

# 행정형벌 정비방안 연구

최환용

KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE



연구보고 2015-09

# 행정형벌 정비방안 연구

최 환 용

# 행정형벌 정비방안 연구

## A Study on Improvement of Administrative penalties

연구자 : 최 환 용(연구위원)  
Choi, Hwan-Yong

2015. 10. 31.



한국법제연구원  
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

## 요 약 문

### I. 배경 및 목적

- 대다수의 행정법규에서는 일정한 행정목적은 달성하기 위하여 국민에게 일정한 의무를 부과하고 해당 의무이행의 실효성을 확보하기 위하여 의무위반에 대한 제재로서 형법에 형명(刑名)이 있는 행정형벌을 부과하기 위한 벌칙 규정을 두고 있음
- 행정형벌 중에는 그 구성요건의 내용이 애매모호하거나 불명확하여 국민의 법 준수도를 떨어뜨리고 행정의 자의적인 법집행을 초래하거나 범죄의 성립 여부를 법관의 자의적인 해석에 맡겨 버릴 우려가 있거나 구성요건 자체 또는 중요부분을 하위 법령 또는 행정규칙에 위임하는 등 죄형법정주의에 반할 우려가 있는 경우가 발견되기도 함
- 또한 행정형벌은 위반행위의 가벌성의 정도에 비추어 적절하고 합리적인 것이어야 하나 위반행위에 비하여 형량이 부적절·불합리·과다하거나 경미한 법령 위반행위를 행정형벌로 제재하는 경우, 해당 법령이나 다른 법령에서의 동일하거나 유사한 의무위반행위에 대한 처벌과의 균형을 상실한 경우, 자유형과 선택형으로 되어 있는 벌금형의 불균형이 나타나는 경우도 발견됨

- 이상의 경우들은 국민의 법적 안정성·예측가능성을 저해하여 법 준수도를 떨어뜨리고 다수의 국민을 전과자로 양산할 가능성이 있으며 행정편의주의를 조장하고 불필요한 소송비용을 유발하며 국민과 행정간의 불필요한 마찰·사회적 갈등을 초래할 수 있는바, 그 실태를 조사·분석하여 체계적으로 정비할 필요가 있음
- 이 연구에서는 현행 행정형벌 조항 중 구성요건이 애매모호하거나 불명확한 경우, 구성요건 자체 또는 중요부분을 하위법령 또는 행정규칙에 위임하여 죄형법정주의의 원칙에 위반될 우려가 있는 경우, 위반행위의 가벌성 정도에 비하여 형량이 부적절·불합리·과다한 경우, 동일하거나 유사한 의무위반행위에 대한 처벌과의 균형을 상실한 경우, 국민의 법감정과 사회 여건의 변화 등을 반영하지 못한 경우 등을 조사·발굴하여 체계적으로 정비할 수 있는 방안을 모색함으로써 국민의 법적 안정성·예측가능성을 도모하고 법 준수도를 높이며 행정의 자의적인 법집행을 예방하고 불필요한 소송비용의 유발을 방지하고자 함

## II. 주요 내용

- 제2장에서는 행정형벌은 행정제재로서의 성격을 가지면서 형법총칙의 적용을 받는 형벌로서의 성격을 동시에 가지며, 행정질서벌과 구별되는 특성을 가지고 있음을 밝히고 자하였음. 그리고 행정형벌을 행정질서벌과 비교하여 균형적

인 재편이 요청되며, 행정형벌 자체의 문제점으로 자유형과 재산형의 불균형, 유사 의무위반행위에 대한 법정형의 불균형을 제시하고자 하였음

- 제3장에서는 유사 의무위반행위간 법정형의 비교 및 예시 분석을 통하여 같은 의무위반행위라 하더라도 해당 의무규정이 보호하고자 하는 법익의 경중에 따라 행정형벌과 행정질서벌을 선택하여 부과하여야 하며, 형법상 범죄와 유사한 범죄유형을 두는 경우에도 법정형의 균형을 맞출 필요가 있음을 제시하였음
- 제4장에서는 행정형벌의 정비방안으로 위반행위의 원인 또는 결과에 상응하는 제재수단을 선택할 필요성과 행정형벌의 행정질서벌로의 전환기준을 정리하고, 법정형의 균형확보가 필요하다는 점을 강조하였음
- 제5장에서는 행정형벌의 최후수단성을 고려하여 행정제재수단을 선택함으로써 행정형벌의 과잉화를 해소하고, 행정형벌과 행정질서벌간의 균형을 확보할 것을 결론으로 제시하였음

### Ⅲ. 기대효과

- 행정형벌의 과잉화에 따른 행정법규상 의무위반에 대한 제재 기피 현상을 방지하고 행정질서벌과의 균형을 확보함으로써 행정상 의무이행의 실효성을 강화할 것이 기대됨

□ 행정형벌의 구성요건 명확화, 법정형의 균형 확보 등 행정형벌규정의 정비가 기대됨

▶▶ 주제어 : 행정형벌, 행정질서벌, 행정제재, 행정상 의무이행, 비례의 원칙

---

---

## Abstract

---

---

### I . Background and Purposes

- To achieve administrative purposes, most administrative regulations impose duties on people and, to ensure compliance, have penalty provisions for violation of duties. Such penalty provisions impose administrative penalties the names of which are found in the Criminal Act.
- In some cases, however, the elements of an offence are too vague to ensure compliance, to prevent administrative arbitrariness, and to rule out any arbitrary interpretation by the judiciary as to whether an offence is constituted. Some administrative penalty provisions even delegate elements of an offence to subordinate decrees or rules, possibly violating the principle of legality.
- The degree of administrative penalties should be adequate and reasonable in light of the culpability of a violation. However, some provisions impose inadequate, unreasonable, or excessive penalties, while others punish negligible acts for which penalties are not necessary at all. In still other cases, penalties are out of balance compared to other Acts and decrees where similar violations are punished. Imbalance also exists between imprisonment and fines where the former is replaceable with the latter.

- Cases above undermine stability and predictability in the legal system and, if left unchecked, are bound to discourage people from observing the law. Such regulations will result in too many criminals, administrative expediency, unnecessary court costs, and conflict between the people and the administrative branch. It is therefore necessary to examine the status quo and make improvements.
  
- This study inspects administrative penalty provisions and discovers cases where: elements constituting an offence are ambiguous; the elements of an offence is delegated to subordinate statutes or rules to determine, contrary to the principle of legality; the degree of punishment is inadequate, unreasonable, or excessive, penalties are out of balance with the punishment imposed for similar acts; and where penalties are not suitable, considering the sentiment of people toward the law and changes of the society.

## **II. Overview**

- Chapter 2 explains that administrative penalties are both administrative sanctions and criminal punishment subject to the Criminal Act, and are different from the administrative order penalties. This chapter compares administrative penalties with administrative order penalties and calls for balanced

rearrangement. It also points out imbalances between administrative imprisonment and fines, and imbalances between administrative provisions and statutory provisions.

- In Chapter 3, different penalties for similar acts are compared. Through examples and analyses, this chapter presents the need to choose between administrative penalties and administrative order penalties according to the degree of the benefit protected by the law. It also calls for the balance with the Criminal Act when administrative provisions contain offences similar to those prescribed in the Criminal Act.
- Chapter 4 presents the need to choose means of sanctions corresponding to the cause or result of the offence, to prepare criteria for changing administrative penalties into administrative order penalties, and to bring balance in statutory penalties.
- Chapter 5 presents conclusions demanding that excessive administrative penalty should be removed and balance should be brought between administrative penalties and administrative order penalties.

### **III. Anticipated Effects**

- This study will contribute to strengthening the effectiveness of administrative penalties by preventing excessive administrative

penalties and ensuring balance with administrative order penalties.

- This study will help to clarify the elements constituting administrative offences, bring balance of statutory penalties, and rearrange administrative penalty provisions.

➤ Key words: **Administrative penalties, Administrative order penalties, Administrative sanctions, Proportionality**

# 목 차

요 약 문 .....	3
Abstract .....	7
제 1 장 서 론 .....	15
제 1 절 연구의 필요성과 목적 .....	15
제 2 절 연구의 범위 및 방법 .....	16
1. 연구의 범위 .....	16
2. 연구의 방법 .....	17
제 2 장 행정형벌의 의의와 법적 성격 .....	19
제 1 절 행정상 실효성 확보수단으로서의 행정형벌 .....	19
1. 행정의 실효성 확보와 행정제재의 개념 .....	19
2. 행정제재로서의 행정형벌의 특수성 .....	20
제 2 절 행정형벌과 유사개념의 구별 .....	22
1. 행정형벌과 형사벌의 구별 .....	22
2. 행정형벌과 행정질서벌의 구별 .....	24
제 3 절 행정형벌과 관련한 법적 쟁점 .....	26
1. 행정벌체계와 행정형벌간 문제점 .....	26
2. 행정형벌 자체의 문제점 .....	28

제 4 절 형벌규정 제정의 기본원칙 .....	30
1. 형벌법규에 대한 입법권의 범위와 한계 .....	30
2. 행정형벌 정립시 고려되어야 할 사항 .....	31
제 3 장 의무위반행위별 행정형벌의 현황과 실태 .....	33
제 1 절 유사 의무위반행위간 법정형 비교 .....	33
1. 부정한 방법으로 인허가 등 취득 .....	34
2. 일정한 구역 내 개발행위 제한의무 .....	38
3. 유사명칭의 사용 금지의무 위반 .....	49
4. 무인가·무허가 또는 무등록 영업의 경우 .....	53
5. 비밀누설 행위 관련 처벌규정 .....	56
6. 원산지 표시의무 위반에 대한 법정형 .....	59
7. 자격증이나 등록증 등의 대여 .....	61
8. 그밖에 행정의무 불이행에 대한 처벌규정 비교 .....	63
제 2 절 형법상 동일 범죄의 법정형과의 비교 .....	72
1. 「형법」상 범죄의 법정형과의 비교 필요성 .....	72
2. 형법상 법정형과 행정법규 처벌규정의 법정형 비교 .....	73
제 3 절 그밖에 행정형벌규정의 현황과 실태 .....	77
1. 자유형만 규정하고 있는 행정형벌법규 .....	77
2. 벌금형과 자유형 어느 한쪽을 가중하는 경우 .....	80
제 4 장 행정형벌의 정비 방안 .....	83
제 1 절 행정목적과 행정형벌간 비례의 원칙 .....	83
1. 위반행위의 원인에 상응하는 행정제재 수단의 강구 .....	83

2. 의무위반행위의 결과를 기준으로 하는 행정제재 수단의 선택 .....	83
3. 행정형벌과 행정질서벌간의 비례성 확보 .....	84
제 2 절 법정형의 균형 확보 .....	88
1. 형사범과의 비교를 통한 법정형의 균형 확보 .....	88
2. 유사 의무위반행위간 비교를 통한 법정형의 균형 확보 .....	89
제 5 장 결 론 .....	91
참 고 문 헌 .....	93

## 제 1 장 서 론

### 제 1 절 연구의 필요성과 목적

대다수의 행정법규에서는 일정한 행정목적을 달성하기 위하여 국민에게 일정한 의무를 부과하고 해당 의무이행의 실효성을 확보하기 위하여 의무위반에 대한 제재로서 형법에 형명(刑名)이 있는 행정형벌을 부과하기 위한 벌칙 규정을 두고 있다.

행정형벌은 행정법규상 객관적 의무위반의 상태에 대하여 일정한 제재를 부과함으로써 간접적으로 행정의무의 실효성을 확보하는데 필요하지만, 현행 벌칙 조항 중에는 그 구성요건의 내용이 애매모호하거나 불명확하여 국민의 법 준수도를 떨어뜨리고 행정의 자의적인 법 집행을 초래하거나 범죄의 성립 여부를 법관의 자의적인 해석에 맡겨 버릴 우려가 있거나 구성요건 자체 또는 중요부분을 하위 법령 또는 행정규칙에 위임하는 등 죄형법정주의에 반할 우려가 있는 경우가 발견된다.

본래 행정형벌은 위반행위의 가벌성의 정도에 비추어 적절하고 합리적인 것이어야 하나 위반행위에 비하여 형량이 부적절·불합리·과다하거나 경미한 법령 위반행위를 행정형벌로 제재하는 경우, 해당 법령이나 다른 법령에서의 동일하거나 유사한 의무위반행위에 대한 처벌과의 균형을 상실한 경우, 자유형과 선택형으로 되어 있는 벌금형의 불균형이 나타나는 경우도 발견된다.

이상의 경우들은 국민의 법적 안정성·예측가능성을 저해하여 법준수도를 떨어뜨리고 다수의 국민을 전과자로 양산할 가능성이 있으며 행정편의주의를 조장하고 불필요한 소송비용을 유발하며 국민과 행정간의 불필요한 마찰·사회적 갈등을 초래할 수 있는바, 그 실태를 조사·분석하여 체계적으로 정비할 필요가 있다.

따라서 이 연구에서는 현행 행정형벌 조항 중 구성요건이 애매모호하거나 불명확한 경우, 구성요건 자체 또는 중요부분을 하위법령 또는 행정규칙에 위임하여 죄형법정주의의 원칙에 위반될 우려가 있는 경우, 위반행위의 가벌성 정도에 비하여 형량이 부적절·불합리·과다한 경우, 동일하거나 유사한 의무위반행위에 대한 처벌과의 균형을 상실한 경우, 국민의 법감정과 사회 여건의 변화 등을 반영하지 못한 경우 등을 조사·발굴하여 체계적으로 정비할 수 있는 방안을 모색함으로써 국민의 법적 안정성·예측가능성을 도모하고 법 준수도를 높이며 행정의 자의적인 법집행을 예방하고 불필요한 소송비용의 유발을 방지하고자 한다.

## 제 2 절 연구의 범위 및 방법

### 1. 연구의 범위

이 연구는 행정법규에서 일정한 행정의무위반에 대한 벌칙을 정하고 있는 행정형벌을 분석대상으로 하고 있다. 여기서 ‘행정형벌’이란 행정법상의 의무위반행위에 대하여 형법에 형명이 있는 형벌, 즉 사형·무기징역·징역·금고·자격상실·벌금·구류·과료·몰수·추징을 과하는 행정벌을 말한다<sup>1)</sup>.

2015년 현재 대한민국 법령은 헌법과 국회규칙 등을 제외하고 법률, 대통령령, 총리령, 부령을 합해서 4,145개이며, 이 가운데 법률은 1,365개를 차지하고 있다<sup>2)</sup>. 이 가운데 민법, 형법, 상법, 형사소송법, 민사소송

---

1) 대부분의 행정법교과서에서는 행정벌에 행정형벌과 행정질서벌이 포함되는 것으로 설명하고 있다. 이 때 ‘행정벌’은 행정법상의 의무위반행위에 대하여 일반통치권에 의거하여 과하는 제재로서의 벌을 말하며, 그 내용에 따라 행정형벌과 행정질서벌로 나눈다고 한다. 김남철, 행정법강론, 박영사(2014), 450쪽 이하 참고.

2) 법제처 홈페이지(<http://www.moleg.go.kr/lawinfo/status/announcementReport>) 법령통계 참조(최종접속일 2015. 9. 1)

법 등 기본법과 관련 특별법을 제외하면 거의 대부분이 행정법규라 해도 과언이 아닐 것이다.

이러한 행정법규에서는 일정한 행정목적 달성을 위하여 의무를 부과하고, 그 의무위반에 대해서 일정한 ‘제재’를 과하고 있는데, 제재의 유형으로는 행정형벌만 부과하는 경우, 과태료 등 행정질서벌만 부과하고 있는 경우, 행정형벌과 과태료를 병과하는 경우로 나눌 수 있다<sup>3)</sup>. 이 연구에서는 행정형벌만 부과하고 있는 법률과 행정형벌과 행정질서벌을 병과하고 있는 법률을 연구대상으로 하고자 한다.

그리고 이 연구는 행정형벌의 정비방안을 목적으로 하고 있지만, 행정형벌과 행정질서벌간의 관계에 대해서도 검토를 추가하고자 한다. 행정법규의 의무이행확보를 위해서 활용되는 ‘제재’의 유형으로 행정형벌과 행정질서벌은 병과의 가능성이나 전환의 필요성 등에 대해서 여러 차례 논의가 전개되어 왔기 때문에 이를 재정리해 둘 필요가 있다고 생각된다.

## 2. 연구의 방법

우리나라의 행정법 교과서나 관련문헌을 찾아보면 ‘행정형벌’에 관해서는 서술방식이 거의 동일하다. 이는 행정형벌이 형법총칙의 적용을 받는 벌칙이라는 점에서 행정법규의 고유성을 찾기 어렵기 때문이 아닐까 추론된다. 일부 관련 논문에서는 ‘행정형벌’이 아닌 ‘행정제재’라는 포괄적 개념 아래 행정의 의무이행확보를 위한 수단으로서 행정형벌을 언급하기도 한다.

이 연구에서는 우선, 행정형벌에 관한 몇 가지 국내 문헌들을 비교·분석하여 행정형벌에 대한 이론적 경향들을 재정리하고자 한다.

3) 국회법제실, 현행 법률의 벌칙 규정 현황(2011.12.5. 현재), 2011.12, 참조

다음으로 행정형벌에 관한 선행연구결과를 보면 대략 행정형벌을 과하고 있는 의무위반의 유형에 따른 벌칙간 불균형을 시정하는 방향에서 검토되고 있음을 알 수 있다.

국회입법조사처에서 발간한 “행정법규 처벌규정의 법정형 합리화방안”은 법정형 정립의 기준으로 ‘비례의 원칙’과 ‘보충성의 원칙’을 들고 있으며, 행정법규의 처벌규정을 유형화하여 의무위반 유형별로 상호 비교하여 법정형의 불균형을 시정하고자 하는 방향에서 연구되었다<sup>4)</sup>.

그리고 2013년 국회법정형정비 자문위원회가 발간한 활동결과보고서에서도 유사위반행위에 대한 벌칙의 불균형으로 형평성 시비 및 법에 대한 국민 불신 증가 등을 이유로 징역형과 벌금형간 편차 정비와 벌금형을 두지 아니한 징역형의 경우 벌금형을 병과하는 방안 등에 대한 논의를 한 바 있다.

이 연구에서도 선행연구와 유사하게 의무위반 유형에 따른 벌칙간의 불균형을 비교 검토하여 그 개선방안을 모색하는 한편, 선행연구와의 차별성을 확보하기 위하여 의무위반이 사회적·경제적으로 미치는 영향을 검토하여 행정형벌의 행정질서벌로의 전환 가능성에 대한 검토를 병행하고자 한다.

---

4) 국회입법조사처, 행정법규 처벌규정의 법정형 합리화방안, NARS정책보고서 제18집 (2012.10.17.)

## 제 2 장 행정형벌의 의의와 법적 성격

### 제 1 절 행정상 실효성 확보수단으로서의 행정형벌

#### 1. 행정의 실효성 확보와 행정제재의 개념

본래 법률관계란 권리의무의 관계를 의미하며, 행정법관계란 행정상 권리의무의 관계를 의미한다.

대부분의 행정법규에서는 해당 법령이 추구하는 목적을 달성하기 위하여 인·허가나 특허와 같은 행정작용을 통하여 일부 제한되어 있던 권리를 실현시켜 주거나 부관을 붙여서 해당 권리의 행사에 제한을 부과하기도 한다. 다른 한편 행정법규에서는 해당 법령이 추구하는 목적을 달성하기 위하여 상대방에게 행정상 의무를 부과하기도 한다.

