

## 행정형법의 특성

임호영\*

### 【목 차】

#### I. 문제의 소재

#### II. 행정형법의 의의

#### III. 행정법·형사법의 구별

1. 우리나라에서의 구별
2. 독일에서의 구별
3. 일본에서의 구별

#### IV. 행정법에 형법총칙의 적용 여부

1. 문제의 소재
2. 條理에 의한 적용배제 여부
3. 과실범의 인정범위
4. 법인의 범죄능력과 양벌규정

#### V. 행정법에 특유한 과형절차

1. 통고처분제도의 효용성
2. 구제수단의 미비와 입법론

#### VI. 결어

### 【국문요약】

행정형법은 행정상 의무위반에 대하여 형벌을 부과하는 법규의 총체로 정의할 수 있다. 그 적용대상인 행정법은, 형사법이 법령에 의한 명령·금지를 기다릴 것 없이 행위 그 자체가 반도덕성·반사회성·범죄성을 가졌기 때문에 처벌되는 것과 달리, 행정목적의 실현을 위한, 법령에 의한 명령·금지를 위반했기 때문에 범죄로서 처벌되는 행위이다. 행정형법은 「행정상 의무위반」이라는 죄에 대하여 「형법에 정해진 벌」을 가하는 법규이므로, 행정법의 성격과 외관을 가지는 동시에 형벌 부과시의 형법상의 원칙이 적용되어 형법의 성격을 가진다. 형법상의 원칙 적용과 관련하여 과실범의 인정범위가 문제된다. 행정법도 고의가 있어야 성립하며,

\* 법무법인 경원 대표변호사

과실범은 법률에 특별한 규정이 있는 경우에만 처벌된다. 명문의 과실범 처벌규정이 없는 경우에도 取締目的의 본질로부터 혹은, 규정의 해석상을 처벌할 수 있다는 견해에는 동의할 수 없다. 형법상 범인의 범죄능력을 인정하지 않는 것과 달리, 행정형법에서는 양벌규정이 범인의 범죄능력을 인정하는 일반적인 입법형식으로 되어 있다. 법인 대표자를 포함한 임직원의 행정법규위반시 양벌규정의 적용으로 인한 법인의 책임은 과실책임이라고 할 것이다. 행정법에 특유한 과형절차인 통고처분제도에서 적법한 통고처분 없이 국고에 납입된 범칙금·추징금뿐만 아니라 위법한 통고처분에 의하여 국고에 납입된 범칙금·추징금도 부당이득으로서 반환의무가 있다고 생각된다. 그 구제수단에 관하여 행정기본법이나 행정절차법 또는 관련 개별 행정법규에 명시적인 규정을 두는 것이 바람직하다. 나아가서, 행정법 중 제재로서 자유형을 부과할 필요가 없고, 금전적 제재로써 행정목적 달성할 수 있는 행정법에 대하여는 별도 입법을 통하여 통고처분에 의하여 범칙금을 부과할 수 있도록 함으로써 자신의 행정법규위반사실을 시인하는 국민들은 신속하게 법적절차에서 벗어날 수 있도록 함이 국민의 권익보호를 위하여 필요하다고 생각한다. 위법한 처분에서 명한 행정상 의무를 위반한 경우에도 행정형법상 가벌성이 인정되는가? 하는 문제는 행정기본법 제15조에 규정된 존속력과 관련된 문제로서 행정형법 이론 및 실무상 매우 중요한 논의 대상이다.

## I. 문제의 소재

사회가 고도로 기술화·복잡화·글로벌화되어 감에 따라 국가·사회 등 공동체의 유지와 개인의 권익 보호를 위한 규제적 법령은 하루가 다르게 늘어나고 있고, 그 대부분에 형벌이 규정되어 있다. 「특별형법을 새로이 제정」<sup>1)</sup>하거나 「형법이나 특별형법에 새로운 형벌 조항을 신설」<sup>2)</sup>하는

1) 스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률[시행 2021. 10. 21.] [법률 제18083호, 2021. 4. 20., 제정], 중대재해 처벌 등에 관한 법률[시행 2022. 1. 27.] [법률 제17907호, 2021. 1. 26., 제정] 등 참조.

2) 형법에 2012. 12. 18. 신설된 조항 제297조의2(유사강간), 2020. 5. 19. 신설된 조항 제305조

것은 개인적 법익을 보호하기 위한 경우가 다수이나, 「국가·사회 등 공동체의 법익을 보호하기 위하여 특정 행위를 명하거나 금지하고 그 위반에 대하여 형벌 규정을 두는 것」<sup>3)</sup>은, 행정법규인 경우가 대부분이라고 할 것이다. 이처럼 규제적 행정법규에 형벌 규정이 입법되어 「형법의 행정형법화」<sup>4)</sup>가 진전됨으로써 행정형법은 학계와 실무계의 관심의 대상이 되고 있다.

행정형법<sup>5)</sup>은 행정법규에 범죄구성요건이 규정되어 있고, 형법에 형명이 있는 형벌을 부과하는 점에서 행정법의 성격과 형법의 성격을 견비하고 있다고 할 것이나, 법적으로는 형법 제8조에 의하여 형법의 원칙이 적용되므로 형법의 범주에 속한다고 할 것이다.<sup>6)</sup> 그러나, 고유의 형법과 구별되는 영역으로서 「별개의 형벌체계」로서 창출되고 있다고 하는 것도 가능하다고 한다.<sup>7)</sup> 본고에서는 행정형법의 의의를 살펴보고, 행정형법과 협의의 형법과의 관계 및 그 차이에 대하여 개관한다.

## II. 행정형법의 의의

독일에서는 일찍부터 범죄적 형법(kriminelles Strafrecht)과 행정형법

---

(미성년자에 대한 간음, 추행) ②; 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법에 2020. 3. 24. 신설된 조항 제14조의2(허위영상물 등의 반포등), 2020. 5. 19. 신설된 조항 제14조(카메라 등을 이용한 촬영) ④, 제14조의3(촬영물 등을 이용한 협박·강요) 등 참조.

3) 대기관리권역의 대기환경개선에 관한 특별법[시행 2023. 4. 3.] [법률 제16305호, 2019. 4. 2., 제정], 도시 공업지역의 관리 및 활성화에 관한 특별법[시행 2022. 1. 6.] [법률 제17870호, 2021. 1. 5., 제정] 등 참조.

4) 今村暢好, 行政刑法論序說, 1頁.

5) 「행정형법」이라는 용어 사용은 실제로 형벌 부과 대상으로 되어 있는 행위들의 성격을 왜곡시켜 형법의 적용대상으로 보지 않고, 오히려 행정법의 적용대상으로 취급할 빌미를 주게 된다. 형벌부과의 대상이 되는 행위는 실질적으로 범죄이고 실질적 의미의 형법영역에 들어오는 행위로서 행정형법 속의 행위들도 형법총칙의 규정이 그대로 적용되어야 하는 '범죄'임을 분명히 하기 위해서는 이러한 용어들은 가급적 사용하지 않는 것이 바람직하다」는 견해가 있다. 김성돈, 형법총론 제8판, 성균관대학교 출판부, 2022, 55면.

6) 행정법에 규정된 형벌법규를 독일에서는 부수형법(Nebenstrafrecht)이라고 부른다.

7) 今村暢好, 前掲書, 1頁.

(Verwaltungsstrafrecht)을 개념적으로 명확히 구분하려는 시도가 있어 왔는데,<sup>8)</sup> 행정형법은 행정관청이나 지방자치단체가 형벌이나 형벌 유사 제재를 부과할 수 있는 권한을 가진다는 “권한할당”(Kompetenz-zuweisung)의 의미가 있었다.<sup>9)</sup> 이 권한에 의해 행정이 부과하는 형벌이나 형벌유사제재를 법적 제재수단으로 규정한 법규를 행정형법이라고 부르게 되었는데, 형벌유사제재는 각 나라에 따라서 질서벌(Ordnungsstrafe), 경찰벌(Polizeistrafe), 행정벌(Verwaltungsstrafe)로 불리었다.<sup>10)</sup> 그런데, 행정부에 형벌 부과권이 있다는 의미의 행정형법은 헌법상 권력 분립 원칙이 확립되어 사법부가 형벌권을 갖게 된 오늘날은 허용되지 않는다. 독일에서는 1952년에 행정불법행위를 범죄불법행위에서 분리하여 이를 규율하는 질서위반법(Ordnungswidrigkeitengesetz)을 제정하였다.

8) 조병선, 질서위반법, 한국형사정책연구원, 1990, 27면. 1989년 Wien에서 개최된 국제형법학회는 제1테마로 「범죄적 형법과 행정형법의 구별의 법적 실무적 문제들」(Die juristischen und praktischen Probleme der Unterscheidung von kriminellen Strafrecht und Verwaltungsstrafrecht)을 책정하여 이에 대한 해결을 시도하였다. Delmas-Marty, ZStW 98(1986), 794 참조; 조병선, “질서위반법과 행정형법”, 형사정책연구 제2권 제4호, 한국형사정책연구원 (1991·겨울), 147면 주1에서 재인용.

9) 조병선, 앞의 논문, 147면.

10) 조병선, 앞의 논문, 147면. 당시 독일의 James Paul Goldschmidt는 1902년 『행정벌법, 법제사적·비교법제적 기초 위에서 형법과 행정법의 경계영역에 대한 연구』라는 제목의 교수자격논문(Habilitation)을 발표하여, 「온전하게 첫 번째로 입증가능한 행정벌법(Verwaltungsstrafrecht)의 형태는 프랑크왕의 명령권(Bannrecht)」이라고 하였다. 이 논문은 2편으로 되어 있는데, 제1편은 Franken의 Bannrecht로부터 1889년의 이탈리아왕국형법(Codice penale per il Regno d'Italia)에 있어서의 행정벌법에 이르기까지의 행정벌법의 법제사적·비교법제적 연구이고, 제2편은 「행정벌법의 하나의 시도」(Versuch eine Theorie der Verwaltungsstrafrechts)이다. 제2편에서 Goldschmidt는 형사범과 행정범의 구별에 관하여, 「공동체의 발전 또는 국가의 안녕을 방해하는 것 역시 법률제도와 관련이 있다. 그러한 것으로서 행정하는 국가의 권력범위에 대한 국법상의 규정은 법과 행정을 더욱 가깝게 했다. 법과 행정의 이 궁극적인 조화로부터 -지금까지 항상 탐구하고 있던- 형사범(Rechtsdelikten)과 행정범(Verwaltungsdelikten) 사이에 절대적이 아닌 상대적인 차이가 있다는 것, 형사범인지 행정범인지는 범행동기의 성격에 대한 시간적 장소적인 이해에 달려 있다는 것, 두 가지 이해가 모두 가능하지 않은 범죄는 아마도 존재할 수 없다는 것이 설명된다. 그렇기 때문에 대부분의 형사범이 여전히 행정의 관여 대상이기도 하다. 그리고, 이러한 사실로부터, 전체 법제사 및 국가역사를 관통하여 나타나는 현상이 더 잘 설명된다。」라고 기술하고 있다. James Paul Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht, 1902, Inhaltsverzeichnis u. S. 585f.

