

행정의 실효성 확보수단의 현황과 법적 과제*

김 지 영**

〈국문초록〉

비교적 최근에 행정집행의 실효성과 관련하여 여러 가지 문제점이 제기 되면서, 행정상 의무이행을 강제할 수단에 관한 일반법의 제정 필요성이 꾸준히 논의되고 있다. 행정집행에 있어서 행정대집행법과 국세징수법상의 대집행과 강제징수 이외에 개별법상의 이행강제금과 직접 강제에 관한 일반법의 필요성이 오히려 행정작용에 대한 공법상의 규율필요성, 기본권 보호의 강화 측면에서 유리하다는 측면에서 접근하고 있다.

행정강제에 있어서 일반법의 제정 필요성은 타당한 논거를 가지고 있지만, 일반법의 제정 필요성과 그 유용성을 구분할 필요가 있다. 이미 행정대집행법의 예에서 보듯이, 행정작용에 근거가 되는 개별법상의 규정 체계와 일반법의 적용 문제는 행정 실무상의 문제로, 일반법의 제정이 행정집행의 모든 문제를 해결하는 것은 아니다. 경우에 따라서는 현행의 개별법상 필요한 강제집행 수단을 선별적으로 규율하고 있는 법제는 입법자 입법재량 존중 측면에서, 행정 현장에서의 적응성의 측면에서 보면 현행 법체계도 그 나름의 장점을 가지고 있다는 점은 부인할 수 없다.

우리나라의 경우에는 행정 목적 달성의 실효성, 행정현장에서 집행 공무원의 편의성에만 국한하여, 국민의 기본권 보호에 관한 논의 보다는 다양한 제재수단을 마련하고 있는데 반해 개별법상 행정집행의 한계 및 제한에 관한 사항 등에 관한 미비점이 발견된다. 즉 비례의 원칙에 대한 고려가 부족하다. 또한 행정소송에 있어서 국민의 권리구제의 영역이 상대적으로 좁은 점은 행정의 실효성 확보수단 중 사실행위로서의 성질을 가지는 사안에 있어서는 손해배상, 손실보상 등 금전적 전보 이외에는 권리 보호성이 제한적일 수밖에 없다는 점은 더구나 이 영역에서 제재수단의 선택에 신중함을 기해야 하는 이유가 된다.

이러한 현실적인 문제점에 착안하여, 행정소송법의 개정이나 행정상 강제에 관한 일반법의 제정과 같은 근본적인 문제해결 방안 이전에 제시할 수 있는 차선책을 고려해 볼 필요가 있다. 즉, 개별법상 행정상 실효성 확보수단이 학설과 다른 나라의 입법례를 비추어 미흡한 점이 없는 지를 살펴보고, 법령의 명확성 측면이나 사인의 권리구제에 있어서의 개선책을 강구해야 한다. 이와 같은 측면에서 우리나라와 같이 행정집행에 관한 일반법이 제정되어 있지 않은 프랑스는 행정상

* 이 논문은 2015학년도 대구대학교 학술연구비지원에 의한 논문임.

** 대구대학교 경찰행정학과 조교수.

실효성 확보수단의 인정에 있어서 신중을 기하고 있고, 행정상 강제집행제도가 인정되고 있지만, 법령의 규정이 명확하고, 비례의 원칙의 입각하여 규정되어 있다는 점에서 시사점을 찾을 수 있다.

주제어 : 기본권 보호, 비례의 원칙, 행정상 강제집행, 행정의 실효성 확보수단, 대집행, 행정상 의무, 행정상 제재

• 투고일 : 2019.03.22. / 심사일 : 2019.04.21. / 게재확정일 : 2019.04.25.

I. 서론

행정의 실효성을 확보하기 위하여 인정되는 법적 수단을 행정의 실효성 확보수단이라 한다. 행정의 실효성 확보수단은 법령이나 행정활동을 통하여 시민에게 부과된 의무를 시민이 이행 하지 않은 경우에 시민으로 하여금 법령상의 의무를 준수하도록 하거나, 법령에 근거한 행정처분에 따르도록 하는 데에 그 목적이 있다. 즉 행정법규 및 처분의 준수의무자인 시민이 그 의무를 위반 또는 해태 하는 경우가 발생하고, 의무를 강제하기 위한 법적 수단의 마련이 행정의 실효성 확보차원에서 요구된다.¹⁾ 행정청이 일정한 절차에 따라 시민이나 기타 법주체에 공법상 의무를 강제적으로 이행하게 하는 것을 행정집행으로 정의하기도 한다.²⁾

전통적으로 행정의 실효성 확보를 위한 수단으로는 행정강제와 행정벌이 인정된다. 우리나라에서는 주로 행정벌은 행정형벌과 행정질서벌로 분류하고, 행정강제는 강제집행과 즉시강제로 구분하고 있다. 강제집행은 다시 대집행, 행정상 강제징수, 이행강제금, 직접강제 등으로 분류한다. 이와 같은 행정의 전통적 실효성 확보 수단에 더하여 수익적 행정행위의 철회, 명단의 공표, 수익적 행정행위의 거부, 과징금, 가산세가 새로운 실효성 확보수단으로 개별법에서 규정되고 있는 실정이다.³⁾ 문제는 이와 같이 다양한 실효성 확보수단에도 불구하고, 영업정지에 갈음하는 과징금, 국외여행제한, 취업제한과 같은 새로운 유형의 실효성 확보수단이 나타나고 있다는 점에서 수단의 다양성이 오히려

1) 박균성, “행정법론(上)”, 박영사, 2010, 473면.

2) 조태제, “행정집행제도의 문제점과 그 개선방안”, 법조 2004. 10., 80면.

3) 박균성, “행정법 강의”, 박영사 16판, 2019, 384면.

행정 목적 달성의 실효성을 저해하는 것은 아닌가 하는 데에 있다. 이러한 실효성에 대한 의문이 행정집행에 대한 일반법의 제정논의로 이어지고 있는데, 과연 일반법의 제정이 이와 같은 문제점을 해결할 수 있는 근본적인 해결책이 될 수 있는가에 대한 재론의 여지가 있다. 비교법적으로 행정집행에 관한 일반법을 제정하고 있는 것은 독일의 사례가 유일하며, 대륙법계 내에서 프랑스, 한국, 일본은 행정상 실효성 확보수단에 대해서 개별법에 근거하거나, 대집행·강제징수에서만 일반법을 제정하여 규율하고 있는 점에서 볼 때, 행정법 관계에서 일방당사자인 행정주체에게 제재적 행정처분의 강제력을 부여하는 방식에 대한 근본적인 고찰이 필요한 시점이라 하겠다.

본 논문에서는 행정의 실효성 확보 수단으로서 행정상 강제집행의 일반법의 제정 필요성에 대한 문제 제기(Ⅱ)를 우리나라와 다른 측면에서 접근하고 있는 것으로 보이는 프랑스의 논의 사항을 비교법적으로 고찰하고(Ⅲ), 이를 통해 현행 식품위생법상 개선 사항에 대한 시사점 도출(Ⅳ)을 연구의 목적으로 한다.

Ⅱ. 행정의 실효성 확보수단의 입법론에 있어서 기존 논의의 재검토

행정의 실효성 확보수단에 관하여, 일본이나 독일⁴⁾, 미국⁵⁾의 사항에 대한 선행 연구들을 종합해 보면 행정의 실효성 확보수단은 행정집행의 효율성과 국민의 기본권 보호의 비례형량에 관한 문제가 쟁점으로, 미국에서는 행정의 효율성 보다는 국민의 기본권 보호에 초점이 맞추어져 있고, 독일에서는 행정집행의 효율성을 강조하고 있는 것으로 보인다.

프랑스의 경우에는 독일보다는 미국과 보다 유사한 것으로 판단되며, 일본의 경우에는 미국과 독일의 중간적 입장을 견지하고 있는 것으로 판단된다. 다만, 각국의 입법례는 행정의 실효성 확보수단의 영역에서 행정의 효율성과 국

4) 조태제, 앞의 논문, 80-81면.; 이기춘, “행정상 즉시강제에 관한 연구 - 즉시강제이론의 재구성 재론-”, 공법연구 제39집 제4호, 2011, 289-316면.; 김연태, “행정상 강제집행제도의 입법적 개선에 관한 고찰”, 법학연구 제27권 제2호, 충남대학교 법학연구소, 2016, 121-152면.

5) 박재윤, “행정집행에 관한 통일적 규율의 가능성과 한계”, 공법연구 제40집 제1호, 2011, 433-466면.

민의 기본권 보호 중 어느 하나의 선택 문제가 아니라, 무엇을 보다 강조하는냐의 문제로, 독일의 경우에도 국민의 기본권 보호는 철저하게 이루어지고 있다. 이와 같은 논의의 선상에서, 우리나라에서는 독일과 같은 행정상 강제 일반법제 마련 필요성이 요구되고 있다. 독일은 행정집행법의 제정과 함께 사실행위에 있어서도 권리구제 수단이 마련되어 있는 반면에, 우리의 경우에는 행정상 실효성 확보수단과 관련하여, 행정행위 이외에 사실의 공표나 즉시강제와 같은 수단에 대한 권리구제가 미흡하다는 점이 지적된다. 이러한 문제에 대한 해법으로 일반법의 제정 보다는 오히려 권리구제 수단을 어떻게 마련해야 할 것인가가 보다 중요한 사항이 될 수 있다.

이와 같은 측면에서, 아직은 잘 소개되어 있지 않은 프랑스의 논의를 살펴봄으로써, 행정상 강제집행에 관한 입법론적 관점에서 우리가 간과하고 있는 것은 없는 지 다시 고찰해 보기로 한다.⁶⁾ 특히 행정법의 발전과정에 있어서 프랑스나 독일의 행정행위는 “법령상의 일반·추상적인 의무를 구체화하여 개인에게 의무를 부과하거나 권리를 제한하는, 말하자면 행정목적달성을 위한 제1차적 수단으로 인정되었다. 이러한 제1차적 행정행위는 신속하고 탄력적인 행정목적달성을 위해 재량과, 공정력, 자기집행력, 하자의 승계의 제한 등 사법행위와는 다른 여러 가지 특수성이 부여된 것이다. 그러나 의무를 위반한 데 대한 제재로서 부과되는 행정행위는 그 의무를 부과하는 제1차적 행정행위와는 본질적으로 다르다고 할 것이다”⁷⁾는 점을 상기해 볼 때, 명령적 행정행위와 같은 제재적 성질을 가지는 행정행위의 발급은 행정목적의 달성과 함께 법령상의 의무준수를 개인에게 보다 명확하게 부여한다는 점에서 개인의 법령의무준수가 중요한 목적이 된다. 따라서 법령의 존재(일반적·추상적 의무의 존재) - 행정행위의 발급(구체적·개별적 의무로 전환) - 미준수시 실효성 확보수단(구체적·개별적 의무의 미준수에 대한 강제)에 의한 의무준수 강제의 구조 속에서 행정집행의 효율성만을 강조하여, 실효성 확보수단을 지나치게 다양화하거나 그에 대한 제재의 강도를 높이는 것에만 치중하게 되면, 원래 행정행위가 추구하는 행정목적의 달성의 효율성 이외의 다른 목적인 개인의 법령 준수 의무의 실현은 자칫 몰각될 우려가 있다.

