

行政罰에 있어서의 「正當한 理由」에 관한 小考

南 勝 吉*

<目 次>	
第一章 序 論	第三章 行政罰과 過失犯의 處罰
第二章 行政罰과 正當한 理由	

第一章 序 論

行政罰(Verwaltungsstrafe)이란, 行政法規에 의한 또는 行政法規에 基해서 行해진 行政行爲에 의한 義務(命令・禁止)에 위반했을 때, 그 위반에 대한 制裁로서 一般統治權에 의거해서 과하는 處罰을 말하며, 이러한 行政罰의 대상이 되는 非行을 行政犯(Verwaltungsdelikt)이라 한다.

行政法規는 行政目的의 실현을 위하여 국민에게 각종의 義務를 과함과 동시에, 義務를 違反하는 때에는 制裁를 과함으로써 그 實效性을 확보하고 있는데, 罰則의 뒷받침이 없는 行政法規는 일종의 不完全法規라 해도 過言이 아닐 것이다.¹⁾

行政法規의 實效性을 확보하는 제도에는, 直接的으로 義務의 履行을 強制하는 行政上強制執行제도도 있고, 公表・供給拒否 등과 같은 특수한 제도도 있는데, 行政罰은 직접적으로는 과거의 義務違反에 대한 制裁의 의미를 가지고 있으나, 處罰을 한다는 심리적 압박을 加하여 간접적으로 義務의 履行을 促進・強制하는 수단으로서의 意義도 가지고 있다.

* 警察大學, 法博, 公法

1) 李世薰, 行政刑罰의 現況과 그 定立基準에 관한 考察, 法制月報, 51(1974.12), 64面 參照.

이러한 行政罰에는 行政上 秩序罰도 있고, 行政上 秩序罰의 대상이 되는 非行을 秩序犯이라 부르는 수도 있으나, 行政上 秩序罰은 刑罰이 아닌 過怠料로 處罰하는 경우로서, 그 對象인 非行은 단순히 行政上의 秩序를 문란케 한 義務怠慢, 즉 行政에 協助를 게을리 한 行爲에 불과하고 法益을 侵害하는 反社會的인 行爲로서의 ‘犯罪’이라고는 — 嚴格한 意味에서는 — 할 수 없다.

그러므로 行政上 秩序罰로서의 過怠料에는 刑法總則이 適用되지 않음은 물론, 특별한 규정이 없는 한 主觀的 要件으로서의 故意·過失도 必要없으므로²⁾ 犯意問題로서 違法性的의 認識내지 正當한 理由의 問題를 論議할 必要도 없다.

그러나 刑罰, 즉 刑法上 處罰인 死刑·懲役·禁錮·資格喪失·資格停止·罰金·拘留·科料·沒收을 과하는 行政刑罰 내지 그러한 行政刑罰이 과해지는 行政犯의 경우에는, 刑法上의 刑罰으로써 處罰을 하고 刑罰의 對象인 非行을 法益을 侵害하는 反社會的 行爲로서의 犯罪인 경우이므로 故意·過失이라는 主觀的 要件이 必要하며, 違法性的의 認識이 있어야 故意가 成立하는가, 즉 錯誤으로써 違去性的의 認識이 없는 경우〈正當한 理由가 없는 경우〉, 犯意 問題를 어떻게 處理할 것인가 하는 것이 問題가 된다.

行政刑罰의 경우, 그 처벌 수단은 刑罰이므로, 刑罰에 대한 通則인 刑法總則이 특별한 규정이 없는 한 — 行政刑罰(行政犯)에도 적용되어야 한다(刑法 제8조) 여기의 형법총칙을 배제할 수 있는 「특별한 규정」의 意味에 관하여는 학설이 대립되지만, 직접 또는 간접의 明文規定에 한한다고 보아야 할 것이다.

2) 大決 1969.7.29(69 마 400); 1982.7.22(82 마 210)

; 金南辰, 行政法〈訂正增補版〉, 華學社, 1981.327 面

; 金道昶, 一般行政法論(上), 〈新稿 第3全訂版〉, 靑雲社, 1989, 409 面 參照

; 金伊烈, 最新行政法學(上), 進明文化史, 1986, 275 面

; 朴鉉炳, 最新行政法講義(上), 〈改正版〉, 國民書館, 1989, 408 面

; 徐元宇, 現代行政法論(上), 博英社, 1988, 608 面 參照

; 尹世昌, 行政法(上), 〈第二全訂版〉, 博英社, 1987, 319 面 參照

; 李尙圭, 新行政法論(上), 〈新訂版〉, 法文社, 1989, 457 面 參照

왜냐하면, 明文規定 없이 형법 총칙을 배제하여 行爲者에게 不利益을 주는 것은 成文法主義를 내용으로 하는 罪刑法定主義에 反하기 때문이다.

行政犯과 刑事犯은 그 實質을 고려해 볼 때 法定犯·自然犯의 성질상 차이를 인정할 수 있지만 그것은 절대적인 것이 아니고 相對的인 것에 불과하다. 따라서 行政犯이 法定犯이라는 特性을 지나치게 強調하여, 明文規定이 없는 데도, 「條理」를 내세워 형법 총칙을 배제하는 것은 違憲의 문제까지도 야기할 수 있다.

형법 총칙중에 규정되어 있는 刑法 제 16 조는 刑事犯에 관한 法律의 錯誤(違法性의 認識이 없는 경우)에 관하여 규정을 하고 있는데, 이 규정도 明文規定이 없는 한 行政犯(行政刑罰)에도 적용되어야 한다.

