

# ✧ 횡수가중기준 및 경합범기준에 관하여

김 태 현



법제처

Ministry of Government Legislation



# 횡수가중기준 및 경합범기준에 관하여

김 태 현

법제처 행정법제국, 법제관

## 목 차

### 1. 서론

- 1) 다수의 위반행위에 대한 행정처분
- 2) 반복된 위반행위에 대한 가중처분
- 3) 횡수가중기준 및 경합범기준의 재검토 필요성
- 4) 위반행위에 대한 현행 행정처분기준의 문제점

### 2. 횡수가중기준 및 경합범기준의 개선방안

- 1) 행정처분기준의 개선 방향
- 2) 횡수가중기준의 개선방안
  - 가. 단일 처분기준을 기준으로 위반횟수에 따른 가중·감경비율을 달리 하는 방안
  - 나. 위반행위에 따른 처분점수를 부여하고 처분점수에 따른 행정처분을 하는 방안
  - 다. 현행 횡수가중기준을 유지하면서 일반기준에 추가하는 방안
- 3) 경합범기준의 개선방안
- 4) 위반행위 개수 산정의 개선 필요성

### 3. 마무리

## 1. 서론

### 1) 다수의 위반행위에 대한 행정처분

인허가를 받은 영업자가 해당 영업 관련 법령을 위반하여 다수의 위반행위를 한 경우 어느 정도의 행정처분을 받게 되는가. 어느 정도의 행정처분을 받게 되는지 간단히 얘기하기는 어렵다. 통상적으로 총리령이나 부령에서 위반행위에 대한 행정처분의 기준(이하 “행정처분기준”)을 정하고 있는데, 다수의 위반행위를 한꺼번에 적발하여 하나의 행정처분을 하는지, 차례대로 적발하여 복수의 행정처분을 하는지에 따라, 후자의 경우에도 같은 위반행위인지 아닌지에 따라 행정처분의 결과가 달라지기 때문이다.

복수의 위반행위를 하여 한꺼번에 적발된 경우에는 “경합범”(정확히는 “실체적 경합범”)으로 처리된다. 대부분의 행정처분기준에서는 경합범에 대한 처분기준(이하 “경합범기준”)이 영업정지 등으로 같은 경우에는 “가중주의”를 규정하고 있다. 중한 위반행위에 대한 처분기준에 1/2을 가중하여 행정처분을 하거나 중한 위반행위에 대한 처분기준에 나머지 위반행위에 대한 처분기준의 1/2을 모두 합하여 행정처분을 하도록 하고 있다<sup>1)</sup>. 전자의 가중주의가 다수를 차지한다.

법제처 「법령입안심사기준」(2023년판, 이하 “「심사기준」”) 126쪽에서는 경합범기준에 대해 다음과 같이 입법모델을 제시하고 있다.

#### **[위반행위가 둘 이상인 경우의 처분기준의 입법모델]**

가. 위반행위가 둘 이상이면 그 중 무거운 처분기준에 따른다. 다만, 둘 이상의 처분기준이 모두 영업정지인 경우에는 각 처분기준을 합산한 기간을 넘지 않는 범위에서 무거운 처분기준에 그 처분기준/각각 나머지 처분기준의 2분의 1 범위에서 가중한다.

가. 위반행위가 둘 이상인 경우로서 그에 해당하는 각각의 처분기준이 다른 경우에는 그 중 무거운 처분기준에 따르고, 둘 이상의 처분기준이 모두 영업정지인 경우에는 각 처분기준을 합산한 기간을 넘지 않는 범위에서 무거운 처분기준에 그 처분기준/각각 나머지 처분기준의 2분의 1 범위에서 가중한다.

1) “무거운 처분기준의 1/2을 가중”하는 방식은 위반행위의 개수가 2 이상이면 같은 결과가 나오므로 위반행위의 “개수”가 많을수록 위반행위자에게 유리하게 된다는 문제점이 있고, “나머지 처분기준의 1/2을 합산하여 가중”하는 방식은 가장 중한 위반행위를 제외한 나머지 위반행위가 모두 경미한 경우에는 실질적으로 별로 가중되지 못한다는 문제점이 있다.

예를 들어, 영업정지 2개월에 해당하는 위반행위를 하여 2개월 영업정지처분을 받고 다시 영업정지 3개월에 해당하는 위반행위를 하여 3개월 영업정지처분을 받으면 합하여 5개월 영업정지처분을 받게 되지만, 2개의 위반행위를 경합범으로 묶어서 하나의 행정처분을 하게 되면 경합범 “가중주의”가 적용되어 3개월 + 1.5개월(3개월의 1/2) = 4.5개월 영업정지처분을 받거나 3개월 + 1개월(2개월의 1/2) = 4개월 영업정지처분을 받게 된다.

일반적으로 “경합범에 대한 가중주의”로 표현하지만, 각각의 위반행위에 대한 처분기준을 합한 것보다 낮은 행정처분을 받게 되므로 실질적으로는 경합범에 대한 “감경주의”라고 볼 수 있다. 이하에서는 “경합범감경주의”로 표현한다.

## 2) 반복된 위반행위에 대한 가중처분

상당수의 행정처분기준에서는 위반행위에 대한 행정처분을 받은 후 일정 기간 내에 다시 “같은” 위반행위를 한 경우에는 가중된 행정처분을 하도록 규정하고 있다. 일반적으로 “횡수가중기준”이라 표현한다.

