법령 입안 심사 기준

무허가(미신고) 영업에 관한 영업소 폐쇄 조치 규정의 필요성 검토



글 | 김종훈 법제처 법령입안지원과 사무관

I 검토 배경

- 무허가(미신고) 영업자에 대하여 영업소 폐쇄 조치 시 법률상 근거 필요 여부와 영업소 폐쇄 조치 규정을 둔다면 어떤 경우에 둘 수 있는지에 대한 검토 필요
  - 무허가(미신고)영업자에 대하여는 벌금 또는 과태료 부과를 할 수 있도록 하는 입법례가 있으나 벌금 또는 과태료 부과만으로는 계속해서 무허가(미신고)영업을 하는 것을 막을 수 없기 때문에 영업소 폐쇄 조치 규정을 둘 필요가 있는 바,
  - 입법례 중에는 무허가(미신고) 영업자에 대하여 영업소 폐쇄 조치 규정을 둔 경우와 두지 않은 경우가 혼재되어 있어 법률상 규정이 없는 경우에도 영업소 폐쇄 조치가 가능한지 여부와 규정이 필요하다면 어떤 경우에 영업소 폐쇄 조치 규정을 둘 수 있는지에 대하여 의문이 있음.

II 입법례 검토

- 무허가나 미신고 영업에 대하여 영업소 폐쇄 조치 규정을 둔 입법례는 아래와 같음.
  - 공중위생 분야: 식품위생법 제79조, 건강 능식품에 관한 법률 제35조, 먹는물관리법 제46조, 축산물위생관리법 제38조

〈식품위생법〉

제79조(폐쇄조치 등) ① 식품의약품안전처장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제37조제1항, 제4항 또는 제5항을 위반하여 허가받지 아니하거나 신고 또는 등록하지 아니하고 영업을 하는 경우 또는 제75조제1항 또는 제2항에 따라 허가 또는 등록이 취소되거나 영업소 폐쇄명령을 받은 후에도 계속하여

영업을 하는 경우에는 해당 영업소를 폐쇄하기 위하여 관계 공무원에게 다음 각 호의 조치를 하게 할 수 있다. 〈개정 2011.6.7, 2013.3.23〉

1. 해당 영업소의 간판 등 영업 표지물의 제거나 삭제
2. 해당 영업소가 적법한 영업소가 아님을 알리는 게시문 등의 부착
3. 해당 영업소의 시설물과 영업에 사용하는 기구 등을 사용할 수 없게 하는 봉인(封印)

② 식품의약품안전처장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제1항제3호에 따라 봉인한 후 봉인을 계속할 필요가 없거나 해당 영업을 하는 자 또는 그 대리인이 해당 영업소 폐쇄를 약속하거나 그 밖의 정당한 사유를 들어 봉인의 해제를 요청하는 경우에는 봉인을 해제할 수 있다. 제1항제2호에 따른 게시문 등의 경우에도 또한 같다. 〈개정 2013.3.23〉

③ 식품의약품안전처장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제1항에 따른 조치를 하려면 해당 영업을 하는 자 또는 그 대리인에게 문서로 미리 알려야 한다. 다만, 급박한 사유가 있으면 그러하지 아니하다. 〈개정 2013.3.23〉

④ 제1항에 따른 조치는 그 영업을 할 수 없게 하는 데에 필요한 최소한의 범위에 그쳐야 한다.

⑤ 제1항의 경우에 관계 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.

- 환경보전 분야: 해양심층수의 개발 및 관리에 관한 법률 제46조, 낚시 관리 및 육성법 제23조

〈해양심층수의 개발 및 관리에 관한 법률〉

제46조(폐쇄조치 등) ① 해양수산부장관은 제10조를 위반하여 해양심층수개발업의 면허를 받지 아니하고 영업을 한 때, 제14조에 따른 유효기간의 만료 후 영업을 한 때 또는 제23조에 따라 해양심층수개발업의 면허가 취소되거나 영업정지명령을 받았음에도 불구하고 계속하여 영업을 한 때에는 관계 공무원으로 하여금 대통령령으로 정하는 바에 따라 해당 영업장을 폐쇄하게 할 수 있다.

