

# 행정처분기준 정비방안 연구( I )

The Study for Readjustment of the standards for  
administrative disposition( I )

연구책임자 : 김재광 (연구위원, 총괄 및 경찰부문책임)

Kim, Jae-Kwang

참여연구원 : 최철호 (부연구위원, 보건행정부문책임)

Choi, Chol-Ho

강문수 (부연구위원, 건축행정부문책임)

Kang, Mun-Soo

2006. 10. 31.

## 국 문 요 약

『행정처분기준 정비사업』은 3차년도에 걸쳐 수행되는 연구사업인데, 1차년도인 2006년에는 경찰행정·보건행정·건축행정분야의 행정처분기준의 정비방안을 연구하고, 2차년도인 2007년에는 교육행정·경제행정·환경행정 분야의 행정처분기준의 정비방안을 연구하고, 제 3차년도인 2008년에는 군사행정·노동행정·재무행정 분야의 행정처분기준의 정비방안을 연구한다.

오늘날 행정처분기준은 행정의 실효성과 국민의 권익보호를 달성하기 위한 주요한 법제적 수단으로 자리매김하기에 이르렀다. 행정은 끊임없이 변화·발전하는 생명체와도 같기 때문에 이를 규율하는 관련법령의 내용도 그에 맞추어 변화하여야 하고, 이를 보조하는 행정처분기준은 변화하는 제반내용들을 빠짐없이 반영하여 상위법과의 관계에서 모순이 없어야 하며, 무엇보다도 처분양정을 합리적이고 적정하게 마련하여 국민의 권리와 이익이 행정의 공익목적에 희생되는 일이 없도록 조율하여야 할 사명을 가지고 있다.

그런데 현행법령에 의한 행정처분기준을 보면, 행정처분기준이 설정되어 있더라도 ①사실상 사문화되어 있는 경우, ②불명확하여 이해하기 어려운 경우, ③비례의 원칙 등 행정법의 일반원칙을 위배한 경우, ④상위법과 모순이 있는 경우, ⑤상위법에 법적 근거가 없는 경우 등 여러 많은 문제점들이 드러나고 있어 결과적으로 행정실무를 하는 공무원들도 상당한 곤란을 겪고 있고 국민 역시 이로 인해 보이는 또는 보이지 않는 권익을 침해받는 등 적지 않은 문제점을 노출시키고 있어 행정처분기준에 대한 전반적인 정비필요성이 지속적으로 제기되어 왔다.

이와 같은 문제인식에 기초하여 행정처분기준의 정비를 위한 지침을 설정하였는데, **정비지침의 일반원칙**으로는 ① 제재처분에 한정하여 정비한다. ② 행정처분기준의 근거조항은 법률에 두되, 원칙적으로 부령에 위임하는 형식으로 정비한다. ③ 비례원칙, 평등원칙 등 행정법상 일반원칙에 따라 정비한다. ④ 포괄적 행정처분기준의 반복을 금지하도록 정비한다. ⑤ 처분기준에서 정한 위반사항에 오류가 있는 경우에는 즉시 정비한다. ⑥ 상습위반자에 대한 처분기준을 강화하도록 정비한다. ⑦ 공무원과 국민의 장에서 쉽게 알아볼 수 있도록 정비한다. ⑧ 행정처분기준을 매우 구체적으로 설정한다.

**일반기준의 정비지침**으로는 ① 행정처분기준이 재량준칙으로서의 성격을 가지고 있으므로 기속적 표현은 피하도록 정비한다. ② 가중·감경 재량처분의 근거는 그대로 존치한다. 다만, 허용하는 경우에는 가중감경위원회의 심의·의결을 거치도록 한다. ③ 과징금 부과대상에서의 제외 여부는 과징금 처분기준에서 정하도록 정비한다. ④ 신고의무위반에 대해서는 종국적으로 허가취소가 아니라 영업소 폐쇄 등의 조치를 취하도록 정비한다. 그리고 신고의무위반에 대한 과태료 부과시에는 반드시 금액의 상한선을 설정하도록 정비한다. ⑤ 행정처분효과의 승계에 관한 규정은 행정처분기준이 아닌 직접 법률에서 명시적으로 규정하도록 정비한다. ⑥ 행정쟁송결과 원고의 위법성은 인정되나 그 처분이 과하다고 판결된 사건에 대하여 행정청이 당해 행정쟁송의 원인이 된 처분을 일정한 정도 감하여 재처분할 수 있는 근거규정을 마련하도록 정비한다.

**개별기준의 정비지침**으로는 ① 위반행위란과 근거법령란을 정확하게 명시하도록 정비한다. ② 경고처분의 법적 근거를 마련하도록 정비한다. ③ 의무위반자별로 개별화하여 정비한다. ④ 과징금 상한액을 실효성 있게 정비한다.

이 정비지침에 따라 국민의 생명과 안전 그리고 삶의 질과 밀접한 관련이 있는 경찰·보건·건축 행정분야의 법령에 규정되어 있는 행정처분기준을 종합적·체계적·통일적으로 정비하였다. 먼저 경찰행정분야의 경우 경찰청 소관법률 중 경비업법, 도로교통법, 사격및사격장단속법, 사행행위등규제및처벌특례법, 총포·도검·화약류등단속법 등 형식적으로 행정처분 규정을 두고 있는 5개 법률과, 보건행정분야의 경우 보건복지부 소관법률 중 식품위생법과 건축행정분야의 다수의 개별법령 가운데 건축행정법의 모범이라고 할 수 있는 건축법과 실무에 있어 빈번히 적용되어지는 건설기술관리법, 그리고 도시 및 주거환경정비법을 우선적으로 정비대상 법령으로 선정하여 정비방안을 제시하였다.

※ 키워드 : 행정처분기준, 재량권행사의 투명성, 경찰행정, 보건행정, 건축행정

## Abstract

Nowadays, the standards for administrative disposition serve as an important legal means of achieving the effectiveness of administration and the protection of citizens' rights and interests. Constantly changing and developing administration like a living organism requires the contents of laws and regulations governing such administration be changed accordingly. The standards for administrative disposition supplementing such laws and regulations must reflect the trends of such change thoroughly in such a manner that does not conflict with the upper laws and regulations and serves to promote citizens' rights and interests in harmony with the public purpose of administration by properly adjusting the degree of administrative measures.

However, the standards for administrative disposition set pursuant to current laws and regulations have various problems, which lead to many difficulties in administrative practices and the protection of citizens' rights and interests. So, new standards for administrative disposition need to be established to solve such problems.

In this context, this study examines in detail the contents of the existing standards for administrative disposition and presents the policy measures to establish new standards for administrative disposition with a view to serving the security of transparency in the exercise of discretionary powers and promoting citizens' rights and interests.

To this end, this paper establishes a guideline for improving the standards for administrative disposition and sets forth new standards for

administrative disposition according to such a guideline. Such new standards are based on the general principles for improving administrative operations. This study categorizes the standards for administrative disposition into general standards and individual standards and then presents the policy measures to apply such standards to the detailed areas of administration such as police, building, health, etc.

※ keywords : standards for administrative disposition, transparency in the exercise of discretionary powers, police administration, building administration, health administration

# 목 차

국문 요약 .....	3
Abstract .....	7

## 제 1 편 행정처분기준 일반론

제 1 장 서 론 .....	15
제 1 절 연구의 필요성 및 목적 .....	15
제 2 절 연구내용과 연구방법 .....	18
제 2 장 재량권 행사의 투명성 확보를 위한 노력 .....	23
제 1 절 재량행위의 발생원인과 인정문제 .....	23
제 2 절 종래의 사후적 사법적 통제시스템의 내용과 그 한계 .....	29
제 3 절 사전적 통제시스템으로의 전환과 행정처분기준의 설정 .....	62
제 3 장 현행 행정처분기준의 설정·공표의 현황과 운용상 문제점 .....	125
제 1 절 행정처분기준의 설정·공표의 현황 .....	125
제 2 절 행정처분기준의 설정 및 운용상 문제점 .....	127
제 4 장 행정처분기준의 정비지침을 통한 문제점의 해결 ...	137
제 1 절 정비지침의 분류 .....	137
제 2 절 정비지침의 구체적 검토 .....	139

## 제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

제 1 부 경찰행정분야 행정처분기준 정비방안 .....	153
제 1 장 서 론 .....	155
제 2 장 주요 국가의 경찰행정법령상의 행정처분기준 분석 ...	157
제 1 절 일 본 .....	157
제 2 절 독 일 .....	165
제 3 절 미 국 .....	196
제 4 절 프 랑 스 .....	211
제 3 장 현행 경찰행정법령의 행정처분기준 분석 .....	241
제 1 절 서 언 .....	241
제 2 절 개별법령에 규정된 행정처분 기준 .....	241
제 4 장 현행 경찰행정법령 행정처분기준의 정비방안 .....	293
제 1 절 경찰법령의 정비지침 .....	293
제 2 절 경비업법 .....	294
제 3 절 도로교통법 .....	304
제 4 절 사격장및사격장단속법 .....	317
제 5 절 사행행위 등 규제 및 처벌특례법 .....	322
제 6 절 총포·도검·화약류등단속법 .....	329
제 5 장 요약 및 소결 .....	341
제 2 부 보건행정분야 행정처분기준 정비방안 .....	345



제 1 장 서 론 .....	347
제 2 장 주요국가의 보건행정법령의 행정처분기준 분석 .....	351
제 1 절 일 본 .....	351
제 2 절 독 일 .....	368
제 3 장 현행 보건행정관련법령의 행정처분기준의 분석 .....	379
제 1 절 보건행정관련법의 개관 .....	379
제 2 절 보건행정관련법령에 의한 행정처분기준 .....	387
제 3 절 제재적 행정처분기준의 입법형식과 법적 성질 .....	388
제 4 절 현행 보건행정관련법령상의 제재적 행정처분의 유형과 기준 .....	395
제 5 절 제재적 처분으로서의 과징금부과기준 .....	454
제 4 장 현행 보건행정관련법령의 행정처분기준의 정비방안 .....	467
제 1 절 정비지침 수립 .....	467
제 2 절 식품위생법의 행정처분기준의 정비방안 .....	469
제 5 장 요약 및 결어 .....	491
<b>제 3 부 건축행정분야 행정처분기준 정비방안 .....</b>	<b>495</b>
제 1 장 서 론 .....	497
제 2 장 주요국가의 건축행정법령상의 행정처분기준분석 ...	501
제 1 절 독일의 건축행정의 처분기준 .....	501
제 2 절 일본의 건축행정처분기준 .....	529

제 3 장	현행 건축행정법령의 행정처분기준 분석 .....	551
제 1 절	건축행정법의 개념 및 구성체계 .....	551
제 2 절	건축행정분야에 있어서의 행정처분 기준의 운용 .....	556
제 4 장	현행 건축행정법령의 행정처분기준의 정비방안 .....	619
제 1 절	건축관련법령의 정비지침 .....	619
제 2 절	건축법 .....	621
제 3 절	건설기술관리법 .....	632
제 4 절	도시 및 주거환경정비법 .....	645
제 5 장	요약 및 소결 .....	653
<b>제 3 편</b>	<b>결 론</b> .....	<b>657</b>
<b>참 고 문 헌</b>	.....	<b>669</b>

# 제 1 편 행정처분기준 일반론

## 제 1 장 서 론

### 제 1 절 연구의 필요성 및 목적

일반적으로 행정처분기준이란 법령을 위반한 자에 대한 제재적 행정처분의 기준이 되는 재량준칙을 말한다. 재량권이 인정된 취지는 행정의 대상이 되는 사실은 매우 다양하므로 구체적인 상황에 맞는 합목적적이고 구체적 타당성 있는 행정권의 행사가 가능하도록 하기 위한 것이다. 따라서 행정권은 재량권을 행사함에 있어서 구체적 사정을 고려하여 합목적적인 처분을 행하고 개개인에 대하여 구체적 타당성 있는 처분을 내려야 한다. 그런데 재량권의 행사가 개별적인 사안마다 행하여지는 경우에는 재량권 행사가 자의적으로 행해질 위험이 있다. 그리하여 재량준칙이라는 재량권 행사의 기준을 정하여 이 기준에 따라 재량권을 행사하도록 하는 경우가 많다. 다만, 재량준칙을 기계적으로 적용하여 재량권을 행사하는 것은 특별한 사정이 있는 사안에서는 구체적 타당성 있는 처분이 되지 못하고 재량권이 주어진 취지에 반하게 되는 경우가 있게 된다. 따라서 재량준칙은 법규와 같은 절대적인 구속력은 갖지 않으며 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 재량준칙을 적용하지 않을 수 있다.

행정처분기준의 개념설정에서 보는 바와 같이 행정처분기준은 재량권 행사의 투명성 확보와 깊은 연관을 맺고 있다.

종래의 재량권 행사의 투명성 확보노력은 사후적 사법적 통제시스템의 가동을 통해 이루어졌지만 결과적으로 성공적이지는 못하다는 평가를 받았다. 왜냐하면 재량에 대한 통제는 재량의 남용·일탈이 있는 경우에만 실체법적 판단에 기초한 통제가 가능했고 행정청이 재량행위 내에서 처분을 한 경우에 설령 재량을 그르쳤더라도 부당행위가 되는데 그치고 사법통제의 대상은 되지 않았기 때문이다. 이것은

종래 우리나라의 학설과 판례가 독일식의 실체법적 관점에서 재량과 행정규칙을 이해한 것에서 비롯된 필연적인 결과라고 생각한다.

종래의 사후적 사법적 통제시스템의 가동이 재량권 행사의 투명성 확보에 일정한 본질적인 한계를 드러냄에 따라 재량권 행사의 투명성 확보를 위한 근본적인 패러다임의 전환이 강력히 요청되었다. 다시 말하면 재량에 대한 절차적 통제의 필요성이 요청되었고 여기에 부응한 것이 사전적 통제시스템이었다고 할 수 있다. 그것이 결국 행정처분기준의 설정 및 공표를 통한 새로운 방식의 채택으로 이어졌다. 즉, 행정 절차법상 “처분기준의 설정 및 공표제도”로 나타난 것이다. 이는 재량과 행정규칙의 영역을 절차법적으로 접근했다는 점 및 기존의 행정규칙을 법적인 영역으로 끌어들이었다는 점에 행정법적 의의를 찾을 수 있다.

종래 실체법적 접근상의 한계를 절차법적 접근을 통해 해결하는 수단으로서의 행정처분기준제도는 재량과 행정규칙에 관한 종래의 접근 방법과는 전혀 새로운 방법으로서, 처분기준의 설정 및 공표를 행정청에 의무지움으로써 행정청은 스스로 설정한 처분기준에 구속당하며 국민은 행정규칙에 대외적 구속력이 없는 만큼 행정청의 의사에 구속당할 일이 없게 된다. 이 점에서 절차법적 규율은 행정규칙의 대외적 구속력을 인정하지 않으면서도 절차법적 규율을 통해 재량통제의 효과를 거둘 수 있다. 무엇보다도 절차법적 규율은 행정청 위주의 사고 방식이 아니라 국민중심적 사고로 행정과정의 통제방안으로서 유효하게 기능한다. 이런 점에서 처분기준의 설정과 공표제도의 제도적 효용성과 민주적 정당성이 있는 것이다.

이러한 재량통제과정의 본질적인 전환과 질적인 변화를 거쳐 오늘날 행정처분기준은 행정의 실효성과 국민의 권익보호를 달성하기 위한 주요한 법제적 수단으로 자리매김하기에 이르렀다.

행정은 끊임없이 변화·발전하는 생명체와도 같기 때문에 이를 규율하는 관련법령의 내용도 그에 맞추어 변화하여야 하고, 이를 보조

하는 행정처분기준은 변화하는 제반내용들을 빠짐없이 반영하여 상위법과의 관계에서 모순이 없어야 하며, 무엇보다도 처분양정을 합리적이고 적정하게 마련하여 국민의 권리와 이익이 행정의 공익목적에 희생되는 일이 없도록 조율하여야 할 사명을 가지고 있다.

그런데 현행법령에 의한 행정처분기준을 보면, 행정처분기준이 설정되어 있더라도 ①사실상 사문화되어 있는 경우, ②불명확하여 이해하기 어려운 경우, ③비례의 원칙 등 행정법의 일반원칙을 위배한 경우, ④상위법과 모순이 있는 경우, ⑤상위법에 법적 근거가 없는 경우 등 여러 많은 문제점들이 드러나고 있어 결과적으로 행정실무를 하는 공무원들도 상당한 곤란을 겪고 있고 국민 역시 이로 인해 보이는 또는 보이지 않는 권익을 침해받는 등 적지 않은 문제점을 노출시키고 있어 행정처분기준에 대한 전반적인 정비필요성이 지속적으로 제기되어 왔다. 그러나 정비필요성에 대한 목소리는 높았지만 구체적 실천의 모습으로 나타난 것은 아니었다. 그것은 선행연구가 本院에서 수탁과제로 수행한 박종수 박사의 약사법령과 화장품법령의 행정처분기준의 개선방안을 위한 2건의 연구보고서<sup>1)</sup>와 “행정절차법상 처분기준 연구”라는 임재홍교수의 박사학위논문<sup>2)</sup> 그리고 몇몇 논문들만이 존재하는 사실이 이를 잘 말해주고 있다. 이 중 박종수 교수의 연구보고서는 약사법령과 화장품법령의 행정처분기준에 대해 구체적인 연구를 수행한 것으로 본 연구수행과정에 실질적으로 많은 도움을 받을 수 있었는데, 특히 행정처분기준의 정비지침을 수립하는 데에 많은 참고가 되었다. 그리고 임재홍교수의 박사학위논문은 재량권에 대한 사법적 통제를 중심으로 논지를 잡고 있어 본 연구와는 방향을 좀 달리 하긴 하지만, 행정처분기준에 대한 최초의 심층연구라는 점에서 중요한 의

1) 박종수, 『약사법령에 의한 행정처분기준의 개선방안 연구』(한국법제연구원, 2002); 박종수, 『화장품법령에 의한 행정처분기준의 개선방안 연구』(한국법제연구원, 2003).

2) 임재홍, 『행정절차법상의 처분기준에 관한 연구』(인하대 대학원 박사학위논문, 1998. 8).

미를 가지고 있으며 많은 시사점을 얻을 수 있었다.

참고로 우리나라와 마찬가지로 행정절차법상의 행정처분기준의 설정을 규정하고 있는 일본의 경우 2000년 12월 31일 현재의 지방자치단체의 심사기준 및 처분기준의 설정에 관한 상황을 보자면, 심사기준의 경우 1,453건의 처분 중에 1,185건(81.6%)의 처분에 대해 설정되어 있고, 처분기준의 경우 1,237건의 처분 중에 911건(73.6%)의 처분에 대해 설정되어 있다는 데이터를 보유하고 있는데 반해, 우리나라의 경우에는 행정절차법을 소관하고 있는 행정자치부에 행정처분기준에 대한 아무런 실태조사나 데이터가 없다는 사실은 많은 것을 시사해준다고 하겠다.

다만, 본 연구보고서가 선행연구들과 질과 양에서 차이를 보이는 것은 첫째는 현행 행정처분기준을 구체적·심층적으로 분석하여 “행정처분기준의 정비지침”을 도출하였다는 점이고, 둘째는 이렇게 도출한 “행정처분기준의 정비지침”을 통해 방대한 분량의 경찰행정분야·보건행정분야·건축행정분야의 행정처분기준에 직접 적용하여 구체적인 정비방안을 제시하였다는 점이다.

## 제 2 절 연구내용과 연구방법

이 보고서는 대형과제로서의 성격을 가지기 때문에 방대한 분량과 총론과 각론이라는 2원적 구성을 감안하여 제1편과 제2편으로 구성한다. 제1편은 행정처분기준의 일반론에 해당하며, 제2편은 경찰·건축·보건 등 각 행정분야별로 행정처분기준의 정비방안을 구체적으로 고찰한다.

제1편의 구체적인 내용은 다음과 같다. 제2장에서는 재량권 행사의 투명성 확보를 위한 노력에 대해 살펴보았다. 제1절에서는 재량행위의 발생원인과 인정문제를, 제2절에서는 종래의 사후적 사법적 통제시스템의 한계에 관한 고찰을,<sup>3)</sup> 제3절에서는 사전적 통제시스템으로

의 전환과 의미에 대해 고찰하였다.

제3장에서는 현행 행정처분기준의 운용상 문제점에 대해 고찰하였다.

제4장에서는 행정처분기준의 정비지침을 통한 문제점의 해결에 대해 살펴보았다. 여기서는 정비지침의 일반원칙과 일반기준 및 개별기준의 정비원칙에 대해 기술하였다.

제2편은 현행 법령상 경찰·건축·보건 등 각 행정분야별로 행정처분기준의 운용 및 실태를 면밀히 조사·분석하는 동시에, 행정처분기준에 대한 외국의 입법례를 조사·분석하고 우리 입법례와 비교고찰하여 행정처분기준의 구체적인 정비방안을 제시하는 것을 주된 연구내용으로 한다. 먼저 제 1 부에서는 “경찰행정분야 행정처분기준 정비방안”을, 제 2 부에서는 “보건행정분야 행정처분기준 정비방안”을, 제 3 부에서는 “건축행정분야 행정처분기준 정비방안”을 연구내용으로 하였다. 개별 행정분야의 목차로는 일본, 독일, 미국, 프랑스 등 주요 국가의 행정처분기준 분석(제2장)과 현행 경찰·보건·건축 관련법제의 행정처분기준 분석(제3장), 현행 경찰·보건·건축 법령 행정처분기준의 정비방안(제4장) 및 요약 및 소결(제5장) 순으로 구성하였다. 그리고 제 3 편은 결론으로 제1편과 제2편에서 연구한 결과를 요약정리하는 것으로 하였다.

연구방법으로는 ① 문헌·법령 조사연구, ② 비교법적 연구, ③ 입법정책적 연구, ④ 워크숍, 전문가 회의 및 연구자문 등 다양한 방법을 활용하였다. 이 중에서 워크숍, 전문가 회의 및 연구자문과 관련하여 보면, 워크숍 4회,<sup>4)</sup> 전문가회의 1회 및 수차례의 연구자문을 통해

3) 참고로 미국에서는 재량권 행사의 남용을 예방하는 최선의 방법을 사법적 통제에서 구하고 있다는 점을 유념할 필요가 있다.

4) 2006년 5월 19일에 『보건행정분야 행정처분기준의 법적 과제』, 5월 26일에는 『경찰행정분야 행정처분기준의 법적 과제』, 6월 1일에는 『프랑스와 독일의 행정체제의 현황과 시사점』, 9월 28일 『건축행정분야 행정처분기준 정비방안』등 네차례의 워크숍을 실시하였다. 워크숍의 주된 목적은 경찰, 보건, 건축 등 각 행정분야별 행정처



행정처분기준의 정비지침을 도출하기 위해 노력하였다.

이 연구를 통하여 예상될 수 있는 기대효과는 다음과 같은 점을 들 수 있다.

첫째, 우리 행정법령상의 행정처분기준의 일반적인 현황과 문제점 및 경찰·보건·건축 관련법령의 행정처분기준을 정확히 파악·분석함으로써 행정처분기준의 실태를 정확하게 점검할 수 있다.

둘째, 우리나라의 경찰·보건·건축 관련법령의 행정처분기준이 가지는 비교법적 위치를 분석함으로써 국제수준과의 비교·평가가 가능하도록 한다.

셋째, 경찰·보건·건축 관련법령의 행정처분기준에 있어 즉각적이고 현실적인 개정이 필요한 부분을 찾아내어 실질적인 정비안을 마련·제시한다.

참고로 행정처분기준 정비방안연구사업은 3차년도에 걸쳐 수행되는 연구사업인데, 1차년도인 2006년에는 경찰행정·보건행정·건축행정 분야의 행정처분기준의 정비방안을 연구하고, 2차년도인 2007년에는 교육행정·경제행정·환경행정 분야의 행정처분기준의 정비방안을 연구하고, 제3차년도인 2008년에는 군사행정·노동행정·재무행정 분야의 행정처분기준의 정비방안을 연구한다.

특히 1차년도인 2006년에 경찰행정·보건행정·건축행정 분야의 행정처분기준을 정비하고자 하는 것은 이들 행정부문이 법현실적으로 행정처분기준에 많은 문제점이 있는 것 외에 연구자들의 전공부합성을 고려하여 많은 고심 끝에 선택하였다.

1차년도인 2006년에 연구진들이 주력한 것은 “행정처분기준의 정비지침”을 도출하는 작업이었다. 이 작업은 행정처분기준에 대한 구체적

---

분기준의 현황과 문제점 그리고 개선방향을 모색해 보는 것이었다. 그 중에서도 연구진이 가장 중점을 두었던 것은 워크숍을 통해서 “행정처분기준의 정비지침”이 될 수 있는 원칙들을 모색하고 검토하고 확인하는 것이었다.

인 분석을 전제로 하기 때문에 적지 않은 어려움이 있었다. 고심 끝에 정립한 “행정처분기준의 정비지침”을 구체적으로 경찰행정·보건행정·건축행정 분야의 행정처분기준의 정비에 실질적으로 적용하였지만, “행정처분기준의 정비지침”이 완결무결한 것이 아니기 때문에 2차년도인 2007년에는 “정비지침”의 문제점을 면밀히 검토하여 문제점이 발견되면 그에 대한 적절한 개선방안을 마련할 계획으로 있다.

그리고 3차년도가 끝나는 2008년에는 “행정처분기준의 이론과 실제”라는 종합보고서를 별도로 작성하여, 2005년부터 2008년까지 수행한 각 행정분야별 행정처분기준의 정비결과를 집대성할 계획으로 있다.

## 제 2 장 재량권 행사의 투명성 확보를 위한 노력

### 제 1 절 재량행위의 발생원인과 인정문제

#### I. 재량권의 발생원인

원래 재량문제는 국가권력이 법과 어떠한 관계에 있는가 하는 문제이며 특히 그것은 입법권과 행정권의 관계의 문제였다. 국민의 입장에서 보면 국민과 관련되는 행정의 행동기준이 입법자에 의하여 어떠한 범위에서 미리 결정되어 있는가, 그리고 어떠한 범위에서 행정이 스스로 자기의 행동기준을 설정할 수 있는가는 중요한 문제이다.<sup>5)</sup>

연혁적으로 보면 행정재판소가 설립됨과 동시에 모든 행정법이론은 행정행위 중심의 이론이 되고 재량론도 행정행위의 재량론에 국한되고 그것은 오로지 행정권과 사법권의 관계의 문제 즉 행정행위에 대한 법원의 통제의 범위와 한계의 문제로서 논해지게 되었다.

그러나 공권력에 대한 권리보장이 헌법상 확립되어 있는 오늘날에는 권리보호의 문제로서의 재량문제는 행정재량은 물론 입법재량, 사법재량 등 국가권력 일반에까지 미치는 것이 되었고 행정에 관한 재량에 대해서도 단지 법률요건과 법률효과로 된 법규의 해석·적용으로서의 행정행위에 관한 문제로서 뿐만 아니라 법의 실현 내지 법에 기초한 형성기능에 관한 문제로서 논해지게 되었다고 할 수 있다.<sup>6)</sup> 여기에 행정재량이 다양한 현상으로 나타나는 배경이 있다.

우리의 행정현실은 복잡다기한 현대국가의 과제를 실현하는 과정을 겪고 있기 때문에 행정작용의 근거가 되는 법규가 그 요건에서는 이른바 불확정개념을 사용하여 행정청에게 구체적인 상황에서 나름대로

5) 김재광 외, 『재량행위의 투명화를 위한 법령정비지침 수립』, 한국법제연구원, 2004, 17면.

6) 宮田三郎, 『行政裁量とその統制密度』, 1994, 318면.

의 판단의 여지를 부여하며, 법률효과 면에서도 공권력 발동의 여부와 다양한 대안 중에서 어느 하나를 선택할 수 있는 권한을 부여하게 되는 것이다. 특히 한국사회에 특유한 다이내믹한 변화에 행정활동이 능동적으로 대처하기 위해서는 행정의 전문성을 활용하고 문제해결 능력을 제고하기 위해서도 입법자가 의식적으로 법규상 행정청의 재량을 인정하는 경우가 늘고 있다.

일반적으로 재량은 행정청이 여러가지 서로 다른 행위들 중의 한가지 행위를 선택할 수 있는 권한으로 정의되고 있다. 따라서 어떤 행정청에게 재량권이 부여되면 행정청은 여러가지 선택가능한 행위 중 하나를 선택할 수 있는 것을 말하고, 그러한 선택행위가 위법하지 않다는 것을 말한다.

보통 일반적이고 불확정적이며 애매한 제정법이 재량을 만든다. 즉 의회가 어떤 특정분야에서 행정청에 전적인 책임을 부여한 다음 그 범위 안에서 행정청은 자유롭게 선택권을 행사할 수 있다고 한 경우, 또는 의회가 행정청의 선택결정권을 통제하기 위한 지시를 발하기는 하지만, 그 지시의 불확정성·일반성·애매성으로 인해 구체적인 경우에 선택행위를 분명히 규정하지 못하는 경우, 그 밖에 행정행위에 대한 사법심사를 법률로 배제하는 경우가 재량권이 발생하는 원인이라 할 수 있다.

다시 말하면, 의회는 정책실현을 위하여 일반적인 기준 또는 원칙만을 정하고, 그 제정법상의 기준 또는 원칙의 집행에 필요한 세목 또는 구체적 정책은 행정청의 전문적 기술성의 발휘에 의한 규칙제정에 위임하게 되므로 이 경우에 재량권이 부여된다.

## II. 법치행정의 원칙과 재량권의 인정문제

현대국가에서의 입법의 특징은 한편에서의 법률규제의 양적 증대와 다른 한편에서의 법률의 내용적인 규제밀도의 부족 내지 법률의 불확

정성의 증대라는 점에 있다. 현대행정의 광범한 영역에 걸친 활동범위의 확대는 필연적으로 법률의 양적 증대를 수반하지만 그것과는 대조적으로 법률의 규제밀도가 저하되고 법률망이 성기게 된다는 점에 주의하지 않으면 안 된다. 이러한 법률의 규제력의 약화는 특히 계획법적 성격을 갖는 법률 및 기술안전이나 환경보호에 관한 법률에서 현저하다. 이러한 법률규제의 질적 변화라는 상태 하에서는 실질적인 규제권한의 소재는 법률 차원으로부터 명령 또는 행정규칙의 차원으로 이행하고 있어 민주적 법치국가원리로부터 보아 문제라고 아니할 수 없다.<sup>7)</sup>

이러한 법치행정의 원칙하에서 행정의 법에 대한 종속의 원칙을 실현하기 위하여는 행정을 규율하는 법률을 일의적으로 명확하게 규율하여 기계적으로 법률을 집행하게 하는 것으로 한다. 그러나 행정에 있어서는 법치행정도 중요하지만 구체적 타당성(또는 합목적성) 또한 중요하다. 행정권 행사의 대상이 되는 행정현실은 매우 다양하기 때문에 법에서 일률적으로 행정의 기준을 정한다면 합목적적인 행정이 행해질 수 없다. 따라서 법률은 행정을 규율함에 있어서 합목적적인 행정이 가능하도록 행정권의 행사에 있어서 일정한 한계 내에서 선택의 자유, 즉 재량권을 인정하고 있다. 재량권의 인정을 법치행정의 원칙의 예외로 보는 것은 타당하지 않다. 재량권은 법에 의해 인정되는 것이며 재량권에는 일정한 법적 한계가 인정되고 그 한도 내에서는 사법적 통제의 대상이 된다.

한국의 행정실무와 행정법의 적용과정에서 특히 행정재량이 문제되는 것은 행정청이 법규상 재량권을 갖는 경우에는 민원인이나 기업 등 국민들이 그 재량행사의 기준이나 원칙을 제대로 알 수 없어 투명한 행정이 이루어지지 못한다는 것이다. 결국 이러한 불투명한 행정은 법규가 행정청에 부여한 권한 이상의 “비공식적 재량”을 생성시키

7) 김재광 외, 전계연구보고서, 18면.

며 이것이 행정청과 관료의 부패를 촉발시키는 원인을 제공하고 있다. 결국 행정청의 재량권 행사의 기준과 원칙이 투명하지 못한 것은 투명성과 공개를 지향하는 한국의 법제도와 조화되지 못하며 공공부문 뿐 아니라 이와 교섭하는 기업 등 민간부문의 투명성과 경쟁력을 동시에 저해하는 결과를 가지고 온다. 따라서 한국사회에서 행정관청이 가지고 있는 재량권 행사의 기준과 원칙을 정한다는 것은 단순히 이를 통한 재량권 행사의 자율적 통제라는 차원을 넘어서서 행정의 투명성, 국가경쟁력의 제고, 부정부패의 방지라는 보다 근본적인 목적과 취지를 가지고 있다.

그러나 이러한 현실적인 사회변화와 그에 따르는 행정재량의 폭주 현상에도 불구하고 결코 법치주의원칙은 행정청에게 백지수표를 발행한 것은 아니므로 행정청은 자신의 주도하에 임의적인 목적을 설정할 수 없다. 다시 말하자면 행정청은 법규가 부여한 재량권을 행사함에 있어서는 당해 법규의 목적과 취지를 최대한 고려하고 존중하여 일정한 결정을 내려야만 한다. 즉 행정청이 법규상 재량권을 보유하고 행사한다는 것은 법규에 의하여 의도된 목적과 방향성에 의하여 이미 한계 지워진 것으로서 이른바 “의도된 재량”(intendiertes Ermessen)의 의미를 가지는 것이다. 결국 행정재량권은 입법자가 의도하는 재량권 행사의 목적지향성과 사법부의 재량권 통제라는 두 개의 거대한 법치주의적 견제장치 안에서 존재하는 것으로서, 일종의 법적 의무에 합당한 재량의 형태를 유지하는 것이다.

### Ⅲ. 재량행위의 헌법적 허용성

행정의 법률적합성원칙을 중심으로 하는 법치국가원리는 행정청이 엄격하게 입법자의 규범을 집행하는 것이므로, 그렇다면 재량행위는 반헌법적인 제도인가? 하는 의문을 제기하는 것도 무리가 아닐 것이

다. 그런데 이는 법치주의를 지나치게 자유주의적으로 이해하기 때문에 생길 수 있는 의문이다. 오늘날의 법치국가는 사회적 법치주의를 표방하고 각종의 사회적 위험과 국민의 적극적인 복리의 증진에 이바지하는 과제를 수행하므로 행정의 전문성과 상황대처 능력을 강하게 요구한다. 그러므로 입법자가 법규의 효과규정을 통하여 행정청에게 재량권을 부여한다는 것이 헌법에 위반되는 것은 아니다.<sup>8)</sup>

다만, 중요한 것은 역시 행정청이 보유하고 행사하는 재량은 여전히 국민의 기본권 보장이나 권력분립 등과 같은 자유주의원칙에 의하여 제한을 받는다는 사실을 간과해서는 안된다는 것이다. 독일연방헌법 재판소의 판례에 의하면 법치국가원리는 법규를 통하여 행정청에게 재량을 부여함에 있어서 그 내용, 대상, 범위 등을 명확하게 규정함으로써 재량권에 의한 개인의 권리가 제한되는 경우 충분히 사전적으로 이를 예측할 수 있어야 한다. 특히 행정의 법률적합성원칙은 행정청에게 재량권을 부여함에 있어서 그 내용과 한계를 상세히 규정하여 국민의 자유에 대한 제한을 행정부가 결정하지 않도록 입법적인 배려의 의무를 강조하고 있다. 이는 결국 자유주의적 법원리인 권력분립 원칙에도 부합하는 것으로서 행정재량의 행사를 통하여 실질적으로 국민의 자유와 권리의 내용과 한계를 자칫 입법부가 아닌 행정부가 결정하는 것을 방지하기 위한 것이다. 그러므로 중요사항유보 또는 본질사항유보의 원칙에 따라서 국민의 기본권 실현을 위하여 중요하고 본질적인 사항은 반드시 입법자가 스스로 정하여야 하며, 특히 침해적 행정작용의 영역에서는 더욱 엄격한 요건 하에 행정재량이 부여되어야 한다. 이에 비하여 개인의 기본권 실현과 밀접성이 완화되는 영역, 예를 들어 단순한 예산상의 수권으로 국가행정이 이루어지는 경우에는 법규상 행정재량은 보다 덜 엄격한 요건 하에 부여될 수 있을 것이다.

8) 김재광 외, 전계연구보고서, 19면.

이상의 논의를 종합해 볼 때 위에서 언급한 헌법상의 한계와 요건이 준수된다면 법규상 행정청에게 재량권을 부여하는 것 자체는 헌법적으로 문제될 것이 없다. 이와 관련하여 문제가 될 수 있는 것은 이른바 일반적·상대적 금지를 전제로 하는 허가의 대상에 대하여 법규가 행정청에게 재량을 부여하는 경우이다. 허가라는 행정행위는 국민이 법규에서 요구하는 일정한 요건을 충족시키는 경우에는 재산권, 직업의 자유 등 기본권을 실현하기 위해서 반드시 일반적·상대적 금지를 해제하는 것으로서 일종의 기속행위로서의 성격을 갖는다. 따라서 허가의 대상인 행위에 대하여 법규가 행정청에 재량을 부여하는 것은 위헌의 소지가 크다. 이와 관련하여 독일의 연방행정법원은 공공의 복리에 반하지 않는 경우임에도 불구하고 건물 외부에 일정한 시설을 설치하는 것을 허가의 대상으로 규정하고 있는 건축법전 제35조 제2항은 행정청의 재량권 행사의 대상이 될 수 없다고 판시하였다. 만약 그것이 재량권의 대상이 되는 경우에는 재산권에 대한 내용과 한계를 입법자가 아닌 행정청이 정하는 결과가 되고, 이는 독일기본법 제14조 제1항 제2문의 규정에 반하여 위헌으로 평가되기 때문이다.

한편 미국에서 재량행위의 헌법적 허용성은 미국의 연혁적 배경과 밀접한 관련을 맺고 있다. 즉, 주지하다시피 미국은 자유 개인주의적 전통과 작은 정부에 대한 인식은 헌법에 그대로 반영되어 입법기관, 사법기관, 행정기관 상호간의 견제와 균형을 가장 커다란 헌법의 사명으로 인식하고 있다. 그러나 일단 행정기관의 고유한 권한에 대해서는 그 허용성 역시 헌법은 최대한 보장을 하고 있다. 따라서 재량행위에 대한 헌법적 허용성은 특별한 헌법상의 조항이나 헌법이론에 의해서가 아니라 미국의 특유한 연혁적 배경에 의하여 당연한 논리귀결로 인정되는 것이다.



## 제 2 절 종래의 사후적 사법적 통제시스템의 내용과 그 한계

### I. 서 언

행정재량의 법적 한계가 준수되었는가 하는 여부를 최종적으로 심사하는 것은 사법부에 주어진 몫이다. 일반적인 행정재량의 경우에는 재량권의 내부적 한계와 외부적 한계가 설정되어 있으므로 법원은 문제가 된 재량권 행사의 남용 및 일탈 여부를 가려야 한다.

특히 이 경우에 사법심사의 초점은 재량의 본질에 대한 학설에 따라 달라지게 된다. 재량통제에 임하는 사법부는 행위의 효과부분 뿐만 아니라 불확정개념에 따르는 판단여지의 경우에도 행정청의 사실 판단에 대한 정확성과 타당성도 심사의 기준으로 삼아야 할 것이다.

재량권의 행사가 한계를 넘지 않으면 재량행위는 위법한 행위가 되지 않고, 법원에 의한 통제의 대상이 되지 않는다. 그러나 재량권의 한계를 넘어 위법하게 되는 재량처분은 취소소송에 의해 취소된다.

재량권이 한계를 넘지 않았지만 재량권의 행사를 그르친 경우 당해 재량행위는 부당한 행위가 된다. 부당한 재량행위는 취소소송의 대상이 되지 않지만 행정심판에 의해 취소될 수 있다.

그러나 사법적 통제는 사후통제라는 한계를 항상 내포하고 있다. 행정행위의 결과는 행위 즉시 또는 비교적 단기간에 그 법적 효과를 발생한다. 따라서 행정청의 재량남용으로 인하여 행정객체가 입게 되는 침해는 사후구제만으로는 충분하지 못한 것이 일반적이다.

종래 우리나라에서는 재량권의 남용을 방지하기 위한 방안으로서 법령에서 사용하고 있는 불확정개념을 가능한 한 보다 명확히 규정하고, 만약 불확정개념의 사용이 불가피하다면 그 기준을 설정하여 재량권 행사의 투명화를 담보하고 있다.

그런데 미국에서는 행정권 발동의 근거가 되는 법령의 정비를 통하여 재량권 행사의 남용을 예방한다는 것은 처음부터 어려운 것으로 이해하고 있다. 왜냐하면 법령이 모든 행정현상을 매우 철저하고 세밀하게 규정하고 있다면 처음부터 재량의 문제가 발생하지 않겠지만 현실적으로 그러하지 못하다면 행정권 발동에 언제나 재량을 전제로 하고 있는 것이기 때문이다. 그리하여 미국에서는 재량권 행사의 남용을 예방하는 최선의 방법을 사법적 통제에서 구하고 있다.

이러한 인식의 차이를 감안할 때 사법적 통제가 가지는 재량권 행사의 통제에 대한 심층적인 이해가 필요하다.

여기에서는 일본, 독일, 프랑스와 미국에서의 사후적 사법적 통제시스템의 내용과 그 한계에 대해 개략적으로나마 살펴보고자 한다. 참고로 국가들간의 재량행위에 대한 인식의 차이를 먼저 이해하는 것이 필요하다고 본다.

미국 행정법은 그 연혁적 배경으로 인하여 재량행위에 대한 정의, 인식, 통제 등에 있어서 프랑스, 독일 등과는 상당한 차이를 보이고 있다. 엄격한 형식적 법률유보보다는 권력분립의 이념을 구체화하는 과정에서 행정법을 발전시켜 왔기에 그 만큼 재량의 문제는 행정법의 가장 핵심적 요소로 인식되어지고 다루어져 올 수밖에 없었다. 다시 말해서 대륙법계 국가에서는 의회(국민)의 의사라고 인식되어지는 형식적 법률을 집행하는 것이 행정이고, 이러한 행정의 집행과정상 행정권의 우선적이고 독단적인 판단영역을 재량으로 인식함에 반하여, 미국에서는 행정이란 항상 행정권의 판단작용에 의하여 이루어지는 것이고 이러한 판단작용은 당연히 재량적 판단을 전제로 하는 것으로 이해하였다. 다만 이러한 재량적 판단이 그 한계를 벗어나서 재량적 정의(discretionary justice)에 합치되지 않을 경우, 즉 남용(abuse)이 있을 경우 이에 대한 사법적 통제를 제도화하는 것을 행정법의 가장 중요한 사명으로 이해하여 왔다. 물론 주지하는 바와 같이 미국에서 행정

권의 재량행위에 대한 사법적 통제를 함에 있어서도 이른바 실질적 증거법칙(substantial evidence doctrine)이라는 원칙에 의하여 사법부가 고도의 전문적이고 기술적인 영역에 대한 행정권의 결정을 직접 심리할 수는 없고 다만 그 절차나 집행결과 등이 행정객체의 사익을 지나치게 침해하였는지의 여부만을 심리하는 까닭에 행정권의 재량행위를 사법부가 직접적으로 통제하는 것은 아니라고 할 수 있다.

이러한 사실인식에 기초하여 단순하게 기계적인 적용을 해야 하는 경우는 처음부터 재량의 문제는 발생하지 않는다. 따라서 미국 행정법은 처음부터 행정권의 재량적 판단을 전제로 하고 있다고 해도 과언이 아닐 것이다.

## II. 일 본

### 1. 서 언

행정재량이 긍정되는 경우라도 그 행사는 무제약적인 것은 아니다. 우선 법률에 의한 수권이 존재하는 것인가 하는 점에 대해서는 해석의 여지가 있으며 그 한도에서 사법심사에 따라야 한다.<sup>9)</sup> 나아가 재량권의 행사가 일탈·남용에 해당하는 경우나(행정사건소송법 제30조 참조) 행정법의 일반원칙에 반하는 경우에는 위법의 평가를 받는다. 구체적으로는 중대한 사실오인, 법률의 목적위반, 평등원칙위반, 비례원칙위반 등이다. 관례는 재량통제의 기준으로서 목적위반, 동기의 부정, 비례원칙, 평등원칙, 재량의 자기구속, 다른 사항의 고려의 금지,

9) 전통적으로는 사법심사를 엄두에 두고 행정행위를 기속행위와 재량행위로 구분하고 나아가 후자를 법규재량행위와 자유재량행위로 분류하는 견해가 보이지만 의문이다. 첫째로 이들을 구분하는 기준 자체가 극히 불명확하다. 둘째로 분류의 효용도 적다. 요컨대 자유재량행위에서조차 그 남용은 사법심사에 따르며 법규재량행위는 기속행위와 같이 완전히 사법심사 아래에 놓이는 것이다. 셋째로 사법심사 이외의 재량통제라는 관점은 여기에서는 탈락되어 있다. 결론적으로 이러한 구분은 포기하는 것이 적절하다.

공정한 절차의 요청 또는 재량수축론의 가능성 등 다양한 통제의 기준을 전개하며 판례의 일반적 경향으로서는 재량에 대한 통제의 확대·강화의 방향을 제시하고 있다.<sup>10)</sup>

## 2. 재량권의 일탈과 남용

일본국헌법 아래에서 재량영역의 확대가 특히 요건재량의 용인이라는 모습으로 등장하고, 나아가 재량행위와 기속행위의 상대화가 드러나게 되면, 법원은 한편으로 행정행위에 있어서의 판단과정의 하나하나에 대한 행정청의 일정한도의 재량을 인정함과 동시에 그에 대한 통제를 어떠한 방법으로든지 도모해 보려고 하고 있다. 이 경우에 사용되는 일반적 방식이 재량권의 일탈·남용의 통제이다. 판례는 이 2가지의 구별을 명확히 하고 있지는 않지만 일탈·남용에 따르는 통제의 도구는 다음과 같은 것이다.

### (1) 사실오인

법규가 일정한 사실의 존재를 전제 내지 요건으로 하여 재량을 수권한 경우 사실의 기초를 결한 재량은 근거법규와의 관련에서 위법이 된다. 사실오인이란 사실인정의 단계에 속하는 사실에 관련하는 것인데, 원래는 재량의 영역에 포함되어 있지 않았던 것으로 재량통제로서는 고전적인 수법이다.<sup>11)</sup> 그렇지만 사실심리 자체가 상대화되고 있기 때문에 통제도 상대화하지 않을 수 없는 분야가 있다.

### (2) 목적위반 내지 동기위반

재량이 법규에 의하여 부여된 것인 한 그 행사는 근거법규에 정해진 수권의 목적에 따라 행해져야 하기 때문에 법규가 정하는 목적으

10) 김재광 외, 전계연구보고서, 198면.

11) 最判 1978.10.4. 참조.

로부터의 일탈이나 부정동기에 기초한 재량은 위법이 된다. 당해 행정행위의 근거 법규에 의해서는 포용될 수 없는 목적을 위해 재량권을 행사하는 것을 위법으로 하는 것이다.<sup>12)</sup>

### (3) 평등원칙위반

평등원칙은 헌법상의 요청으로서 재량권행사를 제약하는 법리이다. 그러나 평등원칙이 금하는 것은 자의나 부적합한 기준에 의한 불평등 취급이며 행정상의 제사정의 개별적 고려를 배제하는 것은 아니기 때문에 결과적으로 평등원칙위반이 인정되는 예는 별로 많지 않다. 평등원칙이 엄격히 적용된다면 최초의 처분에 있어서는 재량의 문제가 생기지만 그 이후는 기속처분이 된다. 그리고 법원은 한편으로는 평등원칙의 적용을 인정하면서도 그 적용의 폭을 상당히 넓게 해석하고 있다.<sup>13)</sup>

### (4) 비례원칙위반

재량남용의 통제도구로서 비례원칙위반이 거론되는 경우가 있다.<sup>14)</sup> 비례원칙은 엄밀히 말하면 재량의 여지를 인정하지 않는 것인데, 재량통제로서 사용될 때에는 실질적으로 사회관념상 현저하게 타당성을 결여한다고 하는 정도에 그치고 있다. 이 통제수법은 사항의 성격으로 보아 대체로 효과재량(그 중에서도 선택재량, 형성재량)의 통제로서 작용한다.

### (5) 행정절차위반

행정이 그 재량을 적정하게 행사하기 위해서는 그 준칙이 되어야 할 기준을 내부적으로 정립하여 이것에 기초하여 권한을 행사할 필요

12) 東京地判 1969.7.8. 行裁例集 20권 7호 842면,

13) 名古屋高判 1983.4.28. 判例時報 1076호 40면.

14) 最判 1964.6.4. 民集 18권 5호 745면.

가 있다. 이를 위하여 행정절차법에 심사기준제도가 마련되어 있다.

행정결정의 과정에 상대방이나 이해관계인이 참가하는 절차에 의하여 행정판단이 형성되어 가는 것은 공정한 재량권 행사만을 위한 것이 아니고 국민의 권리보호의 관점으로부터도 중요하다. 또한 재량판단이 전문화·정책화됨에 따라 법원이 그 당부에 내용적으로 개입하는 것이 곤란하므로 그 판단형성이 공정절차에 의하여 행해졌다고 인정되는 한 행정재량을 존중하지 않을 수 없다. 따라서 재심의 중점은 생긴 결과의 내용 여하보다도 판단형성의 절차에 놓이며 절차의 불공정이 재량남용을 도출한다고 하는 법리가 형성된다. 이 경우 행정절차법상의 청문절차(제15조 이하)가 중요하다.

재량판단의 과정에서 고려하여야 할 요소를 고려하지 않거나 부당하게 경시하고 다른 한편 고려하지 않아야 할 것을 고려에 넣거나 과대평가하는 등 그 판단과정에 잘못이 있는 것을 심사함으로써 재량을 통제하는 방법이 있다.

이러한 기준 자체는 결코 새로운 것이 아니고 판례에서도 사용되고 있는 방법이지만 이러한 방식의 특색은 행정의 판단을 대신하여 법원의 결론을 시인한다고 한 종래의 재량통제론이 아니고 행정의 재량판단과정의 과정을 순차 검토하여 각 단계에서의 행정판단의 과오를 지적하는 것에 있다.<sup>15)</sup>

#### (6) 재량의 0으로의 수축

행정재량은 행정권이 구체적인 사례에서 적절히 법률적용을 하는 것으로 기대한 것이기 때문에 법률로 “...할 수 있다”고 정하고 있어 행동하지 않을 자유가 인정되는 경우이라도 구체적 사정에 따라서는 이미 행동하지 않으면 아니 되는 경우가 있을 수 있다. 예컨대 공장에 대한 규제권한행사가 행정재량이 되어 있는 경우이라도 그 공장으

---

15) 田村悦一, “裁量權の逸脫と濫用” 『行政法の争點(新版)』, 77면.

로 배출되는 배수 등에 의하여 인근주민에게 심각한 피해가 나오는 때에는 규제권한을 행사하지 않을 자유는 이미 인정되지 않는다. 이처럼 행정재량이 인정되는 사례이지만 행정의 행위의무가 인정되는 경우가 있다.<sup>16)</sup> 최근의 판례에서는 위험방지에 관한 법령상의 권한불행사에 대해 생명·신체·건강 등에 대한 절박한 위험의 존재, 이러한 위험의 절박성이 행정에게 용이하게 지득되어야 할 상황, 권한행사에 의한 결과발생의 회피가능성, 권한행사의 기대의 상당성, 국민측의 위험회피의 불가능성 내지 곤란성 등 엄격한 요건 하에서 그 위법을 인정하여 손해배상청구를 용인한 것이 증가하고 있다. 이에 대하여는 설명방법에 따라서는 특정한 사례에 있어서 행정재량이 영으로 수축하고 행정의 작위의무가 생긴다고 설명하는 견해(재량수축이론)와 특정한 사례에서의 재량권 불행사는 행정재량권의 남용에 해당한다고 설명하는 견해(행정재량의 소극적 남용이론)가 있다.<sup>17)</sup> 설명방법의 차이에 그치며 어느 견해에 의하더라도 행정재량이 인정된 규제권한행사에 있어서 특정한 사례에서 작위의무가 도출된다.

### 3. 행정소송상 재량행위의 심의방법

행정사건소송법 30조는 “행정청의 재량처분에 관해서는 재량권의 범위를 넘어 또는 그 남용이 있는 경우에 한하여 법원은 그 처분을 취소할 수 있다”고 규정하고 있다. 다만 재량이라고 하더라도 여러 가지가 있으므로 법원의 심사방법도 달라진다.

효과재량의 재량통제의 방법으로서는 목적위반, 비례원칙위반, 평등원칙위반이 있지만 법원은 그 심사에 즈음해서는 사회통념상 현저히 타당성을 잃었다고 하는 정도의 심사에만 머물고 있다. 요건재량에

16) 전통적으로는 권력발동요건이 충족되어 있는 경우에도 행정재량권을 행사하지 않을 자유가 행정에 인정되어 왔다. 이것을 행정편의주의라 한다.

17) 양자의 비교는 宇賀克也, 『國家報償法』, 1997. 156면 이하 참조.

대해서도 재량이 주로 객관적 사실의 평가에 걸치는 경우 즉 정치적 정책적 재량의 경우에는 법원의 심사는 사회통념상 현저히 타당성을 잃었다고 하는 정도에 그친다.

요건재량이 과학적 전문기술적 문제이며 그것이 사실의 인정 그 자체에 미치는 경우에 대해서는 법원의 심사는 미칠 수 없어야 한다는 견해도 가능하다. 그러나 다른 한편으로 그것이 원자력발전시설과 같은 주민의 생명이나 건강에 커다란 피해를 가져오는 것일 때에는 이것을 들어 행정청의 판단에 맡겨 놓아도 될 것인가 하는 문제가 생긴다. 이 점에 관하여 최고재판소는 이방원자력발전소 원자로설치허가 처분 취소소송에서 안전성의 판단에 대해서는 행정청의 전문기술적 판단에 재량을 인정한 다음 법원의 심리·판단은 원자력위원회 혹은 원자로안전전문심의회에 전문기술적인 조사심의 및 판단을 바탕으로 하여 행해진 피고 행정청의 판단에 불합리한 점이 있는가의 여부라는 관점에서 행해져야 할 것이라고 하였으며 이것을 부연하여 법원은 구체적 심사기준의 불합리성, 원자력위원회 혹은 원자로안전전문위원회의 조사심의 및 판단과정의 간과하기 어려운 과오·결함의 심사를 행해야 할 것이라고 하였다.<sup>18)</sup> 이 경우의 불합리성, 간과하기 어려운 과오·결함이라는 개념이 어느 정도의 것을 말하는가는 반드시 명확하지 않고 더구나 사회통념이라는 법원의 판단이 가능한 경우와는 달리 이점에 관한 법원의 판단을 어떻게 해서 행하는가와 같은 문제는 별도로 하고라도 전문기술적 재량을 인정하게 되는 경우에는 그 내용적인 통제를 행한다는 것은 애당초 곤란한 것이 되지 않을 수 없을 것이다. 오히려 최고재판소도 재량통제를 재량권의 인정이라는 단계에서 결정조직의 통제라고 하는 형태로 행하고 있다고 할 수 있다. 그러한 의미에서는 당해 사건에서는 최고재판소가 채용하지는 않았으나 결정절차라는 요소에도 주목하여야 한다.

18) 最裁 1992.10.29. 民集 46권 7호 1174면.



## 5. 소 결

전체적으로 말하면 통제밀도에 관한 관례의 태도는 합리성 내지 설득성의 통제와 자의 내지 명백성의 통제 사이를 왔다 갔다 하지만 최고재판소의 기본적 태도는 자의 내지 명백성통제의 입장에서 있어 재량에 대한 통제는 극히 소극적이고 희박한 것이 되어 있다고 말할 수 있다.

한편에서의 재량통제의 기준의 다양화와 다른 한편에서의 통제밀도의 부족은 관례이론의 최대의 특징이다. 이것은 행정에 엄하지 않고 그렇다고 법으로부터도 크게 벗어나지 않은 법원의 심사권의 방식에 대한 고뇌의 표현이라고도 볼 수 있다.

그러나 행정의 전제적이고 자의적인 침해에 대하여 국민의 권리를 보호하기 위하여 명백성통제로도 법원이 충분히 권리보호기능을 담당할 수 있었던 시대는 이미 끝났다고 말할 수 있다.

오늘날의 민주적 법치국가에서는 행정의 자의적인 행동에 대한 통제로서는 신문, 텔레비전 등 매스컴, 여론 및 시민운동 등 법원 이외의 것에 의한 법적 통제가 법원의 통제보다 확실히 실효적으로 작용하고 있다.

물론 그렇다고 하여 법원의 법적 통제의 필요성이 부정되는 것은 아니지만 이미 법원에 의한 법적 통제에 있어서는 고전적인 재량통제의 유형인 자의 내지 명백성통제 이상의 것이 기대되고 있다.

## Ⅲ. 독 일

### 1. 행정재량과 그 통제의 필요성

행정재량은 행정법과 행정활동의 현실을 지배하는 대원칙인 법치주의원리의 측면에서 보면 하나의 필요악 같은 존재이다. 다시 말하자

면 법치주의원리는 행정작용이 법에 적합하도록 행사되어야 한다는 이른바 행정의 법률적합성원칙(Gesetzmaessigkeit der Verwaltung)을 그 토대로 하고 있다.<sup>19)</sup>

그러므로 법치주의의 이상에 비추어 본 행정활동은 그 근거가 되는 법규가 정하는 요건에 따라서 기계적인 법적 효과가 발생하는 경우를 상정한다. 따라서 모든 행정활동은 이른바 법률적합성원칙을 완벽하게 실현하는 기속행위(gebundene Verwaltung)가 되는 것이 법치주의적 행정활동의 전범으로 제시될 수 있을 것이다.

그러나 오늘날의 행정현실은 너무도 복잡다기한 현대국가의 과제를 실현하는 과정을 겪고 있기 때문에 행정작용의 근거가 되는 법규가 그 요건에서는 이른바 불확정개념을 사용하여 행정청에게 구체적인 상황에서 나름대로의 판단여지를 부여하며, 법률효과면에서도 공권력 발동의 여부와 다양한 대안 중에서 어느 하나를 선택할 수 있는 권한을 부여하게 되는 것이다.

특히 다이내믹한 시대변화에 행정활동이 능동적으로 대처하기 위해서는 행정의 전문성을 활용하고 문제해결능력을 제고하기 위해서도 입법자가 의식적으로 법규상 행정청의 재량을 인정하는 경우가 늘고 있다.

그러나 이러한 현실적인 사회변화에 그에 따르는 행정재량의 폭주 현상에도 불구하고 결코 법치주의원칙은 행정청에게 백지수표를 발행한 것은 아니므로 행정청은 자신의 주도 하에 임의적인 목적을 설정할 수 없다.

다시 말하자면 행정청은 법규가 부여한 재량권을 행사함에 있어서는 당해 법규의 목적과 취지를 최대한 고려하고 존중하여 일정한 결정을 내려야만 한다. 즉 행정청이 법규상 재량권을 보유하고 행사한

---

19) 독일의 재량권 행사의 통제에 대해서는 김재광 외, 전계연구보고서, 141면 이하 참조.

다는 것은 법규에 의하여 의도된 목적과 방향성에 의하여 이미 한계 지워진 것으로서 이른바 “의도된 재량”(intendiertes Ermessen)의 의미를 가지는 것이다.

결국 행정재량권은 입법자가 의도하는 재량행사의 목적지향성과 사법부의 재량권 통제라는 두 개의 거대한 법치주의적 견제장치 안에서 존재하는 것으로서, 일종의 법적 의무에 합당한 재량의 형태를 유지하는 것이다.

## 2. 의도된 재량개념 검토

### (1) 개념

의도된 재량(intendiertes Ermessen)의 개념을 한 마디로 축약한다면 법규가 재량을 부여하였다고 하더라도 통상적인 경우(typische Faelle)에는 이러한 재량이 근거법규의 입법자의 의도에 의하여 일정한 방향으로 행사되어 마치 기속행위화 되며, 매우 이례적인 경우(atypische Faelle)에 한하여 일반적인 재량이론이 적용된다는 것이다.<sup>20)</sup>

다시 말해서 의도된 재량은 결코 일반적인 재량과는 다르며 오히려 행정청의 재량행사를 입법적으로 이미 일정한 “한 방향”으로 행사하도록 하는 입법적 의사를 최대한 존중하는 것을 그 특징으로 한다.

따라서 의도된 재량이론은 일종의 (암시적)입법의사를 통하여 행정재량을 축소시키는 논리이며 동시에 행정재량에 대한 강화된 사법적 통제이론이라고 할 수 있다.

물론 행정청의 재량이라는 것이 원래 입법자에 의하여 주어지는 것으로서 행정청의 재량행사가 입법자의 의사와 입법목적에 존중하는 것은 매우 당연한 것이다.

---

20) 김재광 외, 전계연구보고서, 146면 이하 참조.

이미 언급한 바와 같이 행정재량에 대한 일반적 근거조항인 독일연방행정절차법 제40조 역시 입법적 수권의 목적을 고려하여야 한다는 것은 바로 이러한 의미이다. 그러나 한편으로는 행정청에게 재량을 부여한 것은 구체적인 상황에서 재량권 행사의 여부와 수단을 선택할 수 있도록 하여 행정의 상황대처능력을 제고하고 전문성을 활용하자는 취지이므로 자칫 의도된 재량이론은 행정재량 자체의 존립을 위태롭게 할 수도 있다.

## (2) 의도된 재량이론에 대한 독일연방행정법원의 견해

### 1) 일반론

의도된 재량이론은 전적으로 독일연방행정법원의 창작품이다. 의도된 재량은 행정재량을 규정한 법규를 통하여 이미 재량권의 행사가 특정한 방향으로 예정되어 있는 경우를 의미한다. 즉 특정한 결과가 법규의 의미와 내용에 가장 근접하고 이미 법률상 그러한 결과가 의도되어 있으며 매우 예외적인 상황에서만 그러한 결과와는 다른 행정적 결정이 허용될 뿐이다.

그러므로 통상적인 경우에는 재량의 근거규범이 의도하는 내용에 따르는 행위와 법적 효과가 발생하며 이에 따라서 행정청은 이러한 행위로 인하여 법적 효과에 대한 이유제시의무도 없다. 행정절차법에 규정된 행정청의 이유제시의무는 오직 이례적인 상황에서 내려진 재량처분에 대해서만 인정될 뿐이다.

그러므로 의도된 재량이론은 행정법이론에서 논의되는 일반적인 행정재량과는 적어도 개념적으로는 근본적인 차이점이 있다. 즉 일반적인 행정재량이론에서는 오히려 통상적인 경우에 행정청이 결정재량과 선택재량 등 법적 의무에 합당한 재량권을 행사하는 반면, 재량권의 축소 등 이례적인 경우에 한하여 특정한 내용의 재량권 행사의 의무가 있을 뿐이다. 독일연방행정법원의 판례에 의하여 성립하여 발전한

의도된 재량이론은 독일 각주의 행정법원의 판례뿐만 아니라 일반법원의 판례에까지 영향을 미치고 있는 것으로 보아 상당한 법적 반향을 불러일으킨 것으로 평가하는 것이 문헌상의 일반적인 견해이다. 이와 더불어 독일연방행정법원은 초기에 주로 경찰행정법을 비롯한 질서행정법의 영역에서 의도된 재량이론을 전개하였으나 점차로 행정절차법 및 경제행정법 등 전반적으로 행정재량이 문제되는 다양한 분야로 그 적용을 확대하였다. 의도된 재량이론은 문헌상으로는 이를 환영하고 적극적인 적용을 옹호하는 견해도 있으나 대부분의 견해는 이를 비판적으로 보고 있다.<sup>21)</sup>

## 2) 구체적인 발현 형태

### 가. 舊形式(alte Formel)

최근까지 독일연방행정법원은 의도된 재량이라는 은유적인 표현으로 두 가지의 구체적인 내용을 가지는 형식을 제시하고 있다. 첫 번째 형식은 1980년 8월 28일 건축법에 위반한 위법건축물의 철거와 관련된 소송에서 처음으로 제시되었다. 이는 연방행정법원이 초기에 사용한 형식으로서 흔히 舊形式으로 부르는데, 이러한 구 형식은 이후 연방행정법원의 다른 부의 판결에서도 그대로 수용되었다. 그 내용은 다음과 같다. “행정청이 법규상 부여된 재량권을 통상적으로 행사하는 경우에는 이에 요구되는 부정적이거나 긍정적인 요소를 검토할 것도 없이 법규에 규정된 입법자의 의도를 따르는 것으로 충분하다. 이에 따라서 행정절차법상 행정처분에 요구되는 행정청의 이유제시의무도 면제된다”<sup>22)</sup>

위에서 살펴본 바와 같이 이러한 구형식의 의도된 재량이론은 크게 두 부분으로 구성되고 있다. 우선 통상적인 경우, 즉 전형적인 재량권 행사가 이루어지는 상황에서는 그 상황에서 고려해야하는 요소들 간

21) 김재광 외, 전계연구보고서, 148면.

22) 김재광 외, 전계연구보고서, 148면.

에 어떠한 형량이 요구되는 것은 아니기 때문에 이러한 형량의 의무가 면제된다. 동시에 논리적으로 그 결정에 있어서 행정절차법에 의하여 요구되는 처분의 이유제시의무도 면제된다. 이러한 두 부분의 결정형식은 이 판결에서 또 다른 표현으로 등장하는데, 하나는 “의사형성에서의 준수요건”과 다른 하나는 “이유제시의무”로서 첫 번째 부분은 형량의무의 면제이고 두 번째는 이유제시의무의 면제이다. 그 구체적인 의미는 후술한다.

#### 나. 신형식 (neue Formel)

구형식에 비하여 신형식의 의도된 재량이론은 다음과 같이 요약될 수 있다. “재량을 부여하는 규범이 통상적인 경우에 특정한 의미로만 해석되어야 하는 상황에서 이에 반하는 행정적 결정이 내려지기 위해서는 이를 정당화하는 이유와 근거가 제시되어야 한다. 그러므로 통상적인 상황을 벗어나는 특별한 이유가 없는 한 재량결정과정에서의 다양한 요소에 대한 형량은 자명한 결과로 귀결된다.

따라서 형량의 결과가 자명한 것이라면 행정절차법 제39조 제1항 제3문에 의하여 요구되는 이유제시의무도 면제됨이 당연하다. 신형식은 연방행정법원이 이미 구형식을 질서행정부의 영역 뿐 아니라 다른 행정법의 영역으로 확대하면서 나타난 결과라고 할 수 있다. 이미 언급한 바와 같이 신형식은 구형식이 취하고 있는 2단계의 구조를 지양하고 이유제시의무만을 면제하고 있다. 다시 말하자면 통상적인 경우에는 형량의 의무가 존재한다는 점에서 구형식과는 구별되지만 재량권 행사의 과정에서의 형량의무는 이미 일정한 방향으로 행사될 것이 예단되어 있으므로 그 결과는 분명하다는 특징을 갖는다.<sup>23)</sup>

독일연방행정법원이 새로운 형식을 사용한 것은 원고가 주택법상 입주자격증명서의 발급을 신청한 경우이다. 처분의 근거가 된 조항은

23) 김재광 외, 전계연구보고서, 149면.

위 증명서의 발급을 거절하는 것이 신청인에게 가혹한 결과를 가져오는 경우에는 이를 발급할 수 있다고 규정하여 증명서의 발급 여부에 대하여 행정청에게 재량을 부여하고 있다. 이미 언급한 바와 같이 이 사건에서 연방행정법원은 구형식이 취하던 2단계의 재량구조를 파기하고 요건부분에 규정된 “가혹한 경우”라는 불확정개념의 해석을 재량행사의 효과부분과 결합시켜 통일적인 재량권 행사로 변화시켰다. 즉 이 사건과 관련하여 신청인의 신청이 거부되는 것이 “가혹한 경우”에 해당하는가의 여부는 재량의 결정과정에서 고려되어야 할 사항임에는 분명하다. 그러나 적어도 입법자의 의도는 신청을 거부하는 방향으로 재량권 행사가 이루어지지 않도록 하는 것이므로 증명서발급에 대한 신청을 수용하는 재량권 행사가 이루어지는 것이 분명하며 이에 따르는 이유제시의무는 면제된다.

이렇게 볼 때 의도된 재량이론은 이미 재량을 부여하는 법규에 의하여 행정청의 재량권 행사가 일정한 방향으로 행사되도록 의도되어 있으므로 특정한 결과가 가장 입법적 의사에 가깝다고 전제하고 있다. 또한 이러한 결과는 바로 입법자의 의도와 일치하며 매우 예외적인 상황 하에서만 이와는 다른 결과를 가져오는 재량권 행사를 상정할 수 있을 뿐이다.

연방행정법원의 이러한 신형식의 의도된 재량이론은 이후에 병역법상의 면제결정에 대한 철회와 취소결정으로 이어졌다. 즉 독일병역법에 의하여 병역면제결정 이후에 복무능력이 발견되는 경우 행정청은 병역의무의 형평성과 공익을 이유로 이를 취소 또는 철회할 수 있다는 규정이 법규상으로는 행정청에게 취소 또는 철회권의 행사에 재량을 부여한 것으로 볼 수 있으나 이 규정 역시 의도된 재량에 해당한다는 것이다. 즉 이 경우에도 법규상 부여된 재량은 의도된 재량이기 때문에 행정청이 사후에 복무능력을 확인한 경우에는 면제결정을 반드시 취소 또는 철회하는 것이 입법자의 의도에 따르는 결정이다.

그러므로 그러한 방향으로 재량권이 행사되었다면 이러한 처분에는 더 이상 이유제시의무가 존재하지 않는다는 것이다.

결국 법규상 행정청의 재량을 인정하는 가능규정(Kann-Vorschriften)은 이러한 과정을 통하여 사실상 당위규정으로 변화하며, 오직 하나의 재량결정이 적법한 것으로 평가된다. 이렇게 본다면 의도된 재량이론은 마치 재량의 축소 및 이에 따르는 무하자재량행사청구권, 행정개입청구권 등의 이론과 유사한 논리구조를 가지는 것으로 볼 수 있다.

물론 재량의 축소이론은 행정청의 재량이 개인의 생명·신체·재산 등 중대한 법익침해가 있거나 임박한 경우 구체적인 상황에서 재량이 축소하는 것임에 반하여 의도된 재량이론은 이미 법규상 입법자가 행정청의 재량행사가 일정한 방향으로 이루어지도록 강한 암시와 의사를 표현하는 것이므로 양자는 구별된다.<sup>24)</sup>

### (3) 명백한 입법적 의사의 우월성(prima facie-Vorrang)

의도된 재량이론의 출발점은 일단 입법자가 행정청에게 재량권을 행사할 수 있는 길을 열어준다고 하더라도 그 길을 어떠한 수단을 가지고 갈 것인가에 대해서는(도보·대중교통·손수운전 등) 여전히 결정의 여지를 가지고 있다는 것이다.

따라서 입법자가 재량권 행사에 있어서 추가적인 확정지(zusaetzliche Festsetzungen)를 顯示하는 경우에는 그에 따라 행정청의 구체적인 재량권 행사의 방법도 제약을 받는다는 것이다. 그러한 입법자의 추가적인 의지는 이미 재량의 행사에 고려되는 원칙을 형량하는 과정에서 나타날 수 있다.

특히 이러한 상황은 근거규범의 요건이나 효과규정에서 당위규정(Soll-Vorschriften)이나 “일반적으로”(in der Regel)이라는 표현을 통하여 발생한다. 입법자가 의도하는 명백한 의사를 확정하는 것은 입법자의

---

24) 김재광 외, 전계연구보고서, 149면.



의지에 따르는 법해석을 하거나(주관적·목적론적 해석) 법규의 의사를 해석함으로써(객관적·목적론적 해석) 이루어진다.

물론 이러한 입법자의 의사를 확정하는 것은 헌법상 개인에게 보장된 기본권이나 비례의 원칙 등 헌법상의 제 원칙에 부합하여야 하며, 그러한 제한 하에서 행정청의 재량행사에 일정한 지침으로서 작용한다.

그러므로 일반적인 상황을 넘어서는 특별한 사정이 없는 한 입법자의 의도에 따르는 재량권 행사와 법적 효과가 발생하기 때문에, 이 경우 흔히 입법자의 의사가 행정청이 재량행사과정에서 행하는 행량의 의무를 先取하는(vorwegnehmen) 것으로 이해할 수 있다.

#### (4) 당위규정(Soll-Vorschriften)의 사법적 심사의 범위

이미 언급한 바와 같이 당위규정이나 의도된 재량이론의 경우에는 행정재량이 문제되는 것이 아니고 입법자의 의도에 의하여 기속화된 행정적 결정이 문제되는 것이므로 법원의 위법성 심사는 엄격하게 이루어진다는 특징을 갖는다.

이는 통상적인 재량의 경우나 판단여지를 인정하는 경우 재량권 행사가 법적 한계를 일탈 및 남용의 여부, 사실판단이 경험칙에 의하여 이루어졌는지의 여부 등 보다 완화된 심사기준이 적용되는 것과 차이가 존재하는 부분이다. 그 이유는 의도된 재량의 경우 이미 입법자가 명백한 의사를 표명했기 때문에 행정청이 이를 재량행사의 행량과정에서 임의로 무시할 수 없는 것이기 때문이다.

따라서 당위규정을 사용하여 법률요건이나 효과를 규정하는 경우에는 더욱 그렇다. 의도된 재량이나 당위규정의 경우에는 결과적으로 행정청의 재량을 축소시키는 기능을 하는 것이므로 결국 이는 재량의 영으로의 수축이론과 유사점이 있다는 것은 이미 설명하였다. 그러므로 통상적인 경우임에도 불구하고 행정청이 이를 이례적인 사유가 존재하는 것으로 잘못 이해하는 경우에는 일종의 재량하자를 구성하며

법원은 이를 취소할 수 있다.<sup>25)</sup>

(5) 의도된 재량이론에 대한 비판

1) 문제의 제기

독일연방행정법원이 판례를 통하여 의도된 재량이론을 세상에 알리기 시작한 이래로 문헌상 이에 대한 찬반양론이 제기되었으나 다수설은 이에 대해 매우 비판적이다. 우선 그러한 비판 가운데 가장 근본적인 것은 이미 독일연방행정절차법 제40조가 행정청이 “수권의 목적에 합당하도록”(entsprechend dem Zweck der Ermaechtigung) 재량권을 행사하도록 규정하고 있기 때문에 행정청이 재량을 수권한 근거법규의 입법적 의사를 존중하는 것은 당연하며 이를 별도의 의도된 재량이론으로 설명하는 것은 불필요한 용어의 남용이라는 것이다. 즉 이 규정에 의해서 행정청은 재량권을 행사하는 과정에서 입법목적에 나타난 입법자의 의사와 더불어 재량권 행사를 통하여 실현되는 공익, 개인의 권리, 행정의 현실적응능력 등 다양한 원칙과 법익에 대한 형량을 행한다. 따라서 만약 의도된 재량이론을 내세워서 행정청이 재량권을 행사하는 경우에 오직 그 의미도 분명하지 못한 입법적 의사를 최우선으로 고려하라는 것은 행정재량과 그의 통제라는 법제도의 이념과 상치한다는 것이다. 물론 의도된 재량의 개념은 행정청이 재량행사의 과정에서 사전적으로 입법자의 명백한 의사나 당위규정을 통하여 추정되는 입법 목적을 고려하여 보다 정확한 재량권 행사를 하도록 한다는 점에서 일종의 재량행위의 사전적 통제장치라고 할 수도 있다.

그러나 이미 언급한 바와 같이 결국 행정재량의 통제는 사법부의 최후적인 심사를 통하여 이루어지는 것으로서 오히려 사법심사 범위의 확장을 통하여 사법부의 위상을 강화하거나 역으로 사법부의 업무

---

25) 김재광 외, 전계연구보고서, 152면.

를 가중시킬 위험성도 배제할 수 없다.

또한 행정법도그마에서 보아 어려운 문제 중의 하나는 아무리 입법자의 의도를 고려하여 명백한 방향으로 재량권을 행사한다고 하더라도 이유제시의무의 면제를 정당화할 수 있는 근거가 무엇인가 하는 것이다. 이런 문제 제기와 비판에 대한 대답은 매우 시급한 것으로 보인다. 그 이유는 이미 의도된 재량이론이 행정법의 영역을 넘어서서 다른 사건에까지 확장하는 경향을 보이고 있으며 더 나아가 행정법이론의 변화에 어떠한 영향을 줄 수 있을지 예측하기 어렵기 때문이다. 주로 문헌을 통해서 의도된 재량이론에 대해서는 다음과 같은 구체적인 비판이 제기되고 있다.<sup>26)</sup>

## 2) 구체적 타당성의 우월성 침해의 문제

행정재량을 인정하는 근본적인 목적은 개별사안에서의 구체적 타당성과 실천적 정의를 실현하기 위한 것이다. 이를 위하여 행정법규는 요건규정에 불확정개념을 사용하여 행정청에게 일정한 범위의 판단의 여지를 부여하며 효과규정을 통하여 개별적인 사안에서 당해 사안의 특성을 고려한 합리적이고 타당한 결정을 가능하게 한다.

행정청은 법규에 의하여 부여된 재량권을 행사함에 있어서 두 가지 기본적인 요소를 고려하여야 한다. 그 하나는 입법자의 의도와 입법 목적이며 다른 하나는 이보다 결코 작은 비중을 가지지 않는 개별사건의 특수성이며 이 두 가지 요소에 대한 적절한 형량을 행한다. 그렇지만 만약 그 두 가지의 고려요소 중에서 일방적으로 입법자의 의도만이 우월 시 된다면 양자간의 균형은 무너지게 되며 행정재량의 본질은 늘 입법목적이나 입법자의 의도만을 확인하는 제도로 변질이 불가피할 것이다. 또한 재량을 부여한 입법자의 의도를 어느 한 방향으로만 파악하고 그에 따르는 행정적 결정이 내려지는 것이 과연 입

26) 김재광 외, 전계연구보고서, 153면.

법자의 “진정한 의도”인가 하는 것도 의문이다. 여기에서 “입법자의 진정한 의도”를 문제 삼는 것은 입법자가 재량을 부여한다는 취지가 특히 전문적이고 상황대처능력이 필요한 행정영역에 있어서 여러 가지 요소를 감안하고 또한 형량하여 구체적 타당성과 개별적 정의를 실현하도록 의도한 것이 “진정한 의도”이기 때문이다.

최근 행정법의 영역에서 재량문제는 이미 행정청 내부의 단계에서 이른바 재량준칙(Ermessenslichtlinie) 등을 통하여 그 행사의 기준이 표준화되고 있다. 여기에 더하여 법규상 행정청에게 부여된 재량권을 행사하면서 늘 그 행사의 유일한 기준으로 입법자가 이미 정해 놓은 명백한 의사에 따라서 행하도록 강제한다면 이제 행정재량이라는 제도는 고사의 위기를 맞을지도 모른다.

행정재량을 통하여 상황대처능력과 구체적 타당성 있는 결과를 이끌어내고 그에 합당한 행정적 책임을 확보하려는 행정재량의 법·제도적 전략은 이제 그 존립기반 자체를 상실한 것으로 보아야 하기 때문이다. 왜냐하면 행정청이 법규상 부여된 재량권 행사의 유일한 기준과 관심사는 경우에 따라서는 도대체 그 내용도 불명확한 입법자의 의도를 탐구하는 작업에만 매달릴 수밖에 없으므로 재량의 본질이 그만큼 단순화하고 평가절하 되는 것을 감수할 수밖에 없기 때문이다.

이와 더불어 또한 문제될 수 있는 것은 행정청의 이유제시의무의 공동화 현상이다. 즉 행정청의 재량행사가 이미 입법자의 명백한 의도에 의하여 그 운명이 결정되어 있다면 재량의 운명이 왜 그런 방향으로 설정되어 행사되었는지 더 이상 설명할 필요가 없기 때문이다.

따라서 행정절차법상 행정처분의 정당성과 국민에 대한 수용가능성을 높여 행정의 민주화와 투명성 실현에 이바지한다는 이유제시의무의 형해화는 매우 논리적인 결과가 될 수밖에 없다.<sup>27)</sup>

---

27) 김재광 외, 전계연구보고서, 154면.

## 3) 행정절차상의 문제

의도된 재량이론을 통하여 법원의 사법심사의 범위가 확장되는 경우에는 행정절차의 의미가 크게 퇴색될 가능성이 크다. 그 이유는 이미 행정청의 재량행사가 법규가 정하는 일정한 방향으로 예정되어 하나의 행정적 결정만이 합법적이고 동시에 합목적적인 것으로 평가되는 경우에는 행정절차는 어차피 이를 거쳐보아야 다른 내용을 가지는 행정적 결정이 내려질 수 없기 때문이다. 행정청이 일정한 결정을 내리기 이전에 행정절차를 거치는 이유는 청문 등의 실시과정에서 행정적 결정의 번복가능성이 존재하기 때문이고, 이를 통하여 보다 신중하고 민주적 정당성이 있는 행정결정을 이끌어내기 위함이다. 그런데 행정절차법에 규정된 청문 등을 거친다고 하더라도 어차피 결과는 이미 예정되어 있다는 결론을 내린다면 이제 행정절차는 단순한 장식품 정도로 전락할 가능성이 있다. 또한 이미 일정한 방향으로 행정재량이 행사되어 오직 하나의 적법한 행위만이 가능하다면 행정절차법이 규정한 이유제시의무제도 장기적으로 그 의미를 상실할 가능성이 크다.

이미 독일연방행정절차법 제46조도 위에서 언급한 유사한 방향으로 운영되고 있으므로 행정절차의 형해화가 우려되고 있다. 연방행정절차법 제46조는 절차·형식·관할권규정을 위반한 행정처분이 행정절차를 거친다고 하더라도 실제적 결정이 달라질 가능성이 없는 경우에는 위법으로 결정하지 않을 수 있다고 규정하고 있다. 그런데 원래 이 규정은 기속행위에만 적용되는 것으로 이해되었다. 그 이유는 기속행위의 경우 어차피 행정청은 법률요건에서 규정한 바에 따르는 법적 효과를 발생시키는 행위를 하는 것이므로 청문 등을 행한다고 하더라도 실제적 결정의 번복가능성이 없는 경우에는 절차에 위반한 것만을 문제 삼아 그 효력을 부인하는 것은 행정능률과 소송경제상 바람직하지 않다는 이유에서였다. 그런데 위 규정은 최근 이를 기속행

위에만 한정시키지 않고 재량이 영으로 수렴하는 재량축소의 경우에도 확대하고 있는데, 이러한 현상은 행정절차의 의미와 기능을 크게 후퇴시키는 일이다. 따라서 의도된 재량이론은 물론 그 개념이나 이론의 구조는 재량의 축소이론과 달리하나 결과적으로 행정청이 재량을 가지는 경우에도 이를 어느 한 방향, 어느 하나의 결정에 이르게 하는 것이므로 역시 행정절차와 관련하여서는 동일한 문제를 제기할 수 있다.

행정절차법이 지향하는 절차형성을 통한 기본권 실현, 절차적 정의와 적법절차 등의 이념, 이유제시의무를 통한 행정결정의 투명성과 국민의 참여와 감시 등의 행정절차의 이념은 이제 설 자리가 없는 것인가? 만약 의도된 재량이론을 통하여 행정절차를 단순히 사법절차의 전 단계로서 일종의 “통과의례”로 격하시킨다면 행정적 결정에 대한 민주적 정당성의 결여와 특히 행정과 일상적으로 교섭하는 국민의 행정에 대한 이해가능성과 수용가능성을 결정적으로 약화시킬 것이 분명하다.

## 2. 재량통제의 방법

행정청의 위법·부당한 재량권 행사로 인하여 권익을 침해당한 개인은 행정심판과 더불어 이에 후속하는 행정소송을 통하여 구제받을 수 있다. 그러나 행정심판과 행정소송절차에서 사법적 심사의 기준이나 범위는 근본적으로 구별된다.

### (1) 행정심판(불복절차, Widerspruchsverfahren)

독일행정법원법 제114조와는 달리 행정법원법 제64조에 의하여 불복절차를 심리·판단하는 행정청은 당해 재량처분의 위법성뿐만 아니라 그 부당성 여부도 심리와 판단의 대상이 된다. 이와 같은 불복절차의 주무 행정청은 광범위한 심리를 행하는 것이므로 처분행정청의

처분권한과 동일한 권한을 갖는 것으로 본다. 다시 말해서 불복절차를 심리하는 행정청은 처분행정청과 마찬가지로 재량권 행사에 대한 전적인 권한을 가지고 있다.

이러한 이유 때문에 처분청이 행한 재량결정에 대하여 불복심사를 행하는 행정청은 전혀 다른 법적·사실적 근거를 가지고 재량권 행사의 고려요소를 전적으로 변경하며 심지어는 전혀 다른 재량권을 행사할 권한을 가지고 있다.

그러므로 불복절차를 심리하는 행정청은 자신의 판단과 고려에 의하여 처분청의 결정과는 다른 재량권 행사가 목표실현을 위해서보다 효율적이고 비용이 저렴하며 공익에 적합하다고 판단하여 그에 따르는 결정을 내릴 수 있다.

## (2) 행정소송

법원이 심리·판단하는 소송절차에서 원고가 행정청의 재량권 행사가 위법하여 자신의 권익을 침해했다고 주장하기 위해서는 원고에게 행정청이 법규상 흠 없는 재량권을 행사하여야 하는 의무가 존재하여야 한다.

만약 행정청의 재량권행사가 법규에 의하여 예정되지 않는 경우에는 원고의 적격은 부정되며 소송제기는 부적법한 것으로 각하된다.

불복절차와는 달리 행정소송에서 법원의 심리는 행정법원법 제114조 제1문의 규정에 따라서 행정청의 재량권 행사가 법적 한계를 이탈하거나 수권의 목적에 부합하여 행사되었는지의 여부에 대해서 범위를 한정한다.

이에 비하여 행정청이 재량권을 행사하면서 부당한 결정에 이른 것인지 혹은 내부적인 기준을 제대로 준수하였는지 여부 및 보다 공익 목적에 합당한 것인지는 법원심리의 대상이 되지 않는다.

## IV. 미 국

### 1. 개 설

최근의 미국 행정법은 법률에서 재량에 대한 기준의 설정을 강제하거나 또는 정반대로 재량준칙 등이 행정입법(rule)을 대신할 수 없도록 함으로써 이른바 재량권 행사의 남용을 통제하고 있다.

그런데 이러한 재량준칙 또는 재량기준을 위반한 재량처분에 대하여 사법부는 어떠한 태도를 견지하고 있는지에 관하여 고찰할 필요가 있다.

최근 Syracuse Law review에 발표된 “2002-2003 New York州 행정법 동향”이라는 논문<sup>28)</sup>에서 이러한 내용을 분석적으로 다루고 있는 바, 그 내용을 소개하면 다음과 같다.

논의의 대상이 되는 대상판례는 Conroy v. Dep. of Correctional Services<sup>29)</sup>(이하 Conroy case라 함), New York State Ass'n of Nurse Anesthetists v. Novello<sup>30)</sup>(이하 Novello case라 함) 및 Abdil v. Martinez<sup>31)</sup>(이하 Abdil case라 함) 등이다.

### 2. 재량준칙 또는 기준에 대한 사법부의 원칙적 존중 - Conroy case

Conroy case는 Belinda Fountain이라는 사람이 연방교정국의 고용인이었는바, 교정국의 재량준칙(directive)에는 모든 고용인은 일정기간 이

---

28) Joseph J. Saltarelli, 2002-2003 Survey of New York Law - Administrative Law, Syracuse Law Review, Vol. 54, No. 4, 2004, pp.787-805.

29) 333 F.3d 88, 91-92(2nd Cir. 2003)

30) 301 A.D.2d 895, 896, 753 N.Y.S.2d 615(3d Dep't 2003)

31) 194 Misc. 2d 203, 204, 754 N.Y.S.2d 145, 146(Sup. Ct. N.Y. Co. 2002), reversed, 307 A.D.2d 238, 763 N.Y.S.2d 262(1st Dep't 2003)



상 결근을 한 경우 업무 복귀시 건강증명(medical certification)을 제출하도록 규정되어 있었다. 당시 천식과 폐질을 앓고 있었던 Belinda는 자신의 건강증명을 제출할 수 없으며, 건강증명의 제출을 강제하고 있는 교정국의 준칙은 연방장애인보호법<sup>32)</sup>(이하 ADA라 함)을 위반한 것으로서 위법하며, 따라서 이에 근거한 교정국의 건강진단체출명령은 재량권의 남용이라는 주장을 하면서 소송을 제기하였다. 지방법원<sup>33)</sup>은 교정국의 directive는 ADA를 위반한 것으로서 이에 근거한 건강증명제출명령은 위법하다는 취지의 인용판결을 하였다. ADA는 개인의 건강기록은 보호되는 개인정보이며, 이러한 개인정보를 심사할 수 있는 예외적 경우는 당해 고용인이 업무를 수행함에 있어서 그 기능상 요구되어지는 건강상태를 확인해야 하는 때로 한정되어야 한다고 규정하고 있는 바, Belinda의 경우에는 그의 수행업무의 성질상 개인정보를 열람할 수 있는 예외적 경우, 즉 ‘업무상 필요(business necessity)’에 해당하지 않는다는 것이 지방법원의 판단이었다.

그러나 제2항소법원은 ADA의 규정이 모든 일반적인 건강증명의 제출을 금지하고 있는 것인지에 대하여 보다 세밀한 판단이 요구되어진다는 것을 전제하면서, 지방법원은 ADA의 예외적 규정인 이른바 ‘업무상 필요성’에 대한 판단을 위하여 사실인정에 대한 재검토가 필요하다고 판시하였다. 교정국의 준칙을 보다 깊이 있게 관찰해 보면, 고용인에게 건강증명의 제출을 기계적으로 요구하기 보다는 자신의 건강상태가 당해 업무의 수행에 아무런 지장을 초래하지 않음을 스스로 입증하도록 하고 있는 것이며, 이러한 입증책임은 당연히 고용인에게 있음을 지방법원은 간과하고 있으며, 뿐만 아니라 교정국이 고용인들에게 건강증명을 제출하도록 준칙을 마련한 취지는 다른 고용인이나 민원인들을 전염성 질병으로부터 보호하기 위한 조치이며, 이

32) Americans with Disabilities Act, 42 U.S.C. §12112(d)(4)(A)(2003)

33) Fountain v. Dep. of Corr. Servs., 190 F. Supp. 2d 335, 340(N.D.N.Y. 2002)

는 이른바 ‘업무상 필요’, 즉 ADA의 예외적 경우에 해당하는 것으로 보아야 할 것이라는 것이 항소법원의 판단이었다. 결론적으로 교정국이 모든 고용인들에게 4일 이상 질병으로 인하여 결근한 경우에 업무복귀시 최소한의 일반적인 진단서를 제출하도록 규정하고 있는 준칙은 ADA의 예외적 규정, 즉 ‘업무상 필요성’에 의한 건강정보 심사를 허용하는 예외적 규정에 반하지 않는 것이라는 것이 항소법원의 판단이었다.<sup>34)</sup>

최근의 미국 판례의 동향은 재량행위의 남용을 막기 위해 사후구제적 사법심사를 하기에 앞서 재량을 행하는 행정청이나 감독청이 재량권행사의 방향이나 범위를 설정하도록 법령에 직접적인 근거를 두거나 최소한 법령에서 반드시 법규명령에 의하도록 특별한 규정을 두고 있지 않는 한, 행정청이 설정한 재량기준을 인정하는 경향을 나타내고 있으며, 동 판례는 이를 가장 잘 대변해 주는 사례라고 할 수 있다.

### 3. 재량이 아닌 영역에 대한 준칙 또는 기준의 효력 - Novello case

다음으로 Novello case는 뉴욕주 보건국의 개인외과의원의 수술시술 기준(이하 ‘수술시술기준’이라 함)<sup>35)</sup>을 무효로 판시한 사건이다. 종합병원이 공중보건법 제28조의 적용을 받는 것과는 달리 동 규정의 적용을 받지 않는 개인외과의원은 수술을 행함에 있어 어떠한 법령상 제한을 받은 적이 없었다. 그런데 뉴욕주 보건국은 개인외과의원들이 수술을 시술함에 있어서 갖추어야 할 기준을 마련하여 이른바 수술시술기준을 제정하였다. 동 수술시술기준이 시행될 경우 마취전문의의 감독 없이는 마취간호사들이 자신들의 서비스를 더 이상 제공할 수 없게 되자, 원고 Novello는 750명의 마취간호사들로 구성된 비영리사

34) Joseph J. Saltarelli, op. cit., pp.787-788.

35) Clinical Guidelines of Office-based Surgery.

단법인을 대표하여 뉴욕주 보건국의 수술시술기준의 무효를 주장하면서 소를 제기하였다.

항소법원에서는 동 사건을 심리함에 있어서 2가지의 쟁점을 도출하였는바, 하나는 원고가 수술시술기준의 무효를 다룰 수 있는 원고적격을 가지는 것인가라는 것과, 다른 하나는 보건국이 법령에 의하여 규정된 바 없는 개인외과의원의 수술시술기준을 정하는 것이 가능한 것인가라는 문제였다. 첫 번째 쟁점에 대해서는 수소법원이 비교적 쉽게 결론을 내렸다. 마취간호사가 서비스를 제공할 때 반드시 마취전문의의 참관을 강제할 경우, 개인외과의원들은 동 기준을 준수하고 동시에 비용을 절감하기 위하여 마취간호사의 고용을 기피할 것이 자명하며, 따라서 마취간호사들의 이익에 심각한 영향을 미칠 수 있으므로 원고에게 원고적격이 있다고 판단하였다.

다음으로 두 번째 쟁점에 대해서 보건국은 자신들이 마련한 수술시술기준은 구속력이 있는 ‘법령’이 아니라 단순히 ‘주의적 권고(nonmandatory recommendations)’에 불과하다는 주장을 하였다.<sup>36)</sup> 그러나 법원은 보건국이 수술시술기준을 제정하는 목적은 ‘법령상 요구되는 의료시술자의 의무를 명확히 하기 위하여 전문적 기준을 제시’하는 데에 있음을 동 기준에서 밝히고 있는 점을 고려할 때, 동 기준은 보건국의 주장과는 달리 법규적 성질을 가지는 것으로서 동 기준의 제정은 뉴욕주 의회의 입법적 권한을 침해한 권한남용에 해당하여 무효라고 판시하였다.

전술한 바와 같이 준칙 또는 기준은 재량권 자체가 법령상 인정되어질 때 그 재량권행사의 방향이나 범위를 정하는 것을 목적으로 제정되어야 하는 바, 법령이 재량 자체를 인정하지 아니한 영역에 대하여 어떠한 준칙이나 기준 등을 제정하는 것은 무효이며, 동 판례는 이러한 원칙을 다시 한 번 확인해 준 사례라고 할 수 있다.

36) Josept J. Saltarelli, op. cit., p.789.

## V. 프랑스

### (1) 개 설

재량준칙(Directive)이라는 개념은 제2차대전 후 경제에 국가가 적극적으로 개입함에 따라 행정기관의 재량권이 증가된 상황에서 재량권 행사의 기준을 미리 설정하여 둘 필요성에서 행정실무상 등장하였다.

재량준칙은 국민에게 법적 안정성을 보장하고, 행정에 일관성을 보장하고, 재량권의 자의적인 행사를 방지하고, 행정권 행사의 편의성을 보장하기 위하여 사용된다. 또한 재량준칙은 재량권 행사의 기준을 국민에게 미리 알려주는 기능도 갖는다. 재량준칙은 프랑스에서 장관에게 법규명령제정권이 부여되고 있지 않는 제도상의 흠결을 보완하는 의미도 갖는다.

재량준칙이 통칙과 구별되는 독자적인 개념이 된 것은 1960년대 이래의 국사원의 판례에 의한 것이다. 즉, 1960년대 판례에서 독자적인 성질을 갖는 개념으로서의 재량준칙의 성립가능성이 시사되었고, 유명한 1970년 12월 11일의 프랑스 토지금융판결(Crédit foncier de France)에 의해 비로소 통칙과 구별되는 독자적인 개념인 재량준칙이 인정되었다.

재량준칙은 통상 다음과 같이 정의된다 : 재량권을 부여받은 행정기관이 자신의 재량권 행사 또는 하급 행정기관의 재량권 행사에 있어서 특별한 사정이 없는 한 따라야 할 일반적 기준을 정하는 규정.<sup>37)</sup>

### (2) 재량준칙에 대한 재판적 통제

프랑스에서는 법규명령도 직접 국민의 권익에 영향을 미치는 경우에는 취소소송의 대상이 된다. 그런데, 재량준칙은 그 자체로서는 국민의 법적 지위에 직접적인 영향을 미치지 않는 행정내부조치에 불과하므로 재량준칙 자체는 취소소송의 대상이 되지 않는다. 다만, 재량

---

37) Rivero, droit administratif, 11ème Ed: p.97.

준칙의 형식을 취하더라도 그 실질이 법규명령인 경우에는 취소소송의 대상이 된다.

다만, 재량준칙을 집행하는 처분에 대한 취소소송에서 계쟁처분의 근거가 된 재량준칙의 적법 여부가 선결문제로서 심사될 수 있다. 즉, 재량준칙은 그것을 집행하는 처분에 대한 취소소송을 통하여 간접적으로 재판적 통제의 대상이 된다.

## (2) 재량준칙에 관한 판례

오늘날의 해석규칙 및 법규명령과 구별되는 재량준칙의 법적 성격과 효력을 확립한 대표적인 판결은 1970년의 프랑스 토지금고판결<sup>38)</sup>이다.

### 1) 토지금고판결

#### 가. 사건의 개요

주택개선국민기금에 관한 공행정명령인 1945년 10월 26일 데크레는 주택개선전국위원회와 일정한 조건에 해당하는 경우 도위원회에게 국민기금의 사용권을 부여하고 있다. 이 공행정명령 제7조를 시행하기 위하여 제정된 재건도시계획장관의 1946년 4월 27일자 명령 제5조는 “경제적·사회적 관점에서 지역적 필요에 따라 국민기금의 재정지원이 지급될 수 있는 사업의 필요성의 정도를 전국위원회의 지침과 통제하에 판단하는 것”은 각 위원회의 권한에 속한다라고 규정하고 있다. 이에 따라 전국위원회는 기금에 의한 지원은 기금의 사용가능성, 소유자의 수입 및 사업의 성격에 따라 행해지는 것으로 하는 지침을 제정하였는데, 주거·상업의 혼합적 용도의 건물의 미장공사의 경우에 상업용임대료가 주거용임대료의 2배에 달하는 기금의 지원은 보조금은 안되고 용자에 의한다고 정하였다. 고펠라양과 아데르부인은 건물의 미장공사를 위하여 1946년 4월 27일 공행정명령 제6조의 지원금의 지급을 청구하

---

38) C.E. 11 décembre 1970.

였으나 전국위원회는 그 자신의 지침에 근거하여 보조금의 지급을 거부하고 용자만을 허용하는 처분을 내렸다. 이에 고틸라양과 아테르부인은 보조금의 지급을 거부하는 결정을 다투는 취소소송을 제기하였다.

#### 나. 판 결

판결의 요지는 다음과 같다.

- ① 근거가 된 지침은 지침제정자인 전국위원회 자신의 판단권을 포 함이 없이 그리고 도위원회의 판단권을 제한함이 없이 기금의 사용을 지휘하기 위한 일반적인 방침만을 정하고 있다.
- ② 동 지침은 보조금의 지급에 관하여 새로운 조건을 설정하지 않았다.
- ③ 원고인 고틸라양과 아테르부인은 지침의 적용 배제를 정당화하 는 개인적인 특별한 사정이나 공익적 사정을 제시하지 않았다.
- ④ 지침은 주거개선국민기금의 창설목적에 위배되지 않는다.
- ⑤ 따라서 당해 거부결정이 위 지침에 근거하고 있다는 것이 위법 하지 않다.

#### 다. 판결의 의의

토지금고판결은 오늘날의 재량준칙의 형식을 인정한 대표적인 판결이 다. 재량준칙은 재량권 행사의 방침을 정하는 것이며 사안의 개별적 특수 성 및 공익상의 필요에 의해 그 적용이 배제될 수 있는 것이어야 한다.

### 2) ONIFLHOR 판결<sup>39)</sup>

#### 가. 사건의 개요

국립과일·채소·원예직업사무소(ONIFLHOR)의 소장은 1988년 11월 2일 통첩에 의해 온실의 설치, 현대화 및 수선을 위한 투자에 대한 재

---

39) C.E. 12décembre 1997.

정적 지원의 요건과 방식을 규정하였다. Hortiflor 회사는 새로운 온실의 건설을 위해 보조금을 신청하였다. ONIFLHOR의 소장은 ONIFLHOR의 위원회의 심의결과 보조금을 줄 수 없다는 결론을 내렸다는 의견통보를 하였다. 보조금을 줄 수 없는 이유로는 신청회사의 자본이 농업경영자의 지위를 갖지 않는 주주에 의해 보유하고 있다는 것을 들었다. 이에 Hortiflor 회사는 당해 의견통보에 대해 취소소송을 제기하였다.

#### 나. 판 결

국사원은 위 의견통보가 항고소송의 대상이 되는 것으로 보면서 위 의견통보의 위법성을 심사하였다. 국사원은 위 통첩은 법규명령의 성질을 갖지 않고 재량준칙이라고 하였다. 국사원은 다음과 같은 이유에서 위 의견통보는 위법하다고 하였다. 즉, 근거법령인 농업부문에의 개입청(사무소)의 창설에 관한 1982년 10월 6일 법률 및 국립과일·채소·원예직업사무소(ONIFLHOR)의 창설에 관한 1983년 3월 18일 명령은 국립과일·채소·원예직업사무소(ONIFLHOR)의 재정적 지원은 기업의 수익성과 경쟁력 및 생산품의 질을 개선하기 위하여 지급된다고 규정하고 있다. 그리고, 의견통보의 근거된 이유는 1988년 11월 2일의 통첩에 의해서도 규정되어 있지 않다. 따라서 위 의견통보의 근거된 이유는 위 다투어진 결정의 근거가 될 수 없다.

#### 다. 판결의 의의

이 판결은 재량처분에 있어서는 법령에 근거가 없고 재량처분의 고려사항이 될 수 없는 사실에 근거하여 처분을 내릴 수 없다는 것을 명확히 한데 그 의의가 있다. 이 판결에서 의견통보의 근거가 된 이유는 법령이나 재량준칙에 규정된 사항이 아니며 공익상 고려되어야 하는 이유도 아니다. 만일 위 이유가 위 사무소에 부여된 임무로부터

필연적으로 도출된다면 공익상 요구되는 처분의 이유가 될 수 있지만, 이 사안의 경우 그러하지 않다. 즉, 1982년 19월 6일의 법률 제3조에 비추어 볼 때 위 사무소의 임무는 투자에 대한 공적인 재정적 지원 등을 통하여 농산물업계의 전체적인 경제적 효율성을 강화하는데 있다고 볼 수 있는데, 신청인의 자본구성은 이와 관련이 없다.<sup>40)</sup>

#### (4) 재량통제

##### 1) 행정심판

###### 가. 이의신청의 경우

행정심판의 재결청이 처분청인 경우 계쟁처분이 수익적 처분이 아닌 한 재결청은 합목적성의 통제도 가능하다. 재결청은 법상 또는 합목적상의 이유로 계쟁처분을 취소 또는 변경할 수 있다. 계쟁처분이 수익적 처분인 경우에는 위법을 이유로 하여서만 취소 또는 변경할 수 있다.

###### 나. 재결청이 상급기관인 경우

재결청이 처분청인 경우와 같이 적법성 및 합목적성의 통제가 가능하다. 다만, 거부처분에 대해 신청에 따른 허가를 해주거나, 수익적 처분을 거부하거나 위법한 행위를 합법화하는 것은 계쟁처분이 개별 처분인 경우에 한정된다.

##### 2) 행정소송

###### 가. 적법성 통제

합목적성의 판단은 행정권의 권한에 속하는 것으로 본다. 법원은 적법성만을 통제한다. 합목적성의 문제와 적법성의 문제가 명확하게 구

---

40) Jacques-Henri STAHL, LA DIRECTIVE DE LA JURISPRUDENCE <<CREDIT FONCIER>>, Droit administratif, Fevrier 1998, p.8.



별되지 못하는 경우가 있고, 재량권에 대한 법원의 통제가 확대되면 합목적성의 문제는 좁아지게 된다.

행정결정의 위법사유로는 법상 과오(*erreur de droit*), 사실상 과오(*erreur de fait*), 월권(*détournement de pouvoir*), 명백한 판단상의 과오(*erreur manifeste d'appréciation*)가 있다. 이중 법상 과오(*erreur de droit*), 사실상 과오(*erreur de fait*), 월권(*détournement de pouvoir*)은 재량행위와 기속행위 모두의 위법사유이지만, 명백한 판단상의 과오는 재량행위의 위법사유이다. 기속행위의 경우에는 판단상의 과오는 모두 법원의 통제의 대상이 된다.

사실의 불확정개념에의 해당 여부의 판단이 법적 판단인 경우에 법원은 정상적 통제(*Contrôle normal*)를 행하고, 재량판단인 경우에는 제한적 통제(*Contrôle restreint*)를 행한다. 정상적 통제가 행해지는 경우에는 행정청의 판단상의 과오는 모두 통제의 대상이 되지만, 제한적 통제에서는 판단상의 명백한 과오만이 재판적 통제의 대상이 된다. 명백한 판단상의 과오에 대한 통제는 영미법상의 합리성(*reasonableness*)의 통제를 도입한 것이다. 이익형량에 있어서는 이익형량에 심히 불균형이 있는 경우 위법이 되며 재판적 통제의 대상이 된다.

정상적 통제와 제한적 통제방식이 아닌 특별한 통제방식이 적용되는 경우가 있다.

첫째로, 재량권 행사에 있어서 명백한 판단상의 과오가 통제의 대상이 되지 않는 경우이다. 예를 들면, 시험위원의 시험에 대한 평가, 국토정비에 관한 일정한 문제에 관하여 정부가 한 선택의 기초가 된 판단에 있어 그러하다. 전자의 경우에 명백한 판단상의 과오가 통제되지 않는 것은 그 통제에 있어서의 기술적 어려움과 그 통제의 길을 열었을 경우의 소송의 남용 때문이다. 후자의 경우 정책적 합목적성의 고려에 기인한다. 또한, 공역무의 관리방식의 선택의 합목적성은 재판적 통제의 대상이 되지 않는다.

둘째로, 이익-불이익비교분석이론(la théorie du bilan)이 적용되는 경우에는 이익형량이 전적으로 재판적 통제의 대상이 된다.<sup>41)</sup> 이와 같이 이익형량에 대해 적법성 통제가 되는 결과가 되는데, 이러한 통제를 최대한 통제(contrôle maximum)라 한다. 최대한 통제는 실질적으로 합목적성에 대한 통제이다.

예를 들면, 공용수용의 경우 공공필요성의 판단은 재판적 통제의 대상이 된다. 공용수용의 경우 공공필요성의 판단은 공익사업으로 인해 달성되는 공익과 공익사업으로 인해 침해되는 사익 또는 다른 공익을 비교분석하여 전자가 큰 경우에 한하여 공공필요성이 인정되는데, 전자가 크지 여부는 전적으로 재판적 통제의 대상이 된다. 고속도로의 노선, 철도노선 또는 도시계획상 지역지구의 지정 등이 최대한 통제의 대상이 된다. 실제에 있어서 법원은 행정청의 공공필요성 결정을 취소함에 신중한 입장을 취하고 있지만, 취소된 예가 적지 않게 있다.<sup>42)</sup>

### 제 3 절 사전적 통제시스템으로의 전환과 행정처분기준의 설정

#### I. 주요 국가의 행정처분기준 논의 현황

행정처분기준은 입법례로는 일본의 행정절차법에 처음 나타나고 있고<sup>43)</sup>, 독일이나 미국의 실정 행정절차법에는 이에 관한 규정이 없지만, 특히 미국의 판례와 학설에서 활발하게 논의되고 있다.<sup>44)</sup>

41) C.E. Ass. 28 mail 1971, Ville Nouvelle-Est.

42) C.E. 28 mars 1997, Autoroute Transchablaisienne ; C.E. 25 novembre 1988, Epoux Perez etc.

43) 일본의 행정처분기준(35면-39면)에 대해서는 本院의 이순태 부연구위원의 자문을 많이 참고하였고 그 자문을 토대로 하여 구성하였다.

44) 이에 대해서는 임재홍, “행정절차법상 처분기준의 설정 및 공표” 『행정법연구』 (1999년 상반기), 69면 이하 참조.

## 1. 일 본

### (1) 행정처분의 기준에 관한 일본의 전통적 견해

일본의 행정법학을 정립한 田中二郎은 일본의 행정을 ‘법률에 의한 행정’이라기 보다는 지침에 의한 행정(通達による行政)이라고 비판했다.<sup>45)</sup> 이러한 지침은 행정관이 내부적으로 재량행사를 규율하기 위해 설정한 재량기준으로 작용했다. 원래 일본의 실정법에서는 재량기준의 설정을 요구하지 않았기 때문에, 행정이 재량기준을 설정한 경우라도 그것은 내부적으로 결정된 것일 뿐, 국민에 대해 법적 효력을 가지지 않는다(따라서 재량기준에 위반하더라도 위법은 아니다)고 해석되어 왔다. 그래서 행정처분의 사법심사에 있어서는 행정처분이 재량의 범위 내에 있는가를 심사하고, 재량기준은 직접적으로는 대상이 되지 않았다.<sup>46)</sup>

그러나, 광범한 재량이 인정되어 있는 경우, 기준이 없다면 그 행사는 자의적이 되기 쉽기 때문에, 기준의 설정이 요구된다. 그래서 일본의 최고재판소는 “다수인 중에서 소수특정한 자를 구체적이고 개별적 사실관계에 따라 선택”하는 경우에 한정하고는 있지만, 내부적이라고 하더라도 구체적인 심사기준을 설정할 필요가 있다고 했다.<sup>47)</sup>

45) 田中二郎、司法権の限界、弘文堂、1976、293頁이하.

46) 이른바, マクリーン事件. 最判昭和53年10月4日民集32卷7号1223頁. “외국인의 재류기간연장신청에 대한 법무대신의 허가는 재량권의 행사이고, 그 재량권의 범위를 일탈하거나 남용했는지를 판단함에 있어서, 법원은 …그 판단의 기초가 되는 중요한 사실에 오인이 있는 등 법무대신의 판단이 전혀 사실의 기초를 결하거나 사실에 대한 평가가 명백하게 합리성을 결함으로써 법무대신의 판단이 사회통념상 현저히 타당성을 결한 것이 명백한지 심리하게 된다.”고 판시했다.

47) 이른바, 개인택시사건. 最判昭和46年10月28日民集25卷7号1037頁. “여러 사람 중에서 소수의 특정인을 선택해서 면허의 허부를 결정하고자 하는 행정청으로서의 사실을 인정함에 대해 행정청의 독단이 객관적으로 의심되는 불공정한 절차를 취해서는 안되는 것으로 이해된다.” 즉, “추상적 면허기준을 정하고 있음에 불과하기 때문에, 내부적으로라도 그 취지를 구체화한 심사기준을 설정하고, 이를 공정하고

행정절차법이 제정되기 이전에 내려진 판결에서의 이러한 판시내용은 행정절차법이 제정된 이후의 심사기준(제5조)과 처분기준(제12조)을 설정하는데 있어서 지침이 될 것이다.

나아가 행정절차법에서는 신청에 대한 인허가의 심사기준을 설정하도록 하고 있으며, 불이익처분의 처분기준에 대해서는 그 설정을 노력의무로서 요구하고 있다. 말하자면 재량권행사의 기준설정에 관해 입법적으로 해결하고 있다.

## (2) 지방분권을 통한 행정권한의 이양과 처분기준

‘평성의 대개혁’의 일환으로 지방분권개혁이 있었고, 이러한 분권을 통해 각종 행정권한은 지방자치단체의 권한으로 이양되었다. 이로써 재량기준에 관해서도 지방자치단체가 설정하고 이를 공표하게 되어 있다. 좀 오래된 조사이지만(2001년 12월 11일), 2000년 12월 31일 현재의 지방자치단체의 심사기준 및 처분기준의 설정에 관한 상황을 보자면, 심사기준의 경우 1,453건의 처분 중에 1,185건(81.6%) 처분에 대해 설정되어 있고, 처분기준의 경우 1,237건의 처분 중에 911건(73.6%)의 처분에 대해 설정되어 있다.<sup>48)</sup>

처분기준을 설정하지 않은 이유로는 ① 장래에 처분의 대상이 없는 것은 아니지만, 과거에 처분실적이 없어서 미리 처분기준을 정하기 곤란하고, ② 사안별로 재량부분이 많아 처분기준을 설정하기 곤란하고, ③과거에 신청실적이 있기는 하지만 장래에 신청이 없을 것으로 전망되고, 기준을 설정할 실익이 없으며, ④ 처분기준이 법령에 구체적으로 규정되어 있기 때문이다.

---

합리적으로 적용해야 하고”라고 하여 기준을 설정하고 합리적으로 적용해야 함을 판시하고 있다.

48) ‘행정절차법의 시행상황에 관한 조사결과-지방공공단체’(行政手続法の施行状況に関する調査結果—地方公共団体), [http://www.soumu.go.jp/gyoukan/kanri/011211\\_1b/html](http://www.soumu.go.jp/gyoukan/kanri/011211_1b/html) 참조.

### (3) 일본 행정처분기준설정의 특징

일본은 우리나라와는 달리 법률에서 처분기준을 대통령령이나 부령으로 위임하는 형식을 취하지 않고, 주로 중앙행정기관의 통달이나 지방자치단체의 심사기준·처분기준의 형식으로 설정하고 있다.

### (4) 일본법상 처분기준의 의의 및 역할

#### 1) 처분기준의 의의

일본의 행정절차법(논자에 따라서는 행정수속법이라고 표현하기도 하지만, 여기서는 행정절차법이라 한다.)은 행정청이 처분을 할 때에 기준을 설정하도록 하고 있다.

이 기준은 행정청에 재량이 인정되는 경우에 설정되어야 하는 것이다. 그래서 이 기준은 학설상 재량준칙이라 하는데, ‘행정절차법’은 재량준칙이라는 용어를 사용하지 않고, 신청에 대한 처분에 대해서 ‘심사기준’이라는 제도를 설정하고(동법 제5조), 불이익처분에 대해서 ‘처분기준’이라는 제도를 설정하고 있다(동법 제12조).<sup>49)</sup>

우선, 신청에 대한 처분에 대해 행정청은 심사기준을 설정하는 것으로 하고 있다(동법 제5조 제1항). 심사기준에 대해 ‘설정하는 것으로 한다’고 하는 문언은 처분기준에 대해서는 ‘설정하도록 노력하여야 한다’라고 하는 문언과 비교해 보자면, 행정청에 심사기준의 설정을 원칙으로서 의무지우고 있는 것이라 이해된다. 그리고 이 심사기준은 ‘가능한 한 구체적인 것’이어야 하며(동법 제5조 제2항), “당해 신청을 접수하는 기관의 사무소에 비치하거나 그 외 적당한 방법으로 심사기준을 공표”(동법 제5조 제3항)하여야 하는 것으로 규정되어 있다.

다음으로, 행정청은 불이익처분에 대해서도 처분기준을 ‘설정하고 이를 공표하도록 노력하여야 한다’(동법 제12조 제1항). 그 내용은 역

49) 다만, ① 두 기준 모두 행정의 내부기준이라는 점, ② 그 내용을 가능한 한 구체적으로 설정하여 공표하도록 하고 있다는 점에서 공통적이다.

시 ‘가능한 한 구체적인 것’이어야 한다(동법 제12조 제2항). 이러한 규정들로부터 심사기준의 설정·공표는 의무임에 반해, 처분기준의 설정·공표는 노력의무라고 해석된다.

## 2) 지침에 의한 심사기준

지침(일본에서는 주로 ‘通達’이라고 하지만, 여기서는 ‘지침’이라 한다)이라는 용어는 통일적 의미를 갖는 것은 아니지만, 전통적인 견해에 의하면 행정관청이 소관의 모든 기관 및 직원에 대하여 발하는 명령 또는 시달의 형식으로 이해한다.<sup>50)</sup> 즉 상급행정청이 조직상의 감독권에 따라 소관의 하급기관에 대해 법률해석, 재량판단에 관한 구체적인 지침을 지시하고, 행정상의 통일적인 업무처리를 위하여 발하는 명령이다.

행정의 일체성을 보유하고 국가의사의 분열을 방지하기 위하여 상급행정청이 하급행정청에게 발하는 명령을 일반적으로 훈령이라 하고, 이들 가운데 서면에 의한 것을 특히 지침(通達)이라고 이해하기도 하며, 한편으로는 상급기관이 하급기관에 대하여 구속력 있는 명령을 발하는 것을 훈령이라고 하기도 하고, 법령의 해석, 기타 사무처리의 기준 및 방침을 지시하는 구속력이 없는 시달을 지침이라고 구분하는 견해도 있다.<sup>51)</sup>

일본의 행정은 흔히 ‘법률에 의한 행정’이 아니라 ‘지침에 의한 행정’이라고 일컬어지고 있을 정도로, 현실의 법집행에 있어서 지침은 법률 이상으로 중요한 의미를 갖고 있다고 할 수 있다. 그러나 지침은 행정조직 내부의 규범에 해당하여 행정조직 외부에 있는 국민에 대해 직접적인 효과를 발생시키지 않는다. 즉 국민의 권리의무를 규율하는 법규의 성질을 갖는 것이 아니라, 이른바 행정규칙에 해당하

50) 田中二郎, 新版行政法[上卷], 有斐閣, 1987, 164頁.

51) 原田尙彦, 行政法要論, 学陽書房, 2004, 38頁.

는 성질을 갖는 내부규범에 지나지 않는 것으로 이해되고 있다. 따라서 행정청이 지침에 위반하는 처분을 한다고 하여도 그 처분이 곧 바로 위법한 처분이 되는 것은 아니다. 처분의 상대방인 국민은 지침에 위반한 처분으로 인하여 불이익을 받는다고 하여도 지침의 위법성을 다툴 수가 없다.<sup>52)</sup>

그러나 현대의 행정현실은 많은 변화를 초래하였다. 중앙행정청에서 발하는 통달은 하급행정청에 대한 강한 지도력을 발휘하고 있으며, 행정의 내용 자체에 커다란 영향을 주고 있다. 통달의 개정으로 인하여 법률해석과 행정재량의 지침이 바뀌는 결과가 발생하기도 하여 국민의 일상생활에 커다란 영향을 미치는 경우가 적지 않다. 이러한 상황변화에 따라 통달의 외부적 효과를 인정해야 할 필요성이 제시되고 있다.

이에 따라 통달에 대한 법적 성질을 달리 해석하여야 한다는 견해가 제시되고 있다.<sup>53)</sup> 우선 통달로 일정한 심사기준을 설정하고 행정처분의 통일성을 강조하는 통달에 따라 모든 처분이 대량으로 반복해서 실시되고 있는 가운데, 통달을 위반한 처분으로 인하여 어느 한 사람이 불이익을 받는 경우에는 평등위반의 문제가 발생할 수 있다.<sup>54)</sup>

또한 통달의 효과가 행정조직의 내부에 그치지 아니하고 실질적으로 국민생활에 영향을 미치는 외부적 효과가 발생하는 경우에는 예외

52) 最判昭和43年12月24日民集22卷13号3147頁. “지침은 행정조직내부의 명령에 불과하기 때문에 일반국민은 직접적으로 이에 구속되는 것은 아니며, 이는 지침의 내용이 법령의 해석이나 취급에 관한 것으로서, 국민의 권리의무에 중대하게 관련되는 것인 경우에도 다를 바 없다. 행정기관이 지침의 취지에 반하는 처분을 한 경우라 해도 이를 이유로 그 처분의 효력이 좌우되는 것은 아니다. 또 법원이 지침에 구속되는 것은 아니고, 법원은 법령의 해석적용에 있어서는 지침에서 제시된 법령의 해석과는 다른 독자적 해석을 할 수 있고, 지침에서 정하는 취급이 법의 취지에 반하는 때에는 독자적으로 그 위법을 관정할 수도 있다.”고 판시하여 지침의 대상적격을 부정했다.

53) 原田尙彦, 前掲書, 42-44頁.

54) 실정법을 위반한 것은 아니나, 관행적으로 이루어지던 통달에 의한 관세율을 잘못 적용하여 부과한 처분에 대해 평등원칙에 위반한 위법이라고 판단한 하급심이 있다. 大阪高判昭和44年9月30日判例時報606号19頁.

적으로 소송의 대상이 될 수 있도록 허용해야 한다는 것이다.

### 3) 심사기준의 역할과 구체성

#### 가. 심사기준의 역할

일반적으로 행정청이 인허가에 관한 법령의 규정을 구체화하여 설정하는 기준은 다음과 같은 역할을 하고 있다.

첫째, 행정청은 인허가를 결정함에 있어 이 기준을 적용하게 될 것이다(기준으로의 자기구속). 기준을 준수할 의사가 없다면 기준을 설정하지 않을 것이기 때문이다. 다만, 이 기준은 법령이 아니기 때문에 예외적으로 적용되지 않는 경우도 있을 것이다.

둘째, 행정청이 기준을 적용하여 인허가결정을 함으로써 행정청의 판단이 자의로부터 배제되고 그 합리성이 보장되게 된다.

셋째, 기준의 설정은 국민에 대해 인허가 결정에 관한 예측가능성을 부여하게 된다. 인허가를 신청하고자 하는 자에 대해서는 신청준비를 용이하게 하는 역할을 한다.

넷째, 행정청의 재량권 행사에 대해서는 사법심사가 용이하지는 않지만, 기준이 설정되어 있는 경우에는 사법심사의 가능성이 확장될 것이다.<sup>55)</sup>

#### 나. 처분기준의 구체성과 개별사정고려의 조화<sup>56)</sup>

행정절차법에서는 심사기준·처분기준을 ‘가능한 한 구체적인 것’으로 해야 한다고 규정하고 있다(동법 제5조 제2항). 이 ‘가능한 한 구체적인 것’이라고 하는 문언의 해석으로서는 ‘논리적이고 기술적으로 가능한 한 구체적인 것으로 해야 하고, 재량적 판단의 여지를 의식적으로 남겨서는 안된다’고 하는 해석과 ‘완전하게 구체적인 것으로 하

55) 芝池義一, 行政法總論講義[第4版], 有斐閣, 2002, 292-293頁

56) 芝池義一, 前掲書, 293-294頁.



지 않아도 되고, 재량적 판단의 여지를 의식적으로 남기는 것도 처분의 성질에 따라서는 허용된다'고 하는 해석이 있을 수 있다. '가능한 한 구체적인 것'이라고 하는 문언의 해석에 관해서는 어떤 견해도 성립할 수 있을 것이다.

전자와 같은 해석은 기준에 대한 행정청의 구속을 강화하고, 인허가를 신청하고자 하는 자에 대해 인허가를 받을 수 있을 것인지에 대해서 고도의 예측가능성을 확보하고자 하는 것이다. 또 이 해석은 심사기준·처분기준의 엄격한 적용을 요구하는 것이기 때문에 결국은 법령으로 인정된 행정청의 재량권을 고정화하는 것이고, 이 해석의 근거에는 인허가를 기계적으로 처리해야 한다고 하는 생각이 내재되어 있다.

그러나 이러한 해석이나 견해는 너무나 신청권자의 권리보호에 경도되어 있고, 인허가에 있어서는 공익에 대한 배려의 여지를 배제해 버리게 될 가능성이 있다. 심사기준이 구체적일 수록 신청자에게 좋겠지만, 한편으로 행정에 의한 공익의 확보를 위해서는 탄력성이 필요한 경우도 있을 수 있다.

'가능한 한 구체적인 것'에 대한 두 가지 해석가능성 중에서 어느 한쪽만을 취하는 것은 타당하지 않다. 심사기준에 대해 요구되는 구체성의 정도는 처분의 성질에 따라 달라지는 것으로 생각된다. 대량으로 행해지는 처분이나 반복되는 처분에 대해서는 구체성의 정도가 매우 강화되어야 하겠지만, 행정이 국민의 위험방지, 안전확보의 책임을 지고 있는 행정영역에서는 기준의 획일적인 적용보다도 그 당시의 최신의 지식이나 견해에 비추어 신중한 처리가 요청되게 될 것이다. 분명히 이러한 행정영역에서의 행정처분의 기준에 있어서도 권한행사의 객관성을 확보하기 위해 기준을 설정하는 것 자체는 인정되는 바이지만, 이 영역에서는 행정청은 미리 설정되고 공표된 기준을 적용하는 것만으로는 충분히 책임을 다하고 있다고는 할 수 없다. 오히려, 처분시의 최신·최고수준의 지식이나 견해에 근거하여 심사를 해야

할 것이다. 여기서는 국민의 예측가능성의 확보에 대한 요청은 안전성확보라고 하는 요청의 뒤로 후퇴하여야 한다.

기준을 획일적으로 적용하면 불합리한 경우에는 종종 예외규정을 두고 있다. 입안자로서는 정합성을 가질 수 있도록 노력하겠지만, 실제로는 사용되지 않는다. 원인으로는 예외에 해당하는 입증책임을 누가 부담할 것인지 곤란하기 때문이다. 따라서 행정청은 예외규정의 운용을 기피하고, 획일적인 운영을 하게 된다.<sup>57)</sup>

또 구체성이 높은 기준이 설정되어 있는 경우라고 하더라도, 행정청은 개별 신청을 심사함에 있어 개별사항을 고려하는 것이 금지되어 있는 것은 아니다. 일반적으로 말하자면, 행정청은 처분의 단계에서도 개별 사정을 고려하여 공익을 배려해야 한다. 공익으로의 배려가 법령제정 단계나 기준의 제정단계에서 종료되는 것은 아니다. 경우에 따라서는 행정청이 부관을 붙여서 처분을 하는 것도 인정된다.

## 2. 독 일

### (1) 행정처분기준의 설정의무

행정규칙이 차지하는 현실적인 비중이나 행정의 자기구속의 범리의 전개, 입법이 흡결된 영역에서의 법률대체적 규칙의 필요성 등 새로운 현상의 전개에 의하여 행정규칙의 설정이나 공표문제는 재검토되고 있다.

독일에서의 설정문제는 특히 재량준칙 및 법률대체적 규칙과 관련하여 논의가 전개되고 있다.

행정관행에 따른 자기구속을 주장하는 학자들은 이러한 행정규칙의 외부공표를 긍정하는 입장들이 많다. 그러나 설정의무가 있다고 하지는 않는다. 특히 재량준칙의 경우에 더욱 그러하다.

---

57) 阿部泰隆, 行政の法システム(下)[新版], 2002, 647-652頁.

이에 비해 행정규칙의 구속을 주장하는 학자들은 규칙의 공표를 주장한다. 즉 규칙의 설정·공표를 전제로 행정규칙의 대외적 구속력을 인정한다. 그러나 이러한 주장이 행정규칙의 설정자체를 의무라고 하지는 않는다. 실체법적 관점에서 접근해서 행정규칙의 설정의무를 도출하기는 어렵다. 행정규칙을 설정하는 것은 행정재량사항이기 때문이다.<sup>58)</sup>

적법절차의 법리에서 본다면 처분기준을 미리 설정하여 공표하는 것이 바람직하다. 집행원칙의 명확화 차원에서 행정규칙의 설정을 주장하는 학자도 있다. 즉 발터 슈미트는 법률이 명확한 지침을 규정하지 않고 있는 경우 즉 재량의 경우에 행정은 『기본법』 제3조 제1항에 의하여 기본원칙에 따른 활동을 해야 하는 만큼 일반화가 가능한 근거 즉, 장래 집행활동의 지침을 설정해야 한다고 하고 있다. 그가 말하는 집행원칙에 행정규칙도 포함된다. 또한 그는 집행원칙이 개인에게 공식적으로 공표될 것을 요구한다. 그리고 공표된 행정규칙은 행정행위의 이유부기에 대체된다고 말한다.<sup>59)</sup>

## (2) 행정처분기준의 공표의무

독일의 통설은 내부적 규정인 행정규칙에 대해서 공표의무를 인정하지 않고 있다. 행정규칙은 법령에서 요구되는 의미의 공포를 필요로 하지 않고, 고지 내지는 송달이 필요하다. 법령은 국민에 대해 법적 구속력을 갖기 때문에 그 내용을 공포해야 하지만, 행정규칙은 법적 구속력을 가지 않기 때문에 그 공표의무도 존재하지 않는다고 해석한다.<sup>60)</sup>

1989년 12월 20일 연방정부는 『연방행정규칙의 설정, 정리 및 심사를 위한 연방의 지침』을 정했다. 이것은 “법과 행정의 간소화를 위한 연방위원회”의 작업결과로, 주된 목적은 행정규칙의 남발을 막고 행정

58) 임재홍, 전계박사학위논문, 85면.

59) 임재홍, 전계박사학위논문, 85면.

60) 그러나 실무상으로는 공표된 행정규칙도 등장하고 있다고 한다.

규칙의 수를 감소시키는 것, 엄격한 심사를 거쳐 필요성이 인정된 행정규칙을 업무현장 또는 당사자가 자유로이 사용할 수 있도록 하자는 것이었다. 이 지침은 행정규칙이 현실적으로 제3자(시민, 기업)에게 중대한 영향을 미치는 것인 이상 행정의 투명성을 위해 행정규칙을 적당한 방법으로 공표해야 한다는 것을 확인하고 있다.<sup>61)</sup>

판례는 규칙의 공표문제를 행정절차법상 ‘행정규칙의 공개청구권’의 문제로 다루고 있다. 따라서 우리나라의 일반적인 공표와 달리 공개청구권이 문제되고 있다. 연방행정재판소는 행정규칙의 일반적인 공표의무를 인정하고 있지는 않다. 그러나 행정절차의 관련하에서 행정규칙에 대한 공개청구권을 인정하고 있다.<sup>62)</sup>

학설은 주로 행정규칙의 대외적 구속력, 외부법규성을 인정하는 가운데 행정규칙의 공표를 주장하고 있다. 이것은 행정규칙이 외부법규인 한 당연히 요청되는 절차인 것이다. 일반적 공표는 당연히 국민의 입장에서 행정과정 및 권리구제에 유리하다.

### (3) 설정·공표된 처분기준의 기능

독일에서 행정규칙의 설정·공표가 의무지워져 있지 않기 때문에 설정·공표된 행정규칙은 재판시 어떤 기능을 하는가가 문제된다. 다수설인 행정관행에 기초한 자기구속력에 입각할 때, 행정규칙은 간접적·사실적으로 법적 구속력을 갖는다.<sup>63)</sup>

그러나 독일법상의 처분기준의 설정과 공개는 제도론으로 볼 수는 없는데, 그것은 재량준칙의 설정과 공개를 통해 재량을 통제한다는

---

61) 임재홍, 전계박사학위논문, 89면.

62) 1979년 2월 5일의 만하임 고등행정재판소의 판결은 개인의 행정청에 대한 일반적 인 정보청구권은 현행법상 인정되지 않는다고 한다. 판결에 의하면 행정절차상의 권리 예컨대 서류열람권 등은 행정절차에서만 주장할 수 있다고 한다. VGH Mannheim U. v. 5. 2. 1979, NJW, 1979, 2118.

63) 이 구속력은 법령이 갖는 법적 구속력과는 차이가 있다. 법령에 의한 구속력이 예외가 없는 엄격한 구속력인데 반해, 자기구속의 구속력은 ‘원칙적인 구속력’이고 예외적 위반을 인정하는 유연한 구속력이라고 한다.

의미가 결여되고 있기 때문이다.

### 3. 미 국

#### (1) 절차적 통제의 방안의 모색

연방행정절차법이 주로 대상으로 하는 것은 정식적 행정이지 비정식적 행정에 대한 것은 아니다. 통상의 규칙제정은 행정절차법 제553조가 정하는 고지와 서면의 의견제출절차를 취하는 것으로 족하고, 약식재결절차는 더욱 간략하여 고지와 서면의 의견제출절차도 거치지 않는다. 이 약식재결절차는 전체 재결 중 약 80-90%를 차지한다. 그런데 이러한 비정식적 행정은 행정재량의 행사에 관련되고 있다. 입법적·사법적 통제가 소극적으로 되어 감에 따라 절차적 통제의 방안이 행정통제의 방법으로 모색되기 시작하였다.

미국에서 규칙을 통해 정책을 형성하고 재량통제의 기법으로 활용하자는 주장은 규칙제정을 활용하자는 주장과 일맥상통한다. 데이비스교수의 처분기준을 통한 재량통제의 사고 역시 이러한 시대배경과 밀접한 연관성을 갖는다.<sup>64)</sup>

데이비스는 통제되지 않는 재량을 통제하는 관점에서 처분기준의 설정을 중요시하였다. 그는 재량은 적정선에서 조절되어야 한다고 생각하였는데, 재량이 너무 광범위하면 자의와 불평등의 문제가 발생하고, 재량이 좁으면 불충분한 개별화로 행정상의 곤란이 발생하기 때문이다.<sup>65)</sup>

미국법상 재량개념은 독일법상 논란되는 불확정법개념까지 포괄하는 것이며, 여기에 규칙제정을 할 것인가 여부도 재량의 일종으로 파악되고 있다. 따라서 많은 경우 행정부의 규칙제정은 일종의 법률해석을 의미한다. 문제는 이러한 법률이 행정부 주도로 만들어지고 있

64) Kenneth Culp Davis, *Discretionary Justice : A Preliminary Inquiry*, Louisiana State Univ. Press 1969, p. 66.

65) Kenneth Culp Davis, *op. cit.*, p. 52.

다는 점이다. 현대행정국가에서 행정권이 입법의 과정에 큰 역할을 담당한다. 더욱이 성립된 법률의 실시단계에서도 행정권이 그 해석운용권을 수중에 장악하고 있다. 그런데 법률을 구체적 사건을 해결하기 위한 지침이라고 본다면 전문적인 영역에서 이러한 지침을 발하게 된 자료를 행정청이 대부분 보유하고 있고 구체적인 문제를 해결하는 재결의 과정은 이러한 가정적인 법률을 구체화하는 작업이고 이 작업은 새로운 사례에 대한 법의 해석이자 규범이라고 할 수 있다. 따라서 행정권이 스스로 처분기준을 형성할 수 있는 여건은 이미 마련되어 있다고 볼 수 있다.<sup>66)</sup>

데이비스교수는 재량통제에서 처분기준의 설정과 더불어 공개와 견제를 중시하였다. 재량한정적인 처분기준이 형성되면 그 다음문제는 이 처분기준을 공개함으로써 재량을 구조화하고 이에 대한 통제체계를 만들어내는 것이다. 그는 이를 재량의 구조화 및 재량의 견제(재량의 체크)라고 부르고 있다.<sup>67)</sup>

데이비스는 공개는 자의에 대한 본성적인 적이고, 부정의에 대한 투쟁에서 동지라고 표현할 정도로 공개를 중시하고 있다. 그 이유는 계획, 정책, 규칙들이 비밀로 되어 있으면 당사자는 계획, 정책, 규칙들로부터의 자의적인 또는 의도하지 않은 일탈을 확인할 수 없기 때문이다.

그리고 데이비스는 헌법상의 원리인 견제와 균형의 이론을 재량행사에도 적용한다. 즉 재량행사에서 견제원리는 자의에 대한 보호로서 한 공무원이 다른 공무원을 반드시 견제해야 한다는 것을 의미한다. 가장 통상적인 견제권자는 재량권을 행사하는 공무원의 상급공무원일 것이다. 그리고 그 상급공무원도 차례로 직급조직에 따라 보다 상위의 공무원에 의해 견제된다.

---

66) 임재홍, 전계박사학위논문, 132면.

67) Kenneth Culp Davis, *op.cit.*, p. 97.

데이비스교수의 규칙제정(처분기준 설정)과 공개를 통한 재량통제의 주장은 크게 두 가지 점에서 특징적이라고 볼 수 있다. 하나는 실제적인 사안에 대해서 언급없이 철저히 형식적·절차적인 면을 중시한다는 것이다. 둘째는 행정자율적 통제를 중시한다는 점이다. 이러한 특징으로 인하여 연방대법원이나 학자들로부터 적지않은 비판을 받고 있는 것이 사실이다. 즉, 행정규칙을 통한 재량통제라는 데이비스교수의 주장은 하급심판결에서 많이 인용되고 있으나<sup>68)</sup> 연방대법원은 재량통제를 중시하지만 데이비스교수의 주장에 대해서는 부정적인 입장을 취하고 있는 것이다.<sup>69)</sup>

그리고 학계의 비판적 견해는 두 가지로 압축할 수 있는데, 하나는 행정부에 대한 의회의 광범위한 위임이 바람직하지 않고 분명한 시행기준이 주어지지 않은 채 행정청에 권한을 위임하는 것은 위헌·무효라는 것이고,<sup>70)</sup> 다른 하나는 법원이 행정청에 대해서 스스로 재량권을 한정하는 규칙을 채택하도록 요구하는 것은 비현실적이라는 것이다.<sup>71)</sup>

생각건대 데이비스교수가 제안하는 재량통제를 위한 처분기준의 설정은 미국정치학에서 말하는 행정의 자율적 통제의 사고에서 유래한다고 볼 수 있다. 재량이 원래 행정부의 자율적인 영역인 만큼 행정내부의 자율적인 통제를 설정하는 것은 이론상 큰 문제는 없다고 볼 수 있다. 더욱이 재량을 한정하고 구조화하는 것 자체가 행정자율의 문제인 것이다.<sup>72)</sup>

68) 주요 판결로는 *Hoimes v. New York City Housing Authority*, 398 F. 2d 262(2d Cir. 1968) ; *Environmental Defence Fund v. Ruckelhaus*, 439 F. 2d 584(D.C., Cir. 198) ; *White v. Rougton*, 530 F. 2d 750(7th. Cir. 1976) 등이 있다.

69) 대표적인 사례가 *Morton v. Ruiz*, 415 U.S. 199(1974)를 들 수 있다.

70) 이를테면 J. S. Wright, "Beyond Discretionary Justice"(Yale L. J. 81(1972)), p. 575.

71) 이를테면 Richard B. Stewart, "Vermont Yankee and the Evolution of Administrative Procedure"(Har. L. Rev., 91(1978), p. 1770.

72) 임재홍, 전계박사학위논문, 149면 참조.

## (2) 입법현황에 대한 실태분석

미국의 연방 및 주 법률에서 재량행위와 관련하여 규정된 법문언을 분석하여 보면 크게 4가지 정도의 유형으로 분류된다. 첫째는 행정권에게 재량행사의 법적 근거를 마련해 주는 규정이고, 둘째는 재량권을 행사함에 있어 이를 남용하여서는 안 된다는 주의적 규정이고, 셋째는 재량권행사를 위하여 행정권이 준칙이나 기준을 마련하도록 하는 근거규정이고, 네번째는 재량준칙이나 기준이 법규명령을 대신할 수 없다는 주의적 규정이다. 특히 마지막 유형의 규정은 우리나라에서의 행정규칙 법규성 문제와 매우 유사한 맥락에서 논의되어 지고 있는 바, 매우 엄격한 절차와 사후통제 시스템이 마련되어 있는 법규명령 대신에 상대적으로 그 제정이 용이한 준칙이나 기준을 마련함으로써 행정입법에 대한 절차적, 정치적, 사법적 통제를 비켜가려는 경향을 사전에 차단하려는 의도에서 국민의 생활에 중요한 영향을 미치거나 기본권침해의 가능성이 큰 영역에 있어서는 이러한 준칙이나 기준이 법규명령을 대신할 수 없음을 명백히 천명하고 있는 규정들이다. 이러한 예로는 미국연방행정절차법 제553조가 ‘행정청은 rule을 대신하여 guideline이나 정책적 directive를 채택할 수 없다.’라고 규정하고 있는 것 등을 들 수 있다.<sup>73)</sup>

따라서 국민의 기본권 및 생활에 중요한 영향을 미칠 수 있는 영역에서 행정청이 법규명령이 아닌 준칙이나 기준(directive, guideline) 등을 근거로 재량권행사를 한 경우에는 이러한 처분을 위법한 것으로 평가하고 있다.

최근의 사례로 Ronald case<sup>74)</sup>를 들 수 있다. 뉴욕주 교정국은 교도소 수감자의 편지자유왕래기준을 규정하고 이에 따라 수감자의 편지

73) APA; 5 U.S.C.A. Sec. 553(b)(3)(A)

74) Ronald L. Jordan v. Dep. of Corrections; 165 Mich. App. 20, 418 N.W.2d 914.



수·발신을 통제하였는데 Ronald는 교정국의 이러한 기준은 행정절차법 제553조를 위반한 것으로 위법하다는 취지의 소송을 제기하였고, 법원이 인용판결을 한 사건이다.

전술한 바와 같이 전통적으로 미국 행정법은 행정권의 재량권행사는 입법과 사법의 본질적 영역을 침해하지 않는 범위 내에서 행정권이 독자적으로 행사할 수 있는 것으로 전제한 다음, 이러한 재량권의 행사가 독단적이고 남용된 경우에 구체적 사건성과 성숙성이 충족된 사건을 사법적으로 사후통제하는 시스템을 견지해 왔으나, 최근에는 사전적으로 준칙이나 기준의 마련을 강제하는 입법적 규정을 정비하는 경향을 보이고 있다.

아래의 표는 West Law와 Lexis-Nexis 등의 검색을 통하여 분석한 미국의 연방 및 주의 법률과 판례 등에 나타난 재량행위의 준칙과 기준에 대한 실태분석 자료이다.

【표 1】 미국 연방 및 주 법률(Statutes)상 재량준칙 및 기준에 관한 규정실태<sup>75)</sup>

구 분		규정 조항 수
연방법률(U.S.C.)		1322
주 법률	Alabama	82
	Alaska	13
	Arkansas	88
	California	490
	Colorado	153
	Connecticut	103
	Delaware	44
	Washington D.C.	57
	Florida	340

75) <http://www.westlaw.com> - “discretionary directives /s guidelines” of Federal and States Statutes 검색자료.

제 1 편 행정처분기준 일반론

	구 분	규정 조항 수
주 법 률	Georgia	143
	Hawaii	43
	Idaho	52
	Illinois	230
	Indiana	174
	Iowa	130
	Kansas	79
	Kentucky	106
	Louisiana	325
	Maine	63
	Maryland	120
	Massachusetts	141
	Michigan	222
	Minnesota	186
	Mississippi	129
	Missouri	117
	Montana	109
	Nebraska	18
	Nevada	21
	New Hampshire	34
	New Jersey	204
	New Mexico	71
	New York	409
	North Carolina	136
	North Dakota	33
	Ohio	325
	Oklahoma	128
	Oregon	137
	Pennsylvania	237
	Rhode Island	35
South Carolina	73	

구 분		규정 조항 수
주 법 률	South Dakota	41
	Tennessee	134
	Texas	255
	Utah	36
	Virginia	125
	Vermont	50
	Washington	152
	West Virginia	110
	Wisconsin	96
	Wyoming	29
소 계		잘못된 계산식
계		7950

【표 2】 최근 3년간 준칙 또는 기준에 대한 위법인용 판례의 건수<sup>76)</sup>

구 분	건 수
연방대법원(Federal Supreme Court)	23
연방항소법원(Federal Circuits)	4319
주법원(State Courts)	8517
계	12,859

이상의 표를 분석해 보면, 연방 법률뿐만 아니라 주 법률에서 재량 행위의 준칙이나 기준을 마련하여 재량권 행사에 대한 예측가능성을 확보하려는 노력을 보이고 있음을 알 수 있다. 종래의 사후적 사법적 통제시스템만으로는 재량행사의 투명성을 확보하기가 곤란하다는 것을 인식하기 시작한 것을 반증하는 것으로 분석된다.

76) <http://www.westlaw.com> - “discretionary directives /s guidelines” of All U.S. Federal and States Cases 검색자료.

그러나 재량통제를 위한 준칙이나 기준의 설정이 절차적으로 복잡한 법규명령의 제정을 회피하는 수단으로 악용되어지는 것을 경계하고 있으며, 이러한 준칙이나 기준 역시 사후적 사법적 통제의 대상이 되고 있음을 알 수 있다.

<표 2>에서 나타난 것처럼 최근 3년간의 통계에서도 준칙이나 기준 자체가 헌법과 법률을 위반한 재량권의 남용으로 인용된 판례가 연방 항소법원에서만 4,000여건 이상인 것을 보더라도 미국도 재량권남용의 문제에 대하여 많은 고민을 하고 있음을 알 수 있다.

<표 1>의 자료를 보면, 주 법률에 반영된 재량준칙 또는 기준 관련 규정의 수가 주의 크기(면적의 크기가 아닌 인구 또는 경제규모 등을 고려한 크기)에 비례함을 알 수 있다.

New York, California, Florida 등과 같이 정치·경제의 규모가 큰 주는 Alaska, Nevada, Nebraska 등과 같이 비교적 규모가 작은 주에 비하여 최고 20배 가까이 규정 수가 많음을 알 수 있다.

그만큼 행정현상이 복잡 다양할수록 행정권의 재량영역은 넓을 수밖에 없고 따라서 이를 통제하는 준칙이나 기준의 설정이 불가피함을 반증하는 결과라고 분석된다.

## (2) 구체적 입법 모형 소개

재량준칙 또는 재량기준에 관하여 미국의 연방법률 또는 주법률이 어떠한 형식으로 이를 규정하고 있는지에 관하여 대표적인 사례를 소개하면 다음과 같다.

### 1) 연방법률

#### 가. 법령집 제5권 제8조(자문위원회의 구성과 행정청의 장의 의무)

각 행정청의 장은 행정청에 의하여 설립된 자문위원회의 운영과 기준을 제정하여야 한다. 이러한 기준에는 동법 제7조 및 제10조의 규

정에 의하여 권한을 수행함에 있어 필요한 재량준칙을 포함하여야한다. 각 행정청은 자문위원회의 성격, 기능, 작용 등에 관한 정보를 시스템적으로 유지하여야 한다.

나. 법령집 제6권 제231조(농업부의 특정 농산물품조사 권한의 위임)

- (a) 농산물품 수입 및 반입 조사 기능  
..... 생략 .....
- (b) 동물 및 식물 보호법의 적용  
..... 생략 .....
- (c) 인증처분의 예외  
..... 생략 .....
- (d) 권한위임의 효과
  - (1) 농업부 규정의 준수  
..... 생략 .....
  - (2) Rulemaking의 조정  
..... 생략 .....
  - (3) 효과적 집행

농업부장관은 (a)항의 규정에 의하여 국토안보부장관으로부터 위임된 권한을 효과적으로 수행하기 위하여 필요한 경우 재량준칙 또는 기준을 제정할 수 있다.

다. 법령집 제42권 제404.1633조(정책 및 집행기능)

- (a) 장애등급결정권한을 수행하기 위하여 필요한 경우, 주 행정청은 성문화된 기준을 제정하여야 한다.
- (b) 주 행정청은 장애등급결정에 관한 기준이 자문위원회에 의하여 거부되거나 전적으로 재량에 속하는 경우가 아닌 한 이에 따라야 한다.
- (c) .... 생략.....

## 2) 주법률

### 가. 버지니아주 법령집 제17권 제801조(목적)

주의회의 상임위원회는 공정한 형벌의 집행을 담보하고, 교정자료의 효과적인 사용을 위하여, 특히 범죄자의 효과적인 재사회화를 위하여 공익상 필요하다고 판단되는 때에 재량준칙의 제정과 그 이행을 강제할 수 있다.

이 법의 규정에 의하여 설립되는 위원회는 범죄자의 책무와 기타 시민을 범죄로부터 보호하기 위한 공익적 목적을 수행함에 필요한 재량준칙의 제정과 그 이행을 가제하기 위함을 그 목적으로 한다.

위원회는 범죄자에 대한 처벌기준에 대한 재량처분이 명확성, 일관성, 적합성을 유지할 수 있도록 재량준칙을 발전시켜나갈 책임이 있다.

### 제803조(권한과 임무)

위원회는 다음 각 호의 사항을 준수하여야 한다.

1. 모든 중범죄자 처벌에 관한 재량처분이 전 주에 걸쳐 일관성을 유지할 필요가 있다고 판단되는 경우, 1995년 1월 1일 이전의 중범죄자의 범죄기록과 1995년 1월 1일 이후의 중범죄자의 범죄기록을 각각 중범죄자 처리를 위해 법원의 제출요구가 있는 경우 이를 법원에 제출하여 법원이 이를 활용할 수 있는 기간, 조건 등에 관하여 그 기준(재량준칙)을 제정하여야 한다.
2. 위원회는 제정된 재량준칙에 따라 중범죄자의 사건기록을 법원의 요구가 있는 경우 이를 제출하기 위하여 그 기록을 계속해서 주기적으로 보완하여야 한다.
3. .... 생략....
4. .... 생략....
5. .... 생략....

- 버지니아주 법령집 제56권 제130조(사용자의 시정요구에 불응한 공공 서비스 회사의 처벌)

철도회사가 위원회가 결정한 유효요금을 위반한 경우에는 연방 재량준칙에 따라 위원회의 재량에 의하여 과징금을 부과할 수 있다.

#### 나. 메사추세추주 법령집 제7권 제43조(유지·수선 기준 및 준칙)

건축담당부서의 장은 당해 부서의 위원회에게 건축물유지·수선기준 또는 준칙의 제정을 권고하여야 한다. 권고된 기준 또는 준칙은 주 행정청 및 건축관련 행정청에 의하여 승인되어야 한다. .... 중략.....

주 행정청과 건축관련 행정청은 매년 건축담당부서의 장이 제정한 기준 또는 준칙이 주행정청 또는 건축관련행정청의 기준에 부합하는 지 여부를 심사하여 통보하여야 한다. 만약 건축담당부서의 장이 제출한 기준 또는 준칙을 승인하지 않는 경우에는 그 이유를 적시하여야 한다. .... 중략....

#### (3) 재량행사시 사용되는 체크리스트 모형 소개

미국에서 재량처분의 남용을 방지하기 위하여, 행정청이 재량처분을 수행함에 참고해야할 매뉴얼로서 이른바 check list의 사례를 소개하면 다음과 같다.

#### 1) 미국 MONTANA州 건축기준법 제118조의 규정에 근거한 재량처분 Checklist<sup>77)</sup>

- (1) 행정청은 모든 형태의 단독주택의 건축을 승인 또는 불허가할 때에는 다음의 사항에 따라 이를 심사하여야 한다.(The department shall accept for examination and approval or disapproval all model construction plans for single-family dwellings submitted to the department.)

---

77) 50 M.C.A §118. Examination of single-family dwelling plans - statewide approval for model plans - fee adjustments - mandatory checklist

- (2) 일단 건축계획이 승인되면, 행정청은 주 전역에 적용되는 아래의 검토사항을 제외하고는 더 이상의 심사를 하여서는 아니 된다.(Once a model construction plan has been approved, the department shall indicate in writing on the approved plan that the plan is acceptable on a statewide basis and that no further examination is warranted except with respect to:)
- (a) 행위제한구역(zoning);
  - (b) 지반, 기초, 지하(foundings, foundations, and basements);
  - (c) 외벽(curbs);
  - (d) 처마(gutters);
  - (e) 풍치(landscaping);
  - (f) 설비연결(utility connections);
  - (g) 도로요건(street requirements);
  - (h) 보도(sidewalks); and
  - (i) 기타 건축물의 외양에 관계되는 사항(other requirements specifically related to the exterior of the building.)
- (3) 지방건축부서는 동법 제1항의 규정에 의한 심사비용보다 심사 소요 시간, 난이도 등을 고려하여 심사비용을 낮게 징수할 수 있다.(Local building departments shall reduce plan examination fees commensurate with the reduced time and effort expended resulting from the department's examination provided for in subsection (1).)
- (4) 이 조항은 건축규칙 50-60-106에 근거한 주거용 건축물에 대한 심사요건을 완화할 수는 없다.(This section may not be construed to reduce the requirements for obtaining permits for onsite inspection of the residence under construction pursuant to 50-60-106.)
- (5) (a) 행정청은 카운티, 시, 또는 타운의 건축기준과 행정청의 건축기준에 따라 단독주택 심사 check list를 고안해야 한다(The department shall devise a checklist for the examination of single-family



dwelling construction plans by the department and by the building code enforcement officials of counties, cities, and towns.)

- (b) 체크리스트는 미국건축위원회의 단독 또는 2가구주택에 대한 가장 최근의 법령에 기초하여야 한다.(The checklist must be based upon the most recently adopted edition of the council of American building officials One and Two Family Dwelling Code, as amended.)
- (c) 체크리스트는 동법 제50-60-115의 규정에 따라 심의 또는 개정하여야 한다.(The checklist is subject to review and amendment by the building codes council provided for in 50-60-115.)
- (d) 체크리스트는 건축업자가 상당한 비용을 들여서, 건축허가신청 전 10일 이내에 작성하여, 건축허가신청서와 함께 첨부하여 제출한 때에만 유효하다.(The checklist must be made available to building contractors at a price that is commensurate with reproduction costs, and a building contractor who uses the checklist and attaches it to the plans that the contractor submits to the department or a county, city, or town for examination is entitled to receive the relevant building permit or notice of disapproval within 10 days of submission of the completed checklist.)

## II. 우리나라의 행정처분기준의 실태와 문제점

### 1. 행정절차법상 행정처분기준의 설정·공표

#### (1) 처분기준의 설정·공표제도 도입배경

종래 한국의 학설과 판례는 독일식의 실체법적 관점에서 재량과 행정규칙을 이해했다.<sup>78)</sup> 학설과 판례는 법률이 행정청에 그 요건의 판

---

78) 처분기준 설정·공표제도의 연혁적 발전에 대해서는 임재홍, 전계논문 주8 참조

단 또는 효과의 결정에 있어 일정한 독자적 판단권을 인정하고 있는 경우에 당해 행위를 재량행위로 이해한다. 따라서 행정청이 재량행위 내에서 처분을 한 경우에 실령 재량을 그르쳤더라도 부당행위가 되는데 그치고 사법통제의 대상은 되지 않았다. 재량에 대한 통제는 재량의 남용·일탈이 있는 경우에 실체법적 판단에 기초한 통제가 가능하다. 반면 재량에 대한 절차적 통제는 실정법상 규정이 있는 경우에 한하여 이루어졌다.<sup>79)</sup>

재량행사에 대한 절차적 규율은 개별법령에 의하여 정해진 경우 외에도 학설 및 판례에 의해 그 필요성은 계속 전개되어 왔다. 헌법해석론상 헌법 제12조의 “누구든지...법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”는 규정을 확대해석하여 행정절차에도 동조항이 적용된다고 한다. 즉 “처벌이란 반드시 형사상의 처벌만을 의미하는 것이 아니라 본인에게 불이익이 되는 일체의 제재를 의미하고, 오늘날 행정국가화의 경향으로 말미암아 오히려 행정권이 국민의 자유와 권리를 침해할 위험성이 증대되고 있는 현실을 감안할 때, 행정권력을 적법절차의 적용대상에서 제외한다면 헌법상의 기본권 보장은 그 의미가 반감되고 말 것이다. 따라서 적법절차의 원리가 자유와 권리를 절차상 보장하는 것을 목적으로 하는 것이라면, 행정처분에 의하여 자유와 권리가 어떤 형태로든 제한되는 경우에 적법절차의 원리가 보장되어야 하다”는 것이다. 헌법재판소 역시 이런 취지의 결정을 내린 바 있다. “헌법 제12조 제3항 본문은 동조 제1항과 함께 적법절차원리의 일반조항에 해당하는 것으로서, 형사절차상의 영역에 한정되지 않고 입법·행정 등 국가의 모든 공권력의 작용에 절차상의 적법성뿐만 아니라 법률의 실체적 내용도 합리성과 정당성을 갖춘 실체적인 적법성이 있어야 한다는 적법절차

---

; 김용섭, “법규명령 형식의 제재적 처분기준” 『판례월보』 제340호, 28면 각주1 참조.  
79) 임재홍, 전계박사학위논문, 236면.

의 원칙을 헌법의 기본원리로 명시한 것”<sup>80)</sup>이라는 것이다.

그리고 판례는 실정법상 명문규정이 없는 경우에도 절차적 규제를 발전시켜 왔다. 먼저 재량행위의 이유부기의무를 행정청에 요구하는 판결을 내고 있다. 특히 1990년 9월 11일 판결은 이유부기의 절차적 의의를 명확하게 표현하고 있다. 판결은 “취소처분의 근거와 위반사실의 적시를 빠뜨린 하자는 피처분자가 처분 당시 그 취지를 알고 있었거나 그 후 알게 되었다 하더라도 치유될 수 없다 할 것이다. 왜냐하면 면허 등의 취소처분에 그 결정이유를 명시하도록 하는 취지는 행정청의 자의적 결정을 배제하고 이해관계인으로 하여 행정구제절차에 적절히 대처할 수 있게 하기 위한 때문이다”라고 하고 있다.

이상과 같이 학설과 판례에 의하여 절차법적 규율이 발전되어 오기는 했지만 행정절차법 제20조<sup>81)</sup>에서 말하는 처분기준의 설정·공표에 관하여 우리 판례상 정립된 원리는 없다. 다수의 학설과 판례는 행정규칙을 이용한 재량통제에 대해서 큰 관심을 보이지 않았다. 행정규칙에 관한 한 행정규칙이 실체법적으로 법규성을 갖는가 여부 내지는 대외적 구속력을 갖는 것인가 여부의 행정규칙의 성질문제에 초점이 두어져 있었다. 이런 측면에서 보면 행정절차법 제20조의 법제화는 일본 행정절차법의 영향이 크다고 볼 수 있다.<sup>82)</sup> 이러한 배경 아래에서 1996년 제정된 행정절차법은 제20조<sup>83)</sup>에서 처분기준의 설정·공표

80) 헌재결 1992. 12. 24, 92헌마78.

