

석사학위논문

식품위생법상 행정재량권 행사의
문제점 및 개선방안

2019년

한성대학교 지식서비스&컨설팅대학원

미래융합컨설팅학과

미래융합공공컨설팅전공

이 희 석

석사학위논문
지도교수 하충열

식품위생법상 행정재량권 행사의 문제점 및 개선방안

Problem and Improvement Plan for Exercising
Administrative Discretion under Food Sanitation Act

2018년 12월 일

한성대학교 지식서비스&컨설팅대학원

미래융합컨설팅학과

미래융합공공컨설팅전공

이 희 석

석사학위논문
지도교수 하충열

식품위생법상 행정재량권 행사의 문제점 및 개선방안

Problem and Improvement Plan for Exercising
Administrative Discretion under Food Sanitation Act

위 논문을 컨설팅학 석사학위 논문으로
제출함

2018년 12월 일

한성대학교 지식서비스&컨설팅대학원

미래융합컨설팅학과

미래융합공공컨설팅전공

이 희 석

이희석의 컨설팅학 석사학위 논문을 인준함

2018년 12월 일

심사위원장 _____(인)

심사위원 _____(인)

심사위원 _____(인)

국 문 초 록

식품위생법상 행정재량권 행사의 문제점 및 개선방안

한성대학교지식서비스&컨설팅대학원

미 래 융 합 컨 설 팅 학 과
미 래 융 합 공 공 컨 설 팅 전 공
이 희 석

행정청의 행정행위에 대한 재량권 행사가 개별적인 사안마다 일정한 기준 없이 행하여지는 경우 행정청의 자의적인 판단에 따라 행하여질 위험성이 존재한다. 다시 말해 재량범위가 확대됨으로써 자의와 불평등이 발생하고, 반면 재량범위가 협소함으로써 사안별 충분한 해결과 법의 효력을 기대 할 수 없다면, 법적 정당성, 합목적성, 법적 안정성 등 법이 달성하고자 하는 궁극적인 목적을 추구하지 못하여 국민은 정부를 불신하고, 정부는 국민의 기본권을 확인하고 보장하여야 하는 헌법상 의무를 담보하지 못하는 경우가 발생할 수 있으며, 실제적으로 관련 업무를 수행하여야 하는 행정청의 공무원 역시 사안마다 적당한 재량권 범위를 검토하여야 하고, 그로 인하여 야기되는 행정쟁송 등으로 행정력의 낭비를 초래할 수 있다.

이러한 관점에서 본 논문은 식품위생법상 행정처분에 따른 행정쟁송의 결과로 행정심판위원회의 재결에서 행정재량권의 적절성 내지는 판단기준이 어떻게 적용되고 있는지를 살펴보고 그에 따른 문제점을 분석하였다.

또한 행정재량권 행사의 문제점에 관한 분석의 준거를 설정하기 위하여 관련내용의 선행연구를 대상으로 문헌연구를 실시한 바, 한충록(1995)은 재량권

의 남용에 관한 판단기준으로 ①목적위반, 동기의 부재, ②평등원칙의 위반, ③비례원칙의 위반, ④재량권의 불행사 또는 해태 등 4가지 유형으로 구분하여 제시하고 있고, 오세홍(2002)은 재량권의 일탈·남용에 대한 판단기준으로 ①목적위반, ②사실의 정확성, ③재량권의 불행사, ④비례원칙에 의한 통제, ⑤평등원칙에 의한 통제 등 5가지 유형으로 구분하여 제시하고 있으며, 정사연(2012)은 재량권의 일탈·남용에 대한 판단기준으로 ①자기구속의 법리, ②평등의 원칙 위반, ③비례원칙의 위반, ④사실오인, ⑤입법목적정신의 위반, ⑥정상참작위반, ⑦신의성실·권리남용금지의 원칙, ⑧재량의 불행사(해태·흡결) 등 8가지 유형으로 구분하여 제시하고 있고, 조도연(2014)은 ①사실오인, ②목적위반과 부정한 동기, ③평등원칙 위반, ④비례원칙 위반, ⑤절차위반, ⑥명백히 불합리한 재량권의 행사, ⑦부당결부금지의 원칙 위반, ⑧정당한 형량의 원리에 기한 통제위반, ⑨재량권의 불행사 등 9가지 유형으로 구분하여 제시하고 있음을 확인하였다.

본 논문에서는 조도연(2014)이 제시한 행정재량권의 일탈·남용에 대한 9가지 판단기준을 식품위생법상 행정재량권 행사의 문제점을 파악하기 위한 분석의 준거로 사용하여 우선 본 논문의 분석대상인 기 선행연구들에서 검토된 행정심판 재결사례를 대상으로 분석한 결과, 사실오인, 정당한 형량의 원리에 기한 통제위반, 재량권의 불행사 등 3가지의 문제점이 존재하는 것으로 파악되었고, 연구자가 직접 분석한 경기도 행정심판위원회의 재결사례 분석결과, 기 선행연구들에서 검토된 행정심판 재결사례의 분석결과로 확인된 사실오인, 정당한 형량의 원리에 기한 통제위반, 재량권의 불행사 등 3가지 문제점 외에도 추가적으로 절차위반이 문제점으로 확인 되었다.

또한 기 선행연구들에서 검토된 행정심판 재결사례에서는 행정심판 인용이 739건 중 315건(42.6%)이었고, 경기도 행정심판위원회의 재결사례에서는 행정심판 인용율이 6,281건 중 2,224건(35.4%)이었음을 확인하였는데, 경기도 행정심판위원회의 재결사례 중 식품위생법 위반사건 총 86건에 대한 인용사례가 78건으로 전체 위반사건 대비 90.6%에 달하는 사건이 행정심판을 통하여 사후구제 되었음을 알 수 있었다.

이러한 결과는 행정절차법상 행정청이 피처분인을 상대로 침익적 행정행위

를 할 경우 반드시 처분전 예정처분을 통지하여 당사자로부터 의견·증거를 제출토록 하고 이를 반영하여 처분함으로써 행정처분간 보장하고 있는 정당한 형량의 원리에 기한 처분형량의 산정 내지는 사전 감경기준의 심사를 통한 정당한 형량 산정에 관한 재량권을 행정청이 제대로 행사하고 있지 않는 문제점이 존재함을 반증하고 있다 하겠고, 이에 대한 개선의 필요성이 제기된다 하겠다.

향후 이와 관련하여 행정청의 재량행위 투명화를 위하여 법률에서 위임된 행정청의 처분기준에 관한 심사기준과 감경기준에 관한 심사기준 등 세부적인 집행기준에 관한 정립방안 등의 추가적인 연구가 진행될 필요성이 있다고 하겠다.

【주제어】 식품위생법, 청소년 주류제공, 행정재량권 행사

목 차

제 1 장 서 론	1
제 1 절 연구의 목적	1
제 2 절 연구의 범위와 방법	2
제 2 장 식품위생법상 행정재량권의 이론적 고찰	4
제 1 절 행정처분기준의 법적 성질	4
1) 행정규칙형식의 행정처분기준의 법적성질	4
2) 법규명령형식의 행정처분기준의 법적성질	6
3) 상위법령의 위임여부에 따른 행정처분기준의 법적 효력	9
제 2 절 식품위생법상 행정처분기준	10
1) 식품위생법상 영업자 등의 준수사항	10
2) 식품위생법상 허가취소 등	12
3) 식품위생법 시행규칙상 식품접객영업자 등의 준수사항	14
4) 식품위생법 시행규칙상 행정처분의 기준	28
제 3 절 행정재량권 행사의 선행연구 검토	33
1) 행정재량권의 발생원인	34
2) 행정재량권의 판단기준	37
제 3 장 식품위생법관련 행정심판 재결사례 분석	42
제 1 절 충청남도 행정심판위원회의 재결사례	42
제 2 절 경기도 행정심판위원회의 재결사례	45

제 4 장 식품위생법상 행정재량권 행사의 문제점 및 개선방안	52
제 1 절 식품위생법상 행정재량권 행사의 문제점	52
1) 사실오인	52
2) 절차위반	56
3) 정당한 형량의 원리에 기한 통제위반	59
4) 재량권의 불행사	63
제 2 절 식품위생법상 행정재량권 행사의 개선방안	67
1) 사실오인	67
2) 절차위반	68
3) 정당한 형량의 원리에 기한 통제위반	68
4) 재량권의 불행사	69
제 5 장 결 론	71
참 고 문 헌	73
ABSTRACT	76

표 목 차

[표 3-1] 충청남도 행정심판위원회 재결현황(2011~2013년)	42
[표 3-2] 청소년 주류제공으로 인한 영업정지사건 재결사례	43
[표 3-3] 청소년 주류제공으로 인한 영업정지사건 인용재결율	43
[표 3-4] 일부인용(감경) 재결사유	43
[표 3-5] 경기도 행정심판위원회 재결현황(2015~2017년)	46
[표 3-6] 경기도 행정심판위원회 분야별 재결현황(2015~2017년)	46
[표 3-7] 정보공개 된 경기도 행정심판위원회 재결현황	47
[표 3-8] 식품위생법 관련 일부인용(감경) 재결사유	47
[표 3-9] 식품위생법 관련 개별기준별 재결현황	50
[표 3-10] 경기도 행정심판위원회의 재결율	51
[표 4-1] 사실오인이 존재하는 행정심판 재결사례	53
[표 4-2] 절차위반이 존재하는 행정심판 재결사례	57
[표 4-3] 정당한 형량의 원리에 기한 통제위반이 존재하는 행정심판 재결사례	60
[표 4-4] 재량권의 불행사가 존재하는 행정심판 재결사례	64

제 1 장 서론

제 1 절 연구의 목적

우리나라는 국가의 통치원리로 법치주의의 원칙을 채택함으로써 헌정체제를 따르고 있고, 헌법에서 규정한 사항을 토대로 각각의 법률을 제정함으로써 국가는 개인의 기본권을 확인하고 보장할 의무를 가진다.

다만, “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”는 헌법 제37조제2항에 의거 예외적으로 국민의 자유와 권리를 제한 할 수 있음을 규정하고 있다.

이는 결국 사적자치의 원칙에 따른 사경제 내지는 자본주의 경제의 발달에 따른 부작용으로 대두된 빈부의 차이와 그로 인하여 발생하는 기회의 불균형이 곧 헌법 전문에서 밝히고 있는 각인의 균등한 기회 부여와 국민들의 균형된 삶의 질 향상이라는 궁극적인 목적에 대한 합리성을 저해하고 있기 때문으로 이를 보완하고자 하는 부득이한 예외 규정이다.

따라서 이러한 법률취지의 효율적인 구현을 위하여 분권화된 각각의 지방자치단체별 특성에 부합하는 사회일반의 이익과 질서유지의 목적 하에 집행될 수 있도록 법률에서 그 권한을 행정청에 위임함으로써 부여된 행정재량권의 행사는 구체적 사실을 고려한 법치주의의 원칙과 목적에 부합하는 행위여야 적법하다.

그러나 오늘날 행정행위상 해결해야 할 핵심과제 중 하나로 재량행위의 적법·타당성 문제를 여전히 언급하고 있다.

이러한 문제를 해결하기 위하여 정부는 2003년 7월에 ‘행정개혁 로드맵’을 확정하여 30대 행정개혁과제의 하나로 ‘재량행위 투명화’를 선정하였으며, 이러한 재량행위 투명화의 구체적 추진부처를 법제처로 지정한 바 있다(김재광,

김민호, 박균성, 조태제, 최인정, 김경미, 2004).

이와 관련하여 행정재량권 즉, ‘공무원 등에게 허용된 재량권(행위)을 어떻게 법률적으로 개념 짓고, 그 범위와 통제방법은 무엇인가’에 대해 많은 학자들이 연구해왔다.

재량권행사를 위한 개념 정리와 한계 및 통제는 매우 중요한 행정청의 현안이자 현대 행정법학에서 해결해야 할 문제이다.

행정청의 재량권 행사에 관한 명확한 기준이 없는 경우, 재량권의 행사가 행정청의 자의적 결정에 의하여 행하여질 위험이 있다. 즉, 재량권을 행정청이 자력으로 실현하고자 하는 목적, 행동양식 또는 행정 편의적 통제로 이해하면 안 된다는 것이다. 따라서 재량권 행사는 입법자의 법 제정 목적과 수권한 의도를 최우선으로 이해하고 실행하여야 한다.

만약 재량범위가 확대되어 자의와 불평등이 발생하고, 재량이 협소하여 사안별 충분한 해결과 법의 효력을 기대할 수 없다면, 법의 목적(법적 정당성, 합목적성, 법적 안정성)을 추구하지 못하여 국민은 정부를 불신하고, 정부는 국민의 기본권 보장 담보를 장담하지 못하는 경우가 발생할 수 있다.

따라서 본 연구의 목적은 식품위생법상 행정재량권 행사의 문제점을 파악하고, 그에 대한 개선방안을 제시함으로써 국민의 권리와 이익을 보호하고, 행정청의 자의 방지 및 일선 공무원의 재량권 행사의 혼란을 방지하여 법적 안정성을 도모하는데 있다.

제 2 절 연구의 범위와 방법

본 연구의 목적을 달성하기 위하여 선행연구에서 류광해(2013)가 실증적으로 기 검토한 2011년부터 2013년까지 충청남도 행정심판위원회의 재결사례 739건 중 식품위생법 관련 ‘청소년 주류제공으로 인한 영업정지사건’ 88건 중 기각 재결된 12건을 제외한 76건과 2015년부터 2017년까지 경기도 행정심판위원회의 재결사례 6,281건 중 정보공개청구를 통하여 공개된 771건 중 식품위생법위반사건 86건 중 각하재결 처리된 3건을 제외한 83건의 행정심판 재결사례를 연구범위로 설정하였다.

연구의 방법은 다음과 같다.

우선 식품위생법상 행정처분기준의 법적 성질과 행정처분기준에 대하여 확인한 후, 문헌연구를 통하여 행정재량권의 발생원인은 무엇이고, 행정재량권의 판단기준은 무엇인지를 검토하였다.

다음으로 조도연(2014)이 제시한 ①사실오인, ②목적위반과 부정한 동기, ③평등원칙 위반, ④비례원칙 위반, ⑤절차위반, ⑥명백히 불합리한 재량권의 행사, ⑦부당결부금지의 원칙 위반, ⑧정당한 형량의 원리에 기한 통제위반, ⑨재량권의 불행사 등 행정재량권의 일탈·남용을 판단하기 위한 9가지 기준을 분석의 준거로 활용하여 분석대상인 행정심판 재결사례를 분석함으로써 식품위생법상 행정재량권 행사의 문제점을 파악하였다.

결론적으로 식품위생법상 행정재량권의 행사 내지는 판단기준이 행정심판 재결사례에서 어떻게 적용되고 있는지를 살펴봄으로써 파악된 식품위생법상 행정재량권 행사의 문제점에 대한 개선방안을 제시하였다.

제 2 장 식품위생법상 행정재량권의 이론적 고찰

제 1 절 행정처분기준의 법적 성질

1) 행정규칙형식의 행정처분기준의 법적성질

김재광, 최철호, 강문수(2006)는 제재적 행정처분의 기준 가운데에는 행정규칙 형식으로 제정된 것이기는 하나 그 성질상 법규명령인 경우도 있고, 법규명령 형식으로 제정되었지만 그 내용은 행정규칙인 경우도 있다라고 하였다.

가) 상위법령의 위임에 따른 법규성 인정

류지태(2006)는 원칙적으로 행정규칙의 대외적 효력을 부인하면서도,¹⁾ 형식적으로 상위법령에서 위임받아서 제정된 행정규칙은 실질적으로 그 내용이 상위 법령을 보충하는 것으로서 근거 법령과 결합하여 시민에 대한 대외적 효력을 가지는 것으로 보았다.

김동희(2006)는 내용적으로는 법률 또는 상위 명령의 구체적인 위임에 기하여 제정되는 것이므로 그 실질적 내용에 따라 법규명령으로 볼 여지가 있으며, 헌법이 인정하고 있는 법규명령 형식은 예시적인 것으로 고시 등으로 법규를 위임하는 것도 가능하다는 근거로 국민을 구속하는 법규성과 재판규범성을 긍정하고 있다.

김재광(2006)은 보건행정과 관련하여서는 특히 “보건복지부장관 또는 식품의약품안전청장이 관보를 통하여 공포·시행하는 각종 고시”들도 중요한 역할

1) 예컨대 대법원은 특수목욕장업(터키탕) 영업허가불허처분 취소청구사건에서 “보건사회부장관 및 도지사가 에너지 소비절약 및 퇴폐, 향락업소 규제 유도방침에 따라 전국 일원에 터키탕업에 대한 허가를 제한하도록 한 지시는 행정기관 내부의 사무처리지침에 지나지 아니하여 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 효력은 없다”고 하여, 소위 행정규칙의 법규성을 원칙적으로 인정하고 있지 않다.(대법원 1995. 4. 11. 선고 94누13442 판결 참조)

을 한다고 주장을 하고 있다.

김재광, 최철호, 강문수(2006)는 “고시는 법령이 정하는 바에 따라 행정기관이 일정한 사항을 일반국민에게 알리는 행정기관의 의사표시의 한 방식으로 행정규칙의 한 종류로” 분류된다고 주장을 하고 있다. 김재광(2006)은 고시의 법적성질 내지 효력은 “일률적으로 말할 수는 없고, 고시에 담겨진 내용에 따라서 서로 다른 효력을 가지고 있어서” 개별구체적인 경우를 면밀히 검토해서 판단지 않으면 안 된다고 하였다.

나) 심사기준으로서의 행정규칙의 법규성 인정여부

일본의 경우, 심사기준은 통달²⁾과 같이 행정내부규범으로서 재량기준을 정한 것으로서 법률의 위임이 없이도 행정재량의 행사를 규율하기 위해서 제정할 수 있다.

심사기준의 내용은 법률상 행정청에 부여되어 있는 재량행사의 기준이기 때문에 심사기준을 행정청에 대한 신청의 절차·서식 등을 정하는 집행명령에 준한다고 하는 견해와 위임명령에 준한다는 견해가 있다.

다) 입법형식에 근거한 법규성 부정

김도창(1992)은 형식을 중시하여 행정규칙이 상위 법령의 위임을 받아 제정되었더라도 행정입법은 국회입법에 대한 예외이므로 그와 같은 예외적인 입법의 형식은 헌법에 근거가 있어야 한다고 하였다.

2) 일본 행정법학상의 통달이란 상급 행정기관이 하급 행정기관에 대해서 권한의 행사를 지시하기 위해서 발하는 명령이다. 문서에 의한 명령이 통달이라고 할 수 있을 것이다.

통달은 행정규칙으로서 법규로서의 성질을 가지지 않는다고 보아 국민의 법적 지위에 직접 영향을 미치는 것은 아니다. 단지 하급기관의 권한 행사를 제약하는 것에 지나지 않는다. 때문에 상급행정기관은 자신이 가지는 포괄적인 행정 감독권한에 근거하여 하급기관의 소관 사무에 대해서 별도로 법률의 근거없이 통달을 발할 수 있다. 김재광(2006)은 행정청이 국민에 대해서 통달에 반하는 처분을 해도 그 처분이 통달 위반의 문제는 발생하지만 위법으로 되지는 않는다. 국민은 통달에 위반한 불이익한 처분을 받아도 처분이 통달에 위반하는 것만으로 처분의 위법을 주장할 수 없다. 행정청도 처분이 통달에 위반하지 않았다는 것을 이유로 처분이 적법하다고 주장하지 못한다고 주장을 하고, 또 법원도 명령을 해석, 운용할 때에 훈령·통달의 구속을 받지 않는다.

석종헌(1998)은 법규명령 형식의 행정규칙에 있어서 그 형식을 중시하여 법규성을 인정한다면 논리적 일관성을 유지하기 위해서는 역시 형식을 존중하여 법규성을 부인하는 것이 타당하며, 헌법상의 법규명령은 한정적인 것이므로 행정규칙 형식의 법규명령은 허용되지 않고 이는 위헌·무효가 된다고 주장하였다.

라) 규범 구체화 행정규칙의 인정 여부

정남철(2006)은 행정규칙이 상위 법령의 위임을 받아 제정된 경우 상위 법령과 결합하여 외부적 효력을 발생 시킨다고 하는 법령보충적 행정규칙이 독일 환경법 내지 기술법 분야에서 인정되는 규범구체화 행정규칙과 유사하다고 보았다. 이에 규범구체화 행정규칙에 관한 논의가 식품안전법의 영역에서도 “행정기관의 전문적 지식과 경험을 존중하여 제한적으로 인정되는 것이” 타당하며, 이를 지나치게 확대하는 것은 바람직하지 않다는 견해를 제시하고 있다.

2) 법규명령형식의 행정처분기준의 법적성질

가) 법규명령설(형식설)

박균성(2006)은 법규명령으로 공포된 형식을 중시하는 것으로 문제된 규범의 법규성을 인정하여 그 행정규칙이 국민을 구속하고 법원에 재판규범으로서 적용된다는 견해를 밝혔다. 그 논거로서 ①“법규명령은 일반 공권력을 근거로 하여 제정”되는 것으로, 국민의 자유, 재산에 관계없는 사항이라도 법규의 형식으로 제정됨으로써 일반 국민을 구속하게 되며, ②행정권으로서는 동일한 사항을 행정규칙으로 규율할 수도 있고, 법규명령에 의하여도 규율할 수 있는 것으로 일정한 사항은 행정규칙의 고유의 규율사항이라는 전제를 인정할 수 없다는 점, ③법규명령 형식으로 제정되어 있음에도 불구하고 법규성을 부인해야 할 이유가 전혀 없다는 점을 들었다.

김동희(2006)는 “최근 법률에서 처분의 기준을 법규명령의 형식(대통령령 또는 부령)으로 제정하도록 위임하고 있는데, 상위법에서 법규명령의 형식에 의한 기준설정의 근거를 부여하고 있는 경우에 이에 근거한 기준설정은 위임입법에 해당하므로 법규명령으로 보아야” 한다는 견해를 밝혔다.

그러나 강문수(2009)은 “법률이 제재적 행정처분에 대한 재량권을 수권하면서 동시에 대통령령이나 부령으로 그 처분의 기준을 정하도록 위임한 경우에는 위임의 한도 내에서 재량권을 제한할 수 있는 여지를 준 것으로 보고 입법자의 위임의사를 존중하여 당해 법규명령의 구속력을 인정하여야 하지만, 만일 하위법규명령이 위임의 한도를 넘어 모법에 의해 부여된 재량권을 사실상 무의미하게 만들 정도로 과도한 제한이 이루어지도록 규정한다면 이는 위임입법의 한계를 넘는 위헌·위법의 법규명령이라고 보는 견해도” 있다고 하였다.

박윤흔(2004)은 “법규명령의 형식으로 된 처분의 기준은 법규명령으로서의 효력을 갖는데 형식설은 제재적 처분기준을 정하는 당해 법규명령의 대외적 구속력에 대하여는 엄격한 대외적 구속력을 갖는다는 견해와 신축적인 구속력만을 인정하는 견해로 나뉘고” 있다고 하였다.

