

**26년 경찰공무원 경감 정기승진시험 <주관식 경찰행정법> 하우패스 경찰승진팀**

답안 작성 시 문제는 답안지에 기재하지 말 것

**[문제 1]**

경찰관 A는 甲이 운영하는 단란주점에서 여성 종업원 乙이 남자 손님과 함께 술을 마시고 남자 손님이 노래할 때 옆에서 반주악기를 흔들거나 춤을 추면서 흥을 돋우고 있다는 112 신고를 접하고 신고 현장에 출동하여 2025.6.1. 식품위생법 위반으로 단속하였다. 이 과정에서 위 손님들이 해당 여성 종업원에게 몇 만원 가량의 팁을 준 것도 확인하였다.

그런데, 현장에서 단속된 乙은 자신은 2025.3.1. 취업하였는데 무직인 남편과 아들의 생계를 자신의 급여로 책임지고 있다고 호소하였고, 甲은 위 乙에게 단란주점에서의 식품위생법상 준수사항에 대하여 최초 고용계약 당시에 고지하였을 뿐 아니라 그 이후에도 여러 차례 고지한 적이 있다고 말하였다. 또한, 甲은 乙이 손님들에게 술을 한 두잔 따라주고 받아마시는 것을 이전에 한 차례 보고 묵인한 적은 있지만, 乙이 손님들을 위해 반주악기를 흔들거나 함께 춤을 추는 것은 전혀 몰랐다고 항변하였다.

단속 경찰관 A는 위와 같은 상황이 적시된 단속보고서가 첨부된 식품위생법 위반 단속 통보 및 행정처분의뢰 공문을 관할 행정청에 통보하였다.

통보를 받은 관할 행정청의 일반행정공무원 B는 단속경찰관 A와 전화통화하여 단속 관련 사실을 확인하고, 해당 단란주점을 방문하여 甲, 乙, 그리고 업소를 찾은 불상의 손님들에게 물어본 바 甲과 乙의 진술이 사실에 부합하다고 판단하였다. 이를 근거로 해당 행정청은 2025.6.25. 甲에게 10일의 영업정지 처분(2025.8.1.~2025.8.10.)을 하였고, 이 처분서는 甲에게 2025.7.1. 도달되었다.

※ &lt;참고조문&gt;을 바탕으로 하여 답안을 작성할 것

1. 위 사안에서 행정청이 「식품위생법 시행규칙」의 (별표 23) '행정처분 기준'이 정한 '2분의 1 이하의 범위'를 초과하여 甲에게 10일의 영업정지처분을 한 것은 적법한가? (25점)
2. 10일의 영업정지처분이 종료되고 2025.8.11.부터 영업을 재개한 甲이 2025.9.1.에 이르러 처분의 효력이 소멸된 해당 영업정지처분에 대하여 소송으로 취소를 구할 법률상 이익이 있는가? (10점)
3. 만약 해당 행정청이 2025.8.7.에 이르러 갑자기 행정청의 착오로 '2분의 10이하의 범위'를 초과하여 경감해 처분한 것이라고 甲에게 고지하면서 기존의 10일 영업정지 처분을 취소하고 15일의 영업정지 처분(2025.8.1. ~ 2025.8.15.)을 부과한다면 이는 적법한 처분인가? (15점)

**[문제 III] 다음을 약술하시오.**

1. 부관에 대한 독립쟁송가능성과 독립취소가능성(25점)
2. 재결의 기속력 확보수단으로서의 직접처분과 간접강제(25점)

**[참고조문] [발췌]****〈식품위생법〉**

**제36조(시설기준)** ① 다음의 영업을 하려는 자는 총리령으로 정하는 시설기준에 맞는 시설을 갖추어야 한다.

1. 식품 또는 식품첨가물의 제조업, 가공업, 운반업, 판매업 및 보존업
2. 기구 또는 용기·포장의 제조업
3. 식품접객업
4. 공유주방 운영업(제2조제5호의2에 따라 여러 영업자가 함께 사용하는 공유주방을 운영하는 경우로 한정한다. 이하 같다)