6) “프랑스에서는 일반적인 행정집행법을 두지 않고 행정상 의무의 불이행, 특히 공익을 해하는 행위를 형사범죄로 규정하여 형사소송을 통해 형벌적 제재를 가하는 것을 기본으로 하면서, 예외적으로 근거규정의 미비 등으로 형벌적 제재를 할 수 없거나 긴급한 필요로 인하여 형벌적 제재가 부적합한 경우에 법원의 승인을 거치지 아니하고 직접 행정집행을 할 수 있다.” 김연태, “행정상 강제집행제도의 입법적 개선에 관한 고찰”, 앞의 논문, 122면.

7) 박정훈, “행정법의 체계와 방법론”, 박영사, 2005, 378면.

최근에 행정집행의 실효성과 관련하여 여러 가지 문제점이 제기 되면서, 행정상 의무이행을 강제할 수단에 관한 일반법의 제정 필요성이 꾸준히 논의되고 있다.⁸⁾ 즉 행정집행에 있어서 “행정대집행법” 및 “국세징수법”상의 대집행과 강제징수 이외에 개별법상의 이행강제금과 직접 강제에 관한 일반법의 필요성이 오히려 행정작용에 대한 공법상의 규율필요성, 기본권 보호의 강화 측면에서 유리하다는 점에 근거하고 있다.

이와 같은 논의에 있어서 행정집행에 관한 일반법의 제정 필요성은 일응 긍정적이지만, 일반법의 제정 필요성과 그 유용성에 있어서는 분리해서 접근해야 한다. 이미 행정대집행법의 예에서 보듯이, 행정작용에 근거가 되는 개별법상의 규정 체계와 일반법의 적용 문제는 행정 실무상의 문제로, 일반법의 제정이 행정집행의 모든 문제를 해결하는 것은 아니다.⁹⁾ 경우에 따라서는 지금과 같은 개별법상 필요한 강제집행 수단을 선별적으로 규율하고 있는 법제는 입법자 입법재량 존중 측면에서, 행정 현장에서의 적응성의 측면에서 보면 현행 법체계도 그 나름의 장점을 가지고 있다는 점도 부인할 수 없다.

또한 우리나라의 행정집행체도가 독일법제를 계수한 일본의 영향으로 제2차 세계대전 이후에는 대집행과 강제징수에 있어서만 일반법을 두고, 직접강제와 이행강제금과 같은 수단은 개별법상에 규정하도록 한 점은 개인의 기본권을 보호하기 위함이었다. 다만 이와 같은 체계가 행정상 강제에 대한 일반법이 부재한 결과, 행정법규의 증대, 행정현실에 있어서의 복잡성 등과 관련하여, 행정상 강제의 일반규정 및 절차규정의 미비로 인하여 오히려 기본권을 침해하는 결과가 발생하게 되고, 이는 행정상 강제에 대한 일반법 제정의 중요한 근거가

8) “현행 행정강제제도의 문제점에 대한 지적과 그에 대한 입법적 개선방안으로 일반적 행정집행법을 제정하여 자족완결적인 행정집행체도를 채택하자는 주장이 오래 전부터 제기되어 왔다. 그럼에도 입법적 개선이 이루어지기보다는 행정벌, 금전적 체제수단, 새로운 유형의 실효성 확보수단 등 행정목적을 간접적으로 실현하고자 하는 수단으로 행정집행을 대체하거나 또는 개별법을 통해 한정적으로만 인정하려 했던 이행강제금, 직접강제 등의 수단을 허용하는 입법이 늘어나면서 행정의 능률만이 강조되고 국민의 권익보호는 뒷전에 처지는 상황이 가중되고 있는 실정이다.” 김연태, “현행 행정집행체도의 체계상의 문제점”, 강원법학 제49권, 2016, 701면.

9) “독일은 행정집행법이라는 일반법을 마련하여 행정집행 수단을 포괄적으로 인정하고 있다. 그러나 다른 한편으로는 행정상의 의무이행확보는 행정집행법상의 수단에 의해서만 행해지는 것으로 하고 그 요건 및 절차를 엄격히 하며 권리구제수단도 규정해 놓고 있다. 효율적 행정집행의 확보와 아울러 시민의 권리보호에도 이바지하고 있는 것이다. 이에 반해 우리나라의 경우 다양한 의무이행확보수단을 인정하고 있지만 그 효과는 보이지 않고 인권보장의 견지에서 개별법에 의해서 한정적으로만 인정하는 직접강제 등의 제도가 탈법적인 행정집행을 가져오거나 개별법이 갖는 절차규정 등의 미흡으로 인해 오히려 인권침해의 도구가 되는 현상이 나타나고 있다.” 조태제, 앞의 논문, 121면.

되고 있다.

오늘날에는 행정 강제를 실현하기 위해서는 선행 행정행위가 존재해야 하고, 이러한 행정행위를 통해 발생하는 행정상 의무의 불이행에 대응하기 위하여 그 이행을 실현시키기 위해서 행정청이 행정 스스로의 절차에 의하여 시민 또는 그 밖의 권리주체에게 공법상의 의무를 강제적인 방법으로 실행하게 된다. 따라서 선행행정행위의 존재는 행정상의 강제집행을 위한 요건이 된다.¹⁰⁾ 이러한 행정상의 강제집행을 위해서는 법률의 우위 및 법률유보가 준수되어야 하고, 따라서 행정상 강제집행은 법률상 근거가 있어야 한다. 종래에는 시민에게 행정상 의무를 명하는 행정행위의 근거규정은 동시에 행정상 강제집행에 대한 근거규정이라고 보기도 하였으나, 오늘날에는 행정행위에 관한 법률상의 근거가 필요함과 동시에 이에 대한 강제집행을 위해서는 별도의 법적 근거가 있어야 한다는 것이 주류적 입장이다.¹¹⁾

이와 같은 맥락에서, 행정집행법이 일반법으로 제정된다고 하더라도, 개별법상의 근거규정이 존재해야 할 것으로 판단된다. 왜냐하면, 제재적 행정처분의 발령은 특별한 경우를 제외하고 행정청의 판단여지 또는 재량의 영역일 것이고, 개별사안 마다 행정처분에 따른 실효성 확보수단의 선택 방식이 다르기 때문에, 이에 대해서는 개별법상의 근거규정을 두고, 이에 보충적으로 일반법으로서 행정집행법이 규정될 것으로 판단되기 때문이다.¹²⁾

그렇다면, 행정집행법이 제정된다고 하더라도, 개별법상 근거규정의 정비는 필요한 사항일 것이고, 이에 대해서는 아래에서 살펴보기로 하겠다.

10) 송동수, “행정상 강제집행제도의 비교법적 검토 - 독일과 한국을 중심으로-”, 토지공법연구 제64집, 2014, 263면.

11) 조태제, 앞의 논문, 84-85면.

12) “행정집행법은 개별 법률에 따라 집행할 행정상 강제집행 수단의 종류와 기본적인 요건과 절차를 정하고 있는 ‘일반법적 성격’의 것으로서, 개별 법률들이 이에 대한 특별법적인 성격을 가지는 것으로 보아야 할 것이다. “행정집행법”과 행정상 강제수단을 규정한 각 개별법의 관계는 일반법과 특별법의 관계로서, 개별법에 따른 특수한 사정들을 고려하여 강제집행절차 등을 일반법과 다르게 정할 수 있도록 해야 할 것이다. 일반법인 “행정집행법”에서 다른 개별 법률에서 행정상 강제집행에 대하여 다르게 규정하고 있는 경우 해당 법률의 규정을 우선 적용한다는 취지의 규정을 총칙에 둘 필요가 있다. (중략) 행정집행제도는 기본적으로 국민에게 침익적 행위를 하는 것을 주된 내용으로 하는 것이므로 그에 관해 명시적·구체적인 법적 근거를 마련하는 것이 법치국가원칙에 부합하는 것이라 볼 때 일반법에만 의존하기 보다는 개별법적 근거를 두려는 노력이 요청된다.” 김연태, “행정상 강제집행제도의 입법적 개선에 관한 고찰”, 앞의 논문, 132면.

III. 프랑스의 행정상 강제제의 일반론과 특수성

프랑스에서는 행정상 강제집행에 대해서는 비판적 입장을 견지하고 있는 것으로 판단된다. 행정청이 “행정행위(décision exécutoire, acte administratif unilatéral)”의 실효성을 담보하기 위하여 ‘강제 집행(l'exécution forcée)’을 인정하게 되면, 이는 국민의 기본권 침해의 문제와 함께 법원에 의한 통제에서 벗어날 수 있다는 염려가 강한 것으로 보인다. 따라서 우리나라의 즉시강제와 같은 경우처럼 행정목적 달성을 위해서 긴급성이 요구되는 경우에 예외적으로 이를 인정하고 있다.

우리나라는 행정의 실효성 확보를 강조하고 있는 반면에, 프랑스는 시민의 기본권을 보장하는 것을 강조한다는 점에서 그 시작점이 다른 것으로 판단된다.

1. 프랑스의 행정행위의 개념

프랑스에서 “행정행위(acte administratif unilatéral)”는 “집행적 결정(décision exécutoire)”이라고도 한다. “행정행위(décision exécutoire)”는 행정청에 의해서 일방적으로 이루어지는 법률 행위로서, 제3자의 권리와 의무를 창설하는 것을 의미한다.¹³⁾ 이에 따라 프랑스에서는 “집행적 결정(décision exécutoire)”은 “일방적 행정행위(acte administratif unilatéral)”를 포함하며, 개별사건에 대한 결정뿐만이 아니라 법규명령과 같은 행정입법도 포함하고 있다.¹⁴⁾ 다른 측면에서, “집행적 결정(décision exécutoire)”을 “국민에 대하여 법적 효과의 발생을 목적으로 하여, 즉 그것이 직권적 집행의 대상이 될 수 있는 형식으로 발하여지는 행정청의 모든 의사행위¹⁵⁾”라고 정의 한다. 이를 통해 보면, 프랑스의 행정행위의 개념은 우리 보다 광의로 파악되는데, 협의의 행정행위뿐만 아니라, 공법상 계약, 법규명령 모두가 포함된다. 다만 프랑스 월권소송의 대상이 되는 행정행위는 이 중에서 협의의 행정행위와 법규명령만을 대상으로 한다.¹⁶⁾¹⁷⁾

13) Jean WALINE, *Droit administratif* 23e éd., Dalloz, 2010, p. 388. 여기에서 ‘법률행위(acte juridique)’는 법적 효과의 발생을 목적으로 하는 행위이다. 따라서 법률행위는 법률, 계약, 공무원 임용, 행정규칙 등에 의해서 법률관계의 변경을 목적으로 한다. 이와 같은 측면에서 법률행위는 법적 관계의 변동을 직접 초래하지 않는 사실행위와 구분된다.

14) 박정훈, “행정법의 체계와 방법론”, 박영사, 2005, 482-483면.

15) 김동희, “프랑스 행정법상의 행정행위의 관념에 대한 일고”, 法學(제46권 제2호), 서울대학교 법학연구소, 2005, 240면.

