

행정사실무법 분석

김태산 교수

[문제1] A시는 2014. 5. 30. 구(舊) 도심지의 도시재상사업을 수행할 사업자를 공모하였다. 이 공모에는 甲, 乙, 丙 3개 업체가 지원하였다. 공모심사 결과, 乙이 사업자로 선정되고 甲과 丙은 탈락하였다. 甲은 2015. 5. 4. 乙이 해당 사업을 수행할 능력이 부족하고 사업자 선정과정도 공정하지 못하였다고 주장하면서, A시장에게 ① 심사위원별 평가점수, ② 심사위원 인적 사항 및 ③ 乙업체의 재정상태와 사업실적의 정보공개를 청구하였다. 그런데 A시장은 2015. 5. 18. 위 청구 중 ③에 관한 정보를 보유하고 있지 않으며, ①과 ②에 관한 정보는 비공개대상이라는 사유로 공개를 거부하고, 같은 날 이를 甲에게 통지하였다. A시장을 상대로 관할 행정심판위원회에 정보공개거부처분의 취소를 구하는 행정심판을 청구하였다. 같은 A시장의 정보공개거부처분의 위법 부당함을 주장하면서 이의신청을 하였으나, 2015년 6.15. 기각결정서를 통지받았다. 이에 같은 2015.8.31.에 A시장을 상대로 관할 행정심판위원회에 정보공개거부처분의 취소를 구하는 행정심판을 청구하였다. 위 행정심판 청구요건의 적법여부 및 A시장의 정보공개거부처분의 적법여부에 관하여 논하시오. (40점)

I. 문제의 소재

행정심판청구가 적법하기 위해서는 A시장을 상대로 의무이행심판을 청구할 수 있음에도 불구하고 취소심판을 제기하는 것이 적법한지 여부, 그리고 취소심판이 가능하다고 할 경우 청구인적격과 거부처분의 대상적격, 청구이익이 있는지, 청구기간의 준수여부가 각각 문제된다. 그리고 A시장의 정보공개거부처분의 적법여부에 대해서는 ① 심사위원별 평가점수, ② 심사위원 인적사항 ③ 乙업체의 재정상태와 사업실적이 비공개대상인지 검토하여야 한다.

II. 취소심판청구의 적법요건 검토

1. 심판청구의 형식

(1) 문제점

거부처분을 받은 경우, 갑이 의무이행심판을 청구할 수 있음에도 불구하고 거부처분취소심판을 청구하는 경우 이러한 심판청구가 인용될 수 있는지 문제된다.

(2) 학설

취소심판의 대상이 아니라는 견해도 존재하나, 다수설은 행정심판법상 제2조 제1호와 제5조 제1호를 근거로 거부처분취소심판의 가능성을 인정하고 있다.

(3)판례

“당사자의 신청을 거부하는 처분을 취소하는 재결이 있는 경우에는 행정청은 그 재결이 취지에 따라 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다.”라고 하여 거부처분의 취소를 인정하고 있다.

(4)검토

당사자의 효과적인 권리구제를 위해 거부처분취소심판의 가능성을 인정하는 것이 타당하다. 사안의 경우 갑이 A시장의 비공개결정에 대해 거부처분취소심판을 제기한 것은 적법하다.

2. 청구인 적격

정보공개청구권은 법률상 보호되는 구체적 이익이므로 정보공개청구권이 있는 자는 개인적인 이해관계와 관계없이 공개거부로 인한 그 권리를 침해받는 것이므로 당연히 공개거부를 다룰 청구인적격이 있다.

사안의 경우 정보공개법상 모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리가 있으므로(정보공개법 제5조 제1항). 갑도 국민인 이상 정보공개를 청구할 청구인 적격이 있다.

3. 대상적격

거부처분이 취소심판의 대상이 되는 처분이기 위해서는 ① 신청의 내용이 공권력행사일 것 ②거부행위가 신청인의 법률관계에 영향을 미치는 거부일 것 ③청구인에게 특정행위를 요구할 수 있는 법규상·조리상의 신청권이 있을 것이 요구된다.

