

이주송 선생 제68기 경찰간부후보생 행정법 기출해설 특강 2018.10.17(수)

【문 1】 A시의 시장은 건물 소유자인 甲에게 건축법 제79조 및 행정대집행법 제3조에 따라 동 건물이 무허가건물이라는 이유로 일정기간까지 철거할 것을 명함과 아울러 불이행 할 때에는 대집행한다는 내용의 계고를 하였다. 그 후 甲이 이에 불응하자 다시 2차 계고서를 발송하여 일정기간까지 자진철거를 촉구하고 불이행하면 대집행한다는 내용을 고지하였다. 그러나 甲은 동 건물이 무허가건물이 아니라고 다투고 있다. (단, 대집행 요건의 구비 여부에 대하여는 아래 각 질문사항에 따라서만 검토하기로 한다) (50점)

(1) 甲은 위 계고에 대하여 취소소송을 제기하려고 한다. 계고의 법적 성질을 논하고, 소송의 대상이 되는 계고가 어느 것인지를 검토하시오. (12점)

(2) 철거명령과 함께 이루어진 1차 계고는 적법한가? (10점)

(3) 甲은 철거명령의 위법을 이유로 계고의 위법을 다툴 수 있는가? (13점)

(4) 만약 A시 시장이 대집행을 했을 때, 甲이 “위법한 대집행 실행으로 말미암아 손해를 입었다”라고 주장하면서 관할 민사법원에 국가배상청구소송을 제기한다면 민사법원은 위 명령의 위법성을 스스로 심사할 수 있는가? (15점) (단, 대집행의 위법성은 취소사유에 해당함을 전제로 한다.)

【문 2】 무기사용의 요건과 한계 및 그에 대한 피해자의 권리구제 방법에 대하여 약술하시오. (25점)

【문 3】 행정상 결과제거청구권에 대하여 약술하시오. (25점)

<문제 1 해설>

I. 설문 1

1. 문제점

계고가 취소소송의 대상으로서의 처분에 해당하는지 여부가 문제되고, 반복된 계고가 있는 경우 취소소송의 대상이 무엇인지 문제된다.

2. 계고의 법적 성질

가. 계고의 의의

계고는 대집행이 행하여지는 것을 미리 상대방에게 통지하여 의무이행을 독촉하는 것을 말한다. (행정대집행법 제3조 제1항)

나. 계고의 법적 성질

(1) 처분성 여부

①설은 계고를 준법률행위적 행정행위로서 통지에 속한다고 보고 있으나, ②설은 그 효과적인 측면을 중시하여 작위의무를 부과하는 하명으로 보는 견해도 있다. ①설에 의하면 통지 그 자체로 일정한 법률효과를 발생시키는 경우에 해당한다고 보아 처분성을 인정한다.

(2) 재량행위 여부

“위법하게 구조변경을 한 건축물 부분에 대한 계고처분은 재량권의 범위를 벗어난 위법한 처분이다.”라고 판시한

것을 보면 판례는 계고처분을 재량행위로 보고 있다고 판단된다.

(3)검토

계고는 준법률행위적 행정행위로서 통지에 속하고 재량행위에 해당한다고 본다.

3. 반복된 계고의 경우 취소소송의 대상

가. 취소소송의 대상으로서의 처분

행정소송법 제19조에서 취소소송은 처분을 대상으로 한다고 규정하고 있고, 동법 제2조 제1항 제1호에 의하면 처분은 행정청이 행하는 구체적 사실에 대한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용으로 규정하고 있다.

나. 반복된 계고의 경우

판례에 따르면 행정대집행법상의 건물철거의무는 제1차 철거명령 및 계고처분으로서 발생하였고, 제2차, 제3차의 계고처분은 새로운 철거의무를 부과한 것이 아니고 다만 대집행 기한의 연기통지에 불과하므로 행정처분이 아니라고 하였다.

다. 사안의 경우

판례에 따르면 제1차 계고처분만이 행정처분에 해당하므로 사안에서는 철거명령과 함께 통지된 제1차 계고처분만이 소송의 대상이 된다.

Ⅱ. 설문 2

문제점

의무를 명하는 행정처분과 대집행의 계고가 결합할 수 있는지 여부와 관련하여, 철거명령과 함께 이루어진 1차 계고가 적법한 것인지 살펴보기로 한다.

2. 철거명령과 계고를 한 장의 문서로 할 수 있는지 여부

계고를 할 때에는 이미 대집행의 요건이 충족되어 있어야 한다. 따라서 원칙적으로 의무를 명하는 행정행위와 계고는 결합할 수 없다. 다만, 판례는 계고서라는 명칭의 1장의 문서로서 일정기간 내에 위법건축물의 자진철거를 명함과 동시에 그 소정기한 내에 자진철거를 하지 아니할 때에는 대집행할 뜻을 미리 계고한 경우에 건축법에 의한 철거명령과 행정대집행법에 의한 계고처분은 독립하여 있는 것으로서 각 그 요건이 충족된 경우에는 적법하다는 입장이다.

3. 사안의 경우

대집행의 요건이 충족될 것이 명백하고 대집행의 급속한 실시를 요하는 긴박한 사유가 있는 경우라면 철거명령과 계고처분을 1장의 문서로 하여도 계고처분은 적법하다.

