

[청구인] ○○○

[피청구인] ○○○○○○○장

[주문] 청구인의 청구를 「기각」 한다.

[청구취지] 피청구인이 2017. 9. 26. 청구인에게 한 「식품위생법 위반  
과징금 부과처분」을 취소한다.

## 이 유

### 1. 사건개요

청구인은 2016. 10. 17.부터 인천광역시 ○○구 ○○○○○로○○번길 ○○-○  
○, ○층 ○○○호(○○동, ○○○○○)에서 ‘○○○○○(45㎡, 약13.6평)’ (이하  
‘이 사건 업소’라 한다)이라는 상호의 일반음식점을 운영하는 자로서 2017. 8.  
14. 20:21경 영업장 면적을 변경(확장)하고 변경신고하지 아니한 사실(2차)이 피  
청구인에게 적발되었다. 이에 피청구인은 2017. 8. 31. 청구인에게 「식품위생  
법」 제37조 위반을 사유로 영업정지 7일의 행정처분을 사전통지하였고 청구인이  
2017. 9. 14. 과징금으로 변경처분을 원하는 의견을 제출하여 피청구인은 2017.  
9. 26. 청구인에게 영업정지 7일에 갈음한 과징금 1,120,000원 부과(이하 ‘이 사  
건 처분’이라 한다) 처분을 하였다.

### 2. 청구인 주장

청구인은 다음과 같이 주장한다.

청구인은 ① 현재 실 평수 14평이 채 안 되는 곳에서 부가세 포함 330만원의  
월세를 내고 허가된 매장면적에서 테이블 4개만으로 영업을 하고 월세를 내야하  
는 불가능한 환경에서 영업을 하고 있는 점, ② 부천의 경우 적어도 건물 공동  
부지에서 영업에 대해서는 어느 정도 관행을 베풀고 있고, 기타 지자체에서도  
건물 공동부지에 대한 영업을 허가한 곳이 있으므로 상위 법안이 지방자치단체  
의 조례로 권한을 넘기지 말고 상업지내 건물 공동면적(사유지)에서 정당하게

영업을 할 수 있도록 조치를 바라고, ③ 사유지내 영업을 하지 못하게 되면 생계에 막대한 위협이 있는 점 등을 고려하여 이 사건 처분을 선처하여 달라고 주장한다.

### 3. 피청구인 주장

피청구인은 다음과 같이 주장한다.

가. 청구인의 업소는 식품위생법 제37조(영업허가 등)제4항 위반으로 영업장의 면적을 변경하고 변경신고를 하지 않은 사항으로 2017. 06. 20. 1차 행정처분을 받았으며 동일사항으로 2017. 08.14. 20:21경 우리구 식품위생감시원으로부터 2차 적발되어 처분사전통지 및 의견제출 결과 과징금 처분을 원한다는 의견을 적극 반영하여 영업정지 7일에 갈음하는 과징금 처분을 함.

나. 청구인의 업소는 민원신고에 따라 2017. 06. 20. 이동식테이블 설치 영업으로 1차 시정명령 행정처분(제 5호증)을 받았으며, 동일사항으로 1년 이내 재 적발될 경우에 가중처벌 되는 사항을 행정처분서에 고지 함.

다. 청구인은 적은 면적의 영업장에서 월세를 내며, 건물 공용부지 사용 허용과 행정처분 철회 및 공용부지 영업행위를 못하면 생계에 막대한 지장이있다고 주장하고 있으나 청구인의 업소는 불법건축물로 인한 영업행위로 주변 식품접객업 소간 민원신고가 발생하여 우리 구 식품위생감시원으로부터 식품위생법 제37조 (영업허가 등)위반으로 행정처분 받은 사항이며, 우리 구는 옥외영업허용 관련하여 별도로 정해진 사항은 없음.

라. 청구인의 업소는 고정 구조물이 설치되어 있어 식품의약품안전처 식품접객업 옥외영업 허용 관련 가이드라인에서 정한 기준에도 부합하지 않으며, 청구인의 업소는 집합건축물대장(전유부,갑)에 2017. 08.10. 위반건축물로 표기(근생, 천막파이프, 44㎡, 무단축조)(제 6호증)되어 있음.

마. 식품접객업 옥외영업 적용특례는 식품위생법 제36조(시설기준) 및 같은법 규칙 제36조(업종별 시설기준) [별표14] 8. 식품접객업의 시설기준 5)공통시설기준의 적용특례 가항에 규정되어 있으며, 식품접객업 옥외영업에 관한 조례를 시행중인 지방자치 단체는 옥외영업 적용대상을 엄격하게 규정하고 있으며, 건축물의 공용면적은 동 건물 세입자 및 출입자, 보행자가 원활하게 출입 사용하는 공용 공간으로 한 개인이 전용으로 사용할 수 없는 공간임.