김재광(2006)은 “엄격한 대외적 구속력을 인정하는 견해와 그 문제점을 형식설 중 제재적 처분기준을 정하는 법규명령이 엄격한 대외적 구속력을 갖는다는 견해에 의하면, 법률의 수권 없이 재량권 행사의 기준을 법규명령의 형식으로 정한 것이면 당해 법규명령은 위법한 법규명령이 되고, 법률의 수권이 있는 경우에도 재량권 행사의 기준을 정하는 법규명령이 재량의 여지없이 재량권 행사의 기준을 정하고 있는” 경우에는 재량권 행사의 기준을 정하는 법규는 상위법령에서 재량행위로 규정한 사항을 기속행위로 규정하는 것이 되어 상위법령에 반하는 위법한 법규명령이 된다고 하였다.

박균성(2006)은 제재처분의 위법 여부는 상위법에의 위반 여부 및 재량권의 일탈·남용 여부에 따라 결정된다고 보아야 한다고 주장하였고, “재량권 행사의 기준을 정하는 법규명령이 특별한 사정이 있는 경우 가중 또는 감경할 수 있다는 규정을 둔 경우에 당해 법규명령은 문제가 없으나, 감경규정만을 둔 경우 당해 법규명령은 가중규정을 두지 않는 한도 내에서는 재량행위로

규정한 수권법률에 위반된다고 보아야” 한다고 주장하였다. 또한 “법규명령에서 일의적으로 규정하고 있는 것을 지침 내지 기준의 효력만을 갖는 것으로 해석하는 것은 입법자의 의사를 무시한 것으로 해석의 한계를 넘는 것으로 보아야” 한다고 하였다.

강문수(2009)는 최근 “상위법령에서 재량권 행사의 기준을 정하도록 위임하는 경우가 많고, 이 위임에 따라 법규명령의 형식으로 재량권 행사의 기준을 정하는 경우에도 특별한 사정을 고려하여 법규명령의 형식으로 정한 재량권 행사의 기준을 정하는 경우에도 특별한 사정을 고려하여 법규명령의 형식으로 정한 재량권 행사의 기준을 가중 또는 특히 감경할 수 있다는 예외규정을 두고” 있다고 주장하였다. 또한 “신축적 구속력만을 인정하는 견해와 그 문제점을 형식설을 취하면서도 제재처분의 기준을 정하는 법규명령에 신축적인 구속력만을 인정하는 견해도 있는데, 이 견해는 형식설에 따라 재량준칙을 법규명령으로 보면서도 당해 재량준칙에 신축적인 구속력만을 인정함으로써 실질설과 같은 결과를 도출하는 문제가 있다.”

나) 행정규칙설(실질설)

류지태(2006)는 행정법에 따르면 “행정규칙은 법규명령의 형식으로 제정되어도 행정규칙으로서의 성질이” 변하는 것이 아니기 때문에 일반 국민이나 법원을 구속할 수 없다고 하였다. 그 논거로서 ①내용상 행정규칙에 해당함이 명백할 경우에는 그 형식에도 불구하고 행정규칙으로서의 실질이 변하지 않는다. ②제재처분의 기준의 수권법률은 예외없이 재량법규의 형식을 취하고 있는바, 만일 법규명령설을 취하면 “법률에서 재량행위로 정한 것을 명령에서 기속행위로” 바뀌게 되어 법률의 취지에 반하게 된다고 주장하였다.

다) 수권여부(기준설)

김남진, 김연태(2005)는 법령의 수권에 근거한 대통령령·총리령·부령은 법규명령이고, 법률의 수권 없이 제정된 대통령·총리령·부령은 행정규칙이라는 견

해를 밝혔다. 즉 법률의 수권 없이 제정된 법규명령 형식의 명령은 직접 국민의 권리의무를 창설할 수 없으며 재판규범이 될 수 없고, 법률의 수권이 있는 경우 행정조직 내부에서만 효력을 갖는 것이라도 그것이 일단 법규명령으로 정해지게 되면 실질적 의미의 법률(특히 재판규범)로서의 성질을 갖게 된다고 하였다.

홍정선(2006)은 오늘날 관점에서 대통령령·총리령·부령에서 규정된 사항이 반드시 외부적 구속력을 반드시 가져야 한다고 단언할 수 없다고 주장하였다.

3) 상위법령의 위임여부에 따른 행정처분기준의 법적 효력

가) 법률의 위임 없는 부령의 형식으로 규정한 행정처분기준

김재광(2006)은 행정처분기준을 처분청 소속 공무원의 재량권 행사에 관한 기준으로서 각 부처의 훈령이나 예규로 정하던 것을 처분청 소속 공무원의 지나친 재량의 여지를 합리적으로 축소하고 처분에 관한 객관적인 기준을 제시하는 한편 행정처분기준이 단순한 행정기관 내부의 사무처리기준이 아니라 장래 위반행위를 할지도 모를 일반국민과 관계되는 사항으로서 이를 일반국민이 알아야 할 필요가 있다는 취지에서 상위 법령인 법률이나 대통령령에서 부령으로 위임하지 않은 채 형식상 법규명령인 부령에서 규정하도록 하였지만³⁾ 판례는 부령에서 정한 행정처분기준의 법규성을 부정하였다.⁴⁾

나) 법률의 위임에 의한 부령의 형식으로 규정한 행정처분

3) 1986년 개정된 식품위생법 제58조(허가의 취소 등) 및 시행령 제36조(허가의 취소 등)에서의 행정처분기준에 관하여 시행규칙인 부령에서 정한다는 위임을 하지 않은 상태에서 1987년의 식품위생법시행규칙을 개정하면서 제53조(행정처분의 기준)에서 직접 행정처분기준을 정하고 있었다.

4) 대법원 1994. 3. 8. 선고 93누21958 판결. “구 식품위생법시행규칙(1993. 7. 3. 보건사회부령 제910호로 개정되기 전의 것) 제53조에서 별표 15로 식품위생법 제58조에 따른 행정처분의 기준을 마련하였고 그 형식이 부령으로 되어 있다고 하더라도 그 성질은 행정기관 내부의 사무처리준칙을 정한 것에 불과한 것으로서 보건사회부장관이 관계행정기관 및 직원에 대하여 그 직무권한행사의 지침을 정하여 주기 위하여 발한 행정명령의 성질을 가지는 것이지 같은 법 제58조 제1항의 규정에 의하여 보장된 재량권을 기속하는 것이라고 할 수 없고 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 힘이 있는 것은 아니다.”

대법원 판례에서 법률의 위임을 받지 않은 부령에서 규정한 행정처분기준이 “행정규칙에 불과하여 대외적으로 국민이나 법원을 기속하지 못한다는 입장”을 일관되게 견지함에 따라 법률에서 행정처분기준을 부령 등에 정하도록 명시적으로 위임규정을 두고 그 위임에 따라 부령 등에서 행정처분기준을 규정하게 되었다.

그러나 김재광(2006)은 대법원은 부령에서 정한 행정처분기준을 법규명령으로 보는 견해도 있으나 이는 “소수에 불과하고 대부분의 판례는 부령에서 정한 행정처분기준은 국민이나 법원을 기속하지 아니하는 행정규칙으로 보고 있어 법률의 위임이 있는 경우도 없는 경우와 마찬가지로 보고” 있다고 주장하였다.

다) 대통령령의 형식으로 규정한 행정처분기준

법률에서 위임규정을 두고 법률의 위임에 따라 부령에서 행정처분기준을 정하고 있더라도 그 법적성질은 법규명령이 아니라 행정규칙에 해당하고 따라서 국민이나 법원을 기속하지 못한다는 대법원의 일관된 견해에 따라서 처분기준을 부령이 아닌 대통령령으로 정한 것이 있었는데 이에 대하여는 대법원은 그 법규성을 인정하고 있다.⁵⁾

제 2 절 식품위생법상 행정처분기준

1) 식품위생법상 영업자 등의 준수사항

식품위생법 제44조는 식품 또는 식품첨가물의 제조업, 가공업, 운반업, 판매업 및 보존업, 기구 또는 용기·포장의 제조업, 식품접객업영업을 하려는 자

5) 대법원1997. 12. 26. 선고 97두15418 판결. “당해 처분의 기준이 된 주택건설촉진법시행령 제10조의 3 제1항 별표1은 주택건설촉진법 제7조 제2항의 위임규정에 터잡은 규정형식상 대통령령으로 그 성질이 부령인 시행규칙이나 지방자치단체의 규칙과 같이 통상적으로 행정조직 내부에 있어서의 행정명령에 지나지 않는 것이 아니라 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 힘이 있는 법규명령에 해당한다.”

는 총리령으로 정하는 시설기준에 맞는 시설을 갖추어야 하고 영업을 하는 자 중 대통령령으로 정하는 영업자와 그 종업원은 영업의 위생관리와 질서유지, 국민의 보건위생 증진을 위하여 영업의 종류에 따라 해당하는 사항을 지켜야 한다고 규정하고 그에 관한 세부적인 법조문은 아래와 같다.

① “제36조제1항 각 호의 영업을 하는 자 중” 대통령령으로 정하는 영업자와 그 종업원은 영업의 위생관리와 질서유지, 국민의 보건위생 증진을 위하여 영업의 종류에 따라 다음 각 호에 해당하는 사항을 지켜야 한다.

1. “「축산물 위생관리법」 제12조에 따른 검사를 받지 아니한 축산물 또는 실험 등의 용도로 사용한 동물은 운반·보관·진열·판매하거나 식품의 제조·가공에 사용하지 말 것”

2. “「야생생물 보호 및 관리에 관한 법률」을 위반하여 포획·채취한 야생생물은 이를 식품의 제조·가공에 사용하거나 판매하지 말 것”

3. “유통기한이 경과된 제품·식품 또는 그 원재료를 제조·가공·조리·판매의 목적으로 소분·운반·진열·보관하거나 이를 판매 또는 식품의 제조·가공·조리에 사용하지 말 것”

4. “수돗물이 아닌 지하수 등을 먹는 물 또는 식품의 조리·세척 등에 사용하는 경우에는 「먹는물관리법」 제43조에 따른 먹는물 수질검사기관에서 총리령으로 정하는 바에 따라 검사를 받아 마시기에 적합하다고 인정된 물을 사용할 것. 다만, 둘 이상의 업소가 같은 건물에서 같은 수원(水源)을 사용하는 경우에는 하나의 업소에 대한 시험결과로 나머지 업소에 대한 검사를 갈음할 수 있다.”

5. “제15조제2항에 따라 위해평가가 완료되기 전까지 일시적으로 금지된 식품등을 제조·가공·판매·수입·사용 및 운반하지 말 것”

6. “식중독 발생 시 보관 또는 사용 중인 식품은 역학조사가 완료될 때까지 폐기하거나 소독 등으로 현장을 훼손하여서는 아니 되고 원상태로 보존하여야 하며, 식중독 원인규명을 위한 행위를 방해하지 말 것”

7. “손님을 꺾어서 끌어들이는 행위를 하지 말 것”

8. “그 밖에 영업의 원료관리, 제조공정 및 위생관리와 질서유지, 국민의 보건위생 증진 등을 위하여 총리령으로 정하는 사항”

② 식품접객영업자는 「청소년 보호법」 제2조에 따른 청소년(이하 이 항에서 "청소년"이라 한다)에게 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 청소년을 유흥접객원으로 고용하여 유흥행위를 하게 하는 행위
2. 「청소년 보호법」 제2조제5호가목3)에 따른 청소년출입·고용 금지업소에 청소년을 출입시키거나 고용하는 행위
3. 「청소년 보호법」 제2조제5호나목3)에 따른 청소년고용금지업소에 청소년을 고용하는 행위
4. 청소년에게 주류(酒類)를 제공하는 행위

③ 누구든지 영리를 목적으로 제36조제1항제3호의 식품접객업을 하는 장소(유흥종사자를 둘 수 있도록 대통령령으로 정하는营业을 하는 장소는 제외한다)에서 손님과 함께 술을 마시거나 노래 또는 춤으로 손님의 유흥을 돋우는接客행위(공연을 목적으로 하는 가수, 악사, 댄서, 무용수 등이 하는 행위는 제외한다)를 하거나 다른 사람에게 그 행위를 알선하여서는 아니 된다.

④ 제3항에 따른 식품접객영업자는 유흥종사자를 고용·알선하거나 호객행위를 하여서는 아니 된다.

2) 식품위생법상 허가취소 등

식품위생법 제75조 허가취소는 식품의약품안전처장 또는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장은 영업자가 위해식품등의 판매, “병든 동물고기 등의 판매 등 금지”, 식품 또는 첨가물에 관한 식품기준 및 규격, 기준규격이 정하여지지 아니한 화학적 합성품등의 판매금지 등 위반할 경우에 대통령령으로 정하는 바에 따라 “영업허가 또는 등록을 취소하거나” 정지, 폐쇄

를 명하는데 한다고 규정하고 그에 관한 세부적인 법조문은 아래와 같다.

① 식품의약품안전처장 또는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장은 영업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 영업허가 또는 등록을 취소하거나 6개월 이내의 기간을 정하여 그 영업의 전부 또는 일부를 정지하거나 영업소 폐쇄(제37조제4항에 따라 신고한 영업만 해당한다. 이하 이 조에서 같다)를 명할 수 있다.

1. “제4조부터 제6조까지, 제7조제4항, 제8조, 제9조제4항 또는 제12조의2제2항을 위반한 경우”

3. “제17조제4항을 위반한 경우”

5. “제31조제1항 및 제3항을 위반한 경우”

6. “제36조를 위반한 경우”

7. 제37조제1항 후단, 제3항, 제4항 후단 및 제6항을 위반하거나 같은 조 제2항에 따른 조건을 위반한 경우

7의2. 제37조제5항에 따른 변경 등록을 하지 아니하거나 같은 항 단서를 위반한 경우

8. 제38조제1항제8호에 해당하는 경우

9. 제40조제3항을 위반한 경우

10. 제41조제5항을 위반한 경우

12. 제43조에 따른 영업 제한을 위반한 경우

13. 제44조제1항·제2항 및 제4항을 위반한 경우

14. 제45조제1항 전단에 따른 회수 조치를 하지 아니한 경우

14의2. 제45조제1항 후단에 따른 회수계획을 보고하지 아니하거나 거짓으로 보고한 경우

15. 제48조제2항에 따른 식품안전관리인증기준을 지키지 아니한 경우

15의2. 제49조제1항 단서에 따른 식품이력추적관리를 등록하지 아니 한 경우

16. 제51조제1항을 위반한 경우

17. 제71조제1항, 제72조제1항·제3항, 제73조제1항 또는 제74조제1항(제88조에 따라 준용되는 제71조제1항, 제72조제1항·제3항 또는 제74조제1항을 포함한다)에 따른 명령을 위반한 경우

18. 「성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률」 제4조에 따른 금지행위를 한 경우

② 식품의약품안전처장 또는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장은 영업자가 제1항에 따른 영업정지 명령을 위반하여 영업을 계속하면 영업허가 또는 등록을 취소하거나 영업소 폐쇄를 명할 수 있다.

③ 식품의약품안전처장 또는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 영업허가 또는 등록을 취소하거나 영업소 폐쇄를 명할 수 있다.

1. 영업자가 정당한 사유 없이 6개월 이상 계속 휴업하는 경우

2. 영업자(제37조제1항에 따라 영업허가를 받은 자만 해당한다)가 사실상 폐업하여 「부가가치세법」 제8조에 따라 관할세무서장에게 폐업신고를 하거나 관할세무서장이 사업자등록을 말소한 경우

④ 식품의약품안전처장 또는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장은 제3항제2호의 사유로 영업허가를 취소하기 위하여 필요한 경우 관할 세무서장에게 영업자의 폐업여부에 대한 정보 제공을 요청할 수 있다. 이 경우 요청을 받은 관할 세무서장은 「전자정부법」 제39조에 따라 영업자의 폐업여부에 대한 정보를 제공한다.

⑤ 제1항 및 제2항에 따른 행정처분의 세부기준은 그 위반 행위의 유형과 위반 정도 등을 고려하여 총리령으로 정한다.

3) 식품위생법 시행규칙상 식품접객영업자 등의 준수사항

식품위생법 시행규칙 제57조 식품접객영업자 등의 준수사항은 식품 또는 식품첨가물의 제조업, 가공업, 운반업, 판매업 및 보존업, 기구 또는 용기·포장의 제조업, 식품접객업이 영업을 하려는 자는 총리령으로 정하는 시설기준에 맞는 시설을 갖추어야 하고, 영업을 하는 자 중 대통령으로 정하는 영업자와 그 종업원은 영업을 위생관리와 질서유지, 국민의 보건위생 증진을 위하여 영업의 종류에 따라 지켜야 할 준수사항은 별표17과 같다 라고 규정하고 그에 관한 세부적인 법조문은 아래와 같다.

[별표 17]

식품접객업영업자 등의 준수사항(제57조 관련)

1. “식품제조·가공업자 및 식품첨가물제조업자와 그 종업원의 준수사항”
 - 가. “생산 및 작업기록에 관한 서류와 원료의 입고·출고·사용에 대한 원료 수불 관계 서류를 작성하되 이를 거짓으로 작성해서는 안된다. 이 경우 해당 서류는 최종 기재일부터 3년간 보관하여야 한다.”
 - 나. “식품제조·가공업자는 제품의 거래기록을 작성하여야 하고, 최종 기재일부터 3년간 보관하여야 한다.”
 - 다. “유통기한이 경과된 제품은 판매목적으로 진열·보관·판매(대리점을 통하여 또는 직접 진열·보관하거나 판매하는 경우만 해당한다)하거나 이를 식품 등의 제조·가공에 사용하지 아니하여야 한다. 다만, 폐기용 또는 교육용이라는 표시를 명확하게 하여 진열·보관하는 경우는 제외한다.”
 - 라. “식품을 텔레비전·인쇄물 등으로 광고하는 경우에는 제품명 및 업소명을 포함하여야 한다.”
 - 마. “식품제조·가공업자는 장난감 등을 식품과 함께 포장하여 판매하는 경우 장난감 등이 식품의 보관·섭취에 사용되는 경우를 제외하고는 식품과 구분하여 별도로 포장하여야 한다. 이 경우 장난감 등은 「품질경영 및 공산품안전관리법」 제14조제3항에 따른 제품검사의 안전기준에 적합한 것이어야 한다.”
 - 바. “식품제조·가공업자 또는 식품첨가물제조업자는 별표 14 제1호자목2) 또는 제3호에 따라 식품제조·가공업 또는 식품첨가물제조업의 영업등록

을 한 자에게 위탁하여 식품 또는 식품첨가물을 제조·가공하는 경우에는 위탁한 그 제조·가공업자에 대하여 반기별 1회 이상 위생관리상태 등을 점검하여야 한다. 다만, 위탁하려는 식품과 동일한 식품에 대하여 법 제48조에 따라 식품안전관리인증기준적용업소로 인증받거나 「어린이 식생활안전관리 특별법」 제14조에 따라 품질인증을 받은 영업자에게 위탁하는 경우는 제외한다.”

사. “식품제조·가공업자 및 식품첨가물제조업자는 이물이 검출되지 아니하도록 필요한 조치를 하여야 하고, 소비자로부터 이물 검출 등 불만사례 등을 신고 받은 경우 그 내용을 기록하여 2년간 보관하여야 하며, 이 경우 소비자가 제시한 이물과 증거품(사진, 해당 식품 등을 말한다)은 6개월간 보관하여야 한다. 다만, 부패하거나 변질될 우려가 있는 이물 또는 증거품은 2개월간 보관할 수 있다.”

아. “식품제조·가공업자는 「축산물 위생관리법」 제6조제1항에 따른 표시사항을 모두 표시하지 않은 축산물, 같은 법 제7조제1항을 위반하여 허가받지 않은 작업장에서 도축·집유·가공·포장 또는 보관된 축산물, 같은 법 제12조제1항·제2항에 따른 검사를 받지 않은 축산물, 같은 법 제22조에 따른 영업 허가를 받지 아니한 자가 도축·집유·가공·포장 또는 보관된 축산물 또는 같은 법 제33조제1항에 따른 축산물 또는 실험 등의 용도로 사용한 동물을 식품의 제조 또는 가공에 사용하여서는 아니 된다.”

자. “수돗물이 아닌 지하수 등을 먹는 물 또는 식품의 제조·가공 등에 사용하는 경우에는 「먹는물관리법」 제43조에 따른 먹는 물 수질검사기관에서 1년(음료류 등 마시는 용도의 식품인 경우에는 6개월)마다 「먹는물관리법」 제5조에 따른 먹는 물의 수질기준에 따라 검사를 받아 마시기에 적합하다고 인정된 물을 사용하여야 한다.”

차. “모유대용으로 사용하는 식품, 영·유아의 이유 또는 영양보충의 목적으로 제조·가공한 식품을 신문·잡지·라디오 또는 텔레비전을 통하여 광고하는 경우에는 조제분유와 동일한 명칭 또는 유사한 명칭을 사용하여 소비자가 혼동할 우려가 있는 광고를 하여서는 아니 된다.”

카. “법 제15조제2항에 따라 위해평가가 완료되기 전까지 일시적으로 금

지된 제품에 대하여는 이를 제조·가공·유통·판매하여서는 아니 된다.”
타. “식품제조·가공업자가 자신의 제품을 만들기 위하여 수입한 반가공 원료 식품 및 용기·포장과 「대외무역법」에 따른 외화획득용 원료로 수입한 식품등을 부패하거나 변질되어 또는 유통기한이 경과하여 폐기한 경우에는 이를 증명하는 자료를 작성하고, 최종 작성일부터 2년간 보관하여야 한다.”

파. “법 제47조제1항에 따라 우수업소로 지정받은 자 외의 자는 우수업소로 오인·혼동할 우려가 있는 표시를 하여서는 아니 된다.”

하. “법 제31조제1항에 따라 자가품질검사를 하는 식품제조·가공업자 또는 식품첨가물제조업자는 검사설비에 검사 결과의 변경 시 그 변경내용이 기록·저장되는 시스템을 설치·운영하여야 한다.”

거. “초산(C2H4O2) 함량비율이 99% 이상인 빙초산을 제조하는 식품첨가물제조업자는 빙초산에 「품질경영 및 공산품안전관리법」 제2조제11호에 따른 어린이보호포장을 하여야 한다.”

2. 즉석판매제조·가공업자와 그 종업원의 준수사항

가. “제조·가공한 식품을 판매를 목적으로 하는 사람에게 판매하여서는 아니 되며, 다음의 어느 하나에 해당하는 방법으로 배달하는 경우를 제외하고는 영업장 외의 장소에서 판매하여서는 아니 된다.”

1) “영업자나 그 종업원이 최종소비자에게 직접 배달하는 경우”

2) “식품의약품안전처장이 정하여 고시하는 기준에 따라 우편 또는 택배 등의 방법으로 최종소비자에게 배달하는 경우”

나. “손님이 보기 쉬운 곳에 가격표를 붙여야 하며, 가격표대로 요금을 받아야 한다.”

