

1. 고시의 행정소송 대상성 · 사정판결

【設問】

우리나라는 1999.11.15.부터 보건복지부장관이 고시에서 정한 상한금액의 범위 내에서 그 약제의 실제 구입에 든 비용을 국민건강보험공단으로부터 상환 받게 되는 실거래가 상환제도를 실시하고 있다. 보건복지부 장관은 국민건강보험법 및 「국민건강보험요양급여의 기준에 관한 규칙」에 따라 요양 급여의 하나인 약제·치료재료의 지급에 대한 비용상환의 기준이 되는 상한금액을 정하여 '약제급여·비급여목록 및 급여상한금액표(이하 약제상한금액고시라 한다)'를 고시하였다. 약제의 가격 산출 방법은 보건복지부장관이 요양기관으로부터 제출받은 약제 실구입가 자료 등과 사후관리 대상으로 선정된 요양기관 및 약제공급업소에 대한 관리를 통하여 확인된 요양기관의 실구입가격 등을 토대로 하여 약제의 품목별 가중평균가격(실구입총액의 합을 총구입량으로 나눈 금액)을 산출하여 요양급여대상약제의 상한금액을 조정함을 원칙으로 하고, 의약품 제조업소가 특정도매업소에 다른 도매업소와의 평균거래가격보다 현저하게 저가로 공급한 사실이 확인된 경우에 이를 상한금액의 조정자료로 활용할 수 있다.

보건복지부는 2002. 6. 경 전국의 약품도매상 및 요양기관에 대한 도매의약품의 거래 실태 및 실거래내역조사에서 의약품제조(수입)업소가 특정 도매업소에 다른 도매업소와의 평균거래가격보다 현저하게 저가로 공급하였거나 상한금액보다 낮게 거래된 사실을 적발하여 보건복지부장관이 2002. 6. 29. 약제상한금액고시로 105개 제약사 776 품목의 약가를 평균 9.14% 인하하였다.

약가의 인하로 막대한 영업상 손실을 보게 된 제약회사 A 기업은 서울행정법원에 집행정지신청과 함께 약가인하처분 취소소송을 제기하였다. 인용가능성은?

※ <참고>

요양급여비용 지급관계는 건강보험환자의 요양기관에서 요양급여를 하면 건강보험환자부담부분에 대하여 약제의 경우 약제상한금액고시상의 금액을 상한으로 실제구입가격에 따라 요양급여비용을 산정하여 가입자에게 직접 청구하여 지급하도록 되어 있고, 보험자부담부분에 대해서는 요양급여비용을 건강보험심사평가원에 심사청구를 하고 그 결과를 공단에 통보하면 공단은 심사결과에 따라서 요양급여비용을 요양기관에 지급하도록 되어 있다.

<참조조문>

국민건강보험법

제39조 (요양급여)

①가입자 및 피부양자의 질병·부상·출산 등에 대하여 다음 각호의 요양급여를 실시한다.

1. 진찰·검사
2. 약제·치료재료의 지급
3. 처치·수술 기타의 치료
4. 예방·재활
5. 입원
6. 간호
7. 이송

②제1항의 규정에 의한 요양급여(이하 "요양급여"라 한다)의 방법·절차·범위·상한 등 요양급여의 기준은 보건복지가족부령으로 정한다.

③보건복지가족부장관은 제2항의 규정에 의하여 요양급여의 기준을 정함에 있어 업무 또는 일상 생활에 지장이 없는 질환 기타 보건복지가족부령이 정하는 사항은 요양급여의 대상에서 제외할 수 있다.

제42조 (요양급여비용의 산정 등)

①요양급여비용은 공단의 이사장과 대통령령이 정하는 의약계를 대표하는 자와의 계약으로 정한다. 이 경우 계약기간은 1년으로 한다.

②제1항의 규정에 의하여 계약이 체결된 경우 그 계약은 공단과 각 요양기관 간에 체결된 것으로 본다.

③제1항의 규정에 의한 계약은 그 계약기간 만료일의 75일 전까지 체결하여야 하며, 그 기한까지 계약이 체결되지 아니하는 경우 보건복지가족부장관이 심의위원회의 의결을 거쳐 정하는 금액을 요양급여비용으로 한다. 이 경우 보건복지가족부장관이 정하는 요양급여비용은 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 계약으로 정한 요양급여비용으로 본다.

④제1항 또는 제3항의 규정에 의하여 요양급여비용이 정하여지는 경우에 보건복지가족부장관은 그 요양급여비용의 내역을 지체 없이 고시하여야 한다.

⑤공단의 이사장은 제1항의 규정에 의한 계약을 체결하는 때에는 제31조의 규정에 의한 재정은 영위원회의 심의·의결을 거쳐야 한다.

⑥제55조의 규정에 의한 건강보험심사평가원은 공단의 이사장이 제1항의 규정에 의한 계약을 체결하기 위하여 필요한 자료를 요청하는 경우에는, 이에 성실히 응하여야 한다.

⑦제1항의 규정에 의한 계약의 내용 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

국민건강보험법 시행령

제24조 (계약의 내용등)

①법 제42조제1항의 규정에 의한 계약은 공단 이사장과 제23조 각 호에 따른 대표자가 요양기관의 유형별로 체결하되, 제2항의 규정에 의한 각 요양급여의 상대가치점수의 점수당 단가를 정하는 것으로 한다.

②요양급여의 상대가치점수는 요양급여에 소요되는 시간·노력등 업무량, 인력·시설·장비등 자원의 양과 요양급여의 위험도를 고려하여 산정한 요양급여의 가치를 각 항목간에 상대적 점수로 나타낸 것으로 하되, 보건복지가족부장관이 심의위원회의 심의를 거쳐 보건복지가족부령이 정하는 바에 의하여 이를 고시한다. ③제1항의 규정에 불구하고 법 제39조제1항제2호의 약제·치료재료(제2항에 따른 상대가치점수가 적용되는 약제·치료재료는 제외한다. 이하 이 조에서 같다)에 대한 비용은 보건복지가족부장관이 심의위원회의 심의를 거쳐 정하여 고시하는 금액의 범위안에서 요양기관이 당해 약제 및 치료재료를 구입한 금액으로 하되, 약제 및 치료재료 구입금액의 결정기준·결정절차 기타 필요한 사항은 보건복지가족부장관이 정하여 고시한다. 다만, 약제·치료재료중 한약

제에 대한 비용은 보건복지가족부장관이 심의위원회의 심의를 거쳐 고시한 금액으로 한다.

④ 제2항 및 제3항에도 불구하고 「의료법」 제3조제5항에 따른 요양병원의 입원에 대한 요양급여의 상대가치점수는 요양급여 각 항목의 점수 및 약제·치료재료의 비용을 합산하여 환자의 경중도의 구분에 따른 1일당 상대가치점수로 산정할 수 있다.

⑤ 제1항의 규정에 의하여 계약을 체결할 때 상대가치점수가 고시되지 아니한 새로운 요양급여항목의 비용에 대한 계약은 제2항의 규정에 의하여 동 항목의 상대가치점수가 고시되는 날에 계약이 체결된 것으로 보되, 요양기관이 동 항목에 대한 요양급여를 최초로 실시한 날부터 이를 적용한다.

출제의도

이 문제는 행정이 정하는 고시(告示)가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당할 수 있는지와 법원이 직권으로 사정판결을 할 수 있는지와 그 요건은 무엇인지에 관하여 알고 있는지 묻는 문제이다. 종래 보건복지부 고시인 「약제급여비급여목록 및 급여상한금액표」가 항고소송의 대상인 행정처분인지, 그리고 제약회사에게 그 취소를 구할 원고적격이 있는지에 관하여 논란이 많았다. 이 논란의 종지부를 찍어 준 판례가 바로 2006.9.22. 선고 2005두2506판결이다. 이 문제는 이 판례를 사례화한 것이다. 이 판결로서 약제상한금액고시의 처분성을 인정하고 나아가 제약회사의 원고적격을 인정함으로써 약제상한금액 고시를 둘러싼 법적분쟁에서 이해관계인의 구제의 길을 열었다는 평을 받고 있다.