정보공개청구권을 가진 자의 정보공개신청에 대한 거부행위는 행정심판의 대상이 되는 거부처분이다. 그러나 정보공개청구권이 없는 자의 청구에 대한 거부는 신청권이 없는 자에 대한 거부이므로 행정심판의 대상이 되는 처분이 아니다.

갑은 국민으로서 정보공개청구권이 존재하므로 갑의 청구에 대한 A시장의 비공개결정은 거부처분 취소심판의 대상이다.

4. 청구의 이익

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.(대법원 2006.01.13. 선고 2003두9459)

사안에서 A시장의 비공개결정 중 “乙업체의 재정상태와 사업실적”에 대한 갑의 청구는 보유하고 있지 않은 정보에 대한 청구로서 청구이익이 없다.

5. 청구기간

행정심판은 처분이 있음을 안날로부터 90일 이내, 처분이 있는 날로부터 180일 이내에 제기하여야 한다(행정심판법 제27조). 처분이 있음을 안날이란 처분이 있음을 현실적으로 안날을 의미한다.

사안의 경우 갑은 그런데 A시장은 2015. 5. 18. 공개를 거부하고, 같은 날 이를 甲에게 통지하였다. 그럼에도 불구하고 갑은 2015.8.31.에 A시장을 상대로 관할 행정심판위원회에 정보공개거부처분의 취소를 구하는 행정심판을 청구하였다. 이는 처분이 있음을 안날로부터 90일이 경과했음이 명백하므로 청구기간을 준수하지 못하여 부적법하다.

6.소결

갑의 A시장의 공개거부처분에 대한 취소심판은 처분이 있음을 안날로부터 90일 이내에 제기하여야 함에도 불구하고 90일이 경과한 청구로서 청구기간을 도과하였고, 특히 A시장의 비공개결정 중 “乙업체의 재정상태와 사업실적”에 대한 갑의 청구는 보유하고 있지 않은 정보에 대한 청구로서 청구이익이 없다. 따라서 갑의 청구는 부적법하다.

III. A시장의 정보공개거부처분의 적법여부

1. 심사위원별 평가점수

심사위원별 평가점수는 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 5호 본문의 정보에 해당한다고 할 수 있다. 다만 이러한 정보에 해당하는 경우라도 다만 시장 등의 결정의 대외적 공표행위가 있는 후에는 이를 의사결정과정이거나 내부검토과정에 있는 사항이라고 할 수 없고 위 위원회의 회의관련자료 및 회의록을 공개하더라도 업무의 공정한 수행에 지장을 초래할 염려가 없으므로, 시장 등의 결정의 대외적 공표행위가 있는 후에는 위 위원회의 회의관련자료 및 회의록은 같은 법 제7조 제2항에 의하여 공개대상이 된다고 할 것이다.(대법원 2000.05.30. 선고 99추85)

사안에서 을이 사업자로 선정되었음에도 불구하고 A시장이 비공개하는 것은 위법하다.

2. 심사위원 인적 사항

정보공개법 제9조 제1항 제6호 본문에 의하면 해당 정보에 포함되어 있는 성명·주민등록번호 등 개인에 관한 사항으로서 공개될 경우 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보. 다만, 다음 각 목에 열거한 개인에 관한 정보는 제외하도록 하고 있다.

사안에서 심사위원의 인적사항은 개인식별형 정보에 해당하고, A시장이 심사위원의 인적사항에 대해 비공개결정을 한 것은 적법하다.

3. 乙업체의 재정상태와 사업실적

정보라 함은 공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 관리하고 있는 문서, 도면, 사진, 필름, 슬라이드, 및 그밖에 이에 준하는 매체 등에 기록된 사항을 말한다. 또한 공공기관의 정보공개에 관한 법률상 공개청구의 대상이 되는 정보란 공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 현재 보유·관리하고 있는 문서에 한정되는 것이기는 하나, 그 문서가 반드시 원본일 필요는 없다.(대법원 2006.05.25. 선고 2006두3049)

사안에서 乙업체의 재정상태와 사업실적은 A시가 보유하고 있지 않는 정보이므로 갑의 청구는 부적법하고 A시장의 공개거부는 적법하다.

