발 간 등 록 번 호
11-1140100-000113-10

www.simpan.go.kr

2014년도
행정심판재결례집 I

26집

Anti-Corruption & Civil Rights Commission
Central Administrative Appeals Commission

국민권익위원회
중앙행정심판위원회

발간사

올해는 국민권익위원회의 한 축을 담당하는 행정심판의 근거 법인 「행정심판법」이 시행된 지 30주년이 되는 뜻 깊은 해입니다. 결코 짧지 않은 기간 동안 행정심판은 행정청의 위법·부당한 처분으로 침해받은 국민의 권익을 구제하는 기능을 수행해 왔고, 수 차례의 법 개정 작업을 거쳐 이제는 명실상부하게 「헌법」에서 직접 요구하고 있는 준사법절차로서의 면모를 갖추었다고 할 것입니다.

현재 행정심판은 법원의 소송과 마찬가지로 청구인과 처분청이 당사자로서 대립하는 대심적 구조를 가지고 있고, 처분청이나 그 상급관청으로부터 독립하여 구성된 행정심판위원회가 중립적인 재결기관의 역할을 담당하고 있습니다. 행정소송에 아직까지 도입되지 않은 의무이행심판 및 임시처분 제도가 활용되고 있으며 법령을 위반하거나 재량권을 일탈·남용한 위법한 행정은 물론이고 합목적성을 그르친 부당한 행정까지도 통제의 대상이 되고 있습니다.

국민이 아무런 비용을 들이지 않고 심판을 청구하여 신속히 재결을 받을 수 있고, 청구인의 주장이 받아들여지면 처분청이 반드시 재결 내용에 따라야 하는 재결의 '기속력'까지 있음을 고려할 때, 행정심판은 특히 법률서비스로부터 소외된 약자의 권익구제 수단으로서 매우 효율적이고 중요하다 할 것입니다.

본 재결례집은 2014년도에 국민권익위원회 소속 중앙행정심판위원회에서 재결한 사건 중 156건을 엄선하여 분야별로 편집한 것입니다. 모두 철저한 사실조사와 법리검토, 행정심판위원 간의 치열한 전문가적 논증과 합의를 거쳐 생산된 결과물입니다. 본 재결례집의 발간을 통해 행정심판제도가 널리 홍보되고, 행정심판 실무수행 및 제도연구에 적극적으로 활용되기를 바랍니다.

국민권익위원회는 앞으로도 잘못된 행정으로 인한 국민의 권익침해를 적기에 시정해 나감으로써 우리 사회의 소중한 가치인 국가와 행정에 대한 국민의 신뢰를 두텁게 하기 위해 노력해 나갈 것을 약속드립니다.

감사합니다.

2015년 4월

국민권익위원회 위 원 장 이 성 보

발간사

행정심판절차에 사법절차가 준용되어야 한다는 「헌법」 제107조제3항의 정신을 반영하여 1984년 「소원법」에 갈음한 「행정심판법」이 제정된 이래, 지난 30년간 행정심판은 국민의 권익구제와 행정의 자기시정이라는 중요한 기능을 수행해 왔습니다.

특히 2008년 법제처에서 국민권익위원회로 행정심판 기능이 이관·통합되고 2010년 「행정심판법」 전면 개정으로 종전의 국무총리행정심판위원회에서 중앙행정심판위원회로 명칭이 변경되는 과정에서, 중앙행정심판위원회는 행정심판 사건에 대한 의결기관에서 직접 재결을 하는 독립된 재결기관으로 그 위상과 기능이 강화되었습니다.

이와 함께 중앙행정심판위원회는 매년 25,000여건의 행정심판사건을 접수·처리하여 명실상부한 권익구제기관으로서의 역할을 수행하고 있으며, 사건의 처리에 있어서도 전문성과 공정성, 신속성을 제고하기 위하여 노력하고 있습니다. 2013년부터 행정심판 허브시스템을 단계적으로 구축하여 온라인 청구를 활성화하고, 소관 행정심판기관에 관계없이 언제 어디서나 심판절차가 진행될 수 있도록 하고 있으며, 국민 누구나 방대한 행정심판 사례에 손쉽게 접근하여 필요에 맞는 자료를 활용할 수 있도록 하였습니다. 또한 2014년 11월에는 제1회 행정심판 국제 심포지엄을 개최하여 중국, 일본, 인도네시아 유관기관 실무자 및 학계 인사의 참여 아래 각국의 행정쟁송제도에 관한 정보를 공유하고 발전방향을 모색한 바 있습니다. 지속적인 국제 심포지엄을 통해 유례없이 잘 정비된 우리의 행정심판제도를 향후 외국에도 수출할 수 있게 되기를 기대합니다.

본 재결례집은 2014년도에 중앙행정심판위원회에서 재결한 사건 중 새롭거나 의미가 큰 사건 156건을 엄선한 것입니다. 어느 때보다 풍부하게 사례를 집적하였고, 목차를 보다 세분화 하여 활용하기 쉽게 하였습니다. 본 재결례집이 위법·부당한 행정으로 곤란을 겪는 국민들이 보다 손쉽게 권리구제를 받을 수 있는 수단이 되기 바라고, 매일의 업무를 수행하면서 처분의 적법 여부 및 당부를 고민하는 행정부 내 공직자에게도 업무 수행의 좋은 길잡이가 되기를 바랍니다.

앞으로도 중앙행정심판위원회는 행정심판제도의 장점을 극대화하고 미진한 점이 있다면 이를 개선하고 발전시키기 위해 노력해 나갈 것입니다.

감사합니다.

2015년 4월

중앙행정심판위원회 위 원 장 홍 정 철

총 목 차

- 행정심판 청구요건 1
- 정보공개 121
- 국토, 해양, 건설, 교통 177
- 교육 313
- 법무, 병무, 인사, 행정 469
- 시험 565
- 재정, 경제 615

목 차

Ⅰ. 행정심판 청구요건

1. 2013-21625 국가연구개발사업 참여제한처분 등 취소청구 ····· 1
   - 협약위반을 이유로 한 정부출연금 환수통보의 처분성 인정 여부 및 피청구인이 국가연구개발사업 참여제한 처분을 할 법령상 권한이나 근거가 있는지 여부

2. 2013-22868 인사기록카드 기록말소 등 이행청구 ····· 11
   - 청구인에게 징계처분을 직권으로 취소시켜 달라거나, 인사기록카드에서 동 처분에 관한 기록을 말소해 줄 것을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 인정되는지 여부

3. 2014-01885 한국자산관리공사 감사 해임명령 취소청구 ····· 17
   - 한국자산관리공사 감사 해임명령이 행정심판의 대상인지 여부

4. 2014-04163 생활법률 과목 기말시험 문제 정답 및 성적 정정 이행청구 ··· 23
   - 청구인에게 해당 시험의 정답 및 성적 정정을 요구할 법규상·조리상 신청권이 인정되는지 여부

5. 2014-04353 체육시설업 사업계획승인 취소 거부처분 취소청구 등 ····· 27
   - 스키장 부지를 경매로 취득한 토지소유자로서, 스키장업 사업계획승인을 받은 직접당사자가 아닌 제3자가 제출한 사업계획승인 취소신청을 거부한 행정청의 회신이 행정심판의 대상이 되는 '처분'인지

6. 2014-06061 쇼트트랙 지도자 자격정지 5년 징계통보 이행청구 ····· 46
   - 피청구인(대한체육회장)이 쇼트트랙 지도자 자격정지 징계통보와 관련하여 행정청의 지위를 가질 수 있는지 여부

7. 2014-06416 2014년도 제20기 소방간부후보생 선발시험 이의신청 불인정통지 취소청구 등 ····· 51
   - 청구인에게 이 사건 통지의 취소 등을 구할 법률상 이익이 있는지 여부

8. 2014-06948 법학전문대학원 합격 취소처분 취소청구 ····· 58
   - 피청구인의 법학전문대학원 합격 취소 통보가 행정심판의 대상인 처분에 해당하는지 여부 등

9. 2014-09248 현역병 병역처분변경 조사위원회 심의결과 현역복무적합 결정 취소청구 ····· 69
- 현역병 병역처분변경 조사위원회의 결정이 행정심판의 대상인 처분에 해당하는지 여부 등

10. 2014-11846 직원채용 거부통지 취소청구 등 ····· 80
- ○○○○○○○공단의 직장예비군지휘관으로 근무하는 자에 대한 채용관계가 공법관계인지

11. 2014-12201 보조금지급중지처분 무효확인 등 청구 ····· 86
- 사업시행자의 자금구조 유지의무 위반을 이유로 실시협약상 지원금 지급약정에 기해 사업시행자에게 지원해 오던 보조금 지급을 중단한다는 통지가 행정심판의 대상이 되는지 및 보조금 지급 중단 사유가 인정되는지

Ⅱ. 정보공개

1. 2013-07063 정보공개 이의신청 기각결정 취소청구 ····· 121
- 근로감독청이 근로감독의 결과에 따라 시정지시한 내용과 그 위반사항을 입증하기 위한 증빙자료가 정보공개법상 비공개대상 정보인지 여부

2. 2013-11890 정보공개처분 취소청구 ····· 130
- 청구인은 현재 교도소에 수용되어 있어 인터넷 등 정보통신망에 접근할 수 없는 실정인데도 피청구인은 청구인이 요구한 사본·출력물 형태로 공개하지 않고 단지 정보가 소재하는 인터넷홈페이지 주소 및 접근경로만 알려준 경우 동 처분이 위법·부당한지 여부

3. 2013-13795 정보공개 이행청구 ····· 135
- 2012년 ♡♥♤♠ 미술대전 정산서 및 사업결과물 사본 일체가 정보공개법상 비공개대상 정보인지 여부

4. 2013-14181 정보공개 이행청구 ····· 141
- ㅇㅇ광역시 폐기물에너지화시설 민간투자사업의 실시협약서가 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제9조제1항제7호의 비공개대상 정보에 해당하는지 여부

목 차

5. 2013-14677 정보공개 이행청구 ····· 147
- ○○○○관리공단 사업기획실-37**, 38**, 2**호로 각 시행된 문서 중 (주)○○신소재 ◁▶광산 방진망 설치사업의 취소와 관련된 부분, (주)○○신소재로부터 2013. 3. 27. 접수받은 광해방지사업 사업취소요청서, ○○○○관리공단 사업기획실-36**호로 시행된 문서 중 이 사건 사업의 취소와 관련된 부분이 정보공개법상 비공개대상 정보인지 여부

6. 2013-20148 정보공개 이의신청 기각결정 취소청구 ····· 153
- 복지재단 특별점검 결과보고, 행정처분(안) 및 행정조치한 공문서가 정보공개법 제9조제1항제7호의 비공개 대상정보에 해당하는지 여부

7. 2014-00494 정보공개 거부처분 취소청구 ····· 160
- oo대학교 교수회의 성격 및 청구인적격
- 청구인이 이미 열람한 정보라고 하더라도 청구인이 지정한 방법에 의한 공개를 거부한 경우 공개거부로 본 사례
- 피청구인이 「개인정보보호법」 제18조를 이유로 정보공개를 거부한 경우의 판단 방법

8. 2014-02955 정보공개 이행청구 ····· 170
- 지적을 분할신청한 자의 성명, 신청일, 신청이유, 분할측량일 등에 관한 정보공개 여부

Ⅲ. 국토, 해양, 건설, 교통

1. 2013-17532 표준지공시지가결정 취소청구 ····· 177
- 이 사건 토지는 지목이 임야이나 대지로 개발행위 중인 토지로서, 지목에 따라 평가하여야 하는지 여부 및 사인(私人)인 감정평가법인의 임의적인 사전 의견제출 절차와 혼동하여 법령상 이의신청 기간을 도과한 경우 청구인에게 귀책사유가 있는지 여부 등

2. 2013-19492 착공신고 처리불가 통보 취소청구 ····· 185
- 건축허가가 권한 없는 자의 행위로서 무효임을 이유로 한 이 사건 처분이 위법·부당한지 여부

3. 2013-21571 건설업 영업정지처분 취소청구 ····· 195
- 건설업관리규정 별지 2 '기업진단지침' 제28조제1항제2호나목 단서에 규정되어 있는 겸업비율을 산정하는 '합리적인 방식'에 '기준자본액' 비율이 포함되는지 여부

4. 2013-22834 농업기반시설 목적 외 사용승인 거부처분 취소청구 ····· 205
- 퇴적된 토사 제거, 광물 채취 등을 목적으로 한 농업기반시설(저수지) 목적 외 사용승인의 가부

5. 2013-23800 취약계층 주거복지 통합지원사업비 반납처분 취소청구 ····· 211
- 의사결정권자가 아닌 피청구인 소속 담당공무원이 송부한 이메일 등이 행정청의 공적인 견해표명이라고 볼 수 있는지 여부

6. 2014-01244 건설업 등록말소처분 취소청구 ····· 219
- 청구인이 보유한 재고자산(철근), 사무실 임차보증금, 직원 복리후생용 콘도미니엄을 건설업을 위한 실질자산으로 인정할 수 있는지 여부

7. 2014-02517 건축사 업무정지처분 취소청구 ····· 230
- 이 사건 건축물의 발코니가 건축법령 상 적법한 발코니인지 여부, 이 사건 건축물의 용적률이 100퍼센트를 초과하는지 여부 및 이 사건 처분의 업무정지 기간이 적법한지 여부

8. 2014-02985 포항4일반산업단지개발계획 변경요청 반려처분 취소청구 ····· 247
- 구 한국토지공사가 청구인에게 위법하게 공공시설인 노외주차장을 분양하여 청구인이 손해를 입은 경우 피청구인이 산업단지개발계획 변경요청을 수리할 의무가 있는지 여부

9. 2014-03469 하천점용(변경)허가 거부처분 취소청구 ····· 256
- 주택의 진입로로 신청지를 영구점용하는 결과가 초래되는 경우 하천점용허가를 거부한 처분이 재량권의 일탈·남용에 해당하는지 여부

목 차

10. 2014-04117 건설업 등록말소처분 취소청구 ····· 262
- 건설업(조경공사업)을 영위하는 청구인이 보유한 수목자산을 건설업관리규정 별지 2 기업진단지침 제18조에 따라 청구인의 실질자산으로 인정할 수 있는지 여부

11. 2014-04425 생활대책 공급대상 제외처분 이의신청 기각결정 취소청구 · 273
- 청구인이 이 사건 사업지구 내에서 자연인으로서 영업을 하여 생활대책 대상자 자격요건을 갖추었다고 볼 수 있는지 여부

12. 2014-05059 건축사 업무정지처분 취소청구 ····· 281
- '다가구주택의 가구 간 경계벽' 해제가 「건축사법 시행령」 별표 1 소정의 대수선에 해당되는지 여부

13. 2014-06756 생활대책 공급대상 부적격처분 취소청구 ····· 291
- 청구인이 생활대책 선정기준일 이전부터 사업자등록을 필하고 영업을 하지 않았다는 이유의 이 사건 처분이 위법·부당한지 여부

14. 2014-08264 지적 전산자료 이용·활용 심사신청 회신 취소청구 ····· 299
- 기술적으로 불가능한 지적전산자료의 이용·활용 심사신청을 반려한 처분이 위법·부당한지 여부

Ⅳ. 교 육

1. 2013-10745 사립학교장 임명승인 취소처분 취소청구 등 ····· 313
- 행정청의 하자있는 교장 임명승인처분을 신뢰하여 재정결함지원금을 신청한 경우 이를 허위 사실에 기초한 신청으로 볼 수 있는지 여부

2. 2013-13242 학교폭력 재심결정 취소청구 ····· 323
- 피청구인이 2명의 가해학생들 중 1명에 대해서는 자치위원회의 '학교봉사' 결정으로 충분하고, 다른 1명에 대해서만 자치위원회의 '학교봉사'에 '특별교육이수'만을 추가하게 한 이 사건 처분이 재량권의 일탈·남용에 해당하는지 여부

3. 2014-02807 학교폭력 재심결정 취소청구 ····· 332
- 피청구인의 재심결정이 재량권의 일탈·남용에 해당하는지 여부

4. 2014-03116 학교폭력 재심결정 취소청구 ····· 340
- 가해학생이 여러 명인 사건에서 가해학생들에게 동일한 재심결정을 한 것이 사건의 경위와 가해학생 각각의 행위의 양태 등을 고려한 결정인지 여부

5. 2014-03496 대학설립인가 거부처분 취소청구 ····· 350
- 피청구인의 대학설립인가 거부처분이 재량권을 일탈·남용한 처분인지 여부

6. 2014-04867 사립학교 교장 임명승인 거부처분 등 취소청구 ····· 380
- 대학총장으로 재임 당시 해임요구 된 바 있는 교장임용 대상자에 대하여 피청구인이 한 교장 임명승인 거부처분이 재량권을 일탈·남용한 처분인지 여부

7. 2014-06300 학교폭력 재심결정 취소청구 ····· 407
- 피청구인의 재심결정이 재량권의 일탈·남용에 해당하는지 여부

8. 2014-09067 학교폭력 재심결정 취소청구 ····· 417
- 자치위원회 및 지역위원회 진행 과정에서 가해학생의 범위가 불일치하는 이 사건 처분이 위법·부당한지 여부

9. 2014-10304 학교폭력 재심결정 취소청구 ····· 428
- 집단 따돌림 사안에서 주동자와 묵인·동조자가 명확하게 구분되지 않는 경우 가해학생들에게 동일한 조치를 하는 것이 적정한지 여부

10. 2014-10453 학교폭력 재심결정 취소청구 ····· 437
- 청구인에 대한 전학 조치가 재량권의 일탈·남용에 해당하는지 여부

11. 2014-10634 학교폭력 재심결정 취소청구 ····· 450
- 피청구인의 전학 재심결정이 가해학생인 청구인에게 지나치게 가혹한 처분인지 여부

12. 2014-15694 학교폭력 재심결정 취소청구 ····· 462
- 해당학교 교사 등을 학교폭력 가해자로 지정해달라는 취지의 재심청구가 학교폭력대책지역위원회의 재심범위에 포함되는지 여부

목 차

Ⅴ. 법무, 병무, 인사, 행정

1. 2013-24530 **총포소지허가 취소처분 취소청구** ····· 469
   - 이 사건 총포소지허가 취소처분이 권한없는 자의 처분인지 여부

2. 2014-01336 **계약직공무원 정직처분 취소청구** ····· 476
   - 직무태만 등을 이유로 한 정직 1개월의 징계 처분이 재량권의 일탈·남용에 해당하는지 여부

3. 2014-03476 **국적회복허가 거부처분 취소청구** ····· 485
   - 청구인이 자신의 부라고 주장하는 국내 공부상의 ○○○와 중국정부의 공부에 기록된 청구인의 부 ○○○가 동일인물인지 여부

4. 2014-03528 **체류자격변경허가 거부처분 취소청구** ····· 495
   - 청구인의 혼인파탄에 전 배우자 ○○○에게 주된 귀책사유가 있는지 여부

5. 2014-04234 **사단법인 설립허가 거부처분 취소청구** ····· 505
   - 청구인의 대표자 ○○○에게 이 사건 사단법인의 설립을 위한 발기인 총회 및 창립총회 소집·개최 권한이 없는지 여부

6. 2014-10457 **징병신체검사 신체등위 4급 판정처분 및 사회복무요원 소집대상자 병역처분 취소청구** ····· 524
   - 중등도의 슬개골 연골연화증이 있는 병역의무자에게 징병신체검사 신체등위 4급 판정처분 및 사회복무요원 소집대상자 병역처분을 할 수 있는지

7. 2014-12572 **병역감면 거부처분 취소청구** ····· 530
   - 부와 이혼하여 병역의무자와 따로 거주하는 모가 보유한 것으로 추정되는 재산액을 청구인 가족의 재산액에 포함시켜야 하는지

8. 2014-14636 **체류자격 변경허가 거부처분 취소청구** ····· 537
   - 청소년에게 주류를 제공 판매하여「청소년보호법」위반으로 기소유예처분을 받은 청구인에게 품행미단정을 이유로 영주(F-5) 체류자격 변경허가 거부처분을 한 것이 위법·부당한지

9. 2014-16196 공무원 국외훈련비 반환명령 취소청구 ····· 543
- 공무원의 유학휴직기간 중 지출한 학자금 반환의무 및 훈련비 반환청구권 소멸시효의 기산점

10. 2014-16293 청원경찰 징계처분 취소청구 ····· 553
- 청원경찰이 예배방해행위를 한 것이 징계사유에 해당하는지 및 견책처분이 비례원칙에 반하는지

Ⅵ. 시 험

1. 2013-12403 제55회 사법시험 제1차시험 불합격처분 취소청구 ····· 565
- 이 사건 계쟁문제의 답항 ①번을 옳은 지문으로 보아 복수정답으로 인정할 수 있는지 여부

2. 2013-22794 1급 응급구조사 응시자격 불인정처분 취소청구 ····· 576
- 2급 응급구조사로서 김포공항 소방구조대에서 응급구조사의 업무에 3년 이상 종사한 청구인의 경력이 「응급의료에 관한 법률」 제36조제2항제3호의 1급 응급구조사 시험 응시요건에 해당되는지 여부

3. 2013-25157 2014학년도 대학입학 수시모집 불합격처분 취소청구 ····· 585
- 청구인에 대한 2014학년도 대학입학 수시모집 불합격처분이 재량권의 일탈·남용에 해당하는지 여부

4. 2014-03332 2014년도 경찰공무원 정기승진시험(경장) 불합격처분 취소청구 ·· 595
- 피청구인이 청구인에게 한 경찰공무원 정기승진시험(경장) 불합격처분이 재량권을 일탈·남용한 것인지 여부

5. 2014-04082 경찰공무원 채용시험 불합격처분 취소청구 ····· 608
- 경찰공무원 채용시험에서 청구인에 대한 신원조사결과 등을 면접위원에게 제공한 것이 잘못인지 여부

목 차

Ⅶ. 재정, 경제

1. 2013-12818 국가연구개발사업 참여제한처분 부존재확인 청구 등 ····· 615
   - 위반행위와 처분시 사이에 행정청 내부처분기준이 변경된 경우 위반행위 당시의 처분기준을 적용하는 것이 타당한지

2. 2013-13705 변상금 부과처분 등 취소청구 ····· 638
   - 지방자치단체가 국유지에 무상 공영주차장을 설치하여 운영해 온 경우 해당 토지의 관리권이 피청구인에게 위탁되고, 무상사용허가기간이 만료되었다는 사정만으로 국유지 무단점용사실을 인정할 수 있는지 여부

3. 2013-15187 변상금 부과처분 취소청구 ····· 645
   - 지자체가 기부채납받은 지하주차장을 소유하면서 지상 국유지를 점유한 것이 무단 점유로서 변상금 부과대상인지 여부

4. 2013-15776 공공형어린이집 선정취소처분 취소청구 ····· 653
   - 평가인증 참여취소가 당연무효일 경우 피청구인이 어린이집에 대한 평가인증 유효기간이 만료되었다는 이유로 공공형어린이집 선정취소를 할 수 있는지

5. 2013-16276 정부출연금 환수처분 등 취소청구 ····· 662
   - 청구인이 연구목적 외 용도로 사업비를 2회 인출한 후 이자와 함께 원금을 재입금한 사안에 대하여 피청구인의 정부출연금 전액 환수 등 처분이 지나치게 가혹한지 여부

6. 2013-16302 과징금부과 처분 취소청구 ····· 674
   - 청구인이 일시적으로 등록기준에 미달한 사정을 감안하지 않고 위 등록기준에 위반하였다는 이유로 피청구인이 한 이 사건 처분이 위법·부당한지 여부

7. 2013-17063 부정당업자 제재처분 취소청구 ····· 680
   - 피청구인이 청구인에게 적용한 6개월의 부정당업자 제재기간이 적정한지 여부

8. 2013-20738 광고업무 정지처분 취소청구 ····· 686
   - 이 사건 화장품의 광고 내용이 일반인으로 하여금 해당 제품을 의약품이나 기능성 화장품으로 오인케 할 수 있는 것인지 여부

9. 2013-22172 어린이집 평가인증 취소처분 취소청구 ····· 694
- 위반행위 경위, 내용, 정도 등에 비추어 볼 때 이 사건 어린이집 평가인증 취소처분이 부당한지

10. 2013-22795 영양사면허정지처분 취소청구 ····· 706
- 이 사건 집단식중독 사고 발생에 영양사의 직무상 책임이 있는지 여부

11. 2014-01230 부정당업자 제재처분 취소청구 ····· 720
- 청구인이 정당한 이유 없이 계약을 이행하지 아니하였는지 여부

12. 2014-01296 부정당업자 제재처분 취소청구 ····· 725
- 청구인이 이 사건 계약을 이행하지 못한 데에 정당한 이유가 있는지 여부 및 청구인이 계약을 이행하는 것이 원천적으로 불가능하여 계약 이행의 기대가능성이 없는지 여부

13. 2014-02381 부정당업자 제재처분 취소청구 ····· 742
- 청구인이 입찰 또는 계약에 관한 서류를 위조·변조·부정행사하거나 허위서류를 제출하였는지 여부 등

14. 2014-02932 국유재산 사용허가 취소처분 취소청구 ····· 751
- 지하철공사를 수행하기 위하여 전력관 이설이 필요한 상황에서 그 이설비용 부담자에 관한 당사자간의 합의가 이루어지지 않은 경우, 전력관 매설 용도의 국유재산 사용허가를 취소할 수 있는지

15. 2014-03452 부정당업자 제재처분 취소청구 ····· 762
- 청구인이 정당한 이유 없이 계약을 이행하지 않았는지 여부

16. 2014-03548 과징금 부과처분 취소청구 등 ····· 774
- 처방전에 적힌 의약품과 '성분·함량·제형이 동일하거나 약효동등성이 인정된 다른 의약품'으로 대체조제한 경우와 '성분·함량·제형이 동일하거나 약효동등성이 인정된 의약품으로 볼 수 없는 의약품'으로 대체조제한 경우 각각의 부당청구금액의 산정방법

목 차

17. 2014-04210 보조금 환수처분 취소청구 ····· 784
- 중소기업형 계약학과의 입학생들이 '상시근로자 5인 이상 중소기업에 1년 이상 재직'이라는 입학자격을 갖추지 못하였다는 이유로 보조금을 환수한 조치가 정당한지 여부

18. 2014-05218 변상금 부과처분 취소청구 ····· 807
- 이 사건 토지의 서울광장 포함 여부 및 이 사건 각 변상금 산정 방식의 위법·부당 여부

19. 2014-06643 상표등록출원 취하서 수리처분 등 취소청구 ····· 817
- 청구인 명의로 된 취하서를 청구인 본인이 아닌 제3자가 수리관청에 제출한 경우, 수리 단계에서 위임장 확인을 요하는지

20. 2014-10141 부정당업자 입찰참가자격 제한처분 취소청구 ····· 824
- 청구인 업체의 주된 사업내용과 직접적인 관련이 없는 차량의 매각 입찰을 포기하였다는 사유만으로 6개월간 입찰참가자격을 제한한 처분의 위법·부당 여부

행정심판 청구요건

Anti-Corruption & Civil Rights Commission

1 2013-21625 국가연구개발사업 참여제한처분 등 취소청구(재결일 : 2014. 6. 10.)

【사건의 쟁점】

협약위반을 이유로 한 정부출연금 환수통보의 처분성 인정 여부 및 피청구인이 국가연구개발사업 참여제한 처분을 할 법령상 권한이나 근거가 있는지 여부

【재결요지】

○「산업집적 활성화 및 공장설립에 관한 법률」 제22조의3제5항·제6항 및 같은 법 시행령 제29조의3제1항을 보면 국가 또는 지방자치단체로부터 경쟁력 강화사업을 추진하기 위하여 출연금을 지급받을 수 있는 관리기관에 청구인이 해당하지 않음이 분명하므로, 청구인은 같은 법 시행령 제29조의3제2항 및 제3항에 따라 출연금을 경쟁력 강화사업의 용도 외의 목적으로 사용한 경우 국가와 지방자치단체가 출연금의 전부를 회수할 수 있는 자에 해당되지 않음

피청구인이 청구인에게 한 이 사건 출연금 환수통보는 청구인이 이 사건 협약을 위반하였기 때문에 행하여진 것이고, 이러한 행위는 청구인이 피청구인과 대등한 지위에서 체결한 사법상 계약 내지 공법상 계약의 내용을 근거로 이루어진 것으로서 행정청이 우월한 지위에서 공권력을 행사한 행정처분에 해당되지 않는다고 할 것이므로 동 부분은 행정심판의 대상이 되지 않는 사항을 대상으로 하여 제기된 부적법한 청구임

○「산업집적 활성화 및 공장설립에 관한 법률」상 출연금을 용도 외의 목적으로 사용한 경우 국가연구개발사업 참여제한의 제재조치를 할 수 있다는 근거가 없고, 장관이 고시 등을 통해 참여제한의 제재조치 근거를 새로 설정할 수 있는 것도 아니므로, 이 사건 참여제한처분은 법령상 아무런 권한이나 근거 없이 행한 것으로 무효임

【재결의 의미】

관계법령에 근거 없이 당사자간의 협약을 위반하였음을 이유로 한 정부출연금 환수통보는 행정심판의 대상이 되지 않는 사항이고, 법령상 참여제한의 제재조치를 할 수 있다는 근거가 없다면 장관의 고시 등을 통해 제재조치의 근거를 새로 설정할 수 없음

주 문 1. 이 사건 심판청구 중 정부출연금 환수통보 취소청구 부분은 각하한다.

2. 피청구인이 2013. 8. 26. 청구인에게 한 국가연구개발사업 참여제한처분을 취소한다.

청구취지 피청구인이 2013. 8. 26. 청구인에게 한 국가연구개발사업 참여제한처분 및 정부출연금 환수통보를 취소한다.

이 유

1. 사건개요

청구인은 피청구인에게 2012년도 산업집적지 경쟁력 강화사업(이하 '경쟁력 강화사업'이라 한다)의 제품제작 지원사업 신청서를 제출하여 '체리아쿠아 나노 시제품 제작'과제(이하 '이 사건 과제'라 한다)의 주관기관으로 선정되었고, 청구인과 피청구인은 2012. 11. 23. 이 사건 과제에 대한 '제품제작 지원사업 협약'을 체결(이하 '이 사건 협약'이라 한다)하였으며, 피청구인은 2013. 8. 26. 청구인이 이 사건 과제 종료 1개월 이내에 결과보고서를 제출하지 아니하였고, 정부출연금 입금 후 전액 인출하여 사업비를 유용하였다는 이유로 청구인에 대하여 국가연구개발사업 참여제한 3년 처분 및 정부출연금 2,850만원 환수통보(이하 통칭하여 '이 사건 처분'이라 하고, 각각 '이 사건 참여제한처분' 또는 '이 사건 출연금 환수통보'라 한다)를 하였다.

2. 청구인 주장

가. 청구인은 이 사건 과제의 협약을 체결할 때 피청구인으로부터 협약기간을 공란으로 제출하도록 강요를 받았고, 과제로 선정된 후 피청구인이 임의로 협약기간을 정한 협약서를 받았는바, 이로 인하여 협약서에서 정한 결과보고서 제출일을 놓치게 된 것이다.

나. 또한 피청구인은 감독소홀 및 업무태만으로 사업통장관리에 관하여 과제수행 업체에 제대로 안내도 하지 않았으면서 이를 잘 몰라 실수한 청구인에게 이 사건 처분을 하였는바, 현재 청구인은 이 사건 과제의 결과보고서도 이미 제출하였으므로 이 사건 처분은 취소되어야 한다.

3. 피청구인 주장

가. 이 사건 처분은 청구인의 협약 불이행에 따라 이루어진 것으로, 이 사건 협약서에는

사업결과보고서를 수행기간 종료일부터 1개월 이내에 피청구인에게 제출하도록 되어 있고, 협약서에 명시되지 아니한 것에 대하여는 '산업집적지 경쟁력 강화사업 세부관리지침'(이하 '세부관리지침'이라 한다)을 준용한다고 되어 있는바, 세부관리지침에 따르면 사업비 통장에서 돈이 인출된 상태에서 적발된 경우에는 부정 사용금액이 해당연도 사업비 현금의 50%를 초과한 경우 정부출연금 전액을 환수하고 참여제한 5년을 적용하도록 되어 있고, 정당한 사유 없이 과제수행 결과보고서를 제출하지 않은 경우에는 정부출연금 전액을 환수하고 참여제한 3년을 적용하도록 되어 있다. 따라서 피청구인이 청구인에게 한 이 사건 참여제한처분은 적법·타당하다.

나. 다만, 피청구인이 청구인에게 한 이 사건 출연금 환수통보는 이 사건 협약의 계약내용이라 할 수 있는 세부관리지침에 따른 사후조치규정에 따른 평가전문위원회의 환수결정을 단지 통보한 것에 불과하고, 이러한 통보는 행정심판의 대상이 되는 처분에 해당한다고 볼 수 없으므로 이 사건 청구 중 출연금 환수통보 부분은 각하되어야 한다.

4. 관계법령

산업집적 활성화 및 공장설립에 관한 법률 제2조, 제3조의2제2항, 제22조의3, 제30조, 제45조의9제1항, 제45조의13제1항, 제45조의18, 제51조제1항

산업집적 활성화 및 공장설립에 관한 법률 시행령 제29조의3, 제59조

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 지식경제부와 전담기관간의 산업집적지 경쟁력 강화사업 협약서, 제품제작 지원사업 신청서, 제품제작 지원사업 협약서, 결과보고서 제출 통보문, 전문위원회 개최 결과, 행정심판청구서, 답변서 등의 자료에 따르면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 2012년 2월경 지식경제부장관(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 전부개정된 「정부조직법」에 따라 산업통상자원부로 명칭이 변경됨, 이하 '지식경제부', '지식경제부장관' 또는 '장관'이라 함은 '산업통상자원부' 또는 '산업통상자원부장관'으로 본다)과 피청구인은 산업집적지 경쟁력 강화사업 협약을 체결하였는데, 협약 제3조제1항을 보면 장관은 피청구인

에게 경쟁력 강화사업의 추진을 위하여 사업비를 지급한다고 되어 있고, 같은 조 제2항을 보면 피청구인은 장관으로부터 지급받은 사업비를 경쟁력 강화사업의 거점기관 및 주관기관 등에게 지급하여 사업수행에 차질이 없도록 조치하여야 한다고 되어 있으며, 제10조제1항을 보면 피청구인은 본 사업을 수행함에 있어서 「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」(이하 '산집법'이라 한다) 및 시행령, 장관이 별도로 정한 규정을 준수하고 본 협약에 없는 사항은 이에 따라 수행하여야 한다고 되어 있고, 같은 조 제2항을 보면 장관은 피청구인과 사업수행기관 등이 본 협약의 내용, 관계 법령 및 규정을 위반하였을 경우에 별도로 정한 규정에 의한 제재를 취할 수 있다고 되어 있다.

나. 2012. 10. 10. 청구인은 피청구인에게 2012년도 경쟁력 강화사업의 제품제작 지원사업에 신청서를 제출하여 이 사건 과제의 주관기관으로 선정되었다.

다. 2012. 11. 23. 청구인과 피청구인은 다음과 같이 이 사건 협약을 체결하였는데, 협약 제4조를 보면 청구인은 사업결과보고서를 수행기간 종료일부터 1개월 이내에 피청구인에게 제출하여야 하고, 청구인이 정당한 사유 없이 지정된 기간 내에 사업결과보고서를 제출하지 않는 경우 피청구인은 기 지급한 지원금을 환수하거나 지원금을 지급하지 아니할 수 있다고 되어 있고, 제7조제1항을 보면 청구인과 피청구인은 상대방이 본 협약을 중대하게 위반하였을 경우에는 각각 본 협약을 해약할 수 있다고 되어 있으며, 제9조제2항을 보면 협약서에 명시되지 아니한 상황에 대하여는 세부관리지침을 준용한다고 되어 있다.

- 다 음 -

○ 과제명 : 체리아쿠아 나노 시제품 제작
○ 지원부문 : 시제품제작
○ 협약기간 : 2012. 11. 23. ~ 2013. 5. 22.
○ 총사업비 : 4,765만원
  - 국비지원금 2,850만원
  - 민간부담금 1,915만원

라. 2012. 11. 29. 피청구인은 청구인에게 청구인 명의의 이 사건 과제의 사업비 관리 예금계좌를 통해 정부출연금 2,850만원을 지급하였다.

마. 2012. 12. 4. 청구인은 이 사건 과제의 사업비 관리 예금계좌에서 사업비 전액을 인출하였다.

바. 2013. 5. 29. 피청구인은 청구인에게 '제품제작 지원사업 추진 결과보고서'를 2013. 6. 20.까지 제출하도록 통지하였다.

사. 2013. 6. 21. 피청구인은 청구인에게 이 사건 협약에 따라 이 사건 과제의 추진 결과보고서를 수행기간 종료일부터 1개월 이내에 제출하여야 하고, 결과보고서를 제출하지 않을 경우 세부관리지침에 따라 문제과제로 처리된다는 취지의 결과보고서 제출 독촉 통지를 하였다.

아. 2013. 7. 3. 피청구인은 청구인의 최종보고서 미제출에 따른 현장실태조사를 실시하였다.

자. 2013. 7. 11. 청구인은 피청구인에게 최종보고서를 제출하고 이 사건 과제의 사업비 관리 예금계좌에 4,765만을 입금하였다.

차. 2013. 7. 24. 피청구인이 문제과제에 대한 제재·환수조치에 관한 사항을 심의하기 위하여 개최한 전문위원회 심의 결과, 청구인이 이 사건 과제 종료 1개월 이내에 보고서를 제출하지 않았고 사업비를 전액 인출하여 개발기간 종료 후 입금하고 사업비를 집행하였다는 이유로 '불성실 수행'으로 판정하고 청구인에 대하여 5년간 국가연구개발사업 참여제한 및 정부출연금 2,850만원 전액 환수가 타당하다고 심의·의결하였다.

카. 2013. 7. 31. 청구인은 피청구인에게 위 차목의 심의결과에 대하여 이의신청을 하였다.

타. 2013. 8. 23. 피청구인이 개최한 전문위원회 결과 청구인이 과제 종료 1개월 이내에 결과보고서를 제출하지 아니하였고, 정부출연금 입금 후 5일 만에 전액 인출하여 사업비를 유용하였다는 이유로 청구인에게 국가연구개발사업 참여제한 3년을 적용하고 정부출연금 2,850만원 전액 환수가 타당하다고 심의·의결하였다.

파. 2013. 8. 26. 피청구인은 청구인에게 위 타목의 심의·결과를 통보하는 방법으로 청구인에게 이 사건 처분을 하였다.

하. 2013. 10. 22. 피청구인은 통상산업자원부장관에게 위 타목의 전문위원회 개최결과를 보고하였다.

거. 2013. 10. 30. 통상산업자원부장관은 피청구인에게 위 타목의 전문위원회 개최 결과를 원안대로 확정한다고 통보하였다.

너. '지역산업지원사업 공통운영요령'(지식경제부 고시 제2012 - 115호, 2012. 5. 23., 이하 '공통운영요령'이라 한다) 제1조에 따르면 동 요령은 「국가균형발전특별법」(이하 '균특법'이라 한다) 제2조 및 제11조, 「산업발전법」 제9조, 산집법 제3조, 제3조의2, 제22조의3제6항 및 같은 법 시행령 제7조의3, 「산업기술혁신촉진법」(이하 '촉진법'이라 한다) 제11조제1항제8호, 제19조제1항제3호 및 같은 법 시행령, 「산업기술단지지원에 관한 특례법」(이하 '산업기술단지법'이라 한다) 및 같은 법 시행령에 의해 추진하는 지역산업지원사업의 효율적인 기획·평가·관리에 관한 공통된 기준 및 방법을 정함을 목적으로 한다고 되어 있고, 제52조제1항·제2항·제7항 및 별표 2에 따르면 장관은 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 귀책사유에 따라 사업에 참여하는 기관, 단체, 기업 또는 소속 임직원 등에 대하여 '별표 2'에서 정하는 기준에 따라 5년 이내의 범위에서 국가연구개발사업의 신규 참여를 제한할 수 있고 이미 지급한 국비의 전부 또는 일부를 환수 할 수 있으며, 국비를 환수할 필요가 있을 경우 전담기관의 장으로 하여금 해당 과제에 이미 교부된 국비의 범위내의 금액을 수행기관 등으로부터 환수하게 할 수 있는데, 유용 등으로 사업비 통장에서 돈이 인출된 상태에서 적발된 경우로서 부정 사용 금액이 해당연도 사업비 현금의 50%를 초과한 경우에는 5년 참여제한 및 총수행기간의 국비 전액을 환수한다고 되어 있으며, 제62조에 따르면 제3조제5호의 산집법, 균특법, 촉진법에 의한 경쟁력강화사업은 제1조부터 제5조, 제20조부터 제24조, 제26조부터 제27조, 제31조부터 제57조의 규정을 준용하여 적용하되, 동 요령에 의한 '전담기관 또는 관리기관'은 산집법 제45조의3에 따른 한국산업단지공단으로 본다고 되어 있다.

더. 세부관리지침(지식경제부 승인 입지총괄과 - 332호, 2012. 4. 5)을 보면, 동 지침은 산집법 제22조의3제6항에 의거 경쟁력강화사업을 효율적으로 추진하기 위하여 공통운영요령 및 '지역산업지원사업 기술개발사업·기업지원사업 평가관리지침'에서 규정하지 않은 세부사항을 정함을 목적으로 하고, 장관은 '문제과제에 대한 제재 및 환수 기준'에서 정하는 기준에 따라 유용, 편취, 횡령 등으로 사업비 통장에서 돈이 인출된 상태에서 적발된 경우로서 부정 사용 금액이 해당연도 사업비 현금의 50% 초과한 경우에는 국가연구개발사업의 참여를 5년간 제한하고 총개발기간의 정부출연금 전액을 환수할 수 있으며, 정당한 사유 없이 과제수행 결과보고서를 제출하지 않거나 허위로 작성한 경우에는 국가연구개발사업의 참여를 3년간 제한하고 해당연도의 정부출연금 전액을 환수할 수 있다고 되어 있고, 전담기관 또는 광역거점기관의 장은 평가위원회 결정에 따라 제재·환수조치가 필요한 과제에 대해서 전문위원회를 개최하여 제재여부 확정 및 제재등급, 제재대상, 환수금액 등을 결정하고 필요한 조치를 하여야 하며, 장관은 전담기관 또는 광역거점기관의 문제사업에 대한 평가결과를 최종 확정하고 전담기관의 장에게 통보하되, 장관이 확정한 제재·환수에 대한 조치통보는 전담기관의 장 및 광역거점기관의 장이 대신할 수 있으며, 전담기관의 장은 귀책사유가 인정되는 주관기관, 주관기관의 장, 주관책임자, 참여기관, 참여기관의 장, 실시기업 및 대표 등에 대해서는 국가연구개발사업의 신규참여 제한조치를 취하여야 한다고 되어 있다.

6. 이 사건 심판청구의 적법 여부 및 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령의 내용

1)「행정심판법」제2조제1호, 제3조제1항에 따르면 행정심판의 대상이 되는 처분이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부, 그밖에 이에 준하는 행정작용을 의미한다고 되어 있고, 산집법 제22조의3제5항 및 제6항에 따르면 국가 또는 지방자치단체는 경쟁력 강화사업을 추진하기 위하여 필요하면 공단이나 그 밖에 대통령령으로 정하는 관리기관에 출연 또는 보조할 수 있고 경쟁력 강화사업의 세부적인 시행절차 및 운용에 관하여는 산업통상자원부장관이 정하여 고시한다고 되어 있는데, 같은 법 시행령 제29조의3제1항에 따르면 법 제22조의3제5항에서 '대통령령으로 정

하는 관리기관'이란 법 제30조제2항제2호 및 제3호에 따른 관리기관으로서 관리권자로부터 관리업무를 위임받은 지방자치단체의 장, 관리권자로부터 관리업무를 위탁받은 공단 또는 제31조제2항의 산업단지관리공단을 말한다고 되어 있고, 같은 조 제2항 및 3항에 따르면 법 제22조의3제5항에 따라 출연금을 지급받은 자는 별도의 계정을 설정하여 이를 관리하여야 하며 경쟁력 강화사업의 용도로만 이를 사용하여야 하고, 국가 또는 지방자치단체는 출연금을 지급받은 자가 용도 외의 목적으로 이를 사용한 경우에는 용도 외의 목적으로 사용한 출연금의 전부를 회수할 수 있다고 되어 있다.

2) 산집법 제45조의9제1항, 제45조의13제1항에 따르면 산업단지의 개발 및 관리와 기업체의 산업활동 지원을 위하여 공단을 설립하여 산업단지의 관리, 개발, 조성, 분양, 임대 및 매각에 관한 사업, 산업단지구조고도화사업, 경쟁력 강화사업, 입주기업체를 지원하기 위한 사업으로서 그 밖에 대통령령으로 정하는 사업 등을 한다고 되어 있고, 같은 법 제45조의18에 따르면 국가 또는 지방자치단체는 공단의 운영 및 사업에 필요한 경비에 충당하기 위하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 공단에 출연하거나 보조할 수 있다고 되어 있으며, 같은 법 제51조제1항 및 같은 법 시행령 제59조에 따르면 산업통상자원부장관은 법 제31조에 따라 국가산업단지에 대한 법 제2조제15호에 따른 관리업무를 공단에 위탁하고, 법 제51조제1항에 따라 법 제34조에 따른 국가산업단지 내 국유지의 매각 및 임대에 관한 업무를 해당 국가산업단지의 관리업무를 위임 또는 위탁받은 공단에 위탁한다고 되어 있다.

나. 판단

1) 이 사건 출연금 환수통보에 대한 판단

가) 위 인정사실에 따르면 피청구인은 경쟁력 강화사업의 추진을 위하여 지식경제부장관으로부터 사업비를 지급받고, 지급받은 사업비를 경쟁력 강화사업의 거점기관 및 주관기관 등에게 지급하여 사업수행에 차질이 없도록 조치하기로 하는 내용의 협약을 지식경제부장관과 체결하였고, 이에 따라 피청구인은 2012년 경쟁력 강화사업의 생산기술사업화 지원사업 신청서를 제출한 청구인을 이 사건 과제의 주관기관으로 선정하고 청구인과 이 사건 협약을 체결한 후 정부출연금 2,850만원을 지급하였는데, 산집법 제22조의3제5항·제6항 및 같은 법 시행령 제29조의3제1항을 보면 국가 또는 지방자치단체로부터 경쟁

력 강화사업을 추진하기 위하여 출연금을 지급받을 수 있는 관리기관에 청구인이 해당하지 않음이 분명하므로, 청구인은 같은 법 시행령 제29조의3제2항 및 제3항에 따라 출연금을 경쟁력 강화사업의 용도 외의 목적으로 사용한 경우 국가와 지방자치단체가 출연금의 전부를 회수할 수 있는 자에 해당되지 않는다.

나) 그런데 이 사건 협약에 따르면 청구인은 사업결과보고서를 수행기간 종료일부터 1개월 이내에 피청구인에게 제출하여야 하고, 청구인이 정당한 사유 없이 지정된 기간 내에 사업결과보고서를 제출하지 않는 경우 피청구인은 기 지급한 지원금을 환수하거나 지원금을 지급하지 아니할 수 있으며, 협약서에 명시되지 아니한 상황에 대하여는 세부관리지침을 준용한다고 되어 있어 이 사건 협약에는 세부관리지침이 그 내용에 포함되어 있다고 할 것이므로, 청구인이 이 사건 과제 종료 1개월 이내에 결과보고서를 제출하지 아니하였고 정부출연금 입금 후 전액을 인출하여 사업비를 유용하였다는 이유로 피청구인이 청구인에게 이 사건 출연금 환수통보를 한 것은 이 사건 협약의 당사자의 지위에서 이 사건 협약 및 이 사건 협약의 내용에 포함된 세부관리지침에서 정한 정부출연금 환수사유가 발생하였음을 이유로 청구인에게 이미 지급한 정부출연금을 환수할 것을 통보한 것에 불과하다.

다) 따라서 피청구인이 청구인에게 한 이 사건 출연금 환수통보는 청구인이 이 사건 협약을 위반하였기 때문에 행하여진 것이고, 이러한 행위는 청구인이 피청구인과 대등한 지위에서 체결한 사법상 계약 내지 공법상 계약의 내용을 근거로 이루어진 것으로서 행정청이 우월한 지위에서 공권력을 행사한 행정처분에 해당되지 않는다고 할 것이므로 이 사건 심판청구 중 동 부분은 행정심판의 대상이 되지 않는 사항을 대상으로 하여 제기된 부적법한 청구이다.

2) 이 사건 참여제한처분에 대한 판단

피청구인은 이 사건 참여제한처분으로 청구인에 대하여 모든 행정기관이 수행하는 국가연구개발사업에의 참여 차단 내지 봉쇄를 명하고 있는바, 공공기관이 일반국민에 대하여 일정한 권리를 일률적으로 제한하는 명령은 공공기관의 일방적 의사표시에 의하여 개인의 권리를 일방적으로 제한한다는 의미에서 공권력의 행사로서 행정처분이라 할 것이고, 행정청의 어떠한 '처분'이 적법하기 위하여는 당해 행정청에게 그 처분을 행할 법령상

의 권한이 있어야 하는데, 산집법령을 보면 국가 또는 지방자치단체는 출연금을 지급받은 자가 용도 외의 목적으로 이를 사용한 경우에는 용도 외의 목적으로 사용한 출연금의 전부를 회수할 수 있다고 되어 있을 뿐 국가연구개발사업 참여제한의 제재조치를 할 수 있다는 법령상의 근거는 확인되지 않을 뿐만 아니라 산집법 제22조의3제6항도 경쟁력강화사업의 세부적인 시행절차 및 운용에 관하여 산업통상자원부장관이 정하여 고시한다고 되어 있을 뿐이므로 산업통상자원부장관이 위 고시 등을 통하여 출연금을 지급받은 자에 대한 국가연구개발사업 참여제한의 제재조치 근거를 새로 설정할 수 있는 것도 아니므로, 결국 피청구인이 청구인에게 한 이 사건 참여제한처분 부분은 법령상 아무런 권한이나 근거 없이 행한 것으로 당연무효이다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 청구 중 정부출연금 환수통보 취소청구 부분은 심판청구요건을 갖추지 못한 부적법한 청구이므로 이를 각하하기로 하고, 국가연구개발사업 참여제한처분 취소청구 부분은 청구인의 주장을 인정할 수 있으므로 이를 받아들이기로 하여 주문과 같이 재결한다.

2 2013-22868 인사기록카드 기록말소 등 이행청구(재결일 : 2014. 4. 15.)

【사건의 쟁점】

청구인에게 징계처분을 직권으로 취소시켜 달라거나, 인사기록카드에서 동 처분에 관한 기록을 말소해 줄 것을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 인정되는지 여부

【재결요지】

청구인은 2013년 6월 피청구인에게 이 사건 처분을 직권으로 취소하고 청구인의 인사기록카드에서 동 처분에 관한 기록을 말소할 것을 요구하는 내용의 신청서를 제출하였는데,「국가공무원법」,「교육공무원법」,「교육공무원 징계령」 및「교육공무원 인사기록 및 인사사무 처리 규칙」 등 관련 규정들을 종합하면 해당 징계사유가 있는 교육공무원에 대한 징계처분에 관한 사항은 징계권자인 피청구인이 이 사건 징계위원회에 징계의결을 요구하고 그 의결의 결과에 따라 결정되는 사항으로서, 청구인에게는 징계권자인 피청구인에게 이 사건 처분을 직권으로 취소시켜 달라거나 이 사건 처분의 취소를 전제로 인사기록카드에서 동 처분에 관한 기록의 말소를 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있다고 볼 수 없는바, 청구인의 위 신청은 행정청에 대한 단순한 민원이나 진정에 불과하다고 할 것이며, 피청구인 역시 이러한 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상의 의무가 있다고 볼 수 없으므로 이 사건 심판청구는 행정심판의 대상이 아닌 사항에 대하여 제기된 부적법한 청구임

【재결의 의미】

청구인에게는 징계처분을 직권으로 취소시켜 달라거나 징계 처분의 취소를 전제로 인사기록카드에서 동 처분에 관한 기록의 말소를 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있다고 볼 수 없으므로 피청구인이 이를 거부하거나 아무런 조치를 취하지 않더라도 행정심판의 대상이 될 수 없음

주 문 이 사건 심판청구를 모두 각하한다.

청구취지 1. 피청구인은 2010. 12. 30. 청구인에게 한 3월의 정직처분을 직권으로 취소하라.
2. 피청구인은 청구인의 인사기록카드에서 위 2010. 12. 30.자 3월의 정직처분에 관한 기록을 말소하라.

이 유

1. 사건개요

청구인은 ○○고등학교에 재직 중인 교사로서, ◇◇중학교의 교장으로 재직했을 당시 숙박업체 운영자로부터 학생들의 수학여행 숙박업체 계약체결에 대한 사례비 명목의 뇌물을 수수하였다는 이유로 2010. 12. 6. △△지방검찰청으로부터 기소유예처분을 받았다. 이와 관련하여 ●●도교육공무원 일반징계위원회(이하 '이 사건 징계위원회'라 한다)는 2010. 12. 16. 청구인에 대해 3월의 정직으로 징계의결을 하였고, 이에 따라 피청구인은 2010. 12. 30. 청구인에게 3월의 정직처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

청구인의 뇌물수수 혐의에 대한 검찰의 기소유예처분은 2012. 3. 29. 헌법재판소 결정에 의해 취소되었고, 이후 청구인은 2012. 7. 13. 검찰로부터 무혐의 처분을 받았다. 그런데 피청구인은 이 사건 처분의 원인이 된 징계혐의사실이 무혐의로 밝혀졌음에도 불구하고 청구인에 대한 이 사건 처분을 직권으로 취소하지 않고, 인사기록카드에서 동 처분에 관한 기록을 말소하지 않고 있는바, 이는 재량권을 일탈·남용하여 위법·부당하다고 할 것이다.

3. 피청구인 주장

이 사건 징계위원회는 △△지방검찰청의 처분 결과뿐 만 아니라 동 징계위원회에 제출된 서류, 문답서, 경위서 등 관련 자료를 종합적으로 검토하여 청구인에 대한 징계를 의결한 점, 피청구인이 이 사건 처분을 직권으로 취소하고 인사기록카드에서 동 처분에 관한 기록을 말소할 특별한 사유 또한 없는 점 등을 고려할 때, 청구인의 주장은 받아들일 수 없다.

4. 관계법령

행정심판법 제2조, 제3조, 제5조

국가공무원법 제78조

교육공무원법 제51조

교육공무원 징계령 제6조

교육공무원 인사기록 및 인사사무 처리 규칙 제8조의2

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 피의사건 처분결과 통지서, 판결문, 헌법재판소 결정문, 징계처분 직권취소 및 인사기록카드 변경 신청서 등 각 사본의 기재내용을 종합하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 ○○고등학교에 재직 중인 교사로서, ◇◇중학교의 교장으로 재직했을 당시 숙박업체 운영자로부터 학생들의 수학여행 숙박업체 계약체결에 대한 사례비 명목의 뇌물을 수수하였다는 이유로 2010. 12. 6. △△지방검찰청으로부터 기소유예처분을 받았다.

나. 피청구인은 2010년 7월경 △△지방경찰청으로부터 청구인의 뇌물수수 혐의에 관한 수사가 개시된 사실을 통보받고 2010. 7. 20. 청구인에 대한 제1차 문답조사를 실시하여 청구인의 진술을 청취하고 제출된 소명자료를 검토하는 방식으로 징계사유에 관한 조사를 하였고, 2010. 7. 26. 청구인의 요청에 따라 제2차 문답조사를 실시하여 재차 구두진술 및 소명자료 제출의 기회를 부여한 후, 2010. 8. 3. 이 사건 징계위원회에 청구인에 대한 징계의결을 요구하였다.

다. 이 사건 징계위원회는 청구인의 뇌물수수 혐의에 관하여 2010. 12. 6. 기소유예처분 결과를 통보받은 후 2010. 12. 16. 다음과 같이 청구인에 대해 3월의 정직으로 징계의결을 하였고, 이에 따라 피청구인은 2010. 12. 30. 청구인에게 이 사건 처분을 하였다.

- 다 음 -

○ 징계혐의자의 교육공무원 징계의결요구서, 사유서, 문답서, 경위서, △△지방경찰청의 기소유예처분사유 등 제 증거를 종합하여 살피건대, 위원회에서는 국가기관의 사실 통보에 의거 징계혐의자가 2007년 3월 초 수수한 200만원은 징계시효가 도과했으며, 2008년에 수수한 300만원은 의례적인 금품향응수수에 해당하는 것으로써 징계양정기준에 의거 '정직

3월'로 처분하는 것이 마땅하다는 판단임

라. 청구인은 2011. 1. 10. 헌법재판소에 △△지방검찰청의 2010. 12. 6.자 기소유예처분의 취소를 구하는 취지의 헌법소원심판을 청구하였고, 헌법재판소는 2012. 3. 29. 수사미진에 따른 자의적인 검찰권 행사라는 이유로 동 기소유예처분을 취소하는 결정을 하였으며, 이에 따라 △△지방검찰청은 2012. 7. 13. 청구인에게 혐의없음(증거불충분) 처분을 하였다.

마. 청구인은 2012. 8. 9. ◎◎지방법원에 이 사건 처분에 대한 무효확인의 소를 제기하였으나 2012. 12. 20. 기각판결을 받았고, 이에 2013. 2. 19. ▲▲고등법원에 항소를 제기하였으나 2013. 9. 16. 기각판결을 받았으며, 이후 대법원에 상고를 제기하였으나 2014. 2. 14. 기각판결을 받았다.

바. 청구인은 2013년 6월 피청구인에게 이 사건 처분을 직권으로 취소하고 청구인의 인사기록카드에서 동 처분에 관한 기록을 말소할 것을 요구하는 내용의 신청서를 제출하였다.

6. 이 사건 심판청구의 적법 여부

가. 관계법령

1)「행정심판법」제2조 및 제3조에 따르면 행정청의 처분 또는 부작위에 대하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 이 법에 따라 행정심판을 청구할 수 있다고 되어 있고, '처분'이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부, 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말하고, '부작위'란 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있는데도 처분을 하지 아니하는 것을 말한다고 되어 있으며, 같은 법 제5조제3호에 따르면 의무이행심판은 당사자의 신청에 대한 행정청의 위법 또는 부당한 거부처분이나 부작위에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 행정심판이라고 되어 있다.

2)「국가공무원법」제78조제1항에 따르면 공무원이 다음 각 호[이 법 및 이 법에 따른 명령을 위반한 경우(제1호) 등]의 어느 하나에 해당하면 징계 의결을 요구하여야 하고 그

징계 의결의 결과에 따라 징계처분을 하여야 한다고 되어 있고, 「교육공무원법」 제51조제1항 본문에 따르면 교육기관, 교육행정기관, 지방자치단체 또는 교육연구기관의 장은 그 소속 교육공무원이 「국가공무원법」 제78조제1항 각 호의 징계사유 및 「지방공무원법」 제69조제1항 각 호의 징계사유에 해당한다고 인정하는 경우에는 지체 없이 해당 징계사건을 관할하는 징계위원회에 징계의결을 요구하여야 한다고 되어 있으며, 「교육공무원 징계령」 제6조제1항 본문에 따르면 교육기관·교육행정기관 또는 교육연구기관(이하 이 조에서 '교육기관등'이라 한다)의 장이 법 제51조의 규정에 의하여 징계의결의 요구 또는 신청을 할 때에는 징계사유에 대한 충분한 조사를 행한 후에 입증에 필요한 다음 각 호[별지 제1호서식의 교육공무원징계의결요구서(제1호) 등]의 관계자료를 관할징계위원회에 제출하여야 한다고 되어 있고, 「교육공무원 인사기록 및 인사사무 처리 규칙」 제8조의2제1항에 따르면 임용권자나 임용제청권자는 징계처분을 받은 교육공무원이 다음 각 호[징계처분의 집행이 끝난 날부터 다음 각 목(강등: 9년, 정직: 7년 등)의 기간이 지났을 때. 다만, 징계처분을 받고 그 집행이 끝난 날부터 다음 각 목의 기간이 지나기 전에 다른 징계처분을 받았을 때에는 각각의 징계처분에 대한 해당 기간을 합산한 기간이 지나야 한다(제1호), 교원소청심사위원회, 소청심사위원회 또는 법원에서 징계처분의 무효 또는 취소 결정이나 판결이 확정되었을 때(제2호), 징계처분에 대한 일반사면이 있을 때(제3호)]의 어느 하나에 해당할 때에는 제8조제1항에 따라 그 교육공무원의 인사기록카드에 기록된 징계처분 기록을 말소하여야 한다고 되어 있다.

나. 판단

살피건대, 청구인이 제기한 이 사건 심판청구는 행정심판의 종류 중에서 의무이행심판이라 할 것인데, 의무이행심판을 청구하기 위해서는 그 전제로서 의무이행심판의 대상이 되는 부작위나 거부처분이 존재하여야 하고, 부작위 또는 거부처분이란 행정청에 일정한 처분을 요구할 수 있는 법규상·조리상 신청권이 있는 자의 신청에 대하여 행정청이 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하거나 신청을 거부하는 행위라 할 것이며, 법규상·조리상 신청권이 없는 자의 신청에 따른 행위를 거부하였거나 아무런 행위를 하지 않았다 하더라도 의무이행심판의 대상인 거부처분이나 부작위가 되는 것은 아니다. 그런데 위 인정사실에 의하면 청구인은 2013년

6월 피청구인에게 이 사건 처분을 직권으로 취소하고 청구인의 인사기록카드에서 동 처분에 관한 기록을 말소할 것을 요구하는 내용의 신청서를 제출하였는데, 「국가공무원법」, 「교육공무원법」, 「교육공무원 징계령」 및 「교육공무원 인사기록 및 인사사무 처리 규칙」 등 관련 규정들을 종합하면 해당 징계사유가 있는 교육공무원에 대한 징계처분에 관한 사항은 징계권자인 피청구인이 이 사건 징계위원회에 징계의결을 요구하고 그 의결의 결과에 따라 결정되는 사항으로서, 청구인에게는 징계권자인 피청구인에게 이 사건 처분을 직권으로 취소시켜 달라거나 이 사건 처분의 취소를 전제로 인사기록카드에서 동 처분에 관한 기록의 말소를 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있다고 볼 수 없는바, 청구인의 위 신청은 피청구인의 직권발동을 촉구하는 단순한 민원이나 진정에 불과하다고 할 것이며, 피청구인 역시 이러한 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상의 의무가 있다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 심판청구는 행정심판의 대상이 아닌 사항에 대하여 제기된 부적법한 청구이다.

7. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구는 심판청구요건을 갖추지 못한 부적법한 청구이므로 이를 모두 각하하기로 하여 주문과 같이 재결한다.

3 2014-01885 한국자산관리공사 감사 해임명령 취소청구(재결일 : 2014. 6. 10.)

【사건의 쟁점】

한국자산관리공사 감사 해임명령이 행정심판의 대상인지 여부

【재결요지】

피청구인은 2013. 10. 21. 공공기관운영위원회의 심의·의결을 거쳐 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제35조에 의거 임명권자인 대통령에게 청구인에 대한 해임을 건의하였고, 이에 대통령은 2013. 10. 24. 청구인에 대한 이 사건 명령을 결정하였는바, 동 명령은 결국 이 사건 공사의 감사에 대한 해임권한이 있는 대통령에 의해 행해졌음에도 불구하고 청구인은 해임권자가 아닌 해임을 건의한 피청구인을 상대로 행정심판을 청구한 점, 피청구인의 해임건의는 해임권자인 대통령에게 구속력 없는 의견을 제시한 것으로써 이는 행정기관 내부의 의사결정 과정에 불과할 뿐, 그 자체만으로 청구인의 권리·의무에 어떠한 변동을 가져오는 것이 아니어서 「행정심판법」상 '처분'으로 볼 수도 없는 점, 설령 이 사건 심판청구의 피청구인을 당초 '기획재정부장관'에서 '대통령'으로 피청구인경정을 한다고 하더라도 「행정심판법」상 대통령의 처분 또는 부작위에 대하여는 다른 법률에서 행정심판을 청구할 수 있도록 정한 경우 외에는 행정심판을 청구할 수 없다고 되어 있는 점 등을 종합하여 고려할 때, 청구인의 이 사건 심판청구는 행정심판의 대상이 되지 아니하는 사항에 대하여 제기된 부적법한 청구임

【재결의 의미】

한국자산관리공사 감사 해임명령은 대통령이 행한 처분으로 행정심판의 대상에 해당하지 않고, 피청구인의 해임건의는 해임권자인 대통령에게 구속력 없는 의견을 제시한 것으로써 행정기관 내부의 의사결정 과정에 불과할 뿐 그 자체만으로 청구인의 권리·의무에 어떠한 변동을 가져오는 처분으로 볼 수 없음

주 문 이 사건 심판청구를 각하한다.

청구취지 피청구인이 2013. 10. 24. 청구인에게 한 한국자산관리공사 감사 해임명령을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

청구인은 한국자산관리공사(이하 '이 사건 공사'라 한다)의 감사로 재직하였던 자로서, 이 사건 공사의 이사회는 청구인이 여직원을 성추행하는 등 관련 법령을 위반하였다는 이유로 2013. 10. 10. 해임건의를 의결하여 2013. 10. 17. 피청구인에게 그 의결사항을 송부하였고, 이에 따라 피청구인은 2013. 10. 21. 공공기관운영위원회의 심의·의결을 거쳐 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제35조에 의거 대통령에게 청구인에 대한 해임을 건의하였으며, 이후 대통령은 2013. 10. 24. 청구인에 대한 이 사건 공사 감사 해임명령(이하 '이 사건 명령'이라 한다)을 결정하였고, 피청구인은 같은 날 이 사건 공사의 사장에게 이 사건 명령을 통지하였다.

2. 청구인 주장

가. 피청구인은 임면권자인 대통령에게 청구인에 대한 해임을 건의하였고, 이에 따라 2013. 10. 24. 이 사건 명령이 결정되는 법률상 효과가 발생하였는바, 청구인의 이 사건 심판청구는 심판청구의 요건을 갖추고 있어 적법하다.

나. 청구인은 이 사건 공사의 감사로 재직하던 중 정당한 자체감사활동을 통해 동 공사의 사장 등 임직원을 청탁·알선 등의 행동강령 위반으로 국민권익위원회에 신고하였는데, 이 사건 명령은 이에 대한 명백한 보복행위로서 청구인에 대한 중대한 인권침해에 해당하여 위법·부당하므로 취소되어야 한다.

3. 피청구인 주장

청구인에 대한 감사 해임의 권한은 대통령에게 있는 점, 피청구인은 대통령에게 청구인에 대한 해임을 건의하였는데, 이는 행정기관 내부의 의사결정 과정일 뿐 「행정심판법」상의 처분에 해당하지 않는 점 등을 고려할 때, 청구인의 이 사건 심판청구는 부적법하여 각하되어야 한다.

4. 관계법령

행정심판법 제2조, 제3조

공공기관의 운영에 관한 법률 제26조, 제32조, 제35조

공공기관의 운영에 관한 법률 시행령 제22조

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 보충서면, 한국자산관리공사 이사회 의결사항 송부서, 준정부기관 임원 해임건의안 의결서, 공공기관운영위원회 참석 진술내용문, 정부인사발령 통지서 등 각 사본의 기재내용에 따르면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 이 사건 공사의 감사로 재직하였던 자로서, 동 공사의 이사회는 2013. 10. 10. 다음과 같이 청구인에 대한 해임건의를 의결하여 2013. 10. 17. 피청구인에게 그 의결사항을 송부하였다.

- 다 음 -

○ 청구인의 여직원 성추행 등 법률 및 내규 위반행위와 관련하여, 이는 중대한 비위행위로써 감사의 직을 계속 유지하는 것은 부적절하므로 피청구인에게 해임건의 및 법원에 직무집행정지가처분 신청서 접수를 의결함

나. 피청구인은 2013. 10. 21. 다음과 같이 공공기관운영위원회의 심의·의결을 거쳐 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제35조에 의거 임명권자인 대통령에게 청구인에 대한 해임을 건의하였다.

- 다 음 -

○ 안건명: 준정부기관 임원 해임건의안

○ 해임건의 사유

- 직장내 상하관계를 이용한 성추행 행위는 「성폭력범죄처벌 등에 관한 특례법」, 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」상 위법행위에 해당함
- 이는 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제35조 및 「상법」 제382조의3 규정에 따른 충실의

무 위반 또는 「상법」 제382조의4 및 같은 법 제385조에 따른 공공기관과 감사 간 위임계약에 따른 법률관계 측면에서 수임자로서의 신의성실 원칙을 위반한 해임사유에 해당함

다. 대통령은 2013. 10. 24. 청구인에 대한 이 사건 명령을 결정하였고, 피청구인은 같은 날 이 사건 공사의 사장에게 이 사건 명령을 통지하였다.

라. 청구인은 2013. 12. 5. 우리 위원회에 기획재정부장관을 피청구인으로 하여 2013. 10. 24.자 이 사건 명령의 취소를 구하는 취지의 이 사건 행정심판을 청구하였다.

마. 이 사건 공사는 「금융회사 부실자산 등의 효율적 처리 및 한국자산관리공사의 설립에 관한 법률」에 따라 설립되어 금융회사 부실채권 인수, 정리 및 기업구조조정업무, 금융소회사의 신용회복지원업무 등을 수행하고 있는 자산규모(위탁관리하는 기금자산 포함)가 1조원 이상이고 직원 정원이 500명 이상인 기금관리형 준정부기관이다.

6. 이 사건 심판청구의 적법 여부

가. 관계법령

1) 「행정심판법」 제2조 및 제3조에 따르면 행정청의 처분 또는 부작위에 대하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 이 법에 따라 행정심판을 청구할 수 있고, 대통령의 처분 또는 부작위에 대하여는 다른 법률에서 행정심판을 청구할 수 있도록 정한 경우 외에는 행정심판을 청구할 수 없다고 되어 있고, '처분'이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부, 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말한다고 되어 있는데, 여기에서의 '처분'은 행정청의 공법상의 행위로서 특정 사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상의 효과를 직접 발생하게 하는 등 국민의 구체적인 권리·의무에 직접 관계가 있는 행위를 말한다고 할 것이다.

2) 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제26조제4항에 따르면 준정부기관의 감사는 임원추천위원회가 복수로 추천하여 운영위원회(※ '공공기관운영위원회'를 말함)의 심의·의결을 거친 사람 중에서 기획재정부장관이 임명하되, 다만 기관 규모가 대통령령이 정하는 기준 이상이거나 업무내용의 특수성을 감안하여 대통령령으로 정하는 준정부기관의 감사는 임

원추천위원회가 복수로 추천하여 운영위원회의 심의·의결을 거친 사람 중에서 기획재정부장관의 제청으로 대통령이 임명한다고 되어 있고, 같은 법 제32조제5항 전단에 따르면 감사는 기획재정부장관이 정하는 감사기준에 따라 공기업·준정부기관의 업무와 회계를 감사하고, 그 의견을 이사회에 제출한다고 되어 있으며, 같은 법 제35조제1항에 따르면 「상법」 제382조의3(이사의 충실의무), 제382조의4(이사의 비밀유지의무), 제399조(회사에 대한 책임), 제400조(회사에 대한 책임의 면제) 및 제401조(제3자에 대한 책임)의 규정은 공기업·준정부기관의 이사에 관하여 각각 이를 준용하고, 「상법」 제414조(감사의 책임) 및 제415조(준용규정)의 규정 중 회사에 대한 책임의 면제에 관한 사항은 공기업·준정부기관의 감사(감사위원회의 감사위원을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)에 관하여 이를 준용한다고 되어 있고, 같은 조 제2항에 따르면 기획재정부장관은 비상임이사(준정부기관의 비상임이사는 제외한다. 이하 이 항에서 같다) 및 감사(상임감사위원을 포함한다. 이하 이 항에서 같다)가 제1항에 따른 의무와 책임 및 제32조에 따른 직무를 이행하지 아니하거나 게을리한 경우 운영위원회의 심의·의결을 거쳐 비상임이사 및 감사를 해임하거나 그 임명권자에게 해임을 건의할 수 있고, 그 공기업·준정부기관으로 하여금 손해배상을 청구하도록 요구할 수 있다고 되어 있으며, 같은 법 시행령 제22조제1항에 따르면 법 제26조제1항 단서 및 제4항 단서에서 '대통령령이 정하는 기준'과 제24조제3항 본문 및 제26조제3항 본문에서 '대통령령으로 정하는 기준'이란 다음 각 호[위탁집행형 준정부기관 : 제2조에 따른 총수입액이 1천억원 이상이고 직원 정원이 500명 이상일 것(제1호), 기금관리형 준정부기관 : 자산규모(위탁관리하는 기금자산을 포함한다)가 1조원 이상이고 직원 정원이 500명 이상일 것(제2호)]의 기준을 말한다고 되어 있다.

나. 판단

살피건대, 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제35조에 따르면 피청구인은 감사(상임감사위원 포함)가 「상법」 제414조(감사의 책임) 등에 따른 의무와 책임 등을 이행하지 아니하거나 게을리한 경우 공공기관운영위원회의 심의·의결을 거쳐 해당 감사를 해임하거나 그 임명권자에게 해임을 건의할 수 있다고 되어 있는데, 위 인정사실에 의하면 피청구인은 2013. 10. 21. 공공기관운영위원회의 심의·의결을 거쳐 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제35조에 의거 임명권자인 대통령에게 청구인에 대한 해임을 건의하였고, 이에 대통령은

2013. 10. 24. 청구인에 대한 이 사건 명령을 결정하였는바, 동 명령은 결국 이 사건 공사의 감사에 대한 해임권한이 있는 대통령에 의해 행해졌음에도 불구하고 청구인은 해임권자가 아닌 해임을 건의한 피청구인을 상대로 행정심판을 청구한 점, 피청구인의 해임건의는 해임권자인 대통령에게 구속력 없는 의견을 제시한 것으로써 이는 행정기관 내부의 의사결정 과정에 불과할 뿐, 그 자체만으로 청구인의 권리·의무에 어떠한 변동을 가져오는 것이 아니어서 「행정심판법」상 '처분'으로 볼 수도 없는 점, 설령 이 사건 심판청구의 피청구인을 당초 '기획재정부장관'에서 '대통령'으로 피청구인경정을 한다고 하더라도 「행정심판법」상 대통령의 처분 또는 부작위에 대하여는 다른 법률에서 행정심판을 청구할 수 있도록 정한 경우 외에는 행정심판을 청구할 수 없다고 되어 있는 점 등을 종합하여 고려할 때, 청구인이 행정소송 등 다른 권리구제 수단을 통해 이를 다툴 수 있음은 별론으로 하고, 청구인의 이 사건 심판청구는 행정심판의 대상이 되지 아니하는 사항에 대하여 제기된 부적법한 청구이다.

7. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구는 심판청구요건을 갖추지 못한 부적법한 청구이므로 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 재결한다.

4 2014-04163 생활법률 과목 기말시험 문제 정답 및 성적 정정 이행청구 (재결일 : 2014. 6. 17.)

【사건의 쟁점】

청구인에게 해당 시험의 정답 및 성적 정정을 요구할 법규상·조리상 신청권이 인정되는지 여부

【재결요지】

성적평가에 관한 사항은 담당교수의 판단에 맡겨져 있다고 볼 수 있고, 그 자체만으로 청구인의 권리 또는 이익을 침해하거나 청구인의 법률상의 지위에 직접적으로 어떠한 변동을 가져오는 행정처분이라고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 청구인에게 담당교수가 출제한 문제의 정답 및 이를 기초로 부여한 성적을 정정해 달라는 신청을 할 수 있는 법규상 또는 조리상 신청권이 있다고 보기 어려운바, 피청구인이 청구인의 요구대로 이 사건 계쟁문제의 정답 및 성적의 정정을 하지 않았다고 하더라도 이것이 의무이행심판의 대상인 '거부처분'이나 '부작위'에 해당한다고 할 수 없으므로 이 사건 심판청구는 행정심판의 대상이 아닌 사항에 대하여 제기된 부적법한 청구임

【재결의 의미】

담당교수가 출제한 해당 시험문제의 정답 및 성적 등을 정정해 달라는 심판청구는 행정심판의 대상이 아닌 사항에 대하여 제기된 부적법한 청구임

주 문 이 사건 심판청구를 각하한다.

청구취지 피청구인은 □□대학교 2013학년도 2학기 생활법률 과목 기말시험 11번 문제의 정답 및 성적을 정정하라.

이 유

1. 사건개요

청구인은 □□대학교 △△학과를 2013학년도 2학기에 3학년으로 편입한 자로서, 같은 학기 생활법률 과목의 과제물 중간평가에서 28점을 취득한 후, 2013. 12. 15. 실시된 동

과목의 기말시험에서 30점을 획득하여 합계 총 58점으로 F학점을 취득하였다. 이에 청구인은 2014. 1. 14. 우리 위원회에 생활법률 과목 기말시험 11번 문제(이하 '이 사건 계쟁문제'라 한다)의 정답이 1, 4번의 복수정답이라고 주장하며 '피청구인은 □□대학교 2013학년도 2학기 생활법률 과목 기말시험 11번 문제의 정답 및 성적을 정정하라'는 취지의 이 사건 심판을 청구하였다.

2. 청구인 주장

피청구인의 경우 이 사건 계쟁문제에 명백한 오류가 있음에도 불구하고 해당 문제의 정답을 정정하지 않고 있어 이로 인해 청구인은 성적뿐 아니라 자존심에 상처를 입었고, 또한 출제교수의 무관심과 방관으로 인해 여러 학생들이 피해를 입고 있는바, 피청구인은 이 사건 계쟁문제의 정답 및 성적을 취소하고 이를 올바르게 정정해야 한다.

3. 피청구인 주장

이 사건 계쟁문제의 정답에는 오류가 없으며, 청구인의 성적은 정당하게 평가되었는바, 청구인의 이 사건 심판청구는 기각되어야 한다.

4. 관계법령

행정심판법 제2조, 제3조, 제5조

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 2013학년도 2학기 생활법률과목 기말시험 문제지, 2013학년도 2학기 기말시험 정답공고문, 성적조회문 등 각 사본의 기재내용에 따르면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 □□대학교 △△학과를 2013학년도 2학기에 3학년으로 편입한 자로서, 같은 학기 생활법률 과목의 과제물 중간평가에서 28점을 취득한 후, 2013. 12. 15. 실시된 동 과목의 기말시험에서 30점을 획득하여 합계 총 58점으로 F학점을 취득하였다.

나. 청구인이 정답 정정을 요구한 이 사건 계쟁문제의 내용은 아래와 같다.

11. 법정근로시간과 연장근로에 관한 설명 중 틀린 것은?
① 18세 미만자와 임산부를 제외한 근로자의 법정근로시간은 1일 8시간, 1주 40시간이다.
② 임신중인 여성에게는 시간외근로를 시킬 수 없다.
③ 사용자는 18세 이상의 근로자에게 본인의 동의를 얻은 후 1주 12시간 한도로 연장근로를 시킬 수 있다.
④ 사용자가 밤 10시부터 오전 6시 사이에 근로를 시키면 통상임금의 100%를 가산수당으로 지급해야 한다.

다. 피청구인은 2013. 12. 18. 학교홈페이지 게시판을 통해 이 사건 계쟁문제의 정답을 1번으로 공지하였다.

라. 청구인은 2014. 1. 14. 우리 위원회에 이 사건 계쟁문제의 정답이 1, 4번의 복수정답이라고 주장하며 '피청구인은 □□대학교 2013학년도 2학기 생활법률 과목 기말시험 11번 문제의 정답 및 성적을 정정하라'는 취지의 이 사건 심판을 청구하였다.

6. 이 사건 심판청구의 적법 여부

가. 관계법령 등

「행정심판법」 제2조 및 제3조에 따르면 행정청의 처분 또는 부작위에 대하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 이 법에 따라 행정심판을 청구할 수 있다고 되어 있고, '처분'이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부, 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말하고, '부작위'란 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있는데도 처분을 하지 아니하는 것을 말한다고 되어 있으며, 같은 법 제5조제3호에 따르면 의무이행심판은 당사자의 신청에 대한 행정청의 위법 또는 부당한 거부처분이나 부작위에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 행정심판이라고 되어 있는바, 의무이행심판을 청구하기 위해서는 그 전제로서 행정청의 '거부처분'이나 '부작위'가 존재해야 할 것이고, 이행의 대상도 '처분'에 해당하여야 할 것이다.

나. 판단

살피건대, 대학교수가 학생의 성적을 평가함에 있어서는 학생의 출석상황, 평소학습성

적, 과제 및 시험성적 등을 종합·평가하여 부여하는 것으로서 성적평가에 관한 사항은 담당교수의 판단에 맡겨져 있다고 볼 수 있고, 그 자체만으로 청구인의 권리 또는 이익을 침해하거나 청구인의 법률상의 지위에 직접적으로 어떠한 변동을 가져오는 행정처분이라고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 청구인에게 담당교수가 출제한 문제의 정답 및 이를 기초로 부여한 성적을 정정해 달라는 신청을 할 수 있는 법률상 또는 조리상 신청권이 있다고 보기 어려운바, 청구인이 피청구인에게 이와 같은 신청을 하였다 하더라도 이는 당해 행정청의 직권발동을 촉구하는 민원의 제기에 불과하여 이로 인하여 피청구인으로 하여금 일정한 행위를 하도록 하는 법적 구속력이나 효과가 발생되는 것은 아니라 할 것이다. 따라서 피청구인이 청구인의 요구대로 이 사건 계쟁문제의 정답 및 성적의 정정을 하지 않았다고 하더라도 이것이 의무이행심판의 대상인 '거부처분'이나 '부작위'에 해당한다고 할 수 없으므로 이 사건 심판청구는 행정심판의 대상이 아닌 사항에 대하여 제기된 부적법한 청구이다.

7. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구는 심판청구요건을 갖추지 못한 부적법한 청구이므로 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 재결한다.

5 2014-04353 체육시설업 사업계획승인 취소 거부처분 취소청구 등
(재결일 : 2014. 12. 23.)

【사건의 쟁점】

스키장 부지를 경매로 취득한 토지소유자로서, 스키장업 사업계획승인을 받은 직접당사자가 아닌 제3자가 제출한 사업계획승인 취소신청을 거부한 행정청의 회신이 행정심판의 대상이 되는 '처분'인지

【재결요지】

체육시설법령상 사업계획승인, 등록 및 취소와 관련된 규정은 체육시설의 설치·이용을 장려하고, 체육시설업을 건전하게 발전시켜 국민의 건강증진과 여가 선용에 이바지하려는 입법목적을 위해 관할 시·도지사로 하여금 체육시설업자를 지시·감독하는 규정이고, 체육시설법 제31조는 시·도지사가 사업계획의 승인을 받은 자에게 일정한 사유가 발생한 경우 그 체육시설업에 대한 사업계획의 승인을 취소할 수 있도록 행정청에게 권한을 부여한 규정으로 해석될 뿐, 스키장부지의 소유권을 취득한 제3자에게 기존의 사업계획승인의 취소를 요구할 법적 권리를 부여한 규정으로 볼 수 없으며, 이 사건 사업계획승인으로 인하여 00리조트 부지를 인수한 00잉크 또는 청구인이 위 사업계획승인이 취소되지 않아 자신의 권리를 행사하는데 방해를 받는다고 하더라도, 당초 00잉크는 이 사건 부동산에 이 사건 사업계획승인이 되어 있는 사정을 알면서 이를 취득하였으므로 위 사업계획승인으로 인하여 예측할 수 없는 과도한 불이익이 발생하였다고 볼 수 없고,

이 사건의 경우 00잉크가 이 사건 부동산의 이용에 제한을 받는 불이익과 수많은 회원들의 회원권과 입회비 등이 이 사건 사업계획승인의 취소와 함께 불안정하게 될 이해관계를 비교해 볼 때, 00잉크의 사실상·경제적 불이익이 수많은 회원들의 이해관계를 훨씬 능가하여 00잉크의 사실상·경제적 이해관계가 법률적 이해관계로 전환되어 00잉크가 이 사건 사업계획승인에 대하여 법률적 이해관계를 가진다고 할 수 없으며, 법률적 이해를 가지지도 아니한 00잉크가 이 사건 부동산의 소유권을 취득하였다는 사정을 두고 피청구인에게 이 사건 사업계획승인의 취소를 구할 조리상 신청권이 있다고 보기도 어려움

【재결의 의미】

경매로 스키장부지의 소유권을 취득하였으나 체육시설업자의 지위를 승계하지 않은 자가 기존 스키장업 사업계획승인의 취소를 신청하더라도, 이는 법규상·조리상 신청권이 인정되지 않으므로 위 신청을 거부한 행정청의 행위는 행정심판의 대상이 되는 '처분'에 해당하지 않는다고 본 사례

주 문 이 사건 심판청구를 모두 각하한다.

청구취지 1. 피청구인이 2014. 2. 6. 00잉크에게 한 사업계획승인취소 거부처분을 취소한다.

2. 피청구인은 1990. 3. 15. 00도 00시 00동 산00-00번지 일원에 주식회사 00리조트에게 한 사업계획승인을 취소하라.

이 유

1. 사건개요

가. 심판참가인 00 주식회사(1994. 3. 9. 상호가 '주식회사 00리조트'로 변경되었다. 이하 '참가인 회사'라고 한다)는 1990. 3. 15. 피청구인으로부터 00도 00시 00동 00-00 등 지상에 일반스키장을 설치하는 내용의 사업계획에 대한 승인(이하 '이 사건 사업계획승인'이라 한다)을 받고 1993. 12. 28.경 실외스키장을 완공한 후 00리조트라는 상호로 스키장(이하 '00리조트'라고 한다)을 개장하고 회원을 모집하였으나, 1994. 11. 16. 참가인 회사가 부도에 이르러 실내스키장, 인도어골프장, 수영장, 헬스클럽, 볼링장 등 부대시설을 시공하지 못하였다.

나. 00잉크(이하 '00잉크'라고 한다)는 00리조트의 사업부지인 토지 및 지상건물에 대한 임의경매절차(의정부지방법원 99타경0000)에서 2000. 12. 27. 낙찰허가결정을 받았으나, 경매절차가 정지됨에 따라 소유권을 이전하지 못하다가 2012. 11. 28.경 낙찰대금을 완납하고 2013. 4. 24. 위 토지 및 지상건물에 대한 소유권이전을 완료하였다.

다. 00잉크는 2014. 1. 29. 피청구인에게, 참가인 회사가 부도처리 되고 그 이후로 폐업상태에 있으며, 이 사건 사업계획승인을 받은 때부터 6년 이상이 경과하였고, 현재 건물 등이 멸실되어 스키장 필수시설이 이미 소멸되었으며, 00리조트 토지 및 건물에 대한 경매가 완료되어 사업시설의 설치공사 이행이 불가능하고, 명목상의 사업계획승인 및 사업자등록으로 인해 계속하여 선량한 피해자들이 발생하고 있는 점 등을 들어 이 사건 사업계획승인을 취소해 줄 것을 신청하였으나, 피청구인은 2014. 2. 6. 00잉크에게, 「체육시설

의 설치·이용에 관한 법률」(이하 '체육시설법'이라 한다) 제18조 및 같은 법 시행령 제19조에서 회원의 권익보호를 규정하고 있으며, 같은 법 제27조에서 경매, 환가, 압류재산의 매각과 그 밖에 이에 준하는 절차에 해당하는 경우에는 권리·의무가 일체로 승계되도록 규정하고 있어 이러한 권리·의무가 명확하게 정리되어야 이 사건 사업계획승인이 취소될 수 있다고 회신(이하 '이 사건 거부회신'이라 한다)하였다.

라. 00잉크는 2014. 4. 17. 주식회사 00케이(이하 '00케이'라고 한다)에게 00리조트 부지인 토지를 매도하였고, 00케이는 2014. 4. 22. 위 토지에 대해 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기를 경료하고 같은 날 위 부동산을 청구인에게 신탁하여 청구인 앞으로 신탁을 원인으로 하는 소유권이전등기가 경료되었다.

2. 청구인 주장

가. 본안전 항변에 대하여

00잉크가 제기한 이 사건 사업계획승인 취소신청에 대한 피청구인의 회신은 명백한 거부처분이고, 청구인은 이 사건 부동산의 소유자 지위에서 참가인 회사에 대한 이 사건 사업계획승인으로 인하여 「헌법」 및 「민법」 등에 정한 구체적인 기본권인 재산권을 제대로 행사하지 못하고 있었으므로, 이 사건 처분의 취소 및 이 사건 사업계획승인의 취소 이행을 청구할 법률상 이익(신청권)이 있다.

나. 본안에 대하여

1) 참가인 회사는 이 사건 사업계획승인을 득한 뒤 1994. 11. 16. 부도가 난 이후로 영업이 중단되고 시설 등이 방치되었으며, 시설 및 건물 화재로 인한 멸실과 고철업자들의 훼손, 불법점유 등으로 인해 일반인 출입조차 가능하지 않은 현장이 되었고, 그간 이 사건 사업계획승인이 취소되지 않아 참가인 회사에게 권리가 있는 것으로 오해한 선의의 피해자가 많이 발생하였다.

2) 체육시설법 제31조제2호에 따른 사업계획승인 취소는 '6년 이내에 설치공사를 착수·준공하지 아니한 경우' 뿐 아니라 사업계획승인 이후 6년을 경과하여 사업시설을 유지하지 못한 경우, 즉 사업시설을 준공하였다 하더라도 이를 계속 유지하지 못하고, 멸실, 훼

손되어 사업계획승인상의 시설기준을 준수하지 못한 경우에도 준용되어야 할 것이므로 참가인 회사에게 체육시설법 제31조제2호에 따른 사업계획승인 취소사유가 있다.

3) 00잉크는 경매로 스키장 시설 부지 및 건물을 인수하였을 뿐 그 외 스키장업의 필수시설은 참가인 회사가 아니라 제3자로부터 임의매수 하였으므로 체육시설법 제27조제2항에 따라 참가인 회사의 체육시설업자로서의 권리·의무를 승계한 자에 해당하지 않으며, 또한 현재 청구인은 00잉크로부터 다시 토지와 건물의 소유권만 넘겨받았기 때문에 청구인을 체육시설법 제27조제2항에 의한 필수시설을 인수한 자로 볼 수도 없다. 한편 관련 민사판결에서 스키장 시설물 중 리프트, 타워, 제설기 등은 참가인 회사가 리스한 물건으로 그 소유권이 리스회사에 유보된 사실이 인정되었고, 경매는 시설물인 기계기구를 제외한 나머지 부동산에 대해서만 진행되었으므로 00잉크가 경매로 기계기구를 인수한 사실이 없다.

4) 00리조트 회원들이 00잉크를 상대로 입회비 반환 청구의 소를 제기하여 대법원에서 최종 패소확정 된 민사소송의 판결문을 보면, ① 00잉크가 00리조트의 필수시설을 인수한 자가 아니고, ② 가사 인수한 자라 하더라도 승계인의 책임을 규정한 구 체육시설법(2003. 5. 29. 법률 제6907호로 개정되어 2003. 8. 30.부터 시행된 것) 제30조제2항이 시행되기 전에 이미 시설을 인수하였으므로 위 규정이 소급적용 될 수 없으며, ③ 회원들의 입회비반환청구권이 이미 5년의 소멸시효가 경과하였다고 판시하고 있으므로 00잉크가 00리조트의 회원들과 사이에 해결해야 할 어떠한 법률관계가 존재하지 않는다.

5) 이 사건 사업계획승인의 취소를 신청함에 있어 공유자 등 이해관계인의 사전 동의서를 제출해야 한다는 규정은 없다.

6) 사업계획승인에 대한 취소 여부는 재량행위에 해당하나, 그간의 경과에 비추어 볼 때 참가인 회사가 더 이상 스키장업을 계속할 수 없음이 명백하고, 00시도 이미 유원지로서 기능을 상실한 00리조트 부지를 새로운 용도로 개발할 수 있도록 도시기본계획을 수립하였으므로 이 사건 사업계획승인을 더 이상 유지할 필요가 없는 한편, 위 사업계획승인이 취소되지 않음으로 인해 00리조트 부지의 소유자인 청구인은 어떠한 개발행위도 하지 못하는 등 막대한 손해를 입게 되며, 이 사건 사업계획승인을 취소하여 조속히 새로운 개

발계획을 진행하는 것이 국토의 효율적인 관리 및 공익에도 부합하므로 이 사건 거부회신은 취소되어야 하고, 피청구인은 이 사건 사업계획승인을 취소할 의무가 있다.

3. 피청구인 및 참가인 주장

가. 본안 전 항변

00잉크의 2014. 1. 29.자 이 사건 사업계획승인 취소신청은 단순 진정·민원 사안으로 판단되고, 체육시설법에서 00잉크에게 이 사건 사업계획승인의 취소신청 권한을 부여하였다고 볼 만한 근거규정이 없으므로 이 사건 거부회신은 단순한 민원회신에 불과하여 행정심판의 대상이 되는 거부처분에 해당하지 않는다.

나. 본안에 대하여

1) 시설설치기간에 관한 체육시설법 제16조의 규정은 1994. 2. 7. 개정시 6년 이내에 준공하도록 강제규정을 두었다가 1999. 4. 19. 개정을 통해 경과규정 없이 '6년 이내에 준공하도록 노력하여야 한다'로 완화되었으며, 2006. 9. 25. 개정을 통해 '6년 이내에 준공하여야 한다'고 다시 강화되었으나, 부칙 경과규정에서 2006. 9. 25. 이후 사업계획승인을 받은 날부터 적용하기로 하였는바, 사업시설 설치공사 착수·준공 미이행으로 사업계획승인이 취소되어야 한다는 청구인의 주장은 이유 없다. 설령 시설설치를 다하지 못하였다 하더라도 시설물이 일부 미준공이 되었다는 사유만으로 사업계획승인을 취소하여야 하는 것도 아니며, 이 사건의 경우 2012. 7. 28.까지 각종 소송이 진행되고 있었던 점, 체육시설법상 회원의 권익보호 규정이 있는 상황에서 여전히 회원권익 문제가 해결되지 않은 점, 어느 한쪽의 일방적인 주장만 받아들여 직권취소를 한다면 사회적으로 더 큰 문제를 일으킬 수 있는 점 등 종합적인 상황을 고려해 면밀히 처리해야 할 재량사항이다.

2) 대법원에서 00잉크가 필수시설을 인수한 자가 아니라고 본 것은, 위 대법원 판결 당시는 낙찰허가결정 이후 배당이의의 제기로 인해 경매절차가 중지됨에 따라 00잉크가 낙찰대금을 납부하지 못하여 소유권을 취득할 수 없는 상황이었기 때문이고, 00잉크는 위 대법원 판결 이후인 2012. 11. 28. 낙찰대금을 완납하고 소유권을 취득하였으므로 이 날을 기준일로 00잉크가 참가인 회사의 00리조트 사업자로서의 지위를 승계하였다고 보아야 하며, 이에 따라 00잉크는 00리조트 회원들에 대한 참가인 회사의 의무까지 승계하였

으나 기존회원의 구제 등 사회적 문제 발생에 대한 해결방안 등에 관하여 어떠한 계획도 제출한 바가 없다.

3) 사업계획승인 취소 요청을 하기 위하여는 사전에 토지 공유자 등 이해관계인의 사전 동의서를 징구하는 등 적법한 서류를 제출하여야 하나, 이에 대한 증빙자료가 제출된 바도 없다.

4) 피청구인은 이 사건 사업계획승인 취소 여부에 대해 엄연히 존재하고 있는 회원보호 관련 법률, 이해관계인의 등의 이익과 공익 등 종합적인 상황을 비교·교량하여 판단한 것이므로 이에 재량권 일탈남용의 위법이 있다고 볼 수 없다.

5) 00잉크는 의정부지방법원 임의경매가 진행될 당시 토지, 건물과 함께 스키장 필수시설을 포함한 시설물에 대해 일괄경매를 신청하였고, 위 경매사건의 감정평가서에도 토지, 건물 뿐 아니라 제시외 건물, 기계기구 등에 대하여도 감정이 있었으며, 00잉크는 00리조트 토지, 건물, 시설물 등을 경매로 낙찰받아 2012. 11. 28. 낙찰대금을 완납하여 시설물 등을 취득하였으므로 체육시설법 제27조제2항제1호에 따라 승계인이 되었으며, 토지와 건물은 경매로 취득하면서 스키장의 필수시설 중 리프트 등 기계기구에 대하여는 임의매수의 방법으로 취득하였으므로 승계인이 되지 않는다는 청구인의 주장은 체육시설법 제27조의 취지에 반하는 것으로 이유 없다.

6) 주식회사 00너스(이하 '00너스'라고 한다)는 2009. 6. 29. 및 2010. 1. 7. 참가인 회사와 00리조트사업에 관한 인허가권 및 00리조트회원 승계에 관한 양수계약을 체결하고 양수 사실을 대외에 홍보하였는데, 위 계약에 따른 대금 50억원을 참가인 회사에 지급하지 않은 채, 00너스와 00케이가 공동으로 00잉크를 인수하여 00주시와 결탁해 00리조트 부지를 주거지역으로 도시계획변경 시키려 하고 있으며, 00리조트 회원 승계 합의도 묵살하고 이 사건 행정심판을 제기하여 이 사건 사업계획승인의 취소를 구하고 있는 것이다.

4. 관계법령

행정심판법 제2조, 제3조, 제5조

체육시설의 설치·이용에 관한 법률 제10조, 제12조, 제16조, 제18조, 제19조, 제27조, 제31조

구 체육시설의 설치·이용에 관한 법률(2003. 5. 29. 법률 제6907호로 개정되어 2003. 8. 30.부터 시행된 것) 제30조제2항, 제3항

5. 인정사실

우리 위원회의 조사결과 및 청구인과 피청구인이 제출한 낙찰허가결정문, 각 판결문, 낙찰대금완납증명서, 등기부등본, 사업계획 및 등록취소신청, 민원회신 등에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 1990. 3. 15. 참가인 회사는 피청구인으로부터 00도 00시 00동 00-00 일대에 일반 스키장을 설치하는 내용의 이 사건 사업계획승인을 받고, 1993. 12. 28.경 실외스키장을 완공한 후 00리조트를 개장하였다.

나. 참가인 회사는 절차에 따라 회원모집을 하고 회원들과 회원가입계약을 체결함에 있어 실내스키장, 인도어골프장, 수영장, 헬스클럽, 볼링장 등 부대시설을 회원가입계약일부터 5년 내 완성하고, 회원들이 부대시설을 4계절 이용하지 못하는 경우에는 참가인 회사가 입회비를 전액 반환하기로 약정하였으나, 위 부대시설을 시공하지 못하였다.

다. 1992년 12월경 참가인 회사는 주식회사 00은행(이하 '00은행'이라 한다)으로부터 494억 3,100만원을 대출받으면서 1993. 6. 10.경 참가인 회사가 00리조트에 설치한 시설인 리프트시설, 타워시설, 펜스 및 제설·배관·배수로시설, 방송 및 조명시설, 제설기 등(이하 '이 사건 시설물'이라 한다)을 00은행에 양도담보로 제공하였고, 한편 참가인 회사 소유로 있던 00리조트 사업부지인 00도 00시 00동 산 00-00 임야 및 그 지상건물(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)에 관하여 1992. 8. 5.부터 1994. 3. 18.까지 10회에 걸쳐 제일은행을 근저당권자로 하는 근저당권을 설정하였다.

라. 1994. 11. 16.경 참가인 회사가 부대시설을 시공하지 못한 채로 부도에 이르자 00은행은 이 사건 시설물에 대한 양도담보권을 행사하여 이 사건 시설물에 대한 소유권을 취득한 다음, 1999. 7. 9. 위 시설물에 대한 권리 및 근저당권부채권을 한국자산관리공사(위 시점에는 '성업공사'라는 상호를 사용하였다가 2000. 1. 1. 한국자산관리공사로 상호변경되었다)에게 양도하였고, 한국자산관리공사는 2000. 4. 12.「자산유동화에 관한 법률」에

따라 00잉크에게 다시 이를 양도하였다.

마. 1999년 10월경 한국자산관리공사의 신청에 따라 이 사건 부동산에 대한 임의경매 절차가 개시(의정부지방법원 99타경000호)되어 2000. 12. 27. 00잉크가 낙찰허가결정(입찰가격 696억 7,400만원)을 받고 2001. 7. 27. 낙찰대금 납입은 각 근저당권의 피담보채권으로 전액 상계하는 방식으로 할 수 있도록 상계허가를 받았으나, 배당기일에 00리조트 회원들이 배당이의를 하고 참가인 회사가 근저당권설정등기의 말소청구소송을 제기하면서 경매절차정지결정이 되어 경매절차가 정지되었다.

바. 00리조트 회원으로서 참가인 회사와 회원가입계약을 체결했던 청구외 000 등 14명이 2004. 12. 29. 00잉크를 상대로, 00잉크가 구 체육시설법(2003. 5. 29. 법률 제6907호로 개정되어 2003. 8. 30.부터 시행된 것) 제30조제2항의 '체육시설의 필수시설을 인수한 자'로서 같은 조 제1항에 따라 참가인 회사의 권리의무를 인수하였다고 주장하며 서울중앙지방법원 2004가합000호로 회원가입계약의 내용에 따라 입회비 합계 2억 6,620만원을 반환하여 줄 것을 청구하는 내용의 소를 제기하였다.

사. 2005. 11. 2. 서울중앙지방법원은, ① 구 체육시설법 제30조제2항은 2003. 5. 29. 신설되어 2003. 8. 30.부터 시행된 조문인데, 00잉크는 위 시점 이전인 2000. 4. 12. 이 사건 시설물의 소유권을 취득하였으므로 00잉크가 위 조항에 따라 참가인 회사의 권리, 의무를 인수하였다고 볼 여지가 없는 점, ② 이 사건 부동산에 대해서는 경락인인 채권자의 상계신청에 대해 경매법원이 이를 허가하였다 하더라도 그 상계의 효력은 대금지급기일 및 배당기일에 채권자의 채권에 대한 이의가 없거나 채권자가 이의 있는 채권액에 상응하는 대금을 지급하거나 담보를 제공한 때에 발생하고, 채권자는 그 때 비로소 경매의 목적인 권리를 취득한다 할 것인데 위와 같이 상계의 효력이 발생하여 00잉크가 이 사건 부동산에 대한 소유권을 취득했다고 볼 증거가 없으며, 그렇지 않다 하더라도 구 체육시설법 제30조제2항의 신설 이전인 2001. 7. 27. 상계허가를 받은 이상 위와 같은 상계허가에 구 체육시설법 제30조제2항이 적용된다고 볼 수 없는 점, ③ 설령 00잉크가 구 체육시설법 제30조제2항의 '체육시설업의 필수시설을 인수한 자'에 해당하더라도 입회비 반환청구권은 소 제기 전 5년의 소멸시효가 이미 경과하였다는 점 등을 이유로 000 등의 청구를

기각하는 판결을 하였다.

아. 000 등이 서울중앙지방법원 판결에 불복해 서울고등법원 2005나0000호로 항소하였으나 2006. 11. 8. 항소기각 판결을 받았고, 위 항소심 판결에 대하여 대법원 2006다000호로 상고하였으나 2007. 3. 16. 상고기각 판결을 받았다.

자. 2012. 11. 28. 00잉크가 이 사건 부동산에 대한 낙찰대금 696억 7,400만원을 완납하고, 2013. 4. 24. 이 사건 부동산에 대해 00잉크 앞으로 임의경매를 원인으로 한 소유권이전등기(일부 공유지분 포함)를 하였다.

차. 2012. 11. 29. 00리조트 회원인 청구외 000이 00잉크를 상대로 서울중앙지방법원 2012가합0000호로 본인에게 00리조트의 회원자격을 부여하거나 입회비 4,400만원을 반환할 것을 청구하는 내용의 소를 제기하였으나, 서울중앙지방법원은 2013. 11. 14. '원고가 00잉크가 참가인 회사의 권리, 의무를 인수하였다는 점에 대한 근거로 드는 체육시설법 제27조제1항, 제2항(구 체육시설법 제30조제1항, 제2항에 해당)은 2003. 5. 29. 최초로 신설되어 2003. 8. 30.부터 시행된 규정이고, 00잉크가 이 사건 시설물에 관한 소유권을 취득한 시점은 이보다 이전이므로 00잉크의 이 사건 시설물 소유권 취득에 대하여는 위 체육시설법 제27조제1항, 제2항이 적용된다고 볼 수 없다는 이유로 000의 청구를 기각하는 판결을 내렸고, 000이 항소하지 않아 위 판결이 그대로 확정되었다.

카. 2013. 1. 30. 00잉크는 이 사건 부동산에 대해 참가인 회사에 대한 공사대금채권을 원인으로 2003년 6월경부터 유치권을 행사하고 있던 주식회사 00산업개발을 상대로 의정부지방법원 2013타기000호로 부동산인도명령을 신청하였고, 2013. 7. 31. 위 법원에서 이 사건 부동산을 00잉크에 인도할 것을 명하는 결정을 받고 2013. 11. 4. 이 사건 부동산을 인도받아 현재까지 점유하고 있다.