바. 따라서, 청구인의 업소는 불법건축물을 설치하여 주변 업소 간에 반복되는 민원신고로 단속된 사항으로 적법하게 행한 처분에 대하여 취소 청구가 받아들여 진다면 그 동안 적법하게 행한 행정처분과의 형평성 문제와 재발의 우려가 되고 또한, 법적효력 상실 및 본 청구 제도 취지의 본질이 변질될 수 있으며, 건전한 영업풍토 조성 및 법질서 확립차원에서 「식품위생법위반 과징금부과 처분」 취소 청구는 마땅히 ‘기각’ 되어야 할 것임.

#### 4. 이 건 처분의 위법·부당여부

##### 가. 관계법령

「식품위생법」 제36조, 제37조, 제75조, 제82조

「식품위생법 시행령」 제26조, 제53조

「식품위생법 시행규칙」 제89조 [별표23]

##### 나. 사실관계

청구인 및 피청구인이 제출한 관련자료 등을 종합하여 보면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

1) 청구인은 2016. 10. 17.부터 인천광역시 ○○구 ○○○○○로○○번길 ○○-○○, ○층 ○○○호(○○동, ○○○○○)에서 ‘○○○○○○(45㎡, 약13.6평)’라는 상호의 일반음식점을 운영하는 자이다.

2) 피청구인의 식품위생감시원이 2017. 8. 14. 이 사건 업소에 출장하여 점검

한 결과, 신고된 영업 면적(45㎡) 외 4인 테이블 9개를 설치하여 영업한 사실을 확인하였다.

3) 위 2)의 위반행위에 대하여 피청구인은 2017. 8. 31. 청구인에게 「식품위생법」 제37조 위반(영업장 면적 변경 미신고 : 2차)을 사유로 영업정지 7일의 행정처분을 사전통지하였고, 청구인은 2017. 9. 14. 영업정지 처분에 갈음한 과징금으로 납부하겠다는 의견을 부가가치세과세표준증명원과 함께 제출하였다.

4) 피청구인은 2017. 9. 26. 청구인에게 영업정지 7일에 갈음하는 과징금 1,120,000원의 부과처분을 하였다.

## 다. 판 단

### 1) 먼저 처분의 근거 및 관계법령을 살펴보면,

「식품위생법」 제37조제4항 및 같은 법 시행령 제26조에 의하면 영업 종류별 또는 영업소별로 구청장에게 신고한 사항 중 영업장 면적 등을 변경할 경우에는 관할 구청장에게 신고하여야 하고 이를 위반한 경우 「식품위생법」 제71조에 따라 시정명령을 하고 이를 이행하지 않을 경우 「식품위생법」 제75조 제1항에 따라 영업허가를 취소하거나 6개월 이내의 기간을 정하여 그 영업의 전부 또는 일부를 정지하거나 영업소 폐쇄를 명할 수 있다.

같은 법 시행규칙 제89조 [별표23] 행정처분 기준을 보면 II. 개별기준 3. 식품접객업 제8호 다목에 영업장의 면적을 변경하고 변경신고를 하지 아니한 경우 2차 위반 시 영업정지 7일 처분을 하거나 같은 법 제82조 및 같은 법 시행령 제53조 [별표1]에 따라 영업정지 처분을 그에 갈음한 과징금으로 부과 처분할 수 있도록 규정하고 있다.

같은 법 시행규칙 제36조 [별표14] 의 8호 식품접객업의 시설기준 5) 공통시설 기준의 적용특례에서 라) 「관광진흥법」 제70조에 따라 시·도지사가 지정한 관

광특구에서 휴게음식점영업, 일반음식점영업 또는 제과점영업을 하는 경우에는 영업장 신고면적에 포함되어 있지 아니한 옥외시설에서 해당 영업별 식품을 제공할 수 있다. 이 경우 옥외시설의 기준에 관한 사항은 시장·군수·구청장이 따로 정하여야 한다. 마) 「관광진흥법」 제3조제1항제2호가목의 호텔업을 영위하는 장소 또는 시·도시사 또는 시장·군수·구청장이 별도로 지정하는 장소에서 휴게음식점영업, 일반음식점영업 또는 제과점영업을 하는 경우에는 공통시설기준에도 불구하고 시장·군수 또는 구청장이 시설기준 등을 따로 정하여 영업장 신고면적 외 옥외 등에서 음식을 제공할 수 있다라고 규정하고 있다

## 2) 다음으로 처분의 위법·부당함을 살펴보면,

가) 청구인은 「식품위생법」에 따라 식품접객업자로서 영업 신고한 영업장 내에서만 영업을 하여야 함에도 불구하고 영업장 면적을 변경(영업장 면적외의 이동식 테이블 영업)하고 이를 피청구인에게 신고하지 아니하고 영업한 사실이 피청구인 식품위생감시원의 현지 점검으로 확인된바 그 위반 사실이 명백하다 할 것이다.