【답안구성 예】

- I. 논점의 정리
- II. 약제상한금액고시의 처분성
 1. 고시의 처분성 일반론
 2. 약제상한금액고시의 법적 성격
 - (1) 법령보충규칙으로 보는 경우
 - (2) 처분적 법규로 보는 경우
 3. 결어
- III. 당사자 적격
 1. 당사자 적격 일반론
 2. A 제약회사의 원고적격성
- IV. 사정판결의 가능성
 1. 사정판결 일반론
 - (1) 의의
 - (2) 요건
 2. 이 사건의 경우

V. 결

제약회사 A에게 이 사건 취소소송의 원고적격이 인정되고, 이 사건 고시인 약제상 한글역고시에 처분성이 인정되며, 전술한 바와 같이 사정판결의 가능성도 없으므로, 제약회사 A가 제기한 약가인하처분 취소소송은 인용될 것이다.

2010년 5월호 고시계
단국대학교 교수 이호용

2. 법규하명인 고시와 권리구제

【設問】

지식경제부는 해외 특정국가에서 신규개발 되어 상품화 된 “A패드”라는 태블릿PC가 국내에 수입되어 판매될 경우 관련 기술수준이 “A패드”에 비해 낮은 국내 유사 태블릿PC를 제조·판매하는 국내기업의 시장경쟁력에 심대한 위협이 될 뿐만 아니라 “A패드”의 한글 운영체제나 한글프로그램의 미비 등으로 인해 국내사용자들에게 불편이 클 것이라는 점을 들어 “A패드”를 수입하여 판매하는 것을 금지하는 규정(제C조)을 포함한 「컴퓨터수입·판매에 관한 고시(가칭, 이하 “A고시”)라 한다」(지식경제부고시 제D호)를 제정하여 “A패드”가 국내에 수입·판매되지 못하도록 조치하였다. 그러나 컴퓨터수입·판매업자인 B는 제3국을 통해 “A패드”를 우회적으로 수입하여 판매해오던 중 적발되었고, 지식경제부는 B에 대해 「A고시」를 위반하였음을 이유로 이 고시 제△조에 의거하여 과징금 1억 원을 부과하였다. 이에 B는 「A고시」는 그 법형식이 행정기관의 내부지침인 고시에 불과하므로 이 고시에 별칙규정을 둔 것은 위법할 뿐만 아니라 이 고시는 컴퓨터수입·판매업자의 영업의 자유 및 직업선택의 자유를 심대히 침해하고 일반국민에 대해 우수한 상품을 이용할 수 있는 길을 봉쇄함으로써 국민의 행복추구권을 침해하는 위헌적 고시임을 주장하면서 부과된 과징금의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였다.

1. 「A고시」의 법적 성질은 무엇인가?
2. 「A고시」에 대한 법원의 규범통제는 가능한가?
3. 「A고시」의 형식과 내용은 적법한 것인가?
4. A고시 상 “A패드”를 수입하여 판매하는 것을 금지한 규정(제C조)에 대해 헌법소원을 제기할 수 있는가?(단, “보충성의 원칙”은 충족된 것으로 전제함)
5. 과징금부과처분취소소송에 갈음하여 「A고시」 상 “A패드”를 수입하여 판매하는 것을 금지한 규정(제C조)의 취소를 구하는 행정소송을 제기할 수 있는가?

출제의도

최근 사법시험의 경향은 기존의 전형적인 수험서사례를 지양하고 현실감과 현장감 있는 법률지식의 응용능력을 묻는 질문이 다양하기에 최근의 시사적인 문제에 대한 법적 해안을 묻는 문제들이 빈출하고 있다. 이에 더하여 전형적인 모범답안이 기대되는 문제보다는 복합적 논점이 결합된 종합적 문제가 주로 출제되고 있다. 이에 출제자는 행정입법에서 가장 쟁점이 되어왔던 '행정규칙형식의 법규명령'과 '처분법규(법규하명)'의 법적성질 및 효력을 최근에 각종 언론을 통해 보도되고 있는 무선통신전산기기의 사례에 접목해 보았다.

【답안구성 예】

- I. 논점정리
- II. 「A고시」의 법적 성질 (문제1)
 1. 행정입법의 정의 및 특징
 2. 법규명령과 행정규칙의 구별
 - (1) 전통적인 견해
 - (2) 수권여부기준설
 3. 행정규칙의 의의와 유형
 - (1) 개념
 - (2) 법규성
 - (3) 유형
 4. 행정규칙형식의 법규명령
 5. 사안해결
- III. 「A고시」에 대한 법원의 규범통제 (문제2)
 1. 일반법원에 의한 통제
 - (1) 간접적 통제
 - (2) 직접적 통제
 2. 사안해결
- IV. 「A고시」의 형식과 내용의 적법성 (문제3)
 1. 행정규칙의 요건과 효력
 - (1) 행정규칙의 요건
 - (2) 행정규칙의 효력
 2. 행정규칙형식의 법규명령의 요건과 효력
 - (1) 의의
 - (2) 학설과 판례
 3. 법률유보의 원칙과 전속적 법률사항
 - (1) 법률유보의 원칙
 - (2) 전속적 법률사항

4. 사안의 해결

V. A고시 상의 제C조에 대한 헌법소원 (문제4)

1. 헌법재판소에 의한 통제

- (1) 소극설
- (2) 적극설
- (3) 헌법재판소 판례

2. 사안의 해결

VI. A고시 상의 제C조에 대한 행정소송 (문제5)

- 1. 처분법규로서의 법규하명
- 2. 법규하명의 취소소송 대상성
- 3. 사안의 해결

2010년 8월호 고시계
동국대학교 교수 최봉석

3. 잔여지보상과 소송형식

【設問】

한국토지주택공사 乙은 X지구의 택지개발사업을 실시하기 위하여 甲의 토지 일부를 수용하였다. 甲은 Y시 OO면 △△리 11번지 답 1,250㎡의 소유자인데, 위 토지 중 850㎡가 택지개발사업에 편입되었다. 甲과 乙은 토지 등의 보상과 관련하여 협의를 하였으나, 협의가 성립되지 않아 乙은 지방토지수용위원회에 수용재결을 신청하였다. 지방토지수용위원회는 “택지개발사업에 편입된 토지(850㎡)를 수용하고 손실보상금 45,000,000원을 지급하라”는 수용재결을 내렸다. 그러나 甲은 위 보상금액이 저렴하고 잔여지 가격하락에 대한 보상이 없다는 이유로 위 수용재결에 대해 불복하고 중앙토지수용위원회에 이의신청을 하였다.

甲은 중앙토지수용위원회가 내린 이의재결의 취소를 구하는 소를 제기하였다. 이 경우 수소법원의 판단은?

또한 이 경우 甲이 보상금증감소송을 제기하는 경우, 그 소송형식과 법적 성질을 검토하라.

甲은 잔여지를 종래의 목적에 사용하는 것이 곤란하다고 판단되어 乙에게 매수청구를 하지 않고 곧바로 중앙토지수용위원회에 이의신청을 하면서 잔여지의 수용을 청구하였다. 그러나 중앙토지수용위원회는 잔여지수용청구의 요건이나 절차 등을 위반하였음을 이유로 기각재결을 내렸다. 이 경우 甲은 어떠한 소송형식으로 이를 다룰 수 있는가?

한편, 甲은 토지수용위원회의 재결이 있기 전에 수용되고 남은 잔여지가 다른 사람의 토지로 둘러싸여 쓸모없는 맹지가 되었음을 이유로 잔여지감가보상을 청구하려고 하였다. 이 경우 甲은 재결을 거치지 않고 곧바로 乙을 상대로 손실보상을 구하는 소를 제기할 수 있는가?