따라서 A영업자는 영업정지 2개월에 해당하는 A위반행위를 하고 B영업자는 영업정지 3개월에 해당하는 B위반행위를 한 경우 각각 2개월 및 3개월의 영업정지처분을 받게 되어 B영업자가 1개월 더 긴 영업정지처분을 받게 되지만, 행정처분을 받은 후 다시 A영업자와 B영업자 둘 다 A위반행위를 한 경우에는 A영업자는 “같은” 위반행위를 반복하여 횡수가중기준에 따라 가중된 행정처분을 받게 되지만, B영업자는 “다른” 위반행위를 반복하였으므로 횡수가중기준이 적용되지 않아 가중 없이 2개월 영업정지처분을 받게 된다.

만약 A위반행위에 대한 횡수가중기준이 1차 위반 시 영업정지 2개월, 2차 위반 시 영업정지 4개월로 되어 있다면, A영업자는 1차 A위반행위에 대한 2개월 영업정지처분과 2차 A위반행위에 대한 4개월 영업정지처분을 받아 합하면 6개월 영업정지처분을 받게 되지만, B영업자는 1차 B위반행위에 대한 3개월 영업정지처분과 2차 A위반행위에 대한 2개월 영업정지처분을 받아 합하면 5개월 영업정지처분을 받게 된다.

1차 위반행위에 대한 행정처분만 비교하면 B영업자가 1개월 더 길게 영업정지처분을 받게 되지만, “동일한” 2차 위반행위에 대한 행정처분까지 포함하면 A영업자가 1개월 더 길게 영업정지처분을 받게 되는 것이다. 과연 이러한 결과가 합리적이라 할 수 있는가.

그렇다면, 행정처분을 받은 후 일정 기간 내에 다시 “같은” 위반행위를 한 경우 “예만” 가중된 행정처분을 하도록 하는 이유는 무엇인가.

### 3) 횡수가중기준 및 경합범기준의 재검토 필요성

「심사기준」 126 ~ 127쪽에서는 “횡수가중기준”의 필요성 및 적용기준에 대해 다음과 같이 설명하고 있다.

위반행위의 횡수에 따른 가중처분은 종전 행정처분의 경고적 기능을 무시한 비난 가능성이나 사회적 책임에 따른 것이므로 같은 위반행위가 여러 번 있더라도 종전에 같은 위반행위에 대해 행정처분을 받은 바가 없다면 위반행위의 횡수에 따른 가중처분을 할 수 없다. 따라서 위반행위의 횡수에 따른 가중처분이 적용되기 위해서는 같은 위반행위로 행정처분을 받은 사실이 기준이 된다.

또한 행정처분 후에 행한 위반행위에 대해서만 가중처분의 대상이 되므로 A, B를 순차적으로 위반한 사항에 대해 B를 먼저 적발하여 행정처분한 후 비로소 A를 행정처분할 경우 A에 대해서는 가중처분을 할 수 없다는 것이 판례 및 해석례의 확립된 견해이다. 그러므로 위반횟수를 산정하는 적용 기간은 위반횟수에 따른 행정처분 가중 제도의 취지를 살릴 수 있는 적정 기간(보통 1년에서 3년 사이)으로 규정하고 행정처분 후에 다시 행한 같은 위반행위에 대해서만 한다는 점을 명확하게 규정해야 한다.

한편 위반횟수 산정 적용 기간의 만료점이 명확하게 규정되지 아니하면 집행상 혼란 및 형평 문제가 발생할 수 있으므로 그 기준을 명시할 필요가 있다. 만료점으로 삼을 수 있는 기준일은 위반행위일, 적발일, 행정처분일을 생각할 수 있는데, 위반행위일의 경우 날짜가 특정되어 변경 가능성이 없으므로 객관적이라는 장점은 있으나, 위반행위에 대한 적발이 늦어 가중 처분할 수 있는 기간이 경과된 후에도 위반행위자의 불안정 상태가 지속될 수 있다는 문제가 있고, 행정처분일을 만료점으로 하는 경우 행정청의 재량에 따라 처분일을 달리 함으로써 가중처분 여부가 달라질 여지가 있어 객관적이지 못하다는 문제가 있다.

따라서 특별한 사정이 없다면 객관적이면서 해당 행정처분 시점과도 근접하고 있는 위반행위가 다시 적발된 날을 만료점의 기준으로 삼는 것이 가장 적절하다.

그리고 「심사기준」 127쪽에서는 “횡수가중기준”의 입법모델을 다음과 같이 제시하고 있다.

### [위반행위의 횡수에 따른 처분기준의 입법모델]

나. 위반행위의 횡수에 따른 행정처분 기준은 최근 ○년간 같은 위반행위로 행정처분을 받은 경우에 적용한다. 이 경우 기간의 계산은 위반행위에 대한 행정처분일과 그 처분 후 다시 같은 위반행위를 하여 적발된 날을 기준으로 한다.

다. 나목에 따라 가중된 처분을 하는 경우 가중처분의 적용 차수는 그 위반행위 전 처분차수(나목에 따른 기간 내에 처분이 둘 이상 있었던 경우에는 높은 차수를 말한다)의 다음 차수로 한다.

위반행위를 하여 행정처분을 받았음에도 불구하고 다시 위반행위를 한 경우에는 위반행위자에 대한 비난가능성이 높아진다고 볼 수 있다. 따라서 위반횡수에 따른 가중처분을 하는 것 자체는 필요성이 인정된다<sup>2)</sup>고 할 것이다.

그러나, 위반행위에 대한 비난가능성의 본질이 행정청의 행정처분을 받았음에도 불구하고 다시 위반행위를 했다는 데 있다고 볼 수는 없다. 위반행위에 대한 비난가능성은 기본적으로 영업자가 “법률에서 부과한 작위 또는 부작위 의무를 위반했다”는 사실에 그 본질이 있다 할 것이고, 의무 부과와 실효성 확보를 위하여 법률에서 행정청에 수범자의 의무 이행을 관리·감독할 책임과 의무위반자에 대해 행정처분을 할 권한을 부여했기 때문에 행정청이 그 책임을 이행하고 권한을 행사하는 것이라는 점에서 반복된 위반행위에 대해 행정처분을 가중하는 이유로 “법률에서 부과한 의무의 반복적인 위반”보다 “행정처분의 경고적 기능 무시”를 중시하는 것이 적절하다고 보기는 어렵다.