다. “영업신고증을 업소 안에 보관하여야 한다.”

라. “「축산물 위생관리법」 제6조제1항에 따른 표시사항을 모두 표시하지 않은 축산물, 같은 법 제7조제1항을 위반하여 허가받지 않은 작업장에서 도축·집유·가공·포장 또는 보관된 축산물, 같은 법 제12조제1항·제2항에 따른 검사를 받지 않은 축산물, 같은 법 제22조에 따른 영업 허가를 받지 아니한 자가 도축·집유·가공·포장 또는 보관된 축산물

또는 같은 법 제33조제1항에 따른 축산물 또는 실험 등의 용도로 사용한 동물은 식품의 제조·가공에 사용하여서는 아니 된다.”

마. “「야생생물 보호 및 관리에 관한 법률」을 위반하여 포획한 야생동물은 이를 식품의 제조·가공에 사용하여서는 아니 된다.”

바. “유통기한이 경과된 제품을 진열·보관하거나 이를 식품의 제조·가공에 사용하여서는 아니 된다.”

사. “수돗물이 아닌 지하수 등을 먹는 물 또는 식품의 조리·세척 등에 사용하는 경우에는 「먹는물관리법」 제43조에 따른 먹는 물 수질검사 기관에서 다음의 검사를 받아 마시기에 적합하다고 인정된 물을 사용하여야 한다. 다만, 둘 이상의 업소가 같은 건물에서 같은 수원(水原)을 사용하는 경우에는 하나의 업소에 대한 시험결과로 해당 업소에 대한 검사에 갈음할 수 있다.”

1) “일부항목 검사: 1년마다(모든 항목 검사를 하는 연도의 경우는 제외한다) 「먹는물 수질기준 및 검사 등에 관한 규칙」 제4조제1항 제2호에 따른 마을상수도의 검사기준에 따른 검사(잔류염소검사를 제외한다). 다만, 시·도지사가 오염의 염려가 있다고 판단하여 지정된 지역에서는 같은 규칙 제2조에 따른 먹는 물의 수질기준에 따른 검사를 하여야 한다.”

2) “모든 항목 검사: 2년마다 「먹는물 수질기준 및 검사 등에 관한 규칙」 제2조에 따른 먹는 물의 수질기준에 따른 검사”

아. “법 제15조제2항에 따라 위해평가가 완료되기 전까지 일시적으로 금지된 식품등을 제조·가공·판매하여서는 아니 된다.”

3. “식품소분·판매(식품자동판매기영업 및 집단급식소 식품판매업은 제외한다)·운반업자와 그 종업원의 준수사항”

가. “영업자간의 거래에 관하여 식품의 거래기록(전자문서를 포함한다)을 작성하고, 최종 기재일부터 2년 동안 이를 보관하여야 한다.”

나. “영업허가증 또는 신고증을 영업소 안에 보관하여야 한다.”

다. “수돗물이 아닌 지하수 등을 먹는 물 또는 식품의 조리·세척 등에 사용하는 경우에는 「먹는물관리법」 제43조에 따른 먹는 물 수질검사

기관에서 다음의 구분에 따라 검사를 받아 마시기에 적합하다고 인정된 물을 사용하여야 한다. 다만, 같은 건물에서 같은 수원을 사용하는 경우에는 하나의 업소에 대한 시험결과로 갈음할 수 있다.”

1) “일부항목 검사: 1년마다(모든 항목 검사를 하는 연도의 경우를 제외한다) 「먹는물 수질기준 및 검사 등에 관한 규칙」 제4조제1항 제2호에 따른 마을 상수도의 검사기준에 따른 검사(잔류염소검사를 제외한다). 다만, 시·도지사가 오염의 염려가 있다고 판단하여 지정한 지역에서는 같은 규칙 제2조에 따른 먹는 물의 수질기준에 따른 검사를 하여야 한다.”

2) “모든 항목 검사: 2년마다 「먹는물 수질기준 및 검사 등에 관한 규칙」 제2조에 따른 먹는 물의 수질기준에 따른 검사”

라. “식품판매업자가 식품을 텔레비전·인쇄물 등으로 광고하는 경우에는 제품명·제조업소명 및 판매업소명을 포함하여야 한다.”

마. “식품판매업자는 제1호마목을 위반한 식품을 판매하여서는 아니 된다.”

사. “식품운반업자는 운반차량을 이용하여 살아있는 동물을 운반하여서는 아니 되며, 운반목적 외에 운반차량을 사용하여서는 아니 된다.”

아. “「축산물 위생관리법」 제6조제1항에 따른 표시사항을 모두 표시하지 않은 축산물, 같은 법 제7조제1항을 위반하여 허가받지 않은 작업장에서 도축·집유·가공·포장 또는 보관된 축산물, 같은 법 제12조제1항·제2항에 따른 검사를 받지 않은 축산물, 같은 법 제22조에 따른 영업 허가를 받지 아니한 자가 도축·집유·가공·포장 또는 보관된 축산물 또는 같은 법 제33조제1항에 따른 축산물 또는 실험 등의 용도로 사용한 동물은 운반·보관·진열 또는 판매하여서는 아니 된다.”

자. “유통기한이 경과된 제품을 판매의 목적으로 소분·운반·진열 또는 보관하여서는 아니 되며, 이를 판매하여서는 아니 된다.”

차. “식품판매영업자는 즉석판매제조·가공영업자가 제조·가공한 식품을 진열·판매하여서는 아니 된다.”

카. “이유식 등을 신문·잡지·라디오 또는 텔레비전을 통하여 광고하는 경우에는 조제분유와 같은 명칭 또는 유사한 명칭을 사용하여 소비자가

혼동할 우려가 있는 광고를 하여서는 아니 된다.”

파. “식품소분·판매업자는 법 제15조제2항에 따라 위해평가가 완료되기 전까지 일시적으로 금지된 식품 등에 대하여는 이를 수입·가공·사용·운반 등을 하여서는 아니 된다.”

하. “식품소분업자 및 유통전문판매업자는 소비자로부터 이물 검출 등 불만사례 등을 신고 받은 경우에는 그 내용을 2년간 기록·보관하여야 하며, 소비자가 제시한 이물과 증거품(사진, 해당 식품 등을 말한다)은 6개월간 보관하여야 한다. 다만, 부패하거나 변질될 우려가 있는 이물 또는 증거품은 2개월간 보관할 수 있다.”

거. “유통전문판매업자는 제조·가공을 위탁한 제조·가공업자에 대하여 반기마다 1회 이상 위생관리 상태를 점검하여야 한다. 다만, 위탁받은 제조·가공업자가 위탁받은 식품과 동일한 식품에 대하여 법 제48조에 따른 식품안전관리인증기준적용업소인 경우 또는 위탁받은 식품과 동일한 식품에 대하여 「어린이 식생활안전관리 특별법」 제14조에 따라 품질인증을 받은 자인 경우는 제외한다.”

4. “식품자동판매기영업자와 그 종업원의 준수사항”

가. “자판기용 제품은 적법하게 제조·가공된 것을 사용하여야 하며, 유통기한이 경과된 제품을 보관하거나 이를 사용하여서는 아니 된다.”

나. “자판기 내부의 정수기 또는 살균장치 등이 낡거나 닳아 없어진 경우에는 즉시 바꾸어야 하고, 그 기능이 떨어진 경우에는 즉시 그 기능을 보장하여야 한다.”

다. “자판기 내부(재료혼합기, 급수통, 급수호스 등)는 하루 1회 이상 세척 또는 소독하여 청결히 하여야 하고, 그 기능이 떨어진 경우에는 즉시 교체하여야 한다.”

라. “자판기 설치장소 주변은 항상 청결하게 하고, 뚜껑이 있는 쓰레기통 또는 종이컵 수거대(종이컵을 사용하는 자판기만 해당한다)를 비치하여야 하며, 쥐·바퀴 등 해충이 자판기 내부에 침입하지 아니하도록 하여야 한다.”

마. “매일 위생상태 및 고장여부를 점검하여야 하고, 그 내용을 다음과

같은 점검표에 기록하여 보기 쉬운 곳에 항상 비치하여야 한다.”

바. “자판기에는 영업신고번호, 자판기별 일련관리번호(제42조제7항에 따라 2대 이상을 일괄신고한 경우에 한한다), 제품의 명칭 및 고장시의 연락전화번호를 12포인트 이상의 글씨로 판매기 앞면의 보기 쉬운 곳에 표시하여야 한다.”

5. “집단급식소 식품판매업자와 그 종업원의 준수사항”

가. “영업자는 식품의 구매·운반·보관·판매 등의 과정에 대한 거래내역을 2년간 보관하여야 한다.”

나. “「축산물 위생관리법」 제6조제1항에 따른 표시사항을 모두 표시하지 않은 축산물, 같은 법 제7조제1항을 위반하여 허가받지 않은 작업장에서 도축·집유·가공·포장 또는 보관된 축산물, 같은 법 제12조제1항·제2항에 따른 검사를 받지 않은 축산물, 같은 법 제22조에 따른 영업 허가를 받지 아니한 자가 도축·집유·가공·포장 또는 보관된 축산물 또는 같은 법 제33조제1항에 따른 축산물, 실험 등의 용도로 사용한 동물 또는 「야생동·식물보호법」을 위반하여 포획한 야생동물은 판매하여서는 아니 된다.”

다. “냉동식품을 공급할 때에 해당 집단급식소의 영양사 및 조리사가 해동(解凍)을 요청할 경우 해동을 위한 별도의 보관 장치를 이용하거나 냉장운반을 할 수 있다. 이 경우 해당 제품이 해동 중이라는 표시, 해동을 요청한 자, 해동 시작시간, 해동한 자 등 해동에 관한 내용을 표시하여야 한다.”

라. “작업장에서 사용하는 기구, 용기 및 포장은 사용 전, 사용 후 및 정기적으로 살균·소독하여야 하며, 동물·수산물의 내장 등 세균의 오염원이 될 수 있는 식품 부산물을 처리한 경우에는 사용한 기구에 따른 오염을 방지하여야 한다.”

마. “유통기한이 지난 식품 또는 그 원재료를 집단급식소에 판매하기 위하여 보관·운반 및 사용하여서는 아니 된다.”

바. “수돗물이 아닌 지하수 등을 먹는 물 또는 식품의 조리·세척 등에 사용하는 경우에는 「먹는물관리법」 제43조에 따른 먹는 물 수질검사

기관에서 다음의 검사를 받아 마시기에 적합하다고 인정된 물을 사용하여야 한다. 다만, 둘 이상의 업소가 같은 건물에서 같은 수원을 사용하는 경우에는 하나의 업소에 대한 시험결과로 해당 업소에 대한 검사에 갈음할 수 있다.”

- 1) “일부항목 검사: 1년(모든 항목 검사를 하는 연도는 제외한다) 마다 「먹는물 수질기준 및 검사 등에 관한 규칙」 제4조에 따른 마을상수도의 검사기준에 따른 검사(잔류염소검사는 제외한다)를 하여야 한다. 다만, 시·도지사가 오염의 염려가 있다고 판단하여 지정한 지역에서는 같은 규칙 제2조에 따른 먹는 물의 수질기준에 따른 검사를 하여야 한다.”
- 2) “모든 항목 검사: 2년마다 「먹는물 수질기준 및 검사 등에 관한 규칙」 제2조에 따른 먹는 물의 수질기준에 따른 검사”

사. “법 제15조에 따른 위해평가가 완료되기 전까지 일시적으로 금지된 식품등을 사용하여서는 아니 된다.”

아. “식중독 발생시 보관 또는 사용 중인 식품은 역학조사가 완료될 때까지 폐기하거나 소독 등으로 현장을 훼손하여서는 아니 되고 원상태로 보존하여야 하며, 식중독 원인규명을 위한 행위를 방해하여서는 아니 된다.”

6. “식품조사처리업자 및 그 종업원의 준수사항

조사연월일 및 시간, 조사대상식품명칭 및 무게 또는 수량, 조사선량 및 선량보증, 조사목적에 관한 서류를 작성하여야 하고, 최종 기재일부터 3년간 보관하여야 한다.“

7. “식품접객업자(위탁급식영업자는 제외한다)와 그 종업원의 준수사항”

가. “물수건, 숟가락, 젓가락, 식기, 찬기, 도마, 칼, 행주, 그 밖의 주방용구는 기구등의 살균·소독제, 열탕, 자외선살균 또는 전기살균의 방법으로 소독한 것을 사용하여야 한다.”

나. “「축산물 위생관리법」 제6조제1항에 따른 표시사항을 모두 표시하지 않은 축산물, 같은 법 제7조제1항을 위반하여 허가받지 않은 작업장에서 도축·집유·가공·포장 또는 보관된 축산물, 같은 법 제12조제1

항·제2항에 따른 검사를 받지 않은 축산물, 같은 법 제22조에 따른 영업 허가를 받지 아니한 자가 도축·집유·가공·포장 또는 보관된 축산물 또는 같은 법 제33조제1항에 따른 축산물 또는 실험 등의 용도로 사용한 동물은 음식물의 조리에 사용하여서는 아니 된다.”

다. “업소 안에서는 도박이나 그 밖의 사행행위 또는 풍기문란행위를 방지하여야 하며, 배달판매 등의 영업행위 중 종업원의 이러한 행위를 조장하거나 묵인하여서는 아니 된다.”

바. “제과점영업자가 별표 14 제8호가목2)라)(5)에 따라 조리장을 공동 사용하는 경우 빵류를 실제 제조한 업소명과 소재지를 소비자가 알아볼 수 있도록 별도로 표시하여야 한다. 이 경우 게시판, 팻말 등 다양한 방법으로 표시할 수 있다.”

사. “간판에는 영 제21조에 따른 해당업종명과 허가를 받거나 신고한 상호를 표시하여야 한다. 이 경우 상호와 함께 외국어를 병행하여 표시할 수 있으나 업종구분에 혼동을 줄 수 있는 사항은 표시하여서는 아니 된다.”

아. “손님이 보기 쉽도록 영업소의 외부 또는 내부에 가격표(부가가치세 등이 포함된 것으로서 손님이 실제로 내야 하는 가격이 표시된 가격표를 말한다)를 붙이거나 게시하되, 신고한 영업장 면적이 150제곱미터 이상인 휴게음식점 및 일반음식점은 영업소의 외부와 내부에 가격표를 붙이거나 게시하여야 하고, 가격표대로 요금을 받아야 한다.”

자. “영업허가증·영업신고증·조리사면허증(조리사를 두어야 하는 영업에만 해당한다)을 영업소 안에 보관하고, 허가관청 또는 신고관청이 식품위생·식생활개선 등을 위하여 게시할 것을 요청하는 사항을 손님이 보기 쉬운 곳에 게시하여야 한다.”

차. “식품의약품안전처장 또는 시·도지사가 국민에게 혐오감을 준다고 인정하는 식품을 조리·판매하여서는 아니 되며, 「멸종위기에 처한 야생동식물종의 국제거래에 관한 협약」에 위반하여 포획·채취한 야생동물·식물을 사용하여 조리·판매하여서는 아니 된다.”

카. “유통기한이 경과된 원료 또는 완제품을 조리·판매의 목적으로 보관하

거나 이를 음식물의 조리에 사용하여서는 아니 된다.”

타. “허가를 받거나 신고한 영업 외의 다른 영업시설을 설치하거나 다음에 해당하는 영업행위를 하여서는 아니 된다.”

- 1) “휴게음식점영업자·일반음식점영업자 또는 단란주점영업자가 유흥접객원을 고용하여 유흥접객행위를 하게 하거나 종업원의 이러한 행위를 조장하거나 묵인하는 행위”
- 2) “휴게음식점영업자·일반음식점영업자가 음향 및 반주시설을 갖추고 손님이 노래를 부르도록 허용하는 행위. 다만, 연회석을 보유한 일반음식점에서 회갑연, 칠순연 등 가정의 의례로서 행하는 경우에는 그러하지 아니하다.”
- 3) “일반음식점영업자가 주류만을 판매하거나 주로 다류를 조리·판매하는 다방형태의 영업을 하는 행위”
- 4) “휴게음식점영업자가 손님에게 음주를 허용하는 행위”
- 5) “식품접객업소의 영업자 또는 종업원이 영업장을 벗어나 시간적 소요의 대가로 금품을 수수하거나, 영업자가 종업원의 이러한 행위를 조장하거나 묵인하는 행위”
- 6) “휴게음식점영업 중 주로 다류 등을 조리·판매하는 영업소에서 「청소년보호법」 제2조제1호에 따른 청소년인 종업원에게 영업소를 벗어나 다류 등을 배달하게 하여 판매하는 행위”
- 7) “휴게음식점영업자·일반음식점영업자가 음향시설을 갖추고 손님이 춤을 추는 것을 허용하는 행위. 다만, 특별자치도·시·군·구의 조례로 별도의 안전기준, 시간 등을 정하여 별도의 춤을 추는 공간이 아닌 객석에서 춤을 추는 것을 허용하는 경우는 제외한다.”

파. “유흥주점영업자는 성명, 주민등록번호, 취업일, 이직일, 종사분야를 기록한 종업원(유흥접객원만 해당한다)명부를 비치하여 기록·관리하여야 한다.”

하. “손님을 피어서 끌어들이는 행위를 하여서는 아니 된다.”

거. “업소 안에서 선량한 미풍양속을 해치는 공연, 영화, 비디오 또는 음반을 상영하거나 사용하여서는 아니 된다.”

너. “수돗물이 아닌 지하수 등을 먹는 물 또는 식품의 조리·세척 등에 사용하는 경우에는 「먹는물관리법」 제43조에 따른 먹는 물 수질검사 기관에서 다음의 검사를 받아 마시기에 적합하다고 인정된 물을 사용하여야 한다. 다만, 둘 이상의 업소가 같은 건물에서 같은 수원을 사용하는 경우에는 하나의 업소에 대한 시험결과로 해당 업소에 대한 검사에 갈음할 수 있다.”

1) “일부항목 검사: 1년(모든 항목 검사를 하는 연도는 제외한다) 마다 「먹는물 수질기준 및 검사 등에 관한 규칙」 제4조에 따른 마을상수도의 검사기준에 따른 검사(잔류염소검사는 제외한다)를 하여야 한다. 다만, 시·도지사가 오염의 염려가 있다고 판단하여 지정한 지역에서는 같은 규칙 제2조에 따른 먹는 물의 수질기준에 따른 검사를 하여야 한다.”

2) “모든 항목 검사: 2년마다 「먹는물 수질기준 및 검사 등에 관한 규칙」 제2조에 따른 먹는 물의 수질기준에 따른 검사”

더. “동물의 내장을 조리한 경우에는 이에 사용한 기계·기구류 등을 세척하여 살균하여야 한다.”

러. “식품접객업자는 손님이 먹고 남은 음식물을 다시 사용하거나 조리하거나 또는 보관(폐기용이라는 표시를 명확하게 하여 보관하는 경우는 제외한다)하여서는 아니 된다.”

머. “식품접객업자는 공통찬통, 소형찬기 또는 복합찬기를 사용하거나, 손님이 남은 음식물을 싸서 가지고 갈 수 있도록 포장용기를 비치하고 이를 손님에게 알리는 등 음식문화개선을 위해 노력하여야 한다.”

버. “휴게음식점영업자·일반음식점영업자 또는 단란주점영업자는 영업장 안에 설치된 무대시설 외의 장소에서 공연을 하거나 공연을 하는 행위를 조장·묵인하여서는 아니 된다. 다만, 일반음식점영업자가 손님의 요구에 따라 회갑연, 칠순연 등 가정의 의례로서 행하는 경우에는 그러하지 아니하다.”

서. “「야생생물 보호 및 관리에 관한 법률」을 위반하여 포획한 야생동물을 사용한 식품을 조리·판매하여서는 아니 된다.”

어. “법 제15조제2항에 따른 위해평가가 완료되기 전까지 일시적으로 금지된 식품등을 사용·조리하여서는 아니 된다.”

저. “조리·가공한 음식을 진열하고, 진열된 음식을 손님이 선택하여 먹을 수 있도록 제공하는 형태(이하 "뷔페"라 한다)로 영업을 하는 일반음식점영업자는 제과점영업자에게 당일 제조·판매하는 빵류를 구입하여 구입 당일 이를 손님에게 제공할 수 있다. 이 경우 당일 구입하였다는 증명서(거래명세서나 영수증 등을 말한다)를 6개월간 보관하여야 한다.”

처. “법 제47조제1항에 따른 모범업소가 아닌 업소의 영업자는 모범업소로 오인·혼동할 우려가 있는 표시를 하여서는 아니 된다.”

커. “손님에게 조리하여 제공하는 식품의 주재료, 중량 등이 아목에 따른 가격표에 표시된 내용과 달라서는 아니 된다.”

터. “아목에 따른 가격표에는 불고기, 갈비 등 식육의 가격을 100그램당 가격으로 표시하여야 하며, 조리하여 제공하는 경우에는 조리하기 이전의 중량을 표시할 수 있다. 100그램당 가격과 함께 1인분의 가격도 표시하려는 경우에는 다음의 예와 같이 1인분의 중량과 가격을 함께 표시하여야 한다.”

예) 불고기 100그램 ○○원(1인분 120그램 △△원)

갈비 100그램 ○○원(1인분 150그램 △△원)

퍼. “음식판매자동차를 사용하는 휴게음식점영업자 및 제과점영업자는 신고한 장소가 아닌 장소에서 그 음식판매자동차로 휴게음식점영업 및 제과점영업을 하여서는 아니 된다.”

허. “법 제47조의2제1항에 따라 위생등급을 지정받지 아니한 식품접객업소의 영업자는 위생등급 지정업소로 오인·혼동할 우려가 있는 표시를 하여서는 아니 된다.”

8. “위탁급식영업자와 그 종업원의 준수사항”

가. “집단급식소를 설치·운영하는 자와 위탁 계약한 사항 외의 영업행위를 하여서는 아니 된다.”

나. “물수건, 숟가락, 젓가락, 식기, 찬기, 도마, 칼, 행주 그 밖에 주방용

구는 기구 등의 살균·소독제, 열탕, 자외선살균 또는 전기살균의 방법으로 소독한 것을 사용하여야 한다.”

다. “「축산물 위생관리법」 제6조제1항에 따른 표시사항을 모두 표시하지 않은 축산물, 같은 법 제7조제1항을 위반하여 허가받지 않은 작업장에서 도축·집유·가공·포장 또는 보관된 축산물, 같은 법 제12조제1항·제2항에 따른 검사를 받지 않은 축산물, 같은 법 제22조에 따른 영업 허가를 받지 아니한 자가 도축·집유·가공·포장 또는 보관된 축산물 또는 같은 법 제33조제1항에 따른 축산물 또는 실험 등의 용도로 사용한 동물을 음식물의 조리에 사용하여서는 아니 되며, 「야생생물 보호 및 관리에 관한 법률」에 위반하여 포획한 야생동물을 사용하여 조리하여서는 아니 된다.”