따라서 行政刑罰(行政犯)의 犯意에 관한 문제에 있어서 違法性의 認識(法律의 錯誤)문제도 — 刑法 第 16 條를 배제하는 특별한 규정이 없는 한 — 刑法 제 16 조에 의하여 해결되어야 한다.

刑法 제 16 조는 「自己行爲가 法令에 의하여 罪가 되지 아니하는 것으로 誤認한 行위는 그 誤認에 正當한 理由가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다」고 규정하고 있는데, 그 뜻은, 違法性의 認識이 없을 때에 正當한 理由가 있으면 벌하지 아니하나, 正當한 理由가 없으면 故意犯으로 처벌한다는 뜻이다 <情狀에 의한 責任減輕은 가능하다>.

따라서 行政犯(行政刑罰)에 있어서도 違法性의 認識이 없는 경우 正當한 理由가 없으면 <違法性의 認識可能性이 있으면> 故意犯으로 처벌된다고 보아야 할 것이다 <다만, 刑을 減輕할 수는 있다>.

行政犯은 法定犯이므로 刑事犯과는 달리 違法性의 認識이 있어야 故意가 成立한다고 보는 전통적 견해는 재검토되어야 할 것이다.

行政刑罰(行政犯)의 경우에도 刑事犯과 같이 違法性의 認識이 없는데 대하여 正當한 理由가 있으면 벌하지 아니하는데, 正當한 理由의 판단에 있어서, 行政犯이 法定犯이라는 特性을 고려해야 할 것이다.

行政犯이, 그 反社會性이 法規에 의하여 創造되는 法定犯이라는 특성은 다음과

같은 서로 모순된 兩側面으로 나타난다. 行政目的의 違反등 국가적 측면에서보면 違法性의 인식이 없어도 처벌해야 필요성이 刑事犯의 경우보다 크지만 <關稅法 등에서는 형법 제 16 조를 배제하여 정당한 이유의 有無를 불문하고 처벌한다>, 행위자의 입장에서 보면 刑事犯의 경우보다도 違法性의 인식 가능성이 적다.

正當한 이유의 판단은 구체적 사건에 있어서 행위당시의 모든 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하는데, 刑事犯의 경우보다 정당한 이유의 인정범위를 좁혀서는 안될 것이다.

행정목적의 달성 등을 위해서 처벌의 필요성이 큰 경우에는 明文規定을 없이 刑法 第 16 條를 배제하는 등 立法的인 해결을 해야 할 것이며, 그러한 경우가 아닌 解釋論에 있어서는 法政犯인 行政犯의 경우는 違法性의 인식가능성이 적으므로, 형사범에 비하여 「正當한 理由」의 인정 범위가 넓어져야 할 것이다.

行政刑罰에 있어서 違法性의 認識이 없어도 故意는 成立하는데, 즉 正當한 理由가 없을 때에 故意犯으로 처벌되는데, 이 正當한 理由의 인정에 있어서 위와 같이 行政犯의 특성을 고려하는 것이, 成文法主義・罪刑法定主義에 反하지 않으면서 <明文規定 없이는 刑法總則을 배제하지 아니한다> 相對的인 法定犯인 行政犯의 특성을 가장 合理的으로 고려하는 방법이라고 본다.

이와 같이 볼 때, 大法院 判例에도 의문나는 판례가 적지 않으므로 앞으로 바람직한 방향으로 定立될 것이 요망된다 할 것이다.

第二章 行政罰과 正當한 理由

앞에서 본 바와 같이, 行政罰에 있어서의 正當한 理由는 刑事犯의 경우보다 그 인정 범위가 넓어져야 할 것이나, 구체적으로 어떠한 경우에 正當한 理由를 인정할 것인가에 관하여는 많은 論議가 있다.

「正當한 理由가 있는 때」라는 것은

外國의 立法例에서 말하는 「상당한 理由가 있는 때」¹⁾ <日本의 1940年 刑法 假案 11 조 ②항>, 「非難할 수 없는 때」 <오스트리아 刑法 9 조 ①항>, 「避할 수 없는 때」²⁾ <독일 刑法 17 條>, 「容恕할 수 있는 때」 <희랍 刑法 31 條 ②항>과 같은 뜻이라³⁾ 할 수 있는데, 이에 관해서는 「過失이 없는 때」⁴⁾, 「過誤가 없는 때」 또는 「社會通念上 行爲者에게 그러한 錯誤가 없기를 期待하기 어려운 경우 혹은 違法性의 認識을 期待하기 어려운 경우」⁵⁾, 「歸責 不可能」한 때, 社會通念上 <혹은 社會倫理 내지 社會常識에 비추어> 無理가 아니라고 <있을 수

- 1) 權文澤, 前掲論文, 70 面
; 廉政哲, 前掲書, 376 面
; 鄭盛根, 前掲書, 464 面
- 2) 李在詳, 前掲書, 233 面
- 3) 金鍾源, 前掲論文, 69 面.
- 4) 沈在宇, 禁止錯誤와 違法性의 認識, 考試界, 1979.5.15 面.
; 白南暉, 刑法總論(改訂版), 法文社, 1960, 15 面
; 南興祐, 前掲書, 193 面; 朴三世, 前掲書, 258~259 面 參照
; 李建鎬, 刑法學概論, 高麗大學校出版部, 1964. 174 面 參照
; 柳兼震, 刑法概論, 受驗社, 1966, 138 面
; 劉基天, 前掲書, 230 面
- 5) 黃山德, 前掲書, 210 面
; 李建鎬外, 新稿 刑法總論, 大旺社, 1981, 266 面
; 大判 1971.10.12 <71도 1356> 參照
; 大判 1972.3.21 <72도 64> 參照

있는 것이라 > 인정될 때」등⁶⁾ 여러 가지로 설명하고 있으나, 表現의 차이에 불과하고 결국은 거의 같은 뜻이라 할 것이다.

