법학전문대학원협의회 연구용역 과제 보고서

변호사시험의 자격시험을 위한
행정법 표준판례연구

〈 표준판례 459선 〉

본 과제는 법학전문대학원협의회에서
변호사시험의 자격시험화를 위한 방안의 일환으로
교육 및 시험용 표준판례 선정작업을 시행하기로 함에 따라
“한국공법학회”에 의뢰하여 25개교 법학전문대학원 교수가 참여하여
개발된 연구결과물입니다.

목 차

제 1 편 행정법 총론

제 1 장 행정법 서론 ····· 3
제 1 절 행정과 행정법 ····· 3
제 2 절 행정법의 法源 ····· 11
제 3 절 행정법관계 ····· 32
제 2 장 일반 행정작용법 ····· 42
제 1 절 행정의 행위형식 ····· 42
제 2 절 행정절차 ····· 125
제 3 절 정보공개 ····· 250
제 3 장 행정의 실효성 확보수단 ····· 144

제 2 편 행정구제법

제 1 장 행정상 손해전보 ····· 169
제 1 절 행정상 손해배상 ····· 169
제 2 절 행정상 손실배상 ····· 215
제 2 장 행정쟁송법 ····· 234
제 1 절 행정심판 ····· 234
제 2 절 행정소송 ····· 246

제 3 편 행정조직법

제 1 장 국가행정조직법 ····· 337
제 2 장 지방자치법 ····· 340
제 3 장 공무원법 ····· 355

제 4 편 개별행정법

제 1 장 경찰행정법 ····· 371
제 2 장 공물법 ····· 375
제 3 장 공기업법 ····· 381
제 4 장 개발행정법 ····· 384
제 5 장 경제행정법 ····· 394
제 6 장 재정행정법 ····· 397
제 7 장 환경행정법 ····· 404
제 8 장 사회복지행정법 ····· 410

제1편 행정법 총론



제 1 장 행정법 서론
제 2 장 일반 행정작용법
제 3 장 행정의 실효성 확보수단

제 1 편 행정법 총론

제 1 장 행정법 서론

제1절 행정과 행정법

1. 법률유보원칙 (1)

(대법원 2015. 8. 20. 선고 2012두23808 전원합의체 판결)
〈주제〉 의회유보원칙, 본질성설, 위임입법의 한계

〈쟁점〉

특정 사안과 관련하여 법률에서 하위 법령에 위임을 한 경우, 모법의 위임범위를 확정하거나 하위 법령이 위임의 한계를 준수하고 있는지 판단하는 방법 및 어떤 사안이 국회가 형식적 법률로 스스로 규정해야 하는 본질적 사항에 해당하는지 판단하는 기준

〈판결요지〉

[1] 특정 사안과 관련하여 법률에서 하위 법령에 위임을 한 경우에 모법의 위임범위를 확정하거나 하위 법령이 위임의 한계를 준수하고 있는지 여부를 판단할 때에는, 하위 법령이 규정한 내용이 입법자가 형식적 법률로 스스로 규율하여야 하는 본질적 사항으로서 의회유보의 원칙이 지켜져야 할 영역인지, 당해 법률 규정의 입법 목적과 규정 내용, 규정의 체계, 다른 규정과의 관계 등을 종합적으로 고려하여야 하고, 위임 규정 자체에서 의미 내용을 정확하게 알 수 있는 용어를 사용하여 위임의 한계를 분명히 하고 있는데도 문언적 의미의 한계를 벗어났는지나, 하위 법령의 내용이 모법 자체로부터 위임된 내용의 대강을 예측할 수 있는 범위 내에 속한 것인지, 수권 규정에서 사용하고 있는 용어의 의미를 넘어 범위를 확장하거나 축소하여서 위임 내용을 구체화하는 단계를 벗어나 새로운 입법을 한 것으로 평가할 수 있는지 등을 구체적으로 따져 보아야 한다.

여기서 어떠한 사안이 국회가 형식적 법률로 스스로 규정하여야 하는 본질적 사항에 해당되는지는, 구체적 사례에서 관련된 이익 내지 가치의 중요성, 규제 또는 침해의 정도와 방법 등을 고려하여 개별적으로 결정하여야 하지만, 규율대상이 국민의 기본권 및 기본적 의무와 관련한 중요성을 가질수록 그리고 그에 관한 공개적 토론의 필요성 또는 상충하는 이익 사이의 조정 필요성이 클수록, 그것이 국회의 법률에 의해 직접 규율될 필요성은 더 증대된다.

[2] 헌법 제37조 제2항, 제38조, 제59조, 제75조에 비추어 보면, 국민에게 납세의 의무를 부과하기 위해서는 조세의 종목과 세율 등 납세의무에 관한 기본적, 본질적 사항은 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로 규정하여야 하고, 법률의 위임 없이 명령 또는 규칙 등의 행정입법으로 과세요건 등 납세의무에 관한 기본적, 본질적 사항을 규정하는 것은 헌법이 정한 조세법률주의 원칙에 위배된다. 특히 법인세, 종합소득세와 같이 납세의무자에게 조세의 납부의무뿐만 아니라 스스로

과세표준과 세액을 계산하여 신고하여야 하는 의무까지 부과하는 경우에는 신고의무 이행에 필요한 기본적인 사항과 신고의무불이행 시 납세의무자가 입게 될 불이익 등은 납세의무를 구성하는 기본적, 본질적 내용으로서 법률로 정하여야 한다.

〈선정이유〉

입법자가 형식적 법률로 스스로 규율하여야 하는 본질적 사항으로서 의회유보의 원칙이 지켜져야 할 영역에 관한 구체적 판단 기준을 제시하고 있는 판결

2. 법률유보원칙 (2)

(헌법재판소 1999. 5. 27.자 98헌바70 결정)
〈주제〉 법률유보원칙, 의회유보원칙, 본질성설

〈쟁점〉

텔레비전방송수신료의 금액에 대하여 국회가 스스로 결정하거나 결정에 관여함이 없이 한국방송공사로 하여금 결정하도록 한 한국방송공사법 제36조 제1항이 법률유보원칙에 위반되는지 여부

〈결정요지〉

오늘날 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적이고도 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현과 관련된 영역에 있어서는 국민의 대표자인 입법자가 그 본질적 사항에 대해서 스스로 결정하여야 한다는 요구까지 내포하고 있다(의회유보원칙). 그런데 텔레비전방송수신료는 대다수 국민의 재산권 보장의 측면이나 한국방송공사에게 보장된 방송자유의 측면에서 국민의 기본권실현에 관련된 영역에 속하고, 수신료금액의 결정은 납부의무자의 범위 등과 함께 수신료에 관한 본질적인 중요한 사항이므로 국회가 스스로 행하여야 하는 사항에 속하는 것임에도 불구하고 한국방송공사법 제36조 제1항에서 국회의 결정이나 관여를 배제한 채 한국방송공사로 하여금 수신료금액을 결정해서 문화관광부장관의 승인을 얻도록 한 것은 법률유보원칙에 위반된다.

〈선정이유〉

국가공동체와 그 구성원에게 기본적이고도 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권 실현과 관련된 영역은 국민의 대표자인 입법자(의회)가 그 본질적 사항에 대해 스스로 결정하여야 한다는 것을 확인한 결정

3. 법률유보원칙 (3)

(대법원 2019. 7. 10. 선고 2016두61051 판결)
〈주제〉 조례와 법률유보, 위임입법의 한계, 조례의 상위법령 합치적 해석

〈쟁점〉

특정 사안과 관련하여 법령에서 조례에 위임을 한 경우, 조례가 위임의 한계를 준수하였는지 판단하는 방법

〈판결요지〉

국가의 법체계는 그 자체로 통일체를 이루고 있으므로 상·하규범 사이의 충돌은 최대한 배제하여야 하고, 또한 규범이 무효라고 선언될 경우에 생길 수 있는 법적 혼란과 불안정 및 새로운 규범이 제정될 때까지의 법적 공백 등으로 인한 폐해를 피하여야 할 필요성에 비추어 보면, 하위법령의 규정이 상위법령의 규정에 저촉되는지 여부가 명백하지 않은 경우에, 관련 법령의 내용과 입법 취지 및 연혁 등을 종합적으로 살펴 하위법령의 의미를 상위법령에 합치되는 것으로 해석하는 것이 가능한 경우라면, 하위법령이 상위법령에 위반된다는 이유로 쉽게 무효를 선언할 것은 아니다.

특정 사안과 관련하여 법령에서 조례에 위임을 한 경우 조례가 위임의 한계를 준수하였는지를 판단할 때는 당해 법령 규정의 입법 목적과 규정 내용, 규정의 체계, 다른 규정과의 관계 등을 종합적으로 살펴야 하고, 수권 규정에서 사용하고 있는 용어의 의미를 넘어 그 범위를 확장하거나 축소하여 위임 내용을 구체화하는 단계를 벗어나 새로운 입법을 하였는지 등도 아울러 고려하여야 한다.

〈선정이유〉

하위법령의 규정이 상위법령의 규정에 저촉되는지 여부가 명백하지 않은 경우에, 관련 법령의 내용과 입법 취지 및 연혁 등을 종합적으로 살펴 하위법령의 의미를 상위법령에 합치되는 것으로 해석하는 것이 가능한 경우라면, 하위법령이 상위법령에 위반된다는 이유로 쉽게 무효를 선언할 것은 아니라고 본 판결

4. 법률우위원칙 (1)

(대법원 1991. 8. 27. 선고 90누6613 판결)
〈주제〉 조례와 법률우위, 조례에 대한 포괄위임

〈쟁점〉

법률이 주민의 권리의무에 관한 사항에 관하여 조례에 위임하는 경우 포괄위임이 가능한지 여부

〈판결요지〉

법률이 주민의 권리의무에 관한 사항에 관하여 구체적으로 아무런 범위도 정하지 아니한 채 조례로 정하도록 포괄적으로 위임하였다고 하더라도, 행정관청의 명령과는 달리, 조례도 주민의 대표기관인 지방의회의 의결로 제정되는 지방자치단체의 자주법인 만큼, 지방자치단체가 법령에 위반되지 않는 범위 내에서 주민의 권리의무에 관한 사항을 조례로 제정할 수 있는 것이다.

〈선정이유〉

조례는 주민의 대표기관인 지방의회의 의결로 제정되는 지방자치단체의 자주법이므로, 법률이 주민의 권리의무에 관한 사항에 관하여 조례에 포괄적으로 위임하였다 하더라도 지방자치단체는 법령에 위반되지 않는 범위 내에서 주민의 권리의무에 관한 사항을 조례로 정할 수 있다고 밝힌 판결

5. 법률우위원칙 (2)

(대법원 1997. 4. 25. 선고 96추244 판결)
〈주제〉 초과조례의 적법성

〈쟁점〉

조례로 정하고자 하는 특정사항에 관하여 이미 법령이 존재하는 경우, 조례의 적법 요건

〈판결요지〉

지방자치단체는 법령에 위반되지 아니하는 범위 내에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있는 것이고, 조례가 규율하는 특정사항에 관하여 그것을 규율하는 국가의 법령이 이미 존재하는 경우에도 조례가 법령과 별도의 목적에 기하여 규율함을 의도하는 것으로서 그 적용에 의하여 법령의 규정이 의도하는 목적과 효과를 전혀 저해하는 바가 없는 때, 또는 양자가 동일한 목적에서 출발한 것이라고 할지라도 국가의 법령이 반드시 그 규정에 의하여 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용을 규율하려는 취지가 아니고 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하는 취지라고 해석되는 때에는 그 조례가 국가의 법령에 위반되는 것은 아니다.

〈선정이유〉

이미 법령의 규정이 존재하는 특정사항에 관하여 조례가 달리 정한 경우(이른바 초과조례 또는 추가조례) 그 조례가 법령에 위반되는지 여부를 판단하는 기준을 제시한 판결

6. 통치행위 (1)

(대법원 2004. 3. 26. 선고 2003도7878 판결)
〈주제〉 통치행위

〈쟁점〉

고도의 정치성을 띤 국가행위인 이른바 통치행위가 사법심사의 대상이 되는지 여부

〈판결요지〉

[1] 입헌적 법치주의국가의 기본원칙은 어떠한 국가행위나 국가작용도 헌법과 법률에 근거하여

그 테두리 안에서 합헌적·합법적으로 행하여질 것을 요구하며, 이러한 합헌성과 합법성의 판단은 본질적으로 사법의 권능에 속하는 것이고, 다만 국가행위 중에는 고도의 정치성을 띤 것이 있고, 그러한 고도의 정치행위에 대하여 정치적 책임을 지지 않는 법원이 정치의 합목적성이나 정당성을 도외시한 채 합법성의 심사를 감행함으로써 정책결정이 좌우되는 일은 결코 바람직한 일이 아니며, 법원이 정치문제에 개입되어 그 중립성과 독립성을 침해당할 위험성도 부인할 수 없으므로, 고도의 정치성을 띤 국가행위에 대하여는 이른바 통치행위라 하여 법원 스스로 사법심사권의 행사를 억제하여 그 심사대상에서 제외하는 영역이 있으나, 이와 같이 통치행위의 개념을 인정한다고 하더라도 과도한 사법심사의 자제가 기본권을 보장하고 법치주의 이념을 구현하여야 할 법원의 책무를 태만히 하거나 포기하는 것이 되지 않도록 그 인정을 지극히 신중하게 하여야 하며, 그 판단은 오로지 사법부만에 의하여 이루어져야 한다.

[2] 남북정상회담의 개최는 고도의 정치적 성격을 지니고 있는 행위라 할 것이므로 특별한 사정이 없는 한 그 당부를 심판하는 것은 사법권의 내재적·본질적 한계를 넘어서는 것이 되어 적절하지 못하지만, 남북정상회담의 개최과정에서 재정경제부장관에게 신고하지 아니하거나 통일부장관의 협력사업 승인을 얻지 아니한 채 북한측에 사업권의 대가 명목으로 송금한 행위 자체는 헌법상 법치국가의 원리와 법 앞에 평등원칙 등에 비추어 볼 때 사법심사의 대상이 된다고 판단한 원심판결을 수긍한 사례.

〈선정이유〉

고도의 정치성을 띤 국가행위인 이른바 통치행위는 사법심사의 대상에서 제외될 수 있으나, 국민의 기본권 보장이나 법치주의 이념을 구현하기 위해 그 인정을 지극히 신중하게 하여야 한다고 밝힌 판결

7. 통치행위 (2)

(대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결)
〈주제〉 통치행위, 유신헌법 하 긴급조치의 효력

〈쟁점〉

소위 유신헌법 제53조에 근거한 '대통령 긴급조치' 위헌 여부의 최종적 심사기관 및 '대통령 긴급조치 제1호'가 헌법에 위배되어 무효인지 여부

〈판결요지〉

[1] 헌법 제107조 제1항, 제111조 제1항 제1호의 규정에 의하면, 헌법재판소에 의한 위헌심사의 대상이 되는 '법률'이란 '국회의 의결을 거친 이른바 형식적 의미의 법률'을 의미하고, 위헌심사의 대상이 되는 규범이 형식적 의미의 법률이 아닌 때에는 그와 동일한 효력을 갖는 데에 국회의 승인이나 동의를 요하는 등 국회의 입법권 행사라고 평가할 수 있는 실질을 갖춘 것이어야 한다. 구 대한민국헌법(1980. 10. 27. 헌법 제9호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 '유신헌법'이라 한다) 제53조 제3항은 대통령이 긴급조치를 한 때에는 지체 없이 국회에 통고하여야 한다고 규정하고 있

을 뿐, 사전적으로는 물론이거니와 사후적으로도 긴급조치가 그 효력을 발생 또는 유지하는 데 국회의 동의 내지 승인 등을 얻도록 하는 규정을 두고 있지 아니하고, 실제로 국회에서 긴급조치를 승인하는 등의 조치가 취하여진 바도 없다. 따라서 유신헌법에 근거한 긴급조치는 국회의 입법권 행사라는 실질을 전혀 가지지 못한 것으로서, 헌법재판소의 위헌심판대상이 되는 '법률'에 해당한다고 할 수 없고, 긴급조치의 위헌 여부에 대한 심사권은 최종적으로 대법원에 속한다.

[2] 구 대한민국헌법(1980. 10. 27. 헌법 제9호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 '유신헌법'이라 한다) 제53조에 근거하여 발령된 대통령 긴급조치(이하 '긴급조치'라 한다) 제1호는 그 발동 요건을 갖추지 못한 채 목적상 한계를 벗어나 국민의 자유와 권리를 지나치게 제한함으로써 헌법상 보장된 국민의 기본권을 침해한 것이므로, 긴급조치 제1호가 해제 내지 실효되기 이전부터 유신헌법에 위배되어 위헌이고, 나아가 긴급조치 제1호에 의하여 침해된 각 기본권의 보장 규정을 두고 있는 현행 헌법에 비추어 보더라도 위헌이다. 결국 이 사건 재판의 전제가 된 긴급조치 제1호 제1항, 제3항, 제5항을 포함하여 긴급조치 제1호는 헌법에 위배되어 무효이다. 이와 달리 유신헌법 제53조에 근거를 둔 긴급조치 제1호가 합헌이라는 취지로 판시한 대법원 1975. 1. 28. 선고 74도3492 판결, 대법원 1975. 1. 28. 선고 74도3498 판결, 대법원 1975. 4. 8. 선고 74도3323 판결과 그 밖에 이 판결의 견해와 다른 대법원판결들은 모두 폐기한다.

[3] 위헌·무효인 대통령 긴급조치(이하 '긴급조치'라 한다) 제1호 제5항, 제1항, 제3항을 적용하여 공소가 제기된 이 사건 공소사실 중 각 긴급조치 위반의 점은 형사소송법 제325조 전단의 '피고사건이 범죄로 되지 아니한 때'에 해당하므로 모두 무죄를 선고하였어야 함에도, 같은 법 제326조 제4호를 적용하여 면소를 선고한 원심판결 중 유언비어 날조·유포로 인한 긴급조치 위반 부분에 면소 및 무죄판결에 대한 법리와 긴급조치 제1호의 위헌 여부 판단에 대한 법리를 오해한 위법이 있다는 이유로, 원심판결 및 제1심판결 중 이 부분을 파기하고 직접 무죄를 선고한 사례.

〈선정이유〉

유신헌법 하에서의 대통령 긴급조치가 헌법에 위반되어 무효임을 선언하고 위헌·무효인 긴급조치를 적용하여 공소가 제기된 사안에서 무죄를 선고한 판결[1)]

8. 통치행위 (3)

(대법원 2018. 11. 29. 선고 2016도14781 판결)

〈주제〉 통치행위, 계엄포고의 법적 성질 및 사법심사

〈쟁점〉

1979. 10. 18.자 비상계엄 선포에 따른 계엄포고 제1호의 법적 성질 및 그 위헌·위법 여부에 대한 최종적 심사기관

〈판결요지〉

[1] 1979. 10. 18. 부산지역에 비상계엄이 선포되었고, 계엄사령관은 같은 날 구 계엄법(1981.

1) 다만, 이 판결과 달리 헌재 2013. 3. 21.자 2010헌바70 결정에서는 긴급조치의 위헌 여부에 대한 심사권한은 헌법재판소에 있다고 결정하였음

4. 17. 법률 제3442호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 '구 계엄법'이라 한다) 제13조에서 정한 계엄사령관의 조치로서 유언비어 날조·유포와 국론분열 언동은 엄금한다는 내용이 포함된 계엄포고 제1호를 발령하였다.

계엄포고 제1호는 구 대한민국헌법(1980. 10. 27. 헌법 제9호로 전부 개정되기 전의 것, 유신헌법) 제54조 제3항, 구 계엄법 제13조에서 정한 '특별한 조치'로서 이루어졌다. 이는 벌칙조항인 구 계엄법 제15조에서 정한 '제13조의 규정에 의하여 취한 계엄사령관의 조치'에 해당하여 형벌에 관한 법령의 일부가 된다.

형벌에 관한 법령이 헌법재판소의 위헌결정으로 소급하여 그 효력을 상실하였거나 법원에서 위헌·무효로 선언된 경우 그 법령을 적용하여 공소가 제기된 피고사건에 대해서는 형사소송법 제325조에 따라 무죄를 선고하여야 한다. 나아가 재심이 개시된 사건에서 형벌에 관한 법령이 재심판결 당시 폐지되었더라도 그 폐지가 당초부터 헌법에 위배되어 효력이 없는 법령에 대한 것이었다면 형사소송법 제325조 전단에서 규정하는 '범죄로 되지 아니한 때'의 무죄사유에 해당한다.

[2] 현행 대한민국헌법(이하 '현행 헌법'이라 한다) 제107조 제2항은 '명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.'고 정하고 있다. 따라서 대법원은 구체적 사건에 적용할 명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는지 여부를 최종적으로 심사할 수 있는 권한을 갖는다.

구 대한민국헌법(1980. 10. 27. 헌법 제9호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 '유신헌법'이라 한다) 제54조 제3항은 '비상계엄이 선포된 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 영장제도, 언론·출판·집회·결사의 자유, 정부나 법원의 권한에 관하여 특별한 조치를 할 수 있다.'고 정하고 있다. 구 계엄법(1981. 4. 17. 법률 제3442호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 '구 계엄법'이라 한다) 제13조는 '비상계엄지역 내에서는 계엄사령관은 군사상 필요할 때에는 체포, 구금, 수색, 거주, 이전, 언론, 출판, 집회 또는 단체행동에 관하여 특별한 조치를 할 수 있다.'고 정하고, 구 계엄법 제15조는 '제13조의 규정에 의하여 취한 계엄사령관의 조치에 응하지 아니하거나 이에 배반하는 언론 또는 행동을 한 자는 3년 이하의 징역에 처한다.'고 정하고 있다.

구 계엄법 제15조에서 정하고 있는 '제13조의 규정에 의하여 취한 계엄사령관의 조치'는 유신헌법 제54조 제3항, 구 계엄법 제13조에서 계엄사령관에게 국민의 기본권 제한과 관련한 특별한 조치를 할 수 있는 권한을 부여한 데 따른 것으로서 구 계엄법 제13조, 제15조의 내용을 보충하는 기능을 하고 그와 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령으로서 효력을 가진다. 그러므로 법원은 현행 헌법 제107조 제2항에 따라서 위와 같은 특별한 조치로서 이루어진 계엄포고 제1호에 대한 위헌·위법 여부를 심사할 권한을 가진다.

[3] 평상시의 헌법질서에 따른 권력행사 방법으로는 대처할 수 없는 중대한 위기상황이 발생한 경우 이를 수습함으로써 국가의 존립을 보장하기 위하여 국가긴급권을 행사하는 대통령의 결정은 존중되어야 한다. 그러나 이러한 국가긴급권은 국가가 중대한 위기에 처하였을 때 그 위기의 직접적 원인을 제거하는 데 필수불가결한 최소한도로 행사되어야 하고 국가긴급권을 규정한 헌법상 발동 요건과 한계에 부합하여야 한다.

구 대한민국헌법(1980. 10. 27. 헌법 제9호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 '유신헌법'이라 한다) 제54조 제1항은 '대통령은 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 병력으로써 군사상의 필요 또는 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 계엄을 선포할 수 있다.'고 정하고, 구 계엄법(1981. 4. 17. 법률 제3442호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 '구 계엄법'이라 한다) 제4조는 '비상계엄은 전쟁 또는 전쟁에 준할 사변에 있어서 적의 포위

공격으로 인하여 사회질서가 극도로 교란된 지역에 선포한다.'고 정하고 있다.

유신헌법 제54조 제1항, 구 계엄법 제4조 등에 비추어 볼 때, 구 계엄법 제13조에서 정한 '군사상 필요할 때'는 전쟁 또는 전쟁에 준하는 사변으로 국가의 존립이나 헌법의 유지에 위해가 될 만큼 극도로 사회질서가 혼란해진 상태 등이 현실적으로 발생하여 경찰력만으로는 도저히 비상사태의 수습이 불가능하고 군병력을 동원하여 그러한 상황에 이른 직접적인 원인을 제거하는 것이 반드시 필요하게 된 때를 뜻한다고 보아야 한다.

계엄포고 제1호의 내용은 일체의 집회·시위·기타 단체활동과 유언비어를 날조·유포하는 행위, 국론분열 언동, 정당한 이유 없는 직장이탈이나 태업행위를 금지하고, 언론·출판·보도·방송은 사전검열을 받아야 하며, 각 대학은 당분간 휴교 조치를 하고(제1항 내지 제5항), 이를 위반한 자는 영장 없이 체포·구금·압수·수색한다(제7항)는 것이다. 이러한 내용은 이른바 유신체제에 대한 국민적 저항인 부마민주항쟁(부마민주항쟁 관련자의 명예회복 및 보상 등에 관한 법률 제2조 제1호)을 탄압하기 위한 것이었을 뿐이고, 계엄포고 제1호가 발령될 당시의 국내외 정치상황과 사회상황이 구 계엄법 제13조에서 정한 '군사상 필요할 때'에 해당하였다고 보기 어렵다. 따라서 계엄포고 제1호는 유신헌법 제54조 제1항, 구 계엄법 제13조에서 정한 요건을 갖추었다고 볼 수 없다.

계엄포고 제1호의 내용은 국가가 국민의 기본적 인권을 최대한으로 보장하도록 한 유신헌법 제8조[현행 대한민국헌법(이하 '현행 헌법'이라 한다) 제10조]에도 불구하고, 유신헌법 제18조(현행 헌법 제21조)가 정한 언론·출판과 집회·결사의 자유를 침해하고, 유신헌법 제10조(현행 헌법 제12조)가 정한 영장주의 원칙에 위배됨은 물론 유신헌법 제19조(현행 헌법 제22조)가 정한 학문의 자유를 침해할 뿐만 아니라 현행 헌법 제31조 제4항이 정하는 대학의 자율성도 침해한다. 또한 '유언비어를 날조·유포하는 일체의 행위(제4항)' 등 범죄의 구성요건이 추상적이고 모호할 뿐만 아니라, 그 적용 범위가 너무 광범위하고 포괄적이어서 통상의 판단능력을 가진 국민으로서 무엇이 법률에 의하여 금지되는 행위인지를 예견하기 어려우므로 죄형법정주의의 명확성 원칙에도 위배된다.

요컨대, 계엄포고 제1호는 헌법과 법률에서 정한 요건을 갖추지 못한 채 발령되었고, 그 내용도 영장주의와 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배되며, 표현의 자유·학문의 자유·대학의 자율성 등 헌법상 보장된 국민의 기본권을 침해하는 것이므로, 계엄포고 제1호가 해제 또는 실효되기 이전부터 이미 유신헌법, 구 계엄법에 위배된다. 따라서 계엄포고 제1호는 위헌이고 위법한 것으로 무효이다.

<선정이유>

계엄사령관의 계엄포고는 구 계엄법 제13조, 제15조의 내용을 보충하는 기능을 하고 그와 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령으로서 효력을 가지며, 따라서 헌법 제107조 제2항에 따라 그 위헌·위법 여부에 대한 심사권한은 법원이 가진다고 밝힌 판결

9. 통치행위 (4)

(헌법재판소 1996. 2. 29.자 93헌마186 결정)

〈주제〉 통치행위, 긴급재정경제명령에 대한 위헌 심사

〈쟁점〉

통치행위에 대한 사법심사가 가능한지 여부

〈판결요지〉

대통령의 긴급재정경제명령은 국가긴급권의 일종으로서 고도의 정치적 결단에 의하여 발동되는 행위이고 그 결단을 존중하여야 할 필요성이 있는 행위라는 의미에서 이른바 통치행위에 속한다고 할 수 있으나, 통치행위를 포함하여 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 한계를 반드시 지켜야 하는 것이고, 헌법재판소는 헌법의 수호와 국민의 기본권 보장을 사명으로 하는 국가기관이므로 비록 고도의 정치적 결단에 의하여 행해지는 국가작용이라고 할지라도 그것이 국민의 기본권침해와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 된다.

〈선정이유〉

고도의 정치적 결단에 의해 행해지는 국가작용(이른바 통치행위)이라 하더라도 그것이 국민의 기본권침해와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 된다고 밝힌 결정

제2절 행정법의 法源

10. 국제법규 (1)

(대법원 2005. 9. 9. 선고 2004추10 판결)

〈주제〉 행정법의 성문법원(조약, 일반적으로 승인된 국제법규)

〈쟁점〉

지방자치단체가 제정한 조례가 '1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정'(General Agreement on Tariffs and Trade 1994)이나'정부조달에 관한 협정'(Agreement on Government Procurement)에 위반되는 경우, 그 조례의 효력

〈판결요지〉

[1] '1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정'(General Agreement on Tariffs and Trade 1994, 이하 'GATT'라 한다)은 1994. 12. 16. 국회의 동의를 얻어 같은 달 23. 대통령의 비준을 거쳐 같은 달 30. 공포되고 1995. 1. 1. 시행된 조약인 '세계무역기구(WTO) 설립을 위한 마라케쉬협정'(Agreement Establishing the WTO)(조약 1265호)의 부속 협정(다자간 무역협정)이고, '정부조달에 관한 협정'(Agreement on Government Procurement, 이하 'AGP'라 한다)은 1994. 12. 16. 국회의 동의를 얻어 1997. 1. 3. 공포시행된 조약(조약 1363호, 복수국가간 무역협정)으로서 각 헌법 제6조 제1항에 의하여 국내법령과 동일한 효력을 가지므로 지방자치단체가 제정한 조례가 GATT나 AGP에 위반되는 경우에는 그 효력이 없다.

[2] 특정 지방자치단체의 초·중·고등학교에서 실시하는 학교급식을 위해 위 지방자치단체에서 생산되는 우수 농수축산물과 이를 재료로 사용하는 가공식품(이하 '우수농산물'이라고 한다)을 우선적

으로 사용하도록 하고 그러한 우수농산물을 사용하는 자를 선별하여 식재료나 식재료 구입비의 일부를 지원하며 지원을 받은 학교는 지원금을 반드시 우수농산물을 구입하는 데 사용하도록 하는 것을 내용으로 하는 위 지방자치단체의 조례안이 내국민대우원칙을 규정한 '1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정'(General Agreement on Tariffs and Trade 1994)에 위반되어 그 효력이 없다고 한 사례.

〈선정이유〉

「관세 및 무역에 관한 일반협정(GATT)」과 「정부조달에 관한 협정(AGP)」은 국회의 동의를 얻어 공포 시행된 조약으로서 헌법 제6조 제1항에 의하여 국내법령과 동일한 효력을 가지므로, 조례가 위 조약에 위반되면 효력이 없다고 본 판결

11. 국제법규 (2)

(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008두17936 판결)
〈주제〉 행정법의 성문법원(조약, 일반적으로 승인된 국제법규)

〈쟁점〉

국제협정이 사인에 대해 직접 효력을 미치는지 여부

〈판결요지〉

원고들의 상고이유 중에는, 우리나라가 1994. 12. 16. 국회의 비준동의를 얻어 1995. 1. 1. 발효된 '1994년 국제무역기구 설립을 위한 마라케쉬협정'(Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, WTO 협정)의 일부인 '1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정(GATT 1994) 제6조의 이행에 관한 협정' 중 그 판시 덤핑규제 관련 규정을 근거로 이 사건 규칙의 적법 여부를 다투는 주장도 포함되어 있으나, 위 협정은 국가와 국가 사이의 권리·의무관계를 설정하는 국제협정으로, 그 내용 및 성질에 비추어 이와 관련한 법적 분쟁은 위 WTO 분쟁해결기구에서 해결하는 것이 원칙이고, 사인에 대하여는 위 협정의 직접 효력이 미치지 아니한다고 보아야 할 것이므로, 위 협정에 따른 회원국 정부의 반덤핑부과처분이 WTO 협정위반이라는 이유만으로 사인이 직접 국내 법원에 회원국 정부를 상대로 그 처분의 취소를 구하는 소를 제기하거나 위 협정위반을 처분의 독립된 취소사유로 주장할 수는 없다 할 것이어서, 이 점에 관한 상고이유의 주장도 부적법하여 이유 없다.

〈선정이유〉

국제협정은 사인에 대해서는 직접 효력을 미치지 아니하므로, 국제협정에 따른 회원국 정부의 반덤핑부과처분이 위 협정 위반이라는 이유만으로 사인이 직접 국내 법원에 회원국 정부를 상대로 그 처분의 취소를 구하는 소를 제기하거나 위 협정위반을 처분의 독립된 취소사유로 주장할 수는 없다고 본 판결

12. 관계 법령의 유추적용

(대법원 1999. 11. 23. 선고 98다11529 판결)
〈주제〉 손실보상 규정의 유추적용

〈쟁점〉

구 수산업법상 어업허가를 받고 허가어업에 종사하던 어민이 공유수면매립사업의 시행으로 피해를 입게 된 경우 관계 법령을 유추적용하여 손실보상을 청구할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

어업허가는 일정한 종류의 어업을 일반적으로 금지하였다가 일정한 경우 이를 해제하여 주는 것으로서 어업면허에 의하여 취득하게 되는 어업권과는 그 성질이 다른 것이기는 하나, 어업허가를 받은 자가 그 허가에 따라 해당 어업을 함으로써 재산적인 이익을 얻는 면에서 보면 어업허가를 받은 자의 해당 어업을 할 수 있는 지위는 재산권으로 보호받을 가치가 있고, 수산업법이 1990. 8. 1. 개정되기 이전까지는 어업허가의 취소·제한·정지 등의 경우에 이를 보상하는 규정을 두고 있지 않았지만, 1988. 4. 25. 공공용지의취득및손실보상에관한특례법시행규칙이 개정되면서 그 제25조의2에 허가어업의 폐지·휴업 또는 피해에 대한 손실의 평가규정이 마련되었고, 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 관한 보상은 법률로써 하되 정당한 보상을 지급하여야 한다는 헌법 제23조 제3항, 면허어업권자 내지는 입어자에 관한 손실보상을 규정한 구 공유수면매립법(1999. 2. 8. 법률 제5911호로 전문 개정되기 전의 것) 제16조, 공공사업을 위한 토지 등의 취득 또는 사용으로 인하여 토지 등의 소유자가 입은 손실은 사업시행자가 이를 보상하여야 한다는 공공용지의취득및손실보상에관한특례법 제3조 제1항의 각 규정 취지를 종합하여 보면, 적법한 어업허가를 받고 허가어업에 종사하던 중 공유수면매립사업의 시행으로 피해를 입게되는 어민들이 있는 경우 그 공유수면매립사업의 시행자로서는 위 구 공공용지의취득및손실보상에관한특례법시행규칙(1991. 10. 28. 건설부령 제493호로 개정되기 전의 것) 제25조의2의 규정을 유추적용하여 위와 같은 어민들에게 손실보상을 하여 줄 의무가 있다.

〈선정이유〉

공유수면매립사업의 시행으로 피해를 입은 자에 대한 손실보상 규정이 없다 하더라도 관계 법령을 유추적용하여 손실보상을 하여 줄 의무가 있다고 본 판결

13. 私法 규정의 공법에의 적용

(대법원 2009. 11. 26. 선고 2009두12907 판결)
〈주제〉 사법상 법기술적 규정의 공법에의 적용

〈쟁점〉

광업법 제16조에 정한 출원제한기간을 계산할 때 기간계산에 관한 민법의 규정이 적용되는지

여부

〈판결요지〉

[1] 민법 제155조는 “기간의 계산은 법령, 재판상의 처분 또는 법률행위에 다른 정한 바가 없으면 본장의 규정에 의한다”고 규정하고 있으므로, 기간의 계산에 있어서는 당해 법령 등에 특별한 정함이 없는 한 민법의 규정에 따라야 하고, 한편 광업법 제16조는 “제12조에 따른 광업권의 존속기간이 끝나서 광업권이 소멸하였거나 제35조에 따라 광업권이 취소된 구역의 경우 그 광업권이 소멸한 후 6개월 이내에는 소멸한 광구의 등록광물과 같은 광상에 묻혀 있는 다른 광물을 목적으로 하는 광업권설정의 출원을 할 수 없다”고 규정하고 있으나, 광업법에는 기간의 계산에 관하여 특별한 규정을 두고 있지 아니하므로, 광업법 제16조에 정한 출원제한기간을 계산할 때에도 기간계산에 관한 민법의 규정은 그대로 적용된다.

[2] 광업권설정 출원제한기간의 기산일인 2007. 7. 28.로부터 6개월의 기간이 경과하는 마지막 날인 2008. 1. 27.이 일요일인 경우, 그 출원제한기간은 민법 제161조의 규정에 따라 그 다음날인 2008. 1. 28. 만료된다고 본 사례.

〈선정이유〉

개별 법령에서 기간의 계산에 관하여 특별한 규정을 두고 있지 않은 경우에는 기간계산에 관한 민법의 규정이 그대로 적용된다고 본 판결

14. 행정법의 불문원리 : 비례원칙 (1)

(대법원 1985. 11. 12. 선고 85누303 판결)

〈주제〉 비례원칙

〈쟁점〉

비례원칙에 따른 재량권 행사의 한계

〈판결요지〉

행정청이 면허취소의 재량권을 갖는 경우에도 그 재량권은 면허취소처분의 공익목적 뿐만 아니라 공익침해의 정도와 그 취소처분으로 인하여 개인이 입게 될 불이익을 비교교량하고 그 취소처분의 공정성을 고려하는 등 비례의 원칙과 평등의 원칙에 어긋나지 않게끔 행사되어야 할 한계를 지니고 있고 이 한계를 벗어난 처분은 위법하다고 볼 수밖에 없다.

〈선정이유〉

행정청이 재량권을 갖는 경우에도 비례원칙에 따른 한계가 있으며, 이 한계를 벗어난 처분은 위법하다고 판시한 판결.

15. 행정법의 불문원리 : 비례원칙 (2)

(대법원 2006. 12. 21. 선고 2006두16274 판결)
〈주제〉 비례원칙

〈쟁점〉

교통법규 위반 운전자로부터 1만원을 받은 경찰공무원에 대한 해임처분이 비례원칙에 위반되는지 여부

〈판결요지〉

[1] 공무원인 피징계자에게 징계사유가 있어서 징계처분을 하는 경우 어떠한 처분을 할 것인가는 징계권자의 재량에 맡겨진 것이므로, 그 징계처분이 위법하다고 하기 위해서는 징계권자가 재량권의 행사로서 한 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계권자에게 맡겨진 재량권을 남용한 것이라고 인정되는 경우에 한한다. 그리고 공무원에 대한 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃었는지 여부는 구체적인 사례에 따라 직무의 특성, 징계의 원인이 된 비위사실의 내용과 성질, 징계에 의하여 달성하려고 하는 행정목적, 징계 양정의 기준 등 여러 요소를 종합하여 판단하여야 하고, 특히 금품수수의 경우는 수수액수, 수수경위, 수수시기, 수수 이후 직무에 영향을 미쳤는지 여부 등이 고려되어야 한다.

[2] 경찰공무원이 그 단속의 대상이 되는 신호위반자에게 먼저 적극적으로 돈을 요구하고 다른 사람이 볼 수 없도록 돈을 접어 건네주도록 전달방법을 구체적으로 알려주었으며 동승자에게 신고시 범칙금 처분을 받게 된다는 등 비위신고를 막기 위한 말까지 하고 금품을 수수한 경우, 비록 그 받은 돈이 1만 원에 불과하더라도 위 금품수수행위를 징계사유로 하여 당해 경찰공무원을 해임처분한 것은 징계재량권의 일탈·남용이 아니라고 한 사례.

〈선정이유〉

징계처분이 비례원칙 위반으로 징계재량권의 일탈·남용에 해당하는지에 대한 판단기준을 밝힌 판결

16. 행정법의 불문원리 : 평등원칙 및 자기구속원칙 (1)

(대법원 2007. 10. 29. 선고 2005두14417 전원합의체 판결)
〈주제〉 평등원칙

〈쟁점〉

개발제한구역 훼손부담금의 부과율을 규정함에 있어서 전기공급시설 등과는 달리 집단에너지공급시설에 차등을 두는 구 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법 시행령 제35조 제1항 제3호의 규정이 헌법상 평등원칙에 위배되어 무효인지 여부

〈판결요지〉

구 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법 시행령(2006. 6. 15. 대통령령 제19532호로 개정되기 전의 것) 제35조 제1항 제2호 (다)목에서는 공익시설 중 전기공급시설, 가스공급시설, 유류저장 및 송유설비에 대하여 개발제한구역 훼손부담금의 부과율을 100분의 20으로 정하고 있는 반면, 같은 항 제3호에서는 집단에너지공급시설을 포함한 다른 공익시설들(같은 항 제1호 및 제2호에서 규정하고 있는 공익시설은 제외)에 대하여 훼손부담금의 부과율을 100분의 100으로 정하고 있는바, 집단에너지공급시설과 전기공급시설 등은 모두 다수의 사용자에게 에너지를 공급하여 생활의 편의를 충족시키는 역할을 하는 공익시설들로서 에너지를 수송하는 시설들이 그 주요 부분을 차지하고 있고, 이러한 시설들은 개발제한구역이 도시 주위를 둘러싸고 띠 형태로 지정되어 있어서 도시 지역 밖에서 안으로 혹은 그 반대방향으로 에너지를 공급하기 위해서는 개발제한구역을 통과해야 하는 경우가 많아 개발제한구역 밖의 토지에 대한 입지 선택이 가능한 학교 등 다른 공익시설들과는 그 사정이 다른 점, 위와 같은 시설들의 설치는 주로 배관을 지중에 매설한 후 그 지표면을 다시 원상복구시키는 방식으로 이루어지는 것이어서, 다른 공익시설들에 비해 개발제한구역에 대한 훼손의 정도가 크지 않기 때문에 개발제한구역 훼손부담금의 제도적 취지상 다른 공익시설들보다 훼손부담금의 부과율을 낮게 정할 필요가 있으며, 이 점에서는 집단에너지공급시설과 전기공급시설 등의 사이에 아무런 차이가 없는 점, 그뿐만 아니라, 집단에너지공급시설과 전기공급시설 등은 공급하는 물질(에너지)만 다를 뿐, 그 설치공사의 내용과 방법이나 그에 관한 기술적 측면의 규제 내용 등이 동일하거나 유사하고, 그 외 도로법 등 다른 각종 행정법규에서도 점용료나 원인자부담금 등의 산정·부과 및 감면 등에서 같게 취급하고 있는 등 사실상의 차이도 찾아보기 어려운 점 등을 종합하여 보면, 위 시행령 제35조 제1항 제3호에서 집단에너지공급시설에 대한 훼손부담금의 부과율을 전기공급시설 등에 대한 훼손부담금의 부과율인 100분의 20의 다섯 배에 이르는 100분의 100으로 정한 것은, 집단에너지공급시설과 전기공급시설 등의 사이에 그 공급받는 수요자가 다소 다를 수 있음을 감안하더라도, 부과율에 과도한 차등을 둔 것으로서 합리적 근거 없는 차별에 해당하므로 헌법상 평등원칙에 위배되어 무효이다.

〈선정이유〉

시행령의 규정이 헌법상 평등원칙에 위배되어 무효라고 판시한 판결

17. 행정법의 불문원리 : 평등원칙 및 자기구속원칙 (2)

(대법원 1993. 6. 29. 선고 93누5635 판결)

〈주제〉 자기구속원칙

〈쟁점〉

식품위생법시행규칙 제53조 별표 15의 법규성 유무 및 그에 따르지 아니하고 특정인에 대하여만 그 기준을 초과하는 처분을 한 경우 그 행정처분의 효력

〈판결요지〉

식품위생법시행규칙 제53조에서 별표 15로 같은 법 제58조에 따른 행정처분의 기준을 정하였다 하더라도, 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 제58조 제1항의 규정에 의하여 보장된 재량권을 기속하는 것이라고 할 수 없고, 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 힘이 있는 것은 아니다.

같은법 시행규칙 제53조에 따른 별표 15의 행정처분기준은 행정기관 내부의 사무처리준칙을 규정한 것에 불과하기는 하지만 규칙 제53조 단서의 식품 등의 수급정책 및 국민보건에 중대한 영향을 미치는 특별한 사유가 없는 한 행정청은 당해 위반사항에 대하여 위 처분기준에 따라 행정처분을 함이 보통이라 할 것이므로, 행정청이 이러한 처분기준을 따르지 아니하고 특정한 개인에 대하여만 위 처분기준을 과도하게 초과하는 처분을 한 경우에는 재량권의 한계를 일탈하였다고 볼 만한 여지가 충분하다.

〈선정이유〉

행정처분의 기준을 정한 시행규칙은 행정기관 내부의 사무처리준칙을 규정한 것에 불과하고 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 힘이 있는 것은 아니지만, 행정청이 이러한 처분기준을 따르지 않고 특정 개인에 대하여만 위 처분기준을 과도하게 초과하는 처분을 한 경우에는 재량권의 한계를 넘어선 것이라고 본 판결.

18. 행정법의 불문원리 : 신뢰보호원칙 (1)

(대법원 1998. 5. 8. 선고 98두4061 판결)

〈주제〉 신뢰보호원칙

〈쟁점〉

행정처분에 대하여 신뢰보호의 원칙이 적용되기 위한 요건

〈판결요지〉

[1] 일반적으로 행정상의 법률관계 있어서 행정청의 행위에 대하여 신뢰보호의 원칙이 적용되기 위하여는, ① 행정청이 개인에 대하여 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해표명을 하여야 하고, ② 행정청의 견해표명이 정당하다고 신뢰한 데에 대하여 그 개인에게 귀책사유가 없어야 하며, ③ 그 개인이 그 견해표명을 신뢰하고 이에 어떠한 행위를 하였어야 하고, ④ 행정청이 위 견해표명에 반하는 처분을 함으로써 그 견해표명을 신뢰한 개인의 이익이 침해되는 결과가 초래되어야 하며, 어떠한 행정처분이 이러한 요건을 충족할 때에는, 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 경우가 아닌 한, 신뢰보호의 원칙에 반하는 행위로서 위법하게 된다.

[2] 폐기물처리업에 대하여 사전에 관할 관청으로부터 적정통보를 받고 막대한 비용을 들여 허가

요건을 갖춘 다음 허가신청을 하였음에도 다수 청소업자의 난립으로 안정적이고 효율적인 청소업무의 수행에 지장이 있다는 이유로 한 불허가처분이 신뢰보호의 원칙 및 비례의 원칙에 반하는 것으로서 재량권을 남용한 위법한 처분이라고 본 사례.

〈선정이유〉

신뢰보호원칙의 적용 요건을 제시한 판결

19. 행정법의 불문원리 : 신뢰보호원칙 (2)

(대법원 2005. 4. 28. 선고 2004두8828 판결)
〈주제〉 신뢰보호원칙, 공적 견해 표명

〈쟁점〉

폐기물처리업 사업계획에 대하여 적정통보를 한 것만으로 그 사업부지 토지에 대한 국토이용계획변경신청을 승인하여 주겠다는 취지의 공적인 견해표명을 한 것으로 볼 수 있는지 여부

〈판결요지〉

폐기물관리법령에 의한 폐기물처리업 사업계획에 대한 적정통보와 국토이용관리법령에 의한 국토이용계획변경은 각기 그 제도적 취지와 결정단계에서 고려해야 할 사항들이 다르므로, 피고가 위와 같이 폐기물처리업 사업계획에 대하여 적정통보를 한 것만으로 그 사업부지 토지에 대한 국토이용계획변경신청을 승인하여 주겠다는 취지의 공적인 견해표명을 한 것으로 볼 수 없고, 그럼에도 불구하고 원고가 그 승인을 받을 것으로 신뢰하였다면 원고에게 귀책사유가 있다 할 것이므로, 이 사건 처분이 신뢰보호의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

신뢰보호원칙의 적용요건 중 '공적 견해의 표명'의 효력이 미치는 범위에 관해 설시한 판결.

20. 행정법의 불문원리 : 신뢰보호원칙 (3)

(대법원 1980. 6. 10. 선고 80누6 전원합의체 판결)
〈주제〉 비과세관행, 신뢰보호원칙

〈쟁점〉

신뢰보호원칙의 적용요건으로서의 '공적 견해표명'이 묵시적인 행정관행에 의해서도 행해질 수 있는지 여부

〈판결요지〉

국세기본법 제18조 제2항의 규정은 납세자의 권리보호와 과세관청에 대한 납세자의 신뢰보호에 그 목적이 있는 것이므로 이 사건 보세운송면허세의 부과근거이던 지방세법시행령이 1973. 10. 1. 제정되어 1977.9.20.에 폐지될 때까지 4년 동안 그 면허세를 부과할 수 있는 정을 알면서도 피고가 수출확대라는 공익상 필요에서 한 건도 이를 부과한 일이 없었다면 납세자인 원고는 그것을 믿을 수밖에 없고 그로써 비과세의 관행이 이루어졌다고 보아도 무방하다.(다수의견)

〈선정이유〉

과세관청이 법령상 조세를 부과할 수 있음을 알면서도 공익상 필요에서 장기간 한 건도 부과하지 않았다면 묵시적으로 비과세의 관행(공적 견해표명)이 이루어졌다고 본 판결

21. 행정법의 불문원리 : 신뢰보호원칙 (4)

(대법원 1988. 4. 27. 선고 87누915 판결)
〈주제〉 실권 또는 실효의 법리

〈쟁점〉

공법관계에도 실권 또는 실효의 법리가 적용되는지 여부 및 그 법리가 적용되기 위한 요건

〈판결요지〉

실권 또는 실효의 법리는 법의 일반원리인 신의성실의 원칙에 바탕을 둔 파생원칙인 것이므로 공법관계 가운데 관리관계는 물론이고 권력관계에도 적용되어야 함을 배제할 수는 없다 하겠으나 그것은 본래 권리행사의 기회가 있음에도 불구하고 권리자가 장기간에 걸쳐 그의 권리를 행사하지 아니하였기 때문에 의무자인 상대방은 이미 그의 권리를 행사하지 아니할 것으로 믿을 만한 정당한 사유가 있게 되거나 행사하지 아니할 것으로 추인케 할 경우에 새삼스럽게 그 권리를 행사하는 것이 신의성실의 원칙에 반하는 결과가 될 때 그 권리행사를 허용하지 않는 것을 의미한다.[2)]

〈선정이유〉

공법관계 가운데 관리관계는 물론이고 권력관계에도 일정한 요건 아래 실권 또는 실효의 법리가 적용될 수 있음을 인정한 판결

2) "이 사건에 관하여 보면 원고가 허가 받은 때로부터 20년이 다되어 피고가 그 허가를 취소한 것이기는 하나 피고가 취소사유를 알고서도 그렇게 장기간 취소권을 행사하지 않은 것이 아니고 1985. 9. 중순에 비로소 위에서 본 취소사유를 알고 그에 관한 법적 처리방안에 관하여 다각도로 연구검토가 행해졌고 그러한 사정은 원고도 알고 있었음이 기록상 명백하여 이로써 본다면 상대방인 원고에게 취소권을 행사하지 않을 것이란 신뢰를 심어준 것으로 여겨지지 않으니 피고의 처분이 실권의 법리에 저촉된 것이라고 볼 수 있는 것도 아니다."

22. 행정법의 불문원리 : 신뢰보호원칙 (5)

(대법원 2007. 10. 11. 선고 2005두5390 판결)
〈주제〉 진정소급입법과 부진정소급입법

〈쟁점〉

[1] 진정소급입법과 부진정소급입법의 의미 및 허용 여부, 법률불소급원칙의 의미

[2] 종전보다 국외 영주권자에게 불이익한 방향으로 개정된 병역법상의 병역면제 규정을 아직 병역의무가 면제되지 않은 국외 영주권자에 대해서 적용하는 것이 소급입법금지원칙이나 신뢰보호원칙에 위배되는지 여부

〈판결요지〉

[1] 소급입법은 새로운 입법으로 이미 종료된 사실관계 또는 법률관계에 적용케 하는 진정소급입법과 현재 진행 중인 사실관계 또는 법률관계에 적용케 하는 부진정소급입법으로 나눌 수 있는바, 이 중에서 기존의 법에 의하여 이미 형성된 개인의 법적 지위를 사후입법을 통하여 박탈하는 것을 내용으로 하는 진정소급입법은 개인의 신뢰보호와 법적 안정성을 내용으로 하는 법치국가 원리에 의하여 허용되지 아니하는 것이 원칙인 데 반하여, 부진정소급입법은 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호를 요구하는 개인보호의 사유 사이의 교량과정에서 그 범위에 제한이 가하여지는 것이다. 또한, 법률불소급의 원칙은 그 법률의 효력발생 전에 완성된 요건사실에 대하여 당해 법률을 적용할 수 없다는 의미일 뿐, 계속 중인 사실이나 그 이후에 발생한 요건사실에 대한 법률적용까지를 제한하는 것은 아니라고 할 것이다.

[2] 먼저, 구 병역법(1993. 12. 31. 법률 제4685호로 전문 개정되기 전의 것) 제56조 제1항 제2호 및 구 병역법(2004. 12. 31. 법률 제7272호로 개정되기 전의 것) 제64조 제1항 제2호의 위헌 여부에 관하여 보건대, 원고의 초등학교 입학 당시 시행되던 구 병역법(1983. 12. 31. 법률 제3696호로 전문 개정되기 전의 것) 제24조 제2항에서는 일본국 등 국외에서 대한민국 국적으로 전 가족이 영주권을 얻은 사람에 대하여 당연히 병역이 면제되는 것으로 하였으나(대법원 1996. 8. 23. 선고 95누18185 판결 등 참조), 위헌이라고 주장되는 위 법률조항들에서는 국외에서 가족과 같이 영주권을 얻은 사람 등에 대하여 원에 의하여 지방병무청장이 징병검사 없이 병역을 면제할 수 있다고 함으로써 국외에서 영주권을 얻은 사람의 병역면제에 대하여 불이익한 방향으로 개정이 이루어진 것으로 볼 여지가 있다.

그러나 이와 같은 병역법의 개정은 제1국민역에 편입되는 18세 당시 적용되던 병역법에 의하여 병역의무가 완전히 면제되었던 사람에게 다시 병역의무를 부과하는 취지로 개정이 이루어진 것이 아니고, 위 법률조항의 개정 후 18세가 되는 자를 그 적용대상으로 하여 개정이 이루어진 것이므로, 이와 같은 병역법의 개정은 진정소급입법에 해당하지 아니한다. 또한, 원고와 같이 국외에서 영주권을 얻은 사람이 구 병역법(1983. 12. 31. 법률 제3696호로 전문 개정되기 전의 것)에 의하여 장차 그 병역이 면제되리라는 기대를 갖게 되었다 하더라도 이러한 기대는 주관적인 이해관계에 따른 사실상의 기대에 불과할 뿐만 아니라, 개방화 과정에서 국외 영주권이 쉽게 취득될 수 있는 실정에 비추어 국외에서 영주권을 얻은 사람에 대한 병역면제를 엄격하게 하여 병역의무 부과의 형평을 기하고자 하는 공익상 요구가 더 우위에 있다고 할 것이다.

따라서 이와 같은 병역법의 개정은 소급입법 금지의 원칙, 신뢰보호의 원칙, 비례의 원칙 등에 위배되어 헌법에 반하는 것이라고 할 수는 없다.

〈선정이유〉

진정소급입법과 부진정소급입법의 의미와 그 허용 여부에 대해 밝히고, 병역법 개정과 관련된 구체적인 사안에서 소급입법금지원칙이나 신뢰보호원칙 위배 여부를 판단한 판결

23. 행정법의 불문원리 : 신뢰보호원칙 (6)

(대법원 2000. 3. 10. 선고 97누13818 판결)

〈주제〉 법령의 존속에 대한 신뢰

〈쟁점〉

행정처분의 근거 법령이 개정 시행된 경우, 개정된 법령에 따른 처분의 적부

〈판결요지〉

행정처분은 그 근거 법령이 개정된 경우에도 경과 규정에서 달리 정함이 없는 한 처분 당시 시행되는 개정 법령과 그에서 정한 기준에 의하는 것이 원칙이고, 그 개정 법령이 기존의 사실 또는 법률관계를 적용대상으로 하면서 국민의 재산권과 관련하여 종전보다 불리한 법률효과를 규정하고 있는 경우에도 그러한 사실 또는 법률관계가 개정 법률이 시행되기 이전에 이미 완성 또는 종결된 것이 아니라면 이를 헌법상 금지되는 소급입법에 의한 재산권 침해라고 할 수는 없으며, 그러한 개정 법률의 적용과 관련하여서는 개정 전 법령의 존속에 대한 국민의 신뢰가 개정 법령의 적용에 관한 공익상의 요구보다 더 보호가치가 있다고 인정되는 경우에 그러한 국민의 신뢰보호를 보호하기 위하여 그 적용이 제한될 수 있는 여지가 있을 따름이다.

〈선정이유〉

행정처분의 근거 법령이 종전보다 국민에게 불리하게 개정된 경우에 이를 진행 중인 사실 또는 법률관계에 적용하는 것이 소급입법금지원칙이나 신뢰보호원칙에 위배되는지를 판단한 판결

24. 행정법의 불문원리 : 신의성실원칙 (1)

(대법원 2004. 7. 22. 선고 2002두11233 판결)

〈주제〉 신의성실원칙

〈쟁점〉

신의성실의 원칙의 의미와 그 위배를 이유로 권리행사를 부정하기 위한 요건 및 일반 행정법률

관계에서 행정청의 행위에 대하여 신의칙이 적용되는 경우

〈판결요지〉

신의성실의 원칙은 법률관계의 당사자는 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 아니된다는 추상적 규범을 말하는 것으로서, 신의성실의 원칙에 위배된다는 이유로 그 권리의 행사를 부정하기 위하여는 상대방에게 신의를 주었다거나 객관적으로 보아 상대방이 그러한 신의를 가짐이 정당한 상태에 이르러야 하고, 이와 같은 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의 관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 하고, 일반 행정법률관계에서 관청의 행위에 대하여 신의칙이 적용되기 위해서는 합법성의 원칙을 희생하여서라도 처분의 상대방의 신뢰를 보호함이 정의의 관념에 부합하는 것으로 인정되는 특별한 사정이 있을 경우에 한하여 예외적으로 적용된다.[3)]

〈선정이유〉

신의성실원칙의 의미와 그 적용요건을 설명하고 행정법관계에서 신의성실원칙이 적용되는지 여부를 밝힌 판결

25. 행정법의 불문원리 : 신의성실원칙 (2)

(대법원 2019. 1. 31. 선고 2016두52019 판결)

〈주제〉 신의성실원칙과 취소판결의 기속력

〈쟁점〉

행정청의 위법한 처분으로 인하여 국민이 지원신청기간 내에 신청을 하지 못하였는데, 사후에

3) "기록을 살펴보아도, 이 사건 종전 토지의 매립 당시 피고가 대전광역시의 단순한 하부기관이었다고 인정할 자료는 없고, 피고가 쓰레기매립장의 조성과 관련하여 대전광역시가 원고에게 부담하기로 하였다는 책임과 의무를 승계하였다고 볼 자료도 없으며, 달리 대전광역시의 행위를 피고의 행위와 동일시할 아무런 근거가 없으므로, 원고가 신의칙위반의 정황으로 주장하는 사정들 중 원고가 대전광역시의 요청에 따라 이 사건 종전 토지 중 일부를 쓰레기매립장 부지로 제공하였다거나 쓰레기매립장 조성과 관련하여 발생하는 일체의 제세공과금을 대전광역시가 부담하기로 약정하였다는 사정 및 쓰레기매립장 조성 과정에서 필요한 법적 절차를 대전광역시가 이행하지 않았다는 사정 등은 모두 이 사건 처분을 한 피고와는 그 처분청이 다른 대전광역시의 행위에 불과하므로, 그와 같은 대전광역시의 행위를 근거로 곧바로 피고의 이 사건 처분이 신의칙에 반하는 것이라고 인정할 수는 없을 것이다.
더구나, 이 사건 처분이 쓰레기매립장 조성공사로 인한 토지의 용도 및 지목 변경사업에 대하여 개발부담금을 부과하는 것이 아니라 이 사건 토지에 이 사건 건물을 포함한 이 사건 시설을 건축함으로써 발생하는 개발이익에 대하여 개발부담금을 부과하는 것인 이상, 이 사건 종전 토지에 쓰레기매립장을 조성하는 과정에서 보인 대전광역시 등의 행위는 이 사건 처분이 신의칙에 반하는 것이라고 인정하는 근거가 될 수도 없다고 할 것이다.
한편, 폐기물관리법상 피고가 반드시 독자적으로 쓰레기매립장을 설치하여 운영하여야 한다고 볼 아무런 근거가 없고, 이 사건 종전 토지에 조성된 쓰레기매립장을 피고가 이용하였다는 사정만으로 원고와 피고 사이에 구체적이고, 개별적인 관계가 성립되었다고 인정할 수도 없으며, 원고의 주장과 같이 피고가 그 쓰레기매립장을 이용하는 과정에서 그 사용료를 지급하지 않았다고 가정하더라도 이는 대전광역시 혹은 대전개발과 피고 사이에 해결할 문제에 불과한 것이고, 쓰레기매립장 부지 소유자에 불과한 원고가 그러한 사정을 근거로 이 사건 처분이 신의칙에 반하는 것이라고 주장할 수는 없다고 할 것이므로, 이 점에서도 원고의 신의칙 위반 주장은 받아들이기 어렵다."

행정청의 처분이 쟁송절차에서 위법한 것으로 판단되어 취소되거나 당연무효로 확인된 경우 신의성실원칙의 적용

〈판결요지〉

[1] 직업능력개발훈련과정 인정을 받은 사업주가 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 훈련비용을 지원받은 경우에는 해당 훈련과정의 인정을 취소할 수 있고, 인정이 취소된 사업주에 대하여는 인정취소일부터 5년의 범위에서 구 근로자직업능력 개발법(2012. 2. 1. 법률 제11272호로 개정되기 전의 것, 이하 '직업능력개발법'이라 한다) 제24조 제1항에 의한 직업능력개발훈련과정 인정을 하지 않을 수 있으며, 1년간 직업능력개발훈련 비용을 지원하지 않을 수 있다[직업능력개발법 제24조 제2항 제2호, 제3항, 제55조 제2항 제1호, 구 근로자직업능력 개발법 시행규칙(2011. 3. 11. 고용노동부령 제20호로 개정되기 전의 것) 제22조 [별표 6의2]].

관할관청이 직업능력개발훈련과정 인정을 받은 사업주에 대하여 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 훈련비용을 지원받았다고 판단하여 위 규정들에 따라 일정 기간의 훈련과정 인정제한처분과 훈련비용 지원제한처분을 하였다면, 사업주는 제한처분 때문에 해당 제한 기간에는 실시예정인 훈련과정의 인정을 신청할 수 없고, 이미 실시한 훈련과정의 비용지원도 신청할 수 없게 된다(설령 사업주가 신청을 하더라도, 관할관청은 제한처분이 있음을 이유로 훈련과정 인정이나 훈련비용 지원을 거부할 것임이 분명하다).

그런데 그 제한처분에 대한 쟁송절차에서 해당 제한처분이 위법한 것으로 판단되어 취소되거나 당연무효로 확인된 경우에는, 예외적으로 사업주가 해당 제한처분 때문에 관계 법령이 정한 기한 내에 하지 못했던 훈련과정 인정신청과 훈련비용 지원신청을 사후적으로 할 수 있는 기회를 주는 것이 취소판결과 무효확인판결의 기속력을 규정한 행정소송법 제30조 제1항, 제2항, 제38조 제1항의 입법 취지와 법치행정 원리에 부합한다.

[2] 관할관청이 위법한 직업능력개발훈련과정 인정제한처분을 하여 사업주로 하여금 제때 훈련과정 인정신청을 할 수 없도록 하였음에도, 인정제한처분에 대한 취소판결 확정 후 사업주가 인정제한 기간 내에 실제로 실시하였던 훈련에 관하여 비용지원신청을 한 경우에, 관할관청은 단지 해당 훈련과정에 관하여 사전에 훈련과정 인정을 받지 않았다는 이유만을 들어 훈련비용 지원을 거부할 수는 없음이 원칙이다. 이러한 거부행위는 위법한 훈련과정 인정제한처분을 함으로써 사업주로 하여금 제때 훈련과정 인정신청을 할 수 없게 한 장애사유를 만든 행정청이 사업주에 대하여 사전에 훈련과정 인정신청을 하지 않았음을 탓하는 것과 다름없으므로 신의성실의 원칙에 반하여 허용될 수 없다.

따라서 사업주에 대한 훈련과정 인정제한처분과 훈련비용 지원제한처분이 쟁송절차에서 위법한 것으로 판단되어 취소되거나 당연무효로 확인된 후에 사업주가 인정제한 기간에 실제로 실시한 직업능력개발훈련과정의 비용에 대하여 사후적으로 지원신청을 하는 경우, 관할관청으로서는 사업주가 해당 훈련과정에 대하여 미리 훈련과정 인정을 받아 두지 않았다는 형식적인 이유만으로 훈련비용 지원을 거부하여서는 아니 된다. 관할관청은 사업주가 인정제한 기간에 실제로 실시한 직업능력개발훈련과정이 구 근로자직업능력 개발법 시행령(2011. 12. 30. 대통령령 제23467호로 개정되기 전의 것) 제22조 제1항에서 정한 훈련과정 인정의 실체적 요건들을 모두 충족하였는지, 각 훈련생이 구 사업주에 대한 직업능력개발훈련 지원규정(2011. 12. 30. 고용노동부고시 제2011-73호로 개정되기 전의 것) 제8조 제1항에서 정한 지원금 지급을 위한 수료기준을 충족하였는지 등을 심사하여 훈련비용 지원 여부와 지원금액의 규모를 결정하여야 한다. 나아가 관할관청은 사업주가

사후적인 훈련비용 지원신청서에 위와 같은 심사에 필요한 서류를 제대로 첨부하지 아니한 경우에는 사업주에게 상당한 기간을 정하여 보완을 요구하여야 한다(행정절차법 제17조 제5항).

〈선정이유〉

쟁송절차에서 행정처분이 위법한 것으로 판단되어 취소된 경우에 후속적인 권리구제를 위해 신의성실의 원칙을 적용한 판결

26. 행정법의 불문원리 : 부당결부금지원칙 (1)

(대법원 2018. 2. 28. 선고 2017두67476 판결)
〈주제〉 부당결부금지원칙, 복수의 운전면허 취소 가부

〈쟁점〉

복수의 운전면허를 받은 사람이 취소사유에 해당하는 음주운전을 한 경우 운전면허의 취소 범위

〈판결요지〉

[1] 운전면허를 받은 사람이 음주운전을 한 경우에 운전면허의 취소 여부는 행정청의 재량행위이나, 음주운전으로 인한 교통사고의 증가와 그 결과의 참혹성 등에 비추어 보면 음주운전으로 인한 교통사고를 방지할 공익상의 필요는 더욱 중시되어야 하고, 운전면허의 취소에서는 일반의 수익적 행정행위의 취소와는 달리 취소로 인하여 입게 될 당사자의 불이익보다는 이를 방지하여야 하는 일반예방적 측면이 더욱 강조되어야 한다.

[2] 갑이 혈중알코올농도 0.140%의 주취상태로 배기량 125cc 이륜자동차를 운전하였다는 이유로 관할 지방경찰청장이 갑의 자동차운전면허[제1종 대형, 제1종 보통, 제1종 특수(대형견인·구난), 제2종 소형]를 취소하는 처분을 한 사안에서, 갑에 대하여 제1종 대형, 제1종 보통, 제1종 특수(대형견인·구난) 운전면허를 취소하지 않는다면, 갑이 각 운전면허로 배기량 125cc 이하 이륜자동차를 계속 운전할 수 있어 실질적으로는 아무런 불이익을 받지 않게 되는 점, 갑의 혈중알코올농도는 0.140%로서 도로교통법령에서 정하고 있는 운전면허 취소처분 기준인 0.100%를 훨씬 초과하고 있고 갑에 대하여 특별히 감경해야 할 만한 사정을 찾아볼 수 없는 점, 갑이 음주상태에서 운전을 하지 않으면 안 되는 부득이한 사정이 있었다고 보이지 않는 점, 처분에 의하여 달성하려는 행정목적 등에 비추어 볼 때, 처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 재량권을 남용하거나 한계를 일탈한 것이라고 단정하기에 충분하지 않음에도, 이와 달리 위 처분 중 제1종 대형, 제1종 보통, 제1종 특수(대형견인·구난) 운전면허를 취소한 부분에 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다고 본 원심판단에 재량권 일탈·남용에 관한 법리 등을 오해한 위법이 있다고 한 사례.

〈선정이유〉

제1종 대형, 제1종 보통, 제1종 특수, 제2종 소형면허 등 복수의 운전면허를 받은 사람이 제2종 소형면허로 운전할 수 있는 125cc 이륜자동차를 음주운전한 경우에 제2종 소형면허뿐만 아니라 제1종 대형, 제1종 보통, 제1종 특수면허까지 취소한 것이 재량권의 일탈·남용에 해당하지 않는

다고 본 판결

27. 행정법의 불문원리 : 부당결부금지원칙 (2)

(대법원 2009. 2. 12. 선고 2005다65500 판결)
〈주제〉 행정행위의 부관, 협약 형식의 부관, 부당결부금지원칙

〈쟁점〉

행정청이 수익적 행정처분을 하면서 사전에 상대방과 체결한 협약상의 의무를 부담으로 부가하였는데 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거 법령이 개정되어 부관을 붙일 수 없게 된 경우 협약의 효력 및 그 협약에 따른 부관이 부당결부금지원칙에 위배되는지 여부

〈판결요지〉

[1] 수익적 행정처분에 있어서는 법령에 특별한 근거규정이 없다고 하더라도 그 부관으로서 부담을 붙일 수 있고, 그와 같은 부담은 행정청이 행정처분을 하면서 일방적으로 부가할 수도 있지만 부담을 부가하기 이전에 상대방과 협의하여 부담의 내용을 협약의 형식으로 미리 정한 다음 행정처분을 하면서 이를 부가할 수도 있다.

[2] 행정청이 수익적 행정처분을 하면서 부가한 부담의 위법 여부는 처분 당시 법령을 기준으로 판단하여야 하고, 부담이 처분 당시 법령을 기준으로 적법하다면 처분 후 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거 법령이 개정됨으로써 행정청이 더 이상 부관을 붙일 수 없게 되었다 하더라도 곧바로 위법하게 되거나 그 효력이 소멸하게 되는 것은 아니다. 따라서 행정처분의 상대방이 수익적 행정처분을 얻기 위하여 행정청과 사이에 행정처분에 부가할 부담에 관한 협약을 체결하고 행정청이 수익적 행정처분을 하면서 협약상의 의무를 부담으로 부가하였으나 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거 법령이 개정됨으로써 행정청이 더 이상 부관을 붙일 수 없게 된 경우에도 곧바로 협약의 효력이 소멸하는 것은 아니다.

[3] 부당결부금지의 원칙이란 행정주체가 행정작용을 함에 있어서 상대방에게 이와 실질적인 관련이 없는 의무를 부과하거나 그 이행을 강제하여서는 아니 된다는 원칙을 말한다.

[4] 고속국도 관리청이 고속도로 부지와 접도구역에 송유관 매설을 허가하면서 상대방과 체결한 협약에 따라 송유관 시설을 이전하게 될 경우 그 비용을 상대방에게 부담하도록 하였고, 그 후 도로법 시행규칙이 개정되어 접도구역에는 관리청의 허가 없이도 송유관을 매설할 수 있게 된 사안에서, 위 협약이 효력을 상실하지 않을 뿐만 아니라 위 협약에 포함된 부관이 부당결부금지의 원칙에도 반하지 않는다고 한 사례.

〈선정이유〉

행정처분을 함에 있어서 협약에 따른 부관을 붙이는 것이 가능한지와 그 협약에 따른 부관이 부당결부금지원칙에 위배되는지를 판단한 판결

28. 법령해석원칙 (1)

(대법원 1983. 12. 13. 선고 83누383 판결)
〈주제〉 제재처분에 대한 적용 법령

〈쟁점〉

법령이 개정되었고, 경과규정이 없는 경우, 제재처분을 함에 있어서 행위시 법령을 적용할 것인지 처분시 법령을 적용할 것인지 여부

〈판결요지〉

[1] 건설업법 제34조 제3항에서 발주자의 승낙 없는 하도급을 제한하는 것은 소정의 면허없는 자로 하여금 공사를 하도급시킴으로써 발생할 위험이 있는 부실공사를 방지하자는데 그 목적이 있는 것이므로 하도급계약이 구두에 의한 것이건 서면에 의한 것이건 관계없이 정당한 절차에 의하지 아니하고 하도급하여 하도급업자가 공사를 착수하면 위 법조항의 위반행위가 있는 경우에 해당한다.

[2] 정당한 절차에 의하지 않고 구두에 의한 하도급계약을 체결하여 공사를 시작한 때에 건설업법 제34조 제3항의 위반행위를 범한 것이 되니 그 위반행위를 이유로 한 행정상의 제재처분(행위당시에는 필요적 취소사유)을 하려면 그 위반행위 이후 법령의 변경에 의하여 처분의 종류를 달리(영업정지 사유로) 규정하였다 하더라도 그 법률적용에 관한 특별한 규정이 없다면 위반행위 당시에 시행되던 법령을 근거로 처분을 하여야 마땅하다.

〈선정이유〉

행정상 제재처분을 함에 있어서 위반행위 이후 행정처분 이전에 근거 법령이 경과규정 없이 개정된 경우, 행정처분 당시의 법령이 아니라 위반행위 당시의 법령을 적용하여야 한다는 점을 명확히 한 판결

29. 법령해석원칙 (2)

(대법원 1996. 8. 20. 선고 95누10877 판결)
〈주제〉 인허가 처분에 대한 적용 법령

〈쟁점〉

법령이 개정되었고 경과규정이 없는 경우, 인허가 처분에서 적용할 법령이 개정전 법령인지 개정된 법령인지 여부

〈판결요지〉

허가 등의 행정처분은 원칙적으로 처분시의 법령과 허가기준에 의하여 처리되어야 하고 허가신청 당시의 기준에 따라야 하는 것은 아니며 비록 허가신청 후 허가기준이 변경되었다 하더라도 그 허가관청이 허가신청을 수리하고도 정당한 이유 없이 그 처리를 늦추어 그 사이에 허가기준이 변

경된 것이 아닌 이상 변경된 허가기준에 따라서 처분을 하여야 할 것인바(대법원 1993. 2. 12. 선고 92누4390 판결 참조), 기록에 의하면, 대전직할시장은 원고의 승인신청 이전에 이미 보문산 공원주변의 도시경관 보전을 목적으로 건축규제 방안에 관한 연구용역을 외부기관에 발주해 놓았고 당초 그 연구용역 결과가 승인신청일로부터 1개월 내인 1993. 12. 31.까지 나오도록 되어 있었기 때문에 그 연구용역의 결과에 따른 도시계획(최고 고도지구)을 수립하고 그 도시계획에 따라 승인 여부를 결정하려고 원고의 승인신청에 대한 처분을 유보하였었는데 당초 예상과는 달리 연구용역의 결과가 늦게 나오는 바람에 위 촉진법시행령상의 승인 여부 결정기간(60일)을 넘겨서 1994. 6. 24.에 도시계획을 결정·고시하였고, 피고도 같은 이유에서 승인 여부의 결정을 미루어 오다가 위 도시계획에 따라 1994. 9. 15.자로 이 사건 거부처분을 한 사실, 원고가 위 연구용역이 이미 발주되어 곧 그 결과가 나오리라는 사실을 알고서 이 사건 승인신청을 하였으며, 위 도시계획이 결정·고시되기 이전인 원고의 승인신청 당시에도 이미 위 도시계획의 목적인 보문산공원 주변의 도시경관 보전이라는 공익상의 필요가 있었고 주택건설사업계획의 승인 여부를 결정하는 처분이 엄격한 의미의 기속행위라고는 볼 수 없기 때문에 대전직할시장이나 피고로서는 그 공익상의 필요를 이유로 원고의 승인신청을 거부할 수도 있었지만 그러한 공익상의 필요가 도시계획에 의하여 객관화된 이후에 보다 확실한 근거하에서 승인 여부를 결정하기 위하여 이를 미루어 온 사실을 각 알 수 있으므로, 이와 같은 사정들에 의하면 피고가 정당한 이유 없이 그 승인 여부의 결정을 늦추고 있는 사이에 그 승인기준이 변경된 경우에 해당한다고는 볼 수 없어 처분 당시의 승인기준(법령상의 제한)에 따른 이 사건 거부처분이 위법하다고 할 수 없다 할 것이다.

〈선정이유〉

행정상 인허가 신청 이후 그에 대한 행정처분 이전에 근거 법령이 경과규정이 없이 개정된 경우, 허가관청이 허가신청을 수리하고도 정당한 이유 없이 그 처리를 늦추어 그 사이에 허가기준이 변경된 것이 아닌 이상, 신청 당시의 법령이 아니라 행정처분 당시의 법령을 적용하여야 한다는 점을 명확히 한 판결

30. 법령해석원칙 (3)

(대법원 2016. 12. 15. 선고 2014두44502 판결)
〈주제〉 법령해석원칙, 상위법령 합치적 해석

〈쟁점〉

하위법령의 규정이 상위법령의 규정에 저촉되는지 명백하지 않지만 하위법령의 의미를 상위법령에 합치되는 것으로 해석하는 것이 가능한 경우, 하위법령이 상위법령에 위반된다는 이유로 무효를 선언할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

국가의 법체계는 그 자체로 통일체를 이루고 있으므로 상·하규범 사이의 충돌은 최대한 배제되어야 하며 또한 규범이 무효라고 선언될 경우에 생길 수 있는 법적 혼란과 불안정 및 새로운 규범

이 제정될 때까지의 법적 공백 등으로 인한 폐해를 회피할 필요성이 있음에 비추어 보면, 하위법령의 규정이 상위법령의 규정에 저촉되는지가 명백하지 아니한 경우에, 관련 법령의 내용과 입법취지 및 연혁 등을 종합적으로 살펴 하위법령의 의미를 상위법령에 합치되는 것으로 해석하는 것도 가능한 경우라면, 하위법령이 상위법령에 위반된다는 이유로 쉽게 무효를 선언할 것은 아니다.

〈선정이유〉

하위법령의 규정이 상위법령의 규정에 저촉되는지 명백하지 않은 경우 상위법령 합치적 해석의 의미를 제시한 판결

31. 법령해석원칙 (4)

(대법원 2018. 6. 21. 선고 2015두48655 전원합의체 판결)
〈주제〉 법령해석원칙, 규범조화적 해석

〈쟁점〉

학원의 설립·운영 및 과외교습에 관한 법률 시행령 제3조의3 제1항 [별표 2] '학원의 교습과정' 중 평생직업교육학원의 교습과정에 속하는 댄스에 관하여 '체육시설의 설치·이용에 관한 법률에 따른 무도학원업 제외'라는 단서 규정과 체육시설의 설치·이용에 관한 법률 시행령 제6조 [별표 2] 제7호의 '학원의 설립·운영 및 과외교습에 관한 법률에 따른 학원은 제외'라는 단서 규정의 해석과 효력

〈판결요지〉

[다수의견]

(가) 관계 법령들 사이에 모순·충돌이 있는 것처럼 보일 때 그러한 모순·충돌을 해소하는 법령해석을 제시하는 것은 법령에 관한 최종적인 해석권한을 부여받은 대법원의 고유한 임무이다.

만일 학원의 설립·운영 및 과외교습에 관한 법률 시행령(이하 '학원법 시행령'이라 한다) 제3조의3 제1항 [별표 2] '학원의 교습과정' 중 평생직업교육학원의 교습과정에 속하는 댄스에 관하여 '체육시설의 설치·이용에 관한 법률에 따른 무도학원업 제외'라는 단서 규정(이하 '학원법 시행령 댄스학원의 범위 단서 규정'이라 한다)의 의미를 국제표준무도를 교습하는 댄스학원을 체육시설의 설치·이용에 관한 법률(이하 '체육시설법'이라 한다)상 무도학원업으로 신고할 수 있는 경우에는 학원의 설립·운영 및 과외교습에 관한 법률(이하 '학원법'이라 한다)의 적용을 배제하는 규정이라고 해석하게 되면, 체육시설법 시행령 제6조 [별표 2] 제7호의 '학원의 설립·운영 및 과외교습에 관한 법률에 따른 학원은 제외'라는 단서 규정(이하 '체육시설법 시행령 무도학원업의 범위 단서 규정'이라 한다)의 의미도 국제표준무도를 교습하는 댄스학원을 학원법상 평생직업교육학원으로 등록할 수 있는 경우에는 체육시설법의 적용을 배제하는 규정이라고 해석하여야 하고, 이렇게 해석할 경우 국제표준무도를 교습하는 댄스학원을 두 법령 중 어느 하나에 따라 등록하거나 신고하는 것이 모두 불가능해지는 결과에 도달하게 된다. 이러한 결과는 댄스학원을 개설·운영하려는 사람의 직업의 자유나 영업의 자유 등 기본권을 부당하게 제한하거나 침해하는 것이므로 허용될 수 없다. 특히 신

고 없이 체육시설법상 체육시설을 설치·운영하는 행위(체육시설법 제38조 제2항 제1호)와 등록 없이 학원법상 학원을 설립·운영하는 행위(학원법 제22조 제1항 제1호)가 형사처벌대상으로 규정되어 있는 점을 고려하면 더욱 그러하다. 따라서 이러한 해석은 헌법상 직업의 자유나 법률의 위임 취지에 배치되므로 채택할 수 없다.

국가의 법체계는 그 자체로 통일체를 이루고 있으므로 상·하규범 사이의 충돌은 최대한 배제하여야 하고, 또한 규범이 무효라고 선언될 경우에 생길 수 있는 법적 혼란과 불안정 및 새로운 규범이 제정될 때까지의 법적 공백 등으로 인한 폐해를 피하여야 할 필요성에 비추어 보면, 하위법령의 규정이 상위법령의 규정에 저촉되는지 여부가 명백하지 아니한 경우에, 관련 법령의 내용과 입법 취지 및 연혁 등을 종합적으로 살펴 하위법령의 의미를 상위법령에 합치되는 것으로 해석하는 것이 가능한 경우라면, 하위법령이 상위법령에 위반된다는 이유로 쉽게 무효를 선언할 것은 아니다. 마찬가지 이유에서, 어느 하나가 적용우위에 있지 않은 서로 다른 영역의 규범들 사이에서 일견 모순·충돌이 발생하는 것처럼 보이는 경우에도 상호 조화롭게 해석하는 것이 가능하다면 양자의 모순·충돌을 이유로 쉽게 어느 일방 또는 쌍방의 무효를 선언할 것은 아니다.

앞서 본 바와 같은 부당한 해석 결과를 방지하는 한편, 두 시행령 단서 규정의 형식과 연혁 등을 고려하여 그 의미를 상호 조화롭게 이해하려면, '체육시설법 시행령 무도학원업의 범위 단서 규정'은 성인을 대상으로 국제표준무도를 교습하는 학원이 학원법상 학원의 요건을 갖추어 등록을 마친 경우에는 체육시설법이 별도로 적용되지 않는다는 점을 확인적으로 규정한 것이고, 나아가 '학원법 시행령 댄스학원의 범위 단서 규정'도 성인을 대상으로 국제표준무도를 교습하는 학원이 체육시설법상 무도학원업의 요건을 갖추어 신고를 마친 경우에는 학원법이 별도로 적용되지 않는다는 점을 확인적으로 규정한 것으로 해석함이 타당하다.

(나) 따라서 국제표준무도를 교습하는 학원을 설립·운영하려는 자가 체육시설법상 무도학원업으로 신고하거나 또는 학원법상 평생직업교육학원으로 등록하려고 할 때에, 관할 행정청은 그 학원이 소관 법령에 따른 신고 또는 등록의 요건을 갖춘 이상 신고 또는 등록의 수리를 거부할 수 없다고 보아야 한다.

[대법관 조희대의 별개의견]

(가) 학원법 제2조의2 제2항은 "학원의 종류별 교습과정의 분류"를 대통령령으로 정하도록 위임하고 있을 뿐인데, 학원법 시행령 제3조의3 제1항 [별표 2] '학원의 교습과정'에서는 단순히 학원의 종류별 교습과정을 분류하는 데 그치지 않고, 평생직업교육학원의 교습과정의 하나로 '댄스(체육시설법에 따른 무도학원업 제외)'라고 규정하여 댄스학원의 범위를 제한하는 단서 규정을 두었다.

이러한 단서 규정은 체육시설법상 무도학원업에 해당하는 경우 학원법상 평생직업교육학원으로 등록하고 운영할 수 없도록 하려는 취지로서, 모법의 위임 내용을 벗어나는 것으로 보일 뿐만 아니라, 국제표준무도를 교습하는 댄스학원을 학원법상 평생직업교육학원으로 등록하고 운영하려는 댄스학원 설립·운영자의 직업의 자유를 제한하고 있다. 학원법의 위임 취지와 기본권 제한의 법률유보 원칙(헌법 제37조 제2항)을 고려할 때, 모법의 분명한 위임 없이 시행령에서 직업의 자유를 제한하는 규정을 두는 것은 허용되지 않는다고 봄이 타당하다.

학원법과 체육시설법은 입법 목적과 규제의 평면이 다르고, 국제표준무도가 1999. 3. 31. 체육시설법의 개정으로 '체육활동'의 하나로 편입되었다고 하더라도 예능으로서의 속성을 그대로 지니고 있으므로, 국제표준무도를 교습하는 학원이 학원법상 학원의 요건을 충족하면 체육시설법이 아니라 학원법이 적용된다고 보아야 한다.

학원법의 위임 내용과 취지를 학원법의 입법 목적과 규정 내용, 체계는 물론이고 체육시설법령

과의 관계 등과 종합하여 고려하면, '학원법 시행령 댄스학원의 범위 단서 규정'은 모법의 위임범위를 벗어나 위임 없이 제정된 것이어서 무효라고 보아야 한다.

(나) '학원법 시행령 댄스학원의 범위 단서 규정'이 무효이므로, 국제표준무도를 교습하는 학원이 학원법 제2조 제1호에서 정한 학원의 요건을 충족하는 한 학원법이 적용된다. 따라서 국제표준무도를 교습하는 학원을 설립·운영하려는 자가 학원법상 평생직업교육학원으로 등록하려고 할 때에, 관할 행정청은 그 학원이 학원법상 평생직업교육학원의 등록 요건을 갖춘 이상 등록의 수리를 거부할 수 없다고 보아야 한다.

[대법관 박상옥, 대법관 김재형의 별개의견]

(가) 국민의 기본권 제한에 관한 둘 이상의 법령 규정이 정면으로 서로 모순되어 법관에 의한 조화로운 해석이 불가능하고 그 규정들이 상위법과 하위법, 구법과 신법, 일반법과 특별법의 관계에 있지도 않아 어느 하나가 적용된다는 결론을 도출하는 것도 불가능한 경우가 있다. 이러한 경우에는 그 규정들 모두 법치국가원리에서 파생되는 법질서의 통일성 또는 모순금지 원칙에 반한다고 볼 수 있다. 그 결과 국민의 기본권이 부당하게 제한된다면 서로 모순·충돌하는 범위에서 그 규정들의 효력을 부정해야 한다.

요컨대 두 규정이 모순·충돌하는 경우에 조화로운 해석으로 해결할 수도 없고 어느 한쪽이 우위에 있다고 볼 수도 없다면 두 규정 모두 효력이 없다고 보아야 한다. 이는 법률뿐만 아니라 시행령에 대해서도 마찬가지이다.

'체육시설법 시행령 무도학원업의 범위 단서 규정'은 학원법상 댄스학원의 개념요건을 충족한 무도학원이 학원법의 적용을 받을 것이라는 전제에서 체육시설법의 적용대상에서 배제하였다. '학원법 시행령 댄스학원의 범위 단서 규정' 역시 체육시설법상 무도학원의 개념요건을 충족한 댄스학원이 체육시설법의 적용을 받을 것이라는 전제에서 학원법의 적용대상에서 배제한 것으로 볼 수 있다. 이에 따라 두 시행령 규정이 서로 그 책임을 미루어 규제 또는 규율의 공백이 발생하였고 두 규정이 예정한 각 전제 요건이 충족되지 않는다.

따라서 '체육시설법 시행령 무도학원업의 범위 단서 규정'과 '학원법 시행령 댄스학원의 범위 단서 규정'은 어느 하나의 효력이 우선하지 않으면서 서로 모순·충돌하는 관계로서, 법치국가원리에서 파생되는 법질서의 통일성이나 모순금지 원칙에 반하고 국민의 기본권을 부당하게 제한하므로, 그 모순·충돌하는 범위에서 두 규정은 모두 효력이 없다고 보아야 한다.

(나) 그러므로 국제표준무도를 교습하는 학원을 설립·운영하려는 자는 영업 목적에 따라 체육시설법상 무도학원과 학원법상 평생직업교육학원 중에서 어느 하나를 선택하여 체육시설업 신고 또는 학원 등록을 마친 후 영업을 할 수 있다고 봄이 타당하다.

〈선정이유〉

상위법령 합치적 해석과 규범조화적 해석에 관련하여 관계 법령들 사이에 모순·충돌이 있는 것처럼 보일 때 어떻게 해석하여야 하는가에 대하여 대법관의 다양한 견해가 잘 나타난 판결

32. 법령해석원칙 (5)

(대법원 2019. 2. 21. 선고 2014두12697 전원합의체 판결)

〈주제〉 법령해석원칙, 침익적 행정처분의 근거법령에 대한 엄격해석

〈쟁점〉

구 쌀소득 등의 보전에 관한 법률 제13조의2 제1항 후문에 따른 2배의 추가징수 기준인 '지급한 금액'이 '거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 수령한 직불금'에 한정되는지 여부(적극)

〈판결요지〉

[다수의견]

구 쌀소득 등의 보전에 관한 법률(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 쌀소득보전법'이라 한다) 제13조 제1항 각호에 따라 지급이 제한되는 쌀소득 등 보전 직접 지불금(이하 '직불금'이라 한다)을 이미 지급한 경우에는 같은 법 제13조의2 제1항 전문에 따라 이를 반환하도록 하여야 한다. 구 쌀소득보전법 제13조 제1항 제1호 사유가 있는 경우에 지급이 제한되는 직불금은 '등록된 모든 농지에 대한 직불금 전액'이므로, 이 경우 이미 지급된 직불금이 있다면 그 전액이 반환 대상이 된다.

이와 달리 같은 법 제13조의2 제1항 후문에 따른 2배의 추가징수 기준인 '지급한 금액'은 '거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 수령한 직불금'에 한정된다고 새겨야 한다. 그 이유는 다음과 같다.

① 위 조항에 따른 2배의 추가징수 기준인 '지급한 금액'이 해당 농업인 등이 등록된 모든 농지에 관하여 수령한 직불금 전액인지 아니면 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 수령한 직불금액으로 한정되는 것인지가 위 조항의 문언만으로는 명확하지 않다.

거짓·부정을 이유로 하는 직불금 추가징수는 침익적 행정처분이고, 침익적 행정처분의 근거가 되는 행정법규는 엄격하게 해석·적용하여야 하며, 그 의미가 불명확한 경우 행정처분의 상대방에게 불리한 방향으로 해석·적용하여서는 아니 된다. 따라서 위와 같이 이 사건 조항에서 말하는 '지급한 금액'의 의미가 명확하지 않은 이상, 이것이 '지급한 직불금 전액'을 의미한다고 함부로 단정할 수 없다.

② 추가징수제도를 도입할 당시의 입법 의도에 등록된 복수의 농지 중 일부 농지에 관하여만 거짓·부정이 있는 경우에도 전체 농지에 관하여 지급한 직불금 전액의 2배를 추가징수하겠다는 취지가 포함되었다고 볼 만한 근거는 찾기 어렵다.

따라서 추가징수제도가 도입된 경위나 도입 취지를 고려하더라도 위 조항에 따른 2배의 추가징수 기준인 '지급한 금액'이 지급한 직불금 전액으로 당연히 해석되는 것은 아니다.

③ 등록된 농지 중 일부 농지에 관하여 거짓·부정이 있는 경우에도 등록된 모든 농지에 관한 직불금 전액의 2배를 추가징수하여야 한다고 해석하게 되면, 그 자체로 지나치게 가혹할 뿐 아니라 제재를 함에 있어 위반행위의 경중이 전혀 고려되지 않게 되므로, 비례의 원칙이나 책임의 원칙에 부합하지 않게 된다. 이러한 결론은 추가징수제도 도입 취지나 이에 의하여 달성되는 공익을 고려하더라도 정당화되기 어렵다.

[대법관 김재형, 대법관 박정화의 반대의견]

구 쌀소득보전법 제13조의2 제1항 후문의 '지급한 금액' 앞에 아무런 수식어가 없으므로 이를 부정수령액으로 제한해서 해석할 근거가 없다. 위 조항의 '지급한 금액' 앞에 별다른 수식어가 없는데도, 다수의견과 같이 같은 항 안에서 전문에 따른 회수액은 직불금 전액으로, 후문에 따른 추가징수 기준액은 부정수령액으로 서로 다르게 해석하는 것은 자연스럽지 못하다.

2009. 3. 25. 법률 제9531호로 개정된 구 쌀소득보전법의 개정이유에 비추어 보더라도 위 조항에 따른 2배의 추가징수 기준인 '지급한 금액'을 부정수령액으로 한정하는 등 제한을 두려고 한 것

으로는 보이지 않는다.

위 조항의 '지급한 금액'을 부정수령액으로 해석해야만 비례원칙에 어긋나지 않고, 직불금 전액으로 해석하면 비례원칙 위반이 된다고 보기도 어렵다.

위 조항의 문언이나 입법 취지에 비추어 위 조항에 따른 2배의 추가징수 기준인 '지급한 금액'은 등록된 모든 농지에 관하여 지급한 직불금 전액으로 해석하여야 하고, 이와 같이 새기더라도 비례원칙 등에 반한다고 볼 수도 없다.

〈선정이유〉

침익적 행정처분의 근거가 되는 행정법규는 엄격하게 해석·적용하여야 하며, 그 의미가 불명확한 경우 행정처분의 상대방에게 불리한 방향으로 해석·적용하여서는 아니 된다는 점을 밝힌 판결

제3절 행정법관계

33. 공법관계와 사법관계의 구별 (1)

(대법원 1983. 12. 27. 선고 81누366 판결[4])

〈주제〉 공법관계와 사법관계의 구별

〈쟁점〉

입찰보증금 국고귀속 조치에 관한 분쟁이 행정소송의 대상인지 여부(소극)

〈판결요지〉

예산회계법에 따라 체결되는 계약은 사법상의 계약이라고 할 것이고 동법 제70조의5의 입찰보증금은 낙찰자의 계약체결의무이행의 확보를 목적으로 하여 그 불이행시에 이를 국고에 귀속시켜 국가의 손해를 전보하는 사법상의 손해배상 예정으로서의 성질을 갖는 것이라고 할 것이므로 입찰보증금의 국고귀속조치는 국가가 사법상의 재산권의 주체로서 행위하는 것이지 공권력을 행사하는 것이거나 공권력작용과 일체성을 가진 것이 아니라 할 것이므로 이에 관한 분쟁은 행정소송이 아닌 민사소송의 대상이 될 수밖에 없다고 할 것이다.

〈선정이유〉

입찰보증금은 사법상의 손해배상 예정으로서의 성질을 갖는 것이라고 할 것이므로 입찰보증금의 국고귀속조치는 국가가 사법상의 재산권의 주체로서 행위하는 것이지 공권력의 행사가 아니라고 판시한 판결

4) 공법상 계약과 사법상 계약의 구별에 관한 판례(117번-121번)도 참조

34. 공법관계와 사법관계의 구별 (2)

(대법원 2017. 11. 14. 선고 2016다201395 판결)
〈주제〉 공법관계와 사법관계의 구별

〈쟁점〉

지방자치단체가 일반재산을 관련 법령이 허용하는 방식에 따라 수의계약으로 매각하는 것이 적법한지 여부

지방자치단체가 일반재산을 수의계약으로 매각하는 과정에 단순한 하자가 있다는 사유만으로 곧바로 수의계약이 무효로 되는지 여부 및 계약을 무효라고 보기 위한 하자의 정도

〈판결요지〉

지방자치단체가 일반재산을 입찰이나 수의계약을 통해 매각하는 것은 기본적으로 사경제주체의 지위에서 하는 행위이므로 원칙적으로 사적 자치와 계약자유의 원칙이 적용된다. 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 '지방계약법'이라 한다) 제6조 제1항은 계약자유의 원칙과 신의성실의 원칙이 적용된다는 점을 명시적으로 인정하되, 다만 지방자치단체는 지방계약법 등 관계 법령에 규정된 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한해서는 안 된다고 정하고 있다. 공유재산 및 물품 관리법과 그 시행령 및 지방계약법과 그 시행령에서는 일반재산의 매각에 관하여 방법, 절차, 가격 결정 등을 상세히 정하고 있다. 이러한 규정은 사적 자치와 계약자유의 원칙에 일정한 제한을 두어 매각절차의 투명성과 공정성을 확보하고 거래 상대자의 이익을 보호하여 지방자치단체가 체결하는 계약이 공익에 합치되도록 하려는 것이다.

지방자치단체의 일반재산 매각방법은 원칙적으로 일반입찰이지만, 예외적으로 지명경쟁입찰과 수의계약을 허용하고 있다. 공유재산 및 물품 관리법 시행령 제38조 제2항에 따라 '상반된 이해관계인 사이에 장기간에 걸쳐서 해결하기 극히 곤란한 사실상 또는 소송상 분쟁이 있는 재산이나 수의계약으로 매각하기가 곤란하다고 인정되는 재산'은 일반입찰로 매각하여야 하지만, 이러한 재산이 아니라면 수의계약에 의한 매각도 예외적으로 허용된다. 따라서 일반재산을 관련 법령이 허용하는 방식에 따라 수의계약으로 매각하는 것은 적법하다.

지방자치단체가 관련 법령에서 정한 기준과 절차에 따라 일반재산을 수의계약으로 매각한 경우 그 과정에 단순한 하자가 있다고 해서 그러한 사유만으로 곧바로 수의계약이 무효로 되는 것은 아니다. 수의계약 대상자를 결정하고 계약을 체결하는 과정에서 생긴 하자의 정도가 절차의 공공성과 공정성을 현저히 침해할 정도로 중대하여 선량한 풍속 그 밖의 사회질서에 반한다고 볼 수 있는 경우 등에 한하여 계약을 무효라고 보아야 한다.

〈선정이유〉

지방자치단체가 일반재산을 입찰이나 수의계약을 통해 매각하는 것은 기본적으로 사경제주체의 지위에서 하는 행위이므로 원칙적으로 사적 자치와 계약자유의 원칙이 적용되고, 수의계약 대상자를 결정하고 계약을 체결하는 과정에서 생긴 하자의 정도가 절차의 공공성과 공정성을 현저히 침해할 정도로 중대하여 선량한 풍속 그 밖의 사회질서에 반한다고 볼 수 있는 경우 등에 한하여 계약을 무효라고 보아야 한다고 한 판결

35. 공법관계와 사법관계의 구별 (3)

(대법원 1997. 5. 30. 선고 95다28960 판결)
〈주제〉 공법관계와 사법관계

〈쟁점〉

행정사건을 민사소송으로 제기한 경우 법원의 처리방법

〈판결요지〉

행정소송법 제7조는 원고의 고의 또는 중대한 과실 없이 행정소송이 심급을 달리하는 법원에 잘못 제기된 경우에 민사소송법 제31조 제1항을 적용하여 이를 관할 법원에 이송하도록 규정하고 있을 뿐 아니라, 관할 위반의 소를 부적법하다고 하여 각하하는 것보다 관할 법원에 이송하는 것이 당사자의 권리구제나 소송경제의 측면에서 바람직하므로, 원고가 고의 또는 중대한 과실 없이 행정소송으로 제기하여야 할 사건을 민사소송으로 잘못 제기한 경우, 수소법원으로서는 만약 그 행정소송에 대한 관할도 동시에 가지고 있다면 이를 행정소송으로 심리·판단하여야 하고, 그 행정소송에 대한 관할을 가지고 있지 아니하다면 당해 소송이 이미 행정소송으로서의 전심절차 및 제소기간을 도과하였거나 행정소송의 대상이 되는 처분 등이 존재하지도 아니한 상태에 있는 등 행정소송으로서의 소송요건을 결하고 있음이 명백하여 행정소송으로 제기되었더라도 어차피 부적법하게 되는 경우가 아닌 이상 이를 부적법한 소라고 하여 각하할 것이 아니라 관할 법원에 이송하여야 한다.

〈선정이유〉

행정사건을 민사사건으로 오해하여 민사소송을 제기한 경우, 행정소송으로 제기되었더라도 어차피 부적법하게 되는 경우가 아닌 이상 이를 부적법한 소라고 하여 각하할 것이 아니라 관할 법원에 이송하여야 한다고 하여 수소법원의 처리방법을 명확히 설시하고 있는 판결

36. 공법관계와 사법관계의 구별 (4)

(대법원 2018. 2. 13. 선고 2014두11328 판결)
〈주제〉 공법관계와 사법관계의 구별

〈쟁점〉

[1] 지방자치단체가 일방 당사자가 되는 이른바 '공공계약'이 사경제의 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상 계약에 해당하는 경우, 사적 자치와 계약자유의 원칙 등 사법의 원리가 적용되는지 여부

[2] 민사사건을 행정소송 절차로 진행한 경우, 그 자체로 위법한지 여부

〈판결요지〉

[1] 지방자치단체가 일방 당사자가 되는 이른바 '공공계약'이 사경제의 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상 계약에 해당하는 경우 그에 관한 법령에 특별한 정함이 있는 경우를

제외하고는 사적 자치와 계약자유의 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용된다.

[2] 행정사건의 심리절차는 행정소송의 특수성을 감안하여 행정소송법이 정하고 있는 특칙이 적용될 수 있는 점을 제외하면 심리절차 면에서 민사소송 절차와 큰 차이가 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 민사사건을 행정소송 절차로 진행한 것 자체가 위법하다고 볼 수 없다.

[3] 지방자치단체가 계약의 적정한 이행을 위하여 계약상대방과의 계약에 근거하여 계약당사자 사이에 효력이 있는 계약특수조건 등을 부가하는 것이 금지되거나 제한된다고 할 이유는 없고, 사적 자치와 계약자유의 원칙상 관련 법령에 이를 금지하거나 제한하는 내용이 없는데도 그러한 계약내용이나 조치의 효력을 함부로 부인할 것은 아니다.

다만 구 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(2013. 8. 6. 법률 제12000호로 개정되기 전의 것) 제6조 제1항에 따라 공공계약에서 계약상대방의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약은 효력이 없으나, 이에 해당하기 위해서는 그 특약이 계약상대방에게 다소 불이익하다는 점만으로는 부족하고 지방자치단체 등이 계약상대방의 정당한 이익과 합리적인 기대에 반하여 형평에 어긋나는 특약을 정함으로써 계약상대방에게 부당하게 불이익을 주었다는 점이 인정되어야 한다. 계약상대방의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약인지는 그 특약에 의하여 계약상대방에게 생길 수 있는 불이익의 내용과 정도, 불이익 발생의 가능성, 전체 계약에 미치는 영향, 당사자들 사이의 계약체결과정, 관계 법령의 규정 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다.

〈선정이유〉

지방자치단체가 일방 당사자가 되는 이른바 '공공계약'이 사경제의 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상 계약에 해당하는 경우 그에 관한 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 사적 자치와 계약자유의 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용되고, 나아가 민사사건을 행정소송 절차로 진행한 것 자체가 위법하다고 볼 수 없다는 판결

37. 특별행정법관계

(대법원 2018. 8. 30. 선고 2016두60591 판결)

〈주제〉 특별행정법관계

〈쟁점〉

육군3사관학교 사관생도의 경우 일반 국민보다 기본권이 더 제한될 수 있는지 여부 및 그 경우 기본권 제한의 한계

〈판결요지〉

[1] 사관생도는 군 장교를 배출하기 위하여 국가가 모든 재정을 부담하는 특수교육기관인 육군3사관학교의 구성원으로서, 학교에 입학한 날에 육군 사관생도의 병적에 편입하고 준사관에 준하는 대우를 받는 특수한 신분관계에 있다(육군3사관학교 설치법 시행령 제3조). 따라서 그 존립 목적을 달성하기 위하여 필요한 한도 내에서 일반 국민보다 상대적으로 기본권이 더 제한될 수 있으나,

그러한 경우에도 법률유보원칙, 과잉금지원칙 등 기본권 제한의 헌법상 원칙들을 지켜야 한다.

[2] 육군3사관학교 설치법 및 시행령, 그 위임에 따른 육군3사관학교 학칙 및 사관생도 행정예규 등에서 육군3사관학교의 설치 목적과 교육 목표를 달성하기 위하여 사관생도가 준수하여야 할 사항을 정하고 이를 위반한 행위에 대하여는 징계를 규정할 수 있고 이러한 규율은 가능한 한 존중되어야 한다.

[3] 육군3사관학교 사관생도인 갑이 4회에 걸쳐 학교 밖에서 음주를 하여 '사관생도 행정예규'(이하 2015. 5. 19. 개정되기 전의 것을 '구 예규', 2016. 3. 3. 개정되기 전의 것을 '예규'라 한다) 제12조(이하 '금주조항'이라 한다)에서 정한 품위유지의무를 위반하였다는 이유로 육군3사관학교장이 교육운영위원회의 의결에 따라 갑에게 퇴학처분을 한 사안에서, 첫째 사관학교의 설치 목적과 교육 목표를 달성하기 위하여 사관학교는 사관생도에게 교내 음주 행위, 교육·훈련 및 공무 수행 중의 음주 행위, 사적 활동이더라도 신분을 나타내는 생도 복장을 착용한 상태에서 음주하는 행위, 생도 복장을 착용하지 않은 상태에서 사적 활동을 하는 때에도 이로 인하여 사회적 물의를 일으킴으로써 품위를 손상한 경우 등에는 이러한 행위들을 금지하거나 제한할 필요가 있으나 여기에 그치지 않고 나아가 사관생도의 모든 사적 생활에서까지 예외 없이 금주의무를 이행할 것을 요구하는 것은 사관생도의 일반적 행동자유권은 물론 사생활의 비밀과 자유를 지나치게 제한하는 것이고, 둘째 구 예규 및 예규 제12조에서 사관생도의 모든 사적 생활에서까지 예외 없이 금주의무를 이행할 것을 요구하면서 제61조에서 사관생도의 음주가 교육 및 훈련 중에 이루어졌는지 여부나 음주량, 음주 장소, 음주 행위에 이르게 된 경위 등을 묻지 않고 일률적으로 2회 위반 시 원칙으로 퇴학 조치하도록 정한 것은 사관학교가 금주제도를 시행하는 취지에 비추어 보더라도 사관생도의 기본권을 지나치게 침해하는 것이므로, 위 금주조항은 사관생도의 일반적 행동자유권, 사생활의 비밀과 자유 등 기본권을 과도하게 제한하는 것으로서 무효인데도 위 금주조항을 적용하여 내린 퇴학처분이 적법하다고 본 원심판결에 법리를 오해한 잘못이 있다고 한 사례.

〈선정이유〉

특별행정법관계에 있어서는 목적을 달성하기 위하여 필요한 한도 내에서 일반 국민보다 상대적으로 기본권이 더 제한될 수 있으나, 기본권 제한의 헌법상 원칙들을 지켜야 한다는 한계를 제시한 판결

38. 사인의 공법행위 (1)

(대법원 2001. 8. 24. 선고 99두9971 판결)

〈주제〉 사인의 공법행위

〈쟁점〉

민법상 비진의 의사표시의 무효에 관한 규정이 사인의 공법행위에 적용되는지 여부

〈판결요지〉

[1] 이른바 1980년의 공직자숙정계획의 일환으로 일괄사표의 제출과 선별수리의 형식으로 공무

원에 대한 의원면직처분이 이루어진 경우, 사직원 제출행위가 강압에 의하여 의사결정의 자유를 박탈당한 상태에서 이루어진 것이라고 할 수 없고 민법상 비진의 의사표시의 무효에 관한 규정은 사인의 공법행위에 적용되지 않는다는 등의 이유로 그 의원면직처분을 당연무효라고 할 수 없다고 한 사례.

[2] 공무원이 한 사직 의사표시의 철회나 취소는 그에 터잡은 의원면직처분이 있을 때까지 할 수 있는 것이고, 일단 면직처분이 있고 난 이후에는 철회나 취소할 여지가 없다.

〈선정이유〉

민법상 비진의 의사표시의 무효에 관한 규정은 사인의 공법행위에 적용되지 않고, 나아가 사직 의사표시의 철회나 취소는 그에 터잡은 의원면직처분이 있을 때까지 할 수 있다고 한 판결

39. 사인의 공법행위 (2)

(대법원 1999. 4. 27. 선고 97누6780 판결)
〈주제〉 신고의 법적 성질

〈쟁점〉

적법한 요건을 갖춘 신고에 대해 행정청의 수리처분이 요구되는지 여부

〈판결요지〉

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 행정청으로서는 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 사유를 심사하여 이를 이유로 신고수리를 거부할 수는 없다.

〈선정이유〉

자기완결적 신고에 관한 법리를 제시하면서 적법한 요건을 갖춘 신고를 하면 신고대상인 행위를 할 수 있고, 별도로 행정청의 수리를 기다릴 필요가 없으며, 행정청은 법령이 정하지 아니한 사유를 심사하여 신고 수리를 거부할 수 없다고 한 판결

40. 사인의 공법행위 (3)

(대법원 1998. 4. 24. 선고 97도3121 판결)
〈주제〉 자기완결적 신고의 효력

〈쟁점〉

체육시설의설치·이용에관한법률상의 신고체육시설업에 있어서 신고의 법적 성질과 무신고 영업의 판단 기준

〈판결요지〉

체육시설의설치·이용에관한법률 제10조, 제11조, 제22조, 같은법시행규칙 제8조 및 제25조의 각 규정에 의하면, 체육시설업은 등록체육시설업과 신고체육시설업으로 나누어지고, 당구장업과 같은 신고체육시설업을 하고자 하는 자는 체육시설업의 종류별로 같은법시행규칙이 정하는 해당 시설을 갖추어 소정의 양식에 따라 신고서를 제출하는 방식으로 시·도지사에 신고하도록 규정하고 있으므로, 소정의 시설을 갖추지 못한 체육시설업의 신고는 부적법한 것으로 그 수리가 거부될 수밖에 없고 그러한 상태에서 신고체육시설업의 영업행위를 계속하는 것은 무신고 영업행위에 해당할 것이지만, 이에 반하여 적법한 요건을 갖춘 신고의 경우에는 행정청의 수리처분 등 별단의 조처를 기다릴 필요 없이 그 접수시에 신고로서의 효력이 발생하는 것이므로 그 수리가 거부되었다고 하여 무신고 영업이 되는 것은 아니다.

〈선정이유〉

체육시설의설치·이용에관한법률상 당구장업과 같은 신고체육시설업은 자기완결적 신고이고, 이러한 신고의 경우 적법한 요건을 갖춘 신고를 하면 신고대상인 행위를 할 수 있고, 별도로 행정청의 수리를 기다릴 필요가 없다고 한 판결

41. 사인의 공법행위 (4)

(대법원 2000. 5. 26. 선고 99다37382 판결)
〈주제〉 수리를 요하는 신고

〈쟁점〉

수산업법 제44조 소정의 어업신고의 법적 성질

〈판결요지〉

어업의 신고에 관하여 유효기간을 설정하면서 그 기산점을 '수리한 날'로 규정하고, 나아가 필요한 경우에는 그 유효기간을 단축할 수 있도록까지 하고 있는 수산업법 제44조 제2항의 규정 취지 및 어업의 신고를 한 자가 공익상 필요에 의하여 한 행정청의 조치에 위반한 경우에 어업의 신고

를 수리한 때에 교부한 어업신고필증을 회수하도록 하고 있는 구 수산업법 시행령(1996. 12. 31. 대통령령 제15241호로 개정되기 전의 것) 제33조 제1항의 규정 취지에 비추어 보면, 수산업법 제44조 소정의 어업의 신고는 행정청의 수리에 의하여 비로소 그 효과가 발생하는 이른바 '수리를 요하는 신고'라고 할 것이고, 따라서 설사 관할관청이 어업신고를 수리하면서 공유수면매립구역을 조업구역에서 제외한 것이 위법하다고 하더라도, 그 제외된 구역에 관하여 관할관청의 적법한 수리가 없었던 것이 분명한 이상 그 구역에 관하여는 같은 법 제44조 소정의 적법한 어업신고가 있는 것으로 볼 수 없다.

〈선정이유〉

수산업법 제44조 소정의 어업의 신고는 행정청의 수리에 의하여 비로소 그 효과가 발생하는 이른바 '수리를 요하는 신고'라는 점을 밝히고, 이러한 경우 적법한 수리가 없는 이상 신고가 있는 것으로 볼 수 없다고 한 판결

42. 사인의 공법행위 (5)

(대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결)
〈주제〉 신고 반려행위, 수리거부행위

〈쟁점〉

행정청의 건축신고 반려행위 또는 수리거부행위가 항고소송의 대상이 되는지 여부

〈판결요지〉

구 건축법(2008. 3. 21. 법률 제8974호로 전부 개정되기 전의 것) 관련 규정의 내용 및 취지에 의하면, 행정청은 건축신고로써 건축허가가 의제되는 건축물의 경우에도 그 신고 없이 건축이 개시될 경우 건축주 등에 대하여 공사 중지·철거·사용금지 등의 시정명령을 할 수 있고(제69조 제1항), 그 시정명령을 받고 이행하지 않은 건축물에 대하여는 당해 건축물을 사용하여 행할 다른 법령에 의한 영업 기타 행위의 허가를 하지 않도록 요청할 수 있으며(제69조 제2항), 그 요청을 받은 자는 특별한 이유가 없는 한 이에 응하여야 하고(제69조 제3항), 나아가 행정청은 그 시정명령의 이행을 하지 아니한 건축주 등에 대하여는 이행강제금을 부과할 수 있으며(제69조의2 제1항 제1호), 또한 건축신고를 하지 않은 자는 200만 원 이하의 벌금에 처해질 수 있다(제80조 제1호, 제9조). 이와 같이 건축주 등은 신고제하에서도 건축신고가 반려될 경우 당해 건축물의 건축을 개시하면 시정명령, 이행강제금, 벌금의 대상이 되거나 당해 건축물을 사용하여 행할 행위의 허가가 거부될 우려가 있어 불안정한 지위에 놓이게 된다. 따라서 건축신고 반려행위가 이루어진 단계에서 당사자로 하여금 반려행위의 적법성을 다투어 그 법적 불안을 해소한 다음 건축행위에 나아가도록 함으로써 장차 있을지도 모르는 위험에서 미리 벗어날 수 있도록 길을 열어 주고, 위법한 건축물의 양산과 그 철거를 둘러싼 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있게 하는 것이 법치행정의 원리에 부합한다. 그러므로 건축신고 반려행위는 항고소송의 대상이 된다고 보는 것이 옳다.

〈선정이유〉

건축주 등은 신고제하에서도 건축신고가 반려될 경우 당해 건축물의 건축을 개시하면 시정명령, 이행강제금, 벌금의 대상이 되는 등 불안정한 지위에 놓이게 되므로 미리 반려행위의 적법성을 다투어 그 법적 불안을 해소한 다음 건축행위에 나아가도록 하고, 위법 건축물의 양산과 그 철거를 둘러싼 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있게 하는 것이 법치행정의 원리에 부합한다는 이유로 건축신고 반려행위가 항고소송의 대상이 된다고 한 판결

43. 사인의 공법행위 (6)

(대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결)

〈주제〉 인 · 허가 의제가 수반되는 건축신고의 법적 성질, 수리를 요하는 신고

〈쟁점〉

[1] 건축법 제14조 제2항에 의한 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고가, 행정청이 그 실체적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 '수리를 요하는 신고'인지 여부

[2] 국토의 계획 및 이용에 관한 법률상의 개발행위허가로 의제되는 건축신고가 개발행위허가의 기준을 갖추지 못한 경우, 행정청이 수리를 거부할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] [다수의견]

건축법에서 인·허가의제 제도를 둔 취지는, 인·허가의제사항과 관련하여 건축허가 또는 건축신고의 관할 행정청으로 그 창구를 단일화하고 절차를 간소화하며 비용과 시간을 절감함으로써 국민의 권익을 보호하려는 것이지, 인·허가의제사항 관련 법률에 따른 각각의 인·허가 요건에 관한 일체의 심사를 배제하려는 것으로 보기는 어렵다. 왜냐하면, 건축법과 인·허가의제사항 관련 법률은 각기 고유한 목적이 있고, 건축신고와 인·허가의제사항도 각각 별개의 제도적 취지가 있으며 그 요건 또한 달리하기 때문이다. 나아가 인·허가의제사항 관련 법률에 규정된 요건 중 상당수는 공익에 관한 것으로서 행정청의 전문적이고 종합적인 심사가 요구되는데, 만약 건축신고만으로 인·허가의제사항에 관한 일체의 요건 심사가 배제된다고 한다면, 중대한 공익상의 침해나 이해관계인의 피해를 야기하고 관련 법률에서 인·허가 제도를 통하여 사인의 행위를 사전에 감독하고자 하는 규율체계 전반을 무너뜨릴 우려가 있다. 또한 무엇보다도 건축신고를 하려는 자는 인·허가의제사항 관련 법령에서 제출하도록 의무화하고 있는 신청서와 구비서류를 제출하여야 하는데, 이는 건축신고를 수리하는 행정청으로 하여금 인·허가의제사항 관련 법률에 규정된 요건에 관하여도 심사를 하도록 하기 위한 것으로 볼 수밖에 없다. 따라서 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고는 일반적인 건축신고와는 달리, 특별한 사정이 없는 한 행정청이 그 실체적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 '수리를 요하는 신고'로 보는 것이 옳다.

[대법관 박시환, 대법관 이홍훈의 반대의견]

다수의견과 같은 해석론을 택할 경우 헌법상 기본권 중 하나인 국민의 자유권 보장에 문제는 없는지, 구체적으로 어떠한 경우에 수리가 있어야만 적법한 신고가 되는지 여부에 관한 예측 가능성

등이 충분히 담보될 수 있는지, 형사처벌의 대상이 불필요하게 확대됨에 따른 죄형법정주의 등의 훼손 가능성은 없는지, 국민의 자유와 권리를 제한하거나 의무를 부과하려고 하는 때에는 법률에 의하여야 한다는 법치행정의 원칙에 비추어 그 원칙이 손상되는 문제는 없는지, 신고제의 본질과 취지에 어긋나는 해석론을 통하여 여러 개별법에 산재한 각종 신고 제도에 관한 행정법 이론 구성에 난맥상을 초래할 우려는 없는지의 측면 등에서 심도 있는 검토가 필요한 문제로 보인다. 그런데 다수의견의 입장을 따르기에는 그와 관련하여 해소하기 어려운 여러 근본적인 의문이 제기된다. 여러 기본적인 법원칙의 근간 및 신고제의 본질과 취지를 훼손하지 아니하는 한도 내에서 건축법 제14조 제2항에 의하여 인·허가가 의제되는 건축신고의 범위 등을 합리적인 내용으로 개정하는 입법적 해결책을 통하여 현행 건축법에 규정된 건축신고 제도의 문제점 및 부작용을 해소하는 것은 별론으로 하더라도, '건축법상 신고사항에 관하여 건축을 하고자 하는 자가 적법한 요건을 갖춘 신고만 하면 건축을 할 수 있고, 행정청의 수리 등 별단의 조처를 기다릴 필요는 없다'는 대법원의 종래 견해(대법원 1968. 4. 30. 선고 68누12 판결, 대법원 1990. 6. 12. 선고 90누2468 판결, 대법원 1999. 4. 27. 선고 97누6780 판결, 대법원 2004. 9. 3. 선고 2004도3908 판결 등 참조)를 인·허가가 의제되는 건축신고의 경우에도 그대로 유지하는 편이 보다 합리적인 선택이라고 여겨진다.

[2] [다수의견]

일정한 건축물에 관한 건축신고는 건축법 제14조 제2항, 제11조 제5항 제3호에 의하여 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제56조에 따른 개발행위허가를 받은 것으로 의제되는데, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제58조 제1항 제4호에서는 개발행위허가의 기준으로 주변 지역의 토지이용 실태 또는 토지이용계획, 건축물의 높이, 토지의 경사도, 수목의 상태, 물의 배수, 하천·호소·습지의 배수 등 주변 환경이나 경관과 조화를 이룰 것을 규정하고 있으므로, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률상의 개발행위허가로 의제되는 건축신고가 위와 같은 기준을 갖추지 못한 경우 행정청으로서는 이를 이유로 그 수리를 거부할 수 있다고 보아야 한다.

[대법관 박시환, 대법관 이홍훈의 반대의견]

수리란 타인의 행위를 유효한 행위로 받아들이는 수동적 의사행위를 말하는 것이고, 이는 허가와 명확히 구별되는 것이다. 그런데 다수의견에 의하면, 행정청이 인·허가의제조항에 따른 국토의 계획 및 이용에 관한 법률상 개발행위허가 요건 등을 갖추었는지 여부에 관하여 심사를 한 다음, 그 허가 요건을 갖추지 못하였음을 이유로 들어 형식상으로만 수리거부를 하는 것이 되고, 사실상으로는 허가와 아무런 차이가 없게 된다는 비판을 피할 수 없다. 이러한 결과에 따르면 인·허가의제조항을 특별히 규정하고 있는 입법 취지가 몰각됨은 물론, 신고와 허가의 본질에 기초하여 건축신고와 건축허가 제도를 따로 규정하고 있는 제도적 의미 및 신고제와 허가제 전반에 관한 이론적 틀이 형해화 될 가능성이 있다.

<선정이유>

인허가 의제 효과를 수반하는 건축신고는 일반적인 건축신고와는 달리, 특별한 사정이 없는 한 행정 행정청이 그 실체적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 수리를 요하는 신고에 해당한다고 한 판결

44. 공권

(대법원 1991. 2. 12. 선고 90누5825 판결)
〈주제〉 무하자재량행사청구권 또는 응답청구권

〈쟁점〉

다수의 검사 임용신청자 중 일부만을 검사로 임용하는 결정을 함에 있어 그 임용여부의 응답을 해 줄 의무가 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 검사의 임용 여부는 임용권자의 자유재량에 속하는 사항이나, 임용권자가 동일한 검사신규임용의 기회에 원고를 비롯한 다수의 검사 지원자들로부터 임용 신청을 받아 전형을 거쳐 자체에서 정한 임용기준에 따라 이들 일부만을 선정하여 검사로 임용하는 경우에 있어서 법령상 검사임용신청 및 그 처리의 제도에 관한 명문 규정이 없다고 하여도 조리상 임용권자는 임용신청자들에게 전형의 결과인 임용 여부의 응답을 해줄 의무가 있다고 할 것이며, 응답할 것인지 여부 조차도 임용권자의 편의재량사항이라고는 할 수 없다.

[2] 검사의 임용에 있어서 임용권자가 임용여부에 관하여 어떠한 내용의 응답을 할 것인지는 임용권자의 자유재량에 속하므로 일단 임용거부라는 응답을 한 이상 설사 그 응답내용이 부당하다고 하여도 사법심사의 대상으로 삼을 수 없는 것이 원칙이나, 적어도 재량권의 한계 일탈이나 남용이 없는 위법하지 않은 응답을 할 의무가 임용권자에게 있고 이에 대응하여 임용신청자로서도 재량권의 한계 일탈이나 남용이 없는 적법한 응답을 요구할 권리가 있다고 할 것이며, 이러한 응답신청권에 기하여 재량권 남용의 위법한 거부처분에 대하여는 항고소송으로서 그 취소를 구할 수 있다고 보아야 하므로 임용신청자가 임용거부처분이 재량권을 남용한 위법한 처분이라고 주장하면서 그 취소를 구하는 경우에는 법원은 재량권남용 여부를 심리하여 본안에 관한 판단으로서 청구의 인용 여부를 가려야 한다.

〈선정이유〉

검사 임용신청자는 행정청에 대하여 재량권의 한계 일탈이나 남용이 없는 적법한 응답을 요구할 권리가 있다고 할 것이며, 이러한 응답신청권에 기하여 재량권 남용의 위법한 거부처분에 대하여는 항고소송으로서 그 취소를 구할 수 있다고 본 판결

제 2 장 일반 행정작용법

제1절 행정의 행위형식

제1관 행정행위

45. 행정행위의 성립요건 (1)

(대법원 2017. 7. 11. 선고 2016두35120 판결)
〈주제〉 행정행위의 성립요건

〈쟁점〉

행정처분의 성립요건 및 처분의 외부적 성립 여부를 판단하는 기준

〈판결요지〉

일반적으로 행정처분이 주체·내용·절차와 형식이라는 내부적 성립요건과 외부에 대한 표시라는 외부적 성립요건을 모두 갖춘 경우에는 행정처분이 존재한다고 할 수 있다. 행정처분의 외부적 성립은 행정의사가 외부에 표시되어 행정청이 자유롭게 취소·철회할 수 없는 구속을 받게 되는 시점을 확정하는 의미를 가지므로, 어떠한 처분의 외부적 성립 여부는 행정청에 의해 행정의사가 공식적인 방법으로 외부에 표시되었는지를 기준으로 판단하여야 한다.[5)]

〈선정이유〉

행정처분의 외부적 성립 여부는 행정청에 의해 행정의사가 공식적인 방법으로 외부에 표시되었는지를 기준으로 판단하여야 한다고 하여 행정처분의 성립요건을 제시한 판결

46. 행정행위의 성립요건 (2)

(대법원 2019. 7. 11. 선고 2017두38874 판결)
〈주제〉 행정행위의 성립요건 및 성립 시점

〈쟁점〉

행정처분의 성립요건 및 성립 시점, 그 성립 여부를 판단하는 기준

〈판결요지〉

[1] 일반적으로 처분이 주체·내용·절차와 형식의 요건을 모두 갖추고 외부에 표시된 경우에는 처분의 존재가 인정된다. 행정의사가 외부에 표시되어 행정청이 자유롭게 취소·철회할 수 없는 구속을 받게 되는 시점에 처분이 성립하고, 그 성립 여부는 행정청이 행정의사를 공식적인 방법으로

5) "원심판결 이유와 적법하게 채택된 증거에 의하면, 다음의 사실을 알 수 있다. ① 피고는 2012. 10. 18. 참가인을 사업시행자로 지정 고시하기로 하는 내부문서를 결재하였고, 같은 날 담당 공무원은 담양군 인터넷 홈페이지의 고시공고란에 이 사건 사업시행자 지정 처분의 내용을 고시하는 고시문안을 게재하였다. ② 위 고시문안의 내용은 고시번호와 고시 연월일 중 일자가 표기되지 않은 것 외에는 그 후에 실제 고시된 내용과 동일하다.
지방자치단체의 인터넷 홈페이지 개설 목적, 활용 형태와 이를 접하는 일반인의 인식에 비추어 보면, 그 홈페이지에 행정결정을 게재하는 것은 일반적으로 행정청의 의사를 외부에 표시하는 공식적인 방법이다. 따라서 위와 같은 홈페이지 게재는 피고가 참가인을 사업시행자로 지정하기로 한 결정을 공식적인 방법으로 외부에 표시한 것이고, 이로써 피고가 행한 이 사건 사업시행자 지정 처분은 객관적으로 성립하였다고 보아야 한다."

외부에 표시하였는지를 기준으로 판단해야 한다.

[2] 병무청장이 법무부장관에게 '가수 갑이 공연을 위하여 국외여행허가를 받고 출국한 후 미국 시민권을 취득함으로써 사실상 병역의무를 면탈하였으므로 재외동포 자격으로 재입국하고자 하는 경우 국내에서 취업, 가수활동 등 영리활동을 할 수 없도록 하고, 불가능할 경우 입국 자체를 금지해 달라'고 요청함에 따라 법무부장관이 갑의 입국을 금지하는 결정을 하고, 그 정보를 내부전산망인 '출입국관리정보시스템'에 입력하였으나, 갑에게는 통보하지 않은 사안에서, 행정청이 행정의사를 외부에 표시하여 행정청이 자유롭게 취소·철회할 수 없는 구속을 받기 전에는 '처분'이 성립하지 않으므로 법무부장관이 출입국관리법 제11조 제1항 제3호 또는 제4호, 출입국관리법 시행령 제14조 제1항, 제2항에 따라 위 입국금지결정을 했다고 해서 '처분'이 성립한다고 볼 수는 없고, 위 입국금지결정은 법무부장관의 의사가 공식적인 방법으로 외부에 표시된 것이 아니라 단지 그 정보를 내부전산망인 '출입국관리정보시스템'에 입력하여 관리한 것에 지나지 않으므로, 위 입국금지결정은 항고소송의 대상이 될 수 있는 '처분'에 해당하지 않는데도, 위 입국금지결정이 처분에 해당하여 공정력과 불가쟁력이 있다고 본 원심판단에 법리를 오해한 잘못이 있다고 한 사례.

〈선정이유〉

법무부장관이 입국금지결정을 하고 내부 전산망인 '출입국관리정보시스템'에 입력하여 관리한 경우 위 입국금지결정은 항고소송의 대상이 될 수 있는 '처분'에 해당하지 않는다고 하여 행정처분의 성립요건과 성립 시점에 관하여 구체적으로 판시한 판결

47. 행정행위의 효력발생요건

(대법원 2019. 8. 9. 선고 2019두38656 판결)
〈주제〉 행정행위의 효력발생요건

〈쟁점〉

상대방 있는 행정처분의 효력발생요건

〈판결요지〉

상대방 있는 행정처분은 특별한 규정이 없는 한 의사표시에 관한 일반법리에 따라 상대방에게 고지되어야 효력이 발생하고, 상대방 있는 행정처분이 상대방에게 고지되지 아니한 경우에는 상대방이 다른 경로를 통해 행정처분의 내용을 알게 되었다고 하더라도 행정처분의 효력이 발생한다고 볼 수 없다.

〈선정이유〉

상대방 있는 행정처분은 특별한 규정이 없는 한 의사표시에 관한 일반법리에 따라 상대방에게 고지되어야 효력이 발생한다고 하여 행정처분의 효력발생요건(고지)에 관해 설시한 판결

48. 공정력과 구성요건적 효력 (1)

(대법원 1972. 4. 28. 선고 72다337 판결)
〈주제〉 공정력과 민사법원의 판단권

〈쟁점〉

행정행위의 공정력이 민사법원의 판단을 구속하는지 여부

〈판결요지〉

위법한 행정대집행이 완료되면 그 처분의 무효확인 또는 취소를 구할 소의 이익은 없다 하더라도, 미리 그 행정처분의 취소판결이 있어야만, 그 행정처분의 위법임을 이유로 한 손해배상 청구를 할 수 있는 것은 아니다.

〈선정이유〉

행정처분에 대한 취소판결이 없이도 행정처분이 위법임을 이유로 한 국가배상청구소송을 제기할 수 있다고 하여 민사법원에서 행정처분의 위법 여부를 판단할 수 있다는 점을 밝힌 판결

49. 공정력과 구성요건적 효력 (2)

(대법원 1994. 11. 11. 선고 94다28000 판결)
〈주제〉 공정력과 민사법원의 판단권

〈쟁점〉

[1] 조세의 과오납이 부당이득이 되는 경우
[2] 행정행위의 공정력의 의의

〈판결요지〉

[1] 조세의 과오납이 부당이득이 되기 위하여는 납세 또는 조세의 징수가 실체법적으로나 절차법적으로 전혀 법률상의 근거가 없거나 과세처분의 하자가 중대하고 명백하여 당연무효이어야 하고, 과세처분의 하자가 단지 취소할 수 있는 정도에 불과할 때에는 과세관청이 이를 스스로 취소하거나 항고소송절차에 의하여 취소되지 않는 한 그로 인한 조세의 납부가 부당이득이 된다고 할 수 없다.

[2] 행정처분이 아무리 위법하다고 하여도 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효라고 보아야 할 사유가 있는 경우를 제외하고는 아무도 그 하자를 이유로 무단히 그 효과를 부정하지 못하는 것으로, 이러한 행정행위의 공정력은 판결의 기판력과 같은 효력은 아니지만 그 공정력의 객관적 범위에 속하는 행정행위의 하자가 취소사유에 불과한 때에는 그 처분이 취소되지 않는 한 처분의 효력을 부정하여 그로 인한 이득을 법률상 원인 없는 이득이라고 말할 수 없는 것이다.

〈선정이유〉

행정행위의 하자가 취소사유에 불과한 때에는 그 처분이 취소되지 않는 한 처분의 효력을 부정하여 그로 인한 이득을 법률상 원인 없는 부당이득이라고 할 수 없다고 판시한 판결

50. 공정력과 구성요건적 효력 (3)

(대법원 1992. 8. 18. 선고 90도1709 판결)

〈주제〉 침익적 처분의 공정력과 형사법원의 판단권

〈쟁점〉

도시계획구역 안에서 허가 없이 토지의 형질을 변경하여 원상회복 등 조치명령을 받은 자가 이에 위반한 경우 형사처벌을 하기 위하여는 그 처분이나 조치명령이 적법할 것을 요하는지 여부

〈판결요지〉

[1] 구 도시계획법(1991.12.14. 법률 제4427호로 개정되기 전의 것) 제92조 제4호, 제78조 제1호, 제4조 제1항 제1호의 각 규정을 종합하면 도시계획구역안에서 허가 없이 토지의 형질을 변경한 경우 행정청은 그 토지의 형질을 변경한 자에 대하여서만 같은 법 제78조 제1항에 의하여 처분이나 원상회복 등의 조치명령을 할 수 있다고 해석되고, 토지의 형질을 변경한 자도 아닌 자에 대하여 원상복구의 시정명령이 발하여진 경우 위 원상복구의 시정명령은 위법하다 할 것이다.

[2] 같은 법 제78조 제1항에 정한 처분이나 조치명령을 받은 자가 이에 위반한 경우 이로 인하여 같은 법 제92조에 정한 처벌을 하기 위하여는 그 처분이나 조치명령이 적법한 것이라야 하고, 그 처분이 당연무효가 아니라 하더라도 그것이 위법한 처분으로 인정되는 한 같은 법 제92조 위반죄가 성립될 수 없다.

〈선정이유〉

도시계획법상 처분이나 조치명령에 따라야 할 의무 위반을 이유로 형사 처벌을 하기 위하여는 그 처분이나 조치명령이 적법한 것이라야 하고, 형사법원에서 그 처분이나 조치명령의 적법 여부에 대해 판단할 수 있다고 본 판결

51. 공정력과 구성요건적 효력 (4)

(대법원 1982. 6. 8. 선고 80도2646 판결)

〈주제〉 수익적 처분의 공정력과 형사법원의 판단권

〈쟁점〉

도로교통법 제57조 제1호에 위반하여 교부된 운전면허의 효력

〈판결요지〉

도로교통법 제65조 제1호는, 동 법 제57조 제1호에 위반하여 교부된 운전면허는 당연무효라는 정신하에 이를 취소사유에서 제외하고 동 법제57조 제2호 내지 제4호에 위반하여 교부된 운전면허만을 취소대상으로 규정한 것이 아니라, 운전면허를 받은 자가 「사후에」 동 법 제57조 제2호 내지 제4호의 결격자에 「해당하게 된 때」를 운전면허 취소사유로 규정하고 있는 것에 불과함이 그 법문상 명백하므로, 위 규정이 도로교통법 제57조 제1호에 위반하여 교부된 운전면허를 당연무효로 보아야만 할 근거가 될 수는 없다.

그렇다면 위 도로교통법 제65조 제1호의 규정방식을 근거로 내세워 도로교통법 제57조 제1호에 규정한 연령미달의 결격자이던 피고인이 그의 형인 공소외인 이름으로 운전면허시험에 응시 합격하여 받은 원판시 운전면허를 당연무효로 보아야 할 것이라는 소론 주장은 채택할 바 못되는 것이고, 피고인이 위와 같은 방법에 의하여 받은 운전면허는 비록 위법하다 하더라도 도로교통법 제65조 제3호의 허위 기타 부정한 수단으로 운전면허를 받은 경우에 해당함에 불과하여 취소되지 않는 한 그 효력이 있는 것이라 할 것이므로 같은 취지에서 피고인의 원판시 운전행위가 도로교통법 제38조의 무면허운전에 해당하지 아니한다고 본 원심판단은 정당하다.

〈선정이유〉

피고인이 형의 이름으로 운전면허시험에 응시하여 받은 운전면허가 비록 위법하다 하더라도 행정청에 의하여 취소되지 않는 한 효력이 있으므로 무면허운전죄가 성립하지 않는다고 판시한 판결

52. 공정력과 구성요건적 효력 (5)

(대법원 1999. 2. 5. 선고 98도4239 판결)

〈주제〉 수익적 처분의 공정력과 취소판결의 소급효

〈쟁점〉

운전면허취소처분을 받은 후 자동차를 운전하였으나 위 취소처분이 행정쟁송절차에 의하여 취소된 경우, 무면허운전의 성립 여부

〈판결요지〉

피고인이 행정청으로부터 자동차 운전면허취소처분을 받았으나 나중에 그 행정처분 자체가 행정쟁송절차에 의하여 취소되었다면, 위 운전면허취소처분은 그 처분시에 소급하여 효력을 잃게 되고, 피고인은 위 운전면허취소처분에 복종할 의무가 원래부터 없었음이 후에 확정되었다고 봄이 타당할 것이고, 행정행위에 공정력의 효력이 인정된다고 하여 행정소송에 의하여 적법하게 취소된 운전면허취소처분이 단지 장래에 향하여서만 효력을 잃게 된다고 볼 수는 없다.

〈선정이유〉

피고인이 행정청으로부터 자동차 운전면허취소처분을 받았으나 나중에 그 면허취소처분 자체가 행정쟁송절차에 의하여 취소되었다면, 위 운전면허취소처분은 그 처분시에 소급하여 효력을 잃게

되므로 무면허운전으로 처벌할 수 없다는 판결

53. 행정행위의 종류 : 기속행위와 재량행위 (1)

(대법원 2001. 2. 9. 선고 98두17593 판결)
〈주제〉 기속행위와 재량행위의 구별

〈쟁점〉

기속행위와 재량행위의 구분 기준 및 그 각각에 대한 사법심사 방식

〈판결요지〉

[1] 행정행위가 그 재량성의 유무 및 범위와 관련하여 이른바 기속행위 내지 기속재량행위와 재량행위 내지 자유재량행위로 구분된다고 할 때, 그 구분은 당해 행위의 근거가 된 법규의 체재·형식과 그 문언, 당해 행위가 속하는 행정 분야의 주된 목적과 특성, 당해 행위 자체의 개별적 성질과 유형 등을 모두 고려하여 판단하여야 하고, 이렇게 구분되는 양자에 대한 사법심사는, 전자의 경우 그 법규에 대한 원칙적인 기속성으로 인하여 법원이 사실인정과 관련 법규의 해석·적용을 통하여 일정한 결론을 도출한 후 그 결론에 비추어 행정청이 한 판단의 적법 여부를 독자의 입장에서 판정하는 방식에 의하게 되나, 후자의 경우 행정청의 재량에 기한 공익판단의 여지를 감안하여 법원은 독자의 결론을 도출함이 없이 당해 행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만을 심사하게 되고, 이러한 재량권의 일탈·남용 여부에 대한 심사는 사실오인, 비례·평등의 원칙 위배, 당해 행위의 목적 위반이나 동기의 부정 유무 등을 그 판단 대상으로 한다.

[2] 구 도시계획법(2000. 1. 18. 법률 제6243호로 전문 개정되기 전의 것) 제21조와 같은법시행령(1998. 5. 19. 대통령령 제15799호로 개정되기 전의 것) 제20조 제1, 2항 및 같은법시행규칙(1998. 5. 19. 건설교통부령 제133호로 개정되기 전의 것) 제7조 제1항 제6호 (다)목 등의 규정을 살펴보면, 도시의 무질서한 확산을 방지하고 도시주변의 자연환경을 보전하여 도시민의 건전한 생활환경을 확보하기 위하여 지정되는 개발제한구역 내에서는 구역 지정의 목적상 건축물의 건축이나 그 용도변경은 원칙적으로 금지되고, 다만 구체적인 경우에 위와 같은 구역 지정의 목적에 위배되지 아니할 경우 예외적으로 허가에 의하여 그러한 행위를 할 수 있게 되어 있음이 위와 같은 관련 규정의 체재와 문언상 분명한 한편, 이러한 건축물의 용도변경에 대한 예외적인 허가는 그 상대방에게 수익적인 것에 틀림이 없으므로, 이는 그 법률적 성질이 재량행위 내지 자유재량행위에 속하는 것이라고 할 것이고, 따라서 그 위법 여부에 대한 심사는 재량권 일탈·남용의 유무를 그 대상으로 한다.

〈선정이유〉

기속행위와 재량행위의 구별기준과 각각에 대한 사법심사기준을 제시한 판결. 또한 법원은 대법원 1963. 8. 31. 선고 63누111판결 이래 재량행위를 기속재량행위와 자유재량행위로 구분해왔는데, 이 판결을 통해 이렇게 구분했을 때의 실익(법원의 심사방식에서의 차이)이 무엇인지를 명확히 함.

54. 행정행위의 종류 : 기속행위와 재량행위 (2)

(대법원 1988. 11. 8. 선고 86누618 판결)
〈주제〉 불확정개념과 판단여지

〈쟁점〉

중고등학교 교과서 검정에 있어서의 심사범위 및 위 검정에 관한 부적판정처분의 위법 여부 판단기준

〈판결요지〉

[1] 문교부장관이 시행하는 검정은 그 책을 교과용 도서로 쓰게 할 것인가 아닌가를 정하는 것일 뿐 그 책을 출판하는 것을 막는 것은 아니나 현행 교육제도하에서의 중·고등학교 교과용 도서를 검정함에 있어서 심사는 원칙적으로 오기, 오식 기타 객관적으로 명백한 잘못, 제본 기타 기술적 사항에만 그쳐야 하는 것은 아니고, 그 저술한 내용이 교육에 적합한 여부까지를 심사할 수 있다고 하여야 한다.

[2] 법원이 위 검정에 관한 처분의 위법여부를 심사함에 있어서는 문교부장관과 동일한 입장에서서 어떠한 처분을 하여야 할 것인가를 판단하고 그것과 동 처분과를 비교하여 당부를 논하는 것은 불가하고, 문교부장관이 관계법령과 심사기준에 따라서 처분을 한 것이라면 그 처분은 유효한 것이고 그 처분이 현저히 부당하다거나 또는 재량권의 남용에 해당된다고 볼 수밖에 없는 특별한 사정이 있는 때가 아니면 동 처분을 취소할 수 없다.

〈선정이유〉

불확정개념에 대한 판단여지에 관한 판결. 이 판결에서 대법원은 사법통제가 미칠 수 없는 행정청의 고유한 판단·결정의 영역도 재량으로 보아 재량과 행위요건에 대한 판단여지를 구별하지 아니함을 분명히 함.

55. 행정행위의 종류 : 기속행위와 재량행위 (3)

(대법원 2017. 3. 15. 선고 2016두55490 판결)
〈주제〉 불확정개념과 판단여지

〈쟁점〉

국토의 계획 및 이용에 관한 법률이 정한 용도지역 안에서의 건축허가 요건에 해당하는지 여부가 행정청의 재량판단의 영역에 속하는지 여부(적극) 및 그에 대한 사법심사의 대상과 판단 기준

〈판결요지〉

[1] 건축법 제11조 제1항, 제5항 제3호, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(이하 '국토계획법'이라 한다) 제56조 제1항 제1호, 제2호, 제58조 제1항 제4호, 제3항, 국토의 계획 및 이용에 관한

법률 시행령 제56조 제1항 [별표 1의2] '개발행위허가기준' 제1호 (라)목 (2)를 종합하면, 국토계획법이 정한 용도지역 안에서의 건축허가는 건축법 제11조 제1항에 의한 건축허가와 국토계획법 제56조 제1항의 개발행위허가의 성질을 아울러 갖는데, 개발행위허가는 허가기준 및 금지요건이 불확정개념으로 규정된 부분이 많아 그 요건에 해당하는지 여부는 행정청의 재량판단의 영역에 속한다. 그러므로 그에 대한 사법심사는 행정청의 공익판단에 관한 재량의 여지를 감안하여 원칙적으로 재량권의 일탈이나 남용이 있는지 여부만을 대상으로 하고, 사실오인과 비례·평등의 원칙 위반 여부 등이 그 판단 기준이 된다.

[2] 환경의 훼손이나 오염을 발생시킬 우려가 있는 개발행위에 대한 행정청의 허가와 관련하여 재량권의 일탈·남용 여부를 심사할 때에는, 해당지역 주민들의 토지이용실태와 생활환경 등 구체적 지역 상황과 상반되는 이익을 가진 이해관계자들 사이의 권익 균형 및 환경권의 보호에 관한 각종 규정의 입법 취지 등을 종합하여 신중하게 판단하여야 한다. 그러므로 그 심사 및 판단에는, 우리 헌법이 "모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다."라고 규정하여(제35조 제1항) 환경권을 헌법상 기본권으로 명시함과 동시에 국가와 국민에게 환경보전을 위하여 노력할 의무를 부과하고 있는 점, 환경정책기본법은 환경권에 관한 헌법이념에 근거하여, 환경보전을 위하여 노력하여야 할 국민의 권리·의무와 국가 및 지방자치단체, 사업자의 책무를 구체적으로 정하는 한편(제1조, 제4조, 제5조, 제6조), 국가·지방자치단체·사업자 및 국민은 환경을 이용하는 모든 행위를 할 때에는 환경보전을 우선적으로 고려하여야 한다고 규정하고 있는 점(제2조), '환경오염 발생 우려'와 같이 장래에 발생할 불확실한 상황과 파급효과에 대한 예측이 필요한 요건에 관한 행정청의 재량적 판단은 내용이 현저히 합리성을 결여하였다거나 상반되는 이익이나 가치를 대비해 볼 때 형평이나 비례의 원칙에 뚜렷하게 배치되는 등의 사정이 없는 한 폭넓게 존중될 필요가 있는 점 등을 함께 고려하여야 한다. 이 경우 행정청의 당초 예측이나 평가와 일부 다른 내용의 감정의견이 제시되었다는 등의 사정만으로 쉽게 행정청의 판단이 위법하다고 단정할 것은 아니다.

〈선정이유〉

불확정개념에 대한 판단여지에 관한 판결. 개발행위허가는 허가기준 및 금지요건이 불확정개념으로 규정된 부분이 많은데, 그 요건에 해당하는지 여부는 판단여지가 아니라 재량판단의 영역에 속한다는 것을 분명히 함.

56. 행정행위의 개별적 유형 (1) : 허가

(대법원 2009. 9. 24. 선고 2009두8946 판결)
〈주제〉 강학상 허가

〈쟁점〉

건축허가의 법적 성질

〈판결요지〉

건축허가권자는 건축허가신청이 건축법 등 관계 법규에서 정하는 어떠한 제한에 배치되지 않는 이상 당연히 같은 법조에서 정하는 건축허가를 하여야 하고, 중대한 공익상의 필요가 없는데도 관계 법령에서 정하는 제한사유 이외의 사유를 들어 요건을 갖춘 자에 대한 허가를 거부할 수는 없다.

〈선정이유〉

건축허가는 원칙적으로 기속행위에 해당한다고 본 판결. 이 사안에서 대법원은 건축허가신청이 시장이 수립하고 있는 도시·주거환경정비 기본계획에 배치될 가능성이 높다고 하여 바로 건축허가신청을 반려할 중대한 공익상의 필요가 있다고 보기는 어렵다고 봄.

57. 행정행위의 개별적 유형 (1) : 허가

(대법원 2015. 7. 9. 선고 2015두39590 판결)
〈주제〉 강학상 허가

〈쟁점〉

인허가 의제효과를 수반하는 건축허가의 경우 의제되는 인허가의 요건을 갖추지 못하였다는 이유로 건축허가를 거부할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

건축법에서 인허가의제 제도를 둔 취지는, 인허가의제사항과 관련하여 건축허가의 관할 행정청으로 창구를 단일화하고 절차를 간소화하며 비용과 시간을 절감함으로써 국민의 권익을 보호하려는 것이지, 인허가의제사항 관련 법률에 따른 각각의 인허가 요건에 관한 일체의 심사를 배제하려는 것으로 보기는 어려우므로, 도시계획시설인 주차장에 대한 건축허가신청을 받은 행정청으로서는 건축법상 허가 요건뿐 아니라 국토의 계획 및 이용에 관한 법령이 정한 도시계획시설사업에 관한 실시계획인가 요건도 충족하는 경우에 한하여 이를 허가해야 한다.

〈선정이유〉

인허가 의제효과를 수반하는 건축허가의 경우 의제되는 인허가의 요건을 갖추지 못하였다는 이유로 건축허가를 거부할 수 있다는 판결. 이 판결은 건축신고를 수리하거나 건축허가를 하는 행정청으로서는 건축법상의 요건뿐만 아니라 인허가 의제사항 관련 법률에 규정된 요건에 관하여도 심사를 해야 한다는 점을 분명히 함.

58. 행정행위의 개별적 유형 (1) : 허가

(대법원 1998. 3. 10. 선고 97누4289 판결)
〈주제〉 강학상 허가

〈쟁점〉

강학상 허가에 대한 경업자소송의 원고적격

〈판결요지〉

한의사 면허는 경찰금지를 해제하는 명령적 행위(강학상 허가)에 해당하고, 한약조제시험을 통하여 약사에게 한약조제권을 인정함으로써 한의사들의 영업상 이익이 감소되었다고 하더라도 이러한 이익은 사실상의 이익에 불과하고 약사법이나 의료법 등의 법률에 의하여 보호되는 이익이라고는 볼 수 없으므로, 한의사들이 한약조제시험을 통하여 한약조제권을 인정받은 약사들에 대한 합격처분의 무효확인을 구하는 당해 소는 원고적격이 없는 자들이 제기한 소로서 부적법하다.

〈선정이유〉

허가로 인한 이익은 사실상 이익에 불과하므로 경업자는 허가의 취소를 구할 법률상 이익이 없다는 판결. 허가영업의 경우 경업자의 원고적격을 인정하지 않는 것이 일반적인 경향임.

59. 행정행위의 개별적 유형 (2) : 특허

(대법원 2002. 10. 25. 선고 2002두5795 판결)
〈주제〉 강학상 특허

〈쟁점〉

강학상 특허의 법적 성질

〈판결요지〉

도로법 제40조 제1항에 의한 도로점용은 일반공중의 교통에 사용되는 도로에 대하여 이러한 일반사용과는 별도로 도로의 특정부분을 유형적·고정적으로 특정한 목적을 위하여 사용하는 이른바 특별사용을 뜻하는 것이고, 이러한 도로점용의 허가는 특정인에게 일정한 내용의 공물사용권을 설정하는 설권행위로서, 공물관리자가 신청인의 적격성, 사용목적 및 공익상의 영향 등을 참작하여 허가를 할 것인지의 여부를 결정하는 재량행위이다.

〈선정이유〉

도로점용허가는 설권적 행위(특허)로서 재량행위에 해당한다고 본 판결. 공물사용권의 특허행위는 공물법규에서 달리 규정하고 있지 아니하는 한 원칙적으로 재량행위임을 분명히 함.

60. 행정행위의 개별적 유형 (2) : 특허

(대법원 2009. 9. 24. 선고 2008다60568 판결)
〈주제〉 강학상 특허와 인가의 구별

〈쟁점〉

행정청이 도시 및 주거환경정비법 등 관련 법령에 의하여 행하는 조합설립인가처분의 법적 성질

〈판결요지〉

행정청이 도시 및 주거환경정비법 등 관련 법령에 근거하여 행하는 조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것에 그치는 것이 아니라 법령상 요건을 갖출 경우 도시 및 주거환경정비법상 주택재건축사업을 시행할 수 있는 권한을 갖는 행정주체(공법인)로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 갖는다고 보아야 한다. 그리고 그와 같이 보는 이상 조합설립결의는 조합설립인가처분이라는 행정처분을 하는 데 필요한 요건 중 하나에 불과한 것이어서, 조합설립결의에 하자가 있다면 그 하자를 이유로 직접 항고소송의 방법으로 조합설립인가처분의 취소 또는 무효확인을 구하여야 하고, 이와는 별도로 조합설립결의 부분만을 따로 떼어내어 그 효력 유무를 다투는 확인의 소를 제기하는 것은 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안·위험을 제거하는 데 가장 유효·적절한 수단이라 할 수 없어 특별한 사정이 없는 한 확인의 이익은 인정되지 아니한다.

〈선정이유〉

도시정비법상 정비조합의 설립인가처분은 보충행위로서 강학상 인가가 아니라 설권적 처분(특허)에 해당한다고 판시하고, 그에 관한 분쟁은 조합설립인가처분에 대한 항고소송의 방식으로 다투어야 한다고 판시한 판결

61. 행정행위의 개별적 유형 (3) : 강학상 인가

(대법원 1996. 5. 16. 선고 95누4810 전원합의체 판결)
〈주제〉 허가와 인가의 구별

〈쟁점〉

민법 제45조, 제46조 소정의 재단법인의 정관변경 허가의 법적 성질

〈판결요지〉

[1] 민법 제45조와 제46조에서 말하는 재단법인의 정관변경 "허가"는 법률상의 표현이 허가로 되어 있기는 하나, 그 성질에 있어 법률행위의 효력을 보충해 주는 것이지 일반적 금지를 해제하는 것이 아니므로, 그 법적 성격은 인가라고 보아야 한다.

[2] 인가는 기본행위인 재단법인의 정관변경에 대한 법률상의 효력을 완성시키는 보충행위로서, 그 기본이 되는 정관변경 결의에 하자가 있을 때에는 그에 대한 인가가 있었다 하여도 기본행위인 정관변경 결의가 유효한 것으로 될 수 없으므로 기본행위인 정관변경 결의가 적법 유효하고 보충행위인 인가처분 자체에만 하자가 있다면 그 인가처분의 무효나 취소를 주장할 수 있지만, 인가처분에 하자가 없다면 기본행위에 하자가 있다 하더라도 따로 그 기본행위의 하자를 다투는 것은 별론으로 하고 기본행위의 무효를 내세워 바로 그에 대한 행정청의 인가처분의 취소 또는 무효확인

을 소구할 법률상의 이익이 없다.

〈선정이유〉

재단법인의 정관변경 허가는 그 용어에도 불구하고 강학상 인가에 해당하므로, 기본행위인 정관변경 결의의 하자가 있으면 기본행위의 하자를 다투어야 하고, 인가 자체의 하자가 없는 한, 행정청의 인가처분의 취소 또는 무효확인을 구하는 것은 허용되지 않는다고 한 판결

62. 행정행위의 개별적 유형 (4) : 예외적 승인(예외적 허가)

(대법원 2004. 7. 22. 선고 2003두7606 판결)
〈주제〉 예외적 승인(예외적 허가)

〈쟁점〉

개발제한구역 내에서의 건축물의 건축 등에 대한 예외적 허가의 법적 성질 및 그에 관한 사법심사 기준

〈판결요지〉

구 도시계획법(2000. 1. 28. 법률 제6243호로 전문 개정되기 전의 것) 제21조, 구 도시계획법 시행령(2000. 7. 1. 대통령령 제16891호로 전문 개정되기 전의 것) 제20조 제1항, 제2항 등의 각 규정을 종합하면, 개발제한구역 내에서는 구역 지정의 목적상 건축물의 건축, 공작물의 설치, 토지의 형질변경 등의 행위는 원칙적으로 금지되고, 다만 구체적인 경우에 위와 같은 구역 지정의 목적에 위배되지 아니할 경우 예외적으로 허가에 의하여 그러한 행위를 할 수 있게 되며, 한편 개발제한구역 내에서의 건축물의 건축 등에 대한 예외적 허가는 그 상대방에게 수익적인 것으로서 재량행위에 속하는 것이라고 할 것이므로 그에 관한 행정청의 판단이 사실오인, 비례·평등의 원칙 위배, 목적위반 등에 해당하지 아니하는 이상 재량권의 일탈·남용에 해당한다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

예외적 승인(예외적 허가)의 법리를 재차 확인한 판결. 기존 판결(대법원 1998. 9. 8. 선고 98두8759 판결 및 대법원 2001. 2. 9. 선고 98두17593 판결)의 판시를 재확인함으로써 법원이 이른바 예외적 허가의 법리를 채택하고 있음을 확고히 함.

63. 행정행위의 개별적 유형 (5) : 확인적 행정행위

(대법원 2020. 4. 9. 선고 2019두61137 판결)
〈주제〉 확인적 행정행위

〈쟁점〉

근로복지공단이 사업주에 대하여 하는 '개별 사업장의 사업종류 변경결정'의 법적 성질

〈판결요지〉

앞서 본 법리에 비추어 관련 규정들의 내용과 체계 등을 살펴보면, 근로복지공단이 사업주에 대하여 하는 '개별 사업장의 사업종류 변경결정'은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사인 '처분'에 해당한다고 보아야 한다. 그 구체적인 이유는 다음과 같다.
사업종류별 산재보험료율은 고용노동부장관이 매년 정하여 고시하므로, 개별 사업장의 사업종류가 구체적으로 결정되면 그에 따라 해당 사업장에 적용할 산재보험료율이 자동적으로 정해진다. 고용산재보험료징수법은 개별 사업장의 사업종류 결정의 절차와 방법, 결정기준에 관하여 구체적으로 규정하거나 하위법령에 명시적으로 위임하지는 않았으나, 고용산재보험료징수법의 사업종류 변경신고에 관한 규정들과 근로복지공단의 사실조사에 관한 규정들은 개별 사업장의 구체적인 특성을 고려하여 사업종류가 결정되고 그에 따라 산재보험료율이 결정되어야 함을 전제로 하고 있다. 따라서 근로복지공단이 개별 사업장의 사업종류를 결정하는 것은 고용산재보험료징수법을 집행하는 과정에서 이루어지는 행정작용이다.

고용노동부장관의 고시에 의하면, 개별 사업장의 사업종류 결정은 그 사업장의 재해 발생의 위험성, 경제활동의 동질성, 주된 제품·서비스의 내용, 작업공정과 내용, 한국표준산업분류에 따른 사업내용 분류, 동종 또는 유사한 다른 사업장에 적용되는 사업종류 등을 확인한 후, 매년 고용노동부장관이 고시한 '사업종류예시표'를 참고하여 사업세목을 확정하는 방식으로 이루어진다. 1차적으로 사업주의 보험관계 성립신고나 변경신고를 참고하지만, 사업주가 신고를 게을리하거나 그 신고내용에 의문이 있는 경우에는 산재보험료를 산정하는 행정청인 근로복지공단이 직접 사실을 조사하여 결정하여야 한다. 이러한 사업종류 결정의 주체, 내용과 결정기준을 고려하면, 개별 사업장의 사업종류 결정은 구체적 사실에 관한 법집행으로서 공권력을 행사하는 '확인적 행정행위'라고 보아야 한다.