라. “유통기한이 경과된 원료 또는 완제품을 조리할 목적으로 보관하거나 이를 음식물의 조리에 사용하여서는 아니 된다.”

마. “수돗물이 아닌 지하수 등을 먹는 물 또는 식품의 조리·세척 등에 사용하는 경우에는 「먹는물관리법」 제43조에 따른 먹는 물 수질검사 기관에서 다음의 구분에 따라 검사를 받아 마시기에 적합하다고 인정된 물을 사용하여야 한다. 다만, 같은 건물에서 같은 수원을 사용하는 경우에는 하나의 업소에 대한 시험결과로 갈음할 수 있다.”

1) “일부항목 검사: 1년마다(모든 항목 검사를 하는 연도의 경우를 제외한다) 「먹는물 수질기준 및 검사 등에 관한 규칙」 제4조제1항 제2호에 따른 마을상수도의 검사기준에 따른 검사(잔류염소검사를 제외한다). 다만, 시·도지사가 오염의 염려가 있다고 판단하여 지정된 지역에서는 같은 규칙 제2조에 따른 먹는 물의 수질기준에 따른 검사를 하여야 한다.”

2) “모든 항목 검사: 2년마다 「먹는물 수질기준 및 검사 등에 관한 규칙」 제2조에 따른 먹는 물의 수질기준에 따른 검사”

바. “동물의 내장을 조리한 경우에는 이에 사용한 기계·기구류 등을 세척하고 살균하여야 한다.”

사. “조리·제공한 식품(법 제2조제12호다목에 따른 병원의 경우에는 일반

식품만 해당한다)을 보관할 때에는 매회 1인분 분량을 섭씨 영하 18도 이하에서 144시간 이상 보관하여야 한다. 이 경우 완제품 형태로 제공한 가공식품은 유통기한 내에서 해당 식품의 제조업자가 정한 보관 방법에 따라 보관할 수 있다.”

차. “법 제15조제2항에 따라 위해평가가 완료되기 전까지 일시적으로 금지된 식품등에 대하여는 이를 사용·조리하여서는 아니 된다.”

카. “식중독 발생시 보관 또는 사용 중인 보존식이나 식재료는 역학조사가 완료될 때까지 폐기하거나 소독 등으로 현장을 훼손하여서는 아니 되고 원상태로 보존하여야 하며, 원인규명을 위한 행위를 방해하여서는 아니 된다.”

타. “법 제47조제1항에 따른 모범업소가 아닌 업소의 영업자는 모범업소로 오인·혼동할 우려가 있는 표시를 하여서는 아니 된다.”

4) 식품위생법 시행규칙상 행정처분의 기준

식품위생법 시행규칙 제89조 행정처분의 기준은 식품의약품 안전처장, 시도지사 또는 시장·군수·구청장이 영업하는자가 이 법을 지키지 아니 하는자 에게 시정명령, 폐기처분, 시설개수명령, 허가취소, 품목제조 정지, 면허취소의 행정처분을 할 때에 별표 23의 행정처분 기준을 적용하고 있다 라고 규정하고 그에 관한 세부적인 법조문은 아래와 같다.

[별표 23]

행정처분 기준(제89조 관련)

I. 일반기준

1. “둘 이상의 위반행위가 적발된 경우로서 위반행위가 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우에는 가장 중한 정지처분 기간에 나머지 각각의 정지처분 기간의 2분의 1을 더하여 처분한다.”

가. “영업정지에만 해당하는 경우”

- 나. “한 품목 또는 품목류(식품등의 기준 및 규격 중 같은 기준 및 규격을 적용받아 제조·가공되는 모든 품목을 말한다. 이하 같다)에 대하여 품목 또는 품목류 제조정지에만 해당하는 경우”
2. “둘 이상의 위반행위가 적발된 경우로서 그 위반행위가 영업정지와 품목 또는 품목류 제조정지에 해당하는 경우에는 각각의 영업정지와 품목 또는 품목류 제조정지 처분기간을 제1호에 따라 산정한 후 다음 각 목의 구분에 따라 처분한다.”
- 가. “영업정지 기간이 품목 또는 품목류 제조정지 기간보다 길거나 같으면 영업정지 처분만 할 것”
- 나. “영업정지 기간이 품목 또는 품목류 제조정지 기간보다 짧으면 그 영업정지 처분과 그 초과기간에 대한 품목 또는 품목류 제조정지 처분을 병과할 것”
- 다. “품목류 제조정지 기간이 품목 제조정지 기간보다 길거나 같으면 품목류 제조정지 처분만 할 것”
- 라. “품목류 제조정지 기간이 품목 제조정지 기간보다 짧으면 그 품목류 제조정지 처분과 그 초과기간에 대한 품목 제조정지 처분을 병과할 것”
3. “같은 날 제조한 같은 품목에 대하여 같은 위반사항(법 제7조제4항 위반행위의 경우에는 식품등의 기준과 규격에 따른 같은 기준 및 규격의 항목을 위반한 것을 말한다)이 적발된 경우에는 같은 위반행위로 본다.”
4. “위반행위에 대하여 행정처분을 하기 위한 절차가 진행되는 기간 중에 반복하여 같은 사항을 위반하는 경우에는 그 위반횟수마다 행정처분 기준의 2분의 1씩 더하여 처분한다.”
5. “위반행위의 횟수에 따른 행정처분의 기준은 최근 1년간(법 제4조부터 제6조까지, 법 제8조, 법 제19조 및 「성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률」 제4조 위반은 3년간으로 한다) 같은 위반행위(법 제7조제4항 위반행위의 경우에는 식품등의 기준과 규격에 따른 같은 기준 및 규격의 항목을 위반한 것을 말한다)를 한 경우에 적용한다. 다만, 식품등에 이물이 혼입되어 위반한 경우에는 같은 품목에서 같은 종류

의 재질의 이물이 발견된 경우에 적용한다.”

6. “제5호에 따른 처분 기준의 적용은 같은 위반사항에 대한 행정처분일 과 그 처분 후 재적발일(수거검사의 경우에는 검사결과를 허가 또는 신고관청이 접수한 날)을 기준으로 한다.”
7. “어떤 위반행위든 해당 위반 사항에 대하여 행정처분이 이루어진 경 우에는 해당 처분 이전에 이루어진 같은 위반행위에 대하여도 행정처 분이 이루어진 것으로 보아 다시 처분하여서는 아니 된다. 다만, 식품 접객업자가 별표 17 제7호다목, 타목, 하목, 거목 및 버목을 위반하거 나 법 제44조제2항을 위반한 경우는 제외한다.”
8. “제1호 및 제2호에 따른 행정처분이 있을 후 다시 행정처분을 하게 되는 경 경우 그 위반행위의 횟수에 따른 행정처분의 기준을 적용함에 있어서 종전의 행정처분의 사유가 된 각각의 위반행위에 대하여 각각 행정처분을 하였던 것으로 본다.”
9. “4차 위반인 경우에는 다음 각 목의 기준에 따르고, 5차 위반의 경우 로서 가목의 경우에는 영업정지 6개월로 하고, 나목의 경우에는 영업 허가 취소 또는 영업소 폐쇄를 한다. 가목을 6차 위반한 경우에는 영 업허가 취소 또는 영업소 폐쇄를 하여야 한다.”
 - 가. “3차 위반의 처분 기준이 품목 또는 품목류 제조정지인 경우에는 품목 또는 품목류 제조정지 6개월의 처분을 한다.”
 - 나. “3차 위반의 처분 기준이 영업정지인 경우에는 3차 위반 처분 기준 의 2배로 하되, 영업정지 6개월 이상이 되는 경우에는 영업허가 취 소 또는 영업소 폐쇄를 한다.”
 - 다. “식품등에 이물이 혼입된 경우로서 4차 이상의 위반에 해당하는 경 우에는 3차 위반의 처분 기준을 적용한다.”
10. “조리사 또는 영양사에 대하여 행정처분을 하는 경우에는 4차 위반 인 경우에는 3차 위반의 처분 기준이 업무정지이면 3차 위반 처분 기준의 2배로 하되, 업무정지 6개월 이상이 되는 경우에는 면허취소 처 분을 하여야 하고, 5차 위반인 경우에는 면허취소 처분을 하여야 한다.”

11. “식품등의 출입·검사·수거 등에 따른 위반행위에 대한 행정처분의 경우에는 그 위반행위가 해당 식품등의 제조·가공·운반·진열·보관 또는 판매·조리과정 중의 어느 과정에서 기인하는지 여부를 판단하여 그 원인제공자에 대하여 처분하여야 한다. 다만, 유통전문판매영업자가 판매하는 식품등이 법 제4조부터 제7조까지, 제8조부터 제11조까지 및 제13조를 위반한 경우로서 그 위반행위의 원인제공자가 해당 식품등을 제조·가공한 영업자인 경우에는 해당 식품등을 제조·가공한 영업자와 해당 유통전문판매영업자에 대하여 함께 처분하여야 한다.”
12. “제11호 단서에 따라 유통전문판매업자에 대하여 품목 또는 품목류 제조정지 처분을 하는 경우에는 이를 각각 그 위반행위의 원인제공자인 제조·가공업소에서 제조·가공한 해당 품목 또는 품목류의 판매 정지에 해당하는 것으로 본다.”
13. “즉석판매제조·가공업, 식품소분업 및 용기·포장류제조업에 대한 행정처분의 경우 그 처분의 양형이 품목 제조정지에 해당하는 경우에는 품목 제조정지 기간의 3분의 1에 해당하는 기간으로 영업정지 처분을 하고, 그 처분의 양형이 품목류 제조정지에 해당하는 경우에는 품목류 제조정지 기간의 2분의 1에 해당하는 기간으로 영업정지 처분을 하여야 한다.”
14. “법 제86조에 따른 식중독 조사 결과 식품제조·가공업소, 식품판매업소 또는 식품접객업소에서 제조·가공, 조리·판매 또는 제공된 식품이 해당 식중독의 발생원인으로 확정된 경우의 처분기준은 다음 각 목의 구분에 따른다.”
 - 가. “식품제조·가공업소: Ⅱ. 개별기준 1. 식품제조·가공업 등 제1호다목”
 - 나. “식품판매업소: Ⅱ. 개별기준 2. 식품판매업 등 제1호다목”
 - 다. “식품접객업소: Ⅱ. 개별기준 3. 식품접객업 제1호다목2)”
15. “다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우에는 행정처분의 기준이, 영업정지 또는 품목·품목류 제조정지인 경우에는 정지처분 기간의 2분의 1 이하의 범위(차목에 해당하는 경우는 10분의 9이하의 범위로

한다)에서, 영업허가 취소 또는 영업장 폐쇄인 경우에는 영업정지 3개월 이상의 범위에서 각각 그 처분을 경감할 수 있다.”

- 가. “식품등의 기준 및 규격 위반사항 중 산가, 과산화물가 또는 성분 배합비율을 위반한 사항으로서 국민보건상 인체의 건강을 해할 우려가 없다고 인정되는 경우”
- 나. “표시기준의 위반사항 중 일부 제품에 대한 제조일자 등의 표시누락 등 그 위반사유가 영업자의 고의나 과실이 아닌 단순한 기계작동 상의 오류에 기인한다고 인정되는 경우”
- 다. “식품 등을 제조·가공만 하고 시중에 유통시키지 아니한 경우”
- 라. “식품을 제조·가공 또는 판매하는 자가 식품이력추적관리 등록을 한 경우”
- 마. “위반사항 중 그 위반의 정도가 경미하거나 고의성이 없는 사소한 부주의로 인한 것인 경우”
- 바. 해당 위반사항에 관하여 검사로부터 기소유예의 처분을 받거나 법원으로부터 선고유예의 판결을 받은 경우로서 그 위반사항이 고의성이 없거나 국민보건상 인체의 건강을 해할 우려가 없다고 인정되는 경우. 다만, 차목에 해당하는 경우는 제외한다.
- 사. “식중독을 발생하게 한 영업자가 식중독의 재발 및 확산을 방지하기 위한 대책으로 시설을 개수하거나 살균·소독 등을 실시하기 위하여 자발적으로 영업을 중단한 경우”
- 아. “식품등의 기준 및 규격이 정하여지지 않은 유독·유해물질 등이 해당 식품에 혼입여부를 전혀 예상할 수 없었고 고의성이 없는 최초의 사례로 인정되는 경우”
- 자. “별표 17 제7호머목에 따라 공통찬통, 소형찬기 또는 복합찬기를 사용하거나, 손님이 남은 음식물을 싸서 가지고 갈 수 있도록 포장용기를 비치하고 이를 손님에게 알리는 등 음식문화개선을 위해 노력하는 식품접객업자인 경우. 다만, 1차 위반에 한정하여 경감할 수 있다.”

- 차. “법 제44조제2항제4호를 위반하여 청소년에게 주류를 제공하는 행위를 한 식품접객업자가 청소년의 신분증 위조·변조 또는 도용으로 청소년인 사실을 알지 못하였거나 폭행 또는 협박으로 인하여 청소년임을 확인하지 못한 사정이 인정되어 불기소처분이나 선고유예 판결을 받은 경우”
- 카. “그 밖에 식품 등의 수급정책상 필요하다고 인정되는 경우”
16. “소비자로부터 접수한 이물혼입 불만사례 등을 식품의약품안전처장, 관할 시·도지사 및 관할 시장·군수·구청장에게 지체 없이 보고한 영업자가 다음 각 목에 모두 해당하는 경우에는 차수에 관계없이 시정명령으로 처분한다. 소비자가 식품의약품안전처장 등 행정기관의 장에게만 접수한 경우도 위와 같다.”
- 가. “영업자가 검출된 이물의 발생방지를 위하여 시설 및 작업공정 개선, 직원교육 등 시정조치를 성실히 수행하였다고 관할 행정기관이 평가한 경우”
- 나. “이물을 검출할 수 있는 장비의 기술적 한계 등의 사유로 이물혼입이 불가피하였다고 식품의약품안전처장 등 관할 행정기관의 장이 인정하는 경우로 이물혼입의 불가피성은 식품위생심의위원회가 정한 기준에 따라 판단할 수 있다.”
17. “취폐 영업을 하는 일반음식점영업자가 별표 17 제7호저목에 따라 빵류를 제공하고 그 사실을 증명하면 Ⅱ. 개별기준의 3. 식품접객업의 제7호가목1)에도 불구하고 표시사항 전부를 표시하지 아니한 경우라도 그 행정처분을 하지 아니할 수 있다.”
18. “영업정지 1개월은 30일을 기준으로 한다.”
19. “행정처분의 기간이 소수점 이하로 산출되는 경우에는 소수점 이하를 버린다.”

제 3 절 행정재량권 행사의 선행연구 검토

1) 행정재량권의 발생원인

박천오, 박경효(1997)는 공무원의 재량권은 공무원이 행정행위를 하는데 선택의 여지를 갖는 것을 의미한다. 원래 법치국가에서는 법치주의의 원칙에 따라 공무원은 법규에 의거하여 행정행위를 하도록 되어 있다. 그러나 아무리 법치국가라 할지라도 법령에서 모든 것을 다 규정할 수 없다. 더군다나 오늘날처럼 과학기술이 발전하고 고도로 산업화 된 현대사회에서는 사회 각 분야의 다양한 행정수요를 예측하기 힘들며 더군다나 돌발적인 것도 많아 기계적으로 적용할 법령을 사전에 준비하는 것은 거의 불가능이라고 말할 수 있다. 그러므로 어떤 일이 발생 한 후에 이에 적용할 법령을 입법기관인 국회에서 제정하여 문제를 해결하는 것은 '사후약방문'으로 실효성을 지닌 행정부에서 우선 대처해야 한다고 주장한 바 있다.

이처럼 행정기관이나 행정기관에서 일하는 공무원은 입법기관의 근본적 한계로 인하여 재량권을 갖게 되고 이해관계인에게 영향력을 행사한다. 이런 요인 외에도 공무원이 재량권을 행사토록 하는 몇 가지 요인이 있다.

가) 법규적 제약의 한계

Perry, Somoff(1980)가 공무원은 항상 권한을 남용할 소지가 있다. 이 때문에 법령으로 공무원의 행동을 제약하는 것이 일반적 상례이다. 그러나 실무자를 믿지 못하여 그의 행동을 제약하려고 수많은 규정을 마련하는 것은 자칫하면 공무원에게 책임을 회피할 수 있는 기회를 마련해 준다고 주장을 하였고, 공무원은 문제가 발생하여 책임질 상황이 되면, 자기를 제약하고 있는 여러 규정 중에서 자기에게 가장 유리한 규정을 인용하여 자기 입장을 변명하고 책임을 회피한다.

Merton(1968)이 공무원은 조직의 목표보다는 규정의 준수를 더 중요하게 생각하여 이를 최상의 목표로 추구하는 경향이 있으므로 공무원의 행동을 규제하기 위하여 법규를 양산하는 것은 행동을 규제하는데 장애가 될 수 있다.

라고 주장한 바 있다.

나) 업무의 성격

공무원의 업무는 재량권을 억제하거나 축소하는 것이 어렵게 되어 있다. 아무리 정교하게 법규를 만든다 하더라도 이해관계인과 접촉하는 상황에서 그들이 따라야 할 조치를 모두 규정하는 것은 불가능하다. 그 이유를 보다 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 공무원이 담당하고 있는 업무는 너무나 복잡하기 때문에 프로그램적인 공식으로 만드는 것이 불가능하다. 예를 들어, 경찰관의 업무를 보면 경찰관 집행집행법과 기타 관련 법규에 몇 개의 포괄적인 업무규정이 있지만 구체적인 상황에서 어떻게 해야 할 것인지에 대해서는 상세한 규정이 없다.

둘째, 공무원의 업무는 개인의 주관적 판단과 능력을 요구한다. 특히 이해관계인과 접촉하는 공무원은 그가 다루는 사안이 동일한 것보다는 개개의 사정에 따라 달리 처리해야 할 것이 많으므로 매 사안마다 예리한 관찰과 판단을 해야 한다. 이처럼 사안의 처리가 공무원 개인의 주관적 능력에 따라 결정되기 때문에 획일적인 업무처리 방식의 규정이 곤란하다(정우일, 1995).

셋째, 업무의 성격상 이해관계인과의 접촉이 공무원의 재량권 억제를 어렵게 한다(Likpky, 1980). 특히, 일선공무원은 이해관계인과의 접촉에 대부분 시간을 보낸다. 이해관계인은 공무원의 결정에 따라 이익을 얻거나 손해를 볼 수 있으므로 공무원을 상당히 어렵게 생각한다. 이해관계인이 이처럼 공무원을 두려워하는 태도를 보임에 따라 공무원의 우월감이 강화된다. 이해관계인보다 우월적 지위에 있다는 공무원의 의식과 이해관계인의 순종적 태도는 재량권을 억제하려는 법규와 관계없이 재량권을 행사할 수 있는 여지를 공무원에게 부여한다.

다) 권위주의적 행정문화

행정문화란 특정 국가의 공무원들이 갖고 있는 의식구조, 사고방식, 가치관,

태도와 일반 국민의 행정에 대한 가치의식의 총합을 말한다(백완기, 1982). 여기서 행정문화는 일반문화에 대한 하위문화의 성격을 띠고 있다.

문화가 어느 정도까지 인간의 행위를 결정하는냐에 대해서는 여러 가지 입장이 있을 수 있으나 문화가 다름에 따라 그 속에 살고 있는 개인의 행동이 달라지게 마련이다. 마찬가지로 각국의 상이한 행정문화가 그 나라 공무원의 의식구조에 지대한 영향을 미친다. 이처럼 공무원의 행태에 영향을 미치는 행정문화에 대하여 백완기 교수는 우리나라의 행정문화의 특징으로 운명주의, 가족주의, 권위주의, 무사안일주의, 형식주의, 기분주의를 김만기 교수는 가족주의, 권위주의, 법의식, 질서의식, 명분주의를 들고 있으나(안문석, 1987), 공무원의 재량권 행사에 가장 영향을 미치는 행정문화는 권의주의라고 볼 수 있다라고 주장을 하고 있으며,

권의주의는 강자에 대해서는 무비판적으로 순종적 태도를 취하고 약자에 대해서는 강압적 위세로 임하여 그들로 하여금 복종하게끔 하려는 성향이며 모든 사람들을 수직선상에서 서열을 정해 놓고 평가하려는 성향이라고 볼 수 있다(Maslow, 1943), 따라서 권위주의적 행정문화가 지배적인 사회에서는 공무원들이 하거나 자기보다 하위계급으로 생각하며 법규정이 있음에도 국민들의 견해를 무시하거나 배제하고 자기들의 판단만으로 업무를 추진한다. 국민들 역시 공무원을 자기보다 높은 사람으로 생각하여 그들의 자의적 행동에 대하여 법규정에 따라 따지기 보다는 그대로 묵인하여 방조하는 경향이 있다. 라고 주장을 하였다.

라) 정책 적용상의 자의적 재량성

우리나라 법·제도의 형식주의도 공무원의 재량권 행사를 용이하게 만드는 요인이 된다. 형식주의란 법이나 제도가 규정한 내용과 실제 관행간에 차이가 나는 현상을 말한다. 형식주의가 있게 되면 정책의 수단인 법이나 규정의 기준이 높기 때문에(Pfeffer, 1981) 국민들의 준수가 어렵게 되고 규정을 이행하지 못하게 되며 결과적으로 규정을 위반하는 상태가 된다. 국민들은 한편으로는 규정의 위반행위가 보통 있는 일이라고 생각하면서도 항상 불안한 감정을

갖게 된다. 왜냐하면 규정의 불이행이 항상 방지되는 것이 아니고 그것이 적용될 때도 있기 때문이다(Merelman, 1966). 행정기관의 이러한 주기적 혹은 건헐적 법규정의 집행은 국민들에게 재수 없게 걸리면 ‘나’만 손해라는 인식을 갖게 하고 공무원의 눈치를 보게 하며 결과적으로 공무원의 자의적 재량권 행사도 묵인하게 만든다.

형식주의는 인·허가 업무 등에서 규정된 내용이 그대로 준수하기 힘들 때 많이 볼 수 있다. 예를 들면 행정절차법, 식품위생관계규정, 공해 기준법, 조세법의 일부, 소방법, 건축법의 일부 등이 이에 해당된다. 이러한 인·허가 사항들에 대해서는 민원인들이 규정을 모두 준수하기 힘들다. 규제자들도 이와 같은 법 제도상의 문제점을 알고 있고 이 분야에 범법 사실이 많다는 것도 알고 있다. 이러한 사례가 많고 모두를 처벌하기도 어렵고 무작위적으로 처벌해야 하는 경우 때문에 공무원의 자의적 재량권 행사가 국민들의 불만 속에서도 그대로 진행된다.

