

# 제재처분 승계에 관한 일고(一考)

## -프랑스법상 행정제재 개념을 기초로 한 대법원 판례의 비판적 검토-

이승민\*

### 【목 차】

|                          |                            |
|--------------------------|----------------------------|
| I. 들어가며                  | III. 제재처분 승계에 관한 대법원 판례 검토 |
| II. 행정제재의 의의, 한계 및 구별 개념 | 1. 제재처분 승계에 관한 기존 논의       |
| 1. 행정제재의 의의 및 한계         | 2. 제재처분 승계에 관한 명문규정이 없는 경우 |
| 2. 구별개념                  | 3. 제재처분 승계에 관한 명문규정이 있는 경우 |
|                          | 4. 소결                      |
|                          | IV. 결론                     |

### 【국 문 요 약】

좁은 의미의 행정제재에는 징계, 변상금, 가산세, 법령상 영업취소·정지로 표현되는 수익적 행정행위의 철회·효력제한 중 처벌적 성격의 것(제재철회), 과징금, 위반사실의 공표 등이 포함된다. 이 중 영업취소·정지와 이에 갈음하는 변형과징금은 영업법제에서 비롯된 것이므로 당연히 영업자 지위를 전제로 하고, 주로 경제영역에서 발견되는 본래적 의미의 과징금의 경우에도 대개 사업자 또는 영업자 지위를 전제로 한다. 이러한 사업자 또는 영업자 지위는 개별 법령에서 정하고 있는 사유, 즉 상

\* 성균관대 법학전문대학원 부교수, 법학박사(행정법)

속, 합병, 회사분할과 같은 포괄승계와 영업양도, 경매 등을 통한 영업시설·설비의 전부 인수와 같은 특정승계를 통해 이전될 수 있는데, 이때 기존 사업자·영업자의 공의무, 특히 제재처분의 승계가 문제되는 경우가 많다.

행정제재는 행정청이 국민의 법 위반행위에 대해 처벌 목적으로 부과하는 불이익을 의미하며, 이는 예방을 본질로 하는 경찰작용과 달리 행위자의 법 위반행위에 대한 응보적 관점에서의 처벌적 성격을 지닌 것으로서 형벌과 그 본질이 크게 다르지 않고, 따라서 물적 책임이 아닌 인적 책임을 기본으로 하는 것이다. 행정제재의 수단으로 수익적 행정행위의 철회·효력제한을 부과하는 경우에도 이는 이른바 제재철회로서 공익상 사유를 이유로 한 공익상 철회와 구별되고, 인허가 발급 후 사후적 법 위반행위를 근거로 부과되는 것이므로 직권취소와도 다르다.

이러한 행정제재는 행정의 실효성을 이유로 처벌권의 사법부 전속이라는 원칙에 중대한 예외를 설정하는 것이므로 이에 대해서는 법치주의적 안전장치, 즉 적법절차원칙, 죄형법정주의, 비례원칙, 책임주의, 형벌불소급원칙, 이중처벌금지원칙 등 형사절차에 적용되는 안전장치에 준하는 보장이 있어야 하며, 법률유보원칙, 침익적 행정행위의 근거법령에 대한 엄격해석원칙도 정확하게 적용되어야 한다. 다시 말해, 행정제재의 형식·절차나 실체적 내용 모두에 대해 ‘제재법정주의’가 관철되어야 하며, 따라서 제재책임도 명문 규정 없이 함부로 승계될 수 없고, 이를 허용하는 명문 규정 또한 헌법적 한계를 준수해야 한다. 행정제재의 허용성과 한계, 그리고 경찰작용과의 구별에 관한 프랑스의 논의는 여기에 많은 시사점을 제공해 준다.

하지만 대법원은 제재처분의 승계, 특히 제재사유의 승계에 대해 상당히 관대한 입장을 유지해 왔다. 그리하여 명문 규정이 없는 경우에도 영업자 지위 승계 규정, 그 전제가 되는 인허가 및 해당 제재처분의 법적 성격(대물적 처분)을 근거로 제재사유의 승계를 인정하고 있으며, 제재처분 승계 규정이 있는 경우에도 양수인의 선의에 대해 엄격한 입장을 보이고 있다. 다만, 공정거래위원회의 과징금과 관련하여 회사분할을 이유로 한 제재사유의 승계를 부정한 바 있는데, 이러한 판시는 다른 분야에서는 발견되지 않는다. 이와 같은 대법원의 입장은 행정제재의 처벌적

본질이나 대인적 성격에 맞지 않는 것이고, 해석을 통해 규정을 창설하는 것으로서 상기한 여러 헌법 원리 및 행정법의 불문원리에 반하여 시민의 기본권을 과도하게 침해하는 것이다.

## I. 들어가며

행정제재, 특히 좁은 의미의 행정제재에는 행정의 실효성 확보를 위한 간접적 강제수단 중 행정형벌과 행정질서벌을 제외한 나머지 제재, 즉 징계, 변상금, 가산세, 수익적 행정행위의 철회·효력제한<sup>1)</sup>, 과징금, 위반사실의 공표 등이 포함된다.<sup>2)</sup> 이 중 수익적 행정행위의 철회·효력제한, 즉 법령상으로는 흔히 영업취소·정지로 표현되는 것과 이에 같음하는 변형과징금은 영업법제에서 비롯된 것이므로 당연히 영업자 지위를 전제로 하고, 주로 경제영역에서 발견되는 본래적 의미의 과징금의 경우에도 대개 사업자 또는 영업자 지위를 전제로 한다. 이러한 사업자 또는 영업자 지위는 개별 법령에서 정하고 있는 사유, 즉 상속, 합병, 회사분할과 같은 포괄승계와 영업양도, 경매 등을 통한 영업시설·설비의 전부 인수와 같은 특정승계를 통해 이전될 수 있는데,<sup>3)</sup> 이때 기존 사업자·영업자의 공의무, 특히 행정제재처분<sup>4)</sup>의 승계가 문제되는 경우가 많다.

1) 후술하겠지만, 수익적 행정행위에 대한 철회·효력제한 중 이른바 ‘공익상 철회’는 행정제재로 볼 수 없다. 박정훈, “처분사유의 추가·변경과 행정행위의 전환”, 「행정소송의 구조와 기능」, 박영사, 2006, 548-551면 참조.

2) 김동희·최계영, 「행정법 I」, 제26판, 박영사, 2021, 461-462면; 박정훈, “협의를 행정벌과 광의의 행정벌”, 「행정법의 체계와 방법론」, 박영사, 2005, 324-325면. 이 글에서는 행정형벌과 행정질서벌을 제외한 좁은 의미의 행정제재만을 행정제재로 부르고자 한다.

3) 공법상 지위의 이전은 이전 대상이 되는 법적 지위가 존재하고, 그 성질상 승계가 가능해야 하며(승계가능성은 법 규정에 의해 정해짐), 법에서 정하는 승계요건을 갖추어야 한다(김연태, “공법상 지위 승계와 제재사유 승계에 관한 판례의 분석·비판적 고찰”, 고려법학, 제95호, 2019. 12., 12면). 반면, 일신전속적 성질을 갖지 않는 한 승계의 대상이 될 수 있으나 명문의 규정이 필요하다는 견해로는 김향기, “행정제재처분의 승계”, 토지공법연구, 제33집, 2006. 11., 156면 참조. 한편, 영업자 지위 승계를 규정하고 있는 법령의 상세는 이현수·김태호·박현정·황선훈·김권일, 「행정기본법의 보완·발전을 위한 신규의제 입안방안 연구 1」, 법제처, 2022. 9., 38-60면 참조.

4) 이하 ‘제재처분’.

제재처분의 승계는 그 사유의 승계와 그 효과의 승계로 구분된다.<sup>5)</sup> 대법원은 제재처분 승계에 관한 명문 규정이 없는 경우에도 제재처분의 승계에 대해 대체로 긍정적인 입장을 보이고 있는데, 주로 영업자 지위 승계 규정을 근거로 하거나, 그 전제가 되는 인허가 또는 해당 제재처분의 법적 성격이 대물적 처분임을 바탕으로 논리를 전개하고 있다.<sup>6)</sup> 그리고 제재처분 승계에 관한 명문 규정이 있는 경우에는 승계의 제한에 대한 엄격한 입장을 취하고 있다.

그러나 이러한 대법원의 판례는 행정제재의 처벌적 성격을 간과한 것으로서 법치주의의 관점에서 선뜻 수긍하기 어렵다. 현재 우리나라에서는 입법자와 정책 입안자들이 행정제재의 본질과 한계에 대한 명확한 인식 없이 제반 법령에 거의 빠짐없이 각종 행정제재 규정을 포함시키거나 제안하고 있으며, 이로 인해 행정제재의 남발이 심각한 상황이다.<sup>7)</sup> 게다가 법령에서 승계의 대상으로 삼고 있는 제재처분 중에는 경찰작용, 직권취소, 공익상 철회 등 행정제재와 성격이 다른 처분들이 포함되어 있어 혼란을 가중시킨다. 이는 근본적으로 법령 정비를 통해 해결해야 할 문제이기는 하지만, 법치주의 수호를 위한 최후의 보루인 대법원마저도 그간의 비판<sup>8)</sup>에도 불구하고 기존의 입장을 유지하면서 최근까지도 제재의 실효성만을 지나치게 고려하고 있어 이러한 난맥상이 해결될 기미를 보이지 못하고 있다.

이러한 문제의식을 바탕으로 이하에서는 먼저 행정제재의 의의 및 한계에 대한 국내 및 프랑스의 논의를 살펴보고, 아울러 경찰작용, 직권취

5) 이영무, “영업양도에 따른 허가권의 이전과 제재사유 또는 제재처분 효과의 승계에 관하여”, 법조, 제55권 제6호, 2006. 6., 115-116면; 김향기, 앞의 글, 163면; 김연태, 앞의 글, 21면; 김유환, 「현대 행정법」, 진정2판(제7판), 박영사, 2022, 73면.

6) 자세한 내용은 아래 III.항 참조.

7) 현재의 정확한 통계는 알 수 없지만, 법제처가 2008년에 발표한 자료에 의하면 행정제재 건수는 연간 150만 건에 육박한다(법제처, 보도자료, “영업정지·과징금, 인·허가 취소 등의 합리화로 기업하기 좋은 법령환경 조성된다 - 법제처, ‘행정제재 처분 합리화 방안’ 발표”, 2008. 7. 23. 참조). 게다가 행정제재와 행정질서벌, 행정형벌이 다층적으로 병과되는 경우가 많아 이중처벌 우려도 크다(윤동호, “행정제재와 형사제재 병과의 이론과 현실”, 형사정책연구, 제17권 제1호, 2006, 201-206면; 정훈, “한국의 행정제재 현황과 문제점”, 법학논총, 제33집 제3호, 2013. 12., 281-282면 참조).

8) 대표적으로 김연태, 앞의 글 참조.

소, 공익상 철회와의 비교를 통해 행정제재의 외연을 분명히 해 보고자 한다(아래 II.항). 이후 이러한 논의를 기초로 대법원 판례를 비판적으로 검토한 다음(아래 III.항), 간략한 결론을 내려 볼 것이다(아래 IV.항).

## II. 행정제재의 의의, 한계 및 구별개념

### 1. 행정제재의 의의 및 한계

#### 가. 국내의 논의

이론적 측면에서 행정제재는 “행정법상의 의무위반에 대하여 일반통치권에 의거하여 과하는 제재로서의 처분”<sup>9)</sup>, “법령에 따른 의무를 위반하거나 이행하지 아니한 경우에 당사자에게 작위, 부작위, 급부, 수인 등의 일정한 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분”<sup>10)</sup> 등으로 정의된다. 견해에 따라서는 행정제재는 그 개념상 행정법상 부과된 의무의 불이행시 그에 대한 응보로서의 제재가 본래적 의미이므로 “행정법상 목적 달성을 위해 법률상 부여되어 있는 의무의 위반에 대한 대가로서 부정적인 의미로서 가해지는 고권적 조치”로 정의할 수 있다고 하면서도 현행 법령과 판례의 입장을 고려하여 이를 “행정법상 의무위반에 대한 응보(벌)나 입법목적의 침해 혹은 침해가 우려되는 경우 그 실현이나 회복을 위한 고권적 강제조치”로 정의하기도 한다.<sup>11)</sup> 그리고 최근 제정된 행정기본법 제2조 제5호는 행정제재를 “법령등에 따른 의무를 위반하거나 이행하지 아니하였음을 이유로 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분”으로 정의하고 있다.

그러나 이상과 같은 행정제재의 정의들에는 다소 불만족스러운 부분이 있는데, 행정제재는 단순히 법 위반행위에 대해 부과되는 불이익이 아니라 ‘처벌적 성격’ 또는 ‘처벌 목적’의 불이익이라는 점이 분명히 드러날 필요가 있기 때문이다. 국내에서 행정제재의 처벌적 성격, 즉 행정제재와 형벌의 유사성에 주목하여 행정제재의 한계를 정하려는 논의를 살펴보

9) 김향기, 앞의 글, 163면.

10) 김연태, 앞의 글, 13-14면.

11) 정훈, 앞의 글(행정제재 현황), 269-271면.

면, 행정형벌과 행정질서벌을 협의의 행정벌로, 여기에 좁은 의미의 행정 제재를 더하여 광의의 행정벌로 정의한 다음, 행정질서벌에 대한 형법 총칙에 준하는 규정의 필요성,<sup>12)</sup> 행정형벌과 행정질서벌의 병과의 위헌성, 제재로서의 수익적 행정행위의 철회·효력제한에 대한 형법 원리의 적용, 과징금, 위반사실의 공포 등에 대한 적법절차 보장 필요성 등을 강조하면서 ‘제재적 행정처분’에 관한 체계적 이론 정립의 필요성을 제안한 연구<sup>13)</sup>가 대표적이다. 그리고 최근에는 행정제재에 대한 비교법적 연구를 바탕으로 행정형벌 개념의 폐기(일반형벌과 행정질서벌로의 이원화), 형벌 축소, 과태료 실효성 제고, 행정집행 제도의 개혁, 강제조사 강화, 제재절차의 대심구조 확대 및 사법화(司法化) 도입을 제안하는 포괄적인 연구가 있었다.<sup>14)</sup> 이 외에, 프랑스법에서 많이 논의되는 행정제재와 경찰작용의 구별에 관한 논의는 여러 문헌에서 상세히 소개된 바 있다.<sup>15)</sup> 물론, 행정제재도 행정행위인 만큼, 법치행정의 기본이 되는 법률유보원칙은 물론 비례원칙, 평등원칙 등 행정법의 여러 불문원리가 그 외연이자 한계로 작용할 것이고,<sup>16)</sup> 법률유보원칙의 파생원리라 할 수 있는 침

12) 이는 2007년에 질서위반행위규제법이 제정되면서 상당 부분 해소되었다.

13) 박정훈, 앞의 글(행정벌), 326-378면.

14) 전주열 외 10인, 「행정제재 정비방안 연구」, 경제·인문사회연구회, 2022. 9. 이 외에 행정제재와 형벌의 유사성을 논하거나 행정제재에 대해 형사절차에 가까운 안전장치의 필요성을 논하고 있는 연구로는 류지태, “행정질서벌의 체계”, 법조, 제51권 제12호, 2002. 12.; 선정원, “패러다임의 변화와 기업의 불법행위에 대한 제재시스템의 현대화”, 법제, 제545호, 2003. 5.; 이현우, “프랑스법상 행정제재와 형벌의 관계에 관한 연구 - 개념징표와 법적 통제의 비교를 중심으로”, 서울대학교 석사학위논문, 2005. 2.; 최봉석, “행정제재와 형벌의 관계에 관한 소고”, 법제연구, 제40호, 2011. 6.; 박종준, “행정질서벌의 체계에 관한 소고”, 공법연구, 제46집 제3호, 2018. 2.; 조성규, “과징금의 법적 성격에 대한 시론적 고찰”, 행정법연구, 제55호, 2018. 11.; 박효근, “행정질서벌의 체계 및 법적정책 개선방안”, 법과 정책연구, 제19집 제1호, 2019. 3.; 이현수, “프랑스의 행정제재법리와 그 시사점”, 세계헌법연구, 제25권 제1호, 2019. 4.; 임성훈, “유럽인권협약 제6조의 공정한 심판(fair trial)을 받을 권리와 행정제재”, 행정법연구, 제63호, 2020. 11. 등이 있다. 물론, 이와 구별되는 시각에서 개별적 행정제재의 문제점을 다루고 있는 선행연구는 일일이 열거하기 힘들 정도로 많다.

15) 강수진·이승민, “회사분할과 과징금의 승계”, 「회사분할의 제 문제」, 서울대학교 금융법센터, 2013. 6., 315-329면; 이승민, 「프랑스의 경찰행정」, 경인문화사, 2014, 62-78면; 이현수, 앞의 글(행정제재), 83-85면; 전주열 외 10인, 앞의 책, 29-33면 등.

16) 예컨대, 비례원칙이 적용된 사례로는 변형과징금에 관한 대법원 2007. 9. 20. 선고 2007두

익적 행정행위의 근거법령에 대한 엄격해석원칙도 행정제재에 적용될 것이지만,<sup>17)</sup> 행정제재의 처벌적 성격에 주목함으로써 특히 적법절차의 관점에서 행정제재의 한계를 보다 분명하게 확인할 수 있게 된다.

그러나 헌법재판소와 대법원은 행정제재에 대해 여러 측면에서 관대한 입장이었다. 헌법재판소는 일찍부터 헌법 제12조 제1항의 적법절차원칙은 형사소송절차에 국한하지 않고 모든 국가작용에 대하여 문제된 법률의 실제적 내용이 합리성과 정당성을 갖추고 있는지 여부를 판단하는 기준으로 적용된다고 하였고,<sup>18)</sup> 특히 국민에게 부담을 줄 수 있는 행정작용에 있어서도 적법절차원칙이 준수되어야 한다고 보았다.<sup>19)</sup> 대법원도 “헌법상 적법절차의 원칙은 형사소송절차뿐만 아니라 국민에게 부담을 주는 행정작용에서도 준수”되어야 한다고 강조하면서 과세처분에 대해 적법절차원칙을 적용하였다.<sup>20)</sup> 그럼에도 불구하고 헌법재판소와 대법원은 행정제재에 대해 형사절차상 안전장치들을 적용하는 것에는 소극적이었다.