* 참조조문

[공익사업을 위한 토지등의 취득 및 보상에 관한 법률]

제34조(재결)

① 토지수용위원회의 재결은 서면으로 한다.

② 제1항의 규정에 의한 재결서에는 주문 및 그 이유와 재결의 일자를 기재하고, 위원장 및 회의에 참석한 위원이 이에 기명날인한 후 그 정본을 사업시행자·토지소유자 및 관계인에게 송달하여야 한다.

제73조(잔여지의 손실과 공사비 보상)

① 사업시행자는 동일한 토지소유자에 속하는 일단의 토지의 일부가 취득 또는 사용됨으로 인하여 잔여지의 가격이 감소하거나 그 밖의 손실이 있는 때 또는 잔여지에 도로·도랑·담장 등의 신설 그 밖의 공사가 필요한 때에는 국토해양부령이 정하는 바에 따라 그 손실이나 공사의 비용을 보상하여야 한다. 다만, 잔여지의 가격 감소분과 잔여지에 대한 공사의 비용을 합한 금액이 잔여지의 가격보다 큰 경우에는 사업시행자는 그 잔여지를 매수할 수 있다.<개정 2007.10.17, 2008.2.29>

② ~ ⑤ <생략>

제74조(잔여지 등의 매수 및 수용청구)

① 동일한 토지소유자에 속하는 일단의 토지의 일부가 협의에 의하여 매수되거나 수용됨으로 인하여 잔여지를 종래의 목적에 사용하는 것이 현저히 곤란한 때에는 당해 토지소유자는 사업시행자에게 잔여지를 매수하여 줄 것을 청구할 수 있으며, 사업인정 이후에는 관할 토지수용위원회에 수용을 청구할 수 있다. 이 경우 수용의 청구는 매수에 관한 협의가 성립되지 아니한 경우에 한하되, 그 사업의 공사완료일까지 하여야 한다.<개정 2007.10.17>

② ~ ③ <생략>

④ 잔여지 및 잔여지에 있는 물건에 대한 구체적인 보상액 산정 및 평가방법 등에 대하여는 제70조·제75조·제76조·제77조·제78조제4항 내지 제6항을 준용한다. <개정 2007.10.17>

제85조(행정소송의 제기)

① 사업시행자·토지소유자 또는 관계인은 제34조의 규정에 의한 재결에 대하여 불복이 있는 때에는 재결서를 받은 날부터 60일 이내에, 이의신청을 거친 때에는 이의신청에 대한 재결서를 받은 날부터 30일 이내에 각각 행정소송을 제기할 수 있다. 이 경우 사업시행자는 행정소송을 제기하기 전에 제84조의 규정에 따라 증액된 보상금을 공탁하여야 하며, 보상금을 받을 자는 공탁된 보상금을 소송종결시까지 수령할 수 없다.

② 제1항의 규정에 따라 제기하고자 하는 행정소송이 보상금의 증감에 관한 소송인 경우 당해 소송을 제기하는 자가 토지소유자 또는 관계인인 때에는 사업시행자를, 사업시행자인 때에는 토지소유자 또는 관계인을 각각 피고로 한다.

1.28 출제의도

최근 실무에서는 토지수용과 손실보상을 둘러싼 판례가 점차 늘고 있다. 특히 보상금소송의 대상, 피고 및 소송형식 등이 주로 문제가 되고 있다. 금년 2010년 사법

시험에서도 이러한 경향을 반영한 문제가 출제되었다. 여기에서는 잔여지보상과 관련된 사례를 중심으로 보상금소송의 문제를 다루어보았다. 지금까지 행정법사례들은 대체로 항고소송 위주였다. 그러나 보상금소송은 재결에 대한 취소소송이외에 실질적·형식적 당사자소송도 가능하다. 특히 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제85조 제2항에는 보상금증감소송을 규정하고 있으며, 판례는 주거이전비소송을 실질적 당사자소송으로 제기할 수 있음을 밝히고 있다. 이와 같이 수험생들이 다양한 행정소송의 유형과 특징을 경험하게 하기 위해 보상금소송에 관한 사례를 출제하였다.

【답안구성 예】

I. 논점의 정리

II. 설문(1)의 경우

1. 문제의 소재
2. 보상금소송의 피고적격 및 대상
 - (1) 학설
 - (2) 판례
 - (3) 소결

III. 설문(2)의 경우

1. 보상금증감소송의 의의 및 법적 성질
2. 보상금증감소송의 소송형식

IV. 설문(3)의 경우

1. 쟁점의 검토
2. 잔여지수용청구의 의의 및 요건
3. 잔여지수용청구의 실현가능한 소송형식
 - (1) 민사소송에 의한 쟁송가능성
 - (2) 형식적 당사자소송에 의한 쟁송가능성
 - (3) 취소소송에 의한 쟁송가능성

V. 설문(4)의 경우

1. 문제의 소재
2. 잔여지감가보상의 의의 및 특징
3. 잔여지감가보상의 소송형식

VI. 사례의 해결

(1) 甲은 중앙토지수용위원회의 이의재결 그 자체에 고유한 위법이 없는 한 원칙적으로 지방토지수용위원회의 수용재결을 대상으로 취소소송을 제기하여야 한다. 따라서 중앙토지수용위원회가 내린 이의재결의 취소를 구하는 甲의 訴는 不適當한 것으로서 각하되어야 한다.

(2) 공익사업법 제85조 제2항에 규정된 보상금증감소송은 形式的 當事者訴訟이다.

수용재결의 위법을 확인하고 보상금증액을 구한다는 의미에서 確認·給付訴訟의 의미를 가진다.

(3) 잔여지수용청구는 대체로 수용재결의 취소보다는 보상금증액을 구하는 방식, 즉 보상금증감소송의 방식으로 실현될 수 있다. 또한 비록 활용가능성은 높지 않으나, 경우에 따라 토지수용위원회의 기각재결에 대한 취소소송이나 무효확인소송을 제기할 수도 있다.

(4) 잔여지감가보상소송은 재결을 거치도록 하는 것이 관례의 입장이다. 즉 잔여지 가격하락에 대한 손실보상은 주로 보상금증액청구소송을 통해 실현되는 것이 보통이나, 실질적 당사자소송의 가능성도 열어두는 것이 바람직하다. 잔여지감가보상의 핵심은 수용재결 자체의 취소가 아니라 잔여지의 가격하락에 대한 금전적 보상을 구하는 데에 있다. 요컨대 행정소송법상의 소송형식은 매우 제한적이므로, 보상금소송의 형식을 획일화·단일화시키는 것은 국민의 권리구제를 좁힐 수 있다.

2010년 9월호 고시계
숙명여자대학교 교수 정남철

4. 정보공개청구와 권리구제

【設問】

2010년 6월 30일 환경부는 전국에 유통 중인 생수 79개 제품을 분석한 결과 8.9%에 해당하는 7개 제품에서 국제 기준치(0.01mg/l)를 초과하는 발암우려물질(브롬산염)이 검출됐다고 발표했다. 그러나 환경부는 명예훼손 등을 이유로 제조사 B 등의 명단은 함께 발표하지 않았다. 이에 대하여 2010년 7월 시민 A는 환경부장관 C에게 제조사 명단과 제조사 명단 비공개 결정과정의 회의록 등에 대한 정보공개를 청구하였다.

1. A의 정보공개청구에 대하여 환경부장관 C는 명단의 공개가 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제9조 제1항 제7호의 “법인·단체 또는 개인의 경영·영업상 비밀에 관한 사항으로서 공개될 경우 법인 등의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보”에 해당하며, 문제가 된 제품이 100% 회수되었다는 이유로 이의 공개를 거부하였다. 그러나 2010년 10월에 실시된 각감결과 문제제품의 회수율은 65%에 그치는 것으로 판명되었고, 이에 시민 A는 환경부장관 C의 명단 비공개결정에 대하여 다투고자 한다. 이 때 A가 강구할 수 있는 권리구제수단과 그 인용가능성은?