〈선정이유〉

근로복지공단의 사업종류 변경결정은 그 자체로 확인적 행정행위로서 행정처분에 해당한다고 봄. 사업종류 변경결정을 처분으로 보지 않았던 과거 판례와 달리, 바뀐 신법 하에서 재검토 후 처분성을 인정한 판결

64. 행정행위의 부관 (1)

(대법원 1993. 7. 27. 선고 92누13998 판결)
〈주제〉 부관의 가능성

〈쟁점〉

기속행위에 부관을 부가할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

자동차운수사업법 제49조 제1항은 자동차운송중개·대리업 또는 자동차운송주선업 등의 자동차운송알선사업을 경영하고자 하는 자는 교통부장관이 행하는 등록을 받아야 한다고 규정하고 있는바,

그 등록기준과 절차 등에 관하여 규정하고 있는 같은 조 제2항, 제3항, 같은 법 제5조, 같은 법 시행규칙 제31조, 제32조 등의 규정을 종합하면 행정청으로서는 등록결격사유가 없고 그 시설 등이 소정의 등록기준에 적합할 때에는 당연히 등록을 받아 주어야 할 의무가 있다 할 것이므로 이는 기속행위에 속한다 할 것이고, 이러한 기속행위에 대하여는 법령상의 특별한 근거가 없는 한 부관을 붙일 수 없고 가사 부관을 붙였다 하더라도 이는 무효라 할 것이다.

〈선정이유〉

기속행위나 기속적 재량행위에는 부관을 붙일 수 없고 가사 부관을 붙였다 하더라도 이는 무효라고 한 대법원 1988. 4. 27. 선고 87누1106 판결을 이어받으면서 그 법리를 "기속행위"로 더욱 한정해서 확인한 판결

65. 행정행위의 부관 (2)

(대법원 1997. 3. 11. 선고 96다49650 판결)
〈주제〉 부관의 한계, 부관의 하자

〈쟁점〉

[1] 수익적 행정행위에 부관으로서 적법하게 부담을 붙일 수 있는 한계
[2] 부관의 부당결부금지원칙 위반과 하자의 정도

〈판결요지〉

[1] 수익적 행정행위에 있어서는 법령에 특별한 근거규정이 없다고 하더라도 그 부관으로서 부담을 붙일 수 있으나, 그러한 부담은 비례의 원칙, 부당결부금지의 원칙에 위반되지 않아야만 적법하다.

[2] 지방자치단체장이 사업자에게 주택사업계획승인을 하면서 그 주택사업과는 아무런 관련이 없는 토지를 기부채납하도록 하는 부관을 주택사업계획승인에 붙인 경우, 그 부관은 부당결부금지의 원칙에 위반되어 위법하지만, 지방자치단체장이 승인한 사업자의 주택사업계획은 상당히 큰 규모의 사업임에 반하여, 사업자가 기부채납한 토지 가액은 그 100분의 1 상당의 금액에 불과한 데다가, 사업자가 그 동안 그 부관에 대하여 아무런 이의를 제기하지 아니하다가 지방자치단체장이 업무착오로 기부채납한 토지에 대하여 보상협조요청서를 보내자 그 때서야 비로소 부관의 하자를 들고 나온 사정에 비추어 볼 때 부관의 하자가 중대하고 명백하여 당연무효라고는 볼 수 없다고 한 사례.

〈선정이유〉

수익적 행정행위에 대하여는 법령에 근거규정이 없이도 부관으로서 부담을 부가할 수 있으나 행정법의 일반원칙을 준수하여야 하는 한계 내에서 가능하다는 법리를 제시한 판결

66. 행정행위의 부관 (3)

(대법원 1990. 4. 27. 선고 89누6808 판결)
〈주제〉 부관의 본질적 한계

〈쟁점〉

기선선망어업의 허가를 하면서 부속선을 사용할 수 없도록 제한한 부관의 적부

〈판결요지〉

수산업법 제15조에 의하여 어업의 면허 또는 허가에 붙이는 부관은 그 성질상 허가된 어업의 본질적 효력을 해하지 않는 한도의 것이어야 하고 허가된 어업의 내용 또는 효력 등에 대하여는 행정청이 임의로 제한 또는 조건을 붙일 수 없다고 보아야 할 것이며 수산업법시행령 제14조의4 제3항의 규정내용은 기선선망어업에는 그 어선규모의 대소를 가리지 않고 등선과 운반선을 갖출 수 있고, 또 갖추어야 하는 것이라고 해석되므로 기선선망어업의 허가를 하면서 운반선, 등선 등 부속선을 사용할 수 없도록 제한한 부관은 그 어업허가의 목적달성을 사실상 어렵게 하여 그 본질적 효력을 해하는 것일 뿐만 아니라 위 시행령의 규정에도 어긋나는 것이며, 더욱이 어업조정이나 기타 공익상 필요하다고 인정되는 사정이 없는 이상 위법한 것이다.

〈선정이유〉

본체인 행정행위의 목적 달성을 사실상 어렵게 하여 그 본질적 효력을 해하는 부관이 위법하다고 본 판결. 아울러 이 판결은 부담 외의 부관에 대한 쟁송방법을 (간접적으로) 제시하고 있는 것으로 평가됨.

67. 행정행위의 부관 (4)

(대법원 1994. 3. 8. 선고 92누1728 판결)
〈주제〉 법정부관

〈쟁점〉

보건사회부장관의 고시인 식품제조영업허가기준의 법적 성질

〈판결요지〉

[1] 식품제조영업허가기준이라는 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 것이다.

[2] 위 고시에 정한 허가기준에 따라 보존음료수 제조업의 허가에 붙여진 전량수출 또는 주한외

국인에 대한 판매에 한한다는 내용의 조건은 이른바 법정부관으로서 행정청의 의사에 기하여 붙여지는 본래의 의미에서의 행정행위의 부관은 아니므로, 이와 같은 법정부관에 대하여는 행정행위에 부관을 붙일 수 있는 한계에 관한 일반적인 원칙이 적용되지는 않는다.

〈선정이유〉

법정부관으로서 행정청의 의사에 기하여 붙여지는 본래의 의미에서의 행정행위의 부관은 아니므로, 이와 같은 법정부관에 대하여는 행정행위에 부관을 붙일 수 있는 한계에 관한 일반적인 원칙이 적용되지 않음을 밝힌 판결

68. 행정행위의 부관 (5)

(대법원 1985. 6. 25. 선고 84누579 판결)
〈주제〉 부관(법률효과의 일부배제)

〈쟁점〉

매립준공인가에 포함된 소유권귀속명세통고의 법적 성질

〈판결요지〉

피고는 1977. 4. 9. 매립면허권자인 소외 녹동단위농업협동조합에 대한 매립준공인가를 함에 있어서 총매립면적 42,586평 중 31,622평은 소외 조합에, 이 사건 2필지의 대지를 포함한 그 나머지의 공용 또는 공공용 대지는 모두 국가에 각 귀속한다는 내용으로 준공인가를 하고, 그 인가서에 필지별 소유권귀속관계의 명세를 첨부하여 소외 조합에 통고한 사실이 인정되는 바, 이와 같은 필지별 소유권귀속명세통고는 그 자체 독립한 행정처분이라 할 수 없고, 이는 피고가 이 사건 매립준공인가를 함에 있어서 매립의 면허를 받은 자의 매립지에 대한 소유권취득을 규정한 공유수면매립법 제14조의 효과일부를 배제하는 부관을 붙인 것으로 보는 것이 타당하며, 이러한 행정행위의 부관은 독립하여 행정쟁송의 대상이 될 수 없는 것이라고 할 것이다. 뿐만 아니라 행정소송은 행정처분으로 인하여 법률상 직접적이고 구체적인 이익을 가지게 되는 사람만이 제기할 이익이 있는 것이고, 다만 사실상이며 간접적인 관계를 가지는데 지나지않는 사람은 제기할 이익이 없는 것인 바, 원고주장자체에 의하더라도 원고는 이 사건 준공인가처분의 당사자가 아니고 그 처분을 받은 소외 조합과 사이에 그 조합이 취득할 매립지를 양수하기로 약정한데 불과하니, 원고는 위 준공인가처분에 대하여 사실상의 간접적인 경제적 이해관계가 있을지언정 법률상 직접적인 이해관계가 있다고 할 수 없으므로 그 무효확인을 구할 이익도 없다 할 것이다.

〈선정이유〉

부관 중 '법률효과의 일부배제'는 주된 행정행위와 독립하여 행정쟁송의 대상이 될 수 없다고 판시한 판결

69. 행정행위의 부관 (6)

(대법원 2004. 3. 25. 선고 2003두12837 판결)
〈주제〉 부관(기한)의 해석, 허가 등의 조건 존속기간

〈쟁점〉

허가에 붙은 당초의 기한이 상당 기간 연장되어 허가된 사업의 성질상 부당하게 짧은 경우에 해당하지 아니하게 된 경우, 관계 법령의 규정에 따라 허가 여부의 재량권을 가진 행정청이 기간연장을 불허가하는 것이 가능한지 여부

〈판결요지〉

일반적으로 행정처분에 효력기간이 정하여져 있는 경우에는 그 기간의 경과로 그 행정처분의 효력은 상실되며, 다만 허가에 붙은 기한이 그 허가된 사업의 성질상 부당하게 짧은 경우에는 이를 그 허가 자체의 존속기간이 아니라 그 허가조건의 존속기간으로 보아 그 기한이 도래함으로써 그 조건의 개정을 고려한다는 뜻으로 해석할 수 있지만, 이와 같이 당초에 붙은 기한을 허가 자체의 존속기간이 아니라 허가조건의 존속기간으로 보더라도 그 후 당초의 기한이 상당 기간 연장되어 연장된 기간을 포함한 존속기간 전체를 기준으로 볼 경우 더 이상 허가된 사업의 성질상 부당하게 짧은 경우에 해당하지 않게 된 때에는 관계 법령의 규정에 따라 허가 여부의 재량권을 가진 행정청으로서는 그 때에도 허가조건의 개정만을 고려하여야 하는 것은 아니고 재량권의 행사로서 더 이상의 기간연장을 불허가할 수도 있는 것이며, 이로써 허가의 효력은 상실된다.

〈선정이유〉

행정처분에 효력기간이 정하여져 있는 경우 그 기간 경과로 인한 효과에 관한 판결

70. 행정행위의 부관 (7)

(대법원 1992. 1. 21. 선고 91누1264 판결)
〈주제〉 부담의 독립쟁송가능성 및 독립취소가능성

〈쟁점〉

행정행위의 부관 중 행정행위에 부수하여 그 상대방에게 일정한 의무를 부과하는 행정청의 의사표시인 부담이 그 자체만으로 행정쟁송의 대상이 될 수 있는지 여부

〈판결요지〉

행정행위의 부관은 행정행위의 일반적인 효력이나 효과를 제한하기 위하여 의사표시의 주된 내용에 부가되는 종된 의사표시이지 그 자체로서 직접 법적 효과를 발생하는 독립된 처분이 아니므로 현행 행정쟁송제도 아래서는 부관 그 자체만을 독립된 쟁송의 대상으로 할 수 없는 것이 원칙이나 행정행위의 부관 중에서도 행정행위에 부수하여 그 행정행위의 상대방에게 일정한 의무를 부

과하는 행정청의 의사표시인 부담의 경우에는 다른 부관과는 달리 행정행위의 불가분적인 요소가 아니고 그 존속이 본체인 행정행위의 존재를 전제로 하는 것일 뿐이므로 부담 그 자체로서 행정쟁송의 대상이 될 수 있다.

〈선정이유〉

부관 중 부담은 주된 행정행위와 독립하여 그 자체만으로 행정쟁송이 대상이 될 수 있다고 한 판결

71. 행정행위의 부관 (8)

(대법원 2001. 6. 15. 선고 99두509 판결)
〈주제〉 부관의 독립쟁송가능성

〈쟁점〉

기부채납받은 행정재산에 대한 사용·수익허가 중 사용·수익허가의 기간에 대하여 독립하여 행정소송을 제기할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 공유재산의 관리청이 하는 행정재산의 사용·수익에 대한 허가는 순전히 사경제주체로서 행하는 사법상의 행위가 아니라 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는 행정처분이라고 보아야 할 것인바, 행정재산을 보호하고 그 유지·보존 및 운용 등의 적정을 기하고자 하는 지방재정법 및 그 시행령 등 관련 규정의 입법 취지와 더불어 잡종재산에 대해서는 대부·매각 등의 처분을 할 수 있게 하면서도 행정재산에 대해서는 그 용도 또는 목적에 장해가 없는 한도 내에서 사용 또는 수익의 허가를 받은 경우가 아니면 이러한 처분을 하지 못하도록 하고 있는 구 지방재정법(1999. 1. 21. 법률 제5647호로 개정되기 전의 것) 제82조 제1항, 제83조 제2항 등 규정의 내용에 비추어 볼 때 그 행정재산이 구 지방재정법 제75조의 규정에 따라 기부채납받은 재산이라 하여 그에 대한 사용·수익허가의 성질이 달라진다고 할 수는 없다.

[2] 행정행위의 부관은 부담인 경우를 제외하고는 독립하여 행정소송의 대상이 될 수 없는바, 기부채납받은 행정재산에 대한 사용·수익허가에서 공유재산의 관리청이 정한 사용·수익허가의 기간은 그 허가의 효력을 제한하기 위한 행정행위의 부관으로서 이러한 사용·수익허가의 기간에 대해서는 독립하여 행정소송을 제기할 수 없다.

〈선정이유〉

부담을 제외한 부관은 독립하여 행정쟁송의 대상이 될 수 없다고 하면서, 기부채납받은 행정재산에 대한 사용·수익허가의 허가기간은 독립하여 행정소송의 대상이 될 수 없다고 한 판결

72. 행정행위의 부관 (9)

(대법원 1997. 5. 30. 선고 97누2627 판결)
〈주제〉 부관의 사후변경

〈쟁점〉

부관의 사후변경이 허용되는 범위

〈판결요지〉

행정처분에 이미 부담이 부가되어 있는 상태에서 그 의무의 범위 또는 내용 등을 변경하는 부관의 사후변경은, 법률에 명문의 규정이 있거나 그 변경이 미리 유보되어 있는 경우 또는 상대방의 동의가 있는 경우에 한하여 허용되는 것이 원칙이지만, 사정변경으로 인하여 당초에 부담을 부가한 목적을 달성할 수 없게 된 경우에도 그 목적달성에 필요한 범위 내에서 예외적으로 허용된다.

〈선정이유〉

부관의 사후변경이 허용되는 요건을 밝힌 판결

73. 행정행위의 부관 (10)

(대법원 1991. 4. 23. 선고 90누8756 판결)
〈주제〉 선행처분 부관의 하자와 불가쟁력

〈쟁점〉

선행처분인 액화석유가스판매사업허가처분에 조건을 붙인 것이 하자라 하여 이를 이유로 사업개시 신고 단계에서 사업허가처분의 효력을 다툴 수 있는지 여부 및 선행처분인 사업허가처분에 위와 같은 하자가 있다고 하여 후행처분인 사업개시신고반려처분도 당연히 위법한 것인지 여부

〈판결요지〉

[1] 행정행위는 공정력과 불가쟁력의 효력이 있어 설혹 행정행위에 하자가 있는 경우에도 그 하자가 중대하고 명백하여 당연 무효로 보아야 할 사유가 있는 경우 이외에는 그 행정행위가 행정소송이나 다른 행정행위에 의하여 적법히 취소될 때까지는 단순히 취소할 수 있는 사유가 있는 것만으로는 누구나 그 효력을 부인할 수는 없고 법령에 의한 불복기간이 경과한 경우에는 당사자는 그 행정처분의 효력을 다툴 수 없다.

[2] 허가관청이 액화석유가스판매사업허가를 하면서 붙인 사업소 소재지 반경 25미터 이내 가옥주의 동의를 받아 사업개시 전에 그 동의서를 제출하도록 한 조건이 액화석유가스의안전및사업관리법 제3조 제2항, 제4항 및 같은법시행령 제3조 제1항에 위배되어 액화석유가스판매사업허가처분에 하자가 있다고 하더라도 위 하자는 그 처분 자체를 무효라고 볼 정도로 중대하고 명백한 하자라고 볼 수 없으므로 그와 같은 하자가 취소사유가 되는 위법한 것이라도 그 처분이 취소될 때까

지는 누구도 그 효력을 부인할 수 없을 뿐 아니라, 이는 선행처분인 액화석유가스판매사업허가 단계에서 다투었어야 할 것이고 그 쟁송기간이 이미 경과된 후인 사업개시신고 단계에 있어서는 그 효력을 다툴수 없고, 또 선행처분인 사업허가처분에 위와 같은 하자가 있다고 하여 후행처분인 사업개시신고반려처분도 당연히 위법한 것은 아니다.

〈선정이유〉

선행처분의 조건에 하자가 있다고 하더라도 그 처분 자체를 무효라고 볼 정도로 중대하고 명백한 하자라고 볼 수 없다면 그에 대한 쟁송기간이 이미 경과된 후인 후행처분의 단계에서는 그 효력을 다툴 수 없고, 또한 선행처분의 하자로 인하여 후행처분이 당연히 위법해지는 것도 아니라고 한 판결

74. 행정행위의 부관 (11)

(대법원 2009. 6. 25. 선고 2006다18174 판결)
〈주제〉 무효인 부관과 그 후속행위의 효력

〈쟁점〉

무효인 부관에 근거하여 한 사법상 법률행위의 효력

〈판결요지〉

행정처분에 부담인 부관을 붙인 경우 부관의 무효화에 의하여 본체인 행정처분 자체의 효력에도 영향이 있게 될 수는 있지만, 그 처분을 받은 사람이 부담의 이행으로 사법상 매매 등의 법률행위를 한 경우에는 그 부관은 특별한 사정이 없는 한 법률행위를 하게 된 동기 내지 연유로 작용하였을 뿐이므로 이는 법률행위의 취소사유가 될 수 있음은 별론으로 하고 그 법률행위 자체를 당연히 무효화하는 것은 아니다. 또한, 행정처분에 붙은 부담인 부관이 제소기간의 도과로 확정되어 이미 불가쟁력이 생겼다면 그 하자가 중대하고 명백하여 당연 무효로 보아야 할 경우 외에는 누구나 그 효력을 부인할 수 없을 것이지만, 부담의 이행으로서 하게 된 사법상 매매 등의 법률행위는 부담을 붙인 행정처분과는 어디까지나 별개의 법률행위이므로 그 부담의 불가쟁력의 문제와는 별도로 법률행위가 사회질서 위반이나 강행규정에 위반되는지 여부 등을 따져보아 그 법률행위의 유효 여부를 판단하여야 한다.

〈선정이유〉

행정행위에 붙은 부담과 그 이행으로 행한 법률행위는 별개의 법률행위로서 그 효력도 별개로 고찰해야한다고 본 판결. 부관은 법률행위를 하게 된 동기 내지 연유로 작용하였을 뿐이므로 부관이 무효라 해서 사법상 법률행위가 당연무효인 것은 아님.

75. 행정행위의 승계 (1)

(대법원 2003. 7. 11. 선고 2001두6289 판결)
〈주제〉 허가의 승계

〈쟁점〉

채석허가 수허가자의 지위를 양수한 사실상 양수인의 법적 지위

〈판결요지〉

산림법 제90조의2 제1항, 제118조 제1항, 같은법시행규칙 제95조의2 등 산림법령이 수허가자의 명의변경제도를 두고 있는 취지는, 채석허가가 일반적·상대적 금지를 해제하여 줌으로써 채석행위를 자유롭게 할 수 있는 자유를 회복시켜 주는 것일 뿐 권리를 설정하는 것이 아니어서 관할 행정청과의 관계에서 수허가자의 지위의 승계를 직접 주장할 수는 없다 하더라도, 채석허가가 대물적 허가의 성질을 아울러 가지고 있고 수허가자의 지위가 사실상 양도·양수되는 점을 고려하여 수허가자의 지위를 사실상 양수한 양수인의 이익을 보호하고자 하는 데 있는 것으로 해석되므로, 수허가자의 지위를 양수받아 명의변경신고를 할 수 있는 양수인의 지위는 단순한 반사적 이익이나 사실상의 이익이 아니라 산림법령에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익으로서 법률상 이익이라고 할 것이고, 채석허가가 유효하게 존속하고 있다는 것이 양수인의 명의변경신고의 전제가 된다는 의미에서 관할 행정청이 양도인에 대하여 채석허가를 취소하는 처분을 하였다면 이는 양수인의 지위에 대한 직접적 침해가 된다고 할 것이므로 양수인은 채석허가를 취소하는 처분의 취소를 구할 법률상 이익을 가진다.

〈선정이유〉

채석허가 수허가자의 지위를 양수한 양수인은 채석허가 취소처분에 대하여 취소소송을 제기할 수 있는 법률상 이익을 가진다고 한 판결

76. 행정행위의 승계 (2)

(대법원 2007. 11. 29. 선고 2006두18928 판결)
〈주제〉 제재처분의 승계

〈쟁점〉

회사분할의 경우, 분할 전 위반행위를 이유로 신설회사에 대하여 과징금을 부과하는 것이 허용되는지 여부

〈판결요지〉

상법은 회사분할에 있어서 분할되는 회사의 채권자를 보호하기 위하여, 분할로 인하여 설립되는 신설회사와 존속회사는 분할 전의 회사채무에 관하여 연대책임을 지는 것을 원칙으로 하고 있으나

(제530조의9 제1항), 한편으로는 회사분할에 있어서 당사자들의 회사분할 목적에 따른 자산 및 채무 배정의 자유를 보장하기 위하여 소정의 특별의결 정족수에 따른 결의를 거친 경우에는 신설회사가 분할되는 회사의 채무 중에서 출자한 재산에 관한 채무만을 부담할 것을 정할 수 있다고 규정하고 있고(제530조의9 제2항), 신설회사 또는 존속회사는 분할하는 회사의 권리와 의무를 분할계획서가 정하는 바에 따라서 승계하도록 규정하고 있다(제530조의10). 그런데 이때 신설회사 또는 존속회사가 승계하는 것은 분할하는 회사의 권리와 의무라 할 것인바, 분할하는 회사의 분할 전 법 위반행위를 이유로 과징금이 부과되기 전까지는 단순한 사실행위만 존재할 뿐 그 과징금과 관련하여 분할하는 회사에게 승계의 대상이 되는 어떠한 의무가 있다고 할 수 없고, 특별한 규정이 없는 한 신설회사에 대하여 분할하는 회사의 분할 전 법 위반행위를 이유로 과징금을 부과하는 것은 허용되지 않는다.

〈선정이유〉

분할하는 회사의 분할 전 법 위반행위를 이유로 과징금이 부과되기 전까지는 단순한 사실행위만 존재할 뿐 그 과징금과 관련하여 분할하는 회사에게 승계의 대상이 되는 어떠한 의무가 있다고 할 수 없고, 특별한 규정이 없는 한 상법상 회사분할의 신설회사에 대하여 분할하는 회사의 분할 전 법 위반행위를 이유로 과징금을 부과하는 것은 허용되지 않는다고 본 판결

77. 공의무의 승계

(대법원 2003. 10. 23. 선고 2003두8005 판결)
〈주제〉 제재사유의 승계

〈쟁점〉

종전 석유판매업자의 법령위반행위를 이유로 영업양수인에게 영업정지처분이나 과징금부과처분을 할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

석유사업법 제9조 제3항 및 그 시행령이 규정하는 석유판매업의 적극적 등록요건과 제9조 제4항, 제5조가 규정하는 소극적 결격사유 및 제9조 제4항, 제7조가 석유판매업자의 영업양도, 사망, 합병의 경우뿐만 아니라 경매 등의 절차에 따라 단순히 석유판매시설만의 인수가 이루어진 경우에도 석유판매업자의 지위승계를 인정하고 있는 점을 종합하여 보면, 석유판매업 등록은 원칙적으로 대물적 허가의 성격을 갖고, 또 석유판매업자가 같은 법 제26조의 유사석유제품 판매금지를 위반함으로써 같은 법 제13조 제3항 제6호, 제1항 제11호에 따라 받게 되는 사업정지 등의 제재처분은 사업자 개인의 자격에 대한 제재가 아니라 사업의 전부나 일부에 대한 것으로서 대물적 처분의 성격을 갖고 있으므로, 위와 같은 지위승계에는 종전 석유판매업자가 유사석유제품을 판매함으로써 받게 되는 사업정지 등 제재처분의 승계가 포함되어 그 지위를 승계한 자에 대하여 사업정지 등의 제재처분을 취할 수 있다고 보아야 하고, 같은 법 제14조 제1항 소정의 과징금은 해당 사업자에게 경제적 부담을 주어 행정상의 제재 및 감독의 효과를 달성함과 동시에 그 사업자와 거래관계에 있

는 일반 국민의 불편을 해소시켜 준다는 취지에서 사업정지처분에 갈음하여 부과되는 것일 뿐이므로, 지위승계의 효과에 있어서 과징금부과처분을 사업정지처분과 달리 볼 이유가 없다.

〈선정이유〉

석유판매업 등록은 원칙적으로 대물적 허가의 성격을 갖고, 석유판매업자가 유사석유제품 판매금지를 위반함으로써 받게 되는 사업정지 등의 제재처분 역시 대물적 처분의 성격을 갖고 있으므로 종전 석유판매업자의 위반행위를 이유로 영업양수인에게 사업정지처분이나 과징금부과처분을 할 수 있다고 본 판결

78. 행정행위의 취소와 철회 (1)

(대법원 2003. 5. 30. 선고 2003다6422 판결)

〈주제〉 행정행위의 취소와 철회, 부관(철회권 유보)

〈쟁점〉

[1] 행정행위의 취소사유와 철회사유의 구별기준

[2] 행정청이 종교단체에 대하여 기본재산전환인가를 함에 있어 인가조건을 부가하고 그 불이행시 인가를 취소할 수 있도록 한 경우, 그 인가조건의 의미

〈판결요지〉

[1] 행정행위의 취소는 일단 유효하게 성립한 행정행위를 그 행위에 위법 또는 부당한 하자가 있음을 이유로 소급하여 그 효력을 소멸시키는 별도의 행정처분이고, 행정행위의 철회는 적법요건을 구비하여 완전히 효력을 발하고 있는 행정행위를 사후적으로 그 행위의 효력의 전부 또는 일부를 장래에 향해 소멸시키는 행정처분이므로, 행정행위의 취소사유는 행정행위의 성립 당시에 존재하였던 하자를 말하고, 철회사유는 행정행위가 성립된 이후에 새로이 발생한 것으로서 행정행위의 효력을 존속시킬 수 없는 사유를 말한다.

[2] 행정청이 종교단체에 대하여 기본재산전환인가를 함에 있어 인가조건을 부가하고 그 불이행시 인가를 취소할 수 있도록 한 경우, 인가조건의 의미는 철회권을 유보한 것이라고 본 사례.

〈선정이유〉

행정청이 종교단체에 대하여 기본재산전환인가를 함에 있어 인가조건을 부가하고 그 불이행시 인가를 취소할 수 있도록 한 경우, 그 인가조건은 부관으로서 행정행위의 철회권 유보에 해당한다고 본 판결

79. 행정행위의 취소와 철회 (2)

(대법원 1995. 3. 10. 선고 94누7027 판결)

〈주제〉 행정행위의 취소의 효력

〈쟁점〉

행정행위(침익적 행정행위)의 취소처분에 하자가 있어 취소된 경우에 원 행정행위의 효력이 회복되는지 여부

〈판결요지〉

국세기본법 제26조 제1호는 부과의 취소를 국세납부의무 소멸사유의 하나로 들고 있으나, 그 부과의 취소에 하자가 있는 경우의 부과의 취소의 취소에 대하여는 법률이 명문으로 그 취소요건이나 그에 대한 불복절차에 대하여 따로 규정을 둔 바도 없으므로, 설사 부과의 취소에 위법사유가 있다고 하더라도 당연무효가 아닌 한 일단 유효하게 성립하여 부과처분을 확정적으로 상실시키는 것이므로, 과세관청은 부과의 취소를 다시 취소함으로써 원부과처분을 소생시킬 수는 없고 납세의무자에게 종전의 과세대상에 대한 납부의무를 지우려면 다시 법률에서 정한 부과절차에 좇아 동일한 내용의 새로운 처분을 하는 수밖에 없다.

〈선정이유〉

조세부과처분이 취소되면 그 조세부과처분은 확정적으로 효력이 상실되므로 나중에 취소처분이 취소되어도 원 조세부과처분의 효력이 회복되지 않는다고 본 판결

80. 행정행위의 취소와 철회 (3)

(대법원 1997. 1. 21. 선고 96누3401 판결)
〈주제〉 행정행위의 취소의 효력

〈쟁점〉

행정행위(수익적 행정행위)의 취소처분에 하자가 있어 취소된 경우에 원 행정행위의 효력이 회복되는지 여부

〈판결요지〉

행정처분이 취소되면 그 소급효에 의하여 처음부터 그 처분이 없었던 것과 같은 효과를 발생하게 되는바, 행정청이 의료법인의 이사에 대한 이사취임승인취소처분(제1처분)을 직권으로 취소(제2처분)한 경우에는 그로 인하여 이사가 소급하여 이사로서의 지위를 회복하게 되고, 그 결과 위 제1처분과 제2처분 사이에 법원에 의하여 선임결정된 임시이사들의 지위는 법원의 해임결정이 없더라도 당연히 소멸된다.

〈선정이유〉

행정청이 의료법인 이사취임승인처분을 취소하였다가 취소처분을 다시 취소한 경우에 원 이사가 소급하여 이사로서의 지위를 회복한다고 본 판결

81. 행정행위의 취소와 철회 (4)

(대법원 2018. 6. 28. 선고 2015두58195 판결)
〈주제〉 행정행위의 철회의 효력

〈쟁점〉

행정행위 철회의 효과를 소급시킬 수 있는지 여부

〈판결요지〉

영유아보육법 제30조 제5항 제3호에 따른 평가인증의 취소는 평가인증 당시에 존재하였던 하자가 아니라 그 이후에 새로이 발생한 사유로 평가인증의 효력을 소멸시키는 경우에 해당하므로, 법적 성격은 평가인증의 '철회'에 해당한다. 그런데 행정청이 평가인증을 철회하면서 그 효력을 철회의 효력발생일 이전으로 소급하게 하면, 철회 이전의 기간에 평가인증을 전제로 지급한 보조금 등의 지원이 그 근거를 상실하게 되어 이를 반환하여야 하는 법적 불이익이 발생한다. 이는 장래를 향하여 효력을 소멸시키는 철회가 예정한 법적 불이익의 범위를 벗어나는 것이다. 이처럼 행정청이 평가인증이 이루어진 이후에 새로이 발생한 사유를 들어 영유아보육법 제30조 제5항에 따라 평가인증을 철회하는 처분을 하면서도, 평가인증의 효력을 과거로 소급하여 상실시키기 위해서는, 특별한 사정이 없는 한 영유아보육법 제30조 제5항과는 별도의 법적 근거가 필요하다.

〈선정이유〉

행정청이 행정행위 이후에 새로이 발생한 사유를 들어 이를 철회하는 처분을 하면서도 행정행위의 효력을 과거로 소급하여 상실시키기 위해서는 특별한 사정이 없는 한 별도의 법적 근거가 필요하다고 본 판결

82. 행정행위의 취소와 철회 (5)

(대법원 2004. 7. 22. 선고 2003두7606 판결)
〈주제〉 행정행위의 취소 · 철회의 제한

〈쟁점〉

수익적 행정처분에 대한 취소권 등의 행사의 요건 및 그 한계

〈판결요지〉

수익적 행정처분을 취소 또는 철회하거나 중지시키는 경우에는 이미 부여된 그 국민의 기득권을 침해하는 것이 되므로, 비록 취소 등의 사유가 있다고 하더라도 그 취소권 등의 행사는 기득권의 침해를 정당화할 만한 중대한 공익상의 필요 또는 제3자의 이익보호의 필요가 있는 때에 한하여 상대방이 받는 불이익과 비교 · 교량하여 결정하여야 하고, 그 처분으로 인하여 공익상의 필요보다 상대방이 받게 되는 불이익 등이 막대한 경우에는 재량권의 한계를 일탈한 것으로서 그 자체가 위

법하다.

〈선정이유〉

수익적 행정처분의 취소 또는 철회는 기득권의 침해를 정당화할 만한 중대한 공익상의 필요 또는 제3자의 이익보호의 필요가 있는 때에 한하여 상대방이 받는 불이익과 비교·교량하여 결정하여야 한다고 본 판결

83. 행정행위의 취소와 철회 (6)

(대법원 2002. 2. 5. 선고 2001두5286 판결)
〈주제〉 행정행위의 취소·철회의 제한

〈쟁점〉

사실은폐와 취소권의 제한

〈판결요지〉

[1] 행정처분에 하자가 있음을 이유로 처분청이 이를 취소하는 경우에도 그 처분이 국민에게 권리나 이익을 부여하는 처분인 때에는 그 처분을 취소하여야 할 공익상의 필요와 그 취소로 인하여 당사자가 입게 될 불이익을 비교교량한 후 공익상의 필요가 당사자가 입을 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 한하여 취소할 수 있는 것이지만, 그 처분의 하자가 당사자의 사실은폐나 기타 사위의 방법에 의한 신청행위에 기인한 것이라면 당사자는 그 처분에 의한 이익이 위법하게 취득되었음을 알아 그 취소가능성도 예상하고 있었다고 할 것이므로 그 자신이 위 처분에 관한 신뢰이익을 원용할 수 없음은 물론 행정청이 이를 고려하지 아니하였다고 하여도 재량권의 남용이 되지 않는다.

[2] 허위의 고등학교 졸업증명서를 제출하는 사위의 방법에 의한 하사관 지원의 하자를 이유로 하사관 임용일로부터 33년이 경과한 후에 행정청이 행한 하사관 및 준사관 임용취소처분이 적법하다고 한 사례.

〈선정이유〉

수익적 행정처분의 하자가 상대방의 사실은폐나 기타 사위의 방법에 의한 신청행위에 기인한 것인 경우에는 신뢰이익을 원용할 수 없을 뿐만 아니라 행정청이 이를 고려하지 아니하더라도 재량권의 남용이 되지 않는다고 본 판결

84. 행정행위의 취소와 철회 (7)

(대법원 2019. 10. 17. 선고 2018두104 판결)
〈주제〉 행정행위의 취소·철회의 제한 법리의 적용 범위

〈쟁점〉

쟁송취소의 경우에도 수익적 행정처분의 취소·철회 제한에 관한 법리가 적용되는지 여부

〈판결요지〉

수익적 행정처분에 대한 취소권 등의 행사는 기득권의 침해를 정당화할 만한 중대한 공익상의 필요 또는 제3자의 이익보호의 필요가 있는 때에 한하여 허용될 수 있다는 법리는, 처분청이 수익적 행정처분을 직권으로 취소·철회하는 경우에 적용되는 법리일 뿐 쟁송취소의 경우에는 적용되지 않는다.

〈선정이유〉

쟁송취소는 직권취소와 달리 수익적 행정처분의 취소·철회 제한에 관한 법리가 적용되지 않는다고 한 판결

85. 행정행위의 하자의 승계 (1)

(대법원 1993. 11. 9. 선고 93누14271 판결)
〈주제〉 하자의 승계

〈쟁점〉

계고처분의 하자를 이유로 대집행비용납부명령의 위법을 주장할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

대집행의 계고·대집행영장에 의한 통지·대집행의·실행·대집행에 요한 비용의 납부명령 등은, 타인이 대신하여 행할 수 있는 행정의무의 이행을 의무자의 비용부담하에 확보하고자 하는, 동일한 행정목적을 달성하기 위하여 단계적인 일련의 절차로 연속하여 행하여지는 것으로서, 서로 결합하여 하나의 법률효과를 발생시키는 것이므로, 선행처분인 계고처분이 하자가 있는 위법한 처분이라면, 비록 하자가 중대하고도 명백한 것이 아니어서 당연무효의 처분이라고 볼 수 없고 대집행의 실행이 이미 사실행위로서 완료되어 계고처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없게 되었으며, 또 대집행비용납부명령 자체에는 아무런 하자가 없다 하더라도, 후행처분인 대집행비용납부명령의 취소를 청구하는 소송에서 청구원인으로 선행처분인 계고처분이 위법한 것이기 때문에 그 계고처분을 전제로 행하여진 대집행비용납부명령도 위법한 것이라는 주장을 할 수 있다.

〈선정이유〉

대집행의 계고처분과 대집행비용납부명령은 서로 결합하여 하나의 법률효과를 발생시키는 것이므로 선행처분인 계고처분의 하자를 이유로 대집행비용납부명령의 위법을 주장할 수 있다고 본 판결

86. 행정행위의 하자의 승계 (2)

(대법원 1994. 1. 25. 선고 93누8542 판결)
〈주제〉 하자의 승계

〈쟁점〉

[1] 선행처분과 후행처분이 서로 독립하여 별개의 효과를 목적으로 하는 경우에도 선행처분의 하자를 이유로 후행처분의 효력을 다툴 수 있는 경우

[2] 과세처분 등 행정처분의 취소를 구하는 행정소송에서 선행처분인 개별공시지가결정의 위법을 독립된 위법사유로 주장할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 두 개 이상의 행정처분이 연속적으로 행하여지는 경우 선행처분과 후행처분이 서로 결합하여 1개의 법률효과를 완성하는 때에는 선행처분에 하자가 있으면 그 하자는 후행처분에 승계되므로 선행처분에 불가쟁력이 생겨 그 효력을 다툴 수 없게 된 경우에도 선행처분의 하자를 이유로 후행처분의 효력을 다툴 수 있는 반면 선행처분과 후행처분이 서로 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하는 때에는 선행처분에 불가쟁력이 생겨 그 효력을 다툴 수 없게 된 경우에는 선행처분의 하자가 중대하고 명백하여 당연무효인 경우를 제외하고는 선행처분의 하자를 이유로 후행처분의 효력을 다툴 수 없는 것이 원칙이나 선행처분과 후행처분이 서로 독립하여 별개의 효과를 목적으로 하는 경우에도 선행처분의 불가쟁력이나 구속력이 그로 인하여 불이익을 입게 되는 자에게 수인한도를 넘는 가혹함을 가져오며, 그 결과가 당사자에게 예측가능한 것이 아닌 경우에는 국민의 재판받을 권리를 보장하고 있는 헌법의 이념에 비추어 선행처분의 후행처분에 대한 구속력은 인정될 수 없다.

[2] 개별공시지가결정은 이를 기초로 한 과세처분 등과는 별개의 독립된 처분으로서 서로 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하는 것이나, 개별공시지가는 이를 토지소유자나 이해관계인에게 개별적으로 고지하도록 되어 있는 것이 아니어서 토지소유자 등이 개별공시지가결정 내용을 알고 있었다고 전제하기도 곤란할 뿐만 아니라 결정된 개별공시지가가 자신에게 유리하게 작용될 것인지 또는 불이익하게 작용될 것인지 여부를 쉽사리 예견할 수 있는 것도 아니며, 더욱이 장차 어떠한 과세처분 등 구체적인 불이익이 현실적으로 나타나게 되었을 경우에 비로소 권리구제의 길을 찾는 것이 우리 국민의 권리의식임을 감안하여 볼 때 토지소유자 등으로 하여금 결정된 개별공시지가를 기초로 하여 장차 과세처분 등이 이루어질 것에 대비하여 항상 토지의 가격을 주시하고 개별공시지가결정이 잘못된 경우 정해진 시정절차를 통하여 이를 시정하도록 요구하는 것은 부당하게 높은 주의의무를 지우는 것이라고 아니할 수 없고, 위법한 개별공시지가결정에 대하여 그 정해진 시정절차를 통하여 시정하도록 요구하지 아니하였다는 이유로 위법한 개별공시지가를 기초로 한 과세처분 등 후행 행정처분에서 개별공시지가결정의 위법을 주장할 수 없도록 하는 것은 수인한도를 넘는 불이익을 강요하는 것으로서 국민의 재산권과 재판받을 권리를 보장한 헌법의 이념에도 부합하는 것이 아니라고 할 것이므로, 개별공시지가결정에 위법이 있는 경우에는 그 자체를 행정소송의 대상이 되는 행정처분으로 보아 그 위법 여부를 다툴 수 있음은 물론 이를 기초로 한 과세처분 등 행정처분의 취소를 구하는 행정소송에서도 선행처분인 개별공시지가결정의 위법을 독립

된 위법사유로 주장할 수 있다고 해석함이 타당하다.

〈선정이유〉

두 개 이상의 행정처분이 연속적으로 행하여지는 경우 선행처분과 후행처분이 서로 독립하여 별개의 효과를 목적으로 하는 경우에도 선행처분의 불가쟁력이나 구속력이 그로 인하여 불이익을 입게 되는 자에게 수인한도를 넘는 가혹함을 가져오며, 그 결과가 당사자에게 예측가능한 것이 아닌 경우에는 국민의 재판받을 권리를 보장하고 있는 헌법의 이념에 비추어 선행처분의 후행처분에 대한 구속력은 인정될 수 없다고 본 판결

87. 행정행위의 하자의 치유 (1)

(대법원 1983. 7. 26. 선고 82누420 판결)
〈주제〉 하자의 치유

〈쟁점〉

[1] 행정행위의 하자의 치유 및 전환범위
[2] 세액산출근거가 누락된 납세고지서에 의한 하자있는 과세처분의 치유요건

〈판결요지〉

[1] 하자있는 행정행위의 치유나 전환은 행정행위의 성질이나 법치주의의 관점에서 볼 때 원칙적으로 허용될 수 없는 것이지만, 행정행위의 무용한 반복을 피하고 당사자의 법적 안정성을 위해 이를 허용하는 때에도 국민의 권리와 이익을 침해하지 않는 범위에서 구체적 사정에 따라 합목적적으로 인정해야 할 것이다.

[2] 행정소송법 제12조 소정의 "현저히 공공의 복리에 적합하지 아니하다고 인정하는 때"라 함은 국가통치권에 기한 행정작용상 일반국민의 직접적인 중요한 복리를 저해하고 그 저해가 현저한 경우를 말하는 것으로, 어차피 원고가 세금을 납부할 의무가 있으므로 무용한 과세처분을 되풀이함으로써 경제적, 시간적, 정신적 낭비만을 초래한다는 사정만으로는 위법한 과세처분을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 할 수는 없다.

[3] 과세처분시 납세고지서에 과세표준, 세율, 세액의 산출근거 등이 누락된 경우에는 늦어도 과세처분에 대한 불복여부의 결정 및 불복신청에 편의를 줄 수 있는 상당한 기간내에 보정행위를 하여야 그 하자가 치유된다 할 것이므로, 과세처분이 있은지 4년이 지나서 그 취소소송이 제기된 때에 보정된 납세고지서를 송달하였다는 사실이나 오랜 기간(4년)의 경과로써 과세처분의 하자가 치유되었다고 볼 수는 없다.

〈선정이유〉

과세처분시 납세고지서에 과세표준, 세율, 세액의 산출근거 등이 누락된 경우에는 늦어도 과세처분에 대한 불복여부의 결정 및 불복신청에 편의를 줄 수 있는 상당한 기간내에 보정행위를 하여야 그 하자가 치유된다고 한 판결

88. 행정행위의 하자의 치유 (2)

(대법원 1992. 10. 23. 선고 92누2844 판결)
〈주제〉 하자의 치유

〈쟁점〉

청문절차에서 하자의 치유 가능성

〈판결요지〉

행정청이 식품위생법상의 청문절차를 이행함에 있어 소정의 청문서 도달기간을 지키지 아니하였다면 이는 청문의 절차적 요건을 준수하지 아니한 것이므로 이를 바탕으로 한 행정처분은 일단 위법하다고 보아야 할 것이지만 이러한 청문제도의 취지는 처분으로 말미암아 받게 될 영업자에게 미리 변명과 유리한 자료를 제출할 기회를 부여함으로써 부당한 권리침해를 예방하려는 데에 있는 것임을 고려하여 볼 때, 가령 행정청이 청문서 도달기간을 다소 어겼다하더라도 영업자가 이에 대하여 이의하지 아니한 채 스스로 청문일에 출석하여 그 의견을 진술하고 변명하는 등 방어의 기회를 충분히 가졌다면 청문서 도달기간을 준수하지 아니한 하자는 치유되었다고 봄이 상당하다.

〈선정이유〉

청문서 도달기간을 지키지 아니한 절차적 하자가 있는 경우 당사자가 이에 대하여 이의하지 아니한 채 청문일에 출석하여 방어기회를 충분히 가졌다면 그 하자는 치유되었다고 본 판결

89. 행정행위의 하자의 치유 (3)

(대법원 2010. 8. 26. 선고 2010두2579 판결)
〈주제〉 하자의 치유

〈쟁점〉

행정행위의 하자의 치유가 인정되는 범위

〈판결요지〉

행정소송에서 행정처분의 위법 여부는 행정처분이 있을 때의 법령과 사실상태를 기준으로 하여 판단하여야 하고, 처분 후 법령의 개폐나 사실상태의 변동에 의하여 영향을 받지는 않는다고 할 것이며, 흠이 있는 행정행위의 치유는 행정행위의 성질이나 법치주의 관점에서 볼 때 원칙적으로 허용될 수 없는 것이고, 예외적으로 행정행위의 무용한 반복을 피하고 당사자의 법적 안정성을 위해 이를 허용하는 때에도 국민의 권리나 이익을 침해하지 않는 범위에서 구체적 사정에 따라 합목적적으로 인정하여야 할 것이다.

원심판결 이유에 의하면 원심은, 제1심판결 이후 이 사건 정비구역 내 토지 등 소유자 318명 중 그 4분의 3을 초과하는 247명으로부터 새로 조합설립동의서를 받았으니 이 사건 처분의 흠은

치유되었다는 피고 및 참가인의 주장에 대하여, 구 도시정비법 제16조 제1항에서 정하는 조합설립인가처분은 설권적 처분의 성질을 갖고 있고, 흠의 치유를 인정하더라도 원고들을 비롯한 토지 등 소유자들에게 아무런 손해가 발생하지 않는다고 단정할 수 없다는 점 등을 이유로 이를 배척하였다. 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 흠이 있는 행정행위의 치유에 대한 법리오해 등의 위법이 없다.

〈선정이유〉

흠이 있는 행정행위의 치유는 원칙적으로 허용되지 않으나, 예외적으로 무용한 반복을 피하고 당사자의 법적 안정성을 위해 이를 허용하는 때에도 국민의 권리나 이익을 침해하지 않는 범위에서 인정하여야 한다는 판결

90. 행정행위의 하자의 치유 (4)

(대법원 2019. 1. 17. 선고 2016두56721, 56738 판결)
〈주제〉 하자의 치유와 직권취소의 구별

〈쟁점〉

도로점용료 부과처분에 취소사유에 해당하는 흠이 있는 경우, 점용료 부과처분에 대한 취소소송이 제기된 이후에 도로관리청이 당초 처분 자체를 취소하고 흠을 보완하여 새로운 부과처분을 하거나 흠 있는 부분에 해당하는 점용료를 감액하는 처분을 할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 도로점용허가는 도로의 일부에 대한 특정사용을 허가하는 것으로서 도로의 일반사용을 저해할 가능성이 있으므로 그 범위는 점용목적 달성에 필요한 한도로 제한되어야 한다. 도로관리청이 도로점용허가를 하면서 특별사용의 필요가 없는 부분을 점용장소 및 점용면적에 포함하는 것은 그 재량권 행사의 기초가 되는 사실인정에 잘못이 있는 경우에 해당하므로 그 도로점용허가 중 특별사용의 필요가 없는 부분은 위법하다.

이러한 경우 도로점용허가를 한 도로관리청은 위와 같은 흠이 있다는 이유로 유효하게 성립한 도로점용허가 중 특별사용의 필요가 없는 부분을 직권취소할 수 있음이 원칙이다. 다만 이 경우 행정청이 소급적 직권취소를 하려면 이를 취소하여야 할 공익상 필요와 그 취소로 당사자가 입을 기득권 및 신뢰보호와 법률생활 안정의 침해 등 불이익을 비교 교량한 후 공익상 필요가 당사자의 기득권 침해 등 불이익을 정당화할 수 있을 만큼 강한 경우여야 한다. 이에 따라 도로관리청이 도로점용허가 중 특별사용의 필요가 없는 부분을 소급적으로 직권취소하였다면, 도로관리청은 이미 징수한 점용료 중 취소된 부분의 점용면적에 해당하는 점용료를 반환하여야 한다.

[2] 행정청은 행정소송이 계속되고 있는 때에도 직권으로 그 처분을 변경할 수 있고, 행정소송법 제22조 제1항은 이를 전제로 처분변경으로 인한 소의 변경에 관하여 규정하고 있다. 점용료 부과처분에 취소사유에 해당하는 흠이 있는 경우 도로관리청으로서는 당초 처분 자체를 취소하고 흠을 보완하여 새로운 부과처분을 하거나, 흠 있는 부분에 해당하는 점용료를 감액하는 처분을 할 수

있다. 한편 흠 있는 행정행위의 치유는 원칙적으로 허용되지 않을 뿐 아니라, 흠의 치유는 성립 당시에 적법한 요건을 갖추지 못한 흠 있는 행정행위를 그대로 존속시키면서 사후에 그 흠의 원인이 된 적법 요건을 보완하는 경우를 말한다. 그런데 앞서 본 바와 같은 흠 있는 부분에 해당하는 점용료를 감액하는 처분은 당초 처분 자체를 일부 취소하는 변경처분에 해당하고, 그 실질은 종래의 위법한 부분을 제거하는 것으로서 흠의 치유와는 차이가 있다.

그러므로 이러한 변경처분은 흠의 치유와는 성격을 달리하는 것으로서, 변경처분 자체가 신뢰보호 원칙에 반한다는 등의 특별한 사정이 없는 한 점용료 부과처분에 대한 취소소송이 제기된 이후에도 허용될 수 있다. 이에 따라 특별사용의 필요가 없는 부분을 도로점용허가의 점용장소 및 점용면적으로 포함한 흠이 있고 그로 인하여 점용료 부과처분에도 흠이 있게 된 경우, 도로관리청으로서는 도로점용허가 중 특별사용의 필요가 없는 부분을 직권취소하면서 특별사용의 필요가 없는 점용장소 및 점용면적을 제외한 상태로 점용료를 재산정한 후 당초 처분을 취소하고 재산정한 점용료를 새롭게 부과하거나, 당초 처분을 취소하지 않고 당초 처분으로 부과된 점용료와 재산정된 점용료의 차액을 감액할 수도 있다.

〈선정이유〉

위법한 처분의 직권취소로서 처분 자체를 일부 취소하는 변경처분은 행정행위의 하자의 치유와는 구별되며 취소소송이 제기된 이후에도 허용될 수 있다는 판결

91. 행정행위의 무효와 취소 (1)

(대법원 1995. 7. 11. 선고 94누4615 전원합의체 판결)

〈주제〉 행정행위의 취소사유와 무효사유의 구별

〈쟁점〉

[1] 하자 있는 행정처분이 당연무효인지를 판별하는 기준

[2] 처분권한의 근거 조례가 무효인 경우, 그 근거 규정에 기하여 한 행정처분이 당연무효인지 여부

〈판결요지〉

[1] [다수의견] 하자 있는 행정처분이 당연무효가 되기 위하여는 그 하자가 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것으로서 객관적으로 명백한 것이어야 하며 하자가 중대하고 명백한 것인지 여부를 판별함에 있어서는 그 법규의 목적, 의미, 기능 등을 목적론적으로 고찰함과동시에 구체적 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰함을 요한다.

[반대의견]

행정행위의 무효사유를 판단하는 기준으로서의 명백성은 행정처분의 법적 안정성 확보를 통하여 행정의 원활한 수행을 도모하는 한편 그 행정처분을 유효한 것으로 믿은 제3자나 공공의 신뢰를 보호하여야 할 필요가 있는 경우에 보충적으로 요구되는 것으로서, 그와 같은 필요가 없거나 하자가 워낙 중대하여 그와 같은 필요에 비하여 처분 상대방의 권익을 구제하고 위법한 결과를 시정할 필요가 훨씬 더 큰 경우라면 그 하자가 명백하지 않더라도 그와 같이 중대한 하자를 가진 행정처

분은 당연무효라고 보아야 한다.

[2] [다수의견]

조례 제정권의 범위를 벗어나 국가사무를 대상으로 한 무효인 서울특별시행정권한위임조례의 규정에 근거하여 구청장이 건설업영업정지처분을 한 경우, 그 처분은 결과적으로 적법한 위임 없이 권한 없는 자에 의하여 행하여진 것과 마찬가지가 되어 그 하자가 중대하나, 지방자치단체의 사무에 관한 조례와 규칙은 조례가 보다 상위규범이라고 할 수 있고, 또한 헌법 제107조 제2항의 "규칙"에는 지방자치단체의 조례와 규칙이 모두 포함되는 등 이른바 규칙의 개념이 경우에 따라 상이하게 해석되는 점 등에 비추어 보면 위 처분의 위임 과정의 하자가 객관적으로 명백한 것이라고 할 수 없으므로 이로 인한 하자는 결국 당연무효사유는 아니라고 봄이 상당하다.

[반대의견]

구청장의 건설업영업정지처분은 그 상대방으로 하여금 적극적으로 어떠한 행위를 할 수 있도록 금지를 해제하거나 권능을 부여하는 것이 아니라 소극적으로 허가된 행위를 할 수 없도록 금지 내지 정지함에 그치고 있어 그 처분의 존재를 신뢰하는 제3자의 보호나 행정법 질서에 대한 공공의 신뢰를 고려할 필요가 크지 않다는 점, 처분권한의 위임에 관한 조례가 무효이어서 결국 처분청에게 권한이 없다는 것은 극히 중대한 하자에 해당하는 것으로 보아야 할 것이라는 점, 그리고 다수의견에 의하면 위 영업정지처분과 유사하게 규칙으로 정하여야 할 것을 조례로 정하였거나 상위규범에 위반하여 무효인 법령에 기하여 행정처분이 행하여진 경우에 그 처분이 무효로 판단될 가능성은 거의 없게 되는데, 지방자치의 전면적인 실시와 행정권한의 하향분산화 추세에 따라 앞으로 위와 같은 성격의 하자를 가지는 행정처분이 늘어날 것으로 예상되는 상황에서 이에 대한 법원의 태도를 엄정하게 유지함으로써 행정의 법 적합성과 국민의 권리구제 실현을 도모하여야 할 현실적인 필요성도 적지 않다는 점 등을 종합적으로 고려할 때, 위 영업정지처분은 그 처분의 성질이나 하자의 중대성에 비추어 그 하자가 외관상 명백하지 않더라도 당연무효라고 보아야 한다.

〈선정이유〉

하자 있는 행정행위가 무효에 해당하려면 하자가 중대하고 명백해야 하는데, 국가사무를 조례로 위임한 하자는 중대하기는 하나 객관적으로 명백한 것이라고 할 수 없어 당연무효사유는 아니라고 본 판결

92. 행정행위의 무효와 취소 (2)

(대법원 2009. 2. 12. 선고 2008두11716 판결)

〈주제〉 행정행위의 취소사유와 무효사유의 구별

〈쟁점〉

신고납부방식의 조세인 취득세 납세의무자의 신고행위의 하자가 중대하지만 명백하지는 않은 때 예외적으로 당연무효라고 할 수 있는 경우

〈판결요지〉

취득세 신고행위는 납세의무자와 과세관청 사이에 이루어지는 것으로서 취득세 신고행위의 존재를 신뢰하는 제3자의 보호가 특별히 문제되지 않아 그 신고행위를 당연무효로 보더라도 법적 안정성이 크게 저해되지 않는 반면, 과세요건 등에 관한 중대한 하자가 있고 그 법적 구제수단이 국세에 비하여 상대적으로 미비함에도 위법한 결과를 시정하지 않고 납세의무자에게 그 신고행위로 인한 불이익을 감수시키는 것이 과세행정의 안정과 그 원활한 운영의 요청을 참작하더라도 납세의무자의 권익구제 등의 측면에서 현저하게 부당하다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 때에는 예외적으로 이와 같은 하자 있는 신고행위가 당연무효라고 함이 타당하다.

〈선정이유〉

취득세 납세의무자의 신고행위의 하자가 중대하지만 명백하지는 않은 경우 제3자의 보호가 특별히 문제되지 않는 반면 납세의무자의 권익구제의 측면에서 현저하게 부당하다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 때에는 예외적으로 당연무효로 볼 수 있다는 판결

93. 행정행위의 무효와 취소 (3)

(대법원 2006. 4. 13. 선고 2005두15151 판결)
〈주제〉 행정행위의 이행가능성과 행정행위의 효력

〈쟁점〉

납세자 아닌 제3자의 재산을 대상으로 한 체납압류처분의 효력

〈판결요지〉

과세관청이 납세자에 대한 체납처분으로서 제3자의 소유 물건을 압류하고 공매하더라도 그 처분으로 인하여 제3자가 소유권을 상실하는 것이 아니고, 체납처분으로서 압류의 요건을 규정하는 국세징수법 제24조 각 항의 규정을 보면 어느 경우에나 압류의 대상을 납세자의 재산에 국한하고 있으므로, 납세자가 아닌 제3자의 재산을 대상으로 한 압류처분은 그 처분의 내용이 법률상 실현될 수 없는 것이어서 당연무효이다.

〈선정이유〉

납세자 아닌 제3자의 재산을 대상으로 한 압류처분은 그 처분의 내용이 법률상 실현될 수 없는 것이어서 당연무효라고 한 판결

94. 행정행위의 무효와 취소 (4)

(대법원 2001. 6. 1. 선고 99다1260 판결)
〈주제〉 당연무효의 의미

〈쟁점〉

무효인 선행처분에 기한 후속처분의 효력

〈판결요지〉

압류의 원인이 된 부가가치세가 완납되었음에도 양도소득세 등 징수처분에 따른 양도소득세 등이 체납되었음을 이유로 하여 압류가 해제되지 아니한 채 공매절차가 진행된 경우, 위 양도소득세 등 징수처분이 무효라면 토지에 대한 공매처분 역시 당연무효이다.

〈선정이유〉

무효인 선행처분에 터잡은 후속처분 역시 당연무효라고 한 판결

95. 행정행위의 무효와 취소 (5)

(대법원 1996. 6. 11. 선고 96누1689 판결)

〈주제〉 위헌 법률에 근거한 처분의 효력

〈쟁점〉

위헌 결정 전에 그 법률에 근거하여 이루어진 행정처분이 당연무효가 되는지 여부

〈판결요지〉

[1] 행정청이 법률에 근거하여 행정처분을 한 후에 헌법재판소가 그 법률을 위헌으로 결정하였다면 그 행정처분은 결과적으로 법률의 근거가 없이 행하여진 것과 마찬가지가 되어 하자가 있다고 할 것이나, 하자 있는 행정처분이 당연무효가 되기 위하여는 그 하자가 중대할 뿐만 아니라 명백한 것이어야 하는데, 일반적으로 법률이 헌법에 위반된다는 사정은 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에는 객관적으로 명백한 것이라고 할 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한 이러한 하자는 위 행정처분의 취소사유에 해당할 뿐 당연무효 사유는 아니라고 봄이 상당하다.

[2] 과세관청이 구 토지초과이득세법(1994. 12. 22. 법률 제4807호로 개정되기 전의 것) 제4조 제5항의 규정에 근거하여 납세자가 토지를 취득한 날 이전에 발생한 토지초과이득에 대한 세금납부의무를 전소유자로부터 승계하였다고 보아 토지초과이득세 부과처분을 한 것은 신 토지초과이득세법에 의하면 법령상 근거 없이 한 것으로서 위법하다 할 것이나, 구 토지초과이득세법 제4조 제5항의 규정이 헌법불합치결정에 따라 신 토지초과이득세법 제4조 제5항으로 개정되기까지는 구 토지초과이득세법 규정이 헌법에 위반된다는 사정이 객관적으로 명백한 것이었다고 할 수는 없으므로 이는 취소사유는 될 수 있으나 당연무효 사유라고는 할 수 없다고 본 원심판결을 수긍한 사례.

〈선정이유〉

일반적으로 법률이 헌법에 위반된다는 사정은 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에는 객관적으로 명백한 것이라고 할 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한 위헌법률에 근거한 행정처분의 하자는 행정처분의 취소사유에 해당할 뿐 당연무효 사유는 아니라고 한 판결

96. 행정행위의 무효와 취소 (6)

(대법원 2012. 2. 16. 선고 2010두10907 전원합의체 판결)
〈주제〉 위헌 법률에 기한 처분의 후속처분의 효력

〈쟁점〉

과세처분 이후 조세 부과의 근거가 되었던 법률규정에 대하여 위헌결정이 내려진 경우, 그 조세채권의 집행을 위한 체납처분이 당연무효인지 여부(적극)

〈판결요지〉

[1] [다수의견]

구 헌법재판소법(2011. 4. 5. 법률 제10546호로 개정되기 전의 것) 제47조 제1항은 "법률의 위헌결정은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다."고 규정하고 있는데, 이러한 위헌결정의 기속력과 헌법을 최고규범으로 하는 법질서의 체계적 요청에 비추어 국가기관 및 지방자치단체는 위헌으로 선언된 법률규정에 근거하여 새로운 행정처분을 할 수 없음은 물론이고, 위헌결정 전에 이미 형성된 법률관계에 기한 후속처분이라도 그것이 새로운 위헌적 법률관계를 생성·확대하는 경우라면 이를 허용할 수 없다. 따라서 조세 부과의 근거가 되었던 법률규정이 위헌으로 선언된 경우, 비록 그에 기한 과세처분이 위헌결정 전에 이루어졌고, 과세처분에 대한 제소기간이 이미 경과하여 조세채권이 확정되었으며, 조세채권의 집행을 위한 체납처분의 근거규정 자체에 대하여는 따로 위헌결정이 내려진 바 없다고 하더라도, 위와 같은 위헌결정 이후에 조세채권의 집행을 위한 새로운 체납처분에 착수하거나 이를 속행하는 것은 더 이상 허용되지 않고, 나아가 이러한 위헌결정의 효력에 위배하여 이루어진 체납처분은 그 사유만으로 하자가 중대하고 객관적으로 명백하여 당연무효라고 보아야 한다.

[대법관 안대희, 대법관 신영철, 대법관 김용덕의 반대의견]

행정청이 어떠한 법률의 조항에 근거하여 행정처분을 한 후 헌법재판소가 그 조항을 위헌으로 결정하였다면 행정처분은 결과적으로 법률의 근거 없이 행하여진 것과 마찬가지로 되어 후발적으로 하자가 있게 된다고 할 것이나, 일반적으로 법률이 헌법에 위반된다는 사정은 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에는 객관적으로 명백한 것이라고 할 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한 그러한 하자는 행정처분의 취소사유일 뿐 당연무효 사유라고 할 수 없고, 일정한 행정목적을 위하여 독립된 행위가 단계적으로 이루어진 경우 선행처분에 당연무효 또는 부존재인 하자가 있는 때를 제외하고 선행처분의 하자가 후속처분에 당연히 승계된다고 할 수는 없다. 과세처분과 압류처분은 별개의 행정처분이므로 선행처분인 과세처분이 당연무효인 경우를 제외하고는 과세처분의 하자를 이유로 후속 체납처분인 압류처분의 효력을 다툴 수 없다고 봄이 타당한 점, 압류처분 등 체납처분은 과세처분과는 별개의 행정처분으로서 과세처분 근거규정이 직접 적용되지 않고 체납처분 관련 규정이 적용될 뿐이므로, 과세처분 근거규정에 대한 위헌결정의 기속력은 체납처분과는 무관하고 이에 미치지 않는다고 보아야 한다는 점, 다수의견과 같이 유효한 과세처분에 대한 체납처분 절차의 진행을 금지하여 실질적으로 당해 과세처분의 효력을 부정하고 사실상 소멸시키는 데까지 위헌결정의 기속력 범위가 미친다고 새긴다면, 이는 기속력의 범위를 지나치게 확장하는 것이 되어 결과적으로 위헌결정의 소급효를 제한한 구 헌법재판소법(2011. 4. 5. 법률 제10546호로 개정되기 전

의 것) 제47조 제2항 본문의 취지에 부합하지 않는다는 점 등에 비추어 보면, 선행처분에 해당하는 과세처분에 당연무효 사유가 없고, 과세처분에 따른 체납처분의 근거규정이 유효하게 존속하며, 외국의 일부 입법례와 같이 위헌법률의 집행력을 배제하는 명문의 규정이 없는 이상, 과세처분의 근거규정에 대한 헌법재판소의 위헌결정이 있었다는 이유만으로 체납처분이 위법하다고 보는 다수의견에는 찬성할 수 없다.

[2] 갑 주식회사의 체납국세에 관하여, 과세관청이 갑 회사 최대주주와 생계를 함께 하는 직계비속 을을 구 국세기본법(1998. 12. 28. 법률 제5579호로 개정되기 전의 것) 제39조 제1항 제2호 (다)목의 제2차 납세의무자로 보아 을에게 과세처분을 하고 처분이 확정되었는데, 이후 위 규정에 대해 헌법재판소의 위헌결정이 있었으나 과세관청이 조세채권의 집행을 위해 을의 예금채권에 압류처분을 한 사안에서, 위헌결정 이후에는 위헌법률의 종국적인 집행을 위한 국가기관의 추가적인 행위를 용납하여서는 안 된다는 전제하에 압류처분이 당연무효라고 본 원심판단의 결론이 정당하다고 한 사례.

〈선정이유〉

조세 부과처분이 확정된 이후 근거가 되었던 법률규정이 위헌으로 선언된 경우, 위헌결정 이후에 조세채권의 집행을 위한 새로운 체납처분에 착수하거나 이를 속행하는 것은 더 이상 허용되지 않고, 나아가 이러한 위헌결정의 효력에 위배하여 이루어진 체납처분은 그 사유만으로 하자가 중대하고 객관적으로 명백하여 당연무효라고 본 판결

제2관 행정행위 이외의 작용형식

97. 행정입법 (1) : 위임입법

(대법원 2007. 10. 26. 선고 2007두9884 판결)
〈주제〉 부담금에 관한 위임입법의 한계

〈쟁점〉

[1] 위임입법의 한계로서의 '예측가능성'의 의미 및 그 유무의 판단 기준
[2] 수권법률의 포괄위임금지 원칙 위배 여부(소극)
[3] 위임명령이 수권법률의 위임 범위를 넘어서는지 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 위임입법의 경우 그 한계는 예측가능성인바, 이는 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미하고, 이러한 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여 법률조항과 법률의 입법 취지를 종합적으로

고찰할 때 합리적으로 그 대강이 예측될 수 있는 것이라면 위임의 한계를 일탈하지 아니한 것이다.

[2] 구 대도시 광역교통관리에 관한 특별법(2007. 1. 19. 법률 제8251호로 개정되기 전의 것) 제11조는 광역교통시설부담금 납부대상에 관하여 포괄적으로 시행령에 위임한 것이 아니라, 제1호 내지 제5호에서 그 납부대상이 되는 사업을 구체적으로 적시한 다음, 같은 조 제6호에서 '기타 제1호 내지 제5호의 사업과 유사한 사업으로 대통령령이 정하는 사업'을 시행하는 자도 그 납부대상으로 정해질 수 있다는 점을 명시한 것으로서, 그 규정 취지는 제1호 내지 제5호의 경우와 비교하여 객관적으로 이와 유사한 사업에 해당한다는 기준을 설정하여 위임의 범위를 한정한 다음, 이에 관한 세부적인 사항은 그때그때의 사회·경제적 상황에 따라 탄력적으로 대통령령으로 정할 수 있도록 한 것으로 보아야 한다. 그렇다면 같은 조 제6호는 법률에서 그 대강의 내용을 규정한 다음 대통령령에 의하여 부분적인 보충을 할 수 있도록 하는 입법방식을 취한 것으로서, 같은 조 제1호 내지 제5호에 적시된 구체적 사례들을 통하여 대통령령에 의하여 보충될 내용의 대강을 예측할 수 있으므로, 이를 포괄위임금지의 원칙에 관한 헌법 제75조에 위배된다고 볼 수는 없고, 대통령령에 관한 수권법률인 위 특별법 제11조 제6호가 헌법 제38조, 제59조의 헌법적 특별규정인 헌법 제75조에 위배되지 않는 이상, 일반규정인 헌법 제38조, 제59조에 위배되는 것으로 볼 수도 없다.

[3] '건축법 제8조의 규정에 의한 건축허가를 받아 주택 외의 시설과 20세대 이상의 주택을 동일건축물로 건축하는 사업'은 대도시권 내의 교통수요 등에 영향을 미치는 측면에서 구 대도시 광역교통관리에 관한 특별법(2007. 1. 19. 법률 제8251호로 개정되기 전의 것) 제11조 제1호 내지 제5호의 경우와 객관적으로 유사한 사업에 해당하므로, 이러한 사업시행자를 광역교통시설부담금 납부대상으로 규정한 같은 법 시행령 제15조 제2항은 수권법률인 같은 법 제11조 제6호가 정한 위임의 범위를 넘어서지 않는다.

〈선정이유〉

위임입법의 한계로서의 예측가능성의 의미 및 그 유무의 판단 기준을 제시한 판결

98. 행정입법 (2) : 위임입법

(헌법재판소 1997. 2. 20.자 95헌바27 결정)

〈주제〉 위임입법에 있어서 위임의 구체성과 명확성의 요구 정도

〈쟁점〉

[1] 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 처벌법규나 조세법규는 위임입법에 있어서 위임의 구체성, 명확성의 요구가 강화되는지 여부(적극)

[2] 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질인 경우, 위임입법에 있어서 위임의 구체성, 명확성의 요건이 완화될 수 있는지 여부(적극)

〈결정요지〉

위임입법에 있어 위임의 구체성, 명확성의 요구 정도는 그 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만 특히 처벌법규나 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소

지가 있는 법규에서는 구체성, 명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면에, 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성, 명확성의 요건이 완화될 수도 있을 것이며, 조세감면규정의 경우에는 법률의 구체적인 근거없이 대통령령에서 감면대상, 감면비율 등 국민의 납세의무에 직접 영향을 미치는 감면요건 등을 규정하였는가 여부도 중요한 판단기준이 된다.

〈선정이유〉

위임입법의 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질인 경우, 위임의 구체성, 명확성의 요건이 완화될 수 있다고 한 결정

99. 행정입법 (3) : 위임입법

(헌법재판소 1995. 4. 20.자 92헌마264, 279(병합) 전원재판부 결정)

〈주제〉 조례에 있어서 수권기준의 완화(= 포괄적 위임으로 충분)

〈쟁점〉

조례에 대한 법률의 위임은, 조례 제정권자인 지방의회가 지역적인 민주적 정당성을 지닌 주민의 대표기관인 점, 지방자치단체에 보장된 포괄적인 자치권 등을 고려할 때 포괄적인 위임으로 충분한지 여부(적극)

〈결정요지〉

조례의 제정권자인 지방의회는 선거를 통해서 그 지역적인 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표기관이고 헌법이 지방자치단체에 포괄적인 자치권을 보장하고 있는 취지로 볼 때, 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다.

〈선정이유〉

법규명령에 대한 법률의 위임과 달리 조례에 대한 법률의 위임은 포괄적 위임도 가능하다고 한 결정

100. 행정입법 (4) : 위임입법

(대법원 2007. 10. 12. 선고 2006두14476 판결)

〈주제〉 자치법적 영역에 속하는 경우와 법률유보원칙

〈쟁점〉

[1] 법률이 공법적 단체 등의 정관에 자치법적 사항을 위임한 경우 포괄위임입법금지 원칙의 적

용 여부(소극) 및 국민의 권리, 의무에 관한 기본적이고 본질적인 사항까지 정관에 위임할 수 있는지 여부(소극)

[2] 사업시행인가 신청시의 토지 등 소유자의 동의요건을 사업시행자의 정관에 위임한 도시 및 주거환경정비법 제28조 제4항 본문이 포괄위임입법금지 원칙에 위배되는지 여부(소극) 및 그 동의요건이 토지 등 소유자의 재산상 권리, 의무에 영향을 미치는 것으로서 법률유보 내지 의회유보의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 법률이 공법적 단체 등의 정관에 자치법적 사항을 위임한 경우에는 헌법 제75조가 정하는 포괄적인 위임입법의 금지는 원칙적으로 적용되지 않는다고 봄이 상당하고, 그렇다 하더라도 그 사항이 국민의 권리·의무에 관련되는 것일 경우에는 적어도 국민의 권리·의무에 관한 기본적이고 본질적인 사항은 국회가 정하여야 한다.

[2] 구 도시 및 주거환경정비법(2005. 3. 18. 법률 제7392호로 개정되기 전의 것)상 사업시행자에게 사업시행계획의 작성권이 있고 행정청은 단지 이에 대한 인가권만을 가지고 있으므로 사업시행자인 조합의 사업시행계획 작성은 자치법적 요소를 가지고 있는 사항이라 할 것이고, 이와 같이 사업시행계획의 작성이 자치법적 요소를 가지고 있는 이상, 조합의 사업시행인가 신청시의 토지 등 소유자의 동의요건 역시 자치법적 사항이라 할 것이며, 따라서 2005. 3. 18. 법률 제7392호로 개정된 도시 및 주거환경정비법 제28조 제4항 본문이 사업시행인가 신청시의 동의요건을 조합의 정관에 포괄적으로 위임하고 있다고 하더라도 헌법 제75조가 정하는 포괄위임입법금지의 원칙이 적용되지 아니하므로 이에 위배된다고 할 수 없다. 그리고 조합의 사업시행인가 신청시의 토지 등 소유자의 동의요건이 비록 토지 등 소유자의 재산상 권리·의무에 영향을 미치는 사업시행계획에 관한 것이라고 하더라도, 그 동의요건은 사업시행인가 신청에 대한 토지 등 소유자의 사전 통제를 위한 절차적 요건에 불과하고 토지 등 소유자의 재산상 권리·의무에 관한 기본적이고 본질적인 사항이라고 볼 수 없으므로 법률유보 내지 의회유보의 원칙이 반드시 지켜져야 하는 영역이라고 할 수 없고, 따라서 개정된 도시 및 주거환경정비법 제28조 제4항 본문이 법률유보 내지 의회유보의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

도시및주거환경정비법상 조합의 사업시행인가 신청시 토지 등 소유자의 동의요건을 조합의 정관에 포괄적으로 위임한 경우, 포괄위임입법금지의 원칙에 위배되지 않는다고 한 판결

101. 행정입법 (5) : 위임입법

(헌법재판소 1996. 2. 29.자 94헌마213 전원재판부 결정)

〈주제〉 위임입법과 재위임의 한계

〈쟁점〉

법률에서 위임받은 사항의 전면적 재위임은 불허됨

〈결정요지〉

법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 않고 재위임하는 것은 이(異)위임금지의 법리에 반할 뿐 아니라 수권법의 내용변경을 초래하는 것이 되고, 부령의 제정·개정절차가 대통령령에 비하여 보다 용이한 점을 고려할 때 재위임에 의한 부령(部令)의 경우에도 위임에 의한 대통령령에 가해지는 헌법상의 제한이 당연히 적용되어야 할 것이므로 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 아니하고 그대로 재위임하는 것은 허용되지 않으며 위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그 중의 특정사항을 범위를 정하여 하위법령에 다시 위임하는 경우에만 재위임이 허용된다.

〈선정이유〉

위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그 중의 특정사항을 범위를 정하여 하위법령에 다시 위임하는 경우에 한하여 재위임이 허용된다는 결정

102. 행정입법 (6) : 대통령령(시행령) 형식의 행정규칙

(대법원 1997. 12. 26. 선고 97누15418 판결)

〈주제〉 대통령령(시행령) 형식의 행정입법

〈쟁점〉

주택건설촉진법 제7조 제2항의 위임에 터잡아 행정처분의 기준을 정한 같은법시행령 제10조의3 제1항 [별표 1]이 법규명령에 해당하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

당해 처분의 기준이 된 주택건설촉진법시행령 제10조의3 제1항 [별표 1]은 주택건설촉진법 제7조 제2항의 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 해당한다.

〈선정이유〉

대통령령(시행령) 형식으로 정한 처분기준은 행정조직 내부의 행정규칙이 아니라 대외적으로 법규명령에 해당한다고 한 판결

103. 행정입법 (7) : 대통령령(시행령) 형식의 행정규칙과 위법성 판단기준

(대법원 2001. 3. 9. 선고 99두5207 판결)

〈주제〉 대통령령(시행령) 형식의 행정입법과 위법성 판단기준

〈쟁점〉

[1] 구 청소년보호법 제49조 제1항, 제2항의 위임에 따른 같은법시행령 제40조 [별표 6]의 위반행위의종별에따른과징금처분기준의 법적 성격(=법규명령) 및 그 과징금 수액의 의미(=최고한도액)

[2] 제재적 행정처분이 재량권의 범위를 일탈·남용하였는지 여부의 판단 기준

〈판결요지〉

[1] 구 청소년보호법(1999. 2. 5. 법률 제5817호로 개정되기 전의 것) 제49조 제1항, 제2항에 따른 같은법시행령(1999. 6. 30. 대통령령 제16461호로 개정되기 전의 것) 제40조 [별표 6]의 위반행위의종별에따른과징금처분기준은 법규명령이기는 하나 모법의 위임규정의 내용과 취지 및 헌법상의 과잉금지의 원칙과 평등의 원칙 등에 비추어 같은 유형의 위반행위라 하더라도 그 규모나 기간·사회적 비난 정도·위반행위로 인하여 다른 법률에 의하여 처벌받은 다른 사정·행위자의 개인적 사정 및 위반행위로 얻은 불법이익의 규모 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 사안에 따라 적정한 과징금의 액수를 정하여야 할 것이므로 그 수액은 정액이 아니라 최고한도액이다.

[2] 제재적 행정처분이 사회통념상 재량권의 범위를 일탈하였거나 남용하였는지 여부는 처분사유로 된 위반행위의 내용과 당해 처분행위에 의하여 달성하려는 공익목적 및 이에 따르는 제반 사정 등을 객관적으로 심리하여 공익침해의 정도와 그 처분으로 인하여 개인이 입게 될 불이익을 비교교량하여 판단하여야 한다.

〈선정이유〉

제재적 처분기준인 과징금처분기준이 법규명령 형식인 대통령령으로 정해진 경우, 그 제재기준은 정액이 아니라 최고한도액이라고 한 판결

104. 행정입법 (8) : 부령 형식의 행정규칙

(대법원 1990. 1. 25. 선고 89누3564 판결)

〈주제〉 제재적 처분기준의 효력

〈쟁점〉

[1] 자동차운수사업법 제31조 제1항 제5호 소정의 '중대한 사고'인지 여부의 판단기준

[2] '자동차운수사업법 제31조 등의 규정에 의한 사업면허의 취소 등의 처분에 관한 규칙'의 법규성 유무 = 제재적 처분의 기준을 정한 부령(부령 형식의 행정규칙)의 대외적 구속력(소극)

〈판결요지〉

[1] 자동차운수사업법 제31조 제1항 제5호 소정의 “중대한 교통사고"에 해당하는지의 여부는 단순히 사상자의 숫자만을 기준으로 하여 판단할 것이 아니라, 교통사고를 일으킨 사람의 과실정도는 물론, 피해자의 과실, 사고의 경위, 피해상황 그 사고가 일반사회에 미친 영향 등 교통사고의 내용과 결과를 고루 살펴보아 그와 같은 교통사고가 통상 발생할 수 있는 것이 아니라, 자동차운송업

자로 하여금 운송사업을 계속하게 하거나 면허나 등록을 그대로 보유하게 하는 것이 부적당하다고 인정될 정도로 "중대한" 것인지의 여부에 따라 판단하여야 할 것이다.

[2] 자동차운수사업법 제31조 등의 규정에 의한 사업면허의 취소 등의 처분에 관한 규칙(1987.3.11. 교통부령 제853호)은 부령의 형식으로 되어 있으나 그 규정의 성질과 내용이 자동차운송사업면허의 취소처분 등에 관한 사무처리 기준과 처분절차 등 행정청내의 사무처리준칙을 규정한 것에 불과하므로 교통부장관이 관계행정기관 및 직원에 대하여 그 직무권한 행사의 지침을 정하여 주기 위하여 발한 행정조직 내부에 있어서의 행정명령의 성질을 가지는 것이고, 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 것은 아니라고 할 것이다.

〈선정이유〉

부령 형식의 제재적 처분기준의 성질과 내용이 행정청 내의 사무처리준칙을 규정한 것에 불과한 경우, 대외적 효력을 가지는 법규명령에 해당하지 않는다는 판결

105. 행정입법 (9) : 행정입법부작위

(대법원 1992. 5. 8. 선고 91누11261 판결)

〈주제〉 행정입법부작위에 대한 행정소송

〈쟁점〉

추상적인 법령의 제정 여부 등이 부작위위법확인소송의 대상이 될 수 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

행정소송은 구체적 사건에 대한 법률상 분쟁을 법에 의하여 해결함으로써 법적 안정을 기하자는 것이므로 부작위위법확인소송의 대상이 될 수 있는 것은 구체적 권리의무에 관한 분쟁이어야 하고 추상적인 법령에 관하여 제정의 여부 등은 그 자체로서 국민의 구체적인 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 것이 아니어서 그 소송의 대상이 될 수 없다.

〈선정이유〉

국민의 구체적인 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 것이 아닌 추상적인 법령의 제정의 여부는 부작위위법확인소송의 대상이 될 수 없다고 한 판결

106. 행정입법 (10) : 법령보충적 행정규칙(행정규칙 형식의 법규명령)

(대법원 1987. 9. 29. 선고 86누484 판결)

〈주제〉 법령보충적 행정규칙

〈쟁점〉

[1] 법령보충적 행정규칙(훈령)의 법규성[=대외적 구속력](적극)

[2] 재산제세사무처리규정 제72조 제3항이 양도소득세의 실질거래가액에 의한 과세의 법령상 근거가 될 수 있는지 여부(적극)

〈판결요지〉

[1] 상급행정기관이 하급행정기관에 대하여 업무처리지침이나 법령의 해석적용에 관한 기준을 정하여서 발하는 이른바 행정규칙은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적인 구속력을 갖는 것은 아니지만, 법령의 규정이 특정행정기관에게 그 법령내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서 그 권한행사의 절차나 방법을 특정하고 있지 아니한 관계로 수임행정기관이 행정규칙의 형식으로 그 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 정하고 있다면 그와 같은 행정규칙, 규정은 행정규칙이 갖는 일반적 효력으로서가 아니라, 행정기관에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 법령규정의 효력에 의하여 그 내용을 보충하는 기능을 갖게 된다 할 것이므로 이와 같은 행정규칙, 규정은 당해 법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 한 그것들과 결합하여 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 갖게 된다.

[2] 소득세법 (1982.12.21. 법률 제3576호로 개정된 것) 제23조 제4항, 제45조 제1항 제1호에서 양도소득세의 양도차익을 계산함에 있어 실지거래가액이 적용될 경우를 대통령령에 위임함으로써 동법시행령(1982.12.31. 대통령령 제10977호로 개정된 것) 제170조 제4항 제2호가 위 위임규정에 따라 양도소득세의 실지거래가액이 적용될 경우의 하나로서 국세청장으로 하여금 양도소득세의 실지거래가액이 적용될 부동산투기억제를 위하여 필요하다고 인정되는 거래를 지정하게 하면서 그 지정의 절차나 방법에 관하여 아무런 제한을 두고 있지 아니하고 있어 이에 따라 국세청장이 재산제세사무처리규정 제72조 제3항에서 양도소득세의 실지거래가액이 적용될 부동산투기억제를 위하여 필요하다고 인정되는 거래의 유형을 열거하고 있으므로, 이는 비록 위 재산제세사무처리규정이 국세청장의 훈령형식으로 되어 있다 하더라도 이에 의한 거래지정은 소득세법시행령의 위임에 따라 그 규정의 내용을 보충하는 기능을 가지면서 그와 결합하여 대외적 효력을 발생하게 된다 할 것이므로 그 보충규정의 내용이 위 법령의 위임한계를 벗어났다는 등 특별한 사정이 없는 한 양도소득세의 실지거래가액에 의한 과세의 법령상의 근거가 된다.

〈선정이유〉

법령보충적 행정규칙은 당해 법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 한 그것들과 결합하여 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 갖는다는 판결

107. 행정입법 (11) : 법령보충적 행정규칙(행정규칙 형식의 법규명령)

(대법원 1994. 3. 8. 선고 92누1728 판결)

〈주제〉 고시에 대한 사법적 통제

〈쟁점〉

[1] 보건사회부장관의 고시인 '식품제조영업허가기준'[=법령보충적 행정규칙(고시)]의 성질: 법규명령, 대외적 구속력 인정

[2] 위 고시가 기본권(직업의 자유)을 침해하여 무효인 경우 위 고시에 따른 의무불이행을 이유로 하는 제재적 행정처분의 위법 여부(적극) 및 위 고시와 헌법 제37조 제2항의 관계

[3] 헌법 제15조 소정의 직업선택의 자유의 의의 및 직업의 자유에 대한 제한이 위헌인지 여부의 판단기준

[4] 보존음료수의 국내판매를 완전히 금지하는 것이 직업의 자유에 대한 중대한 제한인지 여부(적극)

〈판결요지〉

[1] 식품제조영업허가기준이라는 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 것이다.

2] 위 [1] 항의 고시가 헌법상 보장된 기본권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반될 때에는 위 고시는 효력이 없는 것으로 볼 수밖에 없으므로, 원고들이 위 고시에 따라서 지게 되는 의무를 이행하지 아니하였다는 이유로 원고들에 대하여 과징금을 부과하는 제재적 행정처분을 하는 것은 위법하다 할 것이다.

[3] 헌법 제15조는 국민의 기본적 인권의 하나로서 직업선택의 자유를 보장하고 있는데, 이 규정에 의하여 보장되는 자유 가운데에는 본래의 의미에서의 직업선택의 자유뿐만 아니라 선택한 직업에 종사하면서 그 활동의 내용·태양 등에 관하여도 원칙적으로 자유로이 결정할 수 있는 직업활동의 자유도 포함된다 할 것이고, 직업은 그 종류 성질 내용 사회적 의의 및 영향이 각양각색이어서 그 규제를 요구하는 사회적인 이유나 목적도 천차만별이고 그 중요성도 꼭 같지 않아 직업의 자유에 대한 제한도 구체적인 경우에 따라 다양한 형태를 취하게 되기 때문에 그것이 위헌인지의 여부도 일률적으로 논할 수는 없고 구체적인 제한조치에 관하여 제한의 목적 필요성 내용과 그것에 의하여 제한되는 직업의 자유의 성질 내용 및 제한의 정도 방법 등을 검토하고 이들을 비교교량하여 신중하게 결정하여야 할 것이며, 직업의 자유에 대한 제한이 직업의 선택 자체는 제한하지 않으면서 직업활동의 내용이나 태양만을 제한하는 것일 때에는 직업선택의 자유를 제한하는 것보다는 제한의 정도가 가볍다고 할 것이고 따라서 자유를 제한할 수 있는 범위도 커서 비교적 용이하게 제한의 필요성과 합리성을 긍정할 수 있겠지만, 형식적으로는 직업활동의 자유를 제한하는 것처럼 보이더라도 실질에 있어서는 직업선택의 자유를 제한하는 것과 다를 바가 없을 정도로 직업활동의 자유를 크게 제한할 경우에는 그 제한의 합리성을 쉽게 긍정하여서는 안되고, 개인의 자유보다 우월한 매우 중요한 공공의 이익을 보호하기 위하여 그와 같은 제한이 필요하다고 인정되는 경우에만 그 제한을 합헌적인 것으로 보아야 한다.

[4] 보존음료수의 국내판매를 금지함으로써 잠재적인 판매시장의 거의 대부분을 폐쇄한다는 것은 실질적으로 보존음료수제조업의 허가를 전면적으로 허용하면서 그 허가의 요건을 한정하는 것(이는 직업선택의 자유를 제한하는 경우에 해당한다)에 못지 않는 큰 제한으로서, 직업선택의 자유를 제한하는 것과 다를 바 없는 영업의 자유에 대한 중대한 제한이고, 영업의 자유를 제한하는 내용에

있어서도 국내판매를 완전히 금지하여 어느 경우에도 예외를 인정하지 않고 있으므로, 그 제한의 정도가 절대적인 것이어서 직업의 자유를 심하게 제한하고 있다고 하지 않을 수 없다.

〈선정이유〉

법령보충적 행정규칙은 실질적으로 법의 규정내용을 보충하는 기능을 지니면서 그것과 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령의 성질을 갖는다고 한 판결

108. 행정입법 (12) : 법령보충적 행정규칙의 한계

(대법원 2012. 7. 5. 선고 2010다72076 판결)
〈주제〉 법령보충적 행정규칙의 한계

〈쟁점〉

1] 상위법령에서 세부사항 등을 시행규칙으로 정하도록 위임하였음에도 이를 고시 등 행정규칙으로 정한 경우, 대외적 구속력을 가지는 법규명령으로서 효력을 인정할 수 있는지 여부(소극)

[2] 구 주택건설촉진법 제33조의6 제6항의 위임에 의하여 건설교통부장관의 '고시' 형식으로 되어 있는 '주택건설공사 감리비지급기준'이 이를 건설교통부령으로 정하도록 한 구 주택법이 시행된 이후에도 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로서 효력이 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 법령의 규정이 특정 행정기관에게 법령 내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서 권한행사의 절차나 방법을 특정하지 아니한 경우에는 수임 행정기관은 행정규칙이나 규정 형식으로 법령 내용이 될 사항을 구체적으로 정할 수 있다. 이 경우 행정규칙 등은 당해 법령의 위임한계를 벗어나지 않는 한 대외적 구속력이 있는 법규명령으로서 효력을 가지게 되지만, 이는 행정규칙이 갖는 일반적 효력이 아니라 행정기관에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 법령 규정의 효력에 근거하여 예외적으로 인정되는 것이다. 따라서 그 행정규칙이나 규정이 상위법령의 위임범위를 벗어난 경우에는 법규명령으로서 대외적 구속력을 인정할 여지는 없다. 이는 행정규칙이나 규정 '내용'이 위임범위를 벗어난 경우뿐 아니라 상위법령의 위임규정에서 특정하여 정한 권한행사의 '절차'나 '방식'에 위배되는 경우도 마찬가지이므로, 상위법령에서 세부사항 등을 시행규칙으로 정하도록 위임하였음에도 이를 고시 등 행정규칙으로 정하였다면 그 역시 대외적 구속력을 가지는 법규명령으로서 효력이 인정될 수 없다.

[2] 건설공사 등의 사업주체가 감리자에게 지급하여야 하는 감리비의 지급기준을 건설교통부장관의 '고시' 형식으로 정한 '주택건설공사 감리비지급기준'(이하 '감리비지급기준'이라 한다)은 구 주택건설촉진법(2003. 5. 29. 법률 제6916호 주택법으로 전부 개정되기 전의 것) 제33조의6 제6항에서 '사업주체는 감리자에게 건설교통부장관이 정하는 바에 따라 공사감리비를 지급하여야 한다'고 규정한 데 근거한 것인데, 그 법률이 주택법으로 전부 개정되면서 근거조항도 구 주택법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 주택법'이라 한다) 제24조 제6항으로 변경되

었고, 개정 조항에서는 '사업주체는 감리자에게 건설교통부령이 정하는 절차 등에 의하여 공사감리비를 지급하여야 한다'고 되어 있다. 따라서 구 주택법이 시행된 이후에는 감리비의 지급기준 등은 구 주택법이 규정한 바에 따라 '건설교통부령'의 형식으로 정해야 하므로, 건설교통부장관의 '고시' 형식으로 되어 있는 종전 '감리비지급기준'은 구 주택법 제24조 제6항이 권한행사의 절차 및 방법을 특정하여 위임한 것에 위배되어 더 이상 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로서 효력을 가지지 못한다.

〈선정이유〉

법령보충적 행정규칙이 내용뿐만 아니라 절차나 방식이 상위법령의 위임 범위를 벗어난 경우, 대외적 구속력을 가지는 법규명령으로서의 효력을 인정할 수 없다는 판결

109. 행정계획 (1) : 계획재량과 형량하자

(대법원 1996. 11. 29. 선고 96누8567 판결)
〈주제〉 도시계획결정과 형량명령

〈쟁점〉

[1] 도시계획안 내용의 공고, 공람 절차의 시행 방법
[2] 행정계획의 의미 및 행정주체의 행정계획결정에 관한 재량의 범위[= 형량명령과 형량하자]

〈판결요지〉

[1] 도시계획법 제16조의2 제2항, 같은법시행령 제14조의2 제6항 각 규정의 내용과 취지에 비추어 보면, 도시계획안의 내용을 일간신문에 공고함에 있어서는 도시계획의 기본적인 사항만을 밝히고 구체적인 사항은 공람절차에서 이를 보충하면 족하다.

[2] 행정계획이라 함은 행정에 관한 전문적·기술적 판단을 기초로 하여 도시의 건설·정비·개량 등과 같은 특정한 행정목표를 달성하기 위하여 서로 관련되는 행정수단을 종합·조정함으로써 장래의 일정한 시점에 있어서 일정한 질서를 실현하기 위한 활동기준으로 설정된 것으로서, 도시계획법 등 관계 법령에는 추상적인 행정목표와 절차만이 규정되어 있을 뿐 행정계획의 내용에 대하여는 별다른 규정을 두고 있지 아니하므로 행정주체는 구체적인 행정계획을 입안·결정함에 있어서 비교적 광범위한 형성의 자유를 가진다고 할 것이지만, 행정주체가 가지는 이와 같은 형성의 자유는 무제한적인 것이 아니라 그 행정계획에 관련되는 자들의 이익을 공익과 사익 사이에서는 물론이고 공익 상호간과 사익 상호간에도 정당하게 비교교량하여야 한다는 제한이 있는 것이고, 따라서 행정주체가 행정계획을 입안·결정함에 있어서 이익형량을 전혀 행하지 아니하거나 이익형량의 고려 대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우 또는 이익형량을 하였으나 정당성·객관성이 결여된 경우에는 그 행정계획결정은 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법하다.

〈선정이유〉

행정계획을 입안·결정함에 있어서 광범위한 형성의 자유가 있다고 하더라도 관계제 이익을 제

대로 형량하지 아니한 경우, 재량권의 일탈·남용이라고 한 판결

110. 행정계획 (2) : 계획변경·입안청구권

(대법원 1984. 10. 23. 선고 84누227 판결)
〈주제〉 행정계획의 변경청구권

〈쟁점〉

지역주민의 도시계획시설결정변경신청에 대한 거부통지가 항고소송의 대상이 되는 행정처분인지 여부(소극)[= 행정계획 변경청구권이라는 신청권을 부정하여 거부처분취소소송의 대상적격 부정]

〈판결요지〉

국민의 신청에 대한 행정청의 거부처분이 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 되기 위하여는, 국민이 행정청에 대하여 그 신청에 따른 행정행위를 해줄 것을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 권리가 있어야 하는 바, 도시계획법상 주민이 도시계획 및 그 변경에 대하여 어떤 신청을 할 수 있음에 관한 규정이 없을 뿐만 아니라, 도시계획과 같이 장기성·종합성이 요구되는 행정계획에 있어서는 그 계획이 일단 확정된 후에 어떤 사정의 변동이 있다고 하여 지역주민에게 일일이 그 계획의 변경을 청구할 권리를 인정해 줄 수도 없는 이치이므로 도시계획시설변경신청을 불허한 행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다.

〈선정이유〉

도시계획법상 주민에게 도시계획변경신청권이 인정되지 아니한 경우, 그 도시계획변경신청을 거부한 행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니라고 한 판결

111. 행정계획 (3) : 계획변경·입안청구권

(대법원 2004. 4. 28. 선고 2003두1806 판결)
〈주제〉 도시계획시설변경 입안의 제안권을 인정한 사례

〈쟁점〉

도시계획구역 내 토지 소유자의 도시계획입안 신청에 대한 도시계획 입안권자의 거부행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

구 도시계획법(2002. 2. 4. 법률 제6655호 국토의계획및이용에관한법률 부칙 제2조로 폐지)은 도시계획의 수립 및 집행에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 공공의 안녕질서를 보장하고 공공

복리를 증진하며 주민의 삶의 질을 향상하게 함을 목적으로 하면서도 도시계획시설결정으로 인한 개인의 재산권행사의 제한을 줄이기 위하여, 도시계획시설부지의 매수청구권, 도시계획시설결정의 실효에 관한 규정과 아울러 도시계획 입안권자인 특별시장·광역시장·시장 또는 군수로 하여금 5년마다 관할 도시계획구역 안의 도시계획에 대하여 그 타당성 여부를 전반적으로 재검토하여 정비하여야 할 의무를 지우고, 도시계획입안제안과 관련하여서는 주민이 입안권자에게 '1. 도시계획시설의 설치·정비 또는 개량에 관한 사항 2. 지구단위계획구역의 지정 및 변경과 지구단위계획의 수립 및 변경에 관한 사항'에 관하여 '도시계획도서와 계획설명서를 첨부'하여 도시계획의 입안을 제안할 수 있고, 위 입안제안을 받은 입안권자는 그 처리결과를 제안자에게 통보하도록 규정하고 있는 점 등과 헌법상 개인의 재산권 보장의 취지에 비추어 보면, 도시계획구역 내 토지 등을 소유하고 있는 주민으로서는 입안권자에게 도시계획입안을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있다고 할 것이고, 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.

〈선정이유〉

도시계획구역 내 토지 등을 소유하고 있는 주민에게 입안권자에게 도시계획입안을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 인정되는 경우, 그 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 한 판결

112. 행정계획 (4) : 계획변경 · 입안청구권

(대법원 2003. 9. 23. 선고 2001두10936 판결)

〈주제〉 예외적으로 국토이용계획 변경신청권을 인정한 사례

〈쟁점〉

[1] 구 국토이용관리법상의 국토이용계획변경신청에 대한 거부행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하기 위한 요건

[2] 폐기물관리법상 폐기물처리사업계획의 적정통보를 받은 자는 예외적으로 국토이용계획변경을 신청할 법규상 또는 조리상 신청권이 있는지 여부(적극)

〈판결요지〉

[1] 구 국토이용관리법(2002. 2. 4. 법률 제6655호 국토의계획및이용에관한법률 부칙 제2조로 폐지)상 주민이 국토이용계획의 변경에 대하여 신청을 할 수 있다는 규정이 없을 뿐만 아니라, 국토건설종합계획의 효율적인 추진과 국토이용질서를 확립하기 위한 국토이용계획은 장기성, 종합성이 요구되는 행정계획이어서 원칙적으로는 그 계획이 일단 확정된 후에 어떤 사정의 변동이 있다고 하여 그러한 사유만으로는 지역주민이나 일반 이해관계인에게 일일이 그 계획의 변경을 신청할 권리를 인정하여 줄 수는 없을 것이지만, 장래 일정한 기간 내에 관계 법령이 규정하는 시설 등을 갖추어 일정한 행정처분을 구하는 신청을 할 수 있는 법률상 지위에 있는 자의 국토이용계획변경신청을 거부하는 것이 실질적으로 당해 행정처분 자체를 거부하는 결과가 되는 경우에는 예외적으로 그 신청인에게 국토이용계획변경을 신청할 권리가 인정된다고 봄이 상당하므로, 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.

[2] 구 폐기물관리법(1999. 2. 8. 법률 제5865호로 개정되기 전의 것, 이하 '폐기물관리법'이라 한다) 제26조, 같은법시행규칙(1999. 1. 5. 환경부령 제56호로 개정되기 전의 것) 제17조 등에 의하면 폐기물처리사업계획의 적정통보를 받은 자는 장래 일정한 기간 내에 관계 법령이 규정하는 시설 등을 갖추어 폐기물처리업허가신청을 할 수 있는 법률상 지위에 있다고 할 것인바, 피고로부터 폐기물처리사업계획의 적정통보를 받은 원고가 폐기물처리업허가를 받기 위하여는 이 사건 부동산에 대한 용도지역을 '농림지역 또는 준농림지역'에서 '준도시지역(시설용지지구)'으로 변경하는 국토이용계획변경이 선행되어야 하고, 원고의 위 계획변경신청을 피고가 거부한다면 이는 실질적으로 원고에 대한 폐기물처리업허가신청을 불허하는 결과가 되므로, 원고는 위 국토이용계획변경의 입안 및 결정권자인 피고에 대하여 그 계획변경을 신청할 법규상 또는 조리상 권리를 가진다고 할 것이다.

〈선정이유〉

국토이용계획변경신청 거부가 실질적으로 당해 행정처분 자체를 거부하는 결과가 되는 경우, 그 계획변경을 신청할 법규상 또는 조리상 권리가 인정되므로 그 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다는 판결

113. 행정계약 (1) : 행정계약의 의의와 쟁송방법

(대법원 1995. 12. 22. 선고 95누4636 판결)
〈주제〉 시립무용단원 위촉의 법적 성질

〈쟁점〉

서울특별시립무용단원의 해촉에 대하여 공법상 당사자소송으로 무효확인을 청구할 수 있는지 여부(적극)

〈판결요지〉

지방자치법 제9조 제2항 제5호 (라)목 및 (마)목 등의 규정에 의하면, 서울특별시립무용단원의 공연 등 활동은 지방문화 및 예술을 진흥시키고자 하는 서울특별시의 공공적 업무수행의 일환으로 이루어진다고 해석될 뿐 아니라, 단원으로 위촉되기 위하여는 일정한 능력요건과 자격요건을 요하고, 계속적인 재위촉이 사실상 보장되며, 공무원연금법에 따른 연금을 지급받고, 단원의 복무규율이 정해져 있으며, 정년제가 인정되고, 일정한 해촉사유가 있는 경우에만 해촉되는 등 서울특별시립무용단원이 가지는 지위가 공무원과 유사한 것이라면, 서울특별시립무용단 단원의 위촉은 공법상의 계약이라고 할 것이고, 따라서 그 단원의 해촉에 대하여는 공법상의 당사자소송으로 그 무효확인을 청구할 수 있다.

〈선정이유〉

서울특별시립무용단원의 위촉이 공법상 계약인 경우, 그 해촉은 공법상 당사자소송의 대상이 된다는 판결

114. 행정계약 (2) : 행정계약의 의의와 쟁송방법

(대법원 1993. 9. 14. 선고 92누4611 판결)

〈주제〉 지방전문직공무원 채용계약 해지는 공법상 당사자소송의 대상임

〈쟁점〉

지방전문직공무원 채용계약 해지 의사표시에 대하여 당사자소송으로 무효확인을 청구할 수 있는지 여부(적극)

〈판결요지〉

현행 실정법이 지방전문직공무원 채용계약 해지의 의사표시를 일반공무원에 대한 징계처분과는 달리 항고소송의 대상이 되는 처분 등의 성격을 가진 것으로 인정하지 아니하고, 지방전문직공무원 규정 제7조 각호의 1에 해당하는 사유가 있을 때 지방자치단체가 채용계약관계의 한쪽 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시로 취급하고 있는 것으로 이해되므로, 지방전문직공무원 채용계약 해지의 의사표시에 대하여는 대등한 당사자간의 소송형식인 공법상 당사자소송으로 그 의사표시의 무효확인을 청구할 수 있다.

〈선정이유〉

지방전문직공무원 채용계약 해지의 의사표시가 대등한 당사자간의 의사표시인 경우, 항고소송의 대상이 되는 처분이 아니라 공법상 당사자소송의 대상이 된다는 판결

115. 행정계약 (3) : 의의와 쟁송방법

(대법원 2001. 12. 11. 선고 2001두7794 판결)

〈주제〉 광주광역시문화예술회관장의 위촉기간 만료 단원에 대한 재위촉 거부는 항고소송의 대상이 되는 불합격처분이 아님

〈쟁점〉

시립합창단원에 대한 재위촉 거부가 항고소송의 대상인 처분에 해당하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

지방자치법 제9조 제2항 제5호 (라)목 및 (마)목 등의 규정에 의하면, 광주광역시립합창단의 활동은 지방문화 및 예술을 진흥시키고자 하는 광주광역시의 공공적 업무수행의 일환으로 이루어진다고 해석될 뿐 아니라, 그 단원으로 위촉되기 위하여는 공개전형을 거쳐야 하고 지방공무원법 제31조의 규정에 해당하는 자는 단원의 직에서 해촉될 수 있는 등 단원은 일정한 능력요건과 자격요건을 갖추어야 하며, 상임단원은 일반공무원에 준하여 매일 상근하고 단원의 복무규율이 정하여져 있으며, 일정한 해촉사유가 있는 경우에만 해촉되고, 단원의 보수에 대하여 지방공무원의 보수에

관한 규정을 준용하는 점 등에서는 단원의 지위가 지방공무원과 유사한 면이 있으나, 한편 단원의 위촉기간이 정하여져 있고 재위촉이 보장되지 아니하며, 단원에 대하여는 지방공무원의 보수에 관한 규정을 준용하는 이외에는 지방공무원법 기타 관계 법령상의 지방공무원의 자격, 임용, 복무, 신분보장, 권익의 보장, 징계 기타 불이익처분에 대한 행정심판 등의 불복절차에 관한 규정이 준용되지도 아니하는 점 등을 종합하여 보면, 광주광역시문화예술회관장의 단원 위촉은 광주광역시문화예술회관장이 행정청으로서 공권력을 행사하여 행하는 행정처분이 아니라 공법상의 근무관계의 설정을 목적으로 하여 광주광역시와 단원이 되고자 하는 자 사이에 대등한 지위에서 의사가 합치되어 성립하는 공법상 근로계약에 해당한다고 보아야 할 것이므로, 광주광역시립합창단원으로서 위촉기간이 만료되는 자들의 재위촉 신청에 대하여 광주광역시문화예술회관장이 실기와 근무성적에 대한 평정을 실시하여 재위촉을 하지 아니한 것을 항고소송의 대상이 되는 불합격처분이라고 할 수는 없다.

〈선정이유〉

광주광역시립합창단원 위촉이 대등한 당사자간의 공법상 근로계약에 해당하는 경우, 위촉기간 만료 후 재위촉 거부는 항고소송의 대상이 되는 처분이 아니라 공법상 당사자소송의 대상이 된다는 판결

116. 공법상 계약과 행정행위의 구별

(대법원 2008. 6. 12. 선고 2006두16328 판결)

〈주제〉 계약직공무원에 대한 보수삭감은 징계처분의 일종임

〈쟁점〉

[1] 채용계약 해지의사표시의 무효확인소송에는 확인의 이익이 요구되는지 여부(적극)

[2] 지방계약직공무원에 대하여 지방공무원법 등에 정한 징계절차에 의하지 않고 보수를 삭감할 수 있는지 여부(원칙적 소극)

[3] 지방계약직공무원의 봉급을 삭감할 수 있도록 규정한 '서울특별시 지방계약직공무원 인사관리규칙' 제8조 제3항이 상위 법령의 위임 한계를 벗어나 무효인지 여부(적극)

〈판결요지〉

[1] 이 사건과 같이 이미 채용기간이 만료되어 소송 결과에 의해 법률상 그 직위가 회복되지 않는 이상 채용계약 해지의 의사표시의 무효확인만으로는 당해 소송에서 추구하는 권리구제의 기능이 있다고 할 수 없고, 침해된 급료지급청구권이나 사실상의 명예를 회복하는 수단은 바로 급료의 지급을 구하거나 명예훼손을 전제로 한 손해배상을 구하는 등의 이행청구소송으로 직접적인 권리구제방법이 있는 이상 무효확인소송은 적절한 권리구제수단이라 할 수 없어 확인소송의 또 다른 소송요건을 구비하지 못하고 있다 할 것이며, 위와 같이 직접적인 권리구제의 방법이 있는 이상 무효확인 소송을 허용하지 않는다고 해서 당사자의 권리구제를 봉쇄하는 것도 아니다. 원심이 같은 취지에서 이 사건 소 중 채용계약 해지의사표시의 무효확인청구부분은 확인의 이익이 없어 부적법

하다고 판단한 조치는 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 확인의 이익에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

[2] 근로기준법 등의 입법 취지, 지방공무원법과 지방공무원징계및소청규정의 여러 규정에 비추어 볼 때, 채용계약상 특별한 약정이 없는 한, 지방계약직공무원에 대하여 지방공무원법, 지방공무원징계및소청규정에 정한 징계절차에 의하지 않고서는 보수를 삭감할 수 없다고 봄이 상당하다.

[3] 지방계약직공무원규정의 시행에 필요한 사항을 규정하기 위한 '서울특별시 지방계약직공무원 인사관리규칙' 제8조 제3항은 근무실적 평가 결과 근무실적이 불량한 사람에 대하여 봉급을 삭감할 수 있도록 규정하고 있는바, 보수의 삭감은 이를 당하는 공무원의 입장에서는 징계처분의 일종인 감봉과 다를 바 없음에도 징계처분에 있어서와 같이 자기에게 이익이 되는 사실을 진술하거나 증거를 제출할 수 있는 등(지방공무원징계및소청규정 제5조)의 절차적 권리가 보장되지 않고 소청(지방공무원징계및소청규정 제16조) 등의 구제수단도 인정되지 아니한 채 이를 감수하도록 하는 위 규정은, 그 자체 부당할 뿐만 아니라 지방공무원법이나 지방계약직공무원규정에 아무런 위임의 근거도 없는 것이거나 위임의 범위를 벗어난 것으로서 무효이다.

〈선정이유〉

지방계약직공무원에 대한 보수삭감이 감봉과 같은 징계처분인 경우, 징계절차에 의하여야 한다는 판결

117. 공법상 계약과 사법상 계약의 구별 (1)

(대법원 1983. 12. 27. 선고 81누366 판결)

〈주제〉 국가가 당사자가 되는 공공계약은 사법상의 계약임

〈쟁점〉

입찰보증금 국고귀속 조치에 관한 분쟁이 행정소송의 대상인지 여부(소극)

〈판결요지〉

구 예산회계법(정부계약제도에 관하여는 현재의 '국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률'에 해당)에 따라 체결되는 계약은 사법상의 계약이라고 할 것이고 동법 제70조의5의 입찰보증금은 낙찰자의 계약체결의무이행의 확보를 목적으로 하여 그 불이행시에 이를 국고에 귀속시켜 국가의 손해를 전보하는 사법상의 손해배상 예정으로서의 성질을 갖는 것이라고 할 것이므로 입찰보증금의 국고귀속조치는 국가가 사법상의 재산권의 주체로서 행위하는 것이지 공권력을 행사하는 것이거나 공권력작용과 일체성을 가진 것이 아니라 할 것이므로 이에 관한 분쟁은 행정소송이 아닌 민사소송의 대상이 될 수밖에 없다고 할 것이다.

〈선정이유〉

국가계약법에 따라 체결된 계약이 사법상 계약인 경우, 그 입찰보증금의 국고귀속조치에 관한 분쟁은 행정소송이 아니라 민사소송의 대상이라고 한 판결

118. 공법상 계약과 사법상 계약의 구별 (2)

(대법원 2017. 11. 9. 선고 2015다215526 판결)

〈주제〉 국가가 당사자가 되는 공공계약이더라도 국가연구개발사업의 경우 공법상 계약관계로 볼 수 있음

〈쟁점〉

국책사업인 '한국형 헬기 개발사업'(Korean Helicopter Program)에 개발주관사업자 중 하나로 참여하여 국가 산하 중앙행정기관인 방위사업청과 '한국형헬기 민군겸용 핵심구성품 개발협약'을 체결한 경우 이 협약에 의한 법률관계의 성질(= 공법관계)

〈판결요지〉

국책사업인 '한국형 헬기 개발사업'(Korean Helicopter Program, 이하 'KHP사업'이라 한다)에 개발주관사업자 중 하나로 참여하여 국가 산하 중앙행정기관인 방위사업청과 '한국형헬기 민군겸용 핵심구성품 개발협약'을 체결한 갑 주식회사가 협약을 이행하는 과정에서 환율변동 및 물가상승 등 외부적 요인 때문에 협약금액을 초과하는 비용이 발생하였다고 주장하면서 국가를 상대로 초과비용의 지급을 구하는 민사소송을 제기한 사안에서, 과학기술기본법 제11조, 구 국가연구개발사업의 관리 등에 관한 규정(2010. 8. 11. 대통령령 제22328호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 '국가연구개발사업규정'이라 한다) 제2조 제1호, 제7호, 제7조 제1항, 제10조, 제15조, 제20조, 항공우주산업개발 촉진법 제4조 제1항 제2호, 제2항, 제3항 등의 입법 취지와 규정 내용, 위 협약에서 국가는 갑 회사에 '대가'를 지급한다고 규정하고 있으나 이는 국가연구개발사업규정에 근거하여 국가가 갑 회사에 연구경비로 지급하는 출연금을 지칭하는 데 다름 아닌 점, 위 협약에 정한 협약금액은 정부의 연구개발비 출연금과 참여기업의 투자금 등으로 구성되는데 위 협약 특수조건에 의하여 참여기업이 물가상승 등을 이유로 국가에 협약금액의 증액을 내용으로 하는 협약변경을 구하는 것은 실질적으로는 KHP사업에 대한 정부출연금의 증액을 요구하는 것으로 이에 대하여는 국가의 승인을 얻도록 되어 있는 점, 위 협약은 정부와 민간이 공동으로 한국형헬기 민·군 겸용 핵심구성품을 개발하여 기술에 대한 권리는 방위사업이라는 점을 감안하여 국가에 귀속시키되 장차 기술사용권을 갑 회사에 이전하여 군용 헬기를 제작·납품하게 하거나 또는 민간 헬기의 독자적 생산기반을 확보하려는 데 있는 점, KHP사업의 참여기업인 갑 회사로서도 민·군 겸용 핵심구성품 개발사업에 참여하여 기술력을 확보함으로써 향후 군용 헬기 양산 또는 민간 헬기 생산에서 유리한 지위를 확보할 수 있게 된다는 점 등을 종합하면, 국가연구개발사업규정에 근거하여 국가 산하 중앙행정기관의 장과 참여기업인 갑 회사가 체결한 위 협약의 법률관계는 공법관계에 해당하므로 이에 관한 분쟁은 행정소송으로 제기하여야 한다고 한 사례.

〈선정이유〉

국가계약법상 공공계약이 국가연구개발사업규정에 근거하여 체결된 경우, 그 협약의 법률관계는 공법관계에 해당할 수 있다고 한 판결

119. 공법상 계약과 사법상 계약의 구별 (3)

(대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다33604 판결)
〈주제〉 지방자치단체가 당사자가 되는 공공계약은 사법상의 계약임

〈쟁점〉

지방자치단체가 당사자인 공공계약은 사법상의 계약으로서 사적자치와 계약자유의 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용되는지 여부(적극)

〈판결요지〉

지방재정법에 의하여 준용되는 국가계약법(지방자치단체의 계약제도에 관하여는 현재의 '지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률')에 따라 지방자치단체가 당사자가 되는 이른바 공공계약은 사경제의 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상의 계약으로서 그 본질적인 내용은 사인 간의 계약과 다를 바가 없으므로, 그에 관한 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 사적자치와 계약자유의 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용된다 할 것이다.

〈선정이유〉

지방자치단체가 당사자가 되는 이른바 '공공계약'은 사경제의 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상의 계약이라고 한 판결

120. 공법상 계약과 사법상 계약의 구별 (4)

(대법원 2000. 2. 11. 선고 99다61675 판결)
〈주제〉 국가소유 일반재산(잡종재산) 대부행위는 사법상 계약

〈쟁점〉

국유잡종재산 대부행위의 법적 성질(=사법상 계약) 및 그 대부료 납부고지의 법적 성질(= 사법상 이행청구)

〈판결요지〉

국유재산법 제31조, 제32조 제3항, 산림법 제75조 제1항의 규정 등에 의하여 국유잡종재산에 관한 관리 처분의 권한을 위임받은 기관이 국유잡종재산을 대부하는 행위는 국가가 사경제 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 행하는 사법상의 계약이고, 행정청이 공권력의 주체로서 상대방의 의사 여하에 불구하고 일방적으로 행하는 행정처분이라고 볼 수 없으며, 국유잡종재산에 관한 대부료의 납부고지 역시 사법상의 이행청구에 해당하고, 이를 행정처분이라고 할 수 없다.

〈선정이유〉

국유잡종재산(일반재산)의 대부행위는 국가가 사경제 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 행하는 사법상의 계약이므로 그 대부료 납부고지는 행정처분이 아니라고 한 판결

121. 공법상 계약과 사법상 계약의 구별 (5)

(대법원 2012. 2. 23. 선고 2010다91206 판결)

〈주제〉 토지보상법 상 협의취득은 사법상의 계약

〈쟁점〉

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법령에 의한 협의취득은 사법상의 법률행위인지 여부(적극)

〈판결요지〉

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법령(이하 '공익사업법령'이라고 한다)에 의한 협의취득은 사법상의 법률행위이므로 당사자 사이의 자유로운 의사에 따라 채무불이행책임이나 매매대금 과부족금에 대한 지급의무를 약정할 수 있다. 그리고 협의취득을 위한 매매계약을 해석함에 있어서도 처분문서 해석의 일반원칙으로 돌아와 매매계약서에 기재되어 있는 문언대로의 의사표시의 존재와 내용을 인정하여야 하고, 당사자 사이에 계약의 해석을 둘러싸고 이견이 있어 처분문서에 나타난 당사자의 의사해석이 문제되는 경우에는 그 문언의 내용, 그러한 약정이 이루어진 동기와 경위, 그 약정에 의하여 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험칙에 따라 합리적으로 해석하여야 한다. 다만 공익사업법은 공익사업의 효율적인 수행을 통하여 공공복리의 증진과 재산권의 적정한 보호를 도모하는 것을 목적으로 하고 협의취득의 배후에는 수용에 의한 강제취득 방법이 남아 있어 토지 등의 소유자로서는 협의에 불응하면 바로 수용을 당하게 된다는 심리적 강박감이 자리 잡을 수밖에 없으며 협의취득 과정에는 여러 가지 공법적 규제가 있는 등 공익적 특성을 고려하여야 한다.

〈선정이유〉

토지보상법상 협의취득은 사법상의 법률행위이나 협의취득 배후에는 수용에 의한 강제취득이 있으므로 공법적 규제가 가능하다고 한 판결

122. 공법상 계약에 행정절차법 적용 여부

(대법원 2002. 11. 26. 선고 2002두5948 판결)

〈주제〉 공법상 계약인 계약직공무원 채용계약 해지에는 행정절차법이 적용되지 않음

〈쟁점〉

계약직공무원에 대한 채용계약해지의 의사표시의 유효 여부를 판단함에 있어서 이를 일반직 공무원에 대한 징계처분과 같이 보아야 하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

계약직공무원에 관한 현행 법령의 규정에 비추어 볼 때, 계약직공무원 채용계약해지의 의사표시는 일반공무원에 대한 징계처분과는 달라서 항고소송의 대상이 되는 처분 등의 성격을 가진 것으로 인정되지 아니하고, 일정한 사유가 있을 때에 국가 또는 지방자치단체가 채용계약 관계의 한쪽 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시로 취급되는 것으로 이해되므로, 이를 징계해고 등에서와 같이 그 징계사유에 한하여 효력 유무를 판단하여야 하거나, 행정처분과 같이 행정절차법에 의하여 근거와 이유를 제시하여야 하는 것은 아니다.

〈선정이유〉

계약직공무원 채용계약 해지의 의사표시는 일반공무원에 대한 징계처분과는 달라서 행정절차법상 이유제시 의무가 인정되지 않는다는 판결

123. 확약의 처분성 여부

(대법원 1995. 1. 20. 선고 94누6529 판결)
〈주제〉 확약인 어업면허우선순위결정의 처분성은 부정됨

〈쟁점〉

어업권면허처분에 선행하는 우선순위결정의 성질(= 강학상 확약, 행정처분은 아님)

〈판결요지〉

어업권면허에 선행하는 우선순위결정은 행정청이 우선권자로 결정된 자의 신청이 있으면 어업권면허처분을 하겠다는 것을 약속하는 행위로서 강학상 확약에 불과하고 행정처분은 아니므로, 우선순위결정에 공정력이나 불가쟁력과 같은 효력은 인정되지 아니하며, 따라서 우선순위결정이 잘못되었다는 이유로 종전의 어업권면허처분이 취소되면 행정청은 종전의 우선순위결정을 무시하고 다시 우선순위를 결정한 다음 새로운 우선순위결정에 기하여 새로운 어업권면허를 할 수 있다.

〈선정이유〉

어업권면허에 선행하는 어업면허우선순위결정은 강학상 확약에 불과하고 행정처분은 아니라고 한 판결

124. 내인가 취소결정의 처분성

(대법원 1991. 6. 28. 선고 90누4402 판결)
〈주제〉 내인가취소는 인가신청을 거부하는 처분으로서 행정처분임

〈쟁점〉

동차운송사업 양도양수인가신청에 대하여 행정청이 내인가를 한 후 그 본인가신청이 있음에도 내인가를 취소함으로써 다시 본인가에 대하여 따로이 인가여부의 처분을 한다는 사정이 보이지 않는 경우, 위 내인가취소를 인가신청거부처분으로 볼 것인지 여부(적극)

〈판결요지〉

자동차운송사업양도양수계약에 기한 양도양수인가신청에 대하여 피고 시장이 내인가를 한 후 위 내인가에 기한 본인가신청이 있었으나 자동차운송사업 양도양수인가신청서가 합의에 의한 정당한 신청서라고 할 수 없다는 이유로 위 내인가를 취소한 경우, 위 내인가의 법적 성질이 행정행위의 일종으로 볼 수 있든 아니든 그것이 행정청의 상대방에 대한 의사표시임이 분명하고, 피고가 위 내인가를 취소함으로써 다시 본인가에 대하여 따로이 인가 여부의 처분을 한다는 사정이 보이지 않는다면 위 내인가취소를 인가신청을 거부하는 처분으로 보아야 할 것이다.

〈선정이유〉

확약의 취소행위로서 내인가취소는 본인가신청에 대한 거부처분으로 보아 행정처분에 해당한다고 한 판결

125. 확약의 실효

(대법원 1996. 8. 20. 선고 95누10877 판결)
〈주제〉 확약의 효력 상실

〈쟁점〉

행정청의 확약 또는 공적인 의사표명이 그 자체에서 정한 유효기간을 경과한 이후에는 당연 실효되는지 여부(적극)

〈판결요지〉

행정청이 상대방에게 장차 어떤 처분을 하겠다고 확약 또는 공적인 의사표명을 하였다고 하더라도, 그 자체에서 상대방으로 하여금 언제까지 처분의 발령을 신청 하도록 유효기간을 두었는데도 그 기간 내에 상대방의 신청이 없었다거나 확약 또는 공적인 의사표명이 있은 후에 사실적·법률적 상태가 변경되었다면, 그와 같은 확약 또는 공적인 의사표명은 행정청의 별다른 의사표시를 기다리지 않고 실효된다.

〈선정이유〉

유효하게 효력이 발생한 확약의 실효 사유에 관한 판결

126. 사실행위 (1)

(대법원 2005. 1. 28. 선고 2002두12052 판결)

〈주제〉 행정지도와 부당한 공동행위합의 추정의 번복

〈쟁점〉

[1] 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제19조 제5항에 의한 부당한 공동행위의 합의 추정의 복멸

[2] 자동차보험료의 유지, 변경에 관하여 자동차보험사업자들 사이에 공동행위의 합의가 있었다는 추정이 복멸되었다고 한 사례(= 금융감독원장이 행정지도를 통하여 자동차보험료변경에 관여하였음을 인정한 사례)

〈판결요지〉

[1] 독점규제및공정거래에관한법률 제19조 제5항에 따라 공동행위의 합의추정을 받는 사업자들로서는 외부적으로 드러난 동일 또는 유사한 행위가 실제로는 아무런 합의 없이 각자의 경영판단에 따라 독자적으로 이루어졌음에도 마침 우연한 일치를 보게 되는 등 공동행위의 합의가 없었다는 사실을 입증하거나, 또는 외부적으로 드러난 동일 또는 유사한 행위가 합의에 따른 공동행위가 아니라는 점을 수긍할 수 있는 정황을 입증하여 그 추정을 복멸시킬 수 있다.

[2] 금융감독원장이 행정지도를 통하여 사실상 자동차보험료변경에 관여하였고 그 결과 보험료가 동일하게 유지된 사정을 참작하여 자동차보험료의 유지·변경에 관하여 자동차보험사업자들 사이에 공동행위의 합의가 있었다는 추정이 복멸되었다고 한 사례.

〈선정이유〉

행정청이 행정지도를 통하여 개입한 공동행위의 경우에는 사업자들 사이에 부당한 공동행위의 합의가 있었다는 추정력은 복멸된다고 한 판결

127. 사실행위 (2)

(대법원 1996. 3. 22. 선고 96누433 판결)

〈주제〉 '권고'의 처분성을 부정한 사례

〈쟁점〉

[1] 항고소송의 대상이 되는 행정처분의 의미

[2] 위법 건축물에 대한 단전 및 전화통화 단절조치 요청행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분인지 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 함은 행정청의 공법상의 행위로서 특정 사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 등 국민의 권리의무에 직접 관계가 있는 행위를 가리키는 것이고, 행정권 내부에서의 행위나 알선, 권유, 사실상의 통지 등과 같이 상대방 또는 기타 관계자들의 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 일으키지 아니하는 행위 등은 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니다.

[2] 건축법 제69조 제2항, 제3항의 규정에 비추어 보면, 행정청이 위법 건축물에 대한 시정명령을 하고 나서 위반자가 이를 이행하지 아니하여 전기·전화의 공급자에게 그 위법 건축물에 대한 전기·전화공급을 하지 말아 줄 것을 요청한 행위는 권고적 성격의 행위에 불과한 것으로서 전기·전화공급자나 특정인의 법률상 지위에 직접적인 변동을 가져오는 것은 아니므로 이를 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다.

〈선정이유〉

알선, 권유, 사실상의 통지 등과 같이 상대방 또는 기타 관계자들의 법률상 지위에 직접적인 변동을 일으키지 아니하는 임의적·권고적 행위의 경우에는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니라고 한 판결

128. 사실행위 (3)

(대법원 2005. 7. 8. 선고 2005두487 판결)
〈주제〉 '권고'의 처분성을 긍정한 사례

〈쟁점〉

구 남녀차별금지및구제에관한법률상 국가인권위원회의 성희롱결정 및 시정조치권고가 행정소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

구 남녀차별금지및구제에관한법률(2003. 5. 29. 법률 제6915호로 개정되기 전의 것) 제28조에 의하면, 국가인권위원회의 성희롱결정과 이에 따른 시정조치의 권고는 불가분의 일체로 행하여지는 것인데 국가인권위원회의 이러한 결정과 시정조치의 권고는 성희롱 행위자로 결정된 자의 인격권에 영향을 미침과 동시에 공공기관의 장 또는 사용자에게 일정한 법률상의 의무를 부담시키는 것이므로 국가인권위원회의 성희롱결정 및 시정조치권고는 행정소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 보지 않을 수 없다.

〈선정이유〉

국가인권위원회의 성희롱결정과 이에 따른 시정조치의 권고는 임의적·권고적 행위가 아니라, 상대방 및 공공기관의 장 또는 사용자의 법률상 지위에 직접적인 변동을 일으키는 강제적·권력적 성격의 것으로 행정처분에 해당한다고 한 판결

129. 사실행위 (4)

(대법원 2008. 9. 25. 선고 2006다18228 판결)
〈주제〉 행정지도와 배상책임

〈쟁점〉

[1] 한계를 일탈하지 않은 행정지도로 인하여 상대방에게 손해가 발생한 경우, 행정기관이 손해배상책임을 지는지 여부(소극)

[2] 행정기관의 위법한 행정지도로 일정기간 어업권을 행사하지 못하는 손해를 입은 자가 그 어업권을 타인에게 매도하여 매매대금 상당의 이득을 얻은 경우, 손해배상액의 산정에서 그 이득을 손익상계할 수 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 행정지도가 강제성을 띠지 않은 비권력적 작용으로서 행정지도의 한계를 일탈하지 아니하였다면, 그로 인하여 상대방에게 어떤 손해가 발생하였다 하더라도 행정기관은 그에 대한 손해배상책임이 없다.

[2] 행정기관의 위법한 행정지도로 일정기간 어업권을 행사하지 못하는 손해를 입은 자가 그 어업권을 타인에게 매도하여 매매대금 상당의 이득을 얻었더라도 그 이득은 손해배상책임의 원인이 되는 행위인 위법한 행정지도와 상당인과관계에 있다고 볼 수 없고, 행정기관이 배상하여야 할 손해는 위법한 행정지도로 피해자가 일정기간 어업권을 행사하지 못한 데 대한 것임에 반해 피해자가 얻은 이득은 어업권 자체의 매각대금이므로 위 이득이 위 손해의 범위에 대응하는 것이라고 볼 수도 없어, 피해자가 얻은 매매대금 상당의 이득을 행정기관이 배상하여야 할 손해액에서 공제할 수 없다.

〈선정이유〉

행정지도가 강제성을 띠지 않은 비권력적 작용으로서 행정지도의 한계를 일탈하지 아니하였다면, 행정상 손해배상의 요건과 관련하여 당해 행정지도와 손해 발생 사이에 요구되는 상당인과관계가 인정되지 않는다는 이유로 손해배상책임을 부정한 판결

130. 사실행위 (5)

(헌법재판소 2003. 6. 26.자 2002헌마337, 2003헌마7, 8(병합) 전원재판부 결정)
〈주제〉행정지도가 헌법소원의 대상이 되는 경우

〈쟁점〉

교육인적자원부장관의 구 공립대학총장들에 대한 학칙시정요구(= 규제적, 구속적 행정지도)가 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사인지 여부(적극)

〈결정요지〉

교육인적자원부장관의 대학총장들에 대한 이 사건 학칙시정요구는 고등교육법 제6조 제2항, 동법시행령 제4조 제3항에 따른 것으로서 그 법적 성격은 대학총장의 임의적인 협력을 통하여 사실상의 효과를 발생시키는 행정지도의 일종이지만, 그에 따르지 않을 경우 일정한 불이익조치를 예정하고 있어 사실상 상대방에게 그에 따를 의무를 부과하는 것과 다를 바 없으므로 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 상당히 강하게 갖는 것으로서 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라고 볼 수 있다.

〈선정이유〉

교육인적자원부장관의 대학총장들에 대한 학칙시정요구는 단순한 임의적·권고적 행정지도가 아니라 규제적·구속적 성격을 갖는 것으로 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다고 본 결정

제2절 행정절차

131. 행정절차법의 적용 범위 (1)

(대법원 2007. 9. 21. 선고 2006두20631 판결)

〈주제〉 진급선발 취소에도 행정절차법상 의견제출 규정이 적용됨

〈쟁점〉

[1] 공무원 인사관계 법령에 의한 처분에 관한 사항에 대하여 행정절차법의 적용이 배제되는 범위(= 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 처분, 행정절차에 준하는 절차를 거치도록 하고 있는 처분)

[2] 군인사법령에 의하여 진급예정자명단에 포함된 자에 대하여 의견제출의 기회를 부여하지 아니한 채 진급선발을 취소하는 처분을 한 것이 절차상 하자가 있어 위법하다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 행정과정에 대한 국민의 참여와 행정의 공정성, 투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익을 보호함을 목적으로 하는 행정절차법의 입법목적과 행정절차법 제3조 제2항 제9호의 규정 내용 등에 비추어 보면, 공무원 인사관계 법령에 의한 처분에 관한 사항 전부에 대하여 행정절차법의 적용이 배제되는 것이 아니라 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 처분이나 행정절차에 준하는 절차를 거치도록 하고 있는 처분의 경우에만 행정절차법의 적용이 배제된다.

[2] 군인사법 및 그 시행령에 이 사건 처분과 같이 진급예정자 명단에 포함된 자의 진급선발을 취소하는 처분을 함에 있어 행정절차에 준하는 절차를 거치도록 하는 규정이 없을 뿐만 아니라 위

처분이 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 처분이라고 보기도 어렵다고 할 것이어서 이 사건 처분이 행정절차법의 적용이 제외되는 경우에 해당한다고 할 수 없으며, 나아가 원고가 수사과정 및 징계과정에서 자신의 비위행위에 대한 해명기회를 가졌다는 사정만으로 이 사건 처분이 행정절차법 제21조 제4항 제3호, 제22조 제4항에 따라 원고에게 사전통지를 하지 않거나 의견제출의 기회를 주지 아니하여도 되는 예외적인 경우에 해당한다고 할 수 없으므로, 피고가 이 사건 처분을 함에 있어 원고에게 의견제출의 기회를 부여하지 아니한 이상, 이 사건 처분은 절차상 하자가 있어 위법하다고 할 것이다.

[3] 군인사법령에 의하여 진급예정자명단에 포함된 자에 대하여 의견제출의 기회를 부여하지 아니한 채 진급선발을 취소하는 처분을 한 것이 절차상 하자가 있어 위법하다고 한 사례.

〈선정이유〉

행정절차법 제3조 제2항 제9호에서 행정절차법의 적용제외사항으로 규정한'공무원 인사관계 법령에 의한 처분에 관한 사항'과 관련된 행정절차법의 적용 여부에 관한 해석방법의 법리를 제시한 판결

132. 행정절차법의 적용 범위 (2)

(대법원 2018. 3. 13. 선고 2016두33339 판결)

〈주제〉 육군3사관학교 생도에 대한 퇴학처분에도 행정절차법이 적용됨

〈쟁점〉

[1] 행정절차법의 적용이 제외되는 공무원 인사관계 법령에 의한 처분에 관한 사항의 의미(= 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 처분, 행정절차에 준하는 절차를 거치도록 하고 있는 처분의 경우) 및 이러한 법리가 육군3사관학교 생도에 대한 퇴학처분에도 적용되는지 여부(적극)

[2] 생도에 대한 퇴학처분과 같이 신분을 박탈하는 징계처분이 행정절차법의 적용이 제외되는 경우인 행정절차법 시행령 제2조 제8호에 해당하는지 여부(소극)

[3] 육군3사관학교 사관생도에 대한 징계절차에서 징계심의대상자가 대리인으로 선임한 변호사가 징계위원회 심의에 출석하여 진술하는 것을 막은 경우, 징계처분이 위법하여 취소되어야 하는지 여부(원칙적 적극) 및 징계처분이 취소되지 않는 예외적인 경우

〈판결요지〉

[1] 행정절차법 제3조 제2항, 행정절차법 시행령 제2조 등 행정절차법령 관련 규정들의 내용을 행정의 공정성, 투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익보호를 목적으로 하는 행정절차법의 입법목적에 비추어 보면, 행정절차법의 적용이 제외되는 공무원 인사관계 법령에 의한 처분에 관한 사항이란 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 처분이나 행정절차에 준하는 절차를 거치도록 하고 있는 처분에 관한 사항만을 말하는 것으로 보아야 한다. 이러한 법리는 '공무원 인사관계 법령에 의한 처분'에 해당하는 육군3사관학교 생도에 대한 퇴학처분에도 마찬가지로 적용된다. 그리고 행정절차법 시행령 제2조 제8호는 '학교·연수원 등에서 교육·훈련의 목적을

달성하기 위하여 학생·연수생들을 대상으로 하는 사항'을 행정절차법의 적용이 제외되는 경우로 규정하고 있으나, 이는 교육과정과 내용의 구체적 결정, 과제의 부과, 성적의 평가, 공식적 징계에 이르지 아니한 질책·훈계 등과 같이 교육·훈련의 목적을 직접 달성하기 위하여 행하는 사항을 말하는 것으로 보아야 하고, 생도에 대한 퇴학처분과 같이 신분을 박탈하는 징계처분은 여기에 해당한다고 볼 수 없다.

[2] 육군3사관학교의 사관생도에 대한 징계절차에서 징계심의대상자가 대리인으로 선임한 변호사가 징계위원회 심의에 출석하여 진술하려고 하였음에도, 징계권자나 그 소속 직원이 변호사가 징계위원회의 심의에 출석하는 것을 막았다면 징계위원회 심의·의결의 절차적 정당성이 상실되어 그 징계의결에 따른 징계처분은 위법하여 원칙적으로 취소되어야 한다. 다만 징계심의대상자의 대리인이 관련된 행정절차나 소송절차에서 이미 실질적인 증거조사를 하고 의견을 진술하는 절차를 거쳐서 징계심의대상자의 방어권 행사에 실질적으로 지장이 초래되었다고 볼 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에는, 징계권자가 징계심의대상자의 대리인에게 징계위원회에 출석하여 의견을 진술할 기회를 주지 아니하였더라도 그로 인하여 징계위원회 심의에 절차적 정당성이 상실되었다고 볼 수 없으므로 징계처분을 취소할 것은 아니다.

〈선정이유〉

행정절차법상 적용제외사항으로서'공무원 인사관계 법령에 따른 징계처분'과 행정절차법의 적용 여부에 관한 종래 해석기준(성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 처분이나 행정절차에 준하는 절차를 거치도록 하고 있는 처분의 경우에만 행정절차법의 적용이 배제된다는 법리)을 확인한 판결

133. 행정절차법의 적용 범위 (3)

(대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두26180 판결)
〈주제〉 직위해제에는 행정절차법이 적용되지 않음

〈쟁점〉

국가공무원법상 직위해제처분에 처분의 사전통지 및 의견청취 등에 관한 행정절차법 규정이 적용되는지 여부(소극)

〈판결요지〉

국가공무원법(이하 '법'이라 한다) 제73조의3 제1항에 규정한 직위해제는 일반적으로 공무원이 직무수행능력이 부족하거나 근무성적이 극히 불량한 경우, 공무원에 대한 징계절차가 진행 중인 경우, 공무원이 형사사건으로 기소된 경우 등에 있어서 당해 공무원이 장래에 있어서 계속 직무를 담당하게 될 경우 예상되는 업무상의 장애, 공무집행 및 행정의 공정성과 그에 대한 국민의 신뢰 저해 등을 예방하기 위하여 일시적인 인사조치로서 당해 공무원에게 직위를 부여하지 아니함으로써 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적이고 가처분적인 성격을 가진 조치이다. 따라서 그 성격상 과거공무원의 비위행위에 대한 공직질서 유지를 목적으로 행하여지는 징벌적 제재로서의 징계

등에서 요구되는 것과 같은 동일한 절차적 보장을 요구할 수는 없는바(대법원 2003. 10. 10. 선고 2003두5945 판결, 대법원 2013. 5. 9. 선고 2012다64833 판결, 헌법재판소 2006. 5. 25. 선고 2004헌바12 전원재판부 결정 등 참조), 직위해제에 관한 법 제73조의3 제1항 제2호 및 제3항은 임용권자는 직무수행 능력이 부족하거나 근무성적이 극히 나쁜 자에게 직위해제 처분을 할 수 있고, 직위해제된 자에게는 3개월의 범위에서 대기를 명한다고 규정하면서, 법 제75조 및 제76조 제1항에서 공무원에 대하여 직위해제를 할 때에는 그 처분권자 또는 처분제청권자는 처분사유를 적은 설명서를 교부하도록 하고, 처분사유 설명서를 받은 공무원이 그 처분에 불복할 때에는 그 설명서를 받은 날부터 30일 이내에 소청심사청구를 할 수 있도록 함으로써 임용권자가 직위해제처분을 행함에 있어서 구체적이고도 명확한 사실의 적시가 요구되는 처분사유 설명서를 반드시 교부하도록 하여 해당 공무원에게 방어의 준비 및 불복의 기회를 보장하고 임용권자의 판단에 신중함과 합리성을 담보하게 하고 있고, 직위해제처분을 받은 공무원은 사후적으로 소청이나 행정소송을 통하여 충분한 의견진술 및 자료제출의 기회를 보장하고 있다. 그리고 위와 같이 대기명령을 받은 자가 그 기간에 능력 또는 근무성적의 향상을 기대하기 어렵다고 인정되면 법 제70조 제1항 제5호에 의해 직권면직 처분을 받을 수 있지만 이 경우에는 같은 조 제2항 단서에 의하여 징계위원회의 동의를 받도록 하고 있어 절차적 보장이 강화되어 있다.

그렇다면 국가공무원법상 직위해제처분은 구 행정절차법(2012. 10. 22. 법률 제11498호로 개정되기 전의 것) 제3조 제2항 제9호, 구 행정절차법 시행령(2011. 12. 21. 대통령령 제23383호로 개정되기 전의 것) 제2조 제3호에 의하여 당해 행정작용의 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 사항 또는 행정절차에 준하는 절차를 거친 사항에 해당하므로, 처분의 사전통지 및 의견청취 등에 관한 행정절차법의 규정이 별도로 적용되지 않는다.

〈선정이유〉

국가공무원법상 직위해제처분은 당해 행정작용의 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 사항 또는 행정절차에 준하는 절차를 거친 사항에 해당하므로, 처분의 사전통지·의견청취 등 행정절차법 규정의 적용제외대상으로 본 판결

134. 행정응원

(대법원 2017. 4. 28. 선고 2016다213916 판결)

〈주제〉 행정청은 건물철거 대집행 과정에서 경찰의 도움(= 행정응원)을 받을 수 있음

〈쟁점〉

행정청이 건물철거 대집행 과정에서 부수적으로 건물의 점유자들에 대한 퇴거 조치를 할 수 있는지 여부(적극) 및 이 경우 필요하면 경찰의 도움을 받을 수 있는지 여부(적극)

〈판결요지〉

행정청이 행정대집행의 방법으로 건물철거의무의 이행을 실현할 수 있는 경우에는 건물철거 대집행 과정에서 부수적으로 건물의 점유자들에 대한 퇴거 조치를 할 수 있고, 점유자들이 적법한

행정대집행을 위력을 행사하여 방해하는 경우 형법상 공무집행방해죄가 성립하므로, 필요한 경우에는 '경찰관 직무집행법'에 근거한 위험발생 방지조치 또는 형법상 공무집행방해죄의 범행방지 내지 현행범체포의 차원에서 경찰의 도움을 받을 수도 있다.

〈선정이유〉

행정청이 행정대집행의 방법으로 건물철거의무의 이행을 실현할 수 있는 경우, 그 과정에서 부수적으로 건물의 점유자들에 대한 퇴거 조치를 할 수 있음은 물론, 필요한 경우에는 경찰의 도움을 받을 수 있다고 한 판결

135. 처분기준의 설정 · 공표 의무

(대법원 2019. 12. 13. 선고 2018두41907 판결)
〈주제〉 처분기준의 설정·공표의 범위

〈쟁점〉

행정절차법 제20조 제1항에서 행정청으로 하여금 처분기준을 구체적으로 정하여 공표할 의무를 부과한 취지 및 처분기준 사전공표 의무의 예외를 정한 같은 조 제2항에 따라 처분기준을 따로 공표하지 않거나 개략적으로만 공표할 수 있는 경우

〈판결요지〉

행정절차법 제20조는 제1항에서 "행정청은 필요한 처분기준을 해당 처분의 성질에 비추어 되도록 구체적으로 정하여 공표하여야 한다. 처분기준을 변경하는 경우에도 또한 같다."라고 정하면서, 제2항에서 "제1항에 따른 처분기준을 공표하는 것이 해당 처분의 성질상 현저히 곤란하거나 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해치는 것으로 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 처분기준을 공표하지 아니할 수 있다."라고 정하고 있다.

이와 같이 행정청으로 하여금 처분기준을 구체적으로 정하여 공표하도록 한 것은 해당 처분이 가급적 미리 공표된 기준에 따라 이루어질 수 있도록 함으로써 해당 처분의 상대방으로 하여금 결과에 대한 예측가능성을 높이고 이를 통하여 행정의 공정성, 투명성, 신뢰성을 확보하며 행정청의 자의적인 권한행사를 방지하기 위한 것이다. 그러나 처분의 성질상 처분기준을 미리 공표하는 경우 행정목적을 달성할 수 없게 되거나 행정청에 일정한 범위 내에서 재량권을 부여함으로써 구체적인 사안에서 개별적인 사정을 고려하여 탄력적으로 처분이 이루어지도록 하는 것이 오히려 공공의 안전 또는 복리에 더 적합한 경우도 있다. 그러한 경우에는 행정절차법 제20조 제2항에 따라 처분기준을 따로 공표하지 않거나 개략적으로만 공표할 수도 있다.

〈선정이유〉

행정절차법 제20조의 처분기준 설정·공표의 범위에 관한 원칙을 선언한 판결

136. 사전통지의 상대방

(대법원 2003. 2. 14. 선고 2001두7015 판결)
〈주제〉 영업자 지위승계 신고 수리를 하기 전에 종전의 영업자에게 통지를 해야 함

〈쟁점〉

행정청이 구 식품위생법상 영업자지위승계신고 수리처분을 하는 경우, 종전의 영업자가 행정절차법 제2조 제4호 소정의 '당사자'에 해당하는지 여부(적극) 및 수리처분시 종전의 영업자에게 행정절차법 소정의 행정절차를 실시하여야 하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

행정절차법 제21조 제1항, 제22조 제3항 및 제2조 제4호의 각 규정에 의하면, 행정청이 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 함에 있어서는 당사자 등에게 처분의 사전통지를 하고 의견제출의 기회를 주어야 하며, 여기서 당사자라 함은 행정청의 처분에 대하여 직접 그 상대가 되는 자를 의미한다 할 것이고, 한편 구 식품위생법(2002. 1. 26. 법률 제6627호로 개정되기 전의 것) 제25조 제2항, 제3항의 각 규정에 의하면, 지방세법에 의한 압류재산 매각절차에 따라 영업시설의 전부를 인수함으로써 그 영업자의 지위를 승계한 자가 관계 행정청에 이를 신고하여 행정청이 이를 수리하는 경우에는 종전의 영업자에 대한 영업허가 등은 그 효력을 잃는다 할 것인데, 위 규정들을 종합하면 위 행정청이 구 식품위생법 규정에 의하여 영업자지위승계신고를 수리하는 처분은 종전의 영업자의 권익을 제한하는 처분이라 할 것이고 따라서 종전의 영업자는 그 처분에 대하여 직접 그 상대가 되는 자에 해당한다고 봄이 상당하므로, 행정청으로서는 위 신고를 수리하는 처분을 함에 있어서 행정절차법 규정 소정의 당사자에 해당하는 종전의 영업자에 대하여 위 규정 소정의 행정절차를 실시하고 처분을 하여야 한다.

〈선정이유〉

행정청이 영업자지위승계신고를 수리하는 처분은 종전의 영업자의 권익을 제한하는 처분이므로, 행정청은 종전의 영업자에 대하여 행정절차법상 사전통지 및 의견제출의 절차를 밟아야 한다고 판시한 판결

137. 거부처분과 사전통지절차

(대법원 2003. 11. 28. 선고 2003두674 판결)
〈주제〉 거부처분에도 사전통지 절차가 적용되는지 여부

〈쟁점〉

특별한 사정이 없는 한, 신청에 대한 거부처분이 행정절차법 제21조 제1항 소정의 처분의 사전통지 대상이 되는지 여부(소극)

〈판결요지〉

행정절차법 제21조 제1항은 행정청은 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 처분의 제목, 당사자의 성명 또는 명칭과 주소, 처분하고자 하는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거, 그에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리방법, 의견제출기관의 명칭과 주소, 의견제출기한 등을 당사자 등에게 통지하도록 하고 있는바, 신청에 따른 처분이 이루어지지 아니한 경우에는 아직 당사자에게 권익이 부과되지 아니하였으므로 특별한 사정이 없는 한 신청에 대한 거부처분이라고 하더라도 직접 당사자의 권익을 제한하는 것은 아니어서 신청에 대한 거부처분을 여기에서 말하는 '당사자의 권익을 제한하는 처분'에 해당한다고 할 수 없는 것이어서 처분의 사전통지대상이 된다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

특별한 사정이 없는 한 거부처분은 행절절차법상 처분의 사전통지대상이 되지 아니한다고 본 판결

138. 사전통지의 예외 사유

(대법원 2008. 6. 12. 선고 2007두1767 판결)

〈주제〉 일반처분인 도로구역변경처분은 사전통지의 대상이 아님

〈쟁점〉

도로구역변경결정이 행정절차법 제21조 제항의 사전통지나 제22조 제3항의 의견청취의 대상이 되는 처분인지 여부(소극)

〈판결요지〉

행정절차법 제2조 제4호가 행정절차법의 당사자를 행정청의 처분에 대하여 직접 그 상대가 되는 당사자로 규정하고, 도로법 제25조 제3항이 도로구역을 결정하거나 변경할 경우 이를 고시에 의하도록 하면서, 그 도면을 일반인이 열람할 수 있도록 한 점 등을 종합하여 보면, 도로구역을 변경한 이 사건 처분은 행정절차법 제21조 제1항의 사전통지나 제22조 제3항의 의견청취의 대상이 되는 처분은 아니라고 할 것이다.

〈선정이유〉

도로구역변경결정과 같은 일반처분은 행정절차법상 사전통지나 의견청취의 적용대상이 아니라고 한 판결

139. 사전통지의 흠결

(대법원 2000. 11. 14. 선고 99두5870 판결)

〈주제〉 행정절차법 위반의 효과

〈쟁점〉

[1] 행정청이 침해적 행정처분을 함에 있어서 당사자에게 행정절차법상의 사전통지를 하지 않거나 의견제출의 기회를 주지 아니한 경우, 그 처분이 위법한 것인지 여부(한정 적극)

[2] 행정지도 방식에 의한 사전고지나 그에 따른 당사자의 (온천지구 내) 폐공의 약속 등의 사유만으로는 사전통지를 하지 않아도 되는 행정절차법 소정의 예외의 경우에 해당한다고 볼 수 없으므로 행정청이 온천지구임을 간과하여 지하수개발이용신고를 수리하였다가 사전통지나 의견제출 기회를 주지 않은 채 신고수리처분을 취소하고 원상복구명령을 한 그 처분이 위법하다고 본 사례

〈판결요지〉

[1] 행정절차법 제21조 제1항, 제4항, 제22조 제1항 내지 제4항에 의하면, 행정청이 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 처분하고자 하는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거, 이에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리방법 등의 사항을 당사자 등에게 통지하여야 하고, 다른 법령 등에서 필요적으로 청문을 실시하거나 공청회를 개최하도록 규정하고 있지 아니한 경우에도 당사자 등에게 의견제출의 기회를 주어야 하되, 당해 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우 등에는 처분의 사전통지나 의견청취를 하지 아니할 수 있도록 규정하고 있으므로, 행정청이 침해적 행정처분을 함에 있어서 당사자에게 위와 같은 사전통지를 하거나 의견제출의 기회를 주지 아니하였다면 사전통지를 하지 않거나 의견제출의 기회를 주지 아니하여도 되는 예외적인 경우에 해당하지 아니하는 한 그 처분은 위법하여 취소를 면할 수 없다.

[2] 행정청이 온천지구임을 간과하여 지하수개발·이용신고를 수리하였다가 행정절차법상의 사전통지를 하거나 의견제출의 기회를 주지 아니한 채 그 신고수리처분을 취소하고 원상복구명령의 처분을 한 경우, 행정지도방식에 의한 사전고지나 그에 따른 당사자의 자진 폐공의 약속 등의 사유만으로는 사전통지 등을 하지 않아도 되는 행정절차법 소정의 예외의 경우에 해당한다고 볼 수 없다는 이유로 그 처분은 위법하다고 한 사례.

〈선정이유〉

행정청이 침해적 행정처분을 함에 있어서 행정절차법상 예외적인 경우가 아닌 한 당사자에게 사전통지 및 의견제출의 절차를 밟지 않았다면 그 처분은 위법하다고 한 판결

140. 청문절차의 흠결 (1)

(대법원 2001. 4. 13. 선고 2000두3337 판결)

〈주제〉 청문의 흠이 있는 처분의 효과

〈쟁점〉

[1] 청문절차를 결여한 구 공중위생법상의 유기장업허가취소처분의 적법 여부(한정 소극)

[2] 침해적 행정처분을 할 경우 청문을 실시하지 않을 수 있는 사유인 행정절차법 제21조 제4항 제3호 소정의 '의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있

는지 여부'의 판단 기준

[3] 행정처분의 상대방에 대한 청문통지서가 반송되었다가, 행정처분의 상대방이 청문일시에 불출석하였다는 이유로 청문을 실시하지 아니하고 한 침해적 행정처분의 적법 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 구 공중위생법(1999. 2. 8. 법률 제5839호 공중위생관리법 부칙 제2조로 폐지) 제24조 제1호, 행정절차법 제22조 제1항 제1호, 제4항, 제21조 제4항 및 제28조, 제31조, 제34조, 제35조의 각 규정을 종합하면, 행정청이 유기장업허가를 취소하기 위하여는 청문을 실시하여야 하고, 다만 행정절차법 제22조 제4항, 제21조 제4항에서 정한 예외 사유에 해당하는 경우에는 청문을 실시하지 아니할 수 있으며, 행정청이 선정한 청문주재자는 청문을 주재하고, 당사자 등의 출석 여부, 진술의 요지 및 제출된 증거, 청문주재자의 의견 등을 기재한 청문조서를 작성하여 청문을 마친 후 지체 없이 청문조서 등을 행정청에 제출하며, 행정청은 제출받은 청문조서 등을 검토하고 상당한 이유가 있다고 인정하는 경우에는 청문결과를 적극 반영하여 행정처분을 하여야 하는바, 이러한 청문절차에 관한 각 규정과 행정처분의 사유에 대하여 당해 영업자에게 변명과 유리한 자료를 제출할 기회를 부여함으로써 위법사유의 시정 가능성을 고려하고 처분의 신중과 적정을 기하려는 청문제도의 취지에 비추어 볼 때, 행정청이 침해적 행정처분을 함에 즈음하여 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당하지 않는 한 반드시 청문을 실시하여야 하고, 그 절차를 결여한 처분은 위법한 처분으로서 취소 사유에 해당한다.

[2] 행정절차법 제21조 제4항 제3호는 침해적 행정처분을 할 경우 청문을 실시하지 않을 수 있는 사유로서 "당해 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우"를 규정하고 있으나, 여기에서 말하는 '의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는지 여부'는 당해 행정처분의 성질에 비추어 판단하여야 하는 것이지, 청문통지서의 반송 여부, 청문통지의 방법 등에 의하여 판단할 것은 아니며, 또한 행정처분의 상대방이 통지된 청문일시에 불출석하였다는 이유만으로 행정청이 관계 법령상 그 실시가 요구되는 청문을 실시하지 아니한 채 침해적 행정처분을 할 수는 없을 것이므로, 행정처분의 상대방에 대한 청문통지서가 반송되었다거나, 행정처분의 상대방이 청문일시에 불출석하였다는 이유로 청문을 실시하지 아니하고 한 침해적 행정처분은 위법하다.

[3] 구 공중위생법(1999. 2. 8. 법률 제5839호 공중위생관리법 부칙 제2조로 폐지)상 유기장업허가취소처분을 함에 있어서 두 차례에 걸쳐 발송한 청문통지서가 모두 반송되어 온 경우, 행정절차법 제21조 제4항 제3호에 정한 청문을 실시하지 않아도 되는 예외 사유에 해당한다고 단정하여 당사자가 청문일시에 불출석하였다는 이유로 청문을 거치지 않고 이루어진 위 처분이 위법하지 않다고 판단한 원심판결을 파기한 사례.

〈선정이유〉

행정청이 침해적 행정처분을 함에 있어서 행정절차법상 예외적인 경우가 아닌 한 당사자에게 청문을 실시하지 않았다면 그 처분은 위법하다고 한 판결

141. 청문절차의 흠결 (2)

(대법원 2004. 7. 8. 선고 2002두8350 판결)

〈주제〉 [1] 침해적 행정처분에 대한 청문절차의 결여가 취소사유에 해당한다고 본 사례

[2] 협약의 체결을 통하여 의견청취절차의 적용을 배제할 수는 없음

〈쟁점〉

[1] 구 도시계획법 제23조 제5항의 규정에 의한 사업시행자 지정처분을 취소함에 있어서 청문을 실시하지 아니한 경우, 그 절차를 결여한 지정처분의 취소처분이 위법한 처분인지 여부(적극)

[2] 행정청이 당사자와 사이에 도시계획사업의 시행과 관련한 협약을 체결하면서 관계 법령 및 행정절차법에 규정된 청문의 실시 등 의견청취절차를 배제하는 조항을 둔 경우, 청문의 실시에 관한 규정의 적용이 배제되거나 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 구 도시계획법(2000. 1. 28. 법률 제6243호로 전문 개정되기 전의 것) 제78조, 제78조의2, 행정절차법 제22조 제1항 제1호, 제4항, 제21조 제4항에 의하면, 행정청이 구 도시계획법 제23조 제5항의 규정에 의한 사업시행자 지정처분을 취소하기 위해서는 청문을 실시하여야 하고, 다만 행정절차법 제22조 제4항, 제21조 제4항에서 정한 예외사유에 해당하는 경우에 한하여 청문을 실시하지 아니할 수 있으며, 이러한 청문제도는 행정처분의 사유에 대하여 당사자에게 변명과 유리한 자료를 제출할 기회를 부여함으로써 위법사유의 시정가능성을 고려하고 처분의 신중과 적정을 기하려는 데 그 취지가 있음에 비추어 볼 때, 행정청이 침해적 행정처분을 함에 즈음하여 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당하지 않는 한 반드시 청문을 실시하여야 하고, 그 절차를 결여한 처분은 위법한 처분으로서 취소사유에 해당한다.

[2] 행정청이 당사자와 사이에 도시계획사업의 시행과 관련한 협약을 체결하면서 관계 법령 및 행정절차법에 규정된 청문의 실시 등 의견청취절차를 배제하는 조항을 두었다고 하더라도, 국민의 행정참여를 도모함으로써 행정의 공정성·투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익을 보호한다는 행정절차법의 목적 및 청문제도의 취지 등에 비추어 볼 때, 위와 같은 협약의 체결로 청문의 실시에 관한 규정의 적용을 배제할 수 있다고 볼 만한 법령상의 규정이 없는 한, 이러한 협약이 체결되었다고 하여 청문의 실시에 관한 규정의 적용이 배제된다거나 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당한다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

행정청이 당사자와 협약으로 관계 법령 및 행정절차법에서 요구되는 청문절차를 배제할 수 없다고 한 판결

142. 청문의 예외사유

(대법원 2017. 4. 7. 선고 2016두63224 판결)
〈주제〉 청문의 예외사유

〈쟁점〉

행정처분 시 의견청취 예외사유에 관한 행정절차법 제22조 제4항, 제21조 제4항 제3호에서 '의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우'에 해당하는지 판단하는 기준 및 이때 처분상대방이 이미 행정청에 위반사실을 시인하였다거나 처분의 사전통지 이전에 의견을 진술할 기회가 있었다는 사정을 고려하여야 하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

행정절차법 제22조 제4항, 제21조 제4항 제3호에 의하면, "해당 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우"나 "당사자가 의견진술의 기회를 포기한다는 뜻을 명백히 표시한 경우"에는 청문 등 의견청취를 하지 아니할 수 있는데, 여기에서 '의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우'에 해당하는지는 해당 행정처분의 성질에 비추어 판단하여야 하며, 처분상대방이 이미 행정청에 위반사실을 시인하였다거나 처분의 사전통지 이전에 의견을 진술할 기회가 있었다는 사정을 고려하여 판단할 것은 아니다.