구체적으로 어떠한 경우에 正當한 理由가 있다고 인정할 것인가는 行爲 當時의 諸事情을 종합적으로 考察하여 구체적으로 판단하여야 하나 結局은 法院의 判決을 통해 具體化될 수 밖에 없을 것이다.⁷⁾

學者에 따라서는 辯護士, 判事, 檢事, 法學者등 法律專門家の 意見, 忠告를 받은 경우, 천재·지변 등으로 法令을 모른 경우등을 예로 들기로 한다.⁸⁾

여기의 「正當한 理由」는 독일에서 「不可避性」과 같은 뜻이므로, 正當한 이유의 有·無를 판단하는 구체적인 척도를 정립하는 데 있어서는 回避 不可能·可能에 관한 독일의 학설·판례가 참고가 될 수 있는데,⁹⁾ 독일에서는 다음과 같이, 違法性의 認識이 없는 禁止錯誤(法律의 錯誤)가 있는 경우 그것이 회피 불가능했는가 또는 可能했는가 여부에 관하여 많은 논의가 있다.

행위자에 대한 責任非難은 행위자가 違法性을 인식할 수 있었음에도 불구하고 인식하지 못하였을 때에 비로소 가능한 것이므로, 자신의 구체적인 行爲에 대한 違法性의 認識 可能性은 禁止錯誤에 있어서 회피가능성의 전제가 됨과 아울러 그 본질에 해당한다고 볼 수 있다.¹⁰⁾

6) 南興祐, 前掲書, 193面; 鄭榮錫, 前掲書, 200面 參照

; 黃山德, 刑法 第16條에 있어서 正當한 理由, 法學, 1.1 <1959.6>, 103面

; 牧野英一, 刑法改三案評論, 警察研究, 6-3, 12~13面

7) 金鍾源, 前掲書, 518面; 裴榮鐸, 違法性의 認識과 禁止錯誤, 法政 1973.1, 530面

; 金鍾源, 前掲論文, 69面; 李燭國, 前掲書, 427面 參照

; 金鍾源, 刑法 第16條에 關하여, 法政, 1962.1, 69面

; 白南禧, 前掲書, 231面 이하

8) 李燭國, 前掲論文(下), 142~144面 參照: 同, 前掲書, 427面 參照

; 廉政哲, 法律의 錯誤, 司法行政, 1967.7, 97面

9) 李燭國, 前掲書, 427面 參照

10) *ibid*; Vgl. Rudolphi, SK, S.92f

물론 이 경우 違法性에 대한 인식 가능성은 事實上的의 가능성과 規範的 期待可能性의 산물이라 할 수 있다.¹¹⁾

(a) 責任說에 따른 회피가능성

가 判 例

서독의 판례¹²⁾는, 행위자가 그에게 기대된 良心의 긴장 (Anspannung des Gewissens)을 하였더라면 행위의 違法性을 알 수 있었는가 여부를 기준으로¹³⁾ 판단하려고 한다.

행위자는 그 행위의 法的 문제를 검토하고, 그에 대하여 의문이 있는 경우에는 深思熟考 (Nachdenken)나 照會 (Erkundigung)를 해야 한다고 본다.

그러나, 이러한 판례의 태도에 대하여는 회피 불가능 <不可避性・正當한 이유>의 인정 범위가 너무 좁다고 하여¹⁴⁾ 많은 비판이 있다.

그리고 그 후의 판례¹⁵⁾는 「기대 가능한 양심의 긴장」을 확대하여, 행위자의 故意를 정하려고 한다. 즉, 행위자는 자기의 행위에 대한 適法性・違法性을 판단함에 있어서, 그의 모든 認識能力과 倫理的인 價値觀을 투입하여야 한다고 하여, 過失犯의 경우보다도 더 높은 정도의 긴장을 요구하였다.¹⁶⁾ 그 이유는, 구성요건은 위법성을 징표하기 때문에 구성 요건적 사실을 인식한 이상, 행위자는 그 행위의 適法性을 특별히 심사해야 한다고 한다.¹⁷⁾

11) 金日秀, 前掲書, 675面

12) BGHSt 2, 201.

13) 개개인의 생활영역, 직업영역, 기타 모든 정황이 고려되어야 함은 물론이다.

14) Vgl. Blei, Strafrecht, AT, 18 Aufl, 1983, S.203

; Schönke/Schröder/Cramer, a, a, O., §17 Rn. 13 (S. 246).

15) BGHSt 4, 5.

16) Vgl. BGHSt 4, 237 ; 21, 20.

그러나 학자들 중에는 회피가능성의 판단에 있어서의 심사의구와 과실범에 있어서의 심사의무를 같은 기준 (양심의 긴장)으로 보는 학자도 있다 (Jescheck, a. a. O, S.370).

17) BGHSt 4, 236.

그리하여 回避可能性을 「 그 내용 및 범위에 있어서 過失의 정도를 초과하는 審査 및 照會義務 (Prüfung und - Erkundigungspflicht) 위반 」이라고 하기도 한다. 18)

그러나 法定犯인 行政犯의 경우에 잘 나타나듯이 구성요건의 요소에 대한 인식이 바로 違法性的의 인식으로 연결될 수는 없는 것이다. 만약 그렇게 연결될 수 있다면 違法을 인식하기 위하여 아무 특별한 주의도 필요로 하지 않을 것이다. 19)

⊕ 學 說

서독의 학설은, 직접적으로 違法性的의 認識可能性에 착안하여 자기 행위의 違法性 (法的 禁止) 에 대하여 생각할 계기 (Anlaß) 가 현존해야 回避可能性을 판단할 수 있다고 한다.