**제44조(영업자 등의 준수사항)** 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 해당 하는 사항을 지켜야 한다.

1. ~ 7. (생략)
8. 그 밖에 영업의 원료관리, 제조공정 및 위생관리와 질서유지, 국민의 보건위생 증진 등을 위하여 총리령으로 정하는 사항
- ② (생략)
- ③ 누구든지 영리를 목적으로 제36조제1항제3호의 식품접객업을 하는 장소(유홍종사자를 둘 수 있도록 대통령령으로 정하는 영업을 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 유홍종사자를 고용·알선하거나 호객행위를 하여서는 아니 된다.
- ⑤ 삭제 <2015. 2. 3.>

**제75조(허가취소 등)** 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 폐쇄를 명할 수 있다. 다만, ~ (이하 생략)

1. ~ 12. (생략)
13. 제44조제1항·제2항 및 제4항을 위반한 경우
14. ~ 20. (생략)
- 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 (생략)
- ④ (생략)
- ⑤ 제1항 및 제2항에 따른 행정처분의 세부기준은 그 위반 행위의 유형과 위반 정도 등을 고려하여 총리령으로 정한다.

## 〈식품위생법 시행령〉

제21조(영업의 종류) 법 제36조제1항 각 호에 따른 영업의 세부 종류와 그 범위는 다음 각 호와 같다.

1. ~ 7. (생략)
8. 식품접객업
  - 가. 휴게음식점영업: 주로 다류(茶類), 아이스크림류 등을 조리·판매하거나 패스트푸드점, 분식점 형태의 영업 등 음식류를 조리·판매하는 영업으로서 음주행위가 허용되지 아니하는 영업. 다만, 편의점, 슈퍼마켓, 휴게소, 그 밖에 음식류를 판매하는 장소(만화가게 및 「게임산업진흥에 관한 법률」 제2조제7호에 따른 인터넷컴퓨터게임시설제공업을 하는 영업소 등 음식류를 부수적으로 판매하는 장소를 포함한다)에서 컵라면, 일회용 다류 또는 그 밖의 음식류에 물을 부어 주는 경우는 제외한다.
  - 나. 일반음식점영업: 음식류를 조리·판매하는 영업으로서 식사와 함께 부수적으로 음주행위가 허용되는 영업이다. 단란주점영업: 주로 주류를 조리·판매하는 영업으로서 손님이 노래를 부르는 행위가 허용되는 영업
  - 라. 유흥주점영업: 주로 주류를 조리·판매하는 영업으로서 유흥종사자를 두거나 유흥시설을 설치할 수 있고 손님이 노래를 부르거나 춤을 추는 행위가 허용되는 영업
  - 마. 위탁급식영업: 집단급식소를 설치·운영하는 자와의 계약에 따라 그 집단급식소에서 음식류를 조리하여 제공하는 영업
  - 바. 제과점영업: 주로 빵, 떡, 과자 등을 제조·판매하는 영업으로서 음주행위가 허용되지 아니하는 영업
9. (생략)

제29조(준수사항 적용 대상 영업자의 범위) ① 법 제44조제1항 각 호 외의 부분에서 “대통령령으로 정하는 영업자”란 다음 각 호의 영업자를 말한다.

1. 제21조제1호의 식품제조·가공업자
  2. 제21조제2호의 즉석판매제조·가공업자
  3. 제21조제3호의 식품첨가물제조업자
  4. 제21조제4호의 식품운반업자
  5. 제21조제5호의 식품소분·판매업자
  6. 제21조제6호가목의 식품조사처리업자
  7. 제21조제8호의 식품접객업자
  8. 제21조제9호의 공유주방 운영업자
- ② 법 제44조제3항에서 “대통령령으로 정하는 영업”이란 제21조제8호라목의 유흥주점영업을 말한다.

제52조(허가취소 등) ① 다음 각 호의 처분은 처분 사유 및 처분 내용 등이 기재된 서면으로 하여야 한다.