② 시·도지사는 제27조제1항 또는 제2항을 위반하여 먹는해양심층수제조업 또는 먹는 해양심층수수입업의 허가·등록을 받지 아니하고 영업을 한 때, 제32조제1항에 따라 먹는 해양심층수제조업 또는 먹는 해양심층수수입업의 허가·등록이 취소되거나 영업정지명령을 받았음에도 불구하고 계속하여 영업을 한 때에는 관계 공무원으로 하여금 대통령령으로 정하는 바에 따라 해당 영업장을 폐쇄하게 할 수 있다.

③ 해양수산부장관 또는 시·도지사는 제1항 및 제2항에 따른 폐쇄조치를 하고자 하는 때에는 폐쇄조치의 일시·장소 및 관계 공무원의 성명 등을 미리 해당 영업을 하는 사업자 또는 그 대리인에게 서면으로 알려주어야 한다.

④ 제1항 및 제2항의 경우에 관계 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.

- 기타 사회질서와 관련된 분야: 게임산업진흥에 관한 법률 제38조, 결혼중개업의 관리에 관한 법률 제19조, 관광진흥법 제36조 사행행위 등 규제 및 처벌 특례법 제24조, 영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률 제70조, 음악산업진흥에 관한 법률 제29조, 양곡관리법 제21조의3, 직업안정법 제37조

〈게임산업진흥에 관한 법률〉

제38조(폐쇄 및 수거 등) ① 시장·군수·구청장은 제25조 또는 제26조의 규정에 따른 허가를 받지 아니하거나 등록 또는 신고를 하지 아니하고 영업을 하는 자와 제35조제1항 또는 제2항의 규정에 의하여 영업폐쇄명령을 받거나 허가·등록 취소처분을 받고 계속하여 영업을 하는 자에 대하여는 관계 공무원으로 하여금 그 영업소를 폐쇄하기 위하여 다음 각 호의 조치를 하게 할 수 있다.

1. 당해 영업 또는 영업소의 간판 그 밖의 영업표지물의 제거·삭제
2. 당해 영업 또는 영업소가 위법한 것임을 알리는 게시물의 부착
3. 영업을 위하여 필요한 기구 또는 시설물을 사용할 수 없게 하는 봉인

②제1항의 조치를 함에 있어서는 미리 당해 영업자 또는 그 대리인에게 서면으로 이를 알려 주어야 한다. 다만, 대통령령이 정하는 급박한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

⑥제1항 및 제3항의 규정에 의하여 게시물의 부착·봉인·수거·폐기 등의 처분을 하는 관계 공무원이나 협회등의 임·직원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.

III 검토 의견

❶ 무허가(미신고) 영업에 대한 영업소 폐쇄 조치의 법률상 근거 필요 여부

- 직접강제는 공법상의 의무불이행에 대하여 직접적으로 의무자의 신체나 재산 등에 실력을 행사하여 의무의 이행이 있었던 것과 동일한 상태를 실현하는 작용을 말하며, 영업소 폐쇄 조치는 대표적인 직접강제의 수단[1]으로 분류되고 있음.
- 영업소 폐쇄 조치를 포함한 직접강제는 국민의 기본권에 중대한 제한을 가져오는 행정작용이므로 공법상 의무를 부과하는 규정과는 별도로 법률에 근거를 두어야 할 것임.
- 현행법상 직접강제를 일반적으로 규율하는 일반법은 없으며, 개별법의 필요에 따라 그 요건과 절차를 규정하고 있음.

❷ 무허가(미신고) 영업에 대한 영업소 폐쇄 조치 규정을 어떤 경우에 둘 수 있는지

- 인·허가 대상영업에 대한 행정제재처분으로서 인·허가 취소와 유사하게 신고영업에 대하여는 취소에 갈음하여 영업소 폐쇄명령 규정을 둘 수 있음.
- 행정제재처분으로서 영업소 폐쇄 명령은 적법한 신고 영업자를 대상으로 하므로 신고영업자에게만

1) 「직접강제 수단으로는 영업소의 폐쇄조치 외에도 「출입국관리법」 상 외국인강제퇴거, 「군사기지 및 군사시설 보호법」 상 통제보호구역으로 설정된 군사시설에 허가없이 출입한 자의 강제퇴거 등이 있음

할 수 있으나, 직접강제 수단으로서 영업소 폐쇄 조치는 행정상 의무 불이행에 대한 의무이행 확보 수단이므로 개별법상 무허가(미신고) 영업자에게도 취할 수 있는 조치임.