2. 행정행위의 효력

이러한 “집행적 결정(décision exécutoire)” 혹은 “일방적 행정행위(acte administratif unilatéral)”가 유효하게 성립하고 나면, 우리의 공정력과 같은 효력인 “예선적 특권(privilège du préalable)”이 인정되는데, 이는 법원 판사의 위법성 확인 있기 전까지 행정행위가 유효한 효력을 갖는다는 것을 의미한다. 또한 경우에 따라서 행정청은 ‘강제집행(l'exécution forcée 혹은 exécution d'office)’을 할 수 있다.

1) 예선적 특권(privilège du préalable)

우리나라의 행정행위의 효력으로 공정력에 준하는 개념으로 행정의 ‘집행적 결정’이 있으면 법원에 의해 확인이 있기 전까지는 적법성을 추정 받으며, 상대방에 대하여 효력을 갖는 것을 의미한다.¹⁸⁾ 다만 우리나라에서는 공정력을 행정행위가 위법하다고 해도 무효가 아닌 한 권한을 가진 기관에 의해 취소되기 전까지는 행위의 상대방이나 제3자가 그 효력을 부인할 수 없는 일종의 구속력으로 이해하고 있다는 점¹⁹⁾에서, ‘적법성 추정(une présomption de conformité au droit)’이 인정되는 프랑스와 ‘잠정적으로 유효한 통용력’을 인정하는 우리나라의 공정력은 같은 것이라고 할 수는 없다.

프랑스법상 행정행위의 예선적 특권이 인정되면, 그 효과로 3가지를 들 수 있다. 첫째, 행정행위가 발급되면 새로운 법률관계가 형성된다. 행정행위의 대상이 되는 개인은 정당한 권리자가 되거나 의무를 부담하게 된다. 둘째, 행정행위의 대상이 되는 개인은 행정행위에 인정되는 적법성의 추정을 ‘월권소송(le recours pour excès de pouvoir)’에 의해서 행정행위가 적법하지 않다는 것

16) 김철우, “프랑스 행정법 이론에 관한 개념적 고찰”, 유럽헌법연구 제28호, 2019, 194면.

17) 2016년 1월 1일부터 시행되고 있는 “시민과 행정의 관계에 관한 법전(Code des relations entre le public et les administrations: CRPA)” 제L.200-1조는 판례와 이론상으로 확립되어 온 행정행위를 확인하게 되는데, 동조 제1문에서는 ‘행위(acte)’를 ‘일방적 결정적 행정행위’와 ‘비결정적인 행정 행위’로 구분하고, 동조 제2문에 따르면, ‘일방적 결정적 행정행위’는 행정입법, 개별적 행위 및 행정입법이 아닌 기타 행위를 포함한다고 규정하고 있다. ‘결정적인 일방적 행정행위’는 ‘결정(décision)’이라는 용어로 지칭될 수 있으며, 또한 경우에 따라서는 규칙제정결정, 개별적 결정 및 규칙제정결정 및 개별적 결정이 아닌 결정이라는 용어로 지칭될 수 있다고 하여 개념적 구분을 법조문화 하였다. 강지은, “프랑스 행정절차법상 일방적 행정행위 - 행정절차법전 제2권의 주요개념 및 해석원리를 중심으로 -”, 행정법연구 제49호, 2017, 34면.

18) 박균성, 행정법론(上), 박영사, 2009, 110-111면.

19) 홍정선, 행정법원론(上), 박영사, 제27판, 2019, 430면.

을 증명함으로써 깨뜨릴 수 있다. 셋째, 행정행위의 예선적 특권은 판사가 집행의 정지를 명하지 않는 한 행정행위가 지속하는 것을 의미하고, 이와 같은 행정행위의 “집행부정지 원칙”은 법원이 행정행위의 위법성을 확인하고 이를 취소하기 전까지 유효하다.²⁰⁾

2) 강제력의 문제

우리나라에서는 행정행위에 의해 명령되거나 금지된 의무를 불이행하게 되면, 법원의 판단이 없이도 행정청은 스스로 강제력에 의해 직접 의무의 내용을 실현하거나 상대방에게 이것을 수인하도록 강제할 수 있는 효력을 강제력이라 한다.²¹⁾ 사법(私法)관계에서는 자력구제가 원칙상 금지되고, 법원의 판단에 의해서만 강제집행이 가능하지만²²⁾, 행정법 관계에서는 행정주체가 스스로 실력을 행사하여 그 의무의 이행을 실현시킬 수 있다. 다만 오늘날에는 행정행위의 자력집행력이 인정되기 위해서는 행정행위의 법률유보 뿐만 아니라 자력집행력을 인정하는 법적 근거가 있어야 한다는 법규효력설이 보편적이다.²³⁾ 또한 강제력에는 이와 같은 자력집행력 뿐만 아니라 행정상 의무위반에 대한 제재력이 포함된다.

프랑스에서는 행정행위의 효력으로서 강제력과 관련하여, 자력집행력은 “(행정상) 강제(l'exécution forcée 혹은 exécution d'office)”로 표현하고, 제재력은 “행정상 제재(sanction administrative)”로 표현한다. 프랑스 행정법상 행정상 강제는 행정청에게 법원의 사전 승인 없이 한명 혹은 다수의 국민이 행정행위에 따른 의무의 이행에 저항하는 것을 극복하기 위해 행정청 스스로 자력으로 이를 극복하기 위해 인정되는 수단으로 이해한다. ‘강제 집행(l'exécution forcée 혹은 exécution d'office)’은 ‘행정상 구속(contrainte administrative)’ 수단을 의미한다.²⁴⁾

3. 행정상 강제 집행의 요건과 한계

시민은 “합법성 추정(présomption de régularité)” 및 “예선적 특권(privilège

20) Jean WALINE, *Droit administratif*, 23e éd., Dalloz, 2010, p. 411.

21) 홍정선, 앞의 책, 446면.

22) 박균성, 앞의 책, 126면.

23) 김유환, 현대 행정법강의, 제4판, 법문사, 2019, 149면.

24) Nelly Ferreira, “La notion d'exécution d'office”, AJDA, 1999, p. 41.

de l'exécution)”)이 잠정적으로 인정되는 행정청의 명령을 준수할 의무가 있다.²⁵⁾ 시민의 입장에서는 행정청의 결정을 준수하지 않으면 ‘행정형벌(sanctions pénales)’과 점증하는 다양한 유형의 ‘행정상 제재(sanctions administratives)’를 부담해야 한다. 행정형벌이나 행정상 제재에 의한 압박에도 불구하고, 시민이 준수 의무의 이행을 거부하게 되면, 행정청의 결정은 침해되고, 이로 인해 의무위반은 구체화 된다. 프랑스 공법상 확립된 일반원칙은 행정청은 스스로 행정행위의 집행력을 확보하기 위하여 강제력을 동원할 수 없고, 다만 법원에 이를 제소할 수 있을 뿐이며, 법원이 ‘의무의 불이행(désobéissance)’을 확인하면, 의무위반행위를 처벌하고, 이를 시정하기 위한 구체적인 수단을 허용할 뿐이다. 법원은 형벌의 부과 이외에도 의무불이행을 중단하기 위한 모든 필요한 조치를 취할 수 있고, 행정청에 강제력을 동원하는 것을 승인할 수 있다.²⁶⁾ 따라서 행정청의 의무이행명령을 사인이 거부하는 경우에 일정한 제한 하에 모든 조치들은 법원을 통하도록 되어 있다. 의무위반이 확인되면 법원은 법률의 엄격한 제한 아래 필요한 조치를 명할 수 있다. 우리나라에서는 행정법상 의무의 불이행이 있는 경우 행정주체가 의무자의 신체 또는 재산에 직접 실력을 가하여 그 의무를 이행하게 하는 것으로 이해하는 바, 행정상 강제제의 1차적인 주체는 행정주체가 되지만, 프랑스의 경우에는 행정법상 의무불이행에 따른 강제는 1차적으로 법원이 담당한다는 점에서 차이점이 있다.²⁷⁾

1) “1902년 12월 2일 Société immobilière de Saint-Just” 판결²⁸⁾

행정상 강제 집행은 개인의 법적 안전성(la sécurité juridique)을 중대하게 위협한다. 그렇다고 행정행위에 의한 의무 부과를 개인이 준수하지 않을 경우 행정청이 이를 그대로 방치할 수도 없는 문제이다. 이에 따라 개별법들은 강제 집행(l'exécution forcée)을 명문으로 규정하고 있다. 법률에 명시적인 규정이 없는 경우에 행정상 강제집행의 요건은 1902년 Saint-Just 판결에서 논고담당관이었던 Romieu에 의해 최초로 정립되었다.²⁹⁾

25) Pierre-Laurent Frier, “L'exécution d'office : principe et évolutions”, AJDA, 1999, p. 45.

26) Cass. crim. 24 janvier 1914, Bull. crim. n° 57, p. 101 ; Cass. crim. 13 décembre 1956, Bull. crim. n° 841, p. 1489.

27) “행정상 강제집행의 구체적 실현현태는 각 나라 문화적·역사적 전통과 법체계에 따라 상이하게 나타나고 있는데, 대체로 사법부가 집행의 주체가 되고 특별한 경우에 행정부가 집행을 실행하는 방식(프랑스·미국)과, 기본적으로 행정부가 집행의 주체가 되는 방식(독일 등)으로 나누어 볼 수 있다.” 김연태, “행정상 강제집행제도의 입법적 개선에 관한 고찰”, 앞의 논문, 122면.

28) Tribunal des Conflits, 2 décembre 1902, Société immobilière de Saint-Just, n° 0543.

Romieu는 행정상 강제 집행의 요건으로, 첫째, 행정행위는 법률의 근거해야 하며, 둘째, 행정청은 적극적인 혹은 소극적인 저항에 직면해야 한다. 그렇지 않은 경우 강제적인 수단에 의한 방법은 불필요한 억압이 되고, 셋째, 그 저항은 다른 방법에 의해서 해결될 수 없어야 한다. 예를 들어, 법률이 행정상의 무부과에 따른 불이행에 대한 행정형벌을 규정하고 있지 않은 경우이거나, 행정상 제재 수단이 없거나 또는 이미 부과된 행정상 제재가 실효적이지 못한 경우이어야 한다.³⁰⁾

다만, 긴급성(l'urgence)은 위의 강제집행의 요건에도 불구하고, 이를 할 수 있는 예외를 구성한다. 이는 1902년에 이미 Romieu가 말한 표현에서 잘 드러나 있다. “집에 화재가 났을 때, 우리는 법원에 소방관들을 파견해달라고 요청할 수 없다.” 경우에 따라서는 법원이 정말로 위급성이 존재했는지를 판단하게 될 것이다. 긴급성은 동시에 행정청에게 개인의 저항에 직면하게 될 행정행위의 발급 없이 우선적으로 집행을 하도록 할 수 있다. 다만 이와 같이 긴급성이 요구되는 경우에도 행정청이 선택하는 수단은 목적을 위한 것이어야 한다.

2) 현행 프랑스 행정법상 강제집행의 요건과 한계

프랑스 행정법상 “행정상 강제(l'exécution forcée 혹은 exécution d'office)”가 가능한 경우를 세 가지로 들고 있다. 첫째, “도로교통법전(Code de la route)” 제L.325-1조 상 도로교통질서에 방해가 되는 차량의 경우 경찰관이 이를 견인 조치할 수 있도록 규정하는 것과 같이 법률이 강제집행을 허용하여야 한다. 둘째, ‘위급한 경우(en cas d'urgence)’ 행정상 강제가 가능하다. 셋째, 법상 다른 수단이 없어야 한다. 이 경우는 입법자가 행정법상 의무위반 혹은 해태에 대한 행정형벌 규정을 두어야 함에도 불구하고, 이를 두지 않았을 경우이다.