우선, 이중처벌과 관련하여, 헌법재판소는 헌법 제13조 제1항의 “처벌”은 “범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서의 과벌을 의미”한다는 이유로 행정제재와 형벌의 병과는 이중처벌에 해당하지 않는다고 보았고,<sup>21)</sup> 마찬가지로 논리로 과태료와 형벌의 병과,<sup>22)</sup> 과징금과 형벌의 병과,<sup>23)</sup> 제재철회와 형벌의 병과<sup>24)</sup>를 긍정하였다.<sup>25)</sup> 특히, 헌법재판소는

---

6946 판결(“제재적 행정처분이 사회통념상 재량권의 범위를 일탈하였거나 남용하였는지 여부는 처분사유로 된 위반행위의 내용과 당해 처분행위에 의하여 달성하려는 공익목적 및 이에 따르는 제반 사정 등을 객관적으로 심리하여 공익 침해의 정도와 그 처분으로 인하여 개인이 입게 될 불이익을 비교·형량하여 판단”) 등이 있고, 제재철회에 관한 처분기준(제재처분기준)에 대해서는 평등원칙(자기구속원칙)이 적용되고 있다(대법원 1993. 6. 29. 선고 93누5635 판결 등 다수).

17) 예컨대, 대법원은 입찰참가자격 제한처분(대법원 2021. 11. 11. 선고 2021두43491 판결), 국민건강보험법상 요양기관 업무정지처분(대법원 2022. 1. 27. 선고 2020두39365 판결)과 관련하여 침익적 행정행위의 근거법령에 대한 엄격해석원칙을 인용한 바 있다.

18) 헌재 1992. 12. 24.자 92헌가8 등 결정.

19) 헌재 2014. 3. 27.자 2012헌바29 결정, 헌재 2016. 12. 29.자 2015헌바280 결정 등.

20) 대법원 2012. 10. 18. 선고 2010두12347 전원합의체 판결

21) 헌재 1994. 6. 30.자 92헌바38 결정.

22) 대법원 1996. 4. 12. 선고 96도158 판결, 헌재 1994. 6. 30.자 92헌바38 결정.

공정거래위원회의 부당지원행위에 대한 과징금 부과처분이 적법절차원칙, 이중처벌금지원칙, 무죄추정원칙, 비례원칙에 반하지 않는다고 보았는데,<sup>26)</sup> 그 무렵부터 오랜 기간 동안 수많은 논란과 비판 끝에 공정거래위원회의 조사 및 제재절차가 크게 합리화되었음에도 불구하고 아직까지 이슈가 되고 있는 점에 비추어 보면,<sup>27)</sup> 헌법재판소의 위와 같은 결정은 선뜻 수긍하기 어렵다.

다음으로, 책임주의 측면에서도 대법원은 특히 법령상 책임자와 관련

- 
- 23) 대법원 2007. 7. 12. 선고 2006두4554 판결(「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」상 과징금), 대법원 2004. 3. 12. 선고 2001두7220 판결, 헌재 2003. 7. 24.자 2001헌가25 결정(이상 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」상 과징금). 이하에서 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」은 ‘공정거래법’으로 약칭한다.
- 24) 대법원 2007. 11. 30. 선고 2007두10051 판결(의사면허취소와 형벌의 병과).
- 25) 다만, 행정제재와 행정제재의 병과는 이중처벌에 해당하지 않는 경우가 많다. 예컨대, 공무원이 음주운전을 할 경우, 도로교통법에 따라 운전면허 정지·취소처분, 국가공무원법·지방공무원법에 따라 징계를 받게 되겠지만, 이러한 경우는 각각의 제재가 서로 다른 목적의 제도에서 비롯된 것이기 때문에 이중처벌이라고 하기 어렵다. 그러나 같은 사유로 동일한 행정제재를 병과하는 것은 명문 규정에 의해 금지되기도 하고(예컨대, 「군인 징계령」 제3조, 「국방부 군인·군무원 징계업무처리 훈령」 제5조는 이중징계금지를 명문화하고 있다), 명문 규정이 없더라도 적법절차원칙 또는 비례원칙의 관점에서 허용되기 어려울 것이다.
- 26) 헌재 2003. 7. 24.자 2001헌가25 결정. 이러한 다수의견에 대해서는 책임주의와 적법절차원칙 위반이라는 3인의 반대의견, 적법절차원칙뿐만 아니라 무죄추정원칙에도 위반된다는 1인의 반대의견이 있었다.
- 27) 2000년대 초·중반의 연구만 몇 가지 언급하자면, 김석호, “공정거래법상 과징금제도에 대한 제문제 검토”, 공정경쟁, 제76호, 2001. 12.; 최기록, “공정거래법상 과징금제도의 문제점 및 개선방안”, 공정경쟁, 제76호, 2001. 12.; 배영길, “과징금 제도에 관한 연구”, 공법학연구, 제3권 제2호, 2002. 3.; 윤성운, “공정거래법위반사건 심판절차의 절차적 적법성과 개선방향”, 인권과정의, 제330호, 2004. 2.; 박정훈, “공정거래법의 공적 집행 - 행정법적 체계정립과 분석을 중심으로”, 「공정거래와 법치」, 법문사, 2004; 전삼현, “공정거래법상 과징금의 법적 문제”, 상사판례연구, 제21권 제3호, 2008. 9. 등 참조. 사건으로는 공정거래위원회가 2015. 10. 발표한 ‘사건처리 3.0’에 이르러서야 공정거래위원회의 조사 및 심결에서 절차적 중립성과 공정성이 어느 정도 확보되었다고 생각되며(이에 관한 상세는 안창모, “공정거래위원회 사건처리 절차 개선의 주요 내용 - 사건처리 3.0 도입에 즈음하여”, 법학논총, 제40권 제1호, 2016. 3. 참조), 그럼에도 불구하고 여전히 개선 요구가 그치지 않고 있다(예컨대, 박해식, “공정거래위원회의 구성과 권한 및 불복구조에 대한 개선방안의 일개”, 법학평론, 제10권, 2020. 4.; 이봉의, “공정거래위원회의 독립성에 관한 단상”, 법학연구, 제31권 제1호, 2021. 3. 등).



하여 “행정법규 위반에 대한 제재조치는 행정목적의 달성을 위하여 행정법규 위반이라는 객관적 사실에 착안하여 가하는 제재이므로, 반드시 현실적인 행위자가 아니라도 법령상 책임자로 규정된 자에게 부과되고, 특별한 사정이 없는 한 위반자에게 고의나 과실이 없더라도 부과할 수 있다.”라는 판시를 반복하여 왔으며,<sup>28)</sup> 다만 최근에는 위반자의 ‘의무위반을 탓할 수 없는 정당한 사유’가 있는 경우 면책이 가능하다고 판시하고 있다.<sup>29)</sup> 이러한 정당한 사유가 형벌에서 요구되는 구성요건적 고의를 의미하는 것인지, 아니면 구성요건적 고의는 요하지 않으나 책임성은 필요하다는 것인지는 명확하지 않지만, 여하튼 대법원은 몇몇 사례에서 정당한 사유를 인정하였고, 경우에 따라서는 책임주의를 명시적으로 언급하기도 하였다.<sup>30)</sup> 그러나 이러한 정당한 사유의 존부는 ‘법령상 책임자를 비롯한 관계자 모두’의 주관적 인식을 기준으로 판단한다고 함으로써<sup>31)</sup>

28) 대법원 2012. 5. 10. 선고 2012두1297 판결(관광진흥법상 영업정지), 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010두24371 판결(「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률」상 시정조치), 대법원 2017. 5. 11. 선고 2014두8773 판결(「대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률」상 영업정지), 대법원 2020. 7. 9. 선고 2020두36472 판결(공중위생관리법상 변형과징금) 등. 이러한 판시는 종래 과태료에 대해서도 동일하게 원용되었으나(예컨대, 대법원 2000. 5. 26. 선고 98두5972 판결), 질서위반행위규제법이 시행된 이후에는 같은 법 제7조(고의 또는 과실), 제8조(위법성의 착오), 제11조(법인의 처리 등)의 명문 규정이 적용되고 있다.

29) 이와 관련한 판시는 과거 대법원 1976. 9. 14. 선고 75누255 판결에서 찾아볼 수 있는데, 다만 이 판결의 해당 판시는 “법인세법에 규정된 영수보고서 제출의무는 납세의무 그 자체는 아니며 정부의 세무행정의 편의를 위한 협력의무를 규정한 것으로 그 보고를 불이행한데 대한 가산세는 그 의무해태에 가하는 행정벌적 성격을 지니고 있는 것이므로 그 신고의무를 해태함에 있어 그 보고의무자에게 정당한 이유가 있다고 인정되는 경우에는 그 보고의무자에게 가산세를 부과할 수 없다.”는 것으로서 법령상 책임자의 고의·과실 요부와는 무관하였다.

30) 정당한 사유를 인정한 판례로는 대법원 2014. 10. 15. 선고 2013두5005 판결(여객자동차 운수사업자에 대한 과징금), 대법원 2017. 4. 26. 선고 2016두46175 판결(선불식 할부거래 회사에 대한 등록취소), 대법원 2020. 5. 14. 선고 2019두63515 판결(폐기물처리업자에 대한 영업정지), 대법원 2020. 7. 9. 선고 2020두36472 판결(공중위생업자에 대한 영업정지), 대법원 2021. 2. 25. 선고 2020두51587 판결(직업정보제공사업자에 대한 사업정지) 등이 있으며, 특히 2016두46175 판결에서는 책임주의와 헌법상 직업선택의 자유를 명시적으로 언급하고 있다.

31) 이러한 판시는 대법원 2016. 7. 27. 선고 2016두36079 판결에서 먼저 나타나는데, 이 판결은 행정체제가 아닌 보험가입자의 연대책임에 관한 사안이었다. 이후, 대법원 2020. 5.

이를 통한 면책 가능성을 제한하고 있다.

이와 같은 행정제재에 대한 포용적 태도는 이 논문에서 다루고자 하는 제재처분의 승계에서도 마찬가지인데, 행정제재가 외형상 형벌과 다른 제도라는 이유로 이를 손쉽게 용인하고 이중처벌, 책임주의 등 시민의 기본권에 대한 주요 안전장치들을 쉽게 면제하거나 완화하는 것은 타당하지 않다. 행정제재와 같이 행정이 행하는 처벌적 조치에 대해서는 그것이 헌법상 권력분립원칙에도 불구하고 가능한 것인지에 대한 근본적인 의문이 제기되어야 하며, 행정의 실효성 확보를 위해 행정제재가 필요하다 하더라도 이는 어디까지나 예외적인 것이어야 하고, 법치주의의 관점에서 그에 대한 엄격한 통제가 필요하다는 점이 강조되어야 한다.

한편, 행정이 이미 발생한 법 위반상태의 해소를 위해 일정한 하명을 할 수 있는데, 이는 대체로 경찰작용에 가까운 것으로서 처벌적 성격의 것이 아니라는 점에서 행정제재와 성격이 다르기 때문에 다른 제도가 적용될 수 있다. 행정제재의 처벌적 성격을 강조하는 것은 이러한 측면에서도 유용하다.

#### 나. 프랑스의 논의

여기서 행정제재에 관한 연구가 풍부한 프랑스의 논의를 살펴보면, 프랑스에서는 행정제재를 “행정기관이 법령 위반행위에 대해 공권력을 행사하여 벌을 부과하는 일방적 결정”<sup>32)</sup>, “행정기관이 처벌의도로 부과하는 일방적·개별적 결정”<sup>33)</sup> 등으로 정의되고 있으며, 공통적으로 그 벌(peine) 또는 처벌(répression)로서의 성격이 개념징표로 강조되고 있다.<sup>34)</sup> 이러한 처벌 목적은 행정제재와 경찰작용을 구별하는 핵심 기준인

14. 선고 2019두63515 판결에서 행정제재의 법령상 책임자와 관련한 정당한 사유는 “폐기물처리업자 본인이나 그 대표자의 주관적인 인식을 기준으로 하는 것이 아니라, 그의 가족, 대리인, 피용인 등과 같이 본인에게 책임을 객관적으로 귀속시킬 수 있는 관계자 모두를 기준으로 판단”하여야 한다고 판시하였다.

32) Conseil d'État, 「Les pouvoirs de l'Administration dans le domaine des sanctions」, La documentation française, 1995, pp. 35-36.

33) Thomas Bombois, “La définition de la sanction administrative”, 「Les sanctions administratives」, Bruylant, 2007, p. 27.

34) Jacqueline Morand-Deville/Pierre Bourdon/Florian Poulet, 「Droit Administratif」, 15<sup>e</sup> éd.,

데, 행정제재도 궁극적으로 행정임무의 원활한 수행을 위하여 행정제도 내에서의 질서를 유지 또는 회복하기 위한 것<sup>35)</sup>이기 때문에 공공질서(ordre public)의 회복을 목표로 하는 경찰작용과 유사한 측면이 없지 않지만,<sup>36)</sup> 처벌을 목적으로 하는 것이기 때문에 법치주의의 관점에서 더 엄격한 제한이 가해진다.

프랑스에서 행정제재에 대한 논의가 활발해진 것은 독립행정청(Autorité administrative indépendante; AAI)이 도입되고<sup>37)</sup> 이들이 제재권한을 행사하게 된 것이 큰 계기가 되었다. 전통적으로 행정제재는 프랑스 인권선언(Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789) 제16조의 권력분립원칙에 반하는 것으로 여겨졌고,<sup>38)</sup> 공무원·수형자·학생에 대한 징계, 조세 영역에서의 금전제재, 그리고 허가를 조건으로 영업이 가능한 주류 판매업소나 식당 등에서 관련 법령을 준수하지 않은 경우 정도에 국한하여 행정제재가 허용되는 등 그 예가 많지 않았다.<sup>39)</sup> 그런데 1980년대 들어 처벌의 신속성과 효율성을 근거로<sup>40)</sup> 시청각최고위원회(Conseil supérieur de l'audiovisuel; CSA)<sup>41)</sup>와 같은 독립

LGDJ, 2017, p. 157; Yves Gaudemet, 「Droit administratif」, 22<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2018, p. 311; Jacques Petit/Pierre-Laurent Frient, 「Droit administratif」, 13<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2019, pp. 342, 433.

35) Jacques Mourgeon, 「La répression administrative」, LGDJ, 1967, p. 199.

36) 이승민, 앞의 책, 2014, 64면.

37) 정확히는 독립행정청과 독립공공청(Autorité publique indépendante; API)이 존재한다. 프랑스 독립행정청의 시초는 1978년에 설립된 국가정보자유위원회(Commission nationale de l'informatique et des libertés; CNIL)이며(J. M.-Deville et al., *op. cit.*, p. 179; Y. Gaudemet, *op. cit.*, p. 218), 현재는 「독립행정청과 독립공공청에 관한 2017. 1. 20.자 제 2017-54호 조직법률」에서 17개의 독립행정청과 7개의 독립공공청을 한정적으로 열거하고 있다(위 법률 제정 당시에는 26개였으나, 현재는 24개로 축소). 다만, 이 글에서 독립행정청과 독립공공청을 자세히 구별할 실익이 크지 않아 독립행정청으로만 지칭하고자 한다.

38) Conseil d'État, 「Le juges administratif et les sanctions administratives」, Les dossiers thématiques du Conseil d'État, 2017. 9. 1., p. 2.

39) Jean Waline, 「Droit administratif」, 27<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2018, p. 486; Conseil d'État, *op. cit.*(2017), pp. 1-2.

40) J. Petit et al., *op. cit.*, p. 433.

41) 현재는 '인터넷상 저작물배포·권리보호를 위한 고등감독청'(Haute Autorité pour la

행정청이 제재권한을 행사하게 되면서 그 합헌성이 문제되었고, 논란 끝에 헌법위원회(Conseil constitutionnel)는 1989. 1. 17.자 제88-248호 결정에서 그 합헌성을 인정하였지만, 독립행정청의 임무 수행을 위해 ‘법률에 의해 창설된 사전허가제’가 존재하고 이를 위한 ‘제재권 행사’가 필요한 경우임을 전제로 하였다.<sup>42)</sup> 이후 증권거래위원회(Commission des opérations de bourse; COB)<sup>43)</sup>에 관한 1989. 7. 28.자 제89-260호 결정에서는 자유박탈조치는 행정제재로 부과할 수 없지만 그 외의 경우에는 법률에서 헌법적으로 보장된 권리와 자유를 보호하기 위한 조치들을 갖추고 있을 것을 전제로 행정제재가 가능하다고 판시함으로써 행정제재의 가능성을 보다 일반적으로 인정하였다.

주의할 것은 이러한 결정들이 행정제재의 무제한적 허용을 의미하는 것이 아니라는 점이며, 행정제재를 통한 자유박탈조치를 금지하고 헌법적 안전장치의 마련을 전제로 하고 있다는 점에 주목할 필요가 있다.<sup>44)</sup> 즉, 위 결정들은 행정제재가 원칙적으로 가능하다는 의미가 아니라, 오히려 행정제재의 2차적 성격을 인정한 것으로 볼 수 있다.<sup>45)</sup> 특히, 헌법위원회는 전술한 제88-248호 결정에서 형벌은 죄형법정주의(principe de légalité des délits et des peines), 형벌필요성원칙(principe de nécessité des peines), 형벌불소급원칙(principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère), 방어권존중원칙(principe des droits de la défense)에 의하지 않고서는 부과될 수 없고, 이는 처벌적 성격을 지니는 모든 제재, 즉 행정제재의 경우에도 적용된다는 점을 분명히 하였다. 여기서 죄형법정주의, 형벌필요성원칙, 형벌

---

diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet; HADOPI)과 통합하여 디지털 방송통신규제청(Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique; ARCOM)이 설립되어 있다.

42) Louis Favoreu/Loïc Philip, 「Les grandes décisions du conseil constitutionnel」, 6<sup>e</sup> éd., Sirey, 1991, p. 735; Conseil d'État, *op. cit.*(2017), p. 4.

43) 금융감독청(Autorité des marchés financiers; AMF)의 전신(前身)이다.

44) L. Favoreu et al., *op. cit.*, p. 744; Mireille Delmas-Marty/Catherine Teitgen-Colly, 「Punir sans juger? De la répression administrative au droit administratif pénal」, *Economica*, 1992, p. 32.