행정상 법률관계에서 의무의 부과는 권리의 실현이나 의무 이행의 확보를 위하여 법원에 의한 강제집행절차를 거쳐야 하는 민사상 법률관계와는 달리 공익의 실현과 행정법관계에서의 법적 안정성 등의 이념에 따라 제1차적으로 자기집행력을 인정하고 있다. 즉, 행정상 의무를 이행하지 않았을 때 이를 강제할 수 있는 집행력이 인정되고 있다. 이를 행정상 의무이행 확보수단 또는 행정의 실효성 확보수단이라 한다<sup>5)</sup>.

종래 행정의 실효성 확보수단은 의무이행을 직접적으로 강제하는 행정강제와 의무불이행에 대한 제재를 부과함으로써 간접적으로 의무이행을 압박하는 행정벌로 크게 구분되어 왔다<sup>6)</sup>.

---

5) 홍정선, 행정법원론(상)제23판, 박영사(2015), 627쪽 이하에서는 제5장 행정의 실효성 확보라 하여 편재하고 있으며, 김남철, 앞의 책, 400쪽 이하에서도 제8장 행정의 실효성 확보라 편재하고 있다. 최봉석, 행정법총론, 법령정보관리원(2015), 313쪽 이하에서는 제6편 행정강제와 행정벌이라 편재하고 있다.

6) 김남철, 앞의 책, 400쪽

행정상 강제집행은 직접적으로 의무자의 신체나 재산에 실력을 가함으로써 장래에 향하여 그 의무를 이행시키거나 이행이 있었던 것과 동일한 상태를 실현하는 것으로 실정법상 대집행, 강제금, 직접강제와 강제징수가 있다<sup>7)</sup>.

이에 대하여 행정벌은 과거의 의무위반에 대한 제재로서 일반통치권에 의거하여 부과하는 벌이다<sup>8)</sup>. 그러나 최근에는 행정실무상 행정벌의 부과만으로 의무자에게 간접적으로 의무이행을 압박하는 것이 적절하지 않는 사례가 다수 발생하고 있는 바 이에 대해서는 행정상 의무이행을 간접적으로 강제할 수 있는 다양한 수단들이 등장하고 있다. 예를 들어, 인허가의 철회 등 불이익처분과 부과금, 과징금, 가산세·가산금 등 금전적 제재수단이 그러하다. 이를 통틀어 행정제재라는 용어로 설명하기도 한다<sup>9)</sup>.

행정제재는 제재의 목적을 실현하는 방식 및 기능, 정도에 따라서 제재 자체를 목적으로 하는 직접적 제재와 가산세와 같이 행정법상의 의무이행을 확보하는 이외에 간접적으로 제재적 기능을 하는 간접적 제재로 구분되기도 한다<sup>10)</sup>.

## 2. 행정제재로서의 행정형벌의 특수성

행정형벌은 앞에서 서술했듯이 행정상의 의무위반에 대하여 「형법」 상에 형명이 있는 벌칙, 즉 형벌의 부과를 의미하며, 행정형벌은 제재 자체를 목적으로 하는 직접적 제재이다.

행정형벌은 행정제재로서의 성격을 가지나 「형법」에서 정하고 있는 사형, 무기징역, 징역, 금고, 벌금, 구류, 과료, 몰수의 벌을 과하는 것

7) 홍정선, 앞의 책, 649쪽 ; 김남철, 앞의 책, 402쪽 ; 최봉석, 앞의 책, 315쪽

8) 홍정선, 앞의 책, 627쪽 ; 김남철, 앞의 책, 446쪽 ; 최봉석, 앞의 책, 329쪽

9) 정 훈, 한국의 행정제재 현황과 문제점, 법학논총 제33집 제3호(2013.12), 270쪽

10) 최봉석, 행정형벌에 관한 일고, 법조 제51권제12호(2002), 111쪽

으로 원칙적으로 「형법」제8조에 따라 형법총칙의 적용을 받게 된다. 즉, 「형법」제8조에서는 “본법 총칙은 타법령에 정한 죄에 적용한다”고 하여 행정형벌에 대해서도 형법총칙의 제반 규정이 원칙적으로 적용됨을 명확히 하고 있다.

행정형벌도 형벌이기 때문에 형법총칙상의 기본원리가 동일하게 적용된다. 그러나 모든 형법총칙상의 기본원리가 행정형벌에 적용되는 것은 아니다. 「형법」제8조 단서규정에서는 “단 그 법령에 특별한 규정이 있는 때에는 예외로 한다”고 규정하고 있으며, 이 때 “특별한 규정”의 의미를 둘러싸고 명문의 규정 뿐 아니라 조리상의 특수성을 포함할 것인가에 대해서는 학설상 견해가 다르게 나타나기도 한다<sup>11)</sup>. 즉 ‘특별한 규정’은 명문규정에만 한정된다고 보는 견해, 형벌의 축소·경감은 죄형법정주의·유추적용금지에 반하지 않기 때문에 해당 규정의 해석상 형법총칙의 적용이 배제되는 것으로 인정되는 경우에는 특별한 규정에 포함된다는 견해, 명문규정 뿐 아니라 법령의 취지나 목적을 고려하여 조리상 형법총칙의 적용이 배제되는 것으로 인정되는 경우도 포함된다는 견해가 있다<sup>12)</sup>.

또한, 행정형벌은 다른 행정제재수단들과는 달리 형법총칙이 적용되고 형사소송법에 따라 과벌되며, 종국적으로 법원의 판결에 따라야 한다는 점에서 다른 행정제재수단들과는 다르게 취급되어야 할 특수성이 있다.

11) 홍정선, 앞의 책, 632쪽 ; 김남철, 앞의 책, 453쪽

12) 김남철, 앞의 책, 453~454쪽

## 제 2 절 행정형벌과 유사개념의 구별

### 1. 행정형벌과 형사벌의 구별

전통적으로 행정법학에서는 행정형벌과 형사벌을 구별하는 것에 긍정적이다<sup>13)</sup>. 행정형벌과 형사벌을 구분하는 기준은 대략 반윤리성의 정도에 따라 “형사범은 반윤리적인 것이나 행정법은 비교적 반윤리적 요소가 적다<sup>14)</sup>”고 하거나, 형사범은 국가의 제정법 이전에 문화규범이나 도덕규범을 침해한 자연범의 성격을 가지나, 행정범은 행위의 성질 자체는 반윤리성, 반사회성을 가지는 것은 아니라 특정한 행정목적 실현을 위한 국가의 제정법을 침해한 법정범<sup>15)</sup>이라고 설명되기도 한다<sup>15)</sup>.

입법기술적으로는 자연범(형사범)은 구성요건과 법정형을 동일한 조문에서 규정하고, 법정범(행정범)은 의무규정을 따로 두고 그에 대한 벌칙을 별도로 규정하는 방식을 택하고 있기도 하다.

이렇게 자연범의 경우 구성요건과 법정형을 동일한 조문에서 규정하는 이유는 행위 자체가 반사회적이며, 반윤리적이기 때문에 특별하게 어떤 행위를 하여서는 아니된다는 금지 등의 의무규정을 별도로 규정할 필요가 없기 때문이다. 즉, 형법 제250조에서 “사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다”고 규정하는 것과 같이 누구나 범죄로 인식할 수 있는 행위를 구성요건으로 하여 벌칙규정을 두는 것이 형사벌이다. 이에 비해서 행정형벌은 「식품위생법」 제8조에서 유독기구 등의 판매·사용금지 의무를 규정하고<sup>16)</sup>, 이를

13) 김남철, 앞의 책, 449쪽 ; 홍정선, 앞의 책, 628~629쪽 ; 최봉석, 앞의 책, 330쪽

14) 김남철, 앞의 책, 449쪽

15) 최봉석, 앞의 책, 330쪽

16) 식품위생법 제 8 조(유독기구 등의 판매·사용 금지) 유독·유해물질이 들어 있거나 묻어 있어 인체의 건강을 해칠 우려가 있는 기구 및 용기·포장과 식품 또는

위반했을 때 비로소 같은 법 제94조제1항제2호17)에 따라 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처하거나 병과할 수 있도록 규정하는 방식을 취한다. 즉, 행정형벌은 행정목적 달성을 위해서 법률에 따라 비로소 범죄화되는 행위들을 처벌하는 규정을 의미하는 것이다.

이러한 행정형벌은 법률 제정 당시에는 범죄로 인식되지 않았거나 경미한 범죄로 인식되었다가 시대적 상황 변화에 따라서 범죄로 인식되거나 중대한 범죄로 인식되는 경우에 형벌이 새롭게 부과되거나 강화되기도 한다는 점에서 가변성을 가지고 있다.

예를 들어, 「식품위생법」제13조제1항제1호는 2013년 7월 1일 시행 당시에는 "3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금"에 처하도록 규정되어 있었으나<sup>18)</sup> 2013년 11월 23일 시행된 「식품위생법」제94조에서는 같은 의무위반행위에 대해서 "7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금"에 처하도록 처벌규정이 강화되었다.

그러나 형사범의 경우에도 시대적 상황 변화에 따라 중전의 경미한 범죄에서 중대한 범죄로 처벌규정이 강화된다. 예를 들면, 「형법」제31장 약취, 유인 및 인신매매의 죄에 대한 처벌이 강화된 바 있다. 동 규정의 처벌강화는 2000년 12월 13일 우리나라가 서명한 「국제연합국 제조직범죄방지협약」(United Nations Convention against Transnational

---

식품첨가물에 직접 닿으면 해로운 영향을 끼쳐 인체의 건강을 해칠 우려가 있는 기구 및 용기·포장을 판매하거나 판매할 목적으로 제조·수입·저장·운반·진열하거나 영업에 사용하여서는 아니 된다.

17) 제94조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다.

<개정 2013.7.30., 2014.3.18.>

1. 제4조부터 제6조까지(제88조에서 준용하는 경우를 포함하고, 제93조제1항 및 제3항에 해당하는 경우는 제외한다)를 위반한 자
2. 제8조(제88조에서 준용하는 경우를 포함한다)를 위반한 자
- 2의2. 제13조제1항제1호를 위반한 자
3. 제37조제1항을 위반한 자

18) (구)식품위생법 제97조제1항제1호

Organized Crime) 및 「인신매매방지법」의 국내적 이행을 위한 개정이었다<sup>19</sup>). 결국 행정형벌의 가변성 또한 행정형벌을 특징지우는 징표로 삼기에는 한계가 있다.

행정법학자들은 행정형벌과 형사벌의 구분은 절대적인 것이 아니라 상대적·유동적인 구분에 지나지 않는다고 보는 것이 일반적이다<sup>20</sup>).

## 2. 행정형벌과 행정질서벌의 구별

행정질서벌이란 행정질서를 유지하기 위하여 요구되는 의무에 위반하는 자에 대하여 형법상의 형벌이 아닌 과태료가 과하여지는 행정벌을 말한다<sup>21</sup>).

행정법학에서는 전통적으로 행정형벌과 행정질서벌을 구별하여 왔으나, 2007년 12월 21일 「질서위반행위규제법」(법률 제8725호)가 제정됨에 따라 행정법학에서의 행정질서벌과 행정형벌을 둘러싼 각종 논의는 입법적으로 정리되었다.

우리 헌법재판소는 행정형벌과 행정질서벌의 구별, 특히 입법자가 어떤 제재수단을 택할 것인가의 문제를 국회의 입법재량으로 보고 있다<sup>22</sup>).

행정질서벌은 행정제재이기 때문에 당연히 법률에 근거가 있어야 한다. 행정질서벌에 관한 통칙으로서의 「질서위반행위규제법」은 행정질서벌 부과와 직접적 근거가 아니라 개별 법령에서 행정질서벌을 부과할 수 있는 위반행위가 규정된 경우에 그 성립요건과 과태료의 부과·징수절차 등에 관하여 적용되는 일반법으로서의 성격을 가진다.

---

19) 법제처, 국가법령정보센터

(<http://law.go.kr/lisInfoP.do?lsiSeq=138767&ancYd=20130405&ancNo=11731&efYd=20130619&nwJoYnInfo=N&efGubun=Y&chrClsCd=010202#0000>), 최종검색일 2015.11.1

20) 김남철, 앞의 책, 449쪽 ; 홍정선, 앞의 책, 628~629쪽 ; 최봉석, 앞의 책, 330쪽

21) 김남철, 앞의 책, 450쪽

22) 김남철, 앞의 책, 450쪽 ; 최봉석, 앞의 책, 332쪽 ; 헌법재판소 1994.4.28., 91헌바12 결정

「질서위반행위규제법」에서는 “고의 또는 과실이 없는 질서위반행위를 과태료를 부과하지 아니한다”(제7조), “자신의 행위가 위법하지 아니한 것으로 오인하고 행한 질서위반행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 과태료를 부과하지 아니한다(제8조)”고 하는 등 주관적 요건을 행정질서벌의 과벌기준으로 규정하고 있다.

여기서 비록 「질서위반행위규제법」에서 규정하고 있는 것처럼 행정질서벌인 과태료를 부과함에 있어서 고의·과실을 요하는 것이 행정질서벌을 부과하는 취지에 적합한지에 관해서는 신중한 검토를 요한다 할 것이다. 왜냐하면 행정질서벌인 과태료를 부과하는 것은 행정법규위반이라는 객관적 사실을 전제로 하여 이에 대한 제재를 가하는 것이기 때문에 형벌 부과와 같은 정도의 고의·과실을 요한다고 볼 수 없기 때문이다. 그럼에도 「질서위반행위규제법」에서 고의·과실을 행정질서벌의 요건으로 규정함으로써 행정형벌과 행정질서벌의 구별은 위반행위의 정도와 같은 실체적 구별이 아닌 사실상 형식의 차이에 불과한 것으로 보여진다. 특히 행정형벌을 행정질서벌인 과태료로 전환해야 한다는 주장이 계속되고 있고 과태료의 상한이 벌금형 이상으로 규정되는 입법례를 쉽게 찾을 수 있을 정도로 과태료의 상한이 가중되고 있는 등 행정형벌과 행정질서벌의 구별은 사실상 어렵다고 할 수 있다. 이와 관련해서 비교적 경미한 행정법규위반에 대해 단기 자유형이나 벌금형을 규정하는 경우에는 과태료로 전환하는 것이 필요하다는 견해가 있으며<sup>23)</sup>, 반면 행정형벌을 무조건 행정질서벌로 전환하는 것만이 능사가 아니며, 위반행위의 유형을 세분화하고 위반으로 인한 법익침해의 정도를 고려하여 행정형벌이나 행정질서벌의 부과에 그러한 차이가 반영되도록 제도화할 것을 주장하는 견해도 존재한다<sup>24)</sup>.

23) 홍정선, 앞의 책, 647쪽

24) 김남철, 앞의 책, 453쪽

### 제 3 절 행정형벌과 관련한 법적 쟁점

#### 1. 행정벌체계와 행정형벌간 문제점

##### (1) 제재체계의 복잡성과 행정형벌 부과 불명확성

행정법규는 일정한 행정목적 실현을 위하여 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하기도 한다. 이러한 행정상의 의무를 실효성 있게 하기 위해서 다양한 형태의 제재수단들을 법령에서 인정하고 있다.

그러나 행정목적의 실현을 위하여 일정한 의무이행을 직접적으로 강제하는 것은 기본권에 대한 강력한 침해로서 지극히 제한적으로 행사되어야 한다. 따라서 행정벌과 같은 간접적 강제수단이 행정법규에서 의무이행을 확보하기 위한 제재수단으로 널리 활용되는 것은 당연한 귀결일 것이다.

그러나 이러한 행정벌, 즉 행정형벌과 행정질서벌 또한 부과되는 행정의무의 성격, 실현하고자 하는 행정목적과 비례의 관계에 놓여 있어야 함은 우리 헌법이 예정하고 있는 기본원칙일 것이다.

이런 측면에서 우리나라 행정법규의 제재체계를 살펴보면, 제재수단이 다양하여 그 성질을 명확하게 파악하기 어려울 뿐 아니라 행위의 불법성에 비례하는 적절한 제재를 선택하기가 쉽지 않다는 점을 지적할 수 있다<sup>25)</sup>.

##### (2) 행정형벌 의존도 심화로 인한 과잉범죄화

행정형벌은 국가의 제재수단 중 가장 무겁고 심한 것으로 다른 제재로 당해 불법행위에 대응할 수 없을 경우에만 발동되어야 한다<sup>26)</sup>.

25) 박기석, 한국 행정형벌의 문제점과 개선방안, 비교형사법연구제6권제2호(2004), 235쪽  
26) 이를 보충성의 원칙이라 한다. 박윤훈, 行政罰-行政犯의 脫犯罪化-, 사법행정 26(12), 1985.12, 39쪽

그러나 현행 행정법규에서는 불필요하게 많은 형벌규정을 통해서 의무이행을 확보하려는 경향이 있다. 원칙적으로 행정법상의 의무이행 확보는 행정질서벌에 따르는 것이 법체계상 적합할 것이다.

제재는 본질적으로 부과된 의무의 성격에 따른 것이어야 하나, 다양한 제재수단을 하나의 법률체계에서 중복하거나 병과되는 현상이 문제점으로 지적되기도 한다. 예를 들어 하나의 의무위반행위에 대하여 형벌과 영업의 취소·정지 등 다른 간접적 강제수단을 병과하도록 하고 있는 바, 이런 경우에 다른 간접적 강제수단도 제재적 성격을 가지며 헌법 제13조<sup>27)</sup>와의 관계에서 이중처벌로 보여질 우려도 있다<sup>28)</sup>. 따라서 입법자가 행정법상의 의무를 부과하려는 입법을 하는 경우에 형벌을 제재수단으로 선택하는 것이 명확하며, 형벌을 일종의 보험으로서 활용하는 것을 용이하게 하고 형벌과잉현상을 가져오게 된다<sup>29)</sup>.

헌법재판소도 부동산중개업자의 한도를 넘는 수수료 수수에 대해 형사처벌을 규정한 벌칙조항에 대해서 비록 소수의견이지만 신체의 자유를 침해하는 불필요한 형벌조항으로 보았고<sup>30)</sup>, 「노동조합법」 중 노동위원회의 확정되지 아니한 구제명령을 그 취소 전에 이행하지 아니한 행위를 확정된 구제명령 위반행위와 동일하게 형벌을 부과하는 것은 과잉금지 위반이라 하여 위헌판결을 내린 바 있다<sup>31)</sup>.

27) 헌법 제13조는 “동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다”고 하여 일사부재리의 원칙을 정하고 있다.

28) 물론 행정법 교과서나 판례에서는 행정형벌과 행정질서벌은 병과할 수 있다고 설명하고 있다 ; 홍정선, 앞의 책, 645쪽 ; 김남철, 앞의 책, 452쪽 ; 현재 1994.6.30., 92헌바38

29) 박윤훈, 행정질서벌-경미범죄의 탈범죄화와 관련하여-, 고시연구(1990.5), 41쪽

30) 현재 2002.6.27., 2000헌마642, 2001헌바12(병합)

31) 현재 1995.3.23., 92헌가14

### (3) 행정형벌과 행정질서벌의 불균형성

행정질서벌과 행정형벌은 각각 행정질서위반행위와 행정범죄에 부과된다. 양자를 구분하는 기준에 관해서는 여러 가지 견해가 대립되고 있지만 대체로 법익침해가 작아서 불법성이 경미한 경우에는 행정질서벌이, 법익침해가 커서 불법성이 중한 경우에는 형벌이 부과된다고 할 수 있다. 그리고 이에 따라 행정질서벌은 행정형벌에 비해서 상대방에 대한 타격의 정도가 작은 것으로 이해된다.