☞ ① 처분상대방인 원고가 피고 소속 공무원에게 '처분을 좀 연기해 달라'는 내용의 서류를 제출한 사정만으로 청문을 실시한 것으로 볼 수 없고, ② 담당공무원이 원고에게 관련 법규와 행정처분 절차에 대하여 설명하였다거나 그 자리에서 청문절차를 진행하려고 하였음에도 원고가 응하지 않았다는 사정만으로 위 청문 예외사유에 해당한다거나 의견진술 기회를 포기한 것으로 볼 수 없다고 한 사례

〈선정이유〉

행정절차법 제22조 제4항, 제21조 제4항 제3호의 청문 배제사유의 판단과 관련하여 처분상대방의 위반사실 시인이나, 처분의 사전통지 이전에 의견진술의 기회가 부여되었다고 하여 처분의 사전통지나 청문을 생략할 수 있는 것은 아니라고 한 판결

143. 처분의 이유제시 (1)

(대법원 2002. 5. 17. 선고 2000두8912 판결)
〈주제〉 거부처분(소극적 처분)의 근거, 이유제시의 정도

〈쟁점〉

[1] 행정처분의 근거 및 이유제시의 정도
[2] 근거법률만 기재하고 조항을 특정하지 않았더라도 처분 상대방이 그 사유를 알 수 있었다면,

그 불허처분이 위법하지 않다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 행정절차법 제23조 제1항은 행정청은 처분을 하는 때에는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다고 규정하고 있는바, 일반적으로 당사자가 근거규정 등을 명시하여 신청하는 인·허가 등을 거부하는 처분을 함에 있어 당사자가 그 근거를 알 수 있을 정도로 상당한 이유를 제시한 경우에는 당해 처분의 근거 및 이유를 구체적 조항 및 내용까지 명시하지 않았더라도 그로 말미암아 그 처분이 위법한 것이 된다고 할 수 없다.

[2] 행정청이 토지형질변경허가신청을 불허하는 근거규정으로 '도시계획법시행령 제20조'를 명시하지 아니하고 '도시계획법'이라고만 기재하였으나, 신청인이 자신의 신청이 개발제한구역의 지정목적에 현저히 지장을 초래하는 것이라는 이유로 구 도시계획법시행령(2000. 7. 1. 대통령령 제16891호로 전문 개정되기 전의 것) 제20조 제1항 제2호에 따라 불허된 것임을 알 수 있었던 경우, 그 불허처분이 위법하지 아니하다고 한 사례.

〈선정이유〉

거부처분을 함에 있어 이유제시의 정도와 관련하여, 당사자가 거부처분의 근거를 알 수 있을 정도로 상당한 이유를 제시하였다면 당해 처분의 근거 및 이유를 구체적 조항 및 내용까지 명시하지 않았더라도 그로 인한 처분은 위법하지 않다고 한 판결

144. 처분의 이유제시 (2)

(대법원 1990. 9. 11. 선고 90누1786 판결)
〈주제〉 침해적 처분에 대한 이유제시의 정도

〈쟁점〉

류도매업면허의 취소처분에 그 대상이 된 위반사실을 특정하지 아니하여 위법하다고 본 사례

〈판결요지〉

면허의 취소처분에는 그 근거가 되는 법령이나 취소권 유보의 부관 등을 명시하여야 함은 물론 처분을 받은 자가 어떠한 위반사실에 대하여 당해 처분이 있었는지를 알 수 있을 정도로 사실을 적시할 것을 요하며, 이와 같은 취소처분의 근거와 위반사실의 적시를 빠뜨린 하자는 피처분자가 처분 당시 그 취지를 알고 있었다거나 그 후 알게 되었다 하여도 치유될 수 없다고 할 것인바, 세무서장인 피고가 주류도매업자인 원고에 대하여 한 이 사건 일반주류도매업면허취소통지에 "상기 주류도매장은 무면허 주류판매업자에게 주류를 판매하여 주세법 제11조 및 국세법사무처리규정 제26조에 의거 지정조건위반으로 주류판매면허를 취소합니다"라고만 되어 있어서 원고의 영업기간과 거래상대방 등에 비추어 원고가 어떠한 거래행위로 인하여 이 사건 처분을 받았는지 알 수 없게 되어 있다면 이 사건 면허취소처분은 위법하다.

〈선정이유〉

침해적 처분인 면허의 취소처분에서 이유제시와 관련하여'처분의 근거가 되는 법령이나 취소권유보의 부관 등을 명시하여야 함은 물론 처분을 받은 자가 어떠한 위반사실에 대하여 당해 처분이 있었는지를 알 수 있을 정도로 사실을 적시할 것'을 요한다고 판시하여, 이유제시의 정도에 있어 비교적 엄격한 기준을 제시한 판결

145. 처분의 이유제시 (3)

(대법원 2013. 11. 14. 선고 2011두18571 판결)

〈주제〉 침해적 처분의 경우에도 이유제시의 구체성을 완화한 사례

〈쟁점〉

행정절차법 제23조 제1항의 규정 취지 및 처분서에 처분의 근거와 이유가 구체적으로 명시되어 있지 않은 처분이라도 절차상 위법하지 않은 경우

〈판결요지〉

행정절차법 제23조 제1항은 행정청이 처분을 하는 때에는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하도록 규정하고 있고, 이는 행정청의 자의적 결정을 배제하고 당사자로 하여금 행정구제절차에서 적절히 대처할 수 있도록 하는 데 그 취지가 있다. 따라서 처분서에 기재된 내용과 관계 법령 및 당해 처분에 이르기까지 전체적인 과정 등을 종합적으로 고려하여, 처분 당시 당사자가 어떠한 근거와 이유로 처분이 이루어진 것인지를 충분히 알 수 있어서 그에 불복하여 행정구제절차로 나아가는 데에 별다른 지장이 없었던 것으로 인정되는 경우에는 처분서에 처분의 근거와 이유가 구체적으로 명시되어 있지 않았다고 하더라도 그로 말미암아 그 처분이 위법한 것으로 된다고 할 수는 없다.

〈선정이유〉

최근 침해적 처분의 이유제시와 관련하여'처분 당시 당사자가 어떠한 근거와 이유로 처분이 이루어진 것인지를 충분히 알 수 있어서 불복의 행정구제절차로 나아가는 데에 별다른 지장이 없었던 것으로 인정되면 처분서에 처분의 근거와 이유가 구체적으로 명시되지 않아도 위법하지 않다'고 판시하여 이유제시의 정도에 있어 완화된 기준을 적용한 판결

146. 처분의 이유제시 (4)

(대법원 1985. 5. 28. 선고 84누289 판결)

〈주제〉 납세고지서에 필요한 사항의 기재가 누락된 경우 취소사유에 해당

〈쟁점〉

세액산출근거 등의 통지에 관한 규정의 성질(= 강행규정) 및 규정 위반의 효력(= 과세처분 자체가 위법)

〈판결요지〉

과세표준과 세율, 세액, 세액산출근거 등의 필요한 사항을 납세자에게 서면으로 통지하도록 한 세법상의 제 규정들은 단순히 세무행정의 편의를 위한 훈시규정이 아니라 조세행정에 있어 자의를 배제하고 신중하고 합리적인 처분을 행하게 함으로써 공정을 기함과 동시에 납세의무자에게 부과처분의 내용을 상세히 알려서 불복여부의 결정과 불복신청에 편의를 제공하려는 데서 나온 강행규정으로서 납세고지서에 그와 같은 기재가 누락되면 그 과세처분 자체가 위법한 처분이 되어 취소의 대상이 된다.

〈선정이유〉

납세고지서에 과세표준과 세율, 세액, 세액산출근거 등의 필요한 사항이 기재가 누락되면 그 과세처분 자체가 위법한 처분이 된다고 한 판결

147. 처분의 방식

(대법원 2011. 11. 10. 선고 2011도11109 판결)
〈주제〉 소방공무원이 구술로 고지한 시정보완명령은 당연무효임

〈쟁점〉

행정청의 처분의 방식을 규정한 행정절차법 제24조를 위반하여 행해진 행정청의 처분이 무효인지 여부(원칙적 적극)

〈판결요지〉

행정절차법 제24조는, 행정청이 처분을 하는 때에는 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 문서로 하여야 하고 전자문서로 하는 경우에는 당사자 등의 동의가 있어야 하며, 다만 신속을 요하거나 사안이 경미한 경우에는 구술 기타 방법으로 할 수 있다고 규정하고 있는데, 이는 행정의 공정성·투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익을 보호하기 위한 것이므로 위 규정을 위반하여 행하여진 행정청의 처분은 하자가 중대하고 명백하여 원칙적으로 무효이다.

〈선정이유〉

행정절차법 제24조에서 명시한 처분방식의 문서주의 원칙을 위반한 행정청의 처분은 무효라고 한 판결

148. 절차하자의 효과 (1)

(대법원 1991. 7. 9. 선고 91누971 판결)
〈주제〉 재량행위인 영업정지처분을 절차적 하자만을 이유로 취소할 수 있음

〈쟁점〉

식품위생법 소정의 청문절차를 전혀 거치지 아니하거나 거쳤다고 하여도 그 절차적 요건을 제대로 준수하지 아니하고 한 영업정지 등의 처분의 적부(소극)

〈판결요지〉

식품위생법 제64조, 같은법 시행령 제37조 제1항 소정의 청문절차를 전혀 거치지 아니하거나 거쳤다고 하여도 그 절차적 요건을 제대로 준수하지 아니한 경우에는 가사 영업정지사유 등 위 법 제58조 등 소정 사유가 인정된다고 하더라도 그 처분은 위법하여 취소를 면할 수 없다.

〈선정이유〉

처분의 절차적 하자는 처분 취소사유가 된다는 판결

149. 상관습과 관습법

(대법원 1983. 7. 26. 선고 82누420 판결)
〈주제〉 기속행위인 과세처분을 절차적 하자만을 이유로 취소할 수 있음

〈쟁점〉

세액산출근거가 누락된 납세고지서에 의한 과세처분이 취소대상인지 여부

〈판결요지〉

과세처분시 납세고지서에 과세표준, 세율, 세액의 계산명세서 등을 첨부하여 고지하도록 한 것은 조세법률주의의 원칙에 따라 처분청으로 하여금 자의를 배제하고 신중하고도 합리적인 처분을 행하게 함으로써 조세행정의 공정성을 기함과 동시에 납세의무자에게 부과처분의 내용을 상세히 알려서 불복여부의 결정 및 그 불복신청에 편의를 주려는 취지에서 나온 것이므로 이러한 규정은 강행규정으로서 납세고지서에 위와 같은 기재가 누락되면 과세처분 자체가 위법하여 취소대상이 된다.

〈선정이유〉

기속행위(처분)의 경우에도 그 절차적 하자는 처분 취소사유가 된다는 판결

150. 절차하자의 효과 (3)

(대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두330 전원합의체 판결)

〈주제〉 환경영향평가법령에서 정한 환경영향평가 절차를 거쳤으나 그 환경영향평가의 내용이 부실한 경우 사업승인 등 처분의 효과

〈쟁점〉

환경영향평가법령에서 정한 환경영향평가 절차를 거쳤으나 그 환경영향평가의 내용이 부실한 경우, 그 부실로 인하여 환경영향평가 대상사업에 대한 승인 등 처분이 위법하게 되는지 여부(한정소극)

〈판결요지〉

환경영향평가법령에서 정한 환경영향평가를 거쳐야 할 대상사업에 대하여 그러한 환경영향평가를 거치지 아니하였음에도 승인 등 처분을 하였다면 그 처분은 위법하다 할 것이나, 그러한 절차를 거쳤다면, 비록 그 환경영향평가의 내용이 다소 부실하다 하더라도, 그 부실의 정도가 환경영향평가제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없을 정도이어서 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도의 것이 아닌 이상, 그 부실은 당해 승인 등 처분에 재량권 일탈·남용의 위법이 있는지 여부를 판단하는 하나의 요소로 됨에 그칠 뿐, 그 부실로 인하여 당연히 당해 승인 등 처분이 위법하게 되는 것이 아니다

〈선정이유〉

환경영향평가법령에서 정한 환경영향평가 절차를 거치지 않은 경우에는 사업승인 등 처분이 위법(무효)하게 되는 반면, 환경영향평가를 거쳤으나 평가의 내용이 다소 부실한 경우에는 사업승인 등 처분이 당연히 위법하게 되는 것은 아니라고 한 판결

151. 절차하자의 효과 (4)

(대법원 2015. 10. 29. 선고 2012두28728 판결)

〈주제〉 도시계획위원회의 심의를 거치지 않고 개발행위허가신청을 불허가한 경우 그 불허가처분의 효과

〈쟁점〉

개발행위허가에 관한 사무를 처리하는 행정기관의 장이 개발행위허가신청을 불허가한 경우, 도시계획위원회의 심의를 거치지 않았다는 사정만으로 곧바로 불허가처분에 취소사유에 이를 정도의 절차상 하자가 있다고 볼 수 있는지 여부(소극) 및 이때 불허가처분을 위법하다고 평가할 수 있는 경우

〈판결요지〉

국토계획법령의 입법 목적과 규정내용, 국토계획법 제56조 제1항 제2호의 규정에 따른 토지의 형질변경허가는 재량행위에 속하므로(대법원 2005. 7. 14. 선고 2004두6181 판결 등 참조) 행정기관의 장이 반드시 도시계획위원회의 심의 결과대로 개발행위허가 여부를 결정하여야 한다고 볼 수 없는 점 등에 비추어 보면, 국토계획법 제59조 제1항이 일정한 개발행위의 허가에 대하여 사전에 도시계획위원회의 심의를 거치도록 하고 있는 것은 행정기관의 장으로 하여금 개발행위허가를 신중하게 결정하도록 함으로써 난개발을 방지하고자 하는 데에 주된 취지가 있다고 할 것이다.

위와 같은 사정들을 종합하여 볼 때, 개발행위허가에 관한 사무를 처리하는 행정기관의 장이 일정한 개발행위를 허가하는 경우에는 국토계획법 제59조 제1항에 따라 도시계획위원회의 심의를 거쳐야 할 것이나, 개발행위허가의 신청 내용이 허가 기준에 맞지 않는다고 판단하여 개발행위허가신청을 불허가하였다면 이에 앞서 도시계획위원회의 심의를 거치지 않았다고 하여 이러한 사정만으로 곧바로 그 불허가처분에 취소사유에 이를 정도의 절차상 하자가 있다고 보기는 어렵다. 다만 행정기관의 장이 도시계획위원회의 심의를 거치지 아니한 결과 개발행위 불허가처분을 함에 있어 마땅히 고려하여야 할 사정을 참작하지 아니하였다면 그 불허가처분은 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법하다고 평가할 수 있을 것이다.

〈선정이유〉

개발행위허가의 신청 내용이 허가기준에 맞지 않는다고 판단하여 도시계획위원회의 심의를 거치지 않은 채 개발행위허가신청을 불허가하였다고 하여 곧바로 그 불허가처분에 취소사유 정도의 절차상 하자가 있다고 보기는 어렵다고 한 판결

152. 절차하자의 효과 (5)

(대법원 2015. 12. 10. 선고 2011두32515 판결)

〈주제〉 예비타당성조사를 실시하지 않고 한 하천공사시행계획 및 실시계획승인처분의 효과

〈쟁점〉

갑 등이 '4대강 살리기 사업' 중 한강 부분에 관한 각 하천공사시행계획 및 각 실시계획승인처분에 보의 설치와 준설 등에 대한 구 국가재정법 제38조 등에서 정한 예비타당성 조사를 하지 않은 절차상 하자가 있다는 이유로 각 처분의 취소를 구한 사안에서, 예산이 각 처분 등으로써 이루어지는 '4대강 살리기 사업' 중 한강 부분을 위한 재정 지출을 내용으로 하고 있고, 예산의 편성에 절차상 하자가 있다는 사정만으로 곧바로 각 처분에 취소사유에 이를 정도의 하자가 존재한다고 보기 어렵다고 한 사례

〈판결요지〉

구 국가재정법 제38조 및 구 국가재정법 시행령 제13조에 규정된 예비타당성조사는 각 처분과 형식상 전혀 별개의 행정계획인 예산의 편성을 위한 절차일 뿐 각 처분에 앞서 거쳐야 하거나 근거 법규 자체에서 규정한 절차가 아니므로, 예비타당성조사를 실시하지 아니한 하자는 원칙적으로

예산 자체의 하자일 뿐, 그로써 곧바로 각 처분의 하자가 된다고 할 수 없어, 예산이 각 처분 등으로써 이루어지는 '4대강 살리기 사업' 중 한강 부분을 위한 재정 지출을 내용으로 하고 있고 예산의 편성에 절차상 하자가 있다는 사정만으로 각 처분에 취소사유에 이를 정도의 하자가 존재한다고 보기 어렵다.

〈선정이유〉

절차하자의 인정 여부와 관련하여, 예비타당성조사는 각 처분과 형식상 전혀 별개의 행정계획인 예산의 편성을 위한 절차일 뿐 각 처분에 앞서 거쳐야 하거나 근거 법규 자체에서 규정한 절차가 아니므로, 예비타당성조사를 실시하지 아니한 하자는 원칙적으로 예산 자체의 하자일 뿐, 그로써 곧바로 각 처분의 하자가 된다고 할 수 없다고 판시한 판결

153. 인·허가 의제 (1) : 관계행정청과의 협의

(대법원 2006. 6. 30. 선고 2005두14363 판결)

〈주제〉 인허가의제에 필요한 협의를 거치지 아니한 승인처분이 당연무효인지

〈쟁점〉

국방군사시설 사업에 대한 법률 및 구 산림법에서 보전임지를 다른 용도로 이용하기 위한 사업에 대하여 승인 등 처분을 하기 전에 미리 산림청장과 협의를 하라고 규정한 의미(= '자문'을 구하라는 의미) 및 이러한 협의를 거치지 아니한 승인처분이 당연무효인지 여부(소극)

〈판결요지〉

국방·군사시설 사업에 관한 법률 및 구 산림법(2002. 12. 30. 법률 제6841호로 개정되기 전의 것)에서 보전임지를 다른 용도로 이용하기 위한 사업에 대하여 승인 등 처분을 하기 전에 미리 산림청장과 협의를 하라고 규정한 의미는 그의 자문을 구하라는 것이지 그 의견을 따라 처분을 하라는 의미는 아니라 할 것이므로, 이러한 협의를 거치지 아니하였다고 하더라도 이는 당해 승인처분을 취소할 수 있는 원인이 되는 하자 정도에 불과하고 그 승인처분이 당연무효가 되는 하자에 해당하는 것은 아니라고 봄이 상당하다.

〈선정이유〉

인허가의제에 필요한 다른 행정청과의 협의를 거치지 아니하였다고 하더라도 이는 당해 승인처분을 취소할 수 있는 원인이 되는 하자 정도에 불과하고 그 승인처분이 당연무효가 되는 하자에 해당하는 것은 아니라고 한 판결

154. 인·허가 의제 (2) : 절차집중

(대법원 1992. 11. 10. 선고 92누1162 판결)

〈주제〉 절차집중

〈쟁점〉

건설부장관이 관계기관의 장과 협의를 거쳐 주택건설사업계획 승인을 한 경우 별도로 도시계획법 소정의 중앙도시계획위원회의 의결이나 주민의 의견청취 등 절차가 필요한지 여부(소극)

〈판결요지〉

건설부장관이 구 주택건설촉진법(1991.3.8. 법률 제4339호로 개정되기전의 것) 제33조에 따라 관계기관의 장과의 협의를 거쳐 사업계획승인을 한 이상 같은 조 제4항의 허가·인가·결정·승인 등이 있는 것으로 볼 것이고, 그 절차와 별도로 도시계획법 제12조 등 소정의 중앙도시계획위원회의 의결이나 주민의 의견청취 등 절차를 거칠 필요는 없다.

〈선정이유〉

집중효의 정도와 관련하여, 주된 인허가신청을 받은 행정청은 의제되는 인허가에 요구되는 절차를 아울러 준수할 필요 없이 주된 인허가에 요구되는 절차만 준수하면 된다고 하여 절차집중을 인정한 판결

155. 인·허가 의제 (3) : 의제되는 인허가 요건의 충족

(대법원 2002. 10. 11. 선고 2001두151 판결)

〈주제〉 의제되는 인허가의 실체 요건을 갖추지 못한 경우 주된 인허가는 발급되지 않을 수 있음(= 실체집중 부정)

〈쟁점〉

채광계획인가의 법적 성질(= 기속재량행위), 공유수면 점용허가의 법적 성질(= 자유재량행위) 및 채광계획인가로 공유수면 점용허가가 의제될 경우, 공유수면 점용불허사유로써 채광계획을 인가하지 아니할 수 있는지 여부(적극)

〈판결요지〉

채광계획이 중대한 공익에 배치된다고 할 때에는 인가를 거부할 수 있고, 채광계획을 불인가 하는 경우에는 정당한 사유가 제시되어야 하며 자의적으로 불인가를 하여서는 아니 될 것이므로 채광계획인가는 기속재량행위에 속하는 것으로 보아야 할 것이나, 구 광업법(1999. 2. 8. 법률 제5893호로 개정되기 전의 것) 제47조의2 제5호에 의하여 채광계획인가를 받으면 공유수면 점용허가를 받은 것으로 의제되고, 이 공유수면 점용허가는 공유수면 관리청이 공공 위해의 예방 경감과 공공 복리의 증진에 기여함에 적당하다고 인정하는 경우에 그 자유재량에 의하여 허가의 여부를 결정하여야 할 것이므로, 공유수면 점용허가를 필요로 하는 채광계획 인가신청에 대하여도, 공유수면 관리청이 재량적 판단에 의하여 공유수면 점용을 허가 여부를 결정할 수 있고, 그 결과 공유수면 점용을 허용하지 않기로 결정하였다면, 채광계획 인가관청은 이를 사유로 하여 채광계획을 인가하지 아니할 수 있는 것이다.

〈선정이유〉

주된 인허가 처분(A처분)이 있으면 다른 처분(B처분)이 있은 것으로 의제된다는 인허가의제 규정이 있는 경우, 행정청은 의제되는 다른 처분(B처분)의 요건에 관한 재량적 판단에 의하여 주된 인허가 처분(A처분)을 거부할 수 있다고 하여 실체집중을 부인한 판결

156. 인·허가 의제 (4) : 효력의 범위

(대법원 2010. 4. 29. 선고 2009두18547 판결)

〈주제〉 의제되는 인허가는 당해 사업을 시행하는데 필요한 범위 내에서만 그 효력이 유지됨

〈쟁점〉

구 택지개발촉진법 제11조 제1항 제9호에 따라 택지개발사업 실시계획승인에 의하여 의제되는 도로공사시행허가 및 도로점용허가의 범위(= 당해 사업을 시행하는데 필요한 범위 내)

〈판결요지〉

구 택지개발촉진법(2002. 2. 4. 법률 제6655호로 개정되기 전의 것) 제11조 제1항 제9호에서는 사업시행자가 택지개발사업 실시계획승인을 받은 때 도로법에 의한 도로공사시행허가 및 도로점용허가를 받은 것으로 본다고 규정하고 있는바, 이러한 인허가 의제제도는 목적사업의 원활한 수행을 위해 행정절차를 간소화하고자 하는 데 그 취지가 있는 것이므로 위와 같은 실시계획승인에 의해 의제되는 도로공사시행허가 및 도로점용허가는 원칙적으로 당해 택지개발사업을 시행하는 데 필요한 범위 내에서만 그 효력이 유지된다고 보아야 한다. 따라서 원고가 이 사건 택지개발사업과 관련하여 그 사업시행의 일환으로 이 사건 도로예정지 또는 도로에 전력관을 매설하였다고 하더라도 사업시행완료 후 이를 계속 유지·관리하기 위해 도로를 점용하는 것에 대한 도로점용허가까지 그 실시계획 승인에 의해 의제된다고 볼 수는 없다.

〈선정이유〉

택지개발사업 실시계획승인을 받은 때 도로법에 의한 도로공사시행허가 및 도로점용허가를 받은 것으로 보는 인허가 의제제도의 취지는 목적사업의 원활한 수행을 위해 행정절차를 간소화하고자 하는 것이므로, 실시계획승인에 의해 의제되는 도로공사시행허가 및 도로점용허가는 원칙적으로 당해 택지개발사업을 시행하는 데 필요한 범위 내에서만 그 효력이 유지된다고 한 판결

157. 인·허가 의제 (5) : 불복방법

(대법원 2001. 1. 16. 선고 99두10988 판결)

〈주제〉 의제된 인허가의 거부사유를 들면서 주된 인허가에 대해 거부처분을 한 경우, 행정쟁송의 대상은 주된 인허가에 대한 거부처분임

〈쟁점〉

건축불허가처분을 하면서 건축불허가 사유 외에 (의제되는) 형질변경불허가 사유나 농지전용불허가 사유를 들고 있는 경우, 그 건축불허가처분에 관한 쟁송에서 형질변경불허가 사유나 농지전용불허가 사유에 관하여도 다툴 수 있는지 여부(적극) 및 별개의 형질변경불허가처분이나 농지전용불허가처분에 관한 쟁송을 제기하지 아니하였을 때 형질변경불허가 사유나 농지전용불허가 사유에 관하여 불가쟁력이 발생하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

구 건축법(1999. 2. 8. 법률 제5895호로 개정되기 전의 것) 제8조 제1항, 제3항, 제5항에 의하면, 건축허가를 받은 경우에는 구 도시계획법(2000. 1. 28. 법률 제6243호로 전문 개정되기 전의 것) 제4조에 의한 토지의 형질변경허가나 농지법 제36조에 의한 농지전용허가 등을 받은 것으로 보며, 한편 건축허가권자가 건축허가를 하고자 하는 경우 당해 용도·규모 또는 형태의 건축물을 그 건축하고자 하는 대지에 건축하는 것이 건축법 관련 규정이나 같은 도시계획법 제4조, 농지법 제36조 등 관계 법령의 규정에 적합한지의 여부를 검토하여야 하는 것일 뿐, 건축불허가처분을 하면서 그 처분사유로 건축불허가 사유뿐만 아니라 형질변경불허가 사유나 농지전용불허가 사유를 들고 있다고 하여 그 건축불허가처분 외에 별개로 형질변경불허가처분이나 농지전용불허가처분이 존재하는 것이 아니므로, 그 건축불허가처분을 받은 사람은 그 건축불허가처분에 관한 쟁송에서 건축법상의 건축불허가 사유뿐만 아니라 같은 도시계획법상의 형질변경불허가 사유나 농지법상의 농지전용불허가 사유에 관하여도 다툴 수 있는 것이지, 그 건축불허가처분에 관한 쟁송과는 별개로 형질변경불허가처분이나 농지전용불허가처분에 관한 쟁송을 제기하여 이를 다투어야 하는 것은 아니며, 그러한 쟁송을 제기하지 아니하였어도 형질변경불허가 사유나 농지전용불허가 사유에 관하여 불가쟁력이 생기지 아니한다.

〈선정이유〉

주된 인허가가 거부되는 경우에 의제되는 인허가의 거부처분이 별개로 존재하는 것이 아니므로, 의제되는 인허가의 거부사유에 관하여 다투고자 하는 사람은 주된 인허가거부처분에 관한 쟁송을 제기하여야 한다는 판결

158. 인·허가 의제 (6) : 불복방법

(대법원 2018. 11. 29. 선고 2016두38792 판결)

〈주제〉 주된 인허가로써 의제된 인허가의 위법을 다투고자 하는 이해관계인은 의제된 인허가의 취소를 구하여야 함

〈쟁점〉

주택건설사업계획 승인처분에 따라 의제된 인허가에 하자가 있어 이해관계인이 위법함을 다투고자 하는 경우, 취소를 구할 대상(= 의제된 인허가) 및 의제된 인허가가 주택건설사업계획 승인처분과 별도로 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

구 주택법(2016. 1. 19. 법률 제13805호로 전부 개정되기 전의 것) 제17조 제1항에 따르면, 주택건설사업계획 승인권자가 관계 행정청의 장과 미리 협의한 사항에 한하여 승인처분을 할 때에 인허가 등이 의제될 뿐이고, 각호에 열거된 모든 인허가 등에 관하여 일괄하여 사전협의를 거칠 것을 주택건설사업계획 승인처분의 요건으로 규정하고 있지 않다. 따라서 인허가 의제 대상이 되는 처분에 어떤 하자가 있더라도, 그로써 해당 인허가 의제의 효과가 발생하지 않을 여지가 있게 될 뿐이고, 그러한 사정이 주택건설사업계획 승인처분 자체의 위법사유가 될 수는 없다. 또한 의제된 인허가는 통상적인 인허가와 동일한 효력을 가지므로, 적어도 '부분 인허가 의제'가 허용되는 경우에는 그 효력을 제거하기 위한 법적 수단으로 의제된 인허가의 취소나 철회가 허용될 수 있고, 이러한 직권 취소·철회가 가능한 이상 그 의제된 인허가에 대한 쟁송취소 역시 허용된다.

따라서 주택건설사업계획 승인처분에 따라 의제된 인허가가 위법함을 다투고자 하는 이해관계인은, 주택건설사업계획 승인처분의 취소를 구할 것이 아니라 의제된 인허가의 취소를 구하여야 하며, 의제된 인허가는 주택건설사업계획 승인처분과 별도로 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다.

〈선정이유〉

'부분 인허가 의제'가 허용되는 경우 인허가 의제 대상이 되는 처분에 어떠한 하자가 있더라도 해당 인허가 의제의 효과가 발생하지 않을 여지가 있게 될 뿐이고 그러한 이유가 주된 인허가처분 자체의 위법사유가 될 수는 없으므로, 의제된 인허가가 위법함을 다투고자 하는 이해관계인은 주된 인허가처분이 아니라 의제된 인허가를 항고소송의 대상으로 삼아야 한다고 본 판결

제3절 정보공개

159. 정보공개 청구권자

(대법원 1999. 9. 21. 선고 97누5114 판결)

〈주제〉 정보공개청구권의 인정 근거

〈쟁점〉

[1] 정보공개청구권의 인정 근거(= 국민의 알 권리, 국가정보에의 접근의 권리)

[2] 행정정보공개운영지침의 법규적 효력 유무(소극)

〈판결요지〉

[1] 국민의 알 권리, 특히 국가정보에의 접근의 권리는 우리 헌법상 기본적으로 표현의 자유와 관련하여 인정되는 것으로 그 권리의 내용에는 일반 국민 누구나 국가에 대하여 보유·관리하고 있는 정보의 공개를 청구할 수 있는 이른바 일반적인 정보공개청구권이 포함되고, 이 청구권은 공공기관의정보공개에관한법률이 1998. 1. 1. 시행되기 전에는 구 사무관리규정(1997. 10. 21. 대통령령 제15498호로 개정되기 전의 것) 제33조 제2항과 행정정보공개운영지침(1994. 3. 2. 국무총리훈령 제288호)에서 구체화되어 있었다.

[2] 원심이, 피고가 1996. 3.경 미국정부로부터 당시 미국 정보공개법에 따라 비밀이 해제된 바

있는 1979년 및 1980년의 우리 나라 정치상황과 관련한 미국 정부 보유의 이 사건 문서 사본을 제공받아 보관하고 있는 이상 이는 국민의 알 권리에 기한 일반적 정보공개청구권의 대상이 되고, 행정정보공개운영지침에서 '공개할 경우 외교관계를 해한다고 인정되는 정보', '비공개를 전제로 제3자로부터 취득한 정보' 등을 정보공개 예외사항으로 규정하여 정보공개청구권의 범위를 제한한 것은 대외적으로 아무런 법적 효력이 없으므로, 행정정보공개운영지침의 위와 같은 규정은 이 사건 문서에 대한 열람·등사를 구하는 원고의 청구를 거부할 정당한 근거가 되지 아니한다고 판단한 것은 모두 옳고, 거기에 정보공개청구권 행사의 대상이 되는 정보원(정보원)이나 기본권 제한의 근거가 되는 법규에 관한 법리오해 등의 위법이 없다. 이 점에 관한 상고이유는 받아들일 수 없다.

[3] 국민의 알 권리에 기한 일반적 정보공개청구권도 일정한 한계를 갖는 것으로서 그 제한에서 오는 이익과 그 침해에 의한 해악과의 비교·형량에 의하여 일정한 범위 내에서 제한될 수 있으나, 이 사건 문서의 성격과 내용, 피고가 이를 미국 정부로부터 제공받게 된 경위 및 그 당시 미국정부가 이 사건 문서의 공개와 관련하여 피고에게 요청한 내용에 관한 피고의 주장 요지 등 이 사건 변론에 나타난 바를 종합하여 보면, 이 사건 문서의 공개에 의하여 초래될 외교관계상의 국익 침해에 대한 피고의 구체적 주장·입증이 없어 그에 대한 원고의 이 사건 공개 신청이 국민의 알 권리에 기한 정보공개청구권의 한계를 벗어난 것이라고 단정할 수 없다

〈선정이유〉

정보공개청구권의 인정 근거에 관하여, 국민의 알 권리 특히 국가정보에의 접근의 권리를 헌법상 표현의 자유와 관련하여 인정한 판결

160. 정보공개 의무자 (1)

(대법원 2006. 8. 24. 선고 2004두2783 판결)

〈주제〉 사립대학교가 정보공개 의무기관에 해당하는지 여부

〈쟁점〉

립대학교'를 들고 있는 것이 모법의 위임 범위를 벗어났다거나, 사립대학교가 국비의 지원을 받는 범위 내에서만 공공기관의 성격을 가진다고 볼 수 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

정보공개 의무기관을 정하는 것은 입법자의 입법형성권에 속하고, 이에 따라 입법자는 구 공공기관의 정보공개에 관한 법률(2004. 1. 29. 법률 제7127호로 전문 개정되기 전의 것) 제2조 제3호에서 정보공개 의무기관을 공공기관으로 정하였는바, 공공기관은 국가기관에 한정되는 것이 아니라 지방자치단체, 정부투자기관, 그 밖에 공동체 전체의 이익에 중요한 역할이나 기능을 수행하는 기관도 포함되는 것으로 해석되고, 여기에 정보공개의 목적, 교육의 공공성 및 공·사립학교의 동질성, 사립대학교에 대한 국가의 재정지원 및 보조 등 여러 사정을 고려해 보면, 사립대학교에 대한 국비 지원이 한정적·일시적·국부적이라는 점을 고려하더라도, 같은 법 시행령(2004. 3. 17. 대통령령 제18312호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1호가 정보공개의무를 지는 공공기관의 하나로 사립

대학교를 들고 있는 것이 모법인 구 공공기관의 정보공개에 관한 법률의 위임 범위를 벗어났다거나 사립대학교가 국비의 지원을 받는 범위 내에서만 공공기관의 성격을 가진다고 볼 수 없다.

〈선정이유〉

정보공개 의무기관인 '공공기관'은 국가기관에 한정되는 것이 아니라 지방자치단체, 정부투자기관, 그 밖에 공동체 전체의 이익에 중요한 역할이나 기능을 수행하는 기관도 포함되는 것으로 해석되므로, 사립대학교는 정보공개 의무기관인 공공기관에 해당한다고 본 판결

161. 정보공개 의무자 (2)

대법원 2010. 12. 23. 선고 2008두13101 판결
〈주제〉 한국방송공사(KBS)는 정보공개 의무자에 해당됨

〈쟁점〉

[1] 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제2조 제3호 등에 따라 정보를 공개할 의무가 있는 '특별법에 의하여 설립된 특수법인'에 해당하는지 여부의 판단 기준

[2] 한국방송공사(KBS)는 정보공개의무가 있는 공공기관에 해당한다고 판단한 원심판결을 수긍한 사례

[3] 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제7호에서 정한 '법인 등의 경영, 영업상 비밀'의 의미 및 공개를 거부할 만한 '정당한 이익'이 있는지 여부의 판단 방법

[4] 한국방송공사(KBS)가 제작한 '추적 60분' 가제 "새튼은 특허를 노렸나"인 방송용 편집원본 테이프 1개에 대하여 정보공개청구를 하였으나 한국방송공사가 정보공개청구접수를 받은 날로부터 20일 이내에 공개 여부결정을 하지 않아 비공개결정을 한 것으로 간주된 사안에서, 위 정보가 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제7호에서 정한 비공개대상정보에 해당함에도 이와 달리 판단한 원심판결에 법리를 오해한 위법이 있다고 한 사례

[5] 공공기관으로부터 공개거부처분을 받은 청구인이 행정소송으로 그 처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있는지 여부(적극) 및 공개청구의 대상이 되는 정보가 이미 다른 사람에게 공개되어 널리 알려져 있다거나 인터넷 등을 통하여 공개되어 인터넷검색 등을 통하여 쉽게 알 수 있는 경우 소의 이익이 없다거나 비공개결정이 정당화될 수 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 어느 법인이 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제2조 제3호, 같은 법 시행령 제2조 제4호에 따라 정보를 공개할 의무가 있는'특별법에 의하여 설립된 특수법인'에 해당하는지 여부는, 국민의 알 권리를 보장하고 국정에 대한 국민의 참여와 국정운영의 투명성을 확보하고자 하는 위 법의 입법 목적을 염두에 두고, 해당 법인에게 부여된 업무가 국가행정업무이거나 이에 해당하지 않더라도 그 업무 수행으로써 추구하는 이익이 해당 법인 내부의 이익에 그치지 않고 공동체 전체의 이익에 해당하는 공익적 성격을 갖는지 여부를 중심으로 개별적으로 판단하되, 해당 법인의 설립근거가 되는 법률이 법인의 조직구성과 활동에 대한 행정적 관리·감독 등에서 민법이나 상법 등에 의하여

설립된 일반 법인과 달리 규율한 취지, 국가나 지방자치단체의 해당 법인에 대한 재정적 지원·보조의 유무와 그 정도, 해당 법인의 공공적 업무와 관련하여 국가기관·지방자치단체 등 다른 공공기관에 대한 정보공개청구와는 별도로 해당 법인에 대하여 직접 정보공개청구를 구할 필요성이 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여야 한다.

[2] 방송법이라는 특별법에 의하여 설립 운영되는 한국방송공사(KBS)는 공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령 제2조 제4호의 '특별법에 의하여 설립된 특수법인'으로서 정보공개의무가 있는 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제2조 제3호의 '공공기관'에 해당한다.

[3] 공공기관의 정보공개에 관한 법률은 공공기관이 보유·관리하는 정보에 대한 국민의 공개청구 및 공공기관의 공개의무에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 국민의 알 권리를 보장하고 국정에 대한 국민의 참여와 국정운영의 투명성을 확보함을 목적으로 공공기관이 보유·관리하는 모든 정보를 원칙적 공개대상으로 하면서, 사업체인 법인 등의 사업활동에 관한 비밀의 유출을 방지하여 정당한 이익을 보호하고자 하는 취지에서, 위 법 제9조 제1항 제7호로 "법인·단체 또는 개인의 경영·영업상 비밀로서 공개될 경우 법인 등의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보"를 비공개대상정보로 규정하고 있다. 이와 같은 공공기관의 정보공개에 관한 법률의 입법 목적 등을 고려하여 보면, 제9조 제1항 제7호에서 정한 '법인 등의 경영·영업상 비밀'은 '타인에게 알려지지 아니함이 유리한 사업활동에 관한 일체의 정보' 또는 '사업활동에 관한 일체의 비밀사항'을 의미하는 것이고, 그 공개 여부는 공개를 거부할 만한 정당한 이익이 있는지 여부에 따라 결정되어야 하는바, 그 정당한 이익이 있는지 여부는 앞서 본 공공기관의 정보공개에 관한 법률의 입법 취지에 비추어 이를 엄격하게 판단하여야 할 뿐만 아니라, 국민에 의한 감시의 필요성이 크고 이를 감수하여야 하는 면이 강한 공익법인에 대하여는 보다 소극적으로 판단하여야 한다.

[4] 한국방송공사(KBS)가 황우석 교수의 논문조작 사건에 관한 사실관계의 진실 여부를 밝히기 위하여 제작한 '추적 60분' 가제 "새튼은 특허를 노렸나"인 방송용 60분 분량의 편집원본 테이프 1개에 대하여 정보공개청구를 하였으나, 한국방송공사가 정보공개청구접수를 받은 날로부터 20일 이내에 공개 여부결정을 하지 않아 비공개결정을 한 것으로 간주된 사안에서, 위 정보는 방송프로그램의 기획·편성·제작 등에 관한 정보로서, 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제7호에서 비공개대상정보로 규정하고 있는 '법인 등의 경영·영업상 비밀에 관한 사항으로서 공개될 경우 법인 등의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보'에 해당함에도 이와 달리 판단한 원심판결에 법리를 오해한 위법이 있다고 한 사례.

[5] 국민의 정보공개청구권은 법률상 보호되는 구체적인 권리이므로, 공공기관에 대하여 정보의 공개를 청구하였다가 공개거부처분을 받은 청구인은 행정소송을 통하여 그 공개거부처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있고, 공개청구의 대상이 되는 정보가 이미 다른 사람에게 공개되어 널리 알려져 있다거나 인터넷 등을 통하여 공개되어 인터넷검색 등을 통하여 쉽게 알 수 있다는 사정만으로는 소의 이익이 없다거나 비공개결정이 정당화될 수 없다.

〈선정이유〉

공공기관의 정보공개에 관한 법률 제2조 제3호 등에 따라 정보를 공개할 의무가 있는'특별법에 의하여 설립된 특수법인'의 해당 여부를 판단하는 기준을 설명한 판결

162. 공개대상정보

(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009두6001 판결)
〈주제〉 전자적 형태로 보유, 관리하는 정보도 공개대상이 됨

〈쟁점〉

공공기관에 의하여 전자적 형태로 보유, 관리되는 정보가 정보공개청구인이 구하는 대로 되어 있지 않더라도, 공공기관이 공개청구대상정보를 보유, 관리하고 있는 것으로 볼 수 있는지 여부(한정 적극)

〈판결요지〉

공공기관의 정보공개에 관한 법률에 의한 정보공개제도는 공공기관이 보유·관리하는 정보를 그 상태대로 공개하는 제도이지만, 전자적 형태로 보유·관리되는 정보의 경우에는, 그 정보가 청구인이 구하는 대로는 되어 있지 않다고 하더라도, 공개청구를 받은 공공기관이 공개청구대상정보의 기초자료를 전자적 형태로 보유·관리하고 있고, 당해 기관에서 통상 사용되는 컴퓨터 하드웨어 및 소프트웨어와 기술적 전문지식을 사용하여 그 기초자료를 검색하여 청구인이 구하는 대로 편집할 수 있으며, 그러한 작업이 당해 기관의 컴퓨터 시스템 운용에 별다른 지장을 초래하지 아니한다면, 그 공공기관이 공개청구대상정보를 보유·관리하고 있는 것으로 볼 수 있고, 이러한 경우에 기초자료를 검색·편집하는 것은 새로운 정보의 생산 또는 가공에 해당한다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

전자적 형태로 보유·관리되는 정보의 경우에 그 정보가 청구인이 구하는 대로 되어 있지 않더라도 공개청구를 받은 공공기관의 업무수행에 별다른 지장을 초래하지 않는다면 그 공공기관이 공개청구대상정보를 보유·관리하고 있는 것으로 볼 수 있다는 법리를 제시한 판결

163. 비공개대상정보 : 제1호(법령상의 비밀, 비공개 정보)

(대법원 2010. 6. 10. 선고 2010두2913 판결)
〈주제〉 법률에서 위임한 명령의 의미

〈쟁점〉

공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제1호의 입법 취지 및 '법률에 의한 명령'의 의미(= 법규명령/위임명령)

〈판결요지〉

공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 본문은 “공공기관이 보유관리하는 정보는 공개대상이 된다”고 규정하면서 그 단서 제1호에서는 “다른 법률 또는 법률이 위임한 명령(국회규칙·대법

원규칙·중앙선거관리위원회규칙·대통령령 및 조례에 한한다)에 의하여 비밀 또는 비공개 사항으로 규정된 정보"는 이를 공개하지 아니할 수 있다고 규정하고 있는바, 그 입법 취지는 비밀 또는 비공개 사항으로 다른 법률 등에 규정되어 있는 경우는 이를 존중함으로써 법률 간의 마찰을 피하기 위한 것이고, 여기에서 '법률에 의한 명령'은 정보의 공개에 관하여 법률의 구체적인 위임 아래 제정된 법규명령(위임명령)을 의미한다.

〈선정이유〉

정보공개법에서 공개대상의 예외로 규정하고 있는 '다른 법률 또는 법률이 위임한 명령에 의하여 비밀 또는 비공개 사항으로 규정된 정보'의 해석에 있어서 '법률에 의한 명령'은 정보의 공개에 관하여 법률의 구체적인 위임 아래 제정된 법규명령(위임명령)을 의미한다고 판시한 판결

164. 비공개대상정보 : 제1호(법령상의 비밀, 비공개 정보)

(대법원 2003. 12. 26. 선고 2002두1342 판결)
〈주제〉 제3자의 확정된 수사기록에 대한 정보공개청구

〈쟁점〉

[1] '검찰보존사무규칙'(= 행정규칙)에 의한 재판확정기록 등의 열람, 등사 제한은 제1호의 법령상 비밀, 비공개 정보에 해당되지 않음

[2] 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제6호의 '공개하는 것이 개인의 권리구제를 위하여 필요하다고 인정되는 정보'에 해당하는지 여부는 비공개에 의하여 보호되는 개인의 사생활의 비밀 등 이익과 공개에 의하여 보호되는 개인의 권리구제 등의 이익을 비교, 교량하여 구체적 사안에 따라 개별적으로 판단하여야 할 것임

〈판결의 요지〉

[1] 검찰보존사무규칙(1998. 4. 4. 법무부령 제459호로 개정된 것)은 법무부령으로 되어 있으나, 그 중 재판확정기록 등의 열람·등사에 대하여 제한하고 있는 부분은 위임근거가 없어 행정기관 내부의 사무처리준칙으로서 행정규칙에 불과하므로, 위 규칙에 의한 열람·등사의 제한을 공공기관의정보공개에관한법률(이하 '법'이라 한다) 제4조 제1항의 '정보의 공개에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우' 또는 제7조 제1항 제1호의 '다른 법률 또는 법률에 의한 명령에 의하여 비공개사항으로 규정된 경우'에 해당한다고 볼 수는 없다.

[2] 법 제7조 제1항 제6호는 비공개대상정보의 하나로 '당해 정보에 포함되어 있는 이름·주민등록번호 등에 의하여 특정인을 식별할 수 있는 개인에 관한 정보'를 규정하면서, 같은 호 단서 (다) 목으로 '공공기관이 작성하거나 취득한 정보로서 공개하는 것이 공익 또는 개인의 권리구제를 위하여 필요하다고 인정되는 정보'는 제외된다고 규정하고 있는데, 여기에서 '공개하는 것이 개인의 권리구제를 위하여 필요하다고 인정되는 정보'에 해당하는지 여부는 비공개에 의하여 보호되는 개인의 사생활의 비밀 등의 이익과 공개에 의하여 보호되는 개인의 권리구제 등의 이익을 비교·교량하여 구체적 사안에 따라 개별적으로 판단하여야 할 것인바, 이 사건 정보와 같은 수사기록에 들어

있는 특정인을 식별할 있는 개인에 관한 정보로는 통상 관련자들의 이름, 주민등록번호, 주소(주거 또는 근무처 등)·연락처(전화번호 등), 그 외 직업·나이 등이 있을 것인데, 그 중 관련자들의 이름은 수사기록의 공개를 구하는 필요성이나 유용성, 즉 개인의 권리구제라는 관점에서 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 공개되어야 할 것이고, 관련자들의 주민등록번호는 동명이인의 경우와 같이 동일성이 문제되는 등의 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 개인의 권리구제를 위하여 필요하다고 볼 수는 없으므로 원칙적으로 비공개하여야 할 것이며, 관련자들의 주소·연락처는 공개될 경우 악용될 가능성이나 사생활이 침해될 가능성이 높은 반면, 증거의 확보 등 개인의 권리구제라는 관점에서는 그 공개가 필요하다고 볼 수 있는 경우도 있을 것이므로 개인식별정보는 비공개라는 원칙을 염두에 두고서 구체적 사안에 따라 개인의 권리구제의 필요성과 비교·교량하여 개별적으로 공개 여부를 판단하여야 할 것이고, 그 외 직업, 나이 등의 인적사항은 특별한 경우를 제외하고는 개인의 권리구제를 위하여 필요하다고 볼 수는 없다.

〈선정이유〉

행정규칙에 의한 재판확정기록 등의 열람, 등사 제한은 법령상 비밀, 비공개 정보에 해당되지 않는다고 하고, 개인식별정보는 비공개라는 원칙을 염두에 두고서 구체적 사안에 따라 개인의 권리구제의 필요성과 비교·교량하여 개별적으로 공개 여부를 판단하여야 할 것이라는 법리를 제시한 판결

165. 비공개대상정보 : 제2호(안보, 국방, 통일, 외교 관련 정보)

(대법원 2019. 1. 17. 선고 2015두46512 판결)

〈주제〉 한일 군사정보보호협정과 한일 상호군수지원협정 관련 각종 회의자료, 회의록은 제2호(외교 관련 정보)와 제5호(의사결정 관련 정보)의 비공개대상 정보에 해당됨

〈쟁점〉

[1] 한일 군사정보보호협정, 한일 상호군수지원협정 관련 쟁점 정보는 협정 체결과 관련한 우리나라의 대응전략이나 일본 측의 입장에 관한 내용이 담겨 있어 향후 협정 상대국의 교섭정보로 활용될 여지가 충분하고, 외교적 신뢰관계에 타격을 줄 수 있어 제2호(외교 관련 정보)로서 비공개대상정보에 해당되는지 여부(적극)

[2] 이 사건 정보비공개결정 당시 한일 군사정보보호협정은 가서명만 이루어진 단계였고, 한일 상호군수지원협정은 합의문이 도출되지 않은 단계여서, 그 정보의 공개 시 협정문이 다르게 수정되거나 협정 자체가 무산되는 결과를 초래할 가능성이 있고, 실무자들에게 심리적 압박이 초래되어 국익에 반하는 결과에 이를 수 있어 제5호(의사결정 관련 정보)로서 비공개대상정보에 해당되는지 여부(적극)

〈판결요지〉

갑이 외교부장관에게 한·일 군사정보보호협정 및 한·일 상호군수지원협정과 관련하여 각종 회의자료 및 회의록 등의 정보에 대한 공개를 청구하였으나, 외교부장관이 공개 청구 정보 중 일부를

제외한 나머지 정보들에 대하여 비공개 결정을 한 사안에서, 위 정보는 구 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제2호, 제5호에 정한 비공개대상정보에 해당하고, 공개가 가능한 부분과 공개가 불가능한 부분을 쉽게 분리하는 것이 불가능하여 같은 법 제14조에 따른 부분공개도 가능하지 않다고 본 원심판단이 정당하다고 한 사례

〈선정이유〉

한일 군사정보보호협정, 한일 상호군수지원협정 관련 쟁점 정보를 '외교관계에 관한 사항으로 공개될 경우 국가의 중대한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보'로서 비공개대상정보로 인정한 판결

166. 비공개대상정보 : 제3호(국민의 생명, 신체, 재산 보호 침해 관련 정보)

(대법원 2004. 3. 18. 선고 2001두8254 전원합의체 판결)

〈주제〉 보안관찰법 소정의 보안관찰 관련 통계자료는 제2호(안보, 국방, 통일 관련 정보), 제3호(국민의 생명, 신체 보호 침해 관련 정보)의 비공개대상정보에 해당됨

〈쟁점〉

보안관찰법 소정의 보안관찰 관련 통계자료가 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제7조 제1항 제2호, 제3호 소정의 비공개대상정보에 해당하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

보안관찰처분을 규정한 보안관찰법에 대하여 헌법재판소도 이미 그 합헌성을 인정한 바 있고, 보안관찰법 소정의 보안관찰 관련 통계자료는 우리 나라 53개 지방검찰청 및 지청관할지역에서 매월 보고된 보안관찰처분에 관한 각종 자료로서, 보안관찰처분대상자 또는 피보안관찰자들의 매월별 규모, 그 처분시기, 지역별 분포에 대한 전국적 현황과 추이를 한눈에 파악할 수 있는 구체적이고 광범위한 자료에 해당하므로 '통계자료'라고 하여도 그 함의(含意)를 통하여 나타내는 의미가 있음이 분명하여 가치중립적일 수는 없고, 그 통계자료의 분석에 의하여 대남공작활동이 유리한 지역으로 보안관찰처분대상자가 많은 지역을 선택하는 등으로 위 정보가 북한정보기관에 의한 간첩의 파견, 포섭, 선전선동을 위한 교두보의 확보 등 북한의 대남전략에 있어 매우 유용한 자료로 악용될 우려가 없다고 할 수 없으므로, 위 정보는 공공기관의정보공개에관한법률 제7조 제1항 제2호 소정의 공개될 경우 국가안전보장·국방·통일·외교관계 등 국가의 중대한 이익을 해할 우려가 있는 정보, 또는 제3호 소정의 공개될 경우 국민의 생명·신체 및 재산의 보호 기타 공공의 안전과 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보에 해당한다.

〈선정이유〉

보안관찰법 소정의 보안관찰 관련 통계자료가 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제7조 제1항 제2호, 제3호 소정의 비공개대상정보에 해당한다고 한 판결

167. 비공개대상정보 : 제4호(재판, 수사 등 관련 정보)

(대법원 2011. 11. 24. 선고 2009두19021 판결)
〈주제〉 '진행 중인 재판에 관련된 정보'의 범위

〈쟁점〉

제4호의 '진행 중인 재판에 관련된 정보'는 반드시 재판의 소송기록 자체에 포함될 내용일 필요는 없으나, 재판에 관련된 일체의 정보 중 진행 중인 재판의 심리 또는 재판결과에 구체적으로 영향을 미칠 위험이 있는 정보에 한정됨

〈판결요지〉

정보공개법의 입법 목적, 정보공개의 원칙, 위 비공개대상정보의 규정 형식과 취지 등을 고려하면, 법원 이외의 공공기관이 위 규정이 정한 '진행 중인 재판에 관련된 정보'에 해당한다는 사유로 정보공개를 거부하기 위하여는 반드시 그 정보가 진행 중인 재판의 소송기록 그 자체에 포함된 내용의 정보일 필요는 없으나, 재판에 관련된 일체의 정보가 그에 해당하는 것은 아니고 진행 중인 재판의 심리 또는 재판결과에 구체적으로 영향을 미칠 위험이 있는 정보에 한정된다고 봄이 상당하다.

〈선정이유〉

비공개정보인 '진행 중인 재판에 관련된 정보'의 범위를 재판에 관련된 일체의 정보 중 진행 중인 재판의 심리 또는 재판결과에 구체적으로 영향을 미칠 위험이 있는 정보로 한정한 판결

168. 비공개대상정보 : 제4호(재판, 수사 등 관련 정보)

(대법원 2009. 12. 10. 선고 2009두12785 판결)
〈주제〉 교도소 관련 정보 중 '근무보고서'는 공개대상정보이고, '징벌위원회 회의록' 중 ① 비공개심사/의결 부분은 비공개대상정보이나, ② 재소자 진술, 위원장 및 위원들과 재소자 사이의 문답 등 징벌절차 진행 부분은 공개대상정보라고 본 사례

〈쟁점〉

공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제4호에서 비공개대상으로 규정한 '형의 집행, 교정에 관한 사항으로서 공개될 경우 그 직무수행을 현저히 곤란하게 하는 정보'의 의미

〈판결요지〉

[1] 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제4호에서 비공개대상으로 규정한 '형의 집행, 교정에 관한 사항으로서 공개될 경우 그 직무수행을 현저히 곤란하게 하는 정보'란 당해 정보가 공개될 경우 재소자들의 관리 및 질서유지, 수용시설의 안전, 재소자들에 대한 적정한 처우 및 교정·교화에 관한 직무의 공정하고 효율적인 수행에 직접적이고 구체적으로 장애를 줄 고도의 개

연성이 있고, 그 정도가 현저한 경우를 의미한다.

[2] 교도소에 수용 중이던 재소자가 담당 교도관들을 상대로 가혹행위를 이유로 형사고소 및 민사소송을 제기하면서 그 증명자료 확보를 위해 '근무보고서'와 '징벌위원회 회의록' 등의 정보공개를 요청하였으나 교도소장이 이를 거부한 사안에서, 근무보고서는 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제4호에 정한 비공개대상정보에 해당한다고 볼 수 없고, 징벌위원회 회의록 중 비공개 심사·의결 부분은 위 법 제9조 제1항 제5호의 비공개사유에 해당하지만 재소자의 진술, 위원장 및 위원들과 재소자 사이의 문답 등 징벌절차 진행 부분은 비공개사유에 해당하지 않는다고 보아 분리 공개가 허용된다.

〈선정이유〉

공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제4호에 정한 비공개대상정보(재판, 수사 등 관련 정보)의 판단기준을 제시한 판결

169. 비공개대상정보 : 제5호(감사, 감독, 시험, 계약, 의사결정 관련 정보) 대법원 2000. 5. 30. 선고 99추85 판결

(대법원 2000. 5. 30. 선고 99추85 판결)

〈주제〉 제5호(의사결정 관련 정보)의 비공개대상정보

〈쟁점〉

지방자치단체의 도시공원위원회의 회의관련자료 및 회의록을 공개시기 등에 관한 아무런 제한 규정 없이 공개하여야 한다는 취지의 지방자치단체의 조례안이 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제7조 제1항 제5호에 위반되는지 여부(적극)

〈판결요지〉

지방자치단체의 도시공원에 관한 조례에서 규정된 도시공원위원회의 심의사항에 관하여 위 위원회의 심의를 거친 후 시장이나 구청장이 위 사항들에 대한 결정을 대외적으로 공표하기 전에 위 위원회의 회의관련자료 및 회의록이 공개된다면 업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 초래한다고 할 것이므로, 위 위원회의 심의 후 그 심의사항들에 대한 시장 등의 결정의 대외적 공표행위가 있기 전까지는 위 위원회의 회의관련자료 및 회의록은 공공기관의정보공개에관한법률 제7조 제1항 제5호에서 규정하는 비공개대상정보에 해당한다고 할 것이고, 다만 시장 등의 결정의 대외적 공표행위가 있은 후에는 이를 의사결정과정이나 내부검토과정에 있는 사항이라고 할 수 없고 위 위원회의 회의관련자료 및 회의록을 공개하더라도 업무의 공정한 수행에 지장을 초래할 염려가 없으므로, 시장 등의 결정의 대외적 공표행위가 있은 후에는 위 위원회의 회의관련자료 및 회의록은 같은 법 제7조 제2항에 의하여 공개대상이 된다.

〈선정이유〉

도시공원위원회의 회의관련자료 및 회의록는 심의사항들에 대한 시장 등의 결정의 대외적 공표행위가 있기 전까지는 제5호에서 규정하는 비공개대상정보에 해당하지만, 시장 등의 결정의 대외

적 공표행위가 있은 후에는 이를 의사결정과정이나 내부검토과정에 있는 사항이라고 할 수 없고 위 위원회의 회의관련자료 및 회의록을 공개하더라도 업무의 공정한 수행에 지장을 초래할 염려가 없으므로 공개대상이 된다고 한 판결

170. 비공개대상정보 : 제5호(감사, 감독, 시험, 계약, 의사결정 관련 정보)

(대법원 2003. 8. 22. 선고 2002두12946 판결)

〈주제〉 위원회의 회의록에 기재된 발언내용에 대한 발언자의 인적사항 부분에 관한 정보는 제5호의 의사결정과정에 있는 사항에 준하여 비공개대상정보임

〈쟁점〉

[1] 의사결정과정에 제공된 회의관련자료나 의사결정과정이 기록된 회의록 등이 공공기관의정보공개에관한법률 제7조 제1항 제5호 소정의 '의사결정과정에 있는 사항'에 준하는 사항으로서 비공개대상정보에 해당되는지 여부(적극)

[2] 학교환경위생정화구역 내 금지행위(숙박시설) 해제결정에 관한 학교환경위생정화위원회의 회의록에 기재된 발언내용에 대한 해당 발언자의 인적사항 부분에 관한 정보는 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제7조 제1항 제5호 소정의 비공개대상에 해당한다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 공공기관의정보공개에관한법률상 비공개대상정보의 입법 취지에 비추어 살펴보면, 같은 법 제7조 제1항 제5호에서의 '감사·감독·검사·시험·규제·입찰계약·기술개발·인사관리·의사결정과정 또는 내부검토과정에 있는 사항'은 비공개대상정보를 예시적으로 열거한 것이라고 할 것이므로 의사결정과정에 제공된 회의관련자료나 의사결정과정이 기록된 회의록 등은 의사가 결정되거나 의사가 집행된 경우에는 더 이상 의사결정과정에 있는 사항 그 자체라고는 할 수 없으나, 의사결정과정에 있는 사항에 준하는 사항으로서 비공개대상정보에 포함될 수 있다.

[2] 학교환경위생구역 내 금지행위(숙박시설) 해제결정에 관한 학교환경위생정화위원회의 회의록에 기재된 발언내용에 대한 해당 발언자의 인적사항 부분에 관한 정보는 공공기관의정보공개에관한법률 제7조 제1항 제5호 소정의 비공개대상에 해당한다.

〈선정이유〉

의사결정과정에 제공된 회의관련자료나 의사결정과정이 기록된 회의록 등은 의사가 결정되거나 의사가 집행된 경우에는 더 이상 의사결정과정에 있는 사항 그 자체라고는 할 수 없으나, 의사결정과정에 있는 사항에 준하는 사항으로서 비공개대상정보에 포함될 수 있다고 보고, 위원회의 회의록에 기재된 발언내용에 대한 해당 발언자의 인적사항 부분에 관한 정보는 제5호 소정의 비공개대상 정보에 해당한다고 한 판결

171. 비공개대상정보 : 제6호(이름, 주민등록번호 등 개인정보)

(대법원 2003. 3. 11. 선고 2001두6425 판결)
〈주제〉 제6호의 비공개 대상정보의 판단기준

〈쟁점〉

[1] 정보공개거부처분을 받은 청구인이 그 거부처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있는지 여부(적극)

[2] 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제7조 제1항 제6호 단서 다목 소정의 '공개하는 것이 공익을 위하여 필요하다고 인정되는 정보'에 해당하는지 여부의 판단 기준

[3] 지방자치단체의 업무추진비 세부항목별 집행내역 및 그에 관한 증빙서류에 포함된 개인에 관한 정보는 '공개하는 것이 공익을 위하여 필요하다고 인정되는 정보'에 해당하지 않는다고 한 사례

[4] 비공개대상정보에 해당하는 부분과 공개가 가능한 부분이 구별되고 이를 분리할 수 있는 경우, 법원의 판결주문기재 방법(= 판결 주문에 행정청의 정보공개 거부처분 중 공개가 가능한 정보에 관한 부분만을 취소한다고 표시)

〈판결요지〉

[1] 국민의 정보공개청구권은 법률상 보호되는 구체적인 권리이므로, 공공기관에 대하여 정보의 공개를 청구하였다가 공개거부처분을 받은 청구인은 행정소송을 통하여 그 공개거부처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있다.

[2] 공공기관의정보공개에관한법률 제7조 제1항 제6호 단서 (다)목 소정의 '공개하는 것이 공익을 위하여 필요하다고 인정되는 정보'에 해당하는지 여부는 비공개에 의하여 보호되는 개인의 사생활 보호 등의 이익과 공개에 의하여 보호되는 국정운영의 투명성 확보 등의 공익을 비교·교량하여 구체적 사안에 따라 신중히 판단하여야 한다.

[3] 지방자치단체의 업무추진비 세부항목별 집행내역 및 그에 관한 증빙서류에 포함된 개인에 관한 정보는 '공개하는 것이 공익을 위하여 필요하다고 인정되는 정보'에 해당하지 않는다고 한 사례.

[4] 법원이 행정청의 정보공개거부처분의 위법 여부를 심리한 결과 공개를 거부한 정보에 비공개대상정보에 해당하는 부분과 공개가 가능한 부분이 혼합되어 있고 공개청구의 취지에 어긋나지 아니하는 범위 안에서 두 부분을 분리할 수 있음을 인정할 수 있을 때에는, 위 정보 중 공개가 가능한 부분을 특정하고 판결의 주문에 행정청의 위 거부처분 중 공개가 가능한 정보에 관한 부분만을 취소한다고 표시하여야 한다.

〈선정이유〉

제6호 단서 (다)목 소정의 '공개하는 것이 공익을 위하여 필요하다고 인정되는 정보'에 해당하는지 여부는 비공개에 의하여 보호되는 개인의 사생활 보호 등의 이익과 공개에 의하여 보호되는 공익을 비교·교량하여 구체적 사안에 따라 판단하여야 함을 밝히고, 공개를 거부한 정보에 비공개대상정보에 해당하는 부분과 공개가 가능한 부분이 혼합되어 있고 공개청구의 취지에 어긋나지 아니하는 범위 안에서 두 부분을 분리할 수 있는 경우에는 법원은 공개가 가능한 부분을 특정하고 판

결의 주문에 행정청의 공개거부처분 중 공개가 가능한 정보에 관한 부분만을 취소한다고 표시하여야 한다고 판시한 판결

172. 비공개대상정보 : 제6호(이름, 주민등록번호 등 개인정보)

(대법원 2012. 6. 18. 선고 2011두2361 전원합의체 판결)

〈주제〉 피의자신문조서 등에 기재된 피의자 등의 인적사항 이외의 진술내용이 개인의 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 인정되는 경우 제6호(개인정보)의 비공개대상정보임

〈쟁점〉

공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제6호 본문에서 정한 '당해 정보에 포함되어 있는 이름, 주민등록번호 등 개인에 관한 사항으로서 공개될 경우 개인의 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보'의 의미와 범위

〈판결요지〉

공공기관의 정보공개에 관한 법률(이하 '정보공개법'이라 한다)의 개정 연혁, 내용 및 취지 등에 헌법상 보장되는 사생활의 비밀 및 자유의 내용을 보태어 보면, 정보공개법 제9조 제1항 제6호 본문의 규정에 따라 비공개대상이 되는 정보에는 구 공공기관의 정보공개에 관한 법률(2004. 1. 29. 법률 제7127호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 같다)의 이름·주민등록번호 등 정보 형식이나 유형을 기준으로 비공개대상정보에 해당하는지를 판단하는 '개인식별정보'뿐만 아니라 그 외에 정보의 내용을 구체적으로 살펴 '개인에 관한 사항의 공개로 개인의 내밀한 내용의 비밀 등이 알려지게 되고, 그 결과 인격적·정신적 내면생활에 지장을 초래하거나 자유로운 사생활을 영위할 수 없게 될 위험성이 있는 정보'도 포함된다고 새겨야 한다. 따라서 불기소처분 기록 중 피의자신문조서 등에 기재된 피의자 등의 인적사항 이외의 진술내용 역시 개인의 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 인정되는 경우 정보공개법 제9조 제1항 제6호 본문 소정의 비공개대상에 해당한다.

〈선정이유〉

비공개대상인 '당해 정보에 포함되어 있는 이름, 주민등록번호 등 개인에 관한 사항으로서 공개될 경우 개인의 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보'의 의미와 범위를 판시한 판결

173. 정보공개 절차 (1)

(대법원 2007. 6. 1. 선고 2007두2555 판결)

〈주제〉 정보공개청구 시 요구되는 특정의 정도

〈쟁점〉

[1] 공공기관의 정보공개에 관한 법률에 따른 정보공개청구 시 요구되는 대상정보 특정의 정도

[2] 공공기관의 정보공개에 관한 법률에 따라 정보비공개결정의 취소를 구하는 사건에서 정보공개청구서에 청구대상정보를 특정할 수 없는 부분이 포함되어 있는 경우 법원이 취해야 할 조치

〈판결요지〉

[1] 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제10조 제1항 제2호는 정보의 공개를 청구하는 자는 정보공개청구서에 '공개를 청구하는 정보의 내용' 등을 기재할 것을 규정하고 있는바, 청구대상정보를 기재함에 있어서는 사회일반인의 관점에서 청구대상정보의 내용과 범위를 확정할 수 있을 정도로 특정함을 요한다.

[2] 정보비공개결정의 취소를 구하는 사건에 있어서, 만일 공개를 청구한 정보의 내용 중 너무 포괄적이거나 막연하여서 사회일반인의 관점에서 그 내용과 범위를 확정할 수 있을 정도로 특정되었다고 볼 수 없는 부분이 포함되어 있다면, 이를 심리하는 법원으로서는 마땅히 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제20조 제2항의 규정에 따라 공공기관에게 그가 보유·관리하고 있는 공개청구정보를 제출하도록 하여 이를 비공개로 열람·심사하는 등의 방법으로 공개청구정보의 내용과 범위를 특정시켜야 하고, 나아가 위와 같은 방법으로도 특정이 불가능한 경우에는 특정되지 않은 부분과 나머지 부분을 분리할 수 있고 나머지 부분에 대한 비공개결정이 위법한 경우라고 하여도 정보공개의 청구 중 특정되지 않은 부분에 대한 비공개결정의 취소를 구하는 부분은 나머지 부분과 분리하여 이를 기각하여야 한다.

〈선정이유〉

정보공개청구시 청구대상정보를 기재함에 있어서는 사회일반인의 관점에서 청구대상정보의 내용과 범위를 확정할 수 있을 정도로 특정함을 요한다고 한 판결

174. 정보공개 절차 (2)

(대법원 2018. 4. 12. 선고 2014두5477 판결)

〈주제〉 공공기관은 개괄적인 사유만을 들어 정보의 공개거부를 할 수 없음

〈쟁점〉

정보공개를 요구받은 공공기관이 구 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 중 몇 호에서 정한 비공개사유에 해당하는지를 주장, 증명하지 아니한 채 개괄적인 사유만을 들어 공개를 거부할 수 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

구 공공기관의 정보공개에 관한 법률(2013. 8. 6. 법률 제11991호로 개정되기 전의 것, 이하 '정보공개법'이라 한다) 제13조 제4항은 공공기관이 정보를 비공개하는 결정을 한 때에는 비공개이유를 구체적으로 명시하여 청구인에게 그 사실을 통지하여야 한다고 규정하고 있다. 정보공개법 제

1조, 제3조, 제6조는 국민의 알 권리를 보장하고 국정에 대한 국민의 참여와 국정운영의 투명성을 확보하기 위하여 공공기관이 보유·관리하는 정보를 모든 국민에게 원칙적으로 공개하도록 하고 있다. 그러므로 국민으로부터 보유·관리하는 정보에 대한 공개를 요구받은 공공기관으로서는, 정보공개법 제9조 제1항 각호에서 정하고 있는 비공개사유에 해당하지 않는 한 이를 공개하여야 한다. 이를 거부하는 경우라 할지라도, 대상이 된 정보의 내용을 구체적으로 확인·검토하여, 어느 부분이 어떠한 법익 또는 기본권과 충돌되어 정보공개법 제9조 제1항 몇 호에서 정하고 있는 비공개사유에 해당하는지를 주장·증명하여야만 하고, 그에 이르지 아니한 채 개괄적인 사유만을 들어 공개를 거부하는 것은 허용되지 아니한다.

〈선정이유〉

국민으로부터 보유·관리하는 정보에 대한 공개를 요구받은 공공기관은 대상이 된 정보의 내용을 구체적으로 확인·검토하여, 어느 부분이 어떠한 법익 또는 기본권과 충돌되어 정보공개법 제9조 제1항 몇 호에서 정하고 있는 비공개사유에 해당하는지를 주장·증명하여야만 하고, 그에 이르지 아니한 채 개괄적인 사유만을 들어 공개를 거부하는 것은 허용되지 않는다고 판시한 판결

175. 정보공개 절차 (3)

(대법원 2016. 11. 10. 선고 2016두44674 판결)

〈주제〉 정보공개 청구인에게 특정한 정보공개방법을 지정하여 청구할 수 있는 법률상 신청권이 인정됨

〈쟁점〉

[1] 정보공개 청구인에게 특정한 정보공개방법을 지정하여 청구할 수 있는 법령상 신청권이 있는지 여부(적극)

[2] 공공기관이 공개청구의 대상이 된 정보를 청구인이 신청한 공개방법 이외의 방법으로 공개하기로 하는 결정을 한 경우, 정보공개방법에 관한 부분에 대하여 일부 거부처분을 한 것인지 여부(적극) 및 이에 대하여 항고소송으로 다툴 수 있는지 여부(적극)

〈판결요지〉

구 공공기관의 정보공개에 관한 법률(2013. 8. 6. 법률 제11991호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 정보공개법'이라고 한다)은, 정보의 공개를 청구하는 이(이하 '청구인'이라고 한다)가 정보공개방법도 아울러 지정하여 정보공개를 청구할 수 있도록 하고 있고, 전자적 형태의 정보를 전자적으로 공개하여 줄 것을 요청한 경우에는 공공기관은 원칙적으로 요청에 응할 의무가 있고, 나아가 비전자적 형태의 정보에 관해서도 전자적 형태로 공개하여 줄 것을 요청하면 재량판단에 따라 전자적 형태로 변환하여 공개할 수 있도록 하고 있다. 이는 정보의 효율적 활용을 도모하고 청구인의 편의를 제고함으로써 구 정보공개법의 목적인 국민의 알 권리를 충실하게 보장하려는 것이므로, 청구인에게는 특정한 공개방법을 지정하여 정보공개를 청구할 수 있는 법령상 신청권이 있다.

따라서 공공기관이 공개청구의 대상이 된 정보를 공개는 하되, 청구인이 신청한 공개방법 이외

의 방법으로 공개하기로 하는 결정을 하였다면, 이는 정보공개청구 중 정보공개방법에 관한 부분에 대하여 일부 거부처분을 한 것이고, 청구인은 그에 대하여 항고소송으로 다툴 수 있다.

〈선정이유〉

정보공개 청구인에게는 특정한 공개방법을 지정하여 정보공개를 청구할 수 있는 법령상 신청권이 있으므로, 공공기관이 청구인이 신청한 공개방법 이외의 방법으로 공개하기로 하는 결정을 하였다면 청구인은 항고소송으로 다툴 수 있다고 한 판결

176. 정보공개 절차 (4)

(대법원 2003. 12. 12. 선고 2003두8050 판결)

〈주제〉 정보공개청구자가 지정한 공개방법을 정보공개 의무자가 임의로 선택할 재량권은 인정되지 않음

〈쟁점〉

[1] 정보공개를 청구하는 자가 공공기관에 대해 정보의 사본 또는 출력물의 교부의 방법으로 공개방법을 선택하여 정보공개청구를 한 경우, 공개청구를 받은 공공기관이 그 공개방법을 선택할 재량권이 있는지 여부(소극)

[2] 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제6조 제1항 소정의 국민의 범위 및 정보공개거부처분을 받은 청구인이 그 거부처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있는지 여부(적극)

[3] 공무원이 직무와 관련 없이 개인적인 자격으로 간담회, 연찬회 등 행사에 참석하고 금품을 수령한 정보가 '공개가 공익을 위해 필요한 정보'에 해당하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 공공기관의정보공개에관한법률 제2조 제2항, 제3조, 제5조, 제8조 제1항, 같은법시행령 제14조, 같은법시행규칙 제2조 [별지 제1호 서식] 등의 각 규정을 종합하면, 정보공개를 청구하는 자가 공공기관에 대해 정보의 사본 또는 출력물의 교부의 방법으로 공개방법을 선택하여 정보공개청구를 한 경우에 공개청구를 받은 공공기관으로서는 같은 법 제8조 제2항에서 규정한 정보의 사본 또는 복제물의 교부를 제한할 수 있는 사유에 해당하지 않는 한 정보공개청구자가 선택한 공개방법에 따라 정보를 공개하여야 하므로 그 공개방법을 선택할 재량권이 없다고 해석함이 상당하다.

[2] 공공기관의정보공개에관한법률 제6조 제1항은 "모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다."고 규정하고 있는데, 여기에서 말하는 국민에는 자연인은 물론 법인, 권리능력 없는 사단·재단도 포함되고, 법인, 권리능력 없는 사단·재단 등의 경우에는 설립목적을 불문하며, 한편 정보공개청구권은 법률상 보호되는 구체적인 권리이므로 청구인이 공공기관에 대하여 정보공개를 청구하였다가 거부처분을 받은 것 자체가 법률상 이익의 침해에 해당한다.

[3] 공무원이 직무와 관련 없이 개인적인 자격으로 간담회·연찬회 등 행사에 참석하고 금품을 수령한 정보는 공공기관의정보공개에관한법률 제7조 제1항 제6호 단서 (다)목 소정의 '공개하는 것이 공익을 위하여 필요하다고 인정되는 정보'에 해당하지 않는다.

〈선정이유〉

정보공개 청구인이 공공기관에 대해 정보의 사본 또는 출력물의 교부의 방법으로 공개방법을 선택하여 정보공개청구를 한 경우에 공공기관으로서는 같은 법 제8조 제2항에서 규정한 정보의 사본 또는 복제물의 교부를 제한할 수 있는 사유에 해당하지 않는 한 정보공개청구자가 선택한 공개방법에 따라 정보를 공개하여야 하므로 그 공개방법을 선택할 재량권이 없다고 한 판결

177. 정보공개청구인의 불복절차 (1) : 원고적격

(서울행정법원 2005. 10. 12. 선고 2005구합10484 판결(상소 없이 확정))

〈주제〉 지방자치단체는 정보공개를 청구할 수 있는 '국민'에 포함되지 않음

〈쟁점〉

지방자치단체가 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제5조 제1항에서 정한 정보공개청구권자인 '국민'에 포함되는지 여부(소극)

〈판결요지〉

지방자치단체는 공권력기관으로서 이러한 국민의 알권리를 보호할 위치에 있다고 보아야 하는 점 등에 비추어 보면, 지방자치단체에게는 알권리로서의 정보공개청구권이 인정된다고 보기는 어렵고, 나아가 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제4조, 제5조, 제6조의 각 규정의 취지를 종합하면, 공공기관의 정보공개에 관한 법률은 국민을 정보공개청구권자로, 지방자치단체를 국민에 대응하는 정보공개의무자로 상정하고 있다고 할 것이므로, 지방자치단체는 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제5조에서 정한 정보공개청구권자인 '국민'에 해당되지 아니한다.

〈선정이유〉

지방자치단체는 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제5조에서 정한 정보공개청구권자인 '국민'에 해당되지 않는다고 한 판결

178. 정보공개청구인의 불복절차 (2) : 소의 이익

(대법원 2006. 1. 13. 선고 2003두9459 판결)

〈주제〉 정보공개거부처분의 취소를 구할 법률상 이익

〈쟁점〉

[1] 공공기관이 공개를 구하는 정보를 보유, 관리하고 있지 아니한 경우, 정보공개거부처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있는지 여부(소극)

[2] 아파트재건축주택조합의 조합원들에게 제공될 무상보상평수의 사업수익성 등을 검토한 자료

가 구 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제7조 제1항에서 정한 비공개대상정보에 해당하지 않는다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 정보공개제도는 공공기관이 보유·관리하는 정보를 그 상태대로 공개하는 제도라는 점 등에 비추어 보면, 정보공개를 구하는 자가 공개를 구하는 정보를 행정기관이 보유·관리하고 있을 상당한 개연성이 있다는 점을 입증함으로써 족하다 할 것이지만, 공공기관이 그 정보를 보유·관리하고 있지 아니한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 정보공개거부처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다.

[2] 아파트재건축주택조합의 조합원들에게 제공될 무상보상평수의 사업수익성 등을 검토한 자료는 구 공공기관의 정보공개에 관한 법률(2004. 1. 29. 법률 제7127호로 전문 개정되기 전의 것) 제7조 제1항에서 정한 비공개대상정보에 해당하지 않는다.

〈선정이유〉

공공기관이 공개를 구하는 정보를 보유·관리하고 있지 아니한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 정보공개거부처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다고 한 판결

179. 정보공개청구권의 남용

(대법원 2014. 12. 24. 선고 2014두9349 판결)
〈주제〉 정보공개청구권의 남용

〈쟁점〉

[1] 국민의 정보공개청구가 권리의 남용에 해당하는 것이 명백한 경우, 정보공개청구권의 행사를 허용해야 하는지(소극)

[2] 교도소에 복역 중인 갑이 지방검찰청 검사장에게 자신에 대한 불기소사건 수사기록 중 타인의 개인정보를 제외한 부분의 공개를 청구하였으나, 검사장이 구 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 등에 규정된 비공개 대상 정보에 해당한다는 이유로 비공개 결정을 한 사안에서, 갑의 정보공개청구는 권리를 남용하는 행위로서 허용되지 않는다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 일반적인 정보공개청구권의 의미와 성질, 구 공공기관의 정보공개에 관한 법률(2013. 8. 6. 법률 제11991호로 개정되기 전의 것, 이하 '정보공개법'이라 한다) 제3조, 제5조 제1항, 제6조의 규정 내용과 입법 목적, 정보공개법이 정보공개청구권의 행사와 관련하여 정보의 사용 목적이나 정보에 접근하려는 이유에 관한 어떠한 제한을 두고 있지 아니한 점 등을 고려하면, 국민의 정보공개청구는 정보공개법 제9조에 정한 비공개 대상 정보에 해당하지 아니하는 한 원칙적으로 폭넓게 허용되어야 하지만, 실제로는 해당 정보를 취득 또는 활용할 의사가 전혀 없이 정보공개 제도를 이용하여 사회통념상 용인될 수 없는 부당한 이득을 얻으려 하거나, 오로지 공공기관의 담당공무원

을 괴롭힐 목적으로 정보공개청구를 하는 경우처럼 권리의 남용에 해당하는 것이 명백한 경우에는 정보공개청구권의 행사를 허용하지 아니하는 것이 옳다.

[2] 교도소에 복역 중인 갑이 지방검찰청 검사장에게 자신에 대한 불기소사건 수사기록 중 타인의 개인정보를 제외한 부분의 공개를 청구하였으나 검사장이 구 공공기관의 정보공개에 관한 법률(2013. 8. 6. 법률 제11991호로 개정되기 전의 것) 제9조 제1항 등에 규정된 비공개 대상 정보에 해당한다는 이유로 비공개 결정을 한 사안에서, 갑은 위 정보에 접근하는 것을 목적으로 정보공개를 청구한 것이 아니라, 청구가 거부되면 거부처분의 취소를 구하는 소송에서 승소한 뒤 소송비용 확정절차를 통해 자신이 그 소송에서 실제 지출한 소송비용보다 다액을 소송비용으로 지급받아 금전적 이득을 취하거나, 수감 중 변론기일에 출정하여 강제노역을 회피하는 것 등을 목적으로 정보공개를 청구하였다고 볼 여지가 큰 점 등에 비추어 갑의 정보공개청구는 권리를 남용하는 행위로서 허용되지 않는다고 한 사례.

〈선정이유〉

권리의 남용에 해당하는 것이 명백한 경우에는 정보공개청구권의 행사를 허용할 수 없다고 한 판결

180. 공개청구 정보의 보유·관리에 관한 증명책임

(대법원 2004. 12. 9. 선고 2003두12707 판결)
〈주제〉 공개청구 정보의 보유·관리에 관한 증명책임

〈쟁점〉

공개를 구하는 정보를 공공기관이 보유·관리하고 있을 상당한 개연성이 있다는 점에 대한 증명책임의 소재(=공개청구자) 및 그 정보를 더 이상 보유·관리하고 있지 아니하다는 점에 대한 증명책임의 소재(=공공기관)

〈판결요지〉

정보공개제도는 공공기관이 보유·관리하는 정보를 그 상태대로 공개하는 제도로서 공개를 구하는 정보를 공공기관이 보유·관리하고 있을 상당한 개연성이 있다는 점에 대하여 원칙적으로 공개청구자에게 증명책임이 있다고 할 것이지만, 공개를 구하는 정보를 공공기관이 한 때 보유·관리하였으나 후에 그 정보가 담긴 문서등이 폐기되어 존재하지 않게 된 것이라면 그 정보를 더 이상 보유·관리하고 있지 아니하다는 점에 대한 증명책임은 공공기관에게 있다.

〈선정이유〉

공개청구정보의 특수성에 비추어 정보의 보유·관리 여부에 관한 증명책임을 판시한 판결

제 3 장 행정의 실효성 확보수단

181. 대집행 : 대집행의 대상 (1)

(대법원 2000. 5. 12. 선고 99다18909 판결)
〈주제〉 행정대집행과 민사소송의 관계

〈쟁점〉

행정대집행절차가 인정되는 공법상 의무의 이행을 민사소송의 방법으로 구할 수 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

구 토지수용법(1999. 2. 8. 법률 제5909호로 개정되기 전의 것) 제18조의2 제2항에 의하면 사업인정의 고시가 있은 후에는 고시된 토지에 공작물의 신축, 개축, 증축 또는 대수선을 하거나 물건을 부가 또는 증치하고자 하는 자는 미리 도지사의 허가를 받도록 되어 있고, 한편 구 도로법(1999. 2. 8. 법률 제5894호로 개정되기 전의 것) 제74조 제1항 제1호에 의하면 관리청은 같은 법 또는 이에 의한 명령 또는 처분에 위반한 자에 대하여는 공작물의 개축, 물건의 이전 기타 필요한 처분이나 조치를 명할 수 있다고 되어 있으므로 토지에 관한 도로구역 결정이 고시된 후 구 토지수용법(1999. 2. 8. 법률 제5909호로 개정되기 전의 것) 제18조의2 제2항에 위반하여 공작물을 축조하고 물건을 부가한 자에 대하여 관리청은 이러한 위반행위에 의하여 생긴 유형적 결과의 시정을 명하는 행정처분을 하여 이에 따르지 않는 경우에는 행정대집행의 방법으로 그 의무내용을 실현할 수 있는 것이고, 이러한 행정대집행의 절차가 인정되는 경우에는 따로 민사소송의 방법으로 공작물의 철거, 수거 등을 구할 수는 없다.

〈선정이유〉

공법상 강제집행수단으로 행정대집행의 절차가 인정되는 경우에는 따로 민사소송의 방법으로 그 이행을 구할 수는 없다는 법리를 제시한 판결

182. 대집행 : 대집행의 대상 (2)

(대법원 2006. 10. 13. 선고 2006두7096 판결)
〈주제〉 사법상 의무의 불이행에 대해서는 대집행이 허용되지 않음

〈쟁점〉

구 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법에 의한 협의취득시 건물소유자가 매매대상 건물에 대한 철거의무를 부담하겠다는 취지의 약정을 한 경우, 그 철거의무가 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 되는지 여부(소극)

〈판결요지〉

행정대집행법상 대집행의 대상이 되는 대체적 작위의무는 공법상 의무이어야 할 것인데, 구 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법(2002. 2. 4. 법률 제6656호공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지)에 따른 토지 등의 협의취득은 공공사업에 필요한 토지 등을 그 소유자와의 협의에 의하여 취득하는 것으로서 공공기관이 사경제주체로서 행하는 사법상 매매 내지 사법상 계약의 실질을 가지는 것이므로, 그 협의취득시 건물소유자가 매매대상 건물에 대한 철거의무를 부담하겠다는 취지의 약정을 하였다고 하더라도 이러한 철거의무는 공법상의 의무가 될 수 없고, 이 경우에도 행정대집행법을 준용하여 대집행을 허용하는 별도의 규정이 없는 한 위와 같은 철거의무는 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 되지 않는다.

〈선정이유〉

공법상의 의무가 아닌 사법상의 약정에 기한 철거의무의 집행을 위하여는 공법상 행정대집행법에 의한 대집행을 할 수 없다는 법리를 제시한 판결

183. 대집행 : 대집행의 대상 (3)

(대법원 2005. 8. 19. 선고 2004다2809 판결)

〈주제〉 행정대집행이 인정되지 않는 경우에는 민사상 강제집행절차를 활용할 수 있음

〈쟁점〉

[1] 구 토지수용법상 피수용자 등이 기업자에 대하여 부담하는 수용대상 토지의 인도의무가 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 될 수 있는지 여부(소극)

[2] 구 토지수용법상 피수용자 등이 기업자에 대하여 부담하는 수용대상 토지의 인도 또는 그 지장물의 명도의무를 피보전권리로 하는 명도단행가처분의 허용 여부(적극)

〈판결요지〉

[1] 피수용자 등이 기업자에 대하여 부담하는 수용대상 토지의 인도의무에 관한 구 토지수용법(2002. 2. 4. 법률 제6656호 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지) 제63조, 제64조, 제77조 규정에서의 '인도'에는 명도도 포함되는 것으로 보아야 하고, 이러한 명도의무는 그것을 강제적으로 실현하면서 직접적인 실력행사가 필요한 것이지 대체적 작위의무라고 볼 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 될 수 있는 것이 아니다.

[2] 구 토지수용법(2002. 2. 4. 법률 제6656호 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지) 제63조의 규정에 따라 피수용자 등이 기업자에 대하여 부담하는 수용대상 토지의 인도 또는 그 지장물의 명도의무 등이 비록 공법상의 법률관계라고 하더라도, 그 권리를 피보전권리로 하는 명도단행가처분은 그 권리에 끼칠 현저한 손해를 피하거나 급박한 위험을 방지하기 위하여 또는 그 밖의 필요한 이유가 있을 경우에는 허용될 수 있다.

〈선정이유〉

피수용자 등이 기업자에 대하여 부담하는 수용대상 토지의 인도의무는 대체적 작위의무라고 볼 수 없으므로 행정대집행의 대상이 될 수 없고, 이 경우 비록 공법상의 법률관계라고 하더라도 민사상의 가처분의 요건이 갖추어진 경우 명도단행가처분이 허용될 수 있다고 밝힌 판결

184. 대집행 : 비대체적 작위의무에 대한 대집행 가부

(대법원 1998. 10. 23. 선고 97누157 판결)

〈주제〉 도시공원시설 점유자의 퇴거 및 명도의무는 대집행의 대상이 아님

〈쟁점〉

도시공원시설 점유자의 퇴거 및 명도의무가 행정대집행법에 의한 대집행의 대상인지 여부(소극)

〈판결요지〉

도시공원시설인 매점의 관리청이 그 공동점유자 중의 1인에 대하여 소정의 기간 내에 위 매점으로부터 퇴거하고 이에 부수하여 그 판매 시설물 및 상품을 반출하지 아니할 때에는 이를 대집행하겠다는 내용의 계고처분은 그 주된 목적이 매점의 원형을 보존하기 위하여 점유자가 설치한 불법 시설물을 철거하고자 하는 것이 아니라, 매점에 대한 점유자의 점유를 배제하고 그 점유이전을 받는 데 있다고 할 것인데, 이러한 의무는 그것을 강제적으로 실현함에 있어 직접적인 실력행사가 필요한 것이지 대체적 작위의무에 해당하는 것은 아니어서 직접강제의 방법에 의하는 것은 별론으로 하고 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 되는 것은 아니다.

〈선정이유〉

대체적 작위의무에 해당하지 않는 의무는 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 되지 않는다는 판결

185. 대집행 : 부작위의무에 대한 대집행 가부

(대법원 1996. 6. 28. 선고 96누4374 판결)

〈주제〉 부작위의무는 대집행의 대상이 아님

〈쟁점〉

금지규정에서 작위의무 명령권이 당연히 도출되는지 여부(소극)

〈판결요지〉

대집행계고처분을 하기 위하여는 법령에 의하여 직접 명령되거나 법령에 근거한 행정청의 명령

에 의한 의무자의 대체적 작위의무 위반행위가 있어야 한다. 따라서 단순한 부작위의무의 위반, 즉 관계 법령에 정하고 있는 절대적 금지나 허가를 유보한 상대적 금지를 위반한 경우에는 당해 법령에서 그 위반자에 대하여 위반에 의하여 생긴 유형적 결과의 시정을 명하는 행정처분의 권한을 인정하는 규정(예컨대, 건축법 제69조, 도로법 제74조, 하천법 제67조, 도시공원법 제20조, 옥외광고물등관리법 제10조 등)을 두고 있지 아니한 이상, 법치주의의 원리에 비추어 볼 때 위와 같은 부작위의무로부터 그 의무를 위반함으로써 생긴 결과를 시정하기 위한 작위의무를 당연히 끌어낼 수는 없으며, 또 위 금지규정(특히 허가를 유보한 상대적 금지규정)으로부터 작위의무, 즉 위반결과의 시정을 명하는 권한이 당연히 추론되는 것도 아니다.

〈선정이유〉

부작위의무로부터 그 의무를 위반함으로써 생긴 결과를 시정하기 위한 작위의무를 당연히 끌어낼 수는 없고, 금지규정으로부터 위반결과의 시정을 명하는 행정청의 권한이 당연히 도출되는 것도 아니므로, 대체적 작위의무를 명하는 규정이 별도로 존재하지 않는 한, 대체적 작위의무를 대상으로 하는 행정대집행을 할 수 없다고 밝힌 판결

186. 대집행의 절차 : 계고 (1)

(대법원 1994. 10. 28. 선고 94누5144 판결)

〈주제〉 행정대집행 계고의 요건

〈쟁점〉

[1] 대집행계고를 함에 있어 대집행할 행위의 내용 및 범위가 대집행계고서에 의하여서만 특정되어야 하는지 여부(소극)

[2] 위법건축물에 대한 철거명령 및 계고처분에 불응하자 제2차, 제3차로 행한 계고처분이 행정처분인지 여부(소극 = 연기통지에 불과)

[3] 위법한 건물의 공유자 1인에 대한 계고처분이 다른 공유자에 대하여 효력이 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 행정청이 행정대집행법 제3조 제1항에 의한 대집행계고를 함에 있어서는 의무자가 스스로 이행하지 아니하는 경우에 대집행할 행위의 내용 및 범위가 구체적으로 특정되어야 하나, 그 행위의 내용 및 범위는 반드시 대집행계고서에 의하여서만 특정되어야 하는 것이 아니고 계고처분 전후에 송달된 문서나 기타 사정을 종합하여 행위의 내용이 특정되면 족하다.

[2] 건물의 소유자에게 위법건축물을 일정기간까지 철거할 것을 명함과 아울러 불이행할 때에는 대집행한다는 내용의 철거대집행 계고처분을 고지한 후 이에 불응하자 다시 제2차, 제3차 계고서를 발송하여 일정기간까지의 자진철거를 촉구하고 불이행하면 대집행을 한다는 뜻을 고지하였다면 행정대집행법상의 건물철거의무는 제1차 철거명령 및 계고처분으로서 발생하였고 제2차, 제3차의 계고처분은 새로운 철거의무를 부과한 것이 아니고 다만 대집행기한의 연기통지에 불과하므로 행정처분이 아니다.

[3] 위법한 건물의 공유자 1인에 대한 계고처분은 다른 공유자에 대하여는 그 효력이 없다.

〈선정이유〉

대집행할 행위의 내용 및 범위의 특정 방법과 반복된 대집행계고가 행정처분이 아니라는 등의 법리를 밝힌 판결

187. 대집행의 절차 : 계고 (2)

(대법원 1992. 4. 12. 선고 91누13564 판결)

〈주제〉 철거명령과 계고를 한 장의 문서로 동시에 할 수 있음

〈쟁점〉

[1] 계고서라는 명칭의 1장의 문서로서 일정기간 내에 위법건축물의 자진철거를 명함과 동시에 그 소정기한 내에 자진철거를 하지 아니할 때에는 대집행할 뜻을 미리 계고한 경우, 철거명령 및 계고처분의 적부(적극)

[2] 위 제1항의 경우, 철거명령에서 주어진 일정기간이 자진철거에 필요한 상당한 기간이라면 그 기간 속에는 계고시에 필요한 '상당한 이행기간'도 포함되어 있다고 보아야 할 것인지 여부(적극)

〈판결요지〉

[1] 계고서라는 명칭의 1장의 문서로서 일정기간 내에 위법건축물의 자진철거를 명함과 동시에 그 소정기한 내에 자진철거를 하지 아니할 때에는 대집행할 뜻을 미리 계고한 경우라도 건축법에 의한 철거명령과 행정대집행법에 의한 계고처분은 독립하여 있는 것으로서 각 그 요건이 충족되었다고 볼 것이다.

[2] 위 1.항의 경우, 철거명령에서 주어진 일정기간이 자진철거에 필요한 상당한 기간이라면 그 기간 속에는 계고시에 필요한 '상당한 이행기간'도 포함되어 있다고 보아야 할 것이다.

〈선정이유〉

건축법에 의한 철거명령과 행정대집행법에 의한 계고처분의 요건을 계고서라는 1장의 문서로서 충족시킬 수 있고, 이행기간에 관한 요건도 중복하여 충족시킨 것으로 해석할 수 있음을 밝힌 판결

188. 대집행의 요건 : 공익상의 요청

(대법원 1996. 10. 11. 선고 96누8086 판결)

〈주제〉 대집행 요건으로서 '공익상의 요청'

〈쟁점〉

[1] 건물철거 대집행계고처분의 요건 및 그 주장·입증책임

[2] 건물 중 위법하게 구조변경을 한 부분에 대한 철거 대집행계고처분이 재량권의 범위를 벗어난 위법한 것인지 여부

〈판결요지〉

[1] 건축법에 위반하여 건축한 것이어서 철거의무가 있는 건물이라 하더라도 그 철거의무를 대집행하기 위한 계고처분을 하려면 다른 방법으로는 이행의 확보가 어렵고 불이행을 방치함이 심히 공익을 해하는 것으로 인정될 때에 한하여 허용되고 이러한 요건의 주장·입증책임은 처분 행정청에 있다.

[2] 건물 중 위법하게 구조변경을 한 건축물 부분은 제반 사정에 비추어 그 원상복구로 인한 불이익의 정도가 그로 인하여 유지하고자 하는 공익상의 필요 또는 제3자의 이익보호의 필요에 비하여 현저히 크므로, 그 건축물 부분에 대한 대집행계고처분은 재량권의 범위를 벗어난 위법한 처분이라고 한 원심판결을 수긍한 사례.

〈선정이유〉

행정대집행의 요건에 관한 주장·증명책임을 밝히고, 재량권의 일탈에 관한 구체적인 판단을 보여준 판결

189. 대집행 절차에 대한 행정소송

(대법원 1993. 6. 8. 선고 93누6164 판결)

〈주제〉 대집행의 실행이 완료된 경우 계고처분의 취소를 구할 소의 이익이 없음

〈쟁점〉

행정대집행이 실행완료된 경우 대집행계고처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

대집행계고처분 취소소송의 변론종결 전에 대집행영장에 의한 통지절차를 거쳐 사실행위로서 대집행의 실행이 완료된 경우에는 행위가 위법한 것이라는 이유로 손해배상이나 원상회복 등을 청구하는 것은 별론으로 하고 처분의 취소를 구할 법률상 이익은 없다.

〈선정이유〉

행정소송법상 법률상 이익에 관한 구체적 판단으로서 대집행의 실행이 완료된 경우 대집행계고처분에 대한 취소소송의 소의 이익이 없다는 점을 제시한 판결

190. 강제징수 (1)

(대법원 1984. 9. 25. 선고 84누201 판결)
〈주제〉 공매처분은 행정처분에 해당됨

〈쟁점〉

공매의 성질 및 공매에 의하여 재산을 매수한 자가 그 공매처분이 취소된 경우 그 취소처분의 위법을 주장하여 행정소송을 제기할 법률상의 이익이 있는지 여부(적극)

〈판결요지〉

과세관청이 체납처분으로서 행하는 공매는 우월한 공권력의 행사로서 행정소송의 대상이 되는 공법상의 행정처분이며 공매에 의하여 재산을 매수한 자는 그 공매처분이 취소된 경우에 그 취소처분의 위법을 주장하여 행정소송을 제기할 법률상 이익이 있다.

〈선정이유〉

과세관청이 체납처분으로서 행하는 공매는 행정소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다는 점을 최초로 밝힌 판결

191. 강제징수 (2)

(대법원 2011. 3. 24. 선고 2010두25527 판결)
〈주제〉 공매통지는 절차적 요건일 뿐 행정처분이 아님

〈쟁점〉

국세징수법이 압류재산을 공매할 때 공매통지를 하도록 한 이유 및 공매통지 자체가 항고소송의 대상이 되는 행정처분인지 여부(원칙적 소극)

〈판결요지〉

국세징수법이 압류재산을 공매할 때에 공고와 별도로 체납자 등에게 공매통지를 하도록 한 이유는, 체납자 등으로 하여금 공매절차가 유효한 조세부과처분 및 압류처분에 근거하여 적법하게 이루어지는지 여부를 확인하고 이를 다툴 수 있는 기회를 주는 한편, 국세징수법이 정한 바에 따라 체납세액을 납부하고 공매절차를 중지 또는 취소시켜 소유권 또는 기타의 권리를 보존할 수 있는 기회를 갖도록 함으로써 체납자 등이 감수하여야 하는 강제적인 재산권 상실에 대응한 절차적인 적법성을 확보하기 위한 것으로 보아야 하고, 따라서 체납자 등에 대한 공매통지는 국가의 강제력에 의하여 진행되는 공매에서 체납자 등의 권리 내지 재산상의 이익을 보호하기 위하여 법률로 규정한 절차적 요건이라고 보아야 하며, 공매처분을 하면서 체납자 등에게 공매통지를 하지 않았거나 공매통지를 하였더라도 그것이 적법하지 아니한 경우에는 절차상의 흠이 있어 그 공매처분이 위법

하게 되는 것이지만, 공매통지 자체가 그 상대방인 체납자 등의 법적 지위나 권리·의무에 직접적인 영향을 주는 행정처분에 해당한다고 할 것은 아니므로 다른 특별한 사정이 없는 한 체납자 등은 공매통지의 결여나 위법을 들어 공매처분의 취소 등을 구할 수 있는 것이지 공매통지 자체를 항고소송의 대상으로 삼아 그 취소 등을 구할 수는 없다.

〈선정이유〉

공매통지는 공매처분과는 별도로 법률로 규정한 절차적 요건이지, 항고소송의 대상이 되는 처분은 아니라는 점을 밝힌 판결

192. 강제징수 (3)

(대법원 2008. 11. 20. 선고 2007두18154 전원합의체 판결
〈주제〉 공매통지의 흠과 공매처분의 효력

〈쟁점〉

[1] 체납자 등에 대한 공매통지가 공매의 절차적 요건인지 여부(적극)

[2] 체납자 등에게 공매통지를 하지 않았거나 적법하지 않은 공매통지를 한 경우 그 공매처분이 위법한지 여부(적극)

〈판결요지〉

체납자는 국세징수법 제66조에 의하여 직접이든 간접이든 압류재산을 매수하지 못함에도, 국세징수법이 압류재산을 공매할 때 공고와 별도로 체납자 등에게 공매통지를 하도록 한 이유는, 체납자 등에게 공매절차가 유효한 조세부과처분 및 압류처분에 근거하여 적법하게 이루어지는지 여부를 확인하고 이를 다툴 수 있는 기회를 주는 한편, 국세징수법이 정한 바에 따라 체납세액을 납부하고 공매절차를 중지 또는 취소시켜 소유권 또는 기타의 권리를 보존할 수 있는 기회를 갖도록 함으로써, 체납자 등이 감수하여야 하는 강제적인 재산권 상실에 대응한 절차적인 적법성을 확보하기 위한 것이다. 따라서 체납자 등에 대한 공매통지는 국가의 강제력에 의하여 진행되는 공매에서 체납자 등의 권리 내지 재산상의 이익을 보호하기 위하여 법률로 규정한 절차적 요건이라고 보아야 하며, 공매처분을 하면서 체납자 등에게 공매통지를 하지 않았거나 공매통지를 하였더라도 그것이 적법하지 아니한 경우에는 절차상의 흠이 있어 그 공매처분은 위법하다. 다만, 공매통지의 목적이나 취지 등에 비추어 보면, 체납자 등은 자신에 대한 공매통지의 하자만을 공매처분의 위법사유로 주장할 수 있을 뿐 다른 권리자에 대한 공매통지의 하자를 들어 공매처분의 위법사유로 주장하는 것은 허용되지 않는다.

〈선정이유〉

공매처분을 하면서 체납자 등에게 공매통지를 하지 않았거나 공매통지를 하였더라도 적법하지 아니한 경우에는 공매처분에 절차적 하자가 있다는 법리를 밝힌 판결

193. 이행강제금 (1)

(대법원 2006. 12. 8.자 2006마470 결정)
〈주제〉 이행강제금의 승계

〈쟁점〉

[1] 구 건축법상 이행강제금을 부과받은 사람이 이행강제금사건의 계속 중 사망한 경우, 절차의 종료 여부(적극)

[2] 구 건축법상 이행강제금을 부과받은 사람이 이행강제금사건의 제1심결정 후 항고심결정이 있기 전에 사망한 경우, 사망자의 이름으로 제기된 재항고의 적법성(=부적법)

〈결정요지〉

[1] 구 건축법(2005. 11. 8. 법률 제7696호로 개정되기 전의 것)상의 이행강제금은 구 건축법의 위반행위에 대하여 시정명령을 받은 후 시정기간 내에 당해 시정명령을 이행하지 아니한 건축주 등에 대하여 부과되는 간접강제의 일종으로서 그 이행강제금 납부의무는 상속인 기타의 사람에게 승계될 수 없는 일신전속적인 성질의 것이므로 이미 사망한 사람에게 이행강제금을 부과하는 내용의 처분이나 결정은 당연무효이고, 이행강제금을 부과받은 사람의 이의에 의하여 비송사건절차법에 의한 재판절차가 개시된 후에 그 이의한 사람이 사망한 때에는 사건 자체가 목적을 잃고 절차가 종료한다.

[2] 구 건축법상 이행강제금을 부과받은 사람이 이행강제금사건의 제1심결정 후 항고심결정이 있기 전에 사망한 경우, 항고심결정은 당연무효이고, 이미 사망한 사람의 이름으로 제기된 재항고는 보정할 수 없는 흠결이 있는 것으로서 부적법하다.

〈선정이유〉

이행강제금 납부의무의 성질 및 사망한 사람에게 이행강제금을 부과하는 내용의 처분이나 결정이 당연무효라는 법리를 밝힌 판결

194. 이행강제금 (2)

(헌법재판소 2004. 2. 26.자 2001헌바80, 84, 102, 103, 2002헌바26(병합) 전원재판부 결정)
〈주제〉 대체적 작위의무 위반에 대하여 대집행과 이행강제금의 선택적 활용이 가능함

〈쟁점〉

건축법상 시정명령을 위반한 자에 대하여 그 이행을 강제하기 위해서 이행강제금을 부과하는 건축법 제83조 제1항이 과잉금지원칙 및 이중처벌금지원칙에 위배되는지 여부(소극)

〈결정요지〉

전통적으로 행정대집행은 대체적 작위의무에 대한 강제집행수단으로, 이행강제금은 부작위의무나

비대체적 작위의무에 대한 강제집행수단으로 이해되어 왔으나, 이는 이행강제금제도의 본질에서 오는 제약은 아니며, 이행강제금은 대체적 작위의무의 위반에 대하여도 부과될 수 있다. 현행 건축법상 위법건축물에 대한 이행강제수단으로 대집행과 이행강제금(제83조 제1항)이 인정되고 있는데, 양 제도는 각각의 장·단점이 있으므로 행정청은 개별사건에 있어서 위반내용, 위반자의 시정의지 등을 감안하여 대집행과 이행강제금을 선택적으로 활용할 수 있으며, 이처럼 그 합리적인 재량에 의해 선택하여 활용하는 이상 중첩적인 제재에 해당한다고 볼 수 없다.

〈선정이유〉

이행강제금은 대체적 작위의무의 위반에 대하여도 부과될 수 있어서 행정대집행과 이행강제금을 동시에 인정하여도 이중처벌에 해당하지 않는다는 점을 밝힌 판결

195. 이행강제금 (3)

(대법원 2018. 1. 25. 선고 2015두35116 판결)
〈주제〉 의무이행이 있는 경우 이행강제금을 부과할 수 없음

〈쟁점〉

[1] 가설건축물 존치기간을 연장하려는 건축주 등이 법령에 규정되어 있는 제반 서류와 요건을 갖추어 행정청에 연장신고를 한 경우, 행정청이 법령에서 요구하지 않은 '대지사용승낙서' 등의 서류가 제출되지 아니하였거나, 대지소유권의 사용승낙이 없다는 등의 사유를 들어 연장신고의 수리를 거부할 수 있는지 여부(소극)

[2] 건축법상 이행강제금의 법적 성격(= 행정상 간접강제) 및 시정명령을 받은 의무자가 시정명령에서 정한 기간이 지났으나 이행강제금이 부과되기 전에 의무를 이행한 경우, 이행강제금을 부과할 수 있는지 여부(소극)

[3] 시정명령을 받은 의무자가 시정명령의 취지에 부합하는 의무를 이행하기 위한 정당한 방법으로 행정청에 신청 또는 신고를 하였으나 행정청이 위법하게 이를 거부 또는 반려함으로써 그 처분이 취소된 경우, 시정명령의 불이행을 이유로 이행강제금을 부과할 수 있는지 여부(원칙적 소극)

〈판결요지〉

[1] 가설건축물은 건축법상 '건축물'이 아니므로 건축허가나 건축신고 없이 설치할 수 있는 것이 원칙이지만 일정한 가설건축물에 대하여는 건축물에 준하여 위험을 통제하여야 할 필요가 있으므로 신고 대상으로 규율하고 있다. 이러한 신고제도의 취지에 비추어 보면, 가설건축물 존치기간을 연장하려는 건축주 등이 법령에 규정되어 있는 제반 서류와 요건을 갖추어 행정청에 연장신고를 한 때에는 행정청은 원칙적으로 이를 수리하여 신고필증을 교부하여야 하고, 법령에서 정한 요건 이외의 사유를 들어 수리를 거부할 수는 없다. 따라서 행정청으로서는 법령에서 요구하고 있지도 아니한 '대지사용승낙서' 등의 서류가 제출되지 아니하였거나, 대지소유권자의 사용승낙이 없다는 등의 사유를 들어 가설건축물 존치기간 연장신고의 수리를 거부하여서는 아니 된다.

[2] 건축법상의 이행강제금은 시정명령의 불이행이라는 과거의 위반행위에 대한 제재가 아니라,

의무자에게 시정명령을 받은 의무의 이행을 명하고 그 이행기간 안에 의무를 이행하지 않으면 이행강제금이 부과된다는 사실을 고지함으로써 의무자에게 심리적 압박을 주어 의무의 이행을 간접적으로 강제하는 행정상의 간접강제 수단에 해당한다. 이러한 이행강제금의 본질상 시정명령을 받은 의무자가 이행강제금이 부과되기 전에 그 의무를 이행한 경우에는 비록 시정명령에서 정한 기간을 지나서 이행한 경우라도 이행강제금을 부과할 수 없다.

[3] 나아가 시정명령을 받은 의무자가 그 시정명령의 취지에 부합하는 의무를 이행하기 위한 정당한 방법으로 행정청에 신청 또는 신고를 하였으나 행정청이 위법하게 이를 거부 또는 반려함으로써 결국 그 처분이 취소되기에 이르렀다면, 특별한 사정이 없는 한 그 시정명령의 불이행을 이유로 이행강제금을 부과할 수는 없다고 보는 것이 위와 같은 이행강제금 제도의 취지에 부합한다.

〈선정이유〉

이행강제금의 본질상 의무의 이행이 있으면 이행강제금을 부과할 수 없고, 시정명령을 받은 의무자가 의무를 이행하기 위한 정당한 방법으로 행정청에 신청 또는 신고를 하였으나 행정청이 위법하게 이를 거부 또는 반려함으로써 그 처분이 취소된 경우에도 시정명령의 불이행을 이유로 이행강제금을 부과할 수 없다는 판결

196. 이행강제금 (4)

(대법원 2016. 7. 14. 선고 2015두46598 판결)

〈주제〉 시정명령의 이행 기회가 제공되지 아니한 과거의 기간에 대한 이행강제금까지 한꺼번에 부과할 수 없음

〈쟁점〉

[1] 구 건축법상 이행강제금의 법적 성격(= 행정상의 간접강제 수단)

[2] 건축주 등이 장기간 시정명령을 이행하지 아니하였으나 그 기간 중에 시정명령의 이행 기회가 제공되지 아니하였다가 뒤늦게 이행 기회가 제공된 경우, 이행 기회가 제공되지 아니한 과거의 기간에 대한 이행강제금까지 한꺼번에 부과할 수 있는지 여부(소극) 및 이를 위반하여 이루어진 이행강제금 부과처분의 하자가 중대, 명백한지 여부(적극)

〈판결요지〉

구 건축법(2014. 5. 28. 법률 제12701호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제79조 제1항, 제80조 제1항, 제2항, 제4항 본문, 제5항의 내용, 체계 및 취지 등을 종합하면, 구 건축법상 이행강제금은 시정명령의 불이행이라는 과거의 위반행위에 대한 제재가 아니라, 시정명령을 이행하지 않고 있는 건축주·공사시공자·현장관리인·소유자·관리자 또는 점유자(이하 '건축주 등'이라 한다)에 대하여 다시 상당한 이행기한을 부여하고 기한 안에 시정명령을 이행하지 않으면 이행강제금이 부과된다는 사실을 고지함으로써 의무자에게 심리적 압박을 주어 시정명령에 따른 의무의 이행을 간접적으로 강제하는 행정상의 간접강제 수단에 해당한다. 그리고 구 건축법 제80조 제1항, 제4항에 의하면 문언상 최초의 시정명령이 있었던 날을 기준으로 1년 단위별로 2회에 한하여 이행강제금을

부과할 수 있고, 이 경우에도 매 1회 부과 시마다 구 건축법 제80조 제1항 단서에서 정한 1회분 상당액의 이행강제금을 부과한 다음 다시 시정명령의 이행에 필요한 상당한 이행기한을 정하여 그 기한까지 시정명령을 이행할 수 있는 기회(이하 '시정명령의 이행 기회'라 한다)를 준 후 비로소 다음 1회분 이행강제금을 부과할 수 있다.

따라서 비록 건축주 등이 장기간 시정명령을 이행하지 아니하였더라도, 그 기간 중에는 시정명령의 이행 기회가 제공되지 아니하였다가 뒤늦게 시정명령의 이행 기회가 제공된 경우라면, 시정명령의 이행 기회 제공을 전제로 한 1회분의 이행강제금만을 부과할 수 있고, 시정명령의 이행 기회가 제공되지 아니한 과거의 기간에 대한 이행강제금까지 한꺼번에 부과할 수는 없다. 그리고 이를 위반하여 이루어진 이행강제금 부과처분은 과거의 위반행위에 대한 제재가 아니라 행정상의 간접강제 수단이라는 이행강제금의 본질에 반하여 구 건축법 제80조 제1항, 제4항 등 법규의 중요한 부분을 위반한 것으로서, 그러한 하자는 중대할 뿐만 아니라 객관적으로도 명백하다.

〈선정이유〉

이행강제금의 성질상 시정명령의 이행 기회가 제공되지 아니한 과거의 기간에 대한 이행강제금까지 한꺼번에 부과할 수는 없고, 이를 위반한 이행강제금 부과처분의 하자는 중대명백하여 당연무효라는 점을 밝힌 판결

197. 이행강제금 (5)

(대법원 2019. 4. 11. 선고 2018두42955 판결)

〈주제〉 농지법상 이행강제금 부과의 처분성을 부정한 사례

〈쟁점〉

[1] 농지법 제62조 제1항에 따른 이행강제금 부과처분에 대한 불복절차(= 비송사건절차법에 따른 재판) 및 위 이행강제금 부과처분이 행정소송법상 항고소송의 대상이 되는지 여부(소극)

[2] 관할청이 농지법상 이행강제금 부과처분을 하면서 재결청에 행정심판을 청구하거나 관할 행정법원에 행정소송을 할 수 있다고 잘못 안내한 경우, 행정법원의 항고소송 재판관할이 생기는지 여부(소극)

〈판결요지〉

농지법은 농지 처분명령에 대한 이행강제금 부과처분에 불복하는 자가 그 처분을 고지받은 날부터 30일 이내에 부과권자에게 이의를 제기할 수 있고, 이의를 받은 부과권자는 지체 없이 관할 법원에 그 사실을 통보하여야 하며, 그 통보를 받은 관할 법원은 비송사건절차법에 따른 과태료 재판에 준하여 재판을 하도록 정하고 있다(제62조 제1항, 제6항, 제7항). 따라서 농지법 제62조 제1항에 따른 이행강제금 부과처분에 불복하는 경우에는 비송사건절차법에 따른 재판절차가 적용되어야 하고, 행정소송법상 항고소송의 대상은 될 수 없다.

농지법 제62조 제6항, 제7항이 위와 같이 이행강제금 부과처분에 대한 불복절차를 분명하게 규정하고 있으므로, 이와 다른 불복절차를 허용할 수는 없다. 설령 관할청이 이행강제금 부과처분을

하면서 재결청에 행정심판을 청구하거나 관할 행정법원에 행정소송을 할 수 있다고 잘못 안내하거나 관할 행정심판위원회가 각하재결이 아닌 기각재결을 하면서 관할 법원에 행정소송을 할 수 있다고 잘못 안내하였다고 하더라도, 그러한 잘못된 안내로 행정법원의 항고소송 재판관할이 생긴다고 볼 수도 없다.

〈선정이유〉

농지법상 이행강제금 부과처분은 이에 불복하는 경우 비송사건절차법에 따라야 하고, 이 경우 행정소송법상 항고소송의 대상은 될 수 없다는 판결

198. 즉시강제

(헌법재판소 2002. 10. 31.자 2000헌가12 결정)
〈주제〉 즉시강제와 영장주의

〈쟁점〉

[1] 관계행정청이 등급분류를 받지 아니하거나 등급분류를 받은 게임물과 다른 내용의 게임물을 발견한 경우 관계공무원으로 하여금 이를 수거, 폐기하게 할 수 있도록 한 구 음반비디오물및게임물에관한법률(2001. 5. 24. 법률 제6473호로 개정되기 전의 것) 제24조 제3항 제4호 중 게임물에 관한 규정 부분(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이 재산권을 침해하는지 여부(소극)

2] 이 사건 법률조항이 재판청구권을 침해하는지 여부(소극)

[3] 이 사건 법률조항이 영장주의와 적법절차의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

〈결정요지〉

[1] 이 사건 법률조항의 입법목적은 등급분류를 받지 아니하거나 등급분류를 받은 게임물과 다른 내용의 게임물(이하 “불법게임물”이라 한다)의 유통을 방지함으로써 게임물의 등급분류제를 정착시키고, 나아가 불법게임물로 인한 사행성의 조장을 억제하여 건전한 사회기풍을 조성하기 위한 것으로서 그 입법목적의 정당성이 인정되고, 이 사건 법률조항에서 불법게임물을 즉시 수거·폐기할 수 있도록 하는 행정상 즉시강제의 근거를 규정한 것은 위와 같은 입법목적을 달성하기 위한 적절한 수단의 하나가 될 수 있다.

[2] 불법게임물은 불법현장에서 이를 즉시 수거하지 않으면 증거인멸의 가능성이 있고, 그 사행성으로 인한 폐해를 막기 어려우며, 대량으로 복제되어 유통될 가능성이 있어, 불법게임물에 대하여 관계당사자에게 수거·폐기를 명하고 그 불이행을 기다려 직접강제 등 행정상의 강제집행으로 나아가는 원칙적인 방법으로는 목적달성이 곤란하다고 할 수 있으므로, 이 사건 법률조항의 설정은 위와 같은 급박한 상황에 대처하기 위한 것으로서 그 불가피성과 정당성이 인정된다. 또한 이 사건 법률조항은 수거에 그치지 아니하고 폐기까지 가능하도록 규정하고 있으나, 이는 수거한 불법게임물의 사후처리와 관련하여 폐기의 필요성이 인정되는 경우에 대비하여 근거규정을 둔 것으로서 실제로 폐기에 나아감에 있어서는 비례의 원칙에 의한 엄격한 제한을 받는다고 할 것이므로, 이를 두고 과도한 입법이라고 보기는 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항은 피해의 최소성의 요건을 위반

한 것으로는 볼 수 없고, 또한 이 사건 법률조항이 불법게임물의 수거·폐기에 관한 행정상 즉시강제를 허용함으로써 게임제공업주 등이 입게 되는 불이익보다는 이를 허용함으로써 보호되는 공익이 더 크다고 볼 수 있으므로, 법익의 균형성의 원칙에 위배되는 것도 아니다.

[3] 결국 이 사건 법률조항에 의한 행정상 즉시강제의 허용은 과잉금지의 원칙의 위배 여부를 판단함에 있어 고려되어야 할 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성 등 모든 요건을 충족하였다고 보여지므로, 위 법률조항이 과잉금지의 원칙에 위배하여 청구인의 재산권을 침해하였다고 볼 수 없다.

[4] 재판청구권은 권리보호절차의 개설과 개설된 절차에의 접근의 효율성에 관한 절차법적 요청으로서, 권리구제절차 내지 소송절차를 규정하는 절차법에 의하여 구체적으로 형성·실현되며, 또한 이에 의하여 제한되는 것인바, 이 사건 법률조항은 행정상 즉시강제에 관한 근거규정으로서 권리구제절차 내지 소송절차를 규정하는 절차법적 성격을 전혀 갖고 있지 아니하기 때문에, 이 사건 법률조항에 의하여는 재판청구권이 침해될 여지가 없다.

[5] 이 사건 법률조항은 앞에서 본 바와 같이 급박한 상황에 대처하기 위한 것으로서 그 불가피성과 정당성이 충분히 인정되는 경우이므로, 이 사건 법률조항이 영장 없는 수거를 인정한다고 하더라도 이를 두고 헌법상 영장주의에 위배되는 것으로는 볼 수 없고, 위 구 음반·비디오물및게임물에관한법률 제24조 제4항에서 관계공무원이 당해 게임물 등을 수거한 때에는 그 소유자 또는 점유자에게 수거증을 교부하도록 하고 있고, 동조 제6항에서 수거 등 처분을 하는 관계공무원이나 협회 또는 단체의 임·직원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 관계인에게 이를 제시하도록 하는 등의 절차적 요건을 규정하고 있으므로, 이 사건 법률조항이 적법절차의 원칙에 위배되는 것으로 보기도 어렵다.

〈선정이유〉

행정상 즉시강제의 성질 및 행정상 즉시강제를 규정한 법률이 급박한 상황에 대처하기 위한 것으로서 그 불가피성과 정당성이 인정되는 경우 헌법상 영장주의에 위배되는 것으로는 볼 수 없다는 점을 밝힌 결정

199. 행정조사 (1)

(대법원 1985. 11. 23. 선고 84누250 판결)

〈주제〉 위법한 행정조사에 근거한 처분의 흠

〈쟁점〉

[1] 원고 등을 일방적, 억압적으로 강요하여 원고 등의 자유로운 의사에 반하여 별다른 합리적이고 타당한 근거도 없이 종합소득세신고서, 각서를 제출하게 하는 등 과세관청의 위법한 '세무조사'가 있었고, 이를 통한 사실관계의 오인으로 인한 과세처분이 무효이기 위한 요건(=중대명백설)

[2] 종합소득세부과처분의 일부 무효확인청구의 가부(긍정)

〈판결요지〉

[1] 과세관청이 사실관계를 오인하여 과세처분을 한 경우, 그 사실관계 오인의 근거가 된 과세자료가 외형상 상태성을 결여하거나 또는 객관적으로 그 성립이나 내용의 진정을 인정할 수 없는 것임이 명백한 경우에는 이러한 과세자료만을 근거로 과세소득을 인정하여 행한 과세처분은 그 하자가 중대할 뿐 아니라 객관적으로도 명백하여 무효이다.

[2] 종합소득세의 부과처분에 있어서도 과세관청이 인정한 과세소득중 그 일부는 명백히 인정되나 그 나머지 소득은 인정할 만한 적법한 과세자료가 없는 경우에 이와 같이 허무의 과세소득을 오인한 하자가 객관적으로 명백하다면 종합소득세중 허무의 과세소득에 관한 부분은 당연무효라고 보아야 할 것이며 이러한 부과처분의 일부 무효확인청구를 배제할 이유가 없다.

〈선정이유〉

위법한 행정조사인 세무조사의 하자와 이로 인한 과세부과처분의 효력에 대한 법리를 설시한 판결

200. 행정조사 (2)

(대법원 2017. 3. 16. 선고 2014두8360 판결)

〈주제〉 금지되는 재조사에 기초한 과세처분은 위법하다고 본 사례

〈쟁점〉

[1] 세무공무원의 조사행위가 실질적으로 납세자 등으로 하여금 질문에 대답하고 검사를 수인하도록 함으로써 납세자의 영업의 자유 등에 영향을 미치는 경우, '현지확인'의 절차에 따른 것이더라도 구 국세기본법 제81조의4 제2항에 따라 재조사가 금지되는 '세무조사'에 해당하는지 여부(적극)

[2] 납세자 등이 대답하거나 수인할 의무가 없고 납세자의 영업의 자유 등을 침해하거나 세무조사권이 남용될 염려가 없는 조사행위까지 재조사가 금지되는 '세무조사'에 해당하는지 여부(소극)

[3] 세무공무원의 조사행위가 구 국세기본법 제81조의4 제2항에 따라 재조사가 금지되는 '세무조사'에 해당하는지를 판단하는 기준

[4] 조사행위가 실질적을 과세표준과 세액을 결정 또는 경정하기 위한 것으로서 납세자 등의 사무실 등에서 납세자 등을 직접 접촉하여 상당한 시일에 걸쳐 질문하거나 일정한 기간 동안의 장부 등을 검사, 조사하는 경우, 재조사가 금지되는 '세무조사'로 보는지 여부(원칙적 적극)

〈판결요지〉

[1] 세무조사는 국가의 과세권을 실현하기 위한 행정조사의 일종으로서 국세의 과세표준과 세액을 결정 또는 경정하기 위하여 질문을 하고 장부·서류 그 밖의 물건을 검사·조사하거나 그 제출을 명하는 일체의 행위를 말하며, 부과처분을 위한 과세관청의 질문조사권이 행하여지는 세무조사의 경우 납세자 또는 그 납세자와 거래가 있다고 인정되는 자 등(이하 '납세자 등'이라 한다)은 세무공무원의 과세자료 수집을 위한 질문에 대답하고 검사를 수인하여야 할 법적 의무를 부담한다. 한

편 같은 세목 및 과세기간에 대한 거듭된 세무조사는 납세자의 영업의 자유나 법적 안정성 등을 심각하게 침해할 뿐만 아니라 세무조사권의 남용으로 이어질 우려가 있으므로 조세공평의 원칙에 현저히 반하는 예외적인 경우를 제외하고는 금지될 필요가 있다.

이러한 세무조사의 성질과 효과, 중복세무조사를 금지하는 취지 등에 비추어 볼 때, 세무공무원의 조사행위가 실질적으로 납세자 등으로 하여금 질문에 대답하고 검사를 수인하도록 함으로써 납세자의 영업의 자유 등에 영향을 미치는 경우에는 국세청 훈령인 구 조사사무처리규정(2010. 3. 30. 국세청 훈령 제1838호로 개정되기 전의 것)에서 정한 '현지확인'의 절차에 따른 것이라고 하더라도 그것은 재조사가 금지되는 '세무조사'에 해당한다고 보아야 한다. 그러나 과세자료의 수집 또는 신고내용의 정확성 검증 등을 위한 과세관청의 모든 조사행위가 재조사가 금지되는 세무조사에 해당한다고 볼 경우에는 과세관청으로서는 단순한 사실관계의 확인만으로 충분한 사안에서 언제나 정식의 세무조사에 착수할 수밖에 없고 납세자 등으로서도 불필요하게 정식의 세무조사에 응하여야 하므로, 납세자 등이 대답하거나 수인할 의무가 없고 납세자의 영업의 자유 등을 침해하거나 세무조사권이 남용될 염려가 없는 조사행위까지 재조사가 금지되는 '세무조사'에 해당한다고 볼 것은 아니다.

[2] 세무공무원의 조사행위가 재조사가 금지되는 '세무조사'에 해당하는지 여부는 조사의 목적과 실시경위, 질문조사의 대상과 방법 및 내용, 조사를 통하여 획득한 자료, 조사행위의 규모와 기간 등을 종합적으로 고려하여 구체적 사안에서 개별적으로 판단할 수밖에 없을 것인데, 세무공무원의 조사행위가 사업장의 현황 확인, 기장 여부의 단순 확인, 특정한 매출사실의 확인, 행정민원서류의 발급을 통한 확인, 납세자 등이 자발적으로 제출한 자료의 수령 등과 같이 단순한 사실관계의 확인이나 통상적으로 이에 수반되는 간단한 질문조사에 그치는 것이어서 납세자 등으로서도 손쉽게 응답할 수 있을 것으로 기대되거나 납세자의 영업의 자유 등에도 큰 영향이 없는 경우에는 원칙적으로 재조사가 금지되는 '세무조사'로 보기 어렵지만, 조사행위가 실질적으로 과세표준과 세액을 결정 또는 경정하기 위한 것으로서 납세자 등의 사무실·사업장·공장 또는 주소지 등에서 납세자 등을 직접 접촉하여 상당한 시일에 걸쳐 질문하거나 일정한 기간 동안의 장부·서류·물건 등을 검사·조사하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 재조사가 금지되는 '세무조사'로 보아야 할 것이다.

〈선정이유〉

행정조사인 세무조사의 개념 및 금지되는 위법한 세무조사의 내용을 밝힌 판결

201. 행정조사 (3)

(대법원 2011. 3. 10. 선고 2009두23617, 23624(병합) 판결)

〈주제〉 세무조사결정은 행정처분에 해당됨

〈쟁점〉

세무조사결정이 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당되는지 여부(적극)

〈판결요지〉

부과처분을 위한 과세관청의 질문조사권이 행해지는 세무조사결정이 있는 경우 납세의무자는 세무공무원의 과세자료 수집을 위한 질문에 대답하고 검사를 수인하여야 할 법적 의무를 부담하게 되는 점, 세무조사는 기본적으로 적정하고 공평한 과세의 실현을 위하여 필요한 최소한의 범위 안에서 행하여져야 하고, 더욱이 동일한 세목 및 과세기간에 대한 재조사는 납세자의 영업의 자유 등 권익을 심각하게 침해할 뿐만 아니라 과세관청에 의한 자의적인 세무조사의 위험마저 있으므로 조세공평의 원칙에 현저히 반하는 예외적인 경우를 제외하고는 금지될 필요가 있는 점, 납세의무자로 하여금 개개의 과태료 처분에 대하여 불복하거나 조사 종료 후의 과세처분에 대하여만 다툴 수 있도록 하는 것보다는 그에 앞서 세무조사결정에 대하여 다툼으로써 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있는 점 등을 종합하면, 세무조사결정은 납세의무자의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 공권력의 행사에 따른 행정작용으로서 항고소송의 대상이 된다.

〈선정이유〉

권력적 사실행위로서 행정조사를 하기로 하는 세무조사결정은 항고소송의 대상이 된다는 점을 밝힌 판결

202. 행정조사 (4)

(대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도7718 판결)
〈주제〉 행정조사에는 영장이 필요 없음

〈쟁점〉

우편물 통관검사절차에서 압수수색영장 없이 진행된 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등 검사(= 행정조사)의 적법 여부(원칙적 적극)

〈판결요지〉

관세법 제246조 제1항, 제2항, 제257조, '국제우편물 수입통관 사무처리'(2011. 9. 30. 관세청고시 제2011-40호) 제1-2조 제2항, 제1-3조, 제3-6조, 구 '수출입물품 등의 분석사무 처리에 관한 시행세칙'(2013. 1. 4. 관세청훈령 제1507호로 개정되기 전의 것) 등과 관세법이 관세의 부과·징수와 아울러 수출입물품의 통관을 적정하게 함을 목적으로 한다는 점(관세법 제1조)에 비추어 보면, 우편물 통관검사절차에서 이루어지는 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 수출입물품에 대한 적정한 통관 등을 목적으로 한 행정조사의 성격을 가지는 것으로서 수사기관의 강제처분이라고 할 수 없으므로, 압수·수색영장 없이 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등 검사가 진행되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 볼 수 없다.

〈선정이유〉

통관검사절차에서 이루어지는 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 행정조사의 성격을 가지는 것으로서 형사소송법상의 압수·수색영장 없이 진행되었다 하더라도 위법하다고 할 수

없다는 점을 밝힌 판결(다만, 마약류 불법거래 방지에 관한 특례법 제4조 제1항에 따른 조치의 일환으로 특정한 수출입물품을 개봉하여 검사하고 그 내용물의 점유를 취득한 행위는 통상의 수출입물품 통관검사절차와는 달리 범죄수사인 압수 또는 수색에 해당하여 사전 또는 사후에 영장을 받아야 한다는 대법원 2017. 7. 18. 선고 2014도8719 판결 참조)

203. 행정벌 (1)

(대법원 2005. 11. 10. 선고 2004도2657 판결)
〈주제〉 지방자치단체의 형벌대상성

〈쟁점〉

[1] 지방자치단체가 도로법 제86조의 양벌규정의 적용대상이 되는 법인에 해당하는지 여부(한정적극)

[2] 지방자치단체 소속 공무원이 압축트럭 청소차를 운전하여 고속도로를 운행하던 중 제한축중을 초과 적재 운행함으로써 도로관치렇의 차량운행제한을 위반한 사안에서, 해당 지방자치단체가 도로법 제86조의 양벌규정에 따른 처벌대상이 된다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 헌법 제117조, 지방자치법 제3조 제1항, 제9조, 제93조, 도로법 제54조, 제83조, 제86조의 각 규정을 종합하여 보면, 국가가 본래 그의 사무의 일부를 지방자치단체의 장에게 위임하여 그 사무를 처리하게 하는 기관위임사무의 경우에는 지방자치단체는 국가기관의 일부로 볼 수 있는 것이지만, 지방자치단체가 그 고유의 자치사무를 처리하는 경우에는 지방자치단체는 국가기관의 일부가 아니라 국가기관과는 별도의 독립한 공법인이므로, 지방자치단체 소속 공무원이 지방자치단체 고유의 자치사무를 수행하던 중 도로법 제81조 내지 제85조의 규정에 의한 위반행위를 한 경우에는 지방자치단체는 도로법 제86조의 양벌규정에 따라 처벌대상이 되는 법인에 해당한다.

[2] 지방자치단체 소속 공무원이 압축트럭 청소차를 운전하여 고속도로를 운행하던 중 제한축중을 초과 적재 운행함으로써 도로관리청의 차량운행제한을 위반한 사안에서, 해당 지방자치단체가 도로법 제86조의 양벌규정에 따른 처벌대상이 된다고 한 사례.

〈선정이유〉

도로법상 양벌규정에서의 법인의 의미와 지방자치단체도 고유의 자치사무 처리 시 국가기관과는 별도의 독립한 공법인으로서 처벌대상인 '법인'에 해당된다는 점을 밝힌 판결

204. 행정벌 (2)

(대법원 1996. 4. 12. 선고 96도158 판결)
〈주제〉 행정형벌과 행정질서벌(과태료)의 병과를 긍정한 사례

〈쟁점〉

임시운행허가기간을 벗어나 무등록차량을 운행한 자에 대한 과태료의 제재와 형사처벌이 일사부재리의 원칙에 반하는 것인지 여부(소극)

〈판결요지〉

행정법상의 질서벌인 과태료의 부과처분과 형사처벌은 그 성질이나 목적을 달리하는 별개의 것이므로 행정법상의 질서벌인 과태료를 납부한 후에 형사처벌을 한다고 하여 이를 일사부재리의 원칙에 반하는 것이라고 할 수는 없으며, 자동차의 임시운행허가를 받은 자가 그 허가 목적 및 기간의 범위 안에서 운행하지 아니한 경우에 과태료를 부과하는 것은 당해 자동차가 무등록 자동차인지 여부와는 관계없이, 이미 등록된 자동차의 등록번호표 또는 봉인이 멸실되거나 식별하기 어렵게 되어 임시운행허가를 받은 경우까지를 포함하여, 허가받은 목적과 기간의 범위를 벗어나 운행하는 행위 전반에 대하여 행정질서벌로써 제재를 가하고자 하는 취지라고 해석되므로, 만일 임시운행허가기간을 넘어 운행한 자가 등록된 차량에 관하여 그러한 행위를 한 경우라면 과태료의 제재만을 받게 되겠지만, 무등록 차량에 관하여 그러한 행위를 한 경우라면 과태료와 별도로 형사처벌의 대상이 된다.

〈선정이유〉

행정법상의 질서벌인 과태료의 부과처분과 형사처벌은 그 성질이나 목적을 달리하는 별개의 것이므로 행정법상의 질서벌인 과태료를 납부한 후에 형사처벌을 한다고 하여 일사부재리의 원칙에 반하는 것이라고 할 수는 없다는 점을 밝힌 판결

205. 통고처분

(헌법재판소 2003. 10. 30.자 2002헌마275 결정)

〈주제〉 통고처분의 취소를 구하는 헌법소원의 가능성과 통고처분의 위헌 여부

〈쟁점〉

[1] 도로교통법상의 통고처분에 불복하여 재판을 청구한 후에 그 통고처분의 취소를 구하는 헌법소원이 허용되는지 여부(소극)

[2] 통고처분제도의 근거조항인 도로교통법 제118조 본문의 위헌 여부(소극)

〈결정요지〉

[1] 통고처분의 상대방이 범칙금을 납부하지 아니하여 즉결심판, 나아가 정식재판의 절차로 진행되었다면 당초의 통고처분은 그 효력을 상실한다 할 것이므로 이미 효력을 상실한 통고처분의 취소를 구하는 헌법소원은 권리보호의 이익이 없어 부적법하다.

[2] 도로교통법상의 통고처분은 처분을 받은 당사자의 임의의 승복을 발2효요건으로 하고 있으며, 행정공무원에 의하여 발하여 지는 것이지만, 통고처분에 따르지 않고자 하는 당사자에게는 정식재판의 절차가 보장되어 있다. 통고처분 제도는 경미한 교통법규 위반자로 하여금 형사처벌절차

에 수반되는 심리적 불안, 시간과 비용의 소모, 명예와 신용의 훼손 등의 여러 불이익을 당하지 않고 범칙금 납부로써 위반행위에 대한 제재를 신속·간편하게 종결할 수 있게 하여주며, 교통법규 위반행위가 홍수를 이루고 있는 현실에서 행정공무원에 의한 전문적이고 신속한 사건처리를 가능하게 하고, 검찰 및 법원의 과중한 업무 부담을 덜어 준다. 또한 통고처분제도는 형벌의 비범죄화 정신에 접근하는 제도이다. 이러한 점들을 종합할 때, 통고처분 제도의 근거규정인 도로교통법 제118조 본문이 적법절차원칙이나 사법권을 법원에 둔 권력분립원칙에 위배된다거나, 재판청구권을 침해하는 것이라 할 수 없다.

〈선정이유〉

통고처분의 발효 요건과 그 근거 규정의 위헌 여부를 밝힌 결정

206. 과징금

대법원 2004. 3. 12. 선고 2001두7220 판결
〈주제〉 공정거래법상 과징금 제도의 합헌성

〈쟁점〉

[1] 부당지원행위에 대한 과징금의 성격(= 행정상 제재금 + 부당이득환수적 요소 부가)

[2] 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제23조 제1항 제7호 소정의 부당지원행위에 대한 '과징금'이 이중처벌금지원칙, 무죄추정원칙, 비례원칙 등에 위배되어 헌법에 위반되는지 여부(소극)

〈판결요지〉

부당지원행위에 대한 과징금은 부당지원행위 억지라는 행정목적을 실현하기 위한 행정상 제재금으로서의 기본적 성격에 부당이득환수적 요소도 부가되어 있는 것으로서, 이중처벌금지원칙에 위반된다거나 무죄추정의 원칙에 위반된다고 할 수 없고, 구 독점규제및공정거래에관한법률(1999. 12. 28. 법률 제6043호로 개정되기 전의 것) 제24조의2가 지원주체에 대하여 과징금을 부과하도록 정한 것은 입법자의 정책판단에 기한 것이고, 반드시 지원객체에 대하여 과징금을 부과하는 것만이 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이 된다고 할 수 없으며, 과징금액의 산정에 있어서 지원주체의 매출액에 대한 일정한 비율의 한도 내에서 과징금을 부과하도록 하고 있으나, 공정거래위원회로서는 같은 법 제55조의3 제1항에 정한 각 사유를 참작하여 개별 부당지원행위의 불법의 정도에 비례하는 상당한 금액의 범위 내에서만 과징금을 부과할 의무가 있다는 점 등을 고려하면, 비례원칙에 위배된다고도 할 수 없다.

〈선정이유〉

공정거래법상 과징금 제도의 성질과 이중처벌금지원칙 등에 비추어 위헌 여부를 밝힌 판결

207. 명단공표

(대법원 2019. 6. 27. 선고 2018두49130 판결)
〈주제〉 병역의무 기피자 명단공개결정의 처분성과 그 근거

〈쟁점〉

[1] 병무청장이 병역법 제81조의2 제1항에 따라 병역의무 기피자의 인적사항 등을 인터넷 홈페이지에 게시하는 등의 방법으로 공개한 경우, 병무청장의 공개결정이 항고소송의 대상이 되는 행정처분인지 여부(적극)

[2] 행정처분의 무효확인 또는 취소를 구하는 소송 계속 중 처분청이 다툼의 대상이 되는 행정처분을 직권으로 취소한 경우, 그 처분을 대상으로 한 항고소송이 적법한지 여부(원칙적 소극) 및 예외적으로 그 처분의 취소를 구할 소의 이익을 인정할 수 있는 경우

〈판결요지〉

[1] 병무청장이 병역법 제81조의2 제1항에 따라 병역의무 기피자의 인적사항 등을 인터넷 홈페이지에 게시하는 등의 방법으로 공개한 경우 병무청장의 공개결정을 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 보아야 한다. 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

① 병무청장이 하는 병역의무 기피자의 인적사항 등 공개는, 특정인을 병역의무 기피자로 판단하여 그 사실을 일반 대중에게 공표함으로써 그의 명예를 훼손하고 그에게 수치심을 느끼게 하여 병역의무 이행을 간접적으로 강제하려는 조치로서 병역법에 근거하여 이루어지는 공권력의 행사에 해당한다.

② 병무청장이 하는 병역의무 기피자의 인적사항 등 공개조치에는 특정인을 병역의무 기피자로 판단하여 그에게 불이익을 가한다는 행정결정이 전제되어 있고, 공개라는 사실행위는 행정결정의 집행행위라고 보아야 한다. 병무청장이 그러한 행정결정을 공개 대상자에게 미리 통보하지 않은 것이 적절한지는 본안에서 해당 처분이 적법한가를 판단하는 단계에서 고려할 요소이며, 병무청장이 그러한 행정결정을 공개 대상자에게 미리 통보하지 않았다거나 처분서를 작성·교부하지 않았다는 점만으로 항고소송의 대상적격을 부정하여서는 아니 된다.

③ 병무청 인터넷 홈페이지에 공개 대상자의 인적사항 등이 게시되는 경우 그의 명예가 훼손되므로, 공개 대상자는 자신에 대한 공개결정이 병역법령에서 정한 요건과 절차를 준수한 것인지를 다툴 법률상 이익이 있다. 병무청장이 인터넷 홈페이지 등에 게시하는 사실행위를 함으로써 공개 대상자의 인적사항 등이 이미 공개되었더라도, 재판에서 병무청장의 공개결정이 위법함이 확인되어 취소판결이 선고되는 경우, 병무청장은 취소판결의 기속력에 따라 위법한 결과를 제거하는 조치를 할 의무가 있으므로 공개 대상자의 실효적 권리구제를 위해 병무청장의 공개결정을 행정처분으로 인정할 필요성이 있다. 만약 병무청장의 공개결정을 항고소송의 대상이 되는 처분으로 보지 않는다면 국가배상청구 외에는 침해된 권리 또는 법률상 이익을 구제받을 적절한 방법이 없다.

④ 관할 지방병무청장의 공개 대상자 결정의 경우 상대방에게 통보하는 등 외부에 표시하는 절차가 관계 법령에 규정되어 있지 않아, 행정실무상으로도 상대방에게 통보되지 않는 경우가 많다. 또한 관할 지방병무청장이 위원회의 심의를 거쳐 공개 대상자를 1차로 결정하기는 하지만, 병무청장에게 최종적으로 공개 여부를 결정할 권한이 있으므로, 관할 지방병무청장의 공개 대상자 결정은

병무청장의 최종적인 결정에 앞서 이루어지는 행정기관 내부의 중간적 결정에 불과하다. 가까운 시일 내에 최종적인 결정과 외부적인 표시가 예정된 상황에서, 외부에 표시되지 않은 행정기관 내부의 결정을 항고소송의 대상인 처분으로 보아야 할 필요성은 크지 않다. 관할 지방병무청장이 1차로 공개 대상자 결정을 하고, 그에 따라 병무청장이 같은 내용으로 최종적 공개결정을 하였다면, 공개 대상자는 병무청장의 최종적 공개결정만을 다투는 것으로 충분하고, 관할 지방병무청장의 공개 대상자 결정을 별도로 다툴 소의 이익은 없어진다.

[2] 행정처분의 무효확인 또는 취소를 구하는 소가 제소 당시에는 소의 이익이 있어 적법하였더라도, 소송 계속 중 처분청이 다툼의 대상이 되는 행정처분을 직권으로 취소하면 그 처분은 효력을 상실하여 더 이상 존재하지 않는 것이므로, 존재하지 않는 그 처분을 대상으로 한 항고소송은 원칙적으로 소의 이익이 소멸하여 부적법하다.

다만 처분청의 직권취소에도 불구하고 완전한 원상회복이 이루어지지 않아 무효확인 또는 취소로써 회복할 수 있는 다른 권리나 이익이 남아 있거나 또는 동일한 소송 당사자 사이에서 그 행정처분과 동일한 사유로 위법한 처분이 반복될 위험성이 있어 행정처분의 위법성 확인 내지 불분명한 법률문제에 대한 해명이 필요한 경우 행정의 적법성 확보와 그에 대한 사법통제, 국민의 권리구제의 확대 등의 측면에서 예외적으로 그 처분의 취소를 구할 소의 이익을 인정할 수 있을 뿐이다.

〈선정이유〉

권력적 사실행위로서 명단공표(위반사실의 공표)에 해당하는 병역법 제81조의2 제1항에 따른 병무청장의 공개결정은 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다는 점을 최초로 밝힌 판결

제2편 행정구제법

제 1 장 행정상 손해전보
제 2 장 행정쟁송법

제 2 편 행정구제법

제 1 장 행정상 손해전보

제1절 행정상 손해배상

제1관 공무원의 위법한 직무집행으로 인한 배상책임

208. 국가배상법 제2조의 공무원 (1)

(대법원 2001. 1. 5. 선고 98다39060 판결)
〈주제〉 국가배상법 제2조의 공무원, 직무집행

〈쟁점〉

지방자치단체가 '교통할아버지 봉사활동 계획'을 수립한 후 관할 동장으로 하여금 '교통할아버지'를 선정하게 하여 어린이 보호, 교통안내, 거리질서 확립 등의 공무를 위탁하여 집행하게 하던 중 '교통할아버지'로 선정된 노인이 위탁받은 업무 범위를 넘어 교차로 중앙에서 교통정리를 하다가 교통사고를 발생시킨 경우 지방자치단체가 국가배상법 제2조 소정의 배상책임을 부담하는지

〈판결요지〉

[1] 국가배상법 제2조 소정의 '공무원'이라 함은 국가공무원법이나 지방공무원법에 의하여 공무원으로서의 신분을 가진 자에 국한하지 않고, 널리 공무를 위탁받아 실질적으로 공무에 종사하고 있는 일체의 자를 가리키는 것으로서, 공무의 위탁이 일시적이고 한정적인 사항에 관한 활동을 위한 것이어도 달리 볼 것은 아니다.

[2] 국가배상청구의 요건인 '공무원의 직무'에는 권력적 작용만이 아니라 비권력적 작용도 포함되며 단지 행정주체가 사경제주체로서 하는 활동만 제외된다.

[3] 국가배상법 제2조 제1항 소정의 '직무를 집행함에 당하여'라 함은 직접 공무원의 직무집행행위이거나 그와 밀접한 관계에 있는 행위를 포함하고, 이를 판단함에 있어서는 행위 자체의 외관을 객관적으로 관찰하여 공무원의 직무행위로 보여질 때에는 비록 그것이 실질적으로 직무행위에 속하지 않는다 하더라도 그 행위는 공무원이 '직무를 집행함에 당하여' 한 것으로 보아야 한다.

[4] 지방자치단체가 '교통할아버지 봉사활동 계획'을 수립한 후 관할 동장으로 하여금 '교통할아버지'를 선정하게 하여 어린이 보호, 교통안내, 거리질서 확립 등의 공무를 위탁하여 집행하게 하던 중 '교통할아버지'로 선정된 노인이 위탁받은 업무 범위를 넘어 교차로 중앙에서 교통정리를 하다가 교통사고를 발생시킨 경우, 지방자치단체가 국가배상법 제2조 소정의 배상책임을 부담한다고 인정한 원심의 판단을 수긍한 사례.

〈선정이유〉

국가배상법 제2조 소정의 '공무원'이라 함은 국가공무원법이나 지방공무원법에 의하여 공무원으로서의 신분을 가진 자에 국한하지 않고, 널리 공무를 위탁받아 실질적으로 공무에 종사하고 있는 일체의 자를 가리키는 것으로서, 공무의 위탁이 일시적이고 한정적인 사항에 관한 활동을 위한 것도 포함된다는 판결

209. 국가배상법 제2조의 공무원 (2)

(대법원 2010. 1. 28. 선고 2007다82950, 82967 판결)
〈주제〉 국가배상법 제2조의 공무원

〈쟁점〉

법령에 의해 대집행권한을 위탁받은 한국토지공사가 국가공무원법 제2조에서 말하는 공무원에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

한국토지공사는 구 한국토지공사법(2007.4.6.법률 제8340호로 개정되기 전의 것) 제2조, 제4조에 의하여 정부가 자본금의 전액을 출자하여 설립한 법인이고, 같은 법 제9조 제4호에 규정된 한국토지공사의 사업에 관하여는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」제89조 제1항, 위 한국토지공사법 제22조 제6호 및 같은 법 시행령 제40조의3 제1항의 규정에 의하여 본래 시·도지사나 시장·군수 또는 구청장의 업무에 속하는 대집행권한을 한국토지공사에게 위탁하도록 되어 있는바, 한국토지공사는 이러한 법령의 위탁에 의하여 대집행을 수권받은 자로서 공무인 대집행을 실시함에 따르는 권리·의무 및 책임이 귀속되는 행정주체의 지위에 있다고 볼 것이지 지방자치단체 등의 기관으로서 국가배상법 제2조 소정의 공무원에 해당한다고 볼 것은 아니다.

〈선정이유〉

한국토지공사는 법령의 위탁에 의하여 시·도지사나 시장 군수 또는 구청장의 업무에 속하는 대집행을 수권받은 자로서 공무인 대집행을 실시함에 따르는 권리·의무 및 책임이 귀속되는 행정주체의 지위에 있다고 볼 것이지 지방자치단체 등의 기관으로서 국가배상법 제2조 소정의 공무원에 해당한다고 볼 것은 아니라는 판결[6]

210. 입법작용으로 인한 국가배상책임

(대법원 1997. 6. 13. 선고 96다56115 판결)
〈주제〉 국회 입법작용으로 인한 국가배상책임

6) 다만 2009. 10. 21. 국가배상법 개정으로 '공무를 위탁받은 사인'이 명시되었다는 점을 유의해야 함.

〈쟁점〉

국회의원의 입법행위가 국가배상법 제2조 제1항의 위법행위에 해당되는지 여부

〈판결요지〉

우리 헌법이 채택하고 있는 의회민주주의 하에서 국회는 다원적 의견이나 각가지 이익을 반영시킨 토론과정을 거쳐 다수결의 원리에 따라 통일적인 국가의사를 형성하는 역할을 담당하는 국가기관으로서 그 과정에 참여한 국회의원은 입법에 관하여 원칙적으로 국민 전체에 대한 관계에서 정치적 책임을 질 뿐 국민 개개인의 권리에 대응하여 법적 의무를 지는 것은 아니므로, 국회의원의 입법행위는 그 입법 내용이 헌법의 문언에 명백히 위반됨에도 불구하고 국회가 굳이 당해 입법을 한 것과 같은 특수한 경우가 아닌 한 국가배상법 제2조 제1항 소정의 위법행위에 해당된다고 볼 수 없다.

〈선정이유〉

국회의원의 입법행위는 그 입법 내용이 헌법의 문언에 명백히 위반됨에도 불구하고 국회가 굳이 당해 입법을 한 것과 같은 특수한 경우가 아닌 한 국가배상법 제2조 제1항 소정의 위법행위에 해당된다고 볼 수 없다는 판결

211. 재판작용으로 인한 국가배상책임

(대법원 2003. 7. 11. 선고 99다24218 판결)
〈주제〉 재판작용으로 인한 국가배상책임

〈쟁점〉

법관의 재판에 대한 국가배상책임이 인정되기 위한 요건

〈판결요지〉

[1] 법관의 재판에 법령의 규정을 따르지 아니한 잘못이 있다 하더라도 이로써 바로 그 재판상 직무행위가 국가배상법 제2조 제1항에서 말하는 위법한 행위로 되어 국가의 손해배상책임이 발생하는 것은 아니고, 그 국가배상책임이 인정되려면 당해 법관이 위법 또는 부당한 목적을 가지고 재판을 하였다거나 법이 법관의 직무수행상 준수할 것을 요구하고 있는 기준을 현저하게 위반하는 등 법관이 그에게 부여된 권한의 취지에 명백히 어긋나게 이를 행사하였다고 인정할 만한 특별한 사정이 있어야 한다.

[2] 재판에 대하여 따로 불복절차 또는 시정절차가 마련되어 있는 경우에는 재판의 결과로 불이익 내지 손해를 입었다고 여기는 사람은 그 절차에 따라 자신의 권리 내지 이익을 회복하도록 함이 법이 예정하는 바이므로, 불복에 의한 시정을 구할 수 없었던 것 자체가 법관이나 다른 공무원의 귀책사유로 인한 것이라거나 그와 같은 시정을 구할 수 없었던 부득이한 사정이 있었다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 스스로 그와 같은 시정을 구하지 아니한 결과 권리 내지 이익을 회복하지 못한 사람은 원칙적으로 국가배상에 의한 권리구제를 받을 수 없다고 봄이 상당하다고 하겠으나,

재판에 대하여 불복절차 내지 시정절차 자체가 없는 경우에는 부당한 재판으로 인하여 불이익 내지 손해를 입은 사람은 국가배상 이외의 방법으로는 자신의 권리 내지 이익을 회복할 방법이 없으므로, 이와 같은 경우에는 배상책임의 요건이 충족되는 한 국가배상책임을 인정하지 않을 수 없다.

[3] 헌법재판소 재판관 이 청구기간 내에 제기된 헌법소원심판청구 사건에서 청구기간을 오인하여 각하결정을 한 경우, 이에 대한 불복절차 내지 시정절차가 없는 때에는 국가배상책임(위법성)을 인정할 수 있다고 한 사례.

[4] 헌법소원심판을 청구한 자로서는 헌법재판소 재판관 이 일자 계산을 정확하게 하여 본안판단을 할 것으로 기대하는 것이 당연하고, 따라서 헌법재판소 재판관의 위법한 직무집행의 결과 잘못된 각하결정을 함으로써 청구인으로 하여금 본안판단을 받을 기회를 상실하게 한 이상, 설령 본안판단을 하였더라도 어차피 청구가 기각되었을 것이라는 사정이 있다고 하더라도 잘못된 판단으로 인하여 헌법소원심판 청구인의 위와 같은 합리적인 기대를 침해한 것이고 이러한 기대는 인격적 이익으로서 보호할 가치가 있다고 할 것이므로 그 침해로 인한 정신상 고통에 대하여는 위자료를 지급할 의무가 있다.

〈선정이유〉

법관의 재판에 대한 국가배상책임이 인정되기 위하여서는 당해 법관이 위법 또는 부당한 목적을 가지고 재판을 하였다거나 법이 법관의 직무수행상 준수할 것을 요구하고 있는 기준을 현저하게 위반하는 등 법관이 그에게 부여된 권한의 취지에 명백히 어긋나게 이를 행사하였다고 인정할 만한 특별한 사정이 있어야 하는데, 헌법재판소 재판관의 위법한 직무집행의 결과 심판청구기간을 오인하여 잘못된 각하결정을 함으로써 청구인으로 하여금 본안판단을 받을 기회를 상실하게 한 경우 국가배상의무가 있다고 한 판결

212. 수사작용으로 인한 국가배상책임 (1)

(대법원 2002. 2. 22. 선고 2001다23447 판결)

〈주제〉 수사작용으로 인한 국가배상책임

〈쟁점〉

검사의 구속·공소제기·공소유지로 인하여 국가배상책임이 인정되는 경우의 위법성 판단기준

〈판결요지〉

[1] 검사는 수사기관으로서 피의사건을 조사하여 진상을 명백히 하고, 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 피의자에게 증거 인멸 및 도주의 염려 등이 있을 때에는 법관으로부터 영장을 발부받아 피의자를 구속할 수 있으며, 나아가 수집·조사된 증거를 종합하여 객관적으로 볼 때, 피의자가 유죄판결을 받을 가능성이 있는 정도의 혐의를 가지게 된 데에 합리적인 이유가 있다고 판단될 때에는 피의자에 대하여 공소를 제기할 수 있으므로 그 후 형사재판 과정에서 범죄사실의 존재를 증명함에 충분한 증거가 없다는 이유로 무죄판결이 확정되었다고 하더라도 그러한 사정만으로 바로 검사의 구속 및 공소제기가 위법하다고 할 수 없고, 그 구속 및 공소제기에 관한

검사의 판단이 그 당시의 자료에 비추어 경험칙이나 논리칙상 도저히 합리성을 긍정할 수 없는 정도에 이른 경우에만 그 위법성을 인정할 수 있다.

[2] 검찰청법 제4조 제1항은 검사는 공익의 대표자로서 범죄수사·공소제기와 그 유지에 관한 사항 및 법원에 대한 법령의 정당한 적용의 청구 등의 직무와 권한을 가진다고 규정하고, 같은 조 제2항은 검사는 그 직무를 수행함에 있어 그 부여된 권한을 남용하여서는 아니된다고 규정하고 있을 뿐 아니라, 형사소송법 제424조는 검사는 피고인을 위하여 재심을 청구할 수 있다고 규정하고 있고, 검사는 피고인의 이익을 위하여 항소할 수 있다고 해석되므로 검사는 공익의 대표자로서 실체적 진실에 입각한 국가 형벌권의 실현을 위하여 공소제기와 유지를 할 의무뿐만 아니라 그 과정에서 피고인의 정당한 이익을 옹호하여야 할 의무를 진다고 할 것이고, 따라서 검사가 수사 및 공판과정에서 피고인에게 유리한 증거를 발견하게 되었다면 피고인의 이익을 위하여 이를 법원에 제출하여야 한다.

