

주주명부에 명의개서를 하여야 하므로 명의개서 청구는 중요한 의미가 있다. 그런데 주식양도의 경우 누가 회사에 대하여 명의개서를 청구할 수 있는지가 문제된다. 그런데 양수인의 경우에는 자신이 주주명부에 명의개서를 요구하지 않고 제3자에게 바로 다시 양도할 수 있는 것이므로 회사에 대하여 명의개서 청구여부를 판단하고 실행할 수 있는 자는 양수인이라고 하여야 한다. 판례도 같은 입장이다. 더 나아가 회사가 명의개서를 마치지 않은 주식취득자를 주주로 인정하여 권리를 행사하도록 할 수 있는지 문제된다. 이점에 대해서 상법 제337조 제1항은 명의개서를 하지 않으면 회사에 대항하지 못한다고 규정하고 있을 뿐이므로 회사가 명의개서를 마치지 않은 주식취득자를 주주로 인정하는 것은 아무 상관이 없다는 입장(편면적 구속설)과 회사는 그가 주주임을 확인한 경우에도 주주로 인정하여 권리를 행사시킬 수 없다는 입장(쌍방적 구속설)이 대립되어 있다. 판례(대법원 1989.10.24. 선고 89다카14714 판결; 대법원 2001.5.15. 선고 2001다12973 판결)는 전자(편면적 구속설)의 입장을 취하고 있다.

2012년 3월호 고시계  
건국대학교 법학전문대학원 교수 최병규

## 행정법

### 1. 위법성의 승계, 재량행위에 대한 사법심사의 방식, 집행정지, 금지소송, 사정판결

#### 【 설 문 】

국가는 A하천의 상류부에 댐건설을 계획하였는데, 용지매수가 잘 되지 않자, 토지수용제도를 이용하기 위해, 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 「토지취득보상법」이라 함)에 의한 사업인정의 신청을 하였다. 이에 대하여, 국토해양부장관이 사업인정을 하고, 3년 후, 중앙토지수용위원회 Y는 수용재결을 했다.

이에 대하여, 수용지의 소유자인 X는 민족문화의 성지임에도 불구하고, 댐건설에 의한 민족문화훼손에 대한 판단이 고려되지 않았으므로 그 사업인정은 위법하고, 사업인정의 위법성은 수용재결에 승계되므로, 수용재결도 위법하다고 하여, 수용재결의 취소를 구하였다.

[문1] 수용재결의 취소소송에서 사업인정의 위법성을 다룰 수 있는가?

[문2] 댐건설에 의한 민족문화훼손에 대한 판단이 고려되지 않았음을 이유로 하여 사업인정의 위법성을 주장하려면, 어떤 법적 구성이 필요한가?

[문3] 「행정소송법」은 「취소소송의 제기는 처분 등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다」라고 규정하고 있고, X가 수용재결의 취소소송을 제기하더라도 사업시행자는 토지수유권을 취득하고, 그것을 전제로 댐건설이 추진되고, 기성사실이 만들어졌다고 하자. 이 경우 소송계속 중에 댐 건설을 중지시키는 방법은 없겠는가?

[문4] 설문과 관련하여, 예방적 금지소송에 의하여 X는 댐건설을 중지할 수 있는가?

[문5] 소송계속 중에 댐건설을 중지할 수 없어, 댐이 완성된 경우 법원은 어떻게 판단해야 하는가?

※[문2]부터 [문4]는 위법성이 승계된다는 전제하에서 검토하시오.

### [참고조문]

[토지취득보상법]

제20조(사업인정) ① 사업시행자는 제19조의 규정에 따라 토지 등을 수용 또는 사용하고자 하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 국토해양부장관의 사업인정을 받아야 한다.

② (생략)

제28조(제결의 신청) ① 제26조의 규정에 의한 협의가 성립되지 아니하거나 협의를 할 수 없는 때(제26조 제2항 단서의 규정에 의한 협의의 요구가 없는 때를 포함한다)에는 사업시행자는 사업인정고시가 있는 날부터 1년 이내에 대통령령이 정하는 바에 따라 관할 토지 수용위원회에 재결을 신청할 수 있다.

② (생략)

제34조(제결) ① 토지수용위원회의 재결은 서면으로 한다.

② (생략)

제45조(권리의 취득·소멸 및 제한) ① 사업시행자는 수용의 개시일에 토지나 물건의 소유권을 취득하며, 그 토지나 물건에 관한 다른 권리는 이와 동시에 소멸한다.

②·③ (생략)

[행정소송법]

제23조(집행정지) ① 취소소송의 제기는 처분 등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다.

② 취소소송이 제기된 경우에 처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 처분 등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지(이하 "집행정지"라 한다)를 결정할 수 있다. 다만, 처분의 효력정지는 처분 등의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.

③ 집행정지는 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 허용되지 아니한다.

④·⑥ (생략)

제28조(사정판결) ① 원고의 청구가 이유있다고 인정하는 경우에도 처분 등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정하는 때에는 법원은 원고의 청구를 기각할 수 있다. 이 경우 법원은 그 판결의 주문에서 그 처분 등이 위법함을 명시하여야 한다.

② 법원이 제1항의 규정에 의한 판결을 함에 있어서는 미리 원고가 그로 인하여 입게 될 손해의 정도와 배상방법 그 밖의 사정을 조사하여야 한다.

③ 원고는 피고인 행정청이 속하는 국가 또는 공공단체를 상대로 손해배상, 제해시설의 설치 그 밖에 적당한 구제방법의 청구를 당해 취소소송 등이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 있다.

**출제의도**

도로, 항만, 공항, 댐 등의 공공시설을 건설하기 위한 공공사업이 널리 행해지고 있다. 공공사업은 본래 공익을 위해 행해지지만, 공공사업을 둘러싸고 국가와 국민 간에는 많은 분쟁이 발생하고 있다. 공공사업용지는, 일반적으로는, 사업예정지의 소유자로부터의 임의매수에 의해 확보되지만, 항상 토지소유자가 용지매수에 응하는 것은 아니므로, 부득이하게 토지를 강제적으로 취득하는 토지수용제도가 생겼다.

그 대표적인 근거법인 「토지취득보상법」은 토지수용에 관한 절차에 관하여, 사업인정, 행위제한, 수용재결, 소유권취득, 보상금지급, 토지인도 등을 상세히 정하고 있다. 이와 관련한 여러 문제를 종합적으로 생각해보고, 정리해 두는 것이 행정법의 시험 문제에 대비하는데 도움이 될 것이다.

**【답안구성 예】**

- I. 수용재결은 사업인정의 위법성을 승계하는가?
- II. 위법판단의 기준시
- III. 사업인정과 재량행위
- IV. 집행정지문제
- V. 예방적 금지소송
- VI. 사정판결
- VII. 취소판결

**I. 수용재결은 사업인정의 위법성을 승계하는가?**

(1) [문1]은 사업인정과 수용재결 간에 위법성의 승계가 인정되는가를 묻고 있다. 위법성의 승계는 연속하는 행정처분 간에 일정요건 하에 선행행위의 위법성이 후행행위에 승계되는 현상을 말한다. 선행행위가 행정행위이면 선행행위의 위법성은 선행행위의 취소소송에서 다투면 충분하고, 선행행위의 위법성은 원칙적으로 후행행위의 취소소송에서는 다룰 수 없다. 위법성의 승계는 이 원칙의 예외로서 인정되는 법리이다.