그러나 영업의 정지나 관허사업의 제한과 같은 행정질서벌은 재산형인 벌금형보다 상대방에게 미치는 타격이 크다. 특히 법인의 경우에는 일시적인 벌금형보다 몇 일간의 조업정지나 영업정지가 더 위협적이다. 그밖에 이행강제금, 관허사업의 제한 등도 형벌보다 중한 제재일 수 있다. 따라서 행정법규에 나타난 각 제재들의 효과를 비교형량하여 행정질서벌과 행정형벌의 균형적인 재편이 요청된다.

## 2. 행정형벌 자체의 문제점

### (1) 자유형과 재산형의 불균형

행정형벌의 법정형은 주로 자유형과 재산형을 선택하는 방식으로 규정되어 있다. 주로 몇 년 이하의 징역 또는 몇천만원 이하의 벌금 “과 같은 방식으로 규정되어 있다. 이렇게 자유형과 재산형을 선택할 수 있도록 한 취지는 당해 행위의 불법성, 불법의 원인 등을 충분히 고려하여 그에 적합한 형종을 선택하라는 것으로 볼 수 있다.

그런데 행정법규의 범죄는 대부분 경제적 이득의 불법적 취득에 놓여 있는 경우가 대부분이다. 예를 들어, 과적차량의 운행제한의무를 위반하였을 때, 도로교통법상 통고처분과 5만원의 범칙금만 내는 것으로 의무불이행에 대한 제재가 완료된다면 화물차의 차주나 화물차

운전자는 과적으로 인하여 얻게 되는 경제적 이익이 범칙금보다 크다면 과적운행을 쉽사리 포기하기 어려울 것이다. 그러나 현행 도로법과 같이 운행제한의무위반에 대해서 300만원 이하의 과태료를 부과한다면, 과태료부과금액 이상의 경제적 이득을 얻기 어렵기 때문에 무리하게 과적운행을 하지는 않을 것이다.

이와 같이 범죄의 종류나 동기에 따라서 자유형과 재산형을 법관이 선택할 수 있도록 한다면 범죄예방에 효과적일 뿐 아니라 행정목적 달성에 효율적일 것으로 기대된다.

## (2) 유사 의무위반행위에 대한 법정형의 불균형

현행 행정법규에서 행정제재가 부과되는 의무위반행위를 살펴보면, 부정한 방법이나 거짓으로 인허가등을 받는 경우, 신고나 등록 등이 의무화되어 있으나 이를 이행하지 않는 경우, 유사명칭 사용금지 등 금지의무가 부과되어 있으나 이를 위반한 경우 등으로 유형화된다. 이러한 의무위반의 유형별로 법정형이 크게 차이가 나는 사례가 발견된다. 예를 들어, 유사명칭 사용금지 의무 위반에 대해서는 대부분 행정질서벌인 과태료를 부과하고 있으나 「공인중개사법」에서는 1천만원 이하의 벌금 또는 1년 이하의 징역에 처하도록 하고 있다. 또한 행정형벌을 부과하는 경우라 하더라도 합리적 이유 없이 편차가 큰 사례도 있어서 “평등의 원칙”, “비례의 원칙” 등 행정형벌 적용에 있어서 헌법상 한계를 일탈한 것은 아닌가 우려되는 입법례도 발견된다.

## 제 4 절 형벌규정 제정의 기본원칙

### 1. 형벌법규에 대한 입법권의 범위와 한계

#### (1) 형벌법규에 대한 광범위한 입법재량의 인정

우리 헌법재판소는 형벌법규에 대한 입법권의 범위와 한계에 대해서 “어떤 행위를 범죄로 규정하고 이에 대하여 어떠한 형벌을 과할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 입법자가 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황과 국민 일반의 가치관 내지 법감정, 범죄의 실태와 죄질 및 보호법의 그리고 범죄예방효과 등을 종합적으로 고려하여 결정해야 할 국가의 입법정책에 관한 사항으로 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다”고 하여 입법재량의 문제로 파악하고 있다.

형벌법규에 대한 입법권의 범위와 한계에 대한 헌법재판소의 태도는 결국 행정법규에서 손쉽게 형벌규정을 채택하게 만드는 하나의 요인이라는 지적이 제기된다. 즉, 행정형벌이 가지는 특성, 예를 들어 의무위반행위의 반사회성이나 반윤리성 등 벌칙적용의 대상이 되는 범죄에 대해서 질적인 평가 없이 형벌규정을 통해서 행정목적을 달성하고, 위하적 효과를 거두려는 손쉬운 유혹에 빠지기 쉽다는 것이다.

#### (2) 형벌법규 제정의 헌법적 한계

앞에서 살펴본 것처럼 형벌법규에 대한 입법권의 범위를 입법재량으로 이해하더라도 형벌법규를 규정함에 있어서는 헌법상 평등의 원리나 비례의 원칙 또는 과잉금지의 원칙이 그 한계로 작용함은 당연한 논리적 귀결이다.

이에 대해서 헌법재판소 또한, “어느 범죄에 대한 법정형이 그 죄질과 이에 대한 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 전체형벌체계 상 현저히 균형을 잃게 되고 이로 인하여 다른 범죄자와의 관계에 있어서 헌법상 평등의 원리에 반하게 된다면, 그러한 유형의 범위에 대한 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어서 필요한 정도를 일탈함으로써 헌법 제37조제2항으로부터 파생되는 비례의 원칙 혹은 과잉금지의 원칙에 반하는 것으로 평가되는 등 입법재량권이 헌법규정이나 헌법상의 제원리에 반하여 자의적으로 행사된 경우라 아닌 한 법정형의 높고 낮음은 입법정책의 당부의 문제이지 헌법위반의 문제는 아니라”고 판시하고 있다.

## 2. 행정형벌 정립시 고려되어야 할 사항

### (1) 구성요건의 명확화

행정형벌을 규정함에 있어서는 죄형법정주의, 적법절차의 원리 등 우리 헌법이 예정하고 있는 매우 엄격한 원칙에 따라야 하며, 형법총칙에서 규정하고 있는 제반 기준이 적용됨을 고려할 때 구성요건을 명확히 하고, 벌칙적용의 대상이 되는 행위를 명확히 표현할 필요가 있다. 그러나 행정형벌의 규정방식을 세분화하여 살펴보면 구성요건이 불명확하게 규정되어 있는 경우가 발견된다.

### (2) 행정형벌의 최후수단성을 고려한 행정제재 수단 선택

행정형벌은 자연범에 대한 형벌규정과는 달리 일정한 행정목적의 달성을 위하여 부과되는 의무이행 확보수단으로서의 성격과 부과된 의무를 위반한 데 따른 제재적 성격을 동시에 가지고 있다. 따라서 행정형벌을 규정하기 위해서는 해당 법규가 달성하고자 하는 행정목

적과 비례적 관계에 있어야 함은 앞의 헌법재판소의 결정례를 통해서 확인되었다. 즉, 행정법규를 정립함에 있어서 달성하고자 하는 행정목적과 행정목적 달성을 저해하는 위반행위에 대한 제재처분 또는 형벌이 비례의 관계에 놓여 있어야 한다.

경미한 법규 위반에 대하여 행정형벌을 부과하고자 하는 경우 행정청의 입장에서도 부과를 꺼려할 수 있으며, 국민의 입장에서는 위반행위에 대한 반성 보다는 강력한 처벌규정에 대한 저항감이나 불만을 초래할 수 있어서 오히려 행정의 집행을 어렵게 할 수도 있음에 유의하여야 한다<sup>32)</sup>. 즉 행정형벌은 행정목적 달성을 위한 의무의 이행을 효과적으로 확보할 수 있는 다양한 행정제재 수단 가운데 최후적으로 고려되어야 한다.

### (3) 의무위반행위별 법정형의 균형 확보

일정한 의무위반행위에 대해서 행정형벌을 규정하는 경우에는 유사한 의무위반행위에 대해서 정립되어 있는 법정형간 균형을 확보할 필요가 있다. 의무위반의 정도나 반사회성 등은 행정법규별로 다르겠지만 가능한 범위내에서 유사한 의무위반행위에 대한 법정형은 균형을 이룰 수 있도록 하는 것이 죄형법정주의 원칙에 적합할 것이다.

---

32) 이호용외, 행정형벌의 과대로 전환의 이유와 기준에 관한 연구, 한양법학 제19권 (통권 24집), 2008.10, 370쪽

## 제 3 장 의무위반행위별 행정형벌의 현황과 실태

### 제 1 절 유사 의무위반행위간 법정형 비교

행정형벌이 가지는 문제점을 파악하고 개선방안을 도출하기 위해서는 다양한 관점에서 합리적인 기준을 정립하고, 이에 따라서 현행 실정법상 행정형벌규정을 분석할 필요가 있다. 가장 쉽게 접근할 수 있는 방법으로는 현행 실정법상 유사한 의무위반에 대해서 행정형벌이 어느 정도로 부과되는지를 비교·검토하는 것이다.

위반행위의 종류는 결국 의무규정의 성격에 따라 보호하고자 하는 법익이 무엇인가 하는 점을 반영하기 때문에 통일적 분석이 가능할 것이다.

여기서 위반행위의 종류에 따라 반영되는 법익은 형벌법에서 개별적인 구성요건이 보호하고자 하는 법익이 무엇인가라는 문제와 구분되어야 한다.

형벌법에서는 개인의 신체, 재산, 공직의 청렴성 등 개별 구성요건의 보호법익으로 이해되나, 행정법규에서는 이와 같은 보호법익은 행정분야와 해당 행정법규가 추구하는 행정목적에 따라 달리 나타날 수 있을 뿐 아니라 보호법익의 종류가 다양해서 유형화를 위한 기준으로 작용할 수 없기 때문이다.

따라서 여기서 말하는 위반행위의 종류는 특정 행정분야에서 등장하는 위반행위의 유형, 예를 들어 환경오염행위, 환경오염시설의 무단설치 행위 등 해당 행정법규가 개별적으로 보호하고자 하는 특정 보호법익의 내용에 따른 것이 아니라 추상적 수준에서 어떤 행정목적의 달성하기 위한 것인가, 즉 보호하고자 하는 행정행위가 무엇인가 하는 것을 반영한 것을 의미한다.

즉, 행정법규의 처벌규정은 행정상 의무가 보호하고자 하는 보호법익보다 행정목적에 강제하기 위한 제재수단의 하나로서 존재한다는 관점을 강조하고자 한다.

## 1. 부정한 방법으로 인허가 등 취득

### (1) 쟁 점

인·허가나 면허, 등록, 지정, 승인 등 수익적 행정처분을 거짓이나 부정한 방법으로 받은 경우에는 벌칙이 적용된다. 인·허가나 면허, 등록, 지정, 승인 등 수익적 행정처분을 받기 위해서는 법령에서 정하고 있는 요건에 적합하여야 하며, 수익적 행정처분의 신청시에 법령요건에의 적합성을 입증할 수 있는 서류 등을 첨부하도록 하고 있다. 여기서 중요한 것은 ‘거짓이나 부정한 방법’으로 행정처분을 받았다는 사실이다.

이렇게 거짓이나 부정한 방법으로 인·허가나 면허, 등록, 지정, 승인 등을 받게 되는 경우, 해당 수익적 처분을 통해서 달성하고자 하는 행정목적에 지장을 초래하게 되며, 종국적으로는 제3자의 이익을 침해하게 될 우려가 있다. 따라서 이에 대해서 행정형벌규정을 두는 것은 보편적 행정질서에 필수적이라 할 것이다.

여기서 논의되어야 할 쟁점은 해당 수익적 처분이 가지는 법적 성질을 고려해서 벌칙의 정도를 결정할 것인가에 있다. 즉, 인·허가, 등록 등의 수익적 행정처분을 규제라는 관점에서 보면, 규제의 정도 차이가 발생한다. 따라서 규제하고자 하는 행정목적이나 제3자의 이익 침해 우려 정도 등 질적인 평가를 통해서 행정형벌의 양형을 결정할 필요가 있는가 라는 의문이 제기될 수 있다.

## (2) 법정형 선택시 고려사항

인·허가 등 수익적 처분의 대상이 개인이 아니라 법인인 경우가 대부분이기 때문에 자유형 보다는 재산형을 강화하는 것이 바람직할 것이다.

또한, 예를 들어, 「물류시설의 개발 및 운영에 관한 법률」제65조제6호와 같이 “지정 또는 승인을 받은 자”로 하나 이상의 수익적 처분을 같은 구성요건으로 규정하는 경우가 종종 발견된다. 해당 조문의 실제적 관계를 살펴보면 물류단지개발사업을 하려는 자는 우선 지정을 받아야 하고, 지정을 받은 사업시행자는 물류단지개발실시계획에 대한 승인을 받아야 한다. 즉, 지정과 승인은 연속적으로 이루어지는 행정작용으로 사업시행자 ‘지정’으로 인한 법적 효과와 실시계획 ‘승인’으로 인한 법적 효과가 다름에도 불구하고 이를 구성요건으로 병행하여 같은 법정형을 부과하는 것이 적절한가하는 의문이 제기된다.

즉, 거짓 또는 그밖에 부정한 방법으로 사업시행자로 지정을 받게 되면 그로 인하여 적법하게 사업시행자로 지정을 받고자 했던 제3자의 이익을 침해하게 되는 결과를 초래한다.

그러나 실시계획의 승인을 거짓 또는 그밖에 부정한 방법으로 받게 되면 승인권자의 판단을 그르치게 해서 행정작용을 지연시키게 된다. 결국 침해받는 법익의 정도가 다름에도 불구하고 같은 수준에서 벌칙을 적용하는 것의 적정성에 대해서는 검토가 필요하다고 보여진다.

같은 사례로 「도시개발법」제80조를 들 수 있다. 즉, 부정한 방법으로 시행자 지정을 받은 경우와 부정한 방법으로 실시계획의 인가를 받은 경우를 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금형에 처하도록 하고 있는 바 앞의 「물류시설의 개발 및 운영에 관한 법률」제65조제6호와 같이, 부정한 방법으로 이루어진 시행자 지정은 제3자의 이익

을 침해한 것인데 비해서 부정한 방법으로 실시계획의 인가를 받은 경우에는 행정작용을 지연시키게 되는 것으로 이에 대해서 동일한 법정형을 부과하는 것이 타당한가에 대해서는 검토가 요청된다 할 것이다.

그러나 앞의 두 사례에도 불구하고 “부정한 방법”이라는 구성요건의 추가를 통해서 “부정한 방법으로 지정을 받은 경우”와 부정한 방법으로 승인(또는 인가)를 받은 경우“를 침해받는 법익의 질적 차이를 고려하지 않은 채 동일한 법정형으로 처벌하는 것을 긍정하지 못할 바도 아니다. 사실상 ”부정한 방법“이라는 구성요건은 형법전에서 형사범으로 처벌하고 있는 “사기죄”에 준하기 때문이다.

경제자유구역의 지정 및 운영에 관한 특별법	<p><b>제30조의2(벌칙)</b></p> <p>1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 개발사업시행자로 지정받은 자</p>	7년 이하의 징역 또는 7천만원 이하의 벌금
물류시설의 개발 및 운영에 관한 법률	<p><b>제65조(벌칙)</b></p> <p>6. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 제27조 제1항(제52조의2제9항에서 준용하는 경우를 포함한다) 또는 제28조제1항(제49조에서 준용하는 경우를 포함한다)에 따른 지정 또는 승인을 받은 자</p> <p>※ <b>제27조(물류단지개발사업의 시행자)</b> ① 물류단지개발사업을 시행하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 물류단지지정권자로부터 시행자 지정을 받아야 한다.</p> <p><b>제28조(물류단지개발실시계획의 승인)</b> ① 시행자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 물류단지개발실시계획(이하 “실시계획”이라 한다)을 수립하여 물류단지지정권자의 승인을 받아야 한다. 승인을 받은 사항 중 대통령령으</p>	1년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금

	로 정하는 중요 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다.	
산업입지 및 개발에 관한 법률	<p><b>제51조(벌칙)</b></p> <p>1. 거짓이나 부정한 방법으로 제12조제1항(제8조의3제4항·제39조제1항 및 제39조의10제1항에서 준용하는 경우를 포함한다)에 따른 허가 또는 변경허가를 받은 자</p> <p>※ 제12조(행위 제한 등) ① 제10조제1항에 따라 산업단지의 지정 또는 변경에 관한 주민 등의 의견청취를 위한 공고가 있는 지역 및 산업단지 안에서 건축물의 건축, 공작물의 설치, 토지의 형질변경, 토석의 채취, 토지분할, 물건을 쌓아놓는 행위 등 대통령령으로 정하는 행위를 하려는 자는 특별시장·광역시장·특별자치도지사·시장 또는 군수의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다.</p>	2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금
도시개발법	<p><b>제80조(벌칙)</b></p> <p>2. 부정한 방법으로 제11조제1항에 따른 시행자의 지정을 받은 자</p> <p>3. 부정한 방법으로 제17조제2항에 따른 실시계획의 인가를 받은 자</p> <p>※ 제11조(시행자 등) ① 도시개발사업의 시행자(이하 “시행자”라 한다)는 다음 각 호의 자 중에서 지정권자가 지정한다. (각 호 생략)</p> <p><b>제17조(실시계획의 작성 및 인가 등)</b></p> <p>① “생략”</p> <p>② 시행자(지정권자가 시행자인 경우는 제외</p>	3년 이하의 징역이나 3천만원 이하의 벌금

	<p>한다)는 제1항에 따라 작성된 실시계획에 관하여 지정권자의 인가를 받아야 한다.</p>	
--	---	--

## 2. 일정한 구역 내 개발행위 제한의무

### (1) 행위제한의 유형과 행정목적에 따른 법정형의 차별화

개발이나 보존 등을 전제로 하여 일정한 구역 지정 후에 해당 구역 내에서의 건축행위, 토지의 형질 변경 등 개발행위를 제한하는 규정에 위반한 경우로서 과태료만 부과하는 경우, 징역형과 벌금형을 병과하는 경우로 구분되며, 법정형을 부과하는 경우에도 개별 법률에 따른 편차가 심하게 나타난다.

구체적으로 살펴보면, 특정 지역·지구에서는 건축물의 건축, 공작물의 설치, 토지의 형질변경, 토석의 채취, 토지의 분할·합병, 물건을 쌓아놓는 행위, 죽목의 벌채 및 식재 등의 행위가 원칙적으로 금지되며, 해당 행위를 하기 위해서는 관할 행정청의 허가 또는 신고 등이 필요하고, 허가나 신고 없이 해당 행위를 한 경우 벌칙이 적용된다.

이러한 개발행위의 제한은 특정지역을 되도록 원상태로 보전하여 특정지역·지구를 지정한 효과가 훼손되지 않도록 하는 유형과 일정 규모의 개발사업을 전제로 하여 부동산투기 등 공간내에서의 악의적인 개발행위를 억제함으로써 향후 개발사업에 소요되는 보상금액 등을 적절히 억제하기 위한 유형으로 구분된다.