나) 또한, 청구인은 2017. 6. 20. 동종의 위반 전력으로 피청구인으로부터 시정명령을 받은 바 있음에도 불구하고 청구인은 이를 시정하지 않고 2017. 8. 14. 재차 적발된 것으로 보아 식품접객업자로서 이를 시정하기 위한 노력을 다하지 않은 것으로 보이고, 「식품위생법 시행규칙」 제89조 [별표23] 행정처분기준의 규정에 따라 영업장의 면적을 변경하고 변경신고를 하지 아니한 경우 2차 위반 시 같은 법 제82조 및 같은 법 시행령 제53조 [별표1]에 따라 영업정지 7일의 처분에 갈음한 과징금으로 부과 처분할 수 있다는 규정에 따라 피청구인이 청구인에게 한 이 사건 처분은 타당하다.

다) 다음으로 청구인은 부천의 경우 적어도 건물 공동부지에서 영업에 대해서는 어느 정도 관행을 베풀고 있고, 인천광역시 ○○군 등 기타 지자체에서도 건물 공동부지에 대한 영업을 허가한 곳이 있으므로 상위 법안이 지방자치단체

의 조례로 권한을 넘기지 말고 상업지내 건물 공동면적(사유지)에서 정당하게 영업을 할 수 있도록 조치를 바란다고 주장하고 있어 이에 대해 살펴보기로 한다.

「식품위생법 시행규칙」 제36조 [별표 14] 업종별시설기준 8호에서 관광특구, 호텔업을 영위하는 장소 또는 지자체의 장이 정하는 장소에서 식품접객영업(휴게 음식점, 일반음식점 및 제과점영업)을 하는 경우 옥외영업을 허용하고 있는바, 인천광역시 ○○군은 2018 올해의 관광도시로 선정되어 본격적인 먹거리 관광실현을 위해 그간 관광특구나 호텔에서만 허용되던 옥외영업을 ○○군이 지정한 음식문화거리, 관내 해수욕장 주변의 일반음식점에 한하여 허용하는 조례를 제정하여 시행중이며, ○○군 조례에서도 영업시간과 시설기준 등을 별도로 규정하고 있고, 식품접객업 옥외영업은 「건축법」, 「도로법」 등 다른 법령에 위반·저촉되지 아니하여야 한 다라고 규정하고 있다.

또한, 2017. 5. 30. 식품의약품안전처의 ‘식품접객업 옥외영업 허용 관련 가이드라인’의 시설기준에 따르면 옥외영업장은 기 신고한 영업장과 연결된 같은 건축물 대지내 공지의 지상을 공간으로 하고 대지내 공지와 전면공지, 보도 및 옥상영업 등의 경우에도 「건축법」 및 「도로법」 등 타법에 저촉되지 않는 범주 내에서 지정 가능하고, 시설물은 고정구조물이 아닌 이동식의 간단한 편의시설만 설치 가능하다고 되어 있으나,

피청구인에 따르면 청구인의 경우 파이프를 용접하여 고정구조물로 설치하였고, 피청구인이 제출한 자료인 이 사건 건물의 건축물관리대장에 2017. 8. 10. 위반 건축물(근생, 천막파이프, 44㎡, 무단축조)로 기재되어 있는 것으로 보아, 건축법 위반사실이 인정되므로 ‘식품접객업 옥외영업 허용 관련 가이드라인’에 반하는 청구인의 주장은 받아들여질 수 없다.

라) 아울러 행정법규 위반에 대한 제재는 행정 목적 달성을 위하여 행정법규 위반이라는 객관적인 사실에 착안하여 가하는 제재이므로 위반자의 고의가 없다

고 하더라도 부과될 수 있고 청구인이 주장하는 여러 가지 사정을 고려하더라도 청구인이 입게 될 불이익보다는 그에 의하여 달성하고자 하는 공익상의 필요가 더 크다고 할 것이므로 이 사건 처분이 청구인에게 지나치게 가혹하여 재량권을 일탈·남용한 것으로 볼 수는 없으므로 피청구인이 청구인에게 한 이 사건 처분은 위법·부당함이 없다 할 것이다.

## 5. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 청구인의 청구를 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.