**III. 사업인정과 재량행위**

[문2]는 사업인정의 위법성이 어떻게 판단될 것인지의 문제이다. 사업인정의 위법성을 주장함에 있어서 우선 사업인정의 법적 성격, 즉 첫째로 기속행위인지 아니면 재

량행위인지 여부의 문제가 검토되어야 하고, 둘째로 재량행위인 경우에 그것이 지속재량행위인지 아니면 자유재량행위인지 여부의 문제가 검토되어야 하며, 셋째로 이들에 대한 사법심사방식은 어떠한지 검토되어야 할 것이다.

#### IV. 집행금지문제

(1) [문3]은 집행정지가 인정되는가 하는 것이다. 「행정소송법」은 집행부정지원칙을 택하면서 집행정지의 길을 열어두어 원활한 행정운용의 확보와 개인의 권리보호의 확보라는 요청을 조화시키고 있다.

#### V. 예방적 금지소송

(6) [문4] . 이 사례에서는 특히 손해의 중대성의 요건이 충족되는가가 문제로 된다. 토지수용에 의한 문화재의 훼손은, 사후에 그 처분 등의 효력을 다투는 방법으로는 회복하기 어려운 손해를 입을 우려가 있다고 판단하는 것이 합리적이다. 따라서 예방적 금지소송의 요건은 충족된다고 할 것이다.

#### VI. 사정판결

(1) [문5]는 판결의 종류와 효력을 묻고 있다. 행정처분이 위법하면 취소하는 것이 원칙이지만, 예외적으로 현저히 공공복리에 적합하지 않으면 청구를 기각하는 판결을 할 수 있는데 이것이 사정판결이다. 즉 취소판결에 의해 다수의 토지, 다수인에 관해 생긴 각종 법률관계나 사실·상태가 일시에 무너지고, 큰 혼란이 생기는 사태를 막기 위해 「행정소송법」은 사정판결제도를 두고 있다. 이러한 사정판결제도는 기성사실을 존중하고 취소판결에 의한 사인의 이익의 보호보다도 공공복리의 우선을 도모하려는 것이다.

2011년 5월호 고시계  
동국대학교 법대 교수 최정일

## 2. 건축사의 확인업무 해태와 그 구제론

### 【 설 문 】

X시에 속한 A구의 구청장(이하 A구청장이라 표시)은 甲이 건축중인 사건 건축물에 대한 건축허가 여부를 심사하는 과정에서 건축사 乙이 설계한 설계도면이 상세계획구역시행지침에 규정된 건축한계선을 2미터 정도 침범하여 설계된 사실을 간과하였다. 위 사건 건축물을 설계한 乙이 건축한계선을 간과한 채 설계하고, 건축법 제27조 및 동법시행령 제20조 소정의 현장조사·검사 및 확인업

무와 관련하여 그 간과로 인하여 그에 기초한 허위 내용의 건축허가조사 및 검사조서를 작성·제출함으로써 A구청장은 그를 믿고 위 건축물에 대한 신축 및 증축의 건축허가를 하게 되었다.

이후 상당한 정도로 공사가 진척되었을 때쯤 A구의 구청장은 위 사건 건축물에 대하여 건축한계선 침범을 이유로 그 위반부분의 시정지시를 명하였다.

그런데 이 사건 건축물의 설계 이전에 이미 이 사건 대지에 연접한 대지에는 당해지구 상세계획구역시행지침에 정한 건축한계선에 따라 건축된 6층 건물이 있었고, 甲은 이 사건 대지 남쪽 일부에 당시 시행중인 당해 건축조례에 정한 건축기준에 따라 대지경계선으로부터 2m 후퇴하여 건축물을 건축한 경향이 있다. 그리고 이 사건 대지에 대한 토지이용계획확인원에는 상세계획지침에 의한 이용제한이 있다는 사실이 공시되었다.

- (1) 甲은 건축물에 대한 A구청장의 건축허가를 믿은 나머지 많은 비용과 노력을 투자하여 시공중이라는 이유로 그 시정지시의 취소를 구할 수 있는가.
- (2) 위 상황에서 甲이 생각할 수 있는 가능한 법적 조치와 그 실효성은 어떤가.

**[참고조문]**

\* 건축법 제11조(건축허가)

① 건축물을 건축하거나 대수선하려는 자는 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다.

\* 건축법 제27조(현장조사·검사 및 확인업무의 대행)

① 허가권자는 이 법에 따른 현장조사·검사 및 확인업무(신고 대상 건축물에 대한 현장조사·검사 및 확인업무는 제외한다)를 대통령령으로 정하는 바에 따라 「건축사법」에 따라 건축사 업무신고를 한 자에게 대행하게 할 수 있다.

② 제1항에 따라 업무를 대행하는 자는 현장조사·검사 또는 확인결과를 국토해양부령으로 정하는 바에 따라 허가권자에게 서면으로 보고하여야 한다.

\* 건축법시행령 제20조(현장조사·검사 및 확인업무의 대행)

① 허가권자는 법 제27조제1항에 따라 허가 대상 건축물 중 건축조례로 정하는 건축물의 건축허가, 사용승인 및 임시사용승인과 관련되는 현장조사·검사 및 확인업무를 건축사로 하여금 대행하게 할 수 있다.

② 제1항에 따른 업무대행자의 업무범위와 업무대행절차 등에 관하여 필요한 사항은 건축조례로 정한다.

\* 건축법 시행규칙 제21조(현장조사·검사업무의 대행)

① 법 제27조제2항에 따라 현장조사·검사 또는 확인업무를 대행하는 자는 허가권자에게 별지 제23호서식의 건축허가조사 및 검사조서 또는 별지 제24호서식의 사용승인조사 및 검사조서를 제출하여야 한다.

③ 허가권자는 법 제27조제3항에 따라 현장조사·검사 및 확인업무를 대행하는 자에게 「엔지니어링기술 진흥법」 제10조에 따라 지식경제부장관이 공고하는 엔지니어링사업 대가기준의 범위에서 건축조례로 정하는 수수료를 지급하여야 한다.

\* X시 건축조례 제22조(현장조사·검사 및 확인업무의 대행)

① 건축법시행령 제20조 제2항에 따른 업무대행자의 업무는 다음 각 호와 같다.

1. 법 제11조에 따른 건축허가 전 현장조사·검사 및 확인업무

② 허가권자의 업무를 대행하게 할 자의 지정대상은 다음 각 호와 같다.

1. 제1항 제1호부터 제3호에 따른 현장조사·검사 및 확인업무는 건축사

\* A구 건축업무지침 제12조

X시 건축조례 제22조 제2항 제1호 관련 업무대행자는 건축설계를 한 당해 건축사로 하여금 대행하게 한다.

### 출제의도

종래 건축사가 건축허가 전 현장조사·검사 및 확인업무'를 하는 경우 공무원수탁사인  
으로 분류함이 일반이나 대개가 그에 대한 특별한 설명이 없고, 세간에서도 건축사의  
위 업무해태를 두고 국가배상책임을 묻는 경우가 거의 없었음을 보아 실무상 위 업무  
와 관련하여서는 아예 국가배상책임을 제기할 생각조차 갖지 않고 있는 듯하다. 이  
에 신뢰보호의 원칙을 주장한 판례(2001두1512)를 토대로 국가배상책임을 생각  
하게 출제하였다. 특히 국가배상법의 개정으로 '공무를 위탁받은 사인'을 공무원에 포  
함시킨 상황에서 그 정확한 의미가 확립된 것은 아니나 종래와 같이 건축사를 공무원수  
탁사인으로 볼 경우라도 건축사는 국가배상법상의 공무원에 해당된다고 할 여지가 그  
만큼 높아져 판례의 태도는 국가배상책임을 더 널리 인정하는 방향으로 가게 될 것이  
라는 확신에서 그 先導論으로 출제한 것이다.