타. 2014. 1. 29. 00잉크는 피청구인에게 이 사건 사업계획승인과 체육시설업등록을 취소해 줄 것을 신청하였는데, 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 00리조트 개요 및 현황

- 참가인 회사가 1993. 12. 28. 00리조트를 일부개장 하였으나 체육시설의 공사를 마치지 못한 채 1994. 11. 16. 부도가 났고, 1999. 10. 21. 이 사건 부동산에 대해 경매가 개시되고 2000. 12. 27. 낙찰허가결정 되어 폐업상태로 방치되어 있음
- 참가인 회사의 부도로 영업이 중단되고 시설 등이 방치되었으며 시설 및 건물의 화재발생으로 인한 멸실과 고철업자들의 훼손으로 폐업상태에 있으며, (주)00에스, 00산업(주), (주)000씨, (주)00개발 등의 불법고철업자 및 유치권자들이 점유하면서 완전히 폐쇄 및 방치되어 일반인 출입조차 할 수 없었음
- 00리조트는 유원지로서 기능을 상실하여 이미 2009년도의 '2020년 00도시기본계획' 262페이지에서도 '도시계획으로 결정되어 있는 00유원지는 운영이 중단되어 유원지로서의 기능을 상실함에 따라 시설폐지토록 하며, 타용도로 전환토록 유도' 및 '운영이 중단됨에 따라 시설폐지'라고 명시하고 있음
- 00시는 00유원지에 대해 2011. 6. 21. 도시화예정용지로 전환을 위한 도시기본계획에 대한 주민공청회를 개최하고 2011. 10. 25. 재수립공청회를 개최하였으며, 2012. 9. 27. 도시기본계획을 공고하였음
- 이 사건 부동산은 2012. 11. 28. 경매 종결되어 당사가 소유권을 취득하였고, (주)00개발이 자신들이 유치권이 있다고 억지주장을 하면서 이 사건 부동산을 점유하고 있었으나 2013. 7. 31. 의정부지방법원으로부터 부동산인도명령을 받았으며, 00개발의 유치권을 00산업(주)에게 양도하였다고 억지주장을 하여 2013. 10. 15. 의정부지방법원으로부터 승계집행문을 받아 당사가 00리조트의 점유를 회복하게 되었음
- 따라서 이 사건 사업계획승인은 이행이 불가능한 상태에 있음

○ 00리조트의 불법행위와 피해자 발생

- 참가인 회사는 00리조트 부지에 대해 실질적 권리가 없음에도 (주)00너스 등 제3자에게 명목상 서류로만 존재하는 허가권을 양도하는 불법행위를 저지르고, 체육시설의 사업자등록이 남아 있는 것을 기화로 (주)00에스, (주)00앤씨, (주)00개발 등의 수많은 고철업자로부터 고철판매대금으로 금품을 수수하여 선량한 피해자가 발생하여 현재 형사고소가 되어 있음
- 위와 같이 선의의 피해자가 속출하고 불법행위로 인한 분쟁과 형사고소 등이 발생하는 것은 이 사건 부동산의 소유권자가 바뀌었으나 참가인 회사의 사업자등록 및 사업계획승

인이 취소되지 않고 있기 때문임

○ 체육시설업 등록취소 및 사업계획승인 취소 요청

- 1994. 11. 16. 참가인 회사가 부도가 되어 그 이후로 폐업상태에 있었고, 사업계획승인을 받은지 6년이 경과한 점
- 체육시설등이 멸실되어 유원지의 필수시설이 이미 소멸된 점
- 유원지 건물 및 토지에 대해 2012. 11. 28. 경매가 완료되어 사업계획의 사업시설 설치공사의 이행이 불가능한 점
- 경매가 종결되어 배당이 완료된 이후에도 약 6,500억원 이상의 부채가 변제되지 않고 있어 사업계획상의 사업시설 설치공사가 불가능한 점
- 사업계획상의 사업시설 설치공사가 불가능함에도 명목상의 사업계획승인 및 사업자등록으로 인해 계속하여 선량한 피해자들이 발생하고 있는 점 등을 고려할 때
- 이 사건 사업계획승인 및 체육시설업등록을 취소함이 타당함

파. 2014. 2. 6. 피청구인은 00잉크에게 체육시설법 제18조 및 같은 법 시행령 제19조에서 회원자격의 양도양수, 입회금액의 반환, 회원권익에 관한 사항 등 회원의 권익보호를 규정하고 있으며, 같은 법 제27조는 상속, 양수자, 합병후 법인이 경매, 환가, 압류재산의 매각과 그 밖에 이에 준하는 절차에 해당되는 경우에는 권리, 의무가 일체로 승계되도록 규정하고 있는바, 이러한 권리·의무가 명확하게 정리되어야 등록체육시설업 사업계획승인(00도)과 등록(00시)이 취소될 수 있다는 이유로 이 사건 거부회신을 하였다.

하. 00잉크는 2014. 4. 17. 00케이에게 00리조트 부지인 토지를 매도하였고, 00케이는 2014. 4. 22. 위 토지에 대해 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기를 경료하고 같은 날 위 부동산을 청구인에게 신탁하여 청구인 앞으로 신탁을 원인으로 하는 소유권이전등기가 경료되었다.

거. 참가인 회사가 1994. 8. 16. 피청구인에게 제출한 회원모집사항을 보면, 00리조트가 1992년 9월경부터 1994년 6월경까지 회원 1만 8,828명을 모집하여 입회금액 합계가 3,507억 2,970만원인 것으로 되어 있으며, 개별 회원명부는 확인되지 않는다.

너. 00시에서 2009년 12월경 발행한 '2020년 00도시기본계획'을 보면 유원지시설계획란

에 '도시계획으로 결정되어 있는 00유원지는 현재 운영이 중단되어 유원지로서의 기능을 상실함에 따라 시설폐지토록 하고, 타용도로 전환토록 유도'라고 기재되어 있다.

더. 2011. 6. 21. 00시청에서 개최된 2020년 00도시기본계획 일부변경 공청회 자료를 보면, '유원지로서의 기능이 상실된 00유원지의 타용도 전환, 개발을 유도하기 위한 개발용도를 부여'하는 것으로 계획이 되어 있다.

러. 00케이는 2013. 6. 19. 00시장에게 00리조트 부지를 친환경 주거단지로 조성하겠다는 정책제안을 하였고, 00시장은 2013. 11. 21. 도시계획자문위원회를 거치는 등 검토를 거쳐 2014. 5. 13. 00케이에 위 회사의 정책제안을 도시관리계획 입안에 반영하기로 하였음을 통지하였다.

머. 위 서울고등법원 2005나000호 사건의 판결문 중, 2.나.(2) 인정사실을 보면, 이 사건 시설물 중 리프트, 타워, 제설기 등은 참가인 회사가 리스회사로부터 리스한 물건인 것으로 되어 있다.

버. 의정부지방법원 1999타경 0000호 부동산임의경매 사건에서 00잉크가 소유권을 이전받은 이 사건 부동산 목록은 별지와 같고, 일괄경매신청서, 감정서 및 경매사건검색을 보면 00잉크가 2000년 10월경 경매법원에 경매신청된 부동산에 부합된 기계기구들을 부동산들과 일괄하여 경매절차를 진행해 줄 것을 신청하였으며, 당시 경매물건 감정표(감정평가액 733억여원)에는 토지, 건물, 제시외 물건 뿐 아니라 이 사건 시설물을 포함한 기계기구류도 포함되어 감정이 이루어졌으나, 경매 진행 중 기계기구는 경매물건에서 제외되고 토지, 건물 및 제시외 물건만 경매물건에 포함(감정평가액 691억여원)되었다.

서. 참가인 회사와 00너스는 2009. 6. 29. 및 2010. 1. 7. 참가인 회사가 참가인 회사의 00리조트 사업(이하 '본 사업'이라 한다)에 관련된 허가권 등 관련된 권리 일체를 00너스에게 양도하고 00리조트 부지에 대한 임의경매 집행정지신청을 취하하며, 00너스는 경매 집행정지신청이 취하되고 본 사업의 권리를 확보한 후 본 사업을 위한 프로젝트파이넨싱을 한 후 권리양도 대금으로 50억원을 참가인 회사에 지급한다는 내용의 계약을 체결하였다.

어. 00리조트 회원 대표라는 000, 000은 2013. 2. 25. 00너스와 00잉크에게, '00잉크는 2012. 11. 28. 잔금을 지급하고 00리조트 부동산의 소유자가 되었고, 00너스는 00잉크로부터 낙찰 부동산의 매입계약을 체결한 자로서 위 회사들은 체육시설법에 따라 00리조트 회원을 승계하거나 가입비를 반환할 의무가 있으므로 00리조트 회원들에 대해 회원승계하거나 회원을 승계하지 않을시에는 가입비를 즉시 반환하라'는 내용의 회원승계 또는 가입비 반납촉구 통지를 하였다.

저. 한편 위 000, 000은 2013. 11. 7.경 00시장에게, '외국계 펀드사인 00잉크와 00잉크로부터 위 부동산을 매입한 계약자인 00너스는 약 1만명 이상의 00리조트 회원의 승계나 가입비 반환을 거부하고 있는데, 00리조트 부지가 주거지역으로 용도변경 되면 회원승계나 가입비 반환을 받을 수 없는 상황이 발생하게 되고, 00리조트 부지에 대해 지상권자(0000)와 소송 중에 있으며, 전세권(00산업)이 있는 등 법적 절차가 진행 중에 있으므로, 00시에서 추진하고 있는 00리조트 부지에 대한 주거지역으로의 용도변경 절차를 중지해 달라'는 취지의 진정을 제출하였다.

처. 우리 위원회의 현장조사에 의하면, 00리조트는 스키장 운영이 중단되었고, 이 사건 부동산 중 숙박시설, 주차장, 편의시설 용도의 건물들과 이 사건 시설물 중 리프트 시설 등은 모두 멸실되었으며, 그 밖에 스키장 시설로 이용할 수 있는 시설들이 존재하지 않는다.

6. 이 사건 심판청구의 적법 여부

가. 관련 법령

1) 체육시설법 제2조제2호는 '체육시설업'이라 함은 영리를 목적으로 체육시설을 설치·경영하는 업을 말한다고 되어 있고, 제10조제1항에서 스키장업을 등록 체육시설업으로 구분하고 있으며, 같은 법 제11조제1항은 체육시설업자는 체육시설의 종류에 따라 문화체육관광부령으로 정하는 시설기준에 맞는 시설을 유지·관리하여야 한다고 되어 있고, 같은 법 제12조는 제10조제1항에 따른 등록 체육시설업을 하려는 자는 제11조에 따른 시설을 설치하기 전에 대통령령으로 정하는 바에 따라 체육시설업의 종류별로 사업계획서를 작성하여 특별시장·광역시장·도지사 또는 특별자치도지사(이하 '시·도지사'라 한다)의 승인을

받아야 하고 그 사업계획을 변경하려는 경우에도 또한 같다고 되어 있다.

체육시설법 제16조제1항, 제2항은 제12조에 따라 등록 체육시설업에 대한 사업계획의 승인을 받은 자(이하 '사업계획의 승인을 받은 자'라 한다)는 그 사업계획의 승인을 받은 날부터 6년 이내에 그 사업시설 설치 공사를 착수·준공하여야 하고, 다만, 천재지변이나 소송의 진행 등 대통령령으로 정하는 사유로 말미암아 설치 공사의 착수·준공을 할 수 없으면 그러하지 아니하며, 제1항 단서에 따른 설치 기간의 연장에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다고 되어 있다.

체육시설법 제17조는 체육시설업자 또는 사업계획의 승인을 받은 자는 회원을 모집할 수 있다고 되어 있고, 같은 법 제18조는 제17조제1항에 따라 회원을 모집한 체육시설업자 또는 사업계획의 승인을 받은 자는 회원자격의 양도·양수, 입회금액의 반환, 회원증의 확인·발급 및 회원 대표기구의 구성·역할 등에서 회원의 권익보호를 위하여 대통령령으로 정하는 사항을 지켜야 한다고 되어 있다.

체육시설법 제19조제1항은 제12조에 따른 사업계획의 승인을 받은 자가 제11조에 따른 시설을 갖춘 때에는 영업을 시작하기 전에 대통령령으로 정하는 바에 따라 시·도지사에게 그 체육시설업의 등록을 하여야 하고, 등록 사항(문화체육관광부령으로 정하는 경미한 등록 사항을 제외한다)을 변경하려는 때에도 또한 같다고 되어 있으며, 같은 조 제2항은 시·도지사는 골프장업 또는 스키장업에 대한 사업계획의 승인을 받은 자가 그 승인을 받은 사업시설 중 대통령령으로 정하는 규모 이상의 시설을 갖추었을 때에는 제1항에도 불구하고 문화체육관광부령으로 정하는 기간에 나머지 시설을 갖출 것을 조건으로 그 체육시설업을 등록하게 할 수 있다고 되어 있다.

체육시설법 제27조는 제1항에서 체육시설업자가 사망하거나 그 영업을 양도한 때 또는 법인인 체육시설업자가 합병한 때에는 그 상속인, 영업을 양수한 자 또는 합병 후 존속하는 법인이나 합병(合併)에 따라 설립되는 법인은 그 체육시설업의 등록 또는 신고에 따른 권리·의무(제17조에 따라 회원을 모집한 경우에는 그 체육시설업자와 회원 간에 약정한 사항을 포함한다)를 승계한다고 되어 있고, 제2항에서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 절차에 따라 문화체육관광부령으로 정하는 체육시설업의 시설 기준에 따른 필수시설을 인수한 자에게는 제1항을 준용한다고 하면서 각 호로, 1.「민사집행법」에 따른 경매, 2.「채

무자 회생 및 파산에 관한 법률」에 의한 환가(換價), 3.「국세징수법」·「관세법」 또는 「지방세기본법」에 따른 압류 재산의 매각, 4. 그 밖에 제1호부터 제3호까지의 규정에 준하는 절차를 규정하고 있으며, 같은 조 제3항은 제12조에 따른 사업계획승인의 승계에 관하여는 제1항과 제2항을 준용한다고 되어 있다.

체육시설법 제31조는 시·도지사는 사업계획의 승인을 받은 자가 제19조제1항 또는 제2항에 따른 체육시설업의 등록 전에, 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 제12조에 따른 사업계획의 승인 또는 변경승인을 받은 경우(제1호), 제16조제1항에 따른 기간에 사업시설의 설치 공사를 착수·준공하지 아니한 경우(제2호), 제19조제1항 또는 제2항에 따라 등록을 하지 아니하고 영업을 시작한 경우(제3호)에는 그 체육시설업에 대한 사업계획의 승인을 취소할 수 있다고 되어 있다.

2) 체육시설법 시행규칙 제8조는 법 제11조제1항에 따른 체육시설업의 종류별 시설 기준은 별표 4와 같다고 되어 있고, 별표 4 체육시설업의 시설 기준을 보면 1. 공통기준에서 등록 체육시설업의 필수시설을 (1) 편의시설(수용인원에 적합한 주차장 및 화장실을 갖추어야 함, 수용인원에 적합한 탈의실과 급수시설을 갖추어야 함), (2) 안전시설(체육시설 내의 조도는 산업표준화법에 따른 조도기준에 맞아야 함, 부상자 및 환자의 구호를 위한 응급실 및 구급약품을 갖추어야 함, 적정한 환기시설을 갖추어야 함), (3) 관리시설(매표소·사무실·휴게실 등 그 체육시설의 유지·관리에 필요한 시설을 갖추어야 함, 다만 관리시설을 복합용도의 시설물 내 다른 시설물과 공동으로 사용하는 경우에는 이를 별도로 갖추지 아니할 수 있음)로 규정하고 있고, 2. 체육시설업의 종류별 기준에서 나. 스키장업의 필수시설에 대해, ① 운동시설(슬로프는 길이 300미터 이상, 폭 30미터 이상이어야 함, 평균경사도가 7도 이상인 초보자용 슬로프를 1면 이상 설치하여야 함, 슬로프 이용에 필요한 리프트를 설치하여야 함), ② 안전시설{슬로프 내 이용자가 안전사고를 당할 위험이 있는 곳에는 안전시설(안전망·안전밸트)을 설치해야 함, 구급차와 긴급구조에 사용할 수 있는 설상차를 각 1대 이상 갖추어야 함, 정전시 이용자의 안전관리에 필요한 전력공급장치를 갖추어야 함), ③ 관리시설(절토지 및 성토지의 경사면에는 조경을 하여야 함)을 규정하고 있다.

3) 한편 구 체육시설법(2003. 5. 29. 법률 제6907호로 개정되어 2003. 8. 30.부터 시행

되기 전의 것) 제30조는 '체육시설업 등의 승계'라는 제목 하에 제1항에서 '체육시설업자가 그 영업을 양도하거나 사망한 때 또는 법인의 합병이 있는 때에는 그 양수인·상속인 또는 합병후 존속하는 법인이나 합병에 의하여 설립되는 법인은 그 체육시설업의 등록 또는 신고에 따른 권리·의무(제19조의 규정에 의하여 회원을 모집한 경우에는 그 체육시설업자와 회원간에 약정한 사항을 포함한다)를 승계한다'고 규정하고 있었는데, 이후 2003. 5. 29. 법률 제6907호로 체육시설법이 개정되면서 제30조제2항으로 '민사집행법에 의한 경매, 파산법에 의한 환가나 국세징수법·관세법 또는 지방세법에 의한 압류재산의 매각 그 밖에 이에 준하는 절차에 따라 문화관광부령이 정하는 체육시설업의 시설기준에 의한 필수시설을 인수한 자에 대하여는 제1항의 규정을 준용한다'는 규정이 신설되었고, 개정 체육시설법 부칙에는 '이 법은 공포 후 3개월이 경과한 때로부터 시행한다'고 되어 있으며, 개정이유를 보면 '현행법은 체육시설업을 양수한 자, 상속받은 자 또는 체육시설업을 경영하는 법인의 합병이 있는 경우 합병후 존속하거나 설립되는 법인은 그 체육시설업의 등록 또는 신고에 따른 권리·의무를 승계하도록 하고 있으나, 앞으로는 민사집행법에 의한 경매, 파산법에 의한 환가나 국세징수법 등에 의한 압류재산의 매각 절차에 따라 문화관광부령이 정하는 체육시설업의 시설기준에 의한 필수시설을 인수한 경우에도 그 체육시설업의 등록 또는 신고에 따른 권리·의무를 승계하도록 하여 체육시설회원 등의 권익을 보호하려는 것임'이라고 되어 있다.

나. 판 단

1)「행정심판법」제2조제1호 및 제3조제1항에서 행정심판은 행정청의 '처분'에 대하여 제기할 수 있으며, '처분'이라 함은 '행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 이에 준하는 행정작용'을 말한다고 되어 있고, 같은 법 제5조제3호에서 '의무이행심판'은 당사자의 신청에 대한 행정청의 위법 또는 부당한 거부처분이나 부작위에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 행정심판이라고 되어 있다.

2) 국민의 적극적 신청행위에 대하여 행정청이 그 신청에 따른 행위를 하지 않겠다고 거부한 행위가 행정심판의 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 조리상 신청권이 있어야 하고, 여기에서 '신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는 것'이라는 의미는 신청인의 실체상의 권리관계에 직접적인 변동을 일으키는 것은 물론, 그렇지 않다 하더라도 신청인이 실체상의 권리자로서 권리를 행사함에 중대한 지장을 초래하는 것도 포함한다고 해석함이 상당하나(대법원 2007. 10. 11. 선고 2007두1316 판결 참조), 이러한 신청권 없이 한 국민의 신청을 행정청이 받아들이지 아니한 경우에는 그 거부로 인하여 신청인의 권리나 법적 이익에 어떤 영향을 주는 것이 아니므로 이를 행정심판의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2004두11626 판결 참조).

한편 행정처분을 한 처분청은 그 처분에 하자가 있는 경우에는 원칙적으로 별도의 법적 근거가 없더라도 스스로 이를 직권으로 취소할 수 있지만, 그와 같이 직권취소를 할 수 있다는 사정만으로 이해관계인에게 처분청에 대하여 그 취소를 요구할 신청권이 부여된 것으로 볼 수 없다(대법원 2006. 6. 30. 선고 2004두701판결 참조).

3) 체육시설법령상 사업계획승인, 등록 및 취소와 관련된 규정은 체육시설의 설치·이용을 장려하고, 체육시설업을 건전하게 발전시켜 국민의 건강증진과 여가 선용에 이바지하려는 입법목적을 위해 관할 시·도지사로 하여금 체육시설업자를 지시·감독하는 규정이고, 체육시설법 제31조는 시·도지사가 사업계획의 승인을 받은 자에게 일정한 사유가 발생한 경우 그 체육시설업에 대한 사업계획의 승인을 취소할 수 있도록 행정청에게 권한을 부여한 규정으로 해석될 뿐, 스키장부지의 소유권을 취득한 제3자에게 기존의 사업계획승인의 취소를 요구할 법적 권리를 부여한 규정으로 볼 수 없으며, 그 밖에 다른 규정을 보더라도 제3자에게 사업계획승인의 취소를 요구할 법적 권리를 부여하는 규정을 찾을 수 없다.

위 인정사실에 따르면 참가인 회사가 1990. 3. 15. 피청구인으로터 이 사건 사업계획승인을 받고 1993. 12. 28.경 실외스키장을 완공한 후 00리조트를 개장하고 회원을 모집하여 스키장 영업을 하다 1994. 11. 16. 회사가 부도가 나면서 실내스키장 등 부대시설을 시공하지 못하게 되었으며, 이후 이 사건 부동산에 대한 임의경매 절차가 진행되어 2000. 12. 27. 00잉크가 낙찰허가결정을 받았으나 경매절차가 정지되어 소유권이전을 하지 못하다가 2012. 11. 28. 낙찰대금을 완납하고 이 사건 부동산에 대한 소유권을 취득하였고,

한편 이 사건 부동산에 대한 소유권이 00잉크를 거쳐 청구인에게 전전 양수되었으며, 00리조트 회원이 00잉크를 상대로 한 00리조트 회원자격 부여 또는 입회비반환 청구의 소에서 00잉크가 00리조트의 사업자 지위를 승계한 것이 아니라는 확정판결이 있었는데, 체육시설법령상 00잉크에게 참가인 회사에 대한 이 사건 사업계획승인의 취소를 구할 법규상 신청권이 있다고 볼 수 없고, 00잉크의 이 사건 사업계획승인 취소신청은 단지 피청구인의 직권발동을 촉구하는 것에 지나지 않는다.

4) 청구인은 이 사건 부동산의 소유자로서 참가인 회사에 대한 이 사건 사업계획승인으로 인하여 재산권을 제대로 행사하지 못하고 있으므로, 이 사건 거부회신의 취소 및 이 사건 사업계획승인의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 주장한다.

그러나 사업권으로 인해 재산권의 행사에 방해를 받는 제3자가 사업권을 소멸시킬 수 있는 법적 권리를 보유하기 위하여는, 사업권에 의하여 재산권의 행사에 방해를 받고 있다는 사실상의 이해관계가 아니라, 사업권 자체에 대한 법적 이해관계가 필요한데, 사업권과 물적 기반이 분리되어 있고 물적 기반의 소유자가 사업권에 대한 포괄승계인이 아니라면, 물적 기반의 소유자는 사실상·경제적 이해관계는 가지나 사업권의 법률적 이해관계 당사자라고 할 수는 없다. 더구나 이 사건 사업계획승인으로 인하여 00리조트 부지를 인수한 00잉크 또는 청구인이 위 사업계획승인이 취소되지 않아 자신의 권리를 행사하는데 방해를 받는다고 하더라도, 당초 00잉크는 이 사건 부동산에 이 사건 사업계획승인이 되어 있는 사정을 알면서 이를 취득하였으므로 위 사업계획승인으로 인하여 예측할 수 없는 과도한 불이익이 발생하였다고 볼 수 없고, 이 사건의 경우 00잉크가 이 사건 부동산의 이용에 제한을 받는 불이익과 수많은 회원들의 회원권과 입회비 등이 이 사건 사업계획승인의 취소와 함께 불안정하게 될 이해관계를 비교해 볼 때, 00잉크의 사실상·경제적 불이익이 수많은 회원들의 이해관계를 훨씬 능가하여 00잉크의 사실상·경제적 이해관계가 법률적 이해관계로 전환되어 00잉크가 이 사건 사업계획승인에 대하여 법률적 이해관계를 가진다고 할 수 없으며, 법률적 이해를 가지지도 아니한 00잉크가 이 사건 부동산의 소유권을 취득하였다는 사정을 두고 피청구인에게 이 사건 사업계획승인의 취소를 구할 조리상 신청권이 있다고 보기도 어렵다.

5) 따라서 이 사건 거부회신의 취소 및 위 회신이 행정심판의 대상인 거부처분임을 전

제로 하여 이 사건 사업계획승인의 취소 이행을 구하는 이 사건 심판청구는 모두 행정심판의 대상이 아닌 사항에 대해 제기된 부적법한 청구이다.

7. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구는 심판청구요건을 갖추지 못한 부적법한 청구이므로 이를 모두 각하하기로 하여 주문과 같이 재결한다.

6 2014-06061 쇼트트랙 지도자 자격정지 5년 징계통보 이행청구(재결일 : 2014. 7. 8.)

【사건의 쟁점】

피청구인(대한체육회장)이 쇼트트랙 지도자 자격정지 징계통보와 관련하여 행정청의 지위를 가질 수 있는지 여부

【재결요지】

피청구인(대한체육회장)은 「국민체육진흥법」에 따라 설립된 공공기관으로서 「국민체육진흥법」상 문화체육관광부장관으로부터 '우수 선수 인정'에 관한 권한만을 위탁받아 이에 관한 사항에 대해서만 행정청의 지위를 가지고 있을 뿐 가맹경기단체 지도자의 징계업무에 대해서는 이 법에 따르는 권한의 위탁을 받은 사실이 없으므로 피청구인이 이 사건 통보에 관하여 행정청의 지위에 있다고 볼 수는 없을 것인데, 청구인이 피청구인에게 쇼트트랙 지도자 청구외 ○○○의 징계 요구에 대하여 피청구인이 동 소속 사단법인 대한빙상경기연맹 상벌위원회 및 상임이사회의 심의·의결을 거쳐 '청구외 ○○○ 자격정지 1년'을 징계한 것은 국가 또는 행정기관으로부터 위탁받은 행정권한의 행사가 아니라 일반 사법상의 법률관계에서 이루어지는 단체내부에서의 징계 내지 제재처분에 불과하다고 할 것이어서, 피청구인이 청구인의 요구대로 쇼트트랙 지도자 청구외 ○○○ 자격정지 5년으로 징계하지 하지 않았다고 하더라도 이것이 의무이행심판의 대상인 '거부처분'이나 '부작위'에 해당한다고 할 수 없으므로 이 사건 심판청구는 행정심판의 대상이 아닌 사항에 대하여 제기된 부적법한 청구에 해당함

【재결의 의미】

피청구인(대한체육회장)은 문화체육관광부장관으로부터 '우수 선수 인정'에 관한 권한만을 위탁받아 이에 관한 사항에 대해서만 행정청의 지위를 가질 뿐이므로 이 사건 징계통보와 관련하여 행정청의 지위에 있다고 볼 수 없음

주 문 이 사건 심판청구를 각하한다.

청구취지 피청구인은 청구인에게 쇼트트랙 지도자 청구외 ○○○를 자격정지 5년으로 징계하여 통보하라.

이 유

1. 사건개요

가. 청구인은 피청구인 소속 사단법인 대한빙상경기연맹 소속 쇼트트랙 등록 선수 ▲▲▲ 의 아버지로서, 청구인은 2012. 12. 3. 피청구인에게 쇼트트랙 지도자 청구외 ○○○가 청구외 ▲▲▲ 선수를 폭행했다는 이유로 징계요청을 하였고, 피청구인은 동 소속 사단법인 대한빙상경기연맹 상벌위원회 및 상임이사회의 심의·의결을 거쳐 쇼트트랙 지도자 청구외 ○○○가 선수체벌에 따른 책임이 인정된다는 이유로 자격정지 1년으로 징계하였으며, 이에 따라 2013. 6. 13. 청구인에게 '청구외 ○○○ 자격정지 1년'을 통보(이하 '이 사건 통보'이라 한다)하였다.

나. 청구인은 피청구인이「대한체육회 정관」105호 선수위원회 규정을 위반하여 쇼트트랙 지도자 청구외 ○○○에게 자격정지 1년으로 징계했다는 이유로 2014. 3. 24. 피청구인에게 자격정지 5년으로 징계해 줄 것을 요구하는 이 사건 심판청구를 하였다.

2. 청구인 주장

피청구인이 행한 쇼트트랙 지도자 청구외 ○○○의 자격정지 1년은 경미한 징계이고, 1년이 지난 뒤 피해회복이 되지 않고 청구외 ▲▲▲ 선수가 상급학교를 진학할 수 없으며 다른 팀에서도 활동할 수 없는바, 피청구인은「대한체육회 정관」105호 선수위원회 규정에 따라 쇼트트랙 지도자 청구외 ○○○에게 5년의 자격정지 징계를 주어야 한다.

3. 피청구인 주장

대법원 2008. 1. 31. 선고 2005두8269 판결 및 서울동부지방법원 2007. 7. 4. 선고 2006가합4074 판결의 취지에 따르면 피청구인이 쇼트트랙 지도자 청구외 ○○○에게 내린 징계는 공권력의 발동으로서의 공법상 행위가 아니라 일반 사법상의 법률관계에서 이루어지는 단체 내부에서의 징계 내지 제재처분에 불과하여 행정처분이 아니므로 행정심판의 대상이 되지 않아 각하되어야 한다.

4. 관계법령

행정심판법 제2조, 제3조, 제5조

국민체육진흥법 제33조, 제46조

국민체육진흥법 시행령 제44조

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 대한체육회 선수위원회 규정, 진정에 대한 회신문 등 각 사본의 기재내용을 종합하여 보면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 피청구인 소속 사단법인 대한빙상경기연맹 소속 쇼트트랙 등록 선수 ▲▲▲ 의 아버지로서, 청구인은 2012. 12. 3. 피청구인에게 쇼트트랙 지도자 청구외 ○○○가 청구외 ▲▲▲ 선수를 폭행했다는 이유로 징계요청을 하였고, 피청구인은 동 소속 사단법인 대한빙상경기연맹 상벌위원회 및 상임이사회의 심의·의결을 거쳐 쇼트트랙 지도자 청구외 ○○○가 선수체벌에 따른 책임이 인정된다는 이유로 자격정지 1년으로 징계하였으며, 이에 따라 2013. 6. 13. 청구인에게 이 사건 통보를 하였다.

나. 「대한체육회 정관」105호 선수위원회 규정의 주요 내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

제3조(적용범위)
① 체육회 정(준)가맹단체에 등록한 각급 운동경기부(팀)의 선수 및 지도자(코치)에 적용한다.
② 체육회, 체육회 시·도체육회(이하 '시·도체육회'라 한다), 정(준)가맹단체는 다른 규정에도 불구하고 선수의 권익침해 사항에 대하여는 이 규정을 우선 적용한다.
제18조(징계)
① 위원회는 신고 접수되거나 직권으로 조사한 사항에 대하여 그 사실이 인정될 경우 다음과 같이 징계 의결한다.
1. 폭력 행위를 한 지도자
가. 1차 적발 : 5년 이상의 자격정지
나. 2차 적발 : 10년 이상의 자격정지
다. 3차 적발 : 영구 제명
3.~5. (생략)

6. 위원회 및 소관 위원회는 이 규정 제16조의 신고 된 사항에 대하여 조사한 결과 스포츠인권 침해가 인정되나 그 내용이 극히 경미하거나 증거가 희박한 경우 동 단체 법제상벌위원회에서 규정하는 징계종류에 의하여 처리할 수 있다.

다. 청구인은 피청구인이 「대한체육회 정관」 105호 선수위원회 규정을 위반하여 쇼트트랙 지도자 청구외 ○○○에게 자격정지 1년으로 징계했다는 이유로 2014. 3. 24. 피청구인에게 자격정지 5년으로 징계해 줄 것을 요구하는 이 사건 심판청구를 하였다.

6. 이 사건 심판청구의 적법 여부

가. 관계법령 등

1) 「행정심판법」 제2조제1호 및 제2호, 제4호에 따르면 '처분'이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부, 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말한다고 되어 있고, '부작위'란 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있는데도 처분을 하지 아니하는 것을 말한다고 되어 있으며, '행정청'이란 행정에 관한 의사를 결정하여 표시하는 국가 또는 지방자치단체의 기관, 그 밖에 법령 또는 자치법규에 따라 행정권한을 가지고 있거나 위탁을 받은 공공단체나 그 기관 또는 사인(私人)을 말한다고 되어 있고, 같은 법 제3조제1항에 따르면 행정청의 처분 또는 부작위에 대하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 이 법에 따라 행정심판을 청구할 수 있다고 되어 있으며, 같은 법 제5조제3호에 따르면 의무이행심판은 당사자의 신청에 대한 행정청의 위법 또는 부당한 거부처분이나 부작위에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 행정심판이라고 되어 있다.

2) 「국민체육진흥법」 제33조에 따르면 대한체육회는 경기단체의 사업과 활동에 대한 지도와 지원, 체육경기대회의 개최와 국제 교류 및 선수양성 등의 사업과 활동을 하게 하기 위하여 문화체육관광부장관의 인가를 받아 설립되고, 대한체육회에 관하여 이 법에서 규정한 것 외에는 「민법」 중 사단법인에 관한 규정을 준용한다고 되어 있으며, 같은 법 제46조 및 같은 법 시행령 제44조에 따르면 문화체육부장관은 이 법에 따른 우수 선수 인정에 관한 권한을 대한체육회에 위탁한다고 되어 있다.

나. 판 단

1) 행정처분은 행정청 또는 그 소속기관이나 법령에 의하여 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 공공기관이 국민의 권리 의무에 관계되는 사항에 관하여 공권력을 발동하여 행하는 공법상의 행위를 말하며, 그것이 상대방의 권리를 제한하는 행위라 하더라도 행정청 또는 그 소속기관이나 권한을 위임받은 공공기관의 행위가 아닌 한 이를 행정처분이라고 할 수 없다(대법원 2010. 11. 26. 선고 2010무137 결정, 대법원 1999. 2. 9. 선고 98두14822 판결 등 참조).

2) 살피건대, 피청구인(대한체육회장)은 「국민체육진흥법」에 따라 설립된 공공기관으로서 「국민체육진흥법」상 문화체육관광부장관으로부터 '우수 선수 인정'에 관한 권한만을 위탁받아 이에 관한 사항에 대해서만 행정청의 지위를 가지고 있을 뿐 가맹경기단체 지도자의 징계업무에 대해서는 이 법에 따르는 권한의 위탁을 받은 사실이 없으므로 피청구인이 이 사건 통보에 관하여 행정청의 지위에 있다고 볼 수는 없을 것인데, 청구인이 피청구인에게 쇼트트랙 지도자 청구외 ○○○의 징계 요구에 대하여 피청구인이 동 소속 사단법인 대한빙상경기연맹 상벌위원회 및 상임이사회의 심의·의결을 거쳐 '청구외 ○○○ 자격정지 1년'을 징계한 것은 국가 또는 행정기관으로부터 위탁받은 행정권한의 행사가 아니라 일반 사법상의 법률관계에서 이루어지는 단체내부에서의 징계 내지 제재처분에 불과하다고 할 것이어서, 피청구인이 청구인의 요구대로 쇼트트랙 지도자 청구외 ○○○ 자격정지 5년으로 징계하지 하지 않았다고 하더라도 이것이 의무이행심판의 대상인 '거부처분'이나 '부작위'에 해당한다고 할 수 없으므로 이 사건 심판청구는 행정심판의 대상이 아닌 사항에 대하여 제기된 부적법한 청구이다.

7. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구는 심판청구요건을 갖추지 못한 부적법한 청구이므로 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 재결한다.

7 2014-06416 2014년도 제20기 소방간부후보생 선발시험 이의신청 불인정통지 취소청구 등(재결일 : 2014. 8. 19.)

【사건의 쟁점】

청구인에게 이 사건 통지의 취소 등을 구할 법률상 이익이 있는지 여부

【재결요지】

이 사건 심판청구가 인용된 결과 청구인이 이 사건 시험의 해당 종목에서 재실시 기회를 얻게 되어 만점을 획득한다고 하더라도 청구인의 최종점수는 이 사건 시험의 최저합격점수에 미달되어 결국에는 이 사건 시험 불합격처분을 받을 수 밖에 없는바, 청구인으로서는 이 사건 통지의 취소 및 변경을 구할 법률상 이익이 없음

【재결의 의미】

청구인의 심판청구가 인용되더라도 이 사건 통지의 취소 등을 구할 법률상 이익이 없어 부적법한 청구에 해당함

주 문 이 사건 심판청구를 모두 각하한다.

청구취지 피청구인이 2014. 2. 28. 청구인에게 한 2014년도 제20기 소방간부후보생 선발시험 이의신청 불인정통지를 취소하고, 이를 동 시험의 제2차시험(체력시험) 중 윗몸일으키기 종목 재실시통지로 변경하라.

이 유

1. 사건개요

피청구인은 2013. 11. 27. 2014년도 제20기 소방간부후보생 선발시험(이하 '이 사건 시험'이라 한다)에 대한 시행계획을 공고하였고, 이에 청구인은 이 사건 시험에 지원하여 2014. 2. 5. 이 사건 시험의 제1차시험(필기시험)에 합격한 후 2014. 2. 18. 실시된 이 사건 시험의 제2차시험(체력시험)에 응시하였는데, 해당 시험 중 윗몸일으키기 종목에서

전자계측기에 기록된 53회 가운데 10회가 자세불량을 이유로 감독관 및 판정관에 의해 무효로 처리되자 이에 대해 2014. 2. 19. 피청구인에게 이의신청을 제기하였고, 피청구인은 2014. 2. 28. 청구인에게 이 사건 시험 이의신청 불인정통지(이하 '이 사건 통지'라 한다)를 하였다.

2. 청구인 주장

청구인은 이 사건 시험의 제2차시험(체력시험) 중 윗몸일으키기 종목에서 양손 중 한 손이 가슴에 밀착되지 않았다는 이유로 감독관 등으로부터 전자계측기에 기록된 53회 가운데 10회를 무효로 처리받았는데, 과거 응시경험에 비추어 청구인의 윗몸일으키기 자세가 무효로 처리된 전례가 없었던 점, 위와 같은 판정 결과는 체력시험 실시 당시의 영상과 같은 객관적인 증거 없이 오로지 감독관의 주관적인 판단 및 진술에 의해 이루어진 점, 청구인의 이의신청에 대한 시험관리위원회의 회의 진행이 비공개로 행해진 점 등을 고려할 때, 피청구인의 이 사건 통지는 위법·부당하므로 취소되어야 하고, 해당 통지는 「소방공무원 채용시험 시행규칙」 별표 4의 규정에 따라 동 시험의 제2차 시험(체력시험) 중 윗몸일으키기 종목 재실시통지로 변경되어야 한다.

3. 피청구인 주장

피청구인이 이 사건 시험의 제2차시험(체력시험) 실시 전에 감독관 등 운영요원과 응시생들에게 윗몸일으키기 종목의 수행 방법에 대해 교육을 시행하였음에도 청구인은 가슴에서 한 손을 떨어뜨려 윗몸일으키기를 수행한 점, 시험현장에서 감독관과 판정관이 합의하여 내린 판정 결과에 대해 청구인에게 설명한 점, 청구인의 이의신청에 따라 개최된 시험관리위원회에서 청구인 및 감독관의 진술 등을 참작하여 이를 토대로 적법하게 객관적인 판단을 내린 점 등을 고려할 때, 피청구인의 이 사건 통지는 적법·타당하므로 청구인의 이 사건 심판청구는 기각되어야 한다.

4. 관계법령

행정심판법 제13조

소방공무원법 제6조

소방공무원임용령 제36조, 제37조, 제38조, 제46조

소방공무원 채용시험 시행규칙 별표 4

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 보충서면, 이의신청서, 시험관리위원회 회의록, 2014년도 제20기 소방간부후보생 선발시험 시행계획 공고문, 2014년도 제20기 소방간부후보생 선발시험 관련 시험관리위원회 심의결과 알림문 등 각 사본의 기재내용을 종합하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 피청구인은 2013. 11. 27. 이 사건 시험에 대한 시행계획을 다음과 같이 공고하였다.

- 다 음 -

□ 선발인원: 30명(남자 26명, 여자 4명)

□ 임용배치: 1년간 교육 후 지방소방위로 임용, 일선 소방관서에 배치

□ 시험구분 및 일정

시험구분	시험일자	합격자 발표
제1차시험(필기시험)	2014. 1. 25.	2014. 2. 5.
제2차시험(체력시험)	2014. 2. 18.	2014. 2. 21.
제3차시험(신체검사)	2014. 2. 19.	
적성검사		면접위원 배부용
제4차시험(면접시험)	2014. 3. 4.~ 3. 5.	2014. 3. 7.

□ 제2차시험(체력시험)

○ 시험종목: 악력, 배근력, 앉아윗몸앞으로굽히기, 제자리멀리뛰기, 윗몸일으키기, 왕복오래달리기(이상 6종목)

○ 합격기준: 6종목 총점(60점)의 50% 이상 득점자 전원을 합격자로 함

○ 소방공무원 체력시험 종목 및 평가점수(윗몸일으키기)

종목	성별	평가점수									
		1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
윗몸 일으키기 (회/분)	남	43	44	45	46	47	48	49	50	51	52 이상
	여	33	34	35	36	37	38	39	40	41	42 이상

□ 최종합격자 결정

○ 면접시험 합격자 중 필기시험성적 65%, 체력시험성적 25%, 면접시험성적 10% 비율로 합산한 성적(소수점 둘째자리까지 계산)의 고득점자 순위에 따름

나. 청구인은 이 사건 시험에 지원하여 2014. 2. 5. 이 사건 시험의 제1차시험(필기시험)에 합격한 후 2014. 2. 18. 실시된 이 사건 시험의 제2차시험(체력시험)에 응시하였는데, 해당 시험 중 윗몸일으키기 종목에서 전자계측기에 기록된 53회 가운데 10회가 자세 불량을 이유로 감독관 및 판정관에 의해 무효로 처리되자 이에 대해 2014. 2. 19. 피청구인에게 이의신청을 제기하였다.

다. 피청구인은 2014. 2. 24. 시험관리위원회를 개최하였고, 동 위원회의 심의결과에 따라 2014. 2. 28. 청구인에게 다음과 같이 이 사건 통지를 하였다.

- 다 음 -

○ 심의내용

- 체력시험 윗몸일으키기 관련 이의신청 인정여부

○ 심의결과

- 이의신청 사유없음으로 불인정

라. 청구인은 2014. 2. 21. 이 사건 시험의 제2차시험(체력시험) 및 제3차시험(신체검사)에 합격한 후, 2014. 3. 4. 실시된 동 시험의 제4차시험(면접시험)에 응시하였으나, 피청구인은 2014. 3. 7. 청구인에게 이 사건 시험 불합격처분을 하였다.

마. 우리 위원회가 확인한 바에 의하면 이 사건 시험 최종합격자(남자)의 최저합격점수는 90.03점이다. 한편, 청구인이 이 사건 시험에서 획득한 최종점수(상황 ①) 및 이 사건 심판청구가 인용될 경우 이 사건 시험의 제2차시험(체력시험) 중 윗몸일으키기 종목에서 재실시(측정) 기회를 얻게 되어 해당 종목에서 10점(만점)을 획득시 청구인이 획득하게 되는 최종점수(상황 ②)는 다음과 같다.

- 다 음 -

	윗몸일으키기 횟수(평가점수)	체력시험성적	최종점수
상황 ①	43회/분(1점)	41점	84.49점
상황 ②	52회/분 이상(10점)	50점	88.24점

※ 체력시험성적(6종목, 총점 60점)은 청구인이 위 체력시험 5종목에서 획득한 기존 평가점수(40점)에 윗몸일으키기에서 획득한 점수를 합산한 성적임

※ 최종점수는 필기시험성적 65%, 체력시험성적 25%, 면접시험성적 10% 비율로 합산한 성적(소수점 둘째자리까지 계산)임

바. 청구인은 2014. 3. 28. 우리 위원회에 '피청구인이 2014. 2. 28. 청구인에게 한 2014년도 제20기 소방간부후보생 선발시험 이의신청 불인정통지를 취소하고, 이를 동 시험의 제2차시험(체력시험) 중 윗몸일으키기 종목 재실시통지로 변경하라'는 취지의 이 사건 심판을 청구하였다.

6. 이 사건 심판청구의 적법 여부

가. 관계법령

1)「행정심판법」제13조제1항에 따르면 취소심판은 처분의 취소 또는 변경을 구할 법률상 이익이 있는 자가 청구할 수 있고, 처분의 효과가 기간의 경과, 처분의 집행, 그 밖의 사유로 소멸된 뒤에도 그 처분의 취소로 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우에도 또한 같다고 되어 있고, 같은 조 제3항에 따르면 의무이행심판은 처분을 신청한 자로서 행정청의 거부처분 또는 부작위에 대하여 일정한 처분을 구할 법률상 이익이 있는 자가 청구할 수 있다고 되어 있다.

2)「소방공무원법」제6조제1항에 따르면 소방공무원의 신규채용은 공개경쟁시험에 의하되, 소방위·지방소방위의 신규채용은 대통령령이 정하는 자격을 갖추고 공개경쟁시험에 의하여 선발된 자(이하 '소방간부후보생'이라 한다)로서 소정의 교육훈련을 마친 자중에서 행한다고 되어 있고,「소방공무원임용령」제36조제1항에 따르면 소방공무원의 채용시험은 다음 각호의 방법에 의한 필기시험·체력시험·신체검사·면접시험·실기시험과 서류전형에 의한다고 되어 있으며, 같은 조 제2항에 따르면 법 제6조제1항의 규정에 의하여

교육훈련을 마친 소방간부후보생에 대한 소방위·지방소방위에의 채용시험은 그 교육훈련 과정에서 이수한 과목을 검정하는 것으로 한다고 되어 있고, 같은 조 제3항에 따르면 제2항의 규정에 의한 시험의 방법·합격자의 결정등에 관하여 필요한 사항은 소방방재청장의 승인을 얻어 중앙소방학교의 장이 정한다고 되어 있으며, 같은 임용령 제37조제1항에 따르면 소방공무원의 공개경쟁채용시험은 다음[1. 제1차시험: 선택형 필기시험(다만, 기입형을 가미할 수 있다), 2. 제2차시험: 논문형 필기시험(다만, 과목별로 기입형을 가미할 수 있다), 3. 제3차시험: 체력시험, 4. 제4차시험: 신체검사, 5. 제5차시험: 면접시험(다만, 실기시험을 병행할 수 있다)]의 구분에 의한 단계에 따라 순차적으로 실시하되, 시험실시권자는 업무내용의 특수성 기타 사유로 특히 필요하다고 인정될 때에는 그 순서를 변경하여 실시할 수 있으며, 소방사·지방소방사의 경우에는 제2차시험을 실시하지 아니한다고 되어 있고, 같은 임용령 제38조에 따르면 법 제6조제1항에 따른 소방간부후보생 선발시험에 관하여는 제35조, 제36조제1항 및 제37조(제1항제2호는 제외한다)를 준용한다고 되어 있으며, 같은 임용령 제46조제4항에 따르면 최종합격자의 결정은 면접시험의 합격자 중에서 다음 각 호의 방법에 따라 산정한 성적의 순위에 따른다고 되어 있고, 같은 항 제1호에 따르면 제37조제1항의 공개경쟁채용시험 및 제38조의 소방간부후보생 선발시험은 필기시험성적(제1차시험과 제2차시험을 구분하여 실시할 때에는 이를 합산한 성적을 말한다. 이하 같다) 65퍼센트, 체력시험성적 25퍼센트 및 면접시험성적(실기시험을 병행할 때에는 이를 포함한 점수를 말한다) 10퍼센트의 비율로 합산한 성적이라고 되어 있다.

3)「소방공무원 채용시험 시행규칙」별표 4 '소방공무원 체력시험 측정방법'의 '비고'에 따르면 본인의 귀책사유가 아닌 사항으로 측정에 문제가 있는 경우(왕복오래달리기 종목의 경우 실수로 점어진 경우 포함) 그 해당 종목에 한하여 재측정 기회를 추가적으로 부여할 수 있다고 되어 있다.

나. 판단

살피건대, 위 인정사실에 의하면 청구인은 우리 위원회에 '피청구인이 2014. 2. 28. 청구인에게 한 2014년도 제20기 소방간부후보생 선발시험 이의신청 불인정통지를 취소하고, 이를 동 시험의 제2차시험(체력시험) 중 윗몸일으키기 종목 재실시통지로 변경하라'는 취지의 이 사건 심판을 청구하였으나, 설령 동 심판청구가 인용된 결과 청구인이 이 사건

시험의 제2차시험(체력시험) 중 윗몸일으키기 종목에서 재실시(측정) 기회를 얻게 되어 해당 종목에서 10점(만점)을 획득한다고 하더라도 청구인의 최종점수는 88.24점으로서 이 사건 시험 최종합격자(남자)의 최저합격점수인 90.03점에 미달되어 결국에는 이 사건 시험 불합격처분을 받을 수 밖에 없다. 따라서 청구인으로서는 이 사건 통지의 취소 및 변경을 구할 법률상 이익이 없다 할 것이므로 청구인의 이 사건 심판청구는 부적법한 청구이다.

7. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구는 심판청구요건을 갖추지 못한 부적법한 청구이므로 이를 모두 각하하기로 하여 주문과 같이 재결한다.

8 2014-06948 법학전문대학원 합격 취소처분 취소청구(재결일 : 2014. 9. 30.)

【사건의 쟁점】

피청구인의 법학전문대학원 합격 취소 통보가 행정심판의 대상인 처분에 해당하는지 여부 등

【재결요지】

○ 이 사건 심판청구의 적법여부에 대한 판단

피청구인이 청구인에게 송부한 2014. 3. 21.자 법학전문대학원 합격 취소 통보문서에 문서제목은 '법학전문대학원 입학자격 미달로 인한 합격 취소 통보'로, 문서의 내용 중 행정처분사항 항목에는 '법학전문대학원 합격 취소'로 각각 기재되어 있어 피청구인의 이 사건 처분은 객관적으로 청구인에게 불이익을 주는 행정처분과 같은 외형을 갖추고 있고, 그 행위의 상대방인 청구인이 이를 행정처분으로 인식할 정도에 이르렀다고 볼 수 있는데, 그로 인하여 파생되는 청구인의 불이익 내지 불안감을 제거시켜 주기 위한 구제수단이 필요하므로 이 사건 처분은 행정심판의 대상이 되는 처분에 해당한다 할 것임

○ 이 사건 처분의 위법·부당여부에 대한 판단

이 사건 합격취소처분은 합격처분이 효력을 상실한 이후에 이루어진 것으로서 합격과 관련한 청구인의 권리 또는 법률관계에 아무런 영향을 미치지 않는 것이고, 다만 앞에서 살펴본 바와 같이 행정처분과 같은 외형을 갖추고 있고 청구인이 이를 행정처분으로 인식하여 이 사건 심판청구를 제기하였으므로 청구인의 불이익 내지 불안감을 제거시켜 주기 위한 범위 내에서 그 처분성과 이를 다툴 최소한의 법률상 이익을 인정할 수 있을 뿐이어서 청구인의 주장을 받아들일 실질적인 이유는 없다고 할 것이므로, 이 사건 처분에 대한 피청구인의 처분사유를 더 살필 필요 없이 피청구인의 이 사건 처분은 위법·부당하다고 할 수 없음

【재결의 의미】

행정처분과 같은 외형을 갖추고 있고, 그 행위의 상대방이 이를 행정처분으로 인식할 정도에 이르렀다고 볼 수 있는 경우 그로 인하여 파생되는 청구인의 불이익 내지 불안감을 제거시켜 주기 위한 구제수단이 필요하므로 이 사건 행정청의 통보는 행정심판의 대상이 되는 처분에 해당함

주 문 청구인의 청구를 기각한다.

청구취지 피청구인이 2014. 3. 21. 청구인에게 한 법학전문대학원 합격 취소처분을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

청구인은 2010. 2. 26. ○○대학교 법과대학 법학과를 수료하고, ○○대학교 법학전문대학원에 2011. 2. 11. 합격한 후 2011. 3. 2. 입학하여 재학 중에 있는 자로, 피청구인은 2014년 2월 청구인이 대학교 학사학위를 취득하지 못하여 법학전문대학원 입학자격에 미달된다는 사실이 확인되었다는 이유로 2014. 3. 21. 청구인에게 법학전문대학원 합격 취소처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인들 주장

청구인이 학사학위를 취득하지 못한 것은 전공인 법학과는 아무런 관련이 없는 컴퓨터 영역의 관련 자격증을 제출하지 않았다는 것인데, 청구인은 2011. 2. 4. 워드프로세서 1급 자격증을 취득하고도 당시 법학전문대학원에 추가합격되어 너무 들떴고 학교 측으로부터도 아무런 통보를 받지 못해 제출하지 못한 것이고, 청구인이 법학전문대학원에 합격하여 입학한지 3년이 넘도록 아무런 문제제기를 하지 않다가 지금에야 학사학위 미취득의 결격사유가 확인되었다는 이유로 피청구인이 이 사건 처분을 한 것은 재량권의 일탈·남용으로 위법·부당하므로 취소되어야 한다.

3. 피청구인 주장

청구인은 컴퓨터 영역의 관련 자격증인 워드프로세서 1급 자격증을 학교에 제출하였다고 하나 제출되지 않은 것으로 확인되었고, 위 자격증의 취득사실만으로는 법학전문대학원 입학자격을 충족하였다고 인정할 수 없으며, 청구인이 「법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률」 제22조 및 '2011학년도 ○○대학교 법학전문대학원 신입생 모집요강'상 지원

자격에 명시되어 있는 입학자격에 미달되었는바, 피청구인의 이 사건 처분은 적법·타당하다.

4. 관계법령

행정심판법 제2조, 제3조, 제5조

법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률 제18조, 제22조, 제23조

고등교육법 제6조

고등교육법 시행령 제4조

행정절차법 제4조

5. 인정사실

당사자 간 다툼 없는 사실 및 청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 2010학년도 전기 졸업(수료)사정 실시 결과, 2011학년도 전기 신·편입생 학력조회 회보, 2011학년도 ○○대학교 법학전문대학원 신입생 모집요강, 법학전문대학원 입학허가 취소 처분 사전통지, 의견제출서, 자격증 발급사실 조회결과 회신, 법학전문대학원 합격 취소 통보문서 등에 따르면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 2010. 2. 26. ○○대학교 법과대학 법학과를 수료하고, ○○대학교 법학전문대학원에 2011. -. --. 합격한 후 2011. 3. 2. 입학하여 재학 중에 있는 자이다.

나. 피청구인은 소속 단과대학 등에게 2010. 11. 2.자 2010학년도 전기 학부과정 졸업(수료) 예비사정 실시 문서 및 2011. 1. 10.자 2010학년도 전기 졸업(수료)사정 실시 문서를 송부하면서 “졸업자격인정기준(전공, 외국어, 컴퓨터 영역)의 각 영역에 대한 합·불여부를 졸업사정 완료시까지 아르샘에 반드시 입력하고, ‘졸업관련 대학(학과) 업무 협조요청 사항’을 숙지하여 졸업사정에 따른 민원 등이 발생하지 않도록 학사지도에 만전을 기하여 줄 것”을 요청하였다.

다. 피청구인이 자체 홈페이지(http://www.------.ac.kr)에 게재한 2009학년도 전기(2010년 2월) 졸업사정 안내 및 2010학년도 전기(2011년 2월) 학부 및 일반대학원 졸업사정 안내와 관련한 공지사항에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

□ 2009. 10. 21.자 공지사항

○ 2009학년도 전기(2010년 2월) 학부생 졸업예비사정을 다음과 같이 실시하오니 해당자는 졸업예비사정 기간 내에 학과사무실로 아래 사항에 대한 확인 및 신청을 하기 바람

○ 졸업예비사정기간: 2009. 10. 22. ~ 2009. 10. 30.

○ 대상자: 2009학년도 전기(2010년 2월) 졸업대상자

□ 2009. 11. 4.자 공지사항

○ 졸업사정 시 졸업학점은 충족하였으나 필수교과목 미이수, 교양영역별 이수기준 미충족 등으로 졸업사정에서 탈락하는 사례가 있어 학생포털에 졸업 및 교직 예비사정 자료를 제공하니 활용하기 바람

○ 이용대상: 4학기 이상 이수 학생

□ 2010. 1. 18.자 공지사항

○ 2009학년도 전기(2010년 2월 졸업) 졸업예정자에 대하여 다음과 같이 졸업사정을 실시하고 있으니 졸업관련 서류를 아래 기간까지 해당 학과사무실로 제출하시기 바람

○ 2010. 1. 22.까지: 졸업자격인정기준(전공, 외국어, 컴퓨터 영역) 등

□ 2010. 11. 1.자 공지사항

○ 2010학년도 전기(2011년 2월) 학부생 및 일반대학원생 졸업예비사정을 다음과 같이 실시하오니 해당자는 졸업예비사정 기간 내에 학과사무실로 아래 사항에 대하여 확인하고 관련 서류를 제출하시기 바람

○ 졸업예비사정기간

- 학부: 2010. 11. 2. ~ 2010. 11. 10.

○ 대상자: 2010학년도 전기(2011년 2월) 졸업자

□ 2011. 1. 7.자 공지사항

○ 2010학년도 전기(2011년 2월 졸업) 졸업예정자에 대하여 다음과 같이 졸업사정을 실시하오니 졸업관련 서류를 2011. 1. 14.까지 해당 학과사무실로 제출하시기 바람

○ 졸업자격인정기준(전공, 외국어, 컴퓨터 영역) 관련 서류 제출

라. 피청구인 소속 법과대학장이 2011. 2. 9. 피청구인에게 제출한 2010학년도 전기 졸

업(수료)사정 실시 결과에는 청구인이 졸업자격인정 기준 합불 내역 중 전공영역과 외국어 영역에서는 합격하였으나, 컴퓨터 영역은 불합격되어 수료 상태인 것으로 기재되어 있다.

마. 피청구인이 2011. 5. 31. 소속 대학원장 등에게 송부한 2011학년도 전기 신·편입생 학력조회 회보 문서에는 청구인이 ○○대학교 법학과를 2010. 2. 26. '수료'한 것으로 기재되어 있다.

바. 피청구인 소속 법과대학장은 상기 2011. 2. 9.자 2010학년도 전기 졸업(수료)사정을 실시한 후 추가 심사를 거쳐 2011. 2. 15., 2011. 2. 17. 및 2011. 2. 18. 등 3차례에 걸쳐 각각 피청구인에게 2010학년도 전기 졸업(수료)사정 실시 결과를 수정하여 제출하였는데, 위 추가 심사 결과 20명에 대한 졸업사정결과가 수정되었으나 청구인은 이에 포함되지 않았다.

사. 피청구인은 2014. 2. 27. 청구인에게 이 사건 처분을 위한 사전통지를 하였고, 청구인은 2014. 2. 28. 피청구인에게 대한상공회의소 회장의 2014. 2. 28.자 워드프로세서 1급 자격취득확인서(취득일자: 2011. 2. 4.)를 첨부하여 의견제출서를 제출한 후 2014. 3. 10. 의견제출서를 다시 제출하였는데, 위 의견제출서의 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

□ 2014. 2. 28.자 의견제출서

○ 법학전문대학원 지원서에 학사과정 수료자도 지원이 가능하다고 분명히 나와 있었고, 학사학위 취득에서 문제가 된 컴퓨터 영역의 관련 자격증 역시 법학전문대학원 입학 전에 취득을 한 것임

○ 학교 측에서 컴퓨터 영역의 관련 자격증 제출에 대한 별다른 통보가 없었고, 법학전문대학원은 지난 3년간 이 사실에 대해 아무런 문제제기를 하지 않고 청구인을 학적부에 등록시켰던 것임

□ 2014. 3. 10.자 의견제출서

○ 청구인은 컴퓨터 영역의 관련 자격증을 법학전문대학원 입학 전에 취득하였고, 2011. 2. 20.경 학과실에 제출도 하였음

아. 피청구인은 2014년 2월 청구인이 「○○대학교 교학규정」에서 정한 졸업자격인정 기준 중 컴퓨터 영역 불합격으로 대학교 학사학위를 취득하지 못하여 법학전문대학원 입학자격에 미달된다는 사실이 확인되었다는 이유로 2014. 3. 21. 청구인에게 법학전문대학원 합격을 취소하는 이 사건 처분을 하였는데, 피청구인이 청구인에게 송부한 2014. 3. 21.자 법학전문대학원 합격 취소 통보문서에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

□ 제목: 법학전문대학원 입학자격 미달로 인한 합격 취소 통보

□ 행정처분 사항

○ 처분대상자: ○○대학교 법학전문대학원 ○○○(학번: ------)

○ 처분사항: 법학전문대학원 합격 취소

○ 처분일자: 2014. 3. 18.

○ 처분사유: '학사학위 미취득'으로 인하여 「법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률」 제22조에서 정한 입학자격 미달

자. '2011학년도 ○○대학교 법학전문대학원 신입생 모집요강'에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

4. 지원자격
○ 특별·일반전형 공통사항: 다음 각 호에 모두 해당하는 자
가. 학사학위를 가지고 있거나(2011. 3. 1. 이전 학사학위 취득 예정자 포함) 법령에 따라 위와 동등 이상의 학력이 있다고 인정되는 자

차. 피청구인이 청구인의 자격증 발급사실을 확인하기 위해 시험실시기관인 대한상공회의소에 조회를 의뢰하여 회신받은 2014. 3. 11.자 회신문서에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

○ 자격취득확인서는 발급 받았으나, 자격증 신청 및 발급내역은 없음

○ 조회현황: 워드프로세서 1급(취득일자: 2011. 2. 4., 조회결과: 미발급)

○ 세부내역: 2014. 2. 26. 자격취득확인서 출력취소 2부, 2014. 2. 28. 자격취득확인서 출력 2부

카. 구「○○대학교 졸업(수료)사정 지침」(2009. 2. 5. 시행)에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

1. 목적
이 지침은 우리 대학교 학칙 및 교학규정에 규정된 졸업(수료)사정에 관한 세부사항을 정하여 졸업(수료)사정에 정확을 기하고 졸업대상자 선정에 착오가 없도록 하기 위함.
2. 기본방침
학칙 제59조 및 교학규정 제56조 내지 제59조의 규정에 의거 다음 요건을 갖춘 자에 대하여 소속 대학 교수회의 심의를 거쳐 졸업(수료)자로 확정한다.
가. 졸업 대상자(공통) : 아래의 요건을 모두 충족한 자
▷ 학칙 제56조의 졸업 및 수료학점과 "졸업소요학점구성표"에 의거 학점을 취득한 자
▷ 전학년 성적 평균평점이 1.75 이상인 자(계절학기 성적 포함)
▷ 재학년한 범위 내에서 수업년한을 충족한 자
▷ 졸업자격인정기준에 합격한 자(99학번 이전 입학자는 졸업자격인정기준의 전공영역만 해당)
나. 수료 대상자
8학기 이상 이수하고 "가"항의 졸업대상자 중 졸업자격인정기준 불합격자
3. 졸업(수료) 사정의 세부기준
졸업(수료) 사정 대상자에 대하여 다음의 세부기준에 충족되는지 여부를 심사하여 졸업(수료) 대상자로 확정
가. 졸업 사정 (계절학기 성적 포함)
1) 졸업 사정 대상자
가) 일반졸업 예정자
○ 8학기 이상 등록하고 졸업소요학점 취득가능자
○ 기 수료자로서 졸업자격인정기준 심사 합격자
나. 수료 사정
졸업에 필요한 학기를 이수하고 학점 및 성적평점은 충족하였으나 졸업자격인정기준에 불합격한 경우는 수료자로 확정
4. 졸업(수료)자 확정(본 사정결과 보고 시)
학칙 제12조 및 교학규정 제57조의 규정에 의거 소속 대학 교수회의의 심의를 거쳐 학장이 확정하여 총장에게 보고 한다.

타. 피청구인이 우리 위원회에 제출한 ○○대학교 법과대학의 졸업자격 인정기준에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

○ 컴퓨터영역의 졸업자격은 아래 각 호의 1에 해당하는 경우 이를 인정함
- 워드프로세서 1.2급, 기타 이에 준하는 자격증 중 하나 이상 취득자 등

파. 우리 위원회가 확인한 바에 따르면, 청구인은 ○○대학교 법학전문대학원에 2011년 1학기부터 이 사건 처분일 전인 2014년 1학기까지 7회 등록하였고 3,589만 4,000원의 학비를 납부하였으며, 2012. 2. 24. 성적미달로 1학년 유급되어 현재 *학년에 재학 중이다.

하. 피청구인 소속 법과대학장은 이 사건 심판청구가 제기된 이후인 2014. 8. 21. 피청구인에게 2013학년도 후기 학부 졸업(수료)사정을 실시하면서 청구인에 대해 사정한 결과 종전 졸업자격인정 기준 중 미달영역이었던 컴퓨터 영역을 합격으로 인정하여 '졸업'으로 판정하였다는 내용의 2013학년도 후기(2014년 8월) 학부 졸업(수료)사정 결과를 제출하였고, 이에 피청구인은 2014. -. --. 청구인에게 법학사 학위증서[학위등록번호: ○○대2013(학)----, 증서번호: ------]를 수여하였다.

거. 구 「○○대학교 학칙」(제1277호, 2011. 2. 1. 시행) 제58조제1항·제2항에 따르면 졸업하기 위해서는 전 교과목의 성적평균평점이 1.75 이상이어야 하며, 전공영역(복수전공 포함)·외국어영역·컴퓨터영역에서 졸업자격을 인정받아야 하고, 졸업자격인정에 관한 세부사항은 ○○대학교 교학규정에 따로 정한다고 되어 있고, 구 「○○대학교 학칙」(제1280호, 2011. 3. 1. 시행) 제58조제1항·제2항에 따르면 졸업하기 위해서는 전 교과목의 성적평균평점이 1.75 이상이어야 하며, 전공영역(복수전공 포함)·외국어영역에서 졸업자격을 인정받아야 하고, 졸업자격인정에 관한 세부사항은 ○○대학교 교학규정에 따로 정한다고 되어 있으며, 구 「○○대학교 교학규정」(제1232호, 2010. 3. 1. 시행) 제60조제1항 전단에 따르면 졸업자격인정영역은 전공영역, 외국어영역 및 컴퓨터영역으로 구분한다고 되어 있고, 같은 교학규정 제62조제1항·제2항에 따르면 외국어 및 컴퓨터영역의 평가는 학부(과)에서 정하는 인정기준에 따르고, 외국어 및 컴퓨터영역의 인정조건을 갖춘 자

는 졸업학기에 필요한 증빙서류를 첨부한 자격인정원을 소속학부(과)장에게 제출하여야 하며, 학부(과)장은 이를 심사한 후 그 결과를 학장에게 제출하여야 한다고 되어 있으며, 구 「○○대학교 교학규정」(제1281호, 2011. 3. 1. 시행) 제60조제1항 전단에 따르면 졸업자격인정영역은 전공영역과 외국어영역으로 구분한다고 되어 있다.

6. 이 사건 심판청구의 적법 여부 및 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령 등

1) 「행정심판법」 제3조제1항에 따르면 행정청의 처분 또는 부작위에 대하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 이 법에 따라 행정심판을 청구할 수 있다고 되어 있고, 같은 법 제2조제1호에 따르면 '처분'이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부, 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말한다고 되어 있으며, 같은 법 제5조제1호에 따르면 취소심판은 행정청의 위법 또는 부당한 처분을 취소하거나 변경하는 행정심판으로 되어 있다.

2) 「법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률」 제18조제1항·제2항에 따르면 법학전문대학원에 석사학위과정을 두며, 학칙으로 정하는 바에 따라 박사학위과정을 둘 수 있고, 제1항에 따른 석사학위과정의 수업연한은 3년 이상으로 한다고 되어 있고, 같은 법 제22조에 따르면 법학전문대학원에 입학할 수 있는 자는 학사학위를 가지고 있거나 법령에 따라 이와 동등 이상의 학력이 있다고 인정된 자(이하 '학사학위를 취득한 자'라 한다)로 한다고 되어 있으며, 같은 법 제23조제1항에 따르면 법학전문대학원은 제22조에 따른 입학자격이 있는 자 중에서 일반전형 또는 특별전형에 의하여 학생을 선발한다고 되어 있고, 같은 조 제2항에 따르면 법학전문대학원은 지원자의 학사학위과정에서의 성적, 법조인이 될 수 있는 자질에 관한 적성을 측정하기 위한 시험(이하 '적성시험'이라 한다)의 결과 및 외국어능력을 입학전형자료로 활용하여야 하며, 그 밖에 사회활동 및 봉사활동에 대한 경력 등을 입학전형자료로 활용할 수 있고, 이 경우 법학에 관한 지식을 평가하기 위한 시험을 실시하여 그 결과를 입학전형자료로 활용하여서는 아니 된다고 되어 있으며, 같은 조 제3항에 따르면 법학전문대학원은 입학자의 공정한 선발을 위하여 대통령령으로 정하는 내용이 포함된 입학전형계획을 수립하여 공표하고, 이를 시행하여야 한다고 되어 있다.

3)「고등교육법」 제6조제1항·제2항에 따르면 학교의 장(학교를 설립하는 경우에는 해당 학교를 설립하려는 자를 말한다)은 법령의 범위에서 학교규칙(이하 '학칙'이라 한다)을 제정하거나 개정할 수 있고, 학칙의 기재사항, 제정 및 개정 절차 등 필요한 사항은 대통령령으로 정한다고 되어 있으며, 같은 법 시행령 제4조제1항제3호에 따르면 법 제6조의 규정에 의한 학교규칙(이하 '학칙'이라 한다)에는 입학, 재·편입학, 휴·복학, 모집단위간 이동 또는 전과·자퇴·제적·유급·수료·졸업 및 징계(제3호) 등의 사항을 기재하여야 한다고 되어 있다.

4)「행정절차법」 제4조제1항에 따르면 행정청은 직무를 수행할 때 신의(信義)에 따라 성실히 하여야 한다고 되어 있고, 같은 조 제2항에 따르면 행정청은 법령등의 해석 또는 행정청의 관행이 일반적으로 국민들에게 받아들여졌을 때에는 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우를 제외하고는 새로운 해석 또는 관행에 따라 소급하여 불리하게 처리하여서는 아니 된다.

나. 판단

살피건대, 행정청의 어떤 행위를 행정처분으로 볼 것이냐의 문제는 추상적, 일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 경우 행정처분은 행정청이 공권력의 주체로서 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행위라는 점을 고려하고 행정처분이 그 주체, 내용, 형식, 절차에 있어서 어느 정도 성립 내지 효력요건을 충족하느냐에 따라 개별적으로 결정하여야 할 것이며, 행정청의 어떤 행위가 법적 근거도 없이 객관적으로 국민에게 불이익을 주는 행정처분과 같은 외형을 갖추고 있고, 그 행위의 상대방이 이를 행정처분으로 인식할 정도라면 그로 인하여 파생되는 국민의 불이익 내지 불안감을 제거시켜 주기 위한 구제수단이 필요한 점에 비추어 볼 때 행정청의 행위로 인하여 그 상대방이 입는 불이익 내지 불안이 있는지 여부도 그 당시에 있어서의 법치행정의 원리와 국민의 권리의식 수준 등은 물론 행위에 관련한 당해 행정청의 태도도 고려하여 판단하여야(대법원 1992. 1. 17. 선고 91누1714 판결 참조)하는바, 위 인정사실에 따르면, 피청구인이 청구인에게 송부한 2014. 3. 21.자 법학전문대학원 합격 취소 통보문서에 문서제목은 '법학전문대학원 입학자격 미달로 인한 합격 취소 통보'로, 문서의 내용 중 행정처분사항 항목에는 '법학전문대학원 합격 취소'로 각각 기재되어 있어 피청구인의 이 사

건 처분은 객관적으로 청구인에게 불이익을 주는 행정처분과 같은 외형을 갖추고 있고, 그 행위의 상대방인 청구인이 이를 행정처분으로 인식할 정도에 이르렀다고 볼 수 있는데, 그로 인하여 파생되는 청구인의 불이익 내지 불안감을 제거시켜 주기 위한 구제수단이 필요하므로 이 사건 처분은 행정심판의 대상이 되는 처분에 해당한다 할 것이다. 나아가 피청구인의 이 사건 처분이 재량권의 일탈·남용으로 위법·부당한지에 관하여 살피건대, 피청구인의 2011. 2. 11.자 합격처분은 법학전문대학원에 입학하기 전까지 학사학위를 취득하는 것을 전제로 한 것인데 청구인이 2011. 3. 2. ○○대학교 법학전문대학원에 입학하기 전까지 학사학위를 취득하지 못한 사실이 분명한 이상 위 합격처분은 법학전문대학원의 입학자격요건을 규정하고 있는「법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률」제22조 및 제23조에 위반되어 피청구인의 합격취소처분을 기다릴 필요 없이 당연히 무효라고 할 것이고 사후에 하자가 치유되거나 정당한 것으로 추인될 수 있는 것도 아니다. 그러므로 이 사건 합격취소처분은 합격처분이 효력을 상실한 이후에 이루어진 것으로서 합격과 관련한 청구인의 권리 또는 법률관계에 아무런 영향을 미치지 않는 것이고, 다만 앞에서 살펴본 바와 같이 행정처분과 같은 외형을 갖추고 있고 청구인이 이를 행정처분으로 인식하여 이 사건 심판청구를 제기하였으므로 청구인의 불이익 내지 불안감을 제거시켜 주기 위한 범위 내에서 그 처분성과 이를 다툴 최소한의 법률상 이익을 인정할 수 있을 뿐이어서 청구인의 주장을 받아들일 실질적인 이유는 없다고 할 것이다. 결국 이 사건 처분에 대한 피청구인의 처분사유를 더 살필 필요 없이 피청구인의 이 사건 처분은 위법·부당하다고 할 수 없다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 청구인의 청구를 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

9 2014-09248 현역병 병역처분변경 조사위원회 심의결과 현역복무적합 결정 취소청구(재결일 : 2014. 9. 23.)

【사건의 쟁점】

현역병 병역처분변경 조사위원회의 결정이 행정심판의 대상인 처분에 해당하는지 여부 등

【재결요지】

○ 이 사건 심판청구의 적법여부에 대한 판단

「병역법 시행령」 제137조제1항에 따르면 각 군 참모총장이 현역병에 대해 질병 또는 심신장애인 경우 군병원에서 신체검사를 하여 5급 또는 6급에 해당되는 사람은 심사를 거쳐 신체등위가 5급인 경우에는 제2국민역에 편입하고, 6급인 경우에는 병역면제 처분을 하며, 군복무가 곤란한 질병 또는 심신장애가 있는 사람으로서 신체등위가 5급에는 이르지 아니한 사람은 국방부령으로 정하는 바에 따라 심사를 거쳐 보충역 또는 제2국민역에 편입할 수 있도록 되어 있고, 「병역법 시행규칙」 제97조에 각 군 본부에 병역처분변경심사위원회를 두도록 되어 있는데, 질병 또는 심신장애로 인하여 병역을 감당할 수 없는 경우 「병역법 시행령」 제135조제1항에 따라 지방병무청장에게 병역처분변경원서를 제출할 수 있도록 규정되어 있는 현역병입영 대상자, 승선근무예비역 등과의 형평성, 병역처분변경에 대한 병역관계법령의 입법취지와 그 규정형식 등을 살펴볼 때 현역병인 청구인에게 병역처분변경을 신청할 수 있는 조리상 신청권은 인정된다고 봄이 상당할 것이고, 비록 이 사건 결정이 청구인이 아닌 청구인의 부가 제기한 민원에 대해 행한 것이라고는 하나 이 사건의 경우와 같이 엄격한 위계질서와 규율이 강조되는 군 조직에서 직계존속 등의 도움이 없이는 병역처분변경 신청이 상당히 제약될 수밖에 없음에 비추어 볼 때 청구인의 부가 청구인을 대신하여 병역처분변경 신청을 위한 민원을 제기한 것은 청구인의 병역처분변경 신청으로 볼 수 있고, 이에 따라 이 사건 결정이 이루진 것이 법적 절차를 그르쳤다거나 불합리하다고 단정하기 곤란하며, 청구인은 군복무가 곤란한 신체적 질병 또는 장애를 호소하고 있음에도 불구하고 이 사건 결정으로 인해 병역처분변경에 관한 권리를 보호받지 못하게 되는 법률상 불리한 지위에 놓이게 되므로, 피청구인의 이 사건 결정은 행정청의 공법상 행위로서 국민의 권리의무에 직접 관계가 있는 '처분'에 해당한다고 보아야 할 것이고, 달리 이 사건 결정을 대상으로 하는 특별한 구제절차가 있는 것도 아니어서 청구인의 이 사건 심판청구는 적법함

○ 이 사건 처분의 위법·부당여부에 대한 판단

청구인이 질병 또는 심신장애로 인하여 현역복무가 부적합하다고 단정하기 어려운 점, 피청구인이 이 사건 결정을 함에 있어 관련 법령을 위반하였다거나 달리 잘못이나 오류가 있었음을 인정할 만한 객관적이고 구체적인 사정이 보이지 않는 점 등을 고려할 때, 피청구인의 이 사건 결정이 위법·부당하다고 할 수 없음

【재결의 의미】

현역병인 청구인에게 조리상 병역처분변경 신청권은 인정된다고 봄이 상당하고, 엄격한 위계질서와 규율이 강조되는 군 조직에서 직계존속 등의 도움이 없이는 병역처분변경 신청이 상당히 제약될 수밖에 없음에 비추어 볼 때 청구인의 부가 청구인을 대신하여 병역처분변경 신청을 위한 민원을 제기한 것은 청구인의 병역처분변경 신청으로 볼 수 있음

주 문 청구인의 청구를 기각한다.

청구취지 피청구인이 2014. 3. 4. 청구인에 대하여 한 현역병 병역처분변경 조사위원회 심의결과 현역복무적합결정을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

가. 청구인(19--. -. -.생)은 2013. 4. 22. 공군에 입대하여 상병으로 군복무 중인 자로서, 2013. 11. 20. 청주현대병원에서 진단결과 MRI상 '5, 6번 경추간 추간판탈출증 및 추간공 협착증' 소견이 나와 2013. 12. 2. 서울우리병원에서 '긴급 경추간 인공디스크 치환 수술'을 받고, 2013. 12. 10.부터 2013. 12. 17.까지 국군수도병원에 입원하여 치료를 받은 후 「징병 신체검사 등 검사규칙」 별표 2의 제242호 다목에 따라 신체등위 4급 판정을 받았으며, 통증치료를 위해 2013. 12. 18.부터 2014. 1. 22.까지 청주항공우주의료원에 입원한 사실이 있다.

나. 청구인의 부는 2014. 2. 26. 피청구인에게 청구인에 대하여 현역병 복무부적합자 대상으로 심의한 후 병역처분변경을 하여 달라는 취지의 민원을 제기하였고, 피청구인은 2014. 3. 3. 청구인의 부에게 위 민원에 대해 피청구인 소속 현역병 병역처분변경 조사위원회(이하 '조사위원회'라 한다)를 개최하여 심의할 계획이라는 내용의 민원회신을 하였으며, 2014. 3. 4. 조사위원회를 개최하여 심의한 결과 위원장 포함 재적위원 7명 중 참석위원 6명의 만장일치로 청구인에 대하여 현역복무적합결정(이하 '이 사건 결정'이라 한다)을

하였는데, 청구인의 부는 2014. 3. 7. 피청구인에게 정보공개를 청구하여 조사위원회의 2014. 3. 4.자 심의결과를 확인하고 청구인은 2014. 5. 8. 이 사건 결정의 취소를 구하는 이 사건 심판청구를 하였다.

2. 청구인 주장

청구인은 군복무 중 '긴급 경추간 인공디스크 치환 수술'을 받고 국군수도병원으로 이송되어 신체등위 4급 판정을 받았으며, 50여 일간 입원치료를 받았지만 현재까지 손 저림 현상과 어깨 및 허리 통증이 지속되어 야간당직근무조차 서지 못할 정도로 신체적으로 매우 불편한데도 불구하고 피청구인은 이를 고려하지 않고 공정성을 결여하여 사사로운 감정에 따라 이 사건 결정을 하였으므로 피청구인의 이 사건 결정은 위법·부당하여 취소되어야 한다.

3. 피청구인 주장

청구인에게 병역처분변경을 신청할 법규상 권리가 존재하지 않고, 설령 청구인에게 조리상 신청권이 인정된다고 하더라도 이는 병역처분변경 조사대상 판단 및 조사위원회 개최 요구에 대한 것이지 현역병 복무부적합 의결 등 병역처분변경 결정을 신청할 권리는 인정된다고 할 수 없으며, 피청구인의 이 사건 결정은 처분성이 없을 뿐만 아니라 적법한 절차와 요건 하에 행하여진 것이므로 청구인의 청구는 이유 없다.

4. 관계법령

행정심판법 제2조, 제3조, 제5조

행정절차법 제15조, 제24조

병역법 제65조

병역법 시행령 제135조, 제137조

병역법 시행규칙 제97조

징병 신체검사 등 검사규칙(2012. 2. 8. 국방부령 제757호로 개정되어 시행된 것, 이하 같다) 제11조, 별표 2

장병 인사관리(2013. 9. 9. 공군규정 제2-21호로 개정되어 시행된 것, 이하 같다) 제158조, 제159조

5. 인정사실

양 당사자 사이의 다툼없는 사실 및 청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 보충서면, 민원, 민원회신서, 정보공개결정통지서, 소견서, 병상일지, 조사위원회 조사결과 보고서 등 각 사본의 기재내용을 종합하여 보면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인(19--. -. -.생)은 2013. 4. 22. 공군에 입대하여 상병으로 군복무 중인 자이다.

나. 청구인은 2013. 11. 20. 충청북도 청주시 소재 청주현대병원에서 진단결과 MRI상 '5, 6번 경추간 추간판탈출증 및 추간공협착증' 소견이 나와 2013. 12. 2. 충청북도 청주시 소재 서울우리병원에서 '긴급 경추간 인공디스크 치환 수술'을 받고, 2013. 12. 10.부터 2013. 12. 17.까지 국군수도병원에 입원하여 치료를 받은 후 「징병 신체검사 등 검사규칙」 별표 2의 제242호 다목에 따라 신체등위 4급 판정을 받았으며, 통증치료를 위해 2013. 12. 18.부터 2014. 1. 22.까지 청주항공우주의료원에 입원한 사실이 있는데, 서울우리병원의 2014. 5. 1.자 병사용진단서에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

○ 병명: 5, 6번 경추간 디스크탈출증 및 추간공협착증(인공디스크치환술 수술 후 상태)
○ 초진연월일: 2013. 11. 28.
○ 증상 및 병(상해)에 대한 소견: 6개월 이상 지속되어온 경부통, 양어깨, 상지의 통증, 상지 근력약화로 내원
○ 현재까지의 치료경과: 2013. 12. 2. '5, 6번 경추간 인공디스크 치환술'을 시행받은 상태로 이후 간헐적인 외래추적관찰 중
○ 계속 치료를 요하는 기간: 기타
○ 향후 치료에 대한 의견: 현재 술후 잔여 경부통과 불편감을 호소하는 상태로 적절한 안정, 보존적 치료를 요하며 경과관찰 하는 상태임. 술후 3개월의 적절한 안정, 3~6개월의 일상적 생활, 경한 운동 및 업무, 6~12개월 후 큰 제약없는 정상적 생활로의 복귀 권유한 상태임

다. 청구인의 부는 2014. 2. 26. 피청구인에게 청구인에 대하여 현역병 복무부적합자 대상으로 심의한 후 병역처분변경을 하여 달라는 취지로 다음과 같은 내용의 민원을 제기하였고, 피청구인은 2014. 3. 3. 청구인의 부에게 위 민원에 대해 조사위원회를 개최하여

군의관, 인사참모 등 관련 전문가들이 관련규정에 따라 심의할 계획이라는 내용의 민원회신을 하였다.

- 다 음 -

○ 제목: 탄원서

○ 내용

- 청구인은 2013. 4. 22. 진주공군훈련소에서 훈련을 수료한 직후부터 어깨통증을 호소해 왔고 자대배치 후 지속적인 손저림 현상과 어깨 및 허리통증으로 신체적 불편을 호소하여 '5, 6번 경추간 추간판탈출증 및 추간공협착증'의 진단 하에 2013. 12. 2. '긴급 경추간 인공디스크 치환 수술'을 받았고, 수술 후에도 지속적으로 목과 어깨부위 통증을 호소하고 있으며, 피청구인 소속 군 전문의(신경외과 과장)는 재활 기간도 1년가량 소요될 것이라는 의견을 피력함
- 수술 후 상태와 향후 치료기간 등을 고려하여 국군수도병원에서 기타 경추간판전위 질병 확진으로 신체등위 4급에 해당된다고 명시하였으므로, 청구인에 대해 현역부적격자대상으로 심의 후 복무를 전환하여 치료를 계속할 수 있는 기회를 주시기 바람

라. 피청구인은 2014. 3. 4. 청구인의 병역처분변경에 관한 조사결과를 의결하기 위해 적법하게 구성된 조사위원회를 개최하였고, 조사위원회는 담당군의관을 출석시켜 의견을 청취하고 심의한 결과 위원장 포함 재적위원 7명 중 참석위원 6명의 만장일치로 청구인에 대하여 현역복무에 적합하다는 취지의 이 사건 결정을 하였으며, 조사위원회의 의결결과는 2014. 3. 5. 조사위원회 설치권자인 단장에게 보고되었는데, 동 조사위원회의 조사결과 보고서에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

○ 제목: 현역병 병역처분변경 조사위원회

- 「병역법 시행령」 제137조제1항제3호 및 공군규정 2-21(2013. 9. 9.)에 의거 현역병 병역처분변경 조사위원회 결과를 다음과 같이 의결하였음

○ 심의결과 의결내용: 현역복무 적합

○ 심의위원

- 위원장: 부단장 대령 ○○○
- 위원: 인사처장 중령 ○○○, 헌병대대장 중령 ○○○, 의무대대장 소령 ○○○, 법무실장 대위 ○○○, 주임원사 원사 ○○○
- 간사: 인사관리담당 대위 ○○○

마. 피청구인 소속 의무대대 담당군의관 대위 ○○○이 작성한 소견서에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

○ 요통에 대한 2014. 4. 15.자 소견서
- 진단명: 요통
- 소견내용: 요통을 주소로 타원에서 2013년 11월 시행한 요추부 MRI에서 제3-4, 4-5 요추간, 제5요추-제1천추간 추간판 팽윤 소견이 관찰됨. 현재 영상의학적 검사에서는 신경 압박 등의 소견은 없음. 요통에 대한 대증적 치료를 요할 것으로 사료됨

○ 경추 수술 후 상태에 대한 2014. 4. 16.자 소견서
- 진단명: 제5-6경추간 추간판 탈출증(수술 후 상태)
- 소견내용: 상기 상병으로 2013년 12월 타원에서 인공 디스크 삽입술 시행 받은 후 추시 중에 있음. 현재 목보호대는 해제 후 일상생활 중이며, 경추통 간간히 호소하는 중이고, 우측 수부의 악력은 G4+ 가량으로 호전 중에 있음. 일상생활 및 물리치료 등을 통하여 경추부 근육의 재활을 요할 것으로 사료됨

바. 우리 위원회가 확인한 바에 따르면 피청구인이 직접 청구인에게 처분을 목적으로 이 사건 결정을 하였거나 이를 문서로 통지하였다고 볼 만한 객관적인 자료가 확인되지 않는다.

사. 청구인의 부는 2014. 3. 7. 피청구인에게 정보공개를 청구하여 조사위원회의 2014. 3. 4.자 심의결과를 확인하고, 청구인은 2014. 5. 8. 이 사건 결정의 취소를 구하는 이 사건 심판청구를 하였다.

6. 이 사건 심판청구의 적법 여부 및 이 사건 결정의 위법·부당 여부

가. 관계법령 등

1)「행정심판법」제2조, 제3조, 제5조제1호에 따르면 행정심판은 행정청의 처분 또는 부작위에 대하여 제기할 수 있고, 여기서 '처분'이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말하며 '부작위'란 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상의 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것을 말하고, 취소심판은 행정청의 위법 또는 부당한 처분을 취소하거나 변경하는 행정심판을 하도록 하는 심판을 말한다고 되어 있다.

2)「행정절차법」제15조제1항에 따르면 송달은 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 해당 문서가 송달받을 자에게 도달됨으로써 그 효력이 발생한다고 되어 있고, 같은 법 제24조제1항에 따르면 행정청이 처분을 할 때에는 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 문서로 하여야 하며, 전자문서로 하는 경우에는 당사자등의 동의가 있어야 하되 다만, 신속히 처리할 필요가 있거나 사안이 경미한 경우에는 말 또는 그 밖의 방법으로 할 수 있고, 이 경우 당사자가 요청하면 지체 없이 처분에 관한 문서를 주어야 한다고 되어 있다.

3)「병역법」제65조제1항제1호에 따르면 현역병(제21조·제24조 및 제25조에 따라 복무 중인 사람과 현역병입영 대상자를 포함한다), 승선근무예비역 또는 보충역으로서 전상·공상·질병 또는 심신장애로 인하여 병역을 감당할 수 없는 사람에 대하여는 신체검사를 거쳐 보충역 편입·제2국민역 편입 또는 병역면제 처분을 할 수 있다고 되어 있고, 같은 법 시행령 제135조제1항 전단에 따르면 현역병입영 대상자, 승선근무예비역, 의무·법무·군종·수의사관후보생 및 기본병과장교 편입 대상자, 보충역(병력동원소집으로 군복무 중인 사람은 제외한다), 예비역(상근예비역으로 소집되어 복무 중인 사람과 병력동원소집으로 군에서 복무 중인 사람은 제외한다) 또는 제2국민역(전시근로소집으로 복무 중인 사람은 제외한다)으로서 법 제65조제1항제1호 및 같은 조 제4항에 따라 공상·질병 또는 심신장애로 병역처분을 변경받으려는 사람은 병역처분변경원서를 지방병무청장에게 제출하여야

한다고 되어 있으며, 같은 법 시행령 제137조제1항제3호에 따르면 법 제65조제1항·제2항·제3항 및 제10항에 따른 현역병(법 제21조·제24조 및 제25조에 따라 복무 중인 사람을 포함한다)의 병역처분변경은 각 군 참모총장이 간질·야맹증·정신이상·성격장애 등 군복무가 곤란한 질병 또는 심신장애가 있는 사람으로서 신체등위가 5급에는 이르지 아니한 사람은 국방부령으로 정하는 바에 따라 심사를 거쳐 보충역 또는 제2국민역에 편입할 수 있다고 되어 있고, 같은 법 시행규칙 제97조제1항에 따르면 영 제27조제4항, 제137조제1항제1호, 제3호 및 제4호에 따른 심사를 하기 위하여 각 군 본부(육군의 경우에는 군사령부를 포함한다)에 병역처분변경심사위원회를 둔다고 되어 있으며, 같은 조 제2항에 따르면 병역처분변경심사위원회의 구성 및 운영 등에 필요한 사항은 각 군 참모총장이 정한다고 되어 있다.

4)「징병 신체검사 등 검사규칙」제11조제1항에 따르면 신체검사대상자의 질병 또는 심신장애의 정도는 1급·2급·3급·4급·5급·6급·7급으로 구분하되, 그 평가기준은 별표 2와 같다고 되어 있고, 같은 검사규칙 별표 2에 따르면 질병·심신장애의 정도가 제242호 '척추질환' 중 다목 '인공 디스크 치환술을 시행한 경우' 징병·전역시 평가기준은 4급으로 판정하도록 되어 있다.

5)「장병 인사관리」제158조제1항에 따르면 각 부대(서)장은 제157조의 규정에 해당하는 사람이 발생시 사유별 구비서류를 첨부하여 병역처분변경 조사위원회(이하 '조사위원회'라 한다) 설치부대(독립전대급 이상 부대) 인사참모에게 보고하고, 보고 익일 조사대상자를 부대 주임원사에게 인계한다고 되어 있고, 같은 조 제3항에 따르면 조사위원회에서는 조사대상자에 대해 현역복무 부적합 여부를 조사하여야 하며, 조사결과 현역복무 부적합자로 의결시 공본 병역처분변경 심사위원회(이하 '심사위원회'라 한다)에 회부하여야 한다고 되어 있으며, 제159조제1항에 따르면 조사위원회는 독립전대급 이상 부대에 설치하며, 위원회 구성은 위원장은 부지휘관(제1호), 위원은 인사, 헌병, 의무, 법무참모, 소속부대(대대)장, 주임원사(제2호), 간사는 인사담당장교(제3호)로 하되 다만, 헌병, 법무, 의무참모 미보임 부대는 인근 지원선 부대에서 지원을 받아 구성한다고 되어 있고, 같은 조 제2항 전단에 따르면 조사위원회는 관찰 및 선도기간 운영 후 개최하며, 병 복무부적합 여부를 조사 및 의결한다고 되어 있으며, 같은 조 제3항에 따르면 조사위원회는 비공개로

하며, 재적위원 2/3이상의 출석으로 개회하여 출석위원 과반수 이상의 찬성으로 의결하고 위원장은 표결권을 갖는다고 되어 있고, 같은 조 제4항에 따르면 조사위원회에서 의결된 사항은 출석위원 전원이 서명 날인한 후 조사위원회 설치권자에게 의사록을 첨부하여 보고한다고 되어 있으며, 같은 조 제6항에 따르면 조사위원회에서 현역복무 부적합자가 아니라고 의결된 사람은 동일사유로 재차 조사위원회 또는 심사위원회에 회부할 수 없으나 다만, 새로운 현역복무 부적합 사유 발생시 이전에 조사받은 현역복무 부적합 사유를 새로운 현역복무 부적합 사유에 추가할 수 있다고 되어 있다.

나. 판단

1) 피청구인은 청구인에게 병역처분변경을 신청할 법규상 권리가 존재하지 않고, 설령 청구인에게 조리상 신청권이 인정된다고 하더라도 이는 병역처분변경 조사대상 판단 및 조사위원회 개최 요구에 대한 것이지 현역병 복무부적합 의결 등 병역처분변경 결정을 신청할 권리는 인정된다고 할 수 없으므로, 피청구인의 이 사건 결정은 처분성이 없다고 주장하나, 살피건대, 「병역법 시행령」 제137조제1항에 따르면 각 군 참모총장이 현역병에 대해 질병 또는 심신장애인 경우 군병원에서 신체검사를 하여 5급 또는 6급에 해당되는 사람은 심사를 거쳐 신체등위가 5급인 경우에는 제2국민역에 편입하고, 6급인 경우에는 병역면제 처분을 하며, 군복무가 곤란한 질병 또는 심신장애가 있는 사람으로서 신체등위가 5급에는 이르지 아니한 사람은 국방부령으로 정하는 바에 따라 심사를 거쳐 보충역 또는 제2국민역에 편입할 수 있도록 되어 있고, 「병역법 시행규칙」 제97조에 각 군 본부에 병역처분변경심사위원회를 두도록 되어 있는데, 질병 또는 심신장애로 인하여 병역을 감당할 수 없는 경우 「병역법 시행령」 제135조제1항에 따라 지방병무청장에게 병역처분변경원서를 제출할 수 있도록 규정되어 있는 현역병입영 대상자, 승선근무예비역 등과의 형평성, 병역처분변경에 대한 병역관계법령의 입법취지와 그 규정형식 등을 살펴볼 때 현역병인 청구인에게 병역처분변경을 신청할 수 있는 조리상 신청권은 인정된다고 봄이 상당할 것이고, 비록 이 사건 결정이 청구인이 아닌 청구인의 부가 제기한 민원에 대해 행한 것이라고는 하나 이 사건의 경우와 같이 엄격한 위계질서와 규율이 강조되는 군 조직에서 직계존속 등의 도움이 없이는 병역처분변경 신청이 상당히 제약될 수밖에 없음에 비추어 볼 때 청구인의 부가 청구인을 대신하여 병역처분변경 신청을 위한 민원을 제기한 것은

청구인의 병역처분변경 신청으로 볼 수 있고, 이에 따라 이 사건 결정이 이루진 것이 법적 절차를 그르쳤다거나 불합리하다고 단정하기 곤란하며, 청구인은 군복무가 곤란한 신체적 질병 또는 장애를 호소하고 있음에도 불구하고 이 사건 결정으로 인해 병역처분변경에 관한 권리를 보호받지 못하게 되는 법률상 불리한 지위에 놓이게 되므로, 피청구인의 이 사건 결정은 행정청의 공법상 행위로서 국민의 권리의무에 직접 관계가 있는 '처분'에 해당한다고 보아야 할 것이고, 달리 이 사건 결정을 대상으로 하는 특별한 구제절차가 있는 것도 아니어서 청구인의 이 사건 심판청구는 적법하다 할 것이다.

2) 한편 청구인은 군복무 중 '긴급 경추간 인공디스크 치환 수술'을 받고 국군수도병원으로 이송되어 신체등위 4급 판정을 받았으며, 50여 일간 입원치료를 받았지만 현재까지 손 저림 현상과 어깨 및 허리 통증이 지속되어 야간당직근무조차 서지 못할 정도로 신체적으로 매우 불편한데도 불구하고 피청구인은 이를 고려하지 않고 공정성을 결여하여 사사로운 감정에 따라 이 사건 결정을 하였으므로 피청구인의 이 사건 결정은 위법·부당하여 취소되어야 한다고 주장하나, 위 인정사실에 따르면, 청구인은 2013. 12. 10.부터 2013. 12. 17.까지 국군수도병원에 입원하여 치료를 받은 후 「징병 신체검사 등 검사규칙」 별표 2의 제242호 다목에 따라 신체등위 4급 판정을 받았는데, 이는 「병역법 시행령」 제137조제1항에 따라 제2국민역에 편입하는 신체등위 5급 또는 병역면제 처분을 하는 신체등위 6급에 각각 해당되지 않고, 병역처분변경을 위해 국방부령으로 정하는 바에 따른 심사를 거쳐야 하는 대상인 신체등위 5급에는 이르지 아니한 경우에 해당하는 점, 청구인의 병역처분변경에 관한 조사결과를 의결하기 위해 피청구인이 개최한 2014. 3. 4.자 조사위원회는 적법하게 구성되었고, 동 조사위원회는 담당군의관을 출석시켜 의견을 청취하고 심의한 결과 위원장 포함 재적위원 7명 중 참석위원 6명의 만장일치로 청구인에 대하여 현역복무에 적합하다는 취지의 이 사건 결정을 하였으며, 조사위원회의 의결결과는 2014. 3. 5. 조사위원회 설치권자인 단장에게 보고되는 등의 사실을 확인할 수 있는 점, 피청구인 소속 의무대대 담당군의관이 작성한 요통에 대한 2014. 4. 15.자 소견서에 '현재 영상의학적 검사에서는 신경 압박 등의 소견은 없음. 요통에 대한 대증적 치료를 요할 것으로 사료됨'이라는 기록과 경추 수술 후 상태에 대한 2014. 4. 16.자 소견서에 '현재 목보호대는 해제 후 일상생활 중이며, 경추통 간간히 호소하는 중이고, 우측 수부의 악력은 G4+

가량으로 호전 중에 있음. 일상생활 및 물리치료 등을 통하여 경추부 근육의 재활을 요할 것으로 사료됨'이라는 기록 등을 살펴볼 때 청구인이 질병 또는 심신장애로 인하여 현역복무가 부적합하다고 단정하기 어려운 점, 피청구인이 이 사건 결정을 함에 있어 관련 법령을 위반하였다거나 달리 잘못이나 오류가 있었음을 인정할 만한 객관적이고 구체적인 사정이 보이지 않는 점 등을 고려할 때, 피청구인의 이 사건 결정이 위법·부당하다고 할 수 없다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 청구인의 청구를 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

10 2014-11846 직원채용 거부통지 취소청구 등(재결일 : 2014. 12. 9.)

【사건의 쟁점】

○○○○○○공단의 직장예비군지휘관으로 근무하는 자에 대한 채용관계가 공법관계인지

【재결요지】

이 사건 공단은 「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」에 따라 설립된 공법인으로서 달리 법령에서 피청구인에게 소속직원의 선발, 채용, 징계 등에 대하여 권한을 부여하거나 위임한 바 없고, 직장예비군지휘관은 군무원 등이 아닌 민간인 신분으로서 직장예비군지휘관 직에 대한 임명이 아닌 피청구인과 청구인 사이의 직장에서의 채용 등 근무관계의 성질 또한 사법관계에 속한다고 할 것이며, 피청구인이 청구인을 이 사건 공단 직원으로 채용하는 것을 거부하였더라도 이를 행정청에 의한 공권력의 행사 거부로 볼 수는 없으므로, 이에 대한 불복절차를 민사소송으로 하는 것은 별론으로 하더라도 피청구인이 청구인에게 한 직원채용 거부통지가 행정심판의 대상이 되는 처분이라고 보기는 어려움

【재결의 의미】

직장예비군지휘관에 대한 임명권한은 국방부장관에게 있으나, 이는 직장예비군지휘관 직에 관한 것일 뿐 해당직장 직원으로서의 채용 등 근무관계의 성질은 사법관계라 할 것임

주 문 이 사건 심판청구를 모두 각하한다.

청구취지

1. 피청구인이 2014. 6. 12. 청구인에게 한 직원채용 거부통지를 취소하고 청구인을 직원으로 채용하라.
2. 피청구인이 2014. 6. 12. 청구인에게 한 직원채용 거부통지가 부당함을 인정하라.
3. 피청구인은 청구인에게 현재까지 지급했어야 할 임금 상당액을 지급하라.

이 유

1. 사건개요

청구인은 ○○○○○○공단(이하 '이 사건 공단'이라 한다) 직장예비군지휘관으로 근무하였던 자로서, 청구인이 2014. 6. 3. 피청구인에게 청구인을 이 사건 공단 직원으로 채용할 것을 요구하자, 피청구인은 2014. 6. 12. 청구인에게 청구인에 대한 채용의무가 없다는 취지의 직원채용 거부통지(이하 '이 사건 통지'라 한다)를 하였다.

2. 청구인 주장

「향토예비군 설치법 시행령」 제5조제9항에 따르면 직장예비군을 편성한 직장의 장은 예비군부대의 지휘관에게 적정한 직급과 적절한 직책을 부여하여야 한다고 되어 있고, '예비전력관리 업무담당자 인사관리 훈령'(2014. 9. 26. 국방부훈령 제1695호로 개정·시행되기 전의 것) 제42조에 따르면, 직장예비군지휘관의 신분은 정규직으로 하고, 직장예비군지휘관의 직급은 직장의 일반직급으로 부여하여야 하며, 직장예비군지휘관의 처우는 동일직급의 일반직원과 동일하게 하여야 한다고 되어 있으므로, 이는 직장예비군지휘관을 해당 직장의 정직원으로 채용해야 한다는 의미로서 이 사건 공단 직장예비군을 편성한 직장의 장인 피청구인은 청구인을 '△△국가산업단지 통합방위협의회' 소속직원이 아닌 이 사건 공단 직원으로 채용하여야 한다.

3. 피청구인 주장

피청구인은 「향토예비군 설치법 시행령」 제5조제6항에 따라 이 사건 공단의 예비군자원을 단일 직장예비군으로 통합하여 편성·관리하게 되었을 뿐이고 피청구인 스스로가 '직장예비군을 편성한 직장의 장'이라고 볼 수는 없으므로 피청구인은 '△△국가산업단지 통합방위협의회' 소속직원인 청구인을 이 사건 공단의 직원으로 채용할 의무가 없다.

4. 관계법령

행정심판법 제2조제1호, 제3조제1항, 제5조

산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률 제45조의9제1항·제2항

향토예비군 설치법 제3조의2제1항, 제14조제1항, 제14조의3제1항·제2항

향토예비군 설치법 시행령 제5조제1항·제6항·제9항, 제28조제1항, 제32조제1항

향토예비군 설치법 시행규칙 제12조제1항

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 재직증명서, 고유번호증, 내용증명, 직원채용 요구관련 회신 등 각 사본의 기재내용을 종합해보면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 2009. 7. 1.부터 2014. 6. 30.까지 이 사건 공단 직장예비군 여단장으로 근무한 후 퇴직한 자이다.

나. 청구인이 우리 위원회에 제출한 2014. 3. 12.자 재직증명서에 따르면 청구인은 비영리단체인 '△△국가산업단지 통합방위협의회' 소속직원으로 되어 있다.

다. 청구인은 2014. 6. 3. 피청구인에게 청구인을 '△△국가산업단지 통합방위협의회' 직원이 아닌 이 사건 공단 직원으로 채용할 것을 요구하였다.

라. 피청구인은 2014. 6. 12. 청구인에게 △△국가산업단지 통합방위협의회와 이 사건 공단은 별개의 조직으로서 청구인에 대한 채용의무가 없다는 취지의 이 사건 통지를 하였다.

마. '예비전력관리 업무담당자 인사관리 훈령'(2014. 9. 26. 국방부훈령 제1695호로 개정·시행되기 전의 것)의 주요 내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

제2조(정의) 이 규정에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. ~ 4. (생 략)
5. "직장예비군지휘관"이란 대학 및 일반직장 예비군부대의 중대급 이상 예비군지휘관을 말한다.
6. ~ 16. (생 략)

제5조(임용 및 임명권자) ① ~ ② (생 략)

③ 직장예비군지휘관 중 대대장 이상은 국방부장관이 임명하고, 중대장, 독립소대장, 독립

분대장은 수임군부대장이 임명한다. 다만, 예속 소대장 및 분대장은 직장예비군 중대장으로 하여금 임명하게 하되, 직장 중대장이 없는 경우 상위 제대 부대장으로 하여금 임명하게 할 수 있다.

제6조(예비전력관리 업무담당자의 신분) ① (생 략)
② 직장예비군지휘관은 해당 직장의 직원으로서 취업규칙 등의 적용을 받는 민간인 신분이다.

제42조(직장신분 및 직급) ① 각 직위별 직장예비군지휘관의 신분은 정규직으로 하며, 일반직장 예비군지휘관의 직급은「향토예비군 설치법 시행령」제5조제7항에 따라 별표 11, 대학직장예비군지휘관의 직급은 별표 12과 같이 부여할 수 있도록 직장의 장과 협의한다.
② 직장예비군지휘관의 직급은 직장의 일반직급으로 부여하여야 한다.
③ 직장예비군지휘관 및 참모요원의 처우는 동일 직급의 일반직원과 동일하게 하여야 하며 군 경력을 포함한다.

[별표 11]

일반직장 예비군지휘관 직급기준(제42조 관련)

직위 / 구분	여 단 장	연 대 장	대 대 장	중 대 장	독립소대장
국가기관	국장급이상	국장급	과장급이상	계장급이상	계장급
일반직장	이사급이상	부장급이상	차장급이상	과장급이상	계장급이상

6. 이 사건 심판청구의 적법 여부

가. 관계법령

1)「행정심판법」제2조제1호에 따르면 '처분'이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말한다고 되어 있고, 같은 법 제3조제1항에 따르면 행정청의 처분 또는 부작위에 대하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 이 법에 따라 행정심판을 청구할 수 있다고 되어 있으며, 같은 법 제5조에 따르면, 행정심판의 종류는 행정청의 위법 또는 부당한 처분을 취소하거나 변경하는 '취소심판', 행정청의 처분의 효력 유무 또는 존재 여부를 확인하는 '무효등확인심판', 당사자의 신청에 대한 행정청의 위법 또는 부당한 거부처분이나 부작위에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 '의무이행심판'이 있다고 되어 있다.