2. 만약 2010년 7월에 청구된 A의 정보공개신청에 대하여 환경부장관 C가 공개결정을 한 경우, 제조사 B가 취할 수 있는 권리구제수단과 그 인용가능성은?

※ 참조조문

공공기관의 정보공개에 관한 법률

제5조(정보공개청구권자) ① 모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다.

제9조(비공개대상정보) ① 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개대상이 된다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 정보에 대하여는 이를 공개하지 아니할 수 있다.

7. 법인·단체 또는 개인(이하 "법인 등"이라 한다)의 경영·영업상 비밀에 관한 사항으로서 공개될 경우 법인 등의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보. 다만, 다음에 열거한 정보를 제외한다.

가. 사업활동에 의하여 발생하는 위해로부터 사람의 생명·신체 또는 건강을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보

나. 위법·부당한 사업활동으로부터 국민의 재산 또는 생활을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보

제11조(정보공개여부의 결정) ③ 공공기관은 공개청구된 공개대상정보의 전부 또는 일부가 제3자와 관련이 있다고 인정되는 때에는 그 사실을 제3자에게 지체없이 통지하여야 하며, 필요한 경우에는 그의 의견을 청취할 수 있다.

제18조(이의신청) ① 청구인이 정보공개와 관련한 공공기관의 비공개 또는 부분공개 결정에 대하여 불복이 있는 때에는 공공기관으로부터 정보공개여부의 결정통지를 받은 날 또는 제11조제5항의 규정에 의한 비공개의 결정이 있는 것으로 보는 날부터 30일 이내에 당해 공공기관에 문서로 이의신청을 할 수 있다.

제19조(행정심판) ① 청구인이 정보공개와 관련한 공공기관의 결정에 대하여 불복이 있는 때에는 행정심판법이 정하는 바에 따라 행정심판을 청구할 수 있다. 이 경우 국가기관 및 지방자치단체 외의 공공기관의 결정에 대한 감독행정기관은 관계 중앙행정기관의 장 또는 지방자치단체의 장으로 한다.

② 청구인은 제18조의 규정에 의한 이의신청절차를 거치지 아니하고 행정심판을 청구할 수 있다

제20조(행정소송) ① 청구인이 정보공개와 관련한 공공기관의 결정에 대하여 불복이 있는 때에는 행정소송법이 정하는 바에 따라 행정소송을 제기할 수 있다.

제21조(제3자의 비공개요청 등) ① 제11조제3항의 규정에 의하여 공개청구된 사실을 통지받은 제3자는 통지받은 날부터 3일 이내에 당해 공공기관에 대하여 자신과 관련된 정보를 공개하지 아니할 것을 요청할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 비공개요청에도 불구하고 공공기관이 공개결정을 하는 때에는 공개결정 이유와 공개실시일을 명시하여 지체없이 문서로 통지하여야 하며, 제3자는 당해 공공기관에 문서로 이의신청을 하거나 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다. 이 경우 이의신청은 통지를 받은 날부터 7일 이내에 하여야 한다.

1.8 출제의도

이 사례는 정보공개청구와 관련하여 정보공개청구인 및 정보와 관련된 제3자의 권리보호의 문제를 그 주제로 하고 있다. 사례의 논점을 구체적으로 살펴보면, 비공개대상정보의 판단문제, 정보의 비공개결정에 대한 권리구제수단의 문제, 제3자 관련 정보의 경우 제3자의 권리보호문제 등을 검토하는 것을 내용으로 하고 있다. 비공개결정에 대한 권리구제수단과 관련하여서는 소극적 행정작용에 대한 효율적 권리구제수단의 문제가 중요하며, 제3자 관련정보의 공개에 있어서는 제3자 보호를 위한 절

차법적, 쟁송법적 수단이 검토되어야 한다. 행정법상 전통적인 논제라고 할 수 있는 이러한 문제들을 최근 실제 소송이 행해진 생수관련 케이스를 모델로 구성한 이 사례를 통해 점검해 보는 것은 의미가 있을 것이라 생각된다.

【답안구성 예】

I. 사안의 논점

II. 정보의 비공개결정에 대한 A의 권리구제수단과 인용 가능성(문제1)

1. 문제의 소재
2. 명단의 비공개결정에 대한 권리구제수단
 - (1) A의 정보공개청구권
 - (2) 이의신청
 - (3) 행정심판
 - (4) 행정소송
3. 명단 비공개결정의 위법성
4. 문제의 해결

III. 정보의 공개결정에 대한 B의 권리구제수단과 인용 가능성(문제2)

1. 문제의 소재
2. 명단의 공개결정에 대한 권리구제수단
 - (1) 행정절차(사전통지와 의견청취절차)
 - (2) 이의신청
 - (3) 행정심판, 행정소송
3. 명단 공개결정의 위법성
 - (1) 행정절차를 거치고 공개결정을 한 경우
 - (2) 행정절차를 거치지 않고 공개결정을 한 경우
4. 문제의 해결

IV. 사안의 해결

(1) A는 정보공개청구권자로서 C의 명단 비공개결정에 대하여 이의신청, 의무이행심판, 거부처분취소소송을 제기하여 권리구제를 강구할 수 있으며, C의 명단 비공개결정은 위법성이 인정되어 A가 제기한 이의신청, 행정심판, 행정소송은 인용될 것이다. 이 경우 입법론적으로는 의무이행소송의 도입이 기대될 수 있다.

(2) C의 명단공개결정에 대하여 B는 이의신청, 행정심판, 행정소송을 제기할 수 있다. 이 때 C가 행정절차를 거쳐서 행한 공개결정은 적법하여 B의 청구의 인용 가능성은 부정된다. 그러나 C가 행정절차를 이행하지 않고 공개결정을 한 경우 그 위법성이 인정되는데, 이 때의 절차의 하자는 중대·명백하여 무효사유에 해당한다고 할 것이나, 판례의 태도에 따르는 경우 하자의 위법성은 취소사유에 해당하게 된다.

2010년 11월호 고시계
단국대학교 교수 임 현

5. 영업정지처분의 위법여부 및 행정심판법상 집행정지와 처분청의 항고소송의 가능성

【設問】

A시장은 연말연시를 맞이하여 식품접객업의 영업 및 사회질서의 유지차원에서 관내 식품접객업소에 대한 야간 영업시간을 24시(밤 0시)까지로 제한하였다. 甲은 A시 관내의 乙의 식품접객업소를 연초에 양수하여 영업을 하고 있었는데, 그의 종업원이 이러한 영업시간제한의 사실을 모르고 새벽 1시까지 영업을 하다가 관할기관에 적발되었다. 이에 A시장은 위 식품접객업소가 연말에 이어 또 다시 영업시간제한을 위반하였다고 하여 식품위생법 제43조, 제75조 제1항 및 같은법 시행규칙 제89조 [별표23]의 개별기준 3. 제9호 나목에 의거하여 15일의 영업정지를 명하였다. 이 경우 다음을 검토하시오.

(1) 甲은, 위 식품접객업소를 양수한지 얼마 되지 않는 상황에서 종업원이 영업시간 제한을 모르고 1시간 정도 위반한 것임에도 불구하고 15일간의 영업정지처분을 한 것은 재량권 남용이라는 점, 더구나 甲으로서의 처음 위반한 것인데 양도인 乙의 위반전력을 이유로 2차 위반으로 처벌하였다는 점 등에서 위법이라고 주장한다. 이러한 甲의 주장은 타당한가?