[3] 강도강간의 피해자가 제출한 팬티에 대한 국립과학수사연구소의 유전자검사결과 그 팬티에서 범인으로 지목되어 기소된 원고나 피해자의 남편과 다른 남자의 유전자형이 검출되었다는 감정결과를 검사가 공판과정에서 입수한 경우 그 감정서는 원고의 무죄를 입증할 수 있는 결정적인 증거에 해당하는데도 검사가 그 감정서를 법원에 제출하지 아니하고 은폐하였다면 검사의 그와 같은 행위는 위법하다고 보아 국가배상책임을 인정한 사례.

〈선정이유〉

무죄판결이 확정되었다고 하더라도 그러한 사정만으로 바로 검사의 구속 및 공소제기가 위법하다고 할 수 없고, 그 구속 및 공소제기에 관한 검사의 판단이 그 당시의 자료에 비추어 경험칙이나 논리칙상 도저히 합리성을 긍정할 수 없는 정도에 이른 경우에만 국가배상책임의 위법성을 인정할 수 있다는 판결

213. 수사작용으로 인한 국가배상책임 (2)

(대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다64365 판결)

〈주제〉 수사작용으로 인한 국가배상책임

〈쟁점〉

국가배상책임에 있어서 '법령 위반'의 의미 및 경찰관이 범죄수사를 하면서 법규상 또는 조리상의 한계를 위반한 것이 '법령 위반'인지 여부

〈판결요지〉

국가배상책임에 있어 공무원의 가해행위는 법령을 위반한 것이어야 하고, 법령을 위반하였다 함은 엄격한 의미의 법령 위반뿐 아니라 인권존중, 권력남용금지, 신의성실과 같이 공무원으로서 마땅히 지켜야 할 준칙이나 규범을 지키지 아니하고 위반한 경우를 포함하여 널리 그 행위가 객관적인 정당성을 결여하고 있음을 뜻하는 것이므로, 경찰관이 범죄수사를 함에 있어 경찰관으로서 의당 지켜야 할 법규상 또는 조리상의 한계를 위반하였다면 이는 법령을 위반한 경우에 해당한다.

경찰관은 그 직무를 수행함에 있어 헌법과 법률에 따라 국민의 자유와 권리를 존중하고 범죄피해자의 명예와 사생활의 평온을 보호할 법규상 또는 조리상의 의무가 있고, 특히 이 사건과 같이 성폭력범죄의 피해자가 나이 어린 학생인 경우에는 수사과정에서 또 다른 심리적·신체적 고통으로 인한 가중된 피해를 입지 않도록 더욱 세심하게 배려할 직무상 의무가 있다.

〈선정이유〉

성폭력범죄의 담당 경찰관이 범인식별실을 사용하지 않은 채 공개된 장소인 형사과 사무실에서 피의자 41명을 한꺼번에 세워 놓고 피해자로 하여금 범행일시와 장소 별로 범인을 지목하게 한 사안에서, 경찰관의 이와 같은 행위는 직무상 의무를 소홀히 하여 피해자들에게 불필요한 수치심과 심리적 고통을 느끼도록 하는 행위로서 법규상 또는 조리상의 한계를 위반한 것이므로 국가배상법이 정하는 법령 위반 행위에 해당한다고 판단한 판결

214. 직무상 의무위반으로 인한 국가배상책임

(대법원 1993. 2. 12. 선고 91다43466 판결)
〈주제〉 직무상 의무위반으로 인한 국가배상책임

〈쟁점〉

공무원의 직무상 의무위반으로 국가가 배상책임을 부담하게 되는 경우의 직무상 의무의 내용과 상당인과관계의 판단기준

〈판결요지〉

[1] 공무원에게 부과된 직무상 의무의 내용이 단순히 공공 일반의 이익을 위한 것이거나 행정기관 내부의 질서를 규율하기 위한 것이 아니고 전적으로 또는 부수적으로 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 설정된 것이라면, 공무원이 그와 같은 직무상 의무를 위반함으로 인하여 피해자가 입은 손해에 대하여는 상당인과관계가 인정되는 범위 내에서 국가가 배상책임을 지는 것이고, 이때 상당인과관계의 유무를 판단함에 있어서는 일반적인 결과발생의 개연성은 물론 직무상 의무를 부과하는 법령 기타 행동규범의 목적이나 가해행위의 태양 및 피해의 정도 등을 종합적으로 고려하여야 할 것이다.

[2] 선박안전법이나 유선및도선업법의 각 규정은 공공의 안전 외에 일반인의 인명과 재화의 안전 보장도 그 목적으로 하는 것이라고 할 것이므로 국가 소속 선박검사관이나 시 소속 공무원들이 직무상 의무를 위반하여 시설이 불량한 선박에 대하여 선박중간검사에 합격하였다 하여 선박검사증서를 발급하고, 해당 법규에 규정된 조치를 취함이 없이 계속 운항하게 함으로써 화재사고가 발생한 것이라면, 화재사고와 공무원들의 직무상 의무위반행위와의 사이에는 상당인과관계가 있다.

〈선정이유〉

공무원에게 부과된 직무상 의무의 내용이 단순히 공공 일반의 이익을 위한 것이 아니고 전적으로 또는 부수적으로 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 설정된 것이라면, 그와 같

은 직무상 의무를 위반함으로 인하여 피해자가 입은 손해에 대하여는 상당인과관계가 인정되는 범위 내에서 국가가 배상책임을 진다는 판결

215. 부작위로 인한 국가배상책임 (1)

(대법원 2016. 4. 15. 선고 2013다20427 판결)
〈주제〉 공무원의 부작위로 인한 국가배상책임

〈쟁점〉

경찰관의 권한 불행사가 직무상 의무를 위반하여 위법하게 되는 경우

〈판결요지〉

경찰은 범죄의 예방, 진압 및 수사와 함께 국민의 생명, 신체 및 재산의 보호 기타 공공의 안녕과 질서유지를 직무로 하고 있고, 직무의 원활한 수행을 위하여 경찰관 직무집행법, 형사소송법 등 관계 법령에 의하여 여러 가지 권한이 부여되어 있으므로, 구체적인 직무를 수행하는 경찰관으로서는 제반 상황에 대응하여 자신에게 부여된 여러 가지 권한을 적절하게 행사하여 필요한 조치를 할 수 있고, 그러한 권한은 일반적으로 경찰관의 전문적 판단에 기한 합리적인 재량에 위임되어 있으나, 경찰관에게 권한을 부여한 취지와 목적에 비추어 볼 때 구체적인 사정에 따라 경찰관이 권한을 행사하여 필요한 조치를 하지 아니하는 것이 현저하게 불합리하다고 인정되는 경우에는 권한의 불행사는 직무상 의무를 위반한 것이 되어 위법하게 된다.

〈선정이유〉

경찰관의 권한행사는 일반적으로 경찰관의 재량에 위임되어 있으나, 경찰관에게 권한을 부여한 취지와 목적에 비추어 볼 때 구체적인 사정에 따라 경찰관이 권한을 행사하여 필요한 조치를 하지 아니하는 것이 현저하게 불합리하다고 인정되는 경우에는 권한의 불행사는 직무상 의무를 위반한 것이 된다는 판결

216. 부작위로 인한 국가배상책임 (2)

(대법원 2001. 3. 9. 선고 99다64278 판결)
〈주제〉 공무원의 부작위로 인한 국가배상책임

〈쟁점〉

토지형질변경허가권자의 권한 불행사가 직무상 의무를 위반하여 위법하게 되는 경우

〈판결요지〉

[1] 구 도시계획법(2000. 1. 28. 법률 제6243호로 전문 개정되기 전의 것), 구 도시계획법시행

령(2000. 7. 1. 대통령령 제16891호로 전문 개정되기 전의 것), 토지의형질변경등행위허가기준등에관한규칙 등의 관련 규정의 취지를 종합하여 보면, 시장 등은 토지형질변경허가를 함에 있어 허가지의 인근 지역에 토사붕괴나 낙석 등으로 인한 피해가 발생하지 않도록 허가를 받은 자에게 옹벽이나 방책을 설치하게 하거나 그가 이를 이행하지 아니할 때에는 스스로 필요한 조치를 취하는 직무상 의무를 진다고 해석되고, 이러한 의무의 내용은 단순히 공공 일반의 이익을 위한 것이 아니라 전적으로 또는 부수적으로 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 설정된 것이라 할 것이므로, 지방자치단체의 공무원이 그와 같은 위험관리의무를 다하지 아니한 경우 그 의무위반이 직무에 충실한 보통 일반의 공무원을 표준으로 할 때 객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 정도에 이른 경우에는 국가배상법 제2조에서 말하는 위법의 요건을 충족하였다고 봄이 상당하고, 허가를 받은 자가 위 규칙에 기하여 부가된 허가조건을 위배한 경우 시장 등이 공사중지를 명하거나 허가를 취소할 수 있는 등 형식상 허가권자에게 재량에 의한 직무수행권한을 부여한 것처럼 되어 있더라도 시장 등에게 그러한 권한을 부여한 취지와 목적에 비추어 볼 때 구체적인 사정에 따라 시장 등이 그 권한을 행사하여 필요한 조치를 취하지 아니하는 것이 현저하게 불합리하다고 인정되는 경우에는 그러한 권한의 불행사는 직무상의 의무를 위반하는 것이 되어 위법하게 된다.

2] 토석채취공사 도중 경사지를 굴러 내린 암석이 가스저장시설을 충격하여 화재가 발생한 사안에서, 토지형질변경허가권자에게 허가 당시 사업자로 하여금 위해방지시설을 설치하게 할 의무를 다하지 아니한 위법과 작업 도중 구체적인 위험이 발생하였음에도 작업을 중지시키는 등의 사고예방조치를 취하지 아니한 위법이 있다고 한 사례.

〈선정이유〉

토지형질변경허가에 있어 허가지 인근 지역에 토사붕괴나 낙석 등으로 인한 피해가 발생하지 않도록 허가를 받은 자에게 옹벽이나 방책을 설치하게 하거나 그가 이를 이행하지 아니할 때에는 스스로 필요한 조치를 취하는 직무상 의무의 사익보호성을인정한 판결

217. 부작위로 인한 국가배상책임 (3)

(대법원 2010. 9. 9. 선고 2008다77795 판결)
〈주제〉 공무원의 부작위로 인한 국가배상책임

〈쟁점〉

권한을 행사하지 않은 것이 직무상 의무를 위반한 것으로 위법하다고 인정되기 위한 요건

〈판결요지〉

[1] 공무원이 고의 또는 과실로 그에게 부과된 직무상 의무를 위반하였을 경우라고 하더라도 국가는 그러한 직무상의 의무 위반과 피해자가 입은 손해 사이에 상당인과 관계가 인정되는 범위 내에서만 배상책임을 지는 것이고,이 경우 상당인과관계가 인정되기 위하여는 공무원에게 부과된 직무상 의무의 내용이 단순히 공공 일반의 이익을 위한 것이거나 행정기관 내부의 질서를 규율하기 위한 것이 아니고 전적으로 또는 부수적으로 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여

설정된 것이어야 한다.

[2] 구 식품위생법(2005.1.27.법률 제7374호로 개정되기 전의 것)은 제1조에서“이 법은 식품으로 인한 위생상의 위해를 방지하고 식품영양의 질적 향상을 도모함으로써 국민보건의 증진에 이바지함을 목적으로 한다.”고 규정하고 있고, 같은 법 제7조,제9조, 제10조, 제16조 등에서는 식품의약품안전청장 등으로 하여금 식품 또는 식품첨가물의 제조 등의 방법과 성분, 용기와 포장의 제조방법과 그 원재료, 표시 등에 대하여 일정한 기준 및 규격 등을 마련하도록 하고, 그와 같은 기준 및 규격 등을 준수하는지 여부를 확인할 필요가 있거나 위생상 위해가 발생할 우려나 국민보건상의 필요가 있을 경우 수입신고시 식품 등을 검사하도록 규정하고 있다. 위와 같은 구 식품 위생법의 관련 규정을 종합하여 보면,같은 법 제7조, 제9조, 제10조, 제16조는 단순히 국민 전체의 보건을 증진한다고 하는 공공 일반의 이익만을 위한 것이 아니라, 그와 함께 사회구성원 개개인의 건강상의 위해를 방지하는 등의 개별적인 안전과 이익도 도모하기 위하여 설정된 것이라고 할 수 있다.

[3] 구 식품위생법(2005.1.27.법률 제7374호로 개정되기 전의 것)제7조, 제9조, 제10조, 제16조 등 관련 규정이 식품의약품안전청장 및 관련 공무원에게 합리적인 재량에 따른 직무수행 권한을 부여한 것으로 해석된다고 하더라도, 식품의약품안전청장등에게 그러한 권한을 부여한 취지와 목적에 비추어 볼 때 구체적인 상황 아래에서 식품의약품안전청장 등이 그 권한을 행사하지 아니한 것이 현저하게 합리성을 잃어 사회적 타당성이 없는 경우에는 직무상 의무를 위반한 것이 되어 위법하게 된다. 그리고 위와 같이 식약청장등이 그 권한을 행사하지 아니한 것이 직무상 의무를 위반하여 위법한 것으로 되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 과실도 인정된다.

[4] 어린이가 ‘미니컵 젤리’를 먹다가 질식하여 사망한 사안에서, 그 사고 발생 전에 미니컵 젤리에 대한 세계 각국의 규제 내용이 주로 곤약 등 미니컵 젤리의 성분과 용기의 규격에 대한 규제에 머물러 있었고, 대한민국 정부도 그 수준에 맞추어 미니컵 젤리의 기준과 규격, 표시 등을 규제하는 조치를 취하여 위 사고 발생 전까지 미니컵 젤리와 관련한 질식사고가 발생하지 않았던 점 등에 비추어, 비록 당시의 과학수준상 미니컵 젤리의 성분에 대하여 허위신고를 하더라도 그 진위를 가려내기 어려웠고, 위 사고 발생 후 시험 등을 통하여 그러한 허위신고의 가능성이 확인되고 곤약 등을 제외한 다른 성분을 함유한 미니컵 젤리로 인한 질식의 위험성이 드러났다고 하더라도, 위 사고 발생 무렵 식품의약품안전청장 및 관계 공무원이 그러한 위험성을 인식하거나 예견하기 어려웠던 점 등 여러 사정을 고려하여 보면, 식품의약품안전청장 및 관계 공무원이 위 사고 발생 시까지 구 식품위생법(2005. 1. 27.법률 제7374호로 개정되기 전의 것)상의 규제 권한을 행사하여 미니컵 젤리의 수입·유통 등을 금지하거나 그 기준과 규격, 표시 등을 강화하고 그에 필요한 검사 등을 실시하는 조치를 취하지 않은 것이 현저하게 합리성을 잃어 사회적 타당성이 없다거나 객관적 정당성을 상실하여 위법하다고 할 수 있을 정도에까지 이르렀다고 보기 어렵고, 그 권한 불행사에 과실이 있다고 할 수도 없다고 한 원심의 판단이 정당하다고 한 사례.

〈선정이유〉

어린이가 ‘미니컵 젤리’를 먹다가 질식하여 사망한 사고 발생 시까지 관계 공무원이 식품위생법상의 규제 권한을 행사하여 미니컵 젤리의 수입·유통 등을 금지하거나 그 기준과 규격, 표시 등을 강화하고 필요한 검사 등을 실시하는 조치를 취하지 않은 것이 현저하게 합리성을 잃어 사회적 타당성이 없다거나 객관적 정당성을 상실하여 위법하다고 할 수 있을 정도에까지 이르렀다고 보기 어렵다고 한 판결

218. 부작위로 인한 국가배상책임 (4)

(대법원 2016. 8. 25. 선고 2014다225083 판결)
〈주제〉 공무원의 부작위로 인한 국가배상책임

〈쟁점〉

권한을 행사하지 않은 것이 직무상 의무를 위반한 것으로 위법하다고 인정되기 위한 요건

〈판결요지〉

[1] 구 소방시설 설치·유지 및 안전관리에 관한 법률(2014. 1. 7. 법률 제12207호로 개정되기 전의 것, 이하 '소방시설법'이라 한다) 제20조 제6항 제3호, 제10조 제1항, 구 다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것, 이하 '다중이용업소법'이라 한다) 제11조, 제14조의 내용과 취지 등에 비추어 보면, 방화관리자 내지 소방안전관리자(2011. 8. 2. 소방시설설치유지 및 안전관리에 관한 법률 개정 전의 명칭은 '방화관리자'였다. 이하 '소방안전관리자'라 한다)는 방화관리대상물 내지 소방안전관리대상물에 설치된 건축법 제49조에 따른 피난시설(이하 '피난시설'이라 한다)에 대하여 소방시설법 제10조 제1항에 따라 유지·관리할 의무를 부담하고, 이는 다중이용업소법 제11조 등이 다중이용업주에게 영업장에 설치된 피난시설에 대한 유지·관리의무를 부담하도록 규정하였더라도 마찬가지이다. 따라서 소방안전관리자는 피난시설 중 구 건축법 시행령(2014. 3. 24. 대통령령 제25273호로 개정되기 전의 것) 제36조 제1호에 따라 설치된 옥외 피난계단에 대한 유지·관리의무를 부담하고, 이러한 의무에는 옥외 피난계단을 폐쇄하거나 훼손하는 행위뿐만 아니라 용도에 장애를 주는 행위를 방지할 의무도 포함되므로 건물 내부에서 옥외 피난계단으로 직접 연결되는 통로나 비상구를 사실상 폐쇄·차단함으로써 옥외 피난계단을 사용할 수 없게 하는 행위를 방지할 의무도 포함된다.

[2] 구 소방시설설치유지 및 안전관리에 관한 법률(2011. 8. 4. 법률 제11037호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 소방시설법'이라 한다) 제4조 제1항, 제5조, 구 다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것, 이하 '다중이용업소법'이라 한다) 제9조 제2항은 전체로서의 공공 일반의 안전과 이익을 도모하기 위한 것일 뿐만 아니라 나아가 국민 개개인의 안전과 이익을 보장하기 위하여 둔 것이므로, 소방공무원이 구 소방시설법과 다중이용업소법 규정에 정하여진 직무상 의무를 게을리한 경우 의무 위반이 직무에 충실한 보통 일반의 공무원을 표준으로 객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 정도에 이른 때는 국가배상법 제2조 제1항에 정한 위법의 요건을 충족하게 된다. 그리고 소방공무원의 행정권한 행사가 관계 법률의 규정 형식상 소방공무원의 재량에 맡겨져 있더라도 소방공무원에게 그러한 권한을 부여한 취지와 목적에 비추어 볼 때 구체적인 상황 아래에서 소방공무원이 권한을 행사하지 아니한 것이 현저하게 합리성을 잃어 사회적 타당성이 없는 경우에는 소방공무원의 직무상 의무를 위반한 것으로서 위법하게 된다.

[3] 공무원의 직무상 의무 위반으로 국가배상책임이 인정되기 위하여는 공무원의 직무상 의무 위반과 피해자가 입은 손해 사이에 상당인과관계가 인정되어야 한다. 이러한 상당인과관계가 인정되는지를 판단할 때는 일반적인 결과 발생의 개연성은 물론 직무상 의무를 부과하는 법령을 비롯한 행동규범의 목적이나 가해행위의 태양 및 피해의 정도 등을 종합적으로 고려하여야 한다.

[4] 주점에서 발생한 화재로 사망한 갑 등의 유족들이 을 광역시를 상대로 손해배상을 구한 사안에서, 소방공무원들이 소방검사에서 비상구 중 1개가 폐쇄되고 그곳으로 대피하도록 유도하는 피난구유도등, 피난안내도 등과 일치하지 아니하게 됨으로써 화재 시 피난에 혼란과 장애를 유발할 수 있는 상태임을 발견하지 못하여 업주들에 대한 시정명령이나 행정지도, 소방안전교육 등 적절한 지도·감독을 하지 아니한 것은 구체적인 소방검사 방법 등이 소방공무원의 재량에 맡겨져 있음을 감안하더라도 현저하게 합리성을 잃어 사회적 타당성이 없는 경우에 해당하고, 다른 비상구 중 1개와 그곳으로 연결된 통로가 사실상 폐쇄된 사실을 발견하지 못한 것도 주점에 설치된 피난통로 등에 대한 전반적인 점검을 소홀히 한 직무상 의무 위반의 연장선에 있어 위법성을 인정할 수 있고, 소방공무원들이 업주들에 대하여 필요한 지도·감독을 제대로 수행하였더라면 화재 당시 손님들에 대한 대피조치가 보다 신속히 이루어지고 피난통로 안내가 적절히 이루어지는 등으로 갑 등이 대피할 수 있었을 것이고, 갑 등이 대피방향을 찾지 못하다가 복도를 따라 급속히 퍼진 유독가스와 연기로 인하여 단시간에 사망하게 되는 결과는 피할 수 있었을 것인 점 등 화재 당시의 구체적 상황과 갑 등의 사망 경위 등에 비추어 소방공무원들의 직무상 의무 위반과 갑 등의 사망 사이에 상당인과관계가 인정된다고 한 사례.

〈선정이유〉

소방공무원들이 업주들에 대한 시정명령이나 행정지도, 소방안전교육 등 적절한 지도·감독을 하지 아니한 것은 구체적인 소방검사 방법 등이 소방공무원의 재량에 맡겨져 있음을 감안하더라도 현저하게 합리성을 잃어 사회적 타당성이 없는 경우에 해당하고, 화재 당시의 구체적 상황과 피해자의 사망 경위 등에 비추어 소방공무원들의 직무상 의무 위반과 피해자의 사망 사이에 상당인과관계가 인정된다고 한 판결

219. 부작위로 인한 국가배상책임 (5)

(대법원 2015. 12. 23. 선고 2015다210194 판결)
〈주제〉 공무원의 부작위로 인한 국가배상책임

〈쟁점〉

권한을 행사하지 않은 것이 직무상 의무를 위반한 것으로 위법하다고 인정되기 위한 요건

〈판결요지〉

공무원이 법령에서 부과된 직무상 의무를 위반한 것을 계기로 제3자가 손해를 입은 경우에 제3자에게 손해배상청구권이 인정되기 위하여는 공무원의 직무상 의무 위반행위와 제3자의 손해 사이에 상당인과관계가 있어야 하고, 상당인과관계의 유무를 판단함에 있어서는 일반적인 결과발생의 개연성은 물론 직무상 의무를 부과한 법령 기타 행동규범의 목적이나 가해행위의 태양 및 피해의 정도 등을 종합적으로 고려하여야 할 것인바, 공무원에게 직무상 의무를 부과한 법령의 목적이 사회 구성원 개인의 이익과 안전을 보호하기 위한 것이 아니고 단순히 공공일반의 이익이나 행정기관 내부의 질서를 규율하기 위한 것이라면, 설령 공무원이 그 직무상 의무를 위반한 것을 계기로

하여 제3자가 손해를 입었다고 하더라도 공무원이 직무상 의무를 위반한 행위와 제3자가 입은 손해 사이에 상당인과관계가 있다고 할 수 없다(대법원 2001. 4. 13. 선고 2000다 34891 판결 등 참조).

원심은, 금융위원회의 설치 등에 관한 법률의 입법취지 등에 비추어 볼 때, 피고 금융감독원에 금융기관에 대한 검사·감독의무를 부과한 법령의 목적이 금융상품에 투자한 투자자 개인의 이익을 직접 보호하기 위한 것이라고 할 수 없으므로, 피고 금융감독원 및 그 직원들의 위법한 직무집행과 B의 후순위사채에 투자한 원고들이 입은 손해 사이에 상당인과관계가 있다고 보기 어렵다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 국가배상책임에서 상당인과관계에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

〈선정이유〉

금융감독원에 금융기관에 대한 검사·감독의무를 부과한 법령의 목적이 금융상품에 투자한 투자자 개인의 이익을 직접 보호하기 위한 것이라고 할 수 없으므로, 피고 금융감독원 및 그 직원들의 위법한 직무집행과 B의 후순위사채에 투자한 원고들이 입은 손해 사이에 상당인과관계가 있다고 보기 어렵다고 판단한 판결

220. 부작위로 인한 국가배상책임 (6)

(대법원 2012. 7. 26. 선고 2010다95666 판결)
〈주제〉 공무원의 부작위로 인한 국가배상책임

〈쟁점〉

초법규적 작위의무의 인정 여부와 범위

〈판결요지〉

[1] 공무원의 부작위로 인한 국가배상책임을 인정하기 위하여는 공무원의 작위로 인한 국가배상책임을 인정하는 경우와 마찬가지로 "공무원이 그 직무를 집행함에 당하여 고의 또는 과실로 법령에 위반하여 타인에게 손해를 가한 때"라고 하는 국가배상법 제2조 제1항의 요건이 충족되어야 할 것이다. 여기서 '법령에 위반하여'라고 함은 엄격하게 형식적 의미의 법령에 명시적으로 공무원의 작위의무가 정하여져 있음에도 이를 위반하는 경우만을 의미하는 것은 아니고, 인권존중·권력남용 금지·신의성실과 같이 공무원으로서 마땅히 지켜야 할 준칙이나 규범을 지키지 아니하고 위반한 경우를 포함하여 널리 그 행위가 객관적인 정당성을 결여하고 있는 경우도 포함한다. 따라서 국민의 생명·신체·재산 등에 대하여 절박하고 중대한 위험상태가 발생하였거나 발생할 상당한 우려가 있어서 국민의 생명 등을 보호하는 것을 본래적 사명으로 하는 국가가 초법규적·일차적으로 그 위험의 배제에 나서지 아니하면 국민의 생명 등을 보호할 수 없는 경우에는 형식적 의미의 법령에 근거가 없더라도 국가나 관련 공무원에 대하여 그러한 위험을 배제할 작위의무를 인정할 수 있을 것이다. 그러나 그와 같은 절박하고 중대한 위험상태가 발생하였거나 발생할 상당한 우려가 있는

경우가 아닌 한, 원칙적으로 공무원이 관련 법령에서 정하여진 대로 직무를 수행하였다면 그와 같은 공무원의 부작위를 가지고 '고의 또는 과실로 법령에 위반'하였다고 할 수는 없다. 따라서 공무원의 부작위로 인한 국가배상책임을 인정할 것인지 여부가 문제되는 경우에 관련 공무원에 대하여 작위의무를 명하는 법령의 규정이 없는 때라면 공무원의 부작위로 인하여 침해되는 국민의 법익 또는 국민에게 발생하는 손해가 어느 정도 심각하고 절박한 것인지, 관련 공무원이 그와 같은 결과를 예견하여 그 결과를 회피하기 위한 조치를 취할 수 있는 가능성이 있는지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

[2] 甲이 경주보훈지청에 국가유공자에 대한 주택구입대부제도에 관하여 전화로 문의하고 대부신청서까지 제출하였으나, 담당 공무원에게서 주택구입대부금 지급을 보증하는 지급보증서제도에 관한 안내를 받지 못하여 대부제도 이용을 포기하고 시중은행에서 대출을 받아 주택을 구입함으로써 결과적으로 더 많은 이자를 부담하게 되었다고 주장하며 국가를 상대로 정신적 손해의 배상을 구한 사안에서, 주택구입대부제도에 있어서 지급보증서를 교부하는 취지와 성격, 관련 법령 등의 규정 내용, 지급보증서 제도를 안내받지 못함으로 인하여 침해된 甲의 법익 내지 甲이 입은 손해의 내용과 정도, 관련 공무원이 甲이 입은 손해를 예견하거나 그 결과를 회피하기 위한 조치를 취할 수 있는 가능성의 정도 등 여러 사정을 종합하여 볼 때, 담당 공무원이 甲에게 주택구입대부제도에 관한 전화상 문의에 응답하거나 대부신청서의 제출에 따른 대부금지급신청안내문을 통지하면서 지급보증서제도에 관하여 알려주지 아니한 조치가 객관적 정당성을 결여하여 현저하게 불합리한 것으로서 고의 또는 과실로 법령을 위반하였다고 볼 수 없음에도, 담당 공무원에게 지급보증서 제도를 안내하거나 설명할 의무가 있음을 전제로 그 위반에 대한 국가배상책임을 인정한 원심판결에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

〈선정이유〉

국민의 생명·신체·재산 등에 대하여 절박하고 중대한 위험상태가 발생하였거나 발생할 상당한 우려가 있어서 국가가 초법규적·일차적으로 그 위험의 배제에 나서지 아니하면 국민의 생명 등을 보호할 수 없는 경우에는 형식적 의미의 법령에 근거가 없더라도 국가나 관련 공무원에 대하여 그러한 위험을 배제할 작위의무를 인정할 수 있을 것이지만, 그와 같은 절박하고 중대한 위험상태가 발생하였거나 발생할 상당한 우려가 있는 경우가 아닌 한, 원칙적으로 공무원이 관련 법령에서 정하여진 대로 직무를 수행하였다면 그와 같은 공무원의 부작위를 가지고 '고의 또는 과실로 법령에 위반'하였다고 할 수는 없다고 판시한 판결

221. 부작위로 인한 국가배상책임 (7)

(대법원 2007. 11. 29. 선고 2006다3561 판결)

〈주제〉 행정입법부작위로 인한 국가배상책임

〈쟁점〉

법률에서 군법무관의 보수의 구체적 내용을 시행령에 위임했음에도 불구하고 행정부가 정당한 이유 없이 시행령을 제정하지 않은 것이 불법행위에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

입법부가 법률로써 행정부에게 특정한 사항을 위임했음에도 불구하고 행정부가 정당한 이유 없이 이를 이행하지 않는다면 권력분립의 원칙과 법치국가 내지 법치행정의 원칙에 위배되는 것으로서 위법함과 동시에 위헌적인 것이 되는바, 구 군법무관임용법(1967. 3. 3. 법률 제1904호로 개정되어 2000. 12. 26. 법률 제6291호로 전문 개정되기 전의 것) 제5조 제3항과 군법무관임용 등에 관한 법률(2000. 12. 26. 법률 제6291호로 개정된 것) 제6조가 군법무관의 보수를 법관 및 검사의 예에 준하도록 규정하면서 그 구체적 내용을 시행령에 위임하고 있는 이상, 위 법률의 규정들은 군법무관의 보수의 내용을 법률로써 일차적으로 형성한 것이고, 위 법률들에 의해 상당한 수준의 보수청구권이 인정되는 것이므로, 위 보수청구권은 단순한 기대이익을 넘어서는 것으로서 법률의 규정에 의해 인정된 재산권의 한 내용이 되는 것으로 봄이 상당하고, 따라서 행정부가 정당한 이유 없이 시행령을 제정하지 않은 것은 위 보수청구권을 침해하는 불법행위에 해당한다.

〈선정이유〉

입법부가 법률로써 행정부에게 특정한 사항을 위임했음에도 불구하고 행정부가 정당한 이유 없이 이를 이행하지 않는다면 권력분립의 원칙과 법치국가 내지 법치행정의 원칙에 위배되는 것으로서 불법행위가 된다고 판시하여 진정 행정입법부작위에 대한 국가배상책임을 분명히 한 판결

222. 국가배상법 제2조의 법령위반 (1)

(대법원 2000. 5. 12. 선고 99다70600 판결)
〈주제〉 국가배상법 제2조의 법령위반

〈쟁점〉

[1] 국가배상법상 법령위반의 의미
[2] 항고소송의 위법성과 국가배상의 위법성의 관계, 기판력이 미치는지 여부

〈판결요지〉

[1] 어떠한 행정처분이 후에 항고소송에서 취소되었다고 할지라도 그 기판력에 의하여 당해 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없는 것이고, 그 행정처분의 담당공무원이 보통 일반의 공무원을 표준으로 하여 볼 때 객관적 주의의무를 결하여 그 행정처분이 객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 정도에 이른 경우에 국가배상법 제2조 소정의 국가배상책임의 요건을 충족하였다고 봄이 상당할 것이며, 이 때에 객관적 정당성을 상실하였는지 여부는 피침해이익의 종류 및 성질, 침해행위가 되는 행정처분의 태양 및 그 원인, 행정처분의 발동에 대한 피해자측의 관여의 유무, 정도 및 손해의 정도 등 제반 사정을 종합하여 손해의 전보책임을 국가 또는 지방자치단체에게 부담시켜야 할 실질적인 이유가 있는지 여부에 의하여 판단하여야 한다.

[2] 개간허가 취소처분이 후에 행정심판 또는 행정소송에서 취소되었으나 담당공무원에게 객관적 주의의무를 결한 직무집행상의 과실이 없다는 이유로 국가배상책임을 부인한 사례.

〈선정이유〉

행정처분이 후에 항고소송에서 취소되었다고 할지라도 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없는 것이고, 담당공무원이 보통 일반의 공무원을 표준으로 하여 볼 때 객관적 주의의무를 결하여 그 행정처분이 객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 정도에 이른 경우에 국가배상법 제2조 소정의 국가배상책임의 요건을 충족하였다고 보아야 한다는 법리를 제시한 판결

223. 국가배상법 제2조의 법령위반 (2)

(대법원 2003. 11. 27. 선고 2001다33789 판결)
〈주제〉 국가배상법 제2조의 법령위반

〈쟁점〉

[1] 국가배상법상 법령위반의 의미
[2] 항고소송의 위법성과 국가배상의 위법성의 관계, 기판력이 미치는지 여부
[3] 출제오류와 국가배상책임

〈판결요지〉

[1] 어떠한 행정처분이 후에 항고소송에서 취소되었다고 할지라도 그 기판력에 의하여 당해 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없는 것이고, 그 행정처분의 담당공무원이 보통 일반의 공무원을 표준으로 하여 볼 때 객관적 주의의무를 결하여 그 행정처분이 객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 정도에 이른 경우에 비로소 국가배상법 제2조 소정의 국가배상책임의 요건을 충족하였다고 봄이 상당할 것이며, 이 때에 객관적 정당성을 상실하였는지 여부는 피침해이익의 종류 및 성질, 침해행위가 되는 행정처분의 태양 및 그 원인, 행정처분의 발동에 대한 피해자측의 관여의 유무, 정도 및 손해의 정도 등 제반 사정을 종합하여 손해의 전보책임을 국가 또는 지방자치단체에게 부담시켜야 할 실질적인 이유가 있는지 여부에 의하여 판단하여야 한다.

[2] 법령에 의하여 국가가 그 시행 및 관리를 담당하는 시험에 있어 시험문항의 출제 및 정답결정에 오류가 있어 이로 인하여 합격자 결정이 위법하게 되었다는 것을 이유로 공무원 내지 시험출제에 관여한 시험위원의 고의·과실로 인한 국가배상책임을 인정하기 위하여는, 해당 시험의 실시 목적이 시험에 응시한 개인에게 특정한 자격을 부여하는 개인적 이해관계 이외에 일정한 수준의 적정 자격을 갖춘 자에게만 특정 자격을 부여하는 사회적 제도로서 그 시험의 실시에 일반 국민의 이해관계와도 관련되는 공익적 배려가 있는지 여부, 그와 같은 시험이 시험시행 당시의 법령이 정한 요건과 절차에 따라 국가기관 내지 소속 공무원이 구체적 시험문제의 출제, 정답 결정, 합격 여부의 결정을 위하여 해당 시험과목별로 외부의 전문 시험위원을 적정하게 위촉하였는지 여부, 위촉된 시험위원들이 문제를 출제함에 있어 최대한 주관적 판단의 여지를 배제하고 객관적 입장에서 해당 과목의 시험을 출제하였는지 및 같은 과목의 시험위원들 사이에 출제된 문제와 정답의 결정과정에 다른 의견은 없었는지 여부, 1차시험의 오류를 주장하는 응시자 본인에게 사후에 국가가 1

차시험의 합격을 전제로 2차시험의 응시자격을 부여하였는지 여부 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 시험관련 공무원 혹은 시험위원이 객관적 주의의무를 결하여 그 시험의 출제와 정답 및 합격자 결정 등의 행정처분이 객관적 정당성을 상실하고, 이로 인하여 손해의 전보책임을 국가에게 부담시켜야 할 실질적인 이유가 있다고 인정되어야 한다.

〈선정이유〉

시험출제 오류로 인한 국가배상책임의 인정 요건에 관한 판결

224. 국가배상법 제2조의 법령위반 (3)

(대법원 2015. 8. 27. 선고 2012다204587 판결)
〈주제〉 국가배상법 제2조의 법령위반

〈쟁점〉

법령위반의 의미와 범위

〈판결요지〉

[1] 저작권법은 공표권(제11조), 성명표시권(제12조), 동일성유지권(제13조)등의 저작인격권을 특별히 규정하고 있으나, 작가가 자신의 저작물에 대해서 가지는 인격적 이익에 대한 권리가 위와 같은 저작권법 규정에 해당하는 경우로만 한정된다고 할 수는 없으므로 저작물의 단순한 변경을 넘어서 폐기 행위로 인하여 저작자의 인격적 법익 침해가 발생한 경우에는 위와 같은 동일성유지권 침해의 성립 여부와는 별개로 저작자의 일반적 인격권을 침해한 위법한 행위가 될 수 있다.

[2] 공무원의 행위를 원인으로 한 국가배상책임을 인정하기 위하여는 '공무원이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입힌 때'라고 하는 국가배상법 제2조 제1항의 요건이 충족되어야 한다. 여기서 '법령을 위반하여'라고 함은 엄격하게 형식적 의미의 법령에 명시적으로 공무원의 행위의무가 정하여져 있음에도 이를 위반하는 경우만을 의미하는 것은 아니고, 인권존중·권력남용금지·신의성실과 같이 공무원으로서 마땅히 지켜야 할 준칙이나 규범을 지키지 아니하고 위반한 경우를 비롯하여 널리 그 행위가 객관적인 정당성을 결여하고 있는 경우도 포함한다.

예술작품이 공공장소에 전시되어 일반대중에게 상당한 인지도를 얻는 등 예술작품의 종류와 성격 등에 따라서는 저작자로서도 자신의 예술작품이 공공장소에 전시·보존될 것이라는 점에 대하여 정당한 이익을 가질 수 있으므로, 저작물의 종류와 성격, 이용의 목적 및 형태, 저작물 설치 장소의 개방성과 공공성의 정도, 국가가 이를 선정하여 설치하게 된 경위, 폐기의 이유와 폐기 결정에 이른 과정 및 폐기 방법 등을 종합적으로 고려하여 볼 때 국가 소속 공무원의 해당 저작물의 폐기 행위가 현저하게 합리성을 잃고 저작자로서의 명예감정 및 사회적 신용과 명성 등을 침해하는 방식으로 이루어진 경우에는 객관적 정당성을 결여한 행위로서 위법하다.

[3] 甲이 국가의 의뢰로 도라산역사 내 벽면 및 기둥들에 벽화를 제작·설치하였는데, 국가가 작품 설치일로부터 약 3년 만에 벽화를 철거하여 소각한 사안에서, 甲은 특별한 역사적, 시대적 의미

를 가지고 있는 도라산역이라는 공공장소에 국가의 의뢰로 설치된 벽화가 상당 기간 전시되고 보존되리라고 기대하였고, 국가도 단기간에 이를 철거할 경우 甲이 예술창작자로서 갖는 명예감정 및 사회적 신용이나 명성 등이 침해 될 것을 예상할 수 있었음에도, 국가가 벽화 설치 이전에 이미 알고 있었던 사유를 들어 적법한 절차를 거치지 아니한 채 철거를 결정하고 원형을 크게 손상시키는 방법으로 철거 후 소각한 행위는 현저하게 합리성을 잃은 행위로서 객관적 정당성을 결여하여 위법하므로, 국가는 국가배상법 제2조 제1항에 따라 甲에게 위자료를 지급할 의무가 있다고 한 사례.

〈선정이유〉

예술작품이 공공장소에 전시되어 일반대중에게 상당한 인지도를 얻는 등 예술작품의 종류와 성격 등에 따라서는 저작자로서도 자신의 예술작품이 공공장소에 전시·보존될 것이라는 점에 대하여 정당한 이익을 가질 수 있으므로, 국가 소속 공무원의 해당 저작물의 폐기 행위가 현저하게 합리성을 잃고 저작자로서의 명예감정 및 사회적 신용과 명성 등을 침해하는 방식으로 이루어진 경우에는 객관적 정당성을 결여한 행위로서 위법하다고 한 판결

225. 국가배상법 제2조의 법령위반 (4)

(대법원 2000. 11. 10. 선고 2000다26807 판결)
〈주제〉 국가배상법 제2조의 법령위반

〈쟁점〉

법령위반의 의미와 범위

〈판결요지〉

[1] 국가배상책임은 공무원의 직무집행이 법령에 위반한 것임을 요건으로 하는 것으로서, 공무원의 직무집행이 법령이 정한 요건과 절차에 따라 이루어진 것이라면 특별한 사정이 없는 한 이는 법령에 적합한 것이고 그 과정에서 개인의 권리가 침해되는 일이 생긴다고 하여 그 법령적합성이 곧바로 부정되는 것은 아니다.

[2] 경찰관은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 자 또는 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자를 정지시켜 질문할 수 있고, 또 범죄를 실행중이거나 실행 직후인 자는 현행범인으로, 누구임을 물음에 대하여 도망하려 하는 자는 준현행범인으로 각 체포할 수 있으며, 이와 같은 정지 조치나 질문 또는 체포 직무의 수행을 위하여 필요한 경우에는 대상자를 추적할 수도 있으므로, 경찰관이 교통법규 등을 위반하고 도주하는 차량을 순찰차로 추적하는 직무를 집행하는 중에 그 도주차량의 주행에 의하여 제3자가 손해를 입었다고 하더라도 그 추적이 당해 직무 목적을 수행하는 데에 불필요하다거나 또는 도주차량의 도주의 태양 및 도로교통상황 등으로부터 예측되는 피해발생의 구체적 위험성의 유무 및 내용에 비추어 추적의 개시·계속 혹은 추적의 방법이 상당하지 않다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 추적행위를

위법하다고 할 수는 없다.

〈선정이유〉

경찰관이 교통법규 등을 위반하고 도주하는 차량을 순찰차로 추적하는 직무를 집행하는 중에 그 도주차량의 주행에 의하여 제3자가 손해를 입었다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그 추적행위를 위법하다고 할 수는 없다는 판결

226. 국가배상법 제2조의 법령위반 (5)

(대법원 2020. 6. 4. 선고 2015다233807 판결)
〈주제〉 국가배상법 제2조의 법령위반

〈쟁점〉

국가기관이 자신이 관리·운영하는 홈페이지에 게시된 글에 대하여 정부의 정책에 찬성 또는 반대하는 내용인지에 따라 선별적으로 삭제 여부를 결정하는 것이 허용되는지 여부

〈판결요지〉

[1] 정부의 정책에 대하여 정치적인 반대의사를 표시하는 것은 헌법이 보장하는 정치적 자유의 가장 핵심적인 부분이다. 자신의 정치적 생각을 집회와 시위를 통해 설파하거나 서명운동 등을 통해 자신과 의견이 같은 세력을 규합해 나가는 것은 국가의 안전에 대한 위협이 아니라, 우리 헌법의 근본이념인 '자유민주적 기본질서'의 핵심적인 보장 영역에 속한다. 정부에 대한 비판에 대하여 합리적인 홍보와 설득으로 대처하는 것이 아니라, 비판 자체를 원천적으로 배제하려는 공권력의 행사는 대한민국 헌법이 예정하고 있는 자유민주적 기본질서에 부합하지 아니하므로 정당성을 인정할 수 없다.

그러나 공무원의 행위를 원인으로 한 국가배상책임을 인정하려면 '공무원이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입힌 때'라고 하는 국가배상법 제2조 제1항의 요건이 충족되어야 한다. 여기서 '법령을 위반하여'라고 함은 엄격하게 형식적 의미의 법령에 명시적으로 공무원의 행위의무가 정하여져 있음에도 이를 위반하는 경우만을 의미하는 것은 아니고, 인권존중·권력남용금지·신의성실과 같이 공무원으로서 마땅히 지켜야 할 준칙이나 규범을 지키지 아니하고 위반한 경우를 비롯하여 널리 그 행위가 객관적인 정당성을 결여하고 있는 경우를 포함한다.

[2] 일반적으로 국가기관이 자신이 관리·운영하는 홈페이지에 게시된 글에 대하여 정부의 정책에 찬성하는 내용인지, 반대하는 내용인지에 따라 선별적으로 삭제 여부를 결정하는 것은 특별한 사정이 없는 한 국민의 기본권인 표현의 자유와 자유민주적 기본질서에 배치되므로 허용되지 않는다.

[3] 해군본부가 해군 홈페이지 자유게시판에 집단적으로 게시된 '제주해군기지 건설사업에 반대하는 취지의 항의글' 100여 건을 삭제하는 조치를 취하자, 항의글을 게시한 갑 등이 위 조치가 위법한 직무수행에 해당하며 표현의 자유 등이 침해되었다고 주장하면서 국가를 상대로 손해배상을 구한 사안에서, 해군 홈페이지 자유게시판이 정치적 논쟁의 장이 되어서는 안 되는 점, 위와 같은

항의글을 게시한 행위는 정부정책에 대한 반대의사 표시이므로 '해군 인터넷 홈페이지 운영규정'에서 정한 게시글 삭제 사유인 '정치적 목적이나 성향이 있는 경우'에 해당하는 점, 해군본부가 집단적 항의글이 위 운영규정 등에서 정한 삭제 사유에 해당한다고 판단한 것이 사회통념상 합리성이 없다고 단정하기 어려운 점, 반대의견을 표출하는 항의 시위의 1차적 목적은 달성되었고 현행법상 국가기관으로 하여금 인터넷 공간에서의 항의 시위의 결과물인 게시글을 영구히 또는 일정 기간 보존하여야 할 의무를 부과하는 규정은 없는 점 등에 비추어 위 삭제 조치가 객관적 정당성을 상실한 위법한 직무집행에 해당한다고 보기 어려운데도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

〈선정이유〉

인터넷 공간에서의 국민 참여를 전제로 하는 행정업무가 많아지고 있는 가운데, 국민의 기본권인 표현의 자유 보호와 자유민주적 질서유지를 중요한 가치로 인정하면서도 정치적 목적의 집단적 항의성 글의 삭제에 대한 정당성을 인정한 판결

227. 국가배상법 제2조의 과실 (1)

(대법원 2001. 2. 9. 선고 98다52988 판결)
〈주제〉 국가배상법 제2조의 과실

〈쟁점〉

법령해석의 오류와 공무원의 과실

〈판결요지〉

법령에 대한 해석이 복잡, 미묘하여 워낙 어렵고, 이에 대한 학설, 판례조차 귀일되어 있지 않는 등의 특별한 사정이 없는 한 일반적으로 공무원이 관계 법규를 알지 못하거나 필요한 지식을 갖추지 못하고 법규의 해석을 그르쳐 행정처분을 하였다면 그가 법률전문가가 아닌 행정직 공무원이라고 하여 과실이 없다고는 할 수 없다.

〈선정이유〉

법령해석의 오류로 위법한 행정처분을 하였다면 원칙적으로 공무원의 과실이 인정된다는 것으로서 법령의 해석과 적용은 법치주의의 근간이므로 공무원의 엄정한 해석을 요하고, 이를 그르친 공무원의 행정조치에는 과실이 있다고 본 판결

228. 국가배상법 제2조의 과실 (2)

(대법원 2011. 1. 27. 선고 2009다30946 판결)
〈주제〉 국가배상법 제2조의 과실

〈쟁점〉

법령해석의 오류와 공무원의 과실

〈판결요지〉

[1] 구 교육공무원법(2005.1.27.법률 제7353호로 개정되기 전의 것)에 의하여 기간제로 임용되어 임용기간이 만료된 국·공립대학의 교원도 교원으로서의 능력과 자질에 관하여 합리적인 기준에 의한 공정한 심사를 받아 기준에 부합하면 특별한 사정이 없는 한 재임용되리라는 기대를 가지고 재임용 여부에 관하여 심사를 요구할 법규상 또는 조리상 신청권을 가진다. 그런데 이러한 국·공립대학 교원에 대한 재임용거부처분이 재량권을 일탈·남용한 것으로 평가되어 그것이 불법행위가 됨을 이유로 국·공립대학 교원 임용권자에게 손해배상책임을 묻기 위해서는 당해 재임용거부가 국·공립대학 교원 임용권자의 고의 또는 과실로 인한 것이라는 점이 인정되어야 한다. 그리고 위와 같은 고의·과실이 인정되려면 국·공립대학 교원 임용권자가 객관적 주의의무를 결하여 그 재임용거부처분이 객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 정도에 이르러야 한다.

[2] 대법원 2004. 4. 22. 선고 2000두7735 전원합의체 판결 전까지 대법원은,기간제로 임용된 국·공립대학 교원에 대하여 관련 법률의 어디에도 임용권자에게 임용기간이 만료된 자를 재임용할 의무를 지우거나 재임용절차 및 요건 등에 관하여 규율한 규정이 없다는 이유로, 기간을 정하여 임용된 대학교원은 그 임용기간의 만료로 대학교원으로서의 신분관계가 당연히 종료하는 것으로 보았고, 그 결과 임용기간의 만료에 따른 재임용의 기대권이나 재임용 여부에 관하여 합리적인 기준에 의한 공정한 심사를 요구할 권리의 존재를 부정하여 재임용 여부는 사법심사에서 제외되는 임면권자의 자유재량행위로 파악하여 왔다. 당시 사법기관이 이렇게 법해석을 하는 상황 아래에서 국·공립대학 교원 임용권자에 대하여, 위 대법원 전원합의체 판결이 선고되고 그에 따른 법해석의 변화로 비로소 인정되게 된 재임용심사신청권을 기초로 하여 종전의 국·공립대학 교원의 권리 내지 법익침해의 결과에 관하여 손해배상책임을 묻는 것은, 당시로선 일반적으로 존재하지 않는 것으로 해석되었던 규범의 준수를 요구하는 것이거나 현실적으로 실현 불가능한 주의의무의 이행을 기대하는 것에 지나지 아니한다. 그러므로 위 대법원 전원합의체 판결이 선고되기 전에 기간제로 임용된 국·공립대학교원에 대하여 재임용이 거부된 경우에 그것이 부당하다는 이유로 국·공립대학교원임용권자에게 손해배상책임을 물을 수는 없다고 보아야 한다.

[3] 대법원 2004. 4. 22. 선고 2000두7735전원합의체 판결이 선고되기 전에 재임용심사에서 탈락한 국립대학 교원이 위 판결 선고 후 '대학교원 기간임용제 탈락자 구제를 위한 특별법'에 의하여 교원소청심사특별위원회에 재심사를 청구하여 재임용거부처분취소결정을 받고 복직한 다음 재임용거부로 입은 손해에 대하여 국가배상청구를 한 사안에서, 위 판결 선고 전까지 당해 교원이 복직하지 못함으로써 발생한 손해에 관하여는 임용권자의 고의나 과실을 인정할 수 없고, 위 판결 선고 후의 복직 지연에 따른 손해에 관하여는 임용권자가 당해 교원의 재심사신청의사를 명확히 확인할 수 있는 시점은 교원소청심사특별위원회에 재심사를 청구한 날 이후로 봄이 상당한데 그로부터 5개월 정도 후에 복직절차를 마쳤으므로 임용권자에게 특별히 복직절차의 지연에 따른 책임이 있다고 할 수 없다는 이유로 국가배상책임을 부정한 사례.

〈선정이유〉

법령의 해석에 있어서 종래 법령의 내용이 명확하지 않았던 경우에 판례를 따른 법해석에 의하

여 재임용을 거부하였다면 이후에 전원합의체 판결에 의하여 법령의 해석이 변경되었다고 하여도 임용권자의 재임용거부에 대한 국가배상법상 고의·과실을 인정할 수 없다는 취지로서 공무원의 법령해석에 있어서 주의의무의 정도를 보여주는 판결

229. 국가배상법 제2조의 과실 (3)

(대법원 2002. 5. 10. 선고 2001다62312 판결)
〈주제〉 국가배상법 제2조의 과실

〈쟁점〉

재량준칙과 공무원의 과실

〈판결요지〉

행정법규가 행정청으로서 지켜야 할 일정한 준칙을 규정함에 불과하고 그 범위 안에서 행정청의 재량에 일임하여 그 법규가 정하는 행정목적의 달성을 위하여 객관적으로 구체적 타당성에 적합하도록 하는 이른바 편의재량(공익재량, 합목적재량)의 경우에는 공익상의 필요, 합목적성의 여부는 행정청의 자유재량에 따라 결정하고 그에 적합하다고 인정되는 처분을 선택하는 것이므로, 그 경우에 한 처분에 있어 관계공무원이 공익성, 합목적성의 인정·판단을 잘못하여 그 재량권의 범위를 넘어선 행정행위를 한 경우가 있다 하더라도 공익성 및 합목적성의 적절 여부의 판단 기준은 구체적 사안에 따라 각각 동일하다 할 수 없을 뿐만 아니라, 구체적인 경우 어느 행정처분을 할 것인가에 관하여 행정청 내부에 일응의 기준을 정해 둔 경우 그 기준에 따른 행정처분을 하였다면 이에 관여한 공무원에게 그 직무상의 과실이 있다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

행정법규가 재량권을 부여한 경우 행정청 내부에서 일정한 준칙을 정하고 공무원이 그에 따른 행정처분을 하였다면 관여 공무원의 직무상 과실은 부정된다는 취지로서 재량권의 행사와 관련된 공무원의 주의의무의 판단방법을 보여주는 판결

230. 국가배상법 제2조의 과실 (4)

(대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다14428 판결)
〈주제〉 국가배상법 제2조의 과실

〈쟁점〉

행정입법 개정과 공무원의 과실

〈판결요지〉

[1] 법령의 개정에서 입법자의 광범위한 재량이 인정되는 경우라 하더라도 구 법령의 존속에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하며 법령의 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 법령으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 신뢰의 파괴를 정당화할 수 없다면 입법자는 경과규정을 두는 등 당사자의 신뢰를 보호할 적절한 조치를 하여야 하며 이와 같은 적절한 조치 없이 새 법령을 그대로 시행하거나 적용하는 것은 허용될 수 없는바, 이는 헌법의 기본원리인 법치주의 원리에서 도출되는 신뢰보호의 원칙에 위배되기 때문이다. 그러나 입법자가 이러한 신뢰보호 조치가 필요한지를 판단하기 위하여는 관련 당사자의 신뢰의 정도, 신뢰이익의 보호가치와 새 법령을 통해 실현하고자 하는 공익적 목적 등을 종합적으로 비교·형량하여야 하는데, 이러한 비교·형량에 관하여는 여러 견해가 있을 수 있으므로, 행정입법에 관여한 공무원이 입법 당시의 상황에서 다양한 요소를 고려하여 나름대로 합리적인 근거를 찾아 어느 하나의 견해에 따라 경과규정을 두는 등의 조치 없이 새 법령을 그대로 시행하거나 적용하였다면, 그와 같은 공무원의 판단이 나중에 대법원이 내린 판단과 같지 아니하여 결과적으로 시행령 등이 신뢰보호의 원칙 등에 위배되는 결과가 되었다고 하더라도, 이러한 경우에까지 국가배상법 제2조 제1항에서 정한 국가배상책임의 성립요건인 공무원의 과실이 있다고 할 수는 없다.

[2] 2002.3.25.대통령령 제17551호로 개정된 변리사법 시행령 제4조 제1항이 변리사 제1차 시험을 '절대평가제'에서 '상대평가제'로 변경함에 따라 2002.5.26.상대평가제로 실시된 시험에서 불합격처분을 받았다가 그 후 위 시행령 부칙 중 위 조항을 공포 즉시 시행하도록 한 부분이 헌법에 위배되어 무효라는 대법원판결이 내려져 추가합격처분을 받은 甲등이 국가배상책임을 물은 사안에서, 제반 사정에 비추어 위 시행령과 부칙의 입법에 관여한 공무원들은 입법 당시 상황에서 다양한 요소를 고려하여 나름대로 합리적인 근거를 찾아 어느 하나의 견해에 따라 위 시행령을 경과규정등의 조치 없이 그대로 시행한 것이므로, 비록 대법원판결에서 위 시행령 부칙 중 위조항을 즉시 시행하도록 한 부분이 헌법에 위배된다고 판단하여 결과적으로 부칙 제정행위가 위법한 것으로 되고 그에 따른 불합격처분 역시 위법하게 되어 위법한 법령의 제정 및 법령의 부당집행이라는 결과를 가져오게 되었더라도 ,이러한 경우에까지 국가배상책임의 성립요건인 공무원의 과실이 있다고 단정할 수 없다는 이유로, 이와 달리 보아 국가배상책임을 인정한 원심판결에는 국가배상책임에서 공무원의 직무상과실에 관한 법리오해 등 위법이 있다고 한 사례.

〈선정이유〉

입법 당시의 상황에서 다양한 요소를 고려하여 나름대로 합리적인 근거를 찾아 어느 하나의 견해에 따른 입법을 하였다면 나중에 대법원 판결에 의하여 시행령 등이 신뢰보호의 원칙 등에 위배되는 결과가 나왔다고 하더라도 국가배상법상 공무원의 과실이 있다고 할 수는 없다고 판시한 사례로서 행정입법에 관여한 공무원의 직무상 과실에 대한 판단기준을 제시하고 있는 판결

231. 공무원 개인의 배상책임

(대법원 1996. 2. 15. 선고 95다38677 전원합의체 판결)

〈주제〉 공무원 개인의 배상책임

〈쟁점〉

공무원이 직무수행 중 불법행위로 타인에게 손해를 입힌 경우, 공무원 개인의 손해배상책임 유무

〈판결요지〉

[1] [다수의견] 헌법 제29조 제1항 단서는 공무원이 한 직무상 불법행위로 인하여 국가 등이 배상책임을 진다고 할지라도 그 때문에 공무원 자신의 민·형사책임이나 징계책임이 면제되지 아니한다는 원칙을 규정한 것이나, 그 조항 자체로 공무원 개인의 구체적인 손해배상책임의 범위까지 규정한 것으로 보기는 어렵다.

[별개의견]

헌법 제29조 제1항 단서의 공무원 개인책임은 그 본문과 연관하여 보면 이는 직무상 불법행위를 한 그 공무원 개인의 불법행위 책임임이 분명하며, 여기에서 말하는 불법행위의 개념은 법적인 일반개념으로서, 그것은 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 것을 의미하고, 이때의 과실은 중과실과 경과실을 구별하지 않는다는 일반론에 의문을 제기할 여지가 없어 보인다.

[반대의견] 헌법 제29조 제1항 단서의 규정은 직무상 불법행위를 한 공무원 개인의 손해배상책임이 면제되지 아니한다는 것을 규정한 것으로 볼 수는 없고, 이는 다만 직무상 불법행위를 한 공무원의 국가 또는 공공단체에 대한 내부적 책임 등이 면제되지 아니한다는 취지를 규정한 것으로 보아야 한다.

[2] [다수의견]

국가배상법 제2조 제1항 본문 및 제2항의 입법 취지는 공무원의 직무상 위법행위로 타인에게 손해를 끼친 경우에는 변제자력이 충분한 국가 등에게 선임감독상 과실 여부에 불구하고 손해배상책임을 부담시켜 국민의 재산권을 보장하되, 공무원이 직무를 수행함에 있어 경과실로 타인에게 손해를 입힌 경우에는 그 직무수행상 통상 예기할 수 있는 흠이 있는 것에 불과하므로, 이러한 공무원의 행위는 여전히 국가 등의 기관의 행위로 보아 그로 인하여 발생한 손해에 대한 배상책임도 전적으로 국가 등에만 귀속시키고 공무원 개인에게는 그로 인한 책임을 부담시키지 아니하여 공무원의 공무집행의 안정성을 확보하고, 반면에 공무원의 위법행위가 고의·중과실에 기한 경우에는 비록 그 행위가 그의 직무와 관련된 것이라고 하더라도 그와 같은 행위는 그 본질에 있어서 기관행위로서의 품격을 상실하여 국가 등에게 그 책임을 귀속시킬 수 없으므로 공무원 개인에게 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담시키되, 다만 이러한 경우에도 그 행위의 외관을 객관적으로 관찰하여 공무원의 직무집행으로 보여질 때에는 피해자인 국민을 두텁게 보호하기 위하여 국가 등이 공무원 개인과 중첩적으로 배상책임을 부담하되 국가 등이 배상책임을 지는 경우에는 공무원 개인에게 구상할 수 있도록 함으로써 궁극적으로 그 책임이 공무원 개인에게 귀속되도록 하려는 것이라고 봄이 합당하다.

[별개의견]

국가배상법 제2조 제2항의 입법취지가 공무원의 직무집행의 안정성 내지 효율성의 확보에 있음은 의문이 없는 바이나, 위 법 조항은 어디까지나 국가 등과 공무원 사이의 대내적 구상관계만을 규정함으로써, 즉 경과실의 경우에는 공무원에 대한 구상책임을 면제하는 것만으로써 공무집행의 안정성을 확보하려는 것이고, 대외적 관계 즉 피해자(국민)와 불법행위자(공무원) 본인 사이의 책임

관계를 규율하는 취지로 볼 수는 없다. 그것은 국가배상법의 목적이 그 제1조가 밝히고 있는 바와 같이 국가 등의 손해배상책임과 그 배상절차 즉 국가 등과 피해자인 국민 간의 관계를 규정함에 있고 가해자인 공무원과 피해자인 국민 간의 관계를 규정함에 있는 것이 아닌 점에 비추어 보아도 명백하다.

[반대의견]

헌법 제29조 제1항 및 국가배상법 제2조 제1항의 규정이 공무원의 직무상 불법행위에 대하여 자기의 행위에 대한 책임에서와 같이 국가 또는 공공단체의 무조건적인 배상책임을 규정한 것은, 오로지 변제자력이 충분한 국가 또는 공공단체로 하여금 배상하게 함으로써 피해자 구제에 만전을 기한다는 것에 그치는 것이 아니라, 더 나아가 국민 전체에 대한 봉사자인 공무원들로 하여금 보다 적극적이고 능동적으로 공무를 수행하게 하기 위하여 공무원 개인의 배상책임을 면제한다는 것에 초점이 있는 것으로 보아야 한다.

[3] [다수의견]

공무원이 직무수행 중 불법행위로 타인에게 손해를 입힌 경우에 국가 등이 국가배상책임을 부담하는 외에 공무원 개인도 고의 또는 중과실이 있는 경우에는 불법행위로 인한 손해배상책임을 진다고 할 것이지만, 공무원에게 경과실뿐인 경우에는 공무원 개인은 손해배상책임을 부담하지 아니한다고 해석하는 것이 헌법 제29조 제1항 본문과 단서 및 국가배상법 제2조의 입법취지에 조화되는 올바른 해석이다.

[별개의견]

공무원의 직무상 경과실로 인한 불법행위의 경우에도 공무원 개인의 피해자에 대한 손해배상책임은 면제되지 아니한다고 해석하는 것이, 우리 헌법의 관계 규정의 연혁에 비추어 그 명문에 충실한 것일 뿐만 아니라 헌법의 기본권보장 정신과 법치주의의 이념에도 부응하는 해석이다.

[반대의견]

공무원이 직무상 불법행위를 한 경우에 국가 또는 공공단체만이 피해자에 대하여 국가배상법에 의한 손해배상책임을 부담할 뿐, 공무원 개인은 고의 또는 중과실이 있는 경우에도 피해자에 대하여 손해배상책임을 부담하지 않는 것으로 보아야 한다.

[반대보충의견]

주권을 가진 국민 전체에 대한 봉사자로서 공공이익을 위하여 성실히 근무해야 할 공무원이 공무수행 중 국민에게 손해를 가한 경우, 국민의 봉사자인 공무원이 봉사 대상이 되는 피해자인 국민과 직접 소송으로 그 시비와 손해액을 가리도록 그 갈등관계를 방치하는 것보다는 국가가 나서서 공무원을 대위하여 그 손해배상책임을 지고, 국가가 다시 내부적으로 공무원의 직무상 의무의 불이행 내용에 따라 고의·중과실이 있는 경우에만 구상의 형태로 그 책임을 물어 공무원의 국민과 국가에 대한 성실의무와 직무상 의무의 이행을 제도적으로 확보하겠다는 것이, 헌법 제29조 제1항 단서와 국가배상법 제2조 제2항의 취지라고 해석함이 이를 가장 조화롭게 이해하는 길이 될 것이다.

[4] [다수의견]

공무원의 직무상 위법행위가 경과실에 의한 경우에는 국가배상책임만 인정하고 공무원 개인의 손해배상책임을 인정하지 아니하는 것이 피해자인 국민의 입장에서 보면 헌법 제23조가 보장하고 있는 재산권에 대한 제한이 될 것이지만, 이는 공무수행의 안정성이란 공공의 이익을 위한 것이라는 점과 공무원 개인책임이 인정되지 아니하더라도 충분한 자력이 있는 국가에 의한 배상책임이 인정되고 국가배상책임의 인정 요건도 민법상 사용자책임에 비하여 완화하고 있는 점 등에 비추어

볼 때, 헌법 제37조 제2항이 허용하는 기본권 제한 범위에 속하는 것이라고 할 것이다.
[별개의견] 아무리 공무집행의 안정성이 공공의 이익에 속한다고 하더라도 그것은 어디까지나 공무집행이 적법하여야만 공공의 이익으로 되는 것이고 위법한 공무집행의 안정성이 공공의 이익에 부합될 수 없으며, 위법한 공무집행으로 손해를 입은 피해자에게 그 손해를 감수하라고 하는 것은 명분이 서지 않는다. 반대로 위법행위의 억제 기능이 느슨해져서 국가의 재정 부담이 증가하면 그것이 공공의 이익에 반하는 결과가 될 것이다. 뿐만 아니라 공공복리를 위하여 필요한 경우에도 국민의 기본권 제한은 반드시 법률로써 하여야 할 것인데, 그러한 법률이 없는데도 해석으로 이를 제한하는 것은 경계할 일이다.

[5] [다수의견]

[3]항의 법리는 피해자가 헌법 제29조 제2항, 국가배상법 제2조 제1항 단서 소정의 공무원으로서 위 단서 조항에 의하여 법률에 정해진 보상 외에는 국가배상법에 의한 배상을 청구할 수 없는 경우라고 하여 달리 볼 것은 아니다. 왜냐하면 헌법 제29조 제2항은 군인, 군무원, 경찰공무원, 기타 법률이 정한 공무원의 경우 전투, 훈련 등 직무집행과 관련하여 받은 손해에 대하여 법률이 정하는 보상 외에 국가 등에 대하여 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상을 청구할 수 없도록 규정하고 있고 국가배상법 제2조 제1항 단서도 이를 이어 받아 이를 구체화하고 있지만, 이는 군인 등이 전투, 훈련 등과 관련하여 받는 손해에 한하여는 국가의 손해배상을 인정하지 아니하고 법률이 정한 보상만을 인정함이 타당하다는 헌법적 결단에 의한 것이기 때문이다.

[반대보충의견]

군인 등은 그 직무의 특수성으로 직무상 사고를 당할 고도의 위험성이 있으므로 그 직무집행 중의 사고에 의한 위험은 국가가 이를 인수하여 그 피해자를 국가유공자로 예우하면서 그 사고에 대하여는 배상이 아닌 보훈 차원에서 종합적으로 배려하여 보상으로 해결하겠다는 것이 헌법 제29조 제2항의 취지라 할 것이다.

〈선정이유〉

공무원이 직무수행 중 불법행위로 타인에게 손해를 입힌 경우, 공무원 개인이 피해자에게 직접적으로 손해배상책임을 부담하는가에 관하여 가해 공무원의 고의·중과실과 경과실의 경우를 구분하여 전자의 경우에는 직접 책임을 인정하고 경과실의 경우에는 직접 책임을 지지 않는다고 한 판결

232. 공무원에 대한 구상권 행사

(대법원 2016. 6. 9. 선고 2015다200258 판결)
〈주제〉 공무원의 구상책임

〈쟁점〉

[1] 국가배상법 제2조 제2항에 따라 국가 또는 지방자치단체가 공무원에게 구상권을 행사할 수 있는 범위

[2] 공무원의 불법행위로 손해를 입은 피해자가 갖는 국가배상청구권의 소멸시효 기간이 지났으

나 국가가 소멸시효 완성을 주장하는 것이 신의성실의 원칙에 반하는 권리남용으로 허용될 수 없어 배상책임을 이행한 경우, 국가가 공무원에게 구상권을 행사할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 국가배상법 제2조는, 공무원이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입힌 때에는 국가나 지방자치단체가 배상책임을 부담하고(제1항), 국가 등이 그 책임을 이행한 경우에 해당 공무원에게 고의 또는 중대한 과실이 있으면 그 공무원에게 구상할 수 있다(제2항)고 규정하고 있다. 이 경우 국가나 지방자치단체는 해당 공무원의 직무내용, 불법행위의 상황과 손해발생에 대한 해당 공무원의 기여 정도, 평소 근무태도, 불법행위의 예방이나 손실분산에 관한 국가 또는 지방자치단체의 배려의 정도 등 제반 사정을 참작하여 손해의 공평한 분담이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서 구상권을 행사할 수 있다.

[2] 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 입은 피해자가 국가배상청구를 하였을 때, 비록 그 소멸시효 기간이 경과하였다고 하더라도 국가가 소멸시효의 완성 전에 피해자의 권리행사나 시효중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 하였거나 객관적으로 피해자가 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있었다는 등의 사정이 있어 국가에게 채무이행의 거절을 인정하는 것이 현저히 부당하거나 불공평하게 되는 등 특별한 사정이 있는 경우에는, 국가가 소멸시효 완성을 주장하는 것은 신의성실 원칙에 반하여 권리남용으로서 허용될 수 없다.

이와 같이 공무원의 불법행위로 손해를 입은 피해자의 국가배상청구권의 소멸시효 기간이 지났으나 국가가 소멸시효 완성을 주장하는 것이 신의성실의 원칙에 반하는 권리남용으로 허용될 수 없어 배상책임을 이행한 경우에는, 그 소멸시효 완성 주장이 권리남용에 해당하게 된 원인행위와 관련하여 해당 공무원이 그 원인이 되는 행위를 적극적으로 주도하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 국가가 해당 공무원에게 구상권을 행사하는 것은 신의칙상 허용되지 않는다고 봄이 상당하다.

〈선정이유〉

국가가 소멸시효의 완성을 주장하는 것이 신의성실의 원칙에 반하기 때문에 피해자에게 배상책임을 이행한 경우에는 그 소멸시효의 완성주장이 권리남용에 해당하게 된 원인행위와 관련하여 공무원이 어떠한 역할을 하였는지 판단하여 구상권을 행사하여야 한다는 취지로서, 국가배상법 제2조 제2항에 따라 국가 또는 지방자치단체가 공무원에게 구상권을 행사할 수 있는 범위와 한계에 관한 판결

233. 직접 손해를 배상한 공무원의 국가에 대한 구상

(대법원 2014. 8. 20. 선고 2012다54478 판결)
〈주제〉 경과실 있는 공무원의 국가에 대한 구상권

〈쟁점〉

공무원이 직무수행 중 불법행위로 타인에게 손해를 입힌 경우, 피해자에게 손해를 직접 배상한

경과실이 있는 공무원이 국가에 대하여 구상권을 취득하는지 여부

〈판결요지〉

[1] 공무원이 직무수행 중 불법행위로 타인에게 손해를 입힌 경우에 국가 등이 국가배상책임을 부담하는 외에 공무원 개인도 고의 또는 중과실이 있는 경우에는 불법행위로 인한 손해배상책임을 지고, 공무원에게 경과실이 있을 뿐인 경우에는 공무원 개인은 손해배상책임을 부담하지 아니한다. 이처럼 경과실이 있는 공무원이 피해자에 대하여 손해배상책임을 부담하지 아니함에도 피해자에게 손해를 배상하였다면 그것은 채무자 아닌 사람이 타인의 채무를 변제한 경우에 해당하고, 이는 민법 제469조의 '제3자의 변제' 또는 민법 제744조의 '도의관념에 적합한 비채변제'에 해당하여 피해자는 공무원에 대하여 이를 반환할 의무가 없고, 그에 따라 피해자의 국가에 대한 손해배상청구권이 소멸하여 국가는 자신의 출연 없이 채무를 면하게 되므로, 피해자에게 손해를 직접 배상한 경과실이 있는 공무원은 특별한 사정이 없는 한 국가에 대하여 국가의 피해자에 대한 손해배상책임의 범위 내에서 공무원이 변제한 금액에 관하여 구상권을 취득한다고 봄이 타당하다.

[2] 공중보건의인 갑에게 치료를 받던 을이 사망하자 을의 유족들이 갑 등을 상대로 손해배상청구의 소를 제기하였고, 갑의 의료과실이 인정된다는 이유로 갑 등의 손해배상책임을 인정한 판결이 확정되어 갑이 을의 유족들에게 판결금 채무를 지급한 사안에서, 갑은 공무원으로서 직무 수행 중 경과실로 타인에게 손해를 입힌 것이어서 을과 유족들에 대하여 손해배상책임을 부담하지 아니함에도 을의 유족들에 대한 패소판결에 따라 그들에게 손해를 배상한 것이고, 이는 민법 제744조의 도의관념에 적합한 비채변제에 해당하여 을과 유족들의 국가에 대한 손해배상청구권은 소멸하고 국가는 자신의 출연 없이 채무를 면하였으므로, 갑은 국가에 대하여 변제금액에 관하여 구상권을 취득한다고 한 사례.

〈선정이유〉

경과실의 경우 공무원이 피해자에게 직접 배상할 책임이 없음에도 직접 배상한 경우에는 도의관념에 적합한 비채변제가 되어 국가에 대해 변제금액에 관하여 구상권을 취득한다는 판결

234. 이중배상금지 (1)

(헌법재판소 2001. 2. 22.자 2000헌바38 결정)
〈주제〉 이중배상금지

〈쟁점〉

군인의 국가 등에 대한 손해배상청구권을 제한하고 있는 국가배상법 제2조 제1항 단서가 헌법에 위반되는지 여부

〈결정요지〉

[1] 헌법 및 헌법재판소의 규정상 위헌심사의 대상이 되는 법률은 국회의 의결을 거친 이른바 형식적 의미의 법률을 의미하는 것이므로 헌법의 개별규정 자체는 헌법소원에 의한 위헌심사의 대

상이 아니다. 한편, 이념적·논리적으로는 헌법규범 상호간의 우열을 인정할 수 있다 하더라도 그러한 규범 상호간의 우열이 헌법의 어느 특정규정이 다른 규정의 효력을 전면적으로 부인할 수 있을 정도의 개별적 헌법규정 상호간에 효력상의 차등을 의미하는 것이라고 볼 수 없으므로, 헌법의 개별규정에 대한 위헌심사는 허용될 수 없다.

[2] 국가배상법 제2조 제1항 단서는 헌법 제29조 제1항에 의하여 보장되는 국가배상청구권을 헌법 내재적으로 제한하는 헌법 제29조 제2항에 직접 근거하고, 실질적으로 그 내용을 같이하는 것이므로 헌법에 위반되지 아니한다.

[재판관 하경철의 반대의견]

헌법에는 보다 상위의 근본규정에 해당하는 헌법규정과 그러한 근본규정에 해당하지 않는 보다 하위의 헌법규정이 있을 수 있고, 하위의 헌법규정이 상위의 헌법규정과 합치하지 않는 모든 경우에 그 효력을 부인할 수 있는 것은 아니나, 더 이상 감내할 수 없을 정도로 일반인의 정의감정에 합치하지 아니하는 경우에는 헌법의 개별조항도 헌법 제111조 제1항 제1호 및 제5호, 헌법재판소법 제41조 제1항 및 제68조 제2항 소정의 법률의 개념에 포함되는 것으로 해석하여 헌법재판소가 그 위헌성을 확인할 수 있다. 군인등 신분이라는 이유만으로 국가배상청구권을 박탈한 헌법 제29조 제2항은 상위규정이며 민주주의 헌법의 기본이념이고 근본규정이라고 할 수 있는 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에 위배되고 인간의 존엄과 가치를 보장한 헌법 제10조에도 위배된다.

〈선정이유〉

군인의 국가 등에 대한 손해배상청구권을 제한하고 있는 국가배상법 제2조 제1항 단서의 위헌여부에 관하여, 국가배상법 제2조 제1항 단서 조항이 위헌이 되기 위해서는 같은 내용을 그대로 규정하고 있는 헌법 제29조 제2항이 먼저 위헌이 되어야 하는데, 헌법 조문 간에는 우열이 없으므로 개별 헌법조문에 대한 위헌심사를 할 수 없어서 국가배상법 제2조 제1항 단서가 위헌이라고 할 수 없다는 결정

235. 이중배상금지 (2)

(대법원 2017. 2. 3. 선고 2015두60075 판결)

〈주제〉 이중배상금지

〈쟁점〉

[1] 군인 등이 직무집행과 관련하여 공상을 입는 등의 이유로 보훈보상대상자 지원에 관한 법률이 정한 보훈보상대상자 요건에 해당하여 보상금 등 보훈급여금을 지급받을 수 있는 경우, 국가를 상대로 국가배상을 청구할 수 있는지 여부

[2] 직무집행과 관련하여 공상을 입은 군인 등이 먼저 국가배상법에 따라 손해배상금을 지급받은 다음 보훈보상대상자 지원에 관한 법률이 정한 보상금 등 보훈급여금의 지급을 청구하는 경우, 국가배상법에 따라 손해배상을 받았다는 이유로 그 지급을 거부할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 국가배상법 제2조 제1항 단서는 헌법 제29조 제2항에 근거를 둔 규정이고, 보훈보상대상자 지원에 관한 법률(이하 '보훈보상자법'이라 한다)이 정한 보상에 관한 규정은 국가배상법 제2조 제1항 단서가 정한 '다른 법령'에 해당하므로, 보훈보상자법에서 정한 보훈보상대상자 요건에 해당하여 보상금 등 보훈급여금을 지급받을 수 있는 경우는 보훈보상자법에 따라 '보상을 지급받을 수 있을 때'에 해당한다. 따라서 군인·군무원·경찰공무원 또는 향토예비군대원이 전투·훈련 등 직무집행과 관련하여 공상을 입는 등의 이유로 보훈보상자법이 정한 보훈보상대상자 요건에 해당하여 보상금 등 보훈급여금을 지급받을 수 있을 때에는 국가배상법 제2조 제1항 단서에 따라 국가를 상대로 국가배상을 청구할 수 없다.

[2] 전투·훈련 등 직무집행과 관련하여 공상을 입은 군인·군무원·경찰공무원 또는 향토예비군대원이 먼저 국가배상법에 따라 손해배상금을 지급받은 다음 보훈보상대상자 지원에 관한 법률(이하 '보훈보상자법'이라 한다)이 정한 보상금 등 보훈급여금의 지급을 청구하는 경우, 국가배상법 제2조 제1항 단서가 명시적으로 '다른 법령에 따라 보상을 지급받을 수 있을 때에는 국가배상법 등에 따른 손해배상을 청구할 수 없다'고 규정하고 있는 것과 달리 보훈보상자법은 국가배상법에 따른 손해배상금을 지급받은 자를 보상금 등 보훈급여금의 지급대상에서 제외하는 규정을 두고 있지 않은 점, 국가배상법 제2조 제1항 단서의 입법 취지 및 보훈보상자법이 정한 보상과 국가배상법이 정한 손해배상의 목적과 산정방식의 차이 등을 고려하면 국가배상법 제2조 제1항 단서가 보훈보상자법 등에 의한 보상을 받을 수 있는 경우 국가배상법에 따른 손해배상청구를 하지 못한다는 것을 넘어 국가배상법상 손해배상금을 받은 경우 보훈보상자법상 보상금 등 보훈급여금의 지급을 금지하는 것으로 해석하기는 어려운 점 등에 비추어, 국가보훈처장은 국가배상법에 따라 손해배상을 받았다는 사정을 들어 보상금 등 보훈급여금의 지급을 거부할 수 없다.

〈선정이유〉

군인·군무원·경찰공무원 또는 향토예비군대원이 전투·훈련 등 직무집행과 관련하여 공상을 입는 등의 이유로 보상금 등 보훈급여금을 지급받을 수 있을 때에는 국가배상법 제2조 제1항 단서에 따라 국가를 상대로 국가배상을 청구할 수 없지만, 반대로 국가보훈처장은 국가배상법에 따라 손해배상을 받았다는 사정을 들어 보상금 등 보훈급여금의 지급을 거부할 수는 없다는 취지로서 이중배상 금지와 보훈급여금의 관계 및 청구절차를 분명히 한 판결

236. 군인과 공동불법행위자의 국가에 대한 구상 (1)

(헌법재판소 1994. 12. 29.자 93헌바21 결정)

〈주제〉 군인에 대한 공동불법행위자의 국가에 대한 구상

〈쟁점〉

민간인과 직무집행중인 군인 등의 공동불법행위로 인하여 직무집행중인 다른 군인 등이 피해를 입은 경우, 민간인의 피해 군인 등에 대한 손해배상의 범위 및 민간인이 피해 군인 등에게 자신의 귀책부분을 넘어서 배상한 경우 국가 등에게 구상권을 행사할 수 있는지 여부

〈결정요지〉

국가배상법 제2조 제1항 단서 중 군인에 관련되는 부분을, 일반국민이 직무집행 중인 군인과의 공동불법행위로 직무집행 중인 다른 군인에게 공상을 입혀 그 피해자에게 공동의 불법행위로 인한 손해를 배상한 다음 공동불법행위자인 군인의 부담부분에 관하여 국가에 대하여 구상권을 행사하는 것을 허용하지 않는다고 해석한다면, 이는 위 단서 규정의 헌법상 근거규정인 헌법 제29조가 구상권의 행사를 배제하지 아니하는데도 이를 배제하는 것으로 해석하는 것으로서 합리적인 이유 없이 일반국민을 국가에 대하여 지나치게 차별하는 경우에 해당하므로 헌법 제11조, 제29조에 위반되며, 또한 국가에 대한 구상권은 헌법 제23조 제1항에 의하여 보장되는 재산권이고 위와 같은 해석은 그러한 재산권의 제한에 해당하며 재산권의 제한은 헌법 제37조 제2항에 의한 기본권제한의 한계 내에서만 가능한데, 위와 같은 해석은 헌법 제37조 제2항에 의하여 기본권을 제한할 때 요구되는 비례의 원칙에 위배하여 일반국민의 재산권을 과잉제한하는 경우에 해당하여 헌법 제23조 제1항 및 제37조 제2항에도 위반된다.

〈선정이유〉

국가배상법 제2조 제1항 단서의 해석과 관련하여 일반 국민이 직무집행 중인 군인과의 공동불법행위로 직무집행 중인 다른 군인에게 공상을 입혀 그 피해자에게 공동의 불법행위로 인한 손해를 배상한 다음 공동불법행위자인 군인의 부담부분에 관하여 국가에 대하여 구상권을 행사하는 것을 허용하지 않는다고 해석한다면 헌법에 위반된다는 취지로서, 국가배상의 제한과 공동불법행위에 대한 구상권의 헌법적 의미를 명확히 한 결정

237. 군인과 공동불법행위자의 국가에 대한 구상 (2)

(대법원 2001. 2. 15. 선고 96다42420 전원합의체 판결)
〈주제〉 군인에 대한 공동불법행위자의 국가에 대한 구상

〈쟁점〉

민간인과 직무집행중인 군인 등의 공동불법행위로 인하여 직무집행중인 다른 군인 등이 피해를 입은 경우, 민간인의 피해 군인 등에 대한 손해배상의 범위 및 민간인이 피해 군인 등에게 자신의 귀책부분을 넘어서 배상한 경우 국가 등에게 구상권을 행사할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[다수의견]

헌법 제29조 제2항, 국가배상법 제2조 제1항 단서의 입법 취지를 관철하기 위하여는, 국가배상법 제2조 제1항 단서가 적용되는 공무원의 직무상 불법행위로 인하여 직무집행과 관련하여 피해를 입은 군인 등에 대하여 위 불법행위에 관련된 일반국민(법인을 포함한다. 이하 '민간인'이라 한다)이 공동불법행위책임, 사용자책임, 자동차운행자책임 등에 의하여 그 손해를 자신의 귀책부분을 넘어서 배상한 경우에도, 국가 등은 피해 군인 등에 대한 국가배상책임을 면할 뿐만 아니라, 나아가 민간인에 대한 국가의 귀책비율에 따른 구상의무도 부담하지 않는다고 하여야 할 것이다. 그러나

위와 같은 경우, 민간인은 여전히 공동불법행위자 등이라는 이유로 피해 군인 등의 손해 전부를 배상할 책임을 부담하도록 하면서 국가 등에 대하여는 귀책비율에 따른 구상을 청구할 수 없도록 한다면, 공무원의 직무활동으로 빚어지는 이익의 귀속주체인 국가 등과 민간인과의 관계에서 원래는 국가 등이 부담하여야 할 손해까지 민간인이 부담하는 부당한 결과가 될 것이고(가해 공무원에게 경과실이 있는 경우에는 그 공무원은 손해배상책임을 부담하지 아니하므로 민간인으로서는 자신이 손해발생에 기여한 귀책부분을 넘는 손해까지 종국적으로 부담하는 불이익을 받게 될 것이고, 가해 공무원에게 고의 또는 중과실이 있는 경우에도 그 무자력 위험을 사용관계에 있는 국가 등이 부담하는 것이 아니라 오히려 민간인이 감수하게 되는 결과가 된다.), 이는 위 헌법과 국가배상법의 규정에 의하여도 정당화될 수 없다고 할 것이다. 이러한 부당한 결과를 방지하면서 위 헌법 및 국가배상법 규정의 입법 취지를 관철하기 위하여는, 피해 군인 등은 위 헌법 및 국가배상법 규정에 의하여 국가 등에 대한 배상청구권을 상실한 대신에 자신의 과실 유무나 그 정도와 관계 없이 무자력의 위험부담이 없는 확실한 국가보상의 혜택을 받을 수 있는 지위에 있게 되는 특별한 이익을 누리고 있음에 반하여 민간인으로서는 손해 전부를 배상할 의무를 부담하면서도 국가 등에 대한 구상권을 행사할 수 없다고 한다면 부당하게 권리침해를 당하게 되는 결과가 되는 것과 같은 각 당사자의 이해관계의 실질을 고려하여, 위와 같은 경우에는 공동불법행위자 등이 부진정연대채무자로서 각자 피해자의 손해 전부를 배상할 의무를 부담하는 공동불법행위의 일반적인 경우와 달리 예외적으로 민간인은 피해 군인 등에 대하여 그 손해 중 국가 등이 민간인에 대한 구상의무를 부담한다면 그 내부적인 관계에서 부담하여야 할 부분을 제외한 나머지 자신의 부담부분에 한하여 손해배상의무를 부담하고, 한편 국가 등에 대하여는 그 귀책부분의 구상을 청구할 수 없다고 해석함이 상당하다 할 것이고, 이러한 해석이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에도 맞는다 할 것이다.

[반대의견]

불법행위법은 피해자의 구제와 손해의 공평·타당한 부담·분배를 그 목적으로 하는바, 이러한 목적에 입각한 불법행위법의 일반원칙에 따르면 직접 불법행위를 한 자 뿐만 아니라 그 사용자, 자동차운행자 등 손해의 발생에 대하여 일정한 책임이 있는 자들로 하여금 각자 피해자의 손해 전부를 배상할 의무를 부담하게 함으로써 피해자를 두텁게 보호하고, 한편 불법행위로 인한 손해발생에 관한 복수의 책임주체 중 일방이 피해자에게 그 손해를 자신의 귀책부분을 넘어서 배상한 때에는 다른 책임주체에 대하여 그들 사이에서 손해발생에 기여한 정도 등 실질관계에 따라 정하여지는 부담부분을 구상할 수 있도록 함으로써 손해의 공평·타당한 부담·분배를 도모하게 되는 것이다. 이러한 불법행위법의 목적과 일반원칙에 비추어 볼 때, 가해 공무원의 사용자로서의 지위에서 피해 군인 등의 손해발생에 책임이 있는 국가 등의 손해배상의무가 위 헌법 및 국가배상법의 규정에 의하여 배제 또는 면제되었다고 하더라도, 피해자를 보호하기 위해서는 그 손해발생의 다른 책임주체인 민간인의 손해배상의무까지 감축된다고 할 수 없고 그 민간인은 여전히 피해 군인 등의 손해 전부를 배상할 의무가 있는 것이다. 한편, 손해의 공평·타당한 부담·배분을 위해서는 군인 등의 손해를 배상한 민간인이 국가 등에 대하여 구상권을 행사할 수 있다고 해석하여야 한다. 만약 국가 등이 군인 등의 손해 전부를 배상한 민간인에 대한 구상의무까지 부담하지 않는다면, 국가 등은 공무원의 직무행위로 빚어지는 이익의 귀속주체로서 그 손해의 발생에 책임이 있는 경우에도 그 손해 중 민간인과의 관계에서 원래는 자신이 부담함이 마땅한 부분을 민간인에게 전가시킴으로써 재산상 불이익을 주게 될 것인데, 이러한 결과는 공평과 재산권 보장의 정신에 반하고, 그것은 다수의견도 지적하는 바와 같이 위 헌법 및 국가배상법의 규정에 의하여 정당화될 수는 없기 때문

이다.

[보충의견]

다수의견은 공동불법행위자의 책임에 관하여 피해자를 두텁게 보호하기 위하여 그동안 우리의 지배적 학설과 판례가 취하여 온, 공동불법행위자는 각자 손해 전부에 대한 배상의무를 부담한다는 원칙은 여전히 타당하다고 보지만, 법률에 의하여 보장되는 국가보상청구권제도에 의하여 피해자의 구제가 확실해 보이는 이 사건과 같은 경우에 민간인이 국가에 대하여 구상권을 행사할 수 없다고 봄으로 인하여 민간인이 부당한 손해를 입을 수 있는 위험을 방지하기 위하여 앞에서 본 바와 같은 특별한 사정을 기초로 예외적으로 공동불법행위자인 민간인의 손해배상의무를 제한하려는 것이므로, 이로 인하여 불법행위제도에 의한 피해자 보호의 취지가 특별히 훼손된다거나 불법행위로 인한 피해자의 구제에 관하여 일관성 없는 차별적 처리를 초래할 위험이 있다고 볼 수는 없으며, 민간인의 손해배상의무가 제한된다고 보는 것은 피해자가 누구로부터 먼저 배상이나 보상을 받느냐에 따라 민간인이 최종적으로 부담할 손해배상액에 차이가 생기고, 경우에 따라서는 민간인의 부담 아래 피해자가 과잉배상을 받게 되는 부당한 결과를 방지하기 위한 것으로서, 민간인은 그 손해배상의무의 제한으로 인하여 부당한 이득을 얻는 것이 아니라, 그 반대의 경우에 발생할 수 있는 부당한 손해를 입을 위험이 없게 될 뿐이므로 다수의견이 피해자보다 민간인을 부당하게 더 두텁게 보호하려는 것으로 볼 수도 없다.

〈선정이유〉

민간인과 직무집행중인 군인 등의 공동불법행위로 인하여 직무집행중인 다른 군인 등이 피해를 입은 경우, 공동불법행위자 등이 부진정연대채무자로서 각자 피해자의 손해 전부를 배상할 의무를 부담하는 공동불법행위의 일반적인 경우와 달리 예외적으로 민간인은 피해 군인 등에 대하여 그 손해 중 국가 등이 민간인에 대한 구상의무를 부담한다면 그 내부적인 관계에서 부담하여야 할 부분을 제외한 나머지 자신의 부담부분에 한하여 손해배상의무를 부담하고, 한편 국가 등에 대하여는 그 귀책부분의 구상을 청구할 수 없다는 법리를 제시한 판결(위 헌법재판소 결정과 함께 보면 의의가 더 명확함)

제2관 영조물하자로 인한 배상책임

238. 국가배상법 제5조의 영조물

(대법원 1998. 10. 23. 선고 98다17381 판결)

〈주제〉 국가배상법 제5조의 영조물

〈쟁점〉

국가배상법 제5조 제1항 소정의 '공공의 영조물'의 의미

〈판결요지〉

[1] 국가배상법 제5조 제1항 소정의 '공공의 영조물'이라 함은 국가 또는 지방자치단체에 의하여

특정 공공의 목적에 공여된 유체물 내지 물적 설비를 말하며, 국가 또는 지방자치단체가 소유권, 임차권 그 밖의 권한에 기하여 관리하고 있는 경우뿐만 아니라 사실상의 관리를 하고 있는 경우도 포함된다.

[2] 국가배상법 제5조 제1항 소정의 '설치상의 하자'라 함은 공공의 목적에 공여된 영조물이 그 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말한다.

[3] 지방자치단체가 비탈사면인 언덕에 대하여 현장조사를 한 결과 붕괴의 위험이 있음을 발견하고 이를 붕괴위험지구로 지정하여 관리하여 오다가 붕괴를 예방하기 위하여 언덕에 옹벽을 설치하기로 하고 소외 회사에게 옹벽시설공사를 도급 주어 소외 회사가 공사를 시행하다가 깊이 3m의 구덩이를 파게 되었는데, 피해자가 공사현장 주변을 지나가다가 흙이 무너져 내리면서 위 구덩이에 추락하여 상해를 입게된 사안에서, 위 사고 당시 설치하고 있던 옹벽은 소외 회사가 공사를 도급받아 공사 중에 있었을 뿐만 아니라 아직 완성도 되지 아니하여 일반 공중의 이용에 제공되지 않고 있었던 이상 국가배상법 제5조 제1항 소정의 영조물에 해당한다고 할 수 없다고 한 사례.

〈선정이유〉

공사를 도급받아 옹벽 공사 중에 있었을 뿐만 아니라 아직 완성도 되지 아니하여 일반 공중의 이용에 제공되지 않고 있었던 이상 국가배상법 제5조 제1항 소정의 영조물에 해당한다고 할 수 없다는 취지로서 국가배상법상의 영조물의 개념을 명확히 한 판결

239. 영조물의 설치·관리상의 하자 (1)

(대법원 1997. 5. 16. 선고 96다54102 판결)

〈주제〉 국가배상법 제5조의 영조물 설치·관리상의 하자

〈쟁점〉

국가배상법 제5조 소정의 영조물의 설치·관리상의 하자의 의미

〈판결요지〉

[1] 영조물의 설치·보존의 하자라 함은 영조물이 그 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말하는 것이고, 영조물의 설치 및 보존에 있어서 항상 완전무결한 상태를 유지할 정도의 고도의 안전성을 갖추지 아니하였다고 하여 영조물의 설치 또는 관리에 하자가 있는 것으로는 할 수 없는 것이므로, 따라서 영조물의 설치자 또는 관리자에게 부과되는 방호조치 의무의 정도는 영조물의 위험성에 비례하여 사회통념상 일반적으로 요구되는 정도의 것을 말한다.

[2] 고등학교 3학년 학생이 교사의 단속을 피해 담배를 피우기 위하여 3층 건물 화장실 밖의 난간을 지나다가 실족하여 사망한 사안에서 학교 관리자에게 그와 같은 이례적인 사고가 있을 것을 예상하여 복도나 화장실 창문에 난간으로의 출입을 막기 위하여 출입금지장치나 추락위험을 알리는 경고표지판을 설치할 의무가 있다고 볼 수는 없다는 이유로 학교시설의 설치·관리상의 하자가 없다고 본 사례.

〈선정이유〉

영조물의 이용에 있어서 통상적인 본래의 용도가 아닌 방법으로 사용한 결과 발생한 이례적인 사고에 대해서는 국가배상법상 공공시설물의 설치·관리상의 하자가 인정되지 않는다고 한 판결

240. 영조물의 설치 · 관리상의 하자 (2)

(대법원 1994. 11. 22. 선고 94다32924 판결)
〈주제〉 국가배상법 제5조의 영조물 설치·관리상의 하자

〈쟁점〉

국가배상법 제5조 소정의 영조물의 설치·관리상의 하자의 의미

〈판결요지〉

[1] 국가배상법 제5조 소정의 영조물의 설치·관리상의 하자라 함은 영조물의 설치 및 관리에 불완전한 점이 있어 이 때문에 영조물 자체가 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있는 것을 말하는 것이다.

[2] 지방자치단체가 관리하는 도로 지하에 매설되어 있는 상수도관에 균열이 생겨 그 틈으로 새어 나온 물이 도로 위까지 유출되어 노면이 결빙되었다면 도로로서의 안전성에 결함이 있는 상태로서 설치·관리상의 하자가 있다고 한 사례.

[3] 국가배상법 제5조 소정의 영조물의 설치·관리상의 하자로 인한 책임은 무과실책임이고 나아가 민법 제758조 소정의 공작물의 점유자의 책임과는 달리 면책사유도 규정되어 있지 않으므로, 국가 또는 지방자치단체는 영조물의 설치·관리상의 하자로 인하여 타인에게 손해를 가한 경우에 그 손해의 방지에 필요한 주의를 해태하지 아니하였다 하여 면책을 주장할 수 없다.

[4] 영조물의 설치 또는 관리상의 하자로 인한 사고라 함은 영조물의 설치 또는 관리상의 하자만이 손해발생의 원인이 되는 경우만을 말하는 것이 아니고, 다른 자연적 사실이나 제3자의 행위 또는 피해자의 행위와 경합하여 손해가 발생하더라도 영조물의 설치 또는 관리상의 하자가 공동원인의 하나가 되는 이상 그 손해는 영조물의 설치 또는 관리상의 하자에 의하여 발생한 것이라고 해석함이 상당하다.

〈선정이유〉

영조물의 설치 또는 관리상의 하자만이 손해발생의 원인이 되는 경우만을 관리상의 하자로 인한 사고로 보지 않고, 다른 자연적 사실이나 제3자의 행위 또는 피해자의 행위와 경합하여 손해가 발생하더라도 영조물의 설치 또는 관리상의 하자가 공동원인의 하나가 되는 이상 그 손해는 영조물의 설치 또는 관리상의 하자에 의하여 발생한 것이라고 해석하여 하자의 범위를 넓게 해석한 판결

241. 영조물의 설치·관리상의 하자 (3)

(대법원 2001. 7. 27. 선고 2000다56822 판결)
〈주제〉 국가배상법 제5조의 영조물 설치·관리상의 하자

〈쟁점〉

도로의 설치·관리상의 하자의 의미

〈판결요지〉

[1] 국가배상법 제5조 제1항에 정해진 영조물의 설치 또는 관리의 하자라 함은 영조물이 그 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말하는 것이며, 다만 영조물이 완전무결한 상태에 있지 아니하고 그 기능상 어떠한 결함이 있다는 것만으로 영조물의 설치 또는 관리에 하자가 있다고 할 수 없는 것이고, 위와 같은 안전성의 구비 여부를 판단함에 있어서는 당해 영조물의 용도, 그 설치장소의 현황 및 이용 상황 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 설치·관리자가 그 영조물의 위험성에 비례하여 사회통념상 일반적으로 요구되는 정도의 방호조치의무를 다하였는지 여부를 그 기준으로 삼아야 하며, 만일 객관적으로 보아 시간적·장소적으로 영조물의 기능상 결함으로 인한 손해발생의 예견가능성과 회피가능성이 없는 경우 즉 그 영조물의 결함이 영조물의 설치·관리자의 관리행위가 미칠 수 없는 상황 아래에 있는 경우임이 입증되는 경우라면 영조물의 설치·관리상의 하자를 인정할 수 없다.

[2] 가변차로에 설치된 신호등의 용도와 오작동시에 발생하는 사고의 위험성과 심각성을 감안할 때, 만일 가변차로에 설치된 두 개의 신호기에서 서로 모순되는 신호가 들어오는 고장을 예방할 방법이 없음에도 그와 같은 신호기를 설치하여 그와 같은 고장을 발생하게 한 것이라면, 그 고장이 자연재해 등 외부요인에 의한 불가항력에 기인한 것이 아닌 한 그 자체로 설치·관리자의 방호조치의무를 다하지 못한 것으로서 신호등이 그 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있었다고 할 것이고, 따라서 설령 적정전압보다 낮은 저전압이 원인이 되어 위와 같은 오작동이 발생하였고 그 고장은 현재의 기술수준상 부득이한 것이라고 가정하더라도 그와 같은 사정만으로 손해발생의 예견가능성이나 회피가능성이 없어 영조물의 하자를 인정할 수 없는 경우라고 단정할 수 없다고 한 사례.

〈선정이유〉

가변차로에 설치된 두 개의 신호기에서 서로 모순되는 신호가 들어오는 고장을 예방할 방법이 없음에도 그와 같은 신호기를 설치하여 그와 같은 고장을 발생하게 한 것에는 공공시설의 설치·관리상 하자가 인정된다고 본 판결

242. 영조물의 설치·관리상의 하자 (4)

(대법원 1997. 4. 22. 선고 97다3194 판결)
〈주제〉 국가배상법 제5조의 영조물 설치·관리상의 하자

〈쟁점〉

도로의 설치·관리상의 하자의 의미

〈판결요지〉

[1] 도로의 설치 또는 관리의 하자는 도로의 위치 등 장소적인 조건, 도로의 구조, 교통량, 사고시에 있어서의 교통사정 등 도로의 이용상황과 그 본래의 이용목적 등 제반 사정과 물적 결함의 위치, 형상 등을 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 구체적으로 판단하여야 할 것인바, 도로의 설치 후 제3자의 행위에 의하여 그 본래 목적인 통행상의 안전에 결함이 발생한 경우에는 도로에 그와 같은 결함이 있다는 것만으로 성급하게 도로의 보존상 하자를 인정하여서는 안되고, 당해 도로의 구조, 장소적 환경과 이용상황 등 제반 사정을 종합하여 그와 같은 결함을 제거하여 원상으로 복구할 수 있는데도 이를 방치한 것인지 여부를 개별적, 구체적으로 심리하여 하자의 유무를 판단하여야 한다.

[2] 승용차 운전자가 편도 2차선의 국도를 진행하다가 반대차선 진행차량의 바퀴에 튕기어 승용차 앞유리창을 뚫고 들어온 쇠파이프에 맞아 사망한 경우, 국가의 손해배상책임을 부정한 사례.

〈선정이유〉

도로의 설치 후 제3자의 행위에 의하여 그 본래 목적인 통행상의 안전에 결함이 발생한 경우에는 도로에 그와 같은 결함이 있다는 것만으로 성급하게 도로의 보존상 하자를 인정하여서는 안 된다고 하여 관리자의 책임을 제한한 판결

243. 영조물의 설치·관리상의 하자 (5)

(대법원 2013. 10. 24. 선고 2013다208074 판결)

〈주제〉 국가배상법 제5조의 영조물 설치·관리상의 하자

〈쟁점〉

도로의 설치·관리상의 하자의 의미

〈판결요지〉

[1] 국가배상법 제5조 제1항에 규정된 '영조물 설치·관리상의 하자'는 공공의 목적에 공여된 영조물이 그 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말한다. 그리고 위와 같은 안전성의 구비 여부는 영조물의 설치자 또는 관리자가 그 영조물의 위험성에 비례하여 사회통념상 일반적으로 요구되는 정도의 방호조치의무를 다하였는지를 기준으로 판단하여야 하고, 아울러 그 설치자 또는 관리자의 재정적·인적·물적 제약 등도 고려하여야 한다. 따라서 영조물인 도로의 경우도 그 설치 및 관리에 있어 완전무결한 상태를 유지할 정도의 고도의 안전성을 갖추지 아니하였다고 하여 하자가 있다고 단정할 수는 없고, 그것을 이용하는 자의 상식적이고 질서있는 이용 방법을 기대한 상대적인 안전성을 갖추는 것으로 족하다.

[2] 甲이 차량을 운전하여 지방도 편도 1차로를 진행하던 중 커브길에서 중앙선을 침범하여 반대편 도로를 벗어나 도로 옆 계곡으로 떨어져 동승자인 乙이 사망한 사안에서, 좌로 굽은 도로에서 운전자가 무리하게 앞지르기를 시도하여 중앙선을 침범하여 반대편 도로로 미끄러질 경우까지 대비하여 도로 관리자인 지방자치단체가 차량용 방호울타리를 설치하지 않았다고 하여 도로에 통상 갖추어야 할 안전성이 결여된 설치·관리상의 하자가 있다고 보기 어려운데도, 이와 달리 본 원심 판결에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

〈선정이유〉

공공시설의 관리와 관련하여 영조물의 위험성에 비례하여 사회통념상 일반적으로 요구되는 정도의 방호조치의무를 다하였는지를 국가배상법 제5조의 국가배상책임의 기준으로 삼은 판결

244. 영조물의 설치·관리상의 하자 (6)

(대법원 2003. 10. 23. 선고 2001다48057 판결)
〈주제〉 국가배상법 제5조의 영조물 설치·관리상의 하자

〈쟁점〉

하천의 설치·관리상의 하자의 의미

〈판결요지〉

[1] 하천의 계획홍수위를 결정할 당시에 이미 간선도로의 건설이 상당정도 진척되어 있었던 경우 그 도로의 건설까지 고려하여 계획홍수위를 정하였을 가능성이 있는데다가, 관리청은 도로건설로 둔치가 정비되고 도로가 포장됨으로써 흐르는 유속이 빨라져 오히려 계획홍수위를 낮추는 효과가 있다고 주장하고 있으므로 도로의 건설로 다소 하천의 단면적이 감소된다고 하여 그것만으로 곧 수해의 위험성이 증대되는 것이 경험칙상 명백하다고 할 수는 없을 것이고 이 점은 증거에 의하여 확정하여야 한다고 한 사례.

[2] 자연영조물로서의 하천은 원래 이를 설치할 것인지 여부에 대한 선택의 여지가 없고, 위험을 내포한 상태에서 자연적으로 존재하고 있으며, 간단한 방법으로 위험상태를 제거할 수 없는 경우가 많고, 유수라고 하는 자연현상을 대상으로 하면서도 그 유수의 원천인 강우의 규모, 범위, 발생시기 등의 예측이나 홍수의 발생 작용 등의 예측이 곤란하고, 실제로 홍수가 어떤 작용을 하는지는 실험에 의한 파악이 거의 불가능하고 실제 홍수에 의하여 파악할 수밖에 없어 결국 과거의 홍수 경험을 토대로 하천관리를 할 수밖에 없는 특질이 있고, 또 국가나 하천관리청이 목표로 하는 하천의 개수작업을 완성함에 있어서는 막대한 예산을 필요로 하고, 대규모 공사가 되어 이를 완공하는 데 장기간이 소요되며, 치수의 수단은 강우의 특성과 하천 유역의 특성에 의하여 정해지는 것이므로 그 특성에 맞는 방법을 찾아내는 것은 오랜 경험이 필요하고 또 기상의 변화에 따라 최신의 과학기술에 의한 방법이 효용이 없을 수도 있는 등 그 관리상의 특수성도 있으므로 이와 같은 관리상의 특질과 특수성을 감안한다면, 하천의 관리청이 관계 규정에 따라 설정한 계획홍수위를 변경시켜야 할 사정이 생기는 등 특별한 사정이 없는 한, 이미 존재하는 하천의 제방이 계획홍수위

를 넘고 있다면 그 하천은 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추고 있다고 보아야 하고, 그와 같은 하천이 그 후 새로운 하천시설을 설치할 때 기준으로 삼기 위하여 제정한 '하천시설기준'이 정한 여유고를 확보하지 못하고 있다는 사정만으로 바로 안전성이 결여된 하자가 있다고 볼 수는 없다.

[3] 100년 발생빈도의 강우량을 기준으로 책정된 계획홍수위를 초과하여 600년 또는 1,000년 발생빈도의 강우량에 의한 하천의 범람은 예측가능성 및 회피가능성이 없는 불가항력적인 재해로서 그 영조물의 관리청에게 책임을 물을 수 없다고 본 사례.

〈선정이유〉

계획홍수위를 정하고 이를 기준으로 하는 하천의 관리를 정당한 것으로 보았으며, 나중에 제정된'하천시설기준'과 다르다고 하여 안전성이 결여된 하자가 있는 것으로 볼 수는 없다는 취지로서, 자연영조물로서의 하천의 설치·관리상의 하자의 의미와 범위에 관한 판결

245. 영조물의 설치 · 관리상의 하자 (7)

(대법원 2014. 1. 23. 선고 2013다211865 판결)
〈주제〉 국가배상법 제5조의 영조물 설치·관리상의 하자

〈쟁점〉

하천의 설치·관리상의 하자의 의미

〈판결요지〉

[1] 자연영조물로서 하천은 이를 설치할 것인지 여부에 대한 선택의 여지가 없고, 위험을 내포한 상태에서 자연적으로 존재하고 있으며, 그 유역의 광범위성과 유수(流水)의 상황에 따른 하상의 가변성 등으로 인하여 익사사고에 대비한 하천 자체의 위험관리에는 일정한 한계가 있을 수밖에 없어, 하천 관리주체로서는 익사사고의 위험성이 있는 모든 하천구역에 대해 위험관리를 하는 것은 불가능하므로, 당해 하천의 현황과 이용 상황, 과거에 발생한 사고 이력 등을 종합적으로 고려하여 하천구역의 위험성에 비례하여 사회통념상 일반적으로 요구되는 정도의 방호조치의무를 다하였다면 하천의 설치 · 관리상의 하자를 인정할 수 없다.

[2] 수련회에 참석한 미성년자 甲이 유원지 옆 작은 하천을 가로질러 수심이 깊은 맞은 편 바위 쪽으로 이동한 다음 바위 위에서 하천으로 다이빙을 하며 놀다가 익사하자,甲의 유족들이 하천 관리주체인 지방자치단체를 상대로 손해배상을 구한 사안에서, 하천 관리자인 지방자치단체가 유원지 입구나 유원지를 거쳐 하천에 접근하는 길에 수영금지의 경고표지판과 현수막을 설치함으로써 하천을 이용하는 사람들의 안전을 보호하기 위하여 통상 갖추어야 할 시설을 갖추었다고 볼 수 있고, 지방자치단체에게 사고지점에 각별한 주의를 촉구하는 내용의 위험표지나 부표를 설치하는 것과 같은 방호조치를 취하지 않은 과실이 인정되더라도 익사사고와 상당인과관계가 있다고 보기 어려운데도 지방자치단체의 손해배상책임을 인정한 원심판결에 하천의 설치 또는 관리상 하자책임에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

〈선정이유〉

하천 관리 주체가 당해 하천의 현황과 이용 상황, 과거의 사고 발생 이력 등을 종합적으로 고려하여 하천구역의 위험성에 비례하여 사회통념상 일반적으로 요구되는 정도의 방호조치의무를 다하였다면 하천의 설치 관리상의 하자를 인정할 수 없다는 취지로서, 하천의 특수성을 하자의 인정 논리에 반영한 판결

246. 영조물의 설치·관리상의 하자 (8)

(대법원 2004. 3. 12. 2002다14242 판결)

〈주제〉 국가배상법 제5조의 영조물 설치·관리상의 하자

〈쟁점〉

사격장과 같은 위험지역에서의 영조물의 설치 관리상의 하자가 인정되기 위한 요건

〈판결요지〉

[1] 국가배상법 제5조 제1항에 정하여진 '영조물의 설치 또는 관리의 하자'라 함은 공공의 목적에 공여된 영조물이 그 용도에 따라 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말하고, 여기서 안전성을 갖추지 못한 상태, 즉 타인에게 위해를 끼칠 위험성이 있는 상태라 함은 당해 영조물을 구성하는 물적 시설 그 자체에 있는 물리적·외형적 흠결이나 불비로 인하여 그 이용자에게 위해를 끼칠 위험성이 있는 경우뿐만 아니라 그 영조물이 공공의 목적에 이용됨에 있어 그 이용상태 및 정도가 일정한 한도를 초과하여 제3자에게 사회통념상 참을 수 없는 피해를 입히는 경우까지 포함된다고 보아야 할 것이고, 사회통념상 참을 수 있는 피해인지의 여부는 그 영조물의 공공성, 피해의 내용과 정도, 이를 방지하기 위하여 노력한 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

[2] 매향리 사격장에서 발생하는 소음 등으로 지역 주민들이 입은 피해는 사회통념상 참을 수 있는 정도를 넘는 것으로서 사격장의 설치 또는 관리에 하자가 있었다고 본 사례.

[3] 소음 등을 포함한 공해 등의 위험지역으로 이주하여 들어가서 거주하는 경우와 같이 위험의 존재를 인식하면서 그로 인한 피해를 용인하며 접근한 것으로 볼 수 있는 경우에 그 피해가 직접 생명이나 신체에 관련된 것이 아니라 정신적 고통이나 생활방해의 정도에 그치고, 그 침해행위에 상당한 고도의 공공성이 인정되는 때에는 위험에 접근한 후 실제로 입은 피해 정도가 위험에 접근할 당시에 인식하고 있었던 위험의 정도를 초과하는 것이거나 위험에 접근한 후에 그 위험이 특별히 증대하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 가해자의 면책을 인정하여야 하는 경우도 있을 수 있을 것이나, 일반인이 공해 등의 위험지역으로 이주하여 거주하는 경우라고 하더라도 위험에 접근할 당시에 그러한 위험이 문제가 되고 있지 아니하였고, 그러한 위험이 존재하는 사실을 정확하게 알 수 없었으며, 그 밖에 위험에 접근하게 된 경위와 동기 등의 여러 가지 사정을 종합하여 그와 같은 위험의 존재를 인식하면서 굳이 위험으로 인한 피해를 용인하였다고 볼 수 없는 경우에는 그 책임이 감면되지 아니한다고 봄이 상당하다.

〈선정이유〉

영조물이 공공의 목적에 이용됨에 있어 그 이용상태 및 정도가 일정한 한도를 초과하여 제3자에게 사회통념상 참을 수 없는 피해를 입히는 경우에 관한 사례로서, 소음 등의 위험지역으로 이주하여 들어가서 거주하는 경우와 같이 위험의 존재를 인식하면서 그로 인한 피해를 용인하며 접근한 경우의 국가배상책임과 그 책임감면에 관하여 논한 판결

247. 영조물의 설치·관리상의 하자 (9)

(대법원 2005. 1. 27. 2003다49566 판결)

〈주제〉 국가배상법 제5조의 영조물 설치·관리상의 하자

〈쟁점〉

영조물의 설치 또는 관리의 하자의 의미에 있어서의 제3자의 수인한도를 결정하는 기준

〈판결요지〉

[1] 국가배상법 제5조 제1항에 정하여진 '영조물의 설치 또는 관리의 하자'라 함은 공공의 목적에 공여된 영조물이 그 용도에 따라 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말하고, 안전성을 갖추지 못한 상태, 즉 타인에게 위해를 끼칠 위험성이 있는 상태라 함은 당해 영조물을 구성하는 물적 시설 그 자체에 있는 물리적·외형적 흠결이나 불비로 인하여 그 이용자에게 위해를 끼칠 위험성이 있는 경우뿐만 아니라, 그 영조물이 공공의 목적에 이용됨에 있어 그 이용상태 및 정도가 일정한 한도를 초과하여 제3자에게 사회통념상 수인할 것이 기대되는 한도를 넘는 피해를 입히는 경우까지 포함된다고 보아야 한다.

[2] '영조물 설치 또는 하자'에 관한 제3자의 수인한도의 기준을 결정함에 있어서는 일반적으로 침해되는 권리나 이익의 성질과 침해의 정도뿐만 아니라 침해행위가 갖는 공공성의 내용과 정도, 그 지역환경의 특수성, 공법적인 규제에 의하여 확보하려는 환경기준, 침해를 방지 또는 경감시키거나 손해를 회피할 방안의 유무 및 그 난이 정도 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 구체적 사건에 따라 개별적으로 결정하여야 한다.

[3] 소음 등을 포함한 공해 등의 위험지역으로 이주하여 들어가서 거주하는 경우와 같이 위험의 존재를 인식하면서 그로 인한 피해를 용인하며 접근한 것으로 볼 수 있는 경우에, 그 피해가 직접 생명이나 신체에 관련된 것이 아니라 정신적 고통이나 생활방해의 정도에 그치고 그 침해행위에 고도의 공공성이 인정되는 때에는, 위험에 접근한 후 실제로 입은 피해 정도가 위험에 접근할 당시에 인식하고 있었던 위험의 정도를 초과하는 것이거나 위험에 접근한 후에 그 위험이 특별히 증대하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 가해자의 면책을 인정하여야 하는 경우도 있을 수 있을 것이나, 일반인이 공해 등의 위험지역으로 이주하여 거주하는 경우라고 하더라도 위험에 접근할 당시에 그러한 위험이 존재하는 사실을 정확하게 알 수 없는 경우가 많고, 그 밖에 위험에 접근하게 된 경위와 동기 등의 여러 가지 사정을 종합하여 그와 같은 위험의 존재를 인식하면서 굳이 위험으로 인한 피해를 용인하였다고 볼 수 없는 경우에는 손해배상액의 산정에 있어 형평의 원칙상 과실상계에 준하여 감액사유로 고려하는 것이 상당하다.

[4] 김포공항에서 발생하는 소음 등으로 인근 주민들이 입은 피해는 사회통념상 수인한도를 넘는 것으로서 김포공항의 설치·관리에 하자가 있다고 본 사례.

〈선정이유〉

영조물이 공공의 목적에 이용됨에 있어 그 이용상태 및 정도가 일정한 한도를 초과하여 제3자에게 사회통념상 참을 수 없는 피해를 입히는 경우 국가배상책임에 관한 사례로서 김포공항 인근 주민들의 소음 피해를 사회통념상 수인한도를 넘는 피해로 본 판결

248. 영조물의 설치·관리상의 하자 (10)

(대법원 2010. 11. 25 선고 2007다74560 판결)
〈주제〉 국가배상법 제5조의 영조물 설치·관리상의 하자

〈쟁점〉

위험지역으로 이주한 자에게 영조물의 설치 관리상의 하자에 의하여 손해배상을 인정하기 위한 요건과 가해자의 면책이 인정되는 경우

〈판결요지〉

[1] 항공기소음의 측정은 전문적인 학식이나 경험이 있는 자의 감정에 의할 수밖에 없고, 또한 항공기소음은 그 영향 범위가 넓고 지속적이기 때문에 실측만으로 이를 평가하는 것은 사실상 어려우므로, 감정대상 지역 중 대표적인 지점을 선정하여 일정 기간 항공기소음을 실측한 값과 공인된 프로그램에 의하여 예측한 소음 값을 비교하여 그 예측 값이 일정한 오차의 허용 범위 내에 들면 그 지역의 신빙성 있는 항공기소음도로 인정하는 것이 일반적이다. 따라서 법정의 절차에 따라 선서하였거나 법원의 촉탁에 의한 감정인이 전문적인 학식과 경험을 바탕으로 위와 같은 과정을 거쳐 제출한 감정결과는 그 소음 실측이나 예측 과정에서 상당히 중한 오류가 있었다거나 상대방이 그 신빙성을 탄핵할 만한 객관적인 자료를 제출하지 않는다면 실측 과정 등에서 있을 수 있는 사소한 오류의 가능성을 지적하는 것만으로 이를 쉽게 배척할 수는 없다.

[2] 소음 등을 포함한 공해 등의 위험지역으로 이주하여 들어가서 거주하는 경우와 같이 위험의 존재를 인식하면서 그로 인한 피해를 용인하며 접근한 것으로 볼 수 있는 경우에, 그 피해가 직접 생명이나 신체에 관련된 것이 아니라 정신적 고통이나 생활방해의 정도에 그치고 그 침해행위에 고도의 공공성이 인정되는 때에는,위험에 접근한 후 실제로 입은 피해 정도가 위험에 접근할 당시에 인식하고 있었던 위험의 정도를 초과하는 것이거나 위험에 접근한 후에 그 위험이 특별히 증대하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 가해자의 면책을 인정하여야 하는 경우도 있다.특히 소음 등의 공해로 인한 법적 쟁송이 제기되거나 그 피해에 대한 보상이 실시되는 등 피해지역임이 구체적으로 드러나고 또한 이러한 사실이 그 지역에 널리 알려진 이후에 이주하여 오는 경우에는 위와 같은 위험에의 접근에 따른 가해자의 면책 여부를 보다 적극적으로 인정할 여지가 있다. 다만 일반인이 공해 등의 위험지역으로 이주하여 거주하는 경우라고 하더라도 위험에 접근할 당시에 그러한 위험이 존재하는 사실을 정확하게 알 수 없는 경우가 많고, 그 밖에 위험에 접근하게 된 경위

와 동기 등의 여러 가지 사정을 종합하여 그와 같은 위험의 존재를 인식하면서도 위험으로 인한 피해를 용인하면서 접근하였다고 볼 수 없는 경우에는 손해배상액의 산정에 있어 형평의 원칙상 과실상계에 준하여 감액사유로 고려하여야 한다.

[3] 국가배상법 제5조 제1항에 정하여진 '영조물의 설치 또는 관리의 하자'라 함은 공공의 목적에 공여된 영조물이 그 용도에 따라 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말하고, 여기서 안전성을 갖추지 못한 상태,즉 타인에게 위해를 끼칠 위험성이 있는 상태라 함은 당해 영조물을 구성하는 물적 시설 그 자체에 있는 물리적·외형적 흠결이나 불비로 인하여 그 이용자에게 위해를 끼칠 위험성이 있는 경우 뿐만 아니라, 그 영조물이 공공의 목적에 이용됨에 있어 그 이용상태 및 정도가 일정한 한도를 초과하여 제3자에게 사회통념상 수인할 것이 기대되는 한도를 넘는 피해를 입히는 경우까지 포함된다고 보아야 한다. 그리고 수인한도의 기준을 결정함에 있어서는 일반적으로 침해되는 권리나 이익의 성질과 침해의 정도뿐만 아니라 침해행위가 갖는 공공성의 내용과 정도, 그 지역 환경의 특수성, 공법적인 규제에 의하여 확보하려는 환경기준, 침해를 방지 또는 경감시키거나 손해를 회피할 방안의 유무 및 그 난이 정도 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 구체적 사건에 따라 개별적으로 결정하여야 한다.

[4] 대구비행장 주변 지역의 항공기소음으로 인한 피해의 내용 및 정도, 그 비행장 및 군용항공기의 운항이 가지는 공공성과 아울러 그 비행장이 개설 당시와 달리 점차 주거지 및 도시화되어 인구가 밀집되는 등으로 비도시지역에 위치한 국내의 다른 비행장과 확연히 구별되는 지역적,환경적 특성을 갖는 점 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여, 대구비행장 주변 지역의 소음 피해가 소음도 85wecpnl이상인 경우 사회생활상 통상의 수인한도를 넘어 위법하다고 본 원심의 판단이 정당하다고 한 사례.

〈선정이유〉

영조물이 공공의 목적에 이용됨에 있어 그 이용상태 및 정도가 일정한 한도를 초과하여 제3자에게 사회통념상 참을 수 없는 피해를 입히는 경우의 국가배상책임에 관한 사례로서 대구비행장 주변 지역의 소음 피해가 사회생활상 통상의 수인의 한도를 초과한다고 본 판결

제3관 배상책임자

249. 국가배상법 제6조의 대외적 배상책임자 (1)

(대법원 1994. 12. 9. 선고 94다38137 판결)

〈주제〉 국가배상법 제6조의 대외적 배상책임자

〈쟁점〉

지방자치단체의 장이 기관위임된 국가행정사무를 처리하는 경우, 그 지방자치단체가 국가배상법 제6조 제1항 소정의 비용부담자로서 배상책임을 지는지 여부

〈판결요지〉

[1] 국가배상법 제6조 제1항 소정의 '공무원의 봉급·급여 기타의 비용'이란 공무원의 인건비만을

가리키는 것이 아니라 당해사무에 필요한 일체의 경비를 의미한다고 할 것이고, 적어도 대외적으로 그러한 경비를 지출하는 자는 경비의 실질적·궁극적 부담자가 아니더라도 그러한 경비를 부담하는 자에 포함된다.

[2] 구 지방자치법(1988.4.6. 법률 제4004호로 전문 개정되기 전의 것) 제131조(현행 제132조), 구 지방재정법(1988.4.6. 법률 제4006호로 전문 개정되기 전의 것) 제16조 제2항(현행 제18조 제2항)의 규정상, 지방자치단체의 장이 기관위임된 국가행정사무를 처리하는 경우 그에 소요되는 경비의 실질적·궁극적 부담자는 국가라고 하더라도 당해 지방자치단체는 국가로부터 내부적으로 교부된 금원으로 그 사무에 필요한 경비를 대외적으로 지출하는 자이므로, 이러한 경우 지방자치단체는 국가배상법 제6조 제1항 소정의 비용부담자로서 공무원의 불법행위로 인한 같은 법에 의한 손해를 배상할 책임이 있다.

〈선정이유〉

지방자치단체의 장이 기관위임된 국가행정사무를 처리하는 경우, 그 지방자치단체가 국가배상법 제6조 제1항 소정의 비용부담자로서 공무원의 불법행위로 인한 손해를 배상할 책임이 있다는 판결

250. 국가배상법 제6조의 대외적 배상책임자 (2)

(대법원 1995. 2. 24. 선고 94다57671 판결)

〈주제〉 국가배상법 제6조의 대외적 배상책임자

〈쟁점〉

서울특별시 영등포구가 여의도광장에서 차량진입으로 일어난 인신사고에 관하여 국가배상법 제6조 소정의 비용부담자로서의 손해배상책임이 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 여의도광장의 관리는 광장의 관리에 관한 별도의 법령이나 규정이 없으므로 서울특별시는 여의도광장을 도로법 제2조 제2항 소정의 "도로와 일체가 되어 그 효용을 다하게 하는 시설"로 보고 같은 법의 규정을 적용하여 관리하고 있으며, 그 관리사무 중 일부를 영등포구청장에게 권한위임하고 있어, 여의도광장의 관리청이 본래 서울특별시장이라 하더라도 그 관리사무의 일부가 영등포구청장에게 위임되었다면, 그 위임된 관리사무에 관한 한 여의도광장의 관리청은 영등포구청장이 되고, 같은 법 제56조에 의하면 도로에 관한 비용은 건설부장관이 관리하는 도로 이외의 도로에 관한 것은 관리청이 속하는 지방자치단체의 부담으로 하도록 되어 있어 여의도광장의 관리비용부담자는 그 위임된 관리사무에 관한 한 관리를 위임받은 영등포구청장이 속한 영등포구가 되므로, 영등포구는 여의도광장에서 차량진입으로 일어난 인신사고에 관하여 국가배상법 제6조 소정의 비용부담자로서의 손해배상책임이 있다.

[2] 차량진입으로 인한 인신사고 당시에는 차도와의 경계선 일부에만 이동식쇠기둥이 설치되어 있고 나머지 부분에는 별다른 차단시설물이 없었으며 경비원도 없었던 것은, 평소 시민의 휴식공간으로 이용되는 여의도광장이 통상 요구되는 안전성을 결여하고 있었다 할 것이고, 만약 사고 후에

설치된 차단시설물이 이미 설치되어 있었고 경비원이 배치되어 있었더라면 가해자가 승용차를 운전하여 광장 내로 진입하는 것을 막을 수 있었거나, 설사 차량진입을 완전히 막지는 못하더라도 최소한 진입시에 차단시설물을 충격하면서 발생하는 소리나 경비원의 경고를 듣고 많은 사람들이 대피할 수 있었다고 보이므로, 차량진입으로 인한 사고와 여의도광장의 관리상의 하자 사이에는 상당인과관계가 있다고 한 사례.

〈선정이유〉

기관위임된 사무를 관리하는 관리청이 속하는 지방자치단체는 그 위임된 관리사무에 관한 비용부담의 주체가 되므로, 서울특별시 영등포구가 여의도광장에서 차량진입으로 일어난 인신사고에 관하여 국가배상법 제6조 소정 비용부담자로서의 손해배상책임이 있다고 판시한 판결

251. 국가배상법 제6조의 대외적 배상책임자 (3)

(대법원 1999. 6. 25. 선고 99다11120 판결)
〈주제〉 국가배상법 제6조의 대외적 배상책임자

〈쟁점〉

지방자치단체장이 설치하여 관할 지방경찰청장에게 관리권한이 위임된 교통신호기의 고장으로 인하여 교통사고가 발생한 경우, 지방자치단체 뿐만 아니라 국가도 손해배상책임을 지는지 여부

〈판결요지〉

도로교통법 제3조 제1항은 특별시장·광역시장 또는 시장·군수(광역시의 군수를 제외)는 도로에서의 위험을 방지하고 교통의 안전과 원활한 소통을 확보하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 신호기 및 안전표지를 설치하고 이를 관리하여야 하도록 규정하고, 도로교통법시행령 제71조의2 제1항 제1호는 특별시장·광역시장이 위 법률규정에 의한 신호기 및 안전표지의 설치·관리에 관한 권한을 지방경찰청장에게 위임하는 것으로 규정하고 있는바, 이와 같이 행정권한이 기관위임된 경우 권한을 위임받은 기관은 권한을 위임한 기관이 속하는 지방자치단체의 산하 행정기관의 지위에서 그 사무를 처리하는 것이므로 사무귀속의 주체가 달라진다고 할 수 없고, 따라서 권한을 위임받은 기관 소속의 공무원이 위임사무처리에 있어 고의 또는 과실로 타인에게 손해를 가하였거나 위임사무로 설치·관리하는 영조물의 하자로 타인에게 손해를 발생하게 한 경우에는 권한을 위임한 관청이 소속된 지방자치단체가 국가배상법 제2조 또는 제5조에 의한 배상책임을 부담하고, 권한을 위임받은 관청이 속하는 지방자치단체 또는 국가가 국가배상법 제2조 또는 제5조에 의한 배상책임을 부담하는 것이 아니므로, 지방자치단체장이 교통신호기를 설치하여 그 관리권한이 도로교통법 제71조의2 제1항의 규정에 의하여 관할 지방경찰청장에게 위임되어 지방자치단체 소속 공무원과 지방경찰청 소속 공무원이 합동근무하는 교통종합관제센터에서 그 관리업무를 담당하던 중 위 신호기가 고장난 채 방치되어 교통사고가 발생한 경우, 국가배상법 제2조 또는 제5조에 의한 배상책임을 부담하는 것은 지방경찰청장이 소속된 국가가 아니라, 그 권한을 위임한 지방자치단체장이 소속된 지방자치단체라고 할 것이나, 한편 국가배상법 제6조 제1항은 같은 법 제2조, 제3조 및 제5

조의 규정에 의하여 국가 또는 지방자치단체가 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 공무원의 선임·감독 또는 영조물의 설치·관리를 맡은 자와 공무원의 봉급·급여 기타의 비용 또는 영조물의 설치·관리의 비용을 부담하는 자가 동일하지 아니한 경우에는 그 비용을 부담하는 자도 손해를 배상하여야 한다고 규정하고 있으므로 교통신호기를 관리하는 지방경찰청장 산하 경찰관들에 대한 봉급을 부담하는 국가도 국가배상법 제6조 제1항에 의한 배상책임을 부담한다.

〈선정이유〉

지방자치단체장이 설치하여 관할 지방경찰청장에게 관리권한이 위임된 교통신호기의 고장으로 인하여 교통사고가 발생한 경우, 지방자치단체 뿐만 아니라 교통신호기를 관리하는 지방경찰청장 산하 경찰관들에 대한 봉급을 부담하는 국가도 손해배상책임을 진다고 한 판결

252. 국가배상법 제6조의 최종책임자 (1)

(대법원 1998. 7. 10. 선고 96다42819 판결)
〈주제〉 국가배상법상 제6조의 최종책임자

〈쟁점〉

국가배상법 제6조 소정의 사무귀속자와 비용부담자로서의 지위가 두 행정주체 모두에 중첩된 경우, 내부적 부담 부분의 결정 기준

〈판결요지〉

[1] 도로법상 일반국도의 관리청은 원칙적으로 건설교통부장관으로 되어 있고(제22조 제1항), 광역시 관할구역 안에 있는 일반국도의 경우에는 그 관리청이 광역시장으로 되어 있으며(제22조 제2항), 도로의 신설, 개축 및 수선에 관한 공사와 그 유지는 법률에 특별한 규정이 없는 한 당해 도로의 관리청이 이를 행하도록 되어 있고(제24조), 도로에 관한 비용도 법률에 특별한 규정이 없는 한 관리청이 속하는 지방자치단체가 부담하는 것으로 되어 있으나(제56조), 다만 상급관청은 특히 필요하다고 인정할 때에 대통령령이 정하는 바에 의하여 관계 행정청이 관리하는 도로공사를 대행할 수 있는데, 이 경우 위 공사의 대행에 의하여 도로관리청이 변경되는 것이 아니고 상급관청이 관리청의 권한 중의 일부를 대행하는 것에 불과하다.

[2] 원래 광역시가 점유·관리하던 일반국도 중 일부 구간의 포장공사를 건설교통부 국토관리청이 시행하고 이를 준공한 후 광역시에 이관하려 하였으나 서류의 미비 기타의 사유로 이관이 이루어지지 않고 있던 중 도로의 관리상의 하자로 인한 교통사고가 발생하였다면 광역시와 국가가 함께 그 도로의 점유자 및 관리자로서 손해배상책임을 부담한다.

[3] 원래 광역시가 점유·관리하던 일반국도 중 일부 구간의 포장공사를 국가가 대행하여 광역시에 도로의 관리를 이관하기 전에 교통사고가 발생한 경우, 광역시는 그 도로의 점유자 및 관리자, 도로법 제56조, 제55조, 도로법시행령 제30조에 의한 도로관리비용 등의 부담자로서의 책임이 있고, 국가는 그 도로의 점유자 및 관리자, 관리사무귀속자, 포장공사비용 부담자로서의 책임이 있다고 할 것이며, 이와 같이 광역시와 국가 모두가 도로의 점유자 및 관리자, 비용부담자로서의 책임

을 중첩적으로 지는 경우에는, 광역시와 국가 모두가 국가배상법 제6조 제2항 소정의 궁극적으로 손해를 배상할 책임이 있는 자라고 할 것이고, 결국 광역시와 국가의 내부적인 부담 부분은, 그 도로의 인계·인수 경위, 사고의 발생 경위, 광역시와 국가의 그 도로에 관한 분담비용 등 제반 사정을 종합하여 결정함이 상당하다.

〈선정이유〉

지방자치단체와 국가 모두가 도로의 점유자 및 관리자, 비용부담자로서의 책임을 중첩적으로 지는 경우에는, 지방자치단체와 국가 모두가 국가배상법 제6조 제2항 소정의 궁극적으로 손해를 배상할 책임이 있는 자에 해당한다고 판단한 판결

253. 국가배상법 제6조의 최종책임자 (2)

(대법원 2015. 4. 23. 선고 2013다211834 판결)
〈주제〉 국가배상법상 제6조의 최종책임자

〈쟁점〉

국가하천의 관리상 하자로 인한 손해에 관하여, 국가는 사무의 귀속주체 및 보조금 지급을 통한 실질적 비용부담자로서, 해당 시·도는 구 하천법 제59조 단서에 따른 법령상 비용부담자로서 각각 책임을 중첩적으로 지는 경우, 국가와 해당 시·도 모두가 국가배상법 제6조 제2항에서 정한 '손해를 배상할 책임이 있는 자'에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

국가하천의 유지·보수 사무가 지방자치단체의 장에게 위임된 경우, 지방자치단체의 장은 국가기관의 지위에서 그 사무를 처리하는 것이므로, 국가는 국가배상법 제5조 제1항에 따라 영조물의 설치·관리 사무의 귀속주체로서 국가하천의 관리상 하자로 인한 손해를 배상하여야 한다. 국가가 국가하천의 유지·보수비용의 일부를 해당 시·도에 보조금으로 지급하였다면, 국가와 해당 시·도는 각각 국가배상법 제6조 제1항에 규정된 영조물의 설치·관리 비용을 부담하는 자로서 손해를 배상할 책임이 있다. 이와 같이 국가가 사무의 귀속주체 및 보조금 지급을 통한 실질적 비용부담자로서, 해당 시·도가 구 하천법 제59조 단서에 따른 법령상 비용부담자로서 각각 책임을 중첩적으로 지는 경우에는 국가와 해당 시·도 모두가 국가배상법 제6조 제2항 소정의 궁극적으로 손해를 배상할 책임이 있는 자에 해당한다.

〈선정이유〉

국가가 사무의 귀속주체 및 보조금 지급을 통한 실질적 비용부담자로서, 시·도가 법령상 비용부담자로서 각각 책임을 중첩적으로 지는 경우에는 국가와 해당 시·도 모두가 국가배상법 제6조 제2항 소정의 궁극적으로 손해를 배상할 책임이 있는 자에 해당한다는 판결

제2절 행정상 손실보상

254. 손실보상의 근거

(헌법재판소 1998. 12. 24.자 89헌마214, 90헌바16, 97헌바78(병합) 결정)
〈주제〉 사회적 제약과 특별희생

〈쟁점〉

[1] 토지재산권의 사회적 제약의 한계를 정하는 기준

[2] 사회적 제약의 범위를 넘는 가혹한 부담이 발생하는 예외적인 경우에 대한 보상입법의 의미 및 법적 성격

〈결정요지〉

[1] 헌법상의 재산권은 토지소유자가 이용가능한 모든 용도로 토지를 자유로이 최대한 사용할 권리나 가장 경제적 또는 효율적으로 사용할 수 있는 권리를 보장하는 것을 의미하지는 않는다. 입법자는 중요한 공익상의 이유로 토지를 일정 용도로 사용하는 권리를 제한할 수 있다. 따라서 토지의 개발이나 건축은 합헌적 법률로 정한 재산권의 내용과 한계 내에서만 가능한 것일 뿐만 아니라 토지재산권의 강한 사회성 내지는 공공성으로 말미암아 이에 대하여는 다른 재산권에 비하여 보다 강한 제한과 의무가 부과될 수 있다.

[2] 개발제한구역을 지정하여 그 안에서는 건축물의 건축 등을 할 수 없도록 하고 있는 도시계획법 제21조는 헌법 제23조 제1항, 제2항에 따라 토지재산권에 관한 권리와 의무를 일반·추상적으로 확정하는 규정으로서 재산권을 형성하는 규정인 동시에 공익적 요청에 따른 재산권의 사회적 제약을 구체화하는 규정인바, 토지재산권은 강한 사회성, 공공성을 지니고 있어 이에 대하여는 다른 재산권에 비하여 보다 강한 제한과 의무를 부과할 수 있으나, 그렇다고 하더라도 다른 기본권을 제한하는 입법과 마찬가지로 비례성원칙을 준수하여야 하고, 재산권의 본질적 내용인 사용·수익권과 처분권을 부인하여서는 아니된다.

[3] 개발제한구역 지정으로 인하여 토지를 종래의 목적으로도 사용할 수 없거나 또는 더 이상 법적으로 허용된 토지이용의 방법이 없기 때문에 실질적으로 토지의 사용·수익의 길이 없는 경우에는 토지소유자가 수인해야 하는 사회적 제약의 한계를 넘는 것으로 보아야 한다.

[4] 개발제한구역의 지정으로 인한 개발가능성의 소멸과 그에 따른 지가의 하락이나 지가상승률의 상대적 감소는 토지소유자가 감수해야 하는 사회적 제약의 범주에 속하는 것으로 보아야 한다. 자신의 토지를 장래에 건축이나 개발목적으로 사용할 수 있으리라는 기대가능성이나 신뢰 및 이에 따른 지가상승의 기회는 원칙적으로 재산권의 보호범위에 속하지 않는다. 구역지정 당시의 상태대로 토지를 사용·수익·처분할 수 있는 이상, 구역지정에 따른 단순한 토지이용의 제한은 원칙적으로 재산권에 내재하는 사회적 제약의 범주를 넘지 않는다.

[5] 도시계획법 제21조에 의한 재산권의 제한은 개발제한구역으로 지정된 토지를 원칙적으로 지정 당시의 지목과 토지현황에 의한 이용방법에 따라 사용할 수 있는 한, 재산권에 내재하는 사회적 제약을 비례의 원칙에 합치하게 합헌적으로 구체화한 것이라고 할 것이나, 종래의 지목과 토지현황에 의한 이용방법에 따른 토지의 사용도 할 수 없거나 실질적으로 사용·수익을 전혀 할 수

없는 예외적인 경우에도 아무런 보상없이 이를 감수하도록 하고 있는 한, 비례의 원칙에 위반되어 당해 토지소유자의 재산권을 과도하게 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다.

[6] 도시계획법 제21조에 규정된 개발제한구역제도 그 자체는 원칙적으로 합헌적인 규정인데, 다만 개발제한구역의 지정으로 말미암아 일부 토지소유자에게 사회적 제약의 범위를 넘는 가혹한 부담이 발생하는 예외적인 경우에 대하여 보상규정을 두지 않은 것에 위헌성이 있는 것이고, 보상의 구체적 기준과 방법은 헌법재판소가 결정할 성질의 것이 아니라 광범위한 입법형성권을 가진 입법자가 입법정책적으로 정할 사항이므로, 입법자가 보상입법을 마련함으로써 위헌적인 상태를 제거할 때까지 위 조항을 형식적으로 존속케 하기 위하여 헌법불합치결정을 하는 것인바, 입법자는 되도록 빠른 시일내에 보상입법을 하여 위헌적 상태를 제거할 의무가 있고, 행정청은 보상입법이 마련되기 전에는 새로 개발제한구역을 지정하여서는 아니되며, 토지소유자는 보상입법을 기다려 그에 따른 권리행사를 할 수 있을 뿐 개발제한구역의 지정이나 그에 따른 토지재산권의 제한 그 자체의 효력을 다투거나 위 조항에 위반하여 행한 자신들의 행위의 정당성을 주장할 수는 없다.

[7] 입법자가 도시계획법 제21조를 통하여 국민의 재산권을 비례의 원칙에 부합하게 합헌적으로 제한하기 위해서는, 수인의 한계를 넘어 가혹한 부담이 발생하는 예외적인 경우에는 이를 완화하는 보상규정을 두어야 한다. 이러한 보상규정은 입법자가 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 의하여 재산권의 내용을 구체적으로 형성하고 공공의 이익을 위하여 재산권을 제한하는 과정에서 이를 합헌적으로 규율하기 위하여 두어야 하는 규정이다. 재산권의 침해와 공익간의 비례성을 다시 회복하기 위한 방법은 헌법상 반드시 금전보상만을 해야 하는 것은 아니다. 입법자는 지정의 해제 또는 토지매수청구권제도와 같이 금전보상에 갈음하거나 기타 손실을 완화할 수 있는 제도를 보완하는 등 여러 가지 다른 방법을 사용할 수 있다.

재판관 이영모의 반대의견

[1] 모든 국민이 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 환경권(헌법 제35조)은 인간의 존엄과 가치·행복추구권의 실현에 기초가 되는 기본권이므로 사유재산권인 토지소유권을 행사하는 경제적 자유보다 우선하는 지위에 있다.

[2] 도시계획법 제21조는 국가안전보장과 도시의 자연환경·생활환경의 관리·보전에 유해한 결과를 수반하는 환경오염을 미리 예방하기 위한 필요한 규제입법으로 헌법상 정당성을 갖추고 있다. 이 규제입법으로 말미암아 나대지의 이용이 제한되고 사정변경으로 인하여 토지를 사용하는 데 지장이 생겼다고 할지라도 입법목적에 어긋나지 않는 범위 안에서 이를 이용할 수 있는 방법이 있고 또 소유권자의 처분을 제한하는 것도 아니므로, 이와 같은 규제는 성질상 재산권에 내재된 사회적 제약에 불과하다고 보는 것이 상당하다.

[3] 법익의 비교형량 면에서도 토지소유권자가 입는 불이익보다 국가안전보장과 공공복리에 기여하는 이익이 더 크고, 입법목적 달성을 위한 합리성·필요성을 갖추었으므로 헌법 제37조 제2항 소정의 기본권제한 한계요건을 벗어나는 것도 아닐 뿐만 아니라 제한구역내의 다른 토지와 서로 비교하여 보아도 나대지와 사정변경으로 인한 토지의 특성상 재산권의 박탈로 볼 수 있는 정도의 제한을 가한 합리성이 없는 차별취급으로 인정되지 아니하므로 평등원칙을 위반한 것도 아니다.

〈선정이유〉

토지재산권은 다른 재산권에 비하여 보다 강한 제한과 의무가 부과될 수 있고, 개발제한구역의 지정으로 인하여 토지재산권을 제한하는 경우에도 다른 입법과 마찬가지로 비례성의 원칙을 준수하고, 재산권의 본질적 내용인 사용 수익권과 처분권을 부인하여서는 안 되며, 개발제한구역의 지

정으로 인하여 수인의 한도를 넘어 가혹한 부담이 발생하는 경우에는 이를 완화하는 보상규정을 두어야 한다고 지적한 결정

255. 사인에 의한 수용 (1)

(헌법재판소 2009. 9. 24.자 2007헌바114 결정)
〈주제〉 공용수용의 주체

〈쟁점〉

민간기업의 수용 주체성

〈결정요지〉

[1] 헌법 제23조 제3항은 정당한 보상을 전제로 하여 재산권의 수용 등에 관한 가능성을 규정하고 있지만, 재산권 수용의 주체를 한정하지 않고 있다. 위 헌법조항의 핵심은 당해 수용이 공공필요에 부합하는가, 정당한 보상이 지급되고 있는가 여부 등에 있는 것이지, 그 수용의 주체가 국가인지 민간기업인지 여부에 달려 있다고 볼 수 없다. 또한 국가 등의 공적 기관이 직접 수용의 주체가 되는 것이든 그러한 공적 기관의 최종적인 허부판단과 승인결정 하에 민간기업이 수용의 주체가 되는 것이든, 양자 사이에 공공필요에 대한 판단과 수용의 범위에 있어서 본질적인 차이를 가져올 것으로 보이지 않는다. 따라서 위 수용 등의 주체를 국가 등의 공적 기관에 한정하여 해석할 이유가 없다.

오늘날 산업단지의 개발에 투입되는 자본은 대규모로 요구될 수 있는데, 이러한 경우 산업단지 개발의 사업시행자를 국가나 지방자치단체로 제한한다면 예산상의 제약으로 인해 개발사업의 추진에 어려움이 있을 수 있고, 만약 이른바 공영개발방식만을 고수할 경우에는 수요에 맞지 않는 산업단지가 개발되어 자원이 비효율적으로 소모될 개연성도 있다. 또한 기업으로 하여금 산업단지를 직접 개발하도록 한다면, 기업들의 참여를 유도할 수 있는 측면도 있을 것이다. 그렇다면 민간기업을 수용의 주체로 규정한 자체를 두고 위헌이라고 할 수 없으며, 나아가 이 사건 수용조항을 통해 민간기업에게 사업시행에 필요한 토지를 수용할 수 있도록 규정할 필요가 있다는 입법자의 인식에도 합리적인 이유가 있다 할 것이다.

[2] 이 사건 수용조항은 산업입지의 원활한 공급과 산업의 합리적 배치를 통하여 균형있는 국토개발과 지속적인 산업발전을 촉진함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지하고자 하고, 나아가 산업의 적정한 지방 분산을 촉진하고 지역경제의 활성화를 목적으로 하는 것이다. 산업입지가 원활히 공급된다면 산업단지의 건설이 용이해 질 수 있고, 따라서 산업단지의 건설을 통하여 효과적인 경제적 발전 내지 성장을 기대할 수 있다. 나아가 산업단지의 개발로 인한 경제적 발전은, 그간 우리 사회의 사회문화적 발전에서도 큰 초석이 되어왔다. 그와 같은 경제의 발전이 해당 국가공동체에서 영위되는 삶의 문명사적 수준을 신장시킨 주요한 동력이 되어 왔다는 점에서, 산업단지 개발의 사회적 중요성을 확인할 수 있다.

또한, 산업입지법상 규정들은 산업단지개발사업의 시행자인 민간기업이 자신의 이윤추구에 치우친 나머지 애초 산업단지를 조성함으로써 달성, 견지하고자 한 공익목적을 해태하지 않도록 규율하

고 있다는 점도 함께 고려한다면, 이 사건 수용조항은 헌법 제23조 제3항의 '공공필요성'을 갖추고 있다고 보인다.

[3] 이 사건 수용조항의 입법목적은 앞서 이 사건 수용조항의 공공필요성을 검토하면서 확인한 바와 같고, 이 사건 수용조항을 통하여 사업시행자는 협의에 응하지 않는 사람들의 토지를 시가에 따라 적절히 매수할 수 있으며, 이에 따라 사업을 원활하게 진행할 수 있을 것이므로 위 수용조항은 위와 같은 입법목적의 달성에 매우 효과적인 수단임이 인정된다. 산업입지법상 사업시행자에게도 여전히 토지 등에 대한 보상에 관하여 토지소유자 및 관계인과 성실하게 협의하여야 하는 의무가 주어지고, 산업단지로 지정된 토지가 사후에 산업단지에서 제외되거나 아니면 산업단지로서의 효용을 상실하게 되면 환매권이 발생하는 점, 사업시행자는 피수용권자에게 정당한 보상을 지급해야 하는 점, 산업입지법상 수용에 이르기까지의 과정이 적법절차원칙에 따라 진행되도록 보장되는 점, 우리 법제는 구체적인 수용처분에 하자가 있을 경우 행정소송 등을 통한 실효적인 권리구제의 방안들을 마련하고 있는 점, 수용대상의 범위도 필요한 범위를 넘는다고 보이지 아니하는 점 등에 비추어 이 사건 수용조항이 피수용자의 재산권을 필요 이상으로 과도하게 제한한다고 할 수 없고, 국민 경제의 건전한 발전 및 산업의 지방분산 촉진, 지역경제의 활성화 등의 공익적 중대성을 감안한다면 이 사건 수용조항이 공익과 사익 간의 균형성을 도외시한 것이라고 보기도 어렵다.

[4] 비록 이 사건 수용조항은 수용에 앞서 일정한 토지취득 요건 등을 부과하는 여타의 법률들과 달리, 그러한 요건을 두지 아니한 채 전면적인 토지수용권을 인정하고 있으나, 이 사건 수용조항이 추구하고 있는 산업단지의 개발, 국가 및 지역 산업의 발전, 고용 창출, 산업의 전국적 분산 및 국토의 균형발전 등의 내용에 비추어 산업입지법은 여타의 법률들과 상이한 공익적 목적과 내용을 가진다고 할 수 있고, 아울러 산업입지법에서도 사업시행자에게는 토지소유자 및 관계인과 성실하게 협의하여야 하는 의무가 주어진다는 점 등을 함께 고려한다면, 이 사건 수용조항을 두고 자의적인 차별로서 평등권을 침해하였다고 하기는 어렵다.

재판관 김종대의 반대의견

민간기업이 수용의 주체가 되는 경우는 국가가 수용의 주체가 되어 그 수용의 이익을 공동체 전체의 것으로 확산시키는 역할을 자임하는 경우와 비교하여 수용의 이익이 공적으로 귀속될 것이라는 보장이 힘들다는 점에서, 그와 같은 수용이 정당화되기 위해서는 당해 수용의 공공필요성을 보장하고 수용을 통한 이익을 공공적으로 귀속시킬 수 있는 더욱 심화된 입법적 조치가 수반되어야만 한다. 이를테면, 해당 사업의 수용으로 인한 개발이익에 대하여 지속적인 환수조치를 보장한다거나 그 기업의 수용으로 인한 영업상 수익에 대한 공적 사용의 방도를 마련하고 해당 지역민들에 대한 의무적인 고용할당제를 실시한다거나 하는 조치 등을 부가함으로써 수용을 통해 맺게 된 풍성한 과실을 수용자와 피수용자를 포함한 공동체가 함께 향유하도록 제도적으로 규율하여야 하는 것이다. 이러한 법적·제도적 보완이 행하여 지지 않는 한, 이 사건 조항들에 따른 민간기업에 의한 수용은 우리 헌법상 재산권 보장의 가치와 부합되기 어렵다.

또한, 부득이 이 사건 조항들에 따라 민간기업에게 수용권한을 부여할 경우라도, 수용재결에 이르기 전까지 사업시행자에게 미리 일정한 비율의 토지를 매수할 것을 법적 요건으로 규정하는 등과 같이, 사업시행자의 일방적인 의사에 의해 토지소유자의 재산권이 상실되는 것을 완화할 수 있는 여러 방도를 모색하는 일도 충분히 가능하다 할 것이나 이러한 입법적 고려가 부재한 점은 헌법상 과잉금지원칙의 정신에 부합하지 않는다.

〈선정이유〉

헌법상 공용수용의 주체를 국가 등의 공적 기관에 한정하여 해석할 이유가 없고, 법률이 민간기업을 수용의 주체로 규정한 자체를 두고 위헌이라고 할 수 없다는 결정으로 민간기업의 수용 주체성을 인정한 결정

256. 사인에 의한 수용 (2)

(헌법재판소 2011. 6. 30.자 2008헌바166 결정)

〈주제〉 민간기업에게 공용수용을 인정하는 경우의 입법 원칙

〈쟁점〉

민간기업에 의한 수용시의 입법 원칙

〈결정요지〉

[1] 기반시설의 종류로서 체육시설을 규정한 이 사건 정의조항은 이 사건 수용조항과 결합한 전반적인 규범체계 속에서 도시계획시설사업의 시행을 위해 수용권이 행사될 수 있는 대상의 범위를 확정하는 역할을 하므로 재산권 제한과 밀접하게 관련된 조항이라 할 것이다. 그런데 특히 재산권 수용에 있어 요구되는 공공필요성과 관련하여 살펴본다면 체육시설은 시민들이 손쉽게 이용할 수 있는 시설에서부터 그 시설 이용에 일정한 경제적 제한이 존재하는 시설, 시설이용비용의 다과와는 관계없이 그 자체 공익목적을 위하여 설치된 시설 등에 이르기까지 상당히 넓은 범위에 걸쳐 있다. 따라서 그 자체로 공공필요성이 인정되는 교통시설이나 수도·전기·가스공급설비 등 국토계획법상의 다른 기반시설과는 달리, 기반시설로서의 체육시설의 종류와 범위를 대통령령에 위임하기 위해서는, 체육시설 중 공공필요성이 인정되는 범위로 한정해 두어야 한다. 그러나 이 사건 정의조항은 체육시설의 구체적인 내용을 아무런 제한 없이 대통령령에 위임하고 있으므로, 기반시설로서의 체육시설의 구체적인 범위를 결정하는 일을 전적으로 행정부에게 일임한 결과가 되어 버렸다. 그렇다면, 이 사건 정의조항은 개별 체육시설의 성격과 공익성을 고려하지 않은 채 구체적으로 범위를 한정하지 않고 포괄적으로 대통령령에 입법을 위임하고 있으므로 헌법상 위임입법의 한계를 일탈하여 포괄위임금지원칙에 위배된다.

[2] 도시계획시설사업은 그 자체로 공공필요성의 요건이 충족된다. 또한 이 사건 수용조항은 도시계획시설사업의 원활한 진행을 위한 것이므로 정당한 입법목적을 가진다. 민간기업도 일정한 조건하에서는 헌법상 공용수용권을 행사할 수 있고, 위 수용조항을 통하여 사업시행자는 사업을 원활하게 진행할 수 있으므로, 위 조항은 위 입법목적을 위한 효과적인 수단이 된다. 만약 사업시행자에게 수용권한이 부여되지 않는다면 협의에 응하지 않는 사람들의 일방적인 의사에 의해 도시계획시설사업을 통한 공익의 실현이 저지되거나 연기될 수 있고, 수용에 이르기까지의 과정이 국토계획법상 적법한 절차에 의해 진행되며, 사업시행자는 피수용권자에게 정당한 보상을 지급해야 하고, 우리 법제는 구체적인 수용처분에 하자가 있을 경우 행정소송 등을 통한 실효적인 권리구제의 방안들을 마련하고 있는 점 등에 비추어 이 사건 수용조항이 피해의 최소성 원칙에 반한다고 볼 수 없고, 우리 국가공동체에서 도시계획시설이 수행하는 역할 등을 감안한다면 위 수용조항이 공익과

사익 간의 균형성을 도외시한 것이라고 보기도 어렵다. 따라서 이 사건 수용조항은 헌법 제23조 제3항 소정의 공공필요성 요건을 결여하거나 과잉금지원칙을 위반하여 재산권을 침해한다고 볼 수 없다.

[3] 국민의 건강 증진과 여가 선용을 위해 도시계획시설로서의 체육시설은 반드시 필요하므로, 만약 헌법재판소가 이 사건 정의조항에 대해 위헌결정을 선고한다면 헌법재판소가 결정을 선고한 때부터 이 사건 정의조항은 그 효력을 상실하게 되어 도시계획시설사업에 꼭 포함되어야 할 체육시설까지 도시계획시설사업의 대상에서 제외되는 법적 공백과 혼란이 예상된다. 따라서 이 사건 정의조항에 대하여 단순위헌결정을 하는 대신 헌법불합치결정을 하고 위 조항은 새로운 입법에 의하여 그 위헌성이 제거될 때까지 잠정적으로 적용되는 것이 바람직하다.

재판관 목영준의 이 사건 정의조항에 대한 별개의견

이 사건 정의조항은 "기반시설"의 하나로 "체육시설"을 규정하고 있다. 그러나 다수의견은 위헌 이유로서 하위법규에서 비로소 규정된 "골프장"을 예시하고 있는바, 이는 이 사건 헌법소원이 "법률"의 위헌성만을 판단하는 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원인 점에서 위헌 이유의 혼동을 초래하는 것이다. 또한 다수의견은 헌법불합치결정을 하면서 "공공필요성을 인정하기 곤란한 일부 골프장과 같은 시설"이라는 모호한 예시를 함으로써 위헌인 사유가 무엇인지, 위헌적 부분이 어디까지인지에 대하여 입법자로 하여금 판단하기 곤란하게 하고 있다. 이는 결국 헌법불합치결정의 기속력과 실효성을 떨어뜨리는 결과를 초래한다.

[재판관 김종대의 이 사건 수용조항에 대한 반대의견]

사인은 어디까지나 자신의 영리 추구를 1차적 목표로 하므로 사인이 수용의 주체가 되는 경우에는 국가가 수용의 주체가 되는 경우에 비하여 수용의 이익이 공동체 전체의 이익으로 귀속될 것이라는 보장이 어렵다. 따라서 당해 수용의 공공필요성을 지속적으로 보장하고 수용을 통한 이익을 공공적으로 귀속시킬 수 있는 심화된 제도적 규율 장치를 갖춘 경우에만 사인에 의한 수용이 헌법적으로 정당화될 수 있다. 그러나 이 사건 수용조항의 경우에는 그와 같은 제도적 규율이 부족하므로 이는 평등의 원칙에 위반되고 청구인들의 재산권을 침해한다.

[재판관 조대현의 반대의견]

회원제 골프장은 소수의 회원들에게만 이용기회가 주어지고 비회원은 회원과 동반하는 경우에만 이용할 수 있을 뿐이므로, 회원제 골프장의 건설은 공공필요성이 크다고 볼 수 없다. 따라서 개인사업자가 건설하는 회원제 골프장 건설사업을 위하여 토지수용권을 부여한 이 사건 수용조항은 헌법 제23조 제3항에 위반된다.

이 사건 정의조항이 특별한 제한 없이 체육시설을 기반시설의 하나로 규정하고 있다 하더라도, 특정의 체육시설이 도시계획시설로 되려면 구체적인 도시계획시설결정절차에서 도시계획시설로 결정할 만큼 공익성을 갖춘 체육시설이라고 인정되어야만 한다. 만약 공익성이 미약한 체육시설이 도시계획시설로 결정되었다면 도시계획시설 결정절차의 심사와 결정이 올바로 이루어지지 아니한 점을 바로잡아야 할 것이다. 따라서 이 사건 정의조항 자체에 위헌성이 있다고 보기 어렵다.