45) Georges Dellis, 「Droit pénal et droit administratif」, LGDJ, 1997, p. 74.

불소급원칙과 같은 형사절차의 안전장치들은 시민에 대한 불의타를 방지하기 위한 것으로서 프랑스 인권선언에서 비롯된 것인데,<sup>46)</sup> 헌법위원회는 이를 행정제재에도 적용해야 한다고 본 것이다.<sup>47)</sup>

또한, 헌법위원회의 제89-260호 결정에서는 증권거래위원회의 금전제재<sup>48)</sup>가 벌금과 동일한 행위에 대해 부과될 경우, 이는 이중처벌금지원칙 위반은 아니라고 하면서도, 다만 비례원칙상 양자의 합산 금액이 어느 하나의 상한을 초과할 수 없다고 판시하였다. 그런데 이후 유럽인권법원은 프랑스 금융감독청에 상응하는 이탈리아 금융감독청(Commissione Nazionale per le Società e la Borsa; CONSOB)의 금전제재와 관련하여 동일 행위에 대해 금전제재와 형벌을 병과하는 것은 이중처벌에 해당한다고 보았고,<sup>49)</sup> 헌법위원회도 동일 행위(시장교란행위)에 대한 프랑스 금융감독청의 금전제재와 형벌(벌금)은 그 성격이 같으므로 이를 병과하는 것은 위헌이라고 판시하여 입장을 변경하였다.<sup>50)</sup>

한편, 유럽인권법원은 이미 1976년에 행정제재에 대해 형사절차적 안전장치가 적용될 수 있는 근거를 마련한 바 있다. 즉, 유럽인권법원은 ① 회원국 국내법의 규정 내용, ② 위반행위의 성질, ③ 제재의 강도, 이상 3가지 기준 중 어느 하나에 의해서라도 특정 조치가 형벌에 가깝다고 볼 수 있다면, 해당 조치는 ‘형벌 영역’(matière pénale)에 속하는 것으로서

46) 프랑스 인권선언에서는 적법절차원리(제7조), 죄형법정주의, 형벌필요성원칙 및 형벌불소급원칙(제8조)을 명시하고 있다. 한편, 방어권존중원칙은 프랑스 최고 행정법원인 콩세유·데따(Conseil d'État)가 트롱뵘에-그라비에 미망인 판결(CE, 1944. 5. 5., Dame veuve Trompier-Gravier, n° 69751, Rec.)에서 법의 일반원리로 승인한 절차상 원칙으로 법령에 명문 규정이 없더라도 모든 행정제재에 적용된다(Conseil d'État, op. cit.(2017), p. 7). 프랑스의 방어권존중원칙을 비롯한 법의 일반원칙에 관한 상세로는 박우경, “프랑스 행정법상 법의 일반원칙의 체계와 유형”, 행정법연구, 제68호, 2022. 8. 참조.

47) Michel Degoffe, “L’ambiguïté de la sanction administrative”, AJDA, Vol. 57, n° 1, 2001, p. 28.

48) 독립행정청의 금전제재는 대개 우리나라의 과징금에 해당한다고 볼 수 있다.

49) CEDH, 2014. 3. 4., *Grande Stevens et autres c/ Italie*, n° 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10.

50) CC, 2015. 3. 18., n° 2014-453/454 QPC 및 n° 2015-462 QPC. 이상의 내용은 J. M.-Deviller et al., op. cit., p. 159, p. 182; Warren Azoulay, “«Ne bis in idem» : la chambre criminelle fait de la résistance”, Dalloz Actualité, n° 15-84.823, 2017. 9. 참조.

유럽인권협약(Convention européenne des droits de l'homme) 제6조<sup>51)</sup>를 준수해야 한다고 판시하면서, 군인·수형자에 대한 징벌은 그 자유박탈적 성격과 제재의 강도를 고려할 때 형벌에 가깝다고 보았다.<sup>52)</sup> 이후 1984년과 1987년의 2개의 사건에서는 독일 도로교통법 위반(운전 부주의)으로 인한 과태료 부과가 형벌영역에서 속하는 것인지가 문제되었는데, 1984년 사건에서는 군인에 대한 위 선행판결을 원용하면서 위 반행위에 대한 근거 규정이 “도로이용자의 자격을 가진 모든 시민에 대한 것일 때”, 즉 근거 규정이 일반적 성격을 지닌 경우에는 형벌 영역에 속한다고 보았고,<sup>53)</sup> 1987년 사건에서는 이러한 근거 규정의 일반적 성격과 더불어 해당 과태료가 처벌적 성격과 예방적 성격을 모두 지니고 있음을 근거로 이는 형벌 영역에 속한다고 보았다.<sup>54)</sup> 이러한 유럽인권법원의 입장은 회원국이 형벌을 행정제재로 전환시켜 유럽인권협약 제6조와 제7조<sup>55)</sup>를 회피하는 것을 방지하기 위한 것으로 해석된다.<sup>56)</sup>

그리고 유럽인권협약 제6조는 ‘tribunal’에서 공정한 재판을 받을 권리를 보장하고 있기 때문에, 독립행정청의 행정제재에 대해 위 조항이 적

51) “공정한 절차에 대한 권리”(Droit à un procès équitable)라는 표제 하에, “형벌 영역에서의 모든 소추 근거와 관련하여, 자신의 사건을 법률에 의해 설치된 독립적이고 중립적인 재판소(tribunal)에 의해 공평하게, 공개적으로, 합리적 기간 내에 심사받을 권리”(제1항), 무죄추정원칙(제2항), 적법절차원칙(제3항)에 대해 규정하고 있다. 제3항에서는 구체적으로 “최단시간 내에 자신의 상세하게 이해할 수 있는 언어로 자신에 대해 행해진 소추의 성격과 이유를 통지받을 권리”, “방어의 준비에 필요한 시간과 장소를 활용할 권리”, 변호인 조력권(무상으로 국선변호인의 조력을 받을 권리 포함), “자신에 불리한 증인에게 질문하거나 질문하도록 할 권리와 자신에 불리한 증인과 같은 조건에서 자신에 유리한 증인을 소환하여 질문할 수 있는 권리”, “청문에 사용되는 언어를 이해하지 못하거나 말하지 못하는 경우, 무상으로 통역의 도움을 받을 권리”를 열거하고 있다.

52) CEDH, 1976. 6. 8., *Engel et autres c/ Pays-Bas*, n° 5100/71. 이후 수형자에 대한 CEDH 1984. 6. 28., *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*, n° 7819/77, 7878/77 판결에서도 같은 입장을 취하였다. 이상의 내용은 M. Delmas-Marty et al., *op. cit.*, p. 167; Conseil d'État, *op. cit.*(2017), p. 6. 참조.

53) CEDH, 1984. 2. 21., *Öztürk c/ Allemagne*, n° 8544/79.

54) CEDH, 1987. 8. 25., *Lutz c/ Allemagne*, n° 9912/82. 이상의 내용은 M. Delmas-Marty et al., *op. cit.*, p. 167 참조.

55) 죄형법정주의에 관한 조항으로 특히 행위시법주의, 형벌불소급원칙을 명시하고 있다.

56) G. Dellis, *op. cit.*, pp. 48-50. 유럽인권협약 제6조의 적용요건 및 내용에 관한 상세는 임성훈, 앞의 글, 181-191면 참조.

용된다는 것은 독립행정청도 ‘tribunal’에 해당해야 함을 의미한다. 종래 유럽인권법원은 ‘tribunal’의 의미를 실질적으로 해석하고 있었는데,<sup>57)</sup> 콩세유·데따도 ‘tribunal’의 의미를 넓게 해석하여 제재를 부과하는 기관의 법적 성격, 구성 및 권한을 고려하여 ‘tribunal’ 해당 여부를 판단해야 한다고 판시하였고,<sup>58)</sup> 이러한 입장에 따라 은행위원회(Commission bancaire), 금융감독위원회(Conseil des marchés financiers) 등의 금전 제재에 유럽인권협약 제6조를 지속적으로 적용하였다.<sup>59)</sup> 또한, 독립행정청과 같은 기관을 ‘tribunal’로 보기 위해서는 해당 기관이 중립성원칙(principe de l'impartialité)을 준수해야 한다고 보았는데, 특히 조사기관과 결정기관이 분리되지 않은 경우 중립성원칙 위반이 된다.<sup>60)</sup> 아울러 위반행위사실을 정확하게 특정하지 않은 것도 독립행정청의 예단을 의심하게 하는 것이어서 중립성원칙이 위반에 해당하며,<sup>61)</sup> 이처럼 중립성원칙은 이유제시의무와 무죄추정원칙과도 연결된다.<sup>62)</sup>

이상과 같은 유럽인권법원과 헌법위원회의 영향 하에 형벌과 행정제재에 대한 법제도는 서로 근접해 가고 있다.<sup>63)</sup> 이론적으로도 행정제재와 형벌을 구별할 수 있는 절대적인 기준은 없다는 점이 지적되고 있다. 이는 여러 가지 측면에서 그러한데, (i) 수범자의 경우, 도로법전 및 세법전에 따른 제재, 상법전의 반경쟁행위에 대한 제재<sup>64)</sup> 등을 보면 행정제재

57) CEDH, 1987. 11. 30., *H. c/ Belgique*, n° 8950/80; CEDH, 1991. 8. 27., *Demicoli c/ Malte*, n° 13057/87(이 판결에서는 ‘tribunal’을 그 재판기관으로서의 역할을 통해 실질적으로 판단한다면서, 법규범을 근거로 조직된 절차를 통해 자신의 권한에 속한 모든 문제를 해결하는 것을 재판기관으로서의 역할로 보았음).

58) CE, ass., 1999. 12. 3., *Didier*, n° 207434, Rec. Conseil d'État, *op. cit.*(2017), p. 6.

59) CE, 1999. 11. 29., *Société Rivoli Exchange*, n° 194721, Rec(은행위원회), CE, ass., 1999. 12. 3., *Didier*, n° 207434, Rec(금융감독위원회) 등. Conseil d'État, *op. cit.*(2017), p. 6.

60) Y. Gaudement, *op. cit.*, p. 220. 유럽인권법원은 프랑스 은행위원회가 조사기관과 결정기관이 명확히 분리되어 있지 않다는 이유로 은행위원회의 제재는 유럽인권협약 제6조 제1항 위반이라고 판시한 바 있다(CEDH, 2009. 6. 11., *Dubus S.A. c. France*, n° 5242/04).

61) CE, 2000. 10. 20., *Habib Bank*, n° 180122, Rec.

62) J. M.-Deviller et al., *op. cit.*, p. 182; J. Petit et al., *op. cit.*, p. 434.

63) Y. Gaudemet, *op. cit.*, p. 311.

64) 프랑스의 경우, 우리 공정거래법에 규정되어 있는 반경쟁행위에 대한 금지, 조사 및 제재 등 규정이 상법전 제4편(L.410-1조 내지 L.490-14조)에 규정되어 있다.

도 형벌처럼 일반 시민을 대상으로 하는 경우가 늘어나고 있고,<sup>65)</sup> (ii) 처벌의 내용 및 강도의 측면에서도 금전제재, 면허취소·정지 등은 벌금이나, 자격상실·정지와 구별하기 어려울 뿐만 아니라,<sup>66)</sup> 고액의 금전제재는 신체형보다 위하 정도가 낮다고 보기도 어렵고,<sup>67)</sup> (iii) 행정제재도 형벌과 같은 응보적 성격을 부정하기 어렵고, 비형벌화의 결과로 행정제재가 도입된 경우에는 더더욱 응보적 성격을 지닐 수 있으며,<sup>68)</sup> 특히 행정형벌의 경우에는 행정제재와 마찬가지로 처벌의 위협을 통해 수범자의 임의적 이행을 확보한다는 점<sup>69)</sup>에서 다르지 않기 때문이다. 이러한 행정제재와 형벌의 유사성에 주목하여, 현재 콩세유·데따는 행정제재에 대해 절차·형식적 측면에서는 방어권존중원칙과 대심절차의 보장, 제재절차 공개의무, 이유제시의무, 중립성원칙을, 실체적 측면에서는 죄형법정주의, 형벌불소급원칙, 책임주의(자기책임원칙), 비례원칙, 이중처벌금지원칙을 요구하고 있다.<sup>70)</sup>

이 중에서 특히 책임주의는 제3자의 행위로 인해 처벌받지 않는다는 것으로서 프랑스 인권선언 제9조의 무죄추정원칙에서 비롯되는 것인데, 콩세유·데따는 이러한 책임주의가 행정제재와 징계에도 적용될 수 있는 일반적 성격의 원칙임을 명시한바 있다.<sup>71)</sup> 그리하여 금융감독위원회가 흡수합병 전 피흡수회사의 위반행위를 이유로 합병 후 신설법인에 기관경고(blâme) 처분을 하는 것은 책임주의에 반한다고 보았으며, 다만 피흡수회사의 위반행위를 이유로 신설법인에 금전제재를 부과하는 것은 책임주의 위반이 아니라고 보았다.<sup>72)</sup>

65) G. Dellis, *op. cit.*, p. 35; M. Delmas-Marty et al., *op. cit.*, p. 26.

66) 독일은 운전면허 취소·정지와 같은 제재가 형벌의 부가형으로 부과된다(박정훈, 앞의 글(행정벌), 361면).

67) M. Delmas-Marty et al., *op. cit.*, p. 38.

68) G. Dellis, *op. cit.*, pp. 46-47.

69) J. Petit et al., *op. cit.*, p. 433.

70) 이에 관한 자세한 내용은 Conseil d'État, *op. cit.*(2017), pp. 7-18; 이현수, 앞의 글(행정제재), 90-101면 참조. 애초에 콩세유·데따는 형벌과 행정제재 구별하여 제6조 제1항은 행정제재에 적용되지 않는다고 보았었다(CE, 1988. 5. 4., *Soc. Bourse Wargny*, n° 68032, 68 113. J. M.-Deville et al., *op. cit.*, p. 158; J. Petit et al., *op. cit.*, p. 434).

71) CE, avis, 2007. 10. 29., *Société sportive professionnelle LOSC Lille Métropole*, n° 307736, Rec. Conseil d'État, *op. cit.*(2017), p. 15.



그리고 행정제재에 대한 죄형법정주의의 적용과 관련하여, 콩세유·데따는 행정제재는 법률에 의해서만 창설할 수 있고,<sup>73)</sup> 행정제재의 전제가 되는 법 위반행위의 구성요건은 법률에서 정해야 하며, 적용방식이나 적용조건을 데크레(décret)<sup>74)</sup>에 위임할 수 없다고 판시하였다.<sup>75)</sup> 그러나 이후 콩세유·데따는 여객자동차(택시)운송사업자의 영업자 준수사항은 데크레로 정할 수 있는 사항이므로 데크레로 정한 영업자 준수사항 위반에 대한 제재도 데크레로 정할 수 있다고 보아 이러한 원칙을 일부 완화하는 판시를 하였는데,<sup>76)</sup> 행정제재는 시민의 자유권을 제한하는 것이고, 프랑스 헌법 제34조는 공적 자유의 보장에 관해서는 법률로 정하도록 규정하고 있기 때문에 위 판결은 비판의 대상이 되고 있다.<sup>77)</sup>

#### 다. 정리

근대 법치국가의 성립 이래 국가의 공권력 중 처벌권은 사법부에 전속되었고, 따라서 법원의 판결이 내려지기 전에 행정의 스스로의 권한에 의해 우선적으로 처벌적 성격의 조치를 취하는 것은 권력분립원칙에 반할 수 있을 뿐만 아니라, 절차적 측면에서도 시민의 기본권을 침해할 우려가 있다.<sup>78)</sup>

72) CE, 2000. 11. 22., n° 207697, Rec. Conseil d'État, *op. cit.*(2017), p. 15; 이현수, 앞의 글 (행정제재), 96면.

73) CE, ass., 1962. 3. 30., *Bertaux*, Rec. J. Waline, *op. cit.*, p. 486.

74) 우리의 시행령에 해당하는 경우가 많다.

75) CE, 2008. 7. 18., n° 300304, Rec.

76) CE, ass., 2004. 7. 7., n° 255136, Rec.

77) J. Waline, *op. cit.*, p. 486. 프랑스 헌법 제34조는 법률로 정해야 할 사항을 열거하고 있고, 제37조는 이들 법률사항을 제외한 나머지를 데크레와 같은 행정입법으로 정할 수 있도록 규정하고 있다.