## 【답안구성 예】

[설문 (1)의 해결]

### I. 쟁점의 정리

1. 신뢰보호의 원칙 적용문제
2. 비례의 원칙

### II. 신뢰보호원칙의 적용

1. 신뢰보호원칙의 적용요건
2. 귀책사유의 의미
3. 위 귀책사유의 인식기준
4. 사안예의 적용

### III. 비례의 원칙의 적용

### IV. 결 론

[설문 (2)의 해결]

### I. 쟁점의 정리

### II. 건축사 乙의 건축허가 전 현장조사·검사 및 확인업무

1. 乙의 법적 지위

2. 위 대항관계와 관련된 건축사 乙의 지위론
  3. 권한의 '대행'과 국가배상
  4. 건축사 乙의 법적 지위
  5. A구등의 책임론
- Ⅲ. 건축사 乙의 책임
- Ⅳ. 결 론

## [설문 (1)의 해결]

### Ⅳ. 결 론

甲에게 귀책사유가 있다고 함은 甲으로부터 위임받은 乙의 귀책사유까지 포함하여 판단한다는 의미이므로 甲측은 건축한계선을 침범하여 설계하고 조사한 잘못의 귀책사유가 있다고 할 것이고 이는 중과실에 해당되므로 신뢰보호원칙의 적용요건과 관련하여 귀책사유가 있는 경우에 해당하여 그 신뢰보호원칙 적용의 요건을 갖추지 못한 것이다.

그리고 시정명령으로 인하여 건축행정 또는 도시계획행정상의 공익이나 제3자의 이익보호가 시정명령의 취소로 인한 甲의 불이익보다 작다고 할 수 없으므로 이익형량상 甲은 시정명령의 취소를 구할 수 없어 소송을 제기하면 기각판결을 받게 될 것이다.

## [설문 (2)의 해결]

### Ⅳ. 결 론

甲은 乙, A구, 국가 등에 대하여 공동배상책임을 물을 수 있을 것이다. 乙이 무자력일 경우 국가나 A구에 대하여 국가배상책임을 묻는 구체책이 효과적일 것이다. 개정국가배상법 제2조 제1항에서 국가배상법상의 공무원에 '공무를 위탁받은 사인'을 포함시키고 있으므로 판례는 더욱 국가배상책임을 확대하는 방향으로 작용할 것이다.

주의할 것은 신뢰보호의 원칙의 적용문제를 판단함에 있어서는 건축주 甲과 건축사 乙을 묶어 귀책사유의 유무를 판단하고 그 결과 중과실이 있는 경우로 보아 甲의 신뢰는 보호되지 않았지만 국가배상책임문제를 판단하는 문제에 있어서는 乙의 '건축허가 전 현장조사·검사 및 확인업무'는 A구청장으로부터 위탁받은 공무원써 동 '건축허가 전 현장조사·검사 및 확인업무'의 해태까지 甲이 수궁할 것은 아니라는 점이다. 이에 대하여는 甲으로서도 당연히 따질 수 있는 문제라는 것이고 그 근거는 동업무가 국가기관위임사무이기 때문인 것이다.

2011년 6월호 고시계  
동아대학교 법학전문대학원 교수·변호사 이상천

### 3. 도시계획사업의 시행허가와 부관

#### 【 설 문 】

A건설회사는 서울특별시시장으로부터 도시공원법의 규정에 의하여 공원시설을 조성하도록 하는 도시계획사업의 시행허가를 받아 공원을 조성하였고, 이와 함께 공원의 시설물을 설치하여 서울특별시에 기부채납하였다. 한편, A건설회사는 공원에 설치된 시설물을 40년간 무상 사용·수익하여 줄 것을 신청하였다. 이에 대해 서울특별시시장으로부터 권한을 위임받은 공원관리사업소장은 A건설회사가 신청한 무상사용·수익 허가기간을 40년 가운데 20년간만 사용할 수 있다는 조건을 붙여 허가를 하였다. 이에 대해 A건설회사는 공원관리사업소장의 부당한 조건의 내용이 부당하다고 하여 이를 다투려고 한다. 그 방법과 승소가능성에 대해 논술하시오. (50점)

#### 【답안구성 예】

- I. 문제의 쟁점정리
  1. 공원관리사업소장의 허가
  2. 허가조건의 법적 성질
- II. 부관의 적법성 여부
  1. 부관의 개념
  2. 부관의 종류
  3. 사례에서의 부관의 법적 성질
  4. 부관의 한계
- III. 부관의 독립쟁송가능성
  1. 학설
  2. 판례의 동향
  3. 사례에서의 독립쟁송가능성
- IV. 부관의 독립취소가능성
  1. 기속행위에 대한 부관의 독립취소가능성
  2. 재량행위에 대한 부관의 독립취소가능성
  3. 사례에 있어서 독립취소가능성
- V. 맺음말

#### V. 맺음말

이상 사례에서 제기된 공원시설물에 대한 무상 사용·수익의 허가와 관련하여 부관의 법적 성질 등에 대하여 검토하였다. 이상의 검토를 통하여 이해할 수 있듯이 공원관리사업소장의 허가는 행정처분에 해당하므로 허가의 위법성을 행정소송을 통하여 다투



수 있다고 할 수 있다. 또한 20년간의 기간을 정하여무상사용·수익하도록 한 허가는 부관부행정행위에 해당하며 부관의 법적 성격에 따라 기한으로 해석할 수 있다. 따라서 20년의 허가를 부분적으로 분리하여 독립적으로 쟁송의 대상으로 다룰 수는 없을 것이며, 허가 그 자체의 위법성을 다투어야 할 것이다. 다만 A건설회사는 20년의 부관이 내용적으로 보아 부관의 한계를 넘어서 위법하다고 주장하여 주된 행정행위인 허가 전체를 위법하다고 하는 소송을 제기하여야 한다. 아울러서 법원은 허가의 위법성을 판단할 때에 사용허가를 적법하다고 하고, 부관으로 붙이고 있는 20년간의 사용·수익허가만을 독립하여 위법하다고 분리하여 판단할 가능성이 매우 희박하다고 보아야 한다.

2011년 8월호 고시계  
승실대학교 법대 교수 채우석

#### 4. 경찰의 주취운전 단속행위의 법적 성격과 위법성 여부 및 행정쟁송의 가능성

##### 【설 문】

A는 평소 음주운전을 즐겨하던 중 평상시와 마찬가지로 저녁8시부터 소주를 마시기 시작하여 밤 12시까지 소주 3병을 마시고 귀가하던 중 왕복 6차로 도로를 전면차단하고 도로운행중이던 모든 차량을 대상으로 주취운전단속 중이던 관할 경찰서 소속 甲 경찰관에게 적발되어 호흡측정을 하도록 요구받았다. 호흡측정에 의해 A의 혈중알코올농도가 0.101%에 해당되어 차량을 두고 귀가조치당한 후 수일 후 관할 지방경찰청장으로부터 A가 가지고 있던 1종 보통면허, 제1종 특수 면허 모두에 대해 운전면허 취소 처분을 받았다. 이러한 경찰의 주취운전단속은 도로교통법 제44조의 주취운전단속 근거조항에 의해 주취운전단속과 면허취소가 시행되었다. 이같은 경찰의 무작위 주취운전단속에 대해 다음을 검토하시오

(1) A는 경찰관 甲이 주취운전단속을 시행할 경우 충분한 안전조치를 취하여야 하며, 또한 술에 취했다고 인정할 만한 이유가 있는 경우에 단속을 할 수 있는 것인지 모든 차량을 대상으로 무작위 단속을 하는 것은 재량권의 남용으로 위법이며, 수인의 한도를 넘어 위법한 침해라고 주장하였다. 이러한 A의 주장은 타당한가?