81) 행정절차법 제20조의 처분기준은 불이익 처분뿐만 아니라 신청에 대한 처분 등을 포함해서 행정처분 일반의 처분기준을 의미하는 것으로 이해할 수 있다. 법령주관기관 뿐 아니라 실제 행정처분을 집행하는 기관에서도 처분기준을 설정·공표하여야 한다. 적용범위로는 행정절차법의 적용을 받는 모든 행정청과 행정절차법 적용제의 사항이 아닌 모든 행정처분(신청에 의한 처분, 직권처분 등)에 해당한다.

82) 임재홍, 전계박사학위논문, 240면.

83) 제20조(처분기준의 설정·공표) ① 행정청은 필요한 처분기준을 당해 처분의 성질에 비추어 될 수 있는 한 구체적으로 정하여 공표하여야 한다. 처분기준을 변경하는 경우에도 또한 같다. ② 제1항의 규정에 의한 처분기준을 공표하는 것이 당해 처분의 성질상 현저히 곤란하거나 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해하는 것으로 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 이를 공표하지 아니할 수 있다.

제도가 도입된 것이다. 처분기준의 설정·공표제도란 행정청의 자의적인 권한행사를 방지하고 행정의 통일성을 기하며 처분의 상대방에게 예측가능성을 부여하기 위하여 요청된다. 이 제도는 행정환경이 변화함에 따라 재량에 관한 실체법적 접근방법인 일탈·남용론만으로는 재량통제의 실효성을 도모하기 힘들어졌고, 재량의 사후적 통제보다는 사전적·절차적 통제가 보다 효과적이라는 관념에 기초한다.<sup>84)</sup>

입법례로는 일본행정절차법에 처음 나타나고 있고, 독일이나 미국의 실정 행정절차법에는 이에 관한 규정이 없지만, 특히 미국의 판례와 학설의 이론에서 제기된 바 있다고 알려지고 있다.<sup>85)</sup>

## (2) 행정실무와 행정처분기준의 법정화의 필요성

행정청에 의한 인허가처분이 있는 후 그 처분상대방에게 법령위반 등의 행위가 있을 때 그 인허가처분의 효력을 상실 내지 정지시키는 처분을 함으로써 인허가처분의 사후관리에 실효성을 확보할 필요가 있는데, 이러한 인허가처분의 효력을 상실 내지 정지시키는 처분을 강화상으로는 행정행위의 철회 내지 정지라고 부르며 그 성질은 불이익 처분 내지 제재적 처분으로 파악되고 있다.

대부분의 법령에는 “이 법 또는 이 법에 의한 명령이나 이에 의거한 처분에 위반한 때에는 그 인허가를 취소하거나 6월의 범위 안에서 영업의 정지를 명할 수 있다.”라는 정도의 간단한 규정만을 두고 있다. 이 경우 인허가를 받은 사업자 등의 의무위반행위의 형태 및 정도를 추상적·포괄적으로 묶어 규정함과 아울러 제재의 정도 역시 처분청의 폭넓은 재량에 맡겨버리는 경향을 보여 왔다.<sup>86)</sup>

또한 행정상 의무이행 확보수단으로 중요성을 가는 과태료의 경우에도 “제○조, 제○조…의 규정에 위반한 자에 대하여는 100만원 이하

84) 임재홍, 전계논문, 67면.

85) 이에 대해서는 임재홍, 전계논문, 67면, 69면 이하 참조.

86) 유상현, “행정처분기준의 법규성” 『공법연구』제31집제1호, 515면.

의 과태료에 처한다”라는 식으로 규정한 사례가 많았으며, 위에서 본 인허가처분의 취소 내지 정지에 갈음하는 행정법상의 의무이행확보수단으로서의 금전적 제재조치인 과징금의 경우에도 영업정지사유에 해당하는 행위에 대하여 “영업정지처분에 갈음하여 500만원 이하의 과징금을 부과할 수 있다”라는 식으로 규정하고 있었기 때문에 이러한 과태료 내지 과징금의 부과처분에 있어서 다양한 위반행위 유형과 동기를 처분청이 재량적으로 판단하여 처분을 할 수 밖에 없었던 것이다.

이러한 행정처분은 불이익처분이기 때문에 그 처분기준을 객관적으로 구체화시킬 필요가 있다. 행정처분은 법령에 대한 조예가 부족한 일선공무원이 일반 행정절차에 의하여 집행하기 때문에 처분기준을 보다 구체적으로 규정하도록 입법단계에서부터 유의할 필요가 있는 것이다.<sup>87)</sup>

이 문제는 주지하다시피 행정행위의 재량성과도 밀접한 관련을 가지고 있다. 인허가처분의 취소 내지 정지에 있어서도 일선공무원의 재량의 여지를 합리적으로 축소하는 방안이 강구되었고, 그 결과로 나타난 것이 행정규칙에 근거한 행정처분기준이라 할 수 있다.

1984년 국무총리의 「행정처분기준의법제화를위한특별지시」<sup>88)</sup>에서 처음으로 법령위반행위가 발생한 경우에 취소 또는 정지 등 행정처분을 함에 있어 담당공무원의 재량권의 범위를 축소하고, 위반사안의 정도에 따라 균형있는 처분을 할 수 있도록 행정처분시 따라야 할 구체적인 처분기준을 부령 또는 훈령으로 마련하도록 한 바 있었고, 1994년에 제정된 「행정규제및민원사무기본법」 제11조에서 “행정기관의 장은 처분 등의 민원사무를 처리함에 있어서 적용되게 될 객관적이고 구체적인 심사기준(이하 심사기준이라고 한다)을 미리 정하여 공포하여야 한다”고 규정하였다. 그 후 「행정규제및민원사무기본법」은 「행정규제기

87) 유상현, 전제논문, 516면.

88) 국무총리 훈령 제196호.

본법』의 시행과 함께 폐지되었고, 민원사무에 관한 특별법이라 할 수 있는 「민원사무처리에관한법률」은 「행정규제및민원사무기본법」제11조와 같은 심사기준의 설정·공표에 관한 규정을 두고 있지 않다.

1984년 국무총리의 「행정처분기준의법제화를위한특별지시」에 따르면 ① 예상할 수 있는 행정법규 위반행위를 종류별로 세분하고, 다시 그 종류마다 위반행위의 정도에 따라 상응한 제재수단을 정하도록 하며, ② 위반행위가 자주 일어나는 행위인 경우에는 위반횟수에 따라 제재정도가 약한 불이익처분부터 강한 불이익처분으로 순차적으로 정하도록 하되, 1차 위반의 경우에는 단순한 경고를 하도록 함을 원칙으로 하고, ③ 정지기간을 정함에 있어서는 일정기간이 넘으면 당해 사업에 사용되는 기계 등의 효용이 현저히 감소되거나 효용을 잃게 된다는 점을 고려하도록 하고, ④ 행정처분기준을 아무리 구체적이고 상세하게 정하여도 모든 사태를 가중 또는 경감할 수 있게 하여 융통성을 부여하는 규정을 두도록 하며, ⑤ 법률에서 처분 전에 청문을 하여야 한다는 규정을 두지 아니한 경우에도 부령이나 훈령에서 청문을 거치도록 하는 규정을 두어 처분 전에 상대방에게 변명의 기회를 부여하도록 하였다.

이러한 정부방침이 나간 후 각 부처에서는 부령 등의 형식을 기피하고 훈령·예규 등으로 행정처분기준을 마련하여 시행하였는데, 이는 부령 등 법규로 할 경우 법제처심사 등 입법절차상 번잡이 따르고 법규는 공포하여야 하기 때문에 민원인에게 행정처분기준을 공개하는 결과가 되어 일선공무원의 심리적 부담이 따르는 등의 여러 가지 행정실무적 관점을 고려한 것으로 판단된다.

행정처분기준이 훈령·예규로 마련됨에 따라 행정기관 내부에서는 보다 통일적이고 합리적인 처분을 기할 수 있었지만, 문제는 이러한 행정처분기준에 근거하여 행하여진 행정처분에 대하여 불복하는 경우, 법원에 대하여서는 이러한 행정처분기준의 효력을 주장할 수 없

다는 것이었다. 물론 법원에서도 행정처분기준에 따라 행하여진 처분을 모두 배척한 것은 아니었으나, 그렇다고 하여 훈령·예규 등에 기속당한 것으로 볼 수는 없었다. 특히 각 부처에서 시간에 쫓기면서 마련한 행정처분기준에 불합리한 점도 많았고 법원은 권리구제기관으로서 처분정보다 완화된 기준을 적용하려는 경향을 나타내기 때문에 행정부가 마련한 훈령·예규 등에 대한 불만이 큰 것으로 알려지고 있다.<sup>89)</sup>

이와 같은 상황에서 각 부처에서는 행정처분기준의 법원에 대한 구속력을 확보하기 위하여 각 개별 법률에서 “행정처분기준을 부령으로 발령할 수 있다”<sup>90)</sup>는 근거조항을 신설하는 한편, 이에 기하여 종전의 훈령·예규들을 부령으로 격상시키는 조치를 취하였다.

행정실무에서 보면, 모법상 인허가 취소·정지처분의 근거조문에서 “제1항의 규정에 의한 취소·정지처분의 세부적인 기준은 그 사유와 위반정도를 감안하여 ○○부령으로 정한다”라고 하여 행정처분기준을 부령으로 정할 수 있는 위임근거를 마련하고 이에 따라 부령에 별표를 두어 행정처분기준을 규정하고 있다. 이때 훈령·예규로 되어 있던 종전의 기준이 안고 있던 미비점을 보완하고 법원의 재판기준을 참작하여 좀더 완화된 내용으로 하였더라면 좋았을텐데 대부분의 경우 그 내용을 그대로 옮겨 적는 경향을 보여주었고, 바로 이 점이 그 후 법원으로부터 부령으로 된 행정처분기준의 법규성을 부인당하는 큰 원인의 하나가 되었다고 할 수 있다.<sup>91)</sup>

그리고 과태료와 과징금의 경우에는 위 국무총리훈령 제196호에서 언급하지 아니하였으나 이들도 행정처분과 유사하기 때문에 부과처분

89) 유상현, 전계논문, 517면 참조.

90) 예컨대, 대기환경보전법의 관련규정을 보자. 제51조(행정처분의 기준) 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 행위에 대한 행정처분의 기준에 관하여는 환경부령으로 정한다.

91) 유상현, 전계논문, 518면.

의 기준을 세부적으로 규정할 필요성이 생겼다. 과태료와 과징금의 경우에는 법제처에서 마련한 『법령입안심사기준』에 입법모델이 설정되어 있고 행정부와 국회는 이 기준에 따라 입법을 하고 있다. 과태료의 경우 모법에 규정된 “제1항의 규정에 의한 과태료는 대통령령이 정하는 바에 의하여 ○○○장관이 부과·징수한다”라는 포괄적 위임에 따라 대통령령에서 “○○○장관은 과태료의 금액을 정함에 있어서는 당해 위반행위의 동기와 그 결과 등을 참작하되, 그 부과기준은 별표○와 같다”라고 규정한 방식이 대부분이고, 그 밖에 부과기준을 부령에서 정하거나 훈령·예규 또는 자치법규(이는 사무의 성질에 따라 자치사무는 조례로, 기관위임사무는 규칙으로 정한다)로 정한 경우도 다수 발견된다.

과징금의 경우 모법에서는 “제1항의 규정에 의한 과징금을 부과하는 위반행위의 종별·정도 등에 따른 과징금의 금액 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다”라고 규정하고 이러한 위임에 따라 대통령령에서 규정하도록 하고 있다.

### (3) 행정처분기준의 설정·공표의 법적 함의

#### 1) 재량통제론과 행정규칙론의 교차영역의 행정처분기준

행정처분기준이란 법령을 위반한 자에 대한 제재적 행정처분의 기준이 되는 재량준칙을 말한다. 재량준칙이란 일반적으로 상급행정청이 하급행정청의 각종 인·허가나 제재적 행정처분(취소·철회·정지 등)에 있어서 법령이 부여한 재량권 행사의 일반적 방향을 제시하기 위하여 발하는 행위통제규칙<sup>92)</sup>을 의미한다. 즉, 재량권 행사의 기준을 정하는 행정규칙을 말한다.<sup>93)</sup>

92) 행위통제규칙이란 행정기관이 행하는 개별적 행위의 통일성을 담보하기 위하여 통제하는 것을 내용으로 하는 행정규칙으로서 특히 재량준칙이 주요한 의미를 갖는다. 이에 대해서는 류지태, 『행정법신론』(신영사, 2006), 250면 참조.

93) 박균성, 『행정법원론(상)』(박영사, 2006), 186면.



행정처분 기준으로서의 재량준칙은 행정청의 자의적인 재량권 행사를 미연에 방지하고, 상하 행정청간 재량처분의 통일성을 기할 수 있어서, 공행정에 대한 국민의 예측가능성을 제고할 수 있음은 물론, 재량권 행사에 대한 공무원의 법집행상의 어려움을 경감시켜주는 등의 긍정적인 측면을 가진다.<sup>94)</sup>

개념상 행정처분기준은 재량통제론과 행정규칙론의 문제가 교차하는 영역에 존재한다. 그리고 행정절차법 제20조가 처분기준의 설정을 법적 의무로 규율하고 있기 때문에 절차법적으로 행정청은 이 처분기준을 준수해서 재량을 행사하여야 하고, 재량통제시 우선적으로 절차법적인 준수 여부 즉 처분기준이 설정되었는가 그리고 이 처분기준을 준수했는가가 고려될 것이고, 이 점에서 사법심사의 방식에도 큰 변화가 예상된다.<sup>95)</sup> 우리 행정절차법 제20조에 영향을 준 미국 판례법의 경우를 보아도 이러한 재량통제기준의 적법성에 대한 소송법상의 통제문제가 심각하게 고려되었다.

종래 재량통제의 측면은 물론 행정규칙의 측면 모두에 있어서 행정처분기준에 대한 법적 판단은 원천적으로 제한적일 수밖에 없었다. 종래 행정처분기준들은 훈령·예규 등 전통적인 행정규칙의 형식으로 규정되어 왔었는데, 학설과 판례는 행정규칙을 ‘행정조직 내부에서의 행정의 사무처리기준으로서 제정된 일반적·추상적 규범’이라고 정의하고 있다. 따라서 행정규칙은 원칙적으로 행정내부적 효력만 가지며, 국민과 법원에 대해서는 구속력을 가지지 못하는 것으로 파악해오고 있다. 재량통제측면에서도 제한적이기는 마찬가지이다. 즉, 재량이란 가변적이고 유동적인 행정현실에 상응한 행정작용의 필요성에 따라, 입법자가 법률을 통해 행정작용의 요건을 정함에 있어서 모든 경우에

94) 하용득, “법규형식을 취하는 재량준칙의 법적 성질” 『법제연구총서 법제개선자료 2집』(법제처, 1995. 12), 22면.

95) 임재홍, 전개박사학위논문, 4면.

일의적·확정적으로 규정하지 못하고 행정기관에게 일정한 범위의 판단 및 결정권한을 수권하여 개별적 정의를 추구하고 실현하도록 하는 것을 의미한다. 따라서 설령 행정기관이 재량처분을 함에 있어서 재량을 그르치더라도 부당행위에 그치고 위법성을 구성하지 아니하므로 직접적인 사법심사의 대상이 되지 않는다. 즉, 종래의 행정법이론에 의하면 재량통제와 행정규칙의 문제에 대해서는 실체법적 문제해결방식만을 대입할 수 있었기 때문에 행정처분기준의 집행과 관련한 국민의 권리보호의 문제는 많은 경우 공백상태에 머물러 있을 수밖에 없었다. 자연히 이러한 문제상황에 대해서는 절차법적 측면에 의한 보완의 문제가 검토되었다.

## 2) 투명성 및 신뢰보호원칙으로서의 행정처분기준

### 가. 투명성 원칙의 구체화

행정절차법 제20조의 처분기준의 설정·공표제도는 법 제5조에서 규정한 투명성의 원칙을 구체화한 대표적인 규정이라고 할 수 있다. 처분기준은 ‘될 수 있는 한 구체적으로 정하도록 규정’하고 있으나 법 제5조의 취지를 살려서 처분기준은 구체적일뿐만 아니라 명확하게 정하여야 할 것이다. 그리고 법 제20조 제3항에서는 처분기준에 대하여 국민에게는 설명·해석 요청권을 부여하고 있으며, 처분기준을 정한 행정청에게는 설명·해석의 의무를 부여하고 있다.

### 나. 신뢰보호원칙 기준으로서의 행정처분기준

처분기준을 설정하여 공표한 행정청은 처분기준에 구속되고 이를 준수할 의무가 부여된다고 할 수 있다. 행정청은 법 제4조 제2항에서 정한 바에 따라 법령등의 해석 또는 관행이 일반적으로 국민들에게 받아들여진 때에는 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해할 우

려가 있는 경우를 제외하고는 새로운 해석 또는 관행에 의하여 설정·공표된 처분기준의 범위를 벗어나 소급하여 불리하게 처분을 할 수 없다.

#### (4) 처분기준 설정·공표의 범위 및 공표방법

##### 1) 범 위

법에서는 처분기준을 설정·공표해야 하는 처분의 종류에 관하여 그 범위를 구체적이고 명시적으로 정하고 있지 않다. 따라서 해석상 직권처분기준을 설정·공표해야 하는 처분이 직권처분에 한정할 것인지, 또는 신청에 의한 처분을 포함 할 것인지가 문제가 되나, 양자를 모두 포함하는 개념으로 보는 것이 타당할 것으로 보인다.<sup>96)</sup>

양자를 포함하는 것으로 해석을 하더라도 크게 문제되지는 않는다. 신청에 의한 처분의 경우 민원사무처리에 관한 법률 제7조 및 같은법 시행령 제4조 제2항에서 정하고 있는 민원사무편람의 ‘심사기준’을 행정절차법의 신청에 의한 처분의 처분기준으로 볼 수 있을 것이기 때문이다. 따라서 행정청은 신청에 의한 처분의 처분기준은 민원사무처리에 관한 법률 및 같은 법 시행령에 따라 민원사무처리 편람을 작성한 경우에는 신청에 의한 처분의 처분기준을 설정한 것으로 같음하고, 나머지 직권처분의 처분기준을 설정하여 공표하면 될 것이다.

그리고 법 제20조 제2항에서는 처분기준을 공표하는 것이 처분의 성질상 현저히 곤란하거나 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해하는 것을 인정될만한 상당한 이유가 있는 경우에는 공표하지 아니할 수 있도록 하고 있다. 이는 기준은 설정하되 공표대상에서는 제외할 수 있다는 의미로 제외 대상의 판단은 당사자들의 권익이 부당하게 침해되지 않도록 부득이한 경우에 최소한으로 제한되도록 해야 할 것이다.

96) 오준근, 『행정절차법』(삼지원, 1998), 326면 이하.

## 2) 처분기준 설정의 주체

행정청은 필요한 처분기준을 정하여 공표하도록 하고 있으므로 처분기준을 정하는 주체는 처분을 행하는 당해 행정청이라고 할 수 있다. 그러나 법률의 위임에 따라 대통령령, 부령 및 법령소관 행정청의 행정규칙 등으로 구체적인 처분기준이 정해지는 체계로 보거나 법령에 기속되는 우리나라의 행정관행으로 볼 때 처분을 행하는 일선 행정청에서 처분기준을 정하는 것은 사실상 어려운 일이다. 다만, 2003. 6월 개정된 행정절차법 시행령 제12조에서 편람을 만들어 비치하도록 규정한 것은 처분을 행하는 행정청에 편람의 작성·비치·공표의 의무를 부여한 것으로 볼 수 있다.

## 3) 공표방법

처분기준의 설정·공표의 방법에 관한 사항도 처분기준의 설정주체와 마찬가지로 법률에서 정하지 않고 시행령에서 규정하고 있다. 영 제12조에서 처분기준의 설정·공표 방법을 당사자들이 알기 쉽도록 편람을 만들어 비치하거나 게시판·관보·공보·일간신문 또는 소관 행정청의 인터넷 홈페이지 등에 공고하도록 열거하고 있다.

## 2. 행정처분기준의 입법형식

행정처분기준의 입법형식으로는 첫째, 법률 위임 없는 부령의 형식으로 규정한 처분기준, 둘째, 법률의 위임에 의한 부령의 형식으로 규정한 처분기준, 셋째, 대통령령의 형식으로 규정한 처분기준 등이 있다. 대부분의 행정처분기준은 대통령령의 형식으로 규정되어 있다.<sup>97)</sup>

---

97) 행정처분기준의 입법형식은 박인, “우리나라 보건행정분야 행정처분기준의 특징과 문제점”, 『보건행정분야 행정처분기준의 법적 과제』, 한국법제연구원 워크샵자료집(2006. 5. 19) 참조

아래에서 행정처분기준의 입법형식에 대해 구체적으로 살펴보고자 한다.

(1) 법률 위임 없는 부령의 형식으로 규정한 처분기준

원래 행정처분기준은 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 사무처리준칙이 아니라 장래 위반행위를 할지도 모를 일반국민과 관계되는 사항으로서 이를 일반국민이 알아야 할 필요가 있다는 취지에서 법령인 부령에서 규정하도록 한 것이다. 당시의 법률에서는 행정처분기준에 관하여 아무런 언급을 하지 않았으나 부령에서 행정처분기준을 정하였다.

1) 훈령에서 처분기준을 정한 당시 법령의 규정

가. 자동차운수사업법령

자동차운수사업법(1961. 12. 30) 제31조 (사업면허의 취소등) 자동차운송사업자가 다음 각호의 1에 해당할 때에는 교통부장관은 6월 이내의 기간을 정하여 사업의 정지를 명하거나 면허를 취소할 수 있다.  
(각호 생략)

교통부 훈령 제6890호 자동차운수사업법 제31조 등에 관한 처분요령

2) 부령에서 처분기준을 정한 당시 법령의 규정

가. 식품위생법령

식품위생법(1986. 5. 10) 제58조 (허가의 취소등) 보건사회부장관 또는 시·도지사는 영업자가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 대통령

령이 정하는 바에 따라 영업허가의 전부 또는 일부를 취소하거나 6월 이내의 기간을 정하여 영업을 정지하거나 영업소의 폐쇄(제22조제5항의 규정에 의하여 신고한 영업에 한한다. 이하 이 조에서 같다)를 명할 수 있다. (각호 생략)

식품위생법시행령(1986. 11. 11) 제36조 (허가의 취소등) 법 제58조 및 법 제59조의 규정에 의한 영업허가취소·영업정지·품목제조허가취소·품목제조정지 또는 영업소폐쇄처분등을 할 때에는 처분사유·처분내용등을 기재한 서면으로 하여야 한다.

식품위생법시행규칙(1987. 3. 28) 제53조 (행정처분의 기준) 법 제55조 내지 제59조의 규정에 의한 행정처분의 기준은 별표12와 같다. 다만, 식품등의 수급정책 및 국민보건에 중대한영향을 미치는 특별한 사유가 있다고 보건사회부장관이 인정하는 때에는 이 처분기준에 의하지 아니할 수 있다.

[별표 12] 행정처분기준(제53조 관련)

### 3) 부령이나 훈령으로 정한 행정처분기준에 대한 판례

부령이나 훈령으로 정한 행정처분기준에 대하여 대법원은 행정처분기준이 “행정조직 내부의 관계행정기관이나 직원을 기속함에 그치는 것에 불과하고 법원이나 국민을 기속하는 효력은 없다”는 입장을 취하였다.

#### 가. 사례 1

“1981. 1. 1자 교통부훈령 제680호는 행정사무처리의 기준에 관한 교통부장관의 훈령으로서 법규의 성질을 갖는 것으로는 볼 수 없고, 상급행정기관인 교통부장관이 행정청 내부 및 관계행정기관의 직권행사를 지휘하고 직무에 관하여 명령하기 위하여 발하는 행정조직 내부에 있어서의 명령에 불과하여 그 훈령의 규정이 자동차운수사업법 제

31조에 의하여 보장된 행정청의 재량권을 기속하거나 법원이 그 훈령에 기속받는 것은 아니다”(대판 1983. 2. 22, 82누352)

나. 사례 2

“구 식품위생법시행규칙(1993. 7. 3 보건사회부령 제910호로 개정되기 전의 것) 제53조에서 별표15로 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 제58조제1항의 규정에 의하여 보장된 재량권을 기속하는 것이라고 할 수는 없고 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 힘이 있는 것은 아니다” (대판 1994. 3. 8, 93누21958)

(2) 법률의 위임에 의한 부령의 형식으로 규정한 처분기준

대법원 판례에서 행정처분기준이 법규명령이 아닌 행정규칙에 불과하여 대외적으로 국민이나 법원을 기속하지 못한다는 입장을 일관되게 견지함에 따라 법률에서 행정처분기준을 부령 등에 정하도록 명시적으로 위임규정을 두고 그 위임에 따라 부령 등에서 행정처분기준을 규정하였다.

1) 부령에서 행정처분기준을 정하도록 위임한 사례

식품위생법(1991. 12. 14 개정된 것) 제58조(허가의 취소등) ①식품의약품안전청장, 시·도지사, 시장·군수·구청장은 영업자가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 영업허가를 취소하거나 6월이내의 기간을 정하여 그 영업의 전부 또는 일부를 정지하거나, 영업소의 폐쇄를 명할 수 있다. (각호 생략)

④제1항 및 제2항의 규정에 의한 행정처분의 세부적인 기준은 그 위반행위의 유형과 위반정도등을 참작하여 보건복지부령으로 정한다.

**식품위생법시행규칙 제53조(행정처분의 기준)** 법 제55조 내지 법 제 59조, 법 제63조의 규정에 의한 행정처분의 기준은 별표 15와 같다.

[별표 15] 행정처분기준(제53조 관련)

## 2) 부령에서 행정처분기준을 정하도록 위임한 사례이후의 동향

부령에서 행정처분기준을 정하도록 위임한 사례 이후 의료법, 공중위생법 등 거의 대부분의 법률에서 행정처분기준을 부령으로 위임하고 법률의 위임에 따라 각 법률의 시행규칙에서 행정처분기준을 정하였다.

그러나 이에 대하여 대법원은 부령에서 정한 행정처분기준을 법규 명령으로 보는 판례가 있으나, 이는 극히 소수에 불과하고 대부분의 판례는 부령에서 정한 행정처분기준은 국민이나 법원을 기속하지 아니하는 행정규칙으로 보고 있어 법률의 위임이 있는 경우도 없는 경우와 마찬가지로 보고 있다.

### 가. 사례 1

“의료법 제53조의3, 제53조제1항에 의하면 의사면허자격정지처분의 세부적인 기준은 보건복지부령으로 정하도록 되어 있으나 위 보건복지부령은 그 규정의 성질과 내용이 의사에 대한 면허자격정지처분의 세부적인 기준이라는 행정청 내의 사무처리준칙을 규정하는 것에 불과하여 보건복지부장관이 관계 행정기관 및 그 직원에 대하여 그 직무권한 행사의 지침을 정하여 주기 위하여 발하는 행정조직 내부에 있어서의 행정명령의 성질을 가지는 것으로서 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 효력이 있는 것은 아니므로 의사면허자격정지처분의 적법 여부는 그 처분이 위 보건복지부령이 정하는 기준에 적합한 지 여부에 따라 판단할 것이 아니라 의료법의 규정과 취지에 적합한지 여부에 따라 판단하여야 한다(대판 1996. 2. 23, 95누16318)”.



## 나. 사례 2

“공중위생법 제23조제1항은 처분권자에게 영업자가 법에 위반하는 종류와 정도의 경중에 따라 제반사정을 참작하여 이 법에 규정된 것 중 적절한 종류를 선택하여 합리적인 범위내의 행정처분을 할 수 있는 재량권을 부여한 것이고 이를 시행하기 위하여 동 제4항에 의하여 마련된 공중위생법시행규칙 제41조 별표7에서 위 행정처분의 기준을 정하고 있더라도 이 시행규칙은 형식은 부령으로 되어 있으나 그 성질은 행정기관 내부의 사무처리준칙을 규정한 것에 불과한 것으로서 보건사회부장관이 관계 행정기관 및 직원에 대하여 그 직무권한행사의 지침을 정하여 주기 위하여 발한 행정명령의 성질을 가지는 것이지 위 법 제23조제1항에 의하여 보장된 재량권을 기속하거나 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 것은 아니다(대판 1990. 5. 22, 90누1571)”.

## (3) 대통령령의 형식으로 규정한 처분기준

법률에서 위임규정을 두고 법률의 위임에 따라 부령에서 행정처분 기준을 정하고 있더라도 그 법적성질은 법규명령이 아니라 행정규칙에 해당하고 따라서 국민이나 법원을 기속하지 못한다는 것이 대법원의 한결같은 태도이었다. 그 후 처분기준을 부령이 아닌 대통령령에서 정한 것이 있었는데 이에 대하여는 대법원이 종전의 입장을 변경하는 판례가 있었다.

## 1) 입법례와 관련판례

## 가. 입법례

## ① 주택건설촉진법령

주택건설촉진법 제7조 (등록의 말소등) ①건설교통부장관은 등록업자가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 그 등록을 말소하거나 1년이

내의 기간을 정하여 영업의 정지를 명할 수 있다. (각호 생략)

②제1항의 규정에 의한 등록의 말소 및 영업정지처분에 관한 기준은 대통령령으로 정한다.

주택건설촉진법시행령 제10조의3 (등록업자의 등록말소 및 영업정지처분 기준) 법 제7조제2항의 규정에 의한 등록의 말소 및 영업의 정지처분에 관한 기준은 별표 1과 같다.

## ② 청소년보호법령

청소년보호법 제49조(과징금)①청소년보호위원회는 제50조 및 제51조의 각호의 1에 해당하는 죄를 범하여 이익을 취득한 자에 대하여 대통령령이 정하는 바에 의하여 1천만원 이하의 과징금의 납부를 명할 수 있다.

②제1항의 규정에 의한 과징금의 금액 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

청소년보호법시행령 제40조(과징금의 산정기준)①법 제49조제2항의 규정에 의한 과징금을 부과하는 위반행위의 중별에 따른 과징금의 금액은 별표 6과 같다.

②청소년보호위원회는 위반행위의 내용·정도·기간, 위반행위로 인하여 얻은 이익등을 참작하여 제1항의 규정에 의한 과징금의 금액의 2분의 1의 범위안에서 이를 감경할 수 있다.

## 나. 관련판례

### ① 사례 1

“당해 처분의 기준이 된 주택건설촉진법시행령 제10조의3 제1항 별표1은 주택건설촉진법 제7조제2항의 위임규정에 터잡은 규정형식상

대통령령이므로 그 성질이 부령인 시행규칙이나 지방자치단체의 규칙과 같이 통상적으로 행정조직 내부에 있어서의 행정명령에 지나지 않는 것이 아니라 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 힘이 있는 법규명령에 해당한다.(대판 1997. 12. 26, 97누15418)”

② 사례 2

· 청소년보호법 제49조제1항, 제2항에 따른 같은법시행령 제40조 별표6의 위반행위의 종별에 따른 과징금처분기준은 법규명령이기는 하나 모법의 위임규정의 내용과 취지 및 헌법상의 과잉금지의 원칙과 평등의 원칙 등에 비추어 같은 유형의 위반행위라 하더라도 그 규모나 기간, 사회적 비난정도, 위반행위로 인하여 처벌받은 다른 사정, 행위자의 개인적 사정 및 위반행위로 얻은 불법이익의 규모 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 사안에 따라 적절한 과징금의 액수를 정하여야 할 것이므로 그 수액은 정액이 아니라 최고한도액이다(대판 2001. 3. 9, 99두5207).

2) 검토

주택건설촉진법시행령상의 행정처분기준은 그 규정형식이 대통령령이므로 법규명령에 해당한다는 것이고, 청소년보호법시행령상의 행정처분기준은 법규명령으로서 법규성을 가지므로 구체적인 과징금의 액수가 최고한도액은 초과할 수 없지만 그 한도액의 범위안에서 구체적인 금액의 결정은 행정청의 재량으로 보았다. 이는 대통령령인 제재적 처분기준은 법규명령이라는 입장을 유지하면서도 청소년보호법시행령상의 제재적 처분기준의 성질은 어느 정도 행정규칙의 성질도 갖는 것으로 보고 있어 주택건설촉진법시행령상의 행정처분기준과 청소년보호법시행령상의 행정처분기준에 대한 양 관례의 입장은 다소 차이가 있으나 어쨌든 대통령령에 규정된 행정처분기준은 법규명령으로

인정한다는 것이다.

#### (4) 행정처분기준에 관한 판례와 학설 검토

##### 1) 제재적 행정처분기준 문제의 전개과정

앞에서도 기술하였듯이, 그 전에 행정청은 제재처분의 기준을 행정규칙으로 정했었는데, 판례가 당해 제재적 행정처분기준의 대외적 구속력을 인정하지 않았다. 이에 행정청은 당해 제재적 행정처분기준을 그 형식만 바꾸어 법규명령(부령)으로 제정하였었다. 이에 대하여 판례는 제재적 행정처분기준을 그 형식만 바꾸어 법규명령으로 정한 점 및 당해 구체적인 제재처분의 기준을 법규명령으로 보아 구속력을 인정하게 되면 행정청의 재량권을 배제하게 되어 그 기준에 따른 제재처분을 재량처분으로 규정한 법률의 규정에 반하게 되는 문제가 있는 점 등을 고려하여 당해 제재적 행정처분기준이 법규명령의 형식을 취하고 있지만 행정규칙의 성질을 갖는 것으로 본 것이다.

그런데 행정청은 제재적 행정처분기준에 구속력을 인정함으로써 처분청의 자의를 배제하고 신속하고 통일성있는 행정을 도모하기 위하여 제재적 행정처분기준을 대통령령의 형식으로 제정하기에 이른 것이다. 그리고 행정기관이 법률안을 만들때 법률자체에 제재처분의 기준을 부령이나 대통령령으로 위임하는 명문의 규정을 두게 된 것이다. 이에 판례는 관련 법령 및 행위의 성질 등을 고려하여 대통령령으로 정한 제재적 행정처분기준을 단순히 법규명령으로 인정하기도 하고 법규명령으로 보면서도 제재처분의 최고한도를 정한 것으로 본 것이다.<sup>98)</sup>

##### 2) 학설의 입장

학설은 실질설과 형식설로 대립하고 있다.

---

98) 박균성, 전게서, 198면

### 가. 실질설

이 견해는 당해 규범의 실질을 중시하여 당해 규범이 일반국민을 구속한다고 보여지지 않고 행정기관 내부에서 사무처리기준만을 정한 것이라고 보여지는 경우에는 법규명령의 형식을 취하고 있다 하더라도 당해 규범을 행정규칙으로 보아야 한다고 보는 견해이다.

그 논거는 다음과 같다. ① 행정규칙의 실질을 갖는 행정입법이 법규명령의 형식을 취하고 있더라도 행정규칙으로서의 성질은 변하지 않는다고 보는 것이 타당하다.<sup>99)</sup> ② 이렇게 보는 것이 구체적으로 타당한 해결을 가능하게 해준다. ③ 형식설을 취하면 법률에서 재량행위로 정한 것을 명령으로 기속행위로 바꾸게 되어 법률의 취지에 반한다.

### 나. 형식설

이 견해는 규범의 형식을 중시하여 법규의 형식으로 제정된 이상 법규라고 보아야 한다고 보는 견해이다. 형식설이 다수설이다.

그 논거는 다음과 같다. ① 오늘날 법규개념은 형식적 개념으로 사용된다. 헌법이나 법률 등 법규범 중에는 구체성이 없는 일반적인 지침을 정하는 규정이 적지 않은데 그러한 규정도 법규범이라고 보아야 한다. ② 법규형식은 매우 중요하고 엄숙한 행위형식이므로 그 형식 자체로서 존중되어야 한다. ③ 법규사항과 법규가 아닌 사항이 본질적으로 구별되는 것은 아니다. ④ 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 한다고 하는 견해도 있다.<sup>100)</sup>

99) 류지태, 전제서, 249면.

100) 김동희, 『행정법 I』(박영사, 2006), 155면

이에 대하여 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 있다.<sup>101)</sup>

형식설에 의하면 법규명령의 형식으로 된 처분의 기준은 법규명령으로서의 효력을 갖는다.

그런데 형식설은 제재적 처분기준을 정하는 당해 법규명령의 대외적 구속력에 대하여는 엄격한 대외적 구속력을 갖는다는 견해와 신축적인 구속력만을 인정하는 견해로 나뉘고 있다.

#### ① 엄격한 대외적 구속력을 인정하는 견해와 그 문제점

형식설 중 제재적 처분기준을 정하는 법규명령이 엄격한 대외적 구속력을 갖는다는 견해에 의하면 법률의 수권없이 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 경우(종래 통상 이렇게 정하고 있었다. 가장 대표적인 예는 음주운전에 대한 제재기준을 혈중알콜농도에 따라 정하는 경우이다)에는 재량권 행사의 기준을 정하는 법규는 상위법령에서 재량행위로 규정한 사항을 기속행위로 규정하는 것이 되어 상위법령에 반하는 위법한 법규명령이 된다. 이 경우 제재처분의 위법 여부는 상위법에의 위반 여부

---

101) 홍준형, 『관례행정법』, 211면.

및 재량권의 일탈·남용 여부에 따라 결정된다고 보아야 한다.<sup>102)</sup>

최근에는 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 가중 또는 특히 감경할 수 있다는 예외규정을 두고 있다.

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 한다.<sup>103)</sup>

## ② 신축적 구속력만을 인정하는 견해와 그 문제점

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. 또한 법규명령에서 일의적으로 규정하고 있는 것을 지침 내지 기준의 효력만을 갖는 것으로 해석하는 것은 입법자의 의사를 무시한 것으로 해석의 한계를 넘는 것으로 보아야 한다는 비판이 가능하다.

## 3) 판례

앞에서도 자세하게 언급하였듯이, 법규명령형식의 제재적 행정처분 기준의 법적 성질에 관한 대법원 판례의 입장은 문제된 행정입법의 형식에 따라 서로 다른 결론을 내리고 있다.

102) 박균성, 『행정법강의』(박영사, 2006), 180면.

103) 박균성, 전거서, 180면.

가. 총리령이나 부령으로 정해진 경우

먼저 제재적 행정처분의 기준이 총리령이나 부령에서 규정된 경우에 대하여는 그 기준의 형식은 총리령·부령이지만 그 법적 성질은 행정규칙에 해당한다는 것이 일관된 대법원의 태도이다. 즉, 예컨대 관례는 총리령인 공무원징계양정등에관한규칙<sup>104)</sup>을 비롯하여, 자동차용 휘발유에 경유를 혼합한 유사석유제품을 판매한 자에게 1회 위반시 사업정지 3월, 2회 위반시 사업정지 6월, 3회 위반시 등록취소 등 구체적 기준을 제시하고 있는 석유사업법시행규칙 제23조제1항 및 별표1,<sup>105)</sup> 운전면허취소·정지처분의 구체적 기준을 정한 도로교통법시행규칙 제53조 및 별표16,<sup>106)</sup> 음식점영업 등의 허가취소·정지처분의 구체적 기준을 정한 식품위생법시행규칙 제53조 및 별표15,<sup>107)</sup> 이·미용업 등의 허가취소·정지처분의 구체적 기준을 정한 공중위생법시행규칙 제41조 및 별표7,<sup>108)</sup> 자동차운수사업자의 허가취소·정지처분의 구체적 기준을 정한 자동차운수사업법제31조등의규정에의한사업면허의취소등에관한규칙(교통부령),<sup>109)</sup> 건축사무소의 등록취소 등의 기준을 정한 건축사법시행규칙 제28조<sup>110)</sup> 및 당구장 등 풍속영업의 허가취소·정지처분의 구체적 기준을 정한 풍속영업의규제에관한법률시행규칙 제8조제1항 및 별표3<sup>111)</sup> 등에 대하여 그 규정의 성질과 내용이 행정청 내의 사무처리기준을 규정한 것에 불과하므로 행정규칙의 성

---

104) 대판 1992. 4. 14, 91누9954.

105) 대판 1991. 4. 9, 90누7074.

106) 대판 1990. 10. 16, 90누4297.

107) 대판 1994. 3. 8, 93누21958; 1993. 6. 29, 93누5635; 1995. 3. 28, 94누6925; 1996. 4. 12, 95누10396.

108) 대판 1990. 5. 22, 90누1571.

109) 대판 1990. 1. 25, 89누3564; 1990. 10. 12, 90누3546; 1991. 11. 8, 91누4973; 1996. 9. 6, 96누914.

110) 대판 1993. 10. 8, 93누15069.

111) 대판 1994. 4. 12, 94누651.



질을 가지며 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 것은 아니라고 보고 있다. 대표적인 판례에 따르면 규정형식상 부령인 시행규칙 또는 지방자치단체의 규칙으로 정한 행정처분의 기준은 행정처분 등에 관한 사무처리기준과 처분절차 등 행정청내부의 사무처리준칙을 규정한 것에 불과하므로 행정조직내부에 있어서의 행정명령의 성격을 지닐 뿐 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 힘이 없고, 그 처분이 위 규칙에 위배되는 것이라 하더라도 위법의 문제는 생기지 아니하고 또 당해 규칙에서 정한 기준에 적합하다 하여 바로 그 처분이 적법한 것이라고도 할 수 없으며, 그 처분의 적법여부는 당해 규칙에 적합한지의 여부에 따라 판단할 것이 아니고 관계법령의 규정 및 그 취지에 적합한 것인지의 여부에 따라 개별적·구체적으로 판단하여야 한다고 한다.<sup>112)</sup> 이는 행정처분의 기준은 비록 총리령·부령 등 법규명령의 형식으로 설정되어 있다 하더라도 행정규칙에 해당하며, 대법원은 위와 같은 기준에 구속되어 판결할 수 없음을 분명히 한 것으로서 학설상 실질결과 견해를 같이하는 것으로 볼 수 있다. 그러나 이러한 판례가 지금도 유효한지에 대해 의문을 제기하는 견해도 있다.<sup>113)</sup>

#### 나. 대통령령의 형식으로 제정된 경우

그러나 이러한 일관된 입장과는 달리 대법원은 총리령이나 부령이 아닌 대통령령에서 제재처분의 기준을 규정한 경우에 대하여는 당해 기준을 법규명령으로 보고 있다.

##### ① 절대적 구속력을 인정한 사례

즉 대법원은 1997년 12월 26일에 선고한 97누15418 판결에서 「제재처분의 기준을 정하는 주택건설촉진법시행령 제10조의3제1항 별표1은

112) 대판 1995. 10. 17, 94누14148.

113) 박균성, 전거서, 181면.

주택건설촉진법 제7조제2항의 위임규정에 터잡은 규정형식상 대통령령이므로 그 성질이 부령인 시행규칙이나 또는 지방자치단체의 규칙과 같이 통상적으로 행정조직 내부에 있어서의 행정명령에 지나지 않는 것이 아니라 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 힘이 있는 법규명령에 해당한다고 할 것이다.』라고 판시하고 있다.

그러나 이러한 결론은 처분의 근거법률인 주택건설촉진법 제7조 제1항이 등록의 말소 등 제재처분을 재량행위로 규정하고 있는 것(다만, 동법률 제7조제2항은 등록 및 영업의 정지처분에 관한 기준은 대통령령에 위임하고 있다)으로 보이므로 법률에서 재량행위로 규정한 것을 시행령에서 기속행위로 바꾼 것을 인정한 것이 되어 타당하지 않다.

## ② 최고한도를 정한 것으로 본 사례

2001년 3월 9일에 선고된 99두5207판결은 대통령의 형식으로 정해진 제재처분의 기준을 법규명령으로 보면서 재량권 행사의 여지를 인정하기 위하여 처분기준(과징금 처분기준)을 최고한도(최고한도액)를 정한 것으로 보고 있다.

즉, 구청소년보호법(1999. 2. 5. 법률 제5817호로 개정되기 전의 것) 제49조제1항, 제2항에 따른 같은 법시행령(1999. 6. 30. 대통령령 제16461호로 개정되기 전의 것) 제40조 별표6의 위반행위의 중별에 따른 과징금처분기준을 법규명령으로 보았다.

이 판결은 대통령령의 형식으로 정해진 제재처분의 기준을 최고한도로 봄으로써 제재처분의 기준을 법규명령으로 봄으로써 야기되는 행정권 행사에 있어서의 구체적 타당성의 결여문제 및 당해 과징금부과처분을 재량행위로 규정하고 있는 상위법률에의 위반문제를 해결하고자 하고 있다.

그러나 명문의 규정이 없음에도 제재처분의 기준을 최고한도로 해석함으로써 해석의 한계를 넘는 문제가 있고, 사안에 따라서는 최고

한도보다 더 많은 과징금을 부과하여야 하는 것이 타당한 경우에 그러한 처분을 하지 못하게 되어 이 한도 내에서는 상위법률에 반하여 구체적 타당성있는 행정을 막는 문제가 있다.

#### 4) 결 론

법규명령형식의 행정규칙의 문제가 제기되는 원인은, 학설에서 정확히 지적되는 바와 같이, 본래 행정규칙의 형식으로 제정되어야 할 제재처분의 구체적인 기준을 법규명령의 형식으로 제정하면서부터 야기된 것이다. 이로부터 법규명령과 행정규칙의 구분에 관한 실무 및 이론상의 치열한 논쟁이 제기된 바 있다.

생각건대 지금까지의 주장되는 견해들을 살펴보면 크게 보아 형식설과 실질설로 나뉘어 있지만, 양자 중 어느 하나만을 절대시하는 것은 타당하지 않다고 보여진다. 행정입법사항 중 법규명령과 행정규칙의 구분문제는 우리 나라뿐 아니라 독일에서도 실무상 항상 제기되는 어려운 문제 중의 하나이다. 일정한 실체적 규율은 동일한 내용과 동일한 효력으로서 법규명령으로 정해질 수도 있고, 행정규칙으로도 정해질 수 있어서, 일반구속적 외부법(법규명령)과 행정구속적 내부법(행정규칙)을 명확하게 구분하기란 매우 의문스러워졌기 때문이다. 물론 흔히 법규명령은 법률을 더욱 발전시키고 독자적인 추가적 규율로 보완하는 반면, 행정규칙은 단지 법률상의 규정의 구체화에 기여할 뿐이라고 말할 수 있다. 그러나 이는 하나의 일반적인 경향일 뿐, 개별적인 경우에 양자를 구분할 명확한 기준을 제시해주지는 못한다.<sup>114)</sup>

양자의 구분에 관한 형식적 기준과 실질적 기준에 관한 논거들을 검토해볼 때, 먼저 당연히 첫 번째 구별의 징표가 되는 것은 규정의 명칭일 것이다. 그러나 실무상 나타나는 현상들이 보여주듯이 규정의 명칭만이 중요한 것은 아니다. 또 우리 나라의 다수견해가 지지하는

114) H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl., 2000, Rdnr. 37.

형식적 기준에 주안점을 두는 견해는 통상적으로 법규명령에 전형적인 수권근거, 규정형식, 공포절차 등의 요건이 존재하는지 아닌지를 중시하지만, 이러한 것들은 법규명령의 적법성요건이지 행정규칙과의 성질을 구분해주는 징표는 아니라고 할 것이다. 법규명령에 전형적인 형식요건이 결한 경우에는 위법한 법규명령이 될 뿐이다. 법규명령의 형식적 요건이 존재하면 사실상 법규명령이라고 일응 판단할 수 있을 것이다. 그러나 그것은 생각보다 제한적이다. 왜냐하면 행정규칙도 법규명령과 마찬가지로 관보에 공고되기도 하며,<sup>115)</sup> 당해 행정입법이 상위법령의 위임에 근거한 것인가의 여부를 기준으로 하여 논의하려는 것도, 이러한 위임의 근거유무는 행정조직 내부의 사정으로서 일반국민이 알 수 없는 것이 보통이므로, 이를 이유로 하여 당사자의 권리보호에 영향을 받게 하여서는 안되기 때문이다. 형식적 기준은 따라서 중요하지만 마찬가지로 징표적 가치를 가질 뿐이라고 보아야 한다.

한편 독일의 지배적인 견해가 그러하듯이 실질적 기준에 의하면 개별 규정의 수범자, 규율내용, 법효과 등이 중요한 기준이 된다. 그러나 예컨대 실제적 규율내용은 법규명령에는 물론 행정규칙에도 나타날 수 있다. 실질적 기준 중 그나마 명확한 기준이 되는 것은 규정의 수범자와 의도된 법효과라고 할 수 있지만, 하급행정청에만 관련된 규정이라도 법규명령으로 제정될 수 있고, 행정규칙도 간접적이거나 대외적 효력을 발할 수 있음이 인정되고 있다.

결국 형식적 기준과 실질적 기준 모두 상대적일 수 있기 때문에 법규명령과 행정규칙을 구분하기 위해서는 형식과 실질을 아우르는 다양한 관점들이 개별적으로 형량 및 판단되어야 한다. 다만 여러 가지 관점들 중 가장 중요한 비중을 가질 수 있는 기준은 최종적으로 수범

---

115) 행정규칙은 본래 공포라는 형식을 법적으로 요구하지는 않으나 고시와 훈령의 경우에는 대부분 관보에 의하여 대외적으로 공포하고 있다. 또 처분 등의 민원사무를 처리함에 있어서 적용하게 될 객관적이고 구체적인 심사기준을 행정규칙으로 제정한 경우에는 민원사무처리기준표를 작성하여 관보에 고시하도록 하고 있다.

자가 누구냐에 있다고 보는 견해도 제기되고 있다.<sup>116)</sup>

그러나 여기서 지적하고 싶은 것은 제재적 행정처분기준이 법규명령이냐 아니면 행정규칙이냐가 중요한 것이 아니라,<sup>117)</sup> 상위법에서 입법자가 행정청에게 부여한 재량수권의 취지를 처분기준에서 몰각시켜서는 안된다는 관점이다. 행정처분기준 자체에는 상위법에서의 재량수권의 취지가 전혀 반영되지 않은 기속적 처분양정만 두고서 당해 처분기준의 대외적 구속력을 고집하는 것은, 행정쟁송에서 패소하지 않으려는 행정일변도의 권위주의적 사고방식으로 비쳐질 수 있기 때문이다. 오히려 중요한 것은 현행 처분기준들에서 상위법이 부여한 재량수권의 취지를 올바르게 살릴 수 있도록 관련규정들을 손질하고 개선하는 작업에 관심을 두는 것이 중요한 과제라 하겠다.<sup>118)</sup>

#### 4) 소 결

법규명령 형식의 제재적 행정처분의 기준의 성질과 관련하여 궁극적으로 중요한 것은 당해 처분기준이 행정규칙이냐 법규명령이냐에 있는 것이 아니라 상위법이 행정청에게 행정처분과 관련하여 부여한 재량이 얼마나 처분기준에 제대로 반영되어 있는지의 관점이다.

현행 개별법령에서 규정되고 있는 행정처분기준들은 따라서 항상 상위법과의 긴장관계 속에서 상위법에서 부여한 재량을 제대로 반영하고 있는지, 처분의 근거규정에 정확하게 기초하고 있는지를 끊임없이 확인하고 유지하는 것이 중요한 발전방향이라 하겠다. 일부 학설

116) 행정청을 수범자로 하는 경우는 행정규칙이라 할 것이고, 만민을 수범자로 하는 경우는 일응 법규명령이라 볼 수 있다. H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13. Aufl., 2000, § 24 Rdnr. 37 ff.

117) 사실상 일선 행정공무원들은 제재적 행정처분기준이 훈령의 형식으로 있든, 시·행규칙 별표의 형식으로 있든 집행상 하등의 차이를 느끼지는 못한다고 한다.

118) 박중수, 『약사법령에 의한 행정처분기준의 개선방안 연구』, 한국법제연구원 용역보고서, 2002. 11, 65면.

에서는 법규명령형식의 제재적 행정처분기준을 판례와 같이 행정규칙으로 새기는 것이 처분기준을 기계적으로 집행하기만 할 경우 발생할 수 있는 구체적 타당성이 결한 집행결과가 발생하는 것을 방지하기 위한 고려라고 평가하면서도, 이 문제는 법규명령을 행정규칙으로 새겨서 해결할 것이 아니라 관련 처분기준에 감면조항을 삽입하여 탄력적인 법적용이 가능토록 하면 될 것이라는 견해도 있다. 그러나 이 입장이 스스로 밝히는 바와 같이 현재로서는 제재적 행정처분을 규정하는 법령에 예외없이 가중·감경조항이 규정되고 있는 것이 아니고, 설사 감면규정이 있더라도 “...가중 또는 감경할 수 있다”, “...1/2로 감경할 수 있다” 등 추상적·확일적으로 규정되어 있어서 실무공무원들은 그러한 감면조항들을 현실적으로 적용하지 못하고 여전히 기계적으로 처분기준을 적용하고 있는 실정이다.

### (3) 부처의 대응태도

최근 일부 부처의 대응태도는 대법원 판례의 영향을 받아 행정처분기준을 입법할 경우 법률에서 행정처분기준을 대통령령에 위임하도록 하고 대통령령에서 처분기준을 정하려는 경향이 나타나고 있다. 일례가 최근 개정된 모자보건법인데, 행정처분기준을 대통령령으로 규정하였다. 그러나 이러한 대응태도가 전 부처적으로 통일된 입장은 아니다.

## 3. 과징금부과기준에 관한 개선

### (1) 행정처분과의 관계 - 수익적 처분의 취소·정지와의 대체성 문제

과징금제도를 채택하고 있는 대부분의 입법례들의 허가취소·영업정지(사업정지, 업무정지, 조업정지, 사용정지)와 선택적으로, 또는 영업정지에 갈음하여 과징금을 부과하도록 규정하고 있다. 이 경우 과징금과 대체되는 행정처분의 범위가 명확치 않고, 가변적·유동적이

다.119) 그러나 보통 취소처분에 앞서 정지처분을 정지처분에 앞서 경고나 시정명령 등과 같은 예비적 처분을 하도록 하여 각 제재처분간에 일정한 순위가 정해져 있다.

이에 반하여 영업정지처분에 갈음하는 과징금부과처분에 불응한 경우에는 취소처분으로 대응하지 않고 행정상 강제징수방법에 의하게 하고 있다. 이처럼 과징금부과처분은 인·허가의 취소정지와 완전히 대체관계에 있다고 할 수는 없다고 하겠다.120)

한편 크게 보면 과징금은 허가취소·영업정지와 선택적으로 또는 영업정지에 갈음하여 과징금을 부과하도록 하는 경우이나, 의무위반자에 대하여 행정처분에 갈음하는 것이 아니라 행정처분과 과징금을 선택하여 부과하도록 하는 경우도 있는 등 다양한 형식을 띠고 있다.121)

행정처분기준과 직접적으로 관련되는 것은 아니지만, 과징금은 법령 위반에 대하여 영업정지처분에 갈음하여 위반자가 당해 위반행위로 얻은 경제적 이익을 박탈하도록 규정하고 있기 때문에 검토필요성이 있다.122)

과징금이 영업정지처분에 대하여 대체적 관계에 있는 것으로 보게 되면 첫째, 과징금의 금액은 업무정지의 기간에 합리적으로 부합하여야

119) 취소처분과 정지처분은 선택적으로 사용되는 경우가 많고 위반행위의 경중에 따라 취소대상과 정지대상이 구분되지만, 어떤 경우에는 반드시 취소처분을 내려야 할 위반행위의 종류와 정지처분을 내릴 수도 있고 취소처분을 내릴 수도 있는 위반행위의 종류로 구분될 수 있다. 그런데 위반행위의 규정방식이 “이 법 또는 이 법에 의한 명령이나 처분에 위반할 때”라고 포괄적으로 되어있는 경우가 많아 취소와 정지를 모두 규정할 수 밖에 없다.

120) 박영도·김호정, 『과징금제도의 운용실태 및 개선방안』(한국법제연구원, 2002), 41면.

121) 이 유형을 영업정지처분을 행할 경우 초래될 시민생활의 불편을 방지하기 위한 과징금과도 구별되고, 경제관계법령에 위반한 사업자에 대하여 불법이익을 환수하려는 과징금과도 구별되는 “특수한 형태의 과징금”으로 분류하는 견해도 있다. 자세한 내용은 이상철, “과징금법제연구” 『법제연구총서(법제개선자료 제4집)』(법제처, 1997), 441면 이하 참조.

122) 과징금 부과기준에 대해서는 박 인, 워크샵 발표문, 19면 이하 참조.

하며, 둘째 과징금은 기본적으로 경제적 이익의 박탈에 다름 아니기 때문에 물가 등 외부적 경제상황이 변화하면 이를 반영하여 위반자에 대한 실효적 제재수단이 될 수 있도록 조정될 수 있어야 할 것이다.

## (2) 과징금부과 유형

과징금은 보통 부당이득환수제도로서 규정한 형태와 영업정지처분에 갈음하여 규정한 형태의 2가지 유형으로 나눈다. 부당이득환수제도로서의 과징금유형은 위반행위로 인하여 얻은 불법적인 이익을 박탈하기 위해 그 이익에 따라 과하는 일종의 행정제재금 부과제도로서 1980년에 『독점규제 및 공정거래에 관한 법률』에서 최초로 규정되었고, 영업정지처분에 갈음하여 부과하는 과징금 유형은 1981년 『자동차운수사업법』에서 최초로 규정되었는데 자동차운수사업에 대한 사업정지처분을 할 경우 사업자가 사업을 못하게 되어 받는 불이익보다는 교통이 마비됨으로써 그 운수사업을 이용하는 시민이 겪게 되는 불편이 훨씬 큼에 따라 운수사업자체는 계속하여 영위하게 하는 대신 사업자에게는 그에 상당한 금전적불이익을 주어 앞으로 더 이상 위반행위를 하지 아니하도록 하기 위하여 도입된 제도이다.

각 법률에서는 부당이득환수제도로서의 과징금제도를 채택하고 있는 법률은 없고 영업정지처분에 갈음하여 부과하는 유형의 과징금처분제도는 거의 대부분의 법률에서 채택하고 있다.

### 1) 식품위생법상 과징금 처분

식품위생법 제65조 (과징금 처분) ①식품의약품안전청장, 시·도지사, 시장·군수 또는 구청장은 영업자가 제58조제1항 각호 또는 제59조제1항 각호의 1에 해당하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 영업정지, 품목제조정지 또는 품목류제조정지처분에 갈음하여 2억원 이하의 과징금을 부과할 수 있다. 다만, 제6조의 규정에 위반하여 제58제1항에 해당하는 경우와, 제4조·제5조·제7조·제10조·제11조·



제22조·제29조 내지 제31조의 규정에 위반하여 제58조제1항 또는 제59조제1항에 해당하는 중대한 사항으로서 보건복지부령이 정하는 경우를 제외한다.

②제1항의 규정에 의한 과징금을 부과하는 위반행위의 종별·정도 등에 따른 과징금의 금액 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

#### 2) 공중위생관리법상 과징금처분

공중위생관리법 제11조의2(과징금처분) ①시장·군수·구청장은 제11조제1항의 규정에 의한 영업정지가 이용자에게 심한 불편을 주거나 그 밖에 공익을 해할 우려가 있는 경우에는 영업정지처분에 갈음하여 3천만원 이하의 과징금을 부과할 수 있다. 다만, 풍속영업의규제에 관한법률 제3조 각호의 1 또는 이에 상응하는 위반행위로 인하여 처분을 받게 되는 경우를 제외한다.

②제1항의 규정에 의한 과징금을 부과하는 위반행위의 종별·정도 등에 따른 과징금의 금액 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

#### 3) 의료법상 과징금처분

의료법 제53조의2(과징금처분) ①보건복지부장관 또는 시장·군수·구청장은 의료기관이 제51조제1항 각호의 1에 해당하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 의료업정지처분에 갈음하여 5천만원 이하의 과징금을 부과할 수 있다. 이 경우 과징금은 3회를 초과하여 부과할 수 없다.

②제1항의 규정에 의한 과징금을 부과하는 위반행위의 종별·정도 등에 따른 과징금의 금액 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

#### 4) 약사법상 과징금처분

약사법 제71조의3(과징금처분) ①식품의약품안전청장, 특별시장·광역시장·도지사, 시장·군수 또는 구청장은 의약품등의 제조업자, 수

입자, 약국개설자 또는 의약품판매업자가 제69조의 규정에 의하여 업무의 정지처분을 받게 될 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 업무정지처분에 갈음하여 5천만원 이하의 과징금을 부과할 수 있다. 이 경우 제71조제2항제2호의 규정에 의하여 약사 또는 한약사의 자격정지처분을 받은 약국개설자가 제69조제1항제6호의 규정에 의하여 업무정지처분을 받게 되는 경우 이에 갈음하는 과징금은 3회를 초과하여 부과할 수 없다.

②제1항의 규정에 의한 과징금을 부과하는 위반행위의 종별 및 정도 등에 따른 과징금의 금액 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

#### 5) 화장품법상 과징금처분

화장품법 제22조(과징금처분) ①식품의약품안전청장은 제조업자, 수입자가 제20조의 규정에 의하여 업무의 정지처분을 받게 될 때에는 업무정지처분에 갈음하여 5천만원 이하의 과징금을 부과할 수 있다.

②제1항의 규정에 의한 과징금을 부과하는 위반행위의 종별 및 정도 등에 따른 과징금의 금액 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

#### (2) 재량권 행사의 투명화를 위한 과징금부과기준

위에서 보는 각 법률에서의 과징금처분기준으로서 공중위생관리법만이 유일하게 “영업정지가 이용자에게 심한 불편을 주거나 그 밖에 공익을 해할 우려가 있는 경우”에 부과하는 것으로 부과사유를 한정하고 있고 그 밖의 법률은 영업정지에 갈음하여 과징금을 부과할 수 있다고 규정하였을 뿐 부과사유를 한정하고 있지 아니하다.

그렇다면 공중위생관리법상의 과징금처분에만 영업정지가 이용자의 불편을 초래하거나 공익을 해할 때 부과하고 다른 법률에서의 과징금처분은 처분청 소속 공무원의 재량권에 맡겨져 있다고 보아야 할 것인가? 과징금제도의 도입목적이 공익적 필요성에 의하여 도입되었고

다른 법률에서도의 과징금처분이 “영업정지에 갈음하여 부과한다”라는 표현을 하고 있는 것으로 볼 때 영업정지처분을 원칙으로 하되, 공익적인 필요성이 있는 경우에 한하여 과징금처분을 할 수 있다고 보아야 할 것이고 따라서 위의 법률에서 과징금부과사유가 규정되어 있건 없던 간에 과징금부과처분은 영업정지처분이 이용자의 불편이나 공익을 해한다고 인정될 경우에 한하여 할 수 있다고 보아야 한다. 그러한 점에서 공중위생관리법에서 규정한 과징금부과사유와 식품위생법 등 다른 법률에서 규정한 과징금부과사유는 차이가 없다 할 것이다. 그렇더라도 일선 공무원에게는 법률에 단순히 “영업정지에 갈음하여 과징금을 부과한다”는 규정에 대하여 마치 영업정지처분과 과징금부과처분이 담당 공무원의 재량으로 인정되어 양 처분중 어느 하나를 마음대로 선택할 수 있는 것처럼 비추어질 우려가 있으므로(다음에서 보는 것처럼 영업정지와 과징금처분이 특별한 기준없이 담당공무원의 선택에 따라 이루어지는 것이 현실이다) 다른 법률에서도 과징금부과사유를 공중위생관리법처럼 명시할 필요가 있다.<sup>123)</sup>

또한 “영업정지가 이용자에게 심한 불편을 초래하거나 그 밖에 공익을 해하는 경우”라는 과징금부과사유는 너무 추상적, 포괄적인 기준이다. 처분청이 영업정지처분에 갈음하여 과징금부과처분을 하기 위해서는 당해 영업정지처분이 이용자에게 심한 불편을 주는지, 그 밖에 공익을 해하는지의 여부를 판단하여 이에 해당되어야 과징금부과처분을 하여야 하는데 처분청이 이에 관한 기준을 훈령이나 예규로 정한 경우가 거의 없고, 처분청의 일선 공무원들이 과징금처분을 할 때 개별적으로 공익적 요건을 심사하여 처분하리라는 것도 기대하기 힘들며 설사 공익적 요건을 심사하고 싶어도 정하여진 세부기준이 없기 때문에 불가능한 실정이다.

---

123) 박 인, 워크샵 발표문, 22면.

과징금부과의 현 실태는 위반행위를 한 자로 하여금 영업정지처분과 과징금부과처분 중 어느 하나를 선택하도록 하거나 과징금부과처분을 원칙으로 하고 위반자가 영업정지처분을 받기 원하는 경우에 한하여 영업정지처분을 하는 경우, 아예 담당 공무원이 선택하여 처분하는 경우가 대부분이고 그에 따라 비리의 소지도 발생한다는 점이다.

이와 같이 영업정지처분에 갈음하여 공익목적으로 도입한 과징금처분제도가 본래의 취지에 맞지 않게 실제로는 공익목적으로 운용되지 못하고 있다는 것은 문제가 있으며 이를 바로잡기 위해서는 추상적, 포괄적인 과징금부과요건을 보다 구체화하는 기준을 설정하여 이를 집행하는 일선 공무원들이 이에 따라 집행하게 하는 작업이 필요하다.

예를 들어 대통령령의 과징금산정기준(대개 별표로 규정하고 있다)에 과징금부과기준을 추가하여 동 기준에 “이용자의 불편이나 공익을 해하는 경우”를 각 사례 또는 유형별로 구체화하여 당해 사례 및 유형별로 어떠한 것이 이용자의 불편사태에 해당하고 공익을 해하는가를 예시하고 당해 예시의 경우에 해당하여야 과징금부과처분을 할 수 있도록 규정할 수 있을 것이다. 예시를 규정함에 있어서는 처음부터 모든 사례 및 유형을 일일이 포함하여 규정하기는 어려운 작업이겠지만 다음처럼 예상 가능한 것을 기준화하고 차츰차츰 발전시켜 나간다면 시간이 지난 후에는 처음보다 훨씬 구체적이고 세부적인 기준의 정립이 가능할 것이다.<sup>124)</sup>

(예) 과징금은 다음 각 목의 어느 하나의 요건을 충족한 경우에 한하여 이를 부과하고 이를 충족하지 못한 경우는 업무정지처분을 하여야 한다.

가. 영업정지의 대상이 되는 영업소와 동일한 종류의 영업을 하는 영업소가 2킬로미터 이내의 거리에 없을 것

---

124) 박 인, 워크샵 발표문, 23면.

나. 위반행위시를 기준으로 당해 영업소의 상시 이용자가 50인 이상 일 것 등

### (3) 과징금부과제도의 필요성에 대한 각 법률별 검토

대부분의 법률은 업무정지처분에 갈음하여 부과하는 과징금처분제도를 기계적으로 도입하고 있다. 그러나 업무정지처분에 갈음하는 과징금처분은 업무정지처분이 이용자의 불편이나 공익을 해할 경우에 영업정지대신 부과하는 처분으로서 기계적으로 도입할 것이 아니라 이러한 부과처분기준에 해당하는 사유가 발생할 가능성이 있는가를 검토해야 한다. 이 경우 국민의 위생 및 건강에 관한 절대적 주의의무가 있는 보건행정분야에 있어서는 위반행위를 한 자에 대한 영업정지처분이 이용자의 불편이나 공익을 해하는 경우보다는 당해 영업을 배제시키는 것이 보다 공익을 위하는 경우가 많을 것이라는 점을 생각하여야 한다.

예컨대, 의료법이나 약사법의 경우에 의원이나 병원 또는 약국에 대한 업무정지를 할 경우 입원자 등 이용자에게 심한 불편을 미치고 공익을 해할 경우가 많을 것으로 예상된다. 그러나 식품위생법이나 공중위생법의 음식점, 식품제조업, 식품수입업이나 이·미용실, 목욕장 등의 공중위생업소 등은 오늘날에 있어서는 몇 개 업소가 문을 닫더라도 이용자에게 심한 불편을 초래하거나 그 밖의 공익을 해하는 경우는 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 예상되지 아니한다. 오히려 식품 등의 경우 부정식품이나 불량식품 등을 제조하거나 판매하는 영업자에 대하여는 과징금을 내게 하고 영업을 계속 허용하게 하는 것 보다는 영업에서 배제시키는 것이 국민건강향상에 기여하고 보다 공익에 합당한 처분일 경우가 많을 것이다.

현행 식품위생법에서도 영업정지처분에 갈음하여 과징금처분을 할 수 있도록 하되, 위해식품 등의 판매 등 금지규정에 위반한 경우, 병

육(病肉) 등의 판매 등 금지규정에 위반한 경우 등 특정한 규정에 위반된 경우에는 과징금처분을 하지 못하고 영업정지처분만을 하도록 규정하고 있기는 하다. 그러나 위 사항뿐 아니라 기준이나 규격이 고시되지 아니한 화학적 합성품등의 판매금지규정에 위반한 경우, 유독기구등의 판매, 사용금지규정에 위반된 경우 등 식품위생법에 전반적으로 규정된 금지사항에 위반한 경우도 국민의 건강에 중대한 영향을 미치는 경우라 할 것이고 이러한 사업자에 대하여도 영업을 계속 허용하게 하는 것 보다는 영업배제처분을 하는 것이 타당할 것이다.

위와 같은 견지에 비추어 볼 때 식품위생법이나 공중위생관리법의 경우 영업정지처분에 갈음한 과징금처분제도는 근본적으로 재검토가 필요하고, 설령 과징금처분제도가 필요하여 이를 규정한다고 하더라도 지금처럼 폭넓게 인정할 것이 아니라 범위를 제한하여 특정한 경우에 한하여 인정하도록 하여야 할 것이다.<sup>125)</sup>

#### (4) 과징금채납자에 대한 영업정지처분의 환원문제

예컨대, 식품위생법 및 건강기능식품에 관한 법률의 경우 과징금처분을 한 자가 과징금을 기한 내에 납부하지 아니하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 과징금부과처분을 취소하고 영업정지 또는 제조정지처분을 하도록 규정하고 있다(식품위생법 제65조제4항). 이러한 제도는 다른 분야에는 보이지 않고 유독 보건행정분야의 일부 법률에만 규정되어 있다.

생각건대 이러한 규정을 입법한 의도는 영업정지에 갈음하여 과징금처분을 한 자에 대하여 채납처분을 하였는데도 재산 등이 없어 과징금의 전부 또는 일부를 징수하지 못한 경우 법 위반자에 대한 실질적 제재처분이 이루어지지 않았다는 점, 원래부터 영업정지처분을 한

---

125) 박 인, 워크샵 발표문, 24면.

자와의 형평성, 체납처분을 어려워하는 일선 공무원들의 부담을 덜어주기 위한 행정편의적 목적에서 도입된 것으로 보인다.

그러나 앞에서 언급한 것처럼 영업정지에 갈음하는 과징금처분이 보편적으로 인정되는 것이 아니라 영업정지처분이 공익을 해할 경우에 한하여 예외적으로 부과하는 처분이라는 점을 감안하면 과징금의 부과나 취소의 여부는 오로지 공익에 따라 판단하여야 할 것이지 과징금체납여부에 따라 판단할 것은 아니다. 이용자에게 심한 불편을 초래하는 등의 이유로 공익필요에 따라 과징금처분을 한 자에 대하여 과징금을 납부하지 않았다고 하여 공익에 반하게 되는 위험을 무릅쓰고까지 영업정지처분을 해야 할 이유가 부족하다. 따라서 과징금을 미납한 자에 대하여 과징금부과처분을 취소하고 영업정지처분을 하도록 한 위 규정은 문제가 있는 것으로 생각된다.

행정처분담당공무원들의 애로사항 중 큰 부분을 차지하고 있는 것이 과징금징수의 체납으로 알려져 있다. 법령에 따라 기계적으로 영업정지를 과징금으로 갈음해주기는 했는데, 정작 위반자들은 과징금을 제때 납부하지 않거나 고의로 체납하는 사례가 많았기 때문에 징수에 어려움이 많고, 그로 인해 처분에 순응해 과징금을 납부한 자 및 본래의 영업정지처분을 받은 자와 과징금을 고의체납하는 자 사이에 형평성이 문제되는 등 제도개선의 필요성이 높았다. 이에 대한 해결책으로 일선공무원들이 제안한 것은 업무정지갈음 과징금을 다시 본래의 업무정지로 환원하는 방안을 마련해달라고 하는 것이었다. 그러나 과징금과 영업정지는 전혀 다른 성질의 제재수단이고 과징금부과시의 재량행사 정도에 맞는 영업정지기간 산정의 재량을 행사한다는 것은 매우 어려운 일이며, 이것이 가능하다 하더라도 영업정지갈음 과징금의 도입취지에 비추어 볼 때 위반자 개인의 체납 등 사정보다는 공익의 필요성을 더 우선시해야 할 것이므로, 식품위생법 제65

조제4항과 같이 과징금을 영업정지로 환원하는 것은 바람직하지 않다고 판단된다. 법령입안심사기준에서도 이러한 사정을 반영하여 향후 다른 법령에서 과징금을 영업정지로 환원하는 입법례가 나타나는 것을 제한할 필요가 있다.<sup>126)</sup>

---

126) 박종수, 『보건행정분야 행정처분기준의 법적 과제』 토론문, 42-43면 참조.



## 제 3 장 현행 행정처분기준의 설정·공표의 현황과 운용상 문제점

### 제 1 절 행정처분기준의 설정·공표의 현황

처분기준의 설정·공표제도는 분야별로 그 정착정도가 많은 차이를 보이고 있다. 신청에 의한 처분의 경우와 불이익처분의 경우로 대별하여 살펴보고자 한다. 다만, 신청에 의한 처분의 경우는 본 연구과제가 제재적 행정처분기준에 한정하여 연구하는 관계로 큰 주안점을 부여하지는 않고 있다.

참고로 우리나라와 마찬가지로 행정절차법상의 행정처분기준의 설정을 규정하고 있는 일본의 경우 2000년 12월 31일 현재의 지방자치단체의 심사기준 및 처분기준의 설정에 관한 상황을 보자면, 심사기준의 경우 1,453건의 처분 중에 1,185건(81.6%)의 처분에 대해 설정되어 있고, 처분기준의 경우 1,237건의 처분 중에 911건(73.6%)의 처분에 대해 설정되어 있다는 데이터를 보유하고 있는데 반해, 우리나라의 경우에는 행정절차법을 소관하고 있는 행정자치부에 행정처분기준에 대한 아무런 실태조사나 데이터가 없다는 사실은 행정처분기준의 중요성을 감안할 때 상당히 문제가 있다고 본다. 그런 까닭으로 구체적인 자료를 제시할 수 없는 한계가 있다.

#### I. 처분기준의 설정체계

처분기준은 대부분 법률의 위임을 받아 대통령령 또는 부령으로 정하고 있다. 과거에 행정규칙으로 정하여 운영하던 처분기준도 대통령령이나 부령에 반영하는 경향을 보인다. 그리고 처분을 행하는 행정청에서는 업무편람을 만들어 활용하고 있다.

신청에 의한 처분의 경우 민원사무처리편람의 심사기준이 행정절차법에서 규정한 처분기준에 해당하는 것은 위에서 살펴본 바와 같다. 그 체제는 처분(민원사무)의 종류별로 신청서식, 구비서류, 주무부서, 경유·협의기관, 처리절차, 처리기간, 심사기준, 수수료 그 밖에 민원의 안내에 필요한 사항을 명시하고 있다.

직권처분의 처분기준 업무편람은 처분명, 근거법령, 담당부서 및 연락처, 처분기준(기준설정 시기 포함), 처분절차(처리절차, 의견청취절차) 순으로 작성하고 있다. 그리고 일반기준이 있는 경우에는 그 일반기준을 먼저 제시하고, 하나의 처분명 아래 처분의 종류가 많은 경우 이를 다시 세분화하여 위반사항별·위반횟수별로 그 기준을 나열하고 있다. 일반기준이 있는 경우에는 물론 일반기준을 먼저 제시하고 있다.

문제는 처분을 행하는 일부 행정청에서는 업무편람이 아닌 법령에서 정하고 있는 처분기준을 그대로 인용하고 있는 경우도 있고, 일부는 업무편람을 체계적으로 만들지 않은 경우도 있다.<sup>127)</sup>

## II. 처분기준의 공표

처분기준의 공표방법은 편람을 비치하거나 게시판·관보·공보·일간신문 또는 소관행정청의 인터넷 홈페이지 등에 공고하도록 나열하고 있어서 이 중 어느 하나에만 공표를 해도 되므로 편람의 비치 또는 홈페이지에 게시되어 있지 않으면 공고 이후에 찾아보기 어렵다. 홈페이지의 경우도 공고 후에 삭제한다면 마찬가지이다. 그리고 실제 운영실태를 보더라도 인터넷 홈페이지에서 처분기준을 찾아보기가 어렵다는 것이 나타난다.

---

127) 행정처분기준의 실태와 운용현황에 대해서는 행정자치부 이강옥사무관의 자문을 바탕으로 구성하였다.

## 제 2 절 행정처분기준의 설정 및 운용상 문제점

현행 개별 행정법규상 행정처분기준의 운용현황을 토대로 다음과 같은 문제점을 검토할 수 있다. 물론 아래에서 거론한 문제점들 밖에도 적지않게 있지만 비교적 중요하다고 생각되는 것들만을 제시한 것이다.

### I. 행정처분기준의 설정상 문제점

#### 1. 처분기준을 설정·공표하지 아니하고 처분한 경우

처분기준제도는 재량과 행정규칙에 관한 종래의 실체법적 접근방법과는 전혀 새로운 방법으로서, 재량통제에 관한 종래의 미비점을 보완할 수 있는 제도적 의미가 부여된다. 그러나 처분기준 자체가 처분전에 설정되지 않거나 설정되더라도 공표되지 않은 경우, 당해 처분의 효력은 어떻게 되는지가 행정절차법 제20조와 관련하여 제기될 수 있다.

이 문제에 관하여 일본행정절차법에서는 우리 나라와 같이 처분기준의 설정·공표를 강하게 의무지우지 않는 관계로 학설상 위법사유로 보는 입장, 위법사유로까지는 되지 않는다고 보는 입장 및 위법성이 추정된다는 절충적인 입장 등의 견해가 대립되고 있다.<sup>128)</sup>

그러나 우리나라의 행정절차법 제20조는 문언 자체가 “...하여야 한다”라고 명확히 의무지우고 있어서 일본행정절차법에서보다는 더 적극적으로 해석할 필요성이 제기된다. 아울러 행정절차법 제20조제2항이 처분기준을 공표하는 것이 당해 처분의 성질상 현저히 곤란하거나 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해하는 것으로 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 이를 공표하지 아니할 수 있다라는 규정을 두고 있으므로, 행정청은 위와 같은 사유에 해당하지 아니하는 경우에

128) 임재홍, 전계논문, 77면 참조.

는 반드시 처분기준을 설정·공표하여야 한다.<sup>129)</sup> 처분의 성질상 처분기준의 설정이 꼭 필요한 경우에 해당하고, 예외사항에 해당하지 아니함에도 불구하고 행정청이 처분기준을 설정하지 아니한 경우에는 재량권의 한계를 넘어선 것으로 판단된다.

즉, 이 문제는 구체적으로 처분기준이 없거나, 있다하더라도 공개되어 있지 않은 관계로 국민이 사전에 적절히 대비할 수 없는 경우, 처분기준이 사전에 설정·공표되어 있다 하더라도 그 내용이 추상적이고 불명확하게 되어 있어 없는 것이나 동일한 경우 등의 문제점으로 드러나고 있다.

행정절차법은 설정된 처분기준의 공표의무에 대한 예외를 추상적인 기준하에 넓게 인정하고 있어 현행법 아래에서는 처분기준의 공표가 행정청의 자의적 판단하에 행해질 우려가 있다. 또한 행정절차법은 당사자 등에게 처분기준의 설정청구권 또는 구체화청구권을 인정하고 있지 않는데 이는 입법의 불비일 수 있다.

## 2. 행정처분 관련 규정의 다원화문제

일례로 현행 운전면허 행정처분에 관한 규정은 도로교통법령 이외에 경찰청 행정규칙인 운전면허행정처분처리지침 및 모범운전자선발 및운영지침 등에 산재되어 있어 행정처분 규정에 대한 일반인의 접근이 극히 제한되어 있을 뿐만 아니라 행정처분기준을 적용하고 집행하는 일선 경찰공무원이 관련규정을 숙지하지 못하는 사례를 초래하기도 하고 있다.

따라서 국민의 권리의무에 관한 사항은 도로교통법 또는 동법시행령에, 일반적인 행정절차에 관한 사항은 도로교통법 시행규칙에 각각 규정하여 일원화하는 것이 바람직할 것이다.<sup>130)</sup>

---

129) 오준근, 전게서, 331면.

130) 박영수, 전게논문, 32면.

## II. 행정처분기준의 운용상 문제점

### 1. 행정처분 기준의 사문화현상

예컨대 경찰행정분야의 경우, 도로교통법령을 제외한 4개 법령의 행정처분 기준은 사문화 되어가고 있다는 점이다. 도로교통법령에 의한 행정처분 이외에 '05년도 행정처분 실적을 살펴보면 경비업자에 대한 처분실적이 연간 95건, 총포·도검·화약류등단속법을 적용한 처분실적이 연간 9,054건에 불과한 실정이다.

이렇듯 행정처분 기준을 적용한 실적이 극히 저조한 실정이고, 그에 따라 행정처분 기준도 현실의 반영 등 행정여건을 고려하거나 규정상 미비점 및 오류 등을 개정·보완하기 보다는 단지 규정으로서 존재한다는 것이다.

특히, 사행행위 등 규제 및 처벌특례법에서 정하는 사행업의 허가조건이 공공복리의 증진, 상품의 판매선전 또는 관광진흥과 관광객의 유치촉진을 위하여 특히 필요하다고 인정되는 경우로 한정하고 있어 이를 적용할 경우 사행업의 허가가 불가능하며 현실적으로도 동 법률을 적용하여 사행업을 허가한 사례가 전무한 실정이다.

또한 현행 복권 및 경정·경륜 등 사행업은 다른 부처 소관인 「복권및복권기금법」, 「관광진흥법」, 「경륜·경정법」 등 특별법에 의하여 허가 및 행정처분이 되고 있는 실정이므로 더욱이 사행행위 등 규제 및 처벌특례법의 사문화를 촉진한다고 하겠다.

### 2. 대통령령과 부령으로 이원화된 형식의 문제점

현행 개별법령상 행정처분의 기준은 크게 관련법의 시행령(대통령령)에서 규정하는 경우와 시행규칙(부령)에서 규정하는 경우 또는 별도의 부령에서 규정하는 경우 등 법제화 형식에 있어 통일되지 못한

모습을 보이고 있다.

특히 대법원은 부령형식의 처분기준은 행정규칙으로 보고 대통령령형식의 처분기준은 법규명령으로 보고 있어서 행정처분기준의 해석과 적용에 있어서 혼란을 초래할 수 있는 상황이다.

법규명령형식의 행정처분기준의 성질을 행정규칙으로 보든 법규명령으로 보든, 부령의 형식과 대통령령의 형식으로 이원화되고 그 법적 성격도 달리 파악된다는 것은 국민의 예측가능성의 보장 측면에서 바람직스럽지 못하다 할 것이다.

따라서 가능한 한 처분기준의 제정형식은 하나로 통일하는 것이 바람직스럽다. 참고로 법제처의 행정처분기준 심사기준에 의하면 판례가 부령형식과는 달리 대통령령 형식의 처분기준의 법규성을 긍정하는 이론적 근거가 미약하다는 점에서 개별법령상의 처분기준은 가능한 부령의 형식으로 제정되도록 심사과정에서 유도한다는 방침을 정한 적도 있었으나, 최근의 각 부처의 입장은 대법원 판례의 영향을 받아 행정처분기준을 입법할 경우 법률에서 행정처분기준을 대통령령에 위임하도록 하고 대통령령에서 처분기준을 정하려는 경향이 강하게 나타나고 있다.

그러한 일례가 최근 개정된 모자보건법인데, 행정처분기준을 대통령령으로 규정하였다.

### 3. 감면규정의 문제

행정처분기준은 재량준칙으로서 상위법에서 입법자가 행정기관에게 재량처분을 수권한 취지에 따라 하급행정청의 재량행사를 통일적으로 유도하기 위한 목적에서 제정되는 것이다.

그러나 처분기준에서 처분양정을 선택의 여지없이 기속적으로 규정한 결과 이를 행정청이 기계적으로 적용하면 본래 재량처분이어야 할 행정처분이 기속행위로 전환되는 문제점을 야기할 수 있다.

현행 대부분의 행정처분기준은 대부분 처분양정을 단일하게 규정하고 있는바, 상위법의 재량수권의 의미를 상실하게 할 수 있는 위험을 내포하고 있는 것이다. 이를 완화·보완할 수 있는 방안은 처분기준에서 처분양정을 행정청이 가감할 수 있는 여지를 두는 것을 생각할 수 있는데, 실제로 개별 처분기준들에서는 행정청이 처분을 가감하여 할 수 있도록 규정하고 있기도 하다.

그러나 그러한 가감규정이 있다하더라도 가감할 수 있는 가능성만을 규정하거나 1/2로 확일적으로 가감하는 규정을 두고 있는 것이 대부분이어서, 상위법에서의 재량수권의 취지가 제대로 반영되지 않는 문제점은 여전히 제기되고 있다.

실무 공무원들도 이러한 불명확성 때문에 비록 처분기준의 일반기준 등에서 가감할 수 있는 조항이 있음에도 불구하고 이를 활용하지 못하고 기계적으로 행정처분기준을 적용하고 있는 실정에 있다.

개선방안으로는 이러한 가감규정이 없는 처분기준에는 이를 신설하는 견해도 있으나, 실무적으로 부적합하다고 보여지며, 기존의 가감규정도 확일적인 1/2가감 보다는 좀 더 개별화된 가중·감경의 가능성을 열어 놓아 국민의 권익보호에 기여하고 상위법의 재량수권의 취지를 제대로 반영할 수 있는 처분기준이 되도록 하여야 할 것이다.

#### 4. 근거법령 명시방법의 문제

현행 처분기준들을 검토하면 당해 처분의 근거규정이 불명확한 경우를 많이 찾아볼 수 있다. 그러나 불이익처분은 국민의 재산과 권리에 침해적 영향을 미치는 행정작용이기 때문에, 그 처분의 근거가 반드시 명시되어야 하는 것이 법치주의원칙에 부합한 것이다.

그러나 현행처분기준들에서는 많은 경우 처분의 근거규정과 위반사항의 근거조항이 혼동되어 규정되는 경우가 많다. 위반사항의 내용을 규정하는 조항과 처분의 직접적 근거조항은 이를 명확히 구분하여 적

시하여야 할 것이다.

### 5. 위임한계의 유월문제

마지막으로 현행 개별법령상의 처분기준들을 검토한 결과 일부 처분기준들은 상위법에 이를 위임하는 명시적인 규정이 없는 경우가 더러 있다. 행정절차법이 제정되고 처분기준 설정·공표제도가 운용되면서 처분기준을 하위법령에서 정하도록 위임하는 규정들이 개별법령들에 많이 도입되고 있지만 아직 위임규정이 마련되지 않은 채 처분기준이 제정된 경우를 찾아볼 수 있다. 이는 곧 위임한계의 유월문제를 일으킬 수 있기 때문에, 개별법령과 처분기준간의 명확한 관계설정을 위하여 분명한 위임규정을 두도록 하는 노력이 경주되어야 할 것이다.

## Ⅲ. 행정처분기준과 관련한 그 밖의 문제

### 1. 처분기준의 효력문제

처분기준의 효력은 처분전 의견청취 결과의 반영과 결부된다. 행정절차법 제27조의2(의견제출 결과의 반영), 제35조의2(청문결과의 반영), 제39조의2(공청회 결과의 반영) 등은 의견청취 결과 제시된 사실 및 의견이 상당한 이유가 있다고 인정하는 경우에는 이를 반영하여 처분을 하도록 규정하고 있다. 의견청취 결과 처분기준과 달리 감경 처분 할 수 있는지가 문제된다.

대법원의 판례는 ‘시행규칙으로 규정한 행정처분의 기준은 법률에 의하여 보장된 재량권을 기속하거나 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 힘이 있는 것이 아니다’라고 하여 처분기준의 성격을 행정기관 내부의 기준으로 판단하고 있다<sup>131)</sup>.

131) 대판 1993. 6. 29, 93누5635(대중음식점 영업정지 처분취소).식품위생법시행규칙 제53조에서 별표 15로 같은 법 제58조에 따른 행정처분의 기준을 정하였다 하더라



이런 규정으로 보면 처분행정청은 처분기준보다 경감하여 처분을 할 수 있다고 볼 수 있지만 행정청이 시행령이나 시행규칙을 벗어난 처분을 할 수 없을 것이다.

## 2. 처분기준을 위반한 처분의 효력문제

행정절차법 제20조에 의해 처분기준의 설정·공표는 행정청의 법적 의무로 규율하고 있기 때문에 절차법적으로 행정청은 이 처분기준을 준수해서 재량을 행사하여야 하나, 당해 처분의 근거법에서 그 기준이 이미 구체화되어 있는 경우에만 이러한 의무를 지는 것은 아니라고 할 것이다.

처분기준의 설정의무는 재량행위와 기속행위에 모두 적용되는 것임은 물론이다. 그러나 재량행위에 있어 법령상 행정청에 재량권을 부여한 취지는 행정청으로 하여금 구체적 사안에 따른 가장 적절한 처분을 할 수 있도록 하려는 데에 있는 것이므로, 재량행위에 있어서는 그 처분기준의 구체성에 내재적인 한계가 따른다고 본다.

이러한 처분기준은 행위지도규칙(해석규칙 또는 재량준칙 등)의 행정규칙이 될 것이며, 그러한 점에서 이 기준 자체에는 법적 구속력이 인정되지 않는다고 할 것이다. 그러나 행정절차법이 이러한 처분기준을 명문으로 규정하고 있다는 점을 고려하면, 공표된 것과 다른 기준에 의하여 처분을 하는 경우에는, 행정청은 그 합리적 근거를 제시하여야 할 일반적 의무가 있다고 할 것이며, 특히 재량준칙의 경우에는 평등원칙과 관련하여 일정한 경우 그 법적 구속력을 인정할 수 있다고 보아야 할 것이다.

---

도, 이는 형식은 부령으로 되어 있으나 성질은 행정기관 내부의 사무처리준칙을 규정한 것에 불과한 것으로서 보건사회부장관이 관계행정기관 및 직원에 대하여 직무권한행사의 지침을 정하여 주기 위하여 발한 행정명령의 성질을 가지는 것이지, 같은 법 제58조제1항의 규정에 의하여 보장된 재량권을 기속하는 것이라고 할 수 없고, 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 힘이 있는 것은 아니다.

행정청이 일단 처분기준을 설정·공표하면 행정청은 일반적으로 이 기준에 구속된다고 할 수 있다. 그러나 이 구속성은 절대적 구속성으로 파악하여서는 아니 된다.

마찬가지로 처분기준의 구속성은 처분기준보다 감경하여 처분할 재량권까지 차단하였다고 해석하여서도 아니된다. 가령 제조업자가 제조소외의 장소에서 의약품 등을 제조한 경우 1회 위반시 행정청이 최대 6월까지의 전제조업무정지처분을, 2회위반시에는 최대 업허가취소까지의 처분을 할 수 있다는 의미이지, 반드시 6월의 업무정지나 업허가취소를 하여야 한다고 경직적으로 해석하여서는 아니된다.<sup>132)</sup>

### 3. 행정처분 결정통지 등 공고에 대한 법적 효력문제

일례로 도로교통법상 운전면허에 대하여 취소 또는 정지처분 등 행정처분을 하고자 하는 경우 또는 행정처분을 결정한 때에는 대상자에게 운전면허정지·취소처분사전통지서 또는 운전면허정지·취소처분결정통지서를 발송 또는 교부하거나 통지가 불가능한 경우에는 주소지 관할 경찰서 게시관에 14일간 공고하는 것으로 통지를 대신하고 있으나, 일방적인 공고를 통한 행정처분은 처분절차를 진행할 수 있도록 하는 집행력은 있다고 할 수 있으나 당해 행정처분에 대하여 당사자를 귀속하는 실질적 효력은 제한되고 있는 실정이다.

---

132) 대판 1991. 4. 9. 90누7074에 따르면 『유사석유제품판매에 대한 제재처분은 행정청의 기속적 재량행위에 속하는 것이므로 그에 의하여 석유판매업허가를 취소하거나 사업정지처분을 하려면 위반행위의 내용과 정도에 따라 그 위반행위로 인한 공익과 당사자의 불이익을 비교하여 그 공익성의 필요가 당사자의 불이익을 정당화할 수 있을 정도라야 할것인바, 원고 종업원의 실수로 인하여 비교적 적은 양의 경유가 혼입되어 제조된 유사휘발유의 판매가능기간이 불과 약 3시간밖에 되지 아니하고, 실수한 종업원으로부터 보고받은 즉시 원고측에서 유사휘발유를 수거, 폐기케 한 점, 사업정지가 6개월간 지속된다면 석유판매업의 허가를 받은 후 이 사건 이외에는 다른 위반행위를 한 일이 없는 원고가 심한 경제적 타격을 입게 되리라고 짐작되는 사실 등을 고려하면 원고에 대하여 석유사업법 제13조 제3항 사업정지기간 중 최장기인 6월의 사업정지에 처한 것은 그 재량권을 일탈한 것이어서 위법하다』고 판시하고 있다.

특히 경찰의 일방적 공고를 역이용하여 행정처분을 피해가는 사례가 있는 만큼 행정처분의 사전·결정통지서가 반송된 때에는 방문 또는 전화 등으로 소재를 확인하는 절차를 추가하는 등 공고제도의 운용을 보완하여야 할 것이다.

#### 4. 행정절차법상 행정처분기준의 개선방안

##### (1) 처분기준의 설정·공표 주체

처분기준의 설정주체의 문제는 미흡하기는 하지만 법령 조문의 해석으로 가능할 것으로 보인다. 법령의 소관 행정청에서는 처분기준을 구체적이고 명확하게 설정하여 공표하도록 하고 처분을 행하는 행정청에서는 처분절차 등을 포함한 처분기준 업무편람을 만들어 공표하는 것으로 해석하여 제도(법령)를 담당하는 부서와 처분을 행하는 행정청이 모두 처분기준 또는 업무편람을 작성하도록 하는 것이다.<sup>133)</sup>

##### (2) 처분기준의 공표

처분기준의 공고 방법을 공고 매체의 특성을 고려하지 않고 나열하는 형식을 취하고 있으나 정보통신망의 활용과 기술이 보다 향상된 현재의 여건에 맞추어 1회성 공고 외에 인터넷 홈페이지에는 지속적으로 게시하도록 규정하는 방안 등이 검토되어야 할 것이다.

##### (3) 처분기준의 효력문제

행정절차법상의 의견청취 결과를 적정하게 반영할 수 있도록 하는 것은 행정절차법의 제정취지를 살리는 중요한 사항이다. 따라서 법원의 판결이나 의견청취 제도의 목적을 고려하여 처분기준에 감경기준을 포함하여 처분을 행하는 행정청이 의견청취 결과를 반영하여 필요

---

133) 행정절차법상 행정처분기준의 개선방안에 대해서는 행정자치부 이강옥사무관의 자문을 참고하여 작성하였다.

한 경우 감경처분을 할 수 있도록 하여야 할 것이다. 현재 많은 법령에서 처분기준에 감경기준을 포함하고 있으며 행정의 투명성의 확보 정도에 따라 감경기준을 점진적으로 확대하는 방안이 지속적으로 검토되어야 할 것이다.

## 제 4 장 행정처분기준의 정비지침을 통한 문제점의 해결

### 제 1 절 정비지침의 분류

행정처분기준의 정비를 위한 지침설정에 있어서는 정비지침의 일반원칙에 따르고, 행정처분기준의 체계에 따라 일반기준과 개별기준으로 나누어 지침을 설정하는 것이 방법론상 타당하다고 본다.

#### I. 정비지침의 일반원칙

정비지침의 일반원칙
① 제재처분에 한정하여 정비한다.
② 행정처분기준의 근거조항은 법률에 두되, 원칙적으로 부령에 위임하는 형식으로 정비한다.
③ 비례원칙, 평등원칙 등 행정법상 일반원칙에 따라 정비한다.
④ 포괄적 행정처분기준의 반복을 금지하도록 정비한다.
⑤ 처분기준에서 정한 위반사항에 오류가 있는 경우에는 즉시 정비한다.
⑥ 상습위반자에 대한 처분기준을 강화하도록 정비한다.
⑦ 공무원과 국민의 입장에서 쉽게 알아볼 수 있도록 정비한다.
⑧ 행정처분기준을 매우 구체적으로 설정한다.

## Ⅱ. 행정처분기준의 일반기준의 정비지침

일반기준의 정비지침
<p>① 행정처분기준이 재량준칙으로서의 성격을 가지고 있으므로 기속적 표현은 피하도록 정비한다.</p>
<p>② 가중·감경 재량처분의 근거는 그대로 존치한다. 다만, 허용하는 경우에는 가중감경위원회의 심의·의결을 거치도록 한다.</p>
<p>③ 과징금 부과대상에서의 제외 여부는 과징금 처분기준에서 정하도록 정비한다.</p>
<p>④ 신고의무위반에 대해서는 중국적으로 허가취소가 아니라 영업소 폐쇄 등의 조치를 취하도록 정비한다. 그리고 신고의무위반에 대한 과태료 부과시에는 반드시 금액의 상한선을 설정하도록 정비한다.</p>
<p>⑤ 행정처분효과의 승계에 관한 규정은 행정처분기준이 아닌 직접 법률에서 명시적으로 규정하도록 정비한다.</p>
<p>⑥ 행정쟁송결과 원고의 위법성은 인정되나 그 처분이 과하다고 판결된 사건에 대하여 행정청이 당해 행정쟁송의 원인이 된 처분을 일정한 정도 감하여 재처분할 수 있는 근거규정을 마련하도록 정비한다.</p>

### Ⅲ. 행정처분기준의 개별기준의 정비지침

개별기준의 정비지침
① 위반행위란과 근거법령란을 정확하게 명시하도록 정비한다.
② 경고처분의 법적 근거를 마련하도록 정비한다.
③ 의무위반자별로 개별화하여 정비한다.
④ 과징금 상한액을 실효성있게 정비한다.

## 제 2 절 정비지침의 구체적 검토

### I. 정비지침의 일반원칙

#### 1. 제재적 행정처분기준에 한정하여 정비한다.

제재처분에 한정할 것인가 아니면 허가처분까지도 포함할 것인가에 대해서는 논란이 있을 수 있다. 일반적으로 행정처분기준의 설정이 요구되는 행정처분은 개인에 대한 불이익을 가져오는 제재적 처분을 의미하는 것으로 이해되고 있다. 그런데 수익적 행정처분은 정지의 취소, 허가취소의 취소, 과징금 부과와 같이 제재적 행정처분의 취소까지 포함한다는 점에서 양자는 동전의 겉속과 같다고 할 것이므로 수익적 행정처분을 논의함에 있어서는 양자를 모두 함께 검토의 대상으로 함이 타당하다고 할 것이다. 허가의 경우 수익적 행정처분기준으로서 허가처분기준과 허가거부처분취소기준을 보면, 전자는 허가를 해 줄 것인지 여부에 대한 기준을 의미하고 후자는 불허처

분을 취소할 것인지 여부에 대한 기준으로서 거부처분의 기준이 중요한 의미를 갖는다는 점에서, 그 판단기준은 양자의 경계의 문제 내지 동전의 겉속의 문제이기 때문이다.<sup>134)</sup>

일단은 제재처분기준에 집중하는 것이 필요하고 수익적 행정처분으로 그 범위를 넓히는 것은 차후에 고려하여야 할 것으로 생각된다.

2. 행정처분기준의 근거조항은 법률에 두되, 원칙적으로 부령에 위임하는 형식으로 정비한다.

대법원은 제재적 행정처분의 기준이 총리령이나 부령에서 규정된 경우에 대하여는 그 기준의 형식은 총리령·부령이지만 그 법적 성질은 행정규칙에 해당한다는 것이 일관된 태도이다.

그러나 이러한 일관된 입장과는 달리 대법원은 총리령이나 부령이 아닌 대통령령에서 제재처분의 기준을 규정한 경우에 대하여는 당해 기준을 법규명령으로 보고 있다.

최근의 일부 부처의 입장은 대법원의 판례의 영향을 받아 행정처분 기준을 입법할 경우 법률에서 행정처분기준을 대통령령에 위임하도록 하고 대통령령에서 처분기준을 정하려는 경향이 강하게 나타나고 있다. 비근한 예가 최근 개정된 모자보건법으로 행정처분기준을 대통령령으로 규정하였다.

그런데 최근에 행정처분기준에 관한 입법에서 대통령령으로 상향조정하는 사례가 나타나고 있어 적지 않은 혼란이 예상된다. 따라서 행정처분기준을 원칙적으로 부령으로 하는 방향으로 정비하는 것이 혼란을 방지할 수 있다고 본다.

즉, 행정처분기준의 근거규정은 법률에 두되, 법률에서 원칙적으로 부령에 위임하는 형식으로 정비하여야 할 것이다.

134) 신봉기, “우리나라의 건축행정분야에 있어서의 수익적 행정처분기준”, 한국법제연구원 워크샵자료집, 2006. 9. 28, 164면.



입법모델은 다음과 같다.

법 제00조 (행정처분) ①000는 ---영업의 허가를 취소하거나 6월 이내의 기간을 정하여 영업의 정지를 명할 수 있다.  
②제1항의 규정에 의한 행정처분의 세부적인 기준은 부령으로 정한다.  
법시행규칙 (행정처분의 기준) 법 제00조제0항의 규정에 의한 행정처분의 기준은 별표 0와 같다.

### 3. 비례원칙, 평등원칙 등 행정법상 일반원칙에 따라 정비한다.

행정법상 일반원칙인 비례원칙, 평등원칙 등 위배여부를 감안하여 정비하여야 할 것이다. 평등원칙은 불합리한 차별을 금지하는 것이고, 비례의 원칙이란 행정작용에 있어서 행정목적과 행정수단 사이에는 합리적인 비례관계가 있어야 한다는 원칙을 말한다. 이들 헌법적 효력을 가진 원칙들에 반하는 행정권 행사는 위법하고, 그 법령은 위헌·무효가 된다.

행정처분기준을 분석해 보면, 행정목적과 행정수단이 비례하지 않는 사례가 동일한 행정처분기준에도 있고, 동일부처의 행정처분기준 간에도 발견되고 있다. 이것은 처분의 실효성을 저해하고 국민의 불신을 초래하는 주요한 원인이 되는 만큼 정비필요성이 크다고 본다.

### 4. 포괄적 행정처분기준의 반복을 금지하도록 정비한다.

법률(행정처분)에서 법규위반에 대한 취소사유를 정하고, “이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때”에는 허가취소 또는 6월 이내의 영업정지를 규정하고 이의 세부적인 처분기준을 부령에 위임하고 있다. 이러한 위임규정에 근거하여 시행규칙 별표에서는 “이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때”의 세부적인 사항을 허가된 영업의 종류

별로 위반행위를 구분하여 처분기준을 규정하면서, 특정영업 등의 처분기준 말미에서 또 다시 “기타 법 또는 법에 의한 지시·명령에 위반한 때”의 처분기준을 규정하고 있어 법률에서 규정한 포괄적 규제규정을 반복하여 규정함으로써 행정처분 대상을 지나치게 확대할 우려가 있고 행정편의적 발상이라는 지적을 받을 수 있으므로 별표에서 정한 포괄적 처분기준은 삭제하는 것이 바람직할 것이다.

5. 처분기준에서 정한 위반사항에 오류가 있는 경우에는 즉시 정비한다.

행정처분기준 중 복수의 법조문을 각각 인용하여 서로 다른 처분기준을 규정하고 있으나 인용한 법조문이 당해 조항에서 규정하는 취지와 전혀 무관한 사항인 경우가 있다. 이러한 경우에는 처분기준의 오류가 분명하고 일선에서의 혼란이 예상되므로 즉시 개정절차를 밟는 것이 바람직하다.

6. 상습위반자에 대한 처분기준을 강화한다.

동일한 위반행위라 할지라도 위반횟수에 따라 처분기준을 달리함으로써 상습위반행위를 예방할 수 있어야 한다. 다만, 다수의 위반항목에 대한 상습범 처분기준을 2회 이상인 경우 동일하게 처분하도록 규정함으로써 상습범 사이에 처분의 차별성이 없어서는 안될 것이다.

따라서 상습위반자에 대한 처분기준은 위반횟수에 따라 그 처분기준에 차이를 두고 최종적으로는 허가를 취소하는 기준을 마련함으로써 상습위반자를 예방할 수 있을 것이다.

7. 공무원과 국민의 입장에서 쉽게 알아볼 수 있도록 정비한다.

행정처분기준은 성질상 재량준칙이므로 공무원의 적용관점에서 정비할 필요가 있다. 그리고 공무원 책임문제도 감안해야 할 것이다.

행정청은 처분기준의 설정·공표의 취지에 맞추어 처분의 공정성과 합리성을 보장하고 당사자 등에게 예측가능성이 보장되도록 정비하여야 할 것이다.

#### 8. 행정처분기준을 매우 구체적으로 설정한다.

현행법은 설정된 처분기준의 공표의무에 대한 예외를 추상적인 기준 아래 폭넓게 인정하고 있으므로 예외기준을 구체화하고 엄격하게 인정하도록 법령을 정비하여야 할 것이다. 행정절차법 제20조제1항이 “행정청은 필요한 처분기준을 당해 처분의 성질에 비추어 될 수 있는 한 구체적으로 정하여 공표하여야 한다”고 규정하고 있으므로 “성질”에 국한하여 예외사유를 두는 것이 타당하다고 본다.

여기서 ‘가능한 한 구체적인 것’이라고 하는 문언의 해석으로서는 ‘논리적이고 기술적으로 가능한 한 구체적인 것으로 해야 한다는 의미로 받아들일 필요가 있다.

#### 9. 공표된 것과 다른 기준에 의하여 처분을 한 경우에는 행정청은 합리적 근거를 제시하여야 한다.

행정청이 처분기준을 설정·공표하고자 하는 경우, 당해 처분의 성질이 허락하는 한 최대한 구체적으로 설정·공표하여야 하며, 공표된 것과 다른 기준에 의하여 처분을 한 경우에는 행정청은 합리적 근거를 제시하여야 한다.

## II. 일반기준의 정비지침

#### 1. 행정처분기준이 재량준칙으로서의 성격을 가지고 있으므로 지속적 표현은 피하도록 한다.

행정처분기준 중 행정청으로 하여금 의무적으로 가중처분하도록 하여 마치 행정처분이 행정청의 기속행위로 보게 할 우려가 있어 문제

이다. 행정처분기준 자체의 성격은 재량준칙으로서 행정청의 재량권 행사의 기준을 마련하는 데에 있으며 당사자의 거짓 그 밖의 부정한 방법이 개입하거나 본질적 결격사유에 해당하는 것으로 판명되어 (당해 영업에서) 배제시켜야 할 사안이 아닌 이상 정지처분에 관한 규정은 원칙적으로 “...하여야 한다”는 표현보다는 “...할 수 있다”는 재량적 표현을 사용하는 것이 타당하다.

(예시: 2분의 1까지 합산·가중한다 → 2분의 1까지 합산·가중할 수 있다).

그런데 행정처분기준이 처분청 소속 공무원의 재량권 행사를 제한하려는 취지로서 감경이나 가중처분의 요소가 없을 경우 그 기준대로 처분하라는 것이고 당해 처분이 나중에 부당한 처분으로서 사법적 판단에 따라 그 처분을 기준과 다르게 감경해야 하는 경우는 별론으로 하여야 할 것이며, “---할 수 있다”고 할 경우 처분을 담당할 일선 공무원들에게 또 다른 재량의 여지를 줄 수 있다는 점 등에 비추어 볼 때, 현행과 같이 “---한다”는 표현이 적합하다고 보는 견해가 있다.<sup>135)</sup> 다만, 대통령령이나 부령에서 정하고 있는 각 법령의 행정처분기준이 법률의 규정을 그대로 되풀이하여 규정한 경우가 많은 바, 법률의 규정은 추상적, 일반적인 경우가 많으므로 가능한 범위 안에서 이를 세분화하여 행정처분기준을 세부적으로 나누고, 가중이나 감경기준도 지금보다는 세분화하도록 하는 연구가 필요하다.

## 2. 가중·감경 재량처분의 근거는 그대로 준치한다. 다만, 허용하는 경우에는 가중감경위원회의 심의·의결을 거치도록 한다.

국민에게 의무를 부과하거나 권리를 제한하는 침해적 행정처분의 기준은 반드시 법률주의를 전제하여야 한다. 처분권자의 재량의 여지를 남겨둘 경우 행정의 투명성과 신뢰성을 떨어뜨려 그 실효를 거둘

---

135) 박 인, 전계발표문, 26면.

수 없을 뿐 아니라 처분권자의 부조리를 조장할 수 있다는 점에서 이러한 규정이 있을 경우 반드시 정비하여야 할 것이다.

생각건대, 비록 부조리와 무관한 규정이라고 하더라도 처분기준을 무시하고 동 규정을 적용하여 처분기준을 가중 또는 감경하는 공무원은 없을 것이므로 동 규정은 삭제하는 것이 바람직하나. 그대로 존치하되, 가중감경위원회의 심의의결을 거치도록 하는 것이 바람직할 것이다.

### 3. 과징금 부과대상에서의 제외 여부는 과징금 처분기준에서 정하도록 정비한다.

과징금을 과하면 위반행위로 인한 불법적인 경제적 이익을 박탈당하기 때문에 사업자는 위반행위를 하더라도 아무런 경제적 수익을 얻을 수 없게 되므로 간접적으로 법령상의 의무에 대한 강제효과를 거둘 수 있다.

그러나 업무정지처분은 현행법상 행정처분기준상의 동일 호 또는 동일 목의 위반사항에 대하여 여러 횟수에 걸쳐 매번 과징금으로 대체되는 것이 이론상 가능하기 때문에 위반자에 따라서는 동일 호 또는 동일 목의 반복적 위반사항에 대하여 매번 금전으로 무마하는 것을 가능케 하여, 업무정지처분의 존재의의를 몰각시킬 가능성도 있다. 법령에 따라서는 동일 호 또는 동일 목의 위반사항의 횟수가 3차 이상의 위반인 경우에는 과징금 부과대상에서 제외한다고 규정하고 있는 사례가 있다. 그러나 이러한 입법례는 타당하지 않다. 그것은 과징금 부과대상에서의 제외여부는 과징금 처분기준에서 정할 사항이기 때문이다.

### 4. 신고의무위반에 대해서는 종국적으로 허가취소가 아니라 영업소 폐쇄 등의 조치를 취하도록 정비한다. 그리고 신고의무위반에 대한 과태료 부과시에는 반드시 금액의 상한선을 설정하도록 정비한다.

신고영업자의 법령준수의무 또는 성실의무를 담보하기 위하여 개별 행정법규에서는 신고영업자에 대한 제재적 행정처분 규정을 두고 있

다. 이러한 행정제재로는 통상적으로 영업정지, 영업소 폐쇄명령, 과징금, 과태료, 위반시설·설비·물품 등의 철거·폐기처분, 품목의 제조정지·금지명령 등의 수단이 사용되고 있다.

상당수의 법령에서 일정한 사항은 허가제로, 일정한 사항은 신고제로 규정하고 있는데, 현행 행정처분기준은 대부분 허가제 일변도로 규정되어 있어서 1차 처분과 2차 처분의 영업정지에 이어 3차 처분에서 대부분 허가취소를 규정하는 것이 보통이다.

그러나 신고영업은 허가와는 전혀 상이한 영업규제제도로서 허가취소가 맞지 아니하다. 따라서 신고영업을 종국적으로 계속하지 못하도록 하기 위해서는 허가취소가 아니라, 제조소 폐쇄나 수입금지 등으로 하여야 할 것이다.

그리고 신고의무위반에 대한 과태료 부과시에는 반드시 금액의 상한선을 설정하도록 정비한다.

5. 행정처분효과의 승계에 관한 규정은 행정처분기준이 아닌 직접 법률에서 명시적으로 규정하도록 정비한다.

행정처분기준 속에 행정처분효과의 승계에 관한 규정을 두는 입법례는 관광진흥법시행령 별표2, 가정폭력방지및피해자보호등에관한법률시행규칙 별표3, 공중위생관리법시행규칙 별표7, 노인복지법시행규칙 별표11, 소음·진동규제법시행규칙 별표23, 안마사에관한규칙 별표, 유해화학물질관리법시행규칙 별표5, 토양환경보전법시행규칙 별표 12 등 다수가 있다.

그러나 행정처분효과의 승계여부를 재량준칙인 행정처분기준에서 규정하는 것이 타당한 입법인가에 대해서는 논란이 있다.<sup>136)</sup>

본래 행정처분에 의한 지위의 승계(특정승계·포괄승계)를 인정할 것인가의 여부, 인정한다면 어느 범위에서 어떠한 절차로 인정할 것

136) 박중수, 『약사법령에 의한 행정처분기준의 개선방안 연구』(한국법제연구원, 2002), 139면.

인가의 문제는 당해 행정처분이 어떠한 요건을 판단하여 부여된 것인가에 따라 결정된다. 즉, 물적 요소만을 판단하여 부여한 행정처분에 대해서는 행정처분효과의 승계를 비교적 용이하게 인정할 수 있을 것이고, 반대로 인적 요소를 판단하여 부여한 행정처분이라면 그 일신전속성으로 말미암아 행정처분효과의 승계를 자유롭게 인정할 수 없을 것이다. 또한 승계를 어느 범위에서 어떤 절차에 따라 인정할 것인가의 문제도 당해 처분의 내용에 상응하여 개별적·구체적으로 판단하여야 할 사항이다. 따라서 당해 행정처분이 대물적 요소 외에 대인적 요소도 고려한 혼합적 성격의 것이라면 일률적으로 처분승계규정을 두는 것은 타당한 입법방식으로 볼 수 없을 뿐더러, 재량준칙으로서의 행정처분기준의 법규성 문제에 대해서도 찬반양론이 있음을 고려하면 재판규범으로서 기능될 가능성도 쉽게 기대할 수 없다는 점에서, 처분효과의 승계에 관한 규정은 행정처분기준에서 일률적으로 규정하는 것은 피하는 것이 타당하다는 견해가 타당하다고 본다.<sup>137)</sup>

행정처분효과의 승계에 관한 규정은 필요한 경우 직접 법률에서 명시적으로 규정하는 방법이 법치국가원리에 부합한 입법방식이라 할 수 있다.

그러한 입법례로는 사행행위 등 규제 및 처벌특례법 제23조에서 규정한 “행정처분의 승계”가 있다.

6. 행정소송결과 원고의 위법성은 인정되나 그 처분이 과하다고 판결된 사건에 대하여 행정청이 당해 행정소송의 원인이 된 처분을 일정한 정도(가령 2분의 1) 감경하여 재처분할 수 있는 근거 규정을 마련하도록 정비한다.

행정실무에서는 제재적 행정처분에 관한 행정소송사례에서 대부분의 판결은 행정처분기준에 의거한 처분임에도 불구하고 처분이 재량권을

137) 박종수, 전계연구보고서, 139면.

일탈·남용하여 과하다고 하여 행정청이 패소하는 사례가 많음을 볼 수 있다. 그러나 그러한 경우 외에도 일반적으로 행정소송 사례 중에 원고의 위법성이 인정됨에도 불구하고 여러 가지 정황에 비추어 원고에 대한 처분이 과하다 하여 법원이 행정청의 일부패소를 선언하는 경우가 있다. 이러한 경우에는 위법·부당한 처분으로 확정된 경우와는 달리 행정청에게 당해 사안에 대하여 새로이 처분을 하여야 할 필요성이 제기된다. 법령을 위반한 원고의 위법성은 상존하기 때문이다.

그러나 이러한 경우의 재처분에 관해서는 당해 법령에 마땅한 근거 법령이 없고, 감경하여 재처분하는 경우 어느 정도나 감경하여 처분하여야 하는지에 대한 기준이 없어 행정청으로서는 그 동안 처분을 유보하거나 일률적으로 포기하여 온 것이 사실이다. 이에 행정소송 결과 원고의 위법성은 인정되나 그 처분이 과하다고 판결된 사건에 대하여 행정청이 당해 행정소송의 원인이 된 처분을 일정한 정도 감하여 재처분할 수 있는 근거규정을 마련하는 것이 당해 법령의 실효성을 담보하기 위하여 반드시 필요하다고 본다.

이러한 입장에 서서 당초의 처분의 2분의 1을 감경하여 재처분하도록 하는 규정을 두어야 한다는 일부 견해도 있으나, 이러한 경우까지 처분기준에 두어야 할지 의문인 바, 행정청은 행정소송 등에서 당초 처분이 부당한 처분으로 판시되었다면 당해 판결의 취지에 따라 재처분을 하는 것은 상식에 속하고, 이 경우 처분기준은 당해 판결의 취지에 따라 결정하여야 할 것이므로 이를 일률적으로 반드시 2분의 1을 감경하여 재처분하도록 하는 것은 다소 문제가 있다고 생각된다.<sup>138)</sup> 그리고 일률적으로 2분의 1로 감경하여 처분하도록 하는 것은 논리적인 근거가 박약하고 자칫 다시금 경직된 행정을 초래할 수 있다는 위험을 안고 있다.<sup>139)</sup>

---

138) 박 인, 전계발표문, 26면.

139) 박종수, 전계토론문, 41면.



### Ⅲ. 개별기준의 정비지침

행정처분기준에서는 의무부과와 위반행위 및 그에 대한 행정처분의 법적 근거를 명확히 적시하여야 하는데, 현행 법령에 의한 행정처분 기준에서는 의무부과의 근거조항과 행정처분의 근거조항이 제대로 명시되어 있지 못하거나, 혼동하여 적시되는 부분이 적지 않은 것을 발견할 수 있다. 이는 곧 근거조항이 미비된 행정처분을 양산하게 되는 원인이 된다는 점에서 시급히 정비되어야 할 것이다.

#### 1. 위반행위란과 근거법령란을 정확하게 명시하도록 정비한다.

행정처분기준에서는 위반행위, 행정처분의 법적 근거 및 행정처분기준을 명확히 적시하여야 하는데, 현행 법령에 의한 행정처분기준에서는 위반행위의 근거조항과 행정처분의 법적 근거조항이 제대로 명시되지 못하거나 혼동하여 적시되는 부분이 있는 것을 발견할 수 있다. 이는 곧 근거조항이 미비된 행정처분을 양산하게 되는 원인이 되고 있다.

따라서 행정처분기준표의 위반사항란에는 의무부과에 관한 실체적 조항을 명시하고, 근거법령란에서는 행정처분의 직접적 근거조항을 명시하는 것이 타당하다.

#### 2. 경고처분의 법적 근거를 마련하도록 정비한다.

행정처분기준에 대한 제재처분의 일종으로서의 경고처분은 그 성격이 강학상의 경고(사실행위)와는 달리 당연히 행정처분이다. 따라서 이를 위해서는 상위법인 법률에 근거가 있어야 한다. 현행법에는 경고처분에 관한 법적 근거를 두지 않는 것들이 없지 않다. 물론 행정

법규들에서는 제재적 행정처분의 종류로서 경고처분을 업무정지나 허가취소 등과 같이 규정하는 사례들을 볼 수 있다.

행정처분기준에 제1차 처분으로서 경고처분을 하도록 규정하면서 법적 근거를 두고 있지 않다면 큰 문제가 아닐 수 없다.

### 3. 의무위반자별로 개별화하여 정비한다.

행정처분기준은 형식적인 측면에서 처분의 상대방별로 개별화하여 규율하여야 할 필요성이 요청된다.

각 법령에는 의무를 부담하는 주체가 있고 이들에 대해서 당해 법령에서 그에 특유한 의무를 부과하고 있다. 행정처분기준은 이들 주체 각각의 의무위반행위에 대한 행정처분의 기준을 정하여야 하는 것이다.

그런데 현행법령은 제정된 이래 지금까지 하나의 틀 속에서 여러 의무주체들에 대한 행정처분의 기준을 규정하고 있기 때문에 행정처분기준을 이해하기 어렵게 하는 문제점을 야기하고 있다. 이러한 체계 아래에서는 그때그때 법개정이 있을 때마다 필요에 따라 처분기준들을 덧붙여야 하기 때문에 집행하는 실무공무원들에게 있어서도 집행상의 비효율을 야기할 것이 예상된다.

이를 개선하기 위해서는 처분기준의 규율방식을 의무의반주체별로 나누어 규율하는 새로운 체계화가 요구된다. 이러한 의무주체별 체계화 정비방안은 현행 행정처분기준을 현대화하고 개선·발전시킬 수 있는 초석이 될 수 있을 것이다.

따라서 당해 법령에 의한 의무주체가 되는 상대방은 이로써 법적 안정성과 예측가능성을 가일층 확보할 수 있고, 행정주체로서도 처분기준을 근거법령과 정확히 부합시킬 수 있는 장점을 누릴 수 있게 될 것이다.

#### 4. 과징금 상한액을 실효성있게 정비한다.

과징금은 행정처분기준과 직접 관련되는 것은 아니지만 과징금이 현행법상 법령 위반에 대하여 영업정지처분에 갈음하여 위반자가 당해 위반행위로 얻은 경제적 이익을 박탈하도록 규정하고 있기 때문에 밀접한 관련성을 맺고 있다.

영업정지처분에 대하여 과징금처분은 대체적 관계에 있기 때문에 첫째, 과징금의 금액은 업무정지의 기간에 합리적으로 부합하여야 하며, 둘째, 과징금은 기본적으로 경제적 이익의 박탈에 다름 아니기 때문에 물가 등 외부적 경제상황이 변화하면 이를 반영하여 위반자에 대한 실효적 제재수단이 될 수 있도록 조정될 수 있어야 한다는 과제를 안고 있다. 이는 곧 과징금의 금액산정기준에 관한 문제이기도 하기 때문에 이에 관한 입법례를 분석하여 합리적인 상한액을 정비할 것이 요청된다.<sup>140)</sup>

과징금의 최고한도액이 가지는 의미는 영업정지 등의 최장기간을 정한 것과 마찬가지로이며 위반행위별 금액 등 구체적인 처분기준은 일선공무원들에게 집행상의 부담을 경감하고 처분 상대방에게 예측가능성을 부여한다는 의미를 가진다.

과징금은 원래 최고한도액에 제한이 없기 때문에 한도액의 결정은 당해 행정법규의 입법목적의 실효성의 관점에서 합리적으로 결정되기 마련인데, 탄력적인 운용 없이 동일한 금액을 수년간 고수하는 것은 실효적인 과징금제도의 운용에 비추어 볼 때 타당하지 않다고 본다.

적정한 과징금 상한은 과징금제도의 행정제재로서의 본래 성격을 회복하고, 단순히 금전으로 때운다는 발상에 따끔한 경종을 울리는 방법이어서 할 것이다.

140) 박종수, 전계연구보고서, 208면 참조.

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준  
정비방안

---

**제 1 부 경찰행정분야 행정처분기준 정비방안**

---

## 제 1 장 서 론

경찰행정은 대표적인 규제행정이며 대부분 경찰관련법률에서 정한 각종 규제를 위반한 경우 그 행위에 대한 법적 효과로써 형사 또는 행정적 제재를 과하도록 규정하고 있다. 형사적 제재에는 징역, 벌금, 구류 또는 과료 등 형법에서 규정하고 있는 형벌에 의한 제재가 있고, 행정적 제재에는 준 형사적 제재라고 할 수 있는 통고처분 및 과태료 처분과 각종 허가·특허의 취소 또는 정지 등 대표적 침해적 행정처분이 있다.

물론, 형사적·행정적 제재 중에서 규제행정의 실효성 확보를 위해서는 행정적 제재보다는 형사적 제재가 더 효과적이라고 할 수 있으나 규제행정의 목적이 행정질서 유지라는 공익적 견지에서 국민에게 일정한 의무를 부과하거나 권리를 제한한다는 점에서 이를 위반한 자를 당해 행정의 객체에서 배제하거나 제한하는 행정적 제재가 오히려 행정목적에 부합되는 경우가 적지 않을 것이다.

예를 들어, 운전면허가 생계수단인 사람과 단순 교통수단인 사람에게 있어 운전면허의 취소·정지라는 행정처분이 가지는 효과는 큰 차이를 보여주고 있다. 따라서 공익과 사익을 형량하여 형사적 제재와 행정적 제재를 효과적으로 운용한다면 행정처분의 실효성 확보 면에서도 바람직한 결과를 가져올 것으로 판단된다.

다만, 이 검토에서는 경찰 행정처분의 실태와 개선방안을 검토하고 있으므로 형사적 제재는 배제하고 행정적 제재에 국한하고, 경찰청 소관<sup>141)</sup>법률<sup>142)</sup> 중 경비업법, 도로교통법, 사격및사격장단속법, 사행행

141) 경찰청장은 국무위원은 아니므로 형식적 법률소관 부처는 경찰청의 상급기관인 행정자치부이지만 사실상 경찰청에서 법률의 운영 및 개·폐를 담당하고 있으므로 이 검토에서는 경찰청 소관법률이라고 칭한다.

142) '06. 8월말 현재 경찰청 소관 법률은 경범죄처벌법, 경비업법, 경찰공무원법, 경찰공제회법, 경찰관직무집행법, 경찰대학설치법, 경찰법, 경찰직무응원법, 대한민국

위등규제및처벌특례법, 총포·도검·화약류등단속법 등 형식적으로 행정처분 규정을 두고 있는 5개 법률에 대해서만 검토하고자 한다.

또한 경찰청 소관법률에서 규정한 각종 경찰하명, 허가·특허 및 그 취소·정지, 통지 등 다양한 행정처분의 종류 중에서 법률 조항에서 형식적으로 “행정처분”이라는 용어를 사용하고 있는 경찰허가 및 특허에 대한 취소·정지를 이 검토의 내용적 범위로 삼고자 한다. 물론 경찰공무원의 임명에 대한 면직처분은 특허의 철회라는 점에서 검토의 대상이 될 수 있으나 경찰조직 내부문제로 보아 제외한다.

형식적으로 행정처분 규정을 두고 있는 5개 법률에서 정한 처분의 기준과 범위를 기술해 보고 그 처분의 미비점 및 문제점과 정비방안을 도출해 보기로 한다.

---

재향경우회법, 도로교통법, 사격및사격장단속법, 사행행위등규제및처벌특례법, 유실물법, 자동차교통관리개선특별회계법, 전투경찰대설치법, 집회및시위에관한법률, 청원경찰법, 총포·도검·화약류등단속법, 풍속영업의규제에관한법률, 화염병사용등의 처벌에관한법률 등 총 20개 법률이다.

## 제 2 장 주요 국가의 경찰행정법령상의 행정처분기준 분석

일본, 독일, 미국 및 프랑스 등 주요 국가의 행정처분기준을 분석한다. 일본의 경우에는 우리나라와 마찬가지로 처분기준을 설정하도록 하고 있어 유사한 점이 많으나, 독일, 미국 및 프랑스 등의 경우에는 처분기준의 설정에 대해서는 법률에 특별한 규정이 없다.<sup>143)</sup>

일본의 경우에는 경비업법<sup>144)</sup>과 도로교통법<sup>145)</sup>에 대해서, 독일, 미국 및 프랑스 등에 대해서는 도로교통법상의 행정처분과 그에 대한 제재 및 제재기준에 대해 살펴보도록 한다.

### 제 1 절 일 본

#### I. 경비업법

##### 1. 경비업의 취소·정지

###### (1) 인정의 취소사유<sup>146)</sup>

- 허위 또는 부정한 방법으로 인정을 받거나 인정증의 유효기간을 갱신받은 경우
- 경비원 지도·교육책임자를 선임하지 못한 경우를 제외한 경비업 요건을 충족하지 못한 경우
- 정당한 사유없이 인정을 받은 날부터 6개월 이내에 영업을 개시하지 않거나 계속해서 6개월 이상 영업을 하지 않고 휴업하는 경우

143) 일본, 미국, 독일 프랑스의 민간경비 관련법제에 대해서는 김재광, 『민간경비 관련법제의 개선방안 연구』한국법제연구원, 2004 참조.

144) 일본의 경우에는 김재광, 전계연구보고서, 79-98면 참조.

145) 일본의 도로교통법에 대해서는 김재광 외, 『도로교통법 전문개정방안 연구』, 한국법제연구원, 2002, 139-160면 및 『도로교통법 시행령·시행규칙 전문개정방안 연구』, 한국법제연구원, 2004, 25-179면 참조

146) 일본 경비업법 제8조(인정의 취소)

- 3개월 이상 소재가 불명한 경우

(2) 인정의 정지사유<sup>147)</sup>

- 경비업자 또는 그 경비원이 경비업법, 경비업법에 근거한 명령 또는 도도부현 공안위원회규칙을 위반하거나 경비업무에 관한 다른 법률을 위반한 경우 또는 경비업무를 적절히 수행하는데 위해하다고 인정되는 경우
- 경비업자가 각종 규정을 위반하거나 경비업무에 위해한 종사자에 대하여 필요한 조치를 취하도록 한 공안위원회 지시를 위반한 경우

(2) 경비업법상 행정처분기준의 시사점

일본은 경비업에 대한 구체적인 행정처분기준을 두지 않고 포괄적인 기준을 두고 있어 이를 집행하는 공안위원회에 처분의 재량과 권한을 주고 있다. 물론, 경찰권 자체가 투명하게 집행되고 있다고는 하지만 경비업법령 및 도도부현 공안위원회의 경비업법시행세칙을 검토한 바에 의하면 우리나라의 행정처분 관련 법령에 비해 다소 미흡하다는 보여진다.

## II. 도로교통법

### 1. 지정자동차교습소<sup>148)</sup>의 행정처분<sup>149)</sup>

(1) 행정처분 사유

- 교습소를 관리하는 자가 운전기능 및 지식에 관한 교습을 교습지도원 이외의 자에게 하도록 한 때

---

147) 일본 경비업법 제49조(영업의 정지 등)에 규정되어 있으며 사유에 해당되는 경우 6월 이하의 영업정지처분을 받는다.

148) 우리나라의 자동차운전전문학원에 해당하는 일본의 자동차운전학원

149) 일본 도로교통법 제100조(지정자동차교습소의 지정의 취소 등)



- 교습소를 관리하는 자가 당해 교습소의 직원이 공안위원회의 교습소 직원에 대한 강습을 받게 하지 않은 때
- 교습소를 관리하는 자가 기능검정원에게 교습이 종료하지 않은 자를 기능검정을 하게 하거나 기능검정원이 아닌 자에게 기능검정을 하게 한 때
- 지정자동차교습소가 교습이 종료되지 않은 자 또는 교습을 받지 않은 자에게 졸업증명서 또는 수료증명서를 발행한 때
- 지정자동차교습소를 설치하거나 관리하는 자가 공안위원회의 당해 교습소에 대한 지도·감독에 필요한 명령을 위반한 때
- 졸업증명서 또는 수료증명서 발행금지 처분을 받은 지정자동차교습소가 처분기간 중에 졸업증명서 또는 수료증명서를 발행한 때

## (2) 처분기준

지정자동차교습소가 행정처분 사유에 해당된 때에는 지정을 취소하거나 6월을 초과하지 않는 범위 내에서 졸업증명서 또는 수료증명서 발행을 금지할 수 있다.

## 2. 자동차운전면허의 행정처분

### (1) 면허의 취소·정지 사유<sup>150)</sup>

- 정신병 및 인지증에 해당하는 경우 면허취소. 다만 6개월 이내에 완치된다고 예상되는 경우에는 면허정지
- 눈이 볼 수 없거나 기타 자동차등의 안전운전에 장애를 줄 우려가 있는 신체장애가 있는 경우 면허취소. 다만, 조건을 붙이거나 변경하여 안전운전에 장애가 없거나 6개월 이내에 그 장애가 완치된다고 예상되는 경우에는 면허정지

---

150) 일본 도로교통법 제103조 및 동법시행령 제38조에 규정

- 알콜, 마약, 대마, 아편 또는 각성체에 중독된 경우 면허취소. 6개월 이내에 중독이 치료된다고 예상되는 경우에는 면허정지
- 정신병 등으로 운전 적성검사 또는 진단서를 제출하도록 한 명령에 위반한 경우에는 면허정지. 다만 명령을 위반하여 정지처분을 받은 자가 또다시 같은 명령에 위반한 경우 면허취소.
- 위반행위를 하여 당해 위반행위에 따른 누적벌점이 표-4에 해당하는 경우 면허취소 또는 정지
- 고의로 도로 외 치사상죄를 범하거나 알콜 또는 약물의 영향으로 정상적인 운전을 할 수 없는 상태에서의 운전으로 사람을 다치거나 죽게(위험운전치사상죄)한 경우 면허취소
- 중대위반행위교사 등으로 주취운전 등 벌점이 25점인 위반행위에 관계된 경우 면허취소
- 자동차 운전에 지장을 줄 우려가 있는 질병이 있는 경우 면허정지

(2) 면허의 가정지 사유<sup>151)</sup>

- 교통사고를 야기하여 사람을 사망 또는 부상케 하고 사상자를 구호하는 등 필요한 조치를 취하지 아니한 때
- 만취, 과로, 마약 및 약물복용 등으로 정상적인 운전을 할 수 없는 자가 운전하거나 무면허운전으로 교통사고를 야기하여 사람을 사망 또는 부상케 한 때
- 주취·과로운전 과속·과적, 신호위반, 통행구분위반, 앞지르기위반, 철도건널목 통행방법위반, 서행위반, 교차로통행방법 위반 등의 사유로 교통사고를 야기하여 사람을 사망케 한 때

---

151) 일본 도로교통법 제103조의2(면허효력의 가정지)에서 규정하고 있으며 사고를 야기한 날부터 30일간 면허의 효력을 정지할 수 있다

## (3) 벌점의 관리

- 벌점은 위반행위를 한 날부터 기산하여 과거 3년간의 기초점수(표-1), 사고야기벌점(표-2) 및 조치불이행 벌점(표-3)을 모두 합한 점수를 말한다.
- 다음의 경우에는 그 이전의 법규위반 및 교통사고로 인한 벌점을 합산하지 않는다.
  - 과거 1년 이상 무위반, 무사고인 경우. 운전이 가능한 기간을 말하고, 행정처분을 받은 경우에는 행정처분 종료일부터 1년 이상 무위반, 무사고에 한한다.
  - 과거 2년 이상 무위반이었으나 그 후 3점 이하의 벌점에 해당하는 위반행위를 한 경우에는 위반한 날부터 3개월간 무위반인 경우
  - 위반자 강습을 받은 경우

【표 3】 교통법규 위반행위별 기초벌점

위반행위종별	벌점
주취운전, 마약등 운전 또는 공동위험행위	25
음주(0.25% 이상)무면허운전	23
음주(0.25% 미만)무면허운전	20
무면허 또는 음주(0.25% 이상)속도초과(50km/h 이상)	19
음주(0.25% 이상)속도초과(30<고속도로40> 이상 50km/h 미만)	16
음주(0.25% 이상)속도초과(25 이상 30km/h<고속도로40> 미만)	15
음주(0.25% 이상)속도초과(25km/h 미만)	14
음주(0.25% 이상)운전, 과로 또는 음주(0.25% 미만)속도초과(50km/h 이상)	13
대형차량무자격운전, 가면허운전위반 또는 속도초과(50km/h 이상)	12
음주(0.25% 미만)속도초과(30<고속도로40> 이상 50km/h 미만)	9
음주(0.25% 미만)속도초과(25 이상 30km/h<고속도로40> 미만)	8
음주(0.25% 미만)속도초과(25km/h 미만)	7
속도초과(30<고속도로40> 이상 50km/h 미만), 적재초과(대형 10할 이상), 음주(0.25% 미만)운전, 무검사차량운전 또는 무보험차량운전	6
경찰관현장지시위반, 통행금지위반, 신호위반, 보행자도로서행위반, 통행구분위반, 보행자측면안전거리미확보, 속도초과(20 이상 25km/h 미만), 급브레이크금지위반, 횡단금지위반, 앞지르기위반, 노면전차후방정차위	2

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

반, 철길건널목부정지, 차단철길건널목 출입, 선순위차통행방해, 교차로 안전운행위반, 보행자 횡단방해, 서행위반, 일시정지위반, 주정차금지장소 주정차위반, 방치주차위반, 적재초과(대형 5할 이상 10할 미만), 정비불량, 안전운전의무위반, 유아등통행방해, 안전지대서행위반, 소음운전, 휴대폰사용 위험야기, 소음기불비, 대형이윤차승차방법위반, 고속도로 조치명령위반, 본선차량 횡단금지위반, 고속도로 운전자 준수의무위반, 면허조건위반, 번호판표시의무위반, 도로상 장시간 주차	
혼잡완화조치위반, 통행허가조건위반, 통행대위반, 노선버스운전통행대위반, 궤도내통행, 속도초과(20km/h 미만), 도로의 좌우회전위반, 도로외 좌우회전신호차량방해, 지정횡단금지위반, 차량거리미확보, 진로변경금지위반, 승합차출발방해, 새치기, 교차로 좌우회전방법위반, 교차로 좌우회전신호차량방해, 지정 통행구분위반, 교차로 우선차방해, 긴급차방해, 주차금지장소 주정차위반, 교차로 진입금지위반, 무등화, 감광의무위반, 신호불이행, 신호제한위반, 경음기사용의무위반, 승차적재방법위반, 정원초과, 적재초과(보통 5할 미만), 적재물 크기제한 초과, 적재방법제한초과, 제한외 허가조건위반, 견인위반, 원동기견인위반, 정비불량, 낙화방지의무위반, 안전운전불이행(도어개방 등), 정지조치의무위반, 초보운전자보호의무위반, 휴대전화사용, 좌석안전띠착용위반, 안전모착용위반, 초보운전자표시의무위반, 최저속도위반, 본선차량통행방해, 본선긴급차방해, 본선차도출입방법위반, 고장차표시위반, 가면허표시위반	1

【표 4】 교통사고에 따른 벌점

사고의 종류	사고야기자의 중과실 벌점	사고야기자의 경과실 벌점
사망사고	20	13
중상사고(진단 3월 이상)	13	9
중상사고(진단 30일 이상 3월 미만)	9	6
경상사고(진단 15일 이상 30일 미만)	6	4
경상사고(진단 15일 미만)	3	2
건조물 손괴	3	2

【표 5】 교통사고 야기 후 조치불이행에 따른 벌점

조치의무위반의 종류	벌점
사상사고의 구호조치 의무위반	23
재물손괴의 위험방지조치 의무위반	5

【표 6】 운전면허 취소정지의 기준 별점

과거3년 이내 운전면허 정지처분회수	면허정지 (30~180일)	면허취소			
		결격기간1년 (면허취소 경력자 3년)	결격기간2년 (면허취소 경력자 4년)	결격기간3년 (면허취소 경력자 5년)	결격기간5년
0	6-14점	15-24점	25-34점	35-44점	45점 이상
1	4-9점	10-19점	20-29점	30-39점	40점 이상
2	2-4점	5-14점	15-24점	25-34점	35점 이상
3회이상	2-3점	4-9점	10-19점	20-29점	30점 이상

- 주) 1. 면허취소 경력자는 과거의 위반행위와 중대위반행위 교사 또는 도로외치사상으로 면허가 취소·거부 또는 6월을 초과한 정지처분을 받은 경력을 말한다.
- 주) 2. 위반자가 강습을 받은 경우에는 그 후의 위반벌점과 합산되지 않고 경력에도 포함되지 않는다. 강습을 받지 않으면 처분을 받게 되고 그 이후 위반행위가 있는 경우 30일의 가중처분을 받게 된다.

【표 7】 운전면허 정지처분기준

정지처분전력 (과거 3년)	0			1			2			3회 이상			
										3		4회 이상	
누적점수(점)	6~8	9~11	12~14	4·5	6·7	8·9	2	3	4	2	3	2	3
정지기간(일)	30	60	90	60	90	120	90	120	150	120	150	150	180

### 3. 도로교통법상 행정처분기준의 시사점

#### (1) 자동차운전학원의 행정처분기준

##### 1) 행정처분의 간소화 규정

자동차운전학원의 학원운영 및 시설기준 등에 대하여 구체적으로 위반사항을 적시하고 행정처분기준을 마련하고 있는 우리나라와 달리 일본의 자동차운전학원에 대한 행정처분제도는 지나칠 정도로 간략하게 규정되어 있어<sup>152)</sup> 우리와 비교해 볼 때 시사하는 바가 크다.

152) 경찰청 또는 도도부현 경찰청의 훈령이나 예규로 정하여 규제하고 있는지는 알

## 2) 자동차운전학원에 대한 규제최소화

우선 자동차운전학원에 대한 규제가 최소화되어 있다는 점이다. 학원의 운영을 위한 최소한의 규제만 규정하고 있고 처분의 기준도 등록의 취소 또는 졸업증명서 등의 발급중단만 규정하고 있어 비록 위반행위를 하더라도 학원의 영업분야는 보장해 주고 있는 것으로 보여진다.

특히, 학원의 인적 기준 이외에 시설 기준을 규제하는 규정이 없어 학원의 시설 등 교육환경은 시장의 원리에 맡기는 것으로 보여진다.

### (2) 자동차운전면허의 행정처분기준

#### 1) 운전면허에 대한 행정처분기준의 복잡화

자동차운전학원에 대한 행정처분기준이 간략하게 규정된 반면, 운전면허에 대한 행정처분기준은 우리나라에 비해 복잡하게 규정되어 있고 구체적으로 규정되어 있어 학원의 행정처분제도와 대조를 이룬다.

#### 2) 위반행위에 대한 벌점부과 기준의 다양성

위반행위에 대한 벌점부과 기준이 위반의 경중, 위반장소 및 위반자의 상습성에 따라 다양하게 규정하고 있어 일원적으로 벌점을 부과하는 우리나라의 기준에 비해 합리적이라고 할 수 있다.

#### 3) 면허에 대한 假정지 제도

또한 면허에 대한 假정지 제도를 두어 교통사고로 사람을 사상케 하여 운전면허 행정처분이 확실한 자에 대하여 이를 활용함으로써 행정처분의 실효성을 확보하는 수단으로 유용할 것으로 판단된다.

---

수 없었으나 훈령사항도 법령에 규정하는 일본의 입법정책을 고려할 경우 더 이상의 자동차운전학원에 대한 행정처분 제도는 없는 것으로 보아진다.

4) 벌점초과에 의한 운전면허 취소처분기준의 운전면허취득 결격기간과 연계

특히 벌점초과에 의한 운전면허 취소처분기준이 운전면허취득 결격기간과 연계하여 위반행위의 경중, 교통사고 결과의 경중 등에 따라 운전면허의 취소는 동일하되 그에 따른 결격기간을 달리함으로써 중한 위반행위, 중한 교통사고결과를 예방하는 기능을 담당하고 있는 것으로 보여진다.

## 제 2 절 독 일

독일 도로교통법<sup>153)</sup>은 총 7장 65개조로 구성되어 있는데, 구체적으로는 교통규정, 책임, 벌금 및 범칙금규정, 중앙교통등록소, 차량등록, 운전면허증등록, 공동규정 및 경과규정 등에 관하여 규정하고 있다. 이 중 제재적 행정처분기준은 운전면허의 취소(제3조) 및 제3장 벌금 및 범칙금규정(제21조-제27조)에 나타나 있다.<sup>154)</sup>

### I. 위반행위의 종류와 제재

#### 1. 질서위반행위

##### (1) 교통질서위반(제24조)

제6조 제1항 또는 제6e조 제1항의 규정에 근거하여 발하여진 법규 명령 또는 이러한 법규명령에 근거하여 발하여진 명령을 고의 또는

153) Straßenverkehrsgesetz(StVG), Geltung ab 01. 01. 1964, neugefasst durch Bek. v. 5. 3. 2003 I 310, 919; zuletzt geändert durch Art. 1 G v. 14. 8. 2005 I 2412.

154) 김남철, “독일 경찰행정분야 행정처분기준의 현황과 시사점” 『경찰행정분야 행정처분기준의 법적 과제』, 한국법제연구원 워크숍 자료집 2006. 5. 26, 40면 ; 김재광 외, 『도로교통법 전문개정방안 연구』, 한국법제연구원, 2002, 62-112면 및 김재광 외, 『도로교통법 시행령·시행규칙 전문개정방안 연구』, 한국법제연구원, 2004, 25-179면 참조.

과실로 위반하는 행위는 법규명령이 특정한 구성요건에 대하여 이 범칙금규정을 지시하고 있는 한, 질서위반행위이다. 이와 같은 규정의 지시는 법규명령의 규정이 1969년 1월 1일 이전에 발령된 것인 경우에는 요구되지 아니한다. 질서위반행위에 대해서는 범칙금이 부과될 수 있다.

## (2) 음주운전

① 도로에서 호흡알콜농도 0.25 mg/l 이상 또는 혈중알콜농도 0.05%(한계(0,5 Promille<sup>155</sup>) 이상 또는 신체에 이와 같은 호흡 및 혈중 알콜농도에 이를 정도의 알콜을 가진 상태로 운전한 자는 질서위반에 해당한다(제24a조제1항).

② 이 규정에 대한 별첨(Anlage)에 규정된 취하게 하는 물질의 약효 하에서 도로에서 운전한 자는 질서위반에 해당한다. 이 별첨에 규정된 물질이 혈액에서 증명되는 경우에는, 이와 같은 약효 하에 있는 것이다. 이러한 물질이 구체적인 질병에 대하여 처방된 약품을 합법적으로 복용한 결과로부터 비롯된 것인 경우에는 제1문을 적용하지 아니한다(제2항).

③ 과실로 행위한 경우에도 질서위반에 해당된다(제3항).

④ 질서위반에 대해서는 1500 유로 이하의 범칙금이 부과될 수 있다(제4항).

⑤ 도로교통의 안전이라는 관점에서 학문적 인식에 따라 필요한 경우에는, 교통, 건축 및 주택을 담당하는 연방 행정부는 연방보건부 및 연방법무부와의 협의를 거치고 연방 상원의 동의를 얻어 법규명령을 통하여 이 규정에 대한 별첨에 규정된 취하게 하는 물질의 목록을 변

---

<sup>155</sup>) Promille는 천분율로서 천분의 1을 의미한다.



경하거나 보충할 수 있다(제5항).

(3) 변호관의 생산, 판매 및 교부에 대한 증거불충분(제24b조)

① 제6조 제1항 제8호의 규정에 근거하여 발하여진 법규명령 또는 이러한 법규명령에 근거하여 발하여진 실행가능한 명령을 고의 또는 과실로 위반하는 행위는, 법규명령이 특정한 구성요건에 대하여 이 범칙금규정을 지시하고 있는 한, 질서위반행위이다.

② 질서위반에 대해서는 2500 유로 이하의 범칙금이 부과될 수 있다.

(4) 운행금지(제25조)

① 제24조의 질서위반으로서 차량운행자의 의무를 난폭하게 또는 지속적으로 침해하는 자에 대하여 범칙금이 부과되는 경우에 행정관청이나 법원은 범칙금을 결정하면서 1월 이상 3월 이하의 기간 동안 차량운행을 금지할 수 있다. 제24a조의 질서위반에 대하여 범칙금이 부과되는 경우에도 통상 운행금지를 명할 수 있다(제1항).

② 운행금지는 범칙금결정의 효력과 더불어 유효하다. 그 기간 동안 독일 관청에서 발급된 국내 및 국제운전면허증은 관청에서 보관한다. 이는 면허증의 소유자가 국내에 통상적인 거주지가 있는 한, 면허증이 유럽연합회원국 또는 다른 유럽경제공동체의 협의국의 관청에서 발급된 경우에도 적용된다. 면허증을 자발적으로 제출하지 아니하는 경우에는 이를 압수할 수 있다(제2항).

③ 질서위반 이전 2년 동안 운행금지로 처벌받은 바 없고 또 범칙금결정에 이르기 까지 운행금지로 처벌되지 않은 경우에는, 행정관청이나 법원은, 제2항 제1문과 다르게, 운행금지는 범칙금결정의 효력이 발생한 이후에, 그러나 늦어도 효력발생 후 4개월이 경과하기 이전에, 면허증이 관청에 보관되었을 때 비로소 효력을 발생한다고 결정한다.

계속하여 운행금지로 처벌되는 경우에, 운행금지기간은 범칙금결정의 효력에 순차적으로 이어서 계산된다(제2a항).

④ 제2항 제3문에 규정된 것과는 다른 외국운전면허증의 경우에는 운행금지를 기입하여 둔다. 이를 위하여 면허증을 압수할 수 있다(제3항).

⑤ 제2항 제4문 또는 제3항 제2문에 있어서 면허증이 관계자에게서 발견되지 아니하는 경우에는, 관계자는 강제집행관청(질서위반에 관한 법률 제92조)의 신청으로 지방법원에서 면허증의 소재에 대하여 선서를 대신할 만한 보증을 하여야 한다. 민사소송법 제883조 제2항에서 제4항, 제899조, 제900조 제1항, 제4항, 제901조, 제902조, 제904조에서 제910조 및 제913조가 준용된다(제4항).

⑥ 운전면허증을 관청에서 보관하고 있거나 또는 운행금지를 외국 운전면허증에 기입하는 경우에는, 이러한 행위가 있는 날부터 금지기간을 계산한다. 범행자가 관청의 명령으로 일정 공공시설에 보호되고 있던 기간은 금지기간에 계산하지 아니한다(제5항).

⑦ 임시 면허증취소(형사소송법 제111a조)의 기간은 운행금지기간에 산입한다. 그러나 이를 산입하는 것이 질서위반행위 이후 관계자의 태도에 비추어 볼 때 정당하지 아니한 경우에는 이의 산입의 전부 또는 일부를 중지할 수 있다. 임시 면허증취소는 면허증의 보관, 예치 또는 압수(형사소송법 제94조)와 같다(제6항).

⑧ 제1항의 운행금지가 형사절차에서 명하여진 경우(질서위반에 관한 법률 제82조), 보관, 예치 또는 압수된 면허증의 반환은, 관계인이 이의를 제기하지 아니 하는 한, 연기될 수 있다. 이 때 판결이후의 기간은 축소됨이 없이 운행금지에 산입된다(제7항).

⑨ 제2항 또는 제2a항 제1문의 운행금지의 효력의 시점에 관하여 그리고 제5항 제1문의 금지기간의 시작에 관하여 범칙금결정의 송달 시 또는 그 고지에 이어 알려주어야 한다(제8항).

(5) 차량소지자의 비용부담의무(제25a조)

① 정지 및 주차위반으로 인한 범칙금절차에서 공소시효가 시작되기 이전에 이를 행한 자동차운행자를 조사할 수 없거나 또는 그에 대한 수사에 상당한 비용이 요구되는 경우에는 차량소지자 또는 그 대리인에게 절차에 소요되는 비용이 부과된다; 차량소지자 또는 그 대리인은 또한 자신의 비용을 부담하여야 한다. 차량소지자 또는 그 대리인에게 비용을 부담시키는 것이 허용되지 아니하는 경우에는 제1항의 결정은 제외한다(제1항).

② 비용결정은 절차를 종료하는 결정과 함께 행한다; 결정 이전에 비용을 부담하게 될 자의 의견을 들어야 한다(제2항).

③ 행정청 또는 검찰의 비용결정에 대하여는 결정송부 후 2주 이내에 법원의 결정을 신청할 수 있다. 질서위반에 관한 법률 제62조 제2항이 준용된다; 검찰의 비용결정에 대하여는 질서위반에 관한 법률 제50조 제2항, 제52조도 준용된다. 법원의 비용결정은 취소할 수 없다(제3항).

6. 범칙금목록(제26a조)

① 교통, 건축 및 주택을 담당하는 연방행정부는 연방 상원의 동의를 얻어 법규명령으로 다음을 규정할 수 있다(제1항);

1. 제24조의 질서위반에 대한 계고의 교부(질서위반에 관한 법률 제56조),

2. 제24조 및 제24a조의 질서위반에 대한 범칙금에 관한 비율,
3. 제25조의 운행금지명령.

② 제1항에 의한 규정은 질서위반의 의미를 고려하여 어떠한 경우에 어떠한 요건 하에 어느 정도로 계고금이 부과되고 범칙금이 확정되며 어느 정도의 기간 동안 운행금지를 명하여야 하는지를 정한다(제2항).

#### (7) 독일의 형법상 관련내용

이 외에도 독일의 형법은 도로교통과 관련된 다수의 벌칙규정을 포함하고 있는데, 그 내용은 다음과 같다.

1. 법원의 판결에 의한 운전금지(제44조)
2. 법원의 판결에 의한 운전면허의 취소(제69조)
3. 운전면허 교부의 중지(제69a조)
4. 외국 운전면허 취소의 효력(제69b조)
5. 교통사고 현장에서 허용되지 않은 이탈(제142조)
6. 도로교통에 대한 위험한 침해행위(제315b조)
7. 도로교통에 대한 위해 발생행위(제315c조)
8. 궤도에 의한 도로교통(제315d조)
9. 주취 및 약물복용(제316조)
10. 만취(제323a조)

#### 2. 과태료(Bussgeld)

독일 도로교통법제하에서 대부분의 위반행위에 대해서는 과태료가 부과된다. 이에 따라서 과태료를 부과하기 위한 규정은 도로교통법제의 다양한 영역에 산재하고 있다. 도로교통법상 상습적인 위반행위에 대해서는 과태료를 부과함에 있어서 가중된 비율이 적용되기도 하며,

이러한 내용은 경고조치규정, 질서위반행위에 대한 과태료부과규정 등에 다양하게 분포하고 있다.<sup>156)</sup>

### (1) 형벌과의 구별

독일에서는 1969년에 당시까지 형벌의 부과대상이었던 질서위반행위를 대폭 과태료의 부과대상으로 전환하는 비형벌화(Entkriminalisierung)의 과정을 거치게 된다. 따라서 현재 독일의 과태료의 부과 및 집행에 관한 모든 절차는 다른 법령에 특별한 규정이 없는 한 질서위반법(Ordnungswidrigkeitsgesetz)에 의하도록 하고 있다.<sup>157)</sup>

질서위반법 제1조 제1항에 의하여 질서위반행위란 “과태료 부과 대상이 되는 구성요건에 해당하는 위법·비난가능성이 있는 행위이다”라고 규정하고 있다. 따라서 과태료의 부과대상인 질서위반행위는 형벌과는 달리 사회윤리적으로 허용되지 않는 불법행위와 구별된다. 질서위반행위에 대하여 과태료를 부과하는 것은 이를 통하여 행위자가 장래에는 법령상의 금지나 명령에 위반하지 않도록 하여 특정한 질서를 유지하기 위함이다.

이러한 취지에서 질서위반법은 사회윤리적으로 허용되지 않는 범죄행위로서 “죄책” 또는 “불법”이라는 표현대신에 “비난가능성” 또는 “허용되지 않는”이라는 용어를 사용하고 있다.

### (2) 법적 근거

#### 1) 위임의 근거와 합헌성

질서위반행위에 대하여 과태료를 부과할 수 있는 법적 근거는 연방도로교통법 제24조이다. 이에 따르면 이 법 제6조 제1항에 터잡은 법

156) 김재광 외, 『도로교통법 시행령·시행규칙 전문개정방안 연구』, 한국법제연구원, 2004, 55면 이하 참조.

157) 독일의 질서위반법에 대해서는 조병선, 『질서위반법』, 한국형사정책연구원, 1991 참조.

규명령 또는 이 명령에 의하여 발하여진 하명을 고의 또는 과실로 위반하는 것을 질서위반행위에 해당하는 것으로 규정하고 있다(제1항).

여기에서 말하는 법규명령이란 바로 도로교통령(Strassenverkehrsordnung, StVO)이며, 도로교통령 49조에는 상세한 위반행위의 유형이 적시되고 있다. 또한 질서위반행위에 대해서는 이미 언급한 바와 같이 과태료가 부과된다(제2항). 법기술상으로는 이 규정에 의하여 직접 질서위반행위의 구성요건과 그에 따르는 과태료부과의 구체적인 기준이 정하여지지 않고 이와 관련되는 내용은 비로소 도로교통령에 의하여 상세히 정해진다.

따라서 일부의 견해는 이 규정이 이른바 백지규범(Blankettgesetz)에 해당한다고 보고 그 위헌성을 지적하기도 하지만, 제6조 제1항에 의하여 그 위임의 근거가 충분하고 명백하게 마련되고 있으므로 독일의 연방헌재는 당해 규정에 대하여 이미 합헌결정을 내린 바 있다(BVerfGE 14, 187, 245).

## 2) 고의 또는 과실

위반행위는 행위자의 고의 또는 과실을 요하지만 과태료부과처분에 반드시 행위자의 주관적 요소가 적시되는 것은 아니다. 그러나 일반적으로 행위자의 위반행위가 있을 때 과실이 있는 것으로 추정되며 법원에서의 소송 중에 행위자의 고의에 의한 위반행위를 인정하기 위해서는 특별한 소명이 필요하다.

위반행위의 행위자를 결정하기 위해서는 법규범의 受信人(Normadressat)이 누구인지 확인하는 것이 중요하다. 예를 들어 자동차를 실제로 운전하지 않는 자에게는 법규상 오로지 자동차의 운전자가 단독 혹은 합동으로 위반할 수 있는 행위에 대하여 과태료의 책임을 물을 수 없다. 또한 자동차의 소유자는 도로교통령 제30조 제3항에 의하여 일요일에는 차량운행의 금지의무가 부과되고 있으나, 이에 대한 위반이 있을 경우

정확한 증거 없이 차량의 소유자가 의무에 위반한 것으로 단정해서는 아니 된다.

반면에 위반행위는 반드시 작위로 인하여 이루어질 필요는 없으며 의무에 위반한 부작용을 통하여 행하여 질 수도 있다. 흔히 문제가 되는 것은 동승자의 책임문제이다. 원칙적으로 동승자는 자신이 평소 잘 알고 신뢰하는 운전자의 운전행위를 감독할 의무는 없다. 그러나 동승자는 운전자가 운행 중 위반행위를 인지한 경우에는 이에 개입할 의무가 있다(도로교통령 제23조).

또한 차량의 일반승객이나 관용차를 이용하는 상급자는 운전자의 중대한 위반행위가 있는 경우를 제외하고는 원칙적으로 운전자의 운전행태에 대한 어떠한 지시를 할 법적 의무를 지고 있지 아니하다.

