

행정법상 수개의 위반행위 등에 대한 처분기준*

황 창 근

(홍익대 법과대학 교수)

【초 록】

행정법상 수개의 위반행위가 있는 경우 또는 하나의 위반행위가 수개의 법규에 해당되는 경우의 처리관계에 대하여는 「질서위반행위규제법」과 개별법이 일부 규정하고 있다. 그러나 「질서위반행위규제법」은 질서위반행위의 처리관계만을 규정하고 있는 것인만큼 그 법률상 한계가 분명하다. 다만 동법이 규정하고 있는 수개의 위반행위의 처리관계는 행정상 수개의 위반행위 처리관계 설정에 참고가 될 만하다. 또한 개별법이 규정하고 있는 처리관계는 해당 법률 내에서는 효력을 가지는 것이므로 그 자체로 한계를 가지고 있으며, 한편으로는 각 개별법이 취하고 있는 처리관계가 통일성이나 정합성을 띠고 있지 아니하여 공통적으로 적용할 기준을 정리하는 것이 필요하다. 다만 행정법관계의 특성을 고려할 때 형사법상의 죄수론을 그대로 차용하는 것은 지양하여야 한다. 형사법과 행정법상 과별체계의 본질과 내용이 크게 다르기 때문이다.

따라서 몇 가지 입법적 제안을 하고자 한다. 첫째 다른 위반행위의 존재 확인을 위한 절차를 신설하여야 하고, 둘째 상상적 경합관계의 처리를 위한 통합적인 근거를 신설하여야 한다. 셋째 실체적 경합관계의 처리에 있어서는 동시처리의 원

* 이 논문은 2016학년도 홍익대학교 학술연구진흥비에 의하여 지원되었음.

칙, 동일한 법률내에서는 흡수주의 등 다양한 방식을 혼용하고, 넷째 하나의 동일한 법익에 대하여 수개의 행위가 불가분적으로 연속하여 행하여진 경우에는 하나의 처분을 하는 포괄적 처분의 법리를 도입하며, 다섯째 처리순서에 대한 논의의 필요성 등이다.

마지막으로 이러한 입법은 행정절차법의 처분 관련 사항으로 규정하는 것이 타당하다.

주제어 : 수개의 위반행위, 행정처분, 행정상 죄수론, 행정상 포괄적 처분, 상상적 경합, 실체적 경합, 질서위반행위규제법

【차례】

- I. 서론
 - II. 논의의 배경과 현행법의 한계
 - 1. 이론적 배경
 - 2. 현행법의 규정 태도와 한계
 - 3. 이론과 행정상 죄수론 도입의 한계
 - III. 하나의 행위가 수개의 위반행위에 해당되는 경우의 처리관계
 - 1. 현행 규정
 - 2. 하나의 행위가 수개의 행정법상 위반행위에 해당되는 경우
 - 3. 하나의 행위가 행정법 위반과 형벌에 각각 해당되는 경우
 - IV. 수개의 위반행위의 처리관계
 - 1. 현행 규정
 - 2. 하나의 제재절차에서 처리할 경우의 처리관계
 - 3. 수개의 위반행위에 대한 분리 처리관계
 - 4. 수개의 위반행위에 대한 가중처분이 있는 경우
 - 5. 처리순서의 문제
 - V. 결론-입법론을 중심으로
-

I. 서론

행정법상 수개의 위반행위 또는 하나의 행위가 수개의 행정법 규정을 위반하는 경우 등에 있어서 그 위반행위에 대한 처분을 어떻게 할 것인지 문제가 된다. 처리결과에 따라 과잉제재 또는 과소제재의 문제로 나타나거나 행정의 예측가능성 측면에서 문제가 될 수 있다. 행정쟁송절차에서도 처분사유의 확정문제로 나타나서 처분사유의 추가 또는 병합, 소의 변경 등 다양한 쟁점으로 나타나게 된다. 이는 동일한 행위자의 수개의 위반행위를 어떻게 처리할 것인가 문제¹⁾로서, 제재처분시 및 행정쟁송시에 모두 적용되는 문제이다. 구체적으로 보면 처분시에 각 위반행위별로 처분을 하여야 하는지, 아니면 동시에 하나의 처분을 하여야 하는지, 처분 후에 처분전 별개의 사유가 발견된 때 이를 어떻게 처리하여야 하는지, 하나의 위반행위가 수개의 법률을 위반한 경우 어떻게 처리하여야 하는지 등으로 나

1) 따라서 수인의 책임이 경합되는 경우, 예컨대 유조차가 전복되어 기름이 유출되어 인접토지에 스며드는 경우처럼 운전자의 행위책임과 토지소유자의 상태책임을 함께 인정해야 하는 경우의 수인의 경찰책임과는 구분되는 논의이다. 수인의 경찰책임이 경합되는 법률관계에 대하여는 김현준, 數人の 警察責任者, 『공법연구』, 35집 3호, 2007 참조.

타난다. 처리 방향에 따라 그 제재처분의 결론이 달라지게될 가능성성이 높다.

사람의 행위를 계산단위[數]로 하는 법학적 사고는 법률의 합리적 적용 즉 법적 인 의미에서 행위의 단위를 정하여 하나의 행위, 수개의 행위를 산술하여 그 행위에 상응한 법적용을 하기 위함이다. 계약이나 범죄를 산술적인 단위로 나타낼 수 있고, 소송법에서도 소송물 개념을 통하여 소송을 병합, 분리, 변경하는 절차의 기본을 삼고 있는 것이다. 행정법상 하나의 행위 또는 위반행위를 정한다는 것은 위법성의 판단의 대상과 그에 따라 행정처분을 정하는 것이고, 입증의 범위를 구체적으로 한정한다는 의미를 가진다.²⁾ 즉 그 행위가 하나의 단일한 위반행위인지 아닌지에 따라 위법성, 행정처분 등의 판단의 범위가 달라진다는 것이다. 이러한 행위는 자연적 사실에 기초한 것이긴 하지만 자연적 사실이 아니라 규범적으로 평가한 행위임은 물론이다.

행정법규를 위반하는 행위에 대하여는 실효성을 확보하기 위한 목적에서 행정형별, 행정질서별, 과징금, 부과금, 부담금, 영업취소, 영업정지 등의 제재처분을 두고 있다. 이 제재처분은 형법상 형별(제41조)과 비교하여 볼 때 몇 가지 특징을 가지고 있다. 첫째 형별이 형법전에서 정해진 것만 인정되고 종류가 한정되어 있는 점과 구분된다. 행정법은 일반법이 없으므로 해당 행정목적을 수행하기 적절한 행정상 수단을 발굴할 수 있는 것이다. 둘째 일반적인 제재수단의 종류가 규정되어 있지 않기 때문에 異種의 제재수단간에 경중을 가릴 수 없다는 것이다. 예를 들어 異種인 과태료와 과징금의 경우 어느 것이 보다 중한 제재기준인지 쉽사리 판정하기 곤란하다. 특히 매출액 등의 비율에 따른 과징금부과방식에 있어서는 산정하기 전에는 과징금의 규모를 정하기도 어려운 것이다. 이를 종합하여 보면 형법에서 널리 쓰이는 형의 경중을 전제로 하는 경합법 처리관계를 그대로 도입하는 것은 어렵다는 것이 된다.

원래 죄수론이라 함은 형사법에서 논의되는 용어인데, 형법상 하나의 행위로 수개의 죄를 범한 경우의 처리관계, 또는 수개의 범죄행위를 하나의 형사절차에서 처리하는 경우의 절차를 말한다. 이는 범위반사실 또는 범위반행위라는 관점

2) 김철호, “공정거래법상 위반행위의 단일성과 개수”, 경제법판례연구, 제7권, 법문사, 2011, 267-269면 참조

에서 보면, 행정법에서도 동일하게 나타나는 현상이다. 행정법에서 행정상 의무를 위반한 행위가 수개의 법률을 위반한 경우이거나 또는 하나의 제재처분절차에서 수개의 의무위반행위를 처리하는 절차에 관하여는 일반적인 법리의 형성이나 성문법의 규정 등에 있어서 상대적으로 소홀한 형편이고, 그에 따라 행정실무에서도 그 중요성에 대한 인식이 부족한 형편이다. 그런데 행정소송법상 소송물이론이 적용되는 경우에는 행정법관계가 아닌 소송법의 이론이 적용되고, 행정형별에서 형법총칙이 적용되게 되는 경우에는 형사상 죄수론이 적용되는 것이므로 행정법에서도 이미 위반행위의 경합관계 등에 대한 논의가 없다고 하기 어렵다. 동일한 행정법을 위반한 사실에 대하여 하나는 행정질서별이, 다른 하나는 행정형별이 적용되는 경우 후자가 형법의 적용에 따라 죄수관계가 명확하다는 점은 양자간에 동일한 행정법의 적용이란 관점에서는 부당한 것으로 보인다. 또한 통고처분에 대한 불복의 경우 특별형사절차로 진행하게 되어 형사법상 죄수이론이 그대로 적용되겠지만 본질적으로 통고처분이 행정작용이라는 점에서 행정법의 영역이 아니라고 하기도 어렵다.

이와 같이 행정상의 수개의 위반행위의 경합관계 또는 하나의 행위가 수개의 위반행위에 해당되는 경우의 경합관계의 처리를 어떻게 해석·적용할 것인가의 문제, 즉 형법상의 죄수론에 대응한 이른바 행정상의 죄수론에 대한 논의가 필요한 것이다. 이에 대하여는 현행법상 질서위반행위에 대한 경합관계를 규정한 「질서위반행위규제법」이 있고, 각 개별법에서 해당 제재처분의 기준을 정하고 있다. 그런데 「질서위반행위규제법」이 질서위반행위의 경합관계에만 적용되는 한계가 있고, 개별법은 해당법률의 목적내로 적용이 제한되게 되는 것이므로, 결국 입법의 공백이 있거나 각 개별법간의 정합성의 문제가 있는 경우에는 그 적용상의 문제가 발생된다. 판례는 명문의 규정이 없는 경우에도 비례의 원칙, 행정의 효율성의 관점에서 수개의 위반행위에 대한 분리처리 또는 수개의 위반행위를 하나의 위반행위로 보는 이른바 포괄적 처분법리를 해석으로 시도하고 있다. 이 글의 목적은 이러한 문제에 대비하여 통일적인 원칙을 규명하고 입법론을 제시하는데 있다. 아래에서는 수개의 위반행위의 처리관계의 필요성에 대한 이론적 배경, 현행법의 내용과 한계, 각 경합관계의 처리방법, 입법적 대안 순서로 논의하기로 한다.