상기의 세 가지 경우에 행정상 강제가 허용된다고 하더라도, 행정청은 헌법상 원칙인 “비례성 원칙(principe de proportionnalité)”을 준수해야 한다. 즉 행정청의 강제집행은 엄격하게 필요한 경우에만 가능하다.³¹⁾ 행정상 강제집행이 가능한 경우(possible)라도, 이는 행정청에게 반드시 강제집행을 통한 행정목적 실현을 강제하는 것은 아니라는 측면에서, 행정상 강제집행은 의무적이지 않다(non obligatoire). 행정상 강제집행은 필요최소한 경우에 한정되며, 수단과 목적 사이에서 적절성이 인정되어야 한다.³²⁾

29) Jean WALINE, op. cit., p. 413.

30) Jean WALINE, op. cit., pp. 413- 414.

31) CE, ord., 29 juill. 1997, n° 189250.

3) 행정상 강제집행의 유형

이미 살펴본 바와 같이, 우리나라에서는 행정상 강제집행을 대집행, 강제징수, 이행강제금, 직접강제로 구분하여 설명하고 있으나 프랑스에서는 이를 명확하게 구분하고 있는 것으로 보이지 않는다. 판례나 이론은 행정상 강제집행을 지칭하는 “l'exécution forcée”나 “l'exécution d'office”를 구분하고 있지 않다. 다만 일부학자들은 이를 구분하여 사용하는데, 이를 살펴보면 다음과 같다.

‘행정상 강제집행(l'exécution forcée)’은 행정상 의무자에게 구체적으로 어떤 행위를 하도록 강제하기 위하여 행정청이 힘을 사용할 수 있는 교정적 절차를 의미한다. 따라서 행정상 의무자에게 부과되는 의무는 엄격하게 개인적인 것이어야 하며 의무자만이 스스로 행할 수 있다. 만약 의무자가 스스로 이를 이행하지 않으면 제재 및 강제가 수반되는 것을 의미한다. 예를 들어 건물의 불법 점유에 대한 강제퇴거가 이에 해당한다.

이에 반해 ‘대집행(l'exécution d'office)’은 행정청이 행정상 의무자를 대신할 수 있는 것을 의미한다. 행정상 의무는 본인이 이를 원칙상 이행해야 한다는 점에서 여전히 개인적이지만, 행정청은 의무를 이행하지 않은 것을 대신하여 직접 이를 이행할 수 있는 것을 의미한다. 예를 들어 부동산 소유자의 비용으로 건축물에 대해 공사를 대집행한다든지, 주차위반구역 내에 주차된 차량을 견인조치 하는 경우이다. ‘대집행(l'exécution d'office)’은 행정상 의무자의 기본권에 ‘행정상 강제집행(l'exécution forcée)’보다는 적은 침해 효과를 발생시킬 수 있다.³²⁾

4) 위법한 행정상 강제집행에 따른 권리 구제

개인의 재산이나 기본권에 대한 중대한 제한을 가하는 행정상 강제의 방식은 엄격한 공법적 원리에 기속을 받는다는 점에서 항상 행정청에게는 부담이 될 수밖에 없다. 추후에 행정법원이 강제집행이 위법이었다고 판단하게 되면, 행정청은 이에 대한 책임을 져야 한다. 긴급성을 결여했거나, 강제집행의 요건이 충족되지 않은 경우에 당해 강제집행이 사유재산의 침해나 시민의 자유를 침해하게 되면 이것은 일반법원의 관할인 일종의 “행정행위의 무효(voie de fait)”가 된다.³⁴⁾ 즉 “행정행위의 무효(voie de fait)”가 성립하게 되면, “일방적 행정행위(acte administratif unilatéral)”에 인정되는 “예선적 특권(prévièlge du

32) Jean WALINE, op. cit., p. 414.

33) Nelly Ferreira, “La notion d'exécution d'office”, AJDA, 1999, p. 43.

34) Jean WALINE, op. cit., pp. 414 - 415 .

préalable)”은 부인되고, 이는 법적 효력이 없는 사실상의 행위로 전환됨을 의미하며, 이와 같은 경우에 행정상 손해배상책임이 인정된다. 또한 행정법원의 관할이 아닌 일반법원에서 이를 판단하게 된다.

4. 행정상 강제집행 이외의 의무이행 확보 수단

프랑스에서는 상술한 바와 같이 행정상 강제집행에 대해 회의적이고³⁵⁾, 그 수단의 선택도 제한된 범위 내에서만 가능하다는 것을 살펴보았다. 행정법상 개별·구체적인 의무의 불이행에 대한 제재는 원칙적으로 행정형벌의 부과 원칙이고, 경우에 따라서는 행정상 제재(les sanctions administratives)를 부과한다. 이와 같은 제재의 예외적인 경우에만 행정상 강제집행이 인정될 뿐이다.³⁶⁾

1) 행정형벌의 부과

위에서도 살펴본 바와 같이 행정청의 행정행위에 대해서는 “예선적 특권(privilège du préalable)”에 의해 ‘적법성(conformité au droit)’이 추정되므로, 개인은 행정행위의 내용대로 이를 준수해야 한다. 일반적인 경우에 개인이 행정행위(전형적인 예로 하명)에 따른 집행을 준수하지 않을 경우 법원은 개인에 대하여 법률에 규정에 의하여 처벌을 할 수 있게 된다. 이와 같은 형벌의 존재가 개인의 행정법상 의무 이행을 위한 간접적 강제수단의 기능을 수행하게 된다.

우리의 행정벌에 해당하는 이러한 형벌에 의한 압박의 방식은 “죄형법정주의

35) 프랑스에서는 원칙적으로 법원만이 ‘강제집행(l'exécution forcée 혹은 exécution d'office)’을 명할 수 있다. 이는 이미 1902년 장 로미에(Jean Romieu)가 “Société immobilière de Saint-Just 판결”에서 강제집행의 요건을 종합적으로 설명하였다. “입법자가 법률에 의해 직접 혹은 법률의 위임에 의해서 행정부가 내린 명령은 시민이 이를 준수해야 한다. 그러나 시민이 준수해야 하는 명령을 자발적으로 준수하지 않을 때, 어떻게 공권력의 구체적인 작용을 담보할 수 있을 것인가? 강제적 방식은 무엇인가? 공권력을 사용할 수 있는 행정청이 명령하면 행정청에게는 공권력에 직접적으로 종속하도록 할 의도가 있는 것이고 시민에게는 행정청이 발한 명령에 따르거나, 그 명령에 따라 행동하도록 할 구속이 발생한다. 그러나 이 경우에 시민의 기본권에 중대한 침해가 발생할 수 있는 가능성을 부인할 수 없다.”

36) 프랑스에서는 전통적으로 법률이 유보한 엄격한 경우 이외에는 행정청이 스스로 행정행위의 집행을 실행할 수 없으며, 행정청은 시민의 의무불이행에 무기력할 수 없다. 따라서 행정청은 시민에게 의무를 강제하기 위해서는 법원에 의존할 수밖에 없다. David Bailleul, “L'exécution des décisions administratives par le juge”, AJDA 2008 p. 386.

(nulla poena sine lege)”에 따라야 한다. 즉 법률이 행정청의 결정에 불복종하는 경우를 범죄로 규정해야 하고, 이에 상응하는 제재를 규정하고 있어야 한다. 예를 들어, 경찰규정과 관련한 경우 “형법전(Code pénal)” R. 610-5조³⁷⁾가 이에 해당한다. 경우에 따라서는 개별법에서 행정형벌을 규정하는 경우도 있다.³⁸⁾

2) “행정상 제재(sanctions de caractère administratif)”의 부과

형법상 제제 이외에, 행정청은 우리의 “행정상 제재(sanctions de caractère administratif)” 수단을 사용할 수 있다. 이러한 “행정상 제재(des sanctions de caractère administratif)”는 간접적 강제 성격의 가진다. “행정상 제제”와 “행정형벌”의 차이점은 행정형벌의 부과는 법원이 하게 되지만, 행정상 제제는 행정법 관계의 당사자인 행정청이 부여한다는 점에서 차이가 있다.³⁹⁾ 프랑스에서 “행정상 제제(des sanctions de caractère administratif)”는 과거의 행정법상의 무불이행에 대한 제재를 목적으로 하는 일방적 행정행위다.⁴⁰⁾ 이와 같은 “행정상 제제(sanction administrative)”는 1989년 헌법위원회(Conseil constitutionnel)의 결정⁴¹⁾으로 인정되기 시작했다. 동 결정에서 헌법위원회는 행정상 제제가 기본권의 전부 박탈을 목적으로 하지 않고, 법률이 헌법상 보장되는 기본권을 보호하는 조치를 포함하여 행정청에게 제재권한을 실행할 것을 유보한 경우에는 행정청에 의한 제제가 가능하다고 판단하였다.

프랑스에서 행정상 제제의 유형은 다양한 것으로 파악한다. 가장 전형적인 것인 금전적 제제(sanctions pécuniaires)이며, 다음으로 영업의 정지((suspensions d’activités) 및 취소(retraits d’autorisation)도 행정상 제제로 분류된다.

행정청이 행정상 제제를 가하기 위해서는 위의 헌법위원회 판결에서도 확인 되듯이, 첫째, 법률에 규정이 있어야 한다. 둘째, 행정상 제제가 기본권을 박탈하는 것이어서는 안 된다. 셋째, 행정상 제제는 “법률만이 엄격하고 필요한 경우에 한 형벌을 정할 수 있다”는 프랑스 인권선언 제8조의 규정을 준수해야만 한다.

과거에는 행정상 제제의 예가 극히 소수였는데, 최근에 이르러서는 이러한 형

37) Article R. 610-5 du Code pénal. “경찰테크레나 아래때에 의해 규정된 금지의무의 위반이나 의무의 해태는 1등급의 벌금을 부과한다.”

38) Jean WALINE, op. cit., p. 412.

39) Jean WALINE, op. cit., p. 413.

40) 강지은, “제재적 행정처분에 대한 소송 - 프랑스의 최근 판례를 중심으로-”, 공법학연구 제14권 제2호, 2013, 546면.

41) Cons. const. 28 juillet, 1989, n° 89-260 DC.

태의 수단이 점증하고 있다. 행정상 제재의 부과권이 독립행정청(*autorité administrative indépendante*)의 지위를 가지고 있는 합의제 행정청에게 부여되고 있다. 프랑스의 경우 예를 들면, 공정거래위원회(*Conseil de la concurrence*), 보험감독위원회(*Commission de contrôle des assurances*), 방송위원회(*Conseil supérieur de l'audiovisuel*) 등을 예로 들 수 있다. 이러한 합의제 행정청은 중대한 금전상의 제재를 할 수 있는 권한을 가지고 있다. 경우에 따라서는 각 부처의 장관에게도 행정상 과징금(*amende administrative*)을 부과할 수 있는 권한이 인정된다.