2) 행정재량권의 판단기준

지방자치단체별 특성에 부합되는 사회일반의 이익과 질서유지의 합목적성이 달성될 수 있도록 법률에서 행정청으로 위임한 권한에 대하여 세부적인 기준을 규정한 법령 자체의 불명확성으로 인하여 행정청에 의한 행정재량권이 일탈·남용되거나 재량권 자체가 행사되지 않음으로써 행정의 신뢰성과 예측가능성이 객관적으로 담보되지 아니하고, 오히려 행정행위로 인한 국민들의 권리 침해와 행정 불편이 발생하는 사례가 증가되고 있는 실정이라 하겠다.

그러나 현대 행정을 둘러싼 많은 문제 중에서 여전히 해결해야 할 중요한 과제 가운데 하나가 ‘재량행위의 적정성의 문제일 것이다.’ 행정청은 자의적인 재량권 행사를 방지하기 위해 재량준칙을 준수하지만, 법규와 같은 구속력은 없으며 특별한 사유가 발생할 경우 예외적으로 적용하지 않을 수도 있다.

결국 재량행위의 적정성 문제는 법이 허용하는 재량 범위 준수의 문제이다. 즉, 재량권의 행사가 목적과 한계를 벗어나면 위법하게 되어 사법심사의 대상이 된다. 강문수(2008)는 행정소송법 제27조는 ‘행정청의 재량에 속하는 처분

이라도 재량권의 한계를 벗어나 그 남용이 있을 때에는 법원은 이를 취소할 수 있다.’고 규정하고 있다. 본 조항에 관하여는 이론과 판례가 긍정하며, 판례는 재량의 목적과 범위를 검토하여 위법성 여부를 판단한다. 그리고 행정청은 재량권의 일탈 또는 남용에 관한 입증책임은 없다.

판례의 입장은 아래와 같다.

(판례 1) 행정청의 재량행위가 사법심사의 대상이 되는 경우

재량권의 남용이나 재량권의 일탈의 경우에는 그 재량권이 기속재량이거나 자유재량이거나를 사법심사의 대상이 된다⁶⁾

(판례 2) 재량권 일탈·남용여부에 관한 판단기준

사립학교법 제20조의 2 소정의 임원취임승인취소처분은 제재적 행정처분에 해당하느바, 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 판단하여야 한다.⁷⁾

(판례 3) 행정처분이 재량권을 일탈하였다는 점에 대한 주장입증책임

자유재량에 의한 행정처분이 그 재량권의 한계를 벗어난 것이어서 위법하다는 점은 그 행정처분의 효력을 다투는 자가 이를 주장·입증하여야 하고 처분청이 그 재량권의 행사가 정당한 것이었다는 점까지 주장·입증할 필요는 없다.⁸⁾ 선행연구에서 행정재량권 행사의 일탈·남용에 대한 판단기준의 구체적인 예는 다음과 같다.

한충록(1995)은 재량권의 남용이란, 재량의 외부적 한계는 지켜지고 있으나, 법이 재량권을 부여한 목적에 위배하여 재량행사가 이루어지는 경우를 말한다. 이것은 재량권의 행사에 관한 조리상의 제약으로서의 재량권의 내적한계를 벗어난 것으로서, 재량의 내재적 하자 이라한다. 재량권의 남용이 되는 경우는 다음과 같이 분석한다. ①목적위반, 동기의 부재란 행정행위에 의하여

6) 대법원 1984. 1. 31. 선고 83누451 판결.

7) 대법원 2007. 12. 27. 선고 2005두9651 판결.

8) 대법원 1987. 12. 8. 선고 87누861 판결.

추구되는 목적에는 두 가지 내용을 갖는다. 그 하나는 일반적인 공익목적이고, 다른 하나는 관계법규상의 구체적인 공익목적이다. 이것은 재량행위의 경우에도 마찬가지이다. 에 있어서도 마찬가지로 이와 같은 두 가지 목적을 추구한다. 따라서 공무원이 자의적·보복적 목적, 사정동기, 정치적 동기, 종교적 동기나 편견 등에 의하여 재량권을 발동할 때 그 처분은 공익목적에 위반한 처분이 된다. 또한 그 처분이 일반적인 공익목적에는 부합하나 그것이 관계법상의 구체적 공익목적에 배치되는 때에도 위법한 처분이 된다.라고 주장을 하였고, ②평등원칙의 위반, ③비례원칙의 위반, ④재량권의 불행사 또는 해태 등 재량권의 일탈·남용에 대한 판단기준을 중심으로 4가지 유형으로 구분하였다.

오세홍(2002)은 재량행위는 관계법상의 행위를 할 것 인지의 여부 내지는 법적으로 허용되는 행위 중에서 어떠한 행위를 할 것인가에 대하여, 행정기관에 일정한 재량권, 즉 독자적 판단권이 부여되어 있는 행위를 의미한다. 일반적으로 재량행위는 재량권의 일탈·남용의 경우에 위법한 처분이 된다고 하고, 재량권의 일탈은 외적 한계를 벗어난 것이고 남용은 내적 한계를 벗어난 경우라고 하고 있다. 행정소송법도 또한 “행정청의 재량에 속하는 처분이라도 그 재량권의 한계를 넘거나 그 남용이 있을 때에는 법원은 이를 취소할 수 있다”라고 규정하여, 일단 학설·판례의 입장을 반영하고 있다.라고 주장을 하면서 ①목적위반, ②사실의 정확성, ③재량권의 불행사, ④비례원칙에 의한 통제, ⑤평등원칙에 의한 통제 등 재량권의 일탈·남용에 대한 판단기준을 5가지 유형으로 구분하였다.

정사언(2012)은 재량권의 행사에 대한 남용과 일탈의 구별의 의미가 없다는 판례의 견해도 있으나, 일반적으로 일탈은 외적한계의 유월의 문제로, 남용은 내적한계의 남용으로 구분하여 검토하고 있다고 하면서, ①자기구속의 법리, ②평등의 원칙 위반, ③비례원칙의 위반, ④사실오인, ⑤입법목적정신의 위반, ⑥정상참작위반, ⑦신의성실·권리남용금지의 원칙, ⑧재량의 불행사(해태·흠결)등 재량권의 일탈·남용에 대한 판단기준을 8가지 유형으로 구분하였다.

조도연(2014)은 재량권의 일탈이란 행정청이 법이 허용한 재량의 범위를 넘어서 재량을 행사한 경우이다. 즉, 행정청에서 법에서 정한 법률효과를 선택하지 않은 경우이다. 재량권의 남용이란 행정청이 재량권의 내적한계 및 목적을 지키지 못한 경우로서, 행정청이 법규에 정해진 재량권의 범위내에서 재량권을 심사하였으나, 잘못 판단하여 재량행사가 행하여진 경우이다. 라고 주장을 하면서 재량권의 일탈·남용에 대한 9가지 판단기준을 제시 하였다. ①잘못된 사실을 기반으로 재량행위를 행사하는 경우로서 중요한 관점이나 요건 사실 인정에 오류가 발생된 경우인 사실오인이다, ②재량권이 법률에서 정한 원래의 목적과 실제적인 관련이 없는 다른 목적 등으로 행사되거나 사적 목적, 개인적 감정 및 편견 등 불법·부정한 동기에 기인하여 행사되는 목적위반과 부정한 동기이다, ③합리적 이유 없이 자의에 의하여 차별취급을 하는 경우로서 평등원칙 위반이다. 평등의 원칙은 법의 적용에 있어서의 평등 및 법의 내용에 있어서의 평등까지 포함하는 원칙이다. 또한 평등의 원칙은 자유재량을 제한하는 기능과 행정의 자기구속의 법리가 근거가 된다. 평등의 원칙을 위반하는 작용은 위헌·위법이 된다, ④행정이 추구하는 목적과 목적 실현수단과의 합리적인 비례관계를 유지하여야 하나 비례관계를 잃은 경우(부적당, 불필요한 처분, 최소한의 수단 선택 등)로서 비례원칙 위반이다. 비례의 원칙을 규정한 실정법은 다음과 같다. 헌법 제 37조 제2항 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.” 그리고 행정소송법 제27조(재량처분의 취소)와 경찰관직무집행법 제1조 제2항 “이법에 규정된 경찰관의 직권은 그 직무 수행에 필요한 최소한도에서 행사되어야하며 남용되어서는 아니 된다.” 고 규정하고 있다, ⑤당사자의 의견진술, 열람, 청문, 고지 등 법률에 규정된 절차를 준수하지 않은 경우로서 절차위반이다, ⑥명백히 불합리한 재량권의 행사이다. 재량권의 행사가 명백히 불합리한 경우에 당해 재량권 행사는 위법하다고 보아야 한다(박균성, 2012), ⑦근거법이 추구하는 목적과는 실제적 관련이 없는 상대방의 급부를 조건으로 하는 경우로서 부당결부금지의 원칙 위반이다, ⑧행정청이 당연히 고려하여야 할 사항을 고려하지 않거나, 고려하지 않아야 할 사

항을 고려하여 특정 이익을 과대하게 평가한 경우로서 정당한 형량의 원리에
기한 통제위반이다, ⑨행정청이 태만(재량권 발동 여부 심사 의무 불이행, 부
주의, 중요사항 누락 등), 착오(부지와 오인), 등으로 재량권을 행사하지 않거
나 재량을 해태한 경우로서 재량권의 불행사 등 재량권의 일탈·남용에 대한
판단기준을 9가지 유형으로 구분하였다.

제 3 장 식품위생법 관련 행정심판 재결사례 분석

제 1 절 충청남도 행정심판위원회의 재결사례

류광해(2013)는 2011년부터 2013년까지 충청남도 행정심판위원회에서 처리된 재결사례 중 식품위생법 관련 ‘청소년 주류 제공으로 영업정지처분을 받은 사건’에 한정하여 식품위생법 시행규칙상 처분기준의 문제점에 대하여 분석하였다. 충청남도 행정심판위원회에서 처리된 재결사례 중 식품위생법 관련 재결사례의 비중은 전체 739건 중 88건으로 11.9%에 이르고, 그 중 인용(취소)재결이 7건(8%), 일부인용(감경)재결이 69건(78.4%)으로 세부현황은 [표 3-1], [표 3-2], [표 3-3]과 같다.

[표 3-1] 충청남도 행정심판위원회 재결현황(2011-2013년)

년도	재결현황					
	계	인용	일부인용	기각	각하	기타
2011	265	68	41	102	17	37
2012	328	91	68	118	21	30
2013 ⁹⁾	146	27	20	78	14	7
합계	739	186	129	298	52	74
%		25.8	17.5	40.3	7.0	10.0

9) 이 처리건수는 2013년도 제5회 행정심판위원회 개최계획서상 사건처리현황에다가 2013년도 제6회 행정심판위원회의 처리결과를 더하여 산출

[표 3-2] 청소년 주류제공으로 인한 영업정지사건 재결사례

총 사례	인용(취소)재결	일부인용(감경)재결	기각재결
88건	7건	69건	12건
	8.0%	78.4%	13.6%

[표 3-3] 청소년 주류제공으로 인한 영업정지사건 인용재결율

구 분	사례수	인용율	일부인용율	기각율	기 타
전 체	739건	25.2%	17.5%	40.3%	10%
대상사건	88건	8.0%	78.4%	13.6	0%

류광해(2013)는 식품위생법 시행규칙 처분기준의 문제점으로 ①처분기준의 적정성에 대한 의문, ②행정청의 기계적 적용의 문제점, ③행정심판위원회의 감경기준의 불명확성에 대하여 지적하고, 식품위생법 시행규칙[별표 23]의 처분 기준은 법 제75조에서 요구하는 재량행사의 기준으로서의 역할을 제대로 하지 못하므로 동법 시행규칙상 처분기준의 구체화·명확화가 요구된다고 분석하였다. 식품위생법 관련 일부인용(감경)재결사유를 정리하면 [표 3-4]와 같다.

[표 3-4] 일부인용(감경) 재결사유

년도	순서	재결사유	재결내용
충청남도행정심판위원회 재결 (2011~2013)	1	경제형편, 반성	감경12일
	2	경제형편, 기소유예, 반성	감경45일
	3	경제형편, 반성	감경1월
	4	경제형편, 반성	감경15일
	5	모자가정, 부채, 반성	감경1월
	6	경제형편, 청각장애, 노모부양, 반성	감경15일
	7	중국인 직원의 실수, 높은 임대료, 반성	감경20일
	8	영업장 손님이 몰려 복잡한 상황, 어려운 가정형편, 은행부채, 반성	감경15일
	9	경제적, 정신적으로 어려운 상황, 반성	감경15일
	10	아르바이트생에게 신분확인 지시, 어려운 처지, 반성	감경1월
	11	가정형편, 반성	감경1월
	12	생활이 어려움	감경1월
	13	유일한 생계수단, 반성	감경1월

년도	순서	재결사유	재결내용
충청남도행정 심판 위원회 재결 (2011 ~ 2013)	14	영세점포, 경제형편, 반성	감경20일
	15	가정형편, 경제형편, 반성	감경10일
	16	가정형편, 초범, 반성	감경1월
	17	가정형편, 경제형편, 반성	감경1월
	18	청소년들의 일부기망행위, 경제형편, 초범, 반성	감경15일
	19	가정형편	감경1월
	20	초범, 경제형편	감경1월
	21	초범, 일부 신분증검사, 성인과 구별어려움, 남편과 사별 후 두 남매와 손주 부양	감경15일
	22	처와 이혼 가정형편, 경제형편, 반성	감경1월
	23	타인의 신분증제시, 초범	감경1월
	24	영세업자, 경제형편, 반성	감경1월
	25	유일한 생계수단, 경제형편, 반성	감경30일
	26	생계막연, 반성	감경1월
	27	1차 기소유예, 유일한 생계수단, 반성	감경1월15일
	28	기소유예, 유일한 생계수단, 반성	감경15일
	29	노약한 부친부양, 경제형편, 반성	감경1월
	30	장애인 점	과징금
	31	가족들 생계, 반성	감경15일
	32	위조신분증 제시등 기망행위, 만 18세로 외형상 성인, 경제형편, 반성	과징금
	33	기소유예, 경제형편	감경15일
	34	가정형편	감경15일
	35	초범, 유일한 생계수단, 반성	감경20일
	36	기소유예, 경제형편, 반성	감경15일
	37	식별곤란, 회사근무복 착용, 무전취식 사술	감경7일
	38	가족상황, 부채, 경제형편	감경30일
	39	위조, 타인의 신분증 제시	취소처분
	40	경제형편	감경45일
	41	청소년 일행의 기망행위	감경15일
	42	이혼 후 혼자 가족부양, 자녀양육, 경제형편	감경1월
	43	초범, 고령의 시모 및 디스크 수술한 남편 부양, 경제형편	감경15일
	44	제공시기가 연말인 점, 대입수능을 마친 고3, 83세 모친 부양	감경15일
	45	노부모 등 가족 생계	감경1월
	46	초범, 경제형편	감경1월
	47	초범, 일부 신분증검사, 외면상 성인, 가족 및 경제형편	감경15일
48	1명만 남기고 도주, 계획된 행동	감경1월	
49	상당한 부채 등 경제형편	감경1월	
50	경제형편	감경1월	
51	기소유예, 10년간 불법영업을 하지 않으려는 노력	감경20일	
52	신분증 검사, 위조신분증 제시	처분취소	
53	초범, 대학생으로 착각, 기소유예, 경제형편	감경20일	
54	기소유예, 주방일 종업원이 주류 제공, 초범	감경20일	

년도	순서	재결사유	재결내용
충청남도행정심판위원회 재결 (2011~2013)	55	성년 동행, 초범, 반성	감경20일
	56	반성, 가족과 종업원의 생계곤란	감경1월
	57	반성, 가족의 생계곤란	감경1월
	58	반성, 경제형편	감경1월
	59	청소년의 신고, 반성	감경1월
	60	이혼 후 2자녀 양육, 초범	감경20일
	61	반성, 종업원 교육 약속	감경15일
	62	청소년이 냉장고에서 가져감, 왕복 5만 택시를 타고 왔다감. 술을 따르고 마시기전 단속, 계획적으로 보임, 모범음식점 지정, 반성	감경7일
	63	반성, 12년간 성실히 운영, 반성	감경15일
	64	신분증 검사 실시, 타인의 신분증 제시	감경10일
	65	초범, 경제형편	감경20일
	66	초범, 반성, 경제형편	감경20일
	67	초범, 기소유예, 경제형편, 반성	감경20일
	68	초범, 종업원의 친구와 친구사이, 경제형편	감경15일
	69	2명이 언니의 신분증 제시, 초범, 경제형편, 반성	감경15일
	70	반성, 가정형편	감경2월
	71	성인일행, 기소유예, 초범, 경제형편	감경20일
72	대학생, 5인가족의 생계유지, 청소년여부확인, 손님일행에게 속은 점	처분취소	
73	본사 가맹점 사장이 의도적으로 투입, 경제형편	처분취소	
74	전 업주가 벌금을 납부, 영업정지는 없는 것으로 알고 양도받음	처분취소	
75	형사 무혐의처분	처분취소	

제 2 절 경기도 행정심판위원회의 재결사례

2013년부터 2017년까지 경기도 행정심판위원회에서 처리된 재결사례에 대하여 정보공개청구로 공개된 3년간 접수된 사건은 8,491건으로 94차례 행정심판위원회를 통하여 사건이 처리 되었고, 행정심판위원회 개최시 마다 평균 101건에 달하는 사건이 처리되었음을 확인하였다.

접수된 사건 중 이송 884건과 계류 1,626건을 제외한 6,281건을 처리한 결과, 인용재결이 2,224건(35.4%), 기각재결이 3,88건(49.1%), 각하재결이 969건(15.4%)으로 나타났다. 경기도 행정심판위원회에서 처리된 재결현황은 [표 3-5]와 같다.

[표 3-5] 경기도 행정심판위원회 재결현황(2015-2017년)

구 분	위 원 회 개최횟수	접 수	처 리				취하 이송	계 류
			계	인용	기각	각하		
2015년	32회	2,560	1,864	793	671	400	180	516
2016년	30회	2,890	2,026	763	991	272	249	615
2017년	32회	3,041	2,391	668	1,426	297	155	495
계	94회	8,491	6,281	2,224	3,088	969	584	1,626
%		100	73.9	35.4	49.1	15.4	6.8	19.1

경기도 행정심판위원회의 재결사례 분석결과, 분야별 처리현황은 식품위생법위반 사건이 포함된 보건복지 분야 관련이 총 6,281건 중 2,916건으로 전체의 46.4%로 많은 비중을 차지하였으며, 해마다 증가하고 있음을 확인하였다. 분야별 재결현황은 [표 3-6]와 같다.

[표 3-6] 경기도 행정심판위원회 분야별 재결현황(2015-2017년)

연도	합계	보건 복지	건설 교통	문화 관광	산업 자원	농림 축산	해양 수산	환경	정보 공개	자치
2015	1,864	882	752	198	88	40		59	197	32
2016	2,026	1,009	563	104	77	35		28	142	68
2017	2,391	1,025	752	198	88	40		59	197	32
3년	6,281	2,916	2,067	500	253	115		146	536	132
%	100	46.4	32.9	7.9	4	1.8		2.3	8.5	2.1

정보공개를 통하여 공개된 경기도 행정심판위원회에서 처리된 재결사례는 771건이 접수되어 인용재결이 191건(24.7%), 일부인용재결이 139건(18%)으로 세부적인 재결현황은 [표 3-7]과 같다.

[표 3-7] 정보공개 된 경기도 행정심판위원회 재결현황

구 분	접 수	처 리			
		인 용	일부인용	기 각	각 하
2015년	473	79	68	286	40
2016년	114	64	2	45	3
2017년	184	48	69	65	2
계	771	191	139	396	45
%	100	24.7	18	51.3	5.8

정보공개청구를 통하여 확인된 경기도 행정심판위원회의 재결사례 771건 중 식품위생법 관련 사건이 86건(11.1%)이고, 식품위생법 개별기준별 분석결과는 식품판매업 관련 32건(37.2%), 식품제조·가공업 관련 30건(34.8%), 식품접객업 관련 23건(26.7%)으로 확인이 되었다. 식품위생법관련 일부인용(인용) 재결사유를 정리하면 [표 3-8]과 같다.