〈선정이유〉

민간기업도 일정한 조건하에서는 헌법상 공용수용권을 행사할 수 있고, 수용조항을 통하여 사업시행자는 사업을 진행할 수 있는바 이러한 수용 조항은 포괄위임금지의 원칙이나 과잉금지원칙 등을 위반해서는 안 되므로, 구체적으로 범위를 한정하지 않고 포괄적으로 대통령령에 입법을 위임하고 있는 국토계획법의 '체육시설'의 정의 조항이 헌법상 위임입법의 한계를 일탈하여 포괄위임금지

원칙에 위반된다고 한 결정

257. 사인에 의한 수용 (3)

(헌법재판소 2014. 10. 30.자 2011헌바172 등)
〈주제〉 공용수용에 있어서의 공익성의 내용과 필요성

〈쟁점〉

민간기업에 의한 수용

〈결정요지〉

[1] 헌법 제23조 제3항에서 규정하고 있는 '공공필요'는 "국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성"으로서, '공공필요'의 개념은 '공익성'과 '필요성'이라는 요소로 구성되어 있는바, '공익성'의 정도를 판단함에 있어서는 공용수용을 허용하고 있는 개별법의 입법목적, 사업내용, 사업이 입법목적에 이바지 하는 정도는 물론, 특히 그 사업이 대중을 상대로 하는 영업인 경우에는 그 사업 시설에 대한 대중의 이용·접근가능성도 아울러 고려하여야 한다. 그리고 '필요성'이 인정되기 위해서는 공용수용을 통하여 달성하려는 공익과 그로 인하여 재산권을 침해당하는 사인의 이익 사이의 형량에서 사인의 재산권침해를 정당화할 정도의 공익의 우월성이 인정되어야 하며, 사업시행자가 사인인 경우에는 그 사업 시행으로 획득할 수 있는 공익이 현저히 해태되지 않도록 보장하는 제도적 규율도 갖추어져 있어야 한다.

그런데 이 사건에서 문제된 지구개발사업의 하나인 '관광휴양지 조성사업' 중에는 고급골프장, 고급리조트 등(이하 '고급골프장 등'이라 한다)의 사업과 같이 입법목적에 대한 기여도가 낮을 뿐만 아니라, 대중의 이용·접근가능성이 작아 공익성이 낮은 사업도 있다. 또한 고급골프장 등 사업은 그 특성상 사업 운영 과정에서 발생하는 지방세수 확보와 지역경제 활성화는 부수적인 공익일 뿐이고, 이 정도의 공익이 그 사업으로 인하여 강제수용 당하는 주민들의 기본권침해를 정당화할 정도로 우월하다고 볼 수는 없다.

따라서 이 사건 법률조항은 공익적 필요성이 인정되기 어려운 민간개발자의 지구개발사업을 위해서까지 공공수용이 허용될 수 있는 가능성을 열어두고 있어 헌법 제23조 제3항에 위반된다.

[2] 헌법재판소가 이 사건 법률조항에 대하여 위헌결정을 선고하면, 공공필요성이 있는 지구개발사업 시행을 위한 민간개발자의 공공수용까지 허용되지 않는 결과가 되어 입법목적을 달성하기 어려운 법적 공백과 혼란이 예상되므로, 헌법불합치결정을 하되 이 사건 법률조항은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용하기로 한다.

[재판관 박한철, 재판관 김창종, 재판관 강일원의 반대의견]

헌법재판소는 이미 여러 차례 민간사업자에게 수용권을 주는 조항 자체는 합헌이라고 결정하였고, 민간개발자에게 관광단지 조성을 위하여 토지 수용권을 부여한 관광진흥법 조항을 합헌으로 결정하면서 공공의 필요성을 인정하였다(헌재 2013. 2. 28. 2011헌바250). 관광단지 조성사업에 대해서 공공의 필요성을 인정할 수 있는 이상, 이미 지역균형개발법 상 개발촉진지구개발계획에 포함됨으로써 공익성이 있다고 평가받은 지구개발사업으로서의 관광휴양지 사업에 대해서도 마땅히 공

공의 필요성을 인정할 수 있다.

이 사건 법률조항은 공익목적을 위해 개발사업을 시행함에 있어 민간기업이 사업시행에 필요한 경우 토지를 수용할 수 있도록 규정할 필요가 있는 점, 수용에 요구되는 공공의 필요성 등에 대한 최종적인 판단권한이 국가와 같은 공적 기관에게 유보되어 있는 점, 공익성이 해태되지 않도록 보장하려는 제도적 장치를 갖추고 있는 점에서 헌법 제23조 제3항이 요구하는 '공공의 필요성'을 갖추고 있다.

〈선정이유〉

사업시행자가 사인인 경우에는 공익적 필요성과 관련해서 공익의 우월성에 더해, 사업시행으로 획득할 수 있는 공익이 현저히 해태되지 않도록 보장하는 제도적 규율도 갖추어져 있어야 한다고 한 결정

258. 생활보상

(대법원 1994. 5. 24. 선고 92다35783 전원합의체 판결)
〈주제〉 생활보상

〈쟁점〉

이주자의 이주대책대상자 선정신청에 대한 사업시행자의 확인·결정 및 사업시행자의 이주대책에 관한 처분의 법적 성질과 이에 대한 쟁송방법

〈판결요지〉

[다수의견]

[1] 공공용지의취득및손실보상에관한특례법상의 이주대책은 공공사업의 시행에 필요한 토지 등을 제공함으로 인하여 생활의 근거를 상실하게 되는 이주자들을 위하여 사업시행자가 기본적인 생활시설이 포함된 택지를 조성하거나 그 지상에 주택을 건설하여 이주자들에게 이를 그 투입비용 원가만의 부담하에 개별 공급하는 것으로서, 그 본래의 취지에 있어 이주자들에 대하여 종전의 생활상태를 원상으로 회복시키면서 동시에 인간다운 생활을 보장하여 주기 위한 이른바 생활보상의 일환으로 국가의 적극적이고 정책적인 배려에 의하여 마련된 제도이다.

[2] 같은 법 제8조 제1항이 사업시행자에게 이주대책의 수립. 실시의무를 부과하고 있다고 하여 그 규정 자체만에 의하여 이주자에게 사업시행자가 수립한 이주대책상의 ○○아파트 입주권 등을 받을 수 있는 구체적인 권리(수분양권)가 직접 발생하는 것이라고는 도저히 볼 수 없으며, 사업시행자가 이주대책에 관한 구체적인 계획을 수립하여 이를 해당자에게 통지 내지 공고한 후, 이주자가 수분양권을 취득하기를 희망하여 이주대책에 정한 절차에 따라 사업시행자에게 이주대책대상자 선정신청을 하고 사업시행자가 이를 받아들여 이주대책대상자로 확인·결정하여야만 비로소 구체적인 수분양권이 발생하게 된다.

[3] (1) 위와 같은 사업시행자가 하는 확인·결정은 곧 구체적인 이주대책상의 수분양권을 취득하기 위한 요건이 되는 행정작용으로서의 처분인 것이지, 결코 이를 단순히 절차상의 필요에 따른

사실행위에 불과한 것으로 평가할 수는 없다. 따라서 수분양권의 취득을 희망하는 이주자가 소정의 절차에 따라 이주대책대상자 선정신청을 한 데 대하여 사업시행자가 이주대책대상자가 아니라고 하여 위 확인.결정 등의 처분을 하지 않고 이를 제외시키거나 또는 거부조치한 경우에는, 이주자로서는 당연히 사업시행자를 상대로 항고소송에 의하여 그 제외처분 또는 거부처분의 취소를 구할 수 있다고 보아야 한다.

(2) 사업시행자가 국가 또는 지방자치단체와 같은 행정기관이 아니고 이와는 독립하여 법률에 의하여 특수한 존립목적을 부여받아 국가의 특별감독 하에 그 존립목적인 공공사무를 행하는 공법인이 관계법령에 따라 공공사업을 시행하면서 그에 따른 이주대책을 실시하는 경우에도, 그 이주대책에 관한 처분은 법률상 부여받은 행정작용권한을 행사하는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 공법상 처분이 되므로, 그 처분이 위법부당한 것이라면 사업시행자인 당해 공법인을 상대로 그 취소소송을 제기할 수 있다.

[4] 이러한 수분양권은 위와 같이 이주자가 이주대책을 수립.실시하는 사업시행자로부터 이주대책대상자로 확인. 결정을 받음으로써 취득하게 되는 ○○아파트 등을 분양받을 수 있는 공법상의 권리라고 할 것이므로, 이주자가 사업시행자에 대한 이주대책대상자 선정신청 및 이에 따른 확인.결정 등 절차를 밟지 아니하여 구체적인 수분양권을 아직 취득하지도 못한 상태에서 곧바로 분양의무의 주체를 상대방으로 하여 민사소송이나 공법상 당사자소송으로 이주대책상의 수분양권의 확인 등을 구하는 것은 허용될 수 없고, 나아가 그 공급대상인 ○○아파트 등의 특정부분에 관하여 그 수분양권의 확인을 소구하는 것은 더더욱 불가능하다고 보아야 한다.

[반대의견]

[1] 공공용지의취득및손실보상에관한특례법에 의한 이주대책은 학설상 이른바 생활보상으로서 실체적 권리인 손실보상의 한 형태로 파악되고 있으며 대법원 판례도 이를 실체법상의 권리로 인정하여, 민사소송으로 이주대책에 의한 주택수분양권의 확인소송을 허용하였었다. 이주대책은 경우에 따라 택지 또는 주택의 분양이나 이주정착금으로 보상되는바, 이주정착금이 손실보상금의 일종이므로 통상의 각종 보상금처럼 실체적 권리가 되는 것을 부정할 수 없을 것이고, 그렇다면 같은 취지의 택지 또는 주택의 수분양권도 실체적인 권리로 봄이 마땅하며, 가사 이를 권리로 보지 못한다 하더라도 적어도 확인소송의 대상이 되는 권리관계 또는 법률관계로는 보아야 한다.

[2] 이주자가 분양신청을 하여 사업시행자로부터 분양처분을 받은 경우 이러한 사업시행자의 분양처분의 성질은 이주자에게 수분양권을 비로소 부여하는 처분이 아니라, 이미 이주자가 취득하고 있는 수분양권에 대하여 그의 의무를 이행한 일련의 이행처분에 불과하고, 이는 이주자가 이미 취득하고 있는 수분양권을 구체화 시켜주는 과정에 불과하다. 이를 실체적 권리로 인정해야 구체적 이주대책 이행을 신청하고 그 이행이 없을 때 부작위위법확인소송을 제기하여 그 권리구제를 받을 수 있고, 그 권리를 포기한 것으로 볼 수 없는 한 언제나 신청이 가능하고 구체적 이주대책이 종료한 경우에도 추가 이주대책을 요구할 수 있게 된다.

[3] 이와 같이 이주대책에 의한 분양신청은 실체적 권리의 행사에 해당된다 할 것이므로 구체적 이주대책에서 제외된 이주대책대상자는 그 경위에 따라 분양신청을 하여 거부당한 경우 권리침해를 이유로 항고소송을 하거나 또는 자기 몫이 참칭 이주대책대상자에게 이미 분양되어 다시 분양신청을 하더라도 거부당할 것이 명백한 특수한 경우 등에는 이주대책대상자로서 분양받을 권리 또는 그 법률상 지위의 확인을 구할 수 있다고 보아야 하며, 이때에 확인소송은 확인소송의 보충성이라는 소송법의 일반법리에 따라 그 확인소송이 권리구제에 유효적절한 수단이 될 때에 한하여 그 소의 이익이 허용되어야 함은 물론이다.

[반대의견에 대한 보충의견]

[1] 공공용지의취득및손실보상에관한특례법 제8조 제1항의 이주대책은 사업시행자가 이주자에 대한 은혜적인 배려에서 임의적으로 수립 시행해 주는 것이 아니라 이주자에 대하여 종전의 재산상태가 아닌 생활상태로 원상회복시켜 주기 위한 생활보상의 일환으로 마련된 제도로서, 헌법 제23조 제3항이 규정하는 손실보상의 한 형태라고 보아야 한다.

[2] (1) 같은법상의 이주대책에 따른 사업시행자의 분양처분은 이주자가 공공사업의 시행에 필요한 토지 등을 제공하는 것을 원인으로 하여 같은법에 따라 취득한 추상적인 권리나 이익을 이주대책을 수립하여 구체화시켜 주는 절차상의 이행적 처분이라고 보는 것이 상당하며, 이주자는 사업시행자가 수립 실시하여야 하는 이주대책에 따른 수분양권을 사업시행자의 분양처분을 기다리지 않고 같은법에 근거하여 취득하는 것으로 보아야 한다.

(2) 사업시행자가 실제로 이주대책을 수립하기 이전에는 이주자의 수분양권은 아직 추상적인 권리나 법률상의 지위 내지 이익에 불과한 것이어서 이 단계에 있어서는 확인의 이익이 인정되지 아니하여 그 권리나 지위의 확인을 구할 수 없다고 할 것이나, 사업시행자가 이주대책을 수립 실시하지 아니하는 경우에는 사업시행자에게 이를 청구하여 거부되거나 방치되면 부작위위법확인을 소구할 수는 있다고 볼 것이다. 그러나 이주대책을 수립한 이후에는 이주자의 추상적인 수분양권이 그 이주대책이 정하는 바에 따라 구체적 권리로 바뀌게 되므로, 구체적 이주대책에서 제외된 이주자는 위와 같은 수분양권에 터잡은 분양신청(이른바 실체적 신청권의 행사)을 하여 거부당한 경우에는 이를 실체적 신청권을 침해하는 거부처분으로 보아 그 취소를 구하는 항고소송을 제기할 수 있을 것이고, 신청기간을 도과한 경우, 사업시행자가 미리 수분양권을 부정하거나 이주대책에 따른 분양절차가 종료되어 분양신청을 하더라도 거부당할 것이 명백한 경우, 또는 분양신청을 묵살당한 경우, 기타 확인판결을 얻음으로써 분쟁이 해결되고 권리구제가 가능하여 그 확인소송이 권리구제에 유효 적절한 수단이 될 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는, 당사자소송으로 수분양권 또는 그 법률상의 지위의 확인을 구할 수 있다고 보아야 한다.

[3] 현행 행정소송법은 항고소송과 당사자소송의 형태를 모두 규정하고 있으므로, 이제는 공법상의 권리관계의 분쟁에 있어서는 그 권리구제의 방법에 관하여 항고소송만에 의하도록 예정한 산업재해보상보험업무및심사에관한법률 제3조와 같은 규정이 있는 경우를 제외하고는, 소의 이익이 없는 등 특별한 사정이 없는 한 항고소송 외에 당사자소송도 허용하여야 할 것이고, 불필요하게 국민의 권리구제방법을 제한할 것은 아니다.

〈선정이유〉

공공용지의취득및손실보상에관한특례법상의 이주대책의 목적은 생활보상의 일환으로 국가의 정책적인 배려에 의한 것이며, 그 이주대책에 관한 처분은 법률상 부여받은 행정작용 권한을 행사하는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 공법상 처분으로, 그 처분이 위법한 것이라면 사업시행자인 당해 공법인을 상대로 그 취소소송을 제기할 수 있다고 판시한 판결

259. 손실보상의 기준과 내용 (1)

(헌법재판소 2007. 11. 29.자 2006헌바79 결정)

〈주제〉 보상액의 산정기준

〈쟁점〉

공시지가를 기준으로 보상액을 산정하는 것이 재산권을 침해하는지 여부

〈판결요지〉

토지수용으로 인한 손실보상액의 산정을 공시지가를 기준으로 하되 그 공시기준일부터 가격시점까지의 시점보정을 지가상승률 등에 의하여 행하도록 규정한 것은 공시지가가 공시기준일 당시의 표준지의 객관적 가치를 정당하게 반영하는 것이고, 표준지와 지가산정 대상토지 사이에 가격의 유사성을 인정할 수 있도록 표준지의 선정이 적정하며, 공시기준일 이후 수용 시까지의 시가변동을 산출하는 시점보정의 방법이 적정한 것으로 보이므로, 청구인의 재산권을 침해하였다고 볼 수 없다.

또한 당해 토지의 협의 성립 또는 재결 당시 공시된 공시지가 중 당해 사업인정고시일에 가장 가까운 시점에 공시된 공시지가로 하도록 규정한 것은 시점보정의 기준이 되는 공시지가에 개발이익이 포함되는 것을 방지하기 위한 것으로서 개발이익이 배제된 손실보상액을 산정하는 적정한 수단에 해당되므로 헌법 제23조 제3항에 위반된다고 볼 수 없다.

〈선정이유〉

토지수용으로 인한 손실보상액의 산정을 공시지가를 기준으로 하되 그 공시기준일부터 가격시점까지의 시점보정을 지가상승률 등에 의하여 행하도록 규정한 것은 청구인의 재산권을 침해하였다고 볼 수 없다는 결정

260. 손실보상의 기준과 내용 (2)

(대법원 2018. 1. 25 선고 2017두61799 판결)

〈주제〉 보상액의 산정기준

〈쟁점〉

공법상 제한을 받는 토지의 보상평가 방법

〈판결요지〉

[1] 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률과 그 시행규칙의 관련 규정에 의하면, 공법상 제한을 받는 토지에 대한 보상액을 산정할 때에 해당 공법상 제한이 구 도시계획법(2002. 2. 4. 법률 제6655호 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지) 등에 따른 용도지역·지구·구역(이하 '용도지역 등'이라고 한다)의 지정 또는 변경과 같이 그 자체로 제한목적이 달성되는 일반적 계획제한으로서 구체적 도시계획사업과 직접 관련되지 아니한 경우에는 그러한 제한을 받는 상태 그대로 평가하여야 한다. 반면 도로·공원 등 특정 도시계획시설의 설치를 위한 계획결정과 같이 구체적 사업이 따르는 개별적 계획제한이거나, 일반적 계획제한에 해당하는 용도지역 등의 지정 또는 변경에 따른 제한이더라도 그 용도지역 등의 지정 또는 변경이 특정 공익사업의 시행을 위한 것일 때에는, 그 공익사업의 시행을 직접 목적으로 하는 제한으로 보아 그 제한을 받지 아니

하는 상태를 상정하여 평가하여야 한다.

[2] 어느 수용대상 토지에 관하여 특정 시점에서 용도지역·지구·구역(이하 '용도지역 등'이라고 한다)을 지정 또는 변경하지 않은 것이 특정 공익사업의 시행을 위한 것일 경우 이는 해당 공익사업의 시행을 직접 목적으로 하는 제한이라고 보아 용도지역 등의 지정 또는 변경이 이루어진 상태를 상정하여 토지가격을 평가하여야 한다. 여기에서 특정 공익사업의 시행을 위하여 용도지역 등을 지정 또는 변경하지 않았다고 볼 수 있으려면, 토지가 특정 공익사업에 제공된다는 사정을 배제할 경우 용도지역 등을 지정 또는 변경하지 않은 행위가 계획재량권의 일탈·남용에 해당함이 객관적으로 명백하여야만 한다.

〈선정이유〉

용도지역 등 공법상 제한을 받는 토지의 보상평가 방법에 관한 법리를 제시한 판결

261. 손실보상의 기준과 내용 (3)

(대법원 2010. 8. 19 선고 2008두822 판결)
〈주제〉 부대적 손실

〈쟁점〉

잔여지수용청구권의 성질, 행사방법 및 불복절차

〈판결요지〉

[1] 구 '공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률'(2007.10.17.법률 제8665호로 개정되기 전의 것)제74조 제1항에 규정되어 있는 잔여지 수용청구권은 손실보상의 일환으로 토지소유자에게 부여되는 권리로서 그 요건을 구비한 때에는 잔여지를 수용하는 토지수용위원회의 재결이 없더라도 그 청구에 의하여 수용의 효과가 발생하는 형성권적 성질을 가지므로, 잔여지 수용청구를 받아들이지 않은 토지수용위원회의 재결에 대하여 토지소유자가 불복하여 제기하는 소송은 위 법 제85조 제2항에 규정되어 있는 '보상금의 증감에 관한 소송'에 해당하여 사업시행자를 피고로 하여야 한다.

[2] 구 '공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률'(2007.10.17.법률 제8665호로 개정되기 전의 것)제74조 제1항에 의하면, 잔여지 수용청구는 사업시행자와 사이에 매수에 관한 협의가 성립되지 아니한 경우 일단의 토지의 일부에 대한 관할 토지수용위원회의 수용재결이 있기 전까지 관할 토지수용위원회에 하여야 하고, 잔여지 수용청구권의 행사기간은 제척기간으로서, 토지소유자가 그 행사기간 내에 잔여지 수용청구권을 행사하지 아니하면 그 권리가 소멸한다. 또한 위 조항의 문언 내용등에 비추어 볼 때, 잔여지 수용청구의 의사표시는 관할 토지수용위원회에 하여야 하는 것으로서, 관할 토지수용위원회가 사업시행자에게 잔여지 수용청구의 의사표시를 수령할 권한을 부여하였다고 인정할 만한 사정이 없는 한, 사업시행자에게 한 잔여지 매수청구의 의사표시를 관할 토지수용위원회에 한 잔여지 수용청구의 의사표시로 볼 수는 없다.

[3] 토지소유자가 자신의 토지에 숙박시설을 신축하기 위해 부지를 조성하던 중 그 토지의 일부

가 익산-장수 간 고속도로 건설공사에 편입되자 사업시행자에게 부지조성 비용 등의 보상을 청구한 사안에서, 잔여지에 지출된 부지조성비용은 그 토지의 가치를 증대시킨 한도 내에서 잔여지의 감소로 인한 손실보상액을 산정할 때 반영되는 것 일 뿐, 별도의 보상대상이 아니므로, 잔여지에 지출된 부지조성비용이 별도의 보상대상으로 인정되지 않는다면 토지소유자에게 잔여지의 가격 감소로 인한 손실보상을 구하는 취지인지 여부에 관하여 의견을 진술할 기회를 부여하고 그 당부를 심리·판단하였어야 함에도, 이러한 조치를 취하지 않은 원심판결에 석명의무를 다하지 않아 심리를 제대로 하지 않은 위법이 있다고 한 사례.

〈선정이유〉

토지보상법상 잔여지수용청구권은 손실보상의 일환으로 토지소유자에게 부여되는 권리로서 형성권적 성격을 가지며, 잔여지수용청구가 받아들여지지 않을 경우 토지소유자가 불복하여 제기하는 소송은 보상금의 증감에 관한 소송으로, 토지소유자에게 잔여지의 가격 감소로 인한 손실보상을 구하는 취지인지 여부에 관하여 의견을 진술할 기회를 부여하고 그 당부를 심리 판단하여야 한다고 한 판결

262. 손실보상의 기준과 내용 (4)

(대법원 1999. 10. 8. 선고 99다27231 판결)
〈주제〉 간접손실

〈쟁점〉

보상의 대상이 되는 간접손실에 관한 직접적인 명문의 규정이 없는 경우 관계 법령을 유추적용할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 공공사업의 시행 결과 그 공공사업의 시행이 기업지 밖에 미치는 간접손실에 관하여 그 피해자와 사업시행자 사이에 협의가 이루어지지 아니하고 그 보상에 관한 명문의 근거 법령이 없는 경우라고 하더라도, 헌법 제23조 제3항은 "공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다."고 규정하고 있고, 이에 따라 국민의 재산권을 침해하는 행위 그 자체는 반드시 형식적 법률에 근거하여야 하며, 토지수용법 등의 개별 법률에서 공익사업에 필요한 재산권 침해의 근거와 아울러 그로 인한 손실보상 규정을 두고 있는 점, 공공용지의취득및손실보상에관한특례법 제3조 제1항은 "공공사업을 위한 토지 등의 취득 또는 사용으로 인하여 토지 등의 소유자가 입은 손실은 사업시행자가 이를 보상하여야 한다."고 규정하고, 같은법시행규칙 제23조의2 내지 7에서 공공사업시행지구 밖에 위치한 영업과 공작물 등에 대한 간접손실에 대하여도 일정한 조건하에서 이를 보상하도록 규정하고 있는 점에 비추어, 공공사업의 시행으로 인하여 그러한 손실이 발생하리라는 것을 쉽게 예견할 수 있고 그 손실의 범위도 구체적으로 이를 특정할 수 있는 경우라면 그 손실의 보상에 관하여 공공용지의취득및손실보상에관한특례법시행규칙의 관련 규정 등을 유추적용할 수 있다고 해석함이 상당하다.

[2] 수산업협동조합이 수산물 위탁판매장을 운영하면서 위탁판매 수수료를 지급받아 왔고, 그 운영에 대하여는 구 수산자원보호령(1991. 3. 28. 대통령령 제13333호로 개정되기 전의 것) 제21조 제1항에 의하여 그 대상지역에서의 독점적 지위가 부여되어 있었는데, 공유수면매립사업의 시행으로 그 사업대상지역에서 어업활동을 하던 조합원들의 조업이 불가능하게 되어 일부 위탁판매장에서의 위탁판매사업을 중단하게 된 경우, 그로 인해 수산업협동조합이 상실하게 된 위탁판매수수료 수입은 사업시행자의 매립사업으로 인한 직접적인 영업손실이 아니고 간접적인 영업손실이라고 하더라도 피침해자인 수산업협동조합이 공공의 이익을 위하여 당연히 수인하여야 할 재산권에 대한 제한의 범위를 넘어 수산업협동조합의 위탁판매사업으로 얻고 있는 영업상의 재산이익을 본질적으로 침해하는 특별한 희생에 해당하고, 사업시행자는 공유수면매립면허 고시 당시 그 매립사업으로 인하여 위와 같은 영업손실이 발생한다는 것을 상당히 확실하게 예측할 수 있었고 그 손실의 범위도 구체적으로 확정할 수 있으므로, 위 위탁판매수수료 수입손실은 헌법 제23조 제3항에 규정한 손실보상의 대상이 되고, 그 손실에 관하여 구 공유수면매립법(1997. 4. 10. 법률 제5335호로 개정되기 전의 것) 또는 그 밖의 법령에 직접적인 보상규정이 없더라도 공공용지의취득및손실보상에관한특례법시행규칙상의 각 규정을 유추적용하여 그에 관한 보상을 인정하는 것이 타당하다.

〈선정이유〉

공유수면매립사업의 시행으로 그 사업대상지역에서 어업활동을 하던 조합원들의 조업이 불가능하게 되어 일부 위탁판매장에서의 위탁판매사업을 중단하게 된 경우, 그로 인해 수산업협동조합이 상실하게 된 위탁판매수수료 수입은 사업시행자의 매립사업으로 인한 간접적인 영업손실에 해당하지만 특별한 희생에 해당한다고 하면서 공공용지의취득및손실보상에관한특례법시행규칙상의 규정을 유추적용하여 그에 관한 보상을 인정한 판결

263. 손실보상의 기준과 내용 (5)

(대법원 2019. 11. 28. 선고 2018두227 판결)
〈주제〉 영업손실

〈쟁점〉

영업손실의 요건 및 청구방법

〈판결요지〉

공익사업시행지구 밖 영업손실보상의 특성과 헌법이 정한 '정당한 보상의 원칙'에 비추어 보면, 공익사업시행지구 밖 영업손실보상의 요건인 '공익사업의 시행으로 인한 그 밖의 부득이한 사유로 일정 기간 동안 휴업이 불가피한 경우'란 공익사업의 시행 또는 시행 당시 발생한 사유로 휴업이 불가피한 경우만을 의미하는 것이 아니라 공익사업의 시행 결과, 즉 그 공익사업의 시행으로 설치되는 시설의 형태·구조·사용 등에 기인하여 휴업이 불가피한 경우도 포함된다고 해석함이 타당하다.

영업손실에 대한 보상을 받기 위해서는, 토지보상법 제34조, 제50조 등에 규정된 재결 절차를

거친 다음 그 재결에 대하여 불복이 있는 때에 비로소 토지보상법 제83조 내지 제85조에 따라 권리구제를 받을 수 있을 뿐이다. 이러한 재결절차를 거치지 않은 채 곧바로 사업시행자를 상대로 손실보상을 청구하는 것은 허용되지 않는다.

〈선정이유〉

공익사업 시행지구 밖의 영업손실에 따른 보상의 가능성과 그 요건을 밝히고, 보상절차 및 손실보상을 받기 위해서는 토지보상법상의 권리구제를 통하여야 하고 바로 사업시행자를 상대로 손실보상을 청구할 수는 없음을 밝힌 판결

264. 보상금의 결정과 불복절차 (1)

(대법원 2006. 5. 18. 선고 2004다6207 전원합의체 판결)
〈주제〉 하천법상의 손실보상

〈쟁점〉

[1] 하천법 부칙 및 '하천구역 편입토지 보상에 관한 특별조치법'에서 정하고 있는 손실보상청구권의 법적 성질과 그 쟁송 절차

[2] 하천법 부칙 및 '하천구역 편입토지 보상에 관한 특별조치법'에 의한 손실보상금의 지급을 구하거나 손실보상청구권의 확인을 구하는 소송의 형태

〈판결요지〉

[1] 법률 제3782호 하천법 중 개정법률(이하 '개정 하천법'이라 한다)은 그 부칙 제2조 제1항에서 개정 하천법의 시행일인 1984. 12. 31. 전에 유수지에 해당되어 하천구역으로 된 토지 및 구 하천법(1971. 1. 19. 법률 제2292호로 전문 개정된 것)의 시행으로 국유로 된 제외지 안의 토지에 대하여는 관리청이 그 손실을 보상하도록 규정하였고, '법률 제3782호 하천법 중 개정법률 부칙 제2조의 규정에 의한 보상청구권의 소멸시효가 만료된 하천구역 편입토지 보상에 관한 특별조치법' 제2조는 구 하천법(1989. 12. 30. 법률 제4161호로 개정되기 전의 것) 부칙 제2조 제1항에 해당하는 토지로서 개정 하천법 부칙 제2조 제2항에서 규정하고 있는 소멸시효의 만료로 보상청구권이 소멸되어 보상을 받지 못한 토지에 대하여는 시·도지사가 그 손실을 보상하도록 규정하고 있는바, 위 각 규정들에 의한 손실보상청구권은 모두 종전의 하천법 규정 자체에 의하여 하천구역으로 편입되어 국유로 되었으나 그에 대한 보상규정이 없었거나 보상청구권이 시효로 소멸되어 보상을 받지 못한 토지들에 대하여, 국가가 반성적 고려와 국민의 권리구제 차원에서 그 손실을 보상하기 위하여 규정한 것으로서, 그 법적 성질은 하천법 본칙(本則)이 원래부터 규정하고 있던 하천구역에의 편입에 의한 손실보상청구권과 하등 다를 바가 없는 것이어서 공법상의 권리임이 분명하므로 그에 관한 쟁송도 행정소송절차에 의하여야 한다.

[2] 하천법 부칙(1989. 12. 30.) 제2조와 '법률 제3782호 하천법 중 개정법률 부칙 제2조의 규정에 의한 보상청구권의 소멸시효가 만료된 하천구역 편입토지 보상에 관한 특별조치법' 제2조, 제6조의 각 규정들을 종합하면, 위 규정들에 의한 손실보상청구권은 1984. 12. 31. 전에 토지가 하

천구역으로 된 경우에는 당연히 발생되는 것이지, 관리청의 보상금지급결정에 의하여 비로소 발생하는 것은 아니므로, 위 규정들에 의한 손실보상금의 지급을 구하거나 손실보상청구권의 확인을 구하는 소송은 행정소송법 제3조 제2호 소정의 당사자소송에 의하여야 한다.

〈선정이유〉

하천법 부칙 및 '하천구역 편입토지 보상에 관한 특별조치법'에서 정하고 있는 손실보상청구권의 법적 성질과 그 쟁송 절차를 밝히고 있으며, 특히 공법상 당사자소송의 활용가능성을 밝히고 있다는 점에서 의미가 있는 판결

265. 보상금의 결정과 불복절차 (2)

(대법원 2013. 8. 22. 선고 2012다3517 판결)
〈주제〉 손실보상금에 관한 합의의 법적 성질

〈쟁점〉

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률에 의한 보상을 하면서 손실보상금에 관한 당사자 간의 합의가 성립한 경우, 그 합의 내용이 같은 법에서 정하는 손실보상 기준에 맞지 않는다는 이유로 그 기준에 따른 손실보상금 청구를 추가로 할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 '공익사업법'이라고 한다)에 의한 보상합의는 공공기관이 사경제주체로서 행하는 사법상 계약의 실질을 가지는 것으로서, 당사자 간의 합의로 같은 법 소정의 손실보상의 기준에 의하지 아니한 손실보상금을 정할 수 있으며, 이와 같이 같은 법이 정하는 기준에 따르지 아니하고 손실보상액에 관한 합의를 하였다고 하더라도 그 합의가 착오 등을 이유로 적법하게 취소되지 않는 한 유효하다. 따라서 공익사업법에 의한 보상을 하면서 손실보상금에 관한 당사자 간의 합의가 성립하면 그 합의 내용대로 구속력이 있고,손실보상금에 관한 합의 내용이 공익사업법에서 정하는 손실보상 기준에 맞지 않는다고 하더라도 합의가 적법하게 취소되는 등의 특별한 사정이 없는 한 추가로 공익사업법상 기준에 따른 손실보상금 청구를 할 수는 없다.

〈선정이유〉

토지보상법에 의한 보상을 하면서 손실보상금에 관한 당사자 간의 합의가 성립한 경우, 그 합의의 법적 성질은 사법상 계약에 해당하고, 당사자 간의 합의가 성립하면 합의의 내용이 토지보상법에서 정하는 손실보상 기준에 맞지 않는다는 이유로 그 기준에 따른 손실보상금 청구를 추가로 할 수 없다고 한 판결로서, 당사자간 합의와 토지보상법령의 내용간의 관계를 밝히고 있다는 점에서 의미가 있는 판결

266. 보상금의 결정과 불복절차 (3)

(대법원 2014. 9. 25. 선고 2012두24092 판결)
〈주제〉 재결전치주의

〈쟁점〉

토지소유자가 구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제34조, 제50조 등에 규정된 재결절차를 거치지 않은 채 곧바로 사업시행자를 상대로 같은 법 제73조, 제75조의2에 따른 잔여지 또는 잔여 건축물 가격감소 등으로 인한 손실보상을 청구할 수 있는지 여부 및 이는 잔여지 또는 잔여 건축물 수용청구에 대한 재결절차를 거친 경우에도 마찬가지인지 여부

〈판결요지〉

구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(2011.8.4.법률 제11017호로 개정되기 전의 것,이하 '공익사업법'이라고 한다)제73조, 제75조의2와 같은 법제34조, 제50조, 제61조, 제83조 내지 제85조의 규정 내용 및 입법 취지 등을 종합하면, 토지소유자가 사업시행자로부터 공익사업법 제73조, 제75조의2에 따른 잔여지 또는 잔여 건축물 가격감소 등으로 인한 손실보상을 받기 위해서는 공익사업법 제34조, 제50조 등에 규정된 재결절차를 거친 다음 그 재결에 대하여 불복할 때 비로소 공익사업법 제83조 내지 제85조에 따라 권리구제를 받을 수 있을 뿐이며, 특별한 사정이 없는 한 이러한 재결절차를 거치지 않은 채 곧바로 사업시행자를 상대로 손실보상을 청구하는 것은 허용되지 않는다 할 것이고,이는 잔여지 또는 잔여 건축물 수용청구에 대한 재결절차를 거친 경우라고 하여 달리 볼 것은 아니다.

〈선정이유〉

토지소유자가 사업시행자로부터 토지보상법상 잔여지 또는 잔여 건축물 가격감소 등으로 인한 손실보상을 받기 위해서는 재결절차를 거친 다음 그 재결에 대하여 불복할 때 비로소 권리구제를 받을 수 있을 뿐 특별한 사정이 없는 한 이러한 재결절차를 거치지 않은 채 곧바로 사업시행자를 상대로 손실보상을 청구할 수는 없다는 판결

267. 보상금의 결정과 불복절차 (4)

(대법원 2018. 7. 20. 선고 2015두4044 판결)
〈주제〉 잔여 영업시설 손실보상의 불복절차

〈쟁점〉

어떤 보상항목이 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법령상 손실보상대상에 해당함에도 관할 토지수용위원회가 사실을 오인하거나 법리를 오해함으로써 손실보상대상에 해당하지 않는다고 잘못된 내용의 재결을 한 경우, 피보상자가 제기할 소송과 그 상대방

〈판결요지〉

[1] 사업시행자가 동일한 토지소유자에 속하는 일단의 토지 일부를 취득함으로 인하여 잔여지의 가격이 감소하거나 그 밖의 손실이 있을 때 등에는 잔여지를 종래의 목적으로 사용하는 것이 가능한 경우라도 잔여지 손실보상의 대상이 되며, 잔여지를 종래의 목적에 사용하는 것이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우이어야만 잔여지 손실보상청구를 할 수 있는 것이 아니다. 마찬가지로 잔여 영업시설 손실보상의 요건인 "공익사업에 영업시설의 일부가 편입됨으로 인하여 잔여시설에 그 시설을 새로이 설치하거나 잔여시설을 보수하지 아니하고는 그 영업을 계속할 수 없는 경우"란 잔여 영업시설에 시설을 새로이 설치하거나 잔여 영업시설을 보수하지 아니하고는 그 영업이 전부 불가능하거나 곤란하게 되는 경우만을 의미하는 것이 아니라, 공익사업에 영업시설 일부가 편입됨으로써 잔여 영업시설의 운영에 일정한 지장이 초래되고, 이에 따라 종전처럼 정상적인 영업을 계속하기 위해서는 잔여 영업시설에 시설을 새로 설치하거나 잔여 영업시설을 보수할 필요가 있는 경우도 포함된다고 해석함이 타당하다.

[2] 구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것, 이하 '토지보상법'이라 한다) 제26조, 제28조, 제30조, 제34조, 제50조, 제61조, 제83조 내지 제85조의 규정 내용과 입법 취지 등을 종합하면, 공익사업에 영업시설 일부가 편입됨으로 인하여 잔여 영업시설에 손실을 입은 자가 사업시행자로부터 구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행규칙(2014. 10. 22. 국토교통부령 제131호로 개정되기 전의 것) 제47조 제3항에 따라 잔여 영업시설의 손실에 대한 보상을 받기 위해서는, 토지보상법 제34조, 제50조 등에 규정된 재결절차를 거친 다음 그 재결에 대하여 불복이 있는 때에 비로소 토지보상법 제83조 내지 제85조에 따라 권리구제를 받을 수 있을 뿐이다. 이러한 재결절차를 거치지 않은 채 곧바로 사업시행자를 상대로 손실보상을 청구하는 것은 허용되지 않는다.

재결절차를 거쳤는지 여부는 보상항목별로 판단하여야 한다. 피보상자별로 어떤 토지, 물건, 권리 또는 영업이 손실보상대상에 해당하는지, 나아가 보상금액이 얼마인지를 심리·판단하는 기초단위를 보상항목이라고 한다. 편입토지·물건 보상, 지장물 보상, 잔여 토지·건축물 손실보상 또는 수용청구의 경우에는 원칙적으로 개별물건별로 하나의 보상항목이 되지만, 잔여 영업시설 손실보상을 포함하는 영업손실보상의 경우에는 '전체적으로 단일한 시설 일체로서의 영업' 자체가 보상항목이 되고, 세부 영업시설이나 영업이익, 휴업기간 등은 영업손실보상금 산정에서 고려하는 요소에 불과하다. 그렇다면 영업의 단일성·동일성이 인정되는 범위에서 보상금 산정의 세부요소를 추가로 주장하는 것은 하나의 보상항목 내에서 허용되는 공격방법일 뿐이므로, 별도로 재결절차를 거쳐야 하는 것은 아니다.

[3] 어떤 보상항목이 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법령상 손실보상대상에 해당함에도 관할 토지수용위원회가 사실을 오인하거나 법리를 오해함으로써 손실보상대상에 해당하지 않는다고 잘못된 내용의 재결을 한 경우에는, 피보상자는 관할 토지수용위원회를 상대로 그 재결에 대한 취소소송을 제기할 것이 아니라, 사업시행자를 상대로 구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것) 제85조 제2항에 따른 보상금증감소송을 제기하여야 한다.

〈선정이유〉

어떤 보상항목이 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법령상 손실보상대상에 해당

함에도 관할 토지수용위원회가 사실을 오인하거나 법리를 오해함으로써 손실보상대상에 해당하지 않는다고 잘못된 내용의 재결을 한 경우 피보상자는 관할 토지수용위원회를 상대로 그 재결에 대한 취소소송을 제기할 것이 아니라, 사업시행자를 상대로 보상금증감소송을 제기하여야 한다는 판결

268. 보상금의 결정과 불복절차 (5)

(대법원 2018. 5. 15. 선고 2017두41221 판결)
〈주제〉 보상항목의 유용

〈쟁점〉

법원이 구체적인 불복신청이 있는 보상항목들에 관해서 감정을 실시하는 등 심리한 결과, 재결에서 정한 보상금액이 일부 보상항목의 경우 과소하고 다른 보상항목의 경우 과다한 것으로 판명된 경우, 보상항목 상호 간의 유용을 허용하여 정당한 보상금을 결정할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 하나의 재결에서 피보상자별로 여러 가지의 토지, 물건, 권리 또는 영업(이처럼 손실보상 대상에 해당하는지, 나아가 그 보상금액이 얼마인지를 심리·판단하는 기초 단위를 이하 '보상항목'이라고 한다)의 손실에 관하여 심리·판단이 이루어졌을 때, 피보상자 또는 사업시행자가 반드시 재결 전부에 관하여 불복하여야 하는 것은 아니며, 여러 보상항목들 중 일부에 관해서만 불복하는 경우에는 그 부분에 관해서만 개별적으로 불복의 사유를 주장하여 행정소송을 제기할 수 있다. 이러한 보상금 증감 소송에서 법원의 심판범위는 하나의 재결 내에서 소송당사자가 구체적으로 불복신청을 한 보상항목들로 제한된다.

법원이 구체적인 불복신청이 있는 보상항목들에 관해서 감정을 실시하는 등 심리한 결과, 재결에서 정한 보상금액이 일부 보상항목의 경우 과소하고 다른 보상항목의 경우 과다한 것으로 판명되었다면, 법원은 보상항목 상호 간의 유용을 허용하여 항목별로 과다 부분과 과소 부분을 합산하여 보상금의 합계액을 정당한 보상금으로 결정할 수 있다.

[2] 피보상자가 당초 여러 보상항목들에 관해 불복하여 보상금 증액 청구소송을 제기하였으나, 그중 일부 보상항목에 관해 법원에서 실시한 감정 결과 그 평가액이 재결에서 정한 보상금액보다 적게 나온 경우에는, 피보상자는 해당 보상항목에 관해 불복신청이 이유 없음을 자인하는 진술을 하거나 단순히 불복신청을 철회함으로써 해당 보상항목을 법원의 심판범위에서 제외하여 달라는 소송상 의사표시를 할 수 있다.

한편 사업시행자가 특정 보상항목에 관해 보상금 감액을 청구하는 권리는 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제85조 제1항 제1문에서 정한 제소기간 내에 보상금 감액 청구소송을 제기하는 방식으로 행사함이 원칙이다. 그런데 사업시행자에 대한 위 제소기간이 지나기 전에 피보상자가 이미 위 보상항목을 포함한 여러 보상항목에 관해 불복하여 보상금 증액 청구소송을 제기한 경우에는, 사업시행자로서는 보상항목 유용 법리에 따라 위 소송에서 과다 부분과 과소 부분을 합산하는 방식으로 위 보상항목에 대한 정당한 보상금액이 얼마인지 판단 받을 수 있으므로,

굳이 중복하여 동일 보상항목에 관해 불복하는 보상금 감액 청구소송을 별도로 제기하는 대신 피보상자가 제기한 보상금 증액 청구소송을 통해 자신의 감액청구권을 실현하는 것이 합리적이라고 생각할 수도 있다.

이와 같이 보상금 증감 청구소송에서 보상항목 유용을 허용하는 취지와 피보상자의 보상금 증액 청구소송을 통해 감액청구권을 실현하려는 기대에서 별도의 보상금 감액청구소송을 제기하지 않았다가 그 제소기간이 지난 후에 특정 보상항목을 심판범위에서 제외해 달라는 피보상자의 일방적 의사표시에 의해 사업시행자가 입게 되는 불이익 등을 고려하면, 사업시행자가 위와 같은 사유로 그에 대한 제소기간 내에 별도의 보상금 감액 청구소송을 제기하지 않았는데, 피보상자가 법원에서 실시한 감정평가액이 재결절차의 그것보다 적게 나오자 그 보상항목을 법원의 심판범위에서 제외하여 달라는 소송상 의사표시를 하는 경우에는, 사업시행자는 그에 대응하여 법원이 피보상자에게 불리하게 나온 보상항목들에 관한 법원의 감정 결과가 정당하다고 인정하는 경우 이를 적용하여 과다하게 산정된 금액을 보상금액에서 공제하는 등으로 과다 부분과 과소 부분을 합산하여 당초 불복신청된 보상항목들 전부에 관하여 정당한 보상 금액을 산정하여 달라는 소송상 의사표시를 할 수 있다고 봄이 타당하다.

이러한 법리는 정반대의 상황, 다시 말해 사업시행자가 여러 보상항목들에 관해 불복하여 보상금 감액 청구소송을 제기하였다가 그중 일부 보상항목에 관해 법원 감정 결과가 불리하게 나오자 해당 보상항목에 관한 불복신청을 철회하는 경우에도 마찬가지로 적용될 수 있다.

〈선정이유〉

법원이 구체적인 불복신청이 있는 보상항목들에 관해서 감정을 실시하는 등 심리한 결과, 재결에서 정한 보상금액이 일부 보상항목의 경우 과소하고 다른 보상항목의 경우 과다한 것으로 판명되었다면, 법원은 보상항목 상호 간의 유용을 허용하여 항목별로 과다 부분과 과소 부분을 합산하여 보상금의 합계액을 정당한 보상금으로 결정할 수 있다는 판결

제 2 장 행정쟁송법

제1절 행정심판

269. 사법(司法)절차의 준용 (1)

(헌법재판소 2001. 6. 28.자 2000헌바30 결정)

〈주제〉 사법절차 준용의 의미

〈쟁점〉

이의신청 및 심사청구를 거치지 아니하고서는 지방세 부과처분에 대하여 행정소송을 제기할 수 없도록 한 지방세법 제78조 제2항이, 행정심판에 사법절차를 준용하도록 한 헌법 제107조 제3항 및 재판청구권을 보장하는 헌법 제27조에 위반되는지 여부

〈결정요지〉

[1] 헌법 제107조 제3항은 "재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다. 행정심판의 절차는 법률로 정하되, 사법절차가 준용되어야 한다"고 규정하고 있으므로, 입법자가 행정심판을 전심절차가 아니라 종심절차로 규정함으로써 정식재판의 기회를 배제하거나, 어떤 행정심판을 필요적 전심절차로 규정하면서도 그 절차에 사법절차가 준용되지 않는다면 이는 위 헌법조항, 나아가 재판청구권을 보장하고 있는 헌법 제27조에도 위반되며, 헌법 제107조 제3항은 사법절차가 "준용"될 것만을 요구하고 있으나 판단기관의 독립성과 공정성, 대심적 심리구조, 당사자의 절차적 권리보장 등의 면에서 사법절차의 본질적 요소를 현저히 결여하고 있다면 "준용"의 요청에마저 위반된다.

[2] 지방세 부과처분에 대한 이의신청 및 심사청구의 심의·의결기관인 지방세심의위원회는 그 구성과 운영에 있어서 심의·의결의 독립성과 공정성을 객관적으로 신뢰할 수 있는 토대를 충분히 갖추고 있다고 보기 어려운 점, 이의신청 및 심사청구의 심리절차에 사법절차적 요소가 매우 미흡하고 당사자의 절차적 권리보장의 본질적 요소가 결여되어 있다는 점에서 지방세법상의 이의신청·심사청구제도는 헌법 제107조 제3항에서 요구하는 "사법절차 준용"의 요청을 외면하고 있다고 할 것인데, 지방세법 제78조 제2항은 이러한 이의신청 및 심사청구라는 2중의 행정심판을 거치지 아니하고서는 행정소송을 제기하지 못하도록 하고 있으므로 위 헌법조항에 위반될 뿐만 아니라, 재판청구권을 보장하고 있는 헌법 제27조 제3항에도 위반된다 할 것이며, 나아가 필요적 행정심판전치주의의 예외사유를 규정한 행정소송법 제18조 제2항, 제3항에 해당하는 사유가 있어 행정심판제도의 본래의 취지를 살릴 수 없는 경우에까지 그러한 전심절차를 거치도록 강요한다는 점에서도 국민의 재판청구권을 침해한다 할 것이다.

〈선정이유〉

이의신청 및 심사청구를 거치지 아니하고서는 지방세 부과처분에 대하여 행정소송을 제기할 수 없도록 한 지방세법 제78조 제2항이, 행정심판에 사법절차를 준용하도록 한 헌법 제107조 제3항 및 재판청구권을 보장하는 헌법 제27조에 위반된다는 결정으로서 특별행정심판제도를 필요적 전치절차로 하는 것의 헌법적 허용한계를 밝히고 있다는 점에서 의미가 있는 결정

270. 사법(司法)절차의 준용 (2)

(헌법재판소 2000. 6. 1.자 98헌바8 결정)

〈주제〉 사법절차 준용의 의미

〈쟁점〉

산업재해보상보험법상의 보험급여결정에 대한 행정소송을 제기하기 위하여 심사청구·재심사청구의 행정심판을 거치도록 한 것이 헌법 제107조 제3항에 위반되는지 여부

〈결정요지〉

[1] 헌법 제107조 제3항은 "재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다. 행정심판의 절차는 법률로 정하되, 사법절차가 준용되어야 한다"고 규정하고 있으므로, 입법자가 행정심판을 전심절차가

아니라 종심절차로 규정함으로써 정식재판의 기회를 배제하거나, 어떤 행정심판을 필요적 전심절차로 규정하면서도 그 절차에 사법절차가 준용되지 않는다면 이는 헌법 제107조 제3항, 나아가 재판청구권을 보장하고 있는 헌법 제27조에도 위반된다. 여기서 말하는 "사법절차"를 특징지우는 요소로는 판단기관의 독립성·공정성, 대심적(對審的) 심리구조, 당사자의 절차적 권리보장 등을 들 수 있으나, 위 헌법조항은 행정심판에 사법절차가 "준용"될 것만을 요구하고 있으므로 위와 같은 사법절차적 요소를 엄격히 갖춰야 할 필요는 없다고 할지라도, 적어도 사법절차의 본질적 요소를 전혀 구비하지 아니하고 있다면 "준용"의 요구에마저 위반된다.

[2] 산업재해보상보험법이 규정하고 있는 심사청구·재심사청구의 절차와 여기에 보완적으로 적용되는 행정심판법의 심리절차까지 고려하여 살펴보면, 심사청구·재심사청구의 절차는 전체적으로 대심주의 구조에 가깝도록 배려되어 있다고 할 수 있고, 증거조사신청권 등 당사자의 절차적 권리가 상당히 보장되어 있으며, 재결의 절차와 방식, 재결의 효력 등의 면에서도 사법절차를 준용하고 있다. 재결기관의 독립성·공정성에 관하여 보건대, 재심사청구의 재결기관인 산업재해보상보험심사위원회는 그 구성과 운영에 있어서 심의·재결의 독립성과 공정성을 객관적으로 신뢰할 수 있을만 하고, 심사청구의 경우에도 근로복지공단이 그 재결기관으로 되어 있다는 점만으로 심의·재결의 독립성과 공정성이 본질적으로 배제되어 있다고 하기 어려우며 심사청구에 관한 결정에 불복이 있는 자는 재심사청구의 기회가 보장되어 있다. 그렇다면 전체적으로 볼 때 위 법에서 규정한 심사청구·재심사청구제도는 헌법 제107조 제3항에 위반된다고 할 수 없다.

[3] .헌법 제107조 제3항은 행정심판의 절차를 법률로 정하도록 하고 있으므로 입법자는 행정심판을 통한 권리구제의 효율성, 행정청에 의한 자기시정의 개연성, 문제되는 행정심판사항의 특성 등 여러 가지 요소를 감안하여 입법정책적으로 행정심판절차의 구체적 모습을 형성할 수 있다. 산업재해보상업무에는 업무와 재해간의 의학적 인과관계, 신체장해의 정도, 요양의 필요성 등 고도의 의학적·법학적·보험정책적 전문성과 기술성이 요구되어 이에 관한 행정기관의 전문성을 충분히 살릴 필요가 크므로 다른 일반의 행정처분과는 달리 특수한 전심절차를 둔 것에 합리성을 인정할 수 있고, 심사청구·재심사청구제도는 통상의 소송절차에 비하여 간편한 절차에 의해 시간과 비용을 절약하는 가운데 신속하고도 효율적인 권리구제를 꾀할 수 있다는 장점이 있으며, 비록 국민의 재판청구권을 제약하는 측면이 있는 것도 사실이나, 심사청구·재심사청구의 전치로 인한 노고와 시간, 즉 재판청구권의 제약의 정도는 경미한 데 비하여 그로 인하여 달성되는 공익은 매우 크다고 할 것이므로, 심사청구·재심사청구제도가 행정심판절차 형성에 관한 입법형성권의 한계를 벗어나 국민의 재판청구권을 침해하는 제도라고 할 수 없다.

〈선정이유〉

산업재해보상보험법상의 보험급여결정에 대한 행정소송을 제기하기 위하여 심사청구 · 재심사청구의 행정심판을 거치도록 한 것이 헌법 제107조 제3항에 위반되지 않는다는 결정으로서 특별행정심판제도를 필요적 전치절차로 하는 것의 헌법적 허용성을 밝히고 있다는 점에서 의미가 있는 결정

271. 법률이 필요적 전치주의를 규정한 경우

(헌법재판소 2007. 1. 17.자 2005헌바86 결정)
〈주제〉 필요적 전치주의

〈쟁점〉

교원에 대한 징계처분에 관하여 재심청구를 거치지 아니하고서는 행정소송을 제기할 수 없도록 한 국가공무원법 제16조 제2항 중 교원에 대한 부분이 헌법 제107조 제3항에 위반되는지 여부

〈판결요지〉

[1] 재심청구는 불복절차로 행정소송을 제기할 수 있으므로 재판의 전심절차로서의 한계를 준수하고 있고, 판단기관인 재심위원회의 구성과 운영에 있어서 심사·결정의 독립성과 공정성을 객관적으로 신뢰할 수 있으며, 교원지위법과 교원징계처분등의재심에관한규정이 규정하고 있는 재심청구의 절차와 보완적으로 적용되는 행정심판법의 심리절차를 고려하여 보면 심리절차에 사법절차를 준용하고 있으므로, 헌법 제107조 제3항에 위반된다고 할 수 없다.

[2] 입법자는 행정심판을 통한 권리구제의 실효성, 행정청에 의한 자기시정의 개연성, 문제되는 행정처분의 특수성 등을 고려하여 행정심판을 임의적 전치절차로 할 것인지, 아니면 필요적 전치절차로 할 것인지를 결정하는 입법형성권을 가지고 있는데, 교원에 대한 징계처분은 그 적법성을 판단함에 있어서 전문성과 자주성에 기한 사전심사가 필요하고, 판단기관인 재심위원회의 독립성 및 공정성이 확보되어 있고 심리절차에 있어서도 상당한 정도로 사법절차가 준용되어 권리구제절차로서의 실효성을 가지고 있으며, 재판청구권의 제약은 경미한 데 비하여 그로 인하여 달성되는 공익은 크므로, 재심제도가 입법형성권의 한계를 벗어나 국민의 재판청구권을 침해하는 제도라고 할 수 없다.

〈선정이유〉

교원에 대한 징계처분에 관하여 재심청구를 거치지 아니하고서는 행정소송을 제기할 수 없도록 한 국가공무원법 제16조 제2항 중 교원에 대한 부분이 헌법 제107조 제3항에 위반되지 않는다는 결정으로서 특별행정심판제도를 필요적 전치절차로 하는 것의 헌법적 허용성을 밝히고 있다는 점에서 의미가 있는 결정

272. 이의신청과의 관계

(대법원 2012. 11. 15. 선고 2010두8676 판결)
〈주제〉 이의신청과 행정심판

〈쟁점〉

민원사무처리법에서 정한 민원 이의신청에 대하여 행정소송법에서 정한 행정심판을 거친 경우의 제소기간의 특례가 적용되는지 여부

〈판결요지〉

[1] 행정소송법 제18조 내지 제20조, 행정심판법 제3조 제1항, 제4조 제1항, 민원사무처리에 관한 법률(이하 '민원사무처리법'이라 한다)제18조, 같은 법 시행령 제29조등의 규정들과 그 취지를 종합하여 보면, 민원사무처리법에서 정한 민원 이의신청의 대상인 거부처분에 대하여는 민원 이의신청과 상관없이 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있으며, 또한 민원 이의신청은 민원사무처리에 관하여 인정된 기본사항의 하나로 처분청으로 하여금 다시 거부처분에 대하여 심사하도록 한 절차로서 행정심판법에서 정한 행정심판과는 성질을 달리하고 또한 사안의 전문성과 특수성을 살리기 위하여 특별한 필요에 따라 둔 행정심판에 대한 특별 또는 특례 절차라 할 수도 없어 행정소송법에서 정한 행정심판을 거친 경우의 제소기간의 특례가 적용된다고 할 수도 없으므로, 민원 이의신청에 대한 결과를 통지받은 날부터 취소소송의 제소기간이 기산된다고 할 수 없다. 그리고 이와 같이 민원 이의신청 절차와는 별도로 그 대상이 된 거부처분에 대하여 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있도록 보장하고 있는 이상, 민원 이의신청 절차에 의하여 국민의 권익 보호가 소홀하게 된다거나 헌법 제27조에서 정한 재판청구권이 침해된다고 볼 수도 없다.

[2] 민원사무처리에 관한 법률(이하 '민원사무처리법'이라 한다)제18조 제1항에서 정한 거부처분에 대한 이의신청(이하 '민원 이의신청'이라 한다)은 행정청의 위법 또는 부당한 처분이나 부작위로 침해된 국민의 권리 또는 이익을 구제함을 목적으로 하여 행정청과 별도의 행정심판기관에 대하여 불복할 수 있도록 한 절차인 행정심판과는 달리, 민원사무처리법에 의하여 민원사무처리를 거부한 처분청이 민원인의 신청 사항을 다시 심사하여 잘못이 있는 경우 스스로 시정하도록 한 절차이다. 이에 따라, 민원이의신청을 받아들이는 경우에는 이의신청 대상인 거부처분을 취소하지 않고 바로 최초의 신청을 받아들이는 새로운 처분을 하여야 하지만, 이의신청을 받아들이지 않는 경우에는 다시 거부처분을 하지 않고 그 결과를 통지함에 그칠 뿐이다. 따라서 이의신청을 받아들이지 않는 취지의 기각 결정 내지는 그 취지의 통지는, 종전의 거부처분을 유지함을 전제로 한 것에 불과하고 또한 거부처분에 대한 행정심판이나 행정소송의 제기에도 영향을 주지 못하므로, 결국 민원 이의신청인의 권리·의무에 새로운 변동을 가져오는 공권력의 행사나 이에 준하는 행정작용이라고 할 수 없어, 독자적인 항고소송의 대상이 된다고 볼 수 없다고 봄이 타당하다.

〈선정이유〉

민원사무처리법에서 정한 민원 이의신청에 대하여 행정소송법에서 정한 행정심판을 거친 경우의 제소기간의 특례가 적용되지 않고, 이의신청을 받아들이지 않는 취지의 기각 결정 내지는 그 취지의 통지는 항고소송의 대상이 되지 않는다는 판결

273. 이의신청과의 구별

(대법원 2016. 7. 27. 선고 2015두45953 판결)

〈주제〉 이의신청과 행정심판의 구별

〈쟁점〉

이의신청과 행정심판의 구별과 행정소송의 제소기간간의 관계

〈판결요지〉

국가유공자 비해당결정 등 원결정에 대한 이의신청이 받아들여지지 아니한 경우에도 이의신청인으로서는 원결정을 대상으로 항고소송을 제기하여야 할 것이고, 국가유공자법 제74조의18 제4항이 이의신청을 하여 그 결과를 통보받은 날부터 90일 이내에 행정심판법에 따른 행정심판의 청구를 허용하고 있고, 행정소송법 제18조 제1항 본문이 "취소소송은 법령의 규정에 의하여 당해 처분에 대한 행정심판을 제기할 수 있는 경우에도 이를 거치지 아니하고 제기할 수 있다."라고 규정하고 있는 점 등을 종합하여 보면, 이의신청을 받아들이지 아니하는 결과를 통보받은 자는 그 통보받은 날부터 90일 이내에 행정심판법에 따른 행정심판 또는 행정소송법에 따른 취소소송을 제기할 수 있다고 보아야 한다.

〈선정이유〉

이의신청과 행정심판의 구별, 행정소송의 제소기간의 기산점 등 행정쟁송과 관련된 주요한 쟁점들에 대해서 판시하고 있고, 특히 법령에서 행정심판청구기간에 대한 특별한 규정을 두고 있는 경우 원고에게 유리하게 행정소송의 제소기간의 기산점을 정하고 있다는 점에서 의미가 있는 판결

274. 이의신청 단계에서 처분사유의 추가·변경

(대법원 2012. 9. 13. 선고 2012두3859 판결)

〈주제〉 이의신청 단계에서의 처분사유의 추가·변경

〈쟁점〉

산업재해보상보험법상 심사청구에 관한 절차의 성격(=근로복지공단 내부의시정절차)및 그 절차에서 근로복지공단이 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계의 동일성이 인정되지 않는 사유를 처분사유로 추가·변경할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 산업재해보상보험법 규정의 내용, 형식 및 취지 등에 비추어 보면, 산업재해보상보험법상 심사청구에 관한 절차는 보험급여 등에 관한 처분을 한 근로복지공단으로 하여금 스스로의 심사를 통하여 당해 처분의 적법성과 합목적성을 확보하도록 하는 근로복지공단 내부의 시정절차에 해당한다고 보아야 한다. 따라서 처분청이 스스로 당해 처분의 적법성과 합목적성을 확보하고자 행하는 자신의 내부 시정절차에서는 당초처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계의 동일성이 인정되지 않는 사유라고 하더라도 이를 처분의 적법성과 합목적성을 뒷받침하는 처분사유로 추가·변경할 수 있다고 보는 것이 타당하다.

[2] 근로복지공단이 '우측 감각신경성 난청'으로 장해보상청구를 한 근로자 甲에 대하여 소멸시효 완성을 이유로 장해보상급여부지급결정을 하였다가,甲이 불복하여 심사청구를 하자 甲의 상병이 업무상 재해인 소음성 난청으로 보기 어렵다는 처분사유를 추가하여 심사청구를 기각한 사안에서, 근로복지공단이 산업재해보상보험법상 심사청구에 대한 자신의 심리·결정 절차에서 추가한 사유인 '甲의 상병과 업무 사이의 상당인과관계 부존재'는 당초 처분의 근거로 삼은 사유인 '소멸시효 완

성'과 기본적 사실관계의 동일성이 인정되는지와 상관없이 처분의 적법성의 근거가 되는 것으로서 취소소송에서 처음부터 판단대상이 되는 처분사유에 해당한다는 이유로,甲의 상병과 업무사이의 상당인과관계 부존재를 처분사유 중 하나로 본 원심판단을 정당하다고 한 사례.

〈선정이유〉

처분청이 스스로 당해 처분의 적법성과 합목적성을 확보하고자 행하는 자신의 내부 시정절차에서는 당초처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계의 동일성이 인정되지 않는 사유라고 하더라도 이를 처분의 적법성과 합목적성을 뒷받침하는 처분사유로 추가·변경할 수 있다고 한 판결

275. 심판청구기간

(대법원 1996. 9. 6. 선고 95누16233 판결)
〈주제〉 행정심판의 심판청구기간

〈쟁점〉

행정처분의 상대방이 아닌 제3자가 그 행정처분이 있음을 알았거나 쉽게 알 수 있는 경우, 행정심판의 청구기간

〈판결요지〉

[1] 특별한 사유가 없는 한 구 행정심판법(1995. 12. 6. 법률 제5000호로 개정되기 전의 것) 제18조 제3항 단서 소정의 정당한 사유가 있는 것으로 보아 심판청구가 가능하나, 그 제3자가 어떤 경위로든 행정처분이 있음을 알았거나 쉽게 알 수 있는 등 행정심판법 제18조 제1항 소정의 심판청구기간 내에 심판청구가 가능하였다는 사정이 있는 경우에는 그 때로부터 60일 이내에 행정심판을 청구하여야 한다.(*현행 행정심판법의 청구기간은 처분이 있음을 알게 된 날부터 90일 이내임, 동법 제27조 제1항)

[2] 행정처분의 상대방이 아닌 제3자가 당사자로 된 소송에서 그 행정처분에 의하여 발급된 농지매매증명서가 증거로 제출되고 이를 기초로 판결이 선고된 경우, 그 제3자는 적어도 그 증거가 제출된 날 또는 적어도 그 판결문이 송달된 날 그 행정처분(농지매매증명 발급처분)이 있었음을 알았거나 쉽게 알 수 있었다고 보아야 하므로, 그 날로부터 60일이 지나서 제기한 행정심판 청구는 부적법하다는 이유로, 그 심판청구를 전심절차로 하여 제기한 행정소송을 각하한 사례.

〈선정이유〉

행정처분의 상대방이 아닌 제3자는 일반적으로 처분이 있는 것을 바로 알 수 없는 처지에 있으므로 구 행정심판법 제18조 제3항(*현행 행정심판법 제27조 제3항)의 정당한 사유가 있는 것으로 보아 예외적으로 처분이 있은 날로부터 180일이 경과하더라도 행정심판을 청구할 수 있으나, 행정처분의 상대방이 아닌 제3자가 그 행정처분이 있음을 알았거나 쉽게 알 수 있는 경우는 그와 같은 예외에 해당하지 않는다는 판결

276. 심판청구의 방식

(대법원 2000. 6. 9. 선고 98두2621 판결)
〈주제〉 행정심판청구의 방식

〈쟁점〉

불비된 사항이 있거나 취지가 불명확한 행정심판청구서의 처리방법

〈판결요지〉

[1] 행정심판법 제19조, 제23조의 규정 취지와 행정심판제도의 목적에 비추어 보면 행정소송의 전치요건인 행정심판청구는 엄격한 형식을 요하지 아니하는 서면행위로 해석되므로, 위법 부당한 행정처분으로 인하여 권리나 이익을 침해당한 자로부터 그 처분의 취소나 변경을 구하는 서면이 제출되었을 때에는 그 표제와 제출기관의 여하를 불문하고 이를 행정소송법 제18조 소정의 행정심판청구로 보고, 불비된 사항이 보정가능한 때에는 보정을 명하고 보정이 불가능하거나 보정명령에 따르지 아니한 때에 비로소 부적법 각하를 하여야 할 것이며, 더욱이 심판청구인은 일반적으로 전문적 법률지식을 갖고 있지 못하여 제출된 서면의 취지가 불명확한 경우도 적지 않으나, 이러한 경우에도 행정청으로서는 그 서면을 가능한 한 제출자의 이익이 되도록 해석하고 처리하여야 한다.

[2] 비록 제목이 '진정서'로 되어 있고, 재결청의 표시, 심판청구의 취지 및 이유, 처분을 한 행정청의 고지의 유무 및 그 내용 등 행정심판법 제19조 제2항 소정의 사항들을 구분하여 기재하고 있지 아니하여 행정심판청구서로서의 형식을 다 갖추고 있다고 볼 수는 없으나, 피청구인인 처분청과 청구인의 이름과 주소가 기재되어 있고, 청구인의 기명이 되어 있으며, 문서의 기재 내용에 의하여 심판청구의 대상이 되는 행정처분의 내용과 심판청구의 취지 및 이유, 처분이 있은 것을 안 날을 알 수 있는 경우, 위 문서에 기재되어 있지 않은 재결청, 처분을 한 행정청의 고지의 유무 등의 내용과 날인 등의 불비한 점은 보정이 가능하므로 위 문서를 행정처분에 대한 행정심판청구로 보는 것이 옳다고 한 사례.

〈선정이유〉

위법 부당한 행정처분으로 인하여 권리나 이익을 침해당한 자로부터 그 처분의 취소나 변경을 구하는 서면이 제출되었을 때에는 그 표제와 제출기관의 여하를 불문하고 이를 행정소송법 제18조 소정의 행정심판청구로 보고, 불비된 사항이 보정가능한 때에는 보정을 명하고 보정이 불가능하거나 보정명령에 따르지 아니한 때에 비로소 부적법 각하를 하여야 할 것이라는 판결

277. 처분사유의 추가·변경

(대법원 2014. 5. 16. 선고 2013두26118 판결)
〈주제〉 행정심판 단계에서의 처분사유의 추가·변경

〈쟁점〉

항고소송에서 행정청이 처분의 근거 사유를 추가하거나 변경하기 위한 요건인 '기본적 사실관계의 동일성' 유무의 판단 방법 및 이러한 법리가 행정심판 단계에서도 적용되는지 여부

〈판결요지〉

행정처분의 취소를 구하는 항고소송에서 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서만 다른 사유를 추가 또는 변경할 수 있고, 이러한 기본적 사실관계의 동일성 유무는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지에 따라 결정되므로, 추가 또는 변경된 사유가 처분 당시에 이미 존재하고 있었다거나 당사자가 그 사실을 알고 있었다고 하여 당초의 처분사유와 동일성이 있다고 할 수 없다. 그리고 이러한 법리는 행정심판 단계에서도 그대로 적용된다.

〈선정이유〉

행정처분의 취소를 구하는 항고소송에서 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서만 다른 사유를 추가 또는 변경할 수 있는바, 이 법리는 행정심판에서도 그대로 적용된다는 판결

278. 재결의 효력 (1)

(대법원 2003. 4. 25. 선고 2002두3201 판결)
〈주제〉 재결의 기속력의 내용으로서의 재처분의무

〈쟁점〉

행정청이 당해 처분에 관하여 위법한 것으로 재결에서 판단된 사유와 기본적 사실관계에 있어 동일성이 인정되는 사유를 내세워 다시 동일한 내용의 처분을 하는 것이 허용되는지 여부

〈판결요지〉

[1] 행정심판법 제37조가 정하고 있는 재결은 당해 처분에 관하여 재결주문 및 그 전제가 된 요건사실의 인정과 판단에 대하여 처분청을 기속하므로, 당해 처분에 관하여 위법한 것으로 재결에서 판단된 사유와 기본적 사실관계에 있어 동일성이 인정되는 사유를 내세워 다시 동일한 내용의 처분을 하는 것은 허용되지 않는다.

[2] 건축허가권자는 건축허가신청이 건축법, 도시계획법 등 관계 법규에서 정하는 어떠한 제한에 배치되지 않는 이상 당연히 같은 법조에서 정하는 건축허가를 하여야 하고, 중대한 공익상의 필요가 없음에도 불구하고, 요건을 갖춘 자에 대한 허가를 관계 법령에서 정하는 제한 사유 이외의 사유를 들어 거부할 수는 없다.

〈선정이유〉

행정청이 당해 처분에 관하여 위법한 것으로 재결에서 판단된 사유와 기본적 사실관계에 있어 동일성이 인정되는 사유를 내세워 다시 동일한 내용의 처분을 하는 것이 허용되지 않는다는 판결로서 행정심판 재결의 기속력에 관하여 판단하고 있는 판결

279. 재결의 효력 (2)

(대법원 1998. 4. 24. 선고 97누17131 판결)
〈주제〉 재결의 형성력

〈쟁점〉

원처분에 대한 형성적 취소재결이 확정된 후 처분청이 다시 원처분을 취소한 경우, 위 처분이 항고소송의 대상이 되는 처분인지 여부

〈판결요지〉

[1] 행정심판법 제32조 제3항에 의하면 재결청은 취소심판의 청구가 이유 있다고 인정할 때에는 처분을 취소·변경하거나 처분청에게 취소·변경할 것을 명한다고 규정하고 있으므로, 행정심판 재결의 내용이 처분청에게 처분의 취소를 명하는 것이 아니라 재결청이 스스로 처분을 취소하는 것일 때에는 그 재결의 형성력에 의하여 당해 처분은 별도의 행정처분을 기다릴 것 없이 당연히 취소되어 소멸되는 것이다.

[2] 당해 의약품제조품목허가처분취소재결은 보건복지부장관이 재결청의 지위에서 스스로 제약회사에 대한 위 의약품제조품목허가처분을 취소한 이른바 형성재결임이 명백하므로, 위 회사에 대한 의약품제조품목허가처분은 당해 취소재결에 의하여 당연히 취소·소멸되었고, 그 이후에 다시 위 허가처분을 취소한 당해 처분은 당해 취소재결의 당사자가 아니어서 그 재결이 있었음을 모르고 있는 위 회사에게 위 허가처분이 취소·소멸되었음을 확인하여 알려주는 의미의 사실 또는 관념의 통지에 불과할 뿐 위 허가처분을 취소·소멸시키는 새로운 형성적 행위가 아니므로 항고소송의 대상이 되는 처분이라고 할 수 없다.

[3] 당해 사안에서와 같이 원처분의 상대방이 아닌 제3자가 행정심판을 청구하여 재결청이 원처분을 취소하는 형성재결을 한 경우에 그 원처분의 상대방은 그 재결에 대하여 항고소송을 제기할 수밖에 없고, 이 경우 재결은 원처분과 내용을 달리 하는 것이어서 재결의 취소를 구하는 것은 원처분에 없는 재결 고유의 위법을 주장하는 것이 된다.

〈선정이유〉

행정심판 재결의 내용이 처분청에게 처분의 취소를 명하는 것이 아니라 재결청이 스스로 처분을 취소하는 것일 때에는 그 재결의 형성력에 의하여 당해 처분은 별도의 행정처분을 기다릴 것 없이 당연히 취소되어 소멸되므로, 형성적 취소재결이 확정된 후 처분청이 다시 원처분을 취소한 경우, 그 취소처분은 항고소송의 대상이 되지 않는다는 판결

280. 재결의 효력 (3)

(대법원 2015. 11. 27. 선고 2013다6759 판결)
〈주제〉 행정심판 재결의 효력

〈쟁점〉

재결이 확정된 경우, 처분의 기초가 되는 사실관계나 법률적 판단이 확정되고 당사자들이나 법원이 이에 기속되어 모순되는 주장이나 판단을 할 수 없는지 여부

〈판결요지〉

[1] 행정심판의 재결은 피청구인인 행정청을 기속하는 효력을 가지므로 재결청이 취소심판의 청구가 이유 있다고 인정하여 처분청에 처분을 취소할 것을 명하면 처분청으로서는 재결의 취지에 따라 처분을 취소하여야 하지만, 나아가 재결에 판결에서와 같은 기판력이 인정되는 것은 아니어서 재결이 확정된 경우에도 처분의 기초가 된 사실관계나 법률적 판단이 확정되고 당사자들이나 법원이 이에 기속되어 모순되는 주장이나 판단을 할 수 없게 되는 것은 아니다.

[2] 행정청의 처분을 구하는 신청에 대하여 상당한 기간 처분 여부 결정이 지체되었다고 하여 곧바로 공무원의 고의 또는 과실에 의한 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없고, 행정처분의 담당공무원이 보통 일반의 공무원을 표준으로 하여 볼 때 객관적 주의의무를 결하여 처분 여부 결정을 지체함으로써 객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 정도에 이른 경우에 비로소 국가배상법 제2조가 정한 국가배상책임의 요건을 충족한다. 이때 객관적 정당성을 상실하였는지는 신청의 대상이 된 처분이 기속행위인지 재량행위인지 등 처분의 성질, 처분의 지연에 따라 신청인이 입은 불이익의 내용과 정도, 행정처분의 담당공무원이 정당한 이유 없이 처리를 지연하였는지 등을 종합적으로 고려하되, 손해의 전보책임을 국가 또는 지방자치단체에게 부담시킬 만한 실질적인 이유가 있는지도 살펴서 판단하여야 한다. 여기서 정당한 이유 없이 처리를 지연하였는지는 법정 처리기간이나 통상적인 처리기간을 기초로 처분이 지연된 구체적인 경위나 사정을 중심으로 살펴 판단하되, 처분을 아니하려는 행정청의 악의적인 동기나 의도가 있었는지, 처분 지연을 쉽게 피할 가능성이 있었는지 등도 아울러 고려할 수 있다.

〈선정이유〉

재결에 판결에서와 같은 기판력이 인정되는 것은 아니어서 재결이 확정된 경우에도 처분의 기초가 된 사실관계나 법률적 판단이 확정되고 당사자들이나 법원이 이에 기속되어 모순되는 주장이나 판단을 할 수 없게 되는 것은 아니라는 판결

281. 재결의 효력 (4)

(대법원 1998. 5. 8. 선고 97누15432 판결)
〈주제〉 행정심판 재결에 대한 처분청의 불복가능성

〈쟁점〉

행정심판법 제37조 제1항에 따라 처분행정청은 재결에 기속되어 재결의 취지에 따른 처분의무를 부담하게 되므로 이에 불복하여 행정소송을 제기할 수 없는지 여부

〈판결요지〉

헌법 제117조 제1항은 "지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다", 제2항은 "지방자치단체의 종류는 법률로 정한다"고 규정하는 등 지방자치의 제도적 보장, 지방자치단체의 권능과 종류의 법정주의를 규정하고 있고, 한편 지방자치제도는 국가와는 별개의 법인격을 가지는 지방자치단체를 두어 그 권한과 책임으로 지방에 관한 여러 사무를 처리시키는 것이기 때문에 지방자치단체의 자주성·자율성은 최대한 존중되어야 하므로 이에 대한 국가의 관여는 가능한 한 배제하는 것이 바람직하다 할 것이다. 그러나 지방자치제도도 헌법과 법률에 의하여 국가법질서의 테두리 안에서 인정된 것이고, 지방자치행정도 중앙행정과 마찬가지로 국가행정의 일부이어서 상호 완전히 독립된 것이 아니고 밀접한 관계가 있는 것이므로 지방자치단체는 지방자치의 본질에 반하고, 지방자치의 제도적 보장을 파괴하지 아니하는 범위 내에서 어느 정도 국가의 지도·감독을 받지 않을 수 없는 것이다. 그리고 국가가 행정감독적인 수단으로 통일적이고 능률적인 행정을 위하여 중앙 및 지방행정기관 내부의 의사를 자율적으로 통제하고 국민의 권리구제를 신속하게 할 목적의 일환으로 행정심판제도를 도입하였는데, 심판청구의 대상이 된 행정청에 대하여 재결에 관한 항쟁수단을 별도로 인정하는 것은 행정상의 통제를 스스로 파괴하고, 국민의 신속한 권리구제를 지연시키는 작용을 하게 될 것이다. 그리하여 행정심판법 제37조 제1항은 "재결은 피청구인인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다"고 규정하였고, 이에 따라 처분행정청은 재결에 기속되어 재결의 취지에 따른 처분의무를 부담하게 되므로 이에 불복하여 행정소송을 제기할 수 없다 할 것이며 그렇다고 하더라도 위 법령의 규정이 지방자치의 내재적 제약의 범위를 일탈하여 헌법상의 지방자치의 제도적 보장을 침해하는 것으로 볼 수는 없다고 할 것이다.

〈선정이유〉

행정심판법 제37조 제1항에 따라 처분행정청은 재결에 기속되어 재결의 취지에 따른 처분의무를 부담하게 되므로 이에 불복하여 행정소송을 제기할 수 없다는 판결

282. 재결의 효력 (5)

(헌법재판소 2014. 6. 26.자 2013헌바122 결정)

〈주제〉 행정심판 재결에 대한 처분청의 불복가능성

〈쟁점〉

행정심판청구를 인용하는 재결이 행정청을 기속하도록 규정한 행정심판법 제49조 제1항이 헌법 제101조 제1항, 제107조 제2항 및 제3항에 위배되는지 여부

〈결정요지〉

[1] 공권력의 행사자인 국가, 지방자치단체나 그 기관 또는 국가조직의 일부나 공법인은 기본권의 주체가 아니라 단지 국민의 기본권을 보호 내지 실현해야 할 책임과 의무를 지는 지위에 있을 뿐이므로, 지방자치단체의 장인 이 사건 청구인은 기본권의 주체가 될 수 없다.

[2] 헌법 제101조 제1항과 제107조 제2항은 입법권 및 행정권으로부터 독립된 사법권의 권한과 심사범위를 규정한 것일 뿐이다. 헌법 제107조 제3항은 행정심판의 심리절차에서도 관계인의 충분한 의견진술 및 자료제출과 당사자의 자유로운 변론 보장 등과 같은 대심구조적 사법절차가 준용되어야 한다는 취지일 뿐, 사법절차의 심급제에 따른 불복할 권리까지 준용되어야 한다는 취지는 아니다. 그러므로 이 사건 법률조항은 헌법 제101조 제1항, 제107조 제2항 및 제3항에 위배되지 아니한다.

[3] 이 사건 법률조항은 행정청의 자율적 통제와 국민 권리의 신속한 구제라는 행정심판의 취지에 맞게 행정청으로 하여금 행정심판을 통하여 스스로 내부적 판단을 종결시키고자 하는 것으로서 그 합리성이 인정되고, 반면 국민이 행정청의 행위를 법원에서 다툴 수 없도록 한다면 재판받을 권리를 제한하는 것이 되므로 국민은 행정심판의 재결에도 불구하고 행정소송을 제기할 수 있도록 한 것일 뿐이므로, 평등원칙에 위배되지 아니한다.

[4] 행정심판제도가 행정통제기능을 수행하기 위해서는 중앙정부와 지방정부를 포함하여 행정청 내부에 어느 정도 그 판단기준의 통일성이 갖추어져야 하고, 행정청이 가진 전문성을 활용하고 신속하게 문제를 해결하여 분쟁해결의 효과성과 효율성을 높이기 위해 사안에 따라 국가단위로 행정심판이 이루어지는 것이 더욱 바람직할 수 있다. 이 사건 법률조항은 다층적·다면적으로 설계된 현행 행정심판제도 속에서 각 행정심판기관의 인용재결의 기속력을 인정한 것으로서, 이로 인하여 중앙행정기관이 지방행정기관을 통제하는 상황이 발생한다고 하여 그 자체로 지방자치제도의 본질적 부분을 훼손하는 정도에 이른다고 보기 어렵다. 그러므로 이 사건 법률조항은 지방자치제도의 본질적 부분을 침해하지 아니한다.

〈선정이유〉

행정심판청구를 인용하는 재결이 행정청을 기속하도록 규정한 행정심판법 제49조 제1항이 헌법 제101조 제1항, 제107조 제2항 및 제3항에 위배되지 않는다는 결정으로서 헌법상의 재판받을 권리가 행정심판에 대해서 갖는 의미를 밝히고 있다는 점에서 의미가 있는 결정

제2절 행정소송

제1관 항고소송의 소송요건

283. 대상적격 (1) : 청소년유해매체물 결정 · 고시

(대법원 2007. 6. 14. 선고 2004두619 판결)

〈주제〉 처분성의 판단기준

〈쟁점〉

구 청소년보호법에 따른 청소년유해매체물 결정·고시의 법적 성격 및 그 효력발생의 요건과 시기

〈판결요지〉

구 청소년보호법(2001. 5. 24. 법률 제6479호로 개정되기 전의 것)에 따른 청소년유해매체물 결정 및 고시처분은 당해 유해매체물의 소유자 등 특정인만을 대상으로 한 행정처분이 아니라 일반 불특정 다수인을 상대방으로 하여 일률적으로 표시의무, 포장의무, 청소년에 대한 판매·대여 등의 금지의무 등 각종 의무를 발생시키는 행정처분으로서, 정보통신윤리위원회가 특정 인터넷 웹사이트를 청소년유해매체물로 결정하고 청소년보호위원회가 효력발생시기를 명시하여 고시함으로써 그 명시된 시점에 효력이 발생하였다고 봄이 상당하고, 정보통신윤리위원회와 청소년보호위원회가 위 처분이 있었음을 위 웹사이트 운영자에게 제대로 통지하지 아니하였다고 하여 그 효력 자체가 발생하지 아니한 것으로 볼 수는 없다.

〈선정이유〉

불특정 다수인을 상대방으로 하는 일반처분에 관한 판결

284. 대상적격 (2) : 사법상 단체의 행위

(대법원 2008. 1. 31. 선고 2005두8269 판결)

〈주제〉 항고소송의 대상이 되는 행정처분의 의미 - 처분을 행할 수 있는 행정청의 의미

〈쟁점〉

한국마사회의 조교사 및 기수 면허 부여 또는 취소가 행정처분인지 여부

〈판결요지〉

[1] 행정소송의 대상이 되는 행정처분이란 행정청 또는 그 소속기관이나 법령에 의하여 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 공공단체 등이 국민의 권리·의무에 관계되는 사항에 관하여 직접 효력을 미치는 공권력의 발동으로서 하는 공법상의 행위를 말하며, 그것이 상대방의 권리를 제한하는 행위라 하더라도 행정청 또는 그 소속기관이나 권한을 위임받은 공공단체 등의 행위가 아닌 한 이를 행정처분이라고 할 수 없다.

[2] 한국마사회가 조교사 또는 기수의 면허를 부여하거나 취소하는 것은 경마를 독점적으로 개최할 수 있는 지위에서 우수한 능력을 갖추었다고 인정되는 사람에게 경마에서의 일정한 기능과 역할을 수행할 수 있는 자격을 부여하거나 이를 박탈하는 것에 지나지 아니하므로, 이는 국가 기타 행정기관으로부터 위탁받은 행정권한의 행사가 아니라 일반 사법상의 법률관계에서 이루어지는 단체 내부에서의 징계 내지 제재처분이다.

〈선정이유〉

행정처분의 개념요소인 '행정청'의 의미에 대한 판결

285. 대상적격 (3) : 기관위임사무의 처리

(대법원 2007. 9. 20. 선고 2005두6935 판결)

〈주제〉 기관위임사무의 처리에 관한 항고소송의 가부

〈쟁점〉

국가가 국토이용계획과 관련한 기관위임사무의 처리에 관하여 지방자치단체의 장을 상대로 취소소송을 제기할 수 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

건설교통부장관은 지방자치단체의 장이 기관위임사무인 국토이용계획 사무를 처리함에 있어 자신과 의견이 다를 경우 행정협의조정위원회에 협의·조정 신청을 하여 그 협의·조정 결정에 따라 의견불일치를 해소할 수 있고, 법원에 의한 판결을 받지 않고서도 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정이나 구 지방자치법에서 정하고 있는 지도·감독을 통하여 직접 지방자치단체의 장의 사무처리에 대하여 시정명령을 발하고 그 사무처리를 취소 또는 정지할 수 있으며, 지방자치단체의 장에게 기간을 정하여 직무이행명령을 하고 지방자치단체의 장이 이를 이행하지 아니할 때에는 직접 필요한 조치를 할 수도 있으므로, 국가가 국토이용계획과 관련한 지방자치단체의 장의 기관위임사무의 처리에 관하여 지방자치단체의 장을 상대로 취소소송을 제기하는 것은 허용되지 않는다.

〈선정이유〉

국가가 기관위임사무의 처리에 관하여 지방자치단체의 장을 상대로 취소소송을 제기할 수 없다는 판결

286. 대상적격 (4) : 건축협의 취소

(대법원 2014. 2. 27. 선고 2012두22980 판결)

〈주제〉 지방자치단체장이 자치사무의 처리로서 행한 결정의 처분성

〈쟁점〉

구 건축법 제29조 제1항에서 정한 건축협의의 취소가 처분에 해당하는지 여부(적극) 및 지방자치단체 등이 건축물 소재지 관할 허가권자인 지방자치단체의 장을 상대로 건축협의취소의 취소를 구할 수 있는지 여부(적극)

〈판결요지〉

구 건축법(2011. 5. 30. 법률 제10755호로 개정되기 전의 것) 제29조 제1항, 제2항, 제11조 제1항 등의 규정 내용에 의하면, 건축협의의 실질은 지방자치단체 등에 대한 건축허가와 다르지 않으므로, 지방자치단체 등이 건축물을 건축하려는 경우 등에는 미리 건축물의 소재지를 관할하는 허가권자인 지방자치단체의 장과 건축협의를 하지 않으면, 지방자치단체라 하더라도 건축물을 건축할 수 없다. 그리고 구 지방자치법 등 관련 법령을 살펴보아도 지방자치단체의 장이 다른 지방자치단체를 상대로 한 건축협의 취소에 관하여 다툼이 있는 경우에 법적 분쟁을 실효적으로 해결할 구제수단을 찾기도 어렵다.

따라서 건축협의 취소는 상대방이 다른 지방자치단체 등 행정주체라 하더라도 '행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력 행사'(행정소송법 제2조 제1항 제1호)로서 처분에 해당한다고 볼 수 있고, 지방자치단체인 원고가 이를 다툴 실효적 해결 수단이 없는 이상, 원고는 건축물 소재지 관할 허가권자인 지방자치단체의 장을 상대로 항고소송을 통해 건축협의 취소의 취소를 구할 수 있다.

〈선정이유〉

다른 행정주체를 상대방으로 하는 행위도 '행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력 행사'로서 처분이 될 수 있음을 인정한 판결

287. 대상적격 (5) : 도시관리계획의 처분성

(대법원 1982. 3. 9. 선고 80누105 판결)
〈주제〉 도시계획결정(현행법상 도시·군관리계획)의 처분성

〈쟁점〉

행정계획인 도시계획결정(현행법상 도시·군관리계획)의 처분성

〈판결요지〉

도시계획법 제12조 소정의 고시된 도시계획결정(국토의 계획 및 이용에 관한 법률에 따른 도시·군관리계획)은 특정 개인의 권리 내지 법률상의 이익을 개별적이고 구체적으로 규제하는 효과를 가져오게 하는 행정청의 처분이라 할 것이고, 이는 행정소송의 대상이 된다.

〈선정이유〉

행정계획의 성격을 지니고 있는 도시계획결정(도시·군관리계획)이라 하더라도 그 자체로 국민의 권리의무에 영향을 미치는 이상 처분으로 보아야 한다는 판결

288. 대상적격 (6) : 조례

(대법원 1996. 9. 20. 선고 95누8003 판결)
〈주제〉 조례가 항고소송의 대상이 되기 위한 요건

〈쟁점〉

[1] 조례가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당되는 경우 및 그 경우 조례무효확인 소송의 피고적격(지방자치단체의 장)

[2] 교육에 관한 조례 무효확인소송에 있어서 피고적격(교육감)

〈판결요지〉

[1] 조례가 집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생하는 경우 그 조례는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하고, 이러한 조례에 대한 무효확인소송을 제기함에 있어서 행정소송법 제38조 제1항, 제13조에 의하여 피고적격이 있는 처분 등을 행한 행정청은, 행정주체인 지방자치단체 또는 지방자치단체의 내부적 의결기관으로서 지방자치단체의 의사를 외부에 표시한 권한이 없는 지방의회가 아니라, 구 지방자치법(1994. 3. 16. 법률 제4741호로 개정되기 전의 것) 제19조 제2항, 제92조에 의하여 지방자치단체의 집행기관으로서 조례로서의 효력을 발생시키는 공포권이 있는 지방자치단체의 장이다.

[2] 구 지방교육자치에관한법률(1995. 7. 26. 법률 제4951호로 개정되기 전의 것) 제14조 제5항, 제25조에 의하면 시·도의 교육·학예에 관한 사무의 집행기관은 시·도 교육감이고 시·도 교육감에게 지방교육에 관한 조례안의 공포권이 있다고 규정되어 있으므로, 교육에 관한 조례의 무효확인소송을 제기함에 있어서는 그 집행기관인 시·도 교육감을 피고로 하여야 한다.

〈선정이유〉

조례가 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하기 위한 요건 및 이를 항고소송으로 다툴 경우의 피고적격에 관한 판결

289. 대상적격 (7) : 조례로 결정할 사항을 개별 결정에 의한 경우

(대법원 2004. 11. 26. 선고 2003두10251, 10268 판결)
〈주제〉 도지사의 지방의료원 폐업결정의 처분성

〈쟁점〉

갑 도지사가 도에서 설치·운영하는 을 지방의료원을 폐업하겠다는 결정을 발표하고 그에 따라 폐업을 위한 일련의 조치가 이루어진 후 을 지방의료원을 해산한다는 내용의 조례를 공포하고 을 지방의료원의 청산절차가 마쳐진 사안에서, 갑 도지사의 폐업결정을 항고소송의 대상으로 본 사례

〈판결요지〉

① 지방의료원의 설립·통합·해산은 지방자치단체의 조례로 결정할 사항이므로, 피고 경상남도가 설치·운영하는 지방의료원인 진주의료원의 폐업·해산은 피고 경상남도의 조례로 결정할 사항인 점, ② 그럼에도 이 사건 조례가 공포된 2013. 7. 1. 이전에 의료진과의 근무계약 해지, 환자들에 대한 전원조치 및 진주의료원 폐업신고 등 진주의료원의 폐업을 위한 조치가 이루어졌고, 이러한 일련의 조치는 피고 경상남도지사의 이 사건 폐업결정에 따른 것으로 보이는 점, ③ 피고 경상남도지사의 이 사건 폐업결정으로 인하여 입원환자들은 퇴원하거나 전원하여야 하고, 직원들도 직장을 잃게 되는 등 이들의 권리·의무에 중대한 영향을 미치므로 진주의료원의 폐업이 관계법령상의 기준과 절차를 준수하였는지에 대한 사법심사가 필요한 점 등을 종합하면, 피고 경상남도지사의 이 사건 폐업결정은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사로서 입원환자들과 소속 직원들의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 것이므로 항고소송의 대상에 해당한다고 할 것이다.

〈선정이유〉

지방의료원 폐업은 조례로 결정할 사안이나, 조례 공포 전에 이루어진 도지사의 폐업결정으로 폐업을 위한 조치가 이루어진 경우 폐업결정 자체의 처분성이 인정된다고 본 판결

290. 대상적격 (8) : 고시

(대법원 2006. 9. 22. 선고 2005두2506 판결)

〈주제〉 약제급여·비급여목록 및 급여상한금액표의 처분성과 원고적격, 사정판결

〈쟁점〉

[1] 고시가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하기 위한 요건

[2] 보건복지부 고시인 약제급여·비급여목록 및 급여상한금액표의 처분성

[3] 제약회사에게 보건복지부 고시인 약제급여·비급여목록 및 급여상한금액표의 취소를 구할 원고적격이 인정되는지 여부

[4] 법원이 직권으로 사정판결을 할 수 있는지 여부(적극) 및 사정판결을 하기 위한 요건인 현저히 공공복리에 적합하지 아니한지 여부의 판단 기준

〈판결요지〉

[1] 어떠한 고시가 일반적·추상적 성격을 가질 때에는 법규명령 또는 행정규칙에 해당할 것이지만, 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법률관계를 규율하는 성격을 가질 때에는 행정처분에 해당한다.

[2] 원심은 그 채용 증거들을 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ① 약제급여·비급여목록 및 급여상한금액표(보건복지부 고시 제2002-46호로 개정된 것, 이하 '이 사건 고시'라 한다)는 특정 제약회사의 특정 약제에 대하여 국민건강보험가입자 또는 국민건강보험공단이 지급하여야 하거나 요양기관이 상환받을 수 있는 약제비용의 구체적 한도액을 특정하여 설정하고 있는 점, ② 약

제의 지급과 비용의 청구행위가 있기만 하면 달리 행정청의 특별한 집행행위의 개입 없이 이 사건 고시가 적용되는 점, ③ 특정 약제의 상한금액의 변동은 곧바로 국민건강보험가입자 또는 국민건강보험공단이 지급하여야 하거나 요양기관이 상환받을 수 있는 약제비용을 변동시킬 수 있다는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 고시는 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 국민건강보험가입자, 국민건강보험공단, 요양기관 등의 법률관계를 직접 규율하는 성격을 가진다고 할 것이므로, 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다는 취지로 판단하였는바, 관계 법령과 위 법리를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하다.

[3] 제약회사가 자신이 공급하는 약제에 관하여 국민건강보험법, 같은 법 시행령, 국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙(2001. 12. 31. 보건복지부령 제207호) 등 약제상한금액고시의 근거 법령에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익을 향유하는데, 보건복지부 고시인 약제급여·비급여목록 및 급여상한금액표(보건복지부 고시 제2002-46호로 개정된 것)로 인하여 자신이 제조·공급하는 약제의 상한금액이 인하됨에 따라 위와 같이 보호되는 법률상 이익이 침해당할 경우, 제약회사는 위 고시의 취소를 구할 원고적격이 있다.

[4] 행정처분이 위법한 경우에는 이를 취소하는 것이 원칙이나, 예외적으로 그 위법한 처분을 취소·변경하는 것이 도리어 현저히 공공복리에 적합하지 아니하는 경우에는 그 취소를 허용하지 아니하는 사정판결을 할 수 있다. 이러한 사정판결은 당사자의 명백한 주장이 없는 경우에도 기록에 나타난 여러 사정을 기초로 직권으로 할 수 있는 것이나, 그 요건인 현저히 공공복리에 적합하지 아니한지 여부는 위법한 행정처분을 취소·변경하여야 할 필요와 그 취소·변경으로 인하여 발생할 수 있는 공공복리에 반하는 사태 등을 비교·교량하여 판단하여야 한다.

〈선정이유〉

고시가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하기 위한 요건에 관한 판결

291. 대상적격 (9) : 불문경고

(대법원 2002. 7. 26. 선고 2001두3532 판결)

〈주제〉 행정규칙에 의한 불문경고조치가 행정처분에 해당하기 위한 요건

〈쟁점〉

어떠한 처분의 근거나 법적인 효과가 행정규칙에 규정되어 있는 경우, 그 처분이 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하기 위한 요건

〈판결요지〉

[1] 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 함은 원칙적으로 행정청의 공법상 행위로서 특정 사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 등으로 일반 국민의 권리 의무에 직접 영향을 미치는 행위를 가리키는 것이지만, 어떠한 처분의 근거나 법적인 효과가 행정규칙에 규정되어 있다고 하더라도, 그 처분이 행정규칙의 내부적 구속력에 의하여 상대방에게 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법적인 효과를 발생

하게 하는 등으로 그 상대방의 권리 의무에 직접 영향을 미치는 행위라면, 이 경우에도 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.

[2] 행정규칙에 의한 '불문경고조치'가 비록 법률상의 징계처분은 아니지만 위 처분을 받지 아니하였다면 차후 다른 징계처분이나 경고를 받게 될 경우 징계감경사유로 사용될 수 있었던 표창공적의 사용가능성을 소멸시키는 효과와 1년 동안 인사기록카드에 등재됨으로써 그 동안은 장관표창이나 도지사표창 대상자에서 제외시키는 효과 등이 있다는 이유로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 한 사례.

〈선정이유〉

어떠한 처분의 근거나 법적인 효과가 행정규칙에 규정되어 있다고 하더라도, 그 처분이 행정규칙의 내부적 구속력에 의하여 그 상대방의 권리 의무에 직접 영향을 미치는 행위라면 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다는 판결

292. 대상적격 (10) : 행정규칙에 근거한 처분

(대법원 2004. 11. 26. 선고 2003두10251, 10268 판결)

〈주제〉 행정규칙에 근거한 조치가 행정처분에 해당하기 위한 요건

〈쟁점〉

[1] 어떠한 처분의 근거가 행정규칙에 규정되어 있는 경우, 그 처분이 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하기 위한 요건

[2] 정부 간 항공노선의 개설에 관한 잠정협정 및 비밀양해각서와 건설교통부 내부지침에 의한 항공노선에 대한 운수권배분처분이 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 함은 원칙적으로 행정청의 공법상 행위로서 특정 사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 등으로 일반 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행위를 가리키는 것이지만, 어떠한 처분의 근거가 행정규칙에 규정되어 있다고 하더라도, 그 처분이 상대방에게 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법적인 효과를 발생하게 하는 등으로 그 상대방의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행위라면, 이 경우에도 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.

[2] 노선을 배분받은 항공사는 중국 항공당국에 통보됨으로써 이 사건 잠정협정 및 비밀양해각서에 의한 지정항공사로서의 지위를 취득하고, 중국의 지정항공사와 상무협정을 체결하는 등 노선면허를 취득하기 위한 후속절차를 밟아 중국 항공당국으로부터 운항허가를 받을 수 있게 되며, 추후 당해 노선상의 합의된 업무를 운영함에 있어 중국의 영역 내에서 무착륙비행, 비 운수목적의 착륙 등 제 권리를 가지게되는 반면, 노선배분을 받지 못한 항공사는 상대국 지정항공사와의 상무협정 체결 등 노선면허 취득을 위한 후속절차를 밟을 수 없을 뿐만 아니라 중국 항공당국으로부터 운항허가를 받을 수도 없는 지위에 놓이게 된다.

위에서 본 법리에 비추어 보면, 이 사건 각 노선에 대한 운수권배분처분은 이 사건 잠정협정 등과 행정규칙인 이 사건 지침에 근거하는 것으로서 상대방에게 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법적 효과를 발생하게 하는 등으로 원고의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행위로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 할 것이다.

〈선정이유〉

정부 간 항공노선의 개설에 관한 잠정협정 및 비밀양해각서와 건설교통부 내부지침에 의한 항공노선에 대한 운수권배분처분이 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 한 판결

293. 대상적격 (11) : 지목변경신청에 대한 거부

(대법원 2004. 4. 22. 선고 2003두9015 전원합의체 판결)
〈주제〉 지적공부 등재거부의 처분성

〈쟁점〉

지적공부 소관청의 지목변경신청 반려행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

구 지적법(2001. 1. 26. 법률 제6389호로 전문 개정되기 전의 것) 제20조, 제38조 제2항의 규정은 토지소유자에게 지목변경신청권과 지목정정신청권을 부여한 것이고, 한편 지목은 토지에 대한 공법상의 규제, 개발부담금의 부과대상, 지방세의 과세대상, 공시지가의 산정, 손실보상가액의 산정 등 토지행정의 기초로서 공법상의 법률관계에 영향을 미치고, 토지소유자는 지목을 토대로 토지의 사용·수익·처분에 일정한 제한을 받게 되는 점 등을 고려하면, 지목은 토지소유권을 제대로 행사하기 위한 전제요건으로서 토지소유자의 실체적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있으므로 지적공부 소관청의 지목변경신청 반려행위는 국민의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.

〈선정이유〉

지목의 변경 기타 토지대장상에 일정한 사항을 등재하거나 등재사항을 변경하는 행위는 그로 인하여 어떠한 권리가 부여되거나 권리변동 또는 상실의 효력이 생기는 것이 아니므로 소관청의 토지지목변경신청거부(반려) 처분은 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 아니라고 본 기존의 판례를 변경한 판결

294. 대상적격 (12) : 거부행위의 처분성

(대법원 2009. 9. 10. 선고 2007두20638 판결)

〈주제〉 신청에 대한 거부가 행정처분에 해당하기 위한 요건, 신청권의 의미

〈쟁점〉

[1] 국민의 적극적 신청행위에 대한 행정청의 거부행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하기 위한 요건

[2] 국민이 어떤 신청을 한 경우 그에 대한 행정청의 거부행위가 항고소송의 대상이 되는 처분인지 여부를 판단할 때 신청권의 존재 여부를 넘어서 구체적으로 그 신청의 인용 여부까지 판단하여야 하는지 여부(소극)

[3] 금강수계 중 상수원 수질보전을 위하여 필요한 지역의 토지 등의 소유자가 국가에 그 토지 등을 매도하기 위하여 매수신청을 하였으나 유역환경청장이 이를 거절한 사안에서, 그 매수 거부행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 국민의 적극적 신청행위에 대하여 행정청이 그 신청에 따른 행위를 하지 않겠다고 거부한 행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는 것이라고 하려면, 그 신청한 행위가 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용이어야 하고, 그 거부행위가 신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는 것이어야 하며, 그 국민에게 그 행위발동을 요구할 법규상 또는 조리상의 신청권이 있어야 한다.

[2] 거부처분의 처분성을 인정하기 위한 전제요건이 되는 신청권의 존부는 구체적 사건에서 신청인이 누구인가를 고려하지 않고 관계 법규의 해석에 의하여 일반 국민에게 그러한 신청권을 인정하고 있는가를 살펴 추상적으로 결정되는 것이고, 신청인이 그 신청에 따른 단순한 응답을 받을 권리를 넘어서 신청의 인용이라는 만족적 결과를 얻을 권리를 의미하는 것은 아니므로, 국민이 어떤 신청을 한 경우에 그 신청의 근거가 된 조항의 해석상 행정발동에 대한 개인의 신청권을 인정하고 있다고 보이면 그 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 처분으로 보아야 하고, 구체적으로 그 신청이 인용될 수 있는가 하는 점은 본안에서 판단하여야 할 사항이다.

[3] 금강수계 중 상수원 수질보전을 위하여 필요한 지역의 토지 등의 소유자가 국가에 그 토지 등을 매도하기 위하여 매수신청을 하였으나 유역환경청장 등이 매수거절의 결정을 한 사안에서, 토지 등의 매수제도는 환경침해적인 토지이용을 예방하여 상수원의 수질개선을 도모함과 아울러 상수원지역의 토지이용규제로 인한 토지 등의 소유자의 재산권 침해에 대해 보상하려는 것을 목적으로 하는 것으로서 손실보상을 대체하는 성격도 있는 점, 위 규정에 따른 매수신청에 대하여 유역환경청장 등이 매수거절의 결정을 할 경우 토지 등의 소유자로서는 재산권에 대한 제한을 피할 수 없게 되는데, 위 매수거절을 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 보지 않는다면 달리 이에 대하여는 다툴 방법이 없게 되는 점 등에 비추어 그 매수 거부행위가 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 한 사례

〈선정이유〉

국민의 적극적 신청행위에 대한 행정청의 거부행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하기 위한 요건(법규상 또는 조리상의 신청권)에 관한 판결

295. 대상적격 (13) : 계획변경신청에 대한 거부

(대법원 2015. 3. 26. 선고 2014두42742 판결)

〈주제〉 거부처분의 요건 - 행정계획 변경신청권

〈쟁점〉

도시계획구역 내 토지소유자와 같이 도시계획시설결정에 이해관계가 있는 주민에게 도시시설계획의 입안 내지 변경을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있는지 여부(적극) 및 이러한 신청에 대한 거부행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

국토의 계획 및 이용에 관한 법률은 국토의 이용·개발과 보전을 위한 계획의 수립 및 집행 등에 필요한 사항을 규정함으로써 공공복리를 증진시키고 국민의 삶의 질을 향상시키는 것을 목적으로 하면서도 도시계획시설결정으로 인한 개인의 재산권행사의 제한을 줄이기 위하여, 도시·군계획시설부지의 매수청구권(제47조), 도시·군계획시설결정의 실효(제48조)에 관한 규정과 아울러 도시·군관리계획의 입안권자인 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수(이하 '입안권자'라 한다)는 5년마다 관할 구역의 도시·군관리계획에 대하여 타당성 여부를 전반적으로 재검토하여 정비하여야 할 의무를 지우고(제34조), 주민(이해관계자 포함)에게는 도시·군관리계획의 입안권자에게 기반시설의 설치·정비 또는 개량에 관한 사항, 지구단위계획구역의 지정 및 변경과 지구단위계획의 수립 및 변경에 관한 사항에 대하여 도시·군관리계획도서와 계획설명서를 첨부하여 도시·군관리계획의 입안을 제안할 권리를 부여하고 있고, 입안제안을 받은 입안권자는 그 처리 결과를 제안자에게 통보하도록 규정하고 있다. 이들 규정에 헌법상 개인의 재산권 보장의 취지를 더하여 보면, 도시계획구역 내 토지 등을 소유하고 있는 사람과 같이 당해 도시계획시설결정에 이해관계가 있는 주민으로서는 도시시설계획의 입안권자 내지 결정권자에게 도시시설계획의 입안 내지 변경을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있고, 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.

〈선정이유〉

도시계획구역 내 토지소유자와 같이 도시계획시설결정에 이해관계가 있는 주민에게 도시시설계획의 입안 내지 변경을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있고, 이러한 신청에 대한 거부행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 한 판결

296. 대상적격 (14) : 국립대학교원 재임용 거부

(대법원 2004. 4. 22. 선고 2000두7735 전원합의체 판결)
〈주제〉 국립대학교원 재임용 거부의 처분성과 신청권

〈쟁점〉

대학교원의 임용권자가 임용기간이 만료된 조교수에 대하여 재임용을 거부하는 취지로 한 임용기간만료의 통지가 행정소송의 대상이 되는 처분에 해당하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

기간제로 임용되어 임용기간이 만료된 국·공립대학의 조교수는 교원으로서의 능력과 자질에 관하여 합리적인 기준에 의한 공정한 심사를 받아 위 기준에 부합되면 특별한 사정이 없는 한 재임용되리라는 기대를 가지고 재임용 여부에 관하여 합리적인 기준에 의한 공정한 심사를 요구할 법규상 또는 조리상 신청권을 가진다고 할 것이니, 임용권자가 임용기간이 만료된 조교수에 대하여 재임용을 거부하는 취지로 한 임용기간만료의 통지는 위와 같은 대학교원의 법률관계에 영향을 주는 것으로서 행정소송의 대상이 되는 처분에 해당한다.

〈선정이유〉

국·공립대학교원의 재임용신청권을 인정한 판결

297. 대상적격 (15) : 대학교원 신규임용거부

(대법원 2004. 6. 11. 선고 2001두7053 판결)
〈주제〉 대학교원 신규임용거부의 처분성과 신청권

〈쟁점〉

대학교원의 신규채용에 있어서 유일한 면접심사 대상자로 선정된 임용지원자에 대한 교원신규채용 중단조치가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

구 교육공무원법(1999. 1. 29. 법률 제5717호로 개정되기 전의 것) 및 구 교육공무원임용령(1999. 9. 30. 대통령령 16564호로 개정되기 전의 것) 등 관계 법령에 대학교원의 신규임용에 있어서의 심사단계나 심사방법 등에 관하여 아무런 규정을 두지 않았다고 하더라도, 대학 스스로 교원의 임용규정이나 신규채용업무시행지침 등을 제정하여 그에 따라 교원을 신규임용하여 온 경우, 임용지원자가 당해 대학의 교원임용규정 등에 정한 심사단계 중 중요한 대부분의 단계를 통과하여 다수의 임용지원자 중 유일한 면접심사 대상자로 선정되는 등으로 장차 나머지 일부의 심사단계를 거쳐 대학교원으로 임용될 것을 상당한 정도로 기대할 수 있는 지위에 이르렀다면, 그러한 임용지

원자는 임용에 관한 법률상 이익을 가진 자로서 임용권자에 대하여 나머지 심사를 공정하게 진행하여 그 심사에서 통과되면 대학교원으로 임용해 줄 것을 신청할 조리상의 권리가 있다고 보아야 할 것이고, 또한 유일한 면접심사 대상자로 선정된 임용지원자에 대한 교원신규채용업무를 중단하는 조치는 교원신규채용절차의 진행을 유보하였다가 다시 속개하기 위한 중간처분 또는 사무처리 절차상 하나의 행위에 불과한 것이라고는 볼 수 없고, 유일한 면접심사 대상자로서 임용에 관한 법률상 이익을 가지는 임용지원자에 대한 신규임용을 사실상 거부하는 종국적인 조치에 해당하는 것이며, 임용지원자에게 직접 고지되지 않았다고 하더라도 임용지원자가 이를 알게 됨으로써 효력이 발생한 것으로 보아야 할 것이므로, 이는 임용지원자의 권리 내지 법률상 이익에 직접 관계되는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 처분 등에 해당한다.

〈선정이유〉

대학교원 신규임용지원자의 조리상 신청권을 예외적으로 인정한 판결

298. 대상적격 (16) : 총장임용제청 제외

(대법원 2018. 6. 15. 선고 2016두57564 판결)

〈주제〉 총장임용제청제외 및 총장임용제외의 처분성, 총장임용제청제외처분의 취소를 구할 소의 이익

〈쟁점〉

[1] 교육부장관이 대학에서 추천한 복수의 총장 후보자들 전부 또는 일부를 임용제청에서 제외하는 행위가 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하는지 여부(적극)

[2] 교육부장관이 특정 후보자를 임용제청에서 제외하고 다른 후보자를 임용제청함으로써 대통령이 임용제청된 다른 후보자를 총장으로 임용한 경우, 임용제청에서 제외된 후보자가 행정소송으로 다툴 처분(=대통령의 임용 제외처분)

〈판결요지〉

[1] 대학의 장 임용에 관하여 교육부장관의 임용제청권을 인정한 취지는 대학의 자율성과 대통령의 실질적인 임용권 행사를 조화시키기 위하여 대통령의 최종적인 임용권 행사에 앞서 대학의 추천을 받은 총장 후보자들의 적격성을 일차적으로 심사하여 대통령의 임용권 행사가 적정하게 이루어질 수 있도록 하기 위한 것이다.

[2] 대학의 추천을 받은 총장 후보자는 교육부장관으로부터 정당한 심사를 받을 것이라는 기대를 하게 된다. 만일 교육부장관이 자의적으로 대학에서 추천한 복수의 총장 후보자들 전부 또는 일부를 임용제청하지 않는다면 대통령으로부터 임용을 받을 기회를 박탈하는 효과가 있다. 이를 항고소송의 대상이 되는 처분으로 보지 않는다면, 침해된 권리 또는 법률상 이익을 구제받을 방법이 없다. 따라서 교육부장관이 대학에서 추천한 복수의 총장 후보자들 전부 또는 일부를 임용제청에서 제외하는 행위는 제외된 후보자들에 대한 불이익처분으로서 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 보아야 한다.

[3] 다만 교육부장관이 특정 후보자를 임용제청에서 제외하고 다른 후보자를 임용제청함으로써

대통령이 임용제청된 다른 후보자를 총장으로 임용한 경우에는, 임용제청에서 제외된 후보자는 대통령이 자신에 대하여 총장 임용 제외처분을 한 것으로 보아 이를 다투어야 한다(대통령의 처분의 경우 소속 장관이 행정소송의 피고가 된다. 국가공무원법 제16조 제2항). 이러한 경우에는 교육부장관의 임용제청 제외처분을 별도로 다툴 소의 이익이 없어진다.

〈선정이유〉

교육부장관이 대학에서 추천한 복수의 총장 후보자들 전부 또는 일부를 임용제청에서 제외하는 행위가 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다는 판결

299. 대상적격 (17) : 철거명령신청에 대한 거부

(대법원 1999. 12. 7. 선고 97누17568 판결)

〈주제〉 철거명령 신청에 대한 거부행위가 처분으로 인정되기 위한 요건 - 신청권

〈쟁점〉

[1] 행정청이 국민의 신청에 대하여 한 거부행위가 항고소송의 대상인 행정처분이 되기 위한 요건

[2] 부작위위법확인의 소의 요건

[3] 국민이 행정청에 대하여 제3자에 대한 건축허가와 준공검사의 취소 및 제3자 소유의 건축물에 대한 철거명령을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상 권리가 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 국민의 신청에 대한 행정청의 거부행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하기 위하여는 국민이 행정청에 대하여 그 신청에 따른 행정행위를 하여 줄 것을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 권리가 있어야 한다.

[2] 부작위위법확인의 소에 있어 당사자가 행정청에 대하여 어떠한 행정행위를 하여 줄 것을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상 권리를 갖고 있지 아니한 경우에는 원고적격이 없거나 항고소송의 대상인 위법한 부작위가 있다고 볼 수 없어 그 부작위위법확인의 소는 부적법하다.

[3] 구 건축법(1999. 2. 8. 법률 제5895호로 개정되기 전의 것) 및 기타 관계 법령에 국민이 행정청에 대하여 제3자에 대한 건축허가의 취소나 준공검사의 취소 또는 제3자 소유의 건축물에 대한 철거 등의 조치를 요구할 수 있다는 취지의 규정이 없고, 같은 법 제69조 제1항 및 제70조 제1항은 각 조항 소정의 사유가 있는 경우에 시장·군수·구청장에게 건축허가 등을 취소하거나 건축물의 철거 등 필요한 조치를 명할 수 있는 권한 내지 권능을 부여한 것에 불과할 뿐, 시장·군수·구청장에게 그러한 의무가 있음을 규정한 것은 아니므로 위 조항들도 그 근거 규정이 될 수 없으며, 그 밖에 조리상 이러한 권리가 인정된다고 볼 수도 없다.

〈선정이유〉

일반적으로 국민이 행정청에 대하여 제3자에 대한 건축허가와 준공검사의 취소 및 제3자 소유의

건축물에 대한 철거명령을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상 권리가 없고, 따라서 그러한 요구에 대한 거부는 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하지 않는다는 판결

300. 대상적격 (18) : 공사중지명령 철회신청에 대한 거부

(대법원 2005. 4. 14. 선고 2003두7590 판결)
〈주제〉 공사중지명령의 철회를 요구할 조리상의 신청권

〈쟁점〉

행정청이 행한 공사중지명령의 상대방이 그 명령 이후에 그 원인사유가 소멸하였음을 들어 행정청에 대하여 공사중지명령의 철회를 신청하였으나 행정청이 이에 대하여 아무런 응답을 하지 않고 있는 경우, 그러한 행정청의 부작위의 위법 여부(적극)

〈판결요지〉

행정청이 행한 공사중지명령의 상대방은 그 명령 이후에 그 원인사유가 소멸하였음을 들어 행정청에게 공사중지명령의 철회를 요구할 수 있는 조리상의 신청권이 있다 할 것이고, 상대방으로부터 그 신청을 받은 행정청으로서는 상당한 기간 내에 그 신청을 인용하는 적극적 처분을 하거나 각하 또는 기각하는 등의 소극적 처분을 하여야 할 법률상의 응답의무가 있다고 할 것이며, 행정청이 상대방의 신청에 대하여 아무런 적극적 또는 소극적 처분을 하지 않고 있는 이상 행정청의 부작위는 그 자체로 위법하다고 할 것이고, 구체적으로 그 신청이 인용될 수 있는지 여부는 소극적 처분에 대한 항고소송의 본안에서 판단하여야 할 사항이라고 할 것이다.

〈선정이유〉

행정청이 행한 공사중지명령의 상대방은 그 명령 이후에 그 원인사유가 소멸하였음을 들어 행정청에게 공사중지명령의 철회를 요구할 수 있는 조리상의 신청권이 있다고 한 판결

301. 대상적격 (19) : 폐기물처리업 부적정 통보

(대법원 1998. 4. 28. 선고 97누21086 판결)
〈주제〉 폐기물처리업 부적정 통보의 처분성

〈쟁점〉

폐기물관리법 관계 법령에 의한 폐기물처리업 허가권자의 부적정 통보가 행정처분에 해당하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

[1] 폐기물관리법 제26조 제1항, 제2항 및 같은법시행규칙 제17조 제1항 내지 제5항의 규정에

비추어 보면 폐기물처리업의 허가에 앞서 사업계획서에 대한 적정·부적정 통보 제도를 두고 있는 것은 폐기물처리업을 하고자 하는 자가 스스로 시설 등을 설치하여 허가신청을 하였다가 허가단계에서 그 사업계획이 부적정하다고 판명되어 불허가되면 허가신청인이 막대한 경제적·시간적 손실을 입게 되므로, 이를 방지하는 동시에 허가관청으로 하여금 미리 사업계획서를 심사하여 그 적정·부적정통보 처분을 하도록 하고, 나중에 허가단계에서는 나머지 허가요건만을 심사하여 신속하게 허가업무를 처리하는데 그 취지가 있다.

[2] 폐기물관리법 관계 법령의 규정에 의하면 폐기물처리업의 허가를 받기 위하여는 먼저 사업계획서를 제출하여 허가권자로부터 사업계획에 대한 적정통보를 받아야 하고, 그 적정통보를 받은 자만이 일정기간 내에 시설, 장비, 기술능력, 자본금을 갖추어 허가신청을 할 수 있으므로, 결국 부적정통보는 허가신청 자체를 제한하는 등 개인의 권리 내지 법률상의 이익을 개별적이고 구체적으로 규제하고 있어 행정처분에 해당한다.

〈선정이유〉

폐기물처리업 허가에 앞선 중간단계의 행위(사업계획서에 대한 부적정 통보)를 처분으로 인정한 판결

302. 대상적격 (20) : 행정처분의 반복 통지

(대법원 2005. 10. 28. 선고 2003두14550 판결)

〈주제〉 행정처분을 반복 통지한 경우 처분성

〈쟁점〉

지방병무청장이 복무기관을 정하여 공익근무요원 소집통지를 한 후 소집대상자의 원에 의하여 또는 직권으로 그 기일을 연기한 다음 다시 한 공익근무요원 소집통지가 항고소송의 대상이 되는 독립된 행정처분인지 여부(소극)

〈판결요지〉

지방병무청장이 보충역 편입처분을 받은 자에 대하여 복무기관을 정하여 공익근무요원 소집통지를 한 이상 그것으로써 공익근무요원으로서의 복무를 명하는 병역법상의 공익근무요원 소집처분이 있었다고 할 것이고, 그 후 지방병무청장이 공익근무요원 소집대상자의 원에 의하여 또는 직권으로 그 기일을 연기한 다음 다시 공익근무요원 소집통지를 하였다고 하더라도 이는 최초의 공익근무요원 소집통지에 관하여 다시 의무이행기일을 정하여 알려주는 연기통지에 불과한 것이므로, 이는 항고소송의 대상이 되는 독립한 행정처분으로 볼 수 없다.

〈선정이유〉

공익근무요원 소집처분 이후 다시 한 소집통지가 의무이행기일을 정하여 알려주는 연기통지에 불과하여 독립한 행정처분으로 볼 수 없다는 판결

303. 대상적격 (21) : 감액처분이 있는 경우 항고소송의 대상

(대법원 2008. 2. 15. 선고 2006두3957 판결)
〈주제〉 감액처분이 있는 경우 항고소송의 대상

〈쟁점〉

행정청이 과징금 부과처분을 하였다가 감액처분을 한 것에 대하여 그 감액처분으로도 아직 취소되지 않고 남아 있는 부분이 위법하다고 하여 다투는 경우 항고소송의 대상

〈판결요지〉

과징금 부과처분에서 행정청이 납부의무자에 대하여 부과처분을 한 후 그 부과처분의 하자를 이유로 과징금의 액수를 감액하는 경우에 그 감액처분은 감액된 과징금 부분에 관하여만 법적 효과가 미치는 것으로서 처음의 부과처분과 별개 독립의 과징금 부과처분이 아니라 그 실질은 당초 부과처분의 변경이고, 그에 의하여 과징금의 일부취소라는 납부의무자에게 유리한 결과를 가져오는 처분이므로 처음의 부과처분이 전부 실효되는 것은 아니며, 그 감액처분으로도 아직 취소되지 않고 남아 있는 부분이 위법하다고 하여 다투는 경우 항고소송의 대상은 처음의 부과처분 중 감액처분에 의하여 취소되지 않고 남은 부분이고 감액처분이 항고소송의 대상이 되는 것은 아니다.

〈선정이유〉

원처분과 감액처분의 관계 및 항고소송의 대상에 관한 판결

304. 대상적격 (22) : 증액처분이 있는 경우 항고소송의 대상

(대법원 2009. 5. 14. 선고 2006두17390 판결)
〈주제〉 증액처분이 있는 경우 항고소송의 대상

〈쟁점〉

국세기본법 제22조의2의 시행 이후 당초 과세처분에 대한 증액경정처분이 있는 경우 항고소송의 심판대상(=증액경정처분) 및 그 항고소송에서 당초 신고나 결정에 대한 위법사유를 함께 주장할 수 있는지 여부(적극)

〈판결요지〉

국세기본법 제22조의2의 시행 이후에도 증액경정처분이 있는 경우, 당초 신고나 결정은 증액경정처분에 흡수됨으로써 독립한 존재가치를 잃게 된다고 보아야 하므로, 원칙적으로는 당초 신고나 결정에 대한 불복기간의 경과 여부 등에 관계없이 증액경정처분만이 항고소송의 심판대상이 되고, 납세의무자는 그 항고소송에서 당초 신고나 결정에 대한 위법사유도 함께 주장할 수 있다고 해석함이 타당하다.

〈선정이유〉

과세처분과 증액경정처분의 관계 및 항고소송의 대상에 관한 판결

305. 대상적격 (23) : 변경처분이 있는 경우 항고소송의 대상

(대법원 2015. 11. 19. 선고 2015두295 전원합의체 판결)

〈주제〉 선행처분을 변경하는 후속처분이 있는 경우 항고소송의 대상

〈쟁점〉

기존의 행정처분을 변경하는 후속처분의 내용이 종전처분의 유효를 전제로 내용 중 일부만을 추가·철회·변경하는 것이고 그 부분이 내용과 성질상 나머지 부분과 불가분적인 것이 아닌 경우, 종전처분이 항고소송의 대상이 되는지 여부(적극) 및 종전처분을 변경하는 내용의 후속처분이 있는 경우 법원이 항고소송의 대상이 되는 행정처분을 확정하는 방법

〈판결요지〉

[1] 기존의 행정처분을 변경하는 내용의 행정처분이 뒤따르는 경우, 후속처분이 종전처분을 완전히 대체하는 것이거나 주요 부분을 실질적으로 변경하는 내용인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 종전처분은 효력을 상실하고 후속처분만이 항고소송의 대상이 되지만, 후속처분의 내용이 종전처분의 유효를 전제로 내용 중 일부만을 추가·철회·변경하는 것이고 추가·철회·변경된 부분이 내용과 성질상 나머지 부분과 불가분적인 것이 아닌 경우에는, 후속처분에도 불구하고 종전처분이 여전히 항고소송의 대상이 된다.

따라서 종전처분을 변경하는 내용의 후속처분이 있는 경우 법원으로서는, 후속처분의 내용이 종전처분 전체를 대체하거나 주요 부분을 실질적으로 변경하는 것인지, 후속처분에서 추가·철회·변경된 부분의 내용과 성질상 나머지 부분과 가분적인지 등을 살펴 항고소송의 대상이 되는 행정처분을 확정하여야 한다.

[2] 피고가 대형마트 및 준대규모점포의 영업제한 시간을 오전 0시부터 오전 8시까지로 정하고 매월 둘째 주와 넷째 주 일요일을 의무휴업일로 지정하는 처분의 취소를 구하는 소송의 계속 중에 영업시간 제한 부분의 시간을 '오전 0시부터 오전 10시'까지로 변경하되, 의무휴업일은 종전과 동일하게 유지하는 내용의 후속처분을 한 경우, 후속처분은 종전처분 전체를 대체하거나 그 주요 부분을 실질적으로 변경하는 내용이 아니라, 의무휴업일 지정 부분을 그대로 유지한 채 영업시간 제한 부분만을 일부 변경하는 것으로서, 후속처분에 따라 추가된 영업시간 제한 부분은 그 성질상 종전처분과 가분적인 것으로 여겨진다. 따라서 후속처분으로 종전처분이 소멸하였다고 볼 수는 없고, 종전처분과 그 유효를 전제로 한 후속처분이 병존하면서 위 원고들에 대한 규제 내용을 형성한다고 할 것이다.

〈선정이유〉

기존의 행정처분을 변경하는 내용의 행정처분이 뒤따르는 경우, 후속처분이 종전처분을 완전히 대체하는 것이거나 주요 부분을 실질적으로 변경하는 내용인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 종

전처분은 효력을 상실하고 후속처분만이 항고소송의 대상이 되지만, 후속처분의 내용이 종전처분의 유효를 전제로 내용 중 일부만을 추가·철회·변경하는 것이고 추가·철회·변경된 부분이 내용과 성질상 나머지 부분과 불가분적인 것이 아닌 경우에는, 종전처분이 여전히 항고소송의 대상이 된다는 법리를 제시하고 있는 판결

306. 대상적격 (24) : 선행처분이 후행처분에 흡수되는 경우

(대법원 2015. 2. 12. 선고 2013두987 판결)
〈주제〉 과징금 부과처분과 과징금 감면처분이 있는 경우 항고소송의 대상

〈쟁점〉

공정거래위원회가 부당한 공동행위를 한 사업자에게 과징금 부과처분(선행처분)을 한 뒤, 다시 자진신고 등을 이유로 과징금 감면처분(후행처분)을 한 경우, 선행처분의 취소를 구하는 소가 적법한지 여부(소극)

〈판결요지〉

공정거래위원회가 부당한 공동행위를 행한 사업자로서 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2013. 7. 16. 법률 제11937호로 개정되기 전의 것) 제22조의2에서 정한 자진신고자나 조사협조자에 대하여 과징금 부과처분(이하 '선행처분'이라 한다)을 한 뒤, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령 제35조 제3항에 따라 다시 자진신고자 등에 대한 사건을 분리하여 자진신고 등을 이유로 한 과징금 감면처분(이하 '후행처분'이라 한다)을 하였다면, 후행처분은 자진신고 감면까지 포함하여 처분 상대방이 실제로 납부하여야 할 최종적인 과징금액을 결정하는 종국적 처분이고, 선행처분은 이러한 종국적 처분을 예정하고 있는 일종의 잠정적 처분으로서 후행처분이 있을 경우 선행처분은 후행처분에 흡수되어 소멸한다. 따라서 위와 같은 경우에 선행처분의 취소를 구하는 소는 이미 효력을 잃은 처분의 취소를 구하는 것으로 부적법하다.

〈선정이유〉

공정거래위원회가 과징금 부과처분(선행처분)과 과징금 감면처분(후행처분)을 연달아 하는 경우, 후행처분이 종국적 처분이고 선행처분은 후행처분을 예정한 잠정적 처분으로서 후행처분에 흡수되어 소멸한다는 법리를 제시한 판결

307. 대상적격 (25) : 입찰참가자격 제한

(대법원 2014. 11. 27. 선고 2013두18964 판결)
〈주제〉 공기업·준정부기관이 행하는 입찰참가자격 제한의 처분성

〈쟁점〉

공기업·준정부기관이 행하는 입찰참가자격 제한의 처분성을 인정하는 전제에서 처분의 위법성을 판단한 사례

〈판결요지〉

공공기관의 운영에 관한 법률 제39조 제2항, 제3항에 따라 입찰참가자격 제한기준을 정하고 있는 구 공기업·준정부기관 계약사무규칙(2013. 11. 18. 기획재정부령 제375호로 개정되기 전의 것) 제15조 제2항, 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행규칙 제76조 제1항 [별표 2], 제3항 등은 비록 부령의 형식으로 되어 있으나 규정의 성질과 내용이 공기업·준정부기관(이하 '행정청'이라 한다)이 행하는 입찰참가자격 제한처분에 관한 행정청 내부의 재량준칙을 정한 것에 지나지 아니하여 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 효력이 없으므로, 입찰참가자격 제한처분이 적법한지 여부는 이러한 규칙에서 정한 기준에 적합한지 여부만에 따라 판단할 것이 아니라 공공기관의 운영에 관한 법률상 입찰참가자격 제한처분에 관한 규정과 그 취지에 적합한지 여부에 따라 판단하여야 한다. 다만 그 재량준칙이 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이루어지게 되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정청은 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 받게 되므로, 이러한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그에 반하는 처분은 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 어긋나 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이 된다.

〈선정이유〉

공기업·준정부기관이 행하는 입찰참가자격 제한의 처분성을 인정하는 전제에서 처분의 위법성을 판단한 판결

308. 대상적격 (26) : 거래정지조치

(대법원 2018. 11. 29. 선고 2015두52395 판결)

〈주제〉 조달청이 계약상대방에 대하여 하는 나라장터 종합쇼핑몰 거래정지조치의 처분성

〈쟁점〉

갑 주식회사가 조달청과 물품구매계약을 체결하고 국가종합전자조달시스템인 나라장터 종합쇼핑몰 인터넷 홈페이지를 통해 요구받은 제품을 수요기관에 납품하였는데, 조달청이 계약이행내역 점검 결과 일부 제품이 계약 규격과 다르다는 이유로 물품구매계약 추가특수조건 규정에 따라 갑 회사에 대하여 6개월의 나라장터 종합쇼핑몰 거래정지 조치를 한 사안에서, 위 거래정지 조치는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는데도 이와 달리 보아 소를 각하한 원심판결에 법리를 오해한 잘못이 있다고 한 사례

〈판결요지〉

갑 주식회사가 조달청과 물품구매계약을 체결하고 국가종합전자조달시스템인 나라장터 종합쇼핑몰 인터넷 홈페이지를 통해 요구받은 제품을 수요기관에 납품하였는데, 조달청이 계약이행내역 점

검 결과 일부 제품이 계약 규격과 다르다는 이유로 물품구매계약 추가특수조건 규정에 따라 갑 회사에 대하여 6개월의 나라장터 종합쇼핑몰 거래정지 조치를 한 사안에서, 조달청이 계약상대자에 대하여 나라장터 종합쇼핑몰에서의 거래를 일정기간 정지하는 조치는 전자조달의 이용 및 촉진에 관한 법률, 조달사업에 관한 법률 등에 의하여 보호되는 계약상대자의 직접적이고 구체적인 법률상 이익인 나라장터를 통하여 수요기관의 전자입찰에 참가하거나 나라장터 종합쇼핑몰에서 등록된 물품을 수요기관에 직접 판매할 수 있는 지위를 직접 제한하거나 침해하는 행위에 해당하는 점 등을 종합하면, 위 거래정지 조치는 비록 추가특수조건이라는 사법상 계약에 근거한 것이지만 행정청인 조달청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사로서 그 상대방인 갑 회사의 권리·의무에 직접 영향을 미치므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하고, 다만 추가특수조건에서 정한 제재조치의 발동요건조차 갖추지 못한 경우에는 위 거래정지 조치가 위법하므로 갑 회사의 행위가 추가특수조건에서 정한 거래정지 조치의 사유에 해당하는지, 추가특수조건의 내용이나 그에 기한 거래정지 조치가 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법령 등을 위반하였거나 평등원칙, 비례원칙, 신뢰보호 원칙 등을 위반하였는지 등에 관하여 나아가 살폈어야 하는데도, 위 거래정지 조치가 사법상 계약에 근거한 의사표시에 불과하고 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 볼 수 없다고 판단하여 소를 각하한 원심판결에 법리를 오해한 잘못이 있다고 한 사례.

〈선정이유〉

조달계약은 사법상 계약이고 이 사안에서 추가특수조건은 사법상 계약에 근거한 것이지만, 추가특수조건에 따라 행정청이 상대방에 대해 거래정지를 한 것은 계약체결을 거절하는 사법상 의사표시가 아니라 행정처분이라는 것을 밝힌 것으로서, 사법상 계약관계에서 상대방에 대한 행정청의 일정한 의사표시가 행정처분이 될 수 있음을 보여주는 판결

309. 대상적격 (27) : 산업단지관리공단의 입주계약 취소

(대법원 2017. 6. 15. 선고 2014두46843 판결)

〈주제〉 산업단지관리공단이 하는 입주계약 취소의 처분성

〈쟁점〉

산업단지관리공단이 하는 구 산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률 제38조 제2항에 따른 입주변경계약의 취소가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

구 산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것) 제13조 제1항, 제2항 제2호, 제30조 제1항 제2호, 제2항 제3호, 제38조 제1항, 제2항, 제40조, 제40조의2, 제42조 제1항 제4호, 제5호, 제2항, 제5항, 제43조, 제43조의3, 제52조 제2항 제5호, 제6호, 제53조 제4호, 제55조 제1항 제4호, 제2항 제9호 규정들에서 알 수 있는 산업단지관리공단의 지위, 입주계약 및 변경계약의 효과, 입주계약 및 변경계약 체결 의무와 그 의무를 불이행한 경우의 형사적 내지 행정적 제재, 입주계약해지의 절차, 해지통보에 수반되는 법적 의무 및

그 의무를 불이행한 경우의 형사적 내지 행정적 제재 등을 종합적으로 고려하면, 입주변경계약 취소는 행정청인 관리권자로부터 관리업무를 위탁받은 산업단지관리공단이 우월적 지위에서 입주기업체들에게 일정한 법률상 효과를 발생하게 하는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.

〈선정이유〉

산업단지입주계약은 관련 법상 계약이지만, 계약취소의 절차와 이후의 계약상대방에게 주어지는 의무 및 불이행시 제재 등을 종합해 보면 입주계약의 취소는 행정처분이라는 것으로서, 행정작용이 행정처분인지 여부는 관련법의 규정에 따라 상대방에 미치는 법적 효과 등을 종합적으로 고찰하여 판단하여야 함을 밝힌 판결

310. 대상적격 (28) : 감사원의 징계요구

(대법원 2016. 12. 27. 선고 2014두5637 판결)
〈주제〉 감사원의 징계요구 및 재심의결정이 항고소송의 대상이 되는지 여부

〈쟁점〉

갑 시장이 감사원으로부터 감사원법 제32조에 따라 을에 대하여 징계의 종류를 정직으로 정한 징계 요구를 받게 되자 감사원에 징계 요구에 대한 재심의를 청구하였고, 감사원이 재심의청구를 기각하자 을이 감사원의 징계 요구와 그에 대한 재심의결정의 취소를 구하고 갑 시장이 감사원의 재심의결정 취소를 구하는 소를 제기한 사안에서, 감사원의 징계 요구와 재심의결정이 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없고, 갑 시장이 제기한 소송이 기관소송으로서 감사원법 제40조 제2항에 따라 허용된다고 볼 수 없다고 한 사례

〈판결요지〉

갑 시장이 감사원으로부터 감사원법 제32조에 따라 을에 대하여 징계의 종류를 정직으로 정한 징계 요구를 받게 되자 감사원법 제36조 제2항에 따라 감사원에 징계 요구에 대한 재심의를 청구하였고, 감사원이 재심의청구를 기각하자 을이 감사원의 징계 요구와 그에 대한 재심의결정의 취소를 구하고 갑 시장이 감사원의 재심의결정 취소를 구하는 소를 제기한 사안에서, 징계 요구는 징계 요구를 받은 기관의 장이 요구받은 내용대로 처분하지 않더라도 불이익을 받는 규정도 없고, 징계 요구 내용대로 효과가 발생하는 것도 아니며, 징계 요구에 의하여 행정청이 일정한 행정처분을 하였을 때 비로소 이해관계인의 권리관계에 영향을 미칠 뿐, 징계 요구 자체만으로는 징계 요구 대상 공무원의 권리·의무에 직접적인 변동을 초래하지도 아니하므로, 행정청 사이의 내부적인 의사결정의 경로로서 '징계 요구, 징계 절차 회부, 징계'로 이어지는 과정에서의 중간처분에 불과하여, 감사원의 징계 요구와 재심의결정이 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없고, 감사원법 제40조 제2항을 갑 시장에게 감사원을 상대로 한 기관소송을 허용하는 규정으로 볼 수는 없고 그 밖에 행정소송법을 비롯한 어떠한 법률에도 갑 시장에게 '감사원의 재심의 판결'에 대하여 기관소송을 허용하는 규정을 두고 있지 않으므로, 갑 시장이 제기한 소송이 기관소송으로서 감사원

법 제40조 제2항에 따라 허용된다고 볼 수 없다고 한 사례.

〈선정이유〉

감사원의 징계요구는 소속 공무원의 측면에서는 아직 시장의 징계가 이루어지지 않은 상태의 행정청간의 중간적·내부적 행위고, 시장의 측면에서는 감사원의 징계요구가 구속력이 없으므로 처분성이 없으며, 나아가 감사원법 제40조 제2항의 재심의 판결에 대한 행정소송에 관한 규정이 기관소송에 관한 규정도 아니므로 시장의 소는 부적법하다는 판결로서 처분성의 개념요소 중 대외적으로 권리·의무에 영향을 미쳐야 한다는 것의 의미와 기관소송의 대상에 대해 밝힌 판결

311. 대상적격 (29) : 행정심판의 재결

(대법원 1997. 12. 23. 선고 96누10911 판결)

〈주제〉 재결에 고유한 하자, 인용재결의 취소를 구하는 소송에서 심리·판단의 범위

〈쟁점〉

[1] 제3자효를 수반하는 행정행위에 대하여 제3자가 행정심판을 제기하여 그 처분이 취소되는 재결이 있자 그 원처분의 상대방이 위 재결에 대한 취소소송을 제기한 경우, 위 소송이 재결에 고유한 하자를 주장하는 것이 되는지 여부(적극)

[2] 인용재결청 스스로가 직접 당해 사업계획승인처분을 취소하는 형성적 재결을 한 경우, 그 재결 외에 그에 따른 별도의 처분이 없기 때문에 재결 자체를 쟁송의 대상으로 할 수 있다고 본 사례

[3] 인용재결의 취소를 구하는 소송의 심리·판단의 범위

〈판결요지〉

[1] 이른바 복효적 행정행위, 특히 제3자효를 수반하는 행정행위에 대한 행정심판청구에 있어서 그 청구를 인용하는 내용의 재결로 인하여 비로소 권리이익을 침해받게 되는 자는 그 인용재결에 대하여 다툴 필요가 있고, 그 인용재결은 원처분과 내용을 달리하는 것이므로 그 인용재결의 취소를 구하는 것은 원처분에는 없는 재결에 고유한 하자를 주장하는 셈이어서 당연히 항고소송의 대상이 된다.

[2] 재결청인 문화체육부장관 스스로가 직접 사업계획승인처분을 취소하는 형성적 재결을 한 경우에는 그 재결 외에 그에 따른 행정청의 별도의 처분이 있지 않기 때문에 재결 자체를 쟁송의 대상으로 할 수밖에 없다고 본 사례.

[3] 인용재결의 취소를 구하는 당해 소송은 그 인용재결의 당부를 그 심판대상으로 하고 있고, 그 점을 가리기 위하여는 행정심판청구인들의 심판청구원인 사유에 대한 재결청의 판단에 관하여도 그 당부를 심리·판단하여야 할 것이므로, 원심으로서는 재결청이 원처분의 취소 근거로 내세운 판단사유의 당부뿐만 아니라 재결청이 심판청구인의 심판청구원인 사유를 배척한 판단 부분이 정당한가도 심리·판단하여야 한다.

〈선정이유〉

원처분주의의 예외로서 재결이 대상처분이 되기 위해서는 재결 자체에 고유한 위법이 있어야 하는데, 제3자가 제기한 행정심판에서 청구가 인용된 경우 원처분의 상대방은 재결로 인해 비로소 권익이 침해되었으므로 재결자체에 고유한 위법이 있는 경우에 해당함을 밝힌 판결

312. 대상적격 (30) : 부작위위법확인소송의 경우

(대법원 2000. 2. 25. 선고 99두11455 판결)

〈주제〉 부작위위법확인소송의 요건

〈쟁점〉

[1] 행정소송법 제4조 제3호 소정의 '부작위위법확인의 소'의 취지 및 요건

[2] 국회의원이 대통령 및 외교통상부장관의 특임공관장에 대한 인사권 행사 등과 관련하여 그 임면과정이나 지위 변경 등에 관한 요구를 할 수 있는 법규상 또는 조리상 신청권을 갖고 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 행정소송법 제4조 제3호가 정하는 부작위위법확인의 소는 행정청이 당사자의 법규상 또는 조리상의 권리에 기한 신청에 대하여 상당한 기간 내에 신청을 인용하는 적극적 처분 또는 각하하거나 기각하는 등의 소극적 처분을 하여야 할 법률상 응답의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 경우 그 부작위가 위법하다는 것을 확인함으로써 행정청의 응답을 신속하게 하여 부작위 또는 무응답이라고 하는 소극적 위법상태를 제거하는 것을 목적으로 하는 제도이고, 이러한 소송은 처분의 신청을 한 자로서 부작위가 위법하다는 확인을 구할 법률상의 이익이 있는 자만이 제기 할 수 있는 것이므로, 당사자가 행정청에 대하여 어떠한 행정처분을 하여 줄 것을 요청할 수 있는 법규상 또는 조리상의 권리를 갖고 있지 아니하거나 부작위의 위법확인을 구할 법률상의 이익이 없는 경우에는 항고소송의 대상이 되는 위법한 부작위가 있다고 볼 수 없거나 원고적격이 없어 그 부작위위법확인의 소는 부적법하다.

[2] 외무공무원의 정년 등을 규정한 외무공무원법상 일반 국민이나 국회의원 등이 외무공무원의 임면권자에 대하여 특임공관장의 임면과정이나 지위 변경 등에 관하여 어떠한 신청을 할 수 있다는 규정이 없을 뿐 아니라, 나아가 국회의원은 헌법이 부여한 권한에 따라 국정감사·조사권, 국무위원 등의 국회출석요구권·질문권, 국무위원 등의 해임건의권 등의 다양한 권한행사를 통하여 행정부의 위법·부당한 행위를 통제할 수 있고, 또한 국회법상 국회통일외교통상위원회는 외무공무원의 인사에 관한 사항 등 외교통상부 소관에 속하는 의안과 청원의 심사 등의 직무를 행하도록 규정되어 있기는 하지만, 이러한 규정들에 의하여 국회의원이 국무위원인 외교통상부장관에 대하여 정치적인 책임을 물을 수 있음은 별론으로 하고 국회의원 개개인에게 특임공관장의 인사사항에 관한 구체적인 신청권을 부여한 것이라고 할 수 없어서, 국회의원에게는 대통령 및 외교통상부장관의 특임공관장에 대한 인사권 행사 등과 관련하여 대사의 직을 계속 보유하게 하여서는 아니된다는 요구를 할 수 있는 법규상 신청권이 있다고 할 수 없고, 그 밖에 조리상으로도 그와 같은 신청권이

있다고 보여지지 아니한다.

〈선정이유〉

부작위위법확인소송이 적법하기 위해서는 부작위의 대상이 되는 행위를 신청할 신청권이 존재해야 하고 부작위의 위법을 확인할 법률상이 이익이 있어야 한다는 것을 밝힌 판결

313. 원고적격 (1) : 법률상 이익의 의미

(대법원 1999. 12. 7. 선고 97누12556 판결)
〈주제〉 원고적격의 인정요건인 법률상 이익의 의미

〈쟁점〉

[1] 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자가 행정처분의 취소 등을 구할 수 있는 요건으로서 '법률상 이익'의 의미

[2] 갑이 을 소유의 도로를 공로에 이르는 유일한 통로로 이용하였으나 갑 소유의 대지에 연접하여 새로운 공로가 개설되어 그 쪽으로 출입문을 내어 바로 새로운 공로에 이를 수 있게 된 경우, 갑이 을 소유의 도로에 대한 도로폐지허가처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라도 당해 행정처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있는 경우에는 원고적격이 인정된다고 할 것이나, 여기서 말하는 법률상의 이익은 당해 처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우를 말하고 다만 공익보호의 결과로 국민 일반이 공통적으로 가지는 추상적, 평균적, 일반적 이익과 같이 간접적이거나 사실적, 경제적 이해관계를 가지는 데 불과한 경우는 여기에 포함되지 않는다.

[2] 갑이 을 소유의 도로를 공로에 이르는 유일한 통로로 이용하였으나 갑 소유의 대지에 연접하여 새로운 공로가 개설되어 그 쪽으로 출입문을 내어 바로 새로운 공로에 이를 수 있게 된 경우, 을의 신청에 따라 관할 행정청이 을 소유의 도로에 대하여 한 도로폐지허가처분으로 인하여 을 소유의 도로가 구 건축법(1999. 2. 8. 법률 제5895호로 개정되기 전의 것) 제2조 제11호 (나)목 소정의 도로에 해당하지 않게 되었다고 하더라도 주위토지소유자인 갑의 대지 및 그 지상의 주택은 같은 법 제2조 제11호 소정의 새로 개설된 도로에 접하고 있으므로 여전히 같은 법 제33조 소정의 접도의무가 충족된다고 할 것이고, 도로폐지허가처분 이전에 을 소유의 도로에 대하여 같은 법 제34조, 제36조, 제37조가 적용됨으로써 갑이 갖고 있던 통행의 이익이 도로폐지허가처분에 의하여 상실되었다고 하더라도 이러한 갑의 폐지된 도로에 대한 통행의 이익은 같은 법에 의한 공익보호의 결과로 국민 일반이 공통적으로 가지는 추상적, 평균적, 일반적 이익과 같이 간접적이거나 사실적, 경제적 이익에 불과하고 이를 같은 법에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익에 해당한다고 보기도 어렵고, 또한 갑이 종전에 갖고 있던 폐지된 도로에 대한 주위토지통행권은 새로운 도로가 개설됨으로써 도로폐지허가처분 당시에는 이미 소멸하였을 뿐만 아니라, 도로폐지허가처

분 당시에는 폐지된 도로의 소유자인 을에게 폐지된 도로에 대한 독점적·배타적 사용수익권이 있다고 할 것이어서 그 제한을 전제로 한 갑의 폐지된 도로에 대한 무상통행권도 인정되지 않는다고 할 것이므로, 도로폐지허가처분으로 인하여 갑이 폐지된 도로에 대한 사법상의 통행권을 침해받았다고 볼 수도 없다 할 것이어서 갑에게는 도로폐지허가처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없다.

〈선정이유〉

기존 도로를 폐지하고 새로운 도로를 개설하여 통로가 새로이 확보된 경우에, 기존 도로를 이용함으로써 얻은 이익은 반사적 이익에 불과하므로 기존 도로폐지허가처분의 취소를 구하는 소는 법률상 이익이 없다는 점을 밝힌 판결

314. 원고적격 (2) : 경업자소송의 원고적격

(대법원 2002. 10. 25. 선고 2001두4450 판결)
〈주제〉 경업자소송에서 원고적격

〈쟁점〉

[1] 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자가 행정처분의 취소 등을 구할 수 있는 요건으로서 '법률상 보호되는 이익'의 의미

[2] 기존의 업자가 경업자에 대한 면허나 인·허가 등 수익적 행정처분의 취소를 구할 당사자 적격이 있는 경우

[3] 시외버스운송사업계획변경인가처분으로 시외버스 운행노선 중 일부가 기존의 시내버스 운행노선과 중복하게 되어 기존 시내버스사업자의 수익감소가 예상되는 경우, 기존의 시내버스운송사업자에게 위 처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있는지 여부(적극)

〈판결요지〉

[1] 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라 하더라도 당해 행정처분으로 인하여 법률상 보호되는 이익을 침해당한 경우에는 취소소송을 제기하여 그 당부의 판단을 받을 자격이 있다 할 것이나, 여기에서 말하는 법률상 보호되는 이익이란 당해 행정처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익을 말하고 제3자가 당해 행정처분과 관련하여 간접적이거나 사실적·경제적인 이해관계를 가지는 데 불과한 경우는 여기에 포함되지 아니한다.

[2] 일반적으로 면허나 인·허가 등의 수익적 행정처분의 근거가 되는 법률이 해당 업자들 사이의 과당경쟁으로 인한 경영의 불합리를 방지하는 것도 그 목적으로 하고 있는 경우, 다른 업자에 대한 면허나 인·허가 등의 수익적 행정처분에 대하여 미리 같은 종류의 면허나 인·허가 등의 수익적 행정처분을 받아 영업을 하고 있는 기존의 업자는 경업자에 대하여 이루어진 면허나 인·허가 등 행정처분의 상대방이 아니라 하더라도 당해 행정처분의 취소를 구할 당사자적격이 있다.

[3] 구 여객자동차운수사업법(2000. 1. 28. 법률 제6240호로 개정되기 전의 것) 제6조 제1항 제1호에서 '사업계획이 당해 노선 또는 사업구역의 수송수요와 수송력공급에 적합할 것'을 여객자동차운송사업의 면허기준으로 정한 것은 여객자동차운송사업에 관한 질서를 확립하고 여객자동차운

송사업의 종합적인 발달을 도모하여 공공의 복리를 증진함과 동시에 업자 간의 경쟁으로 인한 경영의 불합리를 미리 방지하자는 데 그 목적이 있다 할 것이고, 한편 같은 법 제3조 제1항 제1호와 같은법시행령(1999. 7. 23. 대통령령 제16482호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1호, 같은법시행규칙(1999. 12. 16. 건설교통부령 제223호로 개정되기 전의 것) 제7조 제3항, 제4항 등의 각 규정을 종합하여 보면, 시내버스운송사업과 시외버스운송사업은 다 같이 운행계통을 정하고 여객을 운송하는 노선여객자동차운송사업에 속하므로, 위 두 운송사업이 면허기준, 준수하여야 할 사항, 중간경유지, 기점과 종점, 운행방법, 이용요금 등에서 달리 규율된다는 사정만으로 본질적인 차이가 있다고 할 수는 없으며, 시외버스운송사업계획변경인가처분으로 인하여 기존의 시내버스운송사업자의 노선 및 운행계통과 시외버스운송사업자들의 그것들이 일부 중복되게 되고 기존업자의 수익감소가 예상된다면, 기존의 시내버스운송사업자와 시외버스운송사업자들은 경업관계에 있는 것으로 봄이 상당하다 할 것이어서 기존의 시내버스운송사업자에게 시외버스운송사업계획변경인가처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있다.

〈선정이유〉

근거법령의 해석과 경업관계의 확인을 통해 경업자소송의 원고적격을 인정한 판결

315. 원고적격 (3) : 경원자소송의 원고적격

(대법원 2009. 12. 10. 선고 2009두8359 판결)

〈주제〉 경원자소송에서 원고적격, 사정판결

〈쟁점〉

[1] 제3자에게 경원자(競願者)에 대한 수익적 행정처분의 취소를 구할 당사자 적격이 있는 경우

[2] 사정판결을 하기 위한 요건인 '현저히 공공복리에 적합하지 아니한가' 여부의 판단 방법 및 사정판결제도의 위헌 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 인·허가 등의 수익적 행정처분을 신청한 수인이 서로 경쟁관계에 있어서 일방에 대한 허가 등의 처분이 타방에 대한 불허가 등으로 귀결될 수밖에 없는 때 허가 등의 처분을 받지 못한 자는 비록 경원자에 대하여 이루어진 허가 등 처분의 상대방이 아니라 하더라도 당해 처분의 취소를 구할 원고 적격이 있다. 다만, 명백한 법적 장애로 인하여 원고 자신의 신청이 인용될 가능성이 처음부터 배제되어 있는 경우에는 당해 처분의 취소를 구할 정당한 이익이 없다.

[2] 원고를 포함하여 법학전문대학원 설치인가 신청을 한 41개 대학들은 2,000명이라는 총 입학정원을 두고 그 설치인가 여부 및 개별 입학정원의 배정에 관하여 서로 경쟁관계에 있고 이 사건 각 처분이 취소될 경우 원고의 신청이 인용될 가능성도 배제할 수 없으므로, 원고에게 법학전문대학원 설치인가처분의 취소 등을 원고적격이 있다고 판단한 사례

〈선정이유〉

수인이 서로 경쟁관계에 있고 일방에 대한 허가 등 처분이 타방에 대한 불허가로 귀결될 수 밖에 없는 경우, 타방은 일방에 대한 허가처분의 취소를 구할 원고적격이 있다는 점을 밝힌 판결

316. 원고적격 (4) : 이웃 주민(隣人)의 원고적격

(대법원 1995. 9. 26. 선고 94누14544 판결)

〈주제〉 법률상 이익의 존부를 판단하기 위한 처분의 근거 법규의 의미

〈쟁점〉

[1] 제3자가 행정처분의 취소를 구할 원고적격이 있는 경우

[2] 제3자에게 상수원보호구역변경처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없다고 한 사례

[3] 제3자에게 도시계획결정처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라도 당해 행정처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있는 경우에는 원고적격이 인정되는데, 여기서 말하는 법률상의 이익은 당해 처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우를 말하고, 다만 공익보호의 결과로 국민 일반이 공통적으로 가지는 추상적, 평균적, 일반적인 이익과 같이 간접적이나 사실적, 경제적, 이해관계를 가지는데 불과한 경우는 여기에 포함되지 않는다.

[2] 상수원보호구역 설정의 근거가 되는 수도법 제5조 제1항 및 동 시행령 제7조 제1항이 보호하고자 하는 것은 상수원의 확보와 수질보전일 뿐이고, 그 상수원에서 급수를 받고 있는 지역주민들이 가지는 상수원의 오염을 막아 양질의 급수를 받을 이익은 직접적이고 구체적으로는 보호하고 있지 않음이 명백하여 위 지역주민들이 가지는 이익은 상수원의 확보와 수질보호라는 공공의 이익이 달성됨에 따라 반사적으로 얻게 되는 이익에 불과하므로 지역주민들에 불과한 원고들에게는 위 상수원보호구역변경처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다.

[3] 도시계획법 제12조 제3항의 위임에 따라 제정된 도시계획시설기준에관한규칙 제125조 제1항이 화장장의 구조 및 설치에 관하여는 매장및묘지등에관한법률이 정하는 바에 의한다고 규정하고 있어, 도시계획의 내용이 화장장의 설치에 관한 것일 때에는 도시계획법 제12조 뿐만 아니라 매장및묘지등에관한법률 및 같은법시행령 역시 그 근거 법률이 된다고 보아야 할 것이므로, 같은법시행령 제4조 제2호가 공설화장장은 20호 이상의 인가가 밀집한 지역, 학교 또는 공중이 수시 집합하는 시설 또는 장소로부터 1,000m 이상 떨어진 곳에 설치하도록 제한을 가하고, 같은법시행령 제9조가 국민보건상 위해를 끼칠 우려가 있는 지역, 도시계획법 제17조의 규정에 의한 주거지역, 상업지역, 공업지역 및 녹지지역 안의 풍치지구 등에의 공설화장장 설치를 금지함에 의하여 보호되는 부근 주민들의 이익은 위 도시계획결정처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 법률상 이익이다.

〈선정이유〉

화장장 설치의 직접 근거법령인 도시계획법령에서 법률상 이익을 찾을 수 없더라도 도시계획법

령이 원용하고 있는 매장 및 묘지 등에 관한 법령에 근거하여 법률상 이익을 찾을 수 있다면 원고적격이 인정된다는 판결로서, 원고적격에서 처분의 근거법령의 범위를 확대한 판결

317. 원고적격 (5) : 이웃 주민(隣人)의 원고적격

(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두6766 판결)
〈주제〉 납골당설치 신고 수리거부의 처분성, 인근주민의 원고적격

〈쟁점〉

[1] 납골당설치 신고가 '수리를 요하는 신고'인지 여부(적극) 및 수리행위에 신고필증 교부 등 행위가 필요한지 여부(소극)

[2] 파주시장이 종교단체 납골당설치 신고를 한 갑 교회에, '구 장사 등에 관한 법률에 따라 필요한 시설을 설치하고 유골을 안전하게 보관할 수 있는 설비를 갖추어야 하며 관계 법령에 따른 허가 및 준수 사항을 이행하여야 한다'는 취지의 납골당설치 신고사항 이행통지를 한 사안에서, 파주시장이 갑 교회에 이행통지를 함으로써 납골당설치 신고수리를 하였다고 보는 것이 타당하고, 이를 수리처분과 별도로 항고소송 대상이 되는 다른 처분으로 볼 수 없다고 한 사례

[3] 납골당 설치장소에서 500m 내에 20호 이상의 인가가 밀집한 지역에 거주하는 주민들의 경우, 납골당이 누구에 의하여 설치되는지와 관계없이 납골당 설치에 대하여 환경 이익 침해 또는 침해 우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 원고적격이 인정되는지 여부(적극)

〈판결요지〉

[1] 구 장사 등에 관한 법률(2007. 5. 25. 법률 제8489호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 '구 장사법'이라 한다) 제14조 제1항, 구 장사 등에 관한 법률 시행규칙(2008. 5. 26. 보건복지가족부령 제15호로 전부 개정되기 전의 것) 제7조 제1항 [별지 제7호 서식] 을 종합하면, 납골당설치 신고는 이른바 '수리를 요하는 신고'라 할 것이므로, 납골당설치 신고가 구 장사법 관련 규정의 모든 요건에 맞는 신고라 하더라도 신고인은 곧바로 납골당을 설치할 수는 없고, 이에 대한 행정청의 수리처분이 있어야만 신고한 대로 납골당을 설치할 수 있다. 한편 수리란 신고를 유효한 것으로 판단하고 법령에 의하여 처리할 의사로 이를 수령하는 수동적 행위이므로 수리행위에 신고필증 교부 등 행위가 꼭 필요한 것은 아니다.