행정상 제재에 따른 권리구제는 행정제재의 유형별로 구분할 수 있는데, ‘완전심판소송(*plein contentieux*)’ 혹은 ‘원권소송(*recours pour excès de pouvoir*)’이 가능하다. 행정상 금전 제재(과징금)에 대한 구제 수단은 완전심판소송(*plein contentieux*)으로 다투는데, 완전소송은 원고로 하여금 보다 권리구제의 범위를 넓게 적용받을 수 있게 하는 장점이 있다. 그러나 이러한 변화에도 불구하고 여전히 행정청이 한편으로는 법관의 역할을 하고 다른 한편으로는 행정법관계에서 일방당사자가 되는 이러한 방식이 적법한 것인가에 대해서는 의문이 제기되고 있다.⁴²⁾

행정형벌의 부과 혹은 행정상 제재 모두 개인에 의한 행정청의 결정에 따른 의무준수를 이끌어 내는 데에는 불충분하다. 즉, 어떠한 법률도 특정 행정 결정에 대한 제재를 규정하고 있지 않은 경우, 행정 결정이 위급성이 결여되거나 즉시 집행해야 할 필요성을 기대하기 어려운 경우가 이에 해당한다. 이러한 경우에 행정청은 위에서 살펴본 바와 같이 “행정상 강제집행”을 고려할 수밖에 없다.

5. 프랑스 식품위생법상 실효성 확보체계

프랑스의 식품안전에 관한 법체계는 다양한 법전에 분산되어 있는데, 주로 “농림·수산업법전(*Code rural et de la pêche maritime*)”, “소비법전(*Code de la consommation*)” 및 “공공보건법전(*Code de la santé publique: CSP*)”을 예로 들 수 있다.⁴³⁾

42) Jean WALINE, *Droit administratif* 23e éd., Dalloz, 2010, p. 416.

프랑스 “농림·수산업법(Code rural et de la pêche maritime)”은 제L. 231-1조 제2항에서 식품의 위생, 식품의 판매업자에 대한 위생규정, 동물사료 등의 위생과 관련하여, 적절한 조사를 할 수 있도록 하고, 동법전 제L.231-2조는 조사를 실시할 수 있는 권한을 가진 자에 대한 규정을 두고 있다. 또한 동법전 제L.231-2-1조 제1항에서는 식품위생을 조사하기 위하여, 행정조사를 실시할 경우에 오전 8시부터 오후 8시까지 가능하도록 하고 있으며, 이와 같이 법이 정한 시간 이외에서 행정조사는 당해 시설이 대중에게 공개된 시간이나 영업시간인 경우에 접근이 가능한 것으로 규정하고 있다. 또한 공무원이 영업장에 출입하는 것이 거부된 경우에는 법원에 영장에 의해 조사를 실시하도록 규정하고 있다.

동법전 제L.232-1조 제1문은 식품판매업자 등이 식품위생법 관계 규정을 위반한 경우에 행정청은 당해 식품의 폐기, 회수, 압류, 원상회복 등 행정청이 필요하다고 판단하는 경우에 모든 조치를 취할 것을 명령할 수 있다고 규정하고 있다. 동조 제3문에서는 압수, 회수, 원상회복에 따른 비용, 즉 운송, 저장, 분석, 폐기 과정에서 발생하는 비용은 제1문에서 해당하는 관계법규를 위반한 사업자의 부담으로 한다고만 규정하고 있다.

동법전 제L.233-2조는 제1문에서 식품의 처리, 가공, 처리 및 첨가에 관한 시설은 관계 법령이 정하는 바에 따라 허가나 승인을 받도록 하고 있다. 동조 제2문은 이와 같은 시설이 관계규정이 정한 위생관련규정을 위반한 경우에 권한 있는 행정청은 규정 위반을 시정하기 위하여 허가나 승인을 정지할 수 있다고 규정하고 있으며, 이와 같은 영업정지에도 불구하고 행정청이 정한 기한 내에 적절한 시정이 이루어지지 않으면 영업허가를 취소할 수 있는 근거 규정을 두고 있다.

동법전 제L.237-1조 내지 제L.237-4조까지는 행정형벌에 관한 규정을 두고 있다. 예를 들어 영업장 폐쇄를 위반한 경우에는 제L.237-1조 제2항에 의하여 3만 유로의 벌금과 2년 이하의 징역에 처해질 수 있으며, 동조 제3항에서는 공중보건에 위해를 끼치는 식품을 판매한 자의 경우에 5년 이하의 징역 및 3년간의 매출액의 10%에 해당하는 금액에 비례하여 60만 유로 이하의 과징금에 해당하는 금전적 제재를 부과할 수 있다.

식품위생의 영역에서 프랑스법의 현재 규율태도는 행정법규의 위반에 대한 시정명령 등의 조치를 취할 수 있으나, 이를 이행하지 않는 경우에는 영업정

43) 박균성·정관선, “한국과 프랑스의 식품안전법제에 관한 연구”, 경희법학 제47권 제3호, 2012, 87면.

지·취소가 가능하고, 이와 함께 행정형벌의 부과로 구성되어 있음을 알 수 있다. 또한 아래에서 살펴보겠지만, 시정명령 위반에 대한 제재적 행정처분으로서 일종의 이행강제금, 강제집행의 수단들이 예외적인 경우에 허용되고 있는 실정이다.

IV. 우리나라 식품위생법상 실효성 확보 수단의 현황과 법적 과제

우리나라의 다양한 개별법 중에서 행정상 강제집행의 일반법 제정의 필요성과 관련하여 굳이 “식품위생법”을 연구의 대상으로 정한 것은 “식품위생법”이 다양한 행정상 실효성 확보수단을 규정하고 있기 때문이다. 식품위생법은 제71조에서 시정명령, 제74조에서 시설개수명령, 제75조에서 허가의 취소 및 정지를 규정하고 있고, 이외에도 폐기처분(제72조), 폐쇄조치(제79조) 및 과징금제도(제82조) 등을 두고 있다. 또한 행정상 강제집행 제도에 대해서 소극적인 프랑스의 경우에도, 행정상 강제집행 수단과 요건에 대해서 “농림·수산업전(Code rural et de la pêche maritime)”이 이에 대한 근거규정을 두고 있기에, 일반법의 제정 없이도 개별법의 정비를 통해 행정의 실효성을 확보할 수 있다는 측면에서, 양국의 법제를 비교·분석함으로써 시사점을 도출할 수 있기 때문이다.

현행법상 행정상 강제집행에 관한 일반법을 제정하고자 하는 것은 대집행과 강제징수에 있어서는 “행정대집행법”과 “국세징수법”이 제정되어 있는데 반하여, 직접강제나 이행강제금에 대해서는 개별법에서 제한적으로 인정하여, 행정법상 모든 의무불이행에 대응할 수 없다는 논리에 근거하고 있다.⁴⁴⁾ 그러나 행정집행에 관한 일반법의 제정이 개별법에서 정하고 있는 행정상 강제집행에서 발생하는 문제를 모두 해소할 수 있는 것은 아니다. 첫째, 행정상 강제집행의 근거가 되는, 기본행정행위 즉, 시정명령과 같은 하명 등이 명확하게 규율하고 있는지, 아닌지에 대한 문제를 우선 고려해야 한다. 둘째, 행정행위의 실효성을 담보하기 위한 행정상 강제집행 수단의 선택에 있어서 “비례의 원칙”이 준수되고 있는가가 일반법의 제정보다 더 중요한 문제가 된다. 셋째, 이미 “행정대집행법”의 사례에서 보듯이 대집행에 관한 일반법이 제정되어 있어도,

44) 김연태, “행정상 강제집행제도의 입법적 개선에 관한 고찰”, 앞의 논문, 125면.

실무상 적용 곤란과 법령의 미흡함으로 활용도가 높지 않다는 점⁴⁵⁾을 상기해 볼 때, 행정상 강제집행의 일반법제의 존재가 행정의 실효성을 확보 방안이 될 수 있는 것은 아니라는 점을 고려해야 한다. 마지막으로, 프랑스의 경우를 상정해 보면, 행정상 강제집행은 행정청이 이를 선택할 수 있는 것이지, 반드시 의무적으로 해야 하는 것은 아니다. 따라서 오히려 행정강제에 대한 일반법의 제정이 행정편의적인 접근을 보편화 하여, 국민의 재산권 및 기본권 침해의 심각성을 초래하는 것은 아닌 지에 대한 근본적인 검토가 이루어져야 한다.

1. 우리나라 “식품위생법” 상 시정명령 및 비대체적 작위의무 부과

1) 시정명령

행정의 실효성 확보수단에 대한 논의에 이러한 확보수단의 근거가 되는 기본적 행정행위가 명확해야 한다. 기본적 행정행위는 집행권으로서의 기능을 갖는 것이기에 법령상 의무 준수를 시민이 명확하게 할 수 있도록 의무의 내용을 명확하고 특정할 필요성이 있다.⁴⁶⁾ 기본적 행정행위가 명확하고 특정되기 위해서는 이를 규정한 법령이 명확하여야 할 것이다. 법령의 추상성·일반성이 행정행위를 통해 개별적·구체적으로 전환되어 개인에게 준수 의무를 특정하게 되므로, “식품위생법”상 시정명령은 행정상 강제집행 수단의 전제가 된다는 점에서 중요한 의미를 지닌다.

행정법상 시정명령이란 행정법령의 위반행위로 초래된 위법상태의 제거 내지 시정을 명하는 행정행위를 말하며, 그 내용은 작위·부작위·급부 등을 내용으로 하는 하명에 해당한다. 시정명령은 공법상 의무이행의 확보 측면에서 가장 전통적이고 일반적인 방식인 과징금, 과태료, 형벌과 별도로 이러한 위반행위를 장래에 중지하고 적법한 의무준수를 이행하도록 하는 것을 의미한다.⁴⁷⁾

또한 시정명령은 특정한 과거의 법규위반에 대하여 그 위법사실을 시정하도록 한다는 측면에서 장래에 정상적인 법질서의 회복을 전제로 하지만, 행정벌 또는 행정질서벌과 과징금은 과거의 법규위반에 대한 제재적 처분으로서의 성격을 가진다는 점에서 구분된다. 판례도 시정명령은 “위반의 행위가 있음을 확인하거나 재발방지 등을 위한 조치를 취하는 것이 아니라 당해 위반행위로 인

45) 김연태, “현행 행정집행제도의 체계상의 문제점”, 앞의 논문, 703면.

46) 박재윤, 앞의 논문, 444-45면.

47) 이원우, “법령상 부작위의무(금지행위)의 반복적 위반과 시정명령 위반의 판단기준”, 경제규제와 법 제1권 제1호, 2008, 123면.

하여 현실로 존재하는 위법한 결과를 바로 잡는 것을 내용”으로 한다고 하여 이와 같은 논의를 확인하고 있다.⁴⁸⁾

“식품위생법” 상의 시정명령은 제71조 뿐만 아니라 제72조의 폐기처분, 제74조의 시설개수명령이 시정명령에 포함된다. 다만, 동법 제71조 상의 시정명령의 경우에는 작위의무, 부작위 의무 위반 모두에 명할 수 있다면, 제72조 상의 폐기처분과 제74조 상의 시설개수명령의 경우 특정한 작위 의무를 명한다는 데에 그 차이가 있다. 또한 ‘폐기처분’과 ‘시설개수명령’은 작위의무를 부과하는 데에는 공통점이 있지만, 전자’의 경우에는 타인에 의한 대체가능성이 존재하고, 후자는 원칙적으로 대체가능성이 없다. 이러한 대체가능성을 기준으로 폐기처분의 경우에는 동법 제72조 제6항에서와 같이 대집행의 대상이 된다는 데에 차이점이 있다.