이 계기를 어떻게 파악할 것인가에 대하여는 다시 견해가 갈라진다.

1) 심리적 계기

행위자가 자기가 하려는 행위의 適法性에 대하여 약간의 의문을 품었을 때 비로서 違法 (不法) 에 대하여 생각할 계기가 주어진다고 보는 견해이다. 20)

그러나, 法無關心의 태도나 敵法的 태도 때문에 違法 (不法) 에 대하여 아무런 의문을 품지 못한자가, 자기 행위의 適法性을 검토하고도 違法한 행위를 한 자보다 항상 우대되어야 한다는 것은 刑事政策的으로 타당하지 못하다. 21)

2) 규범적 계기

犯罪 (法規範) 의 公知의 정도 등에 따라 違法性 認識의 계기를 구별해야 한다는 입장으로, 22) 선량한 풍속에 관한 또는 경험상 法的으로 규율된 영역

18) BGHSt 21, 18.

19) 金日秀, 前掲書, 677 面 參照.

20) Horn, Verbotsirrtum und Verwerfbarkeit, 1969, S. 105.

21) 金日秀, 前掲書, 677 面 參照

22) 따라서 法定犯인 行政犯의 경우에는 刑事犯과는 다른 척도로 판단해야 한다.

Vgl. Jescheck, a. a. O., S. 370.

(예컨대 행위자의 직업 영역)에 관한 범죄의 경우에는, 適法性 판단에 있어서 특별히 신중했어야 하므로 대체로 回避可能한 (정당한 이유가 없는) 경우가 된다고 본다.

이러한 입장에 대하여는, 構成要件의 故意가 행위자에게 특별히 중한 요구를 할 수 있는 증거점이 될 수 없고, 행위자가 특별히 신중했어야 했다면 그것은 犯罪를 저지르거나 않을까 하는 일반적 두려움에 상응하는 것이라고 비판하기도 한다.²³⁾

위에서 본 입장 외에도, 行爲의 違法性を 어떤 형태로든 暗示해 주고 또 責任意識 있는 사람(假想的인 平均人)이라면 그 행위의 法的 성질을 알 수 있는 근거를 주는 사정이 違法性 認識의 계기라고 보는 說도 있다.²⁴⁾

이 說은, 위법성 인식의 계기를 위와 같이 넓게 파악함으로써 回避可能性을 일반적으로 인정하게 될 위험을 피하기 위하여 개개 사례의 세분화를 시도하여 다음과 같은 경우에는 違法性を 인식할 만한 계기가 있다고 본다.

i) 行爲者가 그 行爲의 適法性에 대하여 의문을 품었을 때.

ii) 行爲者가 그 행위와 유사한 어떤 행위의 違法性を 긍정하는 법률이나 판결, 또는 자격있는 제 3자의 견해에 관하여 들었을 때.

iii) 행위자가 그 행위의 反社會性·反道德性を 알거나, 그 행위 영역에 법적 규제가 있다는 사실을 알았을 때

그러나 이 說에 대하여는 「責任 意識있는」사람이라는 척도를 끌어들이므로써, 責任을 행위자의 能力에서 판단하지 않고 假想的인 平均人의 능력에서 조사하는 결과가 되어 責任說로부터 멀어지는 결과를 낳고 말았다는 비판이 있다.²⁵⁾

이상의 고찰에서 책임설에 따른 회피가능성의 척도에는 한계가 있음을 알 수 있다.

23) 金日秀, 前掲書, 679 ~ 680 面 參照

24) Rudolphi, SK, § 17 Rn. 31.

25) 金日秀, 前掲書, 680 面

26) Vgl. Timpe, Normatives und Psychisches im begriff der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtum, GA (1984), S. 61f.

(b) 一般豫防論

이 說은 法律의 착오에 있어서 회피가능성을 판단함에 있어서, 責任說과 區別하고, 積極的인 一般豫防의 觀點에서 문제를 해결하려는 입장이다.

責任의 목적은 一般豫防, 즉 法事實에의 숙련 (Einübung in Rechtstreue) 에 있으므로, 社會的으로 責任을 귀속시킬 필요가 있는가 여부에 따라 회피가능성을 판단하여야 한다고 한다. 26)

(c) 豫防의 責任論

責任說에 기초한 회피가능성 판단에, 一般豫防 및 特別豫防의 思想을 끌어 들여, 豫防의 觀點에서 免責 범위를 확대해 보려는 입장이다.

즉, 正常的인 法充實 (normale Rechtstreue) 을 기했다면, 不法洞察에 이르지 못하여 違法性의 인식이 없는 경우에도, 責任이 너무 작아 一般豫防 및 特別豫防의 觀點에서 刑罰을 과할 만한 정도가 안 된다고 한다. 27) 책임은 반드시 刑罰을 요구하는 것은 아니나, 刑罰은 언제나 責任을 전제로 하므로, 刑罰을 과할 정도가 못되는 사례에서는 책임이 부여되어야 한다는 의미에서 容許 踰越적인 입장인 이 豫防的인 責任論이 회피 가능성 < 正當한 이유 > 판단의 기준으로서 充分하다 할 것이다. 28)

(d) 구체적인 고찰 29)

㉞ 行爲의 適法性 여부를 심사하도록 하는 계기는 犯罪의 종류에 따라 다를 수 있는데, 심한 反倫理的·反道德的인 성격을 띠 때는, 일반적으로 良心의 긴장을 통하여 쉽게 그 違法性을 인식할 수 있으므로, 이러한 경우의 法律의 錯誤는 일반적으로 회피 가능한 < 正當한 理由가 없는 > 것으로 평가될 수 있다. 30)

27) Rudolphi, Das virtuelle Unrechtsbewußtsein als Strafbarkeitsvoraussetzung in Widerstreit zwischen Schuld und Prävention, 1982, S. 23.