이로써 종래의 범죄적 형법과 행정형법의 구별의 문제는 범죄행위와 질서위반행위의 구별의 문제로 발전하였고, 행정형법은 질서위반법으로 대체되어야 한다고 한다.<sup>11)</sup>

우리나라와 일본에서는 행정상 의무위반에 대하여 형벌을 부과하는 법규의 총체를 행정형법이라고 한다.<sup>12)</sup> 행정형법은 행정의 요청(die Anliegen der Verwaltung)이 법익으로서 또는 행위객체로서 보호되어야 하고, 따라서 이러한 요청에 대한 단순한 불복종도 처벌할 수 있도록 정당화하는 법규라는 의미가 있다.<sup>13)</sup>

행정상 의무를 부과하고 그 위반에 대하여 형벌을 부과하는 행정법규는 권력행정의 분야에 존재한다. 권력행정은 행정주체가 갖는 권력에 근거하여 사인에게 일방적으로 명령·금지 등을 행하는 행정작용을 말한다. 이는 사인의 자유와 재산을 침해하게 되며, 그 의무이행을 확보하는 수단으로서 형벌이 동원된다.<sup>14)</sup> 오늘날 경제분야의 급속한 글로벌화와 환

11) 조병선, 앞의 논문, 150면. 독일은 개별행정법규에 형사처벌 규정을 두거나 Geldbuße를 부과하는 규정을 두고 있으면서, Geldbuße를 부과하는 질서위반행위에 관한 총칙적 규정인 질서위반법[Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG)]을 제정하였다. 우리나라도 과태료 부과대상인 행정법규위반행위에 대한 총칙적 규정인 질서위반행위규제법을 제정하여(2007. 12. 21. 시행은 2008. 6. 22.) 행정상 질서위반행위의 성립요건과 과태료의 부과·징수 및 재판 등에 관한 사항을 규정하였다(질서위반행위규제법 제1조). 그러나, 일본은 過料 부과대상인 행정규제위반행위에 대한 총칙적 규정을 정한 법률을 가지고 있지 않다.

12) 1949년 美濃部達吉 교수가 발간한 『行政刑法概說』은 행정형법에 관한 일본 최초의 Monographie라고 한다. 今村暢好, 前掲書, 13頁 註14 參照(필자 註: 『行政刑法概說』은 『行政刑法概論』의 誤記로 보인다). 美濃部達吉 교수는, 「행정법규에 있어서 인민에게 부과되고 있는 작위 또는 부작위 의무에 付하여 인민이 그 법규를 준수할 의무를 이행하는 것을 담보하기 위하여 그 의무위반에 대하여 ...제재를 정할 필요가 있고...그 하나는 過料이고 ...다른 하나는 형법에 형명이 있는 벌」이라고 하였다. 美濃部達吉, 行政刑法概論, 勁草書房, 1949年, 1~2頁. 福田平은 『行政刑法[新版]』, 1978, 1頁에서 「행정상의 목적을 실현하기 위해서, 행정법규에 있어서, 국민에 대하여 각종의 명령·금지를 하고 이에 따라야 할 의무를 부과하는 경우, 그 의무의 이행을 담보하여 행정법규의 실효성을 확보하기 위하여 그 의무위반에 대해 일정한 제재를 과할 수 있도록 벌칙이 규정되어 있다. 행정벌 중 특히 형법에 형명이 있는 벌(행정형벌)에 관한 법규를 행정형법(협의의 행정형법)이라고 칭한다)」라고 정의한다. 今村暢好, 前掲書, 3~4頁 參照.

13) 조병선, 앞의 논문, 148면.

14) 형사처벌을 받는 위법행위를 헌법 제13조 제1항, 제30조, 제110조 제4항은 ‘범죄’로, 형법의 조항들은 ‘범죄’ 또는 ‘죄’로 각 규정하고 있는데, 질서위반행위규제법 제2조 제1호 본

경영역에서의 문제에 대한 규제의 필요성으로 인해 행정의 대부분의 영역에서 규제적인 입법 내지 법개정이 이루어지고, 거기에 형사제재가 규정되어 있어 행정형법 연구의 중요성이 높아지고 있다.<sup>15)</sup>

형법전이나 특별형법에서 형사제재의 전제가 되는 행위규범은 실정법에 명시하지 않더라도 평균인이면 누구나 알 수 있으므로 형법전이나 특별형법에 입법하지 않고, 그 행위규범을 위반한 자에 대한 제재규범만을 둔다. 반면, 행정법상의 행위규범은 입법에 의하여 비로소 규범력을 가지게 되고, 이는 제재규범과 함께 행정형법의 구성요소가 된다. 행정형법은 단순의무위반으로서 공행정질서에 장해를 줄 가능성이 있는 정도를 넘어서 공행정목적을 정면으로 위반하는 경우에<sup>16)</sup> 형사처벌을 함으로써 간접적으로 행정상 의무이행을 확보하기 위한 수단으로서 사용하는 것이 대부분이다. 국민생활의 각 영역에서 행정의 역할이 증대함에 따라 행정형법의 영역도 확대되고 있다고 할 수 있다. 경제형법, 교통형법, 노동형법, 조세형법, 환경형법 등은 각각 행정형법의 한 분야라고 말할 수 있다.

앞에서 본 바와 같이 행정형법은 「행정상 의무위반」이라는 죄에 대하여 「형법에 정해진 벌」을 가하는 법규이므로<sup>17)</sup> 행정법의 성격과 외관을 가지는 동시에, 형벌 부과시의 형법상의 원칙이 적용되어 형법의 성격을 가진다. 이처럼 행정형법은 행정법적 성격과 형법적 성격을 아울러 가지고 있으므로 행정형법의 법적성질을 검토할 때는 형법 또는 행정법의 어느 한 쪽에 중점을 둘 것이 아니라 양자의 의존관계를 분석하고 행정상 의무의 특수성이 형사절차에 미치는 영향에 유의할 필요가 있다. 그러므로, 법규명령이나 처분명령에서 명하여진 작위·부작위 의무를 위반하여 행정범으로 기소된 사람 또는 행정법상 금지된 행위를 하였다는 이유로 기소된 사람으로서 행위 이전에 그것을 허용하는 인허가처분을 받은 경우, 행정법규 또는 행정행위의 효력이 행정범의 성립에 미치는 영

문은 행정질서벌(과태료)을 부과하는 행정법규위반행위를 ‘질서위반행위’라고 규정하고 있으므로 ‘질서위반행위’는 (행정)‘범죄’가 아니다. 그러므로, 질서위반행위규제법은 행정형법에 해당하지 않는다고 할 것이다.

15) 今村暢好, 前掲書, 1頁.

16) 홍정선, 행정법원론(상) 제30판, 박영사, 2022, 698면.

17) 배병호, 일반 행정법 강의, 동방문화사, 2019, 424면.

향에 주목하여야 한다.

행정법규 또는 행정행위의 효력이 문제되는 경우는 행정법규나 행정행위에 위헌·위법의 흠이 있는 경우이다. 법률인 행정법규 또는 법률의 효력이 있는 행정법규가 헌법에 위반되는 여부가 행정법 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의해 재판한다(헌법 제107조 제1항). 명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 행정법 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가지므로(헌법 제107조 제2항), 각급 법원이 그 위헌·위법 및 유효·무효 여부에 관하여 판단하게 되는데, 처분명령이나 인허가처분에 흠이 있는 경우에는 존속력과 관련하여 행정법의 성립에 어떠한 영향이 있는지 검토할 필요가 있다.<sup>18)</sup>

### III. 행정법·형사법의 구별

#### 1. 우리나라에서의 구별

형사법은 법령에 의한 명령·금지를 기다릴 것 없이 행위 그 자체가 반도덕성·반사회성·범죄성을 가졌기 때문에 처벌되는 것과 달리, 행정법은 행정목적의 실현을 위한, 법령에 의한 명령·금지를 위반했기 때문에 범죄로서 처벌되는 행위이다.<sup>19)</sup> 전자를 자연범, 후자를 법정범이라고도 한다. 물론 양자의 구별이 고정불변일 수는 없다. 시대의 변천에 따라서 전자가 비범죄화되기도 하고, 후자가 전자로 이행(법정범의 자연범화)할 수도 있기 때문이다. 그러므로, 양자의 구별은 상대적·유동적이라고 할 것이다. 어쨌든 상대적이거나 형사법에서는 반윤리성·반사회성이 법규 이전에 존재하는 데 대해, 행정법에서는 그것이 법규에 의해 창조되는 점에서 차이가 있다. 양자의 구별은 책임능력의 영역에 있어서는 별다른 의미가 없고, 위법성의 인식<sup>20)</sup>이나 위법성의 착오(금지착오)<sup>21)</sup>의 문제를 판단할

18) 이 점에 관한 자세한 내용은, 필자의 박사학위청구논문인 “행정상 의무위반을 처벌하는 법규의 행정행위 종속성에 관한 연구” 성균관대학교 법학전문대학원 (2023. 6.) 참조.

19) <https://100.daum.net/encyclopedia/view/b24h3918a> (2023. 5. 25. 최종확인)

때 의미를 가질 수 있다.<sup>22)</sup> 사인이 모든 행정법규의 내용을 인지하고 있을 수는 없으므로 위법성의 인식이나 위법성의 착오가 문제되는 것은 행정범인 경우가 대부분이다.

## 2. 독일에서의 구별

### 가. 서설

독일에서는 종래의 범죄적 형법과 행정형법의 구별의 문제는 범죄행위와 질서위반행위의 구별의 문제로 발전하였고, 행정형법은 질서위반법으로 대체되어야 한다고 하는 점에 대하여는 위에서 기술하였다. 독일에서는 범죄행위와 질서위반행위의 차이에 대하여, 전자는 사회적으로 유해한 것이고 후자는 행정적으로 유해한 것이라고 하여 양자는 「이질적인 것(aliquid)」이라고 하는 견해와 양자는 기본적으로 동일한 것으로서 그 범위와 경중에 차이가 있을 뿐이라고 하여 양(量)적 측면에서만 차이를 인정하는 견해<sup>23)</sup> 및 양자의 질(質)적 차이를 인정하면서도 경계영역에서

20) 행위자가 자신의 행위가 위법하다는 것을 인식하는 것을 말한다. 위법성의 인식이 범죄론 체계상 어디에 위치하느냐에 관하여, 고의의 구성요소로 보는 고의설이 있으나 책임요소로 보는 책임설이 통설이다. 김성돈, 앞의 책, 418면은 「위법성의 인식은 적극적으로 책임을 구성하는 독자적 요소가 아니라 그 불인식이 행위자의 행위에 대해 책임비난을 탈락시킬 수 있다고 평가할 수 있는 하나의 단서에 불과한 것으로 이해해야 한다. 형법 제16조가 '위법성의 인식'이 없더라도 자동적으로 책임을 조각시키지 않고 그 불인식에 '정당한 이유'가 인정될 경우에 한하여 책임을 조각시키는 것도 위법성의 인식을 책임의 독자적 요소로 보지 않는 태도를 취한 것으로 이해할 수 있다」고 한다.

21) 구성요건에 해당하고 전체 법질서에 반하는 행위, 즉 위법한 행위를 위법한 행위가 아니라고 생각하는 착오를 위법성의 착오 또는 금지착오라고 한다. 위법성 조각사유의 전제사실에 착오가 있는 경우에도 위법성의 착오 문제로 보아야 한다는 견해가 다수설이다. 김성돈, 앞의 책, 2022, 424-429면 참조.

22) 신동운, 형법총론 제13판, 법문사, 2021, 401면.