1. 법 제75조에 따른 영업허가 취소, 등록취소, 영업정지 또는 영업소 폐쇄 처분
2. ~ 3. (생략)
- ② 제1항에 따른 처분을 하기 위하여 법 제81조에 따른 청문을 하거나 「행정절차법」 제27조에 따른 의견제출을 받았을 때에는 특별한 사유가 없으면 그 절차를 마친 날부터 14일 이내에 처분을 하여야 한다.
- ③ ~ ④ (생략)

## 〈식품위생법 시행규칙〉

제57조(식품접객영업자 등의 준수사항 등) 법 제44조제1항에 따라 식품접객영업자 등이 지켜야 할 준수사항은 별표 17과 같다.

제89조(행정처분의 기준) 법 제71조, 법 제72조, 법 제74조부터 법 제76조까지 및 법 제80조에 따른 행정처분의 기준은 별표 23과 같다.

**식품위생법 시행규칙 [별표 17]****식품접객업영업자 등의 준수사항**(제57조 관련)

1. ~ 6. (생략)
7. 식품접객업자(위탁급식영업자는 제외한다)와 그 종업원의 준수사항
  - 가. ~ 카. (생략)
  - 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
8. ~ 9. (생략)

**식품위생법 시행규칙 [별표 23]****행정처분 기준**(제89조 관련)

## I. 일반기준

1. ~ 14. (생략)
15. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우에는 행정처분의 기준이, 영업정지 또는 품목·품목류 제조정지인 경우에는 정지처분 기간의 2분의 1 이하의 범위에서, 영업허가 취소 또는 영업장 폐쇄인 경우에는 영업정지 3개월 이상의 범위에서 각각 그 처분을 경감할 수 있다.
  - 가. ~ 라. (생략)
  - 마. 위반사항 중 그 위반의 정도가 경미하거나 고의성이 없는 사소한 부주의로 인한 것인 경우 (이하 생략)

## II. 개별기준

1. ~ 2. (생략)
3. 식품접객업
  - 영 제21조제8호의 식품접객업을 말한다.

위반사항	근거 법령	행정처분기준		
		1차 위반	2차 위반	3차 위반
10. 법 제44조제1항을 위반한 경우 가. 식품접객업자의 준수사항의 위반으로서  1) 별표 17 제7호 타목 1)을 위반한 경우	법 제71조 및 법 제75조	영업정지 1개월	영업정지 2개월	영업허가취소 또는 영업소 폐쇄

## ■ [1문] 사례 (50점)

### I. 물음 1

#### 1. 사안의 쟁점

행정청의 10일의 영업정지처분의 적법여부와 관련하여 「식품위생법 시행규칙」의 [별표 23] ‘행정처분 기준’이 법규명령인지 행정규칙인지 영업정지처분이 기속행위인지 재량행위인지 문제된다.

#### 2. 「식품위생법 시행규칙」의 [별표 23]의 법적 성질

##### (1) 법규명령형식의 행정규칙

법규명령형식의 행정규칙이란 당해 규범의 실질적 내용은 행정사무처리기준에 불과한 경우이지만 그것이 대통령령이나 부령 등의 형식을 취하고 있는 경우를 말한다. 사안의 [별표28]은 부령 형식의 재량준칙이므로 법규명령형식의 행정규칙에 해당한다.

##### (2) 법규명령형식의 행정규칙의 법적 성질

###### 1) 학 설

① 법 형식을 중시하여야 하고, 법적 안정성을 확보할 수 있다는 점 등을 근거로 법규명령으로 보아야 한다는 법규명령설, ② 법 실질을 중시하여야 하고, 행정의 탄력성을 확보할 수 있다는 점 등을 근거로 행정규칙에 불과하다는 행정규칙설, ③ 법률의 위임이 없이 제정된 것은 행정규칙의 효력밖에 인정할 수 없고, 법률의 수권에 의하여 제정된 경우에는 재판규범으로서의 효력을 갖는다는 절충설(수권여부기준설)이 대립한다.