(2) 甲은 위 영업정지처분에 대한 취소심판을 제기하면서 집행정지 신청이 가능하며, A시장은 상급청 소속의 행정심판위원회가 취소심판의 인용결정을 한 경우 자치권 침해 등을 이유로 위 행정심판위원회를 상대로 항고소송을 제기할 수 있는가?

[참조조문]

식품위생법 제43조(영업 제한) ① 시·도지사는 영업 질서와 선량한 풍속을 유지하는 데에 필요한 경우에는 영업자 중 식품접객영업자와 그 종업원에 대하여 영업시간 및 영업행위를 제한할 수 있다.

제44조(영업자 등의 준수사항) ① 식품접객영업자 등 대통령령으로 정하는 영업자와 그 종업원은 영업의 위생관리와 질서유지, 국민의 보건위생 증진을 위하여 보건복지부령으로 정하는 사항을 지켜야 한다.

제71조(시정명령) ① 식품의약품안전청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제3조에 따른 식품등의 위생적 취급에 관한 기준에 맞지 아니하게 영업하는 자와 이 법을 지키지 아니하는 자에게는 필요한 시정을 명하여야 한다.

제75조(허가취소 등) ① 식품의약품안전청장 또는 특별자치도지사·시장·군수·구청장은 영업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 영업허가를 취소하거나 6개월 이내의 기간을 정하여 그 영업의 전부 또는 일부를 정지하거나 영업소 폐쇄를 명할 수 있다.

12. 제43조에 따른 영업 제한을 위반한 경우

17. 제71조제1항, 제72조제1항·제3항 ... 에 따른 명령을 위반한 경우

④ 제1항 및 제2항에 따른 행정처분의 세부기준은 그 위반 행위의 유형과 위반 정도 등을 고려하여 보건복지부령으로 정한다.

제78조(행정 제재처분 효과의 승계) 영업자가 영업을 양도하거나 법인이 합병되는 경우에는 제75조 제1항 각 호, 같은 조 제2항 또는 제76조제1항 각 호를 위반한 사유로 종전의 영업자에게 행

한 행정 제재처분의 효과는 그 처분기간이 끝난 날부터 1년간 양수인이나 합병 후 존속하는 법인에 승계되며, 행정 제재처분 절차가 진행 중인 경우에는 양수인이나 합병 후 존속하는 법인에 대하여 행정제재처분 절차를 계속할 수 있다. 다만, 양수인이나 합병 후 존속하는 법인이 양수하거나 합병할 때에 그 처분 또는 위반사실을 알지 못하였음을 증명하는 때에는 그러하지 아니하다.

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

별표23 행정처분기준[제89조관련]

I. 일반기준

5. 위반행위의 횟수에 따른 행정처분의 기준은 최근 1년간 같은 위반행위(같은 품목에 대한 같은 기준·규격 항목을 위반한 경우를 말한다. 이하 같다)를 한 경우에 적용한다.

15. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우에는 행정처분의 기준이, 영업정지 또는 품목·품목류 제조정지인 경우에는 정지처분 기간의 2분의 1 이하의 범위에서, 영업허가 취소 또는 영업장 폐쇄인 경우에는 영업정지 3개월 이상의 범위에서 각각 그 처분을 경감할 수 있다.

마. 식품접객업소의 위반사항 중 그 위반의 정도가 경미하거나 고의성이 없는 사소한 부주의로 인한 것인 경우

II. 개별기준

3. 식품접객업

위 반 사 항	근거법령	행 정 처 분 기 준		
		1차위반	2차위반	3차위반
9. 법 제43조에 따른 영업 제한을 위반한 경우 나. 영업시간 제한을 위반하여 영업한 경우	법제 75조	시정 명령	영업 정지 15일	영업 정지 1개월

출제의도

우선 사안의 쟁점들을 정확히 파악하여 논리체계적인 단계를 거쳐 얼마나 명쾌하게 해결해 내는지를 보고자 한 것이다. 그리고 설문(1)에서는 해당처분의 성질과 그 근거법령 및 재량준칙의 의미와 법적 성질을 정확하게 파악하여 문제해결을 하며, 행정 제재처분의 효과의 승계여부에 대하여 제대로 이해하고 있는지를 보고자 하였다. 설문(2)에서는 개정된 행정심판법의 내용에 따라 변경·완화된 집행정지의 요건을 잘 파악하고 있으며, 행정심판의 인용재결에 대한 처분청의 항고소송 제기의 가능성에 관한 학설의 입장과 항고소송의 목적·기능·구조에 따른 의미를 파악하고 있는지 묻고자 한 것이다.

【답안구성 예】

I. 문제의 소재

II. 설문 (1)의 검토

1. 위 영업정지처분의 법적 성질
2. [별표23]의 법적 성질
3. 위 영업정지처분의 위법 여부
4. 甲의 위반전력의 승계여부

Ⅲ. 설문 (2)의 검토

1. 집행정지 가능성
2. 인용재결에 대한 A시장의 항고소송의 가능성

Ⅳ. 결 론

(1) A시장은 식품위생법 시행규칙 제89조 별표23의 일반기준 제15호의 경감규정을 적용하지 아니하여 재량권의 불행사·해태에 해당하고 타사고려에 기한 경우에 위반되며, 종업원이 모르고 1시간 정도 위반한 사안에 대하여 15일간의 영업정지처분을 한 것은 과중한 조치이며 위반정도와 균형도 맞지 않아 비례원칙에도 위반되어 재량권의 일탈·남용이 된다고 할 것이다. 그리고 식품위생법 제78조는 행정제재처분효과의 승계를 규정하고 있고 영업정지처분의 효과는 식품접객업소라는 특정한 물적 설비에 부과되는 금지의무로서의 대물적 처분이라 할 수 있으며, 전 업주의 위반전력의 승계가 비례의 원칙에 반한다고 볼 여지도 없고 1년이라는 제제기간의 제한에 반하지도 아니한다. 따라서 甲은 乙의 위반전력을 모르고 양수하였음을 증명하지 않는 한 乙의 위반전력이 甲에게 제재처분효과로서 승계될 수 있다고 할 것이다.

(2) 甲은 취소심판 중 영업정지처분이 정지되지 아니하면 영업상 손실과 손님 이탈 및 신용도에 상당한 타격이 우려될 뿐만 아니라, 재결시에는 15일의 영업정지기간이 초과하여 소의 이익이 없을 가능성이 크므로 '중대한 손해가 생기는 것을 예방할 필요성' 및 '긴급한 필요'가 있는 반면, 집행정지가 공공복리에 중대한 영향을 줄 우려가 있다고 볼 수 없으므로 집행정지를 신청할 수 있다. 또한 행정소송법상 항고소송의 목적, 그 대상과 원고적격 등 항고소송의 기능·구조 및 행정심판법상 행정심판위원회의 위치와 인용재결의 기속력 등 항고쟁송은 공권력행사로부터 국민의 권리이익을 구제하려는 제도라는 점에서 처분청의 항고소송은 허용될 수 없다고 할 것이다. 결국 A시장은 행정쟁송법의 취지나 구조상 취소심판의 인용재결에 대해 항고소송을 제기할 수 없다고 할 것이다.

2011년 1월호 고시계
성신여자대학교 교수 김향기

6. 건축신고 반려행위의 대상적격, 집행정지, 시행규칙의 법적성질

【설문】

甲은 2006년 5월 19일 관할 시장인 乙에게 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 상의 관리지역 내의 임야인 이 사건 토지를 대지로 형질변경하여 그 지상에 건축면적과 연면적을 각 95.13㎡로 하는 1층 단독주택을 신축하겠다는 내용의 건축신고 등을 하였다. 그러나 시장 乙은 2006년 6월 23일 '이 사건 토지에 접하는 진입도로가 완충녹지를 가로지르는데, 관계 법령에 의하면 건축법상 진입도로로 사용하기 위하여 완충녹지 점용을 허가할 수 없으므로, 진입로가 확보되지 아니하여 건축신고 등이 불가하다'는 이유로 위 건축신고 등을 반려하였다.