2)「향토예비군 설치법」제3조의2제1항,「향토예비군 설치법 시행령」제5조제1항·제6

항·제9항에 따르면, 예비군은 예비군대원의 거주지나 직장을 단위로 하여 지역예비군이나 직장예비군을 편성하되, 중대 규모 이상의 예비군자원이 있는 직장의 장은 직장예비군을 편성·운영하여야 하고, 같은 산업단지(「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」에 따른 산업단지, 「자유무역지역의 지정 및 운영에 관한 법률」에 따른 자유무역지역 및 산업통산자원부장관이 지정하는 중요산업시설을 말한다. 이하 같다)의 예비군자원을 단일 직장예비군으로 통합하여 편성할 필요가 있는 경우에는 직장예비군을 통합하여 편성·운영할 수 있으며, 직장예비군을 편성한 직장의 장은 예비군부대의 지휘관이 예비군대원을 쉽게 지휘·통솔하고 예비군대원의 관리·운영에 전념할 수 있도록 예비군부대의 지휘관에게 적정한 직급과 적절한 직책을 부여하여야 한다고 되어 있다.

3) 「향토예비군 설치법」 제14조의3제1항·제2항, 「향토예비군설치법 시행령」 제32조제1항에 따르면, 국가기관 및 지방자치단체의 장과 직장예비군이 편성된 직장의 장은 '예비군부대 사무실의 설치·운영 및 유지', '예비군부대의 운영을 위한 장비 및 물자의 지원' 등으로 그 관할구역 또는 그 직장의 예비군을 육성·지원하여야 하고, 예비군의 육성·지원을 위하여 각급 행정구역 및 직장 단위로 방위협의회를 설치·운영하여야 한다고 되어 있다.

4) 「향토예비군 설치법」 제14조제1항, 「향토예비군 설치법 시행령」 제28조제1항, 「향토예비군 설치법 시행규칙」 제12조제1항에 따르면, 예비군의 관리·운용에 관한 국방부장관의 권한은 해당 지역을 관할하는 여단급 이상의 군부대의 장 중에서 국방부장관이 지정하는 군부대의 장에게 위임하고, 예비군부대의 지휘관은 국방부장관이 임명하되, 국방부장관은 중대장 또는 소대장의 임명권을 수임군부대의 장에게, 분대장의 임명권을 대대장 또는 중대장에게 각각 위임할 수 있다고 되어 있다.

5) 「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」 제45조의9제1항·제2항에 따르면, 산업단지의 개발 및 관리와 기업체의 산업활동 지원을 위하여 한국산업단지공단을 설립하고, 공단은 법인으로 한다고 되어 있다.

나. 청구취지 1에 대한 판단

살피건대, 이 사건 공단은 「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」에 따라 설립된 공법인으로서 달리 법령에서 피청구인에게 소속직원의 선발, 채용, 징계 등에 대하여 권한

을 부여하거나 위임한 바 없고, 직장예비군지휘관은 군무원 등이 아닌 민간인 신분으로서 직장예비군지휘관 직에 대한 임명이 아닌 피청구인과 청구인 사이의 직장에서의 채용 등 근무관계의 성질 또한 사법관계에 속한다고 할 것이며, 피청구인이 청구인을 이 사건 공단 직원으로 채용하는 것을 거부하였더라도 이를 행정청에 의한 공권력의 행사 거부로 볼 수는 없으므로, 이에 대한 불복절차를 민사소송으로 하는 것은 별론으로 하더라도 이 사건 통지가 행정심판의 대상이 되는 처분이라고 보기는 어렵다. 따라서 이 사건 심판청구는 행정심판의 적법요건을 갖추지 못한 부적법한 청구이다.

다. 청구취지 2에 대한 판단

살피건대, 청구인은 피청구인이 2014. 6. 12. 청구인에게 한 직원채용 거부통지가 부당함을 인정하라는 취지의 심판청구를 하였으나, 이는「행정심판법」제5조에 규정된 취소심판, 무효등확인심판, 의무이행심판의 어디에도 해당하지 아니하므로, 청구취지 2에 대한 이 사건 심판청구는 행정심판의 대상이 아닌 사항에 대하여 제기된 부적법한 청구이다.

라. 청구취지 3에 대한 판단

살피건대, 피청구인이 청구인에게 현재까지 지급했어야 할 임금 상당액을 지급하라는 것은 대등한 당사자 간의 부당이득반환에 관한 문제로서, 청구인이 이를 민사소송으로 다투는 것은 별론으로 하더라도, 청구취지 3에 대한 이 사건 심판청구는 행정심판의 대상이 아닌 사항에 대하여 제기된 부적법한 청구이다.

7. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구는 심판청구요건을 갖추지 못한 부적법한 청구이므로 이를 모두 각하하기로 하여 주문과 같이 재결한다.

11 2014-12201 보조금지급중지처분 무효확인 등 청구(재결일 : 2014. 12. 9.)

【사건의 쟁점】

사업시행자의 자금구조 유지의무 위반을 이유로 실시협약상 지원금 지급약정에 기해 사업시행자에게 지원해 오던 보조금 지급을 중단한다는 통지가 행정심판의 대상이 되는지 및 보조금 지급 중단 사유가 인정되는지

【재결요지】

청구인은 사법상 분쟁해결절차에 따라 해결해야 할 사안을 행정처분의 형식으로 발령한 이 사건 처분은 법적 근거가 없어 무효인 처분이라고 주장하는바,「민간투자법 제53조 및 같은 법 시행령」 제37조는 '재정지원'이라는 제목 하에 귀속시설사업을 원활하게 시행하기 위해 일정한 경우 사업시행자에게 보조금을 지급할 수 있도록 되어 있는데, 다음과 같은 사정 즉, ① 보조금 조례 제2조제1호에서 '보조금'을 광역시 이외의 자가 행하는 사무 또는 사업에 대하여 공익상, 시책상의 필요에 따라 시가 이를 조성하거나 재정상의 원조를 하기 위하여 교부하는 자금을 말한다고 되어 있고, 이 사건 실시협약 제44조제2항의 MRG 약정에 따라 청구인에게 지급되는 보조금 역시 피청구인이 사업시행자로부터 대가를 받지 않고 민간투자사업의 원활한 추진을 위한 공익상, 시책상 필요에 따라 일방적으로 지원되는 것으로, 그 지급사유와 지급기준을 미리 이 사건 실시협약에서 정해 둔 것일 뿐, 통상의 보조금과 그 성질을 달리한다고 보이지 않는 점, ②「지방재정법」 제17조제1호에서 지방자치단체가 개인, 단체에 대한 보조를 할 수 없도록 하면서도 '법률에 규정이 있는 경우'를 예외사유로 정하고 있는데, 민간투자법령상의 위 재정지원에 관한 규정이 이에 해당한다고 볼 수 있고, 보조금조례 제3조에서 보조금 관리에 관하여 다른 법령이나 조례에 특별한 규정이 있는 것을 제외하고는 위 조례가 정하는 바에 의한다고 하고 있으므로, MRG 약정에 따른 보조금에 대하여 민간투자법령에서 따로 정하고 있는 사항을 제외하고는「지방재정법」 및 보조금조례의 적용을 받는다고 보아야 하는 점, ③ 이 사건 사업 역시 공익에 관련되므로 사업시행자에게는 일정한 공적 제약이 따를 수밖에 없고, 민간투자법령상 주무관청에게 감독권한이 부여되어 있는 점 등을 고려할 때, MRG 약정에 따라 청구인에게 지급되는 보조금 역시 통상의 보조금과 같은 방식에 따른 규율대상이 된다고 보는 것이 타당함. 따라서「지방재정법」이나 보조금조례에서 정하고 있는 제재사유가 있는 한 주무관청이 행정청의 지위에서 보조금 교부중지, 보조금 반환명령 등의 제재조치를 취할 수 있다고 보아야 함

청구인은 이 사건 실시협약 체결 당시의 자기자본비율을 유지해야 할 의무가 있고, 청구인이 실시계획, 이 사건 실시협약에 반하여 자기자본비율 유지의무를 위반한 이상 민간투자법 제15조, 제24조 등 법령을 위반하였다고 할 것이므로, 민간투자법 제46조제2호, 보조금조례 제17조제1호에 근거하여 법령을 위반한 청구인에게 보조금의 교부를 중지한 피청구인의 이 사건 처분이 위법·부당하다고 할 수 없음

【재결의 의미】

사업시행자가 실시협약상 예정되어 있는 사업시행자의 자금구조유지의무를 위반한 경우 감독관청은 민간투자법 제46조에 따라 제재처분으로서 보조금지급을 중지하는 것이 가능하다고 본 재결

주 문 청구인의 청구를 모두 기각한다.

청구취지 1. 주위적으로 피청구인이 2014. 5. 14. 청구인에게 한 보조금(재정지원금) 지급 중지처분이 무효임을 확인한다.

2. 예비적으로 피청구인이 2014. 5. 14. 청구인에게 한 보조금(재정지원금) 지급 중지처분을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

가. 청구인은 2003. 3. 17. 00순환도로 주식회사(이하 '청구외 회사'라고 한다)로부터 00 제2순환도로 1구간(이하 '이 사건 도로'라고 한다) 민간투자사업(이하 '이 사건 사업'이라 한다)의 사업시행자 및 실시협약상 당사자지위를 승계받아 이 사건 도로를 관리·운영하고 있는 법인이고, 피청구인은 2000. 12. 29. 청구외 회사와 이 사건 사업에 관한 실시협약(이하 '이 사건 실시협약'이라 한다)을 체결한 위 사업의 주무관청이다.

나. 이 사건 사업은 민간의 사업시행자가 자금을 투입하여 이 사건 도로를 건설한 뒤 그 소유권을 주무관청에 양도하고, 그 대가로 실시협약상 운영기간개시일부터 28년간 이 사건 도로를 관리·운영하면서 이용자들로부터 통행료를 징수하여 운영비용에 충당하고 투자비와 적정이윤을 회수토록 하는 방식(BTO 방식)으로 추진되었는데, 피청구인은 이 사건 실시협약 제44조에서 사업기간 동안 매 회계연도말 기준으로 이 사건 도로의 실제통행료수입이 추정통행료수입의 85%(보장기준통행료수입)에 미달하는 경우에는 보장기준통행료수입과 실제통행료수입의 차액을 청구인에게 보전해 주기로 약정(최소운영수입보

장, MRG : Minimum Revenue Guarantee, 이하 'MRG 약정'이라 한다)하였다.

다. 청구인은 이 사건 사업을 인수한 이후 2003. 3. 28. 00은행으로부터 선순위차입금을, 청구인 회사의 1인 주주인 000투융자회사(이하 '00리'라고 한다)로부터 후순위차입금을 각 조달하여 청구외 회사에게 양수대금을 지급하고, 2014. 10. 24.경 00은행에 대한 선순위차입금 1,420억원 전액을 00리에 대한 차입금으로 전환하는 자금구조 변경을 하였다.

라. 피청구인은 2011. 10. 4. 청구인에게, 청구인이 피청구인으로부터 통행료수입을 보장받고 있음에도 불구하고, 이 사건 실시협약을 위반하여 임의로 자본구조를 재정부담이 더 커지는 방향으로 변경함으로써 청구인의 재정상태가 매년 악화되어 2010년 말 현재 부채비율이 -261%로 자본 전액이 잠식되어 있는 실정으로, 이러한 상태가 지속될 경우 이 사건 도로의 정상적인 운영이 불가능하고 법인의 존속 여부도 불투명하게 되어 도로관리에 많은 문제점이 발생할 우려가 있으며, 이에 따라 피청구인이 이 사건 사업의 주무관청으로서 여러 차례 시정을 요구하거나 협의를 통한 문제해결을 촉구하였음에도 청구인이 자본구조 변경이 적법하다고 주장하면서 이를 거부하였다는 이유로 「사회기반시설에 대한 민간투자법」(이하 '민간투자법'이라 한다) 제45조제1항, 같은 법 시행령 제35조제1호에 따라, ① 정상적인 시설운영을 위해 2011. 12. 12.까지 청구인의 자본구조를 이 사건 실시협약 체결 당시의 자본구조로 환원시킬 것(이하 '이 사건 원상회복명령'이라 한다)과, ② 자본구조 변경에 따라 지금까지 출자자 겸 대주에게 돌아간 이익을 본 사업시설 이용자에게 귀속되도록 조치할 것(이하 '이 사건 이익귀속명령'이라 한다)을 내용으로 하는 감독명령(이하 '이 사건 감독명령'이라 한다)을 하고, 위 명령을 이행하지 않을 경우 이 사건 실시협약을 중도해지하는 등 필요한 절차를 추진하겠다고 통보하였다.

마. 피청구인은 청구인에게 매년 지급해 오던 보조금(재정지원금)을 2012년도분부터 지급하지 않았고, 2014. 2. 24. 청구인에게, 청구인이 "보조금 지급목적에 반하여 자금조달 내역을 변경함으로써 스스로 재무상태를 악화시켰고, 이는 민간투자법 제53조, 같은 법 시행령 제37조제1항제4호, 민간투자법 제15조 및 제24조, 「지방재정법」 제17조, '00시 보조금 관리 조례'(00시 조례 제3833호, 이하 '보조금조례'라고 한다) 제11조에 반하는 행위이므로 보조금조례 제17조에 따라 보조금 지급을 중지할 예정이다"는 내용의 처분전 사전

통지를 한 뒤, 청문절차를 거쳐 2014. 5. 14. 위 처분전 사전통지에 적시한 법적 근거를 들어 청구인에게, “청구인의 자본금이 543억원, 차입금이 실시협약 재무모델상 금액(2012년말 현재 266.95억원, 2013년말 현재 137.25억원, 2014년말 현재 7.55억원, 2015년말 및 그 이후인 경우에는 차입금이 없는 상태)으로 되며, 위 차입금에 대한 미지급이자(2012년말 현재 835.7억원, 2013년말 현재 927억원)가 존재하지 않을 때까지, 민간투자법 제53조 및 실시협약에 의한 청구인의 2012년도 보조금신청(202억 6,100만원)에 대한 보조금지급과 이후 연도별 보조금지급을 중지한다”는 내용으로 보조금 지급 중지처분(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

가. 이 사건 실시협약 제44조제2항에서 정한 MRG 약정에 따라 지급되는 보조금은 당사자간 합의에 따른 실시협약상 약정에 따른 것으로, 행정처분인 ‘보조금 교부결정’에 따라 지급되는 일반적인 보조금과 그 성질이 다르고, 이 사건 처분은 사법상 분쟁해결 절차에 따라 해결해야 할 문제를 행정처분의 형식으로 발령한 것이므로 그 하자가 중대·명백하여 당연무효인 처분이다.

나. 피청구인이 이 사건 실시협약상 당사자인 청구인에게 ‘MRG를 지급하지 않겠다’는 의사를 표시한 것은 법률적으로 ‘의사의 통지’ 정도의 효력을 부여할 수 있으나, 피청구인은 행정처분의 형식을 이용하여 부당하게 청구인을 압박하고 있으며, MRG 지급에 문제가 있다면 이 사건 실시협약에 정해진 분쟁해결 절차에 따라서 해결해야지 고권적 지위에서 강제하는 행정처분의 힘을 빌어서 해결하는 것은 실시협약을 잠탈하는 것이며, 피청구인은 위 협약상 보조금 지급 거절이 어려울 것으로 예상되자 이 사건 처분에 이른 것이다.

다. 실제로 민간투자사업에서 MRG 지급과 관련된 분쟁은 예외없이 민사소송 내지 당사자소송으로 해결하고 있고, 이 사건과 유사한 쟁점이 문제된 다른 민간투자사업에서도 주무관청은 자본구조 변경의 문제점을 지적하는 것은 별론으로 하더라도 MRG에 대하여는 정상적으로 지급하고 있는바, 자본구조 유지의무의 존부와 MRG 지급의무는 아무런 관련성이 없음에도 피청구인은 자본구조 유지의무가 있음을 내세워 MRG 지급을 않고 있으나, 이는 다른 민간투자사업과 마찬가지로 민사소송 내지 당사자소송에서 다투어질 사

항이지 이 사건 처분과 같이 주무관청이 고권적 지위에서 행정처분을 발하여 해결할 사항이 아니다.

라. 후순위차입금 조달을 통해 고율의 이자율을 부담시켜 법인세를 잠탈하는 것이 부당하다는 취지라면, 이는 부당행위계산 부인이라는 조세법적 방법을 통해 해결해야 할 문제이고 실제로 다른 민간투자사업에서는 조세소송에서 이러한 점이 다투어 지고 있다.

마. 피청구인은 청구인이 실시협약상 자본구조 유지의무를 위반하여 임의로 자본구조를 변경하였다는 전제에서 이 사건 처분을 하였는데, 00시장이 00터널의 사업시행자와 00터널의 사업시행자에게 실시협약상 자본구조유지의무 위반을 이유로 한 감독명령에 대해 부산지방법원은 실시협약상 사업시행자에게 자금구조 유지의무가 도출될 수 없고, 자금구조 원상회복명령은 감독명령의 발령요건을 충족하지 못했거나 감독명령의 한계를 일탈하여 위법하다는 취지로 원고 승소 판결을 하였는데, 위 판결에서 ① 자금구조를 어떻게 구성할 것인지는 기본적으로 사업시행자의 경영기법에 속하는 사항이라는 점, ② 설령 실시협약상 전제된 자금구조를 유지해야 할 의무를 부담하고 그 의무를 위반했더라도 그 의무위반에 대한 제재는 실시협약에서 예정하고 있는 분쟁해결절차에 따라야 함이 원칙이라는 점, ③ 자금구조를 변경한다 하더라도 사업시행자의 재무구조가 개선될 뿐 그로 인하여 사업시행자에게 지급해야 할 MRG가 감소하거나 통행료가 인하되는 것은 아니라고 판시하여 자금구조 변경과 MRG와는 아무런 관련이 없는 점 등을 명시적으로 밝혔는바, 청구인이 자금구조를 임의로 변경하였다는 이유로 MRG 지급중지를 '행정처분' 형식으로 명한 이 사건 처분은 위법하다.

바. 피청구인이 이 사건 처분의 근거로 드는 민간투자법 제46조가 예시한 위반사유는 법위반이거나 공사가 제대로 진행되지 않는 경우이지 보조금 사용과 관련한 내용은 없고, 동 조항이 예정한 행정처분도 공사의 중지 등 주로 공사와 관련된 것이거나 명령이나 처분의 취소인바, 보조금과 관련한 것은 없으므로 피청구인의 위 조항의 '그 밖의 필요한 처분'을 근거로 이 사건 처분을 한 것은 법령이 예정한 것이 아니다.

사. 이 사건 처분은 그 이행가능성이 결여된 것이고, 처분사유가 존재하지 않으므로 위

법하며, MRG는 이 사건 실시협약에 따라 지급된 것이지,「지방재정법」또는 보조금조례에서 정한 보조금 교부결정에 따라 지급된 일반적인 보조금이 아니므로 보조금 교부결정(선행 행정처분)이 있음을 전제로 한 보조금조례 제17조는 이 사건에 적용될 수 없고, 설령 보조금조례 제17조가 이 사건 처분의 근거조항이 되더라도 이 사건 실시협약이나 관련 법률상 MRG의 사용용도를 제한하는 규정이 없으며 청구인은 MRG를 지급받아 우선적으로 운영비용에 충당하고 있으므로 위 규정에 반한다고 볼 수도 없다.

아. 따라서 실시협약상 분쟁해결절차에 따라 해결될 수 있는 사안을 주무관청의 권한을 이용하여 분쟁을 손쉽게 해결하기 위하여 발령한 이 사건 처분은 그 성질상 행정처분의 형식으로 발할 수 없는 것이고, 이행불가능한 내용을 포함하고 있으며, 처분사유도 부존재하므로 당연무효이거나 위법하므로 취소되어야 한다.

3. 피청구인 주장

가. 청구인이 이 사건 실시협약상의 자본금과 차입금 관련 내용을 임의로 변경하여 대주가 된 00리에게 추가이자를 지급함으로써 스스로 재무상태를 악화시키는 행위는, 보조금을 통해서라도 통행료수입 부족분을 보충해 주어 이 사건 도로의 운영이 어려워지지 않도록 하려는 민간투자법 제53조 및 같은 법 시행령 제37조제4호의 보조금 지급목적과 용도에 위반되고, 또한 자신의 재무상태를 악화시키는 자금구조 변경을 고집하면서 보조금의 지급을 요구하는 것은 세금에 의하여 지원되는 보조금을 원칙적으로 제한함으로써 지방재정의 건전화를 도모하려는「지방재정법」제17조의 보조금지급제한 취지에도 명백히 반한다.

나. 사업시행자는 민간투자법 제15조에 따라 실시계획을 작성하여 주무관청으로부터 승인을 받고 승인된 실시계획에 따라 사업을 시행하여야 하는데, 실시계획상 자금조달계획에는 사업시행자가 총민간투자비 1,893억원 중 28.7%인 543억원을 자기자본으로 투입하는 것으로 되어 있으나, 청구인이 위와 같은 실시계획 내용에도 불구하고 임의로 자본금을 줄이고 차입금을 늘리면서 이자율을 상승시켜 상환조건을 임의로 변경하는 자금구조 변경을 한 것은 민간투자법 제15조에 따른 승인받은 실시계획에 반하는 행위이다.

다. 민간투자법 제24조는 사회기반시설을 실시협약에서 정하는 바에 따라 관리·운영하도록 하고 있는데, 이 사건 도로의 최초통행료는 이 사건 실시협약 제41조에 따라 민간투자사업기본계획상 수익률 및 사용료결정 위한 함수관계식과 이 사건 실시협약 제38조의 사업수익률 9.34%에 따라 산출되었으나, 청구인의 자금구조 변경을 통한 법인세 감축효과(이자비용을 더 지출함으로써 법인세 등 세금을 내지 않게 됨)를 반영하면 사업수익률은 10.06%가 되고, 세금 감축효과를 통행료에 반영하면 실시협약 제41조의 최초통행료는 소형차기준으로 950원에서 878원으로 낮아지게 되는바, 결국 통행료는 법인세 등 세금을 내기로 하고 산식에 의하여 결정되었음에도, 청구인이 자금구조 변경을 통해 통행료 산정의 기초가 된 자본금과 차입금 내용을 변경해 버려, 이용자로부터는 법인세를 내는 조건으로 산정한 통행료를 징수하면서도 실제로는 자금구조 변경을 통해 법인세를 내지 않고 그에 상응하는 이익을 00리에 주고 있는 것으로, 이는 실시협약 제41조, 제38조를 위반한 것이다. 또한 민간투자법 제24조의 '사회기반시설의 관리운영이 실시협약에 따라 이루어져야 한다'는 것은 '사회기반시설을 다른 용도로 사용하지 말라'는 의미에 국한되는 것은 아니고, 사업시행자가 실시협약 재무모델상 자금구조를 준수하며 시설을 운영하여야 한다는 취지도 포함되어 있다고 보아야 한다.

라. 한편 이 사건 도로의 운영이 어려워지지 않도록 지급한 보조금을 다른 용도인 00리에 대한 추가이자 지급에 사용한 것은 실시협약이 예정하지 않은 용도로 보조금을 사용하는 것으로 「지방재정법」 제17조의2와 보조금조례 제11조에 위반하여 '보조금을 다른 용도에 사용한 경우'에 해당한다.

마. 청구인에게 지급되는 재정지원금은 민간투자법 제53조에 근거한 것으로 그 성질은 피청구인의 지급결정에 의한 보조금이고, 지방자치단체의 보조금지출 제한의 예외사유를 규정한 「지방재정법」 제17조제1항제1호의 '법률에 규정이 있는 경우'의 해당 법률이 바로 '민간투자법'이며, 위 보조금도 주무관청이 사업시행자로부터 반대급부를 받지 않고 지급하는 지원금이며, 다만 보조금 지급결정과 그 지급기준을 실시협약시 미리 정해 놓은 것뿐이므로 일반적인 보조금과 성질이 다르다는 청구인의 주장은 이유 없다.

바. 이 사건 처분은 청구인의 보조금지급청구에 대해 보조금을 지급하지 않겠다는 것이

아니라, 민간투자법 제53조 및 이 사건 실시협약 제44조의 보조금 지급기준에도 불구하고, 청구인의 임의적 자금구조변경이 시정될 때까지 이를 적용하지 않고 보조금지급을 중지하겠다는 처분으로, 이는 민간투자법 제46조 및 보조금조례 제17조에 근거를 둔 행정처분이지 단순히 민사상 지급거절의 의사표시를 행정처분의 외형을 빌려 처분한 것이 아니며, 이 사건 처분의 내용이 청구인에게 법률상 이행불가능한 것으로 볼 수도 없다.

사. 결국 피청구인은 청구인의 자본금과 차입금 수준이 이 사건 실시협약상 재무모델 수준에 이르러 보조금이 청구인 회사의 주주인 00리에 대한 이자 지급에 부당하게 사용되지 않도록 하기 위해, 청구인의 법령위반을 이유로 민간투자법 제46조와 보조금조례 제17조에 근거하여 이 사건 처분을 한 것이므로 이 사건 처분은 적법·타당하다.

4. 관계법령

행정심판법 제2조, 제3조

사회기반시설에 대한 민간투자법 제1조, 제2조, 제3조, 제4조, 제7조, 제10조, 제11조, 제13조, 제15조, 제24조, 제45조, 제46조, 제47조, 제48조, 제53조

사회기반시설에 대한 민간투자법 시행령 제35조, 제37조

지방재정법 제17조, 제17조의2

지방재정법 시행령 제29조

00시 보조금관리조례 제1조, 제2조, 제3조, 제4조, 제5조, 제6조, 제11조, 제17조

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 민간유치시설사업기본계획, 사업계획서, 실시계획 승인, 관리운영권 양도·양수 승인통보, 자본구조 관련 시정요구, 의견조회, 합의서, 협약변경을 위한 협상제안, 감사보고서, 감독명령, 실시협약서, 사전통지서, 보조금(재정지원금) 지급중지처분 통지, 판결문 등에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 1996. 6. 5. 피청구인은 00시 고시 제1996-00호로 이 사건 사업에 관한 민간투자시설사업기본계획을 고시하였는데, 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 주요사업내용
- 사업명 : 제2순환도로 1구간 건설사업
- 사업구간 : 00택지(IC) ~ 00 IC
- 공사기간 : 1996.~2000. 12. 31.
- 공사비 : 약 1,380억원
- 사업규모 : 터널 및 교량 L = 4,348m, 6차로 도시고속도로

○ 사업신청자격
- 사업시행자는 법인이어야 함
- 사업신청자가 2 이상인 출자자인 경우 상위 3개 출자자의 지본율 합이 50%를 초과하여야 하며, 최상위 출자자의 지분율은 25% 이상이어야 함
- 사업신청자는 총 민간투자비의 25% 이상을 자기자본금으로 납입하여야 함

○ 소유권 귀속 및 관리운영권
- 제2순환도로 1구간 민간유치시설사업은 준공과 동시에 00시에 귀속됨
- 통행료를 징수할 수 있는 무상사용기간은 30년 이내에서 자율제시할 수 있음
- 사업시행자로 지정을 받으면 그 기간동안 총 민간사업비 내에서 통행료 등 제2순환도로 1구간 및 부속시설의 사용료를 징수할 수 있는 관리운영권을 부여함

○ 통행료 결정 및 적용 교통수요
- 사업시행자 지정시 제시된 통행료를 기초로 매년 전년도 전국 소비자물가상승율 이내에서 신고하여 시장과 협의를 거쳐 결정함
- 교통수요는 '제2순환도로(동00 IC~00 IC) 건설 실시설계 교통영향평가서'의 교통량을 적용하거나 사업신청자가 교통량을 예측하여 근거 제시할 수 있음

○ 무상사용기간 및 통행료 수준변경
- 통행량에 현격한 차이 발생시(총 교통량에 20% 이상 차이 발생시, 20% 초과분에 대하여) 00시 민자유치사업심의위원회 심의를 거쳐 무상사용기간 또는 통행료를 조정할 수 있음

○ 통행료, 무상사용기간, 사업비, 이윤, 부속시설사업의 수입, 할인율과의 관계는 아래의 함수관계에서 산정함

$$\sum_{i=1}^{n} CCt + CR = \sum_{t=n}^{N} ORt - OCti + \sum_{t=n1}^{N} ANR1t + \sum_{t=n2}^{N} ANR2t$$

n : 시설의 준공시점
n1 : 부대시설의 운영개시 시점
n2 : 부속시설의 운영개시 시점
N : 무상사용기간의 종료시점
CCt : 시설의 준공을 위해 매년도 투입되는 건설비용의 현재가치 (부속시설 건설비용 포함)
CR : 민자유치촉진법시행령 제17조 제1항에서 정의하는 이윤

ORt : 운영에 따른 매년도의 모든 수입의 현재가치
(부속시설 운영수입은 제외)
OCt : 운영에 따른 매년도의 모든 비용의 현재가치
(부속시설 운영비용은 제외)
ANR1t : 부대사업 운영으로 인한 매년도 순수입의 현재가치
ANR2t : 부속시설 운영으로 인한 매년도 순수입의 현재가치

○ 사업시행자 지정방법
- 00시 민자유치사업심의위원회에서 평가를 실시하고 평가점수 순으로 우선협상대상자를 지정함
- 우선협상대상자와 통행료 수준 등에 대한 협상이 이루어지면 사업시행자로 지정함

○ 평가항목 및 요소
- 평가항목은 출자자 및 재원조달계획(300점), 건설계획(200점), 사업관리 및 운영계획(200점), 공익성 및 창의성(300점)으로 구분하여 평가하며 총점은 1,000점으로 함
- 출자자 및 재원조달계획 항목은 출자자의 구성 및 재무능력, 출자자의 자금투입계획, 사업시행자의 자금차입계획, 예비재원 조달계획으로 나누어 평가
  · 출자자의 자금투입 계획요소는 총 민간투자비 중 자기자본 투입금액과 자기자본 조달내용(내부 유보자금, 증자, 회사채, 금융기관 차입)의 타당성을 평가
  · 사업시행자의 자금차입 계획요소는 사업시행자가 타인자본을 조달하는 방법(회사채, 금융기관차입 등)의 타당성을 평가

나. 1996. 8. 12. 청구외 회사는 이 사건 사업의 사업시행자로 선정되기 위해 피청구인에게 사업계획서를 제출하였는데, 위 사업계획서 내용 중 자금조달계획은 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 시업시행자의 자금조달계획 총괄
- 이 사건 도로 민자유치시설사업에 소요되는 총민간투자비는 1,893억원으로 이에 대한 총괄적인 자금조달계획은 아래와 같음

연도별 자금조달계획

(단위 : 억원)

구분	조달계	1996년	1997년	1998년	1999년	2000년
자기자본(A)	543	17	93	433		
타인자본(B)	1,350			62	594	693
회사채발행						
금융기관차입금	1,350			62	594	693
계(C)	1,893	17	93	496	594	693
자기자본비율	28.7%	100%	100%	89.6%	45.3%	28.7%

○ 자기자본 조달계획
- 건설기간 중 출자자 자금투입분은 전체투입자금의 28.7%인 543억원으로 타인자본조달에 우선하여 투입하는 것으로 계획하였음

○ 타인자본 조달계획
- 본 사업을 수행하는데 소요되는 자금 중 외부조달자금은 건설기간 동안(1996~2000년) 1,350억원으로 한국산업은행을 대표로 하는 대주단으로부터 차입·조달할 계획임
- 상기 차입금은 출자자로부터 자기자본 투입이 완료되는 1998년 4/4분기부터 본 사업이 완공되는 2000년까지 3개년에 걸쳐 차입이 이루어질 것이며, 연도별 차입일정은 다음과 같음

차입 예상조건
- 총 차입금 : 1,350억원
- 차입기간 : 16년(5년 거치 포함)
- 상환조건 : 5년 거치 후 초기 5년간 40%, 이후 6년간 60% 분할상환
- 이자율 : 3년 만기 회사채 유통수익률 + spread
  · 금융기관 보증부 회사채유통수익률 : 변동금리
  · spread : 1.4%(산업은행 제시)
- 이자지급방법 : 분기별 후지급
- 금융기관 대주단 : 한국산업은행 등

다. 피청구인은 청구외 회사의 사업계획서에 대한 평가를 거쳐 청구외 회사를 이 사건 사업의 우선협상대상자로 지정하였고, 그 후 협상을 거쳐 청구외 회사를 이 사건 사업시행자로 선정하였다.

라. 1997. 2. 28. 청구외 회사는 피청구인과 이 사건 사업에 관한 최초 실시협약을 체결하고, 1997. 3. 5. 피청구인에게 이 사건 사업의 실시계획승인을 신청하였다.

마. 1997. 5. 22. 피청구인은 00시 고시 제1997-00호로 청구외 회사가 제출한 실시계획을 승인·고시하였는데(이하 위 실시계획을 '이 사건 실시계획'이라 한다), 그 내용 중 사업시행자 및 투자계획과 관련한 부분은 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 사업시행자 및 출자자
- 사업시행자 : 00도로 주식회사
- 출자자(5개사) : (주00우, 00건설(주), (주)00, 00건설(주), (주)00

○ 총민간투자비 및 연도별 투자계획
- 총민간투자비 : 1893억원(물량변동비 별도, 추후변경될 수 있음)
- 연도별 투자계획

(단위 : 억원)

구분	조달계	1997년	1998년	1999년	2000년
자기자본	543	110	433		
타인자본	1,350	-	62	594	693
회사채발행	-	-	-	-	-
금융기관차입금	1,350	-	62	594	693
계	1,893	110	496	594	693

바. 2000년 11월 말경 이 사건 도로가 완공되었고, 피청구인과 청구외 회사는 2000. 12. 29. 앞서 1997. 2. 28.자로 체결한 실시협약을 변경하고자 이 사건 실시협약을 체결하였는데, 이 사건 실시협약은 제1장 총칙, 제2장 기본약정, 제3장 실시절차, 제4장 공사에 관한 사항, 제5장 관리운영에 관한 사항, 제6장 통행료, 제7장 위험의 배분, 제8장 00시의 지원, 제9장 불가항력, 제10장 협약의 종료, 제11장 양도 및 대체사업자, 제12장 분쟁의 해결, 제13장 기타사항, 별첨 1 내지 7로 구성되어 있고, 그 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

제1장 총칙

제2조(정의)

이 협약에 달리 규정되지 아니하는 한, 이 협약에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

22. 대주단 : 자금차입계약서상의 채권자단을 의미한다.
43. 사업수익률 : 이 사업에 대한 사업시행자의 약정수익률로서 민간투자사업기본계획상의 통행료 등의 함수관계식에서 비용 및 수입의 현금흐름을 현재가치로 환산할 때 사용하는 계수로서 실질수익률(IRR)을 의미한다.
47. 보장기준통행료수입 : 별첨4에 명시되어 있는 특정사업연도 추정통행료수입의 85%를 의미한다.
48. 환수기준통행료수입 : 별첨4에 명시되어 있는 특정사업연도 추정통행료수입의 115%를 의미한다.

제2장 기본약정

제3조(사업시행자의 지정)

00시는 민간투자법 및 이 협약에 따라 00도로 주식회사를 이 사업에 대한 사업시행자로

지정하고 관리운영권을 설정하며, 사업시행자에게 다음 각 호와 같은 행위를 할 수 있는 자격 및 권한과 권리를 지정, 승인, 설정 및 부여한다.

1. 실시계획 및 이 협약에 따른 이 도로 및 그 유지, 보수, 관리, 운영을 위한 시설의 설계와 건설
2. 공사기간 및 운영기간 동안의 이 사업 부지의 무상사용
3. 제1호에 따라 건설된 이 사업 시설의 민간투자법에 따른 무상 사용
4. 관리운영권에 의한 제3호 시설의 유지, 보수, 관리, 운영과 통행료의 부과, 징수

제4조(무상사용기간)

① 민간투자법 등 관련규정과 이 협약에서 달리 규정한 경우를 제외하고는 무상사용기간은 운영개시일부터 28년간으로 하고 동 기간동안 관리운영권이 사업시행자에게 존속하는 것으로 본다.

제5조(제반시설의 귀속)

이 협약 제31조에 의한 시설의 소유권은 민간투자법 제4조제1호 및 이 협약에 따라 00시에 귀속되고 운영기간 종료 후 사업시행자는 이 협약에 따른 무상사용권 및 관리운영권을 00시에 이양하여야 한다.

제7조(사업시행자의 의무 및 권한)

② 이 협약 및 관련법규에서 달리 규정한 경우를 제외하고, 00시는 이 사업기간 동안 제3조에서 규정한 사업시행자의 자격 및 권한과 권리를 철회, 취소, 박탈 또는 변경하지 못한다.

제3장 실시절차

제10조(총민간사업비)

총 민간사업비는 별첨2에 따라 2000. 12. 31. 기준 1,731.38억원으로 확정한다.

제5장 관리운영에 관한 사항

제37조(운영비용)

① 법인세를 제외한 운영비용은 별첨5에 제시한 2000. 12. 31. 불변가격기준 932.66억원으로 한다.

② 사업시행자는 다음 각호의 사유로 인해 별첨5의 운영비용 외에 추가비용이 발생한 경우 동 비용에 상응하여 통행료 또는 무상사용기간의 조정이나 재정지원 등을 요청할 수 있다.

1. 00시 또는 관계기관의 요구사항을 이행하기 위한 목적으로 추가적인 운영비용이 발생하고 00시가 해당 요구사항을 이행하도록 승인한 경우
2. 00시의 통행료 징수방식 변경으로 인해 사업시행자에게 추가비용이 발생한 경우

③ 00시는 민간투자법령 및 이 협약으로 정한 운영비용 감액사유가 발생하지 않는 한 사업시행자가 경영효율 등으로 운영비용을 절감하더라도 그를 이유로 사용료의 인하, 무상사용기간의 단축, 운영비용 절감액의 환수를 요구할 수 없다.

제38조(수익률)

이 사업에 적용할 사업수익률은 세후 실질사업수익률로서 9.34%로 한다.

제6장 통행료

제39조(통행료)

구간별 통행료는 별첨7과 같다.

제41조(최초통행료)

① 최초통행료는 민간투자사업기본계획서상의 수익률 및 사용료 결정을 위한 함수관계식 및 제38조의 사업수익률에 따라 산출된 소형승용차 기준 950원(2000년 12월 31일 불변가 기준)으로 한다.

② 00시는 최초통행료 적용시 제1항에서 명시된 산출통행료와 징수통행료 차액(50원 이상)이 발생한 경우 해당 금액을 별도의 계정으로 적립하여 재정지원금으로 충당한다.

제42조(통행료의 정기적 조정)

① 통행료는 무상사용기간 중 원칙적으로 연1회에 한하여 조정할 수 있다.

③ 사업시행자는 매 사업연도에 대한 연도별 통행료를 전년도 소비자물가변동율 범위 내에서 대체도로의 상황 등을 감안하여 결정한 후 00시장에게 신고하여야 한다.

제44조(통행료 수입보장 및 환수)

① 추정통행료수입은 추정교통량에 통행료를 곱한 금액을 의미하고 협약체결시의 추정통행량 및 추정통행료수입은 별첨3 및 별첨4와 같다.

② 00시는 민간투자사업기본계획이 정한 바에 따라 이 사업기간 동안 보장기준통행료수입을 보장하기로 한다. 매 회계연도말 기준으로 실제 통행료수입이 보장기준통행료 수입에 미달하는 경우 00시는 그 부족액을 재정지원하되 협약당사자들은 이와 병행하여 통행료 또는 무상사용기간 조정으로 부족액의 해소가 가능한지를 검토하고 가능하다고 협약당사자에 의해 인정되는 경우 통행료, 무상사용기간의 조정으로 지급을 대신할 수 있다.

④ 환수기준 통행료 수입을 초과하는 통행료 수입은 다음 각호의 순서에 의거 처리할 수 있다.

1. 00시가 재정지원해야 할 금액이 지급되지 않은 경우 그 금액에 충당
2. 통행료 수준을 적정수준으로 유지 또는 인하할 필요가 있는 경우 통행료 인하 또는 무상사용기간 단축
3. 시금고 환수

제7장 위험의 배분

제48조(협약당사자에게 책임없는 사유 및 그 처리)

다음 제1항과 제2항에서 예시한 사항 등으로서 협약당사자들로 하여금 본 협약 상의 의무이행을 불가능하게 하거나 협약당사자에게 불리한 영향을 미치는 사항으로서 협약당사자가 합리적으로 예측 또는 극복할 수 없는 상황이나 사유 또는 상황이나 사유의 결합을 말한다. 불가항력은 불가항력을 주장하는 당사자에게 그 입증 책임이 있으며, 해당 사유의 치유에 필요한 당사자의 합리적 노력 및 예방에도 불구하고 극복할 수 없는 직접적이고 현저한 사태를 말한다.

① 정치적 불가항력 사유

1. 전쟁, 사변, 내전, 테러 등 정치적 폭력사태

2. 환전 및 해외송금 통제 또는 불능
3. 민간투자사업에 중대한 영향을 미치는 법령의 제·개정

② 비정치적 불가항력 사유

1. 지진, 홍수, 해일, 태풍, 화산폭발, 산사태 등의 천재지변
2. 전국적 또는 산업전반 파업
3. 정부정책, 경제환경의 급격한 변화로 자금차입계약의 체결이 불가능하거나 본 사업의 수익성에 현저한 악영향을 미치는 경우
4. 위험물 및 유물의 발견, 원인을 규명할 수 없는 폭발 및 화재, 방사능 또는 화학물질에 의한 오염 등으로 사업추진이 지연, 중단되거나 비용이 초과되는 경우
5. 기타 이에 준하는 사유가 발생하는 경우

③ 이조에 정한 사유가 발생하는 경우 동 사유로 인하여 이 협약이 해지되기 전까지는 제47조 제2항의 원칙에 따라 다음과 같이 당해 위험을 분담처리 한다.

1. 비정치적 사유로 인한 불가항력 및 외와 동일시 취급되는 사유 발생시 사업시행자의 보험으로 처리되지 않는 부분에 대하여 정부는 80%의 한도 내에서 사업시행자와 협의하여 분담한다.
2. 정치적 사유로 인한 불가항력 및 이와 동일시 취급되는 사유 발생시 사업시행자의 보험으로 처리되지 않는 부분에 대하여 정부는 사업시행자에게 실제 발생한 비용의 90%를 사업시행자에게 보상하도록 한다.

제8장 00시의 지원

제49조(재정지원)

① 민간투자법, 동법시행령, 민간투자사업기본계획 및 이 협약에 정한 재정지원사유가 발생한 경우 이 조에서 정한 절차와 방식에 따라 재정지원한다.

② 사업시행자가 이 협약에 정한 재정지원사유가 발생한 날로부터 30일 이내에 관련자료를 첨부하여 재정지원을 요청하면, 00시는 재정지원 요청을 받은 날로부터 90일 이내에 당해연도 예산의 범위내에서 필요한 재정지원 금액을 지원하고, 부족액이 있는 경우 차기년도 3월말까지 지급한다.

③ 제2항 또는 이 협약에 정한 재정지원에 있어 재정지원금액의 전부 또는 일부가 지체되는 경우 00역시는 제2항의 지원요청일이 속한 연도의 차기년도부터 한국증권업협회에서 고시하는 신용등급 A+인 3년 만기 무보증회사채 유통수익률을 적용하여 산출한 이자를 가산하여 지급한다.

제10장 협약의 종료

제56조(해지시 지급금)

① 사업시행자가 귀책사유로 인한 중도해지의 경우 00시는 다음 각호에 따라 산출된 금액 또는 총선순위채무 중 큰 금액을 사업시행자(관리운영권에 저당권이 설정된 경우에는 저당권자, 이하 동일)에게 지급한다.

1. 공사기간중인 경우 본 사업시설물 적정가치의 85%에 해당하는 금액(이 경우 사업이행보

증금은 00시에 귀속된다.)
2. 운영기간중인 경우 별첨6에 표시되어 있는 미래순현금흐름을 사업수익률로 할인한 현재가치의 80%에 해당하는 금액

② 00시의 귀책사유로 인한 중도해지의 경우 00시는 다음 각호에 따라 산출된 금액 또는 총선순위채무 중 큰 금액을 사업시행자에게 지급한다.
1. 공사기간중인 경우 본 사업시설물의 적정가치에 해당하는 금액
2. 운영기간중인 경우 별첨6에 표시되어 있는 미래순현금흐름을 사업수익률로 할인한 현재가치에 해당하는 금액

제12장 분쟁의 해결

제62조(분쟁의 해결)

① 협약당사자는 본 협약으로부터 또는 본 협약과 관련하여 발생하는 이의 또는 분쟁 등을 신의성실의 원칙에 따라 상호 협의에 의하여 해결하기로 한다.

② 제1항에 따라 해결되지 않는 분쟁은 우선적으로 판정위원회에서 해결하며, 판정위원회에서 해결되지 아니한 분쟁은 본 협약이 정하는 바에 따라 해결된다.

제63조(분쟁금액)

① 일방 당사자가 다른 당사자에 지급이 명시된 금원에 대해 이의가 있는 경우, 일방 당사자는 이의가 없는 금원을 지급하고, 분쟁의 해결시까지 나머지 금액을 보류할 권리를 갖는다. 어느 일방 당사자가 지급이 청구된 금액에 대해 다투는 경우, 동 사안은 당해 청구 통지의 수취인에 의한 수령 후 7일 이내에 제64조의 판정위원회에 회부된다.

제64조(판정위원회)

① 협약당사자는 이 협약으로부터 또는 이 협약과 관련한 분쟁의 조속한 해결을 위하여 3인으로 구성되는 독립적인 판정위원회를 설치한다.

② 판정위원회는 본 사업에 관한 분쟁이 있는 경우 이를 결정하며 그러한 분쟁과 관련되거나 또는 이에 따른 금전적 청구 또는 사항을 결정할 수 있다.

제65조(중재)

① 본 협약으로부터 또는 본 협약과 관련하여 발생하는 모든 분쟁(판정위원회의 만장일치 판정대상이거나 제64조제10항에 따라 판정위원회의 당해 판정 통지 후 30일 이내에 중재에 회부되지 않은 분쟁은 제외한다)은 중재재판소의 최종적이고 궁극적인 결정을 위하여 대한상사중재규칙에 따라 중재로 해결되도록 협약당사자 쌍방의 합의에 의하여 중재에 회부될 수 있다.

② 중재부의 구성과 중재인의 선임에 관하여는 대한상사중재규칙이 정한 절차에 따른다.

제66조(합의관할)

협약당사자는 합의로 중재에 회부되지 못하는 경우 본 협약상 분쟁의 합의관할은 성질상 행정소송에 의하여야 할 것을 제외하고는 00지방법원으로 한다.

제13장 기타사항

제69조(협약의 변경)

① 본 협약은 협약당사자가 서명(또는 기명날인)한 서면 약정에 의하여만 변경되거나 보완될 수 있다.
② 협약당사자는 본 협약 체결 후 제반사정의 변경으로 인하여 본 협약을 변경할 필요가 있다고 판단되는 경우 상대방에게 본 협약의 변경을 제안할 수 있고, 이 경우 협약당사자는 본 협약의 변경 여부에 관하여 성실하게 합의하여야 한다.

제70조(협약변경의 통지)

00시는 이 사업시간 중 대주단의 대출여부 및 대출조건결정에 중대한 영향을 미치는 다음 사항들이 변경되는 경우에는 사업시행자의 요청에 의하여 그 사유와 변경의 구체적인 내용을 대주단을 대리한 한국산업은행에 7일 이내에 서면으로 통지하기로 한다. 아울러 00시는 자금차입계약의 체결 후 다음 사항을 포함한 이 협약의 내용을 변경하고자 하는 경우에는 사업시행자로 하여금 대주단과 사전협의토록 한다.

1. 공사기간
2. 최초통행료 산정 및 통행료 조정기준
3. 총민간사업비에 관한 사항(항목, 공구별 내용, 투입시기, 금액사후정산 사항의 기준금액 및 인정기준)
4. 통행료 산정에 적용될 사업수익률
5. 사업시행자에 대한 출자자, 출자자별 출자금액, 최초 자본금 및 증자의 경우 그 납입시기와 납입금액

제74조(시설사업기본계획의 변경)

이 협약 내용 중 시설사업기본계획과 상이한 사항은 이 협약내용에 따라 동 시설사업기본계획 내용이 변경된 것으로 본다.

제75조(협약의 우선)

이 협약과 그에 언급된 별첨 기타 서류들은 이 협약에 달리 표시되지 않는 한 구 협약을 포함하여 그 전에 이 협약당사자간에 이루어진 모든 의사표시 또는 합의에 우선한다. 이 협약에 따른 사업시행자의 지정 및 이 협약 체결시까지 이루어진 이 협약 당사자간의 약정, 이행사항은 이 협약 내용에 반하지 않는 한 계속 유효하다.

별첨 1 00도로 주식회사 출자회사 및 지분율
별첨 2 총사업비
별첨 3 추정교통량 : 2001년부터 2028년까지의 추정교통량 표시
별첨 4 추정통행료 수입 : 2011년부터 2028년까지의 추정통행료 수입 표시
별첨 5 운영비용 : 2001년부터 2028년까지의 운영비용, 법인세 표시, 2006년부터 법인세가 발생하는 것으로 되어 있음
별첨 6 최초통행료 산출 현금흐름 : 1997년부터 2028년까지의 현금유출(총민간사업비, 운영비용) 및 현금유입(통행료수입) 표시
별첨 7 통행료

사. 2003. 3. 5. 청구외 회사는 피청구인에게, 이 사건 사업의 사업시행자 지위 및 이 사건 도로에 대한 관리운영권을 청구인에게 양도하고, 청구인이 이 사건 도로의 유지관리 및 운영업무를 청구외 회사에게 위탁하는 것에 대하여 승인을 신청하였는데, 거기에 첨부된 청구인의 자금조달계획에 따르면 양수대금 1,897억원 가운에 청구인의 주주인 00리가 자기자본 504억원을 투자하고 1,393억원을 00은행 및 대주단으로부터 차입하는 것으로 되어 있다.

아. 2003. 3. 17. 피청구인은 청구외 회사에게, 청구인이 이 사건 실시협약상 사업시행자로서의 권리의무를 포괄적으로 승계하여 유효한 관리운영권을 보유하고, 제규정을 이행하며, 청구외 회사가 청구인의 관리운영권 이전등록 전까지 대주단 대출금 전액을 상환하고, 위 대출금 중 486억원에 대하여 00시가 제공한 지급보증을 해소하는 것을 조건으로 하여 위 신청을 승인하였다.

자. 2003. 3. 28. 청구인은 00은행으로부터 선순위차입금을, 청구인의 주주인 00리로부터 후순위차입금을 각 조달하여 청구외 회사에게 관리운영권 양수대금을 지급하고(같은 날 청구외 회사는 위 지급받은 양수대금으로 대주단에 대한 대출금을 전액 상환하였다), 2004. 10. 24.경 00은행에 대한 선순위차입금 1,420억원 전액을 00리에 대한 차입금으로 전환하였는데, 그 구체적인 내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

구분	유형	최초자금조달 (2000년)			자체자금조달 (2003. 3. 28.)			자체자금조달 (2004. 10. 24.)		
		금액 (억원)	이자율 (수익율)	구성비	금액 (억원)	이자율 (수익율)	구성비	금액 (억원)	이자율 (수익율)	구성비
대 출	선순위 차입금	1,122	11.2%	61.77%	1,420	7.25%	75.41%	1,420	10.00%	75.41%
	후순위 차입금				319.5	20.0%	16.97%	319.5	20.0%	16.97%
	후순위 차입금				13.1	15.0%	0.70%	13.1	15.0%	0.70%
	기타 (융자)	151	7.0	8.32						
	소계	1,273		70.09%	1,752.6		93.07%	1,752.6		93.07%

구분	유형	최초자금조달 (2000년)			자체자금조달 (2003. 3. 28.)			자체자금조달 (2004. 10. 24.)		
		금액 (억원)	이자율 (수익율)	구성비	금액 (억원)	이자율 (수익율)	구성비	금액 (억원)	이자율 (수익율)	구성비
주 식	건설사	543	9.34%	29.91%						
	00리				130.5	9.34%	6.93%	130.5	9.34%	6.93%
	소계	543		29.91%	130.5		6.93%	130.5		6.93%
전체		1,816		100%	1,883.1		100%	1,883.1		100%

차. 2004. 6. 21. 피청구인은 청구인에게, 청구인이 피청구인과 사전협의 없이 임의로 자본구조를 변경한 것은 실시협약 위반이므로 종전의 자기자본비율로 회복할 것을 요구하는 내용의 시정요구를 하였고, 청구인은 2004. 9. 21. 피청구인에게 청구인이 이 사건 실시협약상 의무사항을 성실하게 이행하고 피청구인과의 협조관계가 원활하게 유지되도록 노력하고 있으며, 향후 지속적으로 협의해 나가겠다는 내용의 회신을 하였다.

카. 2004. 10. 16. 청구인과 피청구인은 이 사건 실시협약의 내용을 일부 변경하기로 합의하였는데 그 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

제1조(재정보전시 부가가치세)
실시협약 제44조 및 제49조의 규정에 의해 실제통행료수입이 보장기준통행료수입에 미달하여 00시가 사업시행자에게 재정지원을 할 경우의 지급액은 재정지원 산출기준에 따른 보장기준통행료수입 미달금액(보장기준통행료수입에서 실제통행료수입을 공제한 금액)에서 부가가치세를 제외한 금액으로 한다.
제2조(법인세율 적용)
법인세법에 따라 2002. 1. 1.부터 시행되고 있는 법인세율 1% 인하분과 2005. 1. 1.부터 시행되는 법인세율 2% 인하분에 대해 이를 반영키로 하고, 실시협약의 재무모델을 2004. 12. 31. 까지 수정하며 본 합의서 체결 이후 법인세법의 개정으로 법인세율이 변경되는 경우에는 이에 관하여 별도 협의한다.
제3조(통행료수입 보장)
실시협약의 다른 규정에 불구하고 2002년부터 2009년까지 기간에 대한 실제통행료수입이 보장기준통행료수입에 미달하는 경우 00시는 그 부족액을 다음에 정하는 바에 따라 현금으로 사업시행자에게 지급하며, 다음에서 정하는 바에 따라 현금지급이 이루어지지 않는 경우 00시는 그 지급기일 이후부터 실시협약 제49조제3항에 따른 이자를 가산하여 지급한다.

① 00시는 2002년도의 통행료수입 부족액을 본 합의서 체결일로부터 3주 이내에 현금으로 사업시행자에게 지급한다. 위 기일까지 현금지급이 이루어진 경우 2002년도 보장기준통행료수입 미달과 관련한 재정지원금 지급지연에 따른 연체이자는 없는 것으로 한다.
② 00시는 2003년도 통행료수입 부족액을 2005년 3월말까지 현금으로 사업시행자에게 지급한다.
③ 00시는 2004년도 통행료수입 부족액을 2006년 3월말까지 현금으로 사업시행자에게 지급한다.
④ 00시는 2005년부터 2009년까지의 통행료수입 부족액을 각 회계연도 종료 후 6개월 이전에 현금으로 사업시행자에게 지급한다.
제5조(사업시행자의 자본구조)
00시와 사업시행자는 사업시행자의 자본구조 변경에 관한 사항에 대하여 추후 협의한다.

타. 2006. 8. 18. 피청구인은 청구인에게, 당초 사업계획에 비해 통행량이 현저히 미달하여 피청구인의 재정 부담이 발생하였고, 정상적인 민자사업의 유지가 곤란한 실정에 있으며, 협약 당시와 현재는 경제·금융 여건이 현저히 달라져 있다는 취지로, 정상적인 민자사업의 유지를 위하여 이 사건 실시협약의 변경을 제안하였다.

파. 2006년 12월부터 2007년 3월까지 청구인과 피청구인은 이 사건 실시협약 수정에 관한 재협상 협의를 개최하였으나, 아무런 결과를 도출하지 못하였고, 피청구인은 2007. 4. 26. ① '85%, 28년'의 수입보장조건을 '80%, 20년' 보장으로 변경 요청, ② 위 제①항과 같은 조건의 수용이 어려울 경우 피청구인에게 관리운영권을 매도할 것 등의 내용으로 이 사건 실시협약 재협상 수정안을 제안하였으나, 청구인은 2007. 5. 16. 청구인의 위와 같은 제안은 이 사건 실시협약에 따라 합의된 수익을 실현하기 어렵도록 한 조건 변경에 해당한다는 이유로 피청구인의 제안을 수용할 의사가 없음을 통지하였다.

하. 2009. 1. 15. 피청구인은 청구인에게, 이 사건 도로의 통행량이 통행수요 예측에 비하여 현저히 미달하여 피청구인의 재정부담이 가중되고 있고, 피청구인이 청구인의 이 사건 도로에 관한 관리운영권을 매입하는 것이 근본적인 대책이라는 이유로, 이 사건 도로에 관한 관리운영권을 피청구인에게 매도하는 것을 그 내용으로 하는 협상을 제안하였으며, 이에 청구인이 회신하지 않자, 2009. 3. 23. 재차 청구인에게 위와 같은 협상을 제안하였으나, 청구인은 2009. 3. 31. 정부정책을 믿고 관련법규 및 실시협약에 근거하여 막대

한 자금을 투자한 민자사업자의 입장도 존중되어야 한다는 이유로 피청구인의 협상제안을 거절하였다.

거. 2009. 12. 2.경부터 2011년 5월경까지 피청구인은 청구인에게 법인세 인하율 반영, 자금재조달에 따른 공유이익을 반영한 MRG 조정 등을 위한 회의 개최, 관련자료 제출, 협의 등을 제안하였고, 청구인과 피청구인은 위 사항에 관한 협의를 여러 차례 진행하였으나, 청구인은 자금재조달에 따른 이익공유는 이 사건 실시협약 하에서는 적용될 수 없다는 취지로 의견을 제시하였다.

너. 감사원은 2010. 8. 23.부터 같은 해 11. 5.까지 2009년 현재 운영되고 있는 최소운영수입보장방식의 민자사업 중 실제 수요가 예측보다 낮아 정부에서 민자사업자에게 보전금을 지급하고 있는 인천국제공항고속도로, 인천원적산터널 등 총 29개 민자사업, 송도·만수, 부산·영도 등 총 16개 하수종말처리시설에 대하여 감사를 실시하였는데, 이 사건 사업도 위 감사에 포함되었고, 이 사건 사업에 대한 감사를 실시한 감사원은 2011년 5월경 피청구인에게 다음과 같은 내용의 감사결과를 통보하였다.

- 다 음 -

○ 문제점

1. 자금재조달로 발생한 이익 미공유

(가) 민간투자사업의 실시협약은 협약체결 시점에 약정한 자기자본비율 및 타인자본비율, 타인자본 조달금리, 법인세 비용 등을 적용한 재무모델에 따라 사업수익률이 산정되었으므로 민자사업자가 자본금축소, 후순위차입금 도입 등 실시협약 및 재무모델의 내용과 다르게 자본구조를 변경하게 되면 법인세 절감 및 조기배당 효과 등으로 투자자에게 추가이익이 발생하므로 민자사업자의 임의적인 자금재조달 행위에 대해서는 실시협약 변경을 통해 최소운영수입보장 축소 등으로 그 이익을 공유하는 것이 타당하다.

(나) 이 사건 사업의 경우 당초 실시협약상 재무모델에 따르면 2006년부터 2009년까지 총 177억원의 법인세 비용이 발생되고, 2017년부터 투자자에게 배당수입이 발생되는 것으로 예상되었으나 자금재조달 결과, 2009년말까지 법인세 비용이 전혀 발생되지 않았으며 투자자에게는 사업시행자에게 대여한 후순위차입금에 따른 배당적 성격의 이자 수입이 2005년부터 매년 발생한다(2005년~2009년 투자자 이자수입 계 1,321억원).

(다) 2004. 6. 3. 개정된「민간투자사업 기본계획」(구 기획예산처 공고 제2004-7호, 현행「민간투자사업 기본계획」제27조 내지 제30조)에 따르면, 민자사업자가 자금재조달을 하

고자 할 경우에는 주무관청의 동의를 얻고 자금재조달로 발생되는 이익을 민자사업자와 주무관청이 원칙적으로 50대 50씩 공유하도록 되어 있다.

(라) 따라서 민자사업자가 2004. 6. 3. 이전에 자본구조를 변경하는 사정변경이 발생하였을 때에는 이 사건 실시협약 제69조제2항에 따라 이익공유를 위한 협약변경을 제안하고, 2004. 6. 3. 이후에 자금재조달을 실행하는 경우에는 기본계획 제27조 내지 제30조에서 정한 절차와 방법에 따라 자금재조달에 따른 이익을 공유하기 위한 협약변경을 제안하며, 이에 응하지 않을 경우 이 사건 실시협약 제65조 내지 제66조의 약정에 따라 상사중재, 민사재판 등 실시협약으로 약정한 적절한 대응을 하여야 한다.

(마) 민자사업자의 임의적 자금재조달 현황

사업명	민자사업자(주주)	임의적 자금재조달 내용
00도로 1구간	청구인(00리가 지분 100% 소유)	○ 2003년 3월경 : 주주로부터 400억원의 후순위차입금(이자율 연 15~20%) 차입 ○ 2004년 10월경 : 기존의 금융기관 차입금 1,420억원(이자율 연 7.25%) 전액을 주주차입금(이자율 연 10%)으로 변경

- 건설단계의 건설보조금 및 보상비로 1,132억원, 2009년 말 현재까지 보전금으로 843억원을 청구인에게 지급하면서도, 자금재조달에 따른 이익을 공유하지 못하고 있는 반면, 민간사업자는 법인세 절감효과, 조기배당효과 등 자금재조달로 인한 이익을 전유하고 있었다.

○ 조치할 사항

이 사건 협약 제62조 및 제69조제2항, 민간투자사업기본계획 제27조 등에 따라 자금재조달로 발생한 이익을 공유하기 위한 협약변경을 제안하고 이에 응하지 않을 경우 이 사건 실시협약 제65조 내지 제66조에 따라 상사중재 등의 대응조치를 하는 방안을 마련할 것

더. 2011. 6. 17. 피청구인은 감사원의 통보에 따라 청구인에게 협약변경을 위한 자금재조달 계획서 제출을 요구하였으나, 청구인은 2011. 7. 11. 피청구인에게 행정청 내부를 규율하는 규정에 지나지 않는 민간투자사업기본계획을 실시협약의 일부로 편입시킬 법규상, 계약상 근거가 없고, 2000. 12. 29. 체결된 이 사건 실시협약의 사업시행자가 위 협약 체결 이후에 변경된 현행 민간투자사업기본계획에 따라 자금재조달 등의 계획서를 제출해야 할 의무를 부담한다고 보기는 어렵다는 의견을 회신하였다.

러. 2011. 10. 4. 피청구인은 청구인에게, 청구인이 이 사건 실시협약에 따라 이 사건 도로의 실제통행량이 추정통행량에 미달하여 이를 그대로 방치하면 이 사건 도로의 운영이 어려운 경우라고 하여 피청구인으로부터 통행료수입을 보장받고 있음에도 불구하고,

이 사건 실시협약을 위반하여 임의로 자본구조를 재정부담이 더 커지는 방향으로 변경함으로써 청구인의 재정상태가 매년 악화되어 2010년 말 현재 부채비율이 -261%로 자본 전액이 잠식되어 있는 실정으로, 이러한 상태가 지속될 경우 이 사건 도로의 정상적인 운영이 불가능하고 법인의 존속 여부도 불투명하게 되어 도로관리에 많은 문제점이 발생할 우려가 있고, 이에 따라 피청구인이 이 사건 사업의 주무관청으로서 여러 차례 시정을 요구하거나 협의를 통한 문제해결을 촉구하였음에도 청구인이 자본구조 변경이 적법하다고 주장하면서 이를 거부하였다는 이유로 민간투자법 제45조제1항, 같은 법 시행령 제35조제1호에 따라 ① 정상적인 시설운영을 위해 2011. 12. 12.까지 청구인의 자본구조를 이 사건 실시협약 체결 당시의 자본구조로 환원시키도록 이 사건 원상회복명령과, ② 자본구조 변경에 따라 지금까지 출자자 겸 대주에게 돌아간 이익을 본 사업시설 이용자에게 귀속되도록 이 사건 이익귀속명령을 그 내용으로 하는 이 사건 감독명령을 하고, 위 명령을 이행하지 않을 경우 이 사건 실시협약을 중도해지하는 등 필요한 절차를 추진하겠다고 통보하였다.

머. 2011. 11. 25. 청구인이 이 사건 감독명령에 불복하여 우리 위원회에 행정심판을 청구하였으나, 우리 위원회는 2012. 7. 10. 기각 재결을 하였다.

버. 청구인이 광주지방법원 2012구합0000호로 이 사건 감독명령의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였고, 광주지방법원은 2013. 2. 20. ① 사업시행자의 자본구조는 이 사건 실시협약의 내용에 포함되었다고 봄이 상당하고, 청구인이 피청구인의 동의 없이 자본구조를 변경한 것은 이 사건 실시협약을 위반한 것으로 위법하며, ② 사업시행자의 재무상태가 시설의 관리운영과 아무런 관련이 없다고 할 수는 없고, 이 사건 도로의 정상적인 운영에 필요한 경우로 구 민간투자법 제45조제1항에 정한 감독명령의 요건에 해당한다고 보기 충분하며, 그로 인해 사업시행자의 자유로운 경영활동이 저해된다고 보기 어렵고, ③ 이 사건 감독명령이 명확성 내지 이행가능성이 결여되어 있다고 볼 수 없다며 이 사건 감독명령이 적법하다고 보아 청구인의 청구를 기각하였다.

서. 청구인이 1심판결에 불복하여 광주고등법원 2013누000호로 항소하였고, 광주고등법원은 2014. 1. 19. ① 이 사건 이익귀속명령이 그 내용만으로 피청구인이 청구인에게

요구하는 구체적인 행위를 예상하기 어렵고, 청구인이 자신의 행위를 결정할 수 있을 정도로 명령이 명확하다고 볼 수 없어, 위 명령의 정당성 여부와 별개로 명확성 원칙에 위반되고, 나아가 사회관념상 그 명령의 실현을 기대하기 어려워 위법하다고 판시하였으나, ② 이 사건 원상회복명령에 대하여는, ⓐ 청구외 회사는 이 사건 실시협약 체결 당시 피청구인과 이 사건 사업의 건설기간뿐만 아니라 운영기간에도 자기자본비율을 28.7%로 유지하기로 합의하였다고 봄이 상당하므로 2003. 3. 28. 청구외 회사로부터 이 사건 사업의 사업시행자 및 위 실시협약상 지위를 승계한 청구인은 이 사건 실시협약 체결 당시의 자기자본비율을 유지해야 할 의무가 있고, 청구인이 자금재조달을 거치며 자기자본비율을 6.94%까지 낮추었으므로 자기자본비율 유지의무를 위반하였으며, ⓑ 자기자본비율 유지의무를 위반한 청구인에 대하여 그 위법상태의 시정을 명하는 차원에서 이루어지는 등 사업시행자의 자유로운 경영활동을 저해했다고 볼 수 없고, ⓒ 주무관청인 피청구인은 사업시행자인 청구인의 재무상태 악화에 따른 이 사건 도로운영의 위험성을 사전에 차단할 목적으로 감독명령을 발령할 필요성이 있다는 등의 이유로 이 사건 도로의 정상적인 운영을 위해 필요한 경우에 해당한다고 보아 위 원상회복명령이 적법하다고 판시하여 원고 일부승소 판결을 하였다.

어. 청구인과 피청구인이 광주고등법원 판결에 불복, 대법원 2014두000호로 상고하였다.

저. 2014. 2. 24. 피청구인은 청구인에게, 청구인이 보조금 지급목적에 반하여 자금조달 내역을 변경하여 스스로 재무상태를 악화시키고 있는바, 이는 민간투자법 제53조 및 같은 법 시행령 제37조제1항제4호, 민간투자법 제15조 및 제24조, 「지방재정법」 제17조와 보조금조례 제11조에 반하는 행위이므로 민간투자법 제46조, 보조금조례 제17조에 의한 보조금지급 중지처분에 앞서 2014. 3. 11. 청문을 실시한다고 처분전 사전통지를 하였다.

처. 2014. 5. 14. 피청구인은 청구인에게, 처분전 사전통지에서 적시한 법적근거를 들어 '청구인의 자본금이 543억원으로 되고, 차입금이 실시협약 재무모델상 금액(2012년말 현재 266.95억원, 2013년말 현재 137.25억원, 2014년말 현재 7.55억원, 2015년말 및 그 이후인 경우에는 차입금이 없는 상태)으로 되며, 위 차입금에 대한 미지급이자(2012년말 현재 835.7억원, 2013년말 현재 927억원)가 존재하지 않을 때까지, 민간투자법 제53조 및 실시

협약에 의한 청구인의 2012년도 보조금신청(202억 6,100만원)에 대한 보조금지급과 이후 연도별 보조금지급을 중지한다'는 내용의 이 사건 처분을 하였고, 위 처분서 말미에는 위 처분에 이의가 있을 경우 행정심판이나 행정소송을 제기할 수 있다고 안내하였다.

커. 이 사건 처분서에 기재되어 있는 '실시협약 재무모델상 차입금 상환일정' 및 '자금구조 변경에 따른 추가이자 부담내역'은 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 실시협약 재무모델상 차입금 상환일정

(단위 : 백만원)

년도	차입금	비고
2001년		
2002년		
2003년		
2004년	9,168	
2005년	9,923	
2006년	10,678	
2007년	10,678	
2008년	10,678	
2009년	12,970	
2010년	12,970	
2011년	12,970	
2012년	12,970	
2013년	12,970	
2014년	12,970	
2015년	755	
합계	129,700	

○ 자금구조 변경에 따른 추가이자 부담내역

(단위 : 억원)

년도	실시협약 재무모델상 이자	자금조달내역 및 상환일정 변경 후 이자	차이	차이누계
2001년	139		-139	
2002년	139		-139	
2003년	139	133	-6	
2004년	135	188	53	
2005년	125	236	111	

년도	실시협약 재무모델상 이자	자금조달내역 및 상환일정 변경 후 이자	차이	차이누계
2006년	114	250	136	
2007년	102	263	161	
2008년	91	281	190	
2009년	79	292	213	
2010년	65	306	241	821
2011년	51	333	282	1,103
2012년	37	335	298	1,401
2013년	23	337	314	1,715
합계	1,239	2,954	1,715	

* 감사보고서상 2013년 말 현재 927억원의 이자가 미지급상태임

터. 00법인에서 작성한 청구인 회사에 대한 감사보고서에 의하면 다음과 같은 내용이 확인된다.

- 다 음 -

□ 2012. 12. 31. 기준 재무상태

○ 재무제표

2012. 12. 31. 현재 자산 총계 129,533,901,736원, 부채총계 264,793,342,094원

○ 재무제표에 대한 주석

- 2012. 12. 31. 현재 회사 자본금에 관한 사항

수권주식수	발행주식수	1주당 금액	납입자본금
10,000,000주	2,610,000주	5,000원	130억 5,000만원

- 장기차입금

구분	차입처	2012. 12. 31. 현재 이자율(%)	금액(억원)	
			당기	전기
선순위장기차입금	00리	10.0	1,420	1,420
후순위장기차입금		20.0	319.5	319.5
운전자본용 후순위 장기차입금		15.0	32..6	32.6
합 계			1,772	1,772

- 장기채무 상환계획

구분	내역	상환계획
장기차입금	선순위 장기차입금	2018년 이후 6년간 불균등분할상환
	일반 후순위차입금	2024년 이후 2년간 균등분환상환
	운전자본용 후순위차입금	회사자금보유 상황에 따라 만기인 2027. 12. 31. 이전 상환가능

- 결손금
  당기말 현재 누적결손금 1,482억 4,200만원이고, 총부채가 총자산보다 1,352억 5,900만원 만큼 많음

퍼. 이 사건 도로의 통행량 및 피청구인이 2001년부터 2011년까지 청구인에게 지급한 통행료수입보전액(MRG)은 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 통행량

(단위 : 대/일)

구분	2001년	2002년	2003년	2004년	2005년	2006년	2007년	2008년	2009년	2010년	2011년
예상	57,015	59,714	62,548	65,533	68,667	71,957	75,419	79,055	82,877	86,898	91,128
실제	29,659	36,566	36,944	37,422	37,000	38,160	37,753	35,208	33,953	35,269	36,781
%	52.02	61.22	59.07	57.10	53.88	53.03	50.06	44.54	40.97	40.59	40.36

○ 통행료 수입보전액

(단위 : 억원)

통행료보전수입액													'13이후 추정액
소계	'01	'02	'03	'04	'05	'06	'07	'08	'09	'10	'11	'12	
1,393	62	53	63	70	86	100	117	140	153	164	182	203 (지급중지)	5,249

허. 이 사건 실시협약 제38조에 따라 이 사건 사업에 적용할 사업수익률은 세후실질사업수익률로서 9.34%이고, 청구인의 자금재조달을 통한 자본구조 변경 후의 세후 실질사업수익률은 10.06%로 약 0.72% 상승하였는데, 이는 청구인의 자기자본비율이 감소하고 타인자본비율이 증가함에 따라, 청구인이 부담하여야 하는 법인세가 감소함에 따른 효과에서 비롯되었고, 청구인의 현행 자본구조 상태에서 이 사건 실시협약 당시의 세후 실질사업수익률인 9.34%를 적용하는 경우 이 사건 도로의 통행료는 약 72원 가량 인하할 수 있다(소형차 기준 통행료는 850원에서 72원 인하한 778원으로 산정됨).

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관련법령

1) 민간투자법 제1조(목적)는 이 법은 사회기반시설에 대한 민간의 투자를 촉진하여 창의적이고 효율적인 사회기반시설의 확충·운영을 도모함으로써 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다고 규정하고 있다.

민간투자법 제2조(정의)는 제1호에서 '사회기반시설'이란 각종 생산활동의 기반이 되는 시설, 해당 시설의 효용을 증진시키거나 이용자의 편의를 도모하는 시설 및 국민생활의 편익을 증진시키는 시설로서 다음 각 목의 시설을 말한다고 하면서, 가목에서 ''「도로법」 제2조제1항제1호 및 제4호에 따른 도로 및 도로의 부속물'을 규정하고 있으며, 제2호에서 '사회기반시설사업'이란 사회기반시설의 신설·증설·개량 또는 운영에 관한 사업을 말한다고 하며, 제3호에서 '귀속시설'이란 제4조 각 호(같은 조 제4호를 제외한다)에 따라 소유권을 국가 또는 지방자치단체에 이전하는 방식으로 추진되는 사회기반시설을 말한다고 하고, 제5호에서 '민간투자사업'이란 제9조에 따라 민간부문이 제안하는 사업 또는 제10조에 따른 민간투자시설사업기본계획에 따라 제7호에 따른 사업시행자가 시행하는 사회기반시설사업을 말한다고 하며, 제6호에서 '실시협약'이란 이 법에 따라 주무관청과 민간투자사업을 시행하려는 자 간에 사업시행의 조건 등에 관하여 체결하는 계약을 말한다고 규정하고 있다. 민간투자법 제3조(관계법률과의 관계 등) 제1항은 이 법은 민간투자사업에 관하여 관계법률에 우선하여 적용한다고 되어 있다.

2) 민간투자법 제4조제1호에서 민간투자사업의 추진방식의 하나로 '사회기반시설의 준공과 동시에 해당 시설의 소유권이 국가 또는 지방자치단체에 귀속되며, 사업시행자에게 일정기간의 시설관리운영권을 인정하는 방식'을 규정하고 있고, 같은 법 제7조제2항에서 민간투자사업기본계획은 사회기반시설과 관련된 중기·장기계획 및 국가투자사업의 우선순위에 부합되도록 하여야 하며, 민간의 창의와 효율이 발휘될 수 있는 여건을 조성하면서 공공성이 유지되도록 노력하여야 한다고 되어 있다.

민간투자법 제10조제1항에서 주무관청은 사회기반시설사업의 추진을 위하여 민간부문의 투자가 필요하다고 인정할 때에는 해당 연도 대상사업으로 지정된 후 1년 이내에 민간투자사업기본계획에 따라 민간투자시설사업기본계획(이하 '시설사업기본계획'이라 한다)

을 수립하여야 한다고 하고, 제11조제1항에서 시설사업기본계획에는 1. 대상사업의 추정 투자금액, 건설기간, 예정지역 및 규모 등에 관한 사항, 2. 대상사업에 대한 예비타당성 및 타당성 조사결과에 관한 사항, 3. 사용료, 부대사업 등 사업시행자의 수익에 관한 사항, 4. 귀속시설 여부 등 민간투자사업의 추진방식에 관한 사항, 5. 재정지원의 규모 및 방식 등 국가 또는 지방자치단체의 지원에 관한 사항, 6. 민간투자사업에 의하여 건설된 사회기반시설의 관리·운영에 관한 사항, 7. 사업시행자의 자격요건에 관한 사항, 8. 그 밖에 주무관청이 필요하다고 인정하는 사항이 포함되어야 한다고 규정하고 있으며, 제13조에서 민간투자사업을 시행하려는 자는 시설사업기본계획에 따라 대통령령으로 정하는 바에 따라 사업계획을 작성하여 주무관청에 제출하여야 하고, 주무관청은 사업계획을 대통령령이 정하는 바에 따라 검토·평가한 후 사업계획을 제출한 자 중 협상대상자를 지정하여야 하며 지정된 협상대상자와 총사업비 및 사용기간 등 사업시행의 조건 등이 포함된 실시협약을 체결함으로써 사업시행자를 지정하며, 사업시행자로 지정받은 자는 대통령령으로 정하는 기간에 실시계획의 승인을 신청하여야 한다고 규정하고 있으며, 제15조제1항에서 사업시행자는 민간투자사업을 시행하기 전에 대통령령으로 정하는 바에 따라 해당 사업의 실시계획을 작성하여 주무관청의 승인을 받아야 한다고 규정하고 있다.

또한 민간투자법 제24조는 민간투자사업으로 조성 또는 설치된 토지 및 사회기반시설은 실시협약에서 정하는 바에 따라 관리·운영되어야 한다고 되어 있다.

3) 민간투자법 제53조는 국가 또는 지방자치단체는 귀속시설사업을 원활하게 시행하기 위해 필요하면 대통령령으로 정하는 경우에 한하여 사업시행자에게 보조금을 지급하거나 장기대부를 할 수 있다고 규정하고 있으며, 같은 법 시행령 제37조제1항제4호에서 법 제53조에 따라 건설 또는 운영기간 중 사업시행자에게 보조금을 지급할 수 있는 사유의 하나로 '실제 운영수입(해당 시설의 수요량에 사용료를 곱한 금액을 말한다)이 실시협약에서 정한 추정 운영수입에 훨씬 못 미쳐 해당 시설의 운영이 어려운 경우'를 규정하고 있다.

4) 민간투자법 제45조(감독명령) 제1항은 주무관청은 사업시행자의 자유로운 경영활동을 저해하지 아니하는 범위에서 대통령령으로 정하는 경우에 한정하여 사업시행자의 민간투자사업과 관련된 업무를 감독하고 감독에 필요한 명령을 할 수 있다고 규정하고, 같은 법 시행령 제35조은 법 제45조제1항에서 '대통령령이 정하는 경우'란 다음 각 호의 어느

하나에 해당하는 경우를 말한다고 하면서, 1. 주무관청이 부실시공 방지 또는 시설의 정상적인 운영을 위하여 필요하다고 인정하는 경우, 2. 법 제4조제1호부터 제3호까지의 규정에 해당하는 시설의 사업시행자가 이용자의 편익을 현저히 저해할 정도로 시설의 유지·관리를 소홀히 한다고 판단되는 경우를 규정하고 있다.

민간투자법 제46조(법령 위반 등에 대한 처분)는 주무관청은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 위반행위를 한 자에게 이 법에 따른 명령이나 처분의 취소 또는 변경, 사회기반시설공사의 중지·변경, 시설물 또는 물건의 개축·변경·이전·제거 또는 원상회복을 명하거나 그 밖에 필요한 처분을 할 수 있다고 하면서, 각 호로 1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 이 법에 따른 지정·승인·확인 등을 받은 경우, 2. 이 법 또는 이 법에 따른 명령이나 처분을 위반한 경우, 3. 사업시행자가 실시계획에서 정한 사업기간에 정당한 사유 없이 공사를 시작하지 아니하거나 공사 시작 후 사업시행을 지연 또는 기피하여 사업의 계속 시행이 불가능하다고 인정되는 경우, 4. 제14조제3항에 따라 설립된 법인이 제14조제4항을 위반한 경우을 규정하고 있다.

민간투자법 제47조(공익을 위한 처분) 제1항, 제2항은 주무관청은 1. 사회기반시설의 상황 변경이나 효율적 운영 등 공공의 이익을 위하여 필요한 경우, 2. 사회기반시설공사를 원활히 추진하기 위하여 필요한 경우, 3. 전쟁, 천재지변 또는 그 밖에 이에 준하는 사태가 발생한 경우에 이 법에 따른 지정·승인·확인 등을 받은 자에 대하여 제46조에 따른 처분을 할 수 있고, 위 처분으로 인하여 손실을 입은 사업시행자가 있는 경우에는 해당 손실에 대하여 정당한 보상을 하여야 한다고 되어 있다.

민간투자법 제48조는 주무관청이 제46조에 따른 처분을 하려면 청문을 실시하여야 한다고 되어 있다.

5)「지방재정법」 제17조제1항은 지방자치단체는 개인 또는 단체에 대한 기부·보조·출연, 그 밖의 공금 지출을 할 수 없고, 다만, 지방자치단체의 소관에 속하는 사무와 관련하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우와 공공기관에 지출하는 경우에는 그러하지 아니하다고 하면서, 제1호로 '법률에 규정이 있는 경우', 제4호로 '보조금을 지출하지 아니하면 사업을 수행할 수 없는 경우로서 지방자치단체가 권장하는 사업을 위하여 필요하다고 인정되는 경우'를 규정하고 있다.

「지방재정법」 제17조의2제1항은 지방자치단체의 장은 제17조제1항에 따른 보조금을 교부받아 보조사업을 수행하는 자가 1. 보조금을 다른 용도에 사용한 경우, 2. 법령, 보조금 교부결정의 내용 또는 법령에 따른 지방자치단체의 장의 처분을 위반한 경우, 3. 거짓 신청이나 그 밖의 부정한 방법으로 보조금을 교부받은 경우에는 보조금 교부결정의 전부 또는 일부를 취소할 수 있다고 되어 있다.

6)「지방재정법」 제17조 및 같은 법 시행령 제29조에 따라 광역시비를 재원으로 하는 보조금의 교부대상, 교부방법 및 사용등에 관하여 필요한 사항을 규정한 보조금조례를 보면, 제2조에서 "보조금"이라 함은 광역시 (이하 "시"라 한다) 이외의 자가 행하는 사무 또는 사업에 대하여 공익상, 시책상의 필요에 따라 시가 이를 조성하거나 재정상의 원조를 하기 위하여 교부하는 자금을 말한다고 하고(제1호), "보조사업"이라 함은 보조금의 교부대상이 되는 사무 또는 사업을 말한다고 하며(제2호), "보조사업자"라 함은 보조사업을 수행하는 자를 말한다고 되어 있다(제3호). 한편 보조금조례 제3조(다른 법령과의 관계)에서 보조금의 관리에 관하여는 다른 법령이나 조례에 특별한 규정이 있는 것을 제외하고는 이 조례가 정하는 바에 의한다고 되어 있고, 제5조제1항, 제2항에서 보조금의 교부를 받고자 하는 자는 보조사업의 목적과 내용 등 일정한 사항을 기재한 신청서를 시장에게 제출하고, 신청서에 사업계획서를 첨부하여야 한다고 되어 있으며, 제6조에서 시장은 보조금 교부신청서가 제출된 경우 법령과 예산의 목적에 위배 여부 등을 조사, 검토하여 보조금의 교부를 결정한다고 되어 있으며, 제8조제2항에서 보조금통지 전에 시행한 공사 또는 사업에 대하여는 보조금을 교부하지 아니한다고 되어 있고, 제11조에서 보조사업자는 법령, 보조금교부결정의 내용 및 조건과 법령에 의거한 시장의 처분에 따라 선량한 관리자의 주의로 성실히 보조사업을 수행하여야 하며, 그 보조금을 다른 용도에 사용하여서는 안 된다고 되어 있으며, 제17조에서 시장은 보조금을 교부받은 자가 1. 법령 또는 보조조건에 위반하였을 때, 2. 보조사업의 성공 가능성이 없을 때, 3. 사업의 전부 또는 일부를 정지하였을 때, 4. 허위 또는 부정한 방법으로 보조금을 교부받았을 때, 5. 이 조례에 의한 명령이나 처분에 위반하거나 검사거부 또는 허위보고를 하였을 때 보조금의 교부를 중지하거나 이미 교부한 보조금의 전부 또는 일부의 반환을 명할 수 있다고 되어 있다.

나. 판 단

1) 청구인은 사법상 분쟁해결절차에 따라 해결해야 할 사안을 행정처분의 형식으로 발령한 이 사건 처분은 법적 근거가 없어 무효인 처분이라고 주장한다.

민간투자법 제4조제1호에서 정한 방식의 민간투자사업{일명BTO(Build-Transfer-Operate) 방식}은 사업시행자가 건설기간 동안 해당 사업을 위하여 공사비 등의 자금을 투입하고, 그 투입한 자금을 운영기간 동안의 운영수입에서 운영비용을 제외한 순 운영수입으로 회수할 것을 전제로 하는 것으로, 위 인정사실에 따르면 이 사건 사업은 사업시행자가 총사업비를 투자하여 이 사건 도로를 건설한 뒤 그 소유권을 피청구인에게 귀속시키는 대신, 28년간 위 도로를 관리·운영하면서 얻는 통행료 수입을 통하여 투자금을 회수하는 방식인데, 피청구인은 2000. 12. 29. 이 사건 사업의 시행자로 선정한 청구외 회사와 이 사건 사업을 위한 실시협약을 체결하면서, 운영개시일부터 28년간 청구외 회사가 위 실시협약에서 정한 추정통행료수입의 85% 상당(보장기준통행료수입)의 수익을 얻지 못하는 경우에는 실제통행료수입과 보장기준통행료수입의 부족분을 지급하기로 약정(제44조제2항)하였고, 청구인이 2003. 3. 17. 피청구인의 승인을 받아 청구외 회사의 이 사건 사업 시행자 지위 및 이 사건 도로의 관리운영권을 양수함으로써 이 사건 실시협약상 지위를 그대로 승계하였다.

민간투자법 제53조 및 같은 법 시행령 제37조는 '재정지원'이라는 제목 하에 귀속시설사업을 원활하게 시행하기 위해 일정한 경우 사업시행자에게 보조금을 지급할 수 있도록 되어 있는데, 다음과 같은 사정 즉, ① 보조금조례 제2조제1호에서 '보조금'을 광역시 이외의 자가 행하는 사무 또는 사업에 대하여 공익상, 시책상의 필요에 따라 시가 이를 조성하거나 재정상의 원조를 하기 위하여 교부하는 자금을 말한다고 되어 있고, 이 사건 실시협약 제44조제2항의 MRG 약정에 따라 청구인에게 지급되는 보조금 역시 피청구인이 사업시행자로부터 대가를 받지 않고 민간투자사업의 원활한 추진을 위한 공익상, 시책상 필요에 따라 일방적으로 지원되는 것으로, 그 지급사유와 지급기준을 미리 이 사건 실시협약에서 정해 둔 것일 뿐, 통상의 보조금과 그 성질을 달리한다고 보이지 않는 점, ②「지방재정법」 제17조제1호에서 지방자치단체가 개인, 단체에 대한 보조를 할 수 없도록 하면서도 '법률에 규정이 있는 경우'를 예외사유로 정하고 있는데, 민간투자법령상의 위 재정지

원에 관한 규정이 이에 해당한다고 볼 수 있고, 보조금조례 제3조에서 보조금 관리에 관하여 다른 법령이나 조례에 특별한 규정이 있는 것을 제외하고는 위 조례가 정하는 바에 의한다고 하고 있으므로, MRG 약정에 따른 보조금에 대하여 민간투자법령에서 따로 정하고 있는 사항을 제외하고는「지방재정법」및 보조금조례의 적용을 받는다고 보아야 하는 점, ③ 이 사건 사업 역시 공익에 관련되므로 사업시행자에게는 일정한 공적 제약이 따를 수밖에 없고, 민간투자법령상 주무관청에게 감독권한이 부여되어 있는 점 등을 고려할 때, MRG 약정에 따라 청구인에게 지급되는 보조금 역시 통상의 보조금과 같은 방식에 따른 규율대상이 된다고 보는 것이 타당하다. 따라서「지방재정법」이나 보조금조례에서 정하고 있는 제재사유가 있는 한 주무관청이 행정청의 지위에서 보조금 교부중지, 보조금 반환명령 등의 제재조치를 취할 수 있다고 보아야 한다.

한편 민간투자법 제46조에서 이 법에 따른 명령이나 처분을 위반한 경우 주무관청이 위반행위를 한 자에게 '그 밖에 필요한 처분'을 할 수 있도록 하고 있는데, 이는 감독의 실효성을 확보하기 위해 법령위반자에게 취할 수 있는 조치를 한정하여 열거하지 않고 포괄적으로 정하고 있는 것이므로, 위반행위의 내용에 비추어 보조금 지급중지가 감독의 실효성 확보를 위반 유효한 수단이고, 위반행위와 이에 대한 보조금 지급중지가 부당결부에 해당하지 않는 한 감독관청으로서는 법령위반자에 대해 보조금지급을 중지하는 것도 가능하다고 할 것이다.

따라서 당사자간 보조금 지급 중지 여부는 사법상 분쟁해결 절차에 따라야 하므로 행정처분의 형식을 빌린 이 사건 처분 자체가 근거가 없다는 청구인의 주장은 받아들이지 아니한다.

2) 청구인은 2003년 3월경 청구외 회사로부터 이 사건 도로의 관리운영권 등 사업시행자로서 지위를 양수하면서 2003. 3. 28. 및 2004. 10. 24. 두 차례에 걸쳐 자본금을 줄이고 차입금을 늘리는 방법으로 자금구조를 변경하여 전체 양수대금에서 대출금이 차지하는 비중이 93.07%에 이르게 되었고, 청구인의 주주인 00리가 대주로 되어 있는데, 위 인정사실에서 확인되는 다음과 같은 사정 즉, ① 1996. 6. 5.자 민간투자시설사업기본계획에서 사업신청 자격으로 사업 신청자의 최상위 출자자의 지분율은 25% 이상으로 하도록 정하고, '출자자의 자금투입계획' 중 '총민간투자비 중 자기자본비율' 및 '자기자본 조달의 타당성'

이 평가항목으로 배점이 되어 있는 점, ② 최초 사업시행자로 선정된 청구외 회사가 제출한 1996. 8. 12.자 사업계획서 중 자금조달계획에서, 1996년부터 2000년까지 총 1,893억원의 투입자금을 자기자본비율 28.7%로 하여 조달하겠다는 뜻을 밝혔고, 1997. 3. 5.자 실시계획 승인고시에도 동일한 내용으로 되어 있는 점, ③ 이 사건 실시협약에서 정하고 있는 운영기간 동안의 수익률, 무상사용기간, 통행료, 사업비 등 산정은 실시협약 당시의 자기자본비율을 적용하였을 경우의 자금조달비용을 기초로 하여 일정한 함수관계 산식으로 정해진 점, ④ 이 사건 실시협약 제74조 및 제75조에 의하면 이 사건 사업 진행에 있어 피청구인의 민간투자시설사업기본계획, 실시계획승인, 고시 등 청구외 회사와 피청구인 사이에 이루어진 약정이 특별한 사정이 없는 한 계속 존중되어야 할 것이고, 이 사건 실시협약에서 자기자본비율에 대해 위 시설사업기본계획이나 실시계획 등과 상이한 사항을 정하고 있지 않은 점, ⑤ 감사원은 이 사건 사업과 관련하여, 민간투자사업의 실시협약은 협약체결 시점에 약정한 자기자본비율 및 타인자본비율, 타인자본 조달금리, 법인세 비용 등을 적용한 재무모델에 따라 사업수익률이 산정되는데, 실시협약 및 재무모델의 내용과 다르게 자본구조를 변경하게 되면 법인세 절감 및 조기배당 효과 등으로 투자자에게 추가 이익이 발생하므로 민자사업자의 임의적인 자금재조달 행위에 대해서는 실시협약 변경을 통해 최소운영수입보장 축소 등으로 그 이익을 공유하는 것이 타당하다고 지적하고 있는 점, ⑥ 결국 청구인이 자금재조달을 통해 대출금이 차지하는 비중을 높이면서 청구인의 주주인 00리는 대주의 지위에서 이 사건 사업의 운영기간 동안 청구인으로부터 대출 이자를 지급받는 형식으로 안정적으로 수익(조기배당의 효과)을 올리게 되는 반면, 청구인 회사는 막대한 이자비용의 증가에 따른 재정부실로 당초 예정했던 법인세도 납부하지 못하는 상황에 있는 등 자기자본비율 유지의무 위반의 정도가 중대하다고 볼 수 있는 점 등을 고려할 때, 청구인은 이 사건 실시협약 체결 당시의 자기자본비율을 유지해야 할 의무가 있고, 청구인이 실시계획, 이 사건 실시협약에 반하여 자기자본비율 유지의무를 위반한 이상 민간투자법 제15조, 제24조 등 법령을 위반하였다고 할 것이다.

따라서 민간투자법 제46조제2호, 보조금조례 제17조제1호에 근거하여 법령을 위반한 청구인에게 보조금의 교부를 중지한 피청구인의 이 사건 처분이 위법·부당하다고 할 수 없다.

3) 한편 청구인은 이 사건 처분이 이 사건 원상회복명령과 양립할 수 없는 이행 불가능한 내용을 담고 있고, 민간투자법 제46조가 예정한 처분에 보조금과 관련한 것은 없으므로 이 사건 처분은 법령이 예정한 것이 아니라고 주장하나, 이 사건 처분은 '청구인의 자본금이 543억원으로 되고, 차입금이 실시협약 재무모델상 금액으로 되며, 차입금에 대한 미지급이자가 존재하지 않을 때까지' 청구인에 대한 보조금지급을 중지한다는 내용으로, 이는 변경된 자금구조를 이 사건 실시협약상 재무모델에서 예정하고 있던 자금구조로 자기자본금액, 타인자본금액 및 미지급이자를 되돌리라는 것이므로 위 조건성취를 위해 청구인이 자본금을 늘리고, 기한이 도래하지 않은 차입금 및 차입금에 대한 이자를 상환하는 등의 조치를 취함으로써 이행을 확보할 수 있고, 달리 위 조건의 성취가 법률상·사회관념상 불가능하다고 보이지 않는 점, 민간투자법령에서 재정지원과 관련하여 법령위반자에 대한 제재규정을 따로 두고 있지 않으므로 민간투자법 제46조의 주무관청이 법령위반자에게 할 수 있는 '그 밖에 필요한 처분'에 보조금 지급중지가 포함된다고 볼 수 있으며, 설령 보조금 지급중지가 민간투자법 제46조에서 예정한 행정처분이 아니라 하더라도, MRG 약정에 따른 보조금 역시 통상의 보조금과 같은 방식으로 규율되고 보조금조례가 이 사건에도 적용된다고 보는 이상, 보조금조례 제17조에서 법령위반자에 대한 제재처분으로 보조금지급 중지를 예정하고 있으므로 여전히 이 사건 처분의 법적 근거를 인정할 수 있는 점 등을 고려할 때 이에 반하는 청구인의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 청구인의 청구를 모두 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

정 보 공 개

Anti-Corruption & Civil Rights Commission

1 2013-07063 정보공개 이의신청 기각결정 취소청구(재결일: 2014. 4. 15.)

【사건의 쟁점】

근로감독청이 근로감독의 결과에 따라 시정지시한 내용과 그 위반사항을 입증하기 위한 증빙자료가 정보공개법상 비공개대상 정보인지 여부

【재결요지】

이 사건 정보 중 시정지시서(문서번호 근로개선지도1과-****), 시정지시서 변경(문서번호 근로개선지도1과-oooo)은 시정지시 대상 사업장에 대하여 근로감독의 결과에 따라 시정지시를 통지하고 시정지시 결과에 대한 증빙자료를 제출하도록 하는 내용의 공문으로, 위 정보에서 시정지시 대상 노조전임자의 이름과 지원받은 금액을 제외한 나머지 부분은 개인에 관한 사항이나 법인의 경영·영업상 비밀에 관한 사항에 해당한다고 보기 어렵고, 근로감독 결과에 해당하는 위 나머지 부분만 공개한다면 피청구인의 근로감독 업무 수행에 현저한 지장을 초래한다고 보기도 어려우며, 헌법과 법률에 규정된 국민의 알권리 보장과 노동조합활동의 적정성 확보라는 공익을 실현하고 국민들의 근로감독 행정에 대한 관심과 참여정신을 고양시킨다는 면에서는 이를 공개할 필요성이 있다고 할 것이다. 따라서 이 사건 정보 중 시정지시서(문서번호 근로개선지도1과-****), 시정지시서 변경(문서번호 근로개선지도1과-oooo)[이상 정보에서 노조전임자의 이름, 지원받은 금액은 제외한다]는 정보공개법 제9조제1항제5호, 제6호, 제7호의 비공개대상 정보에 해당한다고 할 수 없음

【재결의 의미】

근로감독의 결과에 따라 시정지시를 통지하고 시정지시 결과에 대한 증빙자료를 제출하도록 하는 내용의 공문 중 시정지시 대상 노조전임자의 이름과 지원받은 금액을 제외한 나머지 부분은 정보공개법 제9조제1항제5호, 제6호, 제7호의 비공개대상 정보에 해당한다고 할 수 없음

주 문 1. 피청구인이 2013. 2. 5. 청구인에게 한 정보공개 이의신청 기각결정 중 시정지시서(문서번호 근로개선지도1과-****), 시정지시서 변경(문서번호 근로개선지도1과-oooo)[이상 정보에서 노조전임자의 이름, 지원받은 금액은 제외한다]에 관한 부분을 취소한다.

2. 청구인의 나머지 청구를 기각한다.

청구취지 피청구인이 2013. 2. 5. 청구인에게 한 정보공개 이의신청 기각결정을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

가. 청구인이 2013. 1. 7. 피청구인에게 '피청구인이 근로개선지도1과-****호로 시행한 시정지시서 및 그 증빙자료, 추후 시정지시서 변경에 따른 관련자료 및 그 증빙자료'(이하 '이 사건 정보'라 한다)의 공개를 청구하자, 피청구인은 2013. 1. 18. 이 사건 정보가 근로감독과 관련된 사항으로 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」(이하 '정보공개법'이라 한다) 제9조제1항제5호, 제6호의 비공개대상 정보에 해당한다는 이유로 비공개하였다.

나. 이에 청구인이 2013. 1. 21. 이의신청을 하자, 피청구인은 정보공개심의회의 심의를 거쳐 2013. 2. 5. 이 사건 정보가 정보공개법 제9조제1항제5호, 제6호, 제7호의 비공개대상 정보에 해당한다는 이유로 이의신청 기각결정(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

이 사건 정보의 공개는 여러 가지의 사회문제를 야기함은 물론 시민의 건강을 담보로 하는 행위에 이르러 이로 인한 피해가 계속되고 있는 상황에서 시민의 알권리 차원을 벗어나 시민의 건강 보호와 공공의 목적 사업까지 관련되므로 피청구인이 단순한 노조문제로 이해하여 청구인의 이의신청을 기각한 것은 절차적 또는 내용적으로 위법·부당하다.

3. 피청구인 주장

가. 피청구인은 이 사건 처분을 함에 있어 정보공개법에 정한 바에 따라 관련 제3자의 의견을 청취하였고, 정보공개심의회의 심의도 거쳤으며, 처리사항이나 불복절차 등도 통보하였기 때문에 이 사건 처분에 절차적 위법이 있다고 할 수 없다.

나. 이 사건 정보는 근로감독관이 사업장에 대하여 「노동조합 및 노동관계조정법」의 위반 여부를 감독하기 위하여 행하는 근로시간면제제도 이행실태 지도점검과 관련된 감독

의 결과와 그 감독의 결과 등에 따른 조치요구사항, 처분 또는 개선조치에 관한 사항으로, 이를 공개할 경우 근로감독에 현저한 지장을 초래하게 되고, 당해 정보에 포함되어 있는 이름·주민등록번호 등 개인에 관한 사항과 법인의 경영·영업상 비밀도 공개되어 개인의 사생활 및 법인의 정당한 이익을 해할 우려가 있다. 따라서 이 사건 정보는 정보공개법 제9조제1항제5호, 제6호, 제7호의 비공개대상 정보에 해당한다.

4. 관계법령

공공기관의 정보공개에 관한 법률 제2조부터 제4조까지, 제9조제1항

근로기준법 제102조제1항, 제5항, 제103조

사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률 제6조의2제1항

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 정보공개청구서, 정보(비공개)결정통지서, 정보(비공개)결정 이의신청서, 이의신청(기각)결정통지서 등 각 사본과 행정심판청구서 및 답변서의 기재내용을 종합하여 보면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 피청구인은 2012. 5. 23. 사업장인 ♡♥의료원이 「노동조합 및 노동관계조정법」, 「근로기준법」 등 노동관계 법령을 위반하였는지 감독하기 위해 근로시간면제제도 이행실태를 지도·점검하였고, 2012. 5. 25. 2개의 위반사항에 대하여 ♡♥의료원에 '시정지시서 근로개선지도1과-****호'로 시정지시하였다.

나. 위 시정지시에 대하여 전국보건의료산업노동조합 전북본부 ♡♥의료원지부에서 이의를 제기하였고, 피청구인은 ♡♥의료원장 및 ♡♥의료원지부장이 제출한 확인서 등을 검토한 결과 위 이의제기에 이유가 있다고 보고, 2012. 6. 26. 2개의 위반사항 중 1개에 대한 시정지시를 '시정지시서 변경 근로개선지도1과-oooo호'로 취소하였다.

다. 청구인은 2013. 1. 7. 피청구인에게 이 사건 정보의 공개를 청구하였고, 피청구인은 2013. 1. 18. 이 사건 정보가 근로감독과 관련된 사항으로 정보공개법 제9조제1항제5호, 제6호의 비공개대상 정보에 해당한다는 이유로 비공개하였다.

라. 이에 청구인이 2013. 1. 21. 이의신청을 하자, 피청구인은 2013. 1. 24. 이 사건 정보와 관련된 ♡♥의료원장 및 전국보건의료산업노동조합 전북본부 ♡♥의료원지부장에게 그 공개 가능 여부에 대해 의견을 물었고, 전국보건의료산업노동조합 전북본부 ♡♥의료원지부장과 시정지시 대상 노조전임자는 2013. 1. 24. 노동조합과 핵심간부들의 활동에 관한 정보가 공개될 경우 노동조합 활동에 제3자 지배 개입의 소지가 있음을 이유로 각 비공개 의견을, ♡♥의료원장은 2013. 1. 29. 국민의 알권리 보장 등을 이유로 공개 의견을 각각 제출하였다.

마. 이후 피청구인은 2013. 2. 4. 정보공개심의회의 심의·의결을 거쳐 2013. 2. 5. 이 사건 정보가 정보공개법 제9조제1항제5호, 제6호, 제7호의 비공개대상 정보에 해당한다는 이유로 이 사건 처분을 하였고, 이에 불복이 있을 때에는 행정심판이나 행정소송을 제기할 수 있다고 알렸다.

바. 우리 위원회에서 직권 조사한 결과 이 사건 정보의 주요내용은 아래와 같다.

- 아 래 -

○ 이 사건 정보는 ① 시정지시서(문서번호 근로개선지도1과-****)와 그 증빙자료, ② 시정지시서 변경(문서번호 근로개선지도1과-oooo)에 따른 관련 자료와 그 증빙자료로 구성되어 있음

○ 위 시정지시서(문서번호 근로개선지도1과-****), 시정지시 변경(문서번호 근로개선지도1과-oooo)은 근로감독의 결과에 따라 시정지시를 통지하고 시정지시 결과에 대한 증빙자료를 제출하도록 하는 내용으로 피청구인이 ♡♥의료원에게 발송한 공문이며, 시정지시 대상 노조전임자의 이름과 그 지원받은 금액이 기재되어 있음

○ 시정지시서와 관련된 증빙자료는 범죄일람표, 근로시간면제제도 이행 점검표, 2012. 5. 23. 자 ♡♥의료원의 확인서 등으로 구성되어 있음

○ 시정지시서 변경에 따른 관련 자료와 그 증빙자료는 확인감독결과보고서, 시정지시서 결과 증빙자료 제출, 시정지시내용에 대한 변경 검토보고(♡♥의료원), 전국보건의료산업노동조합 ♡♥의료원지부장과 ♡♥의료원장이 각 작성·제출한 확인서, 회의 의사록, 참석자 명단, 출장내역 등의 노동조합원으로서 활동한 내역, 사업장 노무실태 등으로 구성되어 있음

○ 이 사건 정보에는 시정지시 대상 노조전임자의 이름·생년월일·전화번호 등의 인적사항과 노동관련 법령 위반 사실을 증명하기 위한 위 노조전임자의 노동조합활동 내역(일시·장소·발언내용), 급여 등이 기재되어 있음

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령

(1) 정보공개법 제1조, 제2조, 제3조, 제9조를 종합하면, '정보'란 공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 관리하고 있는 문서·도면·사진·필름·테이프·슬라이드 및 그 밖에 이에 준하는 매체 등에 기록된 사항을 말하고, 국민의 알권리를 보장하고 국정에 대한 국민의 참여와 국정운영의 투명성을 확보하기 위하여 공공기관이 보유·관리하는 정보를 모든 국민에게 원칙적으로 공개하도록 하고 있으며, 같은 법 제9조가 예외적인 비공개 가능사유를 열거하고 있다.