23) ...behauptet die das quantitative Moment hervorhebende Lehrmeinung, Ordnungswidrigkeit und Straftat seien ihrem rechtlich relevanten Charakter nach gleich und unterschieden sich nur im Gewicht und Umfang der Merkmale, die ihr grundsätzlich gemeinsames Wesen prägen. Danach besteht zwischen Straftat und Ordnungswidrigkeit ein plus-minus-Verhältnis. Die Ordnungswidrigkeit ("Minus") ist die leichtgewichtige Deliktsart, eine Straftat (im weiteren Sinn) mit geringem Unrechts- und Schuldgehalt unterhalb der Vergehens-Stufe (§ 12 Abs. 2 StGB) Früher herrschte die Ansicht vor, zwischen Straftat und Ordnungswidrigkeit bestehe ein qualitativer Unterschied. [번역] ...양적 관점을 강조하는 학설은,



는 양적 차이만을 인정하는 견해가 있다.

양자를 이질적이라고 하는 견해가 한 때 유력한 견해였으나 1975년에 독일형법전에 규정되어 있던 위경죄의 제 규정이 질서위반법으로 이동·변경되어<sup>24)</sup> 현재는 소수설로 되었고,<sup>25)</sup> 양자의 질적 차이를 인정하면서도 경계영역에서는 양적 차이만을 인정하는 견해가 유력하다.<sup>26)</sup> 이처럼 범죄행위와 질서위반행위는 이질성(異質性)과 경중(輕重)의 측면에서 구별이 가능하다.

#### 나. 독일 연방헌법재판소의 견해

우선 1952년 질서위반법 제정부부터 1968년 질서위반법 제정 以前까지 사이의 독일 연방헌법재판소의 결정(Beschluß) 및 판결(Urteil)에 나타난 범죄행위와 질서위반행위의 차이에 관하여 본다.

BVerfGE 8, 197결정은, "...질서위반금절차는 형벌절차가 아니다. 최근 수십년동안, 형사법적인 구성요건 사안의 범주에서 **경미한 위법성의 정도(程度)를 분리**하고 그것을 순수한 행정불법으로서 (법원에 의한 법적인 통제와 함께) 행정관청에 의한 처벌에 위임하는 것으로 발전하였다."<sup>27)</sup>라고 실시하여 양적 측면에 대하여 실시하고 있다. 반면, BVerfGE

---

질서위반행위와 범죄는 법적으로 관계가 있는 성질에 있어서는 동일하고, 근본적으로 공통의 본질을 각인하는 특징의 중요도와 범위만 다르다고 주장한다. 그에 따라, 범죄와 질서위반행위 사이에는 플러스 마이너스 관계가 있다. 질서위반행위 ("마이너스")는 경미한 범죄로, 사소한 불법과 책임내용의, 범행단계의 아래쪽(형법 제12조 제2항)에 있는 (광의의) 범죄행위이다. 이전에는 질서위반행위와 범죄행위 사이에 양적인 차이가 있다는 견해가 지배적이었다. Wolfgang Mitsch, *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, 2. Aufl. 2005, S. 16.

24) Hans-Heinrich Jescheck und Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, S. 58.

25) 今村暢好, 前掲書, 255頁.

26) 이 견해는 양적 차이를 인정하는 견해를 기본으로 하면서도 범죄에 있어서 중핵적인 영역에 존재하는 중요부분은 역시 내용적 기준에 의하여 결정되고 있다고 하는 견해이다. 형법은 구성요건에 있어서 명확히는 양적 기준을 나타내고 있지 않고, 질적 차이도 고려할 필요가 있다고 한다. Roxin/Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I* 5. Aufl. 2020, S. 113f.; 今村暢好, 前掲書, 256頁 272頁 註.14) 參照.

27) ...Das Bußgeldverfahren ist aber kein Strafverfahren. Die Entwicklung ist in den letzten Jahrzehnten dahin gegangen, aus dem Kreis der strafrechtlichen Tatbestände Fälle mit geringerem Unrechtsgehalt auszusondern und sie als bloßes "Verwaltungsunrecht" der

9, 167결정은, “...순수한 질서위반행위가 문제다 (경제범죄와 그 심각성에 따라 경제범죄 또는 질서위반행위가 될 수 있는 행위와는 달리). 이것은 책임비난이 여기서 윤리적 영역에 도달하지 못한다는 것을 의미한다. 이 생각에 따르면, 행위자에게, 잘못된 인격 태도와 관련된, 근본적인 의미에서 국법질서에 대한 반항으로 책임을 지우지 않는다; 따라서 질서위반금은 국가 형벌의 준엄함이 결여되어 있다.... 「질서위반죄 구성요건들」을 만들 필요가 생겼다; 그것들은 **윤리적 반가치(Unwert) 내용의 정도에 의해 형사범죄와 구별되어야 했고, 명예훼손적인 성격이 없고 범죄기록에 입력되지 않는 행정벌로 행정기구에 의해 처벌되어야 했다.** 다음으로 질서위반행위의 이러한 특별한 성격으로부터, 형벌의 일반적인 원칙과는 달리, 그것들은 법인과 사업장에도 부과될 수 있다고 결론지어졌다.”<sup>28)</sup>라고 실시하고, BVerfGE 22, 49판결은, “...그것은 국가형벌권 행사에 관한 것이다. 오랜동안 법질서는 질서위반행위에 대한 국가의 대응으로서 형사처벌과 질서위반금을 구별했다. **형사처벌만이 실제 처벌이다. 그것만이 윤리적인 책임비난에 연결된다.** 그것은 규칙적으로 범죄기록에 입력되며 「전과」로 여겨진다. 반면에 질서위반절차에서의 질서위반금은 「국가처벌의 준엄함」이 결여되어 있다.”<sup>29)</sup>라고 판시하여 질적 차이

---

Ahnung durch Verwaltungsbehörden (mit rechtlicher Kontrolle durch die Gerichte) zu überlassen. <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv008197.html> (2023. 5. 25. 최종확인)

28) ...Es handelt sich um eine reine Ordnungswidrigkeit (im Gegensatz zu den Wirtschaftsstraftaten und den Taten, die je nach ihrer Schwere Wirtschaftsstraftaten oder Ordnungswidrigkeiten sein können). Das bedeutet, daß der Schuldvorwurf hier die Sphäre des Ethischen nicht erreicht. Dem Täter wird - der Idee nach - nicht Auflehnung gegen die staatliche Rechtsordnung in einem grundsätzlichen, mit fehlerhafter Persönlichkeitshaltung zusammenhängenden Sinne zur Last gelegt; demgemäß fehlt der Geldbuße der Ernst der staatlichen Strafe...Es ergab sich das Bedürfnis, "Ordnungsstraftatbestände" zu schaffen; sie sollten sich von den kriminellen Vergehen durch den Grad des ethischen Unwertgehaltes unterscheiden und von der Verwaltung mit Ordnungsstrafen geahndet werden, die keinen ehrenrührigen Charakter hatten und nicht ins Strafregister eingetragen wurden. Aus dieser besonderen Natur der Ordnungsstraftaten wurde zunächst gefolgert, daß sie - entgegen allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen - auch gegen juristische Personen und gegen Betriebe als solche verhängt werden könnten. <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv009167.html> (2023. 5. 25. 최종확인)

29) ...Der Sache nach geht es um die Ausübung staatlicher Strafgewalt. Die Rechtsordnung

에 대해서 언급하고 있는 점이 다르다.

1968년 질서위반법 제정 이후의 연방헌법재판소의 결정 내용을 보면, BVerfGE 27, 18 결정은, “...모든 형벌 규정은, 그것에 의하여 처벌되는 행위에 대한 국가 권위를 지닌 **사회 윤리적 반가치판단**이 포함되어 있다. 이 반가치판단의 구체적인 내용은 범죄구성요건과 법정형에서 나온다(BVerfGE 25, 269 [286])....형법의 핵심 영역과 단순한 질서위반행위의 영역 사이에 정확한 경계선을 그리는 것은 더 어렵고,...이 경계선을 그때마다의 구체적인 역사적 상황을 고려하여 개별적으로, 의무를 지고서 확정하는 것은 입법자의 일이다.... 1949년 7월 26일의 경제형법(WiGBl. S. 193)은 처음으로 범죄행위와 질서위반행위를 실질적으로 구분했다....사실 벌금과 질서위반금은 관련자에게 똑같이 재정상 같은 정도로 손해가 되는 영향을 미친다. 그러나 이들은, 일반적인 견해에 따르면, 형사처벌의 부과는 범죄자의 행동방식에 대한 명예훼손의 권위적인 **반가치판단**, 법질서에 대한 반항과 비난의 정당성의 확인과 관련되어 있다는 점에서 다르다 (BVerfGE 22, 49 [80]). 반면에, 질서위반행위와 맺어진 질서위반금은 다만 유사한 벌금만큼 자신의 자산에 강하게 부담을 주는 경우에도 관련자의 명성과 평판에 중대한 손상을 초래하지 않는 단호한 의무독촉으로 여겨지고 인식된다. 그것은 **국가 처벌의 준엄함이 결여되어 있다**(BVerfGE 9, 167 [171]; 22, 49 [79]).”<sup>30)</sup>라고 실시하고 있고,

---

unterscheidet seit geraumer Zeit zwischen Kriminalstrafen und Bußen als staatlicher Reaktion auf Ordnungswidrigkeiten. Nur die Kriminalstrafe ist echte Strafe. Nur sie ist mit einem ethischen Schuldvorwurf verbunden. Sie wird regelmäßig ins Strafregister eingetragen und gilt als “Vorstrafe”. Der Buße im Ordnungswidrigkeitsverfahren fehlt dagegen der “Ernst der staatlichen Strafe”. <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv022049.html> (2023. 5. 25. 최종확인)

30) ...Jede Strafnorm enthält ein mit staatlicher Autorität versehenes sozialetisches Unwerturteil über die von ihr pönalisierte Handlungsweise. Der konkrete Inhalt dieses Unwerturteils ergibt sich aus Straftatbestand und Strafandrohung (BVerfGE 25, 269 [286])....Schwieriger ist es, die exakte Grenzlinie zwischen dem Kernbereich des Strafrechts und dem Bereich der bloßen Ordnungswidrigkeiten zu ziehen,...Diese Grenzlinie unter Berücksichtigung der jeweiligen konkreten historischen Situation im einzelnen verbindlich festzulegen, ist Sache des Gesetzgebers....Das Wirtschaftsstrafgesetz vom 26. Juli 1949 (WiGBl. S. 193) nahm erstmals eine materielle Abgrenzung zwischen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten vor.... Zwar wirken sich die Geldstrafe und die Geldbuße

BVerfGE 92, 277 결정은, “...일반적으로 국가는 형법을 사용하여 **윤리적 최소한에 어긋나는 행위를 처벌한다.**”<sup>31)</sup>라고 실시하고 있다. 또한, BVerfGE 80, 244결정은, 당해 사안에서 문제가 되고 있는 결사법 20조 I항 1호의 행위의 반가치(Unwert)는 ‘단순한 행정 불복종’만으로 그치지 않는다[Der Unwert der Tathandlung des § 20 (1) 1 VereinsG erschöpft sich nicht in bloßem Ungehorsam.]고 하여 형사처벌을 긍정하고, 행정행위의 형사적 보호와 그것을 통하여 행정당국의 결정에 형사판사가 조건부로 구속되는 것은 권력분립원칙에 반하지 않는다(독일연방공화국 기본법 제3장 제20조)고 하고,<sup>32)</sup> BVerfGE 90, 145 결정은, “...실질적인 관점에서 볼 때, 특별한 헌법적 보장을 유보하여, 비례성의 원칙은 행동의 자유가 제한될 수 있는 일반적인 헌법적 표준을 제공한다 [BVerfGE 75, 108 (154f.); 80, 137 (153) 참조]. 이 원칙은 국가가 마음대로 사용할 수 있는 가장 모진 제재로서 시민의 특정 행위에 대한 **사회윤리적 반가치판단을 선언하는 별척조항의 심사에 더욱 중요하다** [BVerfGE 25, 269 (286); 88, 203 (258) 참조]....이 상황에서 입법부가 형사처벌을 받는 대마초의 일반적인 금지가 형벌부과의 폐지보다 더