28) 金日秀, 前掲書, 684面

29) 李燭園, 前掲書, 427 ~ 429面 參照

30) Jescheck, a. a. O., S. 370.

비록 反倫理的 성격이 弱한 경우에도 構成要件의 故意가 인정될 때에는 適法 여부를 조사·확인해야 할 의무가 있다 할 수 있다.³¹⁾

㉞ 法律은 일반적으로 高度의 正當性을 가지므로 效力 그 자체의 推定을 요구할 수 있다고 보아야 할 것이다.

㉟ 法律·判決·法律專門家の 相談情報등은 行爲의 適法性 여부를 쉽게 인식시켜 줄 수 있는 계기가 될 수 있다.³²⁾

㊱ 判決도 正當性이 추정되므로, 그것이 法律에 위반되느냐 여부까지 行爲者가 審査할 것을 기대할 수는 없다.

判決의 내용이 서로 다른 경우에는, 상급심 판결을 신뢰한 경우에는 불가피성(正當한 理由)이 인정된다.

審級이 같은 경우에는 새로운 판결을 신뢰한 경우도 불가피성〈정당한 이유〉가 인정될 수 있다.³³⁾

㊲ 法規定 등에 관하여 의심이 있으면 자기에게 有利하게 보이는 관점에 따른 것이 아니라, 필요한 情報나 증거를 얻도록 힘써야 한다.³⁴⁾

전문가로부터 정보를 얻지 아니한 경우에, 행위자의 錯誤가 회피 가능한〈정당한 이유가 없는〉것으로 인정되기 위해서는 행위자에게 정보의 수집이 기대될 수 있고, 그러한 정보의 수집이 위법성을 인식하게 되는 것이어야 한다.³⁵⁾

행위자 자신이 자신의 행위에 대하여 올바른 法的 판단을 할 만한 전문지식을 가지고 있어서 그 행위의 法的 성질에 대한 스스로의 판단을 신뢰할 만한 요건을 구비하고 있는 경우에는, 전문가나 관계기관에 문의하는 것은 기대될 수 없다고 해야 할 것이다.

행위자가 권한 있는 관청에 조회를 했음에도 불구하고 잘못된 정보를 얻었기 때

31) a. a. O.; 李潤國, 前掲書, 428 面

32) 金日秀, 前掲書, 684 面

33) Schönke/Schröder/Cramer, a. a. O., S. 248.

34) Vgl. BGHSt 4, 5; 5, 118; 21, 20.

35) Rudolphi, SK, §7 Rn. 41f (2. Abschn., S. 97).

문에 착오를 일으킨 경우에는 일반적으로 不可避한 〈 正當한 理由가 있는 〉 착오로 보아야 한다.³⁶⁾

그러나 그러한 정보에 따라 착오를 일으킨 경우에도, 行爲者가 약간의 심사숙고로써 위법성을 인식할 수 있는 경우에는, 관청의 부적절한 천박한 정보를 받은 경우에는 不可避性이 인정될 수 없을 것이다.³⁷⁾ 〈 正當한 理由가 없다 〉

36) Schönke/Schröder/Cramer, a. a. O.

37) Vgl. BGH ST 3, 101.

第三章 行政罰과 過失犯의 處罰

行政罰에 있어서 犯意問題에는, 違法性的 認識내지 正當한 理由의 問題 이외에, 그러한 문제와 관련은 되면서도 다른 側面에서 문제가 되는 것이 過失犯 자체의 處罰與否問題이다.

刑事犯(刑事罰)에 있어서는 故意犯을 처벌하는 것이 원칙이고(刑法 § 13), 過失犯은 예외로 特別한 規定이 있는 경우에만 처벌하는 바(刑法 § 14), 이러한 원칙은 行政刑罰(行政犯)에도 그대로 적용되는데,¹⁾ 문제는 行政犯에서 過失犯을 처벌할 수 있는 「特別한 規定」의 意味이다.

「過失로써 …… 規定에 違反한 者는 …… 處한다」²⁾ 라는 식으로 直接的인 明文으로 過失犯을 처벌하는 경우는 문제가 되지 아니한다.

이와같은 直接的인 明文規定이 없을 때에 過失犯의 處罰을 인정할 것인가에 관하여는 견해가 나뉘어지고 있다.

過失犯을 처벌할 수 있는 「特別한 規定」에는 明文規定 외에도 法解釋上 過失犯의 可罰性을 인정해야 할 경우까지 포함한다고 하여 行政犯에 있어서는 꼭 犯意를 要件으로 하지 아니하고 過失 있는 것만으로 足하다는 견해도 있다.³⁾

그 理由로서는, 行政刑罰은 犯人의 法이전의 主觀的 惡性에 대하여 과하는 것이 아니라, 行政法上 義務違反이라는 客觀的 事實에 착안하여 違反者를 처벌함으로써 行政目的을 달성하려는 것이 그 目的이기 때문이라고 한다.

그러나 일반적으로 行政刑罰(行政犯)의 경우라고 하여 過失犯이 당연히 처벌되는 것은 아니라는 점을 강조하여⁴⁾ 당해 處罰法條의 解釋上 過失犯을 처벌하려

1) 金道稔, 前掲書, 572面

2) 典當舖營業法 §35.