IV.결론

1.취소심판 청구요건 검토

갑의 A시장의 공개거부처분에 대한 취소심판은 청구기간을 도과하였고, 특히 A시장의 비공개결정 중 “乙업체의 재정상태와 사업실적”에 대한 갑의 청구는 보유하고 있지 않은 정보에 대한 청구로서 청구이익이 없다. 따라서 갑의 청구는 부적법하다.

2.A시장의 정보공개거부처분의 적법여부

심사위원별 평가점수는 공개대상에 해당하고, 심사위원의 인적사항과 乙업체의 재정상태와 사업실적은 비공개대상에 해당한다. 제14조의 규정에 의하면, 공개청구한 정보가 제9조제1항 각호의 1에 해당하는 부분과 공개가 가능한 부분이 혼합되어 있는 경우로서 공개청구의 취지에 어긋나지 아니하는 범위 안에서 두 부분을 분리할 수 있는 때에는 제9조제1항 각호의 1에 해당하는 부분을 제외하고 공개하도록 규정하고 있는바, 이러한 경우에는 공개청구의 취지에 어긋나지 아니하는 범위 안에서 두 부분을 분리할 수 있는 때에는 비공개대상정보를 제외하고 공개를 하거나 일정한 기간별로 나누어 교부하거나 열람과 병행하여 교부하여야 함에도 불구하고, A시장이 전체에 대하여 비공개결정을 한 것은 위법하다.

[문제2] 비송사건절차에서 항고의 의의 및 종류에 관하여 설명하시오. (20점)

I. 항고의 의의

하급법원의 결정에 대하여 그 취소·변경을 상급법원에 구하는 불복신청을 비송사건의 항고라 한다. 비송사건의 재판에 대한 불복신청은 항고 이외의 방법은 인정되지 않는다.

민사소송에서 항고는 중국판결 전 절차에 대한 처분의 불복절차이지만 비송사건의 경우 절차가 간이하어 민사소송과 같은 불복신청은 거의 없고 대부분 중국재판에 대한 항고이다.

II. 항고의 종류

1. 보통항고

보통항고는 기간의 정함이 없는 항고를 말한다. 보통항고는 원재판의 취소·변경을 구할 이익이 있는 동안은 언제든지 할 수 있는 항고로서 별도의 법률규정이 없어도 이익이 있는 동안은 언제든지 항고할 수 있다.

2. 즉시항고

신청에 기간의 정함이 있는 항고로서 법률에 즉시 항고 할 수 있다는 명문의 규정이 있어야만 할 수 있는 항고를 즉시항고라 한다. 즉시항고 기간은 원칙적으로 재판의 고지일로부터 1주일이며, 그 기간은 불변기간이다(민소법 §444 제1항).

3. 최초의 항고·재항고

재항고는 항고법원의 결정이나 고등법원의 결정에 대한 항고이다. 재항고는 상고의 규정이 준용되어, 재판에 영향을 미친 헌법, 법률, 명령 또는 규칙의 위반을 이유를 드는 때에만 대법원에 재항고 할 수 있다(민소법 제442조).

4. 특별항고

(1) 개념

불복할 수 없는 결정에 대하여는 재판에 영향을 미친 헌법위반이 있거나, 재판의 전제가 된 명령, 규칙, 처분의 헌법 또는 법률의 위반여부에 대한 판단이 부당하다는 것을 이유로 하는 때에 대법원에 항고할 수 있는데 이를 특별항고라 한다.

(2) 허용성

민사소송법 제449조에 의한 특별항고는 비송사건절차에서도 당연히 허용된다. 그 요건과 절차는 민사소송절차가 준용된다. 이 항고는 재판이 고지된 날로부터 1주일 이내에 하여야 한다. 이 기간은 불변기간으로 한다(민소법 제449조 제1항, 제2항, 제3항).

[문제3] 비송사건 관할에 관한 다음 물음에 답하시오. (20점)

(1) '토지관할'과 '우선관할 및 이송'에 관하여 설명하시오. (15점)

I. 토지관할

1. 의 의

소재지를 달리하는 같은 종류의 법원 사이에 제1심사건의 분담관계를 정해 놓은 것을 토지관할이라고 한다. “각급법원의 설치와 관할구역에 관한 법률”에서는 각 법원에 그 직무집행의 지역적 테두리로서 그 관할구역을 정하고 있다. 따라서 사건이 어느 법원의 관할 구역 내에 지점과 일정한 관련성이 있는 경우에 그 지점을 관할구역으로 하는 관할권이 생긴다.