---

finanziell gleichermaßen nachteilig für den Betroffenen aus. Sie unterscheiden sich jedoch dadurch, daß nach allgemeiner Anschauung mit der Verhängung einer Kriminalstrafe ein ehrenrühriges, autoritatives Unwerturteil über eine Verhaltensweise des Täters, der Vorwurf einer Auflehnung gegen die Rechtsordnung und die Feststellung der Berechtigung dieses Vorwurfs verbunden sind (BVerfGE 22, 49 [80]). Demgegenüber wird die an eine Ordnungswidrigkeit geknüpfte Geldbuße lediglich als eine nachdrückliche Pflichtenmahnung angesehen und empfunden, die keine ins Gewicht fallende Beeinträchtigung des Ansehens und des Leumundes des Betroffenen zur Folge hat, mag sie dessen Vermögen auch ebenso stark belasten wie eine vergleichbare Geldstrafe. Ihr fehlt der Ernst der staatlichen Strafe (BVerfGE 9, 167 [171]; 22, 49 [79]). <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv027018.html> (2023. 5. 25. 최종확인)

31) ...Im allgemeinen ahndet der Staat mit dem Strafrecht Handlungen, die einem ethischen Minimum widersprechen. <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv092277.html> (2023. 5. 25. 최종확인)

32) Die Strafbewehrung eines Verwaltungsaktes und die dadurch bedingte Bindung des Strafrichters an die Entscheidung einer Verwaltungsbehörde verstößt nicht gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 3 GG). <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv080244.html> (2023. 5. 25. 최종확인)

많은 수의 잠재적인 소비자를 겁을 먹게 하고 따라서 법적 이익 보호에 더 적합하다는 견해를 고수하는 때에는, 이것은 헌법상 받아 들여야 한다. 왜냐하면, 입법 목표를 달성하기 위한 몇 가지 잠재적으로 적합한 방법 중에서 선택할 경우, 입법부는 평가와 의사 결정의 특권을 가지고 있기 때문이다[BVerfGE 77, 84 (106) 참조].”<sup>33)</sup>라고 실시하고 있다. 이들 결정들은 범죄행위와 질서위반행위는 질적 측면에서 차이가 있다고 실시한 것으로 보인다.

한편, BVerfGE 27, 18결정은, 위에서 본 바와 같이 “형법의 핵심 영역과 단순한 질서위반행위의 영역 사이에 정확한 경계선을 그리는 것은 더 어렵고,...이 경계선을 그때마다의 구체적인 역사적 상황을 고려하여 개별적으로, 의무를 지고서 확정하는 것은 입법자의 일이다”라고 실시하고 있는 점에서 보듯이, 범죄행위와 질서위반행위의 경계선이 「구체적인 역사적 상황」에 의해 변동하는 것을 인정하고 있고, BVerfGE 51, 60결정은, ”입법자는 「교통형법의 비범죄화」의 흐름에서 전통적인 교통 범죄행위의 대부분을 질서위반행위로 변경했지만 특정의 위반에 대해서는 그 「불법의 정도」에 의해 형사형벌로 威嚇하는 것을 방해하지 않는다“고 실시하는 점에서 보듯이, 불법정도에 따라 양 영역의 유동성, 상대성이 있음을 전제하고 있다.<sup>34)</sup> 이처럼 독일 연방헌법재판소는 범죄행위와 질서위반행위 사이에 양적·질적 차이가 있음을 인정하고 있다.

---

33) In materieller Hinsicht bietet - vorbehaltlich besonderer verfassungsrechtlicher Gewährleistungen - der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit den allgemeinen verfassungsrechtlichen Maßstab, nach dem die Handlungsfreiheit eingeschränkt werden darf (vgl. BVerfGE 75, 108 [154 f.]; 80, 137 [153]). Diesem Grundsatz kommt gesteigerte Bedeutung für die Prüfung einer Strafvorschrift zu, die als schärfste dem Staat zur Verfügung stehende Sanktion ein sozialetisches Unwerturteil über ein bestimmtes Handeln des Bürgers ausspricht (vgl. BVerfGE 25, 269 [286]; 88, 203 [258])....Wenn der Gesetzgeber bei dieser Sachlage an der Auffassung festhält, das generelle strafbewehrte Cannabisverbot schrecke eine größere Anzahl potentieller Konsumenten ab als die Aufhebung der Strafdrohung und sei daher zum Rechtsgüterschutz besser geeignet, ist dies verfassungsrechtlich hinzunehmen. Denn für die Wahl zwischen mehreren potentiell geeigneten Wegen zur Erreichung eines Gesetzesziels besitzt der Gesetzgeber die Einschätzungs- und Entscheidungsprerogative [vgl. BVerfGE 77, 84 (106)]. <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv090145.html> (2023. 5. 25. 최종확인)

34) 今村暢好, 前掲書, 258頁.

### 다. 소결

위 판례의 견해에서 보듯이, 범죄행위에는 단순한 행정불복종을 넘은 사회 윤리적 반가치(Unwert)가 포함되어 있으며, 이로 인하여 처벌받으면 연방범죄등록부에 전과로 기재되는 불명예를 입게 된다. 그와 달리 질서위반행위는 그로 인하여 질서위반금을 부과받더라도 연방범죄등록부에 전과로 기재되지 않으며, 대체형으로 자유형을 부과하는 제도도 존재하지 않는다. 또한, 형사규범은 인간의 행위로부터 법익침해를 보호하기 위한 것이지만, 질서위반법은 법익침해의 전단계인 ‘질서’라는 상태를 보호하기 위한 규범이라는 점에서 양자는 그 지향점이 다르다. 그러므로, 범죄행위와 질서위반행위 사이에 질적인 차이가 있다고 할 수 있다.<sup>35)</sup>

그러나, 위 판례가 인정하는 바와 같이, 범죄행위와 질서위반행위의 경계선은 시대의 변천에 따라 변동한다. 독일 질서위반법이 입법과 개정을 반복하면서, 범죄행위에 해당하던 것이 질서위반행위로 전환되고 있는 역사적 사례들을 보면 이를 알 수 있다.

## 3. 일본에서의 구별

미노베타쓰키치(美濃部達吉) 교수는, 행정법상 의무위반에 대하여, 과료(過料)의 제재가 정하여져 있는 경우는, 그 처벌에 해당하는 행위는, 법률상 범죄에 해당하는 것이 아니고, 단순한 공법상 의무위반이라고 하면서, 사법상 의무위반인 민사상 불법행위에 비교하고, 이를 형식상 행정범이라고 칭한다.<sup>36)</sup> 그리고, 행정법상의 의무위반에 대하여, 형벌의 제재

35) 今村暢好, 前掲書, 259頁.

36) 行政法上の義務違反に對して、過料の制裁の定められて居る場合は、其の處罰に該當する行為は、形式上にも刑法の意義に於いての犯罪とは區別せられて居るもので、それは法律上犯罪に該當するものではなく、單純な義務違反であることが法律上に公認せられて居るものである。犯罪を構成しない義務違反の行為であることに於いては、民事上の不法行為に比較すべきものであり、唯民事上の不法行為が私法上の義務違反であるに對して、此の場合は国家(又は公共團體)の命じた公法上の義務に違反したものであることに於いて、これと性質を異にするものである。形式上に犯罪と區別せられて居るのであるから、或はこれを形式上の行政犯と稱することが出来る。[번역] 행정법상의 의무 위반에 대하여 과료의 제재가 규정되어 있는 경우는, 그 처벌에 해당하는 행위는 형식상으로도 형법상의 의미에서의 범죄와 구별되어 있으며, 이는 법률상 범죄에 해당하지 않고, 단순한 의무 위반인 것이 법률상 공인되어 있다. 범죄를 구성하지 않는 의무위반 행위인 경우, 민사상의 불법행위와

를 정하고 있는 경우는, 형벌에 해당하는 행위는 범죄이므로, 형식상은 이를 일반범죄와 구별해야 할 근거가 없고, 법률상은 일반범죄와 완전히 마찬가지로 취급된다<sup>37)</sup>고 하면서도, 형식상은 똑같이 범죄로서 형벌의 제재가 과해져 있다고 해도, 그 범죄인 까닭이 첫째 행정법상의 명령 또는 금지를 위반한 것에 있는 경우는, 그 행위의 성질에 있어서, 분명하게 일반의 범죄행위와 구별되어야 하는 것으로서, 일반범죄에 관한 이론은 이것에 적용할 수 없는 것이 많다고 설명하고 있다.<sup>38)</sup> 이처럼 미노베타 쓰키치 박사는, 행정범과 형사범이 모두 형벌이 가해지는 범죄이기는 하나 범죄행위의 성질이 다르다고 한다.

야마나카케이이치(山中敬一) 교수는, “자연범(delikt naturel)·형사범(Kriminaldelikt)은 시대와 공간을 초월하여 어떠한 시대, 어떠한 사회에 있어서도 보편적으로 범죄로 되는 행위(mala in se=그 자체에 있어서 악)를 말한다. 이것에 대하여 법정범(delikt artificiel)·행정범(Verwaltungsdelikt)이란 행정적取締를 위하여 기술적으로 금지되고 있기 때문에 범죄로 되는 행위(mala prohibita=금하여졌기 때문에 악)를 의미한다.”고 한다.<sup>39)</sup>

오오야미노루(大谷實) 교수는, “자연범은 법률의 규정을 기다릴 것도 없이 그 성질상 사회윤리에 반하는 것으로서 범죄로 되는 것이고, 별도로 형사범이라고도 불려진다. 법정범은 법률에 의하여 금지되어 비로소

---

비교할만한 것이고, 오직 민사상의 불법행위가 사법상의 의무위반에 대하여, 이 경우는 국가(또는 공공 단체)가 명한 공법상의 의무에 위반한 것임에 있어서, 이것과 성질을 달리한다. 형식상으로 범죄와 구별되어 있기 때문에, 이것을 형식상의 행정범이라고 부를 수 있다. 美濃部達吉, 前掲書, 2頁.

37) 行政法上の義務違反に對して、刑罰の制裁を定め居る場合には、刑罰に該當する行爲は即ち刑法の意義に於いての犯罪に外ならないのであるから、形式上にはこれを一般犯罪と區別すべき根據なく、單純な行政法上義務違反に過ぎないものでも、苟も刑罰の制裁が科せられて居る以上は、法律上は一般の犯罪と全く同様に取扱はるるのである。美濃部達吉, 前掲書, 2-3頁.

38) 形式上は等しく犯罪として刑罰の制裁を科せられて居るとしても、其の犯罪たる所以が—に行政法上の命令又は禁止に違反したことに在る場合は、其の行爲の性質に於いて、明に一般の犯罪行爲と區別せられねばならぬもので、一般犯罪に關する理論はこれに適用することを得ないものが多い。美濃部達吉, 前掲書, 3頁.

39) 山中敬一, 刑法總論, 第3版, 2015, 成文堂, 13頁.