(2) A는 甲이 소속되어 있는 관할 지방경찰청장이 처분한 운전면허 취소행위는 지나치게 행정법상의 일반원칙을 침해한 것으로 피해구제를 위해 행정쟁송을 제기할 수 있는가?

[참조조문]

■ 도로교통법 제44조(술에 취한 상태에서의 운전금지) ① 누구든지 술에 취한 상태에서 자동차등(「건설기계관리법」 제26조제1항 단서의 규정에 의한 건설기계 외의 건설기계를 포함한다. 이하 이 조, 제45조, 제47조, 제93조제1항제1호 내지 제4호 및 제148조의2에서 같다)을 운전하여서는 아니된다.

②경찰공무원(자치경찰공무원을 제외한다. 이하 이 항에서 같다)은 교통의 안전과 위험방지를 위하여 필요하다고 인정하거나 제1항의 규정을 위반하여 술에 취한 상태에서 자동차등을 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 때에는 운전자가 술에 취하였는지의 여부를 호흡조사에 의하여 측정할 수 있다. 이 경우 운전자는 경찰공무원의 측정에 응하여야 한다. <개정 2006.7.19>

③제2항의 규정에 의하여 술에 취하였는지의 여부를 측정한 결과에 불복하는 운전자에 대하여는 그 운전자의 동의를 얻어 혈액채취 등의 방법으로 다시 측정할 수 있다.

④제1항의 규정에 따라 운전이 금지되는 술에 취한 상태의 기준은 혈중알콜농도가 0.05퍼센트 이상으로 한다.

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

제93조(운전면허의 취소·정지) ① 지방경찰청장은 운전면허(연습운전면허를 제외한다. 이하 이 조에서 같다)를 받은 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 행정안전부령이 정하는 기준에 의하여 운전면허를 취소하거나 1년 이내의 범위에서 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있다. 다만, 제2호·제3호, 제6호 내지 제8호(정기적성검사기간이 경과된 때를 제외한다), 제11호, 제13호, 제15호, 제16호 또는 제17호에 해당하는 때에는 운전면허를 취소하여야 한다. <개정 2006.4.28, 2008.2.29, 2010.7.23>

1. 제44조제1항의 규정을 위반하여 술에 취한 상태에서 자동차등의 운전을 한 때
2. 제44조제1항 또는 제2항 후단의 규정을 2회 이상 위반한 사람이 다시 동조제1항의 규정을 위반하여 운전면허 정지사유에 해당된 때
3. 제44조제2항 후단의 규정을 위반하여 술에 취한 상태에 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있음에도 불구하고 경찰공무원의 측정에 응하지 아니한 때

■ 도로교통법시행규칙. 별표18:운전할 수 있는 차의 종류

| 운전면허<br>종별 | 구분   | 운전할 수 있는 차량   |
|------------|------|---|
| 제1종        | 대형면허 | ○승용자동차○승합자동차○화물자동차○긴급자동차<br>○건설기계<br>-덤프트럭, 아스팔트살포기, 노상안정기<br>-콘크리트믹서트럭, 콘크리트펌프, 천공기(트럭 적재식)<br>-콘크리트믹서트레일러, 아스팔트콘크리트제생기<br>-도로보수트럭, 3톤 미만의 지게차<br>○특수자동차(트레일러 및 레커는 제외한다)            |
|            | 보통면허 | ○승용자동차<br>○승차정원 15인 이하의 승합자동차<br>○승차정원 12인 이하의 긴급자동차(승용 및 승합자동차에 한정한다)<br>○적재중량 12톤 미만의 화물자동차<br>○건설기계(도로를 운행하는 3톤 미만의 지게차에 한정한다)<br>○총중량 10톤 미만의 특수자동차(트레일러 및 레커는 제외한다)<br>○원동기장치자전거 |

|     |                |  |
|-----|----------------|--|
|     | 소형면허<br>특수면허   | ○3륜화물자동차 ○3륜승용자동차 ○원동기장치자전거<br>○트레일러 ○레커 ○제2종보통면허로 운전할 수 있는 차량   |
| 제2종 | 보통면허           | ○승용자동차<br>○승차정원 10인 이하의 승합자동차<br>○적재중량 4톤 이하의 화물자동차<br>○총중량 3.5톤 이하의 특수자동차(트레일러 및 레커는 제외한다)<br>○원동기장치자전거 |
|     | 소형면허           | ○이륜자동차(측차부를 포함한다)<br>○원동기장치자전거   |
|     | 원동기장치<br>자전거면허 | ○원동기장치자전거  |
| 연습  | 제1종<br>보통      | ○승용자동차<br>○승차정원 15인 이하의 승합자동차<br>○적재중량 12톤 미만의 화물자동차   |
|     | 제2종<br>보통      | ○승용자동차<br>○승차정원 10인 이하의 승합자동차<br>○적재중량 4톤 이하의 화물자동차  |

■ 도로교통법시행규칙. 별표28.

술에 취한 상태에서 운전할때 면허 취소 처분 기준

- 술에 취한 상태의 기준(혈중알콜농도 0.05% 이상)을 넘어서 운전을 하다가 교통사고로 사람을 죽게 하거나 다치게 한 때
- 술에 만취한 상태(혈중알콜농도 0.1% 이상)에서 운전한 때
- 2회 이상 술에 취한 상태의 기준을 넘어 운전하거나 술에 취한 상태의 측정에 불응한 사람이 다시 술에 취한 상태(혈중알콜농도 0.05% 이상)에서 운전한 때

☞ 출제의도

사안의 쟁점들을 정확히 파악하여 논리체계적인 단계를 거쳐 행정처분에 대한 성격을 이해하고 명쾌하게 문제를 해결해 나가는 것을 보고자 한다. 설문(1)에서는 주취 운전단속의 성질과 그 근거법령 그리고 주취운전단속의 적법성을 제대로 이해하고 있는가를 보고자 한다. 설문(2)에서는 주취운전에 대한 행정처분의 위법성에 대한 판례를 이해하고 피해에 대한 행정쟁송을 통한 권리구제가 가능한가에 대해 논리 전개 방식을 묻고자 한다.

**【답안구성 예】**

- I. 문제의 소재
- II. 설문 (1)의 검토
  1. 위 주취운전단속 법적 성질
  2. 과잉단속으로 재량권 남용 여부

3. A의 수인의 한도 여부

III. 설문 (2)의 검토

1. 운전면허취소 처분의 위법성
2. 지방경찰청장에 대한 항고쟁송의 가능성

IV. 결 론

IV. 결 론

(1) A의 주취운전에 대해 경찰관 甲이 하는 단속행위는 도로교통법 제44조에 의해 하는 권력적 작용으로 A는 경찰관의 주취운전단속 확인에 응해야 할 의무가 있다. 이러한 주취운전단속행위는 주취여부를 확인하는 과정으로 권력적 경찰작용중 경찰조사에 해당하며, 만약 주취자인 것을 확인 후에 주취단속을 하는 경우는 경찰상 즉시강제에 해당한다.