“식품위생법”은 제71조는 동법 제3조에 따른 위생적 취급에 관한 기준을 위반한 영업자와 동법상의 의무를 준수하지 않은 자에 대하여 시정명령을 발하도록 함으로써 위반행위자의 위반행위를 시정명령의 대상으로 하고 있다. 동법 제71조 상의 시정명령을 이행하지 않을 경우 영업정지, 영업허가 또는 등록 취소(동법 제75조 제1항)될 수 있으며, 영업소가 폐쇄될 수 있고(동법 동조 제3항), 폐업신고가 제한된다(동법 제37조 제8항).

시정명령을 불이행하여, 영업정지, 영업허가 취소, 영업장 폐쇄명령이 있을 경우 동법 제81조에 따른 청문의 절차를 진행하여야 한다. 식품위생법 제71조에 의한 시정명령은 강박상 작위의무를 명하는 하명에 해당하는 것으로서 처분성이 인정된다. 또한 “식품위생법 시행규칙” 별표 23의 “행정처분 기준”에서 법위반 사항이 다소 경미한 경우에는 시정명령의 대상으로 하고 있으며, 이와 같은 시정명령의 위반은 품목별 제조정지 또는 영업정지 처분의 근거가 된다. 따라서 동법 제81조 상의 청문의 절차의 대상에 영업정지, 취소, 폐쇄명령뿐만 아니라 시정명령이 있을 경우 의견 제출에 관한 규정을 별도로 두는 것이 국민의 권리 보호에 더 적합할 것으로 판단된다. 물론 대법원 판례⁴⁹⁾는 시정명령과 같이 제재적 행정처분의 경우에는 개별법에서 별도의 규정을 두고 있지 않더라도, 행정절차법 제21조의 규정이 적용된다는 입장이기에, 개별법상 근거 규정이 없어도 행정절차법이 적용되겠지만, 법령의 명확성 측면에서 시정명령에 대한 의견 제출의 절차를 별도로 규정하는 것이 타당하다고 생각된다.

48) 대법원 2002.11.26. 선고 2001두3099판결.

49) 대법원 2016. 10. 27 선고 2016두41811판결.

2) 비대체적 작위 의무의 부과

(1) 시설개수명령

“식품위생법” 제74조 제1항의 시설개수명령은 제36조의 시설기준에 맞지 아니한 경우에 기간을 정하여 영업자에게 시설을 개수할 것을 명하고 있는데, 동법 시행규칙 별표14에서 규율하는 업종, 장소, 건물의 위치, 작업장 등으로 세분화 시설개수명령을 정하고 있다. 시설개수명령의 불이행은 동법 제75조 제1항의 영업정지 및 허가취소, 동법 제101조 제2항의 과태료 부과 대상이 된다.

시설개수명령의 대상과 관련하여, 대법원 2015. 7. 9. 선고 2014두47853판결⁵⁰⁾을 보면 시설개수명령의 대상을 법령상의 근거가 있을 경우에만 제한적으로 가능하다고 하여 시설개수명령의 대상을 엄격히 제한하는 것으로 해석하고 있다.

(2) 폐쇄조치

“식품위생법” 제79조 제1항은 무허가·무신고 영업, 영업취소 및 영업소 폐쇄명령에도 불구하고 영업을 계속하는 경우에는 영업소를 폐쇄하기 위해, 간판 등의 제거나 삭제, 게시문의 부착, 봉인 등의 조치를 취할 수 있도록 규정하고 있다. 다만 동조 제4항은 제1항에 따른 조치는 필요·최소한의 범위 내에서 이루어져야 한다고 규정한다. 이는 영업소 폐쇄 등의 조치명령에도 불구하고, 사인이 이를 행하지 않은 경우에 발동되는 것으로, 작위 의무의 부과와 그 불이행에 따른 행정의 직접강제를 규정한 조항이다.

동조는 제2항에서 영업자가 영업소의 폐쇄를 약속하거나 정당한 사유가 있는 경우 봉인을 해제할 수 있으며, 제3항에서 급박한 경우가 아니면 문서로서 제1항의 조치를 알려야 하고, 제4항은 비례의 원칙을 규정하고 있다.

독일의 “연방행정집행법(Verwaltungs- Vollstreckungsgesetz: VwVG)” 제9조는 대집행, 이행강제금, 직접강제의 순서대로 국민의 기본권 침해 가능성이

50) “이 사건 시행규칙 조항에 규정된 업종별 시설기준의 위반은 시설개수명령(법 제74조 제1항)이나 영업정지 및 영업소폐쇄 등(법 제75조 제1항 제6호) 행정처분의 대상이 될 뿐만 아니라 곧바로 형사처벌의 대상도 되므로(법 제97조 제4호), 그 업종별 시설기준은 식품위생법상 각 영업의 종류에 따라 필수적으로 요구되는 시설의 기준을 제한적으로 열거한 것이라고 보아야 한다. 그리고 이 사건 시행규칙 조항은 침익적 행정행위의 근거가 되는 행정법규에 해당하므로 엄격하게 해석·적용하여야 하고 그 행정행위의 상대방에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석해서는 안 되며, 그 입법 취지와 목적 등을 고려한 목적론적 해석이 전적으로 배제되는 것은 아니라고 하더라도 그 해석이 문언의 통상적인 의미를 벗어나서는 아니 된다.”

증대되는 것으로 보고, 수단의 선택에 있어서 비례성 원칙을 요구하고 있다.⁵¹⁾ 또한 독일에서는 일반적인 행정상 강제집행수단으로 해결되지 않는 긴급한 경우에 즉시강제를 인정하고 있다.⁵²⁾ 기본권 침해의 중대성을 기준으로 보면 즉시강제가 가장 중하다고 볼 수 있다. 이와 같은 측면에서, 우리나라 “식품위생법”은 직접강제에 있어서는 적어도 적용요건으로서 “비례의 원칙”을 규정하고 있지만, 침해의 중대성이 더 크다고 할 수 있는 동법 제72조 제2항의 즉시강제에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않는 것은 문제점으로 지적하지 않을 수 없다. 후술하겠지만, 프랑스의 경우에도 시정 명령의 불이행에 따른 제재 조치에 있어서, 의무이행 정도에 따른 공탁금의 반환, 강제집행에 관한 규정을 두고 있으며, 긴급한 경우에는 즉시 강제의 대상이 된다는 점을 규정하고 있다는 점을 참조해 볼만하다.

3) 프랑스 “농림·수산업전(Code rural et de la pêche maritime)”상의 실효성 확보수단

시정명령과 관련하여 프랑스 “농림·수산업전(Code rural et de la pêche maritime)” 제L.233-1조 제1항은 식품 및 식품가공시설이 위생관련규정을 위반하여 공중의 보건에 위험이 발생하거나, 위험발생 가능성이 높을 경우에 권한 있는 공무원은 기간을 정하여, 적절한 조치, 청소, 직무 교육 및 범위의 시정에 필요한 조치를 취할 것을 사업자에게 명령할 수 있도록 규정하고 있다. 시정명령의 대상이 되는 사업자는 시정명령을 수령한 이후 자신에게 주어진 기간 내에 자신이 직접 혹은 대리인을 통해서 서면 혹은 구두로 자신의 견해를 진술할 수 있는 규정을 두고 있다(동법 동조 동항 제2문 전단). 다만, 긴급한 경우이거나 공중보건에 중대하고 급박한 위험의 발생을 예방하기 위한 경우에는 행정청은 시설의 일부 혹은 전체의 즉시 폐쇄를 명령할 수 있으며, 하나 혹은 다수의 활동을 정지시킬 수 있다. 영업소 폐쇄 혹은 영업활동의 정지 명령은 사업자가 공중보건의 위험이 되지 않을 정도로 필요한 조치를 취할 경우까지 지속된다(동항 제2문 후단).

시정명령 및 영업 폐쇄명령에 있을 경우에 영업시설의 사업자에게 영업소 외부에 명백하게 보일 수 있도록 시정명령 등의 전체 혹은 요지를 게시하도록 명령할 수 있다(동조 동항 제3문).

또한 “농림·수산업전(Code rural et de la pêche maritime)” 제L.233-1조 제

51) 송동수, 앞의 논문, 266면.

52) 송동수, 앞의 논문, 271면.

1항에 따라 시정명령의 기간이 도과하여도 사업자가 적절한 조치를 취하지 않을 경우에, 행정청은 다음과 같은 선택 수단을 행사할 수 있다(동법 동조 제2항). 첫째, 사업자에게 시정명령의 이행에 상응하는 금원을 공공회계관에게 공탁하도록 명령할 수 있고, 공탁된 금원은 사업자의 의무 이행의 정도에 따라 반환된다. 행정청은 조세 등과 별도로 관련 금원을 징수할 수 있다. 국가는 이와 같은 공법상 금전금부의 징수를 위해서 “세법전(Code général des impôts)” 제1920조에 의하여 우선변제권을 갖는다. 둘째, 사업자의 비용으로 시정명령의 대상이 되는 조치를 “강제집행(l'exécution d'office)”할 수 있고, 강제집행이 이루어지는 경우에는 상술한 공탁된 금원을 강제집행 비용으로 충당할 수 있다. 셋째, 공중보건에 위험이 없이는 시정명령의 이행기간은 연장될 수 없지만, 행정청은 적절한 조치의 이행시기까지 영업소의 전부 혹은 일부 폐쇄 또는 하나 혹은 다수의 행위의 정지를 명할 수 있다⁵³⁾. 긴급한 경우를 제외하고서는, 이와 같은 행정청의 조치에 대해서 사업자는 정해진 기한 내에 직접 혹은 대리인을 통해 자신의 의견을 개진할 수 있다.

프랑스 “농림·수산업법” 제L.233-2조는 인간을 위해 소비되는 육류 및 식품의 준비, 처리, 변형, 가공, 혼합을 하는 기관은 경우에 따라 농림부장관의 ‘아레떼(arrêté)’ 혹은 유럽 연합의 규정에 요건에 부합할 경우에 한하여 허가(autorisation) 혹은 ‘인가(agrément)’를 받아야 한다. 인가 혹은 허가는 행정청에 의해 발급된다고 규정하고 있으며, 동조 제2문에서는 유럽연합의 규정 및 결정 혹은 농림부장관의 아레떼 등의 위생 규정에 반하는 경우에 행정청은 수인가자 혹은 수허가자에게 개선을 위한 기간을 주고 당해 인가나 허가를 정지할 수 있다고 규정하고 있다. 또한 정한 기한 내에 개선조치가 이루어지지 않을 경우 당해 인가나 허가를 철회할 수 있도록 규정하고 있다. 동법전 제L.233-2조는 육류 등을 취급하는 보관 및 판매 업체의 경우에도 인가의 요건을 준수하지 않을 경우에 영업의 정지 및 취소를 규정하고 있다.

우리와 프랑스의 법제를 비교해 보면, 시정명령의 경우 반드시 기한을 정하도록 하고 있으며, 시정명령에 따른 사업자 혹은 영업자에 대한 의견진술 기회를 분명히 규정하고 있다는 점이다. 또한 영업소 폐쇄 및 영업정지의 존속기한은 시정명령에 따른 의무의 이행까지로 명확하게 규정하고 있다는 점에서 우

53) 예를 들어 영업 정지, 품목별 제조 정지와 같은 경우를 상정해 볼 수 있다.