[표 3-8] 식품위생법 관련 일부인용(인용) 재결사유

사건번호	재결사유	재결내용
2015-1859	냉면육수에서 대장균 양성 판정	각하
2015-1866	음식점 호객행위로 전주인의 위법행위 사실존재, 인수받기전임을 고려	감경7일
2015-1014	잘못제공된 순대국이 먹지 않았다고 하여 타인에게 제공된 음식에서 새우 껍 나옴	감경7일
2015-1847	지하수 사용, 수질검사 받지 않음, 업소 양수한 지 약 5개월만에 단속, 지하수 수질검사	감경7일
2015-1861	20년 동안 수도물 수질검사 실시, 1회만 미실시	감경7일
2015-1692	일반음식점에 무도장 설치	기각
2015-1698	무단으로 영업장 확장	기각
2015-1712	공익신고 제품판매1개, 같은지역에서 여러 공익제보, 제보사진 만으로 근거부족	처분취소
2015-816	춤 춘 행위를 무도장으로 판단 시설개수명령 위법	처분취소
2015-793	생산한 유효기간 수기 표기를 실수로 잘못표기	감경 7일
2015-254	유통기한표시 법리오해	감경15일
2015-817	영업정지 산정에 오류	감경1일
2015-1027	커피 생두 수입과정에서 유통기한 경과 재품을 제조, 가공한 것은 아닌것으로 판단	감경7일

사건번호	재결사유	재결내용
2015-1398	군부대 납품 김치에 우레탄 조작이 나옴	기각
2015-796	포장재 보관기준을 착오로 판단 위반횟수에 포함	처분취소
2015-935	유통기한 변조 위반 법적용을 잘못 적용	처분취소
2015-2109	고구마 허위광고에 해당 하는 것으로 법리오해	처분취소
2015-676	영업자가 아닌자가 가공한 제품판매, 악의적 신고	감경27일
2015-708	영업자가 아닌자가 가공한 제품판매, 악의적 신고	감경27일
2015-728	영업자가 아닌자가 가공한 제품판매, 악의적 신고	감경27일
2015-1474	유통기한 경과제품 1개	감경3일
2015-984	유통기한 경과된 제품 1개 판매, 관리부실	감경4일
2015-894	유통기한 경과사실 알리지 않음, 2시간동안 4개소신고, 증거능력 어려움	처분취소
2015-895	유통기한 경과사실 알리지 않음, 1일 5개소 신고	처분취소
2015-914	유통기한 경과 사진, 민원인 공익신고 3개소 진정성 결여	처분취소
2015-934	특수장비이용 유통기한 경과 제품진열 촬영, 구매과정 촬영 의심, 자인 날인거부	처분취소
2015-986	유통기한 경과된 제품 판매자에게 알리지 않음, 사진 치밀하게 촬영	처분취소
2015-987	유통기한 경과된 제품 1개 판매, 신고위한 동영상 및 사진 치밀하게 촬영	처분취소
2015-1033	유통기한 경과 신고자가 3시간동안 6개소, 진열대 있었는지 의심	처분취소
2015-1150	유통기한 경과 신고자가 3시간동안 6개소, 진열대 있었는지 의심	처분취소
2015-1466	유통기한 경과, 알리지 않고, 동영상 치밀하게 촬영, 주변지역 마트에서 동일 신고	처분취소
2015-1516	유통기한 경과제품 판매 영수증미, 다른 곳 에서도 사용 공익신고, 사실관계 불 명확	처분취소
2015-1538	유통기한 경과제품 공익신고, 다른 곳 에서도 사용 공익신고	처분취소
2015-1663	파파라치 공익신고, 사실관계 제한	처분취소
2016-1371	청소년주류제공 신고포상금 127건 중 일부만 지급, 107건 지급 의무행정심판	각하
2016-345	CCTV삭제되는 시점에 신고, 방어권을 침해 당했다.	처분취소
2016-1986	과징금 산정기준을 개정규정 미적용 부과	처분취소
2016-1635	영업시간 이후 지인들이 도박, 화투와 담요를 내어 주지 않았다. 영업과 관련 없음	처분취소
2016-1923	기소유예처분, 유통기한 오인하여 처분	처분취소
2016-1293	청소년주류제공 2차 위반, 영업정지 4개월 처분, 의견 제출 송달누락,절차상 하자	처분취소
2016-1668	청소년주류제공, 처분사전통지 및 의견제출 반송, 행정절차법위반	처분취소
2016-951	단란주점 유통접객원 고용관련 불기소처분(혐의 없음),	처분취소
2016-259	인터넷 허위광고에 해당하지 않음의 법리 오해	처분취소
2016-1219	과징금 산정기준을 개정규정 미적용 부과	처분취소
2016-1284	소분과정, 재포장 과정을 처분청에서 입증 못함	처분취소
2016-19	불기소처분, 제조일자 허위표시 몰랐다. 유통기한 정상표기	처분취소
2016-1979	불기소처분, 헌법소헌 위헌결정 받음	처분취소
2016-10	공익신고, 판매자에게 알리지 않음, CCTV소멸된후 신고, 여러 마트 동일한 신고	처분취소
2016-234	식파라치에 의한 조작된 허위신고	처분취소
2016-243	식파라치에 공익신고, CCTV소멸 된 후 신고, 여러마트 동일한 신고	처분취소

사건번호	재결사유	재결내용
2016-250	공익신고, CCTV소멸 된 후 신고, 고의성 확인방법 없음	처분취소
2016-618	식파라치 신고, 판매자에게 알리지 않고 42일 경과 후 신고	처분취소
2016-638	수입식품 유통기한 남아있다 판단	처분취소
2016-1000	공익신고, CCTV 삭제되는 시점에 신고, 방어권을 침해당했다.	처분취소
2016-1129	공익신고, 유통기한 경과제품 알리지 않음, 점포 점검시 유통기한 경과제품 없음	처분취소
2016-1130	행정처분 이행후 헌법 소원 위헌결정 받음	처분취소
2016-1131	헌법소원 위헌결정 받음	처분취소
2016-873	유통기한 경과된 제품1, 구입하지 않고 신고후 사라짐, 방어기회 사라짐	처분취소
2017-2015	기소유예처분,	감경10일
2017-1917	영업장소 상이, 영업자 지위승계 신고시 총수 미 명시	감경처분
2017-1079	부적합받은 지하수 계속 사용하다 적발, 위반최초, 상수도 설치 한 점	감경처분
2017-1088	부적합받은 지하수 계속 사용하다 적발, 위반최초, 상수도 설치 한 점	감경처분
2017-1089	부적합받은 지하수 계속 사용하다 적발, 위반최초, 상수도 설치 한점, 생계곤란	감경처분
2017-2260	청소년주류제공 2차단속, 영업정지명령 미이행, 경제적어려움, 병원비 등	감경처분
2017-290	수입원표기 원 제품과 다르게 표기, 최초위반, 생계곤란	감경15일
2017-772	유통기한 초과표시 진열, 단속 최초위반, 잘못된인정, 생계곤란	감경15일
2017-843	자가 품질검사 1회 미실시, 담당직원 퇴사이후 인수인계 부족	감경15일
2017-2228	김치생산 자가 품질검사 기간 미준수, 7일 경과, 경영상 어려움	감경15일
2017-2273	표시위반 사실존재, 사소한 부주의로 인한 점	감경1개월
2017-2423	수입금지된 품목 판매, 수익이 소액, 행정처분 받은 사실 없음	감경1개월
2017-1190	카카오톡에 과대광고, 자발적 삭제, 영세 사업장, 경제적 어려움	감경1월15일
2017-2147	보존 및 유통기준에 관한 법리 오해의 흠	감경4일
2017-2009	유통기한 제품 진열판매 1회, 행정처분 처음	감경4일
2017-624	무료로 제공된 소스 제공, 13년동안 처분받은 사실없음,대출 생계제한	감경8일
2017-2048	유통기한 원료 보관하다 적발, 자인, 위반행위 최초	감경8일
2017-352	3년동안 행정처분 받은적 없음, 사건이후 화재로 재산피해, 경제적 손실	감경9일
2017-724	유통기한 경과제품 진열, 행정처분 사실 없음, 적자운용,	과징금감경
2017-954	유통기한 경과제품 진열, 특별 사법경찰단에 적발	기각
2017-876	단순소분업에 이물혼인 신고 접수후 현장조사간 사실확인, 행정처분 해당 안 됨	처분취소
2017-997	유통기한 경과제품 사진만으로 인정제한, 영업장확인결과 경과제품 없음	처분취소
2017-1010	식품 이물관리 업무 메뉴얼, 구속력이 없는 기준으로 행정처분 위법	처분취소
2017-777	식파라치, 유통기한 제품 이유로 금전요구	감경3일
2017-324	유통기한 경과제품진열, 의견서 제출시 자인, 최초위반, 재고관리 노력	감경7일
2017-1535	냉동식품을 보관온도 위반판매	기각
2017-441	공익신고, 유통기한 제품 판매자에게 알리지 않음,	처분취소
2017-2262	단란주점 식품영업자 지위승계신고, 제출된 서류 사문서 위조로 고소	각하,기각

식품위생법 관련 사건이 86건 중 식품판매업관련 사건 32건(기각 1건 제외)을 분석한 결과, 식파라치에 의한 악의적 신고가 25건(80.6%), 유통기한 및 관리 부실이 4건(12.9%), 헌법소원이 2건(6.4%)으로 나타났다.

사회적 문제로까지 대두되고 있는 신고포상금 등을 노린 식파라치에 의한 악의적 신고는 매우 높은 비중(80.6%)을 차지하고 있으며, 이는 식품위생법 제정 목적에 부합하지 않음을 알 수 있다.

세부 재결현황은 아래 [표 3-9]와 같다.

[표 3-9] 식품위생법 관련 개별기준별 재결현황

구 분	계	재결현황			
		처분취소	감 경	기 각	각 하
식품판매업	32건(37.2%)	24	7	1	
식품제조·가공업	30건(34.8%)	11	17	2	
식품접객업	23건(26.7%)	9	10	2	2
기 타	1건(1.1%)				1
계	86건(100%)	44(51.1%)	34(39.5%)	5(5.8%)	3(3.4%)

식품위생법 위반 사건 인용율은 90.6%로 경기도 행정심판위원회의 재결사례 사건 35.4% 대비 약 3배 이상 높았으며, 정보공개 된 사건 42.7% 대비 2배 이상 높은 것으로 확인되어 선행연구에서 지적한 문제점과 같음을 확인할 수 있었다.

세부 재결현황은 아래 [표 3-10]과 같다.

[표 3-10] 경기도 행정심판위원회의 재결율

구 분	사례수	인용율	기각율	각하율
경기도 행정심판위원회의 재결사례 사건	6,281건	35.4%	49.7%	15.4%
정보공개 된 사건	771 건	42.7%	51.3%	5.3%
식품위생법 위반사건	86 건	90.6%	5.8%	3.4%

제 4 장 식품위생법상 행정재량권 행사의 문제점 및 개선방안

제 1 절 식품위생법상 행정재량권 행사의 문제점

식품위생법 시행규칙 제89조 별표 23의 일반기준 중 15호 “다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우에는 행정처분의 기준이, 영업정지 또는 품목·품목류 제조정지인 경우에는 정지처분 기간의 2분의 1 이하의 범위(차목에 해당하는 경우는 10분의 9이하의 범위로 한다)에서, 영업허가 취소 또는 영업장 폐쇄인 경우에는 영업정지 3개월 이상의 범위에서 각각 그 처분을 경감할 수 있다.”는 감경기준의 적용대상이 되는 행정심판 재결사례를 대상으로 행정재량권 행사의 문제점을 분석해 본 결과, 사실오인, 절차위반, 정당한 형량의 원리에 기한 통제위반, 재량권의 불행사 등 4가지의 문제점으로 파악되었다.

1) 사실오인

식품위생법 시행규칙 제89조 별표 23의 행정처분 일반기준 15호 중 마목 “위반사항 중 그 위반의 정도가 경미하거나 고의성이 없는 사소한 부주의로 인한 것인 경우”와 관련하여 파악된 행정재량권 행사의 문제점으로써 충청남도 행정심판위원회의 재결사례 76건 중 17건(22.3%)과 경기도 행정심판위원회의 재결사례 83건 중 49건(59%)이 해당하는 것으로 파악 되었다.

이들은 모두 위반의 정도가 경미하거나 고의성이 없는 사소한 부주의로 인한 사실이 존재함에도 그러한 사실을 오인하여 처분하였다가 행정심판을 통하여 처분취소 내지는 처분감경을 받은 사례라 하겠으며, 감경기준의 적용대상여부 내지는 적용범위에 관한 재량권 행사의 한계와 범위의 불명확성과 사실오인에서 기인된 위법·부당한 처분에 해당된다 하겠다.

이와 관련하여 사실오인이 존재하는 식품위생법상 행정심판 재결사례에 관한 세부현황을 정리하면 [표 4-1]과 같다.

[표 4-1] 사실오인이 존재하는 행정심판 재결사례

구 분	사건번호	재 결 사 유	재결내용
충청남도 행정심판위원회 재결 (2011 ~ 2013)		아르바이트생에게 신분확인 지시, 어려운 처지, 반성	감경1월
		청소년들의 일부기망행위, 경제형편, 초범, 반성	감경15일
		초범, 일부 신분증검사, 성인과 구별어려움, 남편과 사별후 두 남매와 손주부양	감경15일
		타인의 신분증제시, 초범	감경1월
		위조신분증 제시등 기망행위, 만 18세로 외형상 성인, 경제형편, 반성	과징금
		식별곤란, 회사근무복 착용, 무전취식 사술	감경7일
		위조, 타인의 신분증 제시	취소처분
		청소년일행의 기망행위	감경15일
		초범, 일부 신분증검사, 외형상 성인, 가족 및 경제형편	감경15일
		1명만 남기고 도주, 계획된 행동	감경1월
		신분증 검사, 위조신분증 제시	취소처분
		청소년이 냉장고에서 가져감, 왕복 5만 택시를 타고 왔다감.술을 따르고 마시기전 단속	감경7일
		신분증 검사실시, 타인의 신분증 제시	감경10일
		2명이 언니의 신분증 제시, 초범, 경제형편, 반성	감경15일
경기도 행정심판위원회 재결 (2015)	2015-254	유통기한표시 별리오해	감경15일
	2015-676	영업자가 아닌자가 가공한 제품판매, 악의적 신고	감경27일
	2015-708	영업자가 아닌자가 가공한 제품판매, 악의적 신고	감경27일
	2015-728	영업자가 아닌자가 가공한 제품판매, 악의적 신고	감경27일
	2015-793	생산한 유효기간 수기 표기를 실수로 잘못표기	감경 7일
	2015-796	포장재 보관기준을 착오로 판단 위반횟수에 포함	처분취소
	2015-816	춤 춘 행위를 무도장으로 판단 시설개수명령 위법	처분취소
	2015-817	영업정지 산정에 오류	감경1일
	2015-894	유통기한 경과사실 알리지 않음, 2시간동안 4개소신고, 증거능력 어려움	처분취소
	2015-895	유통기한 경과사실 알리지 않음, 1일 5개소 신고	처분취소
	2015-914	유통기한 경과 사진, 민원인 공익신고3개소 진정성 결여	처분취소
	2015-934	특수장비이용 유통기한 경과제품 품진열 촬영, 구매과정 촬영 의심,	처분취소
	2015-935	유통기한 변조 위반 법적용을 잘못 적용	처분취소
	2015-986	유통기한 경과된 제품 판매자에게 알리지 않음, 사진 치밀하게 촬영	처분취소
	2015-987	유통기한 경과된 제품 1개판매, 신고위한 사진 치밀하게 촬영	처분취소
	2015-1027	커피수입과정에서 유통기한 경과 제품을 가공한 것은 아님	감경7일
	2015-1033	유통기한 경과 신고자가 3시간동안 6개소, 진열대 있었는지 의심	처분취소
	2015-1150	유통기한 경과 신고자가 3시간동안 6개소, 진열대 있었는지 의심	처분취소
	2015-1466	유통기한 경과품목 알리지 않고 신고, 주변지역 마트에서 동일 신고	처분취소
	2015-1516	유통기한 경과제품 판매 영수증이, 다른 곳 에서도 사용 공익신고,	처분취소
	2015-1538	유통기한 경과제품 공익신고, 다른 곳 에서도 사용 공익신고	처분취소
	2015-1663	파파라치 공익신고, 사실관계 제한	처분취소
	2015-1712	같은지역에서 여러 공익제보, 제보 사진만으로 근거 부족	처분취소
	2015-2109	고구마 허위광고에 해당하는 것으로 별리오해	처분취소

구 분	사건번호	재 결 사 유	재결내용
경기도 행정심 판위원 회 재결 (2016 ~2017)	2016-10	공익신고, 판매자에게 알리지 않음, 여러 마트 동일한 신고	처분취소
	2016-234	식파라치에 의한 조작된 허위신고	처분취소
	2016-243	식파라치에 의한 공익신고, CCTV소멸된 후 신고, 여러마트 동일한 신고	처분취소
	2016-250	공익신고, CCTV소멸된후신고, 고의성 확인방법 없음	처분취소
	2016-259	인터넷허위광고에 해당하지 않음의 법리오해	처분취소
	2016-345	CCTV삭제되는 시점에 신고, 방어권을 침해당했다.	처분취소
	2016-618	식파라치 신고, 판매자에게 알리지 않고 42일 경과 후 신고	처분취소
	2016-638	수입식품 유통기한 남아있다 판단	처분취소
	2016-1000	공익신고, CCTV삭제되는 시점에 신고, 방어권을 침해당했다.	처분취소
	2016-1129	공익신고, 유통기한 경과제품 알리지 않음	처분취소
	2016-1130	행정처분 이행후 헌법소헌 위헌 결정 받음	처분취소
	2016-1131	헌법소헌 위헌결정 받음	처분취소
	2016-1219	과징금 산정기준을 개정규정 미적용 부과	처분취소
	2016-1284	소분과정, 재포장 과정을 처분청에서 입증 못 함	처분취소
	2016-1635	영업시간 이후 지인들이 도박, 화투와 담요를 내어주지 않았다.	처분취소
	2016-1923	기소유예처분, 유통기한 오인하여 처분	처분취소
	2016-1986	과징금 산정기준을 개정규정 미적용 부과	처분취소
	2017-441	공익신고, 유통기한 제품 판매자에게 알리지 않음	처분취소
	2017-777	식파라치, 유통기한 제품 이유로 금전 요구	감경3일
	2017-876	단순 소분업에 이물혼인 신고 접수후 현장 조사간 사실오인, 해당 안 됨	처분취소
	2017-997	유통기한 경과제품 사진만으로 인정제한, 영업장 확인결과 없음	처분취소
	2017-1010	식품 이물관리 업무 매뉴얼, 구속력이 없는 기준으로 행정처분 위법	처분취소
	2017-1917	영업장소 상이, 영업자지위승계 신고시 층수 미명시	감경처분
2017-2147	보존 및 유통기준에 관한 법리 오해의 흠	감경4일	
2017-2273	표시위반 사실존재, 사소한 부주의로 인한 점	감경1개월	

식품위생법상 식품판매업자에 대한 행정처분이 사실오인에 의하여 처분취소 된 대표적인 행정심판 재결사례를 살펴보면 아래와 같다.

□ 주문: 피청구인이 2016. 1. 25. 청구인에 대하여 한 식품위생법위반 영업정지 15일 처분을 취소한다.

이 사건 청구서 및 답변서, 기타식품판매업 영업허가(신고)대장, 공익신고자 동영상에서 추출된 사건 당시 사진 및 영수증, 국민권익위원회 통보 공문, “의견제출서, 이 사건 처분서 등의 기재내용에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다.”

청구인은 00시 00로000번길 0에서 이 사건 업소를 운영하는 자로, 청구인은 피청구인으로부터 이 사건 처분과 동일한 위반사항으로 2015. 9. 18. 1차 처분을 받은 사실이 있다. 국민권익위원회는 2015. 11. 18. 익명의 민원인으로부터 청구인이 유통기한이 경과된 이 사건 제품1과 이 사건 제품2를 판매한 사실을 접수하였다. 이 사건 제품1의 개당 판매가격, 판매량, 유통기한은 650원, 1개, 2015, 9. 22. 이며 이 사건 제품2의 개당 판매가격, 판매량, 유통기한은 각 750원, 1개, 2015, 9. 23.이며 영수증 구매일자는 2015. 10. 6. 이다. 피청구인은 2015. 12. 10. 국민권익위원회로부터 신고서와 증빙자료를 송부 받아 사실조사, 처분사전통지, 의견제출 절차를 거쳐 2015. 1. 25. 「식품위생법」 위반 사유로, 같은 법 제75조 및 “같은 법 시행규칙 제89조 [별표23] 행정처분기준” 규정에 따라 청구인에게 영업정지 15일 처분을 하였다.

「식품위생법」 “제44조제1항, 제75조제1항 및 같은 법 시행규칙 제57조 [별표17], 같은 법 시행규칙 제89조[별표23] 행정처분의 기준 등에 따르면 식품소분·판매업자는 유통기한이 경과된 제품을 판매의 목적으로 소분·운반·진열 또는 보관하거나 이를 판매하여서는 아니 되고, 이를 위반하였을 경우” 2차 위반 시 영업정지 14일의 행정처분을 할 수 있고, 「식품위생법 시행규칙」 제89조 [별표23] 행정처분의 기준 I.일반기준에 따르면 “위반사항 중 그 위반의 정도가 경미하거나 고의성이 없는 사소한 부주의로 인한 것인 경우에는 행정처분의 기준이 영업정지 또는 품목·품목류 제조정지인 경우에는 정지처분 기간의 2분의 1 이하의 범위에서 그 처분을 경감할 수 있다.”

청구인은 신고인의 의도가 불순하고 사건의 진위를 확실히 확인할 수 있는 CCTV 저장기간이 지난 후 즉 구매시점으로부터 1개월 이상 경과한 시점에 신고를 함으로써 이 사건 업소에서는 정확히 확인할 방법이 없는 바, 그 고의성이 의심된다고 주장한다.

살피건대, “청구인이 식품판매업자로서 부주의한 책임을 면하기 어렵다고 할지라도, 이 사건 처분의 근거법인 「식품위생법」 제75조제1항은 재량행위로 규정하고 있으므로 위 법규 소정의 위반행위를 이유로 행정처분을

하는 경우에는 그 위반경위나 위반정도, 행정처분에 의하여 달성하려는 공익적 목적과 개인이 입게 될 불이익 등을 따져 그 처분의 적정을 기하여야 할 것인 바,”

이 사건 처분의 원인이 되는 위반행위는 유통기한이 경과된 제품 2개를 진열·판매한 사항에 불과하여 그 위반정도가 경미하고, 이 사건 제품의 판매로 얻게 되는 이익이 소액에 불과하여 위반행위의 동기가 있다고 할 수 없는 점, “신고인이 유통기한 경과제품이 진열되어 있음을 확인하였음에도 판매자에게 알리지 않고 동영상을 치밀하게 촬영하였고, CCTV자료가 소멸된 후 신고가 되어 청구인의 방어기회를 봉쇄하고 있는 점 등을 종합하여 볼 때, 정황상 이 사건 처분의 단초가 되었던 유통기한이 경과된 제품이 2015. 10. 6. 이 사건 업소에 진열되어 있었던 식품인지 의심스러워 이 사건 처분의 근거로 하기에는 부족하여 보인다.”

2) 절차위반

행정절차법 제21조제1항 “행정청은 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 처분하려는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거 등을 당사자에게 통지하여야 한다.” 는 규정과 제24조제1항 “사전 통지를 하지 아니하는 경우 행정청은 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 문서로 당사자등에게 통지를 하지 아니한 사유를 알려야 하되, 신속히 처리할 필요가 있거나 사안이 경미한 경우에는 말 또는 그 밖의 방법으로 할 수 있다.”라는 규정은 피처분당사자의 의견진술, 열람, 청문, 고지 등의 처분절차를 명문화 한 것으로써 이를 준수하지 않은 처분은 위법한 행정행위가 된다.

경기도 행정심판위원회 재결사례 83건 중 2건(2.4%)이 이러한 절차위반에 의하여 처분취소된 재결사례에 해당된다 하겠고, 이와 관련하여 절차위반이 존재하는 식품위생법상 행정심판 재결사례에 관한 세부현황을 정리하면 [표 4-2]와 같다.

[표 4-2] 절차위반이 존재하는 행정심판 재결사례

구 분	사건번호	재 결 사 유	재결내용
경기도 행정심 판위원 회재결 (2016)	2016-19	처분에 대한 사전통지를 하지 않음, 절차상 하자	처분취소
	2016-1668	처분사전통지 및 의견제출 안내문이 반송, 유선으로 안내, 절차상 하자	처분취소

식품위생법상 식품접객업자에 대한 행정처분이 절차위반에 의하여 처분취소된 대표적인 행정심판 재결사례를 살펴보면 아래와 같다.

□ 주문 : 피청구인이 2016. 12. 14. 청구인에게 한 일반음식점
영업정지 4개월 처분을 취소한다.