범죄로 되는 것이고, 行政取締目的에서 범죄로 된다고 하는 의미에서 행정범이라고도 한다.”고 설명한다.<sup>40)</sup>

이처럼 자연범·형사범은 윤리·도의 위반, 법정범·행정범은 윤리적·도의적으로 無色한 위반행위라고 하는 견해가 통설이다.<sup>41)</sup> 그밖에 기본적 생활질서에 위반하는 행위가 형사범, 파생적 생활질서에 위반하는 행위가 행정범이라는 견해가 있다.<sup>42)</sup> 그러나, 자연범과 법정범의 구별은 상대적·유동적이라고 보고 있다. 윤리·도덕이 고정적이고 변하지 않는 것은 아니며, 생활질서의 내용도 사회·경제의 발전에 따라 변하기 때문이다.

#### IV. 행정범에 형법총칙의 적용 여부

##### 1. 문제의 소재

형법 제8조는, “본법 총칙은 타법령에 정한 죄에 적용한다. 단 그 법령에 특별한 규정이 있는 때에는 예외로 한다”라고 규정하고 있으므로 형법총칙은 행정범에도 적용된다. 동 조항의 “타법령”이란 형법 이외에 형사처벌을 내용으로 하는 모든 법령을 의미한다고 해석되기 때문이다. 다

40) 大谷實, 刑法講義總論, 新版第5版, 2021, 成文堂, 80頁.

41) 山中敬一, 前掲書, 13頁.

42) 福田平 교수는, 「나는 국가적 사회적 생활에 있어서 그 기본적 생활질서(근대시민사회의 기본적 생활구조를 규제하는 질서)라고 칭한 기본적 생활질서에 관련하면서도 그 기본적 생활구조에 직접 결합하지 않는 파생적 생활질서(시민사회로부터 일응 차단된 외곽적 생활질서)를 나누는 것이 가능하고, 그래서, 그 기본적 생활질서에 위반하는 행위가 형사범이고, 파생적 생활질서에 위반하는 행위가 행정범이라고 해석하고 있다. 그런데, 기본적 생활질서는 시민사회의 기본적 생활구조를 규제하는 것으로서 국민일반의 도의적 의식에 있어서 승인되어 있고, 따라서, 이러한 질서에 위반하는 행위는 前법률적으로도 사회윤리적으로 비난받는 것이고, 이것에 대하여 파생적 생활질서는 특정의 행정상 또는 정책상의 목적을 위하여 예컨대, 재정·경제·군사 등등의 목적을 위하여 형성되는 질서로서 시민사회로부터 일응 차단되고, 그것을 말하면 외곽으로부터 확보하는 바의 국가의 법률질서에 기한 것으로서 국민일반의 도의적 의식에 있어서는 승인되어 있지 않고 이러한 질서에 위반하는 행위의 반도덕성, 반사회성은 법규의 제정에 의하여 획득되는 것이 원칙이다. 그래서 나의 견해는 전술한 일본의 통설적 견해와 결론적으로는 거의 일치하는 것이라고 할 수 있다.」라고 한다. 福田平, 全訂刑法總論 [第5版], 2011, 有斐閣, 35-36頁.



만, 동 조항 단서에 의하여 “특별한 규정이 있는 때”는 어떤 경우를 말하는지가 문제된다. 명시적 규정이 있는 경우(담배사업법 제31조,<sup>43)</sup> 선박법 제39조,<sup>44)</sup> 119구조·구급에 관한 법률 제29조의3<sup>45)</sup>)가 그에 해당함은 의문이 없다. 명시적 규정은 없으나 ‘조리상 형법총칙의 적용을 배제함이 타당하다고 인정되는 경우’도 위 단서 조항에 해당하는 것으로 해석할 것인가에 관하여는 의견이 나누어진다.

## 2. 條理에 의한 적용배제 여부

미노베타쓰키치 교수는 “단순히 법령에 의한 명시적인 예외규정이 있을 때 뿐만 아니라 해석상 당연한 조리라고 인정해야 할 경우도 역시 특별한 규정이 있는 경우와 똑같이, 그 적용을 제외하는 것이 조리상 불가결한 필요가 있다”고 한다.<sup>46)</sup> 미노베타쓰키치 교수는 「질서벌로서의 過料와 형법의 적용 있는 형벌과의 사이에는 성질상의 구별이 있는 것은 아니고, 양자는 단지 형식상의 구별임에 그친다.」 「게다가 동일 성질의 벌칙의 적용에 관해서는 동일 원칙에 따라야 하는 것을 당연하다고 하는 것이므로 법률이 형을 과하여야 하는 것이라고 정하고 있는 所爲이더라도 만약 그것이 성질상 過料를 과하여야 할 소위와 마찬가지로 단순한 공법상의 위무위반인 행정법에 해당하여야 하는 것이라면 무조건으로 형법총칙의 규정을 적용하여야 하는 것은 아니고 오히려 過料를 과하여야 할 소위와 동일원칙에 의하는 것을 정상이라고 하지 않으면 안된다」고

43) 담배사업법 제31조(「형법」의 적용 제한) 이 법에서 정한 죄를 저지른 자에 대해서는 「형법」 제9조, 제10조 제2항, 제11조, 제16조, 제32조제2항, 제38조 제1항 제2호 중 벌금 경합에 관한 제한가중규정과 같은 법 제53조는 적용하지 아니한다. 다만, 징역형에 처할 경우 또는 징역형과 벌금형을 병과할 경우의 징역형에 대해서는 그러하지 아니하다.

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

45) 119구조·구급에 관한 법률 제29조의3(「형법」상 감경규정에 관한 특례) 음주 또는 약물로 인한 심신장애 상태에서 폭행 또는 협박을 행사하여 제13조제2항의 죄를 범한 때에는 「형법」 제10조제1항 및 제2항을 적용하지 아니할 수 있다.

46) ...單に法令に依る明示的な例外規定ある場合のみならず, 解釈上當然の條理と認むべき場合も亦特別の規定ある場合と等しく, 其の適用を除外することが, 條理上缺くべからざる必要であり, 又それが法律の正當なる解釈であると信ずる。美濃部達吉, 前掲書, 19頁.

하고 있다.<sup>47)</sup>

생각건대, 죄형법정주의의 엄격한 적용, 기본권 보장의 내실화의 관점에서 私人의 책임을 축소하는 방향으로 접근하여 ‘조리상 형법총칙의 적용을 배제함이 타당하다고 인정되는 경우’도 위 단서 조항에 해당하는 것으로 해석하는 것은 바람직하다고 할 것이다.<sup>48)</sup> 그러나, 아래 3. 에서 보는 바와 같이 과실범을 처벌하는 명문규정이 없어도 조리상 과실범을 처벌함이 명백하다고 해석되는 경우 과실범을 처벌할 수 있고, 이 때에 형법총칙의 적용이 배제된다는 견해에는 동의할 수 없다.

### 3. 과실범의 인정범위

형사범과 행정범은 제재로서 형벌이 가해지는 점에서는 차이가 없다. 행정범에도 형사범과 마찬가지로 죄형법정주의가 적용되고(헌법 제13조 제1 항, 형법 제1조 제1항), 법령에 특별한 규정이 없는 한 형법총칙이 적용된다(형법 제8조). 따라서, 행정범도 고의가 있어야 성립하며(형법 제13조), 과실범은 법률에 특별한 규정이 있는 경우에만 처벌된다(형법 제14조).

행정범에서 과실 있는 행위를 처벌하는 명문규정을 두는 경우(예, 부정수표단속법 제2조 제3항<sup>49)</sup>, 도로교통법 제151조<sup>50)</sup>, 물환경보전법 제78

47) 美濃部達吉, 前掲書, 16-17頁.

48) 김동희·최계영, 행정법 I 제26판, 박영사, 2021, 518면. 박균성, 행정법론(상) 제21판, 박영사, 2022, 623-624면. 홍정선, 행정법원론(상) 제30판, 박영사, 2022, 693면.

49) 부정수표단속법 제2조(부정수표 발행인의 형사책임) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 부정수표를 발행하거나 작성한 자는 5년 이하의 징역 또는 수표금액의 10배 이하의 벌금에 처한다. 1. 가공인물의 명의로 발행한 수표 2. 금융기관(우체국을 포함한다. 이하 같다)과의 수표계약 없이 발행하거나 금융기관으로부터 거래정지처분을 받은 후에 발행한 수표 3. 금융기관에 등록된 것과 다른 서명 또는 기명날인으로 발행한 수표 ② 수표를 발행하거나 작성한 자가 수표를 발행한 후에 예금부족, 거래정지처분이나 수표계약의 해제 또는 해지로 인하여 제시기일에 지급되지 아니하게 한 경우에도 제1항과 같다. ③ 과실로 제1항과 제2항의 죄를 범한 자는 3년 이하의 금고 또는 수표금액의 5배 이하의 벌금에 처한다.

50) 도로교통법 제151조(벌칙) 차 또는 노면전차의 운전자가 업무상 필요한 주의를 게을리하거나 중대한 과실로 다른 사람의 건조물이나 그 밖의 재물을 손괴한 경우에는 2년 이하의 금고나 500만원 이하의 벌금에 처한다.

조 제2호<sup>51)</sup>, 폐기물관리법 제66조 제4의3호, 제9호<sup>52)</sup>, 해양환경관리법 제127조 제2호, 제128조 제1호<sup>53)</sup>)에는 그 규정이 형법 제14조 소정의 “특별한 규정”에 해당한다.

법률에 위와 같은 명문규정이 없는 경우에 행정법의 과실범을 처벌할 수 있는지 여부에 관하여는 이를 부정하는 견해와 당해 법규의 해석상 과실에 의한 의무위반도 처벌하는 취지임이 명확한 경우 이를 긍정하는 견해가 있다.<sup>54)</sup>

도로교통법 제156조 제1호는 “제5조, 제13조 제1항부터 제3항(제13조 제3항<sup>55)</sup>)의 경우 고속도로, 자동차전용도로, 중앙분리대가 있는 도로에서 고의로 위반하여 운전한 사람은 제외한다)까지 및...을 위반한 차마 또는 노면전차의 운전자는 20만원 이하의 벌금이나 구류 또는 科料에 처한다.”라는 취지의 규정을 두고 있다. 위 조항의 해석상 “제13조 제3항의 경우 고속도로, 자동차전용도로, 중앙분리대가 있는 도로에서 과실로 (도로의 우측부분 통행의무를) 위반하여 운전한 사람”을 처벌하는 취지임이 분명하므로 이러한 조항이 당해 법규 자체의 해석(범죄구성 요건 자체에 대한 어구의 범위내에서의 목적론적 해석)에 의하여 과실범의 가벌성이

- 
- 51) 물환경보전법 제78조(벌칙) 2. 업무상 과실 또는 중대한 과실로 제15조제1항제1호를 위반하여 특정수질유해물질 등을 누출·유출한 자
- 52) 폐기물관리법 제66조(벌칙) 4의3. 중대한 과실로 사실과 다른 내용의 폐기물분석결과서를 발급한 폐기물분석전문기관 9. 제25조제9항에 따른 준수사항을 지키지 아니한 자. 다만, 제25조제9항제5호에 해당하는 경우에는 고의 또는 중과실인 경우에 한정한다.
- 53) 해양환경관리법 제127조(벌칙) 2. 과실로 제22조제1항 및 제2항의 규정을 위반하여 선박 또는 해양시설로부터 기름·유해액체물질·포장유해물질을 배출한 자 제128조(벌칙) 1. 과실로 제22조제1항 및 제2항의 규정을 위반하여 선박 또는 해양시설로부터 폐기물을 배출한 자
- 54) 대법원 1993. 9. 10. 선고 92도1136 판결(대기환경보전법위반)은, “위 법의 입법목적이나 제반 관계규정의 취지 등을 고려하면, 위 법 제36조에 위반하는 행위 즉, 법정의 배출허용기준을 초과하는 배출가스를 배출하면서 자동차를 운행하는 행위를 처벌하고자 하는 위 법 제57조 제6호의 규정은 고의범 즉, 자동차의 운행자가 그 자동차에서 배출되는 배출가스가 소정의 운행 자동차 배출허용기준을 초과한다는 점을 실제로 인식하면서 운행한 경우는 물론이고, 과실범 즉, 운행자의 과실로 인하여 그러한 내용을 인식하지 못한 경우도 함께 처벌하는 규정이라고 해석함이 상당하다 할 것이다”라고 판시하였다.
- 55) 도로교통법 제13조(차마의 통행) ③ 차마의 운전자는 도로(보도와 차도가 구분된 도로에서는 차도를 말한다)의 중앙(중앙선이 설치되어 있는 경우에는 그 중앙선을 말한다. 이하 같다) 우측 부분을 통행하여야 한다.

