. 오히려 최대한 존중되어야 할 국민의 기본권을 담보로 행정의 재원조달을 꾀하는 것은 바람직한 태도라고 할 수 없다.

한편, 공급거부를 행정청의 처분으로 보는데는 어려움이 있으나 수익적 행정행위를 정지하거나 철회하는 것은 행정청의 처분이며 수익적 행위를 정지하거나 철회하므로 그것은 정반대의 성격의 행위 즉 의무위반자인 상대방에 대하여는 침해적 행위가 되지 않을 수 없다. 그렇다면 이에 대하여는 행정절차법 제21조 이하의 적용이 있다고 하지 않을 수 없으며 그에 따라 인허가 등을 철회하기 이전에 상대방에게 통지하여 의견진술의 기회를 부여하지 않으면 안되게 될 것이다. 이것은 행정의 실효성확보수단에 치우친 무게의 중심을 국민의 권리보호쪽으로 다소나마 옮겨 놓는 역할을 할 것이다.

둘째로, 금전적 실효성확보수단과 관련하여서는 제재로서 부과하는 금전적 부담이 위반한 의무와의 관계에서 균형을 유지하고 있는가 하는 점과 절차적 관점에서 금전적 제재의 상대방에게 변명의 기회를 부여하는 것이 필요한가 하는 점이 중요할 것으로 생각된다. 전자의 문제는 매우 기술적인 측면이 있어 그 균형이 유지되고 있는가를 확인하는 것은 곤란하다. 다만, 이 경우에는 징수요율을 조절하는 것에 의하여 행정상 실효성확보와 국민의 권익보호를 조화시키는 것이 가능하다고 보며 따라서 징수요율의 조절이 시의에 맞게 변동될 수 있는 체계를 정비해 나가는 것이 필요하다고 생각된다. 후자의 문제점과 관련하여서는 이와 같은 금전적 제재를 과세절차를 통하여 행한다고 하더라도 그것이 통상의 과세와는 성질이 다르며 행정상의 제재로서의 성격을 지니는 것이라면 설령 과세절차에 의한다고 하더라도 납부의무자에게 사전에 소명의 기회를 부여하는 것을 고려하는 것이 실효성확보와 권익보호를 조화시키려는 목표에 보다 접근할 수 있게 할 것이라 생각한다.

끝으로 공표제도에 관하여는 실효성확보와 권익보호 간에 어느 쪽에 중점이 두어져 있는지를 판단하는 것이 용이하지 않다. 왜냐하면 공표의 실효성확보로서의 효과는 의무위반자인 상대방의 인성이나 사회의 정서 등과 관련하여 일정하지 않으며 예측할 수 없는 것이기 때문이다. 게다가

가 공표는 본래 순수하게 정보제공적 의미에서 출발했던 것이고 누구의 권리이익을 침해하거나 그것에 영향을 미치는 것이 아니었으므로 공표의 실시에는 관대한 측면이 존재하지 않았을까 생각된다. 이러한 점에서 볼 때 공표제도를 도입함에 있어 그의 실효성확보의 효과와 동시에 국민의 권익보호를 조화시키기 위하여는 여러 가지 점에서의 법적 제어장치가 요구된다. 이 때에 법률유보와 공표의 절차적 관점에서의 통제가 특히 중대한 의미를 띠게 된다고 하겠다.

참 고 문 헌

【 국내문헌 】

- 김대영, 국세징수실무(개정증보4판), 1994, 조세통람사
- 김완석, 소득세법론(개정증보판), 2002
- 강인애, 국세징수법해설, 1994, 청림출판
- 박영도·김호정, 과징금제도의 운용실태 및 개선방안 (현안분석 2002-2), 2002. 7. 29.
- 박영도·김호정·변해철, 새로운 행정상 의무이행확보를 위한 관허사업제한 등 관련법령의 정비방안, 2004. 10, 한국법제연구원
- 박영도, 과징금제도의 현황과 개선방향(연구보고 93-1), 1993. 3. 30.
- 권오창, “행정상 공표와 국가의 민사상 책임,” 사법논집 제26집, 1995, 385-415면, 법원도서관
- 김석호, “공정거래법상 과징금제도에 관한 제문제”, 공정경쟁 2001. 12. 26.
- 김완석, “조세징수의 간접적 강제수단의 문제점,” 조세연구 제3집, 2003, 113-145면
- 김용섭, “행정상 공표의 법적 문제: 대상판결: 대법원 1998. 5. 22. 선고, 97다57689판결,” 판례월보 제358호, 2000년 7월, 7-23면
- 김원주, “행정상 공표의 법적 문제,” 서울대법학 제38호, 1978. 2, 95-113면, 서울대학교법학연구소
- 김치환, “공정거래법에서 규정하고 있는 시정조치의 법적 의미,” 경쟁저널 제106호(2004년 6월), 2-13면, 한국공정경쟁연합회
- 김홍대, “과징금제도의 의의와 법적 성격,” 법조 통권555호, 2002. 12,

참 고 문 헌

5-39면.