또한, 행정청이 위반행위에 대해 행정처분을 하는 것이 다시 “같은” 위반행위를 하는 것은 안 되지만 “다른” 위반행위를 하는 것은 괜찮다는 의미일 수 없음에도 불구하고, 현재 거의 대부분의 행정처분기준에서 정하고 있는 “횡수가중기준”은 전의 위반행위에 대한 행정처분을 받은 후 “같은” 위반행위를 반복한 경우 “에만” 가중처분을 하도록 하고 있다는 점에서 문제가 있다고 할 수 있다. “누범”에 대한 가중처벌을 규정하고 있는 「형법」 제35조에서도 가중 대상을 “같은 종류의 범죄”로 한정하고 있지 않다.

2) 「형법」 제35조에서는 “누범”에 대한 가중처벌을 규정하고 있다.

#### 형법

**제35조(누범)** ① 금고(禁錮) 이상의 형을 선고받아 그 집행이 종료되거나 면제된 후 3년 내에 금고 이상에 해당하는 죄를 지은 사람은 누범(累犯)으로 처벌한다.

② 누범의 형은 그 죄에 대하여 정한 형의 장기(長期)의 2배까지 가중한다.

**제36조(판결선고후의 누범발각)** 판결선고후 누범인 것이 발각된 때에는 그 선고한 형을 통산하여 다시 형을 정할 수 있다. 단, 선고한 형의 집행을 종료하거나 그 집행이 면제된 후에는 예외로 한다.

그리고, 현재 대부분의 경합범기준에서는 “경합범감경주의”를 규정하고 있는데, 「형법」 제38조제1항제2호3)에서 경합범을 동시에 판결할 때 같은 징역·금고형에 대해서는 가장 무거운 죄에 대하여 정한 형의 장기 또는 다액(多額)에 그 2분의 1까지 가중하도록 한 것을 참고한 것으로 보인다.

하지만, 징역·금고형은 범죄자를 사회에서 격리시키는 신체형으로서 기간이 길어질수록 훨씬 더 사회복귀가 어려워 다수 범죄에 대한 징역·금고형을 단순 합산할 경우 기간에 비례하는 정도 이상으로 처벌수준이 과도하게 높아질 수 있으며 낮은 형량의 신체형 외에는 재산형인 벌금형으로 대체하기 어렵다는 점에서 (사실상 감경하여) 가장 무거운 죄에 대한 형을 “가중”하는 정도로 처벌수준을 낮출 필요가 있다고 볼 수 있으나, 영업정지 등의 행정처분은 사회에서 격리시키는 것이 아니고 경제적 불이익을 부과하는 데 그치며 영업정지 기간이 길어진다고 하여 신체형만큼 기간에 비례하는 정도 이상으로 제재수준이 과도하게 높아지는 것은 아니고 과징금 등 성격이 유사한 대체수단을 활용할 수 있다는 점에서 별칙에 대한 경합범 “가중주의”를 행정처분에도 반드시 그대로 적용해야 한다고 보기는 어렵다<sup>4)</sup> 할 것이다.

### 3) 형법

**제37조(경합범)** 판결이 확정되지 아니한 수개의 죄 또는 금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄와 그 판결확정전에 범한 죄를 경합범으로 한다.

**제38조(경합범과 처벌례)** ① 경합범을 동시에 판결할 때에는 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다.

1. 가장 무거운 죄에 대하여 정한 형이 사형, 무기징역, 무기금고인 경우에는 가장 무거운 죄에 대하여 정한 형으로 처벌한다.
  2. 각 죄에 대하여 정한 형이 사형, 무기징역, 무기금고 외의 같은 종류의 형인 경우에는 가장 무거운 죄에 대하여 정한 형의 장기 또는 다액(多額)에 그 2분의 1까지 가중하되 각 죄에 대하여 정한 형의 장기 또는 다액을 합산한 형기 또는 액수를 초과할 수 없다. 다만, 과료와 과료, 몰수와 몰수는 병과(併科)할 수 있다.
  3. 각 죄에 대하여 정한 형이 무기징역, 무기금고 외의 다른 종류의 형인 경우에는 병과한다.
- ② 제1항 각 호의 경우에 징역과 금고는 같은 종류의 형으로 보아 징역형으로 처벌한다.

**제39조(판결을 받지 아니한 경합범, 수개의 판결과 경합범, 형의 집행과 경합범)** ① 경합범중 판결을 받지 아니한 죄가 있는 때에는 그 죄와 판결이 확정된 죄를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 그 죄에 대하여 형을 선고한다. 이 경우 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

② 삭제

③ 경합범에 의한 판결의 선고를 받은 자가 경합범 중의 어떤 죄에 대하여 사면 또는 형의 집행이 면제된 때에는 다른 죄에 대하여 다시 형을 정한다.

④ 전 3항의 형의 집행에 있어서는 이미 집행한 형기를 통산한다.

- 4) 이런 측면에서는 「형법」 제38조제1항제2호에서 “벌금형”에 대해서도 경합범 “가중주의”를 규정하고 있는 것은 「질서위반행위규제법」 제13조제2항에서 “과태료”에 대해서는 경합범 “병과주의”를 규정하고 있는 것과 비교할 때 재검토가 필요하다고 할 수 있다.