### 3) 과태료의 산정

과태료의 액수에 관하여 도로교통법 제24조는 어떠한 상한도 규정하고 있지 않기 때문에, 이 문제는 전적으로 질서위반법이 규정하는 바에 의하여 이루어진다. 여기에 따르면 과태료의 액수는 행위자에게 과실이 있는 경우 5에서 500유로까지, 고의가 있는 경우에는 1000유로를 상한으로 하며, 어떠한 경우에도 1000유로를 상회할 수 없다.

과태료 액수의 산정은 질서위반법제17조 제3항에 따라서 행위자의 고의, 과실과 같은 주관적 요소와 더불어 전체적으로 행위자의 비난가능성을 기초로 하여 위반행위의 경중 등을 고려한다. 관할행정청은 과태료의 산정에 있어서 상당한 정도의 재량권을 가지고 있으며, 불복절차가 개시된 경우 법원은 통상적으로 과태료 액수의 적법여부를 심사하지 않고 법원의 재량권 행사가 법적 한계를 일탈 또는 남용하였는지의 여부에 대해서만 심사한다. 위반행위의 재발방지를 위한 교육적 요소 등은 과태료의 강제집행과정에서 고려될 수 있을 뿐이다.

통상적으로 관할 행정청은 과태료의 부과액수에 대하여 내부적인 지침이나 행정규칙을 가지고 있는데, 판례에 따르면 소송과정에서 법원은 이러한 행정규칙 등을 반드시 고려하여야 하는 것은 아닌 것으로 본다. 다시 말하자면 과태료부과의 기준이 되는 내부적인 행정규칙은 오랜 간의 적용과정을 통하여 상당한 정도의 타당성을 가지는 경우 유사 또는 동일한 사안에 대하여 동일 또는 유사한 취급을 정당화 할 수 있을 뿐이다.

과태료의 액수를 결정함에 있어서 행위자의 고의와 과실과 같은 주관적인 요소와 함께 위반행위가 도로교통에 미치는 영향, 위반행위가 발생한 정황 등도 고려되어야 한다. 또한 행위자의 과거의 위반행위도 문제가 되는 당해 행위와의 연관성이 인정되는 경우에는 과태료의 액수를 결정함에 있어서 참고사항이 될 수 있다. 원칙적으로 交通中央原簿(Verkehrszentralregister, VZR)에 기록된 벌점은 과태료 부과액수를 결정함에 있어서 고려사항은 아니지만, 누적된 벌점과 새로운 위반행위간에 상승성을 가지는 경우에는 역시 과태료액수의 수준을 결정하는데 영향을 미칠 수 있다.

#### 4) 형벌과 과태료의 경합

일정한 위반행위에 대하여 형벌이 가해지는 경우에는 동일한 위반행위에 과태료를 부과할 수 없는 것이 원칙이다. 이러한 의미에서 과태료는 형벌에 대하여 보충성을 가지는 것으로 이해할 수 있다.

#### (3) 위반행위와 과태료의 유형(도로교통령 제49조)

이미 언급한 바와 같이 고의 또는 과실로 연방도로법 제24조에서 규정하는 과태료의 부과대상이 되는 위반행위의 유형은 매우 다양하며, 이는 도로교통령 제49조 제1항, 제2항, 제3항, 제4항에서 매우 구체적으로 규정되고 있다. 그 개별위반행위의 유형은 다음과 같다.



제1항의 내용은 다음과 같다.

1. 도로교통령(이하 도로교통령 생략) 제1조 제2항에 의한 도로교통상의 일반적인 수칙 위반행위
2. 제2조에 의한 자동차의 도로사용 위반행위
3. 제3조에 의한 속도 위반행위
4. 제4조에 의한 거리규정 위반행위
5. 제5조 제1항 내지 제4a조, 제5항 제2문, 제6항 또는 제7항에 의한 추월금지 위반행위
6. 제6조에 의한 우회위반행위
7. 제7조 제5항에 의한 차선변경 위반행위
8. 제8조에 의한 우선통행 위반행위
9. 제9조 제1항, 제2항 제1문, 제4문 또는 제5문, 제3항 내지 제5항에 의한 회전, 후진에 대한 위반행위
- 9a. 제9조에 의한 교차로진입 위반행위
10. 제10조에 의한 진입이나 출발 위반행위
11. 제11조 제1항 또는 제2항에 의한 특별한 교통규칙 위반행위
12. 제12조 제1항 등에 의한 주·정차 위반행위
13. 제13조 제1항 또는 제2항에 의한 주차시간표, 주차증표 등의 위반행위
14. 제14조에 의한 승·하차시 주의의무 위반행위
15. 제15조에 의한 休車 위반행위
- 15a. 제15a조에 의한 견인규정 위반행위
16. 제16조에 의한 警告燈 點燈 위반행위
17. 제17조에 의한 조명 등 위반행위
18. 제18조 제1항 등에 의한 고속도로 이용 등의 위반행위
19. 제19조에 의한 횡단보도규칙 위반행위나 제20조에 의한 공중교통수단 및 스쿨버스에서의 규칙 위반행위

- 20. 제21조 제1항 등에 의한 여객운송규칙 위반행위
- 20a. 제21a조 제1항에 의한 안전띠 착용 위반행위
- 21. 제22조에 의한 적재규정 위반행위
- 22. 제23조에 의한 운전자의 기타 의무의 위반행위
- 23. 제24조 제1항에 의한 병원용 자동차 및 제24조 제2항에 의한 자동휠체어 운전위반행위
- 24. 제25조 제1항 내지 제4항에 의한 보행자위반행위, 제26조에 의한 횡단보도 위반행위, 제27조 제6항에 의한 교량통행 위반행위
- 25. 제30조 제1항 등에 의한 환경보호 위반행위, 제30조 제3항 등에 의한 일요일운행금지 위반행위
- 26. 제31조에 의한 운동경기 및 유희규칙 위반행위
- 27. 제32조에 의한 도로교통에 위반되는 물건의 준비작업, 제거, 표시에 대한 위반행위나 위험한 장비에 대한 효과적인 조치 등에 대한 위반행위
- 28. 제33조에 의한 도로교통의 침해행위
- 29. 제34조 제1항에 의한 교통사고 후속조치에 대한 위반행위, 특히 행위자가 사고 후 적정한 기간 대기는 하였으나 자신의 이름과 주소를 당해 장소에 남기지 않은 경우

제2항의 내용은 다음과 같다.

- 1. 단체로 주행하는 자들이 제27조 제5항에 규정에 의한 의무에 위반하는 행위
- 1a. 단체로 주행하는 자들이 타인의 도로교통을 방해하는 행위
- 2. 아동이나 청소년집단을 선도하는 자들이 아동 등에게 보행로를 이용하지 않도록 방치하는 행위
- 3. 동물을 소지한 자 또는 이들을 책임 있게 관리하는 자가 제28조 제1항에 의한 규칙에 위반하는 행위

4. 승마자 기타 가축을 다루는 자가 제28조 제2항에 규정된 교통규칙이나 명령에 위반하는 행위
5. 운전자가 제29조 제1항에 규정된 자동차경주규정에 위반하여 이에 참가한 행위
6. 제29조 제12항의 규정에 위반하여 행사를 실시하거나 그에 따르는 도로교통규칙 또는 부관에 위반하는 행위
7. 제29조 제3항의 규정에 위반하여 자동차나 기차를 운전하는 행위

제3항의 내용은 다음과 같다.

1. 제36조 제1항 내지 제4항에 의한 도로표지, 지시에 위반한 행위, 제5항 제4문에 의한 경찰관의 정차지시나 명령에 위반한 행위
2. 제37조에 의한 깜박이등의 사용규칙 위반행위
3. 제38조 제1항 제3문 등에 의한 청색등, 황색등과 경음기 사용규칙 위반행위, 제1항 제2문에 의하여 타 운전자에게 주행할 공간을 만들어주지 않은 행위
4. 41조에 위반하여 도로표지에 의하여 지시된 명령에 따르지 않은 행위
5. 제42조에 위반하여 추가표지판 등에 의하여 지시된 명령에 따르지 않은 행위
6. 제43조 제3항 등에 의하여 폐쇄된 도로를 주행하는 행위
7. 제45조 제4항에 의하여 통행이 금지 또는 제한된 도로를 주행하는 행위

제4항의 내용은 다음과 같다.

1. 제35조 제6항 등에 의한 청소차량, 도로보수차량에대한 금지명령에 위반한 행위, 도로의 청소에 위반한 행위
- 1a. 제36조 제6항에 의한 警告衣裳을 착용하지 않은 행위
2. 제35조 제8항에 의하여 공공의 안전이나 질서의 유지에 필요한 적절한 고려를 하지 아니하고 특별한 권리를 행사하는 행위

3. 제45조 제6항에 의한 지시를 받지 아니하거나 이를 준수하지 않은 행위 또는 표시등을 사용하지 않은 행위
4. 제46조 제3항에 의한 예외적 승인이나 허가에 부가된 부관 등을 이행하지 않는 행위
5. 제46조 제3항에 의한 지시판을 소지하지 않거나 행정청의 요청에도 불구하고 교부하지 않는 행위
6. 제48조에 의한 교통안전교육의 소환통지에 응하지 않는 행위
7. 제50조의 규정에 위반하여 헬고란트섬(Insel Helgoland)에서 자동차를 운행하거나 자전거를 주행하는 행위

#### (4) 질서위반행위의 확정

질서위반에 해당하는 행위는 사실관계에 의하여 법률상 특정한 구성요건에 해당함으로써 다른 사건과 명백하게 구별되는 사안이다. 이러한 질서위반행위는 과태료 부과절차에 있어서 확정되어야 하며, 과태료부과결정을 함에 있어서 명백하게 그 이유로서 표시되어야 한다. 다시 말하면 당해 위반행위가 구체적으로 확정되어 누가 어떤 행위에 의하여 과태료부과처분을 받는지 명확하게 인식될 수 있어야 한다.

#### (5) 고의와 과실

질서위반행위는 원칙적으로 행위자에게 사실인식에 대한 고의가 있어야 하나 도로교통법제의 경우에는 법령상의 근거에 의하여 오히려 과실에 의한 행위를 처벌하는 것이 보다 일반적이다. 도로교통법상 고의와 과실을 구별하는 실익은 과실범의 경우 고의범에 비하여 과태료 부과액수에 절반에 해당하기 때문이다(질서위반법 제17조 제2항).

이미 언급한 바와 같이 과태료부과처분이 위반행위의 유형에 대하여 어떠한 언급도 하고 있지 않은 경우에는 일반적으로 행위자에게 과실이 있는 것으로 추정한다. 그러므로 법원이 과태료부과에 대한

불복절차에서 행위자가 고의로 질서위반행위를 한 것으로 인정하려는 경우에 원고는 법률관계가 상이하다는 사실을 입증하여야 한다. 일반적으로 행위자에게 고의가 있다고 인정하는 경우는 과속, 과적 등이 이에 해당하지만, 이 경우에도 개별적인 검토를 요한다.

## (6) 과태료의 부과

### 1) 편의주의

형사소송절차에서는 이른바 합법성원칙(Legalitaetsprinzip)이 지배한다. 합법성원칙에 따라 모든 범죄행위는 원칙적으로 소추의 대상이 되며, 지극히 예외적인 경우에 한하여 소추를 하지 않을 따름이다. 이에 비하여 질서위반행위로 인한 과태료 부과절차에는 이른바 편의주의원칙(Opportunitaetsprinzip)이 지배한다. 이는 형사소송절차와는 달리 합법성원칙보다는 합목적적인 고려가 행하여지기 때문이다.

질서위반법 제47조 제1항에 의하여 과태료의 부과절차는 관할 행정청의 의무에 합당한 재량에 의한다. 다시 말하자면 과태료부과절차가 행정청에 계속하고 있는 경우에 당해 행정청은 그 절차를 재량에 의하여 중지시킬 수 있다. 예를 들어 단시간의 주차위반행위가 경미하다고 판단하는 경우에는 행정청의 재량이 축소되어 과태료부과절차가 처음부터 개시되지 않는다.

과태료부과절차가 상대방의 불복에 의하여 법원에 계속되고 있는 경우에는 법원이 과태료의 부과를 필요하지 않다고 판단하는 때에는 검사의 동의에 의하여 이를 중지시킬 수 있다.

### 2) 계 고

2002년 1월 1일부터 시행된 과태료목록규칙(Bussgeldkatalog-Verordnung, BkatV)은 종전의 계고목록 및 과태료목록을 대치하였기 때문에 더 이상 계고절차와 계고목록을 규정한 법규는 존재하지 않는다. 새로 마련된

과태료목록규칙은 계고의 발령에 대한 규정을 포함하고 있다. 계고의 내용에 위반하는 질서위반행위에 대해서는 최고 35유로의 계고금이 부과된다. 질서위반행위자는 과태료 부과와 사전절차로서 계고처분을 요구할 법적 권리를 가지고 있으며 행정청은 이를 생략한 채 바로 과태료부과처분을 할 수 없다.

질서위반행위가 있는 경우 고의는 최고 1000유로의 과태료가, 과실은 최고 500유로가 부과된다. 과태료목록이 적용되지 않는 경우에 과태료의 액수는 질서위반법 제17조 제3항의 규정에 의하여 결정된다.

### 3. 벌점과 교통안전교육

#### (1) 일반론

독일의 경우 벌점제도는 도로교통령이 아닌 도로교통법에 1999년부터 직접 규정되기 시작하였다(제4조). 그 전까지의 벌점제도는 단순히 행정청 내부의 행정규칙을 통하여 규율되었다. 그러나 벌점제도가 특히 상습적인 위반행위를 저지르는 운전자 개인의 권익에 미치는 영향력을 고려하여 법적 투명성과 안정성을 도모하기 위하여 법률로 직접 규정되게 된 것이다.<sup>158)</sup>

이와 관련하여 연방도로교통법은 벌점의 체계와 그에 따르는 조치를 직접 규정하는 한편 위반행위에 대한 개별적인 평가와 교통안전교육세미나와 심리적 상담 등에 관한 상세한 내용은 행정규칙으로 정하도록 하였다.

벌점제도는 상당한 예방적 효과를 가지고 있음을 부인할 수 없다. 그럼에도 불구하고 벌점을 부여하는 자체는 가치중립적인 평가행위로서 어떠한 제재적 효과를 가지는 것으로 보기 어려우며 향후에 일정한 행정처분을 하기 위한 기초를 이룰 뿐이다. 벌점제도의 기능과 목

<sup>158)</sup> 김재광 외, 전계연구보고서, 61면 이하 참조.

적은 단순히 운전자의 운전능력상의 흠결을 발견하고 평가하는 것에 있지 아니하며 더 나아가 교통안전교육프로그램이나 심리적 상담 등을 통하여 운전능력의 흠결을 조기에 제거한다는 것에도 상당한 비중을 두고 있다.

## (2) 구체적 내용

제1항은 이미 다른 법률의 규정에 의하여 운전면허가 취소된 경우에는 벌점규정이 적용되지 않는다는 점을 분명히 하고 있다. 운전면허가 취소되었다는 사실은 이미 운전자의 운전능력에 중대한 흠결이 발생하였다는 것이며, 이러한 의미에서 제4조에 따르는 벌점제도는 보충적으로 적용되는 것이다.

제2항은 제3항에 규정된 벌점제도의 구조와 적용에 대하여 일종의 지침적인 성격을 가지고 있다. 즉 구체적인 범죄행위나 질서위반행위가 발생하면 그 정도에 따라서 1점부터 7점까지의 벌점이 부과된다. 이 경우 동일한 행위에 의하여 다수의 위반행위가 이루어지는 경우에는 가장 중한 위반행위에 대하여 부여되는 벌점으로 산정한다. 만약 운전면허가 취소되는 경우에는 이전에 누적된 벌점은 해소된다.

제3항은 벌점의 부과에 따르는 구체적인 조치를 규정하고 있다. 이에 따르면 벌점을 부과하는 행정청 또는 법원은 형법상의 범죄행위나 질서위반법에 의한 질서위반행위에 대하여 확정력 있는 결정이 내려지는 경우 이에 구속된다. 벌점의 부여에 따르는 구체적인 조치의 내용으로는 8점부터 13점까지는 경고, 14점부터 17점까지는 교통안전교육세미나에의 참가, 18점 이상이 되면 운전능력 부적합자로 결정되어 운전면허가 자동적으로 취소된다.

제4항과 5항은 일정한 벌점을 부여받은 운전자라고 하더라도 자발적인 교육훈련에의 참가와 심리상담 등을 통하여 벌점을 줄일 수 있는 가능성을 열어놓고 있다. 이러한 점에서 제4항은 벌점에 대한 감

산제도라고 할 수 있으며, 제5조는 1999년부터 적용되는 새로운 벌점 제도에 의하여 자신의 벌점을 줄이고 운전능력상의 흠결을 제거하기 위한 기회와 수단의 활용에 대하여 규정하고 있다. 그렇지만 운전자가 교통안전교육이나 심리상담 등 모든 기회와 수단을 사용하여 벌점을 줄여도 18점을 상회하는 경우에 한하여 면허가 취소된다.

### (3) 취소된 운전면허의 재발급과 벌점제도의 합헌성

제11항은 취소된 운전면허의 재발급에 관한 규정이다. 재발급의 요건은 운전자가 교통안전교육세미나에 참가하지 않았음을 이유로 운전면허가 취소된 경우에 한한다. 따라서 운전자가 당해 세미나를 이후에 참가하여 교육과정을 이수하였다는 것을 증명하면 운전면허가 재발급된다.

벌점이 18점을 초과하는 경우 운전면허가 자동적으로 취소되도록 하는 규정은 운전자에게 지나치게 가혹한 결과를 가져오는 것으로서 비례의 원칙에 위반하는 것은 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있다. 그러나 위 규정들을 통하여 이미 운전자에게 상당한 정도의 예측가능성을 부여하고 이에 항시 대비하여 운전할 수 있는 기회가 보장된다는 점에서 독일에서의 벌점제도는 비례의 원칙에 합당하며 합헌적인 제도로 평가받고 있다.

특히 위 규정들에 따라서 운전자는 관할 행정청에 언제든지 자신의 벌점상황에 대한 문의를 할 수 있으며, 법률상 주어진 각종의 기회(교통안전교육, 심리상담 등)를 최대한 활용하여 벌점을 감소시킬 수 있는 권리가 보장되고 있다. 또한 제6조 제1항 제1호 w목에 의하여 관할 행정청은 지극히 예외적인 경우에는 벌점이 18점을 상회함에도 불구하고 이른바 예외적 승인(Ausnahmegenehmigung)을 통하여 운전면허의 자동취소를 방지할 수 있다.



#### 4. 운전면허의 취소

독일도로교통법 §3 운전면허의 취소에 대해 규정하고 있다.<sup>159)</sup> 차량의 운전이 부적합하거나 자격이 없다고 증명되는 경우에는 운전면허관청은 운전면허를 취소하여야 한다. 외국운전면허증의 경우, 다른 법률에 의하여 면허가 취소된 경우일지라도, 면허취소는 국내에서 운전면허증을 사용하는 권리를 박탈하는 효과를 가진다. 제2조 제7항 및 제8항이 준용된다(제1항).

취소와 더불어 운전면허증은 소멸된다. 외국운전면허증의 경우 내국에서의 차량운전에 대한 권리가 소멸된다. 취소가 되면, 면허증은 면허관청에 교부되거나 또는 결정의 등록을 위하여 제출되어야 한다. 제1문에서 제3문은 면허관청이 다른 법률에 근거하여 면허를 취소하는 경우에도 적용된다(제2항).

운전면허증소지자에 대하여 형법전 제69조에 따른 면허증의 취소와 관련된 형사절차가 계속 중인 때에는, 운전면허관청은 취소절차에서 형사절차의 대상인 사실관계를 고려하여서는 아니 된다. 이는 운전면허증이 연방방위관청, 연방경찰관청, 경찰관청의 공용차를 위하여 발급된 경우에는 적용하지 아니 한다(제3항).

운전면허관청이 면허취소절차에서 운전면허증소지자에 대한 형사절차에서 판결의 기초가 되었던 사실관계를 고려하고자 하는 경우에는, 이것이 사실관계의 확인이나 책임문제나 차량운전의 적성에 대한 판단에 관련된 것인 한, 판결의 내용과 상위할 수 없다. 처벌명령과 주된 절차의 개시 또는 처벌명령의 발급신청을 거부하는 법원의 결정은 판결과 동등하다; 이는 사실관계의 확인이나 책임문제에 대한 판단에 관련된 것인 한 범칙금결정에도 적용된다(제4항).

---

<sup>159)</sup> 김남철, 전계논문, 40면.

운전면허관청은, 도로교통에서의 경찰의 감시를 위한 개별적인 경우에 필요한 경우에는, 경찰에 행정관청이나 법원의 운전면허취소결정, 또는 운행금지의 존재를 알려줄 수 있다(제5항).

제6조 제1항 제1호 r에 의한 법규명령에서는 1. 취소 또는 포기 이후의 새로운 운전면허의 발급, 2. 외국에 통상적인 거소가 있는 자에 대하여 취소 이후 외국면허증을 국내에서 다시 사용할 수 있는 권리의 부여에 대한 기간과 조건을 정할 수 있다(제6항).

## 2) 독일 운전면허증 규정<sup>160)</sup>

운전면허증 소지자가 차량운전에 부적합하다고 증명되는 경우에는, 운전면허관청은 면허를 취소하여야 한다. 이는 특히 별첨 4, 5, 6상의 질병이나 신체적 결함이 있거나 중대한 경우 또는 도로교통법령이나 형법전을 반복하여 위반하는 경우 및 이를 통하여 차량운전의 적성이 배제되는 경우에 적용된다(제46조 제1항).

## 5. 도로교통법상의 행정처분기준

독일 도로교통법상의 제재적인 행정처분기준에 관한 규정을 정리해보면 다음과 같다.<sup>161)</sup>

### (1) 범칙금

- 미승인된 차량부품의 판매: 5000 유로 이하의 범칙금
- 교통질서위반: 범칙금부과(상세는 아래 범칙금목록규정 참조)
- 음주운전: 1500 유로 이하의 범칙금

---

160) Verordnung über die Zulassung von Personen zum Straßenverkehr(Fahrerlaubnis-Verordnung: FeV), geltung ab 01. 01. 1999, zuletzt geändert durch Art. 5 V v. 22. 12. 2005 I 3716.

161) 김남철, 전개논문, 51면.

- 번호판의 생산, 판매 및 교부에 대한 증거불충분: 2500 유로 이하의 범칙금

## (2) 운행금지

제24조의 질서위반으로서 차량운행자의 의무를 난폭하게 또는 지속적으로 침해하는 자에 대하여 범칙금이 부과되는 경우에 행정관청이나 법원은 범칙금을 결정하면서 1월 이상 3월 이하의 기간 동안 차량운행을 금지할 수 있다.

제24a조의 질서위반에 대하여도 통상 운행금지를 명할 수 있다.

## 6. 독일 범칙금목록규정상의 주요 처분기준

범칙금목록규정에는 범칙금이 부과되는 각종의 질서위반행위유형들과 이에 대한 범칙금의 액수 및 운행금지기간 등이 매우 상세하게 구분되어 규정되어 있는데, 그 분량이 방대한 관계로 이하에서는 이 가운데 대표적인 몇 가지만을 소개하기로 한다.<sup>162)</sup>

### (1) 속 도

- 표시되어 있는 위험지역, 시야의 확보가 어려운 경우, 교차로, 합류도로, 철길횡단, 악천후의 경우에 적정한 속도로 주행하지 아니하는 경우 50유로
- 위와는 다른 경우이지만 물적 손해를 야기한 경우 35유로
- 가시거리 50미터 이하인 상태에서 규정된 최고속도 초과 50유로
- 서행, 제동, 측면확보 등을 제대로 하지 않아 어린이, 도움이 필요한 자, 노인 등을 위협하게 한 운전자 60유로
- 허용된 최고속도를 초과한 경우

---

162) 김남철, 전제논문, 52면.

이 경우 규정속도 초과에 대한 범칙금 및 운행금지는 차량의 종류 및 도시내부지역인가 외부지역인가<sup>163)</sup>에 따라 구분되어 부과되거나 명하여진다. 아울러 초과된 속도의 경우에도 시속 30Km 초과 까지는 매 5Km단위로 세분되고, 30Km 이상으로 초과하는 경우는 매 10Km 단위로 구분하여 각 단계마다 차등된 질서벌이 부과되고 있다. 예컨대 일반승용차가 도심지역에서 속도를 초과한 경우를 보면, 다음과 같다:<sup>164)</sup>

초과된 속도 (단위: Km)	범칙금 (단위: 유로)	운행금지
10 까지	15	
11 - 15	25	
16 - 20	35	
21 - 25	50	
26 - 30	60	
31 - 40	100	1개월
41 - 50	125	1개월
51 - 60	175	2개월
61 - 70	300	3개월
70 이상	425	3개월

## (2) 주정차위반

- 단순 주차위반 10유로
- 이때 타인에게 방해가 되었을 때 15유로
- 우측 끝차선 주차위반(끝에서 두 번째 차선 주차) 15유로
- 이때 타인에게 방해가 되었을 때 20유로
- 좁거나 시야가 확보되지 아니하는 길, 급커브길에 주차 15유로
- 이 때 타인에게 방해가 되는 경우 25유로

163) 시외곽지역에서의 규정속도위반에 대한 범칙금이 도심지역에서의 경우보다 약간 낮게 되어 있다.

164) 범칙금목록규정(Bußgeldkatalog-Verordnung - BKatV) 별표(Anhang, Tabelle 1) 참조.

- 1시간 이상 25유로
- 이 때 타인에게 방해가 되는 경우 35유로
- 구조차량의 통행을 방해한 경우 40유로
  
- 정차금지구역 또는 인도 및 자전거도로에 불법주차 15유로
- 이 때 타인에게 방해가 되는 경우 25유로
- 1시간 이상 25유로
- 이 때 타인에게 방해가 되는 경우 35유로
  
- 소방차진입로 앞에 불법주차 35유로
- 이를 통하여 구조차의 진입에 방해가 될 때 50유로
  
- 도로교통규정 제12조 제3항상의 주차위반 10유로
- 이 때 타인에게 방해가 되는 경우 15유로
- 3시간 이상 20유로
- 이 때 타인에게 방해가 되는 경우 30유로
  
- 장애인주차장소에 불법주차 35유로
  
- 연결차를 2주 이상 본 차량 없이 주차 20유로
- 본 차량 없는 연결차의 우측 끝차선 주차위반(끝에서 두 번째 차선 주차) 20유로
- 이 때 타인에게 방해가 되는 경우 25유로
- 15분 이상 주차 30유로
- 이 때 타인에게 방해가 되는 경우 35유로
  
- 궤도차량의 운행공간에 정차 20유로
- 이 때 타인에게 방해가 되는 경우 30유로
  
- 궤도차량의 운행공간에 주차 25유로
- 이 때 타인에게 방해가 되는 경우 35유로

- 우선주차권 무시 10유로
- 주차공간을 낭비하는 주정차 10유로

(3) 0.05% 한계-음주운전

- 호흡알콜농도 0,25 mg/l 이상 또는 혈중알콜농도 0.05% 이상 또는 신체에 이와 같은 호흡 및 혈중알콜농도로 운전 250유로에 1개월 운행금지
- 이와 같은 음주운전으로 처벌된 결정이 중앙교통등록소에 기록되어 있는 경우 500유로에 운행금지 3개월
- 이와 같은 음주운전으로 2차례 이상 처벌된 결정이 중앙교통등록소에 기록되어 있는 경우 750유로에 운행금지 3개월

(4) 취하게 하는 물질

- 도로교통법 별첨(Anlage)에 규정된 취하게 하는 물질의 약효 하에서 도로에서 운전 250유로에 1개월 운행금지
- 이와 같은 운전으로 처벌된 결정이 중앙교통등록소에 기록되어 있는 경우 500유로에 운행금지 3개월
- 이와 같은 운전으로 2차례 이상 처벌된 결정이 중앙교통등록소에 기록되어 있는 경우 750유로에 운행금지 3개월

(5) 기 타

- 안개 등으로 시야가 50미터 이하인 상태에서 위험한 화물을 신고 가는 운전자가 다른 자에 대한 위험방지의무를 게을리 한 경우 75유로

- 고속도로에서 시속 50Km 이상으로 달리고 있는 3,5톤 이상의 화물차 또는 버스가 앞차와 50m 이상의 안전거리를 확보하지 않은 경우 50유로
- 추월금지표시 등을 위반하여 추월하는 경우 75유로
- 이때 타인에게 위험을 가하거나 물적 손해를 야기한 경우 125유로에 1개월 운행금지
- 시야가 50미터 이하인 상태에서 7,5톤이상의 화물차로 추월하는 경우 75 유로
- 이때 타인에게 위험을 가하거나 물적 손해를 야기한 경우 125유로에 1개월 운행금지

## II. 독일과 우리나라 법령의 비교 및 시사점

도로교통법상의 제재적 행정처분기준의 문제는 결국은 행정법상의 의무위반에 대한 제재로서 형벌 및 범칙금이 가해지는 행위유형과 제재의 기준 및 정도의 문제라고 생각된다. 따라서 아래에서는 행위의 유형 또는 벌의 유형에 따라 독일 및 우리나라의 법제를 분석하면서 각 행위유형별 행정벌의 적정성의 문제를 검토하기로 한다.

### 1. 운전면허취소의 경우

운전면허의 취소와 관련하여 독일도로교통법은 제3조 제1항에서 “차량의 운전이 부적합하거나 자격이 없다고 증명되는 경우에는 운전면허관청은 운전면허를 취소하여야 한다.”고 규정하고 있고, 이에 관한 법규명령인 독일 운전면허증 규정은 제46조 제1항에서 “운전면허증 소지자가 차량운전에 부적합하다고 증명되는 경우에는, 운전면허관청은 면허를 취소하여야 한다. 이는 특히 별첨 4, 5, 6상의 질병이

나 신체적 결함이 있거나 중대한 경우 또는 도로교통법령이나 형법전을 반복하여 위반하는 경우 및 이를 통하여 차량운전의 적성이 배제되는 경우에 적용된다.”고 규정하여 도로교통법의 규정을 구체화하고 있다.

한편 우리나라의 경우에는 면허취소와 관련하여 도로교통법 제93조165)에만 규정되어 있고, 면허취소의 대상이 되는 행위도 제한적으로

---

165) 제93조 (운전면허의 취소·정지) ①지방경찰청장은 운전면허를 받은 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 행정자치부령이 정하는 기준에 의하여 운전면허를 취소하거나 1년 이내의 범위에서 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있다. 다만, 제2호·제3호, 제6호 내지 제8호, 제11호, 제13호, 제15호, 제16호 또는 제17호에 해당하는 때에는 운전면허를 취소하여야 한다.<개정 2006.4.28>

1. 제44조제1항의 규정을 위반하여 술에 취한 상태에서 자동차등의 운전을 한 때
2. 제44조제1항 또는 제2항 후단의 규정을 2회 이상 위반한 사람이 다시 동조제1항의 규정을 위반하여 운전면허 정지사유에 해당된 때
3. 제44조제2항 후단의 규정을 위반하여 술에 취한 상태에 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있음에도 불구하고 경찰공무원의 측정에 응하지 아니한 때
4. 제45조의 규정을 위반하여 약물의 영향으로 인하여 정상적으로 운전하지 못할 우려가 있는 상태에서 자동차등을 운전한 때
5. 교통사고로 사람을 사상한 후 제54조제1항 또는 제2항의 규정에 의한 필요한 조치 또는 신고를 하지 아니한 때
6. 제82조제1항제2호 내지 제5호의 규정에 의한 운전면허를 받을 수 없는 사람에 해당된 때
7. 제82조의 규정에 의하여 운전면허를 받을 수 없는 사람이 운전면허를 받거나 허위 그 밖의 부정한 수단으로 운전면허를 받은 때 또는 운전면허효력의 정지기간 중 운전면허증 또는 운전면허증에 갈음하는 증명서를 교부받은 사실이 드러난 때
8. 제87조제1항 또는 제88조제1항의 규정에 의한 적성검사를 받지 아니하거나 그 적성검사에 불합격된 때
9. 제87조제3항의 규정에 의한 기간 이내에 운전면허증을 갱신하지 아니하고 1년이 경과된 때
10. 운전 중 고의 또는 과실로 교통사고를 일으킨 때
11. 운전면허를 받은 사람이 자동차등을 이용하여 살인 또는 강간 등 행정자치부령이 정하는 범죄행위를 한 때
12. 다른 사람의 자동차등을 훔치거나 빼앗은 때
13. 다른 사람이 부정하게 운전면허를 받도록 하기 위하여 제83조의 규정에 의한 운전면허시험에 응시한 때
14. 이 법에 의한 교통단속임무를 수행하는 경찰공무원등 및 시·군공무원에 대하여 폭행한 때
15. 운전면허증을 다른 사람에게 빌려주어 운전하게 하거나 다른 사람의 운전면허증을 빌려 이를 행사한 때



열거되어 있다.

독일의 경우 면허취소의 사유는 차량운전이 부적합하거나 자격이 없는 경우로서, 보다 구체적으로는 운전이 부적합한 신체적인 결함 또는 관련법규의 반복적인 위반으로 포괄적으로 규정되어 있다. 따라서 이에 대하여 증명할 수 있는 경우라면 면허를 취소할 수 있어 차량운전에 부적합한 여러 경우에 탄력적으로 대응함으로써 효과적인 규제를 기대할 수 있다고 생각된다. 반면 우리나라의 경우 면허취소 사유가 명백하게 규정되어 있다는 장점은 있으나, 침익적 처분으로의 성질상 이를 제한적으로만 열거하고 있다고 이해하는 이상, 그 외의 중대한 운전결격사유에 적절하게 대응할 수 없다는 단점이 있다. 일례로 과거에는 음주운전 측정거부 행위가 면허정지의 대상이었다가, 그 후 법개정을 통하여 취소사유로 규정되었고, 그것도 구법에서는 제78조 제1항 제8호에 규정되어 있다가, 전면개정을 통하여 현재는 제93조 제1항 제3호에 규정되는 등 제한적 열거규정의 경우는 면허의 취소 또는 정지사유를 그때그때의 필요에 따라 법개정을 통하여 정비하여야 하는 번거로움이 있다. 나아가 점차로 사회가 복잡해지고 첨단기술이 발달하고 있는 현대사회에서 도로교통상 운전면허의 취소사유를 열거한다는 것은 사실상 어려운 점이 많다는 점에서 보면, 이를 개괄적으로 규정하고, 경우에 따라서는 법규명령을 통하여 이를 구체화하도록 하는 것이 행정의 효과적이고도 탄력적인 대응이라는 관점에서 바람직하다고 생각된다.

- 
16. 『자동차관리법』의 규정에 의하여 등록되지 아니하거나 임시운행허가를 받지 아니한 자동차(이륜자동차를 제외한다)를 운전한 때
  17. 제1종 보통면허 및 제2종 보통면허를 받기 전에 연습운전면허의 취소사유가 있었던 때
  18. 다른 법률의 규정에 의하여 관계 행정기관의 장이 운전면허의 취소 또는 정지의 처분을 요청한 때
  19. 이 법이나 이 법에 의한 명령 또는 처분을 위반한 때

## 2. 운전면허정지의 경우

운전면허정지와 관련하여서는 우리나라의 경우에는 위에서 본 바와 같이 도로교통법 제93조에서 제한적으로 나열되어 있는데, 취소가 되어야 하는 경우를 제외하면, 구체적으로는 음주운전, 위법한 약물을 복용하고 운전하는 경우, 교통사고로 사람을 사상한 후 필요한 조치 또는 신고를 하지 아니한 때, 법정기간 이내에 운전면허증을 갱신하지 아니하고 1년이 경과된 때, 운전 중 고의 또는 과실로 교통사고를 일으킨 때, 다른 사람의 자동차등을 훔치거나 빼앗은 때, 교통단속임무를 수행하는 경찰공무원등 및 시·군공무원에 대하여 폭행한 때, 다른 법률의 규정에 의하여 관계 행정기관의 장이 운전면허의 취소 또는 정지의 처분을 요청한 때, 이 법이나 이 법에 의한 명령 또는 처분을 위반한 때가 이에 해당된다. 그리고 정지기간은 1년 이내로 되어 있다.

한편 독일의 경우 면허정지에 해당하는 운행금지를 규정하고 있다. 독일 도로교통법 제25조에 의하면 도로교통법상의 난폭하거나 지속적인 질서위반에 대하여는 범칙금결정과 동시에 1개월에서 3개월까지의 차량운행금지를 명할 수 있고, 운행금지기간 동안에는 독일 관청에서 발급된 국내 및 국제운전면허증은 행정청에 보관되어야 한다.

독일 범칙금목록규정상의 운행금지사유를 개괄적으로 검토해 보면, 먼저 1개월 운행금지사유는 추월시 위험초래 및 물적 손해발생, 가시거리 50m 이하에서의 위험초래 및 물적 손해발생, 관통차선에서의 후진 및 반대방향 운전, 우회전신호에 따른 우회전을 위반하여 위험초래 및 물적 손해발생, 위험물질 또는 수해위험물질을 적재한 차량에 관한 규정위반으로 이미 한 차례 결정을 받은 경우, 음주운전, 취하게 하는 물질 복용하에 운전, 승용차가 도심구역에서 제한속도 31-50Km 초과 등이 있고, 2개월 운행금지사유로는 승용차가 도심구역에서 제

한속도 51-60Km 초과하는 경우를 들 수 있으며, 3개월 금지되는 경우에는 음주운전으로 한번 이상 결정을 받은 경우, 취하게 하는 물질 복용하에 운전하여 한번 이상 결정을 받은 경우, 승용차가 도심구역에서 제한속도 61 Km를 초과하는 경우를 들 수 있다.

양 법제를 비교해 보면, 먼저 독일의 경우 운행금지와 더불어 운전면허증을 행정청에 보관하도록 하고 있고 있는데 반하여, 우리나라의 경우에는 이에 관한 규정이 없다는 점이 비교될 수 있다. 그리고 독일의 경우 면허의 취소와 차량의 운행금지를 구분하여 규정하고 있는데 반하여, 우리나라의 경우 정지와 취소를 한 조문에서 규정하고 있다는 점도 대비된다. 면허가 정지되는 사유에 있어서도 우리나라의 경우보다는 독일의 경우가 훨씬 구체적이고, 또한 기초적인 교통질서의 확립을 위한 사유에 보다 중점을 두고 있음을 알 수 있다. 면허가 정지되는 기간도 실제에 있어 1년간 면허가 정지되는 경우는 드물 것이라고 본다면, 최고 3개월 정도가 적당하다고 판단되고, 그 이상의 중대한 위반사유가 존재하는 경우 이를 취소사유로 하는 것이 바람직하다고 판단된다.

### 3. 범칙금

범칙금의 부과와 관련된 주된 법적 근거는 독일의 경우는 범칙금목록규정이고 우리나라의 경우는 도로교통법시행령 제73조 별표2이다. 여기에는 각종의 범칙행위의 유형들이 상세히 규정되어 있는데, 아래의 표에서는 이 가운데 주차위반의 경우를 예로 들어 살펴본 것이다.

【표 8】 범칙금: 주차위반의 경우

독 일 (범칙금목록규정)		한 국 (도로교통법시행령 별표 2: 승용자동차의 경우)	
단순 주차위 이때 타인에게 방해가 되었을 때	10유로 15유로	정차·주차금지위반	4만원

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

우측 끝차선 주차위반(끝에서 두 번째 차선 주차) 이때 타인에게 방해가 되었을 때	15유로 20유로	주차금지위반	4만원
좁거나 시야가 확보되지 아니하는 길, 급커브길에 주차 이 때 타인에게 방해가 되는 경우 1시간 이상 이 때 타인에게 방해가 되는 경우 구조차량의 통행을 방해한 경우	15유로  25유로 25유로 35유로 40유로	정차·주차방법위반	4만원
정차금지구역 또는 인도 및 자전거도로에 불법주차 이 때 타인에게 방해가 되는 경우 1시간 이상 이 때 타인에게 방해가 되는 경우	15유로  25유로 25유로 35유로	정차·주차위반에 대한 조치불응	4만원
소방차진입로 앞에 불법주차 이를 통하여 구조차의 진입에 방해가 될 때	35유로 50유로		
도로교통규정 제12조 제3항상의 주차위반 이 때 타인에게 방해가 되는 경우 3시간 이상 이 때 타인에게 방해가 되는 경우	10유로 15유로 20유로 30유로		
장애인주차장소에 불법주차	35유로		
연결차를 2주 이상 본 차량 없이 주차 본 차량 없는 연결차의 우측 끝차선 주차 위반(끝에서 두 번째 차선 주차) 이 때 타인에게 방해가 되는 경우 15분 이상 주차 이 때 타인에게 방해가 되는 경우	20유로 20유로  25유로 30유로 35유로		
궤도차량의 운행공간에 정차 이 때 타인에게 방해가 되는 경우	20유로 30유로		
궤도차량의 운행공간에 주차 이 때 타인에게 방해가 되는 경우	25유로 35유로		
우선주차권 무시	10유로		
주차공간을 낭비하는 주정차	10유로		

위 표를 보면, 위 행정형벌의 경우와는 반대로, 우리나라의 경우는 주차위반의 행위유형이 매우 단순하게 구분되고 있는데 반하여, 독일의 경우에는 어떠한 상태에서의 주차위반인지, 타인에게 방해가 되고 있는지, 일정 시간 이상 주차위반상태에 있는지 등의 지표에 따라 범칙행위의 유형이 상세하게 구분되고 있다. 이는 결국 독일의 경우 도

로교통법령상의 위반행위에 대하여 대부분 범칙금으로 처벌될 수 있도록 규정하고 있는 데 반하여, 우리나라의 경우에는 행정형벌 위주로 처벌규정이 이루어져 있다고 할 수 있다. 범칙금이 행정형벌에 대한 간이절차이고, 정식 형사소송절차에 의한 재판을 요하지 아니하며, 무엇보다도 형법상의 형벌이 가해짐으로 인한 전과자의 양산과 무관하다는 점에서 범칙행위에 대하여 가능한 한 범칙금의 부과로 처벌하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

#### 4. 범칙행위유형의 세분화 및 벌칙의 차등화

이상에서 언급한 바와 같이, 독일의 경우에는 도로교통법령에서 범칙행위가 매우 상세하게 구분되어 있고, 각 행위마다 다양한 기준에 의하여 다시 세분화되고 있다. 이는 질서행정영역에서의 규제와 그 위반에 대한 행정벌의 정도는 질서위반으로 인한 공익 또는 제3자의 이익침해의 정도를 기준으로 하여 비례원칙에 따라 세심하게 고려하여야 함을 보여주고 있는 것이라 생각된다.<sup>166)</sup> 예컨대 위에서 살펴본 독일의 범칙금목록규정에서는 범칙행위의 유형이 우선, 예컨대 차량을 이용한 도로이용, 우측통행, 속도, 앞차와의 거리, 추월, 회전 및 후진, 주정차 등과 같은 다양한 도로교통상의 행위유형으로 구분되고, 그 다음으로 각 유형에 속하는 범칙행위들이 또 다시 다양한 기준에 의하여 세분화 되고 있으며, 이에 따라 범칙금이, 위반의 정도와 침해의 중대성 등의 기준에 따라 차등 부과되고 있다. 따라서 같은 주차위반의 경우에도 각 경우를 차등화하여 이로 인한 공공교통질서라는 공익의 침해와 이로 인하여 타인의 이익에 방해가 되거나 직접 침해를 가하는 정도에 따라 더 무겁게 처벌되도록 하고 있는 것이다.

반면 우리나라에서 범칙금이 부과되는 경우를 예로 들어 보면, 위시행령 별표에서도 나타나 있듯이, 우선 범칙금액을 중심으로, 예컨대

166) 김남철, 전계논문, 70면.

승용차를 기준으로 9만원, 6만원, 4만원, 3만원, 2만원으로 구분되어 있고, 여기에 해당되는 범칙행위들이 각 행위간의 상호 관련성과는 아무런 관계없이 나열되고 있다. 즉 우리나라의 경우는 범칙금의 액수를 중심으로 범칙행위를 분류하고 있기 때문에, 예컨대 주차위반과 같은 어느 특정 범칙행위의 다양성이 제대로 고려되고 있지 못하다는 것이다. 반면에 독일의 경우에는 행위에 대한 유형분석이 중심이기 때문에, 이를 중심으로 침해의 정도에 따라 범칙금을 합리적인 방식으로 차등하여 부과할 수 있게 되는 것이다. 이러한 점에서 우리의 경우에도 범칙행위의 유형을 보다 세분화하고 이에 따라 범칙금을 차등하여 부과하는 방안을 고려하는 것이 규제의 합리성 및 효율성의 관점에도 더욱 부합되는 것이라 판단된다.

### 제 3 절 미 국

#### I. 위반행위의 종류와 제재

교통법규 위반행위는 중범(felony), 경범(misdemeanor), 질서범(infraction)의 3가지로 분류된다. 중범과 경범의 경우에는 개별법령에서 이에 해당하는 위반행위를 명시하고 있으며, 질서범의 경우에도 개별법령에서 이를 명시하고 있는 경우가 대부분이나 질서범으로 명시되고 있지 않고 중범과 경범으로도 명시되어 있지 않은 경우에는 질서범이 된다.<sup>167)</sup>

##### 1. 면허정지처분 등

###### (1) 면허정지처분

경찰관이 교통법령 위반을 이유로 교통 티켓(traffic ticket)을 발부하면 허용된 기한 내에 그것을 이행하지 않는 경우에는 운전면허가 정

167) 김재광 외, 『도로교통법 시행령·시행규칙 전문개정방안 연구』, 37면 이하.

지된다. 교통 티켓의 수령을 거부하는 경우에는 운전자는 불이행 선고로 유죄로 결정될 수 있다. 불이행 선고를 받는 경우, 운전면허는 범칙금을 납부하지 않은 것을 이유로 정지되고, 법원에 기소된다.

교통 티켓의 처리기관은 주마다 차이가 있는데, 뉴욕주의 경우에 교통 티켓의 처리기관은 크게 2 가지로 구분된다. 즉 주의 기관인 자동차국 교통위반과(TVB)와 시·군 등의 법원에 의해 처리된다.

뉴욕시의 5개 자치단체 등 일정한 지역에서 발부된 교통 티켓은 자동차국 교통위반과(TVB)에서 처리한다. 교통위반과는 비행사적인 운전 중 교통위반에 대한 티켓을 처리한다. 이와 같이 일정 지역에서는 행정기관인 교통위반과가 교통 티켓을 처리함으로써 이 지역에서의 법원은 만취운전(DWI), 면허 정지 또는 취소기간 중 운전과 같은 위반행위를 포함하여 형사사건에 전념할 수 있게 된다. 교통위반과가 처리하지 않은 지역에서는 시, 군, 면 등의 형사법원과 교통법원에서 처리한다. 법원에서 처리하는 경우에는 변호사에 의하여 대리를 받을 수 있으며 방어권을 행사할 수 있다.

운전자가 교통 티켓의 수령을 거부하거나, 범칙금·가산금을 납부하지 않는 경우, 교통법원 또는 교통위반과는 그 사실을 자동차국에 통지한다. 자동차국은 운전자가 교통 티켓에 응하여 범칙금·가산금을 납부할 때까지 운전면허를 정지시킨다. 교통 티켓의 수령을 거부하는 것을 이유로 한 면허정지는 운전자가 그 혐의에 있어서 유죄라는 것을 나타내지는 않는다. 면허정지는 단지 운전자가 교통 티켓을 수령하지 않았다는 것만을 나타낸다.

운전자가 면허정지를 해제받기 위하여는 교통 티켓에 응하여 범칙금·가산금을 납부하여야 한다. 또한 운전자는 교통법원 또는 교통위반과에 35 달러의 정지만료수수료를 납부하여야 한다.

운전자가 교통 티켓의 수령을 거부하였다는 것을 이유로 교통위반과로부터 면허정지를 받은 이후에도 교통 티켓을 계속하여 무시하는

경우에는, 불이행 신고를 받을 수 있다. 불이행 신고는 유죄결정과 동일하다. 그러면 자동차국은 범칙금을 납부하지 않은 것을 이유로 운전면허를 정지시킨다. 교통위반국으로부터 불이행 신고를 해제하기 위해서는 70 달러의 정지만료수수료를 납부하여야 한다.

정지만료수수료는 범칙금·추징금과는 별개의 공과금이다. 따라서 운전자가 면허정지를 해제하기 위하여는 정지만료수수료, 범칙금 및 가산금을 납부하지 않으면 안 된다.

이와 같이 운전자가 범칙금과 관련된 면허정지를 받지 않기 위하여 또는 면허정지를 해제하기 위해서는 범칙금·가산금 전액을 납부하여야 하는 것이 원칙이나, 한 가지 예외가 있다. 운전자가 교통위반국에 납부하여야 할 범칙금·가산금이 있고 그리고 교통 티켓의 수령을 거부한 것을 이유로 한 불이행 결정을 받지 않은 경우에는 납부하여야 할 총 범칙금 및 가산금의 50 퍼센트를 납부할 수 있다.

이를 통하여 범칙금·가산금을 납부하지 않은 것을 이유로 한 면허정지는 2주일간 연기된다. 그 후에 면허정지를 받지 않기 위해서는 2주일 내에 벌금·가산금의 나머지 잔액을 납부하여야 한다. 이와 같은 범칙금 납부연기는 교통법원에 납부하여야 할 범칙금에는 적용되지 않으며 단지 교통위반국에 납부하여야 할 범칙금에만 적용된다.<sup>168)</sup>

## (2) 면허정지처분 또는 취소 중 운전

면허정지 또는 취소 중 운전을 하는 행위는 형사범이 되며, 200달러부터 5,000달러까지의 명령적(의무적) 벌금(fines) 부과대상이 된다. 또한 의무적인 구금 또는 보호관찰, 운행한 차량의 압수와 몰수도 가능하다. 운전면허 또는 특권이 이미 이전의 알코올 또는 의약품관련 사고를 이유로 정지 또는 취소 중에 있던 중 알코올 또는 약물에 의하여 만취되었거나 능력이 손상된 상태에서 운전 중에 적발된 운전자

168) 김재광 외, 전계연구보고서, 43면.



및 교통티켓에 응하지 아니하거나 벌금을 납부하지 않은 것을 이유로 10일 또는 그 이상의 면허정지의 상태에서 운전 중 적발된 운전자에게는 좀 더 가혹한 벌이 적용된다. 뿐만 아니라 교통티켓에 응하지 아니하거나 벌금을 납부하지 않은 것을 이유로 20일 또는 그 이상의 기간 동안 면허정지를 받고 있는 상태의 운전자는 적발될 때 운전을 하고 있지 않았다 할지라도 형사상 제재를 받게 된다.

### (3) 수수료(fees)와 과태료(civil penalties)

운전면허가 가령 30일, 90일 등 일정한 기간 동안 정지되면, 운전면허는 25달러의 정지종료수수료를 납부할 때까지는 반환되지 않는다. 대부분의 경우에 운전면허가 취소되면, 50불의 재신청수수료를 납부할 때까지는 새로운 운전면허신청을 할 수 없다. 운전면허가 보험을 가입하지 않음으로 인하여 취소되었거나 조건이 부과되거나 제한된 범위 내에서 이용할 수 있는 면허를 발급받은 경우라면, 이러한 수수료는 요구되지 않는다.

다음과 같은 사유로 면허가 취소된 이후에 새로운 운전면허를 신청하기 위하여는 자동차국(DMV)에 일정한 과태료를 납부하여야 한다.

- 1) 보험에 가입하지 아니하고 운전을 하거나 보험에 가입하지 않은 채 사고를 낸 경우 : 500달러 과태료
- 2) 화학검사 거부 : 300달러 과태료(사업용 차량 운전자의 경우는 350달러)
- 3) 이전의 알코올, 의약품 또는 거부와 관련되어 취소된 후 5년 이내에 또다시 화학검사를 거부한 경우 : 750달러 과태료
- 4) 공차(오차허용)제로법 면허정지 : 125달러 과태료 및 100달러의 면허정지종료부담금

#### (4) 시사점

이상에서 본 바와 같이 미국의 경우는 주별로 교통위반행위에 대한 벌금 등의 제재가 차이가 있을 뿐만 아니라 벌금도 정액으로 되어 있는 경우도 있지만 많은 경우에 하한선과 상한선의 방식으로 규정되어 있어서 우리의 벌금·범칙금과 비교하는 것은 쉬운 일이 아니다.

교통사고의 위험이 큰 위반행위의 경우에는 벌금액이 우리나라에 비하여 높다고 할 수 있다. 가령 뉴욕주의 경우 시속 1-10마일을 초과하는 속도위반에 대하여 최소 45달러 최고 150달러의 벌금이 과하여지는데 반하여 우리의 경우는 20km/h 이하 속도위반에 대하여 3만원의 범칙금(승용자동차의 경우)이 부과되고 있을 뿐이다. 뉴욕주의 경우 적신호 위반은 1회 위반시 최고 225 달러의 벌금이 과하여질 수 있는데 반하여 우리의 경우는 6만원의 범칙금이 부과되고 있을 뿐이다.

다만 미국의 경우는 우리와 달리 교통위반행위에 대한 횡수에 따라 벌금액이 증가되는 것이 특징이다. 동일한 위반행위에 대한 벌금·범칙금이 횡수에 관계없이 동일하나 미국의 경우는 위반횡수에 따라 벌금을 증가함으로써 교통법규의 준수를 도모하고 있는 것이 특징이다. 우리의 경우에도 위반횡수에 따라 벌금을 증가하는 것을 검토해 볼 필요가 있다고 본다.<sup>169)</sup>

## 2. 벌점제도(point system)

### (1) 뉴욕주

#### 1) 벌 점

벌점제도는 지속적인 위반자, 즉 상대적으로 단기간 동안 법령을 여러 가지 위반한 운전자를 의미한다. 보험회사도 자신들의 벌점제도를

---

169) 김재광 외, 전계연구보고서, 46면.

가지고 있으나, 보험회사의 벌점제도는 DMV의 벌점제도와 아무런 관련을 가지고 있지 않으며 이것과 혼동되어서는 아니 된다.

아래 표는 뉴욕주의 경우에 여러 가지 운전 중 교통위반자에 과해지는 점수표이다. 도로교통법은 고속도로, 일반도로 등에서 준수되어야 할뿐만 아니라 공공에게 개방되어 있는 주정차 지역에도 적용된다.

【표 10】 위반사항과 벌점

위반사항	벌 점	위반사항	벌 점
구체화되지 않은 속도위반	3	너무 가깝게 따라가는 것(앞차에 바짝 대어 차를 모는 것, tailgating)	4
속도위반 : 시속 1마일(1.6km)부터 10마일(16.093km) 초과	3	부적절한 앞지르기, 안전하지 못한 차선변경, 중앙선의 왼쪽 운전, 잘못된 방향으로의 운전	3
속도위반 : 시속 11마일(17.7km)부터 20마일(32.186km) 초과	4	교통신호, 주정차신호, 양보(yield) 신호 관련 위반	3
속도위반 : 시속 21마일(35.6km)부터 30마일(48.3km) 초과	6	통행권 양보위반	3
속도위반 : 시속 31마일(49.9km)부터 40마일(64.4km) 속도 위반	8	철로통과위반	3
속도위반 : 시속 40마일(64.4km) 이상 초과	11	재산상 손해 또는 가축에 대한 손해 관련 사고현장 이탈	3
무모한(부주의한, reckless) 운전	5	16세 이하의 자와 관련된 안전 규제 위반	3
스쿨버스에 대한 정지위반	5	부적절한 제동(사용자의 자동차운전 중)	2
부적절한 제동	4	기타 운전위반	2

각 위반은 그 자체로는 운전면허정지 또는 취소를 요구할 정도로 심각하지 않을지 모르지만, 운전기록부상에 여러 가지 위반이 누적되

면 그와 같은 조치가 취해질 수 있다는 것을 나타낸다.

운전기록에 과해지는 점수는 법원에 기소된 날짜가 아니라 법령을 위반한 날짜에 기준으로 과하여진다. 18개월 이내에 11점 또는 그 이상의 점수에 달하게 되면, 운전면허가 정지된다는 것을 우편으로 통지하게 된다. 문제된 위반사항이 본인이 한 것이 아니라는 것을 입증하기 위하여만 자동차국(DMV)에 청문을 요구할 수 있다. 특별하거나 또는 완화된 상황에 기초하여 위반사항을 재논의할 수 없으며 면허정지의 취소를 요구할 수 없다.<sup>170)</sup>

## 2) 벌점제도의 운영(벌점의 감경제도 : 교통안전교육)

뉴욕주의 경우 일정한 교육을 이수하면 벌점을 감경받을 수 있는 제도를 운영하고 있다. 이를 벌점 및 보험감축제도(the Point & Insurance Program, PIRP)라고 부른다. PIRP는 뉴욕주 자동차국(DMV)에 의하여 승인을 받아야 하는데 공공기관이 아니라 교육후원자(sponsor)로 불리는 사적 회사 또는 협회를 통하여 이루어진다.

운전자가 PIRP교육을 이수하게 되면 안전운전을 위한 정보 및 차량 교통법령의 대략적 내용에 대한 운전지식을 새로이 취득할 수 있을 뿐만 아니라 다음과 같은 혜택이 부여된다. 첫째, 운전기록에서 벌점을 4점까지 감경받을 자격이 부여되며, 감면을 받을 자격이 자동차국 컴퓨터에 자동적으로 입력되게 된다. 둘째, 운전자가 자동차의 주여 운행자인 경우에 3년 동안 매년 운전자의 자동차 및 오토바이 책임과 충돌 보험 프리미엄의 기본비율에서 최소 10 퍼센트의 감면을 받을 수 있다.

PIRP 교육은 적어도 6시간이며 하나 이상의 강의실에 출석하여야 한다(오토바이 안전·사고방지교육은 교육시간이 훨씬 길다). 각 교육에서 운전자 태도 및 행태, 방어운전기술, 차량교통법의 내용 등과 같

---

<sup>170)</sup> 김재광 외, 전계연구보고서, 47면.

은 교통안전문제에 관한 중요한 정보가 제공된다. 그 이외의 교육내용, 방법, 교육자료 등은 교육기관 등에 따라 다르다. 교육을 이수하기 위하여 요구되는 공식적인 시험은 존재하지 않는다.

운전자가 PIRP 교육을 이수하면 PIRP 교육기관은 10주 이내에 그 사실을 자동차국에 통지한다. 그 통지사실은 운전기록에 등록되며 자동차국 컴퓨터는 운전자의 벌점을 최고 4점까지 자동적으로 감경해준다. 다만 PIRP 교육을 이수하였다고 하여 운전자의 운전기록에서 일정한 위반사항, 협의사항 또는 본래의 벌점점수의 통지사실까지를 삭제해 주는 것은 아니다.

벌점감경은 단지 교육을 이수하기 전 18개월 동안에 축적된 점수만을 감경해 준다. 운전자가 교육을 이수받은 후라고 할지라도 대부분의 위반사항과 부과된 점수는 4년까지 운전기록에 계속하여 유지된다. 알콜과 약물과 관련된 위반사항은 10년까지 유지된다. 점수감경은 자동차국이 운전면허의 취소 또는 정지를 함에 있어서 운전기록에 있는 벌점 4점을 포함시키지 않는다는 것을 의미한다.

이와 같이 점수감경은 교육이수를 받기 바로 전 18개월 동안에 발생된 위반사항에 과하여진 점수에만 적용되며, 그 이전의 위반사항에 영향을 주지 않으며 장래의 위반사항 또는 벌점에 대한 외상(신용)으로 이용될 수도 없다. 또한 운전면허가 이미 취소되었거나 정지된 경우 또는 위반사항에 관한 청문이 이미 계획되어져 있는 경우에는 점수감경은 그 행위에 영향을 미치지 않는다. 또한 점수감경은 DWI, DWAI, 18개월 이내에 행해진 3회 이상의 속도위반과 같은 위반을 이유로 하여 행해지는 의무적 취소 또는 정지를 방지하거나 취소시킬 수도 없다.<sup>171)</sup>

171) 김재광 외, 전계연구보고서, 47면.

## (2) 캘리포니아주

### 1) 벌 점

캘리포니아 주의 경우 Vehicle Code 제12810조에 벌점제도의 근거를 마련해 두고 있다.

벌점은 차량법 및 기타 다른 법률 조항, 또는 자동차의 안전운행과 관련된 시·군 조례에 의하여 부과된다. 보행자 또는 자전거를 타는 사람과 관련된 위반은 점수가 부과되지 않는다. 자동차국은 부주의한 운전자(negligent operator)에 대하여 운전면허를 정지시키거나 보호관찰을 시행하거나 취소시킬 수 있다.

차량법 제12810.5a 조에 의하면, 운전면허 C등급을 취득한 자의 경우에 12개월 이내에 4점 이상을 받거나, 24개월 이내에 6점 이상을 받거나, 36개월 이내에 8점 이상을 받게 되면 부주의한 운전자가 된다.

특수한 자격을 가지지 아니한 운전면허 A 등급 또는 B등급을 소지한 운전자의 경우에는 벌점 2점이 추가되며, 사업용 차량의 운전 중 위반행위에 대하여는 보통의 점수에 1.5배의 점수가 과하여진다. 예를 들면 일반차량의 경우에 속도 위반은 1점이 과하여지지만, 사업용 차량의 경우에는 1.5점이 과하여진다. 18세 이하의 미성년자의 경우에는 12개월 이내에 벌점 2점을 받게 되면 30일간의 제한을 받게 되며 12개월 이내에 벌점 3점을 받게 되면 면허가 정지된다.

아래에서는 캘리포니아주 차량법(Vehicle Code) 위반시 부과되는 벌점을 살펴보기로 한다.<sup>172)</sup>

#### (가) 벌점 1점이 과하여지는 위반행위

차량법 제12810조는 도로상에서 자동차의 안전운행과 관련된 위반행위에 대하여 자동차국이 1점을 부과하도록 규정하고 있다. 예들 들

172) 김재광 외, 전계연구보고서, 48면.

면, 속도 위반, 안전하지 못한 차량의 경우에 1점이 부과된다. 기계와 관련된 위반에 대하여는 그것이 안전운행에 영향을 미치는지 여부에 따라 벌점이 과해지지 않거나 1점이 과하여진다. 가령 번호판을 비치는 등이 없는 경우에는 벌점이 과해지지 않으며, 제동기의 상태 위반은 1점이 과해진다.

1점의 벌점이 부과되는 위반사항은 다음과 같다.

【표 11】 1점의 벌점이 부과되는 위반사항

관련조문	위반사항	관련조문	위반사항
2800	교통공무원에 대한 불복종	2800.1	경찰관 피하기
2801	소방공무원에 대한 불복종	2803, 2803a, 2803b, 2803c	안전하지 못한 차량 적재
2815	방호물을 통과하는 학생이 아닌 자 무시	2816	고속도로를 통과하는 청소년버스/어린이
2817	장례호위 공무원 무시	2818	안전점검 신호/경보구 통과
14601.5	측정거부를 이유로 정지/취소된 기간 동안의 운전	14603	운전면허 규제 위반
21100.3	교통공무원의 지시 무시	21209, 21209a	자전거 전용 도로에서의 운전
21367, 21367a, 21367b, 21367c	교통신호/통제 위반	21451, 21451a, 21451b	불법이동/녹색등/화살표
21452, 21452	불법이동/황색등/화살표	21453, 21453a, 21453b, 21453c	불법이동/적색등/화살표
21454, 21454a - d, 21455	교통신호	21457, 21457a, 21457b	점멸신호 불준수
21460a, 21460b	2중차선/차선변경금지선	21460.5c	2차로 좌회전선의 이용
21461, 21461a, 21462	교통통제장치 불준수	21650, 21650a - f	우측 유지
21651, 21651a	분리된 고속도로 가로지르기	21652	지선 도로로부터 고속도로 진입

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

관련조문	위반사항	관련조문	위반사항
21654, 21654a, 21654b, 21655, 21655b	차선 이용/서행차량	21655.8	마름모형 차선/진입/출구
21656 - 21662, 21662a, 21662b	부적절한 차선 이용	21663	보행도로에서의 운전
21664	무료고속도로 램프/진입/출구	21700	운전자 시야를 방해하는 적재
21701	운전자의 차량통제 방해	21702, 21702a, 21702b	운전시간 제한
21703, 21704, 21704a, 21705, 21706	매우 근접하여 운전	21707	화재지역에서의 운전
21709	안전지대에서의 운전	21711	견인차량 이탈
21750-21757, 21758, 21759	불법 추월	21800-21804, 21804a, 21804b	통행권
21805, 2105b	말에 탄 자에 대한 통행권 양보	21806, 21806a	비상차량에 대한 통행권 양보
21807	비상차량의 안전하지 못한 운행	21950, 21950a, 21951, 21952	보행자에 대한 통행권 양보
21954, 21954b	도로 위 보행자에 대한 적절한 주의	21960a	무료고속도로의 금지된 이용
21963	맹인 보행자에 대한 통행권 양보	22100-22105	회전 및 U 턴
22106	안전하지 못한 응시/자동차 역행	22107-22111, 22111a, 22111b, 22111c	회전 및 정지 신호표시
22112, 22112a	통학버스 신호표시	22348, 22348a, 22348c	속도/지정차선 이용
22349, 22349.5	최고속도	22350, 22351, 22352, 22352a, 22352b	기본/주된 표지판 속도 제한
22354, 22355	게시된 속도 초과/무료고속도로 속도 제한	22356, 22356b	최고속도 시속 70 마일
22357, 22358.4	자치단체가 정한 제한을 초과한 속도	22359, 22360, 22361	자치단체가 정한 제한을 초과한 속도
22362	속도/공사지역	22363	제한속도/기상상황
22364	속도/교통선	22400, 22400a, 22400b	지나친 서행 운전
22405, 22405a	속도/교량/터널	22496, 22407	최고지정차량속도



관련조문	위반사항	관련조문	위반사항
22409, 22410	속도/통 타이어/급속 타이어	22413	경사로에서의 속도제한
22450, 22451, 22452, 22452a, 22452b	의무적 정지/철로 통과	22454	통학버스를 위한 정지
23109, 23109b, 23109d	속력경쟁/방조/선동	23116, 23116a	트럭적재함에 사람을 태워 운송
23127	오솔길과 작은 길에서의 운전	23220	운전 중 음주
23222, 23222a, 23222b	마리하나 또는 컨테이너 개방/운전	23235	점화연동 검증
23244, 23244b	점화연동 장치 파괴	23253	통행료징수 고속도로 공무원에 대한 불준수
23270, 23270a	권한 없는 견인	23330, 23330c	교차로에서의 차량의 폭/적재
23336	신호 위반/차량통과	24002, 24002a, 24002b	안전하지 못한/불법적 장치를 갖춘 차량
24004	공무원에 의한 통지 이후의 운행	24250	점화등 장치
24409, 24409a, 24409b	미등을 켜지 않은 경우	24604	늘어진 적재를 표시하는 등/기
25103, 25103a, 25103b	빠죽 나온 적재에 대한 등화	26301, 26302, 26302a, 26302b, 26302c	브레이크
26303, 26304, 26304a, 26304b	브레이크/결합 차량	26307	제게차 브레이크
26311, 26311a, 26311b, 26311c	모든 휠 서비스 브레이크	26456, 26457	브레이크/정지거리
26458, 26458a, 26458.5	제동체계/견인차량	26502a	에어 브레이크의 조절/사용
26503 - 26506, 26506a, 26507	에어 브레이크 체계	26508, 26508a - c, 26508e - k, 26508o	비상정지체계
26520, 26521, 26522	진공 브레이크	27360, 27360a - c, 27360.5, 27360a - c	어린이 승객 규제
27363, 27363b	어린이 안전벨트	27800, 27801, 27801a, 27801b	오토바이/승객과 장비
29001, 29002	5번째 바퀴를 연결/잠그는 장치	29003a, 29003b, 29003c	연결장치
29004, 29004a - c, 29006, 29006a	견인되는 차량 연결	29201	장대/적재와 길이

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

관련조문	위반사항	관련조문	위반사항
31301, 31301a	콜더콜트 터널 규제	31303, 31303b, 31303c, 31303e	위험폐기물 운송
31402	농장노동자 차량/안전 하지 못한 운행	31540, 31504b	이동컨테이너/규제
31614, 31614a, 31614b, 31614d - f, 31614h, 31614i	폭발성 물질 운송	32104, 32104a, 32104b, 32105, 32105a, 32104c - e	흡입 위험물 운송
32106, 32106a - d	흡입 위험물 운송	34102	탱크차량 규제
34501.2, 34501a, 34501c	운전시간 제한	34506, 34506a - g	운전시간 제한, 장치, 유지, 운영
34506.3	안전규제 위반	34509, 34509c, 34509d	공동이용 승합차량 유지 검사
35784, 35784a, 35784b	특별허가의 위반	35784.5, 35784a, 35784b	초법적 적재/중량
36400	적재용 운반차/속도	36705	야간의 화물차 적재 폭

(나) 벌점 2점이 과하여지는 위반행위

벌점 2점이 과하여지는 모든 위반행위는 직접 차량법에 의하여 의 목적으로 과하여진다. 2점이 과해지는 위반행위는 교통안전 위험이 증가될 수 있기 때문에 입법부가 좀더 중대한 위반행위로 보는 것이다. 예를 들면, 뺑소니, 영향하의 운전에는 2점이 과하여진다.

2점의 벌점이 부과되는 위반사항은 다음과 같다.

**【표 12】 2점의 벌점이 부과되는 위반사항**

관련조문	위반사항	관련조문	위반사항
2800.2, 2800.3	경찰관 피하기/무모한 운전	23104, 23104a	무모한 운전/인체에 대한 상해 초래
14601, 14601a, 14601b, 14601.1 - 14601.4	면허정지 또는 취소 중 운전	23109a, 23109c	속도 경쟁/속력 과시
20001, 20001a, 20002, 20002a, 20002b	뺑소니/상해/재산상 손해	23140, 23140a, 23140b	혈 중 알 콜 농 도 0.05% 이상으로 운전한 미성년자

관련조문	위반사항	관련조문	위반사항
21651b	잘못된 쪽/분리된 고속도로의 운전	23152, 23152a - d	음주 또는 약물의 영향을 받는 중의 운전(DUI)/술 또 는 약물
22348b	시속 100마일 초과 하여 운전	23153, 23153a - d	음주 또는 약물의 영향을 받는 중의 운전(DUI)/인체에 대한 상해 또는 사망 초래
23103, 23103a, 23103b	무모한 운전	31302, 31602a, 31602b, 31602c	폭발성 물질 운송

## 2) 캘리포니아 주 벌점제도의 운영

캘리포니아에서는 벌점제도와 관련하여 부주의운전자처리제도(Negligent Operator Treatment System, NOTS)를 운영하고 있다. 이것은 부주의운전자에 대한 벌점에 기초하는데, 주의통지서와 운전할 권리에 대한 단계적 제재로 이루어진다.

NOTS에 의거한 제재조치는 특정한 기간 동안에 운전기록에 과하여지는 부주의운전자 점수에 따라 취해진다. NOTS에 의거한 제재조치는 다음의 4단계로 이루어진다.<sup>173)</sup>

### (가) 1단계(주의통지)

12개월 이내에 2점, 24개월 이내에 4점, 36개월 이내에 6점에 달하면, 운전자에게 주의통지가 발송된다. 주의통지는 중대한 위반행위가 운전기록에 추가될 때에도 발송될 수 있다.

173) 김재광 외, 전계연구보고서, 52면.

(나) 2단계(면허정지예정 통지)

12개월 이내에 3점, 24개월 이내에 5점, 36개월 이내에 7점에 달하면, 운전자에게 발송된다. 이 통지는 중대한 위반행위가 운전기록에 추가될 때에도 발송될 수 있다.

(다) 3단계(보호관찰/면허정지)

12개월 이내에 4점, 24개월 이내에 6점, 36개월 이내에 8점에 달하면, 운전면허가 정지되고 그리고 보호관찰/면허정지명령이 운전자에게 발하여진다. 3단계에 이르면 차량법 제12810.5조에 의하여 운전자는 반증이 없는 한 부주의운전자로 강한 추정을 받게 된다. 3단계에서의 제재조치는 6개월간의 면허정지와 동시에 1년간의 보호관찰이다. 제재의 효과는 명령이 통지된 날로부터 34일 이후에 발생한다.

NOTS에 의한 보호관찰 기간 중이면서 운전면허 정지 중에, 운전자가 자동차 운행 중 어떠한 위반행위가 있거나 또는 운전자가 과실의 유무에 관계없이 충돌사고와 관련되는 때에는 6개월의 면허정지가 추가되고 보호관찰기간이 보호관찰을 위반한 날로부터 1년간 연장된다.

(라) 4단계(NOTS에 의한 보호관찰 위반)

가) 면허정지 기간 중 어떠한 위반행위가 있거나 충돌사고가 있는 경우, 나) 보호관찰 기간 중 1점 또는 2점에 해당하는 위반행위가 있거나 유책한 충돌사고 있는 경우, 다) 보호관찰 기간 중 출두하지 않거나 범칙금을 납부하지 않은 경우, 4) 18세 미만의 운전자가 유책한 충돌, 출석하지 않거나 범칙금을 납부하지 않거나 기타 위반행위로 인하여 잠정적 보호관찰에 위반한 경우에는, 운전면허가 정지되고 보호관찰 명령 위반이 운전자에게 통지된다.

보호관찰에 대한 1회 또는 2회 위반에 대한 면허정지 기간은 6개월이며, 보호관찰 기간도 위반한 날로부터 1년간 연장된다. 보호관찰에

대한 3회 위반에 대하여는 1년간 운전면허가 취소된다.

## II. 시사점

이상에서 본 바와 같이 미국의 경우 운전면허행정처분의 기준이 되는 벌점제도도 부과되는 벌점의 정도, 그 운영에 있어서 주별로 상이하다. 교통사고의 위험이 높은 위반행위에 대하여는 높은 벌점이 부과된다. 뉴욕주의 경우에 시속 45마일 초과 속도위반에 대하여는 11점이 부과되어 바로 운전면허를 정지시킬 수 있도록 되어 있는 것이 그 예이다.

또한 위반정도에 따라 단계적으로 벌점이 부과되는 경우도 있다. 과속운전의 경우 우리나라에서는 3단계로 운영되고 있으나, 앞에서 본 바와 같이 뉴욕주의 경우는 5단계로 운영되고 있다. 과속운전의 경우 대부분 주에서 이와 같이 4, 5단계로 운영하고 있다(일리노이주의 경우 속도위반에 대하여는 4단계의 벌점이 부과된다. 시속 1-10마일 초과 5점, 시속 11-14마일 초과 15점, 시속 15-25마일 초과 20점, 시속 26마일 이상 초과시 50점이 부과된다).<sup>174)</sup>

## 제 4 절 프랑스

### I. 위반행위의 종류와 제재

교통법규위반행위는 그 법규위반의 중대성에 따라 경한 형사상 輕罪(délit)와 위경죄(contravention)<sup>175)</sup>로 구분된다. 경죄(délit)는 법률사항이고, 위경죄(contravention)은 명령사항이다. 도로교통에 관한 중죄(crime)는 없다. 경한 형사범죄는 경죄재판소(tribunal correctionnel)의 관할에 속하고, 위경죄는 경찰재판소(tribunal de police)의 관할에 속한다(형사소송법전 제521조).

174) 김재광 외, 전개연구보고서, 54면.

175) 위경죄는 3000유로를 넘지 않는 벌금이 부과되는 위법행위를 말한다.

경죄에 대한 제재로는 징역, 벌금, 일-벌금, 공익근로, 제131-6조에 규정된 권리의 박탈 또는 제한(면허취소, 면허정지, 차량몰수 또는 유치 등), 제131-10조에 규정된 부가형이 있다.

위경죄에 대한 제재로는 벌금과 제131-14조에 규정된 권리의 박탈 또는 제한이 있다.

제5급 위경죄에 있어서는 다음의 권리박탈 또는 제한처벌중 하나 또는 여러 처벌을 취할 수 있다(형법전 제131-14조). 이 처벌은 벌금과 병합될 수 없다.

- 1년 이하의 면허정지. 이 면허정지는 직업활동 이외의 운전에만 한정될 수 있지만, 직업활동이외의 운전에만 한정될 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.
- 6개월 이하의 차량의 유치

교통법규위반에 대한 제재는 행정적 성격의 제재, 형사상 제재로 나눌 수도 있다.<sup>176)</sup> 여기서는 행정적 제재에 대해서만 논한다.

## 1. 면허정지 등

### (1) 면허증의 임시유치(rétention)

음주상태발견검사 및 운전자의 행태로 그 운전자가 제234-1조에 정해진 알콜상태의 영향아래(sous l'empire de l'état alcoolique) 운전했다는 것을 추정할 수 있을 때 또는 제234-4조에 규정된 공인된 기구에 의해 행해진 조치로 그 상태를 입증한 때에는 사법경찰관 또는 사법경찰리는 관계인의 운전면허증을 임시 유치한다. 이 규정은 아동운전자의 동행자에게도 적용된다.

명백히 술에 취한 상태에서(en état d'ivresse manifeste) 운전한 경우 또는 아동운전자를 명백히 술에 취한 상태에서 동행한 경우 또는 운

---

<sup>176)</sup> 김재광 외, 전계연구보고서, 25면.

전자 또는 아동운전자의 동행자가 위의 검사 또는 조치를 거부한 때에도 위와 같은 조치를 취한다. 검증조서에는 위의 테스트를 행할 수 없었던 이유를 기재한다. 명백한 주취상태에서 운전하거나 동행한 경우에 음주검사는 최단기간내에 행해져야 한다(제224-1조).

허용된 최대속도를 40 킬로미터 이상 초과한 사실이 공인된 기구에 의해 입증된 경우 및 그 차량이 저지된 때에는 제224-1조의 규정이 그 운전자에 동일하게 적용된다(제224-1조).

운전면허증의 유치가, 그 면허증의 소지자인 운전자 또는 아동운전자의 동행자가 당해 면허증을 제시할 수 없어, 행해질 수 없는 경우에는, 제224-1 내지 제224-4조의 규정이 적용된다. 이 경우 당해 면허증을 제시하도록 요구된 운전자는, 24시간내에 관계당국에 당해 면허증을 제출하여야 한다(제224-6조).

## (2) 점수의 차감

점수차감절차는 자동적으로 또 관료적을 행해진다. 그렇지만 거기에서 도로안전분야에서의 프랑스의 정책의 방향을 알 수 있다. 즉 위반행위가 확인되면 점수가 자동적으로 차감된다. 점수의 차감은 경찰관리, 도지사, 법원에 의해서 통보되지 않고 내무부의 단순한 서신에 의해서 통보된다.

1992년에 도입된 점수제는 여러 번 개선되었는데 가장 최근의 것은 2004년 3월 1일의 수습면허제이다.

운전면허의 신규취득자는 수습기간동안에 6점의 점수를 부여받는다. 도로주행교육을 받은 운전자에게는 이 기간이 2년이지만 다른 기타 운전자에게는 3년으로 연장된다. 수습기간에는 점수가 일절 차감되지 않으면 수습기간이 끝나면 점수가 자동적으로 12점이 된다. 이에 반하여 점수가 수습기간동안에 차감되면 점수는 차감된 점수가 된다. 그리고 이 후 3년 동안 어떠한 법규위반도 행해지지 않으면 점수는

자동적으로 12점으로 복원된다.

경범죄를 범하면 6점이 차감되고 도로위경죄를 범하면 위반에 따라 6점까지 점수가 차감된다.

법규위반이 경합된 경우에 점수의 차감은 최대 8점이다. 운전면허 점수를 다음과 같이 두 방식으로 복원할 수 있다. 최후의 법규위반으로부터 3년 내에 어떠한 법규위반을 하지 않은 경우가 그 예이다. 이 기간이 지나면 12점이 자동적으로 운전자에게 주어진다. 둘째로 도로안전교육에 참가하면 4점을 받을 수가 있다.

그렇지만 운전면허 점수제에 대하여는 많은 논의가 있었다. 이 제도는 사전에 정해진 표에 의해서 적용되고 따라서 점수의 차감이 획일적이고 자동적이다. 1998년 9월 23일에 유럽 인권재판소는 프랑스의 점수차감절차가 인권 및 기본적 자유의 협약에 합치한다고 결정하였다.

유럽 인권재판소는 획일적이고 자동적인 점수의 차감은 위반자가 독립된 재판소를 보장받게 하는 형사절차의 하나일 뿐이고 법규위반자는 점수를 차감한 행정기관이 적법한 절차에 따라서 결정을 내렸다는 것을 통지하기 위해서 행정법원에 제소할 수 있다고 보았다.

마지막으로 점수의 차감은 행정적 제재의 성격을 갖는다. 따라서 형사법원에 재판대상이 되지 않는다. 그러나 행정법원에 점수 차감을 다툴 수 있다. 왜냐하면 일정한 절차는 실질적인 것으로 인정될 수 있고, 따라서 그 하자는 점수차감에 취소를 가져올 수 있다.

#### 1) 유형

운전면허는 도지사에게 의해 부여되는데, 도지사는 일정한 요건을 갖춘 경우에 운전면허를 정지할 수 있다. 그 절차에는 보통절차와 긴급절차가 있다.

보통절차는 다음과 같다. 면허정지에 해당하는 법규위반을 한 자는 도지사 또는 그의 대리인에 의해 주재되는 행정위원회에 소환된다.



이 위원회는 도지사에게 의견을 제시하는데, 이 의견은 구속력이 없다. 도지사는 이 의견을 참고하여 결정을 내린다. 면허정지는 6개월을 초과할 수 없다. 도지사의 면허정지결정은 위반자에게 통보되고, 면허증을 반납하여야 한다. 면허증을 반납하지 않으면 경한 형사범죄로 처벌받는다.

긴급절차는 다음과 같다. 도지사, 부지사 및 경찰관은 운전자가 운전을 하는 것이 위험하다고 판단하는 경우에 다른 사람을 보호하기 위하여 현장에서 면허증을 박탈할 수 있다. 이로 인한 면허정지는 위원회를 거치지 않는 한 2월 이내로 한정된다. 긴급절차에 의한 면허정지는 통상 수일 또는 수주일로 단기로 행해진다. 위반자는 통지받은 후 2월 이내에 행정법원에 불복할 수 있다.

#### 가. 음주운전으로 인한 면허정지

이 경우에 도로법전 법률 제224-1조는 법률 제234-1조와 법률 제234-4조를 원용한다.

음주측정과 운전자의 행태(명백히 취한 상태)로 음주상태에서 운전하는 것으로 판단되는 경우에는 사법경찰리와 사법경찰관은 운전면허를 압수할 수 있다.

이에 관한 두 가지 검토가 필요하다. 이 조치는 아동이 음주하지 않은 경우에도 음주상태로 아동의 운전을 위해 동승한 자에게도 적용된다. 또 음주측정은 거부하는 경우에는 운전면허의 압수가 가능하다. 그러한 거부가 있는 경우에 음주운전을 의심하는 것에 정당성이 있고, 사법경찰관리는 사전배려의 원칙에 의해 운전면허를 압수할 수 있다.

명백히 취한 징후가 없는 경우에도 채혈측정으로 혈중알콜농도가 리터당 0.80그램 이상이거나 호흡측정으로 혈중알콜농도가 리터당 0.4밀리그램 이상인 경우에는 사법경찰관리는 운전면허를 압수할 수 있다.

화학 및 전자 알콜테스트에 의한 음주단속 후에 운전면허를 압수하기 위해서는 두 수단에 의해 알콜농도를 확인하여야 한다(법률 제 23404조).

첫째로, 의료 및 생물학적 분석 및 검사(채혈의 수단)를 행할 수 있다. 이 경우에는 표본이 보존된다는 것을 고지하여야 한다. 호흡공기의 리터당 알콜농도의 양을 측정하는 유사기구(전자 알콜농도 측정기)를 사용할 수 있다. 이 경우 측정의 상대방은 기구의 검사 후에 재측정을 요구할 수 있다.

마지막으로 그 검사를 거부할 이익이 전혀 없다. 즉 도로법전은 이러한 거부를 경죄로 규정하고 있고, 그러한 경우 중한 형사상 제재가 과해진다(도로법전 법률 제234-8조). 법원은 2년 이하의 징역 4,500유로 이하의 벌금을 부과할 수 있다. 또한 재량에 의해 여러 부과형을 과할 수 있다.

우선 3년 이하의 운전면허를 수정할 수 없고 집행정지가 되지 않는 정지를 명할 수 있다.

다음으로, 3년 이하로 신규 면허취득을 금지하는 운전면허 취소를 발할 수 있다.

그리고, 공익 노역 및 일 단위 벌금을 명할 수 있고, 면허가 필요하지 않는 차량의 운전을 5년 이하로 금지할 수 있다.

또한 운전자의 비용으로 교통안전을 위한 교육을 받도록 할 수 있다.

마지막으로, 음주측정을 거부하는 경우 법원의 결정을 거침이 없이 운전면허 점수의 2분의 1이 자동 차감된다.

결론적으로 말하면 음주측정을 거부하면 과거보다 훨씬 더 무거운 제재를 받는다. 즉 개혁 이전에는 운전자가 운전면허의 최대 6개월 정지를 받을 수 있었다.

이 가중제재는 마약복용의 경우에도 적용되었다.<sup>177)</sup>

---

177) 이 부분은 Romaric, Gegen 교수(엑스마르세유 폴세잔느 제3대학 전임강사)와 경

나. 과속으로 인한 면허정지

과속의 단속은 경찰에 의한 단속 또는 자동차에 장착된 속도정지된 기구를 통한 사진에 의해서 행해진다.

속도측정 기구에 의해서 경찰 또는 헌병이 허용속도를 시간당 40킬로미터 이상 초과한 것을 확인하고 그 차량을 확인할 때에는 운전면허증을 압수할 수 있다.

전술한 이 세 경우가 운전면허증을 압수할 수 있는 경우이고, 입법자는 명확한 절차에 따라 이를 행하도록 하였다.<sup>178)</sup>

즉, 허용된 최대속도를 40 킬로미터 이상 초과한 사실이 공인된 기구에 의해 입증된 경우 및 그 차량이 저지된 때에는 음주운전의 경우와 동일한 규정이 그 운전자에 적용된다(제224-2조).

다. 마약복용운전

이는 도로법전 법률 제235-2조에 규정되어 있다. 음주운전측정에 있어서는 사법경찰관은 언제든지 그 측정을 할 수 있다. 그러나 마약에 있어서는 그러하지 않다.

경찰은 다음의 경우에 모든 운전자에 대해서 마약을 의무적으로 측정하여야 한다.

- 과실치사
- 운전자가 마약을 복용하고 운전을 했다고 의심할 만한 사정이 있는 경우에 상해사고  
이에 반하여 다음의 경우에 측정은 임의적이다.
- 대물사고
- 차량운전자가 운전면허정지처벌을 받는 도로법전 위반을 한 것으로 판단될 때 또는 속도위반, 안전벨트 또는 안전모 착용위반의

---

최대 법대의 박균성 교수의 연구자문을 참조하였다.  
178) 이 부분도 전계 연구자문을 참조하였다.

경우

- 마지막으로 운전자가 마약을 복용했다고 의심할 만한 사정이 존재할 때

이 측정은 운전하는 아동의 동승자에게 적용될 수 있다. 그리고 측정을 거부하면 면허증을 압수한다.

측정은 사법경찰관리의 요구를 받은 의사, 허가받은 의과대학생 또는 생물학자에 의해서 행해진다. 이 경우에 사법경찰관리는 그들에게 필요한 재료를 제공해야 한다. 전문가는 통제된 운전자의 생물학적 액체를 수집한다. 실제에 있어서 소변이 채취되는데 그것은 마약의 흔적은 피에서 보다 소변에서 더 오래 남기 때문이다.

전문가는 의료검사, 생물학적 채취, 연구 그리고 네 종류의 마약: 대마초, 암페타민, 코카인, 아편을 검사할 수 있다

이 측정결과 포지티브반응이 나오면 행정기관은 운전면허증을 압수할 수 있다. 그러나 음주측정에서처럼 이 측정방법에 그치지 않는다. 마약의 경우에 운전자 또는 미성년자의 동행자가 이 측정을 거부할 때에는 포지티브한 측정결과를 확인하는 것이 필요하거나 통제를 행해야 된다.

마지막으로, 그 측정 또는 확인을 거부하는 경우 음주확인에 관하여 앞에서 언급한 것과 동일한 처벌이 가해진다(도로법전 법률 제235-3조).<sup>179)</sup>

#### 라. 적용요건

도로법전 명령 제224-1조는 압수를 행하는 사법경찰관리는 운전면허 압수의견서를 작성하여야 하고, 그 사본을 해당운전자에게 교부하여야 한다. 이 의견서는 운전자가 그 면허증을 갖고 있지 않고 따라서 경찰관에게 그것을 제출할 수 없는 경우에도 작성되어야 한다. 해당운전자는 경찰에게 24시간에 운전면허증을 제출하여야 한다.

<sup>179)</sup> 이 부분은 전개연구자문을 참조하였다.

이 압수를 보다 효율적으로 행할 수 있게 하기 위하여 입법자는 경찰이 직권으로 차량을 억류할 수 있는 권한이 있다고 규정하였다(도로법전 법률 224-4조). 이 억류는 압수기간의 종료 또는 그 과실 있는 운전자 또는 동반자가 운전할 수 있는 자격이 있는 운전자를 제한하는 경우에는 해제된다.

이 압수는 72시간을 초과할 수 없다. 이 기간동안 도지사는 사건을 분류하고 운전자에게 경고하거나 문제의 운전면허를 정지할 수 있다.

그리고 도로법전 법률 제224-2조는 이 압수기간 동안에는 어떠한 결정도 내려지지 않고 그 운전면허는 소유자에 속해야 한다고 규정하고 있다. 그렇지만 이 반환은 도로법전 법률 제224-7조 및 법률 제 224-9조의 사후의 적용(한편으로 운전면허 정지, 그리고 다른 한편으로 행정적 제재와 사법적 제재의 병과)을 제한하지 않는 것으로 이해되어야 한다.

첫 번째는 운전면허 정지의 부과형(형사벌)이 과해지는 범규위반을 확인하는 조서를 제출받은 도지사가 경고하거나 정지하거나 운송증의 교부를 금지하는 가능성을 규정한다(이 경고 또는 정지의 가능성은 미성년자의 동행자에 대해서도 가능하다).

두 번째는 행정적 사법적 조치의 병과제도를 규정한다. 압수 시 그 운전면허가 정지되지 않은 운전자가 도지사 또는 사법기관에 의해 그 후에 행해지고 다른 범규위반에 의해서 정당화되는 정지로부터 면제되지 않는다는 것을 의미한다.<sup>180)</sup>

(2) 점수가 차감되는 범규위반 행위

【표 13】 점수가 차감되는 범규위반 행위

1점	-허용속도 시간당 20km이하의 초과; -단일의 실선 또는 이중점선이 아닌 선의 부분적 침범
----	--

180) 이 부분은 전계연구자문을 참조하였다.

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

2점	<ul style="list-style-type: none"> <li>-시간당 20km 내지 30km의 허용속도의 초과;</li> <li>-손에 의한 핸드폰의 사용;</li> <li>-레이더 탐지기의 사용;</li> <li>-추월지점에서의 차량의 과속;</li> <li>-고속도로상의 노건에서의 주행 및 주차;</li> </ul>
3점	<ul style="list-style-type: none"> <li>-시간당 30km 내지 40km의 허용속도의 초과;</li> <li>-안전벨트 미착용;</li> <li>-이륜자동차 운전자의 안전모 미착용 및 부정 안전모 착용;</li> <li>-정당한 이유 없는 도로의 좌측주행;</li> <li>-단일 실선의 침범;</li> <li>-다른 이용자에 대한 위험 없음이 보장되지 않고 다른 이용자에게 차선변경의사를 경고함이 없이 행한 차선의 중대한 변경;</li> <li>-위험한 추월;</li> <li>-차량 사이의 안전거리의 미준수;</li> <li>-위험한 정차 및 주차;</li> <li>-야간 또는 안개 시 가로등이 없는 장소에서 조명이나 신호 없이 차량을 도로상에 주차하는 행위;</li> <li>-긴급정차지대에서의 주행;</li> </ul>
4점	<ul style="list-style-type: none"> <li>-시간당 40km 내지 50km의 허용속도의 초과;</li> <li>-우선순위(교차로,보행자...)의 미준수;</li> <li>-정차표지판 또는 붉은 신호등에 의해서 부과되는 정차의 미준수;</li> <li>-야간 또는 안개 시에 가로등이 없는 장소에서 조명이나 신호 없이 자동차를 운전하는 것;</li> <li>-도로상에서의 역주행 또는 유턴;</li> <li>-금지된 방향으로의 주행;</li> </ul>
6점	<ul style="list-style-type: none"> <li>·<b>도로위경죄</b></li> <li>-1리터당 0.50gr 내지 0.80gr의 음주운전상태에서의 운전 또는 미성년자를 위한 동승(호흡측정의 경우 0.25mgr 내지 0.40mgr/ l);</li> <li>-시간당 50km이사의 허용속도 초과;</li> <li>·<b>경범죄</b></li> <li>-명백히 술에 취한 상태에서의 운전;</li> <li>-과실치사 또는 노동력의 완전상실을 야기하는 과실치상;</li> <li>-채혈에 있어서 리터당 0.80gr 이상의 음주상태에서의 운전 또는 미성년자를 위한 동승(호흡측정의 경우 0.40mgr/l);</li> <li>-음주측정거부, 뺑소니</li> <li>-명령, 정지, 측정의 거부</li> </ul>

6점	<ul style="list-style-type: none"> <li>-교통방해</li> <li>-의도적인 가짜 번호판의 사용, 의도적인 번호판의 제거 및 허위신고</li> <li>-운전면허의 압수 또는 정지중의 운전 또는 운전면허 반환의 거부</li> <li>-마약복용후의 운전</li> <li>-마약측정의 거부</li> </ul>
----	--

### (3) 차량의 운행금지

운전면허증의 압류기간 동안 및 운전자가 운전면허증을 소지하지 않은 경우에는 직권으로 차량을 운행금지할 수 있다. 그렇지만 차량의 운행금지는 운전자 또는 아동운전자의 동행자 또는 경우에 따라서는 차량의 소유자에 의해 제안되는 자격있는 운전자가 그 운전을 보장할 수 있을 때에는 해제된다. 그렇지 않으면 압류를 명할 수 있는 공무원은 그 차량을 적법한 주차장소에 이동보관하도록 하는 조치를 취할 수 있다(제224-4조).

### (4) 운전면허정지

그 성격(예방 또는 제재)에 관하여 견해가 대립되는 이 조치는 도시사가 취할 수 있는 가장 강한 조치이다. 그렇지만 프랑스에 있어서 도로안전을 개선시키고자 하는 정부의 의지에 의해서 수년간 법의 큰 변화가 있었다. 이 매카니즘의 최근의 발전을 알기 위하여 현재의 제도를 보기 전에 과거의 형식을 볼 필요가 있다.

#### 1) 구제도: 운전면허 정지위원회

가. 위원회, 결정기관

##### ① 일반규정

구법은 특별위원회에 관한 도로법전 명령 제224-6조 내지 명령 제224-11 및 명령 제224-13, 그것은 2004년 7월 1일 오희도낭스 제

2004-637.... 2004년 12월 9일의 제2004-1343의 법 간소화 법률에 의해서 폐지되었다.

명령 제224-6조는 운전면허 정지위원회는 도지사의 창설명령에 의해서 창설되고, 이 위원회는 운전면허정지 부과형이 도로법전에 의해서 과해지는 법규위반을 확인하는 조서를 심리하는 유일한 권한을 가진다.

입법자는 대량의 소송가능성을 예견하고 도에 여러 위원회를 창설할 수 있는 가능성을 인정하였다. 이 위원회의 운영을 최대한 효율적으로 수행하도록 하기 위하여 도지사는 또한 부지사에게 창설권과 위원의 선정권 및 도로법전 법률 제224-7조 및 제224-8조를 적용하는 권한을 위임할 수 있었다. 즉, 부지사는 분류, 경고 또는 6월 이하의 정지(또한 운전면허 미소지자에 대하여는 운전면허증의 교부의 금지)를 행할 수 있었다. 그리고 그는 법률 제224-8조에 규정된 경우에 있어서는 예외적으로 일련의 정지를 행할 수 있었다.

명령 제 224-7조는 도지사가 이 위원회를 주재하고 부재 시 그가 지정하는 공무원이 대리하도록 규정하였다.

이 위원회는 이 결정기관에 신청되는 사건에 관한 실력 있는 전문가가 확보될 수 있도록 도로안전 분야에 종사하는 자가 최대한 참여하는 것으로 구성되었다. 명령 제224-8조는 세 유형의 위원을 규정하였다.

우선 두 명의 교통경찰, 팀장 한명은 경찰, 한명은 헌병.

다음으로 기술팀장 즉 도시설국 기사, 레지옹 산업·연구·환경국 기사, 그리고 운전면허 검사 직무를 담당하는 교통부 공무원.

마지막으로 다섯 명의 도로이용자 협회 및 도로안전 및 교통의 문제에 관심이 있는 협회의 대표자.

그러나, 이러한 구성에서 볼 때 이 위원회는 유연성과 운용성이 부



족하였다. 이 때문에 법률은 이 세유형의 한 위원만 참석하면 위원회가 의결을 할 수 있는 것으로 하였다.

도로법전 명령 제224-9조는 이용자 대표 중에서 상임위원을 지정명할 수 있는 것으로 규정하였다. 이 위원은 도로법전 명령 제224-13조에 규정된 긴급절차의 적용의 경우에 중요한 역할을 수행하였다. 이 절차는 도지사가 상임이사의 의견만으로 2월 이하의 정지를 대심절차 없이 결정할 수 있도록 하는 절차이다. 그렇지만 이 결정 후 도지사는 과실 있는 운전자에게 그 방어를 제출 하도록 최고한 후 위원회에 그 사건을 제출 할 수 있다. 이해관계인은 정지 통지 후 15일 이내에 위원회에 불복할 수 있다. 위원회에 불복이 있으면, 도지사는 그의 결정을 확인하거나 취소하거나 변경하여야 한다.

도로법전 명령 제224-10조는 위원회의 사무국에는 도청 또는 군청 공무원이 파견되어야 하고, 이 공무원은 자문의견 제출권을 가진다고 규정하고 있다. 이 규정으로부터 상임위원 또는 위원회는 직권에 의한 불복제기권을 갖고 있지 못하다는 것을 알 수 있다. 즉 그들은 위원회의 의장 즉 도지사 또는 부지사가 요청한 경우에만 의견을 발할 수 있다.

## ② 위원회에서의 심리

명령 제224-11조는 대심 및 방어권의 원칙 보장에 대해서 규정하고 있다.

심리 10일 전에 위원회의 사무국장은 관계운전자(또는 미성년자의 동반자)에게 위원회 출두명령서를 송부하여야 한다. 이 명령서에는 자문가를 동반하거나 대리인을 참석시킬 수 있다는 것을 적시하여야 한다.

그리고, 관계인은 적어도 심리 2일전에 서류를 열람할 수 있어야 한다.

이 명령서는 실질적인 절차이다. 관계인은 기간의 하자를 이유로 행

정상 정지결정의 취소를 구할 수 있다. 국사원은 명령서는 적어도 심리 10일전에 통지되어야 한다고 결정하였다. 운전자가 이 10일의 기간 이내에 명령서를 받았다는 사실은 절차상 하자는 아니다.

심리절차는 상당히 구체적이다. 첫째로 보고서가 위원회에서 운전자에게 낭독되어야 한다. 이 절차는 실질적 성격을 갖는다. 그래서 그 하자는 도지사 결정의 위법사유가 된다.

다음으로 위원회는 방어권을 행사하는 운전자를 청취한다.

마지막으로, 관계인(그의 자문가 또는 대리인)이 출석하지 않은 상태에서 위원회는 다수결로 결정을 내린다. 의장은 비밀투표를 명할 수 있다. 그러나 그 경우가 아니고 가부동수 일 때에는 의장이 결정한다.

#### 나. 결정의 근거

프랑스 전체에서 이 위원회의 활동을 유도하고 합리화하기 위하여 훈령이 제정되었다.

#### 【표 14】 운전면허 정지기간

(도 운전면허 위원회에 적용되는 내무부장관의 1991년 11월 30일 훈령에서 발췌)

과속

허용속도위반의 정도	시간당 90킬로미터 미만의 허용속도	시간당 90킬로미터 이상의 허용속도	시간당 130킬로미터 허용속도
20킬로미터 내지 30킬로미터	8일	-	-
31킬로20킬로미터 내지 30킬로미터	15일	8일	경고
41킬로미터 내지 30킬로미터	1개월	15일	15일
51킬로미터 내지 30킬로미터	2개월	1개월	1개월
61킬로미터 내지 30킬로미터	4개월	2개월	2개월

훈령은 상습적인 경우에 그 기간이 50%가중될 수 있다고 규정하였다.

또한, 그 훈령은 경험이 없는 운전자는 경험이 있는 운전자보다 더 사고를 낸다는 것에 기초하면서 그 기준의 엄격한 적용을 도지사에게 권고하며 젊은 운전자에 대한 특별한 고려를 하였다.

마지막으로, 그 허용속도가 시간당 90km이하인 구역에서 일어난 법규위반행위는 보다 엄격히 다루어져야 한다고 생각하였다. 실제로 대부분의 경우에 이 구역은 특별한 위험을 야기하고 있는 것으로 여겨지는 구역이었다. 그 사고위험의 개연성이 다양한 차량의 수 및 보행자의 수에 비추어 더 큰 주거구역(도시구역에서 보통법상의 한계는 일반적으로 시간당 50km이지만 시장이 더 낮출 수 있다)에 있어서 그러하다. 또한 도로의 포장이 마모되었거나 노선에 어려움이 있는 것(산악구역, 기후조건에서 위험구역...)으로 인하여 운전이 어려운 구역에 있어서도 그러하다.

결과적으로, 허용속도의 초과가 시간당 31km 내지 40km인 경우에 동일한 법규위반에 있어서 도지사가 명한 정지는 허용속도에 따라서 다르다. 그 고속도로에서의 위반자는 경고만을 받지만 그 도시에서의 위반자는 15일간의 면허정지를 받는다.

#### 【표 15】 음주운전

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

알콜농도	제재조치
0.40mg/1~0.05mg/1(또는 0.8g~1g)	1월 내지 2월
0.51mg/1~0.75mg/1(또는 1.08g~1.50g)	2월 내지 3월
0.76mg/1~1.0mg/1(또는 1.51g~2g)	3월 내지 5월
1.01mg/1~1.12mg/1(또는 2.01g~2.5g)	5월 내지 7월
1.26mg/1~1.50mg/1(또는 2.51g~3g)	7월 내지 9월
1.50mg/1(또는 3g)	9월 내지 12월

훈령으로부터 나오는 이 표의 검토에서 알콜농도의 검사의 거부는 6개월의 면허정지처분을 받는다는 것을 알 수 있다.

그 위반자를 다양한 경험을 하도록 하는 집단교육은 최근에 포기되었고 그 대신 전적으로 도지사가 정하는 개별적 해결책이 채택되었다.

2) 실정법

과거의 관념은 절차의 대심적 성격 등을 통하여 방어권의 보호를 중시하는 것이었다. 그렇지만은 도로법전 상의 위반행위의 예방과 처벌을 보다 복잡하게 하고, 그 결과 보다 지연시키는 불이익이 초래되었다. 그 분야에서의 새로운 목표는 효율성을 위하여 법적 상황을 단순화 하는 것이다.

이러한 단순화는 정당성이 없는 것은 아니다. 도지사의 권한이 재구성되고 프랑스 전국에서 도지사의 결정을 통일시키는 법령이 제정되었다.

가. 단순화의 법적 정당성

정지위원회가 도지사에게 의해서 대체되었다. 위원회를 통한 보장에

있어서는 유감스러운 일이지만 이 위원회의 폐지는 정당화될 수 있다. 이론과 판례의 대립을 야기한 행정상 정지의 성격에 관한 이론적 논의는 이러한 결정을 정당화 하였다.

즉, 법원은 법원에게 있어서 행정상의 운전면허 정지는 일정한 운전자의 반사회적 행태로부터 도로의 이용자의 안전을 보장하는 것을 목적으로 하는 예방조치이다. 그리고 사건의 사법적 해결이라는 측면에서 가장 빠른 해결을 목표로 하였다. 판결로 엄격한 의미의 제재를 방어권의 존중 하에 정할 수 있다.

행정상 정지는 행정상 제재는 아니기 때문에, 제재시에 요구되는 보장보다 작은 보장을 받아들일 수 있다.

#### 나. 도지사의 권한

개혁으로 긴급 시 도지사의 예외적 권한이 소멸되었다. 전술한 것처럼 도지사는 위원회의 상임위원의 단순한 의결서로 2개월 이내에서 운전면허를 정지할 수 있었다. 그러나 위원회가 개혁에 의해서 폐지된 이상 대심절차의 고유한 기관도 소멸되었고 긴급절차의 필요성도 소멸되었다.

또한 도지사의 권한이 축소되었다. 그는 위반행위를 판정할 수 있다. 그러나 그는 운전자가 운전면허증이 없는 경우에 임시적으로 운전자에게 경고하고 운전면허를 정지하거나 운전면허발급을 금지할 수 있다. 마찬가지로 그는 임시적으로 미성년자의 동승자에게 경고하거나 운전면허를 정지할 수 있다.

이 정지기간은 6개월을 초과할 수 없다. 그렇지만 예외적으로 일정한 경우에 그 정지가 1년까지 가능하다. 그 경우는 다음의 세 경우이다:

- 과실치사 또는 근로능력의 완전상실에 이르는 과실치상
- 음주운전
- 도주

다. 법령상 지침

【표 16】 운전면허 정지기간표<sup>181)</sup>  
과속

허용속도초과	시간당 90km미만의 허용속도	시간당 90km이상의 허용속도	시간당 130km의 허용속도
40km/h	1월	15일	15일
41~50km/h	2월	1월	1월
51~60km/h	4월	2월	2월
61km이상/h	6월	5월	4월

밑줄 친 기간은 위반자가 의사를 면담하여야 하는 기간을 말한다.

이 비공식 문서는 초보운전자(2년 이하의 면허소지자)는 보다 엄격한 규율을 받는다고 규정하고 있다. 즉 도지사는 50%의 정지를 가중할 수 있다.

마지막으로, 전력이 고려된다. 운전자가 5년 이래 허용속도를 시간당 20km이상 초과했을 때에는 법규위반에 대하여 50%의 정지가 가중된다. 전력이 고려되는 기간은 상당히 긴 것으로 운전자들에게 인식되고 있다.

시간당 40km이하의 허용속도의 초과는 행정상 운전면허정지의 대상이 되지 않고, 이 경우에는 점수만이 차감된다.

【표 17】 음주운전

알콜농도(mgr/l)	정지기간
0.40	1월
0.41	1월3일
0.42	1월6일
0.43	1월9일
0.44	1월12일
0.45	1월15일

181) 이 자료는 프랑스 내무부 비공식 문서이다.

## 제 1 부 경찰행정분야 행정처분기준 정비방안

0.46	1월18일
0.47	1월21일
0.48	1월24일
0.49	1월27일
<b>0.50</b>	<b>2월</b>
0.51	2월
0.52	2월3일
0.53	2월3일
0.54	2월3일
0.55	2월6일
0.56	2월6일
0.57	2월6일
0.58	2월10일
0.59	2월10일
0.60	2월10일
0.61	2월14일
0.62	2월14일
0.63	2월14일
0.64	2월18일
0.65	2월18일
0.66	2월18일
0.67	2월22일
0.68	2월22일
0.69	2월22일
0.70	2월26일
0.71	2월26일
0.72	2월26일
<b>0.73</b>	<b>3월</b>
0.74	3월
0.75	3월
0.76	3월
0.77	3월6일
0.78	3월6일

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

0.79	3월6일
0.80	3월12일
0.81	3월12일
0.82	3월12일
0.83	3월18일
0.84	3월18일
0.85	3월18일
0.86	3월24일
0.87	3월24일
0.88	3월24일
<b>0.89</b>	<b>4월3일</b>
0.90	4월3일
0.91	4월3일
0.92	4월12일
0.93	4월12일
0.94	4월12일
0.95	4월21일
0.96	4월21일
0.97	4월21일
<b>0.98</b>	<b>5월</b>
0.99	5월
1.00	5월
1.01	5월
1.02	5월7일
1.03	5월7일
1.04	5월7일
1.05	5월14일
1.06	5월14일
1.07	5월14일
1.08	5월22일
1.09	5월22일
1.10	5월22일
<b>1.11</b>	<b>6월</b>



1.12	6월
1.13	6월
N.B : 1gr/l=1mgr/l×2	

도지사에게 제공된 이 비공식 문서는 지침적 성격을 가질 뿐이다. 도지사는 이 분야에서 재량권을 가지고 개별적 상황을 고려할 수 있다. 위반행위를 적발한 경찰은 도지사에게 보고서를 제출하고 도지사는 이 보고서에 기초하여 결정을 내린다.

그렇지만 도지사에게 제공된 위의 표는 합리적 결정에 필수불가결한 도구이다. 즉, 도 상호간에 지나친 불균형을 피할 수가 있고 이성보다는 감성에 의해 결정내리는 것을 막을 수 있다.

사법적 통제에 있어서 국사원은 재량권행사에 의해서 내려진 그 결정에 있어서의 명백한 판단상의 잘못을 통제한다. 이 때문에 도지사는 운전사의 범위반과 예방조치사이의 비례관계를 유지하여야 할 필요가 있다.

##### 5) 면허취소후의 재발급

본 법전의 적용에 따라 운전면허가 취소된 경우에는, 당사자는 그의 비용부담으로 실시되는 의료, 생물학 및 심리기술심사의 결과 적성이 있는 것으로 인정받지 못하면, 새로운 면허증을 신청할 수 없다(제 224-14조).

운전면허취소후 6개월간 운전이 금지되고(5년 이내에 운전면허가 두 번 취소된 경우에는 1년간 운전이 금지된다) 운전면허의 재발급은 운전면허 취소 6개월 후 운전경력에 따라 다음과 같은 절차에 의한다. 3년 이상 운전경력이 있는 자는 도로법전에 관한 필기시험에 합격하면 된다(5년 이내에 두 번 운전면허가 취소된 자는 운전면허 시험 전부를 보아야 한다). 운전경력이 3년 이하인 경우에는 운전면허시험 전부(도로법전에 관한 필기시험과 함께 실기시험)를 다시 보아야

한다.

#### 6) 음주운전등의 경우의 제재의 가중

본 법전 또는 형법전 제221-8조, 제222-44조 및 제434-45조에 정하는 운전면허 정지, 취소, 발급금지라는 보충형의 최장기간은, 위반행위가 도주(뺑소니)나 술에 취한 상태라는 명백한 징표가 없어도 음주 상태하에서 범해진 것인 경우에는 2배로 가중된다. 음주상태하에서의 또는 술에 취한 상태하에서의 운전의 경죄 또는 음주상태를 증명하기 위한 검사의 거부의 경죄와 함께 범한 과실치사의 경죄의 재범의 경우에는, 당사자는 10년의 기간의 경과전에는 그리고 그의 비용부담으로 실시되는 의료 및 심리검사의 결과 적성이 있는 것으로 인정받지 못하면 새로운 면허증을 신청할 수 없다(제224-15조).

#### (2) 법률상 자동적인 점수의 박탈(벌점제도) 및 점수의 회복

##### 1) 의 의

운전면허 부여시 12점의 점수가 부여되며 위반행위시 마다 일정 점수가 감점되고, 12점이 모두 감점된 경우에는 운전면허가 취소된다(명령 제223-1조). 이 제도는 1989년 7월 10일 법률 제89-469호에 의해 최초로 도입되었다.

감점되지 않는 법규위반 - 안전벨트미착용, 위험하지 않은 주차위반, 법규위반의 적발에 사용되는 일정한 기구의 존재를 폭로하거나 그 운영을 교란시키는 기구의 사용, 보험의무의 불이행, 해빙기 통행 금지위반 및 다리의 통행에 관한 규정의 불준수.

##### 2) 감점의 기준

경한 형사범죄로 인한 감점은 6점이고, 위경죄로 인한 감점은 4점 이내로 한다(법률 제223-2조). 감점을 수반하는 도로경찰위경죄 및 당해

위경죄에 따르는 감점의 기준은 명령으로 정해진다(법률 제223-8조).

- ① 6점 감점 : 과실치사 또는 3개월 이상 근로할수 없는 과실 치상, 명백히 술등에 취한 상태에서의 운전, 음주단속거부, 뺑소니, 정지 및 검문거부, 의도적인 허위번호판의 사용, 의도적인 번호판의 미부착 및 허위신고, 통행방해, 면허정지기간중 운전
  - ② 4점 감점 : 3개월 이하 근로할 수 없는 과실 치상, 허용최고속도의 시속 40 km 이상 초과, 고속도로상에서의 후진 또는 유턴, 우선권 위반, 공공조명이 없는 곳에서의 조명 및 신호없는 차량의 야간 또는 안개시의 운행, 교통표지판 또는 신호등에 의한 정차의 무위반, 금지방향으로의 운행
  - ③ 3점 감점 : 긴급정차지역에서의 운행, 허용최고속도의 시속 30km 이상 40 km 미만 초과, 운전면허취득기간 1년 미만의 운전면허소지자에 있어서 허용최고속도의 시속 40 km 미만 초과, 위험한 추월, 공공조명이 없는 곳에서의 조명 및 신호없는 차량의 야간 또는 안개시의 도로상의 주차, 다른 이용자에 대한 위험이 없다는 것을 확신함이 없이 그리고 다른 이용자에게 그의 의도를 사전고지함이 없이 한 중요한 방향변경, 주행실선 넘기, 도로좌측의 이유헌는 운행. 위험한 정차 또는 주차, 안전벨트를 메지 않음.<sup>182)</sup>
  - ④ 2점 감점 : 고속도로 중앙분리대에서의 운행 또는 정차, 허용최고속도의 시속 20km 이상 30 km 미만 초과, 추월지역에서의 차량 운전자에 의한 가속
  - ⑤ 1점 감점 : 주행실선 침범, 허용최고속도의 시속 20km 미만 초과, 반대편차선의 운전자의 운전을 방해하는 조명의 유지
- 여러 법규 위반이 동시에 있는 행해진 경우에는 그로 인한 감점은 최고 6점(여러 법규 위반 중 경한 형사범죄가 있는 경우 감점은 최고

182) 아울러 4급 위경죄에 해당하여 135유로의 벌금을 문다.

8점)까지 누적된다(명령 제223-2조).

### 3) 감점의 실행

감점은 위반자가 법규위반을 인정하거나(예를 들면, 위반자가 자발적으로 부과된 벌금을 지불하거나 경찰에 의해 작성된 조서에 서명한 경우 이에 해당한다) 벌점에 해당하는 위반행위에 대한 법원의 처벌이 확정됨으로써 확인된 경우에 법상 자동적으로 행해진다. 교통법규 위반 단속자는 위반행위의 확인시 그로 인하여 일정 점수가 감점될 것임을 위반자에게 고지하여야 한다.

감점이 실행되는 경우에는 당사자에 대해 별도로 통지되어야 한다. 당사자에 대하여 감점을 수반하는 위반행위를 범하였음을 통지할 때에는, 그가 받을 감점, 이들 점수의 자동처리의 존재 및 당사자에 의한 접근권의 행사 가능성을 통지한다. 그리고, 감점조치는 그것이 효력을 발생한 때 보통우편에 의해 당사자에게 통지된다(제223-3조).

### 4) 점수의 회복

최종 처벌이 확정되거나 최종 벌금이 납부된 날로부터 3년 내에 실점을 당하는 새로운 위반행위를 범하지 아니한 때에는 다시 최초의 점수가 부여된다(법률 제223-6조 제1항). 도로교통사고의 원인과 결과에 대한 특별교육을 받은 때에는 점수가 부분적으로 회복될 수 있다(법률 제223-6조 제2항). 교육기간은 2일이며 이 특별교육을 이수하면 4점이 회복된다. 점수회복을 위한 교통안전교육은 2년에 한번 밖에 받을 수 없다. 이 교육은 임의적인 것이며 약 230유로를 지급하는 유료이다. 이 교육은 공인된 센터에서 행해진다. 2년 이내의 운전면허소지자인 때에는 최초 점수의 3분의 1 이상의 감점을 야기한 위반행위를 한 경우 위반행위에 대한 벌금을 대체하는 이 특별교육을 받아야 한다.

위와는 별도로 벌금에 해당하는 위경죄로 인한 감점은 처벌이 확정된 날로부터 또는 벌금을 납부한 날로부터 10년이 경과한 후 실효되며 최초의 점수가 다시 부여된다(법률 제223-6조 제3항).

5) 0점의 경우 자동적인 면허취소

운전자가 부여받은 점수를 모두 잃으면 운전면허는 자동적으로 취소된다.

점수를 전부 실점한 경우에 당사자는 행정당국으로부터 그 주소지의 도지사에게 그 운전면허증을 반납하라는 명령을 받는다. 당사자는 그의 비용으로 실시되는 의료 및 정신공학검사의 결과 적성이 있는 것으로 인정받지 못하면 새로운 운전면허증을 신청할 수 없고, 도지사에게 면허증을 반납한 날로부터 6개월이 지나기 전에는 새로운 운전면허증을 신청할 수 없다(제223-5조).

6) 별점 정보의 수집제한(법률 제223-7조)

운전면허의 명의인이 보유하는 점수에 관한 정보는 사용자, 보험인 및 일체의 다른 자연인 또는 법인을 제외하고 당해 사실을 알고 있어야 하는 행정기관 또는 사법기관만이 수집할 수 있다(223-7조).

4. 공익근로

프랑스에서 공익근로는 징역형에 대한 대체형으로만 인정되고 있다. 그리고, 공익근로는 강제근로는 인정되지 않는다는 원칙하에 범죄인이 거부하는 경우에는 가능하지 않다. 그리고 공익근로는 형법전 제 131-6조에서 열거하는 면허정지 등 권리의 박탈 또는 제한 또는 벌금과 함께 부과될 수 없다(형법전 제 131-8조, 제 131-9조).

공익근로는 공법인 또는 사회단체에서의 근로로 이루어진다.

5. 특별한 위반행위에 대한 제재

(1) 음주운전에 대한 제재

1) 규제대상 및 규제내용

혈중알콜농도가 0.8 그램 이상, 또는 숨을 내쉬는 공기의 리터당 알콜 농도가 0.4밀리그램 이상의 음주상태하에서 차량을 운전한 자는, 2년의 징역 및 4,500 유로의 벌금에 처한다. 명백한 주취상태에서 차량을 운전하는 행위는 동일한 형에 처한다. 위경죄의 경우 제325-1조 내지 325-3조에 규정된 조건하에서 차량운행정지가 명해질 수 있고, 당연히 운전면허 최초 점수의 2분의 1이 감점된다. 위의 음주운전에 관한 규정은 아동차량운전자의 수행자에게도 적용된다(제234-1조).

제234-1조에 규정된 경죄중 하나를 범한 자는 또한 추가적으로 다음의 형을 받을 수 있다 : 1. 3년 이내에서의 운전면허의 정지. 이 정지는 직업활동 외에서의 운전에만 한정될 수 있다. 2. 최장 3년간의 신규면허증교부신청의 금지가 부가된 운전면허취소 3. 형법전 제131-8조에 규정된 방식 및 동법 제131-22조 내지 131-24조 및 비행청소년에 관한 1945년 2월 2일 오르도낭스 제45-174호 제20-5조에 규정된 조건에 따른 공익봉사벌 4. 형법전 제131-5조 및 제131-25조에 정해진 조건하에서의 일수에 따른 벌금 음주운전으로 인한 운전면허정지는 일부라도 집행정지가 주어질 수 없다(제234-2조).

혈중알콜농도가 0.5 그램 이상 0.8 그램 미만, 또는 숨을 내쉬는 공기의 리터당 알콜농도가 0.25밀리그램 이상, 0.4 밀리그램 미만의 음주상태하에서 차량을 운전한 자는, 4급 위경죄에 부과되는 벌금에 처한다. 위 위경죄의 경우 제325-1조 내지 325-3조에 규정된 조건하에서 차량운행정지가 명해질 수 있고, 당연히 운전면허점수 3점이 감점된다. 위의 음주운전에 관한 규정은 아동운전자의 수행자에게도 적용된다(명령 제234-1조).

음주운전을 하였다는 사실만으로 처벌되며 음주운전의 장소는 묻지

않는다.

음주운전중 사고를 일으켜 중대한 대인사고를 내면 벌금이 30000유로가 될 수 있고, 다른 도로이용자가 사망에 이른 경우에는 징역이 10년까지 가능하며 벌금이 150,000 유로가 될 수 있다.<sup>183)</sup>

## 2) 음주측정

### 가) 음주측정을 하는 경우

경찰관은 다음의 하나에 해당하는 경우에 음주를 측정할 수 있다.

- ① 교통사고가 대인사고를 야기한 경우. 운전자가 책임자가 아닌 경우에도 그러하다.
- ② 교통법규위반의 경우. 술에 취한 것이 명백하지 않은 경우에도 가능하다.
- ③ 검사 또는 사법경찰관이 음주측정을 명령한 경우에는 법규위반이 없는 경우에도 음주측정이 가능하다.

### 나) 음주측정방법

음주측정은 통상 호흡측정으로 한다. 호흡측정을 거부하는 경우에 채혈측정을 한다.

## (2) 무면허운전

무면허운전자는 제5급의 위경죄(contravention)로 처벌되고, 차량의 운행정지가 명해질 수 있다(명령 제221-1조). 무면허운전의 전과가 있는 자의 무면허운전행위는 2년의 징역과 25,000 프랑의 벌금이라는 경죄(delit)에 처하고, 공익봉사벌과 일수에 따른 벌금이 병과될 수 있고 차량의 운행정지가 명해질 수 있다(법률 제221-2조).

운전에 필요한 면허증의 소지자가 아닌 운전자가 차량운전과 관련

---

183) 김재광 외, 전개연구보고서, 36면.

하여 면허증의 정지 또는 취소의 사유에 해당하는 유죄판결을 받았을 때 당해 형은 동일한 기간의 운전면허증발급금지형으로 대체된다(제 224-12조).

공공도로에서는 그 공공도로가 공중의 교통에 개방되지 아니한 경우에도 원칙상 운전면허가 요구된다. 다만, 명령 제221-15조 내지 제 221-17조와 같이 달리 규정하는 경우에는 그러하지 아니하다(명령 제 221-1조)

### (3) 면허증반납의 거부에 대한 제재

그에 대하여 운전면허의 정지 또는 취소의 결정의 통지를 받은 자가 이 결정의 집행을 담당하고 있는 기관의 공무원에게 정지 또는 취소된 면허증을 반납하지 않는 행위는 2년의 징역 및 4,500유로의 벌금에 처한다. 제224-1조에 따라 운전면허의 압수결정이 통지된 기간동안 운전면허를 반납하지 않는 행위는 2년의 징역 및 4,500유로의 벌금에 처한다.

위와 같이 처벌을 받는 자는 다음의 벌을 병과받을 수 있다 : 1. 공익봉사벌 2. 일수에 따른 벌금.

위와 같이 처벌을 받는 자는 그 범죄가 운전면허의 정지 또는 압수결정에 이어 범해진 경우에는 다음의 벌을 병과받을 수 있다 : 1. 3년 이내에서의 운전면허의 정지. 이 정지는 직업활동외에서의 운전에만 한정될 수 있다. 2. 3년 이내의 운전면허교부신청금지가 부가된 면허의 취소.

위와 같이 처벌을 받는 자는 그 범죄가 운전면허의 정지 또는 압수결정에 이어 범해진 경우에는 자동적으로 운전면허최초점수의 2분의 1의 삭감을 초래한다(제224-17조).<sup>184)</sup>

## II. 시사점

---

184) 김재광 외, 전계연구보고서, 37면.



기술발전은 법적 주제를 다루는 방식을 변경하고 따라서 법이 사회 발전에 적응할 것을 요구한다. 자동차의 발명은 그 한 예가 된다. 실제로 행정기관은 이 기구가 시민에게 끼칠 위험성을 즉시 인식하였다. 대통령이 자동차 운전에 있어서 면허증의 소지를 요구하는 등 데크레에 의해서 교통에 대한 법제규제를 한 것은 바로 그것을 보호하기 위한 것이었다. 이처럼 1899년 3월 10일의 명령은 이러한 유형의 이용자가 특별한 법적 규율을 받도록 하는 최초의 입법이다. 운전면허라 불리는 제도가 도입된 것은 1922년이다.

1992년의 개혁은 점수가 부여된 면허제도를 창설함으로써 이 면허제도를 실질적으로 변경하였다. 그렇지만 이로 인하여 여러 문제가 제기되었다. 즉 운전면허에는 최초에 6점이 부과되었다. 이에 대하여 직업운전자들은 대규모 파업을 하였다. 이러한 사회적인 반대로 인하여 정부는 이러한 반대를 완화하기 위하여 12점을 부여하였다.

처음에 이 제도는 많은 어려움을 겪었지만 오늘에는 이 점수면허제도는 더 이상 다툼의 대상이 되지 않고 있다. 이 제도로 교육적 목적을 가진 사회적 통제형식을 뿌리내리는 것이 가능하게 되었다. 오늘날 행정에 의한 제재의 성격에 관하여 판례와 학설은 대립하고 있지만, 이 제도는 일반인에게는 제재로서 인식되고 있다. 이 철회 가능성은 가중제재의 인상을 주면서 운전면허 정지 및 취소 등 기존의 제재에 부가되는 점에서 더욱 그러하다.

이 가중제재는 이용자의 이익을 위하여 면허를 규제하는 법령 증가의 귀결이다.

1973년에 15600명의 사망과 374600명의 부상자를 가져온 270600건의 사고가 있었다. 이러한 통계로 인하여 입법자와 정부는 속도(오늘날도 치명적 사고의 40%이상의 원인이다), 음주운전(치명적 사고의 30%이상의 원인이다), 안전벨트착용의무화 또는 이륜자동차의 운전자에 있어서는 안전모의 착용 또는 도로망의 개선 등 개입을 하게 되었

다. 또한 차량의 안전을 발전시킨 자동차 회사의 노력도 간과할 수 없다. 또한 1973년의 통계와 규제의 증가는 1975년 7월 11일 법률에 의해 도지사에게 운전면허정지권을 부여하는 원인이 되었다.

이러한 조치가 복합적으로 작용하여 교통사고가 크게 줄어들게 되었다. 2004년에 85390건의 사고와 5232명의 사망자와 108727명의 부상자가 있었다.

이러한 통계치에 대한 행정작용의 실질적인 영향을 측정하는 것은 가능하지 않지만, 이러한 개입의 틀을 연구하는 것은 가능하다. 일반적으로 행정작용은 적어도 이론적으로는 예방작용이다. 운전면허증의 압수 및 정지가 그러하다. 다른 조치들은 그 성격에 있어서 여러 문제를 제기한다.<sup>185)</sup>

---

185) 이것은 Romaric, Gegen 연구원과 박균성교수의 자문

## 제 3 장 현행 경찰행정법령의 행정처분기준 분석

### 제 1 절 서 언

경찰청 소관법률 중 경비업법, 도로교통법, 사격및사격장단속법, 사행행위등규제및처벌특례법, 총포·도검·화약류등단속법 등 형식적으로 행정처분 규정을 두고 있는 5개 법률에 대해서만 검토하고자 한다.

또한 경찰청 소관법률에서 규정한 각종 경찰하명, 허가·특허 및 그 취소·정지, 통지 등 다양한 행정처분의 종류 중에서 법률조항에서 형식적으로 “행정처분”이라는 용어를 사용하고 있는 경찰허가 및 특허에 대한 취소·정지를 이 검토의 내용적 범위로 삼고자 한다. 물론 경찰공무원의 임명에 대한 면직처분은 특허의 철회라는 점에서 검토의 대상이 될 수 있으나 경찰조직 내부문제로 보아 제외한다.

형식적으로 행정처분 규정을 두고 있는 5개 법률에서 정한 처분의 기준과 범위를 기술해 보고 그 처분의 미비점 및 문제점과 개선방안을 도출해 보기로 한다.

### 제 2 절 개별법령에 규정된 행정처분 기준

#### I. 경비업법<sup>186)</sup>

##### 1. 경비업<sup>187)</sup> 허가의 취소·정지

###### (1) 허가의 취소사유

- 허위 또는 부정한 방법으로 허가를 받은 때

186) 경비업법에 대해서는 김재광, 『민간경비 관련법제의 개선방안 연구』, 한국법제연구원, 2004 참조.

187) 경비인력·자본금·시설 및 장비를 갖춘 법인이 수사무소의 소재지를 관할하는 지방경찰청장의 허가를 받아 영위하는 시설경비, 호송경비, 신변보호, 기계경비 또는 특수경비업을 말한다.

- 허가받은 경비업무 외의 업무에 경비원을 종사하게 한 때
- 경비업 및 경비관련업 외의 영업을 한 때
- 정당한 사유없이 허가를 받은 날부터 1년 이내에 경비 도급실적이 없거나 계속하여 1년 이상 휴업한 때
- 정당한 사유없이 최종 도급계약 종료일의 다음 날부터 1년 이내에 경비 도급실적이 없을 때
- 영업정지처분을 받고 계속하여 영업을 한 때

(2) 허가의 취소 및 영업정지<sup>188)</sup> 기준

1) 일반기준

- 위반행위의 정도 등을 참작하여 나)의 행정처분 기준을 가중하거나 경감할 수 있다.
- 위반행위가 2 이상인 경우로서 그에 해당하는 각각의 처분기준이 다른 경우에는 그 중 중한 처분기준에 의하며, 2 이상의 처분기준이 동일한 영업정지인 경우에는 중한 처분기준의 2분의 1까지 가중할 수 있되, 각 처분기준을 합산한 기간을 초과할 수 없다.
- 위반행위의 횟수에 따른 행정처분의 기준은 당해 위반행위가 있는 날 이전 최근 2년간 같은 위반행위로 행정처분을 받은 경우에 적용한다.
- 영업정지처분에 해당하는 위반행위가 있는 날 이전 최근 2년간 같은 위반행위로 2회 영업정지처분을 받은 경우에는 위 표의 기준에 불구하고 그 위반행위에 대한 행정처분기준은 허가취소로 한다.

---

188) 허가취소 또는 영업정지처분을 하는 때에는 경비업자가 허가받은 경비업무중 허가취소 또는 영업정지사유에 해당되는 경비업무에 한하여 처분한다. 다만, 허가받은 경비업무 이외에 경비업무에 경비원을 종사하게 한 때에는 허가받은 경비업무를 모두 처분할 수 있다.

## 2) 개별 처분기준

개별 처분기준은 다음 표와 같다.

【표 18】 개별 처분기준

위반행위	처분기준		
	1차 위반	2차 위반	3차 이상 위반
1. 지방경찰청장의 허가없이 경비업무를 변경한 경우	경 고	영업정지 6월	허가취소
2. 경비업자가 도급을 의뢰받은 경비업무가 위법한 것임에도 이를 거부하지 아니한 경우	영업정지 1월	영업정지 3월	허가취소
3. 결격사유에 해당하는 자를 경비지도사 또는 경비원으로 채용 또는 근무하게 하거나 배치기준에 위반하여 경비지도사를 선임한 경우	"	"	"
4. 경비원으로 하여금 교육을 받게 하지 아니한 경우	경 고	경 고	영업정지 1월
5. 경비원의 복장·장비 및 출동차량에 관한 규정을 위반한 경우	"	"	"
6. 경찰청장·지방경찰청장 또는 관할경찰관서장의 감독상 명령에 따르지 아니한 경우	"	영업정지 3월	허가취소
7. 경비업자가 경비원이 업무수행중 고의 또는 과실로 발생한 손해를 배상하지 아니한 경우	"	"	영업정지 6월

경비업법 관련규정은 다음 표와 같다.

【표 19】 경비업법 관련규정

<p>제19조(경비업 허가의 취소 등) ①허가관청은 경비업자가 제1호 내지 제6호의 1에 해당하는 때에는 그 허가를 취소하고, 제7호에 해당하는 때에는 그 허가를 취소하거나 6월 이내의 기간을 정하여 영업의 전부 또는 일부에 대하여 영업정지를 명할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 허위 그 밖의 부정한 방법으로 허가를 받은 때</li> <li>2. 제7조제5항의 규정에 위반하여 허가받은 경비업무외의 업무에 경비원을 종사하게 한 때</li> <li>3. 제7조제8항의 규정에 위반하여 경비업 및 경비관련업외의 영업을 한 때</li> </ol>
---

4. 정당한 사유없이 허가를 받은 날부터 1년 이내에 경비 도급실적이 없거나 계속하여 1년 이상 휴업한 때
5. 정당한 사유없이 최종 도급계약 종료일의 다음 날부터 1년 이내에 경비 도급실적이 없을 때
6. 영업정지처분을 받고 계속하여 영업을 한 때
7. 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때

## 2. 경비지도사<sup>189)</sup> 자격의 취소·정지

### (1) 자격의 취소사유

- 경비지도사의 결격사유에 해당하게 된 때
- 허위 또는 부정한 방법으로 경비지도사자격증을 교부받은 때
- 자격증을 다른 사람에게 빌려주거나 양도한 때

### (2) 자격의 정지기준

경비지도사 자격의 정지기준은 다음 표와 같다.

【표 20】 자격의 정지기준

위반행위	처분기준		
	1차 위반	2차 위반	3차 이상 위반
1. 경비원의 지도·감독·교육 및 경비현장 순회점검 등 직무를 성실하게 수행하지 아니한 때	자격정지 3월	자격정지 6월	자격정지 12월
2. 경찰청장 또는 지방경찰청장의 지도·감독에 따른 명령을 위반한 때	자격정지 1월	자격정지 6월	자격정지 9월

※ 위반행위의 횟수에 따른 행정처분의 기준은 당해 위반행위가 있는 이전 최근 2년간 같은 위반행위로 행정처분을 받은 경우에 적용한다.

189) 경비원을 지도·감독 및 교육하는 자로서 일반경비지도사와 기계경비지도사로 구분된다.

경비업법 관련규정은 다음 표와 같다.

【표 21】 경비업법 관련규정

<p>제20조(경비지도사자격의 취소 등) ①경찰청장은 경비지도사가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 그 자격을 취소하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 제10조제1항 각호의 결격사유에 해당하게 된 때</li> <li>2. 허위 그 밖의 부정한 방법으로 경비지도사자격증을 교부받은 때</li> <li>3. 경비지도사자격증을 다른 사람에게 빌려주거나 양도한 때</li> </ol> <p>②경찰청장은 경비지도사가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 1년의 범위 내에서 그 자격을 정지시킬 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 제12조제3항의 규정에 위반하여 직무를 성실하게 수행하지 아니한 때</li> <li>2. 제24조의 규정에 의한 경찰청장 또는 지방경찰청장의 명령을 위반한 때</li> </ol>
---

## II. 도로교통법

### 1. 교통안전교육기관 지정의 취소<sup>190)</sup> 사유

- 교육기관<sup>191)</sup>이 지정기준에 적합하지 않아 시정명령을 받고 30일 이내에 시정하지 아니한 때
- 교육기관의 장이 강사가 연수교육을 받을 수 있도록 조치하지 아니한 때
- 교육기관의 장이 교육과정을 이수하지 않은 사람에게 교육필증을 교부한 때

190) 교통안전교육기관은 운전자의 접근성을 용이하게 하기 위하여 도로교통안전관리공단, 자동차안전학원, 대학부설 평생교육기관, 운전면허관리단 교육시설 및 기타 자치단체에서 운영하는 교육시설 등 일정한 교육여건만 구비되어 있으면 교육기관으로 지정될 수 있게 하는 등 진입 규제를 최소화한 반면, 교육의 질적 저하를 예방하기 위하여 가벼운 위반행위에도 운영의 정지처분보다는 지정을 취소하여 엄격하게 처분하고 있다.

191) 운전면허를 받고자 하는 사람이 기능시험에 응시하기 전에 받아야 하는 운전자로서의 기본예절, 도로교통에 관한 법령·지식, 안전운전능력 및 교통안전을 위하여 필요한 사항 등을 교육하는 기관

- 교육기관의 장이 자료제출 또는 보고를 하지 아니하거나 허위의 자료제출 또는 보고를 한 때
  - 교육기관의 장이 관계 공무원의 출입·검사를 거부·방해 또는 기피한 때
- 도로교통법 관련규정은 다음 표와 같다.

**【표 22】 도로교통법 관련규정**

제79조 (교통안전교육기관의 지정취소 등) 지방경찰청장은 교통안전교육기관이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 지정을 취소하여야 한다. 1. 교통안전교육기관이 제74조제2항의 규정에 의한 지정기준에 적합하지 아니하여 시정명령을 받고 30일 이내에 이를 시정하지 아니한 때 2. 교통안전교육기관의 장이 제76조제6항의 규정을 위반하여 교통안전교육강사가 연수교육을 받을 수 있도록 조치하지 아니한 때 3. 교통안전교육기관의 장이 제77조제2항의 규정을 위반하여 교통안전교육과정을 이수하지 아니한 사람에게 교육필증을 교부한 때 4. 교통안전교육기관의 장이 제141조제2항의 규정을 위반하여 자료제출 또는 보고를 하지 아니하거나 허위의 자료제출 또는 보고를 한 때 5. 교통안전교육기관의 장이 제141조제2항의 규정을 위반하여 관계 공무원의 출입·검사를 거부·방해 또는 기피한 때
---

2. 자동차운전전문학원 기능강사<sup>192)</sup> 자격의 취소·정지

(1) 자격의 취소사유

- 허위 또는 부정한 방법으로 강사자격증을 교부받은 때
- 교통사고로 사람을 사상하거나 사람을 사상하게 한 후 피해자를 구호하지 않고 도주하여 금고 이상의 형의 선고를 받은 때(집행유예를 포함한다)
- 강사의 자격정지 기간 중에 교육을 실시한 때
- 강사의 자격증을 다른 사람에게 빌려준 때

192) 강사자격시험에 합격하고 자동차운전교육에 관한 연수교육을 수료한 사람으로서 학원에서 자동차등의 운전이 필요한 도로교통에 관한 법령·지식 및 기능교육을 담당하는 사람



- 기능교육에 사용되는 자동차를 운전할 수 있는 운전면허가 취소된 때

(2) 자격의 취소·정지 기준

1) 일반기준

- 위반사항이 중복될 때는 위반의 경중에 따라 중한 것의 처분을 1/2까지 가중하되, 그 기간은 각 위반사항에서 정한 처분기준의 장기를 합산한 기간을 초과할 수 없다.
- 처분기준 횟수는 처분하려는 사유가 발생한 날부터 과거 2년 이내의 것을 기준으로 한다.
- 강사가 자동차운전전문학원 설립·운영자의 지시에 따라 다음의 위반행위를 하고 그 사실을 지방경찰청장에게 고발한 때에는 자격취소는 자격정지 3월로, 기타 자격정지는 원 처분기준의 2분의 1까지 감경할 수 있다.
  - 교육생의 출석사항을 조작한 때
  - 기능시험 전자채점기를 조작하는 등 부정한 운전면허 취득행위에 조력한 때

2) 개별 처분기준

개별 처분기준은 다음 표와 같다.

【표 23】 개별 처분기준

위 반 사 항	처분기준		
	1차 위반	2차 위반	3차 위반
1. 기능교육에 사용되는 자동차를 운전할 수 있는 운전면허의 효력이 정지된 때	운전면허 정지기간 중 자격정지	운전면허 정지기간 중 자격정지	운전면허 정지기간 중 자격정지

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

2. 강사의 업무에 관하여 부정한 행위를 한 때			
가. 교육생에게 금품 등을 강요하거나 이를 수수한 때	자격정지 6월	자격취소	-
나. 교육생의 출석사항을 조작한 때	자격정지 6월	자격취소	-
다. 교육 중 교육생에게 폭언·폭행 등으로 물의를 일으킨 때	자격정지 3월	자격정지 6월	자격취소
라. 안전사고의 예방을 위하여 필요한 조치를 게을리 한 때	자격정지 1월	자격정지 2월	자격정지 3월
마. 강사자격증을 달지 아니하는 등 품위를 손상한 때	경 고	자격정지 1월	자격정지 2월
바. 기능시험 전자채점기를 조작하는 등 부정한 운전면허 취득행위에 조력한 때	자격정지 6월	자격취소	-
사. 동승교육을 하여야 하는 교육생에게 동승교육을 하지 아니한 때	자격정지 1월	자격정지 2월	자격정지 3월
3. 대가를 받고 자동차운전교육을 한 때	자격정지 6월	자격취소	-

도로교통법 관련규정은 다음 표와 같다.

【표 24】 도로교통법 관련규정

제106조 (전문학원의 강사)
④ 지방경찰청장은 제2항의 규정에 의하여 강사자격증을 교부받은 사람이 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 때에는 행정자치부령이 정하는 기준에 의하여 그 강사의 자격을 취소하거나 1년 이내의 범위에서 기간을 정하여 그 자격의 효력을 정지시킬 수 있다. 다만, 제1호 내지 제5호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 자격을 취소하여야 하며, 제5호 및 제6호의 규정은 제83조 제1항제2호 및 제3호의 규정에 의한 자동차등의 운전에 관하여 필요한 지식등을 얻기 위한 교육을 담당하는 강사에 대하여는 이를 적용하지 아니한다.
1. 허위 또는 그 밖의 부정한 방법으로 강사자격증을 교부받은 때
2. 『교통사고처리 특례법』 제3조제1항 또는 『특정범죄가중처벌 등에 관한 법률』 제5조3의 규정을 위반하여 금고 이상의 형(집행유예를 포함한다)의 선고를 받은 때
3. 강사의 자격정지 기간 중에 교육을 실시한 때
4. 강사의 자격증을 다른 사람에게 빌려 준 때
5. 기능교육에 사용되는 자동차를 운전할 수 있는 운전면허가 취소된 때
6. 기능교육에 사용되는 자동차를 운전할 수 있는 운전면허의 효력이 정

지된 때

- 7. 강사의 업무에 관하여 부정한 행위를 한 때
- 8. 제116조의 규정을 위반하여 대가를 받고 자동차운전교육을 한 때
- 9. 그 밖에 이 법이나 이 법에 의한 명령 또는 처분을 위반한 때

3. 자동차운전전문학원 기능검정원<sup>193)</sup> 자격의 취소·정지

(1) 자격의 취소사유

- 허위로 기능검정 합격사실을 증명한 때
- 허위 또는 부정한 방법으로 기능검정원자격증을 교부받은 때
- 교통사고로 사람을 사상하거나 사람을 사상하게 한 후 피해자를 구호하지 않고 도주하여 금고 이상의 형(집행유예 포함)의 선고를 받은 때
- 자격정지 기간 중에 기능검정을 실시한 때
- 기능검정원의 자격증을 다른 사람에게 빌려준 때
- 기능검정에 사용되는 자동차를 운전할 수 있는 운전면허가 취소된 때

(2) 자격의 취소·정지 기준

1) 일반기준

- 위반사항이 중복될 때는 위반의 경중에 따라 중한 것의 처분을 1/2까지 가중하되, 그 기간은 각 위반사항에서 정한 처분기준의 장기를 합산한 기간을 초과할 수 없다.
- 처분기준 횟수는 처분하려는 사유가 발생한 날부터 과거 2년 이내의 것을 기준으로 한다.
- 기능검정원이 자동차운전전문학원 설립·운영자의 지시에 따라 다음의 위반행위를 하고 그 사실을 지방경찰청장에게 고발한 때

193) 기능검정원 자격시험에 합격하고 자동차운전 기능검정에 관한 연수교육을 수료한 사람으로서 자동차운전전문학원의 교육생에 대하여 운전기능 또는 도로상 운전 능력이 있는지에 관한 검정을 실시하는 사람

에는 자격취소는 자격정지 3월로, 기타 자격정지는 원 처분기준의 2분의 1까지 감경할 수 있다.

- 장내기능시험 전자채점기를 조작한 때
- 검정도중 교육생에게 합격을 유도하는 등 검정의 공정성을 결여하는 행위를 한 때
- 부정한 운전면허 취득행위에 조력한 때
- 기능검정 응시자격이 없는 사람임을 알면서 기능검정을 실시한 때

2) 개별 처분기준 개별 처분기준은 다음 표와 같다.

【표 25】 개별 처분기준

위 반 사 항	처 분 기 준		
	1차 위반	2차 위반	3차 위반
1. 기능검정에 사용되는 자동차를 운전할 수 있는 운전면허의 효력이 정지된 때	운전면허 정지기간 중 자격정지	운전면허 정지기간 중 자격정지	운면면허 정지기간 중 자격정지
2. 기능검정원의 업무에 관하여 부정한 행위를 한 때			
가. 교육생에게 금품 등을 강요하거나 이를 수수한 때	자격정지 6월	자격취소	
나. 장내기능시험 전자채점기를 조작한 때	자격정지 6월	자격취소	
다. 검정도중 교육생에게 합격을 유도하는 등 검정의 공정성을 결여하는 행위를 한 때	자격정지 3월	자격정지 6월	자격취소
라. 검정도중 폭언·폭행 등으로 물의를 일으킨 때	자격정지 3월	자격정지 6월	자격취소
마. 기능검정원 자격증을 탈지 아니하는 등 품위를 손상한 때	경고	자격정지 1월	자격정지 2월
바. 부정한 운전면허 취득행위에 조력한 때	자격정지 6월	자격취소	-
사. 기능검정 응시자격이 없는 사람임을 알면서 기능검정을 실시한 때	자격정지 6월	자격취소	-

도로교통법 관련규정은 다음 표와 같다.

【표 26】 도로교통법 관련규정

<p>제107조 (기능검정원)</p> <p>④ 지방경찰청장은 기능검정원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 행정자치부령이 정하는 기준에 의하여 그 기능검정원의 자격을 취소하거나 1년 이내의 범위에서 기간을 정하여 그 자격의 효력을 정지시킬 수 있다. 다만, 제1호 내지 제6호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 자격을 취소하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 허위로 제108조제4항의 규정에 의한 기능검정합격 사실을 증명한 때</li> <li>2. 허위 또는 그 밖의 부정한 방법으로 기능검정원자격증을 교부받은 때</li> <li>3. 『교통사고처리 특례법』 제3조제1항 또는 『특정범죄가중처벌 등에 관한 법률』 제5조의3의 규정을 위반하여 금고 이상의 형(집행유예를 포함한다)의 선고를 받은 때</li> <li>4. 기능검정원의 자격정지 기간 중에 기능검정을 실시한 때</li> <li>5. 기능검정원의 자격증을 다른 사람에게 빌려 준 때</li> <li>6. 기능검정에 사용되는 자동차를 운전할 수 있는 운전면허가 취소된 때</li> <li>7. 기능검정에 사용되는 자동차를 운전할 수 있는 운전면허의 효력이 정지된 때</li> <li>8. 기능검정원의 업무에 관하여 부정한 행위를 한 때</li> <li>9. 그 밖에 이 법이나 이 법에 의한 명령 또는 처분을 위반한 때</li> </ol>
--

4. 자동차운전학원·전문학원 등록·지정의 취소·정지

(1) 일반적 처분기준

- 제18호, 제33호 및 제34호의 위반행위가 있었던 경우에는 1차 행정처분인 운영정지 외에 전문학원의 지정을 취소할 수 있다.
- 지방경찰청장은 전문학원이 시설 및 설비 등의 기준과 지정기준에 적합하지 아니하여 제3호 또는 제35호의 규정에 의한 보완명령을 하는 때에는 보완명령의 기간 동안 기능검정을 중단하게 할 수 있다.
- 위반행위가 2 이상인 경우로서 그에 해당하는 각각의 처분기준이 다른 경우에는 그 중 중한 처분기준에 의하며, 2 이상의 처

분기준이 동일한 운영정지인 경우에는 중한 처분기준의 2분의 1 까지 가중할 수 있되, 각 처분기준을 합산한 기간을 초과할 수 없다.

- 처분기준의 위반횟수는 처분하려는 사유가 발생한 날부터 과거 2년 이내의 행정처분을 기준으로 한다.

(2) 개별 처분기준

개별 처분기준은 다음과 같다.

【표 27】 개별 처분기준

위반사항	구분	처 분 기 준			
		1차 위반	2차 위반	3차 위반	4차 위반
1. 허위·부정한 방법으로 학원을 등록한 때	학원	등록취소	-	-	-
	전문학원	지정·등록취소	-	-	-
2. 허위·부정한 방법으로 전문학원의 지정을 받은 때	전문학원	지정취소	-	-	-
3. 법 제101조의 규정에 의한 시설 및 설비 등의 기준에 미달하게 된 때	학원	3월 이하 보완명령	등록취소	-	-
	전문학원	3월 이하 보완명령	지정·등록취소	-	-
4. 학원을 설립·운영하는 자의 명의로 등록되지 아니한 자동차 또는 지방경찰청장의 확인을 받지 아니한 자동차로 운전면허 취득자에게 도로주행교육 또는 도로연수교육을 실시한 때	학원	7일이하 운영정지	7일초과~15일이하 운영정지	15일초과~1월이하 운영정지	15일초과~1월이하 운영정지
	전문학원	7일이하 운영정지	7일초과~1월이하 운영정지	1월초과~2월이하 운영정지	1월초과~2월이하 운영정지
5. 교육용 자동차에 관한 규정을 위반한 때 가. 교육용 자동차의 구조 기준에 관한 규정에 위반한 때 나. 사용 유효기간(기능교육용에 한함)또는 정기	학원	7일이하 운영정지	7일초과~15일이하 운영정지	15일초과~1월이하 운영정지	15일초과~1월이하 운영정지
	전문학원	7일이하 운영정지	7일초과~1월이하 운영정지	1월초과~2월이하 운영정지	1월초과~2월이하 운영정지

검사 유효기간(도로주행 교육용에 한함)이 지난 교육용자동차로 교육을 한 때 다. 사용연한이 지난 교육용 자동차로 교육을 한 때(이륜차 또는 원동기에 한함)					
6. 정당한 사유없이 개원 예정일부터 2월이 지날 때까지 개원하지 아니한 때	학원	등록취소	-	-	-
	전문학원	지정취소	-	-	-
7. 정당한 사유없이 계속하여 2월 이상 휴원한 때	학원	3월 이하 보완명령	등록취소	-	-
	전문학원	3월 이하 보완명령	지정 · 등록취소	-	-
8. 등록한 사항에 관하여 변경등록을 하지 않고 이를 변경하는 등 부정한 방법으로 학원을 운영한 때	학원	3월이하 운영정지	3월초과~6월이하 운영정지	등록취소	-
	전문학원	3월이하 운영정지	3월초과~6월이하 운영정지	지정 · 등록취소	-
9. 강사 또는 기능검정원 배치기준을 위반한 때	학원	7일이하 운영정지	7일초과~15일이하 운영정지	15일초과~1월이하 운영정지	15일초과~1월이하 운영정지
	전문학원	7일이하 운영정지	7일초과~1월이하 운영정지	1월초과~2월이하 운영정지	1월초과~2월이하 운영정지
10. 강사가 아닌 사람으로 하여금 자동차 운전에 관한 학과교육·장내기능교육 또는 도로주행교육을 하게 한 때	학원	7일이하 운영정지	7일초과~1월이하 운영정지	1월초과~2월이하 운영정지	등록취소
11. 교육생 정원을 위반한 때가. 일시 수용능력 인원을 초과한 때 나. 1일 최대 교육횟수를 초과한 때 다. 도로주행교육을 받는 교육생의 정원이 기능교육을 받는 교육생의 정원(일시수용능력인원×1일 최대 교육횟수)을 초과한 때	학원	경고 또는 7일이하 운영정지	7일초과~1월이하 운영정지	1월초과~2월이하 운영정지	등록취소
	전문학원	7일이하 운영정지	7일초과~1월이하 운영정지	1월초과~2월이하 운영정지	지정취소 · 등록취소

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

12. 교육시간을 지키지 아니한 때 가. 1일 1인당 교육시간을 초과한 것이 확인된 때 나. 매 교시당 교육시간 50분을 지키지 않은 때	학원	경고 또는 7일이하 운영정지	7일초과~ 15일이하 운영정지	15일초과 ~1월이하 운영정지	15일초과 ~1월이하 운영정지
	전문 학원	7일이하 운영정지	7일초과~ 1월이하 운영정지	1월초과~ 2월이하 운영정지	1월초과 ~ 2월이하 운영정지
13. 기능교육의 방법을 위반한 때 가. 면허의 종별에 따라 단계적으로 교육을 실시하지 않은 때 나. 동승하여야 하는 기능교육용 자동차에 기능교육 강사가 동승하지 않거나 단독교육을 강요한 때 다. 교재를 사용하지 않고 교육을 실시한 때	학원	7일이하 운영정지	7일초과~ 1월이하 운영정지	1월초과~ 2월이하 운영정지	2월초과 ~ 3월이하 운영정지
	전문 학원	7일이하 운영정지	7일초과~ 1월이하 운영정지	1월초과~ 2월이하 운영정지	2월초과 ~ 3월이하 운영정지
14. 학과교육의 방법을 위반한 때 가. 교육과정에 관한 계획없이 교육을 진행하는 때 나. 교재를 사용하지 않고 교육을 실시하는 때	학원	7일이하 운영정지	7일초과~ 1월이하 운영정지	1월초과~ 2월이하 운영정지	1월초과 ~ 2월이하 운영정지
	전문 학원	7일이하 운영정지	7일초과~ 1월이하 운영정지	1월초과~ 2월이하 운영정지	1월초과 ~ 2월이하 운영정지
15. 도로주행교육의 방법을 위반한 때 가. 연습면허를 받지 않은 사람에게 도로주행교육을 실시한 때 나. 강사가 동승하지 않고 교육을 실시한 때 다. 교재를 사용하지 않고 교육을 실시한 때	학원	7일이하 운영정지	7일초과~ 1월이하 운영정지	1월초과~ 2월이하 운영정지	2월초과 ~ 3월이하 운영정지
	전문 학원	7일이하 운영정지	7일초과~ 1월이하 운영정지	1월초과~ 2월이하 운영정지	2월초과 ~ 3월이하 운영정지
16. 강사 또는 기능검정원이 신분증명서 또는 자격증을 달지 아니하고 교육을 실시한 때(학원에 불이익을 주기 위한 목적으로 위반한 경우 제외)	학원	경고	7일이하 운영정지	7일초과~ 1월이하 운영정지	1월초과 ~ 2월이하 운영정지
	전문 학원	경고	7일이하 운영정지	7일초과~ 1월이하 운영정지	1월초과 ~ 2월이하 운영정지



17. 운영기준에 관한 규정에 위반한 때 가. 강사의 선임·해임시 조치규정에 위반한 때 나. 강사가 지켜야 하는 사항을 위반한 때 다. 수강신청에 관한 규정에 위반한 때 라. 교육중 사고를 보상할 수 있는 자동차보험에 가입하지 아니한 때 마. 장애인 교육용 자동차를 갖추지 아니한 때 (전문학원에 한함)	학원	7일이하 운영정지	7일초과~15일이하 운영정지	15일초과~1월이하 운영정지	15일초과~1월이하 운영정지
	전문학원	7일이하 운영정지	7일초과~1월이하 운영정지	1월초과~2월이하 운영정지	1월초과~2월이하 운영정지
18. 출석사항을 조작하는 등 교육사실을 허위로 확인한 때	학원	3월이하 운영정지	3월초과~6월이하 운영정지	등록취소	-
	전문학원	3월이하 운영정지	3월초과~6월이하 운영정지	지정·등록취소	-
19. 갖추어 두어야 하는 장부 또는 서류를 갖추어 지지 아니하거나 기록을 유지하지 아니한 때	학원	7일이하 운영정지	7일초과~15일이하 운영정지	15일초과~1월이하 운영정지	15일초과~1월이하 운영정지
	전문학원	7일이하 운영정지	7일초과~1월이하 운영정지	1월초과~2월이하 운영정지	1월초과~2월이하 운영정지
20. 지방경찰청장이 지정한 노선 외의 도로에서 교육(연습면허소지자에 대한 교육에 한함)을 실시하거나 검정을 실시한 때	학원	1월이하 운영정지	1월초과~2월이하 운영정지	등록취소	-
	전문학원	3월이하 운영정지	3월초과~6월이하 운영정지	지정·등록취소	-
21. 자동차 운전교육생을 모집하기 위한 연락사무소 등을 설치한 때	학원	15일이하 운영정지	15일초과~1월이하 운영정지	1월초과~2월이하 운영정지	2월초과~3월이하 운영정지
	전문학원	15일이하 운영정지	15일초과~1월이하 운영정지	1월초과~2월이하 운영정지	2월초과~3월이하 운영정지
22. 학원등 설립·운영자가 연수교육에 응하지 아니하거나 학원등의 강사 및	학원	경고	7일이하 운영정지	7일초과~15일이하 운영정지	15일초과~1월이하 운영정지

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

기능검정원이 연수교육을 받을 수 있도록 조치하지 아니한 때	전문 학원	경고	7일이하 운영정지	7일초과~ 1월이하 운영정지	1월초과 ~ 2월이하 운영정지
23. 자료제출 또는 보고를 하지 아니하거나 허위의 자료를 제출 또는 보고한 때	학원	7일이하 운영정지	7일초과~ 15일이하 운영정지	15일초과 ~1월이하 운영정지	1월초과 ~ 2월이하 운영정지
	전문 학원	7일이하 운영정지	7일초과~ 15일이하 운영정지	15일초과 ~1월이하 운영정지	1월초과 ~ 2월이하 운영정지
24. 관계공무원의 출입·검사를 거부 방해 또는 기피한 때	학원	7일이하 운영정지	7일초과~ 1월이하 운영정지	1월초과~ 3월이하 운영정지	등록취소
	전문 학원	7일이하 운영정지	7일초과~ 1월이하 운영정지	1월초과~ 3월이하 운영정지	지정취소 · 등록취소
25. 시설·설비의 개선 기타 필요한 명령에 따르지 아니한 때	학원	7일이하 운영정지	7일초과~ 15일이하 운영정지	15일초과 ~1월이하 운영정지	15일초과 ~1월이하 운영정지
	전문 학원	7일이하 운영정지	7일초과~ 1월이하 운영정지	1월초과~ 2월이하 운영정지	1월초과 ~ 2월이하 운영정지
26. 교통안전교육을 실시하지 아니하는 때	전문 학원	7일이하 운영정지	7일초과~ 1월이하 운영정지	1월초과~ 2월이하 운영정지	1월초과 ~ 2월이하 운영정지
27. 교통안전교육기관 지정 취소 사유에 해당한 때	전문 학원	3월이하 운영정지	3월초과~ 6월이하 운영정지	지정· 등록취소	-
28. 전문학원의 운영이 기준에 적합하지 아니한 때 가. 1인당 2시간을 초과하여 모의운전장치에 의한 기본조작교육을 실시한 것이 확인된 때 나. 학과, 기능 및 도로주행교육을 각각 3월을 경과하여 수료되도록 한 것이 확인된 때	전문 학원	7일이하 운영정지	7일초과~ 1월이하 운영정지	1월초과~ 2월이하 운영정지	1월초과 ~ 2월이하 운영정지

29. 전문학원이 승인을 얻지 아니하고 중요사항을 변경한 때	전문학원	7일이하 운영정지	7일초과~1월이하 운영정지	1월초과~2월이하 운영정지	지정·등록취소
30. 학감이 강사가 아닌 사람으로 하여금 자동차 운전전에 관한 학과·장내기능 또는 도로주행교육을 하게 한 때	전문학원	3월이하 운영정지	3월초과~6월이하 운영정지	지정·등록취소	-
31. 자동차운전에 관한 학과교육 및 기능교육을 수료하지 않은 사람 또는 도로주행교육을 수료하지 않은 사람에게 기능검정을 실시한 때	전문학원	3월이하 운영정지	3월초과~6월이하 운영정지	지정·등록취소	-
32. 법 제108조 제3항의 규정을 위반하여 기능검정원이 아닌 사람으로 하여금 기능검정을 실시하게 한 때	전문학원	3월이하 운영정지	3월초과~6월이하 운영정지	지정·등록취소	-
33. 기능검정원이 허위로 기능검정의 합격사실을 증명한 때	전문학원	3월이하 운영정지	3월초과~6월이하 운영정지	지정·등록취소	-
34. 기능검정에 합격하지 아니한 사람에게 수료증 또는 졸업증을 교부한 때	전문학원	3월이하 운영정지	3월초과~6월이하 운영정지	지정·등록취소	-
35. 법지정기준에 적합하지 아니하게 된 때	전문학원	3월 이하 보완명령	지정취소	-	-
36. 학원의 운영정지 명령에 위반하여 학원의 운영행위를 계속하는 때	학원	등록취소	-	-	-
	전문학원	지정·등록취소	-	-	-

도로교통법 관련규정은 다음 표와 같다.