78) 프랑스는 행정의 실효성 확보를 위해 행정형벌을 주로 활용하는 대신 행정제재는 예외적으로 취급하고 행정질서벌이라는 제도는 두지 않았고, 독일은 행정벌에 대해서는 형벌이 아닌 행정질서벌의 대상으로 삼고 있다(전주열 외 10인, 앞의 책, 27-28면, 68면). 다만, 프랑스 형법전 L.131-13조에서는 위경죄에 대해 1,500 유로 이하의 벌금을 부과할 수 있도록 규정하고 있고, 형사절차법전 L.79조에서는 위경죄의 경우에는 검사가 청구한 경우에만 예심절차를 진행하도록 규정하고 있는데(반면, 중죄는 예심절차가 필수적이고, 경죄는 예심절차가 임의적이다), 이러한 점들을 감안하면 위경죄가 실질적으로는 과태료에 가깝다고 볼 여지도 있다. 참고로, 프랑스에서는 1958년 헌법 이후로는 위경죄(違警罪; cont

게다가, 행정제재는 형벌과 크게 다르지 않다. 행정제재는 법 위반행위를 전제로 부과되는 불이익으로 그 응보적 본질을 부정하기 어렵다. 행정제재가 금전납부를 명하거나 일정한 자격을 정지하거나 소멸시키는 경우에는 그 내용적 측면에서도 형사벌에서의 벌금 및 부가형과 본질적으로 다르지 않다. 수범자 측면에서는 행정제재의 대상이 수허가자로 제한될 수 있지만, 형벌에도 신분범이 존재할 뿐만 아니라 공정거래법처럼 모든 사업자를 대상으로 제재를 부과할 수 있도록 하는 경우도 있어서 수범자 측면에서 행정제재와 형벌을 구별하는 것도 상대적일 뿐이다. 그리고 이처럼 행정제재가 처벌이 본질인 이상, 이는 그 위반행위자의 행위반가치를 전제로 하는 대인적인 것일 수밖에 없다.<sup>79)</sup>

그러므로 현대 행정의 복잡성·다양성과 행정의 실효성 확보라는 측면에서의 불가피성을 고려하여 예외적으로 행정에 처벌적 성격의 권한을 부여할 수 있다 하더라도 이에 대해서는 엄격한 통제가 요구되며, 이러한 관점에서 행정제재의 처벌적 성격에 주목해야 한다. 행정제재가 처벌의 성격을 지니기 때문에 행정의 실효성 확보에만 방점을 둔 채 행정제재를 함부로 확대해서는 안 되며, 적법절차원칙, 죄형법정주의, 비례원칙, 책임주의, 형벌불소급원칙, 이중처벌금지원칙 등 형사절차에 적용되는 법치주의적 안전장치에 준하는 보장이 있어야 한다. 또한, 행정제재에 대해 법률유보원칙이 적용되어야 함은 본질성설에 의할 때 너무나 당연하며, 이제는 이론과 판례를 통해 어느 정도 확립되었다고 볼 수 있는 침익적 행정행위의 근거법령에 대한 엄격해석원칙까지 고려한다면 행정제재의 근거 또한 형벌의 근거에 준하여 명확하게 규정되어야 한다. 또한, 제재책임도 명문 규정 없이 함부로 승계될 수 없고, 이를 허용하는 명문 규정이 있더라도 그것이 적법절차원칙, 비례원칙 등 헌법적 한계와

ravention)의 대상은 테크레로 정할 수 있게 되었는데(Gaston Stefani/Georges Levasseur/Bernard Bouloc, 「Procédure pénale」, 19<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2004, pp. 117, 122), 이는 헌법 차원에서 특별히 예외를 인정한 것이기 때문에 일반화할 것은 아니다. 현재 프랑스헌법 제34조에서는 경죄(délit)와 중죄(crime)만을 법률사항으로 열거하고 있으며, 형법전 R.610-5조에서는 경찰명령(décret et arrêté de police)에 대한 일체의 위반행위에 대해 위경죄로 처벌할 수 있다고 규정하고 있다.

79) 위법행위로 인한 제재사유는 항상 인적 사유라는 설명으로는 박균성, 「행정법강의」, 제19판, 박영사, 2022, 252면 참조.

책임주의라는 처벌적 조치의 한계를 준수하는 것이어야 한다. 행정제재는 이러한 전제 하에서만 그 합헌성을 인정받을 수 있으며, 프랑스의 논의는 이러한 측면에서 많은 시사점을 준다.

요컨대, 형식·절차상 측면에서나 실체적 측면에서나 죄형법정주의에 준하는 ‘제재법정주의’(制裁法定主義)가 관철되어야 한다.

## 2. 구별개념

### 가. 경찰작용

행정제재와 경찰작용의 구별에 관한 논의는 프랑스에서 특히 활발한데, 앞서 언급한 것처럼 이에 대해서는 이미 여러 문헌에서 상세히 소개된 바 있어 이 글에서는 이에 대한 상론은 생략하고 개요만 언급하고자 한다.

행정제재와 경찰작용은 무엇보다 그 목적이 다르다. 행정제재는 처벌을, 경찰작용은 예방<sup>80)</sup>을 목적으로 하기 때문이다. 즉, 경찰작용은 공공질서에 대한 장애를 야기한 자를 처벌하려는 것이 아니라 공공질서를 유지·회복하기 위한 것이며, 이러한 관점에서 특히 금전제재는 경찰작용에 해당하기 어렵다.<sup>81)</sup> 이러한 목적은 처분의 근거법령이나 처분사유를 통해 파악될 수 있는데, 예컨대 신문판매허가를 얻어 가판대에서 영업을 하던 중 길거리의 질서유지와 상관없는 개인적 비행으로 인하여 허가를 취소당한 경우에는 처벌 목적의 행정제재에 해당하지만,<sup>82)</sup> 공중위생을 이유로 한 양로원시설의 폐쇄<sup>83)</sup>나 요양소에 대한 허가취소<sup>84)</sup>는 경찰작

80) 일반적으로 경찰작용은 독일법의 관점에서 ‘공공의 안녕·질서에 대한 위험(Gefahr)을 방지(Prävention)하고 장애(Störung)를 제거(Repression)(하여 공중과 개인을 보호)하기 위한 작용’으로 정의되고 있으며(김동희, 「행정법 II」, 제22판, 박영사, 2016, 192면; 홍정선, 「기본 경찰행정법」, 박영사, 2013, 3면; 서정범·김연태·이기춘, 「경찰법연구」, 제3판, 세창출판사, 2018, 61면), 프랑스에서는 ‘공공질서에 대한 장애(troubles)를 예방(prévention)하기 위한 작용’으로 정의되고 있다. 그러므로 프랑스법의 공공질서는 독일의 공공의 안녕·질서를 포함하는 넓은 개념이므로 주의를 요한다. 자세한 내용은 이승민, 앞의 책, 29-30면 참조.

81) T. Bombois, *op. cit.*, p. 68. 이승민, 앞의 책, 65-66면.

82) CE, 1944. 5. 5., *Dame veuve Trompier-Gravier*, n° 69751, Rec.

83) CE, 1976. 6. 6., *Dame Vatin*.

용에 해당한다.

행정제재와 경찰작용의 구별이 항상 명확한 것은 아니지만<sup>85)</sup> 양자는 구별할 실익이 있는데, 법적 근거의 측면에서 경찰작용의 경우에는 일반 조항(개괄적 수권조항)이 긍정될 수 있고, 행위자가 아닌 자에 대해서도 상태책임을 물을 수 있는 경우가 있으며, 그 발동에 있어 위법성을 반드시 요하지 않고, 경찰책임의 승계를 인정하기가 좀 더 용이하며, 장래를 향한 조치도 가능하기 때문이다.<sup>86)</sup> 반면, 행정제재의 경우에는 적법절차 원칙, 법률유보원칙, 침익적 행정행위의 근거법령에 대한 엄격해석원칙, 책임주의를 비롯하여 죄형법정주의에 준하는 제재법정주의에 따라 명문 규정 없이는 부과될 수 없고, 행정제재의 승계도 (위헌적이지 않은) 명문 규정에 의해서만 허용된다.<sup>87)</sup>

방론이지만, 이러한 관점에서 볼 때, 행정기본법 제23조가 “인허가의 정지·취소·철회, 등록 말소, 영업소 폐쇄와 정지를 갈음하는 과징금 부과”를 일괄하여 행정제재로 칭하면서 이들에게 일률적으로 제척기간을 적용하는 것은 문제가 있다. 여기에는 경찰작용, 직권취소, 공익상 철회가 모두 포함될 수 있기 때문이다. 이는 행정기본법 제2조에서 행정제재의 처벌적 성격을 분명하지 않은 것과도 연관되어 있는데, 물론 ‘제재’라는 표현에 처벌적 성격이 내포되어 있고, 경찰작용이나 공익상 철회는 법 위반행위의 종료가 아닌 법 위반‘상태’의 해소를 위한 것이기 때문에 ‘위반행위에 대한 제재’도 아니라는 해석도 가능하겠지만, 이러한 해석만으로 실무상 발생할 논란과 혼란을 회피하기는 어려울 것이다.<sup>88)</sup>

84) CE, 1976. 5. 19., *Ministre de la santé c. S.A. du Château de Neuvecelle*, n° 98264, Rec.

85) 구 산림법전(Code forestier) L.313-1조(현행 L.341-8조)에 따라 무허가 개간행위를 한 산림소유자에 대해 부과된 원상회복명령에 대해 풍세유·데따는 행정제재로 보기도 하고 (CE, 1987. 12. 16., *Sci Les Genêts*), 경찰작용으로 보기도 하였다(CE, 1988. 1. 29., *Guarino*). M. Delmas-Marty et al., op. cit., p. 45.

86) 이승민, 앞의 책, 70-74면.

87) 제재책임과 경찰책임을 구별하는 견해로는 강수진·이승민, 앞의 글, 333-337면 참조. 반면, 경찰책임의 승계 이론(행위책임, 상태책임)이 행정제재에도 적용 가능하다는 견해로는 이영무, 앞의 글, 114면 참조.

88) 사건으로는 제재처분에 대해 굳이 제척기간을 두어야 하는지는 의문이다. 이는 처분시한으로 변경하고 행정청의 법 위반행위에 대한 사실조사가 개시되면 처분시한이 정지되는 체계로 일원화하면서, 실효의 원칙과 신의성실원칙을 적극적으로 적용하는 방향을 통해

경찰작용으로서의 법적 성격이 특히 두드러지는 것은 시정조치 또는 시정명령이다. 시정명령은 “행정법규 위반에 의해 초래된 위법상태를 제거하는 것을 명하는 행정행위”로 정의되며,<sup>89)</sup> 시정조치를 “법위반 상태를 법에 합치하는 상태로 회복시키기 위한 수단”으로 정의하면서 이는 제재나 처벌과는 구별되지만 제재의 개념범주에 포함될 여지가 있다고 설명되기도 한다.<sup>90)</sup> 그러나 실정법상 시정조치는 용어도 통일되어 있지 않고 내용도 다양하기 때문에 법적 성격을 일반적으로 정하기는 쉽지 않으며, 개별법에 따른 시정조치별로 법적 성격을 달리 파악할 수밖에 없다.<sup>91)</sup> 그렇지만 대체로 시정조치는 법 위반상태를 제거하기 위한 것이고, 이는 곧 공공의 안녕·질서 또는 공공질서를 회복하는 것이므로 경찰작용에 가장 가깝다고 할 수 있다.<sup>92)</sup> 예컨대, 공정거래법 제7조 제1항, 제14조 제1항, 제42조 제1항, 제49조 제1항에 의하면, 공정거래위원회는 시장지배적지위 남용행위, 기업결합, 부당한 공동행위, 불공정거래행위에 대해 특정 행위의 중지명령, 반복금지명령, 공표명령을 비롯한 여

---

행정의 효율성과 유연성을 도모하는 것이 더 바람직할 것이다.

89) 박균성, 앞의 책, 446면.

90) 김치환, “공정거래법에서 규정하고 있는 시정조치의 법적 의미”, 경쟁저널, 제106호, 2004. 6., 4-5면.

91) 현재 다양한 법령에서 시정조치, 시정명령, 시정조치명령 등이 혼용되고 있으며, 시정조치와 시정명령이 다른 의미로 사용되는 경우에 그 의미의 광협(廣狹) 또는 양자 사이의 포함관계도 법령에 따라 다르다. 예를 들면, 전기통신사업법상으로는 시정조치는 어느 정도 구체화된 조치를 의미하고, 시정조치명령 또는 시정명령은 이러한 조치를 명하는 것을 의미하는 반면, 「농수산물 품질관리법」 제31조 제2항에서는 시정조치가 시정명령보다 더 넓은 의미로 사용되고 있다. 이처럼 시정조치는 그 내용이 다양하고 유형도 특정되어 있지 않아 이를 정의하는 것은 쉬운 일이 아니지만, 이하에서는 일단 시정조치가 시정명령을 포괄하는 넓은 의미로 사용하려 한다. 이상의 내용은 이승민, “전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률 제32조에 대한 주석”, 로앤비(온주), 2022. 4. 참조.

92) 경우에 따라서는 시정조치가 이행강제금이나 행정제재의 요건이 되기도 한다. 예컨대, 건축법 제79조에 따른 철거명령은 같은 법 제80조의 이행강제금의 부과요건이, 이러한 시정명령의 이행 기회가 제공되지 않은 채 부과된 이행강제금은 당연무효이다(대법원 2016. 7. 14. 선고 2015두46598 판결). 또한, 식품위생법 시행규칙 [별표 23] “행정처분 기준”과 같은 재량준칙에서 제1회 위반시에는 시정명령을 부과하고, 제2회 위반시부터 영업정지와 같은 행정제재를 부과하는 경우는 많다(이상의 내용은 이승민, 앞의 글(전자상거래) 참조). 경찰작용과 행정제재가 구별되는 것이기는 하지만, 경찰작용 위반에 대해 행정강제나 행정제재를 하는 것이 이상한 일은 아니다.

러 시정조치를 할 수 있고, 특히 기업결합의 경우에는 주요 자산이나 영업, 주식 등의 양도를 명할 수도 있는데, 이들 중 상당수가 위험방지작용으로서 경찰작용에 해당한다.<sup>93)</sup> 기실, 경쟁법 자체가 시장의 경쟁질서에 대한 위험을 방지하기 위한 경찰법적 성격을 지니는 것이며,<sup>94)</sup> 프랑스에서도 경쟁당국이 부과하는 반경쟁적 행위의 중지명령은 경찰작용으로 보고 있고,<sup>95)</sup> 콩세유·데따도 프랑스 경쟁청(Autorité de la concurrence)이 기업결합에 대해 부과한 시정조치는 경찰권의 행사이므로 유럽인권협약 제6조가 논의될 여지가 없다고 판시하기도 하였다.<sup>96)</sup>

이러한 경찰작용의 성질을 지니는 시정조치는 공공의 안녕과 질서에 대한 위험 또는 공공질서에 대한 장애가 지속되는 한 부과될 수 있으며, 공정거래법 제42조에 따라 부당한 공동행위에 대해 반복금지명령과 같은 장래를 향한 조치는 이러한 관점에서 이해될 수 있다. 이러한 성격의 시정조치는 그 본질상 제척기간 규정이 적합하지 않으며, 따라서 행정기본법 제23조에서 시정조치를 제척기간의 적용대상에서 제외한 것은 당연한 일이다.

시정조치의 법적 성격에 대한 대법원의 입장도 크게 다르지 않은 것 같다. 종래 대법원은 공정거래법상 시정명령과 관련하여 “시정명령 제도를 둔 취지에 비추어 시정명령의 내용은 과거의 위반행위에 대한 중지는 물론 가까운 장래에 반복될 우려가 있는 동일한 유형의 행위의 반복금지까지 명할 수는 있는 것으로 해석함이 상당하다.”라고 판시한 바 있고,<sup>97)</sup> 최근에는 「대리점거래의 공정화에 관한 법률」 제23조에 따른 시정조치는 “현재의 법 위반행위를 중단시키고, 향후 유사행위의 재발을 방지·억지하며, 왜곡된 경쟁질서를 회복시키고, 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진시키는 데에 취지가 있는 것으로, 그중 통지명령은 통지명령의 상대방에 대한 피해구제가 목적이 아니고, 통지명령의 상대방으로 하여금 해당 사업자의 위반행위를 명확히 인식하도록 함과 동시에 해당 사업

93) 이승민, 앞의 글(전자상거래).

94) 이원우, 「경제규제법론」, 홍문사, 2010, 46-47면.

95) M. Delmas-Marty et al., *op. cit.*, p. 44; 강수진·이승민, 앞의 글, 332면 참조.

96) CE, ass.. 2012. 12. 21., n° 362347, Rec. 이상의 내용은 이승민, 앞의 글(전자상거래) 참조.

97) 대법원 2003. 2. 20. 선고 2001두5347 전원합의체 판결.

자로 하여금 통지명령의 상대방이 지속적으로 위반행위 여부를 감시하리라는 것을 의식하게 하여 향후 유사행위의 재발 방지·억지를 보다 효율적으로 하기 위한 것”이라면서, “통지명령의 상대방은 반드시 당해 위반행위에 의하여 직접 영향을 받았던 자로 한정되어야 하는 것은 아니고, 그 취지와 필요성 등을 고려하여 향후 영향을 받을 가능성이 큰 자도 이에 포함될 수 있다.”라고 판시하였는데, 이는 시정조치를 위험방지를 위한 경찰작용으로 보는 경우에 가능한 판시라 할 것이다.<sup>98)</sup>

또한, 대법원은 건축법 제79조 제1항의 시정명령은 “대지나 건축물이 건축 관련 법령 또는 건축 허가 조건을 위반한 상태를 해소하기 위한 조치를 명하는 처분으로, 건축 관련 법령 등을 위반한 객관적 사실이 있으면 할 수 있고, 원칙적으로 시정명령의 상대방에게 고의·과실을 요하지 아니하며 대지 또는 건축물의 위법상태를 직접 초래하거나 또는 그에 관여한 바 없다고 하더라도 부과할 수 있다. 그러나 건축법상 위법상태의 해소를 목적으로 하는 시정명령 제도의 본질상, 시정명령의 이행을 기대할 수 없는 자, 즉 대지 또는 건축물의 위법상태를 시정할 수 있는 법률상 또는 사실상의 지위에 있지 않은 자는 시정명령의 상대방이 될 수 없다고 보는 것이 타당하다. 시정명령의 이행을 기대할 수 없는 자에 대한 시정명령은 위법상태의 시정이라는 행정목적 달성을 위한 적절한 수단일 수 없고, 상대방에게 불가능한 일을 명령하는 결과밖에 되지 않기 때문이다.”라고 판시하였는데,<sup>99)</sup> 이 또한 시정명령을 경찰작용으로 해석할 경우에만 이해될 수 있다. 이를 행정제재로 이해할 경우, 시정명령이 법위반상태의 발생만으로 가능하고 그 상대방에게 고의·과실을 요하지 않는다는 것은 책임주의와 비례원칙에 반하여 허용되기 어렵다.

이 밖에도, 대법원은 공사중지명령의 원인사유가 해소된 경우에는 그 명령의 상대방에게 공사중지명령의 해제를 요구할 조리상 신청권을 인정하여 해제신청 거부처분의 처분성을 인정하고 있는데,<sup>100)</sup> 이러한 입장은

98) 대법원 2022. 5. 12. 선고 2022두31433 판결.

99) 대법원 2022. 10. 14. 선고 2021두45008 판결.

100) 대법원 2007. 5. 11. 선고 2007두1811 판결. 한편, 대법원 2014. 11. 27. 선고 2014두37665 판결에서는 유사한 사안에서 해제신청 거부처분의 처분성에 대한 언급 없이 본안판단을 하였다.