(2) 같은 법 제9조제1항제5호에 감사·감독·검사·시험·규제·입찰계약·기술개발·인사관리·의사결정과정 또는 내부검토과정에 있는 사항 등으로서 공개될 경우 업무의 공정한 수행이나 연구·개발에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보는 공개하지 않을 수 있다고 되어 있는데, 여기서 '업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우'란 정보공개제도의 목적 및 비공개대상정보의 입법취지에 비추어 볼 때 공개될 경우 업무의 공정한 수행이 객관적으로 현저하게 지장을 받을 것이라는 고도의 개연성이 존재하는 경우를 의미하며, 여기에 해당하는지 여부는 비공개에 의하여 보호되는 업무수행의 공정성 등의 이익과 공개에 의하여 보호되는 국민의 알권리의 보장과 국정에 대한 국민의 참여 및 국정운영의 투명성 확보 등의 이익을 비교·교량하여 구체적인 사안에 따라 신중하게 판단되어야 한다(대법원 2003. 8. 22. 선고 2002두12946 판결 참조).

(3) 같은 법 제9조제1항제6호에 '당해 정보에 포함되어 있는 이름·주민등록번호 등 개인에 관한 사항으로서 공개될 경우 개인의 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보'를 공개하지 않을 수 있으나, 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보라고 하더라도 공공기관이 작성하거나 취득한 정보로서 공개하는 것이 공익 또는 개인의 권리구제를 위하여 필요하다고 인정되는 등의 정보는 공개하도록 규정하고 있는바, '공개하는 것이 공익 또는 개인의 권리구제를 위하여 필요하다고 인정되는 정보'에 해당하는지 여부는 비공개에 의하여 보호되는 개인의 사생활 보호 등의 이익과

공개에 의하여 보호되는 국정운영의 투명성 확보 등의 공익 또는 개인의 권리구제 등의 이익을 비교·교량하여 구체적 사안에 따라 개별적으로 판단하여야 한다(대법원 2003. 12. 26. 선고, 2002두1342 판결 참조).

(4) 같은 법 제9조제1항제7호에 공공기관이 보유·관리하고 있는 정보 중 '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'는 공개하지 아니할 수 있으나, 이러한 정보라고 하더라도 사업활동에 의하여 발생하는 위해로부터 사람의 생명·신체 또는 건강을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보(가목), 위법·부당한 사업활동으로부터 국민의 재산 또는 생활을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보(나목)는 비공개대상정보에서 제외한다고 되어 있는바, 여기서 위 '법인 등의 경영·영업상 비밀'은 타인에게 알려지지 아니함이 유리한 사업활동에 관한 일체의 정보 또는 사업활동에 관한 일체의 비밀사항을 의미하는 것이고 그 공개 여부는 공개를 거부할 만한 정당한 이익이 있는지 여부에 따라 결정되어야 하는데, 그러한 정당한 이익이 있는지는 정보공개법의 입법 취지에 비추어 엄격하게 판단하여야 한다(대법원 2011. 11. 24. 선고, 2009두 19021 판결 참조).

(5) 같은 법 제11조제3항 및 제21조제1항에 따르면 공공기관은 공개 청구된 공개대상정보의 전부 또는 일부가 제3자와 관련이 있다고 인정되는 때에는 그 사실을 제3자에게 지체 없이 통지하여야 하며, 필요한 경우에는 그의 의견을 들을 수 있고, 정보공개 청구된 사실을 통지받은 제3자는 통지받은 날부터 3일 이내에 당해 공공기관에 대하여 자신과 관련된 정보를 공개하지 아니할 것을 요청할 수 있다고 규정하고 있다고 하더라도, 이는 공공기관이 보유·관리하고 있는 정보가 제3자와 관련이 있는 경우 그 정보공개여부를 결정함에 있어 공공기관이 제3자와의 관계에서 거쳐야 할 절차를 규정한 것에 불과할 뿐, 제3자의 비공개요청이 있다는 사유만으로 정보공개법상 정보의 비공개사유에 해당한다고 볼 수 없다(대법원 2008. 9. 25. 선고 2008두8680 판결 등 참조).

(6) 같은 법 제13조제4항, 제14조에 공공기관이 정보의 비공개결정을 한 때에는 비공개 이유·불복방법 및 불복절차를 구체적으로 명시하여 그 사실을 청구인에게 지체 없이 문서로 통지하여야 하고, 공개청구한 정보가 비공개 대상 정보와 공개가 가능한 부분이 혼합

되어 있는 경우 공개청구의 취지에 어긋나지 아니하는 범위 안에서 두 부분을 분리할 수 있는 때에는 비공개 대상 정보를 제외하고 공개하도록 되어 있다.

(7) 한편「근로기준법」제102조제1항 및 제5항에 따르면 근로감독관은 사업장, 기숙사, 그 밖의 부속 건물에 임검(臨檢)하고 장부와 서류의 제출을 요구할 수 있으며 사용자와 근로자에 대하여 심문(尋問)할 수 있고, 이 법이나 그 밖의 노동 관계 법령 위반의 죄에 관하여「사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」에서 정하는 바에 따라 사법경찰관의 직무를 수행한다고 되어 있으며, 이에 따라「사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」제6조의2제1항은「근로기준법」에 따른 근로감독관은 그의 관할 구역에서 발생하는「근로기준법」,「노동조합 및 노동관계조정법」등에 규정된 범죄에 관하여 사법경찰관의 직무를 수행한다고 되어 있고,「근로기준법」제103조에 따르면 근로감독관은 직무상 알게 된 비밀을 엄수하여야 한다고 되어 있다.

나. 판단

(1) 우선 청구인은 이 사건 처분이 절차적으로 위법·부당하다고 주장하므로 이에 관하여 살펴본다.

위 인정사실에 따르면 피청구인은 이 사건 처분에 앞서 이 사건 정보와 관련이 있는 ♡♥의료원과 전국보건의료산업노동조합 ♡♥의료원지부 등에 그 공개 여부에 관하여 의견을 들어 정보공개심의회의 심의를 거쳤으며, 이 사건 처분을 하면서 비공개 사유와 그 불복방법도 함께 통지하였으므로 이 사건 처분에 절차적 하자가 있다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 자료도 없는 이상 청구인의 주장을 받아들일 수 없다.

(2) 다음으로 이 사건 처분이 내용적으로 위법·부당하다는 주장에 관하여 살펴본다.

(가) 위 인정사실에 따르면 이 사건 정보는 피청구인이 ♡♥의료원에 대하여 근로시간 면제제도 이행실태를 지도·점검하고 노동관계 법령을 위반한 것에 대하여 시정지시한 내용과 그 위반사항을 입증하기 위한 증빙자료로서, 이는 정보공개법 제9조제1항제5호에서 예시적으로 열거한 '감독'에 해당되고, 위 정보에는 시정지시 대상 노조전임자의 노동조합 활동 내역 및 그에 대한 평가 등이 포함되어 있어 동 정보들이 공개될 경우 이해관계를 가진 관계 당사자들로부터 제기될지도 모르는 시시비비에 일일이 휘말리는 상황이 벌어짐

으로써 감독 업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 초래할 가능성이 있다고 보이며, 이 사건 정보와 유기적으로 연계되어 있는 감독과정 등이 공개될 경우 청구인의 알권리의 충족에서 끝나는 것이 아니라 피청구인이 향후 공정한 근로감독를 하는데 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 점, 이 사건 정보에는 시정지시 대상 노조전임자의 이름·생년월일·전화번호 등의 인적사항과 위 노조전임자와 함께 노동조합활동을 한 자의 이름이나 그들의 발언내용·활동상황이 기재되어 있어 이를 제3자인 청구인에게 공개하게 되면 위 관련자들의 사생활 비밀 또는 자유가 침해될 우려가 있는 점, 또한 이 사건 정보에는 시정지시 대상 노조전임자가 전국보건의료산업노동조합 ♡♥의료원지부의 노동조합원으로서 활동한 내역과 ♡♥의료원의 사업장 노무실태 등이 포함되어 있어 이들 정보는 타인에게 알려지지 아니함이 유리한 사업활동에 관한 일체의 정보 또는 사업활동에 관한 일체의 비밀사항에 해당되고 이를 외부에 공개할 경우 당해 노동조합지부과 그 사업장의 정당한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 점 등을 종합하여 보면 이 사건 정보는 정보공개법 제9조제1항제5호, 제6호, 제7호의 비공개대상 정보에 해당한다는 이유로 한 피청구인의 이 사건 처분이 위법·부당하다고 할 수 없다.

(나) 다만, 이 사건 정보 중 시정지시서(문서번호 근로개선지도1과-****), 시정지시서 변경(문서번호 근로개선지도1과-oooo)은 시정지시 대상 사업장에 대하여 근로감독의 결과에 따라 시정지시를 통지하고 시정지시 결과에 대한 증빙자료를 제출하도록 하는 내용의 공문으로, 위 정보에서 시정지시 대상 노조전임자의 이름과 지원받은 금액을 제외한 나머지 부분은 개인에 관한 사항이나 법인의 경영·영업상 비밀에 관한 사항에 해당한다고 보기 어렵고, 근로감독 결과에 해당하는 위 나머지 부분만 공개한다면 피청구인의 근로감독 업무 수행에 현저한 지장을 초래한다고 보기도 어려우며, 헌법과 법률에 규정된 국민의 알권리 보장과 노동조합활동의 적정성 확보라는 공익을 실현하고 국민들의 근로감독 행정에 대한 관심과 참여정신을 고양시킨다는 면에서는 이를 공개할 필요성이 있다고 할 것이다. 따라서 이 사건 정보 중 시정지시서(문서번호 근로개선지도1과-****), 시정지시서 변경(문서번호 근로개선지도1과-oooo)[이상 정보에서 노조전임자의 이름, 지원받은 금액은 제외한다]는 정보공개법 제9조제1항제5호, 제6호, 제7호의 비공개대상 정보에 해당한다고 할 수 없고, 이 사건 처분 중 시정지시서, 시정지시서 변경에 관한 부분은 위법·부당하다.

7. 결　　론

그렇다면 청구인의 주장을 일부 인정할 수 있으므로, 청구인의 청구 중 시정지시서(문서번호 근로개선지도1과-****), 시정지시서 변경(문서번호 근로개선지도1과-oooo)[이상 정보에서 노조전임자의 이름, 지원받은 금액은 제외한다]에 관한 부분은 받아들이기로 하고, 나머지 청구는 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

2 2013-11890 정보공개처분 취소청구(재결일 : 2014. 3. 18.)

【사건의 쟁점】

청구인은 현재 교도소에 수용되어 있어 인터넷 등 정보통신망에 접근할 수 없는 실정인데도 피청구인은 청구인이 요구한 사본·출력물 형태로 공개하지 않고 단지 정보가 소재하는 인터넷 홈페이지 주소 및 접근경로만 알려준 경우 동 처분이 위법·부당한지 여부

【재결요지】

청구인은 현재 교도소에 구금된 상태이므로 인터넷 등 정보통신망을 통해 위 정보를 확인하기 어려운 바, 이 사건 처분이 외형상 정보의 소재를 안내하는 공개결정의 형식을 취하고 있다고 하더라도 피청구인은 청구인이 선택한 사본 또는 출력물의 교부의 공개방법을 거절함으로써 사실상 청구인에게 비공개결정을 한 것이나 다름없다고 할 것이고, 정보공개법의 내용을 종합하여 볼 때, 정보공개청구의 대상이 되는 정보가 이미 다른 사람에게 공개하여 널리 알려져 있다거나 인터넷이나 관보 등을 통하여 공개하여 인터넷검색이나 도서관에서의 열람 등을 통하여 쉽게 알 수 있다는 사정만으로 소의 이익이 없다거나 비공개결정이 정당화될 수는 없으며(대법원 2008. 11. 27. 선고 2005두15694 판결 참조), 정보공개를 청구하는 자가 공공기관에 대해 정보의 사본 또는 출력물의 교부의 형태로 공개방법을 선택하여 정보공개청구를 한 경우에 공개청구를 받은 공공기관으로서는 정보공개법 제13조제2항단서에서 규정한 정보의 사본 또는 복제물의 교부제공을 제한할 수 있는 사유에 해당하지 않는 한 정보공개청구자가 선택한 공개방법에 따라 정보를 공개하여야 하므로 피청구인이 그 공개방법을 선택할 재량권이 있다고 할 수도 없다(대법원 2004. 8. 20. 선고 2003두8302 판결 참조). 따라서 수형자 신분인 청구인이 다른 법령에 따라 이 사건 정보의 사본 또는 출력물을 직접 방문수령할 수 있는 지는 별론으로 하고, 청구인이 선택한 사본 또는 출력물의 교부의 공개형태를 거절한 피청구인의 이 사건 처분은 위법·부당함

【재결의 의미】

청구인이 교도소에 수용되어 있어 인터넷 등 정보통신망에 접근할 수 없는 경우 청구인이 요구한 사본·출력물 형태로 공개하지 않고 정보가 소재하는 인터넷홈페이지 주소 및 접근경로만 알려준 것은 위법·부당함

주 문 피청구인이 2013. 5. 6. 청구인에게 한 정보공개처분을 취소한다.

청구취지 주문과 같다.

이 유

1. 사건개요

청구인이 2013. 4. 30. 피청구인에게 '법무부 법령 및 내규 목록'(이하 '이 사건 정보'라 한다)을 사본·출력물의 형태로 공개해 줄 것을 청구하자, 피청구인은 2013. 5. 6. 청구인에게 이 사건 정보의 소재를 안내하는 방법으로 정보공개(이하 '이 사건 처분'이라 한다)하였다.

2. 청구인 주장

청구인은 현재 교도소에 수용되어 있어 인터넷 등 정보통신망에 접근할 수 없는 실정인데도 피청구인은 청구인이 요구한 사본·출력물 형태로 공개하지 않고 단지 정보가 소재하는 인터넷홈페이지 주소 및 접근경로만 알려줌으로써 청구인의 알권리를 침해하였다.

3. 피청구인 주장

청구인이 정보공개 청구한 이 사건 정보는 이미 국가법령정보센터 홈페이지나 법무부 홈페이지에 게재되어 일반에게 공개되어 있고, 정보공개법령에서 위와 같은 정보는 그 정보의 소재를 안내하는 방법으로 정보공개를 하도록 규정하고 있는바, 그에 따라 적법하게 정보의 소재를 안내하였으므로 청구인의 심판청구는 각하 또는 기각되어야 한다.

4. 관계법령

공공기관의 정보공개에 관한 법률 제3조 내지 제13조

공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령 제12조, 제14조

공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행규칙 제2조, 제5조, 별지 제1호의2서식 및 제7호서식

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 정보공개청구서, 정보공개결정통지서 등 사본과 행정심판 청구서 및 답변서의 기재내용에 따르면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 대전교도소에 수용되어 있는 자로 2013. 4. 30. 피청구인에게 이 사건 정보의 공개를 청구하였는데, 공개형태는 '사본·출력물'로, 교부방법은 '직접방문'으로 요구하였다.

나. 이에 대하여 피청구인은 2013. 5. 6. 청구인에게 아래와 같이 정보의 소재 및 접근 경로를 안내하는 방법으로 이 사건 처분을 하였다.

- 아 래 -

□ 공개정보
귀하께서 공개 청구하신 법무부 법령 및 내규 목록 정보는 이미 일반에 널리 공표된 정보들로서, 공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령 제14조 제5호에 따르면 청구 정보의 소재 및 접근 경로를 안내하는 것으로 공개에 갈음토록 되어 있으니 이점 양지하여 주시기 바랍니다.
□ 소재안내
(법무부 법령)
「국가법령정보센터 홈페이지」→ 좌측 화면상의「분류검색(기관별)」→「법무부」클릭하여 해당 법령을 열람, 출력하실 수 있고,
(법무부 내규)
「법무부홈페이지」→「법무정보」→「법령정보」→「훈령/예규/고시」클릭하여 해당 내규를 열람, 출력하실 수 있으니 가족 기타 주변인 등을 통하여 정보의 소재에 접근하실 수 있음을 알려드립니다.

다. 법무부 예규 행정정보공개지침 제10조제1항 및 별표2에 따르면, 피청구인은 '소관 법령 및 훈령·예규'를 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제7조에 따른 공표대상 행정정보로 지정하고 소관부서는 이를 제·개정 시마다 홈페이지(정보마당→ 법령정보)에 공개하도록 하였는데, 위 홈페이지 '법령정보' 항목을 보면 2013. 12. 10. 현재 소관법령 338개, 훈령 461개, 예규 283개가 게재되어 공개되고 있음이 확인된다.

라. 청구인은 현재 교도소에 수용되어 있어 인터넷 등 정보통신망에 접근할 수 없으므

로 이 사건 정보의 소재 및 접근 경로만 안내하는 것은 위법·부당하다는 취지로 2013. 5. 15. 이 사건 심판청구를 하였다.

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령의 내용

공공기관이 보유·관리하는 정보에 대한 국민의 공개청구 및 공공기관의 공개의무에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 국민의 알권리를 보장하고 국정에 대한 국민의 참여와 국정운영의 투명성을 확보함을 목적으로 제정된 정보공개법은 제3조 및 제5조제1항에서 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개하여야 하고 모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다고 규정하면서 제9조제1항에서 비공개대상정보를 구체적으로 열거하고 있는바, 모든 국민에게 공공기관의 정보에 대한 공개청구권이 법적으로 인정되어 있는 반면에 정보공개청구를 받은 공공기관은 제9조제1항의 비공개사유에 해당하지 않는 한 정보공개 청구인에게 이를 공개할 의무를 가진다고 할 것이다.

정보공개법 제10조 및 제11조, 제13조에 따르면 정보의 공개를 청구하는 자는 해당 정보를 보유하거나 관리하고 있는 공공기관에 성명·주민등록번호·주소 및 연락처와 공개를 청구하는 정보의 내용 및 공개방법을 적은 정보공개 청구서를 제출하거나 말로써 정보의 공개를 청구할 수 있고, 공공기관은 그 청구를 받은 날부터 10일 이내에 공개 여부를 결정하여야 하며 정보의 공개를 결정한 경우에는 공개의 일시 및 장소 등을 분명히 밝혀 청구인에게 통지하여야 한다고 되어 있다. 이 경우 청구인이 사본 또는 복제물의 교부를 원하는 경우에는 이를 교부하여야 하고, 다만 공개 대상 정보의 양이 너무 많아 정상적인 업무수행에 현저한 지장을 초래할 우려가 있는 경우에는 정보의 사본·복제물을 일정 기간별로 나누어 제공하거나 열람과 병행하여 제공할 수 있다고 되어 있다. 한편 정보공개법 제7조제1항에 따르면 공공기관은 국민생활에 매우 큰 영향을 미치는 정책에 관한 정보, 예산집행의 내용과 사업평가 결과 등 행정감시를 위하여 필요한 정보, 그 밖에 공공기관의 장이 정하는 정보에 대하여는 공개의 구체적 범위, 공개의 주기·시기 및 방법 등을 미리 정하여 공표하고, 그에 따라 정기적으로 공개하여야 하고, 같은 법 시행령 제14조에 따르면 정보의 공개는 문서·도면·사진 등은 열람 또는 사본을 교부, 필름·테이프 등은 시청 또는 인화물·복제물을 교부하는 방법 등으로 하되 위와 같이 법 제7조제1항에 따라 이미 공개된

정보는 그 정보의 소재를 안내하는 방법으로 공개한다고 규정되어 있다.

나. 판단

피청구인은 이미 공표되어 공개되고 있는 이 사건 정보를 청구인에게 그 소재와 접근경로를 안내하는 방법으로 공개하였으므로 이 사건 처분은 적법하다고 주장하나, 위 인정사실에 따르면 청구인은 현재 교도소에 구금된 상태이므로 인터넷 등 정보통신망을 통해 위 정보를 확인하기 어려운 바, 이 사건 처분이 외형상 정보의 소재를 안내하는 공개결정의 형식을 취하고 있다고 하더라도 피청구인은 청구인이 선택한 사본 또는 출력물의 교부의 공개방법을 거절함으로써 사실상 청구인에게 비공개결정을 한 것이나 다름없다고 할 것이고, 정보공개법의 내용을 종합하여 볼 때, 정보공개청구의 대상이 되는 정보가 이미 다른 사람에게 공개하여 널리 알려져 있다거나 인터넷이나 관보 등을 통하여 공개하여 인터넷검색이나 도서관에서의 열람 등을 통하여 쉽게 알 수 있다는 사정만으로 소의 이익이 없다거나 비공개결정이 정당화될 수는 없으며(대법원 2008. 11. 27. 선고 2005두15694 판결 참조), 정보공개를 청구하는 자가 공공기관에 대해 정보의 사본 또는 출력물의 교부의 형태로 공개방법을 선택하여 정보공개청구를 한 경우에 공개청구를 받은 공공기관으로서는 정보공개법 제13조제2항단서에서 규정한 정보의 사본 또는 복제물의 교부제공을 제한할 수 있는 사유에 해당하지 않는 한 정보공개청구자가 선택한 공개방법에 따라 정보를 공개하여야 하므로 피청구인이 그 공개방법을 선택할 재량권이 있다고 할 수도 없다(대법원 2004. 8. 20. 선고 2003두8302 판결 참조). 따라서 수형자 신분인 청구인이 다른 법령에 따라 이 사건 정보의 사본 또는 출력물을 직접 방문수령할 수 있는 지는 별론으로 하고, 청구인이 선택한 사본 또는 출력물의 교부의 공개형태를 거절한 피청구인의 이 사건 처분은 위법·부당하다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 있으므로 청구인의 청구를 받아들이기로 하여 주문과 같이 재결한다.

3 2013-13795 정보공개 이행청구(재결일 : 2014. 3. 18.)

【사건의 쟁점】

2012년 ♡♥♤♠ 미술대전 정산서 및 사업결과물 사본 일체가 정보공개법상 비공개대상 정보인지 여부

【재결요지】

이 사건 정보 중 지출증빙자료에 관하여 살펴보면, 동 자료에는 개인의 성명과 주민등록번호, 관련 단체나 법인의 회사명과 사업자등록번호, 은행계좌번호 등이 기재되어 있어 동 정보가 공개될 경우 개인의 사생활 비밀 또는 자유가 침해할 우려가 있으므로 위 정보는 정보공개법 제9조제1항제6호의 비공개대상 정보에 해당하고, 또한 위 지출증빙자료는 거래은행, 거래상대방, 거래품목 등이 기재되어 있어 해당 거래업체의 경영·영업상 비밀에 해당하며 이를 공개할 경우 해당 업체의 영업상 자율성을 해할 우려가 있으므로 위 정보는 정보공개법 제9조제1항제7호의 비공개대상 정보에도 해당함

이 사건 정보 중 사업결과물에 관하여 살펴보면, 동 정보는 불특정 다수인에게 배포할 목적으로 제작된 것이므로 이를 공개한다고 하여 개인의 사생활 비밀 또는 자유가 침해될 우려가 있다고 인정하기 어려우며, 달리 피청구인이 제출한 자료만으로는 위 정보가 정보공개법 제9조제1항의 비공개대상 정보에 해당한다고 보기도 어려움

이 사건 정보 중 작품기증자료에 관하여 살펴보면, 이 사건 정보 중 정산보고서에는 대상작품 매입자금으로 5백만원을 지출하였다고 기재되어 있고 그 지출증빙자료로 '매매계약서'가 첨부되어 있는데, 우리 위원회에서 직권 조사한 바 이는 ♡♥♤♠ 미술대전의 종합대상작품을 기증받고 대상작품 작가에게 상금을 수여하였음을 증명하기 위해 작성된 것이므로 위 매매계약서가 청구인이 정보공개 청구한 '대상작품 기증 관련 자료'에 해당한다 할 것이고, 사정이 이와 같다면 청구인이 사회일반인의 관점에서 구체적이지 아니한 정보를 정보공개 청구하였다고 할 수 없으며, 위 매매계약서에는 대상작품과 그 매입절차가 기재되어 있을 뿐이므로 이를 공개한다고 하여 개인의 사생활 비밀 또는 자유가 침해될 우려가 있다고 인정하기 어렵고, 달리 피청구인이 제출한 자료만으로는 위 정보가 정보공개법 제9조제1항의 비공개대상 정보에 해당한다고 보기도 어려움

【재결의 의미】

2012년 ♡♥♤♠ 미술대전 정산서 및 사업결과물 사본 일체 중 소책자(팸플릿), 포스터 등의 사업결과물과 대상작품 기증 관련 자료는 정보공개법 제9조제1항의 비공개대상 정보라고 할 수 없음

주 문 1. 피청구인은 청구인이 2013. 6. 19. 정보공개 청구한 정보 중 소책자(팸플릿), 포스터 등의 사업결과물과 대상작품 기증 관련 자료를 공개하라.
2. 청구인의 나머지 청구를 기각한다.

청구취지 피청구인은 청구인이 2013. 6. 19. 정보공개 청구한 정보를 공개하라.

이 유

1. 사건개요

청구인이 2013. 6. 19. 피청구인에게 '2012년 ♡♥♤♠ 미술대전 정산서 및 사업결과물 사본 일체'(이하 '이 사건 정보'라고 한다)의 공개를 청구하자, 피청구인은 2013. 6. 27. 청구인에게 이 사건 정보 중 '보조사업 정산보고서와 실적보고서'만 공개(이하 '이 사건 처분'이라 한다)하였다.

2. 청구인 주장

이 사건 정보에는 영수증, 지출결의서, 견적서 등의 지출증빙자료(이하 '지출증빙자료'라고 한다)와 소책자(팸플릿), 포스터 등의 사업결과물(이하 '사업결과물'이라 한다), 대상작품 기증 관련 자료(이하 '작품기증자료'라고 한다)가 포함되어 있는데, 피청구인은 이를 숨기고 이 사건 정보의 일부분인 보조사업 정산보고서와 실적보고서만 공개하였으므로 피청구인은 이 사건 정보를 공개하여야 한다.

3. 피청구인 주장

피청구인은 청구인의 공개청구 내역이 구체적이지 아니하여 이 사건 정보에 지출증빙

자료, 사업결과물, 작품기증자료가 포함되어 있지 아니한 것으로 보았고, 청구인이 구체적인 정보목록을 작성하여 다시 정보공개 청구한다면 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」(이하 '정보공개법'이라 한다) 제9조제1항제6호에 해당하는 정보를 제외하고 정보공개할 것이다.

4. 관계법령

공공기관의 정보공개에 관한 법률 제1조 내지 제3조, 제9조

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서 및 답변서, 정보공개결정 통지서, 보조사업 정산보고서, 보조사업 실적보고서 등의 기재내용에 따르면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인이 2013. 6. 19. 피청구인에게 이 사건 정보의 공개를 청구하자, 피청구인은 2013. 6. 27. 청구인에게 이 사건 처분을 하였다.

나. 피청구인이 공개한 '보조사업 정산보고서와 실적보고서'의 주요내용은 아래와 같다.

- 아 래 -

○ 보조사업 정산보고서는 정산 총괄표, 사업비 집행 현황(지출액), 도비보조금 집행잔액 발생사유, 지원사업 및 소요경비배분 변경내역 등의 항목으로 구성되어 있음 - 위 정산보고서의 'Ⅱ. 사업비 집행 현황(지출액)' 항목에는 대상작품 매입상금으로 5백만원을 지출한 것으로 기재되어 있음 ○ 보조사업 실적보고서는 사업개요(요약), 계획대비 사업추진 실적, 사업추진성과, 자체평가, 추진사업 성과물 등의 항목으로 구성되어 있음 - 위 실적보고서의 'Ⅵ. 추진사업 성과물(자료목록)' 항목에는 보조사업 실적 보고서, 제42회 ♡♤미술대전 도록, 제42회 ♡♤미술대전 개최요강, 월간 미술잡지 광고, 제42회 ♡♤미술대전 포스터, 제42회 ♡♤미술대전 행사 사진철이 해당 사업의 성과물로 기재되어 있음

다. 우리 위원회에서 직권 조사한 결과에 따르면 이 사건 정보의 주요내용은 아래와 같다.

- 아 래 -

○ 이 사건 정보는 정산보고서와 그 지출증빙자료(영수증, 지출결의서, 견적서 등), 실적보고서와 그 사업결과물 등으로 구성되어 있음
○ 정산보고서의 지출증빙자료에는 개인의 성명과 주민등록번호, 관련 단체나 법인의 회사명과 사업자등록번호, 은행계좌번호, 거래상대방, 거래품목 등이 기재되어 있음
○ 대상작품 매입에 따른 지출증빙자료로 '매매계약서'가 첨부되어 있는데,
- 이는 한국미술협회 ♡♥♤♠지회가 종합대상작품을 기증받고 작가에게 상금을 수여하는 과정에서 그 지출증빙자료로 작성된 것이며,
- 위 매매계약서에는 대상작가의 성명, 대상작품명, 금액, 이행절차 등이 기재되어 있을 뿐, 기타 대상작가의 주소, 주민등록번호 등 인적사항이나 거래은행계좌가 기재되어 있지는 아니함

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령

(1) 정보공개법 제2조 및 제8조의 규정에 따르면, '정보'라 함은 공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 관리하고 있는 문서·도면·사진·필름·테이프·슬라이드 및 그 밖에 이에 준하는 매체 등에 기록된 사항을 말하고, '공개'라 함은 공공기관이 이 법의 규정에 의하여 정보를 열람하게 하거나 그 사본·복제물을 교부하는 것 또는 「전자정부법」 제2조제10호의 규정에 의한 정보통신망을 통하여 정보를 제공하는 것 등을 말하고, 공공기관은 당해 기관이 보유·관리하는 정보에 대하여 국민이 쉽게 알 수 있도록 정보목록을 작성·비치하고, 그 목록을 정보통신망을 활용한 정보공개시스템 등을 통하여 공개해야 하며, 정보공개법 제3조에 따르면 공공기관이 보유·관리하는 정보는 이 법이 정하는 바에 따라 공개하여야 한다고 하여 정보공개가 원칙임을 규정하면서, 다만 같은 법 제9조 제1항 각호에서 예외적으로 비공개할 수 있는 사유를 나열하고 있는바, 같은 항 제6호에서는 당해 정보에 포함되어 있는 이름·주민등록번호 등 개인에 관한 사항으로서 공개될 경우 개인의 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있는 정보를, 같은 항 제7호에서는 법인·단체 또는 개인의 경영·영업상 비밀에 관한 사항으로서 공개될 경우 법인 등의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보를 각각 비공개할 수 있도록 되어 있다.

(2) 또한 정보공개법 제14조에 따르면 공개청구한 정보가 제9조제1항 각호의 1에 해당

하는 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 공개하여야 한다고 되어 있다.

나. 판단

(1) 우선 이 사건 정보 중 지출증빙자료에 관하여 살펴본다

위 인정사실에 따르면 이 사건 정보에는 청구인이 이미 공개한 자료 외에 지출결의서, 영수증, 지출통장사본, 견적서 등의 지출증빙자료도 포함되어 있으므로 청구인이 사회일반인의 관점에서 구체적이지 아니한 정보를 정보공개 청구하였다고 할 수 없으나, 위 지출증빙자료에는 개인의 성명과 주민등록번호, 관련 단체나 법인의 회사명과 사업자등록번호, 은행계좌번호 등이 기재되어 있어 동 정보가 공개될 경우 개인의 사생활 비밀 또는 자유가 침해할 우려가 있으므로 위 정보는 정보공개법 제9조제1항제6호의 비공개대상 정보에 해당하는 점, 또한 위 지출증빙자료는 거래은행, 거래상대방, 거래품목 등이 기재되어 있어 해당 거래업체의 경영·영업상 비밀에 해당하며 이를 공개할 경우 해당 업체의 영업상 자율성을 해할 우려가 있으므로 위 정보는 정보공개법 제9조제1항제7호의 비공개대상 정보에 해당하는 점, 피청구인이 청구인의 정보공개 청구에 응하여 2012년 ♡♥♤♠ 미술대전에 소요된 총사업비의 세부 집행내역을 이미 공개한 점 등을 고려하면 이 사건 처분 중 지출증빙자료에 관한 부분은 위법·부당하다고 할 수 없고, 피청구인은 이 사건 정보 중 지출증빙자료를 공개할 의무가 없다.

(2) 다음으로 이 사건 정보 중 사업결과물에 관하여 살펴본다.

위 인정사실에 따르면 이 사건 정보에는 청구인이 이미 공개한 자료 외에 도록, 포스터, 사진철 등의 사업결과물(자료목록)도 포함되어 있으므로 청구인이 사회일반인의 관점에서 구체적이지 아니한 정보를 정보공개 청구하였다고 할 수 없고, 위 정보는 불특정 다수인에게 배포할 목적으로 제작된 것이므로 이를 공개한다고 하여 개인의 사생활 비밀 또는 자유가 침해될 우려가 있다고 인정하기 어려우며, 달리 피청구인이 제출한 자료만으로는 위 정보가 정보공개법 제9조제1항의 비공개대상 정보에 해당한다고 보기도 어려우므로, 이 사건 처분 중 위 정보에 관한 부분은 위법·부당하고, 피청구인은 이 사건 정보 중 사업

결과물을 공개할 의무가 있다.

(3) 마지막으로 이 사건 정보 중 작품기증자료에 관하여 살펴본다.

위 인정사실에 따르면 이 사건 정보 중 정산보고서에는 대상작품 매입자금으로 5백만 원을 지출하였다고 기재되어 있고 그 지출증빙자료로 '매매계약서'가 첨부되어 있는데, 우리 위원회에서 직권 조사한 바 이는 ♡♥♤♠ 미술대전의 종합대상작품을 기증받고 대상작품 작가에게 상금을 수여하였음을 증명하기 위해 작성된 것이므로 위 매매계약서가 청구인이 정보공개 청구한 '대상작품 기증 관련 자료'에 해당한다 할 것이고, 사정이 이와 같다면 청구인이 사회일반인의 관점에서 구체적이지 아니한 정보를 정보공개 청구하였다고 할 수 없으며, 위 매매계약서에는 대상작품과 그 매입절차가 기재되어 있을 뿐이므로 이를 공개한다고 하여 개인의 사생활 비밀 또는 자유가 침해될 우려가 있다고 인정하기 어렵고, 달리 피청구인이 제출한 자료만으로는 위 정보가 정보공개법 제9조제1항의 비공개대상 정보에 해당한다고 보기도 어려우므로, 이 사건 처분 중 위 정보에 관한 부분은 위법·부당하고, 피청구인은 이 사건 정보 중 작품기증자료를 공개할 의무가 있다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 일부 인정할 수 있으므로, 청구인의 청구 중 소책자(팸플릿), 포스터 등의 사업결과물과 대상작품 기증 관련 자료 부분에 관한 청구는 받아들이기로 하고, 나머지 청구는 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

4 2013-14181 정보공개 이행청구(재결일 : 2014. 3. 18.)

【사건의 쟁점】

oo광역시 폐기물에너지화시설 민간투자사업의 실시협약서가 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제9조제1항제7호의 비공개대상 정보에 해당하는지 여부

【재결요지】

별첨 13(재무제표 및 재무모델)에는 사업시행자가 oo광역시 폐기물에너지화(RFD)시설의 설계비, 시공비, 영업준비금을 비롯한 총사업비 및 운영비 등 필요재원을 산정하고 이에 대한 재원조달계획을 수립한 부분, 사용료 산정을 위한 연료화시설, 열병합발전시설 등 현금흐름을 분석한 부분, 재원조달계획 및 현금흐름 분석을 바탕으로 추정재무제표를 작성한 부분 등으로 구성되어 있고, 별첨 1 내지 8은 별표 13의 추정재무제표를 요약하여 작성한 총사업비 및 운영비, 자원조달 계획, 사용료 산정 등의 도표로 되어 있는바, 이는 사업시행자가 다년간 축적한 재무타당성에 대한 노하우가 반영된 자료로서 '타인에게 알려지지 아니함이 유리한 사업활동에 관한 일체의 정보'에 해당한다고 볼 수 있고, 당해 정보가 공개될 경우 향후 전국에 발주 계획 중인 유사사업의 입찰 참여 시 경쟁회사가 사업시행자의 경영상의 노하우를 이용하여 유리한 조건에 있게 될 수 있으므로 이 사건 정보는 공개될 경우 사업시행자의 경영·영업활동에 중대한 지장을 초래하는 정보에 해당함

【재결의 의미】

oo광역시 폐기물에너지화시설 민간투자사업의 실시협약서의 재무제표 및 재무모델은 '타인에게 알려지지 아니함이 유리한 사업활동에 관한 일체의 정보'에 해당하고, 당해 정보가 공개될 경우 사업시행자의 경영·영업활동에 중대한 지장을 초래하는 정보에 해당함

주 문 청구인의 청구를 기각한다.

청구취지 피청구인은 2013. 3. 4. 청구인이 공개청구한 정보를 공개하라.

이 유

1. 사건개요

청구인은 2013. 3. 4. 피청구인에게 'oo광역시 폐기물에너지화시설 민간투자사업의 실시협약서'의 공개를 청구하자, 피청구인은 2013. 3. 14. 청구인에게 위 실시협약서는 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」(이하 '정보공개법'이라 한다) 제9조제1항제7호에 해당하고, 실시협약 제78조의 비밀유지 규정이 존재한다는 이유로 비공개결정을 하였고, 이에 대하여 청구인이 2013. 3. 27. 피청구인에게 이의신청을 하자, 피청구인은 2013. 4. 3. 위 실시협약서의 내용 중 본문은 공개하되 별첨 1 내지 13은 정보공개법 제9조제1항제7호에 해당한다는 이유로 비공개한다고 청구인에게 통지하였으며, 청구인이 피청구인에게 정보공개심의회를 개최하여 이의신청에 대한 결정을 할 것을 요구하자, 피청구인은 2013. 4. 18. 정보공개심의회를 개최하여 위 실시협약서 중 별첨 9 내지 12를 추가로 공개하고 별첨 1 내지 8 및 별첨 13(이하 '이 사건 정보'라 한다)은 정보공개법 제9조제1항제7호에 해당한다는 이유로 비공개하기로 결정하고 2013. 4. 29. 이를 청구인에게 통지(이하 '이 사건 처분'이라 한다)하였다.

2. 청구인 주장

일반적으로 민간투자사업 실시협약의 부록(별첨) 부분은 출자자 및 지분율, 총 사업비 및 총 민간사업비, 약정투자금 투입일정, 추정운영수입, 운영비용 등 본문의 내용을 구체화한 항목으로 구성되는데, oo광역시 폐기물에너지화시설 민간투자사업 실시협약의 별첨 부분도 크게 다르지 않을 것이므로 이 사건 정보는 정보공개법 제9조제1항제7호에 해당하는 정보가 아닐 뿐만 아니라 공익을 위하여 공개되어야 할 정보이다. 피청구인도 4차 순환도로 상인-범물 구간 민간투자사업 실시협약서의 전체를 공개하였으므로 이를 고려하여 이 사건 정보도 공개되어야 한다.

3. 피청구인 주장

이 사건 정보에는 사업시행자의 기술적 노하우에 의한 운영 및 사업계획에 관한 정보가 포함되어 있고, 특히 별첨 13에는 본 사업 추진에 필요한 투자비, 15년 간 시설운영에 필

요한 인건비, 약품비, 연료비, 유지보수비 등 사업 전반에 대한 상세한 투자 및 운영에 관한 사업계획의 내용이 담겨 있어 당해 정보가 공개될 경우 향후 전국에서 발주 계획 중인 유사 사업의 입찰 참여 시 경쟁회사가 사업시행자의 기술·경영상의 노하우를 이용하여 유리한 조건에 있게 될 수 있으므로 이 사건 정보는 정보공개법 제9조제1항제7호의 비공개대상정보에 해당한다. 따라서 이 사건 처분은 적법·타당하다.

4. 관계법령

공공기관의 정보공개에 관한 법률 제1조, 제2조, 제3조, 제9조제1항제7호

5. 인정사실

양 당사자 사이의 다툼이 없는 사실, 청구인과 피청구인이 제출한 정보공개청구서, 정보비공개 결정통지서, 이의신청 부분인용 결정통지서, 이의신청에 대한 재결정 통지서, 제3자 의견서 등 각 사본의 기재내용을 종합하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 2013. 3. 4. 피청구인에게 'oo광역시 폐기물에너지화시설 민간투자사업의 실시협약서'의 공개를 청구하였다.

나. 사업시행자는 2013. 3. 13. 피청구인에게 제3자 의견서를 제출하였는데, 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 실시협약서는 사업시행자가 다년간의 노력과 자금을 투입하여 결집한 노하우를 바탕으로 한 결과물로서 독립된 경제적 가치를 지닌 영업상 비밀에 해당하므로 정보공개법 제9조제1항제7호에 관련된 사항이고, 실시협약 제78조(비밀유지)에도 해당되므로 비공개 해 줄 것을 요청함

다. 피청구인은 2013. 3. 14. 청구인에게 oo광역시 폐기물에너지화시설 민간투자사업의 실시협약서는 정보공개법 제9조제1항제7호에 해당되고, 실시협약 제78조의 비밀유지 규정이 존재한다는 이유로 비공개결정을 하였다.

라. 청구인은 2013. 3. 27. 피청구인에게 위 다항의 비공개 결정에 대하여 이의신청을

하자, 피청구인은 2013. 4. 3. 위 실시협약서의 내용 중 본문은 공개하되 별첨 1 내지 13은 정보공개법 제9조제1항제7호에 해당한다는 이유로 비공개하기로 결정하고 이를 청구인에게 통지하였고, 이에 청구인이 피청구인에게 정보공개심의회를 개최하여 이의신청에 대한 결정을 할 것을 요구하자, 피청구인은 2013. 4. 18. 정보공개심의회를 개최한 후 2013. 4. 29. 청구인에게 이 사건 처분을 하였다.

마. 피청구인과 사업시행자가 2013. 2. 22. 체결한 'oo광역시 폐기물에너지화(RFD)시설 민간투자사업 실시협약'은 본문 및 별첨 1 내지 13으로 구성되어 본문 및 별첨 1 내지 12는 인쇄물로 별첨 13은 CD-ROM의 형태로 되어 있는데, 위 실시협약의 목차는 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 목차

- 본문
- 별첨 1 (본 사업의 범위)
- 별첨 2 (총사업비 및 총투자비)
- 별첨 3 (건설보조금 지급일정)
- 별첨 4 (사용료 산정을 위한 추정 폐기물량)
- 별첨 5 (추정 사용료 수입)
- 별첨 6 (운영비용)
- 별첨 7 {(가칭)oo그린에너지센터주식회사 출자자 구성 및 지분율}
- 별첨 8 (자금투입계획)
- 별첨 9 (성능보증 및 규제조치)
- 별첨 10 (보험가입)
- 별첨 11 (사회기반시설 준공보고서 및 준공 확인필증)
- 별첨 12 (해지시지급금)
- 별첨 13 (재무제표 및 재무모델)

바. 국민권익위원회 소속 직원이 2014. 2. 20. 직권조사한 바에 따르면, 별첨 13 재무제표 및 재무모델은 사업시행자가 oo광역시 폐기물에너지화(RFD)시설의 설계비, 시공비,

영업준비금을 비롯한 총사업비 및 운영비 등 필요재원을 산정하고 이에 대한 재원조달계획을 수립한 부분, 사용료 산정을 위한 연료화시설, 열병합발전시설 등 현금흐름을 분석한 부분, 재원조달계획 및 현금흐름 분석을 바탕으로 추정재무제표를 작성한 부분 등으로 구성되어 있고, 별첨 1 내지 8은 별표 13의 추정재무제표를 요약하여 작성한 총사업비 및 운영비, 자원조달 계획, 사용료 산정 등의 도표로 되어 있다.

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령의 내용

정보공개법 제3조에 따르면 공공기관이 보유·관리하는 정보는 국민의 알권리 보장 등을 위하여 이 법이 정하는 바에 따라 적극적으로 공개하여야 한다고 하여 정보공개가 원칙임을 규정하면서, 다만 같은 법 제9조 제1항 각호에서 예외적으로 비공개할 수 있는 사유를 나열하고 있는바, 같은 항 제7호에서는 법인·단체 또는 개인의 경영·영업상 비밀에 관한 사항으로서 공개될 경우 법인 등의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보를 비공개할 수 있도록 되어 있다. 이 경우 '경영·영업상 비밀'이라 함은 '타인에게 알려지지 아니함이 유리한 사업활동에 관한 일체의 정보' 또는 '사업활동에 관한 일체의 비밀사항'을 의미하는 것이고(대법원 2008. 10. 23. 선고 2007두1798 판결 참조), '정당한 이익을 현저히 해할 우려'라 함은 정보의 공개로 인하여 당해 법인 등의 경영·영업활동에 중대한 지장을 초래하거나 그 영업이익·거래신용 또는 법적 지위에 직접적으로 상당한 침해가 발생하는 경우를 의미하는 것으로서 이에 대한 판단을 위해서는 당해 법인 등의 영업특성, 업무규모 등 제반 사정을 개별·구체적으로 고려하여야 할 것이다.

나. 판단

청구인은 이 사건 정보는 정보공개법 제9조제1항제7호에 해당하는 정보가 아닐 뿐만 아니라 공익을 위해서 공개하여야 하는 정보라고 주장하나, 위 인정사실에 따르면, 이 사건 정보인 별첨 13에는 사업시행자가 oo광역시 폐기물에너지화(RFD)시설의 설계비, 시공비, 영업준비금을 비롯한 총사업비 및 운영비 등 필요재원을 산정하고 이에 대한 재원조달계획을 수립한 부분, 사용료 산정을 위한 연료화시설, 열병합발전시설 등 현금흐름을 분석한 부분, 재원조달계획 및 현금흐름 분석을 바탕으로 추정재무제표를 작성한 부분 등

으로 구성되어 있고, 별첨 1 내지 8은 별표 13의 추정재무제표를 요약하여 작성한 총사업비 및 운영비, 자원조달 계획, 사용료 산정 등의 도표로 되어 있는바, 이는 사업시행자가 다년간 축적한 재무타당성에 대한 노하우가 반영된 자료로서 '타인에게 알려지지 아니함이 유리한 사업활동에 관한 일체의 정보'에 해당한다고 볼 수 있고, 당해 정보가 공개될 경우 향후 전국에 발주 계획 중인 유사사업의 입찰 참여 시 경쟁회사가 사업시행자의 경영상의 노하우를 이용하여 유리한 조건에 있게 될 수 있으므로 이 사건 정보는 공개될 경우 사업시행자의 경영·영업활동에 중대한 지장을 초래하는 정보에 해당한다고 할 것이다. 따라서 이 사건 정보는 정보공개법 제9조제1항제7호에서 정한 '법인 등의 경영·영업상 비밀에 관한 사항'에 해당할 뿐만 아니라 그 공개를 거부할 정당한 이익도 있으므로 이 사건 처분은 적법·타당하고, 이 사건 처분의 위법·부당을 전제로 이 사건 정보를 공개하라는 청구인의 청구는 받아들일 수 없다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 청구인의 청구를 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

5 2013-14677 정보공개 이행청구(재결일: 2014. 2. 18.)

【사건의 쟁점】

○○○○관리공단 사업기획실-37**, 38**, 2**호로 각 시행된 문서 중 (주)○○신소재 ◁▶광산 방진망 설치사업의 취소와 관련된 부분, (주)○○신소재로부터 2013. 3. 27. 접수받은 광해방지사업 사업취소요청서, ○○○○관리공단 사업기획실-3667호로 시행된 문서 중 이 사건 사업의 취소와 관련된 부분이 정보공개법상 비공개대상 정보인지 여부

【재결요지】

이 사건 정보는 공익사업인 광해방지사업을 수행하는 피청구인이 광해방지의무자들로부터 사업계획 승인신청서 등을 제출받아 그 타당성을 검토하여 광해방지사업 승인권자인 산업통상자원부장관에게 제출한 공문서들이고, 청구인이 입찰에 참가하였던 이 사건 사업은 이미 사업취소되어 종료되었는바 위 취소된 사업과 관련된 정보를 공개하더라도 당해 광해방지사업의 공정한 수행이 현저히 지장을 받는다고 할 수 없는 점, 청구인이 입찰하였던 이 사건 사업은 이미 승인취소되어 종료된 이상 설령 이 사건 정보가 경영·영업상 비밀이라 하더라도 이 사건 사업과 관련된 정보를 공개한다고 해서 (주)○○신소재 ◁▶광산의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 보기 어려운 점 등을 고려하면 이 사건 정보는 정보공개법 제9조제1항제5호 및 제7호의 비공개대상 정보에 해당한다고 할 수 없고, 달리 피청구인이 제출한 자료만으로는 이 사건 정보가 정보공개법 제9조제1항의 다른 각 호에 해당한다고 볼 수도 없음

【재결의 의미】

청구인이 입찰에 참가하였던 이 사건 사업은 이미 사업취소되어 종료되었는바 위 취소된 사업과 관련된 정보를 공개하더라도 당해 광해방지사업의 공정한 수행이 현저히 지장을 받는다고 할 수 없고, (주)○○신소재 ◁▶광산의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 보기 어려워 이 사건 정보는 정보공개법 제9조제1항의 비공개대상 정보에 해당한다고 볼 수도 없음

주 문 피청구인은 청구인이 2013. 6. 12., 같은 달 25. 정보공개청구한 정보를 공개하라.

청구취지 주문과 같다.

이 유

1. 사건개요

청구인이 피청구인에게 2013. 6. 12. '○○○○관리공단 사업기획실-37**, 38**, 2**호로 각 시행된 문서 중 (주)○○신소재 ◁▶광산 방진망 설치사업(이하 '이 사건 사업'이라 한다)의 취소와 관련된 부분, (주)○○신소재로부터 2013. 3. 27. 접수받은 광해방지사업 사업취소요청서'의 공개를, 같은 달 25. '○○○○관리공단 사업기획실-36**호로 시행된 문서 중 이 사건 사업의 취소와 관련된 부분'(이하 위 정보공개 청구한 문서들을 '이 사건 정보'이라 한다)의 공개를 각 청구하였으나, 피청구인은 위 두 정보공개 청구일로부터 20일이 경과하도록 정보공개 결정을 하지 아니하였다.

2. 청구인 주장

피청구인이 2012. 11. 23. 발주하였던 이 사건 사업의 취소로 청구인은 상당한 피해를 입었으므로 피청구인이 이와 관련하여 불법행위를 하였는지 파악하기 위해 이 사건 정보는 모두 공개되어야 한다.

3. 피청구인 주장

이 사건 정보는 제3자인 광업권자 (주)○○신소재의 경영·영업상 비밀에 관한 사항으로 공개될 경우 위 업체의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있고, 청구인과 같이 광해방지사업을 수주하고자 하는 사업자에게 이 사건 정보가 공개되면 공정한 입찰·계약질서를 문란케 할 가능성이 있으며 광해방지사업이라는 국가적·공익적 업무의 공정한 수행이나 사업 추진에 현저한 지장을 초래할 우려도 있는바, 이 사건 정보는 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」(이하 '정보공개법'이라 한다) 제9조제1항제5호 및 제7호의 비공개대상 정보에 해당한다.

4. 관계법령

공공기관의 정보공개에 관한 법률 제3조, 제9조제1항

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서 및 답변서, 정보공개청구서, 정보공개요청, 공사전자입찰공고 등의 기재내용에 따르면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 피청구인은 2012. 11. 23. 이 사건 사업의 입찰을 공고하였고, 청구인이 위 입찰에서 1순위 적격업체로 선정되었다가 광해방지의무자인 (주)○○신소재가 광해방지사업을 취소함에 따라, 피청구인은 2013. 5. 13. 청구인에게 그 사실을 통보한 바 있다.

나. 피청구인이 청구인에게 한 2013. 5. 13.자 '(주)○○신소재 ◁▶광산 방진망 설치공사 사업취소 예정 사전 알림'의 주요내용은 아래와 같다.

- 아 래 -

1. (주)○○신소재 ◁▶광산 방진망 설치를 위한 공고번호 및 그간의 경과
 ○ 그간의 경과
  - 2012. 12. 7. 적격심사서류 접수 후 한국건설기술인협회 발급, 기술자 보유 확인서 미제출 사실 확인과 관련 규정 등에 대한 내부 검토 중에 있으며, 12년 사업비 진행 완료를 위한 사업순위 조정을 함
  - 2012. 12. 28. 제10차 사업계획 변역 승인이 이루어짐(예산금액 : 12백만원)
  - 2012. 12. 31. 산업통상자원부(구 지식경제부)로부터 2013년도 단위사업별 광해방지사업 계획이 승인됨(예산금액 : 30백만원)
  - 2013. 1. 1. (주)○○신소재 ◁▶광산 방진망 설치공사 계약체결 진행 준비 계속
    ▷ (주)○○신소재 ◁▶광산 방진망 설치공사를 위한 2013년도 승인 예산이 낙찰금액(97,387천원)에 미치지 못하여 계약체결이 불가함에 따라 추가예산 확보를 위한 계획 변경 및 조정 중이었음.
  - 2013. 1. 1. ~ 3. 20. 정부측의 사업예산 조정 계속(사업비 절감 등 목적)
  - 2013. 3. 6. ▦▩(주)로부터 적격심사 지연사유 회신요청 문서 접수
  - 2013. 3. 20. ▦▩(주) 적격심사서류 보완문서(한국건설기술인협회 발급, 기술자 보유 확인서) 제출
  - 2013. 3. 27. (주)○○신소재로부터 광해방지사업 사업취소 요청 접수(→▤▥지사)
  - 2013. 3. 29. ▤▥지사로부터 (주)○○신소재 ◁▶광산 광해방지사업 취소요청에 대한 검토결과 접수(→사업기획실)

2. 광업권자의 사업취소 신청
 나. 광업권자의 사업취소 신청 : 2013. 3. 27.
 ○ 가행광산인 (주)○○신소재 ◁▶광산측은 비산먼지 발생 원인이던 규석 생산 중 발생된

부산물 전량을 시멘트 부원료로 재활용 처리하고 2013년 3월 27일자로 目皿지사에 방진망 설치공사를 위한 사업의 취소를 신청하였으며 目皿지사에서는 5월중 제2차 사업계획 변경승인 절차를 통하여 사업의 취소조치를 완료할 예정입니다.

3. 향후 처리계획
○ 目皿지사로부터 5월중 2013년도 제2차 사업계획변경승인신청과 동시에 동 사업의 추진을 취소처리할 예정이며
○ 동 사업의 취소절차가 완료되면 해당 예산은 가행광산의 다른 사업으로 투입되어 집행될 예정입니다.
○ 가행광산지역의 광해방지사업진행의 특성인 가행광업권자의 사업취소로 인한 부득이한 조치임을 감안 양해하여 주시기 바랍니다. 끝.

다. 이후 청구인은 피청구인에게 2013. 6. 12. '○○○○관리공단 사업기획실-37**, 38**, 2**호로 각 시행된 문서 중 이 사건 사업의 취소와 관련된 부분, (주)○○신소재로부터 2013. 3. 27. 접수받은 광해방지사업 사업취소요청서'의 공개를, 같은 달 25. '○○○○관리공단 사업기획실-36**호로 시행된 문서 중 이 사건 사업의 취소와 관련된 부분'의 공개를 각 청구하였다.

라. 피청구인은 위 두 정보공개청구에 대하여 청구일로부터 20일이 경과하도록 정보공개 결정을 하지 아니하였다.

마. 우리 위원회의 직권조사에 따르면 이 사건 정보의 세부내역은 아래와 같다.

- 아 래 -

○ ○○○○관리공단 사업기획실-37**호(2012. 12. 13.)
피청구인이 「광산피해의 방지 및 복구에 관한 법률」 제8조제3항에 따라 지식경제부장관에게 제출한 '2013년도 광해방지사업계획 승인 신청서 및 그 세부내역, 광해방지사업 대상지 검토서'

○ ○○○○관리공단 사업기획실-38**호(2012. 12. 24.)
피청구인이 「광산피해의 방지 및 복구에 관한 법률」 제8조제4항에 따라 지식경제부장관에게 제출한 '2012년 광해방지사업계획 제9차 변경승인 신청서 및 그 사유서'

○ ○○○○관리공단 사업기획실-2**호(2013. 2. 20.)
확정된 2013년도 예산에 맞게 변경수립한 '2013년도 광해방지사업계획 승인 신청서 및 그 세부내역, 광해방지사업 대상지 검토서'

ㅇ (주)○○신소재로부터 접수받은(2013. 3. 27.) 광해방지사업 사업취소요청서
주식회사 ○○신소재가 2013. 3. 27. 피청구인 目皿지사장에게 제출한 '광해방지사업 계획 변경승인 신청서'

ㅇ ○○○○관리공단 사업기획실-36**호(2011. 12. 15.)
피청구인이 「광산피해의 방지 및 복구에 관한 법률」 제8조제3항에 따라 지식경제부장관에게 제출한 '2012년도 광해방지사업계획 승인 신청서 및 그 세부내역, 광해방지사업 대상지 검토서'

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령

1) 정보공개법은 알 권리를 구체화한 것으로서 국정에 대한 국민의 참여와 국정운영의 투명성을 확보할 목적으로 제3조에서 공공기관에게 보유·관리하는 정보를 공개하여야 할 법률상 의무를 지우고 제5조에서 모든 국민에게 정보공개청구권이 있음을 명시하고 있으므로 국민으로부터 보유·관리하는 정보에 대한 공개를 요구받은 공공기관으로서는 감사·감독·검사·시험·규제·입찰계약·기술개발·인사관리·의사결정과정 또는 내부검토과정에 있는 사항 등으로서 공개될 경우 업무의 공정한 수행이나 연구·개발에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보(제5호), 법인·단체 또는 개인의 경영·영업상 비밀에 관한 사항으로서 공개될 경우 법인등의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보(제7호) 등 제9조제1항 각 호에서 정하고 있는 비공개사유에 해당하지 않는 한 이를 공개하여야 할 의무가 있다.

2) 「광산피해의 방지 및 복구에 관한 법률」 제8조에 따르면, 산업통상자원부장관은 기본계획에 따라 매년 다음 연도의 광해방지실시계획을 수립하여 공고하여야 하고, 광해방지사업자는 위 공고된 실시계획에 따라 광해방지사업계획을 수립하여 사업개시전까지 산업통상자원부장관의 승인을 얻어야 하며, 승인을 얻은 사업계획을 변경하고자 하는 경우도 미리 산업통상자원부장관의 승인을 얻어야 한다고 되어 있다. 또한 지식경제부장관(현재 산업통상자원부장관, 이하 같다)이 2012. 9. 28. 지식경제부공고 제2012-442호로 한 2013년도 광해방지실시계획 공고 제3조 및 별지2에 따르면, 가행광산 광업권자는 광해방지사업계획 승인신청서를 ○○○○관리공단이사장에게 제출하여야 하며, ○○○○관리공단이사장은 일괄 검토하여 지식경제부장관에게 승인 신청하여야 한다고 되어 있다.

나. 판 단

피청구인은 이 사건 정보가 정보공개법 제9조제1항제5호 및 제7호에 해당한다고 주장하나, 정보공개법 제9조제1항제5호에서 정한 '공개될 경우 업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우'란 정보공개제도의 목적 및 비공개대상정보의 입법취지에 비추어 볼 때 공개될 경우 업무의 공정한 수행이 객관적으로 현저하게 지장을 받을 것이라는 고도의 개연성이 존재하는 경우를 의미한다고 할 것인데(대법원 2003. 8. 22. 선고 2002두12946 판결 참조), 위 인정사실에 따르면 이 사건 정보는 공익사업인 광해방지사업을 수행하는 피청구인이 광해방지의무자들로부터 사업계획 승인신청서 등을 제출받아 그 타당성을 검토하여 광해방지사업 승인권자인 산업통상자원부장관에게 제출한 공문서들이고, 청구인이 입찰에 참가하였던 이 사건 사업은 이미 사업 취소되어 종료되었는바 위 취소된 사업과 관련된 정보를 공개하더라도 당해 광해방지사업의 공정한 수행이 현저히 지장을 받는다고 할 수 없는 점, 정보공개법 제9조제1항제7호에서 정한 '법인 등의 경영·영업상 비밀'은 타인에게 알려지지 아니함이 유리한 사업활동에 관한 일체의 정보 또는 사업활동에 관한 일체의 비밀사항을 의미하는 것이고 그 공개 여부는 공개를 거부할 만한 정당한 이익이 있는지를 정보공개법의 입법 취지에 비추어 엄격하게 판단하여야 할 것인데(대법원 2011. 11. 24. 선고, 2009두 19021 판결 참조), 앞서 본 바와 같이 청구인이 입찰하였던 이 사건 사업은 이미 승인취소되어 종료된 이상 설령 이 사건 정보가 경영·영업상 비밀이라 하더라도 이 사건 사업과 관련된 정보를 공개한다고 해서 (주)○○신소재 ◁▶광산의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 보기 어려운 점 등을 고려하면 이 사건 정보는 정보공개법 제9조제1항제5호 및 제7호의 비공개대상정보에 해당한다고 할 수 없고, 달리 피청구인이 제출한 자료만으로는 이 사건 정보가 정보공개법 제9조제1항의 다른 각 호에 해당한다고 볼 수도 없으므로, 피청구인의 부작위는 위법하고 피청구인은 청구인에게 이 사건 정보를 공개하여야 할 의무가 있다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 있으므로 청구인의 청구를 받아들이기로 하여 주문과 같이 재결한다.

6 2013-20148 정보공개 이의신청 기각결정 취소청구(재결일 : 2014. 8. 12.)

【사건의 쟁점】

복지재단 특별점검 결과보고, 행정처분(안) 및 행정조치한 공문서가 정보공개법 제9조제1항제7호의 비공개 대상정보에 해당하는지 여부

【재결요지】

○ 이 사건 정보 ①은 피청구인이 2011. 7. 6.부터 7. 12.까지의 기간 동안 이 사건 복지재단에 대해 실시한 특별점검의 결과보고서와 피청구인이 청구인에게 어떤 처분을 할 것인지를 내부적으로 검토한 행정처분 계획(안)으로서 '타인에게 알려지지 아니함이 유리한 사업활동에 관한 일체의 정보'에 해당하므로 이 사건 복지재단의 경영·영업상의 비밀에 관한 정보라고 할 것이고, 청구인은 위 정보들을 도내 시민단체 및 홈페이지에 공개할 예정이라고 하므로 위 정보들이 공개될 경우 이 사건 복지재단의 명예가 훼손될 가능성이 높아 향후 이 사건 복지재단의 사업활동에 중대한 지장을 초래할 개연성이 크다고 할 것이며, 달리 정보공개법 제9조제1항제7호 단서의 규정에 따른 공개대상정보에 해당하는 것으로 볼 수 있는 자료도 없으므로, 이 사건 정보 ①은 정보공개법 제9조제1항제7호의 비공개 대상정보에 해당한다고 할 것임

○ 이 사건 정보 ②는 피청구인이 특별점검 결과에 따라 이 사건 복지재단에 대해 시정명령 등 행정조치를 한 공문서로서 '타인에게 알려지지 아니함이 유리한 사업활동에 관한 일체의 정보'에 해당하므로 이 사건 복지재단의 경영·영업상의 비밀에 관한 정보라고 할 것이나, 위 정보의 공개로 인하여 이 사건 복지재단의 경영·영업활동에 중대한 지장을 초래하거나 그 법적 지위에 직접적으로 상당한 침해가 발생할 것으로 보이지는 않으므로, 이 사건 정보 ②는 공개될 경우 이 사건 복지재단의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보에 해당한다고 보기 어렵고, 결국 정보공개법 제9조제1항제7호의 비공개 대상정보에 해당한다고 할 수 없음

【재결의 의미】

복지재단에 대한 특별점검 결과보고서와 행정청이 내부적으로 검토한 행정처분 계획(안)은 정보공개법 제9조제1항제7호의 비공개 대상정보에 해당되나, 시정명령 등 공문서는 그 공개가 복지재단의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되지 않으므로 비공개 대상에 해당하지 않음

주 문 1. 청구인의 청구 중 행정조치에 따른 이행보고 접수문서에 관한 정보공개 이의신청 기각결정 취소청구 부분을 각하한다.

2. 피청구인이 2013. 9. 24. 청구인에게 한 정보공개 이의신청 기각결정 중 시정명령 등 행정조치한 공문서에 관한 정보공개 이의신청 기각결정 부분을 취소한다.

3. 청구인의 나머지 청구를 기각한다.

청구취지 피청구인이 2013. 9. 24. 청구인에게 한 정보공개 이의신청 기각결정을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

가. 청구인이 2013. 8. 26. 피청구인에게 '사회복지법인 ○○복지재단(이하 '이 사건 복지재단'이라 한다)에 대한 특별점검(2011. 7. 6. ~ 7. 12.)과 관련하여 ① 특별점검 결과 보고 및 행정처분(안), ② 시정명령 등 행정조치한 공문서, ③ 행정조치에 따른 이행보고 접수문서(이하 '이 사건 정보'라 한다)의 공개를 청구하자, 피청구인은 2013. 9. 4. 이 사건 정보가 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」(이하 '정보공개법'이라 한다) 제9조제1항제7호의 비공개 대상정보에 해당하고 제3자(이 사건 복지재단)의 비공개요청이 있었다는 이유로 비공개하였다.

나. 이에 대해 청구인이 2013. 9. 5. 이의신청을 제기하자, 피청구인은 정보공개심의회의 심의를 거쳐 이 사건 정보가 정보공개법 제9조제1항제7호의 비공개 대상정보에 해당하고 「사회복지사업법 시행령」 제24조의2에 의거 공표할 수 있는 대상이 아니라는 이유로 2013. 9. 24. 이의신청 기각결정(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

최근 우리 oo지역에서 성폭력을 비롯해 법인 기본재산 불법 사용 등 물의를 일으킨 이 사건 복지재단과 관련하여 ooo도의 지도점검 및 그 결과에 대한 행정처분이 적법하게 이

루어졌는지를 확인하는 행정감시 활동을 통해 위법행위가 발생하지 않도록 예방하고 법개정의 취지에 맞게 시행하고 있는지를 평가하여 지역주민에게 알리고자 하는바, 이 사건 정보는 공개되어야 한다.

3. 피청구인 주장

가. 이 사건 정보는 피청구인이 이 사건 복지재단을 점검한 결과, 그에 따른 조치 및 이 사건 복지재단의 이행 완료 문건으로서 이는 법인의 경영상 비밀에 관한 사항으로 공개될 경우 법인의 정당한 이익을 해할 우려가 있다고 인정되는 정보에 해당한다.

나.「사회복지사업법 시행령」제24조의2제1항에 따르면 시·도지사는「사회복지사업법」제26조제1항제1호, 제4호 또는 제6호에 해당하는 사유로 사회복지법인의 설립허가를 취소하거나 같은 법 제40조제1항제4호, 제5호 또는 제7호부터 제9호까지의 규정에 해당하는 사유로 시설의 장을 교체 또는 시설의 폐쇄를 명한 경우에 그 처분과 관련된 정보를 공표할 수 있다고 규정되어 있는바, 이 사건 복지재단의 지도점검 결과에 따른 행정처분의 내용은 위 규정에 의거 공표할 수 있는 대상이 아니라고 할 것이다.

다. 또한 이 사건 정보는 '감사 등의 결과 및 결과 등에 따른 조치 요구사항, 처분 또는 개선조치에 관한 사항 등'에 해당되므로 정보공개법 제9조제1항제5호의 비공개 대상정보에도 해당된다 할 것이다.

라. 따라서 이 사건 처분은 적법·타당하므로 이 사건 심판청구는 기각되어야 한다.

4. 관계법령

행정심판법 제13조제1항

공공기관의 정보공개에 관한 법률 제2조 내지 제4조, 제7조, 제9조제1항

5. 인정사실

당사자간 다툼이 없는 사실, 청구인과 피청구인이 제출한 정보공개청구서, 정보(비공개)결정통지서, 이의신청서, 이의신청(기각)결정통지서 등 각 사본과 심판청구서 및 답변서의 기재내용을 종합하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 피청구인은 2011. 7. 7.부터 2011. 7. 12.까지의 기간 동안 이 사건 복지재단에 대한 특별점검을 실시하였고, 그 결과 이 사건 복지재단이 시설이전사업을 하면서 기본재산을 임의로 목적외 사업에 사용한 사실 등을 적발하였다.

나. 청구인은 2013. 8. 26. 피청구인에게 이 사건 정보의 공개를 청구하였고, 피청구인은 2013. 9. 4. 이 사건 정보가 정보공개법 제9조제1항제7호의 비공개 대상정보에 해당하고 제3자(이 사건 복지재단)의 비공개요청이 있었다는 이유로 비공개하였다.

다. 청구인은 2013. 9. 5. 이의신청을 제기하였고, ooo도정보공개심의회는 2013. 9. 17. 청구인이 도내 시민단체 및 홈페이지에 공개 예정이어서 이 사건 복지재단의 명예가 훼손될 가능성이 높아 법인의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되고, 공개로 인한 사회적 파장을 고려할 때 공개하기 어려운 사안으로 판단되어 비공개 사유가 타당하다고 결정하였다.

라. 피청구인은 2013. 9. 24. 이 사건 정보가 정보공개법 제9조제1항제7호의 비공개 대상정보에 해당하고「사회복지사업법 시행령」제24조의2에 의거 공표할 수 있는 대상이 아니라는 이유로 청구인의 이의신청을 기각하는 이 사건 처분을 하였다.

마. 피청구인은 2013. 10. 30. 우리 위원회에 답변서를 제출하면서 '정관변경 인가 보고(oo시 생활복지과-33994, 2013. 7. 22.)' 공문 사본을 첨부물로 제출하였고, 우리 위원회는 2013. 11. 1. 등기우편으로 위 답변서를 청구인에게 발송하였으며, 청구인은 2013. 11. 11. 위 답변서를 수령하였다.

바. 위 '정관변경 인가 보고(oo시 생활복지과-33994, 2013. 7. 22.)'는 oo시장이 이 사건 복지재단의 정관을 변경 인가한 내용을 피청구인에게 보고한 공문으로서 전주시장이 이 사건 복지재단의 기본재산 중 현금(보통예금)의 변경내용을 인가한 정관변경인가서가 첨부되어 있다.

6. 이 사건 심판청구의 적법 여부 및 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령 등

1)「행정심판법」제13조제1항에 따르면 취소심판은 처분의 취소 또는 변경을 구할 법률상 이익이 있는 자가 청구할 수 있고, 처분의 효과가 기간의 경과, 처분의 집행, 그 밖의 사유로 소멸된 뒤에도 그 처분의 취소로 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우에도 또한 같다고 되어 있다.

2) 정보공개법 제2조 내지 제4조, 제9조를 종합하면, '정보'라 함은 공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 관리하고 있는 문서·도면·사진·필름·테이프·슬라이드 및 그 밖에 이에 준하는 매체 등에 기록된 사항을 말하고, 공공기관이 보유·관리하는 정보에 대하여 국민으로부터 정보공개청구가 있을 때에는 이를 공개하여야 하는 것이 정보공개법의 기본원칙이나, 다른 법률 또는 법률에 의한 명령에 의하여 비밀로 유지되거나 비공개사항으로 규정된 정보 등 일정한 경우에 해당하는 정보는 공개하지 않을 수 있다.

3) 정보공개법 제9조제1항제7호에 따르면 법인·단체 또는 개인의 경영·영업상 비밀에 관한 사항으로서 공개될 경우 법인 등의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보는 ① 사업활동에 의하여 발생하는 위해로부터 사람의 생명·신체 또는 건강을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보와 ② 위법·부당한 사업활동으로부터 국민의 재산 또는 생활을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보인 경우를 제외하고는 비공개할 수 있다고 되어 있는바, 여기서 '경영·영업상 비밀'은 '타인에게 알려지지 아니함이 유리한 사업활동에 관한 일체의 정보' 또는 '사업활동에 관한 일체의 비밀사항'을 의미하는 것이고(대법원 2008. 10. 23. 선고 2007두1798 판결 참조), '정당한 이익을 현저히 해할 우려'라 함은 정보의 공개로 인하여 당해 법인 등의 경영·영업활동에 중대한 지장을 초래하거나 그 영업이익·거래신용 또는 법적 지위에 직접적으로 상당한 침해가 발생하는 경우를 의미하는 것으로서 이에 대한 판단을 위해서는 당해 법인 등의 영업특성, 업무규모 등 제반 사정을 개별·구체적으로 고려하여야 할 것이다.

나. 이 사건 정보 ③이 비공개 대상정보에 해당하는지에 대한 판단

청구인은 피청구인이 이 사건 정보의 공개를 거부하였다는 이유로 이 사건 행정심판을

청구하였으나, 위 인정사실에 따르면 이 사건 정보 중 이 사건 정보 ③에 해당하는 '정관 변경 인가 보고(oo시 생활복지과-33994, 2013. 7. 22.)' 공문 사본이 피청구인이 제출한 답변서를 통해 2013. 11. 11. 청구인에게 이미 제공되었으므로 이 사건 정보 ③은 청구인에게 이미 공개되었다고 할 것이고, 결국 청구인은 이미 이 사건 정보 ③을 알 수 있게 되어 정보공개 청구의 목적을 달성하였으므로 더 이상 이 사건 처분 중 이 사건 정보 ③의 공개를 거부한 부분에 대해 취소 또는 변경을 구할 법률상 이익이 있다고 할 수 없다.

다. 이 사건 정보 ②가 정보공개법 제9조제1항제7호의 비공개 대상정보에 해당하는지에 대한 판단

이 사건 정보 ②가 정보공개법 제9조제1항제7호의 비공개 대상정보에 해당하는지 살펴보면, 이 사건 정보 ②는 피청구인이 특별점검 결과에 따라 이 사건 복지재단에 대해 시정명령 등 행정조치를 한 공문서로서 '타인에게 알려지지 아니함이 유리한 사업활동에 관한 일체의 정보'에 해당하므로 이 사건 복지재단의 경영·영업상의 비밀에 관한 정보라고 할 것이나, 위 정보의 공개로 인하여 이 사건 복지재단의 경영·영업활동에 중대한 지장을 초래하거나 그 법적 지위에 직접적으로 상당한 침해가 발생할 것으로 보이지는 않으므로, 이 사건 정보 ②는 공개될 경우 이 사건 복지재단의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보에 해당한다고 보기 어렵고, 결국 이 사건 정보 ②는 정보공개법 제9조제1항제7호의 비공개 대상정보에 해당한다고 할 수 없다.

따라서 이 사건 처분 중 이 사건 정보 ②가 정보공개법 제9조제1항제7호의 비공개 대상정보에 해당한다는 이유로 이 사건 정보 ②의 공개를 거부한 부분은 위법·부당하다.

라. 이 사건 정보 ①이 정보공개법 제9조제1항제7호의 비공개 대상정보에 해당하는지에 대한 판단

이 사건 정보 ①이 정보공개법 제9조제1항제7호의 비공개 대상정보에 해당하는지 살펴보면, 이 사건 정보 ①은 피청구인이 2011. 7. 6.부터 7. 12.까지의 기간 동안 이 사건 복지재단에 대해 실시한 특별점검의 결과보고서와 피청구인이 청구인에게 어떤 처분을 할 것인지를 내부적으로 검토한 행정처분 계획(안)으로서 '타인에게 알려지지 아니함이 유리한 사업활동에 관한 일체의 정보'에 해당하므로 이 사건 복지재단의 경영·영업상의 비밀

에 관한 정보라고 할 것이고, 청구인은 위 정보들을 도내 시민단체 및 홈페이지에 공개할 예정이라고 하므로 위 정보들이 공개될 경우 이 사건 복지재단의 명예가 훼손될 가능성이 높아 향후 이 사건 복지재단의 사업활동에 중대한 지장을 초래할 개연성이 크다고 할 것이며, 달리 정보공개법 제9조제1항제7호 단서의 규정에 따른 공개대상정보에 해당하는 것으로 볼 수 있는 자료도 없으므로, 이 사건 정보 ①은 정보공개법 제9조제1항제7호의 비공개 대상정보에 해당한다고 할 것이다.

따라서 이 사건 처분 중 이 사건 정보 ①이 정보공개법 제9조제1항제7호의 비공개 대상정보에 해당한다는 이유로 이 사건 정보 ①의 공개를 거부한 부분은 위법·부당하다고 할 수 없다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 청구 중 행정조치에 따른 이행보고 접수문서에 관한 정보공개 이의신청 기각결정 취소청구 부분은 심판청구요건을 갖추지 못한 부적법한 청구이므로 각하하기로 하고, 시정명령 등 행정조치한 공문서에 관한 정보공개 이의신청 기각결정 부분에 대해서 취소를 구하는 부분은 받아들이기로 하며, 나머지 청구는 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

7 2014-00494 정보공개 거부처분 취소청구(재결일 : 2014. 8. 12.)

【사건의 쟁점】

1. oo대학교 교수회의 성격 및 청구인적격
2. 청구인이 이미 열람한 정보라고 하더라도 청구인이 지정한 방법에 의한 공개를 거부한 경우 공개거부로 본 사례
3. 피청구인이 「개인정보보호법」 제18조를 이유로 정보공개를 거부한 경우의 판단 방법

【재결요지】

청구인인 oo대학교 교수회는 재직 중인 전임교원만을 구성원으로 구성된 사회조직체로서 비법인사단에 해당하여 청구인적격이 인정되고, 이 사건 정보는 전자파일의 형태로 변환하여 전보통신망을 이용하여 전송하는 방법으로 공개하는 것이 가능하므로 피청구인이 청구인이 지정하지 아니한 방법으로 공개하는 것은 공개거부처분에 해당하며, 피청구인은 처분사유로 「개인정보보호법」 제18조를 제시한 후 답변서에서 정보공개법 제9조제1항제6호를 추가적으로 적시하였는바 양자는 기본적 사실관계의 동일성이 있는 처분사유로 보아 처분근거를 정보공개법 제9조제1항제6호로 보고 판단하여야 하는바, 교원특별채용절차에서 위촉되었던 '심사위원들의 명단'은 정보공개법 제9조제1항제5호, '교내 심사위원 연구실적 목록'은 정보공개법 제9조제1항제6호에 각각 해당하여 둘다 비공개 대상정보에 해당함

【재결의 의미】

oo대학교 교수회는 비법인사단으로서 청구인적격이 인정되고, 이 사건 정보는 전자파일의 형태로 변환하여 전보통신망을 이용하여 전송하는 방법으로 공개하는 것이 가능하므로 피청구인이 청구인이 지정하지 아니한 방법으로 공개하는 것은 공개거부처분에 해당하며, 교원특별채용절차에서 위촉되었던 '심사위원들의 명단' 및 '교내 심사위원 연구실적 목록'은 정보공개법 제9조제1항제5호, 제6호에 각각 해당하여 비공개 대상정보임

주 문 1. 이 사건 심판청구 중 '외부 심사위원의 연구실적 목록'에 관한 정보공개 거부처분 취소청구 부분은 각하한다.
2. 청구인의 나머지 청구를 기각한다.

청구취지 피청구인이 2013. 11. 20. 청구인에게 한 정보공개 거부처분을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

청구인은 2013. 11. 12. 피청구인에게 '2013년 1학기 oo대학교 특별채용 교수 심사위원(교내-외) 명단 및 심사위원 연구실적 목록'(이하 '이 사건 정보'라 한다)을 전자파일의 형태로 정보통신망을 이용하여 공개하여 줄 것을 청구하였으나, 피청구인은 2013. 11. 20. 이 사건 정보는 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」(이하 '정보공개법'이라 한다) 제9조제1항제4호와 제5호에 해당하는 비공개대상 정보이고, 「개인정보보호법」 제18조에도 해당한다는 이유로 정보공개 거부처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

이 사건 정보는 공개하는 것이 오히려 인사관리 업무의 공정한 수행을 위하여 필요한 것이고, 국민의 알권리를 보장하고 국정에 대한 국민의 참여와 국정운영의 투명성을 확보한다는 정보공개법의 목적에도 부합하며, 「개인정보보호법」 제17조제1항제2호의 규정에 따라 같은 법 제15조제1항에 열거한 개인정보의 제공사유에 해당한다고 볼 수 있으므로, 피청구인의 이 사건 처분은 위법·부당하다.

3. 피청구인 주장

가. 청구요건에 대한 주장

「행정심판법」 제13조제1항에 따르면, 취소심판은 처분의 취소 또는 변경을 구할 법률상 이익이 있는 자가 청구할 수 있도록 되어 있는데, 청구인은 oo대학교의 학칙에 따라 심의기능을 갖는 임의기구로서 법인격이 없고, 간접적·사실적·경제적 이해관계도 없으며 법률상 이익도 없으므로 이 사건 행정심판은 부적법한 청구로서 각하되어야 한다.

나. 본안에 대한 주장

1) 정보공개법 제9조제1항제4호에서는 진행 중인 재판에 관련된 정보를 비공개대상정보로 규정하고 있는데, 이 사건 정보는 진행중인 행정심판사건(중앙행정심판위원회 2013-22193 교육공무원신규임용처분 무효확인청구)과 관련되어 있으므로 재판의 심리 또

는 재판결과에 구체적으로 영향을 미칠 위험이 있는 정보에 해당된다.

2) 정보공개법 제9조제1항제5호의 '감사·감독·검사·시험·규제·입찰계약·기술개발·인사관리·의사결정과정 또는 내부검토과정에 있는 사항 등으로서 공개될 경우 업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 정보'란 공개될 경우 업무의 공정한 수행이 객관적으로 현저하게 지장을 받을 것이라는 고도의 개연성이 존재하는 경우를 말하는데, 이 사건 정보가 공개될 경우 심사위원의 자유로운 의견개진을 방해하여 위원회의 독립적인 의사결정에 영향을 미치고 그 결과에 이해관계를 가진 사람들로부터 제기될 수 있는 시시비비에 휘말리는 상황이 벌어지게 되어 채용에 있어서 공정성과 객관성을 현저하게 저해할 우려가 존재한다.

3) 정보공개법 제9조제1항제6호에 해당하는 정보는 이름·주민등록번호 등 정보 형식이나 유형을 기준으로 비공개대상정보에 해당하는지를 판단하는 개인식별정보뿐만 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 정보도 포함된다고 보아야 하는데, 이 사건 정보에 포함된 이름, 소속, 직급 등 개인에 관한 사항이 공개될 경우 개개인의 사생활의 자유가 침해될 우려가 있고, 또한 연구실적 목록은 연구실적 목록의 특성상 개인에 관한 정보를 삭제하더라도 다른 정보들에 의하여 심사위원이 누구인지 파악할 수 있기 때문에 심사위원의 인격적·정신적 내면생활에 지장을 초래하거나 자유로운 사생활을 영위할 수 없게 될 위험성이 존재한다.

4) 또한「개인정보보호법」제18조제1항에 따르면 개인정보처리자는 같은 법 제17조제1항 및 제3항에 따른 범위를 초과하여 제3자에게 제공하여서는 아니된다고 규정하고 있는데, 이 사건 정보를 공개하는 것은 개인정보를 수집한 목적 범위에서 제공하는 것이 아니므로 공개할 수 없다.

4. 관계법령

행정심판법 제13조

공공기관의 정보공개에 관한 법률 제1조, 제2조, 제3조, 제4조, 제6조, 제9조, 제14조

공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령 제14조
개인정보보호법 제18조

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 정보공개청구서, 이 사건 처분서 등 각 사본의 기재내용을 종합해보면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 2013. 2. 28. 피청구인은 8명의 교육공무원(교수, 부교수, 조교수)을 신규로 임용하였다.

나. 2013. 11. 1. 청구인은 피청구인이 2013. 2. 28. ○○○, □□□에 대하여 한 2013년 교육공무원 신규임용처분은 채용직급의 형평성 문제 등으로 인하여 무효라는 취지의 행정심판(중앙행정심판위원회 2013-22193 교육공무원 신규임용 무효확인청구)을 청구하였다.

다. 2013. 11. 12. 피청구인에게 이 사건 정보를 전자파일의 형태로 정보통신망을 이용하여 공개하여 달라고 청구하였다.

라. 2013. 11. 20. 피청구인은 이 사건 정보는 정보공개법 제9조제1항제4호 및 제5호에 해당하는 비공개 대상 정보이고, 이 사건 정보 중 외부심사위원의 명단 및 연구실적은 「개인정보보호법」 제18조에도 해당한다는 이유로 청구인에게 이 사건 처분을 하였다.

마. 우리 위원회에서 조사한 바에 따르면, 이 사건 정보 중 '심사위원 교내-외 명단'은 '채용분야(대학, 학과, 분야), 위원구분, 소속, 직급, 성명'으로 되어 있고, 위원들은 국립대와 사립대의 교수, 조교수, 부교수로 구성되어 있다. 그리고 교내 심사위원 연구실적 목록은 '제목, 학술지명, 구분, 발행기관, ISSN, IF, IF%, 권/PAGE, 인원, 역할, 저자명'으로 되어 있다.

바. oo대학교 전임교원 신규채용 지침(2013. 12. 6. 개정) 제3조제1항에는 전임교원의 신규채용은 공개채용을 원칙으로 하되, 총장이 필요하다고 인정할 때에는 제17조에 따른 특별채용에 의할 수 있다고 되어 있고, 제17조의1 제1항은 특별채용 절차의 투명성을 제

고하고, 특별채용 대상자의 적격 여부를 심사하기 위하여 교원특별채용위원회를 둔다고 하고 있으며, 같은 조 제2항, 제3항에는 교원특별채용위원은 해당분야를 전공하는 학내 조교수 이상의 전임교원(이하 '학내심사위원'이라 한다)과 외부심사위원을 포함하여 5인으로 구성하되, 외부심사위원이 2인 이상 포함되어야 하고 학내외 심사위원의 자격 및 위촉은 공개채용의 기준을 준용한다고 되어 있다. 제9조제2항에 의하면, 심사위원 중 학내심사위원은 학과 교수회의 또는 학부내의 모집분야 전공교수회의에서 결정한 학과(부) 전임교원을 학장의 추천으로 총장이 위촉하고, 외부심사위원은 교무처장이 추천한 자 중에서 총장이 위촉한다고 되어 있다.

사. 2014. 1. 27. 피청구인은 우리 위원회에 이 사건 정보 중 '외부 심사위원의 연구실적 목록'은 보유하고 있지 않다고 회신하였다.

아. oo대학교 학칙 제31조제1항에 따르면, 위 대학교에는 조교수 이상의 교수로 구성되는 교수회를 둔다고 하고 있고, 교수회의 대의기구로서 회장, 부회장 및 각 대학에서 선출한 평의원으로 구성되는 평의회를 두며, 교수회 및 평의원회의 구성과 운영에 관한 사항은 총장이 따로 정한다고 하고 있다.

자. oo대학교 교수회 정관에 따르면, oo대학교 교수회는 ① oo대학교에 재직 중인 전임교원만을 구성원으로 하고 있고, ② 대학운영에 능동적으로 참여하여 민주적인 운영을 통하여 대학의 이념 구현에 이바지한다는 고유의 목적을 가지고 있으며, ③ 총회의 소집방법, 권한과 기능(총장의 선출, 해임결의와 중간평가, 교수회 정관의 개정의결, 학사운영, 인사행정, 학생지도 등에 관한 현황 및 제도개선 등), 의사정족수 및 의결정족수, ④ 대의기구인 평의회의 구성원의 자격과 임기, 권한과 기능(학칙의 제·개정의 심의 및 학교예산·결산안의 심의와 의결, 학사운영, 인사행정, 기타 학교운영에 관한 중요한 기본방침의 심의와 의결 또는 발의의 권한), 소집방법, 의사정족수 및 의결정족수, ⑤ 교수회의 회장, 부회장, 감사, 사무처장 등의 임원의 자격과 선출방법 및 임기, ⑥ 교수회의 재정에 관한 사항, ⑦ 사무처에 관한 사항, ⑧ 정관 개정절차 등이 규정되어 있다.

6. 이 사건 심판청구의 적법 여부에 대한 판단

가. 청구인 적격 등에 관한 판단

1) 관계법령의 내용

「행정심판법」 제13조제1항에 따르면, 취소심판은 처분의 취소 또는 변경을 구할 법률상 이익이 있는 자가 청구할 수 있도록 되어 있는데, 정보공개청구권은 당해 정보와의 법률적·사실적 이해관계가 존재하는지 여부와 관계없이 법률상 보호되는 구체적인 권리이므로 청구인이 공공기관에 대하여 정보공개를 청구하였다가 거부처분을 받은 것 자체가 법률상 이익의 침해에 해당한다(대법원 2003. 3. 11. 선고 2001두6425판결 참조)고 할 것이다. 한편 정보공개법 제6조제1항은 '모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다'고 규정하고 있는데, 여기에서 말하는 '국민'에는 자연인은 물론 법인, 권리능력 없는 사단·재단도 포함되고, 법인, 권리능력 없는 사단·재단 등의 경우에는 설립목적을 불문한다.

2) 판단

피청구인은 청구인이 임의기구로서 법인격이 없어 청구인적격이 없고, 이 사건 정보의 공개를 청구할 법률상의 이익도 없다고 주장한다.

살피건대 oo대학교 학칙 및 oo대학교 교수회 정관에 따르면, 청구인인 oo대학교 교수회는 재직 중인 전임교원만을 구성원으로 하여 대학운영에 능동적으로 참여하여 대학이념을 구현한다는 고유의 목적을 가지고 총장의 선출·해임결의, 교수회의 예산 및 결산안의 승인 등의 권한을 가진 의사결정기관인 '총회'와 대의기관인 '평의회' 및 집행기관인 '임원'을 두어 독자적인 활동을 하는 사회조직체로서 비법인 사단에 해당한다고 할 것이며, 청구인이 피청구인에게 이 사건 정보의 공개를 청구하였다가 거부당한 것 자체가 정보공개법에 따른 법률상 이익의 침해로 볼 것이므로, 이와 배치되는 피청구인의 주장은 받아들일 수 없다.

나. 이 사건 정보 중 '외부 심사위원의 연구실적 목록'에 관한 심판청구 부분의 적법여부에 대한 판단

1) 관계법령의 내용

「행정심판법」 제13조제1항에 따르면 취소심판은 처분의 취소 또는 변경을 구할 법률상

의 이익이 있는 자가 청구할 수 있다고 하고 있고, 정보공개법 제2조제1호에 따르면 '정보'라 함은 공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 관리하고 있는 문서(전자문서를 포함한다)·도면·사진·필름·테이프·슬라이드 및 그 밖에 이에 준하는 매체 등에 기록된 사항을 말한다고 되어 있으므로, 정보공개를 구하는 자가 공개를 구하는 정보를 행정기관이 보유·관리하고 있을 상당한 개연성이 있다는 점을 입증함으로써 족하다고 할 것이지만, 공공기관이 그 정보를 보유·관리하고 있지 아니한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 정보공개 거부처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다(대법원 2006. 1. 13. 선고 2003두9459 판결 참조).

2) 판단

위 인정사실에 따르면, 우리 위원회의 자료제출 요청에 대해 피청구인은 이 사건 정보 중 외부 심사위원의 연구실적 목록이 부존재한다고 회신하였고, 달리 피청구인이 위 정보를 보유·관리하고 있음을 인정할만한 상당한 개연성이 있는 객관적인 자료도 없는 점 등을 고려할 때 청구인의 청구 중 외부 심사위원의 연구실적 목록에 대한 부분은 당해 정보의 공개를 구할 법률상 이익이 없어 부적법하다.

7. 나머지 정보의 공개거부처분의 위법·부당여부

가. 관계법령의 내용

1) 정보공개법 제2조, 제3조에 따르면 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개하도록 되어 있는데 여기서 말하는 '공개'라 함은 정보를 열람하게 하거나 그 사본·복제물을 교부하는 것 또는「전자정부법」제2조제10호의 규정에 의한 정보통신망을 통하여 정보를 제공하는 것 등을 말한다. 한편, 같은 법 시행령 제14조제1항은 정보의 공개는 문서·도면·사진 등은 열람 또는 사본 교부의 방법으로 하고 전자적 형태로 보유·관리하는 정보 등은 파일을 복제하여 전자우편으로 송부, 매체에 저장하여 제공, 열람·시청 또는 사본·출력물의 교부의 방법에 의하도록 하고 있으며, 제2항은 공공기관이 정보를 공개함에 있어서 본인 또는 그 정당한 대리인임을 확인할 필요가 없는 때에는 청구인의 요청에 의하여 사본·출력물·복제물·인화물 또는 복제된 파일을 우편·모사전송 또는 전자통신망을 이용하여 송부할 수 있다고 되어 있다. 따라서 정보공개를 청구하는 자가 공개방법을 선택하여 정

보공개청구를 한 경우에는 정보의 공개청구를 받은 공공기관으로서는 청구인이 선택한 공개방법에 따라 정보를 공개하여야 하며 임의로 그 공개방법을 선택할 수는 없다(대전지법 2007. 1. 31. 선고 2006구합3324판결 참조).

2) 정보공개법 제1조, 제2조, 제3조, 제4조제1항, 제9조제1항, 제14조를 종합하면, 공공기관이 보유·관리하는 정보는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 따라 공개하여야 한다고 하여 정보공개가 원칙임을 규정하면서도 제9조제1항 각 호에서 예외적으로 비공개할 수 있는 사유를 나열하고 있는데, 진행 중인 재판에 관련된 정보(제4호), 감사·감독·검사·시험·규제·입찰계약·기술개발·인사관리에 관한 사항이나 의사결정 과정 또는 내부검토 과정에 있는 사항 등으로서 공개될 경우 업무의 공정한 수행이나 연구·개발에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보(제5호), 해당 정보에 포함되어 있는 성명·주민등록번호 등 개인에 관한 사항으로서 공개될 경우 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보(제6호) 등은 비공개할 수 있다고 규정하고 있으며, 다만 위 제6호에 해당하는 정보라고 하더라도, 법령에서 정하는 바에 따라 열람할 수 있는 정보(가목), 공공기관이 공표를 목적으로 작성하거나 취득한 정보로서 사생활의 비밀 또는 자유를 부당하게 침해하지 아니하는 정보(나목), 공공기관이 작성하거나 취득한 정보로서 공개하는 것이 공익이나 개인의 권리 구제를 위하여 필요하다고 인정되는 정보(다목), 직무를 수행한 공무원의 성명·직위(라목), 공개하는 것이 공익을 위하여 필요한 경우로서 법령에 따라 국가 또는 지방자치단체가 업무의 일부를 위탁 또는 위촉한 개인의 성명·직업(마목)은 공개하도록 하고 있다.

3) 정보공개법 제9조제1항제5호에서 '공개될 경우 업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우'란 정보공개법 제1조의 정보공개제도의 목적 및 같은 법 제9조제1항제5호의 규정에 의한 비공개대상정보의 입법 취지에 비추어 볼 때 공개될 경우 업무의 공정한 수행이 객관적으로 현저하게 지장을 받을 것이라는 고도의 개연성이 존재하는 경우를 의미한다고 할 것이고, 여기에 해당하는지 여부는 비공개에 의하여 보호되는 업무수행의 공정성 등의 이익과 공개에 의하여 보호되는 국민의 알권리 보장과 국정에 대한 국민의 참여 및 국정운영의 투명성 확보 등의 이익을 비교·교량하여 구체적인 사안에 따라 신중하게 판단되어야 할 것이다.

나. 판단

1) 청구인이 정보공개방법을 특정한 경우에 대한 판단

위 인정사실에 따르면 청구인은 정보공개를 청구하면서, 이 사건 각 정보들을 전자파일의 형태로 정보통신망을 이용하여 공개하여 달라고 청구하였다.

살피건대 청구인이 공개방법을 지정하여 공개를 청구한 경우 피청구인으로서는 특별한 사정이 없는 한 청구인이 선택한 공개방법에 따라 정보를 공개하여야 하며 공개방법을 임의로 선택할 수는 없다. 그런데 이 사건 정보 중 '심사위원 명단'과 '교내 심사위원 연구실적 목록'은 전자파일 또는 서면의 형태로 보유·관리되고 있는 정보로서 전자파일의 형태로 변환하여 전보통신망을 이용하여 전송하는 방법으로 위 정보를 공개하는 것이 불가능한 정보라고 보기 어려우므로, 피청구인이 위 정보가 담긴 전자파일을 정보통신망을 이용하여 교부하지 아니한 이 사건 처분은 청구인이 선택한 공개방법에 따른 정보공개를 거부한 것으로 보아야 할 것이다.

2) 이 사건 정보 중 '심사위원 명단'의 공개거부처분에 대한 판단

살피건대, 채용절차 및 심사결과 등에 관하여 이해관계가 대립되는 당사자가 존재하는 상황에서 이미 종료된 교원특별채용절차에서 위촉되었던 심사위원들의 명단이 공개될 경우 개별 심사위원 및 피청구인에 대하여 심사위원 선정 및 심사결과 등에 대하여 끊임없이 문제가 제기가 될 소지가 있고, 차후의 피청구인의 교원특별채용위원회에 참여하게 될 심사위원들로서도 신원 공개에 따른 부담으로 인하여 참여를 주저하거나 자유로운 의견개진을 방해받을 가능성이 높다. 그러므로 피청구인으로서는 '심사위원 명단'을 공개하지 아니함으로써 심사위원들이 심사에 집중할 수 있는 여건을 조성하고 향후 교원특별채용절차의 심사위원 선정 및 교원특별채용심사업무의 원활한 운영을 도모할 필요성이 크다고 할 것이므로 이 사건 정보는 정보공개법 제9조제1항제5호의 '의사결정과정 또는 내부검토과정에 있는 사항 등으로서 공개될 경우 업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보'에 준하는 정보로서 비공개 대상정보에 해당한다고 보아야 할 것이다. 따라서 이 사건 정보 중 '심사위원 명단'을 공개하지 아니한 이 사건 처분이 위법·부당하다고 할 수 없다.

3) 이 사건 정보 중 '교내 심사위원 연구실적 목록'의 공개거부처분에 대한 판단

피청구인은 이 사건 처분서에서 이 사건 정보에 대한 비공개 사유로 「개인정보보호법」 제18조를 들었으나 이 사건 심판청구에 대한 주장에서 정보공개법 제9조제1항제6호를 위 정보에 대한 비공개 사유로 추가적으로 적시하였는바, 정보공개법 제9조제1항제6호가 개인에 관한 사항으로서 개인의 사생활의 비밀 등을 침해할 우려가 있는 정보를 비공개대상 정보로 규정한 것이고, 「개인정보보호법」 제18조가 개인정보의 이용·제공 제한을 규정한 것임에 비추어 볼 때, 결국 기본적 사실관계에 있어 동일성이 있는 처분사유라고 보이므로 이 사건 정보에 대한 이 사건 처분의 법적 근거에 정보공개법 제9조제1항제6호도 있는 것으로 보고 살펴본다.

청구인은 알권리 보장 등을 이유로 해당 정보가 공개되어야 한다고 주장하나, '교내 심사위원 연구실적 목록'은 이름·주민등록번호는 아니지만 실적, 업적 등으로서 보호받아야 할 개인의 사적 영역에 해당한다고 할 것이고, 해당 정보가 정보공개법 제9조제1항제6호 단서에서 말하는 법령이 정하는 바에 따라 열람할 수 있는 정보, 공공기관이 공표를 목적으로 작성하거나 취득한 정보로서 개인의 사생활의 비밀과 자유를 부당하게 침해하지 않는 정보, 직무를 수행한 공무원의 성명·직위, 공개하는 것이 공익을 위하여 필요한 경우로서 법령에 의하여 국가 또는 지방자치단체가 업무의 일부를 위탁 또는 위촉한 개인의 성명·직업에 해당한다고 보기 어렵고, 공익 또는 개인의 권리구제를 위하여 필요하다고 보기도 어려우며, 공개로 인하여 보호되는 이익보다 공개됨으로 인하여 개인의 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 더욱 크다고 할 것이므로, 이 사건 정보 중 '교내 심사위원 연구실적 목록' 부분에 대한 피청구인의 이 사건 처분이 위법·부당하다고 할 수 없다.

8. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구 중 외부 심사위원의 연구실적 목록의 정보공개 거부처분 취소청구 부분은 심판청구요건을 갖추지 못한 부적법한 심판청구이므로 각하하기로 하고, 나머지 청구는 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

8 2014-02955 정보공개 이행청구(재결일 : 2014. 6. 17.)

【사건의 쟁점】

지적을 분할신청한 자의 성명, 신청일, 신청이유, 분할측량일 등에 관한 정보공개 여부

【재결요지】

'지적분할신청인의 성명, 신청일, 신청이유'는 정보공개법 제9조제1항제3호, 제5호, 제6호에 따른 비공개 대상정보에 해당하나, '분할측량일'은 지적측량을 의뢰받아 측량업무를 수행하는 과정에서 생성된 객관적인 날짜에 관한 정보이므로 정보공개법상 비공개 대상정보에 해당하지 아니함

【재결의 의미】

지적분할신청과 관련된 제 정보의 공개 여부에 대한 기준 제시

주 문 1. 피청구인은 청구인에게 경상북도 ○○시 ○○면 ○리 산68의 지적분할 측량일을 공개하라.

2. 청구인의 나머지 청구를 기각한다.

청구취지 피청구인은 2013. 12. 4. 청구인이 공개를 요청한 정보를 공개하라.

이 유

1. 사건개요

청구인은 2013. 12. 4. 피청구인에게 '경상북도 ○○시 ○○면 ○리 산68(이하 '이 사건 임야'라 한다)의 지적을 분할신청한 자의 성명, 신청일, 신청이유, 분할측량일'의 공개를 청구하였으나, 피청구인은 2013. 12. 11. 위 정보가 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」(이하 '정보공개법'이라 한다) 제9조제1항제3호, 「대한지적공사 정보공개 운영지침」(이하 '이 사건 지침'이라 한다) 제7조제1항, 별표 1의 비공개 대상정보에 해당한다는 이유로 청구인에게 정보공개 거부처분을 하였고, 청구인이 2013. 12. 18. 위 처분에 대하여 이의신청을

하자 피청구인은 2013. 12. 27. 위 이의신청을 기각(이하 '이 사건 처분'이라 한다)하였다.

2. 청구인 주장

가. 이 사건 임야는 청구인의 선조의 묘소가 있는 종중 소유의 임야임에도 불구하고 처음부터 특정 개인의 소유로 잘못 등기되었으므로, 종중원인 청구인은 이 사건 정보의 공개를 청구할 정당한 이해관계가 있는 자에 해당한다.

나. 이 사건 정보를 비공개대상정보로 규정한 이 사건 지침은 대한지적공사의 사규에 불과하므로 상위법인 정보공개법의 내용에 위반되는 이 사건 지침은 이 사건 처분의 근거가 될 수 없다.

다. 이 사건 정보는 분할측량과 관련된 초보 단계의 정보에 불과하므로 공개되더라도 개인의 사생활이나 재산권을 침해할 우려가 있다고 볼 수도 없고, 측량을 의뢰할 수 있는 '이해관계인'의 범위가 정보공개청구권자의 범위와 같다고 볼 수도 없으므로, 피청구인은 청구인에게 이 사건 정보를 공개하여야 한다.

3. 피청구인 주장

가. 이 사건 지침은 정보공개법 제9조제3항에 따라 수립한 비공개대상정보의 세부기준으로서 상위법인 정보공개법에 위반되지 아니한다.

나. 「측량·수로조사 및 지적에 관한 법률」에 따르면 측량업무는 수수료를 대가로 의뢰인에게 지적측량원도(지적측량성과)를 제시하는 것이며, 지적측량의 의뢰권자는 측량수수료를 납입한 토지소유자 및 포괄승계인 등의 이해관계인에 한정되므로, 위 토지에 대하여 단순히 사실상·감정상 이해관계를 갖는데 불과한 청구인은 측량업무와 관련된 이 사건 정보의 공개를 요구할 정당한 이해관계가 없다.

다. 이 사건 정보는 측량의뢰인의 사생활의 비밀과 자유 및 재산권 보호 측면에서 정보공개법 제9조제1항제3호의 비공개대상정보에 해당한다.

라. 이 사건 임야의 소유권은 소유권확인소송을 통해 해명되어야 하는 것이므로, 청구인의 이 사건 심판청구는 기각되어야 한다.

4. 관계법령

공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조

측량·수로조사 및 지적에 관한 법률 제23조 제24조

측량·수로조사 및 지적에 관한 법률 시행규칙 제25조

5. 인정사실

당사자 사이에 다툼이 없는 사실과 행정심판청구서 및 답변서, 정보비공개결정서, 이의신청기각결정통지서, 지적업무사례집, 이 사건 임야에 대한 임야도와 임야대장 및 등기부등본 등의 기재내용에 따라 인정되는 사실은 다음과 같다.

가. 이 사건 임야(42050㎡)는 1980. 9. 25. ○○우의 소유로 보존등기가 되었다가 2010. 6. 21. 협의분할에 의한 상속으로 소유권이 ○○종으로 이전되었고, 2012. 3. 8. 산68번지(28827㎡)와 산68-1번지(13223㎡)로 분할되었다.

나. 2013. 12. 4. 청구인은 피청구인에게 '이 사건 임야의 지적을 분할신청한 자의 성명, 신청일, 신청이유, 분할측량일'을 공개하여 달라고 청구하였다.

다. 2013. 12. 11. 피청구인은 청구인에게 이 사건 정보가 정보공개법 제9조제1항제3호,「정보공개 운영지침」제7조, 별표 1에 따라 비공개 대상정보라는 이유로 정보공개 거부처분을 하였다.

라. 2013. 12. 18. 청구인은 이 사건 임야가 청구인이 종중원으로 있는 종중 소유의 임야임에도 불구하고 다른 사람의 소유로 등기된 후 분할되었으므로 이 사건 정보의 공개를 청구할 정당한 이해관계인에 해당된다고 하면서 정보공개 거부처분에 대한 이의신청을 하였고, 피청구인은 2013. 12. 27. 청구인이 이 사건 임야의 소유자 및 정당한 이해관계인에 해당하지 아니한다는 이유로 이 사건 처분을 하였다.

마. 정보공개법 제9조제3항에 따른 이 사건 지침 제7조제1항 및 별표 1에 따르면, '지적측량 신청내역 및 결과, 측량성과도, 측량결과도, 지적측량 의뢰현황'은 정보공개법 제9조제1항제3호에 해당하는 비공개대상정보로서, 지적측량의뢰인 및 이해관계인에게만 공개

될 수 있다고 하고 있다.