#### 질서위반행위규제법

**제13조(수개의 질서위반행위의 처리)** ① 하나의 행위가 2 이상의 질서위반행위에 해당하는 경우에는 각 질서위반행위에 대하여 정한 과태료 중 가장 중한 과태료를 부과한다.

② 제1항의 경우를 제외하고 2 이상의 질서위반행위가 경합하는 경우에는 각 질서위반행위에 대하여 정한 과태료를 각각 부과한다. 다만, 다른 법령(지방자치단체의 조례를 포함한다. 이하 같다)에 특별한 규정이 있는 경우에는 그 법령으로 정하는 바에 따른다.



#### 4) 위반행위에 대한 현행 행정처분기준의 문제점

결국, 현행 행정처분기준에 따르면, 영업자가 다수의 위반행위를 한 경우 행정청이 한꺼번에 적발하여 “경합범”에 해당하면 “경합범감경주의”가 적용되어 위반행위에 대해 각각 행정처분을 받는 경우보다 낮은 행정처분을 받지만, 행정청이 위반행위를 각각 적발하여 행정처분을 차례대로 하는 경우에는 “같은” 위반행위인지 “다른” 위반행위인지에 따라 “횡수가중기준” 적용 여부가 달라져서 가중된 행정처분을 받을 수도 있고 안 받을 수도 있게 되는 문제가 있다.

즉, 영업자가 다수의 위반행위를 한 경우 “행정청이 언제 적발하여 처분하느냐”는 우연적 사정에 의하여 행정처분의 결과가 달라지고, 위반행위의 “위법의 정도”가 아닌 “같은 위반행위인지 여부”에 따라 행정처분의 결과가 달라진다는 점에서 현행 행정처분기준이 합리적이라고 보기 어려운 측면이 있다.

## 2. 횡수가중기준 및 경합범기준의 개선방안

### 1) 행정처분기준의 개선 방향

현재 대부분의 법령에서 규정하고 있는 다수의 위반행위에 대한 행정처분기준은 “행정청의 적발시점” 및 “같은 위반행위 여부”를 기준으로 행정처분이 결정되어 유사한 위반행위에 대해 서로 다른 처분 결과가 나오는 경우가 많다는 점에서, 언제 적발되는지와 관계없이, 같은 위반행위인지 여부와 관계없이, 위반행위의 “위법의 정도”에 비례하는 행정처분이 이뤄지는 방향으로 개선할 필요가 있다.

### 2) 횡수가중기준의 개선방안

현재 거의 대부분의 횡수가중기준에서 “최근 ○년간 ‘같은’ 위반행위로 행정처분을 받은 경우에 적용한다”고 규정하고 있으나, “같은” 위반행위로 한정하는 요건을 삭제하여 “다

른” 위반행위라 하더라도 위반행위를 반복하여 저지르는 경우 가중하여 처분하도록 할 필요가 있다.

현행 횡수가중기준은 다른 위반행위를 고려할 필요 없이 “같은” 위반행위를 기준으로 위반횟수별로 점점 가중된 처분기준을 정하면 되므로 처분기준을 만드는 것이 상대적으로 간편하다고 할 수 있다.

그러나, 같은 위반행위라 하더라도 위반행위의 양태나 결과에 따라 “위법의 정도”에는 차이가 클 수 있음에도 “위법의 정도”에 비례하는 행정처분을 하기가 어렵고, 법률에서 영업정지기간의 상한을 “1년”으로 제한하는 경우가 대부분이므로 1차 위반 시 적정 수준의 처분기준을 정하고 위반횟수에 따라 점점 처분기준을 높이기보다는 1차 위반으로 갈수록 처분기준이 적정 수준보다 낮아지는 방식으로 만들 수밖에 없어 1차 위반 시에는 “일률적으로” “낮은 수준의 행정처분”을 해야 하는 문제<sup>5)</sup>가 있다.

따라서, 횡수가중기준을 개선하는 방향은 “다른” 위반행위를 반복하여 저지르는 경우에도 가중처분을 하고, 1차 위반의 경우 지나치게 낮은 수준의 행정처분이 이뤄지지 않도록 하며, 위반행위의 “위법의 정도”에 비례하는 행정처분이 이뤄질 수 있도록 하는 것이 적절할 것이다.

### 가. 단일 처분기준을 기준으로 위반횟수에 따른 가중·감경비율을 달리 하는 방안

“위법의 정도”에 비례하는 행정처분이 이뤄지려면 해당 위반행위의 “평균적인” 위법의 정도에 비례하는 수준으로 해당 위반행위에 대한 “기본 처분기준”을 정하고, 최근 몇 년간 저지른 “모든” 위반행위의 위반횟수에 따라 가중·감경비율을 달리 하여 위반횟수에 따른 처분기준을 정할 수 있다.

이 경우에는 위반횟수에 따른 가중·감경비율을 정할 때 종전의 위반행위의 “위법의 정도”를 모두 고려하여 결정해야 할 것이다.

5) 1차 위반보다는 2차 위반의 처분기준이 2배 이상 높고, 2차 위반보다는 3차 위반의 처분기준이 2배 이상 높은 경우가 많으므로 행정처분을 1/2 범위에서 가중·감경할 수 있는 일반기준이 있다고 하더라도 “같은 위반행위”이지만 “위법의 정도가 중한” 1차 위반에 대한 처분이 “위법의 정도가 경미한” 2차 위반이나 3차 위반에 대한 처분보다 높게 나오기는 어렵다고 할 수 있다.