도출되는 경우에 해당한다고 하는 견해가 있을 수 있다. 그러나, 도로교통법 제156조 제1호에서 “제13조 제3항의 경우 고속도로, 자동차전용도로, 중앙분리대가 있는 도로에서 고의로 위반하여 운전한 사람은 제외한다.”라는 규정을 둔 취지는 “고속도로, 자동차전용도로, 중앙 분리대가 있는 도로에서 고의로 역주행을 한 운전자에 대한 벌칙을 강화하여 100만원 이하의 벌금 또는 구류에 처하도록 함(제153조 제2항 신설)”에 있는 것이지, “제13조 제3항의 경우 고속도로, 자동차전용도로, 중앙분리대가 있는 도로에서 과실로 (도로의 우측부분 통행의무를) 위반하여 운전한 사람”을 처벌하는 취지라고는 볼 수 없으므로 그렇게 해석할 것은 아니라고 생각한다.

생각건대, 죄형법정주의의 원칙상, 실정법의 명시적 근거 없이 ‘조리에 기한 합리적 해석’을 근거로 행정법의 성립을 인정하는 것은 허용되지 않는다고 할 것이다. 행정국가화하고 있는 오늘날 행정권을 적절히 통제하여 행정권의 남용을 막고 법치행정을 실현함으로써 행정법관계에서 국민이 「죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위」(형법 제13조)로 범죄인이 되는 일이 있어서는 안 될 것이다. 대법원 1986. 7. 22. 선고 85도108 판결은, “명문규정이 있거나 해석상 과실범도 별할 뜻이 명확한 경우에는 행정법의 과실범을 처벌할 수 있다”고 설시하고 있으나, 죄형법정주의에 어긋나는 해석으로서 동의하기 어렵다<sup>56)</sup>.

행정법의 규정에 있어서 명문의 과실범 처벌규정이 없는 경우에도 取締目的의 본질로부터 혹은, 규정의 해석상 이를 처벌할 수 있는지 여부에 관하여 일본에서는 세가지 입장이 있다.<sup>57)</sup> 첫째는 죄형법정주의에 철저한 관점으로부터 과실범 처벌에는 항상 명문의 규정을 요구해야 한다는 입장이다. 둘째, 법률의 목적·취지, 行政取締目的 달성의 취지, 取締하는 사안의 본질에 비추어 과실범도 처벌하는 것이라고 해석되는 경우에는 명문의 규정이 없더라도 처벌된다고 해석하는 입장이고, 셋째는, 명문의 규정이 없더라도 개개 구성요건의 해석상 당해 구성요건이 과실범의 구성요건을 규정하는 것이라고 인정되는 한 과실범은 처벌될 수 있다고

56) 강현호, 행정법의 이해, 동방문화사, 2018, 322면 참조.

57) 山中敬一, 前掲書, 381頁.

하는 견해가 있다.<sup>58)</sup> 단도시게미쓰(団藤重光) 교수는 두 번째 견해에 대하여 일본 형법 38조 1항<sup>59)</sup> 단서-근원을 더듬으면 죄형법정주의-로부터 행정적인 취체목적을 이유로 간단하게 이것을 인정하는 것은 허용되지 않는다고 비판한다.<sup>60)</sup>

야마나카케이이찌 교수는, “「명문」의 의미에 대해서는 「과실에 의하여」 등이라고 규정되어 있지 않는 한 항상 명백하다고 말할 리는 없을 것이다. 그러나, 명백하게 과실범 처벌의 취지가 문리상 표시되어 있지 않는 한 처벌할 수 없도록 죄형법정주의의 취지를 명확하게 하여야 한다고 생각된다. 죄형법정주의가 주지의 원칙으로 되고 있는 현상에서는 입법자는 과실범 처벌을 위해서는 명백한 규정을 두어야 하고, 그것을 대만히 한 경우에는 사법판단에 의하여 처벌이 거부되는 것이 있다고 하는 위험을 부담하여야 할 것이다”라고 한다.<sup>61)</sup>

독일에서는 형법전에 편입된 환경형법 조항에서 과실범 처벌에 관하여 명문의 규정을 두고 있고,<sup>62)</sup> 질서위반법에서도 과실범에 대하여 명시적인 질서위반금 부과 규정이 있는 때를 제외하고 고의범만이 처벌될 수 있다고 규정하고 있다.<sup>63)</sup>

#### 4. 법인의 범죄능력과 양벌규정

##### 가. 양벌규정의 유형

법인은 행위능력이 없을 뿐만 아니라 자연인처럼 시비·선악을 분별하여 행위할 수 있는 책임능력이 없으므로 법인의 범죄능력은 인정되지 아니한다. 대법원 1984. 10. 10. 선고 82도2595 전원합의체 판결의 다수

58) 福田平, 前掲書, 126-127頁.

59) 刑法 第三十八條 罪を犯す意思がない行為は、罰しない。ただし、法律に特別の規定がある場合は、この限りでない。

60) 団藤重光, 刑法綱要總論 第3版, 1992, 336頁.

61) 山中敬一, 前掲書, 382頁.

62) StGB § 324 (3), § 324a (3), § 325 (4), § 325a (3), § 326 (5), § 327 (3), 제328 (5), § 329 (5), § 330a (4),

63) OWiG § 10 Vorsatz und Fahrlässigkeit Als Ordnungswidrigkeit kann nur vorsätzliches Handeln geahndet werden, außer wenn das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Geldbuße bedroht.

의견은, 「형법 제355조 제2항의 배임죄에 있어서 타인의 사무를 처리할 의무의 주체가 법인이 되는 경우라도 법인은 다만 사법상의 의무주체가 될 뿐 범죄능력이 없는 것이며, 그 타인의 사무는 법인을 대표하는 자연인인 대표기관의 의사결정에 따른 대표행위에 의하여 실현될 수 밖에 없어, 그 대표기관은 마땅히 법인이 타인에 대하여 부담하고 있는 의무내용 대로 사무를 처리할 임무가 있다 할 것이므로, 법인이 처리할 의무를 지는 타인의 사무에 관하여는 법인이 배임죄의 주체가 될 수 없고, 그 법인을 대표하여 사무를 처리하는 자연인인 대표기관이 바로 타인의 사무를 처리하는 자, 즉 배임죄의 주체가 된다.」라고 판시하였다.<sup>64)</sup> 그런

64) 이 판결의 논지에 대하여 「타인의 사무처리자라는 신분이 없는 대표기관을 신분범죄인 배임죄의 주체로 인정하고 있는 문제점이 있다. 대법원의 결론이 정당화될 수 있으려면 입법론적으로 독일형법 제14조와 같은 대리인책임규정이 있거나 적어도 배임죄의 경우에도 자연인 행위자와 법인을 모두 처벌할 수 있게 하는 양벌규정이 존재하지 않으면 안 될 것이다」라는 비판이 있다. 김성돈, 앞의 책, 172면. StGB § 14 Handeln für einen anderen (1) Handelt jemand 1. als vertretungs berechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs, 2. als vertretungsberechtigter Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft oder 3. als gesetzlicher Vertreter eines anderen, so ist ein Gesetz, nach dem besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände (besondere persönliche Merkmale) die Strafbarkeit begründen, auch auf den Vertreter anzuwenden, wenn diese Merkmale zwar nicht bei ihm, aber bei dem Vertretenen vorliegen. (2) Ist jemand von dem Inhaber eines Betriebs oder einem sonst dazu Befugten 1. beauftragt, den Betrieb ganz oder zum Teil zu leiten, oder 2. ausdrücklich beauftragt, in eigener Verantwortung Aufgaben wahrzunehmen, die dem Inhaber des Betriebs obliegen, und handelt er auf Grund dieses Auftrags, so ist ein Gesetz, nach dem besondere persönliche Merkmale die Strafbarkeit begründen, auch auf den Beauftragten anzuwenden, wenn diese Merkmale zwar nicht bei ihm, aber bei dem Inhaber des Betriebs vorliegen. Dem Betrieb im Sinne des Satzes 1 steht das Unternehmen gleich. Handelt jemand auf Grund eines entsprechenden Auftrags für eine Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, so ist Satz 1 sinngemäß anzuwenden. (3) Die Absätze 1 und 2 sind auch dann anzuwenden, wenn die Rechtshandlung, welche die Vertretungsbefugnis oder das Auftragsverhältnis begründen sollte, unwirksam ist. [번역] 독일형법 제14조 (1) 법인의 대표기관으로서 또는 그러한 기관의 구성원으로서, 권리능력 있는 인적 회사의 대표권 있는 사원으로서, 다른 사람의 법적 대리인으로서 행동하는 사람은, 특별한 개인적 자격, 관계 또는 상황 (특별한 개인적 표지)에 의거하여 가벌성이 근거를 가지는 가지고, 이러한 표지가 그 사람에게에는 없지만 본인에게는 있는 경우, 법률은 대표자(대리인)에게도 적용된다. (2) 영업 소유자 또는 그와 같은 권한을 가진 다른 사람에게서, 영업을 전부 또는 일부 관리하도록 위임받은 경우, 또는 영업 소유자의 의무인 자신의 책임 업무를 떠맡도록 명확히 위

데, 개별 행정법규에는 행정법규위반에 대하여 형벌을 부과하는 벌칙규정과 더불어 양벌규정을 두어 직접 행정법규를 위반한 자를 벌하는 외에 그 행위자와 일정한 관계를 맺고 있는 법인이나 개인을 처벌하고 있다. 행정형법에서는 양벌규정을 매개로 법인의 행정법 범죄능력이 인정되는데, 양벌규정이 일반적인 입법형식으로 되어 있다.

양벌규정은 각종 행정법령 중 형벌을 제재수단으로 규정한 행정법규위반에 대하여 적용하는 것으로 규정하고 있다. “법인<sup>65)</sup>의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제...조의 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리 하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다”라는 내용의 규정이 바로 그것에 해당한다.