경찰의 주취운전단속은 경찰행정법 작용으로 행정법상의 일반원칙인 비례의 원칙이 당연히 적용되며, 이러한 원칙에 의해 경찰의 주취운전단속은 최소한의 침해의 범위에서 이루어져야 한다. 경찰의 주취운전단속에 대한 과잉여부는 단속의 방법 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 헌법재판소는 주취운전단속은 적법한 행위이나 단속을 할 경우에 과잉조치의 금지의 원칙은 반드시 지켜야 한다고 하여 방법상의 한계를 준수하도록 하고 있다.

(2) 관할 지방경찰청장이 A에 대해 내린 운전면허 취소처분에 대해 A가 가지고 있는 여러종류의 운전면허를 동시에 취소하는 것은 최소침해의 원칙에 반할 뿐 아니라 지나치게 개인의 권리를 침해하는 것에 해당한다. 대법원도 운전면허는 대인적 허가에 해당하며 그 성질이 동일한 것은 취소의 대상으로 할 수 있으나 성질이 다른 것을 함께 취소하는 것은 지방경찰청장의 취소범위를 벗어난 것으로 보았다.

따라서 A는 1종 보통면허를 가지고 운전하던 중 주취운전에 단속되어 1종 특수면허까지 취소된 경우 관할 지방경찰청장을 상대로 행정심판 또는 행정소송을 제기하여 구제받을 수 있다.

2011년 9월호 고시계  
청주대학교 법대 교수 김원중

## 5. 행정입법의 성질 및 공법상 쟁송수단

### 【설문】

A는 전통다과(茶菓)를 판매하는 영업을 하고 있는바, 전통다과의 다도를 배우려는 수습생으로서 만 18세인 B와 C를 고용하고 있다. 그런데 최근 인터넷을 통하여 전통다과를 즐기려는 동호회가 활성화되자, A는 인터넷으로 신청을 받아 외부의 공개된 장소에서 전통다과의 조리법을 시연하고 전통다과를 판매하는 영업을 개시하였다. 그런데, 2011. 10. 1. A는 마침 집안 행사가 있어서, 그날 요청된 행사에는 위 B와 C만이 참석하여 전통다과의 조리법을 시연하고 다과를 판매하게 하고, 그 행사시간에 비례하여 사례비와 다과비를 받아오도록 하였다. 그러자 관할 구청장은 이러한 행위가 청소년보호법 제24조 제1항 및 제26조의2 제9호 위반으로 보아서 법 제49조에 따라 과징금 3천만원을 부과하였다.

(1) 이에 불복하기 위하여 A는 먼저 과징금의 액수가 너무 과도하다고 행정소송으로 다투려고 한다. 이러한 소송에서의 법리상의 쟁점을 논하시오.

(2). 한편, A는 위 소송에서 자신과 같은 영업행태를 마치 일반 다방과 같이 규제하는 것은 문제라고 보아 다투려고 한다. 원고가 취할 수 있는 공법상 쟁송방식과 법리상 쟁점에 대하여 논하시오.

### 【참조조문】

#### ■ 청소년 보호법

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. "청소년"이라 함은 만 19세 미만의 자를 말한다. 다만, 만 19세에 도달하는 해의 1월 1일을 맞이한 자를 제외한다.

5. "청소년유해업소"라 함은 청소년의 출입과 고용이 청소년에게 유해한 것으로 인정되는 다음 가목의 어느 하나에 해당하는 업소(이하 "청소년출입·고용금지업소"라 한다)와 청소년의 출입은 가능하나 고용은 유해한 것으로 인정되는 다음 나목의 어느 하나에 해당하는 업소(이하 "청소년고용금지업소"라 한다)를 말한다. 이 경우 업소의 구분은 그 업소가 영업을 함에 있어서 다른 법령에 의하여 요구되는 허가·인가·등록·신고등의 여부에 불구하고 실제로 이루어지고 있는 영업행위를 기준으로 한다.

나. 청소년고용금지업소

(1) 「식품위생법」에 의한 식품접객업중 대통령령으로 정하는 것

제24조(청소년 고용금지 및 출입제한 등) ① 청소년유해업소의 업주는 종업원을 고용하고자 하는 때에는 그 연령을 확인하여야 하며, 청소년을 고용하여서는 아니된다.

제26조의2(청소년유해행위의 금지) 누구든지 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.

9. 주로 다류(茶類)를 조리·판매하는 업소에서 청소년으로 하여금 영업장을 벗어나 다류를 배달하는 행위를 하게 하거나 이를 조장 또는 묵인하는 행위

제49조(과징금)

②시장·군수 또는 구청장은 제50조 또는 제51조 각호의 1에 해당하는 행위로 인하여 이익을 취득

한 자에 대하여 대통령령이 정하는 바에 의하여 1천만원 이하의 과징금을 부과·징수할 수 있다. 다만, 다른 법률의 규정에 의한 영업허가취소·영업소폐쇄·영업정지 또는 과징금부과 등 행정처분의 대상으로서 행정처분이 이루어진 경우 또는 행정처분이 가능한 경우에는 그러하지 아니하다

⑥제1항 내지 제4항의 규정에 의한 과징금의 부과기준, 과징금의 부과 및 납부방법 그 밖에 과징금의 부과·징수에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다

제50조(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

2. 제24조제1항의 규정에 위반하여 청소년을 유해업소에 고용한 자

■ 청소년보호법 시행령

제3조(청소년유해업소의 범위) ④법 제2조제5호 나목(1)에서 "식품접객업종 대통령령으로 정하는 것"이라 함은 다음 각호의 1의 영업을 말한다.

1. 휴게음식점영업으로서 주로 다류를 조리·판매하는 다방종 종업원에게 영업장장을 벗어나 다류 등을 배달·판매하게 하면서 소요시간에 따라 대가를 수수하게 하거나 이를 조장 또는 묵인하는 형태로 운영되는 영업

제40조(과징금의 부과기준) ②법 제49조제2항의 규정에 의한 과징금을 부과하는 위반행위의 종별에 따른 과징금의 금액은 별표 7과 같다.

[별표 7] <개정 2004.4.24>

위반행위의 종별에 따른 과징금부과기준(제40조제2항관련)

|  |                       |
|--|-----------------------|
| 3. 법 제24조제1항의 규정에 위반하여 법 제2조제5호 가목 및 동법시행령 제3조제4항제1호에 해당하는 업소에 청소년을 고용한 때                            | 1명 1회 고용마다<br>1,000만원 |
| 10. 법 제26조의2제9호의 규정에 위반하여 주로 다류를 조리·판매하는 업소에서 청소년으로 하여금 영업장장을 벗어나 다류를 배달하는 행위를 하게 하거나 이를 조장 또는 묵인한 때 | 위반 횟수마다<br>1,000만원    |

☞ 출제의도

설문은 행정입법의 성질이 그 실질에 따라 다르게 파악될 수 있다는 점과, 행정입법과 관련된 분쟁의 유형과 이에 대한 쟁송방식에 대하여 종합적으로 파악할 수 있도록 가상의 사안으로 만든 것이다. 설문을 해결하기 위해서는 제재적 처분기준에 해당하는 대통령령에 대하여 판례의 입장을 정확히 이해하는 한편, 처분의 요건부분에 있어서 위임을 받아 구체적인 내용을 정한 행정입법에 대하여는 그 법규성을 부인할 수 없으므로, 법규명령에 대한 구체적 규범통제 및 위임입법에 대한 위헌법률심판제청과 같은 종합적인 불복수단을 염두에 두어야 할 것이다. 그러나 법규명령에 대한 구체적 규범통제와 위헌법률심판은 그 대상이 다르고 불복의 범위가 다르므로 실제 주장하려는 법리적 근거가 어떠한 쟁송수단과 관련된 것인지를 명확히 이해할 필요가 있다. 설문에서는 참조조문을 정리하여 제시하였으나, 실제 사례에서는 전체 법령 중에서 정확한 해당 근거를 찾는 연습도 필요할 것이다.