위반횟수에 따른 가중·감경 기준 <sup>6)</sup>	
1차 위반	기본 처분기준의 30% 이상 100% 이하
2차 위반	기본 처분기준의 50% 이상 150% 이하
3차 위반	기본 처분기준의 80% 이상 200% 이하
4차 이상 위반	기본 처분기준의 100% 이상 300% 이하

위반행위	기본 처분기준
1. A행위를 한 경우	영업정지 2개월
2. B행위를 한 경우	영업정지 4개월
3. C행위를 한 경우	영업정지 6개월

위반횟수 외에 다른 가중·감경 사유가 있을 수도 있으므로 위반횟수에 따른 가중·감경과 그 밖의 사유로 인한 가중·감경을 구분하여 각각 적용할 수도 있고, 가중·감경 규정에 위반횟수에 따른 가중·감경을 통합하여 규정할 수도 있을 것이다.

기본 처분기준을 기준으로 위반횟수에 따른 가중·감경비율을 달리 하여 처분기준을 결정하는 방식은 해당 위반행위와 그 전에 저지른 위반행위의 “위법의 정도”를 모두 고려하여 적정 수준의 처분기준을 정할 수 있다는 장점이 있으나, 재량의 범위가 넓어 담당 공무원이 적절한 판단을 내리기 쉽지 않고, “최종 위반행위”의 기본 처분기준을 기준으로 가중·감경을 하므로 중한 위반행위를 먼저 하고 경한 위반행위를 나중에 하는 경우보다 경한 위반행위를 먼저 하고 중한 위반행위를 나중에 하는 경우 상대적으로 중한 행정처분을 받을 수 있다는 점은 단점이라 할 수 있다.

위반행위별로 기본 처분기준을 정하고 “모든” 위반행위가 아닌 “같은” 위반행위로 한정하여 위반횟수를 산정하는 방안도 가능할 것이다. 이러한 방식도 1차 위반 시 일률적으로 낮은 수준의 행정처분을 해야 하는 현행 횡수가중기준을 일부 개선하는 효과는 있을 것이다.

6) 기본 처분기준을 “가중”한 결과 영업정지기간의 상한인 “1년”을 초과하게 되는 경우에는 1년 영업정지처분을 하거나 인허가취소처분을 하도록 해야 할 것이다.

## 나. 위반행위에 따른 처분점수를 부여하고 처분점수에 따른 행정처분을 하는 방안

위반행위를 한 경우 그 위반행위의 “위법의 정도”에 상응하는 “처분점수”를 부여하고 일정 기간 내의 처분점수를 “합산”하여 처분점수에 비례하는 행정처분을 하도록 하는 방안도 가능할 것이다. 위반행위에 대한 처분점수는 일정 기간이 경과하면 삭제하여 더 이상 행정처분에 반영되지 않도록 해야 할 것이다.

처분점수 부여 시 그 위반행위의 “평균적인” 위법의 정도에 상응하는 처분점수를 일률적으로 부여하는 방안도 가능하고, 위반행위의 구체적인 양태나 결과 등을 고려하여 처분점수를 가중·감경하여 부여하는 방안도 가능할 것이다.

7) 위반행위에 대한 “점수”를 활용하여 행정처분을 하는 사례로는 「도로교통법」 제93조 및 「건설산업기본법」 제82조 등이 있다.

### 도로교통법

#### 제93조(운전면허의 취소·정지)

② 시·도경찰청장은 제1항에 따라 운전면허를 취소하거나 운전면허의 효력을 정지하려고 할 때 그 기준으로 활용하기 위하여 교통법규를 위반하거나 교통사고를 일으킨 사람에 대하여는 행정안전부령으로 정하는 바에 따라 위반 및 피해의 정도 등에 따라 벌점을 부과할 수 있으며, 그 벌점이 행정안전부령으로 정하는 기간 동안 일정한 점수를 초과하는 경우에는 행정안전부령으로 정하는 바에 따라 운전면허를 취소 또는 정지할 수 있다.

### 도로교통법 시행규칙

#### [별표 28] 운전면허 취소·정지처분 기준(제91조제1항관련)

##### 1. 일반기준

다. 벌점 등 초과로 인한 운전면허의 취소·정지

(1) 벌점·누산점수 초과로 인한 면허 취소

1회의 위반·사고로 인한 벌점 또는 연간 누산점수가 다음 표의 벌점 또는 누산점수에 도달한 때에는 그 운전면허를 취소한다.

기간	벌점 또는 누산점수
1년간	121점 이상
2년간	201점 이상
3년간	271점 이상

(2) 벌점·처분벌점 초과로 인한 면허 정지

운전면허 정지처분은 1회의 위반·사고로 인한 벌점 또는 처분벌점이 40점 이상이 된 때부터 결정하여 집행하되, 원칙적으로 1점을 1일로 계산하여 집행한다.

### 건설산업기본법

#### 제25조(수급인 등의 자격 제한)

⑤ 국토교통부장관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 수급인에 대하여는 대통령령으로 정하는 바에 따라 벌점을 부과하고 이를 관리하여야 한다.

1. 제82조제2항제6호, 제98조의2제1호 및 제99조제6호에 따라 처분을 받은 자
2. 「근로기준법」 제44조의2제1항을 위반하여 같은 법 제109조제1항에 따른 처벌을 받은 자
3. 「산업안전보건법」 제29조제3항을 위반하여 같은 법 제9조의2에 따라 산업재해 발생건수등이 하수급인과 함께 공표된 자(이 법 제29조의3제1항제4호가목부터 다목까지의 사업장에 한정한다)

4. 하수급인에게 산업재해 발생 사실을 은폐하도록 교사 또는 공모하여 「산업안전보건법」 제68조제1호에 따라 처벌을 받은 자

**제82조(영업정지 등)** ① 국토교통부장관은 건설사업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 6개월 이내의 기간을 정하여 그 건설사업자의 영업정지를 명하거나 영업정지를 갈음하여 1억원 이하의 과징금을 부과할 수 있다.