일반적으로 처분의 재심사(변경신청)에 대한 거부처분에 있어 법규상·조리상 신청권이 부정되는 것<sup>101)</sup>과는 구별되는 것으로서, (법규상·조리상 신청권 이론 자체의 당부를 떠나) 공사중지명령의 위험방지작용(경찰작용)으로서의 예방적 성격을 고려하면 충분히 수궁할 수 있는 판결이다.<sup>102)</sup>

#### 나. 직권취소 및 공익상 철회

주지하다시피 현행 법령상 인허가의 취소나 정지는 그 법적 성격이 동일하지 않으며, 그 사유에 따라 직권취소에 해당하는 경우도 있고 수익적 행정행위의 철회·효력제한에 해당하는 경우도 있다. 여기서 행정제재에 해당하는 제재철회는 직권취소 및 공익상 철회와 구별되어야 하며, 이는 후술할 제재처분의 승계에서도 상당한 의미를 갖는다.

행정제재는 사후적으로 발생한 법 위반행위에 대한 처벌을 목적으로 하는 것이지만, 직권취소는 처분 당시의 하자를 이유로 하는 것이기 때문에 양자는 그 성격이 다르다. 특히, 수익적 행정행위의 직권취소는 애초부터 인허가가 부여되어서는 안 되었을 상황이었던 것이므로 이는 공익적 측면에서 본래의 상태대로 회복시켜야 할 당위성과 필요성이 있고, 따라서 이를 소급적으로 소멸시키는 것이 법 위반행위에 대한 처벌 목적이라고 단정하기 어렵다. 특히, 경찰허가의 직권취소는 위법한 허가로 인하여 공공의 안녕과 질서에 대하여 발생한 장애의 진압 또는 공공질서에 대한 장애의 확산 방지라는 측면에서 경찰작용의 연장선상에 있게 된다. 수익적 행정행위의 직권취소에는 반드시 명문의 법적 근거가 필요하지 않다는 대법원의 판례<sup>103)</sup>는 이러한 범위 내에서 정당화될 수 있다.

한편, 수익적 행정행위의 철회·효력제한은 그 사유에 따라 행정제재의 성격을 갖는 제재철회와 공익에 대한 위협을 제거하기 위해 이루어지는 공익상 철회로 구분된다.<sup>104)</sup> 예컨대, 인허가에 수반되는 행정법상 의무 위반에 대한 처벌 목적으로 부과되는 인허가의 정지는 행정제재로서 제재철회에 해당하고, 공공의 안녕과 질서에 대한 장애 발생을 예방

101) 예컨대 대법원 2006. 6. 30. 선고 2004두701 판결.

102) 이승민, 앞의 글(전자상거래).

103) 대법원 1995. 2. 28. 선고 94누7713 판결 등.

104) 박정훈, 앞의 글(처분사유), 548-551면.



하기 위한 목적으로 부과되는 인허가의 정지는 공익상 철회로서 이때에는 경찰작용의 성질을 지닌다.<sup>105)</sup> 그리고 이러한 수익적 행정행위의 철회나 효력제한에 갈음하는 변형과징금의 경우, 그 법적 성격은 그 전제가 되는 철회나 효력정지의 법적 성격에 따라 달라질 것인데, 변형과징금은 제재철회로서의 영업정지에 갈음하는 경우가 많아 대체로 행정제재에 해당한다고 볼 수 있을 것이다.

공익상 철회는 수허가자의 법 위반을 전제로 하지 않고 중대한 사정변경 등을 고려하여 이루어진다는 점에서 법 위반을 필요조건으로 하는 제재철회와 구별된다. 그리고 제재철회는 처벌 목적의 것이므로 죄형법정주의에 준하는 제재법정주의의 관점 또는 법률유보원칙의 관점에서 그 법적 근거가 분명해야 하지만, 공익상 철회의 경우에는 철회의 법적 근거가 반드시 요구되지는 않는다는 점에서도 양자는 달리 취급된다. 대법원은 여러 판례에서 이러한 제재철회와 공익상 철회를 구별하지 않고 사정변경이나 중대한 공익상 필요에 따른 수익적 행정행위의 철회에는 별도의 법적 근거가 요구되지 않는다고 판시하고 있는데,<sup>106)</sup> 이러한 법리는 공익상 철회에 한정되는 것이다. 또한, 비례원칙에 따른 수익적 행정행위의 철회 제한에 관한 법리도 공익상 철회에서 문제된다.<sup>107)</sup> 반면, 제재철회에 대해서는 개별 법령에서 그 법적 근거를 마련하여 두고 있으며, 하위 법령에서 정하고 있는 제재처분기준은 재량준칙의 문제로 귀결되고 있다. 참고로, 프랑스에서도 법령에 허가 절차만 규정되어 있고 행정제재로서의 허가취소(우리 법상 제재철회에 해당)에 관한 규정이 없는

105) 비슷한 견해로는 이현수, 앞의 글(행정제재), 103-104면 참조.

106) 예컨대, 대법원 1992. 1. 17. 선고 91누3130 판결.

107) 예컨대, 대법원 2004. 11. 26. 선고 2003두10251, 10268 판결(“행정행위를 한 처분청은 비록 그 처분 당시에 별다른 하자가 없었고, 또 그 처분 후에 이를 철회할 별도의 법적 근거가 없다 하더라도 원래의 처분을 존속시킬 필요가 없게 된 사정변경이 생겼거나 또는 중대한 공익상의 필요가 발생한 경우에는 그 효력을 상실케 하는 별개의 행정행위로 이를 철회할 수 있다고 할 것이나, 수익적 행정처분을 취소 또는 철회하는 경우에는 이미 부여된 그 국민의 기득권을 침해하는 것이 되므로, 비록 취소 등의 사유가 있다고 하더라도 그 취소권 등의 행사는 기득권의 침해를 정당화할 만한 중대한 공익상의 필요 또는 제3자의 이익보호의 필요가 있는 때에 한하여 상대방이 받는 불이익과 비교·교량하여 결정하여야 하고, 그 처분으로 인하여 공익상의 필요보다 상대방이 받게 되는 불이익 등이 막대한 경우에는 재량권의 한계를 일탈한 것으로서 그 자체가 위법하다.”).

경우에는 허가취소가 불가능하다는 것이 공세유·데따의 판례이다.<sup>108)</sup>

### III. 제재처분 승계에 관한 대법원 판례 검토

#### 1. 제재처분 승계에 관한 기존 논의

그간 국내에서는 제재처분 승계에 관한 명문 규정이 없는 경우에 승계를 긍정할 것인지에 관해 여러 논의가 있었다. 이에 대해서는 공법상 지위의 승계에 제재처분의 승계가 당연히 포함되는 것은 아니지만, 제재처분의 원인이 대인적인 사유인지 대물적인 사유인지를 나누어 전자의 경우에는 승계를 부정하고 후자의 경우에는 승계를 긍정해야 한다는 설명<sup>109)</sup>이 있다. 즉, 인허가가 아닌 제재처분 자체의 성격이 대물적인 것이라면 승계가 가능하되, 다만 비례원칙에 따른 제한과 선의의 양수인에 대한 보호가 필요하다고 한다.<sup>110)</sup> 또한, 제재처분의 실효성 확보를 위해 인허가와 제재처분의 성격이 대물적인 경우에는 승계를 인정해야 한다는 주장도 제기된다.<sup>111)</sup> 그리고 물적 제재처분이 있게 되면 그에 따라 제한된 상태의 ‘수허가자로서의 공법상 권리와 의무’가 영업자 지위 승계에 따라 승계인에게 승계되는 것이므로, 영업자 지위 승계 규정을 통해 제재처분 효과의 승계는 가능하다는 설명도 있다.<sup>112)</sup>

그러나 어떠한 행정행위가 대물적 처분 또는 대인적 처분에 해당하는지는 명확히 구분하기 어려운 측면이 있고,<sup>113)</sup> 이러한 구분은 인허가나

108) CE, 1975. 7. 26., *Ministre de l'équipement c. Richoux*, n° 96377, Rec.; CE, 1997. 6. 21., *Ministre de l'intérieur c. SARL "Le Koutouri"*, n° 150747, Rec. 등. M. Delmas-Marty et al., pp. 64-67; Charles-Édouard Minet, 「Droit de la police administrative」, Vuibert, 2007, p. 82; 이승민, 앞의 책, 71-72면 참조.

109) 김향기, 앞의 글, 176-177면; 김유환, 앞의 책, 74면; 이세정, 「국민부담경감을 위한 영업승계 관련법제 개선방안」, 한국법제연구원, 2012. 10. 31., 44-45면.

110) 김향기, 앞의 글, 177면.

111) 김리사, “영업승계 관련 법제 기준에 관한 연구”, 의정논총, 제13권 제1호, 2018. 6., 192면.

112) 이현수 외 4인, 앞의 책, 93-94면.

113) 예컨대, 제재규범과 관련한 의무는 전형적으로 일신전속적 의무이고(이현수, “영업양도와 제재처분상의 지위승계”, 행정판례연구, 제10집, 2005. 6., 18-19면), 영업정지·취소는 일신전속적 의무를 부과하기 때문에 이론상으로는 승계의 대상이 될 수 없다고 설명되

영업자 지위의 승계 요건, 그리고 이에 대한 행정청의 심사방법과 관련하여 일정한 기준을 제시해 줄 수 있지만,<sup>114)</sup> 수익적 성격의 영업자 지위 승계와 침익적 성격의 제재처분 승계를 동일선상에서 취급할 수 없으며, 영업자 지위를 승계한다고 하여 종전 영업자의 귀책에 따른 책임까지 승계된다는 것은 지나친 확장해석이다. 즉, 영업자 지위의 승계에 제재처분의 승계가 당연히 포함된다고 볼 수 없다.<sup>115)</sup> 특히, 제재사유의 승계는 아직 구체화되지 않은 잠재적인 책임이 양수인에게 이전된다는 것인데, 이는 책임주의에 반하는 것으로서 대물적 처분인지 여부가 기준이 될 수 없다.<sup>116)</sup>

무엇보다, 앞서 설명한 것처럼 행정제재는 특정된 수범자의 법 위반 ‘행위’를 전제로 하므로 대인적인 것일 수밖에 없으며, 따라서 대물적 허가의 수허가자라고 하더라도 그 수허가자의 위반행위에 대한 행정제재가 대물적인 성격을 갖는 것은 아니다. 행정제재가 대인적인 것인 이상 여기에는 당연히 책임주의가 적용되며, 따라서 행정제재는 그 사유는 물론 효과도 함부로 승계될 수 없고, 법률유보원칙에 따라 법률의 명문 규정

---

는데(정하중, 앞의 글, 19면), 반면 후술할 대법원 2003. 10. 23. 선고 2003두8005 판결에서는 석유판매업 사업정지를 대물적 제재처분으로 보았고, 대법원 2021. 7. 29. 선고 2018두55968 판결에서도 화물자동차 운송사업 허가취소를 대물적 제재처분으로 보았다.

114) 대인적 처분과 대물적 처분의 구별은 특히 인허가 등 법률효과의 이전성에 있으며, 대인적 처분은 원칙적으로 일신전속적이므로 이전될 수 없다는 설명으로는 김동화·최계영, 앞의 책, 262면; 김유환, 앞의 책, 136면 참조. 한편, 대법원은 산림법령에 따른 채석허가 양수인이 양도인에 대한 채석허가 취소처분에 대해 항고소송을 제기할 수 있는 법률상 이익을 인정하면서 그 근거 중 하나로 채석허가가 대물적 허가의 성질을 지니고 있다는 점을 들었고(대법원 2003. 7. 11. 선고 2001두6289 판결), 폐기물중간처리업 허가는 대물적 허가 내지는 대물적 요소가 강한 혼합적 허가이므로 폐기물중간처리업 허가의 대상을 이루는 중요한 요소인 영업장 소재지 토지와 폐기물처리시설을 모두 양도한 경우에는 관련 법령상 직권취소 사유인 “시설·장비 및 기술능력에 미달하게 된 때”에 해당한다고 보았으며(대법원 2008. 4. 11. 선고 2007두17113 판결), “건축허가는 대물적 성질을 갖는 것이어서 행정청으로서는 그 허가를 할 때에 건축주가 누구인가 등 인적 요소에 관하여는 형식적 심사만 하는 점, 건축허가는 허가대상 건축물에 대한 권리변동에 수반하여 자유로이 양도할 수 있는 것”이라고 판시하여 대물적 허가를 행정청의 심사강도와 연계시키기도 하였다(대법원 2010. 5. 13. 선고 2010두2296 판결).

115) 김연태, 앞의 글, 27-28면.

116) 김중권, 「행정법」, 제2판, 법문사, 2016, 118면.

이 있는 경우에 제한적으로만 가능하다.<sup>117)</sup> 이 경우에도 그러한 승계 규정이 책임주의, 과잉금지원칙, 적법절차원칙 등을 준수하는 합헌적인 것이어야 하며, 특히 제재사유의 승계는 잠재적인 것이기 때문에 특별한 사정이 없는 한 부정되어야 한다.<sup>118)</sup>

그리고 양도인과 양수인이 제재를 회피하기 위해 공모하거나 담합한 경우에는 승계를 인정할 필요가 있다는 견해도 유력한데,<sup>119)</sup> 제재처분을 회피하기 위해 양도인과 양수인이 공모한 경우에는 양수인의 영업자 지위 승계에 하자가 있는 것이어서 그러한 승계 자체를 직권취소할 수도 있으므로 반드시 이를 제재처분의 승계 문제로 치환할 필요는 없을 것으로 생각된다. 필요하다면 양수인과 행정청 사이의 분쟁을 미연에 방지하기 위해 영업자 지위 승계 과정에서 양도인의 법 위반사실을 양수인에게 고지하는 절차를 둘 수 있을 것이고,<sup>120)</sup> 만약 양도인의 법 위반행위가 공표의 대상이었다면 이를 알 수 있었던 양수인에게 나중에 주의의무 위반에 따른 책임을 귀속시키는 등의 방법을 고려해 볼 수 있을 것이다.

한편, 건축법상 철거명령은 당해 건물의 위법성을 근거로 한 대물적 처분이고, 시설상 하자를 이유로 한 시설개선명령은 대체적 작위의무이므로 승계가 가능하다고 설명되기도 하는데,<sup>121)</sup> 이러한 명령들은 공공의 안전을 위한 것으로서 경찰작용에 해당한다. 즉, 대물적 처분의 승계는 대개 그것이 경찰작용의 성격을 지닐 때 논의될 수 있는 것이므로 이를

117) 같은 취지로 정하중, “최근 행정판례에 있어서 몇가지 쟁점에 대한 소고”, 행정법학, 제6호, 2014. 3., 17면; 김연태, 앞의 글, 28면; 박균성, 앞의 책, 252-253면 등 참조. 앞서 살펴본 프랑스의 경우, 행정제재에 대한 법률주의를 완화한 경우가 있으나 그 또한 비관의 대상임은 전술한 바와 같고, 게다가 명문 규정 없이 해석을 통해 새로운 제재를 창설하거나 수범자를 넓힐 수 있다는 것은 전혀 아니다.

118) 법 위반행위에 따른 제재효과를 양수인에 부과하는 규정은 헌법상 비례원칙 및 타인의 행위로 인한 불이익 처우 금지에 위반될 수 있다는 설명으로는 이현수, 앞의 글(영업양도), 18-19면 참조.

119) 김유환, 앞의 책, 74면; 정하중, 앞의 글, 19면; 김연태, 앞의 글, 28면.

120) 이영무, 앞의 글, 127-128면(이러한 경우, 영업자 지위 승계에 대한 수리행위는 양도인에 대한 제재사유 제재효과를 양수인이 승계하는 것을 부관으로 하는 신규 허가로 볼 수 있고, 행정청이 양도인의 법 위반사실에 대한 고지의무를 해태한 경우에는 선의의 양수인에 대해 승계를 부정해야 한다고 함).

121) 김동희·최계영, 앞의 책, 262-263면; 박균성, 앞의 책, 207면; 정하중, 앞의 글, 19면.

제재처분을 비롯한 침익적 행정행위 전체의 논의로 확대해석하는 것은 경계할 필요가 있다.

이하에서는 이러한 논의를 바탕으로 제재처분 승계에 관한 대법원 판례들을 분석해 보고자 한다. 대법원은 회사분할시 공정거래법상 과징금 부과처분이 승계될 수 있는지에 관한 사례를 제외하면, 명문 규정이 없는 경우에도 제재처분의 승계, 특히 제재사유의 승계를 인정하고 있다. 이러한 대법원의 판례는 크게 영업자 지위 승계 규정을 근거로 한 경우와 해당 제재처분의 법적 성격이 대물적 처분임을 근거로 한 경우로 대별할 수 있다. 제재처분 승계에 관한 명문 규정이 있는 경우에는 선의의 양수인에 대한 해석이 문제된다. 아래에서 제재처분 승계에 관한 명문 규정이 없는 경우와 있는 경우로 나누어 살펴본다.

## 2. 제재처분 승계에 관한 명문 규정이 없는 경우

### 가. 영업자 지위 승계 규정을 근거로 한 판례

#### 1) 대법원 1998. 6. 26. 선고 96누18960 판결

이에 관한 대표적인 사례는 「여객자동차 운수사업법」<sup>122)</sup>에 따른 개인택시운송사업면허취소처분의 승계, 특히 제재사유의 승계를 긍정한 대법원 1998. 6. 26. 선고 96누18960 판결이다. 이 판결에서 대법원은 “자동차운송사업을 양수한 양수인은 그 운송사업면허에 기인한 권리의무를 모두 승계하는 것이어서 그 양도·양수 후에라도 그 이전에 발생한 양도인에 대한 운송사업면허취소사유를 이유로 양수인에 대하여 양수인의 운송사업면허를 취소할 수 있다”라고 판시하였다.

그런데 여객자동차법에는 위 판결 당시나 지금이나 영업자 지위 승계에 관한 규정<sup>123)</sup>만 있고 제재처분의 승계에 관한 규정은 없다. 그럼에도 불구하고 판례는 단지 영업자 지위가 승계된다는 이유만으로 제재사유의 승계를 긍정하였는데, 전술한 것처럼 영업자 지위 승계는 행정제재 책임의 승계와는 별개의 것이고 행정제재는 법률유보원칙에 따라 엄격한 법적 근거가 요구되므로 위와 같은 판시는 분명 잘못된 것이고, 책임주의

122) 이하 ‘여객자동차법’.

123) 현행 여객자동차법 제14조.