그러나 甲은 이 사건 진입도로는 완충녹지가 지정되기 전부터 이 사건 토지 주변에 있는 축산농가 등이 차량 등의 통행로로 이용하고 있는 도로이고, 위 완충녹지는 아직 조성되지 아니한 녹지로서 그 지정 후 이 사건 진입도로가 차단되지 아니하였고 이를 대신할 이면도로도 설치되지 아니하였으며, 위 축산농가 등은 계속 이 사건 진입도로를 통행로로 이용할 수밖에 없다고 주장한다.

한편, 도시공원 및 녹지 등에 관한 법률 시행규칙 제18조 제3항은 “녹지의 설치 시에는 녹지로 인하여 기존의 도로가 차단되어 통행을 할 수 없는 경우가 발생되지 아니하도록 기존의 도로와 연결되는 이면도로 등을 설치하여야 한다.”고 규정하고 있고, 구 도시계획시설의 결정·구조 및 설치기준에 관한 규칙(2010. 3. 16. 국토해양부령 제230호로 개정되기 전의 것) 제10조 제13호 후문도 같은 취지로 규정하고 있다.

[문1] 甲은 위 신고의 수리거부에 대하여 취소소송을 제기하고자 한다. 그可否에 대하여 학설, 판례 및 제시된 법령을 참조하여 자신의 견해를 서술하시오.

취소소송이 적법하다고 상정하고 다음 질문(문2, 문3)에 답하시오.

[문2] 甲은 취소소송의 제기과 동시에 집행정지 신청을 하려고 한다. 그 인용결정 가능성에 대하여 논하시오.

[문3] 본안에서 甲의 주장의 인용가능성에 대하여 논하시오.

[참고조문]

[건축법]

제11조(건축허가) ① 건축물을 건축하거나 대수신하려는 자는 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다. 다만, 21층 이상의 건축물 등 대통령령으로 정하는 용도 및 규모의 건축물을 특별시나 광역시에 건축하려면 특별시장이나 광역시장의 허가를 받아야 한다.

②~④ 생략.

제14조(건축신고) ① 제11조에 해당하는 허가 대상 건축물이라 하더라도 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 미리 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 국토해양부령으로 정하는 바에 따라 신고를 하면 건축허가를 받은 것으로 본다.

1. 바닥면적의 합계가 85제곱미터 이내의 증축·개축 또는 재축
2. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 따른 관리지역, 농림지역 또는 자연환경보전지역에서 연면적이 200제곱미터 미만이고 3층 미만인 건축물의 건축. 다만, 제2종 지구단위계획구역에서의 건축은 제외한다.

3. 연면적이 200제곱미터 미만이고 3층 미만인 건축물의 대수선
4. 주요구조부의 해체가 없는 등 대통령령으로 정하는 대수선
5. 그 밖에 소규모 건축물로서 대통령령으로 정하는 건축물의 건축
② 제1항에 따른 건축신고에 관하여는 제11조제5항을 준용한다.

③ 제1항에 따라 신고를 한 자가 신고일로부터 1년 이내에 공사에 착수하지 아니하면 그 신고의 효력은 없어진다.

제18조(녹지의 설치기준) ① 생략

② 녹지의 경계는 가급적 식별이 명확한 지형·지물을 이용하거나 주변의 토지이용에 있어서 확실히 구별되는 위치로 정하여야 한다.

③, ④ 생략

제79조(위반 건축물 등에 대한 조치 등) ① 허가권자는 대지나 건축물이 이 법 또는 이 법에 따른 명령이나 처분에 위반되면 이 법에 따른 허가 또는 승인을 취소하거나 그 건축물의 건축주·공사시공자·현장관리인·소유자·관리자 또는 점유자(이하 "건축주등"이라 한다)에게 공사의 중지를 명하거나 상당한 기간을 정하여 그 건축물의 철거·개축·증축·수선·용도변경·사용금지·사용제한, 그 밖에 필요한 조치를 명할 수 있다.

② 허가권자는 제1항에 따라 허가나 승인이 취소된 건축물 또는 제1항에 따른 시정명령을 받고 이행하지 아니한 건축물에 대하여는 다른 법령에 따른 영업이나 그 밖의 행위를 허가하지 아니하도록 요청할 수 있다. 다만, 허가권자가 기간을 정하여 그 사용 또는 영업, 그 밖의 행위를 허용한 주택과 대통령령으로 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 제2항에 따른 요청을 받은 자는 특별한 이유가 없으면 요청에 따라야 한다.

④ 허가권자는 제1항에 따른 시정명령을 하는 경우 국토해양부령으로 정하는 표지를 그 위반 건축물이나 그 대지에 설치하여야 하며, 국토해양부령으로 정하는 바에 따라 건축물대장에 위반내용을 적어야 한다.

⑤ 누구든지 제4항의 표지 설치를 거부 또는 방해하거나 훼손하여서는 아니 된다.

제80조(이행강제금) ① 허가권자는 제79조제1항에 따라 시정명령을 받은 후 시정기간 내에 시정명령을 이행하지 아니한 건축주등에 대하여는 그 시정명령의 이행에 필요한 상당한 이행기한을 정하여 그 기한까지 시정명령을 이행하지 아니하면 다음 각 호의 이행강제금을 부과한다. 다만, 연면적이 85제곱미터 이하인 주거용 건축물과 제2호 중 주거용 건축물로서 대통령령으로 정하는 경우에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 금액의 2분의 1의 범위에서 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 금액을 부과한다.

1. 건축물이 제55조와 제56조에 따른 건폐율이나 용적률을 초과하여 건축된 경우 또는 허가를 받지 아니하거나 신고를 하지 아니하고 건축된 경우에는 「지방세법」에 따라 해당 건축물에 적용되는 1제곱미터의 시가표준액의 100분의 50에 해당하는 금액에 위반면적을 곱한 금액 이하

2. 생략

②~⑥ 생략

2010년 11월과 2011년 1월에 행정법상의 '신고'에 관한 대법원 전원합의체 판결이 연이어 나왔다. 그 동안 학계를 중심으로 제기되어져 왔던 문제들에 대하여 대법원의 입장을 정리한 것인데, 수험생들은 이러한 대법원의 입장을 정리해 둘 필요가 있다고 본다. 그 중에서, 본 문제는 '대법원 2010.11.18. 선고 2008두167 전원합의체 판결'을 모델로 하여 문제화 한 것이다([문1], [문3]). 이번 판례로, 기존의 대법원 1967. 9. 19. 선고 67누71 판결, 대법원 1995. 3. 14. 선고 94누9962 판결, 대법원 1997. 4. 25. 선고 97누3187 판결, 대법원 1998. 9. 22. 선고 98두10189 판결, 대법원 1999. 10. 22. 선고 98두18435 판결, 대법원 2000. 9. 5. 선고 99두8800 판결 등을 비롯한 같은 취지의 판결들은 이 판결의 견해와 저촉되는 범위에서 모두 변경되게 되었다. 이와 함께 수험생은 '대법원 2011.1.20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결'의 내용도 숙지해둘 필요가 있다. 끝으로 수험생은 질문에 충실한 답안이 고득점으로 연결된다는 점을 잊지 말고, 출제의도에 맞는 내용으로 답안을 구성하여야 할 것이다.

【답안구성 예】

- I. 논점의 정리
- II. 본건 건축신고의 법적성격
 1. 학설
 2. 판례
 3. 건축신고관련 법령과의 관계를 통한 해석(반려위반에 따른 법효과에 관하여)
 4. 소결
- III. 건축신고반려행위에 대한 집행정지의 가능성
 1. 문제의 논점
 2. 건축신고 거부행위를 거부처분으로 보는 경우
 3. 건축신고 거부행위를 거부처분으로 보지 않는 경우
- IV. 본안심리에 있어서의 갑의 주장의 인용가능성
 1. 본건 도로의 진입도로로서의 기능
 2. 시행규칙의 법규성 여부
- V. 결 론

(1)[문1]은 신 판례(대법원 2010.11.18. 선고 2008두167 전원합의체 판결)와 학설의 유력설에 따르면 건축신고거부행위에 대해서는 그 처분성이 인정되어 취소소송의 대상이 된다고 하겠다.