II. 논의의 배경과 현행법의 한계

1. 이론적 배경

(1) 법치행정의 원리

법치행정의 원리는 헌법과 법률의 근거에 따라 행정이 이루어져야 한다는 것으로, 법률에 행정처분의 근거가 구체적으로 규정되어 있어야 행정의 자의적인 집행의 우려가 불식되고 국민의 입장에서는 무슨 행위에 대해 어떤 처분을 받을 것인지 예측할 수 있게 된다. 이를 위하여 행정을 기록하는 기록규정이 등장하고 있지만, 행정청의 자율적이고 효율적인 집행이 필요한 재량규정의 필요성도 매우 크게 나타나고 있다. 원칙적으로 행정청의 재량행위에 대하여는 사법심사의 대상에서 제외토록 하고 있지만³⁾ 이는 재량이 합리적이고 적절하게 행사될 때를 전제로 하는 것이므로 결국 정당한 재량준칙을 마련하여 그 준칙에 맞춘 행정행위가 요구된다고 할 것이다. 이러한 제재준칙 또는 제재처분기준의 법정은 법치행정의 관점에서 재량을 통제하기 위한 방법이라고 할 것이다. 제재적 행정처분이 사회통념상 재량권의 범위를 일탈하였거나 남용하였는지 여부는 처분사유로 된 위반행위의 내용과 당해 처분행위에 의하여 달성하려는 공익 목적 및 이에 따르는 제반 사정 등을 객관적으로 심리하여 공익 침해의 정도와 그 처분으로 인하여 개인이 입게 될 불이익을 비교·형량하여 판단하게 된다. 이러한 행정처분기준을 정함에 있어서 입법형식을 어떻게 해야 하는지는 쉽지 않으나, 행정영역별 특성, 처분이 수익적 것인지 침익적인 것인지 특성 등도 함께 고려되어야 하며, 이러한 입법기준의 설정을 통하여 행정처분 기준에 대한 행정과 재판의 신뢰를 제고할 수 있을 것이다.⁴⁾

3) 행정소송법 제27조는 “행정청의 재량에 속하는 처분이라도 재량권의 한계를 넘거나 그 남용이 있는 때에는 법원은 이를 취소할 수 있다”라고 규정하여 그렇지 아니하는 재량권에 대하여는 사법심사의 대상이 되지 않음을 밝히고 있다.

4) 장교식, 行政處分基準의 立法的 整備方案에 關한 研究 : 道路交通法領上의 行政處分基準을 中心으로, 토지공법연구, 제38권, 2007, 319면

(2) 중복제재 금지 및 신뢰보호의 원칙

수개의 위반행위에 대한 처분기준이 정립되어 있지 아니하면 수개를 하나로 처리할 때와 분리하여 처리할 때의 처리결과가 달라지게 된다. 제재처분이 있은 후 그 제재처분 전의 위반행위가 발견된 경우 이를 다시 처분하여야 하는지 문제가 된다. 이는 실질적으로 한 번의 제재처분으로 종결될 것을 중복제재하는 것이 된다. 이는 기초적 사실관계가 동일한 경우에는 하나의 절차로 종결하여야 하는 일회적 해결원칙에도 어긋나고, 행위와 책임의 상응원칙의 관점에서 이중평가금지의 원칙과 전부평가의 원칙에 비추어도 부당한 결과가 된다.⁵⁾ 그러나 반대로 중복제재가 아니라는 견해는, 수개의 위반행위는 시간, 장소 등 사실관계가 다르므로 대물적 처분에 대하여는 별개의 처분을 행하는 것이 당연하다는 것이다.⁶⁾ 또한 수개의 행정법상 위반행위가 있는 경우 그 적용이 늘 동일하게 진행 될 것이라는 신뢰를 보호할 필요가 있다. 행정청의 자의에 의하여 처리결과가 달라질 것이라는 인식은 법적 안정성을 해치게 될 것이다.

(3) 행정의 합목적성과 실효성 제고를 위한 재량행위의 통제

수개의 위반행위가 있는 경우 이를 하나의 처분으로 할 것인지 수개의 처분으로 할 것인지, 전적으로 행정청의 재량으로 결정케 하는 것은 타당한 것이 아니다. 행정법의 입법목적을 안정적으로 달성하기 위하여, 그리고 실효성의 관점에서 보면 수개의 위반행위를 하면 어떠한 제재처분을 받게 될 것인지가 법령으로 미리 정하여 주는 것이 합리적이다. 이는 행정청이나 수범대상자의 예측가능성을 제고하는 것이 된다. 또한 수개의 행위가 단일한 목적으로 불가분적으로 연속하여 행하여진 이른바 행정상 포괄적 처분의 경우에는 처분시효를 마지막 종료시점을 기준으로 기산토록 함으로써 규제의 공백을 해소하는 측면에서 해당 행정법의 실효성을 제고하는 역할도 하게 된다.⁷⁾

5) 박재윤(집필대표), 「주석 형법」, 2011.11.30. (제2판), 345-346면.

6) 서울행정법원 2002. 1. 24. 선고 2001구20703판결

7) 이호영, “공정거래법상 소위 ‘포괄적 단일 공동행위’ 범리에 관한 연구-EU 경쟁법상 ‘계속적 단일 위반행위’ 범리와의비교를 중심으로”, 사법, 제1권, 사법발전재단, 2017, 4면.

2. 현행법의 규정 태도와 한계

수개의 위반행위를 어떻게 처리할 것인지 하는 일반적인 규정은 없고, 다만 질서위반행위를 규율하는 「질서위반행위규제법」이 일부 내용을 규정하고 있을 뿐이다. 동법은 적어도 특별한 규정이 없는 한 질서위반행위에 대하여는 통일적인 규율을 하게 되므로 이 부분에서는 일반법의 성격을 가진다. 또한 개별법이 일부 규정하고 있는데, 「건축법」, 「주택법」, 「공동주택관리법」, 「도시 및 주거환경정비법」, 「민간임대주택에 관한 특별법」, 「승강기시설 안전관리법」, 「화재예방 소방시설 설치, 유지 및 안전관리에 관한 법률」, 「시설물의 안전 및 유지관리에 관한 특별법」 등 주택관계법령을 중심으로 살펴보면 일부 처분기준이 해당 법률내에서 규정되어 있는 것도 있고, 제재처분이 있음에도 충분하게 규정되어 있지 않는 것도 있다. 처분기준을 법령에서 미리 정하고 공표하는 것은 행정청의 재량통제의 기능으로서 설명할 수 있으므로⁸⁾ 가급적 각 처분기준이 명문으로 규정되어야 한다는 점에 이론이 없다.

(1) 「질서위반행위규제법」의 내용과 한계

「질서위반행위규제법」은 수개의 질서위반행위의 처리관계를 규정하고 있다. 즉 하나의 행위가 2 이상의 질서위반행위에 해당하는 경우에는 각 질서위반행위에 대하여 정한 과태료 중 가장 중한 과태료를 부과하고(제13조제1항), 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 따르는 것으로 규정하고 있다(동 제2항). 제1항은 형법상의 상상적 경합법(제40조⁹⁾)의 처리례와 같이 하나의 행위가 수개의 법적 평가를 받는 경우를 규정한 것이고, 제2항은 형법상 실체적 경합법(제37조, 제38조, 제39조¹⁰⁾)의 처리와 같이 수개의

8) 최철호, “행정처분기준으로”, 토지공법연구, 제39권, 2008, 606면

9) 제40조(상상적 경합) 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 경우에는 가장 중한 죄에 정한 형으로 처벌한다.

10) 제37조(경합법) 판결이 확정되지 아니한 수개의 죄 또는 금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄와 그 판결확정전에 범한 죄를 경합법으로 한다.

행위가 수개의 법령에 해당되는 경우의 처리를 정한 것이다.

제1항의 상상적 경합에 대하여는 형법의 처리원칙과 동일하고, 제2항은 형법상 실체적경합 처리와 약간 다른 점이 있다. 즉 형법상 실체적 경합법은 경합되는 법 정형의 종류에 따라 흡수주의, 가중주의 또는 병과주의로 구분되는데, 「질서위반 행위규제법」은 병과주의만을 규정하고 있다. 형법의 예에 의한다면 동종인 과태료의 부과로서 2분의1을 가중하는 것이 타당하다고 할 것인데 가중으로 규정하지 않은 이유는 각 법률별로 그 위반행위에 대한 과태료 부과 현황을 쉽게 알기 어렵기 때문이라고 하겠다.¹¹⁾ 따라서 수개의 질서위반행위에 대하여 동시에 처리하지 못할 상황, 즉 질서위반행위가 있는 사실을 알지 못한 경우에는 먼저 과태료처분을 하였더라도 추후 발견된 질서위반행위에 대하여도 해당 과태료처분만 하면 병과원칙을 달성하게 되는 것으로, 동시처리이든 분리처리이든 그 결과의 차이를 가져오지 않게 된다. 그런 이유 때문에 굳이 병과원칙을 정하고 있는 만큼 형법상의 사후적 경합법(제39조¹²⁾)처리와 같은 규정을 둘 필요가 없는 것이 된다. 이 법률의 한계는 「질서위반행위규제법」상의 과태료 간의 경합관계에만 적용이 된다는 점이고, 과태료와 다른 제재처분간의 경합관계 또는 질서위반행위와 다른 행정법상의 의무위반행위 간의 경합관계에 대하여는 아무런 규정을 하고 있지 않는 점이라고 할 것이다.

제38조(경합법과 처벌례) ①경합법을 동시에 판결할 때에는 다음의 구별에 의하여 처벌한다.

1. 가장 중한 죄에 정한 형이 사형 또는 무기징역이나 무기금고인 때에는 가장 중한 죄에 정한 형으로 처벌한다.
2. 각 죄에 정한 형이 사형 또는 무기징역이나 무기금고 이외의 동종의 형인 때에는 가장 중한 죄에 정한 장기 또는 다액에 그 2분의 1까지 가중하되 각 죄에 정한 형의 장기 또는 다액을 합산한 형기 또는 액수를 초과할 수 없다. 단 과료와 과료, 몰수와 몰수는 병과할 수 있다.
3. 각 죄에 정한 형이 무기징역이나 무기금고 이외의 이종의 형인 때에는 병과한다.

②전항 각호의 경우에 있어서 징역과 금고는 동종의 형으로 간주하여 징역형으로 처벌한다.

11) 법무부, 「질서위반행위규제법 해설집」, 2012년,

12) 제39조(판결을 받지 아니한 경합법, 수개의 판결과 경합법, 형의 집행과 경합법) ①경합법 중 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. <개정 2005. 7. 29.>

② 삭제 <2005. 7. 29.>

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

④전 3항의 형의 집행에 있어서는 이미 집행한 형기를 통산한다.