OO경찰서장은 청구인이 2016. 1. 15.부터 운영하는 일반음식점인 이 사건 업소(영업장 면적 : 35.7㎡)에서 청구인이 2016. 4. 30. 21:00경 OOO 등 청소년 4명에게 소주 2병의 주류를 판매한 사실을 적발(제1차)하여 2016. 5. 10. 피청구인에게 통보한데 이어, 청구인이 이 사건 업소에서 2016. 7. 8. 01:00경 청소년 OOO(18세, 남)에게 소주 2병의 주류를 판매한 사실을 적발(제2차)하여 2016. 7. 14. 피청구인에게 재차 통보하였다. 이에 피청구인은 처분 사전통지 및 의견제출 안내를 한 후, 2016. 8. 3. 「식품위생법」 제44조제2항제4호 위반을 사유로 청구인에게 「식품위생법」 제75조, 같은 법 시행규칙 제89조 [별표 23]에 규정된 I.일반기준의 제4호를 적용하여 영업정지 3개월(2016. 8. 22. ~ 11. 19.) 처분을 하였다. 한편 OO경찰서장은 청구인이 이 사건 업소에서 2016. 8. 2. 01:40경 OOO(17세, 남) 등 청소년 2명에게 소주 3병, 맥주 1병의 주류를 판매한 사실을 적발(제3차)하여 2016. 8. 19. 피청구인에게 재차 통보하였다. 이에 피청구인은 2016. 12. 14. 「식품위생법 시행규칙」 제89조 [별표 23]에 규정된 I.일반기준의 제4호를 적용하여 청구인에게 위 영업정지 3개월을 영업정지 4개월(2017. 1. 4. ~ 5. 3.)로 변경하는 이 사건 처분을 하였으나, 해당 처분 전 처분사전통지 및 의견제출안내문을 청구인에게 송달하지는 아니하였다. 한편 OO경찰서장은 청구인이 2016. 9. 16. 23:00경 OOO 등 청소년 3명에게 소주 2병의 주류를 판매한 사실을 적발(제4차)하여 2016. 9. 26. 피청구인에게 통보하였고, 이에 피청구인은

처분사전통지 및 의견제출안내절차를 거쳐 2017. 1. 10. 「식품위생법 시행규칙」 제89조 [별표 23]에 규정된 II.개별기준의 3.식품접객업 제11호 라목 소정의 행정 처분 기준(2차 위반)을 적용하여 청구인에게 영업정지 3개월(2017. 2. 7. ~ 5. 7.) 처분을 하였다.

「식품위생법」 제44조제2항제4호에 따르면 식품접객영업자는 청소년에게 주류를 제공하는 행위를 하여서는 아니 되고, 「식품위생법」 제75조제1항제13호, 같은 법 시행규칙 제89조 [별표 23]에 따르면, 식품의약품안전청장 또는 특별자치도지사 시장·군수·구청장은 위 법 조항을 위반한 자에게 영업정지 2개월(1차 위반), 영업정지 3개월(2차 위반), 영업허가등록취소 또는 영업소 폐쇄(3차 위반)를 명할 수 있되, “위반행위에 대하여 행정처분을 하기 위한 절차가 진행되는 기간 중에 반복하여 같은 사항을 위반하는 경우에는 그 위반횟수마다 행정처분 기준의 2분의 1씩 더하여 처분한다.”

피청구인은 청구인이 2016. 4. 30.과 2016. 7. 8. 2회에 걸쳐서 청소년에게 주류를 판매한 사실을 원인으로 2016. 8. 3. 영업정지 3개월의 처분을 하였고, 청구인은 2016. 8. 16. 위 영업정지 3개월 처분의 취소를 구하는 이 사건 행정심판을 제기하였다. 이 사건 행정심판이 제기된 이후 OO경찰서장으로부터 청구인이 2016. 8. 2. 청소년에게 주류를 판매한 사실을 통보받은 피청구인은 2016. 12. 14. 청구인에게 위 영업정지 3개월을 영업정지 4개월로 변경하는 처분을 하였고, 청구인은 이 사건 행정심판의 청구취지를 위 영업정지 4개월 처분의 취소를 구하는 것으로 변경하였다.

「행정절차법」 제21조 제1항은 “행정청은 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 처분하려는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거 등을 당사자등에게 통지하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 그런데 피청구인은 2016. 12. 14. 위 영업정지 4개월 처분을 하기 이전에 그 처분에 대한 사전통지를 하지 아니하였는바, 위 영업정지 4개월 처분은 절차상의 하자가 있어 위법하므로, 취소함이 타당하다.

3) 정당한 형량의 원리에 기한 통제위반

행정청이 처분을 함에 있어 이익형량을 전혀 하지 아니하거나 이익형량의 고려대상 사항을 누락한 경우에 해당하는 행정재량권의 일탈·남용에 대하여 대법원은 “부동산 실권리자명의등기에 관한 법률 시행령 제4조의 2 단서는 조세를 포탈하거나 법령에 의한 제한을 회피할 목적이 아닌 경우에 과징금의 100분의 50을 감경할 수 있다고 규정하고 있으나, 이는 임의적 감경기준임이 명백하므로 감경사유가 존재하고 과징금 부과 관청이 감경사유까지 고려하고도 과징금을 감경하지 않은 채 과징금 전액을 부과하는 처분을 한 경우에 이를 위법하다고 단정할 수 없으나, 행정행위를 함에 있어 이익형량을 전혀 하지 아니하거나 이익형량의 고려대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우 또는 이익형량을 하였으나 정당성·객관성이 결여된 경우에는 그 행정행위는 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이라고 할 수 밖에 없다.” 라고 판시하고 있다.

충청남도 행정심판위원회의 재결사례 76건 중 47건(61.8%)과 경기도 행정심판위원회의 재결사례 83건 중 23건(27.7%)이 행정청이 고려하지 않아야 할 사항을 고려하여 특정 이익을 과대하게 평가한 경우에 해당된다 하겠다.

식품위생법 시행규칙 별표 23의 행정처분 일반기준 15호 마목에는 위반사항 중 그 위반의 정도가 경미하거나 고의성이 없는 사소한 부주의로 인정될 만한 사실이 존재하는 경우에 한하여 처분기간의 2분의 1이하의 범위 내에서 감경할 수 있는 기준만이 존재한다 하겠다.

[표 4-3]의 행정심판 재결사례는 이러한 일반기준에 속하는 행정청이 당연히 고려해야 할 사항에 해당되지 않는 사유를 근거로 처분형량을 감경함으로써 재량권을 일탈·남용한 사례라 하겠다.

[표 4-3] 정당한 형량의 원리에 기한 통제위반이 존재하는 행정심판 재결사례

구 분	사건번호	재결사유	재결내용
충청남도 행정심판위원회 재결 (2011 ~ 2013)		경제형편, 반성	감경12일
		경제형편, 반성	감경1월
		경제형편, 반성	감경15일
		모자가정, 부채, 반성	감경1월
		경제형편, 청각장애, 노모부양, 반성	감경15일
		중국인 직원의 실수, 높은 임대료, 반성	감경20일
		영업장 손님이 몰려 복잡한 상황, 어려운 가정형편, 은행부채, 반성	감경15일
		경제적, 정신적으로 어려운 상황, 반성	감경15일
		가정형편, 반성	감경1월
		생활이 어려움	감경1월
		유일한 생계수단, 반성	감경1월
		영세직포, 경제형편, 반성	감경20일
		가정형편, 경제형편, 반성	감경10일
		가정형편, 초범, 반성	감경1월
		가정형편, 경제형편, 반성	감경1월
		가정형편	감경1월
		초범, 경제형편	감경1월
		처와이혼 가정형편, 경제형편, 반성	감경1월
		영세업자, 경제형편, 반성	감경1월
		유일한 생계수단, 경제형편, 반성	감경30일
		생계 막연, 반성	감경1월
		노약한 부친부양, 경제형편, 반성	감경1월
		장애인 점	과징금
		가족들 생계, 반성	감경15일
		가정형편	감경15일
		초범, 유일한 생계수단, 반성	감경20일
		가족상황, 부채, 경제형편	감경30일
		경제형편	감경45일
		이혼 후 혼자 가족부양, 자녀양육, 경제형편	감경1월
		초범, 고령의 시모 및 디스크 수술한 남편 부양, 경제형편	감경15일
		제공시기가 연말인 점, 대입수능을 마친 고3, 83세 모친 부양	감경15일
		노부모 등 가족 생계	감경1월
		초범, 경제형편	감경1월
		상당한 부채 등 경제형편	감경1월
		경제형편	감경1월
		성년 동행, 초범, 반성	감경20일
		반성, 가족과 종업원의 생계곤란	감경1월
		반성, 가족의 생계곤란	감경1월
		반성, 경제형편	감경1월
		청소년의 신고, 반성	감경1월
		이혼 후 2자녀 양육, 초범	감경20일
		반성, 종업원 교육 약속	감경15일
	반성, 12년간 성실히 운영, 반성	감경15일	
	초범, 경제형편	감경20일	
	초범, 반성, 경제형편	감경20일	
	초범, 종업원의 친구와 친구사이, 경제형편	감경15일	
	반성, 가정형편	감경2월	

구 분	사건번호	재결사유	재결내용
경기도 행정심 판위원 회재결 (2015)	2015-1866	음식점 호객행위로 전 주인의 위법행위 사실존재, 인수받기전임을 고려	감경7일
	2015-1014	잘못제공된 순대국을 먹지 않았음 제공된 음식에 세우 젓 나눔	감경7일
	2015-1847	지하수 사용, 수질검사 받지 않음, 염소 양수한지 약 5개월 만에 단속, 지하수 수질검사	감경7일
	2015-1861	20년 동안 수도물 수질검사 실시, 1회만 미 실시	감경7일
경기도 행정심 판위원 회재결 (2017)	2017-1079	부적합 받은 지하수 계속사용하다 적발, 위반최초, 상수도 설치 한 점	감경처분
	2017-1088	부적합 받은 지하수 계속사용하다 적발, 위반최초, 상수도 설치 한 점	감경처분
	2017-1089	부적합 받은 지하수 계속사용하다 적발, 위반최초, 상수도 설치 한 점, 생계곤란	감경처분
	2017-2260	청소년주류제공 2차 단속, 영업정지명령 미이행, 경제적 어려움 등	감경처분
	2017-290	수입원표기 원 제품과 다르게 표기, 최초위반, 생계곤란	감경15일
	2017-772	유통기한 초과표시 진열, 단속, 최초위반, 잘못인정, 생계곤란	감경15일
	2017-843	자가품질검사 1회 미 실시, 담당직원 퇴사 이후 인수인계 부족	감경15일
	2017-2228	김치생산 자가 품질검사 기간 미 준수, 7일경과, 경영상 어려움	감경15일
	2017-2423	수입 금지된 품목 판매, 수익이 소액, 행정처분 받은 사실 없음	감경1개월
	2017-1190	카카오톡에 과대광고, 자발적 삭제, 영세 사업장, 경제적 어려움	감경1월5일
	2017-2009	유통기한 경과 된제품 진열판매 1회, 행정처분 받은 사실 없음	감경4일
	2017-624	무료로 제공된 소스제공, 13년동안 처분받은 사실 없음, 대출생계제한	감경8일
	2017-2048	유통기한 원료 보관하다 적발, 자인, 위반행위 최초	감경8일
	2017-352	3년동안 행정처분 받은 적 없음, 사건이후 화재로 재산피해, 경제적 손실	감경9일
	2017-724	유통기한 경과제품 진열, 행정처분받 은 사실없음, 적자운용,	과징금감경
	2017-1474	유통기한 경과제품 1개	감경3일
	2017-984	유통기한 경과된 제품 1개 판매, 관리부실	감경4일
	2017-324	유통기한 경과제품진열, 의견서 제출시 자인, 최초위반, 재고관리노력	감경7일
2017-873	유통기한 경과된 제품1, 구입하지 않고 신고 후 사라짐, 방어기회 사라짐	처분취소	

식품위생법상 식품판매업자에 대한 행정처분이 정당한 행량의 원리에 기한 통제위반에 의하여 처분감경된 대표적인 행정심판 재결사례를 살펴보면 아래와 같다.

□ 주문 : 피청구인이 2017. 2. 3. 청구인에 대하여 한 식품위생법위반 영업정지 7일 처분을 영업정지 3일 처분으로 변경한다.

이 사건 청구서 및 답변서, 기타식품판매업영업신고대장, 사업자등록증, 출장복명서, 적발제품 현장사진, 처분사전통지서, 의견제출서, 식품이력추적 관리 등록증 및 이 사건 처분서 등에 의하면 아래와 같은 사실이 각 인정 된다. 청구인은 2014. 9. 23.부터 ○○시 ○○○구 ○○로 ○○○에서

‘(주)○○○○’이라는 상호의 기타식품판매업소를 운영하는 자이다. 피청구인은 2017. 1. 2. 이 사건 업소에서 유통기한이 경과한 제품을 판매하였다는 민원을 접수받아 2017. 1. 3. 이 사건 업소에 대한 현장점검을 실시하여 유통기한이 경과된 이 사건 제품(유통기한 2016. 12. 12.)을 진열·보관한 사실을 확인하여 처분사전통지, 의견제출 절차를 거쳐 2017. 2. 3. 청구인에게 「식품위생법」 제44조제1항 위반에 따른 영업정지 7일(2017. 3. 2. ~ 2016. 3. 8.)의 처분을 하였다. 청구인은 2017. 2. 2. 피청구인에게 “평소 유통기한 경과제품 진열방지를 위해 제품에 대한 검수를 엄격히 하고 있는 점, 그간 유통기한 경과제품 진열에 따른 법 위반 사실이 없어 왔던 점, 최근 극심한 불경기로 업소 운영이 어려운 점 등을 감안하여 이 사건 처분을 감경해 줄 것과 해당 영업정지 처분을 3월 이후로 해 줄 것을 바란다”는 내용의 의견을 제출하였다. 이 사건 업소는 영업장 면적이 775.46㎡이고, 영업개시 이래 식품위생법 위반에 따른 행정제재처분을 받은 이력이 없으며, 2015. 10. 16. 식품이력추적관리 등록을 하였다.

“ 「식품위생법」 제44조제1항, 제75조제1항 및 같은 법 시행규칙 제57조 [별표17], 같은 법 시행규칙 제89조 [별표23]에 따르면 식품판매업자는 유통기한이 경과된 제품을 판매의 목적으로 진열 또는 보관하거나 이를 판매하여서는 아니 되고, 이를 위반하였을 경우 1차 위반 시 행정처분기준은 영업정지 7일이다.”

청구인은 식품이력추적관리 등록하는 등 유통기한 경과제품 진열 방지에 철저를 기해 왔던 점, 과거 법 위반 이력이 없었던 점, 적발 제품이 단지 1종의 소량에 불과한 점, 최근 불어 닳친 불경기에 경제적으로 어려운 점 등을 들며 이 사건 처분이 취소되어야 한다고 주장한다.

살피건대, 청구인이 청구서와 의견제출서를 통해 이 사건 위반행위를 자인하고 있는 점, 적발 당시 사진에 이 사건 제품의 유통기한이 2016. 12. 12.로 표시되어 있는 점 등에 비추어 청구인이 유통기한이 경과한 제품이 이 사건 업소에 진열한 사실은 명백해 보이며, 행정법규 위반에 대하여 가하는 제재조치는 행정법규 위반에 대하여 가하는 제재조치는 행정법규 위반이라는 객관적 사실에 착안하여 가하는 제재이므로, 위반자에게 그 의무

해태를 타할 수 없는 정당한 사유가 있는 경우 등의 특별한 사정이 없는 한 위반자에게 고의나 과실이 없다고 하더라도 부과된다고 할 것(대법원 2012. 6. 28. 선고 2010두24371 판결 참조)인 바, 청구인의 사정 상 유통기한 경과제품의 판매 목적 진열·보관 금지 의무를 소홀히 함이 그 의무 해태를 타할 수 없는 정당한 사유에 해당한다고 볼 수 없으므로 이 사건 처분은 적법하다.

다만, 청구인이 동일한 위반행위로 행정처분을 받은 이력이 없고, 유통기한 경과 제품의 단가와 수량이 소액, 소량에 불과하여 청구인이 이 제품 판매로 얻을 경제적 이익에 비해 이 사건 처분으로 청구인이 입게 될 손실은 가혹한 점, 평소 식품이력추적관리시스템을 도입하는 등 청구인의 재고 관리 노력을 보건데, 선량한 관리자의 의무를 지나칠 정도로 소홀히 한 것으로 보이지 않는 점 등을 고려하여 영업정지 7일 처분을 영업정지 3일 처분으로 변경함이 타당하다.

4) 재량권의 불행사

감경사유를 전혀 고려하지 않았거나 오인함으로써 재량권을 불행사한 경우에 대하여 대법원은 “부동산 실권리자명의등기에 관한 법률 시행령 제4조의 2 단서는 조세를 포탈하거나 법령에 의한 제한을 회피할 목적이 아닌 경우에 과징금의 100분의 50을 감경할 수 있다고 규정하고 있다. 그런데 위 부동산 실명법 시행령 제3조의 2 단서는 임의적 규정임이 명백하므로, 위와 같은 감경사유가 존재하더라도 과징금 부과 관청이 감경사유까지 고려하고도 과징금을 감경하지 않은 채 과징금 전액을 부과하는 처분을 한 경우에는 이를 위법하다고 단정할 수 없으나, 위 감경사유가 이를 전혀 고려하지 않았거나 감경사유에 해당하지 않는다고 오인한 나머지 과징금을 감경하지 아니하였다면 그 과징금 부과처분은 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이라고 할 수밖에 없다.”¹⁰⁾라고 판시하고 있다.

10) 대법원 2010. 7. 15. 선고 2010두7031 판결.

[표 4-4]의 행정심판 재결사례는 모두 식품위생법 시행규칙 제89조 별표 23의 행정처분 일반기준 15호 중 바목 “기소유예의 처분을 받거나 법원으로부터 선고유예의 판결을 받은 경우”에 해당되지만, 행정청이 이러한 감경사유를 전혀 고려하지 않음으로써 재량권을 불행사한 사례라 하겠다.

충청남도 행정심판위원회의 재결사례 76건 중 11건(14.4%)과 경기도 행정심판위원회의 재결사례 83건 중 4건(4.8%)이 이러한 기소유예 내지는 불기소처분을 받은 사실이 존재하여 기속재량의 감경사유에 해당되나, 이에 대한 감경사유를 행정청이 전혀 고려하지 아니하고 식품위생법 시행규칙 제89조 별표 23의 행정처분 개별기준에 의한 형량을 기계적으로 적용함으로써 재량권을 일탈·남용한 사례라 하겠다.

[표 4-4] 재량권의 불행사가 존재하는 행정심판 재결사례

구 분	사건번호	재결사유	재결내용
충청남도 행정심판 위원회 재결 (2011 ~ 2013)		기소유예	감경45일
		기소유예	감경1월15일
		기소유예	감경15일
		기소유예	감경15일
		기소유예	감경15일
		기소유예	감경20일
			형사 무혐의처분
경기도 행정심판 위원회 재결 (2016, 2017)	2016-19	불기소처분(혐의 없음)	처분취소
	2016-951	불기소처분(혐의 없음)	처분취소
	2016-1979	불기소처분(혐의 없음)	처분취소
	2017-2015	기소유예	감경40일

식품위생법상 식품제조·가공업자에 대한 행정처분이 재량권의 불행사에 의하여 처분취소된 대표적인 행정심판 재결사례를 살펴보면 아래와 같다.

□ 주문: 피 청구인은 2015. 12. 21. 청구인에 대하여 한 식품위생법 위반 영업정지 1개월의 처분을 취소한다.

행정심판 청구서 및 답변서, 업소관리대장, OO적발 공문 및 확인서, 불기소이유통지서, 처분사전통지서, 처분서 등을 살펴보면 다음과 같은 사실이 인정된다. 청구인은 이 사건 업소를 운영하는 식품소분업자로, 2014. 9. 1.경부터 2015. 7. 9.경까지 소분 판매하는 완제품을 그대로 나누어 유통할 목적으로 재포장·판매하는 업종으로 당초 표시되어 있는 제품의 제조연월일이나 유통기한을 그대로 표시하여야 함에도 당초 완제품에 표시되어 있는 제조연월일을 무시하고 소분 작업을 한 날을 기준으로 제조연월일을 표시하는 방법으로 제조연월일을 연장하여 유통업체인 'OOOO'등을 비롯하여 45개 중간유통업자에게 'OOO'등 9개 제품 도합 8,179개(792박스), 시가 81,905,292원 상당인 제품의 제조연월일을 사실과 다르게 표시하여 판매한 사실이 식품의약품안전처에 적발되어, 2015. 3. 17. 「식품위생법」 제13조제1항 위반(유통기한 허위표시)으로 피청구인에게 통보되었다. 이에 피청구인은 청구인에게 2015. 11. 25. 행정처분 전 사전통지를 거친 후 이 사건 처분을 하였다. 청구인은 2015. 12. 23. OO으로부터 혐의없음(증거불충분)으로 불기소처분을 받았는데, 불기소이유로는 이 사건 제품을 소분하면서 제조일자를 소분일로 허위 표시한 사실에 대해 알지 못하였고, 기존의 표시방법이 잘못된 것인지 몰랐으며, 청구인(피의자)이 소분작업에 직접 관련하지 않았다는 직원들의 진술, 제조일자는 소분일로 허위표시 되었으나 유통기한은 사실대로 표시된 점을 종합하면 피의자(청구인)가 직원들에게 소분제품의 제조일자를 허위로 표시하도록 하였다고 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할만한 증거가 없다고 기재되어 있다.

「식품위생법」 제13조제1항제2호에 의하면 누구든지 식품등의 명칭·제조방법, 품질·영양 표시, 유전자재조합식품등 및 식품이력추적관리 표시에 관하여는 사실과 다르거나 과장된 표시·광고를 하여서는 안되고, 같은 법 시행규칙 제8조에는 법 제13조에 따른 허위표시 및 과대광고의 범위는 용기·포장 및 라디오·텔레비전·신문·잡지·음악·영상·인쇄물·간판·인터넷, 그 밖

의 방법으로 식품등의 명칭·제조방법·품질·영양가·원재료·성분 또는 사용에 대한 정보를 나타내거나 알리는 행위이며 ‘제조연월일 또는 유통기한을 표시함에 있어서 사실과 다른 내용의 표시·광고’등이 포함된다. 영업자가 「식품위생법」 제13조제1항을 위반한 경우에는 시장·군수·구청장 등은 제75조제1항에 의거 영업허가 또는 등록을 취소하거나 6개월 이내의 기간을 정하여 그 영업의 전부 또는 일부를 정지하거나 영업소 폐쇄를 명할 수 있고, 「식품위생법」 제13조 위반과 관련하여, 같은 법 시행규칙 제89조 [별표 23] II. 개별기준 1. 제7호 바목 “그 밖에 표시사항의 기준을 위반한 경우로서 1) 식품 또는 식품첨가물을 소분함에 있어 원제품에 표시된 제조연월일 또는 유통기한을 초과하여 표시하는 등 원 표시사항을 변경한 경우 영업정지 1개월과 해당 제품 폐기”를 명할 수 있다.