3) 李鍾極, 新行政法(上), 서울 考試學會, 1961, 137面
; 尹世昌, 前掲書, 316面 參照

4) 徐元宇, 前掲書, 610, 611面 參照

는 취지가 明白한 경우에는 過失犯을 處罰할 수 있다고 한다.⁵⁾

그러나, 위와 같이 法規의 해석상 過失犯을 처벌하려는 취지가 明白한 경우에도 明文의 규정이 없는데 過失犯을 처벌하는 경우라고는 볼 수 없을 것이다. 解釋의 대상이 되는 규정이 바로 明文規定이기 때문이다.

「… 申告를 정당한 사유 없이 행하지 아니하거나 … 處한다」⁶⁾ 라는 규정 같은 것이 전형적인 예라 할 수 있는데, 이러한 경우는 過失을 처벌한다는 뜻을 밝히고 있는 규정이며,⁷⁾ 이러한 규정에 의하여 처벌하는 것은 — 過失犯을 처벌한다는 직접적인 明文規定에 의하여 처벌하는 경우가 아닐 뿐이지 — 바로 明文規定에 의하여 過失犯을 처벌하는 경우라고 하여야 할 것이다.

「過失犯을 처벌할 수 있는 경우」라는 결과는 같게 될 지라도 明文規定 없이 過失犯을 처벌하는 경우라고 보게 되면, 成文法主義를 내용으로 罪刑法定主義에 위배되어 憲法違反의 결과까지 招來할 위험이 있다 할 것이다.

이와 같이, 行政刑罰(行政犯)과 犯意問題에 있어서 過失犯 자치의 處罰 與否의 문제는, 行政法規에서 규정하고 있는 罰則規定의 解釋問題에 귀착하므로 理論적으로는 크게 문제가 되지 않는 것으로 보여진다.⁸⁾

5) 徐元宇, 前掲書, 611面
; 金道稔, 前掲書, 530面 參照
; 石琮顯, 一般行政法(上), 三英社, 1986, 407面
; 李尙圭, 前掲書, 460面
; 大判 1986.7.22 <85도 108>
; 大判 1965.6.29 <65도1>.

6) 兵役法 § 73 參照

7) 金道稔, 前掲書, 530面 參照

8) 그러나 立法論으로서, 「…의 過失犯을 處罰한다」는 식으로 直接的인 明文規定을 두는 것이 가장 바람직하며, 그렇지 않다 하더라도 「正當한 사유 없이 …한 경우」라는 식으로 當該 罰則規定의 解釋上 過失犯을 處罰하려는 취지라는 것을 明白히 알 수 있도록 規定하는 것이 바람직하다.

參 考 文 獻

(1) 國內文獻

□ 單 行 本

- 康明玉, 新稿行政法總論, 考試學會, 1956
- 康文用, 行政法(上), 一潮閣, 1964
- , 行政法の 基礎理論, 彰文社, 1960
- , 行政法の 諸問題, 集賢社, 1960
- , 英國行政法, 青丘出版社, 1965
- 康文用 外, 行政法新論, 法政學會, 1979
- 姜儀中, 例解行政法(全), 教學研究社, 1988
- 金南辰, 行政法(I), 法文社, 1986, 1989
- , 行政法の 基本問題〈增補版〉, 經文社, 1983, 1989
- , 例解行政法, 法通社, 1964
- , 主觀式 精銳問題 行政法(訂正 增補版), 華學社, 1980, 1981
- 金南辰 外, 行政法演習(全訂版), 考試研究社, 1984
- 金南辰 外, 行政法學(上), 青文社, 1983
- 金道稔, 一般行政法論(上)〈新稿第3全訂版〉, 青雲社, 1988, 1989
- , 一般行政法論(上)〈第8改正版〉, 青雲社, 1979
- , 公法理論(牧村文集), 青雲社, 1983
- 金道稔, 判例 教材 行政法, 法文社, 1980
- 金伊烈, 最新行政法學(上), 進明文化史, 1981, 1986
- , 行政法新講(上), 一潮閣, 1974
- 朴鎭旻, 最新行政法講義(上), 國民書館, 1981, 1985, 1989
- 徐元宇, 現代行政法論(上), 博英社, 1980, 1988

- 徐元宇 外，公法學演習，法志社，1985
- 石琮顯，新行政法，法志社，1980
- ，一般行政法（上），三英社，1986
- ，精選 主觀式 行政法，經進社，1981
- 吳種權，行政法學（全），博英社，1973
- 尹世昌，行政法（上），〈第二全訂版〉，博英社，1981, 1987
- ，英國行政法序論，一潮閣，1964
- ，判例中心 例解行政法，日新社，1971
- ，英美行政法研究，高麗大學校 出版部，1976
- 李蔡錫，州行政法，弘人文化社，1969
- 李圭復，行政法（總・各論）〈第四訂版〉，法文社，1974
- 李東科 外，新行政法（全），法政學會，1979
- 李東春，行政法概論，博英社，1982
- 李鳴九，行政法原論，大明出版社，1984
- 李尙圭，新行政法論（上），法文社，1981, 1985, 1989
- ，註釋 判例行政法 I・II，三英社，1977, 1978
- ，美國行政法論，法文社，1963
- ，新行政爭訟法，法文社，1985
- ，事例研究 行政法演習，法文社，1983
- 李完永，行政法總論，新雅社，1960
- 李種極，新行政法，普文閣，1950，서울考試學會，1961
- 崔世英，行政法例解（全訂版），學研社，1982
- 韓國司法行政學會，例解 行政法，1971
- 韓泰淵，行政法，陽文社，1953
- 韓泰淵・鄭熙採，行政法學〈改訂版〉，法文社，1963
- 黃東駿，韓國行政法總論・各論，一韓圖書，1949