(2) 개별법의 규정

각 개별법이 제재처분기준을 정하는 경우 2 이상의 위반행위에 대한 처분기준을 개별법단위에서 규정하고 있으며 대개 시행령 또는 시행규칙에서 '행정처분기준'이라는 제목하에 규정하고 있다. 예컨대 「공동주택관리법 시행령」 제67조제3항 <별표6> 제1호나목에 의하면 1) 가장 무거운 위반행위에 대한 처분기준이 등록말소인 경우에는 등록말소처분을 한다. 2) 각 위반행위에 대한 처분기준이 영업정지인 경우에는 가장 중한 처분의 2분의1까지 가중할 수 되, 각 처분기준을 합산한 기간을 초과할 수 없다. 이 경우 그 합산한 영업정지기간이 1년을 초과한 때에는 1년으로 한다."라고 규정하고 있다. 가목1)은 흡수주의를 2)는 가중주의를 규정하고 있는 것이다. 이처럼 일부 법률이 위반행위와 법적용에 관한 규정을 두고 있지만, 이를 형사법에서의 죄수론과 같은 일반적인 법리라고 할 수 없어 실제 행정실무상 그 적용에 있어서는 확립된 규정이 없는 셈이 된다. 그로써 행정의 적법성, 예측가능성이 저하되고 결국 국민의 권익침해의 문제를 발생시킨다는 점에서 형법상 죄수론의 논의를 차용하여 행정법상의 독자적인 법리를 구성할 필요가 있다. 각 개별법간의 규정의 정합성이 있는지, 구체적인 법률이 없는 경우에는 어떻게 처리하여야 하는지 그 기준을 정립하는 것이 중요하다.

(3) 현행법의 한계와 문제점

현행 규정의 한계와 문제점을 정리하면 다음과 같다. 첫째 행정법의 제재사유의 적용에 일반적, 공통적으로 적용되는 규정이 없다는 점이다. 「질서위반행위규제법」이 적용되는 과태료의 부과와 각 개별법이 규정하고 있는 처분기준은 해당 법률에만 적용된다는 한계가 있는 것이다. 둘째 개별법의 처분기준은 해당 행정법의 성격을 감안한다고 하더라도 다른 법률과의 사이에 정합성을 지키고 있지 못하다는 점이다. 이를테면 상상적 경합관계에 대한 「질서위반행위규제법」의 규정을 다른 개별법에서는 쉽게 찾아보기 어렵고, 실체적 경합관계에 대하여도 각 개별법 사이에는 병과(합산), 흡수, 가중 등 다양한 처리기준을 볼 수 있는데 일관적이지 않다는 점이 문제가 된다. 셋째 해당 처분기준은 해당 법률내의 위반행위에만 적용되는 결과 각각의 위반행위가 다른 법률의 처분기준을 적용하여야

하는 경우에 해결책이 없다는 것이다. 넷째 행정법위반과 형벌과의 적용관계에 대한 아무런 설명이 없다는 것이다. 행정제재와 형벌 사이에는 중복제재가 아니라라는 것이 판례의 입장¹³⁾이긴 하지만, 실질적으로 동일한 사유로 인하여 양자가 적용되는 것이 과연 타당한지는 의문이라고 할 것이다. 다섯째 제재처분기준은 대통령령과 부령으로 입법형식이 달리 존재하는데 대법원이 이러한 입법형식에 따라 법규성에 대하여 전자는 인정하고 후자는 부인하는 판례를 견지하고 있다는 점이 문제가 된다. 제재처분기준을 어떤 법령형식으로 정하는지에 따라 법규성을 달리봄에 따라 그 제재처분기준에 따른 행정청의 행위에 대한 심사방식이 차이가 나는 문제가 발생되어 우연한 입법방식에 기하여 처분기준의 효력이 달라진다는 것은 문제가 있다고 할 것이다. 이에 대하여 학설은 대체로 비판적인 입장을 견지하고 있다.¹⁴⁾

3. 이른바 행정상 죄수론 도입의 한계

(1) 형사법상 죄수론 적용의 한계

기술한 바와 같이 수개의 위반행위에 대한 행정법상 처리관계에 대한 필요성에도 불구하고, 「질서위반행위규제법」을 제외하고는 통일적인 규정을 두고 있지 아니하여 각 개별법에서 해당 법상의 처분기준을 제시하고 있는 형편이다. 이는 형사법이 죄수론의 법리하에서 상상적 경합이나 경합법의 처리관계를 획일적으로 규율하고 있는 것과는 큰 차이가 있는 것이다. 근본적인 이유는 행정법과 형사법간의 성질 차이에서 유래된 것으로 이해된다. 첫째 제재처분 또는 형벌의 부과 체계의 구조적인 차이를 보면, 범죄의 처벌이라는 국가형벌권과 행정목적의 달성이이라는 행정권의 존재 목적의 차이, 형사 범죄와 행정법상 의무위반행위에 대한 제재라는 대상의 차이, 국가와 해당 행정청이라는 과별주체의 차이 등 처벌 또는 처분구조의 차이를 제시할 수 있다. 이에 따라 국가 형벌권은 범죄자인 사람을 중

13) 현재 1994.06.30. 92헌바38 결정 ; 현재 2004.02.26. 2001헌바80 결정 ; 대법원 2007.7.12. 선고 2006두4554 판결

14) 김남철, 「행정법강론」, 제3판, 박영사, 2016, 286면 ; 김동희, 「행정법 I」, 박영사, 2016, 169면 ; 박균성, 「행정법강의」, 제15판, 박영사, 170면 ; 정하중, 「행정법개론」, 제12판, 법문사, 2018, 149면 ; 한경우, 「현대행정법신론1」, 세창출판사, 2014, 544면.

심으로 한 모든 범죄의 처벌에 주안점을 두는 대신, 행정제재는 해당 행정법상의 의무위반을 제재함으로서 해당 행정법의 목적 달성을 위한 것이라는 점에서 해당 행정법의 의무위반행위를 중심으로 논의가 제한되게 된다. 그런 결과 국가형별권은 전국가적인 처리를 바탕으로 하지만, 행정목적은 해당 행정법 내로 국한되어 해당 행정청 중심으로 운영되는 근본적인 한계를 가지게 되는 것이다. 둘째 형사 법이 형별의 경중(제41조)을 법률로 정하여 구분하는 비교기준이 명확한 것에 비하여, 행정법은 제재처분의 종류간에 경중을 비교할 수 있는 객관적인 기준이 정하여져 있지 않다는 점에서, 처분간 또는 형별간 경중을 전제로 하는 죄수론이 발달될 여지가 적다고 할 것이다. 그러면 이러한 본질적인 차이를 극복하고도, 단일한 또는 통합적인 이른바 행정상의 죄수론이 어떤 의미가 있는지 살펴볼 필요가 있는 것이다.

(2) 다른 위반행위의 파악과 처분상의 한계

수개의 위반행위가 있는 경우, 그 수개의 위반행위가 동일한 행정법 내이거나 또는 동일한 행정청 소관의 경우에는 그 위반행위의 파악이나 처분이 그리 어렵지 않다. 후술하는 이른바 행정상 포괄적 처분의 법률관계는 동일한 행정청이 동일한 법률의 적용을 하는 경우에 발생되는 것이므로 그 행위를 포괄적으로 파악하는데 어렵지 않다. 그러나 수개의 위반행위가 다른 법률에 근거하거나 또는 다른 행정청의 소관인 경우에는 그 위반행위의 파악이 쉽지 않아 경합관계의 처리를 예측하기 어렵다고 할 것이다. 바로 이러한 점이 국가형별권을 집행하는 형사 법상의 죄수론과 결정적인 차이라고 할 것이다. 그런데 이미 「질서위반행위규제법」에서는 다른 법률상의 질서위반행위에 대하여도 실체적 경합관계를 적용하는 것으로 정하면서(제13조제2항), 그 처리관계를 병과주의를 택하고 있는데 위와 같은 현황파악이 어려운 점을 고려한 것으로 이해가 된다. 따라서 입법론으로서 행정청이 제재처분을 할 경우 다른 위반행위에 대한 처분절차 또는 형별절차가 진행되는지 문의하도록 하는 절차를 규정할 필요가 있다고 할 것이다.

III. 하나의 행위가 수개의 위반행위에 해당되는 경우의 처리관계

1. 현행 규정

하나의 행위 - 행위의 단일성과 동일성이 인정되는 것으로서 자연적 행위가 아닌 규범적 행위¹⁵⁾ -로 수개의 위반행위 또는 처분기준에 해당한 경우의 처리관계를 말하는데, 현행법상 4가지로 방식으로 분류할 수 있다.¹⁶⁾ ① 흡수주의 방식으로, 하나의 행위에 대한 처분기준이 둘 이상에 해당되는 경우 그 중 무거운 처분 기준에 따라 처분하는 것을 말하는데, 이는 형법상 상상적 경합(제40조)의 처리관계를 차용한 방식으로서 가장 일반적이다. 이에 대한 입법례로서 「질서위반행위 규제법」 제13조제1항, 「공동주택관리법 시행규칙」 제100조 <별표9> 제1호나목, 「도시 및 주거환경정비법 시행규칙」 제84조 <별표5> 제1호다목이 있다. ② 동일한 행위로 과태료 등을 2종으로 부과받게 되는 경우에는 감면을 규정하는 방식이다. 위반행위자가 같은 위반행위로 다른 법률에 따라 과태료 · 벌금 · 영업정지 등의 처분을 받은 경우에는 과태료 금액의 2분의1까지 감면할 수 있도록 한 「화재 예방, 소방시설 설치, 유지 및 안전관리에 관한 법률 시행령」 제40조 <별표10> 제1호가목5)의 규정, 「국가공무원법」, 「지방공무원법」 등 다른 법률에 따라 징계부가금 부과의 의결이 있는 후에는 과태료를 부과하지 아니하며, 과태료가 부과된 후에는 징계부가금 부과의 의결을 하지 아니하도록 규정한 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」 규정(제23조제6항) 등이 그런 예이다. ③ 과태료 와 (변형)과징금의 병과를 금지하는 방식이다. 즉 식품위생법에 의하면 동법 제101조의 과태료에 관한 규정을 적용하는 경우 제82조에 따라 과징금을 부과한 행위에 대하여는 과태료를 부과할 수 없도록 하고 있고(제102조), 「건강기능식품에 관한 법률」에서도 같은 취지의 규정을 두고 있다(제48조). ④ 하나의 위반행위

15) 법무부, 전계 해설집, 168면.

16) 독일의 질서위반법(OWiG, Das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten)에서는 하나의 행위로써 수개의 법률을 위반하거나 또는 수회에 걸쳐 위반한 때에는 하나의 질서위반금을 부과하도록 최고의 질서위반금액을 정하고 있는 법률에 의하여 부과하도록 하고 있는데(§19①), 이는 우리법상 상상적 경합관계와 소위 포괄적 처분 관계에 대응하는 규정이라고 할 것이다.