[2] 파주시장이 종교단체 납골당설치 신고를 한 갑 교회에, '구 장사 등에 관한 법률(2007. 5. 25. 법률 제8489호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 '구 장사법'이라 한다) 등에 따라 필요한 시설을 설치하고 유골을 안전하게 보관할 수 있는 설비를 갖추어야 하며 관계 법령에 따른 허가 및 준수 사항을 이행하여야 한다'는 내용의 납골당설치 신고사항 이행통지를 한 사안에서, 이행통지는 납골당설치 신고에 대하여 파주시장이 납골당설치 요건을 구비하였음을 확인하고 구 장사법령상 납골당설치 기준, 관계 법령상 허가 또는 신고 내용을 고지하면서 신고한 대로 납골당 시설을 설치하도록 한 것이므로, 파주시장이 갑 교회에 이행통지를 함으로써 납골당설치 신고수리를 하였다고 보는 것이 타당하고, 이행통지가 새로이 갑 교회 또는 관계자들의 법률상 지위에 변동을 일으키지는 않으므로 이를 수리처분과 별도로 항고소송 대상이 되는 다른 처분으로 볼 수 없다고 한

사례.

[3] 구 장사 등에 관한 법률(2007. 5. 25. 법률 제8489호로 전부 개정되기 전의 것) 제14조 제3항, 구 장사 등에 관한 법률 시행령(2008. 5. 26. 대통령령 제20791호로 전부 개정되기 전의 것) 제13조 제1항 [별표 3]에서 납골묘, 납골탑, 가족 또는 종중·문중 납골당 등 사설납골시설의 설치장소를 "20호 이상의 인가가 밀집한 지역으로부터 500m 이상 떨어진 곳"으로 제한을 둔 것은, 이러한 사설납골시설을 인가가 밀집한 지역 인근에 설치하지 못하게 함으로써 주민들의 쾌적한 주거, 경관, 보건위생 등 생활환경상의 개별적 이익을 직접적·구체적으로 보호하려는 데 취지가 있으므로, 이러한 납골시설 설치장소에서 500m 내에 20호 이상의 인가가 밀집한 지역에 거주하는 주민들은 납골당 설치에 대하여 환경상 이익 침해를 받거나 받을 우려가 있는 것으로 사실상 추정된다. 다만 사설납골시설 중 종교단체 및 재단법인이 설치하는 납골당에 대하여는 그와 같은 설치장소를 제한하는 규정을 명시적으로 두고 있지 않지만, 종교단체나 재단법인이 설치한 납골당이라 하여 납골당으로서 성질이 가족 또는 종중, 문중 납골당과 다르다고 할 수 없고, 인근 주민들이 납골당에 대하여 가지는 쾌적한 주거, 경관, 보건위생 등 생활환경상의 이익에 차이가 난다고 볼 수 없다. 따라서 납골당 설치장소에서 500m 내에 20호 이상의 인가가 밀집한 지역에 거주하는 주민들에게는 납골당이 누구에 의하여 설치되는지를 따질 필요 없이 납골당 설치에 대하여 환경 이익 침해 또는 침해 우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 원고적격이 인정된다고 보는 것이 타당하다.

〈선정이유〉

원고적격과 관련하여 법률상 이익이 있는 자의 범위를 정함에 있어서 법령에서 영향권의 범위가 정해진 경우 영향권 내에 거주하는 주민의 원고적격을 인정한 판결

318. 원고적격 (6) : 환경영향평가 대상지역 안의 주민

(대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두330 전원합의체 판결)

〈주제〉 환경영향평가법에 따른 환경영향평가 대상 지역과 원고적격

〈쟁점〉

[1] 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자가 행정처분의 무효확인을 구할 수 있는 요건으로서 '법률상 보호되는 이익'의 의미

[2] 환경영향평가 대상지역 안의 주민에게 공유수면매립면허처분과 농지개량사업 시행인가처분의 무효확인을 구할 원고적격이 인정되는지 여부(적극) 및 환경영향평가 대상지역 밖의 주민에게 그 원고적격이 인정되기 위한 요건

[3] 환경영향평가 대상지역 밖에 거주하는 주민에게 헌법상의 환경권 또는 환경정책기본법에 근거하여 공유수면매립면허처분과 농지개량사업 시행인가처분의 무효확인을 구할 원고적격이 없다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라 하더라도 당해 행정처분으로 인하여 법률상 보호되

는 이익을 침해당한 경우에는 그 처분의 무효확인을 구하는 행정소송을 제기하여 그 당부의 판단을 받을 자격이 있다 할 것이며, 여기에서 말하는 법률상 보호되는 이익이라 함은 당해 처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익이 있는 경우를 말하고, 공익 보호의 결과로 국민 일반이 공통적으로 가지는 일반적·간접적·추상적 이익이 생기는 경우에는 법률상 보호되는 이익이 있다고 할 수 없다.

[2] 공유수면매립면허처분과 농지개량사업 시행인가처분의 근거 법규 또는 관련 법규가 되는 구 공유수면매립법(1997. 4. 10. 법률 제5337호로 개정되기 전의 것), 구 농촌근대화촉진법(1994. 12. 22. 법률 제4823호로 개정되기 전의 것), 구 환경보전법(1990. 8. 1. 법률 제4257호로 폐지), 구 환경보전법 시행령(1991. 2. 2. 대통령령 제13303호로 폐지), 구 환경정책기본법(1993. 6. 11. 법률 제4567호로 개정되기 전의 것), 구 환경정책기본법 시행령(1992. 8. 22. 대통령령 제13715호로 개정되기 전의 것)의 각 관련 규정의 취지는, 공유수면매립과 농지개량사업시행으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상되는 환경영향평가 대상지역 안의 주민들이 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경침해를 받지 아니하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 개별적 이익까지도 이를 보호하려는 데에 있다고 할 것이므로, 위 주민들이 공유수면매립면허처분 등과 관련하여 갖고 있는 위와 같은 환경상의 이익은 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적 이익으로서 그들에 대하여는 특단의 사정이 없는 한 환경상의 이익에 대한 침해 또는 침해우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 공유수면매립면허처분 등의 무효확인을 구할 원고적격이 인정된다. 한편, 환경영향평가 대상지역 밖의 주민이라 할지라도 공유수면매립면허처분 등으로 인하여 그 처분 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있는 경우에는, 공유수면매립면허처분 등으로 인하여 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해우려가 있다는 것을 입증함으로써 그 처분 등의 무효확인을 구할 원고적격을 인정받을 수 있다.

[3] 헌법 제35조 제1항에서 정하고 있는 환경권에 관한 규정만으로는 그 권리의 주체·대상·내용·행사방법 등이 구체적으로 정립되어 있다고 볼 수 없고, 환경정책기본법 제6조도 그 규정 내용 등에 비추어 국민에게 구체적인 권리를 부여한 것으로 볼 수 없다는 이유로, 환경영향평가 대상지역 밖에 거주하는 주민에게 헌법상의 환경권 또는 환경정책기본법에 근거하여 공유수면매립면허처분과 농지개량사업 시행인가처분의 무효확인을 구할 원고적격이 없다고 한 사례.

〈선정이유〉

환경관련 소송에서 원고적격을 인정함에 있어서 환경영향평가대상지역을 기준으로 대상지역 안에 있는 자는 원고적격이 추정되고 대상지역 밖에 있는 자는 환경상 이익의 침해(우려)를 입증함으로써 원고적격을 인정받을 수 있음을 밝힌 판결

319. 원고적격 (7) : 법률상 이익 침해(우려)가 추정되는 주민의 의미

(대법원 2009. 9. 24. 선고 2009두2825 판결)

〈주제〉 법률상 이익 침해(우려)가 추정되어 환경소송의 원고적격이 인정되는 영향권 내의 주민의 범위

〈쟁점〉

행정처분의 근거 법규 등에 의하여 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 원고적격이 인정되는 사람의 범위

〈판결요지〉

환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 원고적격이 인정되는 사람에는 환경상 침해를 받으리라고 예상되는 영향권 내의 주민들을 비롯하여 그 영향권 내에서 농작물을 경작하는 등 현실적으로 환경상 이익을 향유하는 사람도 포함된다. 그러나 단지 그 영향권 내의 건물·토지를 소유하거나 환경상 이익을 일시적으로 향유하는 데 그치는 사람은 포함되지 않는다.

〈선정이유〉

영향권 내에 거주하는 주민뿐만 아니라, 영향권 내에서 농작물을 경작하는 등 현실적으로 환경상 이익을 향유하는 사람도 환경상 이익의 침해 또는 침해 우려가 있는 것으로 추정을 받는다는 것을 밝힌 판결

320. 원고적격 (8) : 법령이 규정한 영향권 안의 주민

(대법원 2010. 4. 15. 선고 2007두16127 판결)

〈주제〉 환경상 침해를 받으리라고 예상되는 영향권의 범위가 근거 법규 등에 구체적으로 규정되어 있는 경우 원고적격

〈쟁점〉

[1] 행정처분으로써 이루어지는 사업으로 환경상 침해를 받으리라고 예상되는 영향권의 범위가 그 처분의 근거 법규 등에 구체적으로 규정되어 있는 경우, 영향권 내의 주민에게 행정처분의 취소 등을 구할 원고적격이 인정되는지 여부(원칙적 적극) 및 영향권 밖의 주민에게 원고적격이 인정되기 위한 요건

[2] 구 산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률 제8조 제4호, 구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령 제56조 제1항 [별표 1] 제1호 (라)목 (2) 등의 규정 취지 및 수돗물을 공급받아 마시거나 이용하는 주민들이 환경상 이익의 침해를 이유로 공장설립승인처분의 취소 등을 구할 원고적격을 인정받기 위한 요건

[3] 김해시장이 낙동강에 합류하는 하천수 주변의 토지에 구 산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률 제13조에 따라 공장설립을 승인하는 처분을 한 사안에서, 공장설립으로 수질오염 등이 발생할 우려가 있는 취수장에서 물을 공급받는 부산광역시 또는 양산시에 거주하는 주민들도 위 처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 법률상 보호되는 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 주민으로서 원고적격이 인정된다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 행정처분의 근거 법규 또는 관련 법규에 그 처분으로써 이루어지는 행위 등 사업으로 인하여 환경상 침해를 받으리라고 예상되는 영향권의 범위가 구체적으로 규정되어 있는 경우에는, 그 영향권 내의 주민들에 대하여는 당해 처분으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상할 수 있고, 이와 같은 환경상의 이익은 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적 이익으로서 그들에 대하여는 특단의 사정이 없는 한 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 법률상 보호되는 이익으로 인정됨으로써 원고적격이 인정되며, 그 영향권 밖의 주민들은 당해 처분으로 인하여 그 처분 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있다는 자신의 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있음을 증명하여야만 법률상 보호되는 이익으로 인정되어 원고적격이 인정된다.

[2] 공장설립승인처분의 근거 법규 및 관련 법규인 구 산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률(2006. 3. 3. 법률 제7861호로 개정되기 전의 것) 제8조 제4호가 산업자원부장관으로 하여금 관계 중앙행정기관의 장과 협의하여 '환경오염을 일으킬 수 있는 공장의 입지제한에 관한 사항'을 정하여 고시하도록 규정하고 있고, 이에 따른 산업자원부 장관의 공장입지기준고시(제2004-98호) 제5조 제1호가 '상수원 등 용수이용에 현저한 영향을 미치는 지역의 상류'를 환경오염을 일으킬 수 있는 공장의 입지제한지역으로 정할 수 있다고 규정하고, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제58조 제3항의 위임에 따른 구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령(2006. 8. 17. 대통령령 제19647호로 개정되기 전의 것) 제56조 제1항 [별표 1] 제1호 (라)목 (2)가 '개발행위로 인하여 당해 지역 및 그 주변 지역에 수질오염에 의한 환경오염이 발생할 우려가 없을 것'을 개발사업의 허가기준으로 규정하고 있는 취지는, 공장설립승인처분과 그 후속절차에 따라 공장이 설립되어 가동됨으로써 그 배출수 등으로 인한 수질오염 등으로 직접적이고도 중대한 환경상 피해를 입을 것으로 예상되는 주민들이 환경상 침해를 받지 아니한 채 물을 마시거나 용수를 이용하며 쾌적하고 안전하게 생활할 수 있는 개별적 이익까지도 구체적·직접적으로 보호하려는 데 있다. 따라서 수돗물을 공급받아 이를 마시거나 이용하는 주민들로서는 위 근거 법규 및 관련 법규가 환경상 이익의 침해를 받지 않은 채 깨끗한 수돗물을 마시거나 이용할 수 있는 자신들의 생활환경상의 개별적 이익을 직접적·구체적으로 보호하고 있음을 증명하여 원고적격을 인정받을 수 있다.

[3] 김해시장이 소감천을 통해 낙동강에 합류하는 하천수 주변의 토지에 구 산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률 제13조에 따라 공장설립을 승인하는 처분을 한 사안에서, 상수원인 물금취수장이 소감천이 흘러 내려 낙동강 본류와 합류하는 지점 근처에 위치하고 있는 점, 수돗물은 수도관 등 급수시설에 의해 공급되는 것이어서 거주지역이 물금취수장으로부터 다소 떨어진 곳이라고 하더라도 수돗물의 수질악화 등으로 주민들이 갖게 되는 환경상 이익의 침해나 그 우려는 그 수돗물을 공급하는 취수시설이 입게 되는 수질오염 등의 피해나 그 우려와 동일하게 평가될 수 있는 점 등에 비추어, 공장설립으로 수질오염 등이 발생할 우려가 있는 물금취수장에서 취수된 물을 공급받는 부산광역시 또는 양산시에 거주하는 주민들도 위 처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 개별적·구체적·직접적으로 보호되는 환경상 이익, 즉 법률상 보호되는 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 주민으로서 원고적격이 인정된다고 한 사례.

〈선정이유〉

환경관련 소송에서 원고적격을 인정함에 있어서 영향권의 범위 내에 거주하는 자는 원고적격이

추정되는데, 이 사안은 취수장으로부터 상당한 거리가 떨어진 곳에 거주하는 자라도 수도관을 통해 수돗물을 공급받는 경우 영향권 내에 있는 것으로 본 판결

321. 원고적격 (9) : 법인의 법률상 이익

(대법원 2012. 6. 28. 선고 2010두2005 판결)

〈주제〉 자연인이 아닌 수녀원이 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 이익의 향수주체가 될 수 있는지 여부

〈쟁점〉

재단법인 갑 수녀원이, 매립목적을 택지조성에서 조선시설용지로 변경하는 내용의 공유수면매립목적 변경 승인처분으로 인하여 법률상 보호되는 환경상 이익을 침해받았다면서 행정청을 상대로 처분의 무효 확인을 구하는 소송을 제기한 사안에서, 갑 수녀원에는 처분의 무효확인을 구할 원고적격이 없다고 한 사례

〈판결요지〉

재단법인 갑 수녀원이, 매립목적을 택지조성에서 조선시설용지로 변경하는 내용의 공유수면매립목적 변경 승인처분으로 인하여 법률상 보호되는 환경상 이익을 침해받았다면서 행정청을 상대로 처분의 무효 확인을 구하는 소송을 제기한 사안에서, 공유수면매립목적 변경 승인처분으로 갑 수녀원에 소속된 수녀 등이 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 환경상 이익을 침해받는다고 하더라도 이를 가리켜 곧바로 갑 수녀원의 법률상 이익이 침해된다고 볼 수 없고, 자연인이 아닌 갑 수녀원은 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 이익을 향수할 수 있는 주체가 아니므로 위 처분으로 위와 같은 생활상의 이익이 직접적으로 침해되는 관계에 있다고 볼 수도 없으며, 위 처분으로 환경에 영향을 주어 갑 수녀원이 운영하는 쨈 공장에 직접적이고 구체적인 재산적 피해가 발생한다거나 갑 수녀원이 폐쇄되고 이전해야 하는 등의 피해를 받거나 받을 우려가 있다는 점 등에 관한 증명도 부족하다는 이유로, 갑 수녀원에 처분의 무효 확인을 구할 원고적격이 없다고 한 사례.

〈선정이유〉

쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 이익의 향수 주체를 자연인이 아닌 법인에게도 인정할 수 있는지 여부에 관한 판결로서 이 사안에서는 자연인이 아닌 수녀원에게는 그와 같은 이익이 인정되지 않는다고 판시함

322. 원고적격 (10) : 주주의 법률상 이익

(대법원 2005. 1. 27. 선고 2002두5313 판결)

〈주제〉 법인의 주주에게 법인에 대한 행정처분의 취소를 구할 원고적격이 인정되기 위한 요건

〈쟁점〉

[1] 법인의 주주가 당해 법인에 대한 행정처분의 취소를 구할 원고적격이 있는 경우

[2] 은행의 주주에게 은행의 업무정지처분 등을 다툴 원고적격이 인정된다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 법인의 주주는 법인에 대한 행정처분에 관하여 사실상이나 간접적인 이해관계를 가질 뿐이어서 스스로 그 처분의 취소를 구할 원고적격이 없는 것이 원칙이라고 할 것이지만, 그 처분으로 인하여 법인이 더 이상 영업 전부를 행할 수 없게 되고, 영업에 대한 인·허가의 취소 등을 거쳐 해산·청산되는 절차 또한 처분 당시 이미 예정되어 있으며, 그 후속절차가 취소되더라도 그 처분의 효력이 유지되는 한 당해 법인이 종전에 행하던 영업을 다시 행할 수 없는 예외적인 경우에는 주주도 그 처분에 관하여 직접적이고 구체적인 법률상 이해관계를 가진다고 보아 그 효력을 다툴 원고적격이 있다.

[2] 부실금융기관의 정비를 목적으로 은행의 영업 관련 자산 중 재산적 가치가 있는 자산 대부분과 부채 등이 타에 이전됨으로써 더 이상 그 영업 전부를 행할 수 없게 되고, 은행업무정지처분 등의 효력이 유지되는 한 은행이 종전에 행하던 영업을 다시 행할 수는 없는 경우, 은행의 주주에게 당해 은행의 업무정지처분 등을 다툴 원고적격이 인정된다고 한 사례.

〈선정이유〉

법인 등 단체의 구성원은 단체에 대한 처분으로 인하여 단체의 존립에 영향을 미쳐서 구성원 자신의 직접적이고 구체적인 법률상 이해관계를 가져오는 경우에 예외적으로 원고적격이 인정된다는 것을 밝힌 판결

323. 원고적격 (11) : 학교법인의 임원

(대법원 2007. 12. 27. 선고 2005두9651 판결)

〈주제〉 학교법인의 임원으로 선임된 사람이 법인에 대한 임원취임승인신청 반려처분을 다툴 원고적격

〈쟁점〉

[1] 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자가 행정처분의 취소나 무효확인을 구할 수 있는 요건인 '법률상 보호되는 이익'의 의미

[2] 관할청의 임원취임승인행위의 법적 성격 및 학교법인의 임원취임승인신청 반려처분에 대하여, 임원으로 선임된 사람이 이를 다툴 수 있는 원고적격이 있는지 여부(적극)

〈판결요지〉

[1] 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라 하더라도 당해 행정처분으로 인하여 법률상 보호되는 이익을 침해당한 경우에는 그 처분의 취소나 무효확인을 구하는 행정소송을 제기하여 그 당부의 판단을 받을 자격이 있으며, 여기에서 말하는 법률상 보호되는 이익이란 당해 처분의 근거 법

규 및 관련 법규에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익이 있는 경우를 말하고, 공익보호의 결과로 국민 일반이 공통적으로 가지는 일반적·간접적·추상적 이익이 생기는 경우에는 법률상 보호되는 이익이 있다고 할 수 없다.

[2] 구 사립학교법(2005. 12. 29. 법률 제7802호로 개정되기 전의 것) 제20조 제1항, 제2항은 학교법인의 이사장·이사·감사 등의 임원은 이사회의 선임을 거쳐 관할청의 승인을 받아 취임하도록 규정하고 있는바, 관할청의 임원취임승인행위는 학교법인의 임원선임행위의 법률상 효력을 완성케 하는 보충적 법률행위이다. 따라서 관할청이 학교법인의 임원취임승인신청에 대하여 이를 반려하거나 거부하는 경우 학교법인에 의하여 임원으로 선임된 사람은 학교법인의 임원으로 취임할 수 없게 되는 불이익을 입게 되는바, 이와 같은 불이익은 간접적이거나 사실상의 불이익이 아니라 직접적이고도 구체적인 법률상의 불이익이라 할 것이므로 학교법인에 의하여 임원으로 선임된 사람에게는 관할청의 임원취임승인신청 반려처분을 다툴 수 있는 원고적격이 있다.

〈선정이유〉

법인 등 단체의 구성원이 단체에 대한 처분을 다투기 위한 요건에 관한 판결로서 학교법인에 대해 임원취임승인신청을 반려하는 경우에 임원이 될 자는 임원으로 취임할 수 없는 불이익을 입게 되는데, 이 경우 불이익은 법률상 불이익이라고 인정한 판결

324. 원고적격 (12) : 국가기관

(대법원 2013. 7. 25. 선고 2011두1214 판결)

〈주제〉 행정기관의 당사자적격, 원고적격, 소의 이익

〈쟁점〉

갑이 국민권익위원회에 부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률에 따른 신고와 신분보장조치를 요구하였고, 국민권익위원회가 을 시·도선거관리위원회 위원장에게 '갑에 대한 중징계요구를 취소하고 향후 신고로 인한 신분상 불이익처분 및 근무조건상의 차별을 하지 말 것을 요구'하는 내용의 조치요구를 한 사안에서, 국가기관인 을에게 위 조치요구의 취소를 구하는 소를 제기할 당사자능력, 원고적격 및 법률상 이익을 인정한 원심판단을 정당하다고 한 사례

〈판결요지〉

갑이 국민권익위원회에 부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률(이하 '국민권익위원회법'이라 한다)에 따른 신고와 신분보장조치를 요구하였고, 국민권익위원회가 갑의 소속기관장인 을 시·도선거관리위원회 위원장에게 '갑에 대한 중징계요구를 취소하고 향후 신고로 인한 신분상 불이익처분 및 근무조건상의 차별을 하지 말 것을 요구'하는 내용의 조치요구를 한 사안에서, 국가기관 일방의 조치요구에 불응한 상대방 국가기관에 국민권익위원회법상의 제재규정과 같은 중대한 불이익을 직접적으로 규정한 다른 법령의 사례를 찾아보기 어려운 점, 그럼에도 을이 국민권익위원회의 조치요구를 다툴 별다른 방법이 없는 점 등에 비추어 보면, 처분성이 인정되는 위 조치요구에 불복하고자 하는 을로서는 조치요구의 취소를 구하는 항고소송을 제기하는 것이 유효·적

절한 수단이므로 비록 을이 국가기관이더라도 당사자능력 및 원고적격을 가진다고 보는 것이 타당하고, 을이 위 조치요구 후 갑을 파면하였다고 하더라도 조치요구가 곧바로 실효된다고 할 수 없고 을은 여전히 조치요구를 따라야 할 의무를 부담하므로 을에게는 위 조치요구의 취소를 구할 법률상 이익도 있다고 본 원심판단을 정당하다고 한 사례.

〈선정이유〉

국가기관은 당사자능력이 없고, 국가내의 행정기관 상호간의 분쟁은 항고소송의 대상이 되지 않는 것이 원칙이나, 근거법상 제재규정과 같은 중대한 불이익이 발생하고 항고소송 외에 달리 다툴 방법이 없음을 이유로 국가기관의 당사자능력과 원고적격을 인정한 예외적인 판결

325. 소의 이익 (1) : 처분에서 정한 제재기간의 경과

(대법원 2006. 6. 22. 선고 2003두1684 전원합의체 판결)
〈주제〉 제재기간이 경과한 제재처분에 대한 소의 이익

〈쟁점〉

[1] 제재적 행정처분이 그 처분에서 정한 제재기간의 경과로 인하여 그 효과가 소멸되었으나, 부령인 시행규칙 또는 지방자치단체의 규칙의 형식으로 정한 처분기준에서 제재적 행정처분을 받은 것을 가중사유나 전제요건으로 삼아 장래의 제재적 행정처분을 하도록 정하고 있는 경우, 선행처분인 제재적 행정처분을 받은 상대방이 그 처분에서 정한 제재기간이 경과하였다 하더라도 그 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있는지 여부(한정 적극)

[2] 환경영향평가대행업무 정지처분을 받은 환경영향평가대행업자가 업무정지처분기간 중 환경영향평가대행계약을 신규로 체결하고 그 대행업무를 한 사안에서, 업무정지처분기간 경과 후에도 '환경·교통·재해 등에 관한 영향평가법 시행규칙'의 규정에 따른 후행처분을 받지 않기 위하여 위 업무정지처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] [다수의견] 제재적 행정처분이 그 처분에서 정한 제재기간의 경과로 인하여 그 효과가 소멸되었으나, 부령인 시행규칙 또는 지방자치단체의 규칙(이하 이들을 '규칙'이라고 한다)의 형식으로 정한 처분기준에서 제재적 행정처분(이하 '선행처분'이라고 한다)을 받은 것을 가중사유나 전제요건으로 삼아 장래의 제재적 행정처분(이하 '후행처분'이라고 한다)을 하도록 정하고 있는 경우, 제재적 행정처분의 가중사유나 전제요건에 관한 규정이 법령이 아니라 규칙의 형식으로 되어 있다고 하더라도, 그러한 규칙이 법령에 근거를 두고 있는 이상 그 법적 성질이 대외적·일반적 구속력을 갖는 법규명령인지 여부와는 상관없이, 관할 행정청이나 담당공무원은 이를 준수할 의무가 있으므로 이들이 그 규칙에 정해진 바에 따라 행정작용을 할 것이 당연히 예견되고, 그 결과 행정작용의 상대방인 국민으로서는 그 규칙의 영향을 받을 수밖에 없다. 따라서 그러한 규칙이 정한 바에 따라 선행처분을 받은 상대방이 그 처분의 존재로 인하여 장래에 받을 불이익, 즉 후행처분의 위험은 구체적이고 현실적인 것이므로, 상대방에게는 선행처분의 취소소송을 통하여 그 불이익을 제

거할 필요가 있다. 또한, 나중에 후행처분에 대한 취소소송에서 선행처분의 사실관계나 위법 등을 다툴 수 있는 여지가 남아 있다고 하더라도, 이러한 사정은 후행처분이 이루어지기 전에 이를 방지하기 위하여 직접 선행처분의 위법을 다투는 취소소송을 제기할 필요성을 부정할 이유가 되지 못한다. 그러한 쟁송방법을 막는 것은 여러 가지 불합리한 결과를 초래하여 권리구제의 실효성을 저해할 수 있기 때문이다. 오히려 앞서 본 바와 같이 행정청으로서는 선행처분이 적법함을 전제로 후행처분을 할 것이 당연히 예견되므로, 이러한 선행처분으로 인한 불이익을 선행처분 자체에 대한 소송에서 사전에 제거할 수 있도록 해 주는 것이 상대방의 법률상 지위에 대한 불안을 해소하는 데 가장 유효적절한 수단이 된다고 할 것이고, 또한 그 소송을 통하여 선행처분의 사실관계 및 위법 여부가 조속히 확정됨으로써 이와 관련된 장래의 행정작용의 적법성을 보장함과 동시에 국민생활의 안정을 도모할 수 있다. 이상의 여러 사정과 아울러, 국민의 재판청구권을 보장한 헌법 제27조 제1항의 취지와 행정처분으로 인한 권익침해를 효과적으로 구제하려는 행정소송법의 목적 등에 비추어 행정처분의 존재로 인하여 국민의 권익이 실제로 침해되고 있는 경우는 물론이고 권익침해의 구체적·현실적 위험이 있는 경우에도 이를 구제하는 소송이 허용되어야 한다는 요청을 고려하면, 규칙이 정한 바에 따라 선행처분을 가중사유 또는 전제요건으로 하는 후행처분을 받을 우려가 현실적으로 존재하는 경우에는, 선행처분을 받은 상대방은 비록 그 처분에서 정한 제재기간이 경과하였다 하더라도 그 처분의 취소소송을 통하여 그러한 불이익을 제거할 권리보호의 필요성이 충분히 인정된다고 할 것이므로, 선행처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 보아야 한다.

[대법관 이강국의 별개의견]

다수의견은, 제재적 행정처분의 기준을 정한 부령인 시행규칙의 법적 성질에 대하여는 구체적인 논급을 하지 않은 채, 시행규칙에서 선행처분을 받은 것을 가중사유나 전제요건으로 하여 장래 후행처분을 하도록 규정하고 있는 경우, 선행처분의 상대방이 그 처분의 존재로 인하여 장래에 받을 불이익은 구체적이고 현실적이라는 이유로, 선행처분에서 정한 제재기간이 경과한 후에도 그 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 보고 있는바, 다수의견이 위와 같은 경우 선행처분의 취소를 구할 법률상 이익을 긍정하는 결론에는 찬성하지만, 그 이유에 있어서는 부령인 제재적 처분기준의 법규성을 인정하는 이론적 기초 위에서 그 법률상 이익을 긍정하는 것이 법리적으로는 더욱 합당하다고 생각한다. 상위법령의 위임에 따라 제재적 처분기준을 정한 부령인 시행규칙은 헌법 제95조에서 규정하고 있는 위임명령에 해당하고, 그 내용도 실질적으로 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 사항에 관한 것이므로, 단순히 행정기관 내부의 사무처리준칙에 지나지 않는 것이 아니라 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 법규명령에 해당한다고 보아야 한다.

[2] 환경영향평가대행업무 정지처분을 받은 환경영향평가대행업자가 업무정지처분기간 중 환경영향평가대행계약을 신규로 체결하고 그 대행업무를 한 사안에서, '환경·교통·재해 등에 관한 영향평가법 시행규칙' 제10조 [별표 2] 2. 개별기준 (11)에서 환경영향평가대행업자가 업무정지처분기간 중 신규계약에 의하여 환경영향평가대행업무를 한 경우 1차 위반시 업무정지 6월을, 2차 위반시 등록취소를 각 명하는 것으로 규정하고 있으므로, 업무정지처분기간 경과 후에도 위 시행규칙의 규정에 따른 후행처분을 받지 않기 위하여 위 업무정지처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 한 사례.

〈선정이유〉

제재기간이 경과한 경우 제재처분을 항고소송으로 다툴 소익이 없음이 원칙이나, 법령에서 제재처분을 받은 전력을 이후의 가중사유나 전제요건으로 규정한 경우에는 예외적으로 소익이 인정되

고, 해당 법령이 부령이나 지방자치단체의 규칙으로서 법규성이 인정되지 않는 경우도 마찬가지로 소익이 인정됨을 밝힌 판결

326. 소의 이익 (2) : 처분의 직권취소

(대법원 2002. 9. 6. 선고 2001두5200 판결)
〈주제〉 직권으로 취소된 처분의 취소를 구할 소의 이익

〈쟁점〉

납품업자에 대한 입찰참가자격 제한처분을 직권으로 취소하고 제1심판결의 취지에 따라 그 제재기간만을 감경하여 입찰참가자격을 제한하는 내용의 새로운 처분을 다시 한 경우, 당초의 입찰참가자격 제한처분은 적법하게 취소되었다고 할 것이어서 그 처분의 취소를 구할 소의 이익이 없다고 한 사례

〈판결요지〉

납품업자에 대한 입찰참가자격 제한처분을 직권으로 취소하고 제1심판결의 취지에 따라 그 제재기간만을 감경하여 입찰참가자격을 제한하는 내용의 새로운 처분을 다시 한 경우, 당초의 입찰참가자격 제한처분은 적법하게 취소되었다고 할 것이어서 그 처분의 취소를 구할 소의 이익이 없다고 한 사례.

〈선정이유〉

직권으로 당초의 처분을 취소하고 새로운 처분을 하였다면 당초의 처분은 존재하지 않게 되므로, 존재하지 아니한 처분의 취소를 구하는 소는 원칙적으로 소의 이익이 없다고 한 판결

327. 소의 이익 (3) : 처분의 직권취소

(대법원 2019. 6. 27. 선고 2018두49130 판결)
〈주제〉 소송 계속 중 처분이 직권취소된 경우 예외적으로 소의 이익이 인정되기 위한 요건

〈쟁점〉

행정처분의 무효확인 또는 취소를 구하는 소송 계속 중 처분청이 다툼의 대상이 되는 행정처분을 직권으로 취소한 경우, 그 처분을 대상으로 한 항고소송이 적법한지 여부(원칙적 소극) 및 예외적으로 그 처분의 취소를 구할 소의 이익을 인정할 수 있는 경우

〈판결요지〉

행정처분의 무효확인 또는 취소를 구하는 소가 제소 당시에는 소의 이익이 있어 적법하였더라

도, 소송 계속 중 처분청이 다툼의 대상이 되는 행정처분을 직권으로 취소하면 그 처분은 효력을 상실하여 더 이상 존재하지 않는 것이므로, 존재하지 않는 그 처분을 대상으로 한 항고소송은 원칙적으로 소의 이익이 소멸하여 부적법하다.

다만 처분청의 직권취소에도 불구하고 완전한 원상회복이 이루어지지 않아 무효확인 또는 취소로써 회복할 수 있는 다른 권리나 이익이 남아 있거나 또는 동일한 소송 당사자 사이에서 그 행정처분과 동일한 사유로 위법한 처분이 반복될 위험성이 있어 행정처분의 위법성 확인 내지 불분명한 법률문제에 대한 해명이 필요한 경우 행정의 적법성 확보와 그에 대한 사법통제, 국민의 권리구제의 확대 등의 측면에서 예외적으로 그 처분의 취소를 구할 소의 이익을 인정할 수 있을 뿐이다.

〈선정이유〉

직권으로 처분이 취소되면 처분이 존재하지 않게 되어 이에 대한 취소를 구하는 소는 소의 이익이 없지만, 예외적으로 취소를 통해 회복되는 권리나 이익이 남아 있거나 처분의 위법성 확인이나 불분명한 법률관계를 명확히 해명할 필요가 있는 경우 소의 이익이 인정된다는 판결

328. 소의 이익 (4) : 조합설립변경인가가 있는 경

(대법원 2012. 10. 25. 선고 2010두25107 판결)

〈주제〉 도시정비사업조합설립 변경인가가 있는 경우 종전의 조합설립인가처분을 다툴 소의 이익

〈쟁점〉

[1] 행정청이 주택재건축사업조합 설립인가처분을 한 후 구 도시 및 주거환경정비법 시행령 제27조 각 호에서 정하는 경미한 사항의 변경에 대하여 조합설립 변경인가 형식으로 처분을 한 경우, 당초 조합설립인가처분을 다툴 소의 이익이 소멸하는지 여부(소극)

[2] 주택재건축사업조합이 새로 조합설립인가처분을 받는 것과 동일한 요건과 절차를 거쳐 조합설립변경인가처분을 받는 경우, 당초 조합설립인가처분의 무효확인을 구할 소의 이익이 소멸하는지 여부(원칙적 소극)

〈판결요지〉

[1] 재건축조합설립인가신청에 대한 행정청의 조합설립인가처분은 법령상 일정한 요건을 갖출 경우 주택재건축사업의 추진위원회에게 행정주체로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 가지고 있고, 구 도시 및 주거환경정비법(2009. 2. 6. 법률 제9444호로 개정되기 전의 것) 제16조 제2항은 조합설립인가처분의 내용을 변경하는 변경인가처분을 할 때에는 조합설립인가처분과 동일한 요건과 절차를 거칠 것을 요구하고 있다. 그런데 조합설립인가처분과 동일한 요건과 절차가 요구되지 않는 구 도시 및 주거환경정비법 시행령(2008. 12. 17. 대통령령 제21171호로 개정되기 전의 것) 제27조 각 호에서 정하는 경미한 사항의 변경에 대하여 행정청이 조합설립의 변경인가라는 형식으로 처분을 하였다고 하더라도, 그 성질은 당초의 조합설립인가처분과는 별개로 위 조항에서 정한 경미한 사항의 변경에 대한 신고를 수리하는 의미에 불과한 것으로 보아야 하므로, 경미

한 사항의 변경에 대한 신고를 수리하는 의미에 불과한 변경인가처분이 있다고 하더라도 설권적 처분인 조합설립인가처분을 다툴 소의 이익이 소멸된다고 볼 수는 없다.

[2] 주택재건축사업조합이 새로 조합설립인가처분을 받는 것과 동일한 요건과 절차를 거쳐 조합설립변경인가처분을 받는 경우 당초 조합설립인가처분의 유효를 전제로 당해 주택재건축사업조합이 매도청구권 행사, 시공자 선정에 관한 총회 결의, 사업시행계획의 수립, 관리처분계획의 수립 등과 같은 후속 행위를 하였다면 당초 조합설립인가처분이 무효로 확인되거나 취소될 경우 그것이 유효하게 존재하는 것을 전제로 이루어진 위와 같은 후속 행위 역시 소급하여 효력을 상실하게 되므로, 특별한 사정이 없으면 위와 같은 형태의 조합설립변경인가가 있다고 하여 당초 조합설립인가처분의 무효확인을 구할 소의 이익이 소멸된다고 볼 수는 없다.

〈선정이유〉

당초처분과 변경처분의 관계는 대상처분이 무엇인지, 변경처분 후 당초처분의 취소나 무효를 구하는 소의 이익이 있는지 등이 관건임. 주택재건축사업조합 설립인가처분 후, 경미한 사항을 변경한 경우 변경인가는 변경사항에 대한 신고를 수리하는 의미에 불과하므로 설립인가처분의 취소를 구할 소의 이익이 있고, 설립인가처분과 동일한 요건과 절차에 따라 변경인가처분을 한 경우라도 설립인가의 유효를 전제로 후속행위가 이어지므로 설립인가처분의 취소를 구할 소의 이익이 있다고 본 판결

329. 소의 이익 (5) : 임기가 만료된 학교법인의 임원

(대법원 2007. 7. 19. 선고 2006두19297 전원합의체 판결)
〈주제〉 학교법인 임원취임승인취소 처분에 대한 소의 이익

〈쟁점〉

[1] 임기가 만료된 학교법인의 이사나 감사가 후임이사나 감사의 선임시까지 종전 직무를 계속 수행할 긴급처리권이 인정되는지 여부(원칙적 적극) 및 위 긴급처리권에 후임 정식이사를 선임할 권한이 포함되는지 여부(적극)

[2] 학교법인 임원취임승인의 취소처분 후 그 임원의 임기가 만료되고 구 사립학교법 제22조 제2호 소정의 임원결격사유기간마저 경과한 경우 또는 위 취소처분에 대한 취소소송 제기 후 임시이사가 교체되어 새로운 임시이사가 선임된 경우, 위 취임승인취소처분 및 당초의 임시이사선임처분의 취소를 구할 소의 이익이 있는지 여부(적극)

〈판결요지〉

[1] 학교법인의 이사나 감사 전원 또는 그 일부의 임기가 만료되었다고 하더라도, 그 후임이사나 후임감사를 선임하지 않았거나 또는 그 후임이사나 후임감사를 선임하였다고 하더라도 그 선임결의가 무효이고 임기가 만료되지 아니한 다른 이사나 감사만으로는 정상적인 학교법인의 활동을 할 수 없는 경우, 임기가 만료된 구 이사나 감사로 하여금 학교법인의 업무를 수행케 함이 부적당하다고 인정할 만한 특별한 사정이 없는 한, 민법 제691조를 유추하여 구 이사나 감사에게는 후임이

사나 후임감사가 선임될 때까지 종전의 직무를 계속하여 수행할 긴급처리권이 인정된다고 할 것이며, 학교법인의 경우 민법상 재단법인과 마찬가지로 이사를 선임할 수 있는 권한은 이사회에 있으므로, 임기가 만료된 이사들의 참여 없이 후임 정식이사들을 선임할 수 없는 경우 임기가 만료된 이사들로서는 위 긴급처리권에 의하여 후임 정식이사들을 선임할 권한도 보유하게 된다.

[2] (가) 비록 취임승인이 취소된 학교법인의 정식이사들에 대하여 원래 정해져 있던 임기가 만료되고 구 사립학교법(2005. 12. 29. 법률 제7802호로 개정되기 전의 것) 제22조 제2호 소정의 임원결격사유기간마저 경과하였다 하더라도, 그 임원취임승인취소처분이 위법하다고 판명되고 나아가 임시이사들의 지위가 부정되어 직무권한이 상실되면, 그 정식이사들은 후임이사 선임시까지 민법 제691조의 유추적용에 의하여 직무수행에 관한 긴급처리권을 가지게 되고 이에 터잡아 후임 정식이사들을 선임할 수 있게 되는바, 이는 감사의 경우에도 마찬가지이다.

(나) 제소 당시에는 권리보호의 이익을 갖추었는데 제소 후 취소 대상 행정처분이 기간의 경과 등으로 그 효과가 소멸한 때, 동일한 소송 당사자 사이에서 동일한 사유로 위법한 처분이 반복될 위험성이 있어 행정처분의 위법성 확인 내지 불분명한 법률문제에 대한 해명이 필요하다고 판단되는 경우, 그리고 선행처분과 후행처분이 단계적인 일련의 절차로 연속하여 행하여져 후행처분이 선행처분의 적법함을 전제로 이루어짐에 따라 선행처분의 하자가 후행처분에 승계된다고 볼 수 있어 이미 소를 제기하여 다투고 있는 선행처분의 위법성을 확인하여 줄 필요가 있는 경우 등에는 행정의 적법성 확보와 그에 대한 사법통제, 국민의 권리구제의 확대 등의 측면에서 여전히 그 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다.

(다) 임시이사 선임처분에 대하여 취소를 구하는 소송의 계속중 임기만료 등의 사유로 새로운 임시이사들로 교체된 경우, 선행 임시이사 선임처분의 효과가 소멸하였다는 이유로 그 취소를 구할 법률상 이익이 없다고 보게 되면, 원래의 정식이사들로서는 계속중인 소를 취하하고 후행 임시이사 선임처분을 별개의 소로 다툴 수밖에 없게 되며, 그 별소 진행 도중 다시 임시이사가 교체되면 또 새로운 별소를 제기하여야 하는 등 무익한 처분과 소송이 반복될 가능성이 있으므로, 이러한 경우 법원이 선행 임시이사 선임처분의 취소를 구할 법률상 이익을 긍정하여 그 위법성 내지 하자의 존재를 판결로 명확히 해명하고 확인하여 준다면 위와 같은 구체적인 침해의 반복 위험을 방지할 수 있을 뿐 아니라, 후행 임시이사 선임처분의 효력을 다투는 소송에서 기판력에 의하여 최초 내지 선행 임시이사 선임처분의 위법성을 다투지 못하게 함으로써 그 선임처분을 전제로 이루어진 후행 임시이사 선임처분의 효력을 쉽게 배제할 수 있어 국민의 권리구제에 도움이 된다.

(라) 그러므로 취임승인이 취소된 학교법인의 정식이사들로서는 그 취임승인취소처분 및 임시이사 선임처분에 대한 각 취소를 구할 법률상 이익이 있고, 나아가 선행 임시이사 선임처분의 취소를 구하는 소송 도중에 선행 임시이사가 후행 임시이사로 교체되었다고 하더라도 여전히 선행 임시이사 선임처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다.

〈선정이유〉

학교법인 이사 등 임원에 대한 취임승인취소처분의 취소를 구하는 소송 도중 임원의 임기가 만료된 경우 원칙적으로 소의 이익이 없지만, 임시 이사나 후임 이사가 선임된 경우, 정식이사에 대한 승인취소처분과 임시 이사선임간의 하자의 승계나 승인취소처분취소소송의 기판력의 역할 및 무익한 소송의 반복방지 등에 비추어 임원취임승인취소처분의 취소를 구할 소의 이익이 인정된다는 판결

330. 소의 이익 (6) : 퇴학처분 이후 검정고시에 합격한 경우

(대법원 1992. 7. 14. 선고 91누4737 판결)
〈주제〉 고등학교 퇴학처분의 취소를 구할 소의 이익

〈쟁점〉

고등학교에서 퇴학처분을 당한 후 고등학교졸업학력검정고시에 합격한 경우, 퇴학처분의 취소를 구할 소의 이익 유무(적극)

〈판결요지〉

고등학교졸업이 대학입학자격이나 학력인정으로서의 의미밖에 없다고 할 수 없으므로 고등학교 졸업학력검정고시에 합격하였다 하여 고등학교 학생으로서의 신분과 명예가 회복될 수 없는 것이니 퇴학처분을 받은 자로서는 퇴학처분의 위법을 주장하여 그 취소를 구할 소송상의 이익이 있다.

〈선정이유〉

처분 후 사정변경으로 이익침해가 해소된 경우 소의 이익이 인정되지 않지만, 고등학교 졸업검정고시합격으로 인해 고등학교 학생으로 신분과 명예가 회복될 수 없으므로 검정고시에 합격했다 하더라도 고등학교 퇴학처분의 취소를 구할 소의 이익이 있다는 판결

331. 소의 이익 (7) : 원상회복이 불가능한 경우

(대법원 1992. 4. 24. 선고 91누11131 판결)
〈주제〉 건축공사가 완료된 이후 건축허가의 취소를 구할 소의 이익

〈쟁점〉

[1] 위법한 행정처분을 취소한다 하더라도 그 원상회복이 불가능한 경우 그 취소를 구할 소의 이익 유무(소극)

[2] 건축허가가 건축법 소정의 이격거리를 두지 아니하고 건축물을 건축하도록 되어 있어 위법하다 하더라도 이미 건축공사가 완료되었다면 인접한 대지의 소유자로서는 위 건축허가처분의 취소를 구할 소의 이익이 없다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 위법한 행정처분의 취소를 구하는 소는 위법한 처분에 의하여 발생한 위법상태를 배제하여 원상으로 회복시키고 그 처분으로 침해되거나 방해받은 권리와 이익을 보호 구제하고자 하는 소송이므로 비록 그 위법한 처분을 취소한다 하더라도 원상회복이 불가능한 경우에는 그 취소를 구할 이익이 없다.

[2] 건축허가가 건축법 소정의 이격거리를 두지 아니하고 건축물을 건축하도록 되어 있어 위법하

다 하더라도 그 건축허가에 기하여 건축공사가 완료되었다면 그 건축허가를 받은 대지와 접한 대지의 소유자인 원고가 위 건축허가처분의 취소를 받아 이격거리를 확보할 단계는 지났으며 민사소송으로 위 건축물 등의 철거를 구하는 데 있어서도 위 처분의 취소가 필요한 것이 아니므로 원고로서는 위 처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다고 한 사례.

〈선정이유〉

건축물간 이격거리 위반 등을 이유로 위법한 건축허가가 취소된 경우, 허가가 없는 것이 되므로 수허가자는 건축을 할 수 없으나, 이미 공사가 완공된 경우에는 허가가 취소된다고 하더라도 이격거리 확보에 관한 원고의 이익은 회복될 수 없고, 나아가 원고는 행정청에게 존재하는 건축물의 철거를 구할 수 없으며(대법원 1987.5.12. 선고 87누98 판결), 건축주를 상대로 민사상 건물철거를 구하기 위해 건축허가가 필요한 것도 아니므로 건축허가 취소를 구할 소의 이익이 없다는 판결

332. 소의 이익 (8) : 원상회복이 불가능한 경우

(대법원 2016. 8. 30. 선고 2015두60617 판결)
〈주제〉 원상회복이 불가능한 경우 처분의 취소를 구할 소의 이익

〈쟁점〉

갑 도지사가 도에서 설치·운영하는 을 지방의료원을 폐업하겠다는 결정을 발표하고 그에 따라 폐업을 위한 일련의 조치가 이루어진 후 을 지방의료원을 해산한다는 내용의 조례를 공포하고 을 지방의료원의 청산절차가 마쳐진 사안에서, 갑 도지사의 폐업결정은 항고소송의 대상에 해당하지만 취소를 구할 소의 이익을 인정하기 어렵다고 한 사례

〈판결요지〉

갑 도지사가 도에서 설치·운영하는 을 지방의료원을 폐업하겠다는 결정을 발표하고 그에 따라 폐업을 위한 일련의 조치가 이루어진 후 을 지방의료원을 해산한다는 내용의 조례를 공포하고 을 지방의료원의 청산절차가 마쳐진 사안에서, 지방의료원의 설립·통합·해산은 지방자치단체의 조례로 결정할 사항이므로, 도가 설치·운영하는 을 지방의료원의 폐업·해산은 도의 조례로 결정할 사항인 점 등을 종합하면, 갑 도지사의 폐업결정은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력 행사로서 입원환자들과 소속 직원들의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 것이므로 항고소송의 대상에 해당하지만, 폐업결정 후 을 지방의료원을 해산한다는 내용의 조례가 제정·시행되었고 조례가 무효라고 볼 사정도 없어 을 지방의료원을 폐업 전의 상태로 되돌리는 원상회복은 불가능하므로 법원이 폐업결정을 취소하더라도 단지 폐업결정이 위법함을 확인하는 의미밖에 없고, 폐업결정의 취소로 회복할 수 있는 다른 권리나 이익이 남아있다고 보기도 어려우므로, 갑 도지사의 폐업결정이 법적으로 권한 없는 자에 의하여 이루어진 것으로서 위법하더라도 취소를 구할 소의 이익을 인정하기 어렵다고 한 사례.

〈선정이유〉

폐업결정 후, 후속조치로 폐업을 위한 일련의 조치, 조례의 제정·시행, 청산절차 등이 진행된 경우, 폐업결정을 취소하더라도 폐업결정이 위법하다는 것을 확인하는 것에 불과할 뿐 원상회복이 불가능하므로 소의 이익이 없다는 판결

333. 소의 이익 (9) : 원상회복이 불가능하더라도 취소를 구할 이익이 잔존하는 경우

(대법원 2002. 1. 11. 선고 2000두3306 판결)

〈주제〉 공장건물이 멸실된 이후 공장등록취소처분의 취소를 구할 소의 이익

〈쟁점〉

[1] 공장건물의 멸실 여부에 불구하고 그 공장등록취소처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있는 경우

[2] 공장등록이 취소된 후 그 공장시설물이 철거되었다 하더라도 대도시 안의 공장을 지방으로 이전할 경우 조세특례제한법상의 세액공제 및 소득세 등의 감면혜택이 있고, 공업배치및공장설립에 관한법률상의 간이한 이전절차 및 우선 입주의 혜택이 있는 경우, 그 공장등록취소처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 일반적으로 공장등록이 취소된 후 그 공장 시설물이 어떠한 경위로든 철거되어 다시 복구 등을 통하여 공장을 운영할 수 없는 상태라면 이는 공장등록의 대상이 되지 아니하므로 외형상 공장등록취소행위가 잔존하고 있다고 하여도 그 처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다 할 것이나, 위와 같은 경우에도 유효한 공장등록으로 인하여 공장등록에 관한 당해 법률이나 다른 법률에 의하여 보호되는 직접적·구체적 이익이 있다면, 당사자로서는 공장건물의 멸실 여부에 불구하고 그 공장등록취소처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있다.

[2] 공장등록이 취소된 후 그 공장시설물이 철거되었다 하더라도 대도시 안의 공장을 지방으로 이전할 경우 조세특례제한법상의 세액공제 및 소득세 등의 감면혜택이 있고, 공업배치및공장설립에 관한법률상의 간이한 이전절차 및 우선 입주의 혜택이 있는 경우, 그 공장등록취소처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있다고 한 사례.

〈선정이유〉

공장건물이 멸실되어 공장을 운영할 수 없게 된 경우 형식상 공장등록취소행위가 존재하더라도 원칙적으로 취소를 구할 소의 이익이 없으나, 관련 법령에 따라 설비투자에 대한 감면혜택이나 다른 곳에 공장을 설치할 경우 간이한 이전절차 및 우선입주 등의 보호되는 직접적·구체적 이익이 있다면 소의 이익이 인정된다는 판결

334. 소의 이익 (10) : 위법한 행정처분의 반복가능성

(대법원 2014. 2. 13. 선고 2013두20899 판결)
〈주제〉 위법한 행정처분이 반복될 가능성이 있는 경우 소의 이익

〈쟁점〉

교도소장이 수형자 갑을 '접견내용 녹음·녹화 및 접견 시 교도관 참여대상자'로 지정하였다가 취소소송 계속 중 그 지정행위를 취소한 경우 소의 이익이 인정되기 위한 요건

〈판결요지〉

[1] 교도소장이 수형자 갑을 '접견내용 녹음·녹화 및 접견 시 교도관 참여대상자'로 지정한 사안에서, 위 지정행위는 수형자의 구체적 권리의무에 직접적 변동을 가져오는 행정청의 공법상 행위로서 항고소송의 대상이 되는 '처분'에 해당한다고 본 원심판단을 정당한 것으로 수긍한 사례

[2] 비록 피고가 이 사건 제1심판결 선고 이후 원고를 위 '접견내용 녹음·녹화 및 접견 시 교도관 참여대상자'에서 해제하기는 하였지만 앞으로도 원고에게 위와 같은 포괄적 접견제한처분을 할 염려가 있는 것으로 예상된다는 이유로 소의 이익을 인정한 사례

〈선정이유〉

특별신분관계에 있는 수형자의 지위, 공권력적 사실행위로서의 지정행위의 성격 즉 그 지정행위가 과거 오랜 기간 지속되어 왔고 그 수인강제의 성격을 갖는다는 점들이 고려되어 지정해제 이후에도 위법한 행정처분이 반복될 가능성이 있다고 본 판결

335. 소의 이익 (11) : 강학상 인가와 기본행위의 하자

(대법원 2002. 5. 24. 선고 2000두3641 판결)
〈주제〉 기본행위의 하자를 이유로 인가처분의 취소를 구할 소의 이익

〈쟁점〉

기본행위인 임시이사들에 의한 이사선임결의의 내용 및 그 절차에 하자가 있다는 이유로 이사선임결의의 효력에 관하여 다툼이 있는 경우, 그 보충행위인 임원취임승인처분의 무효확인이나 그 취소를 구할 법률상 이익이 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

기본행위인 이사선임결의가 적법·유효하고 보충행위인 승인처분 자체에만 하자가 있다면 그 승인처분의 무효확인이나 그 취소를 주장할 수 있지만, 이 사건 임원취임승인처분에 대한 무효확인이나 그 취소의 소처럼 기본행위인 임시이사들에 의한 이사선임결의의 내용 및 그 절차에 하자가 있다는 이유로 이사선임결의의 효력에 관하여 다툼이 있는 경우에는 민사쟁송으로서 그 기본행위에

해당하는 위 이사선임결의의 무효확인을 구하는 등의 방법으로 분쟁을 해결할 것이지 그 이사선임결의에 대한 보충적 행위로서 그 자체만으로는 아무런 효력이 없는 승인처분만의 무효확인이나 그 취소를 구하는 것은 특단의 사정이 없는 한 분쟁해결의 유효적절한 수단이라 할 수 없으므로, 임원취임승인처분의 무효확인이나 그 취소를 구할 법률상 이익이 없다.

〈선정이유〉

강학상 인가(승인처분)는 보충행위로서 그 자체에 하자가 없다면 기본행위인 법률행위(이사선임결의)에 하자가 있더라도 그것을 이유로 인가처분의 무효확인이나 취소를 구할 협의의 소익이 없다는 다수설과 판례의 일관된 입장을 잘 보여주는 판결

336. 소의 이익 (12) : 사업양도에 따른 지위승계 신고수리처분

(대법원 2005. 12. 23. 선고 2005두3554 판결)

〈주제〉 사업양도·양수에 따른 허가관청의 지위승계 신고수리처분을 다툴 소의 이익

〈쟁점〉

사업의 양도행위가 무효라고 주장하는 양도자가 양도·양수행위의 무효를 구함이 없이 사업양도·양수에 따른 허가관청의 지위승계 신고수리처분의 무효확인을 구할 법률상 이익이 있는지 여부(적극)

〈판결요지〉

사업양도·양수에 따른 허가관청의 지위승계신고의 수리는 적법한 사업의 양도·양수가 있었음을 전제로 하는 것이므로 그 수리대상인 사업양도·양수가 존재하지 아니하거나 무효인 때에는 수리를 하였다 하더라도 그 수리는 유효한 대상이 없는 것으로서 당연히 무효라 할 것이고, 사업의 양도행위가 무효라고 주장하는 양도자는 민사쟁송으로 양도·양수행위의 무효를 구함이 없이 막바로 허가관청을 상대로 하여 행정소송으로 위 신고수리처분의 무효확인을 구할 법률상 이익이 있다.

〈선정이유〉

영업자지위승계신고의 수리는 강학상 인가와 본질을 달리하므로 전제인 사업양도·양수가 무효인 경우 바로 허가관청의 지위승계신고의 수리처분의 무효확인을 구할 협의의 소익이 있다는 판결

337. 소의 이익 (13) : 거부처분에 대한 취소재결

(대법원 2017. 10. 31. 선고 2015두45045 판결)

〈주제〉 거부처분 취소재결의 취소를 구할 소의 이익

〈쟁점〉

당사자의 신청을 받아들이지 않은 거부처분이 재결에서 취소된 경우, 재결의 취소를 구할 법률상 이익이 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

행정청이 한 처분 등의 취소를 구하는 소송은 처분에 의하여 발생한 위법 상태를 배제하여 원래 상태로 회복시키고 처분으로 침해된 권리나 이익을 구제하고자 하는 것이다. 따라서 해당 처분 등의 취소를 구하는 것보다 실효적이고 직접적인 구제수단이 있음에도 처분 등의 취소를 구하는 것은 특별한 사정이 없는 한 분쟁해결의 유효적절한 수단이라고 할 수 없어 법률상 이익이 있다고 할 수 없다.

그런데 당사자의 신청을 받아들이지 않은 거부처분이 재결에서 취소된 경우에 행정청은 종전 거부처분 또는 재결 후에 발생한 새로운 사유를 내세워 다시 거부처분을 할 수 있다. 그 재결의 취지에 따라 이전의 신청에 대하여 다시 어떠한 처분을 하여야 할지는 처분을 할 때의 법령과 사실을 기준으로 판단하여야 하기 때문이다. 또한 행정청이 재결에 따라 이전의 신청을 받아들이는 후속처분을 하였더라도 후속처분이 위법한 경우에는 재결에 대한 취소소송을 제기하지 않고도 곧바로 후속처분에 대한 항고소송을 제기하여 다툴 수 있다. 나아가 거부처분을 취소하는 재결이 있더라도 그에 따른 후속처분이 있기까지는 제3자의 권리나 이익에 변동이 있다고 볼 수 없고 후속처분 시에 비로소 제3자의 권리나 이익에 변동이 발생하며, 재결에 대한 항고소송을 제기하여 재결을 취소하는 판결이 확정되더라도 그와 별도로 후속처분이 취소되지 않는 이상 후속처분으로 인한 제3자의 권리나 이익에 대한 침해 상태는 여전히 유지된다. 이러한 점들을 종합하면, 거부처분이 재결에서 취소된 경우 재결에 따른 후속처분이 아니라 그 재결의 취소를 구하는 것은 실효적이고 직접적인 권리구제수단이 될 수 없어 분쟁해결의 유효적절한 수단이라고 할 수 없으므로 법률상 이익이 없다.

〈선정이유〉

취소소송은 처분의 취소판결을 통해 실효적이고 직접적인 권리구제수단이 되어 분쟁해결의 유효적절한 수단이 되어야 한다는 협의의 소익의 원칙을 거부처분 취소재결에 대한 취소소송에서 협의의 소익 부정을 통하여 보여준 판결

338. 소의 이익 (14) : 경원관계에서 탈락한 경원자

(대법원 2015. 10. 29. 선고 2013두27517 판결)

〈주제〉 경원관계에서 탈락한 경원자가 자신에 대한 거부처분의 취소를 구할 소의 이익

〈쟁점〉

인가·허가 등 수익적 행정처분을 신청한 여러 사람이 서로 경원관계에 있는 경우, 허가 등 처분을 받지 못한 사람이 자신에 대한 거부처분의 취소를 구할 원고적격과 소의 이익이 있는지 여부(원칙적 적극)

〈판결요지〉

인가·허가 등 수익적 행정처분을 신청한 여러 사람이 서로 경원관계에 있어서 한 사람에 대한 허가 등 처분이 다른 사람에 대한 불허가 등으로 귀결될 수밖에 없을 때 허가 등 처분을 받지 못한 사람은 신청에 대한 거부처분의 직접 상대방으로서 원칙적으로 자신에 대한 거부처분의 취소를 구할 원고적격이 있고, 취소판결이 확정되는 경우 판결의 직접적인 효과로 경원자에 대한 허가 등 처분이 취소되거나 효력이 소멸되는 것은 아니더라도 행정청은 취소판결의 기속력에 따라 판결에서 확인된 위법사유를 배제한 상태에서 취소판결의 원고와 경원자의 각 신청에 관하여 처분요건의 구비 여부와 우열을 다시 심사하여야 할 의무가 있으며, 재심사 결과 경원자에 대한 수익적 처분이 직권취소되고 취소판결의 원고에게 수익적 처분이 이루어질 가능성을 완전히 배제할 수는 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 경원관계에서 허가 등 처분을 받지 못한 사람은 자신에 대한 거부처분의 취소를 구할 소의 이익이 있다.

〈선정이유〉

경원자관계에서 허가 등 처분을 받지 못한 원고가 경원자에 대한 허가 등 처분의 취소소송이나 무효확인소송을 제기하여 구제받을 수 있을 뿐만 아니라, 자신의 신청에 대한 거부처분에 대한 취소소송을 통해 신청의 재심사와 그것을 통한 신청인용의 가능성을 인정받을 수도 있음을 확인한 판결

339. 소의 이익 (15) : 무효확인소송에서 소의 이익(보충성)

(대법원 2008. 3. 20. 선고 2007두6342 전원합의체 판결)
〈주제〉 행정처분의 무효확인을 구할 소의 이익

〈쟁점〉

행정소송법 제35조에 규정된 '무효확인을 구할 법률상 이익'이 있는지를 판단할 때 행정처분의 무효를 전제로 한 이행소송 등과 같은 직접적인 구제수단이 있는지를 따져보아야 하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

행정소송은 행정청의 위법한 처분 등을 취소·변경하거나 그 효력 유무 또는 존재 여부를 확인함으로써 국민의 권리 또는 이익의 침해를 구제하고 공법상의 권리관계 또는 법 적용에 관한 다툼을 적정하게 해결함을 목적으로 하므로, 대등한 주체 사이의 사법상 생활관계에 관한 분쟁을 심판대상으로 하는 민사소송과는 목적, 취지 및 기능 등을 달리한다. 또한 행정소송법 제4조에서는 무효확인소송을 항고소송의 일종으로 규정하고 있고, 행정소송법 제38조 제1항에서는 처분 등을 취소하는 확정판결의 기속력 및 행정청의 재처분 의무에 관한 행정소송법 제30조를 무효확인소송에도 준용하고 있으므로 무효확인판결 자체만으로도 실효성을 확보할 수 있다. 그리고 무효확인소송의 보충성을 규정하고 있는 외국의 일부 입법례와는 달리 우리나라 행정소송법에는 명문의 규정이 없어 이로 인한 명시적 제한이 존재하지 않는다. 이와 같은 사정을 비롯하여 행정에 대한 사법통제, 권

익구제의 확대와 같은 행정소송의 기능 등을 종합하여 보면, 행정처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우에는 행정소송법 제35조에 규정된 '무효확인을 구할 법률상 이익'이 있다고 보아야 하고, 이와 별도로 무효확인소송의 보충성이 요구되는 것은 아니므로 행정처분의 무효를 전제로 한 이행소송 등과 같은 직접적인 구제수단이 있는지 여부를 따질 필요가 없다고 해석함이 상당하다.

[대법관 이홍훈의 보충의견]

무효확인소송의 보충성 인정의 문제는 행정소송법 제35조에 규정된 '무효확인을 구할 법률상 이익'의 해석론에 관한 것으로서 행정소송의 특수성, 무효확인소송의 법적 성질 및 무효확인판결의 실효성, 외국의 입법례, 무효확인소송의 남소 가능성 및 권익구제 강화 등의 측면에서 볼 때, 무효확인소송의 보충성을 요구하지 않는 것이 행정소송의 목적을 달성할 수 있고 소송경제 등의 측면에서도 타당하며 항고소송에서 소의 이익을 확대하고 있는 대법원 판례의 경향에도 부합한다.

〈선정이유〉

무효확인소송의 보충성을 요구하던 종전 판례입장을 변경한 판결

340. 피고적격 (1)

(대법원 1994. 8. 12. 선고 94누2763 판결)

〈주제〉 내부위임을 받은 하급행정청이 그 명의로 한 행정처분에 대한 항고소송에서 피고적격

〈쟁점〉

내부위임을 받은 데 불과한 하급행정청이 권한 없이 한 행정처분에 대한 행정소송의 피고적격

〈판결요지〉

행정처분의 취소 또는 무효확인을 구하는 행정소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분을 행한 행정청을 피고로 하여야 하며, 행정처분을 행할 적법한 권한 있는 상급행정청으로부터 내부위임을 받은 데 불과한 하급행정청이 권한 없이 행정처분을 한 경우에도 실제로 그 처분을 행한 하급행정청을 피고로 하여야 할 것이지 그 처분을 행할 적법한 권한 있는 상급행정청을 피고로 할 것은 아니다.

〈선정이유〉

권한의 내부위임의 경우 원칙적으로 수임기관은 위임기관의 명의로 처분을 하고 그 처분에 대한 취소소송의 경우 피고도 위임기관이 되는 것이나, 수임기관이 자기명의로 처분을 한 경우 대외적으로 표시된 자는 수임기관이므로 그를 피고적격자로 하여 국민의 피고적격 혼동을 피하고자 하는 경향을 보여주는 판결

341. 피고적격 (2)

(대법원 2007. 8. 23. 선고 2005두3776 판결)
〈주제〉 권한의 위임·위탁의 경우 피고적격

〈쟁점〉

에스에이치공사가 택지개발사업 시행자인 서울특별시장으로부터 이주대책 수립권한을 포함한 택지개발사업에 따른 권한을 위임 또는 위탁받은 경우, 위 공사 명의로 이루어진 이주대책에 관한 처분에 대한 취소소송의 정당한 피고는 위 공사라고 한 사례

〈판결요지〉

에스에이치공사가 택지개발사업 시행자인 서울특별시장으로부터 이주대책 수립권한을 포함한 택지개발사업에 따른 권한을 위임 또는 위탁받은 경우, 이주대책 대상자들이 에스에이치공사 명의로 이루어진 이주대책에 관한 처분에 대한 취소소송을 제기함에 있어 정당한 피고는 에스에이치공사가 된다고 한 사례.

〈선정이유〉

「지방자치법」(현 제104조 제2항)과 조례, 대행계약서 등의 내용에 따라 행정권한이 위 SH공사에 위임된 경우 현실적으로 처분을 한 수임기관인 SH공사가 피고적격자라고 하여 행정소송법 제2조 제2항의 취지를 잘 보여준 판결

342. 피고적격 (3)

(대법원 2014. 9. 26. 선고 2013두2518 판결)
〈주제〉 처분청과 처분을 통지한 기관이 다른 경우 피고적격

〈쟁점〉

[1] 망인에게 수여된 서훈을 취소하는 경우, 유족이 서훈취소 처분의 상대방이 되는지 여부(소극) 및 망인에 대한 서훈취소 결정의 효력이 발생하기 위한 요건

[2] 국무회의에서 건국훈장 독립장이 수여된 망인에 대한 서훈취소를 의결하고 대통령이 결재함으로써 서훈취소가 결정된 후 국가보훈처장이 망인의 유족 갑에게 '독립유공자 서훈취소결정 통보'를 하자 갑이 국가보훈처장을 상대로 서훈취소결정의 무효 확인 등의 소를 제기한 사안에서, 위 소는 피고를 잘못 지정하였다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 헌법 제11조 제3항과 구 상훈법(2011. 8. 4. 법률 제10985호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제2조, 제33조, 제34조, 제39조의 규정 취지에 의하면, 서훈은 서훈대상자의 특별한 공적에

의하여 수여되는 고도의 일신전속적 성격을 가지는 것이다. 나아가 서훈은 단순히 서훈대상자 본인에 대한 수혜적 행위로서의 성격만을 가지는 것이 아니라, 국가에 뚜렷한 공적을 세운 사람에게 영예를 부여함으로써 국민 일반에 대하여 국가와 민족에 대한 자긍심을 높이고 국가적 가치를 통합·제시하는 행위의 성격도 있다. 서훈의 이러한 특수성으로 말미암아 상훈법은 일반적인 행정행위와 달리 사망한 사람에 대하여도 그의 공적을 영예의 대상으로 삼아 서훈을 수여할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 그러한 경우에도 서훈은 어디까지나 서훈대상자 본인의 공적과 영예를 기리기 위한 것이므로 비록 유족이라고 하더라도 제3자는 서훈수여 처분의 상대방이 될 수 없고, 구 상훈법 제33조, 제34조 등에 따라 망인을 대신하여 단지 사실행위로서 훈장 등을 교부받거나 보관할 수 있는 지위에 있을 뿐이다. 이러한 서훈의 일신전속적 성격은 서훈취소의 경우에도 마찬가지이므로, 망인에게 수여된 서훈의 취소에서도 유족은 그 처분의 상대방이 되는 것이 아니다.

이와 같이 망인에 대한 서훈취소는 유족에 대한 것이 아니므로 유족에 대한 통지에 의해서만 성립하여 효력이 발생한다고 볼 수 없고, 그 결정이 처분권자의 의사에 따라 상당한 방법으로 대외적으로 표시됨으로써 행정행위로서 성립하여 효력이 발생한다고 봄이 타당하다.

[2] 국무회의에서 건국훈장 독립장이 수여된 망인에 대한 서훈취소를 의결하고 대통령이 결재함으로써 서훈취소가 결정된 후 국가보훈처장이 망인의 유족 갑에게 '독립유공자 서훈취소결정 통보'를 하자 갑이 국가보훈처장을 상대로 서훈취소결정의 무효 확인 등의 소를 제기한 사안에서, 갑이 서훈취소 처분을 행한 행정청(대통령)이 아니라 국가보훈처장을 상대로 제기한 위 소는 피고를 잘못 지정한 경우에 해당하므로, 법원으로서는 석명권을 행사하여 정당한 피고로 경정하게 하여 소송을 진행해야 함에도 국가보훈처장이 서훈취소 처분을 한 것을 전제로 처분의 적법 여부를 판단한 원심판결에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례.

〈선정이유〉

국무회의에서 건국훈장 독립장이 수여된 망인에 대한 서훈취소를 의결하고 대통령이 결재함으로써 서훈취소가 결정된 후 국가보훈처장이 망인의 유족 갑에게 '독립유공자 서훈취소결정 통보'를 한 경우, 통보기관일 뿐인 국가보훈처장이 아니라 서훈취소 처분을 행한 대통령에게 피고적격이 있다는 판결

343. 제소기간 (1)

(대법원 2019. 8. 9. 선고 2019두38656 판결)

〈주제〉 처분의 효력이 발생하기 전에 제기한 취소소송의 제소기간

〈쟁점〉

[1] 상대방 있는 행정처분은 상대방에게 고지되어야 효력이 발생하는지 여부(원칙적 적극) 및 상대방 있는 행정처분이 상대방에게 고지되지 않았으나 상대방이 다른 경로를 통해 행정처분의 내용을 알게 된 경우, 행정처분의 효력이 발생하는지 여부(소극)

[2] 취소소송의 제소기간 기산점으로 행정소송법 제20조 제1항이 정한 '처분 등이 있음을 안 날'과 같은 조 제2항이 정한 '처분 등이 있은 날'의 의미 및 이러한 법리가 행정심판의 청구기간에

관해서도 마찬가지로 적용되는지 여부(적극)

〈판결요지〉

[1] 상대방 있는 행정처분은 특별한 규정이 없는 한 의사표시에 관한 일반법리에 따라 상대방에게 고지되어야 효력이 발생하고, 상대방 있는 행정처분이 상대방에게 고지되지 아니한 경우에는 상대방이 다른 경로를 통해 행정처분의 내용을 알게 되었다고 하더라도 행정처분의 효력이 발생한다고 볼 수 없다.

[2] 취소소송의 제소기간 기산점으로 행정소송법 제20조 제1항이 정한 '처분 등이 있음을 안 날'은 유효한 행정처분이 있음을 안 날을, 같은 조 제2항이 정한 '처분 등이 있은 날'은 그 행정처분의 효력이 발생한 날을 각 의미한다. 이러한 법리는 행정심판의 청구기간에 관해서도 마찬가지로 적용된다.

[3] 피고가 인터넷 홈페이지에 처분의 결정 내용을 게시한 것만으로는 행정절차법 제14조에서 정한 바에 따라 송달이 이루어졌다고 볼 수 없고, 원고가 그 홈페이지에 접속하여 결정 내용을 확인하여 알게 되었다고 하더라도 마찬가지이다. 또한 피고가 이 사건 처분서를 행정절차법 제14조 제1항에 따라 원고 또는 그 대리인의 주소·거소(거소)·영업소·사무소로 송달하였다거나 같은 조 제3항 또는 제4항에서 정한 요건을 갖추어 정보통신망을 이용하거나 혹은 관보, 공보, 게시판, 일간신문 중 하나 이상에 공고하고 인터넷에도 공고하는 방법으로 송달하였다는 점에 관한 주장·증명도 없다. 따라서 처분이 상대방인 원고에게 고지되어 효력이 발생하였다고 볼 수 없으므로, 이에 관하여 구 공무원연금법 제80조 제2항에서 정한 심사청구기간이나 행정소송법 제20조 제1항, 제2항에서 정한 취소소송의 제소기간이 진행한다고 볼 수 없다.

〈선정이유〉

상대방 있는 행정처분은 특별한 규정이 없는 한 의사표시에 관한 일반법리에 따라 상대방에게 고지되어야 효력이 발생하고, 그 고지가 없는 상태에서 다른 경로로 그 상대방이 알게 되었다고 하여도 처분의 효력이 발생하는 것이 아니므로 취소소송의 제소기간이 진행한다고 볼 수 없다고 함으로써, 제소기간에 관한 행정소송법 제20조 제1항의 '처분등이 있음을 안 날'과 제2항의 '처분등이 있은 날'의 의미를 밝힌 판결

344. 제소기간 (2)

(대법원 2007. 6. 14. 선고 2004두619 판결)

〈주제〉 고시 또는 공고에 의한 행정처분에 대한 취소소송에서 제소기간 기산일

〈쟁점〉

고시 또는 공고에 의하여 행정처분을 하는 경우, 그에 대한 취소소송 제소기간의 기산일(=고시 또는 공고의 효력발생일)

〈판결요지〉

통상 고시 또는 공고에 의하여 행정처분을 하는 경우에는 그 처분의 상대방이 불특정 다수인이고 그 처분의 효력이 불특정 다수인에게 일률적으로 적용되는 것이므로, 그 행정처분에 이해관계를 갖는 자가 고시 또는 공고가 있었다는 사실을 현실적으로 알았는지 여부에 관계없이 고시가 효력을 발생하는 날 행정처분이 있음을 알았다고 보아야 한다.

인터넷 웹사이트에 대하여 구 청소년보호법에 따른 청소년유해매체물 결정 및 고시처분을 한 사안에서, 위 결정은 이해관계인이 고시가 있었음을 알았는지 여부에 관계없이 관보에 고시됨으로써 효력이 발생하고, 그가 위 결정을 통지받지 못하였다는 것이 제소기간을 준수하지 못한 것에 대한 정당한 사유가 될 수 없다고 한 사례.

〈선정이유〉

고시 또는 공고에 의하여 행정처분을 하는 경우 그 행정처분에 이해관계를 갖는 자가 고시 또는 공고가 있었다는 사실을 현실적으로 알았는지 여부에 관계없이 고시가 효력을 발생하는 날 행정처분이 있음을 알았다고 보아야 한다고 하여 처분의 상대방이 불특정 상대방인 경우 제소기간의 불안정성을 방지하고자 한 판결

345. 제소기간 (3)

(대법원 2004. 11. 25. 선고 2004두7023 판결)

〈주제〉 소의 변경이 있는 경우 새로운 소에 대한 제소기간 준수여부 기준시점

〈쟁점〉

취소소송에 있어서 소의 변경이 있는 경우, 새로운 소에 대한 소 제기기간 준수 여부의 기준시점(=소 변경시)

〈판결요지〉

[1] 취소소송은 처분 등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 하고, 처분 등이 있은 날부터 1년을 경과하면 제기하지 못하며(행정소송법 제20조 제1항, 제2항), 청구취지를 변경하여 구 소가 취하되고 새로운 소가 제기된 것으로 변경되었을 때에 새로운 소에 대한 제소기간의 준수 등은 원칙적으로 소의 변경이 있은 때를 기준으로 하여야 한다.

[2] 원고가 2002. 6. 26.자 처분인 이 사건 제2처분의 취소를 구하는 소를 제소기간 내에 제기하였다가 2002. 9. 9. 제1심에서 2000. 8. 5.자 처분인 이 사건 제1처분의 취소를 구하는 것으로 청구취지를 교환적으로 변경하였고, 2003. 9. 23. 원심에서 다시 청구취지를 교환적으로 변경하여 이 사건 제1처분의 실효확인과 제2처분의 취소를 선택적으로 청구하는 경우, 위 2003. 9. 23.자 청구취지의 변경은 원고가 이 사건 제2처분이 있음을 안 날로부터 90일, 그 처분이 있은 날로부터 1년을 경과한 후에 이루어진 것임이 역수상 명백하므로 이 사건 소 중 이 사건 제2처분에 관한 취소청구 부분의 소는 제소기간을 준수하지 못하여 부적법하다고 본 사례.

〈선정이유〉

취소소송에서 청구취지를 변경하여 구 소가 취하되고 새로운 소가 제기된 것으로 변경되었을 때에 새로운 소에 대한 제소기간의 준수 등은 원칙적으로 소의 변경이 있은 때를 기준으로 하여야 한다고 하여 소 변경 시 제소기간의 기준시점을 명확히 한 판결

346. 제소기간 (4)

(대법원 2014. 4. 24. 선고 2013두10809 판결)

〈주제〉 행정소송법 제20조 제1항에서 말하는 '행정심판'의 의미

〈쟁점〉

행정소송법 제20조 제1항에서 말하는 '행정심판'의 의미

〈판결요지〉

[1] 행정소송법 제20조 제1항에 따르면, 취소소송은 처분 등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 하는데, 행정심판청구를 할 수 있는 경우에 행정심판청구가 있은 때의 기간은 재결서의 정본을 송달받은 날부터 기산한다. 이처럼 취소소송의 제소기간을 제한함으로써 처분 등을 둘러싼 법률관계의 안정과 신속한 확정을 도모하려는 입법 취지에 비추어 볼 때, 여기서 말하는 '행정심판'은 행정심판법에 따른 일반행정심판과 이에 대한 특례로서 다른 법률에서 사안의 전문성과 특수성을 살리기 위하여 특히 필요하여 일반행정심판을 갈음하는 특별한 행정불복절차를 정한 경우의 특별행정심판(행정심판법 제4조)을 뜻한다.

[2] 갑 광역시 교육감이 공공감사에 관한 법률(이하 '공공감사법'이라 한다) 등에 따라 을 학교법인이 운영하는 병 고등학교에 대한 특정감사를 실시한 후 병 학교의 학교장과 직원에 대하여 징계(해임)를 요구하는 처분을 하였는데, 을 법인이 위 처분에 대한 이의신청을 하였다가 기각되자 위 처분의 취소를 구하는 소를 제기한 사안에서, 공공감사법상의 재심의신청 및 구 갑 광역시교육청 행정감사규정상의 이의신청은 자체감사를 실시한 중앙행정기관 등의 장으로 하여금 감사결과나 그에 따른 요구사항의 적법·타당 여부를 스스로 다시 심사하도록 한 절차로서 행정심판을 거친 경우의 제소기간의 특례가 적용될 수 없다고 보고, 이의신청에 대한 결과통지일이 아니라 을 법인이 위 처분이 있음을 알았다고 인정되는 날부터 제소기간을 기산하여 위 소가 제소기간의 도과로 부적법하다고 본 원심판단을 정당하다고 한 사례.

〈선정이유〉

행정심판선정이청구를 할 수 있는 경우에 행정심판청구가 있은 때의 제소기간은 재결서의 정본을 송달받은 날부터 기산하도록 하고 있는 행정소송법 제20조 제1항에서 말하는 '행정심판'의 의미에 관한 판결

347. 제소기간 (5)

(대법원 2007. 4. 27. 선고 2004두9302 판결)

〈주제〉 변경명령재결에 따라 당초 처분을 영업자에게 유리하게 변경하는 처분을 한 경우 제소기간의 판단 기준

〈쟁점〉

행정청이 식품위생법령에 따라 영업자에게 행정제재처분을 한 후 당초 처분을 영업자에게 유리하게 변경하는 처분을 한 경우, 취소소송의 대상 및 제소기간 판단 기준이 되는 처분(=당초 처분)

〈판결요지〉

[1] 행정청이 식품위생법령에 따라 영업자에게 행정제재처분을 한 후 그 처분을 영업자에게 유리하게 변경하는 처분을 한 경우, 변경처분에 의하여 당초 처분은 소멸하는 것이 아니고 당초부터 유리하게 변경된 내용의 처분으로 존재하는 것이므로, 변경처분에 의하여 유리하게 변경된 내용의 행정제재가 위법하다 하여 그 취소를 구하는 경우 그 취소소송의 대상은 변경된 내용의 당초 처분이지 변경처분은 아니고, 제소기간의 준수 여부도 변경처분이 아닌 변경된 내용의 당초 처분을 기준으로 판단하여야 한다.

[2] 피고는 2002. 12. 26. 원고에 대하여 3월의 영업정지처분이라는 이 사건 당초처분을 하였고, 이에 대하여 원고가 행정심판청구를 하자 재결청은 2003. 3. 6. "피고가 2002. 12. 26. 원고에 대하여 한 3월의 영업정지처분을 2월의 영업정지에 갈음하는 과징금부과처분으로 변경하라"는 일부기각(일부인용)의 이행재결을 하였으며, 2003. 3. 10. 그 재결서 정본이 원고에게 도달한 사실, 피고는 위 재결취지에 따라 2003. 3. 13. "3월의 영업정지처분을 과징금 560만 원으로 변경한다"는 취지의 이 사건 후속 변경처분을 하였으며, 원고는 2003. 6. 12. 이 사건 소를 제기하면서 청구취지로써 2003. 3. 13.자 과징금부과처분의 취소를 구하고 있다.

이 사건 후속 변경처분에 의하여 유리하게 변경된 내용의 행정제재인 과징금부과가 위법하다 하여 그 취소를 구하는 이 사건 소송에 있어서 위 청구취지는 이 사건 후속 변경처분에 의하여 당초부터 유리하게 변경되어 존속하는 2002. 12. 26.자 과징금부과처분의 취소를 구하고 있는 것으로 보아야 할 것이고, 일부기각(일부인용)의 이행재결에 따른 후속 변경처분에 의하여 변경된 내용의 당초처분의 취소를 구하는 이 사건 소 또한 행정심판재결서 정본을 송달받은 날로부터 90일 이내 제기되어야 하는데 원고가 위 재결서의 정본을 송달받은 날로부터 90일이 경과하여 이 사건 소를 제기하였다는 이유로 이 사건 소가 부적법하다고 판단한 원심판결은 정당하다.

〈선정이유〉

행정청이 영업자에게 행정제재처분을 한 후 그 처분을 영업자에게 유리하게 변경하는 처분을 한 경우, 변경처분에 의하여 당초 처분은 소멸하는 것이 아니고 당초부터 유리하게 변경된 내용의 처분으로 존재하는 것이므로, 변경처분에 의하여 유리하게 변경된 내용의 행정제재가 위법하다 하여 그 취소를 구하는 경우 그 취소소송의 대상은 변경된 내용의 당초 처분이지 변경처분은 아니고, 제소기간의 준수 여부도 변경처분이 아닌 변경된 내용의 당초 처분을 기준으로 판단하여야 한다는 판결

348. 제소기간 (6)

(대법원 2007. 4. 27. 선고 2004두9302 판결)

〈주제〉 행정청의 행정심판청구기간 오고지가 제소기간에 미치는 영향

〈쟁점〉

[1] 행정소송법 제20조 제1항, 제3항의 제소기간의 법적 성질(=불변기간) 및 같은 법 제8조에 의하여 제소행위의 추완에 준용되는 민사소송법 제160조 제1항 소정의 '당사자가 책임질 수 없는 사유'의 의미

[2] 행정심판청구기간에 관한 행정심판법 제18조 제5항의 규정이 행정소송 제기에도 당연히 적용되는지 여부(소극)

[3] 행정청으로부터 행정처분시나 그 이후 행정심판 제기기간에 관하여 법정 심판청구기간보다 긴 기간으로 잘못 통지받아 행정소송법상 법정 제소기간을 도과한 경우, 그것이 당사자가 책임질 수 없는 사유에 해당하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 행정소송법 제20조 제1항, 제3항에서 말하는 "취소소송은 처분 등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다."는 제소기간은 불변기간이고, 다만 당사자가 책임질 수 없는 사유로 인하여 이를 준수할 수 없었던 경우에는 같은 법 제8조에 의하여 준용되는 민사소송법 제160조 제1항에 의하여 그 사유가 없어진 후 2주일 내에 해태된 제소행위를 추완할 수 있다고 할 것이며, 여기서 당사자가 책임질 수 없는 사유란 당사자가 그 소송행위를 하기 위하여 일반적으로 하여야 할 주의를 다하였음에도 불구하고 그 기간을 준수할 수 없었던 사유를 말한다.

[2] 행정청이 법정 심판청구기간보다 긴 기간으로 잘못 알린 경우에 그 잘못 알린 기간 내에 심판청구가 있으면 그 심판청구는 법정 심판청구기간 내에 제기된 것으로 본다는 취지의 행정심판법 제18조 제5항의 규정은 행정심판 제기에 관하여 적용되는 규정이지, 행정소송 제기에도 당연히 적용되는 규정이라고 할 수는 없다.

[3] 행정심판과 행정소송은 그 성질, 불복사유, 제기기간, 판단기관 등에서 본질적인 차이점이 있고, 임의적 전치주의는 당사자가 행정심판과 행정소송의 유·불리를 스스로 판단하여 행정심판을 거칠지 여부를 선택할 수 있도록 한 취지에 불과하므로 어느 쟁송 형태를 취한 이상 그 쟁송에는 그에 관련된 법률 규정만이 적용될 것이지 두 쟁송 형태에 관련된 규정을 통틀어 당사자에게 유리한 규정만이 적용된다고 할 수는 없으며, 행정처분시나 그 이후 행정청으로부터 행정심판 제기기간에 관하여 법정 심판청구기간보다 긴 기간으로 잘못 통지받은 경우에 보호할 신뢰 이익은 그 통지받은 기간 내에 행정심판을 제기한 경우에 한하는 것이지 행정소송을 제기한 경우에까지 확대된다고 할 수 없으므로, 당사자가 행정처분시나 그 이후 행정청으로부터 행정심판 제기기간에 관하여 법정 심판청구기간보다 긴 기간으로 잘못 통지받아 행정소송법상 법정 제소기간을 도과하였다고 하더라도, 그것이 당사자가 책임질 수 없는 사유로 인한 것이라고 할 수는 없다.

〈선정이유〉

제소기간 오고지에 대한 행정심판법의 규정(현 제27조 제5항)은 그 본질에 있어서 차이가 있으

므로 행정소송 제기에 적용되지 않는다고 한 판결

제2관 항고소송의 가구제

349. 집행정지의 대상

(대법원 1991. 5. 2.자 91두15 결정)
〈주제〉 거부처분에 대해서는 집행정지가 허용되지 않음

〈쟁점〉

[1] 행정처분의 효력정지신청을 기각한 결정에 대하여 행정처분 자체의 적법여부를 가지고 불복사유로 삼을 수는 있는지 여부(소극)

[2] 교도소장의 접견허가신청에 대한 거부처분과 효력정지의 필요성 유무(소극)

〈결정이유〉

[1] 행정처분의 효력정지나 집행정지를 구하는 신청사건에 있어서는 행정처분자체의 적법 여부를 판단할 것이 아니고 그 행정처분의 효력이나 집행 등을 정지시킬 필요가 있는지의 여부, 즉 행정소송법 제23조 제2항 소정 요건의 존부만이 판단대상이 되는 것이므로 이러한 요건을 결여하였다는 이유로 효력정지신청을 기각한 결정에 대하여 행정처분 자체의 적법 여부를 가지고 불복사유로 할 수 없다.

[2] 허가신청에 대한 거부처분은 그 효력이 정지되더라도 그 처분이 없었던 것과 같은 상태를 만드는 것에 지나지 아니하는 것이고 그 이상으로 행정청에 대하여 어떠한 처분을 명하는 등 적극적인 상태를 만들어 내는 경우를 포함하지 아니하는 것이므로, 교도소장이 접견을 불허한 처분에 대하여 효력정지를 한다 하여도 이로 인하여 위 교도소장에게 접견의 허가를 명하는 것이 되는 것도 아니고 또 당연히 접견이 되는 것도 아니어서 접견허가거부처분에 의하여 생길 회복할 수 없는 손해를 피하는 데 아무런 보탬도 되지 아니하니 접견허가거부처분의 효력을 정지할 필요성이 없다.

〈선정이유〉

거부처분은 적극적인 상태를 만들어내는 것이 아니므로 이에 대해서는 집행정지가 허용되지 않는다고 한 결정으로, 예외적으로 집행정지신청의 이익이 있을 경우 제한적으로 긍정할 수 있다는 견해에 대응하여 법원의 기본입장을 확인할 수 있는 판결

350. 집행정지의 요건 (1)

(대법원 1992. 8. 7.자 92두30 결정)
〈주제〉 효력정지신청의 이익, 효력정지신청의 요건

〈쟁점〉

[1] 미결수용중 다른 교도소로 이송된 피고인이 법원의 이송처분효력정지결정에 의하여 이송처분이 있기 전과 같은 교도소로 다시 이송되어 수용중인 경우 효력정지신청의 이익 유무(적극)

[2] 행정소송법 제23조 제2항 소정의 "회복하기 어려운 손해"의 의의

[3] 상고심에 계속중인 형사피고인을 안양교도소로부터 진주교도소로 이송함으로써"회복하기 어려운 손해"가 발생할 염려가 있다고 본 사례

[4] 행정처분의 효력정지나 집행정지를 구하는 신청사건에서의 판단대상 및 본안소송에서 처분취소가능성 없음이 명백할 경우 행정처분의 효력정지나 집행정지의 가부(소극)

〈결정요지〉

[1] 미결수용중 다른 교도소(진주교도소)로 이송된 피고인이 그 이송처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하고 아울러 그 효력정지를 구하는 신청을 제기한 데 대하여 법원에서 위 이송처분의 효력정지신청을 인용하는 결정을 하였고 이에 따라 신청인이 다시 이송되어 현재 위 이송처분이 있기 전과 같은 교도소(안양교도소)에 수용중이라 하여도 이는 법원의 효력정지 결정에 의한 것이어서 그로 인하여 효력정지신청이 그 신청의 이익이 없는 부적법한 것으로 되는 것은 아니다.

[2] 행정처분의 집행정지나 효력정지결정을 하기 위하여는 행정소송법 제23조 제2항에 따라 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있어야 하고, 여기서 말하는 "회복하기 어려운 손해"라 함은 특별한 사정이 없는 한 금전으로 보상할 수 없는 손해라 할 것이며 이는 금전보상이 불능한 경우뿐만 아니라 금전보상으로는 사회관념상 행정처분을 받은 당사자가 참고 견딜 수 없거나 또는 참고 견디기가 현저히 곤란한 경우의 유형, 무형의 손해를 일컫는다.

[3] 상고심에 계속중인 형사피고인을 안양교도소로부터 다시 진주교도소로 이송함으로써 위"회복하기 어려운 손해"가 발생할 염려가 있다고 본 사례.

[4] 행정처분의 효력정지나 집행정지를 구하는 신청사건에 있어서는 행정처분 자체의 적법 여부는 원칙적으로는 판단할 것이 아니고 그 행정처분의 효력이나 집행을 정지할 것인가에 대한 행정소송법 제23조 제2항 소정의 요건의 존부만이 판단의 대상이 되나 본안소송에서의 처분의 취소가능성이 없음에도 불구하고 처분의 효력정지나 집행정지를 인정한다는 것은 제도의 취지에 반하므로 집행정지사건 자체에 의하여도 신청인의 본안청구가 이유 없음이 명백할 때에는 행정처분의 효력정지나 집행정지를 명할 수 없다.

〈선정이유〉

효력정지신청의 이익과 신청요건으로서 "회복하기 어려운 손해"의 의미를 분명히 하고, 신청인의 본안청구가 이유 없음이 명백할 때에는 예외적으로 처분의 효력정지나 집행행지를 명할 수 없음을 밝힌 판결

351. 집행정지의 요건 (2)

(대법원 2011. 4. 21.자 2010무111 전원합의체 결정)

〈주제〉 '회복하기 어려운 손해를 예방하기 위한 긴급한 필요'의 판단 기준

〈쟁점〉

[1] 항고소송 대상이 되는 처분의 의미

[2] 국토해양부, 환경부, 문화체육관광부, 농림수산부, 식품부가 합동으로 2009. 6. 8. 발표한 '4대강 살리기 마스터플랜' 등은 행정기관 내부에서 사업의 기본방향을 제시하는 계획일 뿐 국민의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 것이 아니어서, 행정처분에 해당하지 않는다고 한 사례

[3] 행정소송법 제23조 제2항의 효력정지 요건인 '회복하기 어려운 손해'의 의미 및 '처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요'가 있는지의 판단 기준

[4] 국토해양부 등에서 발표한 '4대강 살리기 마스터플랜'에 따른 '한강 살리기 사업' 구간 인근에 거주하는 주민들이 각 공구별 사업실시계획승인처분에 대한 효력정지를 신청한 사안에서, 토지소유권 수용 등으로 인한 손해는 행정소송법 제23조 제2항의 효력정지 요건인 금전으로 보상할 수 없거나 사회관념상 금전보상으로는 참고 견디기 어렵거나 현저히 곤란한 경우의 유·무형 손해에 해당하지 않는다고 본 원심판단을 수긍한 사례

[5] 행정소송법 제23조 제2항에서 정한 요건을 결여하였다는 이유로 효력정지 신청을 기각한 결정에 대하여, 행정처분 자체의 적법 여부를 가지고 불복사유로 삼을 수 있는지 여부(소극)

〈결정요지〉

[1] 항고소송 대상이 되는 행정청의 처분이란 원칙적으로 행정청의 공법상 행위로서 특정사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상 효과를 직접 발생하게 하는 등 국민의 권리의무에 직접 관계가 있는 행위를 말하므로, 행정청의 내부적인 의사결정 등과 같이 상대방 또는 관계자들의 법률상 지위에 직접 법률적 변동을 일으키지 않는 행위는 그에 해당하지 아니한다.

[2] 국토해양부, 환경부, 문화체육관광부, 농림수산부, 식품부가 합동으로 2009. 6. 8. 발표한 '4대강 살리기 마스터플랜' 등은 4대강 정비사업과 주변 지역의 관련 사업을 체계적으로 추진하기 위하여 수립한 종합계획이자 '4대강 살리기 사업'의 기본방향을 제시하는 계획으로서, 행정기관 내부에서 사업의 기본방향을 제시하는 것일 뿐, 국민의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 것이 아니어서 행정처분에 해당하지 않는다고 한 사례.

[3] 행정소송법 제23조 제2항에서 정하고 있는 효력정지 요건인 '회복하기 어려운 손해'란, 특별한 사정이 없는 한 금전으로 보상할 수 없는 손해로서 금전보상이 불가능한 경우 내지는 금전보상으로는 사회관념상 행정처분을 받은 당사자가 참고 견딜 수 없거나 참고 견디기가 현저히 곤란한 경우의 유형, 무형의 손해를 일컫는다. 그리고 '처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요'가 있는지는 처분의 성질과 태양 및 내용, 처분상대방이 입는 손해의 성질·내용 및 정도, 원상회복·금전배상의 방법 및 난이 등은 물론 본안청구의 승소가능성 정도 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다.

[4] 국토해양부 등에서 발표한 '4대강 살리기 마스터플랜'에 따른 '한강 살리기 사업' 구간 인근에 거주하는 주민들이 각 공구별 사업실시계획승인처분에 대한 효력정지를 신청한 사안에서, 위 사업구간에 편입되는 팔당지역 농지 대부분이 국가 소유의 하천부지이고, 유기농업에 종사하는 주민들 대부분은 국가로부터 하천점용허가를 받아 경작을 해온 점, 위 점용허가의 부관에 따라 허가를 한 행정청은 공익상 또는 법령이 정하는 것에 따르거나 하천정비사업을 시행하는 경우 허가변경·취소 등을 할 수 있는 점 등에 비추어, 주민들 중 환경영향평가대상지역 및 근접 지역에 거주하거

나 소유권 기타 권리를 가지고 있는 사람들이 위 사업으로 인하여 토지 소유권 기타 권리를 수용당하고 이로 인하여 정착지를 떠나 타지로 이주를 해야 하며 더 이상 농사를 지을 수 없게 되고 팔당지역의 유기농업이 사실상 해체될 위기에 처하게 된다고 하더라도, 그러한 손해는 행정소송법 제23조 제2항에서 정하고 있는 효력정지 요건인 금전으로 보상할 수 없거나 사회관념상 금전보상으로는 참고 견디기 어렵거나 현저히 곤란한 경우의 유·무형 손해에 해당하지 않는다고 본 원심판단을 수긍한 사례.

[5] [다수의견]

행정처분의 효력정지나 집행정지를 구하는 신청사건에서는 행정처분 자체의 적법 여부를 판단할 것이 아니고 행정처분의 효력이나 집행 등을 정지시킬 필요가 있는지 여부, 즉 행정소송법 제23조 제2항에서 정한 요건의 존부만이 판단대상이 된다. 나아가 '처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인한 손해발생의 우려' 등 적극적 요건에 관한 주장·소명 책임은 원칙적으로 신청인 측에 있으며, 이러한 요건을 결여하였다는 이유로 효력정지 신청을 기각한 결정에 대하여 행정처분 자체의 적법 여부를 가지고 불복사유로 삼을 수 없다.

[대법관 박시환, 대법관 김지형, 대법관 이홍훈, 대법관 전수안의 반대의견]

행정소송법 제8조 제2항에 따라 행정소송에도 준용되는 민사소송법 제442조는 "항고법원·고등법원 또는 항소법원의 결정 및 명령에 대하여는 재판에 영향에 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반을 이유로 드는 때에만 재항고할 수 있다."고 규정하고 있다. 재항고인들이 효력정지 요건의 해석에 관한 원심결정의 법리오해 위법을 반복하여 지적하면서, 특히 여러 가지 측면에서 특수성을 띠고 있는 환경문제가 포함된 이 사건의 규모와 성격, 직·간접적 파급효과 등을 고려할 때 효력정지 요건 충족 여부와 관련하여 '회복하기 어려운 손해' 및 '긴급한 필요'의 의미를 종전과 다르게 해석하여야 한다거나 그렇지 않다고 하더라도 소명책임과 관련된 소명의 정도를 완화하여야 한다는 취지의 주장을 하고 있는데, 이는 법리오해 주장으로서 적법한 재항고 이유이다. 그렇다면 대법원으로서는 재항고 이유의 당부에 관하여 나아가 판단함이 마땅하다.

〈선정이유〉

행정소송법 제23조 제2항의 효력정지 요건인 '회복하기 어려운 손해'의 의미 및 '처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요'가 있는지의 판단 기준에 관한 이해도를 높일 수 있는 판결

352. 집행정지의 요건 (3)

(대법원 2001. 10. 10.자 2001무29 결정)

〈주제〉 회복하기 어려운 손해의 판단 기준

〈쟁점〉

과징금납부명령의 처분이 사업자의 자금사정이나 경영전반에 미치는 파급효과가 매우 중대하다는 이유로 그로 인한 손해는 효력정지 내지 집행정지의 적극적 요건인 '회복하기 어려운 손해'에 해당한다고 한 사례

〈결정요지〉

사업여건의 악화 및 막대한 부채비율로 인하여 외부자금의 신규차입이 사실상 중단된 상황에서 285억 원 규모의 과징금을 납부하기 위하여 무리하게 외부자금을 신규차입하게 되면 주거래은행과의 재무구조개선약정을 지키지 못하게 되어 사업자가 중대한 경영상의 위기를 맞게 될 것으로 보이는 경우, 그 과징금납부명령의 처분으로 인한 손해는 효력정지 내지 집행정지의 적극적 요건인 '회복하기 어려운 손해'에 해당한다고 한 사례.

〈선정이유〉

집행정지의 적극적 요건인 '회복하기 어려운 손해'에 관하여 “특별한 사정이 없는 한 금전으로 보상할 수 없는 손해”가 인정되는 좋은 예를 보여주는 판결

353. 집행정지의 효력 (1)

(대법원 2003. 7. 11. 선고 2002다48023 판결)
〈주제〉 집행정지의 효력

〈쟁점〉

[1] 행정소송법 제23조 소정의 처분에 대한 집행정지의 취지 및 그 효력의 시적 범위

[2] 일정한 납부기한을 정한 과징금부과처분에 대한 집행정지결정이 내려진 경우 그 집행정지기간 동안 납부기간이 진행되는지 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 행정소송법 제23조에 정해져 있는 처분에 대한 집행정지는 행정처분의 집행으로 인하여 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있고 달리 공공복리에 중대한 영향을 미치지 아니할 것을 요건으로 하여 본안판결이 있을 때까지 당해 행정처분의 집행을 잠정적으로 정지함으로써 위와 같은 손해를 예방하고자 함에 그 취지가 있고, 그 집행정지의 효력 또한 당해 결정의 주문에 표시된 시기까지 존속하다가 그 시기의 도래와 동시에 당연히 소멸한다.

[2] 일정한 납부기한을 정한 과징금부과처분에 대하여 '회복하기 어려운 손해'를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있고 달리 공공복리에 중대한 영향을 미치지 아니한다는 이유로 집행정지결정이 내려졌다면 그 집행정지기간 동안은 과징금부과처분에서 정한 과징금의 납부기간은 더 이상 진행되지 아니하고 집행정지결정이 당해 결정의 주문에 표시된 시기의 도래로 인하여 실효되면 그 때부터 당초의 과징금부과처분에서 정한 기간(집행정지결정 당시 이미 일부 진행되었다면 그 나머지 기간)이 다시 진행하는 것으로 보아야 한다.

〈선정이유〉

집행정지의 효력 및 그 효력의 시적 범위에 관한 판결로서, 납부기한이 정해진 과징금부과처분에 집행정지결정이 내려지면 그 납부기간은 판결확정 시까지 진행되지 아니하며, 그 집행정지결정이 결정의 주문에 표시된 시기의 도래로 실효 시 그때부터 당초 과징금부과처분에서 정한 기간이

다시 진행하는 것으로 확인한 판결

354. 집행정지의 효력 (2)

(대법원 2017. 7. 11. 선고 2013두25498 판결)
〈주제〉 효력정지의 효력

〈쟁점〉

보조금 교부결정의 일부를 취소한 행정청의 처분에 대한 효력정지결정의 효력이 소멸하여 보조금 교부결정 취소처분의 효력이 되살아난 경우, 구 보조금의 예산 및 관리에 관한 법률 제31조 제1항에 따라 취소처분에 의하여 취소된 부분의 보조사업에 대하여 효력정지기간 동안 교부된 보조금의 반환을 명하여야 하는지 여부(원칙적 적극)

〈판결요지〉

구 사회적기업 육성법(2010. 6. 8. 법률 제10360호로 개정되기 전의 것)에 의하면, 노동부장관은 사회서비스를 제공하는 사회적기업에 대하여 예산의 범위 안에서 공개모집 및 심사를 통하여 사회적기업의 운영에 필요한 인건비·운영경비·자문비용 등의 재정적인 지원을 할 수 있다(제14조 제1항). 그리고 구 보조금의 예산 및 관리에 관한 법률(2011. 7. 25. 법률 제10898호 보조금 관리에 관한 법률로 개정되기 전의 것, 이하 '보조금법'이라 한다)에 의하면, 보조금의 예산편성 및 관리에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 것을 제외하고는 보조금법이 정하는 바에 따르고(제3조 제1항), 보조사업자가 보조금을 다른 용도에 사용하거나 보조금 교부결정의 내용 등에 위반한 때에는 보조금 교부결정의 전부 또는 일부를 취소할 수 있으며(제30조 제1항), 보조금의 교부결정을 취소한 경우에 취소된 부분의 보조사업에 대하여 이미 보조금이 교부되어 있을 때에는 취소한 부분에 해당하는 보조금의 반환을 명하여야 한다(제31조 제1항).

한편 행정소송법 제23조에 의한 효력정지결정의 효력은 결정주문에서 정한 시기까지 존속하고 그 시기의 도래와 동시에 효력이 당연히 소멸하므로, 보조금 교부결정의 일부를 취소한 행정청의 처분에 대하여 법원이 효력정지결정을 하면서 주문에서 그 법원에 계속 중인 본안소송의 판결 선고 시까지 처분의 효력을 정지한다고 선언하였을 경우, 본안소송의 판결 선고에 의하여 정지결정의 효력은 소멸하고 이와 동시에 당초의 보조금 교부결정 취소처분의 효력이 당연히 되살아난다.

따라서 효력정지결정의 효력이 소멸하여 보조금 교부결정 취소처분의 효력이 되살아난 경우, 특별한 사정이 없는 한 행정청으로서는 보조금법 제31조 제1항에 따라 취소처분에 의하여 취소된 부분의 보조사업에 대하여 효력정지기간 동안 교부된 보조금의 반환을 명하여야 한다.

〈선정이유〉

보조금 교부결정의 일부를 취소한 행정청의 처분에 대하여 법원이 효력정지결정을 하면서 주문에서 그 법원에 계속 중인 본안소송의 판결 선고 시까지 처분의 효력을 정지한다고 선언하였을 경우, 본안소송의 판결 선고에 의하여 정지결정의 효력은 소멸하고 이와 동시에 당초의 보조금 교부결정 취소처분의 효력이 당연히 되살아나므로 효력정기기간 동안 교부된 보조금의 반환을 명하여

야 한다는 판결

제3관 항고소송의 심리

355. 직권심리주의 (1)

(대법원 1994. 10. 11. 선고 94누4820 판결)
〈주제〉 직권심리의 범위와 한계

〈쟁점〉

행정소송에 있어서의 법원의 직권조사 범위

〈판결요지〉

행정소송법 제26조가 법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다고 규정하고 있지만, 이는 행정소송의 특수성에 연유하는 당사자주의, 변론주의에 대한 일부 예외 규정일 뿐 법원이 아무런 제한 없이 당사자가 주장하지 아니한 사실을 판단할 수 있는 것은 아니고, 일건 기록에 현출되어 있는 사항에 관하여서만 직권으로 증거조사를 하고 이를 기초로 하여 판단할 수 있을 따름이고, 그것도 법원이 필요하다고 인정할 때에 한하여 청구의 범위내에서 증거조사를 하고 판단할 수 있을 뿐이다.

〈선정이유〉

직권심리의 범위와 한계에 관한 판결로서 행정소송법 제26조 직권심리규정은 변론주의의 원칙을 보충하는 규정이라는 변론주의보충설을 법원이 취하고 있음을 보여준 판결

356. 직권심리주의 (2)

(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009두18035 판결)
〈주제〉 직권심리의 범위와 직권탐지의무

〈쟁점〉

행정소송에서 기록상 자료가 나타나 있다면 당사자가 주장하지 않더라도 판단할 수 있는지 여부(적극)

〈판결요지〉

행정소송에서 기록상 자료가 나타나 있다면 당사자가 주장하지 않았더라도 판단할 수 있고, 당사자가 제출한 소송자료에 의하여 법원이 처분의 적법 여부에 관한 합리적인 의심을 품을 수 있음에도 단지 구체적 사실에 관한 주장을 하지 아니하였다는 이유만으로 당사자에게 석명을 하거나

직권으로 심리·판단하지 아니함으로써 구체적 타당성이 없는 판결을 하는 것은 행정소송법 제26조의 규정과 행정소송의 특수성에 반하므로 허용될 수 없다.

〈선정이유〉

종래 인정되어 온 직권심리의 범위보다 직권탐지에 대해 적극적인 태도를 표명한 판결

357. 직권심리주의 (3)

(대법원 2013. 8. 22. 선고 2011두26589 판결)

〈주제〉 직권심리의 범위와 한계

〈쟁점〉

행정청이 공무수행과 상이 사이에 인과관계가 없다는 이유로 국가유공자 비해당결정을 한 데 대하여 법원이 인과관계의 존재는 인정하면서 직권으로 본인 과실이 경합된 사유가 있다는 이유로 그 처분이 정당하다고 판단하는 것이 적법한지 여부(소극)

〈판결요지〉

국가유공자 인정 요건, 즉 공무수행으로 상이를 입었다는 점이나 그로 인한 신체장애의 정도가 법령에 정한 등급 이상에 해당한다는 점은 국가유공자 등록신청인이 증명할 책임이 있지만, 그 상이가 '불가피한 사유 없이 본인의 과실이나 본인의 과실이 경합된 사유로 입은 것'이라는 사정, 즉 지원대상자 요건에 해당한다는 사정은 국가유공자 등록신청에 대하여 지원대상자로 등록하는 처분을 하는 처분청이 증명책임을 진다고 보아야 한다. 이러한 점과 더불어 공무수행으로 상이를 입었는지 여부와 그 상이가 불가피한 사유 없이 본인의 과실이나 본인의 과실이 경합된 사유로 입은 것인지 여부는 처분의 상대방의 입장에서 볼 때 방어권 행사의 대상과 방법이 서로 다른 별개의 사실이고, 그에 대한 방어권을 어떻게 행사하는지 등에 따라 국가유공자에 해당하는지 지원대상자에 해당하는지에 관한 판단이 달라져 법령상 서로 다른 처우를 받을 수 있는 점 등을 종합해 보면, 같은 국가유공자 비해당결정이라도 그 사유가 공무수행과 상이 사이에 인과관계가 없다는 것과 본인 과실이 경합되어 있어 지원대상자에 해당할 뿐이라는 것은 기본적 사실관계의 동일성이 없다고 보아야 한다. 따라서 처분청이 공무수행과 사이에 인과관계가 없다는 이유로 국가유공자 비해당결정을 한 데 대하여 법원이 그 인과관계의 존재는 인정하면서 직권으로 본인 과실이 경합된 사유가 있다는 이유로 그 처분이 정당하다고 판단하는 것은 행정소송법이 허용하는 직권심사주의의 한계를 벗어난 것으로서 위법하다.

〈선정이유〉

직권심리의 범위와 한계에 관한 판결로서, 행정소송에서 당사자주의나 변론주의 원칙은 그대로 유효하고, 따라서 새로운 사유를 인정하여 처분의 정당성 여부를 판단하는 것은 당초 처분사유와 기본적 사실관계에 있어서 동일성이 인정되는 한도 내에서만 허용된다는 법리를 확인한 판결

358. 관련청구소송의 병합 (1) : 병합의 요건

(대법원 2001. 11. 27. 선고 2000두697 판결)

〈주제〉 관련청구소송 병합의 요건

〈쟁점〉

[1] 행정소송법 제10조에 의한 관련청구소송의 병합은 본래의 항고소송이 적법함을 요건으로 하는지 여부(적극)

[2] 도로관리청이 원인자부담금 부과처분에 의한 부과금 징수를 위하여 압류처분을 하고 이어 압류등기를 한 경우, 관련청구소송으로서 압류등기의 말소청구소송에 대한 행정소송법 제38조, 제10조 소정의 '본래의 항고소송'의 범위(=원인자부담금 부과처분 또는 압류처분에 대한 항고소송)

〈판결요지〉

[1] 행정소송법 제38조, 제10조에 의한 관련청구소송의 병합은 본래의 항고소송이 적법할 것을 요건으로 하는 것이어서 본래의 항고소송이 부적법하여 각하되면 그에 병합된 관련청구도 소송요건을 흠결한 부적합한 것으로 각하되어야 한다.

[2] 도로관리청이 원인자부담금 부과처분에 의한 부과금 징수를 위하여 압류처분을 하고 그에 이어 압류등기를 한 경우, 이해관계인은 그 압류처분에 대한 항고소송 외에 그 압류등기의 말소청구소송을 제기할 수 있고, 그 경우 행정소송법 제38조, 제10조에서 말하는 본래의 항고소송은 원인자부담금 부과처분 또는 압류처분에 대한 항고소송을 모두 포함한다.

〈선정이유〉

상호관련성 있는 여러 청구를 하나의 절차에서 심판하도록 하여 심리중복과 재판모순을 방지하고 재판의 신속성을 제고하기 위한 관련청구소송의 병합은 본래의 항고소송이 적법함을 요건으로 한다고 판시한 판결

359. 관련청구소송의 병합 (2) : 선결문제와 부당이득반환청구

(대법원 2009. 4. 9. 선고 2008두23153 판결)

〈주제〉 처분의 취소소송에 병합된 부당이득반환청구가 인용되려면 소송절차에서 당해 처분의 취소가 확정되어야 하는지 여부

〈쟁점〉

행정처분의 취소를 구하는 취소소송에 당해 처분의 취소를 선결문제로 하는 부당이득반환청구가 병합된 경우, 그 청구가 인용되려면 소송절차에서 당해 처분의 취소가 확정되어야 하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 행정소송법 제10조는 처분의 취소를 구하는 취소소송에 당해 처분과 관련되는 부당이득반환소송을 관련 청구로 병합할 수 있다고 규정하고 있는바, 이 조항을 둔 취지에 비추어 보면, 취소소송에 병합할 수 있는 당해 처분과 관련되는 부당이득반환소송에는 당해 처분의 취소를 선결문제로 하는 부당이득반환청구가 포함되고, 이러한 부당이득반환청구가 인용되기 위해서는 그 소송절차에서 판결에 의해 당해 처분이 취소되면 충분하고 그 처분의 취소가 확정되어야 하는 것은 아니라고 보아야 한다.

[2] 보험료부과처분에 대한 취소소송에서 90,946,000원의 보험료부과처분 중 67,194,980원의 보험료부과처분을 취소하면서도, 관련 청구로 병합된 부당이득반환소송에서는 그 처분의 취소를 전제로 인용 여부를 판단하지 않고 처분의 취소가 확정되지 않았다는 이유로 기각한 것은 위법하다고 한 사례.

〈선정이유〉

행정처분의 취소를 구하는 취소소송에 당해 처분의 취소를 선결문제로 하는 부당이득반환청구가 병합된 경우, 부당이득반환청구가 인용되기 위하여 그 소송절차에서 판결에 의해 당해 처분이 취소되면 충분하고 그 처분의 취소가 확정되어야 하는 것은 아니라고 판시한 판결

360. 관련청구소송의 병합 (3) : 제소기간

(대법원 2005. 12. 23. 선고 2005두3554 판결)

〈주제〉 동일한 처분에 대한 소의 병합과 제소기간

〈쟁점〉

동일한 행정처분에 대하여 무효확인의 소를 제기하였다가 그 후 그 처분의 취소를 구하는 소를 추가적으로 병합한 경우, 주된 청구인 무효확인의 소가 적법한 제소기간 내에 제기되었다면 추가로 병합된 취소청구의 소도 적법하게 제기된 것으로 볼 수 있는지 여부(적극)

〈판결요지〉

하자 있는 행정처분을 놓고 이를 무효로 볼 것인지 아니면 단순히 취소할 수 있는 처분으로 볼 것인지는 동일한 사실관계를 토대로 한 법률적 평가의 문제에 불과하고, 행정처분의 무효확인을 구하는 소에는 특단의 사정이 없는 한 그 취소를 구하는 취지도 포함되어 있다고 보아야 하는 점 등에 비추어 볼 때, 동일한 행정처분에 대하여 무효확인의 소를 제기하였다가 그 후 그 처분의 취소를 구하는 소를 추가적으로 병합한 경우, 주된 청구인 무효확인의 소가 적법한 제소기간 내에 제기되었다면 추가로 병합된 취소청구의 소도 적법하게 제기된 것으로 봄이 상당하다.

〈선정이유〉

무효확인의 소에 동일한 처분에 대한 취소청구의 소를 추가적으로 병합한 경우 병합된 소의 제소기간 준수 여부를 판단하는 기준시에 대하여 판시한 판결

361. 처분사유의 추가·변경 (1) : 기본적 사실관계의 동일성

(대법원 2003. 12. 11. 선고 2001두8827 판결)
〈주제〉 처분사유 추가·변경의 한계

〈쟁점〉

[1] 행정처분의 취소를 구하는 항고소송에 있어서 당초의 처분사유와 기본적 사실관계의 동일성이 없는 별개의 사실을 처분사유로 주장하는 것을 허용하지 아니하는 입법취지 및 추가 또는 변경된 사유가 당초의 처분시 이미 존재하고 있었고 당사자도 그 사실을 알고 있었다 하여 당초의 처분사유와 동일성이 있는 것인지 여부(소극)

[2] 당초의 정보공개거부처분사유인 공공기관의정보공개에관한법률 제7조 제1항 제4호 및 제6호의 사유는 새로이 추가된 같은 항 제5호의 사유와 기본적 사실관계의 동일성이 인정되지 않는다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 행정처분의 취소를 구하는 항고소송에 있어서, 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서만 다른 사유를 추가하거나 변경할 수 있고, 여기서 기본적 사실관계의 동일성 유무는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지 여부에 따라 결정되며 이와 같이 기본적 사실관계와 동일성이 인정되지 않는 별개의 사실을 들어 처분사유로 주장하는 것이 허용되지 않는다고 해석하는 이유는 행정처분의 상대방의 방어권을 보장함으로써 실질적 법치주의를 구현하고 행정처분의 상대방에 대한 신뢰를 보호하고자 함에 그 취지가 있고, 추가 또는 변경된 사유가 당초의 처분시 그 사유를 명기하지 않았을 뿐 처분시에 이미 존재하고 있었고 당사자도 그 사실을 알고 있었다 하여 당초의 처분사유와 동일성이 있는 것이라 할 수 없다.

[2] 당초의 정보공개거부처분사유인 공공기관의정보공개에관한법률 제7조 제1항 제4호 및 제6호의 사유는 새로이 추가된 같은 항 제5호의 사유와 기본적 사실관계의 동일성이 없다고 한 사례.

〈선정이유〉

처분사유의 추가·변경의 한계 및 취지와 그 허용기준인 '기본적 사실관계의 동일성'의 의미에 관한 판결

362. 처분사유의 추가·변경 (2) : 처분 근거법령의 변경

(대법원 2011. 5. 26. 선고 2010두28106 판결)
〈주제〉 처분의 근거 법령 변경이 허용되지 않는 경우

〈쟁점〉

[1] 도로법 적용을 받는 도로가 되기 위한 요건

[2] 행정청이 도로 일부를 침범하고 있는 건물 소유자들에게 도로법 제94조에 따라 변상금 부과처분을 한 사안에서, 위 도로는 도로법 적용을 받는 도로라고 할 수 없으므로, 이와 달리 본 원심판결에 위법이 있다고 한 사례

[3] 처분청이 처분 당시 적시한 구체적 사실을 변경하지 아니하는 범위 내에서 처분의 근거 법령만을 추가·변경하는 것이 허용되는지 여부(원칙적 적극) 및 처분의 근거 법령 변경이 허용되지 아니하는 경우

[4] 행정청이 점용허가를 받지 않고 도로를 점용한 사람에 대하여 도로법 제94조에 의한 변상금 부과처분을 하였다가, 처분에 대한 취소소송이 제기된 후 해당 도로가 도로법 적용을 받는 도로에 해당하지 않을 경우를 대비하여 처분의 근거 법령을 구 국유재산법 제51조와 그 시행령 등으로 변경하여 주장한 사안에서, 위와 같이 근거 법령을 변경하는 것은 종전 도로법 제94조에 의한 변상금 부과처분과 동일성을 인정할 수 없는 별개의 처분을 하는 것과 다름 없어 허용될 수 없으므로, 이와 달리 판단한 원심판결에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 도로는 도로의 형태를 갖추고, 도로법에 따른 노선 지정 또는 인정 공고 및 도로구역 결정·고시를 한 때 또는 도시계획법이나 도시재개발법에서 정한 절차를 거쳐야 비로소 도로법 적용을 받는 도로로 되는 것이고, 도로로 실제 사용되었다는 사정만으로는 도로법 적용을 받는 도로라고 할 수 없다.

[2] 행정청이 도로 일부를 침범한 건물 소유자들에게 사용·수익허가 없이 해당 도로를 무단 점유하고 있다는 이유로 도로법 제94조에 따라 변상금 부과처분을 한 사안에서, 위 도로가 도로법에 따른 노선 지정 또는 인정 공고 및 도로구역 결정·고시되었다는 점을 인정할 자료가 없고, 일반인의 통행을 위한 도로로 실제 사용되어 온 사정만으로는 도로법 적용을 받는 도로라고 할 수 없으므로, 위 도로가 도로법 적용을 받는 도로에 해당한다고 보아 변상금 부과처분이 적법하다고 본 원심판결에 법리를 오해한 위법이 있다고 한 사례.

[3] 행정처분이 적법한지는 특별한 사정이 없는 한 처분 당시 사유를 기준으로 판단하면 되고, 처분청이 처분 당시 적시한 구체적 사실을 변경하지 아니하는 범위 내에서 단지 처분의 근거 법령만을 추가·변경하는 것은 새로운 처분사유의 추가라고 볼 수 없으므로 이와 같은 경우에는 처분청이 처분 당시 적시한 구체적 사실에 대하여 처분 후 추가·변경한 법령을 적용하여 처분의 적법 여부를 판단하여도 무방하다. 그러나 처분의 근거 법령을 변경하는 것이 종전 처분과 동일성을 인정할 수 없는 별개의 처분을 하는 것과 다름 없는 경우에는 허용될 수 없다.

[4] 행정청이 점용허가를 받지 않고 도로를 점용한 사람에 대하여 도로법 제94조에 의한 변상금 부과처분을 하였다가 처분에 대한 취소소송이 제기된 후 해당 도로가 도로법의 적용을 받는 도로에 해당하지 않을 경우를 대비하여 처분의 근거 법령을 도로의 소유자가 국가인 부분은 구 국유재산법(2009. 1. 30. 법률 제9401호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제51조와 그 시행령 등으로, 소유자가 서울특별시 종로구인 부분은 구 공유재산 및 물품관리법(2010. 2. 4. 법률 제10006호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제81조와 그 시행령 등으로 변경하여 주장한 사안에서, 도로법과 구 국유재산법령 및 구 공유재산 및 물품관리법령의 해당 규정은 별개 법령에 규정되어 입법 취지가 다르고, 해당 규정내용을 비교하여 보면 변상금의 징수목적, 산정 기준금액, 징수 재량 유무, 징수절차 등이 서로 달라 위와 같이 근거 법령을 변경하는 것은 종전 도로법 제94조에 의한 변상금 부과처분과 동일성을 인정할 수 없는 별개의 처분을 하는 것과 다름 없어 허용될 수

없으므로, 이와 달리 판단한 원심판결에 법리를 오해한 위법이 있다고 한 사례.

〈선정이유〉

처분의 근거법령만을 추가·변경하는 것은 새로운 처분사유의 추가·변경이라고 볼 수 없으나, 종전 처분과 동일성을 인정할 수 없는 별개의 처분과 다름없는 근거법령의 변경은 허용될 수 없다고 판시한 판결

363. 처분사유의 추가·변경 (3) : 처분사유의 근거가 되는 기초사실 내지 평가요소의 추가

(대법원 2018. 12. 13. 선고 2016두31616 판결)
〈주제〉 처분사유 추가·변경의 한계

〈쟁점〉

[1] 구 국적법 제5조 각호 사유 중 일부를 갖추지 못하였다는 이유로 행정청이 귀화 신청을 받아들이지 않는 처분을 한 경우, '그 각호 사유 중 일부를 갖추지 못하였다는 판단' 자체가 처분의 사유인지 여부(적극)

[2] 외국인 갑이 법무부장관에게 귀화신청을 하였으나 법무부장관이 심사를 거쳐 '품행 미단정'을 불허사유로 국적법상의 요건을 갖추지 못하였다며 신청을 받아들이지 않는 처분을 하였는데, 법무부장관이 갑을 '품행 미단정'이라고 판단한 이유에 대하여 제1심 변론절차에서 자동차관리법위반죄로 기소유예를 받은 전력 등을 고려하였다고 주장하였다가 원심 변론절차에서 불법 체류한 전력이 있다는 추가적인 사정까지 고려하였다고 주장한 사안에서, 법무부장관이 원심에서 추가로 제시한 불법 체류 전력 등의 제반 사정은 처분사유의 근거가 되는 기초 사실 내지 평가요소에 지나지 않으므로, 추가로 주장할 수 있다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 구 국적법(2017. 12. 19. 법률 제15249호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제5조 각호와 같이 귀화는 요건이 항목별로 구분되어 구체적으로 규정되어 있다. 그리고 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 거칠 필요가 없다고 인정되어 처분의 이유제시 등을 규정한 행정절차법이 적용되지 않는다(제3조 제2항 제9호). 귀화의 이러한 특수성을 고려하면, 귀화의 요건인 구 국적법 제5조 각호 사유 중 일부를 갖추지 못하였다는 이유로 행정청이 귀화 신청을 받아들이지 않는 처분을 한 경우에 '그 각호 사유 중 일부를 갖추지 못하였다는 판단' 자체가 처분의 사유가 된다.

[2] 외국인 갑이 법무부장관에게 귀화신청을 하였으나 법무부장관이 심사를 거쳐 '품행 미단정'을 불허사유로 국적법상의 요건을 갖추지 못하였다며 신청을 받아들이지 않는 처분을 하였는데, 법무부장관이 갑을 '품행 미단정'이라고 판단한 이유에 대하여 제1심 변론절차에서 자동차관리법위반죄로 기소유예를 받은 전력 등을 고려하였다고 주장하였다가 원심 변론절차에서 불법 체류한 전력이 있다는 추가적인 사정까지 고려하였다고 주장한 사안에서, 법무부장관이 처분 당시 갑의 전력 등을 고려하여 갑이 구 국적법(2017. 12. 19. 법률 제15249호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)

제5조 제3호의 '품행단정' 요건을 갖추지 못하였다고 판단하여 처분을 하였고, 그 처분서에 처분사유로 '품행 미단정'이라고 기재하였으므로, '품행 미단정'이라는 판단 결과를 위 처분의 처분사유로 보아야 하는데, 법무부장관이 원심에서 추가로 제시한 불법 체류 전력 등의 제반 사정은 불허가처분의 처분사유 자체가 아니라 그 근거가 되는 기초 사실 내지 평가요소에 지나지 않으므로, 법무부장관이 이러한 사정을 추가로 주장할 수 있다고 한 사례.

〈선정이유〉

처분사유의 추가·변경의 한계와 관련하여 불허가처분의 처분사유 자체가 아니라 그 근거가 되는 기초사실 내지 평가요소에 지나지 않는 사정은 추가로 주장할 수 있다고 판시한 판결

364. 증명책임 (1) : 취소소송에서 증명책임

(대법원 1996. 4. 26. 선고 96누1627 판결)

〈주제〉 취소소송에서 증명책임

〈쟁점〉

과세처분취소소송에 있어서의 입증책임 및 입증의 필요

〈판결요지〉

과세처분의 위법을 이유로 그 취소를 구하는 행정소송에 있어 처분의 적법성 및 과세요건사실의 존재에 관하여는 원칙적으로 과세관청이 그 입증책임을 부담하나, 경험칙상 이례에 속하는 특별한 사정의 존재에 관하여는 납세의무자에게 입증책임 내지는 입증의 필요가 돌아가는 것이고, 납세의무자가 법인세 신고시 손금으로 신고한 노무비 중 일부가 실지비용인지 여부가 다투어진 사건에서 과세관청에 의하여 위 노무비 중 일부가 장부상 2중으로 계상되었음이 밝혀졌다면, 특별한 사정이 없는 한 그 2중 계상은 추정된다 할 것이므로 위 노무비를 장부상 2중으로 계상한 것이 일용노무자의 노임에 대한 갑종근로소득세의 원천징수를 피하기 위한 편법이었을 뿐이고, 위 노무비도 실제로 노임으로 지급된 비용이라는 사실은 그 구체적 비용지출 사실에 관한 장부기장과 증빙 등 일체의 자료를 제출하기 용이한 납세의무자가 이를 반증할 필요가 있다.

〈선정이유〉

과세처분취소소송에서의 입증책임 분배기준을 제시한 판결

365. 증명책임 (2) : 무효확인소송에서 증명책임

(대법원 2010. 5. 13. 선고 2009두3460 판결)

〈주제〉 무효확인소송에서 증명책임

〈쟁점〉

행정처분무효확인소송에서 행정처분의 무효 사유에 대한 증명책임자(=원고) 및 구치소 등에 구속된 사람에 대한 납세고지서의 송달 방법

〈판결요지〉

행정처분의 당연무효를 주장하여 그 무효확인을 구하는 행정소송에 있어서는 원고에게 그 행정처분이 무효인 사유를 주장·입증할 책임이 있다. 한편 국세기본법에는 민사소송법 제182조(구속된 사람 등에게 할 송달)와 같은 특별규정이나 민사소송법 중 송달에 관한 규정을 준용하는 규정이 없으므로, 구치소 등에 구속된 사람에 대한 납세고지서의 송달은 특별한 사정이 없으면 국세기본법 제8조 제1항에 따라 주소·거소·영업소 또는 사무소로 하면 되고, 이 경우 그 곳에서 송달받을 사람을 만나지 못한 때에는 그 사용인 기타 종업원 또는 동거인으로서 사리를 판별할 수 있는 사람에게 송달할 수 있다.

〈선정이유〉

무효확인소송의 경우 원고에게 행정처분이 무효인 사유를 주장·입증할 책임이 있다고 판시한 판결

제4관 항고소송의 판결

366. 기속행위의 일부취소판결 (1)

(대법원 2004. 7. 22. 선고 2002두868 판결)

〈주제〉 기속행위의 일부취소 의무

〈쟁점〉

개발부담금부과처분 취소소송에 있어서 취소의 범위

〈판결요지〉

개발부담금부과처분 취소소송에 있어 당사자가 제출한 자료에 의하여 적법하게 부과될 정당한 부과금액이 산출할 수 없을 경우에는 부과처분 전부를 취소할 수밖에 없으나, 그렇지 않은 경우에는 그 정당한 금액을 초과하는 부분만 취소하여야 한다.

〈선정이유〉

개발부담금부과처분 취소소송의 경우 일부취소의 허용 여부 및 취소의 범위에 관하여 판시한 판결

367. 기속행위의 일부취소판결 (2)

(대법원 2012. 3. 29. 선고 2011두9263 판결)
〈주제〉 기속행위의 일부취소 의무

〈쟁점〉

여러 개의 상이에 대한 국가유공자요건비해당처분에 대한 취소소송에서 그 중 일부 상이가 국가유공자요건이 인정되는 상이에 해당하고 나머지 상이는 해당하지 않는 경우, 비해당처분 전부를 취소해야 하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 제4조 제1항 제6호 등 관련 법령의 내용, 형식 및 입법취지를 비롯하여 국가유공자등록신청 당시 신청인이 여러 개의 상이를 주장함으로써 국가유공자요건의 관련 사실을 확인하는 과정에서 여러 개의 상이가 문제 되는 경우 각각의 상이 별로 국가유공자요건에 해당하는지 여부에 대한 심사가 이루어지는 점, 이에 따라 법의 적용대상자로 될 상이를 입은 것이 아닌 사람 또는 국가유공자요건이 인정되지 않은 상이에 대하여는 상이등급의 판정을 위한 신체검사를 실시하지 아니하는 점, 나아가 여러 개의 상이를 주장하면서 국가유공자등록신청을 한 신청인의 의사는 단지 국가유공자로 등록되는 데 그치는 것이 아니라 교육훈련 또는 직무수행 중 입은 각각의 상이의 정도와 그 상이등급에 상응하는 국가유공자로 등록해 줄 것을 구하는 것이라고 봄이 타당한 점, 외형상 하나의 행정처분이라 하더라도 가분성이 있거나 그 처분대상의 일부가 특정될 수 있다면 그 일부만의 취소도 가능하고 그 일부의 취소는 당해 취소부분에 관하여 효력이 생긴다고 할 것인 점 등을 종합하면, 여러 개의 상이에 대한 국가유공자요건비해당처분에 대한 취소소송에서 그 중 일부 상이가 국가유공자요건이 인정되는 상이에 해당하더라도 나머지 상이에 대하여 위 요건이 인정되지 아니하는 경우에는 국가유공자요건비해당처분 중 위 요건이 인정되는 상이에 대한 부분만을 취소하여야 할 것이고, 그 비해당처분 전부를 취소할 수는 없다고 할 것이다.

〈선정이유〉

여러 개의 상이에 대한 국가유공자요건비해당처분에 대한 취소소송에서 일부취소가 가능한 경우에는 전부취소를 하여서는 아니 되며 일부취소를 하여야 한다고 판시한 판결

368. 재량행위에 대한 취소판결

(대법원 2007. 10. 26. 선고 2005두3172 판결)
〈주제〉 재량행위의 일부취소 가부

〈쟁점〉

처분 여부와 처분 정도에 관하여 재량이 인정되는 공정거래위원회의 과징금 납부명령이 재량권

을 일탈한 경우 및 수개의 위반행위에 대하여 하나의 과징금 납부명령을 하였으나 일부의 위반행위만이 위법하고 소송상 그 일부의 위반행위를 기초로 한 과징금액을 산정할 수 있는 자료가 없는 경우, 법원이 취소해야 할 과징금 납부명령의 범위(=전부취소)

〈판결요지〉

처분을 할 것인지 여부와 처분의 정도에 관하여 재량이 인정되는 과징금 납부명령에 대하여 그 명령이 재량권을 일탈하였을 경우 법원으로서는 재량권의 일탈 여부만 판단할 수 있을 뿐이지 재량권의 범위 내에서 어느 정도가 적정한 것인지에 관하여 판단할 수 없으므로 그 전부를 취소할 수밖에 없고, 법원이 적정하다고 인정되는 부분을 초과한 부분만 취소할 수는 없는 것이며(대법원 1998. 4. 10. 선고 98두2270 판결 참조), 또한 수 개의 위반행위에 대하여 하나의 과징금 납부명령을 하였으나 수 개의 위반행위 중 일부의 위반행위만이 위법하지만, 소송상 그 일부의 위반행위를 기초로 한 과징금액을 산정할 수 있는 자료가 없는 경우에는 하나의 과징금 납부명령 전부를 취소할 수밖에 없다(대법원 2004. 10. 14. 선고 2003두2881 판결 참조).

〈선정이유〉

과징금 납부명령과 같은 재량행위에 대해서 재량하자가 인정되는 경우 일부취소가 허용되지 않고 전부취소를 하여야 한다고 판시한 판결

369. 처분대상의 일부가 특정될 수 있는 경우의 취소판결

(대법원 1995. 11. 16. 선고 95누8850 전원합의체 판결)
〈주제〉 복수 운전면허의 일부 취소

〈쟁점〉

[1] 한 사람이 여러 종류의 자동차 운전면허를 취득한 경우, 이를 취소·정지함에 있어서 서로 별개의 것으로 취급하여야 하는지 여부

[2] 외형상 하나의 행정처분이라 하더라도 가분성이 있거나 그 처분대상의 일부가 특정될 수 있는 경우, 일부 취소의 가능성

〈판결요지〉

[1] 한 사람이 여러 종류의 자동차 운전면허를 취득하는 경우뿐 아니라 이를 취소 또는 정지함에 있어서도 서로 별개의 것으로 취급하는 것이 원칙이고, 한 사람이 여러 종류의 자동차 운전면허를 취득하는 경우 1개의 운전면허증을 발급하고 그 운전면허증의 면허번호는 최초로 부여한 면허번호로 하여 이를 통합관리하고 있다고 하더라도, 이는 자동차 운전면허증 및 그 면허번호 관리상의 편의를 위한 것에 불과할 뿐 그렇다고 하여 여러 종류의 면허를 서로 별개의 것으로 취급할 수 없다거나 각 면허의 개별적인 취소 또는 정지를 분리하여 집행할 수 없는 것은 아니다.

[2] 외형상 하나의 행정처분이라 하더라도 가분성이 있거나 그 처분대상의 일부가 특정될 수 있다면 그 일부만의 취소도 가능하고 그 일부의 취소는 당해 취소부분에 관하여 효력이 생긴다고 할

것인바, 이는 한 사람이 여러 종류의 자동차 운전면허를 취득한 경우 그 각 운전면허를 취소하거나 그 운전면허의 효력을 정지함에 있어서도 마찬가지이다.

[3] 제1종 보통, 대형 및 특수 면허를 가지고 있는 자가 레이카크레인을 음주운전한 행위는 제1종 특수면허의 취소사유에 해당될 뿐 제1종 보통 및 대형 면허의 취소사유는 아니므로, 3종의 면허를 모두 취소한 처분 중 제1종 보통 및 대형 면허에 대한 부분은 이를 이유로 취소하면 될 것이나, 제1종 특수면허에 대한 부분은 원고가 재량권의 일탈·남용하여 위법하다는 주장을 하고 있음에도, 원심이 그 점에 대하여 심리·판단하지 아니한 채 처분 전체를 취소한 조치는 위법하다고 하여 원심판결 중 제1종 특수면허에 대한 부분을 파기환송한 사례.

〈선정이유〉

외형상 하나의 행정처분에 대한 일부취소의 가능성 및 인정기준을 제시한 판결

370. 일부취소판결과 사정판결

(대법원 2016. 7. 14. 선고 2015두4167 판결)

〈주제〉 처분의 일부 취소, 사정판결의 요건과 판단기준

〈쟁점〉

[1] 금전 부과처분 취소소송에서 부과금액 산출과정의 잘못 때문에 부과처분이 위법하나 사실심 변론종결 시까지 제출된 자료에 의하여 정당한 부과금액이 산출되는 경우, 이를 초과하는 부분만 취소하여야 하는지 여부(적극) 및 이때 처분청이 처분 시를 기준으로 정당한 부과금액이 얼마인지 주장·증명하지 않는 경우, 법원이 이를 산출할 의무를 부담하는지 여부(소극)

[2] 행정소송법 제28조에서 정한 사정판결의 요건에 해당하는지 판단하는 방법과 기준 / 사정판결의 요건을 갖추었다고 판단되는 경우, 법원이 취할 조치

〈판결요지〉

[1] 일반적으로 금전 부과처분 취소소송에서 부과금액 산출과정의 잘못 때문에 부과처분이 위법한 것으로 판단되더라도 사실심 변론종결 시까지 제출된 자료에 의하여 적법하게 부과될 정당한 부과금액이 산출되는 때에는 부과처분 전부를 취소할 것이 아니라 정당한 부과금액을 초과하는 부분만 취소하여야 하지만, 처분청이 처분 시를 기준으로 정당한 부과금액이 얼마인지 주장·증명하지 않고 있는 경우에도 법원이 적극적으로 직권증거조사를 하거나 처분청에게 증명을 촉구하는 등의 방법으로 정당한 부과금액을 산출할 의무까지 부담하는 것은 아니다.

[2] 행정소송법 제28조에서 정한 사정판결은 행정처분이 위법함에도 불구하고 이를 취소·변경하게 되면 그것이 도리어 현저히 공공의 복리에 적합하지 않은 경우에 극히 예외적으로 할 수 있으므로, 그 요건에 해당하는지는 위법·부당한 행정처분을 취소·변경하여야 할 필요와 취소·변경으로 발생할 수 있는 공공복리에 반하는 사태 등을 비교·교량하여 엄격하게 판단하되, 처분에 이르기까지의 경과 및 처분 상대방의 관여 정도, 위법사유의 내용과 발생원인 및 전체 처분에서 위법사유가 관련된 부분이 차지하는 비중, 처분을 취소할 경우 예상되는 결과, 특히 처분을 기초로 새로운

법률관계나 사실상태가 형성되어 다수 이해관계인의 신뢰 보호 등 처분의 효력을 존속시킬 공익적 필요성이 있는지 여부 및 정도, 처분의 위법으로 인해 처분 상대방이 입게 된 손해 등 권익 침해의 내용, 행정청의 보완조치 등으로 위법상태의 해소 및 처분 상대방의 피해 전보가 가능한지 여부, 처분 이후 처분청이 위법상태의 해소를 위해 취한 조치 및 적극성의 정도와 처분 상대방의 태도 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여야 한다.

나아가 사정판결은 처분이 위법하나 공익상 필요 등을 고려하여 취소하지 아니하는 것일 뿐 처분이 적법하다고 인정하는 것은 아니므로, 사정판결의 요건을 갖추었다고 판단되는 경우 법원으로서는 행정소송법 제28조 제2항에 따라 원고가 입게 될 손해의 정도와 배상방법, 그 밖의 사정에 관하여 심리하여야 하고, 이 경우 원고는 행정소송법 제28조 제3항에 따라 손해배상, 제해시설의 설치 그 밖에 적당한 구제방법의 청구를 병합하여 제기할 수 있으므로, 당사자가 이를 간과하였음이 분명하다면 적절하게 석명권을 행사하여 그에 관한 의견을 진술할 수 있는 기회를 주어야 한다.

〈선정이유〉

금전 부과처분에 대한 일부취소의 인정기준과 사정판결의 요건 및 판단기준을 제시한 판결

371. 항고소송에서 위법판단의 기준시

(대법원 1993. 5. 27. 선고 92누19033 판결)

〈주제〉 처분의 위법판단 기준시

〈쟁점〉

행정처분의 위법 여부를 판단하는 기준 시점은 처분시라고 하는 의미

〈판결요지〉

항고소송에 있어서 행정처분의 위법 여부를 판단하는 기준 시점에 대하여 판결시가 아니라 처분시라고 하는 의미는 행정처분이 있을 때의 법령과 사실상태를 기준으로 하여 위법 여부를 판단할 것이며 처분 후 법령의 개폐나 사실상태의 변동에 영향을 받지 않는다는 뜻이고 처분 당시 존재하였던 자료나 행정청에 제출되었던 자료만으로 위법 여부를 판단한다는 의미는 아니므로, 처분 당시의 사실상태 등에 대한 입증은 사실심 변론종결 당시까지 할 수 있고, 법원은 행정처분 당시 행정청이 알고 있었던 자료뿐만 아니라 사실심 변론종결 당시까지 제출된 모든 자료를 종합하여 처분 당시 존재하였던 객관적 사실을 확정하고 그 사실에 기초하여 처분의 위법 여부를 판단할 수 있다.

〈선정이유〉

항고소송에 있어서 행정처분의 위법판단의 기준시에 관한 판결

372. 판결의 효력 (1) : 기속력

(대법원 1990. 12. 11. 선고 90누3560 판결)
〈주제〉 판결의 기속력(반복금지효), 기속력에 반하는 처분의 효력

〈쟁점〉

확정판결을 받은 처분행정청이 그 행정소송을 사실심 변론종결 이전의 사유를 내세워 다시 한 확정판결과 저촉되는 행정처분의 효력 유무(소극)

〈판결요지〉

확정판결의 당사자인 처분행정청이 그 행정소송의 사실심 변론종결 이전의 사유를 내세워 다시 확정판결과 저촉되는 행정처분을 하는 것은 허용되지 않는 것으로서 이러한 행정처분은 그 하자가 중대하고도 명백한 것이어서 당연무효라 할 것이다.

〈선정이유〉

확정판결의 기속력과 기속력에 반하는 처분의 효력에 관한 판결

373. 판결의 효력 (2) : 원상회복의무

(대법원 2019. 10. 17. 선고 2018두104 판결)
〈주제〉 판결의 기속력(원상회복의무)

〈쟁점〉

위법한 행정처분에 대한 취소판결이 확정된 경우, 행정청이 취할 조치 및 행정처분이 불복기간의 경과로 확정될 경우, 그 효력으로서 확정력의 의미

〈판결요지〉

어떤 행정처분을 위법하다고 판단하여 취소하는 판결이 확정되면 행정청은 취소판결의 기속력에 따라 그 판결에서 확인된 위법사유를 배제한 상태에서 다시 처분을 하거나 그 밖에 위법한 결과를 제거하는 조치를 할 의무가 있다(행정소송법 제30조). 그리고 행정처분이 불복기간의 경과로 인하여 확정될 경우 그 확정력은, 처분으로 인하여 법률상 이익을 침해받은 자가 해당 처분이나 재결의 효력을 더 이상 다툴 수 없다는 의미일 뿐, 더 나아가 판결에 있어서와 같은 기판력이 인정되는 것은 아니어서 처분의 기초가 된 사실관계나 법률적 판단이 확정되고 당사자들이나 법원이 이에 기속되어 모순되는 주장이나 판단을 할 수 없게 되는 것은 아니다.

〈선정이유〉

확정판결의 기속력(원상회복의무), 제소기간 도과로 인한 불가쟁력과 기판력의 구별에 관한 판결

374. 판결의 효력 (3) : 재처분의무

(대법원 1998. 1. 7.자 97두22 결정)
〈주제〉 확정판결의 기속력(재처분의무)

〈쟁점〉

[1] 거부처분 취소의 확정판결을 받은 행정청이 거부처분 후에 법령이 개정·시행된 경우, 새로운 사유로 내세워 다시 거부처분을 한 경우도 행정소송법 제30조 제2항 소정의 재처분에 해당하는지 여부(적극)

[2] 건축불허가처분취소 판결이 확정된 후 관계 법령이 개정된 경우, 당해 지방자치단체장이 개정된 신법령에서 정한 사유를 들어 재차 거부처분을 한 것이 행정소송법 제30조 제2항 소정의 확정판결의 취지에 따라 이전의 신청에 대한 처분을 한 경우에 해당하는지 여부(적극)

〈결정요지〉

[1] 행정소송법 제30조 제2항의 규정에 의하면 행정청의 거부처분을 취소하는 판결이 확정된 때에는 그 처분을 행한 행정청이 판결의 취지에 따라 이전의 신청에 대하여 재처분할 의무가 있으나, 이 때 확정판결의 당사자인 처분 행정청은 그 확정판결에서 적시된 위법사유를 보완하여 새로운 처분을 할 수 있다.

[2] 행정처분의 적법 여부는 그 행정처분이 행하여 진 때의 법령과 사실을 기준으로 하여 판단하는 것이므로 거부처분 후에 법령이 개정·시행된 경우에는 개정된 법령 및 허가기준을 새로운 사유로 들어 다시 이전의 신청에 대한 거부처분을 할 수 있으며 그러한 처분도 행정소송법 제30조 제2항에 규정된 재처분에 해당된다.

[3] 건축불허가처분을 취소하는 판결이 확정된 후 국토이용관리법시행령이 준농림지역 안에서의 행위제한에 관하여 지방자치단체의 조례로써 일정 지역에서 숙박업을 영위하기 위한 시설의 설치를 제한할 수 있도록 개정된 경우, 당해 지방자치 단체장이 위 처분 후에 개정된 신법령에서 정한 사유를 들어 새로운 거부처분을 한 것이 행정소송법 제30조 제2항 소정의 확정판결의 취지에 따라 이전의 신청에 대한 처분을 한 경우에 해당한다.

〈선정이유〉

거부처분 후에 법령이 개정·시행된 경우 개정된 법령 및 허가기준을 새로운 사유로 들어 다시 이전의 신청에 대한 거부처분을 하는 것은 확정판결의 기속력에 반하지 않는다는 결정

375. 판결의 효력 (4) : 재처분의무

(대법원 2005. 1. 14. 선고 2003두13045 판결)
〈주제〉 확정판결의 기속력(재처분의무)

〈쟁점〉

[1] 행정청이 확정판결의 취지에 따라 절차, 방법의 위법사유를 보완하여 다시 종전의 신청에 대한 거부처분을 할 수 있는지 여부(적극) 및 그러한 처분도 행정소송법 제30조 제2항에 규정된 재처분에 해당하는지 여부(적극)

[2] 방송위원회가 중계유선방송사업자에게 한 종합유선방송사업 승인거부처분이 심사의 기준시점을 경원자와 달리하여 평가한 것이 위법이라는 사유로 취소하는 확정판결의 취지에 따라 재처분 무렵을 기준으로 재심사한 결과에 따라 이루어진 재승인거부처분도 행정소송법 제30조 제2항에 규정된 재처분에 해당한다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 행정소송법 제30조 제2항의 규정에 의하면 행정청의 거부처분을 취소하는 판결이 확정된 경우에는 그 처분을 행한 행정청이 판결의 취지에 따라 이전의 신청에 대하여 재처분할 의무가 있다고 할 것이나, 그 취소사유가 행정처분의 절차, 방법의 위법으로 인한 것이라면 그 처분 행정청은 그 확정판결의 취지에 따라 그 위법사유를 보완하여 다시 종전의 신청에 대한 거부처분을 할 수 있고, 그러한 처분도 위 조항에 규정된 재처분에 해당한다.

[2] 방송위원회가 중계유선방송사업자에게 한 종합유선방송사업 승인거부처분이 심사의 기준시점을 경원자와 달리하여 평가한 것이 위법이라는 사유로 취소하는 확정판결의 취지에 따라 재처분 무렵을 기준으로 재심사한 결과에 따라 이루어진 재승인거부처분도 행정소송법 제30조 제2항에 규정된 재처분에 해당한다고 한 사례.

〈선정이유〉

취소판결 확정 이후 재차 거부처분을 하더라도 판결의 취지에 따른 처분이라면 재처분의무를 이행한 것이라고 판시한 판결

376. 판결의 효력 (5) : 간접강제

(대법원 2004. 1. 15. 선고 2002두2444 판결)

〈주제〉 간접강제결정에 기한 배상금의 성질

〈쟁점〉

행정소송법 제34조 소정의 간접강제결정에 기한 배상금의 성질 및 확정판결의 취지에 따른 재처분이 간접강제결정에서 정한 의무이행기한이 경과한 후에 이루어진 경우, 간접강제결정에 기한 배상금의 추심이 허용되는지 여부(소극)

〈판결요지〉

행정소송법 제34조 소정의 간접강제결정에 기한 배상금은 거부처분취소판결이 확정된 경우 그 처분을 행한 행정청으로 하여금 확정판결의 취지에 따른 재처분의무의 이행을 확실히 담보하기 위한 것으로서, 확정판결의 취지에 따른 재처분의무내용의 불확정성과 그에 따른 재처분에의 해당 여

부에 관한 쟁송으로 인하여 간접강제결정에서 정한 재처분의무의 기한 경과에 따른 배상금이 증가될 가능성이 자칫 행정청으로 하여금 인용처분을 강제하여 행정청의 재량권을 박탈하는 결과를 초래할 위험성이 있는 점 등을 감안하면, 이는 확정판결의 취지에 따른 재처분의 지연에 대한 제재나 손해배상이 아니고 재처분의 이행에 관한 심리적 강제수단에 불과한 것으로 보아야 하므로, 특별한 사정이 없는 한 간접강제결정에서 정한 의무이행기한이 경과한 후에라도 확정판결의 취지에 따른 재처분의 이행이 있으면 배상금을 추심함으로써 심리적 강제를 꾀할 목적이 상실되어 처분상 대방이 더 이상 배상금을 추심하는 것은 허용되지 않는다.

〈선정이유〉

간접강제결정에 기한 배상금의 법적 성질 및 배상금 추심의 한계에 관한 판결

377. 판결의 효력 (6) : 형성력

(대법원 1986. 8. 19. 선고 83다카2022 판결)

〈주제〉 취소판결의 형성력

〈쟁점〉

취소판결이 행정처분을 기초로 새로 형성된 제3자의 권리에 미치는 효력의 의미

〈판결요지〉

[1] 행정처분을 취소하는 확정판결이 제3자에 대하여도 효력이 있다고 하더라도 일반적으로 판결의 효력은 주문에 포함한 것에 한하여 미치는 것이니 그 취소판결 자체의 효력으로써 그 행정처분을 기초로 하여 새로 형성된 제3자의 권리까지 당연히 그 행정처분 전의 상태로 환원되는 것이라고는 할 수 없고, 단지 취소판결의 존재와 취소판결에 의하여 형성되는 법률관계를 소송당사자가 아니었던 제3자라 할지라도 이를 용인하지 않으면 아니된다는 것을 의미하는 것에 불과하다 할 것이며, 따라서 취소판결의 확정으로 인하여 당해 행정처분을 기초로 새로 형성된 제3자의 권리관계에 변동을 초래하는 경우가 있다 하더라도 이는 취소판결 자체의 형성력에 기한 것이 아니라 취소판결의 위와 같은 의미에서의 제3자에 대한 효력의 반사적 효과로서 그 취소판결이 제3자의 권리관계에 대하여 그 변동을 초래할 수 있는 새로운 법률요건이 되는 까닭이라 할 것이다.

[2] 환지계획변경처분으로 원고명의의 소유권이전등기가 경료되었으나 그후 위 변경처분으로 인하여 불이익을 입게 된 소외인이 동 처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하여 승소판결을 받아 이를 근거로 원고명의의 소유권이전등기의 말소청구소송을 제기하여 동 소외인 승소판결이 확정됨에 따라 원고가 그 소유권상실의 손해를 입게 된 경우, 원고명의의 소유권이전등기는 위 취소판결 자체의 효력에 의하여 당연히 말소되는 것이 아니라 소외인이 위 취소판결의 존재를 법률요건으로 주장하여 원고에게 그 말소를 구하는 소송을 제기하여 승소의 확정판결을 얻어야 비로소 말소될 수 있는 것이며, 위 말소청구소송에서의 승패 또한 위 취소판결의 존재가 주장되었다는 한가지 사실만으로 바로 판가름나는 것이라 할 수 없고 당사자의 주장 입증내용에 따라 달라질 여지가 있는 것이라 할 것이므로 원고는 위 말소청구의 소장부본을 송달받은 때가 아니라 위 말소청구의 소에

서 원고패소가 확정됨으로써 비로소 그 손해를 알게 되었다고 봄이 상당하다.

〈선정이유〉

취소판결의 대세효(제3자효)의 인정범위와 취소된 처분에 의하여 형성된 법률관계를 기초로 행해진 사법상 행위에 의하여 권리를 취득한 자에 대한 영향에 관하여 판시한 판결

378. 판결의 효력 (7) : 기판력

(대법원 1996. 4. 26. 선고 95누5820 판결)

〈주제〉 취소판결의 기판력

〈쟁점〉

전소와 후소가 소송물을 달리하는 경우, 전소 확정판결의 기판력이 후소에 미치는지 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 취소판결의 기판력은 소송물로 된 행정처분의 위법성 존부에 관한 판단 그 자체에만 미치는 것이므로 전소와 후소가 그 소송물을 달리하는 경우에는 전소 확정판결의 기판력이 후소에 미치지 아니한다.

[2] 전 소송은 이 사건에서의 피고 보조참가인이 원고가 되어 피고를 상대로 피고가 1990. 2. 3.에 한 이 사건 변경승인취소처분의 취소를 구하는 소송에서 이 사건에서의 원고가 피고 보조참가인이 되어 원고(이 사건에서의 피고 보조참가인)의 청구를 다투는 형식이었는데 반하여, 이 사건 소송은 원고가 피고를 상대로 1988. 9. 6.자 피고의 이 사건 변경승인의 무효확인(주위적으로) 또는 취소(예비적으로)를 구하는 소송에서 피고 보조참가인이 피고를 보조하여 원고의 청구를 다투는 것이어서, 전 소송과 이 사건 소송은 그 청구취지를 달리하는 것이므로 전 소송의 판결의 기판력은 그 소송물이었던 1990. 2. 3.자 변경승인취소처분의 위법성 존부에 관한 판단 그 자체에만 미치는 것이고 그 소송물을 달리하는 이 사건 소에는 미치지 아니한다고 보아야 할 것이다.

〈선정이유〉

기판력이 미치는 범위와 관련하여 전소와 후소가 소송물을 달리하는 경우 전소 확정판결의 기판력은 후소에 미치지 않는다고 판시한 판결

379. 판결의 효력 (8) : 기판력

(대법원 2014. 11. 27. 선고 2014두37665 판결)

〈주제〉 공사중지명령에 대한 취소청구를 기각하는 확정판결의 기판력

〈쟁점〉

행정청의 공사중지명령에 대한 취소소송에서 명령이 적법한 것으로 확정된 경우, 이후 그 명령의 상대방이 명령의 해제신청을 거부한 처분의 취소를 구하는 소송에서 명령의 적법성을 다툴 수 있는지 여부(소극) 및 공사중지명령의 해제를 구하기 위한 요건

〈판결요지〉

행정청이 관련 법령에 근거하여 행한 공사중지명령의 상대방이 명령의 취소를 구한 소송에서 패소함으로써 그 명령이 적법한 것으로 이미 확정되었다면, 이후 이러한 공사중지명령의 상대방은 그 명령의 해제신청을 거부한 처분의 취소를 구하는 소송에서 그 명령의 적법성을 다툴 수 없다. 그와 같은 공사중지명령에 대하여 그 명령의 상대방이 해제를 구하기 위해서는 명령의 내용 자체로 또는 성질상으로 명령 이후에 원인사유가 해소되었음이 인정되어야 한다.