- 영업소 폐쇄 조치는 그 법적 성격이 행정상 의무의 이행 강제를 위한 강제집행수단 중 직접강제에 해당하는 것으로서 신고영업자가 영업소의 폐쇄명령을 받고도 계속하여 영업을 하거나 처음부터 신고를 하지 않거나 허가를 받지 않고 영업을 하는 경우에 행정청이 스스로 의무자의 재산 또는 신체에 실력을 가하여 영업을 계속하지 못하도록 함으로써 행정목적을 달성하게 됨.
- 무허가(미신고) 영업 등에 대한 제재수단은 벌금 또는 과태료에 그치는 경우가 많은 바, 이러한 벌금 또는 과태료는 ① 직접적인 강제수단이 아니고 과거의 위반행위에 대한 제재가 1차적 목적이므로 의무이행확보수단으로서는 심리적 압박을 통한 간접적 효과밖에 기대할 수 없고,
  - ② 설령 벌금 또는 과태료를 부과하더라도 무허가 영업 등을 계속하는 경우에 동일한 사안에 대하여 목적을 달성할 때까지 반복하여 벌금 또는 과태료를 부과하는 것은 허용되지 아니하므로 무허가(미신고)영업의 금지라는 행정목적 달성에 지장이 있으며,
  - ③ 위법행위에 의하여 얻어지는 경제적 이익이 막대한 경우에는 벌금 또는 과태로의 강제적 효과가 극히 희박하여 제재로서의 효과가 적은 문제점이 있어 보다 실효성 있는 의무이행 확보수단으로서 영업소 폐쇄조치를 도입하는 경우가 있음.
- 그러나, 직접강제로서 영업소 폐쇄 조치는 국민의 신체의 자유나 재산권 등 국민의 기본권을 크게 제약할 수 있기 때문에 공중위생, 안전관리, 환경보전 등 국민의 생명·건강 및 안전에 직결되는 분야, 사회질서 또는 선량한 풍속의 유지를 위하여 국가적인 관리가 필요한 분야에서 질서유지 또는 공공복리의 필요성이 큰 경우에 한하여 제한적으로 도입하는 것이 바람직할 것임.
- 따라서, 무허가(미신고) 영업에 대하여 벌금 또는 과태료 외에 직접강제로서 영업소 폐쇄조치를 규정할지 여부는 무허가(미신고) 영업이 미치는 사회적 파급효과 등을 고려하여 소관 부처에서 정책적으로 결정할 사항이고,
- 무허가(미신고)영업에 대한 영업소 폐쇄 조치 규정을 둘 경우 위의 고려사항을 면밀히 검토하여 신중하게 도입하는 것이 필요할 것임.
- 다만, 무허가(미신고) 영업에 대하여 직접강제로서 영업소 폐쇄조치에 대한 대안으로 개별법에서 시설물 등의 철거명령 규정을 두고, 이를 위반 시 「행정대집행법」에 따라 행정대집행을 하는 방안도 고려해 볼 수 있을 것임.
  - 직접강제로서 영업소 폐쇄 조치는 국민의 기본권을 크게 제약하는 행정강제수단이므로 무허가(미신고) 영업에 대하여 곧바로 영업소 폐쇄 조치를 하도록 규정하기 보다는 무허가(미신고)영업자가 자발적으로 그 불법 시설물 등을 제거할 수 있도록 개별법에 철거명령 등 원상복구명령 규정을 두고*, 그러한 명령을 위반했을 경우에는 「행정대집행법」에 따라 행정대집행을 하도록 하는 것이 바람직할 수 있음.

* 관련 판례: 유치원시설물철거대집행계고처분취소[대법원 1996.6.28, 선고, 96누4374, 판결]

[판시사항]

[1] 금지규정에서 작위의무 명령권이 당연히 도출되는지 여부(소극)

[2] 권한 없는 자의 원상복구명령에 따른 의무불이행을 이유로 한 계고처분의 효력

[판결요지]