10. 제25조제5항에 따른 벌점이 대통령령으로 정하는 기준을 초과한 경우

**제99조(과태료)** 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 500만원 이하의 과태료를 부과한다.

14. 제25조제5항에 따른 벌점이 대통령령으로 정하는 기준을 초과한 자

처분점수에 따른 처분기준	
30점 이상 50점 미만	영업정지 3개월 이상 4개월 이하
50점 이상 70점 미만	영업정지 4개월 이상 6개월 이하
70점 이상 100점 미만	영업정지 6개월 이상 9개월 이하
100점 이상 150점 미만	영업정지 9개월 이상 1년 이하
150점 이상	영업정지 1년 또는 허가 취소

위반행위	처분점수
1. A행위를 한 경우	20점
2. B행위를 한 경우	40점
3. C행위를 한 경우	60점
4. D행위를 한 경우	80점

처분점수에 따른 행정처분을 한 경우 행정처분에 반영된 처분점수를 어떻게 처리할 것인가가 문제된다.

일정 기간 내에 처분점수를 부여받은 위반행위는 다시 위반행위가 있을 때마다 처분기준 결정 시 계속 반영되게 된다. 전의 위반행위에 대한 처분점수가 반영됨으로써 일정 기간 내의 “모든” 위반행위의 위반횟수 및 처분점수에 따른 가중처분을 할 수 있게 된다.

앞의 “단일 처분기준을 기준으로 위반횟수에 따른 가중·감경비율을 달리 하는 방안”에서는 “최종 위반행위”의 기본 처분기준을 기준으로 위반횟수에 따른 가중처분이 결정되어 최종 위반행위가 영향을 많이 미치게 되나, 처분점수를 부여하고 처분점수에 따른 가중처분을 하는 경우에는 모든 위반행위가 동등하게 반영되므로 최종 위반행위의 처분기준에 좌우되는 문제점은 없다 할 것이다.

반면에, 일정 기간 내 저지른 위반행위는 해당 기간 내 위반행위가 있을 때마다 계속 처분기준에 반영되므로 먼저 한 위반행위일수록 계속 중복하여 반영되는 문제점이 있다고 할 수 있다. 따라서 위반행위 후 일정 기간이 경과할수록 처분점수 반영비율을 낮추는 방식으로 조정하는 것이 필요할 것이다.

기간 경과에 따른 처분점수 반영비율	
위반행위 후 6개월 이하	80%
위반행위 후 6개월 초과 1년 이하	70%
위반행위 후 1년 초과 1년 6개월 이하	60%
위반행위 후 1년 6개월 초과 2년 이하	50%
위반행위 후 2년 초과 2년 6개월 이하	40%
위반행위 후 2년 6개월 초과 3년 이하	30%

기간 경과에 따라 처분점수 반영비율을 점점 낮추게 되면, 최근에 위반행위를 많이 할수록 처분점수에 따른 처분기준이 높아지고 종전 위반행위와의 기간 간격이 클수록 실제 처분점수가 반영되지 않았어도 반영비율이 낮아지는 문제점이 있으므로, 처분점수를 반영한 횟수에 따라 처분점수 반영비율을 낮추는 방안도 가능할 것이다.

반영 횟수에 따른 처분점수 반영비율	
0회 반영	80%
1회 반영	60%
2회 반영	40%
3회 이상 반영	20%

처분점수 반영비율을 100%로 하면 일정 기간 내 “같은” 위반행위를 반복하는 경우에는 2회 위반 시 2배, 3회 위반 시 3배, 4회 위반 시 4배의 행정처분을 받아야 한다. 반영 횟수에 따라 처분점수 반영비율을 낮추게 되면 “같은” 위반행위를 반복하는 경우에는 현행 횟수가중기준보다 처분기준이 낮아지게 되고, “다른” 위반행위를 반복하는 경우에는 횟수가중기준이 적용되지 않는 현행보다 처분기준이 높아지게 된다.

“기간 경과”에 따른 처분점수 반영비율과 “반영 횟수”에 따른 처분점수 반영비율을 적절히 조합하여 처분기준을 결정하도록 하는 방안도 가능할 것이다.

위반행위에 대한 처분점수를 부여하고 처분점수에 따른 행정처분을 하는 방안은 일정 기간 내의 위반행위의 횟수 및 위법의 정도가 모두 반영된다는 점에서 위반행위의 반복에 따른 가중처분 제도로서는 의미가 있다고 할 것이나, 위반행위의 횟수보다는 종전 위반행위의 위법의 정도가 더 반영되는 측면이 있다. 그리고 “단일 처분기준을 기준으로 위반횟수

에 따른 가중·감경비율을 달리 하는 방안”과 비교하면 행정처분의 결정에 관한 담당 공무원의 재량은 줄어들어 예측가능성이 높아진다고 할 수 있다.

#### 다. 현행 횡수가중기준을 유지하면서 일반기준에 추가하는 방안

“같은” 위반행위를 기준으로 위반횡수에 따라 가중처분을 하도록 하는 현행 횡수가중기준을 크게 바꾸지 않으면서 “다른” 위반행위를 반복하는 경우에도 위반횡수에 따라 가중처분을 하도록 하려면, 행정처분기준 중 행정처분에 관한 공통적인 사항을 규정하는 “일반기준”에 해당 내용을 추가하는 방안이 가능할 것이다.

일반기준 중 “최근 ○년간 ‘같은’ 위반행위로 행정처분을 받은 경우에 적용한다”는 내용을 “최근 ○년간 위반행위로 행정처분을 받은 경우에 적용한다”로 고치고, “위반횡수”는 해당 기간 내 ‘모든’ 위반행위를 한 횡수를 합산하며, “처분을 할 위반행위”를 해당 위반횡수만큼 한 경우 받는 처분기준을 합산한 것과 해당 기간 내 “실제 한 위반행위”에 대한 위반횡수별 처분기준을 합산한 것을 비교하여 가중·감경하여 행정처분을 하도록 하는 등의 내용을 추가하여, “다른” 위반행위를 반복하는 경우에 대한 횡수가중기준을 정할 수 있다.