리와 차이점이 발견된다.

시정명령에 기한을 둔다는 것은 행정법상 의무위반에 대한 구체적인 작위의무의 이행 기한을 설정하는 것이고, 주어진 기한 내에 작위의무를 이행하지 못하면 시정 명령에 대한 위반행위가 성립하게 됨을 의미한다.⁵⁴⁾ 그러나 현행 “식품위생법”은 시정명령에 대한 기한 설정에 대해서는 구체적으로 명시하지 않고, 시정명령에 위반될 경우에 동법 시행규칙 별표23에 의한 제재적 행정처분만을 예정하고 있다는 점에서 재고의 필요성이 제기된다. 시정명령은 행정벌과는 달리 의무 불이행에 따른 제재가 아니라 의무의 이행을 목적으로 한다는 점에서 행정상 강제제 대상이 되기 때문에, 현행 “식품위생법”에서도 시정명령, 시설개수명령 등에 있어서 시정명령의 기한을 두도록 하는 입법적 개선이 필요하다.

2. 대체적 작위 의무의 부과 - 폐기처분

행정이 집행수단으로서 법률유보의 관점에서 법률에 근거가 있어야 한다는 것이 학설의 입장이다. 우리나라는 대집행에 관하여 행정대집행법이 규율하고, 강제징수의 경우에는 국세징수법이 일반법으로서의 기능을 담당하지만, 그 이외에 행정상 강제제에 대해서는 일반법이 존재하지 않는다는 것은 앞에서 살펴본 바와 같다. 다만 행정에게 다양한 행정상 강제수단이 법률에 규정되어 있는 경우에 문제를 살펴볼 필요가 있다. 이와 같은 경우에는 행정청에게 재량이 부여되어 있지만⁵⁵⁾, 제재수단의 선택에 있어서는 비례원칙에 의해 제한을 받게 된다. 따라서 행정청은 행정강제 수단의 목적 달성을 위하여 다양한 수단들이 존재할 경우 가능한 한 시민에게 침해가 가장 낮은 수단을 선택해야 한다.

“식품위생법”은 제72조 제1항에 식품 등을 압류 또는 폐기하거나 영업자에게 위해를 없애는 조치를 명하도록 하는 시정명령을 내릴 수 있는 근거 규정을 두고 있다. 또한 동법 제2항에서는 관계공무원이 식품이나 기구 용기 또는 포장 등을 직접 압류하거나 폐기할 수 있으며, 제3항에 따른 제품의 회수·폐기를 영업자에게 명령할 수 있으며, 제6항에서는 “행정대집행법”에 따라 대집행이 가능하도록 규정하고 있다. 동법 제72조의 명령을 위반하면 제75조에 의한 영업정지, 영업취소가 가능하고, 제84조에 따른 위반사실공표의 대상이 되며, 제

54) 이원우, 앞의 논문, 125면.

55) 박재윤, “행정집행에 관한 통일적 규율의 가능성과 한계”, 공법연구 제40집 제1호, 2011, 446-447면.

95조에 따른 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금이 부과될 수 있다.

동법 제72조 제2항에 따른 관계공무원의 압류 또는 폐기는 전항의 폐기명령에 따른 사인의 준수의무 위반과 상관없이 선택적으로 취할 수 있는 것으로 해석된다.⁵⁶⁾ 이와 같은 측면에서 작위의무 위반에 따른 행정청 스스로의 의무 이행결과 확보라는 측면의 직접강제와 구분되며, 의무의 이행 여부와 상관없이 긴급성을 이유로 발동되는 즉시강제에 해당한다. 헌법재판소는 즉시강제와 관련하여 즉시강제가 법률상의 근거가 있어야 됨은 물론이고, 수단의 선택이 “비례의 원칙”에 부합하여야 하며, “행정상의 장애가 목전에 급박한 경우”여야 하고, “다른 수단으로는 목적달성이 곤란한 경우(보충성의 원칙)”이어야 한다고 밝히고 있다.⁵⁷⁾ 따라서 “식품위생법” 제72조 제2항의 즉시강제는 다른 수단을 통해 이행을 확보할 수 없는 경우에만 가능하다고 보아야 한다.⁵⁸⁾

이와 같은 논의를 종합해 보면, 식품위생법 제72조상의 폐기처분에 있어서, 사안의 급박성 또는 긴급성이 없는 경우에는 일단 폐기처분을 명하고, 의무의 불이행시에 대집행을 통해 해결하는 것을 원칙으로 하되, 긴급성이 요구되는 경우에는 즉시강제를 해야 할 것으로 판단된다. 따라서 현행 제72조 제2항의 규정은 제1항에 의한 조치명령으로는 행정목적의 달성할 수 없고, 긴급한 경우에 한하여 발동할 수 있도록 요건을 개정할 필요성이 있다.

프랑스 “농림·수산업법” 제L.232-1조는 식품 제조 및 가공업자 혹은 동물 사료업자 등이 자신에게 부여된 법령상 의무를 불이행한 경우에, 행정청은 이력추적을 통한 정보를 활용하여 사업자가 식품 및 동물사료의 폐기, 회수, 보관 등 및 행정청이 필요하다고 인정되는 기타 모든 조치를 취할 수 있다고 규정하고 있다. 식품의 일부 혹은 육류가공품 등에 관한 보관 및 회수명령이 있는 경우에 모든 유통업자는 이를 구매한 사람에게 통지할 의무가 있다고 규정하고 있으며, 관련 식품의 보관, 회수, 경고 등 특히 저장, 분석, 폐기조치에서 발생하는 비용은 원칙적으로 법령의 준수를 위반한 사업자가 부담하도록 규정

56) “행정상 즉시강제와 강제집행과의 관계, 사안에 따라서는 당사자에 대한 조치명령을 즉시강제와 함께 선택적으로 규정할 수도 있는데(예를 들어 식품위생법 제72조 제1항) 오직 즉시강제만을 규정한 경우와 ‘수거 및 폐기’를 규정한 대물적 즉시강제의 방법에 있어 ‘폐기’까지 가능하도록 규정한 것이 과도한 기본권 제한인지에 대한 문제가 제기될 수 있다.” 최봉석, “행정상 즉시강제의 안착을 위한 법치국가적 과제”, 유럽헌법연구 제20호, 2016, 437면.

57) 헌법재판소 2002. 10. 31. 선고, 2000헌가12 결정.

58) 최봉석, 앞의 논문, 440면.

하고 있다.

이와 관련하여, 프랑스 “행정소송법전(Code de justice administrative)” 제 L.521-2조는 일반적인 행정법상 집행정지가처분 제도와 별도로, 공공기관 혹은 공무를 수탁 받은 사인이 자신의 권한을 행사함에 있어서 중대하고 명백한 불법행위로 부터 시민의 자유와 권리를 보호하기 위한 긴급성이 있는 경우 필요한 모든 조치를 행정법원이 취할 수 있는 소위 “자유보호가처분” 제도를 인정하고 있다. 행정법원의 판사는 자유보호가처분 신청이 있는 경우 48시간 내에 결정을 내려야 한다.⁵⁹⁾ 따라서 폐기처분이 즉시강제에 해당할 경우에는 이와 같은 “자유보호가처분”에 의한 임시적인 권리 구제 수단을 강구할 수 있다.

3. 식품위생법상 기타의 실효성 확보수단 - 위반사실의 공표

최근에는 행정집행제도에 대한 보완으로서 수익적 행정행위의 철회, 행정공표, 과징금, 공급거부, 관허사업의 입찰제한과 같은 수단이 개별법상에 규정되고 있는 실정이다. 이러한 다양한 수단을 적극적으로 활용하는 것은 행정목적의 수행이라는 점에서는 행정청에게 간편한 방식이 될 수 있을지 모르나 상대방인 시민의 입장에서는 공권력 행사로 인한 기본권 침해 가능성이 존재한다. 이는 행정집행 수단을 법정화 하여, 예외적인 경우에만 행정상 강제집행을 인정하려는 현행법제의 취지를 무색케 할 수 있다.⁶⁰⁾

공표란 행정법상 의무위반 또는 의무불이행이 있는 경우에 그 의무위반자 또는 불이행자의 명단과 그 위반 또는 불이행한 사실을 공중이 알 수 있도록 하는 것을 의미한다. 공표제도는 여론의 압력을 통해 의무이행의 확보를 도모하려는 의미와 국민의 알 권리의 실현에 기여하는 측면도 있다.

공표는 행정의 실효성 확보수단의 하나로서 통상 비권력적 사실행위로 보는 것이 보통이다. 공표제도는 상대방에게 침익적 효과를 야기하기 때문에 헌법 제37조 제2항에 따라 법률의 근거를 요한다. 따라서 공표대상자의 보호를 위해 공표에 가능성에 관해 규정하는 법률은 공표의 대상뿐만 아니라 공표의 절차와 방법 등에 관한 주요사항도 규정해야 하며, 공표가 행정절차법상 처분에 해당하지 않는다고 하더라도, 공표대상자를 보호하기 위해 행정절차법 제22조 제3항의 의견 제출을 원용하여 공표 이전에 공표대상자에게 의견진술의 기회를

59) 박현정, “프랑스 행정소송법상 가처분결정의 잠정적 효력”, 행정법연구 제55호, 2018, 5면.

60) 조태제, 앞의 논문, 120-121면.

부여하는 것이 필요하다.⁶¹⁾⁶²⁾ 또한 이 경우에 예방적 부작위소송의 도입 필요성이 있다는 주장이 제기된다.⁶³⁾

식품위생법 제85조는 위반사실의 공표를 규정하고 있으면서, 시행령 제58조의 구체적 방식과 내용에 대해 규율하고 있다. 식품위생법 제81조, 건강기능식품에 관한 법률 제36조 등에서는 영업허가의 취소나 영업장 폐쇄에 대한 처분을 하기 위해서는 청문에 관한 규정을 두고 있지만, 위반사실의 공표 등에 있어서는 별도의 의견제출 절차를 규정하고 있지 않다. 따라서 이에 대한 별도의 의견제출 절차에 규정에 대해 고민해 볼 필요가 있다.

4. 소결

행정상 강제집행을 행정청이 수단으로서 선택하려면, 작위·부작위 의무를 명하는 기본행정행위의 근거가 명확해야 한다. 행정행위의 효력으로서 공정력이 인정되기에, 사인은 행정행위 특히 하명의 내용대로 이를 준수해야 한다. 사실 사인의 의무위반에 대한 제재는 행정형벌의 부과가 가장 명확할 것이나, 경우에 따라서는 행정상 제재 수단도 실효적일 수 있다. 다만 이와 같은 원칙적인 의무이행담보 수단은 행정의 현장에서 불충분할 수 있고, 따라서 예외적인 경우에 한하여 행정상 강제집행이 고려되어야 한다.