【표 28】 도로교통법 관련규정

제113조(학원등에 대한 행정처분) ①지방경찰청장은 학원등이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 행정자치부령이 정하는 기준에 의하여 등록을 취소하거나 1년 이내의 기간을 정하여 운영의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제1호에 해당하는 때에는 등록을 취소하여야 한다.

1. 허위나 그 밖의 부정한 방법으로 제99조의 규정에 의한 등록을 하거나 제104조제1항의 규정에 의한 지정을 받은 때

2. 제101조의 규정에 의한 시설기준에 미달하게 된 때
  3. 정당한 사유 없이 개원예정일부터 2월이 지날 때까지 개원하지 아니한 때
  4. 정당한 사유 없이 계속하여 2월 이상 휴원한 때
  5. 등록한 사항에 관하여 변경등록을 하지 아니하고 이를 변경하는 등 부정한 방법으로 학원을 운영한 때
  6. 제103조제1항의 규정에 의한 강사의 배치기준 또는 제104조제1항제2호의 규정에 의한 기능검정원 및 강사의 배치기준을 위반한 때
  7. 제103조제2항 또는 제104조제1항제4호의 규정에 의한 교육과정·교육방법 및 운영기준 등에 위반하여 교육을 실시하거나 교육사실을 허위로 증명한 때
  8. 제109조제1항 후단의 규정을 위반하여 학원등 설립·운영자가 연수교육에 응하지 아니하거나 학원등의 강사 및 기능검정원이 연수교육을 받을 수 있도록 조치하지 아니한 때
  9. 제141조제2항의 규정에 의한 자료제출 또는 보고를 하지 아니하거나 허위의 자료를 제출 또는 보고한 때
  10. 제141조제2항의 규정에 의한 관계 공무원의 출입·검사를 거부·방해 또는 기피한 때
  11. 제141조제2항의 규정에 의한 시설·설비의 개선이나 그 밖에 필요한 사항에 대한 명령에 따르지 아니한 때
  12. 이 법이나 이 법에 의한 명령 또는 처분을 위반한 때
- ②지방경찰청장은 전문학원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 행정자치부령이 정하는 기준에 의하여 학원의 등록을 취소하거나 1년 이내의 기간을 정하여 운영의 정지를 명할 수 있다.
1. 제74조제1항의 규정에 의한 교통안전교육을 실시하지 아니하는 때
  2. 제79조 각 호의 어느 하나의 교통안전교육기관의 지정취소 처분의 사유에 해당하는 때
  3. 전문학원의 운영이 제104조제1항제4호의 규정에 의한 기준에 적합하지 아니한 때
  4. 제104조제3항의 규정을 위반하여 중요사항의 변경에 대한 승인을 얻지 아니한 때
  5. 제106조제5항의 규정을 위반하여 학감이 강사가 아닌 사람으로 하여금 학과교육 또는 기능교육을 하게 한 때
  6. 제108조제2항의 규정을 위반하여 자동차운전에 관한 학과 및 기능교육을 수료하지 아니한 사람 또는 도로주행교육을 수료하지 아니한 사람에게 기능검정을 실시한 때
  7. 제108조제3항의 규정을 위반하여 학감이 기능검정원이 아닌 사람으로 하여금 기능검정을 실시하게 한 때
  8. 제108조제4항의 규정을 위반하여 기능검정원이 허위로 기능검정시험의 합격사실을 증명한 때

9. 제108조제5항의 규정을 위반하여 학감이 기능검정에 합격하지 아니한 사람에게 수료증 또는 졸업증을 교부한 때
- ③ 지방경찰청장은 전문학원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 행정자치부령이 정하는 기준에 의하여 지정을 취소할 수 있다.
1. 제104조제1항제1호 내지 제3호의 규정에 의한 지정기준에 적합하지 아니하게 된 때
  2. 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 전문학원의 운영이 정지된 때
- ④ 지방경찰청장은 학원등이 제1항 또는 제2항의 규정에 의한 운영정지명령을 위반하여 계속 운영행위를 하는 때에는 행정자치부령이 정하는 기준에 의하여 등록을 취소하거나 1년 이내의 기간을 정하여 추가로 운영의 정지를 명할 수 있다.

## 5. 운전면허의 취소·정지처분

### (1) 용어의 정의

- “벌점”이라 함은, 행정처분의 기초자료로 활용하기 위하여 법규 위반 또는 사고야기에 대하여 그 위반의 경중, 피해의 정도 등에 따라 배점되는 점수를 말한다. 다만, 연습운전면허증 소지자에게는 적용하지 않는다.
- “누산점수”라 함은, 위반·사고시의 벌점을 누적하여 합산한 점수에서 상계치(무위반·무사고 기간 경과시에 부여되는 점수 등)를 뺀 점수를 말한다.

다만, 운전면허 갱신의무 위반 및 범칙금 미납에 의한 벌점은 누산점수에 산입하지 아니하되, 범칙금 미납 벌점을 받은 날을 기준으로 과거 3년간 2회 이상 범칙금을 납부하지 아니하여 벌점을 받은 사실이 있는 경우에는 누산점수에 산입한다.

※ 누산점수 = 위반·사고시 벌점의 누적 합산치 - 상계치

- “처분벌점”이라 함은 구체적인 법규위반·사고야기에 대하여 앞으로 정지처분기준을 적용하는데 필요한 벌점으로서, 누산점수에서 이미 정지처분이 집행된 벌점의 합계치를 뺀 점수를 말한다.

※ 처분벌점 = 누산점수 - 이미 처분이 집행된 벌점의 합계치  
 = 위반·사고시 벌점의 누적 합산치 - 상계치 - 이미 처분  
 이 집행된 벌점의 합계치

(2) 벌점의 관리

- 법규위반 또는 교통사고로 인한 벌점은 행정처분기준을 적용하  
 고자 하는 당해위반 또는 사고가 있었던 날을 기준으로 하여 과  
 거 3년간의 모든 벌점을 누산하여 관리한다(누산점수의 관리).
- 처분벌점이 40점미만인 경우에, 최종의 위반일 또는 사고일로부  
 터 위반 및 사고없이 1년이 경과한 때에는 그 처분벌점은 소멸  
 한다(벌점소멸).
- 교통사고(인적피해 사고)를 야기하고 도주한 차량을 검거하거나  
 신고하여 검거하게 한 운전자에 대해서는 40점의 특혜점수를 부  
 여하여 기간에 관계없이 그 운전자가 정지 또는 취소 처분을 받  
 게 될 경우, 검거 또는 신고별로 각 1회에 한하여 누산점수에서  
 이를 공제한다(벌점상계).
- 법규위반으로 교통사고를 야기한 경우에는 법규위반에 따른 벌점  
 (가장 중한 것 하나만 적용), 교통사고결과에 따른 벌점, 사고야  
 기시의 조치등 불이행에 따른 벌점을 모두 합산한다(벌점합산).

1) 법규위반에 따른 벌점기준 법규위반에 따른 벌점기준은 다음  
 표와 같다.

【표 29】 법규위반에 따른 벌점기준

위 반 사 항 (도로교통법 조항)	벌 점
1. 면허증 갱신기간 만료일 다음 날부터 면허증 갱신을 받지 아니하고 1년을 경과한 때 <sup>194)</sup> (제93조)	110
2. 술에 취한 상태의 기준을 넘어서 운전한 때(제44조제1항) (혈중알콜농도 0.05% 이상 0.1% 미만)	100

3. 운전자가 단속 경찰공무원 등 폭행으로 형사입건된 때(제 93조)	90
4. 정차·주차위반에 대한 조치위반(제35조) (단체에 소속되거나 다수인에 포함되어 경찰공무원의 3회 이상의 이동명령에 따르지 아니하고 교통을 방해한 경우에 한한다) 5. 안전운전 의무위반(제48조) (단체에 소속되거나 다수인에 포함되어 경찰공무원의 3회 이상의 안전운전 지시에 따르지 아니하고 타인에게 위험과 장애를 주는 속도나 방법으로 운전한 경우에 한한다) 6. 승객의 차내소란행위 방지운전(제49조제1항제9호) 7. 출석기간 또는 범칙금 납부기간 만료일부터 60일이 경과될 때까지 즉결심판을 받지 아니한 때 <sup>195</sup> (제138조 및 제165조)	40
8. 통행구분 위반 - 중앙선 침범에 한함(제13조제3항) 9. 속도위반 - 40km/h 초과(제17조제3항) 10. 철길건널목 통과방법 위반(제24조) 11. 고속도로 갓길 통행 또는 버스 전용차로·다인승 전용차로 통행위반(제60조제1항 및 제61조제2항) 12. 운전면허증 제시의무 위반(제92조제2항)	30
13. 신호 또는 지시에 따를 의무 위반(제5조) 14. 속도위반 - 20km/h 초과 40km/h 이하(제17조제3항) 15. 앞지르기 금지 위반(제22조) 16. 운전 중 휴대용 전화 사용금지 위반(제49조제1항제10호) 17. 운행기록계 미설치 차량 운전금지 등의 위반(제50조제4항) 18. 어린이 통학버스 운전자의 의무 위반(제53조)	15
19. 통행구분 위반 - 보도침범, 보도 횡단방법 위반 (제13조제1항·제2항) 20. 차로에 따른 통행위반 - 진로변경 금지위반 포함(제14조제2항·제4항, 제60조제1항) 21. 일반도로 버스 전용차로 통행 위반(제15조제2항) 22. 안전거리 확보 불이행 - 진로변경 방법위반 포함(제19조) 23. 앞지르기 방법 위반(제21조) 24. 보행자 보호의무 불이행 - 정지선 위반 포함(제27조) 25. 승객 또는 승하차자 추락방지조치 위반(제39조제2항) 26. 안전운전 의무 위반(제48조) 27. 노상 시비·다툼 등으로 차마의 통행 방해행위(제49조제1항제5호) 28. 어린이통학버스 특별보호 위반(제51조)	10

2) 교통사고 결과에 따른 벌점기준<sup>196)</sup>

교통사고 결과에 따른 벌점기준은 다음 표와 같다.

【표 30】 교통사고 결과에 따른 벌점기준

피해구분	내 용	벌 점
사망 1명마다	사고 발생시부터 72시간 내에 사망한 때	90
중상 1명마다	3주 이상의 치료를 요하는 의사의 진단이 있는 사고	15
경상 1명마다	3주 미만 5일 이상의 치료를 요하는 의사의 진단이 있는 사고	5
부상 1명마다	5일 미만의 치료를 요하는 의사의 진단이 있는 사고	2

3) 사고야기시의 조치 등 불이행에 따른 벌점기준

내 용	벌 점
○ 물적피해가 발생한 교통사고를 일으킨 후 도주한 때 ○ 교통사고를 일으킨 즉시(그때, 그 자리에서 곧)사상자를 구호하는 등 조치하지 아니하였으나 다음 시간 이내에 자진신고 한 때	15
- 고속도로, 특별시·광역시 및 시의 관할구역과 군(광역시의 군 제외)의 관할구역 중 경찰관서가 위치하는 리·동 지역 :	30
3시간(기타지역 12시간) 이내	60
- 앞의 시간 이후 : 48시간 이내	

194) 정지처분기간중에 면허증을 갱신한 경우 그 잔여기간의 집행은 면제한다.

195) 범칙금 납부기간 만료일부터 60일이 경과될 때까지 즉결집판을 받지 아니하여 정지처분 대상자가 되었거나, 정지처분을 받고 정지처분 기간중에 있는 사람이 위반 당시 통고받은 범칙금액에 그 100분의 50을 더한 금액을 납부하고 증빙서류를 제출한 때에는 정지처분을 하지 아니하거나 그 잔여기간의 집행을 면제한다. 다만, 다른 위반행위로 인한 벌점이 합산되어 정지처분을 받은 경우 그 다른 위반행위로 인한 정지처분 기간에 대해서는 집행을 면제하지 않는다.

196) 교통사고 발생원인이 불가항력이거나 피해자의 명백한 과실인 때에는 행정처분을 하지 않는다.

차 대 사람 교통사고의 경우 쌍방과실인 때에는 그 벌점을 2분의 1로 감경하고 차 대 차 교통사고의 경우에는 사고원인중 중한 위반행위를 한 운전자만 적용한다. 이 경우 처분받을 운전자 본인의 피해에 대해서는 벌점을 산정하지 아니한다.



(3) 벌점초과로 인한 운전면허의 취소·정지

- 누산점수가 취소기준 점수에 도달한 때에는 그 사람의 운전면허를 취소한다.

벌점·누산점수 초과로 인한 면허취소 기준은 다음 표와 같다.

【표 31】 벌점·누산점수 초과로 인한 면허취소 기준

기 간	누산점수
최종 위반 또는 사고일부터 과거 1년간	121점 이상
최종 위반 또는 사고일부터 과거 2년간	201점 이상
최종 위반 또는 사고일부터 과거 3년간	271점 이상

- 운전면허 정지처분은 1회의 법규위반 또는 사고로 인한 벌점 또는 처분벌점이 40점 이상<sup>197)</sup>이 된 때부터 1점을 1일로 계산하며 1년의 범위 내에서 그 사람의 운전면허의 효력을 정지한다.

(4) 정지처분 집행일수의 가감

1) 특별한 교통안전교육에 따른 처분벌점 및 정지처분집행일수의 감경

운전면허 처분벌점이 40점 미만인 사람이 교통법규교육<sup>198)</sup>을 수료하고 경찰서장에게 교육필증을 제출한 때에는 그 날부터 처분벌점에서 20점을 감경한다.

운전면허 정지처분을 받은 사람이 교통소양교육<sup>199)</sup>을 수료하고

197) 1999. 4. 30 정지처분 기준벌점을 30점에서 40점으로 상향조정(행정자치부령 제49호)

198) 교통법규의 위반 등으로 인하여 운전면허효력 정지의 처분을 받을 가능성이 있는 사람 가운데 교육받기를 원하고 과거 1년 이내에 동 교육을 받지 아니한 사람에게 실시하는 교통법규와 안전 등에 관한 교육

199) 교통사고 또는 주취운전으로 운전면허 정지처분을 받게 되거나 받은 사람으로서 그 처분기간이 만료되기 전에 있는 사람, 교통사고 또는 주취운전 이외의 교통법규 위반으로 운전면허효력 정지의 처분을 받게 되거나 받은 사람으로서 교육받

경찰서장에게 교육필증을 제출한 때에는 그 날부터 정지처분기간에서 20일을 감경한다. 그 사람이 교통소양교육을 마친 후에 다시 교통참여교육<sup>200)</sup>을 수료하고 경찰서장에게 교육필증을 제출한 때에는 그 날부터 정지처분기간에서 30일을 추가로 감경한다. 다만, 해당 위반행위에 대하여 운전면허행정처분심의위원회의 심의를 거치거나 행정심판 또는 행정소송을 통하여 행정처분이 감경된 경우에는 제외한다.

2) 모범운전자<sup>201)</sup>에 대한 처분 집행일수 감경

모범운전자에 대하여는 면허정지처분의 집행기간을 2분의 1로 감경(소수점 이하 단수는 집행기간에서 제외)한다. 다만, 처분별점에 교통사고로 인한 벌점이 포함된 경우에는 감경하지 아니한다.

(5) 행정처분의 취소

교통사고 또는 법규위반이 법원의 판결로 무죄확정(혐의가 없거나 죄가 되지 않아 불기소된 경우 포함)된 경우에는 즉시 그 운전면허행정처분을 취소하고 당해 사고 또는 위반으로 인한 벌점을 삭제한다. 다만, 정신병 또는 약물중독 등의 이유로 무죄 확정된 경우에는 제외한다.

---

기를 원하는 사람, 운전면허효력 정지의 처분을 받게 되거나 받은 운전면허를 취득하고 2년 미만인 사람(초보운전자)으로서 그 처분기간이 만료되기 전에 있는 사람 또는 에게 실시하는 교통사고의 예방, 술에 취한 상태에서의 운전의 위험 및 안전 운전 요령 등에 관한 교육

200) 운전면허가 취소처분된 후 다시 운전면허를 받고자 하는 사람 이외의 교통소양 교육을 받은 사람으로서 교육받기를 원하고 과거 1년 이내에 동 교육을 받지 아니한 사람에게 실시하는 교통단속현장 등에 실제로 참여하는 교육

201) 무사고운전자 또는 유공운전자 표시장을 받은 사람으로서 교통안전봉사활동에 종사하는 사람으로서 면허 정지처분의 집행일수의 감경 이외에 경미한 위반행위에 한해서 통고처분을 면제하고 모범운전자증 이면기재로 대신한다. 다만 과속, 중앙선침범, 신호위반, 앞지르기 위반, 건널목통과방법 위반, 횡단보도 보행자보호위반 등 교통사고 요인행위와 버스전용통행위반 및 고속도로갓길통행행위는 면제하지 않는다(모범운전자선발및운영지침 ; 경찰청 행정규칙).

## (6) 처분기준의 감경

운전면허가 취소되거나 정지되었으나 일정한 요건에 해당되는 사람이 행정처분을 받은 날(정기적성검사를 받지 아니하거나 운전면허증을 갱신하지 않아 운전면허가 취소된 경우에는 행정처분이 있음을 안 날)부터 60일 이내에 주소지를 관할하는 지방경찰청장에게 이의신청을 할 경우에는 운전면허행정처분 이의심의위원회<sup>202)</sup>의 심의를 거쳐 처분의 원인된 행위가 운전면허 취소처분에 해당하는 경우에는 당해 위반행위에 대한 처분별점을 110점으로, 운전면허 정지처분에 해당하는 경우에는 그 처분기준의 2분의 1로 각각 감경할 수 있다. 다만, 벌점초과로 면허가 취소된 자를 감경하는 경우에는 취소되기 전의 누산점수 및 처분별점을 모두 합산하여 처분별점을 110점으로 한다.

## 1) 주취운전으로 운전면허 취소 또는 정지처분된 경우의 감경요건

운전이 가족의 생계를 유지할 중요한 수단이 되거나, 모범운전자로서 처분당시 3년 이상 교통봉사활동에 종사하고 있거나, 교통사고를 일으키고 도주한 운전자를 검거하여 경찰서장 이상의 표창을 받은 사람으로서,

혈중알콜농도가 0.12%를 초과하지 않고 인적피해 교통사고를 일으키지 않은 경우로써 경찰관의 음주측정요구에 불응하거나 도주 또는 단속경찰관을 폭행한 사실이 없고, 과거 5년 이내에 3회 이상의 인적피해 교통사고나 음주운전의 전력이 없는 경우

202) 운전면허행정처분 이의심의위원회

- 심의위원회 구성 : 위원장 포함 7인
  - 위원장 : 지방경찰청장이 지명하는 지방경찰청 과장
  - 위 원 : 교통전문가 등 민간인 중 지방경찰청장이 위촉하는 3인과 지방경찰청소속 경정 이상 경찰관 중 위원장이 지명하는 3인 등 6명
- 임 기 : 2년(연임가능)

2) 벌점초과로 운전면허 취소처분을 받은 경우의 감경요건

운전이 가족의 생계를 유지할 중요한 수단이 되거나, 모범운전자로서 처분당시 3년 이상 교통봉사활동에 종사하고 있거나, 교통사고를 일으키고 도주한 운전자를 검거하여 경찰서장 이상의 표창을 받은 사람으로서,

과거 5년 이내에 운전면허 취소처분을 받거나 3회 이상 운전면허 정지처분을 받은 전력이 없는 경우로써 과거 5년 이내에 3회 이상 인적피해 교통사고를 일으키지 않았고 운전면허행정처분심의위원회, 행정심판 또는 행정소송을 통하여 행정처분이 감경된 사실이 없는 경우

3) 정기적성검사 또는 운전면허증 갱신을 연기할 수 없었던 불가피한 사유가 있는 등 취소 또는 정지처분이 현저히 불합리하다고 인정되는 경우

(7) 벌점·누산점수 초과로 인한 면허취소 기준

벌점·누산점수 초과로 인한 면허취소 기준은 다음 표와 같다.

【표 32】 벌점·누산점수 초과로 인한 면허취소 기준

연번	위반사항	내 용	
		일반면허	연습면허
1	교통사고 야기 도주	○ 인피 교통사고 후 구호조치 불이행	해당없음
2	교통사고	해당없음	○ 인피 교통사고 야기 <sup>203)</sup>
3	주취운전	○ 혈중알콜농도 0.05% 이상인 상태에서 운전중 인피사고 야기 ○ 혈중알콜농도 0.1% 이상인 상태에서 운전	○ 혈중알콜농도 0.05% 이상인 상태에서 운전

		○ 주취운전 또는 음주측정 불응으로 운전면허 취소·정지처분을 2회 이상 받은 사람이 다시 혈중알콜농도 0.05% 이상인 상태에서 운전	
4	음주측정 불응	○ 경찰공무원의 음주측정요구에 불응	좌동
5	운전면허증 대여	○ 다른 사람에게 면허증 대여, 운전하게 한 때 ○ 다른 사람의 면허증을 대여 받거나 그 밖에 부정한 방법으로 입수한 면허증으로 운전	좌동
6	결격사유	○ 정신질환자 또는 간질병자 ○ 앞을 보지 못하는 사람, 듣지 못하는 사람(제1종 면허에 한함) ○ 양 팔이 없거나 쓸 수 없는 사람(신체장애 정도에 적합하게 제작된 자동차를 이용, 정상운전이 가능한 경우 제외) ○ 다리, 머리, 척추 그 밖의 신체장애로 인하여 앉아 있을 수 없는 사람 ○ 마약, 대마, 향정신성 의약품 또는 알콜 중독자	좌동
7	약물운전	○ 약물(마약·대마·향정신성 의약품 및 환각물질)의 투약·흡연·섭취·주사 등으로 정상적인 운전을 하지 못할 염려가 있는 상태에서 자동차 등 운전	좌동
8	적성검사 불합격 또는 기간 1년 경과	○ 적성검사 불합격 또는 적성검사기간 1년경과	해당없음
9	수시적성검사 불합격 또는 기간경과	○ 수시적성검사 불합격 또는 기간경과	해당없음
10	면허증 갱신 불이행	○ 운전면허증 갱신 불이행으로 110일 면허정지처분을 받고도 그 기간중 면허증 갱신 불이행	해당없음

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

11	행정처분기간중 운전	○ 운전면허 행정처분 기간중에 운전한 때	해당없음
12	허위·부정면허	○ 허위·부정한 수단으로 운전면허를 받은 때 ○ 결격사유에 해당하여 운전면허를 받을 자격이 없는 사람이 운전면허를 받은 때 ○ 운전면허 효력의 정지기간중에 면허증 또는 운전면허증에 갈음하는 증명서를 교부받은 때	○ 허위 또는 부정한 수단으로 연습운전면허를 받은 사실이 드러난 때
13	무등록 자동차 운전	○ 등록되지 않았거나 임시운행허가를 받지 않은 자동차(이륜차 제외) 운전	좌동
14	자동차 이용범죄	○ 국가보안법 위반법 ○ 형법범(살인, 시체유기, 방화, 강도, 강간, 강제추행, 약취·유인·감금, 상습절도) ○ 교통방해(단체 또는 다수인이 교통 방해)	좌동
15	차량절취	○ 다른 사람의 자동차등을 훔치거나 빼앗은 때	좌동
16	대리응시	○ 다른 사람을 부정하게 합격시키기 위하여 운전면허 시험에 응시한 때	좌동
17	단속 공무원 폭행	○ 단속 경찰공무원 및 시·군·구 공무원 폭행, 구속된 때	○ 단속 경찰공무원 및 시·군·구 공무원 폭행
18	연습면허 취소 사유	○ 운전면허를 받기 전에 연습면허 취소사유가 있었던 때(연습면허 취소절차 진행중 면허를 받은 경우 포함)	해당없음
19	준수사항 위반	해당없음	○ 운전할 수 없는 자동차 운전 ○ 운전경력자 등승 등 준수사항 위반

203) 운전면허시험장의 도로주행시험을 담당하는 경찰관, 자동차운전학원의 강사, 전문학원의 강사 또는 기능검정원의 지시에 따라 운전하던 중 발생한 교통사고와 도로가 아닌 곳에서 발생한 교통사고는 제외한다.

도로교통법 관련규정은 다음 표와 같다.

【표 33】 도로교통법 관련규정

<p>제93조 (운전면허의 취소·정지) ①지방경찰청장은 운전면허(연습운전면허를 제외한다. 이하 이 조에서 같다)를 받은 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 행정자치부령이 정하는 기준에 의하여 운전면허를 취소하거나 1년 이내의 범위에서 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있다. 다만, 제2호·제3호, 제6호 내지 제8호(정기적성검사기간이 경과된 때를 제외한다), 제11호, 제13호, 제15호, 제16호 또는 제17호에 해당하는 때에는 운전면허를 취소하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 제44조제1항의 규정을 위반하여 술에 취한 상태에서 자동차등의 운전을 한 때</li> <li>2. 제44조제1항 또는 제2항 후단의 규정을 2회 이상 위반한 사람이 다시 동조제1항의 규정을 위반하여 운전면허 정지사유에 해당된 때</li> <li>3. 제44조제2항 후단의 규정을 위반하여 술에 취한 상태에 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있음에도 불구하고 경찰공무원의 측정에 응하지 아니한 때</li> <li>4. 제45조의 규정을 위반하여 약물의 영향으로 인하여 정상적으로 운전하지 못할 우려가 있는 상태에서 자동차등을 운전한 때</li> <li>5. 교통사고로 사람을 사상한 후 제54조제1항 또는 제2항의 규정에 의한 필요한 조치 또는 신고를 하지 아니한 때</li> <li>6. 제82조제1항제2호 내지 제5호의 규정에 의한 운전면허를 받을 수 없는 사람에 해당된 때</li> <li>7. 제82조의 규정에 의하여 운전면허를 받을 수 없는 사람이 운전면허를 받거나 허위 그 밖의 부정한 수단으로 운전면허를 받은 때 또는 운전면허효력의 정지기간 중 운전면허증 또는 운전면허증에 갈음하는 증명서를 교부받은 사실이 드러난 때</li> <li>8. 제87조제1항 또는 제88조제1항의 규정에 의한 적성검사를 받지 아니하거나 그 적성검사에 불합격된 때</li> <li>9. 제87조제3항의 규정에 의한 기간 이내에 운전면허증을 갱신하지 아니하고 1년이 경과된 때</li> <li>10. 운전 중 고의 또는 과실로 교통사고를 일으킨 때</li> <li>11. 운전면허를 받은 사람이 자동차등을 이용하여 살인 또는 강간 등 행정자치부령이 정하는 범죄행위를 한 때</li> <li>12. 다른 사람의 자동차등을 훔치거나 빼앗은 때</li> <li>13. 다른 사람이 부정하게 운전면허를 받도록 하기 위하여 제83조의 규정에 의한 운전면허시험에 응시한 때</li> <li>14. 이 법에 의한 교통단속임무를 수행하는 경찰공무원등 및 시·군공무</li> </ol>
---

원에 대하여 폭행한 때

15. 운전면허증을 다른 사람에게 빌려주어 운전하게 하거나 다른 사람의 운전면허증을 빌려 이를 행사한 때
16. 『자동차관리법』의 규정에 의하여 등록되지 아니하거나 임시운행허가를 받지 아니한 자동차(이륜자동차를 제외한다)를 운전한 때
17. 제1종 보통면허 및 제2종 보통면허를 받기 전에 연습운전면허의 취소사유가 있었던 때
18. 다른 법률의 규정에 의하여 관계 행정기관의 장이 운전면허의 취소 또는 정지의 처분을 요청한 때
19. 이 법이나 이 법에 의한 명령 또는 처분을 위반한 때

②지방경찰청장은 제1항의 규정에 의하여 운전면허를 취소하거나 운전면허의 효력을 정지함에 있어서 그 기준으로 활용하기 위하여 교통법규를 위반하거나 교통사고를 일으킨 자에 대하여는 행정자치부령이 정하는 바에 의하여 그 위반 및 피해의 정도 등에 따라 벌점을 부과할 수 있으며, 그 벌점이 행정자치부령이 정하는 기간동안 일정한 점수를 초과하는 경우에는 행정자치부령이 정하는 바에 의하여 운전면허를 취소 또는 정지할 수 있다.

③지방경찰청장은 연습운전면허를 교부받은 사람이 운전 중 고의 또는 과실로 교통사고를 일으키거나 이 법이나 이 법에 의한 명령 또는 처분을 위반한 때에는 연습운전면허를 취소하여야 한다. 다만, 본인에게 귀책사유가 없는 경우 등 대통령령이 정하는 경우에는 그러하지 아니하다

## 6. 도로교통법상 행정처분기준에 대한 관례 검토

법률 위임의 근거규정이 없던 시기에 제정된 도로교통법시행규칙상의 행정처분기준에 대하여 대법원은 “구 도로교통법(1973. 3. 12, 법률 제2591호) 제65조의 정함에 따라 마련된 동법시행규칙 제55조 제1항의 규정에 의한 [별표18]인 운전면허 행정처분의 기준에 논지가 지적하는 바와 같은 기준이 정하여져 있다고 하더라도 이는 결코 그 상위법인 동법 제65조의 규정에 의하여 보장된 본건과 같은 사유에 대하여 관계행정청이 그 운전면허를 취소하거나 그 효력을 정지시킬 수 있는 재량권을 기속하는 것이라고 할 수 있음은 물론 법원이 기속받을 성질의 것도 아니다”고 판시하였다.<sup>204)</sup> 대상판결에서 문제된 도로

204) 대판 1980. 4. 8, 79누151.



교통법시행규칙 제55조 제1항의 규정에 의한 [별표18]인 운전면허 행정처분의 기준은 법률상 위임의 근거없이 제정된 것이므로 헌법 제95조가 정하는 법규명령으로서 부령에 해당하지 아니한다. 따라서 도로교통법 시행규칙 제55조 제1항의 규정에 의한 [별표18]인 운전면허 행정처분의 기준을 행정규칙으로 본 것은 정당하다.

한편 법률의 위임에 근거하여 부령형식으로 규정된 시기에 있어서는 일반기준이 없던 시기와 일반기준이 보완된 시기로 나누어 보아야 한다. 우선 일반기준이 없던 시기에 대법원은 “도로교통법시행규칙 제53조 제1항 별표16의 운전면허 행정처분기준은 행정청 내부의 사무처리준칙을 정한 것이므로 법원이나 국민을 기속하는 효력이 없다”고 판시하였다.<sup>205)</sup> 대상판결에서 도로교통법시행규칙 제53조 제1항 [별표16]의 운전면허행정처분기준은 도로교통법 제78조에 근거한 것인바, 헌법 제95조에서 규정된 부령에 해당하는 것으로서 전형적인 법규명령에 해당하였다. 그럼에도 대법원이 운전면허 행정처분기준을 행정규칙으로 본 것은 정당하지 않다. 물론 당시의 운전면허행정처분기준에는 가중감경을 가능하게 하는 일반적인 기준이 없으므로 적정한 법 적용에 다소 문제가 있었다고 볼 것이지만, 그렇다고 그것이 운전면허행정처분기준을 행정규칙으로 볼 충분한 사유는 아니었다.

그리고 일반기준이 보완된 시기에 대법원은 “도로교통법시행규칙 제53조 제1항이 정한 [별표16]의 운전면허행정처분기준은 관할 행정청이 운전면허의 취소 및 운전면허의 효력정지등의 사무처리를 함에 있어서 처리기준과 방법 등의 세부사항을 규정한 행정기관 내부의 처리지침에 불과한 것으로서 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 효력이 없으므로, 자동차운전면허취소처분의 적법 여부는 위 운전면허행정처분기준만에 의하여 판단할 것이 아니라 도로교통법의 규정 내용과 취지에 따라 판단되어야 하며, 위 운전면허행정처분기준의 하나로

205) 대판 1990. 10. 16, 90누4297; 대판 1991. 2.26, 90누9186; 대판 1991. 6. 11, 91누2083.

삼고 있는 벌점이란 자동차운전면허의 취소·정지처분의 기초자료로 활용하기 위하여 법규 위반 또는 사고야기에 대하여 그 위반의 경중, 피해의 정도 등에 따라 배점되는 점수를 말하는 것으로서 이러한 벌점의 누산에 따른 처분기준 역시 행정청 내의 사무처리에 관한 재량준칙에 지나지 아니할 뿐 법규적 효력을 가지는 것은 아니다”고 판시하였다.<sup>206)</sup> 1990년 10월 29일자 개정 도로교통법시행규칙의 운전면허행정처분기준에 일반적 기준인 가중감경조항이 반영되었다. 따라서 더 이상 경직적인 기준적용으로 인한 법적용상의 문제점은 해소되었다. 그럼에도 불구하고 판례가 여전히 운전면허행정처분기준을 행정규칙으로 보고 있는 것은 정당하지 않다.

### Ⅲ. 사격및사격장단속법

#### 1. 사격장<sup>207)</sup> 영업허가의 취소처분 사유

- 허가를 받은 날부터 1년 이내(부득이한 경우 1년 이내 연장가능)에 완성검사를 받지 못한 때
- 완성검사에 합격된 후 6월 이내(부득이한 경우 6월 이내 연장가능)에 영업을 개시하지 아니한 때
- 영업을 개시한 후 정당한 사유없이 계속하여 1년을 초과하여 휴업한 때
- 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때

#### 【표 34】 사격및사격장단속법 관련규정

제 18조 (허가의 취소) 허가관청은 사격장설치자가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 그 허가를 취소할 수 있다.

206) 대판 1998. 3. 27, 97누20236; 대판 1997. 5. 30, 96누5773; 대판 1997. 10. 24, 96누17288.

207) 사격을 할 수 있도록 시설을 갖춘 특정의 장소를 말하며, 라이플사격장·권총사격장·공기총사격장·클레이사격장 및 석궁사격장으로 구분된다.

1. 자격장설치자가 허가를 받은 날부터 1년 이내(부득이한 경우 1년의 범위 내에서 연장가능)에 완성검사를 받지 못한 때
2. 완성검사에 합격된 후 6월 이내(부득이한 경우 6월의 범위 내에서 연장가능)에 영업을 개시하지 아니한 때
3. 영업을 개시한 후 정당한 사유없이 계속하여 1년을 초과하여 휴업한 때
4. 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때

#### IV. 사행행위<sup>208)</sup> 등 규제 및 처벌특례법

##### 1. 행정처분의 일반기준

- 위반한 행위가 2이상일 때에는 중한 처분기준(중한 처분기준이 동일한 때에는 그중 하나의 처분기준을 말함)에 의하며, 2이상의 처분기준이 동일한 영업정지인 경우에는 중한 처분기준의 2분의 1까지 가중처분 할 수 있되, 각 처분기분을 합산한 기간을 초과 할 수 없다.
- 사행행위영업 또는 사행기구제조업 및 판매업의 영업의 승계가 있는 때에는 종전의 영업자에 대한 행정처분(이미 처분기간이 만료된 처분, 처분기간이 진행중인 처분 포함)의 효과는 처분기간이 만료된 날부터 1년간 새로운 영업자에게 승계된다. 다만, 새로운 영업자(상속에 의한 승계 제외)가 그 영업의 승계시 처분 또는 위반사실을 알지 못하였음을 증명하는 때에는 그러하지 아니한다.
- 위반행위의 횟수에 따른 행정처분의 기준은 최근 1년간 같은 위반행위로 행정처분을 받은 경우에 적용한다.

208) 다수인으로부터 재물 또는 재산상의 이익을 모아 우연적 방법에 의하여 득실을 결정하여 재산상의 이익 또는 손실을 주는 행위

## 2. 업종별 행정처분기준

(1) 복표발행업<sup>209)</sup>, 현상업<sup>210)</sup> 및 기타 사행행위업<sup>211)</sup>

복표발행업, 현상업 및 기타 사행행위업의 행정처분기준과 다음 표와 같다.

【표 35】 업종별 행정처분기준

위 반 사 항	행 정 처 분 기 준		
	1차 위반	2차 위반	3차 위반
1. 시설기준 위반	개수 또는 개선명령	영업정지 1월	허가취소
2. 중요사항 변경허가 위반			
○ 변경허가를 받지 않고 영업소의 명칭·상호를 변경한 때	개선명령	영업정지 10일~15일	허가취소
○ 변경허가를 받지 않고 허가받은 영업장소를 변경한 때	허가취소	-	-
○ 변경허가를 받지 않고 허가받은 당첨금 또는 당첨금에 관한 시상률표를 변경한 때	영업정지 1월	허가취소	-
○ 변경허가를 받지 않고 허가받아 설치한 사행기구의 교체 또는 설치대수를 변경한 때	영업정지 10일~15일	허가취소	-
3. 허가의 요건 위반			
○ 영업소가 소재하고 있는 관광호텔 또는 종합휴양업소의 등록이 취소된 때	허가취소	-	-
○ 영업소가 소재하고 있는 여객선의 외국 여객운송사업의 면허가 취소된 때	허가취소	-	-

209) 컴퓨터프로그램 등 정보처리능력을 가진 장치에 의한 전자적 형태를 포함한 특정한 표찰을 이용하여 다수인으로부터 재물등을 모아 주첨 등의 방법에 의하여 당첨자에게 재산상의 이익을 주고 다른 참가자에게 손실을 주는 행위를 하는 영업

210) 특정한 설문 또는 예측에 대하여 그 해답의 제시 또는 적중을 조건으로 응모자로부터 재물 등을 모아 그 설문에 대한 정답자나 적중자의 전부 또는 일부에 대하여 재산상의 이익을 주고 다른 참가자에게 손실을 주는 행위를 하는 영업

211) 영리를 목적으로 회전판돌리기·주첨·경품 등 사행심을 유발할 우려가 있는 기구 또는 방법 등으로 행하는 영업

○기타 허가의 요건에 위반한 때	영업정지 10일~15일	허가취소	-
4. 허가를 제한할 사항에 해당하게 된 때	허가취소	-	-
5. 영업자의 지위를 승계한 후 1월 이내에 승계신고를 하지 아니한 자	개선명령	영업정지 10일~15일	허가취소
6. 영업의 방법 및 제한			
가. 영업의 방법에 관한 사항을 위반한 때	영업정지 10일~15일	영업정지 1월	허가취소
나. 당첨금에 관한 사항을 위반한 때	영업정지 1월	허가취소	-
다. 사행행위영업의 영업시간, 영업소의 관리운영 기타 영업의 제한사항을 위반한 때			
○영업시간을 위반하여 영업을 한 때	영업정지 10일~15일	영업정지 1월	허가취소
○영업허가를 받은 장소 외에서 영업을 한 때	허가취소	-	-
○19세미만의 자에게 참가증표를 판매하여 사행행위 영업에 참여시킨 때	영업정지 10일~15일	영업정지 1월	허가취소
○참가증표의 구매를 강요한 때	영업정지 10일~15일	영업정지 1월	허가취소
○회전판돌리기업 영업소에 설치한 사행기구의 대수가 기준 대수를 초과한 때	개선명령	영업정지 1월	허가취소
7. 영업자의 준수사항 위반			
○영업명의를 다른 사람에게 대여한 때	허가취소	-	-
○법령에 위반되는 사행기구를 설치하거나 사용한 때(회전판돌리기업의 경우에 한함)	영업정지 1월	허가취소	-
○법령에 위반하여 사행기구를 변조한 때(회전판돌리기업의 경우에 한함)	허가취소	-	-
○회전판돌리기 영업소안에 미성년자를 입장시킨 때	영업정지 10일~15일	영업정지 1월	허가취소
○과도한 사행성을 유발하는 등 선량한 풍속을 해할 우려가 있는 광고 또는 선전을 한 때	개선명령	영업정지 20일	허가취소
8. 필요한 보고를 하지 않거나 허위보고를 한 때 또는 관계공무원의 출입·검사 기타 조치를 거부·방해 또는 기피한 때	영업정지 10일~15일	영업정지 1월	허가취소
9. 개수·개선 또는 시정명령을 따르지 않은 때	영업정지 10일~15일	영업정지 1월	허가취소

10. 영업정지처분 기간동안에 영업을 한 때	허가취소	-	-
11. 기타 법 또는 법에 의한 지시·명령에 위반한 때	개선명령	영업정지 20일	허가취소

(2) 사행기구 제조·판매업

1) 사행기구제조업

사행기구제조업의 행정처분기준은 다음 표와 같다.

【표 36】 사행기구제조업의 행정처분기준

위 반 사 항	행 정 처 분 기 준		
	1차 위반	2차 위반	3차 위반
1. 변경허가를 받지 아니하고 중요사항을 변경한 때			
○ 영업소의 명칭 또는 상호의 변경	개선명령	영업정지 10일~15일	허가취소
○ 제도 또는 판매품목의 변경	영업정지 1월	영업정지 3월	허가취소
2. 허가 제한사항에 해당한 때	허가취소		
3. 영업자의 지위를 승계한 후 1월 이내에 승계신고를 하지 아니한 때	개선명령	영업정지 10일~15일	허가취소
4. 검사를 받지 아니한 사행기구를 판매한 때	영업정지 3월	허가취소	
5. 검사기록을 보존하지 아니한 때	영업정지 1월	영업정지 3월	허가취소
6. 표시없는 사행기구를 판매하거나 허위 표시를 하여 판매한 때	영업정지 1월	영업정지 3월	허가취소
7. 영업자의 준수사항에 위반한 때	영업정지 20일	영업정지 1월	허가취소
8. 필요한 보고를 하지 아니하거나 허위 보고를 한 때 또는 관계공무원의 출입·검사 기타 조치를 거부·방해 또는 기피한 때	영업정지 20일	영업정지 3월	허가취소
9. 영업정지처분 기간중에 영업을 한 때	영업정지 1월	영업정지 3월	허가취소

10. 기타 이 법이나 이 법에 의한 지시·명령에 위반한 때	개선명령	영업정지 20일	허가취소
-----------------------------------	------	-------------	------

## 2) 사행기구판매업

사행기구판매업의 행정처분기준은 다음 표와 같다.

【표 37】 사행기구판매업의 행정처분기준

위 반 사 항	행 정 처 분 기 준		
	1차 위반	2차 위반	3차 위반
1. 변경허가를 받지 아니하고 중요사항을 변경한 때			
○ 영업소의 명칭 또는 상호의 변경	개선명령	영업정지 10일~15일	허가취소
○ 판매품목의 변경	영업정지 1월	영업정지 3월	허가취소
2. 허가제한사항에 해당한 때	허가취소		
3. 영업자의 지위를 승계한 후 1월 이내에 승계신고를 하지 아니한 때	개선명령	영업정지 10일~15일	허가취소
4. 법 제13조제4항의 규정에 의한 검사를 받지 아니한 사행기구를 판매한 때	개선명령	허가취소	
5. 법 제15조제1항의 규정에 의한 검사를 받지 아니한 사행기구를 판매한 때	영업정지 3월	허가취소	
6. 검사기록을 보존하지 아니한 때	영업정지 1월	영업정지 3월	허가취소
7. 표시없는 사행기구를 판매하거나 허위 표시를 하여 판매한 때	영업정지 1월	영업정지 3월	허가취소
8. 영업자의 준수사항을 위반 한 때	영업정지 20일	영업정지 1월	허가취소
9. 필요한 보고를 하지 아니하거나 허위보고를 한 때 또는 관계공무원의 출입·검사 기타 조치를 거부·방해 또는 기피한 때	영업정지 20일~30일	영업정지 3월	허가취소
10. 개수·개선 또는 시정명령을 따르지 아니한 때	영업정지 1월	영업정지 3월	허가취소
11. 영업정지처분 기간중에 영업을 한 때	허가취소		
12. 기타 법 또는 법에 의한 지시·명령에 위반한 때	개선명령	영업정지 20일	허가취소

사행행위 등 규제 및 처벌특례법 관련규정은 다음 표와 같다.

【표 38】 사행행위 등 규제 및 처벌특례법 관련규정

<p>제21조 (행정처분) ①경찰청장 또는 지방경찰청장은 영업자가 제6조제2호 각목의 1에 해당하게 된 경우에 그 영업의 허가를 취소하여야 한다. 이 경우 법인인 영업자에 대하여 제6조제2호 아목에 해당하는 사유로 허가 취소를 하는 때에는 임원개임에 필요한 3월 이상의 여유를 주어야 한다.</p> <p>②경찰청장 또는 지방경찰청장은 영업자가 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때에는 그 영업의 허가를 취소하거나 6월 이내의 기간을 정하여 영업의 정지를 명할 수 있다.</p> <p>③제2항의 규정에 의한 행정처분의 세부적인 기준은 행정자치부령으로 정한다.</p>
<p>제23조 (행정처분효과의 승계) 제9조제1항(제13조제4항의 규정에 의하여 준용되는 경우를 포함한다)의 규정에 의한 영업의 승계가 있는 때에는 종전의 영업자에 대한 행정처분의 효과는 제21조제2항의 규정에 의한 처분기간이 만료된 날부터 1년간 새로운 영업자에게 승계되며, 행정처분의 절차가 진행중인 때에는 새로운 영업자에 대하여 그 절차를 속행할 수 있다. 다만, 새로운 영업자(상속에 의한 승계를 제외한다)가 그 영업의 승계시에 그 처분 또는 위반사실을 알지 못하였음을 증명하는 때에는 그러하지 아니하다.</p>

## V. 총포·도검·화약류등단속법

### 1. 행정처분의 일반기준

- 위반행위가 2 이상일 때에는 그중 무거운 처분기준(무거운 처벌기준이 동일 할 때에는 그중 하나의 처분기준을 말한다)에 의한다.
- 위반행위의 횟수에 따른 행정처분의 기준은 최근 3년간 행정처분을 받은 경우에 적용된다.
- 법인의 대표자가 산업용총·가스발사총·분사기 또는 전자총격기 소지허가를 일괄하여 받은 경우의 행정처분은 위반사항에 해당되는 산업용총 등을 대상으로 개별적으로 행한다.



## 2. 허가의 종류별 행정처분기준

(1) 총포<sup>212)</sup>·도검<sup>213)</sup>·화약류<sup>214)</sup>·분사기<sup>215)</sup>·전자총격기<sup>216)</sup>·석궁<sup>217)</sup>

제조업자 허가의 종류별 행정처분기준은 다음 표와 같다.

【표 39】 허가의 종류별 행정처분기준

위반사항	처분기준					
	취소	효력정지				경 고
		6월	3월	1월	15일	
1. 허가요건 결격사유 발생(법 제7조)	○					
2. 속임수를 쓰거나 옳지 못한 방법으로 허가를 받은 경우 또는 판매업소를 허가받지 않은 사람에게 위탁·대여·양도한 때(법 제6조)	○					
3. 총포·도검·분사기·전자총격기·석궁 판매업소 또는 화약류 저장소를 구비하지 못하게 된 때(법 제6조)	○					
4. 판매시설·설비 또는 화약류저장소에 대해 지정된 기간 내에 완성검사를 받지 못한 때(법 제43조)	○					
5. 검사합격의 표시가 없는 총포·분사기·전자총격기·석궁을 판매하거나 판매할 목적으로 진열한 때(법 제42조)						

212) 권총·소총·기관총·포·엽총, 금속성 탄알이나 가스등을 쏠 수 있는 장약총포, 공기총(압축가스 이용 공기총 포함) 및 총포신·기관부 등 그 부품

213) 칼날의 길이가 15센티미터 이상 되는 칼·검·창·치도(치도)·비수 등으로서 성질상 흉기로 쓰여지는 것과 칼날의 길이가 15센티미터 미만이라 할지라도 흉기로 사용될 위험성이 뚜렷한 것

214) 화약·폭약 및 화약·폭약을 써서 만든 화공품(화공품)

215) 사람의 활동을 일시적으로 곤란하게 하는 최루 또는 질식 등의 작용제를 분사할 수 있는 기기

216) 사람의 활동을 일시적으로 곤란하게 하거나 인명에 위해를 가하는 전류를 방류할 수 있는 기기

217) 활과 총의 원리를 이용하여 화살 등의 물체를 발사하여 인명에 위해를 줄 수 있는 것

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

○ 1회 위반			○			
○ 2회 위반		○				
○ 3회 이상 위반	○					
6. 소지 또는 양수허가를 받지 아니한 사람에게 양도 (법 제21조)						
○ 1회 위반			○			
○ 2회 위반		○				
○ 3회 위반	○					
7. 공기총의 성능 기준을 초과하여 압축공기 또는 가스를 주입한 때 (법 제45조)						
○ 1회 위반			○			
○ 2회 위반		○				
○ 3회 위반	○					
8. 행정처분 기간중 계속 조업(법 제 45조)	○					
9. 법에 의한 지시명령 위반(법 제45조)						○
○ 1회 위반					○	
○ 2회 위반				○		
○ 3회 위반		○				
○ 4회 위반	○					
10. 지정기간 내 사업 미개시(법 제 45조)						
○ 1회 위반				○		
○ 2회 위반		○				
○ 3회 위반	○					
11. 정당한 사유없이 1년 이상 휴업 하거나 판매실적이 없는 경우(법 제45조)	○					
12. 공공의 안녕질서를 해할 염려가 있다고 믿을 만한 상당한 이유가 있을 때(법 제45조)						
○ 1회 위반				○		
○ 2회 위반			○			
○ 3회 이상 위반		○				
13. 무허가 수출입의 경우(법 제9조)						
○ 1회 위반				○		
○ 2회 위반		○				
○ 3회 위반	○					

14. 관리보안책임자 선임의무위반(법 제27조)					
○ 1회 위반				○	
○ 2회 위반			○		
○ 3회 위반		○			
○ 4회 위반	○				
15. 분실·도난신고 불이행(법 제35조)				○	
16. 자체안전점검 불이행(법 제40조)					
○ 1회 위반				○	
○ 2회 이상 위반			○		
17. 장부의 부실기재 또는 미기재(법 제63조)					
○ 1회 위반				○	
○ 2회 위반			○		
○ 3회 이상 위반		○			
18. 간판 또는 표지 미게시(법 제64조)					
○ 1회 위반					○
○ 2회 이상 위반				○	
19. 화약의 변형 또는 총기구조 및 성능의 임의개조(법 제4조)					
○ 1회 위반				○	
○ 2회 위반		○			
○ 3회 위반	○				
20. 화약류 폐기신고 또는 폐기기준 위반(법 제20조)					
○ 1회 위반					○
○ 2회 이상 위반				○	
21. 안전방호를 위한 명령 불이행(법 제47조)					
○ 1회 위반				○	
○ 2회 이상 위반			○		
22. 판매업자의 지위승계신고 불이행(법 제45조)					
○ 1회 위반					○
○ 2회 위반				○	
○ 3회 위반	○				

- (2) 총포·도검·화약류·분사기·전자총격기·석궁판매업자  
판매업자에 관한 행정처분기준은 다음 표와 같다.

【표 40】 판매업자에 대한 행정처분기준

위반사항	처분기준					경 고
	취소	효력정지				
		6월	3월	1월	15일	
1. 허가요건 결격사유 발생(법 제5조)	○					
2. 속임수를 쓰거나 옳지 못한 방법으로 허가를 받은 경우(법 제45조)	○					
3. 제조소 또는 제조시설 및 화약류 저장소를 구비하지 못하게 된 때(법 제45조)	○					
4. 제조시설·설비 또는 화약류저장소에 대해 지정된 기간 내에 완성검사를 받지 못한 때(법 제43조)	○					
5. 제조총포·분사기·전자총격기·석궁을 검사받지 아니하고 판매한 때(법 제42조)						
○ 1회 위반		○				
○ 2회 위반	○					
6. 허가받지 아니한 사람에게 제품양도(법 제21조)						
○ 1회 위반			○			
○ 2회 위반		○				
○ 3회 위반	○					
7. 행정처분기간중 계속조업(법 제45조)	○					
8. 법에 의한 지시·명령 위반(법 제45조)						
○ 1회 위반						○
○ 2회 위반				○		
○ 3회 위반		○				
○ 4회 위반	○					
9. 지정기간 내 사업 미개시(법 제45조)						
○ 1회 위반				○		
○ 2회 위반		○				
○ 3회 위반	○					

10. 정당한 사유없이 1년 이상 휴업 (법 제45조)	○					
11. 공공의 안녕질서를 해칠 염려가 있다고 믿을 만한 상당한 이유가 있을 때(법 제45조)						
○ 1회 위반				○		
○ 2회 위반			○			
○ 3회 이상 위반		○				
12. 무허가 수출입의 경우(법 제9조)						
○ 1회 위반				○		
○ 2회 위반		○				
○ 3회 위반	○					
13. 제조보안책임자 선임의무 위반 (법 제27조)						
○ 1회 위반					○	
○ 2회 위반			○			
○ 3회 위반		○				
○ 4회 위반	○					
14. 화약류 안정도시험 불이행(법 제32조)						
○ 1회 위반					○	
○ 2회 위반			○			
○ 3회 위반		○				
○ 4회 위반	○					
15. 화약류 포장 기준 위반(법 제34조)					○	
16. 도난신고 불이행(법 제35조)					○	
17. 위해예방 규정준수 불이행(법 제 38조)						
○ 1회 위반					○	
○ 2회 이상 위반				○		
18. 자체안전교육 불성실 또는 자체 안전점검 불이행(법 제39·40조)						
○ 1회 위반					○	
○ 2회 이상 위반				○		
19. 장부 부실기재 또는 미기재(법 제63조)						
○ 1회 위반					○	
○ 2회 위반			○			
○ 3회 위반		○				

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

20. 간판 그 밖의 표지 미게시(법 제 64조)						
○ 1회 위반						○
○ 2회 이상 위반					○	
21. 제조종류 및 시설을 임의로 변경하여 제조 또는 설치한 경우 (법 제4조)						
○ 1회 위반				○		
○ 2회 위반		○				
○ 3회 이상 위반	○					
22. 응급조치 불이행(법 제36조)						
○ 1회 위반					○	
○ 2회 이상 위반				○		
23. 공실의 정원 또는 정체량 초과 작업						
○ 1회 위반						○
○ 2회 이상 위반					○	
24. 화약류 폐기신고 또는 기준위반 (법 제20조)						
○ 1회 위반						○
○ 2회 이상 위반					○	
25. 안전방호를 위한 명령 불이행(법 제47조)						
○ 1회 위반					○	
○ 2회 이상 위반				○		
26. 수출하기 위한 목적으로 제조된 총포·도검·화약류·분사기·전자총격기 또는 석궁을 국내에 판매하거나 유출시킨 때(법 제45조)	○					
27. 제조업자의 지위승계신고 불이행(법 제45조)						
○ 1회 위반						○
○ 2회 위반					○	
○ 3회 위반	○					

## (3) 화약류 저장소설치 사용자

화약류 저장소설치 사용자에 대한 행정처분기준은 다음 표와 같다.

【표 41】 화약류 저장소설치 사용자에 대한 행정처분기준

위반사항	처분기준					
	취소	효력정지				경 고
		6월	3월	1월	15일	
1. 허가요건 결격사유 발생(법 제5조)	○					
2. 속임수를 쓰거나 그 밖의 옳지 못한 방법으로 허가를 받은 경우(법 제45조)	○					
3. 화약류저장소를 구비하지 못하게 된 때(법 제25조)	○					
4. 지정된 기간 내에 완성검사를 받지 못한 때(법 제43조)	○					
5. 법에 의한 지시 명령 위반(법 제45조)						
○ 1회 위반						○
○ 2회 위반				○		
○ 3회 위반		○				
○ 4회 위반	○					
6. 지정기간 내 불사용(법 제45조)						
○ 1회 위반				○		
○ 2회 위반		○				
○ 3회 위반	○					
7. 정당한 사유없이 1년 이상 사용 폐지(법 제45조)	○					
8. 공공의 안녕질서를 해할 염려가 있다고 믿을 만한 상당한 이유가 있을 때(법 제45조)						
○ 1회 위반				○		
○ 2회 위반			○			
○ 3회 이상 위반		○				
9. 저장소를 다른 사람에게 관리 위탁 또는 대여한 경우(법 제24조)						

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

○ 1회 위반				○		
○ 2회 위반		○				
○ 3회 위반	○					
10. 행정처분 기간중 계속 사용(법 제45조)	○					
11. 분실·도난신고 불이행(법 제35조)					○	
12. 자체안전점검 불이행(법 제40조)						
○ 1회 위반					○	
○ 2회 이상 위반				○		
13. 장부 부실기재 또는 미기재(법 제63조)						
○ 1회 위반					○	
○ 2회 위반			○			
○ 3회 이상 위반		○				
14. 저장정량 초과 저장(법 제24조)						
○ 1회 위반					○	
○ 2회 위반			○			
○ 3회 위반	○					
15. 보안거리 미달(보안물건 침범) (법 제47조)	감양 또는 이전 명령					
16. 응급조치 불이행(법 제36조)						
○ 1회 위반					○	
○ 2회 이상 위반				○		
17. 안전·방호를 위한 명령 불이행 (법 제47조)						
○ 1회 위반					○	
○ 2회 이상 위반				○		
18. 화약류저장소 설치자의 지위승계 신고 불이행(법 제45조)						
○ 1회 위반						○
○ 2회 위반					○	
○ 3회 위반	○					



## (4) 화약류제조·관리보안책임자

화약류제조·관리보안책임자에 대한 행정처분기준은 다음 표와 같다.

【표 42】 화약류제조·관리보안책임자에 대한 행정처분기준

위반사항	처분기준					경 고
	취소	효력정지				
		6월	3월	1월	15일	
1. 면허의 미갱신(법 제28조)	○					
2. 화약류제조·관리보안책임자 결격 사유발생(법 제29조)	○					
3. 금고 이상의 형 수형(법 제30조)	○					
4. 이 법에 의한 벌금형 수형(법 제30조)	○					
5. 속임수를 쓰거나 그 밖의 옳지 못한 방법으로 면허취득(법 제30조)	○					
6. 국가기술자격법에 의하여 기술 자격이 취소 또는 정지된 경우 (법 제30조)						
○ 취소된 경우	○	기술자격 정기간중 정지				
○ 정지된 경우						
7. 면허를 다른 사람에게 대여한 경우(법 제30조)	○					
8. 고의에 의하여 폭발사고를 야기한 경우(법 제30조)	○					
9. 과실에 의해 폭발(법 제30조)						
○ 10명 사상		○				
○ 5명 사상			○			
○ 1명 사상				○		
10. 법에 의한 지시·명령 위반(법 제45조)						
○ 1회 위반						○
○ 2회 위반				○		
○ 3회 위반		○				
○ 4회 위반	○					

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

11. 감독직무 위반(법 제31조)						
○ 1회 위반					○	
○ 2회 이상 위반				○		
12. 응급조치 불이행(법 제36조)						
○ 1회 위반					○	
○ 2회 이상 위반				○		

(5) 총포·도검·화약류·분사기·전자총격기·석궁 소지 사용자

총포·도검·화약류·분사기·전자총격기·석궁 소지 사용자에 대한 행정처분기준은 다음 표와 같다.

【표 43】 총포·도검·화약류·분사기·전자총격기·석궁 소지 사용자에 대한 행정처분기준

위반사항	처분기준					
	취소	효력정지				경 고
		6월	3월	1월	15일	
1. 허가요건 결격사유 발생(법 제13조)	○					
2. 소지허가 받은 총포의 임의 개조(법 제17조)	○					
3. 총포소지허가의 미갱신(법 제16조)	○					
4. 총포·도검·화약류·분사기·전자총격기·석궁의 도난·분실 신고 불이행(법 제35조)					○	
5. 총포·도검·화약류·분사기·전자총격기·석궁의 소지허가를 받지 아니한 사람에게 양도(법 제21조)	○					
○ 1회 위반		○				
○ 2회 위반	○					
6. 총포·도검·화약류·분사기·전자총격기·석궁의 허가 받은 용도외 사용(법 제17조)	○					
7. 정당한 사유없는 총포·도검·화약류·분사기·전자총격기·석궁의 소지운반(법 제17조)	○					

8. 법 또는 법에 의한 명령에 위반한 때(법 제47조)						
○ 1회 위반						○
○ 2회 위반				○		
○ 3회 위반			○			
○ 4회 위반	○					
9. 취급금지 위반(법 제19조)						
○ 1회 위반					○	
○ 2회 이상 위반				○		
10. 화약류관리보안 책임자 선임의 무 불이행(법 제27조)						
○ 1회 위반					○	
○ 2회 이상 위반					○	
11. 화약류취급소 미설치 사용(영 제17조)						
○ 1회 위반					○	
○ 2회 이상 위반					○	
12. 발파 또는 연소의 기술기준 위반(영 제18~23조)						
○ 1회 위반						○
○ 2회 이상 위반						○
13. 화약류 폐기신고 및 기준위반(영 제14, 24, 62조)						
○ 1회 위반						○
○ 2회 이상 위반						○
14. 화약류저장소 외의 장소에 저장 등 저장기준 위반(법 제24조)						
○ 1회 위반						○
○ 2회 이상 위반				○		
15. 화약류운반신고 의무위반 또는 화약류운반시 적재방법 기술기준 위반(법 제26, 39조)						
○ 1회 위반						○
○ 2회 이상 위반					○	

【표 44】 총포·도검·화약류등단속법 관련규정

제30조 (면허의 취소·정지) ①면허관청은 화약류제조보안책임자면허 또는 화약류관리보안책임자면허를 받은 사람이 다음 각호의 1에 해당하는 경

우에는 그 면허를 취소하거나 6월의 범위 안에서 일정한 기간을 정하여 면허의 효력을 정지할 수 있다. 다만, 제1호 내지 제4호의 1에 해당하는 경우에는 그 면허를 취소하여야 한다.

1. 속임수를 쓰거나 그 밖의 옳지 못한 방법으로 면허를 받은 사실이 드러난 때
  2. 국가기술자격법에 의하여 자격이 취소된 때
  3. 제29조제1항의 규정에 의한 결격사유에 해당하게 된 때
  4. 면허를 다른 사람에게 빌려준 때
  5. 화약류를 취급함에 있어 고의 또는 중대한 과실로 폭발등의 사고를 일으키어 사람을 죽거나 다치게 한 때
  6. 공공의 안녕질서를 해칠 염려가 있다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 때
  7. 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때
- ②면허관청은 화약류제조보안책임자면허 또는 화약류관리보안책임자면허를 받은 사람이 국가기술자격법에 의하여 자격이 정지된 때에는 그 정지기간동안 면허의 효력을 정지하여야 한다.

제45조 (제조업자등에 대한 행정처분) ①제4조제1항 또는 제2항 및 제6조제1항의 규정에 의한 허가관청은 총포·도검·화약류·분사기·전자총격기·석공의 제조업자 또는 판매업자가 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그 허가를 취소하여야 한다. 다만, 제5호 내지 제7호의 1에 해당하는 경우에는 6월의 범위안에서 일정한 기간을 정하여 영업의 정지를 명할 수 있다.

1. 속임수를 쓰거나 그 밖의 옳지 못한 방법으로 허가를 받은 때
  - 1의2. 수출하기 위한 목적으로 제3조제4항의 규정에 의하여 구조 및 성능기준을 적용하지 아니하고 제조된 총포·도검·화약류·분사기·전자총격기 또는 석공을 국내에 판매하거나 유출시킨 때
  2. 제4조·제6조의 규정에 의한 제조·판매시설 설비를 갖추지 못한 때 또는 제5조(제7조에 의하여 준용되는 경우를 포함한다)의 규정에 의한 결격사유에 해당하게 된 때
  3. 제43조의 규정에 의한 기간내에 완성검사를 받지 못한 때
  4. 사업을 개시한 후 정당한 사유없이 1년 이상 휴업한 때
  5. 지정된 기한내에 사업을 개시하지 아니한 때
  6. 공공의 안녕질서를 해칠 염려가 있다고 믿을만한 상당한 이유가 있을 때
  7. 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때
- ②제1항의 규정은 제25조의 규정에 의한 화약류저장소설치자에게 이를 준용한다.

제45조의2 (행정처분효과의 승계) ①제4조의2 및 제6조의2의 규정에 의한 제조업자·판매업자의 지위승계가 있는 경우 종전의 제조업자·판매업자에 대한 제45조제1항의 위반을 사유로 행한 행정처분의 효과는 그 처분

기간이 끝나는 날까지 양수인·상속인에게 승계되며, 행정처분의 절차가 진행중인 때에는 양수인·상속인에 대하여 그 절차를 계속 진행할 수 있다. 다만, 양수인(상속에 의하여 승계를 받은 자를 제외한다)이 그 영업의 승계시에 그 처분 또는 위반사실을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니한다.

②제1항의 규정은 제25조의2의 규정에 의한 화약류저장소설치자의 지위 승계가 있는 경우 종전의 화약류저장소설치자에 대한 행정처분효과의 승계에 관하여 이를 준용한다.

제46조 (총포등의 소지허가를 받은 사람등에 대한 행정처분) ①제12조제1항·제2항·제14조·제18조제1항 및 제2항의 규정에 의한 허가관청은 총포·도검·화약류·분사기·전자총격기·석궁의 소지허가를 받은 사람(제12조제2항의 경우에는 소지할 사람으로 특정된 사람을 말한다) 또는 화약류사용자가 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그 허가를 취소하여야 한다. 이 경우 제12조제2항의 규정에 의하여 법인의 대표자가 소지허가를 받은 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 허가받은 산업용총·가스발사총·분사기 또는 전자총격기의 대수의 일부에 대한 허가를 취소한다.

1. 제13조제1항의 규정에 의한 결격사유에 해당하게 된 때
2. 허가받은 용도 또는 정당한 사유가 있는 경우외에 총포·도검·분사기·전자총격기·석궁을 소지·운반 또는 사용하거나 총포의 성능을 임의로 개조한 때
3. 총포·도검·화약류·분사기·전자총격기·석궁을 도난당하거나 분실하여 국가경찰관서에 신고한 후 30일이 지난 때
4. 이 법 또는 이 법에 의한 명령을 위반한 때

## 제 4 장 현행 경찰행정법령 행정처분기준의 정비방안

경찰청 소관 20개 법률 중 행정처분 규정을 두고 있는 5개 법률과 그 하위 명령에서 규정하고 있는 행정처분기준에 대하여 정비지침을 적용하여 구체적인 정비방안을 도출하고자 한다.

### 제 1 절 경찰법령의 정비지침

#### I. 정비지침의 일반원칙

경찰법령의 정비지침의 일반원칙으로는 ① 제재처분에 한정하여 정비한다. ② 행정처분기준의 근거조항은 법률에 두되, 원칙적으로 부령에 위임하는 형식으로 정비한다. ③ 비례원칙, 평등원칙 등 행정법상 일반원칙에 따라 정비한다. ④ 포괄적 행정처분기준의 반복을 금지하도록 정비한다. ⑤ 처분기준에서 정한 위반사항에 오류가 있는 경우에는 즉시 정비한다. ⑥ 상습위반자에 대한 처분기준을 강화하도록 정비한다. ⑦ 공무원과 국민의 입장에서 쉽게 알아볼 수 있도록 정비한다. ⑧ 행정처분기준을 매우 구체적으로 설정한다.

#### II. 행정처분기준의 일반기준의 정비지침

일반기준의 정비지침으로는 ① 행정처분기준이 재량준칙으로서의 성격을 가지고 있으므로 기속적 표현은 피하도록 정비한다. ② 가중·감경 재량처분의 근거는 삭제하도록 정비한다. 다만, 허용하는 경우에는 가중감경위원회의 심의·의결을 거치도록 한다. ③ 과징금 부과대상에서의 제외 여부는 과징금 처분기준에서 정하도록 정비한다. ④ 신고의무위반에 대해서는 종국적으로 허가취소가 아니라 영업소

폐쇄 등의 조치를 취하도록 정비한다. 그리고 신고의무위반에 대한 과태료 부과시에는 반드시 금액의 상한선을 설정하도록 정비한다. ⑤ 행정처분효과의 승계에 관한 규정은 행정처분기준이 아닌 직접 법률에서 명시적으로 규정하도록 정비한다. ⑥ 행정쟁송결과 원고의 위법성은 인정되나 그 처분이 과하다고 판결된 사건에 대하여 행정청이 당해 행정쟁송의 원인이 된 처분을 일정한 정도 감하여 재처분할 수 있는 근거규정을 마련하도록 정비한다.

### Ⅲ. 행정처분기준의 개별기준의 정비지침

개별기준의 정비지침으로는 ① 위반행위란과 근거법령란을 정확하게 명시하도록 정비한다. ② 경고처분의 법적 근거를 마련하도록 정비한다. ③ 의무위반자별로 개별화하여 정비한다. ④ 과징금 상한액을 실효성있게 정비한다.

## 제 2 절 경비업법

### I. 정비지침의 일반원칙

1. 제재적 행정처분기준에 한정하여 정비한다.

경비업법상의 제재적 행정처분기준에 대해 정비하는 것을 원칙으로 하였다.

2. 행정처분의 기준의 근거조항은 법률에 두되, 원칙적으로 부령에 위임하는 형식으로 정비한다.

대법원은 제재적 행정처분의 기준이 대통령령이 아닌, 총리령이나 부령에서 규정된 경우에 대하여는 그 기준의 형식은 총리령·부령이지만 그 법적 성질은 행정규칙에 해당한다는 것이 일관된 태도이다.

경비업법은 시행령에서 행정처분기준(별표4), 경비지도사 자격정지 처분기준(별표5), 위반행위의 종류별 과태료의 부과기준(별표6) 등을 규정하고 있어, 대법원의 판례와 최근의 부처의 입법경향에 부합하고 있다. 그러나 정비지침은 부령으로 정하고 있으므로 추후 개정시에는 원칙적으로 부령으로 할 필요가 있다.

그리고 경비업법 시행령 제24조(행정처분의 기준)와 제25조(경비지도사의 자격정지처분의 기준)는 행정처분기준의 근거규정을 두고 있으므로 마찬가지로 마찬가지이다.

제24조 (행정처분의 기준) 법 제19조제1항의 규정에 의한 행정처분의 기준은 별표 4와 같다.

제25조 (경비지도사의 자격정지처분의 기준) 법 제20조제2항의 규정에 의한 경비지도사에 대한 자격정지처분의 기준은 별표 5와 같다

“행정처분의 기준”의 근거조항은 법률에 두되, 원칙적으로 부령에 위임하는 형식으로 정비하여야 한다.

경비업법은 시행령(제24조와 제25조)에 행정처분기준의 근거규정을 두고 있으므로 추후 개정시에 부령으로 내려야 할 것이며, 다만, 법률에 근거규정은 흠결되어 있는 것은 개정할 필요가 있다.

따라서 정비안은 다음과 같다.

현 행	정비안
경비업법 제19조 (경비업 허가의 취소 등) ①생략 ② 생략 <u>(신설)</u>	경비업법 제19조 (경비업 허가의 취소 등) ① 좌동 ② 좌동 <u>③제1항의 규정에 의한 행정처분의 세부적인 기준은 행정자치령으로 정한다.</u>



현 행	정비안
제20조 (경비지도사자격의 취소 등) ① 생략 ② 생략 ③ 생략 (신설)	제20조 (경비지도사자격의 취소 등) ① 좌동 ② 좌동 ③ 좌동 <u>④제1항과 제2항의 규정에 의한 행정처분의 세부적인 기준은 행정자치부령으로 정한다</u>

3. 비례원칙, 평등원칙 등 행정법상 일반원칙에 따라 정비한다.

(1) 영업허가 취소·정지 사유의 정비

경비업은 시설경비, 호송경비, 신변보호, 기계경비 및 특수경비업으로 구분되며, 경비업법에서는 각각의 경비업을 도급받아 영위하기 위해서는 개별적으로 지방경찰청장의 허가를 받아야 하고(제4조제1항전단), 또한 허가받은 경비업 이외의 경비업으로 변경하고자 하는 경우에도 허가를 받도록 규정하고 있으나(동항 후단), 행정처분기준에서는 허가받은 경비업무외의 업무에 경비원을 종사하게 한 때(제19조제1항제2호)에는 바로 허가를 취소하도록 규정하고 있으면서도, 허가없이 경비업무를 변경한 때에는 1차 경고, 2차 영업정지 6월에 처하고 재차 위반시 허가를 취소하도록 규정하고 있다(별표4 개별기준 제1호).

소속 경비원을 다른 종류의 경비업무에 종사하게 한 때보다 허가없이 사업자체를 변경한 것이 더 중한 위반행위라는 점에서 후자를 1차 위반시 허가취소의 사유에 포함하는 등 정비가 필요한 부분이라고 할 수 있을 것이다.

현 행	정비안
별표4 개별기준 제1호(법 제4조의 규정에 위반하여 지방경찰청장의 허	별표4 개별기준 제1호 삭제.

가없이 경비업무를 변경한 때에는 1차위반 경고, 2차위반 영업정지 6월, 3차 이상 위반 허가취소	
제19조 (경비업 허가의 취소 등) ①생략 (신설)	제19조 (경비업 허가의 취소 등) ① 좌동 1-2. 지방경찰청장의 허가없이 경비업무를 변경한 때

## (2) 경미한 처분기준의 정비

행정처분이 실효성을 확보하기 위해서는 위반행위별로 그 처분기준이 형평을 유지하여야 하고 처분청에 대항하는 행위에 대해서는 엄정하게 처분하여야 한다. 즉 위반행위의 경중에 따라 처분기준이 일정하고 처분청의 지도·감독에 불응한 행위에 대해서는 중하게 처분하여야 당사자로 하여금 처분에 순응하게 할 수 있으나, 경비업자가 위법한 경비업무를 거부하지 않은 경우를 제외하고는 위법행위의 경중에 관계없이 1차 위반시 경고처분에 그치고 있어 1회의 위반행위를 방치 또는 조장하는 결과를 초래할 수 있고 특히, 경찰청장 등 감독청의 명령에 따르지 아니한 경우에도 1차 위반의 경우에는 경고만 할 수 있도록 정하고 있어 경비업의 관리·감독 자체를 무의미하게 할 수 있다고 하겠다.

따라서 ① 위반행위의 경중이 유사한 위반행위는 1·2·3차의 처분기준을 동일하게 정하고, ② 감독관청의 명령을 위반한 경우에는 1차부터 영업정지처분을 취하는 것이 바람직할 것이다.

현 행	정비안
별표4 개별기준 제6호(법 제24조의 규정에 의한 경찰청장·지방경찰청장 또는 관할경	별표4 개별기준 제6호(법 제24조의 규정에 의한 경찰청장·지방경찰청장 또는 관할경

촉관서장의 감독상 명령을 따르지 아니한 경우) 제1차 위반 경고, 제2차 위반 영업정지 3월, 제3차이상 위반 영업취소	촉관서장의 감독상 명령을 따르지 아니한 경우)제1차 영업정지 1월, 제2차 위반 영업정지 3월, 제3차 이상 위반 영업취소
--	--

4. 포괄적 행정처분기준의 반복을 금지하도록 정비한다.

경비업법령에는 포괄적 행정처분기준과 그에 대한 포괄적 행정처분기준의 반복사례는 보이지 않고 있다.

5. 처분기준에서 정한 위반사항에 오류가 있는 경우에는 즉시 정비한다.

경비업법상 행정처분기준에서 정한 위반사항에 중대한 오류가 발견되는 경우에는 각각의 정비지침에서 정비안을 제시하도록 하였다.

6. 상습위반자에 대한 처분기준을 강화하도록 정비한다.

경비업법시행령 별표4의 일반기준 라목에 의하면 “영업정지처분에 해당하는 위반행위가 있는 날 이전 최근 2년간 같은 위반행위로 2회 영업정지처분을 받은 경우에는 위 표의 기준에 불구하고 그 위반행위에 대한 행정처분기준은 허가취소로 한다”고 규정하고 있다.

이 규정은 상습위반자에 대한 처분기준의 강화라는 측면에서 타당한 입법이라 하겠다.

7. 공무원과 국민의 입장에서 쉽게 알아볼 수 있도록 정비한다.

경비업법시행령상의 행정처분기준은 비교적 공무원과 국민의 입장에서 쉽게 이해할 수 있도록 정비되어 있다.

## 8. 행정처분기준을 매우 구체적으로 설정한다.

경비업법시행령상의 행정처분기준은 비교적 구체적으로 설정되어 있다.

## II. 일반기준의 정비지침

1. 행정처분기준이 재량준칙으로서의 성격을 가지고 있으므로 기속적 표현은 피하도록 한다.

경비업법시행령 별표4의 일반기준 라목은 “영업정지처분에 해당하는 위반행위가 있는 날 이전 최근 2년간 같은 위반행위로 2회 영업정지처분을 받은 경우에는 위 표의 기준에 불구하고 그 위반행위에 대한 행정처분기준은 허가취소로 한다”고 규정하고 있다.

이 규정은 행정청으로 하여금 의무적으로 가중처분하도록 하여 마치 행정처분이 행정청의 기속행위로 보게 할 우려가 있어 문제이다. 행정처분기준 자체의 성격은 재량준칙이기 때문에 원칙적으로 “...한다”는 표현보다는 “...할 수 있다”는 재량적 표현을 사용하는 것이 타당하다.

현 행	정비안
별표4 일반기준 라. 영업정지처분에 해당하는 위반행위가 있는 날 이전 최근 2년간 같은 위반행위로 2회 영업정지처분을 받은 경우에는 위 표의 기준에 불구하고 그 위반행위에 대한 행정처분기준은 <u>허가취소로 한다.</u>	별표4 일반기준 라. 영업정지처분에 해당하는 위반행위가 있는 날 이전 최근 2년간 같은 위반행위로 2회 영업정지처분을 받은 경우에는 위 표의 기준에 불구하고 그 위반행위에 대한 행정처분기준은 <u>허가취소로 할 수 있다.</u>

2. 가중·감경 재량처분의 근거는 그대로 존치한다. 다만, 허용하는 경우에는 가중감경위원회의 심의·의결을 거치도록 한다.

국민에게 의무를 부과하거나 권리를 제한하는 침해적 행정처분의 기준은 반드시 법률주의를 전제하여야 한다. 처분권자의 재량의 여지를 남겨둘 경우 행정의 투명성과 신뢰성을 떨어뜨려 그 실효를 거둘 수 없을 뿐 아니라 처분권자의 부조리를 조장할 수 있다는 점에서 이러한 규정이 있을 경우 반드시 정비하여야 할 것이다.

경비업 허가에 대한 행정처분 기준(별표4의 일반기준 가목)에서는 “위반행위의 정도 등을 참작하여 그 기준을 가중하거나 경감할 수 있”도록 규정함으로써 처분권자에게 재량의 여지를 두고 있다.

즉, 별표4의 일반기준 가목은“위반행위의 정도 등을 감안하여 제2호의 규정에 의한 행정처분의 기준을 가중하거나 경감할 수 있다”고 규정하고 있다.

생각건대, 비록 부조리와 무관한 규정이라고 하더라도 처분기준을 무시하고 동 규정을 적용하여 처분기준을 가중 또는 감경하는 공무원은 없을 것이다. 더욱이 “위반행위의 정도 등을 참작”하여 가중 또는 감경하도록 규정하고 있는 바, 이는 공무원의 자의가 개입될 소지를 자초하고 있으므로 재량권 행사의 투명화를 저해할 우려는 있다.

3. 과징금 부과대상에서의 제외 여부는 과징금 처분기준에서 정하도록 정비한다.

경비업법시행령상의 행정처분기준에는 과징금에 관한 규정이 없다.

4. 신고의무위반에 대해서는 종국적으로 허가취소가 아니라 영업소 폐쇄 등의 조치를 취하도록 정비한다. 그리고 신고의무위반에 대한 과태료 부과시에는 반드시 금액의 상한선을 설정하도록 정비한다.

신고의무위반에 대한 과태료 부과시에는 반드시 기간의 상한선을 설정한다. 기간의 상한을 넘는 경우에는 영업정지 또는 허가취소 등의 제재를 가하도록 한다.

경비업법 제4조제3항(제1항의 규정에 의하여 경비업의 허가를 받은 법인은 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 지방경찰청장에게 신고하여야 한다. 1. 영업을 폐업하거나 휴업한 때, 2. 법인의 명칭이나 대표자·임원을 변경한 때, 3. 법인의 주사무소나 출장소를 신설·이전 또는 폐지한 때, 4. 기계경비업무의 수행을 위한 관제시설을 신설·이전 또는 폐지한 때, 5. 특수경비업무를 개시하거나 종료한 때, 6. 그 밖의 대통령령이 정하는 중요사항을 변경한 때) 또는 제18조제2항(경비업자가 경비원을 배치하거나 배치를 폐지한 경우에는 행정자치부령이 정하는 바에 따라 관할 경찰관서장에게 신고하여야 한다)의 규정에 위반하여 신고를 하지 아니한 경우에, 별표6의 개별기준 제1호는 1월 이내의 기간 경과에는 50만원(가목), 1월 초과 6월 이내의 기간 경과에는 100만원(나목), 6월 초과 12월 이내의 기간 경과에는 200만원(다목), 12월 초과인 기간 경과에는 300만원(라목)의 과태료를 부과하고 있다.

생각건대, 경비업법시행령 별표6의 개별기준 제1호는 신고의무위반에 대해 별도의 제재적 행정처분을 부과하지 않고 과태료를 부과하고 있다. 그리고 12월 초과인 기간 경과에는 300만원(라목)의 과태료를 부과하고 있는데, 기간의 상한을 규정하지 않아 문제이다.

12월 초과인 기간 경과 후에도 위반을 계속하고 있으면 영업정지라든가 허가취소 등의 별도의 행정처분이 부과되어야 실효성을 확보할 수 있을 것이다.

현 행	정비안
별표6 개별기준	별표6 개별기준

라. 12월 초과 기간 경과 - 과태료 금액 300만원	라. 12월 초과 18월 이내의 기간 경과 - 과태료금액 300만원  별표4 8(신설) 1차위반(18월 초과 24월 이내의 기 간 경과) - 영업정지 1개월 2차위반(24월 초과 기간 경과) - 영업취소
-----------------------------------	--

5. 행정처분효과의 승계에 관한 규정은 행정처분기준이 아닌 직접 법률에서 명시적으로 규정하도록 정비한다.

경비업법령에는 행정처분의 승계에 대해서는 별도의 규정이 없다.

6. 행정쟁송결과 원고의 위법성은 인정되나 그 처분이 과하다고 판결된 사건에 대하여 행정청이 당해 행정쟁송의 원인이 된 처분을 일정한 정도 감하여 재처분할 수 있는 근거규정을 마련하도록 정비한다.

해당사례 없다.

### Ⅲ. 개별기준의 정비지침

1. 위반행위란과 근거법령란을 정확하게 명시하도록 정비한다.

행정처분기준에서는 위반행위, 행정처분의 법적 근거 및 행정처분기준을 명확히 적시하여야 한다.

경비업법령에는 위반행위란과 근거법령란을 정확하게 명시되어 있다.

2. 경고처분의 법적 근거를 마련하도록 정비한다.

경비업법시행령 별표4의 행정처분기준의 개별기준의 제4호 “경비원으로 하여금 법 제13조의 규정에 의한 교육을 받게 하지 아니한 경우” 및 제5호 “법 제16조의 규정에 의한 경비원의 복장·장비 및 출

동차량에 관한 규정을 위반한 경우”에는 1차 위반과 2차 위반시에는 경고처분을 하도록 규정하고 있고, 제6호 “법 제24의 규정에 의한 경찰청장·지방경찰청장 또는 관할경찰관서장의 감독상 명령에 따르지 아니한 경우”와 제7호 “법 제26조의 규정에 위반하여 경비업자가 경비원이 업무수행 중 고의 또는 과실로 발생한 손해를 배상하지 아니한 경우”에 1차 위반시에는 경고처분을 하도록 규정하고 있다.

따라서 경비업법 제19조제1항에 경고처분에 대한 근거규정을 두어야 할 것이다. 정비안은 다음과 같다.

현 행	정비안
제19조 (경비업의 허가의 취소등) ①허가관청은 경비업자가 제1호 내지 제6호의 1에 해당하는 때에는 그 허가를 취소하고, 제7호에 해당하는 때에는 그 허가를 취소하거나 6월 이내의 기간을 정하여 영업의 전부 또는 일부에 대하여 영업정지를 명할 수 있다.	제19조 (경비업의 허가의 취소등) ①허가관청은 경비업자가 제1호 내지 제6호의 1에 해당하는 때에는 그 허가를 취소하고, 제7호에 해당하는 때에는 그 허가를 취소하거나 6월 이내의 기간을 정하여 영업의 전부 또는 일부에 대하여 영업정지를 명할 수 있는 외에, <u>경고처분을 할 수 있다.</u>

### 3. 의무위반자별로 개별화하여 정비한다.

행정처분기준은 형식적인 측면에서 처분의 상대방별로 개별화하여 규율하여야 할 필요성이 요청된다.

각 법령에는 의무를 부담하는 주체가 있고 이들에 대해서 당해 법령에서 그에 특유한 의무를 부과하고 있다. 행정처분기준은 이들 주체 각각의 의무위반행위에 대한 행정처분의 기준을 정하여야 하는 것이다.

경비업법시행령은 별표4에서는 행정처분기준을, 별표5에서는 경비지도사 자격정지처분 기준을 각기 규정하고 있다. 별표4는 주로 경비업



자에 대한 행정처분기준이라고 할 수 있다. 따라서 경비업법시행령은 의무위반자별로 개별화하여 규정하고 있으므로 정비지침에 부합하므로 개정의 필요성이 없다고 할 수 있다.

#### 4. 과징금 상한액을 실효성있게 정비한다.

경비업법에는 과징금에 대해서는 별도로 규정하고 있지 아니하다.

### 제 3 절 도로교통법<sup>218)</sup>

#### I. 정비지침의 일반원칙

##### 1. 제재적 행정처분기준에 한정하여 정비한다.

정비지침의 일반원칙에 따라 제재적 행정처분기준에 대해서만 정비하였다.

##### 2. 행정처분기준의 근거조항은 법률에 두되, 원칙적으로 부령에 위임하는 형식으로 정비한다.

대법원은 제재적 행정처분의 기준이 총리령이나 부령에서 규정된 경우에 대하여는 그 기준의 형식은 총리령·부령이지만 그 법적 성질은 행정규칙에 해당한다는 것이 일관된 태도이다.

도로교통법시행령에는 별표 6의 과태료금액표와 별표8의 범칙행위 및 범칙금액표(보행자)를 규정하고 있다.

그리고 도로교통법시행규칙에는 별표28에서 운전면허 취소·정지처분 기준을, 별표29에서 연습운전면허 취소처분기준을, 별표 34에서는

218) 도로교통법에 대해서는 김재광 외, 『도로교통법 전문개정방안 연구』 한국법제연구원 2002와 김재광 외, 『도로교통법시행령·시행규칙 전문개정방안 연구』 한국법제연구원 2004 참조.

강사·기능검정원의 자격취소·정지의 기준을, 별표35에서는 자동차운전학원·전문학원에 대한 행정처분의 기준에 대해서 규정하고 있다.

**따라서 도로교통법시행규칙상의 행정처분기준을 둔 것은 바람직하다.**

그리고 행정처분기준의 근거규정을 도로교통법 시행규칙에서 규정하고 있다. 제91조는 운전면허의 취소·정지처분 기준 등의 근거규정을, 제129조는 학원 또는 전문학원의 등록취소 등의 근거규정을, 제123조는 강사 또는 기능검정원의 자격취소·정지의 기준의 근거규정을 두고 있다.

제91조 (운전면허의 취소·정지처분 기준 등) ①법 제93조에 따라 운전면허를 취소 또는 정지시킬 수 있는 기준(교통법규를 위반하거나 교통사고를 일으킨 경우 그 위반 및 피해의 정도 등에 따라 부과하는 벌점의 기준을 포함한다)과 법 제97조제1항에 따라 자동차등의 운전을 금지시킬 수 있는 기준은 별표 28과 같다.

②법 제93조제3항에 따른 연습운전면허의 취소기준은 별표 29와 같다.

③연습운전면허를 받은 사람에 대하여는 별표 28의 기준에 의한 벌점을 관리하지 아니한다.

④경찰서장 또는 운전면허시험장장은 운전면허를 받은 사람이 제1항 및 제2항에 따른 취소사유에 해당하는 때에는 즉시 그 사람의 인적사항 및 면허번호 등을 전산입력하여 지방경찰청장에게 보고하여야 한다.

제129조 (학원 또는 전문학원의 등록취소 등) ①법 제113조에 따른 학원 또는 전문학원의 등록취소 및 운영정지와 전문학원의 지정취소의 기준은 별표 35와 같다.

②지방경찰청장은 법 제113조에 따라 학원 또는 전문학원의 등록

을 취소하거나 운영정지를 명하는 때 또는 전문학원의 지정을 취소하는 때에는 학원 또는 전문학원을 설립·운영하는 자에게 별지 제143호서식의 행정처분통지서에 의하여 그 사실을 통지하고 학원의 등록증(전문학원의 지정을 취소하는 경우에는 지정증을 말한다)을 회수하여야 하며, 별지 제144호서식의 행정처분관리대장에 그에 관한 사항을 기재하여야 한다.

③지방경찰청장은 법 제113조에 따라 학원 또는 전문학원의 등록을 취소하거나 운영정지를 명한 때 또는 전문학원의 지정을 취소한 때에는 그 사실을 해당 학원 또는 전문학원의 출입구 등 잘 보이는 곳에 공고하여야 한다.

제123조 (강사 또는 기능검정원의 자격취소·정지의 기준) ①법 제106조제4항 또는 법 제107조제4항에 따라 강사 또는 기능검정원의 자격을 취소하거나 자격의 효력을 정지시킬 수 있는 기준은 별표 34와 같다.

②지방경찰청장은 제1항에 따라 강사 또는 기능검정원의 자격을 취소하거나 자격의 효력을 정지하고자 하는 때에는 처분대상자에게 별지 제130호서식의 강사 또는 기능검정원의 자격취소·정지통지서에 의하여 그 뜻을 통지하여야 하고, 미리 상대방 또는 그 대리인에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다. 다만, 상대방 또는 그 대리인이 정당한 사유 없이 이에 응하지 아니하거나 주소불명 등으로 의견을 진술할 기회를 줄 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

③지방경찰청장이 제1항에 따라 강사 또는 기능검정원의 자격을 취소하거나 자격의 효력을 정지한 때에는 별지 제131호서식의 강사·기능검정원행정처분대장에 그 뜻을 기재하여야 하고, 제2항에 따라 강사등의 자격취소 또는 자격의 효력정지 처분통지를 받은

사람은 통지를 받은 날부터 10일 이내에 그 자격증을 반납하여야 한다.

따라서 **현행 도로교통법시행규칙상의 행정처분기준의 근거규정은 법률로 올리는 것이 바람직하다.**

정비방안은 다음과 같다.

현 행	정비안
도로교통법 제93조 (운전면허의 취소·정지) ① -④ 생략 (신설)	도로교통법 제93조 (운전면허의 취소·정지) ① -④ 좌동 <u>⑤제1항의 규정에 의한 행정처분의 세부적인 기준은 부령으로 정한다.</u>

현 행	정비안
도로교통법 113조 (학원등에 대한 행정처분) ①- ④ 생략 (신설)	도로교통법 113조 (학원등에 대한 행정처분) ①- ④ 좌동 <u>⑤제1항부터 제4항까지의 규정에 의한 행정처분의 세부적인 기준은 부령으로 정한다.</u>

3. 비례원칙, 평등원칙 등 행정법상 일반원칙에 따라 정비한다.

(1) 자동차운전학원에 대한 행정처분

1) 처분기준의 재량기준 제거필요

운전학원의 법규위반행위에 대한 처분기준은 대부분 상한과 하한을 정하는 형식을 취하고 있어 처분청이 상한과 하한의 범위 내에서 결정하여 처분할 수 있도록 재량권을 부여하고 있어 처분청이 위반상황을 종합적으로 판단하여 합리적으로 처분을 할 수 있게 규정하고 있다.

그러나 전국적으로 14개 처분청에서 각각 다른 기준과 상황을 적용하여 처분함으로써 동일한 위반행위에 대하여 상이한 처분이 내려질 경우 형평에 반하여 불합리할 뿐 아니라 처분청의 실무자의 자의에 의하여 공권력이 행사될 수 있다는 점에서 비난의 대상이 될 수 있으므로 처분의 재량기준은 재량권을 배제하는 방향으로 정비될 필요성이 있다.

※ 사례

17. 운영기준에 관한 규정에 위반한 때 가. 강사의 선임·해임시 조치규정에 위반한 때 나. 강사가 지켜야 하는 사항을 위반한 때 다. 수강신청에 관한 규정에 위반한 때 라. 교육중 사고를 보상할 수 있는 자동차보험에 가입하지 아니한 때 마. 장애인 교육용 자동차를 갖추지 아니한 때(전문학원에 한함)	학원	7일이하 운영정지	7일초과~ 15일이하 운영정지	15일초과 ~ 1월이하 운영정지	15일초과 ~ 1월이하 운영정지
	전문학원	7일이하 운영정지	7일초과~ 1월이하 운영정지	1월초과~ 2월이하 운영정지	1월초과 2월이하 운영정지

2) 위반정도와 무관한 일률적 처분의 개선

법규위반행위에 대한 처분의 기준은 그 위반행위로 인한 공공위해의 정도, 위반행위로 인한 이득의 정도 및 위반의 회수 등을 근거로 판단하여야 하고, 이러한 위반행위의 정도에 따라 그에 비례하도록 처분기준을 마련하는 것이 합리적이다.

그런데 운전학원에 대한 처분의 기준은 동일한 위반행위에 대하여 위반의 회수 등 위반의 정도와 무관하게 동일한 처분기준을 적용하도록 규정하고 있다. 물론 재량기준을 두고 있어 처분청이 위반횟수 등 위반의 정도를 적용하여 처분할 수 있다고는 하지만 처분청이 어떤 항목을 적용하였는지에 대한 평가는 동일하다고 할 수 있어 불합리하다고 할 수 있다.

따라서 행정처분기준은 위반행위 자체에 대한 처분기준과 위반의 양 또는 질에 대한 부가기준을 두어 처분할 수 있도록 개선하는 것이 바람직할 것이다.

3) 양벌규정의 폐지 또는 완화

양벌규정은 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인 및 기타 종업원이 법인 또는 개인의 업무에 관하여 위법행위를 한 때에 행위자를 처벌하는 외에 법인을 처벌하는 규정을 말하며, 행정법규의 실효성을 확보하기 위하여 인정되며 자기의 지배범위 내에 있는 자에 대하여 위법행위를 하지 않도록 하여야 할 주의·감독의무를 태만히 한 과실책임을 물어 처벌하도록 한 행정법률<sup>219)</sup>이 다수 존재하지만 행정처분에 있어 행위자와 법인을 동시에 처분하는 사례는 극히 드문 경우로써, 특히 일신전속적 자격소지자의 경미한 위반행위를 이유로 학원을 행정처분하는 것은 지나친 처분이라는 지적이 있는 것도 사실이다. 그러한 사례로는 아래와 같은 것이 있다.

※ 현행

위 반 사 항	처 분 기 준		
	1차 위반	2차 위반	3차 위반
마. 강사자격증을 달지 아니하는 등 품위를 손상한 때	경 고	자격정지 1월	자격정지 2월
마. 기능검정원 자격증을 달지 아니하는 등 품위를 손상한 때	경 고	자격정지 1월	자격정지 2월

위반사항	구분	처 분 기 준			
		1차 위반	2차 위반	3차 위반	4차 위반
16. 강사 또는 기능검정원이 신분증명서 또는 자격증을 달지 아니하고 교육을 실시한 때(학원에 불이익을 주기 위한 목적으로 위반한 경우 제외)	학원	경고	7일이하 운영정지	7일초과~1월이하 운영정지	1월초과~2월이하 운영정지
	전문학원	경고	7일이하 운영정지	7일초과~1월이하 운영정지	1월초과~2월이하 운영정지

- 정비안 : 학원의 강사 및 기능검정원 등 자격소지자의 경미한 위반행위는 위반행위자의 자격에 대하여 처분하는 것으로 종료하는 것

219) 건축법, 고용보험법, 관세법, 국민연금법, 근로기준법, 남녀고용평등법, 도로교통법, 도로법, 문화재보호법, 소방법, 외국환관리법, 유료도로법, 자동차관리법, 총포도검화약류등단속법 등에서 규정하고 있으며 최근에는 행정법규를 중심으로 양벌규정이 확대되고 있는 추세이다.

이 바람직할 것이다.

(2) 운전면허에 대한 행정처분

1) 법규위반에 따른 벌점 부과기준의 정비

운전면허 정지처분 집행기준을 누산점수 30점으로 정한 1986. 5. 1 (내무부령 440호) 이후부터 벌점항목은 1회의 위반으로도 운전을 정지해야 할 위반행위(30점 이상), 2회 위반시 운전을 정지해야 할 행위(20점 또는 15점), 3번 위반할 경우 정지해야 할 행위(10점)로 각각 구분하여 위반행위에 대한 사회적 비난가능성과 교통사고 야기정도, 사고발생시 초래하는 결과 및 교통단속의 실효성 확보 등을 종합적으로 고려하여 벌점을 부과하였다.

그런데 사회현상 및 이슈를 벌점에 반영하는 과정에서 지나치게 높게 반영하거나 행정편의적 사고로 벌점을 부과하면서 위반행위간의 체계와 합리성을 상실한 사례가 있어 문제이다.<sup>220)</sup>

그러한 사례로는 아래와 같은 것이 있다.

- ※ 사례 1 : 1회위반으로 정지처분(40점)을 받게되는 위반행위로서 벌점이 높게 반영된 사례
- 정차·주차위반에 대한 조치위반(단체에 소속되거나 다수인에 포함되어 경찰공무원의 3회이상의 이동명령에 따르지 아니하고 교통을 방해한 경우에 한한다)  
→ 벌점없는 주·정차 위반으로 단속가능
  - 안전운전 의무위반(단체에 소속되거나 다수인에 포함되어 경찰공무원의 3회 이상의 안전운전 지시에 따르지 아니하고 타인에게 위험과 장애를 주는 속도나 방법으로 운전한 경우에 한한다)  
→ 일반적인 안전운전 의무위반(벌점 10점)과 동일하게 규정하는 것이 바람직
  - 승객의 차내소란행위 방치운전  
→ 범칙금(승합차 3만원)은 벌점이 없거나 10점에 해당하지만 벌점은 40점 부과

220) 박영수, “우리나라 경찰행정분야 행정처분기준의 특징과 문제점” 『경찰행정분야 행정처분기준의 법적 과제』, 한국법제연구원 워크샵 자료집 2006. 5. 26, 28면.

※ 사례 2 : 교통단속의 실효성 확보수단으로서 그 역할을 못하는 위반행위  
 ○ 면허증 제시의무 위반(벌점 30점)  
 → 피단속자가 면허증을 제시하지 않아 단속이 지체되는 것을 예방하기 위하여 마련된 항목이지만 처분기준이 40점으로 상향조정되면서 그 역할을 못하고 있음

- 정비안 : 이를 행위의 비난가능성, 사고야기 정도 및 사고발생시 초래하는 결과 등 합리적인 기준으로 재분류하는 것이 바람직할 것이다.

2) 운전자 특성을 고려, 주취 한계치 차별화

우리나라의 도로교통법은 차량의 용도 및 운전자의 특성 등을 전혀 고려치 않고 주취운전의 한계를 일률적으로 혈중알콜농도 0.05%로 적용하고 있으나 <표 11>에서 보는 바와 같이 많은 교통선진국에서는 초보운전자, 사업용운전자, 면허정지자 등 차량용도와 면허경력 등 운전자의 특성을 구별하여 단속대상인 혈중알콜농도를 차별화하고 있으며 이를 통하여 음주 교통사고 예방 및 음주운전 억제수단으로 활용하고 있는 실정이다.221)

【표 45】 국가별 주취운전 단속기준(한계치)

국가명	한계치	적 용 대 상
호주	0.02%	예비면허, 19~25세이하, 경력1~3년미만
오스트리아	0.01%	20세 이하, 경력2년 미만, 7.5t이상, 긴급자동차
캐나다	0.01%	20세 이하, 경력2년 미만
네덜란드	0.02%	초보운전자, 면허정지자
스페인	0.03%	경력2년 이하, 면허정지 후 2년 이내, 직업운전자
미 국	0.02%	21세 이하
일 본 <sup>222)</sup>	0.03%	차량용도 또는 면허경력 등과 무관
한 국	0.05%	"

221) 박영수, 전계논문, 29면.



- 정비안 : 음주운전이 근절되지 않고 있는 우리나라에서도 초보운전 단계부터 음주운전에 대한 경각심을 고취시킴으로써 근본적으로 음주운전을 하지 않도록 유도하고, 음주운전의 재발 및 상습화되는 특성을 차단하기 위해 초보운전자, 2회 이상 상습 음주운전자 등에게 현행보다 강화된 혈중알콜농도를 적용하는 방안을 검토해 볼 수 있을 것이다.

### 3) 위반의 경중 및 장소에 따른 가중처분

교통법규는 동일 항목인 경우에도 위반의 경중에 따라 수반되는 결과의 심각성에 매우 큰 차이를 보인다는 점에서 교통법규위반사항을 세분화하고 그에 따른 위반등급을 다단계화하여 위반유형과 심각도를 기준으로 처분기준을 차별화할 필요가 있다.

그런데 현행 법령에서는 속도위반에 대한 3단계 처분을 제외하고, 주정차 위반, 신호위반 등 항목별 세분화가 가능한 범칙행위에 대한 별도 적용기준을 마련하지 않음으로써, 도로이용자의 위반행위에 대한 제재적 효과와 함께 법규위반에 따른 사고예방 및 피해감소라는 행정처분의 목적을 달성하는데 매우 제한적인 것이 사실이다.

일본의 경우 주취운전, 과속, 신호위반 및 적재중량 초과 등에 대하여 동일한 위반행위라 하더라도 위반행위의 경중 및 위반상황 등을 반영하여 처분기준을 달리하고 있다.

- 정비안 : 우리나라에서도 현재 시행중인 주취운전, 과속 이외에 신호위반<sup>223)</sup>, 주차위반<sup>224)</sup> 등 위반유형에 따라 달리 처분하는 방안과 어린이보호구역 및 공사구간 등 장소에 따라 달리 처분하는 방안을 검토하여 행정처분의 효과를 극대화하는 것이 바람직할 것이다.

222) 2002. 6. 1부터 0.05%에서 0.03%로 단속기준 강화

223) 위반상황이 적색인지 황색인지에 따라 달리 처분하는 방안 검토가능

224) 주차금지 구역인지 주정차금지구역인지에 따라 달리 처분하는 방안 검토가능

4. 포괄적 행정처분기준의 반복을 금지하도록 정비한다.

도로교통법령에는 포괄적 행정처분기준과 그에 대한 포괄적 행정처분기준의 반복사례는 보이지 않고 있다.

5. 처분기준에서 정한 위반사항에 오류가 있는 경우에는 즉시 정비한다.

도로교통법령상 행정처분기준에서 정한 위반사항에 중대한 오류가 발견되는 경우에는 각각의 정비지침에서 정비안을 제시하도록 하였다.

6. 상습위반자에 대한 처분기준을 강화한다.

교통법규 위반행위별 행정처분기준이 그 효과를 극대화하기 위해서는 위반항목별 경중 및 결과의 심각성과 함께 법규위반의 상습성을 억제하기 위한 제재방안으로써 위반회수를 기준으로 벌점을 가중할 필요가 있다(상습 법규위반에 대한 제재방법 부재).

그런데 현행 법령에서는 동일 위반행위에 대한 상습 위반행위에 대한 처분기준을 명시하지 않고 있어 도로이용자로 하여금 법규위반행위별 처분에 대한 내성을 높이고, 동일 위반행위의 반복을 차단할 수 있는 제재수단으로서의 기능을 다하지 못하고 있는 실정이다.<sup>225)</sup>

- 정비안 : 음주운전 3진 아웃제 등 실무적으로 운영하는 사례는 있으나 과속, 신호위반, 중앙선침범 등 위반행위의 의도 및 결과의 심각성 등 법규위반의 특성을 기준으로 위반회수에 따라 처분을 가중하는 규정을 마련할 필요가 있다고 판단된다.

---

225) 박영수, 전계논문, 31면.

7. 공무원과 국민의 입장에서 쉽게 알아볼 수 있도록 정비한다.

도로교통법은 2006년 4월 28일에, 시행령과 시행규칙은 2006년 5월 30일에 전문개정되었다. 그런 까닭으로 비교적 도로교통법의 시행령과 시행규칙상의 행정처분기준은 공무원과 국민의 입장에서 볼 때 쉽게 알아볼 수 있도록 정비된 것으로 볼 수 있다.

현행 운전면허 행정처분에 관한 규정은 도로교통법령 이외에 경찰청 행정규칙인 운전면허행정처분처리지침 및 모범운전자선발및운영지침 등에 산재되어 있어 행정처분 규정에 대한 일반인의 접근이 극히 제한되어 있을 뿐만 아니라 행정처분기준을 적용하고 집행하는 일선 경찰공무원이 관련규정을 숙지하지 못하는 사례를 초래하기도 하고 있다.

따라서 국민의 권리의무에 관한 사항은 도로교통법 또는 동법시행령에, 일반적인 행정절차에 관한 사항은 도로교통법 시행규칙에 각각 규정하여 일원화하는 것이 바람직할 것이다.<sup>226)</sup>

그리고 운전면허에 대하여 취소 또는 정지처분 등 행정처분을 하고자 하는 경우 또는 행정처분을 결정한 때에는 대상자에게 운전면허정지·취소처분사전통지서 또는 운전면허정지·취소처분결정통지서를 발송 또는 교부하거나 통지가 불가능한 경우에는 주소지 관할 경찰서 계서관에 14일간 공고하는 것으로 통지를 대신하고 있으나, 일방적인 공고를 통한 행정처분은 처분절차를 진행할 수 있도록 하는 집행력은 있다고 할 수 있으나 당해 행정처분에 대하여 당사자를 귀속하는 실질적 효력은 제한되고 있는 실정이다.

특히 경찰의 일방적 공고를 역이용하여 행정처분을 피해가는 사례가 있는 만큼 행정처분의 사전·결정통지서가 반송된 때에는 방문 또는 전화 등으로 소재를 확인하는 절차를 추가하는 등 공고제도의 운

---

226) 박영수, 전계논문, 32면.

용을 보완하여야 할 것이다.<sup>227)</sup>

#### 8. 행정처분기준을 매우 구체적으로 설정한다.

도로교통법령상 행정처분기준은 최근에 도로교통법령이 전문개정되었기 때문에 다른 법령에 비해 행정처분기준도 구체화되어진 것으로 볼 수 있다.

### II. 일반기준의 정비지침

#### 1. 행정처분기준이 재량준칙으로서의 성격을 가지고 있으므로 기속적 표현은 피하도록 한다.

도로교통법령상 행정처분기준은 일반기준과 개별기준을 구별하지 않고 있는 바, 본 지침은 직접적으로 적용되지 아니한다.

#### 2. 가중·감경 재량처분의 근거는 그대로 존치한다. 다만, 허용하는 경우에는 가중감경위원회의 심의·의결을 거치도록 한다.

도로교통법령상 행정처분기준은 가중·감경 재량처분의 근거를 두고 있다. 그러나 도로교통법시행규칙 별표28의 “바. 처분기준의 감경” (3) 처리절차에서 “운전면허행정처분 이의심의위원회의 심의·의결을 거쳐 처분을 감경할 수 있도록 규정”하고 있어 바람직한 입법이라 본다.

#### 3. 과징금 부과대상에서의 제외 여부는 과징금 처분기준에서 정하도록 정비한다.

도로교통법령상 행정처분기준은 가중·감경 재량처분의 근거를 두고 있지 않는 바, 본 지침은 직접적으로 적용되지 아니한다.

---

227) 박영수, 전계논문, 32면.

4. 신고의무위반에 대해서는 종국적으로 허가취소가 아니라 영업소 폐쇄 등의 조치를 취하도록 정비한다. 그리고 신고의무위반에 대한 과태료 부과시에는 반드시 금액의 상한선을 설정하도록 정비한다.

도로교통법령에는 과태료 부과에 금액의 상한선이 설정되어 있다.

5. 행정처분효과의 승계에 관한 규정은 행정처분기준이 아닌 직접 법률에서 명시적으로 규정하도록 정비한다.

도로교통법령에는 행정처분의 승계에 대해서는 별도의 규정이 없다.

6. 행정쟁송결과 원고의 위법성은 인정되나 그 처분이 과하다고 판결된 사건에 대하여 행정청이 당해 행정소송의 원인이 된 처분을 일정한 정도 감하여 재처분할 수 있는 근거규정을 마련하도록 정비한다.

### Ⅲ. 개별기준의 정비지침

1. 위반행위란과 근거법령란을 정확하게 명시하도록 정비한다.

도로교통법시행령 별표 6의 과태료금액표와 별표8의 범칙행위 및 범칙금액표(보행자)에는 위반행위란과 근거법령란이 정확하게 명시되어 있다.

2. 경고처분의 법적 근거를 마련하도록 정비한다.

도로교통법의 처분기준에는 경고처분에 대해서는 규정하고 있지 않다.

3. 의무위반자별로 개별화하여 정비한다.

도로교통법시행규칙에는 별표28에서 운전면허 취소·정지처분 기준을, 별표29에서 연습운전면허 취소처분기준을, 별표 34에서는 강사·

기능검정원의 자격취소·정지의 기준을, 별표35에서는 자동차운전학원·전문학원에 대한 행정처분의 기준에 대해서 규정하고 있다.

따라서 의무위반자별로 개별화하여 규정하고 있다.

4. 과징금 상한액을 실효성있게 정비한다.

도로교통법령에는 과징금에 대한 규정은 별도로 두지 않고 있다.

### 제 4 절 사격장및사격장단속법

#### I. 정비지침의 일반원칙

1. 제재적 행정처분기준에 한정하여 정비한다.

정비지침의 일반원칙에 의거하여 제재적 행정처분기준에 한정하여 정비한다.

2. 행정처분기준의 근거조항은 법률에 두되, 원칙적으로 부령에 위임하는 형식으로 정비한다.

대법원은 제재적 행정처분의 기준이 총리령이나 부령에서 규정된 경우에 대하여는 그 기준의 형식은 총리령·부령이지만 그 법적 성질은 행정규칙에 해당한다는 것이 일관된 태도이다.

사격및사격장단속법은 행정처분기준에 대해 하위법령에서 설정하고 있지 않다. 사격및사격장단속법 제18조는 허가의 취소에 대해서만 규정하고 있다. 위법사유에 따라서는 정지사유도 있을 수 있으나, 일률적으로 허가취소만을 규정한 것은 행정편의적인 입법이 아닐 수 없다.

현 행	정비안
사격및사격장단속법 제18조 (허가의 취소) 허가관청은 사격장설치자가	사격및사격장단속법 제18조 (허가의 취소) ①허가관청은 사격장설치자가 제

<p>다음 각호의 1에 해당하는 때에는 그 허가를 취소할 수 있다.</p> <p>(이하 생략)</p> <p><u>(신설)</u></p>	<p><u>1호부터 제3호까지에 해당하는 때에는 그 허가를 취소하고, 제4호에 해당하는 때에는 그 허가를 취소하거나 6월 이내의 기간을 정하여 영업의 전부 또는 일부에 대하여 영업정지를 명할 수 있다.</u></p> <p>(좌동)</p> <p><u>②제1항의 규정에 의한 행정처분의 세부적인 기준은 부령으로 정한다.</u></p>
---	--

3. 비례원칙, 평등원칙 등 행정법상 일반원칙에 따라 정비한다.

(1) 행정처분 기준의 미비

사격및사격장단속법 제18조에서는 사격장 영업허가에 대한 취소처분만 규정하고 있는 실정이며 이는 사격장 영업의 특수성을 고려한 처분기준이라고 판단되지만, 각종 경찰소관 법률에서 정하고 있는 영업허가의 위법행위와 유사 내지 동일한 위법행위를 예측할 수 있음에도 구체적인 위법행위에 대한 행정처분 기준이 마련되어 있지 않은 실정이다. 물론, 다른 법률 또는 행정규칙에 의하여 처분이 가능한지에 대한 검토는 이루어지지 않아 단언할 수는 없으나 단속법령에서 규정하지 않는 행정규칙은 규제 법률주의에도 위반된다고 하겠다.

4. 포괄적 행정처분기준의 반복을 금지하도록 정비한다.

사격및사격장단속법에는 해당하지 않는다.

5. 행정처분기준에서 정한 위반사항에 오류가 있는 경우에는 즉시 정비한다.

사격및사격장단속법상 행정처분기준에는 중대한 위반사항에 오류가 있는 경우는 없다.

6. 상습위반자에 대한 처분기준을 강화한다.

사격및사격장단속법상 행정처분기준에는 상습위반자에 대해서는 별 다른 규율을 하지 않고 있다.

7. 공무원과 국민의 입장에서 쉽게 알아볼 수 있도록 정비한다.

사격및사격장단속법에는 행정처분기준이 별도로 규정되어 있지 않아 공무원과 국민의 입장에서 쉽게 알아볼 수 있지 아니하다.

사격및사격장단속법 제18조는 “허가관청은 사격장설치자가 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 그 허가를 취소할 수 있다. 1. 제10조제1항의 규정에 의한 기간 이내에 완성검사를 받지 못한 때, 2. 완성검사에 합격된 후 제10조제2항의 규정에 의한 기간 이내에 영업을 개시하지 아니한 때, 3. 영업을 개시한 후 정당한 사유없이 계속하여 1년을 초과하여 휴업한 때, 4. 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때”고 규정하고 있다.

특히 제4호의 경우에는 “이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때”라고 규정하고 있어 사격장설치자의 입장에서 볼 때 매우 불명확하다고 할 수 있다. 구체적으로 규정할 필요가 있다.

8. 행정처분기준을 매우 구체적으로 설정한다.

사격및사격장단속법에는 행정처분기준이 별도로 규정되어 있지 않아 행정처분기준의 구체적 설정에 문제가 있다.

사격및사격장단속법 제18조는 “허가관청은 사격장설치자가 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 그 허가를 취소할 수 있다. 1. 제10조제1항의 규정에 의한 기간 이내에 완성검사를 받지 못한 때, 2. 완성검사에 합격된 후 제10조제2항의 규정에 의한 기간 이내에 영업을 개시하지



아니한 때, 3. 영업을 개시한 후 정당한 사유없이 계속하여 1년을 초과하여 휴업한 때, 4. 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때”고 규정하고 있다.

따라서 처분기준의 설정이 필요하다.

## II. 일반기준의 정비지침

1. 행정처분기준이 재량준칙으로서의 성격을 가지고 있으므로 지속적 표현은 피하도록 한다.

사격및사격장단속법 제18조는 “허가관청은 사격장설치자가 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 그 허가를 취소할 수 있다. 1. 제10조제1항의 규정에 의한 기간 이내에 완성검사를 받지 못한 때, 2. 완성검사에 합격된 후 제10조제2항의 규정에 의한 기간 이내에 영업을 개시하지 아니한 때, 3. 영업을 개시한 후 정당한 사유없이 계속하여 1년을 초과하여 휴업한 때, 4. 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때”고 규정하여 재량적 표현을 사용하고 있다.

2. 가중·감경 재량처분의 근거는 그대로 존치한다. 다만, 허용하는 경우에는 가중감경위원회의 심의·의결을 거치도록 한다.

국민에게 의무를 부과하거나 권리를 제한하는 침해적 행정처분의 기준은 반드시 법률주의를 전제하여야 한다. 처분권자의 재량의 여지를 남겨둘 경우 행정의 투명성과 신뢰성을 떨어뜨려 그 실효를 거둘 수 없을 뿐 아니라 처분권자의 부조리를 조장할 수 있다는 점에서 이러한 규정이 있을 경우 반드시 정비하여야 할 것이다.

사격및사격장단속법은 허가의 취소에 대한 규정에서 위반행위의 정도 등을 참작하여 그 기준을 가중하거나 경감할 수 있는 규정은 두고 있지 아니하다.

3. 과징금 부과대상에서의 제외 여부는 과징금 처분기준에서 정하도록 정비한다.

사격및사격장단속법의 행정처분기준에는 과징금에 관한 규정이 없다.

4. 신고의무위반에 대해서는 종국적으로 허가취소가 아니라 영업소 폐쇄 등의 조치를 취하도록 정비한다. 그리고 신고의무위반에 대한 과태료 부과시에는 반드시 금액의 상한선을 설정하도록 정비한다.

사격및사격장단속법 제24조제1항과 제3항은 과태료의 상한선을 부과하고 있다.

5. 행정처분효과의 승계에 관한 규정은 행정처분기준이 아닌 직접 법률에서 명시적으로 규정하도록 정비한다.

사격및사격장단속법에는 행정처분의 승계에 대해서는 별도의 규정이 없다.

6. 행정쟁송결과 원고의 위법성은 인정되나 그 처분이 과하다고 판결된 사건에 대하여 행정청이 당해 행정쟁송의 원인이 된 처분을 일정한 정도 감하여 재처분할 수 있는 근거규정을 마련하도록 정비한다.

### Ⅲ. 개별기준의 정비지침

1. 위반행위란과 근거법령란을 정확하게 명시하도록 정비한다.

행정처분기준에서는 위반행위, 행정처분의 법적 근거 및 행정처분기준을 명확히 적시하여야 한다.

사격및사격장단속법에는 법률에 취소사유만을 규정함으로써 하위법령에 별도의 행정처분기준을 두지 않고 있다.

따라서 위반행위란과 근거법령란을 정확하게 명시하는 기준은 적용되지 아니한다.

2. 경고처분의 법적 근거를 마련하도록 정비한다.

사격및사격장단속법에는 법률에 취소사유만을 규정함으로써 하위법령에 별도의 행정처분기준을 두지 않고 있어 경고처분의 법적 근거지침은 적용되지 아니한다.

3. 의무위반자별로 개별화하여 정비한다.

행정처분기준은 형식적인 측면에서 처분의 상대방별로 개별화하여 규율하여야 할 필요성이 요청된다.

사격및사격장단속법에는 행정처분기준을 별달리 두고 있지 않다. 제 18조에서는 사격장설치자에 관한 취소사유를 규정하고 있을 뿐이다.

4. 과징금 상한액을 실효성있게 정비한다..

사격및사격장단속법에는 과징금에 대해서는 별달리 규정하고 있지 아니하다.

## 제 5 절 사행행위 등 규제 및 처벌특례법

### I. 정리지침의 일반원칙

1. 제재적 행정처분기준에 한정하여 정비한다.

정리지침의 일반원칙에 따라 제재적 행정처분기준에 한정하여 정비한다.

2. 행정처분기준의 근거조항은 법률에 두되, 원칙적으로 부령에 위임하는 형식으로 정비한다.

대법원은 제재적 행정처분의 기준이 총리령이나 부령에서 규정된 경우에 대하여는 그 기준의 형식은 총리령·부령이지만 그 법적 성질은 행정규칙에 해당한다는 것이 일관된 태도이다.

사행행위등 규제 및 처벌특례법은 행정처분기준에 대해 하위법령인 시행규칙에서 규정하고 있다. 타당한 입법이다.

그리고 “행정처분의 기준”의 근거조항에 대해서는 법률 제21조제3항에서 부령에 위임하는 규정을 두고 있고, 시행규칙 제26조가 이를 구체적으로 규정하는 형식을 취하고 있다.

법 제21조 (행정처분) ①경찰청장 또는 지방경찰청장은 영업자가 제6조제2호 각목의 1에 해당하게 된 경우에 그 영업의 허가를 취소하여야 한다. 이 경우 법인인 영업자에 대하여 제6조제2호 아목에 해당하는 사유로 허가취소를 하는 때에는 임원개입에 필요한 3월 이상의 여유를 주어야 한다. <개정 1991.11.30>

②경찰청장 또는 지방경찰청장은 영업자가 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때에는 그 영업의 허가를 취소하거나 6월 이내의 기간을 정하여 영업의 정지를 명할 수 있다. <개정 1991.11.30>

③제2항의 규정에 의한 행정처분의 세부적인 기준은 행정자치부령으로 정한다.<개정 1999.3.31>

시행규칙 (행정처분의 기준) 법 제21조제3항의 규정에 의한 행정처분의 세부기준은 별표 11과 같다.

3. 비례원칙, 평등원칙 등 행정법상 일반원칙에 따라 정비한다.

(1) 유사 위반행위에 대한 처분기준 상이

사행행위 등 규제 및 처벌특례법은 경찰소관 법률 중 행정처분기준이 어느 정도 체계화 되어 있다고 할 수 있다. 각각의 허가사항별 처분기준을 연계시켜 동일한 위반행위에 대해서는 동일한 처분기준을 마련함으로써 처분의 형평을 고려한 점도 행정처분의 합리성과 객관성을 담보하기에 충분하다고 보여진다.

다만, 위반행위 중 1차와 3차를 동일하게 개선명령과 허가를 취소하도록 하면서 2차 위반에 대해서는 서로 상이한 처분을 규정하고 있어 2차 위반에 대한 처분기준에 다소 의문이 제기될 수 있다.

※ 사례

위 반 사 항	행정처분기준		
	1차 위반	2차 위반	3차 위반
5. 영업자의 지위를 승계한 후 1월이내에 승계신고를 하지 아니한 자	개선명령	영업정지 10일~15일	허가취소
6. 영업의 방법 및 제한 ○ 회전판돌리기업(영업소에 설치한 사행기구의 대수가 기준 대수를 초과한 때)	개선명령	영업정지 1월	허가취소
7. 영업자의 준수사항 위반 ○ 과도한 사행성을 유발하는 등 선량한 풍속을 해할 우려가 있는 광고 또는 선전을 한 때	개선명령	영업정지 20일	허가취소

- 정비안 : 특별한 사유가 없으면 2차 위반에 대해서도 동일한 처분기준을 적용하는 것이 바람직할 것이다.

4. 포괄적 행정처분기준의 반복을 금지하도록 정비한다.

사행행위 등 규제 및 처벌특례법 제21조(행정처분)에서는 법규위반에 대한 취소사유를 정하고, “이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때”에는 허가취소 또는 6월 이내의 영업정지를 규정하고 있으며 이의

세부적인 처분기준을 행정자치부령에 위임하고 있다.

이러한 위임규정에 근거하여 사행행위 등 규제 및 처벌특례법 시행규칙 별표 11에서는 “이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때”의 세부적인 사항을 허가된 영업의 종류별로 33가지의 위반행위로 구분하여 처분기준을 규정하고 있다.

- 정비안 : 『복표발행업, 현상업 및 기타 사행행위업』, 『사행기구제조업』, 『사행기구판매업』 등의 처분기준 말미에서 또 다시 “기타 법 또는 법에 의한 지시·명령에 위반한 때”의 처분기준을 규정하고 있어 법률에서 규정한 포괄적 규제규정을 반복하여 규정함으로써 행정처분 대상을 지나치게 확대할 우려가 있고 행정편의적 발상이라는 지적을 받을 수 있으므로 별표에서 정한 포괄적 처분기준은 삭제하는 것이 바람직하다.

5. 처분기준에서 정한 위반사항에 오류가 있는 경우에는 즉시 정비한다.

사행기구 판매업에 대한 행정처분기준 중 『검사를 받지 아니한 사행기구를 판매한 때』에는 법 제13조제4항과 제15조제1항을 각각 인용하여 서로 다른 처분기준을 규정하고 있다.

※ 사례

위 반 사 항	행정처분기준		
	1차 위반	2차 위반	3차 위반
4. 법 제13조제4항의 규정에 의한 검사를 받지 아니한 사행기구를 판매한 때	개선명령	허가취소	
5. 법 제15조제1항의 규정에 의한 검사를 받지 아니한 사행기구를 판매한 때	영업정지 3월	허가취소	

- 정비안 : 그런데 법 제13조제4항이 사행기구의 검사와는 무관한 사행기구판매업의 허가에 관한 사항이므로 법 제15조제1항을 인용한

처분기준을 적용하는 것이 타당하다. 처분기준의 오류가 분명하고 일선에서의 혼란이 예상되므로 즉시 개정절차를 밟는 것이 바람직하다.

6. 상습위반자에 대한 처분기준을 강화한다.

사행행위 등 규제 및 처벌특례법 시행규칙의 별표11의 일반기준의 “다. 위반행위의 횟수에 따른 행정처분의 기준은 최근 1년간 같은 위반행위로 행정처분을 받은 경우에 적용한다”라고 규정함으로써 정비지침을 충족하고 있다.

7. 공무원과 국민의 입장에서 쉽게 알아볼 수 있도록 정비한다.

사행행위 등 규제 및 처벌특례법 시행규칙은 법률에서 규정한 포괄적 규제규정을 반복하여 규정함으로써 행정처분 대상을 지나치게 확대하고 행정편의적 발상에 기초한 기준설정이므로 전면적인 재검토가 필요하다.

8. 행정처분기준을 매우 구체적으로 설정한다.

사행행위 등 규제 및 처벌특례법 시행규칙은 법률에서 규정한 포괄적 규제규정을 반복하여 규정함으로써 행정처분 대상을 지나치게 확대하고 행정편의적 발상에 기초한 기준설정이므로 행정처분기준을 구체적으로 설정해야 한다는 지침에는 부합하지 않는다.

## II. 일반기준의 정비지침

1. 행정처분기준이 재량준칙으로서의 성격을 가지고 있으므로 지속적 표현은 피하도록 정비한다.

사격및사격장단속법 제18조는 “허가관청은 사격장설치자가 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 그 허가를 취소할 수 있다”고 규정하여 재

량적 표현을 사용하고 있다.

2. 가중·감경 재량처분의 근거는 그대로 존치한다. 다만, 허용하는 경우에는 가중감경위원회의 심의·의결을 거치도록 한다.

국민에게 의무를 부과하거나 권리를 제한하는 침해적 행정처분의 기준은 반드시 법률주의를 전제하여야 한다. 처분권자의 재량의 여지를 남겨둘 경우 행정의 투명성과 신뢰성을 떨어뜨려 그 실효를 거둘 수 없을 뿐 아니라 처분권자의 부조리를 조장할 수 있다는 점에서 이러한 규정이 있을 경우 반드시 정비하여야 할 것이다.

사격및사격장단속법은 허가의 취소에 대한 행정처분 기준에서 위반행위의 정도 등을 참작하여 그 기준을 가중하거나 경감할 수 있는 규정은 두고 있지 아니하다.

3. 과과징금 부과대상에서의 제외 여부는 과징금 처분기준에서 정하도록 정비한다.

사격및사격장단속법의 행정처분기준에는 과징금에 관한 규정이 없다.

4. 신고의무위반에 대해서는 종국적으로 허가취소가 아니라 영업소 폐쇄 등의 조치를 취하도록 정비한다. 그리고 신고의무위반에 대한 과태료 부과시에는 반드시 금액의 상한선을 설정하도록 정비한다.

신고의무위반에 대한 과태료 부과시에는 반드시 금액의 상한선을 설정하여야 한다. 사격및사격장단속법 제24조제1항과 제3항은 과태료의 상한선을 부과하고 있다.

5. 행정처분효과의 승계에 관한 규정은 행정처분기준이 아닌 직접법률에서 명시적으로 규정하도록 정비한다.

사행행위 등 규제 및 처벌특례법은 제23조에서 행정처분의 승계에 대해서 규정하고 있다.



제23조 (행정처분효과의 승계) 제9조제1항(제13조제4항의 규정에 의하여 준용되는 경우를 포함한다)의 규정에 의한 영업의 승계가 있는 때에는 종전의 영업자에 대한 행정처분의 효과는 제21조제2항의 규정에 의한 처분기간이 만료된 날부터 1년간 새로운 영업자에게 승계되며, 행정처분의 절차가 진행중인 때에는 새로운 영업자에 대하여 그 절차를 속행할 수 있다. 다만, 새로운 영업자(상속에 의한 승계를 제외한다)가 그 영업의 승계시에 그 처분 또는 위반 사실을 알지 못하였음을 증명하는 때에는 그러하지 아니하다.

따라서 타당한 입법이라고 본다.

6. 행정쟁송결과 원고의 위법성은 인정되나 그 처분이 과하다고 판결된 사건에 대하여 행정청이 당해 행정쟁송의 원인이 된 처분을 일정한 정도 감하여 재처분할 수 있는 근거규정을 마련하도록 정비한다.

### Ⅲ. 개별기준의 정비지침

1. 위반행위란과 근거법령란을 정확하게 명시한다.

행정처분기준에서는 위반행위, 행정처분의 법적 근거 및 행정처분기준을 명확히 적시하여야 한다.

사행행위 등 규제 및 처벌특례법에는 위반사항에 “법 제3조시설기준) 위반”이라고 규정하여 위반행위란과 근거법령란을 정확하게 구별하지 않고 있는 문제가 있다. 따라서 위반행위란과 근거법령란을 정확하게 명시하여 정비하도록 한다.

2. 경고처분의 법적 근거를 마련하도록 정비한다.

사행행위 등 규제 및 처벌특례법에는 법률에 취소사유만을 규정함으로써 하위법령에 별도의 행정처분기준을 두지 않고 있어 경고처분

의 법적 근거지침은 적용되지 아니한다.

3. 의무위반자별로 개별화하여 정비한다.

행정처분기준은 형식적인 측면에서 처분의 상대방별로 개별화하여  
규율하여야 할 필요성이 요청된다.

각 법령에는 의무를 부담하는 주체가 있고 이들에 대해서 당해 법  
령에서 그에 특유한 의무를 부과하고 있다. 행정처분기준은 이들 주  
체 각각의 의무위반행위에 대한 행정처분의 기준을 정하여야 하는 것  
이다.

사행행위 등 규제 및 처벌특례법은 업종별로 행정처분기준을 두고  
있다. 즉, 복표발행업·현상업 및 기타 사행행위업, 사행기구 제조·  
판매업으로 분류하고 있고, 사행기구 제조·판매업은 사행기구 제조  
업과 사행기구 판매업으로 구별하여 규정하고 있다.

바람직한 입법이라고 본다.

4. 과징금 상한액을 실효성있게 정비한다.

사행행위 등 규제 및 처벌특례법에는 과징금에 대해서는 별달리 규  
정하고 있지 아니하다.

## 제 6 절 총포·도검·화약류등단속법

### I. 정리지침의 일반원칙

1. 제재적 행정처분기준에 한정하여 정비한다.

정리지침의 일반원칙에 따라 제재적 행정처분기준에 한정하여 정비  
한다.

2. 행정처분기준의 근거조항은 법률에 두되, 원칙적으로 부령에 위임하는 형식으로 정비한다.

대법원은 제재적 행정처분의 기준이 총리령이나 부령에서 규정된 경우에 대하여는 그 기준의 형식은 총리령·부령이지만 그 법적 성질은 행정규칙에 해당한다는 것이 일관된 태도이다.

총포·도검·화약류등단속법은 처분기준을 시행규칙 별표17에서 구체적으로 규정하고 있다. 타당한 입법이다.

총포·도검·화약류등단속법은 처분기준의 근거를 시행규칙 제52조에 두고 있다. 법률에 두어야 할 것이다.

제52조 (행정처분의 기준) 법 제30조·법 제45조 및 법 제46조제1항의 규정에 의한 행정처분의 기준은 별표 17과 같다.

따라서 처분기준의 근거규정을 법률로 올려야 할 것이다.

현 행	정비안
법 제30조 (면허의 취소·정지) ① 생략 ② 생략 (신설).	법 제30조 (면허의 취소·정지) ① 좌동 ② 좌동 ③제1항의 규정에 의한 행정처분의 세부적인 기준은 행정자치부령으로 정한다.

현 행	정비안
제45조 (제조업자등에 대한 행정처분) ① 생략 ② 생략 (신설)	제45조 (제조업자등에 대한 행정처분) ① 좌동 ② 좌동 ③제1항의 규정에 의한 행정처분의

	<u>세부적인 기준은 행정처치부령으로 정한다.</u>
--	-------------------------------

현 행	정비안
제46조 (총포등의 소지허가를 받은 사람등에 대한 행정처분) ①-⑦ 생략 <u>(신설).</u>	제46조 (총포등의 소지허가를 받은 사람등에 대한 행정처분) ①-⑦ 좌동  <u>⑧제1항의 규정에 의한 행정처분의 세부적인 기준은 행정자치부령으로 정한다.</u>

그리고 총포·도검·화약류등단속법에서도 「사행행위 등 규제 및 처벌 특례법」의 사례와 같이 총포 등의 제조·판매·저장 및 사용 등 허가내용에 따른 위반행위별 처분기준을 시행규칙 제52조에 근거를 두고 별표17에서 구체적으로 규정하고 있어 처분의 투명성을 담보하고 있다. 다만, 법률에서 행정처분의 구체적인 사유를 정하고 있으나 시행규칙에서 각종 처분기준을 마련함으로써 절차규정인 부령에서 국민의 권리를 제한하고 의무를 부과하는 오류를 범하고 있는 실정이다. 물론 법률에서 “이 법 또는 이 법에 의한 명령을 위반한 때”라는 식으로 위임규정을 두고 있으나 법제와 관련한 대법원에서도 국민의 권리와 의무에 관한 규제는 부령에서 규정할 수 없다는 취지의 판결<sup>228)</sup>에서도 알 수 있듯이 포괄적 위임 형식인 법률 규정은 체계상 하자라고 밖에 할 수 없다.

228) 대법원 판결 97누15418(‘97. 12. 26) 대통령령의 법규성을 인정한 판례,  
대법원 판결 91누4973(‘91. 11. 8) 부령의 법규성을 인정하지 않고 행정조직 내부에서 관계 행정기관이나 직원을 구속함에 그치고 대외적으로 국민이나 법원을 구속할 수 없다고한 판례

정비안 : 『사행행위 등 규제 및 처벌 특례법』과 마찬가지로 부령의 처분기준에서 다시 『법에 의한 지시명령 위반』, 『법 또는 법에 의한 명령에 위반한 때』라는 식의 포괄적 규제규정을 두는 것은 법률의 명확성의 원칙 및 국민이나 규제대상자의 예측가능성을 배제하는 규정이므로 삭제되어야 할 항목이라 하겠다.

3. 비례원칙, 평등원칙 등 행정법상 일반원칙에 따라 정비한다.

(1) 유사 위반행위에 대한 처분기준 상이

총포·도검·화약류등단속법은 경찰소관 법률 중 행정처분기준이 어느 정도 체계화 되어 있다고 할 수 있다.

각각의 허가사항별 처분기준을 연계시켜 동일한 위반행위에 대해서는 동일한 처분기준을 마련함으로써 처분의 형평을 고려한 점도 행정처분의 합리성과 객관성을 담보하기에 충분하다고 보여진다.

4. 포괄적 행정처분기준의 반복을 금지하도록 정비한다.

총포·도검·화약류등단속법은 포괄적 행정처분기준의 반복을 하지 않고 있다.

5. 처분기준에서 정한 위반사항에 오류가 있는 경우에는 즉시 정비한다.

총포 등 제조업자의 위반사항 『19. 장부 부실기재 또는 미기재』에서 1회위반 15일 정지, 2회 위반 3월 정지 및 3회 위반 6월 정지 등 처분기준을 두고 있으나 4회 이상 위반에 대한 처분기준이 마련되어 있지 않아 불합리하며, 동일한 처분기준을 두고 있는 총포 등 판매업자 및 화약류 저장소설치 사용자에 대한 처분기준과 비교하여 보면 제·

개정 과정에서 “3회 이상 위반”을 “3회 위반”으로 잘못 규정<sup>229)</sup>한 것으로 사료된다.

- 정비안 : “3회 이상 위반”을 “3회 위반”으로 잘못 규정하였으므로 “3회 이상 위반”으로 즉시 개정하여야 할 것이다.

또한 총포 등 제조업자의 위반사항 「21. 제조조유 및 시설을 임의로 변경하여 제조 또는 설치한 경우」에서 3회 이상 위반에 대하여 허가 취소처분을 규정하고 있으나 3회 위반하면 취소되므로 4회 이상 위반 행위의 처분기준은 무의미하다.

※ 사례

1. 총포 등 제조업자

위반사항	처분기준					
	취소	효력정지				경 고
		6월	3월	1월	15일	
19. 장부 부실기재 또는 미기재(법 제63조)						
○ 1회 위반				○		
○ 2회 위반		○				
○ 3회 위반		○				
21. 제조종류 및 시설을 임의로 변경하여 제조 또는 설치한 경우(법 제4조)						
○ 1회 위반			○			
○ 2회 위반		○				
○ 3회 이상 위반	○					

2. 총포 등 판매업자

5. 검사합격의 표시가 없는 총포·분사기·전자총격기·석궁을 판매하거나 판매할 목적으로 진열한 때(법 제42조)					
○ 1회 위반		○			
○ 2회 위반		○			
○ 3회 이상 위반	○				

- 정비안 : 이 기준 또한 “3회 위반”을 “3회 이상 위반”으로 잘못 규정한 것으로 사료되므로 즉시 개정되어야 한다.

229) 총포 등 판매업자 처분기준 제5호의 경우에도 같은 오류

## 6. 상습위반자에 대한 처분기준을 강화하도록 정비한다.

총포·도검·화약류등단속법 위반행위에 대한 처분기준은 허가의 취소, 효력정지 6월·3월·1월·15일 및 경고 등 6단계로 구분되어 있고, 위반행위의 정도 및 상습성을 기준으로 처분기준을 규정하고 있다.

이러한 규정형식은 동일한 위반행위라 할지라도 위반횟수에 따라 처분기준을 달리함으로써 상습위반행위를 예방할 수 있다는 점에서 긍정적이라 할 것이다.

다만, 이 법령에서 간과한 부분이 있다면 다수의 위반항목에 대한 상습범 처분기준을 2회 이상인 경우 동일하게 처분하도록 규정함으로써 상습범 사이에 처분의 차별성이 없다는 점이다.

예를 들어 총포 등 제조업자의 위반사항 「24. 화약류 폐기신고 또는 기준위반」에서 1회 위반의 경우 “경고”처분을 규정하고 있고, 2회 이상 위반한 경우에는 그 횟수와 무관하게 위반사실에 대한 처분기준으로써 15일의 영업정지처분을 규정하고 있어 상습위반자에 대한 처분기준이라고 보기에는 지나치게 경미하고 그 효과도 미미할 것으로 사료된다.

- 정비안 : 따라서 상습위반자에 대한 처분기준은 위반횟수에 따라 그 처분기준에 차이를 두고 최종적으로는 허가를 취소하는 기준을 마련함으로써 상습위반자를 예방할 수 있을 것이다.

## 7. 공무원과 국민의 입장에서 쉽게 알아볼 수 있도록 정비한다.

총포·도검·화약류등단속법은 업자별로 행정처분기준을 유형화하여 규정함으로써 공무원과 국민의 입장에서 쉽게 알아볼 수 있도록 규정되어 있다.

8. 행정처분기준을 매우 구체적으로 설정한다.

총포·도검·화약류등단속법은 비교적 행정처분기준을 구체적으로 설정하고 있다.

II. 일반기준의 정비지침

1. 행정처분기준이 재량준칙으로서의 성격을 가지고 있으므로 기속적 표현은 피하도록 정비한다.

총포·도검·화약류등단속법에는 기속적 표현을 대체로 사용하지 않고 있다.

2. 가중·감경 재량처분의 근거는 그대로 존치한다. 다만, 허용하는 경우에는 가중감경위원회의 심의·의결을 거치도록 한다.

국민에게 의무를 부과하거나 권리를 제한하는 침해적 행정처분의 기준은 반드시 법률주의를 전제하여야 한다. 처분권자의 재량의 여지를 남겨둘 경우 행정의 투명성과 신뢰성을 떨어뜨려 그 실효를 거둘 수 없을 뿐 아니라 처분권자의 부조리를 조장할 수 있다는 점에서 이러한 규정이 있을 경우 반드시 정비하여야 할 것이다.

총포·도검·화약류등단속법은 허가의 취소에 대한 행정처분 기준에서 위반행위의 정도 등을 참작하여 그 기준을 가중하거나 경감할 수 있는 규정은 두고 있지 아니하다.

3. 과징금 부과대상에서의 제외 여부는 과징금 처분기준에서 정하도록 정비한다.

총포·도검·화약류등단속법의 행정처분기준에는 과징금에 관한 규정이 없다.



4. 신고의무위반에 대해서는 종국적으로 허가취소가 아니라 영업소 폐쇄 등의 조치를 취하도록 정비한다. 그리고 신고의무위반에 대한 과태료 부과시에는 반드시 금액의 상한선을 설정하도록 정비한다.

총포·도검·화약류등단속법은 과태료의 상한선을 규정하고 있다. 즉, 제74조는 과태료의 상한선을 300만원으로 규정하고 있다.

제74조 (과태료) ①다음 각호의 1에 해당하는 자는 300만원 이하의 과태료를 과한다.

1. 제9조제5항, 제11조제2항, 제20조제1항, 제27조제2항, 제35조 또는 제66조의 규정에 따른 신고를 하지 아니하거나 거짓으로 신고를 한 사람
2. 제17조제1항·제3항, 제32조제4항, 제33조, 제39조제1항·제3항, 제63조, 제64조, 제65조제2항 또는 제3항의 규정을 위반한 사람
3. 제26조제3항의 규정을 위반하여 화약류운반신고필증을 지니지 아니한 자
4. 제32조제2항, 제40조제2항 또는 제44조제3항의 규정에 의한 보고를 하지 아니하거나, 거짓으로 보고를 한 자
5. 제20조제2항 또는 제39조제4항의 규정에 의한 명령을 위반한 자
6. 제47조제3항의 규정에 의한 준수사항을 위반한 사람  
(이하 생략)

5. 행정처분효과의 승계에 관한 규정은 행정처분기준이 아닌 직접 법률에서 명시적으로 규정하도록 정비한다.

총포·도검·화약류등단속법에는 행정처분의 승계에 대해 법률 제45조의2(행정처분의 승계)에서 규정하고 있다.

제45조의2 (행정처분효과의 승계) ①제4조의2 및 제6조의2의 규정에 의한 제조업자·판매업자의 지위승계가 있는 경우 종전의 제조

업자·판매업자에 대한 제45조제1항의 위반을 사유로 행한 행정처분의 효과는 그 처분기간이 끝나는 날까지 양수인·상속인에게 승계되며, 행정처분의 절차가 진행중인 때에는 양수인·상속인에 대하여 그 절차를 계속 진행할 수 있다. 다만, 양수인(상속에 의하여 승계를 받은 자를 제외한다)이 그 영업의 승계시에 그 처분 또는 위반사실을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니한다.

②제1항의 규정은 제25조의2의 규정에 의한 화약류저장소설치자의 지위승계가 있는 경우 종전의 화약류저장소설치자에 대한 행정처분효과의 승계에 관하여 이를 준용한다.

타당한 입법이다.

6. 행정쟁송결과 원고의 위법성은 인정되나 그 처분이 과하다고 판결된 사건에 대하여 행정청이 당해 행정쟁송의 원인이 된 처분을 일정한 정도 감하여 재처분할 수 있는 근거규정을 마련하도록 정비한다.

### Ⅲ. 개별기준의 정비지침

1. 위반행위란과 근거법령란을 정확하게 명시하도록 정비한다.

행정처분기준에서는 위반행위, 행정처분의 법적 근거 및 행정처분기준을 명확히 적시하여야 한다.

총포·도검·화약류등단속법에는 위반사항란과 적용법령란을 정확하게 명시하고 있다.

2. 경고처분의 법적 근거를 마련하도록 정비한다.

총포·도검·화약류등단속법에는 경고처분을 별도로 행정처분기준에 두고 있으므로 법률에 근거를 마련하여야 한다.

총포·도검·화약류등단속법시행규칙 별표17의 행정처분기준의 제1호 “총포·도검·화약류·분사기·전자총격기·석공제조업자”의 “1. 허가요건 결격사유 발생” 등에 대해, 제2호 “총포·도검·화약류·분사기·전자총격기·석공판매업자”의 “1. 허가요건 결격사유 발생”등에 대해, 그리고 제3호. “화약류 저장소 설치사용자”의 “1. 허가조건 결격사유 발생”등에 대해 경고처분을 하도록 규정하고 있다.

따라서 총포·도검·화약류등단속법 제45조에 경고처분에 대한 근거규정을 두어야 할 것이다. 정비안은 다음과 같다.

현 행	정비안
제45조 (제조업자 등에 대한 행정처분) ①제4조제1항 또는 제2항 및 제6조제1항의 규정에 의한 허가관청은 총포·도검·화약류·분사기·전자총격기·석공제조업자 또는 판매업자가 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그 허가를 취소하여야 한다. 다만, 제5호 내지 제7호의 1에 해당하는 경우에는 6월의 범위 안에서 일정한 기간을 정하여 <u>영업의 정지를 명할 수 있다.</u>	제45조 (제조업자 등에 대한 행정처분) ①제4조제1항 또는 제2항 및 제6조제1항의 규정에 의한 허가관청은 총포·도검·화약류·분사기·전자총격기·석공제조업자 또는 판매업자가 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그 허가를 취소하여야 한다. 다만, 제5호 내지 제7호의 1에 해당하는 경우에는 6월의 범위 안에서 일정한 기간을 정하여 <u>영업의 정지를 명할 수 있는 외에, 경고처분을 할 수 있다.</u>

### 3. 의무위반자별로 개별화하여 정비한다.

행정처분기준은 형식적인 측면에서 처분의 상대방별로 개별화하여 규율하여야 할 필요성이 요청된다.

각 법령에는 의무를 부담하는 주체가 있고 이들에 대해서 당해 법령에서 그에 특유한 의무를 부과하고 있다. 행정처분기준은 이들 주체 각각의 의무위반행위에 대한 행정처분의 기준을 정하여야 하는 것이다.

총포·도검·화약류등단속법 별표 17은 업자별로 유형화하여 행정처분기준을 두고 있다. 즉, 총포·도검·화약류·분사기·전자충격기·석궁 제조업자, 총포·도검·화약류·분사기·전자충격기·석궁 판매업자, 화약류 제조·관리보안책임자, 총포·도검·화약류·분사기·전자충격기·석궁 소지사용자 등으로 유형화하여 개별적·구체적으로 규율하고 있다.

타당한 입법이다.

#### 4. 과징금 상한액을 실효성있게 정비한다.

총포·도검·화약류등단속법에는 과징금에 대해서는 별달리 규정하고 있지 아니하다.

## 제 5 장 요약 및 소결

앞에서 경찰청 소관 20개 법률 중 행정처분 규정을 두고 있는 5개 법률과 그 하위 명령에서 규정하고 있는 행정처분 기준에 대하여 개괄적으로 검토하여 보았다. 물론 서론에서도 밝혔지만 강학상 행정행위의 개념과 이번 검토의 대상분야는 다소 차이가 있는 것이 사실이다.

강학상 행정행위는 그 행위의 요소인 정신작용이 효과의사나 아니냐에 따라 법률행위적 행정행위와 법률행위적 행정행위로 크게 나뉜다. 법률행위적 행정행위는 하명·허가·면제 등 명령적 행정행위와, 특허·대리·인가 등 형성적 행정행위로 구분되고 준법률행위적 행정행위에는 확인행위·공증행위·통지·수리 등으로 구분되는 등 그 검토 대상이 광범위하고, 일반적으로 행정기관 내에서 행정처분이라는 명칭으로 불리어 지는 업무의 범위가 허가 및 특허에 대한 취소·철회를 의미하는 용어로 사용되는 경우가 대부분이고 해당법령에서도 동일한 개념으로 규정하고 있어 그 범위를 제한하여 검토하였다.

극히 제한적이었으나 경찰청 소관 행정처분 기준을 두고 있는 5개 법령을 검토한 결과는 조금 당혹스럽다는 느낌을 받을 수 밖에 없었다. 몇 가지 문제점 내지 미비점을 살펴보면, 우선, 도로교통법령을 제외한 4개 법령의 행정처분 기준은 사문화 되어가고 있다는 점이다. 도로교통법령에 의한 행정처분 이외에 '05년도 행정처분 실적을 살펴보면 경비업자에 대한 처분실적이 연간 95건, 총포·도검·화약류등 단속법을 적용한 처분실적이 연간 9,054건에 불과한 실정이다.

이렇듯 행정처분 기준을 적용한 실적이 극히 저조한 실정이고, 그에 따라 행정처분 기준도 현실의 반영 등 행정여건을 고려하거나 규정상 미비점 및 오류 등을 개정·보완하기 보다는 단지 규정으로서 존재한다는 것이다.

특히, 사행행위 등 규제 및 처벌특례법에서 정하는 사행업의 허가조건이 공공복리의 증진, 상품의 판매선전 또는 관광진흥과 관광객의 유치촉진을 위하여 특히 필요하다고 인정되는 경우로 한정하고 있어 이를 적용할 경우 사행업의 허가가 불가능하며 현실적으로도 동 법률을 적용하여 사행업을 허가한 사례가 전무한 실정이다.

또한 현행 복권 및 경정·경륜 등 사행업은 다른 부처 소관인 「복권및복권기금법」, 「관광진흥법」, 「경륜·경정법」 등 특별법에 의하여 허가 및 행정처분이 되고 있는 실정이므로 더욱이 사행행위 등 규제 및 처벌특례법의 사문화를 촉진한다고 하겠다.

둘째, 당해 법령 내에서의 문제점 내지 미비점 이외에 경찰법령 전체의 입장에서 동일 또는 유사한 위반행위에 대해서는 동일한 처분기준을 적용하는 것이 바람직하지만 경찰법령에서는 이를 전혀 고려하지 않고 있다는 것이다.

예를 들어, 경찰서장 등 감독청의 지도·감독 명령에 따르지 아니하거나 감독규정을 위반한 경우 경비업자에게는 영업정지 또는 허가취소를, 경비지도사에게는 자격정지처분을, 자동차운전면허전문학원 등에게는 운영정지 처분을, 사행행위 관련 허가에서는 자격정지 또는 자격취소를, 총포·도검·화약류등단속법에서는 경고·자격정지 및 자격취소처분을 두는 등 제각기 다른 기준을 적용하고 있는 실정이므로 비록 자격의 종류에 따라 다른 기준을 적용해야 하는 경우도 있겠지만 경찰법령 내의 동종 또는 유사 위반행위에 대해서는 동일한 기준을 마련하는 것도 검토해 보아야 할 분야라고 생각된다.

끝으로 일부 법령의 경우 위반행위의 종류를 자세하게 규정하여 처분의 신뢰성 및 행정의 당사자 등 국민에게 예측가능성을 담보한다는 점에서 긍정적인 측면을 제공하고 있으나 고용된 자의 복장 및 자격증 부착 등 사업주가 판단할 분야까지 행정청이 규제하는 것은 지나친 간섭이라고 밖에 할 수 없을 것이므로 극히 사적이고 개인적인 분

야는 사적 영역에서 담당하도록 하는 것이 바람직할 것이다.

또한 위반사항을 지나치게 다양하게 규정하여 일선에서 직접 처분을 담당하는 공무원을 혼란하게 하기보다는 행정처분 대상 위반행위는 법령별로 주요위반행위 위주로 최소화하고 처분기준을 강화하여 실효성있는 행정처분이 될 수 있도록 하고, 기타 위반행위에 대해서는 범칙금 내지 과태료·과징금 등 금전적 제재를 강화하는 것이 행정환경 및 국민정서에 부합하는 행정이 되지 않을까 한다.

경찰행정분야는 규제행정의 대표적인 분야라고 할 수 있다. 다시 말해 국민들로부터 환영받기 보다는 기피의 대상이 되는 행정이 경찰행정인 셈이다. 따라서 원칙에 입각한 행정 이외에 국민이 납득할 수 있는 보편적 가치와 상식의 범위를 벗어나지 않도록 하는 것이 바람직하지 않을까 생각한다.

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준  
정비방안

---

---

**제 2 부 보건행정분야 행정처분기준 정비방안**

---

---



## 제 1 장 서 론

행정법분야 중 보건행정분야에서도 여러 개별법령에서 다수의 행정처분이 행해지고 있으나, 사안의 기술성·전문성 등으로 인하여 제재처분기준의 불명확성, 상위법과의 모순 및 처분양정의 불균형성 등의 문제가 발생하고 있다. 이러한 사정은 구체적인 재량행사를 함에 있어서 행정실무를 담당하는 일선 공무원에게 고충이 되고 있음은 물론, 재량권행사를 통해 예측가능성과 법적 명확성을 담보하지 못함으로써 일반 국민의 권익침해 등 법적 안정성을 해할 우려가 있다. 특히 식품위생, 식품안전 등 보건행정분야는 국민의 일상생활과 밀접한 관련을 가지므로 구체적인 처분기준을 체계화하여 행정의 투명성·공정성을 확보하는 것이 무엇보다 시급하다.<sup>230)</sup>

특히 참여정부가 출범한 이후 대통령자문 정부혁신지방분권위원회는 2003년 7월 행정개혁로드맵의 하나로 재량행위의 투명성을 선정하고, 행정처분기준의 명확화를 위한 제도개선도 함께 추진하고 있다.

따라서 본 연구는 보건행정분야의 행정처분기준의 운용 및 실태를 우리나라, 일본, 독일의 식품위생법상의 제재적 처분기준을 중심으로 상세히 살펴보고, 그 기준이 어떠한 법적 의미를 가지는가를 구체적인 판례의 입장을 통해서 검토해서 행정처분기준의 적정화와 제재적 행정처분제도의 선진화를 위한 정비방안을 모색하고 궁극적으로는 바람직한 입법자료로서 제시하는 것을 연구의 목적으로 한다.

보건행정에 관한 법률들이 약 20여개에 이르고 이들 법률에 의한 행정처분의 주체가 서로 상이한 실정에서 각 행정주체가 내리는 처분기준의 양정의 적정화와 체계화를 도모한다는 것이 결코 쉬운 일은 아니다.

230) 오준근, “재량행위의 판단기준과 재량행위의 투명화를 위한 법제정비방안”, 법제 2005. 6(통권 제570호), 23면.

따라서 본 연구는 일반행정처분기준을 중심으로 한 행정작용(명령)에 관한 행정처분기준과 과징금산정기준, 과태료부과기준 등을 중심으로 한 제재적 행정처분기준으로 크게 나누어서 각 개별법령의 처분기준을 비교분석하는 것으로 한다.

본 연구에서는 보건행정에 관한 법령과 그에 근거한 행정처분의 기준을 다음과 같은 방법으로 조사·분석해서 정비방안을 제시하는 것으로 한다.

- 1) 보건행정분야의 법률들을 먼저 의료법률군, 식품·위생법률군, 기타 예방 및 검역에 관한 법률군으로 나누어서 각 법률군을 대표하는 법률을 선정하여 그 법률에서 규정하고 있는 규제기준의 적합성에 대하여 비교분석한다.
- 2) 행정처분기준을 행위유형별, 위반유형별로 분류하여 그 일반기준과 개별기준을 분석한다.
- 3) 외국의 관계법령의 제재적 처분기준과의 비교분석을 한다.
- 4) 행정처분기준에 대한 불복절차인 행정심판 재결례와 행정소송의 판례를 분석하여 처분기준의 불합리성(기준의 엄격성, 처벌의 비례성 등)을 파악한다.
- 5) 이와 같은 연구를 통해서 행정처분기준을 명확하게 규정하여 그 투명성을 제고함과 동시에 행정객체에 대해서는 행정처분에 대한 신뢰성을 제고한다.

보건행정분야의 행정처분기준의 정비방안 연구는 전5장으로 체제를 구성하여 연구보고서를 작성하였다.

제1장에서는 연구의 목적 및 연구방법을, 제2장에서는 각국의 입법례에 따른 행정처분기준의 내용을 조사, 분석하였는데 특히 일본과 독일의 식품법을 위주로 해서 법령의 축조분석과 행정처분에 대한 판례의 검토를 가하였다. 특히 일본은 법률에 의한 행정이라고 하기 보

다는 “통달”에 의한 행정이라고 불릴 정도로 행정청의 내부지침에 의해서 많은 행정이 이루어지고 있다. 그러한 통달 가운데 보건행정분야에서 가장 많이 사용되고 있는 것이 고시인데 이러한 고시의 법적 성질에 대해서 학설과 판례의 견해를 밝히고자 하였고, 독일의 경우는 제재적 행정처분기준을 중심으로 행정처분의 근거조항의 입법형태 - 어떠한 형식과 방법으로 하위법령에 위임하는가 -의 내용을 분석하였다.