바. 피청구인 소속 직원은 우리 위원회에 이 사건 정보가 포함된 '지적측량의뢰서', '지적측량수행계획서', '측량정보 검색내역'을 제출하였다.

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령

1)「정보공개법」제1조, 제3조, 제5조, 제6조는 국민의 알권리를 보장하고 국정에 대한 국민의 참여와 국정운영의 투명성을 확보하기 위하여 공공기관이 보유·관리하는 정보를 모든 국민에게 원칙적으로 공개하도록 하고 있으면서도 제9조제1항단서는 다른 법률 또는 법률이 위임한 명령에 의하여 비밀 또는 비공개 사항으로 규정된 정보(제1호), 국가안전보장·국방·통일·외교관계 등에 관한 사항으로서 공개될 경우 국가의 중대한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보(제2호), 공개될 경우 국민의 생명·신체 및 재산의 보호에 현저한 지장을 초래할 우려가 있다고 인정되는 정보(제3호), 진행중인 재판에 관련된 정보와 범죄의 예방, 수사, 공소의 제기 및 유지, 형의 집행, 교정, 보안처분에 관한 사항으로서 공개될 경우 그 직무수행을 현저히 곤란하게 하거나 형사피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보(제4호), 감사·감독·검사·시험·규제·입찰계약·기술개발·인사관리·의사결정과정 또는 내부검토과정에 있는 사항 등으로서 공개될 경우 업무의 공정한 수행이나 연구·개발에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보(제5호), 당해 정보에 포함되어 있는 이름·주민등록번호 등 개인에 관한 사항으로서 공개될 경우 개인의 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보(제6호), 법인·단체 또는 개인의 경영·영업상 비밀에 관한 사항으로서 공개될 경우 법인 등의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보(제7호), 공개될 경우 부동산 투기·매점매석 등으로 특정인에게 이익 또는 불이익을 줄 우려가 있다고 인정되는 정보(제8호)에 해당하는 경우 공개하지 아니할 수 있다고 하고 있다.

2)「측량·수로조사 및 지적에 관한 법률」(이하 '측량조사법'이라 한다) 제2조제19호 및 제31호에 따르면 '지적공부'란 토지대장, 임야대장, 공유지연명부, 대지권등록부, 지적도, 임야도 및 경계점좌표등록부 등 지적측량 등을 통하여 조사된 토지의 표시와 해당 토지의

소유자 등을 기록한 대장 및 도면을 의미하며, '분할'이란 지적공부에 등록된 1필지를 2필지 이상으로 나누어 등록하는 것을 말한다.

3) 측량조사법 제23조제1항, 제24조제1항 및 제2항, 같은 법 시행규칙 제25조제1항 및 제2항에 따르면, 지적소관청에 분할을 신청하려는 자는 지적측량을 하여야 하고, 토지소유자 등 이해관계인은 지적측량을 할 필요가 있는 경우에 대한지적공사 등의 지적측량수행자에게 지적측량을 의뢰하여야 하는데, 측량의뢰서에는 측량의뢰인의 성명과 소유자와의 관계, 측량목적, 측량의뢰일 등을 기재하여야 하며, 지적측량수행자는 지적측량의뢰를 받은 때에는 측량일자, 측량수수료 등을 적은 지적측량수행계획서를 지적소관청에 제출하도록 하고 있다.

나. 판단

1) 먼저 이 사건 정보 중 '분할신청인의 성명, 신청일, 신청이유'에 관하여 살피건대, 측량조사법 제23조, 제24조에 따르면 부동산의 소유자는 부동산의 관리·처분 등의 목적으로 토지나 임야의 분할을 신청할 수 있고, 분할을 신청하려는 자는 토지의 측량을 의뢰하여야 하며 지적소관청은 의뢰사항에 따라 측량업무를 실시하여야 하는바, '분할신청인의 성명, 신청일, 신청이유'는 개인의 재산권 행사에 관련된 정보에 해당함과 동시에 지적공부상의 부동산의 사실관계 변동과 관련된 정보에 해당한다.

그런데 '분할신청인의 성명, 신청일, 신청이유'가 공개되면 임야대장과 임야도 및 등기부를 통해 일반에 공개되는 이 사건 임야의 개별명세(지적, 지번, 면적, 권리변동관계 등)와 결합하여 특정 개인의 재산관리상황을 식별·예측할 수 있게 되어 개인의 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있고, 청구인이 주장하는 바와 같이 이 사건 임야의 소유관계에 다툼의 여지가 있는 상황에서 위 정보가 공개될 경우 사유지의 소유·관리 등의 재산권 행사를 곤란하게 할 수 있으며, 측량의뢰에 따른 업무수행과정 및 결과에 대한 민원으로 피청구인의 측량업무수행에 현저한 지장을 초래할 우려가 있다.

한편 청구인은 이 사건 임야의 진정한 소유자는 청구인이 소속된 종중이므로 이 사건 정보의 공개를 요구할 정당한 이해관계인이라고 주장하나, 부동산에 대한 권리관계는 정당한 소유자라고 주장하는 자가 소유자로 등기된 자를 상대로 소유권확인을 구하는 소송

을 통해 시정되어야 하는 것이므로, 이 사건 정보의 공개를 요구하는 청구인의 이익보다 공개하지 아니함으로서 보호되는 분할신청인의 이익 및 공익이 더욱 크다고 할 것이다. 따라서 '분할신청인의 성명, 신청일, 신청이유'은 정보공개법 제9조제1항제3호, 제5호, 제6호에 따른 비공개 대상정보로서 이를 공개하지 아니한 피청구인의 처분은 위법·부당하다고 할 수 없고, 피청구인은 위 정보를 청구인에게 공개할 의무가 없다고 할 것이다.

2) 다음으로 이 사건 정보 중 '분할측량일'에 관하여 살피건대, 피청구인은 측량수수료를 납입하지 아니한 청구인은 이 사건 정보의 공개를 요구할 정당한 이해관계인이 아니라고 주장하나, 정보공개법은 모든 국민은 원칙적으로 정보공개를 청구할 수 있다고 하고 있고, 측량수수료는 토지소유자나 이해관계인에게 제공되는 측량업무수행 및 그 결과에 대한 대가인 반면, '분할측량일'은 지적측량을 의뢰받아 측량업무를 수행하는 과정에서 생성된 객관적인 날짜에 관한 정보이므로 '분할측량일'이 정보공개법 제9조제1항 각 호의 비공개 대상정보가 아닌 한 청구인은 위 정보의 공개를 청구할 수 있다.

그런데 '분할측량일'은 다른 법률 또는 법규명령에 의하여 비공개사항으로 규정된 정보에 해당하지 아니하고, 국가안전보장·국방·통일·외교관계 등에 관한 사항이라거나 국가기관의 형사·사법기능의 수행을 현저히 곤란하게 하는 정보에 해당한다고 볼 수 없으며, 피청구인이 완료한 업무수행일에 관한 정보로서 공개되더라도 국민의 생명·신체·재산이나 개인의 사생활의 비밀·자유, 법인이나 개인의 경영·영업상 비밀 등을 침해할 우려가 있다고 보기도 어렵고, 단독으로 또는 이 사건 임야의 개별명세와 결합하더라도 피청구인의 향후 지적측량업무 수행에 현저한 지장을 초래한다거나 부동산 투기·매점매석 등으로 특정인에게 이익 또는 불이익을 줄 우려가 있는 정보에 해당하지도 아니한다. 따라서 이 사건 정보 중 '분할측량일'은 정보공개법 제9조제1항단서 의 비공개 대상정보에 해당한다고 볼 수 없으므로, '분할측량일'을 공개하지 아니한 피청구인의 처분은 위법·부당하고, 피청구인은 이 사건 임야의 '분할측량일'을 청구인에게 공개할 의무가 있다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 일부 인정할 수 있으므로, 청구인의 청구 중 분할측량일 공개청구는 받아들이기로 하고, 나머지 청구는 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

국토, 해양, 건설, 교통

Anti-Corruption & Civil Rights Commission

1 2013-17532 표준지공시지가결정 취소청구(재결일 : 2014. 4. 15.)

【사건의 쟁점】

이 사건 토지는 지목이 임야이나 대지로 개발행위 중인 토지로서, 지목에 따라 평가하여야 하는지 여부 및 사인(私人)인 감정평가법인의 임의적인 사전 의견제출 절차와 혼동하여 법령상 이의신청 기간을 도과한 경우 청구인에게 귀책사유가 있는지 여부 등

【재결요지】

청구인은 표준지 가격평가 시 그 거래가격을 참작하여야 하는 '인근유사토지'란 지목이 같은 토지여야 한다고 주장하나, 가격공시법 제3조제1항에서 토지이용상황이나 자연적·사회적 조건만을 규정하고 있을 뿐 지목 기타 법률적 제한이 유사한 토지라고 규정하고 있지 않은 점, 따라서 지목이 다른 일단의 토지 중에서도 표준지를 선정할 수 있는 것으로 보이는 점, 「표준지 조사·평가 기준(2013. 5. 3. 국토교통부훈령 제186호로 개정되기 전의 것)」 제16조에 따르면 표준지의 평가는 공부상의 지목에 불구하고 공시기준일 현재의 이용상황을 기준으로 평가한다고 되어 있는 점 등을 종합적으로 고려할 때, 피청구인이 지목이 임야인 이 사건 토지를 평가할 때 지목이 대지인 인근토지의 거래가격을 참작하였으므로 해당 청구인 주장은 이유없음

표준지공시지가 결정에 대한 이의신청 기간과 방법 등은 가격공시법 제8조제1항에 명시되어 있는 점, 이 사건 처분이 공고된 2013. 2. 28.자 관보에 이의신청 방법 및 기간이 기재되어 있는 점, 가격공시법에 표준지공시지가의 공시일 이전에 이의신청 또는 의견제출 할 수 있도록 하고 있는 규정이 없는 점, 사인(私人)인 감정평가법인이 임의로 토지소유자 등의 의견을 수렴하는 것을 행정청인 피청구인에 대한 이의신청과 같이 볼 수 없는 점 등을 종합적으로 고려할 때, 피청구인이 청구인의 이의신청을 받지 않고 한 이 사건 처분은 위법·부당하다고 할 수 없음

【재결의 의미】

감정평가 시 토지는 지목이 아니라 토지이용상황 등에 따라 평가되어야 하고, 청구인이 감정평가법인의 임의적인 사전 의견제출 절차와 혼동하여 법령상 이의신청 기간을 도과한 경우라도 이의신청을 받지 않고 한 표준지공시지가결정이 위법·부당하다고 할 수 없음

주 문 청구인의 청구를 기각한다.

청구취지 피청구인이 2013. 2. 28. △△광역시 △△구 △△동 00 임야 00㎡에 대하여 결정·공고한 2013년도 표준지공시지가결정을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

피청구인은 2013. 2. 28. △△광역시 △△구 △△동 00 임야 00㎡(이하 '이 사건 토지'라 한다)의 2013년도 표준지공시지가를 결정·공시(이하 '이 사건 처분'이라 한다)하였고, 신청인은 같은 해 7. 1. 피청구인에게 이 사건 처분에 대하여 이의신청 하였으나, 피청구인은 같은 달 3. 「부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률」(2013. 3. 23 법률 제11690호로 개정되기 전의 것, 이하 '가격공시법'이라 한다) 제8조에 따른 이의신청 기간이 도과하여 재검토대상이 아니라는 민원회신을 하였다.

2. 청구인 주장

가. 내용상 하자

1) 표준지 가격평가 시에는 동일한 지목의 토지를 참작하여야 하는데, 이 사건 토지는 개발행위 중이기는 하지만 지목이 임야임에도 불구하고, 피청구인은 지목이 대지인 토지를 참작하여 평가하였다.

2) 토지의 조성에 필요한 추정액 등을 참작하여 공시지가를 산정하지 않았다.

3) 이 사건 처분은 정상적인 거래가격을 반영하지 못하였다.

4) 이 사건 처분의 근거가 되는 가격평가의견서에 보정요인이 된 개별요인 및 기타요인에 대한 설명이 없다.

나. 절차상 하자

1) 이의신청 기간을 도과한 책임은 피청구인이 이의신청 제도와 혼동할 수 있는 감정평가법인의 의견제출 제도를 방치한 데 있다.

2) 둘 이상의 감정평가법인의 조사·평가를 받아야 함에도 불구하고, 하나의 감정평가법인의 조사·평가만을 받았으므로, 이 사건 처분은 위법·부당하다.

3. 피청구인 주장

가. 내용상 하자

1) 표준지 가격평가 시에는 지목과 상관없이 현황이 동일한 토지를 참작하여야 한다.

2) 토지의 조성에 필요한 추정액 등은 매매사례비교법을 사용할 수 없어 원가법으로 평가할 때 참작하는데, 이 사건 토지는 원가법으로 평가한 것이 아니다.

3) 시가나 실제거래가격을 초과한다는 사유만으로는 이 사건 처분이 위법하다고 볼 수 없다.

4) 이 사건 처분의 근거가 되는 가격평가의견서에 보정요인이 된 개별요인 및 기타요인에 대하여 설명되어 있다.

나. 절차상 하자

1) 표준지공시지가 결정 이전의 의견제출은 법령상 인정되지 않고, 감정평가법인이 토지소유자들의 편의를 감안하여 임의로 의견제출 받는 것에 불과하며, 청구인은 이의신청 기간을 도과하여 이의신청 하였다.

2) 표준지공사지가 결정 시 둘 이상의 감정평가법인의 조사·평가를 받았는바, 이 사건 처분은 적법·타당하므로 청구인의 청구는 기각되어야 한다.

4. 관계법령

부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률(2013. 3. 23 법률 제11690호로 개정되기 전의 것) 제3조, 제5조, 제8조제1항

부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률 시행령(2013. 3. 23. 대통령령 제24443호로 개정되기 전의 것) 제6조제1항

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 청구서, 답변서, 2013년 표준지공시지가 공시, 주식회사

■■감정평가법인 및 주식회사 ●●감정평가법인이 각각 작성한 “2013년도 표준지 조사사항 및 가격평가의견서”, 주식회사 ■■감정평가법인이 작성한 “표준지소유자의 의견청취문”, 청구인이 작성한 “공시지가 이의신청서”, △△광역시 △△청장이 작성한 “표준지에 대한 이의신청에 따른 반려 통보” 등에 따르면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 이 사건 토지의 소유자로서, 2009년 12월 이 사건 토지에 대한 개발행위 허가를 받아 개발행위 중 2011년 9월 개발행위를 중단한 채로 이 사건 토지를 소유하고 있다.

나. 이 사건 토지는 피청구인이 행하는 2013년도 공시지가의 조사·평가를 위한 표준지로 선정되었으며, 이에 따라 피청구인은 청구 외 주식회사 ■■감정평가법인 및 청구 외 주식회사 ●●감정평가법인에 이 사건 토지의 조사·평가(이하 ‘이 사건 조사·평가’라 한다)를 의뢰하여, “2013년도 표준지 조사사항 및 가격평가의견서”(이하 ‘이 사건 가격평가의견서’라 한다)를 제출받았다.

다. 주식회사 ●●감정평가법인이 작성한 이 사건 가격평가의견서에는 “1. 거래사례의 선정 : 본건 표준지와 인근지역에 소재하고 제반가격형성요인이 유사한 거래사례로서 2011-05-02 일자 거래된 운북동 572-58 대지 ㎡당 644,100원 사례를 선정, 6. 개별요인 비교 : 0.85, 접근조건, 환경조건, 획지조건, 행정적 조건 : 본건 표준지 열세, 7. 기타요인 보정 : 상기 요인치 외에 기타 지가에 영향을 미치는 요인 및 인근 표준지 공시지가와의 균형 등을 종합적으로 참작하여 볼 때 본건(※※동 00)이 거래사례보다 다소의 격차율이 있는 것으로 판단되어 기타요인 보정치를 .9로 결정함”이라고 기재되어 있다.

라. 피청구인은 2013. 2. 28. 국토해양부공고 제2013-180호로 이 사건 토지의 2013년도 표준지공시지가를 480,000원/㎡로 결정·공시하는 내용의 이 사건 처분을 하였다. 이 사건 처분이 공고된 2013. 2. 28.자 관보에는 “2. 이의신청 방법, 가. 2013년 표준지공시지가에 대하여 이의가 있는 토지소유자, 토지의 이용자 및 그 밖에 법률상 이해관계를 가진 자는 공고일로부터 30일 이내에 서면 또는 온라인(http://www. kreic.org/realtyprice)으로 국토해양부장관에게 이의를 신청할 수 있음”이라고 기재되어 있다.

마. 청구인은 2013. 1. 5. 청구외 주식회사 ■■감정평가법인으로부터 이 사건 토지의 평가예정가격이 480,000원/㎡라는 취지의 "표준지소유자의 의견청취문"을 받고, 2013. 1. 30. 이에 대하여 청구 외 △△광역시 △△청장에게 이의신청 하였으나, 답변을 받지 못하였다.

바. 청구인은 2013. 7. 1. 피청구인에게 이 사건 처분에 대한 이의신청을 하였으나, 피청구인은 같은 달 2. 가격공시법 제8조에 따른 이의신청 기간이 도과하여 재검토대상이 아니라는 민원회신을 하였다.

사. 청구인은 이 사건 토지를 000원/㎡으로 일간신문에 매각광고를 하였는데, 그 광고에는 "평당 00만원, 0필지, 지번 확정, 건축허가필, 1필지(00평 내외)"라고 되어 있다.

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 이 사건 처분의 가격공시법 위반여부

1) 표준지 가격평가 시 지목이 동일한 토지를 참작하여야 하는지 여부

가격공시법 제3조제1항에 따르면 국토해양부장관은 토지이용상황이나 주변환경 그 밖의 자연적·사회적 조건이 일반적으로 유사하다고 인정되는 일단의 토지 중에서 선정한 표준지에 대하여 매년 공시기준일 현재의 적정가격을 조사·평가하도록 되어 있고, 제5조제1항에 따르면 국토해양부장관이 제3조의 규정에 따라 표준지의 적정가격을 조사·평가하는 경우에는 인근유사토지의 거래가격·임대료 및 당해 토지와 유사한 이용가치를 지닌다고 인정되는 토지의 조성에 필요한 비용추정액 등을 종합적으로 참작하여야 한다고 되어 있다.

청구인은 표준지 가격평가 시 그 거래가격을 참작하여야 하는 '인근유사토지'란 지목이 같은 토지여야 한다고 주장한다. 그러나 가격공시법 제3조제1항에서 토지이용상황이나 자연적·사회적 조건만을 규정하고 있을 뿐 지목 기타 법률적 제한이 유사한 토지라고 규정하고 있지 않은 점, 따라서 지목이 다른 일단의 토지 중에서도 표준지를 선정할 수 있는 것으로 보이는 점, 「표준지 조사·평가 기준(2013. 5. 3. 국토교통부훈령 제186호로 개정되기 전의 것)」 제16조에 따르면 표준지의 평가는 공부상의 지목에 불구하고 공시기준일

현재의 이용상황을 기준으로 평가한다고 되어 있는 점 등을 종합적으로 고려할 때, 피청구인이 지목이 임야인 이 사건 토지를 평가할 때 지목이 대지인 인근토지의 거래가격을 참작하였으므로 이 사건 처분은 위법·부당하다는 청구인의 주장은 받아들이지 아니한다.

2) 토지의 조성에 필요한 추정액 참작 여부

「표준지 조사·평가 기준」제21조에 따르면 표준지의 평가는 거래사례비교법, 원가법 또는 수익환원법의 3방식 중에서 가장 적합한 평가방식 하나를 선택하여 행하는데, 일반적으로 시장성이 있는 토지는 거래사례비교법으로, 시장성이 없거나 토지의 용도 등이 특수하여 거래사례 등을 구하기가 현저히 곤란한 토지는 원가법에 의하여 평가하고, 원가법에 의하는 경우 평가가격은 '[조성 전 토지의 소지가격+(조성공사비 및 그 부대비용+ 취득세 등 제세공과금+적정이윤)] ÷ 해당 토지의 면적'의 공식에 따라 산정된다고 되어 있다.

청구인은 가격공시법 제5조제1항에 따르면 표준지 가격평가 시 토지의 조성에 필요한 비용추정액을 참작하여야 함에도 불구하고, 피청구인은 이 사건 처분 시 이를 참작하지 않았다고 주장한다.

그러나 가격공시법 제5조제1항은 '토지의 조성에 필요한 비용추정액'뿐만 아니라 '인근유사토지의 거래가격·임대료'까지 종합적으로 참작하여야 한다고 규정하고 있는데, 이 사건 조사·평가 시 인근유사토지인 인천광역시 중구 ※※동 00번지의 거래사례(201X. X. X.)를 참고한 점, 그 인근유사토지의 거래가격은 대지로 조성된 상태임을 감안하여 책정되었다고 볼 수 있으므로 인근유사토지의 거래가격에서 토지조성비를 참작 또는 공제하여 주는 것은 토지조성비를 이중으로 참작하는 것과 같은 결과가 될 수 있는 점, 「표준지 조사·평가 기준」제21조에 따르면 토지조성비는 원가법에 의할 때 참작되는데, 이 사건 토지의 평가는 거래사례비교법에 의하여 이루어진 점 등을 종합적으로 고려할 때, 피청구인이 이 토지의 조성에 필요한 비용추정액을 참작하지 않았으므로 이 사건 처분은 위법·부당하다는 청구인의 주장은 받아들이지 아니한다.

3) 이 사건 처분이 정상적인 거래가격을 반영하지 못하였는지 여부

청구인은 이 사건 토지를000원/㎡으로 일간신문에 10여 차례나 매각광고를 하였으나 매각하지 못하였는바, 이 사건 처분은 자의적으로 평가되어 위법·부당하다고 주장한다.

그러나 토지가격의 적법성 여부는 법률에 규정된 절차와 방법에 의거하여 이루어진 것

인지 여부에 따라 결정될 것이지 당해 토지의 시가와 직접적인 관련이 있는 것은 아닌 점, 토지가격은 당해 토지의 시가나 실제 거래가격과 직접적인 관련이 있는 것은 아니므로 단지 그 가격이 시가나 실제 거래가격을 초과하거나 미달한다는 사유만으로 그것이 현저하게 불합리한 가격이어서 그 가격 결정이 위법하다고 할 것은 아닌 점 등을 종합적으로 고려할 때, 이 사건 처분은 정상적인 거래가격을 반영하지 못하여 위법·부당하다는 청구인의 주장은 받아들이지 아니한다.

4) 이 사건 가격평가의견서에 개별요인 및 기타요인에 대한 설명이 누락되어 있는지 여부

청구인은 대법원 2009. 12. 10. 선고 2007두20140 판결에 따르면 평가요인별 참작 내용과 정도가 평가액 산정의 적정성을 알아볼 수 있을 만큼 객관적으로 설명되어 있다고 보기 어려운 경우, 이를 근거로 한 표준지공시지가 결정은 토지의 적정가격을 반영한 것이라고 인정하기 어려워 위법한데, 이 사건 가격평가의견서에는 보정요인이 된 개별요인 및 기타요인에 대하여 구체적인 언급이 없다고 주장한다.

그러나 위 대법원 2007두20140 판결은 감정평가서에 거래선례나 평가선례, 거래사례비교법, 원가법 및 수익환원법 등을 모두 공란으로 둔 채, 그 토지의 전년도 공시지가와 세평가격 및 인근 표준지의 감정가격만을 참고가격으로 삼으면서 그러한 참고가격이 평가액 산정에 어떻게 참작되었는지에 관한 별다른 설명 없이 평가의견을 추상적으로만 기재한 사안인 점, 이 사건 가격평가의견서에는 "6. 개별요인 비교 : 0.85, 접근조건, 환경조건, 획지조건, 행정적 조건 : 본건 표준지 열세, 7. 기타요인 보정 : 상기 요인치 외에 기타 지가에 영향을 미치는 요인 및 인근 표준지공시지가와의 균형 등을 종합적으로 참작하여 볼 때 본건(※※동 00)이 거래사례보다 다소의 격차율이 있는 것으로 판단되어 기타요인 보정치를 .9로 결정함"이라고 기재되어 있는바, 개별요인 및 기타요인에 대하여 구체적으로 설명되어 있는 것으로 볼 수 있는 점 등을 종합적으로 고려할 때, 이 사건 가격평가의견서에 보정요인이 된 개별요인 및 기타요인에 대한 설명이 누락되어 있으므로 이 사건 처분은 위법·부당하다는 청구인의 주장은 받아들이지 아니한다.

나. 이 사건 처분의 절차위반 여부

1) 이의신청 기간도과 책임여부

가격공시법 제8조제1항에 따르면, 표준지공시지가에 대하여 이의가 있는 자는 표준지

공시지가의 공시일부터 30일 이내에 서면으로 국토해양부장관에게 이의를 신청할 수 있다고 되어 있다.

청구인은 이의신청 기간도과 책임은 피청구인이 이의신청 제도와 혼동할 수 있는 감정평가법인의 의견제출 제도를 방치한 데 있으므로, 청구인의 이의신청을 받지 않고 한 이 사건 처분은 위법·부당하다고 주장한다.

표준지공시지가 결정에 대한 이의신청 기간과 방법 등은 가격공시법 제8조제1항에 명시되어 있는 점, 이 사건 처분이 공고된 2013. 2. 28.자 관보에 이의신청 방법 및 기간이 기재되어 있는 점, 가격공시법에 표준지공시지가의 공시일 이전에 이의신청 또는 의견제출 할 수 있도록 하고 있는 규정이 없는 점, 사인(私人)인 감정평가법인이 임의로 토지소유자 등의 의견을 수렴하는 것을 행정청인 피청구인에 대한 이의신청과 같이 볼 수 없는 점 등을 종합적으로 고려할 때, 피청구인이 청구인의 이의신청을 받지 않고 한 이 사건 처분은 위법·부당하다는 청구인의 주장은 받아들이지 아니한다.

2) 둘 이상의 감정평가법인의 조사·평가를 받았는지 여부

가격공시법 제5조제2항에 따르면 국토해양부장관이 표준지의 적정가격을 조사·평가하고자 할 때에는 둘 이상의 감정평가업자에게 의뢰하여야 한다고 되어 있다.

청구인은 피청구인이 하나의 감정평가업자에게만 조사·평가를 의뢰하였으므로 위법·부당하다고 주장하나, 피청구인은 청구외 주식회사 ■■감정평가법인 및 청구외 주식회사 ●●감정평가법인에게 조사·평가를 의뢰하였으므로, 청구인의 주장은 받아들이지 아니한다.

다. 소결

따라서 이 사건 처분은 관계 법령에서 정한 평가방법 및 절차에 따른 것으로 위법·부당하다고 할 수 없다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 청구인의 청구를 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

2 2013-19492 착공신고 처리불가 통보 취소청구(재결일 : 2014. 4. 29.)

【사건의 쟁점】

건축허가가 권한 없는 자의 행위로서 무효임을 이유로 한 이 사건 처분이 위법·부당한지 여부

【재결요지】

청구인이 이 사건 건축물을 건축하려는 이 사건 부지는 외국인투자를 촉진하여 국가경쟁력을 강화하고자 경제자유구역으로 2013. 2. 14. 지정·고시된 지역으로 원칙적으로 개발사업구역 내 건축물의 신축 등이 금지되고 건축허가 및 착공신고의 수리는 2013. 4. 26. 제정 및 시행된「강원도 동해안권경제자유구역청 설치 조례」제4조에 따라 피청구인이 수행하므로 이 사건 부지가 경제자유구역으로 지정·고시된 2013. 2. 14. 이후인 2013. 4. 3. 청구인의 건축허가 신청에 대하여 참가인이 2013. 5. 1.한 건축허가는 권한 없는 자의 행위로 효력이 없어 건축허가는 무효이고, 건축허가가 무효이므로 착공신고의 수리는 불가하다 할 것인 점, 이 사건 부지는 경제자유구역 내에 있으므로 특별법 제7조의5에 따른 개발행위허가 대상인데, 청구인은 개발행위허가 신청을 하지 않았고 개발행위허가를 받지 아니한 상황임에 비추어 무효인 건축허가를 근거로 착공신고를 수리할 수 없다고 할 것인 점, 이 사건 부지는 특별법 제7조의5 소정의 개발사업구역에 포함되어 있으며 토지이용계획상 부품소재용지에 위치하여 이 사건 건축물이 허용될 경우 향후 사업시행자 지정 및 실시계획 승인으로 인한 개발사업 시행 시 불필요한 보상 및 기존건물의 철거 등 행정상, 재정상의 손실이 예측되는바, 사업시행 목적에 부합하는 개발사업을 통일적으로 추진하고자 하는 공익상의 필요는 청구인이 이 사건 건축물의 착공신고 수리가 거부됨으로 인한 신뢰의 이익이나 청구인이 입게 될 불이익 등을 정당화할 만큼 강한 경우에 해당한다고 할 것인 점, 청구인이 주장하는 참가인과 피청구인간 사무인수·인계에 대한 업무협약에 대하여는 공문, 협의·협약서 등 확인된 사항이 없는 점 등을 종합하면 피청구인의 이 사건 처분이 위법·부당하다고 할 수 없음

【재결의 의미】

경제자유구역으로 지정·고시된 이후 건축허가 권한은 강원도지사에게 있으므로 강원도 동해시장의 건축허가는 권한없는 자의 행위로서 무효이고, 이를 근거로 한 피청구인의 착공신고 수리거부는 위법·부당하다고 할 수 없음

주 문 청구인의 청구를 기각한다.

청구취지 피청구인이 2013. 7. 19. 청구인에게 한 착공신고 처리불가 통보를 취소한다.

이 유

1. 사건개요

청구인은 2013. 4. 3. 강원도 동해시 용정동 35-11(이하 '이 사건 부지'라 한다)에 단독주택(이하 '이 사건 건축물'이라 한다)을 건축하기 위하여 강원도 동해시장(이하 '참가인'이라 한다)에게 건축허가를 신청하자 참가인은 2013. 5. 1. 이 사건 건축물에 대한 건축허가를 하였고, 이후 청구인은 2013. 6. 17. 참가인에게 이 사건 건축물에 대한 착공신고서를 제출하였으나, 피청구인은 2013. 7. 19. 상기 지역은 「경제자유구역의 지정 및 운영에 관한 특별법」(이하 '특별법'이라 한다) 제4조에 의하여 2013. 2. 14. 동해안권 경제자유구역으로 지정·고시된 지역으로 같은 법 제7조의5(행위제한) 및 같은 법 시행령 제6조의2에 따라 건축허가는 원칙적으로 제한되며 허가권한은 강원도지사에게 있으므로 참가인의 건축허가는 효력이 없다는 이유로 이 사건 건축물의 착공신고 처리불가 통보(이하 '이 사건 처분'이라 한다)를 하였다.

2. 청구인 및 참가인 주장

가. 청구인은 이 사건 부지에 대한 건축설계비 250만원, 측량비 83만 2,700원, 토목설계비 800만원 등을 지불하였고, 2013. 5. 1. 참가인으로부터 건축허가를 받은 후 개발행위와 관련하여 이행보증증권 47만 4,660원, 국민주택채권 2만 6,600원, 건축행위와 관련하여 면허세 3만원, 산지조성행위와 관련하여 면허세 1만원, 대체산림자원조성비 639만 2,320원 등을 지불하였으므로 만약 착공신고가 수리되지 않을 경우 경제적 손해를 입는다.

나. 피청구인은 참가인과 사전에 강원도동해안권경제자유구역청(이하 '자유구역청'이라 한다) 개청 시까지 경제자유구역내의 건축 관련 인가권 및 허가권은 참가인이 처리하고 자유구역청 개청 이후 자유구역청이 그대로 인수하여 준공 등 관련 업무를 일괄처리하기로 하였는데, 자유구역청 개청 후 참가인과의 협약을 일방적으로 무시하고 한 이 사건 처

분은 위법하다.

3. 피청구인 주장

가. 이 사건 부지는 2013. 2. 14. 동해안권 경제자유구역으로 지정·고시된 지역으로 특별법 제7조의5에 따라 개발사업구역에서 토지의 형질변경, 건축물의 건축, 공작물의 설치 등의 행위를 하려는 자는 관할 시·도지사의 허가를 받아야 하는데, 청구인은 경제자유구역지정 후인 2013. 4. 3. 건축허가를 신청하여 참가인이 2013. 5. 1. 건축허가를 하였으므로 법적효력이 없다.

나. 또한 이 사건 부지는 경제자유구역개발계획 및 경제자유구역 지정·고시 상 '부품소재지 산업용지'로 고시된 지역으로 향후 사업시행자 지정 및 실시계획 승인으로 인한 개발사업 시행에 따른 불필요한 보상 및 기존 건축물의 철거 등 행정상, 재정상의 손실이 예측되는 등 개발사업에 지장을 주는 행위이므로 건축허가가 원칙적으로 제한되고, 건축허가 전 개발사업시행자인 강원도의 의견을 들어서 행정처분을 했어야 하며, 참가인의 이 사건 건축물에 대한 건축허가는 피청구인이 업무 인수·인계과정 중 경제자유구역지정 이후 처리된 허가를 인지한 사안으로 상급기관의 질의 결과와 관련법에 따른 행정절차 및 청문결과 등을 종합하여 한 이 사건 처분은 적법·타당하다.

4. 관계법령

경제자유구역의 지정 및 운영에 관한 특별법 제2조, 제2조의2, 제4조, 제7조의5, 제27조, 제27조의2, 제30조

경제자유구역의 지정 및 운영에 관한 특별법 시행령 제6조의2, 제28조, 제31조

구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제56조(2013. 7. 16. 법률 제11922호로 일부 개정되어 2014. 1. 17. 시행되기 전의 것, 이하 같다)

구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령 제51조(2014. 1. 14. 대통령령 제25090호로 일부 개정되어 2014. 1. 17. 시행되기 전의 것, 이하 같다)

구 건축법(2013. 5. 10. 법률 제11716호로 일부 개정되어 같은 날 시행되기 전의 것, 이하 같다) 제11조

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 동해안권 경제자유구역 지정고시, 동해시 경제녹색정책과 의견서, 이 사건 처분서 등을 종합하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인이 2013. 4. 3. 참가인에게 이 사건 건축물의 건축허가를 신청하자 참가인은 2013. 5. 1. 건축허가를 하였고, 이후 청구인은 2013. 6. 17. 참가인에게 착공신고서를 제출하였다.

나. 구 지식경제부장관은 2013. 2. 14. 지식경제부고시 제2013-35호로 강원도 강릉시, 동해시 일원을 다음과 같이 동해안권 경제자유구역으로 지정·고시하였는데, 이 사건 부지는 특별법 제7조의5 소정의 '개발사업구역'에 포함되어 있으며 토지이용계획상 북평지구 내 '부품소재용지' 내에 있다.

- 다 음 -

□ 경제자유구역의 명칭·위치 및 면적

○ 명칭 : 동해안권 경제자유구역

○ 위치 : 강원도 강릉시, 동해시 일원

○ 면적 : 4개 지구, 총 8,253천㎡

(북평 4,620천㎡, 망상 1,816천㎡, 옥계 710천㎡, 구정 1,107천㎡)

□ 경제자유구역 지정 목적

○ 새롭게 부상하는 환동해 경제권을 선점하고, 한·중·일·러간 FTA 대비와 남북한 통일기반 조성에 기여

○ 동해안권의 풍부한 부존자원을 활용한 국가 신성장동력 창출

○ 지역성장 거점 조성으로 강원 경제의 역동성 제고

□ 경제자유구역안에서 실시되는 개발사업의 시행자

○ 총괄사업 시행자 : 강원도

○ 단위사업 시행자 : 강원도 등 관련 지자체, 정부투자기관 등

□ 개발사업의 개발기간·재원조달방법 및 시행방법

○ 개발기간은 2013년부터 2024년까지 12년간 추진할 계획임

○ 동해안권 경제자유구역 조성사업비는 총 1조 3,075억원이 소요될 것으로 전망되며, 재원조달방법은 중앙정부, 지방자치단체 및 민자·외자 등으로 충당할 계획임

○ 시행방법은 수용 및 사용방식을 원칙으로 하되, 사업지구별 기능·특성을 감안하여 별도 사업방식도 병행하여 선정·시행

□ 토지이용계획

○ 기존 생산기능과 물류기능을 갖춘 북평ICI지구를 거점으로 각 지구별 특성 및 교통권·생활권 등을 감안한 합리적 토지이용계획을 통해 상호 유기적 관계를 유지할 수 있도록 배치

- 북평지구 : 페로알로이산업단지, 첨단부품산업, 물류비즈니스, 일본기업전용단지, 국제복합업무 담당
- 망상지구 : 의료관광, 해양관광 등 명품관광산업 조성
- 옥계지구 : 희소 비철금속산업, 초경량 첨단부품소재산업 조성
- 구정지구 : 주거·교육·의료·문화 등 정주환경 조성

○ 세부내역

- 주택건설용지(단독주택, 공동주택)
- 상업업무시설용지(상업시설, 주상복합, 업무시설)
- 산업유통시설용지(부품소재, 신소재, 목재, 연구시설, 유통시설, 지원시설)
- 관광시설용지(골프장, 숙박시설, 휴양관광시설)
- 공공시설용지(공공시설, 교육시설, 환경기초시설, 공원, 녹지, 광장, 주차장, 하천, 저류지, 도로)

다. 자유구역청 개청준비단의 2013. 3. 26.자 업무보고 자료에 따르면, 자유구역청 개청준비단은 '기획행정과'(15명), '개발사업과'(7명), '개청준비과'(6명) 등 28명의 직원으로 구성되며, 시·군사무(특별법에 의한 특례사무) 인수·인계는 '개청준비과'가 담당하는 것으로 되어 있고, 2013. 4. 30.자로 경제자유구역청장을 제외한 62명의 인사발령이, 2013. 5. 31.자로 사무인수·인계 절차가 이루어졌다.

라. 특별법 제27조의2 및「지방자치법」제115조에 따라 자유구역청의 설치와 조직 및 분장사무를 규정하기 위하여 2013. 4. 26. 제정된「강원도 동해안권경제자유구역청 설치 조례」제4조에 따르면 피청구인의 업무범위는「건축법」제11조, 제14조에 따른 건축허가

및 건축물의 관리 등에 관한 사무, 토지의 형질변경, 건축물의 건축, 공작물의 설치 등의 허가 등으로 강원도지사의 명을 받아 수행한다고 되어 있다.

마. 피청구인은 자유구역청의 개청을 앞두고 건축행정업무 전반에 대해 해당 지자체와 업무인수·인계를 추진 중 2013. 2. 14. 경제자유구역 지정 이후 동 구역 내 건축물의 처리와 관련하여 2013. 5. 23. 강원도 및 산업통상자원부 경제자유구역기획단에 질의를 하였고, 이에 강원도 및 산업통상자원부 경제자유구역기획단에서는 다음과 같은 취지의 회신을 하였다.

- 다 음 -

□ 질의내용

가) 경제자유구역의 지정 이후 시·군특례사무 인계인수 전 해당시의 허가권 효력여부(법령상 개발구역내에서 허가권자는 시·도지사)

나) 경제자유구역 지정 이후 특별법 제27조에 의한 특례사무를 인수받기 전 구역 내 해당 시·군에서 시·도지사의 별도 협의(개발사업 지장여부 등) 없이 건축허가 처리하여 착공중인 사업의 계속수행 가능 여부 및 개발사업 지장시 건축허가 및 착공신고 취소 가능 여부

다) 경제자유구역 지정 전·후 건축허가 처리 후 사업에 착수하지 않은 자의 사업계속 수행 가능 여부

라) '다'항에서와 같이 건축허가 처리 후 사업에 착수하지 않은 자의 사업계속 수행이 불가하다면 건축행정 처리절차(건축허가 취소 등 필요한 절차)

마) 허가취소 시 업무의 처리주체에 관한 사항

□ 회신내용

〈2013. 6. 3.자 강원도지사 의견〉

가) 경제자유구역의 지정 및 운영에 관한 특별법령상 경제자유구역으로 지정된 2013. 2. 14. 이후에는 시·도지사가 직접 건축허가 등을 하여야 하고, 강원도 동해시장은 건축허가를 할 권한이 없으므로 2013. 2. 14. 이후 이루어진 강원도 동해시장 명의의 건축허가 등은 허가권 없는 자에 의한 것으로 무효임

나) 강원도 동해시장 명의의 건축허가 등은 무효이므로 취소의 대상이 아님

다) 경제자유구역지정 전 신청접수되어 구역지정 이후 허가처리된 사항에 대하여는 법상

근거규정이 없으므로 사안의 건축물 등은 허가 등 없이 건립된 것임

라) 특별법 제7조의5에 따라 사안의 건축물 등은 개발사업구역에 위치하므로 원상회복 및 행정대집행 등을 할 수 있는 주체는 시·도지사임

〈2013. 6. 10.자 산업통상자원부 경제자유구역기획단장 의견〉

가) 경제자유구역 내 건축허가 등 사무 수행권한은 시·도지사에게 있음

나, 라, 마) 경제자유구역 지정 후 동해시장이 한 행정행위에는 하자가 있으므로 관련규정과 사실관계를 정확히 검토·조사 후 처리하여야 할 것임

다) 구 「경제자유구역의 지정 및 운영에 관한 법률」 부칙 〈법률 제7349호, 2005.1.27〉 제4조 제2항의 입법취지 등을 종합해 볼 때, 경제자유구역의 지정 당시 이미 관계법령에 따라 허가·인가 등을 받아 행위에 착수한 자는 그 지정일부터 3월 이내에 그 행위의 계획과 진행상황을 관할 시·도지사에게 신고한 후 그 공사 또는 사업이 종료된 때까지 이를 계속 시행할 수 있을 것으로 판단됨

바. 피청구인은 2013. 6. 18. 청구인에게 이 사건 처분의 사전통지를 하였고, 2013. 7. 15. 청문을 거쳐 2013. 7. 19. 이 사건 처분을 하였다.

사. 청구인이 제출한 2013. 3. 22.자 카드전표(신한은행), 2013. 5. 6.자 인허가보증보험 보험료 영수증(개발행위허가, 도시계획시설사업의 시행인가) 등의 자료에 따르면, 측량비 83만 2,700원, 개발행위와 관련한 이행보증증권 47만 4,660원 등을 지불한 사실이 확인된다.

아. 동해안권 경제자유구역 지정 지원업무를 수행한 동해시 전략산업국 경제녹색정책과 소속 정○○, 박○○이 2013. 10. 31. 작성한 의견서의 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 강원도 경제자유구역기획단 개청준비과의 한○○ 과장 뿐만 아니라 타주무관들과 특별법에 의한 인·허가 사무처리에 대하여 여러 차례 구두협의 하였으나, 개청준비과는 개청준비와 시·군 사무인수·인계가 주 임무 및 기능이라는 답변을 함

○ 그 당시 건축행정, 개발행위, 토지행정시스템 등 인·허가 민원사무처리 시스템이 전혀 갖추어지지 않았고, 사무인수·인계준비도 전혀 되지 않은 상태였기에 오히려 사무인수·인계 전까지는 동해시에서 처리해야 되지 않겠냐는 답변이 있었음

○ 당시 강원도동해안권경제자유구역청은 사무인수·인계를 위한 유사기관의 벤치마킹을 위

해 2013년 2월 말경 대구경북경제자유구역청, 인천경제자유구역청을 방문하여 사무인계 절차와 방법을 벤치마킹한 바 있으며 2013. 5. 31.자로 공식적인 사무인수·인계가 있었으나, 실제 사무인계는 4개월이 지난 2013. 7. 1. 이루어짐

○ 2013. 3. 26.자 강원도 의회 민생탐방시 업무보고 자료에 의하면 이 때까지도 사무인계 인수준비 초기단계에 머물러 있는 실정이었고, 언제부터 업무를 개시한다는 것을 판단할 수 없는 상황이었으며 시·군사무를 언제 어떻게 인수받아 어떻게 조치하겠다는 구체적인 계획도 없는 실정이었음

○ 피청구인은 당시 동해시에서 관련 협의를 안 했다고 주장하나, 관련 법령에 의한 행정처분 대상 사무에 대하여 경제자유구역기획단 또는 강원도와 사전협의를 요구하는 문서시행이나 구두지시도 일체 없었고, 관련 사무 컨트롤 기능과 역할이 전무하였음

자. 이 사건 경제자유구역 지정 전후 참가인과 피청구인 간 인·허가 업무처리에 대한 업무협약에 대하여는 공문, 협의·협약서 등 확인된 사항이 없다.

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계 법령 등

1) 특별법 제2조, 제2조의2, 제4조, 제7조의5, 제27조, 제27조의2, 제30조 및 같은 법 시행령 제6조의2, 제28조, 제31조 등을 종합하면 '경제자유구역'이란 외국인 투자기업의 경영환경과 외국인의 생활여건을 개선하기 위하여 조성된 지역으로서 같은 법 제4조에 따라 지정·고시되는 지역을 말하는데, 이 법에 따른 경제자유구역에 대한 지원과 규제의 특례에 관한 규정은 다른 법률에 따른 지원과 규제의 특례에 관한 규정에 우선하여 적용되고, 경제자유구역의 시장·군수·구청장이 수행하는 사무 중 「건축법」 제11조 등에 따른 건축허가 등에 관한 사무(개발제한구역에서의 건축허가 및 건축물관리 등에 관한 사무는 제외한다)는 시·도지사가 개발사업에 지장을 주지 아니하는 범위에서 직접 수행하여야 하며, 경제자유구역에서 실시되는 개발사업(이하 '개발사업'이라 한다)구역에 토지의 형질변경, 건축물의 건축, 공작물의 설치 등의 행위를 하려는 자는 관할 시·도지사의 허가를 받아야 하는데, 시·도지사는 개발사업구역에서 토지의 형질변경, 건축물의 건축, 공작물의 설치 등의 행위 등에 관한 사무를 처리하기 위한 전담기구(이하 '경제자유구역청'이라 한다)를 설치하여야 하고, 개발사업구역에서 토지의 형질변경, 건축물의 건축, 공작물의 설

치 등의 행위 등의 권한은 경제자유구역청장에게 위임한다고 되어 있다.

2) 구「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」제56조제1항제1호 및 같은 법 시행령 제51조제1항제1호에 따르면「건축법」제2조제1항제2호에 따른 건축물[토지에 정착(定着)하는 공작물 중 지붕과 기둥 또는 벽이 있는 것과 이에 딸린 시설물, 지하나 고가(高架)의 공작물에 설치하는 사무소·공연장·점포·차고·창고, 그 밖에 대통령령으로 정하는 것을 말함]의 건축 또는 공작물의 설치를 하려는 자는 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수의 허가를 받도록 규정하고 있다.

3) 구「건축법」제11조제1항 및 제5항에 따르면 건축물을 건축하거나 대수선하려는 자는 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 하고, 이에 따른 건축허가를 받으면「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」제56조에 따른 개발행위허가,「도로법」제38조에 따른 도로의 점용허가,「하수도법」제27조에 따른 배수설비의 설치신고 및 제34조제2항에 따른 개인하수처리시설의 설치신고 등을 받거나 신고를 한 것으로 보도록 규정하고 있다.

나. 판 단

위 인정사실에 따르면 청구인은 이 사건 건축물의 건축허가 및 착공신고 수리를 위해 이 사건 토지의 측량비용 등에 금원을 지출한 사실을 인정할 수 있어 이 사건 처분으로 상당한 손해를 입게 되는 것은 사실이다.

그러나 청구인이 이 사건 건축물을 건축하려는 이 사건 부지는 외국인투자를 촉진하여 국가경쟁력을 강화하고자 경제자유구역으로 2013. 2. 14. 지정·고시된 지역으로 원칙적으로 개발사업구역 내 건축물의 신축 등이 금지되고 건축허가 및 착공신고의 수리는 2013. 4. 26. 제정 및 시행된「강원도 동해안권경제자유구역청 설치 조례」제4조에 따라 피청구인이 수행하므로 이 사건 부지가 경제자유구역으로 지정·고시된 2013. 2. 14. 이후인 2013. 4. 3. 청구인의 건축허가 신청에 대하여 참가인이 2013. 5. 1.한 건축허가는 권한 없는 자의 행위로 효력이 없어 건축허가는 무효이고, 건축허가가 무효이므로 착공신고의 수리는 불가하다 할 것인 점, 이 사건 부지는 경제자유구역 내에 있으므로 특별법 제7조의5에 따른 개발행위허가 대상인데, 청구인은 개발행위허가 신청을 하지 않았고 개발행위허

가를 받지 아니한 상황임에 비추어 무효인 건축허가를 근거로 착공신고를 수리할 수 없다고 할 것인 점, 이 사건 부지는 특별법 제7조의5 소정의 개발사업구역에 포함되어 있으며 토지이용계획상 부품소재용지에 위치하여 이 사건 건축물이 허용될 경우 향후 사업시행자 지정 및 실시계획 승인으로 인한 개발사업 시행 시 불필요한 보상 및 기존건물의 철거 등 행정상, 재정상의 손실이 예측되는바, 사업시행 목적에 부합하는 개발사업을 통일적으로 추진하고자 하는 공익상의 필요는 청구인이 이 사건 건축물의 착공신고 수리가 거부됨으로 인한 신뢰의 이익이나 청구인이 입게 될 불이익 등을 정당화할 만큼 강한 경우에 해당한다고 할 것인 점, 청구인이 주장하는 참가인과 피청구인간 사무인수·인계에 대한 업무협약에 대하여는 공문, 협의·협약서 등 확인된 사항이 없는 점 등을 종합하면 피청구인의 이 사건 처분이 위법·부당하다고 할 수 없다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 청구인의 청구를 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

3 2013-21571 건설업 영업정지처분 취소청구(재결일 : 2014. 6. 10.)

【사건의 쟁점】

건설업관리규정 별지 2 '기업진단지침' 제28조제1항제2호나목 단서에 규정되어 있는 겸업비율을 산정하는 '합리적인 방식'에 '기준자본액' 비율이 포함되는지 여부

【재결요지】

청구인의 경우 2011년도에 하나 이상의 사업에서 수입금액이 없었으므로 기업진단지침 제28조제1항제2호나목의 본문이 아닌 단서규정을 적용할 수도 있는 점, 기업진단지침 제28조제1항제2호나목의 단서를 적용함에 있어 제출된 자료만으로는 청구인의 종업원 수, 사용면적을 기준으로 겸업비율을 산정하기 어려우며, 건설업과 엔지니어링업은 상호 밀접하게 연관되어 있어 각 사업에 해당되는 종업원 수 및 사용면적을 산출하는 것이 곤란한 점, 국토교통부의 회신결과도 겸업비율을 산정하는 합리적인 방식에 있어 기준자본금을 배제하고 있지 않은 점, 수입금액을 기준으로 자본금을 산출할 경우 겸업사업의 매출비율 증감에 따라 충족해야 할 건설업 자본금 요건이 매년 변동되는 불합리한 결과가 초래되어 기업존속의 예견가능성이 불투명해지는 점, 일정한 자본금을 갖추고 등록한 자만이 건설업을 영위할 수 있게 함으로써 무자격자에 의한 부실공사를 방지하여 국민의 생명과 재산을 보호하고자 하는 것이 건설업등록제도의 입법취지인 점 등을 종합적으로 고려할 때, 청구인이 건설업 자본금 7억원을 충족하지 않았다는 이유로 피청구인이 한 이 사건 처분은 재량을 일탈·남용한 것으로 위법·부당함

【재결의 의미】

건설업관리규정 별지 2 '기업진단지침' 제28조제1항제2호나목 단서에 규정되어 있는 겸업비율을 산정하는 '합리적인 방식'에는 '기준자본액' 비율이 포함된다고 본 사례

주 문 피청구인이 2013. 10. 14. 청구인에게 한 건설업 영업정지처분을 취소한다.

청구취지 주문과 같다.

이 유

1. 사건개요

청구인의 2011년도 자본금이 건설업등록기준에 미달하였다는 이유로 피청구인이 2013. 10. 14. 청구인에게 3개월(2013. 11. 1. ~ 2014. 1. 31.)의 건설업 영업정지처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

가. 청구인은 2011년도 당시 건설업 외의 겸업사업인 일반측량업과 지하수 개발이용시공업, 지하수영향조사업에서 수입금액이 발생하지 않았으므로 피청구인은 기업진단지침의 제28조의 단서규정에 의해 청구인의 자본금을 산정했어야 하고 이에 의할 때 겸업비율을 산정하는 방식에는 과거 지침에 규정되어 있었던 '기준자본액' 비율이 포함된다고 해석할 수 있으므로 청구인의 실질자본은 자본금 요건을 두고 있지 않은 건설업 외의 겸업사업에 배분할 필요가 없이 모두 건설업을 위한 자본으로 보아야 한다.

나. 또한 피청구인은 이미 2013. 6. 21.「건설산업기본법」(이하 '법'이라 한다.) 제9조제4항에 따른 청구인의 【2010~2012년 건설업 주기적 신고】에 대해 "적합" 판정을 내린 바 있으므로, 동일연도(2011년도)의 자본금에 대해 모순되는 판단을 한 것은 위법·부당하다.

3. 피청구인 주장

가. 이 사건 처분의 근거가 된 【2012년 종합건설업 실태조사】는 법 제49조에 따라 청구인의 2011년도의 자본금에 대해 평가한 것이고 청구인이 "적합" 판정을 받은 【2010~2012년분 건설업의 주기적 신고】는 법 제9조제4항에 따라 청구인의 2012년도의 자본금 신고사항에 대해 평가한 것이므로 양자는 별개의 것이다.

나. 청구인은 2011년에 종합건설업 10.5%, 엔지니어링 사업 89.5%의 비율로 수익이 발생하였으므로 피청구인은 '건설업체 기업진단지침'의 제28조에 따라 청구인의 건설업과 엔지니어링 사업의 수입비율에 의해 겸업비율을 산정하였고 이 사건 처분 전 겸업비율 산정에 관해 국토교통부 및 경기도 고문변호사 세 곳에 질의한 결과에 따라 이 사건 처분

을 한 것이므로 청구인의 주장은 타당하지 않다.

4. 관계법령

건설산업기본법 제10조, 제83조, 제84조, 제91조

건설산업기본법 시행령 제13조, 제80조, 제86조, 별표 2, 별표 6

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 심판청구서, 답변서, 재무제표, 보충서면 등의 기재내용을 종합하여 보면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인의 사업자등록증에 따르면, 회사성립연월일은 1994. 1. 13.이고, 엔지니어링 사업자 신고는 1994. 2. 7, 지하수개발·이용시공업 등록은 2006. 3. 17, 지하수영향조사기관 등록은 2006. 3. 29, 측량업등록은 2007. 5. 21. 각각 한 것으로 되어 있고 대표이사는 이웅희로 기재되어 있다.

나. 「건설산업기본법 시행령」 별표 2에는 건설업(토목공사업)의 등록요건 중 자본금 요건을 "7억원 이상" 으로 규정하고 있으나, 「엔지니어링산업 진흥법」,「측량법」,「지하수법」에 의한 각각의 엔지니어링사업, 일반측량업, 지하수 개발이용시공업 및 지하수영향조사업에 대하여는 별도의 자본금 등의 기준을 두고 있지 않다.

다. 청구인은 「건설산업기본법」제9조제4항에 따라 피청구인에게 '건설업 등록기준에 관한 사항 신고(주기적 신고, 2010~2012년분)'를 하였고, 이에 대해 피청구인은 2013. 6. 21. 수리 결과 "적합" 판정을 하고 동 사실을 공고(경기도 공고 제2013-5415호)하였다.

라. 건설업관리규정(국토해양부 예규 제2010-175호, 2010. 11. 11.시행) 별지 2의 '건설업체 기업진단지침'(이하 '기업진단지침'이라 한다.) 제5조에는 등록사항의 주기적 신고의 경우 진단기준일은 등록사항의 주기적 신고를 하는 날이 속하는 회계연도의 직전 회계연도 결산일로 한다고 되어 있고, 청구인에 대한 건설업의 주기적 신고의 기준연월은 2012. 12. 31. 이다.

마. 피청구인이 실시한 【2012년 종합건설업 실태조사】 시 청구인의 2011년도 자본금 신고내역(진단기준일 : 2011. 12. 31, 확인일 : 2012. 12. 31.)은 아래와 같다.

- 아 래 -

(단위: 원)

과 목	금 액	과 목	금 액	겸 업 내 용
회사제시자산총계(ⅰ)	1,795,641,759	회사제시부채총계(ⅳ)	142,805,243	토목공사업 대 엔지니어링사업 2011년도 매출액 비율 1:9 적용
자 산 증 가(ⅱ)	0	부 채 증 가(ⅴ)	0	
자 산 감 소(ⅲ)	942,705,791	부 채 감 소(ⅵ)	0	
실 질 자 산(Ⅰ) (ⅰ)+(ⅱ)-(ⅲ)	852,935,968	실 질 부 채(Ⅱ) (ⅳ)+(ⅴ)-(ⅵ)	142,805,243	
겸 업 자 산(ⅶ)	763,409,264	겸 업 부 채(ⅷ)	127,815,979	
진단대상사업의 실질자산(Ⅲ) (Ⅰ) - (ⅶ)	89,526,704	진단대상사업의 실질부채(Ⅳ) (Ⅱ) - (ⅷ)	14,989,264	
진단대상사업실질자본(Ⅴ) (Ⅲ) - (Ⅳ)	74,537,439 (겸업자산 비율이 높아 실질자본금 기준 미달)			

※ 〈겸업 비율〉 공사수입금 : 기타 겸업사업 매출 = 31,754,544 : 270,776,339 = 10.5% : 89.5%

바. 이후 피청구인은 2013. 5. 9. 청문을 실시하여, 청구인이 추가로 소명한 유가증권 및 장기성 예금에 대한 세부자료를 반영하여 청구인의 2011년도 총 실질자산을 14억 4,041만 6천원으로 확정하고, 기업진단지침 제28조에 따라 해당년도에 수입이 발생한 부문인 종합건설업과 엔지니어링 사업 각각의 수입금액의 비율(종합건설업 10.5%, 엔지니어링 89.5%)을 반영하여 청구인의 건설업 실질자본을 총 1억 3,625만 4천원(실질자산 1억 5,124만 3천원, 실질부채는 1,498만 9천원)으로 확정하였다.

사. 피청구인이 2013. 10. 14. 청구인에게 시행한 행정처분조서에 기재된 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 처분사유

- 통보기관 : 경기도 【2012년 건설업 실태조사 중 등록기준(자본금)미달】

- 처분근거 : 「건설산업기본법」 제83조제3호

○ 청구인 회사의 보유업종(등록번호) : 토목공사업(10-1530)

○ 청문내용 및 개요

- 청문일자 : 2013. 5. 9.(참석, 의견제출)
- 업체의견 : 해당 업체는 건설업과 엔지니어링 사업을 겸하고 있으며, 기업진단지침에 따른 겸업비율 산정 시 그 기준을 자본금 비율로 해주기 바람
- 업체 제시 실질 자산 : 14억 4,041만 6천원
- 겸업비율 적용 후 업체 실질자본
  - 해당 업체는 종합건설업, 엔지니어링, 측량, 지하수시공, 지하수 영향조사업을 겸하고 있으며, 2011년 종합건설업, 엔지니어링만 수입이 있었으며 수입비율은 종합건설업 10.5%, 엔지니어링 89.5%임
  - 건설업체 기업진단지침 제28조제1항제2호나목에 따르면 "겸업비율은 진단기준일이 속한 회계연도의 각 사업별 수입금액 비율로 한다"고 명시하고 있으므로 해당업체의 실질자산은 1억 5,124만 3천원, 실질부채는 1,498만 9천원이며, 실질자본은 1억 3,625만 4천원으로 등록기준 7억원에 미달되어 영업정지 처분 대상임

○ 국토교통부 및 고문변호사 회신내용에 따른 겸업비율 적용 결과

- 수입금 비율로 겸업비율 산정 시 등록기준(7억) 미달 : 실질자본 1억 3,625만 4천원
- 종업원 수에 따라 겸업비율 산정 시 등록기준(7억) 미달 : 종업원 비율은 종합건설업 37.5%, 엔지니어링 등 63.5%이며, 해당업체의 건설업 실질자산 5억 4,015만 6천원, 실질부채는 5,355만 1천원이며 실질자본은 4억 8,660만 5천원임

○ 검토 결과 : 영업정지 3개월(2013. 11. 1 ~ 2014. 1. 31.)

- 수입금액 비율 또는 종업원 비율 기준으로 겸업자본 산정 시, 2011년 자본금 부족에 따라 「건설산업기본법」 제83조제3호에 따른 영업정지 6월 처분 대상이나, 3년 이내 제재처분 받은 사실이 없고 현재 시정을 완료한 점 등을 참고하여 같은 법 시행령 제80조제2항 가감 규정을 적용한 영업정지 3월의 행정처분을 함

아. 겸업자본의 평가에 관한 '건설업체 기업진단지침' 내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

개정 전(제2009-92호, 2009. 8. 24.시행)	개정 후(제2010-175호, 2010. 11. 11.시행)
제25조(겸업자산 및 겸업부채의 평정)①회사가 각 계정별로 진단대상 업종과 그 이외의 사업을 구분경리하고 있는 경우에는 구분경리에 의한 겸업자산과겸업부채를 구분한다. ② 회사가 사업별 구분경리를 하고 있지 않거나 일부 계정에 한하여 구분경리하고 있는 경우에는 겸업비율을 적용하여 겸업자산과 겸업부채를 계산한다. 이에 따른 겸업비율은 다음 각 호에서 정하는 비율 중 가장 합리적인 방법을 선택하여 적용한다. 1. 진단대상사업의 수입금액과 겸업사업의 수입금액 비율 2. 진단대상사업의 유형자산과 겸업사업의 유형자산 금액 비율 3. 진단대상사업과 그 이외의 사업에 대하여 관련 법규 등에 기준자본액이 정하여진 경우에는 기준자본액의 비율 ③ 제2항의 규정에도 불구하고 겸업자산으로 열거한 자산과 관련하여 발생한 부채는 실질자산에 대한 실질부채의 비율을 실질부채에 적용하여 산출할 수 있다. ④ 겸업비율을 적용하여 산출한 겸업자본이 당해 겸업사업의 기준자본액에 미달하는 경우에는 기준자본액을 겸업자본으로 본다.	제28조(겸업자본의 평가)① 건설업체가 진단대상사업과 겸업사업을 경영하는 경우에는 다음 각 호의 순으로 겸업자본을 평가하여야 한다. 1. 이 지침에서 겸업자산으로 열거한 자산은 겸업자산으로 하고, 그 겸업자산과 직접 관련된 부채는 겸업부채로 한다. 2. 제1호의 겸업자산과 겸업부채를 제외한 자산과 부채는 다음 각 목의 순에 따라 구분한다. 가. 진단대상사업과 겸업사업을 상시 구분 경리하여 실지귀속이 분명한 경우에는 실지귀속에 따라 겸업자산과 겸업부채를 구분한다. 나. 가목에 따라 겸업자산과 겸업부채로 구분할 수 없는 공통자산과 공통부채는 겸업비율에 의하여 구분한다. 이 경우 겸업비율은 진단기준일이 속한 회계연도의 각 사업별 수입금액 비율로 한다. 다만, 하나 또는 그 이상의 사업에서 수입금액이 없어 수입금액 비율을 산정할 수 없는 경우에는 사용면적, 종업원 수 등 합리적인 방식으로 산정한 겸업비율에 의한다. ② 관련법규 등에서 기준자본액이 정하여진 겸업사업에 대하여 제1항에 따라 계산한 겸업자본이 그 기준자본액에 미달하는 경우에는 기준자본액을 겸업자본으로 본다.

자. 청구인이 국토교통부(건설경제과)와 변호사에게 질의하여 회신받은 결과는 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 청구인 질의내용

: 보성건설엔지니어링(주)는 건설업과 일반측량업, 엔지니어링업(도로공항, 상하수도) 등을 운영하고 있는 바, 겸업사업에 대한 자본평가에 대해 질의하고자 함

- 질의(1) 건설업(토목공사업)에는 자본금 규정이 있으나 일반측량업과 엔지니어링업에는 자본금 규정이 없는데 굳이 겸업자본을 평가해야 하는지 여부
- 질의(2) 건설업체 기업진단지침 제28조(겸업자본의 평가)에 의할 때, 진단기준이 되는 토목공사업의 수주실적이 저조하고 하나이상의 겸업사업에 대한 수입금액이 없어 수입금액비율을 적용함이 불합리하다고 판단될 때 기준자본금 비율로 겸업비율을 산정할 수 있는지 여부

○ 국토교통부 회신 결과(2013. 5. 31)

- 겸업사업에 대한 실질자본평가 시 공통자산 등의 겸업비율은 건설업체 기업진단지침 제28조에 따라 진단기준일이 속한 회계연도의 각 사업별 수입금액 비율로 하며, 하나 또는 그 이상의 사업에서 수입금액이 없어 수입금액 비율로 산정할 수 없는 경우에는 사용면적, 종업원 수 등 합리적인 방식으로 산정한 겸업비율에 의함
- 그러므로 기준자본금을 적용할 수 있는지 여부는 등록관청이나 진단자가 자산의 성격 및 내용 등을 고려하여 판단하여야 할 사항임

○ 변호사 자문결과(2013. 7.) - 변호사 *** 법률사무소

- 귀 회사의 경우 건설업, 엔지니어링업, 측량업, 지하수시공업 등의 등록을 하였는 바, 건설산업기본법 외에 엔지니어링산업진흥법이나 측량·수로조사 및 지적에 관한 법률 등에는 자본금의 확보를 요구하고 있지 않고 있으므로, 건설업을 하는 법인이 일정규모 이상의 자본금을 확보하고 있다면, 다른 겸업사업에 자본금을 배분할 것이 아니라 일단 건설업을 위한 자본이라고 보아야 할 것임
- 귀 회사의 2011년도 실적을 보면 토목공사업과 엔지니어링업의 수익비율이 1:10의 비율로 차이가 났으므로 수익비율을 기준으로 토목공사업의 자본금을 확충하려면 전체 자본금을 70억원 이상으로 하여야 한다는 결론이 되며, 2012년도에는 토목공사업과 엔지니어링 사업의비율이 2:1, 2013년 상반기에는 6:1이 되었으므로 수익비율의 변화에 따라서 수시로 자본금을 증액하였다가 감축하여야 한다는 결론이 되는데, 이는 합리적인 방법이 아님
- '기업진단지침' 제2항제2호 나목 단서에서 "사용면적, 종업원 수 등 합리적인 방식으로 산정한 겸업비율에 의한다"고 규정하고 있으므로, '기준자본금비율'에 의할 때 귀 사는 다른 겸업사업이 있다고 하더라도 「건설산업기본법」에서 정한 기준자본금을 확보하고 있다고 할 것임

차. 피청구인이 국토교통부(건설경제과)와 변호사에게 질의하여 회신받은 결과는 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 피청구인 질의내용

: 종합건설업(토목)을 영위하는 00업체는 엔지니어링, 측량, 지하수시공, 지하수영향조사업 등을 겸업하고 있으며, 2011년 결산 재무제표상 수입금액(매출액) 비율은 종합건설업 10%, 엔지니어링 90%인 바, 아래 견해 중 타당한 견해는 무엇인지 문의

(1) 갑설 : 00업체는 종합건설업과 엔지니어링 수입금액이 존재하므로 수입금액 비율에 근거하여 겸업비율을 산정하여야 하며, 현행 규정에서 삭제된 "유형자산 금액 비율, 기준자본액의 비율"로 겸업비율을 산정하는 것은 현재 시점에서 합리적 방법이라 보기 어려움

(2) 을설 : 00업체는 측량, 지하수시공, 지하수 영향조사업에서 수입금액이 존재하지 아니하고, 과거 지침의 규정취지를 고려할 때, 진단대상사업과 그 이외의 사업에 대하여 관련 법규 등에 기준자본액이 정하여진 경우 " 기준자본액의 비율"을 근거로 겸업비율을 산정하여야 함

○ 국토교통부 회신결과(2013. 6. 17.)

- "갑 설"이 타당할 것으로 판단됨. 다만, 하나 또는 그 이상의 사업에서 수입금액이 없어 수입금액 비율을 산정할 수 없는 경우, 사용면적, 종업원 수, 기준자본액의 비율 등 합리적인 방식으로 산정이 가능할 것임

○ 변호사 자문결과(2013. 7.)

- 변호사 ▲▲▲·◉◉◉ 법률사무소

: 현행 규정에서 삭제된 "유형자산 금액비율, 기준자본액 비율"이 현 시점에서 겸업비율 산정의 합리적 방식에 포함되지 않는다고 판단되며, 2개 이상의 겸업사업에서 수입이 있으므로 이들 각 사업별 수입금액 비율로 겸업비율을 결정하면 될 것이므로 이 경우 기준자본액 비율로 겸업비율을 산정하는 것은 가능하지 않음

- 법무법인 다은

: 하나 또는 그 이상의 사업의 수입금액이 없더라도 수입금액 비율을 산정할 수 있다면 수입금액 비율을 겸업비율로 사용할 수 있다고 판단되며, 이미 수입금액 비율 기준으로 겸업비율을 산정할 수 있는 상황에서 현행 예규상 '합리적인 방식'에 유형자산 및 기준자본액 비율을 포함하여 별도의 기준으로 산정할 필요성은 없는 것으로 보는 것이 타당함

- 정부법무공단

: 겸업사업이나 수입이 없는 사업들이 실질적으로 존재하는 경우, “사용면적,종업원 수 등 합리적인 방식”에 의해 겸업비율을 산정해야 할 것으로 보임. 엔지니어링사업 분야에 대한 “기준자본액”이 얼마만큼 평가되어야 하는지 확실하지 않은 상황에서 “기준자본액 비율”로 겸업비율을 산정하는 것은 진단지침 제28조제1항제2호에서 말하는 합리적 방식이라고 보이지 않음

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계 법령 등

1)「건설산업기본법」제10조, 제83조, 제91조, 같은 법 시행령 제13조, 제80조, 제86조 및 별표 2, 별표 6을 종합하면, 건설업 중 토목공사업을 하려는 자는 7억원 이상의 자본금을 보유하여 시·도지사에게 등록하여야 하고, 시·도지사는 토목공사업을 업종으로 하는 건설업자의 자본금이 위 등록기준에 미달한 사실이 있는 때에는 6개월의 영업정지를 명할 수 있되, 일시적으로 등록기준에 미달되는 등 대통령령이 정하는 경우에는 그러하지 아니하고(법 제83조제2호 단서), 위반행위의 동기·내용 및 횟수 등을 참작하여 영업정지의 기간의 2분의 1의 범위 안에서 이를 가중 또는 감경할 수 있다.

2) 한편「건설산업기본법 시행령」별표 2 비고 제2호 라목에 의하면, 자본금을 산정하는 기준 및 방법은 국토교통부장관이 정하여 고시하도록 규정하고 있으며, 이에 따른 건설업관리규정(국토해양부 예규 제2010-175호, 2010. 11. 11.시행) 별지 2 ‘건설업체 기업진단지침’ 제2조에는 동 지침은 영 제13조에 따른 건설업 등록기준 중 사업자의 실질자본에 대한 진단에 관하여 적용한다고 되어 있고, 제28조에는 건설업체가 진단대상사업과 겸업사업을 경영하는 경우 진단대상사업과 겸업사업의 실지귀속이 불분명한 경우 공통자산과 공통부채는 겸업비율에 의하여 구분하되, 겸업비율은 진단기준일이 속한 회계연도의 각 사업별 수입금액 비율로 하며, 하나 또는 그 이상의 사업에서 수입금액이 없어 수입금액 비율을 산정할 수 없는 경우에는 사용면적, 종업원 수 등 합리적인 방식으로 산정한 겸업비율에 의한다고 되어 있으며, 제9조에는 등록사항의 주기적 신고의 경우 진단기준일은 등록사항의 주기적 신고를 하는 날이 속하는 회계연도의 직전 회계연도 결산일로 한다고 되어 있다.

나. 판 단

피청구인은 2011년 말 기준으로 청구인이 영위하는 사업 중에서 종합건설업 10.5%, 엔지니어링 사업 89.5%의 비율로 수익이 발생하였으므로 피청구인이 건설업체 기업진단지침 제28조제1항제2호나목 본문규정에 의거하여 청구인의 겸업비율을 산정하였고 또한 이 사건 처분 전 겸업비율 산정에 대하여 국토교통부 및 경기도 고문변호사 세 곳에 질의한 결과에 따라 이 사건 처분을 한 것이므로 피청구인의 이 사건 처분은 적법·타당하다고 주장한다.

살피건대, ① 청구인의 경우 2011년도에 하나 이상의 사업에서 수입금액이 없었으므로 기업진단지침 제28조제1항제2호나목의 본문이 아닌 단서규정을 적용할 수도 있는 점, ② 기업진단지침 제28조제1항제2호나목의 단서를 적용함에 있어 제출된 자료만으로는 청구인의 종업원 수, 사용면적을 기준으로 겸업비율을 산정하기 어려우며, 건설업과 엔지니어링업은 상호 밀접하게 연관되어 있어 각 사업에 해당되는 종업원 수 및 사용면적을 산출하는 것이 곤란한 점, ③ 국토교통부의 회신결과도 겸업비율을 산정하는 합리적인 방식에 있어 기준자본금을 배제하고 있지 않은 점, ④ 수입금액을 기준으로 자본금을 산출할 경우 겸업사업의 매출비율 증감에 따라 충족해야 할 건설업 자본금 요건이 매년 변동되는 불합리한 결과가 초래되어 기업존속의 예견가능성이 불투명해지는 점, ⑤ 일정한 자본금을 갖추고 등록한 자만이 건설업을 영위할 수 있게 함으로써 무자격자에 의한 부실공사를 방지하여 국민의 생명과 재산을 보호하고자 하는 것이 건설업등록제도의 입법취지인 점 등을 종합적으로 고려할 때, 청구인이 건설업 자본금 7억원을 충족하지 않았다는 이유로 피청구인이 한 이 사건 처분은 재량을 일탈·남용한 것으로 위법·부당하다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 있으므로 청구인의 청구를 받아들이기로 하여 주문과 같이 재결한다.

4 2013-22834 농업기반시설 목적 외 사용승인 거부처분 취소청구
(재결일 : 2014. 5. 13.)

【사건의 쟁점】

퇴적된 토사 제거, 광물 채취 등을 목적으로 한 농업기반시설(저수지) 목적 외 사용승인의 가부

【재결요지】

청구인은 이 사건 신청지에 농업생산기반시설은 농업생산활동에 제공하기 위해 설치되는 것으로서 원칙적으로 농업생산활동 목적으로만 사용되어야 하고, 예외적으로 농업생산기반시설을 본래의 목적 외의 목적으로 사용하는 경우 본래의 목적 또는 사용에 방해가 되지 아니하는 범위는 해당 농업생산기반시설의 특성에 따라 엄격하게 판단하여야 할 것인바, 이 사건에서 목적 외 사용승인의 신청 대상인 농업생산기반시설은 저수지로서, 저수지의 주목적은 농업생산에 필요한 용수를 공급하는 것이므로 그 기능을 유지하기 위해서는 저수량을 확보하는 것이 필수적이라 할 것인데, 피청구인은 영농기에 필요한 농업용수 확보를 위해 저수지의 담수를 하고 있으나, 청구인이 이 사건 신청지에서 준설을 하기 위해 담수되어 있는 용수를 방류할 경우 농업용수의 부족 등의 우려가 있어 농업생산에 필요한 용수를 공급하는 저수지의 주목적을 수행하는데 지장을 줄 가능성이 크다고 할 것이며, 피청구인이 이 사건 처분을 하면서 관련규정을 위반한 사정이 보이지 아니하고, 달리 피청구인이 이 사건 처분을 함에 있어 재량권을 남용하였다거나 일탈하였다고 볼만한 사정도 보이지 아니므로, 피청구인이 청구인에게 한 이 사건 처분이 위법·부당하다고 할 수 없음

【재결의 의미】

저수지의 방류는 농업용수 공급이라는 저수지의 주목적을 수행하는데 지장을 주므로 저수지의 방류를 필요로 하는 경우 농업생산기반시설의 목적 외 사용 신청을 받아들일 수 없음

주 문 청구인의 청구를 기각한다.

청구취지 피청구인이 2013. 10. 24. 청구인에게 한 농업기반시설 목적 외 사용승인 거부처분을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

청구인이 2013. 10. 21. 피청구인에게 전라남도 oo군 △면 **리 97 일원(이하 '이 사건 신청지'라 한다) 4,313㎡에서 저수지 내 퇴적토사 및 광물 채취를 목적으로 농업기반시설 목적 외 사용승인(장석, 고령토 광산개발) 신청을 하였으나, 피청구인은 2013. 10. 24. 청구인에게 준설사업은 피청구인이 시행할 계획이며 2014년 영농용수 확보를 위해 농업기반시설 목적 외 사용승인(이하 '목적 외 사용승인'이라 한다)을 거부한다는 회신(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

이번 여름 폭우가 내려 이 사건 신청지는 인근 임야에서 내려온 광물 및 토사로 인해 막대한 피해를 입었고, 이에 광업에 종사하고 있는 청구인이 광물을 채광하면서 피해복구를 하기 위해서 목적 외 사용승인을 신청한 것으로 피해복구 등으로 인한 국가 예산 절감 등 목적 외 사용승인을 해줄 사유가 있음에도 이에 관해 살펴보지 않고 한 이 사건 처분은 위법·부당하다.

3. 피청구인 주장

이 사건 신청지 인근 전라남도 oo군 △면 **리 산19 임야가 제3자에 의하여 불법 개간되어 이 사건 신청지로 토사 일부가 유입된 것은 사실이나, 불법 산지개간자에게 원상복구명령이 내려져 원상복구가 되었고, 현재 이 사건 신청지는 담수량이 10% 수준으로 농업용수 부족으로 인한 피해가 우려되는 상황이므로 영농기에 충분한 농업용수 확보를 위해 담수(潭水)를 해야 하는바, 만일 청구인의 신청을 받아들여 이 사건 신청지의 준설을 하기 위해서 용수를 방류할 경우 농업용수 부족으로 인한 피해가 우려되며, 「농어촌정비법」 제23조제2항에 따른 농업용수 담수라는 저수지 고유의 목적 수행에 막대한 지장이 예견되어 이 사건 처분을 한 것이므로 이 사건 처분은 적법·타당하다.

4. 관계법령

농어촌정비법 제18조제1항, 제23조

농어촌정비법 시행령 제31조

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 농업기반시설등록증명서, 목적외 사용승인 신청서, 이 사건 처분서, 사업계획서 등 각 사본의 기재내용을 종합하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 ○○광역시 ○○구 ○○동 610-10에 있는 'oo고령토장석광산'이라는 상호의 광물업체를 운영하는 자이다.

나. 이 사건 신청지는 피청구인이 설치·관리하는 농업기반시설로 「농어촌정비법」 제17조에 따라 전라남도지사에게 등록(제 농기oo-저수지 35호)되어 있는 저수지이다.

다. 청구인은 2013. 10. 21. 피청구인에게 이 사건 신청지에 대한 목적 외 사용승인 신청을 하였는데, 동 신청서의 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 사용목적 : 장석, 고령토 광산개발을 위한 채굴장용지
○ 사용방법 : 인력 및 장비
○ 사용기간 : 2010년 10월 - 2013년 2월 28일(사용개시 예정일 : 허가일 부터)

라. 청구인이 2013. 10. 21. 제출한 사업계획서의 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 위치 : 전라남도 oo군 △면 **리 97 일원(**저수지)
○ 사업목적
- 이 사건 신청지는 장석, 고령토 광으로 등록된 지역으로 다량의 광물이 매장되어 있는데, 장마로 인해 많은 광물과 토사가 산19번지 일원 상부에서 흘러들어가 쌓여 영농급수에 피해를 준 상황임

- 농한기를 이용 피해복구를 할 겸 광물로 채광하고 경제성 없는 준설토는 객토용으로 사용하고자 함

○ 사업현황

- 사업면적 : 4,313㎡
- 채취량 : 장석 및 고령토 2,234㎡, 토사 7,377㎡, 준설토 1,431㎡
- 준설지복구비 : 487만 6,000원

○ 사업의 효과 : 저수량 확대(1만 1,042㎥)

○ 사업수지 계산서

- 매출액 : 6,727만 7,000원
- 지출액 : 5,635만 3,000원
- 순이익 : 1,092만 4,000원

마. 피청구인은 2013. 10. 24. 청구인에게 준설사업은「직영사업 및 자체준설사업 운영지침」제12조에 따라 피청구인이 시행할 계획이고, 2014년 영농용수확보를 위해 목적외 사용승인을 거부한다며 이 사건 처분을 하였다.

바. 청구인은 2013. 11. 4. 피청구인에게 다음과 같은 취지의 질의를 하였다.

- 다 음 -

○ 이번 여름 폭우가 내려 토사가 유입되었고, 청구인은 농한기를 이용하여 피해복구 및 광물채광도 하고자 하나 피청구인 측에서는 국가 예산으로 준설을 하겠다고 하고 있는바, 준설을 하게 된다면 장석과 고령토가 섞여 있는 준설토의 처리 방법 및 준설 시기에 관하여 회신해 줄 것을 요청함

사. 피청구인은 2013. 11. 7. 전라남도 oo군수에게 전라남도 oo군 △면 산20-6일대 산지가 무단 개간되어 유출된 토사가 이 사건 신청지에 적치되었으므로 원상복구 및 재발방지 조치를 취해달라는 협조요청을 하였다.

아. 피청구인은 2013. 11. 11. 청구인의 이 사건 신청지 준설사업과 관련된 질의에 대하여 다음과 같이 회신하였다.

- 다 음 -

○ 이 사건 신청지는 2008년에 대규모 준설을 하였고, 현재 퇴적 토사량이 많지 않아 시급한 준설이 필요하지 않은 것으로 판단됨

○ 2014년도 농업용수 확보를 위하여 담수를 할 시기이므로 목적 외 사용승인을 할 수 없음

○ 산지 개간으로 이 사건 신청지에 유입된 퇴적토는 전라남도 ㅇㅇ군 산림과에 원상복구 및 재발방지 요청을 하였음

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령 등

「농어촌정비법」 제17조, 제18조제1항, 제23조 및 같은 법 시행령 제31조에 따르면, 농업생산기반시설을 관리하는 자(이하 '농업생산기반시설관리자'라 한다)는 그가 관리하는 농업생산기반시설 중 저수지, 양수장, 배수장, 방조제 및 제방의 경우 시·도지사에게 등록하여야 하고, 농업생산기반시설에 대하여 항상 선량한 관리를 하여야 하며, 목적 외의 사용은 그 본래의 목적 또는 사용에 방해가 되지 아니하는 범위에서 하여야 하고, 한국농어촌공사가 관리하는 농업생산기반시설을 본래 목적 외의 목적으로 사용하려는 자는 목적 외 사용의 사유, 목적 외 사용의 대상이 될 농업생산기반시설, 목적 외 사용의 내용·방법 및 기간, 목적 외 사용자의 주소와 성명 또는 명칭이 포함된 사용신청서를 한국농어촌공사에 제출하여야 한다고 되어 있다.

나. 판단

청구인은 이 사건 신청지에 퇴적된 토사를 제거하고 광물을 채취함으로 국가 예산을 절감하는 등 목적 외 사용승인 사유가 있음에도 청구인의 신청을 거부한 이 사건 처분이 취소되어야 한다는 취지의 주장을 하나, 농업생산기반시설은 농업생산활동에 제공하기 위해 설치되는 것으로서 원칙적으로 농업생산활동 목적으로만 사용되어야 하고, 예외적으로 농업생산기반시설을 본래의 목적 외의 목적으로 사용하는 경우 본래의 목적 또는 사용에 방해가 되지 아니하는 범위는 해당 농업생산기반시설의 특성에 따라 엄격하게 판단하여야 할 것인바, 이 사건에서 목적 외 사용승인의 신청 대상인 농업생산기반시설은 저수지로서, 저수지의 주 목적은 농업생산에 필요한 용수를 공급하는 것이므로 그 기능을 유지하기

위해서는 저수량을 확보하는 것이 필수적이라 할 것인데, 피청구인은 영농기에 필요한 농업용수 확보를 위해 저수지의 담수를 하고 있으나, 청구인이 이 사건 신청지에서 준설을 하기 위해 담수되어 있는 용수를 방류할 경우 농업용수의 부족 등의 우려가 있어 농업생산에 필요한 용수를 공급하는 저수지의 주 목적을 수행하는데 지장을 줄 가능성이 크다고 할 것이며, 피청구인이 이 사건 처분을 하면서 관련규정을 위반한 사정이 보이지 아니하고, 달리 피청구인이 이 사건 처분을 함에 있어 재량권을 남용하였다거나 일탈하였다고 볼만한 사정도 보이지 아니므로, 피청구인이 청구인에게 한 이 사건 처분이 위법·부당하다고 할 수 없다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 청구인의 청구를 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

5 2013-23800 취약계층 주거복지 통합지원사업비 반납처분 취소청구
(재결일 : 2014. 7. 1.)

【사건의 쟁점】

의사결정권자가 아닌 피청구인 소속 담당공무원이 송부한 이메일 등이 행정청의 공적인 견해표명이라고 볼 수 있는지 여부

【재결요지】

피청구인의 의사결정권자가 아니라 담당공무원에 불과한 OO의 이메일은 공적인 견해표명이라고 보기 어렵고, 설령 이를 공적인 견해표명이라고 보더라도 그 이메일 내용은 이 사건 사업의 상근근로자의 인건비를 월 0만원으로 정하여 달라는 취지에 불과하고 청구인의 상근직원의 인건비를 사업비로 지급할 수 있다는 취지까지 포함되어 있다고 볼 수 없는 점, 청구인 및 피청구인은 위 이메일 등을 통한 협의 이후인 2012. 5. 28. 이 사건 사업 추진협약을 체결하였는데 그 협약서에는 상근직원의 인건비를 사업비로 지급할 수 없다는 취지가 포함되어 있으므로 위 이메일 내용에 상근직원의 인건비에 대하여 다소 오해의 소지가 있다고 하더라도 협약서에 의하여 위 부분이 명확하게 정리된 것으로 볼 수 있는 점, 이 사건 사업 추진협약서에서 상근직원의 인건비를 보조금으로 지급하지 못하도록 한 취지는 단체의 상근직원이 이 사건 사업 수행에 참여하는 경우 단체의 본래 활동과 구별하기 어렵고, 그에 따라 공공예산이 특정 단체의 운영경비로 사용되는 것을 방지하기 위한 것인 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 처분이 신뢰보호의 원칙에 위반된다고 볼 수 없으므로 이 사건 처분이 위법·부당하다고 할 수 없음

【재결의 의미】

의사결정권자가 아닌 담당공무원이 송부한 이메일은 행정청의 공적인 견해표명이라고 보기 어려우므로 신뢰보호 원칙의 요건을 갖추었다고 볼 수 없음

주 문 청구인의 청구를 기각한다.

청구취지 피청구인이 2013. 6. 4. 청구인에게 한 취약계층 주거복지 통합지원사업비 반납처분을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

청구인이 피청구인으로부터 사업비를 지원받아 취약계층 주거복지 통합지원사업(이하 '이 사건 사업'이라 한다)을 수행하던 중 사업비를 상근 직원의 인건비로 사용하였다는 이유로, 피청구인은 2013. 6. 4. 청구인에게 인건비 0000원을 포함하여 사업비 0000원을 반납하라는 취지의 취약계층 주거복지 통합지원사업 잔액 등 반납처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 통지하였다.

2. 청구인 주장

가. 이 사건 사업은 피청구인의 2012년 기금운용계획서 중 '저소득시민 주거안정 공모사업추진'으로, 이는 민간경상보조금(307-02)으로 지원되는 사업인 반면, 피청구인이 이 사건 처분을 하면서 제시한 「서울특별시 사회단체보조금 지원조례」는 사회단체보조금(307-03)으로 지원되는 것으로서 이 사건 사업과 상관없다. 또한 피청구인은 노인생애체험센터 운영사업에 운영비를 보조한 사실이 있고, 이 사건 사업에 위 조례의 적용대상이 아닌 예비사회적 기업인 청구외 주식회사 ●●이 포함되어 있으므로 이 사건 사업에 위 조례가 적용될 수 없고, 「서울특별시 보조금 관리조례」가 적용되어야 한다.

나. 「지방자치단체 예산편성 운영기준」(행정안전부 훈령 제206호)에 따르면 민간경상보조금은 사회단체보조금과 달리 자본적 경비를 제외하고 지원에 제한조건을 두고 있지 않다.

다. 청구인은 사업실행계획서에 인건비 항목으로 전담 인력에 대해 월 0만원의 인건비를 지출하는 내용을 포함하여 피청구인에게 제출하였는데 피청구인이 이를 충분히 검토하고 사업전담 인력에게 인건비 지원금으로 00만원을 지급하는 취지가 포함된 '주거취약계층 주거복지 통합 지원사업 추진약정서'를 체결하였고, 피청구인이 이 사건 처분의 근거로 제시한 「2012년 서울특별시 비영리민간단체 공익활동 지원사업 집행지침」(이하 '집행지침'이라 한다)은 이 사건 사업의 집행지침이 아니라 교육자료에 불과하며, 한편 피청구인이 이 사건 처분의 또 다른 근거로 제시한 「서울특별시 보조금 관리조례」와 집행지침은 이 사건 사업 추진약정서에 의하여 이미 해소되었으므로, 이를 근거로 한 이 사건 처분은 위법하다.

라. 피청구인은 2012. 5. 7. 교육 당시 상근 직원이란 해당 사업과는 별개로 사업자로 선정된 단체 및 법인의 행정업무를 전담하는 직원으로 보아야 할 것이므로 해당 사업에 전념하는 직원과는 다른 개념이라는 취지로 발언하였고, 청구인은 피청구인 담당자인 청구 외 OO과 수차례 유선 및 이메일을 통해 협의하여 전담인력 인건비 월 0만원을 실행계획서에 기재한 것이므로, 이 사건 처분은 신뢰보호의 원칙에 반하여 부당하다.

3. 피청구인 주장

가. 청구인은 상근직원 인건비로 00만원을 지출하였는바, 이는 이 사건 사업 추진약정서 및 「서울특별시 사회단체보조금 지원조례」에 따른 집행지침을 준수하지 않은 것이고, 민간경상보조금은 민간이 행하는 사업에 대하여 자치단체가 이를 권장하기 위하여 교부하는 것으로 사업비만 지급하고 상근인력에 대한 인건비는 지급할 수 없으며, 노인생애체험센터 운영사업은 민간경상보조금 사업이 아니라 「대한노인회 지원에 관한 법률」 및 「서울특별시 대한노인회 서울시연합회 지원에 관한 조례」에 따른 것이다.

나. 이 사건 사업 추진약정서 및 사업실행계획서에 '인건비'라고 기재되어 있는 것은 단순인건비를 지칭하는 것으로 상근직원에 대한 인건비를 의미하는 것이 아니고, 「지방자치단체 예산편성 운영기준」에는 상근직원 인건비를 지원할 수 있다고 명시되어 있지 않다.

다. 피청구인은 사업실행계획서를 별도로 승인하지 않았고, 이 사건 사업 추진약정서에 인건비 금액이 기재되어 있다는 것만으로 상근직원 인건비에 대한 묵시적 승인으로 보기 어렵다.

라. 피청구인 소속 담당직원과 유선 및 이메일로 의견을 교환한 것을 피청구인의 공적인 견해표명으로 볼 수는 없고, 이 사건 사업 추진약정서 및 2012. 5. 7. 사전 배포·교육한 집행지침에 따르면 상근직원의 인건비는 지출할 수 없다고 되어 있으므로, 이 사건 처분은 신뢰보호 원칙에 위배되지 않는다.

4. 관계법령

구 서울특별시 보조금 관리조례(2010. 9. 27. 서울특별시 조례 제5019호로 개정되기 전의 것) 제15조

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 청구서, 답변서, 사업자 모집공고, 잔액 등 반납안내, 추진약정서, 서울특별시 기금운용계획, 추진실적 평가 및 결과보고, 지방자치단체 예산편성 운영기준, 사업실행계획서, 우선협상대상자 선정결과보고서, 이메일 화면사본, 서울특별시 비영리민간단체 공익활동 지원사업 집행지침 등의 기재내용을 종합하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 피청구인은 2012. 4. 10. 서울특별시 공고 제2012-527호로 “영구·공공임대단지 입주민 생산적 지원 및 주거취약계층 지원을 위한 주거지원 사업자 모집공고”를 하였다. 그 응모자격에는 “경상적 경비를 자체 충당할 수 (중략) 있는 단체”라고 기재되어 있고, “선정된 사업자는 서울시장과 사업협약을 체결하여야 함”이라고 기재되어 있다.

나. 청구인이 작성한 이 사건 사업실행계획서에 따르면 비목별 산출내역은 다음과 같이 기재되어 있다.

- 다 음 -

지출항목	금액			산출내역
	계	보조금	자부담	
인건비〈강사료, 회의참석수당, 단순인건비 등〉	00만원	00만원	0만원	○ 보조금 - 상담활동가 인건비 ・ 0만원 * 11개월 * 2인 = 00만원
				○ 자부담 - 자문위원회, 정책간담회 진행도우미 ・ 0만원 × 1인 × 0회 = 0만원 - 주거복지 시민아카데미 진행도우미 ・ 0만원 × 2인 × 0회 = 0만원

다. 피청구인은 2012. 5. 8. 이 사건 사업의 우선협상대상자로 청구인을 선정하였다. 그 선정결과보고서에 따르면 2012. 5. 7. 선정된 업체의 사업추진 및 집행지침 교육을 향후 추진할 계획이라고 되어 있다.

라. 청구인이 제출한 이메일 화면사본에 따르면, 청구 외 OO이 청구인 등에게 보낸 이메일 내용 중에 '인건비 : 상근근로자는 월급개념으로 작성하시고 상근근로자 0만원으로 정'하라는 취지가 기재되어 있다.

마. 피청구인과 청구인은 2012. 5. 28. 이 사건 사업에 2012. 5. 18.~2013. 3. 30.까지 00만원을 지원하는 취지의 "주거취약계층 주거복지 통합 지원사업 추진약정서"를 체결하였다. 그 제7조제3항에는 청구인은 피청구인으로부터 교부받은 지원금을 (중략) 상근 직원의 인건비(중략) 등 경상적 경비로 사용할 수 없다는 취지가 기재되어 있고, 첨부된 이 사건 사업 내역에는 인건비(사업전담 인력 지급) 예산으로 지원금 00만원, 자부담 0만원이라는 취지가 기재되어 있다.

바. 피청구인은 2013. 6. 4. 청구인에게 교부액 00만원 중 집행액 0000원을 공제한 잔액 0000원에 이자 00원과 환수액 0000원을 합하여 반납최종액 0000원을 반납하라는 취지의 이 사건 처분(주택정책과-0)를 하였다. 그 근거로는 '취약계층 주거복지 통합지원사업 추진실적 평가 및 결과 보고(주택정책과-00호)'가 기재되어 있다.

사. 위 '취약계층 주거복지 통합지원사업 추진실적 평가 및 결과 보고(주택정책과-00호)'에 따르면 '집행지침과 사업추진약정서에 따라 상근인건비는 인정할 수 없다'는 취지 및 정산관련 기준으로 「서울특별시 사회단체보조금 지원조례」 제4조, 「서울특별시 보조금 관리조례」 제15조 및 집행지침 등이 기재되어 있다.

아. 서울특별시 기금운용계획에 따르면 다음과 같이 기재되어 있다.

- 다 음 -

조직·부문·정책·단위·세부사업·편성목	전년도 지출액	지출액	비교증감
저소득시민 주거안정 공모사업추진	0억원	0억원	0억원
307 민간이전	0억원	0억원	0억원
02 민간경상보조 0억원	0억원	0억원	0억원
○ 공모사업비 0억원= 0억원			

자. 「지방자치단체 예산편성 운영기준」(2012. 2. 28. 행정안전부훈령 제206호로 개정된 것)에 따르면 다음과 같이 기재되어 있다.

- 다 음 -

그룹	편성목	설정(통계목 포함)
300	307 민간이전	02. 민간경상보조금 1. 민간이 행하는 사무 또는 사업에 대하여 자치단체가 이를 권장하기 위하여 교부하는 것으로 자본적 경비를 제외한 보조금(중략) 2. 지방재정법 제17조의 보조제한 사유에 해당되지 않는 경우에 한하여 지원 03. 사회단체보조금 1. 지방재정법 제17조 또는 개별법령 및 조례에 근거하여 보조할 수 있는 단체로서 사업비 또는 운영비를 지원하기 위하여 지방자치단체 예산편성 기준경비로 정한 경비(중략) 4. 지원범위 사업비의 지원을 원칙으로 함. 다만 법령·조례의 규정이 있거나 사회단체 특성을 고려하여 필요한 경우에는 운영비를 지원할 수 있음 자본적 경비는 제외

차. '집행지침'에 따르면 사업비에는 상근직원 인건비, 사무실 운영비 등 보조금으로 집행할 수 없는 경비는 포함될 수 없다고 되어 있다.

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령의 내용

구「서울특별시 보조금 관리조례」(2010. 9. 27. 서울특별시 조례 제5019호로 개정되기 전의 것) 제15조에 따르면 시장은 보조금의 교부를 결정함에 있어서 법령과 예산이 정하는 보조금의 교부 목적을 달성함에 필요한 조건을 붙일 수 있다고 되어 있다.

나. 판단

1) 청구인은 이 사건 사업은「서울특별시 사회단체보조금 지원조례」가 아니라「서울특별시 보조금 관리조례」가 적용되어야 하고,「지방자치단체 예산편성 운영기준」에 따르면 민간경상보조금에 상근 직원의 인건비를 지급할 수 없다는 규정을 두고 있지 않으며, 피청구인이 전담 인력 인건비로 월 00만원을 지출하는 취지의 사업실행계획서를 검토하고

이 사건 사업 추진협약을 체결하였으므로 「서울특별시 보조금 관리조례」와 집행지침은 더 이상 이 사건 처분의 근거가 될 수 없다고 주장한다.

「서울특별시 보조금 관리조례」 제15조에 따르면 피청구인은 보조금의 교부 목적을 달성함에 필요한 조건을 붙일 수 있는데, 청구인과 피청구인이 체결한 이 사건 사업 추진협약서에 따르면 이 사건 사업 보조금을 상근직원의 인건비로 사용할 수 없다는 취지가 명시되어 있는 점, 이 사건 처분 통지서 및 관련 공문에는 「서울특별시 보조금 관리조례」 제15조가 근거로 기재되어 있는 점, 사업계획실행계획서에 따르면 상근 직원이 아니라 "상담활동가 인건비"라고 기재되어 있고, 피청구인이 이를 검토한 후 청구인과 이 사건 사업 추진협약을 체결하면서 위와 같은 취지를 명시한 점 등에 비추어 볼 때, 청구인의 위 주장을 받아들일 수 없다.

2) 청구인은 피청구인이 2012. 5. 7. 교육 당시 해당 사업에 전념하는 직원은 상근 직원에 해당되지 않는다는 취지로 발언하였고, 피청구인의 담당공무원인 청구 외 OO과 수차례 유선 및 이메일을 통해 협의하였으므로, 이에 반하여 피청구인이 이 사건 처분을 한 것은 신뢰보호 원칙에 위반된다고 주장한다.

행정청의 행위에 대하여 신뢰보호의 원칙이 적용되기 위하여서는, 첫째 행정청이 개인에 대하여 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해표명을 하여야 하고, 둘째 행정청의 견해표명이 정당하다고 신뢰한 데에 대하여 그 개인에게 귀책사유가 없어야 하며, 셋째 그 개인이 그 견해표명을 신뢰하고 이에 어떠한 행위를 하였어야 하고, 넷째 행정청이 위 견해표명에 반하는 처분을 함으로써 그 견해표명을 신뢰한 개인의 이익이 침해되는 결과가 초래되어야 하며, 이러한 요건이 충족할 때에는 행정청의 처분은 신뢰보호의 원칙에 반하는 행위로서 위법하게 된다(대법원 1997. 9. 12. 선고 96누18380 판결 참조).

위 인정사실에 따르면 피청구인의 의사결정권자가 아니라 담당공무원에 불과한 OO의 이메일은 공적인 견해표명이라고 보기 어렵고, 설령 이를 공적인 견해표명이라고 보더라도 그 이메일 내용은 이 사건 사업의 상근근로자의 인건비를 월 0만원으로 정하여 달라는 취지에 불과하고 청구인의 상근직원의 인건비를 사업비로 지급할 수 있다는 취지까지 포함되어 있다고 볼 수 없는 점, 청구인 및 피청구인은 위 이메일 등을 통한 협의 이후인 2012. 5. 28. 이 사건 사업 추진협약을 체결하였는데 그 협약서에는 상근직원의 인건비를

사업비로 지급할 수 없다는 취지가 포함되어 있으므로 위 이메일 내용에 상근직원의 인건비에 대하여 다소 오해의 소지가 있다고 하더라도 협약서에 의하여 위 부분이 명확하게 정리된 것으로 볼 수 있는 점, 이 사건 사업 추진협약서에서 상근직원의 인건비를 보조금으로 지급하지 못하도록 한 취지는 단체의 상근직원이 이 사건 사업 수행에 참여하는 경우 단체의 본래 활동과 구별하기 어렵고, 그에 따라 공공예산이 특정 단체의 운영경비로 사용되는 것을 방지하기 위한 것인 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 처분이 신뢰보호의 원칙에 위반된다고 볼 수 없으므로, 이 사건 처분이 위법·부당하다고 할 수 없다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 청구인의 청구를 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

6 2014-01244 건설업 등록말소처분 취소청구(재결일 : 2014. 10. 14.)

【사건의 쟁점】

청구인이 보유한 재고자산(철근), 사무실 임차보증금, 직원 복리후생용 콘도미니엄을 건설업을 위한 실질자산으로 인정할 수 있는지 여부

【재결요지】

기업진단지침 제18조제2항 단서규정에는 보유기간이 취득일부터 1년 이내인 재고자산으로서 종류, 취득일자, 취득사유, 금융자료, 현장일지, 실사 등에 의해 진단기준일 현재 진단대상사업을 위하여 보유하고 있음을 확인한 경우에는 실질자산으로 본다고 되어 있는 바, 청구인이 2011년도에 구입한 철근은 계정별 원장, 세금계산서, 금융거래내역, 부가가치세 신고서 등으로 볼 때 총 6,805만 8,050원으로 확인되고, 청구인이 2011년도에 3건의 공사에 투입한 철근은 약 1억 3,066만 2,050원으로 공사계약서, 공사실행계획서, 건축물대장, 사용승인서 등으로 볼 때 해당 공사의 실재성이 입증된다고 할 것이므로, 청구인의 2011년도 기초 재고자산(8,134만 5천원)에 당기 철근 매입가액(6,805만 8,050원)을 합산한 금액에서 당기 투입한 철근(1억 3,066만 2,050원)을 차감하면 청구인이 실 재고자산 가액으로 주장하는 1,874만 1천원에 부합함

또한, 청구인은 당초 2011년도 재무제표 및 계정별 원장에 재고자산 금액을 1,200만원으로 계상하였으나, 피청구인의 실태조사 이후 청문과정에서 재고자산 금액을 1,874만 1천원으로 수정하여 제출하였는바, 기업진단지침 제6조제3항 단서규정에 따르면, 제출된 서류에 명백한 오류가 있는 경우에 한하여 진단자의 승인을 얻어 정정하거나 보완서류를 추가로 제출할 수 있다고 되어 있는 점, 청구인이 재고자산의 착오기재 금액에 대해 성북세무서에 법인세 수정신고를 완료한 점 등을 고려할 때 청구인의 재고자산은 수정 후의 금액인 1,874만 1천원으로 인정됨

다음으로 청구인의 임차보증금에 대해 살펴보면, 기업진단지침 제21조에는 임차보증금은 임대차계약서, 금융자료, 확정일자, 임대인의 세무신고서 및 시가자료 등에 의하여 평가한다고 되어 있는 바, 청구인이 청문시 제출한 임대계약서에는 2011. 2. 1. ~ 2012. 1. 31.(12개월)간 청구인 사무실을 보증금 2,000만원에 월세 26만원을 지급한다고 기재되어 있으므로, 청구인의 실질자산으로 인정되는 임차보증금은 재무제표상의 금액 8,500만원이 아닌 2,000만원이므로, 피청구인이 2,000만원을 초과한 금액인 6,500만원을 청구인의 자산에서 차감한 것은 타당하다고 할 것임

다음으로 청구인이 보유한 콘도(유형자산)에 대하여 살펴보면, 청구인은 동 자산을 청구인 소속 직원들의 복리후생 목적으로 취득하여 보유하고 있다고 주장한 바, 기업진단지침 제23조제6항에 따르면, 임대자산이나 운휴자산 등 진단대상사업과 관련이 없는 유형자산은 겸업자산으로 본다고 되어 있는 바, 청구인이 보유한 콘도는 건설업과 직접적으로 관련이 있는 자산이라고 인정하기 어려우므로, 청구인의 유형자산 470만 5,420원은 청구인의 건설업 실질자본에서 제외하는 것이 타당함

이상의 내용을 종합해 볼 때, 청구인의 실질자본은 5억 323만 3,205원(재무제표 상 자본총계 5억 6,619만 7,625원 - 임차보증금 6,500만원 - 유형자산 470만 5,420원 + 재고자산 674만 1천원)이 되어 건축공사업의 자본금 등록기준인 5억원을 충족하였음이 인정되므로 청구인의 자본금 등록기준 미달을 전제로 한 이 사건 처분은 위법·부당함

【재결의 의미】

건설업체가 보유하고 있는 1년 이내의 재고자산의 경우 취득일자, 취득사유, 금융자료, 현장일지, 실사 등에 의해 진단기준일 현재 진단대상사업을 위하여 보유하고 있음을 확인한 경우에는 실질자산으로 인정되고, 사무실 임차보증금은 임대차계약서, 금융자료, 확정일자 등으로 확인되는 경우 실질자산으로 인정되며, 회사직원 복리후생용으로 보유하고 있는 콘도미니엄은 건설업을 위한 자산으로 인정되지 않는다고 본 사례

주 문 피청구인이 2013. 11. 25. 청구인에게 한 2013. 12. 20.자 건설업 등록말소처분을 취소한다.

청구취지 주문과 같다.