따라서 특정지역을 장기간 보존할 목적으로 개발행위를 억제하는 유형에 대한 법정형(예 : 「고도 보존 및 육성에 관한 특별법」)과 개발사업을 전제로 하여 일시적인 개발행위를 억제하는 유형에 대한 법정형은 달리 규정되어야 함에도 이에 대한 고려가 없어서 법정형에 불균형이 발생하고 있다.

그리고 「고도 보존 및 육성에 관한 특별법」제26조제1항 및 제2항과 같이 같은 유형의 개발행위이면서 허가권자를 달리하고 있는 경우에 이에 대해서 법정형의 가중·경감을 하는 입법례는 보존하고자 하는 행정목적에 따른 질적 차이, 즉 특별보존지구와 보존육성지구라는 보존목적의 경중에 따른 차이를 고려하여 법정형을 규정한 것으로 바람직한 유형이라 평가할 수 있다.

<p>산업입지 및 개발에 관한 법률</p>	<p><b>제51조(벌칙) ③</b>                      1. 제12조제1항(제8조의3제4항·제39조제1항 및 제39조의10제1항에서 준용하는 경우를 포함한다)을 위반하여 같은 항에 따른 허가 또는 변경허가를 받지 아니하고 건축물의 건축 등을 한 자</p> <p>※<b>제12조(행위 제한 등) ①</b> 제10조제1항에 따라 산업단지의 지정 또는 변경에 관한 주민 등의 의견청취를 위한 공고가 있는 지역 및 산업단지 안에서 건축물의 건축, 공작물의 설치, 토지의 형질변경, 토석의 채취, 토지분할, 물건을 쌓아놓는 행위 등 대통령령으로 정하는 행위를 하려는 자는 특별시장·광역시장·특별자치도지사·시장 또는 군수의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다.</p>	<p>1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금</p>
<p>공공기관 지방이전에 따른 혁신도시 건설 및 지원에 관한 특별법</p>	<p><b>제58조(벌칙)</b>                      ② 제9조제1항을 위반하여 허가 또는 변경허가를 받지 아니하고 같은 항에 따른 행위를 한 자</p> <p>※ <b>제 9 조(행위 등의 제한) ①</b> 혁신도시개발예정지구 안에서 건축물의 건축, 공작물의 설</p>	<p>1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금</p>

제 3 장 의무위반행위별 행정형벌의 현황과 실태

	<p>지, 토지의 형질변경, 토석의 채취, 토지분할 및 물건을 쌓아놓는 행위 등 대통령령이 정하는 행위를 하려는 자는 특별자치도지사, 시장·군수 또는 구청장의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다.</p>	
<p>물류시설의 개발 및 운영에 관한 법률</p>	<p><b>제65조(벌칙)</b>                      5. 제25조제1항(제49조 및 제52조의2제9항에서 준용하는 경우를 포함한다)을 위반하여 건축물의 건축 등을 한 자</p> <p>※ 제25조(행위제한 등) ① 물류단지 안에서 건축물의 건축, 공작물의 설치, 토지의 형질변경, 토석의 채취, 토지분할, 물건을 쌓아놓는 행위 등 대통령령으로 정하는 행위를 하려는 자는 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항을 변경하려는 때에도 또한 같다.</p>	<p>1년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금</p>
<p>군사기지 및 군사시설 보호법</p>	<p><b>제24조(벌칙)</b>                      ② “생략”                      1. 제9조제1항 단서에 따른 허가를 받지 아니하고 같은 항 제11호에 해당하는 행위를 한 자</p> <p>※ 제 9 조(보호구역에서의 금지 또는 제한) ① 누구든지 보호구역 안에서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다. 다만, 제1호, 제3호, 제7호, 제8호, 제11호 또는 제12호의 경우 미리 관할부대장등(제1호의 경우에는 주둔지부대장을 포함한다)의 허가를 받은 자에 대하여는 그러하지 아니하다.</p> <p>1. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 구역 또는 군사기지 및 군사시설에의 출입. 다</p>	<p>5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금</p>

	<p>만, 군사작전상 장애가 되지 아니하는 범위 에서 대통령령으로 정하는 지역의 경우에 는 허가를 받지 아니하고 출입할 수 있다. 가. 통제보호구역 나. 울타리 또는 출입통제표찰이 설치된 군 사기지 및 군사시설</p>	
<p>고도 보존 및 육성에 관한 법률</p>	<p><b>제26조(벌칙)</b> ① 제11조제1항을 위반하여 허가 를 받지 아니하고 같은 항 각 호의 어느 하나 에 해당하는 행위를 한 자는 3년 이하의 징 역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. ② 제11조제2항을 위반하여 허가를 받지 아 니하고 같은 항 각 호의 어느 하나에 해당하 는 행위를 한 자는 2년 이하의 징역 또는 2천 만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p><b>※ 제11조(지정지구에서의 행위제한)</b> ① 특별보 존지구에서는 다음 각 호의 어느 하나에 해 당하는 행위를 할 수 없다. 다만, 대통령령으 로 정하는 바에 따라 중앙심의회위원회의 심의 를 거쳐 문화체육관광부장관의 허가를 받은 행위는 할 수 있다. (각 호 생략)</p> <p>② 보존육성지구 안에서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하려는 자는 대통령 령으로 정하는 바에 따라 지역심의회위원회의 심의를 거쳐 해당 특별자치시장·특별자치 도지사 또는 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다. (각 호 생략)</p>	

(2) 구성요건의 불명확화

「자연공원법」 제23조에서는 같은 법에 따른 자연공원내 용도지구별로 개발행위를 제한하면서 허가사항, 신고사항과 허가나 신고없이 자유롭게 할 수 있는 행위를 각각 대통령령에서 정하고 있다. 즉 동일한 행위라 하더라도 행위유형별 규모나 정도가 용도지구 지정목적에 침해하는 정도에 따라 차별적으로 벌칙을 정하고 있다.

그러나 어느 행위가 허가나 신고 대상인지, 허가나 신고없이 자유로운 행위인지를 이해하기 어려우며 같은 행위라 하더라도 ‘자발적 협약’에 의하여 허가나 신고가 면제되는 등 하위법령으로 위임되어 있는 구성요건이 불명확한 것으로 보여진다.

특히 중한 형벌의 적용대상이 되는 허가나 신고대상 행위를 ‘자발적 협약’이라는 행정계약을 통하여 면제시키고 벌칙 적용대상에서 제외하는 제도가 타당한 것인지 의문이 제기된다.

규제합리화의 관점에서 피규제자의 자율규제 또는 피규제자의 협력을 통한 규제목적의 달성이라는 방법은 타당할 수 있으나, 허가나 신고의무를 규정하고 이를 위반한 경우 형벌을 부과하는 입법구조를 원칙으로 취하면서 자발적 협력에 의한 형벌부과 면제라는 예외를 설정한다면 자율협약 즉 행정계약상의 의무위반에 대해서는 민사상 책임이외에 더 이상의 형벌부과가 불가능하게 되는 결과를 초래한다.

이런 경우에는 오히려 자발적 협력에 의한 행정목적 달성이 가능한 경우를 별개의 조문으로 규정하는 것이 타당할 것으로 생각된다.

자연공원법	<p><b>제82조(벌칙)</b> (3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금)</p> <p>2. 제23조제1항제1호부터 제7호까지의 규정을 위반하여 공원관리청의 허가를 받지 아니하고 허가대상 행위를 한 자</p>	
-------	--	--

	<p><b>제83조(벌칙)</b> (2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금)</p> <p>1. 제23조제1항제8호부터 제10호까지의 규정을 위반하여 공원관리청의 허가를 받지 아니하고 허가대상 행위를 한 자</p> <p><b>제84조(벌칙)</b> (1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금) 제23조제1항 단서에 따른 신고를 하지 아니하고 신고대상 행위를 한 자</p> <p>※<b>제23조(행위허가)</b> ① 공원구역에서 공원사업 외에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 공원관리청의 허가를 받아야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 경미한 행위는 대통령령으로 정하는 바에 따라 공원관리청에 신고하고 하거나 허가 또는 신고 없이 할 수 있다.</p> <p>1. 건축물이나 그 밖의 공작물을 신축·증축·개축·재축 또는 이축하는 행위</p> <p>2. 광물을 채굴하거나 흙·돌·모래·자갈을 채취하는 행위</p> <p>3. 개간이나 그 밖의 토지의 형질 변경(지하굴착 및 해저의 형질 변경을 포함한다)을 하는 행위</p> <p>4. 수면을 매립하거나 간척하는 행위</p> <p>5. 하천 또는 호소(湖沼)의 물높이나 수량(水量)을 늘거나 줄게 하는 행위</p> <p>6. 야생동물[해중동물(海中動物)을 포함한다. 이하 같다]을 잡는 행위</p> <p>7. 나무를 베거나 야생식물(해중식물을 포함한다. 이하 같다)을 채취하는 행위</p> <p>8. 가축을 놓아먹이는 행위</p>	
--	---	--

	9. 물건을 쌓아 두거나 묶어 두는 행위 10. 경관을 해치거나 자연공원의 보전·관리에 지장을 줄 우려가 있는 건축물의 용도 변경과 그 밖의 행위로서 대통령령으로 정하는 행위	
--	--	--

(3) “상습” 등의 요건으로 가중처벌하는 경우

다음으로 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법과 같이 동일한 의무위반행위이나 “영리를 목적으로” 또는 “상습”이라는 요건에 해당하면 가중처벌하는 경우이다.

「형법」제51조에서는 양형의 조건으로 1. 범인의 연령, 성행, 지능과 환경, 2. 피해자에 대한 관계, 3. 범행의 동기, 수단과 결과, 4. 범행 후의 정황의 4가지 기준을 정하고 있으며, “영리를 목적으로” 또는 “상습”은 범행의 동기라는 측면에서 구체적으로 참작되고 결정되어야 할 것이다.

그러나 이 법에서는 “상습”이라는 불명확한 요건에 따라서 동일한 의무위반행위에 대해서 가중처벌을 하도록 하고 있는 바, 이러한 규정방식이 형벌규정에서 허용될 수 있는가에 대해서는 검토가 필요하다고 보여진다. 예를 들어 형법에서는 상습범에 대해서는 “상습으로 제347조 내지 전조의 죄를 범한 자는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다”고 하는 입법방식을 채택하고 있음을 참고할 필요가 있다.

개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법	<b>제31조(벌칙) ②</b> (3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금) 1. 영리를 목적으로 또는 상습으로 제12조제1항 단서 또는 제13조에 따른 허가를 받지 아니하거나 허가의 내용을 위반하여 건축	
---------------------------	---	--

	<p>물의 건축 또는 용도변경, 공작물의 설치, 토지의 형질변경, 죽목 벌채, 토지분할, 물건을 쌓아놓는 행위 또는 도시·군계획사업의 시행을 한 자</p> <p><b>제32조(벌칙)</b> 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금</p> <p>1. 제12조제1항 단서 또는 제13조에 따른 허가를 받지 아니하거나 허가의 내용을 위반하여 건축물의 건축 또는 용도변경, 공작물의 설치, 토지의 형질변경, 죽목 벌채, 토지분할, 물건을 쌓아놓는 행위 또는 도시·군계획사업의 시행을 한 자</p> <p>※ <b>제12조(개발제한구역에서의 행위제한)</b> ① 개발제한구역에서는 건축물의 건축 및 용도변경, 공작물의 설치, 토지의 형질변경, 죽목(竹木)의 벌채, 토지의 분할, 물건을 쌓아놓는 행위 또는 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제2조제11호에 따른 도시·군계획사업(이하 “도시·군계획사업”이라 한다)의 시행을 할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하려는 자는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수 또는 구청장(이하 “시장·군수·구청장”이라 한다)의 허가를 받아 그 행위를 할 수 있다. &lt;개정 2009.2.6., 2010.4.15., 2011.4.14., 2011.9.16., 2013.5.28., 2014.1.28.&gt;</p> <p>1. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 건축물이나 공작물로서 대통령령으로 정하는 건축물의 건축 또는 공작물의 설치와 이에 따르는 토지의 형질변경</p>	
--	---	--

	<p>가. 공원, 녹지, 실외체육시설, 시장·군수·구청장이 설치하는 노인의 여가활용을 위한 소규모 실내 생활체육시설 등 개발제한구역의 존치 및 보전관리에 도움이 될 수 있는 시설</p> <p>나. 도로, 철도 등 개발제한구역을 통과하는 선형(線形)시설과 이에 필수적으로 수반되는 시설</p> <p>다. 개발제한구역이 아닌 지역에 입지가 곤란하여 개발제한구역 내에 입지하여야만 그 기능과 목적이 달성되는 시설라. 국방·군사에 관한 시설 및 교정시설</p> <p>마. 개발제한구역 주민의 주거·생활편익·생업을 위한 시설</p> <p>2. 개발제한구역의 건축물로서 제15조에 따라 지정된 취락지구로의 이축(移築)</p> <p>3. 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제4조에 따른 공익사업(개발제한구역에서 시행하는 공익사업만 해당한다. 이하 이 항에서 같다)의 시행에 따라 철거된 건축물을 이축하기 위한 이주단지의 조성</p> <p>3의2. 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제4조에 따른 공익사업의 시행에 따라 철거되는 건축물 중 취락지구로 이축이 곤란한 건축물로서 개발제한구역 지정 당시부터 있던 주택, 공장 또는 종교시설을 취락지구가 아닌 지역으로 이축하는 행위</p> <p>4. 건축물의 건축을 수반하지 아니하는 토지의 형질변경으로서 영농을 위한 경우 등</p>	
--	--	--

	대통령령으로 정하는 토지의 형질변경 5. 벌채 면적 및 수량(樹量), 그 밖에 대통령령으로 정하는 규모 이상의 죽목(竹木) 벌채 6. 대통령령으로 정하는 범위의 토지 분할 7. 모래·자갈·토석 등 대통령령으로 정하는 물건을 대통령령으로 정하는 기간까지 쌓아 놓는 행위 8. 제1호 또는 제13조에 따른 건축물 중 대통령령으로 정하는 건축물을 근린생활시설 등 대통령령으로 정하는 용도로 용도변경하는 행위 9. 개발제한구역 지정 당시 지목(地目)이 대(垔)인 토지가 개발제한구역 지정 이후 지목이 변경된 경우로서 제1호마목의 시설 중 대통령령으로 정하는 건축물의 건축과 이에 따르는 토지의 형질변경	
--	---	--

(4) 성격이 다른 둘이상의 행위를 동일한 법정형으로 처벌하는 경우

또한, 다음 예시에서 나타나는 것처럼 하나 이상의 행위를 구성요건으로 하여 처벌하는 경우로서 허가 없이 행위제한의무를 위반한 경우와 부정한 방법으로 인허가를 받아서 개발행위를 한 경우를 같은 법정형으로 처벌하는 입법례가 있다. 이 경우 고의·과실의 정도가 다른 행위를 같은 법정형으로 처벌하는 합리적 이유를 찾기 어려우며, 주관적 요건과 객관적 요건에 대한 각각의 심리밀도에 혼란을 초래할 우려가 있다고 보여진다.

또한 허가를 받아서 일정한 행위를 하다가 허가사항이 변경되었음에도 변경허가를 받지 아니하고 행위를 하는 경우를 같은 법정형으로 처벌하도록 하는 것이 타당한가에 대해서도 검토가 필요하다고 생각된다.

생각건대 변경허가를 받지 아니하고 일정한 행위를 하는 경우에는 해당 변경사항이 허가의 본질적 부분으로 다시 허가를 받아야 하나 행정편의상 변경허가를 받도록 하는 경우가 아니라면 변경사항의 경중에 따라 그 처벌의 정도가 달라져야 하는 것이 타당할 것이다.

<p>국토의 계획 및 이용에 관한 법률</p>	<p><b>제140조(벌칙)</b></p> <p>1. 제56조제1항 또는 제2항을 위반하여 허가 또는 변경허가를 받지 아니하거나, 속임수나 그 밖의 부정한 방법으로 허가 또는 변경허가를 받아 개발행위를 한 자</p> <p>※ 제56조(개발행위의 허가) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 대통령령으로 정하는 행위(이하 “개발행위”라 한다)를 하려는 자는 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수의 허가(이하 “개발행위허가”라 한다)를 받아야 한다. 다만, 도시·군계획사업에 의한 행위는 그러하지 아니하다.</p> <p>1. 건축물의 건축 또는 공작물의 설치</p> <p>2. 토지의 형질 변경(경작을 위한 경우로서 대통령령으로 정하는 토지의 형질 변경은 제외한다)</p> <p>3. 토석의 채취</p> <p>4. 토지 분할(건축물이 있는 대지의 분할은 제외한다)</p> <p>5. 녹지지역·관리지역 또는 자연환경보전지역에 물건을 1개월 이상 쌓아놓는 행위</p> <p>② 개발행위허가를 받은 사항을 변경하는 경우에는 제1항을 준용한다. 다만, 대통령령으로 정하는 경미한 사항을 변경하는 경우에는 그러하지 아니하다.</p>	<p>3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금</p>
---------------------------	---	---------------------------------

<p>신행정수도 후속대책을 위한 연기·공주 지역 행정중심복합 도시 건설을 위한 특별법</p>	<p><b>제70조(벌칙)</b></p> <p>1. 제14조제1항을 위반하여 허가 또는 변경 허가를 받지 아니하거나 거짓이나 그 밖에 부정한 방법으로 허가 또는 변경허가를 받아 같은 항 각 호에 따른 행위를 한 자</p> <p>※ 제14조(예정지역등 안에서의 행위제한 등)</p> <p>① 예정지역 안에서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하려는 자는 건설청장의 허가를 받아야 한다.</p> <p>1. 토지형질의 변경(경작을 위하여 토지형질을 변경하는 경우는 제외한다)</p> <p>2. 건축물의 건축 또는 공작물의 설치(비닐하우스, 양잠장, 고추 건조장, 잎담배 건조장 등 농산물·임산물·수산물의 생산에 직접 이용되는 간이 공작물을 설치하는 경우는 제외한다)</p> <p>3. 흙·모래·자갈·바위 등 토석(土石)의 채취 또는 토지의 굴착</p> <p>4. 죽목(竹木)의 벌채 또는 식재(경작지가 아닌 곳에서 관상용 식물을 임시로 식재하는 경우는 제외한다)</p> <p>5. 그 밖에 대통령령으로 정하는 행위</p>	<p>3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금</p>
---	---	---------------------------------

### 3. 유사명칭의 사용 금지의무 위반

#### (1) 유사명칭 사용금지 의무 부과 의의

유사명칭의 사용금지 의무를 부과하는 것은 특정 자격자 또는 특정 단체나 기관에 독점적 명칭사용권을 부여함으로써 특정자격자나 단체·기관의 권리를 보호하고 무자격자의 명칭 사칭이나 유사기관의

설립에서 오는 피해를 방지하기 위해서이다. 즉, 해당 명칭이 가지는 사회경제적 가치를 보호하고, 특히 공공적 역무를 담당하는 기관, 단체의 경우 사적 단체와의 차별성을 확보함으로써 공공적 역무의 신뢰성을 확보하는데 그 목적이 있다고 할 수 있다.