[1] 행정대집행법 제2조는 대집행의 대상이 되는 의무를 "법률(법률의 위임에 의한 명령, 지방자치단체의 조례를 포함한다. 이하 같다)에 의하여 직접 명령되었거나 또는 법률에 의거한 행정청의 명령에 의한 행위로서 타인이 대신하여 행할 수 있는 행위"라고 규정하고 있으므로, 대집행계고처분을 하기 위하여는 법령에 의하여 직접 명령되거나 법령에 근거한 행정청의 명령에 의한 의무자의 대체적 작위의무 위반행위가 있어야 한다. 따라서 단순한 부작위의무의 위반, 즉 관계 법령에 정하고 있는 절대적 금지나 허가를 유보한 상대적 금지를 위반한 경우에는 당해 법령에서 그 위반자에 대하여 위반에 의하여 생긴 유형적 결과의 시정을 명하는 행정처분의 권한을 인정하는 규정(예컨대, 건축법 제69조[2], 도로법 제74조, 하천법 제67조, 도시공원법 제20조, 옥외광고물등관리법 제10조 등)을 두고 있지 아니한 이상, 법치주의의 원리에 비추어 볼 때 위와 같은 부작위의무로부터 그 의무를 위반함으로써 생긴 결과를 시정하기 위한 작위의무를 당연히 끌어낼 수는 없으며, 또 위 금지규정(특히 허가를 유보한 상대적 금지규정)으로부터 작위의무, 즉 위반결과의 시정을 명하는 권한이 당연히 추론(推論)되는 것도 아니다.

[2] 행정기관의 권한에는 사무의 성질 및 내용에 따르는 제약이 있고, 지역적·대인적으로 한계가 있으므로 이러한 권한의 범위를 넘어서는 권한유월의 행위는 무권한 행위로서 원칙적으로 무효이고, 선행행위가 부존재하거나 무효인 경우에는 그 하자는 당연히 후행행위에 승계되어 후행행위도 무효로 된다. 그런데 주택건설촉진법 제38조제2항은 공동주택 및 부대시설·복리시설의 소유자·입주자·사용자 등은 부대시설 등에 대하여 도지사의 허가를 받지 않고 사업계획에 따른 용도 이외의 용도에 사용하는 행위 등을 금지하고(정부조직법 제5조 제1항, 행정권한의위임및위탁에관한규정 제4조에 따른 인천광역시 사무위임규칙에 의하여 위 허가권이 구청장에게 재위임되었다), 그 위반행위에 대하여 위 주택건설촉진법 제52조의2 제1호에서 1천만 원 이하의 벌금에 처하도록 하는 벌칙규정만을 두고 있을 뿐, 건축법 제69조 등과 같은 부작위의무 위반행위에 대하여 대체적 작위의무로 전환하는 규정을 두고 있지 아니하므로 위 금지규정으로부터 그 위반결과의 시정을 명하는 원상복구명령을 할 수 있는 권한이 도출되는 것은 아니다. 결국 행정청의 원고에 대한 원상복구명령은 권한 없는 자의 처분으로 무효라고 할 것이고, 위 원상복구명령이 당연무효인 이상 후행처분인 계고처분의 효력에 당연히 영향을 미쳐 그 계고처분 역시 무효로 된다.

---

2) 제69조 (위반건축물등에 대한 조치등) ①시장·군수·구청장은 대지 또는 건축물이 이 법 또는 이 법의 규정에 의한 명령이나 처분에 위반한 경우에는 이 법의 규정에 의한 허가 또는 승인을 취소하거나 그 건축물의 건축주·공사시공자·현장관리인·소유자·관리자 또는 점유자(이하 "건축주등"이라 한다)에 대하여 그 공사의 중지를 명하거나 상당한 기간을 정하여 그 건축물의 철거·개축·증축·수선·용도변경·사용금지·사용제한 기타 필요한 조치를 명할 수 있다.

②시장·군수·구청장은 제1항의 규정에 의하여 허가 또는 승인이 취소된 건축물 또는 제1항의 규정에 의한 시정명령을 받고 이행하지 아니한 건축물에 대하여는 전기·전화·수도의 공급자, 도시가스사업자 또는 관계행정기관의 장에게 전기·전화·수도 또는 도시가스공급시설의 설치 또는 공급의 중지를 요청하거나 당해 건축물을 사용하여 행할 다른 법령에 의한 영업 기타 행위의 허가를 하지 아니하도록 요청할 수 있다. 다만, 시장·군수·구청장이 기간을 정하여 그 사용 또는 영업 기타 행위를 허용한 주택과 대통령령이 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

③제2항의 규정에 의한 요청을 받은 자는 특별한 이유가 없는 한 이에 응하여야 한다.

④시장·군수·구청장은 제1항의 규정에 의한 시정명령을 하는 경우에는 건설부령이 정하는 표지를 당해 위반건축물 또는 그 대지안에 설치하여야 한다.

⑤누구든지 제4항의 표지설치를 거부 또는 방해하거나 이를 훼손하여서는 아니된다.