제3장에서는 현행 보건행정관련법 가운데 식품위생법과 공중위생관리법을 중심으로 제재적 행정처분기준의 내용을 조문과 이에 위임을 받아서 제정된 시행령과 시행규칙의 제재적 행정처분의 기준들을 서술하였다.

이어서 제4장에서는 현행 식품위생법의 행정처분기준의 정비방안을 제시하는 것으로 하였는데 먼저 행정처분의 정비방안의 일반원칙을 수립하고 그 다음에 행정처분의 일반기준에 대한 정리지침, 그리고 개별기준에 대한 정리지침의 순서로 행정처분의 정리지침을 분석하였다.

## 제 2 장 주요국가의 보건행정법령의 행정처분기준 분석

법규의 목적과 내용이 완전히 일치하지는 않겠지만 이러한 우리의 법률에 해당하는 일본의 보건행정법률<sup>231)</sup>로서는 의료법, 식품위생법, 모자보건법, 지역보건법, 노동안전위생법, 풍속영업 등의 규제 및 업무의 적정화 등에 관한 법률 등이 있고 행정처분의 기준은 기본법으로서의 행정수속법과 각 보건행정관련 개별법령에 규정되어 있다.

### 제 1 절 일 본

#### I. 일본의 식품보건행정의 개요

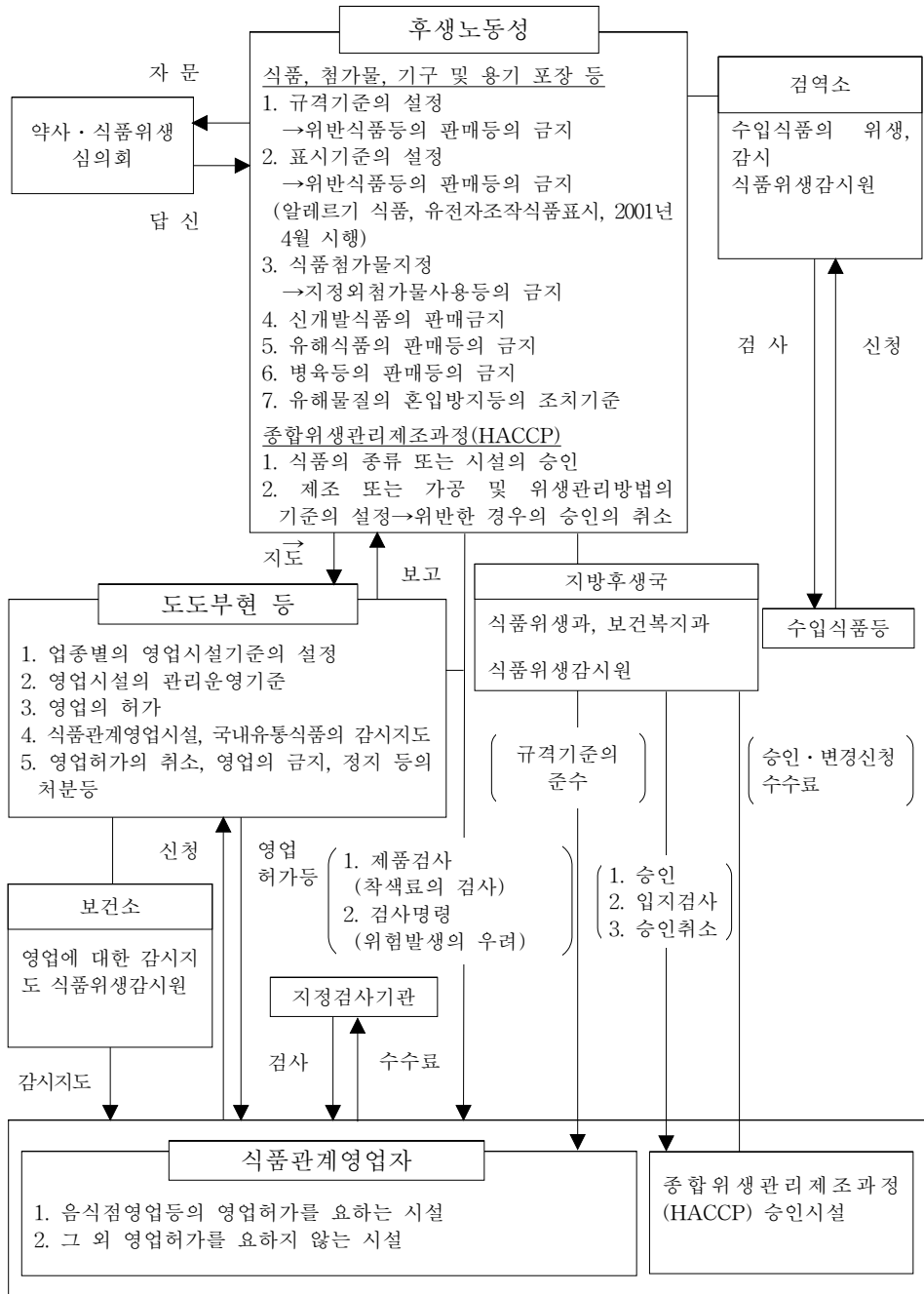
##### 일본식품보건행정의 개요

---

231) 일본도 우리의 행정입법과 유사한 체계를 갖고 있는데 학문적으로 행정입법은 법규의 성질을 갖는 법규명령과 법규의 성질을 갖지 않는 행정규칙 또는 행정명령으로 나누고 있다.

법규명령에는 내각이 제정하는 정령(政令), 내각총리대신이 내각부의 장으로서 발령하는 내각부령(內閣府令), 각성(各省)의 장관인 대신이 제정하는 성령(省令), 공정거래위원회, 국가공안위원회 등의 각 외국(外局)의 장 또는 위원회가 발하는 규칙, 내각으로부터 독립한 행정기관인 회계감사원, 인사원 등이 발하는 명령 등이 있다. 우리나라의 대통령령인 시행령에 해당하는 것은 정령(政令)이고 부령에 해당하는 시행규칙은 성령(省令)이 여기에 해당한다. 그리고 행정규칙으로는 고시(告示), 훈령·통달, 지령 등의 형태가 있다.

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안



注：2000년 12월 말 현재

## II. 개별법령상의 행정처분의 유형과 기준<sup>232)</sup>

### 1. 의료법에 있어서의 행정처분과 기준

의료법 제69조에서는 병원 등의 광고금지에 관한 규정을 두고 있는데, 제1항에서 이 경우에 광고금지의 예외사항이 구체적으로 열거되어 있다. 즉 광고금지에 대한 예외사항을 구체적으로 명시하여 일정한 기준을 설정하고 있는 경우이다.

또한 의료법 제15조의2에 의하면 병원 등의 관리자는 일정한 경우에 정령에서 정하는 업무를 위탁하는 경우에는 후생노동성령에 정하는 기준에 적합한 자에게 위탁해야할 의무가 발생하는데, 이 때 정령에서 정하는 업무라 함은 미생물학적 검사, 혈청학적 검사, 혈액학적 검사 등의 업무를 비롯한 각종 업무를 말하는데 이에 관하여는 동법 시행령 제4조의7에서 규정하고 있다. 그리고 의료법 제7조 제4항에 의하면 진료소에 요양병상을 만들기 위해서는 동조 제3항에 의해 허가를 받아야 하며, 이러한 허가를 받기 위한 일정한 요건은 동법 제21조 내지 제23조(병원의 인적·물적 시설)의 규정에 근거한 후생노동성령에서 정하는 요건에 충족하도록 규정하고 있다. 이에 따라 동법 시행규칙 제16조 이하에 병원 등의 구조설비요건이 규정되어 있다.

### 2. 식품위생법령에 있어서의 행정처분과 기준

식품위생법 제13조는 식품의 제조 및 가공방법기준이 정해진 식품으로서 정령으로 정하는 식품에 대해서 후생노동대신은 종합위생관리 제조과정을 거쳐 제조 및 가공되어진 것으로 승인할 수 있도록 하고

232) 일본은 우리나라와는 달리 법률에서 처분기준을 대통령령이나 부령으로 위임하는 형식을 취하지 않고, 재량준칙은 중앙행정기관의 통달이나 지방자치단체의 심사 기준·처분기준의 형식으로 설정하고 있다.

있는데, 이 때 정령에서 정하는 식품은 동법 시행령 제1조에서 규정하고 있다. 또한 식품위생법 제8조 제1항에서는 사람의 건강을 해칠 위험이 있는 정도, 기타 ‘후생노동성령에서 규정하는 사항’을 감안하여 식품위생상 위해발생을 방지하기 위하여 특정식품 및 첨가물의 판매 등을 금지하고 있다. 이에 따라 동법 시행규칙 제4조에서는 후생노동성령에서 규정하는 사항에 대한 구체적인 내용을 정하고 있다.

전술한 바와 같이 일본에서는 재량준칙을 정령(대통령령)이나 성령(부령)에 위임하지 않고 중앙행정기관의 통달이나 지방자치단체의 심사기준·처분기준의 형식으로 설정하고 있는데 일본의 식품위생법령과 이에 근거한 조례에 의한 행정처분기준표를 예시하면 다음과 같다.

오사카부의 식품위생법 처분기준 일람표

No	근거법령	근거조항	처분의 개요	처분적용조항	기준설정상황	기준미설정이유
1	식품위생법	제25조 제1항	식품·첨가물등의 검사	제55조		1
2	식품위생법	제52조 제1항	영업허가			6
3	식품위생법	제54조	식품등의 폐기명령등	제54조	식품위생법에 따른 행정처분등 취급요령 별표 행정처분기준	
4	식품위생법	제55조	영업허가의 취소, 영업금지, 정지	제55조	상동	
5	식품위생법	제56조	시설개선명령, 허가취소, 영업금지, 정지(영업시설기준위반의 경우)	제56조	상동	
6	식품위생법	제62조 제1항	장난감에 관한 개선명령, 허가취소, 영업금지, 정지(영업시설기준위반의 경우)	제62조 제1항에서 준용하는 제56조	상동	

7	식품위생법	제62조 제1항	장난감의 폐기명령등	제62조 제1항에서 준용하는 제54조	상동	
8	식품위생법	제62조 제1항	장난감에 관한 영업허가취소, 영업금지, 정지	제62조 제1항에서 준용하는 제55조	상동	
9	식품위생법	제62조 제3항	영업이외의 집단급식시설에 대한 개선명령, 업무의 금지, 정지등(시설기준위반의 경우)	제62조 제3항에서 준용하는 제56조	상동	
10	식품위생법	제62조 제3항	영업이외의 집단급식시설에 대한 업무의 금지, 정지 등	제62조 제3항에서 준용하는 제55조	상동	
11	식품위생법	제62조 제3항	영업이외의 집단급식시설에 관한 폐기명령 등	제62조 제3항에서 준용하는 제54조	상동	

※기준미설정이유 : 1. 법령상 처분권한이 없거나 처분의 대상이 되는 객체가 존재할 수 없다. 2. 지방자치법 제252조의 17의2 제1항에 의해 처분권한의 전부를 시정촌에 위임하고 있다. 3. 法令의 규정에 판단기준이 명시되어 있다. 4. 과거에 실적이 없거나 미미하여, 미리 기준을 설정하기가 곤란하다. 5. 과거에 실적은 있지만, 장래에 신청이나 처분의 가능성이 없다. 6. 사안마다 재량판단을 해야 하고, 기준의 설정이 곤란하다. 7. 그 외

별표 : 행정처분기준표

위반조항	적용조항	1	2	3
		위반에 의한 위생상의 위해확대의 우려가 없고, 인체에 해를 가하지 않는 경우	위반에 의한 위생상의 위해확대의 우려가 있는 경우 또는 위반의 결과 인체에 해를 가한 경우	영업을 계속, 재개하는 것이 위생상, 공익상 위험한 경우, 또는 사범이 현저히 악질인 경우



제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

제6조(비위생식품 등의 판매등의 금지)	제54조	폐업 기타 식품위생상의 위해를 제거하기 위해 필요한 조치		
	제55조	영업정지 3개월	영업정지 10개월 이내 또는 영업을 금지	영업금지 또는 영업허가의 취소
제9조(病肉등의 판매등의 제한)	제54조	폐업 기타 식품위생상의 위해를 제거하기 위해 필요한 조치		
	제55조	영업정지 3개월	영업정지 10개월 이내 또는 영업을 금지	영업금지 또는 영업허가의 취소
제10조(첨가물등의 판매등의 제한)	제54조	폐업 기타 식품위생상의 위해를 제거하기 위해 필요한 조치		
	제55조	영업정지 3개월	영업정지 10개월 이내 또는 영업을 금지	영업금지 또는 영업허가의 취소
제11조 제2항·제3항(식품등의 규격 및 기준)	제54조	폐업 기타 식품위생상의 위해를 제거하기 위해 필요한 조치		
	제55조	영업정지 3개월	영업정지 10개월 이내 또는 영업을 금지	영업금지 또는 영업허가의 취소
제16조(유독기구 등의 판매등 금지)	제54조	폐업 기타 식품위생상의 위해를 제거하기 위해 필요한 조치		
	제55조	영업정지 3개월	영업정지 10개월 이내 또는 영업을 금지	영업금지 또는 영업허가의 취소
제18조 제2항(기구등의 규격 및 기준)	제54조	폐업 기타 식품위생상의 위해를 제거하기 위해 필요한 조치		
	제55조	영업정지 3개월	영업정지 10개월 이내 또는 영업을 금지	영업금지 또는 영업허가의 취소
제19조 제2항(표시의 기준)	제55조	영업정지(3개월이내 또는 규정의 표시가 시행될 때까지) 또는 영업을 금지나 영업허가의 취소		
제20조(허위나 과대한 표시 또는 광고의 금지)	제54조	폐업 기타 식품위생상의 위해를 제거하기 위해 필요한 조치		
	제55조	영업정지 3개월	영업정지 10개월 이내 또는 영업을 금지	영업금지 또는 영업허가의 취소
제25조 제1항(식품등의 검사)	제55조	영업정지(부적격조항에 해당하지 않는다고 하는 통지를 받을 때까지, 또는 적정한 표시가 있을 때까지) 또는 영업을 금지나 영업허가의 취소		
제26조 제4항(식	제55조	영업정지(부적격조항에 해당하지 않는다고 하는 통지		

품등의 검사명령)		를 받을 때까지) 또는 영업의 금지나 영업허가의 취소		
제48조 제1항(식품위생관리자)	제55조	영업정지(3개월 이내 또는 관리자가 설치될 때까지) 또는 영업의 금지나 영업허가의 취소		
제50조 제3항(유독물질등의 혼입방지등의 조치기준)	제55조	영업정지(3개월 이내 또는 기준에 적합할 때까지) 또는 영업의 금지나 영업허가의 취소		
제51조(영업시설의 업종별기준)	제56조	개선명령 또는 영업정지(개선에 요하는 기간)나 영업허가의 취소		
제52조 제2항 제1호·제3호(영업자의 결격사유)	제55조	불허가처분 또는 영업허가의 취소		
제52조 제3항이 규정에 의한 조건에 위반(영업허가조건)	제55조	영업정지 3개월	영업정지 10개월 이내 또는 영업의 금지	영업금지 또는 영업허가의 취소

### 3. 풍속영업 등의 규제 및 업무의 적정화 등에 관한 법령(233)상의 행정처분과 그 기준

풍속영업 등의 규제 및 업무의 적정화 등에 관한 법률 제4조에서는 풍속영업허가의 기준에 대해 규정하고 있는데, 영업허가를 받으려는 자의 결격사유를 명시하고 있다. 또한 동법 제13조에 의하면 풍속영업자에게는 원칙적으로 오전 0시부터 일출까지 영업을 금지하고 있고 동 제2항에 의하면 都道府縣은 선량의 풍속 등을 방지하기 위해 정령에서 정하는 기준에 따라 풍속영업의 영업시간을 제한할 수 있도록 하고 있는데, 이에 따라 동법 시행령 제8조는 지역 및 풍속영업의 종류에 따라 영업시간을 지정하여 놓을 것 등을 규정하고 있다.

233) 풍속영업 등에 대해서는 『風俗營業等の規制及び業務の適正化等に関する法律(이하 풍속법이라 한다)』에 의해 『풍속영업』, 『성풍속관련특수영업』, 『심야주류제공음식점영업』으로 나눌 수 있는데 이 가운데 『풍속영업』에 대해서는 공안위원회의 허가제, 『성풍속관련특수영업』, 『심야주류제공음식점영업』에 대해서는 공안위원회에의 신고제가 채택되어 있다.

### Ⅲ. 일본의 보건행정에 관한 개별법상의 행정처분의 유형

#### 1. 하명·금지

국민에게 일정한 행위를 하도록 하는 의무(작위의무)를 부과하는 행위를 하명이라 하고, 일정한 행위를 하여서는 안 된다고 하는 의무(부작위의무)를 부과하는 행위를 금지라고 한다. 하명의 대표적인 예로는 다음과 같은 처분을 들 수 있다.

의료법에 의한 업무의 정지명령(제23조의 2), 병원·진료소·조산소에 대한 폐쇄명령(제28조), 식품위생법에 의한 위해발생의 방지를 위한 식품판매금지(제7조), 동법에 의한 식품의 허위·과대표시 및 광고금지(제20조), 풍속영업 등의 규제 및 업무의 적정화 등에 호객행위금지·미성년자에 대한 접대금지 등(제22조), 노동안전위생법에 의한 관한 법률에 의한 작업시간의 제한(제65조의4) 등이 있다.

#### 2. 허 가

법령 또는 행정행위에 따라 부과된 일반적 금지를 특정한 경우에 해제하는 행위를 허가라고 한다. 허가에 관한 대표적인 예로는 다음과 같은 처분을 들 수 있겠다.

의료법에 의한 병원, 진료소, 조산소의 개설허가(제7조), 식품위생법에 의한 식품영업의 허가(제52조), 풍속영업 등의 규제 및 업무의 적정화 등에 관한 법률에 의한 풍속영업의 허가(제3조), 노동안전위생법에 의한 특정기계의 제조허가(제37조), 동법에 의한 위생관리자의 면허(제72조) 등이 있다.

### 3. 면 제

법령 또는 행정행위에 의하며 이미 부과된 작위의무를 특정한 경우에 해제하는 행위를 면제라고 한다. 대표적인 예로는 다음과 같은 것들이 있다.

식품위생법에 의한 판매금지식품의 전부 또는 일부의 해제(제8조), 노동안전위생법에 의한 건강진단의 면제(제66조) 등이 있다.

### 4. 특 허

특허란 개인이 가지고 있지 않던 새로운 권리 기타 법률상의 힘 또는 지위를 특정인에게 부여하는 행위, 혹은 변경행위 및 박탈행위를 말한다. 특허의 예로는 다음과 같은 것이 있다. 노동안전위생법에 의한 건강장애물질함유제조의 허가(제56조), 노인복지보건법에 의한 노인보건시설의 개설허가(제46조) 등이 있다.

### 5. 인 가

사인간의 체결되어진 계약, 합동행위 등의 법률행위를 보충하여 그 법률상의 효과를 완성시키는 행위가 인가이다. 인가의 종류로는 다음과 같은 것이 있다.

의료법에 의한 의료법인의 인가(제44조) 등이 있다.

### 6. 대 리

제3자가 해야 할 행위를 국가, 공공단체 등의 행정주체가 대신하여 행하고 제3자가 행한 것과 동일한 법적 효과를 발생시키는 행정행위를 대리라고 한다. 대리에 해당하는 처분으로는 다음과 같은 예를 들 수 있다.

결핵예방법에 의한 사업자에 대한 대집행(제65조), 예방접종법에 의한 실비징수(제23조) 등이 있다.

### 7. 확인행위

특정한 사실 또는 법률관계의 존부에 대해 행정청이 이를 공적 권위를 가지고 판단하는 행위로서 법률상 법률관계를 확정하는 효과가 인정되는 것이 확인행위이다. 확인의 대표적인 예로는 다음과 같은 것이 있다.

풍속영업 등의 규제 및 업무의 적정화 등에 관한 법률에 의한 특례 풍속영업자의 인정(제10조의2), 동법에 의한 점포형성풍속특수영업의 금지구역결정(제28조), 동법에 의한 점포형전화이성소개영업의 금지구역결정(제31조의 13), 지역보건법에 의한 보건소의 소관구역설정(제5조), 노동안전위생법에 의한 기계의 개별검정(제44조) 등이 있다.

### 8. 공증행위

특정한 사실 또는 법률관계의 존부를 공적으로 증명하는 행위가 공증이다. 공증행위의 예로는 다음과 같은 것이 있다.

식품위생법에 의한 검사등록기관의 등록(제31조), 마약 및 향정신약 단속법에 의한 향정신약시험연구시설설치의 등록(제50조), 노동안전위생법에 의한 등록제조시등검사기관의 등록(제38조, 제46조), 동법에 의한 검사업자의 등록(제54조의3) 등이 있다.

### 9. 통지행위

특정인 또는 불특정 다수인에 대하여 일정한 사실을 알리는 행위를 통지행위라고 한다. 원래는 사실행위에 해당한다고 할 수 있으나, 법률에 따라 일정한 법률효과를 부여하는 경우에 준법률행위적 행정행위로 분류된다. 통지행위에 대한 예로는 다음과 같은 것이 있다.

의료법에 의한 인가거부처분에 대한 변명기회의 통지(제67조), 풍속영업 등의 규제 및 업무의 적정화 등에 의한 풍속영업 불허가의 통지(제5조 제3항), 노동안전위생법에 의한 일반건강진단결과의 통지(제66조의6) 등이 있다.

#### 10. 수리행위

행정청에 대한 타인의 행위를 유효한 행위로서 수령하는 행위가 수리행위이다. 수리행위의 예로는 다음과 같은 것이 있다.

의료법에 의한 진료소, 조사소의 개설신고(제8조)의 수리, 모자보건법에 의한 임신신고(제15조)의 수리 등이 있다.

### IV. 통달에 의한 심사기준

일본의 행정은 흔히 ‘법률에 의한 행정’이 아니라 ‘통달에 의한 행정’이라고 일컬어지고 있을 정도로 통달은 법률 이상으로 매우 중요한 의미를 갖고 있다고 할 수 있다. 통달이라는 용어는 통일적 의미를 갖는 것은 아니지만, 전통적인 견해에 의하면 행정관청이 소관의 모든 기관 및 직원에 대하여 발하는 명령 또는 시달의 형식으로 이해한다.<sup>234)</sup> 즉 상급행정청이 조직상의 감독권에 따라 소관의 하급기관에 대해 법률해석, 재량판단에 관한 구체적인 지침을 지시하고, 행정상의 통일적인 업무처리를 위하여 발하는 명령으로서 행정조직 내부의 규범에 해당하여 행정조직 외부에 있는 국민에 대해 직접적인 효과를 발생시키지 않는다.<sup>235)</sup> 즉 국민의 권리의무를 규율하는 법규의 성질을 갖는 것이 아니라, 이른바 행정규칙에 해당하는 성질을 갖는 내부규

234) 田中二郎, 新版行政法(上卷), 有斐閣, 1987, 164頁.

235) 따라서 행정청이 통달에 위반하는 처분을 한다고 하여도 그 처분이 곧 바로 위법한 처분이 되는 것은 아니다. 처분의 상대방인 국민은 통달에 위반한 처분으로 인하여 불이익을 받는다고 하여도 통달의 위법성을 다툴 수가 없다. 最判昭和43年12月24日民集22卷13号3147頁.

범에 지나지 않는다.

그러나 현대의 행정현실에서는 중앙행정청에서 발하는 통달은 하급 행정청에 대한 강한 지도력을 발휘하고 있으며, 행정의 내용 자체에 커다란 영향을 주고 있다. 통달의 개정으로 인하여 법률해석과 행정 재량의 지침이 바뀌는 결과가 발생하기도 하여 국민의 일상생활에 커다란 영향을 미치는 경우가 적지 않다. 이러한 상황변화에 따라 통달의 외부적 효과를 인정해야할 필요성이 제시되고 있다.

이에 따라 통달에 대한 법적 성질을 달리 해석하여야 한다는 견해가 제시되고 있다.<sup>236)</sup> 우선 통달로 일정한 심사기준을 설정하고 행정 처분의 통일성을 강조하는 통달에 따라 모든 처분이 대량으로 반복해서 실시되고 있는 가운데, 통달을 위반한 처분으로 인하여 어느 한 사람이 불이익을 받는 경우에는 평등위반의 문제가 발생할 수 있다.<sup>237)</sup> 또한 통달의 효과가 행정조직의 내부에 그치지 아니하고 실질적으로 국민생활에 영향을 미치는 외부적 효과가 발생하는 경우에는 예외적으로 소송의 대상이 될 수 있도록 허용해야 한다는 것이다.<sup>238)</sup>

## V. 보건행정과 관련된 주요판례

일본에서 발생하였던 보건행정과 관련되는 주요 판례 2개를 정리해서 소개한다.

236) 原田尙彦, 行政法要論, 學陽書房, 2004, 42-44頁.

237) 실정법을 위반한 것은 아니나, 관행적으로 이루어지던 통달에 의한 관세율을 잘못 적용하여 부과한 처분에 대해 평등주의에 위반한 위법이라고 판단한 하급심이 있다. 大阪高判昭和44年9月 30日判例時報606号19頁.

238) 그러나 과거 일본에서 기관위임사무가 존재하였을 때는 이러한 통달이 지방자치단체에 법령의 해석기준이나 재량의 한계를 제시해주는 역할을 수행하였으나 오늘날 기관위임사무가 전면적으로 폐지되고 자치사무로된 경우에는 이러한 통달을 전과 같이 인정할 수는 없다고 할 것이다.

일본의 경우 하천법에 있어서 과거 하천관리사무가 기관위임사무로 되어 있었을 때는 통달이 주요 적용근거였으나 이 하천관리사무가 자치사무로 된 경우에는 자치조례에 의해서 규제가 되기 때문에 더 이상 통달이 과거와 같은 기능을 할 수 없게 되고 이러한 하천법상의 통달을 점차 조례화하는 현상이 생겨나고 있다.

## 1. 공중목욕탕영업허가와 적정배치기준

원고는 京都市내에서 공중목욕탕을 운영하고 있었는데, 피고인 京都府知事が 소외 A에게 공중목욕탕 영업을 허가하였다. 이에 대해 원고는 京都府공중목욕탕법(公衆浴場法)시행조례 제1조가 ‘공중목욕탕의 설치장소에 대한 배치기준은 각각의 공중목욕탕과의 최단거리를 250미터 간격으로 한다’고 하는 규정에도 불구하고 지사가 원고가 경영하는 목욕탕으로부터 불과 210미터의 지점에서 목욕탕을 신설하여 영업을 하려고 하는 A에게 영업을 허가하였기 때문에 원고들은 커다란 손해를 입게 되었다. 이에 원고는 A에 대한 영업허가의 무효확인소송을 제기한 사안<sup>239)</sup>이 있다.

하급심인 1심과 2심은 기존의 목욕탕업자는 공중목욕탕법의 규제결과, 영업수입을 확보할 수 있지만, 이러한 규제는 공중위생의 유지향상 등의 공익목적 달성을 위한 것으로, 기존업자들의 영업수입을 목적으로 하는 것이 아니라고 판시하고, 따라서 원고들이 주장하는 이익은 반사적 내지는 사실상의 이익에 지나지 않고 법률상의 이익이 아니라고 판단하여 원고적격을 부정하고 청구를 기각하였다.

이에 대해 최고재판소는 공중목욕탕법에서 허가제를 채택하고, 간격제한을 두고 있는 것은 주로 국민보건 및 환경위생이라는 공공복지의 견지에서 나온 것은 물론이라고 보았다. 그러나 한편 불필요한 경쟁에 따라 경영이 불합리하게 되지 아니하도록 난립을 방지하는 것이 공공복지를 위하여 필요하다는 견지에서 허가의 난립에 따른 불합리화를 막기 위한 의도도 있다는 사실을 부정하기 어렵기에 적정한 허가제도의 운영에 따라 보호되어야 할 업자의 영업상의 이익은 단순한 사실상의 반사적 이익이 아니라 공중목욕탕법에 의하여 보호되어야 할 법적이익으로 해석하는 것이 상당하다고 판시하였다.

239) 最高裁昭和37年1月19日民集16卷1号57頁.



한편, 공중목욕탕법(公衆浴場法) 제2조 3항의 위임에 따라 제정된 廣島縣公衆浴場法施行條例 제1조 제1항은 공중목욕탕영업을 허가할 때 적정배치기준(동조례 제2조 제2항)에 있어서 신규허가신청의 공중목욕탕과 기존이 공중목욕탕과의 거리는 원칙으로 300미터 이상이 되어야 한다고 규정하고 있었다. 그런데 피고인 廣島縣道知事は 소외 어업협동조합에 대하여 행한 공중목욕탕영업의 허가처분에 대해 무효확인청구와 취소청구를 하였고, 원고에게 부과된 불허가처분의 취소를 청구한 사안<sup>240)</sup>이 있다.

본 사안에서 소외 어업협동조합은 1958년 6월 6일 廣島縣의 관할 보건소공중위생과에 목욕탕영업허가를 신청하였고, 원고는 이를 후인 8일에 신청서를 제출하였다. 이 때 원고들의 신청은 수리되었고, 어업협동조합의 신청은 보정을 요구하며 수리되지 아니하였다. 그런데 이후 어협의 보정이 불필요하다고 판명되어 동년 6월 11일 어협의 신청을 수리하였다. 한편, 양자가 신청한 공중목욕탕 설치장소는 10미터 이내에 거리에 있었기 때문에 양쪽의 신청은 경원관계에 놓이게 되었다. 이러한 상황에서 피고는 어협의 신청을 허가하고, 원고의 신청을 불허가하여, 원고는 선원권(先願權)이 있다고 주장하며 소를 제기하였던 것이다.

제1심<sup>241)</sup>에서는 공중목욕탕의 영업허가와 같은 경찰허가를 요구하는 신청은 경원관계가 있는 경우 선원권을 인정하고 이를 무시한 허가처분은 위법하다고 판시하면서, 본 사안에서 선원권은 어협에게 있다고 하여 원고의 청구를 기각하였다. 제2심<sup>242)</sup>은 복수의 허가신청이 거의 동시에 이루어진 경우에는 행정청은 사정에 따라 일정정도의 자유재량권이 인정된다고 보고 어협에 대한 허가처분을 한 것은 재량권을 일탈한 것이 아니라고 판시하고 항소를 기각하였다.

240) 最高裁昭和47年5月19日民集26卷4号698頁.

241) 廣島地判昭和41年5月9日行集17卷5号495頁.

242) 廣島高判昭和43年5月16日民集26卷4号713頁.

이에 대해 최고재판소는 공중목욕탕법에서 규정하는 허가제 및 거리제한이 규정내용은 주로 국민보건 및 환경위생이라고 하는 공공복지의 건지에서 영업의 자유를 제한하는 것이라고 판시하면서, 허가신청이 기준에 적합하였다면 행정청은 허가를 하여야 한다고 해석하여야 하고, 본 사안과 같이 경원관계가 발생한 경우에는 선원자에게 허가를 하는 것이 상당하다고 하였다. 이에 따라 최고재판소는 어협의 신청서가 먼저 제출되었고 그 시점에서 수리요건을 구비하였다고 보아 어협을 선원자로 인정하고 상고를 기각하였다.

## 2. 약사법의 제조승인취소기준과 약해(藥害)소송

장기간 약의 복용으로 말미암아 부작용이 발생하여 이에 원고인 환자와 유가족들이 국가, 제약회사 및 의료기관을 상대로 손해배상을 청구한 사안이 있다. 즉 신장질환, 전신마비, 관절 류마티스의 치료를 위해 1959년부터 1975년까지 크로로킨정제약을 복용하고, 이에 따른 부작용으로 크로로킨강막증을 앓던 원고들이 소를 제기한 것이다.

제1심판결<sup>243)</sup>은 각 피고들의 책임을 인정하였다. 특히 국가의 책임에 관하여 재판소는 의약법에 따르면 일본약국방은 의약품의 성상(性状)과 품질의 적정성을 확보하기 위해 후생대신이 이러한 내용을 정하고 공시하고 있으나, 의약품의 정제기준에 관하여 의약품의 기초적 정제와 혼합정제에 관한 규정만 있고, 한편 보건위생상 특별히 주의를 요하는 의약품에 대해서도 후생대신은 정제방법, 성상, 품질 등에 관하여 필요한 기준을 설정할 수 있다는 규정만을 갖고 있을 뿐, 의약품의 부작용에 대한 조사추적의 권능도 없거니와 중대한 부작용에 대한 후생대신의 조치에 대하여도 아무런 규정을 가지고 있지 않다고 판단하면서도 약사법의 성격으로 후생대신의 적극적인 규제권한이 행사를 금지하고 있는 것으로 보기 어렵다고 판시하였다.<sup>244)</sup>

243) 東京地判昭和62年5月18日判例時報1231号3頁.

244) 상세한 내용은 “クロロキン藥害訴訟 第一審判決”, 判例時報1044号19頁.

그러나 제2심판결<sup>245)</sup>에서는 제약회사의 책임은 인정하였지만 국가의 책임은 부정하였고 의료기관의 책임을 일부 부정하였다. 제2심판결 이후에 원고들과 제약회사와의 사이에는 화해가 성립하였기 때문에 상고심에서는 국가와 의료기관의 책임이 다투어졌다.

상고심에서 원고들은 국가의 책임원인에 대해 후생대신이 크로로킨 정제약에 대해 제조의 승인한 것은 위법하다는 점, 크로로킨강막증의 발생을 방지하기 위해 적절한 조치를 취하지 않았기에 위법하다는 점을 주장하고 국가배상책임을 청구하였다.

이에 대해 최고재판소는 제2심의 판결을 지지하고 상고를 기각하였다. 즉 최고재판소는 의약품이 효능과 효과를 현저하게 초과하여 유해한 부작용이 있다는 것이 후에 판명되어 의약품으로서 유용성을 상실하였다고 인정될 경우에 후생대신은 당해 의약품을 일본약국방에서 삭제하고, 혹은 제조승인을 취소할 수 있다고 해석하는 것이 상당하다고 판시하면서, 약사법에 의하면 일본약국방에 개정에 대해서는 중앙약사심의회에 자문을 받도록 하는 것에 머무르고 당시의 약사법에는 제조의 승인취소에 관한 명문의 규정이 없었다고 판단하였다. 또한 의약품의 부작용에 의한 피해가 발생하였다고 하여도 후생대신은 당해 부작용의 피해를 방지하기 위한 각 권한을 행사하지 않았다고 하여 곧 바로 국가배상법에 의한 위법이라고 평가받아야 하는 것은 아니라고 하였다.

## VI. 소 결

일본의 법률체계와 법률문화는 우리와 매우 유사하고, 실정법의 내용이 다소 차이가 있을 수 있으나, 목적과 대상에 관한 내용이 우리의 법률과 상당히 일치하는 경우가 적지 않다. 보건행정과 관련한 양

---

245) 東京高判平成6年9月13日判例時報1505号17頁.

국의 행정조직과 정책 및 제도에서 다른 점이 발견되기도 하지만, 이들 행정에서 구성되는 법제와 법리는 상당부분이 유사하다는 것을 볼 수 있다. 이와 같은 상황에서 양국의 법제 및 법리는 비교법적 가치가 매우 높다고 할 것이다.

예를 들면 양국의 식품위생법을 살펴보면 그 목적과 내용이 유사한 부분이 많아 행정의 기능과 역할이 매우 흡사하다고 할 수 있다. 이를 조금 더 구체적으로 살펴보면 위해식품에 대한 금지처분, 보건위생을 위한 식품 또는 식품첨가물에 대한 기준과 규격제도, 기구 및 용기포장제도, 허위표시 및 광고에 대한 기준, 위해평가제도 등과 관련되어 이루어지는 행정업무 등을 들 수 있다. 이러한 경우에 각 국에서 설정하여 놓은 각종의 처분기준들은 많은 참고가 될 것이다. 보건위생과 관련한 기준들은 대개는 기초과학·약학·의학 등의 자연과학적 지식과 진보가 많은 영향을 미치고 이에 대한 평가와 분석, 기준 등은 사회의 변화와 더불어 급속하게 변화할 것이고, 이러한 기초자료를 토대로 형성되는 법적 기준들은 양국이 공유하여 비교·검토되어야 할 것이다.

다만 법제적 측면에서 일본의 체계를 참고할 만 것도 발견할 수 있다. 예를 들면 우리의 공중위생관리법은 숙박업, 목욕장업, 이용업, 미용업 등과 관련된 영업과 시설에 대한 위생관리를 목적으로 제정되어 있다. 이와 비교하면 일본의 경우에는 여관업법, 공중욕장법, 이용사법, 미용사법 등 영업의 종류에 따라 개별 법률들을 정비하여 놓고 세분화시켜 놓고 있어 일본법제로부터 많은 시사를 얻을 수 있을 것으로 생각된다. 물론 일본사회가 우리보다 먼저 더욱 복잡하고 다양하게 전개되었다는 배경은 이해할 수 있으나, 우리의 산업사회도 현재 급속도로 다변화되고 있다는 사실을 감안하면 이를 뒷받침하기 위한 법제적·법리적 연구가 더욱 활발하게 진행되어야 할 것으로 생각한다.

## 제 2 절 독 일

### I. 독일 식품안전법제의 개관

독일에서는 식품법(Lebensmittelrecht)이 학제연구분야 중의 하나로서 다루어지고 있으며, 행정법분야에서는 주로 특별한 안전법과 경제행정법 분야와 관련이 있다.<sup>246)</sup> 독일의 식품위생 및 안전에 관한 대표적인 법률로는 「식품 및 생필품에 관한 법률」(이하 식품법이라고 한다)(LMBG: Lebensmittel- und Bedarfsgegenstände-gesetz)이 있다. 동법은 우리의 「식품위생법」에 상응한다고 볼 수 있다. 식품법에서는 우리나라의 식품위생법상의 행정처분과 유사한 식품위생을 위한 각종 감독 규정과 행정벌규정을 두고 있다. 한편 그 밖에도 독일에는 도구 및 제조물안전법<sup>247)</sup>이 제정되어 있는데, 이 법에서도 제조물의 안전을 위한 감독 및 행정벌에 관하여 규정하고 있다. 또한 독일 각 주에서는 연방의 식품법을 시행하기 위한 식품법시행법률이 제정되어 있는 경우도 있다.

그런데 위의 식품및생필품에관한법률은 2005년 9월 7일 소위 「식품 및 사료를 새로이 규율하기 위한 법률」(Gesetz zur Neuordnung des Lebensmittel- und des Futtermittelrechts)에 의해서 「식품·생필품및사료에관한법률」(LFGB: Lebensmittel- und Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuch)<sup>248)</sup>로 대체되었다. 즉 독일의회는 EU법<sup>249)</sup>의 영향으로

---

246) R. Streinz, Lebensmittel- und Gesundheitsrecht, in: Achterberg/Püttner/Württenberger (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. II, 2. Aufl., 2000, Heidelberg, S. 741.

247) Gesetz über technische Arbeitsmittel und Verbraucherprodukte(Geräte- und Produktsicherheitsgesetz - GPSG), vom 6. Januar 2004(BGBl I S.2), zuletzt geändert am 7. Juli 2005, BGBl I S. 1970.

248) BGBl 2004, 2618(3007).

249) Verordnung(EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002.

2002년 연방소비자보호 및 식품안전청 및 연방리스크평가원의 설립을 승인하고, 식품및생필품에관한법률, 육류위생법, 가금류위생법, 유아식품광고법 등 10여개 법률을 통합화하는 방법을 강구하여 식품안전체계를 일원화시켰다. 그 이전에는 연방보건복지부와 연방식품농림부가 연구, 리스크평가, 커뮤니케이션 기능을 공동으로 관장하고 있었다. 이와 같이 식품안전체계를 일원화시킨 것은 2000년을 전후해서 유럽 전역을 강타한 광우병과동(BSE-Crisis)과 식품안전문제가 결정적 계기가 되었다. 이를 위해 2002년 유럽공동체 차원에서 유럽식품안전국(EFSA: European Food Safety Authority)이 설치되었다.<sup>250)</sup>

본절에서는 독일의 식품법, 도구 및 제조물안전법, 각 주의 식품법 시행법률상의 제재적 행정처분에 관한 규정들을 살펴보고, 이를 바탕으로 우리나라 식품위생법의 관련 규정과 비교하면서 독일법제가 우리 법제에 시사하는 점을 검토하여 보기로 한다.

## II. 독일의 식품위생법제에서의 행정처분기준의 주요내용

### 1. 식품·생필품 및 사료에 관한 법률의 내용 및 특징

새로 제정된 식품·생필품 및 사료에 관한 법률(LFGB)의 주요내용을 살펴보면 다음과 같다. 우선 동법은 식품, 화장품 및 생필품의 경우에 인간의 건강에 대한 위험을 예방하거나 방지함으로써 소비자를 보호하는 것을 목적으로 하고 있다(제1조 제1항 제1호). 사료의 경우에는 동물의 건강에 대한 위험을 예방하거나 방지함으로써 동물을 보호하는 것을 목적으로 한다(제1조 제1항 제4호).

동법의 주요한 규율대상은 식품첨가물을 포함한 식품, 화장품, 생필품 및 사료 등이다(제2조). 동법은 식품유통(제2장), 사료유통(제3장),

250) 식품의약품안전청, “식품안전관리체계를 개선한 7개국의 사례—미국 회계감사원(GAO)의 증언—”, 2005. 2, 47면 이하 참조.

화장품유통(제4장), 기타 생필품유통(제5장), 사기의 방지(제6장) 및 감독(제7장) 등을 규정하고 있다. 또한 식품·생필품 및 사료에 관한 법률은 구법의 본질적인 부분을 큰 변경 없이 대체로 그대로 계승하고 있다. 동법 제5조 이하에서는 건강보호를 위한 구체적인 금지를 규정하고 있다. 그리고 동법 제11조는 계속해서 표지·지침 등을 잘못 표기한 식품을 유통하는 것을 금지하고 있으며, 특히 동조 제1항 제4호는 식품이 의약품인 것처럼 보이는 것을 금지하고 있다. 또한 식품·생필품및사료에관한법률 제12조는 식품에 대하여 질병과 관련된 표현을 가지는 광고를 금지하고 있다. 이러한 금지규정은 사료뿐만 아니라(동법 제19조, 제20조), 화장품에 대해서도 마찬가지이다(제26조, 제27조).

식품·생필품 및 사료에 관한 법률은 식품모니터링(Monitoring)에 관한 규정을 두고 있다(제50조 이하). 중금속, 잔류농약, 마이코톡신(Mycotoxin) 등과 같이 건강에 유해한 물질들을 주정부 산하의 식품검사원을 통해 정기적으로 검사하고 연방소비자보호 및 수의학연구소(BgVV: Bundesinstitut für gesundheitlichen Verbraucherschutz und Veterinärmedizin)에서 통계를 내어 이를 통한 사전검사를 강화하고 있다.<sup>251)</sup> 이는 곧 환경법상 사전배려의 원칙(Vorsorgeprinzip)을 반영하는 것이다.

## 2. 제재적 행정처분의 규정

식품·생필품 및 사료에 관한 법률은 구체적인 규율 및 금지사항에 대하여 다수의 수권근거(Ermächtigungsgrundlage)에 관한 조항을 두고 있고(동법 제7조, 제22조, 제28조, 제32조, 제34조 내지 제37조, 제46조, 제56조 및 제62조 등) 이를 구체화하기 위해 법규명령(Verordnung)이 제정되어 있으며, 이는 부령으로 제정된 ‘시행규칙’에 상응하는 것

251) 정기혜·윤시문·최무현·김정신, 『식품분야 규제개혁 정책에 관한 평가연구』, 한국보건사회연구원·보건복지부, 정책보고서 2003-48, 59면.

이다. 예를 들어 식품첨가물(제7조), 건강보호(제22조, 제28조, 제34조 내지 제37조), 감독(Überwachung)(제46조) 등에 대하여 구체적 시행사항을 법규명령에 위임하고 있다(제42조). 또한 동법은 제10장에서 행정벌(행정형벌, 행정질서법)에 대해서 규정하면서, 상세한 내용은 법규명령에 위임하고 있다(제62조). 그밖에 행정규칙에 해당하는 독일식품공전(Deutsches Lebensmittelbuch, German Food Code), 모니터링에 대한 행정규칙 등이 규정되어 있다(동법 제15조, 제52조 참조).<sup>252)</sup> 특히 독일식품공전은 식품의 제조, 가공 기타 표지에 관한 준칙의 총체이다(동법 제15조).

### 3. 연방소비자보호 및 식품안전청에 의한 행정처분의 유형

독일에서 식품안전관리를 담당하는 대표적인 행정기관으로는 연방소비자보호 및 식품안전청(BVL: Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit), 연방리스크평가원(Bundesinstitut für Risikobewertung) 등이 있다.<sup>253)</sup> 식품안전과 관련된 구체적인 통제수단은 원칙적으로 ‘허가’(Erlaubnis)를 통해 이루어지고 있다. 즉 법규범의 명령이나 금지를 위반해서 오용(Missbrauch)이 되지 않는 한 일정한 작위나 부작위에 대한 許可를 통해 일반적인 통제가 이루어진다. 제한적인 금지유보부 허가(Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt)가 그러한 사례에 속한다. 독일의 식품안전법령이 이를 명확히 규정하고 있지는 않으나, 허가는 대체로 독일기본법 제12조(직업의 자유) 및 제2조 제1항(인격발현권, 일반적 행동의 자유권)에 근거한 기본권과 밀접한 관련이 있다. 그러나 예외적으로 일정한 작위나 부작위를 금지하는 허가유보부 금지(Verbot mit Erlaubnisvorbehalt) 등이 사용될 수 있다(예컨대 식품·생

252) 정기혜·곽노성·김영래·윤시몬·이충환·김정선, 『식품안전관리의 선진화를 위한 조사연구』, 보건복지부·한국보건사회연구원, 정책보고서 2002-2, 78-79면 참조.

253) 정기혜·윤시몬·최무현·김정선, 전계보고서, 50면.



필품 및 사료에 관한 법률 제6조, 제8조 등). 그리고 개별적인 위험방지조치로서 장해를 야기한 자에게 경찰하명이 발해될 수 있으며, 위해한 식품에 대한 행정청의 경고(Warnung) 등이 고려될 수 있다.<sup>254)</sup> 이러한 개별·구체적인 조치들은 개인의 권익을 침해할 가능성이 높으므로 법률유보의 원칙에 따라 법률상 수권조항을 필요로 함은 물론이다. 그리고 연방의 각주는 식품안전법령에 관한 시행법률(Ausführungsgesetz)을 제정하고 있다.

#### 4. 제재적 행정처분의 유형

문제는 구체적인 처분기준이 어떻게 설정되어 운영되고 있는가이다. 이와 관련하여 개별 식품안전법령에 특별한 규정이 없기 때문에 일반적인 재량준칙(Ermessensrichtlinie) 등에 따라 구체적인 행정처분이 이루어지고 있는 것으로 판단된다. 독일에서는 이러한 재량준칙이 행정규칙의 일종으로 다루어지고 있다.<sup>255)</sup> 또한 독일의 통설은 대외적인 구속력을 원칙적으로 인정하지 않지만, 독일기본법 제3조 제1항과 관련하여 소위 행정의 자기구속의 법리(Theorie der Selbstbindung der Verwaltung)에 의해 재량준칙의 “간접적인 외부효”는 긍정하고 있다.<sup>256)</sup>

#### 5. 규범구체화행정규칙의 논의

독일에서 환경법, 과학기술법과 같이 행정현실이 급격하게 변하고, 그에 대한 전문지식을 가지고 있지 않은 법원에서 전문분야에 깊이

---

254) 구체적인 통제수단에 관한 상세는 R. Streinz, a.a.O., S. 759ff.

255) Battis, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S. 33f.; H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., § 24 Rdn. 8f.; Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., S. 154.

256) Battis, a.a.O., S. 34f. 참조. 다만 소수견해는 “시원적인 집행부의 법”(originäres Exekutivrecht)을 인정하여 재량준칙에 직접적인 외부효가 인정될 수 있다고 본다 (Ossenbühl, a.a.O., S. 157f.).

관여하지 않으려는 입장에서 그 분야에 전문성을 가지고 있는 행정기관에게 행정규칙을 제정할 수 있는 권한이 있고, 그 행정규칙에 대하여 일정한 경우 행정규칙이 규범을 구체화하는 내용으로 발령되는 경우 그 자체로서 법적 구속력이 인정되며 이러한 경우의 행정규칙은 규범구체화 행정규칙에 해당한다고 보고 있다.

행정처분기준과 관련하여 예외적으로 직접적 외부효과 인정되는 규범구체화행정규칙에 관한 논의가 식품안전법의 영역에서도 적용될 수 있는지가 문제된다. 생각건대, 이러한 논의는 적어도 법리적으로 식품안전법의 영역에서도 적용될 수 있을 것으로 여겨진다. 독일연방행정법원은 1985년 12월 9일 소위 뵐(Why) 판결<sup>257)</sup>에서 연방내무장관의 “배출공기 또는 지표수를 통한 방사성물질유출에 있어서 방사선노출에 대한 일반적 산정기준”에 대하여 소위 규범구체화행정규칙(normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift)을 인정하였다. 규범구체화행정규칙은 위 연방행정법원의 판결에 의해 직접적인 대외적 구속력을 가지게 되었다. 그러나 최근 독일에서는 규범구체화행정규칙의 외부적 효력의 일반화에 대하여 우려의 목소리가 높다.<sup>258)</sup> 한편, 규범구체화행정규칙의 외부적 효력을 부인하는 판례가 나오고 있으며,<sup>259)</sup> 특히 연방행정법원은 최근 일련의 판례에서 대기정화기술지침(TA Luft)의 법규(범)적 성격을 부인한 바 있다.<sup>260)</sup> 규범구체화행정규칙은 특히 판단여지(Beurteilungsspielraum)와 밀접한 관련이 있으며,<sup>261)</sup> 판단여지는 또한 통상적인 행위재량(법효과재량)과 같은 다른 행정의 독자영역보다 사법심사가 제한되는 특징을 가진다. 규범구체화행정규칙은 환경법이나 안전법 등 제한된 특수한 영역에서 행정기관의 전문적 지식과 경험을

257) BVerwGE 72, 300(320f.).

258) Hans D. Jarass, Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften, JuS 1999, S. 108.

259) BVerwGE 107, 338(341).

260) BVerwGE 110, 216(219); 114, 342(344).

261) H. Maurer, a.a.O., § 24 Rdn. 25a 참조.

존중하여 제한적으로 인정되는 것이 타당하며, 이를 지나치게 확대하는 것은 바람직하지 않다고 판단된다.<sup>262)</sup>

## 6. 독일의 식품법과 우리나라의 식품위생법과의 평가 및 시사점

### (1) 영업허가에 관한 입법방식의 차이

독일 식품법은 영업허가와 관련하여 우리나라 식품위생법과는 상당히 다른 입법방식을 취하고 있다. 즉 독일 식품법은 영업허가와 관련하여 기본적으로는 기본법상의 직업의 자유(제12조) 및 일반적인 행동의 자유(제2조 제1항)에 근거하여, 법령상의 명령 또는 금지에 관한 규정을 위반하지 아니하는 한, 영업은 일반적으로 허가가 되는 것을 원칙으로 하고 있다. 즉 식품의 거래에 관여하는 모든 자는 원칙적으로 사전에 행정관청의 허가를 받지 아니하여도 자기책임으로 자유롭게 영업을 할 수 있다는 것이다. 다만 이러한 자유를 남용하여 식품법이 정하고 있는 명령이나 금지를 위반할 수는 없다. 이와 같이 별도의 허가를 받지 아니하고도 영업의 자유를 인정하는 것을 일반적 허가라고 하고, 다만 이 경우에도 법령이 정한 금지에 위반할 정도로 영업의 자유를 남용해서는 안 된다는 의미에서 금지유보부 허가라고도 한다. 독일에서는 이를 남용의 원칙(Mißbrauchsprinzip)이라고 한다. 이 남용의 원칙이 영업허가의 기본원칙이다. 이에 따라 독일 식품법에는 별도의 영업허가 또는 영업신고 등에 관한 규정이 없다. 이러한 남용의 원칙에 대한 예외로서는 금지의 원칙(Verbotsprinzip)이 있는데, 독일 식품법은 이에 따라 행정청이 특정한 금지행위에 대해서 특정한 경우에 이를 허용할 수 있도록 규정하고 있는 경우가 있다. 이 경우

262) 독일에서의 규범구체화행정규칙은 우리나라의 법령보충규칙과는 달리 상위법령에서 위임을 하고 있지 않다는 점에서 다르다. 따라서 만약에 규범구체화행정규칙을 인정한다고 하더라도 환경법 및 과학기술분야와 같이 전문적인 분야에 국한해서 인정하는 것이 타당할 것이다. 왜냐하면 이것은 독일 기본법에서 규정하고 있는 법규명령규정에 반하기 때문이다.

를 허가유보부 금지라고도 한다.<sup>263)</sup>

이상과 같은 남용의 원칙에 따른 독일 식품법의 입법례에 따라 여기에는 별도의 허가에 관한 규정이 없기 때문에, 우리나라 식품위생법상의 허가과 관련된 제재적 행정처분에 관한 규정도 찾아 볼 수 없다. 이러한 의미에서 우리나라 식품위생법상의 영업허가 및 영업신고의 제한(제24조), 영업의 제한(제30조), 영업허가의 정지 또는 취소(제58조), 면허취소 또는 업무정지(제63조) 등과 같은 규정들을 독일 식품법의 규정들과 비교하는 것은 그다지 큰 의미가 없다. 다만 우리나라의 경우 1990년대의 규제완화에 힘입어 상당수의 영업에 대하여 종래의 허가제에서 신고제로 전환하였는데, 차제에 독일의 경우와 같이 사전에 허가를 받지 아니하여도 되는 ‘일반적 허가’의 형식으로 전환할 것인가 하는 문제를 생각해 볼 수는 있을 것이다. 이렇게 되면, 독일 식품법과 마찬가지로, 영업허가의 제한과 같은 제재적 처분을 법령상에서 삭제하는 것은 고려할 수 있을 것이다.

## (2) 제재적 행정처분

제재적 행정처분과 관련하여서는 아래에서 설명하는 몇 가지 점에서 양국의 법제를 비교해 볼 수 있을 것이라고 생각된다.

첫째, 영업허가에 관한 남용의 원칙을 기본으로 하는 입법방식에 기인하여, 독일 식품법의 경우에는 식품과 관련된 각 행위별로 주로 관찰 행정청이 일반적인 감독처분에 기하여 출입, 조사, 검사 등의 필요한 조치들을 취할 수 있음을 규정하고 있는데 그치고 있고, 그 밖의 구체적인 제재적 행정처분에 관하여는 별도의 규정을 두고 있지 않다. 즉 독일 식품법은 구조적으로 남용의 원칙에 따라 허가가 없더라도 식품과 관련된 영업을 할 수 있도록 되어 있고, 이러한 취지에서 식품법상의 실제적인 규정에 위반되는 행위는 역시 구체적인 제재적

263) Streinz, a.a.O., S. 759 f. 참조.

행정처분이 없더라도 금지되는 것이다. 이 점이 우리나라 식품위생법상의 제재적 행정처분과 관련하여 가장 커다란 차이라고 할 수 있다. 그 밖에 특정한 구체적인 제재적 행정처분은 부분적으로 각 주의 식품법시행법률에서 규정하고 있는 경우도 있고, 이러한 특별한 규정이 없는 한, 관할 행정청은 위험방지를 위하여 일반적인 안전법(Sicherheitsrecht)에 따라 제재적 처분을 행할 수도 있다.<sup>264)</sup>

이에 반하여 우리나라 식품위생법은, 독일과 같은 ‘일반적 허가’를 원칙으로 하고 있지 않기 때문에, 위에서 언급한 허가의 제한 등과 같은 제재적 처분 이외에도 시정명령(제55조), 시설의 개수명령(제57조), 품목의 제조정지(제59조), 위해식품등의 회수(제31조의2), 폐기처분등(제56조), 위해식품등의 공표(제56조의2), 폐쇄조치등(제62조)과 같은 구체적인 제재적 행정처분을 규정하고 있다. 이밖에도 과징금(제65조) 및 위반사실의 공표(제65조의2)와 같은 새로운 제재수단도 규정되어 있다.

둘째, 그 다음으로 독일 식품법은 제44조에서 관할 행정청의 조치와 관련하여 상대방의 수인, 협력 및 인도의무를 규정하고 있다. 우리나라의 경우 부분적으로는 이러한 의무가 언급되기도 하지만, 독립된 조문으로 통일적으로 규정하는 것도 의미가 있다고 생각된다.

셋째, 독일 도구 및 제조물안전법은 제8조 제10항에서 “권한 행정청 및 그 수입기관은 이 법에 의한 조치에 대하여 상호 정보를 제공하고 협력하여야 한다. 행정청이 영업비밀에 속하는 정보를 보유하는 경우에는 그 신뢰를 보호하여야 한다.”라고 규정하여 행정청이 보유하게 된 영업비밀에 대해서 정보제공자의 신뢰를 보호하는 취지의 규정을 두고 있는 점도 우리나라 식품위생법과 비교가 되는 점이라고 생각된다.

넷째, 우리나라 식품위생법에는 직접강제수단으로서 제62조의 폐쇄조치, 새로운 의무이행확보수단으로서 제65조의 과징금, 제65조의2의

---

264) Streinz, a.a.O., S. 760 f. 참조.

위반사실의 공표가 규정되어 있다. 독일 식품법에 이와 같은 규정이 없다는 점에서 단순히 비교하자면, 우리나라 식품위생법이 제재적 처분의 정도에 있어서 보다 강력하다고 할 수 있을 것이다.

### Ⅲ. 맺음말

이상에서 독일 식품법상의 제재적 행정처분과 행정벌에 관한 규정을 중심으로 독일과 우리나라 법제를 비교·검토하였다. 일단 양국의 식품법제에 있어서는 이른바 허가에 관한 규정방식에서 커다란 차이를 보이고 있다는 점이 특징적이다. 즉 독일의 경우에는 이른바 일반적 허가의 방식에 따라, 사전에 허가를 받지 아니하여도 누구나 식품과 관련된 영업을 할 수 있고, 다만 식품법상의 명령이나 금지에 위반하여서는 아니 된다. 그리고 여기에서 금지의 경우에도 식품법상의 실체적인 규정에 위반되는 행위는 구체적인 제재적 행정처분이 없더라도 금지되는 것으로 이해되고 있는 것이다. 따라서 독일의 경우 주로 감독권한에 근거한 출입이나 검사에 관한 조치에 관해서만 규정을 두고 있을 뿐이다. 이 점에 허가의 제한 등을 포함하여 여러 구체적인 제재적 행정처분에 관하여 규정하고 있는 우리나라의 식품위생법과 다른 점이다.

## 제 3 장 현행 보건행정관련법령의 행정처분기준의 분석

### 제 1 절 보건행정관련법의 개관

#### I. 보건행정관련법의 범위

보건행정은 일반적으로 국가 또는 지방자치단체 등의 행정이 행하는 질병의 조기진단과 예방치료를 위한 의료에 관한 행정, 전염병관리나 환경위생행정 등이라고 설명할 수 있을 것이다.<sup>265)</sup>

보건행정을 의료, 위생, 보험, 복지 등의 보건복지분야에 대응하는 행정이란 측면에서 바라보면 행정법과 깊은 관련을 맺을 수밖에 없어서 행정법학적 이론과 실정법상의 여러 작용들이 ‘보건’에 관한 행정의 수단으로서 사용되고 있다.

보건행정과 관련된 행정처분의 기준에 대하여 검토하려면, 우선 보건행정과 관련한 법률과 그 법률의 집행기관의 범위를 명확하게 정리할 필요가 있다.

이에 본 연구서는 행정조직법적 시각에 입각하여 보건행정과 관련된 부서를 보건복지부로 보고, 이와 관련된 조직 및 업무와 연계하여 보건, 의료, 식품, 위생 등에 관한 행정을 보건행정으로 이해하고자 한다. 이러한 행정조직에 따른 소관업무를 바탕으로 보건행정법령에는 보건복지부가 관리하는 식품위생법을 모범으로 하여 총 11개 부처에 30여개 법령이 산재하고 있다.<sup>266)</sup> 예컨대 보건복지부의 경우에는 식품위생법 이외에 전염병예방법, 건강기능식품에관한법률, 유전자변

265) 최재규, “보건행정의 실제와 과제에 관한 연구” 『한국토지행정학회』제2권 1호, 1989, 161면.

266) 정기혜·윤시몬·최무현·김정선, 전계보고서, 156-157면 참조. 식품관련법령의 현황은 다음 도표와 같다.

형생물체의국가간이동등에관한법률<sup>267)</sup>, 보건범죄단속에관한특별조치법 등 식품분야와 관련된 총 5개 법령이 존재한다. 그러나 개별법 간에 기준·규격, 위해평가, 검사 및 감시체계, 표시기준, 영업 및 품목허가 관리 등 중복되는 영역이 다수 존재하고 있으며, 이를 위한 식품안전 법령의 통합필요성이 대두되고 있다. 이와 관련하여 『식품안전기본법』의 제정논의가 있다.<sup>268)</sup>

부처	근거법규	주요 관련조항	비고
복지부	식품위생법	기준규격 등	
	건강기능식품에관한법률	기준규격 등	
	유전자변형생물체의국가간이동등에관한법률	기준규격 등	
	전염병예방법	식중독관리	
	보건범죄단속에관한특별조치법	기준규격 등	
농림부	축산물가공처리법	기준규격 등	
	인삼산업법	기준규격 등	식약청에서 이관
	농산물가공산업육성법	품질인증 등	
	친환경농업육성법	품질인증 등	
해수부	농산물품질관리법	원산지 표시 등	
	수산물품질관리법	기준규격 등	식약청에서 이관
환경부	선원법	영업 및 품목허가	선상급식 등
	먹는물관리법	기준규격 등	
	먹는물수질기준및검사등에관한규칙	기준규격 등	
교육부	수질환경보전법	기준규격 등	
	학교보건법	식중독관리	
문광부	학교급식법	식중독관리	
	관광진흥법	영업 및 품목허가	휴게소 등
	도시공원법	영업 및 품목허가	휴게소 등
산자부	체육시설의설치·이용에관한법률	영업 및 품목허가	휴게소 등
	염관리법	기준규격 등	식약청에서 이관
국세청	주세법	기준규격 등	
국방부	병역법, 향토예비군설치법시행령 군인·군속급식규정 (시행규칙)	영업 및 품목허가	군대 및 훈련급식, 급양대 운영 등
보훈처	국가유공자단체의수익사업에관한규칙	영업 및 품목허가	홍익식당 등
법무부	소년원법시행령 수용자급식관리위원회규칙	영업 및 품목허가	수용시설급식 등

267) 동법 제2조가 정의하는 “유전자변형생물체”(GMO: genetically modified organism)란 인위적으로 유전자를 재조합하거나 유전자를 구성하는 핵산을 세포 또는 세포 내 소기관으로 직접 주입하는 기술, 분류학에 의한 과의 범위를 넘는 세포융합으로서 자연상태의 생리적 증식이나 재조합이 아니고 전통적인 교배나 선발에서 사용되지 아니하는 기술과 같은 현대생명공학기술을 이용하여 얻어진 새롭게 조합된 유전물질을 포함하고 있는 생물체를 말한다.

268) 류창호, 『식품안전법제의 체계화에 관한 연구』, 한국법제연구원, 2004. 11, 47면 이하. 보건복지부, 농림부, 해양수산부와 국무조정실이 작성한 식품안전기본법제정



## II. 보건행정관련법의 체계

법령이란 헌법을 정점으로 하는 성문법원의 단계를 총칭하는 개념이다. 보건에 관한 중요 성문법원은 헌법이 인정하는 법형식에 의할 때 법률과 대통령령 및 부령으로 일컬어지는 법규명령의 형식으로 체계화할 수 있다.

법률은 입법부가 제정하는 일반적·추상적 규율인데 반해 법규명령은 국회의 심의절차를 거치지 아니하고 행정기관이 제정하는 일반적·추상적 규율이다. 행정기관이 제정하는 일반적·추상적 규율 중에는 일반국민을 수범자로 하여 일반국민에 대해 그 법적구속력을 발휘하고 또한 법원을 구속하는 효력을 가지고 있는 법규명령인 대통령령·부령과 행정내부의 사정을 규율하기 위해 제정되며 그 수범자는 일반국민이 아니라 하급행정청이고 그 효력도 행정내부에 그치는 훈령·고시·예규 등과 같은 행정규칙으로 나눌 수 있다.<sup>269)</sup>

법률과 대통령령 및 부령 사이에는 법률-대통령령-부령 순의 일정한 위계질서가 있어서 하위법령은 상위법령의 내용에 위배될 수 없다.

헌행법령상의 중요한 보건행정에 관한 법령은 다음과 같이 분류할 수 있다.

### 1. 법 률

보건행정에 관한 중요한 법률로서는 의료법, 약사법<sup>270)</sup>, 식품위생법, 공중위생관리법, 검역법, 생명윤리 및 안전에 관한 법, 보건범죄단속

---

안을 보면, 그 입법제안이유에 “식품안전과 관련하여 국가·지방자치단체 및 사업자의 책무를 명확히 하고, 분쟁조정제도를 도입하여 소비자의 피해구제를 강화하며, 식품안전정책의 수립·조정 등에 관한 기본적인 사항을 규정함으로써 국민들의 건강하고 안전한 식생활을 보장하기 위한” 것임을 밝히고 있다.

269) 이러한 법규명령과 행정규칙을 합해서 행정입법이라고 부른다.

270) 약사법령상의 행정처분기준의 정비방안은 “약사법령에 의한 행정처분기준의 개선방안”이라는 이름으로 이미 연구되어서 보고서가 발간된 바 있다. 박종수, 『약사법령에 의한 행정처분기준의 개선방안』 참조.

에 관한 특별조치법 등을 들 수 있다.

## 2. 대통령령

위에서 언급한 각 법률에서 위임한 사항과 법률사항을 집행하기 위하여 필요한 사항을 규정하고 있는 대통령령으로서는 의료법시행령, 약사법시행령, 식품위생법시행령, 공중위생관리법시행령, 검역법시행령, 생명윤리 및 안전에 관한 법시행령, 약국 및 의약품 등의 제조업·수입자와 판매업의 시설기준령, 보건범죄단속에 관한 특별조치법시행령, 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 등이 있다.

## 3. 부 령

법률과 대통령령에서 위임된 사항과 그 집행을 위해 필요한 사항을 규정하고 있는 부령으로서는 의료법시행규칙, 약사법시행규칙, 식품위생법시행규칙, 공중위생관리법시행규칙, 검역법시행규칙, 생명윤리 및 안전에 관한 법시행규칙 등과 약국 및 의약품 등의 제조업·수입자와 판매업의 시설기준령 시행규칙, 보건범죄단속에 관한 특별조치법 시행규칙 등이 있다.

## 4. 보건관련 주요 고시 및 행정규칙

### (1) 고시의 법적성질

보건행정과 관련하여서는 위의 법령 외에도 보건복지부장관 또는 식품의약품안전청장이 관보를 통하여 공포·시행하는 각종 고시들도 중요한 역할을 한다.

고시는 법령이 정하는 바에 따라 행정기관이 일정한 사항을 일반국민에게 알리는 행정기관의 의사표시의 한 방식으로서 행정규칙의 한 종류로 분류된다.

고시의 법적성질 내지 효력<sup>271)</sup>은 일률적으로 말할 수는 없고 고시에 담겨진 내용에 따라서 서로 다른 효력을 가지고 있어서 개별구체적인 경우를 면밀히 검토해서 판단하지 않으면 안된다.<sup>272)</sup>

일본의 학설로서는 법률의 위임을 받아 제정되어 공시되는 것은 법규범성을 인정받을 가능성이 많다고 하는 유력한 견해도 있다.<sup>273)</sup> 이 경우에는 법규로서의 성격을 가지는 경우가 있다.<sup>274)</sup> 일본의 판례도 학습지도요령을 고시의 형식으로 나타내면 법적 구속력이 있다고 인정하고 있다.<sup>275)</sup>

또한 상급기관이 하급기관에 대하여 상당기간에 걸쳐서 그 권한의 행사를 일반적으로 지휘·감독하기 위하여 발하는 명령인 훈령과 반

271) 고시의 법적효력을 인정한 판례로는 대판1994. 3. 8. 92누1728.

“구 식품위생법 제23조의3 제4호나 현행 식품위생법 제24조 1항 4호는 공익상 그 허가를 제한할 필요가 있다고 인정되어 보건사회부장관이 지정하는 영업 또는 품목에 해당되는 때에는 영업 또는 품목제조의 허가를 할 수 없다고 규정하고 있고 보건사회부장관이 이 규정에 따라 허가제한영업을 지정한 고시로서 원고들이 받은 이 사건허가에 적용될 식품제조영업허가기준(1985. 3.11. 보건사회부고시 제85-17호로 개정된 것) 제2조 4호, 제1조 6호는 보존음료수제조업은 허가를 할 수 없고 다만 제품을 전량 수출하거나 주한외국인에게만 판매하여야 하는 등의 요건을 갖추는 경우에만 그 허가를 할 수 있도록 규정하고 있다. 관계법령의 위와 같은 규정내용에 의하면 위 고시는 공익상의 이유로 허가를 할 수 없는 영업의 종류를 지정할 권한을 부여한 구 식품위생법 제23조의3 제4호에 따라 보건사회부장관이 발한 것으로서 실질적으로 법의 규정내용을 보충하는 기능을 지니면서 그것과 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령의 성질을 가진 것으로 보인다”

대판2002. 9. 27. 2000두7933

“법령의 규정이 지방자치단체장에게 그 법령 내용이 구체적인 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서 그 권한행사의 절차나 방법을 정하지 아니하고 있는 경우, 그 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 규정한 지방자치단체장의 고시는 당해 법률 및 그 시행령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 한 그 법령의 규정과 결합하여 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 갖게 된다”

272) 이는 이른바 행정규칙 형식의 법규명령에 관한 이론으로 본 연구에 있어서 중요한 내용을 이루는 것으로서 뒤에 학설의 동향과 판례의 입장 등을 자세하게 다루기로 한다.

273) 芝池義一, 전게서, 14-15頁.

274) 국립공원 등의 지정의 고시 등.

275) 最一小判平成2年1月18日民集44卷1号1頁.

목적 행정사무의 기준을 제시하기 위해 발하는 명령인 예규와 같은 행정규칙은 비록 보건행정조직 내의 구성원만을 그 규율대상으로 하지만 이들 행정규칙도 보건행정의 근거법령을 해석하고 적용하는데 중요한 역할을 하기 때문에 보건행정에 관한 행정처분기준의 중요한 수단으로서 본 연구의 고찰대상이 된다.

## (2) 행정규칙

### 1) 개념

행정규칙이란 행정기관이 제정하는 개인의 권리·의무를 직접 규율하지 않는 행정입법이다. 따라서 법규 명령과 달리 행정규칙은 일반 국민 또는 특정의 개인에 대하여 법적인 구속력을 가지는 외부적 효과를 가지지 않고 행정 내부에 있어서 상급행정기관이 하급행정기관에 대하여 일정한 행위를 할 것을 명하는 내부적 효과만을 가지고 있는데 법률 등의 해석의 기준을 나타내는(해석 기준), 행정청의 재량권 행사의 기준을 나타내는(재량 기준) 등의 기능을 가진다.

행정 규칙은 일반적으로 다음과 같은 형식으로서 존재한다.

① 훈령·통달 : 상급행정기관이 하급행정기관에 대해서 권한의 행사를 지시하기 위해서 발하는 명령이다. 문서에 의한 명령이 통달이라고 할 수 있을 것이다.

일본에서의 통달에 의한 행정처분의 심사기준에 관해서는 후술한다.

② 요강(지방자치단체의 경우) : 조례나 규칙 등을 시행하기 위한 목적으로 제정되는 경우가 많은데 예규에 준한 자리 매김을 하고 있다. 일반적으로는 지방자치단체의 직원이 사무처리를 진행시켜 나가는데 있어서의 행정운영의 지침이나 행정활동의 기준을 정하는 내부적 규범으로 정의된다.<sup>276)</sup>

276) 木佐茂男編, 自治體法務入門(第2版), ぎょうせい, 2000, 100頁 이하 참조. 松永邦男,

2003년 6월에 오사카부내의 전체의 32개의 시(오사카시 제외)에 대해서, 요강에 관한 조사를 실시한 결과에 의하면 법제담당부국이 요강의 제정이나 요강에서 정해지고 있는 행정처분기준을 심사하고 있는 기초자치단체는 오사카부의 전체 32개 시 가운데 50%를 조금 넘는 18개 시에서 시행하고 있다고 한다.

### 2) 훈령·통달의 법적 구속력에 관한 문제

훈령·통달은 행정규칙으로서 법규로서의 성질을 가지지 않는다고 하는 것이 종래의 학설과 판례의 입장이었다. 이에 따라 통달의 법적 성질을 살펴보면,

① 통달은 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.

② 행정청이 국민에 대해서 통달에 반하는 처분을 해도 그 처분은 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 않다는 것을 이유로 처분이 적법하다고 주장하지 못한다. 또 법원도 법령을 해석, 운용할 때에 훈령·통달의 구속을 받지 않는다.

### 3) 요강의 문제

보조금 급부요강(이것은 실제로 재량기준으로서 기능한다)이나 지도요강(택지개발 지도요강 등 지방자치단체가 제정한 행정지도의 기준) 등 있으나 특히 지도요강이 문제가 된다.

---

要綱行政, 岩崎忠夫編, 條例と規則, 實務地方自治法講座2, ぎょうせい, 1997, 112頁.

### Ⅲ. 식품위생법령의 주요내용

본 연구보고에서는 보건행정분야의 법령 가운데 식품위생법을 중심으로 그 행정처분의 유형 및 기준을 살펴보고자 한다. 물론 보건행정 법령에는 의료법이나 약사법 등과 같은 중요한 법령 등이 있으나 의료법은 전문기술적인 부분이 많이 들어가 있고 또한 그 법률의 수범자도 의사라고 하는 한정된 직업인을 중심으로 하고 있어서 국민 일반에게는 친근감이 떨어지는 법관계라고 할 수 있고 약사법은 기존에 “약사법령에 의한 행정처분의 현황과 문제점”이라는 연구보고가 있기 때문에 본 연구보고에서는 식품위생법을 중심으로 한다.

식품위생 및 안전법령 중에서 가장 중요한 법률인 식품위생법은 1962년 1월 20일 제정되어 5차례 개정을 거쳐 운영되던 중 1986년 5월 10일 법률 제3823호로 전면개정되었다. 그 후 수차례 개정을 거치고 2005년 12월 23일 법률 제3823호로 일부개정되어 2007년 1월 1일 시행될 예정이다.

식품위생법은 “食品으로 인한 衛生上の 危害를 防止하고 식품영양의 질적 향상을 도모함으로써 국민보건의 증진에 이바지”함을 목적으로 하고 있다. 이러한 식품위생법은 식품위생과 관련된 ‘위험방지’(Gefahrenabwehr)를 목적으로 하는 위생경찰의 영역에 속한다고 볼 수 있다.<sup>277)</sup> 식품위생법은 총칙 이외에 식품 및 식품첨가물, 기구와 용기포장, 표시, 식품 등의 公典, 검사, 영업, 조리사 및 영양사, 시정명령·허가취소 등 행정제재 등을 규율하고 있다. 특히 동법은 부정·불량 식품 판매 등 금지(제4조), 병육 등의 판매 등 금지(제5조), 기준·규격(제6조, 제7조 및 제9조), 표시기준(제10조) 등을 규정하고 있다.

행정처분의 기준은 특히 식품위생법 및 동 시행령의 위임을 받아 보건복지부령으로 제정된 동법 시행규칙 제53조에 규정되어 있다. 즉 시정명

277) 식품분야 규제개혁과 관련하여 식품안전을 시장에만 맡기면 시장실패(market failure)의 가능성이 상존하므로 정부개입의 정당성이 도출된다는 주장도 제시된다. 최병선, 『정부규제론』, 1992, 66면 이하; 정기혜·윤시문·최무현·김정선, 전계논문, 45면 이하.

령·허가취소 등 제재적 처분의 기준을 별표 15로 상세히 규정하고 있다.

## 제 2 절 보건행정관련법령에 의한 행정처분기준

### I. 보건행정관련법령의 행정처분기준의 설정의 의의

보건행정은 규율대상이 되는 행위의 태양에 중점을 둔다면 국민에게 급부를 제공하는 영역이지만 행정의 입장에서 본다면 국민의 생명과 건강의 확보를 위하여 보건을 담당하고 있는 사업주체에게 규제를 가하는 규제행정의 영역에 있게 된다. 따라서 이러한 규제를 위하여 필요한 행정수단 중의 하나가 바로 행정처분이고 그 처분에 의해 각 사업자는 불이익을 받게 되기 때문에 행정처분의 주체는 보건에 관한 행정처분을 할 때에는 그 근거가 명확하여야 하고 또한 처분기준도 합리적이어야 할 것이다.

보건행정분야의 각종 인허가사업을 영위하는 국민이 법령상의 준수사항이나 의무를 위반하거나 불이행한 경우에는 관계행정청이 당해 영업활동에 대한 제재를 가할 수 있도록 하는 제도가 광범위하게 활용되고 있는데, 그러한 제재적 처분행위는 재량행위로서의 성격을 갖는 것이 일반적이다. 행정청이 재량행사를 함에 있어서는 하급관청이나 관계공무원이 통일적인 재량행사를 할 수 있도록 재량준칙을 제정하여 운용하는 것이 일반적이다. 개별·구체적인 재량처분의 발령행위를 개별적 재량행사라 한다면 이러한 재량준칙제정행위는 일반적 재량행사라 부를 수 있다.<sup>278)</sup>

이 장에서는 본 연구의 대상이 되고 있는 보건행정법령에 의한 행정처분기준은 다음 두 가지의 측면에서 고찰할 필요가 있다.

첫째는 행정절차법 제20조가 규정하고 있는 것처럼 행정청으로 하여금 처분기준을 구체적으로 설정·공표하도록 하고 관련 당사자에게는 처분기준의 설정·공표 및 공표된 처분기준의 해석을 요구할 수

278) H. Maurer, a.a.O., § 7 Rz. 13, 14.

있는 권리를 부여하는 행정절차법상의 규정을 고찰하는 것과,

두 번째는 보건행정법령의 각 개별법령에서 규정하고 있는 새로운 의무이행확보수단의 종류와 성질에 관한 논의, 즉 인·허가의 취소, 철회, 정지제도와 관련한 학설의 견해와 판례의 경향을 고찰하는 것이다.

따라서 이 장에서의 연구의 중점은 보건행정과 관련하여 행정절차법이나 각 개별법령에 규정하고 있는 행정처분기준이나 제재적 처분으로서의 과징금부과기준에 대하여 식품위생법과 공중위생관리법을 중심으로 한 학설과 판례의 견해를 소개하고 이를 바탕으로 현행 보건행정과 관련한 행정처분기준의 운용현황과 문제점 및 그 정비방안을 모색하는데 두어져 있다.

### 제 3 절 제재적 행정처분기준<sup>279)</sup>의 입법형식과

279) 보건행정과 관련한 행정처분의 기준을 규정하고 있는 중요한 법령을 소개하면 다음과 같다.

법령명	처분기준의 종류	관련조항
식품위생법시행령 별표1	과징금산정기준	법 제65조 과징금처분 영 제38조 과징금산정기준
식품위생법시행령 별표2	과태료부과금액	법 제78조 과태료 영 제54조 과태료의 부과 징수
식품위생법시행규칙 별표7의3	식품위생검사기관 검사업무정지 등 처분기준	법 제18조 제3항 식품위생검사기관의 지정 규칙 제17조의5 검사업무정지 등
식품위생법시행규칙 별표14의 2	위해요소 중점관리기준 적용업소 지정취소 등 기준	법 제32조의2 제6항 위해요소 중점관리기준 규칙 제43조의6 위해요소 중점관리기준 적용업소 지정취소 등
식품위생법시행규칙 별표15	행정처분기준	법 제55조-59조, 63조 시정명령 -면허취소 규칙 제53조 행정처분의 기준
건강기능식품에 관한 법률시행령 별표1	과징금산정기준	법 제37조 제2항 과징금처분 영 제18조 과징금산정기준
건강기능식품에 관한 법률시행령 별표2	과태료의 부과기준	법 제47조 제2항 과태료 영 제21조 과태료
건강기능식품에 관한 법률 시행규칙 별표9	행정처분기준	법 제29조-제33조 시정명령, 허가취소 등 규칙 제31조 행정처분
건강기능식품에 관한 법률 시행규칙 별표12	과태료의 부과기준	영 제21조 과태료의 부과기준 및 징수절차 규칙 제36조 과태료의 부과금액기준
공중위생관리법 시행령 별표1	과징금산정기준	법 제11조의2 과징금처분 영 제7조의2 과징금산정기준
공중위생관리법 시행령 별표2	과태료의 부과금액	법 제22조 과태료 영 제11조 제3항 과태료의 부과 징수절차
공중위생관리법 시행규칙 별표7	행정처분기준	법 제17조 제2항 등 규칙 제19조 행정처분기준



제 2 부 보건행정분야 행정처분기준 정비방안

장사 등에 관한 법률 시행령 별표4	과징금산정기준	법 제30조 과징금처분 영 제28조 과징금을 부과할 위반행위의 종별과 과징금의 금액
장사 등에 관한 법률 시행령 별표5	과태료부과금액	법 제37조 과태료 영 제30조 제2항 과태료의 부과 징수
장사 등에 관한 법률 시행규칙 별표2	행정처분기준	법 제26조 시설묘지설치자등에 대한 처분 규칙 제17조 제1항, 제18조 제2항 행정처분, 장례식영업자에 대한 시정명령 등
정신보건법 시행령 별표3	과태료의 부과기준	법 제59조 과태료 영 제25조 제3항 과태료의 부과
정신보건법 시행규칙 별표7	행정처분의 기준	법 제11조제2항, 제12조제5항, 제18조제4항 규칙 제11조제1항
전염병예방법시행규칙 별표7	행정처분기준	법 제40조의8 영업의 정지명령 규칙 제20조의9 행정처분기준
검역법 시행령 별표	과태료의 부과기준	영 제6조제3항
의료법 시행령 별표	과징금산정기준	법 제53조 자격정지 등 규칙 제33조 과징금의 산정기준
의료법 시행규칙 별표6	과태료부과기준	영 제35조, 규칙 제61조
진단용 방사선발생장치의 안전관리에 관한 규칙 별표11	과태료부과기준	규칙 제11조 안전관리책임자의 직무 규칙 제18조 과태료
응급의료에 관한 법률 시행령 별표1	과징금산정기준	법 제57조 과징금 영 제28조 과징금의 부과
응급의료에 관한 법률 시행령 별표2	과태료부과기준	법 제62조 제2항 영 제32조
응급의료에 관한 법률 시행규칙 별표18	행정처분기준	법 제55조 응급의료종사자의 면허 자격정지 등 규칙 제45조 행정처분의 기준
치과의사전문회의의 수련 및 자격인정 등에 관한 규정 시행규칙 별표3	행정처분기준	영 제16조 지정의 취소 규칙 제10조 행정처분기준
안마사에 관한 규칙 별표2	행정처분기준	의료법 제61조 규칙 제9조
생명윤리 및 안전에 관한 법률 시행령 별표3	과태료부과기준	법 제55조 제2항 영 제20조 제3항
생명윤리 및 안전에 관한 법률 시행규칙 별표4	행정처분기준	법 제41조 규칙 제30조
생명윤리 및 안전에 관한 법률 시행규칙 별표5	과징금산정기준	법 제43조 제2항 규칙 제31조
장기 등 이식에 관한 법률 시행령 별표3	과태료부과기준	법 제49조 영 제23조
장기 등 이식에 관한 법률 시행규칙 별표2	행정처분기준	법 제30조 규칙 제15조
인체조직안전 및 관리 등에 관한 법률 시행령 별표2	과태료부과기준	법 제38조 영 제16조
인체조직안전 및 관리 등에 관한 법률 시행규칙 별표3	행정처분기준	법 제25조 허가취소 등 규칙 제14조 행정처분기준
의료기기법시행령 별표	과징금산정기준	법 제33조 영 제11조
의료기기법 시행규칙 별표7	행정처분기준	법 제32조 규칙 제35조

## 법적 성질

### I. 행정규칙 형식의 법규명령

행정처분의 기준 가운데에는 행정규칙 형식으로 제정된 것이기는 하나 그 성질상 법규명령인 경우도 있고, 법규명령 형식으로 제정되었지만 그 내용은 행정규칙인 경우도 있다. 전자는 행정규칙 형식의 법규명령 내지 법령보충적 행정규칙의 문제이고, 후자는 법규명령 형식의 행정규칙의 문제이다.

판례는 구 식품위생법 제23조의3 제4호에 근거한 식품제조영업허가 기준(보건사회부고시)이 실질적으로 법의 규정내용을 보충하는 기능을 가지며 대외적 구속력을 가진다고 판시하였다.<sup>280)</sup>

의료기기법 시행규칙 별표9	과태료금액산정기준	법 제47조 규칙 제40조
의료기사 등에 관한 법률 시행규칙 별표2	과태료부과기준	영 제15조 규칙 제26조
혈액관리법 시행령 별표	과태료부과기준	법 제23조 영 제11조
의료관계행정처분규칙 별표	행정처분기준	의료법 제50조 내지 53조 의료기사 등에 관한 법률 제25조 규칙 제4조

280) 대법원 1994. 3. 8. 선고 92누1728 판결. “구 식품위생법 제23조의3 제4호나 현행 식품위생법 제24조 1항 4호는 공익상 그 허가를 제한할 필요가 있다고 인정되어 보건사회부장관이 지정하는 영업 또는 품목에 해당되는 때에는 영업 또는 품목 제조의 허가를 할 수 없다고 규정하고 있고 보건사회부장관이 이 규정에 따라 허가제한영업을 지정한 고시로서 원고들이 받은 이 사건허가에 적용될 식품제조영업허가기준(1985. 3.11. 보건사회부고시 제85-17호로 개정된 것) 제2조 4호, 제1조 6호는 보존음료수제조업은 허가를 할 수 없고 다만 제품을 전량 수출하거나 주한외국인에게만 판매하여야 하는 등의 요건을 갖추는 경우에만 그 허가를 할 수 있도록 규정하고 있다. 관계법령의 위와 같은 규정내용에 의하면 위 고시는 공익상의 이유로 허가를 할 수 없는 영업의 종류를 지정할 권한을 부여한 구 식품위생법 제23조의3 제4호에 따라 보건사회부장관이 발한 것으로서 실질적으로 법의 규정내용을 보충하는 기능을 지니면서 그것과 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령의 성질을 가진 것으로 보인다”

## II. 법규명령형식의 행정규칙

### 1. 법률의 위임 없는 부령의 형식으로 규정한 행정처분기준

#### (1) 입법형식

##### 식품위생법(1986. 5. 10) 제58조 (허가의 취소등)

보건사회부장관 또는 시·도지사는 영업자가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 영업허가의 전부 또는 일부를 취소하거나 6월이내의 기간을 정하여 영업을 정지하거나 영업소의 폐쇄(제22조제5항의 규정에 의하여 신고한 영업에 한한다. 이하 이 조에서 같다)를 명할 수 있다.

##### 식품위생법시행령(1986. 11. 11) 제36조 (허가의 취소등)

법 제58조 및 법 제59조의 규정에 의한 영업허가취소·영업정지·품목제조허가취소·품목제조정지 또는 영업소폐쇄처분등을 할 때에는 처분사유·처분내용등을 기재한 서면으로 하여야 한다.

##### 식품위생법시행규칙(1987. 3. 28) 제53조 (행정처분의 기준)

법 제55조 내지 제59조의 규정에 의한 행정처분의 기준은 별표12와 같다. 다만, 식품등의 수급정책 및 국민보건에 중대한영향을 미치는 특별한 사유가 있다고 보건사회부장관이 인정하는 때에는 이 처분기준에 의하지 아니할 수 있다.

#### (2) 판례의 태도

“구 식품위생법시행규칙(1993. 7. 3 보건사회부령 제910호로 개정되기 전의 것) 제53조에서 별표15로 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 제58조제1항의 규정에 의하여 보장된 재량권을 기속하는 것이라고 할 수는 없고 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 힘이 있는 것은 아니다”<sup>281)</sup>

## 2. 법률의 위임에 의한 부령의 형식으로 규정한 처분기준

대법원 관례에서 행정처분기준이 법규명령이 아닌 행정규칙에 불과하여 대외적으로 국민이나 법원을 기속하지 못한다는 입장을 일관되게 견지함에 따라 법률에서 행정처분기준을 부령 등에 정하도록 명시적으로 위임규정을 두고 그 위임에 따라 부령 등에서 행정처분기준을 규정하게 되었다.

### (1) 입법의 태도

#### 식품위생법(1991. 12. 14 개정된 것) 제58조(허가의 취소등)

①식품의약품안전청장, 시·도지사, 시장·군수·구청장은 영업자가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 영업허가를 취소하거나 6월이내의 기간을 정하여 그 영업의 전부 또는 일부를 정지하거나, 영업소의 폐쇄를 명할 수 있다. (각호 생략)

④제1항 및 제2항의 규정에 의한 행정처분의 세부적인 기준은 그 위반행위의 유형과 위반정도등을 참작하여 보건복지부령으로 정한다.

#### 식품위생법시행규칙 제53조(행정처분의 기준)

법 제55조 내지 법 제59조, 법 제63조의 규정에 의한 행정처분의 기준은 별표 15와 같다.

<sup>281)</sup> 대법원 1994. 3. 8, 93누21958 판결.

## [별표 15] 행정처분기준(제53조 관련)

## (2) 판례의 태도

대법원은 부령에서 정한 행정처분기준을 법규명령으로 보는 판례가 있으나 이는 극히 소수에 불과하고 대부분의 판례는 부령에서 정한 행정처분기준은 국민이나 법원을 기속하지 아니하는 행정규칙으로 보고 있어 법률의 위임이 있는 경우도 없는 경우와 마찬가지로 보고 있다.

## 1) 의료법 관련판례

의료법 제53조의3, 제53조제1항에 의하면 의사면허자격정지처분의 세부적인 기준은 보건복지부령으로 정하도록 되어 있으나 위 보건복지부령은 그 규정의 성질과 내용이 의사에 대한 면허자격정지처분의 세부적인 기준이라는 행정청 내의 사무처리준칙을 규정하는 것에 불과하여 보건복지부장관이 관계 행정기관 및 그 직원에 대하여 그 직무권한 행사의 지침을 정하여 주기 위하여 발하는 행정조직 내부에 있어서의 행정명령의 성질을 가지는 것으로서 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 효력이 있는 것은 아니므로 의사면허자격정지처분의 적법 여부는 그 처분이 위 보건복지부령이 정하는 기준에 적합한 지 여부에 따라 판단할 것이 아니라 의료법의 규정과 취지에 적합한지 여부에 따라 판단하여야 한다.<sup>282)</sup>

## 2) 공중위생법 관련판례

공중위생법 제23조제1항은 처분권자에게 영업자가 법에 위반하는 종류와 정도의 경중에 따라 제반사정을 참작하여 이 법에 규정된 것 중 적절한 종류를 선택하여 합리적인 범위내의 행정처분을 할 수 있는 재량권을 부여한 것이고 이를 시행하기 위하여 동 제4항에 의하여

<sup>282)</sup> 대법원 1996. 2. 23, 95누16318 판결.

마련된 공중위생법시행규칙 제41조 별표7에서 위 행정처분의 기준을 정하고 있더라도 이 시행규칙은 형식은 부령으로 되어 있으나 그 성질은 행정기관 내부의 사무처리준칙을 규정한 것에 불과한 것으로서 보건사회부장관이 관계 행정기관 및 직원에 대하여 그 직무권한행사의 지침을 정하여 주기 위하여 발한 행정명령의 성질을 가지는 것이지 위 법 제23조제1항에 의하여 보장된 재량권을 기속하거나 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 것은 아니다.<sup>283)</sup>

### Ⅲ. 관례의 비판적 검토

보건행정분야에서 행정처분기준이 어떤 형식으로 입법화되었고 또 그 법적성질은 어떠한가에 대해서 검토하였다.

대법원관례는 행정처분의 기준인 특히 보건사회부장관의 고시에 대해서는 법규성을 인정하면서, 다른 한편 시행규칙으로 제정된 처분기준에 대해서는 법규성을 부인하고 있다.

또한 대법원관례가 대통령령인 시행령과 부령인 시행규칙이 모두 법규명령임에도 불구하고 특별한 논거도 없이 양자를 차별하여 대통령령으로 제정된 시행령에 대해서만 행정처분기준의 법규성을 인정한 것은 법리적으로 타당하지 못하다는 견해가 유력하다.<sup>284)</sup>

따라서 장래 입법(행정입법을 포함)을 함에 있어서는 중요한 사항은 법률에 명시하고, 국민의 권익과 관련하여 보다 구체화를 요하는 사항(예컨대 법규적 사항)은 명확성과 구체성을 요건으로 하여 시행령 내지 시행규칙에서 정하는 방식으로 제도개선을 하는 것이 바람직하다.

283) 대법원 1990. 5. 22, 90누1571 판결.

284) 김남진·김연태, 『행정법 I』, 164면, 정하중, 『행정법총론(제3판)』, 167면.

## 제 4 절 현행 보건행정관련법령상의 제재적 행정처분의 유형과 기준

### I. 식품위생법상의 제재적 행정처분의 유형과 기준

식품위생법은“제11장 시정명령·허가취소 등의 행정제재”라는 표제하에 시정명령(제55조), 폐기처분(제56조), 위해식품의 공표(제56조의 2), 시설개수명령(제57조), 허가취소(제58조), 품목의 제조정지(제59조), 폐쇄조치(62조) 등의 제재적 행정처분의 유형을 규정하고 있고, 이러한 행정처분의 기준은 일반기준과 개별기준으로 구별하여 식품위생법 시행규칙에서 규정하고 있다.

또한 제65조에는 영업정지처분에 갈음하는 과징금처분을 규정하고 상세한 과징금의 산정기준은 식품위생법시행령에서 규정하고 있다.

과징금처분에 대해서는 항을 달리해서 살펴보기로 하고 본항에서는 제재적 처분 가운데 영업(품목)정지 및 취소의 근거규정 및 처분기준에 대해서 살펴보기로 한다.

#### 1. 제재적 행정처분의 근거규정

第55條 (是正命令) ①食品醫藥品安全廳長, 市·道知事, 市長·郡守 또는 區廳長은第3條의 規定에 의한 食品등의 衛生的 취급에 관한 基準에 적합하지 아니하게營業을 하는 者와 기타 이 法을 지키지 아니하는 者에 대하여 필요한 是正을 명하여야 한다.

#### ②생략

第56條 (廢棄處分 등) ①食品醫藥品安全廳長, 市·道知事, 市長·郡守 또는 區廳長은 營業을 하는 者가 第4條 내지 第6條, 第7條 第4項, 第8條, 第9條第4項, 제10조제2항 또는 제11조의 規定에

위반한 때에는 關係公務員으로 하여금 그 食品등을 押留 또는 폐기하게 하거나 營業을 하는 者에 대하여 食品衛生上의 危害를 제거하기 위하여 用途·처리방법 등을 정하여 필요한 措置를 할 것을 명하여야 한다.

②食品醫藥品安全廳長, 市·道知事, 市長·郡守 또는 區廳長은 第22條第1項 및 第5項의 規定에 의하여 許可를 받아야 하는 경우 또는 申告를 하여야 하는 경우에 그 許可를 받지 아니하거나 申告를 하지 아니하고 製造·加工·調理한 食品 또는 食品添加物이나 이에 사용한 器具 또는 容器·포장 등을 關係公務員으로 하여금 押留 또는 폐기하게 할 수 있다.

③食品醫藥品安全廳長, 市·道知事, 市長·郡守 또는 區廳長은 食品衛生上의 危害가 발생하였거나 발생할 우려가 있다고 인정되는 때에는 營業者에 대하여 流通 중인 당해 食品등을 回收·폐기하게 하거나 당해 食品등의 原料, 製造方法, 成分 또는 그 配合比率를 變更할 것을 命할 수 있다.

④ 생략

⑤第1項 및 第2項의 規定에 의한 押留 또는 폐기에 관하여 필요한 사항과 第3項의 規定에 의한 回收對象食品등에 해당하는 기준 등은 保健福祉部令으로 정한다.

第56條의2 (위해식품등의 공표) ①식품의약품안전청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 다음 각호의 어느 하나에 해당되는 때에는 해당 영업자에 대하여 그 사실의 공표를 명할 수 있다.

1. 식품위생에 관한 위해가 발생하였다고 인정되는 때
2. 제31조의2의 규정에 의한 회수계획을 보고받은 때

②第1項의 規定에 의한 公表方法 기타 公表에 관하여 필요한 사항은 大統領令으로 정한다.



第57條 (施設의 改修命令 등) ①食品醫藥品安全廳長, 市·道知事, 市長·郡守 또는 區廳長은 營業者에 대하여 그 營業施設이 第21條의 規定에 의한 施設基準에 적합하지 아니한 때에는 期間을 정하여 施設의 改修를 命할 수 있다.

② 생략

③ 삭제

第58條 (許可의 取消 등) ①食品醫藥品安全廳長, 市·道知事, 市長·郡守 또는 區廳長은 營業者가 다음 各號의 1에 해당하는 때에는 大統領令이 정하는 바에 따라 營業許可를 取消하거나 6月 이내의 期間을 정하여 그 營業의 전부 또는 일부를 停止하거나, 營業所의 閉鎖(第22條第5項의 規定에 의하여 申告한 營業에 한한다. 이하 이 條에서 같다)를 命할 수 있다.

1. 第4條 내지 第6條, 第7條第4項, 第8條, 第9條第4項, 第10條第2項, 제11조, 第16條第1項, 第19條第1項, 第22條第1項 後段·第4項·第5項 後段 및 第6項, 第26條第3項, 第27條第5項, 第29條, 第31條 또는 第34條의 規定에 위반한 때

2. 第22條第3項의 規定에 의한 조건에 위반한 때

3. 第24條第1項第1號 또는 第5號에 해당하게 된 때

4. 第30條의 規定에 의한 營業의 제한에 위반한 때

4의2. 제31조의2제1항 전단의 規定에 의한 회수조치를 하지 아니한 때

4의3. 제32조의2제2항의 規定에 의한 위해요소중점관리기준을 준수하지 아니한 때

5. 第55條第1項, 第56條第1項 및 第3項, 第56條의2第1項 또는 第57條第1項의 規定에 의한 命수에 위반한 때

6. 기타 이 法 또는 이 法에 의한 命수에 위반한 때

②食品醫藥品安全廳長, 市·道知事, 市長·郡守 또는 區廳長은 營業者가 第1項의 規定에 의한 營業의 停止命書에 위반하여 계속 營業行爲를 하는 때에는 그 營業의 許可를 取消하거나 營業所의 閉鎖를 命할 수 있다.

③食品醫藥品安全廳長, 市·道知事, 市長·郡守 또는 區廳長은 營業者가 正當한사유없이 계속하여 6月 이상 休業하는 때에는 그 營業의 許可를 取消하거나 營業所의 閉鎖를 命할 수 있다.

④第1項 및 第2項의 規定에 의한 行政處分의 細部的인 기준은 그 위반행위의 類型과 위반의 정도 등을 참작하여 保健福祉部令으로 정한다.

第59條 (品目の 製造停止 등) ①食品醫藥品安全廳長, 市·道知事, 市長·郡守 또는 區廳長은 營業者가 다음 各號의 1에 해당하는 때에는 大統領令이 정하는 바에 의하여 6月 이내의 기간을 정하여 당해 品目 또는 品目類(第7條 또는 第9條의 規定에 의하여 정하여진 食品등의 基準 및 規格중 동일한 基準 및 規格을 적용받아 製造·加工되는 모든 品目を 말한다. 이하 같다)의 製造停止를 명할 수 있다.

1. 第7條第4項, 第9條第4項, 第10條第2項, 제11조제1항 또는 第19條第1項의 규정에 위반한 때

2. 기타 이 法 또는 이 法에 의한 命書에 위반한 때

②削除

③第1項의 規定에 의한 行政處分의 細部的인 기준은 그 위반행위의 類型과 위반의 정도 등을 참작하여 保健福祉部令으로 정한다.

第62條 (閉鎖措置등) ①食品醫藥品安全廳長, 市·道知事, 市長·郡守 또는 區廳長은 第22條第1項 또는 第5項의 規定에 위반하여 許可를 받지 아니하거나 申告를 하지 아니하고 營業을 하는 때

또는 第58條第 1 項 또는 第 2 項의 規定에 의하여 許可가 取消되거나 營業所의 閉鎖命令을 받은 후에 계속하여 營業을 하는 때에는 關係公務員으로 하여금 당해 營業所를 閉鎖하기 위하여 다음의 措置를 하게 할 수 있다.

1. 당해 營業所의 看板 기타 營業標識物의 제거·削除
  2. 당해 營業所가 適法한 營業所가 아님을 알리는 揭示文등의 附着
  3. 당해 營業所의 施設物 기타 營業에 사용하는 器具등을 사용할 수 없게 하는 封印
- ② 생략
  - ③ 생략
  - ④第 1 項의 規定에 의한 措置는 그 營業을 할 수 없게 함에 필요한 최소한의 범위에 그쳐야 한다.
  - ⑤ 생략

第63條 (免許取消 등) ①保健福祉部長官 또는 시장·군수·구청장은 調理士 또는 營養士가 다음 各號의 1에 해당하는 때에는 그 免許를 取消하거나 6月 이내의 기간을 정하여 그 業務의 정지를 명할 수 있다.

1. 第38條 各號의 1에 해당하게 된 때
  2. 영양사가 그 직무를 행하거나 조리사가 그 조리업무를 행함에 있어서 식중독 그 밖의 위생에 관한 중대 사고 발생에 책임이 있는 때
  3. 免許를 他人에게 貸與하여 이를 사용하게 한 때
  4. 기타 이 法 또는 이 法에 의한 命令에 위반한 때
- ②第 1 項의 規定에 의한 行政處分의 細部的인 기준은 그 위반행위 의 類型과 위반의 정도 등을 참작하여 保健福祉部令으로 정한다.

## 2. 시행규칙상의 행정처분기준

[별표 15]

### 행정처분기준(제53조관련)

#### I. 일반기준

1. 2인 이상의 위반행위가 적발된 경우로서
  - 가. 그 위반행위가 영업정지에만 해당하거나, 한 품목 또는 품목류(식품 등의 기준 및 규격중 동일한 기준 및 규격을 적용받아 제조·가공되는 모든 품목을 말한다. 이하 같다)에 대하여 품목 또는 품목류제조정지에만 해당하는 때에는 가장 중한 정지처분기간에 나머지 각각의 정지처분기간의 2분의 1을 더하여 처분한다.
  - 나. 그 위반행위가 1 이상의 영업정지와 1 이상의 품목 또는 품목류제조정지에 해당하는 때에는 각각의 영업정지·품목 또는 품목류제조정지 처분기간을 가목에 따라 산정한 후, 그 영업정지기간이 품목 또는 품목류제조정지기간보다 길거나 같으면 그 영업정지처분만을 하고, 그 영업정지기간이 품목 또는 품목류제조정지기간보다 짧으면 그 영업정지처분과 그 초과기간에 대한 품목 또는 품목류제조정지처분을 병과하며, 그 위반행위가 1 이상의 품목류제조정지와 1 이상의 품목제조정지에 해당하는 때에는 이를 준용하여 처분한다.
2. 식품접객영업자의 위반행위에 대하여 그 행정처분을 하기 위한 절차가 진행되는 기간 중에 반복하여 동일사항을 위반하는 때에는 그 위반횟수마다 행정처분기준의 2분의 1씩 더하여 처분한다.
3. 위반행위의 차수에 따른 행정처분의 기준은 최근 1년간(법 제4조 내지 제6조 및 법 제8조 위반은 3년간으로 한다) 같은 위반행위(품목류의 경우에는 같은 품목에 대한 같은 위반행위를 말한다. 이하 같다)로 행정처분을 받을 경우에 적용한다. 다만, 제2호에서 규정하고 있는 경우를 제외한 기타의 경우의 기준적용일은 위반사항에 대한 행정처분일과 그 처분 후의 재적발일(수거검사에 의한 경우에는 검사결과를 허가 또는 신고관청이 접수한 날)을 기준으로 한다.
4. 같은 날 제조한 같은 품목에 대하여 같은 위반사항이 적발되는 경우에는 같은 위반행위로 본다.
5. 4차위반의 경우에 있어서 3차위반의 처분기준이 품목 또는 품목류제조정지인 경우에는 품목 또는 품목류제조정지 6월의 처분을 하고, 영업정지인 경우에는 영업허가취소 또는 영업소폐쇄를 하여야 한다.

6. 제1호 각목의 규정에 의하여 행정처분이 있는 뒤에 다시 행정처분을 하게 되는 경우 그 위반행위의 차수에 따른 행정처분의 기준을 적용함에 있어서는 중전의 행정처분의 사유가 된 각각의 위반행위에 대하여 각각 행정처분을 하였던 것으로 본다.
7. 제품의 수거·검사결과에 따른 위반행위에 대한 행정처분의 경우에는 그 위반 행위가 당해 제품의 제조·가공·운반·진열·보관 또는 판매과정 중의 어느 과정에서 기인하는지 여부를 판단하여 그 원인제공자에 대하여 처분하여야 한다. 다만, 유통전문판매업자가 판매하는 제품이 법 제4조 내지 법 제11조의 규정에 위반하여 식품위생상의 위해가 발생하였거나 발생할 우려가 있다고 인정되는 경우로서 그 위반행위의 원인제공자가 당해 제품을 제조·가공한 영업자인 때에는 당해 제품을 제조·가공한 영업자와 당해 유통전문판매업자에 대하여 함께 처분하여야 한다.
8. 제7호 단서의 규정에 의하여 유통전문판매업자에 대하여 행정처분을 하는 경우 그 처분의 양형이 품목 또는 품목류제조정지에 해당하는 때에는 이를 각각 그 위반행위의 원인제공자인 제조·가공업소에서 제조·가공한 당해 품목 또는 품목류의 판매정지에 해당하는 것으로 본다.
9. 즉석판매제조·가공업, 식품소분업, 식품등수입판매업 및 용기·포장류제조업에 대한 행정처분의 경우 그 처분의 양형이 품목제조정지에 해당하는 때에는 품목제조정지기간의 3분의 1에 해당하는 기간으로 영업정지처분을 하고, 그 처분의 양형이 품목류제조정지에 해당하는 때에는 품목류제조정지기간의 2분의 1에 해당하는 기간으로 영업정지처분을 하여야 한다.
10. 조리사 또는 영양사에 대한 행정처분에 있어서 4차위반의 경우에는 면허취소처분을 하여야 한다.
11. 다음 각목에 1에 해당하는 때에는 행정처분의 기준이 영업정지 또는 품목·품목류 제조정지인 경우에는 정지처분기간의 2분의 1 이하의 범위내에서, 영업허가취소 또는 영업장 폐쇄인 경우에는 영업정지 3월 이상의 범위내에서 각각 그 처분을 경감할 수 있다.
  - 가. 식품 등의 기준 및 규격의 위반사항중 그 위반의 정도가 경미한 사항으로서 국민보건상 인체의 건강을 해할 우려가 없다고 인정되는 때
  - 나. 표시기준의 위반사항중 일부 제품에 대한 제조일자 등의 표시누락 등 그 위반사유가 영업자의 고의나 과실이 아닌 단순한 기계작동상의 오류에 기인한다고 인정되는 때
  - 다. 식품 등을 제조·가공하거나 수입만 하고 시중에 유통시키지 아니한 때
  - 라. 삭제 <2005.7.28>
  - 마. 식품접객업소의 위반사항중 그 위반의 정도가 경미하거나 고의성이

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

- 없는 사소한 부주의로 인한 것인 때
- 바. 해당위반사항에 관하여 검사로부터 기소유예의 처분을 받거나 법원으로부터 선고유예의 판결을 받은 때
- 사. 기타 식품 등의 수급정책상 필요하다고 인정되는 때

II. 개별기준

1. 식품제조·가공업 등

(영 제7조제1호의 식품제조·가공업, 동조 제2호의 즉석판매제조·가공업, 동조 제3호의 식품첨가물제조업, 동조 제5호 가목의 식품소분업·동호나목의 (6) 유통전문판매업·동호나목의 (8) 식품등수입판매업, 동조 제6호 가목의 식품조사처리업 및 동조 제7호의 용기·포장류제조업을 말한다.)

위 반 사 항	근거법령	행 정 처 분 기 준		
		1차위반	2차위반	3차위반
1. <삭제> 2. 법 제4조(판매 등 금지) 위반 가. 썩었거나 상한 것으로 인체의 건강을 해할 우려가 있는 것 나. 설익은 것으로서 인체의 건강을 해할 우려가 있는 것 다. 유독·유해물질이 들어 있거나 묻어 있는 것 또는 병원미생물에 의하여 오염되었거나 그 염려가 있어 인체의 건강을 해할 우려가 있는 것(제5호에 해당하는 경우를 제외한다)	법 제56조 및 법 제58조	영업정지 1월과 당해 제품폐기	영업정지 3월과 당해 제품폐기	영업허가취 소 또는 영 업소폐쇄와 당해 제품 폐기
		영업정지 15일과 당해 제품폐기	영업정지 1월과 당해 제품폐기	영업정지 3월과 당해 제품폐기
		영 업 허 가 취 소 또는 영 업 소 폐 쇄 와 당해 제품폐기 영업정지		

<p>라. 불결한 것 또는 다른 물질이 들어 있거나 묻어 있는 것으로서 인체의 건강을 해할 우려가 있는 것(제5호에 해당하는 경우를 제외한다)</p>		<p>1월과 당해 제품폐기</p>	<p>영업정지 2월과 당해 제품폐기</p>	<p>영업허가취소 또는 영업소 폐쇄와 당해 제품 폐기</p>
<p>마. 영업허가를 받아야 하는 경우에 허가를 받지 아니하거나 신고를 하여야 하는 경우에 신고를 하지 아니한 자가 제조·가공·소분한 것</p>		<p>영업정지 2월과 당해 제품폐기</p>	<p>영업정지 3월과 당해 제품폐기</p>	<p>영업허가취소 또는 영업소 폐쇄와 당해 제품 폐기</p>
<p>바. 수입이 금지되거나 수입신고 하여야 하는 경우에 신고하지 아니하고 수입한 것(식품 외의 용도로 수입된 것을 식용으로 사용한 것을 포함한다)</p>		<p>영업정지 2월과 당해 제품폐기</p>	<p>영업정지 3월과 당해 제품폐기</p>	<p>영업허가취소 또는 영업소 폐쇄와 당해 제품 폐기</p>
<p>사. 안전성 평가를 받지 아니하거나 안전성 평가 결과 식용으로 부적합하다고 인정된 것</p>		<p>영업정지 2월과 당해 제품폐기</p>	<p>영업정지 3월과 당해 제품폐기</p>	<p>영업허가취소 또는 영업소 폐쇄와 당해 제품 폐기</p>
<p>3. 법 제5조(병육 등의 판매 등 금지) 위반(축산물가공처리법 등 타법령의 규정에 의한 검사를 받아 합격한 경우를 제외한다)</p>	<p>법 제56조 및 법 제58조</p>	<p>영업허가취소 또는 영업소 폐쇄와 당해 제품 폐기</p>		
<p>4. 법 제6조(기준·규격이 고시되지 아니한 화학적 합성품 등의 판매 등 금지) 위반</p>	<p>법 제56조 및 법 제58조</p>	<p>영업허가취소 또는 영업소 폐쇄와 당해 제품 폐기</p>		

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

<p>5. 법 제7조(기준과 규격) 위반</p>	<p>법 제55조, 법 제56조, 법 제58조 및 법 제59조</p>			
<p>가. 식품 등의 한시적 기준 및 규격을 정하지 아니한 천연기념물, 지구 등의 살균·소독제</p>		<p>영업정지 15일과 당해 제품폐기</p>	<p>영업정지 1월과 당해 제품폐기</p>	<p>영업정지 3월과 당해 제품폐기</p>
<p>나. 비소·카드뮴·납·수은·중금속·메탄올 및 시안화물의 기준을 위반한 것</p>		<p>품목류 제조정지 1월과 당해 제품 폐기</p>	<p>영업정지 1월과 당해 제품폐기</p>	<p>영업정지 2월과 당해 제품폐기</p>
<p>다. 바륨·포름알데히드·올소톨루엔·설펜아미드·방향족탄화수소·폴리옥시에틸렌 또는 세레늄의 기준을 위반한 것</p>		<p>품목류 제조정지 15일과 당해 제품 폐기</p>	<p>품목류제조정지 1월과 당해 제품 폐기</p>	<p>영업정지 1월과 당해 제품폐기</p>
<p>라. 방사능잠정허용기준을 위반한 것</p>		<p>품목류 제조정지 15일과 당해 제품 및 원료폐기</p>	<p>영업정지 1월과 당해 제품 및 원료폐기</p>	<p>영업정지 3월과 당해 제품 및 원료 폐기</p>
<p>마. 농산물 또는 식육의 농약잔류허용기준을 초과한 것 또는 이를 원료로 사용한 것</p>		<p>품목류 제조정지 1월과 당해 제품 및 원료 폐기</p>	<p>영업정지 1월과 당해 제품 및 원료폐기</p>	<p>영업정지 3월과 당해 제품 및 원료 폐기</p>
<p>바. 아플라톡신 잠정허용 기준을 초과한 것 또는 이를 원료로 사용한 것</p>		<p>품목류 제조정지 1월과 당해 제품 및 원료 폐기</p>	<p>영업정지 1월과 당해 제품 및 원료폐기</p>	<p>영업정지 3월과 당해 제품 및 원료 폐기</p>



<p>사. 마비성패독허용기준 위반한 것</p>	<p>품목류 제조정지 1월과 당해 제품 및 원료 폐기</p>	<p>영업정지 1월과 당해 제품 및 원료 폐기</p>	<p>영업정지 3월과 당해 제품 및 원료 폐기</p>
<p>아. 동물용의약품의 잔류허용기준을 초과한 것 또는 이를 원료로 사용한 것</p>	<p>품목류 제조정지 1월과 당해 제품 및 원료 폐기</p>	<p>영업정지 1월과 당해 제품 및 원료 폐기</p>	<p>영업정지 3월과 당해 제품 및 원료 폐기</p>
<p>자. 식중독균 검출기준을 위반한 것</p>	<p>품목류 제조정지 1월과 당해 제품 폐기</p>	<p>영업정지 1월과 당해 제품 폐기</p>	<p>영업정지 3월과 당해 제품 폐기</p>
<p>차. 산가·과산화물가·대장균·대장균군 또는 일반세균 시험에서 부적합하다고 판정된 것</p>	<p>품목제조정지 15일과 당해 제품 폐기</p>	<p>품목제조정지 1월과 당해 제품 폐기</p>	<p>품목제조정지 3월과 당해 제품 폐기</p>
<p>카. 식품첨가물의 사용 및 허용기준을 위반한 것으로서</p>			
<p>(1) 허용한 식품첨가물 외의 식품첨가물</p>	<p>영업정지 1월과 당해 제품 폐기</p>	<p>영업정지 2월과 당해 제품 폐기</p>	<p>영업허가 취소 또는 영업소 폐쇄</p>
<p>(2) 사용 또는 허용량기준에 초과한 것으로서  (가) 30퍼센트 이상 초과한 것</p>	<p>품목류제조정지 1월과 당해 제품 폐기</p>	<p>영업정지 1월과 당해 제품 폐기</p>	<p>영업정지 2월과 당해 제품 폐기</p>

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

<p>(나) 10퍼센트 이상 30퍼센트 미만 초과한 것</p>	<p>품 목 제 조 정지 1월과 당해 제품 폐기</p>	<p>품목제조정지 2월과 당해 제품폐기</p>	<p>품목류제조 정지 2월과 당해 제품 폐기</p>
<p>(다) 10퍼센트 미만 초과한 것</p>	<p>시정명령</p>	<p>품 목 제 조 정지 1월</p>	<p>품 목 제 조 정지 2월</p>
<p>타. 주식·포스파타제·암모니아성질소·아질산이온 또는 형광증백제 시험에서 부적합하다고 판정된 때</p>	<p>품 목 제 조 정지 1월과 당해 제품 폐기</p>	<p>품 목 제 조 정지 2월과 당해 제품 폐기</p>	<p>품목류제조 정지 2월과 당해 제품 폐기</p>
<p>(2) 식용으로 부적합한 비가식부분을 원료로 사용한 것</p>	<p>품 목 제 조 정지 1월과 당해 제품 폐기</p>	<p>품 목 제 조 정지 2월과 당해 제품 폐기</p>	<p>품 목 제 조 정지 3월과 당해 제품 폐기</p>
<p>파. 나목 내지 타목 외의 기타 성분에 관한 규격 또는 성분배합비율을 위반한 것으로서</p>			
<p>(1) 30퍼센트 이상 부족하거나 초과한 것</p>	<p>품목제조정지 2월과 당해 제품 폐기</p>	<p>품 목 류 제 조 정지 2월과 당해 제품폐기</p>	<p>품목류제조 정지 3월과 당해 제품 폐기</p>
<p>(2) 20퍼센트 이상 30퍼센트 미만 부족하거나 초과한 것</p>	<p>품목제조정지 1월과 당해 제품 폐기</p>	<p>품목제조정지 2월과 당해 제품 폐기</p>	<p>· 품목류제조 정지 3월과 당해 제품폐기</p>
<p>(3) 10퍼센트 이상 20퍼센트 미만 부족하거나 초과한 것</p>	<p>품 목 제 조 정지 15일</p>	<p>품 목 제 조 정지 1월</p>	<p>품목제조 정지 2월</p>

<p>(4) 10퍼센트 미만 부족하거나 초과한 것 하. 이물 등이 혼입된 것</p>	<p>시정명령 시정명령</p>	<p>품 목 제 조 정지 7일 품목제조 정지 7일</p>	<p>품목제조 정 지 15일 품목제조 정지 15일</p>
<p>거. 식품조사처리기준을 위반한 경우로서</p>			
<p>(1) 허용한 것 외의 선원 및 선종을 사용한 때</p>	<p>영 업 정 지 2월과 당해 제품폐기</p>	<p>영 업 허 가 취소와 당해 제품폐기</p>	
<p>(2) 허용대상 식품별 흡수선량을 초과하여 조사처리한 때와 조사한 식품을 다시 조사처리한 때</p>	<p>영 업 정 지 1월과 당해 제품폐기</p>	<p>영 업 정 지 2월과 당해 제품폐기</p>	<p>영업허가취 소와 당해 제품폐기</p>
<p>(3) 허용대상 외의 식품을 조사처리한 때</p>	<p>영 업 정 지 15일과 당 해 제품폐기</p>	<p>영 업 정 지 1월과 당해 제품폐기</p>	<p>영업정지 2 월과 당해 제품폐기</p>
<p>너. 식품조사처리기준을 위반한 것</p>	<p>당해 식품을 원료로하여 제조·가공 한 품목류 제조정지 1 월과 당해 제품폐기</p>	<p>당해 식품을 원료로하여 제조·가공 한 품목류 제조정지 3 월과 당해 제품폐기</p>	<p>당해 식품을 원료로하여 제조·가공 한 영업소의 영업허가취 소 및 당해 제품폐기</p>
<p>더. 식품 등의 기준 및 규격중 원료의 구비요건이나 제조·가공기준을 위반한 경우로서(제2호 내지 제4호의 1에 해당하는 경우를 제외한다)</p>			

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

<p>(1) 식품제조·가공 등의 원료로 사용하여서는 아니되는 동식물을 원료로 사용한 것</p>		<p>품 목 제 조 정지 15일 과 당해 제 품폐기</p>	<p>품 목 제 조 정지 1월 과 당해 제 품폐기</p>	<p>품목제조정지 2월과 당해 제품폐기</p>
<p>(2) 식용으로 부적합한 비가식 부분을 원료로 사용한 것</p>		<p>품 목 제 조 정지 1월과 당해 제 품폐기</p>	<p>품 목 제 조 정지 2월과 당해 제 품폐기</p>	<p>품목제조정지 3월과 당해 제품폐기</p>
<p>(3) 기타 사항을 위반한 것</p>		<p>시정명령</p>	<p>품목제조정지 7일</p>	<p>품 목 제 조 정지 15일</p>
<p>러. 보존 및 보관기준을 위반한 것</p>		<p>영업정지 7일</p>	<p>영 업 정 지 15일</p>	<p>영업정지 1월</p>
<p>며. 기타 가목 내지 러목 이외의 사항을 위반한 것</p>		<p>시정명령</p>	<p>품 목 제 조 정지 5일</p>	<p>품 목 제 조 정지 10일</p>
<p>6. 법 제8조(유독기구 등의 판매·사용금지) 위반</p>	<p>법 제56조 및 법 제58조</p>			
<p>가. 유독기구 등을 제조·수입 또는 판매한 때</p>		<p>영 업 허 가 취소 또는 영 업 소 폐 쇄 와 당해 제 품폐기</p>		
<p>나. 유독기구 등을 사용·저장·운반 또는 진열한 때</p>		<p>영 업 정 지 7일</p>	<p>영 업 정 지 15일</p>	<p>영 업 정 지 1월</p>
<p>7. 법 제9조(기준과 규격) 위반</p>	<p>법 제55조, 법 제56조, 법 제58조 및 법 제59조</p>			
<p>가. 식품 등의 기준 및 규격을 위반한 것을 제조·수입·운반·진열·저장 또는 판매한 때</p>		<p>품 목 제 조 정지 15일</p>	<p>품 목 제 조 정지 1월</p>	<p>품 목 제 조 정지 2월</p>

<p>나. 식품 등의 기준 및 규격에 위반된 것을 사용한 때</p>		<p>시정명령</p>	<p>품 목 제 조 정지 5일</p>	<p>품 목 제 조 정지 10일</p>
<p>다. 한시적 기준 및 규격을 정하지 아니한 기구 또는 용기·포장</p>		<p>영업 정지 15일과 당해 제품폐기</p>	<p>영업 정지 1월과 당해 제품폐기</p>	<p>영업 정지 3월과 당해 제품폐기</p>
<p>8. 법 제10조 및 법 제11조 위반</p>	<p>법 제55조, 법 제56조, 법 제58조 및 법 제59조</p>			
<p>가. 식품·식품첨가물(수입품 포함)에 대한 표시사항의 위반으로서</p>				
<p>(1) 표시대상 식품에 표시사항 전부를 표시하지 아니하거나 표시하지 아니한 식품을 영업에 사용한 때</p>		<p>영업정지 1월과 당해 제품폐기</p>	<p>영업정지 2월과 당해 제품폐기</p>	<p>영업정지 3월과 당해 제품폐기</p>
<p>(2) 한글표시를 하여야 하는 수입식품·식품첨가물에 한글표시를 하지 아니하거나 한글표시를 하지 아니한 수입식품·식품첨가물을 영업에 사용한 때</p>		<p>영업 정지 1월</p>	<p>영업 정지 2월</p>	<p>영업 정지 3월</p>
<p>나. 주표시면에 표시하여야 할 사항중 표시하지 아니하거나 기준에 부적합한 경우로서</p>				

<p>(1) 주표시면에 표시하여야 하는 제품명 및 내용량을 전부 표시하지 아니한 때</p> <p>(2) 제품명을 표시하지 아니하거나 표시기준에 위반한 제품명을 사용한 때</p> <p>(3) &lt;삭제&gt;</p> <p>(4) 내용량을 표시하지 아니하거나 기준에 위반한 때</p>	<p>품 목 제 조 정지 1월</p>	<p>품 목 제 조 정지 2월</p>	<p>품 목 제 조 정지 3월</p>
<p>다. 영양성분의 표시를 하여야 하는 식품(식품제조·가공업, 유통전문판매업 및 식품등수입판매업에 한함)에 대한 표시사항의 위반으로서</p>	<p>품 목 제 조 정지 15일</p>	<p>품 목 제 조 정지 1월</p>	<p>품 목 제 조 정지 2월</p>
<p>(1) 표시를 하지 아니한 때</p> <p>(2) 허용오차범위를 위반한 때</p>	<p>시정명령</p>	<p>품 목 제 조 정지 15일</p>	<p>품 목 제 조 정지 1월</p>
<p>라. 식품에 직접 사용하는 화학적합성품인 식품첨가물중 명칭과 용도를 표시하여야 하는 경우에 표시하지 아니하거나 기준에 맞지 아니한 때(식품제조·가공업, 유통전문판매업 및 식품등수입판매업에 한함)</p>	<p>품 목 제 조 정지 1월</p>	<p>품 목 제 조 정지 2월</p>	<p>품 목 제 조 정지 3월</p>
	<p>시정명령</p>	<p>품 목 제 조 정지 15일</p>	<p>품 목 제 조 정지 1월</p>
	<p>시정명령</p>	<p>품 목 제 조 정지 15일</p>	<p>품 목 제 조 정지 1월</p>

<p>마. 제조연월일 또는 유통기한의 표시기준을 위반한 경우로서</p>			
<p>(1) 제조연월일 또는 유통기한을 표시하지 아니하거나 표시하지 아니한 식품등을 영업에 사용한 때(제조연월일 유통기한 표시대상 식품 등에 한함)</p>	<p>품목류제조 정지 15일과 당해 제품폐기</p>	<p>품목류제조 정지 1월과 당해 제품폐기</p>	<p>품목류제조 정지 2월과 당해 제품폐기</p>
<p>(2) 유통기한을 품목제조보고한 내용보다 초과하여 표시한 때</p>	<p>품목류제조 정지 10일과 당해 제품폐기</p>	<p>품목류제조 정지 20일과 당해 제품폐기</p>	<p>품목류제조 정지 1월과 당해 제품폐기</p>
<p>바. 제조연월일 또는 유통기한을 변조하는 등의 행위를 한 때</p>	<p>영업정지 1월과 당해 제품폐기</p>	<p>영업정지 2월과 당해 제품폐기</p>	<p>영업정지 3월과 당해 제품폐기</p>
<p>사. 식품 또는 식품첨가물을 소분함에 있어 원제품에 표시된 제조연월일 또는 유통기한을 초과하여 표시한 때</p>	<p>영업정지 1월과 당해 제품폐기</p>	<p>영업정지 2월과 당해 제품폐기</p>	<p>영업정지 3월과 당해 제품폐기</p>
<p>아. 내용량을 표시함에 있어 부족량이 허용오차를 위반한 때로서</p>			
<p>(1) 20퍼센트 이상 부족한 것</p>	<p>품 목 제 조 정지 2월</p>	<p>품 목 제 조 정지 3월</p>	<p>품목류제조 정지 3월</p>
<p>(2) 10퍼센트 이상 20퍼센트 미만 부족한 것</p>	<p>품 목 제 조 정지 1월</p>	<p>품 목 제 조 정지 2월</p>	<p>품 목 제 조 정지 3월</p>
<p>(3) 10퍼센트 미만 부족한 것</p>	<p>시정명령</p>	<p>품 목 제 조 정지 15일</p>	<p>품 목 제 조 정지 1월</p>

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

<p>자. 조사처리식품의 표시기준을 위반한 사항으로</p> <p>(1) 조사처리된 식품임을 표시하지 아니한 때</p> <p>(2) 조사처리식품을 표시함에 있어 기준을 위반하여 표시한 때</p>	<p>품 목 제 조 정지 15일</p> <p>시정명령</p>	<p>품 목 제 조 정지 1월</p> <p>품 목 제 조 정지 15일</p>	<p>품 목 제 조 정지 2월</p> <p>품 목 제 조 정지 1월</p>
<p>차. 이온수·생명수 또는 약수 등 사용하지 못하도록 한 용어를 사용한 때</p>	<p>영 업 정 지 15일</p>	<p>영 업 정 지 1월</p>	<p>영 업 정 지 2월</p>
<p>카. 유기 가공식품의 표시기준을 위반한 경우로서</p> <p>(1) “유기농 100퍼센트”를 표시함에 있어 그 기준을 위반하여 표시한 때</p> <p>(2) 유기 또는 이와 유사한 용어를 제품명 등에 사용함에 있어 그 기준을 위반하여 표시한 때</p>	<p>품 목 제 조 정지 15일</p> <p>시정명령</p>	<p>품 목 제 조 정지 1월</p> <p>품 목 제 조 정지 15일</p>	<p>품 목 제 조 정지 2월</p> <p>품 목 제 조 정지 1월</p>
<p>타. 허위표시·과대광고와 관련한 사항으로</p> <p>(1) 질병의 치료에 효능이 있다는 내용의 표시나 광고</p>	<p>영 업 정 지 15일과 당해 제품에 한함) 폐기</p>	<p>영 업 정 지 1월과 당해 제품에 한함) 폐기</p>	<p>영 업 정 지 2월과 당해 제품에 한함)폐기</p>



(2) 의약품으로 혼동할 우려가 있는 내용의 표시나 광고	영업 정지 15일	영업 정지 1월	영업 정지 2월
(3) 체험기 및 체험사례 등 이와 유사한 내용을 표현하는 광고	품목 제조 정지 1월	품목 제조 정지 2월	품목 제조 정지 3월
(4) 사행심을 조장하는 내용의 광고를 한 때	시정명령	품목 제조 정지 15일	품목 제조 정지 1월
과. 식품에 직접 사용하는 화학적합성품의 경우 당해 원료의 명칭 등을 사용하여 화학적 합성품이 아닌 것으로 혼동될 우려가 있는 광고를 한 때	시정명령	품목 제조 정지 2월	품목 제조 정지 3월
하. 제품의 포장방법및포장재의재질등의기준에관한규칙에 위반하여 포장한 때(거목에 해당하는 경우를 제외한다)	시정명령	품목 제조 정지 10일	품목 제조 정지 1월
거. 포장한 2개 이상의 제품을 다시 1개로 재포장한 것으로, 그 내용물이 재포장 용량의 2분의 1에 미달되는 때	시정명령	품목 제조 정지 2월	품목 제조 정지 3월
너. 유전자재조합식품의 표시위반			
(1) 유전자재조합식품에 유전자재조합식품임을 표시하지 아니한 때	품목 제조 정지 15일	품목 제조 정지 1월	품목 제조 정지 2월
(2) 유전자재조합식품을 유전자재조합식품이	품목 제조 정지 1월	품목 제조 정지 2월	품목 제조 정지 3월

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

<p>아닌 것으로 표시·광고한 때</p> <p>더. 식품의약품안전청장이 정하여 고시하는 알레르기 유발 식품을 성분·원료로 사용한 제품에 그 사용한 원재료명을 표시하지 아니한 때</p> <p>러. 원재료명을 표시하지 아니하거나 기준에 위반하여 표시한 때</p> <p>며. 가목 내지 러목을 제외한 표시기준 및 허위표시 등 위반사항이</p> <p>(1) 3개 사항 이상인 때</p> <p>(2) 3개 사항 미만인 때</p> <p>9. &lt;삭제&gt;</p> <p>10. 법 제16조(수입식품 등의 신고)위반</p> <p>가. 수입한 식품 등을 별도의 승인없이 목적 외 용도로 사용 또는 판매한 때</p> <p>나. 식품 등 수입신고시 사실과 다르게 신고하거나 허위서류를 제출한 때로서</p>	<p>법 제58조</p>	<p>품 목 제 조 정지 15일</p> <p>품 목 제 조 정지 15일</p> <p>품 목 제 조 정지 15일</p> <p>시정명령</p> <p>영 업 정 지 15일</p>	<p>품 목 제 조 정지 1월</p> <p>품 목 제 조 정지 1월</p> <p>품 목 제 조 정지 1월</p> <p>품 목 제 조 정지 15일</p> <p>영 업 정 지 1월</p>	<p>품 목 제 조 정지 2월</p> <p>품 목 제 조 정지 2월</p> <p>품 목 제 조 정지 2월</p> <p>품 목 제 조 정지 1월</p> <p>영 업 정 지 3월</p>
--	---------------	--	--	---

(1) 사용금지된 식품첨가물이 함유되었거나 검출되어 부적합한 때	영업정지 2월	영업허가취소 또는 영업소폐쇄	
(2) 식품첨가물의 사용기준을 위반하거나 초과 사용하여 부적합한 때	영업정지 1월	영업정지 2월	영업허가취소 또는 영업소폐쇄
(3) 동일사·동일제품으로 적용받기 위하여 제조업소, 제품명 등의 서류를 허위로 제출한 때	영업정지 1월	영업정지 2월	영업허가취소 또는 영업소폐쇄
(4) 제조일자를 허위로 표시하거나 유통기한을 임의로 연장하여 표시한 때	영업정지 1월	영업정지 2월	영업허가취소 또는 영업소폐쇄
(5) (1) 내지 (4)를 제외한 사실과 다르게 신고한 때	시정명령	영업정지 7일	영업정지 15일
다. 수입신고조건을 위반한 때	영업정지 2월	영업허가취소 또는 영업소폐쇄	
라. 검사결과 부적합처분을 받아 수출국으로 반송되거나 다른 나라로 반출된 제품을 재수입 한때	영업정지 2월	영업허가취소 또는 영업소 폐쇄	
11. 법 제19조(자가품질검사의 의무) 위반	법 제55조, 법 제58조 및 법 제59조		
가. 자가품질검사를 실시하지 아니한 경우로서			

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

<p>(1) 시험항목의 전부에 대하여 실시하지 아니한 때</p>		<p>품 목 제 조 정지 1월</p>	<p>품 목 제 조 정지 3월</p>	<p>품목류제조 정지 3월</p>
<p>(2) 시험항목의 50퍼센트 이상에 대하여 실시하지 아니한 때</p>		<p>품 목 제 조 정지 15일</p>	<p>품 목 제 조 정지 1월</p>	<p>품 목 제 조 정지 3월</p>
<p>(3) 시험항목의 50퍼센트 미만에 대하여 실시하지 아니한 때</p>		<p>시정명령</p>	<p>품목제조정지 15일</p>	<p>품목제조정지 3월</p>
<p>나. 자가품질검사에 관한 기록서를 2년간 보관하지 아니한 때</p>		<p>시정명령</p>	<p>영 업 정 지 5일</p>	<p>영 업 정 지 15일</p>
<p>12. 법 제21조(시설기준) 및 법 제22조(영업의 허가 등) 위반</p>	<p>법 제55조, 법 제57조, 법 제58조 및 법 제59조</p>			
<p>가. 허가 또는 신고없이 영업소를 이전한 때</p>		<p>영업허가취소 또는 영업소 폐쇄</p>		
<p>나. 변경허가를 받지 아니하거나 변경신고를 하지 아니한 경우로서</p>				
<p>(1) 영업시설의 전부를 철거한 때(시설없이 영업신고를 한 경우를 포함한다)</p>		<p>영 업 허 가 취 소 또는 영 업 소 폐 쇄</p>		
<p>(2) 영업시설의 일부를 철거한 때</p>		<p>시 설 개 수 명 령</p>	<p>영 업 정 지 1월</p>	<p>영 업 정 지 2월</p>
<p>다. 영업장의 면적을 변경하고 변경신고를 하지 아니한 때</p>		<p>영 업 정 지 7일</p>	<p>영 업 정 지 15일</p>	<p>영 업 정 지 1월</p>

라. 변경신고를 하지 아니하고 추가로 시설을 설치하여 새로운 제품을 생산한 때	시정명령	영업정지 1월	영업정지 2월
마. <삭제>			
바. 법 제22조제3항의 규정에 의한 영업의 허가조건을 위반한 때	영업정지 1월	영업정지 3월	영업허가 취소
사. <삭제>			
아. 급수시설기준에 위반한 때(수질검사결과 부적합판정을 받은 경우를 포함한다)	시설개수 명령	영업정지 1월	영업정지 3월
자. 허가를 받거나 신고를 한 업종의 영업행위가 아닌 다른 업종의 영업행위를 한 때	영업정지 1월	영업정지 2월	영업정지 3월
차. 식품소분대상이 아닌 식품·식품첨가물을 소분·판매한 때	영업정지 1월	영업정지 2월	영업정지 3월
카. 의약품제조시설을 식품제조·가공시설로 지정받지 아니하고 의약품제조시설을 이용하여 식품등을 제조·가공한 때	영업정지 1월	영업정지 2월	영업정지 3월
타. 기타 가목 내지 카목을 제외한 허가 또는 신고사항중			
(1) 시설기준에 위반된 때	시설개수 명령	영업정지 1월	영업정지 2월

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

(2) 기타 사항을 위반한 때		시정명령	영업정지 5일	영업정지 15일
13. 법 제25조제3항의 규정에 의한 영업의 승계신고를 이행하지 아니한 때	법 제55조 및 법 제58조	시정명령	영업정지 7일	영업정지 15일
14. 내지 16. <삭제>				
17. 법 제29조(품질관리 및 보고)제1항 및 법 제31조(영업자 등의 준수사항)제1항 위반	법 제55조 및 법 제58조			
가. 식품 및 식품첨가물의 제조·가공영업자의 준수사항중				
(1) 별표 12 제1호 위반				
(가) 생산 및 작업기록에 관한 서류를 작성하지 아니하거나 거짓으로 작성한 때 또는 이를 보관하지 아니한 때		영업정지 15일	영업정지 1월	영업정지 3월
(나) 원료수불 관계서류를 작성하지 아니하거나 거짓으로 작성한 때 또는 이를 보관하지 아니한 때		영업정지 5일	영업정지 10일	영업정지 20일
(2) 별표 12 제3호, 제11호 또는 제14호 위반		영업정지 15일	영업정지 1월	영업정지 3월

(3) 별표 12 제8호·제12호의2 위반	영업정지 7일	영업정지 15일	영업정지 1월
(4) 별표 12 제10호 위반			
(가) 수질검사를 검사기간 내에 하지 아니한 때	영업정지 15일	영업정지 1월	영업정지 3월
(나) 부적합판정된 물을 계속 사용한 때	영업정지 1월	영업정지 3월	영업허가취소 또는 영업소 폐쇄
(5) 위 (1) 내지 (4)를 제외한 준수사항 위반	시정명령	영업정지 5일	영업정지 10일
나. 즉석판매제조·가공업자의 준수사항 중			
(1) 별표 13 제1호 가목 또는 차목 위반	영업정지 15일	영업정지 1월	영업정지 3월
(2) 별표 13 제1호 마목 위반	영업정지 1월	영업정지 2월	영업정지 3월
(3) 별표 13 제1호 사목 위반			
(가) 수질검사를 검사기간내에 하지 아니한 때	영업정지 15일	영업정지 1월	영업정지 3월
(나) 부적합판정된 물을 계속 사용한 때	영업정지 1월	영업정지 3월	영업허가취소 또는 영업소 폐쇄
(4) 별표 13 제1호 나목·라목 또는 바목 위반	영업정지 7일	영업정지 15일	영업정지 1월

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

<p>(5) 위 (1) 내지 (4) 외의 준수사항 위반</p>		시정명령	영업정지 5일	영업정지 10일
<p>다. 식품소분업·식품등수입판매업 및 유통전문판매업자의 준수사항 위반은 2. 판매업 제13호의 가. 식품소분·판매·운반영업자의 준수사항 위반의 처분기준에 따른다.</p>				
<p>라. 식품조사처리영업자의 준수사항 위반</p>		영업정지 15일	영업정지 1월	영업정지 3월
<p>18. 법 제31조의2제1항의 규정을 위반하여 위해식품에 대한 회수계획을 제출하지 아니하는 등 회수를 하지 아니한 때</p>	법 제58조	영업정지 2월	영업정지 3월	영업허가취소 또는 영업소 폐쇄
<p>19. 법 제40조의 규정에 의한 교육을 받지 아니한 영양사를 영업에 종사시킨 때</p>	법 제58조	시정명령	영업정지 5일	영업정지 10일
<p>20. 법 제56조제3항의 규정에 의한 위해식품 등의 회수명령을 위반한 때</p>	법 제58조	영업정지 1월	영업정지 2월	영업정지 3월
<p>21. 법 제56조의2의 규정에 의한 위해발생사실의 공표명령에 위반한 때</p>	법 제58조	영업정지 1월	영업정지 2월	영업정지 3월
<p>22. 영업정지처분기간 중에 영업을 한 때</p>	법 제58조		영업허가취소 또는 영업소 폐쇄	
<p>23. 품목 및 품목류제조정지기간 중에 품목제조를 한 때</p>	법 제58조	영업정지 2월	영업허가취소 또는 영업소 폐쇄	



24. 기타 제2호 내지 제22호를 제외한 법 위반	법 제55조 및 법 제58조	시정명령	영업정지 7일	영업정지 15일
2. 식품판매업 등 [영 제7조제4호의 식품운반업, 동조 제5호 나목의 식품판매업(유통전문판매업 및 식품등수입판매업을 제외한다), 동조 제6호 나목의 식품냉동·냉장업을 말한다]				
위 반 사 항	근거법령	행 정 처 분 기 준		
		1차위반	2차위반	3차위반
1. <삭제>				
2. 법 제4조(판매 등 금지) 위반	법 제56조 및 법 제58조			
가. 썩었거나 상한 것으로 인체의 건강을 해할 우려가 있는 것		영업정지15일과 당해 제품폐기	영업정지 1월과 당해 제품폐기	영업정지 3월과 당해 제품폐기
나. 설익은 것으로서 인체의 건강을 해할 우려가 있는 것		영업정지 7일과 당해 제품폐기	영업정지 15일과 당해 제품폐기	영업정지 1월과 당해 제품폐기
다. 유독·유해물질이 들어 있거나 묻어 있는 것 또는 병원미생물에 의하여 오염되었거나 그 염려가 있어 인체의 건강을 해할 우려가 있는 것(제5호에 해당하는 경우를 제외한다)		영업허가 취소 또는 영업소 폐쇄와 당해 제품폐기		
라. 불결한 것 또는 다른 물질이 들어 있거나 묻어 있는 것으로서 인체의 건강을 해할 우려가 있는 것(제5호에 해당		영업정지15일과 당해 제품폐기	영업정지 1월과 당해 제품폐기	영업정지 3월과 당해 제품폐기

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

하는 경우를 제외한다)				
<p>마. 영업허가를 받아야 하는 경우에 허가를 받지 아니하거나 신고를 하여야 하는 경우에 신고를 하지 아니한 자가 제조·가공 또는 수입한 것</p>		영업정지 1 월과 당해 제품폐기	영업정지 3 월과 당해 제품폐기	영 업 허 가 취 소 또는 영 업 소 폐 쇄 와 당해 제 품 폐 기
<p>바. 수입이 금지되거나 수입신고하여야 하는 경우에 신고하지 아니하고 수입한 것(식용 외의 용도로 수입된 것을 식용으로 사용한 것을 포함한다)</p>		영업정지 1 월과 당해 제품폐기	영업정지 3 월과 당해 제품폐기	영 업 허 가 취 소 또는 영 업 소 폐 쇄 와 당해 제 품 폐 기
<p>사. 안전성 평가를 받지 아니하거나 안정성 평가 결과 식용으로 부적합하다고 인정된 것</p>		영업정지 1 월과 당해 제품폐기	영업정지 3 월과 당해 제품폐기	영 업 허 가 취 소 또는 영 업 소 폐 쇄 와 당해 제 품 폐 기
<p>3. 법 제5조(병육 등의 판매 등 금지) 위반(축산물가공처리법 등 타법령의 규정에 의한 검사를 받아 합격한 경우를 제외한다)</p>	법 제56조 및 법 제58조	영 업 허 가 취 소 또는 영 업 소 폐 쇄 와 당해 제 품 폐 기		
<p>4. 법 제6조(기준·규격이 고시되지 아니한 화학적 합성품 등의 판매 등 금지) 위반</p>	법 제56조 및 법 제58조	영 업 허 가 취 소 또는 영 업 소 폐 쇄 와 당해 제 품 폐 기		
<p>5. 법 제7조(기준과 규격) 위반</p>	법 제55조, 법 제56조 및 법			

	제58조			
가. 식중독균 검출기준을 위반한 것		영업정지 1 월과 당해 제품폐기	영업정지 2 월과 당해 제품폐기	영업정지 3 월과 당해 제품폐기
나. 산가·과산화물가·대 장균·대장균군 또는 일 반세균시험에서 부적합 하다고 판정된 것		영업정지 7 일과 당해 제품폐기	영업정지 15 일과 당해 제품폐기	영업정지 1 월과 당해 제품폐기
다. 이물 등이 혼입된 것		시정명령	영 업 정 지 7일	영 업 정 지 15일
라. 보존 및 보관기준을 위반한 것		영 업 정 지 7일	영 업 정 지 15일	영 업 정 지 1월
마. 기타 가목 내지 라목 이 외의 사항이 위반된 것		시정명령	영 업 정 지 5일	영 업 정 지 10일
6. 법 제8조(유독기구 등의 판매·사용금지) 위반	법 제56조 및 법 제58조	영업정지 15 일과 당해 제품폐기	영업정지 1 월과 당해 제품폐기	영업정지 2 월과 당해 제품폐기
7. 법 제9조(기준과 규격)에 위반된 것	법 제56조 및 법 제58조	영업정지 7 일과 당해 제품폐기	영업정지 15 일과 당해 제품폐기	영업정지 1 월과 당해 제품폐기
8. 법 제10조 및 법 제11조 위반	법 제55조, 법 제56조 및 법 제58조			
가. 식품·식품첨가물(수입 품 포함)에 대한 표시 사항의 위반으로서				
(1) 표시사항 전부를 표 시하지 아니한 것을		영업정지 1 월과 당해	영업정지 2 월과 당해	영업정지 3 월과 당해

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

<p>진열·판매한 때 (2) 한글표시를 하여야 하는 수입식품·식품 첨가물에 한글표시를 하지 아니한 것을 진열·판매한 때</p>	<p>제품폐기 영업정지 1월</p>	<p>제품폐기 영업정지 2월</p>	<p>제품폐기 영업정지 3월</p>
<p>나. 주표시면에 표시할 사항중 제품명 및 내용량을 표시하지 아니한 것을 진열·판매한 때</p>	<p>시정명령</p>	<p>영업정지 7일</p>	<p>영업정지 15일</p>
<p>다. 제조연월일 또는 유통기한을 표시하지 아니한 것을 진열·판매한 때(제조연월일 또는 유통기한 표시대상 식품 등에 한함)</p>	<p>영업정지 7 일과 당해 제품폐기</p>	<p>영업정지15 일과 당해 제품폐기</p>	<p>영업정지 1 월과 당해 제품폐기</p>
<p>라. 허위표시·과대광고와 관련한 사항으로</p>			
<p>(1) 질병의 치료에 효능이 있다는 내용의 표시나 광고</p>	<p>영업정지 15일과 당 해 제품(표 시된 제품에 한함)폐기</p>	<p>영업정지 1월과 당해 제품(표시 된 제품에 한함)폐기</p>	<p>영업정지 2월과 당해 제품(표시 된 제품에 한함)폐기</p>
<p>(2) 의약품으로 혼동할 우려가 있는 내용의 표시나 광고</p>	<p>영업정지 15일</p>	<p>영업정지 1월</p>	<p>영업정지 2월</p>
<p>(3) 체험기 및 체험사례 등 이와 유사한 내용을 표현하는 광고</p>	<p>영업정지 7일</p>	<p>영업정지 15일</p>	<p>영업정지 1월</p>
<p>(4) 사행심을 조장하는 내용의 광고를 한 때</p>	<p>영업정지 5일</p>	<p>영업정지 10일</p>	<p>영업정지 20일</p>

9. <삭제>				
10. 법 제21조(시설기준) 및 법 제22조(영업의 허가 등) 위반	법 제55조, 법 제56조 및 법 제58조			
가. 신고를 하지 아니하고 영업소를 이전한 때		영업허가 취소 또는 영업소 폐쇄		
나. 변경신고를 하지 아니한 경우로서				
(1) 영업시설의 전부를 철거한 때(시설없이 영업신고를 한 경우를 포함한다)		영업허가 취소 또는 영업소 폐쇄		
(2) 영업시설의 일부를 철거한 때	시설개수명령	영업정지 15일	영업정지 1월	
다. 시설기준에 의한 냉장·냉동시설이 없거나 냉장·냉동시설을 가동하지 아니한 때				
(1) 식품운반업	당해차량	당해차량	전체차량	
	영업정지 1월	영업정지 3월	영업정지 2월	
(2) 식품판매업, 식품냉동·냉장업	영업정지 1월	영업정지 3월	영업허가 취소 또는 영업소 폐쇄	
라. 영업장의 면적을 변경하고 변경신고를 하지 아니한 때	영업정지 7일	영업정지 15일	영업정지 1월	
마. 급수시설기준을 위반한 때(수질검사결과 부	시설개수명령	영업정지 1월	영업정지 2월	

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

적합판정을 받은 경우 를 포함한다)			
바. 신고한 업종의 영업행 위가 아닌 다른 업종의 영업행위를 한 때	영업 정지 1월	영업 정지 2월	영업 정지 3월
사. 기타 가목 내지 바목 을 제외한 허가 또는 신고사항중			
(1) 시설기준에 위반된 때	시설 개수 명령	영업 정지 1월	영업 정지 2월
(2) 기타 사항을 위반한 때	시정명령	영업 정지 15일	영업 정지 1월
11 및 12. <삭제>			
13. 법 제31조(영업자 등의 준수사항)제1항 위반	법 제55조 및 법 제58조		
가. 식품소분·판매·운반 영업자의 준수사항중			
(1) 별표 13 제2호 바목 위반			
(가) 수질검사를 검사 기간 내에 하지 아 니한 때	영업 정지 15일	영업 정지 1월	영업 정지 3월
(나) 부적합판정한 물 을 계속 사용한 때	영업 정지 1월	영업 정지 3월	영업허가취 소 또는 영 업소 폐쇄
(2) 별표 13 제2호 타 목·거목·너목 또는 어목 위반	영업 정지 15일	영업 정지 1월	영업 정지 2월
(3) 별표 13 제2호 자 목·카목·파목·머	영업 정지 7일	영업 정지 15일	영업 정지 1월

목 또는 버목 위반				
(4) 위 (1) 내지 (3) 외의 준수사항 위반		시정명령	영업정지 3일	영업정지 7일
나. 식품자동판매기영업자의 준수사항 중	법 제55조 및 법 제58조			
(1) 별표 13 제3호 나 목·라목 또는 사목		영업정지 7일	영업정지 15일	영업정지 1월
(2) 위 (1) 외의 준수사항 위반		시정명령	영업정지 7일	영업정지 15일
14. 법 제25조의 규정에 의한 영업의 승계 신고를 이행하지 아니한 때	법 제55조 및 법 제58조	시정명령	영업정지 7일	영업정지 15일
15. 법 제31조의2제1항의 규정을 위반하여 위해식품에 대한 회수계획을 제출하지 아니하는 등 회수하지 아니한 때	법 제58조	영업정지 2월	영업정지 3월	영업허가취소 또는 영업소 폐쇄
16. 법 제56조제3항의 규정에 의한 위해식품 등의 회수명령에 위반한 때	법 제58조	영업정지 1월	영업정지 2월	영업정지 3월
17. 법 제56조의2의 규정에 의한 위해발생사실의 공표명령에 위반한 때	법 제58조	영업정지 1월	영업정지 2월	영업정지 3월
18. 영업정지처분기간중에 영업을 한 때	법 제58조	영업허가취소 또는 영업소 폐쇄		
19. 제2호 내지 제18호를 제외한 법 위반	법 제55조 및 법 제58조	시정명령	영업정지 7일	영업정지 15일
3. 식품접객업				

(영 제7조제8호의 식품접객업을 말한다)				
위 반 사 항	근거법령	행 정 처 분 기 준		
		1차위반	2차위반	3차위반
1. <삭제>				
2. 법 제4조(판매 등 금지) 위반	법 제56조 및 법 제58조			
가. 썩었거나 상한 것으로 인체의 건강을 해할 우려가 있는 것		영업정지 15일과 당해 음식물 폐기	영업정지 1월과 당해 음식물 폐기	영업정지 3월과 당해 음식물 폐기
나. 설익은 것으로서 인체의 건강을 해할 우려가 있는 것		영업정지 7일과 당해 음식물 폐기	영업정지 15일과 당해 음식물 폐기	영업정지 1월과 당해 음식물 폐기
다. 유독·유해물질이 들어 있거나 묻어 있는 것 또는 병원미생물에 의하여 오염되었거나 그 염려가 있어 인체의 건강을 해할 우려가 있는 것(제5호에 해당하는 경우를 제외한다)		영업허가 취소 또는 영업소 폐쇄와 당해 음식물 폐기		
라. 불결한 것 또는 다른 물질이 들어 있거나 묻어 있는 것으로서 인체의 건강을 해할 우려가 있는 것(제5호에 해당하는 경우를 제외한다)		영업정지 15일과 당해 음식물 폐기	영업정지 1월과 당해 음식물 폐기	영업정지 3월과 당해 음식물 폐기
마. 영업허가를 받아야 하는 경우에 허가를 받지 아니하거나 신고를 하여야 하는 경우에 신고		영업정지 1월과 당해 음식물 폐기	영업정지 2월과 당해 음식물 폐기	영업정지 3월과 당해 음식물 폐기



<p>를 하지 아니한 자가 제조·가공 또는 수입한 것</p>				
<p>바. 수입이 금지되거나 수입신고하여야 하는 경우에 신고하지 아니하고 수입한 것</p>		<p>영업정지 2월과 당 해 음식물 폐기</p>	<p>영업정지 3월과 당 해 음식물 폐기</p>	<p>영업허가 취소 또는 영업소폐쇄 와 당해 음 식물폐기</p>
<p>사. 안전성평가를 받지 아니하거나 안전성평가결과 식용으로 부적합하다고 인정된 것</p>		<p>영업정지 2월과 당 해 음식물 폐기</p>	<p>영업정지 3월과 당 해 음식물 폐기</p>	<p>영업허가 취소 또는 영업소폐쇄 와 당해 음 식물폐기</p>
<p>3. 법 제5조(병육 등의 판매 등 금지) 위반(축산물가공처리법 등 타법령의 규정에 의한 검사를 받아 합격한 경우를 제외한다)</p>	<p>법 제56조 및 법 제58조</p>	<p>영업허가 취소 또는 영업소폐쇄 와 당해 제품폐기</p>		
<p>4. 법 제6조(기준·규격이 고시되지 아니한 화학적 합성품 등의 판매 등 금지) 위반</p>	<p>법 제56조 및 법 제58조</p>	<p>영업허가 취소 또는 영업소폐쇄 와 당해 음 식물폐기</p>		
<p>5. 법 제7조(기준과 규격) 위반</p>	<p>법 제55조, 법 제56조 및 법 제58조</p>			
<p>가. 식품 등의 한시적 기준 및 규격을 정하지 아니한 화학적 합성품이 아닌 식품첨가물과 식품 및 식품첨가물에 사용되는 기구 또는 용기·포장</p>		<p>영업정지 15일과 당 해 음식물 폐기</p>	<p>영업정지 1월과 당 해 음식물 폐기</p>	<p>영업정지 3월과 당 해 음식물 폐기</p>

<p>나. 비소·카드뮴·납·수은·중금속·메탄올 또는 시안화물의 기준을 위반한 것</p>	<p>영업정지 1월과 당 해 음식물 폐기</p>	<p>영업정지 2월과 당 해 음식물 폐기</p>	<p>영업정지 3월과 당 해 음식물 폐기</p>
<p>다. 바륨·포름알데히드·올소톨루엔·설펜아미드·방향족탄화수소·폴리옥시에틸렌 및 세레늄의 기준을 위반한 것</p>	<p>영업정지 15일과 당 해 음식물 폐기</p>	<p>영업정지 1월과 당 해 음식물 폐기</p>	<p>영업정지 2월과 당 해 음식물 폐기</p>
<p>라. 방사능잠정허용기준을 위반한 것</p>	<p>영업정지 1월과 당 해 음식물 폐기</p>	<p>영업정지 2월과 당 해 음식물 폐기</p>	<p>영업정지 3월과 당 해 음식물 폐기</p>
<p>마. 농약잔류허용기준을 초과한 농산물 또는 식육을 원료로 사용한 것(축산물가공처리법 등 타법령의 규정에 의하여 농약에 대한 검사를 받아 합격한 것을 사용한 경우를 제외한다)</p>	<p>영업정지 1월과 당 해 음식물 폐기</p>	<p>영업정지 3월과 당 해 음식물 폐기</p>	<p>영업허가취 소 또는 영 업소폐쇄와 당해 음식 물 폐기</p>
<p>바. 아플라톡신잠정허용기준을 초과한 것을 원료로 사용한 것</p>	<p>영업정지 1월과 당 해 음식물 폐기 및 원료폐기</p>	<p>영업정지 3월과 당 해 음식물 폐기 및 원 료폐기</p>	<p>영업허가취 소 또는 영 업소폐쇄와 당해 음식 물 폐기 및 원료폐기</p>
<p>사. 마비성패독허용기준을 위반한 것</p>	<p>영업정지 1월과 당 해 음식물 폐기 및 원 료폐기</p>	<p>영업정지 3월과 당 해 음식물 폐기 및 원 료폐기</p>	<p>영업허가취 소 또는 영 업소폐쇄와 당해 음식 물폐기 및 원료폐기</p>

<p>아. 항생물질 등의 잔류허용기준(항생물질·합성항균제 또는 합성호르몬제)을 초과한 것을 원료로 사용한 것(축산물 가공처리법 등 타법령의 규정에 의한 검사를 받아 합격한 것을 원료로 사용한 경우를 제외한다)</p>	<p>영업정지 1월과 당해 음식물 폐기 및 원료폐기</p>	<p>영업정지 3월과 당해 음식물 폐기 및 원료폐기</p>	<p>영업허가 취소 또는 영업소 폐쇄와 당해 음식물 폐기 및 원료폐기</p>
<p>자. 식중독균 검출기준을 위반한 것</p>	<p>영업정지 1월과 당해 음식물 폐기 및 원료폐기</p>	<p>영업정지 3월과 당해 음식물 폐기 및 원료폐기</p>	<p>영업허가 취소 또는 영업소 폐쇄와 당해 음식물 폐기 및 원료폐기</p>
<p>차. 산가·과산화물가·대장균·대장균군 또는 일반세균시험에서 부적합하다고 판정된 것</p>	<p>영업정지 15일과 당해 음식물 폐기</p>	<p>영업정지 1월과 당해 음식물 폐기</p>	<p>영업정지 2월과 당해 음식물 폐기</p>
<p>카. 식품첨가물의 사용 및 허용기준을 위반한 것을 사용한 것</p>	<p>영업정지 1월과 당해 제품폐기</p>	<p>영업정지 2월과 당해 제품폐기</p>	<p>영업허가취소 또는 영업소폐쇄</p>
<p>(1) 허용외 식품첨가물을 사용한 것 또는 기준 및 규격이 정하여지지 아니한 첨가물을 사용한 것</p> <p>(2) 사용 또는 허용량 기준에 초과한 것으로서</p>			

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

(가) 30퍼센트 이상 초과한 것		영업정지 15일과 당 해 음식물 폐기	영업정지 1월과 당 해 음식물 폐기	영업정지 2월과 당 해 음식물 폐기
(나) 10퍼센트 이상 30퍼센트 미만 초과한 것		영업정지 7일과 당 해 음식물 폐기	영업정지 15일과 당 해 음식물 폐기	영업정지 1월과 당 해 음식물 폐기
(다) 10퍼센트 미만 초과한 것		시정명령	영업정지 7일	영업정지 15일
타. 식품별 개별기준 및 규격에 의한 주원료성분 배합기준(함량기준)을 위반한 것(휴게음식점영업에 한한다)		영업정지 7일과 당 해 음식물 폐기	영업정지 15일과 당 해 음식물 폐기	영업정지 1월과 당 해 음식물 폐기
파. 이물 등이 혼입된 것		시정명령	영업정지 7일	영업정지 15일
하. 식품조사처리기준을 위반한 것을 사용한 것		시정명령	영업정지 7일	영업정지 15일
거. 식품 등의 기준 및 규격중 원료의 구비요건이나 제조·가공기준을 위반한 것(제2호 내지 제4호의1에 해당하는 경우를 제외한다)		시정명령	영업정지 7일	영업정지 15일
너. 기타 가목 내지 거목 외의 사항이 위반된 것		시정명령	영업정지 5일	영업정지 10일
6. 법 제8조(유독기구 등의 판매·사용금지) 위반	법 제58조	시정명령	영업정지 15일	영업정지 1월
7. 법 제9조(기준과 규격) 위반	법 제55조 및 법 제58조	시정명령	영업정지 5일	영업정지 10일

<p>8. 법 제10조 및 법 제11조 위반</p> <p>가. 식품·식품첨가물(수입품 포함)에 대한 표시사항의 위반으로서</p> <p>(1) 표시사항 전부를 표시하지 아니한 것을 사용한 때</p> <p>(2) 한글표시를 하여야 하는 수입식품·식품첨가물에 한글표시를 하지 아니한 것을 사용한 때</p> <p>나. 식품·첨가물의 제조연월일 또는 유통기한을 표시하지 아니한 것을 사용한 때(제조연월일 또는 유통기한 표시대상 식품 등에 한함)</p> <p>다. 허위표시·과대광고와 관련한 사항으로서</p> <p>(1) 질병의 치료에 효능이 있다는 내용이나 의약품으로 혼동할 우려가 있는 내용의 표시나 광고를 한 때</p> <p>(2) 사행심을 조장하는 내용의 광고를 한 때</p>	<p>법 제58조</p>	<p>영업정지 1월과 당해 제품폐기</p>	<p>영업정지 2월과 당해 제품폐기</p>	<p>영업정지 3월과 당해 제품폐기</p>
<p>9. 법 제21조(시설기준) 및 법 제22조(영업의 허가 등) 위반</p>	<p>법 제55조, 법 제57조 및 법 제58조</p>	<p>영업정지 1월</p>	<p>영업정지 2월</p>	<p>영업정지 3월</p>

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

<p>가. 변경허가를 받지 아니하거나 변경신고를 하지 아니하고 영업소를 이전한 때</p>	<p>영업허가취소 또는 영업소 폐쇄</p>		
<p>나. 변경신고를 하지 아니한 경우로서</p>	<p>영업허가취소 또는 영업소 폐쇄</p>		
<p>(1) 영업시설의 전부를 철거한 때(시설없이 영업신고를 한 경우를 포함한다)</p>	<p>시설개수명령</p>	<p>영업정지 15일</p>	<p>영업정지 1월</p>
<p>(2) 영업시설의 일부를 철거한 때</p>	<p>영업정지 7일</p>	<p>영업정지 15일</p>	<p>영업정지 1월</p>
<p>다. 영업장의 면적을 변경하고 변경신고를 하지 아니한 때</p>	<p>&lt;삭제&gt;</p>		
<p>라. &lt;삭제&gt;</p>	<p>시설기준 위반사항으로</p>		
<p>(1) 유흥주점 외의 영업장에 무도장을 설치한 때</p>	<p>시설개수명령</p>	<p>영업정지 1월</p>	<p>영업정지 2월</p>
<p>(2) 일반음식점의 객실안에 무대장치, 음향 및 반주시설, 특수조명시설을 설치한 때</p>	<p>시설개수명령</p>	<p>영업정지 1월</p>	<p>영업정지 2월</p>
<p>(3) 음향 및 반주시설을 설치하는 영업자가 방음장치를 하지 아니한 때</p>	<p>시설개수명령</p>	<p>영업정지 15일</p>	<p>영업정지 1월</p>
<p>바. 법 제22조제3항의 규정에 의한 영업의 허가</p>	<p>영업정지 1월</p>	<p>영업정지 2월</p>	<p>영업정지 3월</p>

조건을 위반한 때 사. 시설기준에 의한 냉장·냉동시설이 없는 때 또는 냉장·냉동시설을 가동하지 아니한 때		영업정지 15일	영업정지 1월	영업정지 2월
아. 급수시설기준을 위반한 때(수질검사결과 부적합판정을 받은 경우를 포함한다)		시설개수명령	영업정지 1월	영업정지 3월
자. <삭제>				
차. 기타 가목 내지 자목 외의 허가 또는 신고사항을 위반한 경우로서 (1) 시설기준에 위반된 때 (2) 기타 사항을 위반한 때		시설개수명령 시정명령	영업정지 15일 영업정지 7일	영업정지 1월 영업정지 15일
10. 법 제25조의 규정에 의한 영업의 승계신고를 하지 아니한 때	법 제55조 및 법 제58조	시정명령	영업정지 7일	영업정지 15일
11. 및 12. <삭제>				
13. 법 제30조(영업행위 등 제한) 위반 가. 영업시간제한을 위반하여 영업한 때 나. 영업행위제한을 위반하여 영업한 때	법 제55조 및 법 제58조	영업정지 15일 시정명령	영업정지 1월 영업정지 15일	영업정지 2월 영업정지 1월
14. 법 제31조제1항 위반	법 제55조 및 법 제58조			

<p>가. 식품접객영업자의 준수사항(별표 13 제5호 자목·어목 및 별도의 개별처분기준이 있는 경우를 제외한다)의 위반으로서</p> <p>(1) 별표 13 제5호 타목 (1) 위반</p> <p>(2) 별표 13 제5호 다목·타목(5) 또는 저목 위반</p> <p>(3) 별표 13 제5호 타목 (2)·더목 또는 처목 위반</p> <p>(4) 별표 13 제5호 나목·카목, 타목(3)·(4), 너목 또는 커목 위반</p> <p>(5) 별표 13 제5호러목 위반</p> <p>(가) 수질검사를 검사기간내에 하지 아니한 때</p> <p>(나) 부적합판정된 물을 계속 사용한 때</p> <p>나. 위탁급식업영업자의 준수사항(별도의 개별처분기준이 있는 경우를 제외한다)의 위반으로서</p>	<p>영업정지 1월</p> <p>영업정지 2월</p> <p>영업정지 2월</p> <p>영업정지 1월</p> <p>영업정지 15일</p> <p>영업정지 15일</p> <p>영업정지 1월</p>	<p>영업정지 2월</p> <p>영업정지 3월</p> <p>영업정지 2월</p> <p>영업정지 1월</p> <p>영업정지 1월</p> <p>영업정지 3월</p> <p>영업정지 1월</p>	<p>영업허가취소 또는 영업소폐쇄</p> <p>영업허가취소 또는 영업소폐쇄</p> <p>영업허가취소 또는 영업소폐쇄</p> <p>영업정지 3월</p> <p>영업정지 2월</p> <p>영업허가취소 또는 영업소폐쇄</p>
--	--	--	---



(1) 별표 13 제6호 가 목·다목·라목 또는 차목 위반	영업정지 15일	영업정지 1월	영업정지 2월
(2) 별표 13 제6호 아목 위반	영업정지 7일	영업정지 15일	영업정지 1월
(3) 별표 13 제6호 마목 위반			
(가) 수질검사를 검사 기간내에 하지 아 니한 때	영업정지 15일	영업정지 1월	영업정지 3월
(나) 부적합판정된 물 을 계속 사용한 때	영업정지 1월	영업정지 3월	영업허가 취소 또는 영업소폐쇄
(4) (1) 내지 (3)을 제외 한 준수사항 위반	시정명령	영업정지 7일	영업정지 15일
15. 법 제31조(영업자 등의 준수사항)제2항 위반사항	법 제58조		
가. 청소년을 유흥접객원 으로 고용하여 유흥행 위를 하게 하는 행위	영업허가취 소 또는 영 업소폐쇄		
나. 청소년유해업소에 청 소년을 고용하는 행위	영업정지 3월	영업허가취 소 또는 영 업소폐쇄	
다. 청소년유해업소에 청 소년을 출입하게 하는 행위	영업정지 1월	영업정지 2월	영업정지 3월
라. 청소년에게 주류를 제 공하는 행위	영업정지 2월	영업정지 3월	영업허가취 소 또는 영 업소폐쇄

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

16. 법 제34조(조리사) 또는 법 제35조(영양사)를 위반하여 조리사 또는 영양사를 두지 아니한 때	법 제55조 및 법 제58조	시정명령	영업정지 7일	영업정지 15일
17. 법 제40조의 규정에 의한 교육을 받지 아니한 조리사 또는 영양사를 종사시킨 때	법 제55조 및 법 제58조	시정명령	영업정지 5일	영업정지 10일
18. 영업정지처분기간 중에 영업을 한 때	법 제58조	영업허가취소 또는 영업소폐쇄		
19. 기타 제2호 내지 제17호를 제외한 법 위반(별표 13 제5호 자목·어목을 제외한다)	법 제55조 및 제58조	시정명령	영업정지 7일	영업정지 15일
4. 조리사 또는 영양사				
위 반 사 항	근거법령	행 정 처 분 기 준		
		1차위반	2차위반	3차위반
1. 조리사 또는 영양사가 법 제38조제1호 내지 제3호의 1에 해당하게 된 때	법 제63조	면허취소		
2. 조리사 또는 영양사가 식중독 기타 위생상 중대한 사고를 발생하게 한 때	법 제63조	업무정지 1월	업무정지 2월	면허취소
3. 조리사 또는 영양사가 타인에게 면허를 대여하여 이를 사용하게 한 때	법 제63조	업무정지 2월	업무정지 3월	면허취소
4. 조리사 또는 영양사가 법 제40조의 규정에 의한 교	법 제63조	업무정지 1월	업무정지 2월	업무정지 3월

육을 받지 아니한 때 5. 조리사 또는 영양사가 업무정지기간 중에 조리사 또는 영양사의 업무를 한 때	법 제63조	면허취소		
6. 조리사 또는 영양사가 기타 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때	법 제55조 및 제63조	시정명령	업무정지 15일	업무정지 1월

### III. 과징금제외대상

1. 식품제조·가공업 등(유통전문판매업 및 식품등수입판매업을 제외한다)
  - 가. 제2호 각 목의 어느 하나에 해당하는 때
  - 나. 제5호 나목 재지 사목, 자목, 카목(1)·카목(2)(가), 타목 또는 거목(1)·(2)에 해당하는 때
  - 다. 제8호 타목(1)에 해당하는 때
  - 라. 1차 위반행위가 영업정지 1월 이상에 해당하는 경우로서 2차 위반사항에 해당하는 때
  - 마. 3차 위반사항에 해당하는 때
  - 바. 과징금을 체납중인 때
2. 식품판매업 등
  - 가. 제2호 가목·마목 또는 바목에 해당하는 때
  - 나. 제5호 가목에 해당하는 때
  - 다. 제8호 라목(1)에 해당하는 때
  - 라. 1차 위반행위가 영업정지 1월 이상에 해당하는 경우로서 2차 위반사항에 해당하는 때
  - 마. 3차 위반사항에 해당하는 때
  - 바. 과징금을 체납중인 때
3. 식품접객업
  - 가. 제2호 가목·나목 또는 마목에 해당하는 때
  - 나. 제9호 바목에 해당하는 때
  - 다. 제14호 가목(1)중 별표 13 제5호 타목(1)에 해당하는 때
  - 라. 제15호 나목·다목 및 라목에 해당하는 때
  - 마. 3차 위반사항에 해당하는 때
  - 바. 과징금을 체납중인 때

## Ⅱ. 공중위생관리법상의 제재적 행정처분의 유형과 행정처분기준

### 1. 제재적 행정처분의 근거규정

제 7 조 (이용사 및 미용사의 면허취소 등) ①시장·군수·구청장은 이용사 또는 미용사가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 그 면허를 취소하거나 6월 이내의 기간을 정하여 그 면허의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제 2 호에 해당하는 경우에는 그 면허를 취소하여야 한다. <개정 2005·3·31 법7455>

1. 이 법 또는 이 법의 규정에 의한 명령에 위반한 때
2. 제 6 조제 2 항제 1 호 내지 제 4 호에 해당하게 된 때
3. 면허증을 다른 사람에게 대여한 때

②제 1 항의 규정에 의한 면허취소·정지처분의 세부적인 기준은 그 처분의 사유와 위반의 정도 등을 감안하여 보건복지부령으로 정한다.