## (2) 행정형벌과 행정질서벌의 혼용과 벌칙의 불균형

유사명칭의 사용제한과 관련해서 법제처 법령입안심사기준에서는 자격에 관한 법률 위반에 대해서는 징역·벌금 등의 형사벌을 부과하고, 기관명칭 등에 관한 벌칙은 형사벌로 다루어야 할 특별한 사유가 없으면 행정질서벌인 과태료를 부과를 부과하도록 하고 있으나, 실정 법규에서는 이러한 원칙이 지켜지고 있지는 않다.

유사명칭의 사용 금지 위반에 대해서는 대체적으로 행정질서벌인 과태료를 부과하고 있으나 과태료 금액에는 편차가 나타난다. 이러한 편차가 발생하는 패턴을 살펴보면, 설립목적이 공공성을 가진 기관, 조직의 경우에 유사명칭의 사용금지규정 위반의 경우에는 500만원 이하에서 1천만원 이하까지로 과태료 금액이 높은 편이다.

반면 자격명칭에 대한 보호, 예를 들어 기술사법과 같은 경우에는 300만원 이하로 규정되는 등 공공기관이나 조직, 단체의 명칭보다는 낮은 금액의 과태료가 부과되고 있다.

이와 같이 기관·조직의 경우 유사명칭 사용금지 규정 위반에 부과되는 과태료 금액이 자격명칭에 대한 보호 보다 높게 책정되는 것은 타당하지 않다고 생각된다.

자격제도는 고도의 전문성이 요구되는 영역에 관하여 국가가 자격자에게 특정한 행위를 할 수 있는 독점적 권한을 부여하면서 엄중한 법적 책임을 요구하는 것으로 자격명칭이 가지는 사회적 신뢰는 매우 높다.

자격제도는 헌법에서 보장하고 있는 직업선택의 자유에 대한 제한이 되기 때문에 그 도입에 있어서도 매우 신중해야 한다.

「자격기본법」제11조에 따르면 국가자격을 신설할 수 있는 분야로 1. 국민의 생명·건강 및 안전에 직결되는 분야, 2. 국방·치안·교육 및 국가기간산업 등 공익에 직결되는 분야, 3. 자격 취득수요가 적어 민간자격의 운영이 곤란한 분야로 정하고 있으며, 민간자격에 대해서도 「자격기본법」제17조에서는 주무부장관에게 등록하도록 함으로써 자격제도를 엄격하게 관리하고 있다.

이에 비하여 공공적 역무를 수행하는 단체나 기관은 주로 공기업, 공단 등을 의미하며 수행하는 업무의 공공성과는 별개로 단체나 기관의 법인격은 상법상 법인이거나 민법상 재단이나 사단에 해당하며 명칭의 오용으로 인하여 침해받는 법익의 정도가 그다지 크지 않다. 예를 들어 정부출연연구기관 등의 설립 및 육성에 관한 법률에 따른 정부출연연구기관은 주된 연구분야를 명칭으로 사용하고 있는데(예를 들어 한국법제연구원, 한국경제개발원 등) “법제”, “경제”라는 일반명사를 사용하였다고 해서 이를 처벌하는 것은 단체설립과 그에 대한 명칭부여의 자유를 과도하게 침해하는 것이라 보여진다. 그런 사유로 같은 법 제30조에서는 유사명칭이 아닌 “동일명칭의 사용금지”규정을 두고 있는 것이라 생각된다. 또한, 「지방문화원진흥법」과 같이 설립인가를 받아서 설립되는 ‘사단’의 경우에 그 업무가 지방문화의 진흥이라는 공익적 성격의 것이라 하더라도 유사한 형태의 “문화원” 예를 들어, 영국문화원이나 미국문화원과 같은 유형의 문화원이 존재하는 현실을 고려할 필요가 있다. 이런 경우에는 유사명칭의 사용에 대한 승인 또는 인가를 통해서 금지의무를 완화시키는 조치가 필요하다고 보여진다. 향후 기관이나 단체의 설립 등에 관한 법령에서 “유사명칭”의 사용금지 의무를 규정할 때 동일성을 강화하든가 ‘인가’를 통해서 예외적으로 유사명칭의 사용을 허용하는 것이 바람직할 것이다.

또한, 「공인중개사법」과 같이 과태료가 아닌 법정형을 부과하는 경우도 있는 바, 특별히 반사회적·반윤리적인 행위로 볼 수 없음에도 법정형을 부과하는 것은 과잉형벌로서 비례의 원칙에 위반하고 있다고 보여진다.

<p>공공데이터의 제공 및 이용 활성화에 관한 법률</p>	<p><b>제40조(과태료)</b>                  ① 제13조제4항을 위반하여 공공데이터활용지원센터 또는 이와 유사한 명칭을 사용한 자                  ※ 제13조(공공데이터활용지원센터) ④ 활용지원센터가 아닌 기관은 공공데이터활용지원센터 또는 이와 유사한 명칭을 사용하지 못한다.</p>	<p>500만원 이하의 과태료</p>
<p>기술사법</p>	<p><b>제22조(과태료)</b>                  1. 제10조를 위반하여 기술사사무소 또는 이와 유사한 명칭을 사용한 자                  ※ 제10조(유사명칭의 사용금지) 사무소등록기술사가 아닌 자는 기술사사무소 또는 이와 유사한 명칭을 사용하지 못한다.</p>	<p>300만원 이하의 과태료</p>
<p>기술신용보증기금법</p>	<p><b>제52조(과태료)</b> ① 제49조를 위반하여 기술신용보증기금 또는 이와 유사한 명칭을 사용한 자                  ※ 제49조(유사명칭의 사용 금지) 이 법에 따른 기금이 아닌 자는 기술신용보증기금 또는 이와 유사한 명칭을 사용하지 못한다.</p>	<p>1천만원 이하의 과태료</p>
<p>건축사법</p>	<p><b>제41조(과태료)</b>                  1. 제12조를 위반하여 건축사 또는 이와 비슷한 명칭을 사용한 사람                  ※ 제12조(유사명칭의 사용 금지) 건축사가 아닌 사람은 건축사 또는 이와 비슷한 명칭을 사용하지 못한다.</p>	<p>100만원 이하의 과태료</p>

공인 중개사법	<b>제49조(벌칙)</b> 2. 제8조의 규정을 위반하여 공인중개사가 아닌 자로서 공인중개사 또는 이와 유사한 명칭을 사용한 자 6. 제18조제2항의 규정을 위반하여 개업공인중개사가 아닌 자로서 “공인중개사사무소”, “부동산중개” 또는 이와 유사한 명칭을 사용한 자 ※ 제 8 조(유사명칭의 사용금지) 공인중개사가 아닌 자는 공인중개사 또는 이와 유사한 명칭을 사용하지 못한다. ※ ② 개업공인중개사가 아닌 자는 “공인중개사사무소”, “부동산중개” 또는 이와 유사한 명칭을 사용하여서는 아니된다.	1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금
지방문화원 진흥법	<b>제20조(과태료)</b> ① 제4조의2를 위반한 자 ※ 제 4 조의2(유사 명칭의 사용 금지) 지방문화원이 아니면 그 명칭에 지방문화원이나 이와 유사한 명칭을 사용할 수 없다.	500만원 이하

#### 4. 무인가·무허가 또는 무등록 영업의 경우

일정한 영업을 하거나 업을 영위하기 위해서는 허가를 받거나 등록, 신고를 하여야 하는 경우가 있다. 이때 허가를 받지 아니하거나 등록, 신고를 하지 않고 업을 영위하는 경우에는 벌칙이 적용된다.

이 경우에는 해당 영업행위가 사회에 미치는 영향 등에 따라 허가, 등록, 신고 등 제한의 정도가 결정되며, 따라서 해당 규제의 위반에 따른 벌칙의 적용도 달라질 수 있다.

예시에서 보는 것처럼 사람이 먹는 건강보조식품의 경우에는 생명, 신체에 부정적 영향을 미칠 수 있기 때문에 건강보조식품제조업 허가를 받지 아니한 경우에는 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금형을 규정하고 있으나, 공인중개사업이나 결혼중개업과 같은 경우에는 거래질서의 확립과 등록자의 보호라는 관점에서 처벌의 수준이 다르게 규정되어 있는 것으로 보여진다.

다만, 결혼중개업과 부동산중개업은 무등록영업행위로 인한 거래질서의 교란 등 사회에 미치는 영향과 등록규제를 받는다는 점에서 유사하나 법정형에서 차이가 발생하고 있다는 점에는 의문이 제기된다.

또한, 「공인중개사법」의 경우 징역형과 벌금형이 다른 유사한 법률과는 달리 편차가 있어서 시정이 요구된다.

<p>납시 관리 및 육성법</p>	<p><b>제53조(벌칙)</b> 2. 제10조제1항에 따른 낚시터업의 허가 또는 변경허가를 받지 아니하고 낚시터업을 한 자</p> <p>※ <b>제10조(낚시터업의 허가)</b> ① 제3조제1호부터 제4호까지의 수면 등에서 낚시터업을 하려는 자는 해양수산부령으로 정하는 바에 따라 해당 수면 등을 관할하는 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다. 낚시터의 위치·구역 및 대통령령으로 정하는 중요한 사항을 변경하려는 경우에도 같다.</p>	<p>1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금</p>
<p>건강기능식품 에 관한 법률</p>	<p><b>제43조(벌칙)</b> 1. 제5조제1항(영업의 허가 등)을 위반한 자</p> <p>※ <b>제 5 조(영업의 허가 등)</b> ① 제4조제1항제1호에 따른 건강기능식품제조업을 하려는 자는 총리령으로 정하는 바에 따라 영업소별로 식품의약품안전처장의 허가를 받아야 한</p>	<p>10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금 (병과 가능)</p>

	다. 대통령령으로 정하는 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다.	
결혼중개업의 관리에 관한 법률	<p><b>제26조(벌칙)</b></p> <p>2. 제4조제1항에 따른 등록을 하지 아니하고 국제결혼중개업을 수행한 자</p> <p>※ 제 4 조(국제결혼중개업의 등록) ① 국제결혼중개업을 하고자 하는 자는 제24조에 따른 교육을 받고 제24조의3에 따른 자본금 요건 및 보증보험금, 중개사무소 등 대통령령으로 정하는 기준을 갖추어 중개사무소를 두고자 하는 지역을 관할하는 시장·군수·구청장에게 등록하여야 한다. 등록된 사항 중 여성가족부령으로 정하는 중요사항을 변경하고자 할 때에도 또한 같다.</p>	5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금
공인중개사법	<p><b>제43조(벌칙)</b></p> <p>1. 제9조의 규정에 의한 중개사무소의 개설 등록을 하지 아니하고 중개업을 한 자</p> <p>※ 제 9 조(중개사무소의 개설등록) ① 중개업을 영위하려는 자는 국토교통부령이 정하는 바에 따라 중개사무소(법인의 경우에는 주된 중개사무소를 말한다)를 두려는 지역을 관할하는 시장(구가 설치되지 아니한 시의 시장과 특별자치도 행정시의 시장을 말한다. 이하 같다)·군수 또는 구청장(이하 “등록관청”이라 한다)에게 중개사무소의 개설 등록을 하여야 한다.</p>	3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금

## 5. 비밀누설 행위 관련 처벌규정

형법에서는 군사상 기밀누설죄, 외교상 기밀누설죄, 공무상 비밀누설죄, 업무상 비밀누설죄를 범죄로 인식하여 처벌하고 있다. 행정법규에서는 이러한 형법상 범죄유형에 대응하는 유형으로 직무상 취득한 비밀을 누설하는 행위를 처벌하는 규정을 두고 있는 입법례가 있다. 그 가운데 특히 각종 위원회가 행정행위를 하면서 취득한 비밀을 누설하거나 도용한 경우에 처벌규정을 두는 것이 일반적이다.

위원회를 설치하기 위해서는 개별법령에 근거를 두거나 「정부조직법」 제5조에 따라서 대통령령으로 설치근거를 두기도 한다. 위원회는 직무의 효력에 따라서는 합의제 행정기관인 경우와 자문위원회로 나뉘며, 직무내용에 따라서는 형법 적용에 있어서 공무원으로 의제되기도 한다.

직무상 취득한 비밀을 누설한 경우에는 형법을 적용하는 것이 일반적이나 행정법규에서 특별하게 직무상 취득한 비밀누설금지 의무를 부과하고 이를 위반했을 때 처벌하는 규정을 별도로 두는 취지는 공무원이 아닌 민간위원의 참여를 보장하면서 공무원이 준수해야 할 비밀엄수 의무를 부과함으로써 비밀엄수 의무에 대한 침해로 인하여 위험하게 되는 이익을 보호하기 위함이다.

현행 법령에서 “비밀”의 판단기준에 관해서는 대통령령인 “보안업무규정”이 존재한다. 보안업무규정 제2조제1호에서는 “비밀”이란 그 내용이 누설될 경우 국가안전보장에 해를 끼칠 우려가 있는 국가기밀로서 이 영에 따라 비밀로 분류된 것으로 정의하고 있다.

그러나 대부분의 위원회 등에서 다루고 있는 직무내용은 사실상 보안업무규정에 따른 “비밀”에 해당하지는 않지만 각 기관들이 개별적으로 행정규칙인 훈령이나 고시의 형식으로 보안관리규칙이나 보안관리지침들에 따라 분류, 관리하고 있는 것 가운데 직무상 대외비로 지정되어 있는 경우를 가리키는 것으로 이해된다.

판례의 경우에는 형법 제127조의 “법령에 의한 직무상 비밀”에 대한 해석을 매우 넓게 해석하고 있다.

“형법 제127조는 공무원 또는 공무원이었던 자가 법령에 의한 직무상 비밀을 누설하는 것을 구성요건으로 하고 있고, 같은 조에서 ‘법령에 의한 직무상 비밀’이란 반드시 법령에 의하여 비밀로 규정되었거나 비밀로 분류 명시된 사항에 한하지 아니하고, 정치, 군사, 외교, 경제, 사회적 필요에 따라 비밀로 된 사항은 물론 정부나 공무소 또는 국민이 객관적, 일반적인 입장에서 외부에 알려지지 않는 것에 상당한 이익이 있는 사항도 포함하는 것이나, 실질적으로 그것을 비밀로서 보호할 가치가 있다고 인정할 수 있는 것이어야 하고, 본죄는 비밀 그 자체를 보호하는 것이 아니라 공무원의 비밀엄수의무의 침해에 의하여 위협하게 되는 이익, 즉 비밀의 누설에 의하여 위협받는 국가의 기능을 보호하기 위한 것이다<sup>33)</sup>.”

각종 위원회에 참여하는 민간위원에게 비밀누설금지의무를 부과하고, 이를 위반했을 때 벌칙을 적용하는 입법례는 다음과 같다.

동물보호법	<p><b>제46조(벌칙) ②</b></p> <p>1. 제26조제3항을 위반하여 비밀을 누설하거나 도용한 윤리위원회의 위원</p> <p>※ <b>제26조 ③</b> 윤리위원회의 위원은 그 직무를 수행하면서 알게 된 비밀을 누설하거나 도용하여서는 아니 된다.</p>	500만원 이하의 벌금
원자력안전법	<p><b>제115조(벌칙)</b> 제108조를 위반한 사람은 10년 이하의 징역에 처한다.</p>	10년 이하의 징역 또는 금고

33) 대법원 2003. 6. 13. 선고 2001도1343 판결.

	<p>※ 제108조(비밀누설금지) 이 법에 따른 직무에 종사하거나 종사하였던 위원회의 위원 및 「원자력안전위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」 제15조에 따른 전문위원회의 위원 또는 공무원은 그 직무상 알게 된 원자력에 관한 비밀을 누설하거나 이 법의 시행을 위한 목적 이외에 이를 이용하여서는 아니 된다.</p>	
<p>특수임무 수행자 보상에 관한 법률</p>	<p>제23조(벌칙) ② 제5조제1항의 규정을 위반한 자는 2년 이하의 징역, 5년 이하의 자격정지 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>※ 제 5 조(비밀누설금지 등) ① 위원회의 위원 또는 직원이나 그 직에 있었던 자 및 위원회에 파견되거나 위원회의 위촉에 의하여 위원회의 업무를 수행하거나 수행하였던 자는 이 법률에서 정한 경우를 제외하고는 업무처리 중 알게된 비밀을 누설하여서는 아니된다.</p>	

위의 예시규정과 형법상 공무상 비밀의 누설에 관한 처벌규정을 살펴보면 다음과 같다. 즉, 형법 제127조에서는 공무원 또는 공무원이었던 자가 법령에 의한 직무상 비밀을 누설한 때에는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 5년 이하의 자격정지에 처한다고 규정하고 있다.

비밀의 내용에 따라서 법정형이 달라질 수 있는 있지만, 공무상 비밀누설죄 등과 같이 형법 보다 특별히 가중하여 처벌할 만한 사유가 있는 경우는 예외로 하더라도 형법상 비밀누설죄로 인식되지 못할 정도의 직무내용을 가지고 있다면 굳이 형벌규정을 두기 보다는 다른 제재조치를 취하는 등의 방안을 모색할 필요가 있다고 보여진다.

특히 「동물보호법」의 윤리위원회의 위원이 직무상 비밀을 누설한 경우에 대한 처벌규정은 다른 유사한 입법례, 예를 들어 「건설기술관리

법」에 따른 책임감리 등의 업무나 신기술 또는 외국도입 건설기술 등에 종사하는 자가 직무상 알게된 비밀을 누설하거나 도용한 경우 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하게 하고 있고, 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」에 따라 감염병 관련 업무에 종사하는 자가 업무상 알게 된 비밀을 누설하는 경우 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 되어 있는 바, 과소처벌로 보여진다.

### 6. 원산지 표시의무 위반에 대한 법정형

농수산물이나 수출입물품 등에 대해서는 원산지표시가 의무화되어 있다. 따라서 원산지를 표시하지 않거나 거짓으로 하거나 이를 혼동하게 할 우려가 있는 표시를 행위를 처벌하도록 하고 있다.