17) 같은 취지의 입법례로 「여객자동차 운수사업법」 제95조, 「화물자동차 운수사업법」 제71

에 대한 제재처분을 하는 것이지만 수개의 제재를 포함하여 한 처분방식이다. 도로교통법 제93조제1항제1호에 의하면 주취운전에 따라 지방경찰청장이 운전면허를 취소 또는 정지하는 경우에 취소 등의 대상이 되는 운전면허에는 운전자가 받은 모든 범위의 운전면허가 포함되도록 하고 있는데, 이는 하나의 주취운전행위란 위반행위에 대하여 해당 운전면허 뿐만 아니라 다른 운전면허까지 취소등을 하도록 한 것이므로 하나의 행위에 수개의 위반행위를 적용하는 것이라고 할 것이다. 이 규정의 취지는 운전면허의 취소는 일반의 수익적 행정행위의 취소와는 달리 그 취소로 인하여 입게 될 당사자의 불이익보다는 이를 방지하여야 하는 일 반예방적 측면이 더욱 강조되어야 한다는 것이라고 한다.¹⁸⁾ 그런데 한 사람이 여러 종류의 자동차운전면허를 취득하는 경우뿐만 아니라 이를 취소 또는 정지함에 있어서도 서로 별개의 것으로 취급함이 원칙이라 할 것이고, 그 취소나 정지의 사유가 특정의 면허에 관한 것이 아니고 다른 면허와 공통된 것이거나 운전면허를 받은 사람에 관한 것일 경우에는 여러 운전면허 전부를 취소 또는 정지할 수도 있다고 보는 것이 상당하다는 것이 대법원 판례인데¹⁹⁾, 이러한 관점에서 보면 주취운전을 하였다고 하여 모든 운전면허가 취소되어야 하는 것은 아니라 구체적인 사정을 감안하여야 할 것인데 위 법률에서 위임된 시행규칙의 처분기준만으로는 위와 같은 음주경위, 농도, 다양성 등 구체적인 기준이 전혀 설정되어 있지 않거나 부족하다는 비판이 제기되고 있다.²⁰⁾

2. 하나의 행위가 수개의 행정법상 위반행위에 해당되는 경우

그런데, 위와 같은 개별법의 규정이 없는 경우 어떻게 처리하는 것이 타당한가. 하나의 위반행위에 대하여 적용되는 행정법이 수개 있다고 각각의 처분을 하여야

조가 있다.

18) 대법원 2018. 2. 28. 선고 2017두67476 판결. 이 사안은 혈중알코올농도 0.140%의 주취상태로 배기량 125cc 이륜자동차를 운전한 운전자에 대하여 그의 제1종 대형, 제1종 보통, 제1종 특수(대형견인·구난) 운전면허 등을 취소한 것이다.

19) 대법원 2000. 9. 26. 선고 2000두5425 판결

20) 이상만, “음주운전에 의한 복수 운전면허취소처분 판례의 문제점과 관련법제의 개선방안”, 흥의법학 제19권 제2호, 2018, 548면. ; 오준근, “음주운전으로 인한 자동차 운전면허 취소처분의 행정법적 주요 쟁점 - 대법원 2018. 2. 28. 선고 2017두67476 판결 -”, 법조, 제67권 제3호, 2018. 808면.

하는지 아니면 위 입법례 중의 하나의 방식을 준용하여 적용할 것인가 문제가 된다. 하나의 행위가 수개의 위반행위에 해당된다고 하면, 수범자 입장에서는 하나의 행위에 대한 하나의 처분이 예상이 되고, 각각의 처분이 있게 되면 이중처분이라는 우려가 제기될 수 있다.²¹⁾ 특히 과태료와 과징금은 행정상의 의무위반에 대한 금전제재의 성격을 가지는 이상 이를 병과하는 것은 부당하다고 할 것이다.²²⁾ 따라서 위 4가지 방식 중 가장 바람직한 것은 첫째 방식인 흡수주의라고 할 것이다. 가장 중한 처분기준에 따라 처분하는 것이 타당하다고 할 것인데, 이는 형법상 상상적 경합의 처리례에 부합되는 장점이 있으나 문제는 처분의 경중을 판단하기가 곤란한 異種의 처분이 경합하는 경우는 문제해결이 어렵다는 점이다. 즉 형의 경중은 형법 제41조 형벌의 기재의 순서에 의하도록 하고 있어 분명하지만(제50조), 행정법에서는 제재처분의 경중을 정하는 방법이 규정되어 있지 아니하여 異種의 제재규정간의 경중을 정하는 것은 쉽지 않은 것이다. 행정상 제재의 경우 금전제재 즉 과태료나 과징금의 경우에는 금액의 다소로 경중을 정하고, 인허가의 취소는 정지보다 중하다고 보는 것은 합리적이라고 할 것이다. 그 외 경중을 판단하기 어려운 경우에는 병과를 하되 어느 하나를 2분의1 감면하는 방식으로 처리하는 것이 타당하다고 할 것이다. 따라서 처분의 경중이 판단 가능한 경우에는 흡수주의를 원칙으로 하고 예외적으로 병과를 하되 2분의1만 병과하도록 하는 것이 타당하다고 할 것이다.

3. 하나의 행위가 행정법 위반과 형벌에 각 해당되는 경우

하나의 행위가 행정법위반과 형벌에 각 해당되는 경우에 이를 각각 처벌 또는 처분하는 것 즉 병과할지 아니면 하나의 처분 또는 형벌을 가할 것인지 문제가 된다. 이 부분에 관하여는 우리 법에는 아무런 규정이 없다. 독일 질서위반법 (OWiG)에서는 질서위반행위와 범죄가 경합되는 경우에는 형법만의 적용을 원칙

21) 질서위반행위규제법의 상상적 경합을 인정하지 않으면 명백히 하나의 행위만이 존재함에도 불구하고 위반한 법조항마다 행위가 존재한다는 태도는 일반 상식에 반할 뿐만 아니라 벌금형 보다 가혹한 경우가 발생할 가능성도 있게 된다고 취지를 설명하고 있다. 정형근, “질서위반행위규제법에 대한 고찰”, 외법논집 제33권 제3호, 2009, 33면.

22) 김재광, “과태료제도와 관련한 법적 문제”, 경희법학 제52권 제2호, 2017, 117면.

으로 하면서 형벌이 과하여지지 않는 경우에만 질서위반행위로 처벌하도록 규정하고 있다(§ 21). 특히 병과 여부에 대하여 형벌과 행정법 위반은 그 목적을 달리 하므로 병과하는 것이 타당하다는 견해와 실질적으로 동일한 위반행위에 대한 처벌의 성격을 가지는 것이므로 병과는 이중제재에 해당되어 불가능하다는 견해,²³⁾ 원칙적으로 긍정설의 입장에서 형벌 적용시 행정제재의 결과를 양형으로 고려가능하다는 견해²⁴⁾로 구분할 수 있다. 이에 대하여 헌법재판소는 헌법 제13조 제1항이 정한 ‘이중처벌금지의 원칙’은 동일한 범죄행위에 대하여 국가가 형벌권을 거듭 행사할 수 없도록 함으로써 국민의 기본권 특히 신체의 자유를 보장하기 위한 것이므로, 그 처벌은 원칙으로 범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서의 과벌을 의미하는 것이고, 국가가 행하는 일체의 제재나 불이익처분을 모두 그에 포함된다고 할 수는 없다고 판시하였고,²⁵⁾ 구(舊) 건축법 제54조 제1항에 의한 무허가건축행위에 대한 형사처벌과 동법 제56조2 제1항에 의한 과태료의 부과 사례²⁶⁾와 건축법 제78조에 의한 무허가 건축행위에 대한 형사처벌과 건축법 제83조 제1항에 의한 시정명령 위반에 대한 이행강제금의 부과는 그 처벌 내지 제재대상이 되는 기본적 사실관계로서의 행위를 달리하며, 또한 그 보호법익과 목적에서도 차이가 있으므로 헌법 제13조 제1항이 금지하는 이중처벌에 해당한다고 할 수 없다고 판시하고 있다.²⁷⁾ 대법원도 구 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8418호로 개정되기 전의 것) 제5조에 규정된 과징금은 그 취지와 기능, 부과의 주체와 절차 등에 비추어 행정청이 명의신탁행위로 인한 불법적인 이익을 박탈하거나 위 법률에 따른 실명등기의무의 이행을 강제하기 위하여 의무자에게 부과·징수하는 것일 뿐 그것이 헌법 제13조 제1항에서 금지하는 국가형벌권 행사로서의 처벌에 해당한다고 할 수 없으므로 위 법률에서 형사처벌과 아울러 과징금의 부과처분을 할 수 있도록 규정하고 있다 하더라도 이중처벌금지 원칙에 위반한다고 볼 수 없다고 판시하고 있다.²⁸⁾ 그러나 이러한 판례의 입장에 동

23) 김승대, “이중처벌 금지원칙에 대한 헌법해석의 재검토”, 공법연구 제35권 제4호, 2007, 398-399면.

24) 김재광, 전계논문, 115면.

25) 현재 1994.06.30. 92헌바38 결정

26) 현재 1994.06.30. 92헌바38 결정

27) 현재 2004.02.26. 2001헌바80 결정

의하기 어렵다. 이중처벌금지를 형별만을 염두해 둔 것으로 해석하는 것은 옳지 않고, 오히려 동일한 위반행위에 대하여 과하는 제재라는 성격을 감안하여 실질적인 이중처벌에 해당된다고 하는 것이 타당하다. 따라서 독일 질서위반법(OWiG)과 같이 행정제재와 형벌이 모두 적용되는 경우에는 형벌이 행정제재보다 중하므로 형벌만이 적용되는 것으로의 명문 규정이 필요하다고 할 것이다. 입법론으로 형벌은 행정제재 보다 중한 것이므로 형벌만을 적용하는 것을 원칙으로 하고, 다만 형벌권자와 행정권한자가 동일하지 아니하여 그 경합관계를 알지 못하는 경우를 대비하여 행정제재를 먼저 한 경우에는 형벌에서 이를 참작하여 감면하도록 하는 규정을 둘 필요가 있다.

IV. 수개의 위반행위의 처리관계

1. 현행 규정

수개의 위반행위에 대한 행정처분기준이 다기하고 공통된 기준이 없다는 점에 대하여는 이미 상당부분 연구와 개선방안이 제시되고 있다.²⁹⁾ 동 연구에서는 제재기준이 없는 법률도 있고, 통일되지 않고 있으므로 이를 일원화하여야 한다는 방안을 제시하고 있다. 즉 일원화의 내용으로 “보다 중한 위반행위에 대해서만 처분하는 것을 원칙으로 하되, 2이상의 위반행위가 업무정지에 해당하는 경우에는 보다 중한 위반행위에 대한 처분기준의 1/2까지 가중한다”는 것을 제시하고 있다.³⁰⁾ 현행법이 규정하고 있는 처분기준을 유형화하면 다음과 같다.

28) 대법원 2007.7.12. 선고 2006두4554 판결. 임시운행허가기간을 벗어나 무등록차량을 운행한 자에 대한 과태료의 제재와 형사처벌이 일사부재리의 원칙에 반하지 않는다는 사례도 있다 (대법원 1996. 4. 12. 선고 96도158 판결).