###### 2) 판 례

제재적 처분기준이 대통령령의 형식인 경우는 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 힘이 있는 법규명령에 해당한다고 판시하고, 부령형식인 경우는 행정규칙으로 판단하여 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 힘이 있는 것은 아니라고 판시하고 있다. 다만 대통령령인 구 청소년보호법시행령의 과징금처분기준을 법규명령으로 보면서도 과징금액수를 최고한도액으로 보아 재량의 여지를 인정하고 있다.

###### 3) 검 토

법규명령형식의 행정규칙은 법제처의 심사·입법예고·관보에의 공고 등 절차적 정당성이 부여되고, 국민에게 예측가능성을 제공한다. 또한 부령과 대통령령을 구별할 합리적인 이유도 없다는 점에서 법규명령으로 보는 것이 타당하다.

##### (3) 사안의 검토

「식품위생법 시행규칙」의 [별표 23] ‘행정처분 기준’이 법규명령에 해당한다. 행정청의 10일의 영업정지처분은 법규명령에서 정한 행정처분기준의 범위내의 처분으로 위법한 것으로 볼 수는 없다.

#### 2. 영업정지처분의 법적 성질

##### (1) 기속행위와 재량행위의 개념

기속행위란 법률이 어떠한 요건 하에서 어떠한 행위를 할 것인가에 대하여 일의적으로 규정하고 있어서 행정청이 그 법률을 기계적으로 집행하는 행위를 말한다. 재량행위란 법률이 행정청에게 행위의 여부나 그

내용의 선택가능성을 부여하고 있는 행위를 말한다. 당해 행위를 할 것인가 말 것인가의 여부에 대한 결정 재량과 법적으로 허용된 여러 행위 중에서 어떠한 내용의 행위를 할 것인지 여부에 대한 선택재량이 포함된다.

## (2) 구별기준

기속행위와 재량행위의 구별기준에 관하여 요건재량설, 효과재량설, 종합설의 견해가 대립한다. 판례는 근거법규정의 문언상의 표현을 우선 고려하고, 법령의 취지와 목적, 당해 행위의 성질 등을 종합적으로 고려하는 종합설의 입장이다. 하나의 기준보다는 제반사정을 고려하는 종합설이 타당하다.

## (3) 재량행위의 한계

### 1) 의의

행정청은 재량이 있는 처분을 할 때에는 관련 이익을 정당하게 형량하여야 하며, 그 재량권의 범위를 넘어서는 아니 된다.

### 2) 재량권의 일탈

관계법상 주어진 재량의 외적 한계를 벗어나 재량권을 행사하는 경우로 성문법 위반이 되는 것을 말한다.

### 3) 재량권의 남용

관계법상 주어진 재량의 내적 한계를 벗어나 재량권을 행사하는 경우를 말한다. 재량권의 행사가 법률이 정한 목적에 위반되거나 동기가 불법한 경우, 사실의 오인이 있는 경우 행정법의 일반원칙을 위반한 경우를 말한다.

### 4) 재량권의 불행사

행정청에게 재량권이 부여되어 있음에도 재량을 전혀 행사하지 않은 경우로서, 재량행위를 기속행위로 오해하여 재량행사에 필요한 형량을 전혀 하지 않은 경우가 대표적인 예이다.

## (4) 사안의 검토

사안의 경우 사실관계 조사를 하여 법령의 범위내에서 10일의 영업정지를 한 것으로 재량권의 한계를 위반하였다고 볼 수 없다.

## 3. 사안해결

행정청의 10일의 영업정지는 법률과 시행규칙의 범위내의 처분으로 위법하지 않고 재량권의 한계를 벗어난 것으로 볼 수 없으므로 위법하다고 볼 수 없다.

## II. 물음 2

### 1. 사안의 쟁점

10일의 영업정지는 기간의 경과로 소멸했지만 2차 위반의 경우 2월의 영업정지로 가중제재사유가 된다는 점에서 이를 소송으로 다룰 법률상 이익이 있는지 문제된다.