청구인은 식품소분업소의 영업주로서 수산물 등의 완제품을 소분하면서 제조일자 및 유통기한을 변경 하였다는 사유로 OO에 적발되었으나, 청구인은 소분 작업 시 원래의 제품보다 유통기한을 짧게 표시하거나, 소분한 날을 제조일(소분일)로 표시한 사항이며, 「식품위생법」 위반에 대하여 서울서부지방법검찰청으로부터 불기소(무혐의) 처분을 받은 점 등을 감안하여 이 사건 처분의 취소를 주장하여 살피건대,

청구인은 이 사건 업소를 운영하는 식품소분업자로 위 인정사실에 의하면 청구인은 소분 판매하는 제품은 완제품을 그대로 나누어 유통할 목적으로 재포장·판매하는 업종으로 당초 표시되어 있는 제품의 제조연월일이나 유통기한을 그대로 표시하여야 함에도 당초 완제품에 표시되어 있는 제조연월일 대신 소분 작업을 한 날을 기준으로 제조연월일을 표시하는 방법으로 제조연월일을 변경한 사실이 있다. 이에 대해 피청구인은 「식품위생법」 제13조제1항제2호 및 같은 법 시행규칙 제8조 제조연월일허위표시금지 위반 및 같은 법 시행규칙 제89조 [별표 23] II. 개별기준 1. 제7호 바목1) “식품 또는 식품첨가물을 소분함에 있어 원제품에 표시된 제조연월일 또는 유통기한을 초과하여 표시하는 등 원 표시사항을 변경한 경우에 해당한다고 판단하여 이 사건 처분을 하였으나, 이 사건 처분의 근거법인 「식품위생법」 제75조제1항은 재량행위로 규정하고 있으므로 위 법규 소정의

위반행위를 이유로 행정처분을 하는 경우에는 그 위반경위나 위반정도, 행정처분에 의하여 달성하려는 공익적 목적과 개인이 입게 될 불이익 등을 따져 그 처분의 적정을 기하여야 할 것인바,” 청구인이 비록 제조연월일을 사실과 다르게 표시한 사실은 있으나 유통기한은 사실대로 표시함으로 유통기한을 연장할 의도가 있어 보이지 않는 점, 이 사건 위반행위에 대해 검찰로부터 ‘혐의없음’으로 불기소 처분을 받은 점 등을 고려할 때 이 사건 처분이 청구인에게 과도하다고 판단되므로 이 사건 처분의 취소를 하는 것이 타당하다 할 것이다.

제 2 절 식품위생법상 행정재량권 행사의 개선방안

사실오인, 절차위반, 정당한 형량의 원리에 기한 통제위반, 재량권의 불행사 등 식품위생법 시행규칙 제89조 별표 23의 행정처분 일반기준 15호의 감경기준 적용대상이 되는 행정심판 재결사례를 대상으로 파악된 행정재량권 행사의 4가지 문제점에 대한 개선방안을 제시하면 다음과 같다.

1) 사실오인

위반의 정도가 경미하거나 고의성이 없는 사소한 부주의로 인한 사실이 존재함에도 그러한 사실을 오인하여 처분하였다가 행정심판을 통하여 처분감경 내지는 처분취소를 받은 사례로써 충청남도 행정심판위원회의 재결사례 76건 중 17건(22.3%)과 경기도 행정심판위원회의 재결사례 83건 중 49건(59%)이 해당되는 것으로 파악되었다.

이들은 모두 감경기준의 적용대상여부 내지는 적용범위에 관한 재량권 행사의 한계와 범위의 문제가 존재함으로써 식품위생법 시행규칙 제89조 별표 23의 행정처분 일반기준에 대한 세분화 및 구체적인 심사기준의 마련이 필요하다 하겠다.

[표 4-1]에서 알 수 있듯이 사실오인에서 기인된 위법·부당한 행정처분에

대한 행정심판위원회의 감경사유는 위반 업종과 그 규모, 식파라치에 의한 공익신고, 신분증 위변조 및 도용, 폭력 및 협박 등 청소년의 악의적·의도적 위법행위, 경제형편과 가정형편 등임을 확인 할 수 있다 하겠다.

따라서 식품위생법 시행규칙 제89조 별표 23의 행정처분 일반기준 15호 중 마목 “위반사항 중 그 위반의 정도가 경미하거나 고의성이 없는 사소한 부주의로 인한 것인 경우”에 관한 해당여부를 판단하기 위한 세부적인 심사기준의 마련이 요구된다.

2) 절차위반

경기도 행정심판위원회의 재결사례 83건 중 2건(2.4%)이 피처분당사자에게 송달이 되지 않음으로써 피처분당사자의 의견진술, 열람, 청문, 고지 등의 처분절차를 준수하지 않은 위법한 사실이 존재하는 문제점이 나타났다.

행정청이 행하는 모든 행정행위가 적법하기 위해서는 관련 법령에 의한 성립요건과 효력발생요건을 반드시 갖추어야 하겠는데, 이들 중 절차적 요건상 흠결이 있는 경우에 대하여 대법원은 “하자있는 행정행위의 치유나 전환은 행정행위의 성질이나 법치주의의 관점에서 볼 때 원칙적으로 허용될 수 없는 것이지만, 행정행위의 무용한 반복을 피하고 당사자의 법적 안정성을 위해 이를 허용하는 때에도 국민의 권리와 이익을 침해하지 않는 범위에서 구체적 사정에 따라 합목적적으로 인정해야 할 것이다.”라고 판시하고 있다.

따라서 행정쟁송이 제기되기 전까지 행정청의 절차위반에 대한 치유시기를 보장해 줄 필요성이 제기된다 하겠다. 이로써 피처분당사자에게는 의견진술, 열람, 청문, 고지 등의 사전구제 기회를 보장 받게 하고, 행정청에 대해서는 하자의 치유를 통한 절차위반의 위법을 제거함으로써 절차위반을 이유로 불필요한 행정쟁송을 사전에 예방할 수 있다 하겠다.

3) 정당한 형량의 원리에 기한 통제위반

식품위생법 시행규칙 제89조 별표23의 행정처분 일반기준 15호 중 마목

“위반사항 중 그 위반의 정도가 경미하거나 고의성이 없는 사소한 부주의로 인한 것인 경우”에 해당되나, 행정청이 고려하지 않아야 할 사항을 고려하여 특정 이익을 과대하게 평가함으로써 정당한 형량의 원리에 기한 통제위반의 문제점이 나타난 사례로서 충청남도 행정심판위원회의 재결사례 76건 중 47건(61.8%)과 경기도 행정심판위원회의 재결사례 83건 중 23건(27.7%)이 해당되는 것으로 파악되었다.

이들은 모두 행정청이 고려하지 않아야 할 사항을 고려하여 특정 이익을 과대하게 평가한 경우에 해당된다 하겠는데, 실질적 행정재량권은 행정청이 아닌 행정심판위원회에서 초범, 영세상인, 경제적 곤란 등의 재결사유로 행사된 경우임을 확인 할 수 있었다.

이와 관련하여 “위반의 정도가 경미하거나 고의성이 없는 사소한 부주의로 인한 것인 경우”와 관련하여 해당여부를 판단하기 위한 심사기준의 존재여부를 확인하기 위하여 정보공개를 청구한 결과, 행정청을 비롯한 행정심판위원회 그 어디에도 심사기준은 존재하지 않는 것으로 확인 되었다.

따라서 구체적인 사실과 특정한 사정이 고려된 합리적인 처분이 이뤄지기 위한 감경기준에 관한 세부적인 심사기준의 마련이 선행되어야 하겠다.

또한 충청남도 행정심판위원회의 재결사례 88건 중 76건(86.3%)이, 경기도 행정심판위원회의 재결사례 86건 중 78건(91.8%)이 처분취소 내지는 처분감경 된 점을 비추어 볼 때, 식품위생법 시행규칙 제89조 별표 23의 행정처분 개별기준은 다소 과중하게 설정된 것으로 볼 수 있어 이에 대한 하향조정 내지는 사안별 처분형량의 세분화를 개선방안으로 제시할 수 있다 하겠다.

4) 재량권의 불행사

감경사유를 전혀 고려하지 않았거나 오인함으로써 재량권을 불행사한 사례로 충청남도 행정심판위원회의 재결사례 76건 중 11건(14.4%)과 경기도 행정심판위원회의 83건 중 4건(4.8%)이 해당하는 것으로 파악되었다.

이들은 모두 기소유예 내지는 불기소처분을 받은 사실이 존재함으로써 기속재량의 감경사유에 해당된다 하겠으나, 행정청이 이러한 감경사유를 전혀

고려하지 아니하고 식품위생법상 행정처분기준의 형량을 기계적으로 적용함으로써 행정재량권 행사의 문제점이 야기된 사례라 하겠다.

이와 관련하여 식품판매업자와 관련된 사건 32건(기각 1건 제외) 중 식파라치에 의한 공익신고 24건(75%)이 당일 영업자에게 알리지 않고 의도적으로 유통기한 도과된 품목 사진을 촬영하거나, CCTV촬영 보관기간이 지난 다음에 공익신고를 행하여 행정청에서 사실관계를 확인할 수 없는 경우, 영업자에게 방어기회가 상실된 사실이 확인된 경우 등을 사유로 행정심판위원회에서 취소처분 받은 사례가 75%에 달하는 것을 확인하였다.

따라서 행정청이 국민을 상대로 제재적 행정처분을 할 경우 행정이 달성하고자 하는 궁극적인 목적에 부합하기 위한 사전 예측성을 확보 할 수 있도록 사안별 구체적 사실과 특별한 사정을 고려할 수 있는 세부적인 처분기준 내지는 처분기준에 대한 개별적 심사기준의 마련이 선행 되어질 필요성이 제기된다 하겠다.

제 5 장 결 론

행정청의 행정행위에 대한 재량권 행사가 개별적인 사안마다 일정한 기준 없이 행하여지는 경우 행정청의 자의적인 판단에 따라 행하여질 위험성이 존재한다. 다시 말해 재량범위가 확대됨으로써 자의와 불평등이 발생하고, 반면 재량범위가 협소함으로써 사안별 충분한 해결과 법의 효력을 기대 할 수 없다면, 법적 정당성, 합목적성, 법적 안정성 등 법이 달성하고자 하는 궁극적인 목적을 추구하지 못하여 국민은 정부를 불신하고, 정부는 국민의 기본권을 확인하고 보장하여야 하는 헌법상 의무를 담보하지 못하는 경우가 발생할 수 있으며, 실제적으로 관련 업무를 수행하여야 하는 행정청의 공무원 역시 사안마다 적당한 재량권 범위를 검토하여야 하고, 그로 인하여 야기되는 행정쟁송 등으로 행정력의 낭비를 초래할 수 있다.

이러한 관점에서 본 논문은 식품위생법상 선행연구에서 류광해(2013)가 실증적으로 기 검토한 2011년부터 2013년까지 충청남도 행정심판위원회의 재결사례 76건과 2015년부터 2017까지 경기도 행정심판위원회의 재결사례 86건을 분석의 대상으로 설정하고, 조도연(2014)이 제시한 ①사실오인, ②목적위반과 부정한 동기, ③평등원칙 위반, ④비례원칙 위반, ⑤절차위반, ⑥명백히 불합리한 재량권의 행사, ⑦부당결부금지의 원칙 위반, ⑧정당한 형량의 원리에 기한 통제위반, ⑨재량권의 불행사 등 행정재량권의 일탈·남용을 판단하기 위한 기준을 분석의 준거로 활용하여 분석대상인 행정심판 재결사례에 대한 식품위생법상 행정재량권 행사의 문제점을 파악하였다.

충청남도 행정심판 재결사례를 대상으로 분석한 결과 사실오인, 정당한 형량의 원리에 기한 통제위반, 재량권의 불행사 등 3가지의 문제점이 존재하는 것으로 파악되었고, 경기도 행정심판위원회의 재결사례 분석결과 추가적으로 절차위반이 문제점으로 확인 되었다.

또한 기 선행연구들에서 검토된 행정심판 재결사례에서는 행정심판 인용이 739건 중 315건(42.6%)이었고, 경기도 행정심판위원회의 재결사례에서는 행정심판 인용율이 6,281건 중 2,224건(35.4%)이었음을 확인하였는데, 경기도

행정심판위원회의 재결사례 중 식품위생법 위반사건 총 86건에 대한 인용사례가 78건으로 전체 위반사건 대비 90.6%에 달하는 사건이 행정심판을 통하여 사후구제 되었음을 알 수 있었다.

이러한 결과는 행정절차법상 행정청이 피처분인을 상대로 침익적 행정행위를 할 경우 반드시 처분전 예정처분을 통지하여 당사자로부터 의견·증거를 제출토록 하고 이를 반영하여 처분함으로써 행정처분간 보장하고 있는 정당한 형량의 원리에 기한 처분형량의 산정 내지는 사전 감정기준의 심사를 통한 정당한 형량 산정에 관한 재량권을 행정청이 제대로 행사하고 있지 않는 문제점이 존재함을 반증하고 있다 하겠고, 이에 대한 개선의 필요성이 제기된다 하겠다.

향후 이와 관련하여 문제점에 대한 개선방안을 제시하면 다음과 같다.

행정청의 재량행위 투명화를 위하여 법률에서 위임된 행정청의 처분기준에 관한 심사기준과 감정기준에 관한 심사기준 등 ①세부적인 집행기준에 관한 정립방안, ②식품위생법 시행규칙상의 처분기준의 하향 조정과 구체화, ③절차위반은 행정쟁송 이전까지 치유시기를 보장해 주는 등의 추가적인 연구가 진행될 필요성이 있다고 하겠다.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

- 강현호, 2001, 재량준칙의 법적 성격, 공법연구, 제9집 제4호.
- 김기연, 2010, “재량행위의 한계와 사법적 통제”, 「3사교 논문집」, 제71집 육군3사관학교.
- 김남진·김연태, 2005, 행정법 I, 법문사.
- 김도창, 1992, 일반행정법(상), 청운사.
- 김동희, 2010, 「행정법요론」, 서울: (주)박영사
- 김재광·김민호·박균성·조태제·최인정·김경미, 2004, “재량행위의 투명화를 위한 법령정비지침 수립”, 한국법제연구원.
- 김철용, 2012, 『행정법』 고시계사.
- 김충목, 2005, “재량권의 한계에 관한 고찰”, 「지역발전연구」, 제5권 제19호 통권제9호 : 한국지역발전위원회.
- 김학성, 2012, 「개정판 헌법학원론」, 서울: (주)박영사
- 김해룡, 2011, “재량규범과 행정재량 판단의 기준”. 「법연」, vol14: 한국법제연구원.
- 김향기, 2010, 「행정법개론 제9판」, 서울: 팍북스
- 노기현, 2013, “행정법상 재량행위에 대한 사법심사기준의 변천에 관한 연구: 일본이 학설과 판례의 논의를 중심으로.” 「공법학연구」. 제14권 제3호: 한국비교공법학회.
- 류광해, 2013, “충남 행정심판위원회의 청소년 주류제공”사건 분석. 충남대학교 법학연구 제24호 제1호
- 류지태·박종수, 2010, 「제14판 행정법신문」, 서울: (주)박영사
- 류창호, 2004, 식품안전법제의 체계화에 관한 연구, 한국법제연구원.
- 박균성, 2012, 「제9판 행정법강의」, 서울: (주)박영사
- 박영주, 2008, “행정재량처분의 투명성 확보방안”. 창원대학교 행정대학원

석사

- 박윤흔, 2006, 최신행정법강의(상), 박영사.
- 박정훈, 2005, 행정법의 체계와 방법론, 박영사.
- 배유진, 2015, “지식관리를 통한 재량기준 구체화”. 사단법인 공법공법학회
공법연구 제44집 제2호 식품위생법상 ‘청소년 주류제공’ 사건을 중
심으로
- 석종현, 1998, 행정법 강의 I.
- 오세홍, 2002, “공무원의 재량행위와 통제에 관한 연구”. 전주대학교 사회
과학종합연구소 학술저널
- 오준근, 2005, 재량행위의 판단기준과 재량행위의 투명화를 위한 법제정비
방안, 법제(통권 제570호).
- 유상현, 2002, 행정처분기준의 법규성, 공법연구 제31집 제1호.
- 이상철, 2002, “기속행위와 재량행위”. 「법제」. 제532호: 법제처.
- 이성범, 2002, “재량행위에 관한 연구”. 동의대학교 법학대학원 석사
- 임재홍, 1999, 행정절차법상 처분기준의 설정 및 공표, 행정법연구.
- 정남철, 헌법소헌의 대상으로서 소위 법령보충적 행정규칙, 헌법논총, 제16집
- 정사연, 2012, “재량권 행사의 통제기준에 관한 연구”. 「장안논집」, 제33
집 2권: 장안대학교.
- 정기혜 · 윤시몬 · 최무헌 · 김정선, 2003, 식품분야 규제개혁 정책에 관한
평가연구, 한국보건사회 연구원 · 보건복지부, 정책보고서.
- 정하중, 2010, 「행정법개론 제4판」, 서울: 법문사
- 조도연, 2014, “재량권 행사와 한계에 관한 연구”. 건국대학교 사회과학대
학원 석사
- 조정찬, 1998, 법규명령과 행정규칙의 구별문제-제재적 행정처분의 기준을
정한 시행령·시행규칙의 법적 성질을 중심으로, 법제.
- 최철호, 2008, “행정처분기준설정의 법적 쟁점에 관한 연구”, 사단법인 한
국토지공법학회 토지공법연구 제39집 식품위생법상의 행정처분기준
을 중심으로
- 한충록, 1995, “재량의 한계와 통제”, 조선대학교 법학연구소, 학술저널.

홍강훈, 2012, “기속행위와 재량행위의 구별의 새로운 기준”, 「공법연구」,
제40집 제4호: 한국공법학회.

홍정선, 2013, 「제12판 행정법 특강」, 서울: (주)박영사

홍준형 · 김성수 · 김유환, 1996, 행정절차법제정연구, 법문사.

2. 국외문헌

Lipsky Michael, Street-Level Bureaucracy(New York: Russell Sage Foundation, 1980)

Maslow, Abraham H., "Self - actualization and Beyond," in J.F. Bugental(ed), Challenges of Humanistic Psychology(New York: McGraw-Hill, 1967)

Mereman, Richard, "Learning and Legitimacy," American Political Science Review Vol. 60, 1966.

Merton Robert K, Social Theory and Social Structure, 3rd(ed.)(New York: Free Press, 1968)

Pfeffer, Jeffery, "Management as Symbolic Action: The Creation and Maintenance of Organizational Paradigms," in Staw and L.L. Cummings(eds.), Research in Organizational Behavior, Vol. 3(Greenwich: JAI Press, 1981)

ABSTRACT

Problem and Improvement Plan for Exercising Administrative Discretion under Food Sanitation Act

Lee, Hee-seok

Major in Futures Convergrnce Public Consulting

Dept. of Futures Convergrnce Consulting

Graduate School of Knowledge Service Consulting

Hansung University

When discretion power is exercised for act of administration by administrative authority by each case without a certain criteria, some danger may arise to exercise according to its arbitrary judgment. In other words, extension of range of discretion may cause arbitrary thought and unfairness, while if narrowness of discretion range makes no sufficient solution and legal effectiveness expected, no search for eventual goal for law to attain legal justification, teleology, legal stability, etc. will be realized, people, then, will distrust government and a certain problem may arise for government to be unable to guarantee constitutional

obligation for confirming and securing basic right of people, which will cause public employees of administrative agencies who should practically perform relevant task also to check range of appropriate discretion incurring waste of administrative force arising from it.

This thesis viewed from this point contributed to observing and analyzing relevant problems of how properness of administrative discretion through judgment standard is applied to decision by Administrative Trial Committee as a result of administrative trial according to administrative measure under Food Sanitation Act.

In addition, in order to establish criteria for analysis on problems of exercising of administrative discretion, as a result of a literature review conducted on precedent research for relevant content, it was confirmed that, Han Chung-rok(1995) presented 4 types of judgment criteria of discretion power abuses like ①Violation of Goal, ②Violation of Equality Principle, ③Violation of Proportional Principle, and ④Non-exercise or Negligence of Discretion Power,

Oh, Se-hong(2002) presents judgment criteria of deviation/abuse of discretion classifying into 5 types like ①Violation of Goal, ②Factual Accuracy, ③Non-

exercise of Discretion Power, ④Control by Proportional Principle, and ⑤Control by Equality Principle, Chung, Sa-eon(2012) produced judgment criteria for negligence and abuse of discretion power dividing into 8 types like ①Legal Principle of Self-Restraint, ②Violation of Equality Principle, ③Violation of Proportional Principle, ④Factual Mistake, ⑤Violation of Legislative Purpose Spirit, ⑥Violation of Extenuation, ⑦Violation of Good Faith Principle(Prinzip von Treu und Glauben) and Prohibition Principle of Power Abuse, and ⑧Non-exercise of Discretion(Negligence/Defect), and Cho Do-yeon(2014) created their judgment criteria assorting into 9 types like ①Factual Mistake, ②Violation

of Goal and Unfair Motive, ③Violation of Equality Principle, ④Violation of Proportional Principle, ⑤Procedural Violation, ⑥Exercise of Clearly Unfair Discretion Power, ⑦Violation of Prohibition Principle for Unfair Connection ⑧Violation of Control based on Justifiable Penalty Principle, and ⑨Non-exercise of Discretion Power.

As a result of analysis primarily on examples of arbitration by administrative judgment reviewed in already conducted precedent studies which is the target of this thesis using 9 types of judgment criteria on deviation/abuse of administrative discretion power presented by Cho Do-yeon for identifying problems of administrative discretion under Food Sanitation Act, It has been found that 3 kinds of problem were existing including factual mistake, violation of control based on principle for justifiable penalty, non-exercise of discretion power, etc. , and as a result of analysis on examples of arbitration by Kyunggi Do Administrative Trial Committee physically conducted by the researcher himself, another procedural violation was confirmed in addition to 3 types of problem like factual mistake, violation of control based on principle for justifiable penalty, non-exercise of discretion power, etc. confirmed as a result of analysis on examples of arbitration by administrative judgment reviewed in already conducted previous studies.

In addition, in the examples of arbitration reviewed in already conducted precedent studies, citation of administrative judgment amounted to 315 cases(42.6%) out of total 739 cases, and in the examples of arbitration by Kyunggi Do Administrative Trial Committee, it was found that citation of administrative arbitration reached 2,224 cases(35.4%) out of 6,281 cases, and 78 cases of citation examples arose out of 86 cases of violations of Food Sanitation Act among examples of arbitration decided by Kyunggi Do Administrative Trial Committee, which shows 98.6 % of total violations had been relieved by ex post facto acquittal

through administrative trial.

This result means that when any administrative agency under Administrative Procedures Act takes disadvantageous administrative practice against sanctioned, problems are disproved to be existing showing that administrative agencies do not calculate or do not properly exercise discretion power for calculating measure amount of penalty by asking the relevant involver to submit his/her own opinion/evidence surely through prior informing of scheduled measure, and by taking measure reflecting this, and thus, requirement for improvement of this problem takes place.

For transparency of act of discretion by administrative agencies afterwards in this regard, necessary are additional studies to be conducted on detailed execution criteria including arbitration standard for administrative measure criteria authorized by law and one for mitigation criteria, etc.

Key Words: Food Sanitation Act, Providing Juveniles with Alcohol, Exercise of Administrative Discretion Power