위 양벌규정을 분석해 보면, (1) 법인의 대표자가 그 법인의 업무에 관하여 ...의 위반행위를 한 때 (2) 법인의 대리인, 사용인 기타 종업원이 그 법인의 업무에 관하여...의 위반행위를 한 때 (3) 개인의 대리인, 사용인 기타 종업원이 그 개인의 업무에 관하여...의 위반행위를 한 때의 세 가지 유형이 있다. (1) (2)는 법인 사업주에 대한 양벌규정이고, (3)은 개

---

입받은 경우, 그리고 이러한 위임에 기초하여 행동하는 경우, 특별한 개인적 표지에 의거하여 가벌성이 근거를 가지는 경우, 이러한 표지가 그 사람에게에는 없지만 영업 소유자에게는 있는 경우, 법률은 그 위임받은 자에게도 적용된다. 1호의 의미에서 영업은 기업과 같은 의미이다. 공행정의 업무를 떠맡는 자리를 위하여 상응한 위임에 기초하여 행동하는 사람은 제1항을 준용한다. (3) 제1항과 제2항은 대리권이나 위임관계의 기초가 되어야 할 법적 행위가 무효인 경우에도 적용된다.

- 65) 양벌규정에 의한 처벌대상을 법인 외에 단체 또는 비법인 사단·재단 등으로 확대한 규정들도 있다. 예컨대, 「법인 또는 단체」(공공단체 등 위탁선거에 관한 법률 제67조, 노동위원회법 제32조), 「법인·기관·단체」(기술이전 및 사업화 촉진에 관한 법률 제42조), 「법인(법인격이 없는 단체를 포함한다)」(독점 규제 및 공정거래에 관한 법률 제128조, 식품·의약품 분야 시험·검사 등에 관한 법률 제29조), 「법인(법인이 아닌 사단 또는 재단으로서 대표자 또는 관리인이 있는 것을 포함한다)」(보험업법 제208조 제1항), 「정당, 회사, 그 밖의 법인·단체」(공직선거법 제260조 제1항), 「법인 기타의 단체」(부정수표 단속법 제3조 제1항), 「법인(단체를 포함한다)」(금융소비자보호에 관한 법률 제68조, 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제448조) 등의 규정들이 있다. 이제는, ‘법인의 범죄능력과 양벌규정’에서 나아가 ‘단체의 범죄능력과 양벌규정’이라고 칭함이 정확할 것이다.

인 사업주에 대한 양벌규정이다.

#### 나. 사업주 책임의 성질

이러한 양벌규정에 의하여 사업주가 처벌되는 것은 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원의 책임을 대위하여 지는 것이 아니고, 이들이 위반행위를 하지 않도록 감독할 의무를 태만한 책임, 즉 감독의무태만의 과실책임으로서, 양벌규정은 이들의 위반행위가 있으면 사업주의 과실을 추정하는 규정으로 볼 수 있다.

양벌규정의 위 세 가지 유형 중 (2) (3)의 경우 사업주의 행정법규위반 책임의 성질에 대하여는 무과실책임설, 과실추정설, 과실책임설 등이 있었다. 과실책임설은 사업주가 대리인·사용인·종업원의 선임·감독을 게을리한 점에 대한 책임이라는 견해이다. 이 견해에 의하면, 검사가 대리인·사용인·종업원의 선임·감독에 대한 사업주의 과실을 증명하여야 한다. 무과실책임설은 사업주의 과실 여부를 묻지 않고 이익의 귀속주체를 규제한다는 정책적 관점에서 사업주를 처벌하는 것이라고 한다. 과실추정설은 대리인·사용인·종업원의 행정법규 위반행위가 있을 때 사업주의 이들에 대한 선임·감독상의 과실이 추정되고, 사업주는 과실 없음을 증명하면 형사처벌을 면할 수 있다는 견해이다.

대법원은 개별적인 양벌규정의 특성에 따라서 과실책임설,<sup>66)</sup> 과실추정설,<sup>67)</sup> 무과실책임설<sup>68)</sup> 등을 취해 오고 있었으나, 헌법재판소가 양벌규정에 의한 사업주 책임의 성질에 관하여 과실책임설을 취하는 판례<sup>69)</sup>를 제시하여 논란을 정리하였다.<sup>70)</sup>

위 (1) 유형의 경우 헌재 2010. 7. 29. 2009헌가25 등, 판례집 22-2 상, 183은 “법인은 기관을 통하여 행위하므로 법인이 대표자를 선임한 이상 그의 행위로 인한 법률효과는 법인에게 귀속되어야 하고, 법인 대표자의 범죄행위에 대하여는 법인 자신이 자신의 행위에 대한 책임을 부

66) 대법원 1977. 5. 24. 선고 77도412 판결.

67) 대법원 1982. 6. 22. 선고 82도777 판결.

68) 대법원 1982. 9. 14. 선고 82도1439 판결.

69) 헌재 2007. 11. 29. 2005헌가10, 판례집 19-2, 520.

70) 신동운, 앞의 책, 122면.



담하여야 하는바, 법인 대표자의 법규위반행위에 대한 법인의 책임은 법인 자신의 법규위반행위로 평가될 수 있는 행위에 대한 법인의 직접책임으로서, 대표자의 고의에 의한 위반행위에 대하여는 법인 자신의 고의에 의한 책임을, 대표자의 과실에 의한 위반행위에 대하여는 법인 자신의 과실에 의한 책임을 부담하는 것이다.”라고 실시하나 동의하기 어렵다. 그 이유는 다음과 같다.

법인은 법률의 규정에 좇아 정관으로 정한 목적의 범위내에서 권리와 의무의 주체가 되고(민법 제34조), 민법상 불법행위능력이 인정되는 정도이며(민법 제35조), 법인이 대표자의 행위에 의하여 범죄행위를 실행할 수 있음을 인정하는 법령의 규정은 없다. 법인은 양벌규정을 매개로 범죄능력이 인정될 뿐인데, 법인 대표자의 법규위반행위에 대한 법인의 형사상 책임을 규정한 양벌규정의 형식이나 내용이 법인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원의 법규위반행위에 대한 법인의 형사상 책임을 규정한 형식이나 내용과 전혀 차이가 없다. 그리고, 양벌규정에 의하여 법인 사업주가 처벌되는 것은 법인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원에 대한 법인의 선임·감독상의 과실책임이라고 보는 것은 법인의 대표자의 경우에도 그대로 타당할 수 있기 때문이다. 예컨대, 민법상 법인의 경우 총회(제68조), 감사(제67조)에 의하여 대표자에 대한 선임·감독이 가능하고, 상법상 법인의 경우에도, 합명회사에 있어서는 다른 사원(제178조, 제200조 제2항) 또는 다른 업무집행사원(제201조 제2항)이, 합자회사에 있어서는 다른 무한책임사원(제268조, 269조)과 유한책임사원(제277조)이, 유한책임회사에 있어서는 업무집행자가 아닌 사원(제287조의14, 제287조의18)이, 주식회사에 있어서는 주주총회(제385조, 제389조 제1항 後文), 이사회(제389조 제1항 前文, 제393조), 감사(제391조의2, 제412조)가 대표자에 대한 구체적인 선임·감독권이 있다고 할 수 있는 점에서 법인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원에 대하여 법인의 대표자에게 선임·감독권이 있는 것과 다르지 않다.

#### 다. 소결

형법은 자연인이 죄를 범하는 것을 전제로 한 총칙 및 각칙의 규정들을 두고 있고, 법인의 범죄능력을 인정하는 규정을 두고 있지 않다. 또한, 형법은 고의범을 처벌함이 원칙이고(제13조 본문), 과실범은 법률에 특별한 규정이 있는 경우에만 처벌한다(제14조). 그런데, 개별 행정법규는 행정법규의 실효성 확보를 위하여 행위자와 법인·개인 사업주를 모두 처벌하는 양벌규정을 두어 법인의 범죄능력을 인정하고 있다. 그러한 점에서 양벌규정은 형법 제8조 및 제14조에 규정된 “특별한 규정”에 해당된다고 할 것이다.<sup>71)</sup>

### V. 행정법에 특유한 과형절차

#### 1. 통고처분제도의 효용성

행정법도 형사범과 마찬가지로 형사소송절차나 즉결심판절차에 의하여 법관이 형벌을 부과함이 원칙이다. 다만, 형법 제41조에 규정된 벌금·과료(科料)에 해당하는 행정법규위반행위를 한 경우에, 형사범과는 달리 범칙금 납부으로써 처벌절차가 종료되는 통고처분제도가 있다.

통고처분에는 두 가지 종류가 있다. 경범죄처벌법 제7조, 공항시설법 제72조(2018. 2. 21. 신설, 2018. 8. 22. 시행), 도로교통법 제163조와 같이 법정형이 20만원 이하의 벌금이나 구류 또는 과료에 해당하는 경미한 범죄를 범한 사람에 대하여 벌금 또는 과료 상당액의 범칙금 납부를 명하는 경우와 관세법 제311조, 수산생물질병 관리법 제59조, 자동차관리법 제86조, 자동차손해배상 보장법 제51조, 제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법 제481조, 조세범 처벌절차법 제15조, 지방세기본법 제121조, 출입국관리법 제102조 등과 같이 해당 행정법규 조항에 해당하는 범죄를 범한 사람에 대하여 벌금 상당액의 범칙금(관세법제51조, 조세범 처벌절차법 제15조, 지방세기본법 제121조의 경우는

71) 2023. 5. 25. 현재 시행중인 법률 중 양벌규정이 존재하는 법률은 법제처 국가법령정보센터에서 확인된 것이 593개이다. (2023. 5. 25. 최종확인)

벌금 상당액 및 몰수·추징금 등 포함한 범칙금) 납부를 명하는 것이 있다. 어느 경우이든 행정청이 발하는 통고처분에 따라 범칙금을 납부하면 형사절차를 종료한 것과 같이 취급되고, 그 범칙행위에 대하여 다시 처벌받지 아니한다(일사부재리).<sup>72)</sup> 반면, 범칙금을 납부하지 않으면 형벌부과절차가 개시되는 점에서 범칙금 부과는 제재의 실효성을 담보하는데 유효하므로 행정청이 이를 안이하게 사용할 수 있는 위험이 있다.

교통법규위반 범칙금 납부율을 보면, 2014년부터 2018년 8월까지 96%(부과건수 2041만1507건, 부과금액 7425억8565만원, 납부건수 1957만8895건, 납부금액 7130억2746만원)에 이를 정도로 압도적이다.<sup>73)</sup> 형사사법의 과중한 업무부담을 덜고, 제재금을 확실하게 납부받는 점에서, 긍정적 평가를 할 수 있는 제도라고 할 것이다. 이처럼 범칙금 납부율이 대단히 높은 이유는, 납부하지 않으면 형사처벌절차로 이행되는 두려움이 있기 때문이다.

## 2. 구제수단의 미비와 입법론

행정법규를 위반한 자에게는 통고처분이 은혜적일 수 있으나<sup>74)</sup> 무죄를 주장하는 자로서도 조사받고 기소되어 재판에 회부되는 정신적·시간적 부담을 고려하여 범칙금이 소액인 경우 억울하지만 이를 납부해 버리는 경우가 있을 수 있다. 범칙금이 고액인 사안에서도 기소되는 것 자체가 사회적 신용도에 큰 영향을 미치기 때문에 부득이하게 범칙금을 납부하는 경우가 있을 수 있는데, 이러한 경우 사후에 통고처분이 위법한 것이 밝혀졌을 때에 구제책이 마땅하지 않다.

대법원은 통고처분의 처분성을 인정하지 않고 있으므로<sup>75)</sup> 행정소송으

72) 헌법 제13조 제1항 후단, 경범죄처벌법 제8조 제3항, 공항시설법 제73조 제4항, 도로교통법 제163조 제3항, 관세법 제317조, 수산생물질병 관리법 제61조 제1항, 자동차관리법 제88조 제1항, 자동차손해배상 보장법 제53조 제1항, 제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법 제481조 제3항 후단, 조세법 처벌절차법 제15조 제3항, 지방세기본법 제123조, 출입국관리법 제106조.