관점에서도 용인되기 어렵다. 또한, 위 판결은 대법원이 여러 판례를 통해 반복적으로 확인하고 있는 침익적 행정행위의 근거법령에 대한 엄격 해석원칙에도 배치된다. 만약 영업자 지위를 승계할 때 양도인에 대한 제재처분이 이미 진행 중이었거나 제재가 부과된 상태라면 그러한 제재 사유나 제재효과를 법률의 명문 규정을 통해 승계시킬 여지가 있겠지만, 어떠한 경우에도 잠재적인 상태에 있는 제재사유를 승계시키는 것은 책임주의 관점에서 정당화되기 어렵다. 그러므로 위 판결은 제재사유와 제재효과의 승계를 정확히 구별하지 않고 있다는 점에서도 문제가 있다고 하겠다.

## 2) 대법원 2010. 4. 8. 선고 2009두17108 판결

이후, 대법원 2010. 4. 8. 선고 2009두17018 판결에서는 위 대법원 96누18960 판결을 원용하면서 “가사 양도·양수 당시에는 양도인에 대한 운송사업면허 취소사유가 현실적으로 발생하지 않은 경우라도 그 원인되는 사실이 이미 존재하였다면, 관할관청으로서는 그 후 발생한 운송사업면허 취소사유에 기하여 양수인의 사업면허를 취소할 수 있는 것이다. 또한, 개인택시 운송사업면허와 같은 수익적 행정처분을 취소 또는 철회하거나 중지하는 경우에는 이미 부여된 그 국민의 기득권을 침해하는 것이 되므로, 비록 취소 등의 사유가 있다고 하더라도 그 취소권 등의 행사는 기득권의 침해를 정당화할 만한 중대한 공익상의 필요 또는 제3자의 이익보호의 필요가 있는 때에 한하여 상대방이 받는 불이익과 비교·교량하여 결정하여야 하고, 그 처분으로 인하여 공익상의 필요보다 상대방이 받게 되는 불이익 등이 막대한 경우에는 재량권의 한계를 일탈한 것으로서 그 자체가 위법하게 된다.”라고 판시하여 음주운전에 따른 운전면허 취소(강학상 제재철회에 해당)에 대해 제재사유의 승계를 인정하되 수익적 행정행위의 취소·철회의 제한 법리가 적용될 수 있다고 보았다.

그러나 이 판결은 대법원 96누18960 판결과 마찬가지로 명문의 법적 근거도 없이 제재사유의 승계를 함부로 인정하고 있을 뿐만 아니라, 법적 근거 없이 제재사유의 승계를 인정하다 보니 제재철회에 대해 그 성질상 맞지 않는 직권취소 및 공익상 철회에 대한 제한 법리를 적용하는

등 이해하기 어려운 결론에 이르고 있다.<sup>124)</sup>

### 3) 기타 비교 판례

한편, 대법원 2010. 11. 11. 선고 2009두14934 판결에서는 사위의 방법으로 발급받은 운전면허를 운송사업 양수 이후 직권취소한 것이 문제되었는데, 이 사건에서도 대법원은 제재처분, 특히 제재사유의 승계에 관한 위 대법원 2009두17108 판결의 판시를 그대로 원용하였다. 논리적으로 볼 때, 제재철회와 달리 직권취소는 소급효가 있기 때문에 직권취소 사유가 있는 상태에서 운송사업이 양수된 경우에도 양수인에 대해 직권취소가 가능하다고 할 수 있다. 양수할 대상 자체가 그 원시적 하자로 인하여 소급적으로 소멸하였기 때문인데, 이는 경찰 목적상으로도 필요하다고 볼 수 있다. 이러한 경우의 양수인은 비례원칙에 기한 직권취소의 제한 법리에 따라 사안별로 구체받을 가능성이 있을 뿐이다. 여하튼 위 판결의 결론은 수긍할 여지가 있지만, 그럼에도 불구하고 직권취소의 사안에 대해 제재처분의 승계에 관한 판시를 적용한 것에 대해서는 개념상 혼란이 있음을 지적하지 않을 수 없다.<sup>125)</sup>

그리고 대법원 2018. 4. 24. 선고 2017두73310 판결에서는 “종전 사업시행자가 농업인 등에 해당하지 않음에도 부정한 방법으로 사업계획승인을 받음으로써 그 승인에 대한 취소 사유가 있더라도, 행정청이 사업시행자 변경으로 인한 사업계획 변경승인 과정에서 변경되는 사업시행자가 농업인 등에 해당하는지 여부에 관하여 새로운 심사를 거쳤다면, 지위 승계 등에 관한 별도의 명문 규정이 없는 이상, 종전 사업시행자가 농업인 등이 아님에도 부정한 방법으로 사업계획승인을 취득하였다는 이유만을 들어 변경된 사업시행자에 대한 사업계획 변경승인을 취소할 수는 없다.”고 판시하였는데, 이 판결에서 문제된 처분은 최초 사업계획승인 당시의 원시적 하자를 이유로 한 것이므로 직권취소에 해당하는 것이고, 따라서 제재처분의 승계에 관한 사안은 아니다.<sup>126)</sup> 다만, 주목할 부

124) 위 대법원 판결은 대인적 사유에 의한 제재처분이므로 그 승계를 부정해야 한다는 견해로는 김유환, 앞의 책, 74면 참조.

125) 흠 있는 지위의 승계와 제재사유의 승계는 구별해야 한다는 견해로는 김연태, 앞의 글, 18-20면 참조.

분은 위 판결에서 문제된 농어촌정비법에는 제재처분 승계 규정은 물론 영업자 지위 승계 규정도 없었고, 단지 변경승인에 관한 규정만 존재하였는데, 이러한 상황에서 사업시행권을 양수한 자에게 내려지는 변경승인은 기존의 사업시행자 지위의 양수도에 대한 단순한 확인에 그치는 것이 아니라 실질적으로 신규 승인과 같은 심사를 거친 것이기 때문에 기존의 사업시행권에 존재하던 원시적 하자가 승계될 여지가 없다는 점이다.

이 밖에, 대법원 2005. 8. 19. 선고 2003두9817, 9824 판결에서는 산림을 무단형질변경한 자가 사망한 경우, 해당 토지의 소유권 또는 점유권을 승계한 상속인이 그 복구의무를 부담한다고 보았고, 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013도10605 판결에서도 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 의한 개발행위허가를 받은 자가 사망한 경우에도 그 지위를 승계한 상속인이 개발행위허가기간 만료에 따른 원상회복명령의 수범자가 된다고 보았는데, 이러한 원상복구명령은 앞서 살펴본 시정명령과 마찬가지로 경찰작용의 성질을 지니는 것이기 때문에 상태책임의 관점에서 그 승계가 긍정되는 것이다.<sup>127)</sup> 따라서 이들 판결을 제재처분의 승계에서 원용할 것은 아니다.

#### 나. 인허가의 법적 성격(대물적 처분)을 근거로 한 판례 - 대법원 2001.

##### 6. 29. 선고 2001두1611 판결

이에 관해 잘 알려진 판례는 공중위생영업소 폐쇄명령이 대물적 처분임을 근거로 제재처분의 승계를 긍정한 대법원 2001. 6. 29. 선고 2001두1611 판결이다. 먼저, 이 판결의 원심인 서울고등법원 2001. 1. 30. 선고 2000누11378 판결에서는 “영업양도인의 법규위반사실로 인하여 양수인에게 행정처분을 하기 위하여는 구 공중위생법(1999. 2. 8. 법률

126) 대법원도 “지위 승계 관련 규정이 없는 이상 사업계획 변경승인의 의미를 사업권 양도·양수에 대한 ‘인가’로서의 성격을 가진다고 볼 수 없는 것이 원칙이다. 그 밖에 사업자 명의변경으로 인한 사업계획 변경승인이 오로지 종전 사업시행자에 대한 사업계획 승인 처분이 유효함을 전제로 해서 존속한다는 취지의 규정 역시 찾아보기 어렵다.”라고 판시하고 있다.

127) 같은 취지로 김중권, 앞의 책, 119면.



제5839호로 폐지된 것) 제8조 제1항과 같이 영업양도의 경우 양수인이 영업자의 지위를 승계한다는 규정 등 법률에 근거가 있어야 할 것인데, 이 사건 처분 당시 시행되고 있던 구 공중위생관리법(1999. 2. 8. 법률 제5839호로 제정되고, 2000. 1. 12. 법률 제6155호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라 한다)에서는 그러한 영업자지위승계 규정을 두고 있지 않고, 법 시행규칙 제19조 [별표 7] 행정처분기준 I. 일반기준 2.는 행정처분을 받은 영업자가 영업을 타인에 양도한 경우에 이미 행하여진 처분의 효과가 양수인에게 승계됨을 규정한 것일 뿐, 양도인의 법규위반사실로 인하여 양수인에게 행정처분을 할 수 있는 것으로 해석할 수 없고, 설령 그와 같이 해석한다면 법 또는 법에 의한 명령에 위반한 자에 대하여 영업장폐쇄나 영업정지를 명할 수 있다고 규정한 법 제11조 제1항의 규정 내용을 국민에게 불리한 방향으로 확장한 것으로 모법에 아무런 위입의 근거가 없는 무효의 규정이고, 영업소폐쇄명령이 아닌 영업정지처분이 대물적 처분이라고 보기 어려우므로 그 효력이 원고에게 미친다고 할 수 없다”고 판시하였는데,<sup>128)</sup> 영업자 지위 승계 규정이 제재처분 승계의 근거가 될 수 있다고 본 것은 잘못이지만, 법률유보원칙을 바탕으로 제재효과 승계 규정이 제재사유 승계의 근거가 될 수 없다고 본 것은 타당하다.

그런데 대법원은 이러한 원심 판결을 뒤집고 다음과 같이 판시하였다. 즉, 구 공중위생관리법상 영업정지와 영업장폐쇄명령 모두 대물적 처분으로 보아야 하고, 또한 같은 법에서 ‘공중위생영업자가 영업소 개설 후 시장 등에게 영업소개설사실을 통보하도록 규정하는 외에 공중위생영업에 대한 어떠한 제한규정도 두고 있지 아니한 것은 공중위생영업의 양도가 가능함을 전제로 한 것’이라면서 양수인이 “양수 후 행정청에 새로운 영업소개설통보를 하였다 하더라도, 그로 인하여 영업양도·양수로 영업소에 관한 권리의무가 양수인에게 이전하는 법률효과까지 부정되는 것은 아니라 할 것”이므로 “공중위생영업에 대하여 그 영업을 정지할 위법사유가 있다면, 관할 행정청은 그 영업을 양도·양수되었다 하더라도 그 영업소의 양수인에 대하여 영업정지처분을 할 수 있다”고 보았다.

128) 따옴표 부분은 대법원 2001. 6. 29. 선고 2001두1611 판결에서 요약한 원심의 판시이다 (원심 판결의 내용이 검색되지 않아 부득이 대법원 판결의 요약 부분을 인용하였음).

그러나 위와 같은 판시는 행정제재의 처벌적 성격을 간과하고 대물적 처분과 대인적 처분이라는 불명확한 기준에 따라 명문 규정도 없이 만연히 제재사유의 승계를 인정하고 있다는 점에서 책임주의, 법률유보원칙 등 측면에서 많은 문제가 있다. 물론, 위 판결은 이용원 내 불법 유통행위가 적발되자 그에 대한 제재를 회피하기 위해 해당 영업을 급히 양도한 사안에 관한 것으로서 구체적 타당성 측면에서 이해할 여지가 없지는 않다. 그러나 이는 법 개정을 통해 해결해야 할 문제이며, 이를 무리한 해석론으로 극복하려는 것은 잘못된 선례를 낳는 것일 뿐만 아니라, 장기적으로는 입법자의 부주의 또는 태만을 방치하거나 조장할 우려도 있다. 법원으로서 제재처분의 실효성 확보수단을 제대로 마련해두지 않은 입법상 과오를 방론으로 지적하는 데 그쳤어야 할 것이다. 그렇지 않다면 영업정지가 행정제재이기는 하지만, 공공의 질서에 장애를 야기한 유통행위를 제거하여 이의 확산을 방지한다는 측면에서 경찰작용의 성격을 겸유하고 있다는 등의 논증을 통해 최소한 그것이 승계가 가능한 행정작용임을 설명할 필요가 있었다고 본다.<sup>129)</sup>

#### 다. 영업자 지위 승계 규정과 인허가 및 제재처분의 법적 성격(대물적 처분)을 함께 고려한 판례

##### 1) 대법원 2003. 10. 23. 선고 2003두8005 판결

이 판결에서 대법원은 석유판매업 등록은 대물적 허가이고, 나아가 사업정지 또한 “사업자 개인의 자격에 대한 제재가 아니라 사업의 전부나 일부에 대한 것으로서 대물적 처분의 성격”을 지니고 있다면서, 사업자 지위의 승계에는 “중전 석유판매업자가 유사석유제품을 판매함으로써 받게 되는 사업정지 등 제재처분의 승계가 포함되므로 그 지위를 승계한 자에 대해 사업정지 등의 제재처분을 부과할 수 있다고 보았다. 그리고 이러한 법리는 사업정지에 갈음하여 부과되는 변형과징금에 대해서도 마

129) 강수진·이승민, 앞의 글, 334면 참조. 다만, 독일이나 우리나라에서는 공공의 질서는 사회적·윤리적 개념이어서 경찰작용의 목적이 될 수 없다는 반론이 있으며, 프랑스에서도 공중도덕이 경찰권의 근거가 될 수 있는지에 대해 논란이 있다. 다만, 콩세유·테따는 일련의 판례를 통해 공중도덕도 경찰권의 근거인 공공질서의 한 내용으로 인정하였다. 자세한 내용은 이승민, 앞의 책, 131-133면, 151-155면 참조.

찬가지로 적용된다고 판단하였다. 대법원은 이러한 판단의 근거로, 제재의 실효성 확보, 경매를 통해 석유판매시설을 취득하더라도 석유판매사업자의 지위를 승계할지 여부는 양수인의 의사에 달려 있으며, 양수인이 양도인의 위반행위로 인해 제재처분을 받은 경우 양도인을 상대로 이에 대한 책임을 추궁할 수 있음을 제시하고 있다.

이 판결은 상기한 대법원 2001두1611 판결에서 한걸음 더 나아가 제재처분 자체를 대물적 처분이라고 보았는데, 어떤 대상의 물적 성격을 근거로 하명을 하는 것은 경찰책임, 특히 상태책임을 추궁하는 경우이나 제한적으로 고려해 볼 수 있는 것이지 책임주의를 전제로 하는 행정제재에서 명문 규정도 없이 가능하다고 볼 것은 아니다. 또한, 제재의 실효성 확보는 입법을 통해 해결할 부분이며, 행정청도 아닌 일반 양수인이 경매를 통해 석유판매시설 취득 당시 기존 사업자의 법 위반행위가 없는지 강제적으로 확인할 방법도 없고, 설령 확인한다 하더라도 잠재적인 법 위반사유는 찾아내는 것이 불가능에 가깝다. 계약상 책임을 추궁할 수 있다는 것도 사후적인 대책일 뿐이고, 그 자체의 실효성이 담보되지 않는다. 결국, 위 판결은 대법원 2001두1611 판결의 문제점을 그대로 지니고 있을 뿐만 아니라, 추가된 논리들도 명확한 법적 근거 없이 행정편의적 법 집행을 돕고 시민에게 과중한 확인의무를 지우는 것이어서 수긍하기 어렵다.

## 2) 대법원 2021. 7. 29. 선고 2018두55968 판결

이 판결에서 대법원은 영업자 지위 승계 규정에 따른 제재처분 승계 가능성을 인정한 기존의 판례를 유지하면서, 다만 대인적 처분과 대물적 처분의 구별을 통해 책임을 제한하고 있어 주목을 끈다.

위 판결에서는 구 「화물자동차 운수사업법」<sup>130)</sup>에 따른 유가보조금 반환명령이 문제되었는데, 먼저 대법원은 “‘운송사업자로서의 지위’란 운송사업 허가에 기인한 공법상 권리와 의무를 의미하고, 그 ‘지위의 승계’란 양도인의 공법상 권리와 의무를 승계하고 이에 따라 양도인의 의무위반행위에 따른 위법상태의 승계도 포함하는 것”이라면서, “불법증차를

130) 이하 ‘화물자동차법’.

실행한 운송사업자로부터 운송사업을 양수하고 화물자동차법 제16조 제1항에 따른 신고를 하여 화물자동차법 제16조 제4항에 따라 운송사업자의 지위를 승계한 경우에는 설령 양수인이 영업양도·양수 대상에 불법증차 차량이 포함되어 있는지를 구체적으로 알지 못하였다 할지라도, 양수인은 불법증차 차량이라는 물적 자산과 그에 대한 운송사업자로서의 책임까지 포괄적으로 승계한다(헌법재판소 2019. 9. 26. 선고 2017헌바397 등 전원재판부 결정 참조).”라고 판시하였다. 이에 따라 행정청은 “양수인의 선의·악의를 불문하고 양수인에 대하여 불법증차 차량에 관하여 지급된 유가보조금의 반환을 명”할 수 있다고 보았다.

다만, 이처럼 승계가능성을 긍정하면서도 “그에 따른 양수인의 책임범위는 지위승계 후 발생한 유가보조금 부정수급액에 한정되고, 지위승계 전에 발생한 유가보조금 부정수급액에 대해서까지 양수인을 상대로 반환 명령을 할 수는 없다.”고 보았는데, “유가보조금 반환명령은 ‘운송사업자 등’이 유가보조금을 지급받을 요건을 충족하지 못함에도 유가보조금을 청구하여 부정수급하는 행위를 처분사유로 하는 ‘대인적 처분’으로서, ‘운송사업자’가 불법증차 차량이라는 물적 자산을 보유하고 있음을 이유로 한 운송사업 허가취소 등의 ‘대물적 제재처분’과는 구별되고, 양수인은 영업양도·양수 전에 벌어진 양도인의 불법증차 차량의 제공 및 유가보조금 부정수급이라는 결과 발생에 어떠한 책임이 있다고 볼 수 없기 때문”임을 그 근거로 제시하였다.