<p>농수산물의 원산지 표시에 관한 법률</p>	<p><b>제14조(벌칙)</b> 제6조제1항을 위반한 자</p> <p>※ <b>제 6 조(거짓 표시 등의 금지)</b> ① 누구든지 다음 각 호의 행위를 하여서는 아니 된다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 원산지 표시를 거짓으로 하거나 이를 혼동하게 할 우려가 있는 표시를 하는 행위</li> <li>2. 원산지 표시를 혼동하게 할 목적으로 그 표시를 손상·변경하는 행위</li> <li>3. 원산지를 위장하여 판매하거나, 원산지 표시를 한 농수산물이나 그 가공품에 다른 농수산물이나 가공품을 혼합하여 판매하거나 판매할 목적으로 보관이나 진열하는 행위</li> </ol>	<p>7년 이하의 징역이나 1억원 이하의 벌금</p>
<p>불공정 무역행위 조사 및 산업피해 구제에 관한 법률</p>	<p><b>제40조(벌칙)</b> ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 제4조제1항제2호 각 목의 어느 하나에 해당하는 물품등을 수출하거나 수입한 자</li> </ol> <p>※ <b>제 4 조(불공정무역행위의 금지)</b> ① 누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위</p>	<p>3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금</p>

	<p>(이하 “불공정무역행위”라 한다)를 하여서는 아니 된다.</p> <p>2. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 물품등을 수출하거나 수입하는 행위</p> <p>가. 원산지를 거짓으로 표시하거나 원산지를 오인(誤認)하게 하는 표시를 한 물품등</p> <p>나. 원산지 표시를 손상하거나 변경한 물품등</p> <p>다. 원산지 표시를 하지 아니한 원산지 표시 대상 물품</p>	
<p>학교급식법</p>	<p><b>제23조(벌칙)</b> ① 제16조제1항제1호 또는 제2호의 규정을 위반한 학교급식공급업자</p> <p>※ <b>제16조(품질 및 안전을 위한 준수사항)</b> ① 학교의 장과 그 학교의 학교급식 관련 업무를 담당하는 관계 교직원(이하 “학교급식관계교직원”이라 한다) 및 학교급식공급업자는 학교급식의 품질 및 안전을 위하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 식재료를 사용하여서는 아니된다.</p> <p>1. 「농수산물의 원산지 표시에 관한 법률」 제5조제1항에 따른 원산지 표시를 거짓으로 적은 식재료</p> <p>2. 「농수산물 품질관리법」 제56조에 따른 유전자변형농수산물의 표시를 거짓으로 적은 식재료</p>	<p>7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금</p>

원산지를 표시하도록 의무화하는 취지는 “합리적인 원산지 표시를 하도록 하여 소비자의 알 권리를 보장하고, 공정한 거래를 유도”하는데 있다<sup>34)</sup>. 이와 같은 유형의 처벌규정 또한 달성하고자 하는 행정목적이나 처벌대상 행위가 같음에도 처벌규정은 각각 3년 이하의 징역

34) 농수산물의 원산지 표시에 관한 법률 제1조(목적) 규정

또는 3천만원 이하의 벌금에서부터 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금까지로 법정형간에 편차가 존재하고 있다. 같은 구성요건임에도 법정형에 차이를 두는 것은 바람직하지 않다.

## 7. 자격증이나 등록증 등의 대여

자격제도는 국민의 생명·신체의 안전 및 재산의 보호와 밀접한 관련이 있는 분야, 자격자가 행하는 업무나 역할이 중대하고 공공성이 강하여 공정한 수행과 신뢰의 확보가 필요한 분야의 법률에서 규정하고 있다<sup>35)</sup>. 특히 업무독점적 자격제도의 경우에는 해당 업무 또는 영업활동에 누구나 종사할 수 있도록 허용한다면 사회생활에서 중대한 혼란 등이 발생할 것이 예상되어 불가피하게 직업선택의 자유까지 제한하면서 특정 자격자에 한하여 그 업무 등을 수행하게 할 필요가 있는가에 따라 도입된다<sup>36)</sup>.

헌법재판소는 자격 제도의 도입과 관련하여 “일반적으로 직업선택의 자유를 제한할 때에, 어떤 직업의 수행을 위한 전제요건으로서 일정한 주관적 요건을 갖추도록 요구하는 것이, 누구에게나 제한없이 그 직업에 종사하도록 방임함으로써 발생할 우려가 있는 공공의 손실과 위험을 방지하기 위한 적절한 수단이고, 그 직업을 희망하는 모든 사람에게 동일하게 적용되어야 하며, 주관적 요건 자체가 그 제한목적과 합리적인 관계가 있어야 한다는 비례의 원칙이 적용되어야 할 것이다”라고 판시한 바 있다<sup>37)</sup>.

자격증대여금지의무를 부과하는 것은 자격제도 자체에 대한 공중의 신뢰를 보호하기 위함이다. 따라서 자격증대여금지의무를 위반한 경우에는 행정형벌을 제재수단으로 하는 것이 적절하다.

35) 법제처 법령입안심사기준, 313쪽

36) 법제처 법령입안심사기준, 313쪽

37) 헌재 1995.6.29., 90헌바43

<p>국가기술 자격법</p>	<p><b>제26조(벌칙) ③</b> 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자다. 1. 제15조제2항을 위반하여 국가기술자격증을 빌려 주거나 빌린 사람 또는 대여를 알선한 사람</p> <p>※ <b>제15조(국가기술자격 취득자의 의무 등) ②</b> 제13조에 따라 발급받은 국가기술자격증은 다른 사람에게 빌려 주거나 빌려서는 아니 되며, 대여를 알선하여서도 아니 된다.</p>	<p>1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금</p>
<p>결혼중개업 의 관리에 관한 법률</p>	<p><b>제26조(벌칙) ②</b> 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자 3. 제9조를 위반하여 다른 사람에게 자기명의 또는 상호를 사용하여 결혼중개업을 하게 하거나 신고필증 또는 등록증을 빌려준 자</p> <p>※ <b>제 9 조(명의 대여의 금지)</b> 결혼중개업자는 다른 사람에게 자기의 명의 또는 상호를 사용하여 결혼중개업을 하게 하거나 신고필증 또는 등록증을 빌려주어서는 아니된다.</p>	<p>3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금</p>
<p>세무사법</p>	<p><b>제22조의2(벌칙)</b> 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자 1. 제12조의3을 위반하여 명의 등을 빌려준 자</p> <p>※ <b>제12조의3(명의 대여 등의 금지)</b> 세무사는 다른 사람에게 자기의 성명이나 상호를 사용하여 세무대리를 하도록 하거나 그 자격증이나 등록증을 빌려주어서는 아니된다.</p>	<p>1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금</p>

이런 유형의 처벌규정은 자격증·등록증 등의 공적 증명서를 권한 없는 자나 무자격자에게 대여하는 행위를 처벌하고자 하는 것으로 구

성요건은 동일하다. 따라서 법정형에 차이를 인정할 수 있는 것은 해당 자격이나 사업이 어느 정도 공공성을 가지고 있으며, 무자격자로 하여금 해당 업무를 하게 했을 때 반사회적인 영향의 정도에 따른 것 이어야 한다. 그럼에도 현행 법규상 자격증이나 등록증 등의 대여금지 의무에 대한 처벌규정은 업무내용의 질적 차이가 없음에도 불구하고 법정형에 차이를 두고 있어서 개선할 필요가 있다.

### 8. 그밖에 행정의무 불이행에 대한 처벌규정 비교

#### (1) 서류, 장부 등의 비치의무 불이행에 대한 처벌규정

행정법규에서는 투명하고 책임 있는 업무의 수행을 위하여 일정한 업무 관련 문서, 장부, 서류 등의 비치, 보존 등의 의무를 부과하고 있다. 이러한 장부 등은 감독기관의 지도 및 감독의 근거자료, 과세의 증빙자료 등을 활용된다. 서류, 장부 등의 비치의무와 이에 대한 처벌의 현황은 다음과 같다.

법률명	처벌규정	법정형 또는 처벌의 내용
도시가스사업법	<b>제54조 ③</b> 2의3. 제20조의2를 위반하여 공급규정을 비치하지 아니하거나 가스사용자의 요구가 있음에도 공급규정의 사본을 교부하여 열람할 수 있게 하지 아니한 자	1천만원 이하의 과태료
식품산업진흥법	<b>제38조 ①</b> 2. 제26조제3항을 위반하여 관련 문서를 비치·보존하지 아니한 자  ※ 제26조(우수식품인증 및 우수식품인증기관의 사후관리) ③ 우수식품인증을 받은 자 및	500만원 이하의 과태료

제 3 장 의무위반행위별 행정형벌의 현황과 실태

법률명	처벌규정	법정형 또는 처벌의 내용
	<p>우수식품인증기관은 농림축산식품부령 또는 해양수산부령으로 정하는 바에 따라 인증심사자료, 가공시설의 관리, 식품첨가물의 사용 및 우수식품인증을 받은 식품의 거래에 관한 자료 등 관련 문서를 비치·보존하여야 한다.</p>	
<p>결혼중개업의 관리에 관한 법률</p>	<p><b>제28조 ②</b>                      3. 제14조를 위반하여 장부 등의 자료를 비치하지 아니한 자</p> <p>※ <b>제14조(장부 등의 비치)</b> 결혼중개업자는 여성가족부령으로 정하는 바에 따라 장부·대장, 그 밖에 필요한 자료를 비치하여야 한다. 이 경우 여성가족부령으로 정하는 장부·대장, 그 밖에 필요한 자료는 「전자문서 및 전자거래 기본법」 제2조제1호에 따른 전자문서로 작성·보존할 수 있다.</p>	<p>100만원 이하의 과태료</p>
<p>기부금품의 모집 및 사용에 관한 법률</p>	<p><b>제16조 ②</b>                      3. 제14조제1항에 따른 장부나 서류 등을 갖추어 두지 아니한 자</p> <p>※ <b>제14조(공개 의무와 회계감사 등) ①</b> 모집자와 모집종사자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 기부금품의 모집상황과 사용명세를 나타내는 장부·서류 등을 작성하고 갖추어 두어야 한다.</p>	<p>1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금</p>
<p>산림조합법</p>	<p><b>제131조(벌칙)</b>                      5. 제56조, 제57조(제86조의10 또는 제122조에 따라 준용되는 경우를 포함한다) 또는 제58조제1항(제65조, 제86조의10 및 제122</p>	<p>3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금</p>

법률명	처벌규정	법정형 또는 처벌의 내용
	<p>조에 따라 준용되는 경우를 포함한다)을 위반하였을 때</p> <p>※ 제57조(결산보고서의 제출·비치 등) ① 조합장은 정기총회일 1주 전까지 결산보고서(사업보고서, 재무상태표, 손익계산서, 잉여금처분안 또는 손실금처리안 등을 말한다)를 감사에게 제출하고 이를 주된 사무소에 갖추어 두어야 한다.</p>	
의료법	<p>제90조(벌칙) 제16조제1항·제2항, 제17조제3항·제4항, 제18조제4항, 제21조제3항·제5항, 제22조제1항·제2항, 제26조, 제27조제2항, 제33조제1항·제3항(제82조제3항에서 준용하는 경우를 포함한다)·제5항(허가의 경우만을 말한다), 제35조제1항 본문, 제41조, 제42조제1항, 제48조제3항·제4항, 제77조제2항을 위반한 자</p> <p>※ 제22조(진료기록부 등) ① 의료인은 각각 진료기록부, 조산기록부, 간호기록부, 그 밖의 진료에 관한 기록(이하 “진료기록부등”이라 한다)을 갖추어 두고 환자의 주된 증상, 진단 및 치료 내용 등 보건복지부령으로 정하는 의료행위에 관한 사항과 의견을 상세히 기록하고 서명하여야 한다.</p>	300만원 이하의 벌금

서류, 장부의 비치의무위반에 대한 처벌규정은 주로 과태료를 부과하는 행정법규가 대다수이나, 「기부금품의 모집 및 사용에 관한 법률」 등 일부 행정법규에서는 형벌을 부과하고 있다.

위의 예시에서 알 수 있듯이 단순한 장부 등의 비치·보존의무 위반에 대하여 과태료부과금액을 달리 하는 것에 대한 합리적 이유를 찾아보기 어렵다. 또한 최근에는 정보시스템에 각종 행정보고 사항을 입력하도록 하고 있는 바, 사실상 장부의 보존, 비치의무의 실효성에 대해서 재고의 여지가 있다.

그리고, 동일한 성격의 기관이나 단체에게 부과된 장부, 서류 등의 비치의무위반에 대해서 형벌을 과하는 경우를 발견할 수 있는 바, 유사한 성격의 단체에 대한 처벌규정이 과태료를 부과하도록 되어 있는 등 이를 형벌로 처벌하는데 따른 합리적 이유를 찾아보기 어렵다.

그럼에도 「기부금품의 모집 및 사용에 관한 법률」의 경우에는 기부금품의 액수나 규모에 따라서는 재산적 피해의 대규모성이나 기부문화에 대한 사회 일반의 부정적 인식이 확산되는 등 반사회적 영향이 클 수 있기 때문에 기부금품에 대한 장부 작성, 비치의무와는 별도로 감사보고서와 모집상황이나 사용명세에 대한 보고의무 위반을 구분하여 행정형벌의 경중(장부나 서류를 갖추어 두지 아니한 자는 1년 이하의 징역이나 1천만원 이하의 벌금, 감사보고서 등 보고의무위반의 경우에는 3년 이하의 징역이나 3천만원 이하의 벌금)을 두고 있기도 하다.

## (2) 행정목적 실현을 위한 보고/신고의무 불이행 등 처벌규정

행정기관은 일정한 행정목적 달성을 위하여 일정한 보고, 신고의무를 부과하고 있다. 이러한 보고, 신고의무는 대략 다음과 같이 분류할 수 있다.

첫째, 행정조사를 위한 보고나 자료제출명령, 둘째 행정평가, 심사 등을 위한 보고나 자료제출 명령, 셋째, 등록 등을 위한 신고의무 부과, 넷째 신고의무사항에 있어 변경 사항 등에 대한 단순신고 의무부과가 그러하다.

먼저, 행정조사나 행정평가, 심사 등을 위해서 보고를 징구하거나 자료제출을 명한 경우에 이에 응하지 않았을 때에는 행정질서벌인 과태료가 부과되는 경우가 일반적이다. 행정조사 등 행정목적 실현을 위한 사실적 행위로서 이를 위반한 경우에도 행정질서벌을 부과하는 것이 타당할 것이다. 따라서 이와 유사한 행위에 대해서 형벌을 부과하는 것은 과잉형벌로 그 합리적 이유를 찾기가 어렵다. 사실상 보고 및 검사를 거부·방해 또는 기피하는 경우에 담당 공무원을 폭행 또는 협박하게 되면 형법 제136조에 따른 공무집행방해죄의 적용을 받거나 같은 법 제137조에 따른 위계에 의한 공무집행방해죄의 적용을 받게 되기 때문에 단순한 보고 및 검사의 거부·방해 또는 기피의 경우에는 행정질서벌의 부과로도 그 실효성을 확보할 수 있을 것으로 보여진다.

반면, 일정한 영업을 개시하기 위하여 신고의무가 부과되는 경우에 있는데 이를 허위로 하는 경우에는 허위신고로 인한 불법성을 인정할 수 있기 때문에 형벌을 부과하는 것이 바람직할 것이다.

단순신고의무에 대해서는 과태료를 부과하는 것이 바람직하다.

<p>간척지의 농어업적 이용 및 관리에 관한 법률</p>	<p><b>제40조(과태료)</b> ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 500만원 이하의 과태료를 부과한다.</p> <p>3. 제33조제1항에 따른 보고 또는 자료 제출을 하지 아니하거나 거짓으로 보고 또는 자료 제출을 한 자</p> <p>4. 정당한 사유 없이 제33조제1항에 따른 검사를 거부·방해 또는 기피한 자</p> <p>※ <b>제33조(보고·검사 등)</b> ① 농림축산식품부장관은 사업시행자 및 관리기관에 대하여 그 업무에 관한 사항을 보고하게 하거나 자</p>	
---	---	--

	<p>료의 제출을 요구할 수 있으며, 소속 공무원으로 하여금 그 사업장에 출입하여 장부·서류 등을 검사하게 할 수 있다.</p>	
<p>건설폐기물의 재활용 촉진에 관한 법률</p>	<p><b>제66조(과태료)</b> ③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 100만원 이하의 과태료를 부과한다.</p> <p>6. 제34조제1항에 따른 보고를 하지 아니하거나 거짓으로 보고를 한 자</p> <p>7. 제34조제1항에 따른 출입·검사를 거부·방해 또는 기피한 자</p> <p>※ <b>제34조(보고, 검사 등)</b> ① 환경부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 이 법의 시행에 필요한 범위에서 환경부령으로 정하는 바에 따라 관계인에게 보고를 하게 하거나 자료를 제출하게 할 수 있으며, 관계 공무원에게 사무소 또는 사업장 등을 출입하여 관계 서류나 시설, 장비 등을 검사하게 할 수 있다.</p>	
<p>경제자유구역의 지정 및 운영에 관한 법률</p>	<p><b>제35조(과태료)</b> ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 1천만원 이하의 과태료를 부과한다.</p> <p>1. 제28조의2제1항에 따른 보고 또는 자료 제출을 하지 아니하거나 거짓으로 보고 또는 자료제출을 한 자</p> <p>2. 제28조의2제1항에 따른 검사를 거부·방해 또는 기피한 자</p> <p>※ <b>제28조의2(보고 및 검사 등)</b> ① 산업통상자원부장관 또는 시·도지사는 경제자유구역의 개발에 필요하다고 인정하는 때에는 경제자유구역청장 및 개발사업시행자에게 산</p>	

	<p>업통상자원부령으로 정하는 바에 따라 필요한 보고를 하게 하거나 자료의 제출을 명할 수 있으며, 소속 공무원에게 개발사업시행자의 사무실, 사업장, 그 밖의 필요한 장소에 출입하여 개발사업에 관한 업무와 회계에 관한 사항을 검사하거나 관계인에게 질문하게 할 수 있다.</p>	
--	--	--

(3) 시정명령 등에 따르지 않는 경우에 대한 처벌규정

시정명령이란 이른바 작위의무의 부과로서 일정한 의무위반상태를 적극적으로 개선할 것을 내용으로 하는 일방적 행정작용을 말한다. 이러한 시정명령에 위반하였을 때에는 해당 의무가 대체적 작위의무인 경우에는 대집행과 같은 직접 강제가 유용하나 직접 강제에는 계고처분, 영장주의 등 엄격한 절차와 방식이 요구되기 때문에 행정형벌이나 과태료가 부과되는 사례가 일반적이다.

그러나 행정형벌이나 과태료의 부과는 일회적이기 때문에 의무위반행위가 계속되는 경우에는 그 실효성이 미흡할 수밖에 없다. 따라서 최근에는 시정명령에 따르지 않고 의무위반상태가 계속되는 경우에는 이행강제금과 같은 행정제재 수단을 통해서 그 실효성을 확보하고자 하는 경향이 두드러진다.

이행강제금 제도 자체의 문제점을 별론으로 한다면 시정명령과 같은 작위의무의 부과에는 행정형벌의 적용보다는 이행강제금을 통한 의무이행 확보가 실효적이라 할 수 있다. 따라서 가능하면 시정명령에 대해서는 이행강제금의 부과와 같은 행정제재수단을 적용하고, 행정형벌을 적용하는 경우에도 금전벌인 벌금형보다는 징역형을 강화하는 것이 타당하다고 생각된다.

시정명령에 대한 제재로서 특이한 입법형식을 취하고 있는 입법례는 「결혼중개업의 관리에 관한 법률」을 들 수 있다. 이 법률에서는 시정명령의 대상을 구체적인 의무위반행위로 규정하면서 시정명령에 대한 불이행 자체에 대해서는 아무런 제재규정을 두지 않으면서 시정명령의 대상이 되는 의무위반행위별로 과태료 부과 대상으로 규정하고 있다.

이에 비하여 「건강기능식품에 관한 법률」에서는 시정명령의 근거규정을 ‘이 법을 지키지 아니하는 자에 대하여 필요하다고 인정할 때에는 시정을 명할 수 있다’라고 추상적인 규정을 취하면서 이에 따르지 않았을 때에는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금(징역과 벌금 병과 가능)을 부과할 수 있도록 하고 있다. 시정명령의 실효성을 확보하기 위해서 제재를 부과하는 것은 이해할 수 있으나, ‘이 법을 지키지 아니하는 자’에 대하여 ‘필요하다고 인정할 때’에는 시정명령을 할 수 있도록 하면서 이를 따르지 않았을 때 행정형벌을 부과하는 것은 구성요건의 불명확성, 제재처분의 재량적 성격을 고려할 때 과잉처벌이라 보여진다. 구성요건을 법률에서 규정하는 구체적인 의무위반행위로 하여 그에 대하여 시정명령을 하고 시정명령에 따르지 않았을 때 시정명령에 따른 의무위반으로 행정질서벌을 부과하는 것이 합리적일 것이다.