2. 비송사건의 토지관할

비송사건절차법은 비송사건의 토지관할에 관한 일반적 규정을 두고 있지 않고, 각각의 사건마다 당사자와 법원의 편의를 고려하여 개별적으로 토지관할을 규정하고 있다.

토지관할은 사람의 주소지(제32조, 제39조, 제46조) 주된 사무소 소재지(제33조) 채무이행지(제53조) 물건의 소재지(제57조) 소송의 계속지(제72조 제2항) 등 여러 가지 기준으로 정해진다.

3. 토지관할의 특칙

비송사건절차법에 토지관할에 대한 통칙규정은 없으나, 동법 제2조에서는 토지관할이 사람의 주소에 의해 정해질 경우 그 주소가 없는 때에 관하여 그 특칙을 규정하고 있다.

- ① 대한민국에 주소가 없는 경우 또는 대한민국내의 주소를 알지 못할 때
-거소지의 지방법원
- ② 거소가 없을 때 또는 거소를 알지 못할 때
-마지막의 주소지의 지방법원
- ③ 마지막 주소가 없을 때 또는 그 주소를 알지 못할 때
-재산의 소재지 또는 대법원소재지를 관할하는 지방법원

II. 우선관할과 이송

1. 우선관할

어느 동일 사건에 대해 관할법원이 수개인 경우 최초로 신청을 받은 법원이 그 사건을 관할하게 되는데 이렇게 정해지는 관할을 우선관할이라고 한다(제3조).

- 예, 관할법원이 재산소재지를 기준으로 정해지는 경우, 재산이 여러 곳에 분산되어 있어서 수개의 법원이 관할권을 갖는 경우.
- 예, 수탁자 또는 전수탁자가 여럿인 경우에는 그 중 1인의 보통재판적이 있는 곳의 지방법원이 신탁사건을 관할하는 경우.

2. 재량에 의한 사건의 이송

(1) 이송의 의의

우선관할에 의하여 정해진 법원이 사건을 심리하는 것이 부적당한 경우 그 법원은 신청에 의하거나 직권으로 적당하다고 인정하는 다른 법원에 이송할 수 있는데, 이를 사건의 이송이라고 한다.

이송제도는 소를 제기할 때 들이는 비용, 노력, 시간을 절약하고 소재지에 의해 시효기간·제척기간의 준수의 효력을 유지시켜 소송경제에 도움이 되게 하고 보다 편리한 법원으로 옮겨 심판케 하려는데 제도적 의의가 있다.

(2) 재량에 의한 이송

1) 민사소송의 이송과의 차이

민사소송법 제35조에도 이송제도가 있으나, 민사소송법 제35조에는 “현저한 손해 또는 지연을 피하기 위한 필요가 있는 때”라는 요건을 규정하고 있다. 그러나 비송사건절차법에서는 적당하다고 인정하는 때에 다른 법원에 이송하는 것이므로 민사소송의 경우보다 폭넓게 인정하고 있다.

구체적인 권리의무관계를 확정하기 위한 소송사건에서와 달리 비송사건에서는 법원의 후견감독기능을 제대로 수행하기 위하여 필요한 범위에서 재량에 의한 이송을 보다 적극적으로 활용할 필요가 있다.

2) 이송의 재판

이송의 재판은 신청 또는 직권에 의한다.

3) 이송의 효력

이송의 효력에 대해 비송사건절차법에 별도의 규정을 두고 있지 아니하나 일반적으로 민사소송법의 제38조, 제40조의 규정이 유추적용 된다고 해석한다.

① 이송의 구속력

사건을 이송 받은 법원은 이송결정에 따라야 하고, 사건을 이송 받은 법원은 사건을 다시 다른 법원에 이송하지 못한다(민소 제38조 2항).

② 소송계속의 이전

이송결정이 확정되면 사건은 처음부터 이송 받은 법원에 계속된 것으로 본다(민소 제40조 1항).