이 유

1. 사건개요

청구인이 「건설산업기본법」 제10조에 따른 건설업의 등록기준(자본금)에 미달하여 영업정지처분을 받은 후 3년 이내에 동일한 등록기준에 미달하였다는 이유로 피청구인이 2013. 11. 25. 청구인의 건설업 등록을 2013. 12. 20.자로 말소(이하 '이 사건 처분'이라 한다)하였다.

2. 청구인 주장

가. 피청구인이 부실자산으로 본 재무제표상의 재고자산 1,200만원은 청구인의 세무대리인이 잘못 계상한 것으로 실제 재고자산은 1,874만 1천원인 바, 청구인은 이에 대한 증빙자료로 세무대리인이 작성한 사실관계확인서 및 원자재 매입내역, 금융거래내역을 제출하였음에도 불구하고, 피청구인이 재고자산의 실재성을 부인한 것은 타당하지 않고, 청구인의 재고자산은 1,874만 1천원으로 평가되어야 한다.

나. 2008년 청구인 법인 설립 당시 사무실 임차보증금은 8,500만원이었으나, 2012. 2. 1. 임차보증금 2,000만원으로 재계약한 것으로, 피청구인이 2012년 임차보증금을 2011년 임차보증금으로 소급적용하여 청구인의 2011년도 자본금을 평가한 것은 부당하다.

다. 청구인이 직원 복리후생 및 거래처 접대용으로 취득하여 보유·사용하고 있는 콘도미니엄(472만 1천원)을 피청구인이 투자자산으로 보아 겸업자산으로 평가한 것은 심히 부당하다.

3. 피청구인 주장

가. 청구인의 2011년 재무제표의 재고자산 잔액은 1,200만원이고 2012년 재무제표 재고자산 잔액은 1,150만원으로 당 재고자산은 1년 이상 된 재고자산으로 기업진단지침 제18조제2항에 의거 전액 부실자산이고, 청구인이 실제 재고자산 잔액이라고 주장하는 1,874만 1천원 역시 건설업관리규정 별지 2 건설업체 기업진단지침(이하 '기업진단지침'이라 한다) 제6조에 따라 수정신고한 재무제표는 인정되지 않으며, 청구인이 제출한 증빙자료는 재고자산 실지조사서 및 현황표 뿐이므로 동 자료만으로는 재고자산의 실재성이 소명되지 않을 뿐 아니라, 피청구인에게 제출한 재고자산 실지조사서 상의 금액은 1,621만 2천원인데 반해 행정심판 증빙자료로 제출한 재고자산 실지조사서 상의 금액은 1,874만 1천원으로 서로 달라 자료의 신빙성도 떨어진다.

나. 청구인이 실태조사시 제출한 임대계약서에는 2011. 2. 1.~ 2012. 1. 31. 동안 보증금 2,000만원에 월 26만원씩 지급한다고 되어 있고, 청문시 청구인이 진술한 내용을 토대로 보증금 2,000만원만 청구인의 실질자산으로 인정한 것은 타당하다.

다. 기업진단지침 제7조제2항제1호에 따르면, 임대 또는 운휴 중인 자산은 겸업자산으로 분류하게 되어 있는 바, 청구인의 콘도 472만 1천원은 직원 복리후생 목적으로 취득한 것으로 겸업자산이다.

라. 결국 청구인은 자본금 등록기준 미달로 영업정지처분을 받은 후 3년 이내 동일한 건설업 등록기준을 미달(2011년 자본금)한 사실이 인정되므로 「건설산업기본법」제83조제3호의3에 의한 이 사건 처분은 적법·타당하다.

4. 관계법령 등

구 건설산업기본법(2012. 1. 17. 법률 제11181호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제9조, 제10조, 제83조, 제91조

구 건설산업기본법 시행령(2012. 2. 2. 대통령령 제23583호로 개정되어 2012. 2. 5. 시행되기 전의 것, 이하 같다) 제13조, 제86조, 별표2

구 건설업관리규정(2012. 7. 10. 국토해양부 예규 제243호로 개정되어 2012. 8. 24. 시행되기 전의 것, 이하 같다) 별지 2 건설업체 기업진단지침 제6조, 제7조, 제18조, 제21조, 제23조

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 청구서, 답변서, 청문통지서, 의견진술서, 청문조서 및 이 사건 처분서, 보충서면 등 자료에 따르면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 2008. 8. 5. '건축공사업'으로 등록한 법인사업자로서, 건설업 등록기준(자본금, 2010년도분) 미달로 2011. 10. 19. 4개월(2011. 10. 20 ~ 2012. 2. 19.)의 영업정지처분을 받은 전력이 있다.

나. 피청구인은 국토교통부의 종합건설업 실태조사 지시(건설경제과-4925, 2012. 9. 20.)에 따라 2012년 종합건설업 실태조사를 실시한 결과 다음과 같이 청구인에 대해 '2011년도 자본금 부적격' 혐의업체로 판단하였다.

- 다 음 -

□ 건설업 등록기준 실태조사 결과

○ 대상업체 : (주)○○종합건설 ○ 대표이사 : 전△△, 전□□

○ 보유업종 : 건축

○ 검토대상 재무제표 : 2011. 12. 31. 기준

○ 등록기준 필요자본금 : 5억원

○ 재무제표상 자본총계 : 5억 6,619만 7,625원

(단위 : 원)

부실자산 합계	항목별 내역 및 금액		부실자산 처리근거	
481,705,420	예금	400,000,000	한국투자증권 2011. 12. 31.일자 잔액증명 미제출하고, 질권표시를 '미표시'로 제출중이며, 11.1~2.28까지 거래실적증명 미제출하여 소명미비	
	재고자산	12,000,000		
	보증금	65,000,000	금융자료 없으나 본점분(20,000,000원)은 pass	
	유형자산(콘도)	4,705,420		
평가 후 자본금		84,492,205	등록기준 미달금액	415,507,795

다. 피청구인은 2013. 9. 26. 및 2013. 10. 22. 청구인에 대해 청문을 실시하였으며, 2013. 10. 22. 청문 시 청구인이 자필서명하고 날인한 청문서의 주요 내용은 아래와 같다.

- 아 래 -

〈 2013. 9. 26. 1차 청문 〉
문: 보증금에 대해 소명하십시요
답: 사무실 개설시에 보증금 8,500만원에 전세로 있었는데 3년 전에 월세로 전환했습니다. 현재 2,000만원 보증금에 26만원 내고 있습니다.
문: 2011년말 기준 보증금은 2,000만원이 맞습니까?
답: 예
문: 재고자산(원재료)에 대해 소명하십시요
답: 재고자산은 잘 모르겠습니다.
문: 재고자산(원재료)에 대해 원장을 지금 팩스로 송부해주세요
답: 예(팩스로 송부된 원재료 원장을 제시하며)
문: 2011. 1. 1.에 기초 이월금액이 81,345,000원이며 2011년 신규매입한 금액이 263,423,711원

이며 투입된 금액이 251,423,711원입니다. 2011. 12. 31. 현재 원재료 잔액은 12,000,000원입니다. 2012. 12. 31. 현재 잔액도 11,500,000원으로 1년 이상 장기체화된 재고자산으로 실질자산으로 인정되지 않습니다.
답: 예
문: 유형자산 콘도(토지 1,883,262원, 건물 2,832,738원)에 대해 소명하십시오
답: 직원 복지를 위해 구입하였습니다.
문: 콘도구입은 실질자산으로 인정되지 않습니다.
답: 예

〈 2013. 10. 22. 2차 청문 〉
문: 보증금에 대해 소명하십시요
답: 1차 청문내용과 동일합니다.
문: 유형자산 콘도에 대해 소명하십시요
답: 직원 복지를 위해 구입하였고 지금 팔려고 준비중입니다.
문: 재고자산(원재료)에 대해 소명하십시요
답: 1차 청문 후 추가자료를 제출하였습니다. 주택 70평짜리인데 건축주와 직영공사로 처리한 건으로 공사하고 남은 철근자료 1,900만원 정도 되었습니다. 2011년 재무제표에는 1,200만원으로 되어 있습니다.
문: 실태조사 관련 소명자료는 기업진단지침 제6조제1항에 의거 2011년 재무제표에 근거한 자료를 제출하셔야 합니다. 원재료 관련 추가자료는 재무제표에 근거하지 않으므로 인정되지 않습니다.
본 업체는 건설업 등록기준(자본금) 미달로 2011년에 영업정지 처분을 받았습니다. 2012년 실태조사 자본금 미달시 건설산업기본법 제83조제3의3호에 의거 등록말소됩니다.
답: 예

라. 피청구인이 2013년 12월에 작성한 청문조서 및 청문주재자 의견서의 주요 내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

□ 청문조서

○ 제 목 : 「건설산업기본법」 위반 혐의 건설업체 청문실시

○ 청문주재자 : 서울시청 주무관 최○□

○ 답변자 : 청구인 대표이사 전△△

○ 당사자 등의 진술내용

- 예금 4억원은 수익증권임

- 보증금은 현재 2,000만원에 월 26만원 지급하고 있음
- 재고자산(원재료)는 건축주 직영공사건으로 철근임
- 제출된 증거 : 잔고증명서, 계정별 원장, 민간공사계약서, 인수표 등

○ 증거조사

- 예금 4억원은 수익증권(CMA)으로 인정됨
- 보증금은 2,000만원 초과부분 불인정됨
- 재고자산(원재료)는 2011년 재무제표와 무관한 자료임

□ 청문주재자 의견서

○ 처분의 내용

- 처분의 원인 : 건설업 등록기준 미달(2011년 자본금)
- 처분하고자 하는 내용 : 등록말소
- 세부 위반내용 : 실질자본금 미달 : 건축공사업 01-2626
- 최종 부실자산 내역

(단위 : 원)

부실자산 합계	항목별 내역 및 금액		부실자산 처리근거	
81,705,420	재고자산	12,000,000	기말 원재료 소명 미비 및 부외자산 인정 불가 (기업진단지침 제6조제1항)	
	보증금	65,000,000	6,500만원 부실 인정(기업진단지침 제21조)	
	유형자산 (콘도)	4,705,420	겸업자산임(기업진단지침 제22조)	
평가 후 자본금		484,492,205	등록기준 미달금액	15,507,795

○ 종합의견

- 본 업체는 재고자산과 보증금 일부, 유형자산(콘도)의 실재성이 없어 건축공사업 자본금 등록기준 5억원에서 15,507,795원이 미달하였으므로, 관련규정에 따라 행정처분하는 것이 타당함

마. 피청구인은 청구인이 「건설산업기본법」 제10조에 따른 건설업의 등록기준(자본금)에 미달하여 영업정지처분을 받은 후 3년 이내에 동일한 등록기준에 미달하였다는 이유로 같은 법 제83조제3호의3에 근거하여 2013. 11. 25. 청구인에게 이 사건 처분을 하였다.

바. 2011. 12. 31. 기준 청구인의 재무상태표 및 계정별원장(원재료)에 따르면 재고자산(원재료)의 전기이월잔액은 8,134만 5천원(VAT 제외)이고, 기말 재고자산 금액은 1,200만원으로 계상되어 있으나, 청구인은 동 재고자산 1,200만원은 청구인의 세무대리인이 잘못 계상한 금액으로 당시 실제 재고자산(철근)은 1,874만 1천원이라고 주장하며 이에 대해 아래와 같은 소명자료를 제출하였다.

- 아 래 -

○ 2011년도 재고자산(철근) 매입 현황

일자 (세금계산서 발행일 기준)	매입처	수량(톤)	단가	금액 (VAT 제외)	증빙자료
2011.5.31.	○○철강	34.966	780원	27,273,480원	계정별 원장, 세금계산서, 금융거래내역, 부가가치세 신고서
2011.6.13.	△△강재	18.478	800원	14,821,015원	
2011.6.21.	○○철강	21.850	810원	17,698,500원	
2011.7.2.	△△강재	5.674		4,463,360원	
2011.7.30.	△△강재	4.812	790원	3,801,695원	
합계		85.780		68,058,050원	

○ 2011년도 재고자산(철근) 사용계획 내역

착공일	사용승인일	현장명	수량 (톤)	금액 (VAT 제외)	증빙자료
2011.3.18.	2011.10.25.	○○숙박시설 신축공사	84	67,710,000	공사계약서, 공사실행계획서, 건축물대장, 사용승인서
2011.5.11.	2011.10.17.	**동 266-334 다중주택 신축공사	13.201	10,688,045	
2011.5.24.	2011.10.31.	*동 도시형 생활주택 신축공사	60.194	48,582,985	
합계			157.395	126,981,030	

- 청구인이 제출한 재고자산 실지조사서에 따르면, 실제 사용된 철근양은 위 공사실행계획서 상의 금액보다 3,681,020원 많은 130,662,050원으로 기재되어 있음

사. 한편 청구인은 위 마.항의 2011년도 재무제표상의 재고자산 금액(1,200만원)과 실제 재고자산 금액(1,874만 1천원)의 차액인 674만 1천원을 반영하여 수정한 재무제표를

토대로 2013. 10. 28. 성북세무서에 법인세 수정신고를 하였다.

아. 청구인이 청문시 제출한 임대계약서에는 2011. 2. 1. ~ 2012. 1. 31.(12개월)간 청구인 사무실을 보증금 2,000만원에 월세 26만원을 지급하기로 한 사실이 기재되어 있다.

자. 2011. 12. 31. 기준 청구인의 재무상태표에는 유형자산 과목에 토지 188만 8,262원 및 건물 283만 2,738원, 감가상각누계액 1만 5,580원이 기재되어 있다.

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령 등

1)「건설산업기본법」제10조, 제83조제3호의3, 제91조제1항, 같은 법 시행령 제13조제1항, 제86조제1항 및 별표 2 등의 규정을 종합해 보면, 건설업(건축공사업)을 하는 법인의 경우 상시 5억원 이상의 자본금을 갖추어야 하며, 국토교통부장관은 건설업자가 같은 법 제10조에 따른 건설업의 등록기준에 미달하여 영업정지처분을 받은 후 3년 이내에 동일한 등록기준에 미달하게 된 경우 건설업 등록을 말소하여야 하는데, 이러한 건설업의 등록말소 및 영업정지에 관한 국토교통부장관의 권한은 시·도지사에게 위임되어 있다.

2) 기업진단지침 제6조제3항에는 재무제표, 공사원가명세서, 회계장부 및 진단자가 요구하는 입증서류 등의 제출서류는 재작성 또는 정정 등을 이유로 반려를 요구하지 못하나 이미 제출된 서류에 명백한 오류가 있는 경우에 한하여 진단자의 승인을 얻어 정정하거나 보완서류를 추가로 제출할 수 있다고 되어 있고, 제7조에는 진단대상사업을 위한 재고자산으로서 원자재 등은 기본서류, 거래명세서, 현장일지로 확인한다고 되어 있으며, 제18조제2항에는 원자재 및 이와 유사한 재고자산은 부실자산으로 보나, 보유기간이 취득일부터 1년 이내인 재고자산으로서 종류, 취득일자, 취득사유, 금융자료, 현장일지, 실사 등에 의해 진단기준일 현재 진단대상사업을 위하여 보유하고 있음을 확인한 경우에는 실질자산으로 본다고 되어 있고, 제21조에는 임차보증금은 임대차계약서, 금융자료, 확정일자, 임대인의 세무신고서 및 시가자료 등에 의하여 평가한다고 되어 있으며, 제23조제6항에는 임대자산이나 운휴자산 등 진단대상사업과 관련이 없는 유형자산은 겸업자산으로 본다고 되어 있다.

나. 판 단

피청구인은 청구인의 재고자산(원재료) 1,874만 1천원, 임차보증금 6,500만원, 유형자산(콘도) 470만 5,420원이 부실자산이라고 주장한다.

1) 먼저 관계규정과 위 인정사실에 의하면, 기업진단지침 제18조제2항 단서규정에는 보유기간이 취득일부터 1년 이내인 재고자산으로서 종류, 취득일자, 취득사유, 금융자료, 현장일지, 실사 등에 의해 진단기준일 현재 진단대상사업을 위하여 보유하고 있음을 확인한 경우에는 실질자산으로 본다고 되어 있는 바, 청구인이 2011년도에 구입한 철근은 계정별 원장, 세금계산서, 금융거래내역, 부가가치세 신고서 등으로 볼 때 총 6,805만 8,050원으로 확인되고, 청구인이 2011년도에 3건의 공사에 투입한 철근은 약 1억 3,066만 2,050원으로 공사계약서, 공사실행계획서, 건축물대장, 사용승인서 등으로 볼 때 해당 공사의 실재성이 입증된다고 할 것이므로, 청구인의 2011년도 기초 재고자산(8,134만 5천원)에 당기 철근 매입가액(6,805만 8,050원)을 합산한 금액에서 당기 투입한 철근(1억 3,066만 2,050원)을 차감하면 청구인이 실 재고자산 가액으로 주장하는 1,874만 1천원에 부합한다.

또한, 청구인은 당초 2011년도 재무제표 및 계정별 원장에 재고자산 금액을 1,200만원으로 계상하였으나, 피청구인의 실태조사 이후 청문과정에서 재고자산 금액을 1,874만 1천원으로 수정하여 제출하였는바, 기업진단지침 제6조제3항 단서규정에 따르면, 제출된 서류에 명백한 오류가 있는 경우에 한하여 진단자의 승인을 얻어 정정하거나 보완서류를 추가로 제출할 수 있다고 되어 있는 점, 청구인이 재고자산의 착오기재 금액에 대해 성북세무서에 법인세 수정신고를 완료한 점 등을 고려할 때 청구인의 재고자산은 수정 후의 금액인 1,874만 1천원으로 인정된다고 할 것이다.

2) 다음으로 청구인의 임차보증금에 대해 살펴보면, 기업진단지침 제21조에는 임차보증금은 임대차계약서, 금융자료, 확정일자, 임대인의 세무신고서 및 시가자료 등에 의하여 평가한다고 되어 있는 바, 청구인이 청문시 제출한 임대계약서에는 2011. 2. 1. ~ 2012. 1. 31.(12개월)간 청구인 사무실을 보증금 2,000만원에 월세 26만원을 지급한다고 기재되어 있으므로, 청구인의 실질자산으로 인정되는 임차보증금은 재무제표상의 금액 8,500만원이 아닌 2,000만원이므로, 피청구인이 2,000만원을 초과한 금액인 6,500만원을 청구인의 자산에서 차감한 것은 타당하다고 할 것이다.

3) 다음으로 청구인이 보유한 콘도(유형자산)에 대하여 살펴보면, 청구인은 동 자산을 청구인 소속 직원들의 복리후생 목적으로 취득하여 보유하고 있다고 주장한 바, 기업진단지침 제23조제6항에 따르면, 임대자산이나 운휴자산 등 진단대상사업과 관련이 없는 유형자산은 겸업자산으로 본다고 되어 있는 바, 청구인이 보유한 콘도는 건설업과 직접적으로 관련이 있는 자산이라고 인정하기 어려우므로, 청구인의 유형자산 470만 5,420원은 청구인의 건설업 실질자본에서 제외하는 것이 타당하다고 할 것이다.

4) 이상의 내용을 종합해 볼 때, 청구인의 실질자본은 5억 323만 3,205원(재무제표 상 자본총계 5억 6,619만 7,625원 - 임차보증금 6,500만원 - 유형자산 470만 5,420원 + 재고자산 674만 1천원)이 되어 건축공사업의 자본금 등록기준인 5억원을 충족하였음이 인정되므로 청구인의 자본금 등록기준 미달을 전제로 한 이 사건 처분은 위법·부당하다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 있으므로 청구인의 청구를 받아들이기로 하여 주문과 같이 재결한다.

7 2014-02517 건축사 업무정지처분 취소청구(재결일 : 2014. 9. 30.)

【사건의 쟁점】

이 사건 건축물의 발코니가 건축법령 상 적법한 발코니인지 여부, 이 사건 건축물의 용적률이 100퍼센트를 초과하는지 여부 및 이 사건 처분의 업무정지 기간이 적법한지 여부

【재결요지】

○ 이 사건 건축물의 경우 발코니 확장부분은 거실 내지 방의 용도로 사용되고 있고, 달리 법령 등에서 정하고 있는 발코니의 요건에 부합하지 않는다고 볼 만한 근거가 없는 점, 이 사건 건축물의 발코니 전면 부분은 비내력벽으로 설계되어 있어 피청구인의 주장처럼 청구인이 발코니를 편법적으로 실내공간화하기 위한 내력벽을 계획하였다고 보기도 어려운 점, 국토교통부의 유권해석상으로도 이 사건 건축물의 발코니가 완충공간으로서 외부의 소음방지, 에너지 절약 및 피난·안전 등 물리적 기능과 함께 주거 공간이 불가피하게 외부에 직접 면하게 되는 적층형 주택에서 거주자에게 안정감을 주는 심리적 기능 등의 역할을 수행할 경우 건축법상 발코니로 볼 수 있다고 하면서 이 사건 건축물의 발코니의 적법성을 인정한 점, 이 사건 건축물의 건축허가권자인 광주시장 역시 이 사건 건축물의 발코니와 관련한 바닥면적 산정방식만을 문제삼았던 점 등을 종합적으로 고려할 때, 이 사건 건축물의 발코니는 「건축법 시행령」 제2조제14호에 규정된 발코니로 봄이 타당함

○ 이 사건 건축물은 단열재를 구조체의 외기측에 설치하는 단열공법으로 설계되었으므로, 「건축법 시행령」 제119조제1항에 따른 건축물의 바닥면적 산정방식에 따라, 단열재가 설치된 외벽 중 내측 내력벽의 중심선을 기준으로 바닥면적을 산정해야 하므로, 이러한 산정방식에 따라 청구인이 경기도 광주시장에게 제출한 위법부분 시정도면(인정사실 다.항)과 같이 발코니 앞 전면부분(Ⓐ)을 바닥면적에 산입하고, 건축물의 내측 내력벽 중심선을 기준으로 바닥면적을 재산정하면, 이 사건 건축물의 용적률은 97.59% ~ 98.6%가 되어 용적률 100%를 초과하지 않는 사실은 인정되나, 청구인이 제출한 시정도면을 광주시장이 반려한 후 이 사건 처분에 이르기까지 별다른 시정사항이 없는 점에 비추어 보면, 이 사건 건축물의 용적률은 관련법령에서 정한 기준을 초과하였음이 인정됨

○ 이 사건 건축물의 용적률 기준 초과가 '대수선의 규모 미만으로 건축물을 철거하거나 재시공하여야 시정이 가능한 때'에 해당함을 전제로, 청구인에게 이 사건 건축물(8동)에 대해 8건의 위반행위(용적률 위반)만이 있다고 보고 2 이상의 위반행위에 대한 처분기준을 적용하면, 이

사건의 경우 가장 중한 처분인 2개월에 나머지 각 위반행위에 해당하는 업무정지기간의 2분의 1인 1개월을 합산한 기간까지 가중하여 계산할 때 업무정지처분기간은 9개월(2개월+1개월×7)로 봄이 타당하므로 이 사건 처분 중 9개월을 초과하는 부분은 위법함

【재결의 의미】

테라스형 건축물의 발코니를 건축법상 적법한 발코니로 인정하면서, 건축물의 제한용적률 초과여부에 대한 판단은 위법사항의 시정여부에 따라 판단해야 하며, 건축사에 대한 제재처분기간은 해당 건축사의 법 위반행위의 수를 기준으로 산정해야 한다고 본 사례

주 문 피청구인이 2013. 12. 4. 청구인에게 한 1년의 건축사 업무정지처분을 9개월의 건축사 업무정지처분으로 변경한다.

청구취지 피청구인이 2013. 12. 4. 청구인에게 한 1년(2013. 12. 11. - 2014. 12. 10.)의 건축사 업무정지처분을 취소한다.

이 유

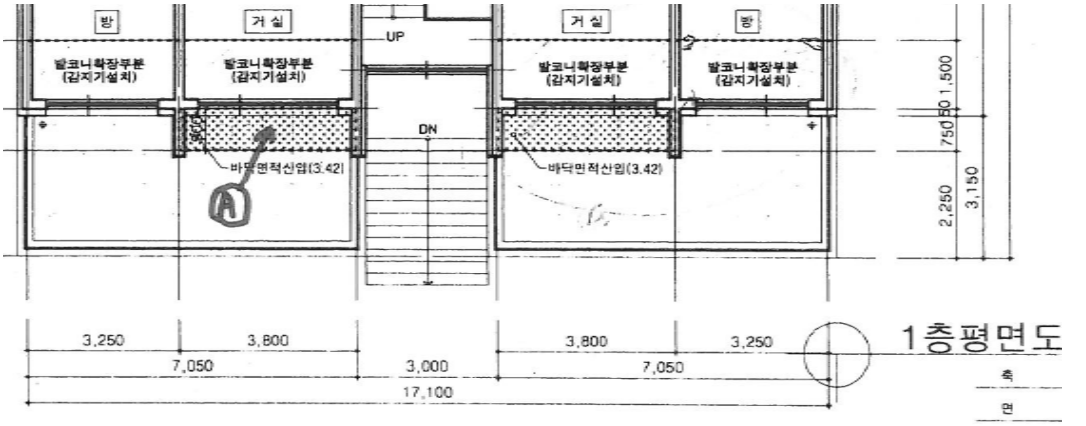
1. 사건개요

청구인이 경기도 광주시 **읍 **리 456-9 외 7필지 상 지하1층, 지상4층의 8개동의 다세대주택(연면적 652.42㎡)(이하 '이 사건 건축물'이라 한다) 설계와 관련하여 「건축법」 제23조 및 제56조를 위반하였다는 이유로 피청구인이 2013. 12. 4. 청구인에게 1년(2013. 12. 11. - 2014. 12. 10.)의 건축사 업무정지처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

가. 청구인이 설계한 이 사건 건축물의 발코니는 「건축법 시행령」 제2조에 따른 적법한 발코니이며, 이 사건 건축물은 단열재를 구조체의 외기측에 설치하는 단열공법으로 설계되었으므로, 「건축법 시행령」 제119조제1항제3호나목에 따라 아래 그림의 (Ⓐ)부분을 바닥면적에 산입하고, 「건축법 시행령」 제119조제1항제3호아목에 따라 외기측 단열부분을

제외한 내측 내력벽의 중심선을 기준으로 바닥면적을 재산정하면, 이 사건 건축물은 제한 용적률을 초과하지 않는다.



나. 구「건축사법 시행령」제29조의 2 [별표 1] 의 업무정지 등 처분기준 중 일반기준 2호에 의할 때, 청구인은 위반행위가 둘 이상인 경우로서 그에 해당하는 처분기준이 모두 업무정지인 경우이므로, 그 중 하나의 처분기준인 2개월에 나머지 각 위반행위에 해당하는 업무정지기간의 2분의 1인 7개월(= 7건 × 2개월 × 1/2)을 합산한 기간인 9개월까지 처분할 수 있음에도 불구하고, 피청구인은 청구인에 대하여 1년의 업무정지 처분을 하였는 바, 이는 법령적용을 잘못한 위법한 처분이다.

다. 또한 이 사건 건축물 중 5건은 2013. 6. 27. 이후 사용승인이 된 것으로, 위반행위의 시점을 건축물의 사용승인일자를 기준으로 할 경우, 2011. 5. 30. 법률 제10756호로 개정되어 2012. 5. 30. 시행된 건축사법 제28조제1항에서는 건축사 업무정지 처분사유 중 하나인 10호(고의 또는 중대한 과실로 인하여 이 법 또는 건축법의 규정에 위반한 때)가 삭제되었으므로, 청구인이 용적률을 초과한 설계를 하였다고 하더라도 이는 건축사 업무정지처분의 대상이 되지 않는다.

라. 이 사건 건축물의 위법사항 시정을 위하여는 단지 설계도면의 수정만으로 시정이 가능하고, 건축물의 구조나 외부 형태를 수선·변경하는 '대수선'이 필요하지 아니함에도 불구하고, 피청구인이 건축사법 시행령 별표 1의 개별기준 9-자-1항을 적용하여 이 사건

처분을 한 것은 위법·부당하다.

3. 피청구인 주장

가. 「건축법」에서의 '발코니'는 2005. 12. 2. 대통령령 제19163호로 '노대'에서 분류된 신설조항이므로 발코니의 구조 또한 기존 노대의 범주에서 크게 벗어나는 구조일 경우 발코니로 볼 수 없는 바, 사전적 의미로 노대란 "건물 바깥으로 돌출되어 난간이나 낮은 벽으로 둘러싸인 뜬 바닥"을 의미하므로 청구인이 설계한 아래층 지붕에 면하여 후퇴한 위층 외부공간에 설치하는 부분은 노대는 물론 발코니 구조로도 보기 어렵고, 이 사건 건축물은 앞으로도 발코니가 건축물 내부에 설치된 기형적 공간구조의 건축물로 남을 것이 예상되므로, 청구인이 설계한 발코니는 「건축법 시행령」 제2조제14호에 따른 적합한 발코니가 아니다.

나. 청구인이 설계한 이 사건 건축물은 발코니의 측벽을 내력벽으로 건축하여 상부하중을 분담하여 견디고 있는 바, 국토교통부의 『발코니 관련 기준해설』에 따르면 "외벽에 접하여 부가적으로 설치되지 않고 발코니의 외기와 접하는 부분을 내력벽으로 하여 실내 공간화하는 경우"는 발코니로 볼 수 없도록 하고 있고, 이와 관련하여 "공동주택의 발코니 외부에 설치되는 벽체는 구조계획상 하중전달을 위한 부분만 내력벽으로 계획하고, 기타 발코니 바닥을 편법적으로 실내공간화 하기 위한 내력벽은 계획할 수 없도록" 하고 있는 바, 이와 같은 규정은 이 사건 건축물의 발코니 측벽과 같이 상부에 직접 면하여 하중을 주는 구조체가 없기 때문에 비내력벽으로 계획하여도 무방한 경우까지 내력벽으로 계획하여 발코니의 편법적인 실내 공간화를 막기 위한 규정이다.

다. 이 사건 건축물의 발코니가 「건축법 시행령」에 적합한 발코니가 아니라는 사실은 별론으로 하고, 청구인이 인정한 이 사건 건축물의 거실 앞 발코니 전면 부분(Ⓐ부분)만을 다시 바닥면적에 산정하더라도, 허용가능한 최대 용적률 100%를 초과한 101.1 ~ 102.2%가 되어 청구인에 대한 행정처분이 가능하다.

또한, 청구인은 이 사건 건축물을 설계하면서 각 층 바닥면적을 산정할 때 「건축법 시행령」 제119조제1항제3호아목에 따라 "단열재를 구조체의 외기측에 설치하는 단열공법으로 건축된 건축물의 경우, 단열재가 설치된 외벽 중 내측 내력벽의 중심선을 기준으로 산

정한 면적을 바닥면적으로 하여야 함"에도 불구하고, 이를 간과한 채 설계하여 단열재를 포함한 외벽의 중심선을 기준으로 바닥면적을 산정하였는바, 이는 법령에서 정한 기준보다 과도하게 바닥면적을 산정하여 건축주들에게 직접적 피해를 주는 위법한 설계행위로 이 또한 「건축사법」에 따른 행정처분 대상이 되는 행위이다.

라. 청구인에 대한 행정처분은 이 사건 건축물의 발코니와 바닥면적 산정기준에 대한 건축설계 업무를 소홀히 하여 「건축법」 제56조 규정을 위반한 데 따른 것이며, 이 사건 건축물(8개동)은 각각 2010. 11. 11.~ 2012. 2. 15. 별건으로 건축허가를 받았으므로, 「건축사법」 부칙(법률 제10756호, 2011. 5. 30.) 제8조에 따라 개정 전 「건축사법」에 따른 제재처분규정을 적용하여야 하고, 구 「건축사법 시행령」 [별표 1] '업무정지 등 처분기준' 중 일반기준 제2호에서는 "위반행위가 둘 이상으로 그에 해당하는 각각의 처분기준이 다른 경우에는 그 중 가장 무거운 처분기준에 따르고, 가장 중한 처분에 나머지 각 위반행위에 해당하는 업무정지 기간의 2분의 1을 합산한 기간까지 가중처분 할 수 있도록" 하고 있는 바 이 사건 처분은 적법·타당하다.

4. 관계법령

구 건축법(2014. 1. 14. 법률 제12246호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제23조, 제56조

구 건축법 시행령(2013. 6. 17. 대통령령 제24621호로 개정되어 2013. 12. 18. 시행되기 전의 것, 이하 같다) 제2조, 제119조

구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(2013. 7. 16. 법률 제11922호로 개정되어 2014. 1. 17. 시행되기 전의 것, 이하 같다) 제78조

건축사법(법률 제10756호, 2012. 5. 31. 시행) 부칙 제8조

구 건축사법(2011. 5. 30. 법률 제10756호로 개정되어 2012. 5. 31. 시행되기 전의 것, 이하 같다) 제5조, 제28조

구 건축사법 시행령(2012. 5. 30. 대통령령 제23821호로 개정되어 2012. 5. 31. 시행되기 전의 것, 이하 같다) 제29조의2, 제35조, 별표 1

구 광주시 도시계획조례(2014. 1. 7. 조례 제569호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제60조

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 청구서, 답변서, 건축사 행정처분 통지서, 건축법 위반 건축물 시정명령서, 건물 설계도면, 국토교통부의 '공동주택의 발코니 설계 및 구조변경 업무처리 지침', 구조기술사사무소 답변서, 국토교통부 질의회신결과 등 제출된 자료에 따르면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 건축사로서 이 사건 건축물(8동, 64세대)을 설계하였고, 이 사건 건축물의 각 8동은 광주시장으로부터 동별로 건축허가 및 건축물 사용승인을 받았는데, 그 개요는 다음과 같다.

- 다 음 -

위 치		건축주	건축규모			허가일	착공일	사 용 승인일
			연면적(㎡)	층수	용도			
광주시 오포읍 능평리	456-9	노영신	782.34	4/B1	다세대(8세대)	2010.11.11.	2010.12.17.	2012.2.01.
	456-10 외1	강영선	782.34	4/B1	다세대(8세대)	2010.11.11.	2010.12.17.	2012.1.20.
	456-11	이명인	782.34	4/B1	다세대(8세대)	2010.11.11.	2010.12.17.	2012.2.01.
	456-13	김재경	777.80	4/B1	다세대(8세대)	2012.1.27.	2012.3.30.	2013.6.27.
	456-18	송우일	777.80	4/B1	다세대(8세대)	2012.1.27.	2012.3.30.	2013.6.27.
	456-19	차제윤	798.31	4/B1	다세대(8세대)	2012.1.27.	2012.3.30.	2013.6.27.
	456-20	김판석	771.53	4/B1	다세대(8세대)	2012.1.27.	2012.4.2.	2013.8.2.
	456-21	임정빈	786.91	4/B1	다세대(8세대)	2012.2.15.	2012.3.30.	2013.7.17.

나. 광주시장은 이 사건 건축물의 아래와 같은 「건축법」 위반사항에 대하여 청구인 및 건축주 등에게 2013. 9. 4. 1차 시정명령, 2013. 9. 25. 2차 시정명령을 내렸다.

- 아 래 -

○ 건축법 위반내용

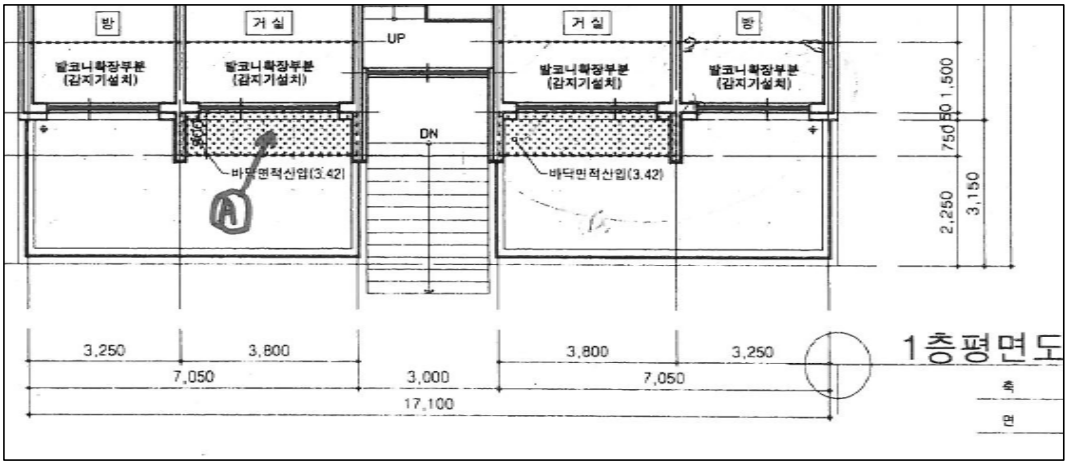
구분	대지위치	행위내용		용도	행위 년도	위반조항
1	능평리 456-9	각동 101호, 102호, 201호, 202호 건물후면 1,2층	각동 101호,102호, 201호,202호,301호, 302호	공동주택 (다세대주택)	-	건축법 제14조, 제56조, 제84조 건축법 시행령
2	능평리 456-10 외1					
3	능평리 456-11					

구분	대지위치	행위내용		용도	행위년도	위반조항
4	능평리 456-13	무단증축 건물후면 불법증축된 공간으로 나갈 수 있는 문 설치	거실 앞 발코니 전면부분 바닥면적 미 산입			제119조제1항
5	능평리 456-18					
6	능평리 456-19					
7	능평리 456-20					
8	능평리 456-21					

다. 청구인은 광주시장의 시정명령에 대하여 아래와 같이 위법부분 시정도면을 광주시장에게 제출하였으나, 광주시장은 건축 소유주의 동의서가 없다는 이유로 이를 반려하였다.

- 아 래 -

○ 위법부분 시정도면



⇨ 바닥면적을 외기측 단열부분을 제외한 내측 내력벽의 중심선을 기준으로 변경하고, 발코니 앞 전면부분(Ⓐ)을 바닥면적에 산입

○ 위 시정예정 도면에 따라 산출된 용적률

위치		건축주	A	B	C	C/A(%)
			대지면적(㎡)	공부상 연면적(㎡)	수정된 연면적(㎡)	용적률(%)
광주시 **읍	456-9	노○○	580	567.51	571.90	98.6
	456-10,12	강○○	586	〃	〃	97.59
	456-11	이○○	580	〃	〃	98.6

위치		건축주	A	B	C	C/A(%)
			대지면적(㎡)	공부상 연면적(㎡)	수정된 연면적(㎡)	용적률(%)
**리	456-13	김○○	580	569.52	569.94	98.27
	456-18	송○○	580	〃	〃	〃
	456-19	차○○	580	569.69	568.40	98
	456-20	김○○	580	567.76	570.44	98.35
	456-21	임○○	580	567.85	567.88	97.91

라. 광주시장은 2013. 8. 26. 피청구인에게 건축사 행정처분을 의뢰하였으며, 피청구인은 2013. 11. 20. 청구인에게 아래와 같은 내용의 처분사전통지서를 발송하였다.

- 아 래 -

〈처분의 원인이 되는 사실〉
○ 귀하께서는 광주시 **읍 **리 456-9번지 일원 공동주택 총 8건(8세대씩 총 64세대)의 건축허가에 대한 설계업무를 수행하면서
- 「건축법 시행령」 제2조 제14호의 『발코니』의 정의에 맞지 않은 공간을 발코니 확장형으로 설계하고, 그 전(前)면 공간을 기둥(또는 벽)과 슬래브로 구획·설계하였음에도 이를 바닥면적에 산정하지 않아
- 해당지역(계획관리지역) 용적률 최대한도 100%를 초과한 용적률 107.5 ~ 111.8%로 건축물을 건축하도록 하여 「건축법」 제56조 및 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제78조를 위반한 결과를 초래한 사실이 있음
○ 이는 「건축법」 제56조 규정을 위반한 행위에 대하여 같은 법 제23조제2항의 설계업무를 소홀히 한 사항으로 「건축사법」 제28조 및 같은 법 시행령 제29조의2에 따른 업무정지 등 처분대상이 됨
〈처분하고자 하는 내용〉 : 업무정지 1년

마. 청구인은 위 라.의 통지에 따라 2013. 11. 27. 피청구인에게 아래와 같은 내용의 의견을 제출하였다.

- 아 래 -

1. 현장조사 결과 처분내용(발코니 정의에 맞지 않는 발코니확장형 설계)이 지적되어 발코니 정의에 해당되는 것으로 사료되어 설계에 반영하였으나 처분내용 지적사항에 대하여 관련법규 질의회신내용 및 유사건축물(테라스하우스)을 첨부하오니 긍정적인 검토를 부탁

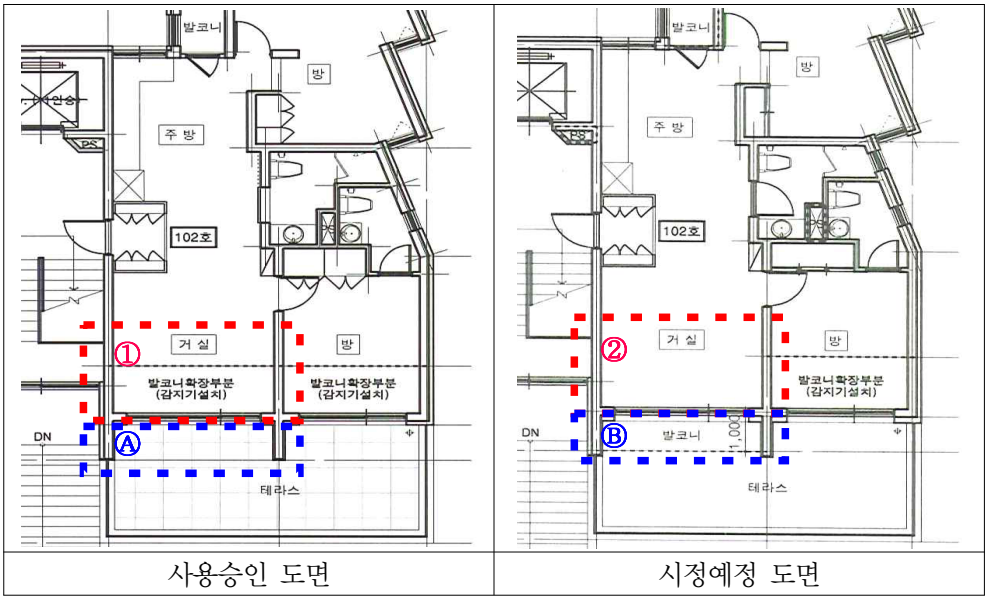
드립니다.

2. 발코니확장 부분 처분내용을 선처해 주시면 거실앞(기둥, 옹벽) 바닥면적산입건은 도면(위법부분 수정도면)과 같이 1~2층 거실부분은 확장형으로 하지 않고 바닥면적에 산입하였습니다.
   · 설계상 외단열로 되어있어 바닥면적 산정규정에 의하여 구조체 중심으로 변경하였고 기존 용적률 96.84% ~ 98.22%로 준공되어 있어 1.78 ~ 3.16% 여유분을 반영하여 99.11% ~ 99.91% 범위 내에서 바닥면적 변경을 하고 있습니다.
3. 상기 2항과 같이 위법부분을 시정할 수 있는 기회를 주시면 도면(위법부분 시정도면)과 같이 건축물을 철거하거나 재시공 없이 마무리하도록 하겠습니다.

바. 청구인이 제출한 위법부분 시정도면 및 그에 따라 재산출한 이 사건 건축물의 용적률은 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 위법부분 시정도면



사용승인 도면	시정예정 도면

⇨ 건축물을 재시공하거나 철거하지 않고 거실측 발코니 확장 부분을 발코니가 아닌 건축물 내부로 변경(①을 ②로 변경)하여 바닥면적에 산입하고 그 전면 부분은 발코니로 사용(Ⓐ을 Ⓑ로 변경)하는 방안임

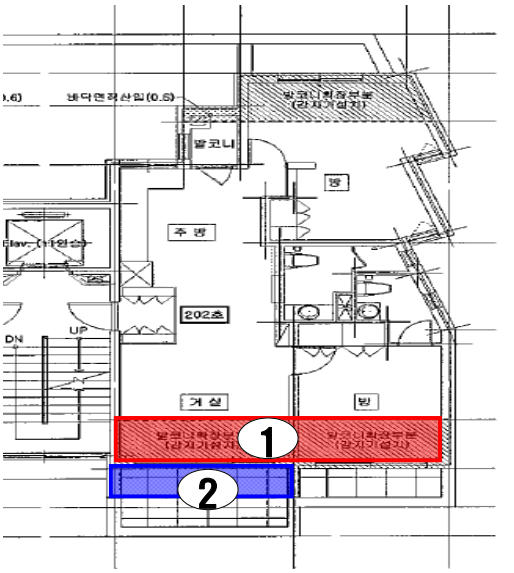
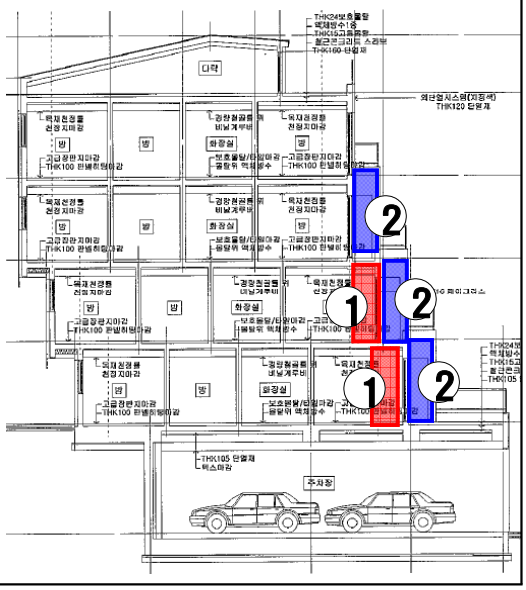
○ 위 시정예정 도면에 따라 재산정한 용적률

위치		건축주	A	B	C	C/A(%)
			대지면적(㎡)	공부상 연면적(㎡)	수정된 연면적(㎡)	용적률(%)
광주시 **읍 **리	456-9	노영신	580	567.51	579.50	99.91
	456-10,12	강영선	586	〃	〃	98.89
	456-11	이명인	580	〃	〃	99.91
	456-13	김재경	580	569.52	574.84	99.11
	456-18	송우일	580	〃	〃	〃
	456-19	차제윤	580	569.69	575.20	99.17
	456-20	김판석	580	567.76	577.24	99.52
	456-21	임정빈	580	567.85	575.58	99.24

사. 피청구인은 2013. 12. 4. 아래 그림의 ①,② 부분을 「건축법」을 위반한 부분으로 보고 아래와 같이 이 사건 처분을 하였다.

- 아 래 -

건축사			위반 건축물			위반법령	행정처분 내용	
면허번호	사무소명	성명	위치	용도	건축주		처분	근거
6231	**종합 건축사 사무소 (광주시 **동 394-1 3층)	서○○	광주시 **읍 **리 456-9 외 7	다세대 주택	노○○ 외 7	·「건축법」 제56조 ·「건축법」 제23조	업무정지 1년 (2013. 12. 11 ~ 2014. 12. 10)	· 「건축사법 시행령」 제29조의2 별표1개별 기준 '9-자-2' · 총 8건의 건축허가

평 면 도	단 면 도
	

아. 피청구인이 위 사.의 ①, ② 부분을 바닥면적에 산입하여 다시 계산한 이 사건 건축물의 용적률은 다음과 같다.

- 다 음 -

1) ①,② 부분을 모두 바닥면적에 산입하여 계산할 경우

위치		건축주	대지 면적(㎡)	사용승인 연면적(㎡)	위반 면적(㎡)	실제 연면적(㎡)	용적률산정 연면적(㎡)	용적률 (%)
광주시 **읍 **리	456-9	노○○	580	782.34	80.94	863.28	648.45	111.8
	456-10,12	강○○	586	”	”	”	”	110.6
	456-11	이○○	580	”	”	”	”	111.8
	456-13	김○○	580	777.80	69.36	847.16	638.88	110.1
	456-18	송○○	580	”	”	”	”	110.1
	456-19	차○○	580	798.31	65.4	863.71	635.09	109.4
	456-20	김○○	580	771.53	56.16	827.69	623.92	107.5
	456-21	임○○	580	786.91	65.79	852.7	633.64	109.2

2) ② 부분만을 바닥면적에 산입하여 계산할 경우

위치		건축주	A	B	C	D	B + D	(B+D)/A (%)
			대지 면적(㎡)	공 부 상 용적률산정 연면적(㎡)	그림의 ① 면적(㎡)	그림의 ② 면적(㎡)	용적률산정 연면적(㎡)	용적률 (%)
광주시 **읍 **리	456-9	노○○	580	567.51	55.86	25.08	592.59	102.2
	456-10,12	강○○	586	”	”	”	”	101.1
	456-11	이○○	580	”	”	”	”	102.2
	456-13	김○○	580	569.52	50.46	18.9	588.42	101.5
	456-18	송○○	580	”	”	”	”	”
	456-19	차○○	580	569.69	43.8	21.6	591.29	101.9
	456-20	김○○	580	567.76	37.8	18.36	586.12	101.1
	456-21	임○○	580	567.85	42.78	23.01	590.86	101.9

자. 국토교통부의 ‘공동주택의 발코니 설계 및 구조변경 업무처리 지침’에 따르면, 「건축법」 상 바닥면적에 포함되는 폭 1.5미터를 초과한 “발코니 및 노대등”은 주택법상 주거전용면적으로 산입한다고 되어 있고, 공동주택의 발코니 외부에 설치되는 벽체는 구조계획상 하중전달을 위한 부분만 내력벽(기둥대체)으로 계획하고 기타 발코니 바닥을 편법적으로 실내 공간화하기 위한 내력벽은 계획할 수 없다고 되어 있다.

차. 이 사건 건축물과 관련, 발코니의 측면 날개벽의 내력벽 여부에 따른 발코니 인정여부에 대해 청구인이 제출한 국토교통부의 질의회신 결과는 아래와 같다.

- 아 래 -

○ 2014. 2. 14.자 회신결과
- 질의
: 발코니의 측면 날개벽이 기존실에서부터 연장되어 설치되어있다면 발코니로 인정받을 수 없는지에 대하여
- 회신내용
:「건축법 시행령」 제2조제14호에 따르면 발코니란 “건축물의 내부와 외부를 연결하는 완충공간으로서 전망이나 휴식 등의 목적으로 건축물 외벽에 접하여 부가적으로 설치되는 공간”을 의미합니다. 이에 따르면, 외벽에 접하여 부가적으로 설치되지 않고 발코니의 외기와 접하는 부분을 내력벽으로 하여 실내공간화하거나, 설치기준 외의 내용으로 외관을 과도하게 변경하여 기존 발코니 외관으로 보기 어려운 경우는 발코니라 할 수 없을 것입니다. 이는

발코니가 확장되었더라도, 추후 입주자의 의사에 따라 다시 내외부의 완충공간으로서 외기와 접하는 부분의 창호 등을 모두 철거하는 등 원 상태로 복원하여 사용가능할 수 있어야 하기 때문입니다.

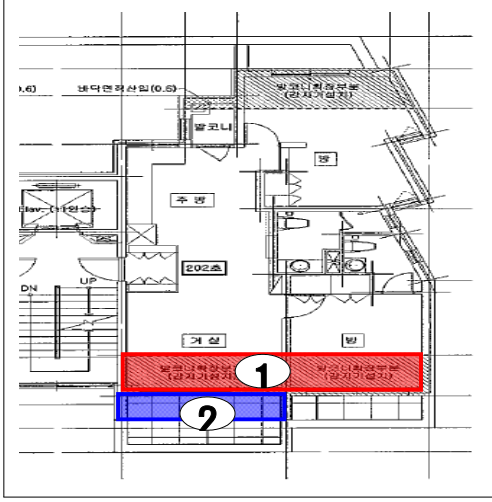
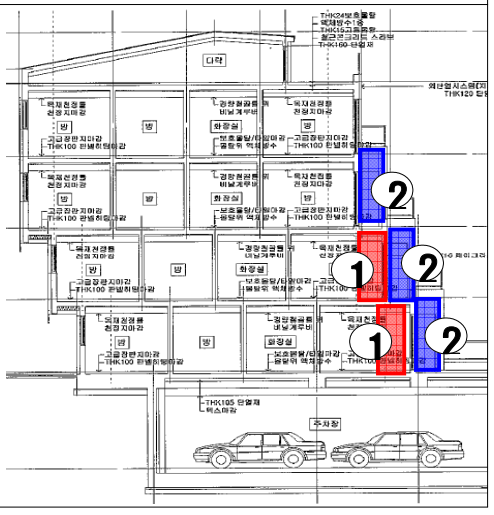
그리고 외벽에 부가적으로 설치한 발코니를 내력벽체로 지지한 것만으로 당해 발코니를 실내공간화한 것으로 보기는 어려울 것으로 판단되며 구조적으로 효율적이고 경제적인 건축물의 건축을 위하여 필요한 범위 내에서 발코니를 내력구조체로 지지할 수 있는 것으로 그 범위는 내력구조체의 기능, 형태, 설치위치 등을 검토하여 발코니의 설치기준에 적합하여야 할 것으로 사료됩니다.

카. 피청구인이 2014. 3. 19. **구조기술사사무소에 문의한 결과에 의하면, 이 사건 건축물의 발코니 확장 및 발코니 전면부분(사.항 그림 ①,②)의 측면 날개벽은 내력벽이고, 발코니 확장부분(사.항 그림 ①)과 발코니 전면(사.항 그림 ②)의 사이벽 및 발코니 전면(사.항 그림 ②)과 베란다 사이의 벽은 비내력벽으로 확인된다.

타. 우리 위원회에서 이 사건 건축물의 발코니의 적법여부에 대하여 국토교통부 건축정책과에 질의하여 2014. 7. 23. 회신받은 결과는 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 질의내용

평 면 도	단 면 도
	

- 위 테라스형 건축물에서 〈그림〉의 ①, ② 부분이 건축법 시행령 제2조에 규정된 “발코니”에 해당되는지 여부

※ 참고 : 위 건축물의 발코니 부분의 좌우 측면벽은 내력벽이며, ①, ② 사이의 경계는 비내력벽으로 설계됨

○ 회신내용

- 「건축법 시행령」 제2조제14호에 따른 "발코니"는 완충공간으로서 외부의 소음방지, 에너지 절약 및 피난·안전 등 물리적 기능과 함께 주거 공간이 불가피하게 외부에 직접 면하게 되는 적층형 주택에서 거주자에게 안정감을 주는 심리적 기능 등의 역할도 있다고 보아야 할 것이므로, 귀 질의의 경우에도 상기와 같은 기능을 수행할 경우에는 발코니로 볼 수 있을 것이나, 발코니에 해당하는 경우에도 「건축법」 제60조 및 제61조에 따른 높이 제한 등 건축기준에 적합하여야 하는 것임을 알려드립니다.

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계 법령

1) 구 「건축법」 제23조제2항에는 설계자는 건축물이 이 법과 이 법에 따른 명령이나 처분, 그 밖의 관계 법령에 맞고 안전·기능 및 미관에 지장이 없도록 설계하여야 하며, 국토교통부장관이 정하여 고시하는 설계도서 작성기준에 따라 설계도서를 작성하여야 한다고 되어 있고, 같은 법 제56조, 구 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제78조, 같은 법 시행령 제85조 및 구 「광주시 도시계획조례」 제60조제19호에 따르면 광주시의 계획관리지역의 용적률 최대한도는 100퍼센트 이하로 되어 있다.

2) 구 「건축법 시행령」 제2조제14호에 따르면 "발코니"란 건축물의 내부와 외부를 연결하는 완충공간으로서 전망이나 휴식 등의 목적으로 건축물 외벽에 접하여 부가적으로 설치되는 공간으로 정의되어 있고, 이 경우 주택에 설치되는 발코니로서 국토교통부장관이 정하는 기준에 적합한 발코니는 필요에 따라 거실·침실·창고 등의 용도로 사용할 수 있다고 규정되어 있다. 또한 같은 법 시행령 제119조제1항에 따르면, 건축물의 바닥면적은 건축물의 각 층 또는 그 일부로서 벽, 기둥, 그 밖에 이와 비슷한 구획의 중심선으로 둘러싸인 부분의 수평투영면적으로 하되, 단열재를 구조체의 외기측에 설치하는 단열공법으로 건축된 건축물의 경우에는 단열재가 설치된 외벽 중 내측 내력벽의 중심선을 기준으로 산정한 면적을 바닥면적으로 한다고 되어 있으며, 주택의 발코니 등 건축물의 노대나 그 밖에 이와 비슷한 것(이하 "노대등"이라 한다)의 바닥은 난간 등의 설치 여부에 관계없이 노대등의 면적(외벽의 중심선으로부터 노대등의 끝부분까지의 면적을 말한다)에서 노대등

이 접한 가장 긴 외벽에 접한 길이에 1.5미터를 곱한 값을 뺀 면적을 바닥면적에 산입한다고 규정하고 있다.

3) 한편 구 「건축사법」(2012. 5. 31.시행 법률 제10756호) 부칙 제8조에는 이 법 시행 전의 위반행위에 대한 행정제재처분에 관하여는 종전의 규정에 따른다고 되어 있고, 구 「건축사법」(2011. 5. 30. 법률 제10756호로 개정되어 2012. 5. 31. 시행되기 전의 것) 제5조, 제28조제1항 및 동법 시행령 제35조에 따르면, 시·도지사는 건축사가 고의 또는 중대한 과실로 인하여 이 법 또는 건축법의 규정에 위반한 때는 건축사업무신고 등의 효력상실처분을 하거나 1년 이내의 기간을 정하여 그 업무정지를 명할 수 있다고 되어 있고, 같은 법 시행령 별표 1의 일반기준 제2호에는 위반행위가 둘 이상인 경우로서 그에 해당하는 각각의 처분기준이 다른 경우에는 그 중 무거운 처분기준에 따르고, 다만 둘 이상의 처분기준이 모두 업무정지인 경우에는 가장 중한 처분(처분기준이 같은 때에는 그 중 하나의 처분기준을 말한다)에 나머지 각 위반행위에 해당하는 업무정지기간의 2분의 1을 합산한 기간까지 가중하여 처분할 수 있되, 그 합산한 업무정지기간이 1년을 초과하는 때에는 1년으로 한다고 되어 있으며, 개별기준 9-자-2항에는 고의 또는 중대한 과실로 「건축법」 제56조 등을 위반하여 설계 또는 감리하였을 경우 업무정지의 세부적인 처분기준을 정하고 있다.

나. 판 단

피청구인은 이 사건 건축물의 발코니가 건축법령에 따른 적법한 발코니가 아니므로 바닥면적에 산입되어야 하고, 이 경우 「광주시 도시계획조례」 제60조에 따른 제한 용적률을 초과하게 되며, 발코니의 적법여부는 별론으로 하고 청구인이 바닥면적을 잘못 산정하여 설계한 것만으로도 「건축사법」에 따른 행정처분이 가능하므로, 이 사건 처분은 적법·타당하다고 주장한다.

1) 먼저, 이 사건 건축물의 발코니가 건축법상 적법한 발코니에 해당하는지 여부에 대하여 살펴본다.

건축법령 등에 따르면, 발코니는 건축물의 내·외부를 연결하는 완충공간으로서 전망·휴식 등의 목적으로 건축물 외벽에 접하여 부가적으로 설치되는 공간으로, 거실·침실·창

고 등의 용도로 사용할 수 있는 구조물로 규정되어 있는바, 이 사건 건축물의 경우 발코니 확장부분은 거실 내지 방의 용도로 사용되고 있고, 달리 법령 등에서 정하고 있는 발코니의 요건에 부합하지 않는다고 볼 만한 근거가 없는 점, 이 사건 건축물의 발코니 전면 부분은 비내력벽으로 설계되어 있어 피청구인의 주장처럼 청구인이 발코니를 편법적으로 실내공간화하기 위한 내력벽을 계획하였다고 보기도 어려운 점, 국토교통부의 유권해석상으로도 이 사건 건축물의 발코니가 완충공간으로서 외부의 소음방지, 에너지 절약 및 피난·안전 등 물리적 기능과 함께 주거 공간이 불가피하게 외부에 직접 면하게 되는 적층형 주택에서 거주자에게 안정감을 주는 심리적 기능 등의 역할을 수행할 경우 건축법상 발코니로 볼 수 있다고 하면서 이 사건 건축물의 발코니의 적법성을 인정한 점, 이 사건 건축물의 건축허가권자인 광주시장 역시 이 사건 건축물의 발코니와 관련한 바닥면적 산정방식만을 문제삼았던 점 등을 종합적으로 고려할 때, 이 사건 건축물의 발코니는 「건축법 시행령」 제2조제14호에 규정된 발코니로 봄이 타당하다고 할 것이다.

2) 다음으로, 이 사건 건축물의 용적률이 구 「건축법」 제56조, 구 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제78조, 같은 법 시행령 제85조 및 구 「광주시 도시계획조례」 제60조제19호에 규정된 제한 용적률인 100퍼센트를 초과하는지 여부에 대하여 살펴본다.

당초 광주시장은 이 사건 건축물의 발코니가 「건축법」 상 적법한 발코니임을 전제로 발코니 전면 부분의 바닥면적 미산입에 대한 시정명령을 한 사실이 있고, 이에 청구인이 시정도면을 제출하였는데, 건축법령에 따르면 이 사건 건축물은 단열재를 구조체의 외기측에 설치하는 단열공법으로 설계되었으므로, 「건축법 시행령」 제119조제1항에 따른 건축물의 바닥면적 산정방식에 따라, 단열재가 설치된 외벽 중 내측 내력벽의 중심선을 기준으로 바닥면적을 산정해야 하므로, 이러한 산정방식에 따라 청구인이 경기도 광주시장에게 제출한 위법부분 시정도면(인정사실 다.항)과 같이 발코니 앞 전면부분(Ⓐ)을 바닥면적에 산입하고, 건축물의 내측 내력벽 중심선을 기준으로 바닥면적을 재산정하면, 이 사건 건축물의 용적률은 97.59% ~ 98.6%가 되어 용적률 100%를 초과하지 않는 사실은 인정되나, 청구인이 제출한 시정도면을 광주시장이 반려한 후 이 사건 처분에 이르기까지 별다른 시정사항이 없는 점에 비추어 보면, 이 사건 건축물의 용적률(인정사실 아.항 2))은 관련법령에서 정한 기준을 초과하였음이 인정된다.

3) 마지막으로 이 사건 처분의 업무정지기간이 적법한지에 대하여 살펴본다.

구 건축사법 제28조는 고의 또는 중대한 과실로 인하여 건축법 등을 위반한 건축사에게 1년 이내의 기간을 정하여 그 업무를 정지시키는 제재를 가하자는 것인데, 그 구체적인 처분기준을 정한 동법 시행령 별표 1의 일반기준 제2호는 위반행위 건수만을 기준으로 삼고 있을 뿐이므로 처분기간을 정함에 있어서는 해당 건축사의 법 위반행위의 수만을 기준으로 삼으면 족하다고 할 것이다. 그런데 이 사건 건축물의 용적률 기준 초과가 '대수선의 규모 미만으로 건축물을 철거하거나 재시공하여야 시정이 가능한 때'에 해당함을 전제로 청구인에게 이 사건 건축물(8동)에 대해 8건의 위반행위(용적율 위반)만이 있다고 보고 2 이상의 위반행위에 대한 처분기준을 적용하면 이 사건의 경우 가장 중한 처분인 2개월에 나머지 각 위반행위에 해당하는 업무정지기간의 2분의 1인 1개월을 합산한 기간까지 가중하여 계산하면 업무정지처분기간은 9개월(2개월+1개월×7)로 봄이 타당하다.

4) 위와 같은 사정을 종합해 보면, 이 사건 처분 중 9개월을 초과하는 부분은 위법하다고 할 것이다.

7. 결 론

그렇다면, 청구인의 주장을 일부 인정할 수 있으므로 이 사건 처분을 변경하여 주문과 같이 재결한다.

8 2014-02985 포항4일반산업단지개발계획 변경요청 반려처분 취소청구
(재결일 : 2014. 9. 30.)

【사건의 쟁점】

구 한국토지공사가 청구인에게 위법하게 공공시설인 노외주차장을 분양하여 청구인이 손해를 입은 경우 피청구인이 산업단지개발계획 변경요청을 수리할 의무가 있는지 여부

【재결요지】

행정주체가 주차행정상의 목표달성을 위하여 산업단지기반시설인 노외주차장의 설치·관리를 위한 개발계획을 입안·결정함에 있어서 「주차장법」 등 관계 법령에서 행정계획의 내용에 대하여 구체적인 규정이 있는 경우에는 그에 따른 제한도 있으므로, 피청구인은 「주차장법」 제12조의3 및 포항시 주차장 조례 제14조에 반하여 산업단지개발계획을 변경할 수 없고, 설령 청구인과 구 한국토지공사 사이에 체결된 분양계약에 잘못되었다고 볼만한 사정이 있다 하더라도 그와 같은 사정은 청구인과 구 한국토지공사 사이에 해결해야 할 분쟁으로 이 사건 처분의 위법·부당한 사유로 보기 어려우므로, 청구인의 산업단지개발계획을 반려한 이 사건 처분이 위법·부당하다고 할 수 없음

【재결의 의미】

산업단지기반시설인 노외주차장의 설치·관리를 위한 개발계획을 입안·결정함에 있어서「주차장법」등 관계 법령에서 행정계획의 내용에 대하여 구체적인 규정이 있는 경우에는 그에 따른 제한도 있으므로 관계법령에 반하여 산업단지개발계획을 변경할 수 없음

주 문 청구인의 청구를 기각한다.

청구취지 피청구인이 2014. 1. 27. 청구인에게 한 포항4일반산업단지개발계획 변경요청 반려처분을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

청구인은 2013. 11. 29. 피청구인에게 포항4일반산업단지 내에 있는 경상북도 포항시 o구 oo면 oo리 ooo-o 주차장 1만 2,604.2㎡(이하 '이 사건 노외주차장'라 한다)를 자동차정류장(물류터미널)으로 개발하기 위하여 산업단지개발계획 변경을 요청하였고, 피청구인은 2014. 1. 27. 청구인에게 '준공된 산업단지 내 노외주차장 용지는「산업입지 및 개발에 관한 법률」(이하 '산업입지법'이라 한다) 제7조에 의거 지정(개발계획 수립)시 법적 규모에 적법하게 반영(「주차장법」제12조의3에 의한 최소면적)된 시설이므로 주차장을 타용도인 자동차정류장(물류터미널)으로 변경하는 것은 불가하다'는 이유로 산업단지개발계획 변경요청을 반려(이하 '이 사건 처분'이라 한다)하였다.

2. 청구인 주장

가. 포항4일반산업단지의 개발사업을 시행한 구 한국토지공사(현재 한국토지주택공사)는 공공시설용지인 이 사건 노외주차장을 공공시설관리청인 포항시에 이관하지 않고 사경영주체인 청구인에게 분양하였는데, 이는 산업입지법 제38조의2에 의한 산업단지관리기본계획과「주차장법」제12조를 위반한 것이고, 이 과정에서 구 한국토지공사가 분양과정에서 총 주차장 면적의 30%를 근린생활시설로 건축이 가능하다고 분양공고한 것도「주차장법」제12조의2를 위반한 것이다.

나. 위와 같이 구 한국토지공사가 위법하게 이 사건 노외주차장을 분양해서, 청구인은 부담하지 않아도 되는 공단관리비용, 재산세, 금융이자 등을 지출하였고 주차수요의 절대부족으로 인한 적자 경영과 자산 가치 상실의 피해도 입고 있어, 자력으로 이런 문제점을 해소하기 위해 공영주차장과 동일한 기능을 하는 자동차정류장(물류터미널)으로 산업단지개발계획을 변경을 요청한 것이므로, 이를 반려한 이 사건 처분은 위법·부당하다.

3. 피청구인 주장

이 사건 노외주차장은 산업단지 내 화물자동차와 근로자 및 이용자의 주차편의를 위한

필수 기반시설로서, 포항4일반산업단지개발계획을 수립할 당시 「주차장법」제12조의3과 「포항시 주차장설치 및 관리 조례」(이하 '포항시 주차장 조례'라 한다)에 따라 사업부지면적의 0.6% 규모로 설치된 것이며, 이는 위 「주차장법」과 포항시 주차장 조례에 따른 최소한의 설치 면적이므로 만약 피청구인이 청구인의 요청을 받아들여 산업단지개발계획을 변경한다면 위 「주차장법」과 포항시 주차장 조례를 위반하게 된다. 따라서 청구인의 변경요청을 반려한 이 사건 처분은 적법하다.

4. 관계법령

산업입지 및 개발에 관한 법률 제7조, 제11조, 제16조
산업입지 및 개발에 관한 법률 시행령 제13조
주차장법 제6조, 제12조의3
주차장법 시행규칙 제6조
포항시 주차장설치 및 관리 조례 제14조

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 포항4지방산업단지 공장용지(최종분) 및 주차장용지 분양공고, 포항4일반산업단지 지정(개발계획) 변경 신청 도서 반려, 산업단지 지정(변경) 요청서, 노외주차장 폐지통보서, 출장복명서 등 각 사본과 행정심판청구서 및 답변서의 기재내용을 종합하여 보면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 피청구인은 2002. 1. 24. 경상북도 포항시 남구 대송면 대각리, 옥명리 및 오천읍 문덕리 일원 204만 7,257.2㎡를 '포항4일반산업단지'로 지정(이하 '이 사건 산업단지'라 한다)하고 그에 대한 개발계획을 함께 고시하였다.

나. 구 한국토지공사는 위 개발계획에 따라 2002. 1. 24.부터 2006. 6. 30.까지 포항4일반산업단지 개발사업을 완료하였고, 피청구인은 2006. 7. 6. 경상북도고시 제2006-238호로 포항4일반지방산업단지 변경지정을 고시하였다.

다. 한편 청구인은 2005. 5. 16. 구 한국토지공사로부터 이 사건 노외주차장을 분양받

았는데, 분양공고에는 ‘「주차장법」에서 허용하는 일정비율(30%) 내에서 근린생활시설 가능’이라고 기재되어 있다.

라. 청구인은 2006. 10. 1. 포항시장에게 이 사건 노외주차장(규모 : 1만 2,604.2㎡) 설치신고를 하였다.

마. 이후 청구인은 2013. 11. 29. 피청구인에게 포항4일반산업단지 내에 있는 이 사건 노외주차장 전부를 자동차정류장(물류터미널)으로 개발하기 위하여 산업단지개발계획 변경을 요청하였다.

바. 포항시장이 같은 날 피청구인에게 제출한 의견서에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

2. 민원인의 주된 내용은
 가. 「주차장법」제12조의3 조항과 관련하여 포항제4철강산업단지 조성사업자(LH)가 산업단지 신규 조성에 따른 단지노외주차장을 공영주차장 관리권자인 포항시에 무상귀속 처분하여 공영주차장으로 관리되도록 하지 않고, 사업시행자의 이윤 극대화를 위하여 일반민간에 임의매각(처분)하여 「주차장법」제12조의3제2항의 관리방법과 관계없이 2007년부터 현재까지 노외주차장으로 운영해 온 결과, 유상유료 주차 수요가 없어서 운영주체가 자본을 잠식 당하는 등 상태에서
 나. 「주차장법」제12조의 노외주차장의 설치 및 폐지권이 주차장법으로 민영 주체에게 부여되어 있어서, 계속 유지에 대하여 주차장법 주무부처인 국토교통부에 2차례에 걸쳐 민원인이 직접 해소 대책을 건의한 결과,
 다. 단지노외주차장의 설치는 「주차장법」제12조의3제1항에 적법하게 설치되어 있고, 그 관리 및 운영의 방법은 당해시 조례로 정하도록 규정되어 있으므로 도시관리계획 변경권을 관장하는 당해 지방자치단체와 협의하여 처리 하도록 회신하고 있고,
 라. 이 노외주차장은 산업입지법에 따라 관리권자의 변경 처분을 별도로 받아야 하는 시설이므로

3. 민원인의 노외주차장 시설 용지를 유상 취득을 통한 무료 개방은 현재까지의 주차 수요로 보아 공공 재정의 낭비요소가 있고, 공영주차장의 목적을 95% 유지하면서 공영주차장과 같은 효과를 대체할 수 있는 사회간접자본인 물류터미널을 민자 투자 30억원을 통하여 확보하여 산업단지의 종합적인 가치를 상승시키는 처분은 차선의 정책으로 바람직하다고 판단되고

4. 단지노외주차장의 관리 및 운영의 방법을 「주차장법」 제12조의3제2항에 의거 당해 지자체의 조례로 정하도록 되어 있으나,
 가. 우리시는 조례상으로 별다른 규제가 없고,
 나. 대구시의 주차장 조례 제11조에서는 별도의 행정처분 절차 없이 단지노외주차장의 40% 이하에 대하여 창고물류시설 설치를 허용하고 있는 점,
 다. 유료주차장은 시장경제 원리유지가 타당하지만 유료 주차 수요가 없어 민영기업의 계속적인 운영을 할 수 없고, 「주차장법」 제12조제1항의 규정에 의하여 노외주차장의 설치 및 폐지권도 노외주차장 설치 운영자에게 법률상으로 부여되어 있음
5. 따라서 산업입지법 상의 산업단지개발계획 변경을 통하여 주차장시설을 물류시설개발 및 운영에 관한 법률상의 화물자동차물류터미널(사회간접자본=SOC)로의 계획을 변경하는 신청 민원은 타당성이 있으므로,
6. 산업단지개발계획의 승인권자의 산업입지법 상의 처분(의제)으로 민원이 해소될 수 있도록 적극 검토하여 포항철강 제4 산업단지 입주제조 기업들의 물류지원을 통한 지역 기업의 경쟁력이 개선 되도록 검토하여 주시기 바랍니다.

사. 포항철강산업단지관리공단 이사장은 2013. 12. 13. 피청구인에게 다음과 같은 내용으로 이 사건 산업단지의 개발계획 변경을 요청하였다.

- 다 음 -

2. 본 공단 제4단지 내 유치한 동양고속산업(주)는 2006년 8월 구 한국토지공사로부터 주차장 용도의 부지 1만 2,604.2㎡를 분양받아 주차장사업을 영위 중이나 산업단지 내 근무하는 화물차량 운전근로자들의 근무지와 주차장이 거리가 멀어 주차장 주차를 회피하고 근무지 인근에 주차를 하고 있어 주차장 이용이 전무해 주차장을 운영하는 기업체는 부도 위기에 처해 있는 실정으로,
3. 당초 산업단지 조성시 주차장설치 지정은 「주차장법」 제12조의3 및 포항시 주차장 조례 제14조에 의거 산업단지 내 주차난 해소와 교통흐름을 원활하게 하기 위하여 주차장이 설치되었으나 현 주차장 부지는 주차장 활용도가 없어 당초 취지에 맞지 않다고 판단되므로
4. 차제에 기업체 어려움을 감안하고 지역경제활성화에 도움이 되고자 현 부지의 용도를 변경하여 주실 것을 부탁드립니다. 끝.

아. 이에 대하여 피청구인은 2014. 1. 27. 청구인에게 '준공된 산업단지 내 노외주차장 용지는 산업입지법 제7조에 의거 개발계획 수립 시 법적 규모에 맞게 설치되었으므로 위 노외주차장을 자동차정류장(물류터미널)으로 변경하는 것은 불가하다'는 취지로 이 사건 처분을 하였다.

자. 한편 법제처는 포항시의 자치법규 해석 요청에 대하여 2013. 7. 3. 다음과 같이 회신하였다.

- 다 음 -

1. 질의요지
 가. 단지노외주차장의 관리방법을 조례로 정하도록 한 「주차장법」을 근거로 노외주차장을 산업단지 준공 처분과 동시에 시장에게 무상 귀속하도록 하는 조례 규정 신설이 가능한지?
 나. 산업단지 내 노외주차장의 일반 유료 주차 수요가 없는 경우, 노외주차장을 「화물자동차운수사업법」 제2조제9호에 따른 공영차고지나 「물류시설 운영 및 개발에 관한 법률」 제2조제2호에 따른 물류터미널로 변경하는 규정을 포항시 주차장 조례에 둘 수 있는지?
3. 이유
 나. 질의 가에 대하여
 살피건대, 산업입지법 제26조 및 같은 법 시행령 제24조의4에 따라 산업단지개발사업의 경우 무상으로 국가 또는 지방자치단체에 귀속되는 공공시설에 주차장이 포함되어 있지 않고, 그 밖에 귀속되는 공공시설을 조례로 정하도록 위임하고 있지도 않은 점, 「주차장법」 제12조의3제2항에서는 노외주차장의 관리방법을 조례로 정하도록 위임하고 있는바, 무상 귀속 규정을 관리방법의 하나로 보기도 어려운 점 등을 고려해 볼 때 산업단지 노외주차장을 시장에게 무상 귀속하도록 하는 규정을 포항시조례에 두는 것은 바람직하지 않아 보입니다.
 다. 질의 나에 대하여
 결론적으로, 주차장을 화물터미널이나 공영차고지로 변경하는 것이 가능한 것인지는 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」, 「건축법」, 「물류시설의 개발 및 운영에 관한 법률」, 「화물자동차운수사업법」 등 관련 법령에 따라 권한이 있는 행정청의 판단해야 할 사항이어서 이에 대해서 판단하는 것은 별론으로 하고, 주차장을 화물터미널이나 공영차고지로 변경하여 운영하는 것까지 주차장의 관리방법의 하나로 보아 포항시조례에 규정하는 것은 바람직하지 않아 보입니다.

차. 또한 국토교통부장관은 청구인의 질의에 대하여 2014. 5. 12. 다음과 같이 회신하였다.

- 다 음 -

도시계획시설로 결정되어 조성된 주차장을「주차장법 시행규칙」제6조제6항에 따라 지자체 조례로 주차장 내 부대시설의 종류 및 부대시설비율을 변경할 수 있는지에 대하여,
「주차장법」제6조제2항에서 '주차장의 설비기준' 등은 특별시·광역시·특별자치도·시·군 또는 자치구는 해당 지역의 주차장 실태 등을 고려하여 필요하다고 인정하는 경우 지자체 조례로 달리 정할 수 있도록 규정하고 있음. 끝

카. 우리 위원회가 2014. 7. 14. 직권으로 현장출장 조사한 바에 따르면, 이 사건 노외주차장은 이 사건 산업단지의 동쪽 가장자리에 위치하고, 주차수요가 없어 현재는 철강제품 등의 야적장으로 활용되고 있으며, 이 사건 산업단지에 출입하는 차량운전자들 대부분은 승용 및 화물차량을 단지 내 노상주차장이나 해당 업체 주변 도로에 주차하고 있다.

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령

1) 산업입지법 제7조, 제11조, 제16조 및 같은 법 시행령 제13조에 따르면, 산업단지 안의 토지의 소유자 또는 그들이 산업단지개발을 위하여 설립한 조합은 산업단지개발계획을 작성하여 산업단지지정권자에게 국가산업단지 또는 일반산업단지 및 도시첨단산업단지의 지정을 요청할 수 있고, 이 경우 해당 지역 시·도지사에게 지정 요청 관련 서류를 동시에 제출하여 사전에 검토할 수 있도록 하여야 하며, 시·도지사(특별자치도지사는 제외한다)에게 일반산업단지 또는 도시첨단산업단지의 지정·개발을 요청하려는 경우에는 해당 지역을 관할하는 시장·군수 또는 구청장에게 지정 요청 관련 서류를 동시에 제출하여 사전에 검토할 수 있도록 하여야 한다고 되어 있으며, 위 요청에 의하여 산업단지가 지정된 경우 그 지정을 요청한 자는 사업시행자로 지정받을 수 있다고 되어 있다.

2)「주차장법」제6조제1항 및 제2항에 따르면, 주차장의 구조·설비기준 등에 관하여 필요한 사항은 국토교통부령으로 정한다고 되어 있고, 특별시·광역시·특별자치도·시·군 또는 자치구는 해당 지역의 주차장 실태 등을 고려하여 필요하다고 인정하는 경우에는 제1항 전단에도 불구하고 주차장의 구조·설비기준 등에 관하여 필요한 사항을 해당 지방자치단체의 조례로 달리 정할 수 있다고 되어 있다.

3)「주차장법」제12조의3제1항 및 제2항에 따르면, 택지개발사업, 산업단지개발사업, 도시재개발사업, 도시철도건설사업, 그 밖에 단지 조성 등을 목적으로 하는 사업(이하 '단지조성사업 등'이라 한다)을 시행할 때에는 일정 규모 이상의 노외주차장을 설치하여야 한다고 되어 있고, 단지조성사업 등의 종류와 규모, 노외주차장의 규모와 관리방법은 해당 지방자치단체의 조례로 정한다고 되어 있다.

4)「주차장법 시행규칙」제6조제4항 및 제5항에 따르면, 노외주차장에 설치할 수 있는 부대시설은 관리사무소, 휴게소 및 공중화장실, 간이매점, 자동차 장식품 판매점 및 전기자동차 충전시설(특별시장·광역시장, 시장·군수 또는 구청장이 설치한 노외주차장만 해당한다),「석유 및 석유대체연료 사업법 시행령」제2조제3호에 따른 주유소(특별시장·광역시장, 시장·군수 또는 구청장이 설치한 노외주차장만 해당한다), 노외주차장의 관리·운영상 필요한 편의시설, 특별자치도·시·군 또는 자치구의 조례로 정하는 이용자 편의시설 등이고, 그 설치하는 부대시설의 총면적은 주차장 총 시설면적(주차장으로 사용되는 면적과 주차장 외의 용도로 사용되는 면적을 합한 면적을 말한다. 이하 같다)의 20퍼센트를 초과하여서는 아니 된다고 규정되어 있고, 노외주차장에 설치할 수 있는 부대시설의 종류 및 주차장 총 시설면적 중 부대시설이 차지하는 비율에 대해서는 제4항에도 불구하고 특별시·광역시, 시·군 또는 구의 조례로 정할 수 있으며, 이 경우 부대시설이 차지하는 면적의 비율은 주차장 총 시설면적의 40퍼센트를 초과할 수 없다고 되어 있다.

5) 포항시 주차장 조례 제14조에 따르면, 법 제12조의3에 따른 단지조성사업 등의 종류는 택지개발사업, 주택지조성사업, 아파트지구개발사업, 도시재개발사업, 산업단지개발사업, 도시철도건설사업, 도시개발사업 등이고, 법 제12조의3제2항에 따른 노외주차장의 규모는 단지조성사업 등에 관하여「도시교통정비 촉진법」제15조에 따라 교통영향분석·개선대책을 수립하여야 하는 경우에는 같은 법 제16조제4항(같은 법 제21조제2항에서 준용하는 경우를 포함한다)에 따라 사업자가 통보받은 개선 필요사항 등에 기재된 주차장의 연면적에서 부설주차장의 면적을 뺀 면적으로 하되, 사업부지면적의 0.6퍼센트 이상이어야 한다고 규정되어 있다.

나. 판단

청구인은 구 한국토지공사가 산업입지법 제38조의2에 의한 산업단지관리기본계획과「주차장법」제12조 및 제12조의2 등에 반하여 위법하게 공공시설인 이 사건 노외주차장을 청구인에게 분양하였고 이로 인하여 청구인이 손해를 입고 있으므로, 청구인의 산업단지개발계획 변경요청을 피청구인이 반려한 것은 위법하다는 취지로 주장하나, 위 인정사실에 따르면, 구 한국토지공사는 이 사건 산업단지를 개발하면서 그 중 1만 2,604.2㎡를 이 사건 노외주차장으로 계획·조성하였고, 이는 위 산업단지 총 부지면적(204만 7,257.2

㎡)의 약 0.61% 이상에 해당하는 면적인데, 청구인은 구 한국토지공사로부터 이 사건 노외주차장을 분양받은 이후에 예상과 달리 주차수요가 없자 위 노외주차장 전부를 자동차 정류장(물류터미널)으로 개발해서 사업을 영위하기 위하여 산업단지개발계획 변경을 요청하였는바, 행정주체가 주차행정상의 목표달성을 위하여 산업단지기반시설인 노외주차장의 설치·관리를 위한 개발계획을 입안·결정함에 있어서 「주차장법」 등 관계 법령에서 행정계획의 내용에 대하여 구체적인 규정이 있는 경우에는 그에 따른 제한도 있으므로, 피청구인은 「주차장법」 제12조의3 및 포항시 주차장 조례 제14조에 반하여 산업단지개발계획을 변경할 수 없고, 설령 청구인과 구 한국토지공사 사이에 체결된 분양계약에 잘못되었다고 볼만한 사정이 있다 하더라도 그와 같은 사정은 청구인과 구 한국토지공사 사이에 해결해야 할 분쟁으로 이 사건 처분의 위법·부당한 사유로 보기 어려우므로, 청구인의 산업단지개발계획을 반려한 피청구인의 이 사건 처분이 위법·부당하다고 할 수 없다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 청구인의 청구를 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

9 2014-03469 하천점용(변경)허가 거부처분 취소청구(재결일 : 2014. 9. 16.)

【사건의 쟁점】

주택의 진입로로 신청지를 영구점용하는 결과가 초래되는 경우 하천점용허가를 거부한 처분이 재량권의 일탈·남용에 해당하는지 여부

【재결요지】

하천의 점용허가권은 특허에 의한 공물사용권의 일종으로서 하천부지 점용허가 여부는 관리청의 자유재량에 속한다고 할 것(대법원 1991. 10. 11. 선고 90누8688 판결, 대법원 1990. 2. 13. 선고 89다카23022 판결 등 참조)이고, 결국 청구인은 이 사건 신청지를 이 사건 주택의 진입로로 영구적인 점용을 하겠다는 것인데 하천법령 및 관련고시에 따르면, 하천은 공적 자원으로서 국가는 공공이익의 증진에 적합한 방향으로 적절히 관리하여야 하고, 사권의 행사를 금지하고 있으나 이 사건 신청지에 대한 영구점용이 허가될 경우 이에 반하게 되는 점, 이 사건 신청지 외에도 이 사건 주택으로 진·출입할 수 있는 진·출입로가 있어 이 사건 신청지를 점용하지 않았다고 하여 이 사건 주택을 진·출입할 수 없다거나 현저하게 곤란하다고 할 수도 없는 점, 피청구인은 청구인에게 이 사건 신청지에 대한 하천점용(임시)허가를 하면서 기간이 만료될 경우 원상복구할 것을 조건으로 하였고, 이에 따라 원상복구에 들어갈 비용은 이미 청구인이 부담할 것이 정해져 있었던 것이므로 이를 두고 손해가 발생했다고 할 수도 없는 점 등을 종합하면 피청구인의 이 사건 처분이 위법·부당하다고 할 수 없음

【재결의 의미】

하천의 점용허가권은 특허에 의한 공물사용권의 일종으로서 영구점용 허가는 사권의 행사를 금지하고 있는 하천법령 등에 반하는 사항으로 받아들일 수 없음

주 문 청구인의 청구를 기각한다.

청구취지 피청구인이 2014. 1. 2. 청구인에게 한 하천점용(변경)허가 거부처분을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

가. 청구인은 경상남도 oo군 oo읍 △△리 327-9 외 1필지(같은 리 326-5)에 농가주택(이하 '이 사건 주택'이라 한다)을 신축하면서 경상남도 oo군수(이하 'oo군수'라 한다)를 경유하여 피청구인에게 공사차량의 진·출입을 위한 하천점용허가를 신청하였고, 이에 피청구인은 2012. 11. 29. 청구인에게 경상남도 oo군 oo읍 △△리 326-8, 326-28(933㎡, 이하 '이 사건 신청지'라 한다)에 대하여 이 사건 주택 임시 진·출입로로 사용할 것을 허가하는 하천점용(임시)허가(점용기간 : 2012. 11. 28. - 2013. 11. 27.)를 하였다.

나. 이후 청구인이 2013. 12. 9. 이 사건 신청지를 영구적으로 점용하겠다는 취지의 하천점용(변경)허가 신청을 하자 피청구인은 2014. 1. 2. 청구인에게 한 하천점용(변경)허가 신청을 거부한다는 회신(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

청구인은 oo군수로부터 건축허가를 받아 이 사건 주택을 신축하면서 공사차량의 진·출입이 가능하도록 근처의 낮은 하천부지를 성토할 수 있게 해달라며 피청구인에게 하천점용허가를 신청하여 동 허가를 받아 이 사건 주택을 신축하였고, 이후 하천점용허가를 재신청하였으나 피청구인은 이 사건 처분을 하였는데, 청구인이 이 사건 주택으로 출입하기 위해서는 이 사건 신청지의 사용이 불가피하고 성토한 곳을 복구할 경우 공사경비 등의 비용이 발생하여 많은 손해가 예상되는 점 등을 고려해보면 이 사건 처분은 부당하다.

3. 피청구인 주장

피청구인은 청구인이 하천점용허가를 신청할 때 제출한 복구계획도면에 따라 제방사면이 복구될 경우 하천부지가 개인에게 전속되거나 사권(私權)행사의 우려가 없어 '임시허가'를 한 것으로 「하천점용허가 세부기준」 제3조제5항에서는 개인에게 전속되거나 사권행사의 우려가 없는 경우 하천점용허가를 하도록 규정하고 있고, 청구인이 이 사건 신청지의 하천점용허가를 신청하면서 제출한 설계도면에서는 제방부지 복구계획선, 주택에 진입

할 수 있는 별도의 진·출입로를 표시하고 있으며, 허가조건에는 점용기간이 만료될 경우 원상복구 후 피청구인의 검사를 받도록 하고 있는 점 등을 고려해보면 이 사건 처분은 적법·타당하다

4. 관계법령

하천법 제1조, 제4조, 제8조, 제33조, 제92조

하천법 시행령 제105조제2항

하천법 시행규칙 제18조, 제19조, 별표 5

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 하천점용(변경)허가 신청서 등 각 사본의 기재내용을 종합하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. oo군수는 2012. 9. 19. 피청구인에게 청구인이 이 사건 주택을 신축하기 위해 인근 경상남도 oo군 oo읍 △△리 20-1 외 3필지(같은 리 326-16, 326-8, 326-28)에 대하여 '농가주택 건축에 따른 진입도로'를 목적으로 한 영구적인 하천점용허가 신청서를 제출하였다며 2012. 9. 26.까지 처리 결과를 통보해달라고 요청하였고, 피청구인은 2012. 10. 4. 청구인에게 하천점용을 신청한 부지가 이 사건 주택 건축을 위한 진입도로로 사용될 경우 공익적 이용에 지장을 초래하고 청구인이 사권을 행사할 수 있다며 하천점용을 불허가하였다.

나. oo군수는 2012. 11. 1. 피청구인에게 다음과 같은 하천점용허가 신청서가 제출되었다며 점용허가 가능여부를 검토해달라고 요청하였다.

- 다 음 -

○ 신청인 : 전◇◇(청구인)

○ 점용(행위)개요

- 하천명 : 황강(국가하천)
- 점용(행위)위치 : 경상남도 oo군 oo읍 △△리 326-8, 326-28
- 점용(행위)면적 : 933㎡
- 점용(행위)목적 : 농가주택 건축 및 우량농지조성에 따른 임시 진·출입도로

다. 위 나.항의 하천점용허가 신청서에 첨부된 사업계획서(하천굴착 및 복구절차)의 시공기준에는 '안전을 고려하여 신속히 작업을 완료하며 하천의 원상복구를 철저히 한다'고 되어 있고, 설계도면에서는 '복구계획선'이 확인된다.

라. 피청구인은 2012. 11. 29. 청구인에게 위 나.항의 신청에 대하여 점용기간을 2012. 11. 28.부터 2013. 11. 27.까지로 하여 이 사건 신청지에 대하여 이 사건 주택의 임시 진·출입로로 사용할 것을 허가하는 '하천점용(임시)허가'를 하였고, 허가조건의 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 원상복구 단면의 사면에 사면보호공(거적덮기 등)을 설치하여야 함
○ 본 시설물 설치로 인하여 하천시설이 손괴되었을 경우 피허가자가 즉시 원상복구하여야 하며, 점용기간이 만료되면 원상복구하고 사진을 첨부하여 피청구인에게 신고하고 검사를 받아야 함
○ 국가계획 또는 하천관련 공사나 유지관리 등 공익상 필요하거나, 하천법령 및 허가조건을 위반한 때는 허가취소나 변경처분을 하고, 이 경우는 피허가자 부담으로 이설 또는 철거를 하여야 함

마. oo군수는 2012. 11. 30. 피청구인에게 이 사건 주택의 건축신고(신축)를 수리하였다고 통보하였고, 2013. 1. 28. 청구인으로부터 이 사건 주택에 대한 사용승인 신청에 따른 이 사건 신청지에 대한 준공인가 신청서가 제출되었다며 2013. 2. 12.까지 처리결과를 통보해달라고 요청하였으나, oo군수는 2013. 2. 6. 청구인의 취하요청에 따라 준공인가신청 건이 취하처리 되었다고 피청구인에게 통보하였다.

바. oo군수는 2013. 10. 24. 피청구인에게 청구인으로부터 건축복합민원 신청이 접수되었다며 '하천점용 등의 준공'과 관련한 적법여부 검토 후 피청구인의 협의의견 및 처리결과를 회신해 달라고 요청하였고, 피청구인은 2013. 10. 31. 본 건은 국가하천인 황강 내 '△△제' 일부를 성토하여 이 사건 주택을 위한 임시 진·출입로 사용 목적의 하천(일시)점용허가를 한 건으로 (일시)점용 목적이 완료되었을 경우 당초 허가 조건대로 원상회복을 하여야 할 사항이나, 현지 확인결과 원상복구 미시행(제방법면 성토 토사 미제거), 하천구

역과 사유지 경계를 구분하기 위해 설치하도록 한 토사측구 미설치 등 허가사항이 이행되지 않아 준공처리가 불가하다고 회신하였다.

사. 이후 청구인은 2013. 12. 9. 피청구인에게 이 사건 신청지를 영구적으로 점용하겠다는 취지의 하천점용(변경)허가 신청을 하였다.

아. 이에 피청구인은 2014. 1. 2. 청구인에게 이 사건 신청지에 대한 영구적인 하천점용허가는 불가하고, 주택 진·출입로를 영구 점·사용할 경우 개인의 사유공간이 될 우려가 예상되어 당초 허가 시에도 영구점용은 곤란하다며 공사기간 동안만 임시 허가한 사항이므로 허가내용을 철저하게 이행해 달라며 이 사건 처분을 하였다.

자. 청구인은 2014. 2. 4. 이 사건 심판청구와 같은 취지로 부산지방법원에 행정소송(2014구합ooooo 하천점용허가불허가처분취소)을 제기하였으나, 부산지방법원에서는 '청구인이 이 사건 신청지를 영구점용할 경우 하천부지 등에 대한 사권의 행사를 금지하면서 공공의 이익 증진에 적합한 방향으로 적절히 관리해야한다는 「하천법」의 규정에 반하는 점' 등을 이유로 청구인의 청구를 기각하였다

차. 피청구인이 제출한 답변서(을제13호증)를 보면, 이 사건 신청지 외에도 이 사건 주택으로 진·출입할 수 있는 진·출입로가 존재하는 것이 확인된다.

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령

1)「하천법」 제1조, 제4조, 제8조, 제33조, 제92조 및 같은 법 시행령 제105조제2항에 따르면, 동법은 하천을 적정하게 관리하고 공공복리의 증진에 이바지함을 목적으로 하고 하천을 구성하는 토지와 그 밖의 하천시설에 대하여는 사권을 행사할 수 없으나, 지방국토관리청장으로부터 토지의 점용, 토지의 굴착·성토·절토 및 그 밖의 토지의 형질변경 등의 허가를 받아 목적대로 사용하는 경우 예외적으로 허용하고 있고, 같은 법 제33조, 같은 법 시행규칙 제19조, 별표 5에 따르면, 하천점용허가의 유효기간의 경우 토지의 점용은 5년, 토지의 굴착·성토·절토 및 그 밖의 토지의 형질변경은 1년 등으로 하고 있으나 해당 하천구역에 국가 또는 지방자치단체가 공공사업을 시행할 계획이 있는 때 또는 그 하천점용의 목적

상 특히 필요한 경우에는 점용허가의 유효기간을 단축하거나 연장할 수 있다고 되어 있다.

2)「하천법 시행규칙」 제18조제3항에 따르면, 경작을 목적으로 하천의 점용허가를 받으려는 자가 갖추어야 하는 요건 등을 제외하고 하천의 점용행위에 관한 세부적인 허가기준은 국토교통부장관이 정하여 고시한다'고 되어 있고, 국토해양부고시인「하천점용허가 세부기준」 제3조제5항에 따르면,「건축법」 등 다른 법률에 의한 인·허가 요건 충족을 위한 하천점용은 하천을 개인에게 전속되게 하여 하천의 공익적 이용에 지장을 초래하거나 사권을 행사할 우려가 없는 경우에 허가하여야 한다고 되어 있다.

나. 판단

청구인은 이 사건 주택에 출입하기 위해서는 이 사건 신청지의 사용이 불가피하고 이미 성토한 곳을 복구할 경우 공사경비 등의 비용이 발생하여 많은 손해가 예상되는 점 등을 고려하면 이 사건 처분은 부당하다는 취지의 주장을 하나, 하천의 점용허가권은 특허에 의한 공물사용권의 일종으로서 하천부지 점용허가 여부는 관리청의 자유재량에 속한다고 할 것(대법원 1991. 10. 11. 선고 90누8688 판결, 대법원 1990. 2. 13. 선고 89다카23022 판결 등 참조)이고, 결국 청구인은 이 사건 신청지를 이 사건 주택의 진입로로 영구적인 점용을 하겠다는 것인데 하천법령 및 관련고시에 따르면, 하천은 공적 자원으로서 국가는 공공이익의 증진에 적합한 방향으로 적절히 관리하여야 하고, 사권의 행사를 금지하고 있으나 이 사건 신청지에 대한 영구점용이 허가될 경우 이에 반하게 되는 점, 이 사건 신청지 외에도 이 사건 주택으로 진·출입할 수 있는 진·출입로가 있어 이 사건 신청지를 점용하지 않았다고 하여 이 사건 주택을 진·출입할 수 없다거나 현저하게 곤란하다고 할 수도 없는 점, 피청구인은 청구인에게 이 사건 신청지에 대한 하천점용(임시)허가를 하면서 기간이 만료될 경우 원상복구할 것을 조건으로 하였고, 이에 따라 원상복구에 들어갈 비용은 이미 청구인이 부담할 것이 정해져 있었던 것이므로 이를 두고 손해가 발생했다고 할 수도 없는 점 등을 종합하면 피청구인의 이 사건 처분이 위법·부당하다고 할 수 없다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 청구인의 청구를 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

10 2014-04117 건설업 등록말소처분 취소청구(재결일 : 2014. 8. 12.)

【사건의 쟁점】

건설업(조경공사업)을 영위하는 청구인이 보유한 수목자산을 건설업관리규정 별지 2 기업진단지침 제18조에 따라 청구인의 실질자산으로 인정할 수 있는지 여부

【재결의 요지】

청구인은 조경공사업 등록을 위하여 구「건설산업기본법 시행령」상의 등록요건을 충족하기 위하여 이 사건 조경수를 보유하게 된 점, 청구인이 2010년도에 수목자산에 대한 관리비를 지출한 내역이 확인되는 점, 비록 최근 몇 년간 청구인이 수목자산을 자신의 공사현장에 투입한 바 없으나, 조경공사의 특성상 청구인이 시행하는 공사에서 요구하는 수목의 규격·수종·형상 등에 부합하지 않으면 이를 사용하기 곤란한 점, 기업진단지침 제18조제4항에 따르면, 진단대상사업과 직접 관련이 없는 재고자산은 겸업자산으로 본다고 되어 있는데, 청구인이 동 수목자산을 조경공사업 외에 별도의 판매 등의 목적으로 처분한 사실이 확인되지 않는 점, 피청구인이 이후 청구인의 수목자산의 변동내역이 없음에도 불구하고 건설업 등록기준에 관한 주기적 신고(2012년분)에서는 이를 수리한 점 등을 종합적으로 판단할 때, 이 사건 조경수는 청구인의 실질자산에 해당한다고 할 것인 바, 청구인의 2011년도 실질자산은 피청구인이 기 인정한 6억 5,392만 6,665원에 부실자산으로 평가했던 조경수를 포함하면 7억원을 초과하게 되므로, 청구인이 건설업 자본금 7억원을 충족하지 않았다는 이유로 행해진 이 사건 처분은 위법·부당함

【재결의 의미】

조경공사업을 위한 수목자산의 경우 건설업관리규정 별지 2 기업진단지침 제18조에 따라 그 종류, 취득일자, 취득사유, 금융자료, 현장일지, 실사 등에 의하여 진단기준일 현재 진단대상사업을 위하여 보유하고 있음을 확인한 경우에는 보유기간에 관계없이 실질자산으로 볼 수 있음

주 문 피청구인이 2014. 1. 10. 청구인에게 한 2014. 2. 28.자 건설업(조경공사업) 등록말소처분을 취소한다.

청구취지 주문과 같다.

이 유

1. 사건개요

청구인이 「건설산업기본법」 제10조에 따른 건설업 등록기준(자본금) 미달을 이유로 2009. 6. 25. 피청구인으로부터 4개월의 영업정지처분(2009. 7. 1. - 2009. 10. 31.)을 받은 후 3년 이내에 또다시 건설업 등록기준(2011년도 자본금)에 미달하였다는 이유로, 피청구인이 2014. 1. 10. 청구인의 건설업(조경공사업) 등록을 2014. 2. 28.자 로 말소(이하 '이 사건 처분'이라 한다)하였다.

2. 청구인 주장

가. 피청구인은 이 사건 처분을 위한 청문 당시 청구인이 2009년 이후 조경수를 방치하고 있다고 진술한 것으로 왜곡하였고 이에 대한 석명기회도 부여하지 않았으므로 이 사건 처분은 절차에 하자가 있어 위법하다.

나. 청구인은 조경공사업 외에 겸업사업을 하고 있지 않고, 2001년 조경공사업을 신청할 당시 「건설산업기본법 시행령」 부칙에 따르면 조경공사업 등록을 위하여는 수목재배용 토지를 5만㎡이상 보유하거나, 임차한 토지로서 관상수의 재배에 이용하는 토지이어야 하며, 5년생 이상의 수목이 5천㎡당 1천주이상 있어야 한다고 규정되어 있어 청구인은 해당 재고자산(조경수)를 구입하였던 것이며, 2007년도까지는 해당 조경수를 꾸준히 조경공사에 사용하였으나, 그 이후에 시행한 공사에는 조경공사의 특성상 수종·규격·형상이 맞지 않아 사용하지 못하였으나 2010년도에 관리비를 지출하는 등 꾸준히 관리하여 왔다. 또한 「건설업체 기업진단지침」(이하 '기업진단지침'이라 한다)에 따르면 조경공사업을 위한 수목자산은 보유기간에 관계없이 실질자산으로 인정한다고 되어 있으므로, 청구인의 수목자산은 실질자산임이 명백하다.

다. 또한 청구인은 2001년 조경공사업 등록 후 3년마다 주기적 신고와 건설업 실태조사에서 동 재고자산을 실질자산으로 인정받아 왔고, 특히 2011년 실태조사(2010년도분)시에도 동 자산에 대하여 청문과정을 통해 실질자산으로 인정받은 바 있으며, 2013년 주기적 신고(2012년도분)에서도 실질자산으로 인정받아 서울시로부터 수리통보(도시안전과

-16864, 2013. 7. 23.)를 받은 바 있으므로, 피청구인이 2012년 실태조사(2011년도분)에서만 이를 부인하는 것은 기업진단지침 제1조의 통일성과 객관성을 결여한 처분으로 위법·부당하다.

3. 피청구인 주장

가. 청구인은 겸업사업을 한 적이 없음에도 불구하고, 법정시설기준 충족을 위해 보유한 조경수를 피청구인이 겸업자산으로 보아 실질자산으로 인정하지 않는 것은 부당하다고 주장하나, 동 재고자산(조경수)은 2001년 당시 법령에 따라 보유해야 했던 것이며, 2008년도까지는 동 자산에 대해 입출고 내역 등이 확인되어 조경공사업에 직접 관련된 재고자산으로 보아 청구인의 실질자산으로 인정하였으나, 2009년부터는 조경공사업에 투입된 적이 없는 바, 기업진단지침 제18조제4항에 의할 때, 진단대상사업과 직접 관련이 없는 재고자산은 겸업자산으로 보아야 한다. 또한 조경수에 대한 시설 기준은 업체 등록 당시는 5만㎡이상이었으나, 이후 점차 완화되어 2005. 12. 31. 조경수에 대한 시설기준이 삭제되었으므로, 출고가 어려운 상황이라면 청구인이 점차 정리하였어야 하며 현재까지 방치되어 있는 경우까지 실질자본으로 인정할 수는 없다.

나. 청구인은 2011년도 실태조사 및 2013년도 주기적 신고에서도 동 조경수에 대해 실질자산으로 인정받았음에도 불구하고, 2012년 실태조사에서만 이에 대해 부인하는 것은 통일성과 객관성을 결여한 처분이라고 주장하나, 2011년도 실태조사는 2010년도의 실질자본을 평가한 것으로 2007년 출고 및 2008년 입고내역이 있어 자산변동 시기와 근접하여 동 자산을 실질자산으로 인정하였으나, 2012년도 실태조사에서는 그로부터 1년이 더 경과하였음에도 동 자산의 변동사항이 없어 실질자산으로 인정할 수 없는 것이며, 2013년도 주기적 신고 수리결과 통보 공문의 내용에도 등록사항 신고 수리와 별도로 등록기준에 미달하거나 허위신고를 한 경우 행정처분을 받게 됨을 공지하고 있으므로 주기적 신고를 수리하였다고 하여 실태조사 결과를 부인할 수 있는 것은 아니다.

4. 관계법령

구 건설산업기본법(2012. 1. 17. 법률 제11181호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제9조, 제10조, 제83조, 제91조

구 건설산업기본법 시행령(2012. 2. 2. 대통령령 제23583호로 개정되어 2012. 2. 5. 시행되기 전의 것, 이하 같다) 제13조, 별표 2

구 건설업관리규정(2012. 7. 10. 국토해양부 예규 제243호로 개정되어 2012. 8. 24.시행되기 전의 것, 이하 같다) 별지 2 '건설업체 기업진단지침' 제18조

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 심판청구서, 답변서, 재무제표, 보충서면 등의 기재내용을 종합하여 보면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인에 대한 건설업체 상세조회서에는 아래와 같이 기재되어 있다.