- 金種源 外, 刑事法講座Ⅱ, 博英社, 1984
- 金日秀, 刑法學原論(總論講義), 1988
- 南興祐, 刑法總論(改訂版), 博英社, 1977
- 朴文福, 增訂刑法總論, 普文閣, 1960
- 白南億, 刑法總論(改訂版), 法文社, 1960
- 係海睦, 刑事法事例解說, 韓國司法行政學會, 1980
- 廉政哲, 刑法總論, 韓國司法行政學會, 1966
- 劉基天, 改訂 刑法學(總論講義), 一潮閣, 1979, 1986
- 柳秉震, 刑法總論, 受驗社, 1966
- 李建鎬, 刑法學概論, 高麗大學校出版部, 1964
- , 刑法講義, 日新社, 1960
- 李建鎬 外, 新稿刑法總論, 韓國司法行政學會, 1981
- 李根祥, 刑法總論, 一韓圖書出版社, 1958
- 李在祥, 刑法新講(總論Ⅰ), 博英社, 1984
- 鄭盛根, 刑法總論, 法文社, 1983
- 李綱國, 刑法總論研究Ⅱ, 法文社, 1986
- 鄭榮錫, 刑法總論(第5全訂版), 法文社, 1979, 1989
- 陳葵鎬, 新稿刑法總論, 法志社, 1981, 1986
- 黃山德, 刑法總論(第7訂版), 邦文社, 1978, 1989
- , (譯), 刑法體系의 新形象, 博英社, 1957

□ 論 文

- 權文澤, 法律의 錯誤, 考試界, 1972.9
- 金南日, 法律의 錯誤에 關한 研究, 法曹, 1974.10~11
- 金斗順, 違法性의 錯誤에 關한 批判的 考察, 法政學報(梨花女子大學校)6,
〈1963.2〉

- 金容昊, 法律의 錯誤와 現行刑法, 檢察, 44 <1971.12>
- 金松學, 現行刑法과 法律의 錯誤, 建大學報, 14 <1963.2>
- 金鍾壽, 法律의 錯誤, 法政, 1964.6
- 金鍾源, 禁止의 錯誤(上·中·下), 考試界, 1976.11~1977.1
- , 禁止錯誤와 刑法 第16條, 慶熙法學, 9.1 <1971.5>
- , 刑法 第16條에 關하여, 法政, 1962.1.5
- 南興佑, 法律의 錯誤, 考試界, 1964.10
- 朴貞根, 法律의 錯誤, 司法行政, 1967.6
- 裒榮鐸, 違法性的의 認識과 禁止錯誤, 法曹, 1973.1
- 徐在雄, 法律의 錯誤論, 檢察, 1968.11
- 廉政哲, 法律의 錯誤, 司法行政, 1967.7
- 沈在宇, 禁止錯誤와 違法性的의 意識, 考試界, 1979.5
- 王朝南, 法律의 錯誤, 考試界, 1958.12
- 李燦國, 違法性 意識(不法意識)과 禁止錯誤(上·中·下), 考試研究,
1984.5,6,7
- 法律의 不知와 法律의 錯誤(禁止錯誤), 司法行政, 1985.10
- 鄭石圭, 違法性的의 意識, 考試界, 1967.3
- 鄭暢雲, 法律의 錯誤, 考試界, 1964.6
- 崔宗一, 法律의 錯誤, 司法行政, 1967.2
- 黃山德, 刑法 第16條에 있어서의 正當한 理由, 法學(서울大學校 法科大學)
I-I <1959.6>
- , 法律의 錯誤, 司法行政, 1965.4
- 洪鍾敏, 刑法 第16條의 刑法上에 있어서의 位置, 法曹, 1961.1
- 康文用, 行政刑罰의 特殊性, 考試研究, 1975.6
- , 行政刑罰과 그의 特殊性, 法政, 1968.8
- , 行政刑罰, 司法行政, 1965.8

- , 行政罰, 考試界, 1964.4
- 姜儀中, 行政罰, 考試界, 1976.1
- 金敬宰, 行政罰, 司法行政, 1970.3
- 權五柄, 行政犯과 犯意, 法制月報, 1964.4
- 金箕斗, 行政犯의 特殊性, 法制月報, 1965.4
- 金聖煥, 政財罰의 特殊性, 考試界, 1963.3
- 金鉞容, 行政刑罰과 刑法總則의 適用, 法政, 1965.6
- , 行政罰, 考試界, 1971.11
- 金漢基, 行政刑罰과 刑法總則, 考試界, 1965.9
- 朴鉞折, 行政罰, 考試界, 1967.11
- , 行政罰과 刑事罰, 法制月報, 1968.6
- 徐元宇, 行政罰, 月刊考試, 1978.8
- , 行政罰의 概念과 그 特色, 考試界, 1968.3
- , 經濟活動의 法的規制, 考試界, 1972.7
- 尹世昌, 行政罰, 法制月報, 1964.9
- , 行政法上 義務違反에 대한 制裁, 考試界, 1963.3
- 李世蕙, 行政罰의 現況과 그 定立 基準에 관한 考察
法制月報, 51~53 <1974.12~ 1975.2>
- 李尙圭, 行政罰로서의 過怠料, 法政, 1966.2
- 李永範, 行政犯과 責任原理, 檢察, 1968.12
- 鄭萬朝, 行政刑罰法規의 不知와 犯意, 法曹, 27 <1978.3>