위반행위	위반횡수별 처분기준		
	1차 위반	2차 위반	3차 위반
1. A행위를 한 경우	영업정지 1개월	영업정지 2개월	영업정지 4개월
2. B행위를 한 경우	영업정지 2개월	영업정지 4개월	영업정지 8개월
3. C행위를 한 경우	영업정지 3개월	영업정지 6개월	영업정지 1년

대략적인 예를 들자면, 위 표에서 A행위를 3회 반복하면 1차 1개월 + 2차 2개월 + 3차 4개월, 합계 7개월 영업정지를 받게 된다. 그런데 1차 C행위, 2차 B행위, 3차 A행위를 한 경우에는 위반횡수별 처분기준을 그대로 적용하면 1차 3개월 + 2차 4개월 + 3차 4개월, 합계 11개월 영업정지를 받게 된다. 따라서 A행위를 3회 한 경우보다 C, B, A행위를 3회 한 경우가 11/7에 해당하는 행정처분을 받아야 한다고 보아, A행위를 3회째 한 경우에는 4개월 영업정지를 받게 되지만, C·B행위를 하고 3회째 A행위를 한 경우에는 4개월 X 11/7 = 6.3개월 영업정지를 하는 식으로 정할 수 있다.

다른 예를 들자면, C행위를 3회 반복하면 1차 3개월 + 2차 6개월 + 3차 1년, 합계 21개

월 영업정지를 받게 된다. 그런데 1차 A행위, 2차 B행위, 3차 C행위를 한 경우에는 위반횟수별 처분기준을 그대로 적용하면 1차 1개월 + 2차 4개월 + 3차 1년, 합계 17개월 영업정지를 받게 된다. 따라서 C행위를 3회 한 경우보다 A, B, C행위를 3회 한 경우가 17/21에 해당하는 행정처분을 받아야 한다고 보아, C행위를 3회째 한 경우에는 1년 영업정지를 받게 되지만, A·B행위를 하고 3회째 C행위를 한 경우에는  $1년 \times 17/21 = 9.7$ 개월 영업정지를 하는 식으로 정할 수 있다.

이러한 방식은 현행 횟수가중기준을 많이 고치지 않아도 되는 장점은 있으나, 계산이 복잡하고 일반기준에서 쉽고 명확하게 서술하기 어려우며, 1차 위반 시 낮은 수준의 행정처분을 해야 한다는 문제점은 여전히 해소되지 않는다.

### 3) 경합범기준의 개선방안

현재 대부분의 행정처분기준 중 “경합범기준”은 경합범에 대해 “경합범감경주의”를 취하고 있다. 다수의 위반행위가 “경합범”이 되면 사실상 감경된 처분을 받고 있고 (“같은” 위반행위에 한정하지 않고 종전의 “모든” 위반행위가 반영되는) “횟수가중기준”이 적용되면 가중처분을 받게 되므로, 위반행위가 언제 적발되어 행정처분을 받느냐에 따라 동일한 다수의 위반행위에 대해 행정처분이 “감경되느냐 가중되느냐”의 차이가 발생하게 된다.

영업정지 등의 행정처분은 영업정지기간이 길어진다고 하여 신체형만큼 기간에 비례하는 정도 이상으로 제재수준이 과도하게 높아지는 것은 아니고, 다수의 위반행위를 저지른 경합범의 경우에는 비난가능성이 커진다는 점에서 사실상 “감경주의”인 “가중주의” 대신 “병과주의”를 원칙으로 하는 방안도 검토할 필요가 있다.

경합범에 대해 “병과주의”를 원칙으로 하게 될 경우 영업정지기간이 길어져서 기간에 비례하는 정도 이상으로 제재수준이 높아지는 문제점은 있을 수 있으므로 “영업” 자체를 못하게 하는 “영업정지” 대신 금전적 불이익을 부과하는 “과징금” 제도를 활용할 수도 있다.

“과징금” 제도를 활용하는 방안으로는 ① 가장 중한 위반행위에 대해서만 영업정지처분을 하고 다른 위반행위에 대해서는 과징금부과처분을 하는 방안, ② 현행 경합범기준에 따른 행정처분(가중 중한 위반행위에 대한 처분기준의 1/2 가중 또는 나머지 처분기준의 1/2 합산 가중)까지만 영업정지처분을 하고 나머지 부분에 대해서는 과징금부과처분을 하



는 방안 등이 가능할 것이다. 이렇게 하려면 현재 “영업정지처분이 해당 영업자의 제품·서비스를 이용하는 국민에게 심한 불편을 주거나 그 밖에 공익을 해칠 우려가 있는 경우”에만 영업정지처분을 갈음하여 과징금부과처분을 하도록 한 법률을 개정하여 영업정지처분과 과징금부과처분을 같이 할 수 있도록 근거를 마련할 필요가 있다.

경합법에 대해 “병과주의”를 원칙으로 하게 될 경우 영업정지기간이 길어져서 기간에 비례하는 정도 이상으로 제재수준이 높아진다 하더라도 이를 “횡수가중기준”을 적용하여 가중처분하는 것과 유사하다고 본다면 과징금 제도를 활용하는 것 자체가 불필요하다고 볼 수도 있다.

경합법에 대해 “병과주의”를 원칙으로 하게 될 경우 “과징금” 제도를 활용하여 행정처분의 제재수준을 낮추는 정도가 다수의 위반행위에 대한 행정처분으로서 적절한 수준이라고 본다면 그 수준과 균형을 맞추기 위해서는 “횡수가중기준”에 따른 행정처분의 가중 수준을 보다 낮출 필요가 있다.