29) 강문수, 행정처분기준 정비방안 연구 종합보고서(2006년-2008년), 한국법제연구원, 2008

30) 강문수, 앞의 책, 223면. 그런데 위의 구분에서 ‘각 위반행위마다 처벌’ 또는 ‘중한 위반행위만 처벌’이 타당한지는 의문이다. 각 위반행위마다 처벌이나 중한 위반행위만 처벌하는 것이 아니라, 모든 위반행위는 처벌하는 것이지만 적용 기준이 각 위반행위인지 중한 위반행위인지 하는 점이 다를 뿐이고, 다른 위반행위를 처벌(처분)하지 않는 것은 아니라고 할 것이다.

1) 병과주의

각 행정처분을 모두 적용하는 것을 말한다. 이를테면 “위반행위가 둘 이상인 때에는 각 위반사항에 따라 각각 처분한다” 또는 영업정지기간인 경우 “각각의 영업정지 처분기간을 합산한 기간으로 한다”가 여기에 해당된다. 따라서 병과주의는 합산주의라고도 하고, 영미법상 형사상 경합법 처리관계 원칙이며,³¹⁾ 독일의 질서위반법(OWiG)도 이 경우 각각의 질서위반금이 별도로 확정되도록 하고 있어(§20) 병과주의 내지 합산주의의 입법례를 따르고 있다. 「질서위반행위규제법」이 정하고 있는 원칙이기도 하다.³²⁾ 동법이 병과주의를 채택한 이유는 질서위반행위에 대하여 과태료를 부과할 때마다 매번 다른 적발이 있는지 확인하는 것이 사실상 어렵다는 점 때문이다.³³⁾ 병과주의에 있어서는 병과의 상한³⁴⁾ 또는 한계가 논의된다. 이 문제는 결국 병과할 경우에도 최고금액이나 최장기간을 한도로 정하고 있다면 그에 구속된다는 것이므로, 병과는 하되 최고한도 내에서 병과하는 것으로 해석이 된다. 그러면 이러한 규정이 없다고 하면 무한정 병과할 수 있는 것으로 볼 수밖에 없는 것이 아닌가 생각된다. 대법원은 자동차운수사업법 제31조 제1항은 자동차운수사업자가 동법에 의거한 명령이나 처분, 면허에 붙인 조건에 위반한 때 등에는 6월 이내의 기간을 정하여 사업의 정지를 명하거나 면허의 일부 또는 전부를 취소할 수 있도록 규정하고 있고, 같은 법 제31조의2 제1항은 이 경우 대통령령이 정하는 바에 의하여 사업정지명령에 갈음하여 5,000,000원 이하의 과징금을 부과할 수 있도록 규정하고 있는바, 수회 경합된 위반행위에 대한 것이라 하더라도 사업정지명령을 내림에 있어서는 그 기간은 6월을 초과할 수 없다고 보아야 함에 비추어 볼 때 이에 갈음하는 과징금도 그것이 수회 위반행위를 한 데 대한 것이라 하더라도 1회에 부과할 수 있는 최고한도액은 5,000,000원이라고 해석함이 상당하다고 판시하고 있다.³⁵⁾ 변형과징금에 있어서 수회의 위반행위

31) 박재윤(집필대표), 「주석 형법」, 2011.11.30. (제2판), 344면

32) 입법례로 「화재예방, 소방시설 설치·유지 및 안전관리에 관한 법률 시행규칙」 제27조 <별표4> 제1호다목, 「물환경보전법 시행규칙」 <별표22> 제1호가목

33) 법무부, 전계해설집, 36면 ; 정형근, 전계논문, 34면.

34) 「화재예방, 소방시설 설치·유지 및 안전관리에 관한 법률 시행규칙」 제27조 <별표4> 제1호바목에서는 과징금의 경우 산정금액이 3천만원을 초과하는 경우 3천만원으로 하는 것으로 규정하고 있다.

35) 대법원 1993.07.27. 선고 93누1077 판결

가 있다고 하더라도 단순 병과할 것이 아니라, 영업정지기간이 6월을 초과할 수 없다고 본다면 변형과징금도 단순 병과하더라도 최고 5백만원을 넘을 수는 없다는 취지이다. 이는 형법에서 실체적 경합의 경우에 최장기간을 정하고 있는 취지와 마찬가지라고 할 것이다.³⁶⁾ 이와 같은 과징금 또는 영업정지기간의 최고한도를 일반적으로 규정하기는 어려우나, 개별법에서 규정하고 있는 것으로 해석된다.³⁷⁾

2) 흡수주의

각각의 처분기준이 다른 경우에는 그 중 무거운 행정처분의 기준에 따르도록 하는 것으로서, 가장 중한 위반행위에 대한 처분기준이 면허·허가·등록·인가 등의 취소인 경우에는 여기에 따르게 하는 것도 흡수주의에 해당된다.³⁸⁾ 흡수주의를 채택한 이유는 「질서위반행위규제법」 상 과태료를 병과하는 것과 달리, 가장 중한 경우만으로 처벌하더라도 충분히 제재의 목적을 달성할 수 있다는 취지라고 할 것이다. 대법원도 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행규칙」 제76조 제3항이 수 개의 위반행위에 대하여 그 중 가장 무거운 제한기준에 의하여 제재처분을 하도록 규정하고 있는데 이러한 가장 중한 위반행위에 대한 입찰참가자격 제한처분만으로도 입법 목적을 충분히 달성할 수 있는 취지라고 판시하고 있다.³⁹⁾

3) 가중주의

수개의 처분기준 중의 일부 처분기준을 가중하는 형식을 말한다. 가중은 가중되는 처분의 2분의1을 가중하는 것이 일반적이다. 대체로 가중되는 처분은 무거운 처분기준을 중심으로 하지만,⁴⁰⁾ 각각의 처분기준이 업무정지인 경우에는 가벼

36) 형법 제38조제1항제2호

37) 같은 취지의 판결. 대법원 1995.01.24. 선고 94누6888 판결

38) 「화재예방, 소방시설 설치·유지 및 안전관리에 관한 법률 시행규칙」 제27조 <별표4> 제1호가목, 「공동주택관리법 시행령」 제67조제3항 <별표6> 제1호나목1), 「승강기 시설 안전관리법 시행규칙」 제23조의3 <별표7의4> 제1호가목, 「주택법 시행령」 제18조제1항 <별표1> 제1호나목1), 「민간임대주택에 관한 특별법 시행령」 제55조 <별표3> 제1호나목, 「민간임대주택에 관한 특별법 시행규칙」 제9조제2항 <별표2> 제1호나목1)

39) 대법원 2014. 11. 27. 선고 2013두18964 판결

40) 「화재예방, 소방시설 설치·유지 및 안전관리에 관한 법률 시행규칙」 제44조 <별표8> 제1호가목, 「공동주택관리법 시행령」 제67조제3항 <별표6> 제1호나목2), 「승강기 시설 안전

운 업무정지처분을 가중하는 경우도 있다.⁴¹⁾ 그리고 합산, 가중된 기간의 상한을 정하는 경우도 있고, 그렇지 않은 경우도 있다. 상한기간을 정하는 경우에는 12개 월 또는 1년을 규정한 경우⁴²⁾와 각 처분기준을 합산한 기간을 한도로 하는 경우도 있다.⁴³⁾

2. 하나의 제재절차에서 처리할 경우의 처리관계

(1) 동시처리의 원칙

수개의 위반행위를 하나의 절차에서 처리할지, 아니면 분리하여 처리할 것인지에 대하여 행정법규는 분명한 규정을 두고 있지 않지만 수개의 위반행위는 하나의 제재절차에서 동시에 처리하는 것이 타당하다. 개별법이 둘 이상의 위반사항이 있는 경우에 '동시에' 처분하는 경우를 규정하고 있는바,⁴⁴⁾ 이는 동시에 처리하는 경우를 규정한 것뿐만 아니라 동시처리원칙을 규정한 것으로 보아야 한다. 이는 수개의 사유를 한꺼번에 처리하게 되는 경우와 분리하여 처리하게 되는 경우의 처분의 결과가 달라지게 되어 형평성의 문제가 발생될 수 있고, 또한 동시에 처리하는 것이 행정법관계를 안정시키고 위반자의 예측가능성을 제고할 수 있기 때문이다. 그 처리방법에 대하여는 병과주의, 흡수주의, 가중주의로 구분할 수 있음은 앞서 본 바와 같다. 따라서 수개의 위반행위가 있는 경우 동시에 처리하는 원칙을 천명하면 혹시 나중에 위반사유가 발견할 경우에도 동시에 처리하는 것 보다 불리하게 처리할 수 없다는 것을 의미한다. 이러한 문제에 대하여는 형사소송절차에서는 사후적 경합법으로 해결하는데, 판결을 받지 아니한 범죄에 대하여는 그 죄와 판결이 확정된 죄를 동시에 판결할 경우의 형평성을 고려하여 그 죄에 대한 형을 선고하되 그 형을 감경 또는 면제할 수 있는 것으로 규정하고 있다(형

관리법 시행규칙」 제23조의3 <별표7의4> 제1호가목, 「시설물의 안전 및 유지관리에 관한 특별법 시행령」 제25조 <별표12> 제1호나목

41) 「의약품등의 안전에 관한 규칙」 제95조 <별표8>, 「의료관계 행정처분 규칙」 제4조 <별표>

42) 「의약품등의 안전에 관한 규칙」 제95조 <별표8>, 「공동주택관리법 시행령」 <별표6>

43) 「시설물의 안전 및 유지관리에 관한 특별법」 <별표12>

44) “동시에 둘 이상의 위반사항이 있는 경우에는 다음의 구분에 따라 처분한다.”(「의료관계 행정처분 규칙」 제4조 <별표> 제1호가목)

법 제39조 제1항).

그런데 위와 같이 수개의 위반행위를 하나의 처분으로 동시처리한 한 경우, 그 중 하나의 위반행위의 위법성이 발견된 경우 이 하나의 처분을 위법하다고 판단할 것인지 적법한 것으로 판단할 것인지 문제가 된다. 이는 각 위반행위별로 위법성을 판단할 것인지 아니면 처분 전체로 위법성을 판단하여야 하는지의 문제이다. 이에 대하여 판례는 “부당지원행위에 대한 과징금은 행정상 제재금으로서의 기본적 성격에 부당이득환수적 요소도 부가되어 있는 것이므로 그 구체적인 액수는 구 독점규제및공정거래에관한법률(1999. 12. 28. 법률 제6043호로 개정되기 전의 것) 제24조의2에서 규정하는 과징금 상한액(대통령령이 정하는 매출액에 100분의 2를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 금액)을 초과하지 아니하는 범위 내에서 과징금 부과에 의하여 달성하고자 하는 목적과 같은 법 제55조의3 제1항 소정의 사유 즉, 위반행위의 내용 및 정도, 위반행위의 기간 및 횟수, 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등을 감안하여 공정거래위원회가 재량을 가지고 결정할 수 있다 할 것이고, 수개의 위반행위에 대하여 하나의 과징금납부명령을 하였으나 수개의 위반행위 중 일부의 위반행위만이 위법하지만, 소송상 그 일부의 위반행위를 기초로 한 과징금액을 산정할 수 있는 자료가 없는 경우에는 하나의 과징금납부명령 전부를 취소할 수밖에 없다.”고 판시하여 전부를 취소하는 판결을 선고하였다.⁴⁵⁾ 이에 반하여 수개의 징계사유 중 그 일부가 인정되지 않는다 하더라도 인정되는 타의 일부 징계사유만으로도 징계처분을 함에 족하다고 인정되는 경우에 원처분을 유지한다 하여 위법하지 않다고 본 판례도 있다.⁴⁶⁾ 생각건대 위반사유별로 위법 여부를 판단하되 하나의 사유가 위법하고 남은 사유만으로는 해당처분을 유지하기 어려울 때에는 전체로 위법한 것으로 평가하는 것이 타당하다고 할 것이다.