## 【답안구성 예】

[설문 (1)의 해결]

- I. 쟁점의 정리
  - 1. 제재적 처분기준의 성질(법규명령 형식의 행정규칙론)
  - 2. 비례원칙
- II. 제재적 처분기준의 성질
  - 1. 학 설
  - 2. 판 례
  - 3. 사안예의 적용
- III. 비례원칙의 검토
  - 1. 내 용
  - 2. 사안예의 적용
- IV. 결 론

[설문 (2)의 해결]

- I. 쟁점의 정리
  - 1. 청소년보호법의 취지 및 해석
  - 2. 위헌법률심판
  - 3. 시행령에 대한 구체적 규범통제
- II. 청소년보호법의 취지 및 해석
  - 1. 유해성
  - 2. 사안예의 적용
- III. 위헌법률심판의 검토
  - 1. 위헌법률심판제청신청의 제기요건
  - 2. 위헌법률심판의 대상 및 판단범위
- IV. 구체적 규범통제의 검토
  - 1. 구체적 규범통제의 근거 및 내용
  - 2. 구체적 규범통제의 대상 및 판단범위
- V. 결 론

## [설문 (1)의 해결]

### IV. 결 론

이상에서 본 바와 같이 A는 이 사건 과징금 부과처분에 대하여 행정소송 그 중 취소소송을 제기하면서, 처분의 근거가 된 청소년보호법 시행령 [별표 7]의 법적 성질을 검토하여야 할 것이고, 그 성질은 관례에 따라 제재적 처분기준으로서 최고한도액을 정한 법규명령으로 본다면, 자신의 특별한 사정에 따른 형량요소를 비례원칙에 근거하여 주장할 수 있을 것이다.

## [설문 (2)의 해결]

### V. 결 론

이상에서 살펴본 바와 같이 A는 위 소송에서 자신과 같은 영업행태를 마치 일반 다방과 같이 규제하는 것은 문제라고 보아 다투기 위해서, 먼저 당해사건인 취소소송에서 자신의 행위가 청소년보호법의 해석상 규율범위에 속하지 않는다는 주장과 함께 위헌 법률심판제청신청을 통하여 위임입법의 한계 등에 대하여 주장할 수 있을 것이고, 다시 당해사건에서 구체적 규범통제를 통하여 해당 시행령 조항의 문제점을 주장할 수 있을 것이다.

2011년 11월 고시계

충북대학교 법학전문대학원 교수 · 변호사 박재윤

## 6. 행정재산 무상사용기간의 쟁송형태와 행정심판 피청구인의 취소소송의 제기 가능여부

### 【 설 문 】

S시는 시내 A지역에 도시공원조성계획을 세우고 그 중 위락시설지구 내의 기반시설은 S시가 비용을 부담하고 위락시설은 민간자본을 유치하여 조성하기로 하였다. 이에 따라 甲이 민간사업자로 선정 받아 위락시설조성을 위한 도시계획사업(공원조성)시행허가를 받았다. 위 허가 당시 甲이 위 시설물(놀이공원·주차장 등)을 완공하여 S시에 기부채납하고 일정기간 무상사용하기로 하되 그 기간과 조건은 투자비 회수가 가능한 범위에서 사업자의 의견을 수렴하여 S시가 정한다는 것을 허가조건으로 하였다. 甲은 위 시설물을 완공 후 S시에 기부하면서



투자비회수기간을 고려하여 40년간의 무상사용을 신청하였으나 S시장은 무상사용기간을 20년으로 결정하여 甲에게 통보하였다. S시 도시공원조례 제7조는 공원시설의 위탁료 징수요율을 1000분의 25로 규정하면서, 市長이 필요하다고 인정하는 경우에는 이를 변경할 수 있도록 규정하고 있고, S市長은 이를 근거로 대부요율을 1000분의 50으로 정하여 무상사용기간을 20년으로 계산하였다. 이에 甲은 위 조례는 법률의 수권이 없이 무제한의 재량권을 시장에게 부여하고 있어 무효이며, 무상사용기간은 ‘공유재산 및 물품관리법’ 제21조와 투자비회수가능기간 및 甲의 의견 등을 고려하지 아니하고 산정한 것이므로 위 허가조건에 위배되어 위법하다고 주장하며 쟁송을 제기하고자 한다.

1. 甲이 S시에 기부한 위 위탁시설의 무상사용의 법적 성질을 검토하시오.

2. 甲이 위 시설의 무상사용기간을 40년으로 신청한데 대하여 S市長이 20년으로 결정·통보한 부분에 대한 쟁송방법과 이 경우 S시장의 위 결정이 위법하다면 수소법원이 취소판결을 할 수 있는지 검토하시오.

3. 甲이 행정심판위원회에 행정심판을 청구하여 인용재결을 받았다면 S시장은 그 인용재결이 자치권을 침해하였다는 이유로 그 취소소송을 제기할 수 있는지 검토하시오.

#### [참조조문] 공유재산 및 물품관리법

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “공유재산”이란 지방자치단체의 부담, 기부채납이나 법령에 따라 지방자치단체의 소유로 된 제4조 제1항 각호의 재산(부동산과 그 중물 등)을 말한다.

2. 8. 생략

제7조(기부채납) ① 지방자치단체는 공유재산에 편입할 재산을 기부하려는 자가 있으면 대통령령으로 정하는 바에 따라 이를 받아들일 수 있다.

② 제1항에 따라 기부하려는 재산이 지방자치단체가 관리하기 곤란하거나 필요하지 아니한 경우 또는 기부에 조건이 수반된 것인 경우에는 받아들여서는 아니 된다. 다만, 행정재산으로 기부하는 재산에 대하여 그 기부자와 그 상속인 또는 그 밖의 포괄승계인이 무상(無償)으로 사용·수익할 수 있도록 허가하여 줄 것을 조건으로 그 재산을 기부하는 경우에는 기부에 조건이 수반된 것으로 보지 아니하며 이를 받아들일 수 있다.

제20조 (사용·수익허가) ① 지방자치단체의 장은 행정재산에 대하여 그 목적 또는 용도에 장애가 되지 아니하는 범위에서 사용 또는 수익을 허가할 수 있다.

제21조 (사용·수익허가기간) ① 행정재산의 사용·수익허가기간은 그 허가를 받은 날부터 3년 이내로 한다. 다만, 제7조 제2항 단서에 따른 기부채납의 경우에는 공유재산으로 받아들인 후 무상사용을 허가받은 날부터 기부채납된 재산의 가액(價額)을 연간 사용료로 나눈 기간이내로 한다.

제28조 (관리 및 처분) ① 일반재산은 대부·매각·교환·양여·신탁하거나 사권을 설정할 수 있으며, 법령이나 조례로 정하는 경우에는 현물출자 또는 대물변제를 할 수 있다.