(2)[문2]는 건축신고거부행위를 처분으로 보고, 집행정지의 신청을 예외적으로 인정한다고 하더라도 집행정지의 실제적 요건(보전의 필요성)에 흠결이 있어 인용결정이

나오기는 어렵다 하겠다.

(3)[문3]은 甲의 주장은 본 설문의 내용, 건축법과 건축법 관련 규칙의 해석으로부터 더 기존의 도로를 甲이 신축하고자 하는 건물의 진입도로로서 아무런 문제가 없다고 하겠다. 따라서 甲의 주장은 인용될 가능성이 크다.

2011년 3월호 고시계
동아대학교 교수 최우용

7. 도시정비사업 조합설립인가 및 그 변경인가의 법적 성격

【 설 문 】

원고는 대전광역시 중구 대흥동 일대(이하 '이 사건 지역'이라 한다)에 거주하는 토지 또는 건물의 소유자(이하 '토지등소유자'라 한다)이고, 피고는 대전광역시 중구청장이며, 피고 보조참가인(이하 '이 사건 조합'이라 한다)은 이 사건 지역에서 도시및주거환경정비법(이하 '도시정비법'이라 한다)상 주택재개발사업의 시행을 목적으로 구성된 도시정비사업조합이다. 소외 1을 조합장으로 하는 대흥1구역주택재개발정비사업 조합설립추진위원회(이하 '추진위원회'라 한다)는 2004. 3. 31. 피고에게 이 사건 추진위원회 설립승인을 신청하였다. 피고는 추진위원회의 위 설립승인신청서를 검토한 결과 이 사건 추진위원회의 설립을 승인(이하 '이 사건 추진위원회 승인처분'이라 한다)하였다.

이 사건 조합은 2005. 4. 23. 창립총회를 개최하여 정관, 사업계획(안) 및 사업시행 동의의 건 등 추진위원회가 상정한 안건을 의결하였고, 추진위원회의 대표자인 소외 1은 참가인 조합의 대표자가 되어 2006. 5. 2. 이 사건 조합 명의로 피고에게 대흥1구역주택재개발정비사업조합 설립인가 신청을 하였다. 피고는 위 신청에 대하여 검토한 결과, 이 사건 지역 내 정당한 토지등소유자의 수는 307명이며, 그 중 248명이 동의(동의를 80.78%)를 한 것으로 확인한 뒤, 2006. 7. 31. 이 사건 조합에 대하여 대흥1구역주택재개발정비사업조합 설립을 인가(이하 '이 사건 설립인가처분'이라 한다)하였다.

이 사건 조합은 소유권 변동 등으로 추가 조합원이 발생하고 이 사건 지역 내의 토지등소유자로부터 조합설립에 관한 동의서가 추가로 제출되자 2007. 4. 2. 피고에게 이 사건 지역 내의 토지등소유자 수로 4명을 추가하고, 조합설립에 관한 동의자 수로 15명을 추가한 다음, 추가동의서 등 관련서류를 제출하여 변경인가를 신청하였다. 피고는 위 변경인가신청에 대하여 이 사건 설립인가처분 당시의 토지등소유자 수에 위 4인을 추가하고, 동의자 수에 위 15명 중 3명(기존 동의자로부터 토지등을 매수하여 새로운 소유자가 된 자)을 제외한 12명을 추가한 뒤, 이 사건 지역 내의 정당한 토지등소유자의 수는 311명(=307+4)이고, 동의자는 그 중 260명(=248+12)으로서 동의율이 83.6%임을 확인한 다음 2007. 6. 5. 이 사건 조합에 대하여 이 사건 조합의 조합원 수를 311명으로, 동의자 수를 260명으로 변경하는 내용의 대흥1구역주택재개발정비사업조합 변경인가처분(이하 '이 사건 변경인가처분'이라 한다)을

하였다.

이에 대해 원고는 피고가 이 사건 설립인가처분과 변경인가처분시 이 사건 토지등소유자 수와 동의자 수를 산정함에 있어 잘못이 있어 그 동의율이 관련법령에서 요구하는 토지등소유자 5분의 4를 넘지 못하였음에도 이를 간과한 채 이 사건 설립인가처분과 변경인가처분을 하였는바, 동의자 수 산정에 관한 이와 같은 잘못은 중대·명백한 하자이므로 주위적으로 이 사건 설립인가처분과 변경인가처분의 무효확인을 구하고, 예비적으로 이 사건 설립인가처분과 변경인가처분의 취소를 구하는 소송을 제기하였다. 아래의 각 설문에 답하라.

(1) 피고는 이 사건 설립인가처분과 변경인가처분은 재개발조합의 설립행위를 보충하여 그 법률상 효력을 완성하는 보충행위일 뿐이어서 그 기본되는 조합설립행위 자체에 하자가 있을 때에는 그에 대한 인가가 있다 하더라도 기본행위인 조합설립행위가 유효하게 되는 것은 아니므로, 기본행위인 조합설립에 하자가 있는 경우에는 그 기본행위의 취소 또는 무효확인 등을 구하는 것은 별론으로 하고 기본행위의 하자를 이유로 바로 그에 대한 인가처분의 취소 또는 무효확인을 소구할 법률상 이익이 없다고 할 것인데, 이 사건 소는 기본행위의 하자를 이유로 그에 대한 인가처분의 무효확인 또는 취소를 구하는 것으로서 이를 소구할 법률상 이익이 없어 부적법하다고 주장한다. 타당한가.

(2) 피고는 이 사건 변경인가처분은 조합설립인가처분에서 인가된 토지등소유자와 동의자를 초과하는 부분에 대하여만 변경인가를 한 것이 아니라 조합설립인가처분에서 인가된 토지등소유자 수와 동의자 수에 추가로 제출된 동의서 등을 포함시켜 전체 토지등소유자 및 동의자 수를 다시 인가한 것이어서 이 사건 조합설립인가처분은 변경인가처분에 흡수되었고, 이와 같이 설립인가처분을 흡수한 이 사건 변경인가처분이 존재하는 이상 이 사건 청구 중 조합설립인가처분의 효력을 다투는 부분은 소의 이익이 없어 부적법하다고 주장한다. 타당한가.

[참조조문]

◆ 도시경비법

제16조(조합의 설립인가 등) ① 주택개발사업 및 도시환경정비사업의 추진위원회가 조합을 설립하고자 하는 때에는 토지등소유자의 4분의 3 이상 및 토지면적의 2분의 1 이상의 토지소유자의 동의를 얻어 다음 각 호의 사항을 첨부하여 시장·군수의 인가를 받아야 한다. 인가받은 사항을 변경하고자 하는 때에도 또한 같다. 다만, 대통령령이 정하는 경미한 사항을 변경하고자 하는 때에는 조합원의 동의없이 시장·군수에게 신고하고 변경할 수 있다.

1. 정관
2. 국토해양부령으로 정하는 서류
3. 그 밖에 특별시·광역시·도 또는 특별자치도 조례로 정하는 서류

제18조(조합의 법인격 등) ① 조합은 법인으로 한다.

② 조합은 조합 설립의 인가를 받은 날부터 30일 이내에 주된 사무소의 소재지에서 대통령령이

정하는 사항을 등기함으로써 성립한다.

③ 조합은 그 명칭 중에 "정비사업조합"이라는 문자를 사용하여야 한다.

제20조(정관의 작성 및 변경) ① 조합은 다음 각호의 사항이 포함된 정관을 작성하여야 한다.