(2) 이른바 포괄적 처분 방식의 처리관계

형사상 포괄일죄란 수개의 행위가 포괄적으로 하나의 구성요건에 해당하여 단

45) 대법원 2004.10.14. 선고 2001두2881 판결

46) 대법원 1983. 4. 26. 선고 82누405 판결 ; 대법원 1989. 12. 26. 선고 89누589 판결

순히 하나의 죄를 구성하는 것으로, 수개의 행위가 결합하여 하나의 범죄를 구성하던가, 수개의 동종의 행위가 동일한 의사에 의하여 반복되든가, 또는 하나의 동일한 법익에 대하여 수개의 행위가 불가분적으로 접속, 연속하여 행하여지는 것 이므로 그 어떠한 경우임을 막론하고 구성요건에 해당하는 수개의 행위가 근원적으로 동종의 행위로서 그 구성요건을 같이 함을 전제로 하는 것이다.⁴⁷⁾ 이러한 포괄일죄의 법리가 행정법상 위반행위에 대하여도 적용할 여지가 있는지에 대하여 논의가 있는데, 특히 하나의 동일한 법익에 대하여 수개의 행위가 불가분적으로 접속, 연속하여 행하여지는 경우에 하나의 처분을 할 것인가의 문제이다.

이에 대하여는 공정거래법 분야의 부당공동행위에서 둘 이상의 경쟁제한적 합의가 형성되어 실행된 경우에 이를 전체적으로 하나의 공동행위로 발전시켜 온 바 있다. 공정거래위원회의 「과징금부과 세부기준 등에 관한 고시」에 의하면 “위반행위가 2일 이상 행하여지되 불연속적으로 이루어진 경우에는, 당해 위반행위의 유형·성격·목적·동기, 연속되지 아니한 기간의 정도와 이유, 위반행위의 효과, 시장상황 등 제반사정을 고려하여 경제적·사회적 사실관계가 동일하다고 인정되는 범위 내에서 이를 하나의 위반행위로 보아 마지막 위반행위의 종료일을 당해 위반행위의 종료일로 본다.”라고 규정(II.6.나.(2))하고 있다. 이에 대하여 위반행위의 판단기준을 제시한 것이라는 견해⁴⁸⁾와 위반행위의 단절 여부를 판단하는 기준에 불과하다는 견해⁴⁹⁾가 대립하고 있으나, 포괄적으로 하나의 위반행위로 보는 판단기준을 제시한 것으로 보는 것이 타당하다고 생각한다. 이는 경쟁법 제한행위의 특성상 시간 또는 시장의 변화에 따라 합의된 내용이나 수단 등의 구체적인 사정이 변화되면서 당초 의도된 경쟁제한적 효과가 발생하게 되는데 이러한 각각의 행위를 개별적으로 다루게 되는 경우에는 그 위반의 입증이나 제재수준을 결정하는 것이 어렵고 전체적으로 하나의 행위로 보아 법위반 여부를 판단하고 제재를 부과하는 것이 적절하다는 것이고, 만일 그렇지 아니하면 경쟁당국의 법집행의 실효성을 저하시켜 과소규제가 발생될 수 있다는 데서 나온 것이다.⁵⁰⁾ 대

47) 대법원 1985. 9. 24. 선고 85도1686 판결

48) 김철호, 전계논문, 270면.

49) 이호영, 전계논문, 6면.

50) 이를 ‘포괄적 단일 공동행위’라고 부르고 있다. 이호영, 전계논문, 30면.

법원은 이러한 법리하에서, “사업자들이 장기간에 걸쳐 수 회의 합의를 한 경우 그 수 회의 합의가 단일한 의사에 터잡아 동일한 목적을 수행하기 위한 것으로서 그것이 단절되지 않고 계속 실행되어 왔다면, 그 합의의 구체적인 내용 등에 일부 변경이 있었다 하더라도, 그와 같은 일련의 합의는 특별한 사정이 없는 한 전체적으로 1개의 부당한 공동행위로 봄이 상당하다.”고 판시하고 있다.⁵¹⁾ 하급심판결에서도 “위반사실이 영업의 방식이나 형태에 관한 것이라면 그 구성요건의 성질상 동종행위의 반복이 당연히 예상되는 위반행위이므로 일정한 기간 동안 운송사업자가 동일한 차량을 관리하면서 계속적으로 반복된 수개의 행위는 특별한 사정이 없는 한 포괄적으로 1개의 위반행위를 구성하는 것”이라고 판시하고 있다.⁵²⁾ 특히 하급심은 형사상 포괄일죄의 법리를 행정처분에 도입할 지에 대하여 명시하고 있는데, “포괄일죄의 개념은 행정처분에 있어서는 필연적인 것은 아니지만 실질적 법치주의와 행정처분의 상대방인 국민에 대한 신뢰보호 등의 견지에서 형사상의 포괄일죄의 개념을 차용하여 처분시를 기준으로 하여 그 이전의 위반행위에 대하여는 포괄하여 하나의 처분을 하는 것이 바람직한 점”이라고 하여 형사상 포괄일죄의 법리를 준용하여 별개의 처분을 한 점에 대하여 재량권 남용으로 위법하다고 판시하였다.⁵³⁾ 법무부의 해석사례에 의하면 “동종의 질서위반행위를 일정 기간 주기적으로 반복한 경우, 즉 동종의 법률상 의무 위반을 수회 반복한 경우 반복된 행위의 시간적·장소적 근접성, 단일한 의사에 따른 행위의사의 단일성과 침해된 법률상 명령규범 위반행위의 동일성에 따른 행위의 동일성이 인정된다면 포괄하여 하나의 행위가 있었던 것으로 평가할 수 있을 것이므로 1개의 질서위반 행위에 대한 1개의 과태료 규정을 적용하여야 한다”라고 하고 있어 같은 취지이다.⁵⁴⁾

이와 같이 판례등이 지적하고 있는바와 같이 수개의 행위가 동일한 의사나 방법 등에 의하여 수행될 때 행위자는 이를 하나의 행위로 인식하고 하나의 처분을 받을 것을 예상하고 있으며 행정청이 이를 하나의 행위로 간주하여 제재를 하며

51) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2007두3756 판결. 이 판결에 대한 평석으로는 김철호, 전계논문, 참조

52) 서울고등법원 2015.06.30. 선고 2014누71827 판결

53) 서울행정법원 2002. 1. 24. 선고 2001구20703판결(확정). 법률신문 2002.1.25. ‘행정사건에도 포괄일죄 개념 차용 재판’ 참조

54) 법무부, 전계 해설집, 172면.

라도 입법목적에 크게 위배되는 것은 아니라는 점에서 형사상 포괄일죄의 법리의 참고가 필요하다고 할 것이다. 그런데 형사법상으로는 포괄일죄를 인정할 경우에 피고인에게 유리하게 작용하지만, 행정법에서도 이와 같은 결과가 나온다고 단언하기는 어렵고 구체적인 사정에 따라 다를 것으로 본다.⁵⁵⁾ 만일 위와 같이 포괄일죄의 법리를 적용하여 하나의 처분을 행하는 것이 타당함에도 불구하고 수개의 위반행위로서 수개의 처분을 행한 경우에는 비례의 원칙을 위배한 재량권의 일탈·남용의 위법이 있다고 할 것이다. 따라서 포괄하여 하나의 위반행위에 해당됨에도 불구하고, 포괄적 위반행위에 속하는 위반행위¹에 대하여 처분한 다음 위반행위²에 대하여 별도의 제재처분을 할 수 없다고 보는 것이 타당하다.⁵⁶⁾ 이는 형사상 포괄일죄 법리에서 일부 행위에 대하여 판결이 확정된 경우 그 판결의 기판력은 나머지 범죄사실에 미친다고 보아 면소판결을 하여야 한다는 논리와 궤를 같이한다고 할 것이다.⁵⁷⁾ 대법원은 여객자동차 운송사업자가 법령위반의 영업을 처분사유로 삼는 감차명령 등의 제재처분을 받고 그 취소를 구하는 행정소송을 제기하여 그 처분이 실체적으로 위법하다는 이유로 처분취소의 확정판결을 받은 다음, 제재사유가 될 수 없다고 판결한 사유와 동일한 사유를 내세워 다시 제재처분을 한 것은 위 취소판결의 기속력이나 확정판결의 기판력에 저촉되는 행정처분을 한 것으로서 허용될 수 없다고 판시한 것이 그러한 취지이다.⁵⁸⁾

3. 수개의 위반행위에 대한 분리 처리관계

(1) 위반행위가 나중에 발견되어 처리하게 되는 경우

수개의 위반행위 중 하나를 나중에 발견하여 처리하는 경우가 있는데, 이 때 어떻게 처리할 지에 대한 명문의 규정이 없다. 동시처리원칙에 따라 분리처리는 형사상 사후적 경합범의 처리례를 적용하는 것이 타당할 것이다. 여기서 분리 처리가 가능한 경우는 하나의 위반행위에 대한 제재처분을 하고 난 후 나중에 당시의

55) 공정거래법상 위반행위의 단일성을 좀계 인정할수록 대체로 상대방에게 유리하다고 보는 견해도 있다(김철호, 전개논문, 277면).

56) 김철호, 전개논문, 280면.

57) 형사소송법 제326조 제1호.

58) 대법원 1992. 7. 14. 선고 92누2912 판결

위반사항을 알게 된 때라고 할 것이다.