Ⅲ. 설문 3

문제점

사안에서 만약 철거명령에 무효에 해당하는 하자가 있다면 누구나 그 효력을 부인할 수 있으므로 이를 이유로 계고의 위법을 다룰 수 있다. 문제는 철거명령에 취소사유인 하자가 존재할 때이다. 즉 철거명령의 위법이라는 하자가 계고의 위법을 다룰 때 승계되는지 문제된다.

2. 하자의 승계

가. 학설

①선행행위와 후행행위가 결합하여 하나의 효과를 완성하는 경우에는 선행행위의 하자가 후행행위에 승계되는 반면, 별개의 효과를 발생시키는 경우에는 승계되지 않는다는 하자승계론과, ②불가쟁력이 발생한 행정행위의 하자의 승계가능성은 원칙적으로 부인되어야 하며, 다만 수인한도와 예측가능성을 따져 국민의 구제차원에서 예외

적으로 후행행위를 다투면서 선행행위의 위법을 주장할 수 있다는 구속력이론의 대립하고 있다.

나. 판례

원칙적으로 하자승계론의 입장을 취하면서도 구속력이론의 추가적 요건으로 예견가능성과 수인가능성을 아울러 검토하고 있다.

다. 검토

구속력이론은 행정행위와 판결이 구조적인 차이가 있음에도 불구하고 행정행위에 기판력과 유사한 효력을 인정한다는 점에서 문제가 있다. 따라서 원칙적으로 하자승계론을 기준으로 하여 하자승계여부를 결정하되, 수인가능성과 예견가능성에 따라 예외를 인정하는 것이 타당하다.

3.사안의 경우

사안의 철거명령과 계고는 서로 독립하여 별개의 효과를 목적으로 하고 있으며, 철거명령의 구속력이 수인한도를 넘는 가혹함을 가져오지도 않을뿐더러 그 결과가 당사자에게 예측가능한 것이므로 구속력을 재배할 이유도 없다. 따라서 철거명령의 위법을 이유로 계고의 위법을 다룰 수 없다.

IV. 설문 4

문제점

국가 또는 지방자치단체는 공무원이 그 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령에 위반하여 타인에게 손해를 가한 경우에 그 배상책임이 인정되는바(국가배상법 제2조), 국가배상청구소송을 제기 받은 수소법원이 선결문제로서 대집행실행의 위법여부를 확인할 수 있는지가 문제된다.

2. 국가배상청구소송의 법적 성질

당사자소송설과 민사소송설의 대립이 있으나, 판례는 민사소송으로 보아 민사법원의 관할로 보고 있다. 따라서 설문에서 민사법원에 제기한 국가배상청구소송은 적법하다.

3. 민사법원이 처분의 위법여부를 확인할 수 있는지 여부

행정행위의 위법을 이유로 국가배상청구소송을 제기한 경우에 관할 민사법원이 선결문제로서 행정행위의 위법여부를 심사할 수 있는지에 대해 별도의 규정이 없어 문제된다.

가. 학설

①심사부정설은 행정소송법 제11조가 열거적 규정에 불과하므로 민사법원은 행정행위의 위법성 판단에 대한 심사권을 가질수 없다는 입장이다. 그에 반해 ②심사긍정설은 행정소송법 제11조는 예시적 규정이므로 이 조문이 행정행위의 위법성 판단에 대한 민사법원의 심사권을 막는 규정은 아니라는 입장이다.

나. 판례

“위법한 행정대집행이 완료되면 그에 대한 무효 확인 또는 취소를 구할 소의 이익은 없으나, 그 대집행에 대한 취소판결이 있어야만 그 행정처분의 위법을 이유로 한 손해배상청구를 할 수 있는 것은 아니다.” 라고 판시하여 심사긍정설의 입장이다.

다. 검토

국가배상청구소송에서 선결문제로서 행정행위의 위법성 판단은 행정행위의 효력을 부인하는 것이 아니라 단순히 위법성 심사에 그치는 것이므로 행정행위의 구성요건적 효력(혹은 공정력)에 반하지 않는다. 따라서 민사법원은 행정행위의 위법성을 심사할 수 있다.

라. 사안의 경우

대집행의 위법성이 인정되고 기타 국가배상법 제2조의 나머지 요건이 충족된다면 민사법원은 인용판결을 내릴 수 있다.

<문제 2 해설>

I. 서설

경찰관직무집행법상 무기의 개념

무기의 사용

법적 성질

II. 무기사용의 법적 근거

III. 무기사용의 요건

위해를 수반하지 않는 무기의 사용

위해의 수반이 허용되는 무기의 사용

IV. 무기사용의 한계

경찰비례의 원칙

보충성의 원칙

V. 무기사용에 대한 국민의 권리구제

적법한 무기사용에 대한 권리구제

위법한 무기사용에 대한 권리구제

<문제 3 해설> 행정상 결과제거청구권

I. 서설

II. 성질

III. 법적 근거

IV. 요건

1. 행정주체의 공행정작용으로 인한 침해
2. 법률상 이익의 침해
3. 위법한 상태의 존재
4. 위법한 상태의 계속
5. 결과제거의 허용성, 기능성, 수인가능성

V. 내용

VI. 한계-과실상계

VII. 권리실현수단