### 2. 법률상 이익

#### (1) 의의

취소소송은 처분등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다. 처분등의 효과가 기간의 경과, 처분등의 집행 그 밖의 사유로 인하여 소멸된 뒤에도 그 처분등의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우에는 또한 같다.

#### (2) 협의의 소익

① 처분의 효력이 소멸된 경우 ② 원상회복이 불가능한 경우 ③ 처분 후의 사정변경으로 이익침해가 해소된 경우 등에는 협의의 소의 이익이 부정되는 것이 원칙이지만 처분을 취소하여 회복되는 법률상 이익이 있다면 소의 이익이 인정된다.

#### (3) 가중적 제재처분이 규정된 경우

##### 1) 법률 또는 대통령령에 규정된 경우

가중적 요건이 법률 또는 대통령령(시행령)에 규정된 경우에는 당해 제재적 처분이 기간을 경과하여 처분의 효력이 상실되었다라도 그 취소를 구할 소의 이익이 있다.

##### 2) 부령(시행규칙)에 규정된 경우

종래 판례는 그 법적 성질을 행정규칙으로 보고 협의의 소익을 부정하였으나 판례를 변경하여 그 법적 성질이 법규명령인지와 상관없이 현실적인 불이익을 제거하기 위하여 협의의 소익을 인정한다.

##### 3) 검토

식품위생법 시행규칙 [별표23]의 제재처분의 기준은 법규명령에 해당하고 가중제재의 위험성을 제거할 필요성이 있다는 점에서 법률상 이익을 인정하는 것이 타당하다고 본다.

### 3. 사안해결

10일의 영업정지는 기간의 경과로 소멸하였지만 甲은 이후 재차 단속에 걸리는 경우 2월의 가중제재를 받을 수 있다는 점에서 이러한 불이익을 제거하기 위해 10일의 영업정지의 취소를 구할 법률상 이익이 인정된다.

### Ⅲ. 물음 3

#### 1. 사안의 쟁점

10일의 영업정지처분을 15일의 영업정지처분으로 변경하는 경우 甲의 신뢰이익을 침해하는지 문제된다.

#### 2. 직권취소

##### (1) 의의

행정청은 위법 또는 부당한 처분의 전부나 일부를 소급하여 취소할 수 있다. 당사자의 신뢰를 보호할 가치가 있는 등 정당한 사유가 있는 경우에는 장래를 향하여 취소할 수 있다.

##### (2) 한계

행정청이 처분을 직권취소하는 경우 신뢰보호의 원칙이나 비례원칙 등 일반원칙을 준수하여야 한다. 사안에서는 신뢰보호의 원칙이 문제된다.

#### 2. 신뢰보호의 원칙

##### (1) 의의

행정청은 공익 또는 제3자의 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우를 제외하고는 행정에 대한 국민의 정당하고 합리적인 신뢰를 보호하여야 한다. 이를 신뢰보호의 원칙이라 한다.

##### (2) 요건

① 행정청의 선행행위가 있을 것(공적 견해 표명), ② 상대방의 보호가치 있는 신뢰가 있을 것(관계인에게 귀책사유가 없을 것), ③ 신뢰에 기초한 상대방의 처리행위가 있을 것, ④ 상대방의 신뢰와 처리행위 사이에 인과관계가 있을 것, ⑤ 선행행위에 반하는 후행행위가 있을 것이 요구된다.

##### (3) 효과

신뢰보호의 원칙을 위반한 처분은 위법한 처분으로 사안에 따라 무효 또는 취소사유에 해당하게 된다.

##### (4) 한계

신뢰보호의 원칙은 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 침해하지 않는 범위에서 인정되고, 사정변경으로 선행행위가 실효된 경우에는 신뢰보호의 원칙이 적용되지 않는다.

#### 3. 사안해결

10일의 영업정지는 행정청의 착오에 의한 것이고 이를 15일의 영업정지로 변경하는 것은 甲의 신뢰이익을 침해하는 것이고 15일의 영업정지로 달성할 공익이 크다고 보이지 않으므로 신뢰보호의 원칙을 위반하여 허용되지 않는다.