현행법상 분리 처리관계에 대한 명문의 규정이 없으나 행정기관은 구체적인 사정에 따른 법령해석을 통하여 처리하고 있다. 처리관계에 대한 학설을 정리하자면 ①행정청의 주관적인 인지 여하에 따라 인지를 못한 경우에는 별개의 처리를 할 수 있다는 입장(주관설), ②행정청의 인지와 상관없이 동시에 처리할 때와 마찬가지 기준으로 처리하여야 한다는 입장(객관설)으로 구분할 수 있다. 구 기획재정부의 유권해석에 의하면 “국가계약법 시행규칙 제76조 제3항은 중앙관서의 장이 부정당업자의 수개 위반행위가 2 이상의 입찰참가자격 제한사유에 해당함을 인지한 경우라면 그 중 제한기간이 긴 하나의 제한처분만이 가능하다는 것을 의미하므로, 각각의 제한사유에 대하여 개별적 또는 순차적으로 제한처분을 하는 것은 가능하지 않다. 다만, 중앙관서의 장이 2 이상의 제한사유가 있음을 인지하지 못하였을 경우에는 같은 시기에 발생한 위반행위에 대하여 각각 제재하는 것이 가능할 것이며, 이러한 경우 제한사유에 해당함을 인지하는 즉시 제한처분을 하여야 할 것”이라고 하고 있는데,⁵⁹⁾ 주관설적인 입장이라고 할 것이다. 이와 같은 법령해석에 대하여, 행정청의 주관적 사정이 처분을 좌우하고 행정법관계의 안정성을 해치며 위반행위의 유무를 밝히지 못한 행정청의 책임을 부정당업자에게 전가시키고 있다는 문제점이 지적되고 있다.⁶⁰⁾

이에 대하여 객관설의 입장은 취하고 있는 것은 최근 대법원 판결이다. 대법원은 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행규칙」 제76조 제3항이 수개의 위반행위에 대하여 그 중 가장 무거운 제한기준에 의하여 제재처분을 하도록 규정하고 있는 사정에서 행정청이 입찰참가자격 제한처분을 할 때 그 전에 발생한 수개의 위반행위를 알았거나 알 수 있었는지 여부를 구별하여 적용기준을 달리 정하고 있지도 아니하므로 수개의 위반행위에 대하여 한 번에 제재처분을 받을 경우와의 형평성 등을 아울러 고려하여 1차 처분 전의 위반행위인 2차 위반행위에 대하여도 동규정을 적용하여야 하고, 결과적으로 2차위반행위에 대하여는 더 이상 제재할 수 없다고 판시하고 있다.⁶¹⁾ 동 판결에서 또한 “이 사건 규칙조항은

59) 김 철, “입찰참가자격제한처분 이후 그 이전의 위반행위를 들어 다시 처분할 수 있는지 여부 - 대법원 2014. 11.27. 2013두18964판결”, 대한변협신문 제529호, 2015.2.2.자, 13면. 재인용.

60) 김 철, 위 논문.

행정청이 입찰참가자격 제한처분을 한 후 그 처분전의 위반행위를 알게 되어 다시 입찰참가자격 제한처분을 하는 경우에도 적용된다”고 하여 이 해석이 동규정에 따른 것임을 밝히고 있다. 그런데 이 판결의 사실관계는 1차처분의 1차위반행위와 2차처분의 2차위반행위는 동일한 유형으로서 제한기준이 6개월로 동일하고, 1차처분시 제재기간을 감경하지도 아니하고 그대로 처분함으로써 추가로 제재할 여지가 없다고 보고 2차처분은 위법하다고 판단하였다. 그런데 만일 2차처분사유의 제한기준이 더 중하다고 한다면 위 시행규칙 조문에 의하여 1차처분에 더하여 추가로 제재할 여지가 남아 있는 것이므로, 이 경우에는 추가로 남은 기간만큼 제재를 할 수 있는지 의문이 있다. 학설⁶²⁾은 2차제재처분이 가능한 것으로 해석하고 있다. 판례는 위 대법원은 이를 명시하고 있지 아니하나 원심법원은 “새롭게 밝혀진 위반행위에 대한 제한기준이 종전 위반행위에 대하여 행하여진 입찰참가자격 제한의 기간보다 길다면 그 초과된 기간에 한하여 새롭게 밝혀진 위반행위에 대해 입찰참가자격제한처분을 할 수 있을 것”이라고 명시적으로 판시하고 있다.⁶³⁾ 생각건대 1차위반행위와 2차위반행위를 한 번에 제재하였다면 시행규칙의 규정에 따라 더 중한 2차위반행위에서 정한 제재기간에 따랐을 것으로 보이는 점, 만일 추가적인 제재가 불가능하다고 하면 부정당업자로서는 가능한 한 제재사유를 은폐하려고 할 것인 점, 이와 같이 처리하더라도 부정당업자에게 특별히 불리하다고 보이지 않는 점, 2차제재사유에 대하여는 처분을 하지 않은 것과 같은 결과가 되는 점 등을 종합하여 보면 1차처분에 비하여 2차위반행위의 제재기간이 초과된 기간만큼 추가제재가 가능하다고 해석하는 것이 합리적이라고 할 것이다. 이러한 결론은 사후적 경합법의 처리에 관하여 형법이 동시에 판결을 선고할 경우와 형평을 고려하여 그 형의 선고를 하되 다만 감경과 면제가 가능한 것으로 규정하는 취지와 동일하다고 할 것이다. 만일 2차처분시 1차처분 이전의 행위에 대하여 2차처분을 한 경우라면 위와 같은 처분기준을 위반하는 것이 되므로 이는 재량권을 일탈, 남용한 것으로 위법하다고 할 것이다.⁶⁴⁾

61) 대법원 2014.11.27. 선고 2013두18964 판결. 판례평석으로는 김철, 위 논문 참조
62) 김 철, 위 논문.

63) 서울고등법원 2013. 8. 21. 선고 2013누11583 판결

64) 서울고등법원 2007. 8. 29. 선고 2001누17113판결. (대판 2008.1.17.선고 2007두19287심불 기각).

(2) 위반사유가 처음에 인지하였음에도 불구하고 분리하여 처리하는 경우

수개의 위반사유가 존재한 사실을 처음부터 인지하였음에도 불구하고 분리하여 처리하는 것은 처분의 자의적 행사이고, 상대방의 신뢰를 저해하고 하나의 처분을 할 것을 두 개의 처분으로 함으로써 행위에 상응한 책임이 부여되어야 하는 비례의 원칙 위배하는 것으로써 재량권의 일탈, 남용으로서 위법하다고 할 것이다. 앞서 본 구 기획재정부의 유권해석이 이러한 입장이라고 할 것이다.

(3) 수개의 위반행위가 각각 다른 법률에 근거하거나 소관행정청이 다른 경우

현행 개별법의 처분기준은 해당 법률 내에서 수개의 위반행위가 발생했을 경우의 처리관계를 규정한 것이고, 「질서위반행위규제법」의 규정은 과태료 병과의 경우에만 적용되므로, 결국 아무런 규정이 없는 것이 된다. 기술한 바와 같이, 다른 법률 또는 소관청의 위반사항을 알기는 어려우므로, 병과 이외에 다른 가중이나 흡수방식을 채택하기는 곤란하다고 할 것이다. 질서위반행위의 경우 과태료를 병과하도록 한 취지도 각 개별법에 위반사항을 알기 어려워 과태료의 신속한 확정과 집행을 위하여 불가피한 것으로 보고 있다.⁶⁵⁾

(4) 수개의 위반행위 중 하나는 형벌에 해당하는 경우

수개의 위반행위 중 일부가 형벌에 해당되는 경우 그 적용관계에 대하여 규정이 없다. 이에 대하여 하나의 처분(또는 형벌)을 하여야 하는지, 아니면 각 처분과 형벌을 병과하여야 하는지 논의가 가능하지만, 수개의 위반행위가 각각 처분과 형벌의 대상이 된다면 특별히 양자 사이의 경합을 인정할 필요성은 없는 것으로 보인다.

4. 수개의 위반행위에 대한 가중처분이 있는 경우

1차 위반행위에 대한 처분이 있고, 2차 위반행위가 발생한 경우에는 가중처분

65) 법무부, 전계 해설집, 36면.

을 하는 경우와 같이 위반행위가 순차적으로 발생되고 각 처분이 가중되는 경우가 있다. 이 때 1차 위반행위에 대한 1차처분을 하고 2차 처분을 하게 되는데, 그 2차처분의 대상이 되는 위반행위가 1차 위반행위 발생 이후이지만 1차 처분을 하기 전에 발생된 경우에 이를 어떻게 처리하여야 하는지 아무런 규정을 두고 있지 않다. 이러한 가중처분은 1차 처분을 받고도 동일한 유형의 위반행위를 함에 대한 비난가능성이 높으니 2차위반에 대한 가중처분을 하자는 취지이다. 따라서 2차 위반행위에 대한 비난가능성이 높아야 되는 것은 적어도 1차처분 이후의 발생이 있어야 하는 것이다. 이에 대하여 법제처는 가중된 행정처분을 부과하려면 해당 위반행위는 그 처분일 이후에 발생한 것으로 보는 것이 상당하다고 해석하고 있다.⁶⁶⁾ 「응급의료에 관한 법률 시행규칙」 별표 18 제1호나목에서는 위반행위의 횟수에 따른 행정처분의 기준은 최근 1년 동안 같은 위반행위로 행정처분을 받을 경우에 적용하고, 이 경우 기준 적용일은 위반행위에 대하여 행정처분을 한 날과 그 행정처분 이후 다시 같은 위반행위를 하여 적발된 날을 기준으로 하여 위반행위 횟수를 계산한다고 규정하고 있는데 같은 취지라고 할 것이다. 또한 법제처는 소방시설관리사가 「소방시설 설치·유지 및 안전관리에 관한 법률」 제25조의 위반[A(2010. 6. 11.)]으로 적발(2011. 1. 12.)되어 그 위반행위에 대해 행정처분(2012. 11. 12.)이 있은 후 1년 이내에 같은 규정의 위반[B(2012. 11. 1.)]이 적발(2012. 12. 1.)되었는데, 그 위반한 날이 A위반행위가 적발된 후이면서 A위반행위에 대한 행정처분 전인 경우에, 같은 법 시행규칙 별표 8 제1호다목에서 정하는 위반행위의 차수에 의한 행정처분이 적용될 수 없다고 해석하고 있다.⁶⁷⁾

또한, 가중처분의 경우 위반행위의 산정기간은 최근 1년간 같은 위반행위로 처분을 받은 경우에 적용하는 경우가 많다. 이 경우 행정처분기준의 적용은 같은 위반행위에 대하여 최초로 행정처분을 한 날과 그 행정처분 후 다시 적발한 날을 기준으로 하고 있다.⁶⁸⁾ 따라서 산정기간이 지난 이후에 발생된 위반행위에 대하여는 수개의 위반행위를 적용하지 못하게 된다.