제11조 (공중위생영업소의 폐쇄 등) ①시장·군수·구청장은 공중위생영업자가 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반하거나 또는 풍속영업의규제에관한법률·청소년보호법·의료법에 위반하여 관계 행정기관의 장의 요청이 있는 때에는 6월 이내의 기간을 정하여 영업의 정지 또는 일부 시설의 사용중지를 명하거나 영업소폐쇄 등을 명할 수 있다. 다만, 관광숙박업의 경우에는 당해 관광숙박업의 관할 행정기관의 장과 미리 협의하여야 한다. <개정 2002·8·26>

②제 1 항의 규정에 의한 영업의 정지, 일부 시설의 사용중지와 영업소폐쇄명령등의 세부적인 기준은 보건복지부령으로 정한다.

제19조 (행정처분기준) 법 제 7 조제 2 항 및 법 제11조제 2 항의 규정에 의한 행정처분의 기준은 별표 7과 같다.

## 2. 시행규칙상의 처분기준

### (별표7) 행정처분기준(제19조관련)

#### I. 일반기준

1. 위반행위가 2 이상인 경우로서 그에 해당하는 각각의 처분기준이 다른 경우에는 그 중 중한 처분기준에 의하되, 2 이상의 처분기준이 영업정지에 해당하는 경우에는 가장 중한 정지처분기간에 나머지 각각의 정지처분기간의 2분의 1을 더하여 처분한다.
2. 위반행위의 차수에 따른 행정처분기준은 최근 1년간 같은 위반행위로 행정처분을 받은 경우에 이를 적용한다. 이때 그 기준적용일은 동일 위반사항에 대한 행정처분일과 그 처분후의 재적발일(수거검사에 의한 경우에는 검사결과를 처분청이 접수한 날)을 기준으로 한다.
3. 행정처분권자는 위반사항의 내용으로 보아 그 위반정도가 경미하거나 해당위반사항에 관하여 검사로부터 기소유예의 처분을 받거나 법원으로부터 선고유예의 판결을 받은 때에는 II. 개별기준에 불구하고 그 처분기준을 다음의 구분에 따라 경감할 수 있다.
  - 가. 영업정지의 경우에는 그 처분기준 일수의 2분의 1의 범위 안에서 경감할 수 있다.
  - 나. 영업장폐쇄의 경우에는 3월 이상의 영업정지처분으로 경감할 수 있다.

#### II. 개별기준

##### 1. 숙박업

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

위 반 사 항	관련법규	행 정 처 분 기 준			
		1차 위반	2차 위반	3차 위반	4차 위반
1. 법 또는 법에 의한 명령에 위반한 때	법 제11조 제 1 항				
가. 시설 및 설비기준을 위반한 때	법 제 3 조 제 1 항	개선명령	영업정지 15일	영업정지 1월	영 업 장 폐쇄명령
나. 신고를 하지 아니하고 영업소의 명칭 및 상호 또는 영업장 면적의 3분의 1 이상을 변경한 때	법 제 3 조 제 1 항	경고 또는 개선명령	영업정지 15일	영업정지 1월	영 업 장 폐쇄명령
다. 신고를 하지 아니하고 영업소의 소재지를 변경한 때	법 제 3 조 제 1 항	영 업 장 폐쇄명령			
라. 영업자의 지위를 승계한 후 1월 이내에 신고하지 아니한 때	법 제 3 조 의2제 4 항	개선명령	영업정지 10일	영업정지 1월	영 업 장 폐쇄명령
마. 공중위생영업자가 준수하여야 하는 위생관리기준 등을 위반한 때	법 제 4 조 제 7 항				
(1) 객실 및 침구 등의 청결을 유지하지 아니하거나 욕실 등의 위생관리를 준수하지 아니한 때		경 고	영업정지 5일	영업정지 10일	영 업 장 폐쇄명령
(2) 환기 또는 조명이 불량한 때		개선명령	영업정지 5일	영업정지 10일	영 업 장 폐쇄명령
(3) 업소내에 숙박업신고증을 게시하지 아니하거나接客대에 숙박요금표를 게시하지 아니한 때		경고 또는 개선명령	영업정지 5일	영업정지 10일	영 업 장 폐쇄명령
(4) 출입·검사 등의 기록부를 영업소 안에 비치하지 아니한 때		경 고	영업정지 5일	영업정지 10일	영 업 장 폐쇄명령
바. 보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 하도록 한 필요한 보고	법 제 9 조 제 1 항	영업정지 10일	영업정지 20일	영업정지 1월	영 업 장 폐쇄명령

<p>를 하지 아니하거나 거짓으로 보고한 때 또는 관계공무원의 출입·검사를 거부·기피하거나 방해한 때</p> <p>사. 보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장의 개선명령을 이행하지 아니한 때</p>	법 제10조	경 고	영업정지 10일	영업정지 1월	영 업 장 폐쇄명령
<p>아. 영업정지처분을 받고 그 영업정지기간 중에 영업을 한 때</p>	법 제11조 제 1 항	영 업 장 폐쇄명령			
<p>자. 위생교육을 받지 아니한 때</p>	법 제17조	경 고	영업정지 5일	영업정지 10일	영 업 장 폐쇄명령
<p>2. 풍속영업의규제에관한법률·청소년보호법·의료법에 위반하여 관계행정기관의 장의 요청이 있는 때</p> <p>가. 업소에서 음란한 문서·도서·영화·음반·비디오물 그 밖에 물건(이하 “음란한 물건”이라 한다)을 반포·판매·대여하거나 이를 하게 하는 행위와 음란한 물건을 관람·열람하게 하는 행위 및 반포·판매·대여·관람·열람의 목적으로 음란한 물건을 진열 또는 보관한 때</p> <p>나. 숙박자에게 윤락행위 또는 음란행위를 하게 하거나 이를 알선 또는 제공한 때</p> <p>다. 숙박자에게 도박 그 밖에 사행행위를 하게 한 때</p> <p>라. 청소년에 대하여 이성혼숙을 하게 하는 등 풍기를 문란하게 하는 영업행위를</p>	법 제11조 제 1 항		영업정지 2월	영업정지 3월	영 업 장 폐쇄명령
			영업정지 2월	영업정지 3월	영 업 장 폐쇄명령
			영업정지 1월	영업정지 2월	영 업 장 폐쇄명령
			영업정지 2월	영업정지 3월	영 업 장 폐쇄명령

하거나 그를 목적으로 장소를 제공한 때 마. 무자격안마사로 하여금 안마사의 업무에 관한 행위를 하게 한 때		영업정지 1월	영업정지 2월	영업장 폐쇄명령	
--	--	------------	------------	-------------	--

2. 목욕장업

위 반 사 항	관련법규	행 정 처 분 기 준			
		1차 위반	2차 위반	3차 위반	4차 위반
1. 법 또는 법에 의한 명령에 위반한 때	법 제11조 제 1 항				
가. 시설 및 설비기준을 위반한 때	법 제 3 조 제 1 항	개선명령	영업정지 15일	영업정지 1월	영 업 장 폐쇄명령
나. 신고를 하지 아니하고 영업소의 명칭 및 상호 또는 영업장 면적의 3분의 1 이상을 변경한 때	법 제 3 조 제 1 항	경고 또는 개선명령	영업정지 15일	영업정지 1월	영 업 장 폐쇄명령
다. 신고를 하지 아니하고 영업소의 소재지를 변경한 때	법 제 3 조 제 1 항	영 업 장 폐쇄명령			
라. 영업자의 지위를 승계한 후 1월 이내에 신고하지 아니한 때	법 제 3 조 의2제 4 항	개선명령	영업정지 10일	영업정지 1월	영 업 장 폐쇄명령
마. 욕수의 수질기준에 적합하게 욕수를 유지하지 아니한 때	법 제 4 조 제 2 항	개선명령	영업정지 10일	영업정지 15일	영 업 장 폐쇄명령
바. 공중위생영업자가 준수하여야 하는 위생관리 기준 등을 위반한 때	법 제 4 조 제 1 항, 제 2 항 및 제 7 항	경 고	영업정지 5일	영업정지 10일	영 업 장 폐쇄명령
(1) 목욕실 등의 청결을 유지하지 아니한 때		개선명령	영업정지 5일	영업정지 10일	영 업 장 폐쇄명령
(2) 발한실의 안전관리를 하지 아니한 때 또는 조명기준을 준수하지 아니한 때		경 고	영업정지 10일	영업정지 10일	영 업 장 폐쇄명령
(3) 전염성질환자 또는 목욕에 방해가 될 우려					



가 있는 자, 음주 등으로 목욕이 곤란하다고 인정되는 자를 출입시킨 때					
(4) 목욕실 및 탈의실내에만 5세 이상의 남녀를 함께 입장시킨 때	경 고	영업정지 5일	영업정지 10일	영 업 장 폐쇄명령	
(5) 목욕실·탈의실 및 발한실에 이성의 종사자를 둔 때	영업정지 1월	영업정지 2월	영 업 장 폐쇄명령		
(6) 목욕실·탈의실 및 발한실에 이성의 입욕보조자를 둔 때	영 업 장 폐쇄명령				
(7) 목욕장업신고증 및 목욕요금표를 게시하지 아니한 때	경고 또는 개선명령	영업정지 5일	영업정지 10일	영 업 장 폐쇄명령	
(8) 숙박을 목적으로 침구류 등을 비치한 때	경고 또는 개선명령	영업정지 10일	영업정지 1월	영 업 장 폐쇄명령	
(9) 발한실의 실내가 보이지 아니하거나 밀실 등의 형태로 구획한 때	개선명령	영업정지 10일	영업정지 1월	영 업 장 폐쇄명령	
(10) 목욕장 안 먹는물의 수질기준을 위반한 때	개선명령	영업정지 5일	영업정지 10일	영 업 장 폐쇄명령	
(11) 22:00 이후부터 05:00까지 청소년을 출입시킨 때	경 고	영업정지 10일	영업정지 1월	영 업 장 폐쇄명령	
(12) 신고된 명칭(상호) 및 영업 종류의 표시 외에 다른 업종으로 오인할 우려가 있는 표시를 한 때	개선명령	영업정지 1월	영업정지 3월	영 업 장 폐쇄명령	
(13) 영업소 안에 출입·검사 등의 기록부를 비치하지 아니한 때	경 고	영업정지 5일	영업정지 10일	영 업 장 폐쇄명령	
사. 보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 하도록 한 필요한 보고를 하지 아니하거나 거짓으로 보고	법 제 9 조 제 1 항	영업정지 10일	영업정지 20일	영 업 장 폐쇄명령	

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

한 때 또는 관계공무원의 출입·검사를 거부·기피하거나 방해한 때	법 제10조	경 고	영업정지 10일	영업정지 1월	영 업 장 폐쇄명령
	법 제11조 제 1 항	영 업 장 폐쇄명령			
아. 보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장의 개선명령을 이행하지 아니한 때	법 제17조	경 고	영업정지 5일	영업정지 10일	영 업 장 폐쇄명령
자. 영업정지처분을 받고 그 영업정지기간중 영업을 한 때	법 제11조 제 1 항		영업정지 2월	영 업 장 폐쇄명령	
차. 위생교육을 받지 아니한 때	법 제11조 제 1 항		영업정지 1월	영 업 장 폐쇄명령	
2. 풍속영업의규제에 관한 법률·의료법에 위반하여 관계행정기관의 장의 요청이 있는 때			영업정지 1월	영 업 장 폐쇄명령	
가. 손님에게 윤락행위 또는 음란행위를 하게 하거나 이를 알선 또는 제공한 때			영업정지 1월	영 업 장 폐쇄명령	
나. 손님에게 도박 그 밖에 사행행위를 하게 한 때			영업정지 15일	영 업 장 폐쇄명령	
다. 음란한 물건을 관람·열람하게 하거나 진열 또는 보관한 때			영업정지 1월	영 업 장 폐쇄명령	
라. 무자격안마사로 하여금 안마사의 업무에 관한 행위를 하게 한 때			영업정지 2월	영 업 장 폐쇄명령	

3. 이용업

위 반 사 항	관련법규	행 정 처 분 기 준			
		1차 위반	2차 위반	3차 위반	4차 위반
1. 이용사의 면허에 관한 규정을 위반한 때	법 제 7 조 제 1 항				
가. 국가기술자격법에 따라 이용사자격이 취소된 때		면허취소			
나. 국가기술자격법에 따라		면허정지			

<p>이용사자격정지처분을 받은 때</p> <p>다. 법 제 6 조제 2 항제 1 호 내지 제 4 호의 결격사유에 해당하는 때</p> <p>라. 이중으로 면허를 취득한 때</p> <p>마. 면허증을 다른 사람에게 대여한 때</p> <p>바. 면허정지처분을 받고 그 정지기간중 업무를 행한 때</p> <p>2. 법 또는 법에 의한 명령에 위반한 때</p> <p>가. 시설 및 설비기준을 위반한 때</p> <p>(1) 응접장소와 작업장소 또는 의자와 의자를 구획하는 커튼·칸막이 그 밖에 이와 유사한 장애물을 설치한 때</p> <p>(2) 이용업소안에 별실 그 밖에 이와 유사한 시설을 설치한 때</p> <p>(3) 그 밖에 시설 및 설비가 기준에 미달한 때</p> <p>나. 신고를 하지 아니하고 영업소의 명칭, 상호 및 영업장 면적의 3분의 1 이상을 변경한 때</p> <p>다. 신고를 하지 아니하고 영업소의 소재지를 변경한 때</p> <p>라. 영업자의 지위를 승계한 후 1월 이내에 신고하지 아니한 때</p> <p>마. 소독을 한 기구와 소독을 하지 아니한 기구를 각각 다른 용기에 넣어 보관</p>	<p>법 제11조 제 1 항</p> <p>법 제 3 조 제 1 항</p> <p>법 제 3 조 제 1 항</p> <p>법 제 3 조 제 1 항</p> <p>법 제 3 조 제 1 항</p> <p>법 제 3 조 제 2 제 4 항</p> <p>법 제 4 조 제 3 항</p>	면허취소			
		면허취소	(국가기술자격법에 의한 자격정지처분기간에 한한다)		
		면허정지 3월	면허정지 6월	면허취소	
		면허취소	(나중에 발급받은 면허를 말한다)		
		개선명령	영업정지 15일	영업정지 1월	영업장 폐쇄명령
		영업정지 1월	영업정지 2월	영업장 폐쇄명령	
		개선명령	영업정지 15일	영업정지 1월	영업장 폐쇄명령
		경고 또는 개선명령	영업정지 15일	영업정지 1월	영업장 폐쇄명령
		영업장 폐쇄명령	영업정지 10일	영업정지 1월	영업장 폐쇄명령
		경고	영업정지 5일	영업정지 10일	영업장 폐쇄명령

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

<p>하지 아니하거나 1회용 면도날을 2인 이상의 손님에게 사용한 때</p> <p>바. 공중위생영업자의 위생 관리의무 등을 위반한 때</p> <p>(1) 이용업신고증, 면허증원본 및 이용요금표를 게시하지 아니하거나 업소내 조명도를 준수하지 아니한 때</p> <p>(2) 영업소안에 출입·검사 등의 기록부를 비치하지 아니한 때</p> <p>사. 영업소외의 장소에서 업무를 행한 때</p> <p>아. 보건복지부장관, 시·도지사, 시장·군수·구청장이 하도록 한 필요한 보고를 하지 아니하거나 거짓으로 보고한 때 또는 관계공무원의 출입·검사를 거부·기피하거나 방해한 때</p> <p>자. 보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장의 개선명령을 이행하지 아니한 때</p> <p>차. 영업정지처분을 받고 그 영업정지기간중 영업을 한 때</p> <p>카. 위생교육을 받지 아니한 때</p> <p>3. 풍속영업의 규제에 관한 법률·의료법에 위반하여 관계행정기관의 장의 요청이 있는 때</p> <p>가. 손님에게 윤락행위 또는 음란행위를 하게 하거나 이를 알선 또는 제공한 때</p>	<p>법 제 4 조 제 3 항 및 제 7 항</p> <p>법 제 8 조 제 2 항</p> <p>법 제 9 조 제 1 항</p> <p>법 제 10 조</p> <p>법 제 11 조 제 1 항</p> <p>법 제 17 조</p> <p>법 제 11 조 제 1 항</p>	<p>경고 또는 개선명령</p> <p>경 고</p> <p>영업정지 1월</p> <p>영업정지 10일</p> <p>경 고</p> <p>영 업 장 폐쇄명령</p> <p>경 고</p> <p>영 업 장 폐쇄명령</p>	<p>영업정지 5일</p> <p>영업정지 5일</p> <p>영업정지 2월</p> <p>영업정지 20일</p> <p>영업정지 10일</p> <p>영업정지 5일</p> <p>영업정지 5일</p>	<p>영업정지 10일</p> <p>영업정지 10일</p> <p>영 업 장 폐쇄명령</p> <p>영업정지 1월</p> <p>영업정지 1월</p> <p>영업정지 10일</p> <p>영업정지 10일</p>	<p>영 업 장 폐쇄명령</p> <p>영 업 장 폐쇄명령</p> <p>영 업 장 폐쇄명령</p> <p>영 업 장 폐쇄명령</p> <p>영 업 장 폐쇄명령</p> <p>영 업 장 폐쇄명령</p>
---	--	---	--	---	---

(1) 영업소  (2) 이용사(업주)  나. 손님에게 도박 그 밖에 사행행위를 하게 한 때 다. 음란한 물건을 관람·열람하게 하거나 진열 또는 보관한 때 라. 무자격안마사로 하여금 안마사의 업무에 관한 행위를 하게 한 때	영업정지 2월	영업정지 3월	영 업 장 폐쇄명령	영 업 장 폐쇄명령
	면허정지 2월	면허정지 3월	면허취소	
	영업정지 1월	영업정지 2월	영 업 장 폐쇄명령	
	개선명령	영업정지 15일	영업정지 1월	
	영업정지 1월	영업정지 2월	영 업 장 폐쇄명령	

4. 미용업

위 반 사 항	관련법규	행 정 처 분 기 준				
		1차 위반	2차 위반	3차 위반	4차 위반	
1. 미용사의 면허에 관한 규정을 위반한 때 가. 국가기술자격법에 따라 미용사자격이 취소된 때 나. 국가기술자격법에 따라 미용사자격정지처분을 받은 때 다. 법 제 6 조제 2 항제 1 호 내지 제 4 호의 결격사유에 해당하는 때 라. 이증으로 면허를 취득한 때 마. 면허증을 다른 사람에게 대여한 때 바. 면허정지처분을 받고 그 정지기간중 업무를 행한 때	법 제 7 조 제 1 항	면허취소				
		면허정지				
		면허취소	(국가기술자격법에 의한 자격정지처분기간에 한한다)			
		면허취소				
		면허정지 3월	면허정지 6월	면허취소		
		면허취소	(나중에 발급받은 면허를 말한다)			
2. 법 또는 법에 의한 명령에 위반한 때 가. 시설 및 설비기준을 위반한 때	법 제 11 조 제 1 항  법 제 3 조 제 1 항					

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

(1) 응접장소와 작업장소 또는 의자와 의자를 구획하는 커튼·칸막이 그 밖에 이와 유사한 장애물을 설치한 때		개선명령	영업정지 15일	영업정지 1월	영 업 장 폐쇄명령
(2) 미용업소안에 별실 그 밖에 이와 유사한 시설을 설치한 때		영업정지 1월	영업정지 2월	영 업 장 폐쇄명령	
(3) 그 밖에 시설 및 설비가 기준에 미달한 때		개선명령	영업정지 15일	영업정지 1월	영 업 장 폐쇄명령
나. 신고를 하지 아니하고 영업소의 명칭 및 상호 또는 영업장 면적의 3분의 1 이상을 변경한 때	법 제 3 조 제 1 항	경고 또는 개선명령	영업정지 15일	영업정지 1월	영 업 장 폐쇄명령
다. 신고를 하지 아니하고 영업소의 소재지를 변경한 때	법 제 3 조 제 1 항	영 업 장 폐쇄명령			
라. 영업자의 지위를 승계한 후 1월 이내에 신고하지 아니한 때	법 제 3 조 의 2 제 4 항	개선명령	영업정지 10일	영업정지 1월	영 업 장 폐쇄명령
마. 소독을 한 기구와 소독을 하지 아니한 기구를 각각 다른 용기에 넣어 보관하지 아니하거나 1회용 면도날을 2인 이상의 손님에게 사용한 때	법 제 4 조 제 4 항	경 고	영업정지 5일	영업정지 10일	영 업 장 폐쇄명령
바. 피부미용을 위하여 약사법 규정에 의한 의약품 또는 의료용구를 사용하거나 보관하고 있는 때	법 제 4 조 제 7 항	영업정지 2월	영업정지 3월	영 업 장 폐쇄명령	
사. 공중위생영업자의 위생관리의무 등을 위반한 때	법 제 4 조 제 4 항 및 제 7 항				
(1) 점빼기·꿇볼뚫기·쌍꺼풀수술·문신·박피술 그 밖에 이와 유사한 의료행위를 한 때		영업정지 2월	영업정지 3월	영 업 장 폐쇄명령	
(2) 미용업신고증, 면허증 원본 및 미용요금표를		경고또는 개선명령	영업정지 5일	영업정지 10일	영 업 장 폐쇄명령

<p>게시하지 아니하거나 업소내 조명도를 준수하지 아니한 때</p> <p>(3) 영업소안에 출입·검사 등의 기록부를 비치하지 아니한 때</p> <p>아. 영업소외의 장소에서 업무를 행한 때</p> <p>자. 보건복지부장관, 시·도지사, 시장·군수·구청장이 하도록 한 필요한 보고를 하지 아니하거나 거짓으로 보고한 때 또는 관계공무원의 출입·검사를 거부·기피하거나 방해한 때</p> <p>차. 보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장의 개선명령을 이행하지 아니한 때</p> <p>카. 영업정지처분을 받고 그 영업정지기간중 영업을 한 때</p> <p>타. 위생교육을 받지 아니한 때</p> <p>3. 풍속영업의규제에관한법률·의료법에 위반하여 관계행정기관의 장의 요청이 있는 때</p> <p>가. 손님에게 윤락행위 또는 음란행위를 하게 하거나 이를 알선 또는 제공한 때</p> <p>(1) 영업소</p> <p>(2) 미용사(업주)</p> <p>나. 손님에게 도박 그 밖에 사행행위를 하게 한 때</p> <p>다. 음란한 물건을 관람·열람하게 하거나 진열 또는 보관한 때</p>	<p>법 제 8 조 제 2 항</p> <p>법 제 9 조 제 1 항</p> <p>법 제 10 조</p> <p>법 제 11 조 제 1 항</p> <p>법 제 17 조</p> <p>법 제 11 조 제 1 항</p>	<p>경 고</p> <p>영업정지 1월</p> <p>영업정지 10일</p> <p>경 고</p> <p>영업정지 10일</p> <p>경 고</p> <p>영업정지 2월</p> <p>면허정지 2월</p> <p>영업정지 1월</p> <p>개선명령</p>	<p>영업정지 5일</p> <p>영업정지 2월</p> <p>영업정지 20일</p> <p>영업정지 10일</p> <p>영업정지 5일</p> <p>영업정지 3월</p> <p>면허정지 3월</p> <p>영업정지 2월</p> <p>영업정지 15일</p>	<p>영업정지 10일</p> <p>영업정지 1월</p> <p>영업정지 1월</p> <p>영업정지 10일</p> <p>면허취소</p> <p>영업정지 1월</p>	<p>영업장폐쇄명령</p> <p>영업장폐쇄명령</p> <p>영업장폐쇄명령</p> <p>영업장폐쇄명령</p> <p>영업장폐쇄명령</p>
--	---	--	---	--	--

라. 무자격안마사로 하여금 안마사의 업무에 관한 행위를 하게 한 때	영업정지 1월	영업정지 2월	영 업 장 폐쇄명령	
---------------------------------------	---------	---------	------------	--

5. 세탁업

위 반 사 항	관련법규	행 정 처 분 기 준			
		1차 위반	2차 위반	3차 위반	4차 위반
법 또는 법에 의한 명령에 위반한 때	법 제11조 제1항				
1. 시설 및 설비기준을 위반한 때	법 제3조 제1항	개선명령	영업정지 15일	영업정지 1월	영 업 장 폐쇄명령
2. 신고를 하지 아니하고 영업소의 명칭 및 상호 또는 영업장 면적의 3분의 1 이상을 변경한 때	법 제3조 제1항	경고 또는 개선명령	영업정지 15일	영업정지 1월	영 업 장 폐쇄명령
3. 신고를 하지 아니하고 영업소의 소재지를 변경한 때	법 제3조 제1항	영 업 장 폐쇄명령			
4. 영업자의 지위를 승계한 후 1월 이내에 신고하지 아니한 때	법 제3조 제2제4항	개선명령	영업정지 10일	영업정지 1월	영 업 장 폐쇄명령
5. 세제를 사용하는 세탁용 기계의 안전관리를 위하여 밀폐형이나 용제회수기가 부착된 세탁용기계 또는 회수건조기가 부착된 세탁용기계를 사용하지 아니한 때	법 제4조 제5항	개선명령	영업정지 5일	영업정지 10일	영 업 장 폐쇄명령
6. 공중위생영업자가 준수하여야 하는 위생관리기준 등을 위반한 때	법 제4조 제5항 및 제7항				
가. 드라이크리닝용 세탁기의 유기용제 누출 및 세탁물에 사용된 세제·유기용제 또는 얼룩제거 약제가 남거나, 찌미나 곰팡이 등이 생성된 때		경 고	영업정지 5일	영업정지 10일	영 업 장 폐쇄명령
나. 영업소안에 출입·검사 등의 기록부를 비치하지		경 고	영업정지 5일	영업정지 10일	영 업 장 폐쇄명령



아니한 때					
7. 보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 하도록 한 필요한 보고를 하지 아니하거나 거짓으로 보고한 때 또는 관계공무원의 출입·검사를 거부·기피하거나 방해한 때	법 제9조 제1항	영업정지 10일	영업정지 20일	영업정지 1월	영 업 장 폐쇄명령
8. 보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장의 개선명령을 이행하지 아니한 때	법 제10조	경 고	영업정지 10일	영업정지 1월	영 업 장 폐쇄명령
9. 영업정지처분을 받고 그 영업정지기간중 영업을 한 때	법 제11조 제1항	영 업 장 폐쇄명령			
10. 위생교육을 받지 아니한 때	법 제17조	경 고	영업정지 5일	영업정지 10일	영 업 장 폐쇄명령

6. 위생관리용역업

위 반 사 항	관련법규	행 정 처 분 기 준			
		1차 위반	2차 위반	3차 위반	4차 위반
법 또는 법에 의한 명령에 위반한 때	법 제11조 제1항				
1. 시설 및 설비기준을 위반한 때	법 제3조 제1항	개선명령	영업정지 15일	영업정지 1월	영 업 장 폐쇄명령
2. 신고를 하지 아니하고 영업소의 명칭 및 상호 또는 영업장 면적의 3분의 1 이상을 변경한 때	법 제3조 제1항	경고 또는 개선명령	영업정지 15일	영업정지 1월	영 업 장 폐쇄명령
3. 신고를 하지 아니하고 영업소의 소재지를 변경한 때	법 제3조 제1항	영 업 장 폐쇄명령			
5. 영업자의 지위를 승계한 후 1월 이내에 신고하지 아니한 때	법 제3조 의2제4항	개선명령	영업정지 10일	영업정지 1월	영 업 장 폐쇄명령
6. 공중위생영업자가 준수하여야 하는 위생관리기준 등을 위반한 때	법 제4조 제6항 및 제7항				
가. 유기용제를 사용하여 작		경 고	영업정지	영업정지	영 업 장

업하는 경우에 지켜야 할 준수사항 및 종사자에 대한 안전사고 예방을 위한 준수사항을 위반한 때			5일	10일	폐쇄명령
나. 영업소안에 출입·검사 등의 기록부를 비치하지 아니한 때		경 고	영업정지 5일	영업정지 10일	영 업 장 폐쇄명령
7. 보건복지부장관, 시·도지사, 시장·군수·구청장이 하도록 한 필요한 보고를 하지 아니하거나 거짓으로 보고한 때 또는 관계공무원의 출입·검사를 거부·기피하거나 방해한 때	법 제9조 제1항	영업정지 10일	영업정지 20일	영업정지 1월	영 업 장 폐쇄명령
8. 보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장의 개선명령을 이행하지 아니한 때	법 제10조	경 고	영업정지 10일	영업정지 1월	영 업 장 폐쇄명령
9. 영업정지처분을 받고 그 영업정지기간중 영업을 한 때	법 제11조 제1항	영 업 장 폐쇄명령			
10. 위생교육을 받지 아니한 때	법 제17조	경 고	영업정지 5일	영업정지 10일	영 업 장 폐쇄명령

## 제 5 절 제재적 처분으로서의 과징금부과기준

### I. 의 의

과징금은 보통 부당이득환수제도로써 규정한 형태와 영업정지처분에 갈음하여 규정한 형태의 2가지 유형으로 나눈다. 부당이득환수제도로써의 과징금유형은 위반행위로 인하여 얻은 불법적인 이익을 박탈하기 위해 그 이익에 따라 과하는 일종의 행정제재금 부과제도로써 1980년에 『독점규제 및 공정거래에 관한 법률』에서 최초로 규정되었고, 영업정지처분에 갈음하여 부과하는 과징금 유형은 1981년 『자동차운수사업법』에서 최초로 규정되었는데 자동차운수사업에 대한 사업

정지처분을 할 경우 사업자가 사업을 못하게 되어 받는 불이익보다는 교통이 마비됨으로써 그 운수사업을 이용하는 시민이 겪게 되는 불편이 훨씬 큼에 따라 운수사업자체는 계속하여 영위하게 하는 대신 사업자에게는 그에 상당한 금전적불이익을 주어 앞으로 더 이상 위반행위를 하지 아니하도록 하기 위하여 도입된 제도이다.

보건행정분야에 있어서 각 법률에서는 부당이득환수제도로서의 과징금제도를 채택하고 있는 법률은 없고 영업정지처분에 갈음하여 부과하는 유형의 과징금처분제도는 거의 대부분의 법률에서 채택하고 있다.285)

285) 식품위생법 제65조 (과징금 처분)

①식품의약품안전청장, 시·도지사, 시장·군수 또는 구청장은 영업자가 제58조제1항 각호 또는 제59조제1항 각호의 1에 해당하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 영업정지, 품목제조정지 또는 품목류제조정지처분에 갈음하여 2억원 이하의 과징금을 부과할 수 있다. 다만, 제6조의 규정에 위반하여 제58제1항에 해당하는 경우와, 제4조·제5조·제7조·제10조·제11조·제22조·제29조 내지 제31조의 규정에 위반하여 제58조제1항 또는 제59조제1항에 해당하는 중대한 사항으로서 보건복지부령이 정하는 경우를 제외한다.

②제1항의 규정에 의한 과징금을 부과하는 위반행위의 종별·정도 등에 따른 과징금의 금액 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

공중위생관리법 제11조의2(과징금처분)

①시장·군수·구청장은 제11조제1항의 규정에 의한 영업정지가 이용자에게 심한 불편을 주거나 그 밖에 공익을 해할 우려가 있는 경우에는 영업정지처분에 갈음하여 3천만원 이하의 과징금을 부과할 수 있다. 다만, 풍속영업의규제에관한법률 제3조 각호의 1 또는 이에 상응하는 위반행위로 인하여 처분을 받게 되는 경우를 제외한다.

②제1항의 규정에 의한 과징금을 부과하는 위반행위의 종별·정도 등에 따른 과징금의 금액 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

의료법 제53조의2(과징금처분)

①보건복지부장관 또는 시장·군수·구청장은 의료기관이 제51조제1항 각호의 1에 해당하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 의료업정지처분에 갈음하여 5천만원 이하의 과징금을 부과할 수 있다. 이 경우 과징금은 3회를 초과하여 부과할 수 없다.

②제1항의 규정에 의한 과징금을 부과하는 위반행위의 종별·정도 등에 따른 과징금의 금액 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

약사법 제71조의3(과징금처분)

①식품의약품안전청장, 특별시장·광역시장·도지사, 시장·군수 또는 구청장은 의약품등의 제조업자, 수입자, 약국개설자 또는 의약품판매업자가 제69조의 규정에

## Ⅱ. 영업정지에 갈음하는 과징금제도에 관한 약간의 고찰

### 1. 과징금의 부과사유의 법정화문제

현재 법령상 도입되어 있는 영업정지갈음 과징금제도는 단순히 영업정지에 갈음하여 과징금을 부과할 수 있다는 과징금 부과 근거규정만 있을 뿐 구체적인 부과기준이나 사유에 대해서는 규정하고 있지 않고 단지 공중위생법만이 “영업정지가 이용자에게 심한 불편을 주거나 그 밖에 공익을 해할 우려가 있는 경우”에 부과하는 부과사유를 규정하고 있다.

식품위생법에서는 영업자에 대한 영업정지, 품목제조정지처분에 갈음하여 2억원 이하의 과징금을 부과할 수 있도록 하고 위반행위의 정도 및 과징금액 등 사항을 대통령령으로 정하도록 위임하고 있고, 식품위생법 제65조의 단서는 과징금 부과대상에서 제외되는 경우를 부령으로 정하도록 위임함에 따라 부령 제56조 관련 ‘별표 15’에서 과징금 제외대상이 되는 경우를 업종별, 사례별로 구체적으로 열거하고 있는 것에서 알 수 있듯이 과징금부과의 근거규정만 있을 뿐 부과사유를 한정하고 있지 않고 단지 금액기준만 대통령령의 별표에 규정하

---

의하여 업무의 정지처분을 받게 될 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 업무정지처분에 갈음하여 5천만원 이하의 과징금을 부과할 수 있다. 이 경우 제71조제2항 제2호의 규정에 의하여 약사 또는 한약사의 자격정지처분을 받은 약국개설자가 제69조제1항제6호의 규정에 의하여 업무정지처분을 받게 되는 경우 이에 갈음하는 과징금은 3회를 초과하여 부과할 수 없다.

②제1항의 규정에 의한 과징금을 부과하는 위반행위의 중별 및 정도 등에 따른 과징금의 금액 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

화장품법 제22조(과징금처분)

①식품의약품안전청장은 제조업자, 수입자가 제20조의 규정에 의하여 업무의 정지처분을 받게 될 때에는 업무정지처분에 갈음하여 5천만원 이하의 과징금을 부과할 수 있다.

②제1항의 규정에 의한 과징금을 부과하는 위반행위의 중별 및 정도 등에 따른 과징금의 금액 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

는 형식을 취하고 있어, 공무원이나 위반행위자로 하여금 영업정지와 과징금 중 임의로 선택하도록 하는 등 재량행위인 과징금부과처분의 합목적적 행사를 저해하고 있는 것이 사실이다.<sup>286)</sup>

그러나 위에서 보았듯이 식품위생법시행규칙 제56조 관련 별표 15에서 과징금 제외대상이 되는 경우를 열거하고 있어서 공무원이 재량으로 양 처분중 하나를 마음대로 처분할 수 있는 여지는 제한되어 있다고 볼 수 있다. 다만, 과징금 부과대상에서 제외하고 반드시 영업정지를 하여야 하는 경우<sup>287)</sup>는 어느 정도 구체성 및 명확성이 규정되어 있으나, 그 외의 경우 영업정지 처분을 할 것인지 과징금을 부과할 것인지에 대하여는 여전히 담당 공무원의 재량이 개입할 여지가 있는 것은 사실이다.

법률에서 과징금부과사유가 규정되어 있건 없던 간에 과징금부과처분은 영업정지처분이 이용자의 불편이나 공익을 해한다고 인정될 경우에 한하여 할 수 있다고 보아야 한다. 그러한 점에서 공중위생관리법에서 규정한 과징금부과사유와 식품위생법 등 다른 법률에서 규정한 과징금부과사유는 차이가 없다 할 것이다.

또한 공중위생법상의 과징금 부과사유인 “영업정지가 이용자에게 심한 불편을 초래하거나 그 밖에 공익을 해하는 경우”라는 과징금부과사유는 너무 추상적, 포괄적인 기준이다. 처분청이 영업정지처분에 갈음하여 과징금부과처분을 하기 위해서는 당해 영업정지처분이 이용자에게 심한 불편을 주는지, 그 밖에 공익을 해하는 지의 여부를 판단하여 이에 해당되어야 과징금부과처분을 하여야 하는데 처분청이

286) 과징금부과의 현 실태는 위반행위를 한 자로 하여금 영업정지처분과 과징금부과처분 중 어느 하나를 선택하도록 하거나 과징금부과처분을 원칙으로 하고 위반자가 영업정지처분을 받기 원하는 경우에 한하여 영업정지처분을 하는 경우, 이에 담당 공무원이 선택하여 처분하는 경우가 대부분이고 그에 따라 비리의 소지도 발생할 수 있다.

287) “위해·유독식품, 수입금지식품 등의 판매금지 위반, 납·수은·중금속 등의 기준·규격 위반식품, 식품첨가물의 사용 및 허용기준 위반식품 등의 제조·판매”등에 대하여는 과징금부과 대상에서 제외하고 있다.

이에 관한 기준을 훈령이나 예규로 정한 경우가 거의 없고, 처분청의 일선 공무원들이 과징금처분을 할 때 개별적으로 공익적 요건을 심사하여 처분하리라는 것도 기대하기 힘들며 설사 공익적 요건을 심사하고 싶어도 정하여진 세부기준이 없기 때문에 불가능한 실정이다.

이와 같이 영업정지처분에 갈음하여 공익목적으로 도입한 과징금처분제도가 본래의 취지에 맞지 않게 실제로는 공익목적으로 운용되지 못하고 있다는 것은 문제가 있으며 이를 바로잡기 위해서는 추상적, 포괄적인 과징금부과요건을 보다 구체화하는 기준을 설정하여 이를 집행하는 일선 공무원들이 이에 따라 집행하게 하는 작업이 필요하다.<sup>288)</sup>

예를 들어 대통령령의 과징금산정기준(대개 별표로 규정하고 있다)에 과징금부과기준을 추가하여 동 기준에 “이용자의 불편이나 공익을 해하는 경우”를 각 사례 또는 유형별로 구체화하여 당해 사례 및 유형별로 어떠한 것이 이용자의 불편사이에 해당하고 공익을 해하는 가를 예시하고 당해 예시의 경우에 해당하여야 과징금부과처분을 할 수 있도록 규정할 수 있을 것이다.

그러나 과징금부과기준을 지나치게 세분화해서 구체화하면 자칫 법률에서 수권한 (과징금부과처분의) 재량권을 행정입법을 통해 제한하는 문제를 발생시킬 수도 있어서 과징금산정기준의 법정화는 신중을 요한다 하겠다.

## 2. 과징금제도의 획일적 도입에 대한 문제점

보건행정분야에 있어서 대부분의 법률은 업무정지처분에 갈음하여 부과하는 과징금처분제도를 기계적으로 도입하고 있다. 그러나 업무

---

288) (예) 과징금은 다음 각 목의 어느 하나의 요건을 충족한 경우에 한하여 이를 부과하고 이를 충족하지 못한 경우는 업무정지처분을 하여야 한다.

가. 영업정지의 대상이 되는 영업소와 동일한 종류의 영업을 하는 영업소가 2킬로미터 이내의 거리에 없을 것

나. 위반행위시를 기준으로 당해 영업소의 상시 이용자가 50인 이상일 것 등

정지처분에 갈음하는 과징금처분은 업무정지처분이 이용자의 불편이나 공익을 해할 경우에 영업정지대신 부과하는 처분으로서 기계적으로 도입할 것이 아니라 이러한 부과처분기준에 해당하는 사유가 발생할 가능성이 있는가를 검토해야 한다. 이 경우 국민의 위생 및 건강에 관한 절대적 주의의무가 있는 보건행정분야에 있어서는 위반행위를 한 자에 대한 영업정지처분이 이용자의 불편이나 공익을 해하는 경우보다는 당해 영업을 배제시키는 것이 보다 공익을 위하는 경우가 많을 것이라는 점을 생각하여야 한다.

식품의 경우 국민의 위생 및 건강에 직결되기 때문에 타 법령보다 엄격한 처분과 명확한 기준이 요구되므로, 부정·불량식품 제조업자 등에 대해서는 과징금을 내고 영업을 계속 허용하기보다는 영업에서 배제시키는 것이 오히려 타당한 면이 있다.

의료법이나 약사법의 경우에 의원이나 병원 또는 약국에 대한 업무정지를 할 경우 입원자 등 이용자에게 심한 불편을 미치고 공익을 해할 경우가 많을 것으로 예상된다. 그러나 식품위생법이나 공중위생법의 음식점, 식품제조업, 식품수입업이나 이·미용실, 목욕장 등의 공중위생업소 등은 오늘날에 있어서는 몇 개 업소가 문을 닫더라도 이용자에게 심한 불편을 초래하거나 그 밖의 공익을 해하는 경우는 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 예상되지 아니한다. 오히려 식품 등의 경우 부정식품이나 불량식품 등을 제조하거나 판매하는 영업자에 대하여는 과징금을 내게 하고 영업을 계속 허용하게 하는 것보다는 영업에서 배제시키는 것이 국민건강향상에 기여하고 보다 공익에 합당한 처분일 경우가 많을 것이다.<sup>289)</sup>

현행 식품위생법에서도 영업정지처분에 갈음하여 과징금처분을 할 수 있도록 하되, 위해식품등의 판매등 금지규정에 위반한 경우, 병육

289) 인허가영업의 유형에 따라서는 사업자에게 영업을 계속하도록 허용하는 것보다 일정기간 영업에서 배제하는 것이 더 타당할 수 있다.

등의 판매등 금지규정에 위반한 경우 등 특정한 규정에 위반된 경우에는 과징금처분을 하지 못하고 영업정지처분만을 하도록 규정하고 있기는 하다.

위와 같은 견지에 비추어 볼 때 식품위생법이나 공중위생관리법의 경우 영업정지처분에 갈음한 과징금처분제도는 근본적으로 재검토가 필요하고, 설령 과징금처분제도가 필요하여 이를 규정한다고 하더라도 지금처럼 폭넓게 인정할 것이 아니라 범위를 제한하여 특정한 경우에 한하여 인정하도록 하여야 할 것이다.

### 3. 과징금체납자에 대한 영업정지처분의 환원의 필요성

식품위생법 및 건강기능식품에 관한 법률의 경우 과징금처분을 한 자가 과징금을 기한 내에 납부하지 아니하는 때에는 대통령이 정하는 바에 따라 과징금부과처분을 취소하고 영업정지 또는 제조정지처분을 하도록 규정하고 있다(식품위생법 제65조제4항). 이러한 제도는 다른 분야에는 보이지 않고 유독 보건행정분야의 일부 법률에만 규정되어 있다.

생각건대 이러한 규정을 입법한 의도는 영업정지에 갈음하여 과징금처분을 한 자에 대하여 체납처분을 하였는데도 재산 등이 없어 과징금의 전부 또는 일부를 징수하지 못한 경우 법 위반자에 대한 실질적 제재처분이 이루어지지 않았다는 점, 원래부터 영업정지처분을 한 자와의 형평성, 체납처분을 어려워하는 일선 공무원들의 부담을 덜어주기 위한 행정편의적 목적에서 도입된 것으로 보인다.<sup>290)</sup>

그러나 과징금과 영업정지는 전혀 다른 성질의 제재수단이고 과징금부과시의 재량행사 정도에 맞는 영업정지기간 산정의 재량을 행사

290) 2002년 약사법령에 의한 행정처분기준 개정작업의 일환으로 식약청 본청과 각 지방청의 행정처분담당공무원 들을 상대로 실시한 조사에서 실무공무원들의 애로사항 중 큰 부분을 차지하고 있는 것이 과징금징수의 체납처분이었다고 한다. 박종수, 『약사법령에 의한 행정처분기준의 개선방안 연구』참조.



한다는 것은 매우 어려운 일이고 앞에서 언급한 것처럼 영업정지에 갈음하는 과징금처분이 보편적으로 인정되는 것이 아니라 영업정지처분이 공익을 해할 경우에 한하여 예외적으로 부과하는 처분이라는 점을 감안하면 과징금의 부과나 취소의 여부는 오로지 공익에 따라 판단하여야 할 것이지 과징금체납여부에 따라 판단할 것은 아니다. 이 사용자에 심한 불편을 초래하는 등의 이유로 공익필요에 따라 과징금처분을 한 자에 대하여 과징금을 납부하지 않았다고 하여 공익에 반하게 되는 위험을 무릅쓰고까지 다시 영업정지처분을 해야 할 이유가 부족하다. 따라서 과징금을 미납한 자에 대하여 과징금부과처분을 취소하고 영업정지처분을 하도록 한 위 규정은 문제가 있는 것으로 생각된다.

### Ⅲ. 현행 보건행정관련법령상의 과징금의 부과기준

#### 1. 식품위생법령의 과징금부과의 근거규정 및 기준

##### (1) 식품위생법의 과징금부과규정

第65條 (課徵金 處分) ①食品醫藥品安全廳長, 市·道知事, 市長·郡守 또는 區廳長은 營業者가 第58條第1項 各號 또는 第59條第1項 各號의 1에 해당하는 때에는 大統領令이 정하는 바에 의하여 營業停止, 品目製造停止 또는 品目類製造停止處分에 갈음하여 2억원 이하의 課徵金을 賦課할 수 있다. 다만, 第6條의 規定에 위반하여 第58條第1項에 해당하는 경우와, 第4條·第5條·第7條·제10조·제11조·第22條·第29條 내지 第31條의 規定에 위반하여 第58條第1項 또는 第59條第1項에 해당하는 중대한 사항으로서 保健福祉部令이 정하는 경우를 제외한다.

②第 1 項의 規定에 의한 課徵金을 賦課하는 위반행위의 種別·정도 등에 따른 課徵金의 금액 기타 필요한 사항은 大統領令으로 정한다.

## (2) 과징금산정기준

### 과징금 산정기준(시행령 제38조관련)

#### 1. 일반기준

가. 영업정지 1월은 30일을 기준으로 한다.

나. 영업정지에 같은한 과징금부과의 기준이 되는 매출금액은 처분전년도 1년간의 총 매출금액을 기준으로 한다. 다만, 신규사업, 휴업 등으로 인하여 1년간의 총 매출금액을 산출할 수 없는 경우에는 분기별, 월별 또는 일별 매출금액을 기준으로 산출한다.

다. 품목류 제조정지에 같은한 과징금부과의 기준이 되는 매출금액은 품목류에 해당하는 품목들의 처분전년도 1년간의 총매출금액을 기준으로 한다. 다만, 신규제조 또는 휴업 등으로 인하여 품목류에 해당하는 품목들의 1년간의 총 매출금액을 산출할 수 없는 경우에는 분기별, 월별 또는 일별 매출금액을 기준으로 산출한다.

라. 품목제조정지에 같은한 과징금부과의 기준이 되는 매출금액은 처분일이 속하는 달로부터 소급하여 직전 3월간의 총 매출금액에 4를 곱하여 산출한다. 다만, 신규제조 또는 휴업 등으로 최근 3월의 총 매출금액을 산출할 수 없는 경우에는 전월(전월의 실적을 알 수 없는 경우에는 당월을 말한다)의 1일 평균매출액에 365를 곱하여 산출한다.

## 2. 과징금 기준

업종 등급	연 간 매 출 액(단위: 백만원)			영업정지 또는 제조정지 1일에 해당하는 과징금액 (단위: 만원)
	식품 및 식품첨가물 제조업·가공업 외의 영업	식품 및 식품첨가물 제조업·가공업의 영업	품목 또는 품목류 제조	
1	30 이하			8
2	30 초과~50 이하	100 이하	100 이하	12
3	50 초과~100 이하	100 초과~200 이하	100 초과~200 이하	20
4	100 초과~150 이하	200 초과~310 이하	200 초과~300 이하	28
5	150 초과~210 이하	310 초과~430 이하	300 초과~400 이하	36
6	210 초과~270 이하	430 초과~560 이하	400 초과~500 이하	44
7	270 초과~330 이하	560 초과~700 이하	500 초과~650 이하	52
8	330 초과~400 이하	700 초과~860 이하	650 초과~800 이하	60
9	400 초과~470 이하	860 초과~1,040 이하	800 초과~950 이하	68
10	470 초과~550 이하	1,040 초과~1,240 이하	950 초과~1,100 이하	76
11	550 초과~650 이하	1,240 초과~1,460 이하	1,100 초과~1,300이하	82
12	650 초과~750 이하	1,460 초과~1,710 이하	1,300 초과~1,500이하	88
13	750 초과~850 이하	1,710초과~2,000이하	1,500초과~1,700이하	94
14	850 초과~1,000 이하	2,000초과~2,300이하	1,700초과~2,000이하	100
15	1,000 초과~1,200이하	2,300초과~2,600이하	2,000초과~2,300이하	106
16	1,200 초과~1,500이하	2,600초과~3,000이하	2,300초과~2,700이하	112
17	1,500 초과~2,000이하	3,000초과~3,400이하	2,700초과~3,100이하	118
18	2,000 초과~2,500이하	3,400초과~3,800이하	3,100초과~3,600이하	124
19	2,500 초과~3,000이하	3,800초과~4,300이하	3,600초과~4,100이하	130
20	3,000 초과~4,000이하	300초과~4,800이하	4,100초과~4,700이하	136
21	4,000 초과~5,000이하	4,800초과~5,400이하	4,700초과~5,300이하	142
22	5,000 초과~6,500이하	5,400초과~6,000이하	5,300초과~6,000이하	148
23	6,500 초과~8,000이하	6,000초과~6,700이하	6,000초과~6,700이하	154
24	8,000초과~10,000이하	6,700초과~7,500이하	6,700초과~7,400이하	160
25	10,000 초과	7,500초과~8,600이하	7,400초과~8,200이하	166
26		8,600초과~10,000이하	8,200초과~9,000이하	172
27		10,000초과~12,000이하	9,000초과~10,000이하	178
28		12,000초과~15,000이하	10,000초과~11,000이하	184
29		15,000초과~20,000이하	11,000초과~12,000이하	190
30		20,000초과~25,000이하	12,000초과~13,000이하	196
31		25,000초과~30,000이하	13,000초과~15,000이하	202
32		30,000초과~35,000이하	15,000초과~17,000이하	208
33		35,000초과~40,000이하	17,000초과~20,000이하	214
34		40,000 초과	20,000 초과	220

## 2. 공중위생관리법상의 과징금부과의 근거규정 및 기준

### (1) 공중위생관리법상의 과징금부과규정

제11조의2 (과징금처분) ①시장·군수·구청장은 제11조제1항의 규정에 의한 영업정지가 이용자에게 심한 불편을 주거나 그 밖에 공익을 해할 우려가 있는 경우에는 영업정지처분에 갈음하여 3천만원 이하의 과징금을 부과할 수 있다. 다만, 풍속영업의규제에 관한 법률 제3조 각호의 1 또는 이에 상응하는 위반행위로 인하여 처분을 받게 되는 경우를 제외한다.

②제1항의 규정에 의한 과징금을 부과하는 위반행위의 종별·정도 등에 따른 과징금의 금액 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

③시장·군수·구청장은 제1항의 규정에 의한 과징금을 납부하여야 할 자가 납부기한까지 이를 납부하지 아니한 경우에는 지방세체납처분의 예에 의하여 이를 징수한다.

④제1항 및 제3항의 규정에 의하여 시장·군수·구청장이 부과·징수한 과징금은 당해 시·군·구에 귀속된다.

### (2) 공중위생관리법상의 과징금부과기준

과징금 산정기준(시행령 제7조의2관련)

#### 1. 일반기준

가. 영업정지 1월은 30일로 계산한다.

나. 과징금 부과 기준이 되는 매출금액은 당해 업소에 대한 처분일이 속한 연도의 전연도의 1년간 총 매출금액을 기준으로 한다. 다만, 신규사업·휴업 등으로 인하여 1년간의 총 매출금액을 산출할 수 없거나 1년간의 총 매출금액을 기준으로 하는

것이 불합리하다고 인정되는 경우에는 분기별·월별 또는 일별 매출금액을 기준으로 산출 또는 조정한다.

## 2. 과징금 부과기준

등급	전년도 연간 총 매출금액 (단위: 백만원)	영업정지 1일에 해당하는 과징금 (단위: 원)
1	30 미만	30,000
2	30 이상 ~ 100 미만	41,000
3	100 이상 ~ 200 미만	52,000
4	200 이상 ~ 350 미만	63,000
5	350 이상 ~ 510 미만	74,000
6	510 이상 ~ 680 미만	85,000
7	680 이상 ~ 860 미만	96,000
8	860 이상 ~ 1,040 미만	105,000
9	1,040 이상 ~ 1,240 미만	114,000
10	1,240 이상 ~ 1,460 미만	123,000
11	1,460 이상 ~ 1,710 미만	132,000
12	1,710 이상 ~ 2,000 미만	141,000
13	2,000 이상 ~ 2,300 미만	150,000
14	2,300 이상 ~ 2,600 미만	159,000
15	2,600 이상 ~ 3,000 미만	168,000
16	3,000 이상 ~ 3,400 미만	177,000
17	3,400 이상 ~ 3,800 미만	186,000
18	3,800 이상 ~ 4,300 미만	195,000
19	4,300 이상 ~ 4,800 미만	204,000
20	4,800 이상 ~ 5,400 미만	213,000
21	5,400 이상 ~ 6,000 미만	222,000
22	6,000 이상 ~ 6,700 미만	231,000
23	6,700 이상 ~ 7,500 미만	240,000
24	7,500 이상 ~ 8,600 미만	249,000
25	8,600 이상 ~ 10,000 미만	258,000
26	10,000 이상 ~ 12,000 미만	267,000
27	12,000 이상 ~ 15,000 미만	276,000
28	15,000 이상 ~ 20,000 미만	285,000
29	20,000 이상 ~ 25,000 미만	294,000
30	25,000 이상 ~ 30,000 미만	303,000
31	30,000 이상 ~ 35,000 미만	312,000
32	35,000 이상 ~ 40,000 미만	321,000
33	40,000 이상	330,000

## 제 4 장 현행 보건행정관련법령의 행정처분기준의 정비방안

### 제 1 절 정리지침 수립

보건행정관련법령의 행정처분기준의 정리지침의 일반원칙으로서 다음의 8가지 정비원칙을 설정한다.

- ① 제재적 처분에 한정하여 정비한다.
- ② 행정처분기준의 근거조항은 법률에 두되 대통령령에 위임하는 형식으로 정비한다.
- ③ 비례원칙, 평등원칙 등 행정법상 일반원칙에 따라 정비한다.
- ④ 포괄적 행정처분기준의 반복을 금지하도록 정비한다.
- ⑤ 처분기준에서 정한 위반사항에 오류가 있는 경우에는 즉시 정비한다.
- ⑥ 상습위반자에 대한 처분기준을 강화하도록 정비한다.
- ⑦ 공무원과 국민의 입장에서 쉽게 알아볼 수 있도록 정비한다.
- ⑧ 행정처분기준을 매우 구체적으로 설정한다.

위의 일반원칙을 토대로 처분기준의 일반기준의 정리지침으로는,

- ① 행정처분기준이 재량준칙으로서의 성격을 가지고 있으므로 지속적 표현은 피하도록 정비한다.
- ② 가중·감경 재량처분의 근거는 삭제하도록 정비한다.
- ③ 과징금 부과대상에서의 제외 여부는 과징금 처분기준에서 정하도록 정비한다.

- ④ 신고의무위반에 대해서는 종국적으로 허가취소가 아니라 영업소 폐쇄 등의 조치를 취하도록 정비한다.
- ⑤ 행정처분효과의 승계에 관한 규정은 행정처분기준이 아닌 직접법률에서 명시적으로 규정하도록 정비한다.
- ⑥ 감경기준은 일반기준에 규정한다.
- ⑦ 개별법에 감경기준이 있을 경우 감경기준에 대해서도 설정하도록 정비한다.
- ⑧ 행정쟁송결과 원고의 위법성은 인정되나 그 처분이 과하다고 판결된 사건에 대하여 행정청이 당해 행정쟁송의 원인이 된 처분을 일정한 정도 감하여 재처분할 수 있는 근거규정을 마련하도록 정비한다.

그리고 개별기준의 정비지침으로는,

- ① 위반행위란과 근거법령란을 정확하게 명시하도록 정비한다.
- ② 경고처분의 법적 근거를 마련하도록 정비한다.
- ③ 의무위반자별로 개별화하여 정비한다.
- ④ 과징금 상한액을 실효성있게 정비한다.

이러한 정비원칙에 따라서 보건행정관련법령중 대표적으로 식품위생법령과 공중위생관리법령, 그리고 건강기능식품법령을 중심으로 행정처분기준의 정비방안을 검토한다.

## 제 2 절 식품위생법의 행정처분기준의 정비방안

### I. 정리지침의 일반원칙

#### 1. 제재적 행정처분기준에 한정하여 정비한다.

식품위생법령상의 제재적 행정처분기준에 대해 정비하는 것을 원칙으로 하였다.

#### 2. 행정처분기준의 근거조항은 법률에 두되, 원칙적으로 부령에 위임하는 형식으로 정비한다.

##### (1) 판례의 논거

대법원은 제재적 행정처분의 기준이 대통령령이 아닌 총리령이나 부령에서 규정된 경우에 대하여는 그 기준의 형식은 총리령·부령이지만 그 법적 성질은 행정규칙에 해당한다는 것이 일관된 태도이다.<sup>291)</sup>

대법원의 판례에 따라 그 논거를 추론하면 첫째, 형사재판에서 동종의 범죄행위에 대하여 양형이 달라 피의자들이 판사에 따라 불합리한 차별을 당하고 있다는 비판이 있어 왔으나, 현실적으로 형량을 규정으로 만든다는 것이 다양한 정상참작사유를 고려한 구체적 타당성에 적합하지 않은 면도 있어 양형기준의 법규화는 시도되고 있지 않다는 점이 행정소송에서 제재처분의 기준에 대해서 대법원이 법규성을 부인하는 논거가 되었을 수도 있다.<sup>292)</sup>

두 번째로 법률에서 행정에 재량을 부여하면서 적정하게 재량을 행사할 의무와 권한을 동시에 부여하였는데, 시행규칙의 획일적 기준에

291) 대법원 1996. 2. 23, 95누16318 판결. 대법원 1990. 5. 22, 90누1571 판결 등. 부령의 형식으로 행정처분기준의 법규성 유무에 대해서는 본보고서 제3장 제3절 참조.

292) 조정찬, “법규명령과 행정규칙의 구별문제-제재적 행정처분의 기준을 정한 시행령·시행규칙의 법적 성질을 중심으로-” 『법제』(1998.8), 26-27면.



의해 구체적 상황을 고려하여 재량을 행사해야 하는 의무를 위반하고 있고 제재처분의 기준인 별표의 경우에 그것이 많은 다른 시행규칙들의 경우에도 일반화되어 있을 때, 법원으로서 그러한 시행규칙의 법규성을 부인하는 것이 재량권이 적정하게 행사되도록 통제해야 할 법원의 임무에 비추어 최소한의 의무라고 판단했을 수도 있다.<sup>293)</sup>

그리고 세번째로 행정규칙에 대해 법적 성질을 부인하는 상황이 국민에게 불리하도록 작용하기 위한 것인가 아니면 행정에게 불리한 판단을 하기 위한 것인가 하는 고려가 상당한 영향을 미치고 있는 것으로 이해되어 왔다고 한다. 즉, 당해 시행규칙의 법규성을 긍정할 경우 행정의 상대방에게 과도한 제재를 해야 하는 경우도 있기 때문이라는 점이 판례의 주된 논거가 아닌가 추론한 것이다.

## (2) 이원적 행정처분기준의 부정합의 해소

식품위생법은 제11장에 시정명령·허가취소 등 행정제재라는 장을 마련하여 제재적 행정처분의 근거규정을 두고 있고 처분기준은 대통령령이나 부령에 각각 위임하는 등 위임의 장소가 각기 다르다.

### 1) 第55條 (是正命令)

第55條 (是正命令) ①食品醫藥品安全廳長, 市·道知事, 市長·郡守 또는 區廳長은第3條의 規定에 의한 食品등의 衛生的 취급에 관한 基準에 적합하지 아니하게營業을 하는 者와 기타 이 法을 지키지 아니하는 者에 대하여 필요한 是正을 명하여야 한다.

#### ② 생략

---이 조항은 처분의 근거를 법률로 규정하고 있으므로 타당한 입법이다.

293) 선정원, “시행규칙의 법적 성질과 부수적 통제의 실효성강화” 『행정법판례연구 VIII』(한국행정판례연구회, 2002), 26면.

2) 第56條 (廢棄處分 등)

第56條 (廢棄處分 등) ①食品醫藥品安全廳長, 市·道知事, 市長·郡守 또는 區廳長은 營業을 하는 者가 第4條 내지 第6條, 第7條 第4項, 第8條, 第9條第4項, 제10조제2항 또는 제11조의 規定에 위반한 때에는 關係公務員으로 하여금 그 食品등을 押留 또는 폐기하게 하거나 營業을 하는 者에 대하여 食品衛生上의 危害를 제거하기 위하여 用途·처리방법 등을 정하여 필요한 措置를 할 것을 명하여야 한다.

②食品醫藥品安全廳長, 市·道知事, 市長·郡守 또는 區廳長은 第22條第1項 및 第5項의 規定에 의하여 許可를 받아야 하는 경우 또는 申告를 하여야 하는 경우에 그 許可를 받지 아니하거나 申告를 하지 아니하고 製造·加工·調理한 食品 또는 食品添加物이나 이에 사용한 器具 또는 容器·포장 등을 關係公務員으로 하여금 押留 또는 폐기하게 할 수 있다.

③食品醫藥品安全廳長, 市·道知事, 市長·郡守 또는 區廳長은 食品衛生上의 危害가 발생하였거나 발생할 우려가 있다고 인정되는 때에는 營業者에 대하여 流通 중인 당해 食品등을 回收·폐기하게 하거나 당해 食品등의 原料, 製造方法, 成分 또는 그 配合比率을 變更할 것을 命할 수 있다.

④ 생략

⑤第1項 및 第2項의 規定에 의한 押留 또는 폐기에 관하여 필요한 사항과 第3項의 規定에 의한 回收對象食品등에 해당하는 기준 등은 保健福祉部令으로 정한다.

생각건대, 이 조항은 폐기처분의 근거조항은 식품위생법에 있으나 폐기처분의 기준 (행정처분의 기준) 은 제5항에서 保健福祉

部令에 위임하고 있다. 타당한 입법으로 본다.

### 3) 第56條의2 (위해식품등의 공표)

第56條의2 (위해식품등의 공표) ①식품의약품안전청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 다음 각호의 어느 하나에 해당되는 때에는 해당 영업자에 대하여 그 사실의 공표를 명할 수 있다.

1. 식품위생에 관한 위해가 발생하였다고 인정되는 때

2. 제31조의2의 규정에 의한 회수계획을 보고받은 때

②第1項의 規定에 의한 公表方法 기타 公表에 관하여 필요한 사항은 大統領令으로 정한다.

———제재적 행정처분인 공표는 법률에서 규정하고 공표방법 등은 대통령령에 위임하고 있어서 타당한 입법이다

### 4) 第57條 (施設의 改修命令 등)

第57條 (施設의 改修命令 등) ①食品醫藥品安全廳長, 市·道知事, 市長·郡守 또는 區廳長은 營業者에 대하여 그 營業施設이 第21條의 規定에 의한 施設基準에 적합하지 아니한 때에는 期間을 정하여 施設의 改修를 命할 수 있다.

② 생략

③ 삭제

생각건대, 이 조항은 법률에서 “기간을 정하여” 시설의 개수를 명할 수 있다고 했으나 기간의 산정에 대해서는 법률이나 대통령령 어디에도 그 기준 (상한-하한) 이 정해져 있지 않고 또한 시행규칙에 위임한다는 위임규정도 없는데도 불구하고 보건복지부령인 시행규칙 별표 1 5의 행정처분기준에서 개수명령을 규정하고 있다. 따라서 이는 시행규칙에서 법령의 위임없는 처분기준을 정하고 있는 것이다.

따라서 이를 다음과 같이 개정한다.

현 행	정비안
第57條 (施設의 改修命令 등) ①食品醫藥品安全廳長, 市·道知事, 市長·郡守 또는 區廳長은 營業者에 대하여 그 營業施設이 第21條의 規定에 의한 施設基準에 적합하지 아니한 때에는 <u>期間을 정하여</u> 施設의 改修를 命할 수 있다.	第57條 (施設의 改修命令 등) ①食品醫藥品安全廳長, 市·道知事, 市長·郡守 또는 區廳長은 營業者에 대하여 그 營業施設이 第21條의 規定에 의한 施設基準에 적합하지 아니한 때에는 <u>6월 이하의 期間으로</u> 施設의 改修를 命할 수 있다.

5) 第58條 (許可의 取消 등)

第58條 (許可의 取消 등) ①食品醫藥品安全廳長, 市·道知事, 市長·郡守 또는 區廳長은 營業者가 다음 各號의 1에 해당하는 때에는 大統領令이 정하는 바에 따라 營業許可를 取消하거나 6월 이내의 기간을 정하여 그 營業의 전부 또는 일부를 정지하거나, 營業所의 閉鎖(第22條第5項의 規定에 의하여 申告한 營業에 한한다. 이하 이 條에서 같다)를 命할 수 있다.

1. 第4條 내지 第6條, 第7條第4項, 第8條, 第9條第4項, 第10條第2項, 제11조, 第16條第1項, 第19條第1項, 第22條第1項 後段·第4項·第5項 後段 및 第6項, 第26條第3項, 第27條第5項, 第29條, 第31條 또는 第34條의 規定에 위반한 때
2. 第22條第3項의 規定에 의한 조건에 위반한 때
3. 第24條第1項第1號 또는 第5號에 해당하게 된 때
4. 第30條의 規定에 의한 營業의 제한에 위반한 때
- 4의2. 제31조의2제 1 항 전단의 規定에 의한 회수조치를 하지 아니한 때
- 4의3. 제32조의2제 2 항의 規定에 의한 위해요소중점관리기준을 준수하지 아니한 때

5. 第55條第 1 項, 第56條第 1 項 및 第 3 項, 第56條의2第 1 項 또는 第57條第 1 項의 規定에 의한 命令에 위반한 때

6. 기타 이 法 또는 이 法에 의한 命令에 위반한 때

②食品醫藥品安全廳長, 市·道知事, 市長·郡守 또는 區廳長은 營業者가 第 1 項의 規定에 의한 營業의 停止命令에 위반하여 계속 營業行爲를 하는 때에는 그 營業의 許可를 取消하거나 營業所의 閉鎖를 命할 수 있다.

③食品醫藥品安全廳長, 市·道知事, 市長·郡守 또는 區廳長은 營業者가 正當한사유없이 계속하여 6月 이상 休業하는 때에는 그 營業의 許可를 取消하거나 營業所의 閉鎖를 命할 수 있다.

④第 1 項 및 第 2 項의 規定에 의한 行政處分의 細部的인 기준은 그 위반행위의 類型과 위반의 정도 등을 참작하여 保健福祉部令으로 정한다.

생각건대, 제 1 항-제 3 항에서 허가취소의 근거규정을 정하고 있으나, 제 4 항에서 “第 1 項 및 第 2 項의 規定에 의한 行政處分의 細部的인 기준은 그 위반행위의 類型과 위반의 정도 등을 참작하여 保健福祉部令으로 정한다”고 규정하여 처분기준은 시행규칙에 위임하고 있으므로 타당한 입법이다.

6) 第59條 (品目の 製造停止 등)

第59條 (品目の 製造停止 등) ①食品醫藥品安全廳長, 市·道知事, 市長·郡守 또는 區廳長은 營業者가 다음 各號의 1에 해당하는 때에는 大統領令이 정하는 바에 의하여 6月 이내의 기간을 정하여 당해 品目 또는 品目類(第 7 條 또는 第 9 條의 規定에 의하여 정하여진 食品등의 基準 및 規格중 동일한 基準 및 規格을 적용받아 製造·加工되는 모든 品目を 말한다. 이하 같다)의 製造停止를 명할 수 있다.

1. 第 7 條第 4 項, 第 9 條第 4 項, 第 10 條第 2 項, 제 11 조 제 1 항 또는 第 19 條第 1 項의 규정에 위반한 때

2. 기타 이 법 또는 이 법에 의한 命令에 위반한 때

② 削除

③ 第 1 項의 規定에 의한 行政處分의 細部的인 기준은 그 위반행위의 類型과 위반의 정도 등을 참작하여 保健福祉部令으로 정한다.

생각건대, 제 1 항에서 처분의 근거조항은 법률에서, 처분의 기간의 상한은 대통령령에서 규정하고 있어서 타당한 입법의 형태이나 처분기준은 시행규칙인 보건복지부령에 위임하고 있어서 타당하다고 본다.

#### 7) 第 63 條 (免許取消 등)

第 63 條 (免許取消 등) ① 保健福祉部長官 또는 시장·군수·구청장은 調理士 또는 營養士가 다음 各號의 1에 해당하는 때에는 그 免許를 取消하거나 6月 이내의 기간을 정하여 그 業務의 정지를 명할 수 있다.

1. 第 38 條 各號의 1에 해당하게 된 때

2. 영양사가 그 직무를 행하거나 조리사가 그 조리업무를 행함에 있어서 식중독 그 밖의 위생에 관한 중대 사고 발생에 책임이 있는 때

3. 免許를 他人에게 貸與하여 이를 사용하게 한 때

4. 기타 이 법 또는 이 법에 의한 命令에 위반한 때

② 第 1 項의 規定에 의한 行政處分의 細部的인 기준은 그 위반행위의 類型과 위반의 정도 등을 참작하여 保健福祉部令으로 정한다.

생각건대, 제 1 항에서 처분의 근거와 처분기준의 상한을 규정하고 있어서 타당한 입법형식을 가지나, 제 2 항에서 “第 1 項의 規定

에 의한 行政處分の 細部的인 기준은 그 위반행위의 類型과 위반의 정도 등을 참작하여 保健福祉部승으로 정한다”고 규정하여 처분 기준을 시행규칙에 위임하고 있다. 따라서 타당한 입법으로 본다.

### 3. 비례원칙, 평등원칙 등 행정법상 일반원칙에 따라 정비한다.

#### (1) 식품위생행정과 재량행사

일반적으로 행정처분을 둘러싼 재량문제에 있어서, 위반의 정도와 처분사이의 형량을 문제로 삼을 경우에, 처분권자가 복수의 조치를 취할 수 있는 예로서, 식품위생법 제22조·제23조·제24조의 처분규정, 국가공무원법 제82조의 징계처분규정이 종종 거론된다. 일본 최고재판소는 국가공무원법에서 규정하는 면직, 정직, 감봉, 계고의 징계처분에 대해 “공무원에 대해, 국가공무원법에서 정하는 징계사유가 있을 경우에, 징계처분을 할 것인지, 징계처분을 할 경우에 어떠한 처분을 선택할지는 징계권자의 재량에 의하는 것으로 이해되어야 한다. 원래 위의 재량은 자의에 의할 수 없는 것임은 당연하지만, 징계권자가 위 재량권의 행사로서 행한 징계처분은 그것이 사회통념상 현저히 타당성을 결여하여 재량권을 부여한 목적을 일탈하고, 이를 남용하였다고 인정되는 경우가 아닌 한, 그 재량권의 범위내에 있는 것으로서 위법한 것으로 되지 않는다고 이해해야 할 것이다”라고 판시하고 있다.<sup>294)</sup> 이에 대해 식품위생법상의 영업허가취소, 영업금지, 영업정지 그 외 필요한 조치라고 하는 네 가지 종류의 행정처분을 다투는 소송은 대단히 적었기 때문으로 생각되는데, 식중독사례에 대해서 말하자면, 소송제기의 단계에서 영업정지기간이 종료되기 때문에 소의 이익이 없다고 하여, 취소소송의 형식으로 다투기에 곤란하다. 국가배상소

294) 最判1977年12月20日民集31卷7号1101頁. 田村悦一, 懲戒処分と裁量権の範圍, 別冊ジュリスト行政判例百選 I (第3版)160頁이하, 宮田三郎, 司法審査の密度, 別冊ジュリスト公務員判例百選78頁이하 참조. 징계처분과 비례원칙에 대해서는 阿部泰隆, 行政裁量と行政救済, 三省堂, 1987. 참조.

송에 있어서도 판결례가 발견되지 않기 때문에, 판결례를 인용하지 않지만, 복수의 선택가능한 처분이 법문상 인정되고 있는 경우의 재량권에 대해서 처분을 할 것인지가 처분권자의 재량에 맡겨지고 있는지, 재량통제의 수법으로서의 ‘비례원칙’에 대해 징계처분의 논점을 빌려서 정리하면 다음과 같다.

식품위생법의 법문상, 처분권자의 재량권에 대해 네 가지 처분이 어떤 요건 하에 선택되는지 규정되어 있지 않다. 그러나 이로부터 처분권자에게 포괄적인 재량권이 설정되어 있다고 생각하는 것은 타당하지 못하다. 예를 들면, 징계처분에 있어서의 처분내용의 선택에 관해서 상술한 최고재판소의 판례에서는 네 가지의 처분에서 어떤 처분을 선택할 것인지는 재량권의 범위 내에 있다고 하지만, 식품위생법에 있어서는 미리 각 지자체는 처분의 종류를 특정하고 있고, 영업정지만을 사용하는 지자체, 영업금지를 원칙으로 하는 지자체 등이 어떤 특정한 사례에 있어서 갑자기 다른 적용기준으로 처분을 할 것이라고는 생각하기 어렵다. 영업금지와 영업정지를 병용하는 지자체의 경우에도 처분의 본래적 목적이 식중독 원인을 제거하는 것에 있다고 하는 견해에 있어서는 금지와 정지를 ‘중’, ‘경’이라는 위반의 정도만을 가지고는 차별화하기 어렵고, 제거에 요하는 일수와 극단적으로 관련이 없는 처분은 할 수 없다. 불이익처분기준의 공포, 처분이유의 제시가 철저하게 된다면, 원인제거 이외의 목적으로 처분이 내려진 경우에 그 처분을 하는 합리적 이유가 필요하게 되고, 처분선택에 대해서 재량권은 실제상 제약을 받게 될 것으로 생각된다.

다음으로 처분을 할 것인지가 처분권자의 재량인가라고 하는 점에 대해서, 감독처분의 사례와 식중독사례는 구별해서 생각할 필요가 있다. 감독처분을 회피하는 경향, 행정지도로써 시정을 도모하고자 하는 지자체의 방침은 감독처분을 해야 하는 경우의 위험이 식중독 사례에 있어서의 사회적 영향과 위험과 질적으로 다르기 때문이다. 감독처분



을 해야 하는 경우의 위험은 식중독 사례에 비해 긴박성이 덜하고, 규제으로써 이익을 얻고 있는 제3자, 즉 소비자의 생명·신체에 대한 직접적인 영향이 떨어진다. 따라서 식중독 사례에 있어서 ‘처분을 할 것인지에 대한 판단은 구속되지 않는다’고 하는 의미에서 무제한적인 재량권을 인정해서는 안 될 것이다. 우선, 첫째로 처분을 하지 않아도 좋다고 하는 것은 식중독을 방치해도 좋다고 하는 것이 아니라, 그 위험의 성질로부터 반드시 어떠한 행정활동을 요구하는 점, 둘째로 행정지도로 식중독원인이 제거된 경우, 전통적 경찰법이론에서 보자면 경찰위반의 상태는 더 이상 존재하지 않기 때문에 거듭 행정처분을 할 이유가 없기 때문이다. 행정의 책무로부터 그리고 처분목적의 다양화의 시비라고 하는 관점에서 경찰편의주의적인 발상은 인정할 수 없다.

## (2) 식품위생행정과 비례원칙

‘비례원칙’에 의한 재량통제의 수법에 대해서는 앞의 최고재판소 판결에서는 “사회통념상 현저히 타당하지 못한” 경우에만 위법이라고 하는 기준이 제시되고 있다. 일본에서 ‘비례원칙’은 ‘사회통념상 현저히 타당하지 못하다’고 하는 표현에 상응하는 내용, 즉 ‘조치는 목적에 대해 일견 적합하지 못한 불이익을 초래해서는 안된다’고 하는 요청을 포함하고 있고, ‘협약의 비례원칙’ 혹은 ‘비례성의 원칙’이라 한다. 그러나 ‘비례원칙’을 느슨하게 적용한 기준이지만, 이전부터 학설은 독일법에 있어서의 효과재량의 영역에서의 재량의 축소를 소개하고, 경찰법의 영역에서 처분내용에 대한 재량을 부정하는 견해가 있다.<sup>295)</sup> ‘비례원칙’은 본래적으로 사인의 권리·자유를 과도한 국가권력으로부터 보호한다는 의의를 가지고, 일본에서도 본래의 적용영역인 경찰법에서는 그 의의에 따라서 ‘규제는 필요최소한으로 하지 않으

295) 田村悦一, 行政訴訟における国民の権利保護, 有斐閣, 1975, 86頁 이하 참조.

면 안된다'고 하는 의미, 즉 '필요성의 원칙'의 문맥에서 '비례원칙'이 논해지는 경우가 많다. '필요성의 원칙'을 엄격하게 적용하고, '필요성의 원칙'이 반영된 재량통제기준은 재량의 여지를 보다 좁힐 것으로 예측되지만, 실제로는 경찰법의 영역에서도 행정청에게 일정한 재량을 인정한 판결례도 있고<sup>296)</sup>, '필요성의 원칙'이 엄격하게 적용되는 소지가 있다고 하기 어렵다. 징계사례에 있어서 공무원의 권리·자유라고 하는 것이 빈약함에 반해서, 식품위생법상의 영업허가의 취소, 영업금지·정지처분이 제재목적으로 행해지는 경우 등, 침해되는 영업자의 재산권, 영업의 자유, 보호되어야 할 권리·자유가 명확하다. 침해되는 영업의 자유와 규제로써 이익을 얻는 국민의 법익을 비교형량하여, 보다 적극적으로 개입되어야 할 국면이 있는 한편으로 불이익처분에 관련되는 재량문제 등, 영업자가 권력과 대치하는 한 국민인 경우, 식품위생법이 경찰법에 속하게 되어 경찰권의 한계론이 제기하고 있는 의미를 생각한다면, 재판상의 재량통제의 수법은 느슨한 '비례원칙'의 적용에 머물러서는 안 될 것이다.

**4. 포괄적 행정처분기준의 반복을 금지하도록 정비한다.**

포괄적 행정처분기준의 반복례	
식품위생법 제63조(免許取消 등)	식품위생법시행규칙 별표 15의 행정처분의 일반기준
①保健福祉部長官 또는 시장·군수·구청장은 . . . . . 그 免許를 取消하거나 6月 이내의 기간을 정하여 그 業務의 정지를 명할 수 있다. 1. - 3. 생략 <b>4. 기타 이 법 또는 이 법에 의한 命令에 위반한 때</b>	4. 조리사 또는 영양사  <b>(6) 조리사 또는 영양사가 기타 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때</b>

296) 福岡高判1983年6月29日行裁例集34卷6号1111頁.

**5. 처분기준에서 정한 위반사항에 오류가 있는 경우에는 즉시 정비한다.**

**(1) 포괄위임의 형태로 규정한 경우**

식품위생법시행규칙 별표15 Ⅱ. 개별기준 5호 머목은 “기타 가목 내지 머목 외의 사항을 위반한 것”을 위반사항으로 규정하고 있는데 이는 법령에 의하여 위임받은 사항을 또다시 시행규칙자체가 구체적인 내용과 범위도 특정하지 않고 단지 “. . . 외의 사항”이라는 형식으로 규정하는 것은 위임의 한계를 벗어난 규정이라고 판단된다.

이러한 형태의 규정은 행정처분기준 별표15 일반기준 11호 사목에도 찾아볼 수 있다. 즉, “기타 식품 등의 수급정책상 필요하다고 인정되는 때”에 행정처분을 감경할 수 있다고 한 규정에서도 찾아볼 수 있다.

**(2) 처분기준의 대상을 잘못 분류한 경우**

아래의 표에서 보는 것처럼 오른쪽의 마, 바는 식품의 안전성에는 직접적인 위해의 원인이 없고 단지 식품을 제조가공하는 사람이 영업허가나 신고를 받지 않았든지 수입이 금지된 것 또는 수입신고를 하지 않은 경우인데도 이를 식품의 안전성에 직접적인 위해의 원인이 있는 것을 이유로 하는 처분기준 항목에 같이 규정하여 행정처분하고 있는 것은 오류가 있다고 보여진다.

식품위생법시행규칙 별표15 Ⅱ. 개별기준 2호 가-바		
현 행	정비안	
(신설)	식품에 직접적인 위해의 원인이 있어서 처분을 하는 경우	식품에는 직접적인 위해의 원인이 없는 경우인데도 식품에 직접적인 위해의 원인이 있는 경우와 동일한 항목에서 처분기준을 규율

가. 찌었거나 상한 것으로 인체의 건강을 해할 우려가 있는 것	가. 찌었거나 상한 것으로 인체의 건강을 해할 우려가 있는 것	가. <u>영업허가를 받아야 하는 경우에 허가를 받지 아니하거나 신고를 하여야 하는 경우에 신고를 하지 아니한 자가 제조·가공·소분한 것(신설)</u>
나. 설익은 것으로서 인체의 건강을 해할 우려가 있는 것	나. 설익은 것으로서 인체의 건강을 해할 우려가 있는 것	나. <u>수입이 금지되거나 수입신고 하여야 하는 경우에 신고하지 아니하고 수입한 것(식품 외의 용도로 수입된 것을 식용으로 사용한 것을 포함한다)(신설)</u>
다. 유독·유해물질이 들어 있거나 묻어 있는 것 또는 병원미생물에 의하여 오염되었거나 그 염려가 있어 인체의 건강을 해할 우려가 있는 것(제5호에 해당하는 경우를 제외한다)	다. 유독·유해물질이 들어 있거나 묻어 있는 것 또는 병원미생물에 의하여 오염되었거나 그 염려가 있어 인체의 건강을 해할 우려가 있는 것(제5호에 해당하는 경우를 제외한다)	
라. 불결한 것 또는 다른 물질이 들어 있거나 묻어 있는 것으로서 인체의 건강을 해할 우려가 있는 것(제5호에 해당하는 경우를 제외한다)	라. 불결한 것 또는 다른 물질이 들어 있거나 묻어 있는 것으로서 인체의 건강을 해할 우려가 있는 것(제5호에 해당하는 경우를 제외한다)	
마. 영업허가를 받아야 하는 경우에 허가를 받지 아니하거나 신고를 하여야 하는 경우에 신고를 하지 아니한 자가 제조·가공·소분한 것		
바. 수입이 금지되거나 수입신고 하여야 하는 경우에 신고하지 아니하고 수입한 것(식		

품 외의 용도로 수입된 것을 식용 으로 사용한 것을 포함한다)		
---	--	--

**(3) 식품위생법시행규칙 별표 15에 규정하는 것이 입법의 목적상 타당하지 않은 경우**

위반사항	근거규정	행정처분기준		
		1차위반	2차위반	3차위반
15. 법제31조 (영업자 등의 준수 사항) 제2항 위반사항		1차위반	2차위반	3차위반
가. 청소년을 유흥접객원으로 고용하여 유흥행위를 하게 하는 행위		영업허가취소 또는 영업소폐쇄		
나. 청소년유해업소에 청소년을 고용하는 행위		영업정지 3월	영업허가취소 또는 영업소폐쇄	
다. 청소년유해업소에 청소년을 출입하게 하는 행위		영업정지 1월	영업정지 2월	영업정지 3월
라. 청소년에게 주류를 제공하는 행위		영업정지 2월	영업정지 2월	영업허가취소 또는 영업소폐쇄

위의 표에서 알 수 있듯이 위 표상의 위반행위는 식품위생법의 목적과는 아무런 관련이 없는 사항들로 구성되어 있다. 위에서 위반사항으로 들고 있는 청소년관계는 식품위생법에서 규율할 것이 아니고 풍속영업규제법이나 공중위생관리법에서 단속이나 규율하는 것이 훨씬 더 합리적이라고 생각된다.

따라서 식품위생법시행규칙 별표15의 3. 식품접객업 가운데 15호 법제31조 (영업자 등의 준수사항) 제2항의 위반사항은 식품위생법시행규칙에서 제외하는 것으로 개정방안을 제안한다.

## 6. 상습위반자에 대한 처분기준을 강화하도록 정비한다.

식품위생법시행규칙 별표15 행정처분기준의 다음과 같은 규정은 상습위반자에 대한 처분기준의 강화라는 측면에서 타당한 입법이라고 하겠다.

### 1. 일반기준

#### 1. 2인 이상의 위반행위가 적발된 경우로서

가. 그 위반행위가 영업정지에만 해당하거나, 한 품목 또는 품목류(식품 등의 기준 및 규격중 동일한 기준 및 규격을 적용받아 제조·가공되는 모든 품목을 말한다. 이하 같다)에 대하여 품목 또는 품목류제조정지에만 해당하는 때에는 가장 중한 정지처분기간에 나머지 각각의 정지처분기간의 2분의 1을 더하여 처분한다.

#### 나. 생략

2. 식품접객영업자의 위반행위에 대하여 그 행정처분을 하기 위한 절차가 진행되는 기간 중에 반복하여 동일사항을 위반하는 때에는 그 위반횟수마다 행정처분기준의 2분의 1씩 더하여 처분한다

## 7. 공무원과 국민의 입장에서 쉽게 알아볼 수 있도록 정비한다.

식품위생법령과 시행규칙의 행정처분기준은 전문용어나 생화학적인 용어가 많이 나오기 때문에 실무전문가인 공무원은 별론으로 하고 국민의 입장에서는 쉽게 알아볼 수 있는 법령은 아니기 때문에 이를 국민이 쉽게 알아볼 수 있도록 꾸준히 법령정비사업을 펼쳐나가야 할 것이다.

## 8. 행정처분기준을 매우 구체적으로 설정한다.

식품위생법시행규칙 별표15의 행정처분기준은 아주 상세하고 구체적으로 설정되어 있다.

## Ⅱ. 일반기준의 정비지침

### 1. 행정처분기준이 재량준칙으로서의 성격을 가지고 있으므로 지속적 표현은 피하도록 한다.

#### I. 일반기준

##### 1. 2인 이상의 위반행위가 적발된 경우로서

가. 그 위반행위가 영업정지에만 해당하거나, 한 품목 또는 품목류(식품 등의 기준 및 규격중 동일한 기준 및 규격을 적용받아 제조·가공되는 모든 품목을 말한다. 이하 같다)에 대하여 품목 또는 품목류제조정지에만 해당하는 때에는 가장 중한 정지처분기간에 나머지 각각의 정지처분기간의 2분의 1을 더하여 처분한다.

##### 나. 생략

2. 식품접객영업자의 위반행위에 대하여 그 행정처분을 하기 위한 절차가 진행되는 기간 중에 반복하여 동일사항을 위반하는 때에는 그 위반횟수마다 행정처분기준의 2분의 1씩 더하여 처분한다.

##### 3. 생략

---

---

9. 즉석판매제조·가공업, 식품소분업, 식품등수입판매업 및 용기·포장류제조업에 대한 행정처분의 경우 그 처분의 양형이 품목제조정지에 해당하는 때에는 품목제조정지기간의 3분의 1에 해당하는 기간으로 영업정지처분을 하고, 그 처분의 양형이 품목류제조정지에 해당하는 때에는 품목류제조정지기간의 2분의 1에 해당하는 기간으로 영업정지처분을 하여야 한다.

10. 조리사 또는 영양사에 대한 행정처분에 있어서 4차위반의 경우에는 면허취소처분을 하여야 한다.

위의 일반기준에 관한 규정은 행정청으로 하여금 의무적으로 가중처분하도록 하여 마치 행정처분이 행정청의 기속행위로 보게 할 우려가 있어 문제이다. 행정처분기준 자체의 성격은 재량준칙이기 때문에 원칙적으로 “...하여야 한다”는 표현보다는 “...할 수 있다”는 재량적 표현을 사용하는 것이 타당하다.

## 2. 가중·감경 재량처분의 근거는 그대로 존치한다. 다만, 허용하는 경우에는 가중감경위원회의 심의의결을 거치도록 한다.

국민에게 의무를 부과하거나 권리를 제한하는 침해적 행정처분의 기준은 반드시 법률주의를 전제하여야 한다. 처분권자의 재량의 여지를 남겨둘 경우 행정의 투명성과 신뢰성을 떨어뜨려 그 실효를 거둘 수 없을 뿐 아니라 처분권자의 부조리를 조장할 수 있다는 점에서 이러한 규정이 있을 경우 반드시 정비하여야 할 것이다.

더욱이 식품위생법시행규칙 별표 15의 행정처분의 일반기준 11호가 처분을 가중, 감경할 수 있는 요건으로서 가목에 “. . . 국민보건상 인체의 건강을 해할 우려가 없다고 인정되는 때”, 사목에 “기타 식품 등의 수급정책상 필요하다고 인정되는 때”라고 하는 요건형성에 있어서의 불확정개념을 사용하고 있는 바 이는 공무원의 자의가 개입될 소지를 자초하고 있으므로 재량권행사의 투명화를 저해한다고 볼 수 있다. 따라서 다음과 같이 정비한다.

현 행	개 정 안
식품위생법시행규칙 별표15의 행정처분의 일반기준 11호 “다음 각목에 1에 해당하는 때에는 행정처분의 기준이 영업정지 또는 품목·품목류 제조정지인 경우에는 정지처분기간의 2분의 1 이하의 범위내에서, 영업허가취소 또는 영업장 폐쇄인 경우에는 영업정지 3월 이상의 범위내에서 각각 그 처분을 <b>경감할 수 있다</b> ”	식품위생법시행규칙 별표15의 행정처분의 일반기준 11호 “다음 각목에 1에 해당하는 때에는 행정처분의 기준이 영업정지 또는 품목·품목류 제조정지인 경우에는 정지처분기간의 2분의 1 이하의 범위내에서, 영업허가취소 또는 영업장 폐쇄인 경우에는 영업정지 3월 이상의 범위내에서 각각 그 처분을 <b>경감하여야 한다</b> ”



**3. 과징금 부과대상에서의 제외 여부는 과징금 처분기준에서 정하도록 정비한다.**

현행	식품위생법 제65조(과징금처분)	시행령 제38조(과징금산정기준)	시행규칙 별표15 (Ⅲ과징금 부과대상제외)
정비안	식품위생법 제65조(과징금처분) 1. 과징금 부과대상 제외 (신설)	동일	법률로 이전

**4. 신고의무위반에 대해서는 종국적으로 허가취소가 아니라 영업소 폐쇄 등의 조치를 취하도록 정비한다.**

식품위생법시행규칙 별표15 행정처분기준 Ⅱ. 개별기준, 1. 식품제조, 가공업의 12호 등에는 신고의무위반에 대해서 다음과 같이 허가취소 외에 영업소 폐쇄 등의 조치를 가지고 있다.

위반사항	근거법령	행정처분		
		1차위반	2차위반	3차위반
12. 법 제21조 (시설기준) 및 법 제22조 (영업의 허가) 위반	법 제55조 법 제57조 법 제58조 및 법 제59조			
가. 허가 또는 신고없이 영업소를 이전한 때		영업허가취소 또는 영업소폐쇄		
나. 변경허가를 받지 아니하거나 변경신고를 하지 아니한 경우 (1) 시설 전부를 철거한 때 (2) 영업시설의 일부를 철거한 때		영업허가취소 또는 영업소폐쇄 영업정지 1월	영업정지 1월	영업정지 2월
다. 영업장의 면적을 변경하고 변경신고를 하지 아니한 때		영업정지 7일	영업정지 15일	영업정지 1월
라. 변경신고를 하지 아니하고 추가로 시설을 설치하여 새로운 제품을 생산한 때		시정명령	영업정지 1월	영업정지 2월

**5. 행정처분효과의 승계에 관한 규정은 행정처분기준이 아닌 직접 법률에서 명시적으로 규정하도록 정비한다.**

식품위생법은 제61조에 행정제재처분 효과의 승계규정을 두어서 법률에 직접 규정하는 타당한 입법형식을 띠고 있다.

**6. 감경기준은 일반기준에 규정한다.**

식품위생법시행규칙 별표15의 행정처분기준의 일반기준 11호에 감경기준을 두고 있다.

**7. 개별법에 감경기준이 있을 경우 감경기준에 대해서도 설정하도록 정비한다.**

**8. 행정소송결과 원고의 위법성은 인정되나 그 처분이 과하다고 판결된 사건에 대하여 행정청이 당해 행정소송의 원인이 된 처분을 일정한 정도 감하여 재처분할 수 있는 근거규정을 마련하도록 정비한다.**

9. 행정처분기준에 의한 처분이 재량권을 일탈·남용하여 과하다고 하여 행정청이 패소한 경우는 행정청이 새로이 처분을 하여야 할 의무가 있다(행정소송법 제30조 2항). 그러나 이러한 경우의 재처분에 관하여 마땅한 근거규정이 없고 재처분하는 경우 어느 정도나 감경하여 처분해야 할지에 대한 기준이 없어 처분을 유보하거나 일률적으로 포기하는 사례가 있으므로 이러한 경우에 대한 기준을 마련해 두는 것도 바람직한 방향이라고 할 수 있다.<sup>297)</sup>

---

297) 2002년 약사법시행규칙 별표상의 행정처분기준 개정논의 가운데 이러한 취지를 행정처분기준의 일반기준에 추가하는 방안이 식약청 행정처분실무자들로부터 당초의 처분의 2분의 1을 감경하여 재처분하도록 하는 규정을 두어야 한다는 건의가 있어서 검토되었고, 관련 연구용역에서도 그 취지가 긍정적으로 검토되었으나 최종적으로 입법에 반영되지는 않았다. 다만 일률적으로 1/2로 감경하여 처분하도록 하는 것은 논리적인 근거가 박약하고 자칫 다시금 경직된 행정을 초래할 수 있다는 위험을 지적할 수 있을 것이다. 박중수, 『약사법령에 의한 행정처분기준의 개선방안 연구』, 140면.

### Ⅲ. 개별기준의 정비지침

#### 1. 위반행위란과 근거법령란을 정확하게 명시하도록 정비한다.

행정처분기준에서는 위반행위, 행정처분의 법적 근거 및 행정처분기준을 명확히 적시하여야 한다.

식품위생법령에는 위반행위란과 근거법령란을 정확하게 명시되어 있다.

#### 2. 경고처분의 법적 근거를 마련하도록 정비한다.

식품위생법에는 관계규정이 없다.

#### 3. 의무위반자별로 개별화하여 정비한다.

행정처분기준은 형식적인 측면에서 처분의 상대방별로 개별화하여 규율하여야 할 필요성이 요청된다.

각 법령에는 의무를 부담하는 주체가 있고 이들에 대해서 당해 법령에서 그에 특유한 의무를 부과하고 있다. 행정처분기준은 이들 주체 각각의 의무위반행위에 대한 행정처분의 기준을 정하여야 하는 것이다.

식품위생법시행규칙은 별표12에서는 “식품 및 식품첨가물 제조·가공영업자의 준수사항을, 별표13에서는 식품접객영업자 등의 준수사항을, 그리고 별표15에서는 행정처분기준을 각각 정하고 있는데 특히 별표15 행정처분기준은 기준의 상대방을 1. 식품제조가공업자, 2. 식품판매영업자, 3. 식품접객업자, 4. 조리사 또는 영양사 등으로 구분하여 처분기준을 설정하고 있다. 따라서 식품위생법시행규칙은 의무위반자별로 개별화하여 규정하고 있으므로 정비지침에 부합하므로 개정의 필요성이 없다고 할 수 있다.

다만 본 정비지침의 일반원칙인 처분기준을 대통령령에 규정한다고 하는 취지에 부합하기 위해서는 의무위반자별로 개별화한 처분기준을

현행의 시행규칙에서 정할 것이 아니라 시행령에 규정하는 것이 타당한 입법이라고 하겠다.

**4. 과징금 상한액을 실효성있게 정비한다.**

식품위생법시행령은 과징금에 대해서, 1. 식품 및 식품첨가물의 제조가공업 외의 영업, 2. 식품 및 식품첨가물의 제조가공업의 영업, 3. 품목 또는 품목류 제조의 3종류로 구분하여 최저금액과 상한액을 각각 규정하고 있다.

## 제 5 장 요약 및 결어

행정처분기준은 법률, 시행령, 시행규칙 또는 행정규칙에 규정할 수 있지만 이를 어디에 규정할 것인지에 관한 문제는 기본적으로는 입법정책의 문제에 해당하지만 이 문제는 법률유보의 범위 문제, 위임입법의 한계 문제 등과 관련된 것으로서 이에 대한 기준을 제시하는 것은 물론 어려운 것이지만 반드시 필요하다.<sup>298)</sup> 그러나 지금과 같이 그때그때의 편의에 따라서 혹은 입법에 있어서의 시간적 촉박으로 인하여 하위법령으로의 위임을 쉽게 용인하는 것은 결코 바람직하지 않다.

보건행정분야의 각종 인허가사업을 영위하는 국민이 법령상의 준수사항이나 의무를 위반하거나 불이행한 경우에는 관계행정청이 당해 영업활동에 대한 제재를 가할 수 있도록 하는 제도가 광범위하게 활용되고 있는데, 그러한 제재적 처분행위는 재량행위로서의 성격을 갖는다. 행정청이 재량행사를 함에 있어서는 하급관청이나 관계공무원이 통일적인 재량행사를 할 수 있도록 재량준칙을 제정하여 운용하는 것이 일반적이다. 개별·구체적인 재량처분의 발령행위를 개별적 재량행사라 한다면 이러한 재량준칙제정행위는 일반적 재량행사라 부를 수 있다.

이러한 재량준칙은 본래 행정공무원의 재량권행사의 통일성·일관성의 유지, 자의적인 재량권행사의 방지 그리고 공무원의 부담경감을 위해 제정되는 것이다. 따라서 공무원에 대해 사무처리준칙이나 행정업무지침의 성격을 가지는 처분기준은 행정규칙의 형식으로 제정되면 충분하다. 이는 이미 식품위생법시행규칙 제53조에서 [별표 15]로 정한 행정처분기준에 관한 대법원판례에서도 확인할 수 있다.

298) 가령, 인·허가기준은 반드시 법률에서 직접 규정하도록 하는 것과 같은 내용이다.

그러나 보건행정법령이 목적으로 하고 있는 국민의 건강, 위생, 그리고 안전을 도모하기 위해서는 필연적으로 그러한 위해를 유발하는 원인을 제공하는 주체에게 규제를 가할 수밖에 없게 되는데 현행의 보건행정법령은 그러한 규제적 처분-제재적 처분-의 발동근거는 법률과 대통령령에서 규정하고 있지만 처분양정의 기준은 재량준칙으로서 성질을 가지지만 형식상 법규명령의 한 종류인 시행규칙에 규정하고 있다.

여기에서 형식적으로는 대외적 법규성이 있는 시행규칙에 규정되어 있지만 그 실질적인 면에서는 대외적 법규성을 인정할 수 없는 재량준칙의 법적성격이 재량준칙의 이중적 지위의 문제와 결부되어 문제점이 발생하는 것이다.

본 연구는 보건행정과 관련하여 행정절차법이나 각 개별법령-시행규칙 포함-에 규정하고 있는 행정처분기준이나 제재적 처분으로서의 과징금부과기준에 대하여 식품위생법과 공중위생관리법을 중심으로 한 학설과 판례의 견해를 소개하고 이를 바탕으로 현행 보건행정과 관련한 행정처분기준의 운용현황과 문제점 및 그 정비방안을 모색하는 것이다.

이러한 정비방안을 통하여 행정처분기준으로 위반사항을 지나치게 다양하게 규정하여 행정집행 일선에서 직접 처분을 담당하는 공무원을 혼란하게 하기 보다는 행정처분 대상 위반행위는 법령별로 주요 위반행위 위주로 최소화하고 처분기준을 강화하여 실효성 있는 행정처분이 될 수 있도록 하며 기타 위반행위에 대해서는 범칙금 내지 과태료 또는 과징금 등 금전적 제재를 강화하는 방향으로 입법정책이 고려되어야 현재의 행정환경 및 국민정서에 부합하는 행정이라고 할 수 있을 것이다.

결론적으로 본 연구가 국민의 생명과 식생활의 안전과 밀접한 관련이 있는 보건행정분야의 법령에 규정되어 있는 행정처분의 기준을 정

비함으로써 불확정개념을 요건으로 하여 재량성이 많이 부여되어 있는 행정청의 행정처분에 대해서 일반국민에게 예측가능성을 부여함과 동시에 행정을 행하는 행정청의 집행에 있어서의 혼란을 조금이나마 해소하는데 기여하였으면 한다.

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준  
정비방안

---

---

**제 3 부 건축행정분야 행정처분기준 정비방안**

---

---



## 제 1 장 서 론

행정처분기준이라 함은 일반적으로 법령을 위반한 자에 대한 행정처분의 기준이 되는 재량준칙 (Ermessensrichtlinie), 해석지침(Auslegungsrichtlinie)<sup>299)</sup> 및 간소화규칙 등과 같은 행정규칙으로 제정되어 지며<sup>300)</sup>, 이는 일반적으로 상급행정청이 하급행정청의 각종 인·허가나 제재적 행정처분 (취소, 철회, 정지 등)에 법령이 부여한 재량권 행사의 일반적 방향을 제시하기 위하여 발하는 행위통제규칙으로 이해되어 지고 있다. 이러한 행정처분기준에 관한 종래 논의의 중심에는 그 외부적 효력과 관련하여 법형식상의 구별을 전제로 한 법령보충적 행정규칙의 법규성문제였다 할 것임은 이미 “행정처분기준 일반론”에서 논의한 바 있다.

더욱이 현행 우리 건축법제와 관련하여서는 타 행정분야에 비해 건축행정이 갖는 현실상응을 위한 다변성이라는 특징으로 인해 실제 관련법규에 영향을 받게 되는 건축 관련 종사자들 간에도 법규에 관한 이해부족, 업무의 과실 등으로 인하여 많은 위반행위가 발생하여 왔으며, 이로 인해 원상회복이 어려운 건축행위에 있어 위반행위에 관한 제재적 행정처분은 더욱 엄격하게 이행되어지고 있는 상황이다. 이와 같은 제재적 처분행위는 재량행위로서의 성격을 갖는 것이 일반적이다.<sup>301)</sup> 행정청이 재량행사를 함에 있어서는 하급관청이나 관계공

299) 김향기, “행정규칙의 유형과 외부효과”, 월간고시(1994.3), 70면 - 해석지침은 상급기관이 하급기관의 법령해석을 통일시키기 위하여 발하는 행정규칙이다. 이는 행정행위의 요건을 불확정개념으로 정하는 법령이 점차 증대되고 있는 현실에 있어, 하급기관이 불확정개념을 적용함에 있어 필요한 해석이나 적용방향을 정해 줌으로써 법령해석의 통일과 행정의 합리화를 도모하고자 하는 것이다. 즉, 행정내부에 있어서 규범해석을 통일하여 국민에 대한 관계에서 법적 평등취급을 보장하고 법률의 집행을 정형화 하는 기능을 수행한다.

300) 홍준형, 『행정법총론』 제4판(한울 아카데미, 2001), 530면.

301) 류지태, 전계서, 217면.

무원이 통일적인 재량행사를 할 수 있도록 재량준칙을 제정하여 운용하는 것이 일반적이다. 개별·구체적인 재량처분의 발령행위를 개별적 재량행사라 한다면, 이러한 재량준칙제정행위는 일반적 재량행사라 부를 수 있다.<sup>302)</sup> 그러나 그 기준이 때로는 상위법률의 재량규범에 일치되게 정하여지기도 하나, 때로는 그 기준이 비탄력적으로 정해져 재량을 부여한 본래 입법목적과 동떨어지는 경우가 발생하게 되는 경우도 있으나<sup>303)</sup>, 이러한 일반적 재량행사도 재량권을 부여한 법률의 수권목적의 테두리를 벗어날 수 없으며, 경우에 따라서 매우 비전형적인 사실관계에 직면해서 관계공무원은 재량준칙으로부터 벗어나 구체적·개별적 결정을 할 수도 있다. 이와 같은 재량행사의 특이성과 함께 종래 건축행정관련 행정처분의 기준이 명확하지 않음으로 인해 관계 행정청과 건축 관련 실무자간의 분쟁은 끊이지 않고 있는 실정이다.

그리하여 국민의 권익구제라는 측면과 공익성의 담보라고 하는 현대행정의 가장 큰 목적의 실효성 확보를 위한 시발점으로서의 『건축행정분야에 있어서의 행정처분기준』의 정립은 실로 그 의미가 지대하다 할 것이다. 종래 이를 위한 학계는 물론 실무에 있어서도 법치국가 원리와의 정합성, 행정처분기준의 명확성에 근거한 재량권 행사에 따른 예측가능성과 법적안정성을 통한 국민의 실질적인 권익구제의 보장을 위한 법제연구를 경주해 왔다.<sup>304)</sup> 나아가 근래에는 비단 행정

302) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., §7 Rz. 13, 14.

303) 김용섭, “법규명령형식의 제재적 처분기준” 『관례월보』제340호, 240면 참조.

304) 이에 비해 독일의 경우 행정처분기준에 대한 논의는 “현대적인 국가-현대적인 행정(moderner Staat - moderne Verwaltung)”이라는 행정개혁프로그램에 따라 입법과정에 있어 법률의 실효성과 수용의 향상(Höhere Wirksamkeit und Akzeptanz von Recht)을 모두로 우리와는 달리 행정처분기준의 실효성에 두고 전개되고 있다. 때문에 행정처분기준과 관련하여 논의의 대상은 주로 행정규칙의 분류에 있어 법률에 근거를 둔 재량준칙, 규범구체화 행정규칙(Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften)과 법률의 영역으로부터 자유로운 법률대위적 행정규칙(Gesetzvertretende Verwaltungsvorschriften)이 주류를 이루고 있다.

처분기준에 관한 연구에 있어 중심을 이루던 제재적 행정처분기준만이 아닌 수익적 행정처분기준 정립에 관한 논의 역시 활발히 진행되고 있다.

아래에서는 우리나라의 건축행정분야에 있어 제재적 행정처분의 기준에 관한 대표적인 법령을 중심으로 현행 행정처분기준의 유형에 따라 그 처분기준을 분석하고 이를 통하여 행정처분기준의 정비방안을 보다 명확하게 제시함으로써 행정처분의 투명성 및 정확성을 제고함은 물론, 행정처분의 실효성 및 합리성을 제고하여 건축행정분야에 있어 민원마찰 요인을 제거함에 본 연구의 목적이 있다.

본 연구의 내용과 범위는 상기 연구목적에 따라 다음과 같은 사항을 포괄한다.

제2장에서는 독일과 일본의 건축법령상의 행정처분기준에 대한 소개와 아울러 그 분석을 도모하였으며, 제3장에서는 현행 우리나라의 개별 건축관련법령의 행정처분기준의 운용과 현황을 분석하였으며, 제4장에서는 제2장과 제3장에서 도출되어질 수 있는 건축행정분야의 행정처분기준에 관한 정비방안을 제시하고자 하였다.

## 제 2 장 주요국가의 건축행정법령상의 행정처분기준분석

### 제 1 절 독일의 건축행정의 처분기준

독일의 경우에 있어 건축행정이 갖는 의미는 계획, 보존 그리고 안전이라는 세 가지의 단어로 집대성되어진다 해도 과언이 아닐 것이다. 이는 과거 제2차 세계대전에 따른 폐허화와 보다 인간적인 삶의 한 요체로서의 건축개념의 생성, 이와 필수불가결적인 관계로 이해되어지는 환경의 고려로서 독일의 토지이용에 관한 하나의 지향점으로서의 역할을 해왔다 할 것이다. 때문에 이와 같은 지향점을 좀 더 체계적으로 구체화하기 위하여 독일은 건축행정에 관한 법체계를 공간계획(Raumplanung)과 건축법(Baurecht)으로 이분화하여 구성하고 있다.

구체적인 행정처분기준에 관한 명문규정이 존재한다기 보다는 일반적인 재량준칙 등에 따라 구체적인 행정처분이 이루어지고 있다 할 것이다. 독일에서는 이러한 재량준칙이 행정규칙의 한 유형으로서 논의되어 지고 있으며, 또한 독일의 통설은 대외적인 구속력을 원칙적으로 인정하지는 않지만, 기본법 제3조 제1항과 관련하여 소위 행정의 자기구속의 법리 (Theorie der Selbstbindung der Verwaltung)에 의해 재량준칙의 “간접적인 외부효”는 긍정하고 있다.

아래에서는 우리 “건축행정분야의 행정처분기준의 정립”이라는 주제에 따라 독일의 경우에 있어 제재적 행정처분과 관련하여 건축질서법률(Bauordnungsgesetz)의 규정내용을 검토·비교하여 그 시사점을 도출하고자 함에 목적이 있으며, 이를 위하여 현 독일의 행정규칙의 입법에 관한 법제를 아울러 고찰해 보고자 한다.

## 1. 독일에 있어서의 행정처분기준

독일에 있어서도 행정처분기준이라 함은 법령을 위반한 자에 대한 행정처분의 기준이 되는 재량준칙 (Ermessensrichtlinie)을 의미하며, 일부 학설에 의하면 재량준칙은 단지 행정내부의 실무만 구속하는 것이 아니라 국민에 대해서도 재량행사의 적법성이 행정규칙에서 직접 나온다고 한다.<sup>305)</sup>

그러나 독일의 통설에 의하면 재량준칙은 “법규범적 성격 (Rechtscharakter)”을 가지지 않는다. 즉, 재량준칙에 있어서는 그 법적 대외적 효력은 행정의 자기구속을 매개로 하여 다만 간접적으로 발생한다. 재량영역에 있어서는 행정규칙은 동일한 사실관계에 대하여 재량의 평등한 행사가 보장되도록 도와준다. 기본법 제3조 제1항 (평등원칙)은 행정부가 그 재량을 평등원칙에 적합하게 행사할 것을 요구한다.<sup>306)</sup> 행정규칙에 미리 규정된 이 평등한 행정관행으로부터 행정부는 오직 타당한 사유가 있을 때에만 벗어날 수 있다. 결국 재량준칙은 그것이 법률에 저촉되지 않는 범위 안에서 대외적으로 행정의 자기구속을 매개로 하여 법적효력을 발생할 수 있다는 것이 독일의 통설의 입장이라 하겠다.

### (1) 개념 및 유형

독일에 있어 행정입법에 해당하는 법규형식으로서 법규명령, 조례 외에 행정규칙이라 함은, “행정조직 내부의 일반·추상적 규정으로서

---

305) Beckmann, BVBl. 1987, 616; Ossebühl, AöR 92, 16 - 오셴빌 교수는 행정부도 민주적 정당성을 가지며 법률유보의 대상이 아닌 영역 (전부유보설이 아닌 한 반드시 존재하는), 법률유보의 한계에 해당하는 영역 (규율밀도, 판단 수권 등에 비추어)에서는 행정부도 직접적·대외적 효력이 있는 법규범제정권 (행정규칙제정권)이 있게 된다고 하며, 특히 재량준칙, 규범구체화 행정규칙, 관할권, 절차규정 등을 들고 있다.

306) S. Walter, Die Gleichheitsbindung an Verwaltungsvorschriften - BVerwGE 34, 278, in: JuS 1971, 184 - 188.

상급관청 또는 상급자가 하급관청 또는 하급자에게 발하는 것으로서, 행정의 조직과 활동을 규정한 법규정”이라 할 것이다. 이는 법령, 처분, 지침, 업무규정, 지시등의 용어로 사용되어 지고 있으며 이러한 용어의 혼용에 대한 통일적인 용어의 정립은 다양한 규정형식으로 인해 어려움이 있으나 이의 법실체적인 필요성은 적은 것으로 이해되어 지고 있다. 이와 같은 행정규칙은 기능적인 관점에서 크게, ①조직법적인 행정규칙(Organisatorische Verwaltungsvorschriften), ②행정작용적 행정규칙(verhaltenslenkenden Verwaltungsvorschriften)으로 구분되어지며, 후자의 경우 다시, 법률에 근거한 행정규칙(Gesetzesakzessorische Verwaltungsvorschriften)과 법률의 영역으로부터 자유로운 법률대위적 행정규칙(Gesetzesvertretende Verwaltungsvorschriften)으로 구분되어 진다.<sup>307)</sup>

## (2) 행정규칙의 제정과 절차에 관한 규정

독일의 경우 행정처분기준에 대한 논의는 “현대적인 국가 - 현대적인 행정(moderner Staat - moderne Verwaltung)”이라는 행정개혁프로그램에 따라 입법과정에 있어 법률의 실효성과 수용의 향상(Höhere Wirksamkeit und Akzeptanz von Recht)을 모두로 우리나라의 경우와는 달리 행정처분기준의 실효성에 두고 전개되고 있다.<sup>308)</sup> 이를 근거로 한 행정규칙의 제정과 절차에 관하여는 연방각부공통직무규칙, 연방정부직무규칙 그리고 연방의 행정규칙의 작성, 정리 및 심사를 위한 연방지침 등의 규정을 통하여 구체화 하고 있는 바,<sup>309)</sup> 이를 간략히 소개하고자 한다.

307) T. Sauerland, Die Verwaltungsvorschriften im System der Rechtsquellen, Berlin, S. 62 ff.

308) Die Bundesregierung. Moderner Staat - Moderne Verwaltung. Das Programm der Bundesregierung(<http://www.staat-modern.de/infos/daten/leitbild.pdf>); 정창화(역) Pitschas Rainer, “통일독일의 국가 및 행정현대화의 최근 경향” 『행정논총』(동국대 행정대학원) 제 28집, 2000, 159면 이하.

309) S. Rudolf, Handlungs- und Entscheidungsspielräume des Landes bei der Bundesauftragsverwaltung unter besonderer Berücksichtigung der Ausführung des Atomgesetzes, in: AöR 110 (1985), 419 - 446.

### 1) 연방각부공통직무규칙

(Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien - GGO) 제7절(행정규칙) 제69조에서 71조에 걸쳐 행정규칙의 행정규칙의 제정에 관하여 규정하고 있다.

이는 독일의 연방각부공통직무규칙을 말하며, 이는 연방정부 각부서의 문서취급, 조직, 행정부내부의 협조, 행정부외의 기관의 협조, 정부제출법안의 입법절차등에 관하여 규율하는 직무규칙이다. 이 직무규칙의 근원은 독일공화국의 공과국각부공통직무규칙통칙(1926년 9월 2일 제정) 및 동 각칙(1924년 4월 1일 제정)이며, 이들은 2차 대전 이후에 독일연방공화국의 연방각부공통직무규칙통칙(GGO I: 문서취급, 조직, 행정부내의 협조 등을 규정), 동 각칙(GGO II: 행정부외의 협조와 입법절차 등을 규정)으로 계승되어 부분적으로 개정되어 시행되어 온 것을 2000년 7월 26일 행정개혁의 일환으로 종래의 통칙과 각칙 등 2부로 된 규칙을 통합하여 전면개정 하였다.<sup>310)</sup> 따라서 현재 독일연방정부의 직무절차는 이 공통직무규칙과 연방수상, 연방장관, 각의 등에 관하여 규정한 연방정부직무규칙(Geschäftsordnung der Bundesregierung)으로 규율되고 있다. 그러나 이 규칙은 법규범의 성격을 지니는 것이 아니라 단순한 내부적 행정명령(interne Verwaltungsanordnung)에 불과하다.<sup>311)</sup>

GGO 제69조에서는 행정내부에서 구속력을 가지는 일반적이고 추상적인 규정을 포함하는 규칙은 제명에 “행정규칙(Verwaltungsvorschriften)”

310) 상세한 것은 Birgitte Zypries/Cornelia Peters, Eine neue Gemeinsame Geschäftsordnung für die Bundesministerien, ZG 2000, S. 316 f. - 종래 GGO의 주요한 문제점으로는, 1. 행정부내의 컴퓨터 등 새로운 정보처리기술에 대응할 수 없었던 점, 2. 입법절차에 관한 규정이 불충분 하였던 점이 지적되었다. 이에대하여, 전자적 정보시스템의 이용을 위한 권고 (GGO - IT)가 별도로 규정되었으며, 청색심사표 (Blauen Prüffragen) 으로 지칭되는 법률안 심사시의 체크리스트가 GGO 의 부록으로 규정되었으나 어느것도 충분히 미비점을 보완하지는 못하였다는 평가를 받고 있다.

311) 박영도, 『독일연방정부의 입법절차개혁 - 연방각부공통직무규칙을 중심으로 -』, 한국법제연구원, 2003, 9면 이하.

이라는 용어와 당해행정규칙의 제정과 관련되는 법률 및 그 내용을 나타내는 찾아보기의 주석을 포함하도록 하고 있다(동조 제1항).

아울러 행정규칙의 준비에 관하여서는 연방내무부가 편집한 “법률 및 행정규칙기초입문서”를 활용하도록 하고, 행정규칙안의 입안에는 현행 행정규칙의 감소 및 간소화에 노력하고 있고, 신규 행정규칙의 필요성에 관하여는 이유를 부기하도록 규정하고 있다(동조 제3항).

또한 행정규칙의 구조와 제출에 관하여는 행정규칙안이 쉽게 이해할 수 있는 것이 아닌 경우 또는 기타 유용한 경우에는 당해 안에 그 이유를 부기 하여야 한다(GGO 제70조 제1항).

기타의 경우 GGO 제44조(입법의 효과) 45조(연방정부내에 있어서의 관여), 47조(주, 지방단체의 중앙조직, 전문가집단 및 단체의 관여), 48조(기타 기관에 대한 통지), 49조(초안의 표시 및 송부), 51조(내각제출) 및 제61조(법률안 및 법률의 심사와 정정) 제1항과 제2항의 규정을 준용한다. 행정규칙안을 각의 또는 연방참의원에 대하여 제출하는 경우에는 공적 회계에 대한 영향에 관한 기재가 법률 또는 명령의 제안이유의 범주내에서 행해지고 있지 아니하는 경우에 한하여 이를 첨부하여야 한다(동조 제3항).

행정규칙을 연방관보에 공시하여야 할 경우에 한하여 이를 첨부하여야 한다. (동조 제3항). 행정규칙을 연방관보에 공시하여야 할 경우에는 GGO 제67조 제2항, 제68조 제1항 및 제2항의 규정을 준용한다(GGO 제71조).

## 2) 연방의 행정규칙의 작성, 정리 및 심사를 위한 연방지침

행정규칙의 입안과 관련하여 연방정부에서는 1989년 12월 20일 법정립 및 행정규칙의 개선을 위한 결정을 하여, “연방의 행정규칙의 작성, 정리 및 심사를 위한 연방지침”을 확정하였다. 이 지침은 전체 10



개의 조문으로 구성 되었다. 이 지침은 법과 행정의 간소화를 위한 연방독립위원회의 작업결과를 수용한 것으로서 주된 목적은, 행정규칙의 남용방지를 방지하고 행정규칙의 숫자를 가능한 한 줄이려는 것이며, 엄격한 심사를 거쳐 필요성이 인정된 행정규칙을 현장 또는 당사자가 자유로이 사용하여 간단하게 적용할 수 있도록 하는데 있다. 그리고 이 목적을 달성하기 위하여 행정규칙에 관한 최저한의 요구가 구속력 있는 것으로서 하기 위한 것이다. 즉, 이 지침에서 요구하고 있는 사항은 독일에서의 행정규칙의 현실과 실효성 제고를 위한 요구를 제시하고 있다고 할 수 있다. 중요한 사항으로는,

① 의무적인 필요성심사(지침 제2조)

연방의 행정규칙의 발포 전에 당해 행정규칙이 전체로서 또는 개별적인 규율에 있어서도 필요한가의 여부가 심사되어야 하며(제1항), 적절한 조치를 통하여 필요성 심사가 행해지도록 보증하여야 한다(제2항). 이것은 행정규칙의 경우에도 그 필요성이 집행의 통일성 및 계획성을 확보하기 위하여 심사되어야 한다. 이를 위하여 연방장관은 그 사무의 범위내에서 상응하는 조직적 조취를 취할 것이 요구된다. 즉 연방정부는 개별 사안의 결정을 행하는 기관, 담당자의 책임을 요구하고 있다.

② 명칭수의 삭감(지침 제3조)

연방의 행정규칙에는 금후 일반적 행정규칙(allgemeine Verwaltungsvorschriften)이라는 명칭외에 행정규칙, 복무규정(Dienstvorschrift), 지침 또는 사무규칙(Anordnung)이라는 명칭은 부기를 붙인 것만 허용되나, 법률 또는 법규명령에 의하여 규정되어 있는 연방의 행정규칙을 위한 명칭은 변경을 받지 않는다. 행정규칙으로서 통용되고 있는 명칭의 숫자가 매우 많으므로 혼란을 방지하기 위하여 명칭을 주로 이용되는 것에 한정하도록 한 것이다.

③ 규제와 정보의 분리(지침 제3조)

행정규칙이 간단한 정보 (Hinweis), 업무상의 조언 (Arbeitshilfe), 주석 (Erläuterung), 통지 및 유사한 정보와 결합하는 한에서 무엇이 행정규칙이며 무엇이 기타의 정보인지가 확실히 인식되어야 한다. 입안관계에 의하면 이 조항은 행정규칙의 현상분석의 결과 수범자에게 유익한 정보를 제공하고 있기는 하나 어떠한 규제를 행하는 것이 아닌 순수한 단순정보가 규칙의 모습으로 포함되어 있는 것에 대처하는 규정이다.

④ 이해하기 쉬워야 한다(지침 제4조).

⑤ 다른 규정과의 관계 명확화(지침 제5조)

행정규칙은 같은 대상과 관련된 다른 행정규칙과의 관계를 명확히 하여야 한다(제1항). 행정규칙이 중요한 개별사안을 명확하게 발표하고, 그것이 일반화된 형태로 다른 행정기관에게 전달되도록 한다. 이 경우에는 이미 발표되어 있는 규칙과 같은 것을 규율하거나 같은 대상에 대하여 모순하는 규칙이 발생하는 사태를 방지하기 위하여 조기에 다른 규정과의 관계를 명확히 하여야 한다.

⑥ 공시제도(지침 제6조).

행정규칙이 현실로 제3자(시민, 기업 등)에게 중요한 이해를 미치고 있는 이상 행정의 투명성을 제고하기 위하여 행정규칙은 통상 적당한 방법으로 공시되어야 한다.

⑦ 정리시스템과 정기적인 심사(지침 제7, 8조).

행정규칙의 인식을 용이하게 하기 위하여 다수의 행정규칙이 편집되어 있는 영역에서는 정리시스템이 구속적으로 도입된다. 그리고 이 시스템의 도입은 동시에 연방의 행정규칙은 정기적으로 계속적 적용, 적용, 개선의 필요성에 관하여 심사되어야 한다는 규정과 연결되어 있다.

한편 주차원에서의 행정규칙에 관한 지침등도 다양하게 존재하고 있다. 브레멘, 자르란트, 슐레스비히 - 홀슈타인주와 같이 행정규칙에 관한 규율이 없는 곳도 있으며 행정규칙에 관한 규율을 하더라도 그 정도는 매우 다양하다.

주목되는 것은 정보기술의 진전을 배경으로 1992년부터 니더작센주가 도입하고 있는 행정규칙 자동정보시스템(VORIS)이며, 이 시스템의 도입에 즈음하여 행정규칙의 자동실효제도를 도입하고 있다. 필요성 심사에 관하여는 Checkliste를 작성하는 주도 있으나 그 실효성은 충분하지 않다고 한다. 행정규칙의 유효기간에 관하여는 헝트주에서는 행정규칙의 발포후 10년의 경과로 효력을 상실하도록 하고 있으며, 라인란트 - 팔츠주에서는 원칙적으로 행정규칙 공포 후 5년으로 효력이 상실되며 특별한 사유가 있는 경우에 한하여 1회, 5년의 연장이 가능하다.

## 2. 독일 건축질서법(Bauordnungsgesetz)상 처분기준

독일은 건축행정에 관한 법체계를 공간계획(Raumplanung)과 건축법(Baurecht)으로 이분화하여 구성하고 있다. 이는 곧, 토지이용의 전반적인 계획과 건축에 관한 규정을 이분화하여 각 영역에서의 전문성을 제고함은 물론, 이를 통하여 중국에는 환경과 인간적 삶의 요체로서의 건축물간 조화라는 건축행정의 목적 실현을 위한 법체계로서 이해되어 지고 있다.

독일의 경우 건축계획에 관한 내용은 건축법전(Baugesetzbuch: BauGB)<sup>312)</sup>에서 규율하고 있는데 반하여, 건축질서법은 건축과 관련하여 주로 실체적인 건축물의 설치, 변경, 철거와 관련하여 허가와 절차 및 법령위반의 경우에 대한 제재를 규정하고 있는 공법상 건축법에 부속하고

312) In der Fassung der Bekanntmachung vom 23.9.2004 (BGBl. I S. 2414), zuletzt geändert durch Gesetz vom 5.9.2006 (BGBl. I S. 2098) m.W.v. 12.9.2006.

있는 건축질서법에 있어서의 제재적 행정처분에 관한 규정을 주요 검토대상으로 하고자 한다.<sup>313)</sup>

나아가 현행 독일의 행정규칙론에 있어 중심적인 논의의 하나는 규범구체화행정규칙(normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften)의 적용영역을 과연 건축행정분야에서도 인정할 것인가의 여부에 있다 할 것이다.

규범구체화행정규칙은 입법기관이 행정의 형성영역으로 보아 규율하지 않고 있는 영역에 대하여 그것을 구체화하는 행정규칙을 말한다.<sup>314)</sup> 이는 고도의 기술성을 지닌 행정영역에 있어서 입법기관이 종국적인 규율을 포기하고 규범을 구체화하는 기능을 행정규칙에 할당하고 있는 경우에 그 할당된 범위 내에서 당해 규범을 구체화하는 것이라 할 수 있으며, 또한 이는 법률유보와 반드시 일치되어야 한다.<sup>315)</sup> 즉, 규범구체화 행정규칙이 불확정개념을 구속력 있게 보충할 수 있는 한, 동 행정규칙에는 제한된 직접적·대외적 효력이 인정된다. 어떤 범위에서 동 행정규칙이 구속력 있는 대외적 효력을 발생시키는 구체적으로 판례에서는 아직 최종적으로 결정되지는 않았다.<sup>316)</sup> 독일의 학설은 규범구체화 행정규칙에 관하여 직접적, 대외적 효력을 인정하는 견해가 우세했다.<sup>317)</sup> 독일에 있어서의 규범구체화 행정규칙은 그 개념적 특성에 따라 환경법 분야에서 발전되었다. 독일연방환경보전법 (BImSchG) 제48조에 의하면, 연방정부는 행정규칙에 의

313) 공공의 안전과 질서를 위하여 위험을 방지하는, 이른바 경찰법 또는 질서행정법의 영역에 속하는 것으로서 이에 대하여는 각 주가 입법권한을 가진다. 이에 따라 독일의 경우 건축과 관련된 제재적 행정처분에 관해서는 각 주의 건축법에서 규율하고 있다. 독일 각 주의 건축법은, 예컨대 <http://www.bauordnungen.de/index.html> 에서 찾아볼 수 있다.

314) B. Beckmann, Die gerichtliche Überprüfung von Verwaltungsvorschriften im Wege der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle, DVBl. 1987, S. 617 f.

315) 김남진, “규범구체화 행정규칙” 『월간고시』(1989. 11), 223면.

316) BVerwG, NVwZ 1988, 824.

317) Hill, NVwZ 1989, 401; Di Fabio, DVBl. 1992, 1338; 반대적인 견해로는 Wolf, DÖV 1992, 853

하여 환경오염한계치를 규정할 수 있다. 이것은 곧 “기술적 지침 (TA Luft 및 TA Lärm)”의 형태로 나타났다.<sup>318)</sup> 전통적 견해에 의하면 이러한 규범구체화 행정규칙은 오직 행정내부에서만 그 효력을 발하여야 하나, 독일연방행정법원의 “피르데 판결(Vörde - Entscheidung)”에서 이러한 기술적 지침은 이른바 “예측된 전문가의 감정의견 (antizipiertes Sachverständigengutachten)” 으로서 “유해한 환경오염”이라는 불확정 개념의 구체화를 위하여 통상적인 경우에는 대외적 효력을 가진다고 하였다.<sup>319)</sup> 이후 독일연방행정법원(BVerwG)은 1985년 12월 9일 소위 벨 (Why) 판결<sup>320)</sup>에서 연방내무장관의 “배출공기 또는 지표수를 통한 방사성물질 유출에 있어서 방사선 노출에 대한 일반적 산정기준”에 대하여 소위 규범구체화행정규칙을 인정하였다. 규범구체화행정규칙은 위 연방행정법원의 판결에 의해 직접적인 대외적 구속력을 가지게 되었다.

그러나 최근 독일에서는 규범구체화행정규칙의 외부적 효력의 일반화에 대하여 우려의 목소리가 높다.<sup>321)</sup> 또한 규범구체화행정규칙의 외부적 효력을 부인하는 판례가 나오고 있으며<sup>322)</sup>, 특히 연방행정법원은 최근 일련의 판례에서 대기정화기술지침(TA Luft)의 법규적 성격을 부인한 바 있다.<sup>323)</sup> 규범구체화 행정규칙은 특히 판단여지(Beurteilungsspielraum)와 밀접한 관련이 있으며<sup>324)</sup>, 판단하여지는 또한 통상적인

318) S. Reinhard/ v.K. Alexis, Die neue TA Lärm in der Anwendung, in: VBIBW 2000, 348.

319) BVerwGE 55, 250

320) BVerwGE 72, 300 (320f.)

321) Hans D. Jarass, Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften, JuS 1999, S. 108.; 석중현, 『일반행정법(상)』 제11판(삼영사, 2005), 190면 ; 또한 국내학자들 역시, 이는 행정상 규율권에 의하여 정립된 것이 아니고 법률의 구체적 위임을 받아 정립된 것이므로 이러한 행정규칙은 형식적으로는 행정규칙이나 실질적으로는 법규명령으로 이해하고자 한다. 따라서 그것은 위임명령에 해당하는 것이지, 본래적 의미의 행정규칙에 대외적 효력을 인정하는 것은 아니라고 한다.

322) BVerwGE 107, 338 (341).0

323) BVerwGE 110, 216 (219); 114, 342 (344).

324) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, §24 Rn. 25a.

행위재량(법효과재량)과 같은 다른 행정의 독자영역보다 사법심사가 제한되는 특징을 가진다. 규범구체화행정규칙은 건축법은 물론 환경법이나 안전법 등 제한된 특수한 영역에서 행정기관의 전문적 지식과 경험을 존중하여 제한적으로 인정되는 것이 바람직하며, 이를 지나치게 확대하는 것은 법규범적 형식에 위배되어 타당하지 않음이 학설과 판례 등을 통하여 나타나고 강조되고 있다.

독일의 규범구체화 행정규칙에 관한 논의와 관련하여 우리나라의 경우, 학설은 대체로 법규보충적 행정규칙의 문제를 행정규칙의 형식을 취하는 법규명령의 문제로 논하고 있으며 법규보충적 행정규칙에 대하여 직접적, 대외적 효력을 인정하면서도 그 법적 성질은 독일공법상의 규범구체화 행정규칙이라기 보다는 “이러한 행정규칙은 법률 또는 법규명령의 구체적·개별적 위임에 따라 법규를 보충하는 기능을 가지며, 대국민 효력, 즉 대외적 효력을 가지므로 법규명령의 일종”으로 이해하고 있다.<sup>325)</sup> 판례는 법규보충적 행정규칙의 법적성질에 대하여는 확실한 태도를 취하고 있지 않으나,<sup>326)</sup> 그 대외적 효력을 인정하는 것은

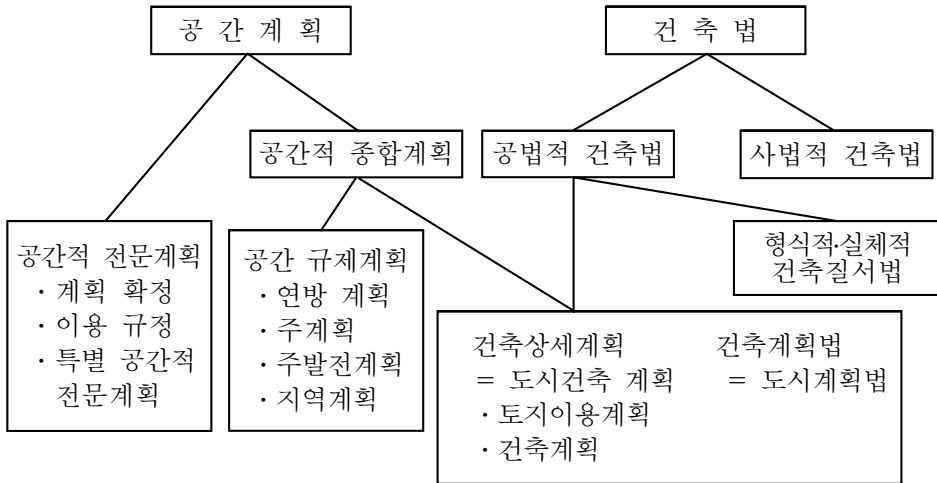
325) 박윤훈, 『최신행정법강의(상)』(박영사, 2004), 255면: 반대의 견해로는 석종현, 전게서, 190면 이하 - 규범구체화 행정규칙의 인정은 행정상의 규율권을 인정하고 이에 근거하여 행정규칙의 대외적 효력을 인정하는 것을 의미하는데, 그것은 권력분립의 원리 및 법률유보의 원리에 저촉되며, 또한 행정규칙을 헌법에서 직접 하나의 입법형식으로 규정하고 있는 독일의 경우와는 달리, 우리나라에서는 일반적으로 법률에 의한 행정의 원리의 엄격한 적용이 요구되는 침익행정의 영역에서는 법규명령적 효력을 가지는 규범구체화 행정규칙은 인정되어서는 안된다고 하며, 독일에서의 ‘뵐 판결’이 규범구체화 행정규칙에 대하여 직접적인 대외적 효력을 인정하였으나, 그것은 행정상 규율권에 의하여 정립된 것이 아니고 법률의 구체적인 위임을 받아 정립된 것이므로 이러한 행정규칙은 형식적으로는 행정규칙이나 실질적으로는 법규명령으로 보아야 한다. 따라서 그것은 위임명령에 해당하는 것이지, 본래적 의미의 행정규칙에 대외적 효력을 인정한 것은 아니라는 것이다.

326) 대판 1987.9.29 86누 484 - 그와 같은 행정규칙은 행정기관에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 법령규정의 효력에 의하여 그 내용을 보충하는 기능을 가지게 된다 할 것이고, 따라서 이와 같은 행정규칙은 당해 법령의 위임한계를 벗어나지 않는 한, 그것들과 결합하여 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 가진다.

일관된 태도라 할 것이다. 생각건대, 우리 대법원 관례에서 말하는 법령보충적 행정규칙은 독일에 있어서의 규범구체화 행정규칙이 주로 인정되는 영역보다 광범위하게 인정되고 있으며, 특히 불확정 개념의 구체화라는 규범구체화 행정규칙의 본질적 특징을 갖추고 있지 못한 경우도 있다 할 것인바, 그 이론적 근거의 충실화를 위한 독일의 규범구체화 행정규칙에 관한 보다 심도 깊은 논의가 선행되어야 할 것이다.<sup>327)</sup>

**【독일 건축법의 구성】**

공법상 건축법(Öffentliche Baurecht)이라는 틀 안에 건축상세계획법과 건축규정(Bauordnung)으로 이원화하여 구성하고 있다. 이를 개괄하면,



(1) 독일 건축질서법상의 행정처분기준

독일의 건축질서법상의 제재적 행정처분의 기준을 우리의 경우와 비교, 분석하기 위하여는 무엇보다 각 주에게 그 제정 권한이 있는 주건축질서법(Landesbauordnung - LBO)의 제정에 관한 표본으로서, 중

327) 최정일, “규범구체화 행정규칙의 법적 성질 및 효력” 『관례월보』264호, 34면 이하.

양정부와 16개의 주 건설부장관 등이 협의를 거쳐 2002년 8월에 공포한 “표본건축규정(Musterbauordnung - MBO)”에 있어 특히 제84조(질서위반행위)에 관한 검토가 선행되어야 하며, 또한 이 규정에서 질서위반행위로 규정한 내용에 관한 제재적 조치로서의 범칙금(Geldbuße)의 규정에 관한 질서위반법(Ordnungswidrigkeitgesetz - OWiG)<sup>328)</sup> 제19조(Tateinheit - 행위의 단일성)<sup>329)</sup> 및 제36조(Sachliche Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde - 행정관청의 사물관할)<sup>330)</sup>의 적용기준에 관한 연구가 아울러 진행되어야 할 것이다. 때문에 아래에서는 먼저 “표본건축규정(Musterbauordnung -MBO)”에 있어 특히 제84조(질서위반행위)를 소개하고 독일의 각주 가운데 대표적으로 바덴 뷚르템 베르그와 베를린주의 건축법상 의무위반에 대한 제재적 성격을 띠는 각종 명령(Anordnungen)권한에 관한 규정, 즉 일반적으로 건축 또는 철거중지, 철거명령, 이용중지명령 등의 제재적 행정처분 규정에 관한 내용을 검토해 보고자 한다.<sup>331)</sup>

328) BGBl. I 1968, 481.

329) 질서위반법 제19조 (행위의 단일성) ① 동일한 행위로써 당해 행위를 질서위반행위로 처벌할 수 있는 수개의 법률을 위반한 때, 혹은 그러한 법률을 수회에 걸쳐 위반한 때에는 단지 하나의 질서위반금이 확정된다.

② 수개의 법률위반에 있어서는 최고의 질서위반금액을 초과하고 있는 법률에 의하여 질서위반금을 정한다. 다른 법률에서 부대조치를 규정하고 있는 경우에는 이를 선고할 수 있다.

330) 질서위반법 제36조 (행정관청의 사물관할) ① 사물관할은 1. 법률에서 규정하고 있는 행정관청에, 2. 그러한 규정이 없는 때에는 a) 사항에 따라 관할을 가지는 최상급의 주행정관청에 또는 b) 법률이 연방관청에 의하여 집행되는 한에 있어서는 사항에 따라 관할을 가지는 연방정부부서에 있다.

② 주정부는 제1항 제2호 a)에 따른 관할을 법령에 의하여 다른 관청 등에 이전할 수 있다. 주정부는 그 권한을 최상급의 주행정관청에 위임할 수 있다.

③ 제1항 제2호 b)에 따라 관할을 가지는 연방정부부서는 자신의 관할을 연방의회 동의 없이 요하지 않는 법령에 의하여 다른 관청 등에 이전할 수 있다.

331) Brohm, Öffentliches Baurecht, 1997, München, S. 433 ff. 참조 - 제재적 행정처분과 관련하여 독일의 주 건축법(LBO)은 건축감독행정청의 사무와 권한에 관하여 포괄적으로 규정하고 있다. 이는 건축질서상의 일반조항(Generalklausel)으로 이해되고 있다.



1) 표본건축규정 제84조

위반행위	해당법조문	과태료부과 금액
1. 법 제85조 제1항에서 제3항의 법규 명령 또는 법 제86조 제1항과 제2항의 조례의 규정을 위반한자	법 제84조 제1항 제1호	최고 500,000 유로
2. 건축감독관청에 의해 성취되어지질 수 있는 지시사항을 위반한자	법 제84조 제1항 제2호	
3. 법 제59조 제1항의 건축허가, 법 제74조의 부분허가 또는 법 제67조의 회피규정 또는 법 제61조 제3항 2에서 5의 규정에 반하여 건축물을 철거한자	법 제84조 제1항 제3호	
4. 법 제62조 제3항 2에서 4까지의 규정에 반하여 건축계획을 실행한자	법 제84조 제1항 제4호	
5. 법 제76조 제2항에 반하여 이행허가 또는 표식, 검사없이 임시적인 건축행위를 한자	법 제84조 제1항 제5호	
6. 법 제72조 제6항에 반한 건축행위, 법 제61조 제3항의 6에 관련하여 설비를 철거한자, 법 제82조 제1항에 반하여 건축행위를 지속한자 또는 법 제82조 제2항 1과 2에 반하여 건축설비를 이용한 자	법 제84조 제1항 제6호	
7. 법 제72조 제8항에 반하여 건축개시표식을 하지 않거나 또는 기간에 맞게 설치하지 않은자	법 제84조 제1항 제7호	
8. 법 제22조의 제4항의 조건규정에 반하여 ÷ 표식을 사용한자	법 제84조 제1항 제8호	
9. 법 제17조 제1항의 제1호에 반하여 ÷ 표식이 없는 건축자재를 사용한자	법 제84조 제1항 제9호	
10. 법 제21조에 반하여 행한 건축영역	법 제84조 제1항 제10호	

<p>11. 법 제53조 제1항, 법 제54조 제1항의 3, 법 제55조 제1항 또는 법 제56조 제1항의 건축관련자의 법적지위에 반하여 건축행위를 한자</p>	<p>법 제84조제1항 제11호</p>	
---	-----------------------	--

2) 바덴 뷔르템베르그와 베를린주의 건축법상 행정처분기준

독일 각 주의 건축법은 기본적으로 모범건축법에 기초하고 있음은 이미 밝힌 바 있다. 때문에 독일 각 주의 모든 건축법을 소개하고 우리의 경우와 비교함이 마땅하겠으나<sup>332)</sup>, 그 분량의 방대함으로 인해 아래에서는 바덴 뷔르템베르그와 베를린주의 건축법상의 제재적 행정처분에 관한 법규를 중심으로 소개하고자 한다.

① 바덴 뷔르템베르그주<sup>333)</sup>

<p>§63 위법하게 표시된 건축생산품의 금지(Verbot unrechtmäßig gekennzeichnete Bauprodukte)</p> <p>건축생산품이 제22조<sup>334)</sup>의 규정에 반하여 Ü표(합치표시)가 표시된 경우, 건축법관청은 이 생산품의 사용을 금지하고 그 표시의 가치를 소멸시키거나 그 표시를 제거할 수 있다.</p> <p>§64 건축중지(Baueinstellung)</p> <p>(1) 시설물이 공법상의 규정에 반하여 설치되거나 철거되는 경우에, 건축법관청은 건축행위의 중지를 명할 수 있다. 이는 특히,</p>
---

332) 독일 각 주의 건축법은, 예컨대 <http://www.bauordnungen.de/index.html> 에서 찾아볼 수 있다.

333) Landesbauordnung für Baden - Württemberg(LBO), Fassung vom 8. August 1995 (GBl. S. 617), zuletzt geändert durch Artikel 14 des Gesetzes vom 14. Dezember 2004 (GBl. S 884).

334) §22 Übereinstimmungsnachweis(합치증명).

1. 제49조의 규정에 의한 허가를 받아야 하는 건축계획, 제51조의 규정에 의한 통지를 교부받아야 하는 건축계획 또는 제70조의 규정에 의한 동의를 받아야 하는 건축계획의 시행이 제59의 규정<sup>335)</sup>에 반하여 시작된 경우,
2. 건축계획이 필요한 건축검사(제67조) 또는 증명(제66조 제2항, 제4항)을 받지 아니하고 또는 일부건축허가(제61조)의 범위를 넘어서 수행된 경우,
3. 건축계획의 시행이, 이에 대하여 허가나 동의가 필요했음에도 불구하고, 발급된 허가나 동의와 상위하는 경우,
4. 건축계획의 시행이 통지교부절차에 제출된 건축안에 상위한 것이 제50조<sup>336)</sup>의 규정에 의하여 절차가 면제되는 경우가 아니라면, 이 건축안에 상위하는 경우,
5. 권한 없이 CE표(제17조 제1항 제2호)<sup>337)</sup>이나 Ü표(제22조 제4항)가 표시된 건축생산을 사용하는 경우에 적용된다.

(2) 문서로 교부되거나 구두로 전달된 중지명령에도 불구하고 건축행위가 계속되는 경우에는, 건축법관청은 건축현장을 봉쇄하고 건축현장에 존재하는 건축자재, 건축물의 일부, 건축기구, 건축기계, 건축보조재료를 공공기관의 보관 하(in amtlichen Gewahrsam)에 둘 수 있다.