- 아 래 -

□ 업체 현황
- ○ 상호 : △△종합조경(주)
- ○ 대표자 : ○○○
- ○ 설립일 : 2001. 2. 13. ○ 등록일자 : 2001. 4. 13.
- ○ 영업소재지 : 서울특별시 ooo구 ooo로 oo-o(oo동)
- ○ 납입자본금 : 700,000,000원
- ○ 업종명 : 조경 공사업

□ 행정처분 현황

No	업종면허	등록일자	위반사항	처분내역	처분	처분근거
1	조경공사업	2014. 1. 10.	건설업 등록기준 미달(자본금) 등록기준 미달로 영업정지처분 후 3년 이내에 동일한 등록기준에 미달	등록말소	2014. 2. 28.	건설산업기본법 제83조제3호 건설산업기본법 제83조제3호의3
2	조경공사업	2009. 6. 25.	건설업 등록기준 미달(자본금)	영업정지	2009.7.1. ~ 2009.10. 31.	건설산업기본법 제83조제3호

나. 피청구인이 2011. 12. 31. 기준 청구인의 재무제표를 대상으로 실시한 【2012년 종합건설업 실태조사】에 따른 건설업 등록기준 실태조사 결과 확인서에는 다음과 같이 기재되어 있다.

- 다 음 -

□ 실태조사 결과

○ 자본금 : 부적격(검토대상 재무제표 : 2011년)

등록기준 자본금①	자본총계 (재무제표상)②	부실자산합계액 및 내역		
		부실자산합계③	항목별 내역 및 금액	
700,000,000	917,502,521	263,575,856	대여금	57,028,666
			미수수익, 선급비용, 선납세금, 부가세	29,134,708
			무형자산	604,512
			조경수	176,807,970
평가후 자본금④(②-③)	653,926,665	등록기준 미달금액①-④	46,073,335	
부실자산 처리근거		조경수 : 회사는 2007년 1천만원 투입되었음을 주장 중, 건설공사원가성 소명 없음. 2001년 장부 계상 후 보유중인 겸업자산임		

다. 청구인이 2013. 8. 22. 서명·날인한 청문서의 주요 내용은 아래와 같다.

- 아 래 -

문 : 2012년도 종합건설업 실태조사 시 자본금 심사결과 조경공사업 기준 자본금 7억원에서 금46,073,335원이 미달하였는데 먼저, 대여금 금57,028,666원 및 미수금 29,134,708원에 대하여 소명하시기 바랍니다.
답 : 대표이사 가지급금 및 그에 대한 인정이자이므로 부실자산 인정합니다.
문 : 무형자산은 무엇인가요?
답 : 창업비입니다. (중 략)
문 : 2007년도 하자보수 등에 수목들이 사용되었다고 주장하였는데, 그 이후에도 보유 수목들이 조경공사업에 사용된 적이 있습니까?
답 : 없습니다.
문 : 6년여 동안 조경공사업을 위해 투입되지 않았는데 수목 관리비용이 투입된 사실이 있습니까?
답 : 2009년 이후에는 방치되고 있습니다. (하 략)

라. 위 청문 실시 결과 피청구인이 2013. 12. 27. 작성한 청문조서 및 청문주재자 의견서의 주요 내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

□ 청문조서

○ 제 목 :「건설산업기본법」 위반 혐의 건설업체 청문실시

○ 청문주재자 : 신승회계법인 회계사 ***

○ 답변자 : 청구인 대표이사 ○○○

○ 당사자 등의 진술내용

- 대여금, 미수금(가지급인정이자)은 부실자산임을 인정함

- 대표자(○○○)의 개인소유의 임야(전북 oo군 oo면 oo리 산oo-o 소재)를 주주총회(2012년 2월) 통해 현재도 임차하고 있으며, 조경수는 2007년도에 하자보수에 수목을 1회 투입하였고, 그 후 6년 간 관리비용 등의 발생은 전혀 없이 6년간 방치된(2009년 이후) 채로 있으나, 2010년 재무제표에도 재고자산으로 되어 있으므로 겸업자산이 아님

□ 청문 주재자의 의견서

○ 위반근거 :「건설산업기본법」 제10조

○ 처분근거 :「건설산업기본법」 제83조제3호

○ 법정제재 : 건설업 등록말소 등

○ 위반내용 : 건설업 등록기준(2011년도 자본금)미달 (조경)

- 등록기준 미달금액 : 46,073,335원

○ 종합의견

- 사실확인

■ 대여금 57,028,666원은 대표이사 가지급금으로 부실자산임

■ 미수금 29,134,708원은 대표이사 가지급에 대한 인정이자로 부실자산임

■ 무형자산 604,512원은 창업비로 부실자산임

■ 조경수 176,807,970원은 건설공사원가성에 대한 소명이 미비하고 장기간 투입된 적이 없는 수목자산이므로 건설업 기업진단지침 제18조제4항에 의할 때 겸업자산임

- 따라서, 2011년도 자본금이 조경공사업 등록기준인 7억원에 46,073,335원 미달하여「건설산업기본법」 제10조의 규정을 위반하였으므로 같은 법 제83조제3호에 따라 행정처분하는 것이 타당함

마. 피청구인이 2014. 1. 10. 청구인에게 시행한 행정처분통지서에 기재된 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 상호 및 대표자 : △△종합조경(주) 대표자 ○○○ ○ 대상업종 및 등록번호 : 조경공사업(01-****) ○ 소재지 : 서울특별시 ooo구 ooo로 oo-o(oo동) ○ 처분이유 : 건설업등록기준(자본금) 미달 * 2011년도 자본금 미달 * 최근 3년이내 동일한 사유의 등록기준(자본금) 미달 ○ 처분내용 : 등록말소(2014. 2. 28.) ○ 처분근거 : 건설산업기본법 제83조(건설업의 등록말소 등) 제3호

바. 피청구인은 【2011년 종합건설업 실태조사(2010년도 말 기준)】 당시 청구인이 보유한 수목자산을 청문절차를 거쳐 실질자산으로 인정하였고, 청구인이 한 '건설업 등록기준에 관한 주기적 신고(2012년도분)' 역시 2013. 7. 23. 수리하였다.

사. 「건설산업기본법 시행령」 별표2에 규정된 조경공사업 등록기준 중 수목재배용 토지 및 수목자산 보유 요건은 다음과 같이 점차 완화되어 2005. 12. 31.자로 폐지되었다.

- 다 음 -

시행일	시설·장비 기준	비고
1999.8.6.	수목재배용 토지 5만㎡ 이상(수종이 10종 이상으로서 1만㎡당 2천주 이상의 수목이 식재되어 있어야 하며, 5년생 이상의 수목이 총 1만5천주, 수종별로 100주 이상이어야 한다)	라. 조경공사업 또는 조경식재공사업의 등록기준으로서의 수목재배용 토지는 자기소유로 등기된 토지이거나 10년 이상 계속 사용할 수 있는 지상권 또는 임차권이 설정된 토지로서 관상수의 재배에 이용되는 토지이어야 한다.
2001.8.25.	1. 수목재배용 토지 2만 5천㎡ 이상 부칙〈대통령령 제17347호, 2001.8.25〉 ③ (수목재배용 토지에 관한 건설업등록기준의 유효기간 및 특례) 별표 2의 시설·장비에 관한 개정규정중 조경공사업 및 조경식재공사업의 수목재배용 토지에 관한 부분은 2005년 12월 31일까지 효력을 가진다. 이 경우 동 개정규정에 불구하고 2004년 12월 31	라. 조경공사업 또는 조경식재공사업의 등록기준으로서의 수목재배용 토지는 자기소유로 등기된 토지이거나 계속 사용할 수 있는 지상권 또는 임차권이 설정된 토지로서 관상수의 재배에 이용되는 토지이어야 하며, 5년생 이상의 수목이 5천제곱미터당 1천주 이상 있어야 한다.

시행일	시설·장비 기준	비고
	일까지는 다음 각호의 구분에 의한다. 1. 공포일부터 2001년 12월 31일까지 : 수목재배용 토지 5만제곱미터 이상 2. 2002년 1월 1일부터 2002년 12월 31일까지 : 수목재배용 토지 4만제곱미터 이상 3. 2003년 1월 1일부터 2003년 12월 31일까지 : 수목재배용 토지 3만5천제곱미터 이상 4. 2004년 1월 1일부터 2004년 12월 31일까지 : 수목재배용 토지 3만제곱미터 이상	
2008.6.5.	삭 제	

아. 건설업체의 재고자산 평가에 관한 기업진단지침의 개정내역은 다음과 같고, 동 지침 제18조제4항은 2010. 11. 11.부터 시행된 것으로 확인된다.

- 다 음 -

개정일	내 용
2009. 8. 24. (제정)	제19조(재고자산의 평가) ① 시가가 취득원가보다 상승한 경우 취득원가로 평가하고, 시가가 취득원가보다 하락한 경우에는 시가로 평가한다. ② 취득일로부터 1년을 초과 보유한 재고자산은 부실자산으로 본다. 다만 조경공사업, 조경식재공사업의 경우에 수목자산(「부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률」 제32조의 규정에 의한 감정평가서에 의해 평가된 금액에 한함.)은 예외로 한다. ③ 신규면허신청의 경우에는 자산총액의 10%를 초과하는 재고자산은 겸업자산으로 본다. 다만, 분양목적의 주택건설자산은 예외로 한다.
2010. 11. 11. 시행(현행 동일)	제18조(재고자산의 평가) ① 재고자산은 취득원가로 평가하되 시가가 취득원가보다 하락한 경우에는 시가에 의한다. 이 경우 「부동산가격공시 및 감정평가에 관한 법률」에 의한 감정평가법인이 감정한 가액이 있는 경우 그 가액을 시가로 본다. ② 원자재 및 이와 유사한 재고자산은 부실자산으로 본다. 다만, 보유기간이 취득일로부터 1년 이내인 재고자산으로서 그 종류, 취득일자, 취득사유, 금융자료, 현장일지, 실사 등에 의하여 진단기준일 현재 진단대상사업을

개정일	내 용
	위하여 보유하고 있음을 확인한 경우에는 실질자산으로 본다. ③ 조경공사업이나 조경식재공사업을 위한 수목자산과 주택신축판매업을 위한 주택신축용 자산은 보유기간에 관계없이 제2항 단서에 따라 확인한 경우에는 실질자산으로 본다. ④ 진단대상사업에 직접 관련이 없는 재고자산과 부동산매매업을 위한 재고자산은 겸업자산으로 본다.

자. 청구인이 조경공사업 등록 당시(2001. 2. 13.)의 건설업(조경공사업) 등록 시설·장비 기준을 구비하기 위해 구입한 수목(재고자산)의 변동내역은 아래와 같다.

- 아 래 -

(단위 : 원)

연도	입고	출고	관리비 배분	기말재고	비고
2001	238,010,000	53,660,000		184,350,000	
2002	3,900,000	3,900,000		184,350,000	
2003		24,900,000	2,280,000	161,730,000	
2004		7,072,000		154,658,000	
2005	18,000,000			172,658,000	
2006	3,491,000		4,466,000	180,615,000	
2007		11,141,000		169,474,000	〈출고내역〉 · 봉제산 외 2개소 공사 (1,356,000원) · oo대학교 담장개방 녹화사업 하자보수(685,000원) · △△대학교 담장개방 녹화사업 하자보수(9,100,000원)
2008	4,750,000		1,760,000	175,984,000	
2009				175,984,000	
2010			823,970	176,807,970	〈관리비 지출〉 · oo도 oo시 oo면에 식재된 수목에 대한 관리비
2011				176,807,970	
합계	268,151,000	100,673,000	9,329,970		

차. 청구인은 회사 등록 이래 이 사건 처분에 이르기까지 꾸준히 조경공사를 도급받아 시행하였는데, 그 공사에 필요한 수목은 위 표의 출고란에 기재된 가액을 제외하고는 이 사건 조경수가 아닌 조경식재 판매업체 등으로부터 매입한 것을 사용하였다.

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계 법령

1) 구「건설산업기본법」제10조, 제83조제3호, 제91조제1항, 같은 법 시행령 제13조제1항, 제86조제1항 및 별표 2 및「건설산업기본법」제83조제3호의3 등의 규정을 종합해 보면, 건설업(조경공사업)을 하는 법인의 경우 상시 7억원 이상의 자본금을 갖추어야 하며, 구 국토해양부장관은 건설업자가 같은 법 제10조에 따른 건설업의 등록기준에 미달하여 영업정지처분을 받은 후 3년 이내에 동일한 등록기준에 미달하게 된 경우 건설업 등록을 말소하여야 하고, 동 건설업의 등록 및 등록기준에 관한 사항에 대한 신고의 수리, 등록말소 및 영업정지에 관한 구 국토해양부장관의 권한은 시·도지사에게 위임되어 있다.

2) 한편 구「건설산업기본법 시행령」별표 2 비고 제2호 라목에 의하면, 자본금을 산정하는 기준 및 방법은 구 국토해양부장관이 정하여 고시하도록 규정하고 있으며, 이에 따른 기업진단지침 제2조에는 동 지침은 영 제13조에 따른 건설업 등록기준 중 사업자의 실질자본에 대한 진단에 관하여 적용한다고 되어 있고, 제18조에 따르면 재고자산은 취득원가로 평가하되 시가가 취득원가보다 하락한 경우에는 시가에 의한다고 되어 있고, 조경공사업을 위한 수목자산은 그 종류, 취득일자, 취득사유, 금융자료, 현장일지, 실사 등에 의하여 진단기준일 현재 진단대상사업을 위하여 보유하고 있음을 확인한 경우에는 보유기간에 관계없이 실질자산으로 본다고 되어 있으며, 진단대상사업에 직접 관련이 없는 재고자산은 겸업자산으로 본다고 되어 있다.

나. 판 단

1) 청구인은 피청구인이 이 사건 처분을 위한 청문 당시 청구인이 2009년 이후 조경수를 방치하고 있다고 진술한 것으로 왜곡하였고 이에 대한 석명기회도 부여하지 않았으므로 이 사건 처분은 절차에 하자가 있어 위법하다고 주장하나, 위 인정사실에 따르면,

2013. 8. 22. 실시된 청문 시 작성된 청문서에는 청구인이 '6년 동안 이 사건 조경수가 조경공사업을 위해 투입되지 않았다. 2009년 이후 관리비용의 투입 등이 없이 방치되어 있다'라고 진술하였다고 기재되어 있고, 청문서 말미에 청구인이 청문서를 검토한 후 사실과 부합한다는 서명·날인을 한 사실 역시 인정되는 바, 이 사건 처분에 절차의 하자가 있다는 청구인의 주장은 이유 없다.

2) 피청구인은 청구인이 보유한 수목자산은 2009년부터는 조경공사업에 투입된 적이 없으므로 기업진단지침 제18조제4항에 의해 겸업자산으로 보아야 하고, 조경공사업의 조경수에 대한 시설 기준이 2005. 12. 31. 삭제되었으므로, 점차적으로 정리하지 않고 현재까지 방치되어 있는 수목자산은 실질자본으로 인정할 수 없다고 주장한다.

살피건대, ① 청구인은 조경공사업 등록을 위하여 구「건설산업기본법 시행령」상의 등록요건을 충족하기 위하여 이 사건 조경수를 보유하게 된 점, ② 청구인이 2010년도에 수목자산에 대한 관리비를 지출한 내역이 확인되는 점, ③ 비록 최근 몇 년간 청구인이 수목자산을 자신의 공사현장에 투입한 바 없으나, 조경공사의 특성상 청구인이 시행하는 공사에서 요구하는 수목의 규격·수종·형상 등에 부합하지 않으면 이를 사용하기 곤란한 점, ④ 기업진단지침 제18조제4항에 따르면, 진단대상사업과 직접 관련이 없는 재고자산은 겸업자산으로 본다고 되어 있는데, 청구인이 동 수목자산을 조경공사업 외에 별도의 판매 등의 목적으로 처분한 사실이 확인되지 않는 점, ⑤ 피청구인이 이후 청구인의 수목자산의 변동내역이 없음에도 불구하고 건설업 등록기준에 관한 주기적 신고(2012년분)에서는 이를 수리한 점 등을 종합적으로 판단할 때, 이 사건 조경수는 청구인의 실질자산에 해당한다고 할 것인 바, 청구인의 2011년도 실질자산은 피청구인이 기 인정한 6억 5,392만 6,665원에 부실자산으로 평가했던 조경수를 포함하면 7억원을 초과하게 되므로, 청구인이 건설업 자본금 7억원을 충족하지 않았다는 이유로 행해진 이 사건 처분은 위법·부당하다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 있으므로 청구인의 청구를 받아들이기로 하여 주문과 같이 재결한다.

11 2014-04425 생활대책 공급대상 제외처분 이의신청 기각결정 취소청구
(재결일 : 2014. 8. 19.)

【사건의 쟁점】

청구인이 이 사건 사업지구 내에서 자연인으로서 영업을 하여 생활대책 대상자 자격요건을 갖추었다고 볼 수 있는지 여부

【재결요지】

청구인은 이 사건 사업지구 내인 경기도 구리시 갈매동 ○○번지에서 2008. 1. 1.부터 2012. 12. 31.까지 자신이 대표자로 있는 법인인 △△건설(주)와는 별개의 독립된 영업을 하였고 동 번지에 대해 중앙토지수용위원회 재결을 통해 영업보상도 받았는데도 생활대책 대상자에서 제외된 것은 부당하다는 취지의 주장을 하나, 위 인정사실에 따르면, 피청구인의 생활대책 대상은 자연인이고 법인이나 종중, 단체는 대상에서 제외하고 있는 점, 중앙토지수용위원회가 경기도 구리시 갈매동 ○○번지 지장물 관련 수용신청에 대한 재결을 하면서 손실보상을 자연인인 청구인에게 한 것이 아니라 법인인 △△건설(주)를 대상으로 하고 있는 점, 경기구리경찰서장이 2012. 4. 3.자로 청구인에게 교부한 도난사실확인원에 청구인이 2008. 12. 10. 경기구리경찰서장에게 발전기, 드릴, 해머류에 대한 피해신고를 하면서 피해 장소를 '경기도 구리시 갈매동 ○○ △△건설'로 한 것으로 되어 있어 경기도 구리시 갈매동 ○○번지는 청구인이 소속해 있는 법인인 △△건설(주)의 영업을 위해 사용된 장소로 보여지는 점, 그 밖에 달리 청구인이 경기도 구리시 갈매동 ○○번지에서 법인사업체인 △△건설(주)와 독립된 개인 영업행위를 하였음을 입증할 수 있는 별개의 사업자등록증이나 거래내역 등 객관적인 자료를 제시하지 못하고 있는 점 등을 종합적으로 고려할 때 청구인은 이 사건 생활대책 공급대상자 선정기준에 해당된다고 보기 어려우므로, 청구인이 생활대책 대상자 자격요건을 갖추고 있지 못함 이유로 한 이 사건 처분이 위법·부당하다고 할 수 없음

【재결의 의미】

청구인이 이 사건 사업지구 내에서 자신이 대표자로 있는 법인과 별개의 독립된 영업행위를 하였다고 볼만한 사업자등록증이나 거래내역 등 객관적인 입증자료를 제시하지 못하고 있는 이상 청구인이 자연인으로서 피청구인의 생활대책 공급대상자 선정기준에 해당된다고 할 수 없음

주 문 청구인의 청구를 기각한다.

청구취지 피청구인이 2013. 12. 30. 청구인에게 한 생활대책 공급대상 제외처분 이의신청 기각결정을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

청구인은 피청구인이 사업을 시행하고 있는 구리갈매보금자리 주택지구(이하 '이 사건 사업지구'라 한다) 내인 경기도 구리시 갈매동 ○○번지에서 영업을 하였다며 피청구인에게 생활대책용지의 공급을 신청하였고, 피청구인은 청구인이 생활대책 대상자 자격요건을 갖추고 있지 못하다는 이유로 2013. 11. 28. 청구인에게 생활대책 공급대상 제외처분을 하였으며, 이에 청구인이 2013. 12. 13. 이의신청을 하자 피청구인은 종전과 동일한 사유로 2013. 12. 30. 청구인의 이의신청을 받아들일 수 없다고 결정·통보(이하 '이 사건 처분'이라 한다)하였다.

2. 청구인 주장

청구인은 이 사건 사업지구 내인 경기도 구리시 갈매동 ○○번지를 개인적으로 임대하여 2008. 1. 1.부터 2012. 12. 31.까지 영업을 하였고 동 번지에 대해 중앙토지수용위원회 재결을 통해 영업보상도 받았는데도 청구인이 대표자로 있는 법인으로 보상을 받았다는 이유로 피청구인이 청구인을 생활대책용지 공급대상에서 제외시킨 것은 부당하므로 이 사건 처분은 취소되어야 한다.

3. 피청구인 주장

가. 생활대책은 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 상의 이주대책과 달리 보상관련법 상 의무사항이 아니나 피청구인이 공익사업의 원활한 추진을 위해 필요하다고 인정하여 내부규정으로 수용자의 생활안정을 도모코자 손실보상의 한 형태로 시행되고 있으며, 피청구인의 내부규정 상 생활대책의 대상은 자연인이며 법인이나 단체

는 제외토록 되어 있다.

나. 청구인은 경기도 구리시 갈매동 ○○번지에서 개인 영업을 영위하였다고 주장하나, 청구인은 경기도 구리시 갈매동 △△번지에 소재하는 △△건설(주)의 대표자로 법인사업체인 △△건설(주)와 별도로 독립된 영업행위를 하고 있음을 입증할 수 있는 자료를 제시하지 못하고 있어 청구인이 생활대책 공급대상자에 해당 된다 볼 수 없으므로 이 사건 처분은 적법·타당하다.

4. 관계법령

구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(2011. 8. 4. 법률 제11017호로 개정·시행되기 전의 것, 이하 '공익사업법'이라 한다) 제61조, 제62조, 제63조, 제71조, 제72조, 제73조, 제74조, 제75조, 제75조의2, 제76조, 제77조, 제78조

구 한국토지주택공사법(2010. 10. 29. 법률 제10420호로 개정·시행되기 전의 것) 제8조, 제16조제2항·제3항

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 심판청구서 및 답변서, 사업자등록증, 등기사항일부증명서, 사업지구 지정 공고문, 관보 게재 고시문, 생활대책 선정기준, 보상계획공고문, 중앙토지수용위원회 재결서, 이주 및 생활대책 수립신청서, 이 사건 처분 통지서, 국유재산 대부계약서, 도난사실확인원 등 각 자료의 기재내용을 종합해 보면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 2006. 6. 26.부터 2012. 4. 18.까지 경기도 구리시 갈매동 △△번지에 본점이 소재해 있던 △△건설(주)에서 같은 기간 동안에 이사 및 대표이사의 지위에 있던 자이다.

나. 국유재산대부계약서에 따르면 청구인이 2007. 12. 31. 구리시장으로부터 경기도 구리시 갈매동 ○○번지(전, 109㎡ 중 95㎡)를 2008. 1. 1.부터 2010. 12. 31.까지 주택점유목적으로 대부한 것으로 되어 있고, 2010. 12월경 2011. 1. 1.부터 2013. 12. 31.까지 대부

기간을 연장하여 갱신한 것으로 기재되어 있다.

다. 경기도 구리시장은 이 사건 사업지구의 지정을 위하여 주민 등의 의견을 청취코자 한다는 이유로 2009. 10. 20. 관계서류의 열람 및 의견 제출의 기간을 2009. 10. 20.부터 2009. 11. 3.까지 14일 동안으로 하여 주민공람을 공고(구리시 공고 제2009-1075호)하였다.

라. 구 국토해양부장관은 2009. 12. 3. 경기도 구리시 갈매동 일원(면적 150만 6,000㎡)에 대하여 사업시행자를 피청구인으로 하여 이 사건 사업지구를 지정 및 지형도면 등을 고시(구 국토해양부 고시 제2009-1141호)하였고, 2010. 4. 27. 이 사건 사업지구의 지정변경 및 지구계획의 승인을 고시(구 국토해양부 고시 제2010-245호)하였는바, 구 국토해양부장관이 한 위 고시에는 경기도 구리시 갈매동 ○○번지 및 △△번지가 이 사건 사업지구의 편입대상 토지에 포함된 것으로 되어 있다.

마. 피청구인은 2011. 3. 30. 공익사업법에 따라 이 사건 사업지구의 지정과 관련한 보상계획을 수립·공고하였고, 2011년 8월 및 2013. 4. 4. 생활대책용지 공급과 관련한 안내를 하였는데, 동 생활대책 신청기간, 선정기준일, 영업자의 경우 대상자, 공급규모 등 시행내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

1) 생활대책 신청기간 : 2013. 4. 5. ~ 2013. 5. 3.
2) 생활대책대상자 선정기준일 : 2009. 10. 20.(지구 지정 주민공람 공고일)
3) 최초보상개시일 : 2011. 8. 9.
4) 자진 이전기한 : 2013. 4. 30.
5) 생활대책대상자(상가부지 공급) 선정기준 및 규모

구분		대상자	공급규모	
			기한 내 자진이주	기한 후 자진이주
영업자	허가 등 업종	기준일(2009. 10. 20.) 1년 이전부터 보상계약 체결일 또는 수용재결일까지 관계법령에 의한 허가 또는 면허를 받거나 신고를 하고 사업자등록을 필하여 영업을 하신 분으로 영업보상을 받으신 분	27㎡	20㎡

구분		대상자	공급규모	
			기한 내 자진이주	기한 후 자진이주
	자유업종	기준일(2009. 10. 20.) 1년 이전부터 보상계약 체결일 또는 수용재결일까지 허가 등이 필요치 않은 자유업을 행하신 분으로 영업보상을 받은 분	20㎡	13㎡

※ 법인, 종중, 단체는 제외

바. 피청구인이 2012. 7. 12. 이 사건 사업지구 내 편입 토지 등에 대하여 중앙토지수용위원회에 수용재결을 신청하자, 중앙토지수용위원회는 2012. 11. 16. 이 사건 사업지구에 포함된 경기도 구리시 갈매동 ○○번지 및 △△번지에 있는 컨테이너, 건축자재(5톤 트럭), 보관대, 담장, 출입문, 울타리, 아스팔트 바닥, 에어컨 등의 지장물에 대하여 손실 보상금을 857만 2,000원으로 하여 수용재결하였고, 2013. 5. 23. 경기도 구리시 갈매동 △△번지에 있는 △△건설(주)에 대해 1,733만 5,000원의 영업손실보상을 하기로 재결하였는데, 그 재결서에 이 사건 사업지구 내에 포함된 경기도 구리시 갈매동 ○○번지 및 △△번지 지장물의 소유자는 '(주)△△건설(대표자 : 박○○)'로 기재되어 있다.

사. 청구인이 피청구인에게 이 사건 사업지구 내인 경기도 구리시 갈매동 ○○번지에서 2008. 1. 1.부터 영업을 하였다는 이유로 생활대책용지의 공급을 신청하자 피청구인은 청구인이 생활대책 대상자 자격요건을 갖추고 있지 못하다는 이유로 2013. 11. 28. 청구인에게 생활대책 공급대상 제외처분을 하였으며, 이에 청구인이 2013. 12. 13. 이의신청을 하자 피청구인은 종전과 동일한 사유로 2013. 12. 30. 이 사건 처분을 하였다.

아. 경기구리경찰서장이 2012. 4. 3.자로 청구인에게 교부한 도난사실확인원에는 청구인이 2008. 12. 10. 17:00 경기구리경찰서장에게 다음과 같이 피해신고를 한 것으로 되어 있다.

- 다 음 -

○ 피해일시 : 2008. 12. 8. 19:00~ 2008. 12. 10. 09:00

○ 피해장소 : 경기도 구리시 갈매동 ○○ △△건설

○ 피해상황 : 발전기(3,000,000) 3㎾, 드릴/해머류 대,중,소(1,500,000)

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령 등

1) 공익사업법 제61조, 제62조, 제63조제1항의 규정을 종합해 보면 공익사업에 필요한 토지 등의 취득 또는 사용으로 인하여 토지소유자나 관계인이 입은 손실은 사업시행자가 당해 공익사업을 위한 공사에 착수하기 이전에 해당 토지소유자와 관계인에게 보상액 전액(全額)을 현금으로 지급하는 것을 원칙으로 하고 예외적으로 일정한 요건 하에 채권이나 그 공익사업의 시행으로 조성한 토지로 보상할 수 있도록 되어 있고, 같은 법 제71조, 제72조, 제73조, 제74조, 제75조, 제75조의2, 제76조, 제77조, 제78조 등을 종합해 보면 공익사업의 시행자가 토지소유자나 관계인에게 하는 손실보상의 종류로는 사용하는 토지에 대한 보상, 사용하는 토지의 매수 또는 수용, 잔여지의 손실 및 공사비 보상, 잔여지의 매수 및 수용, 건축물 등 물건에 대한 보상, 잔여 건축물의 손실에 대한 보상 등, 광업권·어업권 및 물(용수시설을 포함한다) 등의 사용에 관한 권리에 대한 보상, 영업손실·농업손실·임금손실의 보상, 근로자의 임금손실 및 공익사업의 시행으로 인하여 주거용 건축물을 제공함에 따라 생활의 근거를 상실하게 되는 자를 위한 이주대책의 수립·실시 또는 이주정착금의 지급이 있다.

2) 구 「한국토지주택공사법」 제8조에 따르면 피청구인은 토지의 취득·개발·비축·관리·공급 및 임대, 토지 및 도시의 개발에 관한 사업, 주택(복리시설을 포함한다)의 건설·개량·매입·비축·공급·임대 및 관리, 주택 또는 공용·공공용건축물의 건설·개량·공급 및 관리의 수탁, 저소득 취약계층을 위한 주거복지사업, 토지의 매매·관리의 수탁, 「주택법」·「택지개발촉진법」·「도시개발법」·「지역균형개발 및 지방중소기업 육성에 관한 법률」·「산업입지 및 개발에 관한 법률」· 그 밖에 다른 법률에 따라 공사가 시행할 수 있는 사업 등을 한다고 되어 있고, 같은 법 제16조제2항·제3항의 규정에 따르면 피청구인은 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 공급규모, 공급용도, 공급가격결정방법 및 그 밖에 필요한 사항이 포함된 토지의 공급에 관한 기준을 정하여 시행하여야 하고, 동 공급에 관한 기준을 정하고자 하는 경우에는 구 국토해양부장관의 승인을 받도록 되어 있다.

3) 피청구인의 내부규정인 「용지규정」 제1조에 따르면 동 규정은 피청구인이 구 「한국토지주택공사법」 제8조에 따라 시행할 수 있는 개발사업과 이에 부대하는 사업(이하 '조성사업'이라 한다)의 준비, 용지의 취득·관리·공급 등에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다고 되어 있고, 같은 규정 제23조에 따르면 피청구인 소속 지역본부장이 원활한 사업추진을 위하여 사업지구 안에서 영업(영농, 축산 등을 포함한다)을 행한 자 등에 대하여 생활대책을 수립할 수 있고, 이에 필요한 사항은 피청구인의 장이 정하도록 되어 있는바, 이와 관련한 피청구인의 「이주 및 생활대책 수립지침」 제4조제3항에 따르면 생활대책은 자연인을 대상으로 수립하며, 법인이나 단체는 수립대상에서 제외한다고 되어 있다.

4) 생활대책은 공익사업법 제78조에 의한 이주대책과는 달리 사업시행자에게 의무로 부과되어 있는 것이 아니라 택지개발사업, 국민주택단지 조성사업 등의 원활한 시행을 위하여 필요하다고 인정되는 경우 위와 같은 이주대책과는 별도로 당해 사업으로 인하여 생활근거를 상실하게 되는 이주자 등을 위하여 상업용지 등을 특별히 공급하는 것으로 사업시행자는 생활대책의 실시 여부, 생활대책을 수립·실시하는 경우 생활대책대상자의 선정, 상업용지의 공급절차 등을 결정할 수 있는 재량을 가지는 것이고, 이러한 생활대책대상자 선정을 위하여 필요한 기준, 절차 및 방식의 결정 역시 사업시행자의 재량에 속하므로 그와 같이 설정된 기준, 공급절차 및 방식 등은 그것이 객관적이고 합리적이 아니라거나 타당하지 않다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 존중되어야 할 것이다(대법원 2009. 11. 12. 선고 2009두10291 판결 참조).

나. 판단

청구인은 이 사건 사업지구 내인 경기도 구리시 갈매동 ○○번지에서 2008. 1. 1.부터 2012. 12. 31.까지 자신이 대표자로 있는 법인인 △△건설(주)와는 별개의 독립된 영업을 하였고 동 번지에 대해 중앙토지수용위원회 재결을 통해 영업보상도 받았는데도 생활대책대상자에서 제외된 것은 부당하다는 취지의 주장을 하나, 위 관계법령 및 인정사실에 따르면, 피청구인의 생활대책 대상은 자연인이고 법인이나 종중, 단체는 대상에서 제외하고 있는 점, 중앙토지수용위원회가 경기도 구리시 갈매동 ○○번지 지장물 관련 수용신청에 대한 재결을 하면서 손실보상을 자연인인 청구인에게 한 것이 아니라 법인인 △△건설(주)를 대상으로 하고 있는 점, 더구나 경기구리경찰서장이 2012. 4. 3.자로 청구인에게

교부한 도난사실확인원에 청구인이 2008. 12. 10. 경기구리경찰서장에게 발전기, 드릴, 해머류에 대한 피해신고를 하면서 피해 장소를 '경기도 구리시 갈매동 ○○ △△건설'로 한 것으로 되어 있어 경기도 구리시 갈매동 ○○번지는 청구인이 소속해 있는 법인인 △△건설(주)의 영업을 위해 사용된 장소로 보여지는 점, 그 밖에 달리 청구인이 경기도 구리시 갈매동 ○○번지에서 법인사업체인 △△건설(주)와 독립된 개인 영업행위를 하였음을 입증할 수 있는 별개의 사업자등록증이나 거래내역 등 객관적인 자료를 제시하지 못하고 있는 점 등을 종합적으로 고려할 때 청구인은 이 사건 생활대책 공급대상자 선정기준에 해당된다고 보기 어렵다. 따라서 청구인이 생활대책 대상자 자격요건을 갖추고 있지 못하다는 이유로 한 피청구인의 이 사건 처분이 위법·부당하다고 할 수 없다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 청구인의 청구를 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

12 2014-05059 건축사 업무정지처분 취소청구(재결일 : 2014. 8. 26.)

【사건의 쟁점】

'다가구주택의 가구 간 경계벽' 해제가 「건축사법 시행령」 별표 1 소정의 대수선에 해당되는지 여부

【재결요지】

다가구주택의 가구 간 경계벽을 증설하는 행위는 그 증설된 경계벽이 주요구조부에 해당하지 아니하는 경우에도 대수선에 포함되는 점(대법원 2010. 9. 30. 선고 2010두13616 판결), 위 인정사실에 따르면 이 사건 다가구주택의 장식다락부분의 면적은 약 45㎡로서 일인(1人) 가구의 경우 한 가구가 살 수 있는 점, 청구인이 이 사건 다가구주택의 다락부분 일부철거를 수행한 시공업자를 소명하지 못하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 다가구주택의 '위반사항의 시정을 위하여는 대수선의 규모 이상으로 건축물을 철거하거나 재시공하여야 시정이 가능한 때'에 해당되므로, 청구인의 위 주장을 받아들일 수 없고, 달리 이 사건 처분이 잘못되었다고 볼만한 사정도 없으므로, 피청구인의 이 사건 처분은 위법·부당하다고 할 수 없음

【재결의 의미】

건축물 중 불법 증·개축 부분이 1가구가 거주할 수 있는 공간으로 인정되는 이상, 그 불법 증·개축 부분의 벽을 해체하여 사용할 수 있도록 하는 것은 「건축사법 시행령」 별표 1 소정의 대수선('다가구주택의 가구 간 경계벽'을 해제하는 것)에 해당되어 건축사 업무정지 처분사유에 해당됨

주 문 청구인의 청구를 기각한다.

청구취지 피청구인이 2013. 11. 25. 청구인에게 한 3개월(2013. 12. 1.-2014. 2. 28.)의 건축사 업무정지 처분을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

청구인이 2011. 7. 11. △△도 △△시 △△읍 △△리 00 외 1필지에 3층 다가구주택(이하 '이 사건 다가구주택'이라 한다) 00㎡가 당초 허가받은 내용과 상이하게 옥상 경사지붕 하부의 장식다락 공간이 가구 수 증가에 사용되었음에도 이를 묵인하고 적합하게 시공되었다고 사용승인 조사 및 검사 조서를 작성하였다는 이유로, 피청구인은 2013. 11. 25. 청구인에 대하여 3개월의 업무정지(2013. 12. 1. - 2014. 2. 28.)처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

가. 이 사건 처분은 건축사징계위원회의 심의를 거치지 않은 절차상 위법이 있다. 「건축사법」 부칙(법률 제10756호, 2011. 5. 30.)에 따르면 '이 법 시행 전의 위반행위에 대한 행정제재처분에 관하여는 종전의 규정에 따른다.'고 되어 있으나, 이는 처분사유 및 처분기준에 관해서만 적용될 뿐 처분절차까지 종전 규정에 따르도록 한 것은 아니다.

나. 이 사건 처분서에 따르면 처분근거가 "구 「건축사법 시행령」 제29조의2 별표 1 개별기준 제9호 다-2)목"이라고 기재되어 있으나, 이 사건 다가구주택의 위법사항을 시정하기 위해서는 출입구만 폐쇄하면 되므로 '위반사항의 시정을 위하여는 대수선의 규모 이상으로 건축물을 철거하거나 재시공하여야 시정이 가능한 때'에 해당하지 아니한다. 이 경우 피청구인은 같은 호 다-3)목을 적용하여 1.5개월의 업무정지처분을 하였어야 한다. 한편 피청구인은 '다가구주택의 가구 간 경계벽'을 해제하는 것 등은 대수선에 해당된다고 주장하고 있으나, 이 사건 다가구주택의 다락부분의 벽은 가구 간 경계벽에 해당되지 않는다.

다. 청구인은 현장조사 당시 다음 사진과 같이 출입구가 폐쇄되어 있는 등 준공도면과 같이 시공된 사실을 확인하고 조서를 작성하였을 뿐이고, 건축주인 청구 외 □□□가 준공 후 임의로 출입구를 개설하여 다락부분을 사용한 것이다.

- 다 음 -

(사진 생략)

라. 청구인의 현장조사 이후에도 △△시 공무원 등이 6차례에 걸쳐 이 사건 다가구주택을 현장조사 하고 증축신고 등을 수리하였으므로 이 사건 다가구주택에는 불법사항이 없었고, 건축주가 다음 사진과 같이 다락의 출입구를 폐쇄하고 용도변경허가 및 사용승인을 받은 것이다. 또한 이 때 이 사건 다가구주택의 다락부분은 건축법령에 적합하여 별도의 행정조치를 받지 않았으며, 이를 건축주가 사용하는 것은 불법이 아니다.

- 다 음 -

(사진 생략)

마. 설계자가 당초의 평면다락을 경사다락으로 바꾼 것은 △△시 건축자문단의 검토의견에 따른 것으로서, 불법개조를 하기 위한 것이 아니었다.

바. 당초부터 경사지붕 공간은 다락으로 사용하고자 개구부를 설치하였으나, 논란의 소지가 많으므로 다락을 그냥 폐쇄해 달라는 감리자의 요구에 의하여 그 다락 출입구를 폐쇄한 것이므로, 피청구인이 주장하는 바와 같은 철근콘크리트 벽 철거과정은 없었다.

3. 피청구인 주장

가. 청구인의 주장대로 건축주가 사용승인 이후에 불법개조를 하였다면 출입문과 창문 설치를 위하여 시공이 완료된 18~20cm 두께의 콘크리트 벽을 매끄럽게 철거하였다는 것인데, 현재 건축현장에 대중화된 철거장비 중에는 이와 같이 콘크리트 벽을 매끄럽게 철거할 수 있는 장비가 없고, 청구인이 불법개조에 사용된 건설장비와 시공업자를 소명하지 못하고 있으며, 청구인이 제출한 현장검사 당시의 사진은 수정이나 변조가 가능하기 때문에, 원본파일 등을 통하여 진위여부가 확인되어야 할 것이다.

나. 청구인은 사용승인조사 및 검사조서에서 '건축물의 내장재료', '경계 및 칸막이벽 구조' 등의 항목을 당초 허가받은 건축도면과 일치한다는 취지로 보고하였고, 이 사건 다가구주택 장식다락 부분에 안에서 열고 닫는 미서기창이 설치되어 있으므로, 불법개조는 청구인의 현장검사 이전부터 이루어졌다고 할 것이다.

다. 「건축법」 제2조제1항제9호, 같은 법 시행령 제3조의2 제8호, 대법원 2010. 9. 30.

선고 2010두13616 판결 등에 따르면 이 사건 다가구주택의 가구 간 경계벽을 철거하는 행위는 대수선에 해당된다.

라. 피청구인은「건축사법」부칙(법률 제10756호, 2011. 5. 30.)에 따라서 종전규정에서 정한 절차에 의하여 이 사건 처분을 한 것이다.

4. 관계법령

구 건축사법(2011. 5. 24. 법률 제10719호로 개정되어 2011. 11. 25. 시행되기 전의 것) 제20조제1항, 제28조제1항

구 건축사법(2011. 5. 30. 법률 제10756호로 개정되어 2012. 5. 31. 시행된 것) 제30조의3, 부칙(법률 제10756호, 2011. 5. 30.) 제8조

구 건축사법 시행령(2012. 1. 25. 대통령령 제23535호로 개정되어 2012. 1. 26. 시행되기 전의 것, 이하 같다) 제29조의2, 별표 1

구 건축법(2011. 7. 21. 법률 제10892호로 개정되어 2012. 7. 22. 시행되기 전의 것, 이하 같다) 제2조제1항제9호, 제27조

구 건축법 시행령(2011. 10. 25. 대통령령 제23248호로 개정되어 2011. 10. 26. 시행되기 전의 것, 이하 같다) 제3조의2

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 청구서, 답변서, 현장사진, 건축허가조사 및 검사조서, 용도변경 사용승인 사항알림, 사전통지서, 의견서, 처분서, 2010년도 제XX회 건축자문단 회의결과알림, △△시 건축자문단 자문결과(검토의견서), 확인서, 질의회신 등의 기재내용을 종합하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 건축사로서, 이 사건 다가구주택의 감리자인 청구 외 ●●(건축사사무소 ●●)으로부터 위 건축물에 대한 사용승인조사 및 검사 업무대행 의뢰를 받고, 2011. 7. 11. 현장조사를 거쳐 적합 의견으로 사용승인 조사 및 검사 조서를 작성하여, 청구 외 △△시장에게 제출하였다. 청구인이 작성한 위 사용승인조사 및 검사조서에 따르면 '건축물의 내장재료' 항목은 당초 허가받은 건축도면과 '일치'한다는 취지로, '경계 및 칸막이벽

구조' 항목은 '해당 없음'이라고 표시되어 있다.

나. 청구 외 △△시장은 2011. 7. 19. 이 사건 다가구주택에 대하여 사용승인을 하였다.

다. △△시장은 2012. 12. 28. 이 사건 다가구주택에 대하여 현지점검을 하여 가구수가 증가되어 있음을 확인하고, 2013. 4. 27. 피청구인에게 위 사실을 보고하였다.

라. 건축주인 □□□는 2013. 6. 12. 청구 외 △△시장으로부터 이 사건 다가구주택을 숙박시설로 용도변경하여 용도변경허가 및 사용승인을 받았다. 이와 관련하여 청구 외 ■■■(건축사사무소 ■■)는 2012. 4. 27. 적합하다는 의견으로 건축허가조사 및 검사조서를 작성하였고, 청구 외 ●●(건축사사무소 ●●)은 2013. 6. 7. '사용승인에 기함'이라는 취지의 사용승인조사 및 검사조서를 작성하였다.

마. 피청구인은 2013. 10. 1. 청구인에 대하여 다음과 같이 6개월의 업무정지처분 사전통지를 하였다.

- 다 음 -

(중략)
3. 처분의 원인이 되는 사실 :
○ (중략) 이 사건 다가구주택의 사용승인 현장조사 대행업무를 수행하면서도 당해 건축물이 당초 허가받은 내용과 상이하게 가구수가 증가되어 있음에도 적합하게 시공되었다고 검사조서를 제출하여 사용승인을 득하도록 한 사실이 있음
(중략)
5. 법적 근거 및 조문 내용 :
○ 건축사법 제20조(업무상의 성실의무 등) 위반
○ 건축법 제27조(현장조사 검사 및 확인업무대행) 위반
○ 처분 : 건축사법 제28조, 동법시행령 제29조의2 [별표 1] Ⅱ. 개별기준 (중략) 제9호 다-2)목

바. 이에 대하여 청구인은 2013. 10. 21. 피청구인에게 다음과 같이 의견을 제시하였다.

- 다 음 -

1. 현장조사 당시 다락이 폐쇄되어 있었던 점,
2. 폐쇄된 다락을 추후 사용하더라도 문제가 없다고 사용검사자가 판단했던 점,

3. 경사지붕 가중평균높이 및 구조물 등은 다락 규정에 적합하다고 △△시 점검에서 확인되었던 점,
4. (준공 후 건축주가 폐쇄된 개구부 부분을 철거하여 거실로 사용한 것으로) 다락의 용도를 거실로 사용하지 않기 위해 '대수선 규모 이상으로 건축물을 철거하거나 재시공하여야 시정이 가능한 때'에 해당되지 않는 점,
5. 현재는 건축주가 재폐쇄하여, 다락의 용도나 거실의 용도로 사용하지 않고 있다는 점 당초에 평지붕으로 설계를 했다가, △△시 건축자문단의 심의결과에 따라 부득이하게 경사지붕을 한 것은 불법계획이 없었다 할 것입니다.

사. △△시장이 2010. 11. 22. □□□에게 통지한 △△시 건축자문단의 자문결과(검토의견서)에 따르면, 지붕의 형태를 주변과 어울리는 경사지붕으로의 변경을 검토하라고 기재되어 있다.

아. 피청구인은 2013. 11. 25. 청구인에게 당초 허가받은 내용과 상이하게 옥상 경사지붕 하부의 장식다락 공간이 가구 수 증가에 사용되었음에도 이를 묵인하고 적합하게 시공되었다고 사용승인 조사 및 검사 조서를 작성하였다는 이유로, 위반내용을 구「건축법」제27조(현장조사·검사 및 확인업무 대행), 행정처분을 3개월의 업무정지(2013. 12. 1. - 2014. 2. 28.), 처분근거를 구「건축사법 시행령」제29조의2 별표 1 개별기준 제9호 다-2)목으로 하는 이 사건 처분을 하였다.

자. 청구인은 이에 대하여 2013. 12. 6. ※※지방법원에 업무정지취소소송 및 집행정지 신청을 하였고, 피청구인은 2013. 12. 10. 청구인에 대한 업무정지 유예처분을 하였으며, 이에 청구인은 2013. 12 .11. 위 집행정지 신청을 취하하였다.

차. 건축주인 □□□는 2013년 다음과 같은 확인서를 작성하여 피청구인에게 제출하였다.

- 다 음 -

1. 상기 본인은 이 사건 다가구주택을 신축하면서 옥상 경사지붕 공간에 다락을 설치하도록 설계의뢰를 한 사실이 있습니다. 또한 경사지붕의 적용은 건축자문단 심의요구사항이라 하여 부득이하게 반영할 수 밖에 없었음을 확인합니다.
2. 상기와 같이 설치된 다락부분은 건축 당시 다락부분이 조적공사 등으로 개구부가 완전히 폐쇄될 수 있도록 감리자로부터 시공요청을 받은 바 있으며, 감리자의 요청에 따라 당시에

폐쇄하여 건축하였고, 준공 후에 조적으로 폐쇄된 부분에 출입구를 별도로 개설하여 여름철에 일부 거실로 사용한 사실이 있습니다.
3. 또한, 당해 다락은 난방 건축설비도 하지 않은 다락 공간이었으며, 현재 당해 다락은 출입구를 정히 폐쇄하여 일체의 어떠한 용도로도 사용하지 않고 있고, 추후에도 불법적인 행위는 하지 않겠습니다.

카. 청구 외 국토교통부장관은 2013. 12. 19. 피청구인의 질의에 대하여 다음과 같이 회신하였다.

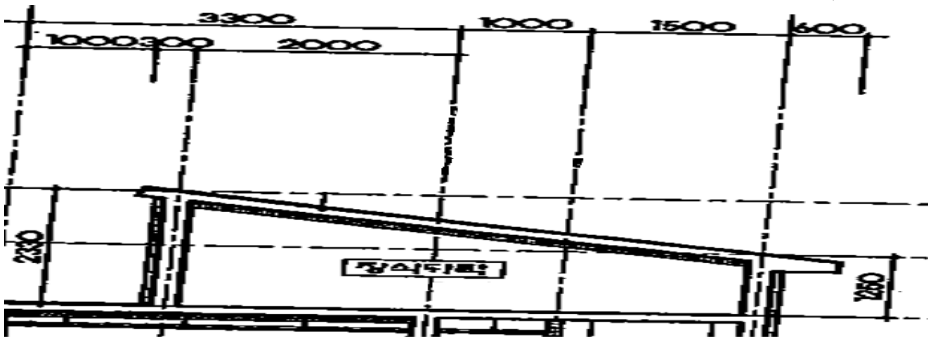
- 다 음 -

2. 질의요지
○ 갑설)「건축사법」 개정(법률 제10756호, 2011. 5. 30.)후 시행 이전 위반사유가 발생한 위법사항들에 대해서는 처분의 기준 및 처분절차 또한 종전 규정에 따라 건축사징계위원회 의결 없이 행정제재처분이 가능한지
○ 을설)「건축사법」 개정(법률 제10756호, 2011. 5. 30.)후 시행 이전 위반사유가 발생한 위법사항들에 대해서 부칙의 적용범위는 처분사유 및 처분의 기준에 관해서만 적용될 뿐 그 처분을 위한 절차까지 종전 규정에 따르도록 한 것은 아니므로 건축사징계위원회의 심의를 거치지 아니한 행정제재처분은 효력이 없는지
3. 회신내용
「건축사법」 부칙(제10756호, 2011. 5. 30.) 제8조에 따라 같은 법 시행일(2012. 5. 31.) 이전의 위반행위에 대하여는 종전의 규정에 따라야 합니다.

타. 청구인이 제출한 건축허가 설계도면에 따르면 이 사건 다가구주택의 다락 부분의 형태는 다음과 같고, 폭은 10m 80cm이다.

- 다 음 -

(단위 : mm)



6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 처분절차에 대한 판단

1) 관계법령

구 「건축사법」(2011. 5. 24. 법률 제10719호로 개정되어 2011. 11. 25. 시행되기 전의 것) 제20조제1항에 따르면 건축사는 건축물이 이 법·「건축법」 기타 관계법령의 규정에 적합하고 안전·기능 및 미관에 지장이 없도록 업무를 성실히 수행하여야 하고, 같은 법 제28조제1항에 따르면 국토해양부장관은 건축사가 제20조의 규정에 위반하여 그 업무에 관하여 불성실한 행위를 한 때(제6호), 고의 또는 중대한 과실로 인하여 이 법 또는 「건축법」의 규정에 위반한 때(제10호)에는 건축사업무신고 등의 효력상실처분을 하거나 1년이내의 기간을 정하여 그 업무정지를 명할 수 있다고 되어 있다.

이후 개정된 구 「건축사법」(2011. 5. 30. 법률 제10756호로 개정되어 2012. 5. 31. 시행된 것) 제30조의3에 따르면 국토교통부장관은 건축사가 제20조제1항을 위반하여 건축사업무를 성실하게 수행하지 아니한 경우(제5호)에는 건축사징계위원회의 의결에 따라 2년 이하의 업무정지 등의 징계를 할 수 있고, 특별시장·광역시장·도지사 또는 특별자치도지사(이하 "시·도지사"라 한다), 제31조에 따라 설립되는 건축사협회(이하 "건축사협회"라 한다)는 건축사가 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 징계사유가 있다고 인정되면 그 증거서류를 첨부하여 국토교통부장관에게 해당 건축사의 징계를 요청할 수 있다고 되어 있다. 다만 같은 법 부칙(법률 제10756호, 2011. 5. 30.) 제8조에 따르면 이 법 시행 전의 위반행위에 대한 행정제재처분에 관하여는 종전의 규정에 따른다고 되어 있다. 한편 같은 법 제28조제1항에 따르면 국토교통부장관은 건축사사무소개설자 또는 그 소속 건축사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 건축사사무소개설신고의 효력상실처분을 하거나 1년 이내의 기간을 정하여 그 업무정지를 명할 수 있다고 되어 있으나, 같은 항 각호 중에는 '같은 법 제20조제1항을 위반하여 건축사업무를 성실하게 수행하지 아니한 경우'는 포함되어 있지 않다.

2) 판단

청구인은 이 사건 처분 시 건축사징계위원회의 의결을 거치지 않은 것은 위법·부당하다고 주장하나, 이 사건 처분은 구 「건축사법」(2011. 5. 24. 법률 제10719호로 개정되어

2011. 11. 25. 시행되기 전의 것) 제28조제1항에 근거하여 행한 건축사에 대한 업무정지 처분이고 같은 법 제30조의3에 따른 건축사 자격자에 대한 징계처분이 아니어서 양 처분은 그 성격을 달리하고, 같은 법에 따르면 건축사 업무정지 처분 시 건축사징계위원회의 의결에 따라 처분하도록 규정되어 있지 않으므로, 청구인의 위 주장을 받아들일 수 없다.

나. 처분근거 및 사유에 대한 판단

1) 관계법령

구 「건축사법」(2011. 5. 24. 법률 제10719호로 개정되어 2011. 11. 25. 시행되기 전의 것) 제28조, 같은 법 시행령(2012. 1. 25. 대통령령 제23535호로 개정되어 2012. 1. 26. 시행되기 전의 것) 제29조의2, 별표 1 Ⅱ. 개별기준 제9호다목에 따르면, 고의 또는 중대한 과실로 인하여 「건축법」 제27조에 따른 현장조사·검사 및 확인을 하지 아니하고 보고하거나 현장조사·검사 및 확인결과 건축물이 법 또는 「건축법」의 규정에 위반됨에도 불구하고 사실과 다르게 보고한 경우, '건축물의 주요구조부가 붕괴되는 등 손괴를 가져오거나 위반사항의 시정을 위하여는 대수선의 규모 이상으로 건축물을 철거하거나 재시공하여야 시정이 가능한 때'[다목 2)]에는 6개월의 업무정지처분을, '대수선의 규모 미만으로 건축물을 철거하거나 재시공하여야 시정이 가능한 때'[다목 3)]에는 3개월의 업무정지처분을 할 수 있도록 되어 있다.

구 「건축법」 제2조제1항제9호 및 같은 법 시행령 제3조의2제8호에 따르면, '대수선'이란 건축물의 기둥, 보, 내력벽, 주계단 등의 구조나 외부 형태를 수선·변경하거나 증설하는 것으로서 다가구주택의 가구 간 경계벽 또는 다세대주택의 세대 간 경계벽을 증설 또는 해체하거나 수선 또는 변경하는 것 등에 해당하는 것을 말하고, 같은 법 제27조제1항에 따르면 허가권자는 이 법에 따른 현장조사·검사 및 확인업무(신고 대상 건축물에 대한 현장조사·검사 및 확인업무는 제외한다)를 건축사사무소개설신고를 한 자에게 대행하게 할 수 있다고 되어 있다.

2) 판단

가) 먼저, 청구인은 현장조사 당시 출입구가 폐쇄되어 있는 등 준공도면과 같이 시공된 사실을 확인하고 조서를 작성하였을 뿐이고 건축주인 □□□가 준공 후 임의로 출입구를 개설하여 다락부분을 사용한 것이라고 주장하나, 청구인이 사용승인조사 및 검사조서에서

당초 허가받은 건축도면과 일치(적합)한다는 취지로 보고한 점, 청구인은 2011. 7. 11. 현장조사 당시 건축허가 도면과 같이 이 사건 다가구주택 장식다락의 출입구가 폐쇄되어 있었다고 주장하나, 청구인의 현장조사 이후에 이 사건 다가구주택의 증축신고 내지 용도변경허가 등이 수리되었다는 사정 및 이 사건 다가구주택의 다락부분의 높이 등이 건축법령에 적합하다는 사정만으로는 이러한 사실을 인정할 수 없는 점, 위 □□□의 확인서와 사진 사본만으로는 청구인의 주장을 인정하기에 부족하고 달리 청구인의 주장을 인정할만한 사정도 없는 점 등에 비추어 보면, 청구인의 위 주장을 받아들일 수 없다.

나) 다음으로, 피청구인은 이 사건 처분서에 처분근거를 "구「건축사법 시행령」 제29조의2 별표 1 개별기준 제9호 다-2)목"이라고 기재하였는바, 이는 '위반사항의 시정을 위하여는 대수선의 규모 이상으로 건축물을 철거하거나 재시공하여야 시정이 가능한 때'에 해당된다는 취지이다.

이에 대하여 청구인은 이 사건 다가구주택의 위법사항을 시정하기 위해서는 출입구만 폐쇄하면 되므로 '위반사항의 시정을 위하여는 대수선의 규모 이상으로 건축물을 철거하거나 재시공하여야 시정이 가능한 때'에 해당하지 않는다고 주장하고, 피청구인은 '다가구주택의 가구 간 경계벽'을 해제하는 것 등은 대수선에 해당된다고 주장하고 있다.

다가구주택의 가구 간 경계벽을 증설하는 행위는 그 증설된 경계벽이 주요구조부에 해당하지 아니하는 경우에도 대수선에 포함되는 점(대법원 2010. 9. 30. 선고 2010두13616 판결), 위 인정사실에 따르면 이 사건 다가구주택의 장식다락부분의 면적은 약 45㎡로서 일인(1人) 가구의 경우 한 가구가 살 수 있는 점, 청구인이 이 사건 다가구주택의 다락부분 일부철거를 수행한 시공업자를 소명하지 못하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 다가구주택의 '위반사항의 시정을 위하여는 대수선의 규모 이상으로 건축물을 철거하거나 재시공하여야 시정이 가능한 때'에 해당되므로, 청구인의 위 주장을 받아들일 수 없고, 달리 이 사건 처분이 잘못되었다고 볼만한 사정도 없으므로, 피청구인의 이 사건 처분은 위법·부당하다고 할 수 없다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 청구인의 청구를 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

13 2014-06756 생활대책 공급대상 부적격처분 취소청구(재결일 : 2014. 8. 26.)

【사건의 쟁점】

청구인이 생활대책 선정기준일 이전부터 사업자등록을 필하고 영업을 하지 않았다는 이유의 이 사건 처분이 위법·부당한지 여부

【재결요지】

이 사건 사업지구에 있어 피청구인의 생활대책 공급대상은 영업자인 경우 공람공고일 1년 이전부터 보상계약체결일 또는 수용재결일까지 관계법령에 의한 허가 또는 면허를 받거나 신고를 하고 사업자등록을 필하여 영업을 행한 자로서 영업보상을 받은 자이거나 공람공고일 1년 이전부터 보상계약체결일 또는 수용재결일까지 사업지구 안에서 허가 등이 필요하지 않는 자유업을 행한 자로서 영업보상을 받은 자로 되어 있는 점, 청구인은 이 사건 사업지구 내인 경기도 하남시 망월동 ○○번지를 영업 소재지로 하여 구 「공중위생관리법」에 의한 이용업 영업신고를 이 사건 사업지구 공람공고일(2009. 5. 12.) 1년 이전인 2003. 8. 5. 하였으나 사업자등록을 공람공고일 이후인 2009. 5. 20. 한 것으로 확인되는 점, 구 「부가가치세법」상 신규로 사업을 개시하는 자는 사업개시일부터 20일 이내에 사업장 관할세무서장에게 사업자등록을 하도록 규정하고 있는 바 이 사건 사업지구 생활대책 선정기준일(2008. 5. 12.) 이전(以前) 당시에 사업자등록이 사업을 개시함에 있어 부수적인 절차에 불과하였다고 보기 어려운 점 등을 종합적으로 고려할 때 청구인은 이 사건 생활대책 공급대상자 선정기준에 해당된다고 보기 어려우므로, 청구인이 생활대책 선정기준일 이전부터 사업자등록을 필하고 영업을 하지 않았음을 이유로 한 이 사건 처분이 위법·부당하다고 할 수 없음

【재결의 의미】

구 「부가가치세법」상 신규로 사업을 개시하는 자는 사업개시일부터 20일 이내에 사업장 관할세무서장에게 사업자등록을 하도록 규정하고 있는바, 사업자등록이 사업을 개시함에 있어 부수적인 절차에 불과하다고 볼 수 없으므로, 피청구인이 생활대책 공급기준에서 영업자인 경우 생활대책 선정기준일 이전부터 사업자등록을 필하고 영업을 행한 자로 규정한 이상 동 선정기준에 해당되어야 생활대책 공급대상자로 인정할 수 있음

주 문 청구인의 청구를 기각한다.

청구취지 피청구인이 2014. 3. 25. 청구인에게 한 생활대책 공급대상 부적격처분을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

가. 피청구인은 하남미사 보금자리주택지구(이하 '이 사건 사업지구'라 한다)에서 택지개발사업을 하는 사업시행자이고, 청구인은 피청구인이 사업을 시행하고 있는 이 사건 사업지구 내인 경기도 하남시 망월동 ○○번지에서 '○○이발관'이라는 상호로 이용업을 영위하던 자이다.

나. 피청구인은 2013. 12. 26. 청구인에게 생활대책 심사를 위한 자료로 관할세무서에서 영업사실증명을 발급받아 2014. 1. 15.까지 제출할 것을 요구한 후 2014. 3. 25. 청구인이 선정기준일 이전부터 사업자등록을 필하고 영업을 하지 않았다는 이유로 생활대책 공급대상 부적격 통보(이하 '이 사건 처분'이라 한다)를 하였다.

2. 청구인 주장

청구인은 이 사건 사업지구 내인 경기도 하남시 망월동 ○○번지에서 1996년부터 영업허가를 받고 ○○이발관이라는 상호로 이용업을 영위하였으나 부수적인 절차에 불과한 사업자등록을 하지 않고 영업을 하였다는 이유로 생활대책 공급대상에서 제외한 것은 부당하므로 이 사건 처분은 취소되어야 한다.

3. 피청구인 주장

가. 피청구인의 내부규정(이주 및 생활대책 수립지침)상 생활대책 대상은 선정기준일(2008. 5. 12.) 이전부터 보상계약체결일 등까지 관계법령에 의한 허가·신고 등과 사업자등록을 하고 영업을 행한 자로서 영업보상을 받은 자로 되어 있는데, 청구인의 경우 2003. 8. 5. 이용업 영업허가를 받았으나 사업자등록일이 2009. 5. 20.로 선정기준일 이후이므로

생활대책 대상에서 제외되었다.

나. 또한 「부가가치세법」상 사업자는 사업개시일부터 20일 이내에 사업장 관할 세무서장에게 사업자등록을 신청하여야 한다고 되어 있어 사업자등록이 부수적인 절차라는 청구인의 주장은 적정하지 않다.

다. 따라서 이 사건 청구인의 청구는 기각되어야 한다.

4. 관계법령

구 보금자리주택건설 등에 관한 특별법(2009. 3. 25. 법률 제9552호로 개정되어 2010. 3. 26. 시행되기 이전의 것, 이하 같다) 제4조, 제6조제1항, 제10조제1항, 제27조제1항 및 제6항

구 한국토지주택공사법(2010. 10. 29. 법률 제10420호로 개정·시행되기 전의 것, 이하 같다) 부칙 제1조, 제2조, 제10조

구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(2012. 6. 1. 법률 제11468호로 개정되어 2012. 12. 2. 시행되기 이전의 것, 이하 '공익사업법'이라 한다) 제61조, 제62조, 제63조, 제71조, 제72조, 제73조, 제74조, 제75조, 제75조의2, 제76조, 제77조, 제78조

구 공중위생관리법(2004. 1. 29. 법률 제7147호로 개정되어 2004. 7. 30. 시행되기 이전의 것, 이하 같다) 제2조, 제3조

구 부가가치세법(2008. 12. 26. 법률 제9268호로 개정되어 2010. 1. 1. 시행되기 이전의 것, 이하 같다) 제5조제1항

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 심판청구서 및 답변서, 영업신고증, 사업자등록증, 사업지구 지정 공람공고문, 관보 게재 고시문, 생활대책 선정기준, 보상계획공고문, 중앙토지수용위원회 재결서, 이 사건 처분 통지서 등 각 자료의 기재내용을 종합해 보면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 2003. 8. 5. 구 「공중위생관리법」 제3조제1항 및 동법 시행규칙 제3조제1

항의 규정에 따라 하남시장에게 이용업 영업신고(영업소 명칭 : ○○이발관, 소재지 : 경기도 하남시 망월동 ○○번지)를 하였고, 2009. 5. 20. 이천세무서장에게 상호를 '○○이발관'으로, 개업년월일을 '2009. 5. 10.'로, 사업장 소재지를 '경기도 하남시 망월동 ○○'로 하여 신규로 사업자등록을 하였다.

나. 경기도 하남시장은 이 사건 사업지구의 지정 제안과 관련하여 주민 및 이해관계인의 의견을 청취코자 한다는 이유로 2009. 5. 12. 관계도서의 공람 및 의견 제출의 기간을 게시일부터 14일간으로 하여 주민공람을 공고(하남시 공고 제2009-368호)하였다.

다. 구 국토해양부장관은 2009. 6. 3. 경기도 하남시 망월동, 풍산동, 선동, 덕풍동 일원(면적 546만 6,000㎡)에 대하여 사업시행자를 대한주택공사로 하여 이 사건 사업지구를 지정 고시(구 국토해양부 고시 제2009-279호)하였고, 2009. 9. 28. 지구계획의 승인을 고시(구 국토해양부 고시 제2009-936호)하였는바, 구 국토해양부장관이 한 위 고시에는 경기도 하남시 망월동 ○○번지가 이 사건 사업지구의 편입대상 토지에 포함되어 있다.

라. 피청구인은 2010. 8. 10. 공익사업법에 따라 이 사건 사업지구의 지정과 관련한 보상계획을 수립·공고하였고, 2011년 4월 생활대책용지 공급과 관련한 안내를 하였는데, 영업자에 대한 생활대책 대상자 선정기준 및 공급규모는 다음과 같다.

구분	대상자	공급규모
영업자	공람공고일 1년('08. 5. 12) 이전부터 보상계약체결일 등 까지 사업지구 안에서 사업자등록과 허가·등록·면허·신고를 하고 영업 등을 행한 자로서 영업보상을 받은 자	27㎡
	공람공고일 1년('08. 5. 12) 이전부터 보상계약체결일 등 까지 사업지구 안에서 자유업을 행한 자로서 영업보상을 받은 자	20㎡
	공람공고일 1년('08. 5. 12) 이전부터 보상계약체결일 등 까지 사업지구 안에서 사업자등록과 허가·등록·면허 또는 신고를 하고 소유점포에서 영업을 행한 자로서 영업보상을 받은 자	상가점포

마. 피청구인은 2012. 4. 26. 이 사건 사업지구 내 편입 토지 등에 대하여 중앙토지수용위원회에 수용재결을 신청하였고, 중앙토지수용위원회는 2012. 7. 20. 이 사건 사업지구

에 포함된 청구인 소유의 경기도 하남시 망월동 ○○번지에 대하여 영업손실 보상금을 1,404만 1,000원으로 하여 수용재결하였다.

바. 피청구인은 2013. 12. 26. 청구인에게 생활대책 심사를 위한 자료로 관할세무서에서 영업사실증명을 발급 받아 2014. 1. 15.까지 제출할 것을 요구한 후 2014. 3. 25. 청구인이 생활대책 선정기준일 이전부터 사업자등록을 필하고 영업을 하지 않았다는 이유로 이 사건 처분을 하였다.

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령 등

1) 구「보금자리주택건설 등에 관한 특별법」제4조, 제6조제1항, 제10조제1항, 제27조제1항의 규정을 종합해 보면 구 국토해양부장관은 보금자리주택지구 조성사업을 추진하기 위하여 필요한 지역을 보금자리주택지구로 지정하거나 주택지구로 변경 또는 해제할 수 있고 국가 또는 지방자치단체,「대한주택공사법」에 따른 대한주택공사,「한국토지공사법」에 따른 한국토지공사,「지방공기업법」제49조에 따라 주택사업을 목적으로 설립된 지방공사 중에서 보금자리주택사업의 시행자를 지정하도록 되어 있으며, 사업의 시행자는 주택지구의 조성을 위해서 필요한 경우에는 토지 등을 수용 또는 사용할 수 있고 이에 관하여 이 법에 특별한 규정이 있는 것을 제외하고는「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」을 적용하도록 되어 있다.

2) 구「한국토지주택공사법」부칙 제1조, 제2조, 제10조에 따르면 이 법은 2009년 10월 1일부터 시행하고「대한주택공사법」과「한국토지공사법」은 각각 폐지하며, 이 법 시행 전에 대한주택공사 및 한국토지공사가 시행한 사업 또는 시행 중인 사업은 한국토지주택공사가 시행하였거나 시행 중인 사업으로 본다고 되어 있다.

3) 공익사업법 제61조, 제62조, 제63조제1항의 규정을 종합해 보면 공익사업에 필요한 토지 등의 취득 또는 사용으로 인하여 토지소유자나 관계인이 입은 손실은 사업시행자가 당해 공익사업을 위한 공사에 착수하기 이전에 해당 토지소유자와 관계인에게 보상액 전액(全額)을 현금으로 지급하는 것을 원칙으로 하고 예외적으로 일정한 요건 하에 채권이

나 그 공익사업의 시행으로 조성한 토지로 보상할 수 있도록 되어 있고, 같은 법 제71조, 제72조, 제73조, 제74조, 제75조, 제75조의2, 제76조, 제77조, 제78조 등을 종합해 보면 공익사업의 시행자가 토지소유자나 관계인에게 하는 손실보상의 종류로는 사용하는 토지에 대한 보상, 사용하는 토지의 매수 또는 수용, 잔여지의 손실 및 공사비 보상, 잔여지의 매수 및 수용, 건축물 등 물건에 대한 보상, 잔여 건축물의 손실에 대한 보상 등, 광업권·어업권 및 물(용수시설을 포함한다) 등의 사용에 관한 권리에 대한 보상, 영업손실·농업손실·임금손실의 보상, 근로자의 임금손실 및 공익사업의 시행으로 인하여 주거용 건축물을 제공함에 따라 생활의 근거를 상실하게 되는 자를 위한 이주대책의 수립·실시 또는 이주정착금의 지급이 있다.

4) 생활대책은 공익사업법 제78조에 의한 이주대책과는 달리 사업시행자에게 의무로 부과되어 있는 것이 아니라 택지개발사업, 국민주택단지 조성사업 등의 원활한 시행을 위하여 필요하다고 인정되는 경우 위와 같은 이주대책과는 별도로 당해 사업으로 인하여 생활근거를 상실하게 되는 이주자 등을 위하여 상업용지 등을 특별히 공급하는 것으로 사업시행자는 생활대책의 실시 여부, 생활대책을 수립·실시하는 경우 생활대책대상자의 선정, 상업용지의 공급절차 등을 결정할 수 있는 재량을 가지는 것이고, 이러한 생활대책대상자 선정을 위하여 필요한 기준, 절차 및 방식의 결정 역시 사업시행자의 재량에 속하므로 그와 같이 설정된 기준, 공급절차 및 방식 등은 그것이 객관적이고 합리적이 아니라거나 타당하지 않다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 존중되어야 할 것이다(대법원 2009. 11. 12. 선고 2009두10291 판결 참조).

5) 피청구인의 내부규정인 「용지규정」 제1조 및 제2조에 따르면 동 규정은 피청구인이 「한국토지주택공사법」 제8조에 따라 시행할 수 있는 개발사업과 이에 부대하는 사업의 준비, 용지의 취득·관리·공급 등에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다고 되어 있고, 같은 규정 제23조에 피청구인 소속 지역본부장이 원활한 사업추진을 위하여 사업지구 안에서 영업(영농, 축산 등을 포함한다)을 행한 자 등에 대하여 생활대책을 수립할 수 있고 이에 필요한 사항은 피청구인의 장이 정하도록 되어 있는바, 이와 관련한 피청구인의 「이주 및 생활대책 수립지침」 제30조제2항에 의하면 생활대책 수립대상자 선정기준일 이전부터 보상계약체결일 또는 수용재결일까지 관계법령에 의한 허가 또는 면허를 받거나 신

고를 하고 사업자등록을 필하여 영업을 행한 자로서 영업보상을 받은 자에게는 27제곱미터 이하의 상가부지를 공급하고, 생활대책 수립대상자 선정기준일 이전부터 보상계약체결일 또는 수용재결일까지 허가 등이 필요하지 않은 자유업을 한 자로서 영업보상을 받은 자에게는 20제곱미터 이하의 상가부지를 공급한다고 되어 있다.

6) 한편, 구「공중위생관리법」제2조 및 제3조에 따르면 이용업은 숙박업·목욕장업·미용업·세탁업·위생관리용역업과 함께 공중위생영업의 종류로서 손님의 머리카락 또는 수염을 깎거나 다듬는 등의 방법으로 손님의 용모를 단정하게 하는 영업을 말하는데 공중위생영업을 하고자 하는 자는 공중위생영업의 종류별로 보건복지부령이 정하는 시설 및 설비를 갖추고 시장·군수·구청장(자치구의 구청장에 한한다)에게 신고하도록 되어 있고, 구「부가가치세법」제5조제1항에 따르면 신규로 사업을 개시하는 자 중 사업자단위 과세사업자가 아닌 자는 사업장마다, 사업자단위 과세사업자는 당해 사업자의 본점 또는 주사무소에 대하여 대통령령이 정하는 바에 따라 사업개시일부터 20일 이내에 사업장 관할세무서장에게 사업자등록을 하여야 한다고 되어 있다.

나. 판단

청구인은 이 사건 사업지구 내에 소재하는 경기도 하남시 망월동 ○○번지에서 영업허가를 받고 이용업을 영위하였음에도 불구하고 부수적인 절차에 불과한 사업자등록을 하지 않았다는 이유로 피청구인이 생활대책 공급대상에서 제외시킨 것은 부당하다는 취지의 주장을 하나, 위 관계법령 및 인정사실에 따르면, 이 사건 사업지구에 있어 피청구인의 생활대책 공급대상은 영업자인 경우 공람공고일 1년 이전부터 보상계약체결일 또는 수용재결일까지 관계법령에 의한 허가 또는 면허를 받거나 신고를 하고 사업자등록을 필하여 영업을 행한 자로서 영업보상을 받은 자이거나 공람공고일 1년 이전부터 보상계약체결일 또는 수용재결일까지 사업지구 안에서 허가 등이 필요하지 않는 자유업을 행한 자로서 영업보상을 받은 자로 되어 있는 점, 청구인은 이 사건 사업지구 내인 경기도 하남시 망월동 ○○번지를 영업 소재지로 하여 구「공중위생관리법」에 의한 이용업 영업신고를 이 사건 사업지구 공람공고일(2009. 5. 12.) 1년 이전인 2003. 8. 5. 하였으나 사업자등록을 공람공고일 이후인 2009. 5. 20. 한 것으로 확인되는 점, 구「부가가치세법」상 신규로 사업을 개시하는 자는 사업개시일부터 20일 이내에 사업장 관할세무서장에게 사업자등록을 하도

록 규정하고 있는 바 이 사건 사업지구 생활대책 선정기준일(2008. 5. 12.) 이전(以前) 당시에 사업자등록이 사업을 개시함에 있어 부수적인 절차에 불과하였다고 보기 어려운 점 등을 종합적으로 고려할 때 청구인은 이 사건 생활대책 공급대상자 선정기준에 해당된다고 보기 어렵다. 따라서 청구인이 생활대책 선정기준일 이전부터 사업자등록을 필하고 영업을 하지 않았다는 이유로 한 피청구인의 이 사건 처분이 위법·부당하다고 할 수 없다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 청구인의 청구를 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

14 2014-08264 지적 전산자료 이용·활용 심사신청 회신 취소청구
(재결일 : 2014. 9. 16.)

【사건의 쟁점】

기술적으로 불가능한 지적전산자료의 이용·활용 심사신청을 반려한 처분이 위법·부당한지 여부

【재결요지】

청구인은 이 사건 지적전산자료의 이용·활용 심사 신청을 한 취지가 지적측량을 하려는 것이 아니라 일반측량 성과도에 현황과 측량을 대비하여 표기하려는 것이고, 피청구인이 대한지적공사 등에 CIF 파일형태로 지적전산자료를 제공하고 있으며, 대법원 91누5952 판결 등에 따르면 피청구인은 일정한 요청을 갖춘 신청인에게는 지적공부의 발급을 거부할 수 없다고 주장하나, 청구인은 DXF 또는 DWG 파일형태로 △△시 △△구 △△동 00번지 중심 반경 약 150m 주변 지역에 대한 지적전산자료를 제공할 것을 피청구인에게 신청하였는데, 현재 지적전산자료가 관리되고 있는 부동산종합공부시스템에 따르면 DWG 형태의 자료추출기능이 없고 DXF 형태로는 읍·면·동·리 등 행정구역 이하 단위로는 자료추출 할 수 없어, 청구인이 신청한 특정 지번 주변 반경 150m에 대한 지적전산정보를 DWG 또는 DXF 파일형태로 제공하는 것은 기술적으로 불가능한 점, 측량법령에 따르면 '신청한 사항의 처리가 전산정보처리조직으로 가능한지 여부'는 피청구인의 심사사항으로 규정되어 있지는 않으나, 이 사건 지적전산자료를 탑재하고 있는 부동산종합공부시스템은 피청구인이 관리·운영하고 있으므로 기술적 판단을 하기에 가장 적절한 자는 피청구인이라 할 것이고, 또한 이 사항은 지적소관청의 심사사항으로 규정되어 있어 결국 청구인이 지적소관청(서울특별시 동작구청장)으로부터 이 사건 지적전산자료의 이용·활용 승인을 받지 못하게 될 것인 점, 대법원 91누5952 판결은 지적전산자료가 아니라 지적공부 등본의 작성방식에 대한 판례인 점, 달리 이 사건 회신이 위법·부당하다고 볼만한 사정이 없는 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 회신이 위법·부당하다고 볼 수 없음

【재결의 의미】

기술적으로 불가능한 지적전산자료의 이용·활용 심사신청에 대하여 반려 처분한 것은 위법·부당하다고 할 수 없음

주 문 청구인의 청구를 기각한다.

청구취지 피청구인이 2014. 3. 13. 청구인에게 한 지적 전산자료 이용·활용 심사신청 반려처분을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

청구인은 2014. 2. 25. 피청구인에게 △△시 △△구 △△동 00번지 중심 반경 약 150m 주변 일부에 대한 지적전산자료(지적도 DXF, DWG 파일 또는 연속지적도 DXF, DWG 파일)(이하 '이 사건 지적전산자료'라고 한다)의 이용·활용 심사 신청을 하였고, 이에 대하여 피청구인은 2014. 3. 13. 청구인에게 현재 운영 중인 전산정보처리조직으로 처리할 수 없다는 등의 이유로 위 청구인의 신청을 반려하는 취지로 회신(이하 '이 사건 회신'이라 한다)하였다.

2. 청구인 주장

가. 피청구인은 이 사건 회신이 일반적인 의견제시에 불과하고 행정처분이 아니라고 주장하나, 청구인은 법에서 정한 바에 따라 이 사건 지적전산자료의 이용 및 활용을 신청하였고 피청구인은 이를 거부하였으며, 대법원 1992. 5. 26. 선고 91누5952 판결도 이를 행정처분으로 인정하였다.

나. 청구인이 공개(심사)를 요청한 이 사건 지적전산자료 중 전산화된 지적도등본은 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」(이하 '정보공개법'이라 한다) 제2조의 '공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 관리하고 있는 문서'에 해당되고, 정보공개법 제15조에 따라 성질상 현저히 곤란한 경우 외에는 공개함이 원칙인데, 구 「측량·수로조사 및 지적에 관한 법률」(2013. 5. 22. 법률 제11794호로 개정되어 2014. 5. 23. 시행되기 전의 것, 이하 '측량법'이라 한다)에 따르면 지적측량업자, 대한지적공사 등에 제공되고 있고 개인도 자기 토지에 한하여 이용할 수 있는바, 청구인은 일반측량업자이므로 '성질상 현저히 곤란한 경우'에 해당되지 않는다.

다. 지적측량업자와 대한지적공사는 지적전산자료를 활용할 수 있고 일반측량업자는 이를 활용할 수 없다고 하는 것은 「헌법」상 평등의 원칙에 위반된다. 또한 구 측량법 제76조에 따르면 개인에게도 자기 토지에 한하여 지적전산자료의 이용을 허용하고 있는바, 공공기관 이외의 자는 승인신청 할 수 없다는 피청구인의 주장은 부당하다.

라. 청구인이 이 사건 지적전산자료를 요구한 이유는 지적측량을 하려는 것이 아니라, 일반측량(현황측량) 성과도에 현황과 지적을 대비하여 표기하려고 하는 것이다. 이는 영리의 목적도 있지만 정확한 현황측량성과도를 작성하여 국토의 효율적 관리에도 기여하려는 목적도 있다. 현재 일반측량업자들은 지적도를 발급받아 이를 복사·스캔하여 측량성과도를 작성하고 있는바, 이 사건 정보가 공개되면 측량의 정확도가 높아지게 된다.

마. 피청구인은 DWG 형태의 자료추출기능이 없고 DXF 형태로는 읍·면·동 이하 단위로는 자료추출 할 수 없다고 주장하나, 이미 피청구인이 CIF 파일 형태로 대한지적공사 등에 자료제공 하고 있으므로, 피청구인의 위 주장은 부당하다.

바. 피청구인은 이 사건 지적전산자료에 대한 심사가 기속행위인지 재량행위인지 여부와 상관없이 구 측량법 규정(기준)에 맞으면 심사를 해 주어야 하며, 대법원 판결(91누5952 등)도 지적공부의 발급행위는 행정청이 일정한 요건을 갖춘 신청인에게는 발급을 거부할 수 없다는 취지이다.

사. 구 측량법에서는 승인권자의 승인권한의 범위를 전국 단위, 시·도 단위, 시·군·구 단위로 규정한 것일 뿐 자료요청의 범위를 시·군·구 등 행정구역 전체로 볼 것은 아니고, 지적전산자료(지적도)는 소유권의 경계를 정하는 도면이지 측량에 의해 생성된 지적측량성과는 아니다.

아. 청구인은 모든 정보를 제공하여 달라는 것이 아니라 현황측량에 필요한 최소한의 지적선, 지번이 명기된 정보만 요구하는 것이다.

3. 피청구인 주장

가. 이 사건 회신은 구 측량법에 따라 지적전산자료의 이용·활용에 관한 일반적인 검토

의견을 제기한 것으로서, 행정처분이 아닌 행위를 대상으로 하여 그 취소를 구하는 이 사건 행정심판청구는 행정심판 제기요건을 결한 부적법한 청구이다.

나. 정보공개법에 따르면 다른 법률 또는 법률이 위임한 명령에 의하여 비밀 또는 비공개 사항으로 규정된 정보(제9조제1항제1호)는 비공개로 할 수 있다.

다. 지적도는 단순히 종이에 경계가 표시된 도면을 말하는 반면, 지적전산자료는 지적측량업무를 수행하기 위하여 제공되는 공적인 자료로서, 이를 공개하라는 것은 청구인과 같은 일반측량업자를 포함한 모든 사람들에게 지적측량을 할 필요 없이 경계 등을 확정받을 수 있다는 말이 되는데, 이는 측량관계법령에서 측량업을 구분하여 등록하게 하고 이를 위반 시 형사처벌까지 규정한 취지에 반한다. 구 측량법, 유권해석 등에 따르더라도 지적도 및 임야도를 기반으로 하는 모든 측량은 지적측량에 속하므로, 청구인이 일반측량 성과도에 현황과 지적을 대비하여 표기하고자 지적전산자료를 사용하겠다는 것은 일반측량업자가 지적(현황)측량을 하기 위하여 지적전산자료를 사용하겠다는 취지이다.

라. 이 사건 지적전산자료 중 DWG 형태의 자료추출기능은 현재 부동산종합공부시스템으로 구현할 수 없고, DXF 형태의 자료추출기능은 읍·면·동 단위로 구현되어 있어 청구인이 신청한 '해당 필지 중심 반경 150m 주변의 지적전산자료'는 부동산종합공부시스템상 구현할 수 없다. 구 측량법 제76조제1항에 따르더라도 정보 이용·활용의 최소단위는 시·군·구 이상이므로 청구인이 신청한 범위의 정보(해당 필지 중심 반경 150m 주변의 지적전산자료)는 심사할 수 없다.

마. 지적전산자료의 이용·활용에 대한 행정청의 심사는 재량행위이며, 일반 영리를 목적으로 하는 자에게 공개하지 않을 수 있다. 대법원 91누5952 판결은 지적도와 같은 지적공부가 공개된다는 전제 하에, 전자복사기의 복사방법에 의한 지적도등본이 지적도원본과 동일한 정도의 정밀성을 갖추지 못하고 있어 업무상 보다 정확한 지적도등본이 필요한 사람이 필기제도 방식에 의한 지적도등본을 요구한 경우 그에 따라 지적도등본을 교부해 주어야 한다는 내용이고, 승인의 근거규정도 다르므로, 지적전산자료의 공개여부가 문제되는 이 사건 사안과 차이가 있다.

바. 피청구인은 지적전산자료를 지적측량성과라고 주장한 사실이 없고, 청구 외 대한측량협회는 청구인 등 측량업자의 이익을 도모하기 위한 단체로, 유권해석 할 권한이 없으며, 청구인은 지적전산자료는 지적측량에만 필요한 것이 아니라 일반측량인 지형현황측량에도 필요하다고 주장하나, 지금까지 지적전산자료를 활용하지 않고 측량업무가 이루어져 오는 등 지적전산자료가 지형현황측량에 필요하다는 근거가 없다.

4. 관계법령

헌법 제11조제1항

행정심판법 제2조, 제3조제1항

공공기관의 정보공개에 관한 법률 제2조제1항, 제3조, 제15조제1항

구 측량·수로조사 및 지적에 관한 법률(2013. 5. 22. 법률 제11794호로 개정되어 2014. 5. 23. 시행되기 전의 것, 이하 같다) 제2조, 제23조제1항, 제44조, 제76조제1항

구 측량·수로조사 및 지적에 관한 법률 시행령(2014. 4. 29. 대통령령 제25339호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제18조, 제34조, 제62조, 별표 7

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 청구서, 답변서, 지적전산자료 이용·활용 심사 신청서, 회신서, 측량업 등록증, 질의서, 답변서, 의견서, 질의회신, 부동산종합공부시스템 화면 사본 등의 기재내용을 종합하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 1989. 5. 1.부터 소규모 측량업자로, 1991. 4. 1.부터 일반측량업자로 등록되어 일반측량업을 하고 있는 자이다.

나. 청구인은 2013. 11. 8. 지적전산자료 이용·활용 심사·승인에 관하여 청구 외 △△시 △△구청장에게 다음과 같이 질의하였다.

- 다 음 -

① 피청구인의 심사·승인을 한 번에 한 곳에서 받았으면 합니다. 가능한 것인지요?
② 중앙행정기관장으로부터 심사승인을 받아 첨부한 승인신청서를 제62조제4항 각호에 의하여 귀청에서 불허가할 수도 있는 것인지요?

③ 불허가 한다면 행정조직상 하급기관에서의 결정권이 우선이 되는 것인지요?
④ 대한지적공사, 지적측량업자에 대한 전산자료이용에 대하여 적용하는 법규정과 귀 청에서 적용처리 실례는 어떠한지 여부

다. 이에 대하여 위 △△구청장은 같은 날 청구인에게 다음과 같이 답변하였다.

- 다 음 -

첫 번째 질의하신 사항은 (중략) 지적전산자료 이용에 대한 심사기관과 승인기관이 구분되어 있으므로 각각 해당 기관으로부터 심사와 승인을 받으셔야 됩니다.(중략)
네 번째 질의하신 사항은 대한지적공사 또는 지적측량업자로 등록되어 있는 지적측량수행자가 지적측량을 목적으로 지적측량 수행계획서와 보안각서를 우리 구 지적과에 제출하면 (중략) 지적측량수행자에게 심사·승인절차 없이 지적전산자료를 제공하고 있습니다.
이상 답변 드린 내용과 같이 00님께서 우리 구 내 토지에 대한 지적전산자료를 제공받기 위해서는 피청구인으로부터 사전에 심사를 받은 후 심사결과를 첨부하여 우리 구에 승인신청을 하시면 됩니다.

라. 청구인은 2014. 2. 25. 피청구인에게 다음과 같이 지적전산자료 이용·활용 심사 신청을 하였다.

- 다 음 -

신청내용 : △△시 △△구 △△동 00번지 중심 반경 약 150m 주변 일부(고·저차 및 현황측량)
활용목적 : 지형현황측량도 작성(건축 계획을 위한 고저차 및 현황활용)
제출처 : 건축사 사무소
법적 근거 : 측량법 제76조제4항, 같은 법 시행령 제62조
자료제공방법 : 전산매체(e-mail)

마. 피청구인은 2014. 3. 13. 청구인에게 다음과 같이 이 사건 회신을 하였다.

- 다 음 -

(중략)
3. (회신내용)
○ 측량법 제76조제1항에 의하면 '지적자료(연속지적도 포함)를 이용하거나 활용하려는 자

는 자료 단위에 따라 전국 단위, 시·도 단위, 시·군·구 단위로 구분하여 국토교통부장관, 시·도지사 또는 지적 소관청의 승인을 받아야 한다.'라고 규정하고 있고, 같은 조 제2항에 의하면 '제1항에 따른 승인을 신청하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 지적전산자료의 이용 또는 활용 목적 등에 관하여 미리 관계 중앙행정기관의 심사를 받되, 중앙행정기관의 장, 그 소속 기관의 장 또는 지방자치단체의 장이 승인을 신청하는 경우에는 그러하지 아니하다.'라고 규정하고 있습니다.

○ 또한 측량법 시행령 제62조제2항에 의하면 '제1항에 따른 심사 신청을 받은 관계 중앙행정기관의 장은 ①신청 내용의 타당성, 적합성 및 공익성, ②개인의 사생활 침해 여부, ③자료의 목적 외 사용 방지 및 안전관리대책을 심사한 후 그 결과를 신청인에게 통지하여야 한다.'라고 규정하고 있고, 같은 조 제4항에 의하면 '제3항에 따른 승인신청을 받은 국토교통부장관, 시·도지사 또는 지적소관청은 ①제2항 각 호의 사항, ②신청한 사항의 처리가 전산정보처리조직으로 가능한지 여부 등을 심사하여야 한다'라고 규정하고 있습니다.

○ 따라서, 위 지적전산자료의 이용 등에 관한 규정은 국가, 지방자치단체가 아닌 공공기관 등이 지적전산자료에 대한 보관기관 및 안전관리대책 등을 수립하여 공익을 목적으로 시·군·구 단위 이상의 대단위 지적전산자료를 활용하고자 하는 경우에 관계 중앙행정기관의 장에게 이용 또는 활용에 관하여 심사 신청하는 사항으로, 공공기관 이외의 자가 토지를 특정하여 그 주변(약 150m)의 지적도(DXF, DWG), 연속지적도 전산자료를 이용·활용하고자 하는 경우에 심사·승인 및 제공 등에 관한 규정이 따로 마련되어 있지 않을 뿐만 아니라, 현재 운영 중인 전산정보처리조직으로 처리할 수 없는 사항이므로, 귀하의 '지적전산자료 이용·활용 심사신청'을 처리하여 드리지 못하는 점 널리 이해하여 주시기 바랍니다.

바. 한편, 청구인은 2014. 3. 11. 청구 외 □□도 □□군수에게 □□도 □□군 □□읍 □□로 00(□□리 00) 일원 반경 150m 주변일대에 대해서 지적전산자료 이용·활용 승인신청을 하였고, 2014년 3월에는 청구 외 ●●시 ●●구청장에게 ●●시 ●●구 ●●동 00번지 일원 반경 150m 주변일대에 대하여 지적전산자료의 이용·활용 승인신청 및 문의를 하였으며, 2014. 3. 16.에는 청구 외 ■■도 ■■시 ■■구청장에게 ■■도 ■■시 ■■구 ■■동 00 일원 반경 150m 주변일대에 대하여 지적전산자료의 이용·활용 승인신청을 하였다.

사. 이에 대하여 위 ●●구청장은 2014. 3. 17. 청구인에게 다음과 같이 답변하였다.

- 다 음 -

측량법 제76조제1항제3호에 의하여 지적전산자료를 요청할 때에는 같은 법 제76조제2항에 의거 미리 관계 중앙행정기관(국토교통부)의 심사를 받은 후, 지적소관청(●●구)에 지적전

산자료를 승인 요청하여 주시기 바랍니다.
참고로, 같은 법 제44조제1항제2호에 의한 지적측량업으로 등록된 경우에는 같은 법 제45조의 업무범위 안에서 지적측량 수행계획서를 우리 구에 제출하시면 검토 후 측량준비도 파일을 제공할 수 있음을 알려드립니다.

아. 한편 위 ■■구청장은 2014. 3. 18. 청구인에게 다음과 같이 답변하였다.

- 다 음 -

지적공부에 대한 전산자료는 측량법 제76조 및 같은 법 시행령 제62조제1항, 제3항 규정에 따라 ①신청 내용의 타당성, 적합성 및 공익성, ②개인의 사생활 침해 여부, ③자료의 목적 외 사용 방지 및 안전관리대책, ④신청한 사항의 처리가 전산정보처리조직으로 가능한지 여부, ⑤신청한 사항의 처리가 지적업무수행에 지장을 주지 않는지 여부에 대해 심사한 후 제공할 수 있으며, (중략)
민원인께서 신청하신 지적전산자료에 대해 검토한 바 신청지역(■■동 00번지)은 도해지역으로 측량법 제45조 제1호 규정에 따라 지적측량업자는 경계점좌표등록부가 있는 지역에서만 지적측량을 실시할 수 있으며, 같은 법 시행령 제62조제1항, 제3항 규정에 따라 심사결과에 부적합하므로 부득이하게 제공할 수 없음을 알려드립니다.

자. 대한측량협회 소속변호사 ※※※이 청구인의 자문요청에 대하여 2013. 12. 24. 한 답변에 따르면, 법률에서 규정하지 않은 추가적인 제한을 하위 법령에서 규정할 수 없으므로, 구 측량법 시행령 제62조제2항 및 제3항의 공익성 요건은 상위 법률에 저촉되지 않도록, 공익을 저해하지 않을 것을 의미하는 '공익저해성'의 소극적 요건으로 해석하여야 한다고 되어 있다.

차. 구 행정자치부장관이 2006. 6. 20. 청구 외 ■■시장에게 한 '국·공유지 현황측량에 관한 질의회신'(지적팀-00호) 및 국토교통부장관이 2013. 5. 13. 청구 외 ※※군수에게 한 '하천부지(국·공유지) 측량에 관한 질의알림'(지적기획과-00호)에 따르면 다음과 같이 되어 있다.

- 다 음 -

○ (중략)따라서 지적도 및 임야도를 기반으로 하는 모든 측량은 지적측량에 속하므로 귀시에서 실시하는 국·공유지 현황측량은 지적측량수행자인 대한지적공사 또는 지적측량업

자를 제외하고는 지적측량을 실시할 수 없으며, 만일 지적측량업의 등록을 하지 아니하고 지적측량을 실시한 자는「지적법」제50조의2제1항의 규정에 의하여 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정되어 있음을 알려드립니다.

○ (중략)하천부지의 필지별 위치·면적을 지적도·임야도에 등록된 경계와 대비하여 표시하기 위하여 실시하는 측량은 측량법 시행령 제18조 및「지적측량 시행규칙」제25조에 따른 지적현황측량에 해당됩니다.

카. 부동산종합공부시스템 화면 사본에 따르면, 기본 메뉴는 'open, save, save as, export, shape, dxf, exit' 등 8개의 메뉴로 되어 있으며, 이 중 'DXF'는 있으나 'DWG'는 없고, 지역코드 입력난에는 '경안동', '곤지암읍', '곤지암읍 간엽리', '곤지암읍 건업리' 등을 선택할 수 있도록 되어 있다.

6. 이 사건 심판청구의 적법 여부

가. 관계법령

「행정심판법」 제2조제1호·제2호, 제3조제1항에 따르면 행정청의 처분 또는 부작위에 대하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 이 법에 따라 행정심판을 청구할 수 있고, 여기서 '처분'이라 함은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부, 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말한다고 되어 있다.

구 측량법 제76조제1항, 같은 법 시행령 제62조제1항, 제2항에 따르면 지적공부에 관한 전산자료(연속지적도를 포함하며, 이하 "지적전산자료"라 한다)를 이용하거나 활용하려는 자는 국토교통부장관, 시·도지사 또는 지적소관청의 승인을 받아야 하고, 자료의 이용 또는 활용 목적 및 근거, 자료의 범위 및 내용, 자료의 제공 방식, 보관 기관 및 안전관리대책 등의 사항을 적은 신청서를 관계 중앙행정기관의 장에게 제출하여 심사를 신청하고, 그 심사 신청을 받은 관계 중앙행정기관의 장은 신청 내용의 타당성, 적합성 및 공익성, 개인의 사생활 침해 여부, 자료의 목적 외 사용 방지 및 안전관리대책 등의 사항을 심사한 후 그 결과를 신청인에게 통지하여야 한다고 되어 있다.

나. 판단

피청구인은 이 사건 회신이 일반적인 의견제시에 불과하므로 이 사건 행정심판청구는 행정처분이 아닌 행위를 대상으로 한 부적법한 청구라고 주장하나, 측량법령에 따르면 지

적전산자료를 이용·활용하고자 하는 자는 국토교통부장관 등의 승인을 받아야 하는데 그 승인을 신청하려면 관계 중앙행정기관장의 심사를 신청하여 그 결과를 제출하여야 하는 바, 청구인은 피청구인의 이 사건 회신에 의하여 이 사건 지적전산자료를 활용하지 못하게 되었으므로, 이 사건 회신은 행정청이 공권력의 주체로서 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 국민의 권리의무에 직접적으로 영향을 미치는 행위(대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 판결 참조)이어서 행정처분이라 할 것이므로, 피청구인의 위 주장은 받아들일 수 없고, 이 사건 심판청구는 적법하다 할 것이다.

7. 이 사건 회신의 위법·부당 여부

가. 관계법령

1) 정보공개법 제2조제1항에 따르면 '정보'란 공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 관리하고 있는 문서(전자문서를 포함한다. 이하 같다)·도면·사진·필름·테이프·슬라이드 및 그 밖에 이에 준하는 매체 등에 기록된 사항을 말하고, 같은 법 제3조에 따르면 공공기관이 보유·관리하는 정보는 국민의 알권리 보장 등을 위하여 이 법에서 정하는 바에 따라 적극적으로 공개하여야 하며, 같은 법 제15조제1항에 따르면 공공기관은 전자적 형태로 보유·관리하는 정보에 대하여 청구인이 전자적 형태로 공개하여 줄 것을 요청하는 경우에는 그 정보의 성질상 현저히 곤란한 경우를 제외하고는 청구인의 요청에 따라야 한다고 되어 있다.

2)「헌법」제11조제1항에 따르면 모든 국민은 법 앞에 평등하고, 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다고 되어 있다.

3) 구 측량법 제2조제4호, 제6호, 제23조제1항, 같은 법 시행령 제18조에 따르면 '지적측량'이란 토지를 지적공부에 등록하거나 지적공부에 등록된 경계점을 지상에 복원하기 위하여 필지의 경계 또는 좌표와 면적을 정하는 측량을 말하고, 지적기준점을 정하거나 지적공부를 복구하거나 경계점을 지상에 복원하거나 지상건축물 등의 현황을 지적도 및 임야도에 등록된 경계와 대비하여 표시하는 데에 필요한 경우 등에 실시되며, '일반측량'이란 기본측량, 공공측량, 지적측량 및 수로측량 외의 측량을 말한다고 되어 있다.

구 측량법 제44조제1항, 제2항, 같은 법 시행령(2014. 4. 29. 대통령령 제25339호로 개정되기 전의 것) 제34조, 별표 7에 따르면 측량업은 지적측량업, 일반측량업 등으로 구분되고, 측량업을 하려는 자는 업종별로 기술인력·장비 등의 등록기준을 갖추어 국토교통부장관 또는 시·도지사에게 등록하여야 하며, 다만 대한지적공사는 측량업의 등록을 하지 아니하고 지적측량업을 할 수 있고, 일반측량업의 업무내용은 공공측량(설계금액이 3천만원 이하인 경우로 한정한다)으로서 토지 및 지형·지물에 대한 측량, 일반측량으로서 토지 및 지형·지물에 대한 측량, 설계에 수반되는 조사측량과 측량 관련 도면의 작성, 각종 인허가 관련 측량도면 및 설계도서의 작성이며, 지적측량업의 업무내용은 경계점좌표등록부가 있는 지역에서의 지적측량, 「지적재조사에 관한 특별법」에 따른 사업지구에서 실시하는 지적재조사측량, 도시개발사업 등이 끝남에 따라 하는 지적확정측량, 지적전산자료를 활용한 정보화사업으로 되어 있다.

4) 구 측량법 제76조제1항에 따르면 전국 단위의 지적전산자료를 이용하거나 활용하려는 자는 국토교통부장관, 시·도지사 또는 지적소관청(제1호)의, 시·도 단위의 지적전산자료를 이용하거나 활용하려는 자는 시·도지사 또는 지적소관청(제2호)의, 시·군·구(자치구가 아닌 구를 포함한다) 단위의 지적전산자료를 이용하거나 활용하려는 자는 지적소관청(제3호)의 승인을 받아야 하고, 같은 조 제2항에 따르면 제1항에 따른 승인을 신청하려는 자는 지적전산자료의 이용 또는 활용 목적 등에 관하여 미리 관계 중앙행정기관의 심사를 받아야 한다고 되어 있다.

같은 법 시행령 제62조제2항에 따르면 지적전산자료의 이용·활용 심사 신청을 받은 관계 중앙행정기관의 장은 신청 내용의 타당성, 적합성 및 공익성(제1호), 개인의 사생활 침해 여부(제2호), 자료의 목적 외 사용 방지 및 안전관리대책(제3호)을 심사한 후 그 결과를 신청인에게 통지하여야 하고, 같은 조 제4항에 따르면 지적전산자료의 이용·활용 승인 신청을 받은 국토교통부장관, 시·도지사 또는 지적소관청은 제2항 각 호의 사항(제1호), 신청한 사항의 처리가 전산정보처리조직으로 가능한지 여부(제2호), 신청한 사항의 처리가 지적업무수행에 지장을 주지 않는지 여부(제3호)를 심사하여야 한다고 되어 있다.

나. 판단

1) 청구인은 이 사건 지적전산자료의 이용·활용 심사 신청을 한 취지가 지적측량을 하

려는 것이 아니라 일반측량 성과도에 현황과 측량을 대비하여 표기하려는 것이고, 피청구인이 대한지적공사 등에 CIF 파일형태로 지적전산자료를 제공하고 있으며, 대법원 91누5952 판결 등에 따르면 피청구인은 일정한 요청을 갖춘 신청인에게는 지적공부의 발급을 거부할 수 없다고 주장하나, 청구인은 DXF 또는 DWG 파일형태로 △△시 △△구 △△동 00번지 중심 반경 약 150m 주변 지역에 대한 지적전산자료를 제공할 것을 피청구인에게 신청하였는데, 현재 지적전산자료가 관리되고 있는 부동산종합공부시스템에 따르면 DWG 형태의 자료추출기능이 없고 DXF 형태로는 읍·면·동·리 등 행정구역 이하 단위로는 자료추출 할 수 없어, 청구인이 신청한 특정 지번 주변 반경 150m에 대한 지적전산정보를 DWG 또는 DXF 파일형태로 제공하는 것은 기술적으로 불가능한 점, 측량법령에 따르면 '신청한 사항의 처리가 전산정보처리조직으로 가능한지 여부'는 피청구인의 심사사항으로 규정되어 있지는 않으나, 이 사건 지적전산자료를 탑재하고 있는 부동산종합공부시스템은 피청구인이 관리·운영하고 있으므로 기술적 판단을 하기에 가장 적절한 자는 피청구인이라 할 것이고, 또한 이 사항은 지적소관청의 심사사항으로 규정되어 있어 결국 청구인이 지적소관청(△△시 △△구청장)으로부터 이 사건 지적전산자료의 이용·활용 승인을 받지 못하게 될 것인 점, 대법원 91누5952 판결은 지적전산자료가 아니라 지적공부등본의 작성방식에 대한 판례인 점, 달리 이 사건 회신이 위법·부당하다고 볼만한 사정이 없는 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 회신이 위법·부당하다고 볼 수 없다.

2) 청구인은 지적측량업자와 대한지적공사는 지적전산자료를 활용할 수 있고 일반측량업자는 이를 활용할 수 없다고 하는 것은 헌법상 평등의 원칙에 위반된다고 주장하나, 「헌법」상 평등의 원칙은 일반적으로 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금하고 있는 것으로 해석되는데(헌법재판소 2002헌바91 결정), 지적측량업자와 일반측량업자는 등록기준, 업무내용 등에 있어서 차이가 있는 점, 청구인은 구 측량법에 따르면 개인에게도 자기 토지에 한하여 지적전산자료의 이용을 허용하고 있다고 주장하나, 특정 토지의 지적전산자료의 이용에 있어서 토지소유자가 아닌 일반측량업자를 해당 토지의 소유자와 같게 볼 수 없는 점 등에 비추어 보면, 청구인의 위 주장을 받아들일 수 없다.