73) <https://www.yna.co.kr/view/AKR20181001057700004?input=1179m> (2023. 5. 25. 최종확인)

74) 宇賀克也, 行政法概説 I 第7版, 有斐閣, 2021, 272頁.

75) 도로교통법 제118조에서 규정하는 경찰서장의 통고처분은 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 아니므로 그 처분의 취소를 구하는 소송은 부적법하고, 도로교통법상의 통고처분

로 그 취소를 구할 수는 없을 것이다. 적법한 통고처분 없이 국고에 납입된 범칙금·추징금뿐만 아니라,<sup>76)</sup> 위법한 통고처분에 의하여 국고에 납입된 범칙금·추징금도 부당이득으로서 반환의무가 있다고 생각된다. 죄형법정주의, 법치행정 원칙상 그 반환의무를 부인할 수 없다고 할 것이다. 구체수단에 관하여 행정기본법이나 행정절차법 또는 관련 개별 행정법규에 명시적인 규정을 두는 것이 바람직하다.

나아가서, 행정법 중 제재로서 자유형을 부과할 필요가 없고, 금전적 제재로서 행정목적 달성을 수 있는 행정법에 대하여는 별도 입법을 통하여 통고처분에 의하여 범칙금을 부과할 수 있도록 함으로써 자신의 행정법규위반사실을 시인하는 국민들은 신속하게 법적절차에서 벗어날 수 있도록 함이 국민의 권익보호를 위하여 필요하다고 생각한다.

## VI. 결어

지금까지 행정형법의 특성에 대하여 간단하게 개관하였다. 행정형법은 행정법상의 명령·금지를 위반한 행위에 대하여 형벌을 부과하는 법규이므로 행정법에 대한 형사재판에서는 행정법상의 의무위반에 해당하는지 여부의 판단이 가벌성 유무를 좌우한다. 행정법상의 의무는 행정청이 법령에 근거하여 제·개정하는 행정법규에서 직접 규정하기도 하고, 법령에 근거하여 행정청이 발하는 행정처분에서 정하기도 한다. 이처럼 행정청

---

을 받은 자가 그 처분에 대하여 이의가 있는 경우에는 통고처분에 따른 범칙금의 납부를 이행하지 아니함으로써 경찰서장의 즉결심판청구에 의하여 법원의 심판을 받을 수 있게 될 뿐이다(대법원 1995. 6. 29. 선고 95누4674 판결), 관세법 제227조 소정의 통고처분을 받은 자가 그 처분에 대하여 이의가 있는 때에는 이를 이행하지 아니하므로써 관세청장 또는 세관장의 고발에 의하여 법원의 심판을 받을 수 있게 되는 것으로서 위 통고처분이 위법함을 이유로 한 행정소송은 부적법하여 각하를 면치 못한다(대법원 1976. 1. 27. 선고 75누40 판결).

76) 통고처분이 원고들에게 송달되지 않아 효력이 발생하지 아니하였음에도 불구하고 서울세관장이 당시의 관세법 제239조 제2항의 규정에 의하여 이미 원고들로부터 받아두었던 가납금을 벌금 또는 추징금으로 충당하였으니, 피고는 원고들에게 그 부당이득금 반환의무가 있다고 판시한 원심판단은 정당하다(대법원 1971. 7. 27. 선고 71다1092 판결).

이 제·개정하는 행정법규나 행정청이 발하는 행정처분이 행정형법에서의 구성요건을 정한다는 점 및 행정형법상의 용어 및 개념은 행정법에서 차용하여 사용한다는 점에서 행정형법은 행정에 종속한다고 한다. 행정형법의 행정 종속성은 형식적 법률에 죄의 구성요건과 형벌의 구체적 내용이 규정되어야 한다는 죄형법정주의의 관점에서 문제점이 있다.

행정형법이 행정법규에 종속하는 것은 행정의 전문화·복잡화 및 행정 수요의 급격한 변화로 인한 의회의 입법능력의 한계와 행정입법의 필요성으로 인하여<sup>77)</sup> 불가피한 측면이 있다. 행정형법이 행정행위에 종속하는 것도 행정의 적시성, 구체적 타당성 확보를 위하여 행정청에 일정범위에서의 재량권을 부여하는 의미가 있다. 그러나, 법구속적 재량위반, 재량권 일탈·남용·불행사 등으로 인한 위법한 처분에서 명한 행정상 의무를 위반한 경우에도 행정형법상 가벌성이 인정되는가? 하는 문제는 행정기본법 제15조에 규정된 존속력과 관련된 문제로서 행정형법 이론 및 실무상 매우 중요한 논의 대상이다.<sup>78)</sup>

(논문투고일: 2023.5.26., 심사개시일: 2023.6.12., 게재확정일: 2023.6.26.)



### ▶ 임호영

행정형법, 행정법, 형법총칙, 과실범, 양벌규정, 통고처분

77) 박균성, 앞의 책, 206면.

78) 주18 참조.

## 【참 고 문 헌】

### 1. 단행본

- 강현호, 행정법의 이해, 동방문화사, 2018.  
김동희·최계영, 행정법 I 제26판, 박영사, 2021.  
김성돈, 형법총론 제8판, 성균관대학교 출판부, 2022.  
박균성, 행정법론(상) 제21판, 박영사, 2022.  
배병호, 일반 행정법 강의, 동방문화사, 2019.  
신동운, 형법총론 제13판, 법문사, 2021.  
조병선, 질서위반법, 한국형사정책연구원, 1990.  
홍정선, 행정법원론(상) 제30판, 박영사, 2022.  
James Paul Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht, 1902.  
Wolfgang Mitsch, Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2. Aufl. 2005.  
Hans-Heinrich Jescheck und Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996.  
Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I 5. Aufl, 2020.  
美濃部達吉, 行政刑法概論, 勁草書房, 1949.  
今村暢好, 行政刑法論序說, 成文堂, 2020.  
大谷實, 刑法講義總論, 新版第5版, 成文堂, 2021.  
福田平, 全訂刑法總論 [第5版], 有斐閣, 2011.  
団藤重光, 刑法綱要總論 第3版, 1992.  
山中敬一, 刑法總論, 第3版, 2015, 成文堂.  
宇賀克也, 行政法概說 I 第7版, 有斐閣, 2021.

### 2. 논문

- 임호영, “행정상 의무위반을 처벌하는 법규의 행정행위 종속성에 관한 연구”, 성균관대학교 박사학위청구 논문 (2023. 6.)  
조병선, “질서위반법과 행정형법”, 형사정책연구 제2권 제4호, 한국형사정책연구원 (1991·겨울).

### 3. 인터넷 사이트(2023. 5. 25. 최종확인)

행정범과 형사범의 구별 <https://100.daum.net/encyclopedia/view/b24h3918a>  
BVerfGE 8, 197결정 <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv008197.html>  
BVerfGE 9, 167결정 <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv009167.html>  
BVerfGE 22, 49판결 <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv022049.html>  
BVerfGE 27, 18 결정 <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv027018.html>  
BVerfGE 92, 277 결정 <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv092277.html>  
BVerfGE 80, 244결정 <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv080244.html>  
BVerfGE 90, 145 결정 <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv090145.html>  
연합뉴스 기사 - 5년간 교통법규위반 범칙금 7400억원 부과, 납부율 96%  
<https://www.yna.co.kr/view/AKR20181001057700004?input=1179m>

## Zusammenfassung

# Merkmale des Verwaltungsstrafrechts

Lim, Ho Young

Verwaltungsstrafrecht ist per definitionem die Gesamtheit der Gesetze und Verordnungen, die Verstöße gegen Verwaltungspflichten unter Strafe stellen. Eine dem Verwaltungsstrafrecht unterliegende Verwaltungsübertretung wird als Straftat geahndet, weil diese gegen ein gesetzliches Gebot oder Verbot zur Verwirklichung von Verwaltungszwecken verstößt, im Gegensatz zu einer Straftat, die ohne gesetzliche Vorschrift oder Verbot strafrechtlich verfolgt wird, weil die Handlung selbst sittenwidrig, asozial oder kriminell ist. Das Verwaltungsstrafrecht bestraft die „strafrechtlich vorgeschriebene Strafe“ für das Delikt „Verletzung von Verwaltungspflichten“. Dieses hat Charakter und Wesen des Verwaltungsrechts, aber gleichzeitig auch des Strafrechts, weil bei der Strafverfolgung die Grundsätze des Strafrechts zur Anwendung kommen. Im Zusammenhang mit der Anwendung von strafrechtlichen Grundsätzen stellt sich die Frage nach dem Umfang des Verschuldens bei fahrlässigen Straftaten. Auch Verwaltungsübertretungen setzen Vorsatz voraus, und fahrlässige Straftaten werden nur bei besonderen gesetzlichen Bestimmungen unter Strafe gestellt. Wir widersprechen dieser Auffassung und sind der Meinung, dass es selbst ohne ausdrückliche Vorschriften eine Bestrafung für fahrlässige Straftaten gibt, da diese entsprechend der Art des Delikts oder Auslegung der Vorschrift geahndet werden können. Anders als das Strafrecht, das die Strafbarkeit juristischer Personen nicht anerkennt, hat die doppelte Strafbarkeit im Verwaltungsstrafrecht eine allgemeine gesetzliche Regelung, welche die Strafbarkeit von juristischen Personen anerkennt. Die Haftbarkeit



einer juristischen Person infolge der doppelten Strafbarkeit im Falle einer Verletzung verwaltungsrechtlicher Vorschriften durch einen Mitarbeiter, einschließlich Vertreter einer juristischen Person, wird als Fahrlässigkeitshaftung bezeichnet. Im System der Strafverfügung, das Strafverfahren speziell für Ordnungswidrigkeiten darstellt, wird davon ausgegangen, dass nicht nur Geldstrafen und Geldbußen, die ohne rechtmäßige Strafverfügung gezahlt, sondern auch solche, die durch eine rechtswidrige Strafverfügung gezahlt wurden, zu Unrecht erlangt wurden und deshalb zurückgezahlt werden müssen. Daher ist es wünschenswert, den Rechtsbehelf im Verwaltungsgrundgesetz, im Verwaltungsverfahrensgesetz oder in einschlägigen Einzelverwaltungsvorschriften ausdrücklich zu regeln. Darüber hinaus halten wir es zum Schutz der Rechte und Interessen der Bürgerinnen und Bürger für erforderlich, dass Ordnungswidrigkeiten, die nicht mit Freiheitsentzug geahndet werden und durch Geldbußen abgegolten werden können, durch eine gesonderte gesetzliche Regelung mit einem Bußgeldbescheid geahndet werden können, damit Bürgerinnen und Bürger, die Verstöße gegen Verwaltungsvorschriften zugeben, dem sonst drohenden Rechtszug rasch entgehen können. Die Frage, ob die Verletzung einer durch einen rechtswidrigen Bescheid angeordneten Verwaltungspflicht verwaltungsstrafrechtlich geahndet werden kann, ist in Theorie und Praxis des Verwaltungsstrafrechts von zentraler Bedeutung, da sie mit dem Bestand des Art. 15 GG zusammenhängt.



#### ► Lim, Ho Young

Verwaltungsstrafrecht, Verwaltungsübertretung, Allgemeines Strafrecht, Fahrlässige Straftat, Doppelte Strafbarkeit, Einen Bescheid ausstellen