경합법에 대해 “가중주의”를 유지하면서 “가중비율”을 높이는 방안도 가능할 것이다. “횡수가중기준”에 따른 행정처분의 가중 수준도 그와 유사한 수준으로 조정해야 할 것이다.

그렇게 해야만 다수의 위반행위가 “경합법”이 되거나 “횡수가중기준”을 적용받거나 상관없이 위반행위에 대한 비슷한 수준의 행정처분을 받는 결과가 될 것이다.

#### 4) 위반행위 개수 산정의 개선 필요성

마지막으로 「형법」의 경우 벌칙의 구성요건이 단순하여 다양한 범죄행위가 하나의 구성요건에 포섭되므로 범죄행위의 “개수”가 지나치게 많아지지 않지만, 행정법령의 경우에는 행정처분의 대상이 되는 위반행위를 지나치게 세분화하여 실질적으로 하나의 위반행위로 볼 수 있는 경우에도 다수의 위반행위가 성립하게 되는 경우가 많다.

따라서 “경합법기준”을 사실상 감경주의인 “가중주의”에서 “병과주의”로 변경하는 방안과 “횡수가중기준”의 적용 대상을 “같은” 위반행위에서 “다른” 위반행위까지 확대하는 방안을 검토함에 있어서 위반행위의 “개수”를 산정하는 방식을 개선하는 방안도 같이 검토할 필요가 있다.

「건설산업기본법 시행령」 별표 6에서는 “법 제25조제2항을 위반하여 법 제16조의 시공

자격을 갖추지 않은 건설사업자에게 하도급한 경우” 6개월 영업정지처분을 하도록 하고 있어, 공사금액이 “큰” 건설공사를 부적격 하수급인 “1인”에게 하도급한 경우에는 위반행위가 1개가 되어 6개월 영업정지처분을 받게 되나 공사금액이 “작은” 건설공사를 둘로 나누어 부적격 하수급인 “2인”에게 각각 하도급한 경우에는 위반행위가 2개가 되어 “경합범”이 되므로, 불법 하도급으로 얻는 이익은 공사금액이 클수록 크게 되나 행정처분은 하도급을 나눠서 할수록 세게 받게 되는 문제점이 생기게 된다. 이런 경우에는 행위 기준이 아닌 금액이나 하도급을 하기 전의 공사의 숫자 등을 기준으로 불법 하도급에 대한 처분기준을 정하는 방안을 검토할 필요가 있다.

### 3. 마무리

현재 사실상 감경주의인 “가중주의”를 취하고 있는 “경합범기준”을 “병과주의”로 개편하거나 “횡수가중기준”의 적용 대상을 “같은” 위반행위에서 “다른” 위반행위까지 확대하게 될 경우, “같은” 위반행위를 반복하여 “횡수가중기준”이 적용되는 경우에는 현행보다 낮은 행정처분을 받게 될 수 있으나, “다른” 위반행위를 반복하여 “횡수가중기준”이 적용되거나 둘 이상의 위반행위에 대해 “경합범기준”이 적용되는 경우에는 현행보다 제재수준이 높은 행정처분을 받게 될 것이다.

영업자에 대한 행정처분도 “규제”이므로 “완화” 또는 “강화하지 않는 것”이 바람직하다고 볼 수도 있으나, 기본적으로 영업자에 대한 규제는 해당 영업자의 제품이나 서비스를 이용하는 “다수 국민”을 보호하기 위한 것이므로 무조건 완화하는 것이 바람직하다는 관점에서만 볼 것은 아니다.

해당 영업을 이용하는 다수 국민이 부실한 제품이나 서비스를 제공받지 않도록 하기 위해 영업에 관한 인허가를 받을 때 일정 수준의 “인허가기준”을 정하여 “모든” 영업자가 인허가기준에 따른 자본·시설·인력 등을 갖추도록 하는 경우가 많다. 인허가기준은 위반행위를 하지 않는 “선량한” 영업자에게도 적용되므로 위반행위를 할 확률이 높은 “불량한” 영업자의 위반행위를 사전에 막기 위해 인허가기준을 무작정 높일 경우 선량한 영업자에게 지나친 부담이 될 수 있는 문제점이 있다. 하지만, 위반행위를 한 영업자에게 행정처분을 하기 위한 “행정처분기준”은 선량한 영업자에게는 적용되지 않으므로 영업자의 위반행위

로 인한 다수 국민의 권익 침해를 막기 위해 필요한 적정 수준으로 설정할 필요가 있다.

또한, 행정기관에서 행정처분 관련 업무를 담당하는 인력이 많지 않고 수사기관처럼 강력한 조사권한을 갖고 있는 것도 아니므로 위반행위가 실제로 적발되어 행정처분을 받게 될 확률이 낮다는 점도 고려할 필요가 있다.

현행 행정처분기준에서는 다수의 위반행위가 같이 적발되어 하나의 행정처분을 받게 되면 “경합범”으로 처리되어 사실상 감경되고 있으나 차례대로 적발되는 경우에는 “같은” 위반행위는 몇 배로 가중된 행정처분을 받게 되나 “다른” 위반행위는 가중도 감경도 없는 행정처분을 받게 되어 경합범 / 다른 위반행위 반복 / 같은 위반행위 반복 간에 서로 처분기준이 달라지는 형평성 문제점이 발생하게 된다. 따라서 다수 위반행위의 위법의 정도에 비례하는 행정처분이 이뤄질 수 있도록 횡수가중기준 및 경합범기준을 개편할 필요가 있다 할 것이다.

## 〈참고문헌〉

법제처 법령입안심사기준 2023년판