<p>가축 및 축산물 이력관리에 관한 법률</p>	<p><b>제34조(과태료)</b> ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 500만원 이하의 과태료를 부과한다.</p> <p>19. 제23조에 따른 시정명령을 위반한 자</p> <p>※ <b>제23조(시정명령)</b> 농림축산식품부장관이나 시·도지사는 가축의 소유자, 농장경영자, 이력관리대상가축을 수입하거나 수출하는 자, 가축시장개설자, 도축업자, 축산물수입</p>	
-----------------------------	--	--

	<p>업자, 식육포장처리업자, 식육판매업자, 식육부산물전문판매업자, 축산물유통전문판매업자, 식품접객업자, 집단급식소운영자 및 통신판매업자가 정당한 사유 없이 이 법 또는 이 법에 따른 명령을 준수하지 아니하는 경우에는 기간을 정하여 시정을 명할 수 있다.</p>	
<p>건강기능식품에 관한 법률</p>	<p><b>제44조(벌칙)</b>                  8. 제29조 또는 제30조제1항 및 제3항에 따른 명령을 이행하지 아니한 자                  ※ <b>제29조(시정명령)</b> 식품의약품안전처장 또는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장은 이 법을 지키지 아니하는 자에 대하여 필요하다고 인정할 때에는 시정을 명할 수 있다.</p>	<p>5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금 (징역과 벌금 병과 가능)</p>
<p>결혼중개업의 관리에 관한 법률</p>	<p><b>제28조(과태료)</b> ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 300만원 이하의 과태료를 부과한다.                  1. 제3조제1항을 위반하여 변경사항을 신고하지 아니한 자                  2. 제4조제1항을 위반하여 변경사항을 등록하지 아니한 자                  ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 100만원 이하의 과태료를 부과한다.                  1. 제5조제1항을 위반하여 신고를 하지 아니하고 휴업 또는 폐업하거나 휴업 후 영업을 재개한 자                  2. 제8조를 위반하여 신고필증 또는 등록증 등을 게시하지 아니하거나 신고번호 또는 등록번호 등을 게시하지 아니한 자                  3. 제14조를 위반하여 장부 등의 자료를 비치하지 아니한 자</p>	

	<p>※ 제17조(시정 명령) 시장·군수·구청장은 결혼중개업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 3개월의 범위에서 기간을 정하여 그 시정 또는 변경을 명할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 제3조제1항을 위반하여 변경사항을 신고하지 아니한 경우</li> <li>2. 제4조제1항을 위반하여 변경사항을 등록하지 아니한 경우</li> <li>3. 제5조제1항을 위반하여 결혼중개업을 휴업 또는 폐업하거나 그 영업을 재개한 사실을 신고하지 아니한 경우</li> <li>4. 제8조를 위반하여 신고필증 또는 등록증 등을 게시하지 아니하거나 신고번호 또는 등록번호 등을 게시하지 아니한 경우</li> <li>5. 제12조제3항을 위반하여 표시·광고를 할 때 신고번호나 등록번호를 포함하지 아니한 경우</li> <li>6. 제14조를 위반하여 장부 등의 자료를 비치하지 아니한 경우</li> <li>7. 그 밖에 이 법 또는 이 법에 따른 명령을 위반한 경우</li> </ol>	
--	---	--

## 제 2 절 형법상 동일 범죄의 법정형과의 비교

### 1. 「형법」상 범죄의 법정형과의 비교 필요성

현행 행정법규 처벌규정의 법정형이 가지고 있는 문제점으로 형법상 유사범죄의 법정형과의 불균형 문제를 살펴보고자 한다.

형법상 범죄의 법정형은 형벌에 관한 기본법이면서 오랜 시간 사회적 합의를 거쳐 제정되고 운영되어온 형법의 기능을 고려할 때 행정

법규의 법정형을 합리화하는 중요한 판단기준으로 작용할 것이 기대된다.

행정법규의 처벌규정은 형법상 범죄와 유사한 유형의 범죄가 별도로 규정되어 있는 경우가 많다. 형법이 있음에도 형사범의 성격을 갖고 있는 범죄를 행정법규에 따로 규정하게 된 것은 형법보다 법정형을 가중해서 해당 행정법규가 달성하고자 하는 행정목적 달성의 실효성과 일반예방효과를 높이기 위한 목적이나, 형법상 구성요건이 까다롭기 때문에 행정법규를 위반한 행위를 형법으로 모두 처벌할 수 없어서 형법보다 구성요건을 완화하여 처벌범위를 높이려는 의도, 또는 형법으로도 처벌이 가능할 수 있으나 특별히 처벌규정을 따로 규정함으로써 해당 행정법규가 대상으로 하는 행정분야의 중요성을 강조하기 위한 이유 등에서 기인한다.

따라서 형법상 범죄와 동일·유사한 범죄유형이 행정법규에 따로 규정된 것이 반드시 바람직하지 못하다고 할 수 없으나 행정법규에 형법적 성격을 가진 범죄행위에 관한 처벌규정을 따로 두는 경우에 형법상 범죄의 법정형과 지나치게 불균형한 법정형을 두는 것은 헌법상 평등의 원칙이나 비례원칙에 위배될 우려가 있음에 유의할 필요가 있다.

## 2. 형법상 법정형과 행정법규 처벌규정의 법정형 비교

### (1) 사기죄

형법 제347조제1항은 “사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이득을 취득한 자”를 10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있는데 행정법규에도 사기죄의 성질을 갖는 범죄에 관한 처벌규정을 두는 경우가 많이 있다.

예를 들어, 각종 보조금, 지원금, 융자금, 공적 급여 등을 거짓이나 부정한 방법으로 지급받는 경우가 그러하다. 이 유형의 범죄는 국가나 지방자치단체를 기망하고 이에 속은 국가 등이 보조금 등 금전적 급부를 하도록 함으로써 재산상의 이득을 취득한다는 점에서 형법상 사기죄와 구성요건을 같이 한다.

징역형	처벌규정
1년 이하의 징역	간척지의 농업적 이용 및 관리에 관한 법률 제38조제9호; 건설근로자의 고용개선 등에 관한 법률 제24조; 고용보험법 제116조제2항; 국민기초생활보장법 제49조; 기초노령연금법 제22조제3항; 농업소득의 보전에 관한 법률 제35조제1호; 사회서비스 이용 및 이용권 관리에 관한 법률 제38조제1호; 아이돌봄 지원법 제35조 제4호; 영유아보육법 제54조제3항 제4호; 유아교육법 제34조제1호; 의료급여법 제35조제1항제2호; 장애아동복지지원법 제39조제2항제1호; 한부모가족지원법 제29조제4항 등
2년 이하의 징역	노인장기요양보험법 제67조제3호; 산업재해보상보험법 제127조제2항; 석면피해구제법 제53조제1항; 연근해어업의 구조개선 및 지원에 관한 법률 제24조제1호; 장애인·고령자 등 주거약자 지원에 관한 법률 제19조제1항
3년 이하의 징역	1959년 12월 31일 이전에 퇴직한 군인의 퇴직급여금지급에 관한 특별법 제17조제1항; 국민건강보험법 제115조제1항; 국민연금법 제128조제1항; 비영리민간단체지원법 제13조제1항; 임금채권보장법 제28조제1호; 제대군인지원에 관한 법률 제28조제1항 등
5년 이하의 징역	5·18민주유공자예우에 관한 법률 제70조제1항; 고엽제후유의증환자지원 등에 관한 법률 제33조제1항; 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 제85조제1항제1호; 독립유공자예우에 관한 법률 제43조제1항; 북한이탈주민의보호 및 정착지원에 관한 법률 제33조제1항; 장애인고용촉진 및 직업재활법 제19조제1항; 보조금관리에 관한 법률 제40조 등

징역형	처벌규정
10년 이하의 징역	방위사업법 제62조제1항 ; 징발법 제26조제1항
배수벌금제만 규정	한국농어촌공사 및 농지관리기금법 제51조제1항

위의 관련 법령의 비교에서 알 수 있듯이 각종 보조금 등을 거짓이나 그밖에 부정한 방법으로 지급받은 편취행위에 대한 법정형은 1년 이하의 징역부터 10년 이하의 징역까지 스펙트럼이 넓게 분포되어 있다. 동일한 구성요건과 동일한 행정목적에 갖고 있는 처벌규정들의 법정형이 편차가 큰 점도 문제이지만 형법상 사기죄의 법정형이 10년 이하의 징역형인 것과 비교하면 불균형의 정도가 심하다는 것을 알 수 있다.

형법상 사기죄의 징역형이 10년 이하인 것에 비해서 행정법규에서 보조금의 편취행위에 대한 법정형이 상대적으로 낮아서 이를 별도로 행정법규에서 처벌할 필요가 있는가에 대해서 의문이 제기된다. 예를 들어, 편취액수가 크거나 죄질이 불량한 범죄에 대해서는 사기죄와 달리 중형에 처하기가 곤란하다는 문제가 발생할 여지가 있다.

## (2) 위증죄, 허위감정죄

형법 제152조제1항은 “법률에 의하여 선서한 증인이 허위의 진술을 한 때”에는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고, 제154조에서 “법률에 의하여 선서한 감정인, 통역인 또는 번역인이 허위의 감정, 통역 또는 번역을 한 때”에도 같은 법정형으로 처벌하도록 규정하고 있다.

행정법규에서도 행정업무를 하는 과정에서 조사나 감정 등이 필요한 경우 증인의 진술을 듣거나 감정·통역을 의뢰하여야 하는데 이

경우 증인의 위증이나 허위감정, 통역인의 허위통역 행위를 처벌하는 규정을 따로 두는 경우가 있다.

법률명	처벌규정	법정형
군의문사 진상규명 등에 관한 특별법	<b>제39조(벌칙)</b> 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람 1. 위원회의 업무를 방해할 목적으로 제19조제1항제3호의 규정에 따른 감정을 허위로 한 사람	2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금
디자인 보호법	<b>제83조(위증죄)</b> ① 이 법의 규정에 의하여 선서한 증인·감정인 또는 통역인이 특허심판원에 대하여 허위의 진술·감정 또는 통역을 한 때	5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금
불공정무역 행위 조사 및 산업피해구제 에 관한 법률	<b>제40조(벌칙)</b> ② 제36조제1항제2호에 따라 지정 또는 위촉을 받은 감정인으로서 허위의 감정을 한 자	2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금
상표법	<b>제94조(위증죄)</b> ① 이 법의 규정에 의하여 선서한 증인·감정인 또는 통역인이 특허심판원에 대하여 허위의 진술·감정 또는 통역을 한 때	5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금
실용신안법	<b>제47조(위증죄)</b> ① 제33조 및 「특허법」 제157조제2항에 따라 준용되는 「민사소송법」에 따라 선서한 증인, 감정인 또는 통역인이 특허심판원에 대하여 거짓으로 진술·감정 또는 통역을 한 경우	5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금
하도급거래 공정화에 관한 법률	<b>제30조(벌칙)</b> ③ 제27조제2항에 따라 준용되는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제50조제1항제2호에 따른 감정을 거짓으로 한 자	3천만원 이하의 벌금

위의 관련 법규들에서 알 수 있듯이 위증 및 허위감정 등에 대한 처벌규정은 형법상 위증죄와 허위감정죄의 법정형과 같이 ‘5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금’으로 규정하고 있으며, 구성요건상 해당 법률에 따라 선서한 증인, 감정인 등이 위증, 허위감정 등을 할 것을 규정하고 있어서 형법으로도 처벌이 가능하며 따로 행정법규에서 처벌규정을 둘 실익은 없다고 생각된다. 특히 위증 및 허위감정 등에 대한 처벌규정들은 대부분 특허심판원과 같이 준사법적 기능을 수행하는 합의제 행정기관의 사실관계 판단에 영향을 미치는 경우에 한정해서 나타난다. 따라서 이러한 형벌규정들은 형사특별규정으로 보는 것이 적절할 것이나 대부분 법정형이 형법의 그것과 동일하기 때문에 특별히 이를 규정할 필요는 없다고 생각된다.

### 제 3 절 그밖에 행정형벌규정의 현황과 실태

#### 1. 자유형만 규정하고 있는 행정형벌법규

행정법규 가운데 처벌규정을 자유형으로만 규정하고 있는 경우가 존재한다. 대부분의 행정법규가 자유형과 재산형을 선택할 수 있도록 규정하고 있으며, 이렇게 선택형을 두고 있는 취지가 법관이 의무위반의 정도나 동기 등 구체적 사실관계를 종합적으로 고려하여 해당 의무위반에 적합한 형종을 선택할 수 있는 재량을 부여한 것으로 본다면 자유형만을 규정하고 있는 처벌규정은 당사자에게 가혹할 수도 있을 것이다.

물론 의무위반의 책임귀속이 일신전속적인 경우이거나 벌금형으로 처벌의 효과를 기대하기 어려운 경우, 즉 범죄로 인한 경제적 이득이 벌금의 액수 보다 큰 경우에는 자유형만을 규정하는 것이 바람직할 수 있으나 신체의 구속을 통한 제재 이외에 재산형을 선택할 수 있도록

함으로써 처벌규정의 적용 가능성을 확보하도록 하는 방안을 모색해  
둘 필요가 있다.

법률명	처벌규정	법정형
매장문화재 보호 및 조사에 관한 법률	<b>제31조(도굴 등의 죄)</b> ① 「문화재보호법」 에 따른 지정문화재나 가지정문화재의 보호물 또는 보호구역에서 허가 없이 매장문화재를 발굴한 자	5년 이상의 유기징역
생명윤리 및 안전에 관한 법률	<b>제66조(벌칙)</b> ① 다음 각 호의 어느 하나 에 해당하는 사람 1. 제20조제2항을 위반하여 체세포복 제배아등을 자궁에 착상시키거나 착 상된 상태를 유지 또는 출산하도록 유인하거나 알선한 사람 2. 제21조제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 사람 3. 제23조제1항을 위반하여 임신 외의 목적으로 배아를 생성한 사람 4. 제23조제3항을 위반하여 금전, 재산 상의 이익 또는 그 밖의 반대급부를 조건으로 배아나 난자 또는 정자를 제공 또는 이용하거나 이를 유인하 거나 알선한 사람 5. 제31조제1항을 위반하여 희귀·난 치병의 치료를 위한 연구 목적 외의 용도로 체세포핵이식행위 또는 단성 생식행위를 한 사람 6. 제63조를 위반하여 비밀을 누설하 거나 도용한 사람	3년 이하의 징역
원자력 안전법	<b>제115조(벌칙)</b> 제108조를 위반한 사람	10년 이하의 징역

법률명	처벌규정	법정형
	<p>※ 제108조(비밀누설금지) 이 법에 따른 직무에 종사하거나 종사하였던 위원회의 위원 및 「원자력안전위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」 제15조에 따른 전문위원회의 위원 또는 공무원은 그 직무상 알게 된 원자력에 관한 비밀을 누설하거나 이 법의 시행을 위한 목적 이외에 이를 이용하여서는 아니 된다.</p>	
원자력 진흥법	<p>제22조(벌칙) 제20조를 위반한 사람</p> <p>※ 제20조(비밀누설금지) 이 법에 따른 직무에 종사하거나 종사하였던 위원회의 위원 또는 공무원은 그 직무상 알게 된 원자력에 관한 비밀을 누설하거나 이 법의 시행을 위한 목적 이외에 이를 이용하여서는 아니 된다.</p>	10년 이하의 징역
주민소환에 관한 법률	<p>제28조(벌칙) 제20조제3항의 규정에 의하여 준용되는 「공직선거법」 제85조제1항의 규정을 위반하여 주민소환투표 운동을 하거나 하게 한 자</p> <p>※ 「공직선거법」 제85조(공무원 등의 선거관여 등 금지) ① 공무원 등 법령에 따라 정치적 중립을 지켜야 하는 자는 직무와 관련하여 또는 지위를 이용하여 선거에 부당한 영향력을 행사하는 등 선거에 영향을 미치는 행위를 할 수 없다.(같은 법 제255조제5항에 따라 1년 이상 10년 이하의 징역또는 1천만원 이상 5천만원 이하의 벌금형)</p>	5년 이하의 징역

위의 표에서 나타나듯이 비밀누설금지의무위반에 대해서 징역형만을 규정하고 있는 것은 누설되는 비밀의 내용에 따라서 발생할 수 있는 반사회적 영향을 고려하더라도 같은 구성요건을 규정하면서 자유형과 재산형을 선택할 수 있도록 하고 있는 다른 입법례와 형평이 맞지 않는 것으로 보여진다.

다만, 「매장문화재 보호 및 조사에 관한 법률」제31조의 도굴의 죄는 재산형을 부과하여 범죄를 예방하거나 처벌의 효과를 충분히 달성할 수 없기 때문에 자유형만을 부과하는 것이 바람직할 것으로 판단된다.

## 2. 벌금형과 자유형 어느 한쪽을 가중하는 경우

일반적으로 행정형벌은 자유형과 벌금형이 비례하도록 규정하고 있다. 예를 들면, 2년 이하의 징역인 경우 벌금형은 2천만원 이하로 규정하는 것이 일반적인 입법례이다.

그러나 경제질서와 관련된 법률에서는 징역형보다는 벌금형의 금액을 크게 하는 경우가 있다. 이는 대부분의 의무위반자가 개인보다는 법인인 경우에 해당하며 법인이 수범자인 경우에는 벌금형을 자유형보다 크게 하는 것이 제재적 효과의 실효성 측면에서 볼 때 바람직하다고 생각된다.

때로는 자유형이 벌금형보다 큰 경우도 있는데 이렇게 자유형을 크게 하는 것은 해당 법률에서 달성하고자 하는 행정목적은 법률관계의 당사자가 아닌 제3자가 저해하는 경우에 제3자로 인한 행정법질서의 침해를 보호하고자 하는 의도가 아닐까 추정해 볼 수 있다.

법률명	처벌규정	법정형
가맹사업 거래의 공정화에 관한 법률	<b>제41조(벌칙)</b> ① 제9조제1항의 규정에 위반하여 허위·과장의 정보제공행위나 기만적인 정보제공행위를 한 자	5년 이하의 징역 또는 3억원 이하의 벌금

제 3 절 그밖에 행정형벌규정의 현황과 실태

법률명	처벌규정	법정형
5.18 민주유공자 예우에 관한 법률	<b>제70조(벌칙) ②</b> 제68조제1항을 위반한 자 <b>※ 제68조(5·18민주유공자 지원단체 조직 등의 제한) ①</b> 누구든지 5·18민주유공자나 그 유족 또는 가족을 지원한다는 명목으로 영리를 목적으로 한 단체를 조직하거나 단체적인 행동 또는 개인적인 활동을 하여서는 아니 된다.	3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금

## 제 4 장 행정형벌의 정비 방안

### 제 1 절 행정목적과 행정형벌간 비례의 원칙

#### 1. 위반행위의 원인에 상응하는 행정제재 수단의 강구

행정형벌은 행정목적 달성을 위하여 필요최소한으로 규정하여야 하며, 행정목적 달성에 적합한 여러 수단 가운데 최후의 수단으로 규정되어야 한다. 즉 형벌의 최후수단성 또는 보충성이 확보되어야 한다.