## 출제예

설문은 지방자치단체의 도시공원시설의 사용관계를 둘러싼 법적 쟁점을 어떻게 해결할 수 있는지를 보고자 한 것이다. 먼저, 도시공원시설이 공공용물인지를 판단하여 그 사용관계에 관한 학설의 대립과 판례의 입장을 활용하여 문제를 논리·체계적으로 해결할 수 있는지 보고자 하였다. 다음, 행정행위의 부관과 그 종류를 정확히 이해하여 기한부 행정행위의 경우에 어떠한 쟁송형태로 다룰 수 있으며, 수소법원은 기한부분만 취소판결을 할 수 있는지를 여러 학설의 입장을 충분히 이해하여 해결할 수 있는지, 그리고 마지막으로 행정심판에서 인용제결을 받은 경우 그것이 자치권을 침해한 것이라면 처분청인 피청구인이 취소소송을 제기할 수 있는지에 대하여 견해의 대립이 있는데 이러한 견해들의 내용을 파악하여 문제해결을 할 수 있는지를 보고자 한 것이다.

### 【답안구성 예】

- I. 문제의 소재
- II. 설문 1의 검토
  1. 위 위락시설의 법적 성질
  2. 위 위락시설의 무상사용의 법적 성질
- III. 설문 2의 검토
  1. 무상사용기간의 법적 성질
  2. 무상사용기간에 대한 쟁송방법
  3. 무상사용기간의 취소 가능성
- IV. 설문 3의 검토
  1. 자치권침해의 경우 피청구인의 취소소송의 원고적격 가능성
  2. S시장의 원고적격 여부
- V. 결 론

### V. 결 론

(1) 甲이 S시에 기부한 도시공원 내의 위락시설은 S시의 공유재산이며 일반공중의 이용에 제공된 재산이므로 행정재산인 공공용재산이라 할 것이며, 이의 무상사용의 법적 성질은 공공용물의 특허사용이라 할 것이다.

(2) 무상사용기간은 허용된 무상사용의 효과를 제한하는 것으로 일정기간이 경과하면 무상사용의 효력이 소멸하게 되는 것이므로 중기를 정한 기한인 부관이라 할 것이다. 따라서 20년의 무상사용기간을 다투는 쟁송형태는 부진정일부취소소송과 진정일부취소소송 및 거부처분취소소송 등이 고려될 수 있다. 그런데 기한은 주된 행정행위

(무상사용허가)의 본질적 요소라 할 것이므로 분리가능하지도 않고 처분성이 결여되어 이를 독립쟁송으로 다루는 진정일부취소소송은 불가하다. 기한을 포함한 주된 행정행위인 무상사용허가의 취소를 다루는 부진정일부취소소송의 경우 관련성기준설에 따르면 기한은 주된 행정행위에 본질적 요소이므로 전체를 취소해야 하는데 이는 甲이 원하는 바가 아니고, 법구속정도기준설에 의하더라도 무상사용허가는 그 실질상 재량행위라 할 수 있어 재량권침해의 우려가 있어 기한만 취소할 수 없다고 할 것이며, 위법성기준설은 부관의 독립쟁송이 제기된 경우의 문제이므로 이를 적용할 수 없다. 따라서 부진정일부취소소송은 인정될 수 없고 20년의 무상사용기간의 취소판결이 어려울 것이다. 결국 甲은 20년이 아니라 40년의 무상사용기간을 신청하고 이를 거부하면 그 거부처분취소소송을 제기하는 방법은 가능하다. 이 경우에 甲의 주장이 이유 있다면 법원은 그 거부처분을 취소함으로써 판결의 기속력에 의해 40년의 무상사용기간을 확보할 수 있다.

(3) 행정심판의 인용재결에 의하여 피청구인인 지방자치단체의 자치사무가 침해된 경우에 피청구인은 인용재결의 기속력 및 행정심판의 의의와 항고소송의 목적·취지에 비추어 취소소송을 제기할 원고적격을 인정할 수 없다고 할 것이다.

2011년 12월호 고시계  
성신여자대학교 법대 교수 김항기

## 7. 지방자치단체장의 인사권 권한 범위와 한계

### 【설문】

전국공무원 노조 파업에 대해 행정안전부 장관이 노조파업에 대해 각 지역 공무원들은 파업결의대회에 참석하지 말 것을 지시하였으며, 만약 참가하는 직원들에 대해서는 징계를 할 것이라는 ‘전국공무원노조 파업참가자에 대한 징계업무처리지침’을 하달하였다. 그럼에도 불구하고 A지역의 공무원 다수는 전국공무원노조 투쟁결의가 있는 장소에 참여하였다. A지역의 기초지방자치단체장인 甲은 전국공무원노조 투쟁결의에 참여한 공무원들에 대해 징계를 하지 않고, 오히려 당해 연도에 승진임용 하였다. 이에 대해 관할 광역지방자치단체장인 乙은 甲의 승진임용처분에 대해 직권으로 승진임용취소처분을 하였다.

(1) 기초지방자치단체장인 甲의 승진임용처분이 지방자치단체장의 권한으로 직원의 임면권에 의한 행위로 볼 수 있을 것인가?

(2) 기초지방자치단체장이 내린 처분인 승진임용처분에 대한 광역지방자치단체장 乙이 한 직권취소 행위는 정당한가?

### [참조조문]

- 제101조(지방자치단체의 통할·대표권) 지방자치단체의 장은 지방자치단체를 대표하고, 그 사무를 총괄한다.
- 제105조(직원에 대한 임면권 등) 지방자치단체의 장은 소속 직원을 지휘·감독하고 법령과 조례·규칙으로 정하는 바에 따라 그 임면·교육훈련·복무·징계 등에 관한 사항을 처리한다.
- 제169조(위법·부당한 명령·처분의 시정) ① 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.  
② 지방자치단체의 장은 제1항에 따른 자치사무에 관한 명령이나 처분의 취소 또는 정지에 대하여 이의가 있으면 그 취소처분 또는 정지처분을 통보받은 날부터 15일 이내에 대법원에 소(訴)를 제기할 수 있다.

### [참조판례]

- 대법원 2007.3.22. 선고 2005추62 전원합의체 판결  
- 승진임용직권취소처분취소청구·울산 북구청 승진처분취소 사건 -
- 부산고법 2006.11.10. 선고 2006누3001 판결 : 상고 【승진임용취소처분취소】

### ☞ 출제의도

사안의 쟁점들을 정확히 파악하여 논리체계적인 단계를 거쳐 지방자치단체장의 권한의 범위를 이해하고, 위법·부당한 처분에 대해 광역지방자치단체장의 처분권에 대한 이해를 보고자 한다. 설문(1)에서는 기초지방자치단체장의 직원에 대한 인사권의 권한 범위에 대해 그 내용을 이해하고 있는가를 보고자 한다. 설문(2)에서는 광역지방자치단체장의 권한에 대한 직권취소의 정당성에 대한 정확한 이해를 하고 있는가에 대해 묻고자 한다.

## 【답안구성 예】

### I. 문제의 소재

### II. 설문 (1)의 검토

1. 기초지방자치단체장의 인사권의 권한
2. 기초지방자치단체장의 인사권의 재량일탈 여부

### III. 설문 (2)의 검토

1. 광역지방자치단체장의 위법·부당한 처분의 범위
2. 광역지방자치단체장의 기초지방자치단체장의 처분에 대한 직권취소의 타당성

### IV. 결 론

## IV. 결 론

- (1) 기초지방자치단체장은 지방자치단체를 대표하고 통할하는 권한을 가지고 있다

며, 사무에 대한 관리와 집행권 등을 가지고 있다. 또한 지방자치단체에 소속되어 있는 공무원에 대한 광의적인 임용권을 가지고 있어, 지방자치단체장의 인사권은 지방자치단체장의 고유한 권한으로 볼 수 있다. 지방자치단체장이 가지고 있는 인사권이 재량남용이 되기 위해서는 합리적인 고려와 객관적인 판단을 고려하지 않고 독단적으로 처리할 때 재량행위를 그르쳤다고 볼 수 있다. 위 사안에서 기초지방자치단체장인 甲은 그의 권한 범위내에 있는 인사권에 대해 스스로의 판단에 의해 재량권을 가지고 이를 행사한 것으로 볼 수 있다. 그러나 그 재량권은 종합적인 고려 등을 한 후에 내려야 함에도 불구하고 종합적 고려없이 즉 객관적 사정을 고려하지 않고 내린 결정에 해당하므로 이는 재량의 남용에 해당한다고 볼 수 있다. 그렇다고 하여도 지방자치단체장의 재량행위는 순수 자율적인 판단에 의해 내린 결정으로 그 지방자치제도의 본질을 침해하지 않는 한 최대한 보호하여야 한다.