(2) 日本文獻

- 田中二郎, 行政法總論(法律學全集, 6) 有斐閣, 1973, 1976
- 藤田宙靖, 行政法學의 思考形式, 木鐸社, 1978
- 杉村敏正, 行政法講義總論, 有斐閣, 1969

- 林修三 外， 行政法 基本判例，青林書院新社，1977
- 田上穰治， 全訂行政法總論，前野書店，1952,1955
- 園部敏， 行政法論，法律文化史，1960
- 園部敏 外， 全訂行政法判例（總論），法律文化史，1925
- 柳瀬良幹， 再訂版 行政法教科書，有斐閣，1970
- 杉村章三郎， 全訂版 行政法要義（下），有斐閣，1967
- 原龍之助， 行政法概説（上），有信堂，1952
- 佐藤立夫， 改訂行政法總論，前野書店，1956
- 佐佐木惣一， 行政罰，岩波法律學辭典Ⅰ
， 改版日本行政法總論，有斐閣，大正 13
- 福田平， 行政犯における事實の認識，警察研究，第22卷9號
， 行政刑法（法律學全集42），有斐閣，1978
， 違法性の錯誤，有斐閣，1984
- 八木胖， 行政刑法（刑事法講座Ⅰ），有斐閣，1952
， 刑法における法律の錯誤，有斐閣，1952
- 美濃部達吉， 行政刑法概論，勁草書房，1949
， 經濟刑法の基礎理論，有斐閣，1944
- 磯崎辰五郎， 行政罰（行政法講座2），有斐閣，1964
- 武藤英雄， 行政犯，岩波法律學辭典Ⅰ
- 木村龜二， 犯罪論の新構造（上），有斐閣，1968
- 藤木英雄， 事實の錯誤と法律の錯誤との限界（刑法講座3），有斐閣，1963
- 小野清一郎， 經濟刑法と違法の意識，法律學協會雜誌，第59卷7號
， 新訂刑法講義（總論），有斐閣，1961
- 瀧川幸辰， 犯罪論 序説，有斐閣，1957
， 刑事責任の諸問題，玄林書房，1948
， 新訂刑法總論講義，世界思想社，1969

- 瀧藤電光, 刑法綱要, 創文社, 1968
 , 人格責任の理論, 法哲學四季報, 第二卷
 牧野英一, 法律の錯誤, 有斐閣, 1949
 須貝濟一, 行政犯と刑事犯, 論叢, 第33卷6號
 , Goldsohmidtの行政犯理論, 論叢, 第40卷第1號・第3號

二 기 타

- 判例總覽(韓國判例研究院), 靑林閣
 行政判例集(上・中・下)〈韓國行政科學研究所〉, 서울文化社, 1979
 大法院判決集, 法院行政處

(3) 歐美文獻

- Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 1983
 Eyermann/Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, 7. Aufl., 1977
 F. Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl.,
 1911, Neudruck 1963
 E. ForsthoFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band I (Allgemeiner
 Teil), 10. neubearbeitete Auflage, 1973
 V. Götz, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1982
 Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl., 1982
 F. Mayer, Allgemeines Verwaltungsrecht (eine Einführung), 3. Aufl.,
 1972
 O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Bde., 1895 f., 2. Aufl.,
 1914 f., 3. Aufl., 1924, Nachd., 1969
 H.P. Rill, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wirtsschafatsverlag Dr.
 Anton Orac, 1979
 H.J. Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. I, 8. Aufl., 1971, Bd. II, 3. Aufl.,
 1970, Bd. III, 3. Aufl., 1973

- F. Trops, Begriff und Wert eines Verwaltungsstrafrechts, 1926
Verwaltungsrecht, 1. Bd., 1956
- J.P. Goldschmidt, Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrecht, 1902
- E. Schmidt, Das neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrechts, 1950
- K. Siegert, Deutsches Wirtschaftsstrafrechts, 1939
- E. Wolf, Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem
(Festgabe für von Frank), B. II, 1930
- S.H. Bailey & C.A. Cross & J.F. Garner, Cases and Materials in Administrative
Law, Sweet & Maxwell, 1977
- J.H. Chopper, Administrative Law and Process, 1972
- K.C. Davis, Administrative Law Cases-Text-Problems, West Publishing
Co., 1977
- Administrative Law Text, West Publishing Co., 1972
- E. Gellhorn, Administrative Law and Process in a Nutshell, West
Publishing Co., 1972
- L.L. Jafee & N.L. Nathanson, Administrative Law (Cases and materials), Little
Brown and Co., 1976
- J.M. Landis, The Administrative Process, Yale Law School, 1966
- G.O. Robinson & E.G. Gellhorn, The Administrative Process, West Publishing
Co., 1974
- B. Schwartz, Administrative Law, Little, Brown and Company, 1976
- J. Baumann, Strafrecht, AT, 8. Aufl., 1977
- E. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906
- K. Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 2. Aufl., 1980
- H. Blei, Strafrecht, I, AT, 17. Aufl., 1977
- H.H. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 3. Aufl., 1978
- K. Lackner, Strafgesetzbuch, Kommentar, 14. Aufl., 1981

- M.E. Mayer, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1927
- E. Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 3. Aufl., 1949
Strafrecht, AT, 11. Aufl., 1965
- Mezger-Blei, Strafrecht, AT, 11. Aufl., 1965
- Rudolphi/Horn/Samson, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK), Bd. 1, AT., 1981
- E. Schmidhäuser, Strafrecht, 2. Aufl., AT, 1975
- Schönke/Schröder/Cramer, Strafgesetzbuch, Kommentar, 21. Aufl., 1982