이와 같은 측면에서 현행 “식품위생법”상의 유형별 시정명령에 따른 사인의 의무이행확보수단은 다양하게 구비되어 있음에도 불구하고, 행정절차 규정의 미비나, 행정상 강제집행 수단 선택에 있어서 원칙이 명확하지 않고, 경우에 따라서는 권리구제가 미흡한 측면이 발견된다.⁶⁴⁾ 그러나 이것이 곧 행정집행

61) “위반사실의 공표로 인한 불명예의 손해는 사후에 이를 회복하기 사실상 불가능하기 때문에, 사전에 당사자의 방어권을 철저히 보장해야 한다. 따라서 원칙적으로 법원의 확정 판결 이후에 비로소 위반사실을 공표하도록 하고, 예외적으로 그 이전에 공표하도록 하는 경우에는 당사자의 청문 또는 변명기회의 부여를 위한 준사법적 행정절차가 마련되지 않으면 안된다.” 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005, 541면.

62) “행정상 법 위반사실의 공표, 공급거부, 인·허가의 취소 및 정지 등과 같은 새로운 유형의 의무이행 확보수단에 대해서도 일반적인 허용 여부 및 실제적·절차적 요건, 일반원칙(비례의 원칙과 부당결부금지의 원칙 등)을 일반법에 규정하되, 자칫 행정권한의 남용과 비대화를 초래할 수 있으므로, 전통적 강제수단을 우선적으로 선택하여 집행하고 개별법에 별도로 수권근거가 없는 이상 일반법의 규정만으로는 새로운 의무이행 확보수단은 원칙적으로 허용되지 않는다고 해야 할 것이다.” 김연태, “행정상 강제집행제도의 입법적 개선에 관한 고찰”, 앞의 논문, 132면.

63) 홍정선, 행정법 특강, 13판, 박영사, 2014, 496면.

64) 김형섭, “의무이행확보수단으로서의 제재적 행정처분에 관한 소고”, 한양법학 제26권 제4

에 관한 일반법의 제정으로 이어져야만 하는 것은 아니다.⁶⁵⁾ 앞서 살펴본 바와 같이, 프랑스의 경우에는 행정상 강제집행에 대해서는 소극적 태도를 견지하면서, 행정집행에 관한 일반법을 제정하지 않고, 개별법상 근거 규정을 두어 행정상 실효성을 확보하고 있으며, 행정조사 등 절차적 규정이 비교적 자세하게 규율되어 있으며, 시정명령의 기한, 의견개진, 영업정지 및 취소 등은 의무의 이행이 이루어지면 종료된다는 점에서 “비례의 원칙”을 구체화 하고 있는 것으로 판단된다.

행정집행에 관한 일반법의 제정이 있더라도, 개별법적으로는 그 근거가 명확하게 마련되어야 한다는 점에서 보면, 우선 “식품위생법”상 유형별 시정명령에 대한 법제 정비를 고려해야 한다.

V. 결론

“식품위생법”이 다양한 행정의 실효성 수단의 규정하고 있음에도 불구하고, 이와 같은 다양한 수단들이 동법상의 수범자로 하여금 법령상의 의무를 제대로 준수하게 하는 등 실효성을 가지고 있는 지에 대한 의문이 든다.⁶⁶⁾

행정상 강제집행의 일반법 제정 필요성에 관한 논의에서 나아가, 왜 일반법의 제정이 필요한가에 대한 원론적인 질문에 답을 찾아야 한다. 미국이나 프랑스와 독일이 행정상 강제집행의 시작점은 다르나, 모두 국민의 재산권 및 기본권에 심각한 결과를 초래하는⁶⁷⁾ 행정상 강제집행에 있어서 비례의 원칙을 통한 제한을 두고 있다는 점은 이와 같은 제도의 효용성에도 불구하고, 국민의 기본권 보호가 철저히 이루어져야 함을 의미한다.⁶⁸⁾

집, 2015, 185-186면.

65) 심상민, “행정상 강제수단의 관계와 체계화 방안”, 영남법학 제42집, 영남대학교 법학연구소, 2016, 196면.

66) 경우에 따라서는 제재적 성질을 갖는 영업정지를 더 무겁게 하거나, 영업정지 대신 행정벌을 더욱 강화하여 문제를 해결하는 방식도 생각해 볼 수 있다. 정훈, “한국의 행정제재 현황과 문제점”, 법학논총 제33집 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2013, 274면.

67) “여러 새로운 수단을 통해 행정주체는 간편하게 의무의 이행을 확보할 수 있게 되었는지는 모르나, 상대방인 사인의 입장에서 볼 때에는, 공권력의 지나친 행사로서 비치는 경우가 많은 것이다. 또한 이론적으로도 상기한 새로운 여러 수단이 행정상의 강제집행의 수단을 법정하고 그 종류를 한정된 의미를 몰각시키는 것이 아니냐는 의문이 제기될 수 있다.”, 김남진·김연태, 행정법 I, 제18판, 법문사, 2014, 505면.

68) 최근 행정의 실효성 확보수단에 있어서 즉시강제, 직접강제 등에 대한 일반법의 제정 필

그러나 우리나라의 경우에는 행정 목적 달성의 실효성, 행정현장에서 집행 공무원의 편의성에만 국한하여, 국민의 기본권 보호에 관한 논의 보다는 다양한 제재수단을 마련하고 있는데 반해 행정상 강제집행 수단 선택의 한계에 대한 입법적 미비가 발견된다. 또한 행정소송에 있어서 국민의 권리구제의 영역이 상대적으로 좁은 점은 행정의 실효성 확보수단 중 사실행위로서의 성질을 가지는 사안에 있어서는 손해배상, 손실보상 등 금전적 전보 이외에는 권리 보호성이 제한적일 수밖에 없다는 점은 더구나 이 영역에서 제재수단의 선택에 신중함을 기해야 하는 이유가 된다.

이러한 현실적인 문제점에 착안하여, 행정소송법의 개정 혹은 행정상 강제에 관한 일반법의 제정과 같은 근본적인 문제해결 방안 이전에 제시할 수 있는 차선택을 고려해 볼 필요가 있다. 즉, 개별법상 행정상 실효성 확보수단이 학설과 다른 나라의 입법례를 비추어 미흡한 점이 없는 지를 살펴보고, 권리구제수단의 확보 노력, 비례원칙의 준수 여부 등에 대한 법적 개선을 고민해 볼 필요가 있다.

요성 제기와 법령상의 구체적인 근거 규정이 없는 경우에 위반사실의 공표, 인·허가의 제한과 같은 새로운 유형의 실효성 확보제도의 적용에는 부정적인 견해가 있는 점을 비추어 보면, 행정목적의 달성을 위한 강력하고 효율적인 수단의 선택에는 반드시 이에 상응하는 국민의 기본권 보호가 수반되어야 함을 의미한다. 판례가 다양한 사례에 있어서 대집행의 요건을 엄격하게 해석하는 것이나, 법규명령 형식의 행정규칙의 성질 등의 문제에 있어서 국민의 기본권을 보호하는 측면에서 접근하고 있다는 점을 살펴보면, 이 점을 보다 명확히 알 수 있을 것이다.

[참고문헌]

- 김남진·김연태, 행정법 I, 제18판, 법문사, 2014, 944면.
- 김유환, 현대 행정법강의, 제4판, 법문사, 2019, 763면.
- 박균성, 행정법론(上), 제8판, 박영사, 2009, 1194면.
- 박균성, “행정법 강의”, 박영사 16판, 2019, 1342면.
- 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005, 541면.
- 홍정선, 행정법원론(上), 제27판, 박영사, 2019, 1304면.
- 강지은, “제재적 행정처분에 대한 소송 - 프랑스의 최근 판례를 중심으로-”, 공법학연구 제14권 제2호, 2013, 545-568면.
- 강지은, “프랑스 행정절차법상 일방적 행정행위 - 행정절차법전 제2권의 주요개념 및 해석원리를 중심으로-”, 행정법연구 제49호, 2017, 29-51면.
- 김동희, “프랑스 행정법상의 행정행위의 관념에 대한 일고”, 法學(제46권 제2호), 서울대학교 법학연구소, 2005. 238-277면.
- 김연태, “현행 행정집행제도의 체계상의 문제점”, 강원법학 제49권, 2016, 699-738면.
- 김연태, “행정상 강제집행제도의 입법적 개선에 관한 고찰”, 법학연구 제27권 제2호, 충남대학교 법학연구소, 2016, 121-152면.
- 김형섭, “의무이행확보수단으로서의 제재적 행정처분에 관한 소고”, 한양법학 제26권 제4집, 2015, 167-186면.
- 박균성·정관선, “한국과 프랑스의 식품안전법제에 관한 연구”, 경희법학 제47권 제3호, 2012, 81-120면.
- 박재윤, “행정집행에 관한 통일적 규율의 가능성과 한계”, 공법연구 제40집 제1호, 2011, 433-466면.
- 박현정, “프랑스 행정소송법상 가처분결정의 잠정적 효력”, 행정법연구 제55호, 2018, 1-528면.
- 송동수, “행정상 강제집행제도의 비교법적 검토 - 독일과 한국을 중심으로-”, 토지공법연구 제64집, 2014, 257-275면.
- 심상민, “행정상 강제수단의 관계와 체계화 방안”, 영남법학 제42집, 영남대학교 법학연구소, 2016, 167-202면.
- 이기춘, “행정상 즉시강제에 관한 연구 - 즉시강제이론의 재구성 재론-”, 공법연구 제39집 제4호, 2011, 289-316면.
- 정 훈, “한국의 행정제재 현황과 문제점”, 법학논총 제33집 제3호, 전남대학교 법

학연구소, 2013, 267-293면.

조태제, “행정집행제도의 문제점과 그 개선방안”, 법조 577호, 2004, 80-121면.

최봉석, “행정상 즉시강제의 안착을 위한 법치국가적 과제”, 유럽헌법연구 제20호, 2016, 423-456면.

Jean WALINE, Droit administratif, 23e éd., Dalloz, 2010, p. 728.

David Bailleul, “*L’exécution des décisions administratives par le juge*”, AJDA 2008 pp. 386-392.

Pierre Delvolvé, “*La définition des actes administratifs*”, RFDA n°01, 2016, pp. 35-39.

Pierre-Laurent Frier, “*L’exécution d’office : principe et évolutions*”, AJDA, 1999, pp. 45-48.

Nelly Ferreira, “*La notion d’exécution d’office*”, AJDA, 1999, pp. 41-44.

[Abstract]

Study on the Administrative Compulsions and its improvement

Kim, Ji-Young*

Recently, the effectiveness of administrative compulsion has been raised a number of problems in Korea. Such problems lead to enact for general act which enforces an administrative obligation. Such as “Administrative Vicarious Execution Act” and “National Tax Collection Act” in Korea, a general act of administrative compulsion has been put in force, there is a question of whether the general legislation is necessary.

On the one hand the need for the enactment of general act in regard to administrative compulsion may be acceptable, on the other it is necessary that we distinguish a necessity from effectiveness. The enactment of general law can not resolve all problems. Korean current individual legislation which each law stipulates an administrative compulsion has an advantage in point of respect of legislator and adaptability of administration.

However, it is undeniable fact that the current system has problem for the restriction of administrative execution and lack of principle of proportionality. Moreover, a citizen has less possibility for a protection of his rights and an administrative remedies in the process of Korean administrative litigation.

In conclusion it is important to continue with the improvement of current individual legislation or to make an effort its perfection.

Keywords : Administrative compulsion, Administrative Obligation, Effectiveness of administrative, principle of proportionality, Protection of fundamental rights, Vicarious Execution

* Professor of Daegu University