66) 법제처 2014. 10. 14. 회신 14-0500, 14-0602, 14-0603 해석례 ; 법제처 2013. 11. 13. 회신 13-0381 해석례 등 참조

67) 법제처 13-0381, 2013. 11. 13., 소방방재청

68) 「주택법 시행령」 제18조제1항 <별표1>

5. 처리순서의 문제

형벌을 적용함에 있어서는 형법상 가중·감경의 순서(제56조⁶⁹⁾)에 따라 가중·감경을 한 후 그 처단형의 범위내에서 형의 종류를 선택하고 선고형을 결정하게 되는 반면에, 행정법에는 이러한 적용순서가 법정되어 있지 아니하여 혼란이 발생되고 있다.⁷⁰⁾ 가중과 감경, 경합처리의 순서를 어떻게 적용하느냐에 따라 그 결과가 달라짐은 물론이다. 예를 들어 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」상 입찰참가자격제한조치(제27조)와 과징금(제27조의2)의 경우에, 과징금은 입찰참가자격제한조치에 갈음하는 처분인데 수개의 위반행위가 있는 경우에 처리순서를 어떻게 정할 것인가 문제된다. 동 시행규칙에 의하면 수개의 위반행위에 대하여는 가장 길게 규정한 제한기준에 따르도록 되어 있는데(제76조 <별표2> 제1호나목) 동 규칙에 따라 처분을 하게 되면 결과가 달라진다. 즉 제1방식은 위반행위1과 위반행위2를 비교하여 위반행위2가 중한 것이면 이를 적용하고, 그에 대체하여 과징금을 부과하는 방식이고, 제2방식은 위반행위1은 과징금을 적용할 수 있는 것이고, 위반행위2는 과징금을 적용할 수 없는 경우에는 위반행위1에 대하여는 과징금, 위반행위2에 대하여 입찰참가자격제한처분을 병과하거나, 아니면 위반행위1에 대하여도 입찰참가자격제한처분을 선택하여 중한 위반행위로 처벌하는 방식을 말한다. 형법의 법령적용순서를 참조하면 먼저 법정 제재처분의 경중을 비교한 다음 그 이후에 처분의 종류를 선택하는 제1방식이 보다 합리적이라고 할 것이다. 따라서 처분의 처리 순서에 따라 결과가 달라지는 것을 방지하기 위한 명문의 규정이 필요하다고 할 것이다.

69) 제56조(가중감경의 순서) 형을 가중감경할 사유가 경합된 때에는 다음 순서에 의한다. 1. 각 칙 본조에 의한 가중, 2. 제34조제2항의 가중, 3. 누범가중, 4. 법률상감경, 5. 경합법가중, 6. 작량감경

70) 예컨대, 국가계약법시행규칙 <별표2> 부정당업자의 입찰참가자격 제한기준에 의하면 제1호 일반기준에서 가중규정(가목), 실체적 경합규정(나목), 감경규정(다목)이 규정되어 있으나, 이들 사이에 처리순서가 명시되어 있지 아니한 문제가 있다.

V. 결론-입법론을 중심으로

행정법상 수개의 위반행위가 있는 경우 그 처리관계 또는 하나의 위반행위가 수개의 법규에 해당되는 경우의 처리관계를 정하는 것은 법치행정의 원리, 중복제재금지 및 신뢰보호의 원칙, 행정의 합목적성과 실효성 제고를 위한 재량행위의 통제의 관점에서 필요하다. 현행법으로는 「질서위반행위규제법」과 개별법의 일부 규정이 있을 뿐, 이를 통합적으로 적용하거나 준용할 명문의 규정이 존재하지 않는다. 「질서위반행위규제법」은 질서위반행위의 처리관계를 규정한 것인만큼 그 법률상 한계가 분명하고, 다만 동법이 규정하고 있는 수개의 위반행위의 처리관계는 행정상 수개의 위반행위 처리관계 설정에 참고가 될 만하다. 또한 개별법이 규정하고 있는 처리관계는 해당 법률 내에서는 효력을 가지는 것으로 그 자체로 한계를 가지고 있으며, 한편으로는 각 개별법이 취하고 있는 처리관계가 통일성이나 정합성을 띠고 있지 아니하여 공통적으로 적용한 기준을 정립하는 것이 필요하다. 다만 이러한 처리관계를 고안할 때, 형사법상의 죄수론을 참고는 하되 그대로 차용하는 것은 지양하여야 한다. 형사법과 행정법상 과별체계의 본질과 내용이 크게 다르기 때문이다. 따라서 다음과 같은 입법적 제안을 하고자 한다.

1) 다른 위반행위의 존재 확인을 위한 절차 신설

근거법률이 다르거나 또는 소관행정청이 다른 경우에 상대방이 현재 어떠한 위반행위를 하여 처분절차 또는 형별절차가 진행되는지 파악하기 어려우므로, 행정처분 절차 진행시에 다른 위반행위에 대한 처분절차 또는 형별절차의 진행 여부를 반드시 문의하도록 하는 절차가 필요하다.

2) 상상적 경합관계의 처리

첫째 하나의 행위가 수개의 행정법을 위반하는 경우에는 처분의 경중이 판단 가능한 경우에는 흡수주의를 원칙으로 하고, 경중 판단이 불가한 경우에는 병과를 하되 2분의1만 병과하도록 한다.

둘째 하나의 행위가 행정법위반과 형별에 해당하는 경우에는 형별은 행정제재보다 중한 것이므로 형별만을 적용하는 것을 원칙으로 하고, 다만 행정제재를 먼

저 한 경우에는 형벌에서 이를 참작하여 감면하도록 한다.

3) 실체적 경합관계의 처리

첫째 동시처리를 원칙으로 하고, 1차처분 이후에 나중에 위반사유를 발견하는 경우에는 추가로 처분하는 것으로 한다. 다만 이때에는 동시에 처리할 때의 기준을 적용하여야 한다.

둘째 처리기준에 대하여 보면, ① 동일한 법률내의 위반행위가 경합하는 경우에는 형법상 경합범 처리례를 준용하여 흡수주의, 병과주의, 가중주의를 혼합하여 적용한다. 다만 처분의 경중을 판단하기 어려울 때에는 병과주의에 의한다. ② 다른 근거 법률 또는 소관행정청의 위반행위에 대하여는 병과주의에 의한다.

셋째 행정상 포괄적 처분 법리의 채용으로서, 하나의 동일한 법익에 대하여 수개의 행위가 불가분적으로 접속, 연속하여 행하여진 경우에는 하나의 처분을 한다.

넷째 수개의 위반행위에 대한 가중처분이 있는 경우에는 1차위반행위와 1차처분 이후에 발생한 2차 위반행위에만 2차처분을 적용하도록 한다.

다섯째 처리순서에 대하여 보면, 먼저 경중 비교를 한 다음 처분의 종류를 선택하여 처분하여야 한다.

4) 입법방식에 대하여 보면, 위와 같은 사항을 행정절차법의 처분 관련 사항으로 규정하는 것이 타당하다. 개별법은 행정절차법의 내용을 적용하기 곤란한 경우에만 특별한 규정을 둘 수 있을 것이다.

■ 참고문헌

- 강문수, 「행정처분기준 정비방안 연구 종합보고서(2006년-2008년)」, 한국법제연구원, 2008
- 김남철, 「행정법강론」, 제3판, 박영사, 2016
- 김동희, 「행정법 I」, 박영사, 2016
- 김재광·최철호·강문수, 「행정처분기준 정비방안 연구(I)」, 한국법제연구원, 2006
- 박균성, 「행정법강의」, 제15판, 박영사
- 박재윤(집필대표), 「주석 형법」, 2011.11.30. (제2판)
- 정하중, 「행정법개론」, 제12판, 법문사, 2018
- 한경우, 「현대행정법신론1」, 세창출판사, 2014
- 법무부, 「秩序違反行爲規制法과 各國의 立法例」, 2005
- 법무부, 「질서위반행위규제법 해설집」, 2012
- 김승대, “이중처벌 금지원칙에 대한 현법해석의 재검토”, 공법연구 제35권 제4호, 2007
- 김재광, “과태료제도와 관련한 법적 문제”, 경희법학 제52권 제2호, 2017
- 김 철, “입찰참가자격제한처분 이후 그 이전의 위반행위를 들어 다시 처분할 수 있는지 여부- 대법원 2014. 11.27. 2013두18964판결”, 대한변협신문 제529호, 2015.2.2.
- 김철호, “공정거래법상 위반행위의 단일성과 개수”, 경제법판례연구, 제7권, 법문사, 2011
- 김현준, “數人の 警察責任者”, 공법연구, 제35집 3호, 2007
- 오준근, “음주운전으로 인한 자동차 운전면허 취소처분의 행정법적 주요 쟁점 - 대법원 2018. 2. 28. 선고 2017두67476 판결 -”, 법조, 제67권 제3호, 2018
- 이상만, “음주운전에 의한 복수 운전면허취소처분 판례의 문제점과 관련법제의 개선방안”, 흥의 법학 제19권 제2호, 2018
- 이호영, “공정거래법상 소위 ‘포괄적 단일 공동행위’ 법리에 관한 연구-EU 경쟁법상 ‘계속적 단일 위반행위’ 법리와의비교를 중심으로”, 사법, 제1권, 사법발전재단, 2017
- 장교식, 行政處分基準의 立法的 整備方案에 관한 研究 : 道路交通法領上의 行政處分基準을 中心 으로, 토지공법연구, 제38권, 2007
- 정형근, “질서위반행위규제법에 대한 고찰”, 외법논집 제33권 제3호, 2009
- 최수희, “공동행위의 수와 기본합의의 의미에 대한 소고 - 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008두 16421 판결”, 경제법 판례연구 6권, 법문사, 2010
- 최철호, “행정처분기준설정의 법적 쟁점에 관한 연구 : 식품위생법상의 행정처분기준을 중심으로”, 토지공법연구, 제39권, 2008

투고일자 2018. 11. 30 심사개시일자 2018. 12. 05 게재확정일자 2018. 12. 17

Hongik Law Review, Vol. 19, No. 4(2018)

【ABSTRACT】

Disposition standards for several violations in administrative law

Hwang, Chang-Geun

Disposal relationships where there are several violations or where one offence falls under several laws under administrative law are partially defined by "Act on Regulation of Violations of the public Order" and individual laws. However, the "Act on Regulation of Violations of the public Order" defines only the treatment relationship between violation of public order and violation of public order. However, the relationship between handling a number of violations, as defined by the same law, can serve as a reference to establishing a number of violations in the administration. In addition, the treatment relationships prescribed by the individual Act have limitations in their own right because they have an effect within the Act, while the treatment relationships taken by each individual law do not have uniformity or coherence and it is necessary to organize the standards to apply in common. However, considering the nature of administrative law relations, it should be avoided to borrow the theory of numbering crimes under criminal law.

Therefore, I would like to make some legislative proposals. First, a process for

identifying the existence of other offences should be established, Second, we need to create a unified basis for dealing with crimes of conceptual concurrence. Third, in dealing with the essential concurrent offenses, we use the principle of concurrent processing in the same law. Fourth, when several acts have been performed in an indistinguishably consecutive manner, comprehensive disposition is introduced for one action. Fifth, we need to discuss the order of disposal. Finally, it is appropriate to prescribe such legislation as matters related to the disposition of the Administrative Procedure Act.

Key words : several violations, disposition standards, theory of numbering crimes in administrative law, comprehensive disposition in administrative law, conceptual concurrence, multiple offences, Act on Regulation of Violations of the public Order