#### §65 철거명령과 이용금지(Abruchsordnung und Nutzungsuntersagung)

공법상의 규정에 반하여 설치된 시설물에 대하여는, 다른 방법으로는 적법상태로 회복될 수 없는 경우에는, 그 일부 또는 전부에 대한 철거를 명할 수 있다. 시설물이 공법상의 규정에 반하여 이용된 경우에는, 그 이용이 금지될 수 있다.

#### §75 규정위반(Ordnungswidrigkeiten)

(1) 고의 또는 과실로

1. 제22조 제4항의 요건을 갖추지 아니하고 건축생산품에 Ü-표를 표시한 자,

335) §59 Baubeginn(건축개시).

336) §50 Verfahrensfreie Vorhaben(절차가 면제되는 건축계획).

337) Das Zeichen der Europäischen Gemeinschaften(유럽공동체 표) (CE - Zeichen).

2. 제17조 제1항 제1호의 규정에 반하여 Ü-표 없이 건축생산품을 사용한 자,
3. 제21조<sup>338)</sup>의 규정에 반하여 일반적인 건축승인, 일반적인 검사증 또는 구체적인 경우에 대한 동의 없이 건축양식을 사용한 자,
4. 건축주로서 제42조 제2항 제3문의 규정에 반하여 통지교부를 받아야 하는 철거작업을 수행하거나 수행하도록 한 자,
5. 계획설계자로서 제43조 제2항에 반하여 건축주에게 적합한 전문가를 주문해주도록 하지 아니한 자,
6. 사업자로서 제44조 제1항의 규정에 반하여 건축현장이 규정에 적합하게 설치되고 안전하게 운영되도록 배려하지 않거나, 필요한 증명을 제출하지 않거나 준비하지 않거나 또는 필요한 서류나 지시 없이 작업을 시행하거나 시행하도록 한 자,
7. 건축시공자로서 제45조 제1항의 규정에 반하여 사업자의 안전한 작업협력을 주의하지 않은 자,
8. 건축주, 사업자 또는 건축시공자로서 제49조의 규정에 의하여 허가를 받아야 하는 시설이나 설비를 허가 없이 설치하거나, 또는 건축주로서, 이에 대하여 허가가 필요했음에도 불구하고, 발급된 허가와 상위한 자,
9. 건축주 또는 건축시공자로서 통지교부절차에 제출된 건축안에 상위한 것이 제50조의 규정에 의하여 절차가 면제되는 경우가 아니라면, 이 건축안에 상위한 자,
10. 건축주, 시행사업자 또는 건축시공자로서 제59조 제1항의 규정에 반하여 건축자유증(Baufreigabeschein) 없이 허가를 받아야 하는 건축계획의 시행을 시작한 자, 또는 건축주로서 제59조 제2항의 규정에 반하여 건축작업의 개시 또는 재개를 알리지 않았거나 또는 적시에 알리지 않았거나, 제59조 제3, 4, 5항의 규정에 반하여 건축시행을 시작하였거나, 제67조 제4항의 규정에 반하여 사전적인 검사 없이 건축작업을 수행 또는 계속하였거나 또는 건축시설물을 사용하였거나, 제67조 제5항의 규정에 반하여 난방시설을 작동한 자는 규정에 위반하여 행위한 것이다.

338) §21 Bauarten(건축양식).

(2) 이 법에 규정된 행정행위를 발급받거나 방해할 목적으로 더 잘 알 수 있음에 반하여 부당하게 알리거나 또는 부당한 계획이나 자료를 제출한 자도 규정에 위반하여 행위한 것이다.

(3) 나아가 고의 또는 과실로

1. 건축주 또는 시행사업자로서 제64조 제1항의 규정에 의한 강제집행 가능한 처분에 위반한 자,

2. 이 법에 근거하여 제정된 법규명령이나 지방자치단체의 건축규정이 이 벌금규정에 대한 특정한 구성요건을 지시하고 있는 경우에, 이 법규명령이나 지방자치단체의 건축규정에 위반한 자도 규정에 위반하여 행위한 것이다.

(4) 규정위반에 대해서는 10만 마르크까지의 범칙금을 부과할 수 있다.

(5) 제1항 제1호 또는 제2호 또는 제2항의 규정에 의한 규정위반에 관련된 대상물은 압수될 수 있다.

(6) 규정위반에 관한 법률(Gesetz über Ordnungswidrigkeiten) 제36조 제1항 제1호에서 말하는 행정청은 하급 건축법관청이다. 상급 또는 최상급의 주 관청이 강제집행가능한 행정행위를 발한 경우에는, 이 관청이 권한이 있다.

§76 현존하는 건축시설물(Bestehende bauliche Anlagen)

(1) 이 법에서 또는 이 법을 근거로 제정된 다른 규정에서 지금까지의 법에 의한 것과는 다른 요건이 요구되는 경우에, 생명 또는 건강이 위협되는 경우, 적법하게 또는 허가된 건축안에 따라 이미 시작된 시설물이 새로운 규정에 적합하도록 요구할 수 있다.

(2) 적법하게 현존하는 시설물이 근본적으로 변경되어야 하는 경우에는,

1. 이 규정에 더 이상 상응하지 아니하는 건축물의 일부분이 의도하고 있는 건축계획과 구조적인 관계에 있는 경우 그리고

2. 건축계획과 관련되지 아니하는 시설물의 일부분에 있어서 규정준수가 기대가능하지 아니한 추가비용을 야기하지 아니하는 경우에는,

직접적으로 관련되지 아니하는 시설물의 일부분도 이 법 또는 이 법에 근거하여 제정된 규정에 일치하도록 요구할 수 있다.

② 베를린주<sup>339)</sup>

§77 위법하게 표시된 건축생산품의 금지(Verbot unrechtmäßig gekennzeichnete Bauprodukte)

건축생산품이 제22조<sup>340)</sup>의 규정에 반하여 Ü표가 표시된 경우, 건축감독 행정은 이 생산품의 사용을 금지하고 그 표시의 가치를 소멸시키거나 그 표시를 제거할 수 있다.

§78 작업의 중지(Einstellung von Arbeiten)

- (1) 시설물이 공법상의 규정에 반하여 설치되거나 변경되거나 또는 제거된 경우에, 건축감독행정청은 작업의 중지를 명할 수 있다. 이는 또한,
1. 건축계획의 실행이 제71조<sup>341)</sup> 제6항, 제7항의 규정에 반하여 시작된 경우,
  2.
    - a) 허가를 받아야 하는 건축계획의 실행이 허가된 건축안과 상위한 경우,
    - b) 허가로부터 자유로운 건축계획의 실행이 제출된 자료와 상위한 경우,
  3. 건축생산품이 제17조<sup>342)</sup> 제1항의 규정에 반하여 CE-표 또는 Ü-표 없이 사용된 경우,
  4. 정당한 권한 없이 CE-표(제17조 제1항 제1문 제2호) 또는 Ü-표(제22조 제4항)가 표시된 건축생산품이 사용된 경우에도 적용된다.
- (2) 문서로 교부되거나 구두로 전달된 중지명령에도 불구하고 허가되지 아니한 작업이 계속되는 경우에는, 건축감독행정청은 건축현장을 봉쇄하거나 건축현장에 존재하는 건축생산품, 건축기구, 기계, 건축보조 재료를 공공기관의 보관 하(in amtlichen Gewahrsam)에 둘 수 있다.

§79 시설물의 제거, 이용금지(Beseitigung von Anlagen, Nutzungsuntersagung)

339) Bauordnung für Berlin(BauOBln) vom 29. September 2005 (GVBl. S. 495).

340) §22 Übereinstimmungsnachweis(합치증명).

341) §71 Baugenehmigung, Baubeginn(건축허가, 건축개시).

342) §17 Bauprodukte(건축생산품).

시설물이 공법상의 규정에 반하여 설치되거나 변경된 경우, 다른 방법으로는 적법상태로 회복될 수 없는 경우에는, 건축감독행정청은 시설물의 일부 또는 전부에 대한 제거를 명할 수 있다. 시설물이 공법상의 규정에 반하여 이용된 경우에는, 그 이용이 금지될 수 있다.

§83 규정위반(Ordnungswidrigkeiten)

(1) 고의 또는 과실로

1. 이 법 또는 이 법에 따라 허용된 법규명령에 근거하여 발하여진 건축감독행정청의 강제집행가능한 문서형태의 명령이 이 벌금규정에 대하여 지시하고 있는 한, 이 명령에 위반한 자,
2. 제17조 제1항 제1호의 규정에 반하여 Ü-표 없이 건축생산을 사용한 자,
3. 제21조의 규정에 반하여 일반적인 건축감독상의 승인, 일반적인 건축감독상의 검사증 또는 구체적인 경우에 대한 동의 없이 건축양식을 사용한 자,
4. 제22조 제4항의 요건을 갖추지 아니하고 건축생산물에 Ü-표를 표시한 자,
5. 제39조 제4, 5항, 제50조 제1항 제1문, 제51조에 규정된 장애 없는 건축행위에 관한 규정에 위반한 자,
6. 건축주, 안설계자, 시행사업자, 건축시공자로서 제54조 제1항, 제55조 제1항 제3문, 제56조 제1항 또는 제57조 제1항의 규정을 위반한 자,<sup>343)</sup>
7. 필요한 건축허가(제60조 제1항), 일부건축허가(제73조) 또는 상위(제68조) 없이, 또는 이에 상위하여 건축시설물을 설치, 변경, 이용 또는 제62조 제3항 제2문에서 제5문의 규정에 반하여 제거한 자,
8. 제71조 제7항의 규정에 반하여 건축작업을 시작한 자, 제62조 제3항 제5문의 규정에 반하여 시설물의 제거를 시작한 자, 제81조 제1항의 규정에 반하여 건축작업을 계속하거나 또는 제81조 제2항의 규정에 반하여 건축시설물을 이용한 자,

343) §54 Bauherrin oder Bauherr(건축주), §55 Entwurfsverfasserin oder Entwurfsverfasser (안설계자), §56 Unternehmerin oder Unternehmer(시행사업자), §57 Bauleiterin oder

9. 제63조 제3항 제2문에서 제4문의 규정에 반하여 건축계획의 시행을 시작한 자,
10. 건축개시보고(제71조 제6항, 제63조 제5항)를 하지 않거나 또는 적기에 하지 않은 자,
11. 이동건축물(Fliegende Bauten)을 시행허가(제75조 제2항) 없이 사용하거나 또는 보고 또는 검사(제75조 제6항) 없이 사용한 자,
12. 제84조 제1항에서 제3항에 따라 제정된 법규명령이 이 벌금규정에 대한 특정한 구성요건을 지시하고 있는 경우, 이 법규명령에 위반한 자는 규정에 위반하여 행위한 것이다.

제1항 제8호에서 제10호에 의한 규정위반이 행하여진 경우, 규정위반에 관련된 대상물은 압수될 수 있다; 규정위반에 관한 법률 제19조<sup>344)</sup>가 적용된다.

(2) 더 잘 알 수 있음에 반하여

1. 이 법에 규정된 행정행위를 발급받거나 방해할 목적으로 부당하게 알리거나 또는 부당한 계획이나 자료를 제출한 자,
2. 검사기사로서 부당한 검사보고를 작성한 자는 규정에 위반하여 행위한 것이다.

(3) 규정위반에 대해서는 50만 유로까지의 범칙금을 부과할 수 있다.

(4) 규정위반에 관한 법률 제36조 제1항 제1호에서 말하는 행정청은 제1항 제1문 제2호에서 제4호와 제2항 제2호의 경우에는 건축에 대하여 권한이 있는 중앙행정청(Senatsverwaltung)이고, 그 밖의 경우는 구역관청(Bezirksämter)이다.

§85 현존하는 건축시설물(Bestehende bauliche Anlagen)

- (1) 적법하게 현존하는 건축시설물은, 이 법의 규정 또는 이 법에 근거하여 제정된 규정을 충족하지 못하는 한, 적어도 시설물의 설치시의 규정에 상응하는 상태를 유지하여야 한다. 이 시설물은 시설물의 손상 및 도로-, 지역- 또는 교외경관에 대한 장애를 회피할 수 있도록 유지되어야 한다. 제2문은 건축부지에 대해서도 적용된다.

Bauleiter(건축시공자).

344) §19 Tateinheit(상상적 경합) OWiG.



- (2) 이 법에서 또는 이 법을 근거로 제정된 다른 규정에서 지금까지의 법에 의한 것과는 다른 요건이 요구되는 경우에, 공공의 안전과 질서, 특히 생명 또는 건강에 대한 위해를 회피하기 위하여 필요한 경우에는, 적법하게 또는 허가된 건축안에 따라 이미 시작된 시설물이 새로운 규정에 적합하도록 요구할 수 있다. 지하에 있는 체류공간(Aufenthaltsräume)의 건축상태가 현재의 요구에 상응하지 아니하는 경우, 특히 바닥이 연결되는 지면보다 1,5 m 또는 그 이하에 위치한 경우에는 이 체류공간에 대해서도 이 법의 규정 또는 이 법에 근거하여 제정된 규정이 적용될 수 있다.
- (3) 적법하게 현존하는 시설물이 근본적으로 변경되어야 하는 경우에는, 이 규정에 더 이상 상응하지 아니하는 건축물의 일부분이 의도하고 있는 작업과 구조적인 관계에 있고 작업과 관련되지 아니하는 시설물의 일부분에 있어서 규정의 적용이 기대가능하지 아니한 추가비용을 야기하지 아니하는 경우에는, 직접적으로 관련되지 아니하는 시설물의 일부분도 이 법 또는 이 법에 근거하여 제정된 규정에 일치하도록 요구할 수 있다.
- (4) 현대화계획(Modernisierungsvorhaben)의 경우에는, 그렇지 않으면 위험이 발생하는 경우를 제외하고는, 제3항이 적용되지 아니한다.

### 3. 우리나라와 독일의 건축법상 행정처분기준의 비교 및 분석

위에서 개괄하여본 독일의 건축법상의 행정처분기준과 우리나라의 경우를 비교하여 보면,<sup>345)</sup>

	바덴뷔르템베르크 건축법	베를린 건축법	우리나라 건축법
제재	§63 위법하게 표시된 건축생산품의 금지	§77 위법하게 표시된 건축생산품의 금지	

345) 독일 건축법상의 행정처분기준에 관하여는 김남철, “독일의 건축행정분야의 행정처분기준”, 『건축행정분야 행정처분기준 정비방안』, 한국법제연구원 워크샵자료집 (2006. 9. 28), 30면 이하 참조.

<p>적 행 정 처 분</p>	<p>건축생산품이 제22조의 규정에 반하여 Ü표가 표시된 경우, 건축법관청은 이 생산품의 사용을 금지하고 그 표시의 가치를 소멸시키거나 그 표시를 제거할 수 있다.</p> <p>§64 건축중지 (1)시설물이 공법상의 규정에 반하여 설치되거나 철거되는 경우에, 건축법관청은 건축행위의 중지를 명할 수 있다. 이는 특히,</p> <p>1. 제49조의 규정에 의한 허가를 받아야 하는 건축계획, 제51조의 규정에 의한 통지를 교부받아야 하는 건축계획 또는 제70조의 규정에 의한 동의를 받아야 하는 건축계획의 시행이 제59의 규정에 반하여 시작된 경우,</p> <p>2. 건축계획이 필요한 건축검사(제67조) 또는 증명(제66조 제2항, 제4항)을 받지 아니하고 또는 일부 건축허가(제61조)의 범위를 넘어서 수행된 경우,</p> <p>3. 건축계획의 시행이, 이에 대하여 허가나 동의가 필요했음에도 불구하고, 발급된 허가나 동의와 상</p>	<p>건축생산품이 제22조의 규정에 반하여 Ü표가 표시된 경우, 건축감독행정은 이 생산품의 사용을 금지하고 그 표시의 가치를 소멸시키거나 그 표시를 제거할 수 있다.</p> <p>§78 작업의 중지 (1) 시설물이 공법상의 규정에 반하여 설치되거나 변경되거나 또는 제거된 경우에, 건축감독행정청은 작업의 중지를 명할 수 있다. 이는 또한,</p> <p>1. 건축계획의 실행이 제71조 제6항, 제7항의 규정에 반하여 시작된 경우,</p> <p>2.</p> <p>a) 허가를 받아야 하는 건축계획의 실행이 허가된 건축안과 상위한 경우,</p> <p>b) 허가로부터 자유로운 건축계획의 실행이 제출된 자료와 상위한 경우,</p> <p>3. 건축생산품이 제17조 제1항의 규정에 반하여 CE-표 또는 Ü-표 없이 사용된 경우,</p>	<p>제69조 (위반건축물등에 대한 조치등) ①허가권자는 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. ②허가권자는 제1항의 규정에 의하여 허가 또는 승인이 취소된 건축물 또는 제1항의 규정에 의한 시정명령을 받고 이행하지 아니한 건축물에 대하여는 당해</p>
----------------------------------	--	---	---

<p>위하는 경우,</p> <p>4. 건축계획의 시행이 통지 교부절차에 제출된 건축안에 상위한 것이 제50조의 규정에 의하여 절차가 면제되는 경우가 아니라면, 이 건축안에 상위하는 경우,</p> <p>5. 권한 없이 CE표(제17조 제1항 제2호)이나 Ü표(제22조 제4항)가 표시된 건축생산을 사용하는 경우에 적용된다.</p> <p>(2) 문서로 교부되거나 구두로 전달된 중지명령에도 불구하고 건축행위가 계속되는 경우에는, 건축법관청은 건축현장을 봉쇄하고 건축현장에 존재하는 건축자재, 건축물의 일부, 건축기구, 건축기계, 건축보조재료를 공공기관의 보관하에 둘 수 있다.</p> <p>§65 철거명령과 이용금지</p> <p>공법상의 규정에 반하여 설치된 시설물에 대하여는, 다른 방법으로는 적법상태로 회복될 수 없는 경우에는, 그 일부 또는 전부에 대한 철거를 명할 수 있다. 시설물이 공법상의 규정에 반하여 이용된 경</p>	<p>4. 정당한 권한 없이 CE-표(제17조 제1항 제1문 제2호) 또는 Ü-표(제22조 제4항)가 표시된 건축생산품이 사용된 경우에도 적용된다.</p> <p>(2) 문서로 교부되거나 구두로 전달된 중지명령에도 불구하고 허가되지 아니한 작업이 계속되는 경우에는, 건축감독행정청은 건축현장을 봉쇄하거나 건축현장에 존재하는 건축생산품, 건축기구, 기계, 건축보조재료를 공공기관의 보관 하에 둘 수 있다.</p> <p>§79 시설물의 제거, 이용금지</p> <p>시설물이 공법상의 규정에 반하여 설치되거나 변경된 경우, 다른 방법으로는 적법상태로 회복될 수 없는 경우에는, 건축감독행정청은 시설물의 일부 또는 전부에 대한 제거를 명할 수 있다. 시설물이 공법</p>	<p>건축물을 사용하여 행할 다른 법령에 의한 영업 기타 행위의 허가를 하지 아니하도록 요청할 수 있다. 다만, 허가권자가 기간을 정하여 그 사용 또는 영업 기타 행위를 허용한 주택과 대통령령이 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>③제2항의 규정에 의한 요청을 받은 자는 특별한 이유가 없는 한 이에 응하여야 한다.</p> <p>④허가권자는 제1항의 규정에 의한 시정명령을 하는 경우에는 건설교통부령이 정하는 표지를 당해 위반건축물 또는 그 대지안에 설치하여야 하며, 건설교통부령이 정하는 바에 따라 건축물대장에 위반내용을 기재하여야 한다.</p> <p>⑤누구든지 제4항의 표지설치를 거부 또는 방해하거나 이를 훼손하여서는 아니된다.</p>
---	--	---

<p>우에는, 그 이용이 금지될 수 있다.</p> <p>§76 현존하는 건축시설물 (1) 이 법에서 또는 이 법을 근거로 제정된 다른 규정에서 지금까지의 법에 의한 것과는 다른 요건이 요구되는 경우에, 생명 또는 건강이 위협되는 경우, 적법하게 또는 허가된 건축안에 따라 이미 시작된 시설물이 새로운 규정에 적합하도록 요구할 수 있다.</p> <p>(2) 적법하게 현존하는 시설물이 근본적으로 변경되어야 하는 경우에는,</p> <p>1. 이 규정에 더 이상 상응하지 아니하는 건축물의 일부분이 의도하고 있는 건축계획과 구조적인 관계에 있는 경우 그리고</p> <p>2. 건축계획과 관련되지 아니하는 시설물의 일부분에 있어서 규정준수가 기대가능하지 아니한 추가비용을 야기하지 아니하는 경우에는,</p> <p>직접적으로 관련되지 아니하는 시설물의 일부분도 이 법 또는 이 법에 근거</p>	<p>상의 규정에 반하여 이용된 경우에는, 그 이용이 금지될 수 있다.</p> <p>§85 현존하는 건축시설물 (1) 적법하게 현존하는 건축시설물은, 이 법의 규정 또는 이 법에 근거하여 제정된 규정을 충족하지 못하는 한, 적어도 시설물의 설치시의 규정에 상응하는 상태를 유지하여야 한다. 이 시설물은 시설물의 손상 및 도로-, 지역- 또는 교외경관에 대한 장애를 회피할 수 있도록 유지되어야 한다. 제2문은 건축부지에 대해서도 적용된다.</p> <p>(2) 이 법에서 또는 이 법을 근거로 제정된 다른 규정에서 지금까지의 법에 의한 것과는 다른 요건이 요구되는 경우에, 공공의 안전과 질서, 특히 생명 또는 건강에 대한 위해를 회피하기 위하여 필요한 경우에는, 적법하게 또는 허가된 건축안에 따라 이미 시작된 시설물이 새로운 규정에 적합하도록 요구할 수 있다. 지하에 있는 채류공간</p>	<p>제70조 (기존의 건축물에 대한 안전점검 및 시정명령등) ①시장·군수·구청장은 기존건축물이 국가보안상 또는 제4장(제30조 내지 제37조)의 규정에 위반함으로써 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 경우에는 당해 건축물의 철거·개축·증축·수선·용도변경·사용금지·사용제한 기타 필요한 조치를 명할 수 있다. ②시장·군수·구청장은 미관지구 또는 풍치지구안의 건축물로서 도시미관이나 주거환경상 현저히 장애가 된다고 인정하는 경우에는 건축위원회의 의견을 들어 개축 또는 수선을 하게 할 수 있다. ③시장·군수·구청장은 제1항의 규정에 의하여 필요한 조치를 명한 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 정당한 보상을 하여야 한다. ④시장·군수·구청장</p>
---	--	---

<p>하여 제정된 규정에 일치하도록 요구할 수 있다.</p>	<p>의 건축상태가 현재의 요구에 상응하지 아니하는 경우, 특히 바닥이 연결되는 지면보다 1.5 m 또는 그 이하에 위치한 경우에는 이 체류공간에 대해서도 이 법의 규정 또는 이 법에 근거하여 제정된 규정이 적용될 수 있다.</p> <p>(3) 적법하게 현존하는 시설물이 근본적으로 변경되어야 하는 경우에는, 이 규정에 더 이상 상응하지 아니하는 건축물의 일부분이 의도하고 있는 작업과 구조적인 관계에 있고 작업과 관련되지 아니하는 시설물의 일부분에 있어서 규정의 적용이 기대가능하지 아니한 추가비용을 야기하지 아니하는 경우에는, 직접적으로 관련되지 아니하는 시설물의 일부분도 이 법 또는 이 법에 근거하여 제정된 규정에 일치하도록 요구할 수 있다.</p> <p>(4) 현대화계획의 경우에는, 그렇지 않으면 위험이 발생하는 경우를 제외하고는, 제3항이 적용되지 아니한다.</p>	<p>이 위해의 우려가 있다고 인정하여 지정하는 건축물의 건축주등은 대통령령이 정하는 바에 의하여 건축사협회 기타 건설교통부장관이 인정하는 전문인력을 갖춘 법인 또는 단체로 하여금 건축물의 구조 안전 여부를 조사하게 하여 그 결과를 시장·군수·구청장에게 보고하여야 한다.</p> <p>⑤ 시장·군수·구청장은 제4항의 규정에 의한 조사결과에 따라 필요하다고 인정하는 경우 당해 건축물의 철거·개축·수선·용도변경·사용금지·사용제한 기타 필요한 조치를 명할 수 있다.</p> <p>제69조의2 (이행강제금) ① 허가권자는 제69조제1항의 규정에 의하여 시정명령을 받은 후 시정기간내에 당해 시정명령의 이행을 하지 아니한 건축주등에 대하여는 당해 시정명령의 이행에 필요한 상당한 이행기한을 정하여 그 기한까지 시정명령을 이행하지 아니하는 경우에는 다음 각호의 이행강제금을 부과한다. 다만, 연면적 85</p>
-----------------------------------	---	--

		<p>제곱미터이하의 주거용 건축물인 경우와 제2호 중 주거용 건축물로서 대통령령이 정하는 경우에는 다음 각호의 1에 해당하는 금액의 2분의 1의 범위안에서 당해 지방자치단체의 조례가 정하는 금액을 부과한다.</p> <p>1. 건축물이 제47조 및 제48조의 규정에 의한 건폐율 또는 용적률을 초과하여 건축된 경우 또는 허가를 받지 아니하거나 신고를 하지 아니하고 건축된 경우에는 『지방세법』에 의하여 해당 건축물에 적용되는 1제곱미터당 시가표준액의 100분의 50에 상당하는 금액에 위반 면적을 곱한 금액이하</p> <p>2. 건축물이 제1호외의 위반건축물에 해당하는 경우에는 『지방세법』에 의하여 당해 건축물에 적용되는 시가표준액에 상당하는 금액의 100분의 10의 범위안에서 그 위반내용에 따라 대통령령이 정하는 금액...</p>
--	--	--

위에서의 비교표를 통하여,

(1) 독일의 경우에는 위법하게 표시된 각종 건축자재 및 용품에 대한 사용금지에 관하여 명문의 규정을 두고 있는 반면, 우리나라의 경

우에는 이와 같은 규정이 없다. 우리나라 건축법은 건축설비의 기준(제55조)나 친환경건축물의 인증제도(제58조) 등에 관하여는 규정을 두고 있으나, 건축에 사용되는 각종 자재들이 인증을 받은 것인지를 검사하고 규제할 수 있는 규정은 없다. 건축물의 안전을 고려한다면, 인증 받은 자재만을 사용할 수 있도록 강제하거나 그 이행을 확보할 수 있는 규정을 두는 것이 바람직할 것이다.

(2) 독일의 경우에는 제재적 처분으로 건축중지, 철거명령, 이용금지만을 규정하고 있는데 비하여, 우리나라의 경우에는 이러한 처분 이외에도 개축·증축·수선·용도변경·사용제한 기타 필요한 조치 등 비교적 광범하게 제재적 조치를 취할 수 있도록 규정되어 있다. 더 나아가 허가 또는 승인을 취소할 수도 있고, 허가 또는 승인이 취소된 건축물 또는 시정명령을 받고 이행하지 아니한 건축물에 대하여는 당해 건축물을 사용하는 허가를 하지 아니하도록 요청하는 이른바 ‘인·허가의 제한’도 가능하다.

이러한 ‘인·허가의 제한’의 실무적인 운용에 있어 문제시 되는 점은 이와 같은 간접적인 제재조치가, 그 조치의 실효성에 관한 논의는 차치하더라도, 일단 비례원칙과 부당결부금지 등의 행정법상 일반원칙의 관점에서 문제의 소지가 있다는 것이다. 즉 위법한 건축물에 대해서 이 건축물을 이용하여 영업하고자 하는 ‘타인의 영업허가’를 제한하는 것은 행정법상의 의무이행을 확보하기 위하여 이와는 사물적인 관련성이 적은 다른 수단을 활용하는 것이 되어 위의 일반원칙에 반한다는 것이다<sup>346)</sup> 독일의 경우 이와 같은 수단이 규정되어 있지 않은 것은 애초에 이와 같은 법리적인 문제를 피하기 위한 것으로도 생각되어진다. 따라서 우리나라의 경우에도 비례원칙의 관점에서 문제의 소지가 다분한 인·허가의 제한에 관한 규정은 재검토의 필요성이 있다고 생각된다.<sup>347)</sup>

346) 김성수, 전계서, 501면 참조.

347) 김동희, 전계서, 444면 이하 참조. 나아가 대형건축물의 경우 이와 같은 인허가 제한은 경제적 손실을 가져온다는 점에서 이 수단의 실용성에서 대해서도 의문이

(3) 우리나라 건축법 제69조의2는 이행강제금을 규정하고 있다. 독일의 경우 이행강제금은 각 주의 건축법에서 규정되는 것이 아니라, 각 주의 행정집행에 관한 일반법인 행정집행법348)에서 규정되고 있다. 예컨대 바덴 뷔르템베르그 주 강제집행법은 강제금, 강제구금, 대집행, 직접강제를 규정하고 있다.

(4) 형벌의 부과액 및 유형구분의 문제이다. 독일의 경우에는 범칙금부과규정이 매우 단순하다. 즉 질서위반행위에 대해서 범칙금의 상한을 정하여 범칙금을 부과할 수 있다는 조항만 두고 있는 것이다. 따라서 다양한 규정위반행위에 대해서 상한의 범위 내에서 탄력적으로 범칙금을 부과할 수 있다. 그러나 우리나라의 경우에는 징역형이나 벌금형과 같은 형벌이 부과되도록 규정되어 있는 까닭에, 형벌이 부과되는 구성요건이 구체적으로 세분되어 있고, 각 세분된 유형에 따라 차등적인 형벌이 부과되도록 규정되어 있어 내용적으로 다소 복잡한 구조를 띠고 있다.

## 제 2 절 일본의 건축행정처분기준

일본의 경우, 행정처분기준의 논의는 곧 재량의 문제로 인식되어져 왔으며, 이는 행정청의 재량통제로 연결되어 진다하겠다. 재량통제의 해석기준에 대해서는 고전적 이론이나 그 연장선상의 이론으로는 자원배분의 효율성과 정합적인 해답을 도출하기가 어렵다. 사인간의 권리관계를 재정하는 기능을 하는 처분에 대해서는 보다 순수한 모습으로의 경제학적 기준을 재량통제의 기준에 포함하여 해석해 나가는 것이 타당할 것으로 생각된다.<sup>349)</sup>

제기되고 있다.

348) Verwaltungsvollstreckungsgesetz für Baden - Württemberg, Gesetz vom 12.3.1974 (GBl. S. 93), zuletzt geändert durch Gesetz vom 14.12.2004 (GBl. S. 895) m.W.v. 2.1.2005.

349) 福井秀夫, “權利の配分・裁量の統制とコースの定理”, 『鹽野古希(上)』, (有斐閣, 2001, 425 - 430頁. - 현실적으로 법령의 규정은 불확정개념을 사용하고 있고, 해석의 다의성으로 권리가 명확하게 확정되어 있다고 할 수 없으며, 사전예측가능성도 없는 경



건축행정분야와 관련하여서는 일반적으로 토지이용규제나 원자력발전소·공항입지 등에 대해서는 행정청의 재량이 많고, 더구나 그 넓은 재량에 대해서 법원이 명확한 원리원칙없이 사법심사를 하고 있다. 이러한 처분기준, 사법심사의 방식은 기준의 일관성을 결하고, 권리의 확정에 있어서의 거래비용을 증대시키고, 자원배분을 실패하게 하는 방향으로 작용할 수 있다. 초기권리배분의 기준이 되는 행정법이나 행정처분기준에 대해서는 원래 입법단계에서 자원배분의 개선을 의도한 명확한 기준을 설정해 두어야 하는 것이다.<sup>350)</sup>

## 1. 일본 건축행정에서 있어서의 처분기준

일본의 행정처분기준의 특징에서 알 수 있는 바와 같이 일본의 건축행정분야에 있어서 처분기준의 설정은 종전에는 중앙행정기관의 지침에 의했으나, 지방분권의 실시 및 행정절차법의 제정으로 지방자치단체가 사전에 건축행정분야의 처분기준을 설정하고 공표하고 있다. 이하에서는 광역지방자치단체인 북해도의 건축행정처분기준의 내용 및 설정상황과 건축사법에서의 처분순위(랭킹)제를 구체적인 예로 들면서, 일본의 건축행정처분기준 설정의 양태 및 시사점을 제시하고자 한다.

---

우가 있다. 이런 것들은 대부분 입법적으로 쉽게 해결할 수 있다. 입법에 의한 재량의 극소화가 완성되기까지의 해석태도는 어디까지나 재현가능성이 있는 해석을 지향해야 할 것이다. 당해 해석을 어느 사건에 적용해도 일관되게 원리원칙에 의해 법적 효과가 결정되는 해석이 필요할 것이다.

350) 일본의 재량통제 및 건축행정 처분기준에 관하여는, 이순태, “일본의 건축행정분야의 처분기준”, 『건축행정분야 행정처분기준 정비방안』, 한국법제연구원 워크샵 자료집 (2006. 9. 28), 63면 이하 참조. - 전제가 되는 입법의 재량이 극소화되어 있을 것이 본래 최선의 조치이지만, 불확정개념을 사용하고 있는 재량기준의 통제에 있어서도 법원은 행정청이 비용편익분석수법을 채용하여 처분을 결정하고 있는지를 우선 심사해야 할 것이다. 그것이 일용 이루어진 경우에는 재량의 남용을 통제한다고 하는 관점에서 가능한 한 조기의 심리기간으로 명확한 권리관계를 설정하는 것이 법원의 중요한 역할이 된다.

## 【 복해도 건축행정관련 제재적행정처분기준 】

- 미설정① : 심사기준이 법령에 상세히 규정되어 있는 것  
 미설정② : 신청실적이 없거나 가능성이 없는 것  
 미설정③ : 미리 구체적인 기준을 설정하기가 곤란한 것

No	법령명	근거조항	불이익처분의 개요	설정 등 구분	비고
1	고령자, 신체장애자등이 원활하게 이용할 수 있는 특정건축물의 건축촉진에 관한 법률 <sup>351)</sup>	제11조	개선명령	미설정③	
2	"	제12조	인정취소	미설정③	
3	건축사법 <sup>352)</sup>	제9조	건축사면허의 취소	미설정①	
4	"	제10조 제1항	건축사면허의 취소, 업무의 정지 등	설정	
5	"	제15조의5 제2항	중앙지정시험기관 임원의 선임 및 해임	미설정③	
6	"	제15조의17 제5항	도도부현지정시험기관 임원의 선임 및 해임	미설정③	
7	"	제23조의7 제1항	건축사사무소의 등록말소	미설정①	
8	"	제26조 제1항	건축사사무소의 등록취소	미설정①	
9	"	제26조 제2항	건축사사무소의 폐쇄 및 등록취소 등	설정	
10	건축기준법 <sup>353)</sup>	제9조 제1항	위반건축물의 제거, 이전 등의 명령	미설정①	
11	"	제9조 제7항	위반건축물의 사용금지, 사용제한(가명령)	미설정①	
12	"	제9조 제10항	위반건축공사의 시공정지 명령	미설정①	

351) 高齢者、身体障害者等が円滑に利用できる特定建築物の建築の促進に関する法律，平成6年6月29日法律第44号

352) 建築士法，昭和25年5月24日法律第202号

353) 建築基準法，昭和25年5月24日法律第201号

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

No	법령명	근거조항	불이익처분의 개요	설정 등 구분	비고
13	"	제10조 제1항	보안상 위험한 건축물 등의 제거 등의 권고	미설정①	
14	"	제10조 제2항	권고미이행시의 조치명령	미설정①	
15	"	제45조 제1항	사도의 변경 또는 폐지의 제한	미설정①	
16	"	제77조의35 제1항	지정확인검사기관의 지정취소	미설정①	
17	"	제77조의35 제2항	지정확인검사기관의 지정취소	미설정③	
18	"	제88조 제1항	위반굴뚝 등의 제거, 이전 등의 명령, 위반굴뚝 등의 사용금지, 사용제한, 위반굴뚝 등의 공사시공의 정지명령, 보안상 위험한 굴뚝 등의 제거명령 등, 위험굴뚝 등의 사용금지, 사용제한, 위험방지를 위한 제거등조치명령, 긴급시의 사용금지, 사용제한 명령, 위해방지를 위한 공사정지명령, 공사중의 공작물에 관련되는 조치명령.	미설정①	
19	"	88조의 제2항	위반제조시설 등의 제거 등의 명령, 위반제조시설 등의 사용금지명령 등, 위반건축공사의 시공의 정지명령, 위해방지를 위한 제거등조치명령, 긴급시의 사용금지, 사용제한 명령, 위해방지를 위한 공사정지명령, 공사중의 제조시설 등에 관련되는 조치명령	미설정①	
20	"	제88조 제3항	위반간판 등의 제거, 이전 등의 명령, 위반간판 등의 사용금지, 사용제한, 위반간판 등 설치공사시공정지명령, 보안상 위험한 간판 등의 제거명령, 위험간판 등의 사용금지, 사용제한	미설정①	

No	법령명	근거조항	불이익처분의 개요	설정 등 구분	비고
21	"	제90조 제3항	위해방지를 위한 제거 등 조치명령, 긴급시의 사용금지, 사용제한명령, 위해방지를 위한 공사정지명령	미설정①	
22	"	제90조의2 제1항	공사중 특수건축물에 관련된 조치명령	미설정①	
23	"	제90조의2 제2항	긴급시의 사용금지, 사용제한명령	미설정①	
24	정화조법 <sup>354)</sup>	제5조 제3항	조화조의 설치 등의 신고, 권고 및 명령	미설정①	
25	건축물의 내진개수의 촉진에 관한 법률 <sup>355)</sup>	제8조	인정사업자에 대한 개선명령	미설정①	
26	"	제9조	건축물의 내진개수계획의 인정취소	미설정①	
27	택지건물거래업법 <sup>356)</sup>	제17조 제3항	부정수험자의 수험금지	미설정②	
28	"	제25조 제7항	택지건물거래업자의 면허취소	미설정③	
29	"	제65조 제1항	택지건물거래업자에 대한 지시	비공개	
30	"	제65조 제2항	택지건물거래업자의 업무정지명령	비공개	
31	"	제65조 제3항	택지건물거래업자에 대한 지시	비공개	
32	"	제65조 제4항	택지건물거래업자의 업무정지명령	비공개	
33	"	제66조 제1항	택지건물거래업자의 면허취소	비공개	
34	"	제66조 제2항	택지건물거래업자의 면허취소	비공개	
35	"	제68조 제1항	거래주임자에 대한 지시	비공개	

354) 浄化槽法, 昭和58年5月18日法律第43号

355) 建築物の耐震改修の促進に関する法律, 平成7年10月27日法律第123号

356) 宅地建物取引業法, 昭和27年6月10日法律第176号

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

No	법령명	근거조항	불이익처분의 개요	설정 등 구분	비고
36	"	제68조 제2항	거래주입자의 사무금지	비공개	
37	"	제68조 제3항	거래주입자에 대한 지시	비공개	
38	"	제68조 제4항	거래주입자의 사무금지	비공개	
39	"	제68조의2 제1항	거래주입자의 등록취소	비공개	
40	"	제68조의2 제2항	거래주입자의 등록취소	비공개	
41	"	제70조	감독처분의 공공	미설정①	
42	적립식택지 건물관매업 법 <sup>357)</sup>	제10조 제3항	관매계약약관의 변경명령	미설정②	
43	"	제42조 제1항	업무운영의 개선명령	미설정②	
44	"	제43조 제1항	계약의 체결금지명령	미설정②	
45	"	제44조 제1항	업무정지 명령	미설정②	
46	"	제44조 제2항	관매업의 허가취소	미설정①	
47	부동산특정공 동사업법 <sup>358)</sup>	제34조 제1항	부동산특정공동사업자에 대한 지시	미설정②	
48	"	제34조 제2항	부동산특정공동사업자에 대한 지시	미설정②	
49	"	제35조 제1항	부동산특정공동사업자에 업무정지명령	미설정②	
50	"	제35조 제2항	부동산특정공동사업자에 업무정지명령	미설정②	
51	"	제36조	부동산특정공동사업자의 허가취소	미설정②	
52	"	제37조 제1항	업무관리자의 해임명령	미설정②	
53	"	제37조 제2항	업무관리자의 해임명령	미설정②	
54	도시재개발법 <sup>359)</sup>	제7조의5 제1항	무허가건축자에 대한 조치명령	미설정①	
55	"	제112조	사업대행개시의 결정	미설정①	
56	"	제124조 제2항	시행자에 대한 조치명령	미설정①	
57	"	제124조의2 제1항	개인시행자의 처분의 취소등	미설정①	

357) 積立式宅地建物販売業法, 昭和46年6月16日法律第111号

358) 不動産特定共同事業法, 平成6年6月29日法律第77号

359) 都市再開発法, 昭和44年6月3日法律第38号

## 제 3 부 건축행정분야 행정처분기준 정비방안

No	법령명	근거조항	불이익처분의 개요	설정 등 구분	비고
58	"	제124조의2 제2항	개인시행자의 시행인가의 취소	미설정①	
59	"	제125조 제3항	조합에 대한 조치명령	미설정①	
60	"	제135조 제4항	조합의 설립인가의 취소	미설정①	
61	"	제125조 제6항	총회의 소집	미설정①	
62	"	제125조 제7항	해임청구로 인한 투표	미설정①	
63	"	제125조 제8항	의결 등의 취소	미설정①	
64	"	제126조 제1항	시행자에 대한 조치명령	미설정①	
65	"	제99조의8 제1항	특정건축자의 결정취소	미설정②	
66	"	제99조의8 제2항	토지의 명도청구	미설정②	
67	"	제104조	청산금의 징수	미설정②	
68	"	제106조 제3항	연체금의 징수	미설정②	
69	"	제111조	청산금의 징수	미설정②	
70	"	제118조의24 제1항	청산금의 징수	미설정②	
71	"	제118조의24 제2항	연체금의 징수	미설정②	
72	"	제118조의25 제3항	청산금의 징수	미설정②	
73	"	제118조의25 의2 제3항	연체금의 징수	미설정②	
74	"	제118조의27 제1항	물건의 이전명령	미설정②	
75	"	제118조의28 제1항	특정건축자의 결정취소	미설정②	
76	"	제118조의28 제2항	토지의 명도청구	미설정②	
77	"	제118조의30 제1항	재개발회사의 사업대행결정	미설정②	

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

No	법령명	근거조항	불이익처분의 개요	설정 등 구분	비고
78	"	제121조 제1항	공공시설관리자에 대한 부담금의 청구	미설정②	
79	"	제125조의2 제4항	재개발회사에 대한 시행인가의 취소	미설정②	
80	맨션재건축의 원활화 등에 관한 법률(360)	제11조 제3항	사업계획에 대한 의견서의 심사 및 수정명령과 불채택 통지	미설정②	
81		제97조 제1항	재건축조합 또는 개인시행자에 대한 보고, 권고 등	미설정②	
82		제97조 제2항	재건축조합 또는 개인시행자에 대한 명령	미설정②	
83		제98조 제3항	재건축조합에 대한 위반시정명령	미설정②	
84		제98조 제4항	위반시정명령 등에 위반한 재건축조합에 대한 설립인가의 취소	미설정②	
85		제98조 제7항	조합원의 청구에 따른 의결, 선거, 투표의 취소	미설정②	
86		제99조 제1항	개인시행자에 대한 위반시정명령	미설정②	
87		제99조 제2항	위반시정명령에 위반한 개인시행자에 대한 인가취소	미설정②	

## 2. 일본 건축행정분야에 있어서의 처분순위제

### (1) 처분순위제의 도입목적과 운용

건설교통성은 1999년 12월 28일자로 ‘건축사의 처분 등에 대해(통지)’라고 하는 지침<sup>361)</sup>을 발표했다(建設省住指発第784号). 이는 건축기준법의 개정(99년 6월 12일), 건축물안전안심추진계획(平成11年4月6日

360) マンションの建替えの円滑化等に関する法律, 平成14年6月19日法律第78号

361) 일본에서는 ‘通達’이라는 용어를 사용하지만, 본문에서는 ‘지침’으로 사용한다.

建設省住指發第163号)에 따라 건축사의 징계처분의 강화를 도모하기 위해 처분기준을 설정한 것이다(그리고 이에 따라, 종전의 지침(昭和59年12月13日建設省住指發第467号)는 폐지되었다). 이에 따라 건축행정분야에서의 처분기준의 설정양태로서 새로이 등장한 제도가 처분순위제라 하겠다.

처분기준은 2급건축사의 처분을 하는 도도부현의 담당자가 처분을 효율적으로 할 수 있도록 ‘순위제’를 채용했다. 순위는 16단계로 구분되어 있고, 각각의 순위마다 ‘계고’, ‘업무정지1개월’이라고 하는 처분내용을 아래의 표와 같이 정하고 있다. 가장 중한 16순위는 면허의 취소이다.

또한 구체적인 위반행위에 대응한 징계처분 순위도 명확하게 했다. 예를 들면, 2급건축사가 본래는 할 수 없는 상가건물 등을 설계한 경우는 ‘설계 및 공사감리의 업무범위를 일탈’한 것에 해당되고, 처분순위는 6이다. 이를 아래의 처분구분표와 대조하자면 ‘3개월의 업무정지’라고 하는 처분이 된다.

**【 일본의 처분구분표 】**

랭킹	처분	랭킹	처분	랭킹	처분	랭킹	처분
1	문서주의	5	업무정지2월	9	업무정지6월	13	업무정지10월
2	계고	6	업무정지3월	10	업무정지7월	14	업무정지11월
3	업무정지1월미만	7	업무정지4월	11	업무정지8월	15	업무정지12월
4	업무정지1월	8	업무정지5월	12	업무정지9월	16	면허취소

**【 일본의 처분순위표 】**

건축관	건축사법	중	· 설계 및 공사감리의 업무범위의 일탈	처분순위	6
	위반	중	· 업무정지처분위반		16
			· 지정시험기관의 비밀보존의무위반 (기관의 역직원등)		4



제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

런 법 령 위 반	중	· 위반설계	6
	중	· 법에 규정하는 공사감리자의 업무를 불이행 (공사감리불이행·공사감리불충분)	6
		· 무단설계변경	4
		· 설계도서의 기명날인불이행	4
		· 공사감리보고서의 미제출, 불충분한 기재 등	4
		· 건축설비자격자의 의견명시의무위반	4
		· 무등록업무	4
		· 허위·부정사무소등록	4
		· 사무소변경신고해태, 허위보고	4
		· 관리건축사부설치	4
		· 관리건축사사무소전입의무위반	4
		· 관리건축사전입의무위반	4
		· 사무소의 장부부작성, 불보존	4
		· 사무소표식비제시	4
		· 사업실적등의 서류의 비치, 열람의무위반, 허위기입	4
		· 업무위탁등의 서면의 교부의무위반	4
	중	· 사무소폐쇄처분위반	1 6
		· 사무소보고, 감사의무위반	4
		· 건축심의위원회의 부정행위	4
	중	· 건축사의 명칭사용, 명의차용	6
	중	· 명의대여	6
		· 그외 타법령위반	4 - 1 6
건 축 기 준 법 위 반	중	· 설계, 공사감리규정위반	6
	중	· 확인통지서등위조 및 동행사	6
	중	· 무확인공사등	6
	중	· 위반공사	6
		· 무확인착공등용인	4
	중	· 허위의 확인신청등	6
	중	· 공사감리자란등허위기입	6
		· 공사완료검사신청등해태	4
	중	· 시정명령등위반	6
		· 확인표시미계재	4
	· 그외 타법령위반	4 - 6	
상 기 이 외 의 건 축 관 계 법 령 위 반		· 확인대상법령위반	2 - 6
		· 그외 타법령위반	"
부 성 실 행 위 에 관 한 업 무		○현재의 건축기술수준에 비추어 부적당한 설계	1 - 4
		○의뢰자의 설계조건에 위반	
		○의뢰자의 지시가 부적절하다는 내용의 불교시	"
		○계약의 내용에 따르지 않은 업무시행	"
		○업무계약내용에 대한 설명부족	"
		○그외 부성실행위	"

처분순위표에서의 『중』은 중대한 위반으로 가장 무거운 처분이 내려지는 것을 나타내며, 상기에 기재가 없는 행위는 가장 유사한 위반행위의 예에 의한다. 위의 표에 있는 처분의 기준에 정상을 고려하여 처분을 가중, 감경하는 경우도 있다. 이와 같은 ‘중대한 위반’에는 위반설계, 공사감리의 불이행, 명의대여, 확인통지서의 위조, 확인을 받지 않은 공사 등이 있다.

개별법적인 건축관련 법령의 제재적 행정처분기준으로서 건축사법에서는 건축사가 건축기준법이나 건축사법 등의 건축관련의 법률, 조례에 위반한 때, 건설대신, 도도부현이 일정한 징계처분을 하도록 하고 있다. 처분에는 징계, 1년이내의 업무정지, 면허의 취소가 있다. 또한 건축사법에서는 법률에는 위반하지 않았더라도 ‘불성실한 행위’가 있다면 처분할 수 있는 것으로 하고 있다. 예를 들면, 상주하면서 공사감리를 할 것으로 계약했음에도 최저한의 감리만이 이루어졌던 경우 등이다. 이러한 ‘불성실한 행위’에는 최대 1개월의 업무정지처분이 내려질 수 있다.

## (2) 재범에게는 가중된 처분

두개 이상의 위반이 있었던 경우는 원칙적으로 무거운 처분을 내린다. 또 처분을 가중하거나 경감하는 경우도 있다. 과거에 처분된 적이 있는 건축사는 아래표의 기준에 따라 새로운 위반행위의 처분랭킹이 가중되어 보다 무거운 처분이 내려진다.

즉, 과거의 처분사유와 동일한 처분사유일 경우는 ( )안의 처분이 된다. 다만, 과거의 처분사유가 중대한 위반에 해당하고, 새로이 ‘중대한 위반’에 해당하는 처분사유가 있었을 경우에는 면허취소를 한다. 또 과거에 2회 이상 처분 등을 받았을 경우에는 가중되는 순위는 그

각각의 합계에 새로운 처분사유의 순위를 합산하여 가중을 하게된다.

**【 과거에 처분 등을 받았던 경우 】**

과거행위	문서주의	계고	업무정지	면허취소
문서주의에 상당하는 경우	+ 1 순위 (+ 2 순위)			
계고에 상당하는 경우	+ 3 순위 (+ 4 순위)			
업무정지에 상당하는 경우				
면허취소에 상당하는 경우	면허취소			

**3. 우리나라의 건축사법과 일본의 건축사법간의 처분기준 비교**

일본의 처분구분표와 처분순위표에 따른 건축사법의 처분기준과 우리나라의 건축사법의 처분기준을 비교하여 개괄하면,

위반사항		처분기준		비고
우리나라	일본	우리나라 (건축사법시행 령별표 1)	일본 (처분순위표)	
1. 사위 기타 부정한 방법으로 건축사업 무신고 등을 한 사실이 관명된 때	허위·부정 사무소 등록	업무신고 효력상실	4 (업무정지 1월)	
2. 이 법에 의한 업무범위를 위반하여 업무를 행한 때	설계 및 공사감리의 업무범위의 일탈	업무정지 12월	(중) 6 (업무정지 3월)	
3. 업무정지명령을 받은 후 계속하여 그 업무를 수행할 때	- 업무정지처분 위반 - 사무소폐쇄처분위반	업무신고 효력상실	(중) 16 (면허취소)	

위반사항		처분기준		비고
우리나라	일 본	우리나라 (건축사법시행 령별표 1)	일 본 (처분순위표)	
4. 건축물의 구조상의 안전에 관한 규정에 위반하여 설계 또는 공사감리를 함으로써 공중에 위해를 끼친 때		업무신고 효력상실		일본의 경 우 건축기 준법에 서 규정 -(중) 6
5. 연 2회 이상 건축사의 업무정지명령을 받은 경우 그 정지기간이 통산하여 12월 이상이 된 때		업무신고 효력상실		
6. 법 제20조제1항 및 제3항의 규정에 위반하여 그 업무에 관하여 불성실한 행위를 한 때 가. 타인이 작성한 설계도서에 서명 또는 날인하여 건축허가를 신청한 때 나. 『건축법』 제21조 제5항의 규정에 의한 감리 일지를 기록·유지하지 아니하거나 감리중간보고서 또는 감리 완료보고서를 제출하지 아니한 때 다. 『건축법』 제23조의 규정에 의한 서면보고의무를 이행하지 아니한 때 라. 기 타	공사감리보고서의 미제출, 불충분한 기재  사무소보고, 감사의무위반	업무정지 8월  업무정지 4월  업무정지 6월  시정명령	4 (업무정지 1월)  4 (업무정지 1월)	

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

위반사항		처분기준		비고
우리나라	일 본	우리나라 (건축사법시행 령별표 1)	일 본 (처분순위표)	
7. 법 제27조의 규정에 의한 건축사업 무신고사항의 변경 등을 허위로 신고한 때	사무소 변경 신고해태, 허위보고	업무정지 6월	4  (업무정지 1월)	
8. 법 제30조제1항의 규정에 의한 보고·검사등에 관한 규정을 위반한 때 가. 검사를 거부·방해 또는 기피한 때 나. 보고를 하지 아니하거나 허위 보고를 한 때		업무정지 6월  업무정지 4월		
9. 고의 또는 중대한 과실로 인하여 법 또는『건축법』의 규정에 위반한 때 가.『건축법』제21조 제2항 또는 제3항의 규정에 의한 공사감리자의 의무를 이행하지 아니한 때 나.『건축법』제21조 제7항의 규정에 의한 공사감리의 방법 및 범위 등을 위반하여 공사감리업무를 수행한 때	법에 규정하는 공사감리자의 업무를 불이행   관리건축사 전임의무 위반	업무정지 2월    업무정지 2월	(중) 6 (업무정지 3월)    4 (업무정지 1월)	

위반사항		처분기준		비고
우리나라	일 본	우리나라 (건축사법시행 령별표 1)	일 본 (처분순위표)	
다. 『건축법』 제23조의 규정에 의한 현장조사·검사 및 확인을 하지 아니하고 보고하거나 현장조사·검사 및 확인결과 건축물이 법 또는 『건축법』의 규정에 위반됨에도 불구하고 사실과 다르게 보고한 때 (1) 건축물의 주요구조부가 붕괴되어 사망등 인명사고가 발생한 때 (2) 건축물의 주요구조부가 붕괴되는 등 손괴를 가져오거나 위반사항의 시정을 위하여는 대수선의 규모이상의 건축물을 철거하거나 재시공하여야 시정이 가능한 때		업무신고 효력상실 또는 업무정지 12월  업무정지 6월  업무정지 3월  업무정지 6월  업무신고 효력상실 또는 업무정지 12월  업무정지 6월	(중) 6 (업무정지 3월)	

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

위반사항		처분기준		비고
우리나라	일 본	우리나라 (건축사법시행 령별표 1)	일 본 (처분순위표)	
(3) 대수선의 규모 미만으로 건축물을 철거하거나 재시공하여야 시정이 가능한 때 라. 『건축법』 제24조의 규정에 의한 공사현장의 위해방지를 위한 조치미흡으로 건축물의 붕괴등 손괴를 야기한 때 마. 『건축법』 제30조 및 동법 제31조의 규정에 의한 대지 및 토지굴착부분에 대한 조치 미흡의 원인이 설계자 또는 감리자에게 있는 경우 (1) 사망등 인명사고가 발생한 때 (2) 구조물이 붕괴되는 등 손괴를 가져오거나 당해 건축물 또는 인근시설의 안전성 또는 내구성을 현저히 저하시킨 때	위반설계	업무정지 2월		
		업무정지 4월		
		업무정지 2월		
		업무정지 6월		
		업무정지 3월		

위반사항		처분기준		비고
우리나라	일 본	우리나라 (건축사법시행 령별표 1)	일 본 (처분순위표)	
<p>(3) 당해 건축물 또는 인근시설의 안전성 또는 내구성을 저하시킨 때</p> <p>바. 『건축법』 제33조 내지 동법 제37조의 규정에 의한 대지와 도로의 관계등의 규정을 위반하여 설계 또는 감리한 경우</p> <p>(1) 대수선의 규모 이상으로 건축물을 철거하거나 재시공하여야 시정이 가능한 때</p> <p>(2) 대수선의 규모 미만으로 건축물을 철거하거나 재시공하여야 시정이 가능한 때</p> <p>사. 『건축법』 제38조의 규정에 의한 구조내력 등에 관한 규정을 위반하여 설계 또는 감리한 경우</p>		<p>업무신고 효력상실 또는 업무정지 12월 업무정지 4월</p> <p>업무정지 2월</p> <p>업무정지 4월</p> <p>업무정지 2월</p>		



제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

위반사항		처분기준		비고
우리나라	일 본	우리나라 (건축사법시행 령별표 1)	일 본 (처분순위표)	
<p>(1) 건축물의 주 요 구조부가 붕괴되는 등 손괴를 가져 오거나 주요 구조부의 안 전성 또는 내구성을 현 저히 저하시 켜 대수선의 규모 이상으 로 건축물을 철거하거나 재시공하여 야 시정이 가능한 때</p> <p>(2) 주요구조부의 안전성 또는 내구성을 저 하시켜 대수 선의 규모미 만으로 건축 물의 철거나 재시공이 필 요한 때</p> <p>아. 『건축법』 제39 조 내지 제41 조 및 동법 제 43조의 규정에 의한 건축물의 피난시설, 내화 구조등의 규정 을 위반하여 설 계 또는 감리한 경우</p>				

위반사항		처분기준		비고
우리나라	일 본	우리나라 (건축사법시행 령별표 1)	일 본 (처분순위표)	
(1) 사망등 인명 사고가 발생 한 때 (2) 대수선의 규 모 이상으로 건축물을 철 거하거나 재 시공하여야 시정이 가능 한 때 (3) 대수선의 규 모 미만으로 건축물을 철 거하거나 재 시공하여야 시정이 가능 한 때 자.『건축법』제 44 조, 동법 제47 조 내지 제49 조, 동법 제50 조의2, 동법 제51조, 동법 제53조 내지 제55조 및 동 법 제67조의 규정을 위반하 여 설계 또는 감리한 경우 (1) 대수선의 규 모 이상으로 건축물을 철 거하거나 재 시공하여야 시정이 가능 한 때				

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

위반사항		처분기준		비고
우리나라	일 본	우리나라 (건축사법시행 령별표 1)	일 본 (처분순위표)	
(2) 대수선의 규모 미만으로 건축물을 철거하거나 재시공하여야 시정이 가능한 때				
10. 시정명령에 불응한 때		업무정지 2월		일본의 경우 건축기준법에서 규정-(중) 6
11. 설계 또는 감리를 성실하게 수행하지 아니하여 건설공사가 부실하게 될 우려가 있거나 공중에 위해를 끼칠 우려가 있는 때		시정명령		
12. 기타 법 또는 법에 의한 명령이나 『건축법』의 규정에 위반한 때	그 외 타 법령 위반	시정명령	4 ~ 16 (영업정지 1월 ~ 면허취소)	

위에서와 같은 일본의 건축행정관련 행정처분기준을 통하여 우리나라의 경우와 비교·분석하여 본다면,

- (1) 일본의 건축행정관련 각 실정법령은 별표의 형식으로 처분의 기준을 정하지 않고, 일반적으로 법률에서 정령이나 성령에 처분기준을 설정하도록 위임하고 있지 않다는 면에서 우리나라의 경우와 차이점이 있으며,

(2) 우리나라 건축행정관련법령의 처분기준은 행위에 대한 일률적 처분을 명시하고 있으나, 일본의 경우 처분기준의 다수는 법령의 조문에서 구체화되어 있는 경우도 있으며 대부분은 통달과 같은 재량준칙에 의해 규정되고 있다. 최근에는 지방분권개혁으로 지방자치단체가 행사하는 권한에 대해 처분기준이 설정되고 있으나, 건축행정분야에 있어서는 처분기준이 설정되어 있지 않는 경우도 다수 존재하고 있다. 처분기준의 설정방식에 있어서는 건축사법에서 설명한 바와 같이 처분순위제를 도입하여 경미한 처분에 있어서는 행정청의 재량의 여지를 남기면서 개별사항을 고려하도록 하고 있음에 특색이 있다. 이러한 재량부여는 행정청의 공익적 판단을 허용하는 취지로 해석되어 질 수 있으며, 우리나라의 건축관련법령의 행정처분기준을 정비하는데 있어서 특히 제재적처분의 유형을 등급별로 순위화하여 수치적으로 비교하여 각 처분의 정합성을 도모하고자 함은 우리나라의 처분기준의 정비방안에 시사하는 바 있다 할 것이다.

## 제 3 장 현행 건축행정법령의 행정처분기준 분석

건축행정분야에 있어 행정청의 재량행사와 관련한 부정과 비리의 소지를 없애고, 사무처리를 객관적·합리적으로 하려는 차원에서 행정청이 스스로 제재적 사무처리기준을 정하여 이를 집행의 근거로 삼는 것이 행정처분기준이며, 이는 주로 개별 법령의 별표의 형식을 통하여 구체화 되고 있다. 따라서 입법자가 행정관청에 재량을 부여한 경우 공익과 사익의 적정한 비교형량을 통해 합리적인 재량행사가 될 수 있도록 하는 것이 중요한 문제로 제기 되고 있는 것이다.

때문에 아래에서는 건축행정과 관련된 공법규정의 총체를 의미하는 건축행정법의 개념과 구성체계 및 주로 제재적 행정처분기준의 유형별로 그 운용현황을 연구의 목적인 「행정처분기준의 정비방안」을 위한 근거자료로서 고찰하고자 한다.

### 제 1 절 건축행정법의 개념 및 구성체계

#### 1. 건축행정법의 개념

건축행정법은 아파트, 영업시설, 단독주택 등 건축물의 건축을 포함하여 공원, 도로 등 도시의 물리적 공간과 관련된 공법규정의 총체를 말한다. 건축행정법은 토지와 관련된 공법규정 중에서도 건축물과 관련된 공법규정에 그 관심을 원칙적으로 한정하므로, 지역적으로는 건축물이 가장 밀집되어 있는 도시가 건축행정법의 주요 연구대상이다.

건축행정법은 협의로는 건축물의 허가요건 및 허가절차를 규율하는 공법규정으로 이해할 수 있으며 (건축법 - 국토계획법), 광의로는 건축물의 일종인 아파트 등 공동주택단지를 건설하기 위한 공법규정 (주택법)까지 포함하는 것으로 이해된다. 건축행정법을 최광의로 이해한다면, 건축물을 건축하기 위한 준비행위로서 토지형질변경, 아파트를

건설하기 위한 택지개발사업, 대지조성사업과 도시기반시설을 설치하기 위한 공법적 규율까지 포함하는 것으로 이해할 수 있다.<sup>362)</sup>

이와 같은 건축행정법은 헌법이 보장하고 있는 국민의 권리의무를 제한하는 성격을 가지게 되며, 이러한 경우에도 반드시 헌법이 예정하고 있는 각종의 요청, 즉 국가안전보장 - 질서유지 - 공공복리를 목적으로 하여야 한다는 점과 국민의 기본권을 제한하는 경우 반드시 “형식적 의미의 법률”에 의하여 한다고 하는 헌법적 요청에 충실하여야 한다.<sup>363)</sup> 이러한 헌법상의 요청에 따라 건축법 - 국토계획법 - 도시 및 주거환경정비법 등이 국민의 권리의무를 제한하는 규정을 두는 경우 당해 법률이 추구하는 목적의 범위내에서 그 목적달성에 필요한 한도 내에서 국민의 기본권을 제한할 수 있는 것이다.

## 2. 건축행정법의 구성체계

아파트, 영업시설, 단독주택 등 건축물의 건축을 포함하여 공원, 도로 등 도시의 물리적 공간과 관련된 공법규정의 총체를 의미하는 건축행정법은 그 구성체계에 있어 크게 건축경찰법, 국토계획법, 개발사업법 등의 3가지의 구성요소로 설명함이 일반적이다.<sup>364)</sup>

### (1) 건축경찰법

건축경찰법이란 건축물로부터 발생하는 위험을 방지하기 위해 국민의 재산권을 제한하는 공법규정을 의미한다. 이는 실정법상의 개념이라기 보다는 강학상의 개념으로서, 건축물의 안전·위생 및 편의를 확보하기 위한 법률로서 “건축물의 대지·구조 및 설비의 기준과 건축물의 용도 등을 정하여 건축물의 안전·기능·환경 및 미관을 향상

362) 김중보, 『건축행정법』, 2005, 3면 이하.

363) 김동희, 전게서, 45면 이하; 김철용, 『행정법 I』(박영사, 2006), 42면 이하.

364) 김중보, 전게서, 6면 이하.

시킴으로써 공공복리의 증진에 이바지하는 것을 목적으로 하는 건축법이 그 근간적인 위치에 있다 할 것이다. 건축법은 헌법 제23조 제1항의 재산권 보장으로부터 도출되는 토지소유자의 토지이용권의 하나인 건축할 권리에 대하여 건축물에 발생하는 위험을 방지하고, 건축물이 무질서하게 난립하여 토지의 합리적인 이용을 저해하지 아니하도록 하기 위하여 그 권리를 제한할 수 있다. 건축법에 의한 제한은 재산권에 대한 제한이므로 최소한도에 그쳐야 하며, 그 내용이 구체적이고 명확하여야 한다. 건축법의 내용이 모호한 경우에는 국민의 기본권을 보장하는 방향으로 해석되어야 할 것이다.

건축법은 그 구성에 있어 제1조부터 제6조까지는 건축법을 적용하기 위한 총칙, 제7조부터 제29조까지는 건축허가절차 등을 포함한 건축의 전반절차에 대한 규정, 제30조부터 제67조까지는 건축물의 위험방지를 위한 건축허가요건을 상세히 규정하고 있고, 제68조 이하에서는 행정형벌, 철거명령, 이행강제금 등 의무이행확보수단에 관한 내용이 규정되어 있다.

## (2) 국토계획법

국토계획법이란 토지의 합리적 이용을 목적으로 건축물의 허가요건에 관계하는 공법규정의 총체를 의미한다. 국토계획법은 대도시의 출현과 더불어 등장한 법으로서 그 성립의 역사가 비교적 짧다. 산업화-도시화과정에서 토지의 비계획적 사용으로 다른 용도건축물간의 혼재, 도로용지-건축용지의 부족 등 대도시의 문제가 발생하자, 이에 대한 대응방안으로서 성립된 것이 바로 국토계획법이라 하겠다.

## (3) 개발사업법

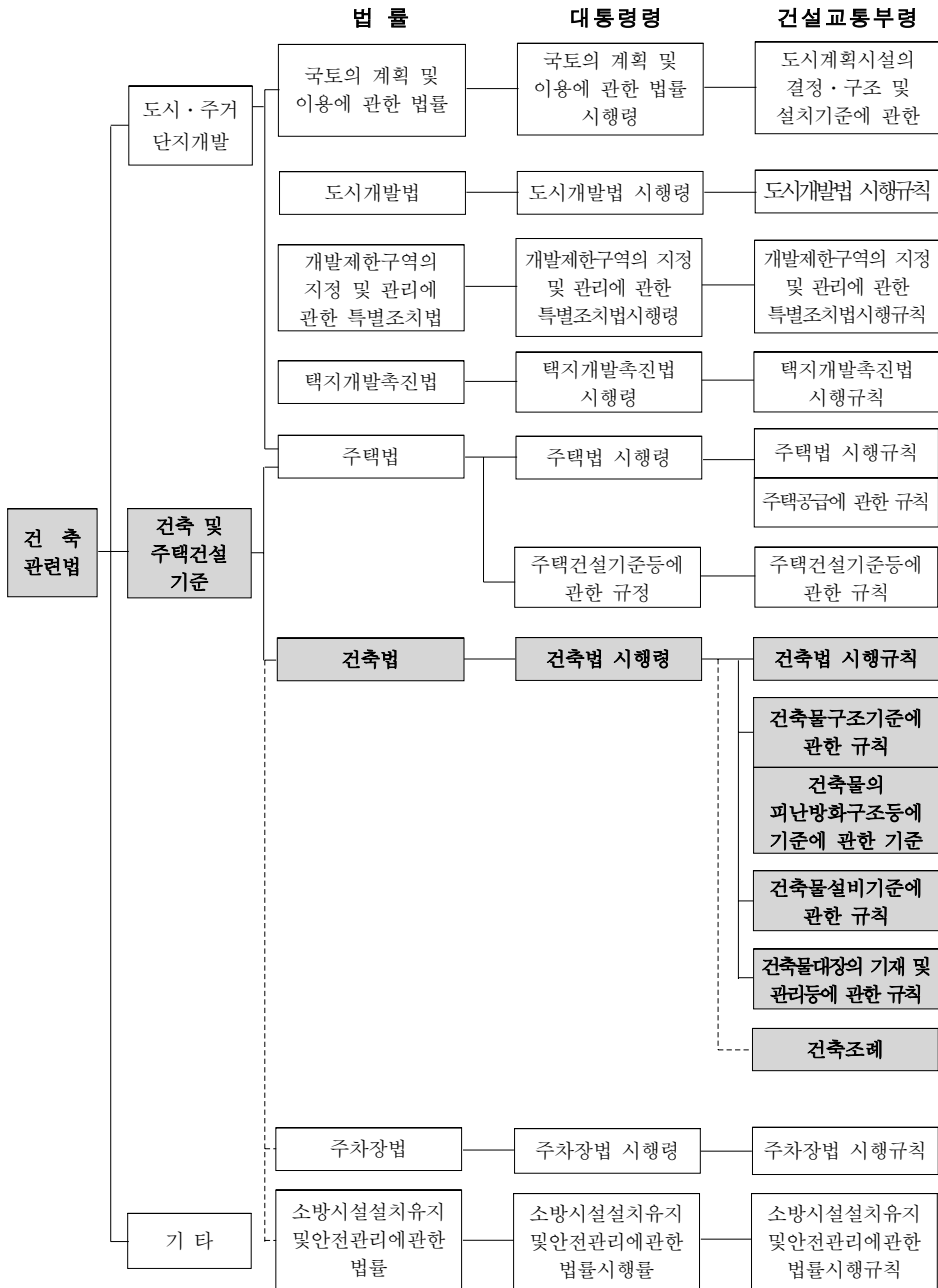
개발사업법이란 국토계획법에 대응하는 개념으로서 도시내 토지의 합리적 이용을 위한 행정주체의 적극적 개입수단을 규정하고 있는 법

규의 총체를 말한다. 이에는 도시 및 주거환경정비법, 도시개발법, 택지개발촉진법, 주택법, 국토계획법 중 도시계획시설설치에 관한 규정 부분 (국토계획법 제43조 이하) 등이 포함된다.

국토계획법이 기존의 질서를 유지하며 소극적으로 건축허가요건만을 통제함이 목적이라면 개발사업법은 기존의 질서에 적극적으로 개입하여 토지를 공용수용하거나, 가옥을 철거하는 등의 방식을 사용한다. 그리고 이러한 수단에 의하여 확보된 토지상에 자신이 계획하는 일정한 시설물 등을 창출해 냄으로써 도시를 적극적으로 형성하는 기능을 한다.



【 건축행정법의 구성체계 】



## 제 2 절 건축행정분야에 있어서의 행정처분 기준의 운용

건축행정법상의 개별 법령의 행정처분기준은 이미 총론에서 살펴본 바와 같이 행정절차의 투명성과 공정성이 문제됨에 따라 행정처분에 대한 사전적·절차적 통제가 보다 중요시되고 있다. 따라서 1996년 제정된 행정절차법은 행정처분에 대한 절차적 통제로서 ① 처분기준의 설정·공표, ② 처분의 이유제시(제23조), ③ 의견제출 및 청문(제27조 내지 제36조), ④ 문서의 열람(제37조) 등을 규정하고 있다. 이것은 행정운영에 있어서 공정성의 확보와 투명성의 향상을 도모하고 국민의 권리, 이익을 보호하기 위한 방안의 하나이다.

이 가운데 행정절차법 제20조에서는 행정청에게 처분기준을 구체적으로 설정, 공표하도록 의무 지움은 물론, 행정처분의 상대방에게는 처분기준의 설정, 공표 및 공표된 처분기준의 해석을 요구할 수 있는 권리를 부여하고 있다.<sup>365)</sup> 이 제도는 행정환경이 변화함에 따라 재량에 관한 실체법적 접근 방법인 일탈, 남용만으로는 재량통제의 실효성을 도모하기 힘들어졌고, 재량의 사후적 통제보다는 사전적·절차적 통제가 보다 효과적이라는 관념에 기초한다.<sup>366)</sup> 이의 실질적인 의미는, 행정규칙의 위반은 원칙적으로 독자적인 위법성을 구성하지 아니하지만, 행정절차법상의 처분기준 설정, 공표위반은 원칙적으로 절차법 위반으로 인한 독자적인 위법사유가 될 수 있다는 것에 있다할 것이다.

이와 같은 행정처분의 기준근거를 바탕으로 아래에서는 행정처분 기준을,

---

365) 독일의 경우 행정규칙으로 제정된 처분기준에 대한 정보제공청구권 등이 보장되고 있다.(BVerwGE 61, 15)

366) 임재홍, 전제논문, 67면.

1. 건축법상의 건축허가와 신고를 중심으로 하여 수익적 처분과
2. 본 연구의 주요대상인 건축행정법상의 건축경찰법과 개발사업법 등의 각 개별법령의 시행령과 시행규칙에서 규정하고 있는 제재적 처분의 운용현화를 고찰해 보고자 한다.

### 1. 수익적 처분 (건축허가와 신고)

건축법은 건축에 관한 입지 및 규모의 사전결정(제7조 제4항), 건축허가(제8조 제1항), 건축신고(제9조 제1항), 허가·신고사항의 변경허가·신고(제10조 제1항), 용도변경허가·신고(제14조 제1항), 가설건축물 허가(제15조 제1항), 착공신고등(제16조 제1항), 건축물의 사용승인(제18조 제1항), 건축허가업무 관련 전산자료 이용승인(제25조의4 제2항), 친환경건축물의 인증(제58조 제3항), 옹벽등 공작물 축조신고(제72조 제1항) 등 11개의 수익적 행정처분 규정을 두고 있다. 이를 개괄하면,<sup>367)</sup>

#### 【 건축법상 수익적 행정처분 관련 규정 】

명칭 (근거법 조항)	수익적 처분 규정	제한 등 규정
건축에 관한 입지및 규모의 사전 결정 (제7조 제4항)	① 제8조의 규정에 의한 건축허가 대상 건축물을 건축하고자 하는 자는 건축허가를 신청하기 전에 허가권자에게 당해 건축물을 해당 대지에 건축하는 것이 이 법 또는 다른 법령의 규정에 의하여 허용되는지의 여부에 대한 사전결정을 신청할 수 있다. ④ 허가권자는 제1항 및 제2항의 규정에 의한 신청이 있는 경우에는 입지 및 건축물의 규모·용도 등을 사전결정한 후 사전결정신청자에게 통지하여야 한다.	③ 허가권자는 제1항의 규정에 의하여 사전결정이 신청된 건축물의 대지면적이 「환경정책기본법」 제25조의 규정에 의한 사전환경성검토 협의대상인 경우에는 환경부장관 또는 지방환경관서의 장과 사전환경성검토협의를 하여야 한다.

367) 수익적 처분에 관하여는 신봉기, “우리나라의 건축행정분야에 있어서의 수익적 행정처분기준” 『건축행정분야 행정처분기준 정비방안』, 한국법제연구원 워크샵자료집(2006. 9. 28), 161면 이하.

명칭 (근거법 조항)	수익적 처분 규정	제한 등 규정
<p>건축 허가 (제8조 제1항)</p>	<p>① 건축물을 건축 또는 대수선하고자 하는 자는 시장·군수·구청장의 <b>허가를 받아야 한다.</b> 다만, 21층 이상의 건축물 등 대통령령이 정하는 용도 및 규모의 건축물을 특별시 또는 광역시에 건축하고자 하는 경우에는 특별시장 또는 광역시장의 <b>허가를 받아야 한다.</b></p>	<p>⑤ 허가권자는 위락시설 또는 숙박시설에 해당하는 건축물의 건축을 허가하는 경우 당해 대지에 건축하고자 하는 건축물의 용도·규모 또는 형태가 주거환경 또는 교육환경 등 주변환경을 감안할 때 부적합하다고 인정하는 경우에는 이 법 또는 다른 법률의 규정에 불구하고 건축위원회의 심의를 거쳐 <b>건축허가를 하지 아니할 수 있다.</b></p> <p>⑧ 허가권자는 제1항의 규정에 의한 허가를 받은 자가 <u>허가를 받은 날부터 1년 이내에 공사에 착수하지 아니하거나 공사를 착수하였으나 공사의 완료가 불가능하다고 인정하는 경우에는 그 허가를 취소하여야 한다.</u> 다만, 허가권자는 정당한 이유가 있다고 인정하는 경우에는 1년의 범위안에서 그 공사의 착수기간을 연장할 수 있다.</p>
<p>건축 신고 (제9조 제1항)</p>	<p>① 제8조의 규정에 해당하는 허가대상건축물이라 하더라도 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 <b>미리 시장·군수·구청장에게 건설교통부령이 정하는 바에 의하여 신고함으로써 건축허가를 받은 것으로 본다.</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 바닥면적의 합계가 85제곱미터이 내의 증축·개축 또는 재축</li> <li>2. 「국토의계획및이용에관한법률」에 의한 관리지역·농림지역 또는 자연환경보전지역안에서 연면적 200제곱미터 미만이고 3층 미만인 건축물의 건축. 다만, 제2종지구단위계획구역 안에서의 건축을 제외한다.</li> <li>3. 대수선(연면적 200제곱미터 미만이고 3층 미만인 건축물의 대수선에 한한다)</li> <li>4. (삭제)</li> <li>5. 그밖에 소규모 건축물로서 대통령령이 정하는 건축물의 건축</li> </ol>	

명칭 (근거법 조항)	수익적 처분 규정	제한 등 규정
허가신 고사항 변경허 가신고 (제10조 제1항)	① 건축주는 제8조 또는 제9조의 규정에 의하여 허가를 받았거나 신고를 한 사항을 변경하고자 하는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 이를 변경하기 전에 허가권자의 허가를 받거나 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다. 다만, 대통령령이 정하는 경미한 사항의 변경에 대하여는 그러하지 아니하다.	
용 도 변 경 허 가 신 고 (제14조 제1항)	② 제18조의 규정에 의하여 사용승인을 얻은 건축물의 용도를 변경하고자 하는 자는 다음 각호의 구분에 따라 건설교통부령이 정하는 바에 의하여 시장·군수·구청장의 허가를 받거나 신고를 하여야 한다. 1. 허가대상: (생략) 2. 신고대상: (생략)	① 건축물의 용도변경은 변경하고자 하는 용도의 건축기준에 적합하게 하여야 한다.
가 설 건축물 허 가 (제15조 제1항)	① 시장·군수·구청장은 도시계획시설 또는 도시계획시설예정지에 있어서 대통령령이 정하는 기준의 범위 안에서 당해 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 의하여 가설건축물의 건축을 허가할 수 있다.	② 제1항의 규정에 의한 가설건축물외에 재해복구·홍행·진람회·공사용 가설건축물등 대통령령이 정하는 용도의 가설건축물을 축조하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 존치기간, 설치에 관한 기준 및 절차에 따라 시장·군수·구청장에게 신고한 후 착공하여야 한다.
착 공 신고등 (제16조 제1항)	① 제8조·제9조 또는 제15조제1항의 규정에 의하여 허가를 받거나 신고를 한 건축물의 공사를 착수하고자 하는 건축주는 건설교통부령이 정하는 바에 의하여 허가권자에게 그 공사계획을 신고하여야 한다. 다만, 제27조의 규정에 의하여 건축물의 철거를 신고한 때에 착공예정일을 기재한 경우에는 그러하지 아니하다.	
건축물 의 사용 승인 (제18조 제1항)	① 건축주는 제8조·제9조 또는 제15조제1항의 규정에 의하여 허가를 받았거나 신고를 한 건축물의 건축공사를 완료(팔호부분 생략)한 후 그 건축물을 사용하고자 하는 경우에는	③ 건축주는 제2항의 규정에 의하여 사용승인을 얻은 후가 아니면 그 건축물을 사용하거나 사용하게 할 수 없다. 다만, 허가권자가 제2항의 규정에 의한 기간내에 사용승

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

명칭 (근거법 조항)	수익적 처분 규정	제한 등 규정
<b>건축물의 사용 승인</b> (제18조 제1항)	제21조제5항의 규정에 의하여 공사감리자가 작성한 감리완료보고서(팔호 부분 생략) 및 건설교통부령이 정하는 공사완료도서를 첨부하여 허가권자에게 <b>사용승인을 신청</b> 하여야 한다. ② 허가권자는 제1항의 규정에 의한 사용승인신청을 받은 경우에는 건설교통부령이 정하는 기간내에 <b>사용승인을 위한 검사를 실시</b> 하고, 검사에 합격된 건축물에 대하여는 <b>사용승인서를 교부</b> 하여야 한다. 다만, 당해 지방자치단체의 조례로 정하는 건축물은 사용승인을 위한 검사를 실시하지 아니하고 사용승인서를 교부할 수 있다.	인서를 교부하지 아니하거나 기간을 정하여 대통령령이 정하는 바에 의하여 임시로 사용의 승인을 한 경우에는 그러하지 아니하다.
<b>건축허가업무 관련 전산자료 이용 승인</b> (제25조 의4 제2항)	② 제1항의 규정에 의한 전자정보처리시스템에 의하여 처리된 자료(이하 "전산자료"라 한다)를 이용하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 관계 중앙행정기관의 장의 심사를 거쳐 다음 각호의 구분에 따라 건설교통부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장의 <b>승인을 얻어야 한다</b> . 다만, 지방자치단체의 장이 승인을 신청하는 경우에는 관계 중앙행정기관의 장의 심사를 받지 아니한다. 1. 전국단위의 전산자료: 건설교통부장관 2. 시·도단위의 전산자료: 시·도지사 3. 시·군·구(자치구를 말한다)단위의 전산자료: 시장·군수·구청장	③ 건설교통부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 제2항의 규정에 의한 승인신청을 받은 경우에는 건축허가업무 등의 효율적인 처리에 <u>지장이 없고 대통령령으로 정하는 건축주 등의 개인정보보호기준을 위반하지 아니한다고 인정되는 경우</u> 에 한하여 이를 승인할 수 있다. 이 경우 그 <u>용도를 한정하여 승인</u> 할 수 있다.
<b>친환경 건축물의 인증</b> (제58조 제3항)	③ 친환경건축물 인증을 받고자 하는 자는 제2항의 규정에 의한 인증기관에게 <b>인증을 신청하여야 한다</b> .	
<b>옹벽등 공작물 축조 신고</b> (제72조 제1항)	① 대지를 조성하기 위한 옹벽·굴뚝·광고탑·고가수조·지하대피호 기타 이와 유사한 것으로서 대통령령이 정하는 공작물을 축조하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 시장·군수·구청장에게 <b>신고하여야 한다</b> .	

### (1) 건축법 제8조 건축허가의 처분기준에 관한 검토

건축행정분야에 있어 대표적인 수익적 행정처분은 건축허가를 들 수 있다. 건축허가라 함은 강학상 허가에 해당하는 전형적인 행위로서, “개인의 자연적 자유에 속하는 사항에 대하여 사회적 안녕과 질서를 위하여 법률로써 그 요건을 정하여 상대적으로 이를 금지시키고, 허가관청이 그 요건의 충족여부를 심사하여, 그것이 충족되는 것으로 판단되는 한, 이를 기속적으로 해제하는 행위”를 의미한다.<sup>368)</sup> 즉, 건축허가제도는 입법자에 의해 허가요건이 구체적으로 정해지고, 행정청이 개인으로부터의 개별적인 허가신청에 대하여 법규상의 요건충족여부를 판단하여 이를 허용하는 제도로서, 개인의 입장에서는 법규상의 요건을 충족하는 한, 허가를 요청할 수 있는 공권을 지닌 것으로, 그 허가요건 판단에 있어 행정청의 재량의 여지가 없는 제도이다.<sup>369)</sup> 판례역시<sup>370)</sup> 일관된 견해를 유지하고 있으며, 이는 건축과 관련된 비리를 근절하고 토지소유자에게 투명한 예측가능성을 보장하는데 기여하기 위해서이다. 그러나 한편으로는 건축관련 법률이 충분한 규정을 마련하지 못하는 한, 사회적으로 용인하기 어려운 건축물의 건축을 저지할 수 없다는 한계를 동시에 갖는 것이다.<sup>371)</sup>

#### 1) 건축허가 규정의 내용

##### ① 건축허가<sup>372)</sup>(제1항)

건축물을 건축 또는 대수선하고자 하는 자는 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다. 다만, 21층 이상의 건축물 등 대통령령이 정하는

368) 김도창, 『일반행정법(상)』, 1990, 371면.

369) 대판 1192, 2, 24, 92 누 12865 (건축허가신청서반려처분취소소송).

370) 대판 1996.3.8 95누 7452; 대판 1995.6.13 94다 56883; 대판 1995.12.12. 95누 9051 등.

371) 김종보, 전게서, 143면. 예컨대 주거지역내 난립하는 러브호텔이나, 한강상류의 음식점, 카페 등의 건축은 위험하지 않는 한 행정청이 저지할 수 없게 된다.

372) “건축 또는 대수선허가”라고 함이 보다 정확하다.

용도 및 규모의 건축물<sup>373)</sup>을 특별시 또는 광역시에 건축하고자 하는 경우에는 특별시장 또는 광역시장의 허가를 받아야 한다.

② 건축허가의 사전승인(제2항)

시장·군수는 다음 각호의 건축물의 건축을 허가하는 경우 미리 건축계획서와 건설교통부령이 정하는 건축물의 용도, 규모 및 형태가 표시된 기본설계도서를 첨부하여 도지사의 승인을 얻어야 한다.: ㉠ 제1항 단서에 해당하는 건축물, ㉡ 자연환경 또는 수질보호를 위하여 도지사가 지정·공고하는 구역안에 건축하는 3층 이상 또는 연면적합계 1천제곱미터 이상의 건축물로서 위락시설 및 숙박시설 등 대통령령이 정하는 용도에 해당하는 건축물,<sup>374)</sup> ㉢ 주거환경 또는 교육환경 등 주변환경의 보호상 필요하다고 인정하여 도지사가 지정·공고하는 구역안에 건축하는 위락시설 및 숙박시설의 건축물.

③ 건축허가신청(제3항, 영 제9조)

건축허가를 받고자 하는 자는 허가신청서에 건설교통부령이 정하는 설계도서를 첨부하여 허가권자에게 제출하여야 한다. 허가권자는 건축허가를 한 경우에는 건설교통부령이 정하는 바에 의하여 건축허가서를 신청인에게 교부하여야 한다.

④ 건축허가를 아니할 수 있는 경우(제5항)

허가권자는 위락시설 또는 숙박시설에 해당하는 건축물의 건축을

---

373) 법 제8조제1항 단서의 규정에 의하여 특별시장 또는 광역시장의 허가를 받아야 하는 건축물의 건축은 층수가 21층이상이거나 연면적의 합계가 10만제곱미터이상인 건축물(공장을 제외한다)의 건축(연면적의 10분의 3이상의 증축으로 인하여 층수가 21층이상으로 되거나 연면적의 합계가 10만제곱미터이상으로 되는 경우의 증축을 포함한다)으로 한다(영 제8조 제1항).

374) “위락시설 및 숙박시설등 대통령령이 정하는 용도에 해당하는 건축물”이라 함은 다음 각호의 건축물을 말한다.: 1.공동주택, 2.제2종근린생활시설(일반음식점에 한한다), 3.업무시설(일반업무시설에 한한다), 4.숙박시설, 5.위락시설(영 제8조 제3항).



허가 하는 경우 당해 대지에 건축하고자 하는 건축물의 용도·규모 또는 형태가 주거환경 또는 교육환경 등 주변환경을 감안할 때 부적합하다고 인정하는 경우에는 이 법 또는 다른 법률의 규정에 불구하고 건축위원회의 심의를 거쳐 건축허가를 하지 아니할 수 있다.<sup>375)</sup>

#### ⑤ 인·허가의제 및 협의(제6항, 제7항)

건축허가를 받는 경우에는 제6항 각호의 허가등을 받거나 신고를 한 것으로 보며,<sup>376)</sup> 공장건축물의 경우에는 산업집적활성화및공장설립에관한법률 제13조의2 및 제14조의 규정에 의하여 관련법률의 인·허가등 또는 허가등을 받은 것으로 본다. 허가권자는 제6항 각호의 사항이 다른 행정기관의 권한에 속하는 경우에는 미리 당해 행정기관의 장과 협의하여야 하며, 협의를 요청받은 관계행정기관의 장은 요청받은 날부터 15일 이내에 의견을 제출하여야 한다. 이 경우 관계행정기관의 장은 제9항의 규정에 의한 처리기준이 아닌 사유를 이유로 협의를 거부할 수 없다.

#### ⑥ 강제적 건축허가취소사유(제8항)

허가권자는 건축허가를 받은 자가 허가를 받은 날부터 1년 이내에 공사에 착수하지 아니하거나 공사를 착수하였으나 공사의 완료가 불가능하다고 인정하는 경우에는 그 허가를 취소하여야 한다. 다만, 허가권자는 정당한 이유가 있다고 인정하는 경우에는 1년의 범위안에서 그 공사의 착수기간을 연장할 수 있다.

#### ⑦ 인·허가의제 대상 기관장의 처리기준 통보 및 통합고시 (제9항, 제10항)

375) 2001.1.16. 신설된 조항이다.

376) 현재 14개의 인·허가의제 대상 규정을 두고 있다. 제14호(전기사업법 제62조의 규정에 의한 자가용전기설비 공사계획의 인가 또는 신고)는 2005.11.8. 개정법률에서 추가되었다.

인·허가의제 대상의 어느 하나에 해당하는 사항을 관장하는 중앙 행정기관의 장은 그 처리기준을 건설교통부장관에게 통보하여야 한다. 이를 변경한 때에도 또한 같다. 건설교통부장관은 그 처리기준을 통보받은 때에는 이를 통합하여 고시하여야 한다.

## 2) 건축허가의 법적성격

허가권자는 허가대상 건축물이 관련 법령상의 허가요건에 저촉되지 않는가의 여부를 심사하고 결격의 사유가 없는 한 허가하여야 한다. 이는 허가제도의 본질에 비추어 허가해위가 법규의 내용에 기속적인 명령적 행위라는 점에서 그러하다.<sup>377)</sup> 때문에 허가여부에 대하여는 허가관청의 재량이 인정되지 아니하며, 법규요건상, 불확정적 법률개념에 대하여는 허가를 행함에 있어 허가권자의 해석에 근거하여 행할 수 있으나, 원칙적으로 이러한 허가권자의 법률개념의 해석에 대하여는 전적인 사법적 통제가 가능하다. 다만 오늘날 전문적이고 기술적인 사안의 경우에는 사법부가 스스로 판단에 의거하여 당해 사안과 관련하여 전문성을 지닌 행정기관의 판단을 존중한다는 의미에서 예외적인 경우로서 허가관청의 판단여지는 인정될 수 있을 것이다.

## 3) 건축허가제도에 있어 재량적 요소

건축법이 건축기준에 관한 사항만 규정하고 있다면 건축허가를 기속행위로 보는 데에 아무런 문제가 없을 것이나, 우리 건축법에는 도시계획적인 사항이 적지 아니하게 포함되어 있으므로 건축허가를 기속행위로만 보기에 다소 문제가 있다.<sup>378)</sup>

377) 김해룡, “현행 건축허가절차의 문제점” 『토지공법연구』, 1996, 75면.

378) 정태용, 『건축법 해설』(한국법제연구원, 2006), 140면 이하. 개인이 자신의 토지에 주택, 상점 등 일상생활에 필요한 건축물을 건축하는 것은 재산권행사로써 보장되어야 하겠지만, 주변환경과 전혀 어울리지 않는 규모나 용도의 건축물을 건축하는 경우까지를 재산권 행사로 보장하여야 하는지 의문이다.

건축법 제8조 제5항에 의하면 위락시설 또는 숙박시설의 용도·규모 또는 형태가 주변환경에 부적합한 경우에는 건축법 등 관계법령에 적합하더라도 건축허가를 하지 아니할 수 있다. 이는 허가신청이 건축기준에 적합하더라도 건축허가를 거부할 수 있다는 것을 명문으로 인정한 것으로서 건축허가의 기속행위성과 상치되는 규정이라 하겠다. 또한 층수가 21층 이상인 건축물의 경우 시장 또는 군수가 건축허가를 하기전에 도지사의 승인을 얻어야 하는데, 건축허가를 순수한 기속행위라고 한다면 사전승인제도를 두는 의의가 없다 할 것이다. 건축허가 신청이 건축기준에 적합한 경우에는 반드시 허가를 하여야 하고, 이에 반한다면 반드시 그 허가를 거부하여야 한다면, 시장 또는 군수가 건축기준에 적합한지 여부를 살펴보는 것으로 충분하고, 구태여 도지사의 사전승인을 받을 필요는 없다 할 것이다.

또한 건축법에 의한 건축허가가 기속행위라고 하더라도 관계법률의 인·허가가 재량행위인 경우가 많아 결과적으로 건축물의 건축이 행정관청의 재량에 의하여 결정되게 된다. 건축물의 건축과 관련된 관계 법률은 건축법 외에도, “국토의 계획 및 이용에 관한 법률”, “개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별 조치법”, “수도권정비계획법”, “택지개발촉진법”, “도시공원 및 녹지 등에 관한 법률”, “자연 공원법” 등 많은 법률이 있다. 건축물을 건축하려면 이들 법률에 의한 요건을 모두 갖추어야 한다. 건축행위가 기속행위라고 하더라도 이들 법령에 의한 인·허가를 받지 못하면 건축을 할 수 없게 되기 때문이다. 특히 건축허가를 받으면 개발행위허가 (국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제56조)·산지전용허가 (산지관리법 제14조, 제15조)·농지전용허가 (농지법 제36조) 등이 의제 되는데, 이들 허가는 모두 재량행위이다. 건축허가신청이 개발행위허가·산지전용허가·농지전용허가 등의 요건에 미흡한 경우에는 건축기준에 적합한지 여부에 관계없이 건축

허가를 할 수 없게 되는데, 이 경우 건축허가를 기속행위로 보는 실익이 없게 된다.<sup>379)</sup> 대법원도 토지형질변경을 수반하는 건축허가는 건축허가와 개발행위허가의 성질을 아울러 가지며 개발행위허가는 재량행위이므로 결국 토지형질변경을 수반하는 건축허가는 재량행위라고 판시하고 있다.<sup>380)</sup>

건축법 제12조에<sup>381)</sup> 의거 건설교통부장관이나 광역시장, 도지사가

379) 김종보, 전제서, 154면. - 김 교수는 건축법상 건축허가가 기속행위라는 대법원의 일관적 견해는 건축허가 속에 여타의 처분들이 의제되지 않던 시절에 타당한 입자이라는 점을 분명히 해야한다고 한다. 이는 현 건축허가 속에 무수히 많은 재량행위들이 의제되고 있는 현행법상의 해석상 재량행위를 포함하는 건축허가가 아직도 기속행위인가 하는 점은 심각하게 고민해 볼 문제임을 아울러 강조하고 있다.

380) 대판 2005.7.14 2004두 6181 - 도시지역 안에서 토지의 형질변경행위를 수반하는 건축허가는 건축법 제8조 제1항의 규정에 의한 건축허가와 “국토의 계획 및 이용에 관한 법률” 제56조 제1항 제2호의 규정에 의한 토지의 형질변경허가의 성질을 아울러 갖는 것으로 보아야 할 것이고, “국토의 계획 및 이용에 관한 법률” 제58조 제1항 제4호, 제3항, 같은 법 시행령, 제56조 제1항 (별표 1) 제1호 가목(3), 라목(1), 마목(1)의 각 규정을 종합하면, “국토의 계획 및 이용에 관한 법률” 제56조 제1항 제2호의 규정에 의한 토지의 형질변경허가는 그 금지요건이 불확정개념으로 규정되어 있어 그 금지요건에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 행정청에게 재량권이 부여되어 있다고 할 것이므로, 도시지역 안에서 토지의 형질변경행위를 수반하는 건축허가는 결국 재량행위에 속한다고 할 것이다.

381) 제12조 (건축허가의 제한 등<개정 2005.5.26>) ①건설교통부장관은 국토관리상 특히 필요하다고 인정하거나 주무부장관이 국방·문화재보존·환경보전 또는 국민경제상 특히 필요하다고 인정하여 요청하는 경우에는 허가권자의 건축허가나 허가를 받은 건축물의 착공을 제한할 수 있다. <개정 1997.12.13, 1999.2.8, 2005.5.26>

②시·도지사는 지역계획 또는 도시계획상 특히 필요하다고 인정하는 경우에는 시장·군수·구청장의 건축허가나 허가를 받은 건축물의 착공을 제한할 수 있다. <개정 2005.5.26>

③제1항 또는 제2항의 규정에 따라 건축허가 또는 건축물의 착공을 제한하는 경우 그 제한기간은 2년 이내로 한다. 다만, 1회에 한하여 1년 이내의 범위에서 그 제한기간을 연장할 수 있다. <신설 2005.5.26>

④건설교통부장관 또는 시·도지사는 제1항 또는 제2항의 규정에 의하여 건축허가 또는 건축물의 착공을 제한하는 경우에는 그 목적·기간, 대상건축물의 용도 및 대상구역의 위치·면적·구역경계 등을 상세하게 정하여 허가권자에게 통보하여야 하며, 통보를 받은 허가권자는 지체없이 이를 공고하여야 한다. <개정 1997.12.13, 1999.2.8, 2005.5.26>

⑤시·도지사는 제2항의 규정에 의하여 시장·군수·구청장의 건축허가 또는 건축물의 착공을 제한한 경우에는 즉시 건설교통부장관에게 보고하여야 하며, 보고를 받은

행할 수 있는 건축허가에 관한 관여는 건축허가신청자의 입장에서 볼 때, 최종적으로 건축허가행위의 존부를 좌우하는 것이다. 언급한 바와 같이 건축허가행위가 법규상 엄격히 규정되어 있는 허가요건을 충족하는 한, 반드시 이루어져야 하는 제도라고 파악하고 있는 입장에서 볼 때, 이와 같은 예외적인 건축허가의 내용적 제한조항은 건축허가제도의 본질에 반하는 것이라 하겠다. 즉, 건축법 제12조 제1항과 제2항은 모두 “국토관리상 특별히 필요한 경우”, “국민경제상 특히 필요하다고 인정하여 요청하는 경우” 라는 극히 추상적이고 불확정적인 요건을 뒀으로써, 건설교통부장관이나 광역지방자치단체장이 그에 근거하여 시장, 군수가 행한 건축허가를 제한하는 조치를 취할 수 있다는 점에서, 앞서 언급한 건축허가제도의 본질을 퇴색케 하는 점이라 할 것이다.<sup>382)</sup>

#### 4) 수익적 행정처분기준으로서의 「건축허가기준」에 관한 검토

① 건축법 제8조 제1항은 건축물을 건축 또는 대수선하고자 하는 경우에 건축허가를 받아야 한다고 하고 있을 뿐 다른 특별한 허가요건을 정하고 있지 않다. 그러나 동법 제8조 제5항은 직접적으로는 거부처분의 근거이기는 하나 역으로 수익적 행정처분기준의 근거가 될 수도 있으며, 또한 다른 법률의 적용을 받는 지역에서의 건축행위는 당해 법률 소정의 별도의 허가를 요하므로 그 법률상의 허가요건도 수익적 행정처분기준으로 기능하게 된다고 할 수 있다.

② 건축법 제8조 제5항은 “허가권자는 위락시설 또는 숙박시설에 해당하는 건축물의 건축을 허가하는 경우 당해 대지에 건축하고자 하는 건축물의 용도·규모 또는 형태가 주거환경 또는 교육환경 등 주변환경을 감안할 때 부적합하다고 인정하는 경우에는 이 법 또는 다

건설교통부장관은 제한의 내용이 과도하다고 인정하는 경우 그 해제를 명할 수 있다.  
382) 김해룡, 전계논문, 85면 이하.

른 법률의 규정에 불구하고 건축위원회의 심의를 거쳐 건축허가를 하지 아니할 수 있다.”고 규정하고 있다. 이 조항은 ① 건축허가 대상인 건축물 중 ‘위락시설과 숙박시설’인 건축물만을 대상으로 하는 점, ② “건축물의 용도·규모 또는 형태와 주거환경 또는 교육환경 등 주변 환경과의 부적합성 여부”에 대한 검토를 요하는 점 및 ③ “부적합성이 인정되는 경우에는 건축법 등의 규정에 불구하고 건축위원회의 심의를 거쳐 건축불허처분을 할 수 있다는 점”이 특징이다.

먼저 건축법상 건축허가 대상인 건축물은 27개 이상의 용도로 구분되는바(제2조 제2항), 제8조 제5항은 그 중 위락시설(제16호)과 숙박시설(제15호)인 건축물만을 대상으로 하고 있어 동 조항이 모든 형태의 건축물에 대하여 적용하는 것이라고 할 수 없으므로 건축허가의 법적 성질을 일률적으로 기속행위 또는 재량행위라고 단언할 수 없다고 보아야 할 것이다.<sup>383)</sup> 즉, 제8조 제5항의 적용을 받는 ‘위락시설과 숙박시설’은 도시계획적 요소와의 결합될 수 있는 상황외에 동 조항의 적용으로 인해 재량행위의 성격을 갖는다고 할 것이다. 그러나 동 조항의 적용을 받지 않는 나머지 용도의 건축물의 경우는 여전히 기속행위적 성격을 많이 가지지만, 그럼에도 전술한 바와 같이 도시계획적 요소와의 결합으로 인해 재량행위의 성질을 갖는 것으로 평가될 가능성이 높은 건축허가가 많이 있을 것으로 생각된다.

또한 위락시설·숙박시설의 경우 “건축물의 용도·규모 또는 형태”는 “주거환경 또는 교육환경 등 주변환경”과 부적합해서는 안될 것인바, 여기서 ‘부적합성’(Ungeeignetheit)은 전형적인 불확정법개념으로서 그 구체적 적용에 있어 일정한 경우 및 일정한 한도에서는 처분청에게 법원의 재판통제에서 배제되는 독자적인 판단여지(Beurteilungsspielraum)가 인정된다는 것을 의미한다.<sup>384)</sup> 즉, 판단여지를 근거로 처분청은 “주거환경

383) 따라서 제8조 제5항을 건축허가의 기속행위성과 상치되는 규정이라고 단언하는 것은 이해하기 어렵다.

또는 교육환경 등 주변환경”과 때로는 부적합하다고 하고 때로는 적합하다고 하기도 할 것이다. 그러나 위의 러브호텔 문제와 같이 주민의 반대민원이 거센 경우에는 부적합 판단을 함으로써 거부처분을 하게 될 가능성이 높고, 여기서 판단여지는 사법심사로부터 배제되는 자유를 처분청에게 부여하는 결과를 가져오게 될 것이다.<sup>385)</sup> 이는 곧 일정한 범위 즉, 위락시설·숙박시설 건축허가에 있어서는 제8조 제5항이 처분청에게 재량행위와 같은 효과를 부여하게 되는 것이라고 할 수 있다.

그리고 제8조 제5항은 위와 같이 ‘부적합성’이 인정되는 경우에는 종래 건축허가를 기속행위로 이해하였던 건축법 등의 규정에 불구하고 건축위원회의 심의를 거쳐<sup>386)</sup> 건축불허처분을 하더라도 이를 위법이라고 하지 않는다는 것을 의미하는바, 이것 역시 위락시설과 숙박시설에 대한 건축허가 여부는 재량행위라는 점을 보여주는 것이라고 할 것이다.

결론적으로 적어도 위락시설과 숙박시설에 대한 건축허가는 제8조 제5항의 적용으로 인하여 재량행위의 성질을 갖는 것임을 분명히 하는 것이고, 다만 그밖의 건축물의 경우에는 제8조 제5항의 적용이 허용되지 않음으로 인하여 그 건축허가의 법적 성질의 규명은 달리 이

384) 대법원은 농지전용허가에 관한 심사기준을 규정한 구 농지법시행령 제38조 제1항 제2호의 규정 취지에 대하여 다음과 같이 판시하고 있다.: “구 농지법 제36조 제1항 소정의 농지전용허가에 관하여 그 심사기준을 규정하고 있는 구 농지법시행령 제38조 제1항은 제2호에서 ‘전용하고자 하는 농지가 전용목적사업에 적합하게 이용될 수 있는지 여부’를 들고 있고, 이는 농지전용허가가 있었음에도 그 전용목적사업을 실현할 수가 없어 결과적으로 농지가 이용되지 않은 채 방치되는 것을 방지하기 위하여 둔 심사기준이어서 전용목적사업의 실현에 관하여 법령 등에 의한 인·허가가 필요한 경우에는 그 인·허가의 요건을 갖추고 있을 것도 그 내용으로 한다고 해석하여야 한다.”(대판 2000.3.24, 98두8766, 농지전용불허가처분취소).

385) 한편으로는 판단여지설은 처분청에게 그 법적 책임으로부터 탈출구 역할을 하게 할 수도 있을 것이다.

386) 대법원은, 건축위원회에서 당해 건축물의 건축이 부적합하다고 심의하였다는 사유만으로는 건축허가신청을 거부할 수 없다고 판시하였다(대판 2000.3.14, 98두4658, 건축불허가처분취소).

루어져야 할 것이다.<sup>387)</sup>

③ 또한 다른 법률과의 관계에서 건축행위는 당해 법률에 의한 별도의 허가를 요하기 때문에 그 법률상의 허가요건이 있는 경우에는 그에 부합되어야 함은 물론이다. 판례도 같은 입장이라고 할 수 있다. 대법원은 2005.3.10, 2004도8311 판결에서 구 자연공원법 제23조 제1항 각 호의 행위에 대한 허가는 각 행위에 대하여 별도의 허가를 받아야 할 뿐 아니라 자연공원구역에서의 건축행위가 건축법상 허가를 요하지 아니하는 건축행위인 경우에도 동법 제23조 제1항 제1호에 정한 공원관리청의 허가를 받아야 한다고 하였다.<sup>388)</sup> 즉, 이 판례는 자연공원구역에서의 건축행위를 위하여 구 자연공원법상의 허가요건이 있는 경우에는 그 요건을 충족하여야 한다는 것을 명백히 밝힌 것으로서, 이러한 다른 법령상의 허가요건은 하나의 수익적 행정처분기준으로서 기능하게 된다고 볼 수 있다.

이와 관련하여 구 자연공원법 제23조<sup>389)</sup> 제2항은 건축물의 건축행

---

387) 물론 판례 입장과 같이 오늘날 건축허가는 도시계획적 요소와 결합하여 재량행위의 성격을 갖는 경우가 많을 것이다.

388) “구 자연공원법 제23조 제1항 각 호의 행위에 대한 허가는 특별한 사정이 없는 한 각 행위에 대하여 별도의 허가를 받아야 하고, 건축법상 허가를 요하지 아니하는 건축행위라 하더라도 자연공원구역에서의 건축행위는 자연공원의 특수성을 살려 자연생태계와 자연 및 문화경관 등을 보존하고 지속가능한 이용을 도모하고자 하는 자연공원법의 입법목적에 비추어 같은 법 제23조 제1항 단서에서 규정하는 경미한 사항에 해당하지 아니하는 한 같은 조 제1항 제1호 소정의 공원관리청의 허가를 받아야 하는 사항이라고 보아야 한다.”

389) 1999.2.8, 법률제5893호. 동조(점용 및 사용허가) 제1항: 공원구역안에서 공원사업 이외의 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 공원관리청의 허가를 받아야 한다. 다만, 환경부령이 정하는 경미한 사항은 그러하지 아니하다. 1. 건축물 기타 공작물을 신축·증축·개축·재축 또는 이축하는 행위 2. (삭제) 3. 광물을 채굴하거나 죽림·토석·사력을 채취하는 행위 4. 개간 기타 토지의 형질변경(해중공원지구에 있어서는 해저의 형질변경을 포함한다)을 하는 행위 5. 수면을 매립 또는 간척하는 행위 6. 하천 또는 호소의 수면이나 수량의 증감을 초래하는 행위 7. 야생동물(해중에 있어서는 해중공원지구내에 서식하는 해중동물을 말한다)을 수렵하거나 포획하는 행위 8. 야생식물(해중에 있



위를 위한 허가요건으로 ㄱ. 용도지구안에서의 허용행위의 기준에 적합하고 공원사업의 시행에 지장을 주지 아니할 때 ㄴ. 보전을 요하는 자연상태에 영향을 미치지 아니할 때 ㄷ. 공중의 이용에 현저한 지장을 주지 아니할 때 ㄹ. 기타 대통령령이 정하는 점용 또는 사용에 관한 기준에 적합할 때 등 4가지를 들고 있는바, 이는 곧 자연공원구역에서의 건축행위 허가를 위한 수익적 행정처분기준으로서 기능한다고 할 수 있다.

④ 이를 보면 수익적 행정처분기준으로서의 건축허가기준은 제재적 행정처분기준과 달리, 불확정법개념을 포함한 「허가요건」이나 「고려사항」 등이 이에 해당한다고 볼 수 있음을 알 수 있다. 또한 이것은 앞에서 본 대판 2005.7.14, 2004두6181의 판시와도 부합한다. 즉, 동판례에서 불확정개념인 「토지형질변경 금지요건」은 당해 불확정개념의 해석 여하에 따라 역으로 「금지제외요건」으로서 기능하기 때문에 그 ‘금지’와 ‘금지제외(허용)’의 경계선에 대한 판단은 처분청의 재량에 해당하게 되는 것임을 보여준다.

## (2) 건축법 제9조 건축신고의 처분기준에 관하 검토

### 1) 건축신고 규정의 내용

#### ① 건축신고(제1항)

건축허가대상 건축물이라 하더라도 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 미리 시장·군수·구청장에게 건설교통부령이 정하는 바에 의하여 신고함으로써 건축허가를 받은 것으로 본다.: ㉠ 바닥면적의 합계가 85제곱미터이내의 증축·개축 또는 재축, ㉡ 국토의계획

---

어서는 해중공원지구내의 해중식물을 말한다)을 채집하는 행위 9. 가축을 방목하는 행위 10. 물건을 야적하거나 계류하는 행위 11. 기타 자연풍경을 훼손하거나 공중의 이용에 지장을 가져올 우려가 있는 행위로서 대통령령이 정하는 행위.

및이용에관한법률에 의한 관리지역·농림지역 또는 자연환경보전지역 안에서 연면적 200제곱미터 미만이고 3층 미만인 건축물의 건축. 다만, 제2종지구단위계획구역 안에서의 건축을 제외한다. ㉠ 대수선(연면적 200제곱미터 미만이고 3층 미만인 건축물의 대수선에 한한다), ㉡ 그 밖에 소규모 건축물로서 대통령령이 정하는 건축물의 건축.<sup>390)</sup>

② 건축신고서의 제출

(영 제11조 제3항, 제9조 제1항, 규칙 제12조 제2항)

건축물의 건축신고를 하고자 하는 자는 건설교통부령이 정하는 바에 의하여 건축신고서에 관계서류를 첨부하여 시장·군수·구청장에게 제출하여야 한다. 시장·군수·구청장은 건축신고서등을 받은 때에는 그 기재내용을 확인한 후 그 신고의 내용에 따라 건축등 신고필증을 신고인에게 교부하여야 한다.

③ 인·허가의제(제2항)

건축신고를 하는 경우에는 제8조 제6항 각호의 허가등을 받거나 신고를 한 것으로 보며, 공장건축물의 경우에는 산업집적활성화및공장설립에관한법률 제13조의2 및 제14조의 규정에 의하여 관련법률의 인·허가등 또는 허가등을 받은 것으로 본다.

---

390) 여기서 “대통령령이 정하는 건축물”이라 함은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 건축물을 말한다.: 1. 연면적의 합계가 100제곱미터이하인 건축물, 2. 건축물의 높이를 3미터이하의 범위안에서 증축하는 건축물, 3. 법 제19조제4항의 규정에 의한 표준설계도서(이하 “표준설계도서”라 한다)에 의하여 건축하는 건축물로서 그 용도·규모가 주위환경·미관상 지장이 없다고 인정하여 건축조례로 정하는 건축물, 4. 국토의계획및이용에관한법률 제36조제1항제1호 다목의 규정에 의한 공업지역, 동법 제51조제3항의 규정에 의한 제2종지구단위계획구역(산업형에 한한다) 및 산업입지및개발에관한법률에 의한 산업단지안에서 건축하는 2층 이하인 건축물로서 연면적의 합계가 500제곱미터 이하인 공장, 5. 농업 또는 수산업을 영위하기 위하여 읍·면지역(시장 또는 군수가 지역계획 또는 도시계획에 지장이 있다고 인정하여 지정·공고한 구역을 제외한다)에서 건축하는 연면적 200제곱미터 이하의 창고 및 연면적 400제곱미터 이하의 축사·작물재배사.

## 2) 건축신고의 법적 성질

신고라 함은 행정청에 대하여 일정한 사항을 통지하는 행위로서 법령등이 정하는 바에 따라 당해 통지가 의무로 되어 있는 작용을 말한다. 행정청에 대한 신고는 일정한 법률사실 또는 법률관계에 관하여 관계행정청에 일방적으로 통고하는 것을 뜻하고, 법에 별도의 규정이 있거나 다른 특별한 사정이 없는 한 행정청에 대한 통고에 그치는 것이고, 그에 대한 행정청의 반사적 결정을 기다릴 필요가 없다. 즉, 구 건축법<sup>391)</sup> 제5조 제2항에 규정한 신고가 동법시행령 소정의 형식적 요건을 갖추어 적법하게 제출된 이상 군수는 이를 수리하여야 할 것이고 실제적인 이유로 그 수리를 거부할 수는 없으므로 형식적 요건에 흠결이 없는 신고에 대하여 실제적인 사유를 들어 신고서를 반려하였다 하더라도 그 신고의 효력이 없다고 할 수 없다는 것이 판례의 입장이다.<sup>392)393)</sup>

391) 1982.12.31. 법률 제3644호로 개정되기 전의 것.

392) 대판 1988.9.20, 87도449(자연공원법위반, 건축법위반). 한편 대법원은, 건축법 제5조 단서의 건축신고의 성질 및 효력과 관련하여, 구 건축법 제5조 단서 계기의 건축을 하는 자에게 신고의무를 부과한 것은 신고를 받은 행정청이 그 신고를 심사하여 수리 여부를 결정할 수 있는 규정을 찾아 볼 수 없는 점에 비추어 행정청으로 하여금 건축에 관한 행정상의 참고자료를 얻도록 하기 위한 취지에서이고, 따라서 그와 같은 건축을 하고자 하는 자는 적법한 요건을 갖춘 신고만 하면 행정청의 수리처분이라는 별단의 조처를 기다리거나 또한 행정청의 허가처분을 받음이 없이 당연히 건축을 할 수 있다고 판시하였다(대판 1967.9.19, 67누71, 건축신고수리취소 처분취소).

393) 대법원은 신고·수리·수리거부의 관계와 관련하여, 주택건설촉진법 제38조 제2항 단서, 공동주택관리령 제6조 제1항 및 제2항, 공동주택관리규칙 제4조 및 제4조의2의 각 규정들에 의하면, 공동주택 및 부대시설·복리시설의 소유자·입주자·사용자 및 관리주체가 건설부령이 정하는 경미한 사항으로서 신고대상인 건축물의 건축행위를 하고자 할 경우에는 그 관계 법령에 정해진 적법한 요건을 갖춘 신고만을 하면 그와 같은 건축행위를 할 수 있고, 행정청의 수리처분 등 별단의 조처를 기다릴 필요가 없다고 할 것이며, 또한 이와 같은 신고를 받은 행정청으로서 그 신고가 같은 법 및 그 시행령 등 관계 법령에 신고만으로 건축할 수 있는 경우에 해당하는 여부 및 그 구비서류 등이 갖추어져 있는지 여부 등을 심사하여 그것이 법규정에 부합하는 이상 이를 수리하여야 하고, 같은 법 규정에 정하지 아니한 사

현행 행정절차법도 같은 맥락에서 ‘법령등에서 행정청에 대하여 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고’, 즉 자기완결적 신고를 규정하고 있다. 따라서 이러한 신고가 ㉠ 신고서의 기재사항에 흠이 없고, ㉡ 필요한 구비서류가 첨부되어 있으며, ㉢ 기타 법령등에 규정된 형식상의 요건에 적합하여야 한다는 각 요건을 갖춘 경우에는 신고서가 접수기관에 도달된 때에 신고의 의무가 이행된 것으로 본다(동법 제40조 제2항). 전통적으로 건축신고는 이와 같은 자기완결적 신고를 의미하는 것으로 이해된다.<sup>394)</sup>

그러나 관계 법률에서 신고라는 용어를 사용하고 있는 것과 달리, 실무에서는 내용상 그 수리 여부에 대하여 행정청의 실질적 심사권이 인정되는 경우가 적지 않은바, 이렇게 운용되는 경우에는 그 신고는 허가 내지 특허의 성격을 갖는 것으로 보는 것과 다르지 않다.<sup>395)</sup> 따라서 신고의 의미를 입법적으로 보다 분명히 할 필요가 있다.

### 3) 수익적 행정처분기준으로서의 『건축신고기준』에 관한 검토

건축법 제9조 제1항은 건축허가대상 건축물이라 하더라도 일정한 규모 이하의 건축물이거나 경미한 건축행위에 해당하는 경우에는 미리 시장·군수·구청장에게 건설교통부령이 정하는 바에 의하여 신고함으로써 건축허가를 받은 것으로 본다고 규정하고 있다. 동 조항에 의하면 의견상 신고함으로써 건축허가를 받은 것으로 간주되지만, 건설교통부령은 시장·군수·구청장으로 하여금 실질적 심사권을 인정하는 규정을 두고 있다(규칙 제12조 제2항, 제8조 제2항). 즉, 시장·군수·구청장은 건축신고서를 받은 때에는 그 기재내용을 확인한 후

---

유를 심사하여 이를 이유로 신고수리를 거부할 수는 없다고 판시한 바 있다(대판 1994.4.27, 97누6780).

394) 정태용, 전게서, 2006, 184면. 대판 1969.1.21, 67누99.

395) 김동희, 전게서, 384면.

그 신고의 내용에 따라 별지 제7호서식의 건축신고필증을 신고인에게 교부하도록 하고, 건축신고필증을 교부하는 때에는 별지 제3호서식의 건축신고대장을 건축물의 용도별 및 월별로 작성·관리하도록 규정하고 있다.

먼저 건축법에서 ‘자기완결적 신고’의 취지로 규정하면서도 동법시행규칙(부령)에서 이를 ‘수리를 요하는 신고’로 변질시킨 것이 위헌·위법이 아니냐 하는 의문이 있다. 비록 법률에서 “건설교통부령이 정하는 바에 의하여”라는 위임규정이 있지만, 이는 신고절차를 보다 체계적으로 구체화시키라는 취지이지, 부령으로써 ‘신고’의 의미를 변환시킬 정도로 모법(건축법)의 입법취지를 벗어난 규정을 도입하라는 것을 뜻하는 것이라고 볼 수는 없다. 즉, 법 제9조 제1항의 부령 위임규정은 절차의 구체화를 의미하고, 동 조항 제1호 내지 제5호는 법률상의 「건축신고 수리기준」(즉, 건축법상의 법정수리사항인 수익적 행정처분기준)을 뜻한다고 할 것이다. 따라서 동법시행규칙 제12조 제2항은 위임입법의 한계를 벗어나 위법이라고 판단된다.

또한 일반적으로 법률에서 신고를 정하고 있는 경우 이는 ‘자기완결적 신고’를 의미하는 것이라고 할 것이다. 그런데 실무에서 종종 이것이 ‘수리를 요하는 신고’로 해석 적용되고 있는 것은 법률에서 ‘자기완결적 신고’를 의미하는 것으로 명백히 표현하지 않았기 때문이라고 할 수 있다. 뿐만 아니라 건축신고와 법체계가 유사함에도 이론·실무에서 ‘수리를 요하는 신고’로 해석되고 있는 여객자동차운수사업법의 경우, 동법 제15조 제3항<sup>396)</sup>은 건축법 제9조 제1항과 마찬가지로 “...건설교통부령이 정하는 바에 의하여 건설교통부장관 또는 시·도

396) 동법 제15조 제3항: “운송사업자인 법인이 합병하고자 하는 경우(운송사업자인 법인이 운송사업자가 아닌 법인을 흡수합병하는 경우를 제외한다)에는 건설교통부령이 정하는 바에 의하여 건설교통부장관 또는 시·도지사에게 신고하여야 한다.” 동법시행령에는 근거규정이 없고, 시행규칙 제35조는 신고절차만 상세하게 규정하고 있을 뿐이다.

지사에게 신고하여야 한다.”는 규정을 두고 있으나, 동법시행규칙 제 35조에서는 어디에도 ‘신고필증 교부’에 관한 사항을 두고 있지 않다. 따라서 건축법시행규칙 제12조 제2항의 규정이 관행적 입법례라고 보기도 어렵다.

뿐만 아니라 건축신고에 관한 준용규정인 건축법시행령 제11조 제3항은 “건축허가신청서 제출시 관계서류를 첨부하여 허가권자에게 제출하여야 한다”는 동령 제9조 제1항의 규정만을 준용하고 있을 뿐, 동령 제9조 제2항(허가권자는 …건축허가를 한 경우에는 건설교통부령이 정하는 바에 의하여 건축허가서를 신청인에게 교부하여야 한다)은 이를 준용하고 있지도 않다. 즉, 동법시행령에서도 의도적으로 제9조 제2항의 준용을 배제함으로써 ‘건축신고필증의 교부’를 요구하고 있지 아니하다.<sup>397)</sup> 이는 곧 신고필증 교부의무를 규정한 동 규칙 제12조 제2항은 모법인 건축법과 동법시행령의 입법취지에 반하는 것임을 의미한다고 할 수 있다.

## 2. 제재적 처분

건축행정법상의 각 개별법령에서는 제재적 처분의 기준에 관하여 대부분 시행령, 시행규칙에 별표의 형식으로 보다 구체화하여 규정되어지고 있는 바, 이의 대표적인 경우를 개괄하면,

법령명	처분기준의 종류	관련 조항	비고
건축사법 시행령 별표 1	업무정지등 처분기준	제29조의2 관련	
건축사법 시행령 별표3	위반행위종류별 과태료부과기준	제34조의제3항 관련	
건설산업기본법시행령 별표6	영업정지 및 과징금의 부과기준	제80조제1항 관련	

397) 신고 없이 또는 허위 신고로 건축물을 건축한 경우에는 200만원이하의 벌금에 처해진다(건축법 제80조 제1호). 그런데 현실적으로 신고 유무의 확인은 1차적으로 신고필증으로 이루어지는바, 경우에 따라 불리한 처벌을 받을 가능성도 있다.

제 3 부 건축행정분야 행정처분기준 정비방안

건설산업기본법시행령 별표7	위반행위의 종류별 과태료	제89조제3항 관련	
건설기술관리법시행령 별표6	감리원에 대한 위반행위별 업무정지처분기준	제54조의8 관련	
<b>법령명</b>	<b>처분기준의 종류</b>	<b>관련 조항</b>	<b>비고</b>
건설기술관리법시행령 별표7	위반행위의 종류별 과태료 금액	제63조제3항 관련	
건설기술관리법시행규칙 별표1의 2	교육기관의 지정요건 및 취소사유	제4조 제8항 관련	
건설기술관리법시행규칙 별표2	건설기술자에 대한 업무정지기준	제4조의4제1항 관련	
건설기술관리법시행규칙 별표4	설계 등 용역을 수행한 건설기술자에 대한 업무정지 기준	제12조의4 제1항 관련	
건설기술관리법시행규칙 별표8	건설공사 등의 부실벌점 관리기준	제13조의6 제1항 관련	
건설기술관리법시행규칙 별표17	감리전문회사에 대한 위반행위별 처분기준	제40조의2 관련	
수도시설의청소및위생관리등에관한규칙 별표4	처분기준	수도법 제21조의2 관련	
주차장법시행령 별표1의3	등록취소 및 영업정지 기준	제12조의9 관련	
도시개발법시행령 별표2	위반행위의 종류와 과태료의 금액	제76조제3항 관련	
도시및주거환경정비법 시행령 별표5	등록취소및영업정지기준	제66조 관련	
도시및주거환경정비법 시행령 별표6	과태료의 부과기준	제73조제3항 관련	

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

하천법시행령 별표3	과태료부과기준	제58조제3항 관련	
부동산투자회사법시행규칙별표	과태료부과기준	제5조제2항 관련	
부동산가격공시및감정평가에 관한법률시행령 별표2	등록취소·설립인가취소 또는 업무정지의 기준	제77조제1항 관련	
<b>법령명</b>	<b>처분기준의 종류</b>	<b>관련 조항</b>	<b>비고</b>
측량법시행령 별표3	위반행위의 종류별 과태료	제51조제3항 관련	
측량법시행규칙 별표3	성능검사대행자에 대한 행정처분기준	제3조의9 관련	
측량법시행규칙 별표5	측량업에 대한 행정처분기준	제24조 관련	
주택법시행령 별표1	등록사업자에 대한 행정처분기준	제14조제1항 관련	
주택법시행령 별표9	주택관리업자에 대한 행정처분기준	제70조제3항 관련	
주택법시행령 별표11	주택관리사용에 대한 행정처분기준	제81조 관련	
주택법시행령 별표13	위반행위의 종류별 과태료부과금액	제122조제3항 관련	
건축법시행령 별표15	이행강제금의 산정기준	제121조제1항 관련	
시설물의안전관리에 관한특별법시행령 별표4	위반행위종류별 과태료	제29조제4항 관련	
해외건설추진법시행령 별표5	과태료부과기준	제36조제1항 관련	
건설기계관리법시행규칙 별표24	과태료처분의 기준	제94조 관련	

등으로 나타내어 질 수 있다. 이는 대부분 제재적 행정처분의 기준



에 대한 유형으로서 과징금, 과태료, 이행강제금 그리고 영업정지 등의 의무이행확보수단을 통하여 구체화되어지고 있다.

전통적 행정강제론에 있어서는 행정상의 강제집행을 “법률 또는 행정처분에 의하여 부과된 의무가 이행되지 않은 경우 그 이행을 촉구하거나 강제적으로 동등한 법상태를 실현하는 작용 또는 제도로 이해하여 왔다. 그러나 종래 이에 근거한 전통적 수단들은 오늘날의 행정상황의 변화에 유효하게 기능할 수 없는 문제점이 제기되어 그 한계점을 드러낸 바 있다. 때문에 오늘날 다양한 내용의 행정작용에 상응하여 행정주체의 일방적·강제적 수단에 의해 행정목적의 달성이 보다는 국민에게 정신적·재산적 불이익을 가하여 종래보다 더 효과적으로 행정목적의 달성을 꾀하려는 장치들이 개별 행정법규에 도입되고 시행되고 있다. 이를 소위 ”행정법상 새로운 의무이행확보수단“으로 논하고 있으며,<sup>398)</sup> 이는 각종의 금전적 부담수단으로 규정되고 있다.

아래에서는 이와 같은 건축행정법상의 제재적 행정처분기준에 관하여 그 유형별로 분류하여 운용현황을 고찰해 보고자 한다.

### (1) 과징금

과징금제도는 행정상의 의무이행확보수단으로서 비교적 최근에 등장한 것이기 때문에 아직 완전히 정립된 이론이 없는 실정이고 많은 문제점이 제기되고 있어 논란의 여지가 많이 남겨져 있는 제도라 하지 않을 수 없다. 더욱이 일본 이외에 외국의 법제에서는 찾아보기 힘든 매우 독특한 제도라는 점에서 그 법적 성격을 어떻게 이해할 것인가에 관해 논의가 분분하다고 할 수 있다.<sup>399)</sup>

398) 류지태, 전게서, 332면 이하; 홍정선, 전게서, 564면 이하; 홍준형, 전게서, 730면 이하 등.

399) 채우석, “과징금 제도에 관한 일고찰” 『토지공법연구』, 2002, 322면.

우리나라의 법제에서 과징금제도가 처음으로 도입된 것은 1980년 12월 31일 법률 제3320호로 제정된 공정거래법이었다.<sup>400)</sup> 즉, 동법 제 6조에서 경제기획원장관의 가격인하명령에 불응한 시장지배적 사업자에게 그 가격사이의 차액에 해당하는 금액을 금고에 납입하도록 하였는바, 이를 과징금이라고 명명하였던 것이다.<sup>401)</sup> 이후 과징금제도는 실정법에서 다양하게 도입되어 규정되어, 과징금의 명칭이 사용되고 있는 법령이 무려 173건, 조문수도 500여개에 이르고 있는 바, 그 개념 내지는 법적성격에 대한 평가가 매우 다양하게 전개되고 있다. 특히 법적성격에 관하여는 종래, 과징금의 법적성격을 부당이득의 환수로 이해할 것인가 또는 행정제재로서 이해할 것인가에 대한 논쟁이 있어 왔으나, 그 구별의 실익은 과징금의 부과여부, 부과대상, 부과액 산정 등에 있어서 행정기관의 재량권의 범위에 관한 것인 바, 이를 종합적으로 이해함이 타당하리라 사료된다.<sup>402)</sup>

한편, 일본의 독점금지법상의 과징금부과 대상행위는 사업자 또는 사업자단체에 의한 카르텔로서 상품, 용역의 대가에 관한 것 또는 상품, 용역의 공급량을 제한함으로써 그 대가에 영향을 미치게 한 경우에 한정되나, 우리의 경우에는 대부분의 범위반행위가 과징금부과대

400) 박해식, “공정거래법상 부당지원행위를 한 자에게 부과하는 과징금의 법적 성격” 『경쟁법연구』제8권, 2002, 231면 이하.; 박윤훈, 전계서, 667면; 經濟法學會編, 獨占禁止法講座 VII, 商社法務研究會, 1995, 275면 이하 - 일본에서 과징금제도가 도입된 배경에는 1970년대 중반에 석유파동과 함께 급격한 물가상승이 발생하였는데, 이는 대기업들에 의한 카르텔이었으며, 가격카르텔에 대한 사회적 비판이 거세게 일어나자 일본정부가 행정적 규제수단으로 도입한 것이 계기가 되었다. 이에 일본은 1977년 사적독점금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률을 개정하여 가격인상카르텔 등에 대한 과징금 부과제도를 채택하게 되었다.

401) 박영도·김호정, 『과징금제도의 운영실태 및 개선방안』, 5면.

402) 판례에 있어서도 부당한 경제적 이득을 환수한다는 성격만을 강조하고, 행정제재적 처분을 부정한 사례는 없다 - 대판 2001.2.9, 2000두6206, 서울고법, 1996.2.13, 94구36751; 공정거래위원회 의의신청 사례에 있어서도 과징금이 부당이득환수에 행정제재적 성격도 아울러 가지고 있다고 재결하였다 - 공정위 2001.1.17, 의결, 2000심리1267.

상이 된다는 점과 일본과 우리의 법규정에서도 상당한 차이가 있다는 점에서 과징금의 성격을 획일적으로 규명할 수 없고 법규정의 취지를 고려하여 범위반행위의 유형에 따라 그 법적 성격을 밝혀야 한다는 견해는<sup>403)</sup> 과징금제도의 운용에 있어 행정처분기준의 설정이라는 실무상의 필요성에 있어 그 의미가 크다 할 것이다.

1) 과징금의 상한에 관한 주요 입법례

과징금의 금액산정기준은 과징금을 규정한 입법유형에 따라 달리 나타날 수 있으나, 건설산업기본법 제82조와 같이 일단 법률에서 과징금 부과에 근거와 한도액을 명시하고 그 위반행위의 중별 및 정도에 따른 구체적인 부과금액은 대통령령에 위임하여 별표로 규정하고 있는 유형을 대표적인 입법례로 볼 수 있다.

과징금의 금액산정기준은 과징금의 법적성격과도 밀접한 관련을 갖는데, 일반적으로

① 부당이득환수적 측면을 강하게 가지는 과징금의 경우 법령에 위반하여 영업 또는 사업활동을 수행한 기간동안의 수입으로 예상되는 부당이득 또는 영업정지처분을 할 경우 그 영업정지기간 동안에 예상되는 부당이득의 정도에 의하여 결정되어야 할 경우,

② 제재적 측면을 강하게 가지는 과징금의 경우에는 부당이득의 정도보다는 위반행위의 경중여하에 따라 과징금액이 결정되는 것이 합리적이라 하겠다.

과징금의 상한에 관하여 규정하고 있는 주요법령을 개괄하면 다음과 같다.

--	--

403) 박영도·김호정, 전계연구보고서, 17면.

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

법 률 명	과징금 한도액
삭도·케도법·항만법	200 만원
철도운송법	300 만원
관광진흥법, 항만운송사업법	500 만원
사료관리법, 석탄산업법, 수산업법, 승강기제조 및 관리에 관한 법률, 자동차관리법, 전기공사업법, 청소년보호법	1 천만원
법 률 명	과징금 한도액
고압가스안전관리법, 국제물류기지육성을 위한 관세자유지역의 지정 및 운영에 관한 법률, 도시철도법, 비료관리법, 액화석유가스의 안전 및 사업관리법, 영화진흥법, 오수 - 분뇨 및 축산물 폐기물의 처리에 관한 법률, 유통산업발전법, 의료법, 전자서명법, 집단에너지사업법, 화물자동차 운수사업법	2 천만원
관광숙박시설지원 등에 관한 법률, 대외무역법, 도시가스사업법, 장사 등에 관한 법률, 전파법, 해운법	3 천만원
여객자동차운수사업법, 먹는물 관리법, 원자력법, 유해화학물질관리법, 화장품법, 약사법, 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률	5 천만원
농수산물 유통 및 가격안정에 관한 법률, 마약류 관리에 관한 법률, 무역업무자동화촉진에 관한 법률, 방송법, 식품위생법, 여신전문금융법, 축산물가공처리법, 폐기물관리법, 화물유통촉진법	1 억원
대기환경보전법, 석유사업법	2 억원
증권거래법	유가증권신고서상의 모집가액 또는 매출가액의 100분의 3 (20억원을 초과하는 경우에는 20억원)
표시·광고의 공정화에 관한 법률	매출액의 100분의 2 (매출액이 없거나 매출액을 산정하기 곤란한 경우로서 대통령령이 정하는 경우는 5 억원)
하도급거래 공정화에 관한 법률	하도급 대금의 2배

제 3 부 건축행정분야 행정처분기준 정비방안

수질환경보전법, 영산강 - 섬진강수계 및 주민지원 등에 관한 법률, 낙동강수계 물관리 및 주민지원 등에 관한 법률	3 억원
부동산실권리자 명의등기에 관한 법률	부동산가액의 100분의 30
불공정무역행위조사 및 산업피해구제에 관한 법률	대통령령이 정하는 거래액에 100분의 2를 곱한 금액 (거래금액이 없거나 산정이 곤란한 경우에는 5 억원)
의료급여법	부담하게 된 급여비용의 5배
<b>법 률 명</b>	<b>과징금 한도액</b>
전기사업법	매출액의 100분의 5 (매출액이 없거나 매출액 산정이 곤란한 경우로서 대통령령이 정하는 경우는 10 억원)
공인회계사법	회계법인에 대해서는 5 억원 (공인회계사에 대하여서는 1 억원)
전기통신기본법	10 억원
방문판매 등에 관한 법률	위반행위 관련 매출액 (매출액이 없거나 산정할 수 없는 경우는 5 천만원)
항공법	50 억원
불공정 무역행위조사 및 산업피해구제에 관한 법률	대통령령이 정하는 거래액에 100분의 2를 곱한 금액 (거래금액이 없거나 산정이 곤란한 경우에는 5 억원)
독점규제 및 공정거래에 관한 법률	대통령이 정하는 매출액에 100분의 3을 곱한 금액 (매출액이 없거나 매출액 산정이 곤란한 경우로서 대통령이 정하는 경우에는 10 억원)
가맹사업거래의 공정화에 관한 법률	대통령이 정하는 매출액에 100분의 2를 곱한 금액

: 2003년 1월 기준

## 2) 과징금 상한액의 조정검토

과징금은 본래 그 최고한도액에 제한이 없기 때문에 그 한도액의 결정은 당해 행정법규의 입법목적의 실효성의 관점에서 합리적으로 결정되는 것이다. 과징금의 상한액은 영업정지 등의 최장기간을 정한 것과 마찬가지로, 위반행위별 금액 등 구체적인 처분기준은 일선 공무원들에게 집행상의 부담을 경감하고 처분상대방에게 예측가능성을 부여한다는 점에서 매우 바람직스럽다. 그러나 구체적인 경우에 있어서 형평성과 공정성을 담보하는 것이 매우 중요하다 할 것이다.

과징금 상한액의 조정검토에 관한문제는 당연히 건축관련법규의 입법 목적을 실효적으로 담보할 수 있는 수준의 경제적 부담을 위반자에게 부과할 수 있는 정도가 되어야 할 것인데, 이를 검토하기 위해서는 이미 앞서 검토한 다른 법령에서의 입법례가 참고가 될 것이다. 위의 도표를 통해서 살펴본 현행 개별 법규상의 과징금 상한 금액들은 일정한 규칙을 찾을 수 없을 만큼 매우 다기하게 정해져 있다. 이는 각 개별 법규들의 입법목적이 각각 상이하고 그에 따라 법령위반에 의한 경제적 이익박탈의 필요와 정도가 상이하게 때문에서 기인한다. 여기에서 하나의 중요한 시사점이라 할 수 있는 점은, 최근 개정되는 개별 법률 등에서의 과징금의 상한액이 특히 경제적 작용이나 대규모사업이나 업계와 관련하여서는 과징금의 상한이 증가하고 있다는 것이며, 이는 행정처분기준의 실효성 확보라는 관점에서 강조되고 있는 것이다.<sup>404)</sup>

## 3) 변형된 과징금제도

본래적인 과징금제도의 의미는, 행정법규 또는 행정법상 의무의 위반으로 막대한 경제적 이익을 얻는 경우에 있어서 행정벌만으로는 그

---

404) 박종수, 『약사법령에 의한 행정처분기준의 개선방안 연구』, 208면 이하 참조.

위반을 막을 수 없다는 전제하에 과징금은 행정법규위반으로 발생하는 경제적 이득을 박탈함으로써 행정법규위반행위를 막는 효과를 가질 수 있다는 것이다. 그러나 행정현실의 변화와 함께 최근에는 변형된 형태의 과징금제도가 도입되어 현재 다수의 법률에서 채택되고 있는데, 이를 변형과징금제도라고 표현하고 있다. 이는 “영업정지에 갈음하여 부과되는 과징금제도”로서 대표되어진다 할 것이다. 행정법규위반에 대하여 영업정지를 명하여야 할 경우에 그 영업정지로 인하여 초래될 공익에 대한 침해 등의 문제를 고려하여 영업정지를 하지 않고 그 대신 영업으로 인한 이익을 박탈하는 과징금을 부과하도록 규정하고 있는 경우이다. 현행법상 이러한 과징금제도를 규정한 것으로는 건설사업기본법, 고압가스안전관리법, 관광숙박시설지원 등에 관한 법률, 관광진흥법, 국민건강보험법, 농수산물유통 및 가격안정에 관한 법률, 대기환경보전법, 도시가스사업법, 도시철도법, 마약류관리에 관한 법률, 석유사업법, 석탄사업법, 약사법, 여객자동차운수사업법, 여신전문금융업법, 오수·분뇨 및 축산폐수의 처리에 관한 법률, 원자력법, 유통산업발전법, 유해화학물질관리법, 음반·비디오물 및 게임물에 관한법률 등이다.<sup>405)</sup>

건축행정분야에 있어 이러한 변형된 과징금제도를 규정하고 있는 경우는, 건설산업기본법 시행령 별표 6으로서, 이는 건설산업기본법령 제80조 제1항과 관련하여,

가. 법 제82조 제1항 및 제 82조 제2항 제5호의 규정에 의한 위반행위별 영업정지의 기간 또는 과징금의 금액에 관하여,

위반행위	해당법조문	영업정지 기간	과징금의 금액
1. 법 제28조의 규정에 의한 하자담보	법 제82조제1항제	4월	4,000만원

405) 박균성, 전계서, 447면 이하.

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

책임기간 내에 3회 이상 하자가 발생한 경우로서 제88조의 규정에 의한 시설물의 구조상 주요부분에 발생한 하자가 1회 이상 포함되는 때	1호		
2. 법 제28조의 규정에 의한 하자담보 책임기간내에 하자가 3회 이상 발생한 때	법 제82조제1항제1호	3월	3,000만원
3. 최근 2년간의 건설공사실적의 연평균액이 제79조제1항의 규정에 의한 금액에 미달한 때	법 제82조제1항제2호	4월	
3의2. 법 제23조제3항의 규정에 의한 건설공사실적, 기술자보유현황 등을 거짓으로 제출한 때	법 제82조제1항제2호의2	4월	
4. 법 제29조제5항의 규정에 의한 통보를 허위로 한 때	법 제82조제1항제3호	4월	4,000만원
5. 정당한 사유없이 법 제81조의 규정에 의한 시정명령 또는 시정지시에 응하지 아니한 때	법 제82조제1항제4호	2월	2,000만원
6. 『건설기술관리법』 제21조의5제1항의 규정에 의한 시정명령을 이행하지 아니한 때	법 제82조제1항제5호 가목	1월	1,000만원
7. 『건설기술관리법』 제23조의2제3항의 규정에 의한 시공상세도면의 작성의무를 위반하거나 감리원 또는 공사감독자의 검토·확인을 받지 아니하고 시공한 때	법 제82조제1항제5호 나목	1월	1,000만원
8. 『건설기술관리법』 제24조의 규정에 의한 품질시험 또는 검사의 전부를 이행하지 아니하거나 허위로 한 때	법 제82조제1항제5호 다목	3월	3,000만원
9. 『건설기술관리법』 제26조의2제2항의 규정에 의한 안전점검의 전부를 이행하지 아니하거나 허위로 한 때	법 제82조제1항제5호 라목	3월	3,000만원
10. 『건설기술관리법』 제24조의 규정에 의한 품질시험, 검사, 기타 의무를 위반한 때	법 제82조제1항제5호 다목·라목	1월	1,000만원
11. 『건설기술관리법』 제36조의17의 규정에 의한 시정명령을 이행하지 아니한 때	법 제82조제1항제5호 마목	2월	2,000만원
12. 『산업안전보건법』에 의한 중대재해를 발생하게 한 건설업자에 대하여 노동부장관으로부터 영업정지의	법 제82조제1항제6호		



요청이 있는 경우로서 가. 10명 이상 사망한 때 나. 6명 이상 9명 이하 사망한 때 다. 2명 이상 5명 이하 사망한 때		4월 3월 2월	4,000만원 3,000만원 2,000만원
13. 조잡시공으로 시설물의 구조상 주요부분에 중대한 손괴를 야기하거나 일반공중에 인명피해를 끼친 때	법 제82조제2항제 5호	8월	3억원
14. 시공을 조잡하게 함으로써 당해 시설물의 구조안전에 지장을 초래하거나 내용기간을 현저히 단축시킨 때	법 제82조제2항제 5호	6월	2억원
15. 시공관리의 소홀로 인근의 주요 공공시설물 등을 파손하여 공중에 피해를 끼친 때	법 제82조제2항제 5호	4월	1억원
16. 설계상의 기준에 미달하게 시공하거나 설계에 정한 품질 이하의 불량자재를 사용한 때	법 제82조제2항제 5호	2월	5천만원

나. 법 제82조 제2항 제1호 내지 제4호의 규정에 의한 위반행위별 영업정지의 기간 또는 과징금의 금액

위반행위	해당 법조문	영업정지 기간	과징금의 비율 (%)			
			5천만원 까지	1억원	5억원	30억원 이상
1. 법 제16조의 규정에 위반하여 건설공사를 도급받은 때	법 제82조제 2항제1호	8월	30	24	16	8
1의2. 법 제28조의2제1항의 규정에 위반하여 건설공사를 직접시공하지 아니한 때	법 제82조제 2항제1호의2	6월	24	18	12	6
2. 도급받은 건설공사의 전부 또는 주요부분의 대부분을 1인의 제3자에게 하도급한 때	법 제82조제 2항제2호	8월	30	24	16	8
3. 도급받은 건설공사의 전부 또는 주요부분의 대부분을 2인 이상에게 하도급한 때	법 제82조제 2항제2호	6월	24	18	12	6
4. 도급받은 건설공사의 일부를 해당업종의 건설업 등록을 하지 아니한 자에게 하도급(재하도급을 포	법 제82조제 2항제2호	6월	24	18	12	6

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

함한다)한 때						
5. 일반공사에 해당하는 부분을 발주자의 승낙없이 해당업종의 건설업자에게 하도급한 때	법 제82조제2항제2호	4월	16	12	8	4
6. 재하도급금지규정에 위반하였으나 해당업종의 건설업자에게 재하도급한 때	법 제82조제2항제2호	4월	16	12	8	4
7. 법 제30조제1항의 규정에 위반한 때	법 제82조제2항제3호	2월	8	6	4	2
7. 삭제 <2005.6.30 : 시행일 2008.1.1>						
8. 법 제47조제2항의 규정에 의한 공사금액의 하한을 위반하여 건설공사를 도급받은 때	법 제82조제2항제4호	6월	24	18	12	6

나누어 규정하고 있다.

건설산업기본법 시행령 별표 6에서 규정하고 있는 영업정지같은 과징금제도는 단순히 영업정지에 같음하여 과징금을 부과할 수 있다고만 할 뿐 구체적인 부과기준이나 사유가 없고 단지 금액기준만 대통령령의 별표에 달아놓는 형식을 취하고 있어, 공무원이나 위반행위자로 하여금 영업정지와 과징금 중 임의로 선택하도록 하는 등 재량행위인 과징금부과처분의 합목적적 행사를 저해하고 있는 것이 사실이라 하겠다.

또한 실무에서 과징금과 관련하여 문제시 되는 것은, 과징금징수의 체납문제이다. 법령에 따라 기계적으로 영업정지를 과징금으로 같음 해주기는 했으나, 정작 위반자들은 과징금을 제때 납부하지 않거나 고의로 체납하는 경우가 많았기 때문에 징수에 어려움이 많고, 이로 인해 처분에 순응한 과징금 납부자 및 본래의 영업정지처분을 받은 자와 과징금을 고의체납한 자간의 형평성이 문제시 되는 등 제도개선의 필요성이 있다.<sup>406)</sup>

406) 이에 대한 해결책으로서 일선 공무원들이 제안한 것은 업무정지같은 과징금을 다시 본래의 업무정지로 환원하는 방안을 마련해 달라는 것이나, 과징금과 영업정

#### 4) 확대된 과징금제도에 대한 비판

위에서 언급한 소위 확대된 과징금제도에 관한 비판적인 견해로는,

① 영업정지처분을 하더라도 국민들에게 그다지 많은 피해를 줄 염려가 없는 공익성이 덜한 사업에 대하여도 영업정지처분에 갈음하여 과징금을 부과할 수 있도록 하는 법령이 증가하고 있다는 점,

② 지방자치법의 시행으로 인한 획일적인 행정규제의 탈피를 전면  
에 내세워 사업정지 등으로 인하여 발생하는 상대방과의 마찰을 회피하고, 행정편의주의적 사고에서 또는 의무이행이나 법의 실효성보다 의무불이행자의 입장을 지나치게 고려하는 온정주의적 생각에서 사업정지 내지는 사업 허가취소 등의 조치를 취하지 않고 안이하게 과징금을 부과하는 경향이 있다는 점,

③ 범위반행위에 대한 제재는 원칙적으로 형벌이라는 입장에서 벌금과 병존하는 과징금은 이중제재라는 논란의 소지가 있다는 점,<sup>407)</sup>

④ 구체적인 구성요건이 모두 하위법령에 위임되어 있으며, 각각의 구성요건에 대한 부과금액의 기준 등이 모두 하위법령에 위임되어 있어서 투명성을 확보하고 있지 못하다는 점,

⑤ 부당이득세 내지는 제재로서의 성격을 가지는 과징금, 과태료로서의 과징금, 속죄금으로서의 과징금, 재원확보금으로서의 과징금 등 다양한 성격의 과징금이 무질서하게 법률에 규정되어 부과·징수되고 있다는 점,

⑥ 과징금제도가 사업의 정지를 명하는 것보다는 공익성을 우선하

---

지는 전혀 다른 성질의 제재수단이고 과징금부과시의 재량행사 정도에 맞는 영업정지기간 산저의 재량을 행사한다는 것은 매우 어려운 일이라 할 것이다.

407) 박해식, 전게서, 236면 이하.

여 금전적 제재를 명함으로써 행정제재의 실효성을 거두고자 하는 취지로 도입된 것인데, 실정법상 공익성이 덜한 사업에도 과징금을 부과하는 경우가 있다는 점,

⑦ 법해석상의 오해 및 운용상의 문제점을 제거하고 일반국민에게 과징금제도의 취지와 목적을 이해시키는데 유용하기 위하여는 규정방식에 있어서도 일관성이 있어야 한다는 점,

⑧ 과징금의 금액산정에서도 입법취지·성격면에서 상호 유사한 면이 많은 법률인데도 과징금의 한도액에 관한 규정이 일정하지 않다는 점,

⑨ 과징금의 징수절차에 있어서도 행정제재의 성격상 과태료보다 중하지 아니한 과징금을 당사자가 이의를 제기함에도 불구하고 납부기한이 지난 후 바로 국세징수의 예에 의하여 강제징수를 인정하는 것도 국민의 권익을 침해할 수 있다는 점,

⑩ 과징금제도와 더불어 벌금 및 과태료를 규정하고 있어 금전적 제재로서의 벌금, 과태료 및 과징금에 대한 정확한 의미를 파악할 수 없는 일반국민들에게 혼동을 야기할 소지가 있어 벌칙의 적용상 특례를 규정한 것이 된다는 점<sup>408)</sup> 등이 제기되고 있다.

## (2) 과태료

과태료란 행정법상의 질서벌적인 성격을 가지며 일반적으로 행정법상의 질서위반행위에 대한 제재인 바, 행정법상 의무위반의 정도가 비교적 가벼워서 직접적으로 행정목적이나 사회목적을 침해하지 않으나 간접적으로 행정상의 질서에 장애를 초래할 위험성이 있을 정도의 단순한 의무위반에 대하여 과하는 일종의 금전벌로 이해되고 있다.

그런데 벌금을 과태료로 전환하고 있는 추세에 비추어 볼 때 양형

---

408) 박영도·박수현, 『과징금제도의 현황과 개선방향』(한국법제연구원, 1993), 118면 이하.

기준이나 과태료부과기준은 같은 성질의 것이고 양형기준의 범규화가 불가능하다면 과태료처분기준과 같은 성격의 행정처분기준을 범규화하는 것도 불가능하다는 견해도 있다. 우리 대법원은 “과태료와 같은 행정질서벌을 행정질서유지를 위한 의무의 위반이라는 객관적 사실에 대하여 과하는 제재이므로 반드시 현실적인 행위자가 아니더라도 법령상 책임자로 규정된 자에게 부과되고 원칙적으로 위반자의 고의 과실을 요하지 아니하나, 위반자가 그 의무를 알지 못하는 것이 무리가 아니었다고 할 수 있어 그것을 정당시 할 수 있는 사정이 있을 때 등 그 의무 해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있는 때에는 이를 부과할 수 없다” 라고 판시하고 있다.<sup>409)</sup>

법령명	해당법조문	과태료금액	비 고
주택법 시행령 별표 13	법 제101조 제1항 제1호 ~ 15호 법 제101조의2제1항 제1호 ~ 제2호	100만원 ~ 500만원 부표의 금액	각호의 규정에서 최저 100만원에서 최고 500만원까지 개별적으로 규정하고 있음 (이하 이와 같이 표기함)
건설산업기본법 시행령 별표 7	법 제99조 2호, 제3호, 제3호의 2, 제4호, 제5호, 제8호 법 제100조 제1호, 제2호, 제2호의 2, 제3호	50만원 ~ 150만원 30만원 ~ 50만원	
도시개발법 시행령 별표 2	법 제83조 제1항 제1호, 제2호, 제3호 법 제83조 제2항 제1호 ~ 제7호	600만원 ~ 1,000만원 300만원 ~ 500만원	
도시 및 주거환경정비법 시행령 별표 6	법 제88조 제1항 제1호 ~ 제3호	200만원 ~ 400만원	
건설기술관리법 시행령	법 제43조 제2항 제	50만원 이하 ~ 500	

409) 대판 2005.05.26, 98두 5972.

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

행령 별표 7	1호, 제2항 제1호의2, 제2항 제1호의3, 제2항 제3호, 제2항 제3호의2, 제1항 제1호, 제1항 제2호, 제2항 제3호의3, 제2항 제4호, 제2항 제5호의2, 제2항 제6호, 제2항 제7호	만원 이하	
법령명	해당법조문	과태료금액	비 고
측량법 시행령 별표 3	법 제68조 제1항 제1호 ~ 제10호	25만원 ~ 150만원	
건축사법 시행령 별표 3	법 제41조 제1항 제1호, 제2호 법 제41조 제2항	3만원 이하 ~ 100만원 이하	
시설물의 안전관리에 관한 특별법 시행령 별표 4	법 제44조 제1항 법 제44조 제2항 제1호 ~ 제14호, 제2항 제9호의2	7천만원 100만원 ~ 300만원	
해외건설추진법 시행령 별표 5	법 제41조 제1항 제1호, 제2호, 제4호	100만원 ~ 200만원	
건설기계관리법 시행규칙 별표 24	법 제94조	1만원 ~ 50만원	

2) 과태료와 유사제도와의 구별

벌금이나 과태료와 같은 행정벌과는 달리<sup>410)</sup>, 과징금은 행정목적

410) 신봉기, “경제규제법상 과징금제도” 『법조』, 1992년 9월호, 76면 이하- 과징금과 벌금은, ①과징금은 행정청이 부과하나 벌금은 법원의 재판으로 부과한다는 점, ②과징금은 행정청이 구체적인 행정법상의 위반행위자에 대하여 개별적으로 부과하며 그 부과는 행정행위에 속하나 벌금은 형법상의 범죄행위에 대하여 과하는 형벌에 해당한다는 점, ③일정한 종류의 과징금은 형벌의 면제를 의미하지만 벌금은 형법상의 형벌에 해당한다는 점, ④과징금은 행정처분으로 부과하는 것이므로 불복은 행정쟁송절차에 의하나, 벌금은 행정형벌로서 부과되므로 불복은 원칙적으로 형사소송절차에 의한다는 점, ⑤과징금부과는 징수금액과 관계없이 전과자가 되지 않으나 벌금부과는 징수금액이 과소하더라도 전과자가 된다는 점에서 양자는 구별되고 한다.

보다 원활히 실현하기 위한 새로운 금전적 제재수단으로서 형식적으로는 단순한 금전부담이며, 그 부과행위는 행정행위인 납부명령의 성질을 가진다. 따라서 범죄인의 재산박탈을 내용으로 하는 형사벌인 과료·몰수와는 구별되는 것이다. 특히 과태료와 과징금은 다음과 같은 점에서 차이가 있다고 한다.

① 과태료는 행정상 의무위반행위에 대한 질서벌이며, 과징금은 행정상 의무위반시 그 이행을 확보하기 위한 행정상의 수단인 점,

② 과태료로서 부과될 금전의 한도액은 가벌성의 정도에 따라서 결정되나, 과징금은 의무위반 상태하에서 영업수익의 예상치 내에서 결정된다는 점,

③ 과태료는 원칙적으로 법원에 의하여 부과되며 부과결정에 대한 이의는 비송사건절차법에 의하고 과징금은 행정청에 의하여 부과되며 그 이의는 행정쟁송절차에 의한다는 점,<sup>411)</sup>

④ 과징금과 과태료는 모두 행정법상 의무위반행위가 전제가 된다는 점에서 공통성을 가지고 있으나 과태료는 경미한 질서위반행위에 대하여 부과되는 것에 대하여 과징금은 단순한 질서위반행위가 아니라 일반적 과징금제도에서 보는 바와 같이 경제행정법분야에서 영업허가나 취소나 정지에 해당할 정도로 중한 의무위반에 대하여 부과하는 것이어서 부과대상에서 차이가 난다는 점<sup>412)</sup> 등이다.

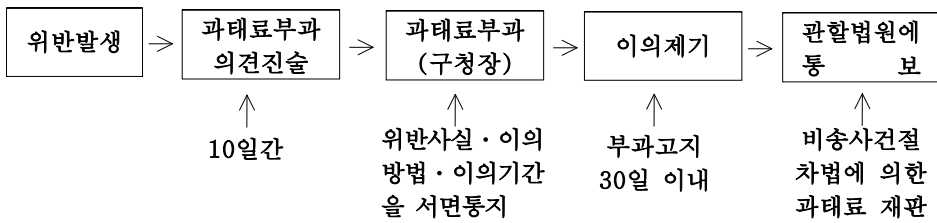
그러나 과태료를 규정하고 있는 법률을 구체적으로 분석하여 보면 과태료의 부과절차를 행정절차화하여 행정청이 직접 부과하는 법률이 압도적으로 다수를 점하고 있고, 행정청의 과태료부과는 과징금의 부과처분과 마찬가지로 행정처분의 성질을 가진다는 점에서 부과절차나

411) 박영도·김호정, 전계연구보고서, 7면.

412) 강구철, “과징금제도에 관한 약간의 고찰” 『고시연구』1997. 10, 102면.

불복절차에 의하여 과태료를 구별하는 것은 문제가 있다고 한다. 현재 우리의 실정법에서 인정되고 있는 과징금제도는 과태료와 비교하여 볼 때, 행정법상의 의무위반행위가 전제가 된다는 점에서 공통성을 가지고 있을 뿐, 위반행위의 경중 등의 요건만으로는 명백한 구별의 표준을 발견하기는 어렵다.<sup>413)</sup>

**【과태료의 부과절차】**



**(3) 이행강제금**

우리의 현행법상 이행강제금 제도가 1991년 5월에 건축법에 도입된 이래 농지법(제65조)<sup>414)</sup>, 부동산실권리자명의등기에 관한법률(제6조)<sup>415)</sup>,

413) 민동기, “현행 과태료제도에 관한 소고”, 입법연구논문집(상), 국회사무처, 393면.; 박영도·김호정, 전계보고서, 8면.