- 김학세, “부당결부금지의 원칙,” 판례연구 제15집, 2001.8, 25-45면
- 박윤흔, “행정법상의 의무확보수단,” 공법연구 12, 1984. 8, 한국공법학회, 89-134면
- 박철민, “행정법상의 의무이행 확보수단,” 법대논총 29, 동아대학교법과대학학생회, 1995.11, 66-85면
- 방홍길, “행정상의 의무이행확보수단,” 사법논집 제17집, 1986, 531-567면
- 오용식, “행정상 공표와 관련한 몇 가지 검토,” 법제 통권 제537호, 2002. 9, 3-22면
- 옥무석, “국세채납자의 관허사업제한,” 조세법연구 제1집, 1995. 8. 61-78면
- 차정균, “지방세법상 관허사업제한 해설,” 지방세 제44호, 1997. 11, 66-77면
- 천병태, “행정의무이행의 현대적 수단,” 법학연구 44, 1995. 12, 부산대학교법과대학법학연구소, 17-26면
- 최세영, “행정상 강제집행의 수단,” 사법논집 제17집, 1986, 491-529면

【일본문헌】

- 兼子 仁, 行政法學, 岩波書店 1997.
- 高木 光, 技術基準と行政手續, 弘文堂, 1995
- 高田 敏, 行政法(改訂版), 有斐閣ブックス, 1996
- 廣岡 隆, 行政法總論(第3版), ミネルボア書房, 1995.
- 廣岡 隆, 行政上の強制執行の研究, 法律文化社, 1961.
- 今村成和, 行政法入門(第5版), 有斐閣 1992.

- 南博 方/原田尙彦/田村悦一(編), 新版行政法(1), 有斐閣 1992.
- 大抵啓吉, 行政法總論, 岩波書店, 1999
- 藤田宙靖, 行政法 I (總論; 第4版), 青林書院, 2003
- 成田頼明, 現代行政法(第3版), 有斐閣, 1995.
- 小高 剛, 行政法總論, ぎょうせい, 1994.
- 室井 力(編), 現代行政法入門, 法律文化社, 1995.
- 阿部泰隆, 行政の法システム(下), 有斐閣, 1999
- 塩野 宏, 行政過程とその統制, 有斐閣, 1995.
- 塩野 宏, 行政法 I (第2版), 有斐閣, 1994.
- 遠藤博也, 實定行政法, 有斐閣, 1989.
- 原田尙彦, 行政法要論, 學陽書房, 2000.
- 芝池義一, 行政法總論(第2版), 有斐閣, 1994.
- 村上武則(編), 基本行政法, 有信堂, 1995.
- 高木 光, “實效性確保”, 公法研究49号, 1987.
- 關根謙一, “行政強制と制裁”, ジュリスト1073号, 1995.10.
- 宮崎良夫, “行政法の實效性の確保 -行政法違反とその是正をめぐる問題點”,
行政法の諸問題 上(雄川一郎先生獻呈論集), 有斐閣 1990.
- 來生 新, “課徴金・反則金・違反の公表”, 行政法の争點(ジュリスト増刊),
1980
- 大橋洋一, 行政法學の構造的變革, 有斐閣, 1996
- 大橋洋一, 行政行爲の行爲形式論, 弘文堂, 1993
- 碓井光明, “行政上の義務履行確保,” 公法研究 58号, 1996
- 島山武道, “センクシヨンの現代的 形態”, 岩波講座 基本法學 8(紛争),

참고 문헌

- 岩波書店 1983.
- 木元錦哉, “課徴金制度の運用と問題點”, *ジュリスト* 675号, 1978.10.
- 福井秀夫, “行政上の義務履行確保”, *法學教室* 1999.7.
- 相場照美, “課徴金の納付と徴收の手續”, *ジュリスト* 656号, 1978.1.
- 亘理 格, “行政上の命令・強制・指導”, *岩波講座 現代の法 4(政策と法)*, 岩波書店 1998
- 小高 剛, “現代行政の手法”, *公法研究* 49号, 1987.
- 阿部泰隆, “課徴金制度の法的設計”, *國際化時代の行政と法(成田頼明先生退官記念)*, 良書普及會, 1993.
- 宇賀克也, “SECによる法執行の改革”, *ジュリスト* 990号, 1991.11.
- 元永 剛, “課徴金制度の現状と問題點”, *ジュリスト* 751号, 1981.10.
- 磯野弼生, “行政上の義務履行確保”, *現代行政法大系 2(行政過程)*, 有斐閣, 1984.
- 畠山武道, “課徴金・反則金・違反の公表,” *行政法の争點(新版)*, *ジュリスト* 増刊, 102-103頁
- 畠山武道, “行政強制論の將來,” *公法研究* 58号, 1996
- 田村泰俊, “行政の實效性確保としての公表の法理”, *東京國際大學論叢 經濟學部編13号*, 1995.
- 田村泰俊, “行政の實效性確保と非刑事的金錢上の制裁”, *東京國際大學論叢 經濟學部編14号*, 1996.
- 田村泰俊, “行政の實效性確保手法としての課徴金と二重處罰”, *東京國際大學論叢 經濟學部編19号*, 1998.
- 佐伯仁志, “制裁”, *岩波講座 現代の法 4(政策と法)*, 岩波書店 1998.
- 中里 實, “經濟的手法の法的統制に關するメモ(上)(下)”, *ジュリスト* 1042号,

1045号, 1994.

曾和俊文, “經濟的手法による強制”, 公法研究 58号, 1996.

芝原邦彌, “行政の實效性確保 - 刑事法の觀點から-”, 公法研究 58号, 1996.

村上曆造, “行政廳による處罰 - 行政法令違反に對する非刑事的金錢罰について”, ジュリスト 764号, 1982.4.

行政強制-行政權の實力行使の法理と實態, ジュリスト増刊, 1977年 1月 25日 号.