대법원이 유가보조금 반환명령에 대해 책임주의를 적용하여 양수인에 대한 제재책임의 승계범위를 제한한 것은 진일보한 것으로 평가할 수 있다. 그러나 대법원은 여전히 영업자 지위 승계가 제재처분의 승계를 포함한다는 잘못된 논리를 고수하고 있다. 또한, 물적 시설과 관련하여 발생하는 허가취소 등은 대물적 제재이고, 영업자 개인과 관련한 사유로 발생하는 보조금 환수 등은 대인적 제재라고 하여 일응 대물적 제재와 대인적 제재에 대한 보다 명확한 구별기준을 제시하려는 것으로 보는데, 이는 앞서 살펴본 행정제재의 인적 특성에 맞지 않는 것이다. 대법원이 말하는 대물적 성격은 차량 자체가 불법증차된 것이어서 행정 목적상 운행이 금지되어야 한다는 점에서 발생하는 것인데, 그와 같은 금지는 공공의 안전에 관한 경찰작용 측면에서 정당화될 여지가 있을 뿐이다.

행정제재는 물적 시설과 관련된 것이라 하더라도 그러한 물적 시설의 이용 등에 있어 영업자의 위반행위가 있어야 부과될 수 있는 것이지, 자신도 모르는 상태에서 법적으로 하자가 있는 물적 시설을 보유했다는 이유만으로 처벌적 성격의 조치를 부과받을 수는 없다. 그러므로 대법원 위와 같은 사안에서 대물적 제재처분이라는 표현을 사용하는 것은 바람직하지 않고, 만약 승계를 긍정하고자 하였다면 이를 경찰작용(위험방지작용)의 관점에서 접근할 필요가 있었다고 본다. 유가보조금 반환명령의 경우에도 이를 대인적 처분이라고 하기 보다는 부당이득환수적 성질 또는 복구적 성질의 처분이라고 설명하는 것이 더 정확했을 것이다.

### 3) 대법원 2022. 1. 27. 선고 2020두39365 판결

이 판결에서는 구 국민건강보험법에 따른 요양기관에 대한 업무정지처분이 문제되었다. 대법원은 “요양기관이 속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험자에게 요양급여비용을 부담하게 한 때에 구 국민건강보험법 제85조 제1항 제1호에 의해 받게 되는 요양기관 업무정지처분은 의료인 개인의 자격에 대한 제재가 아니라 요양기관의 업무 자체에 대한 것으로서 대물적 처분의 성격”을 갖는다면서, “속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험자에게 요양급여비용을 부담하게 한 요양기관이 폐업한 때에는 그 요양기관은 업무를 할 수 없는 상태일 뿐만 아니라 그 처분대상도 없어졌으므로 그 요양기관 및 폐업 후 그 요양기관의 개설자가 새로 개설한 요양기관에 대하여 업무정지처분을 할 수는 없다.”고 보았다. 그리고 침익적 행정행위의 근거법령에 대한 엄격해석원칙과 요양기관 개설자인 의료인 개인에 대해 별도의 제재수단이 존재함을 근거로 “제재의 실효성 확보를 이유로 구 국민건강보험법 제85조 제1항 제1호의 ‘요양기관’을 확장해석할 필요도 없다.”고 판시하였다.

이 판결에서도 대법원은 속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 요양급여비용을 부담하게 하였다는 이유로 부과되는 요양기관 업무정지는 요양기관이라는 물적 시설과 관련된 것이어서 대물적 처분이라고 보았는데, 속임수나 그 밖의 부당한 방법을 행한 것은 요양기관이라는 물적 시설이 아닌 요양기관 운영자이기 때문에 대법원의 위와 같은 판단은 수증하기 어렵다. 위 판시는 행정제재에 있어 대인적 처분과 대물적 처분의 구분

이 특별한 실익이 없고, 오히려 그러한 구분 기준이 무엇인가에 대한 혼란만 가중시킬 수 있음을 보여준다.

게다가 대법원이 대물적 제재처분이라는 관념을 유지하는 것은 정작 필요한 경우에는 실효적인 제재를 하지 못하게 만들기도 한다. 대법원은 요양기관 업무정지가 대물적 처분이므로 요양기관이 폐업하면 처분대상도 소멸하고, 따라서 요양기관 및 폐업 후 그 요양기관의 개설자가 새로 개설한 요양기관에 대하여 업무정지처분을 할 수 없다고 보았는데, 그렇다면 법 위반행위를 한 요양기관을 양수하면 업무정지사유가 승계되어 나중에 양수인이 업무정지처분을 받게 되는 반면, 법 위반행위를 한 개설자가 자신이 운영하던 요양기관을 폐업하고 다시 개설하면 업무정지처분을 받지 않게 되는 이상한 결과가 발생한다. 애초부터 대물적 제재처분이라는 관념을 활용하지 않고, 법률유보원칙에 따라 제재사유의 승계를 명문 규정에 의해서만 인정하였다면 위와 같은 복잡한 논리를 제시할 이유도 없었을 것이다.

한편, 위 판결이 침익적 행정행위의 근거법령에 대한 엄격해석원칙을 거론하면서 제재의 실효성 확보를 이유로 한 확장해석을 제한한 것은 행정제재에 대한 법률유보원칙과 책임주의 측면에서 상당히 진일보한 것으로 평가할 수 있다. 그러나 대법원이 요양기관 개설자에 대한 별도의 제재수단이 존재함을 근거로 위와 같은 판시를 한 점에는 많은 아쉬움이 남는다. 요양기관 개설자에 대한 별도의 제재수단이 없더라도 당연히 위와 같이 확장해석을 제한했어야 한다. 그러므로 ‘침익적 행정행위의 근거법령에 대한 엄격해석원칙을 고려할 때, 제재의 실효성 확보를 이유로 확장해석을 해서는 안 된다’라고 선언하는 것이 타당했을 것이다.

#### 라. 제재사유의 승계와 제재효과의 승계를 구별한 판례

##### 1) 대법원 2007. 11. 29. 선고 2006두18928 판결

이 판결에서 대법원은 신설회사 또는 존속회사가 분할하는 회사의 권리·의무를 분할계획서가 정하는 바에 따라서 승계하도록 규정하고 있는 상법 제530조의10을 고려하여, “신설회사 또는 존속회사가 승계하는 것은 분할하는 회사의 권리와 의무”이므로 “분할하는 회사의 분할 전 법 위반행위를 이유로 과징금이 부과되기 전까지는 단순한 사실행위만 존재

할 뿐 그 과징금과 관련하여 분할하는 회사에게 승계의 대상이 되는 어떠한 의무가 있다고 할 수 없고, 특별한 규정이 없는 한 신설회사에 대하여 분할하는 회사의 분할 전 법 위반행위를 이유로 과징금을 부과하는 것은 허용되지 않는다.”라고 관시하면서 회사분할 전 위법행위에 대한 과징금 부과처분을 신설회사에 승계시킬 수 없다고 보았다.

이 판결은 제재사유와 제재효과를 구별하고 있고, 아울러 명문 규정이 없는 상태에서 제재처분의 승계를 불허하고 있다는 점에서 매우 바람직하다고 할 수 있다.<sup>131)</sup> 다만, 공법상 권리·의무의 승계를 상법 제530조의10과 같은 사법(私法) 규정의 해석을 바탕으로 논의한 것은 아쉬운 점이다.<sup>132)</sup> 이 판결은 이후 대법원 2009. 6. 25. 선고 2008두17035 판결, 대법원 2011. 5. 26. 선고 2008두18335 판결 등으로 이어졌는데, 2012. 3. 21. 공정거래법 제55조의3 제3항(현행 제102조 제3항)이 신설되어 회사분할시에도 제재사유 승계를 인정하는 명문 규정을 두게 되었다. 이처럼 제재의 실효성 확보가 필요하다 하더라도 굳이 판례를 통해 무리한 확장해석을 하지 않고 입법적 해결을 도모하는 것이 순리일 것이다.

## 2) 참고 사례 - 중앙행정심판위원회 2019. 2. 12.자 2018-14007호 재결

한편, 제재사유가 승계된다는 명문 규정이 없는 경우에는 제재처분의 승계를 부정한 중앙행정심판위원회 재결례가 있어 함께 소개하고자 한다.

이 사건에서 문제된 것은 화물자동차 유가보조금 부정수급을 이유로 한 지급정지처분이었는데, 앞서 대법원 2018두55968 판결에서도 언급된 것처럼 화물자동차법 제16조에는 화물운송사업자 지위 승계에 관한 규정이 존재한다. 그리고 「화물자동차 유가보조금 관리 규정」 제31조에서 사업자 지위 승계에 관한 구체적 내용을 정하고 있으며, 이 외에 화물자동차법이나 위 관리 규정에 제재처분의 승계에 관한 규정은 없었다.

131) 반면, 이로 인해 공정거래위원회의 제재가 회사분할을 통해 그 실효성이 저해될 것을 우려하는 견해로는 이황, “회사분할과 과징금 납부책임의 승계 가능성 - 대법원 2007. 11. 29. 선고 2006두18928 판결을 중심으로”, 고려법학, 제53호, 2009. 6., 240면; 백대용, “회사분할에 있어 과징금 및 시정조치 부과 가능성에 관한 검토”, 「경제법판례연구」, 제7권, 법문사, 2011, 301면 참조.

132) 강수진·이승민, 앞의 글, 337-338면.

이러한 상황에서 화물운송사업자 지위 승계인에 대해 지급정지처분이 내려지자, 재결청은 “화물운송사업자가 이미 행정상 제재 조치를 받은 상태에서 화물운송사업을 양도하는 경우에 한하여 이를 양수한 화물운송사업자가 그 지위를 승계한다는 것으로 해석함이 상당하고, 이와 달리 화물운송사업자가 아직 행정상 제재 조치를 받지 않은 상태에서 화물운송사업을 양도하는 경우에 사업양도 이전에 저지른 위반행위에 대하여 행정상 제재의 대상이 되어야 하는 책임까지도 사업을 양수하는 화물운송사업자에게 승계된다고 볼 수는 없다”고 결정하였다. 이러한 실시는 영업자 지위 승계에 제재책임의 승계가 포함된다고 본 점에서 문제가 있으나, 그러한 승계는 제재효과의 승계에 국한되고 제재사유의 승계는 허용되지 않는다고 본 것은 다행이라 하겠다.

### 3. 제재처분 승계에 관한 명문 규정이 있는 경우

현재는 식품위생법 제78조, 공중위생관리법 제11조의3, 「석유 및 석유대체연료 사업법」 제8조 등 상당수 개별법에 제재처분의 승계에 관한 명문 규정이 마련되어 있다. 이 규정들은 제재효과의 승계는 일정 기간 내에서 원칙적으로 인정하고, 제재사유의 승계는 제재처분 절차가 진행 중인 경우에만 제한적으로 인정하고 있는 것이 특징이다. 예를 들면, 식품위생법 제78조는 “행정 제재처분 효과의 승계”라는 표제를 통해 제재사유의 승계와 제재효과의 승계는 구별되는 것이고, 이 중 승계의 대상은 제재효과임을 분명히 하고 있다. 그리고 규정의 내용 또한 “영업자가 영업을 양도하거나 법인이 합병되는 경우에는 제75조제1항 각 호, 같은 조 제2항 또는 제76조제1항 각 호를 위반한 사유로 종전의 영업자에게 행한 행정 제재처분의 효과는 그 처분기간이 끝난 날부터 1년간 양수인이나 합병 후 존속하는 법인에 승계되며, 행정 제재처분 절차가 진행 중인 경우에는 양수인이나 합병 후 존속하는 법인에 대하여 행정 제재처분 절차를 계속할 수 있다. 다만, 양수인이나 합병 후 존속하는 법인이 양수하거나 합병할 때에 그 처분 또는 위반사실을 알지 못하였음을 증명하는 때에는 그러하지 아니하다.”는 것이어서 제재사유의 승계는 그에 대한 처분 절차가 진행 중인 경우에만 예외적으로 가능하도록 하면서, 제재효



과와 제재사유의 승계 모두에 대해 선의의 양수인에 대한 보호 규정을 두고 있다. 다만, 양수인 보호 규정은 단서 조항으로 되어 있어 양수인이 선의에 대한 증명책임을 지게 된다.<sup>133)</sup>

이러한 규정은 법률유보원칙과 책임주의에 비교적 부합하는 것이지만, 여기에 합병의 경우까지 포함시킨 것은 문제가 있다. 합병은 회사분할이나 영업양수도의 경우와 달리 합병 당사자 사이에 모든 실질적·법적 행위가 포괄승계되는 것으로 볼 수 있기 때문에 굳이 위와 같이 처분효과의 승계규정을 둘 필요가 없다. 합병 당사자 사이에서는 그 동일성이 유지되기 때문에 제재사유와 제재효과의 승계가 당연히 긍정되어야 하며, 제재사유를 인지하지 못했다는 항변은 원칙적으로 성립하기 어렵다. 최근 대법원도 “회사합병이 있는 경우에는 피합병회사의 권리·의무는 사법상의 관계 혹은 공법상의 관계를 불문하고 그 성질상 이전이 허용되지 않는 것을 제외하고는 모두 합병으로 인하여 존속한 회사에 승계되는 것으로 보아야 한다.”라고 판시하였는데,<sup>134)</sup> 타당한 판시라고 생각된다.

게다가 행정기본법 제23조는 5년의 제척기간 규정을 두고 있는데, 식품위생법 제78조와 같은 제재처분 효과 승계 규정에서 합병에 대해 규정하는 것은 위와 같은 제척기간 규정과 충돌을 일으킨다. 식품위생법 제78조에 따르면 법인 합병시에는 1년간만 제척기간이 적용되는 셈이 되고, 행정기본법 제23조 제4항은 “다른 법률에서 제1항 및 제3항의 기간보다 짧거나 긴 기간을 규정하고 있으면 그 법률에서 정하는 바에 따른다.”라고 규정하고 있기 때문에, 결국 식품위생법이 우선 적용되어 법인 합병이 일어나면 제척기간이 5년에서 1년으로 단축되는 효과가 발생하기 때문이다. 그러므로 합병의 경우에 제재사유와 제재효과를 승계한다는 명문 규정을 확인적 차원에서 마련한다 하더라도 이는 영업 양수도의 경우와 별개의 조항으로 정리할 필요가 있다.

이 밖에, 식품위생법 제78조와 같은 제재처분 효과의 승계에 관한 규정이 직권취소, 경찰작용, 공익상 철회 등을 구별하지 않고 있는 점도 아쉬운 점이다. 이는 개별법에서 행정처분에 관한 규정을 두면서 직권취소,

133) 대법원 2017. 9. 7. 선고 2017두41085 판결도 같은 취지이다.

134) 대법원 2022. 5. 12. 선고 2022두31433 판결.

철회를 정확히 구별하지 않았던 기존의 입법 관행에서 비롯된 문제이기  
는 하지만, 향후에는 제재철회에 해당하는 사유만을 특정해서 그 효과의  
승계를 논할 수 있도록 하는 법 개정이 필요해 보인다. 다만, 법 개정 전  
에는 현재 개별법의 처분 효과 승계 규정에서는 표제를 ‘제재’ 처분 효과  
의 승계라고 하고 있기 때문에 이는 처벌적 성격의 제재철회만을 의미하  
고, 직권취소, 공익상 철회 등은 배제된다고 해석할 필요가 있을 것이다.

한편, 대법원은 이와 같이 법률에 명문의 승계 규정이 있는 경우에도,  
양수인의 선의와 같은 승계의 예외사유를 엄격하게 보고 있다. 즉, 대법  
원 2017. 9. 7. 선고 2017두41085 판결에서는 식품위생법 제78조와 같  
은 내용을 규정하고 있는 「석유 및 석유대체연료 사업법」 제8조와 관  
련하여, “이러한 제재사유 및 처분절차의 승계조항을 둔 취지는 제재적  
처분 면탈을 위하여 석유정제업자 지위승계가 악용되는 것을 방지하기  
위한 것이고, 승계인에게 위와 같은 선의에 대한 증명책임을 지운 취지  
역시 마찬가지로 볼 수 있다. 즉 법 제8조 본문 규정에 의해 사업정지처  
분의 효과는 새로운 석유정제업자에게 승계되는 것이 원칙이고 단서 규  
정은 새로운 석유정제업자가 그 선의를 증명한 경우에만 예외적으로 적  
용될 수 있을 뿐이다. 따라서 승계인의 종전 처분 또는 위반 사실에 관  
한 선의를 인정함에 있어서는 신중하여야 한다.”라고 판시하였는데, 위  
판결은 그 사실관계상 양수인의 선의가 인정되기 어려웠을 것으로 보이  
기는 하지만, 그렇다고 하더라도 양수인의 선의를 인정함에 있어 법문  
에도 없는 요건을 해석을 통해 가중시키는 것은 선뜻 수긍하기 어렵다. 현  
재는 양수인의 선의를 통한 면책 규정이 단서의 형식으로 되어 있어 해  
당 사유를 주장하는 양수인이 선의에 대한 증명책임을 지게 되어 있는  
데, 이처럼 양수인에게 증명책임을 부담시키는 것 자체에도 논란이 있는  
상황이다.<sup>135)</sup> 그런데 여기에 별도의 가중된 요건까지 부과하는 것은 지  
나치다고 생각된다. 즉, 법 조항 자체에서 가중된 요건을 정하지 않고 있  
다면 증명책임에 관한 일반법리에 의해 판단하면 될 것이고, 대법원이  
굳이 위와 같은 판시를 할 이유가 없다. 대법원이 제재의 실효성을 거론

135) 증명책임을 행정청이 부담하는 것이 타당하는 견해로는 김향기, 앞의 글, 175-176면 참  
조. 반면, 행정청이 승계인의 악의를 증명하는 것이 현실적으로 쉽지 않다는 사정을 고  
려한 규정이라는 설명으로는 김연태, 앞의 글, 26면 참조.

하면서 선의를 인정함에 있어 신중해야 한다고 본 것은 제재처분의 승계를 넓게 인정하려는 경향의 연장선상에 있는 것으로 생각되는데, 법률유보원칙이나 침익적 행정행위의 근거법령에 대한 엄격해석원칙에 반하는 것 아닌지 의문스럽다.

#### IV. 결론

이상에서 행정제재에 관한 프랑스의 논의를 기초로 그 의의, 한계 및 구별개념에 대해 살펴보았고, 제재처분의 승계에 관한 대법원 판례들을 비판적 시각에서 검토해 보았다.