행정법규를 제정하거나 개정함에 있어서 일정한 의무를 부과하거나 행정작용의 실효성을 확보하기 위해서는 해당 의무를 위반하거나 행정작용에 따르지 않아서 초래될 수 있는 반대급부에 대응한 제재수단을 강구하는 것이 합리적일 것이다. 예를 들어 도로교통법상 과적의무 위반은 주로 과적으로 인한 경제적 이익의 획득을 그 원인으로 볼 수 있는 바, 이에 대해서는 과태료를 통하여 의무위반행위로 취득한 경제적 이익을 회수하도록 하고 또한 화물운송위탁자의 강요로 인한 과적이 의무위반행위의 원인인 경우에는 과적화물운송위탁자의 사업면허를 정지시키는 등 의무위반행위의 원인에 상응하여 제재수단을 선택하는 것이 보다 합리적일 것이다.

#### 2. 의무위반행위의 결과를 기준으로 하는 행정제재 수단의 선택

행정상 의무는 행정목적 달성을 위하여 필요한 경우에 규정하는 것이 일반적이다. 그러나 이러한 행정상 의무의 부과는 행정목적 달성에 직접적으로 필요한 경우와 그러하지 않는 경우로 구분해 볼 수 있다.

예를 들어 사람의 생명에 직결되는 영업의 경우에 허가를 받도록 하고 무허가 영업자를 형벌로 처벌하는 경우에 ‘허가’는 행정목적 달성에 직접적으로 필요한 경우이다.

그러나 영업허가를 받고 실제로 영업을 개시할 때 신고를 하도록 의무를 부과하는 경우에는 영업허가에 부수되는 행정의무로서 행정목적 침해의 정도가 낮으며, 무허가영업을 하는 행위는 반사회적으로 평가될 수 있으나, 영업개시신고의무 위반은 행정에 지장을 초래할 뿐 반사회적으로 평가할 수 없을 것이다.

또한, 해당 의무위반행위가 반사회적인 범죄로 이어질 우려가 있는 경우에는 범죄의 억제를 위하여 행정형벌을 적용하는 것이 타당하겠지만 그러하지 않는 경우에는 행정질서벌이나 다른 행정제재수단을 적용하는 것이 합리적일 것이다.

최근에 문제가 되고 있는 이른바 ‘대포차’는 자동차등록의무 위반으로 의무위반행위 자체로는 위반의 정도가 가볍다고 볼 수 있으나 자동차등록의무 위반의 원인이 범죄에 이용하기 위함이라면 결코 가볍게 처벌할 수 없을 것이다.

이와 같이 의무위반행위 자체에 대한 평가와 더불어 해당 의무위반행위의 결과에 대한 평가를 통해서 행정형벌을 선택함으로써 행정형벌이 가지는 범죄예방적 효과를 최대화시킬 수 있을 것으로 생각된다.

### 3. 행정형벌과 행정질서벌간의 비례성 확보

행정형벌의 과잉화를 해소하기 위하여 행정질서벌로의 전환에 대해서는 1983년 법제처가 제시한 기준<sup>38)</sup>, 1990년 당시 총무처가 제시한 기준과 1993년 행정쇄신위원회가 연구용역을 통하여 제시한 기준 등이 있다.

---

38) 박윤훈, 앞의 논문, 41쪽에서 정리

법제처(1983)	총무처(1990)	행정쇄신위원회(1993)
<p>① 신고의무위반(휴업·폐업 또는 재개업, 신고 또는 허가 또는 등록사항의 변경, 사업등의 양도·양수·승계, 법정고용의무가 있는 경우의 종업원 임면·기타 신고·신청)</p> <p>② 장부의 작성·비치·보존의무위반</p> <p>③ 허가증·요금표 등 표지물의 게시의무위반</p> <p>④ 허가증·등록증 등의 반납 불이행</p> <p>⑤ 보고·자료제출·출석답변 또는 통지 등 명령위반, 정기보고 등의 불이행 및 허위 보고</p> <p>⑥ 검사·조사 또는 임검 등의 거부·방해 또는 기피</p> <p>⑦ 유사명칭사용금지위반</p> <p>⑧ 정부투자기관·정부출연기관 기타 특수법인 등의 등기 또는 공고 해태, 시정·감독 등 명령위반, 검사방해</p> <p>⑨ 겸직금지의무위반</p>	<p>① 휴업·폐업·변경사항 등 신고불이행사항</p> <p>② 일반적인 보고불이행사항</p> <p>③ 유사명칭사용위반사항</p> <p>④ 영업허가증 또는 요금표게시위반사항</p> <p>⑤ 서류비치위반사항</p> <p>⑥ 단순한 조사의 기피·방해 또는 거부사항</p>	<p>① 휴업·폐업 및 변경신고 등 불이행사항</p> <p>② 단순한 보고의 불이행 및 보고서의 부실 기재사항</p> <p>③ 서류·장부의 작성·비치 및 보존규정을 위반한 사항</p> <p>④ 유사명칭사용금지를 위반한 사항</p> <p>⑤ 단순한 조사의 기피 또는 거부사항</p> <p>⑥ 기타 경미한 의무위반사항</p>

제 4 장 행정형벌의 정비 방안

법제처(1983)	총무처(1990)	행정쇄신위원회(1993)
⑩ 조사·측량 등을 위한 토지에의 출입을 거부·방해 또는 기피한 경우 ⑪ 본의무 이행후 그 부수의무 불이행(변호사·공인회계사 등의 미등록업무 수행등) ⑫ 사용료·수수료 등의 요금면탈과 승인된 요금 이외의 요금수수 ⑬ 기타 경미하거나 수시로 부과되는 행정질서 유지를 위한 명령위반		

행정형벌의 과잉화는 1983년 이전부터 우리 행정법규에서 문제점으로 지적되어 왔으며, 3차례에 걸쳐서 연구되고 적용되어 온 행정형벌의 과태료 전환기준은 현재에도 유효한 것으로 평가할 수 있다. 즉, 법제처에서는 행정목적달성에 미치는 영향을 고려할 때 행정목적 달성에 지장이 적을 것으로 보이는 의무위반유형 13가지를 예시하고 있으며<sup>39)</sup>, 총무처에서는 법령 또는 행정처분에 의한 의무를 위반한 행위가기는 하나 그 성질이 직접 사회의 법익을 침해할 정도로 중대한 것은 아닌 경우 및 단순한 의무위반에 불과하지만 간접적으로 사회질서를 문란하게 하는 결과를 초래하는 것으로 과태료 전환기준을 정하고 있다<sup>40)</sup>. 그리고 행정쇄신위원회에서는 행정목적 달성에 지장이 없는 경미한 의무위반행위는 과태료를 부과하여 국민의 기본권을 보장하고

39) 박상희·김명연, 過怠料制度의 現況과 改善方案, 한국법제연구원(1994.12), 96쪽.

40) 박상희·김명연, 앞의 책, 97쪽

또한 과도한 행정벌의 남용으로 인한 벌금의 실효성 저하 및 적용회피 경향을 방지한다는 기본방향을 제시하고 있다<sup>41)</sup>.

다만, 행정법규가 추구하는 행정목적과 그에 따른 의무이행의 실효성 확보를 위한 제재수단간 비례의 원칙과 더불어 의무위반행위의 원인이나 반사회성 등 구체적인 사실 등을 충분히 고려할 때 유연하게 적용될 수밖에 없음에 유의하여야 할 것이다.

앞에서도 예시한 것처럼 같은 유사명칭 사용금지의무라 하더라도 해당 금지의무가 보호하고자 하는 법익이 자격제도의 보호라면 행정형벌로 제재하고, 공적 역무를 수행하는 단체나 기관의 신뢰성 보호라면 행정질서벌인 과태료로 제재하는 것이 보다 합리적이라 생각된다.

앞의 법제처에서 제시한 과태료 전환 기준에서도 당해 질서위반행위와 관련된 범죄예방을 위하여 필요한 사항, 질서위반이 결과적으로 위생·안전문제를 크게 저해하는 행위, 정부역점시책에 관련되는 사항, 행정목적 자체를 침해하는 행위, 기타 행정목적 달성을 위하여 반드시 형벌로 존치하여야 할 사항은 형벌로 존치하기로 한 점<sup>42)</sup>은 매우 시사적이다.

행정형벌을 행정질서벌로 전환하고자 할 때에는 행정질서벌의 적용만으로도 해당 행정의무의 실효성을 확보할 수 있음이 입증되었을 때에 비로소 가능할 것이다. 왜냐하면 행정법규는 사회의 변화에 따른 가변성을 가지고 있으며 사회적 인식에 따라서 행정법규의 의무부과에 대한 무게가 달라질 수 있기 때문이다. 이 경우에는 구태여 형벌을 과할 만한 고도의 위법성과 유책성을 가지는 행위인가, 행정법규의 시행을 실효성 있게 하기 위한 수단으로 필요함에 그치는 것인가가 기준이 될 것이다<sup>43)</sup>.

41) 박상희·김명연, 앞의 책, 97쪽

42) 박윤훈, 앞의 논문, 41쪽

43) 박정훈, 협의의 행정벌과 광의의 행정벌, 서울대 법학, 제41권 제4호, 2001, 292쪽 ; 박윤훈, 최신행정법강의(상), 박영사(2000), 627쪽에서는 타당성에 더하여 규제효과

여기서 설명한 행정형벌의 행정질서벌로의 전환기준을 표로 정리하면 다음과 같이 될 것이다.

① 행위의 경미함	행정목적 달성에 지장이 적은 경미한 의무위반행위인 경우
② 간접적 반사회성	의무위반행위의 성질이 직접 사회의 법익을 침해할 정도로 중대한 것이 아닌 경우
③ 행정법규의 실효성 확보수단	행정법규의 시행을 실효성 있게 하기 위한 수단으로 필요함에 그치는 경우

## 제 2 절 법정형의 균형 확보

### 1. 형사범과의 비교를 통한 법정형의 균형 확보

행정형벌이라 하더라도 「형법」에서 규정하는 유사한 범죄행위보다 가볍게 처벌수준을 결정하는 것은 국가형벌권의 기본질서에 반하는 것이다. 행정형벌의 존재의의는 행정법규에서 규정하고 있는 의무위반행위에 대한 제재적 효과와 더불어 그러한 의무위반행위를 사전에 예방하고자 하는 위하적 효과를 거두기 위함이다. 「형법」에서 규정하는 형사범에 대한 형벌규정은 국가와 사회를 유지하기 위한 최소한의 처벌기준이기 때문에 행정형벌의 정도를 정함에 있어서는 형법전에 규정된 최소기준보다 가벼워서는 아니될 것이다.

행정형벌을 정함에 있어서는 형법전의 형사범에 대한 처벌과 경합하지는 않는가, 즉 「형법」에 따라서 자연범으로서 처벌될 수 있는 경우에는 행정형벌을 억제하거나 반사회성의 정도에 따라 가중처벌될 수 있도록 하여야 할 것이다.

물론 이런 경우에는 행정형벌은 형사특별법적 성격을 가진 것으로 평가할 수 있을 것이다.

---

와 보충성을 구별의 기준으로 제시하고 있다.

## 2. 유사 의무위반행위간 비교를 통한 법정형의 균형 확보

가능한 행정목적과의 비례관계를 평가하여 유사한 의무위반행위에 대한 법정형이 균형을 확보할 수 있도록 하여야 할 것이다. 앞에서 살펴본 것처럼 의무위반행위를 유형화하여 행정형벌을 행정질서벌로 전환시키는 경우에도 사실상 이를 일반화하여 적용하는 것은 매우 어려울 것이다.

결국 행정법규가 추구하는 행정목적과 이를 달성하기 위하여 부과하는 행정의무 또는 행정작용간의 비례관계에 대한 평가와 이에 따른 제재수단의 선택 등이 구체적으로 평가되었을 때 비로소 행정형벌의 적정성이 설명될 수 있기 때문이다. 예를 들어 유사명칭 사용금지라 하더라도 국가의 자격제도에 대한 사회적 신뢰와 자격자의 보호를 위하여 동일명칭 사용금지의무를 부과한 경우에는 형벌의 적용이 적절할 수 있지만, 비영리법인이나 특수법인의 유사명칭 또는 동일명칭 사용금지의무를 위반한 경우에는 사실상 반사회성이 거의 없다고 평가되기 때문에 형벌이 아닌 다른 행정제재 수단을 선택하는 것이 합리적일 것이다.

다만, 공공역무를 수행하는 단체나 기관의 명칭이 사회적으로 중요한 의미를 지니고 있으며, 이를 사칭함으로써 해당 공공역무를 통하여 달성하고자 하는 공익 또는 거래질서 등을 심하게 훼손시킬 우려가 있다면 형벌을 제재수단으로 선택하는 것이 합리적인 경우가 있다.

결과적으로 행정의무위반과 행정제재수단으로 행정형벌을 선택하는 것을 일반화하는 것은 곤란하며, 헌법재판소의 판단처럼 입법재량의 범위에 속한다고 할 수 있다<sup>44)</sup>.

44) 헌법재판소 1994.4.28. 91헌바12 결정

## 제 5 장 결 론

행정형벌은 행정법규에서 추구하는 행정목적과 그에 따른 행정의무나 그밖에 행정작용의 실효성을 확보하기 위한 행정제재수단의 하나이다. 본래 형벌은 반사회적 행위를 억제함으로써 사람의 생명·신체 등 인권을 보호하고, 국가와 사회질서를 유지하기 위하여 국가의 일반통치권에 근거하여 발동되는 최후의 수단이다. 이에 비하여 행정형벌은 행정질서와 행정법관계를 형성하는 행정법규에서 부과되는 의무위반에 대한 제재수단의 하나로서 등장한다. 그러나 오늘날 행정강제와 같은 행정상 의무를 직접 강제할 수 있는 수단이 가지는 기본권 침해에 대한 위험성을 회피하면서도 행정상 의무의 실효성을 간접적으로 확보하기 위한 강력한 제재수단으로 행정형벌을 과도하게 규정하고 있는 현실임은 부인할 수 없다.

행정현상이 가지는 가변성에 비추어볼 때 다양한 행정제재수단을 통하여 행정상 의무의 실효성을 확보함이 타당함에도 불구하고 행정형벌을 선택하는 것은 행정형벌이 가지는 예방적 기능에 과도하게 의존하고자 하는데 있는 것이다. 그러나 현실적으로는 행정형벌의 가혹함으로 인하여 행정형벌을 적용하는 것을 꺼리게 되고 형벌 자체가 가지는 위하적 효과에 부정적 영향을 미치게 된다.

따라서 행정형벌을 통한 행정상 의무이행의 확보 보다는 의무위반행위의 원인에 상응하는 제재 수단을 강구함으로써 행정형벌의 과잉화를 해소하고 행정상 의무의 실효성을 확보하는 것이 행정법질서를 행정편의가 아닌 국민본위의 관점에서 재정립하는 관점에서 타당할 것으로 생각된다.

본 연구에서는 행정형벌의 정비방안을 고찰함에 있어서 다양한 행정제재수단 가운데 행정형벌은 최후로 선택하여야 한다는 이른바 형

벌의 보충성 원칙과 행정법규에서 행정형벌을 선택할 때에는 행정법규가 추구하는 행정목적과 그에 따른 행정의무의 부과, 또는 행정명령과 같은 행정작용간에 비례의 관계가 있는가를 고려하고 행정상의 의무위반행위의 원인에 상응하는 제재수단의 강구 등을 통하여 행정형벌의 과잉화를 해소할 것을 제언하고자 하였다.

그리고 현행 행정법규에서 규정하고 있는 행정형벌규정의 분석을 통하여 입법기술상 구성요건이 불명확하거나 의무위반의 정도가 다른 행위를 병행하여 구성요건으로 규정하는 경우, 유사한 의무위반행위에 대한 법정형의 불균형 등에 대해서 개선할 필요가 있음을 제시하고자 하였다.

또한, 선행연구결과에 따른 의무위반행위유형별로 현행 행정형벌규정이 가지는 문제점을 도출하여 개선방안을 제시하고 있기도 하다.

본 연구에서는 행정법규를 입법할 때 행정상의무위반시에 대응하여 행정제재수단을 선택할 때 고려하여야 할 사항 등을 지속적으로 발굴하여 유형화함으로써 행정형벌과 행정제재수단 간의 균형을 확보해야 함을 결론으로 맺고자 한다.

## 참 고 문 헌

- 국회법제실, 「현행 법률의 벌칙 규정 현황(2011.12.5. 현재)」, 2011.12
- 국회입법조사처, 「행정법규 처벌규정의 법정형 합리화방안」, NARS정책보고서 제18집(2012.10.17.)
- 김남철, 「행정법강론」, 박영사(2014)
- 박기석, “한국 행정형벌의 문제점과 개선방안”, 비교형사법연구제6권 제2호(2004)
- 박윤훈, “行政罰-行政犯의 脫犯罪化-”, 「사법행정」26(12)(1985.12)
- 박윤훈, “행정질서벌-경미범죄의 탈범죄화와 관련하여-”, 「고시연구」(1990.5.)
- 정 훈, “한국의 행정제재 현황과 문제점”, 법학논총 제33집 제3호(2013.12)
- 최봉석, “행정형벌에 관한 일고”, 법조 제51권제12호(2002)
- 이호용외, “행정형벌의 과태료 전환의 이유와 기준에 관한 연구”, 「한양법학」제19권(통권 24집), 2008.10
- 법제처, 「법령입안심사기준」, 법제처 홈페이지(<http://www.moleg.go.kr/main.html>)에서 다운로드(2015.11.1.접속)
- 박상희·김명연, 「過怠料制度의 現況과 改善方案」, 한국법제연구원(1994.12)
- 박정훈, “협의의 행정벌과 광의의 행정벌”, 서울대 법학, 제41권 제4호, 2001
- 박윤훈, 「최신행정법강의(상)」, 박영사(2000)
- 최봉석, 「행정법총론」, 법령정보관리원(2014)

참 고 문 헌

홍정선, 「행정법원론(상)」(제23판), 박영사(2015)

## **헌재의 결정례 및 대법원 판례**

대법원 2003. 6. 13. 선고 2001도1343 판결.

헌재 1994.6.30., 92헌바38

헌재 1994.4.28., 91헌바12

헌재 1995.3.23., 92헌가14

헌재 1995.6.29., 90헌바43

헌재 1998.5.28., 96헌바83.

헌재 2002.6.27., 2000헌마642, 2001헌마12(병합)

## **법제처 홈페이지**

<http://www.moleg.go.kr/lawinfo/status/announcementReport> 법령통계 참조  
(최종접속일 2015. 9. 1)

## **법제처, 국가법령정보센터**

[http://law.go.kr/lInfoP.do?lsiSeq=138767&ancYd=20130405&ancNo=11731  
&efYd=20130619&nwJoYnInfo=N&efGubun=Y&chrClsCd=010202#  
0000](http://law.go.kr/lInfoP.do?lsiSeq=138767&ancYd=20130405&ancNo=11731&efYd=20130619&nwJoYnInfo=N&efGubun=Y&chrClsCd=010202#0000), 최종검색일 2015.11.1