③ 소송기록의 송부

이송결정이 확정되면 이에 따르는 사실상의 조치로서 그 결정의 정본을 소송기록에 붙여 이송 받을 법원 등에게 보내야 한다(민소법 제40조 제2항).

4) 이송결정의 불복

이송의 재판에 대해서는 비송사건절차법 제20조에 의하여 불복할 수 있다. 따라서 이송의 재판으로 인하여 권리를 침해받은 자는 항고할 수 있다.

3. 관할위반의 이송 준용여부

(1) 민사소송법 제34조 1항의 준용여부

비송사건절차법에는 관할 위반에 따른 이송에 관한 명문의 규정은 없으나, 비송사건절차법이 개별사건마다 일일이 토지관할을 규정하고 있는 점을 고려하면, 소송경제의 측면에서 민사소송법 제 34조의 제1항의 규정이 준용된다는 것이 일반적 견해이다.

(2) 비송사건을 소송사건으로 청구한 경우

비송사건으로 신청할 사건을 민사소송으로 신청한 경우에 법원이 이송해야 하는가? 이에 대해 관례는 “비송사건으로 신청하여야 할 것을 민사소송으로 구하였다면 이는 부적합한 소로서 각하하는 것이 원칙이며 소송사건으로 소를 제기하여야 할 것을 비송사건으로 신청하였다면 역시 부적합한 신청으로서 각하하여야 할 것이다¹⁾”라고 하여 이송을 부정하고 있다.

(3) 가정법원과 지방법원 사이의 이송

지방법원에 신청하여야 할 비송사건을 가정법원에 신청하거나 그 반대로 가정법원에 신청할 가사비송사건을 지방법원에 신청한 경우의 문제이다.

소송경제적 측면에서 관할위반의 문제를 이유로 이송을 긍정하는 것이 타당하다.²⁾

1) 대판 1963.12.12. 63다499, 대결 1976.2.11. 75마533

2) 법원실무제요 p.18

(2) 관할법원의 지정에 관하여 설명하시오. (5점)

1.의의

법원의 관할구역이 경계 불명 등으로 분명하지 아니하거나 관할의 원인이 되는 사실이 명확하지 아니하여 여러 개의 법원의 토지관할에 관하여 의문이 있을 때 신청에 의하여 관계 법원에 공통되는 직근 상급법원이 관할 법원을 정한다.

예를 들어 수원지방법원 여주지원과 평택지원의 각 단독판사 사이에 토지관할에 의문이 있는 경우 직근 상급법원은 수원지방법원 합의부가 되며, 같은 경우에 합의사건이라면 서울고등법원이 된다.

2.불복

관할법원의 지정은 관계 법원에 공통되는 바로 위 상급법원이 신청에 의하여 결정함으로써 한다. 이 결정에 대하여는 불복신청을 할 수 없다.

[문제4] 행정사법 제31조(감독상 명령 등)에 따른 ‘장부 검사’와 제30조(자격의 취소)에 따른 ‘자격취소’에 관하여 설명하시오. (20점)

1. 장부검사

- ① 행정자치부장관 또는 사무소의 소재지를 관할하는 시장등은 행정사에 대한 감독을 위하여 필요하다고 인정하면 해당 행정사에 대하여 업무에 관한 사항을 보고하게 하거나 자료의 제출 또는 그 밖에 필요한 명령을 할 수 있으며, 소속 공무원으로 하여금 그 사무소에 출입하여 장부·서류 등을 검사하거나 질문하게 할 수 있다.
- ② 제1항에 따라 출입·검사 등을 하는 공무원은 행정자치부령으로 정하는 증표를 지니고 상대방에게 이를 보여주어야 한다.

2. 자격취소

- ① 행정자치부장관은 행정사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 자격을 취소하여야 한다.
 - 1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 행정사 자격을 취득한 경우
 - 2. 제13조제1항을 위반하여 신고확인증을 양도하거나 대여한 경우
 - 3. 제32조에 따른 업무정지처분을 받고 그 업무정지 기간에 행정사 업무를 한 경우
 - 4. 이 법을 위반하여 징역형이 확정된 경우
- ② 행정자치부장관은 제1항에 따라 행정사 자격을 취소하려는 경우에는 청문을 하여야 한다.