〈선정이유〉

공사중지명령 취소소송에서 명령이 적법한 것으로 판단되어 기각판결이 확정된 경우 그 기판력은 명령의 상대방이 제기한 명령해제신청 거부처분 취소소송에서 명령의 적법성 판단에 미친다고 판시한 판결

제5관 당사자소송

380. 항고소송의 대상과 당사자소송의 대상

(대법원 2008. 4. 17. 선고 2005두16185 전원합의체 판결[7])

〈주제〉 특별법상 보상금의 지급을 구하는 소송의 유형

〈쟁점〉

'민주화운동관련자 명예회복 및 보상 심의위원회'의 보상금 등의 지급 대상자에 관한 결정이 행정처분인지 여부(적극) 및 '민주화운동관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률'에 따른 보상금 등의 지급을 구하는 소송의 형태(=취소소송)

〈판결요지〉

[다수의견]

[1]'민주화운동관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률' 제2조 제1호, 제2호 본문, 제4조, 제10

7) 대법원은 위와 달리 구 광주민주화운동관련자보상등에관한법률에 따른 보상금지급 청구 소송은 당사자소송에 의하여야 한다고 보았다(대법원 1992. 12. 24. 선고 92누3335 판결).
"광주민주화운동관련자보상등에관한법률 제15조 본문의 규정에서 말하는 광주민주화운동관련자보상심의위원회의 결정을 거치는 것은 보상금 지급에 관한 소송을 제기하기 위한 전치요건에 불과하다고 할 것이므로 위 보상심의위원회의 결정은 취소소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다. 같은 법에 의거하여 관련자 및 유족들이 갖게 되는 보상 등에 관한 권리는 헌법 제23조 제3항에 따른 재산권침해에 대한 손실보상청구나 국가배상법에 따른 손해배상청구와는 그 성질을 달리하는 것으로서 법률이 특별히 인정하고 있는 공법상의 권리라고 하여야 할 것이므로 그에 관한 소송은 행정소송법 제3조 제2호 소정의 당사자소송에 의하여야 할 것이며 보상금 등의 지급에 관한 법률관계의 주체는 대한민국이다."

조, 제11조, 제13조 규정들의 취지와 내용에 비추어 보면, 같은 법 제2조 제2호 각 목은 민주화운동과 관련한 피해 유형을 추상적으로 규정한 것에 불과하여 제2조 제1호에서 정의하고 있는 민주화운동의 내용을 함께 고려하더라도 그 규정들만으로는 바로 법상의 보상금 등의 지급 대상자가 확정된다고 볼 수 없고, '민주화운동관련자 명예회복 및 보상 심의위원회'에서 심의·결정을 받아야만 비로소 보상금 등의 지급 대상자로 확정될 수 있다. 따라서 그와 같은 심의위원회의 결정은 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행정처분에 해당하므로, 관련자 등으로서 보상금 등을 지급받고자 하는 신청에 대하여 심의위원회가 관련자 해당 요건의 전부 또는 일부를 인정하지 아니하여 보상금 등의 지급을 기각하는 결정을 한 경우에는 신청인은 심의위원회를 상대로 그 결정의 취소를 구하는 소송을 제기하여 보상금 등의 지급대상자가 될 수 있다.

[2] '민주화운동관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률' 제17조는 보상금 등의 지급에 관한 소송의 형태를 규정하고 있지 않지만, 위 규정 전단에서 말하는 보상금 등의 지급에 관한 소송은 '민주화운동관련자 명예회복 및 보상 심의위원회'의 보상금 등의 지급신청에 관하여 전부 또는 일부를 기각하는 결정에 대한 불복을 구하는 소송이므로 취소소송을 의미한다고 보아야 하며, 후단에서 보상금 등의 지급신청을 한 날부터 90일을 경과한 때에는 그 결정을 거치지 않고 위 소송을 제기할 수 있도록 한 것은 관련자 등에 대한 신속한 권리구제를 위하여 위 기간 내에 보상금 등의 지급 여부 등에 대한 결정을 받지 못한 때에는 지급 거부 결정이 있는 것으로 보아 곧바로 법원에 심의위원회를 상대로 그에 대한 취소소송을 제기할 수 있다고 규정한 취지라고 해석될 뿐, 위 규정이 보상금 등의 지급에 관한 처분의 취소소송을 제한하거나 또는 심의위원회에 의하여 관련자 등으로 결정되지 아니한 신청인에게 국가를 상대로 보상금 등의 지급을 구하는 이행소송을 직접 제기할 수 있도록 허용하는 취지라고 풀이할 수는 없다.

[대법관 김황식, 김지형, 이홍훈의 반대의견]

'민주화운동관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률' 제17조의 규정은 입법자가 결정전치주의에 관하여 특별한 의미를 부여하고 있는 것으로, 심의위원회의 결정과 같은 사전심사를 거치거나 사전심사를 위한 일정한 기간이 지난 후에는 곧바로 당사자소송의 형태로 권리구제를 받을 수 있도록 하려는 데 그 진정한 뜻이 있는 것이다. 또한, 소송경제나 분쟁의 신속한 해결을 도모한다는 측면에서도 당사자소송에 의하는 것이 국민의 권익침해 해소에 가장 유효하고 적절한 수단이다. 따라서 보상금 등의 지급신청을 한 사람이 심의위원회의 보상금 등의 지급에 관한 결정을 다투고자 하는 경우에는 곧바로 보상금 등의 지급을 구하는 소송을 제기하여야 하고, 관련자 등이 갖게 되는 보상금 등에 관한 권리는 위 법이 특별히 인정하고 있는 공법상 권리이므로 그 보상금 등의 지급에 관한 소송은 행정소송법 제3조 제2호에 정한 국가를 상대로 하는 당사자소송에 의하여야 한다.

〈선정이유〉

「민주화운동관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률」에 따른 보상금 등의 지급을 구하는 소송은 행정처분인 '민주화운동관련자 명예회복 및 보상 심의위원회'의 지급기각결정의 취소를 구하는 취소소송이라는 판결

381. 당사자소송의 대상 (1)

(대법원 2013. 3. 28. 선고 2012다102629 판결)
〈주제〉 공무원의 보수지급을 구하는 소송의 법적 성격

〈쟁점〉

지방소방공무원의 보수에 관한 법률관계가 공법상 법률관계인지 여부(적극) 및 지방소방공무원이 소속 지방자치단체를 상대로 초과근무수당의 지급을 구하는 소송을 제기하는 경우, 행정소송법상 당사자소송의 절차에 따라야 하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

지방자치단체와 그 소속 경력직 공무원인 지방소방공무원 사이의 관계, 즉 지방소방공무원의 근무관계는 사법상의 근로계약관계가 아닌 공법상의 근무관계에 해당하고, 그 근무관계의 주요한 내용 중 하나인 지방소방공무원의 보수에 관한 법률관계는 공법상의 법률관계라고 보아야 한다. 나아가 지방공무원법 제44조 제4항, 제45조 제1항이 지방공무원의 보수에 관하여 이른바 근무조건 법정주의를 채택하고 있고, 지방공무원 수당 등에 관한 규정 제15조 내지 제17조가 초과근무수당의 지급 대상, 시간당 지급 액수, 근무시간의 한도, 근무시간의 산정 방식에 관하여 구체적이고 직접적인 규정을 두고 있는 등 관계 법령의 내용, 형식 및 체제 등을 종합하여 보면, 지방소방공무원의 초과근무수당 지급청구권은 법령의 규정에 의하여 직접 그 존부나 범위가 정하여지고 법령에 규정된 수당의 지급요건에 해당하는 경우에는 곧바로 발생한다고 할 것이므로, 지방소방공무원이 자신이 소속된 지방자치단체를 상대로 초과근무수당의 지급을 구하는 청구에 관한 소송은 행정소송법 제3조 제2호에 규정된 당사자소송의 절차에 따라야 한다.

〈선정이유〉

지방소방공무원이 소속 지방자치단체를 상대로 초과근무수당의 지급을 구하는 소송은 「행정소송법」상 당사자소송이라는 판결

382. 당사자소송의 대상 (2)

(대법원 2016. 5. 24. 선고 2013두14863 판결)
〈주제〉 명예퇴직수당액이 법령상의 정당한 수당액에 미치지 못한다고 주장하며 차액의 지급을 구하는 소송의 법적 성격

〈쟁점〉

[1] 공법상 법률관계에 관한 당사자소송의 피고적격 및 원고가 고의 또는 중대한 과실 없이 당사자소송으로 제기하여야 할 것을 항고소송으로 잘못 제기한 경우, 법원이 취할 조치

[2] 법관이 이미 수령한 명예퇴직수당액이 구 법관 및 법원공무원 명예퇴직수당 등 지급규칙 제4조 [별표 1]에서 정한 정당한 수당액에 미치지 못한다고 주장하며 차액의 지급을 신청한 것에 대

하여 법원행정처장이 거부하는 의사를 표시한 경우, 위 의사표시를 행정처분으로 볼 수 있는지 여부(소극) / 명예퇴직한 법관이 미지급 명예퇴직수당액의 지급을 구하는 경우, 소송 형태(=행정소송법의 당사자소송)

〈판결요지〉

[1] 공법상의 법률관계에 관한 당사자소송에서는 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하여 소송을 제기하여야 한다(행정소송법 제3조 제2호, 제39조). 다만 원고가 고의 또는 중대한 과실 없이 당사자소송으로 제기하여야 할 것을 항고소송으로 잘못 제기한 경우에, 당사자소송으로서의 소송요건을 결하고 있음이 명백하여 당사자소송으로 제기되었더라도 어차피 부적법하게 되는 경우가 아닌 이상, 법원으로서는 원고가 당사자소송으로 소 변경을 하도록 하여 심리·판단하여야 한다.

[2] 명예퇴직수당 지급대상자의 결정과 수당액 산정 등에 관한 구 국가공무원법(2012. 10. 22. 법률 제11489호로 개정되기 전의 것) 제74조의2 제1항, 제4항, 구 법관 및 법원공무원 명예퇴직수당 등 지급규칙(2011. 1. 31. 대법원규칙 제2320호로 개정되기 전의 것, 이하 '명예퇴직수당규칙'이라 한다) 제3조 제1항, 제2항, 제7조, 제4조 [별표 1]의 내용과 취지 등에 비추어 보면, 명예퇴직수당은 명예퇴직수당 지급신청자 중에서 일정한 심사를 거쳐 피고가 명예퇴직수당 지급대상자로 결정한 경우에 비로소 지급될 수 있지만, 명예퇴직수당 지급대상자로 결정된 법관에 대하여 지급할 수당액은 명예퇴직수당규칙 제4조 [별표 1]에 산정 기준이 정해져 있으므로, 위 법관은 위 규정에서 정한 정당한 산정 기준에 따라 산정된 명예퇴직수당액을 수령할 구체적인 권리를 가진다. 따라서 위 법관이 이미 수령한 수당액이 위 규정에서 정한 정당한 명예퇴직수당액에 미치지 못한다고 주장하며 차액의 지급을 신청함에 대하여 법원행정처장이 거부하는 의사를 표시했더라도, 그 의사표시는 명예퇴직수당액을 형성·확정하는 행정처분이 아니라 공법상의 법률관계의 한쪽 당사자로서 지급의무의 존부 및 범위에 관하여 자신의 의견을 밝힌 것에 불과하므로 행정처분으로 볼 수 없다. 결국 명예퇴직한 법관이 미지급 명예퇴직수당액에 대하여 가지는 권리는 명예퇴직수당 지급대상자 결정 절차를 거쳐 명예퇴직수당규칙에 의하여 확정된 공법상 법률관계에 관한 권리로서, 그 지급을 구하는 소송은 행정소송법의 당사자소송에 해당하며, 그 법률관계의 당사자인 국가를 상대로 제기하여야 한다.

〈선정이유〉

명예퇴직한 법관이 미지급 명예퇴직수당액의 지급을 구하는 소송은 「행정소송법」상 당사자소송으로서 그 법률관계의 당사자인 국가를 상대로 제기하여야 한다고 판시한 판결

383. 당사자소송의 대상 (3)

(대법원 2009. 9. 17. 선고 2007다2428 전원합의체 판결)

〈주제〉 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 효력을 다투는 소송의 법적 성격, 소의 이익, 소의 이송

〈쟁점〉

[1] 도시 및 주거환경정비법상의 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 효력을 다투는 소송의 법적 성질(=행정소송법상 당사자소송)

[2] 도시 및 주거환경정비법상의 주택재건축정비사업조합이 같은 법 제48조에 따라 수립한 관리처분계획에 대하여 관할 행정청의 인가·고시가 있은 후에, 그 관리처분계획안에 대한 총회결의의 무효확인을 구할 수 있는지 여부(소극)

[3] 도시 및 주거환경정비법상의 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 총회결의의 무효확인을 구하는 소를 민사소송으로 제기한 사안에서, 그 소는 행정소송법상 당사자소송에 해당하므로 행정법원의 전속관할에 속한다고 한 사례

[4] 주택재건축정비사업조합의 관리처분계획에 대하여 그 관리처분계획안에 대한 총회결의의 무효확인을 구하는 소가 관할을 위반하여 민사소송으로 제기된 후에 관할 행정청의 인가·고시가 있었다는 사정만으로 그 소가 이송된 후 부적법 각하될 것이 명백한 경우에 해당한다고 보기 어려워, 위 소는 관할법원인 행정법원으로 이송함이 상당하다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 도시 및 주거환경정비법상 행정주체인 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 효력 등을 다투는 소송은 행정처분에 이르는 절차적 요건의 존부나 효력 유무에 관한 소송으로서 그 소송결과에 따라 행정처분의 위법 여부에 직접 영향을 미치는 공법상 법률관계에 관한 것이므로, 이는 행정소송법상의 당사자소송에 해당한다.

[2] 도시 및 주거환경정비법상 주택재건축정비사업조합이 같은 법 제48조에 따라 수립한 관리처분계획에 대하여 관할 행정청의 인가·고시까지 있게 되면 관리처분계획은 행정처분으로서 효력이 발생하게 되므로, 총회결의의 하자를 이유로 하여 행정처분의 효력을 다투는 항고소송의 방법으로 관리처분계획의 취소 또는 무효확인을 구하여야 하고, 그와 별도로 행정처분에 이르는 절차적 요건 중 하나에 불과한 총회결의 부분만을 따로 떼어내어 효력 유무를 다투는 확인의 소를 제기하는 것은 특별한 사정이 없는 한 허용되지 않는다.

[3] 도시 및 주거환경정비법상의 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 총회결의의 무효확인을 구하는 소를 민사소송으로 제기한 사안에서, 그 소는 행정소송법상 당사자소송에 해당하므로 전속관할이 행정법원에 있다고 한 사례.

[4] 주택재건축정비사업조합의 관리처분계획에 대하여 그 관리처분계획안에 대한 총회결의의 무효확인을 구하는 소가 관할을 위반하여 민사소송으로 제기된 후에 관할 행정청의 인가·고시가 있었던 경우 따로 총회결의의 무효확인만을 구할 수는 없게 되었으나, 이송 후 행정법원의 허가를 얻어 관리처분계획에 대한 취소소송 등으로 변경될 수 있음을 고려하면, 그와 같은 사정만으로 이송 후 그 소가 부적법하게 되어 각하될 것이 명백한 경우에 해당한다고 보기 어려우므로, 위 소는 관할법원인 행정법원으로 이송함이 상당하다고 한 사례.

〈선정이유〉

관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 효력을 다투는 소송은 「행정소송법」상 당사자소송에 해당하나, 관할청의 인가·고시로 관리처분계획에 행정처분으로서의 효력이 발생한 이후에는 항고소송에서 관리처분계획의 취소 또는 무효확인을 구하여야 하고, 행정처분에 이르는 절차적 요건 중 하

나에 불과한 총회결의 부분만을 따로 떼어내어 당사자소송으로 다투는 것은 허용되지 않음을 명확히 한 판결

384. 당사자소송에서 소의 이익

(대법원 2002. 11. 26. 선고 2002두1496 판결)
〈주제〉 당사자소송에서 소의 이익

〈쟁점〉

지방자치단체와 채용계약에 의하여 채용된 계약직공무원이 그 계약기간 만료 이전에 채용계약 해지 등의 불이익을 받은 후 그 계약기간이 만료된 경우, 채용계약 해지의사표시의 무효확인을 구할 소의 이익이 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

지방자치단체와 채용계약에 의하여 채용된 계약직공무원이 그 계약기간 만료 이전에 채용계약 해지 등의 불이익을 받은 후 그 계약기간이 만료된 때에는 그 채용계약 해지의 의사표시가 무효라고 하더라도, 지방공무원법이나 지방계약직공무원규정 등에서 계약기간이 만료되는 계약직공무원에 대한 재계약의무를 부여하는 근거규정이 없으므로 계약기간의 만료로 당연히 계약직공무원의 신분을 상실하고 계약직공무원의 신분을 회복할 수 없는 것이므로, 그 해지의사표시의 무효확인청구는 과거의 법률관계의 확인청구에 지나지 않는다 할 것이고, 한편 과거의 법률관계라 할지라도 현재의 권리 또는 법률상 지위에 영향을 미치고 있고 현재의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위험이나 불안을 제거하기 위하여 그 법률관계에 관한 확인판결을 받는 것이 유효 적절한 수단이라고 인정될 때에는 그 법률관계의 확인소송은 즉시확정의 이익이 있다고 보아야 할 것이나, 계약직공무원에 대한 채용계약이 해지된 경우에는 공무원 등으로 임용되는 데에 있어서 법령상의 아무런 제약사유가 되지 않을 뿐만 아니라, 계약기간 만료 전에 채용계약이 해지된 전력이 있는 사람이 공무원 등으로 임용되는 데에 있어서 그러한 전력이 없는 사람보다 사실상 불이익한 장애사유로 작용한다고 하더라도 그것만으로는 법률상의 이익이 침해되었다고 볼 수는 없으므로 그 무효확인을 구할 이익이 없다.

〈선정이유〉

공법상 계약의 무효확인을 구하는 당사자소송은 확인의 이익이 요구되며, 계약직공무원이 계약기간 만료 이전에 채용계약 해지 등의 불이익을 받았다 하더라도 그 계약기간이 만료된 경우에는 채용계약 해지의사표시의 무효확인을 구할 소의 이익이 없다고 판시한 판결

385. 당사자소송에서 가구제

(대법원 2015. 8. 21.자 2015무26 결정)
〈주제〉 민사집행법상 가처분 규정의 준용

〈쟁점〉

도시 및 주거환경정비법상 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합 총회 결의의 효력을 다투는 소송을 본안으로 하는 가처분에 대하여 민사집행법상 가처분에 관한 규정이 준용되는지 여부(적극)

〈판결요지〉

도시 및 주거환경정비법(이하 '도시정비법'이라 한다)상 행정주체인 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 효력을 다투는 소송은 행정처분에 이르는 절차적 요건의 존부나 효력 유무에 관한 소송으로서 소송결과에 따라 행정처분의 위법 여부에 직접 영향을 미치는 공법상 법률관계에 관한 것이므로, 이는 행정소송법상 당사자소송에 해당한다. 그리고 이러한 당사자소송에 대하여는 행정소송법 제23조 제2항의 집행정지에 관한 규정이 준용되지 아니하므로(행정소송법 제44조 제1항 참조), 이를 본안으로 하는 가처분에 대하여는 행정소송법 제8조 제2항에 따라 민사집행법상 가처분에 관한 규정이 준용되어야 한다.

〈선정이유〉

항고소송과는 달리 당사자소송에 대하여는 「민사집행법」상 가처분에 관한 규정이 준용된다는 판결

제3편 행정조직법

제 1 장 국가행정조직법
제 2 장 지방자치법
제 3 장 공무원법

제 3 편 행정조직법

제 1 장 국가행정조직법

386. 행정권한의 위임과 재위임의 근거규정

(대법원 1990. 6. 26. 선고 88누12158 판결)
〈주제〉 행정권한위임 및 재위임의 근거

〈쟁점〉

[1] 정부조직법 제5조 제1항에 기하여 제정된 행정권한의위임및위탁에관한규정 제4조에 따른 권한 재위임의 가부(적극)

[2] 전항의 권한재위임을 규정한 도의 규칙에 대한 위임기관의 장의 승인유무가 직권조사사항인지 여부(적극)

〈판결요지〉

[1] 정부조직법 제5조 제1항의 규정은 법문상 행정권한의 위임 및 재위임의 근거규정임이 명백하고 정부조직법이 국가행정기관의 설치, 조직과 직무범위의 대강을 정하는 데 목적이 있다고 하여 그 이유만으로 같은 법의 권한위임 및 재위임에 관한 규정마저 권한 위임 및 재위임 등에 관한 대강을 정한 것에 불과할 뿐 권한위임 및 재위임의 근거규정이 아니라고 할 수 없다고 할 것이므로, 도지사 등은 정부조직법 제5조 제1항에 기하여 제정된 행정권한의위임및위탁에관한규정에 정한 바에 의하여 위임기관의 장의 승인이 있으면 그 규칙이 정하는 바에 의하여 그 수임된 권한을 시장, 군수 등 소속기관의 장에게 다시 위임할 수 있다.

[2] 전항의 경우 권한재위임을 규정한 도의 규칙에 관하여 위임기관의 장의 승인이 있었는지의 여부는 규칙의 유효요건이므로 법원으로서는 이를 직권으로 조사하여 그 유효여부를 판단하여야 한다.

〈선정이유〉

정부조직법 제5조 제1항의 규정은 행정권한의 위임 및 재위임의 근거규정에 해당한다는 판결

387. 행정권한의 위임의 형식

(대법원 1995. 7. 11. 선고 94누4615 전원합의체판결)
〈주제〉 행정권한위임의 형식

〈쟁점〉

[1] 구 건설업법 제50조 제2항 제3호 소정의 영업정지 등 처분권한을 위임받은 시·도지사가 이를 구청장 등에게 재위임할 수 있는지 여부

[2] 이른바 기관위임사무를 지방자치단체의 조례에 의하여 재위임할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 구 건설업법(1994.1.7. 법률 제4724호로 개정되기 전의 것) 제57조 제1항, 같은법시행령 제53조 제1항 제1호에 의하면 건설부장관의 권한에 속하는 같은 법 제50조 제2항 제3호 소정의 영업정지 등 처분권한은 서울특별시장·직할시장 또는 도지사에게 위임되었을 뿐 시·도지사가 이를 구청장·시장·군수에게 재위임할 수 있는 근거규정은 없으나, 정부조직법 제5조 제1항과 이에 기한 행정권한의위임및위탁에관한규정 제4조에 재위임에 관한 일반적인 근거규정이 있으므로 시·도지사는 그 재위임에 관한 일반적인 규정에 따라 위임받은 위 처분권한을 구청장 등에게 재위임할 수 있다.

[2] 위 영업정지 등 처분에 관한 사무는 국가사무로서 지방자치단체의 장에게 위임된 이른바 기관위임사무에 해당하므로 시·도지사가 지방자치단체의 조례에 의하여 이를 구청장 등에게 재위임할 수는 없고 행정권한의위임및위탁에관한규정 제4조에 의하여 위임기관의 장의 승인을 얻은 후 지방자치단체의 장이 제정한 규칙이 정하는 바에 따라 재위임하는 것만이 가능하다.

〈선정이유〉

기관위임사무는 시·도지사가 지방자치단체의 조례에 의하여 이를 구청장 등에게 재위임할 수는 없고 행정권한의위임및위탁에관한규정 제4조에 의하여 위임기관의 장의 승인을 얻은 후 지방자치단체의 장이 제정한 규칙이 정하는 바에 따라 재위임하는 것만이 가능하다고 한 판결

388. 행정권한의 내부위임

(대법원 1995. 11. 28. 선고 94누6475 판결)

〈주제〉 내부위임의 권리행사 방법

〈쟁점〉

[1] 행정처분의 무효확인 청구소송에서 소원전치주의나 제소기간의 제한 등에 관한 규정의 적용 여부

[2] 행정권한이 내부위임된 경우 권한행사의 방법

〈판결요지〉

[1] 행정처분의 무효확인 청구소송에서는 이른바 소원전치주의나 제소기간의 제한 등에 관한 규정은 적용되지 않는다.

[2] 행정권한의 위임은 행정관청이 법률에 따라 특정한 권한을 다른 행정관청에 이전하여 수임관청의 권한으로 행사하도록 하는 것이어서 권한의 법적인 귀속을 변경하는 것이므로 법률이 위임을

허용하고 있는 경우에 한하여 인정된다 할 것이고, 이에 반하여 행정권한의 내부위임은 법률이 위임을 허용하고 있지 아니한 경우에도 행정관청의 내부적인 사무처리의 편의를 도모하기 위하여 그의 보조기관 또는 하급행정관청으로 하여금 그의 권한을 사실상 행사하게 하는 것이므로, 권한위임의 경우에는 수임관청이 자기의 이름으로 그 권한행사를 할 수 있지만 내부위임의 경우에는 수임관청은 위임관청의 이름으로만 그 권한을 행사할 수 있을 뿐 자기의 이름으로는 그 권한을 행사할 수 없다.

〈선정이유〉

내부위임의 경우 수임관청은 위임관청의 이름으로만 그 권한을 행사할 수 있을 뿐 자기의 이름으로는 그 권한을 행사할 수 없다는 판결

389. 권한을 유월한 의원면직처분의 효력

(대법원 2007. 7. 26. 선고 2005두15748 판결)

〈주제〉 권한 없는 자가 행한 행위의 효과

〈쟁점〉

[1] 의원면직처분에 대한 무효확인소송 계속 중 당사자가 사망한 경우 소송이 종료되는지 여부(적극)

[2] 권한을 유월한 의원면직처분의 효력

[3] 임면권자가 아닌 국가정보원장이 5급 이상의 국가정보원직원에 대하여 한 의원면직처분이 당연무효가 아니라고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 공무원으로서의 지위는 일신전속권으로서 상속의 대상이 되지 않으므로, 의원면직처분에 대한 무효확인을 구하는 소송은 당해 공무원이 사망함으로써 중단됨이 없이 종료된다.

[2] 행정청의 권한에는 사무의 성질 및 내용에 따르는 제약이 있고, 지역적·대인적으로 한계가 있으므로 이러한 권한의 범위를 넘어서는 권한유월의 행위는 무권한 행위로서 원칙적으로 무효라고 할 것이나, 행정청의 공무원에 대한 의원면직처분은 공무원의 사직의사를 수리하는 소극적 행정행위에 불과하고, 당해 공무원의 사직의사를 확인하는 확인적 행정행위의 성격이 강하며 재량의 여지가 거의 없기 때문에 의원면직처분에서의 행정청의 권한유월 행위를 다른 일반적인 행정행위에서의 그것과 반드시 같이 보아야 할 것은 아니다.

[3] 5급 이상의 국가정보원직원에 대한 의원면직처분이 임면권자인 대통령이 아닌 국가정보원장에 의해 행해진 것으로 위법하고, 나아가 국가정보원직원의 명예퇴직원 내지 사직서 제출이 직위해제 후 1년여에 걸친 국가정보원장 측의 종용에 의한 것이었다는 사정을 감안한다 하더라도 그러한 하자가 중대한 것이라고 볼 수는 없으므로, 대통령의 내부결재가 있었는지에 관계없이 당연무효는 아니라고 한 사례.

〈선정이유〉

행정청의 권한의 범위를 넘어서는 권한유월의 행위는 무권한 행위로서 원칙적으로 무효라고 할 것이나, 행정청의 공무원에 대한 의원면직처분은 공무원의 사직의사를 수리하는 소극적 행정행위에 불과하고, 당해 공무원의 사직의사를 확인하는 확인적 행정행위의 성격이 강하며 재량의 여지가 거의 없기 때문에 다른 일반적인 행정행위에서의 그것과 반드시 같이 당연무효라고 볼 것은 아니라고 한 판결

제 2 장 지방자치법

390. 지방자치의 보장과 제한

(헌법재판소 2010. 10. 28.자 2007헌라4 결정)

〈주제〉 지방자치권 침해의 본질적 한계

〈쟁점〉

헌법상 지방자치권의 침해 여부에 대한 심사 기준

〈판결요지〉

헌법 제117조 제1항에 의해 지방자치단체에게 보장된 지방자치권은 절대적인 것이 아니고 법령에 의하여 형성되는 것이므로, 입법자는 지방자치에 관한 사항을 형성하면서 지방자치단체의 지방자치권을 제한할 수 있다. 그러나 법령에 의하여 지방자치단체의 지방자치권을 제한하는 것이 가능하다고 하더라도, 지방자치단체의 존재 자체를 부인하거나 각종 권한을 말살하는 것과 같이 그 제한이 불합리하여 지방자치권의 본질적인 내용을 침해하여서는 아니 된다. 따라서 국회의 입법에 의하여 지방자치권이 침해되었는지 여부를 심사함에 있어서는 지방자치권의 본질적 내용이 침해되었는지 여부만을 심사하면 족하고, 기본권침해를 심사하는 데 적용되는 과잉금지원칙이나 평등원칙 등을 적용할 것은 아니다.

〈선정이유〉

국회의 입법에 의하여 지방자치권이 침해되었는지 여부를 심사함에 있어서는 지방자치권의 본질적 내용이 침해되었는지 여부만을 심사하면 족하고, 기본권침해를 심사하는 데 적용되는 과잉금지원칙이나 평등원칙 등을 적용할 것은 아니라는 결정

391. 주민소송의 대상

(대법원 2016. 5. 27. 선고 2014두8490 판결)

〈주제〉 주민소송의 대상

〈쟁점〉

주민소송 제도의 목적 및 지방자치법 제17조 제1항에서 주민소송의 대상으로 규정한 '재산의 취득·관리·처분에 관한 사항'에 해당하는지 판단하는 기준 / 점용허가가 도로 등의 본래 기능 및 목적과 무관하게 그 사용가치를 실현·활용하기 위한 것으로 평가되는 경우, 주민소송의 대상이 되는 재산의 관리·처분에 해당하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

주민소송 제도는 지방자치단체 주민이 지방자치단체의 위법한 재무회계행위의 방지 또는 시정을 구하거나 그로 인한 손해의 회복 청구를 요구할 수 있도록 함으로써 지방자치단체의 재무행정의 적법성과 지방재정의 건전하고 적정한 운영을 확보하려는 데 목적이 있다. 그러므로 주민소송은 원칙적으로 지방자치단체의 재무회계에 관한 사항의 처리를 직접 목적으로 하는 행위에 대하여 제기할 수 있고, 지방자치법 제17조 제1항에서 주민소송의 대상으로 규정한 '재산의 취득·관리·처분에 관한 사항'에 해당하는지도 그 기준에 의하여 판단하여야 한다. 특히 도로 등 공물이나 공공용물을 특정 사인이 배타적으로 사용하도록 하는 점용허가가 도로 등의 본래 기능 및 목적과 무관하게 그 사용가치를 실현·활용하기 위한 것으로 평가되는 경우에는 주민소송의 대상이 되는 재산의 관리·처분에 해당한다.

〈선정이유〉

주민소송 제도의 목적 및 지방자치법 제17조 제1항에서 주민소송의 대상으로 규정한 '재산의 취득·관리·처분에 관한 사항'에 해당하는지 판단하는 기준을 제시한 판결

392. 조례제정권의 범위와 한계

(대법원 1995. 12. 22. 선고 95추32 판결)
〈주제〉 조례제정권의 범위와 한계

〈쟁점〉

[1] 지방자치단체의 조례제정권의 범위와 한계
[2] 묘지 등의 허가사무가 도의 고유사무인 자치사무인지 여부
[3] 도지사로부터 시장·군수에게 묘지 등의 허가권을 위임한 것이 기관위임인지 여부
[4] 도지사로부터 시장·군수에게 기관위임된 묘지 등 허가사무를 규율하는 군조례가 지방자치법 제15조 본문에 위반된다고 본 사례
[5] 기속재량에 속하는 사설묘지 등의 설치허가의 요건을 법률의 위임 없이 조례에 의하여 추가함이 가능한지 여부
[6] 법률에 의하여 군수에게 재량이 주어진 공설납골당의 설치에 관하여 군조례에 의하여 재량권을 박탈함의 적부

〈판결요지〉

[1] 지방자치법 제15조 본문에 의하여 지방자치단체가 조례를 제정할 수 있는 사항은 지방자치단체의 고유사무인 자치사무와 개별 법령에 의하여 지방자치단체에 위임된 이른바 단체위임사무에 한하고, 국가사무로서 지방자치단체의 장에게 위임되거나 상위 지방자치단체의 사무로서 하위 지방자치단체의 장에게 위임된 이른바 기관위임사무에 관한 사항은 조례제정의 범위 밖이라고 할 것이다.

[2] 재단법인이 운영하는 묘지 등의 허가는 도의 사무에 속한다는 점에서는 일치하지만, 종중 등이 설치하는 묘지 등의 허가 사무는 매장및묘지등에관한법률에 의하면 도의 사무에 속하고, 지방자치법 및 같은법시행령에 의하면 시·군의 사무에 속하는 것으로 서로 다르게 규정되어 있으나, 지방자치법시행령 제8조 단서는 "다른 법령에 이와 다른 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다"고 규정하고 있으므로, 묘지 등의 설치허가에 관하여는 지방자치법과는 다르게 매장및묘지등에관한법률이 특별히 규정한 것으로 볼 수 있고, 매장및묘지등에관한법률이 지방자치법시행령보다 상위의 법규라는 점 등에 비추어 볼 때 종중 등이 설치하는 묘지 등의 허가사무도 매장및묘지등에관한법률 제8조에 의하여 도의 고유사무인 자치사무라고 해석할 것이다.

[3] 도지사로부터 시장·군수에게 묘지 등의 허가권을 위임한 것은 단체위임이 아니라 기관위임이라고 보아야 할 것이다.

[4] 도지사로부터 묘지 등 허가사무를 위임받은 주체는 지방자치단체인 군이 아니라 도의 하위 행정기관인 군수이고, 매장및묘지등에관한법률이나 도사무위임조례에 특별히 위임받은 기관인 시장·군수가 소속된 시·군의 조례로 사무처리에 관한 규정을 정할 수 있다는 위임근거 규정도 없기 때문에 군의회가 그 사무를 규율하는 조례를 제정할 수 없으므로, 군의회에서 의결된 '묘지등설치허가시주민의견청취에관한조례안' 제3조는 지방자치법 제15조 본문에 위반된다.

[5] 매장및묘지등에관한법률 제8조의 사설묘지 등의 설치허가행위는 같은법시행령 제5조 제2항 등에 정해진 기준에 의한 기속재량행위라고 보아야 할 것이므로, 행정청으로서는 법령이 정한 기준에 해당하면 사설묘지 등을 설치하는 것을 허가하지 아니하면 아니 되고, 군의회에서 의결된 '묘지등설치허가시주민의견청취에관한조례안' 제3조는 위 법률이 정한 사설묘지 등의 허가요건에 대하여 위 법률과 동일 또는 유사한 목적에서 법령의 근거 없이 영향권 내 주민 3분의 2 이상의 찬성이라는 새로운 허가요건을 가중하는 것이 되므로 법령의 요건에만 해당하면 사설묘지 등의 설치허가를 하여야 하도록 규정한 매장및묘지등에관한법률 및 같은법시행령에 위반되는 위법한 것이다.

[6] 매장및묘지등에관한법률 제7조 제1항이 공설묘지 및 공설화장장에 관하여는 군수에게 설치의무를 부과하면서도 이와는 달리 그 제2항이 굳이 공설납골당에 관하여는 그 필요성 유무를 판단하여 설치할 수 있도록 규정한 것은 우리 사회에서 아직 납골당이 보편화되지 아니하였기 때문에 그 설치의 시기, 필요성에 관하여 군수에게 판단의 재량을 주려는 것인데, 군수가 공설 납골당을 설치하여야 한다고 규정하는 군의회 의결의 '묘지등설치허가시주민의견청취에관한조례안' 제7조는 이러한 군수의 판단재량을 박탈함으로써 같은 법의 입법취지에 반하게 되므로 결국 위 조례안 제7조는 같은 법 제7조 제2항에 위반된다.

〈선정이유〉

지방자치법 제15조 본문에 의하여 지방자치단체가 조례를 제정할 수 있는 사항은 지방자치단체의 고유사무인 자치사무와 개별 법령에 의하여 지방자치단체에 위임된 단체위임사무에 한하고, 기

관위임사무에 관한 사항은 조례제정의 범위 밖이라고 판시한 판결

393. 조례와 위임입법

(헌법재판소 2004. 9. 23.자 2002헌바76 결정)
〈주제〉 조례에 대한 법률유보-포괄적 위임

〈쟁점〉

[1] 하수도법 제32조 제2항·제5항이 하수도법상의 원인자부담금 부과의 방법과 절차를 조례에 위임한 것이 위헌인지 여부(소극)

[2] 조례에 위임할 사항에 있어서 위임입법의 한계

〈판결요지〉

[1] 헌법 제117조 제1항은 "지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다."고 규정하고, 지방자치법 제15조는 이를 구체화하여 "지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다."고 규정하고 있다. 즉, 우리 헌법 제117조 제1항은 자치입법권의 수권규정으로 지방자치단체의 조례제정권을 보장하고 있고, 나아가 지방자치법은 개별 법률의 위임이 있는 경우에는 조례로써도 주민의 권리를 제한하거나 주민에게 의무를 부과하는 것은 가능함을 밝히고 있다.

그런데, 하수도법 제32조 제2항, 제5항은 지방자치단체(공공하수도관리청)에 공공하수도의 개축이나 공사와 관련한 원인자부담금을 부과할 수 있는 권한을 부여하고 있고, 그 방법이나 절차에 관하여 당해 지방자치단체에 별도의 조례제정권을 부여하고 있다. 따라서 이 사건 원인자부담금에 관한 조례는 헌법상의 자치입법권을 근거로 하여 개별 법률에서 구체적으로 위임한 조례제정권에 의거하여 제정된 것으로서 제정형식에는 문제가 없다.

[2] 지방자치단체는 헌법상 자치입법권이 인정되고, 법령의 범위 안에서 그 권한에 속하는 모든 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다는 점과 조례는 선거를 통하여 선출된 그 지역의 지방의원으로 구성된 주민의 대표기관인 지방의회에서 제정되므로 지역적인 민주적 정당성까지 갖고 있다는 점을 고려하면, 조례에 위임할 사항은 헌법 제75조 소정의 행정입법에 위임할 사항보다 더 포괄적이어도 헌법에 반하지 않는다고 할 것이다.

〈선정이유〉

조례는 선거를 통하여 선출된 그 지역의 지방의원으로 구성된 주민의 대표기관인 지방의회에서 제정되므로 조례에 위임할 사항은 헌법 제75조 소정의 행정입법에 위임할 사항보다 더 포괄적이어도 헌법에 반하지 않는다고 한 결정

394. 조례에 대한 법률의 우위 (1)

(대법원 2007. 12. 13. 선고 2006추52 판결)
〈주제〉 조례에 대한 법률우위-수정법률선점론

〈쟁점〉

[1] 지방자치단체가 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙에 해당하는 조례를 제정하는 경우 법률의 위임이 필요한지 여부(적극) 및 그러한 위임 없이 제정된 조례의 효력(무효)

[2] 제주특별자치도에서 자동차대여사업을 하려는 사람의 영업활동을 제한하는 내용의 '제주특별자치도 여객자동차 운수사업에 관한 조례안' 조항이 그 수권법률인 '제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법'이 조례로 정할 수 있도록 한 사항에 해당하지 아니하여 무효라고 한 사례

[3] 조례안재의결 무효확인소송에서 심리대상의 범위

〈판결요지〉

[1] 지방자치법 제22조, 제9조 제1항, 구 지방자치법(2007. 5. 11. 법률 제8423호로 전문 개정되기 전의 것) 제9조 제1항, 제15조, 행정규제기본법 제4조 제3항에 의하면 지방자치단체는 그 고유사무인 자치사무와 개별법령에 의하여 지방자치단체에 위임된 단체위임사무에 관하여 자치조례를 제정할 수 있지만 그 경우라도 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙은 법률의 위임이 있어야 하며, 기관위임사무에 관하여 제정되는 이른바 위임조례는 개별법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에 한하여 제정할 수 있으므로, 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙에 해당하는 조례를 제정할 경우에는 그 조례의 성질을 묻지 아니하고 법률의 위임이 있어야 하고 그러한 위임 없이 제정된 조례는 효력이 없다.

[2] 제주특별자치도에서 자동차대여사업을 하고자 하는 사람의 영업활동을 제한하는 내용의 '제주특별자치도 여객자동차 운수사업에 관한 조례안' 제37조 제3항과 제4항은 그 수권규정인 '제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법' 제324조 제2항이 조례로 정할 수 있도록 한 사항에 해당하지 아니하여 법률의 위임 없이 국민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항을 규정한 것으로 무효라고 한 사례.

[3] 조례안재의결 무효확인소송에서의 심리대상은 지방의회에 재의를 요구할 당시 이의사항으로 지적되어 재의결에서 심의의 대상이 된 것에 국한된다.

〈선정이유〉

주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙에 해당하는 조례를 제정할 경우에는 그 조례의 성질을 묻지 아니하고 법률의 위임이 있어야 하고 그러한 위임 없이 제정된 조례는 효력이 없다고 한 판결

395. 조례에 대한 법률의 우위 (2)

(대법원 2006. 10. 12. 선고 2006추38 판결)
〈주제〉 조례에 대한 법률우위-수익적 초과조례

〈쟁점〉

[1] 지방자치단체가 세 자녀 이상 세대 양육비 등 지원에 관한 조례안을 제정함에 있어서 법률의 개별적 위임이 필요한지 여부(소극)

[2] 조례로 정하고자 하는 특정사항에 관하여 이미 법령이 존재하는 경우, 조례의 적법 요건

[3] 군민의 출산을 적극 장려하기 위하여 세 자녀 이상의 세대 중 세 번째 이후 자녀에게 양육비 등을 지원할 수 있도록 하는 내용의 '정선군세자녀이상세대양육비등지원에관한조례안'이 법령에 위반되지 않는다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 지방자치법 제15조에 의하면 지방자치단체는 그 내용이 주민의 권리의 제한 또는 의무의 부과에 관한 사항이거나 벌칙에 관한 사항이 아닌 한 법률의 위임이 없더라도 그의 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있는바, 지방자치단체의 세자녀 이상 세대 양육비 등 지원에 관한 조례안은 저출산 문제의 국가적·사회적 심각성을 십분 감안하여 향후 지방자치단체의 출산을 적극 장려토록 하여 인구정책을 보다 전향적으로 실효성 있게 추진하고자 세 자녀 이상 세대 중 세 번째 이후 자녀에게 양육비 등을 지원할 수 있도록 하는 것으로서, 위와 같은 사무는 지방자치단체 고유의 자치사무 중 주민의 복지증진에 관한 사무를 규정한 지방자치법 제9조 제2항 제2호 (라)목에서 예시하고 있는 아동·청소년 및 부녀의 보호와 복지증진에 해당되는 사무이고, 또한 위 조례안에는 주민의 편의 및 복리증진에 관한 내용을 담고 있어 그 제정에 있어서 반드시 법률의 개별적 위임이 따로 필요한 것은 아니다.

[2] 지방자치단체는 법령에 위반되지 아니하는 범위 내에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있는 것이고, 조례가 규율하는 특정사항에 관하여 그것을 규율하는 국가의 법령이 이미 존재하는 경우에도 조례가 법령과 별도의 목적에 기하여 규율함을 의도하는 것으로서 그 적용에 의하여 법령의 규정이 의도하는 목적과 효과를 전혀 저해하는 바가 없는 때, 또는 양자가 동일한 목적에서 출발한 것이라고 할지라도 국가의 법령이 반드시 그 규정에 의하여 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용을 규율하려는 취지가 아니고 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하는 취지라고 해석되는 때에는 그 조례가 국가의 법령에 위반되는 것은 아니다.

[3] 군민의 출산을 적극 장려하기 위하여 세 자녀 이상의 세대 중 세 번째 이후 자녀에게 양육비 등을 지원할 수 있도록 하는 내용의 '정선군세자녀이상세대양육비등지원에관한조례안'이 법령에 위반되지 않는다고 한 사례.

〈선정이유〉

조례가 규율하는 특정사항에 관하여 그것을 규율하는 국가의 법령이 이미 존재하는 경우에도 조례가 법령과 별도의 목적에 기하여 규율함을 의도하는 것으로서 그 적용에 의하여 법령의 규정이 의도하는 목적과 효과를 전혀 저해하는 바가 없는 때 또는 양자가 동일한 목적에서 출발한 것이라

고 할지라도 국가의 법령이 반드시 그 규정에 의하여 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용을 규율하려는 취지가 아니고 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하는 취지라고 해석되는 때에는 그 조례가 국가의 법령에 위배되는 것은 아니라고 한 판결

396. 조례에 대한 법률의 우위 (3)

(대법원 1997. 4. 25. 선고 96추251 판결)
〈주제〉 조례에 대한 법률우위-침익적 초과조례

〈쟁점〉

[1] 조례에 의한 차고지확보제도는 법률의 위임이 있어야 하는지 여부(적극)

[2] 도시교통정비촉진법 제19조의10 제3항이 조례에 의한 차고지확보제도의 법률적 위임근거가 되는지 여부(적극)

[3] 차고지확보제도를 규정한 조례안이 법률의 위임근거는 있으나, 그 내용이 자동차 등록기준 및 차고지 확보기준에 관한 상위법령의 제한범위를 초과하여 무효라고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 차고지확보제도 조례안이 자동차·건설기계의 보유자에게 차고지확보의무를 부과하는 한편 자동차관리법에 의한 자동차등록(신규·변경·이전) 및 건설기계관리법에 의한 건설기계등록·변경신고를 하려는 자동차·건설기계의 보유자에게 차고지확보 입증서류의 제출의무를 부과하고 그 입증서류의 미제출을 위 등록 및 신고수리의 거부사유로 정함으로써 결국 등록·변경신고를 하여 자동차·건설기계를 운행하려는 보유자로 하여금 차고지를 확보하지 아니하면 자동차·건설기계를 운행할 수 없도록 하는 것을 그 내용으로 하고 있다면, 이는 주민의 권리를 제한하고 주민에게 의무를 부과하는 것임이 분명하므로 지방자치법 제15조 단서의 규정에 따라 그에 관한 법률의 위임이 있어야만 적법하다.

[2] 도시교통정비촉진법 제19조의10 제3항에서 교통수요관리에 관하여 법에 정한 사항을 제외하고는 조례로 정하도록 규정하고 있고, 차고지확보제도는 차고지를 확보하지 아니한 자동차·건설기계의 보유자로 하여금 그 자동차·건설기계를 운행할 수 없도록 하는 것으로서 결과적으로 자동차 등의 통행량을 감소시키는 교통수요관리(그 중 주차수요관리) 방안의 하나에 해당하므로, 같은 법 제19조의10 제3항의 규정은 비록 포괄적이고 일반적인 것이기는 하지만 차고지확보제도를 규정한 조례안의 법률적 위임근거가 된다.

[3] 차고지확보 대상을 자가용자동차 중 승차정원 16인 미만의 승합자동차와 적재정량 2.5t 미만의 화물자동차까지로 정하여 자동차운수사업법령이 정한 기준보다 확대하고, 차고지확보 입증서류의 미제출을 자동차등록 거부사유로 정하여 자동차관리법령이 정한 자동차 등록기준보다 더 높은 수준의 기준을 부가하고 있는 차고지확보제도에 관한 조례안은 비록 그 법률적 위임근거는 있지만 그 내용이 차고지 확보기준 및 자동차등록기준에 관한 상위법령의 제한범위를 초과하여 무효라고 한 사례.

〈선정이유〉

차고지확보제도를 규정한 조례안이 법률의 위임근거는 있으나, 그 내용이 자동차 등록기준 및 차고지 확보기준에 관한 상위법령의 제한범위를 초과하여 무효라고 한 판결

397. 자치사무와 기관위임사무

(대법원 2003. 4. 22. 선고 2002두10483 판결)

〈주제〉 자치사무와 기관위임사무의 판단기준

〈쟁점〉

[1] 법령상 지방자치단체의 장이 처리하도록 규정하고 있는 사무가 자치사무 또는 기관위임사무에 해당하는지 여부의 판단 방법

[2] 서울신용보증재단의 사무 중 특히, 업무감독과 감독상 필요한 명령에 관한 사무는 중소기업청장의 위임에 의하여 국가사무가 지방자치단체의 장에게 위임된 기관위임사무에 해당한다고 한 사례

[3] 재단법인 이사회 소집권자의 이사회 소집 기피로 이사회를 소집할 수 없는 상태에서 이사회 소집절차에 대한 별도의 명문규정이 없을 경우, 이사회의 소집방법

〈판결요지〉

[1] 법령상 지방자치단체의 장이 처리하도록 규정하고 있는 사무가 자치사무인지 아니면 기관위임사무인지를 판단함에 있어서는 그에 관한 법령의 규정 형식과 취지를 우선 고려하여야 하지만 그 외에도 그 사무의 성질이 전국적으로 통일적인 처리가 요구되는 사무인지 여부나 그에 관한 경비부담과 최종적인 책임귀속의 주체 등도 아울러 고려하여야 한다.

[2] 서울신용보증재단의 사무 중 특히, 업무감독과 감독상 필요한 명령에 관한 사무는 중소기업청장의 위임에 의하여 국가사무가 지방자치단체의 장에게 위임된 기관위임사무에 해당한다고 한 사례.

[3] 지역신용보증재단법이나 재단 정관에 이사회 소집권자인 이사장이 이사회의 소집을 기피하여 이사회를 소집할 수 없을 때 어떠한 절차를 거쳐 이사회를 소집할 것인지에 관하여 아무런 규정도 두고 있지 아니하므로, 이러한 경우 이사회의 소집은 특별한 사정이 없는 한, 이사장의 정관 위반을 이유로 법원으로부터 이사장에 대한 직무집행정지 가처분 및 직무대행자 선임재판을 받은 다음 그 직무대행자가 하여야 한다.

〈선정이유〉

법령상 지방자치단체의 장이 처리하도록 규정하고 있는 사무가 자치사무 또는 기관위임사무에 해당하는지 여부의 판단 방법을 제시한 판결

398. 자치사무의 위임

(대법원 1997. 6. 19. 선고 95누8669 전원합의체 판결)
〈주제〉 자치사무의 위임

〈쟁점〉

[1] 교육감의 학교법인 임원취임의 승인취소권을 조례가 아닌 규칙에 의하여 교육장에게 권한위임할 수 있는지 여부(소극)

[2] 무효인 권한위임 규칙에 근거하여 행한 교육장의 임원취임의 승인취소처분이 당연무효가 아니라고 한 사례

[3] 행정소송에서 처분청의 처분권한 유무가 직권조사사항인지 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 사립학교법 제4조 제1항, 제20조의2 제1항에 규정된 교육감의 학교법인 임원취임의 승인취소권은 교육감이 지방자치단체의 교육·학예에 관한 사무의 특별집행기관으로서 가지는 권한이고 정부조직법상의 국가행정기관의 일부로서 가지는 권한이라고 할 수 없으므로 국가행정기관의 사무나 지방자치단체의 기관위임사무 등에 관한 권한위임의 근거규정인 정부조직법 제5조 제1항, 행정권한의위임및위탁에관한규정 제4조에 의하여 교육장에게 권한위임을 할 수 없고, 구 지방교육자치에관한법률(1995. 7. 26. 법률 제4951호로 개정되기 전의 것) 제36조 제1항, 제44조에 의하여 조례에 의하여서만 교육장에게 권한위임이 가능하다 할 것이므로, 행정권한의위임및위탁에관한규정 제4조에 근거하여 교육감의 학교법인 임원취임의 승인취소권을 교육장에게 위임함을 규정한 대전직할시교육감소관행정권한의위임에관한규칙 제6조 제4호는 조례로 정하여야 할 사항을 규칙으로 정한 것이어서 무효이다.

[2] 행정처분이 당연무효라고 하기 위하여는 처분에 위법사유가 있다는 것만으로는 부족하고 하자가 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것으로서 객관적으로 명백한 것이어야 하며, 하자의 중대·명백 여부를 판별함에 있어서는 법규의 목적, 의미, 기능 등을 목적론적으로 고찰함과 동시에 구체적 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰함을 요한다 할 것인바, 위 [1]항의 규칙 제6조 제4호에 근거하여 한 교육장의 임원취임의 승인취소처분은 결과적으로 적법한 위임 없이 권한 없는 자에 의하여 행하여진 것과 마찬가지가 되어 그 하자가 중대하다 할 것이나, 현행법상 교육감은 지방자치단체의 교육·학예에 관한 사무의 특별집행기관임과 동시에 국가의 기관위임사무를 처리하는 범위 내에서 국가행정기관으로서의 지위를 아울러 가지고 지방자치단체의 사무와 기관위임사무를 함께 관장하고 있어 행위의 외관상 양자의 구분이 쉽지 아니하고, 사립학교법 제4조에는 사립학교를 설치·운영하는 학교법인 등에 대한 관할청으로서 교육부장관이 교육감과 함께 규정되어 있을 뿐만 아니라 학교법인 임원취임의 승인 및 그 취소권은 교육감의 관장사무를 규정한 지방교육자치에관한법률 제27조에 규정되어 있지 아니하고 사립학교법 제20조, 제20조의2에서 '관할청'의 권한으로 규정되어 있는 관계로 교육감의 학교법인 임원취임의 승인 및 그 취소권은 본래 교육부장관의 권한으로서 교육감에게 기관위임된 것으로 오인할 여지가 없지 아니하며, 또한 헌법 제107조 제2항의 '규칙'에는 지방자치단체의 조례와 규칙이 모두 포함되는 등 이른바 규칙의 개념이 경우에 따라 상이하게 해석되는 점 등에 비추어, 임원취임의 승인취소처분에 관한 권한위임 과정의

하자가 객관적으로 명백하다고 할 수는 없다고 보아 당연무효 사유는 아니라고 한 사례.

[3] 행정소송에 있어서 처분청의 처분권한 유무는 직권조사사항이 아니다.

〈선정이유〉

교육감의 학교법인 임원취임의 승인취소권을 조례가 아닌 규칙에 의하여 교육장에게 권한위임할 수는 없고, 조례로 정하여야 할 사항을 규칙으로 정한 대전직할시교육감소관행정권한의위임에관한 규칙 제6조 제4호가 무효라고 한 판결

399. 조례에 대한 통제 (1)

(대법원 1992. 7. 28. 선고 92추31 판결)

〈주제〉 조례에 대한 통제-재의요구

〈쟁점〉

[1] 지방자치법상 지방자치단체의 장과 지방의회 간의 권한배분 등 상호관계 및 지방의회의원의 권능범위

[2] 동정자치위원회를 구성하는 위원의 위촉과 해촉에 관한 권한을 동장에게 부여하면서 그 위촉과 해촉에 있어서 당해 지역 구의원과 협의하도록 한 조례규정의 적부(소극)

[3] 동정자치위원회의 자문 심의사항을 동장 외에 당해 지역 구의원도 심의를 요구할 수 있도록 한 조례규정의 적부(적극)

[4] 지방자치법 제159조에 의한 소송에서의 심판대상은 지방자치단체가 재의요구시에 이의사항으로 지적하여 재의결에서 심의의 대상이 된 것에 국한되는지 여부(적극)

[5] 지방의회가 재의결한 내용 전부가 아니라 일부만이 위법한 경우에도 대법원은 의결 전부의 효력을 부인할 수밖에 없는지 여부(적극)

[6] 지방자치단체의 조례제정권의 범위와 한계

[7] 광주직할시서구주택건설사업계획립지심의회운영조례안이 규정하는 주택건설촉진법 제33조의 규정에 의한 사업계획승인은 지방자치단체에 위임된 단체위임사무가 아니라, 단체장에게 위임된 기관위임사무이므로 지방자치법의 규정에 위반된다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 지방자치법은 의결기관으로서의 의회의 권한과 집행기관으로서의 단체장의 권한을 분리하여 배분하는 한편, 의회는 행정사무감사와 조사권 등에 의하여 단체장의 사무집행을 감시 통제할 수 있게 하고 단체장은 의회의 의결에 대한 재의요구권 등으로 의회의 의결권행사에 제동을 가할 수 있게 함으로써 상호 견제와 균형을 유지하도록 하고 있는 것인바, 위와 같은 의회의 의결권과 집행기관에 대한 행정감사 및 조사권은 의결기관인 의회 자체의 권한이고 의회를 구성하는 의원 개개인의 권한이 아닌바, 의원은 의회의 본회의 및 위원회의 의결과 안건의 심사 처리에 있어서 발의권, 질문권, 토론권 및 표결권을 가지며 의회가 행하는 지방자치단체사무에 대한 행정감사 및 조사에서 직접 감사 및 조사를 담당하여 시행하는 권능이 있으나, 이는 의회의 구성원으로서 의회의

권한행사를 담당하는 권능이지 의원 개인의 자격으로 가지는 권능이 아니므로 의원은 의회의 본회의 및 위원회의 활동과 아무런 관련 없이 의원 개인의 자격에서 집행기관의 사무집행에 간섭할 권한이 없으며, 이러한 권한은 법이 규정하는 의회의 권한 밖의 일로서 집행기관과의 권한한계를 침해하는 것이어서 허용될 수 없다.

[2] 광주직할시서구동정자문위원회조례 중 개정조례안 중 동정자치위원회를 구성하는 위원의 위촉과 해촉에 관한 권한을 동장에게 부여하면서 그 위촉과 해촉에 있어서 당해 지역 구의원과 협의하도록 한 규정은 지방자치단체의 하부집행기관인 동장에게 인사와 관련된 사무권한의 행사에 있어서 당해 지역 구의원과 협의하도록 의무를 부과하는 한편 구의원에게는 협의의 권능을 부여한 것이나, 이는 구의회의 본회의 또는 위원회의 활동과 관련 없이 구의원 개인에게 하부집행기관의 사무집행에 관여하도록 함으로써 하부집행기관의 권능을 제약한 것에 다름 아니므로, 이러한 규정은 법이 정한 의결기관과 집행기관 사이의 권한분리 및 배분의 취지에 위반되는 위법한 규정이라고 볼 수밖에 없다.

[3] 위 조례안 중 동정자치위원회의 자문·심의사항을 동장 외에 당해 지역 구의원도 심의를 요구할 수 있도록 한 규정은 구의원에게 하부집행기관인 동장의 사무집행에 관여하는 권능을 부여하고 이로써 동장의 권한행사를 제약하는 것이라고는 보기 어려울 것이므로 위 규정이 법이 규정한 의결기관과 집행기관 사이의 권한배분과 상호견제 및 균형의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

[4] 위 조례 중 동정자문위원회의 명칭을 동정자치위원회로 변경한 것이 위법하다는 주장은 지방자치단체가 재의요구시 위 명칭변경부분을 이의사항으로 지적한 바 없고 소송에서 비로소 내세운 주장인바, 소송에서의 심판대상은 단체장이 재의요구시에 이의사항으로 지적하여 재의결에서 심의의 대상이 된 것에 국한된다고 볼 것이므로, 위 명칭변경부분은 심판대상이 아니다.

[5] 의결의 일부에 대한 효력배제는 결과적으로 전체적인 의결의 내용을 변경하는 것에 다름 아니어서 의결기관인 지방의회의 고유권한을 침해하는 것이 될 뿐 아니라, 그 일부만의 효력배제는 자칫 전체적인 의결내용을 지방의회의 당초의 의도와는 다른 내용으로 변질시킬 우려가 있으며, 또 재의요구가 있는 때에는 재의요구에서 지적한 이의사항이 의결의 일부에 관한 것이라고 하여도 의결 전체가 실효되고 재의결만이 의결로서 효력을 발생하는 것이어서 의결의 일부에 대한 재의요구나 수정재의 요구가 허용되지 않는 점에 비추어 보아도 재의결의 내용 전부가 아니라 그 일부만이 위법한 경우에도 대법원은 의결 전부의 효력을 부인할 수밖에 없다.

[6] 지방자치단체가 조례를 제정할 수 있는 사항은 지방자치단체의 고유사무인 자치사무와 개별법령에 의하여 자치단체에 위임된 이른바 단체위임사무에 한하고, 국가사무로서 지방자치단체의 장에 위임된 이른바 기관위임사무에 관한 사항은 조례제정의 범위 밖이라고 할 것이다.

[7] 광주직할시서구주택건설사업계획입지심의회운영조례안이 규정하는 주택건설촉진법 제33조의 규정에 의한 사업계획승인은 건설부장관 소관의 국가사무로서 단체장에게 위임된 이른바 기관위임사무이고 지방자치단체에 위임된 단체위임사무가 아님이 명백하므로, 위 조례안은 조례로 제정할 수 없는 사항을 규정한 것이어서 조례제정범위에 관한 지방자치법의 규정에 위반되어 위법하다고 한 사례.

〈선정이유〉

지방자치단체의 조례제정권의 범위와 한계를 제시하고, 기관위임사무를 대상으로 규정한 조례안은 조례로 제정할 수 없는 사항을 규정한 것이어서 조례제정범위에 관한 지방자치법의 규정에 위반되어 위법하다고 한 판결

400. 조례에 대한 통제 (2)

(대법원 1999. 4. 27. 선고 99추23 판결)
〈주제〉 조례에 대한 통제-대법원에 제소

〈쟁점〉

[1] 지방자치단체장의 재의요구에도 불구하고 지방의회가 조례안을 재의결하였을 경우, 지방자치단체장이 지방자치법 제98조 제3항에 따라 법령위반을 이유로 제소할 수 있는지 여부(적극)

[2] 2종 일반주거지역에 고층아파트 건축을 허용하는 조례가 도시계획법시행령 제15조 제2항 제1호에 저촉되는지 여부(적극)

〈판결요지〉

[1] 지방자치법 제19조 제3항은 지방의회의 의결사항 중 하나인 조례안에 대하여 지방자치단체의 장에게 재의요구권을 폭넓게 인정한 것으로서 지방자치단체의 장의 재의요구권을 일반적으로 인정한 지방자치법 제98조 제1항에 대한 특별규정이라고 할 것이므로, 지방자치단체의 장의 재의요구에도 불구하고 조례안이 원안대로 재의결되었을 때에는 지방자치단체의 장은 지방자치법 제98조 제3항에 따라 그 재의결에 법령위반이 있음을 내세워 대법원에 제소할 수 있는 것이다.

[2] 지방자치단체는 법령의 범위 내에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있지만, 지방의회가 일반주거지역 내의 건축물의 건축금지 및 제한에 관하여 조례를 제정함에 있어서는 일반주거지역을 1종·2종 및 3종으로 나누어 지정할 수 있게 한 도시계획법 제17조 제1항 제1호, 제2항, 같은 법시행령 제15조 제1항 제1호, 제2항의 취지를 따라야 하므로 2종 일반주거지역이 연립주택·저층아파트 중심의 주거환경을 조성하기 위하여 지정되는 곳이라는 범위를 벗어날 수 없음에도 불구하고, 2종 일반주거지역에도 15층 아파트의 건축이 가능하도록 제한의 범위를 넓힘으로써 2종 일반주거지역이 고층아파트 중심의 주거환경이 될 수도 있는 결과를 가져오도록 하는 조례는 주거환경을 보호하기 위하여 건축물의 규모를 제한한 도시계획법시행령 제15조 제2항 제1호에 저촉된다.

〈선정이유〉

지방자치단체장의 재의요구에도 불구하고 지방의회가 조례안을 재의결하였을 경우, 지방자치단체장이 지방자치법에 따라 법령위반을 이유로 제소할 수 있다고 한 판결

401. 조례에 대한 통제 (3)

(대법원 2013. 11. 28. 선고 2012추15 판결)
〈주제〉 조례에 대한 통제-재의요구명령

〈쟁점〉

교육·학예에 관한 시·도의회의 의결사항에 대한 교육부장관의 재의요구 요청 권한이 교육감의 재의요구 권한과 별개의 독립된 권한인지 여부(적극)와 재의요구 요청기간(=시·도의회의 의결사항

을 이송받은 날부터 20일 이내) 및 교육부장관이 시·도의회의 의결사항에 대하여 대법원에 직접 제소하기 위한 요건

〈판결요지〉

구 지방교육자치에 관한 법률(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것) 제28조 제1항, 제3조, 지방자치법 제172조 제1항, 제7항의 내용, 형식, 체제 및 취지와 헌법이 지방자치를 보장하는 취지 등을 함께 종합해 보면, 교육·학예에 관한 시·도의회의 의결사항에 대한 교육감의 재의요구 권한과 교육부장관의 재의요구 요청 권한은 별개의 독립된 권한이다. 한편 교육부장관의 재의요구 요청이 있는 경우 교육감이 그 요청에 따라 재의요구를 할 수 있어야 하므로, 교육부장관의 재의요구 요청기간은 교육감의 재의요구기간과 마찬가지로 시·도의회의 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내라고 보아야 한다. 따라서 교육부장관이 시·도의회의 의결사항에 대하여 대법원에 직접 제소하기 위해서는 교육감이 그 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 시·도의회에 재의를 요구할 것을 교육감에게 요청하였음에도 교육감이 원고의 재의요구 요청을 이행하지 아니한 경우이어야 한다.

〈선정이유〉

주무부장관의 재의요구 및 대법원에의 제소 요건에 관한 판결

402. 조례에 대한 통제 (4)

(대법원 2016. 9. 22. 선고 2014추521 전원합의체 판결)
〈주제〉 조례에 대한 통제-감독기관의 제소지시

〈쟁점〉

지방자치법 제172조 제4항, 제6항에서 지방의회 재의결에 대하여 제소를 지시하거나 직접 제소할 수 있는 주체로 규정된 '주무부장관이나 시·도지사'가 시·도에 대하여는 주무부장관을, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사를 각 의미하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

[다수의견]
지방의회 의결의 재의와 제소에 관한 지방자치법 제172조 제4항, 제6항의 문언과 입법 취지, 제·개정 연혁 및 지방자치법령의 체계 등을 종합적으로 고려하여 보면, 아래에서 보는 바와 같이 지방자치법 제172조 제4항, 제6항에서 지방의회 재의결에 대하여 제소를 지시하거나 직접 제소할 수 있는 주체로 규정된 '주무부장관이나 시·도지사'는 시·도에 대하여는 주무부장관을, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사를 각 의미한다.

가) 지방의회의 재의결에 대한 주무부장관이나 시·도지사의 제소 지시 또는 직접 제소는 지방자치단체의 장의 재의요구에 대하여 지방의회가 전과 같은 내용으로 재의결을 한 경우 비로소 할 수 있으므로, 지방의회의 재의결에 대한 제소 지시 또는 직접 제소 권한(이하 '제소 등 권한'이라고

한다)은 관련 의결에 관하여 지방자치단체의 장을 상대로 재의요구를 지시할 권한이 있는 기관에만 있다고 해석하는 것이 지방자치법 제172조의 체계에 부합한다.

나) 이와 달리 주무부장관의 경우 재의요구 지시 권한과 상관없이 모든 지방의회의 재의결에 대한 제소 등 권한이 있다고 본다면 시·군 및 자치구의회의 재의결에 관하여는 주무부장관과 시·도지사의 제소 등 권한이 중복됨에도 지방자치법은 상호관계를 규율하는 규정을 두고 있지 아니하다. 이는 주무부장관과 시·도지사의 지도·감독 권한이 중복되는 경우에 관한 지방자치법 제163조 제1항 및 제167조 제1항이 '1차로 시·도지사의, 2차로 행정자치부장관 또는 주무부장관의 지도·감독을 받는다'는 명시적인 규정을 두어 중복되는 권한 사이의 상호관계를 규율하고 있는 입법태도와 명백하게 다르다.

다) 지방자치법은 1949년 제정된 이래 장관이 시·군·자치구의회의 재의결에 대하여 직접 통제·감독 권한을 행사할 수 있도록 하는 규정을 두고 있지 아니하다가, 1994. 3. 16. 법률 제4741호로 개정되면서 현행 지방자치법 제172조 제4항과 유사한 규정을 제159조 제4항으로 신설하였으나, 개정이유에서 장관의 감독 권한을 시·군·자치구에 대해서까지 확대하는 것인지에 관하여는 전혀 언급이 없는데, 국가와 지방자치단체 사이의 권한 통제라는 중요한 사항에 관하여 입법자가 아무런 설명 없이 권한의 중복관계에 대한 명확한 규정도 두지 아니한 채로 통제 및 감독 권한을 확장하였다고 보기는 어렵다.

라) 그 밖에 지방자치법은 제16조 제3항 내지 제7항, 제170조 제2항, 제172조 제7항 등에서 주민 감사청구에 따른 감사 절차, 직무이행명령의 대집행, 지방의회 의결에 대한 재의요구 지시의 불이행에 따른 제소 지시 또는 직접 제소에 대하여 '주무부장관이나 시·도지사'의 권한과 후속조치를 규정하고 있는데, 관련 규정의 체계와 형식, 내용에 비추어 보면 위 각 조항들은 각 조의 제1항에 따라 주무부장관은 시·도에 대하여, 시·도지사는 시·군 및 자치구에 대하여 각각 일정한 권한을 가지고 있는 것이 전제되어 있음을 알 수 있다.

마) 헌법 제107조 제2항은 "명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다."라고 규정함으로써 명령·규칙에 대한 추상적 규범통제가 아닌 구체적 규범통제를 원칙으로 하고 있으므로, 위법 여부가 문제되는 조례는 사후적으로도 법원에 의한 심사의 대상이 될 수 있어서, 반드시 주무부장관의 제소 지시 또는 직접 제소 방식에 의하여 조례안에 대한 사전 통제를 해야 할 필요성이 크다고 보기도 어렵다.

[대법관 김창석, 대법관 권순일의 반대의견]

지방자치법 제172조 제4항, 제6항의 문언상 지방자치단체의 조례가 법령에 위반된다고 판단됨에도 지방자치단체의 장이 소를 제기하지 아니함을 이유로 대법원에 제소를 하는 경우에 제소권자를 주무부장관 또는 시·도지사로 병렬적으로 규정하고 있는 점, 위 법률조항의 취지가 국가가 지방자치행정의 합법성을 감독하고 국가법질서의 통일성을 유지하려는 데 있다는 점 등에 비추어 보면, 주무부장관은 지방자치단체가 '시·도' 또는 '시·군 및 자치구'인지 관계없이 제소권을 가진다고 보아야 하고, 다수의견과 같이 '시·도'에 대하여는 주무부장관에게, '시·군 및 자치구'에 대하여는 시·도지사에게만 있다고 해석할 것은 아니다. 만약 이와 달리 주무부장관에게 '시·군 및 자치구' 의회의 조례안 재의결에 대하여 제소할 권한이 없다고 해석한다면, 주무부장관은 조례안 재의결이 법령에 위반된다고 판단하는 경우에도 시·도지사가 제소하지 아니하면 위법한 상태를 용인할 수밖에 없게 되고, 그 결과 법령 위반 여부가 문제 되는 동일한 내용의 조례안이 시·도지사의 제소 여부에 따라 효력을 달리하는 결과가 발생할 우려가 있다.

또한 상위법령에 위배된다고 판단되는 경우에도 형식적 요건만 갖추면 일정한 절차를 거쳐 조례로 제정될 수 있도록 하고, 사후적으로 사법심사를 거쳐 무효화되도록 하는 것은 지방행정의 낭비를 초래하고, 자치입법에 대한 주민의 신뢰를 실추시키는 결과를 야기하며, 회복하기 어려운 법질서의 혼란을 가져올 수 있다는 점 등에 비추어 볼 때, 위 법률조항은 이를 사전에 시정하기 위한 제도적 장치로서 지방자치제도의 본질적 내용을 침해한다고 볼 수 없으므로, 이 점에서도 위 법률조항의 적용 범위를 축소하여 해석할 것은 아니다.

〈선정이유〉

지방자치법에서 지방의회 재의결에 대하여 제소를 지시하거나 직접 제소할 수 있는 주체로 규정된 '주무부장관이나 시·도지사'가 시·도에 대하여는 주무부장관을, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사를 각 의미한다고 한 판결[8)]

403. 명령·처분의 시정명령 및 취소·정지 (1)

(대법원 2017.3.30., 2016추5087)

〈주제〉 지방자치단체에 대한 국가감독의 범위

〈쟁점〉

지방자치법 제169조 제1항에 따른 자치사무에 관한 명령이나 처분에 대한 취소 또는 정지의 적용대상이 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 제한되는지 여부(소극)

〈판결요지〉

행정소송법상 항고소송은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 대상으로 하여 위법상태를 배제함으로써 국민의 권익을 구제함을 목적으로 하는 것과 달리, 지방자치법 제169조 제1항은 지방자치단체의 자치행정 사무처리가 법령 및 공익의 범위 내에서 행해지도록 감독하기 위한 규정이므로 적용대상을 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 제한할 이유가 없다.

〈선정이유〉

시정명령과 취소·정지의 대상으로서 '단체장의 처분'의 개념과 항고소송의 대상으로서 처분 개념이 구별된다고 한 판결

8) 다만 2021. 1. 12. 전부개정된 지방자치법 §192⑤은 시·군 및 자치구에 대해 주무부장관이 직접 재의요구 지시를 한 경우에는 주무부장관이 제소를 지시하거나 직접 제소할 수 있다고 규정하였음.

404. 명령·처분의 시정명령 및 취소·정지 (2)

(대법원 2017. 10. 12. 선고 2016추5148 판결)
〈주제〉 국가감독처분에 대한 불복의 범위

〈쟁점〉

'시·도지사가 지방자치법 제169조 제1항에 따라 시·군 및 자치구에 대하여 행한 시정명령'에 대하여 해당 지방자치단체의 장이 대법원에 그 취소를 구하는 소송을 제기할 수 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

지방자치법 제169조 제1항은 "지방자치단체의 사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해친다고 인정되면 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 시정할 것을 명하고, 그 기간에 이행하지 아니하면 이를 취소하거나 정지할 수 있다. 이 경우 자치사무에 관한 명령이나 처분에 대하여는 법령을 위반하는 것에 한한다."라고 규정하고, 제2항은 "지방자치단체의 장은 제1항에 따른 자치사무에 관한 명령이나 처분의 취소 또는 정지에 대하여 이의가 있으면 그 취소처분 또는 정지처분을 통보받은 날부터 15일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다."라고 규정하고 있다.

이와 같이 지방자치법 제169조 제2항은 '시·군 및 자치구의 자치사무에 관한 지방자치단체의 장의 명령이나 처분에 대하여 시·도지사가 행한 취소 또는 정지'에 대하여 해당 지방자치단체의 장이 대법원에 소를 제기할 수 있다고 규정하고 있을 뿐 '시·도지사가 지방자치법 제169조 제1항에 따라 시·군 및 자치구에 대하여 행한 시정명령'에 대하여도 대법원에 소를 제기할 수 있다고 규정하고 있지 않으므로, 이러한 시정명령의 취소를 구하는 소송은 허용되지 않는다.

〈선정이유〉

지방자치법 제169조 제2항의 문언에 비추어 볼 때, 지방자치단체장의 명령·처분에 대한 감독관청의 시정명령에 대하여는 제소할 수 없고, 시정명령의 불이행을 이유로 하는 명령·처분의 취소·정지에 대하여만 대법원에 소를 제기할 수 있다는 판결

제 3 장 공무원법

405. 교사 특별채용신청의 거부가 처분에 해당하는지 여부

(대법원 2005. 4. 15. 선고 2004두11626 판결)
〈주제〉 교사임용거부행위의 처분성

〈쟁점〉

[1] 행정청이 국민의 신청에 대하여 한 거부행위가 항고소송의 대상인 행정처분이 되기 위한 요건

[2] 교사에 대한 임용권자가 교육공무원법 제12조에 따라 임용지원자를 특별채용하는 경우, 임용지원자가 임용권자에게 자신의 임용을 요구할 법규상 또는 조리상 권리가 없다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 행정청이 국민의 신청에 대하여 한 거부행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하려면, 행정청의 행위를 요구할 법규상 또는 조리상의 신청권이 그 국민에게 있어야 하고, 이러한 신청권의 근거 없이 한 국민의 신청을 행정청이 받아들이지 아니한 경우에는 그 거부로 인하여 신청인의 권리나 법적 이익에 어떤 영향을 주는 것이 아니므로 이를 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다.

[2] 교사에 대한 임용권자가 교육공무원법 제12조에 따라 임용지원자를 특별채용하는 경우, 임용지원자가 임용권자에게 자신의 임용을 요구할 법규상 또는 조리상 권리가 없다고 한 사례.

〈선정이유〉

교육공무원법 제12조에 따른 '특별채용'에 대하여는 임용지원자의 신청권이 인정되지 않는다는 판결

406. 공무원 임용결격자에 대한 임용행위의 효과 (1)

(대법원 1987. 4. 14. 선고 86누459 판결)

〈주제〉 임용결격자에 대한 임용행위의 효과

〈쟁점〉

[1] 공무원관계설정시점 및 공무원임용결격사유가 있는지 여부의 판단기준

[2] 국가의 과실에 의한 공무원임용결격자의 임용행위의 효력

[3] 공무원임용결격자에 대한 임용행위의 취소의 법적 성질 및 신의칙의 적용과 취소권의 시효소멸여부

[4] 임용결격자가 공무원으로 임명되어 사실상 근무하여 온 경우 공무원연금법이나 근로기준법 소정의 퇴직금청구를 할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 국가공무원법에 규정되어 있는 공무원임용결격사유는 공무원으로 임용되기 위한 절대적인 소극적 요건으로서 공무원관계는 국가공무원법 제38조, 공무원임용령 제11조의 규정에 의한 채용후보자 명부에 등록한 때가 아니라 국가의 임용이 있는 때에 설정되는 것이므로 공무원임용결격사유가 있는지의 여부는 채용후보자 명부에 등록한 때가 아닌 임용당시에 시행되던 법률을 기준으로 하여 판단하여야 한다.

[2] 임용당시 공무원임용결격사유가 있었다면 비록 국가의 과실에 의하여 임용결격자임을 밝혀내지 못하였다 하더라도 그 임용행위는 당연무효로 보아야 한다.

[3] 국가가 공무원임용결격사유가 있는 자에 대하여 결격사유가 있는 것을 알지 못하고 공무원으

로 임용하였다가 사후에 결격사유가 있는 자임을 발견하고 공무원 임용행위를 취소하는 것은 당사자에게 원래의 임용행위가 당초부터 당연무효이었음을 통지하여 확인시켜 주는 행위에 지나지 아니하는 것이므로, 그러한 의미에서 당초의 임용처분을 취소함에 있어서는 신의칙 내지 신뢰의 원칙을 적용할 수 없고 또 그러한 의미의 취소권은 시효로 소멸하는 것도 아니다.

[4] 공무원연금법이나 근로기준법에 의한 퇴직금은 적법한 공무원으로서의 신분취득 또는 근로고용관계가 성립되어 근무하다가 퇴직하는 경우에 지급되는 것이고, 당연무효인 임용결격자에 대한 임용행위에 의하여서는 공무원의 신분을 취득하거나 근로고용관계가 성립될 수 없는 것이므로 임용결격자가 공무원으로 임용되어 사실상 근무하여 왔다고 하더라도 그러한 피임용자는 위 법률소정의 퇴직금청구를 할 수 없다.

〈선정이유〉

임용결격사유 있는 자에 대한 임용행위의 효력(= 당연무효) 및 그와 관련한 여러 부수적 쟁점들에 대한 법원의 전반적 입장이 포괄적으로 드러난 판결

407. 공무원 임용결격자에 대한 임용행위의 효과 (2)

(대법원 1996. 2. 27. 선고 95누9617 판결)

〈주제〉 공무원임용결격사유 있는 자의 사실상 근무

〈쟁점〉

[1] 임용결격자가 공무원으로 임용되어 사실상 근무하여 온 경우, 공무원연금법 소정의 퇴직급여 등을 청구할 수 있는지 여부(소극)

[2] 공무원 임용 결격사유가 소멸된 후 계속 근무하였다고 하더라도 묵시적 임용처분 내지 무효행위를 추인하였다거나 새로운 임용을 한 것으로 볼 수 없다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 공무원연금법에 의한 퇴직급여 등은 적법한 공무원으로서의 신분을 취득하여 근무하다가 퇴직하는 경우에 지급되는 것이고, 당연무효인 임용결격자에 대한 임용행위에 의하여 공무원의 신분을 취득할 수는 없으므로, 임용결격자가 공무원으로 임용되어 사실상 근무하여 왔다고 하더라도 적법한 공무원으로서의 신분을 취득하지 못한 자로서는 공무원연금법 소정의 퇴직급여 등을 청구할 수 없으며, 나아가 임용결격사유가 소멸된 후에 계속 근무하여 왔다고 하더라도 그때부터 무효인 임용행위가 유효로 되어 적법한 공무원의 신분을 회복하고 퇴직급여 등을 청구할 수 있다고 볼 수는 없다.

[2] 경찰공무원으로 임용된 후 70일 만에 선고받은 형이 사면 등으로 실효되어 결격사유가 소멸된 후 30년 3개월 동안 사실상 공무원으로 계속 근무를 하였다고 하더라도 그것만으로는 임용권자가 묵시적으로 새로운 임용처분을 한 것으로 볼 수 없고, 임용 당시 결격자였다는 사실이 밝혀졌는데도 서울특별시 경찰국장이 일반사면령 등의 공포로 현재 결격사유에 해당하지 아니한다는 이유로 당연퇴직은 불가하다는 조치를 내려서 그 후 정년퇴직시까지 계속 사실상 근무하도록 한 것

이 임용권자가 일반사면령의 시행으로 공무원자격을 구비한 후의 근무행위를 유효한 것으로 추인하였다거나 장래에 향하여 그를 공무원으로 새로 임용하는 효력이 있다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 1982. 당시 경장이었던 그의 임용권자는 당시 시행된 경찰공무원법 및 경찰공무원임용령의 규정상 서울특별시장이지 경찰국장이 아니었음이 분명하여, 무효인 임용행위를 임용권자가 추인하였다거나 장래에 향하여 공무원으로 임용하는 새로운 처분이 있었던 것으로 볼 수 없다고 한 사례.

〈선정이유〉

공무원연금법에 의한 퇴직급여는 적법한 공무원으로서의 신분 취득을 전제로 하므로, 임용결격공무원은 공무원연금법 소정의 퇴직급여 등을 청구할 수 없다는 판결

408. 공무원 임용결격자에 대한 임용행위의 효과 (3)

(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008두16155 판결)
〈주제〉 임용결격 공무원의 근로제공과 부당이득

〈쟁점〉

[1] 임용결격자가 공무원으로 임용되어 사실상 근무하여 온 경우, 공무원연금법이나 근로자퇴직급여 보장법에서 정한 퇴직급여를 청구할 수 있는지 여부(소극) 및 이와 같은 법리는 임용행위의 하자로 임용행위가 취소되어 소급적으로 지위를 상실한 경우에도 마찬가지로 적용되는지 여부(적극)

[2] 임용행위가 당연무효이거나 취소된 공무원의 임용 시부터 퇴직 시까지의 사실상의 근로에 대하여 국가 또는 지방자치단체가 부당이득반환의무를 지는지 여부(적극) 및 이때 국가 또는 지방자치단체의 이득액과 임용결격공무원 등이 입은 손해의 내용 / 임용결격공무원 등이 입은 손해가 국가 또는 지방자치단체의 이득액인 공무원연금법상 퇴직급여 상당액을 넘는 경우, 국가 또는 지방자치단체가 반환하여야 할 부당이득액이 공무원연금법상 퇴직급여 상당액으로 제한되는지 여부(적극)

〈판결요지〉

[1] 공무원연금법이나 근로자퇴직급여 보장법에서 정한 퇴직급여는 적법한 공무원으로서의 신분을 취득하거나 근로고용관계가 성립하여 근무하다가 퇴직하는 경우에 지급되는 것이다. 임용 당시 공무원 임용결격사유가 있었다면, 비록 국가의 과실에 의하여 임용결격자임을 밝혀내지 못하였다 하더라도 임용행위는 당연무효로 보아야 하고, 당연무효인 임용행위에 의하여 공무원의 신분을 취득한다거나 근로고용관계가 성립할 수는 없다. 따라서 임용결격자가 공무원으로 임용되어 사실상 근무하여 왔다 하더라도 적법한 공무원으로서의 신분을 취득하지 못한 자로서는 공무원연금법이나 근로자퇴직급여 보장법에서 정한 퇴직급여를 청구할 수 없다. 나아가 이와 같은 법리는 임용결격사유로 인하여 임용행위가 당연무효인 경우뿐만 아니라 임용행위의 하자로 임용행위가 취소되어 소급적으로 지위를 상실한 경우에도 마찬가지로 적용된다.

[2] 임용행위가 당연무효이거나 취소된 공무원(이하 이를 통칭하여 '임용결격공무원 등'이라 한다)의 공무원 임용 시부터 퇴직 시까지의 사실상의 근로(이하 '이 사건 근로'라 한다)는 법률상 원

인 없이 제공된 것으로서, 국가 및 지방자치단체는 이 사건 근로를 제공받아 이득을 얻은 반면 임용결격공무원 등은 이 사건 근로를 제공하는 손해를 입었다 할 것이므로, 손해의 범위 내에서 국가 및 지방자치단체는 위 이득을 민법 제741조에 의한 부당이득으로 반환할 의무가 있다.

즉, 국가 또는 지방자치단체는 공무원연금법이 적용될 수 있었던 임용결격공무원 등의 이 사건 근로 제공과 관련하여 매월 지급한 월 급여 외에 공무원연금법상 퇴직급여의 지급을 면하는 이익을 얻는데, 퇴직급여 가운데 임용결격공무원 등이 스스로 적립한 기여금 관련 금액은 임용기간 중의 이 사건 근로의 대가에 해당하고, 기여금을 제외한 나머지 금액 중 순수한 근로에 대한 대가로서 지급되는 부분(공무원의 지위에 대한 공로보상적, 사회보장적 차원에서 지급되는 부분을 제외하는 취지이다) 상당액이 퇴직에 따라 이 사건 근로의 대가로 지급되는 금액이라 할 수 있다.

한편 근로자퇴직급여 보장법 제8조에서 정한 퇴직금 제도는 퇴직하는 근로자의 근로조건에 대한 최하한의 기준으로서 본질적으로 근로제공의 대가인 후불적 임금의 성질을 지니고 있음에 비추어 보면, 퇴직에 따라 지급받을 수 있는 이 사건 근로의 대가라고 평가될 수 있는 금액은 적어도 근로자퇴직급여 보장법상 퇴직금 상당액으로 볼 수 있으므로, 임용결격공무원 등은 이 사건 근로를 제공함으로써 그 상당의 손해를 입는다고 할 수 있다.

그리고 앞에서 본 것과 같이 부당이득은 손해액과 이득액 중 적은 범위 내에서 반환의무를 지므로, 위와 같이 임용결격공무원 등이 입은 손해, 즉 임용기간 중 이 사건 근로의 대가로서의 손해액에 해당하는 공무원연금법상 기여금 관련 금액 및 퇴직에 따라 지급받을 수 있는 이 사건 근로의 대가로서의 손해액에 해당하는 근로자퇴직급여 보장법상 퇴직금 상당액의 합계가 국가 또는 지방자치단체의 이득액에 해당하는 공무원연금법상 퇴직급여 상당액을 넘는 경우에, 국가 또는 지방자치단체가 반환하여야 할 부당이득액은 공무원연금법상 퇴직급여 상당액으로 제한된다.

〈선정이유〉

임용결격 공무원은 (공무원연금관리공단에게 공무원연금법에 기한 퇴직연금의 지급을 구할 수는 없지만) 임용시부터 퇴직시까지의 근로를 부당이득의 제공으로 보아, 근로기준법에 따라 산출된 최저퇴직금 상당액을, 국가·지방자치단체 등 임용주체를 상대로 반환청구할 수 있다는 판결

409. 공무원 임용처분 취소와 행정절차

(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008두16155 판결)

〈주제〉 공무원임용처분 취소 절차

〈쟁점〉

정규공무원으로 임용된 사람에게 시보임용처분 당시 지방공무원법 제31조 제4호에 정한 공무원 임용 결격사유가 있어 시보임용처분을 취소하고 그에 따라 정규임용처분을 취소한 사안에서, 정규임용처분을 취소하는 처분은 성질상 행정절차를 거치는 것이 불필요하여 행정절차법의 적용이 배제되는 경우에 해당하지 않으므로, 그 처분을 하면서 사전통지를 하거나 의견제출의 기회를 부여하지 않은 것은 위법하다고 한 사례

〈판결요지〉

정규임용처분을 취소하는 처분은 원고의 이익을 침해하는 처분이라 할 것이고, 한편 지방공무원법 및 그 시행령에는 이 사건 처분과 같이 정규임용처분을 취소하는 처분을 함에 있어 행정절차에 준하는 절차를 거치도록 하는 규정이 없을 뿐만 아니라 위 처분이 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 처분이라고 보기도 어렵다고 할 것이어서 이 사건 처분이 행정절차법의 적용이 제외되는 경우에 해당한다고 할 수 없으며, 나아가 이 사건 처분은, 지방공무원법 제31조 제4호 소정의 공무원임용 결격사유가 있어 당연무효인 이 사건 시보임용처분과는 달리, 위 시보임용처분의 무효로 인하여 시보공무원으로서의 경력을 갖추지 못하였다는 이유만으로, 위 결격사유가 해소된 후에 한 별도의 정규임용처분을 취소하는 처분이어서 행정절차법 제21조 제4항 및 제22조 제4항에 따라 원고에게 사전통지를 하지 않거나 의견제출의 기회를 주지 아니하여도 되는 예외적인 경우에 해당한다고 할 수도 없다.

〈선정이유〉

임용결격을 사유로 정규임용된 공무원의 임용을 취소할 경우에는, 공무원법령상 행정절차에 준하는 절차를 거치도록 하는 규정도 없으며 행정절차법상 적용제외사유에 해당하지도 않으므로, 행정절차법의 적용이 제외되지 않고 사전통지 및 의견제출의 기회를 주어야 한다는 판결

410. 지방공무원 전출·전입제도의 합헌성

(헌법재판소 2002. 11. 28.자 98헌바101 결정)
〈주제〉 지방공무원 전출입제도의 합헌성

〈쟁점〉

지방공무원의 전입에 관한 지방공무원법 제29조의3의 위헌 여부(소극)

〈판결요지〉

지방공무원법 제29조의3은 "지방자치단체의 장은 다른 지방자치단체의 장의 동의를 얻어 그 소속 공무원을 전입할 수 있다"라고만 규정하고 있어, 이러한 전입에 있어 지방공무원 본인의 동의가 필요한지에 관하여 다툼의 여지없이 명백한 것은 아니나, 위 법률조항을, 해당 지방공무원의 동의 없이도 지방자치단체의 장 사이의 동의만으로 지방공무원에 대한 전출 및 전입명령이 가능하다고 풀이하는 것은 헌법적으로 용인되지 아니하며, 헌법 제7조에 규정된 공무원의 신분보장 및 헌법 제15조에서 보장하는 직업선택의 자유의 의미와 효력에 비추어 볼 때 위 법률조항은 해당 지방공무원의 동의가 있을 것을 당연한 전제로 하여 그 공무원이 소속된 지방자치단체의 장의 동의를 얻어서만 그 공무원을 전입할 수 있음을 규정하고 있는 것으로 해석하는 것이 타당하고, 이렇게 본다면 인사교류를 통한 행정의 능률성이라는 입법목적도 적절히 달성할 수 있을 뿐만 아니라 지방공무원의 신분보장이라는 헌법적 요청도 충족할 수 있게 된다. 따라서 위 법률조항은 헌법에 위반되지 아니한다.

[재판관 김효종, 재판관 김경일, 재판관 송인준의 한정위헌 의견]

법률의 위헌선언권을 유일하게 갖고 있는 헌법재판소로서는 어떤 법률조항에 대하여 위헌적인 법적용 영역과 그에 상응하는 해석가능성이 존재할 경우 그러한 위헌적인 부분을 종국적으로 배제하는 결정을 선고함으로써 그 결정에 따른 기속력을 법원을 비롯한 모든 국가기관 및 지방자치단체에게 미치도록 하는 것을 원칙으로 삼아야 하고, 그 기속력의 수범자중의 하나인 법원이 그 법률조항에 대하여 헌법재판소와 동일한 합헌적인 해석을 하고 있다고 하여 그 법률조항에 여전히 존재하고 있는 위헌적인 부분을 제거하지 않은 채 방치할 수는 없으므로, 위 지방공무원법 조항에 존재하는 위헌적 부분을 결정주문에 명시적으로 밝혀 "지방공무원법 제29조의3은 지방공무원 본인의 동의를 요하지 않는다고 해석하는 한 헌법에 위반된다"는 내용의 한정위헌결정을 선고하여야 한다.

[재판관 김영일의 헌법불합치 의견]

위 지방공무원법 조항의 문언이나 입법목적을 아무리 넓게 파악한다고 하더라도 전입대상이 되는 공무원 본인의 동의라는 요건이 내재되어 있다거나 전제되어 있는 것으로 해석하거나 적용할 수는 없는 것이고, 또한 그와 같은 해석을 도출할 만한 어떤 다른 관련규정도 찾아볼 수 없으므로 위 법률조항에 대하여는 위헌선언을 하여야 할 것이나, 지방자치단체 공무원 인사관리의 혼란 등 위헌선언으로 야기될 혼란을 방지하기 위하여, 위 조항이 헌법에 합치되도록 개정될 때까지 잠정적으로 적용할 것을 명하는 헌법불합치결정을 함이 타당하다.

〈선정이유〉

지방공무원의 전입에 관한 지방공무원법 제29조의3은 지방자치단체의 장 사이의 동의만을 규정하고 있으나, 헌법 제7조(공무원의 신분보장) 및 헌법 제15조(직업선택의 자유)의 의미와 효력에 비추어 볼 때 해당 지방공무원의 동의가 있을 것을 당연한 전제로 한다고 해석해야 한다는 결정

411. 직업공무원제도와 공무담임권

(헌법재판소 2002. 8. 29.자 2001헌마788 결정)

〈주제〉 직업공무원제도와 공무담임권

〈쟁점〉

[1] 헌법 제25조 공무담임권의 보호영역

[2] 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에는 공무원직에서 당연히 퇴직하는 것으로 규정한 지방공무원법 제61조 중 제31조 제5호 부분(이하, "이 사건 법률조항"이라 한다)이 헌법 제25조의 공무담임권을 침해하고 있는 것인지 여부(적극)

〈판결요지〉

[1] 헌법 제25조는 "모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다."고 하여 공무담임권을 보장하고 있고, 공무담임권의 보호영역에는 공직취임의 기회의 자의적인 배제 뿐 아니라, 공무원 신분의 부당한 박탈도 포함되는 것이다.

[2] 공무원이 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에는 공무원직에서 당연히 퇴직하는 것으로

규정하고 있는 이 사건 법률조항은 금고 이상의 선고유예의 판결을 받은 모든 범죄를 포괄하여 규정하고 있을 뿐 아니라, 심지어 오늘날 누구에게나 위험이 상존하는 교통사고 관련 범죄 등 과실범의 경우마저 당연퇴직의 사유에서 제외하지 않고 있으므로 최소침해성의 원칙에 반한다.

오늘날 사회구조의 변화로 인하여 '모든 범죄로부터 순결한 공직자 집단'이라는 신뢰를 요구하는 것은 지나치게 공익만을 우선한 것이며, 오늘날 사회국가원리에 입각한 공직제도의 중요성이 강조되면서 개개 공무원의 공무담임권 보장의 중요성이 더욱 큰 의미를 가지고 있다. 일단 공무원으로 채용된 공무원을 퇴직시키는 것은 공무원이 장기간 쌓은 지위를 박탈해 버리는 것이므로 같은 입법목적을 위한 것이라고 하여도 당연퇴직사유를 임용결격사유와 동일하게 취급하는 것은 타당하다고 할 수 없다. 결국, 지방공무원법 제61조 중 제31조 제5호 부분은 헌법 제25조의 공무담임권을 침해하였다고 할 것이다. 따라서 헌법재판소가 종전에 1990. 6. 25. 89헌마220 결정에서 위 규정이 헌법에 위반되지 아니한다고 판시한 의견은 이를 변경하기로 한다.

[재판관 한대현의 반대의견]

기본권의 보장 등 공익실현이라는 국가작용을 현실적으로 수행하는 공무원은 직무의 내용인 공무수행 그 자체가 공공의 이익을 위한 활동이라는 근무관계의 특수성 때문에 국가의 공적사무를 수행할 권리와 이에 따른 신분상·재산상의 부수적 권리를 향유함과 동시에 이에 상응하는 고도의 윤리·도덕적 의무를 부담한다.

헌법 제7조 제2항은 공무원이 정당한 이유 없이 해임되지 아니하도록 신분을 보장하여 국민전체에 대한 봉사자로서 성실히 근무할 수 있도록 하기 위한 것임과 동시에, 공무원의 신분은 무제한 보장되는 것이 아니라, 공무의 특수성을 고려하여 헌법이 정한 신분보장의 원칙 아래 법률로 그 내용을 정할 수 있도록 한 것이다.

이 사건 법률조항에 의하여 공무원에게 가해지는 신분상 불이익과 보호하려는 공익을 비교할 때, 이 사건 법률조항이 입법자의 재량을 일탈하여 공무담임권을 침해하는 위헌의 법률조항이라고 볼 수는 없고, 종전의 우리재판소 견해는 유지되어야 한다.

〈선정이유〉

헌법 제25조가 보장하는 공무담임권의 보호영역에는 공직취임 기회의 자의적 배제 뿐 아니라 공무원 신분의 부당한 박탈도 포함된다고 하고, 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우 공무원직의 당연퇴직을 규정한 지방공무원법 제61조 중 법 제31조 제5호 부분은 최소침해성의 원칙에 반하여 위헌이라고 한 결정

412. 공무원의 복종의무의 범위와 한계

(대법원 2001. 8. 24. 선고 2000두7704 판결)

〈주제〉 공무원의 복종의무의 범위

〈쟁점〉

[1] 검찰총장이 검사에 대한 비리혐의를 내사하는 과정에서 해당 검사에게 참고인과 대질신문을 받도록 담당부서에 출석할 것을 지시한 경우, 검찰총장의 그 출석명령이 그 검사에게 복종의무를

발생시키는 직무상의 명령에 해당하는지 여부(소극)

[2] 검찰청의 장이 출장 등의 사유로 근무지를 떠날 때에는 검찰총장의 승인을 얻어야 한다고 규정한 검찰근무규칙 제13조 제1항의 법적 성격(=행정규칙) 및 그 위반행위는 직무상의 의무위반으로 징계사유에 해당하는지 여부(적극)

[3] '검사로서의 체면이나 위신을 손상하는 행위'를 징계사유로 정한 검사징계법 제2조 제3호의 규정 취지 및 '검사로서의 체면이나 위신을 손상하는 행위'에 해당하는지 여부의 판단 기준

[4] 검사가 외부에 자신의 상사를 비판하는 의견을 발표하는 행위가 검사징계법 제2조 제3호 소정의 징계사유인 '검사로서의 체면이나 위신을 손상하는 행위'에 해당하는지 여부(적극)

[5] 이른바 '원고 사건'에서의 기자회견문 발표행위가 검사로서의 체면이나 위신을 손상시키는 행위로서 징계사유에 해당한다고 본 사례

[6] 징계처분의 재량권 남용에 대한 사법심사 방식 및 그 판단 기준

[7] 이른바 '원고 사건'에서의 면직처분이 비례원칙에 위반된 재량권 남용으로서 위법하다고 본 사례

[8] 사정판결을 하기 위한 요건인 '현저한 공공복리 부적합' 여부의 판단 기준

[9] 이른바 '원고 사건'에서의 징계면직된 검사의 복직이 검찰조직의 안정과 인화를 저해할 우려가 있다는 등의 사정은 현저히 공공복리에 반하는 사유라고 볼 수 없다는 이유로, 사정판결을 할 경우에 해당하지 않는다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 상급자가 하급자에게 발하는 직무상의 명령이 유효하게 성립하기 위하여는 상급자가 하급자의 직무범위 내에 속하는 사항에 대하여 발하는 명령이어야 하는 것인바, 검찰총장이 검사에 대한 비리혐의를 내사하는 과정에서 해당 검사에게 참고인과 대질신문을 받도록 담당부서에 출석할 것을 지시한 경우, 검찰총장의 위 출석명령은 "검찰총장은 대검찰청의 사무를 맡아 처리하고 검찰사무를 통할하며 검찰청의 공무원을 지휘·감독한다."고 규정한 검찰청법 제12조 제2항을 근거로 하고 있으나, 위 규정은 검찰총장이 직무상의 명령을 발할 수 있는 일반적인 근거규정에 불과하고, 구체적으로 그러한 직무상의 명령이 유효하게 성립하기 위해서는 하급자인 그 검사의 직무범위 내에 속하는 사항을 대상으로 하여야 할 것인데, 그 검사가 대질신문을 받기 위하여 대검찰청에 출석하는 행위는 검찰청법 제4조 제1항에서 규정하고 있는 검사의 고유한 직무인 검찰사무에 속하지 아니할 뿐만 아니라, 또한 그 검사가 소속 검찰청의 구성원으로서 맡아 처리하는 이른바 검찰행정사무에 속한다고 볼 수도 없는 것이고, 따라서 위 출석명령은 그 검사의 직무범위 내에 속하지 아니하는 사항을 대상으로 한 것이므로 그 검사에게 복종의무를 발생시키는 직무상의 명령이라고 볼 수는 없다.

[2] 검찰청법 제11조의 위임에 기한 검찰근무규칙 제13조 제1항은, 검찰청의 장이 출장 등의 사유로 근무지를 떠날 때에는 미리 바로 윗 검찰청의 장 및 검찰총장의 승인을 얻어야 한다고 규정하고 있는바, 이는 검찰조직 내부에서 검찰청의 장의 근무수칙을 정한 이른바 행정규칙으로서 검찰청의 장에 대하여 일반적인 구속력을 가지므로, 그 위반행위는 직무상의 의무위반으로 검사징계법 제2조 제2호의 징계사유에 해당한다.

[3] 검사징계법 제2조 제3호에서 '직무의 내외를 막론하고 검사로서의 체면이나 위신을 손상하는 행위를 하였을 때'를 검사에 대한 징계사유의 하나로 규정하고 있는 취지는, 검사로서의 체면이나 위신을 손상하는 행위가 검사 본인은 물론 검찰 전체에 대한 국민의 신뢰를 실추시킬 우려가 있는

점을 고려하여, 검사로 하여금 직무와 관련된 부분은 물론 사적인 언행에 있어서도 신중을 기하도록 함으로써, 국민들로부터 신뢰를 받도록 하자는 데 있다고 할 것이므로, 어떠한 행위가 검사로서의 체면이나 위신을 손상하는 행위에 해당하는지는 앞서 본 규정 취지를 고려하여 구체적인 상황에 따라 건전한 사회통념에 의하여 판단하여야 한다.

[4] 검사가 외부에 자신의 상사를 비판하는 의견을 발표하는 행위는 그것이 비록 검찰조직의 개선과 발전에 도움이 되고, 궁극적으로 검찰권 행사의 적정화에 기여하는 면이 있다고 할지라도, 국민들에게는 그 내용의 진위나 당부와는 상관없이 그 자체로 검찰 내부의 갈등으로 비춰져, 검찰에 대한 국민의 신뢰를 실추시키는 요인으로 작용할 수 있는 것이고, 특히 그 발표 내용 중에 진위에 의심이 가는 부분이 있거나 그 표현이 개인적인 감정에 휩쓸려 지나치게 단정적이고 과장된 부분이 있는 경우에는 그 자체로 국민들로 하여금 검사 본인은 물론 검찰조직 전체의 공정성·정치적 중립성·신중성 등에 대하여 의문을 갖게 하여 검찰에 대한 국민의 신뢰를 실추시킬 위험성이 더욱 크다고 할 것이므로, 그러한 발표행위는 검사로서의 체면이나 위신을 손상시키는 행위로서 징계사유에 해당한다.

[5] 이른바 '원고 사건'에서의 기자회견문 발표행위가, 그 자체로 국민들로 하여금 검찰 전체의 공정성·정치적 중립성·신중성 등을 의심케 하여 검찰에 대한 국민의 신뢰를 실추시킬 우려가 있다는 이유로, 검사로서의 체면이나 위신을 손상시키는 행위로서 징계사유에 해당한다고 본 사례.

[6] 징계사유에 해당하는 행위가 있더라도, 징계권자가 그에 대하여 징계처분을 할 것인지, 징계처분을 하면 어떠한 종류의 징계를 할 것인지는 징계권자의 재량에 맡겨져 있다고 할 것이나, 그 재량권의 행사가 징계권을 부여한 목적에 반하거나, 징계사유로 삼은 비행의 정도에 비하여 균형을 잃은 과중한 징계처분을 선택함으로써 비례의 원칙에 위반하거나 또는 합리적인 사유 없이 같은 정도의 비행에 대하여 일반적으로 적용하여 온 기준과 어긋나게 공평을 잃은 징계처분을 선택함으로써 평등의 원칙에 위반한 경우에는, 그 징계처분은 재량권의 한계를 벗어난 것으로서 위법하고, 징계처분에 있어 재량권의 행사가 비례의 원칙을 위반하였는지 여부는, 징계사유로 인정된 비행의 내용과 정도, 그 경위 내지 동기, 그 비행이 당해 행정조직 및 국민에게 끼치는 영향의 정도, 행위자의 직위 및 수행직무의 내용, 평소의 소행과 직무성적, 징계처분으로 인한 불이익의 정도 등 여러 사정을 건전한 사회통념에 따라 종합적으로 판단하여 결정하여야 한다.

[7] 이른바 '원고 사건'에서의 면직처분이, 징계면직된 검사가 그 징계사유인 비행에 이르게 된 동기와 경위, 그 비행의 내용과 그로 인한 검찰조직과 국민에게 끼친 영향의 정도, 그 검사의 직위와 그 동안의 행적 및 근무성적, 징계처분으로 인한 불이익의 정도 등 제반 사정에 비추어, 비례의 원칙에 위반된 재량권 남용으로서 위법하다고 본 사례.

[8] 위법한 행정처분을 존치시키는 것은 그 자체가 공공복리에 반하는 것이므로 행정처분이 위법함에도 이를 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정하여 사정판결을 함에 있어서는 극히 엄격한 요건 아래 제한적으로 하여야 할 것이고, 그 요건인 현저히 공공복리에 적합하지 아니한가의 여부를 판단함에 있어서는 위법·부당한 행정처분을 취소·변경하여야 할 필요성과 그로 인하여 발생할 수 있는 공공복리에 반하는 사태 등을 비교·교량하여 그 적용 여부를 판단하여야 한다.

[9] 이른바 '원고 사건'에서의 징계면직된 검사의 복직이 검찰조직의 안정과 인화를 저해할 우려가 있다는 등의 사정은 검찰 내부에서 조정·극복하여야 할 문제일 뿐이고 준사법기관인 검사에 대한 위법한 면직처분의 취소 필요성을 부정할 만큼 현저히 공공복리에 반하는 사유라고 볼 수 없다는 이유로, 사정판결을 할 경우에 해당하지 않는다고 한 사례.

〈선정이유〉

공무원의 복종의무의 범위와 한계에 관한 판결

413. 공무원의 집단행위금지

(대법원 2005. 4. 15. 선고 2003도2960 판결)

〈주제〉 공무원의 집단행위금지의 범위

〈쟁점〉

[1] 국가공무원법 제66조에서 공무원에게 금지한 '노동운동'과 '공무 이외의 일을 위한 집단적 행위'의 의미

[2] 국가공무원인 피고인이 공무원노동조합 결성을 위한 준비행위로서의 성격을 가지는 집회에 참석한 것이 국가공무원법 제66조에서 금지한 '노동운동'에 해당한다고 한 사례

[3] 구 집회및시위에관한법률 제11조 제1호의 '국내 주재 외국의 외교기관' 부분을 적용하여 유죄를 인정한 원심판결을 그 선고 후에 내려진 위 규정 부분에 대한 헌법재판소의 위헌결정을 이유로 파기한 사례

〈판결요지〉

[1] 국가공무원법 제66조에서 금지한'노동운동'은 헌법과 국가공무원법과의 관계 및 우리 헌법이 근로삼권을 집회, 결사의 자유와 구분하여 보장하면서도 근로삼권에 한하여 공무원에 대한 헌법적 제한규정을 두고 있는 점에 비추어 헌법 및 노동법적 개념으로서의 근로삼권, 즉 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 의미한다고 해석하여야 할 것이고, 제한되는 단결권은 종속근로자들이 사용자에 대하여 근로조건의 유지, 개선 등을 목적으로 조직한 경제적 결사인 노동조합을 결성하고 그에 가입, 활동하는 권리를 말한다고 할 것이며, 또한 같은 법상의 '공무 이외의 일을 위한 집단적 행위'는 공무가 아닌 어떤 일을 위하여 공무원들이 하는 모든 집단적 행위를 의미하는 것은 아니고 언론, 출판, 집회, 결사의 자유를 보장하고 있는 헌법 제21조 제1항, 헌법상의 원리, 국가공무원법의 취지, 국가공무원법상의 성실의무 및 직무전념의무 등을 종합적으로 고려하여 '공익에 반하는 목적을 위하여 직무전념의무를 해태하는 등의 영향을 가져오는 집단적 행위'라고 축소 해석하여야 한다.

[2] 국가공무원인 피고인이 공무원노동조합 결성을 위한 준비행위로서의 성격을 가지는 집회에 참석한 것이 국가공무원법 제66조에서 금지한 '노동운동'에 해당한다고 한 사례.

[3] 국내 주재 외교기관 청사의 경계지점으로부터 100m 이내의 장소에서의 옥외집회 및 시위를 금지한 구 집회및시위에관한법률(2004. 1. 29. 법률 제7123호로 개정되기 전의 것) 제11조 제1호를 적용하여 집회및시위에관한법률위반의 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결을 그 선고 후에 내려진 위 규정 부분에 대한 헌법재판소의 위헌결정을 이유로 파기한 사례.

〈선정이유〉

국가공무원법 제66조에서 공무원에게 금지한 '노동운동'과 '공무 이외의 일을 위한 집단적 행위'

의 의미에 관한 판결

414. 공무원의 비밀준수의무

(대법원 1996. 10. 11. 선고 94누7171 판결)
〈주제〉 공무원의 비밀준수의무의 범위

〈쟁점〉

[1] 국가공무원법상 '직무상 비밀'의 의미 및 그 판단기준

[2] 기업의 비업무용 부동산 보유실태에 관한 감사원의 감사보고서의 내용이 '직무상 비밀'에 해당하지 않는다고 본 사례

[3] 감사관이 직무상 비밀이 아닌 감사보고서의 내용을 그대로 신문에 게재되게 함으로써 내부수칙 등 직무상 의무를 위반한 데 대하여 가장 중한 파면처분을 한 것은, 재량권을 일탈한 것이라고 본 사례(원고 감사관 사건)

〈판결요지〉

[1] 국가공무원법상 직무상 비밀이라 함은 국가 공무의 민주적, 능률적 운영을 확보하여야 한다는 이념에 비추어 볼 때 당해 사실이 일반에 알려질 경우 그러한 행정의 목적을 해할 우려가 있는지 여부를 기준으로 판단하여야 하며, 구체적으로는 행정기관이 비밀이라고 형식적으로 정한 것에 따를 것이 아니라 실질적으로 비밀로서 보호할 가치가 있는지, 즉 그것이 통상의 지식과 경험을 가진 다수인에게 알려지지 아니한 비밀성을 가졌는지, 또한 정부나 국민의 이익 또는 행정목적 달성을 위하여 비밀로서 보호할 필요성이 있는지 등이 객관적으로 검토되어야 한다고 한 원심판결을 수긍한 사례.

[2] 기업의 비업무용 부동산 보유실태에 관한 감사원의 감사보고서의 내용이 직무상 비밀에 해당하지 않는다고 본 사례.

[3] 감사보고서의 내용이 직무상 비밀에 속하지 않는다고 할지라도 그 보고서의 내용이 그대로 신문에 게재되게 한 감사원 감사관의 행위는 감사자료의 취급에 관한 내부수칙을 위반한 것이고, 이로 인하여 관련 기업이나 관계 기관의 신용에 적지 않은 피해를 입힌 것으로서 공무원의 성실의무 등 직무상의 의무를 위반한 것으로서 국가공무원법 제78조 소정의 징계사유에 해당하나, 그 감사관의 경력, 감사 중단의 경위, 공개된 보고서의 내용과 영향, 법령 위반의 정도 등을 참작하여 볼 때, 그 감사관에 대한 징계의 종류로 가장 무거운 파면을 선택한 징계처분은 감사관이라는 신분을 감안하더라도 지나치게 무거워 재량권을 일탈하였다고 본 사례(원고 감사관 사건).

〈선정이유〉

국가공무원법상 '직무상 비밀'은 '형식비'(행정기관이 비밀이라고 형식적으로 정한 것)가 아닌 이른바 '실질비'(실질적으로 비밀로서 보호할 가치가 있는 것)로서, 비밀성 및 보호필요성을 요한다는 판결

415. 소속 공무원에 대한 징계요구의무

(대법원 2007. 7. 12. 선고 2006도1390 판결)
〈주제〉 지방자치단체장의 징계권

〈쟁점〉

[1] 소속 공무원의 구체적인 행위가 징계사유에 해당하는 것이 명백한 경우에 소속 지방자치단체장이 관할 인사위원회에 징계를 요구할 의무를 지는지 여부(적극)

[2] 소속 공무원들이 전국공무원노동조합이 주도한 파업에 참가한 행위가 지방공무원법 제48조 내지 제50조, 제58조 등이 규정하는 집단행위금지의무, 직장이탈금지의무 등의 직무상 의무에 위반되는 것이어서 임용권자인 소속 지방자치단체장의 징계의결요구 의무가 인정될 정도의 징계사유에 해당한다고 한 사례

[3] 징계사유의 시효를 정한 지방공무원법 제73조의2 제1항의 규정 취지 및 징계사유가 발생한 경우 임용권자가 취해야 할 직무상 의무의 내용

[4] 공무원이 어떠한 형태로든 직무집행의 의사로 자신의 직무를 수행한 경우, 그 직무집행의 내용이 위법한 것으로 평가된다는 점만으로 직무유기죄가 성립하는지 여부(소극)

[5] 지방자치단체장이 전국공무원노동조합이 주도한 파업에 참가한 소속 공무원들에 대하여 관할 인사위원회에 징계의결요구를 하지 아니하고 가담 정도의 경중을 가려 자체 인사위원회에 징계의결요구를 하거나 훈계처분을 하도록 지시한 행위가 직무유기죄를 구성하지 않는다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 지방공무원의 징계와 관련된 규정을 종합해 보면, 징계권자이자 임용권자인 지방자치단체장은 소속 공무원의 구체적인 행위가 과연 지방공무원법 제69조 제1항에 규정된 징계사유에 해당하는지 여부에 관하여 판단할 재량은 있지만, 징계사유에 해당하는 것이 명백한 경우에는 관할 인사위원회에 징계를 요구할 의무가 있다.

[2] 소속 공무원들이 전국공무원노동조합이 주도한 파업에 참가한 행위가 지방공무원법 제48조 내지 제50조, 제58조 등이 규정하는 집단행위금지의무, 직장이탈금지의무 등의 직무상 의무에 위반되는 것이어서 임용권자인 소속 지방자치단체장의 징계의결요구 의무가 인정될 정도의 징계사유에 해당한다고 한 사례.

[3] 징계사유의 시효를 정한 지방공무원법 제73조의2 제1항의 규정은 공무원에게 징계사유에 해당하는 비위가 있더라도 그에 따른 징계절차를 진행하지 않았거나 못한 경우 그 사실상태가 일정 기간 계속되면 그 적법·타당성 등을 묻지 아니하고 그 상태를 존중함으로써 공직의 안정성을 보장하려는 취지이지, 임용권자가 징계시효기간 내에만 징계의결요구를 하면 된다는 취지로는 해석되지 아니하고, 오히려 지방공무원 징계 및 소청규정 제2조 제1항, 제6항에서 임용권자는 징계사유에 대한 충분한 조사를 한 후 소속공무원에게 징계사유가 있다고 인정될 때에는 "지체 없이" 관할 인사위원회에 징계의결을 요구하여야 한다고 규정한 취지에 비추어 볼 때, 임용권자는 징계사유가 발생하면 이에 대한 충분한 조사를 한 다음, 특별한 사정이 없는 한 지체 없이 징계의결요구를 할 직무상 의무가 있다.

[4] 직무유기죄는 공무원이 법령·내규 등에 의한 추상적 충근의무를 태만히 하는 일체의 경우에

성립하는 것이 아니라, 직장의 무단이탈이나 직무의 의식적인 포기 등과 같이 국가의 기능을 저해하고 국민에게 피해를 야기시킬 구체적 위험성이 있고 불법과 책임비난의 정도가 높은 법익침해의 경우에 한하여 성립하므로, 어떠한 형태로든 직무집행의 의사로 자신의 직무를 수행한 경우에는 그 직무집행의 내용이 위법한 것으로 평가된다는 점만으로 직무유기죄의 성립을 인정할 것은 아니다.

[5] 지방자치단체장이 전국공무원노동조합이 주도한 파업에 참가한 소속 공무원들에 대하여 관할 인사위원회에 징계의결요구를 하지 아니하고 가담 정도의 경중을 가려 자체 인사위원회에 징계의결요구를 하거나 훈계처분을 하도록 지시한 행위가 직무유기죄를 구성하지 않는다고 한 사례.

〈선정이유〉

임용권자는 소속 공무원의 구체적인 행위가 공무원법상 징계사유에 해당하는지 여부에 관하여 판단할 재량은 있지만, 징계사유에 해당하는 것이 명백한 경우에는 관할 인사위원회에 징계의결을 요구할 직무상 의무가 있다는 판결

416. 공무원관계의 소멸 : 당연퇴직이 처분에 해당하는지 여부

(대법원 1995. 11. 14. 선고 95누2036 판결)

〈주제〉 공무원관계의 소멸-당연퇴직

〈쟁점〉

당연퇴직 인사발령이 행정소송의 대상인 행정처분인지 여부

〈판결요지〉

국가공무원법 제69조에 의하면 공무원이 제33조 각 호의 1에 해당할 때에는 당연히 퇴직한다고 규정하고 있으므로, 국가공무원법상 당연퇴직은 결격사유가 있을 때 법률상 당연히 퇴직하는 것이지 공무원관계를 소멸시키기 위한 별도의 행정처분을 요하는 것이 아니며, 당연퇴직의 인사발령은 법률상 당연히 발생하는 퇴직사유를 공적으로 확인하여 알려주는 이른바 관념의 통지에 불과하고 공무원의 신분을 상실시키는 새로운 형성적 행위가 아니므로 행정소송의 대상이 되는 독립한 행정처분이라고 할 수 없다.

〈선정이유〉

국가공무원법 제33조 각호의 결격사유가 있으면 동법 제69조에 의해 법률상 당연히 퇴직하는 것이므로, 당연퇴직의 인사발령은 이른바 관념의 통지에 불과하며, 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니라는 판결

제4편 개별행정법

제 1 장 경찰행정법
제 2 장 공물법
제 3 장 공기업법
제 4 장 개발행정법
제 5 장 경제행정법
제 6 장 재정행정법
제 7 장 황경행정법
제 8 장 사회복지행정법

제 4 편 개별행정법

제 1 장 경찰행정법

417. 경찰권 발동의 근거규정

(대법원 1986. 1. 28. 선고 85도2448, 85감도356 판결)
〈주제〉 경찰권발동의 근거

〈쟁점〉

청원경찰관의 직무집행을 방해한 경우 공무집행방해죄의 성부

〈판결요지〉

청원경찰관법 제3조, 경찰관직무집행법 제2조 규정에 비추어 보면 군 도시과 ○○계 요원으로 근무하고 있는 청원경찰관이 허가없이 창고를 주택으로 개축하는 것을 단속하는 것은 그의 정당한 공무집행에 속한다고 할 것이므로 이를 폭력으로 방해하는 소위는 공무집행방해죄에 해당된다.

〈선정이유〉

공공의 안녕과 질서유지를 경찰관의 직무로 규정한 경찰관직무집행법 제2조를 경찰권 발동의 일반적·포괄적 근거로 인정한 판결

418. 경찰권 발동의 요건

(대법원 2019. 1. 17. 선고 2015다236196 판결)
〈주제〉 경찰권발동의 요건-위해의 존재

〈쟁점〉

위해성 경찰장비인 살수차와 물포의 사용 범위 및 방법 / 경찰관이 직사살수의 방법으로 집회나 시위 참가자들을 해산시키기 위해서 집회 및 시위에 관한 법률 제20조 제1항 각호에서 정한 해산 사유를 구체적으로 고지하는 적법한 절차에 따른 해산명령을 시행한 후에 직사살수의 방법을 사용할 수 있는지 여부(적극)

〈판결요지〉

위해성 경찰장비인 살수차와 물포는 필요한 최소한의 범위에서만 사용되어야 하고, 특히 인명 또는 신체에 위해를 가할 가능성이 더욱 커지는 직사살수는 타인의 법익이나 공공의 안녕질서에

직접적이고 명백한 위험이 현존하는 경우에 한해서만 사용이 가능하다고 보아야 한다.

또한 위해성 경찰장비인 살수차와 물포는 집회나 시위 참가자들을 해산하기 위한 목적의 경찰장비이고 경찰관이 직사살수의 방법으로 집회나 시위 참가자들을 해산시키는 것은 집회의 자유나 신체의 자유를 침해할 우려가 있으므로 적법절차의 원칙을 준수하여야 한다. 따라서 경찰관이 직사살수의 방법으로 집회나 시위 참가자들을 해산시키려면, 먼저 집회 및 시위에 관한 법률 제20조 제1항 각호에서 정한 해산 사유를 구체적으로 고지하는 적법한 절차에 따른 해산명령을 시행한 후에 직사살수의 방법을 사용할 수 있다고 보아야 한다. 경찰청 훈령인 '물포운용지침'에서도 '직사살수'의 사용요건 중 하나로서 '도로 등을 무단점거하여 일반인의 통행 또는 교통소통을 방해하고 경찰의 해산명령에 따르지 아니하는 경우'라고 규정하여, 사전에 적법한 '해산명령'이 있어야 함을 요구하고 있다.

〈선정이유〉

위해성 경찰장비인 살수차와 물포는 필요한 최소한의 범위에서만 사용되어야 하고, 특히 인명 또는 신체에 위해를 가할 가능성이 더욱 커지는 직사살수는 타인의 법익이나 공공의 안녕질서에 직접적이고 명백한 위험이 현존하는 경우에 한해서만 사용이 가능하다고 판시한 판결

419. 경찰재량 / 경찰권의 불행사와 손해배상

(대법원 1998. 8. 25. 선고 98다16890 판결)

〈주제〉 경찰재량

〈쟁점〉

[1] 경찰관의 경찰관직무집행법 제5조에 규정된 권한의 불행사가 직무상의 의무를 위반한 것이 되어 위법한 것으로 되기 위한 요건

[2] 경찰관이 경찰관직무집행법 제5조에 규정된 위험발생방지조치를 취하지 아니하였음을 이유로 국가배상책임을 인정한 사례

〈판결요지〉

[1] 경찰관직무집행법 제5조는 경찰관은 인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 위험한 사태가 있을 때에는 그 각 호의 조치를 취할 수 있다고 규정하여 형식상 경찰관에게 재량에 의한 직무수행권한을 부여한 것처럼 되어 있으나, 경찰관에게 그러한 권한을 부여한 취지와 목적에 비추어 볼 때 구체적인 사정에 따라 경찰관이 그 권한을 행사하여 필요한 조치를 취하지 아니하는 것이 현저하게 불합리하다고 인정되는 경우에는 그러한 권한의 불행사는 직무상의 의무를 위반한 것이 되어 위법하게 된다.

[2] 경찰관이 농민들의 시위를 진압하고 시위과정에 도로 상에 방치된 트랙터 1대에 대하여 이를 도로 밖으로 옮기거나 후방에 안전표지판을 설치하는 것과 같은 위험발생방지조치를 취하지 아니한 채 그대로 방치하고 철수하여 버린 결과, 야간에 그 도로를 진행하던 운전자가 위 방치된 트랙터를 피하려다가 다른 트랙터에 부딪혀 상해를 입은 사안에서 국가배상책임을 인정한 사례.

〈선정이유〉

경찰관직무집행법 제5조에 규정된 경찰관의 직무수행 권한을 행사하지 않는 것이 현저히 불합리한 경우에는 권한행사의 재량이 수축되어 직무상 의무가 인정되며, 그 권한의 불행사는 위법하게 되어 국가배상책임이 인정될 수 있다는 판결

420. 불심검문의 요건과 내용

(대법원 2014. 2. 27. 선고 2011도13999 판결)

〈주제〉 경찰관직무집행법상 경찰권의 발동-불심검문

〈쟁점〉

경찰관이 불심검문 대상자 해당 여부를 판단하는 기준 및 불심검문의 적법 요건과 내용

〈판결요지〉

경찰관직무집행법(이하 '법'이라고 한다)의 목적, 법 제1조 제1항, 제2항, 제3조 제1항, 제2항, 제3항, 제7항의 내용 및 체계 등을 종합하면, 경찰관이 법 제3조 제1항에 규정된 대상자(이하 '불심검문 대상자'라 한다) 해당 여부를 판단할 때에는 불심검문 당시의 구체적 상황은 물론 사전에 얻은 정보나 전문적 지식 등에 기초하여 불심검문 대상자인지를 객관적·합리적인 기준에 따라 판단하여야 하나, 반드시 불심검문 대상자에게 형사소송법상 체포나 구속에 이를 정도의 혐의가 있을 것을 요한다고 할 수는 없다. 그리고 경찰관은 불심검문 대상자에게 질문을 하기 위하여 범행의 경중, 범행과의 관련성, 상황의 긴박성, 혐의의 정도, 질문의 필요성 등에 비추어 목적 달성에 필요한 최소한의 범위 내에서 사회통념상 용인될 수 있는 상당한 방법으로 대상자를 정지시킬 수 있고 질문에 수반하여 흉기의 소지 여부도 조사할 수 있다.

〈선정이유〉

불심검문의 요건에 관한 판결

421. 임의동행의 요건

(대법원 2020. 5. 14. 선고 2020도398 판결)

〈주제〉 경찰관직무집행법상 경찰권의 발동-임의동행

〈쟁점〉

[1] 경찰관 직무집행법 제3조 제2항에 따라 행정경찰 목적의 경찰활동으로 행하여지는 임의동행 외에 형사소송법 제199조 제1항에 따라 범죄 수사를 위하여 이루어진 임의동행의 적법성이 인정되는 경우

[2] 피고인이 메트암페타민(일명 필로폰) 투약 혐의로 임의동행 형식으로 경찰서에 간 후 자신의 소변과 모발을 경찰관에게 제출하여 마약류 관리에 관한 법률 위반(향정)으로 기소된 사안에서, 경찰관은 당시 피고인의 정신 상태, 신체에 있는 주사바늘 자국, 알콜솜 휴대, 전과 등을 근거로 피고인의 마약류 투약 혐의가 상당하다고 판단하여 경찰서로 임의동행을 요구하였고, 동행장소인 경찰서에서 피고인에게 마약류 투약 혐의를 밝힐 수 있는 소변과 모발의 임의제출을 요구하였으므로 피고인에 대한 임의동행은 마약류 투약 혐의에 대한 수사를 위한 것이어서 형사소송법 제199조 제1항에 따른 임의동행에 해당한다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 임의동행은 경찰관 직무집행법 제3조 제2항에 따른 행정경찰 목적의 경찰활동으로 행하여지는 것 외에도 형사소송법 제199조 제1항에 따라 범죄 수사를 위하여 수사관이 동행에 앞서 피의자에게 동행을 거부할 수 있음을 알려 주었거나 동행한 피의자가 언제든지 자유로이 동행과정에서 이탈 또는 동행장소로부터 퇴거할 수 있었음이 인정되는 등 오로지 피의자의 자발적인 의사에 의하여 이루어진 경우에도 가능하다.

[2] 피고인이 메트암페타민(일명 필로폰) 투약 혐의로 임의동행 형식으로 경찰서에 간 후 자신의 소변과 모발을 경찰관에게 제출하여 마약류 관리에 관한 법률 위반(향정)으로 기소된 사안에서, 경찰관은 당시 피고인의 정신 상태, 신체에 있는 주사바늘 자국, 알콜솜 휴대, 전과 등을 근거로 피고인의 마약류 투약 혐의가 상당하다고 판단하여 경찰서로 임의동행을 요구하였고, 동행장소인 경찰서에서 피고인에게 마약류 투약 혐의를 밝힐 수 있는 소변과 모발의 임의제출을 요구하였으므로 피고인에 대한 임의동행은 마약류 투약 혐의에 대한 수사를 위한 것이어서 형사소송법 제199조 제1항에 따른 임의동행에 해당한다는 이유로, 피고인에 대한 임의동행은 경찰관 직무집행법 제3조 제2항에 의한 것인데 같은 조 제6항을 위반하여 불법구금 상태에서 제출된 피고인의 소변과 모발은 위법하게 수집된 증거라고 본 원심판단에 임의동행에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다고 한 사례.

〈선정이유〉

임의동행은 경찰관직무집행법 제3조 제2항에 따라 행정경찰 목적으로 행해질 수 있을 뿐만 아니라, 형사소송법 제199조 제1항에 따라 범죄수사를 위해서도 행해질 수 있으며, 후자의 경우에는 (행정경찰활동으로서의 임의동행과 관련한) 경찰관직무집행법 제3조 제6항의 제한(임의동행한 사람을 6시간을 초과하여 경찰관서에 머물게 할 수 없음)이 적용되지 아니한다는 판결

422. 경찰비례의 원칙: 경찰관 총기사용의 요건

(대법원 1999. 3. 23. 선고 98다63445 판결)

〈주제〉 경찰관의 총기사용 요건 - 경찰법상 비례원칙

〈쟁점〉

[1] 경찰관의 총기 사용 요건의 판단 방법

[2] 경찰관이 길이 40cm 가량의 칼로 반복적으로 위협하며 도주하는 차량 절도 혐의자를 추적하던 중, 도주하기 위하여 등을 돌린 혐의자의 몸 쪽을 향하여 약 2m 거리에서 실탄을 발사하여 혐의자를 복부관통상으로 사망케 한 경우, 경찰관의 총기사용은 사회통념상 허용범위를 벗어난 위법행위라고 본 사례

〈판결요지〉

[1] 경찰관은 범인의 체포, 도주의 방지, 자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 무기를 사용할 수 있으나, 이 경우에도 무기는 목적달성에 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때 그 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 한도 내에서 사용하여야 하는바, 경찰관의 무기사용이 이러한 요건을 충족하는지 여부는 범죄의 종류, 죄질, 피해법익의 경중, 위해의 급박성, 저항의 강약, 범인과 경찰관의 수, 무기의 종류, 무기 사용의 태양, 주변의 상황 등을 고려하여 사회통념상 상당하다고 평가되는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 특히 사람에게 위해를 가할 위험성이 큰 총기의 사용에 있어서는 그 요건을 더욱 엄격하게 판단하여야 한다.

[2] 경찰관이 길이 40cm 가량의 칼로 반복적으로 위협하며 도주하는 차량 절도 혐의자를 추적하던 중, 도주하기 위하여 등을 돌린 혐의자의 몸 쪽을 향하여 약 2m 거리에서 실탄을 발사하여 혐의자를 복부관통상으로 사망케 한 경우, 경찰관의 총기사용은 사회통념상 허용범위를 벗어난 위법행위라고 본 사례.

〈선정이유〉

경찰관의 총기 사용 요건으로 비례원칙의 내용을 제시한 판결로서, 경찰법상 비례원칙의 적용을 구체적으로 제시하고 있는 판결

제 2 장 공물법

423. 자연공물의 성립요건

(대법원 2007. 6. 1. 선고 2005도7523 판결)
〈주제〉 자연공물의 성립요건

〈쟁점〉

[1] 국유재산법상 행정재산의 범위

[2] 골재채취업자가 구거, 농로와 하천부지를 골재 적치장이나 운반로로 사용한 사안에서, 위 하천부지는 자연공물로서, 위 농로와 구거는 실제 공공용으로 사용됨으로써 각 행정재산이 되었다고 볼 수 있음에도, 통상적으로 구거, 농로 및 하천부지가 국유재산법상 행정재산 또는 보존재산이 아니라 잡종재산에 해당한다고 보아 국유재산법 위반의 범죄사실을 무죄로 판단한 원심판결을 파기한 사례

[3] 실체적 경합관계에 있는 공소사실 중 일부에 대하여는 유죄를, 일부에 대하여는 무죄를 각

선고하면서, 유죄 부분과 상상적 경합관계에 있는 다른 일부에 대하여는 이유에서 무죄임을 판시하고 주문에서는 별도로 무죄의 선고를 하지 않은 항소심판결에 대하여, 검사만이 무죄 부분 전체에 대하여 상고한 경우, 상고심의 판단 대상

〈판결요지〉

[1] 국유 하천부지는 자연의 상태 그대로 공공용에 제공될 수 있는 실체를 갖추고 있는 이른바 자연공물로서 별도의 공용개시행위가 없더라도 행정재산이 되고 그 후 본래의 용도에 공여되지 않는 상태에 놓여 있더라도 국유재산법령에 의한 용도폐지를 하지 않은 이상 당연히 잡종재산으로 된다고는 할 수 없으며, 농로나 구거와 같은 이른바 인공적 공공용 재산은 법령에 의하여 지정되거나 행정처분으로 공공용으로 사용하기로 결정한 경우, 또는 행정재산으로 실제 사용하는 경우의 어느 하나에 해당하면 행정재산이 된다.

[2] 골재채취업자가 구거, 농로와 하천부지를 골재 적치장이나 운반로로 사용한 사안에서, 위 하천부지는 자연공물로서, 위 농로와 구거는 실제 공공용으로 사용됨으로써 각 행정재산이 되었다고 볼 수 있음에도, 통상적으로 구거, 농로 및 하천부지가 국유재산법상 행정재산 또는 보존재산이 아니라 잡종재산에 해당한다고 보아 국유재산법 위반의 범죄사실을 무죄로 판단한 원심판결을 파기한 사례.

[3] 상상적 경합관계에 있는 두 죄에 대하여 한 죄는 무죄, 한 죄는 유죄가 선고되어 검사만이 무죄 부분에 대하여 상고하였다 하여도 유죄 부분도 상고심의 심판대상이 되는 것이고, 공소사실 중 일부에 대하여는 유죄를, 실체적 경합관계에 있는 일부에 대하여는 무죄를 각 선고하고, 그 유죄 부분과 상상적 경합관계에 있는 다른 일부에 대하여는 무죄임을 판시하면서 주문에 별도의 선고를 하지 않은 항소심판결에 대하여, 검사가 무죄 부분 전체에 대하여 상고를 한 경우 그 유죄 부분은 형식상 검사 및 피고인 어느 쪽도 상고한 것 같아 보이지 않지만 그 부분과 상상적 경합관계에 있는 무죄 부분에 대하여 검사가 상고함으로써 그 유죄 부분은 그 무죄 부분의 유·무죄 여하에 따라서 처단될 죄목과 양형을 좌우하게 되므로, 결국 그 유죄 부분도 함께 상고심의 판단대상이 된다.

〈선정이유〉

자연공물의 성립요건에 관하여 판시한 판결로서, 자연공물의 경우의 경우 인공공물의 경우와 달리 공물의 성립에 공용개시행위가 별도로 필요하지 않음을 밝히고 있는 판결

424. 공용폐지

(대법원 1996. 5. 28. 선고 95다52383 판결)

〈주제〉 공물의 소멸원인-공용폐지

〈쟁점〉

[1] 공유수면의 일부가 사실상 매립되었으나 공용폐지되지 않은 경우, 법률상 공유수면으로서의 성질을 보유하는지 여부(적극)

[2] 행정재산이 취득시효의 대상이 되기 위한 요건 및 행정재산에 대한 국가의 매각처분의 효력(무효)

[3] 행정재산에 대한 국가의 매매계약 체결을 적법한 공용폐지의 의사표시로 볼 수 있는지 여부(소극)

[4] 국가가 공유수면 매립지를 착오에 의하여 귀속재산으로 매각하고 대금을 완납받은 후 그 토지가 공용폐지된 뒤에, 그 토지는 취득시효의 대상이 되지 않는 국유 행정재산이라고 주장하는 것이 신의칙에 반하지 않는다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 공유수면은 소위 자연공물로서 그 자체가 직접 공공의 사용에 제공되는 것이고, 공유수면의 일부가 사실상 매립되었다 하더라도 국가가 공유수면으로서의 공용폐지를 하지 아니하는 이상 법률상으로는 여전히 공유수면으로서의 성질을 보유하고 있다.

[2] 행정재산은 공용폐지가 되지 아니하는 한 사법상 거래의 대상이 될 수 없으므로 시효취득의 대상이 되지 아니하고, 관재당국이 이를 모르고 행정재산을 매각하였다 하더라도 그 매매는 당연무효이다.

[3] 공용폐지의 의사표시는 명시적 의사표시뿐 아니라 묵시적 의사표시이어도 무방하나 적법한 의사표시이어야 하고, 행정재산이 본래의 용도에 제공되지 않는 상태에 놓여 있다는 사실만으로 관리청의 이에 대한 공용폐지의 의사표시가 있었다고 볼 수 없으며, 행정재산에 관하여 체결된 것이기 때문에 무효인 매매계약을 가지고 적법한 공용폐지의 의사표시가 있었다고 볼 수도 없다.

[4] 국가가 착오에 의하여 공유수면 매립지를 귀속재산으로 매각하여 그 대금까지 완납받았으며 그 불하계약 체결 후 약 40년이 경과한 후 그 토지가 공용폐지에 의하여 잡종재산으로 되었다 하더라도, 국가가 그 토지가 취득시효의 대상이 되지 아니하는 국유 행정재산이라고 주장하는 것이 신의칙에 반한다고 볼 수 없다는 이유로, 취득시효를 인정한 원심판결을 파기한 사례.

〈선정이유〉

공용폐지의 의사표시는 명시적 의사표시뿐 아니라 묵시적 의사표시이어도 무방하나 적법한 의사표시이어야 하고, 행정재산이 본래의 용도에 제공되지 않는 상태에 놓여 있다는 사실만으로 관리청의 이에 대한 공용폐지의 의사표시가 있었다고 볼 수 없으며, 행정재산에 관하여 체결된 것이기 때문에 무효인 매매계약을 가지고 적법한 공용폐지의 의사표시가 있었다고 볼 수도 없다고 판시한 판결

425. 행정재산에 대한 시효취득 가능성

(대법원 2009. 12. 10. 선고 2006다19177 판결)

〈주제〉 행정재산의 시효취득 가능성

〈쟁점〉

[1] 구 지방재정법상 공유재산에 대한 취득시효가 완성되기 위하여는 그 공유재산이 취득시효기

간 동안 계속하여 시효취득의 대상이 될 수 있는 잡종재산이어야 하는지 여부(적극)

[2] 토지의 점유자가 소유자를 상대로 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구소송을 제기하였다가 패소하고 그 판결이 확정된 경우, 자주점유의 추정이 번복되어 타주점유로 전환되는지 여부(소극)

[3] 취득시효 완성에 따른 시효이익 포기의 당사자

〈판결요지〉

[1] 구 지방재정법(2005. 8. 4. 법률 제7663호로 전부 개정되기 전의 것) 제74조 제2항은 "공유재산은 민법 제245조의 규정에 불구하고 시효취득의 대상이 되지 아니한다. 다만, 잡종재산의 경우에는 그러하지 아니하다."라고 규정하고 있으므로, 구 지방재정법상 공유재산에 대한 취득시효가 완성되기 위하여는 그 공유재산이 취득시효기간 동안 계속하여 시효취득의 대상이 될 수 있는 잡종재산이어야 하고, 이러한 점에 대한 증명책임은 시효취득을 주장하는 자에게 있다.

[2] 타인의 부동산을 점유하는 사람은 일응 소유의 의사로 점유하는 것으로 추정되고 그 추정을 번복할 만한 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 타주점유로 인정할 수 있는바, 토지의 점유자가 이전에 토지 소유자를 상대로 그 토지에 관하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구소송을 제기하였다가 패소하고 그 판결이 확정되었다 하더라도 그 사정만을 들어서는 토지 점유자의 자주점유의 추정이 번복되어 타주점유로 전환된다고 할 수 없다.

[3] 취득시효 완성으로 인한 권리변동의 당사자는 시효취득자와 취득시효 완성 당시의 진정한 소유자이므로, 시효이익의 포기는 특별한 사정이 없는 한 시효취득자가 취득시효 완성 당시의 진정한 소유자에 대하여 하여야 그 효력이 발생한다.

〈선정이유〉

공유재산에 대한 취득시효와 관련하여 행정재산과 일반재산(구 잡종재산)의 구별을 전제로, 공유재산에 대해 취득시효가 인정되기 위해서는 취득시효기간 동안 계속하여 시효취득의 대상이 될 수 있는 일반재산이어야 하고, 이러한 점에 대한 증명책임은 시효취득을 주장하는 자에게 있다는 판결

426. 공물관리권

(대법원 2005. 11. 25. 선고 2003두7194 판결)

〈주제〉 공물관리권-변상금부과권한

〈쟁점〉

도로의 관리청이 도로부지에 대한 소유권을 취득하였는지 여부와는 관계없이 도로를 무단점용하는 자에 대하여 변상금을 부과할 수 있는지 여부(적극)

〈판결요지〉

도로법의 제반 규정에 비추어 보면, 같은 법 제80조의2의 규정에 의한 변상금 부과권한은 적정한 도로관리를 위하여 도로의 관리청에게 부여된 권한이라 할 것이지 도로부지의 소유권에 기한

권한이라고 할 수 없으므로, 도로의 관리청은 도로부지에 대한 소유권을 취득하였는지 여부와는 관계없이 도로를 무단점용하는 자에 대하여 변상금을 부과할 수 있다.

〈선정이유〉

공물관리권의 본질과 내용에 대한 판결로서, 도로에 대한 공물관리권은 도로 부지의 소유권과는 구별되는 공법상 권한이며, 이에 기해 변상금 부과가 가능하다고 판시한 판결

427. 공물의 일반사용

(대법원 2002. 2. 26. 선고 99다35300 판결)
〈주제〉 공물의 일반사용의 법적 성질

〈쟁점〉

[1] 공공용물에 대한 일반사용이 적법한 개발행위로 제한됨으로 인한 불이익이 손실보상의 대상이 되는 특별한 손실인지 여부(소극)

[2] 어선어업자들의 백사장 등에 대한 사용이 관행어업권에 기한 것으로 볼 수 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 일반 공중의 이용에 제공되는 공공용물에 대하여 특허 또는 허가를 받지 않고 하는 일반사용은 다른 개인의 자유이용과 국가 또는 지방자치단체 등의 공공목적을 위한 개발 또는 관리·보존 행위를 방해하지 않는 범위 내에서만 허용된다 할 것이므로, 공공용물에 관하여 적법한 개발행위 등이 이루어짐으로 말미암아 이에 대한 일정범위의 사람들의 일반사용이 종전에 비하여 제한받게 되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그로 인한 불이익은 손실보상의 대상이 되는 특별한 손실에 해당한다고 할 수 없다.

[2] 관행어업권은 일정한 공유수면에 대한 공동어업권 설정 이전부터 어업의 면허 없이 그 공유수면에서 오랫동안 계속 수산동식물을 포획 또는 채취하여 옴으로써 그것이 대다수 사람들에게 일반적으로 시인될 정도에 이른 경우에 인정되는 권리로서 이는 어디까지나 수산동식물이 서식하는 공유수면에 대하여 성립하고, 허가어업에 필요한 어선의 정박 또는 어구의 수리·보관을 위한 육상의 장소에는 성립할 여지가 없으므로, 어선어업자들의 백사장 등에 대한 사용은 공공용물의 일반사용에 의한 것일 뿐 관행어업권에 기한 것으로 볼 수 없다.

〈선정이유〉

공물의 일반사용의 법적 성질, 특히 손실보상의 대상 여부에 대한 판결로서, 특별한 사정이 없는 한 공물의 일반사용의 제한으로 인한 불이익은 손실보상의 대상이 되지 않는다고 한 판결

428. 공물의 특별사용

(대법원 1998. 9. 22. 선고 96누7342 판결)
〈주제〉 공물의 특별사용

〈쟁점〉

[1] 도로법 제80조의2의 규정에 의한 도로점용료 상당의 부당이득금 징수요건으로서의 도로점용의 의미(=특별사용)

[2] 도로의 특별사용 여부에 관한 판단 기준

[3] 도로 상하의 공간에 설치된 상가아파트 건물의 소유자가 지상 1층 공간에 일정 간격으로 배열된 지주 사이로 난 터널형 도로를 특별사용하고 있다고 인정한 사례

〈판결요지〉

[1] 도로법 제40조에 규정된 도로의 점용이라 함은 일반공중의 교통에 공용되는 도로에 대하여 이러한 일반사용과는 별도로 도로의 지표뿐만 아니라 그 지하나 지상 공간의 특정 부분을 유형적, 고정적으로 특정한 목적을 위하여 사용하는 이른바 특별사용을 뜻하는 것이므로, 허가없이 도로를 점용하는 행위의 내용이 위와 같은 특별사용에 해당할 경우에 한하여 도로법 제80조의2의 규정에 따라 도로점용료 상당의 부당이득금을 징수할 수 있다.

[2] 도로의 특별사용은 반드시 독점적, 배타적인 것이 아니라 그 사용목적에 따라서는 도로의 일반사용과 병존이 가능한 경우도 있고, 이러한 경우에는 도로점용 부분이 동시에 일반공중의 교통에 공용되고 있다고 하여 도로점용이 아니라고 말할 수 없다.

[3] 지하 1층, 지상 17층의 상가아파트 건물이 도로 상하의 공간에 설치되어 있고, 지상 1층 공간에는 일정 간격으로 지주가 배열되어 있으며, 그 사이로 형성된 터널형 공간 부분의 중앙으로 차도가 설치되어 있고, 양쪽에 주차장 및 옥외출입계단이 설치되어 있는 경우, 위 도로는 주로 위 건물의 사용을 위한 사람과 차량의 통행 및 주차 등을 위하여 사용되고 있고 지방자치단체장은 단지 건물 소유자의 독점적, 배타적 지배를 방해하지 않는 범위 내에서 일반의 차량통행, 보행 및 주차 등을 위하여 이를 사용하고 있음에 불과하다는 이유로, 건물 소유자가 도로를 특별사용하고 있다고 인정한 사례.

〈선정이유〉

도로의 사용관계와 관련하여 일반사용과 특별사용의 구별기준을 제시하고, 이를 바탕으로 도로점용의 법적 성격(특별사용) 및 도로의 특별사용 여부에 관한 판단 기준을 제시한 판결

제 3 장 공기업법

429. 공기업이용관계의 성질

(대법원 1999. 6. 22. 선고 99다7008 판결)
〈주제〉 공기업의 이용관계

〈쟁점〉

국가의 철도운행사업과 관련하여 발생한 사고로 인한 손해배상청구에 관하여 적용될 법규(공무원의 직무상 과실을 원인으로 한 경우=민법, 영조물 설치·관리의 하자를 원인으로 한 경우=국가배상법)

〈판결요지〉

국가 또는 지방자치단체라 할지라도 공권력의 행사가 아니고 단순한 사경제의 주체로 활동하였을 경우에는 그 손해배상책임에 국가배상법이 적용될 수 없고 민법상의 사용자책임 등이 인정되는 것이고 국가의 철도운행사업은 국가가 공권력의 행사로서 하는 것이 아니고 사경제적 작용이라 할 것이므로, 이로 인한 사고에 공무원이 간여하였다고 하더라도 국가배상법을 적용할 것이 아니고 일반 민법의 규정에 따라야 한다.

〈선정이유〉

공·사법관계의 구별을 전제로 국가의 철도운행사업과 관련하여 발생한 사고로 인한 손해배상청구에 관하여 적용될 법규에 대하여 판시한 판결로서, 국가의 철도운행사업은 기본적으로 사경제적 작용으로 사법관계로 보고 있는 판결

430. 공기업이용관계의 내용 : 이용조건설정과 이용대가징수

(대법원 2019. 6. 13. 선고 2017두33985 판결)
〈주제〉 공기업주체의 이용조건설정

〈쟁점〉

[1] 지방자치단체인 수도사업자가 수도시설 중 급수설비에 관한 공사의 비용 부담에 관하여 실제 공사비용이 아니라 합리적인 기준에 따라 고시가 정하는 정액공사비를 부과하는 것이 허용되는지 여부(적극)

[2] 수도시설 중 급수설비에 관한 공사의 비용 부담에 관하여 시장이 정한 정액 급수공사비 고시가 개별 산정요소를 제대로 반영하지 않은 채 일률적으로 급수공사비를 정하여 비용부담의 원칙을 중대하게 침해하는 결과를 야기하는 경우, 그 고시가 위법한지 여부(적극)

[3] 법원이 법률 하위의 법규명령, 규칙, 조례, 행정규칙 등이 위헌·위법인지를 심사하기 위한 요건으로서 '재판의 전제성'의 의미 및 법원이 구체적 규범통제를 통해 위헌·위법으로 선언할 심판대상은 해당 규정 중 재판의 전제성이 인정되는 조항에 한정되는지 여부(원칙적 적극)

〈판결요지〉

[1] 수도법 제70조, 제38조 제1항 단서, 울산광역시 수도급수 조례 제13조 제1항, 제12조 제1항, 제3항의 내용·취지와 함께 다음과 같은 사정을 고려하면, 수도시설 중 급수설비에 관한 공사의 비용(이하 '급수공사비'라 한다) 부담에 관하여 위 조례가 정액제를 도입한 것 자체가 법령의 취지에 반하거나 위임 범위를 벗어난 것이라고 볼 수는 없다. 따라서 수도사업자가 실제 공사비용이 아니라 합리적인 기준에 따라 고시가 정하는 정액공사비를 부과하는 것 역시 허용된다고 보아야 한다.

① 정액제를 채택할 경우 매번 급수공사를 할 때마다 공사비를 산정할 필요가 없고, 수요가(수요가)별로 별개의 수도관을 부설함으로써 시설을 중복하여 비효율적으로 설치하는 문제를 해결할 수 있는 등 행정의 효율성을 제고할 수 있다.

② 급수공사비를 정액으로 함으로써 일반주택과 공동주택 사이 및 농어촌 지역과 도시 지역 사이의 급수공사비 부담에 관한 형평을 도모할 수 있고, 나아가 과다한 급수공사비 때문에 농어촌 지역 거주자 등이 급수공사 신청 자체를 할 수 없는 상황도 어느 정도 피할 수 있다. 이는 국가, 지방자치단체와 수도사업자가 모든 국민에 대한 수돗물의 보편적 공급에 기여해야 한다는 수도법 제2조 제6항의 취지에 부합한다.

③ 실공사비는 급수설비를 설치하고자 하는 지역이 기존의 배수관으로부터 얼마나 떨어져 있는지에 따라 큰 영향을 받는다. 급수공사비를 실비로 정할 경우 주택의 규모, 세대수 등이 비슷해도 위와 같은 우연한 사정에 따라 신청인이 부담할 공사비가 크게 달라지는 결과가 나올 수 있는데, 정액제를 채택하면 이러한 결과를 방지할 수 있다.

[2] 수도시설 중 급수설비에 관한 공사의 비용(이하 '급수공사비'라 한다) 부담에 관하여 정액제를 채택하는 경우 그에 따라 산정한 급수공사비가 실제 공사비와 편차가 발생하는 것은 불가피하다. 지방자치단체의 조례로 정액제를 도입하면 주민들은 그러한 편차를 원칙적으로 받아들여야 한다. 다만 정액 급수공사비 제도에서도 비용부담의 원칙에 부합하도록 가급적 관계 법령에서 정하고 있는 산정요소를 정확하게 반영하여 편차가 지나치게 크지 않도록 해야 한다. 따라서 시장이 정한 정액 급수공사비 고시가 개별 산정요소를 제대로 반영하지 않은 채 일률적으로 급수공사비를 정하여 비용부담의 원칙을 중대하게 침해하는 결과를 야기하는 경우 그러한 고시는 조례의 위임 취지에 반할 뿐 아니라 비례의 원칙에도 반하여 위법하다.

[3] 법원이 법률 하위의 법규명령, 규칙, 조례, 행정규칙 등(이하 '규정'이라 한다)이 위헌·위법인지를 심사하려면 그것이 '재판의 전제'가 되어야 한다. 여기에서 '재판의 전제'란 구체적 사건이 법원에 계속 중이어야 하고, 위헌·위법인지가 문제 된 경우에는 규정의 특정 조항이 해당 소송사건의 재판에 적용되는 것이어야 하며, 그 조항이 위헌·위법인지에 따라 그 사건을 담당하는 법원이 다른 판단을 하게 되는 경우를 말한다. 따라서 법원이 구체적 규범통제를 통해 위헌·위법으로 선언할 심판대상은, 해당 규정의 전부가 불가분적으로 결합되어 있어 일부를 무효로 하는 경우 나머지 부분이 유지될 수 없는 결과를 가져오는 특별한 사정이 없는 한, 원칙적으로 해당 규정 중 재판의 전제성이 인정되는 조항에 한정된다.

〈선정이유〉

공기업주체의 이용조건설정 권한의 범위와 한계에 관한 판결로서, 지방자치단체의 조례에 의한 공기업이용조건 설정의 한계 및 그에 대한 사법적 통제의 범위를 제시하고 있는 판결

431. 정부투자기관의 입찰참가자격제한의 법적 성질

(대법원 1999. 11. 26.자 99부3 결정)

〈주제〉 정부투자기관의 입찰참가자격제한의 법적 성질

〈쟁점〉

[1] 행정처분의 효력정지나 집행정지를 구하는 신청사건에 있어서 집행정지사건 자체에 의하여도 본안청구가 적법한 것이어야 한다는 점이 집행정지의 요건인지 여부(적극)

[2] 행정소송의 대상이 되는 행정처분의 의의

[3] 한국전력공사가 정부투자기관회계규정에 의하여 행한 입찰참가자격을 제한하는 내용의 부정당업자제재처분의 법적 성질(=사법상 통지행위)

〈판결요지〉

[1] 행정처분의 효력정지나 집행정지를 구하는 신청사건에 있어서는 행정처분 자체의 적법 여부는 궁극적으로 본안재판에서 심리를 거쳐 판단할 성질의 것이므로 원칙적으로 판단할 것이 아니고, 그 행정처분의 효력이나 집행을 정지할 것인가에 관한 행정소송법 제23조 제2항 소정의 요건의 존부만이 판단의 대상이 된다고 할 것이지만, 나아가 집행정지는 행정처분의 집행부정지원칙의 예외로서 인정되는 것이고 또 본안에서 원고가 승소할 수 있는 가능성을 전제로 한 권리보호수단이라는 점에 비추어 보면 집행정지사건 자체에 의하여도 신청인의 본안청구가 적법한 것이어야 한다는 것을 집행정지의 요건에 포함시켜야 한다.

[2] 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라 함은 행정청 또는 그 소속기관이나 법령에 의하여 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 공공단체가 국민의 권리의무에 관계되는 사항에 관하여 직접효력을 미치는 공권력의 발동으로서 하는 공법상의 행위를 말하며, 그것이 상대방의 권리를 제한하는 행위라 하더라도 행정청 또는 그 소속기관이나 권한을 위임받은 공공단체의 행위가 아닌 한 이를 행정처분이라고 할 수는 없다.

[3] 한국전력공사는 한국전력공사법의 규정에 의하여 설립된 정부투자법인일 뿐이고 위 공사를 중앙행정기관으로 규정한 법률을 찾아볼 수 없으며, 예산회계법 제11조의 규정에 의하여 정부투자기관의 예산과 회계에 관한 사항을 규정한 구 정부투자기관관리기본법(1997. 8. 28. 법률 제5376호로 개정되기 전의 것)에 구 국가를당사자로하는계약에관한법률(1997. 12. 13. 법률 제5453호로 개정되기 전의 것) 제27조 또는 같은법시행령(1997. 12. 31. 대통령령 제15581호로 개정되기 전의 것) 제76조를 준용한다는 규정도 없으므로 위 공사는 위 법령 소정의 '각 중앙관서의 장'에 해당되지 아니함이 명백하고, 위 공사가 입찰참가자격을 제한하는 내용의 부정당업자제재처분의 근거로 삼은 정부투자기관회계규정 제245조가 정부투자기관의 회계처리의 기준과 절차에 관한 사항을 재무부장관이 정하도록 규정한 구 정부투자기관관리기본법 제20조에 의하여 제정된 것임은 분명하

나 그 점만으로 위 규정이 구 정부투자기관관리기본법 제20조와 결합하여 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 가진다고 할 수도 없다 할 것이므로, 따라서 위 공사가 행정소송법 소정의 행정청 또는 그 소속기관이거나 이로부터 위 제재처분의 권한을 위임받았다고 볼 만한 아무런 법적 근거가 없다고 할 것이므로 위 공사가 정부투자기관회계규정에 의하여 행한 입찰참가자격을 제한하는 내용의 부정당업자제재처분은 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 아니라 단지 상대방을 위 공사가 시행하는 입찰에 참가시키지 않겠다는 뜻의 사법상의 효력을 가지는 통지행위에 불과하다.

〈선정이유〉

입찰참가자격 제한과 관련하여 항고소송의 대상이 되는 행정처분의 의미를 밝히고 있는 판례로서, 한국전력공사가 정부투자기관회계규정에 의하여 행한 입찰참가자격을 제한하는 내용의 부정당업자제재처분은 처분의 법적 근거가 없으므로, 그 법적 성질은 행정처분이 아니라 사법상 통지행위에 해당한다는 결정

제 4 장 개발행정법

432. 행정계획에 있어 계획형성의 자유/ 절차의 하자

(대법원 2000. 3. 23. 선고 98두2768 판결)
〈주제〉 도시계획과 행정절차

〈쟁점〉

[1] 행정소송에서의 주장·입증책임
[2] 법원의 석명권 행사의 내용 및 그 한계
[3] 행정계획의 의미 및 행정주체의 행정계획결정에 관한 재량의 범위
[4] 도시계획안의 공고 및 공람절차에 하자가 있는 도시계획결정의 적부(위법)

〈판결요지〉

[1] 행정소송에 있어서 특단의 사정이 있는 경우를 제외하면 당해 행정처분의 적법성에 관하여는 당해 처분청이 이를 주장·입증하여야 할 것이나 행정소송에 있어서 직권주의가 가미되어 있다고 하여도 여전히 변론주의를 기본 구조로 하는 이상 행정처분의 위법을 들어 그 취소를 청구함에 있어서는 직권조사사항을 제외하고는 그 취소를 구하는 자가 위법사유에 해당하는 구체적인 사실을 먼저 주장하여야 한다.

[2] 법원의 석명권 행사는 사안을 해명하기 위하여 당사자에게 그 주장의 모순된 점이나 불완전·불명료한 부분을 지적하여 이를 정정·보충할 수 있는 기회를 주고 또 그 계쟁사실에 대한 증거의 제출을 촉구하는 것을 그 내용으로 하는 것이며, 당사자가 주장하지도 않은 법률효과에 관한 요건사실이나 공격방어방법을 시사하여 그 제출을 권유하는 행위는 변론주의의 원칙에 위배되고 석명

권 행사의 한계를 일탈한 것이다.