1. 이하 생략

② 국토해양부장관은 제1항 각호의 내용이 포함된 표준정관을 작성하여 보급할 수 있다.

③ 조합이 정관을 변경하고자 하는 경우에는 제16조 제1항부터 제3항까지에도 불구하고 총회를 개최하여 조합원 과반수(제1항 제2호 내지 제4호·제8호·제12호 또는 제15호의 경우에는 3분의 2 이상을 말한다)의 동의를 얻어 시장·군수의 인가를 받아야 한다. 다만, 대통령이 정하는 경미한 사항을 변경하고자 하는 때에는 이 법 또는 정관으로 정하는 방법에 따라 변경하고 시장·군수에게 신고하여야 한다.

◆ 도시정비법시행령

제26조(조합설립인가신청의 방법 등) ① 법 제16조 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 토지 등소유자의 동의는 국토해양부령으로 정하는 동의서에 동의를 받는 방법에 따른다.

② 제1항에 따른 동의서에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다.

1. 건설되는 건축물의 설계의 개요
2. 건축물의 철거 및 신축에 소요되는 비용의 개략적인 금액
3. 제2호에 따른 비용의 부담기준
4. 사업 완료 후 소유권의 귀속에 관한 사항
5. 조합정관

③ 조합은 법 제16조 제1항 내지 제3항의 규정에 의하여 조합설립의 인가를 받은 때에는 정관이 정하는 바에 따라 토지등소유자에게 그 내용을 통지하고, 이해관계인이 열람할 수 있도록 하여야 한다.

제27조(조합설립인가내용의 경미한 변경) 법 제16조 제1항 단서에서 "대통령령이 정하는 경미한 사항"이란 다음 각 호의 사항을 말한다.

1. 조합의 명칭 및 주된 사무소의 소재지와 조합장의 주소 및 성명
2. 토지 또는 건축물의 매매 등으로 인하여 조합원의 권리가 이전된 경우의 조합원의 교체 또는 신규가입

2의2. 조합임원 또는 대의원의 변경(조합장은 법 제24조에 따라 총회의 의결을 거쳐 변경인가를 받아야 한다)

- 2의3. 건설되는 건축물의 설계 개요의 변경
- 2의4. 건축물의 철거 및 신축에 소요되는 비용의 개략적인 금액의 변경
3. 법 제4조의 규정에 의한 정비구역 또는 정비계획의 변경에 따라 변경되어야 하는 사항
4. 그 밖에 시·도 조례로 정하는 사항

◆ 도시정비법시행규칙

제7조(조합의 설립인가신청 등) ① 정비사업의 추진위원회는 법 제16조제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 조합설립인가를 받으려면 별지 제3호서식의 주택재개발사업·도시환경정비사업조합설립(변경)인가신청서 또는 별지 제4호서식의 주택재건축정비사업조합설립(변경)인가신청서에 다음

각 호의 서류를 첨부하여 시장·군수에게 제출(전자문서로 제출하는 것을 포함한다)하여야 한다.

1. 조합정관
2. 조합원 명부(조합원자격을 증명하는 서류 첨부)
3. 토지등소유자의 조합설립동의서 및 동의사항을 증명하는 서류
4. 창립총회 회의록(총회참석자 연명부 포함)
5. 삭제
6. 토지·건축물 또는 지상권이 수인의 공유에 속하는 경우에는 그 대표자의 선임 동의서
7. 창립총회에서 임원·대의원을 선임한 때에는 선임된 자의 자격을 증명하는 서류
8. 주택건설예정세대수, 주택건설예정지의 지번·지목 및 등기명의자, 도시관리계획상의 용도지역, 대지 및 주변현황을 기재한 사업계획서(주택재개발사업 및 주택재건축사업의 경우에 한한다)
9. 건축계획, 건축예정지의 지번·지목 및 등기명의자, 도시관리계획상의 용도지역, 대지 및 주변현황을 기재한 사업계획서(도시환경정비사업의 경우에 한한다)
10. 그 밖에 특별시·광역시 또는 도의 조례가 정하는 서류

②법 제16조 제1항 내지 제3항의 규정에 의하여 설립인가를 받은 조합은 동종동향의 규정에 의하여 변경인가를 받고자 하는 때에는 제1항의 규정에 의한 주택재개발사업·도시환경정비사업조합설립(변경)인가신청서 또는 주택재건축정비사업조합설립(변경)인가신청서에 변경내용을 증명하는 서류를 첨부하여 시장·군수에게 제출(전자문서에 의한 제출을 포함한다)하여야 한다.

출제의도

설문은 대법원 2010.12.9. 선고 2009두4555 판결(이하 ‘대상판결’이라 한다)의 설시를 거의 그대로 살려서 만든 것이다. 이를 통해 도시정비사업 조합설립인가의 법적 성격을 강학상 인가로 보던 과거와 달리 이제 설권적 처분으로 보고 있는 판례의 입장을 정확하게 이해하고 있는가를 묻는 것이다. 아울러, 원래 설립변경신고를 했으면 즉할 사항에 대해서 설립변경인가의 신청이 있고, 그에 대해서 설립변경처분이 있는 경우에 실무가 이 문제를 어떻게 처리하고 있는지를 알아 둘 필요가 있고, 이와 관련하여 이론적인 쟁점이 될 만한 것으로 무엇이 있는지에 대해서도 생각해 둘 필요가 있다.

【답안구성 예】

I. 조합설립인가의 법적 성격에 대해서

1. 인가론(認可論)과 그 문제점
2. 참고판결의 실시와 그 시사점
3. 소결

II. 조합설립변경인가의 법적 성격에 대해서

1. 조합설립변경인가와 조합설립변경신고
2. 조합설립변경신고의 수리를 대신하는 조합설립변경허가
3. 소결

III. 사안의 해결

(1) 변경된 판례에 따르면, 설립인가처분은 단순한 강학상 인가에 그치지 않는 설권적 처분으로서, 조합설립행위의 무효를 이유로 설립인가처분을 항고소송으로 다투는 것은 얼마든지 가능하다. 따라서 설문은 타당하지 않다.

(2) 비록 형식이 조합설립변경인가처분이지만 그 실질은 조합설립변경신고에 대한 수리처분인 점에서, 전자에서 후자로의 전환을 인정하면, 조합설립변경인가처분이 후행처분이라고 하더라도 선행처분인 조합설립인가처분이 이에 흡수되지 않는다는 결론에 이른다. 따라서 설문은 타당하지 않다.

2011년 4월호 고시계
홍익대학교 교수 송시강

상 법

1. 경영판단의 원칙

【設問】

1. 甲은 해운업을 운영하는 A 해운주식회사의 자회사로서 재정적으로 파탄에 임박한 수산업을 운영하는 B 수산주식회사에 대하여, 도산을 불러올지도 모른다는 것을 알고 난 후에 솔직히 B 수산주식회사에 대한 용자를 중단할 것인가, 아니면 성어기까지의 연결자금을 용자해 줌으로써 B 수산주식회사의 경영호전을 기대할 기회를 가질까 어떤가의 선택에 직면하였다. 숙고한 甲은 적극적인 경영정책을 선택하여 B 수산주식회사에 연결자금을 용자해 주고 B 수산주식회사에 대한 관리를 강화함과 동시에 담보권을 확보하기 위한 갖은 노력을 강구하였지만, 기대하였던 성어기가 도래하기 전에 B 수산주식회사는 도산하여 위 용자금의 회수가 불가능하게 되었다.

2. 한편으로 甲은 절세하기 위해 행한 행위가 세무서에 의해 탈세행위라고 지적되어 법인세법에 따라 A해운주식회사에 증가산세가 부과되었다.

위와 같은 각 경우 A해운주식회사는 A해운주식회사의 대표이사인 甲에 대하여 손해배상 청구를 하는 것이 가능한가?