(2) 기초지방자치단체장의 인사권에 대해 위법·부당하다고 판단하여 지방자치법에 의해 광역지방자치단체장이 내린 기초지방자치단체장의 인사처분에 대한 직권취소는 정당하다고 볼 수 있다. 광역지방자치단체장은 법에 의해 권한을 부여받아 이를 행사하였으므로 정당한 절차와 행위에 의한 법집행이다. 그러나 광역지방자치단체장이 기초지방자치단체장의 권한에 대해 개입할 경우에는 최소한의 범위에서 이를 인정하여야 한다.

즉 지방자치법은 지방자치를 보장하기 위한 제도이므로 기초지방자치단체장의 권한으로 가지고 있는 인사권에 대해 이를 최대한 보호하여야 할 것이다. 위 사안에서 볼 수 있듯이 광역지방자치단체장의 직권취소는 최소의 범위에 한정되어야 할 것이다.

2012년 2월호 고시계

청주대학교 법대 교수 김원중

## 8. 농림사업자선정지침의 법적 성격과 행정의 자기구속의 법리

### 【 설 문 】

관할시장 乙은 1990년 이래로 지금까지 미국의 유통구조 개선 및 품질향상, 가격안정을 위하여 생산자로부터 미국의 매입·건조·저장·가공·판매를 일괄적으로 처리할 수 있는 미국종합처리장(RPC) 및 신규 건조저장시설(DSC) 사업자를 선정하여 지원하여 왔다. 신규 건조저장시설 사업자로 선정 되면 벼 매입 실적에 따라 매입자금을 지원 받거나 공공비축 산물 벼 매입량이 배정되는 등의 혜택이 주어진다. 사업자를 선정함에 있어서는 농림수산부장관이 농림수산물부 고시로 규정한 “농림사업자선정지침”이 기준으로 활용되어 왔다. 동 지침에 의하면 신규 RPC 사업자 선정기준과 DSC 선정기준을 구분하여 규정하면서, 신규 RPC 사업

자는 RPC 개소당 논 면적 3,000ha 이상과 원료 벼 확보가능 논 면적 2,000ha 이상을 확보하여야 하고, 신규 DSC 사업자는 신규 DSC 개소당 논 면적에 관하여는 명시적인 규정을 두고 있지 아니하고 다만 원료 벼 확보가능 논 면적 1,000ha 이상을 확보하도록 지역기준을 설정하고 있다.

乙의 관할구역에서 사업을 하는 甲이 신규 건조저장시설 사업자로 선정되기 위하여 “농림사업자선정지침”에서 요구하는 기준을 충족하여 乙에게 선정 신청을 하였다. 그런데 乙은 농산물의 개방화 시대가 올 것에 대비하고 경쟁력을 높이고자 “농림사업자선정지침”에 명시되어 있지 아니한 기준인 ‘건조저장시설 개소당 논 면적’ 기준을 새로이 제시하면서 이를 충족시키지 못하였다는 이유로 甲의 신청을 반려하였다. 이에 甲은 乙의 반려처분에 대해서 다투고자 한다.

- (1) “농림사업자선정지침”의 법적 성격은 어떠한가?
- (2) 반려처분취소소송의 본안에서 甲은 어떤 법적 주장을 할 수 있는가?

참고) RPC(Rice Processing Complex)는 산물 벼를 건조·도정해서 가공·포장하는 미곡종합처리장이고, DSC(Drying Storage Center)은 산물 벼를 건조해서 보관하는 건조저장시설이다.

#### [참조조문]

- 양곡관리법 제22조(미곡유통업의 육성)
  - ① 농림수산식품부장관은 미곡의 유통구조개선·품질향상 및 가격안정을 위하여 생산자로부터의 미곡 매입 및 매입한 미곡의 건조·선별·보관·가공·판매 등 종합적인 미곡의 유통기능을 담당하는 미곡유통업을 육성하여야 한다.
  - ② 농림수산식품부장관은 농업협동조합이나 그 밖에 제1항에 따른 미곡의 유통기능을 능률적으로 수행할 수 있다고 인정되는 자에게 미곡종합처리장 등 미곡을 건조·보관·가공·유통·판매하는 시설의 설치 및 미곡의 매입에 필요한 자금의 일부를 예산의 범위에서 융자하거나 보조금을 지급할 수 있다.
  - ③ 제2항에 따른 융자 및 보조에 필요한 사항은 농림수산식품부령으로 정한다. 이 경우 융자금의 이자 등 융자조건에 관하여는 기획재정부장관과 협의하여야 한다.

#### [참조판례]

- 대법원 2009.12.24. 선고 2009두7967 판결 【신규건조저장시설사업자인정신청반려처분취소】
- 대전고등법원 2009.4.30. 선고 2008두3096 판결 【신규건조저장시설사업자인정신청반려처분취소】

#### ☞ 출제의도

본 사안에서는 비교적 명확하게 사안의 쟁점들이 제시되어 있어서 쟁점들에 대해서 논리적으로 접근하여 문제를 해결하는 능력을 보고자 한다. 설문(1)에서는 농림수산식품부장관이 농림수산식품부 고시로 정한 “농림사업자선정지침”의 법적 성격에 대해서 규명하는 것으로서, 고시 형식으로 제정된 지침의 법적 성질에 대한 견해와 판례

의 입장에 대해서 이해하고 있는가를 묻는 것인데 특히 최근에는 기존의 법규명령과 행정규칙에 대한 구분론에 이견을 제기하는 학자들도 증가하는 추세여서 이에 대한 정리가 되어 있는가를 보고자 하는 것이고, 설문(2)에서는 평등의 원칙과 신뢰보호의 원칙에서 파생된 행정의 자기구속의 법리에 대해서 이해하고 있는가를 보고자 한다.

### 【답안구성 예】

- I. 문제의 소재
- II. 설문 (1)의 검토
  - 1. 법적 성격의 의의
  - 2. 행정입법의 구분
  - 3. 판례의 입장
  - 4. 사안의 해결
- III. 설문 (2)의 검토
  - 1. 본안 판단
  - 2. 행정의 자기구속의 법리
  - 3. 사안의 검토
- IV. 결 론

### IV. 결 론

(1) 농림수산물식품부장관이 농림수산물식품부 고시로 제정한 “농림사업자선정지침”의 법적 성격은 행정부 내부의 사무처리준칙을 정한 것으로서 행정규칙에 해당된다.

(2) 관할시장 乙이 甲의 사업자 선정 신청에 대해서 반려처분을 한 것에 대한 반려 처분취소소송의 본안에서 甲은 명문의 법령의 위반은 찾아보기 어려우므로 행정의 자기구속의 법리를 원용하여 이에 위반하는 乙의 처분의 위법성을 주장할 수 있을 것이다.

2012년 4월호 고시계  
성균관대학교 법학전문대학원 교수 강현호