행정제재는 행정청이 국민의 법 위반행위에 대해 처벌 목적으로 부과하는 불이익을 의미하며, 이는 예방을 본질로 하는 경찰작용과 달리 행위자의 법 위반행위에 대한 응보적 관점에서의 처벌적 성격을 지닌 것으로서 형벌과 그 본질이 크게 다르지 않고, 따라서 물적 책임이 아닌 인적 책임을 기본으로 하는 것이다. 행정제재의 수단으로 수익적 행정행위의 철회·효력제한을 부과하는 경우에도 이는 이른바 제재철회로서 공익상 사유를 이유로 한 공익상 철회와 구별되고, 인허가 발급 후 사후적 법 위반행위를 근거로 부과되는 것이므로 직권취소와도 다르다.

이러한 행정제재는 행정의 실효성을 이유로 처벌권의 사법부 전속이라는 원칙에 중대한 예외를 설정하는 것이므로 이에 대해서는 법치주의적 안전장치, 즉 적법절차원칙, 죄형법정주의, 비례원칙, 책임주의, 형벌불소급원칙, 이중처벌금지원칙 등 형사절차에 적용되는 안전장치에 준하는 보장이 있어야 하며, 법률유보원칙, 침익적 행정행위의 근거법령에 대한 엄격해석원칙도 정확하게 적용되어야 한다. 다시 말해, 행정제재의 형식·절차나 실체적 내용 모두에 대해 ‘제재법정주의’가 관철되어야 하며, 따라서 제재책임도 명문 규정 없이 함부로 승계될 수 없고, 이를 허용하는 명문 규정 또한 헌법적 한계를 준수해야 한다. 행정제재의 허용성과 한계, 그리고 경찰작용과의 구별에 관한 프랑스의 논의는 여기에 많은 시사점을 제공해 준다.

하지만 대법원은 제재처분의 승계, 특히 제재사유의 승계에 대해 상당

히 관대한 입장을 유지해 왔다. 그리하여 명문 규정이 없는 경우에도 영업자 지위 승계 규정, 그 전제가 되는 인허가 및 해당 제재처분의 법적 성격(대물적 처분)을 근거로 제재사유의 승계를 인정하고 있으며, 제재처분 승계 규정이 있는 경우에도 양수인의 선의에 대해 엄격한 입장을 보이고 있다. 다만, 공정거래위원회의 과징금과 관련하여 회사분할을 이유로 한 제재사유의 승계를 부정한 바 있는데, 이러한 판시는 다른 분야에서는 발견되지 않는다. 이와 같은 대법원의 입장은 행정제재의 처벌적 본질이나 대인적 성격에 맞지 않는 것이고, 해석을 통해 규정을 창설하는 것으로서 상기한 여러 헌법 원리 및 행정법의 불문원리에 반하여 시민의 기본권을 과도하게 침해하는 것이다.<sup>136)</sup>

게다가 우리나라에서는 독립규제위원회가 아닌 일반행정기관이 본래적 의미의 과징금을 비롯한 다양한 행정제재를 부과할 수 있다는 점도 고려되어야 한다. 현실적으로 공정거래위원회와 같은 독립규제위원회조차도 그 독립성·중립성에 의문이 있는 상황에서,<sup>137)</sup> 일반행정기관의 제재 절차에서 대심구조에 기초하여 시민의 방어권이 실질적으로 보장되고 있는지는 회의적이다.<sup>138)</sup> 이러한 현실을 감안하면, 제재처분의 승계를 너그럽게 바라보는 대법원의 입장은 시급히 시정될 필요가 있다.

마지막으로 언급할 것은 행정기본법에 제재처분의 승계에 관한 일반적인 규정을 둘 것인가 하는 문제이다. 현재 여러 개별법에는 행정제재와

136) 해석론을 통해 제재의 실효성을 달성하는 것은 법문의 해석 가능한 범위를 넘을 수 없고, 새로운 규정을 창설할 수 없다는 한계가 있다. 그러므로 집행정지 제도의 운용과 같은 허용 가능한 방안을 활용하는 것이 바람직하며, 최근 대법원이 “제재처분의 상대방이 잠정적 집행정지를 통해 집행정지가 이루어지지 않은 경우와 비교하여 제재를 덜 받게 되는 결과가 초래되도록 해서는 안 된다”면서 “처분청으로서는 당초 집행정지결정이 없었던 경우와 동등한 수준으로 해당 제재처분이 집행되도록 필요한 조치를 취하여야 한다.”고 강조한 것(대법원 2020. 9. 3. 선고 2020두34070 판결)은 이러한 측면에서 의의가 있다.

137) 이승민, “온라인 플랫폼에 대한 중복규제 방지 방안”, 경쟁법연구, 제45권, 2022. 3., 72-73면 참조.

138) 행정절차법 개정을 통해 청문을 활성화할 필요가 있다는 견해로는 홍준형, “적법절차와 행정절차법”, 공법연구, 제47집 제1호, 2018. 10., 91-94면, 행정절차의 실질적 보장을 위한 상세한 논의로는 안동인, “행정절차법의 처분절차상 주요 쟁점 - 절차보장의 확대를 위한 적극적 해석의 필요성”, 행정법연구, 제49호, 2017. 6. 각 참조.

직권취소, 공익상 철회, 경찰작용이 구별되지 않고 혼재되어 있다. 이러한 상황에서 행정기본법에 제재처분 승계 규정을 둔다면 그 대상을 행정 제재에 한정해야 할 것인데, 이러한 작업은 상당히 까다로울 수밖에 없다. 학문적 개념인 공익상 철회나 경찰작용을 법적으로 정의해야 하는 난제가 발생할 뿐만 아니라, 개별법의 제재철회에 해당하는 조항을 행정 기본법에 일일이 열거하기도 어렵기 때문이다. 그러므로 이는 원칙적으로 개별법에 맡길 필요가 있으며, 현재 개별법에서 제재처분의 승계에 관해 거의 동일한 형태로 입법이 이루어지고 있기 때문에 개별법을 보완하는 것이 우선일 것으로 생각된다. 다만, 개별법의 보완이 신속히 이루어지지 않을 경우에는 제재처분 승계 규정이 없다는 이유로 영업자 지위 승계 규정을 확대해석하는 문제가 지속될 수 있기 때문에 행정기본법에 일반적 규정을 둘 필요성이 제기될 수 있다. 만약 행정기본법에 제재처분의 승계 규정을 둔다면, 이는 처벌 목적의 행정제재에만 적용되고, 승계 대상은 일정 기간 내의 제재효과이고 양수인이 선의를 증명하면 승계가 부정되며, 제재사유의 승계는 처분 절차가 진행 중인 경우로서 양수인이 선의가 아닌 경우에 예외적으로만 가능하고 양수인의 악의는 행정청이 증명하도록 하며, 합병은 별도의 조항으로 규율하는 등의 보완이 이루어져야 할 것이다.

(논문투고일: 2023.2.20., 심사개시일: 2023.3.9., 게재확정일: 2023.3.24.)



▶ 이 승 민

행정제재, 경찰작용, 제재처분 승계, 행정 처벌, 법치주의

## 【참 고 문 헌】

### I. 단행본

- 김동희·최계영, 「행정법 I」, 제26판, 박영사, 2021.
- 김동희, 「행정법 II」, 제22판, 박영사, 2016.
- 김유환, 「현대 행정법」, 전정2판(제7판), 박영사, 2022.
- 김중권, 「행정법」, 제2판, 법문사, 2016.
- 박균성, 「행정법강의」, 제19판, 박영사, 2022.
- 박정훈, 「행정법의 체계와 방법론」, 박영사, 2005.  
, 「행정법의 구조와 기능」, 박영사, 2006.
- 서정범·김연태·이기춘, 「경찰법연구」, 제3판, 세창출판사, 2018.
- 이세정, 「국민부담경감을 위한 영업승계 관련법제 개선방안」, 한국법제연구원, 2012. 10. 31.
- 이승민, 「프랑스의 경찰행정」, 경인문화사, 2014.
- 이원우, 「경제규제법론」, 홍문사, 2010.
- 이현수·김태호·박현정·황선훈·김권일, 「행정기본법의 보완·발전을 위한 신규의제 입안방안 연구 1」, 법제처, 2022. 9.
- 전주열 외 10인, 「행정제재 정비방안 연구」, 경제·인문사회연구회, 2022. 9.
- 홍정선, 「기본 경찰행정법」, 박영사, 2013.
- Charles-Édouard Minet, 「Droit de la police administrative」, Vuibert, 2007.
- Conseil d'État, 「Le juges administratif et les sanctions administratives」, Les dossiers thématiques du Conseil d'État, 2017. 9. 1.  
, 「Les pouvoirs de l'Administration dans le domaine des sanctions」, La documentation française, 1995.
- Gaston Stefani/Georges Levasseur/Bernard Bouloc, 「Procédure pénale」, 19e éd., Dalloz, 2004

- Georges Dellis, 「Droit pénal et droit administratif」, LGDJ, 1997.
- Jacqueline Morand-Deville/Pierre Bourdon/Florian Poulet, 「Droit Administratif」, 15e éd., LGDJ, 2017.
- Jacques Mourgeon, 「La répression administrative」, LGDJ, 1967.
- Jacques Petit/Pierre-Laurent Frient, 「Droit administratif」, 13e éd., LGDJ, 2019.
- Jean Waline, 「Droit administratif」, 27e éd., Dalloz, 2018.
- Louis Favoreu/Loïc Philip, 「Les grandes décisions du conseil constitutionnel」, 6e éd., Sirey, 1991.
- Mireille Delmas-Marty/Catherine Teitgen-Colly, 「Punir sans juger? De la répression administrative au droit administratif pénal」, Economica, 1992.
- Yves Gaudemet, 「Droit administratif」, 22e éd., LGDJ, 2018.

## II. 논문

- 강수진·이승민, “회사분할과 과징금의 승계”, 「회사분할의 제 문제」, 서울대학교 금융법센터, 2013. 6.
- 김석호, “공정거래법상 과징금제도에 대한 제문제 검토”, 공정경쟁, 제76호, 2001. 12.
- 김리사, “영업승계 관련 법제 기준에 관한 연구”, 의정논총, 제13권 제1호, 2018. 6.
- 김연태, “공법상 지위 승계와 제재사유 승계에 관한 판례의 분석·비판적 고찰”, 고려법학, 제95호, 2019. 12.
- 김치환, “공정거래법에서 규정하고 있는 시정조치의 법적 의미”, 경쟁저널, 제106호, 2004
- 김향기, “행정제재처분의 승계”, 토지공법연구, 제33집, 2006. 11.
- 류지태, “행정질서벌의 체계”, 법조, 제51권 제12호, 2002. 12.
- 박우경, “프랑스 행정법상 법의 일반원칙의 체계와 유형”, 행정법연구, 제68호, 2022. 8.
- 박정훈, “공정거래법의 공적 집행 - 행정법적 체계정립과 분석을 중심으로

- 로”, 「공정거래와 법치」, 법문사, 2004
- 박중준, “행정질서벌의 체계에 관한 소고”, 공법연구, 제46집 제3호, 2018. 2.
- 박해식, “공정거래위원회의 구성과 권한 및 불복구조에 대한 개선방안의 열개”, 법학평론, 제10권, 2020. 4.
- 박효근, “행정질서벌의 체계 및 법정책적 개선방안”, 법과 정책연구, 제19집 제1호, 2019. 3.
- 배영길, “과징금 제도에 관한 연구”, 공법학연구, 제3권 제2호, 2002. 3.
- 백대용, “회사분할에 있어 과징금 및 시정조치 부과 가능성에 관한 검토”, 「경제법판례연구」, 제7권, 법문사, 2011.
- 선정원, “패러다임의 변화와 기업의 불법행위에 대한 제재시스템의 현대화”, 법제, 제545호, 2003. 5.
- 안동인, “행정절차법의 처분절차상 주요 쟁점 - 절차보장의 확대를 위한 적극적 해석의 필요성”, 행정법연구, 제49호, 2017. 6.
- 안창모, “공정거래위원회 사건처리 절차 개선의 주요 내용 - 사건처리 3.0 도입에 즈음하여”, 법학논총, 제40권 제1호, 2016. 3.
- 윤동호, “행정제재와 형사제재 병과의 이론과 현실”, 형사정책연구, 제17권 제1호, 2006.
- 윤성운, “공정거래법위반사건 심판절차의 절차적 적법성과 개선방향”, 인권과정의, 제330호, 2004. 2.
- 이봉의, “공정거래위원회의 독립성에 관한 단상”, 법학연구, 제31권 제1호, 2021. 3.
- 이승민, “온라인 플랫폼에 대한 중복규제 방지 방안”, 경쟁법연구, 제45권, 2022. 3.
- , “전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률 제32조에 대한 주석”, 로앤비(온주), 2022. 4.
- 이영무, “영업양도에 따른 허가권의 이전과 제재사유 또는 제재처분 효과의 승계에 관하여”, 법조, 제55권 제6호, 2006. 6.
- 이현수, “영업양도와 제재처분상의 지위승계”, 행정판례연구, 제10집, 2005. 6.
- , “프랑스의 행정제재법리와 그 시사점”, 세계헌법연구, 제25권 제



- 1호, 2019. 4.
- 이현우, “프랑스법상 행정제재와 형벌의 관계에 관한 연구 - 개념징표와 법적 통제의 비교를 중심으로”, 서울대학교 석사학위논문, 2005. 2.
- 이 황, “회사분할과 과징금 납부책임의 승계 가능성 - 대법원 2007. 11. 29. 선고 2006두18928 판결을 중심으로”, 고려법학, 제53호, 2009. 6.
- 임성훈, “유럽인권협약 제6조의 공정한 심판(fair trial)을 받을 권리와 행정제재”, 행정법연구, 제63호, 2020. 11.
- 전삼현, “공정거래법상 과징금의 법적 문제”, 상사판례연구, 제21권 제3호, 2008. 9.
- 정하중, “최근 행정관례에 있어서 몇가지 쟁점에 대한 소고”, 행정법학, 제6호, 2014. 3.
- 정 훈, “한국의 행정제재 현황과 문제점”, 법학논총, 제33집 제3호, 2013. 12.
- 조성규, “과징금의 법적 성격에 대한 시론적 고찰”, 행정법연구, 제55호, 2018. 11.
- 최기록, “공정거래법상 과징금제도의 문제점 및 개선방안”, 공정경쟁, 제76호, 2001. 12.
- 최봉석, “행정제재와 형벌의 관계에 관한 소고”, 법제연구, 제40호, 2011. 6.
- 홍준형, “적법절차와 행정절차법”, 공법연구, 제47집 제1호, 2018. 10.
- Michel Degoffe, “L’ambiguïté de la sanction administrative”, AJDA, Vol. 57, n° 1, 2001.
- Thomas Bombois, “La définition de la sanction administrative”, 「Les sanctions administratives」, Bruylant, 2007.
- Warren Azoulay, “«Ne bis in idem» : la chambre criminelle fait de la résistance”, Dalloz Actualité, n° 15-84.823, 2017. 9.

### Ⅲ. 기타자료

법제처, 보도자료, “영업정지·과징금, 인·허가 취소 등의 합리화로 기업하기 좋은 법령환경 조성된다 - 법제처, ‘행정제재 처분 합리화 방안’ 발표”, 2008. 7. 23.

Abstract

## Analysis of the Succession of Liabilities in Administrative Sanctions

– Critical Review of the Supreme Court’s Decisions Based on the  
Concept of Administrative Sanctions in French Law –

Seung–Min Lee\*

The notion of administrative sanctions *stricto sensu* includes a variety of administrative actions, such as disciplinary actions, compensation orders, penalty taxes, withdrawal of administrative permission/approval/authorizations or suspension of business, administrative fines, and public announcement of violations. Among these sanctions, the withdrawal of administrative permission/approval/authorizations, the suspension of business, and administrative fines are imposed to those who have permission for their own businesses. The status of the business permission holder may be transferred to successors under the approval of competent authorities in statutorily permitted cases such as inheritance, merger, company split, acquisition of all business facilities and equipment. And in such cases, whether the liabilities in administrative sanctions can also be transferred to the successors becomes an issue.

Administrative sanctions refer to disadvantages imposed by administrative agencies for the purpose of punishment against one’s infringement of the law. In this sense, they are different from administrative policing, which is essentially preventive. Administrative sanctions are similar to criminal punishment because both of them have a punitive nature in that they seek retribution of the infringement of law. Therefore,

---

\* Sungkyunkwan University(SKKU) Law School, Associate Professor, Ph. D. in Law

administrative sanctions can be imposed solely on the basis of personal liabilities. Withdrawal of administrative permission/approval/authorizations as an administrative sanction differs from that for public interest causes, which are not punitive, and is also distinguished from *ex officio* cancellation of administrative permission/approval/authorizations because the latter applies only when such administrative permission/approval/authorizations are falsely issued based on factual or legal errors.

Given that the judiciary has exclusive power to punish citizens, administrative sanctions which are imposed by administrative authorities must be treated as exceptions and ensured legal safeguards such as the due process of law, the principle of *nulum crimen nulla poena sine lege* and *ne bis in idem*, the principle of proportionality, the principle of non-retroactivity of punishment, to name a few. In other words, the rule of law has to be strictly respected in the forms and procedures of administrative sanctions as well as their substances. As a corollary, the liabilities in administrative sanctions cannot be succeeded to others unless explicitly codified in law, and such statutes must comply with constitutional principles. The discussions and debates in French law regarding the permissibility and limits of administrative sanctions provide significant and helpful insights on this.

However, the Supreme Court has taken a fairly lenient stance on the succession of liabilities in administrative sanctions by endorsing the succession even if there is no explicit law allowing such succession, on the grounds that certain administrative sanctions are imposed on the business itself, not its operator. Furthermore, even when there is a statute that exempts the successors from inheriting the liabilities based on their good faith, the Supreme Court construed the good faith statute in a very narrow manner. The only exception to the Supreme Court's lenient opinion are the cases of administrative fine imposed to the split company by the Korea Fair Trade Commission. The Supreme Court's current position on the succession of liabilities in administrative sanctions is an exercise of excessive judicial activism and is dangerous given the punitive nature of administrative sanctions, and its threat to constitutional principles and the fundamental rights of citizens.



---

▶ **Seung-Min Lee**

administrative sanction, administrative policing, succession of liabilities in administrative sanction, administrative punishment, rule of law