[3] 행정계획이라 함은 행정에 관한 전문적·기술적 판단을 기초로 하여 도시의 건설·정비·개량 등과 같은 특정한 행정목표를 달성하기 위하여 서로 관련되는 행정수단을 종합·조정함으로써 장래의 일정한 시점에 있어서 일정한 질서를 실현하기 위한 활동기준으로 설정된 것으로서, 도시계획법 등 관계 법령에는 추상적인 행정목표와 절차만이 규정되어 있을 뿐 행정계획의 내용에 대하여는 별다른 규정을 두고 있지 아니하므로 행정주체는 구체적인 행정계획을 입안·결정함에 있어서 비교적 광범위한 형성의 자유를 가지는 한편, 행정주체가 가지는 이와 같은 형성의 자유는 무제한적인 것이 아니라 그 행정계획에 관련되는 자들의 이익을 공익과 사익 사이에서는 물론이고 공익 상호간과 사익 상호간에도 정당하게 비교교량하여야 한다는 제한이 있는 것이고, 따라서 행정주체가 행정계획을 입안·결정함에 있어서 이익형량을 전혀 행하지 아니하거나 이익형량의 고려 대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우 또는 이익형량을 하였으나 정당성·객관성이 결여된 경우에는 그 행정계획결정은 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법하게 된다.

[4] 도시계획법 제16조의2 제2항과 같은법시행령 제14조의2 제6항 내지 제8항의 규정을 종합하여 보면 도시계획의 입안에 있어 해당 도시계획안의 내용을 공고 및 공람하게 한 것은 다수 이해관계자의 이익을 합리적으로 조정하여 국민의 권리자유에 대한 부당한 침해를 방지하고 행정의 민주화와 신뢰를 확보하기 위하여 국민의 의사를 그 과정에 반영시키는데 있는 것이므로 이러한 공고 및 공람 절차에 하자가 있는 도시계획결정은 위법하다.

〈선정이유〉

행정계획 영역에서의 재량의 의미와 한계에 대하여 밝힌 판결로서, 행정계획에 있어 계획형성의 자유와 이에 대한 통제원리로서 형량명령 및 절차의 하자에 관하여 판시한 판결

433. 행정계획에 있어 절차의 하자 (1)

(대법원 1988. 5. 24. 선고 87누388 판결)

〈주제〉 도시계획과 절차의 흠

〈쟁점〉

[1] 도시계획입안절차에 하자가 있는 행정처분의 효력

[2] 공람공고절차를 위배한 도시계획변경결정처분의 효력

〈판결요지〉

[1] 도시계획법 제11조 제1항, 제15조 제1항, 제16조의2 제2항, 동법시행령 제11조 제1항, 제14조의2 제6항 및 동법시행규칙 제4조 제2항 등의 취지는 도시계획의 입안에 있어 다수 이해관계자의 이익을 합리적으로 조정하여 국민의 자유권리에 대한 부당한 침해를 방지하고 행정의 민주화와 신뢰를 확보하기 위하여 국민의 의사를 그 과정에 반영시키는데 있다 할 것이므로 위와 같은 절차에 하자가 있는 행정처분은 위법하다.

[2] 도시계획법 제16조의2 제2항 및 동시행령 제14조의2 제6항, 제7항, 제8항의 규정을 종합하

여 보면 공람공고절차를 위배한 도시계획변경결정신청은 위법하다고 아니할 수 없고 행정처분에 위와 같은 법률이 보장한 절차의 흠결이 있는 위법사유가 존재하는 이상 그 내용에 있어 재량권의 범위내이고 변경될 가능성이 없다 하더라도 그 행정처분은 위법하다.

〈선정이유〉

행정계획에 있어 절차의 의미와 그 하자의 효과를 밝히고 있는 판결로서, 공람공고절차를 위배한 도시계획변경결정신청은 실체적 하자와 무관하게 절차적 하자만으로 위법하다고 판시한 판결

434. 행정계획에 있어 절차의 하자 (2)

(대법원 1990. 1. 23. 선고 87누947 판결)
〈주제〉 도시계획결정의 절차적 하자와 하자의 승계

〈쟁점〉

[1] 공청회와 이주대책이 없는 도시계획수립행위의 위법과 수용재결처분의 취소

[2] 소유자의 입회와 서명날인 없이 작성된 토지조서 등에 기하여 행한 중앙토지수용위원회의 이의 재결의 적부(적극)

〈판결요지〉

[1] 도시계획의 수립에 있어서 도시계획법 제16조의2 소정의 공청회를 열지 아니하고 공공용지의취득및손실보상에관한특례법 제8조 소정의 이주대책을 수립하지 아니하였더라도 이는 절차상의 위법으로서 취소사유에 불과하고 그 하자가 도시계획결정 또는 도시계획사업시행인가를 무효라고 할 수 있을 정도로 중대하고 명백하다고는 할 수 없으므로 이러한 위법을 선행처분인 도시계획결정이나 사업시행인가 단계에서 다투지 아니하였다면 그 쟁송기간이 이미 도과한 후인 수용재결단계에 있어서는 도시계획수립 행위의 위와 같은 위법을 들어 재결처분의 취소를 구할 수는 없다고 할 것이다.

[2] 기업자가 토지조서나 물건조서를 작성함에 있어 소유자들의 입회와 서명날인이 있었는지의 여부는 그 기재의 증명력에 관한 문제이어서 입회나 서명날인이 없었다는 사유만으로는 중앙토지수용위원회의 이의재결이 위법하다 하여 그 취소의 사유로 삼을 수는 없다.

〈선정이유〉

도시계획 결정에 있어 절차적 하자의 효과와 그 승계 여부에 관한 판결로서, 도시계획 수립에 있어 공청회 및 이주대책을 수립하지 않은 것은 절차상의 위법으로서 당연무효사유가 아닌 취소사유에 불과하므로, 하자승계의 일반적 법리에 따라 선행처분인 도시계획결정이나 사업시행인가 단계에서 그 위법을 다투지 아니하였다면 그 쟁송기간이 이미 도과한 후인 수용재결단계에 있어서는 도시계획수립 절차의 위법을 이유로 재결처분의 취소를 구할 수는 없다고 판시한 판결

435. 서울특별시 토지의형질변경등행위허가사무취급요령의 법적 성질

(대법원 1994. 9. 23. 선고 94누9368 판결)

〈주제〉 지방자치단체가 예규로 정한 토지형질변경허가기준의 법적 성격

〈쟁점〉

[1] 서울특별시 토지의 형질변경등행위허가사무취급요령의 법적 성질

[2] 도시계획법시행령 제5조의2에 따라 도시계획구역 안에서 건축불허가의 대상이 되는 경우의 판단기준

[3] 항고소송에서 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 동일성이 인정되지 않는 사실을 처분사유로 주장할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 서울특별시 토지의형질변경등행위허가사무취급요령(1992.7.1. 개정된 서울특별시예규 제563호)은 토지의형질변경등행위허가기준등에관한규칙이 정하는 바와 거의 동일한 형질변경허가 금지대상지를 규정하는 외에 일정한 경우에만 허가가 가능한 허가 규제 대상지를 별도로 규정하고 있는바, 이 서울특별시 예규는 그 내용이나 성질에 비추어 법규로서의 효력이 없는 행정청 내부의 사무처리준칙일 뿐이므로 이에 따른 처분이라 하여 당연히 적법한 처분이라 할 수 없고, 그 처분의 적법 여부는 관련법규의 규정과 취지에 따라 별도로 판단되어야 한다.

[2] 도시계획법시행령 제5조의2의 규정에 따르면 도시계획구역 안에서 건축불허가의 대상이 되는 경우는 추상적으로 당해 토지의 합리적인 이용이나 도시계획사업에 지장이 될 우려가 있다는 것만으로는 부족하고 구체적으로 건설부령인 토지의형질변경등행위허가기준등에관한규칙이 정하는 기준에 적합하지 아니한 경우에 한하여 불허가의 대상이 된다고 보아야 한다.

[3] 행정처분의 취소를 구하는 항고소송에 있어서는 실질적 법치주의와 행정처분의 상대방인 국민에 대한 신뢰보호라는 견지에서 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계에 있어서 동일성이 인정되는 한도 내에서만 새로운 처분사유를 추가하거나 변경할 수 있을 뿐 동일성이 인정되지 않는 별개의 사실을 들어 처분사유로 주장하는 것은 허용되지 않는다.

〈선정이유〉

서울특별시가 예규로서 정한 토지의형질변경등행위허가사무취급요령은 그 내용이나 성질에 비추어 법규로서의 효력이 없는 행정청 내부의 사무처리준칙일 뿐이므로 이에 따른 처분이라 하여 당연히 적법한 처분이라 할 수 없고, 그 처분의 적법 여부는 관련법규의 규정과 취지에 따라 별도로 판단되어야 한다는 일반적 법리를 확인한 판결

436. 토지보상법상 사업인정의 요건

(대법원 2011. 1. 27. 선고 2009두1051 판결)

〈주제〉 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률상 사업인정의 요건 및 한계

〈쟁점〉

[1] 사업인정기관이 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률상의 사업인정을 하기 위한 요건

[2] 사업시행자가 사업인정을 받은 후 그 사업이 공용수용을 할 만한 공익성을 상실하거나 사업인정에 관련된 자들의 이익이 현저히 비례의 원칙에 어긋나게 된 경우 또는 사업시행자가 해당 공익사업을 수행할 의사나 능력을 상실한 경우, 그 사업인정에 터잡아 수용권을 행사할 수 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 사업인정이란 공익사업을 토지 등을 수용 또는 사용할 사업으로 결정하는 것으로서 공익사업의 시행자에게 그 후 일정한 절차를 거칠 것을 조건으로 일정한 내용의 수용권을 설정하여 주는 형성행위이므로, 해당 사업이 외형상 토지 등을 수용 또는 사용할 수 있는 사업에 해당한다고 하더라도 사업인정기관으로서는 그 사업이 공용수용을 할 만한 공익성이 있는지의 여부와 공익성이 있는 경우에도 그 사업의 내용과 방법에 관하여 사업인정에 관련된 자들의 이익을 공익과 사익 사이에서는 물론, 공익 상호간 및 사익 상호간에도 정당하게 비교·교량하여야 하고, 그 비교·교량은 비례의 원칙에 적합하도록 하여야 한다. 그뿐만 아니라 해당 공익사업을 수행하여 공익을 실현할 의사나 능력이 없는 자에게 타인의 재산권을 공권력적·강제적으로 박탈할 수 있는 수용권을 설정하여 줄 수는 없으므로, 사업시행자에게 해당 공익사업을 수행할 의사와 능력이 있어야 한다는 것도 사업인정의 한 요건이라고 보아야 한다.

[2] 공용수용은 헌법상의 재산권 보장의 요청상 불가피한 최소한에 그쳐야 한다는 헌법 제23조의 근본취지에 비추어 볼 때, 사업시행자가 사업인정을 받은 후 그 사업이 공용수용을 할 만한 공익성을 상실하거나 사업인정에 관련된 자들의 이익이 현저히 비례의 원칙에 어긋나게 된 경우 또는 사업시행자가 해당 공익사업을 수행할 의사나 능력을 상실하였음에도 여전히 그 사업인정에 기하여 수용권을 행사하는 것은 수용권의 공익 목적에 반하는 수용권의 남용에 해당하여 허용되지 않는다.

〈선정이유〉

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률상의 사업인정을 하기 위한 요건 및 한계를 밝히고 있는 판결로서, 사업인정에 있어서는 사업 자체의 공익성 외에 공익사업을 수행할 의사와 능력도 판단되어야 하는 한편, 사업인정이 있었다고 하여 수용권이 항상 당연히 인정되는 것은 아니라는 판결

437. 수용재결에 대한 취소소송

(대법원 2010. 1. 28. 선고 2008두1504 판결)

〈주제〉 수용재결에 대한 행정소송

〈쟁점〉

토지소유자 등이 수용재결에 불복하여 이의신청을 거친 후 취소소송을 제기하는 경우 피고적격(=수용재결을 한 토지수용위원회) 및 소송대상(=수용재결)

〈판결요지〉

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제85조 제1항 전문의 문언 내용과 같은 법 제83조, 제85조가 중앙토지수용위원회에 대한 이의신청을 임의적 절차로 규정하고 있는 점, 행정소송법 제19조 단서가 행정심판에 대한 재결은 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한하여 취소소송의 대상으로 삼을 수 있도록 규정하고 있는 점 등을 종합하여 보면, 수용재결에 불복하여 취소소송을 제기하는 때에는 이의신청을 거친 경우에도 수용재결을 한 중앙토지수용위원회 또는 지방토지수용위원회를 피고로 하여 수용재결의 취소를 구하여야 하고, 다만 이의신청에 대한 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에는 그 이의재결을 한 중앙토지수용위원회를 피고로 하여 이의재결의 취소를 구할 수 있다고 보아야 한다.

〈선정이유〉

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률에 따른 수용재결에 대한 불복대상과 관련하여 원처분주의를 확인하고 있는 판결로서, 수용재결에 불복하여 취소소송을 제기하는 경우 원처분인 수용재결이 소의 대상이며, 원처분인 수용재결을 한 토지수용위원회가 피고적격을 가진다고 판시한 판결

438. 조합설립추진위 승인처분에 대한 항고소송 계속 중 조합설립인가처분이 이루어진 경우 소의 이익

(대법원 2013. 1. 31. 선고 2011두11112, 2011두11129 판결)

〈주제〉 도시 및 주거환경정비법상 조합설립추진위원회 구성승인처분의 법적 성격과 협의의 소익

〈쟁점〉

구 도시 및 주거환경정비법상 조합설립추진위원회 구성승인처분을 다투는 소송 계속 중 조합설립인가처분이 이루어진 경우 조합설립추진위원회 구성승인처분에 대하여 취소 또는 무효확인을 구할 법률상 이익이 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

구 도시 및 주거환경정비법(2009. 2. 6. 법률 제9444호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 도시정비법'이라고 한다) 제13조 제1항, 제2항, 제14조 제1항, 제15조 제4항, 제5항 등 관계 법령의 내용, 형식, 체제 등에 비추어 보면, 조합설립추진위원회(이하 '추진위원회'라고 한다) 구성승인처분은 조합의 설립을 위한 주체인 추진위원회의 구성행위를 보충하여 그 효력을 부여하는 처분으로서 조합설립이라는 종국적 목적을 달성하기 위한 중간단계의 처분에 해당하지만, 그 법률요건이나 효과가 조합설립인가처분의 그것과는 다른 독립적인 처분이기 때문에, 추진위원회 구성승인처분에 대한 취

소 또는 무효확인 판결의 확정만으로는 이미 조합설립인가를 받은 조합에 의한 정비사업의 진행을 저지할 수 없다. 따라서 추진위원회 구성승인처분을 다투는 소송 계속 중에 조합설립인가처분이 이루어진 경우에는, 추진위원회 구성승인처분에 위법이 존재하여 조합설립인가 신청행위가 무효라는 점 등을 들어 직접 조합설립인가처분을 다툼으로써 정비사업의 진행을 저지하여야 하고, 이와는 별도로 추진위원회 구성승인처분에 대하여 취소 또는 무효확인을 구할 법률상의 이익은 없다고 보아야 한다.

〈선정이유〉

도시 및 주거환경정비법상 조합설립추진위원회 구성승인처분은 조합설립이라는 궁극적 목적 달성을 위한 중간적 처분이므로, 조합설립추진위원회 구성승인처분을 다투는 소송 계속 중 조합설립인가처분이 이루어진 경우 조합설립추진위원회 구성승인처분에 대하여 취소 또는 무효확인을 구할 법률상 이익(협의의 소익)이 없다는 판결

439. 표준지공시지가결정과 하자의 승계

(대법원 2008. 8. 21. 선고 2007두13845 판결)
〈주제〉 표준지공시지가결정과 흠의 승계

〈쟁점〉

수용보상금의 증액을 구하는 소송에서 선행처분으로서 그 수용대상 토지 가격 산정의 기초가 된 비교표준지공시지가결정의 위법을 독립한 사유로 주장할 수 있는지 여부(적극)

〈판결요지〉

표준지공시지가결정은 이를 기초로 한 수용재결 등과는 별개의 독립된 처분으로서 서로 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하지만, 표준지공시지가는 이를 인근 토지의 소유자나 기타 이해관계인에게 개별적으로 고지하도록 되어 있는 것이 아니어서 인근 토지의 소유자 등이 표준지공시지가결정 내용을 알고 있었다고 전제하기가 곤란할 뿐만 아니라, 결정된 표준지공시지가가 공시될 당시 보상금 산정의 기준이 되는 표준지의 인근 토지를 함께 공시하는 것이 아니어서 인근 토지 소유자는 보상금 산정의 기준이 되는 표준지가 어느 토지인지를 알 수 없으므로, 인근 토지 소유자가 표준지의 공시지가가 확정되기 전에 이를 다투는 것은 불가능하다. 더욱이 장차 어떠한 수용재결 등 구체적인 불이익이 현실적으로 나타나게 되었을 경우에 비로소 권리구제의 길을 찾는 것이 우리 국민의 권리의식임을 감안하여 볼 때, 인근 토지소유자 등으로 하여금 결정된 표준지공시지가를 기초로 하여 장차 토지보상 등이 이루어질 것에 대비하여 항상 토지의 가격을 주시하고 표준지공시지가결정이 잘못된 경우 정해진 시정절차를 통하여 이를 시정하도록 요구하는 것은 부당하게 높은 주의의무를 지우는 것이고, 위법한 표준지공시지가결정에 대하여 그 정해진 시정절차를 통하여 시정하도록 요구하지 않았다는 이유로 위법한 표준지공시지가를 기초로 한 수용재결 등 후행 행정처분에서 표준지공시지가결정의 위법을 주장할 수 없도록 하는 것은 수인한도를 넘는 불이익을 강요하는 것으로서 국민의 재산권과 재판받을 권리를 보장한 헌법의 이념에도 부합하는 것이

아니다. 따라서 표준지공시지가결정이 위법한 경우에는 그 자체를 행정소송의 대상이 되는 행정처분으로 보아 그 위법 여부를 다툴 수 있음은 물론, 수용보상금의 증액을 구하는 소송에서도 선행처분으로서 그 수용대상 토지 가격 산정의 기초가 된 비교표준지공시지가결정의 위법을 독립한 사유로 주장할 수 있다.

〈선정이유〉

하자의 승계와 관련하여 소위 수인한도의 법리에 대해 확인하고 있는 판결로서, 수용보상금의 증액을 구하는 소송에서 선행처분으로서 그 수용대상 토지 가격 산정의 기초가 된 비교표준지공시지가결정의 위법을 독립한 사유로 주장할 수 있다고 판시한 판결

440. 환매권의 인정취지와 성립요건

(대법원 1992. 4. 28. 선고 91다29927 판결)
〈주제〉 환매권의 법적 성격 및 그 근거와 한계

〈쟁점〉

[1] 공공용지의취득및손실보상에관한특례법 제9조 제1항의 입법이유 및 사업시행자가 위 특례법에 따라 취득한 토지 등이 그 취득목적인 공공사업에 이용될 필요가 없어졌다고 볼 만한 객관적 사정이 발생하면 환매권을 행사할 수 있는지 여부(적극)

[2] 토지수용법 제71조 제7항의 규정취지 및 당해 공익사업의 폐지 변경으로 인하여 수용한 토지가 필요 없게 된 경우에 있어서의 환매권

[3] 계쟁토지의 취득목적인 공원조성사업이 완료되어 공중에 제공되었다가, 그 후 위 토지와 그 일대의 토지들에 대한 택지개발계획이 승인되어 공원시설을 철거하고 그 지상에 아파트건축공사를 시행하고 있다면, 토지의 원소유자가 공공용지의취득및손실보상에관한특례법에 따라 위 토지를 환매할 수 있다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 공공용지의취득및손실보상에관한특례법 제9조 제1항이 환매권을 인정하고 있는 입법이유는, 토지 등의 원소유자가 사업시행자로부터 토지 등의 대가로 정당한 손실보상을 받았다고 하더라도 원래 자신의 자발적인 의사에 기하여 그 토지 등의 소유권을 상실하는 것이 아니어서, 그 토지 등을 더 이상 당해 공공사업에 이용할 필요가 없게 된 때, 즉 공익상의 필요가 소멸한 때에는 원소유자의 의사에 따라 그 토지 등의 소유권을 회복시켜 주는 것이 공평의 원칙에 부합한다는 데에 있다고 할 것이므로, 사업시행자가 위 특례법 소정의 절차에 따라 취득한 토지 등이 일정한 기간 내에 그 취득목적사업인 공공사업의 폐지·변경 등의 사유로 그 공공사업에 이용될 필요가 없어졌다고 볼 만한 객관적 사정이 발생하면, 사업시행자의 주관적인 의사와는 관계없이 환매권자가 토지 등을 환매할 수 있다고 보아야 한다.

[2] 원래 국민의 재산권을 제한하는 토지수용권 등의 발동은 공공복리의 증진을 위하여 긴요하고도 불가피한 특정의 공익사업의 시행에 필요한 최소한도에 그쳐야 하는 것이므로, 사정의 변경 등

에 따라 그 특정된 공익사업의 전부 또는 일부가 폐지·변경됨으로써 그 공익사업을 위하여 취득한 토지의 전부 또는 일부가 필요 없게 되었다면, 설사 그 토지가 새로운 다른 공익사업을 위하여 필요하다고 하더라도 환매권을 행사하는 환매권자(원소유자나 그 포괄승계인)에게 일단 되돌려 주었다가 다시 협의취득하거나 수용하는 절차를 밟아야 되는 것이 원칙이라고 할 것이나, 당초의 공익사업이 공익성의 정도가 높은 다른 공익사업으로 변경되고 그 다른 공익사업을 위하여 토지를 계속 이용할 필요가 있을 경우에는, 환매권의 행사를 인정한 다음 다시 협의취득이나 수용 등의 방법으로 그 토지를 취득하는 번거로운 절차를 되풀이하지 않게 하기 위하여 이른바 '공익사업의 변환'을 인정함으로써 환매권의 행사를 제한하려는 것이 토지수용법 제71조 제7항의 취지이므로 사업인정을 받은 당해 공익사업의 폐지·변경으로 인하여 수용한 토지가 필요 없게 된 때에는, 같은 법 조항에 의하여 공익사업의 변환이 허용되는 같은 법 제3조 제1호 내지 제4호에 규정된 다른 공익사업으로 변경되는 경우가 아닌 이상, 환매권자가 그 토지를 환매할 수 있는 것이라고 보지 않을 수 없다.

[3] 계쟁토지의 취득목적사업인 공원조성사업이 시행되어 그 토지를 포함한그 일대의 토지들 위에 공원조성공사가 완료되고 공중의 공동사용에 제공되었다가, 그 후 위 토지를 포함한 그 일대의 토지들이 택지개발예정지구로 지정되고 이에 대한 택지개발계획이 승인되자, 위 토지 위의 공원시설을 철거하고 그 지상에 아파트건축공사를 착수하여 현재에 이르기까지 그 공사를 시행하고 있다면, 위 토지는 당초의 취득목적사업인 위 공원조성사업에는 더 이상 필요 없게 된 것임이 객관적으로 명백하다고 하지 않을 수 없고, 당초의 목적사업인 공원조성사업은 토지수용법 제3조 제3호에 해당하는 공익사업인 반면, 그 후 시행한 택지개발사업은 같은 법 제3조 제5호에 해당하는 공익사업임이 법문상 명백하므로, 토지수용법 제71조 제7항과 공공용지의취득및손실보상에관한특례법 제1조· 제2조· 제9조 등 관계법령의 규정취지로 미루어 볼 때, 위 토지 위에 택지개발사업이 새로 시행되고 있다는 이유만으로는 공원조성사업에 필요 없게 된 위 토지의 원소유자가 위 특례법 제9조 제1항에 따라 위 토지를 환매할 수 없는 것이 아니라고 한 사례.

〈선정이유〉

환매권의 인정 요건 및 한계와 관련하여 구 공공용지의취득및손실보상에관한특례법 제9조 제1항이 환매권을 인정하고 있는 취지 및 그 요건에 대하여 구체적으로 밝히고 있는 판결

441. 환지계획이 처분에 해당하는지 여부

(대법원 1999. 8. 20. 선고 97누6889 판결)

〈주제〉 환지계획의 처분성

〈쟁점〉

[1] 항고소송의 대상이 되는 행정처분의 의미

[2] 환지계획이 항고소송의 대상이 되는 행정처분인지 여부(소극)

[3] 토지구획정리사업법 제33조, 제47조의 규정 취지 및 최초의 공람과정에서 제시된 토지소유자 등 이해관계인의 의견에 따라 환지계획을 수정하여 인가신청하는 경우, 다시 그 수정된 내용에

대하여 공람절차를 거쳐야 하는지 여부(적극)

[4] 환지계획 인가 후에 수정하고자 하는 환지계획의 내용에 대하여 토지소유자 등 이해관계인의 공람절차를 거치지 아니한 채 수정된 내용에 따라 한 환지예정지 지정처분의 효력(=당연 무효)

[5] 행정처분에 대한 무효확인과 취소청구의 선택적 병합 또는 단순 병합의 허용 여부(소극)

[6] 환지예정지 지정처분에 대한 항고소송의 소의 이익의 소멸시기(=환지처분 공고일)

[7] 행정처분의 성립요건

〈판결요지〉

[1] 항고소송의 대상이 되는 행정청의 처분이라 함은 원칙적으로 행정청의 공법상의 행위로서 특정사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상의 효과를 직접 발생하게 하는 등 국민의 권리의무에 직접 관계가 있는 행위를 말하므로, 행정청의 내부적인 의사결정 등과 같이 상대방 또는 관계자들의 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 일으키지 아니하는 행위는 그에 해당하지 아니한다.

[2] 토지구획정리사업법 제57조, 제62조 등의 규정상 환지예정지 지정이나 환지처분은 그에 의하여 직접 토지소유자 등의 권리의무가 변동되므로 이를 항고소송의 대상이 되는 처분이라고 볼 수 있으나, 환지계획은 위와 같은 환지예정지 지정이나 환지처분의 근거가 될 뿐 그 자체가 직접 토지소유자 등의 법률상의 지위를 변동시키거나 또는 환지예정지 지정이나 환지처분과는 다른 고유한 법률효과를 수반하는 것이 아니어서 이를 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 할 수가 없다.

[3] 토지구획정리사업법 제47조, 제33조 등의 규정에서 환지계획의 인가신청에 앞서 관계 서류를 공람시켜 토지소유자 등의 이해관계인으로 하여금 의견서를 제출할 기회를 주도록 규정하고 있는 것은 환지계획의 입안에 토지구획정리사업에 대한 다수의 이해관계인의 의사를 반영하고 그들 상호간의 이익을 합리적으로 조정하는 데 그 취지가 있다고 할 것이므로, 최초의 공람과정에서 이해관계인으로부터 의견이 제시되어 그에 따라 환지계획을 수정하여 인가신청을 하고자 할 경우에는 그 전에 다시 수정된 내용에 대한 공람절차를 거쳐야 한다고 봄이 위와 같은 제도의 취지에 부합하는 것이라고 할 것이다.

[4] 환지계획 인가 후에 당초의 환지계획에 대한 공람과정에서 토지소유자 등 이해관계인이 제시한 의견에 따라 수정하고자 하는 내용에 대하여 다시 공람절차 등을 밟지 아니한 채 수정된 내용에 따라 한 환지예정지 지정처분은 환지계획에 따르지 아니한 것이거나 환지계획을 적법하게 변경하지 아니한 채 이루어진 것이어서 당연 무효라고 할 것이다.

[5] 행정처분에 대한 무효확인과 취소청구는 서로 양립할 수 없는 청구로서 주위적·예비적 청구로서만 병합이 가능하고 선택적 청구로서의 병합이나 단순 병합은 허용되지 아니한다.

[6] 환지예정지 지정처분은 환지처분의 공고일까지만 효력이 있으므로 그에 대한 항고소송은 환지처분이 유효하게 공고되면 그 소의 이익이 소멸된다.

[7] 일반적으로 행정처분이 주체·내용·절차 및 형식이라는 내부적 성립요건과 외부에의 표시라는 외부적 성립요건을 모두 갖춘 경우에는 행정처분이 존재한다고 할 수 있다.

〈선정이유〉

환지계획은 환지예정지 지정이나 환지처분의 근거가 될 뿐 그 자체로 처분이라고 볼 수는 없지만, 공람과정을 거치지 않은 환지계획에 터 잡은 환지예정지 지정처분은 무효라고 한 판결

제 5 장 경제행정법

442. 잡종재산의 무단점유에 대한 변상금의 부과

(대법원 2008. 5. 15. 선고 2005두11463 판결)
〈주제〉 잡종재산의 무단점유와 변상금부과의 위헌 여부

〈쟁점〉

대부계약 등을 맺지 않고 국유 잡종재산을 무단 점유한 사람에게 통상 대부료의 20%를 할증한 변상금을 부과하도록 정한 국유재산법 제51조 제1항이 헌법상의 평등권과 재산권을 침해하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙이란, 모든 국민이 모든 경우에 모든 점에서 똑같이 취급되어야 한다는 절대적 평등을 뜻하는 것이 아니라 규율대상의 차이를 전제로 한 상대적 평등을 말하는 것이므로, 위와 같은 차이가 있는 경우에 그에 상응하는 합리적 차별까지 배제되는 것은 아니라고 할 것이다. 나아가 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으므로, 재산권을 제한함에 있어서 목적과 수단 사이에 적정한 비례관계가 준수된다면 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

국유의 잡종재산은 국유의 행정재산이나 보존재산(이하, '행정재산 등'이라고 한다)과 달리 공적 목적에 직접 제공된 것은 아니라고 하더라도, 그 경제적 가치를 통하여 국가 재정에 기여한다는 점에서 여전히 국유재산으로서 보호할 필요가 있고, 현재의 상태에서는 당장 공적 목적에 사용되지 않는다고 하더라도 행정 목적상 필요한 경우에는 언제든지 행정재산 등으로 전환될 수 있으므로, 그 유지·보호 및 운용의 적정이라는 공익상의 목적과 기능을 수행하기 위하여 필요한 경우에는 공법적 규율이 가능하다고 보아야 할 것이다.

국유재산법(이하 '법'이라고만 한다)이 누구든지 국유재산을 정당한 사유 없이 사용 또는 수익하는 것을 금지하고(법 제5조 제1항), 잡종재산에 관한 대부료 및 연체료의 징수를 행정재산 등의 사용료를 체납한 경우와 마찬가지로 국세징수법상 체납처분의 예에 의하도록 하고 있으며(법 제38조 제3항), 국유재산의 종류를 불문하고 정당한 사유 없이 국유재산을 점유하거나 이에 시설물을 설치한 때에는 행정대집행법에 따른 철거 등의 조치를 할 수 있도록(법 제52조) 한 것도 바로 이러한 공법적 규율의 필요성이 있기 때문인 것이다.

국가가 잡종재산의 대부·매각 등의 법률관계에 관하여 사경제 주체로서 사인과 대등한 지위에서 법률행위를 하고 이에 관하여 사법의 적용을 받는다고 하여 그 유지·보존 및 운용에 관한 모든 법적 규율이 획일적으로 사법의 영역이 되어야 한다고 볼 수는 없다. 특히, 국유의 잡종재산은 그 종류가 다양하고 그 위치도 전국적으로 광범위하게 분포되어 있는 반면에 관리청의 인적·물적 자원은 제한될 수밖에 없는 실정이므로, 관리청이 일상적으로 잡종재산의 현황과 무단 점유 여부 등을 점검하여 국유재산법 위반행위를 발견한 경우에는 반드시 민사법에 따른 권리구제수단으로 그 위반상태를 바로 잡아야 한다면 이는 행정목적 달성을 위한 효율적 수단이라고 보기 어려울 것이다.

그렇다면 이 사건 법률조항인 법 제51조 제1항이 대부계약 등을 맺지 아니하고 국유 잡종재산을 무단 점유한 자에 대하여 통상의 대부료에 20%를 할증한 변상금을 부과·징수하도록 하고 있는 데에는 국유재산의 효율적인 보존·관리라는 합리적인 이유가 있다고 할 것이므로 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에 반한다고 볼 수 없고, 이 사건 법률조항으로 인하여 잃게 되는 무단 점유자의 재산권이라는 사익보다 그로 인하여 얻게 되는 국유재산의 효율적인 관리·보존이라는 공익이 크다고 할 것이므로 헌법 제23조 제1항 및 제37조 제2항에 위반하여 재산권을 과도하게 침해하였다고 볼 수도 없다.

〈선정이유〉

잡종재산(현행법상으로는 일반재산)의 무단점유에 대하여 법률이 변상금을 부과하도록 하고 있는 취지 및 변상금 부과제도의 위헌 여부에 관한 판결

443. 지방자치단체의 보조금 지급결정

(대법원 2011. 6. 9. 선고 2011다2951 판결)
〈주제〉 보조금지급결정

〈쟁점〉

[1] 지방자치단체가 교부하는 보조금에 관하여 '보조금의 예산 및 관리에 관한 법률'을 적용할 수 있는지 여부(소극)

[2] 지방자치단체가 보조사업자에게 금융이자의 부담 없이 보조금을 사용하도록 하되, 일정 기한 내에 보조금을 반환하도록 하는 조건으로 재정상 원조를 하는 것이 허용된다고 한 사례

[3] 지방자치단체가 보조금 지급결정을 하면서 일정 기한 내에 보조금을 반환하도록 하는 교부조건을 부가한 사안에서, 보조사업자에 대한 지방자치단체의 보조금반환청구는 행정소송법 제3조 제2호에 규정한 당사자소송의 대상이라고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 보조금의 예산 및 관리에 관한 법률 제2조 제1호는 "보조금이라 함은 국가 외의 자가 행하는 사무 또는 사업에 대하여 국가가 이를 조성하거나 재정상의 원조를 하기 위하여 교부하는 보조금(지방자치단체에 대한 것과 기타 법인 또는 개인의 시설자금이나 운영자금에 대한 것에 한한다)·부담금(국제조약에 의한 부담금은 제외한다) 기타 상당한 반대급부를 받지 아니하고 교부하는 급부금으로서 대통령령으로 정하는 것을 말한다."라고 규정하고 있으므로, 위 법의 적용을 받는 보조금은 국가가 교부하는 보조금에 한정된다. 따라서 지방자치단체가 교부하는 보조금에 관하여는 위 법의 적용이 없고, 지방재정법 및 지방재정법 시행령 그리고 당해 지방자치단체의 보조금관리조례가 적용될 뿐이다.

[2] 지방자치단체가 보조금 지급결정을 하면서 일정 기한 내에 보조금을 반환하도록 하는 교부조건을 부가한 사안에서, 지방자치단체의 보조금관리조례 규정과 위 보조금 지급결정이 행정청 재량이 인정되는 수익적 행정행위의 성격을 지니고 있고 경제촉진을 위하여 다양한 형태의 보조금행정

을 시행할 필요성도 있는 점 등을 종합하여 보면, 지방자치단체가 보조금 지급결정을 하면서 반드시 보조사업자에게 수익이 발생할 경우에 한하여 보조금을 반환하게 하는 조건을 붙일 수 있다고 볼 근거는 없고, 보조사업자의 보조금 신청 내용과 재정상태, 지방자치단체의 예산상태, 공익상·시책상 필요성, 보조금의 교부목적 등을 고려하여 금융이자의 부담 없이 보조금을 사용하도록 하되, 일정 기한 내에 보조금을 반환하도록 하는 조건의 재정상 원조를 하는 것도 허용될 수 있다고 해석되며, 이 경우 보조금의 예산 및 관리에 관한 법률 제18조 제2항이 유추 적용될 수는 없다고 한 사례.

[3] 지방자치단체가 보조금 지급결정을 하면서 일정 기한 내에 보조금을 반환하도록 하는 교부조건을 부가한 사안에서, 보조사업자의 지방자치단체에 대한 보조금 반환의무는 행정처분인 위 보조금 지급결정에 부가된 부관상 의무이고, 이러한 부관상 의무는 보조사업자가 지방자치단체에 부담하는 공법상 의무이므로, 보조사업자에 대한 지방자치단체의 보조금반환청구는 공법상 권리관계의 일방 당사자를 상대로 하여 공법상 의무이행을 구하는 청구로서 행정소송법 제3조 제2호에 규정한 당사자소송의 대상이라고 한 사례.

〈선정이유〉

'보조금의 예산 및 관리에 관한 법률'(현행 '보조금 관리에 관한 법률')은 국가가 교부하는 보조금에 한정되는 것이므로 지방자치단체가 교부하는 보조금에 적용되지 않고, 보조사업자에 대한 지방자치단체의 보조금반환청구는 행정소송법 제3조 제2호에 규정한 당사자소송의 대상이라고 한 판결

444. 보조금의 예산 및 관리에 관한 법률 제30조 제1항에서 정한 '부정한 방법으로 보조금의 교부를 받은 때'의 의미

(대법원 2007. 3. 30. 선고 2006두16984 판결)

〈주제〉 보조금교부결정의 취소

〈쟁점〉

[1] 보조금의 예산 및 관리에 관한 법률 제30조 제1항에서 정한 '부정한 방법으로 보조금의 교부를 받은 때'의 의미 및 범위

[2] 한국노동조합총연맹이 보조금의 예산 및 관리에 관한 법률상 보조금 교부대상이 되는 복지센터 건립사업과 관련하여, 시공업체로부터 발전기금 명목의 돈을 받기로 하고서도 보조금 신청과정에서 그에 대한 보고를 하지 않았고 공사계약 체결시 발전기금만큼의 공사대금 감액 노력을 하지 않은 채 이를 교부받았다 하더라도, 같은 법 제30조에 정한 '부정한 방법으로 보조금의 교부를 받은 때'에 해당하지 않는다고 본 사례

〈판결요지〉

[1] 보조금의 예산 및 관리에 관한 법률 제30조 제1항에서 정한 '부정한 방법으로 보조금의 교부를 받은 때'라 함은 보조금의 교부대상이 되지 아니하는 사무 또는 사업에 대하여 보조금을 받

거나 당해 사업 등에 교부되어야 할 금액을 초과하여 보조금을 교부받는 것을 가리키며, 보조금을 교부받음에 있어 다소 정당성이 결여된 것이라고 볼 여지가 있는 수단이 사용되었더라도 보조금을 교부받아야 할 자격이 있는 사업 등에 대하여 정당한 금액의 교부를 받은 경우는 여기에 해당하지 아니한다.

[2] 한국노동조합총연맹이 보조금의 예산 및 관리에 관한 법률상 보조금 교부대상이 되는 복지센터 건립사업과 관련하여, 시공업체로부터 발전기금 명목의 돈을 받기로 하고서도 보조금 신청과정에서 그에 대한 보고를 하지 않았고 공사계약 체결시 발전기금만큼의 공사대금 감액 노력을 하지 않은 채 이를 교부받았다 하더라도, 같은 법 제30조에 정한 '부정한 방법으로 보조금의 교부를 받은 때'에 해당하지 않는다고 본 사례.

〈선정이유〉

'보조금의 예산 및 관리에 관한 법률'(현행 '보조금 관리에 관한 법률') 제30조 제1항에서 보조금 교부결정의 취소사유로 규정한 '부정한 방법으로 보조금의 교부를 받은 때'의 의미 및 범위에 관한 판결

제 6 장 재정행정법

445. 신고납세방식의 조세에서 과세처분의 하자

(대법원 2017. 11. 14. 선고 2014두47099 판결)
〈주제〉 조세-신고납세방식

〈쟁점〉

[1] 채무자인 위탁자가 기존 채무의 이행을 담보하기 위하여 수탁자에게 재산을 신탁하면서 채권자를 수익자로 지정한 경우, 신탁재산의 이전과 구별되는 위탁자의 수익자에 대한 별도의 재화 공급이 존재하는지 여부(소극)

[2] 신고납세방식 조세에서 과세표준 등의 신고행위나 이에 기초한 과세처분이 객관적으로 타당한 법적 근거와 합리성이 없는 경우 하자가 중대하고 명백하여 무효인지 여부(적극)

〈판결요지〉

[1] 신탁법상의 신탁은 위탁자가 수탁자에게 특정한 재산권을 이전하거나 기타의 처분을 하여 수탁자로 하여금 신탁 목적을 위하여 그 재산권을 관리·처분하게 하는 것이므로, 수탁자가 위탁자로부터 재산권을 이전받고 이를 전제로 신탁재산을 관리·처분하면서 재화를 공급하게 된다. 따라서 채무자인 위탁자가 기존 채무의 이행을 담보하기 위하여 수탁자에게 재산을 신탁하면서 채권자를 수익자로 지정하였더라도, 그러한 수익권은 신탁계약에 의하여 원시적으로 채권자에게 귀속되는 것이어서 위 지정으로 인하여 당초 수탁자에 대한 신탁재산의 이전과 구별되는 위탁자의 수익자에 대한 별도의 재화 공급이 존재한다고 볼 수 없다.

[2] 신고납세방식 조세에서 신고내용에 의하더라도 과세대상이 되는 법률관계나 사실관계가 전혀 없어서 납세의무 자체가 성립하지 아니하는 경우와 같이 과세표준 등의 신고행위나 이에 기초한 과세처분이 객관적으로 타당한 법적 근거와 합리성이 없는 때에는 그 하자는 중대할 뿐 아니라 명백하여 무효이다.

〈선정이유〉

신고납세방식 조세에서 과세표준 등의 신고행위나 이에 기초한 과세처분이 객관적으로 타당한 법적 근거와 합리성이 없는 경우 하자가 중대하고 명백하여 무효라고 한 판결

446. 소득금액변동통지의 처분성

(대법원 2006. 4. 20. 선고 2002두1878 전원합의체 판결)
〈주제〉 소득금액변동통지의 처분성

〈쟁점〉

과세관청의 소득처분에 따른 소득금액변동통지가 항고소송의 대상이 되는 조세행정처분인지 여부(적극)

〈판결요지〉

[다수의견]

과세관청의 소득처분과 그에 따른 소득금액변동통지가 있는 경우 원천징수의무자인 법인은 소득금액변동통지서를 받은 날에 그 통지서에 기재된 소득의 귀속자에게 당해 소득금액을 지급한 것으로 의제되어 그 때 원천징수하는 소득세의 납세의무가 성립함과 동시에 확정되고, 원천징수의무자인 법인으로서는 소득금액변동통지서에 기재된 소득처분의 내용에 따라 원천징수세액을 그 다음달 10일까지 관할 세무서장 등에게 납부하여야 할 의무를 부담하며, 만일 이를 이행하지 아니하는 경우에는 가산세의 제재를 받게 됨은 물론이고 형사처벌까지 받도록 규정되어 있는 점에 비추어 보면, 소득금액변동통지는 원천징수의무자인 법인의 납세의무에 직접 영향을 미치는 과세관청의 행위로서, 항고소송의 대상이 되는 조세행정처분이라고 봄이 상당하다.

[대법관 김영란의 반대의견]

소득금액변동통지란 과세관청이 내부적으로 법인의 사외유출된 소득에 대하여 법인세법 제67조 및 구 법인세법 시행령(2001. 12. 31. 대통령령 제17457호로 개정되기 전의 것) 제106조가 정하는 바에 따라 소득의 귀속자와 소득의 종류 등을 확정하는 소득처분을 한 다음, 그 소득처분의 내용 중 법인의 원천징수의무 이행과 관련된 사항을 기재하여 원천징수의무자에게 고지하는 절차로서, 법인의 원천징수의무를 성립·확정시키기 위한 선행적 절차에 불과하여 원천징수의무자의 법률적 지위에 직접적인 변동을 가져오는 것은 아니므로, 이를 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다.

[대법관 손지열의 반대의견]

소득금액변동통지는 그 통지의 실질이나 기능을 직시한다면 행정처분으로 보는 것이 타당하겠으

나, 현재 대통령령으로 규정되어 있는 소득금액변동통지를 부과처분과 유사한 행정처분으로 볼 경우에는 구 소득세법 시행령(2000. 12. 29. 대통령령 제17032호로 개정되기 전의 것) 제192조 제2항은 조세법률주의에 위배된 명령으로 위헌으로 볼 수밖에 없고, 소득금액변동통지를 행정처분으로 보지 않고 단순히 조세징수에 관한 절차적 규정으로 보는 종전의 대법원판례가 법령의 문언에 정면으로 반한다든가 심히 불합리하다든가 하는 점은 찾아보기 어려우므로, 현행 법령의 해석으로는 종전의 판례를 유지하여 위헌의 문제를 피하는 것이 현명할 것으로 본다.

[다수의견에 대한 대법관 이강국, 고현철의 보충의견]

소득금액변동통지는 원천징수의무자인 법인의 납세의무에 직접 영향을 미치는 과세관청의 행위로서 항고소송의 대상이 되는 조세행정처분이라고 볼 이론적 근거가 충분하고, 또 종전의 판례하에서 소득금액변동통지를 받은 원천징수의무자는 그 원천징수의무의 성립 여부나 범위에 관하여 다투기 위해서는 당해 원천세액을 자진 납부하지 아니하고 납부불성실가산세의 제재를 받으면서 징수처분이 있기를 기다렸다가 그 징수처분에 대한 취소소송으로 다툴 수밖에 없었는데, 이는 납세자의 권리보호에 미흡하고 형평에도 맞지 않는다고 할 것이므로 소득금액변동통지 자체를 항고소송의 대상으로 삼아 불복청구를 할 수 있도록 보장하여 주는 것이 진정으로 납세자의 권리보호와 조세정의에 부합한다.

〈선정이유〉

과세관청의 소득처분에 따른 소득금액변동통지가 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 한 판결

447. 조세법률관계에서 신의성실 원칙과 비과세 관행

(대법원 1995. 11. 14. 선고 95누10181 판결)

〈주제〉 신의성실의 원칙과 비과세관행

〈쟁점〉

[1] 공장을 2년 동안 가동하지 못한 데에 부득이한 사정이 있었는지 여부가 양도소득세 면제대상 공장의 해당 여부의 예외사유가 되는지 여부

[2] 조세 법률관계에서 신의성실 원칙과 비과세 관행의 적용 요건

[3] 가산세의 법적 성격과 가산세 면제의 정당한 사유

〈판결요지〉

[1] 공장이 양도일로부터 소급하여 2년 동안은 전혀 가동을 하지 않았다면, 구 소득세법(1988. 12. 26. 법률 제4019호로 개정되기 전의 것) 제6조 제2항 제2호가 규정하는 양도소득세 면제대상인 "2년 이상 계속하여 가동한 공장"에 해당한다고 볼 수 없고, 위 공장을 가동하지 못한 데에 부득이한 사정이 있었는지 여부는 위 규정 소정의 면제대상 공장 해당 여부를 좌우하는 예외사유가 되지 아니한다.

[2] 일반적으로 조세 법률관계에서 과세관청의 행위에 대하여 신의성실의 원칙이 적용되기 위하

여는 과세관청이 납세자에게 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해표명을 하여야 하고, 또한 국세기본법 제18조 제3항에서 말하는 비과세 관행이 성립하려면 상당한 기간에 걸쳐 과세를 하지 아니한 객관적 사실이 존재할 뿐만 아니라 과세관청 자신이 그 사항에 관하여 과세할 수 있음을 알면서도 어떤 특별한 사정 때문에 과세하지 않는다는 의사가 있어야 하며 위와 같은 공적 견해나 의사는 명시적 또는 묵시적으로 표시되어야 하지만 묵시적 표시가 있다고 하기 위하여는 단순한 과세누락과는 달리 과세관청이 상당기간의 불과세 상태에 대하여 과세하지 않겠다는 의사표시를 한 것으로 볼 수 있는 사정이 있어야 하고, 이 경우 특히 과세관청의 의사표시가 일반론적인 견해표명에 불과한 경우에는 위 원칙의 적용을 부정하여야 할 것이다.

[3] 세법상 가산세는 과세권의 행사 및 조세채권의 실현을 용이하게 하기 위하여 납세자가 정당한 이유 없이 법에 규정된 신고, 납세 등 각종 의무를 위반한 경우에 개별세법이 정하는 바에 따라 부과되는 행정상의 제재로서 납세자의 고의, 과실은 고려되지 않는 반면, 이와 같은 제재는 납세의무자가 그 의무를 알지 못한 것이 무리가 아니었다고 할 수 있어서 그를 정당시할 수 있는 사정이 있거나 그 의무의 이행을 당사자에게 기대하는 것이 무리라고 하는 사정이 있을 때 등 그 의무해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있는 경우에는 이를 과할 수 없다.

〈선정이유〉

조세법률관계에서 신의성실의 원칙(신뢰보호의 원칙 중 실권의 법리)과 비과세 관행의 적용 요건에 관한 판결

448. 과세처분에 대한 이의신청

(대법원 2010. 9. 30. 선고 2009두1020 판결)
〈주제〉 과세저분에 대한 이의신청

〈쟁점〉

[1] 과세처분에 관한 이의신청 절차에서 과세관청이 이의신청 사유가 옳다고 인정하여 과세처분을 직권으로 취소한 후, 특별한 사유 없이 이를 번복하여 종전 처분과 동일한 내용의 처분을 할 수 있는지 여부(소극)

[2] 과세관청이 갑에게 재촌자경 사실을 인정할 증거가 부족하다는 이유로 양도소득세 감면신청을 받아들이지 않는 채 토지에 대한 양도소득세를 부과하였다가, 갑이 재촌자경한 사실이 있다고 다투며 이의신청을 하자 이의사유를 받아들여 위 처분을 직권으로 취소한 후, 갑의 토지가 대규모 개발사업지역과 관련한 양도소득세의 예외적 감면 대상이 아니라는 이유로 종전과 동일한 내용의 과세처분을 한 사안에서, 위 처분이 적법하다고 본 원심판결에 법리를 오해한 잘못이 있다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 과세처분에 관한 불복절차과정에서 과세관청이 그 불복사유가 옳다고 인정하고 이에 따라 필요한 처분을 하였을 경우에는, 불복제도와 이에 따른 시정방법을 인정하고 있는 구 국세기본법

(2007. 12. 31. 법률 제8830호로 개정되기 전의 것) 제55조 제1항, 제3항 등 규정들의 취지에 비추어 동일 사항에 관하여 특별한 사유 없이 이를 번복하고 다시 종전의 처분을 되풀이할 수는 없는 것이므로, 과세처분에 관한 이의신청절차에서 과세관청이 이의신청 사유가 옳다고 인정하여 과세처분을 직권으로 취소한 이상 그 후 특별한 사유 없이 이를 번복하고 종전 처분을 되풀이하는 것은 허용되지 않는다.

[2] 과세관청이 갑에게 재촌자경 사실을 인정할 증거가 부족하다는 이유로 양도소득세 감면신청을 받아들이지 않는 채 토지에 대한 양도소득세를 부과하였다가, 갑이 재촌자경한 사실이 있다고 다투며 이의신청을 하자 이의사유를 받아들여 위 처분을 직권으로 취소한 후, 갑의 토지가 대규모 개발사업지역과 관련한 양도소득세의 예외적 감면 대상이 아니라는 이유로 종전과 동일한 내용의 과세처분을 한 사안에서, 위 토지가 대규모 개발사업지역에 속하는지 여부에 관한 사항은 종전 처분을 직권으로 취소할 당시 판단의 대상이 되었던 사유이므로, 과세관청이 특별한 사유 없이 종전 처분을 직권으로 취소한 것을 번복하고 다시 종전과 동일한 내용으로 한 위 과세처분은 위법함에도 위 처분이 적법하다고 본 원심판결에 과세처분의 직권취소 후 재처분 제한에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다고 한 사례.

〈선정이유〉

과세처분에 관한 이의신청 절차에서 과세관청이 이의신청 사유가 옳다고 인정하여 과세처분을 직권으로 취소한 후, 특별한 사유 없이 이를 번복하여 종전 처분과 동일한 내용의 처분을 하는 것은 과세처분의 직권취소 후 재처분 제한에 관한 법리에 위배되어 위법하다고 판시한 사례

449. 감액경정처분이 있는 경우 항고소송의 대상

(대법원 1991. 9. 13. 선고 91누391 판결)

〈주제〉 감액경정처분과 소의 대상

〈쟁점〉

[1] 과세관청이 감액경정결정을 한 경우 항고소송의 대상 및 제소기간 준수여부의 판단기준

[2] 양도차익에서 양도소득특별공제액을 공제하지 아니한 과세처분이 당연 무효인지 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 과세관청이 조세부과처분을 한 뒤에 그 불복절차과정에서 국세청장이나 국세심판소장으로부터 그 일부를 취소하도록 하는 결정을 받고 이에 따라 당초 부과처분의 일부를 취소, 감액하는 내용의 경정결정을 한 경우 위 경정처분은 당초 부과처분과 별개 독립의 과세처분이 아니라 그 실질은 당초 부과처분의 변경이고, 그에 의하여 세액의 일부 취소라는 납세자에게 유리한 효과를 가져오는 처분이라 할 것이므로 그 경정결정으로도 아직 취소되지 않고 남아 있는 부분이 위법하다고 하여 다투는 경우에는 항고소송의 대상이 되는 것은 당초의 부과처분 중 경정결정에 의하여 취소되지 않고 남은 부분이 된다 할 것이고, 경정결정이 항고소송의 대상이 되는 것은 아니라 할 것이므로, 이 경우 제소기간을 준수하였는지 여부도 당초처분을 기준으로 하여 판단하여야 할 것이다.

[2] 과세관청이 양도소득세의 과세표준을 산출함에 있어서 양도차익에서 양도소득특별공제액을 공제하지 아니한 잘못이 있다 하더라도 그 과세처분이 당연무효의 처분이 될 수는 없다.

〈선정이유〉

과세관청이 감액경정결정을 한 경우 항고소송의 대상 및 제소기간 준수여부의 판단기준을 제시한 판결

450. 증액경정처분이 있는 경우 항고소송의 대상

(대법원 2010. 6. 24. 선고 2007두16493 판결)

〈주제〉 증액경정처분과 소의 대상

〈쟁점〉

[1] 공동상속인들에 대한 상속세 부과처분을 하면서 납세고지서에 납세의무자를 '갑 외 7인'으로 기재하고 그들의 성명과 각 상속지분 등이 기재된 상속지분명세서를 첨부하여 호주상속인인 갑에게만 송달한 경우, 납세고지서의 효력이 다른 공동상속인들에게도 미치는지 여부(적극) 및 납세고지서에 각 상속인별 부담 세액을 기재하거나 그러한 계산명세서를 첨부하지 않은 경우, 상속세 부과처분이 당연무효인지 여부(소극)

[2] 당초처분의 절차적 하자가, 존속하는 증액경정처분에 승계되는지 여부(소극)

[3] 구 국세기본법 제26조의2 제2항에 의해 판결 또는 결정이 확정된 날로부터 1년 내라면, 당해 판결이나 결정에 따르지 않는 새로운 결정이나 증액경정결정까지도 할 수 있는지 여부(소극)

[4] 구 국세기본법 제26조의2 제2항에 의하여 과세제척기간 이후 판결 등에 따른 후속조치로서 할 수 있는 경정결정 등의 인적 범위

[5] 상속재산인 토지의 가액을 보충적인 평가방법인 개별공시지가에 의하여 산정할 때 상속 이후에 비로소 당해 연도의 개별공시지가가 고시된 경우, 그 개별공시지가를 기준으로 한 가액 평가가 적법한지 여부(적극)

〈판결요지〉

[1] 납세의무자를 '갑 외 7인'으로 기재하고 공동상속인들의 성명과 각 상속지분 등이 기재된 상속지분명세서를 첨부한 납세고지서를 호주상속인인 갑에게만 송달한 경우, 갑에 대한 납세고지의 효력은 다른 공동상속인들에게도 미치므로 상속세 부과처분이 나머지 공동상속인들에 대한 관계에서 부존재한다고 할 수 없고, 각 상속인별 부담 세액을 기재하거나 그러한 계산명세서를 첨부하지 아니한 납세고지절차상의 하자는 중대·명백한 하자라고 볼 수 없어 상속세 부과처분이 당연무효라고도 할 수 없다.

[2] 증액경정처분이 있는 경우 당초처분은 증액경정처분에 흡수되어 소멸하고, 소멸한 당초처분의 절차적 하자는 존속하는 증액경정처분에 승계되지 아니한다.

[3] 구 국세기본법(2006. 12. 30. 법률 제8139호로 개정되기 전의 것) 제26조의2 제2항의 규정은 같은 조 제1항의 과세제척기간이 일단 만료하면 과세권자는 새로운 결정이나 증액경정결정은

물론 감액경정결정 등 어떠한 처분도 할 수 없게 되는 결과 과세처분에 대한 행정심판청구 또는 행정소송 등의 쟁송절차가 장기간 지연되어 그 결정 또는 판결이 과세제척기간이 지난 후에 행하여지는 경우 그 결정이나 판결에 따른 처분조차도 할 수 없게 되는 불합리한 사례가 발생하는 것을 방지하기 위하여 마련된 것임에 비추어 볼 때, 그 문언상 과세권자로서는 당해 판결 또는 결정에 따른 경정결정이나 그에 부수하는 처분만을 할 수 있을 뿐, 판결 또는 결정이 확정된 날로부터 1년 내라 하여 당해 판결이나 결정에 따르지 아니하는 새로운 결정이나 증액경정결정까지도 할 수 있는 것은 아니다.

[4] 구 국세기본법(2006. 12. 30. 법률 제8139호로 개정되기 전의 것) 제26조의2 제1항, 제2항의 규정 취지에 비추어 보면, 과세권자는 판결 등이 확정된 날로부터 1년 내라 하더라도 납세의무가 승계되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 당해 판결 등을 받은 자로서 그 판결 등이 취소하거나 변경하고 있는 과세처분의 효력이 미치는 납세의무자에 대하여만 그 판결 등에 따른 경정처분 등을 할 수 있을 뿐 그 취소나 변경의 대상이 된 과세처분의 효력이 미치지 아니하는 제3자에 대하여까지 위 규정을 적용할 수 있는 것은 아니다.

[5] 상속재산인 토지의 가액을 보충적인 평가방법인 개별공시지가에 의하여 산정할 경우, 그 토지에 대한 상속개시 당시에는 당해 연도의 개별공시지가가 고시되지 아니하였다가 상속개시 후에 비로소 고시기준일을 같은 해 1월 1일로 한 개별공시지가가 고시되었다고 하더라도 상속개시 당시의 토지 현황을 더 적정하게 반영하여 시가에 근접한 것으로 볼 수 있는 상속개시 후 고시된 당해 연도의 개별공시지가를 기준으로 하여 토지의 가액을 평가하여야 한다.

〈선정이유〉

증액경정처분이 있는 경우 당초처분은 증액경정처분에 흡수되어 소멸하고, 소멸한 당초처분의 절차적 하자는 존속하는 증액경정처분에 승계되지 아니한다고 판시한 판결

451. 국세과오납금의 확정시기

(대법원 2009. 3. 26. 선고 2008다31768 판결)

〈주제〉 과오납금의 확정 시기

〈쟁점〉

[1] 국세의 오납·초과 납부·환급 등으로 인한 국세환급금채권의 확정 시기

[2] 국세기본법 시행령 제42조 제2항에 따른 국세환급금 충당의 유효 여부의 판단 기준

[3] 국세기본법 시행령 제42조 제2항에 따른 국세환급금 충당의 대상이 되는 양도인의 체납 국세 등의 범위

〈판결요지〉

[1] 부당이득의 반환을 구하는 납세의무자의 국세환급금채권은 오납액의 경우에는 처음부터 법률상 원인이 없으므로 납부 또는 징수시에 이미 확정되어 있고, 초과납부액의 경우에는 신고 또는 부과처분의 취소 또는 경정에 의하여 조세채무의 전부 또는 일부가 소멸한 때에 확정되며, 환급세

액의 경우에는 각 개별 세법에서 규정한 환급 요건에 따라 확정되는 것이다.

[2] 세무서장이 국세기본법 시행령 제42조 제2항에 따라 국세환급금을 충당하는 경우 국세환급금채권의 양도 요구를 받은 때로부터 지체 없이 충당하여야 하는바, 여기서 충당이 유효한지 여부는 국세환급금채권이 확정된 이후에 양도 요구를 받은 경우에는 양도 요구를 받은 때로부터, 국세환급금채권이 확정되기 전에 미리 양도 요구를 받은 경우에는 국세환급금채권이 확정된 때로부터 각 지체 없이 충당하였는지를 기준으로 판단하여야 한다.

[3] 국세기본법 제35조, 지방세법 제31조는 국가 또는 지방자치단체 존립의 재정적 기초를 이루는 조세를 능률적으로 확보하기 위하여 국세와 지방세, 그 가산금·체납처분비를 다른 채권에 우선하여 징수하도록 규정하고 있고, 헌법재판소는 1997. 4. 24. 93헌마83 결정으로 이러한 조세우선권을 규정한 법률규정이 헌법에 위배되지 않는다고 선언한 점, 세무서장이 납세자로부터 적법한 양도 요구를 받았음에도 지체 없이 충당을 하지 않는 경우에는 충당의 효력이 발생하지 않는 점 등을 고려해 볼 때, 세무서장은 충당 당시에 양도인이 납부할 다른 국세·가산금 또는 체납처분비에 충당할 수 있다고 할 것이다.

〈선정이유〉

국세의 오납·초과 납부·환급 등으로 인한 국세환급금채권의 확정 시기에 관한 판결

제 7 장 환경행정법

452. 헌법 제36조의 환경권의 법적 성질

(대법원 1995. 9. 15. 선고 95다23378 판결)

〈주제〉 환경권의 법적 성질

〈쟁점〉

[1] 헌법 제35조의 환경권의 법적 성질

[2] 대학교의 교육환경 저해 등을 이유로 그 인접 대지 위의 24층 아파트 건축공사 금지 청구를 인용한 사례 및 그 인정 기준

〈판결요지〉

[1] 환경권에 관한 헌법 제35조의 규정이 개개의 국민에게 직접으로 구체적인 사법상의 권리를 부여한 것이라고 보기는 어렵고, 사법상의 권리로서의 환경권이 인정되려면 그에 관한 명문의 법률규정이 있거나 관계법령의 규정취지 및 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야 한다.

[2] 인접 대지 위에 건축 중인 아파트가 24층까지 완공되는 경우, 대학교 구내의 첨단과학관에서의 교육 및 연구 활동에 커다란 지장이 초래되고 첨단과학관 옥상에 설치된 자동기상관측장비 등의 본래의 기능 및 활용성이 극도로 저하되며 대학교로서의 경관·조망이 훼손되고 조용하고 쾌

적한 교육환경이 저해되며 소음의 증가 등으로 교육 및 연구 활동이 방해받게 된다면, 그 부지 및 건물을 교육 및 연구시설로서 활용하는 것을 방해받게 되는 대학교 측으로서는 그 방해가 사회통념상 일반적으로 수인할 정도를 넘어선다고 인정되는 한 그것이 민법 제217조 제1항 소정의 매연, 열기체, 액체, 음향, 진동 기타 이에 유사한 것에 해당하는지 여부를 떠나 그 소유권에 기하여 그 방해의 제거나 예방을 청구할 수 있고, 이 경우 그 침해가 사회통념상 일반적으로 수인할 정도를 넘어서는지 여부는 피해의 성질 및 정도, 피해이익의 공공성과 사회적 가치, 가해행위의 태양, 가해행위의 공공성과 사회적 가치, 방지조치 또는 손해회피의 가능성, 공법적 규제 및 인·허가 관계, 지역성, 토지이용의 선후 관계 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

〈선정이유〉

헌법 제35조의 환경권의 법적 성질과 구체적 권리로서 환경권이 인정되기 위한 요건에 관한 판결

453. 환경영향평가에 흠이 있는 경우 사업승인처분의 효력

(대법원 2001. 6. 29. 선고 99두9902 판결)

〈주제〉 환경영향평가의 흠의 효과

〈쟁점〉

[1] 구 환경영향평가법에서 정한 환경영향평가 절차를 거쳤으나 그 환경영향평가의 내용이 부실한 경우, 그 부실로 인하여 환경영향평가 대상사업에 대한 승인 등 처분이 위법하게 되는지 여부(한정 소극)

[2] 한국고속철도건설공단의 경부고속철도 서울차량기지 정비창 건설사업에 관한 환경영향평가 내용의 부실의 정도가 환경영향평가제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없을 정도이어서 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도의 것은 아니라는 이유로 위 사업의 실시계획의 승인처분이 위법하지 아니하다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 구 환경영향평가법(1997. 3. 7. 법률 제5302호로 개정되기 전의 것) 제4조에서 환경영향평가를 실시하여야 할 사업을 정하고, 그 제16조 내지 제19조에서 대상사업에 대하여 반드시 환경영향평가를 거치도록 한 취지 등에 비추어 보면, 같은 법에서 정한 환경영향평가를 거쳐야 할 대상사업에 대하여 그러한 환경영향평가를 거치지 아니하였음에도 승인 등 처분을 하였다면 그 처분은 위법하다 할 것이나, 그러한 절차를 거쳤다면, 비록 그 환경영향평가의 내용이 다소 부실하다 하더라도, 그 부실의 정도가 환경영향평가제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없을 정도이어서 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도의 것이 아닌 이상 그 부실은 당해 승인 등 처분에 재량권 일탈·남용의 위법이 있는지 여부를 판단하는 하나의 요소로 됨에 그칠 뿐, 그 부실로 인하여 당연히 당해 승인 등 처분이 위법하게 되는 것이 아니다.

[2] 한국고속철도건설공단의 경부고속철도 서울차량기지 정비창 건설사업에 관한 환경영향평가

내용의 부실의 정도가 환경영향평가제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없을 정도이어서 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도의 것은 아니라는 이유로 위 사업의 실시계획의 승인처분이 위법하지 아니하다고 한 사례.

〈선정이유〉

환경영향평가를 거쳐야 할 대상사업에 대하여 환경영향평가절차를 거치지 않고 한 승인 등 처분은 위법하나, 환경영향평가절차를 거쳤지만 그 환경영향평가의 내용이 부실하더라도 부실의 정도가 환경영향평가제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없을 정도이어서 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도의 것이 아니라면, 그 부실은 당해 승인 등 처분에 재량권 일탈·남용의 위법이 있는지 여부를 판단하는 하나의 요소가 될 뿐이고 그 자체로 곧바로 해당 승인 등 처분이 위법하게 되는 것은 아니라고 한 판결

454. 원자로시설부지사전승인처분의 취소를 구할 원고적격

(대법원 1998. 9. 4. 선고 97누19588 판결)
〈주제〉 환경행정소송에서의 주민의 원고적격

〈쟁점〉

[1] 구 원자력법 제12조 제2호, 제3호 소정의 원자로 및 관계 시설의 허가기준이 같은 법 제11조 제3항에 근거한 부지사전승인처분의 기준이 되는지 여부(적극)

[2] 원자로 시설부지 인근 주민들에게 방사성물질 등에 의한 생명·신체의 안전침해를 이유로 부지사전승인처분의 취소를 구할 원고적격이 있는지 여부(적극)

[3] 환경영향평가대상지역 안의 원자로 시설부지 인근 주민들이 방사성물질 이외의 원인에 의한 환경침해를 받지 아니하고 생활할 수 있는 이익이 직접적·구체적 이익인지 여부(적극) 및 위 주민들에게 이를 이유로 원자로시설부지사전승인처분의 취소를 구할 원고적격이 있는지 여부(적극)

[4] 원자력법 제11조 제3항 소정의 부지사전승인제도의 취지 및 이에 터잡은 건설허가처분이 있는 경우, 선행의 부지사전승인처분의 취소를 구할 소의 이익 유무(소극)

〈판결요지〉

[1] 원자로시설부지사전승인처분의 근거 법률인 구 원자력법(1996. 12. 30. 법률 제5233호로 개정되어 1997. 7. 1.부터 시행되기 전의 것) 제11조 제3항에 근거한 원자로 및 관계 시설의 부지사전승인처분은 원자로 등의 건설허가 전에 그 원자로 등 건설예정지로 계획중인 부지가 원자력법의 관계 규정에 비추어 적법성을 구비한 것인지 여부를 심사하여 행하는 사전적 부분 건설허가처분의 성격을 가지고 있는 것이므로, 원자력법 제12조 제2호, 제3호로 규정한 원자로 및 관계 시설의 허가기준에 관한 사항은 건설허가처분의 기준이 됨은 물론 부지사전승인처분의 기준으로도 된다.

[2] 원자력법 제12조 제2호(발전용 원자로 및 관계 시설의 위치·구조 및 설비가 대통령령이 정하는 기술수준에 적합하여 방사성물질 등에 의한 인체·물체·공공의 재해방지에 지장이 없을 것)의

취지는 원자로 등 건설사업이 방사성물질 및 그에 의하여 오염된 물질에 의한 인체·물체·공공의 재해를 발생시키지 아니하는 방법으로 시행되도록 함으로써 방사성물질 등에 의한 생명·건강상의 위해를 받지 아니할 이익을 일반적 공익으로서 보호하려는 데 그치는 것이 아니라 방사성물질에 의하여 보다 직접적이고 중대한 피해를 입으리라고 예상되는 지역 내의 주민들의 위와 같은 이익을 직접적·구체적 이익으로서도 보호하려는 데에 있다 할 것이므로, 위와 같은 지역 내의 주민들에게는 방사성물질 등에 의한 생명·신체의 안전침해를 이유로 부지사전승인처분의 취소를 구할 원고적격이 있다.

[3] 원자력법 제12조 제3호(발전용 원자로 및 관계시설의 건설이 국민의 건강·환경상의 위해방지에 지장이 없을 것)의 취지와 원자력법 제11조의 규정에 의한 원자로 및 관계 시설의 건설사업을 환경영향평가대상사업으로 규정하고 있는 구 환경영향평가법(1997. 3. 7. 법률 제5302호로 개정되기 전의 것) 제4조, 구 환경영향평가법시행령(1993. 12. 11. 대통령령 제14018호로 제정되어 1997. 9. 8. 대통령령 제15475호로 개정되기 전의 것) 제2조 제2항 [별표 1]의 다의 ⑷ 규정 및 환경영향평가서의 작성, 주민의 의견 수렴, 평가서 작성에 관한 관계 기관과의 협의, 협의내용을 사업계획에 반영한 여부에 대한 확인·통보 등을 규정하고 있는 위 법 제8조, 제9조 제1항, 제16조 제1항, 제19조 제1항 규정의 내용을 종합하여 보면, 위 환경영향평가법 제7조에 정한 환경영향평가대상지역 안의 주민들이 방사성물질 이외의 원인에 의한 환경침해를 받지 아니하고 생활할 수 있는 이익도 직접적·구체적 이익으로서 그 보호대상으로 삼고 있다고 보이므로, 위 환경영향평가대상지역 안의 주민에게는 방사성물질 이외에 원전냉각수 순환시 발생되는 온배수로 인한 환경침해를 이유로 부지사전승인처분의 취소를 구할 원고적격도 있다.

[4] 원자력법 제11조 제3항 소정의 부지사전승인제도는 원자로 및 관계 시설을 건설하고자 하는 자가 그 계획중인 건설부지가 원자력법에 의하여 원자로 및 관계 시설의 부지로 적법한지 여부 및 굴착공사 등 일정한 범위의 공사(이하 '사전공사'라 한다)를 할 수 있는지 여부에 대하여 건설허가 전에 미리 승인을 받는 제도로서, 원자로 및 관계 시설의 건설에는 장기간의 준비·공사가 필요하기 때문에 필요한 모든 준비를 갖추어 건설허가신청을 하였다가 부지의 부적법성을 이유로 불허가될 경우 그 불이익이 매우 크고 또한 원자로 및 관계 시설 건설의 이와 같은 특성상 미리 사전공사를 할 필요가 있을 수도 있어 건설허가 전에 미리 그 부지의 적법성 및 사전공사의 허용 여부에 대한 승인을 받을 수 있게 함으로써 그의 경제적·시간적 부담을 덜어 주고 유효·적절한 건설공사를 행할 수 있도록 배려하려는 데 그 취지가 있다고 할 것이므로, 원자로 및 관계 시설의 부지사전승인처분은 그 자체로서 건설부지를 확정하고 사전공사를 허용하는 법률효과를 지닌 독립한 행정처분이기는 하지만, 건설허가 전에 신청자의 편의를 위하여 미리 그 건설허가의 일부 요건을 심사하여 행하는 사전적 부분 건설허가처분의 성격을 갖고 있는 것이어서 나중에 건설허가처분이 있게 되면 그 건설허가처분에 흡수되어 독립된 존재가치를 상실함으로써 그 건설허가처분만이 쟁송의 대상이 되는 것이므로, 부지사전승인처분의 취소를 구하는 소는 소의 이익을 잃게 되고, 따라서 부지사전승인처분의 위법성은 나중에 내려진 건설허가처분의 취소를 구하는 소송에서 이를 다투면 된다.

〈선정이유〉

원자로 시설부지 인근 주민들에게 방사성물질 등에 의한 생명·신체의 안전침해를 이유로 부지사전승인처분의 취소를 구할 원고적격이 있고, 원자력법 소정의 부지사전승인제도의 취지 및 이에 터잡은 건설허가처분이 있는 경우 선행 부지사전승인처분의 취소를 구할 소의 이익이 없다고 한 판결

455. 환경단체의 원고적격 존부

(대법원 1998. 9. 22. 선고 97누19571 판결)

〈주제〉 환경영향평가대상지역 밖의 주민·일반 국민·산악인·사진가·학자·환경보호단체의 원고적격

〈쟁점〉

[1] 환경영향평가대상지역 안의 주민들이 그 대상사업인 전원개발사업실시계획승인처분과 관련하여 갖는 환경상 이익이 직접적·구체적 이익인지 여부(적극) 및 위 주민들에게 그 침해를 이유로 위 처분의 취소를 구할 원고적격이 있는지 여부(적극)

[2] 환경영향평가대상지역 밖의 주민 등의 환경상 이익 또는 전원개발사업구역 밖의 주민 등의 재산상 이익이 직접적·구체적 이익인지 여부(소극) 및 위 주민들에게 그 침해를 이유로 전원개발사업실시계획승인처분의 취소를 구할 원고적격이 있는지 여부(소극)

[3] 전원개발사업실시계획승인처분에 재량권의 일탈·남용이 없다고 본 사례

〈판결요지〉

[1] 전원개발사업실시계획승인처분의 근거 법률인 전원개발에관한특례법령, 구 환경보전법령, 구 환경정책기본법령 및 환경영향평가법령 등의 규정 취지는 환경영향평가대상사업에 해당하는 발전소 건설사업이 환경을 해치지 아니하는 방법으로 시행되도록 함으로써 당해 사업과 관련된 환경공익을 보호하려는 데 그치는 것이 아니라 당해 사업으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상되는 환경영향평가대상지역 안의 주민들이 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경침해를 받지 아니하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 개별적 이익까지도 이를 보호하려는 데에 있으므로, 주민들이 위 승인처분과 관련하여 갖고 있는 위와 같은 환경상 이익은 단순히 환경공익 보호의 결과로서 국민일반이 공통적으로 갖게 되는 추상적·평균적·일반적 이익에 그치지 아니하고 환경영향평가대상지역 안의 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적 이익이라고 보아야 하고, 따라서 위 사업으로 인하여 직접적이고 중대한 환경침해를 받게 되리라고 예상되는 환경영향평가대상지역 안의 주민에게는 위 승인처분의 취소를 구할 원고적격이 있다.

[2] 환경영향평가대상지역 밖의 주민·일반 국민·산악인·사진가·학자·환경보호단체 등의 환경상 이익이나 전원개발사업구역 밖의 주민 등의 재산상 이익에 대하여는 위 [1]항의 근거 법률에 이를 그들의 개별적·직접적·구체적 이익으로 보호하려는 내용 및 취지를 가지는 규정을 두고 있지 아니하므로, 이들에게는 위와 같은 이익 침해를 이유로 전원개발사업실시계획승인처분의 취소를 구할 원고적격이 없다.

[3] 전원개발사업실시계획승인처분에 재량권의 일탈·남용이 없다고 본 사례.

〈선정이유〉

환경영향평가대상지역 밖의 주민·일반 국민·산악인·사진가·학자·환경보호단체 등의 환경상 이익 또는 전원개발사업구역 밖의 주민 등에게는 그 이익의 침해를 이유로 전원개발사업실시계획승인처분의 취소를 구할 원고적격이 없다고 판시한 판결

456. 자연물의 당사자능력

(대법원 2006. 6. 2.자 2004마1148,1149 결정)
〈주제〉 도롱뇽의 당사자능력

〈쟁점〉

[1] 도롱뇽의 당사자능력을 인정할 수 없다고 한 원심의 판단을 수긍한 사례

[2] 환경권에 관한 헌법 제35조 제1항이나 자연방위권 등 헌법상의 권리에 의하여 직접 한국철도시설공단에 대하여 고속철도 중 일부 구간의 공사 금지를 청구할 수 없고, 환경정책기본법 등 관계 법령의 규정 역시 그와 같이 구체적인 청구권원을 발생시키는 것으로 해석할 수 없다고 한 사례

[3] 환경권에 관한 헌법 제35조 제1항의 취지 및 위 규정에 따른 국가의 책무

[4] 고속철도 건설사업 시행구간의 토지소유자가 환경영향평가 이후 사정변경을 이유로 사업시행의 중지를 구할 수 있는 요건

[5] 한국철도시설공단이 국가의 전 지역에서 장기간 이루어지는 고속철도사업의 일환인 터널공사를 시행함에 있어서 환경 침해에 관한 우려를 해소하기 위하여 비록 법령상의 환경영향평가절차는 아니지만 사단법인 대한지질공학회에 의뢰하여 자연변화 정밀조사를 실시하였고, 그 조사 결과 및 환경부의 의뢰로 이루어진 한국환경정책평가연구원 등의 검토의견에 의하면 터널공사가 천성산의 환경에 별다른 영향을 미치지 않는 것으로 조사된 사정 등을 모두 종합하여 보면, 현재로서는 터널공사로 인하여 신청인들의 환경이익이 침해될 수 있는 개연성에 관한 소명이 부족하다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 도롱뇽은 천성산 일원에 서식하고 있는 도롱뇽목 도롱뇽과에 속하는 양서류로서 자연물인 도롱뇽 또는 그를 포함한 자연 그 자체로서는 소송을 수행할 당사자능력을 인정할 수 없다고 한 원심의 판단을 수긍한 사례.

[2] 환경권에 관한 헌법 제35조 제1항이나 자연방위권 등 헌법상의 권리에 의하여 직접 한국철도시설공단에 대하여 고속철도 중 일부 구간의 공사 금지를 청구할 수 없고, 환경정책기본법 등 관계 법령의 규정 역시 그와 같이 구체적인 청구권원을 발생시키는 것으로 해석할 수 없다고 한 사례.

[3] 헌법 제35조 제1항은 "모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다."고 규정하여 환경권을 헌법상의 기본권으로 명시함과 동시에 국가와 국민에게 환경보전을 위하여 노력할 의무를 부과하므로, 국가는 각종 개발·건설계획을 수립하고 시행함에 있어 소중한 자연환경을 보호하여 그 자연환경 속에서 살아가는 국민들이 건강하고 쾌적한 삶을 영위할 수 있도록 보장하고 나아가 우리의 후손에게 이를 물려줄 수 있도록 적극적인 조치를 취하여야 할 책무를 부담한다.

[4] 환경영향평가제도는 환경 등에 미치는 영향이 큰 사업에 대한 계획을 수립·시행함에 있어서 그 사업이 환경 등에 미칠 영향을 미리 평가·검토하여 건전하고 지속가능한 개발이 되도록 함으로써 쾌적하고 안전한 국민생활을 도모함을 목적으로 하는바(환경·교통·재해 등에 관한 영향평가법

제1조), 한국철도시설공단이 국가의 전 지역에서 장기간 이루어지는 고속철도사업을 시행함에 있어서는 위 법에 의한 환경영향평가 절차를 충실히 이행할 뿐 아니라, 환경영향평가절차를 이행한 후 환경영향평가시에 고려되지 아니하였던 새로운 사정이 발견되어 그 사업으로 인하여 사업시행구간 관련 토지소유자들의 환경이익을 침해할 수 있다는 개연성이 나타나고 종전의 환경영향평가만으로는 그와 같은 개연성에 관한 우려를 해소하기에 충분하지 못한 경우에는 새로이 환경영향평가를 실시하거나 그 환경이익의 침해를 예방할 수 있는 적절한 조처를 먼저 행한 후 사업을 시행하도록 함이 상당하고, 위 토지소유자들은 이를 사법상의 권리로 청구할 수 있을 것이다. 그러나 위와 같은 환경영향평가를 통한 권리의 보장은 실체적인 환경이익의 침해를 보호하기 위한 것이므로, 비록 위와 같이 다시 환경영향평가를 함이 상당한 새로운 사정들이 발생되었다고 하더라도, 그 새로운 사정들과 소유자들의 환경이익 사이에 구체적인 피해가능성 내지는 연관성을 인정하기 어려운 사정이 소명되는 경우 또는 새로운 환경영향평가절차 내지는 이에 준하는 조사가 이루어지고 환경이익의 침해를 예방할 수 있는 적절한 방법이 보완되는 등 소유자들의 환경이익이 침해될 수 있다는 개연성이 부정될 만한 사정이 소명되는 경우에는 더 이상 사업시행의 중지를 구할 수는 없다.

[5] 한국철도시설공단이 국가의 전 지역에서 장기간 이루어지는 고속철도사업의 일환으로 터널공사를 시행함에 있어서 환경 침해에 관한 우려를 해소하기 위하여 비록 법령상의 환경영향평가절차는 아니지만 사단법인 대한지질공학회에 의뢰하여 자연변화 정밀조사를 실시하였고, 그 조사 결과 및 환경부의 의뢰로 이루어진 한국환경정책평가연구원 등의 검토의견에 의하면 터널공사가 천성산의 환경에 별다른 영향을 미치지 않는 것으로 조사된 사정 등을 모두 종합하여 보면, 현재로서는 터널공사로 인하여 신청인들의 환경이익이 침해될 수 있는 개연성에 관한 소명이 부족하다고 한 사례.

〈선정이유〉

도롱뇽의 당사자능력을 인정할 수 없다고 판시한 결정

제 8 장 사회복지행정법

457. 산업재해보상보험법상 업무상 재해의 의미

(대법원 2007. 9. 28. 선고 2005두12572 전원합의체 판결)

〈주제〉 통근재해와 업무상 재해

〈쟁점〉

구 산업재해보상보험법 제4조 제1호에 정한 '업무상 재해'의 의미 및 근로자의 출·퇴근 중에 발생한 재해를 업무상 재해로 인정하기 위한 요건

〈판결요지〉

[다수의견]

구 산업재해보상보험법(2007. 4. 11. 법률 제8373호로 전문 개정되기 전의 것) 제4조 제1호에 정한 '업무상의 재해'란 근로자와 사업주 사이의 근로계약에 터 잡아 사업주의 지배·관리하에서 당해 근로업무의 수행 또는 그에 수반되는 통상적인 활동을 하는 과정에서 이러한 업무에 기인하여 발생한 재해를 말한다. 그런데 비록 근로자의 출·퇴근이 노무의 제공이라는 업무와 밀접·불가분의 관계에 있다 하더라도, 일반적으로 출·퇴근 방법과 경로의 선택이 근로자에게 유보되어 있어 통상 사업주의 지배·관리하에 있다고 할 수 없고, 산업재해보상보험법에서 근로자가 통상적인 방법과 경로에 의하여 출·퇴근하는 중에 발생한 사고를 업무상 재해로 인정한다는 특별한 규정을 따로 두고 있지 않은 이상, 근로자가 선택한 출·퇴근 방법과 경로의 선택이 통상적이라는 이유만으로 출·퇴근 중에 발생한 재해가 업무상의 재해로 될 수는 없다. 따라서 출·퇴근 중에 발생한 재해가 업무상의 재해로 되기 위하여는 사업주가 제공한 교통수단을 근로자가 이용하거나 또는 사업주가 이에 준하는 교통수단을 이용하도록 하는 등 근로자의 출·퇴근 과정이 사업주의 지배·관리하에 있다고 볼 수 있는 경우라야 한다.

[대법관 김영란, 박시환, 김지형, 김능환, 전수안의 반대의견]

(가) 구 산업재해보상보험법(2007. 4. 11. 법률 제8373호로 전문 개정되기 전의 것)은 제4조 제1호에서 "업무상의 재해라 함은 업무상의 사유에 의한 근로자의 부상·질병·신체장해 또는 사망을 말한다."라고 규정하고 있을 뿐, 구체적으로 어떤 경우가 업무상 재해에 해당하는지에 관하여는 명시적인 규정을 두고 있지 않으므로, 업무상 재해에 해당하는지 여부는 산업재해보상보험법 제4조 제1호의 해석에 의해 결정될 것이지 산업재해보상보험법에서 업무상 재해로 인정하는 규정을 따로 두고 있는지 여부에 의해 좌우되는 것은 아니다.

(나) 출·퇴근 행위란 근로자가 노무를 제공하기 위해 주거지와 근무지 사이를 왕복하는 반복적 행위로서 노무를 제공하기 위해 반드시 거쳐야 하는 필수적인 과정인바, 근무지나 출·퇴근 시각은 근로자가 자유로이 정할 수 있는 것이 아니고 오로지 사업주의 결정과 방침에 구속된다. 즉 근무지는 이미 정해져 있는 것이며 출·퇴근 시각 또한 사업주가 일방적으로 결정한 것에 따라야 하는 것이다. 또한, 이러한 출·퇴근 행위가 사업주의 지배·관리하에 있는지 여부는 규범적으로 파악되어야 할 것이지, 당해 행위가 사업장 안에서 이루어진 것인지 사업장 밖에서 이루어진 것인지 하는 단순한 물리적·공간적 요소에 의해 평가될 것은 아니라 할 것인바, 출·퇴근 행위 역시 업무와 밀접 불가분의 관계에 있는 행위인 이상, 사업장 밖에서 이루어지는 행위라 하여 사업주의 지배·관리하에 있음이 부정될 수는 없는 일이다.

(다) 결국 근로자의 출·퇴근 행위는 업무와 밀접불가분의 관계에 있는 것으로, 출·퇴근을 위한 합리적인 방법과 경로는 사업주가 정한 근무지와 출·퇴근시각에 의해 정해지므로, 합리적인 방법과 경로에 의한 출·퇴근 행위라면 이는 사업주의 지배·관리하에 있다고 보아야 하고, 그러한 출·퇴근 과정에서 발생한 재해는 업무상 재해에 해당한다.

[다수의견에 대한 대법관 양승태, 김황식, 안대희의 보충의견]

출·퇴근 재해에 따른 산재보험 수급권을 비롯하여 근로자에게 인정되는 산재보험 수급권은 산업재해보상보험법에 의하여 비로소 구체화되는 사회적 기본권으로서 적극적으로 급부를 요구할 수 있는 권리를 주된 내용으로 하고 있기 때문에 그 권리의 구체적인 부여 여부, 내용 등은 필요성이나 정책적 선호도를 따지기에 앞서 무엇보다도 국가와 국민의 경제적인 수준 등에 따르는 재원확보의 가능성이라는 요인 등을 고려하여 결정되어야 한다. 이와 같이 여러 가지 사회정책적 요소를 고려하여 관련 당사자들 사이의 합리적인 의사소통에 의한 조정을 통하여 입법적으로 해결하여야 할 분야에 입법 취지를 넘는 해석을 하는 것은 헌법상의 원칙에 반하는 것으로, 현재 산업재해보

상보험법 개정안이 국회 계류 중에 있는 이상, 출·퇴근 재해를 업무상 재해로 인정할 것인지, 인정한다면 출·퇴근 재해 중 어느 정도의 범위까지를 업무상 재해에 속한다고 할 것인지 여부는 사회보장적 견지에서 입법에 의하여 그 한계를 설정하는 것이 타당하다.

[다수의견에 대한 대법관 이홍훈의 보충의견]

출·퇴근 재해를 업무상 재해로 인정하기 위한 요건을 어떻게 설정할 것인지, 그 보험급여의 수준을 어느 정도로 할 것인지, 재정적 여건을 갖추기 위하여 보험료율은 얼마나 인상할 것인지 등에 관한 종합적인 제도개선이 되기 이전에, 통상적인 출·퇴근 중에 발생한 재해를 원칙적으로 업무상 재해가 된다고 해석하는 것은 산재보험의 재정적 위기를 초래하고 보험료율 인상으로 인한 사업주들의 반발이 예상되는 등 상당한 혼란을 불러일으킬 우려가 있어 오히려 근로자 전체의 공공복리 증진을 저해할 수도 있다. 그러나 위와 같은 개선책이 마련되기 이전이라고 하더라도 현행법의 해석을 통하여 출·퇴근 중 발생한 재해를 업무상 재해로 인정하는 범위를 점진적으로 확대하여 나가는 것이 바람직하다.

[반대의견에 대한 대법관 김영란, 박시환, 김지형의 보충의견]

산업재해보상보험법과 공무원연금법 두 법률규정의 '문언'으로 보나 '입법 취지'로 보나 산업재해보상보험법상의 '업무상의 재해'와 공무원연금법상의 '공무로 인한 재해'에 대하여 그 의미를 달리 해석할 근거가 없고, '국가의 재정적 부담규모의 현격한 차이', '보험주체의 차이' 및 '기여금의 불입 여부' 등을 이유로 출·퇴근 중의 재해라는 동일한 유형의 재해에 대한 보험수급권의 부여 여부에 관하여 일반근로자와 공무원 등을 구분하여 이를 전혀 달리 취급하는 것은 형평성 내지 헌법상 평등의 원칙에 반하는 것으로서 위헌의 의심이 있다.

[다수의견에 대한 대법관 안대희의 재보충의견] 국가가 재정적 여건 등 여러 가지 사정을 감안하여 선별적으로 수혜를 확대하는 것은 평등원칙에 위배되는 것으로 볼 수 없다. 사회권적 기본권에 속하는 사항에 관한 법률에 대하여 단편적이고 제한적인 해석을 하는 것은 헌법상의 원칙에 반할 뿐 아니라 헌법에서 규정한 국민의 사회복지를 진정으로 보장·증진시키는 것도 아니며 오히려 그로 인하여 준비되지 아니한 정책을 사회적 대책없이 맞이하는 혼란을 초래하고, 신속한 보장이 필요한 분야에 대한 적절한 보장을 할 수 없게 만드는 문제점이 있으며, 입법적으로도 모든 사정을 종합하여 신중히 결정하여야 하는 분야를 단편적인 법률의 해석으로 채택하는 것은 더없이 위험하다.

〈선정이유〉

구 산업재해보상보험법 제4조 제1호에 정한 '업무상 재해'의 의미 및 근로자의 출·퇴근 중에 발생한 재해를 업무상 재해로 인정하기 위한 요건에 관한 판결

458. 향정신병 치료제의 요양급여에 관한 보건복지부 고시의 처분성

(대법원 2003. 10. 9.자 2003무23 결정)

〈주제〉 약가고시의 처분성

〈쟁점〉

[1] 고시가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하기 위한 요건

[2] 항정신병 치료제의 요양급여에 관한 보건복지부 고시가 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 제약회사, 요양기관, 환자 및 국민건강보험공단 사이의 법률관계를 직접 규율하는 성격을 가진다는 이유로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 한 사례

[3] 항정신병 치료제를 공급하는 제약회사는 국민건강보험 관련 법규 등에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익을 향유한다는 이유로 그 치료제의 요양급여 인정기준에 관한 보건복지부 고시를 다툴 신청인적격이 인정된다고 한 사례

[4] 행정소송법 제23조 제2항 소정의 행정처분 등의 집행정지 요건인 '회복하기 어려운 손해'의 의미 및 기업의 손해가 이에 해당하기 위한 요건

[5] 항정신병 치료제의 요양급여 인정기준에 관한 보건복지부 고시의 효력이 계속 유지됨으로 인한 제약회사의 경제적 손실, 기업 이미지 및 신용의 훼손은 행정소송법 제23조 제2항 소정의 집행정지의 요건인 '회복하기 어려운 손해'에 해당하지 않는다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 어떠한 고시가 일반적·추상적 성격을 가질 때에는 법규명령 또는 행정규칙에 해당할 것이지만, 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법률관계를 규율하는 성격을 가질 때에는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.

[2] 항정신병 치료제의 요양급여 인정기준에 관한 보건복지부 고시가 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 제약회사, 요양기관, 환자 및 국민건강보험공단 사이의 법률관계를 직접 규율한다는 이유로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 한 사례.

[3] 항정신병 치료제를 공급하는 제약회사는 국민건강보험 관련 법규 등에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익을 향유한다는 이유로 그 치료제의 요양급여 인정기준에 관한 보건복지부 고시를 다툴 신청인적격이 인정된다고 한 사례.

[4] 행정소송법 제23조 제2항에 정하고 있는 행정처분 등의 집행정지 요건인 '회복하기 어려운 손해'라 함은 특별한 사정이 없는 한 금전으로 보상할 수 없는 손해로서 이는 금전보상이 불능인 경우 내지는 금전보상으로는 사회관념상 행정처분을 받은 당사자가 참고 견딜 수 없거나 또는 참고 견디기가 현저히 곤란한 경우의 유형, 무형의 손해를 일컫는다 할 것인바, 당사자가 처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 재산상의 손해를 입거나 기업 이미지 및 신용이 훼손당하였다고 주장하는 경우에 그 손해가 금전으로 보상될 수 없어 '회복하기 어려운 손해'에 해당한다고 하기 위해서는 그 경제적 손실이나 기업 이미지 및 신용의 훼손으로 인하여 사업자의 자금사정이나 경영전반에 미치는 파급효과가 매우 중대하여 사업자체를 계속할 수 없거나 중대한 경영상의 위기를 맞게 될 것으로 보이는 등의 사정이 존재하여야 한다.

[5] 항정신병 치료제의 요양급여 인정기준에 관한 보건복지부 고시의 효력이 계속 유지됨으로 인한 제약회사의 경제적 손실, 기업 이미지 및 신용의 훼손은 행정소송법 제23조 제2항 소정의 집행정지의 요건인 '회복하기 어려운 손해'에 해당하지 않는다고 한 사례.

〈선정이유〉

고시가 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하기 위한 요건 및 항정신병 치료제의 요양급여 인정기준에 관한 보건복지부 고시(약가고시)가 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 제약회사, 요양기관, 환자 및 국민건강보험공단 사이의 법률관계를 직접 규율한다는 이유로 처분에 해당한다고 한 결정

459. 국민건강보험법상 요양급여

(대법원 2018. 11. 15. 선고 2016다258209 판결)
〈주제〉 국민건강보험법상 요양급여

〈쟁점〉

국민건강보험의 가입자 등이 자동차보험에 의하여 치료를 받는 등 국민건강보험법 등에 따른 요양급여 신청을 하지 않고 치료를 받은 경우, 국민건강보험공단이 가입자 등에게 요양급여를 해주어야 할 의무가 있는지 여부(소극) 및 이 경우 가입자 등이 처음부터 국민건강보험법에 따른 요양급여를 신청하여 치료를 받았더라면 요양기관이 국민건강보험공단으로부터 요양급여비용을 지급받을 수 있었다는 사정만으로 국민건강보험공단이 요양급여비용을 부당이득으로 반환하여야 한다고 볼 수 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

국민건강보험제도는 보험가입자가 납부하는 보험료와 국고부담을 재원으로 하여 국민에게 발생하는 질병·부상 등 사회적 위험을 보험방식으로 대처하는 사회보험제도이다(사회보장기본법 제3조 제2호). 따라서 국민건강보험수급권의 구체적 내용인 수급요건, 수급권자의 범위, 급여금액 등은 법률에 따라 구체적으로 형성·확정된다.

국민건강보험법상 요양급여는 현물급여가 원칙이므로, 피보험자가 요양기관에서 치료를 받았을 때 현실적으로 보험급여가 이루어진다.

다만 위와 같은 현물급여 원칙에 대한 예외가 있다. 가입자 등이 보건복지부령으로 정하는 긴급하거나 그 밖의 부득이한 사유로 요양기관과 비슷한 기능을 하는 기관으로서 보건복지부령으로 정하는 기관에서 질병·부상·출산 등에 대하여 요양을 받거나 요양기관이 아닌 장소에서 출산한 경우에는 국민건강보험공단이 요양급여에 상당하는 금액을 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 가입자 등에게 요양비로 지급한다(국민건강보험법 제49조 제1항).

이와 같이 국민건강보험의 가입자 등이 요양급여를 받기 위해서는, 국민건강보험법 제49조 제1항에 따라 예외적으로 요양비 청구요건이 갖추어진 경우가 아닌 한, 요양기관에 요양급여를 신청해야 한다. 가입자 등의 요양급여 신청에 따라 요양기관을 통한 현물급여 형태의 요양급여가 이루어지면, 국민건강보험공단은 가입자 등이 아닌 요양기관에 대해 요양급여비용을 부담할 뿐이다.

v국민건강보험공단은 제3자의 행위로 보험급여사유가 생겨 가입자 등에게 보험급여를 한 경우 급여에 들어간 비용 한도에서 제3자에게 손해배상을 청구할 권리, 즉 구상권을 얻는다(국민건강보험법 제58조 제1항). 학교안전사고와 관련하여 법원의 판결 등으로 국민건강보험법 제58조에 따라 국민건강보험공단의 구상권 행사에 따른 손해배상액이 확정된 경우 학교의 장이 부담할 부분은 학교안전공제회가 부담한다(학교안전사고 예방 및 보상에 관한 법률 제36조 제2항 단서). 근로복지공단이 산업재해보상보험법상 수급권자에게 요양급여를 지급한 후 지급결정이 취소된 경우로서 지급한 요양급여가 국민건강보험법에 따라 지급할 수 있는 건강보험 요양급여 등에 상당한 것으로 인정되면, 근로복지공단은 건강보험 요양급여 등에 해당하는 금액을 국민건강보험공단에 청구할 수 있다(국민건강보험법 제61조, 산업재해보상보험법 제90조 제2항).

그러나 가입자 등이 건강보험으로 치료를 받지 않고 자동차보험으로 치료를 받거나 일반진료로

치료를 받은 경우에 보험회사나 가입자 등이 사후적으로 국민건강보험공단을 상대로 요양급여비용 상당액의 지급을 청구할 수 있다는 규정은 없다.

위와 같이 요양급여 절차, 구상 등 관계에 관하여 다른 사회보장제도 규정들과 달리 규정하고 있는 국민건강보험법 등의 규정 체계와 내용에 비추어 보면, 국민건강보험으로 요양급여를 받고자 하는 가입자 등은 요양기관에 건강보험증을 제출하는 등으로 요양급여를 신청해야 하고, 가입자 등이 자동차보험에 의하여 치료를 받는 등 국민건강보험법 등에 따른 요양급여 신청을 하지 않고 치료를 받은 경우에는 국민건강보험공단이 가입자 등에게 어떠한 요양급여를 해주어야 할 의무가 없다고 보아야 한다. 그러한 경우에는 설령 가입자 등이 처음부터 국민건강보험법에 따른 요양급여를 신청하여 치료를 받았더라면 요양기관이 국민건강보험공단으로부터 요양급여비용을 지급받을 수 있었다고 하더라도, 그러한 사정만으로 국민건강보험공단이 요양급여비용을 부당이득으로 반환하여야 한다고 볼 수도 없다.

〈선정이유〉

국민건강보험의 가입자 등이 자동차보험에 의하여 치료를 받는 등 국민건강보험법 등에 따른 요양급여 신청을 하지 않고 치료를 받은 경우, 국민건강보험공단이 가입자 등에게 요양급여를 해주어야 할 의무가 없다고 한 판결

판 례 색 인

1. 법률유보원칙 (1)
(대법원 2015. 8. 20. 선고 2012두23808 전원합의체 판결) ····· 3
2. 법률유보원칙 (2)
(헌법재판소 1999. 5. 27. 자 98헌바70 결정) ····· 4
3. 법률유보원칙 (3)
(대법원 2019. 7. 10. 선고 2016두61051 판결) ····· 4
4. 법률우위원칙 (1)
(대법원 1991. 8. 27. 선고 90누6613 판결) ····· 5
5. 법률우위원칙 (2)
(대법원 1997. 4. 25. 선고 96추244 판결) ····· 6
6. 통치행위 (1)
(대법원 2004. 3. 26. 선고 2003도7878 판결) ····· 6
7. 통치행위 (2)
(대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결) ····· 7
8. 통치행위 (3)
(대법원 2018. 11. 29. 선고 2016도14781 판결) ····· 8
9. 통치행위 (4)
(헌법재판소 1996. 2. 29. 자 93헌마186 결정) ····· 10
10. 국제법규 (1)
(대법원 2005. 9. 9. 선고 2004추10 판결) ····· 11
11. 국제법규 (2)
(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008두17936 판결) ····· 12
12. 관계 법령의 유추적용
(대법원 1999. 11. 23. 선고 98다11529 판결) ····· 13
13. 私法 규정의 공법에의 적용
(대법원 2009. 11. 26. 선고 2009두12907 판결) ····· 13
14. 행정법의 불문원리 : 비례원칙 (1)
(대법원 1997. 9. 26. 선고 96누10096 판결) ····· 14
15. 행정법의 불문원리 : 비례원칙 (2)
(대법원 2006. 12. 21. 선고 2006두16274 판결) ····· 15
16. 행정법의 불문원리 : 평등원칙 및 자기구속원칙 (1)
(대법원 2007. 10. 29. 선고 2005두14417 전원합의체 판결) ····· 15
17. 행정법의 불문원리 : 평등원칙 및 자기구속원칙 (2)
(대법원 1993. 6. 29. 선고 93누5635 판결) ····· 16
18. 행정법의 불문원리 : 신뢰보호원칙 (1)
(대법원 1998. 5. 8. 선고 98두4061 판결) ····· 17

19. 행정법의 불문원리 : 신뢰보호원칙 (2)
(대법원 2005. 4. 28. 선고 2004두8828 판결) ····· 18
20. 행정법의 불문원리 : 신뢰보호원칙 (3)
(대법원 1980. 6. 10. 선고 80누6 전원합의체 판결) ····· 18
21. 행정법의 불문원리 : 신뢰보호원칙 (4)
(대법원 1988. 4. 27. 선고 87누915 판결) ····· 19
22. 행정법의 불문원리 : 신뢰보호원칙 (5)
(대법원 2007. 10. 11. 선고 2005두5390 판결) ····· 20
23. 행정법의 불문원리 : 신뢰보호원칙 (6)
(대법원 2000. 3. 10. 선고 97누13818 판결) ····· 21
24. 행정법의 불문원리 : 신의성실원칙 (1)
(대법원 2004. 7. 22. 선고 2002두11233 판결) ····· 21
25. 행정법의 불문원리 : 신의성실원칙 (2)
(대법원 2019. 1. 31. 선고 2016두52019 판결) ····· 22
26. 행정법의 불문원리 : 부당결부금지원칙 (1)
(대법원 2018. 2. 28. 선고 2017두67476 판결) ····· 24
27. 행정법의 불문원리 : 부당결부금지원칙 (2)
(대법원 2009. 2. 12. 선고 2005다65500 판결) ····· 25
28. 법령해석원칙 (1)
(대법원 1983. 12. 13. 선고 83누383 판결) ····· 26
29. 법령해석원칙 (2)
(대법원 1996. 8. 20. 선고 95누10877 판결) ····· 26
30. 법령해석원칙 (3)
(대법원 2016. 12. 15. 선고 2014두44502 판결) ····· 27
31. 법령해석원칙 (4)
(대법원 2018. 6. 21. 선고 2015두48655 전원합의체 판결) ····· 28
32. 법령해석원칙 (5)
(대법원 2019. 2. 21. 선고 2014두12697 전원합의체 판결) ····· 30
33. 공법관계와 사법관계의 구별 (1)
(대법원 1983. 12. 27. 선고 81누366 판결) ····· 32
34. 공법관계와 사법관계의 구별 (2)
(대법원 2017. 11. 14. 선고 2016다201395 판결) ····· 33
35. 공법관계와 사법관계의 구별 (3)
(대법원 1997. 5. 30. 선고 95다28960 판결) ····· 34
36. 공법관계와 사법관계의 구별 (4)
(대법원 2018. 2. 13. 선고 2014두11328 판결) ····· 34
37. 특별행정법관계
(대법원 2018. 8. 30. 선고 2016두60591 판결) ····· 35
38. 사인의 공법행위 (1)
(대법원 2001. 8. 24. 선고 99두9971 판결) ····· 36
39. 사인의 공법행위 (2)
(대법원 1999. 4. 27. 선고 97누6780 판결) ····· 37

40. 사인의 공법행위 (3)
(대법원 1998. 4. 24. 선고 97도3121 판결) ····· 38
41. 사인의 공법행위 (4)
(대법원 2000. 5. 26. 선고 99다37382 판결) ····· 38
42. 사인의 공법행위 (5)
(대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결) ····· 39
43. 사인의 공법행위 (6)
(대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결) ····· 40
44. 공권
(대법원 1991. 2. 12. 선고 90누5825 판결) ····· 42
45. 행정행위의 성립요건 (1)
(대법원 2017. 7. 11. 선고 2016두35120 판결) ····· 43
46. 행정행위의 성립요건 (2)
(대법원 2019. 7. 11. 선고 2017두38874 판결) ····· 43
47. 행정행위의 효력발생요건
(대법원 2019. 8. 9. 선고 2019두38656 판결) ····· 44
48. 공정력과 구성요건적 효력 (1)
(대법원 1972. 4. 28. 선고 72다337 판결) ····· 45
49. 공정력과 구성요건적 효력 (2)
(대법원 1994. 11. 11. 선고 94다28000 판결) ····· 45
50. 공정력과 구성요건적 효력 (3)
(대법원 1992. 8. 18. 선고 90도1709 판결) ····· 46
51. 공정력과 구성요건적 효력 (4)
(대법원 1982. 6. 8. 선고 80도2646 판결) ····· 46
52. 공정력과 구성요건적 효력 (5)
(대법원 1999. 2. 5. 선고 98도4239 판결) ····· 47
53. 행정행위의 종류 : 기속행위와 재량행위 (1)
(대법원 2001. 2. 9. 선고 98두17593 판결) ····· 48
54. 행정행위의 종류 : 기속행위와 재량행위 (2)
(대법원 1988. 11. 8. 선고 86누618 판결) ····· 49
55. 행정행위의 종류 : 기속행위와 재량행위 (3)
(대법원 2017. 3. 15. 선고 2016두55490 판결) ····· 49
56. 행정행위의 개별적 유형 (1) : 허가
(대법원 2009. 9. 24. 선고 2009두8946 판결) ····· 50
57. 행정행위의 개별적 유형 (1) : 허가
(대법원 2015. 7. 9. 선고 2015두39590 판결) ····· 51
58. 행정행위의 개별적 유형 (1) : 허가
(대법원 1998. 3. 10. 선고 97누4289 판결) ····· 51
59. 행정행위의 개별적 유형 (2) : 특허
(대법원 2002. 10. 25. 선고 2002두5795 판결) ····· 52
60. 행정행위의 개별적 유형 (2) : 특허
(대법원 2009. 9. 24. 선고 2008다60568 판결) ····· 52

61. 행정행위의 개별적 유형 (3) : 강학상 인가
(대법원 1996. 5. 16. 선고 95누4810 전원합의체 판결) ····· 53
62. 행정행위의 개별적 유형 (4) : 예외적 승인(예외적 허가)
(대법원 2004. 7. 22. 선고 2003두7606 판결 ····· 54
63. 행정행위의 개별적 유형 (5) : 확인적 행정행위
(대법원 2020. 4. 9. 선고 2019두61137 판결) ····· 54
64. 행정행위의 부관 (1)
(대법원 1993. 7. 27. 선고 92누13998 판결) ····· 55
65. 행정행위의 부관 (2)
(대법원 1997. 3. 11. 선고 96다49650 판결) ····· 56
66. 행정행위의 부관 (3)
(대법원 1990. 4. 27. 선고 89누6808 판결) ····· 57
67. 행정행위의 부관 (4)
(대법원 1994. 3. 8. 선고 92누1728 판결) ····· 57
68. 행정행위의 부관 (5)
(대법원 1985. 6. 25. 선고 84누579 판결) ····· 58
69. 행정행위의 부관 (6)
(대법원 2004. 3. 25. 선고 2003두12837 판결) ····· 59
70. 행정행위의 부관 (7)
(대법원 1992. 1. 21. 선고 91누1264 판결) ····· 59
71. 행정행위의 부관 (8)
(대법원 2001. 6. 15. 선고 99두509 판결) ····· 60
72. 행정행위의 부관 (9)
(대법원 1997. 5. 30. 선고 97누2627 판결) ····· 61
73. 행정행위의 부관 (10)
(대법원 1991. 4. 23. 선고 90누8756 판결) ····· 61
74. 행정행위의 부관 (11)
(대법원 2009. 6. 25. 선고 2006다18174 판결) ····· 62
75. 행정행위의 승계 (1)
(대법원 2003. 7. 11. 선고 2001두6289 판결) ····· 63
76. 행정행위의 승계 (2)
(대법원 2007. 11. 29. 선고 2006두18928 판결) ····· 63
77. 공의무의 승계
(대법원 2003. 10. 23. 선고 2003두8005 판결) ····· 64
78. 행정행위의 취소와 철회 (1)
(대법원 2003. 5. 30. 선고 2003다6422 판결) ····· 65
79. 행정행위의 취소와 철회 (2)
(대법원 1995. 3. 10. 선고 94누7027 판결) ····· 65
80. 행정행위의 취소와 철회 (3)
(대법원 1997. 1. 21. 선고 96누3401 판결) ····· 66
81. 행정행위의 취소와 철회 (4)
(대법원 2018. 6. 28. 선고 2015두58195 판결) ····· 67

82. 행정행위의 취소와 철회 (5)
(대법원 2004. 7. 22. 선고 2003두7606 판결) ····· 67
83. 행정행위의 취소와 철회 (6)
(대법원 2002. 2. 5. 선고 2001두5286 판결) ····· 68
84. 행정행위의 취소와 철회 (7)
(대법원 2019. 10. 17. 선고 2018두104 판결) ····· 68
85. 행정행위의 하자의 승계 (1)
(대법원 1993. 11. 9. 선고 93누14271 판결) ····· 69
86. 행정행위의 하자의 승계 (2)
(대법원 1994. 1. 25. 선고 93누8542 판결) ····· 70
87. 행정행위의 하자의 치유 (1)
(대법원 1983. 7. 26. 선고 82누420 판결) ····· 71
88. 행정행위의 하자의 치유 (2)
(대법원 1992. 10. 23. 선고 92누2844 판결) ····· 72
89. 행정행위의 하자의 치유 (3)
(대법원 2010. 8. 26. 선고 2010두2579 판결) ····· 72
90. 행정행위의 하자의 치유 (4)
(대법원 2019. 1. 17. 선고 2016두56721, 56738 판결) ····· 73
91. 행정행위의 무효와 취소 (1)
(대법원 1995. 7. 11. 선고 94누4615 전원합의체 판결) ····· 74
92. 행정행위의 무효와 취소 (2)
(대법원 2009. 2. 12. 선고 2008두11716 판결) ····· 75
93. 행정행위의 무효와 취소 (3)
(대법원 2006. 4. 13. 선고 2005두15151 판결) ····· 76
94. 행정행위의 무효와 취소 (4)
(대법원 2001. 6. 1. 선고 99다1260 판결) ····· 76
95. 행정행위의 무효와 취소 (5)
(대법원 1996. 6. 11. 선고 96누1689 판결) ····· 77
96. 행정행위의 무효와 취소 (6)
(대법원 2012. 2. 16. 선고 2010두10907 전원합의체 판결) ····· 78
97. 행정입법 (1) : 위임입법
(대법원 2007. 10. 26. 선고 2007두9884 판결) ····· 79
98. 행정입법 (2) : 위임입법
(헌법재판소 1997. 2. 20.자 95헌바27 결정) ····· 80
99. 행정입법 (3) : 위임입법
(헌법재판소 1995. 4. 20.자 92헌마264, 279(병합) 전원재판부 결정) ····· 81
100. 행정입법 (4) : 위임입법
(대법원 2007. 10. 12. 선고 2006두14476 판결) ····· 81
101. 행정입법 (5) : 위임입법
(헌법재판소 1996. 2. 29.자 94헌마213 전원재판부 결정) ····· 82
102. 행정입법 (6) : 대통령령(시행령) 형식의 행정규칙
(대법원 1997. 12. 26. 선고 97누15418 판결) ····· 83

103. 행정입법 (7) : 대통령령(시행령) 형식의 행정규칙과 위법성 판단기준
(대법원 2001. 3. 9. 선고 99두5207 판결) ····· 83
104. 행정입법 (8) : 부령 형식의 행정규칙
(대법원 1990. 1. 25. 선고 89누3564 판결) ····· 84
105. 행정입법 (9) : 행정입법부작위
(대법원 1992. 5. 8. 선고 91누11261 판결) ····· 85
106. 행정입법 (10) : 법령보충적 행정규칙(행정규칙 형식의 법규명령)
(대법원 1987. 9. 29. 선고 86누484 판결) ····· 85
107. 행정입법 (11) : 법령보충적 행정규칙(행정규칙 형식의 법규명령)
(대법원 1994. 3. 8. 선고 92누1728 판결) ····· 86
108. 행정입법 (12) : 법령보충적 행정규칙의 한계
(대법원 2012. 7. 5. 선고 2010다72076 판결) ····· 88
109. 행정계획 (1) : 계획재량과 형량하자
(대법원 1996. 11. 29. 선고 96누8567 판결) ····· 89
110. 행정계획 (2) : 계획변경 · 입안청구권
(대법원 1984. 10. 23. 선고 84누227 판결) ····· 90
111. 행정계획 (3) : 계획변경 · 입안청구권
(대법원 2004. 4. 28. 선고 2003두1806 판결) ····· 90
112. 행정계획 (4) : 계획변경 · 입안청구권
(대법원 2003. 9. 23. 선고 2001두10936 판결) ····· 91
113. 행정계약 (1) : 행정계약의 의의와 쟁송방법
(대법원 1995. 12. 22. 선고 95누4636 판결) ····· 92
114. 행정계약 (2) : 행정계약의 의의와 쟁송방법
(대법원 1993. 9. 14. 선고 92누4611 판결) ····· 93
115. 행정계약 (3) : 의의와 쟁송방법
(대법원 2001. 12. 11. 선고 2001두7794 판결) ····· 93
116. 공법상 계약과 행정행위의 구별
(대법원 2008. 6. 12. 선고 2006두16328 판결) ····· 94
117. 공법상 계약과 사법상 계약의 구별 (1)
(대법원 1983. 12. 27. 선고 81누366 판결) ····· 95
118. 공법상 계약과 사법상 계약의 구별 (2)
(대법원 2017. 11. 9. 선고 2015다215526 판결) ····· 96
119. 공법상 계약과 사법상 계약의 구별 (3)
(대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다33604 판결) ····· 97
120. 공법상 계약과 사법상 계약의 구별 (4)
(대법원 2000. 2. 11. 선고 99다61675 판결) ····· 97
121. 공법상 계약과 사법상 계약의 구별 (5)
(대법원 2012. 2. 23. 선고 2010다91206 판결) ····· 98
122. 공법상 계약에 행정절차법 적용 여부
(대법원 2002. 11. 26. 선고 2002두5948 판결) ····· 98
123. 확약의 처분성 여부
(대법원 1995. 1. 20. 선고 94누6529 판결) ····· 99

124. 내인가 취소결정의 처분성
(대법원 1991. 6. 28. 선고 90누4402 판결) ····· 100
125. 확약의 실효
(대법원 1996. 8. 20. 선고 95누10877 판결) ····· 100
126. 사실행위 (1)
(대법원 2005. 1. 28. 선고 2002두12052 판결) ····· 101
127. 사실행위 (2)
(대법원 1996. 3. 22. 선고 96누433 판결) ····· 101
128. 사실행위 (3)
(대법원 2005. 7. 8. 선고 2005두487 판결) ····· 102
129. 사실행위 (4)
(대법원 2008. 9. 25. 선고 2006다18228 판결) ····· 103
130. 사실행위 (5)
(헌법재판소 2003. 6. 26.자 2002헌마337, 2003헌마7, 8(병합) 전원재판부 결정) ····· 103
131. 행정절차법의 적용 범위 (1)
(대법원 2007. 9. 21. 선고 2006두20631 판결) ····· 104
132. 행정절차법의 적용 범위 (2)
(대법원 2018. 3. 13. 선고 2016두33339 판결) ····· 105
133. 행정절차법의 적용 범위 (3)
(대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두26180 판결) ····· 106
134. 행정응원
(대법원 2017. 4. 28. 선고 2016다213916 판결) ····· 107
135. 처분기준의 설정 · 공표 의무
(대법원 2019. 12. 13. 선고 2018두41907 판결) ····· 108
136. 사전통지의 상대방
(대법원 2003. 2. 14. 선고 2001두7015 판결) ····· 109
137. 거부처분과 사전통지절차
(대법원 2003. 11. 28. 선고 2003두674 판결) ····· 109
138. 사전통지의 예외 사유
(대법원 2008. 6. 12. 선고 2007두1767 판결) ····· 110
139. 사전통지의 흠결
(대법원 2000. 11. 14. 선고 99두5870 판결) ····· 110
140. 청문절차의 흠결 (1)
(대법원 2001. 4. 13. 선고 2000두3337 판결) ····· 111
141. 청문절차의 흠결 (2)
(대법원 2004. 7. 8. 선고 2002두8350 판결) ····· 113
142. 청문의 예외사유
(대법원 2017. 4. 7. 선고 2016두63224 판결) ····· 114
143. 처분의 이유제시 (1)
(대법원 2002. 5. 17. 선고 2000두8912 판결) ····· 114
144. 처분의 이유제시 (2)
(대법원 1990. 9. 11. 선고 90누1786 판결) ····· 115

145. 처분의 이유제시 (3)
(대법원 2013. 11. 14. 선고 2011두18571 판결) ····· 116
146. 처분의 이유제시 (4)
(대법원 1985. 5. 28. 선고 84누289 판결) ····· 116
147. 처분의 방식
(대법원 2011. 11. 10. 선고 2011도11109 판결) ····· 117
148. 절차하자의 효과 (1)
(대법원 1991. 7. 9. 선고 91누971 판결) ····· 118
149. 절차하자의 효과 (2)
(대법원 1983. 7. 26. 선고 82누420 판결) ····· 118
150. 절차하자의 효과 (3)
(대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두330 전원합의체 판결) ····· 119
151. 절차하자의 효과 (4)
(대법원 2015. 10. 29. 선고 2012두28728 판결) ····· 119
152. 절차하자의 효과 (5)
(대법원 2015. 12. 10. 선고 2011두32515 판결) ····· 120
153. 인 · 허가 의제 (1) : 관계행정청과의 협의
(대법원 2006. 6. 30. 선고 2005두14363 판결) ····· 121
154. 인 · 허가 의제 (2) : 절차집중
(대법원 1992. 11. 10. 선고 92누1162 판결) ····· 121
155. 인 · 허가 의제 (3) : 의제되는 인허가 요건의 충족
(대법원 2002. 10. 11. 선고 2001두151 판결) ····· 122
156. 인 · 허가 의제 (4) : 효력의 범위
(대법원 2010. 4. 29. 선고 2009두18547 판결) ····· 123
157. 인 · 허가 의제 (5) : 불복방법
(대법원 2001. 1. 16. 선고 99두10988 판결) ····· 123
158. 인 · 허가 의제 (6) : 불복방법
(대법원 2018. 11. 29. 선고 2016두38792 판결) ····· 124
159. 정보공개 청구권자
(대법원 1999. 9. 21. 선고 97누5114 판결) ····· 125
160. 정보공개 의무자 (1)
(대법원 2006. 8. 24. 선고 2004두2783 판결) ····· 126
161. 정보공개 의무자 (2)
(대법원 2010. 12. 23. 선고 2008두13101 판결) ····· 127
162. 공개대상정보
(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009두6001 판결) ····· 129
163. 비공개대상정보 : 제1호(법령상의 비밀, 비공개 정보)
(대법원 2010. 6. 10. 선고 2010두2913 판결) ····· 129
164. 비공개대상정보 : 제1호(법령상의 비밀, 비공개 정보)
(대법원 2003. 12. 26. 선고 2002두1342 판결) ····· 130
165. 비공개대상정보 : 제2호(안보, 국방, 통일, 외교 관련 정보)
(대법원 2019. 1. 17. 선고 2015두46512 판결) ····· 131

166. 비공개대상정보 : 제3호(국민의 생명, 신체, 재산 보호 침해 관련 정보)
(대법원 2004. 3. 18. 선고 2001두8254 전원합의체 판결) ····· 132
167. 비공개대상정보 : 제4호(재판, 수사 등 관련 정보)
(대법원 2011. 11. 24. 선고 2009두19021 판결) ····· 133
168. 비공개대상정보 : 제4호(재판, 수사 등 관련 정보)
(대법원 2009. 12. 10. 선고 2009두12785 판결) ····· 133
169. 비공개대상정보 : 제5호(감사, 감독, 시험, 계약, 의사결정 관련 정보)
(대법원 2000. 5. 30. 선고 99추85 판결) ····· 134
170. 비공개대상정보 : 제5호(감사, 감독, 시험, 계약, 의사결정 관련 정보)
(대법원 2003. 8. 22. 선고 2002두12946 판결) ····· 135
171. 비공개대상정보 : 제6호(이름, 주민등록번호 등 개인정보)
(대법원 2003. 3. 11. 선고 2001두6425 판결) ····· 136
172. 비공개대상정보 : 제6호(이름, 주민등록번호 등 개인정보)
(대법원 2012. 6. 18. 선고 2011두2361 전원합의체 판결) ····· 137
173. 정보공개 절차 (1)
(대법원 2007. 6. 1. 선고 2007두2555 판결) ····· 137
174. 정보공개 절차 (2)
(대법원 2018. 4. 12. 선고 2014두5477 판결) ····· 138
175. 정보공개 절차 (3)
(대법원 2016. 11. 10. 선고 2016두44674 판결) ····· 139
176. 정보공개 절차 (4)
(대법원 2003. 12. 12. 선고 2003두8050 판결) ····· 140
177. 정보공개청구인의 불복절차 (1) : 원고적격
(서울행정법원 2005. 10. 12. 선고 2005구합10484 판결(상소 없이 확정)) ····· 141
178. 정보공개청구인의 불복절차 (2) : 소의 이익
(대법원 2006. 1. 13. 선고 2003두9459 판결) ····· 141
179. 정보공개청구권의 남용
(대법원 2014. 12. 24. 선고 2014두9349 판결) ····· 142
180. 공개청구 정보의 보유 · 관리에 관한 증명책임
(대법원 2004. 12. 9. 선고 2003두12707 판결) ····· 143
181. 대집행 : 대집행의 대상 (1)
(대법원 2000. 5. 12. 선고 99다18909 판결) ····· 144
182. 대집행 : 대집행의 대상 (2)
(대법원 2006. 10. 13. 선고 2006두7096 판결) ····· 144
183. 대집행 : 대집행의 대상 (3)
(대법원 2005. 8. 19. 선고 2004다2809 판결) ····· 145
184. 대집행 : 비대체적 작위의무에 대한 대집행 가부
(대법원 1998. 10. 23. 선고 97누157 판결) ····· 146
185. 대집행 : 부작위의무에 대한 대집행 가부
(대법원 1996. 6. 28. 선고 96누4374 판결) ····· 146
186. 대집행의 절차 : 계고 (1)
(대법원 1994. 10. 28. 선고 94누5144 판결) ····· 147

187. 대집행의 절차 : 계고 (2)
(대법원 1992. 4. 12. 선고 91누13564 판결) ····· 148
188. 대집행의 요건 : 공익상의 요청
(대법원 1996. 10. 11. 선고 96누8086 판결) ····· 148
189. 대집행 절차에 대한 행정소송
(대법원 1993. 6. 8. 선고 93누6164 판결) ····· 149
190. 강제징수 (1)
(대법원 1984. 9. 25. 선고 84누201 판결) ····· 150
191. 강제징수 (2)
(대법원 2011. 3. 24. 선고 2010두25527 판결) ····· 150
192. 강제징수 (3)
(대법원 2008. 11. 20. 선고 2007두18154 전원합의체 판결) ····· 151
193. 이행강제금 (1)
(대법원 2006. 12. 8.자 2006마470 결정) ····· 152
194. 이행강제금 (2)
(헌법재판소 2004. 2. 26.자 2001헌바80, 84, 102, 103, 2002헌바26(병합) 전원재판부 결정 ··· 152
195. 이행강제금 (3)
(대법원 2018. 1. 25. 선고 2015두35116 판결) ····· 153
196. 이행강제금 (4)
(대법원 2016. 7. 14. 선고 2015두46598 판결) ····· 154
197. 이행강제금 (5)
(대법원 2019. 4. 11. 선고 2018두42955 판결) ····· 155
198. 즉시강제
(헌법재판소 2002. 10. 31.자 2000헌가12 결정) ····· 156
199. 행정조사 (1)
(대법원 1985. 11. 23. 선고 84누250 판결) ····· 157
200. 행정조사 (2)
(대법원 2017. 3. 16. 선고 2014두8360 판결) ····· 158
201. 행정조사 (3)
(대법원 2011. 3. 10. 선고 2009두23617, 23624(병합) 판결) ····· 159
202. 행정조사 (4)
(대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도7718 판결) ····· 160
203. 행정벌 (1)
(대법원 2005. 11. 10. 선고 2004도2657 판결) ····· 161
204. 행정벌 (2)
(대법원 1996. 4. 12. 선고 96도158 판결) ····· 161
205. 통고처분
(헌법재판소 2003. 10. 30.자 2002헌마275 결정) ····· 162
206. 과징금
(대법원 2004. 3. 12. 선고 2001두7220 판결) ····· 163
207. 명단공표
(대법원 2019. 6. 27. 선고 2018두49130 판결) ····· 164

208. 국가배상법 제2조의 공무원 (1)
(대법원 2001. 1. 5. 선고 98다39060 판결) ····· 169
209. 국가배상법 제2조의 공무원 (2)
(대법원 2010. 1. 28. 선고 2007다82950, 82967 판결) ····· 170
210. 입법작용으로 인한 국가배상책임
(대법원 1997. 6. 13. 선고 96다56115 판결) ····· 170
211. 재판작용으로 인한 국가배상책임
(대법원 2003. 7. 11. 선고 99다24218 판결) ····· 171
212. 수사작용으로 인한 국가배상책임 (1)
(대법원 2002. 2. 22. 선고 2001다23447 판결) ····· 172
213. 수사작용으로 인한 국가배상책임 (2)
(대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다64365 판결) ····· 173
214. 직무상 의무위반으로 인한 국가배상책임
(대법원 1993. 2. 12. 선고 91다43466 판결) ····· 174
215. 부작위로 인한 국가배상책임 (1)
(대법원 2016. 4. 15. 선고 2013다20427 판결) ····· 175
216. 부작위로 인한 국가배상책임 (2)
(대법원 2001. 3. 9. 선고 99다64278 판결) ····· 175
217. 부작위로 인한 국가배상책임 (3)
(대법원 2010. 9. 9. 선고 2008다77795 판결) ····· 176
218. 부작위로 인한 국가배상책임 (4)
(대법원 2016. 8. 25. 선고 2014다225083 판결) ····· 178
219. 부작위로 인한 국가배상책임 (5)
(대법원 2015. 12. 23. 선고 2015다210194 판결) ····· 179
220. 부작위로 인한 국가배상책임 (6)
(대법원 2012. 7. 26. 선고 2010다95666 판결) ····· 180
221. 부작위로 인한 국가배상책임 (7)
(대법원 2007. 11. 29. 선고 2006다3561 판결) ····· 181
222. 국가배상법 제2조의 법령위반 (1)
(대법원 2000. 5. 12. 선고 99다70600 판결) ····· 182
223. 국가배상법 제2조의 법령위반 (2)
(대법원 2003. 11. 27. 선고 2001다33789 판결) ····· 183
224. 국가배상법 제2조의 법령위반 (3)
(대법원 2015. 8. 27. 선고 2012다204587 판결) ····· 184
225. 국가배상법 제2조의 법령위반 (4)
(대법원 2000. 11. 10. 선고 2000다26807 판결) ····· 185
226. 국가배상법 제2조의 법령위반 (5)
(대법원 2020. 6. 4. 선고 2015다233807 판결) ····· 186
227. 국가배상법 제2조의 과실 (1)
(대법원 2001. 2. 9. 선고 98다52988 판결) ····· 187
228. 국가배상법 제2조의 과실 (2)
(대법원 2011. 1. 27. 선고 2009다30946 판결) ····· 187

229. 국가배상법 제2조의 과실 (3)
(대법원 2002. 5. 10. 선고 2001다62312 판결) ····· 189
230. 국가배상법 제2조의 과실 (4)
(대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다14428 판결) ····· 189
231. 공무원 개인의 배상책임
(대법원 1996. 2. 15. 선고 95다38677 전원합의체 판결) ····· 190
232. 공무원에 대한 구상권 행사
(대법원 2016. 6. 9. 선고 2015다200258 판결) ····· 193
233. 직접 손해를 배상한 공무원의 국가에 대한 구상
(대법원 2014. 8. 20. 선고 2012다54478 판결) ····· 194
234. 이중배상금지 (1)
(헌법재판소 2001. 2. 22.자 2000헌바38 결정) ····· 195
235. 이중배상금지 (2)
(대법원 2017. 2. 3. 선고 2015두60075 판결) ····· 196
236. 군인과 공동불법행위자의 국가에 대한 구상 (1)
(헌법재판소 1994. 12. 29.자 93헌바21 결정) ····· 197
237. 군인과 공동불법행위자의 국가에 대한 구상 (2)
(대법원 2001. 2. 15. 선고 96다42420 전원합의체 판결) ····· 198
238. 국가배상법 제5조의 영조물
(대법원 1998. 10. 23. 선고 98다17381 판결) ····· 200
239. 영조물의 설치·관리상의 하자 (1)
(대법원 1997. 5. 16. 선고 96다54102 판결) ····· 201
240. 영조물의 설치·관리상의 하자 (2)
(대법원 1994. 11. 22. 선고 94다32924 판결) ····· 202
241. 영조물의 설치·관리상의 하자 (3)
(대법원 2001. 7. 27. 선고 2000다56822 판결) ····· 203
242. 영조물의 설치·관리상의 하자 (4)
(대법원 1997. 4. 22. 선고 97다3194 판결) ····· 203
243. 영조물의 설치·관리상의 하자 (5)
(대법원 2013. 10. 24. 선고 2013다208074 판결) ····· 204
244. 영조물의 설치·관리상의 하자 (6)
(대법원 2003. 10. 23. 선고 2001다48057 판결) ····· 205
245. 영조물의 설치·관리상의 하자 (7)
(대법원 2014. 1. 23. 선고 2013다211865 판결) ····· 206
246. 영조물의 설치·관리상의 하자 (8)
(대법원 2004. 3. 12. 2002다14242 판결) ····· 207
247. 영조물의 설치·관리상의 하자 (9)
(대법원 2005. 1. 27. 2003다49566 판결) ····· 208
248. 영조물의 설치·관리상의 하자 (10)
(대법원 2010. 11. 25 선고 2007다74560 판결) ····· 209
249. 국가배상법 제6조의 대외적 배상책임자 (1)
(대법원 1994. 12. 9. 선고 94다38137 판결) ····· 210

250. 국가배상법 제6조의 대외적 배상책임자 (2)
(대법원 1995. 2. 24. 선고 94다57671 판결) ····· 211
251. 국가배상법 제6조의 대외적 배상책임자 (3)
(대법원 1999. 6. 25. 선고 99다11120 판결) ····· 212
252. 국가배상법 제6조의 최종책임자 (1)
(대법원 1998. 7. 10. 선고 96다42819 판결) ····· 213
253. 국가배상법 제6조의 최종책임자 (2)
(대법원 2015. 4. 23. 선고 2013다211834 판결) ····· 214
254. 손실보상의 근거
(헌법재판소 1998. 12. 24.자 89헌마214, 90헌바16, 97헌바78(병합) 결정) ····· 215
255. 사인에 의한 수용 (1)
(헌법재판소 2009. 9. 24.자 2007헌바114 결정) ····· 217
256. 사인에 의한 수용 (2)
(헌법재판소 2011. 6. 30.자 2008헌바166 결정) ····· 219
257. 사인에 의한 수용 (3)
(헌법재판소 2014. 10. 30.자 2011헌바172 등) ····· 221
258. 생활보상
(대법원 1994. 5. 24. 선고 92다35783 전원합의체 판결) ····· 222
259. 손실보상의 기준과 내용 (1)
(헌법재판소 2007. 11. 29.자 2006헌바79 결정) ····· 224
260. 손실보상의 기준과 내용 (2)
(대법원 2018. 1. 25 선고 2017두61799 판결) ····· 225
261. 손실보상의 기준과 내용 (3)
(대법원 2010. 8. 19 선고 2008두822 판결) ····· 226
262. 손실보상의 기준과 내용 (4)
(대법원 1999. 10. 8. 선고 99다27231 판결) ····· 227
263. 손실보상의 기준과 내용 (5)
(대법원 2019. 11. 28. 선고 2018두227 판결) ····· 228
264. 보상금의 결정과 불복절차 (1)
(대법원 2006. 5. 18. 선고 2004다6207 전원합의체 판결) ····· 229
265. 보상금의 결정과 불복절차 (2)
(대법원 2013. 8. 22. 선고 2012다3517 판결) ····· 230
266. 보상금의 결정과 불복절차 (3)
(대법원 2014. 9. 25. 선고 2012두24092 판결) ····· 231
267. 보상금의 결정과 불복절차 (4)
(대법원 2018. 7. 20. 선고 2015두4044 판결) ····· 231
268. 보상금의 결정과 불복절차 (5)
(대법원 2018. 5. 15. 선고 2017두41221 판결) ····· 233
269. 사법(司法)절차의 준용 (1)
(헌법재판소 2001. 6. 28.자 2000헌바30 결정) ····· 234
270. 사법(司法)절차의 준용 (2)
(헌법재판소 2000. 6. 1.자 98헌바8 결정) ····· 235

271. 법률이 필요적 전치주의를 규정한 경우
(헌법재판소 2007. 1. 17.자 2005헌바86 결정) ····· 237
272. 이의신청과의 관계
(대법원 2012. 11. 15. 선고 2010두8676 판결) ····· 237
273. 이의신청과의 구별
(대법원 2016. 7. 27. 선고 2015두45953 판결) ····· 238
274. 이의신청 단계에서 처분사유의 추가 · 변경
(대법원 2012. 9. 13. 선고 2012두3859 판결) ····· 239
275. 심판청구기간
(대법원 1996. 9. 6. 선고 95누16233 판결) ····· 240
276. 심판청구의 방식
(대법원 2000. 6. 9. 선고 98두2621 판결) ····· 241
277. 처분사유의 추가 · 변경
(대법원 2014. 5. 16. 선고 2013두26118 판결) ····· 241
278. 재결의 효력 (1)
(대법원 2003. 4. 25. 선고 2002두3201 판결) ····· 242
279. 재결의 효력 (2)
(대법원 1998. 4. 24. 선고 97누17131 판결) ····· 243
280. 재결의 효력 (3)
(대법원 2015. 11. 27. 선고 2013다6759 판결) ····· 244
281. 재결의 효력 (4)
(대법원 1998. 5. 8. 선고 97누15432 판결) ····· 244
282. 재결의 효력 (5)
(헌법재판소 2014. 6. 26.자 2013헌바122 결정) ····· 245
283. 대상적격 (1) : 청소년유해매체물 결정 · 고시
(대법원 2007. 6. 14. 선고 2004두619 판결) ····· 246
284. 대상적격 (2) : 사법상 단체의 행위
(대법원 2008. 1. 31. 선고 2005두8269 판결) ····· 247
285. 대상적격 (3) : 기관위임사무의 처리
(대법원 2007. 9. 20. 선고 2005두6935 판결) ····· 248
286. 대상적격 (4) : 건축협의 취소
(대법원 2014. 2. 27. 선고 2012두22980 판결) ····· 248
287. 대상적격 (5) : 도시관리계획의 처분성
(대법원 1982. 3. 9. 선고 80누105 판결) ····· 249
288. 대상적격 (6) : 조례
(대법원 1996. 9. 20. 선고 95누8003 판결) ····· 250
289. 대상적격 (7) : 조례로 결정할 사항을 개별 결정에 의한 경우
(대법원 2004. 11. 26. 선고 2003두10251, 10268 판결 ····· 250
290. 대상적격 (8) : 고시
(대법원 2006. 9. 22. 선고 2005두2506 판결) ····· 251
291. 대상적격 (9) : 불문경고
(대법원 2002. 7. 26. 선고 2001두3532 판결) ····· 252

292. 대상적격 (10) : 행정규칙에 근거한 처분
(대법원 2004. 11. 26. 선고 2003두10251, 10268 판결 ····· 253
293. 대상적격 (11) : 지목변경신청에 대한 거부
(대법원 2004. 4. 22. 선고 2003두9015 전원합의체 판결 ····· 254
294. 대상적격 (12) : 거부행위의 처분성
(대법원 2009. 9. 10. 선고 2007두20638 판결) ····· 255
295. 대상적격 (13) : 계획변경신청에 대한 거부
(대법원 2015. 3. 26. 선고 2014두42742 판결) ····· 256
296. 대상적격 (14) : 국립대학교원 재임용 거부
(대법원 2004. 4. 22. 선고 2000두7735 전원합의체 판결) ····· 257
297. 대상적격 (15) : 대학교원 신규임용거부
(대법원 2004. 6. 11. 선고 2001두7053 판결) ····· 257
298. 대상적격 (16) : 총장임용제청 제외
(대법원 2018. 6. 15. 선고 2016두57564 판결) ····· 258
299. 대상적격 (17) : 철거명령신청에 대한 거부
(대법원 1999. 12. 7. 선고 97누17568 판결) ····· 259
300. 대상적격 (18) : 공사중지명령 철회신청에 대한 거부
(대법원 2005. 4. 14. 선고 2003두7590 판결) ····· 260
301. 대상적격 (19) : 폐기물처리업 부적정 통보
(대법원 1998. 4. 28. 선고 97누21086 판결) ····· 260
302. 대상적격 (20) : 행정처분의 반복 통지
(대법원 2005. 10. 28. 선고 2003두14550 판결) ····· 261
303. 대상적격 (21) : 감액처분이 있는 경우 항고소송의 대상
(대법원 2008. 2. 15. 선고 2006두3957 판결) ····· 262
304. 대상적격 (22) : 증액처분이 있는 경우 항고소송의 대상
(대법원 2009. 5. 14. 선고 2006두17390 판결) ····· 262
305. 대상적격 (23) : 변경처분이 있는 경우 항고소송의 대상
(대법원 2015. 11. 19. 선고 2015두295 전원합의체 판결) ····· 263
306. 대상적격 (24) : 선행처분이 후행처분에 흡수되는 경우
(대법원 2015. 2. 12. 선고 2013두987 판결) ····· 264
307. 대상적격 (25) : 입찰참가자격 제한
(대법원 2014. 11. 27. 선고 2013두18964 판결) ····· 264
308. 대상적격 (26) : 거래정지조치
(대법원 2018. 11. 29. 선고 2015두52395 판결) ····· 265
309. 대상적격 (27) : 산업단지관리공단의 입주계약 취소
(대법원 2017. 6. 15. 선고 2014두46843 판결) ····· 266
310. 대상적격 (28) : 감사원의 징계요구
(대법원 2016. 12. 27. 선고 2014두5637 판결) ····· 267
311. 대상적격 (29) : 행정심판의 재결
(대법원 1997. 12. 23. 선고 96누10911 판결) ····· 268
312. 대상적격 (30) : 부작위위법확인소송의 경우
(대법원 2000. 2. 25. 선고 99두11455 판결) ····· 269

313. 원고적격 (1) : 법률상 이익의 의미
(대법원 1999. 12. 7. 선고 97누12556 판결) ····· 270
314. 원고적격 (2) : 경업자소송의 원고적격
(대법원 2002. 10. 25. 선고 2001두4450 판결) ····· 271
315. 원고적격 (3) : 경원자소송의 원고적격
(대법원 2009. 12. 10. 선고 2009두8359 판결) ····· 272
316. 원고적격 (4) : 이웃 주민(隣人)의 원고적격
(대법원 1995. 9. 26. 선고 94누14544 판결) ····· 273
317. 원고적격 (5) : 이웃 주민(隣人)의 원고적격
(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두6766 판결) ····· 274
318. 원고적격 (6) : 환경영향평가 대상지역 안의 주민
(대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두330 전원합의체 판결) ····· 275
319. 원고적격 (7) : 법률상 이익 침해(우려)가 추정되는 주민의 의미
(대법원 2009. 9. 24. 선고 2009두2825 판결) ····· 276
320. 원고적격 (8) : 법령이 규정한 영향권 안의 주민
(대법원 2010. 4. 15. 선고 2007두16127 판결) ····· 277
321. 원고적격 (9) : 법인의 법률상 이익
(대법원 2012. 6. 28. 선고 2010두2005 판결) ····· 279
322. 원고적격 (10) : 주주의 법률상 이익
(대법원 2005. 1. 27. 선고 2002두5313 판결) ····· 279
323. 원고적격 (11) : 학교법인의 임원
(대법원 2007. 12. 27. 선고 2005두9651 판결) ····· 280
324. 원고적격 (12) : 국가기관
(대법원 2013. 7. 25. 선고 2011두1214 판결) ····· 281
325. 소의 이익 (1) : 처분에서 정한 제재기간의 경과
(대법원 2006. 6. 22. 선고 2003두1684 전원합의체 판결) ····· 282
326. 소의 이익 (2) : 처분의 직권취소
(대법원 2002. 9. 6. 선고 2001두5200 판결) ····· 284
327. 소의 이익 (3) : 처분의 직권취소
(대법원 2019. 6. 27. 선고 2018두49130 판결) ····· 284
328. 소의 이익 (4) : 조합설립변경인가가 있는 경우
(대법원 2012. 10. 25. 선고 2010두25107 판결) ····· 285
329. 소의 이익 (5) : 임기가 만료된 학교법인의 임원
(대법원 2007. 7. 19. 선고 2006두19297 전원합의체 판결) ····· 286
330. 소의 이익 (6) : 퇴학처분 이후 검정고시에 합격한 경우
(대법원 1992. 7. 14. 선고 91누4737 판결) ····· 288
331. 소의 이익 (7) : 원상회복이 불가능한 경우
(대법원 1992. 4. 24. 선고 91누11131 판결) ····· 288
332. 소의 이익 (8) : 원상회복이 불가능한 경우
(대법원 2016. 8. 30. 선고 2015두60617 판결) ····· 289
333. 소의 이익 (9) : 원상회복이 불가능하더라도 취소를 구할 이익이 잔존하는 경우
(대법원 2002. 1. 11. 선고 2000두3306 판결) ····· 290

334. 소의 이익 (10) : 위법한 행정처분의 반복가능성
(대법원 2014. 2. 13. 선고 2013두20899 판결) ····· 291
335. 소의 이익 (11) : 강학상 인가와 기본행위의 하자
(대법원 2002. 5. 24. 선고 2000두3641 판결) ····· 291
336. 소의 이익 (12) : 사업양도에 따른 지위승계 신고수리처분
(대법원 2005. 12. 23. 선고 2005두3554 판결) ····· 292
337. 소의 이익 (13) : 거부처분에 대한 취소재결
(대법원 2017. 10. 31. 선고 2015두45045 판결) ····· 292
338. 소의 이익 (14) : 경원관계에서 탈락한 경원자
(대법원 2015. 10. 29. 선고 2013두27517 판결) ····· 293
339. 소의 이익 (15) : 무효확인소송에서 소의 이익(보충성)
(대법원 2008. 3. 20. 선고 2007두6342 전원합의체 판결) ····· 294
340. 피고적격 (1)
(대법원 1994. 8. 12. 선고 94누2763 판결) ····· 295
341. 피고적격 (2)
(대법원 2007. 8. 23. 선고 2005두3776 판결) ····· 296
342. 피고적격 (3)
(대법원 2014. 9. 26. 선고 2013두2518 판결) ····· 296
343. 제소기간 (1)
(대법원 2019. 8. 9. 선고 2019두38656 판결) ····· 297
344. 제소기간 (2)
(대법원 2007. 6. 14. 선고 2004두619 판결) ····· 298
345. 제소기간 (3)
(대법원 2004. 11. 25. 선고 2004두7023 판결) ····· 299
346. 제소기간 (4)
(대법원 2014. 4. 24. 선고 2013두10809 판결) ····· 300
347. 제소기간 (5)
(대법원 2007. 4. 27. 선고 2004두9302 판결) ····· 301
348. 제소기간 (6)
(대법원 2007. 4. 27. 선고 2004두9302 판결) ····· 302
349. 집행정지의 대상
(대법원 1991. 5. 2.자 91두15 결정) ····· 303
350. 집행정지의 요건 (1)
(대법원 1992. 8. 7. 자 92두30 결정) ····· 303
351. 집행정지의 요건 (2)
(대법원 2011. 4. 21. 자 2010무111 전원합의체 결정) ····· 304
352. 집행정지의 요건 (3)
(대법원 2001. 10. 10. 자 2001무29 결정) ····· 306
353. 집행정지의 효력 (1)
(대법원 2003. 7. 11. 선고 2002다48023 판결) ····· 307
354. 집행정지의 효력 (2)
(대법원 2017. 7. 11. 선고 2013두25498 판결) ····· 308

355. 직권심리주의 (1)
(대법원 1994. 10. 11. 선고 94누4820 판결) ····· 309
356. 직권심리주의 (2)
(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009두18035 판결) ····· 309
357. 직권심리주의 (3)
(대법원 2013. 8. 22. 선고 2011두26589 판결) ····· 310
358. 관련청구소송의 병합 (1) : 병합의 요건
(대법원 2001. 11. 27. 선고 2000두697 판결) ····· 311
359. 관련청구소송의 병합 (2) : 선결문제와 부당이득반환청구
(대법원 2009. 4. 9. 선고 2008두23153 판결) ····· 311
360. 관련청구소송의 병합 (3) : 제소기간
(대법원 2005. 12. 23. 선고 2005두3554 판결) ····· 312
361. 처분사유의 추가·변경 (1) : 기본적 사실관계의 동일성
(대법원 2003. 12. 11. 선고 2001두8827 판결) ····· 313
362. 처분사유의 추가·변경 (2) : 처분 근거법령의 변경
(대법원 2011. 5. 26. 선고 2010두28106 판결) ····· 313
363. 처분사유의 추가·변경 (3) : 처분사유의 근거가 되는 기초사실 내지 평가요소의 추가
(대법원 2018. 12. 13. 선고 2016두31616 판결) ····· 315
364. 증명책임 (1) : 취소소송에서 증명책임
(대법원 1996. 4. 26. 선고 96누1627 판결) ····· 316
365. 증명책임 (2) : 무효확인소송에서 증명책임
(대법원 2010. 5. 13. 선고 2009두3460 판결) ····· 316
366. 기속행위의 일부취소판결 (1)
(대법원 2004. 7. 22. 선고 2002두868 판결) ····· 317
367. 기속행위의 일부취소판결 (2)
(대법원 2012. 3. 29. 선고 2011두9263 판결) ····· 318
368. 재량행위에 대한 취소판결
(대법원 2007. 10. 26. 선고 2005두3172 판결) ····· 318
369. 처분대상의 일부가 특정될 수 있는 경우의 취소판결
(대법원 1995. 11. 16. 선고 95누8850 전원합의체 판결) ····· 319
370. 일부취소판결과 사정판결
(대법원 2016. 7. 14. 선고 2015두4167 판결) ····· 320
371. 항고소송에서 위법판단의 기준시
(대법원 1993. 5. 27. 선고 92누19033 판결) ····· 321
372. 판결의 효력 (1) : 기속력
(대법원 1990. 12. 11. 선고 90누3560 판결) ····· 322
373. 판결의 효력 (2) : 원상회복의무
(대법원 2019. 10. 17. 선고 2018두104 판결) ····· 322
374. 판결의 효력 (3) : 재처분의무
(대법원 1998. 1. 7.자 97두22 결정) ····· 323
375. 판결의 효력 (4) : 재처분의무
(대법원 2005. 1. 14. 선고 2003두13045 판결) ····· 323

376. 판결의 효력 (5) : 간접강제
(대법원 2004. 1. 15. 선고 2002두2444 판결) ····· 324
377. 판결의 효력 (6) : 형성력
(대법원 1986. 8. 19. 선고 83다카2022 판결) ····· 325
378. 판결의 효력 (7) : 기판력
(대법원 1996. 4. 26. 선고 95누5820 판결) ····· 326
379. 판결의 효력 (8) : 기판력
(대법원 2014. 11. 27. 선고 2014두37665 판결) ····· 326
380. 항고소송의 대상과 당사자소송의 대상
(대법원 2008. 4. 17. 선고 2005두16185 전원합의체 판결) ····· 327
381. 당사자소송의 대상 (1)
(대법원 2013. 3. 28. 선고 2012다102629 판결) ····· 329
382. 당사자소송의 대상 (2)
(대법원 2016. 5. 24. 선고 2013두14863 판결) ····· 329
383. 당사자소송의 대상 (3)
(대법원 2009. 9. 17. 선고 2007다2428 전원합의체 판결) ····· 330
384. 당사자소송에서 소의 이익
(대법원 2002. 11. 26. 선고 2002두1496 판결) ····· 332
385. 당사자소송에서 가구제
(대법원 2015. 8. 21.자 2015무26 결정) ····· 332
386. 행정권한의 위임과 재위임의 근거규정
(대법원 1990. 6. 26. 선고 88누12158 판결) ····· 337
387. 행정권한의 위임의 형식
(대법원 1995. 7. 11. 선고 94누4615 전원합의체판결) ····· 337
388. 행정권한의 내부위임
(대법원 1995. 11. 28. 선고 94누6475 판결) ····· 338
389. 권한을 유월한 의원면직처분의 효력
(대법원 2007. 7. 26. 선고 2005두15748 판결) ····· 339
390. 지방자치의 보장과 제한
(헌법재판소 2010. 10. 28.자 2007헌라4 결정) ····· 340
391. 주민소송의 대상
(대법원 2016. 5. 27. 선고 2014두8490 판결) ····· 340
392. 조례제정권의 범위와 한계
(대법원 1995. 12. 22. 선고 95추32 판결) ····· 341
393. 조례와 위임입법
(헌법재판소 2004. 9. 23.자 2002헌바76 결정) ····· 343
394. 조례에 대한 법률의 우위 (1)
(대법원 2007. 12. 13. 선고 2006추52 판결) ····· 344
395. 조례에 대한 법률의 우위 (2)
(대법원 2006. 10. 12. 선고 2006추38 판결) ····· 345
396. 조례에 대한 법률의 우위 (3)
(대법원 1997. 4. 25. 선고 96추251 판결) ····· 346

397. 자치사무와 기관위임사무
(대법원 2003. 4. 22. 선고 2002두10483 판결) ····· 347
398. 자치사무의 위임
(대법원 1997. 6. 19. 선고 95누8669 전원합의체 판결) ····· 348
399. 조례에 대한 통제 (1)
(대법원 1992. 7. 28. 선고 92추31 판결) ····· 349
400. 조례에 대한 통제 (2)
(대법원 1999. 4. 27. 선고 99추23 판결) ····· 351
401. 조례에 대한 통제 (3)
(대법원 2013. 11. 28. 선고 2012추15 판결) ····· 351
402. 조례에 대한 통제 (4)
(대법원 2016. 9. 22. 선고 2014추521 전원합의체 판결) ····· 352
403. 명령 · 처분의 시정명령 및 취소 · 정지 (1)
(대법원 2017.3.30., 2016추5087) ····· 354
404. 명령 · 처분의 시정명령 및 취소 · 정지 (2)
(대법원 2017. 10. 12. 선고 2016추5148 판결) ····· 355
405. 교사 특별채용신청의 거부가 처분에 해당하는지 여부
(대법원 2005. 4. 15. 선고 2004두11626 판결) ····· 355
406. 공무원 임용결격자에 대한 임용행위의 효과 (1)
(대법원 1987. 4. 14. 선고 86누459 판결) ····· 356
407. 공무원 임용결격자에 대한 임용행위의 효과 (2)
(대법원 1996. 2. 27. 선고 95누9617 판결) ····· 357
408. 공무원 임용결격자에 대한 임용행위의 효과 (3)
(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008두16155 판결) ····· 358
409. 공무원 임용처분 취소와 행정절차
(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008두16155 판결) ····· 359
410. 지방공무원 전출 · 전입제도의 합헌성
(헌법재판소 2002. 11. 28.자 98헌바101 결정) ····· 360
411. 직업공무원제도와 공무담임권
(헌법재판소 2002. 8. 29.자 2001헌마788 결정) ····· 361
412. 공무원의 복종의무의 범위와 한계
(대법원 2001. 8. 24. 선고 2000두7704 판결) ····· 362
413. 공무원의 집단행위금지
(대법원 2005. 4. 15. 선고 2003도2960 판결) ····· 365
414. 공무원의 비밀준수의무
(대법원 1996. 10. 11. 선고 94누7171 판결) ····· 366
415. 소속 공무원에 대한 징계요구의무
(대법원 2007. 7. 12. 선고 2006도1390 판결) ····· 367
416. 공무원관계의 소멸 : 당연퇴직이 처분에 해당하는지 여부
(대법원 1995. 11. 14. 선고 95누2036 판결) ····· 368
417. 경찰권 발동의 근거규정
(대법원 1986. 1. 28. 선고 85도2448, 85감도356 판결) ····· 371

418. 경찰권 발동의 요건
(대법원 2019. 1. 17. 선고 2015다236196 판결) ····· 371
419. 경찰재량 / 경찰권의 불행사와 손해배상
(대법원 1998. 8. 25. 선고 98다16890 판결) ····· 372
420. 불심검문의 요건과 내용
(대법원 2014. 2. 27. 선고 2011도13999 판결) ····· 373
421. 임의동행의 요건
(대법원 2020. 5. 14. 선고 2020도398 판결) ····· 373
422. 경찰비례의 원칙: 경찰관 총기사용의 요건
(대법원 1999. 3. 23. 선고 98다63445 판결) ····· 374
423. 자연공물의 성립요건
(대법원 2007. 6. 1. 선고 2005도7523 판결) ····· 375
424. 공용폐지
(대법원 1996. 5. 28. 선고 95다52383 판결) ····· 376
425. 행정재산에 대한 시효취득 가능성
(대법원 2009. 12. 10. 선고 2006다19177 판결) ····· 377
426. 공물관리권
(대법원 2005. 11. 25. 선고 2003두7194 판결) ····· 378
427. 공물의 일반사용
(대법원 2002. 2. 26. 선고 99다35300 판결) ····· 379
428. 공물의 특별사용
(대법원 1998. 9. 22. 선고 96누7342 판결) ····· 380
429. 공기업이용관계의 성질
(대법원 1999. 6. 22. 선고 99다7008 판결) ····· 381
430. 공기업이용관계의 내용 : 이용조건설정과 이용대가징수
(대법원 2019. 6. 13. 선고 2017두33985 판결) ····· 381
431. 정부투자기관의 입찰참가자격제한의 법적 성질
(대법원 1999. 11. 26. 자 99부3 결정) ····· 383
432. 행정계획에 있어 계획형성의 자유/ 절차의 하자
(대법원 2000. 3. 23. 선고 98두2768 판결) ····· 384
433. 행정계획에 있어 절차의 하자 (1)
(대법원 1988. 5. 24. 선고 87누388 판결) ····· 385
434. 행정계획에 있어 절차의 하자 (2)
(대법원 1990. 1. 23. 선고 87누947 판결) ····· 386
435. 서울특별시 토지의 형질변경등 행위허가사무취급요령의 법적 성질
(대법원 1994. 9. 23. 선고 94누9368 판결) ····· 387
436. 토지보상법상 사업인정의 요건
(대법원 2011. 1. 27. 선고 2009두1051 판결) ····· 387
437. 수용재결에 대한 취소소송
(대법원 2010. 1. 28. 선고 2008두1504 판결) ····· 388
438. 조합설립추진위 승인처분에 대한 항고소송 계속 중 조합설립인가처분이 이루어진 경우 소의 이익
(대법원 2013. 1. 31. 선고 2011두11112, 2011두11129 판결) ····· 389

439. 표준지공시지가결정과 하자의 승계
(대법원 2008. 8. 21. 선고 2007두13845 판결) ····· 390
440. 환매권의 인정취지와 성립요건
(대법원 1992. 4. 28. 선고 91다29927 판결) ····· 391
441. 환지계획이 처분에 해당하는지 여부
(대법원 1999. 8. 20. 선고 97누6889 판결) ····· 392
442. 잡종재산의 무단점유에 대한 변상금의 부과
(대법원 2008. 5. 15. 선고 2005두11463 판결) ····· 394
443. 지방자치단체의 보조금 지급결정
(대법원 2011. 6. 9. 선고 2011다2951 판결) ····· 395
444. 보조금의 예산 및 관리에 관한 법률 제30조 제1항에서 정한 '부정한 방법으로 보조금의 교부를 받은 때'의 의미
(대법원 2007. 3. 30. 선고 2006두16984 판결) ····· 396
445. 신고납세방식의 조세에서 과세처분의 하자
(대법원 2017. 11. 14. 선고 2014두47099 판결) ····· 397
446. 소득금액변동통지의 처분성
(대법원 2006. 4. 20. 선고 2002두1878 전원합의체 판결) ····· 398
447. 조세법률관계에서 신의성실 원칙과 비과세 관행
(대법원 1995. 11. 14. 선고 95누10181 판결) ····· 399
448. 과세처분에 대한 이의신청
(대법원 2010. 9. 30. 선고 2009두1020 판결) ····· 400
449. 감액경정처분이 있는 경우 항고소송의 대상
(대법원 1991. 9. 13. 선고 91누391 판결) ····· 401
450. 증액경정처분이 있는 경우 항고소송의 대상
(대법원 2010. 6. 24. 선고 2007두16493 판결) ····· 402
451. 국세과오납금의 확정시기
(대법원 2009. 3. 26. 선고 2008다31768 판결) ····· 403
452. 헌법 제36조의 환경권의 법적 성질
(대법원 1995. 9. 15. 선고 95다23378 판결) ····· 404
453. 환경영향평가에 흠이 있는 경우 사업승인처분의 효력
(대법원 2001. 6. 29. 선고 99두9902 판결) ····· 405
454. 원자로시설부지사전승인처분의 취소를 구할 원고적격
(대법원 1998. 9. 4. 선고 97누19588 판결) ····· 406
455. 환경단체의 원고적격 존부
(대법원 1998. 9. 22. 선고 97누19571 판결) ····· 408
456. 자연물의 당사자능력
(대법원 2006. 6. 2. 자 2004마1148,1149 결정) ····· 409
457. 산업재해보상보험법상 업무상 재해의 의미
(대법원 2007. 9. 28. 선고 2005두12572 전원합의체 판결) ····· 410
458. 향정신병 치료제의 요양급여에 관한 보건복지부 고시의 처분성
(대법원 2003. 10. 9.자 2003무23 결정) ····· 412
459. 국민건강보험법상 요양급여
(대법원 2018. 11. 15. 선고 2016다258209 판결) ····· 414