414) 제65조 (이행강제금) ①시장·군수 또는 구청장은 제11조제1항(제11조의2제2항의 규정에 의한 경우를 포함한다)의 규정에 의하여 처분명령을 받은 후 제11조제2항의 규정에 따라 매수를 청구하여 협의중인 경우 등 대통령령이 정하는 정당한 사유없이 지정기간안에 당해 처분명령의 이행을 하지 아니한 자에 대하여는 당해 농지의 토지가액의 100분의 20에 상당하는 이행강제금을 부과한다.

②시장·군수 또는 구청장은 제1항의 규정에 의한 이행강제금을 부과하기 전에 이행강제금을 부과·징수한다는 뜻을 미리 문서로써 계고하여야 한다.

③시장·군수 또는 구청장은 제1항의 규정에 의한 이행강제금을 부과하는 경우에는 이행강제금의 금액, 부과사유, 납부기한 및 수납기관, 이의제기방법, 이의제기기관등을 명시한 문서로써 하여야 한다.

④시장·군수 또는 구청장은 최초의 처분명령이 있는 날을 기준으로 하여 당해 처분명령이 이행될 때까지 제1항의 규정에 의한 이행강제금을 매년 1회 부과·징수할 수 있다.

⑤시장·군수 또는 구청장은 제11조제1항(제11조의2제2항의 규정에 의한 경우를 포함한다)의 규정에 의하여 처분명령을 받은 자가 처분명령을 이행하는 경우에는 새로운 이행강제금의 부과는 즉시 중지하되, 이미 부과된 이행강제금은 이를 징수하여야 한다.



독점규제및 공정거래에 관한 법률(제17조의 3)<sup>416)</sup> 등의 법률에 규정되어 있다. 이행강제금은 과거에 그것이 개인에게 심리적 압박을 가하는 수단인 점에서, 다시 말하여 인권보장이라는 견지에서 낮게 평가되는 경향이 있었다. 한편 일본에서는 행정벌이 그 이행강제금(집행벌)의 기능을 대신할 수 있다고 본 것이 당해 제도를 폐지한 하나의

⑥제1항의 규정에 의한 이행강제금의 부과처분에 불복이 있는 자는 그 처분의 고지를 받은 날부터 30일 이내에 시장·군수 또는 구청장에게 이의를 제기할 수 있다.

⑦제1항의 규정에 의한 이행강제금의 부과처분을 받은 자가 제6항의 규정에 의한 이의를 제기한 때에는 시장·군수 또는 구청장은 지체없이 관할법원에 그 사실을 통보하여야 하며, 그 통보를 받은 관할법원은 비송사건절차법에 의한 과태료의 재판에 준하여 재판을 한다.

⑧제6항의 규정에 의한 기간내에 이의를 제기하지 아니하고 제1항의 규정에 의한 이행강제금을 납부기간내에 납부하지 아니한 때에는 지방세체납처분의 예에 의하여 이를 징수한다.

415) 제6조 (이행강제금) ①제5조제1항제1호의 규정에 의한 과징금을 부과받은 자는 지체없이 당해 부동산에 관한 물권을 자신의 명의로 등기하여야 한다. 다만, 제4조제2항 단서에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하며, 자신의 명의로 등기할 수 없는 정당한 사유가 있는 경우에는 그 사유가 소멸된 후 지체없이 자신의 명의로 등기하여야 한다. ②제1항의 규정을 위반한 자에 대하여는 과징금부과일(제1항 단서 후단의 경우에는 등기할 수 없는 사유가 소멸한 때를 말한다)부터 1년이 경과한 때에 부동산평가액의 100분의 10에 해당하는 금액을, 다시 1년이 경과한 때에 부동산평가액의 100분의 20에 해당하는 금액을 각각 이행강제금으로 부과한다.

③제5조제4항 내지 제7항의 규정은 이행강제금에 관하여 이를 준용한다.

416) 제17조의3 (이행강제금) ①공정거래위원회는 제7조(기업결합의 제한)제1항 또는 제3항의 규정에 위반하여 제16조(시정조치)의 규정에 의하여 시정조치를 받은 후 그 정한 기간내에 이행을 하지 아니하는 자에 대하여 매 1일당 다음 각호의 금액에 1만분의 3을 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위안에서 이행강제금을 부과할 수 있다. 다만, 제7조(기업결합의 제한)제1항제2호의 기업결합을 한 자에 대하여는 매 1일당 200만원의 범위안에서 이행강제금을 부과할 수 있다.

1. 제7조(기업결합의 제한)제1항제1호 또는 제5호의 기업결합의 경우에는 취득 또는 소유한 주식의 장부가가격과 인수하는 채무의 합계액

2. 제7조(기업결합의 제한)제1항제3호의 기업결합의 경우에는 합병의 대가로 교부하는 주식의 장부가가격과 인수하는 채무의 합계액

3. 제7조(기업결합의 제한)제1항제4호의 기업결합의 경우에는 영업양수금액

②이행강제금의 부과·납부·징수·환급등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. 다만, 체납된 이행강제금은 국세체납처분의 예에 따라 이를 징수한다.

③공정거래위원회는 제1항 및 제2항의 규정에 의한 이행강제금의 징수 또는 체납처분에 관한 업무를 국세청장에게 위임할 수 있다.

이유가 되었다고 한다. 그런데 근래에는 그 이행강제금(집행벌)이 이른바, “새로운 의무이행확보수단”이 가지는 효용을 발휘할 수 있다는 것 등이 이유가 되어 재평가를 받고 있는 것으로 보인다.<sup>417)</sup>

이러한 이행강제금의 특징으로는,

- ① 이행강제금은 행정벌(벌금 등)과 병과될 수 있다
- ② 의무자가 반항적인 한, 이행강제금은 되풀이 부과되고, 증액될 수 있다. 즉, 행정벌에 대해서는 “이중처벌금지의 원칙”이 적용되는데 대하여, 이행강제금은 위법상태가 존속하는 한, 반복적으로 과해질 수 있는 것이다.
- ③ 의무자가 의무를 이행한 이후에는 이행강제금은 부과, 집행되어서는 안된다.<sup>418)</sup>
- ④ 상대방의 신체나 재산에 직접 실력을 가하지 않는 것이므로 활용이 용이하다.
- ⑤ 사법절차를 거치지 않으므로 집행이 비교적 간단히 끝낼 수 있다.

#### 1) 이행강제금 부과 범위

일본과 우리나라에서 과거에 이행강제금은 남이 대신할 수 없는 작위의무(비대체적 작위의무)나 부작위를 강제하는 수단으로 이해하는 경향이 있었다. 그리고, 건축법 등에 이행강제금제도가 도입된 이후에도 그 이행강제금을 포함한 집행벌이 여전히 비대체적 작위의무나 부작위의무를 강제하기 위한 수단인 것으로 설명하는 문헌이 없지 않다.<sup>419)</sup> 그러나, 종래의 학설은 대체적 작위의무에 대해서는 이행강제

417) 김남진 “이행강제금과 권리구제” 『고시연구』, 2001, 99면.

418) 전계논문 97면.

419) 이러한 견해로는 김동희, 전게서, 429면.

금을 부과할 수 있는지에 대해 충분히 검토하고 있지 않았다. 연혁적으로는 일본의 구행정집행법이나 구행정집행령 제5조 제2호가 ‘강제될 행위로서 타인이 대신할 수 없을 때, 또는 부작위를 강제하고자 하는 경우에는 ..... 25원 이하의 과료에 처한다.’고 규정하여 부작위의 무나 비대체적 작위의무에만 이행강제금을 부과할 수 있도록 규정하고 있었던 것이 그 원인의 하나였을 것으로 추측된다.

이행강제금은 집행벌이 행정벌로 오해되는 것을 피하기 위하여 의도적으로 만들어진 것으로, 독일에서는 “대체적 작위의무”를 강제하기 위해서도 적용될 수 있는 제도로서 발전된 것이다<sup>420)</sup>. 그러므로 이행강제금은 그 성격상 부작위의무나 비대체적 작위의무에만 한정되는 것이 아니라 대체적 작위의무를 대상으로 할 수 있으며, 오히려 후자가 실정법상 더 빈번히 활용되고 있다.<sup>421)</sup>

또한 고도의 전문기술을 요하는 대체적 작위의무나 토지나 물건의 인도·이전의무의 경우는 대집행에 의한 강제보다는 이행강제금의 부과에 의한 강제가 보다 합리적이라고 할 것인 바, 이러한 경우에 이행강제금제도의 유효성이 있는 것이다.<sup>422)</sup>

이와 같은 이행강제금은 건축행정법 분야에 있어 대표적으로 건축법 시행령 별표 15에 규정되고 있으며,

위 반 건 축 물	해당법조문 (건축법)	이행강제금의 금액
-----------	----------------	-----------

420) 김남진, “대집행과 이행강제금의 이동 및 상호관계” 『법률신문』, 2004. 6. 28.

421) 김중보, “이행강제금의 문제”, 『건축행정분야 행정처분기준 정비방안』, 한국법제연구원 워크샵자료 (2006.9.28), 79면 이하. - 공해규제를 위한 개선명령이나 시설의 이전명령을 이행하지 않는 경우 그 의무가 대체적 작위의무라면 대집행을 하는 것도 가능하다. 그러나 대집행은 사업의 운영 자체를 중단시키는 강력한 수단이므로 소기의 목적을 달성할 때까지 이행강제금을 가하는 것이 더 실효성을 확보하는 방법이 될 수 있다.

422) 한국법제연구원, 『행정집행법의 제정방향』 연구보고 95 - 2, 190 - 191면.

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

1. 허가를 받지 아니하거나 신고를 하지 아니하고 용도변경을 한 건축물	법 제14조	허가를 받지 아니하거나 신고를 하지 아니하고 용도변경을 한 부분의 시가표준액의 100분의 10에 해당하는 금액
2. 사용증인을 얻지 아니하고 사용 중인 건축물	법 제18조	시가표준액의 100분의 2에 해당하는 금액
3. 유지·관리상태가 법령 등의 기준에 적합하지 아니한 건축물	법 제26조	시가표준액(법 제32조의 규정에 위반한 경우에는 위반한 조경의무면적에 상당하는 바닥면적의 시가표준액)의 100분의 3에 해당하는 금액
<b>위 반 건 축 물</b>	<b>해당법조문 (건축법)</b>	<b>이행강제금의 금액</b>
4. 건축선에 적합하지 아니한 건축물	법 제37조	시가표준액의 100분의 10에 해당하는 금액
5. 구조내력의 기준에 적합하지 아니한 건축물	법제38조제1항	시가표준액의 100분의 3에 해당하는 금액
6. 피난시설, 건축물의 용도·구조의 제한, 방화구획, 계단, 거실의 반자높이, 거실의 채광·환기와 바닥의 방습 등이 법령 등의 기준에 적합하지 아니한 건축물	법 제39조	시가표준액의 100분의 3에 해당하는 금액
7. 내화구조 및 방화벽이 법령 등의 기준에 적합하지 아니한 건축물	법 제40조	시가표준액의 100분의 10에 해당하는 금액
8. 방화지구안에서의 건축에 관한 법령 등의 기준에 적합하지 아니한 건축물	법 제41조	시가표준액의 100분의 10에 해당하는 금액
9. 법령 등에 적합하지 아니한 내부 마감재료를 사용한 건축물	법 제43조	시가표준액의 100분의 3에 해당하는 금액
10. 삭제 <2006.5.8>		
11. 높이제한에 위반한 건축물	법 제51조	시가표준액의 100분의 10에 해당하는 금액
12. 일조 등의 확보를 위한 높이제한에 위반한 건축물	법 제53조	시가표준액의 100분의 10에 해당하는 금액
13. 건축설비의 설치·구조에 관한 기준과 그 설계 및 공사감리에 관한 법령 등의 기준에 위반한 건축물	법 제55조	시가표준액의 100분의 10에 해당하는 금액
14. <삭제>		
15. 기타 이 법 또는 이 법에	법 제15조 등	시가표준액의 100분의 3이하로서 위

의한 명령이나 처분에 위반한 건축물		반행위의 종류에 따라 건축조례가 정하는 금액(건축조례가 제정되지 아니한 경우에는 100분의 3이하로 한다.
---------------------	--	---

이는 또한 조세법상의 의무위반에 대한 새로운 의무이행확보수단으로서의 국세나 지방세를 납부기한 경과 후 일정기한까지 납부하지 아니한 때에 그 금액에 다시 가산하여 징수하는 국제징수법 제22조<sup>423)</sup>를 기본근거로 하는 증가산금과 유사하다고 하겠다.<sup>424)</sup>

## 2) 이행강제금과 대집행

대집행은 대체적 작위의무를 불이행하는 경우의 의무이행확보수단이지만, 집행벌은 대체적 작위의무 작위의무·비대체적 작위의무·부작위의무·수인의무 등 일체의 의무불이행에 대한 의무이행확보수단이다. 또한 대집행은 일반대집행법이 일반법으로 적용되나, 집행벌인 이행강제금은 일반적인 규정이 없고 건축법 제69조의2, 농지법 제65조 등 개별법의 규정에 의존하고 있다.

대집행의 경우 그 처분성을 인정하여 불복이 있는 자는 행정심판의 제기를 통하여 위법 또는 부당한 대집행의 취소를 구할 수 있다. 이행강제금 부과처분도 이론상 행정소송의 대상이 되는 처분이지만, 법률의 특별규정들에 의해 특별한 규정이 마련되어<sup>425)</sup> 비송사건절차법으로 심리된다<sup>426)</sup>. 그러나 후술하는 바와 같이 이행강제금에 대한 대표적 근거

423) 제22조 (증가산금) ①채납된 국세를 납부하지 아니한 때에는 납부기한이 경과한 날로부터 매 1월이 경과할 때마다 채납된 국세의 1천분의 12에 상당하는 가산금(이하 이 조에서 “증가산금”이라 한다)을 제21조에 규정하는 가산금에 가산하여 징수한다. 이 경우 증가산금을 가산하여 징수하는 기간은 60월을 초과하지 못한다.

424) 대판 1988.9.20, 85누 635 - 증가산금은 국세가 법정기한까지 납부되지 않는 경우, 미납분에 관한 지연이자의 의미로 부과되는 부대세의 일종으로 과세권자가 증가산금 확정절차없이 납부기한으로부터 국제징수법 소정기한까지 체납세액을 납부하지 아니하면 위 법규정에 의하여 증가산금이 당연히 발생하고 확정된다

425) 대법원 2000. 9. 22, 선고 2000두5722 판결.

426) 이행강제금부과처분을 행정소송의 대상이 되는 처분이 아니라고 보고, 비송사건

법이었던 건축법이 이행강제금의 불복절차에 대한 특별규정을 삭제함으로써 건축법상의 이행강제금은 일반 행정소송의 대상이 되었다.

### 3) 이행강제금의 부과회수

건축법 제69조의2 제4항은 ‘허가권자는 최초의 시정명령이 있는 날을 기준으로 하여 1년에 2회 이내의 범위 안에서 당해 시정명령이 이행될 때까지 반복하여 제1항의 규정에 의한 이행강제금을 부과·징수할 수 있다. 다만, 제1항 각호 외의 부분 단서에 해당하는 경우에는 총 부과회수 5회를 넘지 아니하는 범위 안에서 당해 지방자치단체의 조례로 부과회수를 따로 정할 수 있다.’라고 규정하고 있다.

건축법에 의하여 시정명령을 받은 후 시정명령을 이행하지 아니한 데에 대한 이행강제금 부과회수는 1년에 2회 이내라는 제한만 있을 뿐 부과회수의 상한에 대해 정해져 있지도 대통령령에 위임되어 있지도 않다.

다만 연면적 85제곱미터의 주거용 건축물이나 대통령령이 정하는 주거용 건축물 등 제69조의2제1항 단서에 해당하는 경우에 한해서 부과회수의 한도를 조례로 정할 수 있을 뿐이다. 따라서 현재 각 자치단체의 조례들이 위임받지도 않은 일반적 이행강제금 전반에 대해 총 부과회수를 5회 이내로 제한하고 있는 것은 법적 근거가 없는 것이다 (서울시 건축조례 제43조제3항).<sup>427)</sup>

### 4) 이행강제금의 부과절차

---

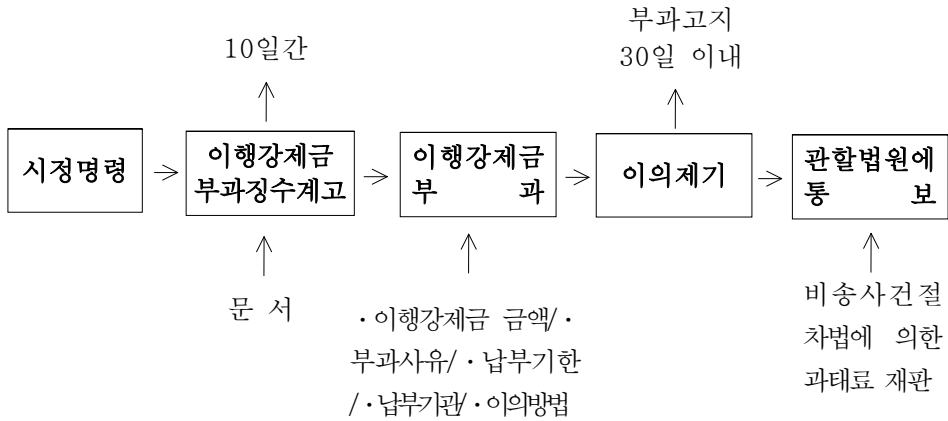
절차법에 의한 절차에 의하여 이행강제금 부과처분의 당부를 판단하고자 하는 행정 법률에 대한 비판이 있다. 이는 이하에서 설명한다.

427) 서울시건축조례 제43조(이행강제금의 부과) ③제1항의 규정에 의한 이행강제금을 부과할 수 있는 횟수는 총5회로 한다. (그 외에도 함안군건축조례 제34조의 경우 ‘이행강제금 부과회수는 총5회 이내로 한다.’고 규정하고 있고, 산청군건축조례는 조례 제66조에서 이행강제금 부과회수 및 산정기준에서 ‘이행강제금 부과회수를 최초시정명령이 있는 날로부터 1년에 2회의 범위 안에서 부과되 부과회수는 5회로 한다.’고 규정하고 있다)

행정법상 의무를 명한 행정청이 이행강제금을 부과하기 전에 의무의 이행에 필요한 상당한 기간을 정하여 그 기간 내에 의무를 이행하지 않을 때에는 이행강제금을 부과·징수한다는 뜻을 문서로써 계고하여야 한다.

의무자가 납부기간 내에 이의를 제기하지 아니하고 이행강제금을 납부하지 아니하는 때에는 국세 또는 지방세체납처분의 예에 따라 징수한다.

【 이행강제금의 부과절차 】



5) 이행강제금의 불복절차

2005년 개정 전의 건축법은 이행강제금의 징수 및 이의절차에 관하여 과태료처분의 불복절차를 준용한다고 규정하고 있었다. 따라서 이행강제금부과처분에 불복이 있는 자가 부과처분의 고지를 받은 날로부터 30일 이내에 당해 부과권자에 대해 이의를 제기할 수 있고, 이의제기가 있는 때에는 부과권자는 지체 없이 관할 법원에 그 사실을 통보하여야 하며, 그 통보를 받은 관할법원은 비송사건절차법이 정하는 바에 따라 재판하였다(건축법 제83조 제6항[2003.5.29]).<sup>428)</sup>

그러나 2005년 11월 8일 개정으로 본 조항은 삭제되었으며, 이 조항의 삭제로 이행강제금에 대한 불복은 행정소송의 일반절차에 의하는 것으로 해석된다. 이는 이행강제금의 권리구제절차를 행정소송에 의하지 않고 과태료 부과처분에 따라 규율하는 것이 이행강제금을 행정벌의 일종으로 착각한 것이라는 비판을 반영한 것이라 할 수 있다.<sup>429)</sup>

#### 6) 이행강제금과 사후허가

건축물을 건축하고자 하는 자는 사전에 건축허가를 발급받아야 하고, 건축허가 없이 건축을 하는 경우에는 2년 이하 또는 3년 이하의 징역에 처해지게 된다. (건축법 제8조 및 제78조, 제79조 제1호). 그러나 이러한 형사처벌은 행위자인 건축주의 불법건축행위를 처벌하는데 그치고 건축물 자체의 불법성을 제거하지는 못한다. 또한 더 나아가 이로 인한 불법건축물 자체를 철거할 수 있는가 또는 이러한 건축물에 건축허가를 사후에 발급할 수 있는가 하는 문제도 해결될 수 없다. 다만 실무에서는 건축법이 이행강제금제도를 도입하기 전에는 과태료를 부과하고 사후허가를 발급하던 관행에 따라 현행법 하에서도 이행강제금을 부과한 후 사후허가를 내주는 것이 실무상의 관행이다.

어떠한 건축물이 비록 건축허가 없이 건축되었으나 건축법이 정하고 있는 건축허가요건을 모두 충족하고 있는 경우라면 그 건축행위는 사전허가의무에 위반된 것일 뿐 건축법이 사실상 출현을 막으려고 했던 건축물이라 할 수 없다. 만약 사전에 건축허가를 신청했다라면 행정청이 건축허가의 발급을 거절하기 어려웠을 것이기 때문이다. 실무에서는 이러한 건축물에 대한 건축허가를 형사처벌과 이행강제금의 부과를 전제로 부분적으로 허용하고 있다.

과연 행정청이 사후허가를 발급할 수 있는가, 발급할 수 있다면 어

428) 김철용, 전게서, 405면 이하.

429) 한국법제연구원, 전계연구보고서, 195면.



떠한 요건 하에서 발급할 수 있는가 하는 점은 법령에 정해진 바가 없다. 따라서 사후허가에 대해서는 그 발급여부 및 요건이 해석에 맡겨져 있는 것이라 할 것이고, 최종적인 해석권자는 대법원을 중심으로 한 사법부라고 할 것이다.

건축물이 비록 건축허가가 없이 건축되었으나 현행법에서 요구하는 허가요건을 모두 충족하고 있는 경우라면, 이러한 건축물은 철거명령의 대상이 되지 못할 뿐 아니라 오히려 사후허가의 발급대상이 된다고 할 것이다. 그러나 통상의 건축허가와는 달리 사후허가의 발급여부에 대해서는 행정청이 광범위한 재량권을 갖는다고 할 것이다.

따라서 행정내부적으로는 이러한 재량권을 통제하기 위해 행정규칙을 제정하여, 사후허가의 발급기준을 마련할 수 있다. 예컨대 형사고발과 2회 이상의 이행강제금의 부과 이후, 현행법에 적합한 건축물을 사후허가를 하도록 훈령을 정하여 재량의 준칙을 마련할 수 있는 것이다. 그러나 이러한 행정규칙은 행정내부적인 것일 뿐 법원이나 일반 국민에 대한 구속력은 없는 것이다.<sup>430)</sup>

**【 건교부지침 2005년 제173호/ 2005.1.12 - 위반건축물 벌칙 운용지침 】**

---

430) 김종보, 전게서, 156 - 157면.

■ 지침방향

위반건축물에 부과하는 이행강제금 및 고발 등 행정조치와 관련하여 부과횟수 등이 명확하지 않아 일선에서 규정운용중 발생하는 혼선을 최소화하고 부과의 형평성을 확보코저 함.

■ 운용지침

① 시정명령

- 시정명령횟수는 2회로 하되 신규발생 위반건축물에 대하여 1차 시정명령을 한 후 시정 미이행시 시정을 촉구하는 2차 시정명령을 부과

- 시정명령기간은 개별 위반건축물의 규모, 위반정도, 시정에 필요한 최소기간 등을 종합적으로 고려하여 지자체가 결정하는 것이 바람직하나, 1차 시정명령기간은 30일 이상, 2차 시정명령기간은 20일 이상 충분히 부여하도록 조치

② 이행강제금 계고

- 이행강제금 부과전 시정명령을 2차에 걸쳐 실시하는 등 시정에 필요한 충분한 기간을 건축주등에게 부여하고 있으므로 시정명령 기간이 완료된 후 시정이 되지 아니한 위반건축물에 대하여는 이행강제금 계고를 1회에 걸쳐 실시

- 신규 위반건축물에 대한 이행강제금 부과후에도 시정이 되지 않으면, 30일 이상의 시정명령과 계고를 각 1회 실시한 후 이행강제금을 재부과

- 계고기간은 10일 이상 충분히 부여하도록 조치. 다만, 위반건축물의 사후추인 등 이행강제금부과에 대한 별도의 시정명령과 계고가 필요없는 경우에는 생략가능

③ 고발

- 고발조치는 원칙적으로 건축법령에 규정된 관련사항을 위반한 모든 건축물에 대하여 고발토록 함

- 고발시기는 2차의 시정명령 이후에도 위반사실이 시정되지 않아 이행강제금을 부과하는 시점부터 고발 가능

- 다만, 고발규정을 운용시 형사소송법 제234조 및 서울고등법원 판례 69노558 (1970.9.3, 직무유기등피고사건)<sup>431</sup>을 참조하여 부과할 수 있도록 조치

431) 형사소송법 제234조 제2항의 “공무원이 그 직무를 행함에 있어 범죄가 있다고 사료하는 때에는 고발하여야 한다” 는 규정이 있으나 공무원이 그 직무수행중 범

## (4) 영업정지 등의 처분기준

제재적 행정처분기준으로서 우리나라의 건축행정법상의 각 개별법령에서는 또한 영업정지, 업무정지, 자격취소 등의 기준을 별표를 통하여 구체화 하고 있는 바, 이를 처분의 중함을 우선으로 하여 개괄하여 보면 아래의 표와 같다.

영업정지 등의 처분기준에 있어 항시 논의시 되는 것은 양정간의 비례의 원칙에의 정합성이라 하겠다.

법령명	위반사항	행정처분기준			
		정지	취소	업무 신고 효력 상실	등록 말소
건설기술 관리법 시행령 별표 6	7. 법 제28조의2 제2항의 규정에 위반하여 다른 사람에게 자기의 성명을 사용하게 하거나 감리원증을 대여한 때	2년 (업무정지)			
건축사법 시행령 별표 1	1. 사위 기타 부정한 방법으로 건축사업 무신고 등을 한 사실이 판명될 때 3. 업무정지명령을 받은 후 계속하여 그 업무를 수행한 때 4. 건축물의 구조상의 안전에 관한 규정에 위반하여 설계 또는 공사감리를 함으로써 공중에 위해를 끼친 때 5. 연 2회 이상 건축사의 업무정지명령을 받은 경우 그 정지기간이 통산하여 12월 이상이 된 때			업무 신고 효력 상실	
건설기술 관리법 시행규칙	1. 근무처 및 경력 등을 거짓으로 신고 또는 변경신고를 한때 2. 자기의 성명을 사용하여 다른 사람에게	12월 (업무정지)			

죄를 인지하였다고 하더라도 가벌성이 없다고 인정되거나 기타 사정으로 고발하지 아니함이 상당하다고 인정되는 경우에는 재량에 따라서 고발하지 아니할 수 있다고 할 것임.

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

별표 2	건설공사 또는 건설기술용역업무를 수행하게 하거나 건설기술자 경력증을 대여할때				
건설기술 관리법 시행령 별표 6	1. 책임감리등을 성실하게 수행하지 아니함으로써 시설물의 주요구조부가 부실하게 되었거나 공중에 위해를 끼친때				
건설기술 관리법 시행규칙 별표 17	10. 감리원의 자격이 없는 자 또는 감리전문회사에 이중으로 소속된 자에게 책임감리등의 업무를 수행하게 한때 10의 2. 법 제21조 제2항 규정에 의한 사업수행능력평가에 관한 서류를 위조 또는 변경하여 사용할때	12개월 이내 (업무정지)			
주택법 시행령 별표 1	7. 이 법 또는 이 법에 의한 명령 또는 처분을 위반한 때. 가. 법 제12조 제2항의 규정에 의하여 준용되는 건설산업기본법의 규정을 위반하여 공사를 진행한 때 라. 법 제20조 제1항 또는 제2항의 규정을 위반하여 주택의 건설공사를 시공하거나 공동주택의 방수, 위생 및 냉-난방설비공사를 시공한 때 또는 주택건설공사의 전부 또는 일부를 다른 사람에게 시공하게 한때 자. 법 제40조 제1항의 규정에 의한 저당권 설정 등의 제한규정을 위반한 때 타. 법 제46조 제2항의 규정에 의한 하자보수보증금(하자보수금의 일부를 사용하였을 때에는 그 잔액을 말한다)을 초과하는 하자가 발생되어 이에 대한 2회 이상의 하자보수명령 또는 손실보상명령에 불응하거나 그 이행을 지체한 때	1년 (영업정지)			
주택법 시행령 별표 9	3. 고의 또는 과실에 의한 공동주택관리상의 하자로 입주자 및 사용자에게 재산상의 손해를 가한 때 가. 고의에 의한 관리상의 하자로 입주자 및 사용자에게 재산상의 손해를 가한 때				
측량법 시행규칙 별표 5	4. 다른 행정기관으로부터 법령의 규정에 의하여 영업정지의 요구가 있는 때				

<p>측량법 시행규칙 별표 3</p>	<p>4. 허위 또는 부정한 방법으로 성능검사를 행한 때 6. 다른 행정기관으로부터 법령의 규정에 의하여 업무정지의 요구가 있는 때</p>	<p>1년 (업무정지-5년내 2회 위반 또는 요구가 있을시 등록취소)</p>			
<p>도시 및 주거환경 정비법 시행령 별표 5</p>	<p>2. 고의 또는 과실로 조합에게 계약금액의 3분의 1 이상의 재산상 손실을 끼친 때</p>	<p>1년 (업무정지)</p>			
<p>주택법 시행령 별표 11</p>	<p>2. 고의 또는 중대한 과실에 의한 주택관리상의 하자로 입주자 및 사용자에게 재산상의 손해를 가한 때 가. 고의에 의한 관리상의 하자로 입주자 및 사용자에게 재산상의 손해를 가한 때 9. 주택관리사 등이 업무와 관련하여 금품수수 등 부당이득을 취한 때 10. 주택관리사 등이 법 제55조 제1항의 규정을 위반하여 공동주택을 관리한 때</p>	<p>1년 (자격정지)</p>			
<p>건축사법 시행령 별표 1</p>	<p>2. 이 법에 의한 업무범위를 행한 때 9. 고의 또는 중대한 과실로 인하여 법 또는 건축법의 규정에 위반한 때 다. (1) 건축물의 주요구조부가 붕괴되어 사망 등 인명사고가 발생한 때 마. (1) 사망 등 인명사고가 발생한 때 아. (1) 사망 등 인명사고가 발생한 때</p>	<p>12월 (업무정지)</p>			
<p>건설기술 관리법 시행규칙 별표 4</p>	<p>1. 설계 등 용역을 성실하게 수행하지 아니함으로써 시설물의 주요구조부가 손괴되거나 손괴될 우려가 있을 때 또는 공중에 위해를 끼치거나 끼칠 우려가 현저한 때</p>				
<p>주택법 시행령 별표 1</p>	<p>1. 거짓 그 밖의 부정한 방법으로 등록한 때 2. 법 제9조 제2항의 규정에 의한 등록기준에 미달하게 된 때</p>				<p>등록 말소</p>

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

	<p>3. 고의 또는 과실에 의한 공사시공상의 하자로 공중에게 위해를 끼치거나 입주자에게 재산상 손해를 가한 때</p> <p>가. 고의 또는 과실에 의한 공사시공상의 하자로 건축물의 일부 또는 전부가 붕괴되거나 이로 인하여 인명의 피해가 발생한 때</p> <p>4. 법 제11조 제1호 내지 제4호 또는 제6호의1에 해당할 때</p> <p>가. 개인인 등록사업자가 등록사업자의 결격사유에 해당한 때</p> <p>나. 법인인 등록사업자의 임원이 등록사업자의 결격사유에 해당되어 영업정지처분을 받은 후 영업정지기간이 종료되는 날까지 개입하지 아니한 때</p> <p>5. 법 제58조의 규정을 위반하여 등록증의 대여등을 한 때</p> <p>7. 다. 법 제16조의 규정에 의한 사업계획승인(변경승인을 포함한다)을 얻지 아니하고 사업을 시행한 때</p> <p>바. (1) 내력구조가 붕괴되거나 안전진단결과 붕괴우려가 있을 때</p> <p>아. (1) 입주자모집승인 또는 입주자모집공고 등 공급절차를 거치지 아니하고 공급 한 때</p> <p>카. (2) 하자보수공사를 이행하지 아니하거나 또는 지체하여 영업정지처분을 받은 후 영업정지기간이 종료되는 날까지 하자보수공사를 완료하지 아니한 때</p> <p>8. 가. 3년 이내에 2회 이상의 영업의 정지처분을 받음으로써 3년간 영업의 정지처분을 받은 기간이 통산하여 18월을 초과한 때</p>				
<p>주택법 시행령 별표 9</p>	<p>1. 거짓 그 밖의 부정한 방법으로 등록을 한 때</p> <p>2. 나. 가목에 해당되어 영업정지처분을 받은 후 영업정지기간이 종료되는 날까지 이를 보완하지 아니한 때</p> <p>5. 최근 3년간 공동주택관리 실적이 없는 때</p> <p>7. 최근 3년간 2회 이상의 영업정지처분을</p>				

	받은 자로서 그 정지처분을 받은 기간이 통산하여 12월을 초과한 때				
주택법 시행령 별표 11	1. 거짓으로 그 밖의 부정한 방법으로 자격을 취득한 때 3. 법 제56조 제4항 제1호 또는 제2호의 규정에 의한 결격사유에 해당하게 된 때 5. 법 제88조의 규정을 위반하여 주택관리사 등이 다른 사람에게 자기의 명의를 사용하여 업무를 수행하게 하거나 자격증을 대여한 때 6. 공동주택의 관리업무와 관련하여 금고이상의 형의 선고를 받은 때 7. 주택관리사 등이 동시에 2개 이상의 다른 공동주택단지에 취업한 때 8. 주택관리사 등이 자격정지기간 중에 주택관리업무를 수행한 때		자격 취소		
건설기술 관리법 시행규 별표 17	1. 사위 또는 부정한 방법으로 등록한 때 1의 2. 법 제28조의 규정에 의한 감리전문회사의 등록기준에 미달하여 그 시정을 명하였으나 시정통보를 받은 날부터 1월 이내에 이를 이행하지 아니한 때 2. 최근 3년간 5회 이상 업무정지처분을 받은 때 3. 업무정지기간중에 제27조의 규정에 의한 책임감리등을 한때 4. 법 제28조 제4항의 규정에 의한 업무범위를 위반하여 감리업무를 수행한 때 5. 임원이 제 제29조의 규정에 의한 결격사유에 해당하게 된 때 6. 다른 사람에게 자기의 성명 또는 상호를 사용하여 건설공사의 책임감리 등을 하게 하거나 그 등록증을 대여한 때 9. 가. 3년 이상 책임감리 등의 실적이 없는 때		등록 취소		
측량법 시행규 칙 별표 3	7. 다른 행정기관으로부터 법령의 규정에 의하여 등록취소의 요구가 있는 때				
도시 및 주거환경	1. 법 제69조 제1항의 규정에 의한 등록기준에 3월 이상 미달된 때				

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

정비법 시행령 별표 5				
측량법 시행규칙 별표 5	1. 고의로 측량을 부정확하게 한 때 5. 다른 행정기관으로부터 법령의 규정에 의하여 등록취소의 요구가 있는 때			
주차장법 시행령 별표 1- 3	1. 허위 그 밖의 부정한 방법으로 법 제19조의 14 제1항의 규정에 의한 보수업의 등록을 한 때 2. 법 제19조의 15 각호의 1에 해당하는 때 4. 법 제19조의 18의 규정에 의한 시정명령을 이행하지 아니하는 때 5. 다. 중상사고 4회 7. 영업정지명령을 위반하여 그 영업정지 기간 중에 영업을 한 때			
주택법 시행령 별표 1	3. 가. 재시공 등의 부분이 건축물의 구조안전에 영향을 미치고 사회적 물의를 일으킨 때 7. 이 법 또는 이 법에 의한 명령 또는 처분을 위반한 때 다. (2) 거짓 그 밖의 부정한 방법에 의하여 사업계획승인을 얻은 때 아. (2) 입주자모집승인시 당해 주택의 준공 또는 저당권말소의 이행을 연대보증한 자가 정당한 사유없이 이를 이행하지 아니한 때	9월 (영업정지)		
건설기술 관리법 시행규칙 별표 2	3. 건설공사를 성실하게 시행하지 아니함으로써 당해 건설공사의 주요구조부가 현저하게 손괴되었거나 공중에 위해를 끼친 때 또는 시설물의 내구성이 저하될 우려가 있을 때 가. 당해 건설공사의 주요구조부가 붕괴되어 사망 등 인명사고가 발생하는 등 공중에 위해를 끼친 때	8월 (업무정지)		
건축사법 시행령 별표 1	6. 법 제20조 제1항 및 제3항의 규정에 위반하여 그 업무에 관하여 불성실한 행위를 한 때 가. 타인이 작성한 설계도서에 서명 또는 날인하여 건축허가를 신청한 때			



<p>건설기술 관리법 시행규칙 별표 17</p>	<p>8. 책임감리 등을 성실하게 수행하지 아니함으로써 공중에 위해를 끼치거나 당해 시설물의 주요구조부가 조잡하게 시공된 때 가. 부실시공으로 주요구조부가 붕괴되어 공중에 위해를 끼친 때 9. 2년 이상 책임감리 등의 실적이 없을 때 (기간을 계산함에 있어서 미리 신고한 휴업기간은 제외한다)</p>	<p>8월 이내 (업무정지)</p>			
<p>주택법 시행령 별표 9</p>	<p>4. 가. 배치된 주택관리사 해임 등의 사유로 결원이 발생한 경우 그 사유가 있는 날부터 15일 이내에 주택관리사 등을 배치하지 아니한 때 8. 나. 법 제42조 제2항의 행위를 허가 또는 신고 없이 한때</p>	<p>6월 (영업정지)</p>			
<p>주차장법 시행령 별표 1-3</p>	<p>6. 보수의 흠으로 인하여 자동차를 손괴한 때. 다. 4회 이상</p>				
<p>건설기술 관리법 시행령 별표 6</p>	<p>1. 나. 주요구조부가 부실시공되어 시설물의 구조안전에 중대한 결함을 초래한 때</p>				
<p>건축사법 시행령 별표 1</p>	<p>6. 다. 건축법 제23조의 규정에 의한 서면보고의 이행을 하지 아니한 때 7. 법 제27조의 규정에 의한 건축사업무신고사항의 변경 등을 허위로 신고한때 8. 법 제30조 제1항의 규정에 의한 보고-검사 등에 관한 규정을 위반한 때 가. 검사를 거부-방해 또는 기피한 때 9. (2) 건축물의 주요구조부가 붕괴되는 등 손괴를 가져오거나 위반사항의 시정을 위하여서는 대수선의 규모이상의 건축물을 철거하거나 재시공하여야 시정이 가능한 때 9. 라. 건축법 제24조의 규정에 의한 공사현장의 위해방지를 위한 조치미흡으로 건축물의 붕괴등 손괴를 야기한 때 9. 마. (2) 구조물의 붕괴되는 등 손괴를 가져오거나 당해 건축물 또는 인근시설의 안전성 또는 내구성을 현저히 저하시킨 때</p>	<p>6월 (업무정지)</p>			

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

	9. 사. (1) 건축물의 주요구조부가 붕괴되는 등 손괴를 가져오거나 주요구조부의 안전성 또는 내구성을 현저히 저하시켜 대수선의 규모이상으로 건축물을 철거하거나 재시공하여야 시정이 가능한 때			
측량법 시행규칙 별표 3	3. 정당한 사유없이 성능검사를 거부 또는 기피한 때			
도시 및 주거환경 정비법 시행령 별표 5	3. 법 제74조의 규정에 의한 감독규정을 위반한 때 가. 조사-보고를 거부-방해 또는 기피한 때 나. 보고 또는 자료제출을 하지 아니한 때 4. 법 제75조의 규정에 의한 자료제출 규정 등을 위반한 때 가. 조사를 거부-방해 또는 기피한 때 나. 보고 또는 자료의 제출을 하지 아니한 때			
건설기술 관리법 시행규칙 별표 4	1. 나. 주요구조부가 붕괴되는 등 손괴를 가져오거나 구조의 안전에 중대한 결함을 초래한 때			
건설기술 관리법 시행규칙 별표 17	14. 건설공사의 안전관리 지도-감독을 성실하게 수행하지 아니함으로써 중대한 재해가 발생한 때	6월이내 (업무정지)		
주택법 시행령 별표 11	2. 나. 중대한 과실에 의한 관리상의 하자로 입주자 및 사용자에게 재산상의 손해를 가한 때	6월 (자격정지)		
건설기술 관리법 시행규칙 별표 4	2. 시설물의 구조계산 등을 소홀히 하여 주요구조부의 안전성 또는 내구성을 저하시켰거나 저하시킬 우려가 현저한 때 가. 주요구조부의 안전성 또는 내구성을 저하 시킨 때	4월 (업무정지)		
건축사법 시행령 별표 1	6. 나. 건축법 제21조 제5항의 규정에 의한 감리일지를 기록-유지하지 아니하거나 감리중간보고서 또는 감리완료보고서를 제출하지 아니한 때			

	8. 나. 보고를 하지 아니하거나 허위보고를 한 때 9. 바. (1) 대수선의 규모이상으로 건축물을 철거하거나 재시공하여야 시정이 가능한 때 9. 아. (2) 대수선의 규모이상으로 건축물을 철거하거나 재시공하여야 시정이 가능할 때 9. 자. (1) 대수선의 규모이상으로 건축물을 철거하거나 재시공하여야 시정이 가능할 때				
측량법 시행규칙 별표 5	2. 과실로 인하여 측량을 부정확하게 한 때	4월 (영업정지 - 5년기간 내 2회째는 등록취소)			
건설기술 관리법 시행규칙 별표 4	8. 나. 주요구조부가 조잡하게 시공되어 구조안전에 중대한 결함을 초래한 때	4월이내 (업무정지)			
주차장법 시행령 별표 1-3	5. 보수의 흠으로 인하여 기계식주차장장치의 이용자를 사망하게 하거나 다치게 한 때 나. 중상사고 3회	5월 (영업정지)			
건설기술 관리법 시행규칙 별표 4	3. 사전조사 등을 소홀히 하여 건설공사의 소요비용을 현저히 증가시키거나 공사기간을 현저히 지연시킨 때 가. 공사비가 당초보다 30퍼센트 이상 증가하여 발주청에 막대한 손해를 야기시킨 때				
도시 및 주거환경 정비법 시행령 별표 5	3. 다. 보고 또는 자료제출을 허위로 한 때 4. 다. 보고 또는 자료제출을 허위로 한 때 5. 제1호 내지 제4호외에 법 또는 법에 의한 명령이나 처분에 위반한 때	3월 (업무정지)			
건설기술 관리법 시행령 별표 6	1. 다. 인근의 주요시설물의 안전에 지장을 초래하는 등 공중에 피해를 끼친 때 2. 가. 규격에 미달하거나 부적합한 건설자재를 사용하게 함으로써 시설물의 내구성의 저하를 초래하게 한 때 4. 안전관리지도감독을 성실하게 수행하지 아니함으로써 중대한 재해가 발생하거나 발				

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

	<p>생한 우려가 있을 때</p> <p>가. 다수의 인명피해 등 중대한 재해가 발생한 때</p> <p>8. 책임감리 등을 함에 있어 고의 또는 중대한 과실로 건설공사의 발주청에 재산상의 손해를 발생하게 한 때</p>				
측량법 시행규칙 별표 3	1. 성능검사등록사항의 변경등록을 하지 아니한 때				
건축사법 시행령 별표 1	<p>9. 다. (3) 대수선의 규모미만으로 건축물을 철거하거나 재시공하여야 시정이 가능한 때</p> <p>9. 사. (2) 주요구조부의 안전성 또는 내구성을 저하시켜 대수선의 규모미만으로 건축물의 철거나 재시공이 필요한 때</p>				
주택법 시행령 별표 9	<p>2. 가. 등록기준이 미달하게 된 날부터 1월이 경과할 때까지 이를 보완하지 아니한 때</p> <p>3. 나. 중대한 과실에 의한 관리상의 하자로 입주자 및 사용자에게 재산상의 손해를 가한 때</p> <p>4. 나. 별표4의 기술인력 및 장비를 갖추지 아니하고 공동주택을 관리한 때</p> <p>6. 가. 조사 또는 검사를 거부-방해 또는 기피한 때</p>	3월 (영업정지)			
주차장법 시행령 별표 1-3	<p>6. 보수의 흠으로 인하여 자동차를 손괴한 때</p> <p>나. 3회</p>				
주택법 시행령 별표 11	<p>4. 법 제59조의 규정에 의한 보고, 자료의 제출, 조사 또는 검사를 거부-방해 또는 기피하거나 거짓으로 보고를 한 때</p> <p>가. 조사 또는 검사를 거부-방해 또는 기피한 때</p>	3월 (자격정지)			
건설기술 관리법 시행령 별표 6	<p>3. 품질관리지도감독을 성실하게 수행하지 아니함으로써 건설업자 또는 주택건설등록업자가 품질관리계획 또는 품질시험계획에 따라 품질시험 또는 검사를 실시하지 아니하거나 품질시험 또는 검사의 성과를 조작한 때</p> <p>5. 건설공사가 설계도서 기타 관계서류의 내용대로 시공되어 있는지의 여부의 확인을</p>	2월 (업무정지)			

	<p>소홀히 하여 부실공사가 되거나 부실시공될 우려가 있는 때</p> <p>가. 설계상의 기준에 미달하게 시공함으로써 구조안전에 지장을 초래하거나 내용기간을 단축하게 된 때</p> <p>6. 법 제23조의2 제3항의 규정에 의하여 시공자가 작성한 시공상세도면을 검토하지 아니하거나 시공자가 시공상세도면을 작성하지 아니하고 시공하는 것을 묵인한 때</p> <p>가. 시공자가 시공상세도면을 작성하지 아니하고 시공하도록 하게 한 때</p> <p>6의2. 법 제27조 제6항의 규정에 의한 감리보고서를 제출하지 아니하거나 감리보고서에 당해 건설공사의 주요구조부에 대한 시공-검사-시험 등의 내용을 누락하거나 거짓으로 작성 한 때</p>				
<p>건설기술 관 리 법 시 행 규 칙 별 표 4</p>	<p>1. 다. 주요구조부가 손괴될 우려가 있거나 또는 공중에 현저하게 위해를 끼칠 우려가 있어 보완지시를 하였으나 정당한 사유없이 이를 이행하지 아니한 때</p> <p>2. 나. 주요구조부의 안전성 또는 내구성을 저하시킬 우려가 있어 보완지시를 하였으나 이를 이행하지 아니한 때</p> <p>4. 건설공사에 사용될 자재-재료 등의 품질 기준-시방서 및 제기준 등을 구체적으로 작성하지 아니함으로써 부실공사를 초래하거나 초래할 우려가 있을 때</p> <p>가. 주요구조부가 부실하게 시공되어 구조의 안전에 중대한 결함을 초래하게 한 때</p> <p>6. 법 제21조의5 제1항의 규정에 의한 시정 명령을 이행하지 아니한 때</p> <p>7. 법 제23조의2 제1항의 규정에 위반하여 설계도서를 작성함으로써 부실공사를 초래하거나 초래할 우려가 현저한 때</p> <p>나. 부실공사를 초래할 우려가 있어 이를 보완하도록 지시하였으나 이를 이행하지 아니</p>				

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

	한 경우				
건축사법 시행령 별표 1	<p>9. 고의 또는 중대한 과실로 인하여 법 또는 건축법의 규정에 위반한 때 가. 나.</p> <p>9. 마. (3) 당해 건축물 또는 인근시설의 안전성 또는 내구성을 저하시킨 때</p> <p>9. 바. (2) 대수선의 규모미만으로 건축물을 철거하거나 재시공하여야 시정이 가능한 때</p> <p>9. 아. (3) 대수선의 규모미만으로 건축물을 철거하거나 재시공하여야 시정이 가능한 때</p> <p>9. 자. (2) 대수선의 규모미만으로 건축물을 철거하거나 재시공하여야 시정이 가능한 때</p> <p>10. 시정명령에 불응한 때</p>				
측량법 시행규칙 별표 3	<p>2. 성능검사등록사항의 변경신고를 하지 아니한 때</p> <p>5. 법 제6조의3 제1항의 규정에 의한 등록기준에 미달하게 된 때</p>	<p>2월 (업무정지 - 5년내 2회위반의 경우 등록취소)</p>			
건설기술 관리법 시행규칙 별표 17	<p>7. 최근 1년간 동일 건설공사장에서 법 제 21조 제1항의 규정에 의한 시정명령을 3회 이상 받은 때</p> <p>8. 다. 주요구조부의 부실시공으로 인근 주요시설물의 구조안전에 영향을 끼치는 등 공중에 위해를 끼친 때</p> <p>12. 법 제23조의2 제2항의 규정에 의한 보고를 이행하지 아니한 때</p> <p>13. 건설공사의 품질관리 지도-감독을 성실하게 수행하지 아니함으로써 건설업자 또는 주택건설등록업자가 품질관리계획 또는 품질시험계획에 따라 품질시험 또는 검사를 실시하지 아니하거나 품질시험의 성과를 조작한 때</p> <p>15. 책임감리 등을 성실하게 수행하지 아니함으로써 건설업자 또는 주택건설등록업자가 규격에 미달하거나 부적합한 건설자재를 사용하여 시공할때</p>	<p>2월 이내 (업무정지)</p>			

제 3 부 건축행정분야 행정처분기준 정비방안

	<p>가. 규격에 미달하거나 부적합한 건설자재를 사용하여 시공하게 함으로써 시설물의 구조 안전에 결함을 초래한 때</p> <p>16. 법 제21조의5 제1항의 규정에 의한 시정명령을 이행하지 아니한 때</p> <p>18. 법 제32조 제2항의 규정에 의한 검사를 거부-방해-기피하거나 보고 또는 관계자료의 제출명령을 이행하지 아니한 때</p>				
주택법 시행령 별표 9	6. 나. 보고 또는 자료제출 등의 명령에 위반한 때	2월 (영업정지)			
측량법 시행규칙 별표 5	3. 법 제39조 제1항의 규정에 의한 등록기준에 미달하게 된 때	2월 (영업정지-5년내 2회 위반의 경우 등록취소)			
주택법 시행령 별표 11	4. 나. 보고 또는 자료제출 등의 명령을 위반한 때	2월 (자격정지)			
건설기술 관리법 시행령 별표 6	<p>2. 나. 규격에 미달하거나 부적합한 건설자재를 사용하여 시공하도록 한 때</p> <p>5. 나. 설계상의 기준에 미달하게 시공하거나 설계에서 정한 품질 이하의 불량자재를 사용한 때</p> <p>6. 나. 시공자가 작성한 시공상세도면을 검토하지 아니한 때</p>				
건설기술 관리법 시행규칙 별표 4	<p>1. 라. 주요구조부가 손괴될 우려가 있거나 또는 공중에 현저하게 위해를 끼칠 우려가 있을 때</p> <p>2. 다. 주요구조부가 안전성 또는 내구성을 저하시킬 우려가 있을 때</p> <p>3. 나. 공사비가 당초보다 증가하여 발주청에 상당한 손해를 야기시킨 때</p> <p>3. 다. 현장의 시공여건을 무시하고 설계를 함으로써 주요구조물의 시공위치를 설계대로 시공할 수 없게 설계한 때</p>	1월 (업무정지)			

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

	4. 나. 부실공사를 초래할 우려가 있을 때 7. 가. 설계도면-공사시방서 등을 기준에 맞도록 상세하게 작성하지 아니함으로써 현장 기술자에게 혼란을 초래하여 주요구조부의 상당부분을 잘못 시공하게 한 때 7. 다. 부실공사를 초래할 우려가 있을 때 9. 설계기술-공법의 적용을 잘못하여 건설공사가 부실하게 되거나 부실하게 될 우려가 현저한 때				
건설기술 관리법 시행령 별표 6	4. 나. 중대한 재해가 발생할 우려가 있을 때	1월 이내			
건설기술 관리법 시행규칙 별표 17	15. 다. 규격에 미달하거나 부적합한 건설자재를 사용하여 시공하도록 한 때 17. 소속감리원이 아닌 자에게 책임감리업무를 수행하게 한 때	(업무정지)			
주택법 시행령 별표 9	3. 다. 경미한 과실에 의한 관리상의 하자로 입주자 및 사용자에게 재산상의 손해를 가한 때 6. 다. 공동주택관리에 관한 신고 또는 보고를 게을리 한 때 8. 다. 법 제53조 제1항 후단의 규정에 의한 등록사항의 변경신고를 하지 아니한 때	1월 (영업정지)			
주차장법 시행령 별표 1-3	5. 가. 중상사고 1회 6. 가. 2회				
주차장법 시행령 별표 1-3	3. 법 제19조의 17의 규정에 의한 신고의무를 2회 이상 위반한 때	10일 (영업정지)			
건축사법 시행령 별표1	11. 설계 또는 감리를 성실하게 수행하지 아니하여 건설공사가 부실하게 될 우려가 있거나 공중에 위해를 끼칠 우려가 있을 때 12. 기타 법 또는 법에 의한 명령이나 건축법의 규정에 위반한 때	시정명령			



## 제 4 장 현행 건축행정법령의 행정처분기준의 정비방안

건축행정분야에 있어 행정청의 재량행사와 관련한 부정과 비리의 소지를 없애고, 사무처리를 객관적·합리적으로 하려는 차원에서 행정청이 스스로 제재적 사무처리기준을 정하여 이를 집행의 근거로 삼는 것이 행정처분기준이며, 이는 주로 개별 법령의 별표의 형식을 통하여 구체화 되고 있음은 제3장의 현행 건축법령 행정처분기준의 운용현황을 통하여 고찰해 본 바 있다. 이와 같은 운용현황에서 드러난 행정처분기준의 불명확성과 관계공무원의 재량권행사의 범위의 문제 등으로 인한 분쟁의 소지를 제거하기위하여서는 종국적으로 보다 구체적인 행정처분기준의 정비방안을 제시함에 있다 할 것이다.

이를 위하여 본 장에서는 보다 구체적인 정비방안의 도출을 위하여 방법론적으로는 (제재적)행정처분기준에 관한 규정을 두고 있는 각 개별법령 가운데, 건축법, 건설기술관리법 등 2개의 법률과 그 하위 명령에서 규정하고 있는 행정처분기준에 대하여, 『건축 관련법령의 정비지침』을 적용하고자 한다.

### 제 1 절 건축관련법령의 정비지침

건축행정분야에 있어 법치국가 원리와의 정합성, 행정처분기준의 명확성에 근거한 재량권행사에 따른 예측가능성과 법적안정성을 통한 국민의 실질적인 권익구제의 보장을 위한 행정처분기준의 정비방안의 도출을 위하여 적용되어지는 건축관련법령의 정비지침은 크게, ① 건축법령의 행정처분기준의 정비지침의 일반원칙, ② 행정처분기준의 일반기준의 정비지침 그리고 ③ 행정처분기준의 개별기준의 정비지침

등의 세 가지의 요소로서 구성되어 진다.

## 1. 건축법령의 행정처분기준의 정비지침의 일반원칙

- ① 제재처분에 한정하여 정비한다.
- ② 행정처분기준의 근거조항은 법률에 두되, 원칙적으로 부령에 위임하는 형식으로 정비한다.
- ③ 비례원칙, 평등원칙 등 행정법상 일반원칙에 따라 정비한다.
- ④ 포괄적 행정처분기준의 반복을 금지하도록 정비한다.
- ⑤ 처분기준에서 정한 위반사항에 오류가 있는 경우에는 즉시 정비한다.
- ⑥ 상습위반자에 대한 처분기준을 강화하도록 정비한다.
- ⑦ 공무원과 국민의 입장에서 쉽게 알아볼 수 있도록 정비한다.
- ⑧ 행정처분기준을 매우 구체적으로 설정한다.

## 2. 행정처분기준의 일반기준의 정비지침

- ① 행정처분기준이 재량준칙으로서의 성격을 가지고 있으므로 기속적 표현은 피하도록 정비한다.
- ② 가중·감경 재량처분의 근거는 그대로 존치한다. 다만, 허용하는 경우에는 가중 감경위원회의 심의의결을 거치도록 한다.
- ③ 과징금 부과대상에서의 제외 여부는 과징금 처분기준에서 정하도록 정비한다.
- ④ 신고의무위반에 대해서는 종국적으로 허가취소가 아니라 영업소 폐쇄 등의 조치를 취하도록 정비한다.
- ⑤ 행정처분효과의 승계에 관한 규정은 행정처분기준이 아닌 직접 법률에서 명시적으로 규정하도록 정비한다.
- ⑥ 감경기준은 일반기준에 규정한다.
- ⑦ 개별법에 감경기준이 있을 경우 감경기준에 대해서도 설정하도록 정비한다.
- ⑧ 행정쟁송결과 원고의 위법성은 인정되나 그 처분이 과하다고 판결된 사건에 대하여 행정청이 당해 행정쟁송의 원인이 된 처분을 일정한 정도 감하여 재처분할 수 있는 근거규정을 마련하도록 정비한다.

### 3. 행정처분기준의 개별기준의 정비지침

- ① 위반행위란과 근거법령란을 정확하게 명시하도록 정비한다.
- ② 경고처분의 법적 근거를 마련하도록 정비한다.
- ③ 의무위반자별로 개별화하여 정비한다.
- ④ 과징금 상한액을 실효성있게 정비한다.

## 제 2 절 건축법

### 1. 정비지침의 일반원칙

- (1) 제재적 행정처분기준에 한정하여 정비한다.

건축법상의 제재적 행정처분기준에 대해 정비하는 것을 원칙으로 하였다.

- (2) 행정처분기준의 근거조항은 법률에 두되, 원칙적으로 부령에 위임하는 형식으로 정비한다.”

대법원은 제재적 행정처분의 기준이 대통령령이 아닌, 총리령이나 부령에서 규정된 경우에 대하여는 그 기준의 형식은 총리령 - 부령이지만 그 법적 성질은 행정규칙에 해당한다는 것이 일관된 태도이다.

건축법은 시행령에서 “이행강제금의 산정기준” (별표 15)을 규정하고 있어, 이행강제금의 법적 성격을 감안하면 타당한 입법이라고 본다.<sup>432)</sup>

432) 건축행정분야에 있어서의 (제재적)행정처분기준의 입법형식을 개괄해보면 아래의 표와 같다.

법령명	입법형식		비고
	대통령령	부령	
건축사법 시행령 별표1	⊙		

(3) 비례원칙, 평등원칙 등 행정법상 일반원칙에 따라 정비한다.

건축법 제69조의 2의 이행강제금의 규정과 관련하여서는 무엇보다 위법한 건축물의 철거라는 건축질서의 유지라는 이익과 위반건축물의 건축주가 받게 되는 금전적인 의무이행확보수단 간의 비례의 원칙이 적용 - 심사되어야 한다.

건축사법 시행령 별표3	⊙		
건설산업기본법시행령 별표6	⊙		
건설산업기본법시행령 별표7	⊙		
건설기술관리법시행령 별표6	⊙		
건설기술관리법시행령 별표7	⊙		
건설기술관리법시행규칙 별표 1의 2		⊙ (건설교통부령)	
건설기술관리법시행규칙 별표2		⊙ (건설교통부령)	
건설기술관리법시행규칙 별표4		⊙ (건설교통부령)	
건설기술관리법시행규칙 별표8		⊙ (건설교통부령)	
건설기술관리법시행규칙 별표17		⊙ (건설교통부령)	
수도시설의청소및위생관리등에관한규칙 별표4		⊙ (환경부령)	
주차장법시행령 별표1의3	⊙		
도시개발법시행령 별표2	⊙		
도시및주거환경정비법 시행령 별표5	⊙		
도시및주거환경정비법 시행령 별표6	⊙		
하천법시행령 별표3	⊙		
부동산투자회사법시행규칙별표		⊙ (건설교통부령)	
부동산가격공시및감정평가에관한법률시행령 별표2	⊙		
측량법시행령 별표3	⊙		
측량법시행규칙 별표3	⊙		
측량법시행규칙 별표5		⊙ (건설교통부령)	
주택법시행령 별표1	⊙		
주택법시행령 별표9	⊙		
주택법시행령 별표11	⊙		
주택법시행령 별표13	⊙		
건축법시행령 별표15	⊙		
시설물의안전관리에관한특별법시행령 별표4	⊙		
해외건설촉진법시행령 별표5	⊙		
건설기계관리법시행규칙 별표24		⊙ (건설교통부령)	

## 1) 이행강제금의 산정기준

이행강제금의 산정기준에 관한 근거법률인 건축법 제69조의 2를 타 법령에서 규정하고 있는 이행강제금의 산정에 관한 근거조문과 비교하여 보면 아래와 같다.

법령명 (근거조문)	산정기준의 근거내용
건축법 (제 69조의 2)	<p>① 허가권자는 제69조제1항의 규정에 의하여 시정명령을 받은 후 시정기간내에 당해 시정명령의 이행을 하지 아니한 건축주등에 대하여는 당해 시정명령의 이행에 필요한 상당한 이행기한을 정하여 그 기한까지 시정명령을 이행하지 아니하는 경우에는 다음 각호의 이행강제금을 부과한다. 다만, 연면적 85제곱미터이하의 주거용 건축물인 경우와 제2호중 주거용 건축물로서 대통령령이 정하는 경우에는 다음 각호의 1에 해당하는 금액의 2분의 1의 범위안에서 당해 지방자치단체의 조례가 정하는 금액을 부과한다.</p> <p>&lt;개정 1999.2.8, 2000.1.28, 2005.11.8&gt;</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 건축물이 제47조 및 제48조의 규정에 의한 건폐율 또는 용적률을 초과하여 건축된 경우 또는 허가를 받지 아니하거나 신고를 하지 아니하고 건축된 경우에는 『지방세법』에 의하여 해당 건축물에 적용되는 1제곱미터당 시가표준액의 100분의 50에 상당하는 금액에 위반면적을 곱한 금액이하</li> <li>2. 건축물이 제1호외의 위반건축물에 해당하는 경우에는 『지방세법』에 의하여 당해 건축물에 적용되는 시가표준액에 상당하는 금액의 100분의 10의 범위안에서 그 위반내용에 따라 대통령령이 정하는 금액</li> </ol>
농지법 (제65조)	<p>① 시장·군수 또는 구청장은 제11조제1항(제11조의2제2항의 규정에 의한 경우를 포함한다)의 규정에 의하여 처분명령을 받은 후 제11조제2항의 규정에 따라 매수를 청구하여 협의중인 경우 등 대통령령이 정하는 정당한 사유없이 지정기간안에 당해 처분명령의 이행을 하지 아니한 자에 대하여는 당해 농지의 토지가액의 100분의 20에 상당하는 이행강제금을 부과한다. &lt;개정 2002.1.14, 2005.7.21&gt;</p>
부동산실권리자명의 등기에 관한법률 (제6조)	<p>② 제1항의 규정을 위반한 자에 대하여는 과징금부과일(제1항 단서 후단의 경우에는 등기할 수 없는 사유가 소멸한 때를 말한다)부터 1년이 경과한 때에 부동산평가액의 100분의 10에 해당하는 금액을, 다시 1년이 경과한 때에 부동산평가액의 100분의 20에 해당하는 금액을 각각 이행강제금으로 부과한다. &lt;개정 2002.3.30&gt;</p>

<p>독 점 규 제 및 공정거 래에 관한 법률(제17 조의 3)</p>	<p>① 공정거래위원회는 제7조(기업결합의 제한)제1항 또는 제3항의 규정에 위반하여 제16조(시정조치)의 규정에 의하여 시정조치를 받은 후 그 정한 기간내에 이행을 하지 아니하는 자에 대하여 매 1일당 다음 각호의 금액에 1만분의 3을 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위안에서 이행강제금을 부과할 수 있다. 다만, 제7조(기업결합의 제한)제1항 제2호의 기업결합을 한 자에 대하여는 매 1일당 200만원의 범위안에서 이행강제금을 부과할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 제7조(기업결합의 제한)제1항제1호 또는 제5호의 기업결합의 경우에는 취득 또는 소유한 주식의 장부가가격과 인수하는 채무의 합계액</li> <li>2. 제7조(기업결합의 제한)제1항제3호의 기업결합의 경우에는 합병의 대가로 교부하는 주식의 장부가가격과 인수하는 채무의 합계액</li> <li>3. 제7조(기업결합의 제한)제1항제4호의 기업결합의 경우에는 영업양수금액</li> </ol>
---	--

상기의 표에서 알 수 있는 바와 같이 이행강제금이라고 하는 금전적 의무이행확보수단을 적용하여 위반사항에 대한 제재적 효과를 기대하여 위반으로 인한 이익을 보전하기 위한 이행강제금의 산정기준은 비록 각 개별법률이 궁극적으로 추구하고자 하는 보호법익의 내용에는 차이가 있다 할지라도 대동소이하다 할 것이다.

또한 건축법 시행령 별표15에서 구체화 되고 있는 위반건축물에 관한 유형에 따른 산정기준에 따른 이행강제금의 금액 역시,

① 허가를 받지 않거나 신고를 하지 않은 경우, 건축물의 안전기준에 부합되지 않은 건축물과 높이제한 등에 관하여는 중하게 시가표준액의 100분에 10에 해당하는 금액을,

② 기타 건축물의 내부구조에 관한 위반 건축물에 대하여서는 시가표준액의 100분의 3 내지 100분의 2로 경하게 규정함으로써 이행강제금이 도모하고자 하는 목적에 따라 행정처분기준을 중한위반행위와 경한위반행위로서 간략히 이분화하여 규정하고 있는 바, 건축질서의 유지라는 사회적 이익과 위반건축물 건축주간의 이익의 형량에 따른 비례의 원칙에 부합하고 있다 할 것이다.

## 2) 이행강제금 부과요건

① 형식적 불법과 실질적 불법<sup>433)</sup>

이행강제금은 건축주가 건축법 규정을 위반한 건축물을 건축하여 건축법 제69조 제1항에 의한 시정명령을 받은 후 시정기간 내에 당해 시정명령을 이행하지 아니하는 경우 행정청이 이행강제금을 부과하여 간접적으로 의무이행을 강제하는 것으로, ‘시정명령’이 그 전제요건이 된다. 시정명령의 대상이 되는 ‘건축법을 위반한 건축물’, 즉 건축물이 불법성을 띠게 되는 경우는 건축허가를 받지 않고 건축물을 건축하는 경우(형식적 불법), 그리고 일정한 건축물의 건축이 건축행위를 제한하는 법률상의 허가요건을 충족하지 못하는 경우(실질적 불법)로 나뉜다.

건축법 제69조의2는 건폐율·용적률을 위반한 경우와 건축허가를 받지 않은 경우, 그리고 기타불법건축의 경우 이행강제금을 부과하고 있다. 실질적 불법성을 띠는 건폐율·용적률 위반 등과 건축허가를 받지 않은 경우인 형식적 불법의 경우를 구별하지 않고 이행강제금을 부과할 수 있도록 규정한 것이다.

그러나 실질적 불법에 해당하는 건폐율·용적률 위반이나 그 외의 기타 불법건축의 경우는 시정명령의 대상이 될 수 있지만 형식적 불법은 시정명령의 대상이 될 수 없다. 시정명령은 행위자의 자진 시정의 가능성이 있어야 가능한 것이며 건축허가를 받지 않은 상태는 불법건축주의 사후신청으로 해소될 수도 없고, 또한 행정청이 이에 응해 건축허가를 발급할 의도가 전혀 없기 때문이다.

## ② 시정명령에 따른 시정가능성

건축법 제69조 제1항은 ‘허가권자는 대지 또는 건축물이 이 법 또는 이 법의 규정에 의한 명령이나 처분에 위반한 경우, 상당한 기간

433) 김종보, “국민을 상대로 한 건축법상 제재적 행정처분기준 - 이행강제금을 중심으로 -”, 『건축행정분야 행정처분기준 정비방안』, 한국법제연구원 워크샵 자료 (2006.9.28), 91면 이하.

을 정하여 그 건축물의 철거·개축·증축·수선·용도변경·사용금지·사용제한 기타 필요한 조치를 명할 수 있다.’고 규정하여 시정명령의 근거조항을 두고 있다.

시정명령의 요건은 실질적 불법과 형식적 불법성을 그 요건으로 한다고 해석함이 타당하고 판례도 이에 동의하고 있다. 논리적으로는 실질적 불법만으로 법이 금지하고 있는 취지의 건축물이 나타난 것이므로 철거명령의 요건은 충족된 것이지만, 허가절차를 통해 행정청의 건축허가를 받은 경우라면 그 책임을 건축주에게만 돌리는 것은 부당할 것이기 때문이다.<sup>434)</sup>

불법건축에 단지 형식적 불법성만 있는 경우라면 그에 대한 시정방법은 건축허가를 받는 것이므로 시정명령은 위반건축물에 대하여 내려지는 것이 아니라 오히려 건축허가권자인 행정청을 구속하는 것으로 오해될 소지가 있다. 만약 허가권자가 형식적 불법을 이유로 시정명령을 내린 경우, 건축주가 허가권자에게 건축허가신청을 하면 허가권자는 건축허가를 내주어야할 의무를 지게 되는 것으로 해석한다면 이는 시정명령제도의 취지에 반하는 것이다.

### ③ 시정명령의 존재

건축법 제69조의2가 정하는 이행강제금 중 형식적 불법에 대한 이행강제금은 시정명령을 부과할 수 없는 경우가 되고, 시정명령이 없으면 이행강제금을 부과할 수 없는 것이 되어 규정이 자체 모순에 빠진다. 결국 이행강제금은 건축물의 실질적 불법을 통제하기 위한 개념으로 대집행이나 이행강제금의 부과를 위한 전제요건이 철거명령 등 시정명령이다. 법문의 규정상 이러한 시정명령은 이행강제금 부과 전제요건이면서 동시에 건축물의 실질적 불법이 없는 한 발급될 수 없는 것이다.

---

434) 김종보, 전계서, 684면,



따라서 건축법 제69조의2가 시정명령을 받을 수 없는 불법건축물, 즉 건축허가요건의 충족여부와 상관없이 건축허가 자체를 받지 않고 건축물을 건축한 형식적 불법에 대해 이행강제금을 부과하도록 규정한 것은 논리적으로 모순이다. 이행강제금은 적법한 시정명령이 그 부과 전제조건이라고 보아야 하기 때문이다.

건축법이 이행강제금제도를 도입하면서 반복적으로 부과할 수 있다는 장점만을 고려하여 형식적 불법에 대해서도 모두 이행강제금을 부과할 수 있도록 정하고 있는 것은 이론상 옳지 않다. 이 때문에 형식적 불법은 과태료 부과대상도 될 수 없고, 이행강제금 부과대상에서도 제외되는 결과가 된 것이다.<sup>435)</sup> 따라서 건축법 제69조의2에 의하여 이행강제금 부과대상이 되고 있는 형식적 불법의 경우, 이행강제금의 부과를 통하여 이행을 강제할 것이 아니라 건축법에 규정하고 있는 다른 제도 (건축법 제82조에 의한 과태료를 부과) 를 통하여 제재를 가하도록 정비되어야 할 것이다.

현행	정비안
<p>제69조의2 (이행강제금) ① (생략)</p> <p>1. 건축물이 제47조 및 제48조의 규정에 의한 건폐율 또는 용적률을 초과하여 건축된 경우 <u>또는 허가를 받지 아니하거나 신고를 하지 아니하고 건축된 경우에는 「지방세법」에 의하여 해당 건축물에 적용되는 1제곱미터당 시가표준액의 100분의 50에 상당하는 금액에 위반면적을 곱한 금액이하</u></p> <p>2. (생략) ② (생략)</p>	<p>제69조의2 (이행강제금) ① (현행과 같음)</p> <p>1. 건축물이 제47조 및 제48조의 규정에 의한 건폐율 또는 용적률을 초과하여 건축된 경우 <u>또는 신고를 하지 아니하고 건축된 경우에는 법</u>에 의하여 해당 건축물에 적용되는 1제곱미터당 시가표준액의 100분의 50에 상당하는 금액에 위반면적을 곱한 금액이하</p> <p>2. (현행과 같음) ② (현행과 같음)</p>

435) 김종보, 전계서, 687면.

③ (생 략)	③ (현행과 같음)
④ (생 략)	④ (현행과 같음)
⑤ (생 략)	⑤ (현행과 같음)
⑥ (생 략)	⑥ (현행과 같음)

(4) 포괄적 행정처분기준의 반복을 금지하도록 한다.

건축법령에는 포괄적 행정처분기준과 그에 대한 포괄적 행정처분기준의 반복사례는 보이지 않고 있다.

(5) 처분기준에서 정한 위반사항에 오류가 있는 경우에는 즉시 정비한다.

건축법상 행정처분기준에서 정한 위반사항에 중대한 오류가 발견되는 경우에는 각각의 정리지침에서 정비안을 제시하도록 하였다.

(6) 상습위반자에 대한 처분기준을 강화하도록 정비한다.

정리지침상의 상습위반자에 대한 처분기준의 강화는, 동일한 위반행위라 할 지라도 위반횟수에 따라 처분기준을 달리 함으로써 상습위반행위를 예방할 수 있어야 한다는 취지인 것이다. 그러나 건축법령상의 이행강제금은 기존의 위반행위에 대한 시정을 하지 않음으로 인한 금전적 의무이행의 확보수단인 바, 이와는 성격이 다르다 할 것이다.

(7) 공무원과 국민의 입장에서 쉽게 알아볼 수 있도록 정비한다.

건축법 시행령 별표15의 이행강제금의 산정기준은 그 위반사항에 관하여 중합과 경합으로 간략히 구성하고 있는 바, 비교적 공무원과 국민의 입장에서 쉽게 이해할 수 있도록 정비되어 있다.

(8) 행정처분기준을 매우 구체적으로 설정한다.

건축법 시행령상의 행정처분기준은 비교적 구체적으로 설정되어 있다.

## 2. 일반기준의 정비지침

(1) 행정처분기준이 재량준칙으로서의 성격을 가지고 있으므로  
기속적 표현은 피하도록 한다.

건축법시행령 별표15의 제15호의 이행강제금의 금액산정기준에 관하여 “시가표준액의 100분의 3이하로서 위반행위의 종류에 따라 건축조례가 정하는 금액 (건축조례가 제정되지 아니한 경우에는 100분의 3이하로 한다” 고 규정하고 있다.

이 규정은 행정청으로 하여금 의무적으로 가중처분하도록 하여 마치 행정처분이 행정청의 기속행위로 보게 될 우려가 있다. 행정처분기준 자체의 성격은 재량준칙이기 때문에 원칙적으로 “--- 한다” 는 표현보다는 “--- 할 수 있다” 는 재량적 표현을 사용하는 것이 타당하다.

현 행	정 비 안
건축법시행령 별표15(이행강제금의산정기준) 제15의 이행강제금의 금액 시가표준액의 100분의 3이하로서 위반행위 의 종류에 따라 건축조례가 정하는 금액 (건축조례가 제정되지 아니한 경우에는 100분의 3이하로 <u>한다</u> )	건축법시행령 별표15(이행강제금의산정기준) 제15의 이행강제금의 금액 시가표준액의 100분의 3이하로서 위반행위 의 종류에 따라 건축조례가 정하는 금액 (건축조례가 제정되지 아니한 경우에는 100분의 3이하로 <u>할 수 있다</u> )

- (2) 가중 - 감경 재량처분의 근거는 그대로 존치한다. 다만, 허용하는 경우에는 가중 - 감경위원회의 심의 - 의결을 거치도록 한다.

건축법시행령 별표15 (이행강제금의 산정기준)에서는 가중 - 감경 재량처분에 관한 규정을 두고 있지 않다.

- (3) 과징금 부과대상에서의 제외여부는 과징금 처분기준에서 정하도록 정비한다.

건축법상에 있어서는 과징금에 관한 규정을 두고 있지 않다.

- (4) 신고의무위반에 대해서는 중국적으로 허가취소가 아니라 영업소 폐쇄 등의 조치를 취하도록 정비한다. 그리고 신고의무위반에 대한 과태료 부과시에는 반드시 금액의 상한선을 설정하도록 정비한다.

일반기준의 정비지침에 있어 신고의무위반에 대해서는 중국적으로 허가취소가 아니라 영업소 폐쇄 등의 조치를 취하도록 정비한다는 의미는 신고영업자의 법령준수의무 또는 성실의무를 담보하기 위한 것이나, 건축법의 성격상 이러한 규정을 두고 있지 않다.

- (5) 행정처분효과의 승계에 관한 규정은 행정처분기준이 아닌 직접 법률에서 명시적으로 규정하도록 정비한다.

건축법령에는 행정처분의 승계에 대해서는 별도의 규정이 없다.

- (6) 행정쟁송결과 원고의 위법성은 인정되나 그 처분이 과하다고 판결된 사건에 대하여 행정청이 당해 행정쟁송의 원인이 된 처분을 일정한 정도 감하여 재처분할 수 있는 근거규정을 마련하도록 정비한다.

해당사례가 없다.

### 3. 개별기준의 정비지침

(1) 위반행위란과 근거법령란을 정확하게 명시하도록 정비한다.

행정처분기준에서는 위반행위, 행정처분의 법적 근거 및 행정처분기준을 명확히 적시하여야 한다. 건축법령에는 위반행위란과 근거법령란을 정확하게 명시하고 있다.

(2) 경고처분의 법적근거를 마련하도록 정비한다.

건축법령에 있어 경고처분에 관한 규정을 두고 있지 않다.

(3) 의무자별로 개별화하여 정비한다.

행정처분기준은 형식적인 측면에서 처분의 상대방별로 개별화하여 규율하여야 할 필요성이 요청된다. 각 법령에는 의무를 부담하는 주체가 있고 이들에 대해서 당해 법령에서 그에 특유한 의무를 부과하고 있다. 행정처분기준은 이들 주체 각각의 의무위반행위에 대한 행정처분기준을 정하여야 하는 것이다.

건축법 시행령 별표15에서는 이행강제금의 산정기준을 규정하고 있으며, 이는 주로 건축주에 대한 행정처분기준이라고 할 수 있다. 또한 과징금, 과태료 등에 대한 벌칙규정 등은 건축법에서 상세히 규정하고 있는 바, 건축법 시행령은 의무위반자별로 개별화하여 규정하고 있으므로 정비지침에 부합하여 개정의 필요성이 없다고 할 수 있다.

(4) 과징금 상한액을 실효성 있게 정비한다.

건축법령에서는 과징금에 대해서는 별달리 규정하고 있지 아니하다.

### 제 3 절 건설기술관리법

#### 1. 정비지침의 일반원칙

##### (1) 제재적 행정처분기준에 한하여 정비한다.

정비지침의 일반원칙에 따라 제재적 행정처분기준에 한하여 정비함을 원칙으로 한다.

##### (2) 행정처분기준의 근거조항은 법률에 두되, 원칙적으로 부령에 위임하는 형식으로 정비한다.

대법원은 제재적 행정처분의 기준이 대통령령이 아닌, 총리령이나 부령에서 규정된 경우에 대하여는 그 기준의 형식은 총리령·부령이지만 그 법적 성질은 행정규칙에 해당한다는 것이 일관된 태도이다.

건설기술관리법 시행령 별표 6 (감리원에 대한 위반행위별 업무정지 처분기준)은 대통령령으로 입법되어 있어 대법원 판례의 태도에 부합하고 있으나 정비지침에 따라 부령으로 내리는 것이 타당하다. 그리고 건설기술관리법 시행규칙 별표 2 (건설기술자에 대한 업무정지기준)와 별표 4 (설계 등 용역을 수행한 건설기술자에 대한 업무정지기준) 그리고 별표 17 (감리전문회사에 대한 위반행위별 처분기준) 등은 건설교통부령으로 입법되어 있어 타당한 입법이다.

##### (3) 비례원칙, 평등원칙 등 행정법상 일반원칙에 따라 정비한다.

건설기술관리법령에 있어 비례원칙, 평등원칙 등 행정법상 일반원칙의 적용이 문제시 되는 것은 처분내용의 양정에 관한 내용이다.

즉, 건설기술법 시행령 별표 6 (감리원에 대한 위반행위별 업무정지 처분기준)과 시행규칙 별표 2 (건설기술자에 대한 업무정지기준), 별표 4 (설계등 용역을 수행한 건설기술자에 대한 업무정지기준) 및 별

표 17 (감리전문회사에 대한 위반행위별 처분기준) 등 에서는 위반행위에 대한 처분내용을 가장중하게는 등록취소 내지는 2년 업무정지에 서 중하게는 8개월 업무정지, 6개월 업무정지, 4개월 업무정지 및 경하게는 3개월 업무정지, 2개월 업무정지, 1개월 업무정지 등으로 구분하여 처분내용을 규정하고 있다.

비록 처벌에 관한 대상과 보호하고자 하는 법익상에 차이는 있다 할 지라도 이를 유형화하여 처분양정 상호간의 건설기술관리법이 궁극적으로 도모하고자 하는 “건설기술의 연구·개발을 촉진하고 이를 효율적으로 이용·관리하게 함으로써 건설기술수준의 향상과 건설공사 시행의 적정을 기하고 건설공사의 품질과 안전을 확보하여 공공복리의 증진과 국민경제의 발전에 이바지함을 목적에 정합하는지를 검토하여 보아야 하는 것이다. 이에 따라 아래에서는 등록취소 내지는 2년 업무정지에 해당하는 행정처분기준을 가장 중한 처분내용으로, 4월 - 6월 업무정지를 중한 처분내용으로 그리고 1 - 3월 업무정지를 경한 처분내용으로 분류하여 그 정합성을 도출해 보았다.

1) 가장 중한 처분내용 (등록취소 내지는 2년 업무정지)

법령명	위반사항	행정처분기준	
		업무정지	취소
건설기술관리법시행령 별표 6	7. 법 제28조의2 제2항의 규정에 위반하여 다른 사람에게 자기의 성명을 사용하게 하거나 감리원증을 대여한 때	2년 (업무정지)	
건설기술관리법 시행규칙 별표 2	1. 근무처 및 경력 등을 거짓으로 신고 또는 변경신고를 한때 2. 자기의 성명을 사용하여 다른 사람에게 건설공사 또는 건설기술용역업무를 수행하게 하거나 건설기술자 경력증을 대여한때	12월 (업무정지)	
건설기술관리법 시행령 별표 6	1. 책임감리등을 성실하게 수행하지 아니함으로써 시설물의 주요구조부가 부실하게 되었거나 공중에 위해를 끼친때		

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

건설기술 관리법 시 행규칙 별 표 4	1. 설계 등 용역을 성실하게 수행하지 아니함으로써 시설물의 주요구조부가 손괴되거나 손괴될 우려가 있을 때 또는 공중에 위해를 끼치거나 끼칠 우려가 현저한 때		
건설기술 관리법 시 행규칙 별 표 17	10. 감리원의 자격이 없는 자 또는 감리전문회사에 이종으로 소속된 자에게 책임감리 등의 업무를 수행하게 한때 10의 2. 법 제21조 제2항 규정에 의한 사업수행능력평가에 관한 서류를 위조 또는 변경하여 사용한때	12개월 이내 (업무정지)	
건설기술 관리법 시 행규칙 별표 17	1. 사위 또는 부정한 방법으로 등록한 때 1의 2. 법 제28조의 규정에 의한 감리전문회사의 등록기준에 미달하여 그 시정을 명하였으나 시정통보를 받은 날부터 1월 이내에 이를 이행하지 아니한 때 2. 최근 3년간 5회 이상 업무정지처분을 받은 때 3. 업무정지기간중에 제27조의 규정에 의한 책임감리등을 한때 4. 법 제28조 제4항의 규정에 의한 업무범위를 위반하여 감리업무를 수행한 때 5. 임원이 제 제29조의 규정에 의한 결격사유에 해당하게 된 때 6. 다른 사람에게 자기의 성명 또는 상호를 사용하여 건설공사의 책임감리 등을 하게 하거나 그 등록증을 대여한 때 9. 가. 3년 이상 책임감리 등의 실적이 없는 때		등록취소

2) 중한 처분내용 (4월 ~ 6월 업무정지)

법령명	위반사항	행정처분기준
		업무정지
건설기술관 리법 시행 규칙별표 2	3. 건설공사를 성실하게 시행하지 아니함으로써 당해 건설공사의 주요구조부가 현저하게 손괴되었거나 공중에 위해를 끼친때 또는 시설물의 내구성이 저하될 우려가 있을 때 가. 당해 건설공사의 주요구조부가 붕괴되어 사망 등 인명사고가 발생하는 등 공중에 위해를 끼친 때	8월 (업무정지)



건설기술관리법 시행규칙 별표 17	8. 책임감리 등을 성실하게 수행하지 아니함으로써 공중에 위해를 끼치거나 당해 시설물의 주요구조부가 조잡하게 시공된 때 가. 부실시공으로 주요구조부가 붕괴되어 공중에 위해를 끼친 때 9. 2년 이상 책임감리 등의 실적이 없을 때 (기간을 계산함에 있어서 미리 신고한 휴업기간은 제외한다)	8월 이내 (업무정지)
건설기술관리법 시행령 별표 6	1. 나. 주요구조부가 부실시공되어 시설물의 구조안전에 중대한 결함을 초래한 때	6월 (업무정지)
건설기술관리법 시행규칙 별표 4	1. 나. 주요구조부가 붕괴되는 등 손괴를 가져오거나 구조의 안전에 중대한 결함을 초래한 때	
건설기술관리법 시행규칙 별표 17	14. 건설공사의 안전관리 지도-감독을 성실하게 수행하지 아니함으로써 중대한 재해가 발생한 때	6월이내 (업무정지)
건설기술관리법 시행규칙 별표 4	2. 시설물의 구조계산 등을 소홀히 하여 주요구조부의 안전성 또는 내구성을 저하시켰거나 저하시킬 우려가 현저한 때 가. 주요구조부의 안전성 또는 내구성을 저하 시킨 때	4월 (업무정지)
건설기술관리법 시행규칙별표 4	8. 나. 주요구조부가 조잡하게 시공되어 구조안전에 중대한 결함을 초래한 때	4월이내 (업무정지)

3) 경한 처분내용 (1월 ~ 3월 업무정지)

법령명	위반사항	행정처분기준
		업무정지
건설기술관리법 시행규칙별표 4	3. 사전조사 등을 소홀히 하여 건설공사의 소요비용을 현저히 증가시키거나 공사기간을 현저히 지연시킨 때 가. 공사비가 당초보다 30퍼센트 이상 증가하여 발주청에 막대한 손해를 야기시킨 때	3월 (업무정지)
건설기술관리법 시행령 별표 6	1. 다. 인근의 주요시설물의 안전에 지장을 초래하는 등 공중에 피해를 끼친 때 2. 가. 규격에 미달하거나 부적합한 건설자재를 사용하여 함으로써 시설물의 내구성의 저하를 초래하게 한 때 4. 안전관리지도감독을 성실하게 수행하지 아니함으로써 중대한 재해가 발생하거나 발생한 우려가 있을 때 가. 다수의 인명피해 등 중대한 재해가 발생한 때	

제 2 편 개별행정분야 행정처분기준 정비방안

	<p>8. 책임감리 등을 함에 있어 고의 또는 중대한 과실로 건설공사의 발주청에 재산상의 손해를 발생하게 한 때</p>	
<p>건설기술관리법 시행령 별표 6</p>	<p>3. 품질관리지도감독을 성실하게 수행하지 아니함으로써 건설업자 또는 주택건설등록업자가 품질관리계획 또는 품질시험계획에 따라 품질시험 또는 검사를 실시하지 아니하거나 품질시험 또는 검사의 성과를 조작한 때</p> <p>5. 건설공사가 설계도서 기타 관계서류의 내용대로 시공되어 있는지의 여부의 확인을 소홀히 하여 부실공사가 되거나 부실시공될 우려가 있는 때</p> <p>가. 설계상의 기준에 미달하게 시공함으로써 구조안전에 지장을 초래하거나 내용기간을 단축하게 된 때</p> <p>6. 법 제23조의2 제3항의 규정에 의하여 시공자가 작성한 시공상세도면을 검토하지 아니하거나 시공자가 시공상세도면을 작성하지 아니하고 시공하는 것을 묵인한 때</p> <p>가. 시공자가 시공상세도면을 작성하지 아니하고 시공하도록 하게 한 때</p> <p>6의2. 법 제27조 제6항의 규정에 의한 감리보고서를 제출하지 아니하거나 감리보고서에 당해 건설공사의 주요구조부에 대한 시공-검사-시험 등의 내용을 누락하거나 거짓으로 작성 한 때</p>	<p>2월 (업무정지)</p>
<p>건설기술관리법 시행규칙 별표 4</p>	<p>1. 다. 주요구조부가 손괴될 우려가 있거나 또는 공중에 현저하게 위해를 끼칠 우려가 있어 보완지시를 하였으나 정당한 사유없이 이를 이행하지 아니한 때</p> <p>2. 나. 주요구조부의 안전성 또는 내구성을 저하시킬 우려가 있어 보완지시를 하였으나 이를 이행하지 아니한 때</p> <p>4. 건설공사에 사용될 자재-재료 등의 품질기준-시방서 및 제기준 등을 구체적으로 작성하지 아니함으로써 부실공사를 초래하거나 초래할 우려가 있을 때</p> <p>가. 주요구조부가 부실하게 시공되어 구조의 안전에 중대한 결함을 초래하게 한 때</p> <p>6. 법 제21조의5 제1항의 규정에 의한 시정명령을 이행하지 아니한 때</p> <p>7. 법 제23조의2 제1항의 규정에 위반하여 설계도서를 작성함으로써 부실공사를 초래하거나 초래할 우려가 현저한 때</p> <p>나. 부실공사를 초래할 우려가 있어 이를 보완하도록 지시하였으나 이를 이행하지 아니한 경우</p>	

<p>건설기술관리법 시행규칙 별표 17</p>	<p>7. 최근 1년간 동일 건설공사장에서 법 제21조 제1항의 규정에 의한 시정명령을 3회 이상 받은 때              8. 다. 주요구조부의 부실시공으로 인근 주요시설물의 구조안전에 영향을 끼치는 등 공중에 위해를 끼친 때              12. 법 제23조의2 제2항의 규정에 의한 보고를 이행하지 아니한 때              13. 건설공사의 품질관리 지도-감독을 성실하게 수행하지 아니함으로써 건설업자 또는 주택건설등록업자가 품질관리계획 또는 품질시험계획에 따라 품질시험 또는 검사를 실시하지 아니하거나 품질시험의 성과를 조작한 때              15. 책임감리 등을 성실하게 수행하지 아니함으로써 건설업자 또는 주택건설등록업자가 규격에 미달하거나 부적합한 건설자재를 사용하여 시공한 때              가. 규격에 미달하거나 부적합한 건설자재를 사용하여 시공하게 함으로써 시설물의 구조안전에 결함을 초래한 때              16. 법 제21조의5 제1항의 규정에 의한 시정명령을 이행하지 아니한 때              18. 법 제32조 제2항의 규정에 의한 검사를 거부-방해-기피하거나 보고 또는 관계자료의 제출명령을 이행하지 아니한 때</p>	<p>2월 이내 (업무정지)</p>
<p>건설기술관리법 시행령 별표 6</p>	<p>2. 나. 규격에 미달하거나 부적합한 건설자재를 사용하여 시공하도록 한 때              5. 나. 설계상의 기준에 미달하게 시공하거나 설계에서 정한 품질 이하의 불량자재를 사용한 때              6. 나. 시공자가 작성한 시공상세도면을 검토하지 아니한 때</p>	
<p>건설기술관리법 시행규칙 별표 4</p>	<p>1. 라. 주요구조부가 손괴될 우려가 있거나 또는 공중에 현저하게 위해를 끼칠 우려가 있을 때              2. 다. 주요구조부가 안전성 또는 내구성을 저하시킬 우려가 있을 때              3. 나. 공사비가 당초보다 증가하여 발주청에 상당한 손해를 야기시킨 때              3. 다. 현장의 시공여건을 무시하고 설계를 함으로써 주요구조물의 시공위치를 설계대로 시공할 수 없게 설계한 때              4. 나. 부실공사를 초래할 우려가 있을 때              7. 가. 설계도면-공사시방서 등을 기준에 맞도록 상세하게 작성하지 아니함으로써 현장기술자에게 혼란을 초래하여 주요구조부의 상당부분을 잘못 시공하게 한 때</p>	<p>1월 (업무정지)</p>

	7. 다. 부실공사를 초래할 우려가 있을 때 9. 설계기술-공법의 적용을 잘못하여 건설공사가 부실하게 되거나 부실하게 될 우려가 현저한 때	
건설기술관리법 시행령 별표 6	4. 나. 중대한 재해가 발생할 우려가 있을 때	1월 이내 (업무정지)
건설기술관리법 시행규칙 별표 17	15. 다. 규격에 미달하거나 부적합한 건설자재를 사용하여 시공하도록 한 때 17. 소속감리원이 아닌 자에게 책임감리업무를 수행하게 한 때	

(4) 포괄적 행정처분기준의 반복을 금지하도록 정비한다.

건설기술관리법령에 있어 포괄적 행정처분기준과 그에 대한 포괄적 행정처분기준의 반복을 규정한 사례는 아래와 같으며, 이는 법률에서 규정한 포괄적 규제규정을 반복하여 규정함으로써 행정처분 대상을 지나치게 확대할 우려가 있고 행정편의적 발사이라는 지적을 받을 수 있으므로 별표에서 정한 포괄적 처분기준은 삭제하는 것이 바람직할 것이다.

1) 건설기술관리법 시행령 별표 6 (감리원에 대한 위반행위별 업무정지처분기준)

건설기술관리법 제33조에서는 감리원의 업무정지에 관한 사유를 정하고 “이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때”에는 2년 이내의 기간을 정하여 책임감리등의 업무의 정지를 규정하고 이의 세부적인 처분기준을 대통령령에 위임하고 있다. 이러한 위임규정에 근거하여 시행령의 별표에서는 구체적인 처분기준과 아울러 말미에 또 다시 “이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때”의 처분기준을 규정하고 있다.

현 행	정 비 안
건설기술관리법 시행령 별표 6 (감리원에 대한 위반행위별 업무정지처분기준) 제10호. 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때	건설기술관리법 시행령 별표 6 (감리원에 대한 위반행위별 업무정지처분기준) (삭 제)

2) 건설기술관리법 시행규칙 별표 2  
(건설기술자에 대한 업무정지기준)

건설기술관리법 제6조의4에서는 건설기술자의 업무정지에 관한 사유를 정하고 “이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때”에는 1년 이내의 기간을 정하여 건설공사 또는 건설기술용역업무의 수행을 정지시킬 수 있음을 규정하고 이의 세부적인 처분기준을 부령인 건설교통부령에 위임하고 있다. 이러한 위임규정에 근거하여 시행령의 별표에서는 구체적인 처분기준과 아울러 말미에 또 다시 “이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때”의 처분기준을 규정하고 있다.

현 행	정 비 안
건설기술관리법 시행규칙 별표 2 (건설기술자에 대한 업무정지기준  제14호. 법 또는 법에 의한 명령에 위반한 때	건설기술관리법 시행규칙 별표 2 (건설기술자에 대한 업무정지기준  (삭 제)

3) 건설기술관리법 시행규칙 별표 4  
(설계등 용역을 수행한 건설기술자에 대한 업무정지기준)

건설기술관리법 제20조의4에서는 감리전문회사의 등록취소에 관한 사유를 규정하고 “이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때”에는 그 등록을 취소하거나 1년 이내의 기간을 정하여 업무의 정지를 규정하고 명할 수 있다. 이의 세부적인 처분기준을 부령인 건설교통부령에 위임하고 있다. 이러한 위임규정에 근거하여 시행령의 별표에서는 구체적인 처분기준과 아울러 말미에 또 다시 “기타 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때”의 처분기준을 규정하고 있다.

현 행	정 비 안
건설기술관리법 시행규칙 별표 4 (설계 등 용역을 수행한 건설기술자에 대한 업무정지기준)  제11호. 기타 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때	건설기술관리법 시행규칙 별표 4 (설계 등 용역을 수행한 건설기술자에 대한 업무정지기준)  (삭 제)

(5) 처분기준에서 정한 위반사항에 오류가 있는 경우에는 즉시 정비한다.

건설기술관리법상 행정처분기준에서 정한 위반사항에 중대한 오류가 발견되는 경우에는 각각의 정비지침에서 정비안을 제시하도록 하였다.

(6) 상습위반자에 대한 처분기준을 강화하도록 정비한다.

건설기술관리법 시행규칙 별표 17 (감리전문회사에 대한 위반행위별 처분기준)의 제7호에서는 “최근 1년간 동일 건설공사장에서 법 제 21조 제1항의 규정에 의한 시정명령을 3회 이상 받은 때” 에는 2월 이내의 업무정지를 규정하고 있다.

동일한 위반행위라 할지라도 위반횟수에 따라 처분기준을 달리함으로써 상습위반행위를 예방할 수 있어야 한다. 다만, 다수의 위반항목에 대한 상습범 처분기준을 2회 이상인 경우 동일하게 처분하도록 규정함으로써 상습범 사이에 처분의 차별성이 있도록 규정하여야 한다. 따라서 상습위반자에 대한 처분기준은 위반횟수에 따라 그 처분기준에 차이를 두어 상습 위반자를 예방할 수 있을 것이다.

현 행	정 비 안
건설기술관리법 시행규칙 별표 17 (감리전문회사에 대한 위반행위별 처분기준)	건설기술관리법 시행규칙 별표 17 (감리전문회사에 대한 위반행위별 처분기준)

<p>제7호. 최근 1년간 동일 건설공사장에서 법 제21조 제1항의 규정에 의한 시정명령을 3회 이상 받은 때 에는 2월 이내의 업무정지</p> <p>(신설)</p>	<p>제7호. 최근 1년간 동일 건설공사현장에서 법 제21조 제1항의 규정에 의한 시정명령을 이행하지 않을 때.</p> <p><u>가. 1회 불이행시에는 1월이내의 업무정지</u></p> <p><u>나. 2회 불이행시에는 2월이내의 업무정지</u></p> <p><u>다. 3회 불이행시에는 4월이내의 업무정지</u></p>
--	--

(7) 공무원과 국민이 입장에서 쉽게 알아볼 수 있도록 정비한다.

건설기술관리법은 2004년 12월 31일에, 시행령은 2006년 6월 12일에 그리고 시행규칙은 2006년 8월 7일에 일부개정을 통하여 비교적 건설기술관리법의 시행령과 시행규칙상의 처분기준은 공무원과 국민의 입장에서 볼 때 쉽게 알아볼 수 있도록 정비되었다 할 수 있을 것이다.

(8) 행정처분기준을 매우 구체적으로 설정한다.

건설기술관리법 시행령상의 행정처분기준은 비교적 구체적으로 설정되어 있다.

## 2. 일반기준의 정비지침

(1) 행정처분기준이 재량준칙으로서의 성격을 가지고 있으므로 기속적 표현은 피하도록 한다.

건설기술관리법령상 행정처분기준은 일반기준과 개별기준을 구별하고 있지 않은 바, 본 지침은 직접적으로 적용되지 아니한다.

(2) 가중-감경 재량처분의 근거는 그대로 존치한다. 다만, 허용하는 경우에는 가중-감경위원회의 심의-의결을 거치도록 한다.

국민에게 의무를 부과하거나 권리를 제한하는 침해적 행정처분의 기준은 반드시 형식적 법률주의를 전제하여야 한다. 처분권자의 재량의 여지를 남겨둘 경우 행정의 투명성과 신뢰성을 떨어뜨려 그 실효를 거둘 수 없을 뿐 아니라 처분권자의 부조리를 조장할 수 있다는 점에서 이러한 규정이 있을 경우 반드시 정비하여야 할 것이다.

1) 건설기술관리법 시행령 제54조의8 에서는 “위반행위의 동기, 위반의 정도 기타 정상을 참작할 만한 사유가 있을 때에는 처분기준의 2분의 1의 범위안에서 그 처분을 경감할 수 있다” 라고 규정하여 처분권자에게 재량의 여지를 두고 있다. 가중-감경위원회의 심의-의결을 거치도록 하여야 할 것이다.

2) 건설기술관리법 시행규칙 제40조의2 (감리전문회사의 처분기준) 제4항에서는 “위반행위의 동기, 위반의 정도 기타 정상을 참작할 만한 사유가 있을 때에는” 경감하여 처분할 수 있도록 규정함으로써 처분권자에게 재량의 여지를 두고 있다. 가중-감경위원회의 심의-의결을 거치도록 하여야 할 것이다.

현 행	정 비 안
건설기술관리법 시행규칙 제40조의2 (감리전문회사의 처분기준)  ①-③ 생략  ④ 위반행위의 동기, 위반의 정도 기타 정상을 참작할 만한 사유가 있을 때에는 별표 17의<생략:별표17%> 기준에 정한 업무정지기간의 2분의 1의 범위안에서 경감하여 처분할 수 있다.	건설기술관리법 시행규칙 제40조의2 (감리전문회사의 처분기준)  ①-③ 좌동  ④ (삭 제)



- 
- (3) 과징금 부과대상에서의 제외여부는 과징금 처분기준에서 정하도록 정비한다.

건설기술관리법상에 있어서는 과징금에 관한 규정을 두고 있지 않다.

- (4) 신고의무위반에 대해서는 종국적으로 허가취소가 아니라 영업소 폐쇄 등의 조치를 취하도록 정비한다. 그리고 신고의무위반에 대한 과태료 부과시에는 반드시 금액의 상한선을 설정하도록 정비한다.

일반기준의 정비지침에 있어 신고의무위반에 대해서는 종국적으로 허가취소가 아니라 영업소 폐쇄 등의 조치를 취하도록 정비한다는 의미는 신고영업자의 법령준수의무 또는 성실의무를 담보하기 위한 것이다.

건설기술관리법 시행규칙 별표 2 (건설기술자에 대한 업무정지기준) 제1호에서는 “근무처 및 경력 등을 거짓으로 신고 또는 변경신고를 한 때”에 대하여 업무정지 12월의 처분기준을 규정하고 있는 바, 본 지침에서 의도하는 법령준수의무 내지는 성실의 의무를 담보함에 부합하는 바, 올바른 입법이라 할 수 있다.

- (5) 행정처분효과의 승계에 관한 규정은 행정처분기준이 아닌 직접 법률에서 명시적으로 규정하도록 정비한다.

건설기술관리법령에는 행정처분의 승계에 대해서는 별도의 규정이 없다.

- (6) 행정쟁송결과 원고의 위법성은 인정되나 그 처분이 과하다고 판결된 사건에 대하여 행정청이 당해 행정쟁송의 원인이 된 처분을 일정한 정도 감하여 재처분할 수 있는 근거규정을 마련하도록 정비한다.

해당사례가 없다.

### 3. 개별법령의 정비지침

(1) 위반행위란과 근거법령란을 정확하게 명시하도록 정비한다.

행정처분기준에서는 위반행위, 행정처분의 법적 근거 및 행정처분기준을 명확히 적시하여야 한다.

그러나 건설기술관리법 시행규칙 별표 4 (설계등 용역을 수행한 건설기술자에 대한 업무정지기준) 제1호에서는 해당 법조문을 1994년 4월 15일 일부개정을 통하여 이미 삭제된 “법 제20조의3 제1항 제1호”로 규정하고 있어 문제시 된다.

현 행	정 비 안
건설기술관리법 시행규칙 별표 4 (설계등 용역을 수행한 건설기술자에 대한 업무정지기준) 제1호에서는 해당 법조문.  <u>법 제20조의3 제1항 제1호</u>	건설기술관리법 시행규칙 별표 4 (설계등 용역을 수행한 건설기술자에 대한 업무정지기준) 제1호에서는 해당 법조문.  <u>법 제20조의4 제1항 제1호</u>

(2) 경고처분의 법적근거를 마련하도록 정비한다.

행정처분기준에 대한 제재처분의 일종으로서 경고처분은 그 성격이 강학상의 경고(사실행위)와는 달리 당연히 행정처분이다. 따라서 이를 위해서는 상위법인 법률에 근거가 있어야 한다. 행정처분기준에 제1차 처분으로서 경고처분을 하도록 규정하면서 법적근거를 두고 있지 않다면 큰 문제가 아닐 수 없다.

건설기술관리법령에 있어 경고처분에 관한 규정을 두고 있지 않다.

(3) 의무자별로 개별화하여 정비한다.

행정처분기준은 형식적인 측면에서 처분의 상대방별로 개별화하여 규율하여야 할 필요성이 요청된다. 각 법령에는 의무를 부담하는 주체가 있고 이들에 대해서 당해 법령에서 그에 특유한 의무를 부과하고 있다. 행정처분기준은 이들 주체 각각의 의무위반행위에 대한 행정처분기준을 정하여야 하는 것이다.

건설기술관리법 시행령 별표 6에서는 감리원에 대한 위반행위별 업무정지 처분기준을 규정하고 있으며, 시행규칙 별표 2에서는 건설기술자에 대한 업무정지기준을, 시행규칙 별표 4에서는 설계등 용역을 수행한 건설기술자에 대한 업무정지기준을 그리고 시행규칙 별표 17에서는 감리전문회사에 대한 위반행위별 처분기준을 규정하고 있는 바, 정비지침에 부합하여 개정의 필요성이 없다고 할 수 있다.

(4) 과징금 상한액을 실효성 있게 정비한다.

건설기술관리법령에서는 과징금에 대해서는 별달리 규정하고 있지 아니하다.

## 제 4 절 도시 및 주거환경정비법

### 1. 정비지침의 일반원칙

(1) 제재적 행정처분기준에 한하여 정비한다.

정비지침의 일반원칙에 따라 제재적 행정처분기준에 한하여 정비함을 원칙으로 한다.

- (2) 행정처분기준의 근거조항은 법률에 두되, 원칙적으로 부령에 위임하는 형식으로 정비한다.

대법원은 제재적 행정처분의 기준이 대통령령이 아닌, 총리령이나 부령에서 규정된 경우에 대하여는 그 기준의 형식은 총리령·부령이지만 그 법적 성질은 행정규칙에 해당한다는 것이 일관된 태도이다.

도시 및 주거환경정비법은 대통령령으로서 별표5 (등록취소 및 업무정지처분의 기준) 및 별표6 (과태료의 부과기준) 등을 규정하고 있다. 이 중 등록취소 및 업무정지처분의 기준은 부령으로 하는 것이 타당하다.

- (3) 비례원칙, 평등원칙 등 행정법상 일반원칙에 따라 정비한다.

도시 및 주거환경정비법령에 있어 비례원칙, 평등원칙 등 행정법상 일반원칙의 적용이 문제시 되는 것은 처분내용의 양정에 관한 내용이다.

즉, 도시 및 주거환경정비법 시행령 별표6 에서는 사업시행자 또는 정비사업전문관리업자 등의 위반행위에 대한 과태료의 부과금액을 규정하고 있다. 이 법은 도시기능의 회복이 필요하거나 주거환경이 불량한 지역을 계획적으로 정비하고 노후·불량건축물을 효율적으로 개량하기 위하여 필요한 사항을 규정함으로써 도시환경을 개선하고 주거생활의 질을 높이는 데 이바지함을 목적으로 하고 있는 법 목적에 따라 타 건축법령에 비해 중앙정부의 기능이 강조되는 바, 사업의 감독·조사에 위반하는 행위에 대하여 사업시행자의 통지의무위반에 따른 과태료부과금액보다 과하게 산정함은 비례의 원칙에 상응한다 하겠다.

- (4) 포괄적 행정처분기준의 반복을 금지하도록 정비한다.

도시 및 주거환경정비법령에 있어 포괄적 행정처분기준과 그에 대한 포괄적 행정처분기준의 반복을 규정한 사례는 없다.

- (5) 처분기준에서 정한 위반사항에 오류가 있는 경우에는 즉시 정비한다.

도시 및 주거환경정비법상 행정처분기준에서 정한 위반사항에 중대한 오류가 발견되는 경우에는 각각의 정비지침에서 정비안을 제시하도록 하였다.

- (6) 상습위반자에 대한 처분기준을 강화하도록 정비한다.

동일한 위반행위라 할지라도 위반횟수에 따라 처분기준을 달리함으로써 상습위반행위를 예방할 수 있어야 한다. 다만, 다수의 위반항목에 대한 상습범 처분기준을 2회 이상인 경우 동일하게 처분하도록 규정함으로써 상습범 사이에 처분의 차별성이 있도록 규정하여야 한다. 따라서 상습위반자에 대한 처분기준은 위반횟수에 따라 그 처분기준에 차이를 두어 상습 위반자를 예방할 수 있을 것이다.

도시 및 주거환경정비법령상 상습위반자에 대한 처분기준을 규정한 사례는 없다.

- (7) 공무원과 국민이 입장에서 쉽게 알아볼 수 있도록 정비한다.

도시 및 주거환경정비법은 2006년 9월 27일에, 시행령은 2006년 6월 12일에 그리고 시행규칙은 2006년 8월 7일에 일부개정을 통하여 비교적 도시 및 주거환경정비법의 시행령과 시행규칙상의 처분기준은 공무원과 국민의 입장에서 볼 때 쉽게 알아볼 수 있도록 정비되었다 할 수 있을 것이다.

- (8) 행정처분기준을 매우 구체적으로 설정한다.

도시 및 주거환경정비법 시행령은 위반행위를 최소화하여 규정하고 있음으로 인해 행정처분기준은 비교적 구체적으로 설정되어 있다.

## 2. 일반기준의 정비지침

- (1) 행정처분기준이 재량준칙으로서의 성격을 가지고 있으므로  
기속적 표현은 피하도록 한다.

도시 및 주거환경정비법상 행정처분기준은 일반기준과 개별기준을  
구별하고 있지 않은 바, 본 지침은 직접적으로 적용되지 아니한다.

- (2) 가중 - 감경 재량처분의 근거는 그대로 둔다. 다만, 허용하는  
경우에는 가중 - 감경위원회의 심의 - 의결을 거치도록 한다.

국민에게 의무를 부과하거나 권리를 제한하는 침해적 행정처분의  
기준은 반드시 형식적 법률주의를 전제하여야 한다. 처분권자의 재량  
의 여지를 남겨둘 경우 행정의 투명성과 신뢰성을 떨어뜨려 그 실효  
를 거둘 수 없을 뿐 아니라 처분권자의 부조리를 조장할 수 있다는  
점에서 이러한 규정이 있을 경우 반드시 정비하여야 할 것이다.

도시 및 주거환경정비법 시행령 별표 6 (과태료의 부과기준)의 비교  
에서 “위반행위의 동기 - 결과 - 내용 및 횟수 등을 참작하여 해당금액  
의 2분의 1의 범위안에서 이를 가중 또는 경감할 수 있다. 다만 가중  
하는 경우에도 과태료의 총액은 법 제88조 제1항의 규정에 의한 과태  
료 부과 한도액을 초과할 수 없다” 라고 규정하여 처분권자에게 재량  
의 여지를 두고 있다. 가중 - 감경위원회의 심의 - 의결을 거치도록 하여  
야 할 것이다. 그리고 과태료금액을 법 제88조 제1항에서 규정하고 있  
는 500만원 이하에 부합하게 상향하는 것이 바람직 할 것이다.

- 1) 도시 및 주거환경정비법 시행령 별표 6 (과태료의 부과기준)의  
금액정비

현 행	정 비 안
도시 및 주거환경정비법 시행령 별표 6 (과태료의 부과기준)의 과태료금액	도시 및 주거환경정비법 시행령 별표 6 (과태료의 부과기준)의 과태료금액

<p>제1호. 법 제49조 제4항 또는 제54조 제1항의 규정에 의한 통지를 태만히 한 자 - <u>200만원</u></p> <p>제2호. 법 제74조 제1항 또는 제75조 제2항의 규정에 의한 보고 또는 자료의 제출을 태만히 한 자 - <u>400만원</u></p> <p>제3호. 법 제81조 제4항의 규정에 의한 관계서류인계를 태만히 한 자 - <u>400만원</u></p>	<p>제1호. 법 제49조 제4항 또는 제54조 제1항의 규정에 의한 통지를 태만히 한 자 - <u>300만원</u></p> <p>제2호. 법 제74조 제1항 또는 제75조 제2항의 규정에 의한 보고 또는 자료의 제출을 태만히 한 자 <u>(신설) 가. 1회 위반시 - 300 만원</u> <u>(신설) 나. 2회 위반시 - 500 만원</u></p> <p>제3호. 법 제81조 제4항의 규정에 의한 관계서류인계를 태만히 한 자 - <u>500 만원</u></p>
---	---

- (3) 과징금 부과대상에서의 제외여부는 과징금 처분기준에서 정하도록 정비한다.

도시 및 주거환경정비법상에 있어서는 과징금에 관한 규정을 두고 있지 않다.

- (4) 신고의무위반에 대해서는 중국적으로 허가취소가 아니라 영업소 폐쇄 등의 조치를 취하도록 정비한다. 그리고 신고의무위반에 대한 과태료 부과시에는 반드시 금액의 상한선을 설정하도록 정비한다.

일반기준의 정비지침에 있어 신고의무위반에 대해서는 중국적으로 허가취소가 아니라 영업소 폐쇄 등의 조치를 취하도록 정비한다는 의미는 신고영업자의 법령준수의무 또는 성실의무를 담보하기 위한 것이다.

도시 및 주거환경정비법상에는 신고의무위반에 대한 처분규정을 두고 있지 않다.

- (5) 행정처분효과의 승계에 관한 규정은 행정처분기준이 아닌 직접 법률에서 명시적으로 규정하도록 정비한다.

도시 및 주거환경정비법령에는 행정처분의 승계에 대해서는 별도의 규정이 없다.

- (6) 행정쟁송결과 원고의 위법성은 인정되나 그 처분이 과하다고 판결된 사건에 대하여 행정청이 당해 행정쟁송의 원인이 된 처분을 일정한 정도 감하여 재처분할 수 있는 근거규정을 마련하도록 정비한다.

해당사례가 없다.

### 3. 개별법령의 정비지침

- (1) 위반행위란과 근거법령란을 정확하게 명시하도록 정비한다.

행정처분기준에서는 위반행위, 행정처분의 법적 근거 및 행정처분기준을 명확히 적시하여야 한다.

- (2) 경고처분의 법적근거를 마련하도록 정비한다.

행정처분기준에 대한 제재처분의 일종으로서 경고처분은 그 성격이 강학상의 경고(사실행위)와는 달리 당연히 행정처분이다. 따라서 이를 위해서는 상위법인 법률에 근거가 있어야 한다. 행정처분기준에 제1차 처분으로서 경고처분을 하도록 규정하면서 법적근거를 두고 있지 않다면 큰 문제가 아닐 수 없다.

도시 및 주거환경정비법령에 있어 경고처분에 관한 규정을 두고 있지 않다.



(3) 의무자별로 개별화하여 정비한다.

행정처분기준은 형식적인 측면에서 처분의 상대방별로 개별화하여 규율하여야 할 필요성이 요청된다. 각 법령에는 의무를 부담하는 주체가 있고 이들에 대해서 당해 법령에서 그에 특유한 의무를 부과하고 있다. 행정처분기준은 이들 주체 각각의 의무위반행위에 대한 행정처분기준을 정하여야 하는 것이다.

도시 및 주거환경정비법 시행령 별표 5에서는 정비사업전문관리업자의 등록취소 및 업무정지처분을 규정하고 있으며, 별표 6에서는 추진위원회·사업시행자·정비사업전문관리업자·철거업자·설계자 및 시공자 등 이 법에 의한 업무를 하는 자에 대한 위반행위별 처분기준(과태료)을 규정하고 있는 바, 정비지침에 부합하여 개정의 필요성이 없다고 할 수 있다.

(4) 과징금 상한액을 실효성 있게 정비한다.

도시 및 주거환경정비법령에서는 과징금에 대해서는 별달리 규정하고 있지 아니하다.

## 제 5 장 요약 및 소결

현행 우리 건축법제와 관련하여서는 타 행정분야에 비해 건축행정이 갖는 현실상응을 위한 다변성이라는 특징으로 인해 실제 관련법규에 영향을 받게 되는 건축 관련 종사자들 간에도 특히 제재적 행정처분과 관련한 법규에 대한 이해부족, 업무의 과실 등으로 인하여 많은 위반행위가 발생하여 왔다. 이와 같은 제재적 처분행위는 재량행위로서의 성격을 갖는 것이 일반적이다. 행정청이 재량행사를 함에 있어서는 하급관청이나 관계공무원이 통일적인 재량행사를 할 수 있도록 재량준칙을 제정하여 운용하는 것이 일반적이다. 행정처분기준은 상위법률의 재량규범에 일치하게 정하여져야 하나, 때로는 그 기준이 비탄력적으로 정해져 재량을 부여한 본래 입법목적과 동떨어지는 경우가 발생하게 되는 경우도 있다. 이러한 일반적 재량행사도 재량권을 부여한 법률의 수권목적의 테두리를 벗어날 수 없으며, 경우에 따라서는 매우 비전형적인 사실관계에 직면해서 관계공무원은 재량준칙으로부터 벗어나 구체적·개별적 결정을 할 수도 있다. 이러한 재량행사의 특이성과 함께 종래 건축행정관련 행정처분기준이 명확하지 않음으로 인해 관계 행정청과 건축 관련 실무자간의 분쟁은 끊이지 않고 있는 실정이다.

이와 같은 분쟁의 소지를 제거하기 위하여 종래, 학계는 물론 실무계에 있어서도 행정처분기준의 정립을 위한 연구가 선행되어져 온 바 있다. 그러나 이러한 연구는 단편적으로 그때그때의 필요성에 의하여 개별적으로 연구되어짐으로 인해, 같은 행정분야에 있어서도 개별 법령간의 법치국가 원리와의 정합성, 행정처분기준의 명확성에 근거한 재량권 행사에 따른 예측가능성과 법적안정성을 통한 국민의 실질적인 권익구제의 보장이라는 목적에는 미흡하였다 할 것이다.

본 연구에서는 행정처분기준의 정비방안을 통한 궁극적인 목적에 이르고자 기존의 선행연구방법과는 달리, 『□□행정처분기준의 정비방안』이라는 대주제하에서 도출되어진 “행정처분기준의 정비지침”을 척도로 적용하였다. 우리나라 건축행정분야의 다수의 개별법령 가운데 건축행정부의 모법이라고 할 수 있는 건축법과 실무에 있어 빈번히 적용되어지는 건설기술관리법, 그리고 도시 및 주거환경정비법을 우선적으로 정비대상으로 선정 - 정비안을 도출해 보았다.

건축법령에 있어서는 특히, 타 행정분야는 물론 건축관련법령에서도 특징적이라 할 수 있는 이행강제금의 운용에 있어서 직접적으로 적용되는 건축법 시행령 별표 15의 “이행강제금의 산정기준”에 있어서의 행정법상 일반원칙인 비례- 평등원칙과의 정합성의 여부와 건축법 제69조의2 제1항에서의 이행강제금 부과요건을 형식적 불법과 실질적 불법으로 구별하여 법리적인 모순을 제시하고 이의 정비방안을 제시하였다.

건설기술관리법령에 있어서는 무엇보다 행정처분기준의 논의에 있어 항시 대두되는 입법형식의 문제와 관련하여 현행 건설교통부령으로 입법되어 있는 건설기술관리법 시행규칙 별표2 (건설기술자에 대한 업무정지기준), 건설기술관리법 시행규칙 별표4 (설계등 용역을 수행한 건설기술자에 대한 업무정지기준) 및 건설기술관리법 시행규칙 별표17 (감리전문회사에 대한 위반행위별 처분기준) 등에 대해 타당하다는 결론을 내렸으며, 위반사항에 대한 제재적 처분으로서의 등록취소 - 업무정지 등에 관한 처분양정이 과연 건설기술관리법이 의도하고자 하는 법익에 상응하는지를 처분양정의 중 - 경을 구분하여 검토하였다. 또한 타 건축 관련법령에 비하여 빈번히 나타나는 소위 “포괄적 행정처분기준의 반복금지”에 대하여 건설기술관리법령의 별표의 정비를 통한 정비안을 제시하였다. 그리고 상습위반자에 대한 처분기준

의 강화라는 정지지침에 의거, 건설기술관리법 시행규칙 별표17 제7호의 처분내용을 신설하였다.

끝으로 건축행정분야에 있어 행정처분기준에 대한 실효성의 확보와 처분의 신뢰성 및 행정의 당사자 등 국민에게 예측가능성을 담보한다는 측면에 있어 종래 지나치게 다양하게 규정된 위반사항은 오히려 직접 처분을 담당하는 공무원을 혼란스럽게 하는 부작용을 야기하였다. 때문에 행정처분 대상 위반행위는 법령별로 주요위반행위 위주로 최소화하고 처분기준을 강화하는 정비가 지속되어야 할 것으로 사료된다.

## 제 3 편 결 론

재량문제는 국가권력이 법과 어떠한 관계에 있는가 하는 문제이며 특히 그것은 입법권과 행정권의 관계의 문제이다. 국민의 입장에서 보면 국민과 관련되는 행정의 행동기준이 입법자에 의하여 어떠한 범위에서 미리 결정되어 있는가, 그리고 어떠한 범위에서 행정이 스스로 자기의 행동기준을 설정할 수 있는가는 중요한 문제이다.

우리의 행정현실은 복잡다기한 현대국가의 과제를 실현하는 과정을 겪고 있기 때문에 행정작용의 근거가 되는 법규가 그 요건에서는 이른바 불확정개념을 사용하여 행정청에게 구체적인 상황에서 나름대로의 판단의 여지를 부여하며, 법률효과 면에서도 공권력 발동의 여부와 다양한 대안 중에서 어느 하나를 선택할 수 있는 권한을 부여하게 되는 것이다. 특히 한국사회에 특유한 다이내믹한 변화에 행정활동이 능동적으로 대처하기 위해서는 행정의 전문성을 활용하고 문제해결 능력을 제고하기 위해서도 입법자가 의식적으로 법규상 행정청의 재량을 인정하는 경우가 늘고 있다.

한국의 행정실무와 행정법의 적용과정에서 특히 행정재량이 문제되는 것은 행정청이 법규상 재량권을 갖는 경우에는 민원인이나 기업 등 국민들이 그 재량행사의 기준이나 원칙을 제대로 알 수 없어 투명한 행정이 이루어지지 못한다는 것이다. 결국 이러한 불투명한 행정은 법규가 행정청에 부여한 권한 이상의 “비공식적 재량”을 생성시키며 이것이 행정청과 관료의 부패를 촉발시키는 원인을 제공하고 있다. 결국 행정청의 재량권 행사의 기준과 원칙이 투명하지 못한 것은 투명성과 공개를 지향하는 한국의 법제도와 조화되지 못하며 공공부문 뿐 아니라 이와 교섭하는 기업 등 민간부문의 투명성과 경쟁력을 동시에 저해하는 결과를 가지고 온다. 따라서 한국사회에서 행정관청이 가지고 있는 재량권 행사의 기준과 원칙을 정한다는 것은 단순히 이를 통한 재량권 행사의 자율적 통제라는 차원을 넘어서서 행정의 투명성, 국가경쟁력의 제고, 부정부패의 방지라는 보다 근본적인 목적

과 취지를 가지고 있다.

중요한 것은 역시 행정청이 보유하고 행사하는 재량은 여전히 국민의 기본권 보장이나 권력분립 등과 같은 자유주의원칙에 의하여 제한을 받는다는 사실을 간과해서는 안된다는 것이다. 독일연방헌법재판소의 판례에 의하면 법치국가원리는 법규를 통하여 행정청에게 재량을 부여함에 있어서 그 내용, 대상, 범위 등을 명확하게 규정함으로써 재량권에 의한 개인의 권리가 제한되는 경우 충분히 사전적으로 이를 예측할 수 있어야 한다. 특히 행정의 법률적합성원칙은 행정청에게 재량권을 부여함에 있어서 그 내용과 한계를 상세히 규정하여 국민의 자유에 대한 제한을 행정부가 결정하지 않도록 입법적인 배려의 의무를 강조하고 있다.

그리하여 행정처분기준은 행정의 실효성과 국민의 권익보호를 달성하기 위한 주요한 법적 수단으로 자리매김하기에 이르렀다. 그리고 행정처분기준은 재량권 행사의 투명성 확보와 깊은 연관을 맺고 있다. 종래의 재량권 행사의 투명성 확보노력은 사후적 사법적 통제시스템의 가동을 통해 이루어졌지만 결과적으로 성공적이지는 못하다는 평가를 받았다. 왜냐하면 재량에 대한 통제는 재량의 남용·일탈이 있는 경우에만 실체법적 판단에 기초한 통제가 가능했고 행정청이 재량행위 내에서 처분을 한 경우에 설령 재량을 그르쳤더라도 부당행위가 되는데 그치고 사법통제의 대상은 되지 않았기 때문이다. 이것은 종래 우리나라의 학설과 판례가 독일식의 실체법적 관점에서 재량과 행정규칙을 이해한 것에서 비롯된 필연적인 결과라고 생각한다.

종래의 사후적 사법적 통제시스템의 가동이 재량권 행사의 투명성 확보에 일정한 본질적인 한계를 드러냄에 따라 재량권 행사의 투명성 확보를 위한 근본적인 패러다임의 전환이 강력히 요청되었다. 다시 말하면 재량에 대한 절차적 통제의 필요성이 요청되었고 여기에 부응한 것이 사전적 통제시스템이었다고 할 수 있다. 그것이 결국 행정처분기

준의 설정 및 공표를 통한 새로운 방식의 채택으로 이어졌다. 즉, 행정 절차법상 “처분기준의 설정 및 공표제도”로 나타난 것이다. 이는 재량과 행정규칙의 영역을 절차법적으로 접근했다는 점 및 기존의 행정규칙을 법적인 영역으로 끌어들이었다는 점에 행정법적 의의를 찾을 수 있다.

행정은 끊임없이 변화·발전하는 생명체와도 같기 때문에 이를 규율하는 관련법령의 내용도 그에 맞추어 변화하여야 하고, 이를 보조하는 행정처분기준은 변화하는 제반내용들을 빠짐없이 반영하여 상위법과의 관계에서 모순이 없어야 하며, 무엇보다도 처분양정을 합리적이고 적정하게 마련하여 국민의 권리와 이익이 행정의 공익목적에 희생되는 일이 없도록 조율하여야 할 사명을 가지고 있다.

그런데 현행법령에 의한 행정처분기준을 보면, 행정처분기준이 설정되어 있더라도 ①사실상 사문화되어 있는 경우, ②불명확하여 이해하기 어려운 경우, ③비례의 원칙 등 행정법의 일반원칙을 위배한 경우, ④상위법과 모순이 있는 경우, ⑤상위법에 법적 근거가 없는 경우 등 문제점들이 드러나고 있어 결과적으로 행정실무에서도 상당한 곤란을 겪고 있고 행정의 상대방인 국민 역시 이로 인해 권익을 침해받는 등 적지 않은 문제점을 노출시키고 있어 행정처분기준에 대한 전반적인 정비필요성이 지속적으로 제기되어 왔다.

이와 같은 문제인식에 기초하여 현행 법령상 행정처분기준을 세부적으로 검토하고 구체적인 처분기준을 새로이 체계화하여 재량권 행사의 투명성의 확보 및 향상, 국민의 권익을 도모하고자 이 연구를 수행하였다.

그리하여 행정처분기준의 정비를 위한 지침을 설정하여, 이 정비지침에 행정처분기준을 정비하였다. 행정처분기준의 정비에 있어서는 정비지침의 일반원칙에 따르고, 행정처분기준의 체계에 따라 일반기준과 개별기준으로 나누어 지침을 설정하는 것이 방법론상 타당하다고 본다.



**정비지침의 일반원칙**으로는 ① 제재처분에 한정하여 정비한다. ② 행정처분기준의 근거조항은 법률에 두되, 원칙적으로 부령에 위임하는 형식으로 정비한다.<sup>436)</sup> ③ 비례원칙, 평등원칙 등 행정법상 일반원칙에 따라 정비한다. ④ 포괄적 행정처분기준의 반복을 금지하도록 정비한다. ⑤ 처분기준에서 정한 위반사항에 오류가 있는 경우에는 즉시 정비한다. ⑥ 상습위반자에 대한 처분기준을 강화하도록 정비한다. ⑦ 공무원과 국민의 입장에서 쉽게 알아볼 수 있도록 정비한다. ⑧ 행정처분기준을 매우 구체적으로 설정한다.

**일반기준의 정비지침**으로는 ① 행정처분기준이 재량준칙으로서의 성격을 가지고 있으므로 기속적 표현은 피하도록 정비한다. ② 가중·감경 재량처분의 근거는 그대로 존치한다. 다만, 허용하는 경우에는 가중감경위원회의 심의·의결을 거치도록 한다. ③ 과징금 부과대상에서의 제외 여부는 과징금 처분기준에서 정하도록 정비한다. ④ 신고의무위반에 대해서는 종국적으로 허가취소가 아니라 영업소 폐쇄 등의 조치를 취하도록 정비한다. 그리고 신고의무위반에 대한 과태료 부과시에는 반드시 금액의 상한선을 설정하도록 정비한다. ⑤ 행정처분효과의 승계에 관한 규정은 행정처분기준이 아닌 직접 법률에서 명시적으로 규정하도록 정비한다. ⑥ 행정쟁송결과 원고의 위법성은 인

---

436) 이 정비지침과 관련하여 적정성에 대해 적지 않은 논란이 있을 수 있다. 학계에서 대법원 판례가 대통령령에 규정된 행정처분기준에 대해서만 법규성을 인정하는 것에 대해 많은 비판이 제시되고 있다는 것에 대해서는 앞에서 구체적으로 언급한 바 있다. 전문가들과 부처 관계자들의 의견(전문가회의와 워크숍 및 자문 등)을 종합하여 검토한 결과 대법원 판례의 입장(대통령령에 규정된 행정처분기준의 법규성 인정)과 최근의 일부 부처의 입법경향을 감안하여 행정처분기준을 대통령령에 두는 것으로 타당하다는 의견도 다수 제시되었으나, 그렇게 할 경우, 대다수 부령에 있는 행정처분기준을 확일적으로 대통령령으로 올림으로써 초래될 수 있는 지나친 행정력 낭비를 막을 필요가 있다는 의견이 일부 전문가와 연구심의회, 심의위원들의 의견을 존중하여 부령에 두는 것으로 정비지침을 정하였다. 그리고 행정처분기준과 관련하여 궁극적으로 중요한 것은 상위법이 행정청에게 행정처분과 관련하여 부여한 재량이 얼마나 행정처분기준에 제대로 반영되어 있는지의 관점이라 할 수 있고 그런 맥락에서 행정처분기준의 정비안의 적정성이 보다 중요하다고 본다.

정되나 그 처분이 과하다고 판결된 사건에 대하여 행정청이 당해 행정쟁송의 원인이 된 처분을 일정한 정도 감하여 재처분할 수 있는 근거규정을 마련하도록 정비한다.

**개별기준의 정비지침**으로는 ① 위반행위란과 근거법령란을 정확하게 명시하도록 정비한다. ② 경고처분의 법적 근거를 마련하도록 정비한다. ③ 의무위반자별로 개별화하여 정비한다. ④ 과징금 상한액을 실효성있게 정비한다.

한편 개별행정별 정비방안으로 먼저 **경찰행정**을 보면, 경찰청 소관 20개 법률 중 행정처분 규정을 두고 있는 5개 법률과 그 하위 명령에서 규정하고 있는 행정처분 기준에 대하여 개괄적으로 검토하여 보았다. 물론 서론에서도 밝혔지만 강학상 행정행위의 개념과 이번 검토의 대상분야는 다소 차이가 있는 것이 사실이다.

극히 제한적이었으나 경찰청 소관 행정처분 기준을 두고 있는 5개 법령을 검토한 결과는 조금 당혹스럽다는 느낌을 받을 수 밖에 없었다. 몇 가지 문제점 내지 미비점을 살펴보면, 우선, 도로교통법령을 제외한 4개 법령의 행정처분 기준은 사문화 되어가고 있다는 점이다. 도로교통법령에 의한 행정처분 이외에 '05년도 행정처분 실적을 살펴보면 경비업자에 대한 처분실적이 연간 95건, 총포·도검·화약류등 단속법을 적용한 처분실적이 연간 9,054건에 불과한 실정이다.

이렇듯 행정처분 기준을 적용한 실적이 극히 저조한 실정이고, 그에 따라 행정처분 기준도 현실의 반영 등 행정여건을 고려하거나 규정상 미비점 및 오류 등을 개정·보완하기 보다는 단지 규정으로서 존재한다는 것이다.

특히, 사행행위 등 규제 및 처벌특례법에서 정하는 사행업의 허가조건이 공공복리의 증진, 상품의 판매선전 또는 관광진흥과 관광객의 유치촉진을 위하여 특히 필요하다고 인정되는 경우로 한정하고 있어

이를 적용할 경우 사행업의 허가가 불가능하며 현실적으로도 동 법률을 적용하여 사행업을 허가한 사례가 전무한 실정이다.

또한 현행 복권 및 경정·경륜 등 사행업은 다른 부처 소관인 「복권및복권기금법」, 「관광진흥법」, 「경륜·경정법」 등 특별법에 의하여 허가 및 행정처분이 되고 있는 실정이므로 더욱이 사행행위 등 규제 및 처벌특례법의 사문화를 촉진한다고 하겠다.

둘째, 당해 법령 내에서의 문제점 내지 미비점 이외에 경찰법령 전체의 입장에서 동일 또는 유사한 위반행위에 대해서는 동일한 처분기준을 적용하는 것이 바람직하지만 경찰법령에서는 이를 전혀 고려하지 않고 있다는 것이다.

예를 들어, 경찰서장 등 감독청의 지도·감독 명령에 따르지 아니하거나 감독규정을 위반한 경우 경비업자에게는 영업정지 또는 허가취소를, 경비지도사에게는 자격정지처분을, 자동차운전면허전문학원 등에게는 운영정지 처분을, 사행행위 관련 허가에서는 자격정지 또는 자격취소를, 총포·도검·화약류등단속법에서는 경고·자격정지 및 자격취소처분을 두는 등 제각기 다른 기준을 적용하고 있는 실정이므로 비록 자격의 종류에 따라 다른 기준을 적용해야 하는 경우도 있겠지만 경찰법령 내의 동종 또는 유사 위반행위에 대해서는 동일한 기준을 마련하는 것도 검토해 보아야 할 분야라고 생각된다.

끝으로 일부 법령의 경우 위반행위의 종류를 자세하게 규정하여 처분의 신뢰성 및 행정의 당사자 등 국민에게 예측가능성을 담보한다는 점에서 긍정적인 측면을 제공하고 있으나 고용된 자의 복장 및 자격증 부착 등 사업주가 판단할 분야까지 행정청이 규제하는 것은 지나친 간섭이라고 밖에 할 수 없을 것이므로 극히 사적이고 개인적인 분야는 사적 영역에서 담당하도록 하는 것이 바람직할 것이다.

또한 위반사항을 지나치게 다양하게 규정하여 일선에서 직접 처분을 담당하는 공무원을 혼란하게 하기보다는 행정처분 대상 위반행위

는 법령별로 주요위반행위 위주로 최소화하고 처분기준을 강화하여 실효성있는 행정처분이 될 수 있도록 하고, 기타 위반행위에 대해서는 범칙금 내지 과태료·과징금 등 금전적 제재를 강화하는 것이 행정환경 및 국민정서에 부합하는 행정이 되지 않을까 한다.

경찰행정분야는 규제행정의 대표적인 분야라고 할 수 있다. 다시 말해 국민들로부터 환영받기 보다는 기피의 대상이 되는 행정이 경찰행정인 셈이다. 따라서 원칙에 입각한 행정 이외에 국민이 납득할 수 있는 보편적 가치와 상식의 범위를 벗어나지 않도록 하는 것이 바람직하지 않을까 생각한다.

둘째, **보건행정**을 보면, 보건행정분야의 각종 인허가사업을 영위하는 국민이 법령상의 준수사항이나 의무를 위반하거나 불이행한 경우에는 관계행정청이 당해 영업활동에 대한 제재를 가할 수 있도록 하는 제도가 광범위하게 활용되고 있는데, 그러한 제재적 처분행위는 재량행위로서의 성격을 갖는다. 행정청이 재량행사를 함에 있어서는 하급관청이나 관계공무원이 통일적인 재량행사를 할 수 있도록 재량준칙을 제정하여 운용하는 것이 일반적이다. 개별·구체적인 재량처분의 발령행위를 개별적 재량행사라 한다면 이러한 재량준칙제정행위는 일반적 재량행사라 부를 수 있다.

이러한 재량준칙은 본래 행정공무원의 재량권행사의 통일성·일관성의 유지, 자의적인 재량권행사의 방지 그리고 공무원의 부담경감을 위해 제정되는 것이다. 따라서 공무원에 대해 사무처리준칙이나 행정업무지침의 성격을 가지는 처분기준은 행정규칙의 형식으로 제정되면 충분하다. 이는 이미 식품위생법시행규칙 제53조에서 [별표 15]로 정한 행정처분기준에 관한 대법원판례에서도 확인할 수 있다.

그러나 보건행정법령이 목적으로 하고 있는 국민의 건강, 위생, 그리고 안전을 도모하기 위해서는 필연적으로 그러한 위해를 유발하는

원인을 제공하는 주체에게 규제를 가할 수밖에 없게 되는데 현행의 보건행정법령은 그러한 규제적 처분-제재적 처분-의 발동근거는 법률과 대통령령에서 규정하고 있지만 처분양정의 기준은 재량준칙으로서 성질을 가지지만 형식상 법규명령의 한 종류인 시행규칙에 규정하고 있다.

여기에서 형식적으로는 대외적 법규성이 있는 시행규칙에 규정되어 있지만 그 실질적인 면에서는 대외적 법규성을 인정할 수 없는 재량준칙의 법적성격이 재량준칙의 이중적 지위의 문제와 결부되어 문제점이 발생하는 것이다.

보건행정과 관련하여 행정절차법이나 각 개별법령-시행규칙 포함-에 규정하고 있는 행정처분기준이나 제재적 처분으로서의 과징금부과기준에 대하여 식품위생법과 공중위생관리법을 중심으로 한 학설과 판례의 견해를 소개하고 이를 바탕으로 현행 보건행정과 관련한 행정처분기준의 운용현황과 문제점 및 그 정비방안을 모색하는 것이다.

이러한 정비방안을 통하여 행정처분기준으로 위반사항을 지나치게 다양하게 규정하여 행정집행 일선에서 직접 처분을 담당하는 공무원을 혼란하게 하기 보다는 행정처분 대상 위반행위는 법령별로 주요 위반행위 위주로 최소화하고 처분기준을 강화하여 실효성있는 행정처분이 될 수 있도록 하며 기타 위반행위에 대해서는 범칙금 내지 과태료 또는 과징금 등 금전적 제재를 강화하는 방향으로 입법정책이 고려되어야 현재의 행정환경 및 국민정서에 부합하는 행정이 이루어졌으면 한다.

셋째, **건축행정**을 보면, 현행 우리 건축법제와 관련하여서는 타 행정분야에 비해 건축행정이 갖는 현실상응을 위한 다변성이라는 특징으로 인해 실제 관련법규에 영향을 받게 되는 건축 관련 종사자들 간에도 특히 제재적 행정처분과 관련한 법규에 대한 이해부족, 업무의

과실 등으로 인하여 많은 위반행위가 발생하여 왔다. 이와 같은 제재적 처분행위는 재량행위로서의 성격을 갖는 것이 일반적이다. 행정청이 재량행사를 함에 있어서는 하급관청이나 관계공무원이 통일적인 재량행사를 할 수 있도록 재량준칙을 제정하여 운용하는 것이 일반적이다. 행정처분기준은 상위법률의 재량규범에 일치하게 정하여져야 하나, 때로는 그 기준이 비탄력적으로 정해져 재량을 부여한 본래 입법목적과 동떨어지는 경우가 발생하게 되는 경우도 있다. 이러한 일반적 재량행사도 재량권을 부여한 법률의 수권목적의 테두리를 벗어날 수 없으며, 경우에 따라서는 매우 비전형적인 사실관계에 직면해서 관계공무원은 재량준칙으로부터 벗어나 구체적 - 개별적 결정을 할 수도 있다. 이러한 재량행사의 특이성과 함께 종래 건축행정관련 행정처분기준이 명확하지 않음으로 인해 관계 행정청과 건축 관련 실무자간의 분쟁은 끊이지 않고 있는 실정이다.

그리하여 우리나라 건축행정분야의 다수의 개별법령 가운데 건축행정법의 모법이라고 할 수 있는 건축법과 실무에 있어 빈번히 적용되어지는 건설기술관리법, 그리고 도시 및 주거환경정비법을 우선적으로 정비대상으로 선정- 정비안을 도출해 보았다.

건축법령에 있어서는 특히, 타 행정분야는 물론 건축관련법령에서도 특징적이라 할 수 있는 이행강제금의 운용에 있어서 직접적으로 적용되는 건축법 시행령 별표 15의 “이행강제금의 산정기준”에 있어서의 행정법상 일반원칙인 비례- 평등원칙과의 정합성의 여부와 건축법 제69조의2 제1항에서의 이행강제금 부과요건을 형식적불법과 실질적불법으로 구별하여 법리적인 모순을 제시하고 이의 정비방안을 제시하였다.

건설기술관리법령에 있어서는 무엇보다 행정처분기준의 논의에 있어 항시 대두되는 입법형식의 문제와 관련하여, 현행 건설교통부령으로 입법되어 있는 건설기술관리법 시행규칙 별표2 (건설기술자에 대

한 업무정지기준), 건설기술관리법 시행규칙 별표4 (설계등 용역을 수행한 건설기술자에 대한 업무정지기준) 및 건설기술관리법 시행규칙 별표17 (감리전문회사에 대한 위반행위별 처분기준) 등이 타당하다는 결론을 얻었으며, 위반사항에 대한 제재적 처분으로서의 등록취소-업무정지 등에 관한 처분양정이 과연 건설기술관리법이 의도하고자 하는 법익에 상응하는지를 처분양정의 경중을 구분하여 검토하였다. 또한 타 건축 관련법령에 비하여 빈번히 나타나는 소위 “포괄적 행정처분기준의 반복금지”에 대하여 건설기술관리법령의 별표의 정비를 통한 정비안을 제시하였다. 그리고 상습위반자에 대한 처분기준의 강화라는 정비지침에 의거, 건설기술관리법 시행규칙 별표17 제7호의 처분내용을 신설하였다.

끝으로 건축행정분야에 있어 행정처분기준에 대한 실효성의 확보와 처분의 신뢰성 및 행정의 당사자 등 국민에게 예측가능성을 담보한다는 측면에 있어 종래 지나치게 다양하게 규정된 위반사항은 오히려 직접 처분을 담당하는 공무원을 혼란스럽게 하는 부작용을 야기하였다. 때문에 행정처분 대상 위반행위는 법령별로 주요위반행위 위주로 최소화하고 처분기준을 강화하는 정비가 지속되어야 할 것으로 사료된다.

결론적으로 말하면, 국민의 생명과 안전 그리고 삶의 질과 밀접한 관련이 있는 경찰·보건·건축 행정분야의 법령에 규정되어 있는 행정처분의 기준을 종합적·체계적·통일적으로 정비함으로써 불확정개념을 사용하여 재량성을 많이 부여받은 행정청이 일반국민에게 예측가능성과 행정처분을 행하는 과정에서의 투명성을 담보하여 행정청의 집행에 있어서 국민의 이해를 이끌어 내는데 기여하기를 기대한다.

## 참 고 문 헌

### 【 국내문헌 】

- 강구철, “과징금제도에 관한 약간의 고찰”, 고시연구 1997년 10월호
- 강문수, “독일의 건축행정법상 행정처분기준의 현황과 시사점” 『프랑스와 독일의 행정제재의 현황과 시사점』 워크샵 자료집, 한국법제연구원, 2006. 6
- 김남진·김연태, 『행정법 I』, 법문사, 2006
- 김남진, “규범구체화 행정규칙”, 월간고시, 1989. 11
- 김남진, “이행강제금과 권리구제”, 고시연구, 2001
- 김남진, “대집행과 이행강제금의 이동 및 상호관계”, 법률신문, 2004. 6. 28.
- 김남철, “독일 경찰행정분야 행정처분기준의 현황과 시사점” 『경찰행정분야 행정처분기준의 법적 과제』, 한국법제연구원 워크샵 자료집 2006. 5. 26
- 김동희, 『행정법 I』, 박영사, 2006
- 김성수, 『일반행정법』, 법문사, 2004
- 김용섭, “법규명령 형식의 제재적 처분기준” 『판례월보』 제340호
- 김재광 외, 『재량행위 투명화를 위한 법령정비지침 수립』, 한국법제연구원, 2004.
- 김재광 외, 『도로교통법 전문개정방안 연구』, 한국법제연구원, 2002
- 김재광 외, 『도로교통법 시행령·시행규칙 전문개정방안 연구』, 한국법제연구원, 2004.



- 김재광, 『민간경비 관련법제의 개선방안연구』, 한국법제연구원, 2004
- 김재광, 『총포·도검·화약류등단속법 전문개정방안 연구』, 한국법제연구원, 2005
- 김재광, 『경범죄처벌법 전문개정방안 연구』, 한국법제연구원, 2006
- 김재광, “과태료제도의 문제점과 개선방안” 『법조』통권 577호, 2004. 10, 법조협회
- 김재광·박영도, 『재량행위 투명화에 따른 법령정비 효과분석기법 연구』, 법제처·한국법제연구원, 2005
- 김중보, 『건축행정법』, 학우, 2005,
- 김해룡, “현행 건축허가절차의 문제점”, 『토지공법연구』, 1996
- 김향기, “행정규칙의 유형과 외부효과”, 『월간고시』, 1994. 3
- 류지태, 『행정법신론』, 신영사, 2006
- 민동기, “현행 과태료제도에 관한 소고”, 『입법연구논문집(상)』, 국회사무처
- 박균성, 『행정법원론(상)』, 박영사, 2006
- 박균성, 『행정법강의』, 박영사, 2006
- 박영도, 『독일연방정부의 입법절차개혁 -연방각부공통직무규칙을 중심으로-』, 한국법제연구원, 2003
- 박영도, 『입법기술의 이론과 실제』, 한국법제연구원, 1997
- 박영도·김호정, 『과징금제도의 운영실태 및 개선방안』, 한국법제연구원, 2002
- 박영도·박수헌, 『과징금제도의 현황과 개선방향』, 한국법제연구원, 1993
- 박윤훈, 『최신행정법강의(상)』, 박영사, 2004

- 박영수, “우리나라 경찰행정분야 행정처분기준의 특징과 문제점” 『경찰행정분야 행정처분기준의 법적 과제』, 한국법제연구원 워크샵 자료집 2006. 5. 26
- 박 인, “우리나라 보건행정분야 행정처분기준의 특징과 문제점”, 『보건행정분야 행정처분기준의 법적 과제』, 한국법제연구원 워크샵자료집(2006. 5. 19)
- 박종수, 『약사법령에 의한 행정처분기준의 개선방안 연구』, 한국법제연구원, 2002
- 박종수, 『화장품법령에 의한 행정처분기준의 선진모델 개발』, 한국법제연구원, 2003
- 박종수, “우리나라 보건행정분야 행정처분기준의 특징과 문제점”, 『보건행정분야 행정처분기준의 법적 과제』, 한국법제연구원 워크샵자료집 토론문 (2006. 5. 19)
- 박해식, “공정거래법상 부당지원행위를 한 자에게 부과하는 과징금의 법적 성격”, 『경쟁법연구』제8권, 2002
- 류창호, 『식품안전법제의 체계화에 관한 연구』, 한국법제연구원, 2004. 11.
- 법제처, 『법령입안심사기준』, 1996
- 석종현, 『일반행정법(상)』, 삼영사, 2005
- 선정원, “시행규칙의 법적 성질과 부수적 통제의 실효성 강화” 『행정법판례 연구VIII』, 한국행정판례연구회
- 식품의약품안전청, 『식품안전관리체계를 개선한 7개국의 사례—미국 회계감사원(GAO)의 증언—』, 2005. 2
- 신봉기, “경제규제법상 과징금제도”, 『법조』, 1992. 9
- 신봉기, “우리나라의 건축행정분야에 있어서의 수익적 행정처분기준”, 한국법제연구원 워크샵자료집, 2006. 9. 28,

참고문헌

- 오준근, “재량행위의 판단기준과 재량행위의 투명화를 위한 법제정비 방안”, 『법제』2005. 6(통권 제570호).
- 유상현, “행정처분기준의 법규성” 『공법연구』제31집 제1호
- 정준현, “이행강제금”, 『법제』제346호
- 정기혜·곽노성·김영래·윤시몬·이충환·김정선, 『식품안전관리의 선진화를 위한 조사연구』, 보건복지부·한국보건사회연구원, 정책보고서 2002-2.
- 정기혜·윤시몬·최무현·김정선, 『식품분야 규제개혁 정책에 관한 평가연구』, 한국보건사회연구원·보건복지부, 정책보고서 2003-48.
- 정남철, “헌법소원의 대상으로서 소위 법령보충적 행정규칙”, 『헌법논총』, 제16집.
- 정하중, 『행정법총론』(제3판), 법문사.
- 정하중, “한국의 행정법상 강제집행제도의 개선방향”, 『김영훈교수 화갑기념논문집』, 1995
- 조용호, “인접건물소유자의 준공처분에 대한 쟁송”, 『법조』, 1995
- 조정찬, “법규명령과 행정규칙의 구별문제-제재적 행정처분의 기준을 정한 시행령·시행규칙의 법적 성질을 중심으로-”, 『법제』, 1998. 8.
- 윤영선, “행정쟁송에 있어서의 가구제제도”, 『재판자료』제67집
- 윤영선, “행정소송과 재량준칙” 『공법연구』제28집 제1호, 1999,
- 이상철, “과징금법제연구”, 법제처 법제연구총서(법제개선자료 제4집), 1997
- 임재홍, “행정절차법상 처분기준의 설정 및 공포”, 『행정법연구』, 1999
- 임재홍, 『행정절차법상의 처분기준에 관한 연구』, 인하대 대학원 박사학위논문, 1998. 8

- 조태제, “독일에서의 행정입법절차에 관한 논의” 『현대행정법학이론 (우제이명구박사화갑기념논문집 II)』, 1996,
- 채우석, “과징금 제도에 관한 일고찰”, 『토지공법연구』, 2002
- 최병선, 『정부규제론』, 1992.
- 최재규, “보건행정의 실제와 과제에 관한 연구”, 한국토지행정학회 제 2권 1호, 1989.
- 최정일, “법규범구체화 행정규칙의 법적 성질 및 효력”, 『판례월보』 264호
- 하용득, “법규형식을 취하는 재량준칙의 법적 성질” 『법제연구총서 법 제개선자료2집』(법제처, 1995. 12)
- 홍정선, 『행정법원론(상)』, 박영사, 2006.
- 홍준형 · 김성수 · 김유환, 『행정절차법제정연구』, 1996.
- 홍준형, “법규명령과 행정규칙의 구별” 『법제』, 1998. 8

## 【 국외문헌 】

- Beckmann, B, Die gerichtliche Überprüfung von Verwaltungsvorschriften im Wege der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle, DVBl. 1987, S. 617 f.
- Beckermann, Martin, Die gerichtliche Überprüfung von Verwaltungsvorschriften im Wege der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle, DVBl. 1987, 611- 618.
- Bachof, Otto, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1995, 97- 102
- Battis, Ulrich/Gusy, Christoph, Technische Normen im Baurecht, Düsseldorf, 1988.
- Battis, Ulrich/Krautzberger, Michael/Löhr, Rolf-Peter, Baugesetzbuch, München, 1999.

참 고 문 헌

- Birgitte Zypries/Cornelia Peters, Eine neue Gemeinsame Geschäftsordnung für die Bundesministerien, ZG 2000, S. 316 f.
- Brohm, winfried, Öffentliches Baurecht, 1997, München, S. 433 ff.
- Die Bundesregierung, Moderner Staat- Moderner Verwaltung. Das Programm der Bundesregierung(<http://www.staat-modern.de/infos/daten/leitbild.pdf>)
- Die neue TA Luft, NVwZ 2003, 266- 274.
- Enste, Rainer, Der Umfang des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes im Beamtenverhältnis, JA 1979, 423- 427.
- Erichsen, Hans-Uwe/Klüsche, Charlotte, Verwaltungsvorschriften, Jura 2000, 540-548
- Ferner, Hilmar/ Kröniger, Holger, Baugesetzbuch, Nomos, 2005.
- Giesberts, Ludger/Hilf, Juliane, EG-rechtliche und verfassungsrechtliche Zulässigkeit normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften, Kie LAGA-Abfallliste auf dem Prüfstand, UPR 1999, 168- 172.
- Hans D. Jarass, Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften, JuS 1999, S. 108.;
- Hendler, Reinhard, Verwaltungsvorschriften zur Konkretisierung technischer Standards im Umweltrecht, UTR 40 (1997), 55- 82.
- Hill, Hermann, Einführung in die Gesetzgebungslehre, Heidelberg, 1982.
- Hoppenberg, Michael (Hrsg.), Handbuch des öffentlichen Baurechts, München, 1997.
- Jachmann, Monika, Die Bindungswirkung normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften, Die Verwaltung 28 (1995), 17- 31.
- Koch, Hans-Joachim, Die gerichtliche Kontrolle technischer Regelwerke im Umweltrecht, ZUR 1993, 103- 108.
- Köderitzsch, Lorenz, Die Rolle der Verwaltungsvorschriften im japanischen Verwaltungsrecht, Baden-Baden, 1995.
- Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., § 7 Rz. 13, 14.
- Ossenbühl, Fritz, Der verfassungsrechtliche Rahmen offener Gesetzgebung und konkretisierender Rechtsetzung, DVBl. 1999, 1- 7.
- Rogmann, Achim, Die Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften, Köln et al 1998.

- Rudisile, Richard, Verwaltungsvorschriften in der Rechtsprechung von Bundesverwaltungs- und Bundesverfassungsgericht, Diss. Freiburg 1987.
- Schenke, Wolf-Rüdiger, Der Rechtsschutz des Bürgers gegen Verwaltungsvorschriften, DÖV 1979, 622- 632.
- Schlichter, Otto/Stich, Rudolf, Berliner Kommentar zum Baugesetzbuch, Köln 2. Aufl. 1995.
- Sterken, Peter, Bedeutung von Verwaltungsvorschriften, VR 1996, 380- 382.
- Stich, Rudolf, Handlungs- und Entscheidungsspielräume des Landes bei der Bundesauftragsverwaltung unter besonderer Berücksichtigung der Ausführung des Atomgesetzws, in: AöR 110 (1985), 419- 446.
- S. Reinhard/ v.K. Alexis, Die neue TA Lärm in der Anwendung, in: VBIBW 2000, 348.
- S. Walter, Die Gleichheitsbindung an Verwaltungsvorschriften- BVerwGE 34, 278, in: JuS 1971, 184- 188.
- Tettinger, Peter J, Überlegungen zu einem administrativen Prognosespielraum, DVBl. 1982, 421- 433.
- Wolf, Joachim, Die Kompetenz der Verwaltung zur Normsetzung durch Verwaltungsvorschriften, DÖV 1992, 849- 860.
- Battis, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl.  
BGBI 2004, 2618(3007).  
BVerwGE 72, 300.  
BVerwGE 107, 338.  
BVerwGE 110, 216(219).
- Gesetz über technische Arbeitsmittel und Verbraucherprodukte(Geräte- und Produktsicherheitsgesetz - GPSG), vom 6. Januar 2004(BGBI I S.2), zuletzt geändert am 7. Juli 2005.
- Gesetz zur Ausführung des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches und weiterer Vorschriften (AGLFGB), vom 28. Juni 2006 (GVBl.I/06, [Nr. 07], S.74, 83).
- Verordnung(EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002.
- H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl.
- Hans D. Jarass, Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften, JuS 1999.

참고문헌

- Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl.  
R. Streinz, Lebensmittel- und Gesundheitsrecht, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. II, 2. Aufl., 2000, Heidelberg.  
Jacques-Henri STAHL, LA DIRECTIVE DE LA JURISPRUDENCE <<CREDIT FONCIER>>, Droit administratif, Fevrier 1998,  
<http://www.westlaw.com> - “discretionary directives /s guidelines” of Federal and States Statutes 검색자료.  
福井秀夫, 権利の配分・裁量の統制とコースの定理, 鹽野古希(上), (有斐閣, 2001, 425-430頁.  
高齢者、身体障害者等が円滑に利用できる特定建築物の建築の促進に関する法律, 平成6年6月29日法律第44号  
經濟法學會編, 獨占禁止法講座 VII, 商社法務研究會, 1995, 275면 이하  
宮田三郎, 「行政裁量とその統制密度」, 1994  
田村悦一, “裁量權の逸脫と濫用” 「行政法の爭點(新版)」,  
宇賀克也, 「國家報償法」, 1997  
塩野宏, “審査基準について” 「憲法裁判と行政訴訟」, 1999  
木佐茂男編, 自治體法務入門(第2版), ぎょうせい, 2000조.  
阿部泰隆, 行政裁量と行政救済, 三省堂, 1987.  
阿部泰隆, 行政の法システム(下), 有斐閣, 2002.  
小早川光郎, 行政手続法逐条研究, ジュリスト増刊, 1996.  
小早川光郎, 基準·法律·条例, 塩野宏古希紀念論文集行政法の發展と変革(下), 有斐閣, 2001.  
小早川光郎, 行政法講義9(下), 弘文堂, 2002.  
松永邦男, 要綱行政, 條例と規則(岩崎忠夫編), 實務地方自治法講座2, ぎょうせい, 1997.  
塩野宏, 行政法 I (第Ⅲ版), 有斐閣, 2003.  
宇賀克也, 行政手続法の理論, 東京大學出版會, 1995.,.  
原田尚彦, 行政法要論, 學陽書房, 2004.

- 田中二郎, 新版行政法(上卷), 有斐閣, 1987.
- 田村悦一, 行政訴訟における国民の権利保護, 有斐閣, 1975.
- 芝池義一, 行政法総論講義(第4版), 有斐閣, 2002.
- 判例時報1044号, “クロロキン薬害訴訟 第一審判決”.