3) 청구인은 이 사건 지적전산자료 중 전산화된 지적도등본은 정보공개법 제2조의 '공

공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 관리하고 있는 문서'에 해당되므로 같은 법 제15조에 따라 공개되어야 한다고 주장하나, 위 인정사실에 따르면 청구인은 구 측량법 제76조 제4항 및 같은 법 시행령 제62조를 법적 근거로 명시하여 지적전산자료 이용·활용 심사 신청을 한 사실, 피청구인은 이에 대하여 이 사건 회신을 한 사실 등이 인정되고, 이를 종합적으로 고려할 때 이 사건 회신은 정보공개법에 따른 정보공개청구가 아니라 구 측량법 제76조에 따른 지적전산자료 이용·활용 심사 반려처분을 한 것이므로, 청구인의 위 주장을 받아들일 수 없다.

8. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 청구인의 청구를 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

교 육

Anti-Corruption & Civil Rights Commission

1 2013-10745 사립학교장 임명승인 취소처분 취소청구 등(재결일 : 2014. 2. 18.)

【사건의 쟁점】

행정청의 하자있는 교장 임명승인처분을 신뢰하여 재정결함지원금을 신청한 경우 이를 허위 사실에 기초한 신청으로 볼 수 있는지 여부

【재결요지】

「서울특별시 사립학교 재정지원에 관한 조례」 제9조제2항제6호에 따르면 교육감은 지원대상기관이 이 조례에서 정한 지원금신청서 및 각종 보고에서 허위인 사실이 발견되었을 때에는 그 지원금의 전부 또는 일부를 반환하게 할 수 있다고 되어 있는데, 피청구인의 '사립학교 재정결함지원금 지원계획'에서는 교원(정규) 인건비 산정기준으로서 '정원 범위 내의 현원으로 관할청에 임용 보고된 자'라고 정하고 있고, 청구인 2는 정원 범위 내의 현원이자 2009. 1. 6. 피청구인으로부터 사립학교장 임명 승인처분을 받은 자로서, 동 승인처분이 사실상 하자있는 행정처분이었더라도 청구인 1로서는 피청구인의 위 승인처분으로 인하여 청구인 2를 '관할청에 임용 보고된 자'로 볼 수밖에 없었을 것이고, 이러한 사정에 기초하여 청구인 1이 2009. 3. 23. 및 2010. 3. 19. 각각 피청구인에게 청구인 2에 대한 인건비 내역을 포함시켜 재정결함지원금 신청서를 작성·제출한 것이 「서울특별시 사립학교 재정지원에 관한 조례」 제9조제2항제6호 소정의 '허위인 사실'에 해당된다고 볼 수는 없음

【재결의 의미】

교장이 될 자격요건을 갖추지 못하였으나 관할청으로부터 교장취임을 승인받고 이에 따라 교장으로 근무한 자에 대하여 학교법인으로서는 당연히 적법한 교장이라고 생각할 수밖에 없었을 것이고, 이에 따라 학교법인이 위 교장을 학교의 교원에 포함시켜 재정결함지원금을 신청하였더라도 이를 허위 사실에 기초한 신청으로 볼 수는 없음

주 문 1. 이 사건 심판청구 중 청구인 2의 재정결함지원금 회수처분 취소청구 부분을 각하한다.

2. 피청구인이 2013. 1. 28. 청구인 1에게 한 재정결함지원금 회수처분을 취소한다.

3. 청구인들의 나머지 청구를 모두 기각한다.

청구취지 1. 피청구인이 2013. 1. 30. 청구인 1에게 한 사립학교장 임명승인 취소처분을 취소한다.

2. 주문 2와 같다.

이 유

1. 사건개요

가. 청구인 1은 서울○○○○고등학교(이하 '이 사건 학교'라 한다)를 설립·경영하는 학교법인이고, 청구인 2는 2009. 1. 6.부터 2013. 1. 5.까지 이 사건 학교 교장으로 재직하였던 자로서 위 학교법인 이사장 김○○의 손자사위이다.

나. 구 교육과학기술부장관은 서울특별시교육청에 대한 종합감사를 실시한 후 2013. 1. 9. 청구인 2가 재적이사 8명 중 4명만의 찬성을 얻었으므로 교장으로 임명될 수 없는 자이나, 피청구인이 청구인 1에게 청구인 2에 대한 사립학교장 임명승인(이하 '이 사건 승인'이라 한다)을 하고 청구인 2의 인건비와 관련한 재정결함지원금 1억 5,713만 4,000원을 지급하였다는 이유로, 피청구인에게 이 사건 승인을 취소하고 부당 지급된 재정결함지원금을 관련자로부터 회수하여 관련 회계에 세입조치 하라는 취지의 감사결과 처분요구를 하였다.

다. 이에 피청구인은 2013. 1. 28. 교장으로 임명될 수 없는 자를 교장으로 하여 재정결함지원금을 신청하였다는 이유로 청구인 1에게 1억 5,713만 4,000원의 재정결함지원금 회수처분(이하 '이 사건 회수처분'이라 한다)을 하였고, 2013. 1. 30. 청구인 2가 이사 정수의 3분의 2 이상의 찬성을 받지 못한 자라는 이유로 청구인 1에게 사립학교장 임명승인 취소처분(이하 '이 사건 취소처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인들 주장

가. 청구취지 1에 대하여

청구인 1은 8명의 재적이사 중 4명의 찬성을 얻어 청구인 2를 이 사건 학교 교장으로

임명하였고, 그 외 3명의 이사들도 구두로 임명에 찬성하여 이사 정수 3분의 2 이상의 찬성을 얻었다고 볼 수 있으며, 피청구인 또한 2009. 1. 6. 청구인 2를 이 사건 학교 교장으로 임명하도록 승인하였으므로 피청구인의 이 사건 취소처분은 위법·부당하다.

나. 청구취지 2에 대하여

피청구인이 2009. 1. 6. 이 사건 승인을 함에 따라 청구인 2는 2009. 1. 6.부터 2013. 1. 5.까지 이 사건 학교의 교장으로 재임하며 정당하게 근로하였고, 피청구인은 근로의 대가를 지급하는 차원에서 청구인 2에 대한 인건비를 지원하였을 뿐인데, 교장으로 임명될 수 없는 자라는 이유로 기 지급한 재정결함지원금을 반환하라는 내용의 이 사건 회수처분은 위법·부당하다.

3. 피청구인 주장

가. 본안 전 주장

피청구인은 청구인 1에게 이 사건 회수처분을 하였으므로 처분 당사자가 아닌 청구인 2에게는 동 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없다.

나. 본안에 대한 주장

「서울특별시 사립학교 재정지원에 관한 조례」 제9조제2항제6호에 따르면 지원금 신청서 및 각종 보고에서 허위인 사실이 발견되었을 때는 지원금의 전부 또는 일부를 반환하게 할 수 있다고 되어 있는데, 청구인 2에 대한 교장 임명은 원인 무효로서 청구인 1이 청구인 2의 인건비를 포함시켜 재정결함지원금을 신청한 것은 지원금 신청서에서 허위의 사실이 발견된 것으로 볼 수 있고, 임명승인도 당연히 취소되어야 하는 것이므로, 이 사건 취소처분 및 이 사건 회수처분은 적법·타당하다.

4. 관계법령

행정심판법 제13조제1항

구 사립학교법(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정·시행되기 전의 것, 이하 같다) 제4조제1항, 제43조제1항, 제53조제1항, 제54조의3제3항

서울특별시 사립학교 재정지원에 관한 조례 제2조, 제3조제1항, 제4조제1호, 제5조제1

항·제4항, 제9조제2항

5. 인정사실

당사자 간 다툼 없는 사실 및 청구인들과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 학교법인 ○○학원 이사회 회의록, 사립학교장 임명승인 신청서, 사립학교장 임명 승인서, 2009학년도 재정결함지원금 신청서, 2010학년도 재정결함지원금 신청서, 감사결과 처분요구 통보서, 회수금 반납 및 처리결과 제출요청서, 사립학교장 임명승인 취소통지서, 감사결과 처분요구 재심의 요청서, 재심의결과 통보서, 사립학교 재정결함지원금 지원계획 등의 각 사본의 기재내용을 종합해보면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인 1은 이 사건 학교(서울특별시 ○○구 ○동 000-0)를 설립·경영하는 학교법인이고, 청구인 2는 2009. 1. 6.부터 2013. 1. 5.까지 이 사건 학교 교장으로 재직하였던 자로서 위 학교법인 이사장 김○○의 손자사위이다.

나. 청구인 1은 2008. 12. 1. 다음과 같은 이사회 회의록을 첨부하여 피청구인에게 청구인 2에 대한 사립학교장 임명 승인신청을 하였고, 피청구인은 2009. 1. 6. 청구인 1에게 사립학교장 임명 승인처분을 하였다.

- 다 음 -

❑ 학교법인 ○○학원 2008학년도 제4차 회의록(2008. 11. 17. 11:00)

○ 이사 정수 8명, 재적이사 8명

- 참석자: 이사 김○○, 김○○, 박○○, 오○○, 박○○(5명)
- 불참자: 이사 김○○, 한○○, 이○○(3명)

○ 학교장 임명에 관한 사항 논의

- 이사 박○○을 서울○○○○고등학교 교장으로 임명하고자 하나,「사립학교법」제54조의3제3항에 따르면 학교법인 이사장의 직계비속과 그 배우자인 자는 이사 정수 3분의 2 이상의 찬성 및 관할청의 승인을 받아야 하므로 이에 관해 논의함

※ 박○○은 본인과 관련된 사항이므로 이번 안건 논의에 참석하지 않고 퇴장함

- 이사 김○○, 김○○, 박○○, 오○○이 박○○을 학교장으로 임명하는데 찬성함

다. 청구인 1의 2009학년도 및 2010학년도 재정결함지원금 신청서에 따르면, 청구인 1은 피청구인에게 2009. 3. 23. 이 사건 학교에 대한 재정결함지원금 13억 6,426만 4,000원을, 2010. 3. 19. 이 사건 학교에 대한 재정결함지원금 9억 790만 6,000원을 각각 신청하였는데, 위 재정결함지원금들은 한 학년도 동안 학교에서 필요로 하는 예산인 '기준재정수요액(항목: 교원 인건비, 사무직원 인건비, 법정부담금, 수업료면제 및 장학금지급액, 학교운영비, 기타)'과 그 중 자체적으로 조달할 수 있는 예산인 '기준재정수입액(항목: 입학금, 수업료, 법인전입금, 기타수입)'의 차액에 해당하고, '교원 인건비' 내역에는 청구인 2에 대한 인건비 내역도 포함되어 있다.

라. 피청구인은 2009. 3. 1.부터 2011. 2. 28.까지 청구인 1에게 재정결함지원금을 지급하였는데, 그 중 청구인 2의 인건비와 관련하여 지급된 금액은 2009년 6,825만 1,000원, 2010년 7,358만 1,000원, 2011년 1,530만 2,000원으로 총 1억 5,713만 4,000원이다.

마. 구 교육과학기술부장관은 2012. 10. 22.부터 2012. 11. 2.까지 종합감사를 실시한 후 2013. 1. 9. 다음과 같이 피청구인에게 감사결과 처분요구를 하였다.

- 다 음 -

❑ 관계법령

○ 「사립학교법」 제54조의3제3항에 따르면, 학교법인 이사장의 배우자, 직계존속 및 직계비속과 그 배우자인 자는 이사 정수 3분의 2 이상의 찬성과 관할청의 승인을 받아 당해 학교법인이 설치·경영하는 학교의 장에 임명될 수 있다고 되어 있음

❑ 지적사항

○ 학교법인 ○○학원은 8명의 재적이사 중 4명만의 찬성을 얻어 이사장 김○○의 손자사위인 박○○을 서울○○○○고등학교 교장으로 임명함(재임기간: 2009. 1. 6. ~ 2013. 1. 5.)

○ 서울특별시교육청은 교장으로 임명될 수 없는 자인 박○○에 대하여 사립학교장 임명승인을 하고, 재정결함지원금 총 1억 5,713만 4,000원을 지급하였음

❑ 처분요구

○ 신분상조치

- 학교법인 ○○학원 교장 박○○에 대한 임명승인을 취소하기 바람

○ 재정상조치

- 부당 지급된 재정결함지원금 1억 5,713만 4,000원을 관련자로부터 회수하여 관련 회계에 세입조치하기 바람

바. 피청구인은 2013. 1. 22. 위 감사결과 처분요구를 청구인 1에게 통보한 후, 2013. 1. 28. 교장으로 임명될 수 없는 자를 교장으로 하여 재정결함지원금을 신청하였다는 이유로 청구인 1에게 이 사건 회수처분을 하였고, 2013. 1. 30. 청구인 2가 이사 정수의 3분의 2 이상의 찬성을 받지 못한 자라는 이유로 청구인 1에게 이 사건 취소처분을 하였다.

사. 청구인 1이 피청구인에게 감사결과 처분요구에 대한 재심의를 요구하여 피청구인이 2013. 2. 8. 구 교육과학기술부장관에게 감사결과 처분요구 재심의 신청을 하자, 구 교육과학기술부장관의 권한을 승계한 교육부장관은 2013. 4. 1. 학교법인 ○○학원의 이사회의결은 이사 정수 3분의 2 이상의 찬성을 받지 못하여 교장임명 승인이 원인무효이고, 재정결함보조금은 교장임명 승인 부적격자에게 지급된 것이므로 회수되어야 한다는 이유로 재심의 기각결정을 하였다.

아. 서울특별시교육청의 '사립학교 재정결함지원금 지원계획'의 주요 내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

❑ 지원대상

○ 「초·중등교육법」 제2조제3호, 제4호의 사립중·고등학교 및 고등기술학교와 제6호의 각종학교를 설치·경영하는 학교법인

❑ 기준재정수요액 산정기준

○ 교원(정규) 인건비

- 정원 범위 내의 현원으로 관할청에 임용 보고된 자

※ 교육공무원 정년(만62세)을 초과한 경우 지원하지 않음

❑ 지원 중단 및 지원금 반환

○ 목적 이외의 사용

○ 목적사업의 전부 또는 일부를 중지하거나 폐지한 때

○ 관할청의 재정운영에 관한 사항의 변경 권고를 따르지 아니한 때

○ 「사립학교법」 및 같은 법 시행령, 「서울특별시 사립학교 재정지원에 관한 조례」에 의한 관할청의 명령에 불응한 때
○ 학교회계의 자금을 다른 회계로 전출하였을 때
○ 허위 또는 부정한 방법으로 지원받았을 때
○ 지원금 신청서 및 각종 보고에서 허위 사실이 발견되었을 때

자. 피청구인은 이 사건 취소처분 및 이 사건 회수처분을 하면서 행정심판 청구기간을 고지하지 아니하였다.

6. 청구취지 1에 대한 부분

가. 관계법령

구 「사립학교법」 제4조제1항에 따르면 '사립의 초등학교·중학교·고등학교·고등기술학교·공민학교·고등공민학교·특수학교·유치원 및 이들에 준하는 각종 학교'(제1호)와 '제1호에 규정한 사립학교를 설치·경영하는 학교법인 또는 사립학교경영자'(제2호)는 그 주소지를 관할하는 특별시·광역시·도 교육감의 지도·감독을 받는다고 되어 있고, 같은 법 제53조제1항에 따르면 각 급 학교의 장은 당해 학교를 설치·경영하는 학교법인 또는 사립학교경영자가 임면한다고 되어 있으며, 같은 법 제54조의3제3항에 따르면, 학교법인의 이사장과 '배우자'(제1호), '직계존속 및 직계비속과 그 배우자'(제2호)의 관계에 있는 자는 당해 학교법인이 설치·경영하는 학교의 장에 임명될 수 없되, 다만 이사정수 3분의 2 이상의 찬성과 관할청의 승인을 받은 자는 그러하지 아니하다고 되어 있다.

나. 판단 - 이 사건 취소처분의 위법·부당여부

청구인들은 이사회에 참석하지 않은 3명의 이사들도 구두로 청구인 2에 대한 교장임명에 찬성하여 이사 정수 3분의 2 이상의 찬성을 얻었다고 볼 수 있고, 피청구인 은 2009. 1. 6. 이미 사립학교장 임명 승인처분을 하였으므로 피청구인의 이 사건 취소처분은 위법·부당하다고 주장한다. 그러나 청구인 1은 2008. 11. 17. 이사회를 개최한 후 이사 정수 8인 중 4인의 찬성을 얻어 청구인 2를 이 사건 학교 교장으로 임명하였는데, 이는 구 「사립학교법」 제54조의3제3항에 규정된 '이사 정수 3분의 2 이상의 찬성'을 얻지 못한 것이 명백하고, 설령 이사회에 참석하지 않은 이사들이 구두로 임명에 찬성하였다 하더라도 당

해 법규가 이사회의 심의·의결을 규정한 취지는 학교법인 내부에서 적법하게 합치된 의사를 형성하고 그 의사를 법적으로 증명하기 위함이라고 할 것이므로, 이사회에 참석하지 않은 3명의 이사가 구두로 교장임명에 찬성하였다는 사정만으로는 청구인 2에 대한 교장임명이 이사 정수 3분의 2 이상의 찬성을 얻었다고 보기 어렵다. 이에 비추어 보면 피청구인은 이사장 직계비속의 배우자가 예외적으로 사립학교장이 되기 위해 요구되는 의결정족수를 갖추지 못한 청구인 1의 사립학교장 임명 승인신청을 받아들여 2009. 1. 6. 청구인 1에게 사립학교장 임명 승인처분을 하였는바 이는 하자있는 행정처분이라 할 것이고, 이처럼 승인처분에 하자가 있는 경우 피청구인은 처분을 한 처분청으로서 당연히 그 임명승인을 직권취소하고 위법을 시정할 권한이 있다고 할 것이어서, 피청구인이 청구인 2에 대한 사립학교장 임명승인을 취소한 이 사건 취소처분이 위법·부당하다고 할 수 없다.

7. 청구취지 2에 대한 부분

가. 관계법령 등

1)「행정심판법」제13조제1항 전단에 따르면 취소심판은 처분의 취소 또는 변경을 구할 법률상 이익이 있는 자가 청구할 수 있다고 되어 있는바, 법률상 이익이란 당해 행정처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익을 말하고, 당해 행정처분과 관련하여 간접적이거나 사실적·경제적 이해관계를 가지는 데 불과한 경우는 여기에 포함되지 아니한다(대법원 2010. 5. 13. 선고 2009두19168 판결 참조)고 할 것이다.

2) 구「사립학교법」제43조제1항에 따르면 국가 또는 지방자치단체는 교육의 진흥 상 필요하다고 인정할 때에는 사립학교교육의 지원을 위하여 대통령령 또는 당해 지방자치단체의 조례가 정하는 바에 의하여 보조를 신청한 학교법인 또는 사학지원단체에 대하여 보조금을 교부하거나 기타의 지원을 할 수 있다고 되어 있고,「서울특별시 사립학교 재정지원에 관한 조례」제2조제1호·제3호에 따르면, '재정결함액'은 지원대상학교에 대하여 관할청이 산정한 지원대상년도의 기준재정수요액에서 기준재정수입액을 공제한 나머지 금액을 말하고, '기준재정수요액 및 기준재정수입액'은 공립학교 수준으로 교육감이 정한 지원기준에 의한 지원대상학교의 당해년도 재정수요액과 재정수입액을 말한다고 되어 있으며, 같은 조례 제3조제1항에 따르면 사립학교교육의 진흥을 위하여 교육감이 행하는 지원

대상은 '사립의 중학교·고등학교 및 특수학교' 또는 '기타 지원이 필요하다고 교육감이 인정하는 사립학교'를 설치·경영하는 학교법인 또는 사립학교 경영자(이하 '지원대상기관'이라 한다)로 한다고 되어 있고, 같은 조례 제4조제1호에 따르면 교육감은 예산의 범위 내에서 재정결함액 지원 사업에 대하여 재정지원을 할 수 있다고 되어 있으며, 같은 조례 제5조제1항·제4항에 따르면, 교육감은 매년도 지원대상기관에 대하여 지원 계획을 통지하고, 지원금신청서를 제출하게 하며, 제출된 지원금신청서를 검토한 후 교부여부를 결정하고, 그 교부결정내용을 당해 지원대상기관에 통지하여야 한다고 되어 있고, 같은 조례 제9조제2항제6호에 따르면 교육감은 지원대상기관이 이 조례에서 정한 지원금신청서 및 각종 보고에서 허위인 사실이 발견되었을 때에는 그 지원금의 전부 또는 일부를 반환하게 할 수 있다고 되어 있다.

나. 판단 - 청구인 2의 이 사건 심판청구 적법여부 및 이 사건 회수처분의 위법·부당여부

1) 청구인 2의 이 사건 심판청구 적법여부

피청구인은 이 사건 회수처분 당사자가 아닌 청구인 2에게는 동 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없다고 주장하므로 살펴본다. 「서울특별시 사립학교 재정지원에 관한 조례」 제3조제1항, 제4조제1호, 제5조제1항·제4항에 따라 피청구인에게 재정결함지원금을 신청한 자는 청구인 1이고, 피청구인이 재정결함지원금을 지급한 자도 청구인 1이며, 이에 따라 부당 지급된 재정결함지원금을 반환해야 하는 자도 청구인 1이 되고, 추후 청구인 2가 이 사건 회수처분과 관련하여 청구인 1로부터 동 금액 부분에 대한 민사소송을 제기당할 우려 등이 존재한다고 하더라도 이는 직접적이고 구체적인 이익이 아닌 간접적이거나 사실적·경제적 이해관계에 불과하므로 청구인 2에게 이 사건 회수처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 보기는 어렵다. 따라서 청구인 2가 제기한 이 사건 심판청구 부분은 「행정심판법」 제13조제1항에 따른 행정심판 청구요건을 갖추지 못한 부적법한 청구이다.

2) 이 사건 회수처분의 위법·부당여부

피청구인은 「서울특별시 사립학교 재정지원에 관한 조례」 제9조제2항제6호에 따르면 지원금 신청서 및 각종 보고에서 허위인 사실이 발견되었을 때는 지원금의 전부 또는 일부를 반환하게 할 수 있다고 되어 있는데, 청구인 2에 대한 교장 임명은 원인 무효로서

청구인 1이 청구인 2의 인건비를 포함시켜 재정결함지원금을 신청한 것은 지원금 신청서에서 허위의 사실이 발견된 것으로 볼 수 있다고 주장한다. 그러나 위 인정사실에 따르면 피청구인의 '사립학교 재정결함지원금 지원계획'에서는 교원(정규) 인건비 산정기준으로서 '정원 범위 내의 현원으로 관할청에 임용 보고된 자'라고 정하고 있고, 청구인 2는 정원 범위 내의 현원이자 2009. 1. 6. 피청구인으로부터 사립학교장 임명 승인처분을 받은 자로서, 동 승인처분이 사실상 하자있는 행정처분이었더라도 청구인 1로서는 피청구인의 위 승인처분으로 인하여 청구인 2를 '관할청에 임용 보고된 자'로 볼 수밖에 없었을 것이고, 이러한 사정에 기초하여 청구인 1이 2009. 3. 23. 및 2010. 3. 19. 각각 피청구인에게 청구인 2에 대한 인건비 내역을 포함시켜 재정결함지원금 신청서를 작성·제출한 것이 「서울특별시 사립학교 재정지원에 관한 조례」 제9조제2항제6호 소정의 '허위인 사실'에 해당된다고 볼 수는 없으므로, 피청구인이 청구인 1에게 교장으로 임명될 수 없는 자를 교장으로 하여 재정결함지원금을 신청하였다는 이유로 「서울특별시 사립학교 재정지원에 관한 조례」 제9조제2항제6호에 따라 한 이 사건 회수처분은 위법·부당하다.

8. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구 중 청구인 2의 재정결함지원금 회수처분 취소청구 부분은 심판청구요건을 갖추지 못한 부적법한 청구이므로 각하하기로 하고, 청구인 1의 재정결함지원금 회수처분 취소청구 부분은 받아들이기로 하며, 청구인들의 나머지 청구는 모두 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

2 2013-13242 학교폭력 재심결정 취소청구(재결일 : 2014. 1. 21.)

【사건의 쟁점】

피청구인이 2명의 가해학생들 중 1명에 대해서는 자치위원회의 '학교봉사' 결정으로 충분하고, 다른 1명에 대해서만 자치위원회의 '학교봉사'에 '특별교육이수'만을 추가하게 한 이 사건 처분이 재량권의 일탈·남용에 해당하는지 여부

【재결요지】

초등학교때부터 집단따돌림으로 정서적으로 불안정하고 자극에 취약한 심리적 기반을 지닌 피해학생이 가해학생들의 따돌림에 두려움을 느껴 피해학생의 주거지 옥상에서 뛰어내려 사망하는 등 피해의 정도가 중한 점, 당사자 간에 원만한 합의가 이루어진 사실이 없으며 갈등이 지속되고 있는 점 등을 종합하여 고려할 때, 피청구인이 청구외 ▼▼▼에 대해서는 재심청구를 기각하고, 청구외 ◈◈◈에 대해서는 당초 자치위원회의 '학교에서의 봉사' 결정에 '학내외 전문가에 의한 특별교육이수 또는 심리치료'만을 추가하는 것으로 결정한 것은 동 학교폭력으로 인한 피해의 정도 등을 감안하지 않은 부족한 제재 조치로서 「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 시행령」 제19조에 따른 학교폭력의 심각성·지속성·고의성, 가해학생의 반성 정도, 가해학생 및 보호자와 피해학생 및 보호자 간의 화해의 정도 등 가해학생에 대한 조치별 적용 기준을 고려하여 결정하였다고 할 수 없으므로 이 사건 처분들은 재량권을 일탈·남용하여 위법·부당함

【재결의 의미】

학교폭력 관련으로 가해학생에 대한 제재조치를 할 때에는 학교폭력의 심각성·지속성·고의성, 가해학생의 반성 정도, 가해학생 및 보호자와 피해학생 및 보호자 간의 화해의 정도 등 가해학생에 대한 조치별 적용 기준을 고려하여 결정하여야 함

주 문 피청구인이 2013. 5. 10. 청구외 ◈◈◈, ▼▼▼에게 한 학교폭력 재심결정을 취소한다.

청구취지 주문과 같다.

이 유

1. 사건개요

청구인은 ○○○중학교에 재학하였던 고 ◎◎◎(이하 '피해학생'이라 한다)의 모로서, 피해학생은 2013. 3. 4. ○○광역시 ○○구 ○○에 있는 자택 3층 건물(이하'피해학생의 주거지'라 한다) 옥상에서 스스로 뛰어 내려 사망하였고, 동 사망사건의 사고원인을 수사하였던 ○○경찰서장은 2013. 4. 17.○○○중학교장에게 피해학생이 같은 학교에 재학중인 ◈◈◈, ▼▼▼, ***, ###(이하 '가해학생들'이라 한다)의 따돌림에 두려움을 느끼고 자살하였다는 내용의 학교폭력 피해사실을 통보하였으며, 이에 ○○○중학교 학교폭력대책자치위원회(이하 '자치위원회'라 한다)는 2013. 4. 19. 가해학생들에게 '학교에서의 봉사'를 결정하였고, 청구인은 자치위원회의 결정에 불복하여 2013. 4. 26. 피청구인에게 가해학생들 중 ◈◈◈와 ▼▼▼에 대해 재심을 청구하였으며, 피청구인은 2013. 5. 10. 위 재심청구에 대해 '가해학생의 학교폭력의 심각성, 반성정도 등을 감안한다'는 이유로 청구외 ▼▼▼에 대하여는 기각하고, 청구외 ◈◈◈에 대하여는 자치위원회 결정외에 '학내외 전문가에 의한 특별교육이수 또는 심리치료'를 추가하는 결정(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

피청구인은 가해학생인 ▼▼▼과 ◈◈◈가 전혀 반성을 하고 있지 않음에도 불구하고 왜곡·조작된 자치위원회의 회의록 등에 근거하여 형식적으로 회의를 개최한 후 이 사건 처분을 하였으므로 집단따돌림으로 자살한 피해학생의 넋을 위로하기 위해서라도 이 사건 처분을 취소하고 가해학생 ▼▼▼과 ◈◈◈에게 전학 등의 강력한 조치를 하여야 한다.

3. 피청구인 주장

피청구인은 관계법령에 따라 적법하게 회의를 소집하여 피해학생 부모의 의견진술, 가해학생들측 및 학교관계자에 대한 질의, 응답 후 1시간 30여분에 걸쳐 심도있는 논의를 거쳐 학교폭력의 심각성, 고의성, 가해학생의 반성여부 등을 감안하여 이 사건 처분을 하였으므로 피청구인이 한 이 사건 처분은 적법·타당하다.

4. 관계법령

학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제2조, 제9조, 제12조, 제17조, 제17조의2

학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 시행령 제19조, 제24조

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 자치위원회 회의록, 내사보고서, 진술서, 재심 청구서, 재심결정서 등 각 사본에 따르면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 ○○○중학교에 재학하였던 피해학생의 모로서, 피해학생은 개학날인 2013. 3. 4. 07:52경 피해학생의 주거지 옥상에서 스스로 뛰어내려 사망하였다.

나. 위 사망사건의 사고원인을 수사하였던 ○○경찰서장은 2013. 4. 17. ○○○중학교장에게 피해학생이 같은 학교에 재학 중인 가해학생들의 따돌림에 두려움을 느끼고 자살하였다는 내용의 학교폭력 피해사실을 통보하였는데, ○○경찰서의 내사보고서의 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

□ 사건개요

○ 피해학생은 2학년 때(2012년) 미술대회에서 장려상을 받았는데 ◈◈◈가 피해학생에게 그림을 베꼈다고 하여 시비가 되었고, 이로 인해 친하게 지내던 가해학생들로부터 따돌림으로 외톨이가 되어 심적 갈등을 겪어오다 거실에 '죄송해요 또다시 외톨이가 될까봐'라는 내용의 유서를 써 놓고 개학날인 2013. 3. 4. 07:52경 피해학생의 주거지 옥상에서 스스로 뛰어내려 사망하였음

□ 수사결과

○ 피해학생은 초등학교 때부터 지속·반복되어온 집단따돌림으로 인해 정서적으로 불안정하고 자극에 취약한 심리적 기반을 지니고 있었음

- 피해학생의 왼쪽 얼굴의 눈부터 코까지 홍반증이 있고 통통한 체격이어서 초등학교 때부터 '빨간 돼지'로 놀림받으며 따돌림을 당해 왔음

○ 외모로 인한 따돌림이 없었던 중학교 1학년 때도 교우관계에 문제가 있었던 것으로 보임

○ 피해학생은 미술대회 표절시비를 계기로 한때 친했던 친구인 ◈◈◈가 주도하는 따돌

림과 험담을 또다시 경험하게 되자 자해 및 자살사고를 반추하고 실제 시도할 정도로 심리상태가 매우 불안정했던 것으로 추정됨

○ ◈◈◈가 피해학생과 친하게 지내는 ***, ###, ▼▼▼에게 뒷담 및 앞담을 하여 이로 인하여 사이가 악화되었음

○ 피해학생은 사망직전 2013. 3. 2. 카카오스토리에서 ***, ###, ▼▼▼의 댓글을 본 후 위 친구들이 피해학생을 싫어한다는 사실을 확인하고 친구들의 따돌림에 두려움을 느껴 피해학생의 주거지 옥상에서 스스로 뛰어내려 사망하였음

○ ◈◈◈, ***, ###, ▼▼▼은 폭행 및 협박 등의 위해사실은 발견할 수 없으나, 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제2조제1호·제1호의2·제1호의3에 해당되므로 해당학교에 학교폭력으로 통보 예정이며, 타살혐의점은 발견되지 않아 내사 종결 처리함

다. 자치위원회는 2013. 4. 19. 다음과 같이 회의를 개최한 후 가해학생들에 대하여 '학교에서의 봉사'를 결정하였다.

- 다 음 -

□ 참석자 : 자치위원회 위원들, 피해학생의 부모, 가해학생들의 부모, 가해학생들의 담임교사 등

□ 참조자료 : 사건보고서, 부산중부경찰서의 내사보고서, 가해학생측 진술서 등

□ 피해학생 : 고 박승혜

□ 가해학생들 : ◈◈◈, ***, ###, ▼▼▼

□ 피해학생 측

○ 피해학생이 그림그리기 대회 이후부터 스트레스를 받고 심리적으로 불안한 상태에 놓여 있다가 신학기가 되어 친한 친구도 다른 반으로 배정되어 학교가기가 죽기보다도 싫어져 개학날 자살하게 되었음

○ 평소 친구들과의 사이, 카카오스토리의 내용 등이 피해학생의 마음을 아프게 했음

○ ◈◈◈는 교내 그림그리기 대회 이후에 집단따돌림을 주동하였고, 피해학생에게 택시비를 요구하기도 하였으며 피해학생과 교실에서 계속 갈등이 있었음

○ 가해학생들 간의 언어폭력과 친했다고 생각했던 친구의 배신 등이 피해학생의 자살로 이어졌다고 생각함

□ 가해학생들의 부모 측

○ 정혜미의 말에 의하면 피해학생과 싸운 후 말이나 전화통화를 한 적이 없다고 함.
○ 친하게 지내다가 싸우기도 하고 화해하여 잘 지내는 것이 보통의 아이들이지만, 마음에 맞지 않으면 얘기하지 않을 수도 있다고 생각함
○ 친구들 간에 이런 일들은 허다하게 일어나고 있고, ▼▼▼은 카카오스토리에 몇 개의 댓글을 단 것뿐인데 왕따다, 집단따돌림이다, 학교폭력이다 하면서 피해학생의 죽음에 대한 책임을 묻는 것은 너무 억울함

□ 회의 결과

○ 학교에서의 조사에서 가해학생들에게 크게 잘못한 점을 발견할 수 없어서 처벌을 안했으면 좋겠으나, 경찰조사결과에서 학교폭력에 해당된다고 했기 때문에 가장 낮은 조치를 하기로 함
○ 피해학생이 고인이 되었기 때문에 제1호의 서면사과는 불가능하고, 카카오스토리나 카카오톡에 안 좋은 글을 올리면 처벌을 받고 반성을 해야 한다는 의미에서 가해학생들에게 '학교에서의 봉사'조치를 내리기로 결정함

라. 청구인은 자치위원회의 결정에 불복하여 2013. 4. 26. 피청구인에게 '가해학생들이 잘못을 인정하지 않고 유족에게 진정성있는 사과를 하지 않아 사망한 피해학생과 유족들에게 마음의 상처를 입혔으므로 가해학생들 중 ◈◈◈와 ▼▼▼에게 전학 조치하기를 요망한다'는 취지의 재심청구를 하였다.

마. 피청구인은 2013. 5. 10. 위 재심청구 건에 관한 회의를 개최하였고, 심의과정에 있어 가해학생들측과 피해학생측, 학교관계자를 출석하게 하여 의견진술의 기회를 부여하고, 선화여자중학교가 피청구인에게 제출한 자치위원회 회의록, 사건보고서, 부산중부경찰서의 내사보고서 등의 관련자료가 참조되었으며, 동 회의에서 '가해학생의 학교폭력의 심각성, 반성정도 등을 감안한다'는 이유로 청구외 ▼▼▼에 대하여는 기각하고, 청구외 ◈◈◈에 대하여는 자치위원회 결정외에 '학내외 전문가에 의한 특별교육이수 또는 심리치료'를 추가하는 이 사건 처분을 하였다.

바. 가해학생들이 2013. 4. 작성한 진술서의 내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

○ ◈◈◈

- 피해학생과 같이 택시를 자주 탔는데 한 두번을 제외하고는 피해학생이 택시비를 내지않아 사이가 조금씩 나빠졌고, 2학년이 거의 끝나갈 때쯤 내가 그린 그림을 피해학생이 자신의 아이디어를 베꼈다고 해서 사이가 안 좋아졌음
- 피해학생이 거짓소문을 내서 피해학생에게 욕한 적이 있고, 친구들과 피해학생의 뒷담을 한 적이 있으며, 택시비와 친구문제 때문에 서로 앞담(욕)과 뒷담을 한 적이 있었음

○ ▼▼▼

- 1학년 때부터 친했지만 조금씩 성가심을 느끼고 벽을 쌓았으나 학교에서는 같이 만나고 놀았음
- 겨울방학 중 ○○에게 메시지가 왔고 피해학생을 미워하게 되었으며, 피해학생이 나보다 그림을 잘 그리는 것을 질투했고, ###과 피해학생과의 관계 때문에 피해학생을 멀리하고 피해학생의 뒷담을 하기도 했음

○ ###

- ▼▼▼과 피해학생이 서로 그림을 같이 그리고 놀러다니는 것에 질투가 나서 피해학생이 싫었음

○ ***

- 작년(2012년)에 피해학생과 ◈◈◈가 싸워서 피해학생이 죽고싶다는 말을 자주 하였고, 피해학생과 ◈◈◈가 절교하였으며 피해학생은 혼자 다녔음
- ▼▼▼이 카카오스토리에 글을 올리고 피해학생이 답글을 올리자 ###이 피해학생에게 '○○이한테 붙지마'라고 하였고, 이후 피해학생에게 '진드기'라고 하여 말다툼을 하였으며, 피해학생에게 '꼭꼭 숨어라'라고 댓글을 올렸음
- 당시에 나는 친구들끼리 장난으로 그런 줄 알고 ○○편을 들었는데 일이 이렇게 되어 피해학생에게 미안함

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령

1)「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」제2조제1호에 따르면 '학교폭력'이란 학교 내외에서 학생을 대상으로 발생한 상해, 폭행, 감금, 협박, 약취·유인, 명예훼손·모욕, 공갈,

강요·강제적인 심부름 및 성폭력, 따돌림, 사이버 따돌림, 정보통신망을 이용한 음란·폭력 정보 등에 의하여 신체·정신 또는 재산상의 피해를 수반하는 행위를 말한다고 되어 있다.

2)「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」제9조제1항에 따르면 지역의 학교폭력 문제를 해결하기 위하여 시·도에 학교폭력대책지역위원회(이하 '지역위원회'라 한다)를 둔다고 되어 있고, 같은 법 제12조제1항 전단에 따르면 학교폭력의 예방 및 대책에 관련된 사항을 심의하기 위하여 학교에 학교폭력대책자치위원회(이하 '자치위원회'라 한다)를 둔다고 되어 있다.

3)「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」제17조제1항에 따르면 자치위원회는 피해학생의 보호와 가해학생의 선도·교육을 위하여 가해학생에 대하여 피해학생에 대한 서면사과(제1호), 피해학생 및 신고·고발 학생에 대한 접촉, 협박 및 보복행위의 금지(제2호), 학교에서의 봉사(제3호), 사회봉사(제4호), 학내외 전문가에 의한 특별 교육이수 또는 심리치료(제5호), 출석정지(제6호), 학급교체(제7호), 전학(제8호), 퇴학처분(제9호)의 어느 하나에 해당하는 조치(수 개의 조치를 병과하는 경우 포함)를 할 것을 학교의 장에게 요청하여야 한다고 되어 있고, 같은 조 제5항에 따르면 자치위원회는 제1항 또는 제2항에 따른 조치를 요청하기 전에 가해학생 및 보호자에게 의견진술의 기회를 부여하는 등 적정한 절차를 거쳐야 한다고 되어 있다.

4)「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」제17조의2제1항, 제3항 및 제4항에 따르면 자치위원회 또는 학교의 장이 제16조제1항 및 제17조제1항에 따라 내린 조치에 대하여 이의가 있는 피해학생 또는 그 보호자는 그 조치를 받은 날부터 15일 이내, 그 조치가 있음을 안 날부터 10일 이내에 지역위원회에 재심을 청구할 수 있고, 지역위원회가 재심청구를 받은 때에는 30일 이내에 이를 심사·결정하여 청구인에게 통보하여야 하며, 결정에 이의가 있는 청구인은 그 통보를 받은 날부터 60일 이내에 행정심판을 제기할 수 있다고 되어 있다.

5)「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 시행령」제19조에 따르면 법 제17조제1항의 조치별 적용 기준은 가해학생이 행사한 학교폭력의 심각성·지속성·고의성(제1호), 가해학생의 반성 정도(제2호), 해당 조치로 인한 가해학생의 선도 가능성(제3호), 가해학생 및 보호

자와 피해학생 및 보호자 간의 화해의 정도(제4호), 피해학생이 장애학생인지 여부(제5호)를 고려하여 결정하고, 그 세부적인 기준은 교육과학기술부장관이 정하여 고시한다고 되어 있고, 같은 법 시행령 제24조제6항 및 제7항에 따르면 지역위원회는 재심사 결정 시 법 제16조제1항 각 호와 제17조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 조치(수 개의 조치를 병과하는 경우 포함)를 할 것을 해당 학교의 장에게 요청할 수 있고, 지역위원회의 재심 결과는 결정의 취지와 내용을 적어 청구인과 가해학생에게 서면으로 통보한다고 되어 있다.

나. 판 단

청구인은 피청구인이 가해학생인 ▼▼▼과 ◈◈◈가 전혀 반성을 하고 있지 않음에도 불구하고 왜곡·조작된 자치위원회의 회의록 등에 근거하여 형식적으로 회의를 개최한 후 이 사건 처분을 하였으므로 집단따돌림으로 자살한 피해학생의 넋을 위로하기 위해서라도 이 사건 처분을 취소하고 가해학생 ▼▼▼과 ◈◈◈에게 전학 등의 강력한 조치를 하여야 한다고 주장하므로 살펴본다. 위 인정사실에 의하면 당초 자치위원회는 가해학생들에 대하여 '학교에서의 봉사'를 결정하였고, 피청구인은 가해학생들 중 재심청구의 대상이 된 ▼▼▼, ◈◈◈ 중 청구외 ◈◈◈에 대하여만 자치위원회 결정에 더하여 '학내외 전문가에 의한 특별교육이수 또는 심리치료'를 결정하였는바, 피해학생의 사망(자살) 원인이 가해학생들의 집단적·지속적인 학교폭력으로 인해 발생하였다고 볼 자료는 부족하나 가해학생들 중 청구외 ▼▼▼과 ◈◈◈가 피해학생에게 몰래 험담을 한 사실이 있었고, 청구외 ◈◈◈와 피해학생간의 그림표절 시비가 원인이 되어 피해학생과 가해학생들과의 사이가 나빠진 점이 인정되며, 이로 인해 초등학교 때부터 집단따돌림으로 정서적으로 불안정하고 자극에 취약한 심리적 기반을 지닌 피해학생이 친구들의 따돌림에 두려움을 느껴 피해학생의 주거지 옥상에서 스스로 뛰어내려 사망하는 등 피해의 정도가 중한 점, 그럼에도 불구하고 당사자 간에 원만한 합의가 이루어진 사실이 없으며 갈등이 지속되고 있는 점 등을 종합하여 고려할 때 피청구인이 청구외 ▼▼▼에 대해서는 재심청구를 기각하고, 청구외 ◈◈◈에 대해서는 당초 자치위원회의 '학교에서의 봉사' 결정에 '학내외 전문가에 의한 특별교육이수 또는 심리치료'만을 추가하는 것으로 결정한 것은 동 학교폭력으로 인한 피해의 정도 등을 감안하지 않은 부족한 제재 조치로서 「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 시행령」 제19조에 따른 학교폭력의 심각성·지속성·고의성, 가해학생의 반성 정도,

가해학생 및 보호자와 피해학생 및 보호자 간의 화해의 정도 등 가해학생에 대한 조치별 적용 기준을 고려하여 결정하였다고 할 수 없으므로 피청구인의 이 사건 처분은 재량권의 일탈·남용으로 위법·부당하다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 있으므로 청구인의 청구를 받아들이기로 하여 주문과 같이 재결한다.

3 2014-02807 학교폭력 재심결정 취소청구(재결일 : 2014. 7. 15.)

【사건의 쟁점】

피청구인의 재심결정이 재량권의 일탈·남용에 해당하는지 여부

【재결요지】

청구인은 2013년 10월 초순경부터 피해학생을 때리고 괴롭혀 왔으며, 11월 초 교실 앞 복도에서 발바닥으로 피해학생의 배와 등을 3회 정도 밀쳤고, 핸드폰으로 욕설을 하였으며, 11월 13일 쉬는 시간에 피해학생의 뺨을 때리고 주먹으로 얼굴을 밀치는 등의 행위를 한 사실이 확인되고, 이러한 청구인의 행동은 피해학생의 잘못으로부터 기인한 것이 아니라 일방적으로 피해학생을 괴롭히기 위한 것으로 보이는 점, ○○○교육지원청 Wee센터 소속 사회복지사가 2013. 11. 15. 작성한 피해학생에 대한 심리상담소견서에 피해학생이 청구인에게 신체·언어폭력을 당했을 때의 부정적인 감정(불안감, 수치심, 두려움)이 남아 있었다는 취지의 내용이 기재되어 있고, 피해학생 측에서 피해학생의 심적 압박이 심한 상태라고 진술하고 있어 피해학생이 청구인과 함께 정상적인 학교생활을 하기는 어려울 것으로 보이는 점, 이에 피청구인은 피해학생에 대한 폭행 정도가 장기간 이루어져 심각성·지속성·고의성이 있고 피해학생의 정상적인 학교생활을 위해 격리가 필요하다는 이유로 청구인에 대해 '전학'조치를 결정하는 내용의 이 사건 처분을 한 점, 이와 같은 조치가 피해학생에 대한 보호와 가해학생에 대한 선도의 필요성이라는 관점에 비추어 청구인의 행위에 비례하지 않는 과도한 처분이라고 단정하기는 어려운 점 등을 종합적으로 고려할 때 청구인에게 '전학'조치를 결정한 피청구인의 이 사건 처분이 위법·부당하다고 할 수 없음

【재결의 의미】

가해학생의 행위에 심각성·지속성·고의성이 인정되고 피해학생의 정상적인 학교생활을 위해 격리가 필요한 경우 가해학생에 대한 '전학'조치는 재량권 범위 내에서 이루어진 적법·타당한 처분이라고 본 사례

주 문 청구인의 청구를 기각한다.

청구취지 피청구인이 2014. 1. 27. 청구인에게 한 학교폭력 재심결정을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

청구인은 ○○중학교에 재학 중인 학생인바, 같은 학교에 재학 중인 ○○○(이하 '피해학생'이라 한다)의 모는 2013. 11. 15.경 피해학생이 청구인으로부터 괴롭힘과 폭행을 당하였다는 내용의 학교폭력 피해신고를 하였고, ○○중학교 학교폭력대책자치위원회(이하 '자치위원회'라 한다)는 2013. 11. 22. 청구인에 대하여 '서면사과, 학교봉사 5일'의 조치를 결정하였으며, 이에 불복하여 피해학생의 모가 2013. 12. 12. 피청구인에게 재심청구를 하자 피청구인은 2014. 1. 27. 폭행정도가 장기간 이루어져 심각성·지속성·고의성이 있고 피해학생의 정상적인 학교생활을 위해 격리가 필요하다는 이유로 청구인에게 '전학' 조치를 결정(이하 '이 사건 처분'이라 한다)하였다.

2. 청구인 주장

청구인에게 강제전학이라는 최고의 징계를 내린 것은 청구인의 잘못에 비해 지나치게 과한 것으로 이는 재량권을 남용하여 한 결정이므로 피청구인의 이 사건 처분은 위법·부당하여 취소되어야 한다.

3. 피청구인 주장

피해학생 측의 재심청구에 대하여 심도 있게 심의한 결과, 청구인이 피해학생에게 한 폭행의 심각성·지속성·고의성과 피해학생의 정상적인 학교생활을 위해 격리가 필요한 점 등을 고려하여 청구인에 대한 '전학'조치를 결정하였는바, 피청구인의 이 사건 처분은 적법·타당하다.

4. 관계법령

학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제2조, 제9조제1항, 제12조제1항, 제17조제1항, 제17조의2제1항, 제3항 및 제4항

학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 시행령 제19조, 제24조제2항, 제3항, 제6항 및 제7항

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 보충서면, 학생사안보고서, 자치위원회 결과통보서, 자치위원회 회의록, 재심청구서, 심리상담소견서, ○○학교폭력대책지역위원회 재심결정서 등에 기재된 내용을 종합해 보면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 ○○중학교에 재학 중인 학생인바, 같은 학교에 재학 중인 피해학생의 모는 2013. 11. 15.경 피해학생이 청구인으로부터 괴롭힘과 폭행을 당하였다는 내용의 학교폭력 피해신고를 하였고, 이후 ○○중학교 교사가 2013. 11. 15. 작성·보고한 학생사안보고서의 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

□ 발생일시 : 2013년 10월 ~ 2013년 11월 13일
□ 사 안 명 : 괴롭힘(폭행)
□ 관 련 자 : ○학년 3반 △△△(청구인), ○학년 3반 ○○○(피해학생)
□ 사안내용 및 경위
- 10월 초순경부터 청구인이 물음에 대한 대답이 엉뚱하다는 이유로 피해학생을 때리고 괴롭히는 행위를 함
- 11월 초(4일~8일) 점심시간 대기할 때 청구인이 교실 앞 복도에서 장난치고 있는 피해학생을 발바닥으로 배와 등을 밀침(3회 정도)
- 11월 12일 하교 후 17:00경 청구인이 핸드폰으로 장난을 치기 위해 피해학생에게 핸드폰을 빌려달라고 요구하였는데 '내 폰으로 이상한 짓 하지마라'는 답문자를 받고 화가 남. 21:50경 피해학생에게 나오라고 카톡으로 연락(욕설을 많이 함)하였으나 외출이 안된다고 하자 학교에서 만나서 얘기하자고 함
- 11월 13일 1교시 후 쉬는 시간에 '머리에 뭐가 들었냐?'는 청구인의 물음에 피해학생이 '미안하다', '앞으로 안 그럴게'라고 답한 것이 화가 나서 뺨을 1회 때리고 주먹으로 얼굴을 밀침

나. 피해학생 측이 작성한 진술서의 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

· 청구인으로부터 당한 학교폭력이 이번이 처음이 아니고 장난이 아닌 폭력으로 감지하게 된 시기는 여름방학 전후임
· 복부를 발로 차는 행위, 멱살을 잡고 뺨을 수차례 때리는 행위, 핸드폰 문자로 욕설 및 협박을 하는 행위 등을 지속적으로 해 옴
· 피해학생은 청구인이 두려워 대들거나 맞받아 폭력을 행사해 본 적이 없었음

다. 자치위원회는 2013. 11. 22. 다음과 같이 청구인에게 '서면사과, 학교봉사 5일'의 조치를 결정하였는바, 동 회의에는 피해학생의 학부모, 청구인, 청구인의 학부모가 직접 출석하여 진술한 것으로 확인된다.

- 다 음 -

□ 참석자: 자치위원회 위원들, 피해학생의 학부모, 청구인, 청구인의 학부모 등
□ 참조자료: 학생사안보고서, 피해학생 소명자료, 청구인 경위서, 전담기구 회의록, 심리상담소견서 등
□ 피해학생 측
· 피해학생의 심적 압박이 심한 상태임
· 피해학생의 상황을 고려하여 엄중한 조치로 청구인에 대한 전학조치를 원함
□ 청구인 측
· 많이 반성하고 있고, 피해학생에게 정말 미안하게 생각함
· 현재 핸드폰도 압수하고, 외출금지, 친구들과의 만남도 절제시키고 있음. 학교의 조치에 상관없이 청구인의 심리상담을 진행하겠음
□ 위원 간 논의
· 피해상황을 고려할 때 피해학생 측에서 강한 처벌을 원하는 것이 이해됨
· 청구인과 부모님이 깊이 반성하고 있는 점과 재발방지를 위한 심리치료 의지 등을 고려하여 합당한 징계조치를 했으면 함
· 피해학생이 학교에 적응하고 안정감을 찾을 수 있도록 담임교사 등이 좀 더 적극적으로 노력하고 청구인의 인성교육과 재발방지를 위한 학교 측 노력이 필요함
□ 의결
· 청구인에 대하여 '서면사과, 학교봉사 5일'의 조치를 결정함
· 피해학생에 대하여 '심리상담 및 조언'의 조치를 결정함

라. 피해학생의 모는 피해학생이 3월부터 11월 중순까지 청구인으로부터 폭행과 괴롭힘을 당해 왔으며 이로 인하여 제대로 수업에 참석을 하지 못할 정도로 심각한 상황임에도 청구인과 격리가 되지 않아 정신적인 피해가 지속되고 있다는 이유로 2013. 12. 12. 피청구인에게 청구인에 대한 전학조치를 요구하는 취지의 재심청구를 하였다.

마. 피청구인은 2014. 1. 27. 위 재심청구 건에 관한 회의를 개최하였는데, 심의·의결하는 과정에 있어 피해학생 측과 청구인 측이 자치위원회에 제출했던 자료, ○○중학교가 피청구인에게 제출한 자치위원회 회의록, 학교 의견서, 재심청구 이후 청구인 측이 제출한 최종진술서 등이 관련 자료로 참조되었으며, 피청구인은 동 회의에서 다음과 같은 내용의 논의를 거쳐 청구인에게 이 사건 처분을 하였다.

- 다 음 -

□ 논의내용

· 청구인은 3월부터 장난이라는 이유로 피해학생을 괴롭혀 왔고, 피해학생이 반응을 보이지 않자 10월부터는 본격적으로 피해학생에 대해 육체적·심리적으로 괴롭혀 온 것으로 보임

· 심각성·지속성·고의성이 있음에도 불구하고 자치위원회가 경미한 처분을 한 것으로 보임.

· 피해학생은 청구인이 있는 한 정상적인 학교생활이 어려울 것으로 보임

□ 의결내용

· 폭행정도가 장기간 이루어져 심각성·지속성·고의성이 있고 피해학생의 정상적인 학교생활을 위해 격리가 필요하므로 청구인에 대한 '전학'조치를 결정함

바. ○○○교육지원청 Wee센터 소속 사회복지사가 2013. 11. 15. 작성한 피해학생에 대한 심리상담소견서에 따르면, 피해학생은 청구인에게 신체·언어폭력을 당했을 때의 상황을 또렷하게 기억하고 있으며 이에 대한 부정적인 감정(불안감, 수치심, 두려움)이 남아 있었다는 취지의 내용이 기재되어 있다.

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령

1)「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」제2조제1호에 따르면 '학교폭력'이란 학교 내외

에서 학생을 대상으로 발생한 상해, 폭행, 감금, 협박, 약취·유인, 명예훼손·모욕, 공갈, 강요·강제적인 심부름 및 성폭력, 따돌림, 사이버 따돌림, 정보통신망을 이용한 음란·폭력정보 등에 의하여 신체·정신 또는 재산상의 피해를 수반하는 행위를 말한다고 되어 있고, 같은 법 제9조제1항에 따르면 지역의 학교폭력 문제를 해결하기 위하여 시·도에 학교폭력대책지역위원회(이하 '지역위원회'라 한다)를 둔다고 되어 있으며, 같은 법 제12조제1항에 따르면 학교폭력의 예방 및 대책에 관련된 사항을 심의하기 위하여 학교에 학교폭력대책자치위원회(이하 '자치위원회'라 한다)를 두되, 다만 자치위원회 구성에 있어 대통령령으로 정하는 사유가 있는 경우에는 교육감의 보고를 거쳐 둘 이상의 학교가 공동으로 자치위원회를 구성할 수 있다고 되어 있고, 같은 법 제17조제1항에 따르면 자치위원회는 피해학생의 보호와 가해학생의 선도·교육을 위하여 가해학생에 대하여 피해학생에 대한 서면사과(제1호), 피해학생 및 신고·고발 학생에 대한 접촉, 협박 및 보복행위의 금지(제2호), 학교에서의 봉사(제3호), 사회봉사(제4호), 학내외 전문가에 의한 특별 교육이수 또는 심리치료(제5호), 출석정지(제6호), 학급교체(제7호), 전학(제8호), 퇴학처분(제9호)의 어느 하나에 해당하는 조치(수 개의 조치를 병과하는 경우 포함)를 할 것을 학교의 장에게 요청하여야 하며, 각 조치별 적용 기준은 대통령령으로 정하되, 다만 퇴학처분은 의무교육과정에 있는 가해학생에 대하여는 적용하지 아니한다고 되어 있고, 같은 법 제17조의2제1항에 따르면 자치위원회 또는 학교의 장이 제16조제1항 및 제17조제1항에 따라 내린 조치에 대하여 이의가 있는 피해학생 또는 그 보호자는 그 조치를 받은 날부터 15일 이내, 그 조치가 있음을 안 날부터 10일 이내에 지역위원회에 재심을 청구할 수 있다고 되어 있고, 같은 조 제3항에 따르면 지역위원회가 제1항에 따른 재심청구를 받은 때에는 30일 이내에 이를 심사·결정하여 청구인에게 통보하여야 한다고 되어 있으며, 같은 조 제4항에 따르면 제3항의 결정에 이의가 있는 청구인은 그 통보를 받은 날부터 60일 이내에 행정심판을 제기할 수 있다고 되어 있다.

2) 「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 시행령」 제19조에 따르면 법 제17조제1항의 조치별 적용 기준은 가해학생이 행사한 학교폭력의 심각성·지속성·고의성(제1호), 가해학생의 반성 정도(제2호), 해당 조치로 인한 가해학생의 선도 가능성(제3호), 가해학생 및 보호자와 피해학생 및 보호자 간의 화해의 정도(제4호), 피해학생이 장애학생인지 여부(제5호)

를 고려하여 결정하고, 그 세부적인 기준은 교육부장관이 정하여 고시한다고 되어 있다. 또한 같은 시행령 제24조제2항에 따르면 지역위원회는 청구인,가해학생 및 보호자 또는 해당 학교에 심사에 필요한 자료 또는 정보의 제출을 요구할 수 있고, 청구인, 가해학생 또는 해당 학교는 특별한 사유가 없으면 이를 즉시 제출하여야 한다고 되어 있으며, 같은 조 제3항에 따르면 지역위원회는 직권으로 또는 신청에 따라 청구인, 가해학생 및 보호자 또는 관련 교원 등을 지역위원회에 출석하여 진술하게 할 수 있다고 되어 있고, 같은 조 제6항에 따르면 지역위원회는 재심사 결정 시 법 제16조제1항 각 호와 제17조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 조치(수 개의 조치를 병과하는 경우 포함)를 할 것을 해당 학교의 장에게 요청할 수 있다고 되어 있으며, 같은 조 제7항에 따르면 지역위원회의 재심 결과는 결정의 취지와 내용을 적어 청구인과 가해학생에게 서면으로 통보한다고 되어 있다.

나. 판단

청구인은 강제전학이라는 최고의 징계를 내린 것은 청구인의 잘못에 비해 지나치게 과한 것으로 이는 재량권을 남용하여 한 결정이므로 피청구인의 이 사건 처분은 위법·부당하여 취소되어야 한다고 주장하나, 위 인정사실에 따르면, 청구인은 2013년 10월 초순경부터 피해학생을 때리고 괴롭혀 왔으며, 11월 초 교실 앞 복도에서 발바닥으로 피해학생의 배와 등을 3회 정도 밀쳤고, 핸드폰으로 욕설을 하였으며, 11월 13일 쉬는 시간에 피해학생의 뺨을 때리고 주먹으로 얼굴을 밀치는 등의 행위를 한 사실이 확인되고, 이러한 청구인의 행동은 피해학생의 잘못으로부터 기인한 것이 아니라 일방적으로 피해학생을 괴롭히기 위한 것으로 보이는 점, ○○○교육지원청 Wee센터 소속 사회복지사가 2013. 11. 15. 작성한 피해학생에 대한 심리상담소견서에 피해학생이 청구인에게 신체·언어폭력을 당했을 때의 부정적인 감정(불안감, 수치심, 두려움)이 남아 있었다는 취지의 내용이 기재되어 있고, 피해학생 측에서 피해학생의 심적 압박이 심한 상태라고 진술하고 있어 피해학생이 청구인과 함께 정상적인 학교생활을 하기는 어려울 것으로 보이는 점, 이에 피청구인은 피해학생에 대한 폭행정도가 장기간 이루어져 심각성·지속성·고의성이 있고 피해학생의 정상적인 학교생활을 위해 격리가 필요하다는 이유로 청구인에 대해 '전학'조치를 결정하는 내용의 이 사건 처분을 한 점, 이와 같은 조치가 피해학생에 대한 보호와 가해학생에 대한 선도의 필요성이라는 관점에 비추어 청구인의 행위에 비례하지 않는 과도한

처분이라고 단정하기는 어려운 점 등을 종합적으로 고려할 때 청구인에게 '전학'조치를 결정한 피청구인의 이 사건 처분이 위법·부당하다고 할 수 없다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 청구인의 청구를 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

4 2014-03116 학교폭력 재심결정 취소청구(재결일 : 2014. 7. 15.)

【사건의 쟁점】

가해학생이 여러 명인 사건에서 가해학생들에게 동일한 재심결정을 한 것이 사건의 경위와 가해학생 각각의 행위의 양태 등을 고려한 결정인지 여부

【재결요지】

피청구인은 청구인에 대한 조치 여부 내지 조치의 수준을 정함에 있어 단순히 행위가 발생하였다는 사실 그 자체만을 고려할 것이 아니라 행위가 이루어진 경위, 행위의 양태, 피해학생과 청구인의 평소관계 등을 종합하여 살폈어야 할 것인데, 청구인과 피해학생이 작성한 진술서, 자치위원회 회의록 등을 종합하여 보면 청구인이 피해학생에게 성적 수치심을 유발하거나 괴롭힐 목적을 가지고 성기와 가슴을 만졌다고 하기는 어려워 보이는 점, 이러한 행위가 일회적으로 이루어졌는지 및 피해학생이 이에 대해 거부의 의사를 표시하였음에도 반복적으로 이루어졌는지에 대해서는 청구인과 피해학생 사이에 다툼이 있는 점, 청구인은 피해학생에게 사과한바 있고 피해학생이 이를 받아주었다고 되어 있으며, 자치위원회 회의 이후에도 청구인은 피해학생에게 구두사과 한 점, 그런데 피청구인은 이러한 구체적 사실관계에 대해 확인하거나 청구인과 □□□, ◇◇◇의 각기 다른 행위 태양 및 경중을 구분하여 논의함 없이 위 가해학생들이 반성을 하지 않아 사건이 불거졌고, 피해학생이 명확하게 하지 말라고 의사표현을 하였으며, 가해행위가 수 회 반복되었다고 보고, 이에 대한 수사가 진행 중에 있다는 사실만을 강조하여 청구인과 □□□, ◇◇◇ 모두에게 '서면사과, 피해학생 및 신고·고발 학생에 대한 접촉, 협박 및 보복행위의 금지조치'라는 동일한 결정을 하였고, 이는 「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 시행령」 제19조가 정한 학교폭력의 심각성·지속성·고의성, 가해학생의 선도 가능성 등을 고려한 결정이라고 보기 어려운 점 등을 종합하여 볼 때, 피청구인이 추후 회의를 다시 개최하여 이 건 학교폭력 사건에 대하여 다시 결정할 수 있음은 별론으로 하고, 피청구인이 청구인에게 한 이 사건 처분은 충분한 심의가 이루어져 합리성과 타당성을 갖추었다고 보기 어려우므로 위법·부당함

【재결의 의미】

가해행위가 이루어진 경위, 행위의 양태, 피해학생과 가해학생들의 평소관계 등을 종합하여 살피지 않은 채 가해학생 3명에 대해 동일한 재심결정을 한 경우 합리성과 타당성을 갖추지 못하여 위법·부당하다고 본 사례

주 문 피청구인이 2014. 1. 3. 청구인에게 한 학교폭력 재심결정을 취소한다.

청구취지 주문과 같다.

이 유

1. 사건개요

청구인은 ○○○학교에 재학 중인 학생인바, 같은 학교에 재학 중인 △△△(이하 '피해학생'이라 한다)의 모는 2013. 11. 19.경 청구인과 □□□, ◇◇◇이 피해학생에 대한 허위사실을 유포하고 성추행을 하였다는 내용의 학교폭력 피해신고를 하였고, ○○○학교 학교폭력대책자치위원회(이하 '자치위원회'라 한다)는 2013. 12. 5. 청구인에 대한 '구두사과'를 결정하였으며, ○○○학교 교장은 2013. 12. 6. 이를 청구인에게 통보하였다. 피해학생의 모는 이에 불복하여 2013. 12. 17. 피청구인에게 재심청구를 하였고, 피청구인은 2014. 1. 3. 가해학생의 진정성 있는 사과와 피해학생 보호가 필요하다는 이유로 '서면사과, 피해학생 및 신고·고발 학생에 대한 접촉, 협박 및 보복행위의 금지조치'를 병과하는 내용의 재심결정(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

피해학생의 진술은 계속 추가되거나 변경되는 등 그 진술내용에 신빙성이 충분히 의심됨에도 불구하고 피청구인은 청구인 등 관련 학생들의 진술을 청취하거나 사실관계에 대한 조사 없이 피해학생의 신빙성 없는 진술만에 근거하여 사실을 오인한 채 청구인에게 이 사건 처분을 하였으므로 이 사건 처분은 위법·부당하여 취소되어야 한다.

3. 피청구인 주장

피청구인이 청구인 측, 피해학생 측 및 ○○○학교가 제출한 관련 자료를 균형있게 검토한 후 심의·의결한 결과 학교폭력에 대하여 인지하고 반성할 수 있도록 청구인에게 적절한 조치를 병과한 것이므로 이 사건 처분은 적법·타당하다.

4. 관계법령

학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제9조제1항, 제12조제1항, 제17조제1항, 제17조의2제1항·제3항·제4항

학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 시행령 제19조, 제24조제2항·제3항·제6항·제7항

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 자치위원회 회의록, 자치위원회 조치결정통보서, 재심청구서, ○○○학교 학교의견서, ♤♤시학교폭력대책지역위원회 회의록, 재심결정서, 피의사건 처분결과 통지서, 진술서, 탄원서 등에 따르면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 ○○○학교에 재학 중인 학생인바, 같은 학교에 재학 중인 피해학생의 모는 2013. 11. 19.경 청구인과 □□□, ◇◇◇이 피해학생에 대한 허위사실을 유포하고 성추행을 하였다는 내용의 학교폭력 피해신고를 하였으며, 동 신고와 관련하여 피해학생이 2013. 11. 20. 작성한 진술서의 주요내용은 아래와 같다.

- 아 래 -

❑ ◇◇◇

❍ 자신의 조상이 양반인데도 중인이라고 말하면서 놀렸음

❍ 자신이 'XXXX XXX'라고 욕하였다는 허위사실을 유포하였음

❍ 자신과 주고받은 문자메시지를 급우들에게 보여주겠다고 협박하였음

❑ □□□

❍ 자신의 성기를 만졌음

❍ 자신이 성인사이트를 보았다는 허위사실을 유포하였음

❍ ◇◇◇과 함께 자신의 조상이 중인이라며 놀렸고, 'XXXX, XXXXX'라고 욕설을 하였음

❑ ▶▶▶

❍ 교실에서 성기를 만졌고, 하지 말라고 했는데 또 만졌으며, 가슴도 만졌음

나. 청구인이 작성한 2013. 11. 20.자 제1차 및 제2차 진술서의 주요 내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

❑ 제1차 진술서

❍ 아주 오래 전의 일이어서 잘 기억이 나지 않지만 피해학생 엉덩이를 때리고 성기를 만진 적이 있는 것 같음

❍ 하지만 이건 그저 장난이었고 피해학생도 같이 동조하여 같이 장난을 쳤고, 피해학생 역시 우리의 성기를 만진 적이 있었음.

❍ 또한 청구인의 경우 피해학생의 성기를 직접적으로는 만지지 않았고 그 주변을 스치는 정도로 만졌는데, 피해학생은 한 번도 진지하게 하지 말라고 하거나 싫은 기색을 한 적 없이 그저 '에이~'라고 웃으며 우리를 툭툭 쳤음

❑ 제2차 진술서

❍ 피해학생, 청구인, □□□이 두어 달 전 교실에서 서로 장난을 치고 놀다가 청구인이 실수로 피해학생의 중요부위에 손이 스쳤음. 피해학생이 웃으며 '에이~' 하길래 청구인 역시 따라 웃었음. 피해학생이 싫어하는 내색을 보이지 않아 잘못된 일인지 몰랐음

❍ 피해학생과 청구인이 한 달 전 합창대회 연습할 당시 음악실에서 의자를 뒤로 빼다가 중심을 잃어 넘어질뻔한 상황에서 팔을 휘젓다가 피해학생의 가슴을 건드렸음. 피해학생은 '에이~'하면서 웃었음

❍ 피해학생이 평소 친하게 지냈던 ◇◇◇과 멀어지고, ◇◇◇과 청구인이 친하게 지내자 질투가 난 것 같음. 청구인은 평소 피해학생과 싸운 적이 한번도 없음

❍ 피해학생 역시 친한 친구와 서로 몸을 툭툭치며 노는 것을 여러 번 보았고, 이러한 사실은 우리 반 남학생들이라면 대부분 알고 있으며, 이런 장난은 우리 반에서 흔한 일임

다. 자치위원회는 다음과 같이 3회에 걸쳐 자치위원회 회의를 개최한 후 2013. 12. 5. 청구인에게 '구두사과' 조치를 결정하였고, ○○○학교 교장은 2013. 12. 6. 이를 청구인에게 통보하였으며, 청구인은 동 조치를 이행하였다.

- 다 음 -

① 2013. 11. 27.자 제1차 자치위원회

❑ 참석자: 자치위원회 위원들, 가해학생 청구인·□□□·◇◇◇, 동 가해학생들의 학부모, 피해학생, 피해학생 학부모, 담임교사

❑ 피해학생

○ (◇◇◇이)중인이라고 놀림. ◇◇◇이 피해학생이 하지도 않은 성관계를 한다, 야동 사이트에 돌아다닌다는 등 허위사실을 유포함. 아이들이 보는 앞에서 성기를 만짐 XXX, XXXX라고 함. 다리 부분을 맞음. 다리와 머리를 들고 화장실로 끌고 가려고 함. ◇◇◇이 피해학생에게 제국주의라고 했다며 청구인이 이간질 한 것 같음

❑ 피해학생 모

○ 세 명 다 반성하는 기미가 없음

❑ 청구인

○ 평소 피해학생과 장난을 치거나 하는 친한 사이는 아닌데, 교실에서 피해학생이 일본어로 야한 말을 해서 농담이려니 하고 '저리가'라고 팔을 휘둘렀는데, 그때 피해학생의 중요부위를 스쳤음. 당시 피해학생은 서 있었고 청구인은 앉아있었음

○ 피해학생이 기분 나빠해서 바로 가서 사과했고, 그때 피해학생이 사과를 다 받아주었음

❑ 청구인 모

○ ◇◇◇과 피해학생 사이 갈등이 커지면서 ◇◇◇과 친하게 지내는 아이들에게 보복을 하는 것으로 보이고, 청구인이 바로 다음날 사과하자 피해학생이 받아줬다고 했음

❑ 담임교사

○ 피해학생이 피해내용을 과장하는 부분이 있다고 생각됨

○ 처음 피해학생 모가 학교 방문시 갑자기 청구인과 □□□에 대한 이야기가 나왔고, 피해학생이 '▶▶▶이 아닌가?'라고 말하며 청구인이 그런 적이 있는지 기억도 잘 못했음. 피해학생이 제일 먼저 문제 제기를 했을 때에도 성기를 만졌다는 것은 언급도 없었음

❑ 위원들

○ 현재로서는 피해학생의 의견에 신빙성이 없고 오히려 가해학생들 쪽의 진술에 더 신뢰가 되어 보강조사가 실시되었으면 좋겠음

○ 피해학생의 의견에 신빙성을 얻으려면 목격자가 필요할 것으로 보이므로 결론을 확실히 하기 위해 자료를 보강하는 것이 좋겠음

② 2013. 12. 2.자 제2차 자치위원회

❑ 위원들

○ 피해학생 부모가 교육청에 민원을 제기하여 교육청에서 방문할 예정이므로, 이를 지켜본 후 결론을 내리는 것이 좋겠음

③ 2013. 12. 5.자 제3차 자치위원회

❑ 위원들

○ 자료 보강을 위하여 같은 반 학생들에게 무기명 설문조사를 실시하였음

○ 청구인에게 '구두사과'를 결정함

라. 피해학생의 모는 2013. 12. 17. 가해학생들에게 대한 조치가 미흡하다는 이유로 피청구인에게 재심을 청구하였다.

마. ○○○학교가 피청구인에게 제출한 2013. 12. 26.자 학교의견서의 주요 내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

❑ 사건요지

○ 9월 말: 피해학생과 ◇◇◇ 간 서로 조상을 비하하는 말싸움이 있었음

○ 9월 ~ 10월: 교실에서 학생들끼리 성기를 치는 장난을 하던 중 청구인과 □□□이 피해학생의 성기와 가슴을 두 차례 툭 쳤고, 피해학생이 놀이에 대응하지 않자 사과하였으며, 피해학생은 사과를 받아주었음(정확한 날짜는 학생들 모두 기억하지 못함)

○ 2013. 11. 19.: 피해학생의 모가 학교폭력 피해신고를 함

❑ 처분취지 및 사유

○ ◇◇◇: 상호간에 말싸움이 이루어져 일방이 가해학생이라고 보기 어려움

○ 청구인과 □□□: 노는 과정에서 발생한 사건으로 이미 피해학생에게 사과를 하였고, 피해학생도 사과를 받아준 바 있음

바. 피청구인은 2014. 1. 3. 피해학생의 재심청구 건에 대한 회의를 개최하였는데, 동 회의는 당사자들의 출석 없이 서면으로 진행되었으며, 심의 결과 가해학생의 진정성 있는 사과와 피해학생 보호가 필요하다는 이유로 청구인에게 이 사건 처분을 하였고, □□□, ◇◇◇에게도 청구인과 동일한 '서면사과, 피해학생 및 신고·고발 학생에 대한 접촉, 협박 및 보복행위의 금지조치'를 결정하였는데, 동 회의에 대한 회의록 전문은 다음과 같다.

- 다 음 -

❑ 말싸움으로 시작해서 폭력까지는 아닌 거 같음. 사건이 끝난 줄 알았는데 반성을 안하니

까 불거진거 같음

- ❑ '구두사과'라는 조치는 없음
- ❑ '조치없음'으로 봐야 함
- ❑ 1, 2호가 추가가 되어야 한다고 봄
- ❑ 이 건도 사건접수가 되어 수사하고 있는 사안임. 피해학생이 모욕감을 느꼈으므로 모욕죄, 그리고 피해학생이 명확하게 하지 말라고 의사표현을 했고, 수회 반복했다는 점에서 강제추행죄 의뢰를 하려고 함
- ❑ 서면사과와 접촉금지를 추가조치하면 문제없다고 보여짐
- ❑ 청구인에게 서면사과(1호)와 피해학생 및 신고·고발 학생에 대한 접촉, 협박 및 보복행위의 금지 조치를 병과하도록 결정함

사. 청구인이 우리 위원회에 제출한 ○○○학교 체육교사 ●●●의 2014. 2. 6.자 진술서에는 2013. 11. 27.자 자치위원회 회의 다음날인 2013. 11. 28. 인성지도부 부장교사로부터 2013. 11. 12. ◎◎◎ 1층에서 청구인과 □□□ 등이 피해학생을 화장실로 끌고 가는 장난을 하는 것을 말렸던 사실이 있냐는 질문을 받았으나 그런 기억이 나지 않아 기억이 없다고 대답하였고, 만일 청구인 등이 피해학생을 폭행하는 정도의 행위를 하였다면 분명 이를 말리고 훈계했을 것인데 기억하지 못하는 것으로 보아 남학생들끼리의 단순한 장난으로 보였기 때문이라는 취지의 내용이, ○○○학교 인성지도부 교사 ◆◆◆의 2014. 2. 7.자 진술서에는 학교폭력 신고사건을 조사할 당시 피해학생은 가해행위가 있었던 날짜를 정확히 기억 못하며 9월 말이나 10월에 있었다고 하였다가 나중에 경찰서에서는 11월에 추행을 한 것으로 말을 바꾸었다는 취지의 내용이, ○○○학교에 재학 중인 ■■■학생의 2014. 2. 7.자 진술서에는 작년에 청구인과 피해학생이 문제되는 장난을 칠 당시 피해학생이 싫은 기색 없이 '에이, 아니 되오'라고 웃으며 노는 것을 보았다는 취지의 내용이 각각 기재되어 있다.

아. 한편 ◈◈지방검찰청(검사 ▲▲▲)의 2014. 5. 23.자 불기소결정서(XXXX형제XXXX호)에 따르면 청구인에 대한 '아동·청소년의성보호에관한법률위반(강간등), 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(특수강제추행), 폭력행위등처벌에관한법률위반(공동폭행)' 피의사건은 증거불충하여 혐의없다고 되어 있다.

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령

1)「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」제9조제1항에 의하면 지역의 학교폭력 문제를 해결하기 위하여 시·도에 학교폭력대책지역위원회(이하 '지역위원회'라 한다)를 둔다고 되어 있고, 같은 법 제12조제1항에 의하면 학교폭력의 예방 및 대책에 관련된 사항을 심의하기 위하여 학교에 학교폭력대책자치위원회(이하 '자치위원회'라 한다)를 두되, 다만 자치위원회 구성에 있어 대통령령으로 정하는 사유가 있는 경우에는 교육감의 보고를 거쳐 둘 이상의 학교가 공동으로 자치위원회를 구성할 수 있다고 되어 있다. 같은 법 제17조제1항에 의하면 자치위원회는 피해학생의 보호와 가해학생의 선도·교육을 위하여 가해학생에 대하여 피해학생에 대한 서면사과(제1호), 피해학생 및 신고·고발 학생에 대한 접촉, 협박 및 보복행위의 금지(제2호), 학교에서의 봉사(제3호), 사회봉사(제4호), 학내외 전문가에 의한 특별 교육이수 또는 심리치료(제5호), 출석정지(제6호), 학급교체(제7호), 전학(제8호), 퇴학처분(제9호)의 어느 하나에 해당하는 조치(수 개의 조치를 병과하는 경우 포함)를 할 것을 학교의 장에게 요청하여야 하며, 각 조치별 적용 기준은 대통령령으로 정하되, 다만 퇴학처분은 의무교육과정에 있는 가해학생에 대하여는 적용하지 아니한다고 되어 있다. 같은 법 제17조의2제1항에 의하면 자치위원회 또는 학교의 장이 제16조제1항 및 제17조제1항에 따라 내린 조치에 대하여 이의가 있는 피해학생 또는 그 보호자는 그 조치를 받은 날부터 15일 이내, 그 조치가 있음을 안 날부터 10일 이내에 지역위원회에 재심을 청구할 수 있다고 되어 있고, 같은 조 제3항에 의하면 지역위원회가 제1항에 따른 재심청구를 받은 때에는 30일 이내에 이를 심사·결정하여 청구인에게 통보하여야 한다고 되어 있으며, 같은 조 제4항에 의하면 제3항의 결정에 이의가 있는 청구인은 그 통보를 받은 날부터 60일 이내에 행정심판을 제기할 수 있다고 되어 있다.

2)「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 시행령」제19조에 의하면 법 제17조제1항의 조치별 적용 기준은 가해학생이 행사한 학교폭력의 심각성·지속성·고의성(제1호), 가해학생의 반성 정도(제2호), 해당 조치로 인한 가해학생의 선도 가능성(제3호), 가해학생 및 보호자와 피해학생 및 보호자 간의 화해의 정도(제4호), 피해학생이 장애학생인지 여부(제5호)를 고려하여 결정하고, 그 세부적인 기준은 교육부장관이 정하여 고시한다고 되어 있다.

또한 같은 시행령 제24조제2항에 의하면 지역위원회는 청구인, 가해학생 및 보호자 또는 해당 학교에 심사에 필요한 자료 또는 정보의 제출을 요구할 수 있고, 청구인, 가해학생 또는 해당 학교는 특별한 사유가 없으면 이를 즉시 제출하여야 한다고 되어 있으며, 같은 조 제3항에 의하면 지역위원회는 직권으로 또는 신청에 따라 청구인, 가해학생 및 보호자 또는 관련 교원 등을 지역위원회에 출석하여 진술하게 할 수 있다고 되어 있고, 같은 조 제6항에 의하면 지역위원회는 재심사 결정 시 법 제16조제1항 각 호와 제17조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 조치(수 개의 조치를 병과하는 경우 포함)를 할 것을 해당 학교의 장에게 요청할 수 있다고 되어 있으며, 같은 조 제7항에 의하면 지역위원회의 재심 결과는 결정의 취지와 내용을 적어 청구인과 가해학생에게 서면으로 통보한다고 되어 있다.

나. 판단

살피건대, 「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 시행령」 제19조에 따르면 법 제17조제1항의 조치별 적용 기준은 가해학생이 행사한 학교폭력의 심각성·지속성·고의성, 가해학생의 반성 정도, 가해학생 및 보호자와 피해학생 및 보호자 간의 화해의 정도 등을 고려하여 적용하여야 할 것이고, 지역위원회가 위와 같은 판단을 하는데 필요한 구체적 사실관계에 대한 확인 등을 위하여 같은 시행령 제24조제2항 및 제3항에서는 지역위원회가 재심청구인, 가해학생 및 보호자 또는 해당 학교에 심사에 필요한 자료 또는 정보의 제출을 요구하거나 위 재심청구인, 가해학생 및 보호자 등을 지역위원회에 출석하여 진술하게 할 수 있도록 권한을 부여하고 있다. 그런데 위 인정사실에 따르면 피해학생이 주장하는 청구인의 학교폭력 내용인 청구인이 피해학생의 성기와 가슴을 만진 사실에 대해서는 청구인 역시 인정하고 있어 이에 대해서는 당사자 간 다툼이 없어 보이고, 가해행위의 고의성 여부와 관계없이 이러한 행위에 대한 피해학생의 수용 정도나 정서 등을 고려하여 피청구인이 이를 학교폭력에 해당한다고 볼 여지가 없다고 할 수도 없으나, 이러한 경우라 하더라도 피청구인은 청구인에 대한 조치 여부 내지 조치의 수준을 정함에 있어 단순히 행위가 발생하였다는 사실 그 자체만을 고려할 것이 아니라 행위가 이루어진 경위, 행위의 양태, 피해학생과 청구인의 평소관계 등을 종합하여 살폈어야 할 것인데, 청구인과 피해학생이 작성한 진술서, 자치위원회 회의록 등을 종합하여 보면 청구인이 피해학생에게 성적 수치심을 유발하거나 괴롭힐 목적을 가지고 성기와 가슴을 만졌다고 하기는 어려워 보이

는 점, 이러한 행위가 일회적으로 이루어졌는지 및 피해학생이 이에 대해 거부의 의사를 표시하였음에도 반복적으로 이루어졌는지에 대해서는 청구인과 피해학생 사이에 다툼이 있는 점, 청구인은 피해학생에게 사과한바 있고 피해학생이 이를 받아주었다고 되어 있으며, 자치위원회 회의 이후에도 청구인은 피해학생에게 구두사과 한 점, 그런데 피청구인은 이러한 구체적 사실관계에 대해 확인하거나 청구인과 □□□, ◇◇◇의 각기 다른 행위 태양 및 경중을 구분하여 논의함 없이 위 가해학생들이 반성을 하지 않아 사건이 불거졌고, 피해학생이 명확하게 하지 말라고 의사표현을 하였으며, 가해행위가 수 회 반복되었다고 보고, 이에 대한 수사가 진행 중에 있다는 사실만을 강조하여 청구인과 □□□, ◇◇◇ 모두에게 '서면사과, 피해학생 및 신고·고발 학생에 대한 접촉, 협박 및 보복행위의 금지조치'라는 동일한 결정을 하였고, 이는 「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 시행령」 제19조가 정한 학교폭력의 심각성·지속성·고의성, 가해학생의 선도 가능성 등을 고려한 결정이라고 보기 어려운 점 등을 종합하여 볼 때, 피청구인이 추후 회의를 다시 개최하여 이 건 학교폭력 사건에 대하여 다시 결정할 수 있음은 별론으로 하고, 피청구인이 청구인에게 한 이 사건 처분은 충분한 심의가 이루어져 합리성과 타당성을 갖추었다고 보기 어려우므로 위법·부당하다.

7. 결　론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 있으므로 청구인의 청구를 받아들이기로 하여 주문과 같이 재결한다.

5 2014-03496 대학설립인가 거부처분 취소청구(재결일 : 2014. 7. 1.)

【사건의 쟁점】

피청구인의 대학설립인가 거부처분이 재량권을 일탈·남용한 처분인지 여부

【재결요지】

대학설립을 위해 확보하여야 하는 교지와 교사 등은 그 특성상 정관변경인가를 받은 후 대학설립조건을 충족하기까지 일정한 기간이 소요될 수밖에 없는 점, 대학을 설립하고자 하는 설립주체로서는 대학설립조건 이행 중에 있을 법령의 개정까지 예상하기 어렵고, 정관변경인가를 받을 당시 시행 중인 이 사건 종전규정을 살피어 동 규정에서 정하는 요건을 충족할 수 있으리라는 판단하에 상당한 금원과 노력을 투입하여 이 사건 종전규정에서 정한 대학설립조건을 이행 중에 있었을 것인 점, 위 인정사실에 따르면 청구인은 2013. 2. 27. 피청구인에게 이 사건 처분의 기초가 되는 대학설립인가 신청을 한 사실이 있고, 이는 청구인이 피청구인으로부터 정관변경인가를 받은지 12년 이상 경과된 시점이긴 하나, 동 기간 동안 청구인 법인이 임시이사체제로 운영되거나 ○○○대학 교지가 택지개발예정지구로 지정되는 등의 사건이 있었고 이로 인해 청구인이 대학설립조건을 갖추기까지 더욱 많은 시간이 소요된 것으로 보이며, 교지와 교사가 택지개발예정지구로 지정된 이후에도 이를 ○○○대학 교지와 교사로 확보하기 위해 청구인은 계속해서 노력을 경주한 것으로 보이므로 이러한 사정을 감안하면 청구인이 의도적으로 정관변경인가 조건이행이나 대학설립인가 신청을 위한 준비 의무를 소홀히 하였다고 하기도 어려운 점, 달리 일정기간이 경과하면 이 사건 개정규정 부칙 제3조에 의거하여 이 사건 종전규정의 적용을 받을 수 있는 권리가 소멸된다는 규정도 없는 점 등을 고려할 때, 1998. 6. 30. 피청구인으로부터 정관변경인가를 받은 청구인의 경우 위 부칙 제3조에 의거하여 이 사건 종전규정의 적용을 받는다고 봄이 타당함

청구인은 이 사건 개정규정 부칙 제3조에 의해 이 사건 종전규정의 적용을 받는 설립주체이고, 이 사건 종전규정 제2조제1항에서는 설립주체가 피청구인에게 대학설립인가를 신청하기 위해 확보하여야 할 교지, 교사, 교원, 수익용기본재산의 기준에 대하여 정하고 있으며, 같은 조 제2항에서는 피청구인이 대학설립인가 여부를 결정함에 있어 필수적으로 거쳐야 하는 대학설립심사위원회의 심의대상으로서 위 제1항의 기준과 「고등교육법 시행령」 제2조제2항 각 호의 사항만을 규정하고 있으므로 피청구인은 신설대학의 질을 제고하기 위해 정성평가의 대상으로서 이 사건 개정규정에 새롭게 도입한 교육과정이나 설립자의 경영계획 등을 청구인의 ○○○대학 설립인가 기준으로 삼을 수 없음이 원칙이고, 따라서 특별한 공익상 사유 없이 피청구인이 청구인의 대학설립인가를 거부하는 내용의 이 사건 처분을 하며 위와 같은 내용을 처분사유로 삼기는 어렵다고 보임

'수도권 정원 증가 불가'나 '교육재정측면' 등의 처분사유는 달리 이에 대한 합당한 근거나 기준을 제시함이 없는 한 피청구인이 청구인의 대학설립인가를 거부할만한 합리적인 이유로 보기 어려워 보이며, '학령인구 감소에 따른 구조조정 필요성 대두'의 경우 피청구인이 대학설립 인가 여부를 결정하는데 고려하지 않을 수는 없을 것으로 보이나, 피청구인이 이러한 대학 구조조정 정책의 대상이나 범위 등에 대한 기준을 제시하거나 객관적 자료 등에 근거하여 위 정책의 타당성을 입증하지도 못하고 있는 상황에서는 이 사건 처분을 통해 달성하고자 하는 위와 같은 공익상의 요구가 ○○○대학 교지, 교사 등 시설·설비를 확보한 청구인이 입게 되는 불이익의 크기보다 크다고 단정하기도 어려워 보이므로 이 역시 대학설립인가를 거부할만한 합리적인 이유로 보기 어려운바, 이러한 사정을 고려할 때 피청구인의 이 사건 처분은 재량권을 일탈·남용하였다고 할 것임

【재결의 의미】

특별한 공익상의 사유가 없는 한 개정규정에 새롭게 도입된 대학설립인가 기준을 경과조치에 의해 종전규정의 적용을 받는 청구인에게 적용할 수 없음이 원칙이라고 본 사례

주 문 피청구인이 2013. 12. 6. 청구인에게 한 ○○○대학 설립인가 거부처분을 취소한다.

청구취지 주문과 같다.

이 유

1. 사건개요

가. 청구인은 ●●●●대학교(2000. 11. 7. 명칭 변경 전 ☆☆☆☆대학, 이하 같다), ★★★학교를 설치·경영하는 법인으로서, 전문대학인 ○○○대학(2010. 7. 27. 명칭 변경 전 ◎◎◎◎대학, 이하 같다)을 설치·경영하기 위하여 피청구인에게 정관변경인가 신청을 하였고, 피청구인은 교사, 교지, 교원, 수익용기본재산 확보 등의 조건을 붙여 1998. 6. 30. 청구인에게 정관 제3조(설치학교)에 대한 변경인가를 하였다.

나. 청구인은 ◇◇시 X구 XX동(2008. 9. 17. 행정구역명칭 변경 전 'XX동', 이하 같다)에 ○○○대학을 설립하기 위해 2013. 2. 27. 피청구인에게 대학설립인가를 신청하자 피청구인은 2013년 제9차 대학설립심사위원회의 심의·의결을 거쳐 2013. 12. 6. ①학과·교육과정 운영의 특성화(개설전공의 특성과 설정한 교육목표의 융합/연계성, 타 대학과의 차별화 및 특성화 계획) 미흡, ②학령인구 감소에 따른 구조조정 필요성 대두(사회적 책무성 고려 수도권 정원 증가 불가), ③동일 학교법인 내에 추가로 대학 신설시 법인의 학교운영 역량 분산으로 질 높은 교육(교육재정측면, 설립자 학교경영의지 등) 실시 어려움 예상을 이유로 청구인에게 대학설립인가 거부처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

가. 대학설립인가시 적용법령에 대하여

1) 개정 전 규정인지 개정규정인지 여부

2005. 10. 25.「대학설립·운영 규정」(2006. 6. 7. 대통령령 제19501호로 개정되어 시행되기 전의 것)의 개정으로 '교육과정' 등에 대한 심의가 추가되었으나, 부칙 제3조(설립인가기준경과조치)에는 '정관변경인가를 얻고 대학설립인가를 받지 아니한 설립주체는 종전의 규정에 의한다'고 되어 있는바, 이러한 경과조치는 기득권이 침해되지 않고 법적 안정성을 확보하기 위한 것으로서 1998. 6. 30. 피청구인으로부터 정관변경인가를 얻은 청구인은 동 부칙의 경과조치에 의거하여 종전의 규정인 구「대학설립·운영 규정」(2005. 10. 25. 대통령령 제19095호로 개정되어 시행되기 전의 것)을 적용받아야 한다.

2) 경과조치에서 '종전의 규정'의 범위

「대학설립·운영 규정」(2006. 6. 7. 대통령령 제19501호로 개정되어 시행되기 전의 것) 제2조제1항은 2005. 10. 25. 개정되기 전과 달라진바 없고, 같은 규정 제2조제2항만 개정되었는바, 위 개정규정 부칙 제3조에서 지칭하는 '종전의 규정'은 변경된 위 제2조제2항을 염두에 두고 청구인과 같이 정관변경인가를 받은 학교법인에 대하여는 개정 전 규정의 제2조제2항을 적용한다는 의미로 해석되어야 한다.

나. 대학설립인가의 법적 성질에 대하여

1) 정관변경인가의 법적 성질 : 확약

대학설립과정은 대학설립계획에 대한 피청구인의 인가가 이루어진 후 설립주체가 동 계획에 근거한 교지, 교사, 교원, 수익용기본재산 등 확보한 이후에 비로소 대학설립인가 신청을 하면 피청구인이 대학설립인가를 하는 방식으로 이루어지는바, 피청구인의 정관변경인가는 곧 설립주체의 대학설립계획에 대한 승인을 의미하고, 정관변경인가시 피청구인이 부과한 조건이 갖추어지면 후속처분인 대학설립인가처분은 당연히 뒤따르는 것이므로 결국 정관변경인가는 인가조건 등이 갖추어지면 대학설립인가라는 본처분이 발령되는 확약에 해당한다고 할 것이다.

2) 대학설립인가의 법적 성질 : 보충적 행위로서 인가 및 기속행위

구 「대학설립·운영 규정」(2005. 10. 25. 대통령령 제19095호로 개정되어 시행되기 전의 것)은 대학설립인가처분에 대하여 '인가한다'고 규정하여 같은 규정 제2조제1항 및 정관변경인가시 부과된 조건이 성취되는 경우 피청구인에게 대학설립을 인가할 의무를 부여하고 있는바, 이러한 법령의 규정방식, 상당한 비용과 시간이 소요되는 대학설립의 특성 등을 고려할 때 피청구인은 위 조건이 갖추어진 경우 반드시 대학설립인가를 하여야 하고, 강학상 '인가'는 타자의 법률행위를 동의로써 보충하여 그 행위의 효력을 완성시켜주는 행위이므로 타자의 법률행위가 해당 요건을 갖추고 있다면 인가를 거부할 수는 없는 것인바, 대학설립인가 역시 피청구인이 설정한 요건이 갖추어졌는지 확인하는 작업으로서 강학상 인가에 해당하므로 설정된 요건이 갖추어진 이상 반드시 그 신청을 받아들여야 하는 기속행위라 할 것이다.

다. 이 사건 처분사유에 대하여

피청구인의 이 사건 처분사유 중 '교육과정'의 경우 개정 규정에서 정하고 있는 사항을 심의한 것이므로 경과조치에 의해 개정 전 규정의 적용을 받는 청구인에게는 적용될 수 없고, 나머지 처분사유의 경우 역시 법령에서 대학설립인가시 고려대상으로 삼고 있지 않다. 설령 이러한 요소가 대학설립인가시 고려되어야 할 사항이라고 하더라도'학령인구 감소에 따른 구조조정'의 경우 피청구인의 대학 구조개혁 추진계획에 근거한 것이라고 하나

위와 같은 계획을 뒷받침할 법적 근거나 제도적 뒷받침이 없으며, 피청구인은 청구인에게 한 정관변경인가는 이미 2개의 학교를 운영하던 청구인이 3개의 학교를 운영하여도 문제 없다는 판단을 전제한 것이므로 '운영능력 분산'은 피청구인의 아무런 근거 없는 예측에 불과하며, 청구인이 ○○○대학을 설립하기 위하여 피청구인의 보완요구를 계속 수용하여 교사, 교지 등을 모두 확보하였음에도 청구인에게 '경영의지'가 없다는 사유 또한 인정할 수 없고 피청구인 역시 이 사건 처분사유의 타당성을 입증하지 못하고 있으므로 이는 받아들여질 수 없다.

라. 신뢰보호원칙 위반에 대하여

청구인은 1998. 6. 30. 정관변경인가를 받고 인가조건을 모두 이행하면 대학설립인가를 받을 수 있다는 준칙주의를 신뢰하고 설립자가 개인재산 380억원(교육용기본재산 약 200억원과 수익용기본재산 약 180억원)을 ○○○대학 설립자금으로 출연하여 정관변경인가 조건인 교지, 교사, 수익용기본재산 확보를 완료하였는바, 이렇듯 성실하게 인가조건을 이행한 청구인에게 한 피청구인의 이 사건 처분은 청구인의 신뢰와 법적 안정성을 해치는 것으로서 신뢰보호원칙에 반하고, ○○○대학을 설립하기 위해 청구인이 마련한 교지와 준공한 교사는 달리 사용할 수 있는 여지가 전혀 없는데 이 사건 처분으로 인해 청구인은 위 교지와 교사를 방치하고 있을 뿐만 아니라 매년 운영경비를 부담하는 설립자 역시 큰 손실을 감당하고 있는 등 재산권에 심각한 침해를 받고 있으므로 피청구인의 이 사건 처분은 위법·부당하다.

마. 대학설립인가신청에 대한 통보기간 도과에 대하여

「대학설립·운영규정 시행규칙」 제6조제1항에서는 피청구인이 대학설립의 인가여부를 개교예정일 8월 전까지 신청인에게 통보하여야 한다고 규정하고 있는데, 피청구인은 청구인에게 ○○○대학 개교예정일 3개월 전인 2013. 12. 6.이 되어서야 이 사건 처분을 통보하였으므로 이는 위 조항에 위배되어 위법하다.

바. 따라서 피청구인의 이 사건 처분은 위법·부당하므로 취소되어야 한다.

3. 피청구인 주장

가. 구법 적용 범위에 대하여

2005. 10. 25. 개정된 구 「대학설립·운영 규정」(2006. 6. 7. 대통령령 제19501호로 개정되어 시행되기 전의 것)은 종전 규정과 달리 교지, 교사, 교원, 수익용기본재산에 대한 설립인가기준을 강화하고 있고, 부칙 제3조에서 일정 요건을 갖춘 학교법인의 경우 설립인가기준이 강화된 개정 규정이 아닌 종전 규정에 의하도록 하고 있으나, 여기서 '설립인가기준'은 구 「대학설립·운영 규정」(2005. 10. 25. 대통령령 제19095호로 개정되어 시행되기 전의 것) 제3조제1항제1호에서 "설립주체가 제2조제1항 및 제2조의2에 따른 설립기준을 갖추고 있는지 확인"이라고 규정되어 있는 것을 보아도 제2조제1항에 한정된다고 보아야 하고, 대학설립심사위원회의 심의대상을 규정하고 있는 같은 조 제2항까지 해당한다고 볼 수 없는바, 위 부칙 제3조에 따라 청구인이 동 규정 제2조제2항의 적용을 받지 않는다는 주장은 이유 없고, 청구인의 사정으로 정관변경인가를 받은 지 12년이 지나서야 대학설립인가신청을 하면서 구법 적용을 주장하는 것 자체가 부당하다.

나. 이 사건 처분사유에 대하여

현재 복지학과 또는 유사학과를 둔 대학이 상당한데, 청구인이 설립하려는 ○○○대학은 기존 대학들과 심한 경쟁을 하여야 하며 중점 교육정책인 대학특성화사업에도 어려움이 예상된다. 또한 「대학설립·운영 규정」 제2조제2항 및 「대학설립·운영 규정 시행규칙」 제2조제2항제5호 내지 제7호를 보면, 대학재정운영계획, 교육과정운영계획, 설립자의 학교경영계획 등은 대학설립계획서에 포함되는 항목으로서 피청구인이 대학설립을 인가하고자 하는 경우 대학설립심사위원회의 심의를 거쳐야 하는 대상이고, 청구인 법인과 청구인이 설치·경영하는 ●●●●대학교의 비리(교육부 종합감사결과 ●●●●대학교 학장 ◆◆◆의 교비횡령 등 32건 지적)로 인해 청구인 법인에는 임시이사가 파견된 적이 있어 청구인이 새로 신설되는 대학을 제대로 운영할 의지와 능력이 있는지에 대해 의문이 있다. 또한 피청구인은 대학 입학자원 급감, 대학들의 미충원 확산 가시화, 고등교육 생태계 황폐화 우려, 대학 교육의 질 제고를 통한 경쟁력 강화요구 증가 등으로 인해 강력한 대학 구조개혁을 실시하고 있으므로 교육정책의 일관성과 신뢰성을 고려할 때도 피청구인의 처분사유는 모두 이유 있다.

다. 따라서 피청구인이 청구인에게 한 이 사건 처분은 적법·타당하다.

4. 관계법령

구 고등교육법(2005. 11. 22. 법률 제7699호로 개정되어 시행되기 전의 것) 제2조, 제4조제1항·제2항

구 고등교육법 시행령(2006. 1. 13. 대통령령 제19278호로 개정되어 시행되기 전의 것) 제2조제1항·제2항

구 사립학교법(1999. 1. 21. 법률 제5683호로 개정되어 1999. 4. 22. 시행되기 전의 것) 제45조

구 사립학교법 시행령(1998. 11. 3. 대통령령 제15922호로 개정되어 시행되기 전의 것) 제18조제1항·제2항

사립학교법 제25조의3제1항, 제28조제1항

구 대학설립·운영 규정(1998. 2. 24. 대통령령 제15665호로 개정되어 1998. 3. 1. 시행되기 전의 것) 제2조제1항·제2항, 제3조제1항, 제9조

구 대학설립·운영 규정 시행규칙(1998. 5. 25. 교육부령 제718호로 개정되어 시행되기 전의 것) 제2조제1항·제2항

구 대학설립·운영 규정(2005. 10. 25. 대통령령 제19095호로 개정되어 시행되기 전의 것) 제2조제1항·제2항·제3항, 제3조제1항·제5항, 제4조제3항, 제5조제1항, 제6조제1항, 제7조제1항·제2항

구 대학설립·운영 규정 시행규칙(2006. 2. 28. 교육인적자원부령 제875호로 개정되어 시행되기 전의 것) 제2조제1항·제2항·제3항, 제4조제1항

구 대학설립·운영 규정(2006. 6. 7. 대통령령 제19501호로 개정되어 시행되기 전의 것) 제2조제1항·제2항, 제3조제1항·제5항, 제4조제3항·제5항, 제5조제1항, 제6조제1항, 제7조제1항·제2항·제3항, 부칙 제1조 및 제3조

구 대학설립·운영 규정 시행규칙(2008. 3. 4. 교육과학기술부령 제1호로 개정되어 시행되기 전의 것) 제2조제1항·제2항·제3항, 부칙 제1항 및 제4항

대학설립·운영 규정 시행규칙 제6조제1항, 제13조

수도권정비계획법 제6조제1항, 제8조제1항, 제18조제1항·제4항

수도권정비계획법 시행령 제3조, 제9조, 제12조제1항, 제24조제1항, 별표 1

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 학교법인 정관변경 인가서, ○○○대학 대학설립인가신청서 및 첨부자료 일체(2010년도, 2011년도, 2013년도), ○○○대학 설립인가 신청 반려공문, 대학설립심사위원회 심의결과 통보서 등 각 사본에 따르면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 ●●●●대학교, ★★★학교를 설치·경영하는 법인으로서, 전문대학인 ○○○대학을 설치·경영하기 위하여 피청구인에게 정관변경인가를 신청하였고, 피청구인은 교사, 교지, 교원, 수익용기본재산 확보 등의 조건을 붙여 1998. 6. 30. 청구인에게 정관 제3조(설치학교)에 대한 변경인가(전문XXXXX-XXX)를 하였는데, 그 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

□ 학교법인 정관변경 인가
○ 전문대학 설치·경영을 위한 귀 법인의 정관변경인가 신청에 대하여「사립학교법」제45조의 규정에 의거 붙임과 같이 변경인가 하오니,
- 전문대학 설립을 위하여 출연한 모든 재산에 대하여는「사학기관재무·회계규칙」제44조 및 제45조의 규정에 따라 권리확보에 필요한 절차를 이행하고 인가조건 기일까지 증빙자료를 첨부하여 보고하여 주시고, 대학설립계획서에서 정한 개교예정일 8월 전까지 설립요건을 갖추어 대학설립인가를 신청하여 주시기 바람

□ 인가서(전문XXXXX-XXX)
전문대학 설치·경영을 위한 학교법인 ▲▲학원의 정관변경인가 신청에 대하여「사립학교법」제45조의 규정에 의거 아래와 같이 인가함
○ 정관변경 인가사항
· 제3조를 다음과 같이 한다.
· 제3조(설치학교) 이 법인은 제1조의 목적을 달성하기 위하여 다음 각 호의 학교를 설치·경영한다.
1. □□□□대학(교명은 "■■대학"이라 한다)
2. ◎◎◎◎대학(교명은 "△△대학"이라 한다)
3. ★★★학교

・ 부칙
①(시행일) 이 정관은 ◎◎◎◎대학이 설립된 날부터 시행한다.
○ 인가조건
- 교사 8,960㎡는 '99. 7. 31.까지 확보하여야 하며, '99. 9. 30.까지 학교법인 명의로 등기 완료하고 그 결과를 등기부등본을 첨부하여 보고하도록 함
- 교지 103,703㎡는 학교법인 명의로 등기 이전하고 그 결과를 '98. 9. 30.까지 등기부등본을 첨부하여 보고하도록 함
- 수익용기본재산으로 확보예정인 토지 328.7㎡ 및 건물 859.5㎡와 현금 750백만원을 학교법인 명의로 변경하고 '98. 9. 30.까지 수익용기본재산확보명세서를 관련증빙서 첨부 제출하도록 함
- 교사·교지·수익용기본재산에 근저당이 설정된 경우에는 위의 기간까지 완전히 말소하도록 함
-「대학설립·운영 규정」제8조의 규정에 의하여 수익용기본재산에서 생긴 소득의 100분의 80 이상에 해당하는 가액을 대학운영경비로 충당하도록 함
- 대학설립계획서의 대학재정운영계획 중 제시된 학생 1인당 등록금은 편제완성년도 이전에 변경할 수 없도록 하되, 수익용기본재산을 추가로 확보하는 경우에는 학생 1인당 등록금을 변경할 수 있도록 함
-「고등교육법」및「사립학교법」등 교육관련 법령을 성실히 준수하도록 함

나. ◇◇시 X구청장은 1999. 6. 2. ◇◇시 X구 XX동 산XX-X번지 일원에 공공시설인 ○○○대학(면적 45,000㎡)이 입지함을 승인한다는 내용의 공공시설입지승인 고시를 한 후 1999. 12. 27. ◇◇시 X구 XX동 산XX-X번지 외 7필지에 대하여 주용도를 교육연구시설로 하여 건축허가(XXXX-건축과-신축허가-XXX)를 하였다.

다. 청구인이 제출한 공문에 의하면, 교육인적자원부 대학설립심사위원회는 2001. 9. 26. 청구인에게 청구인의 대학설립인가 신청서류를 심사함에 있어 교사(校舍)확보 충족여부를 확인하기 위하여「건축법」제18조의 규정에 의한 사용승인서 또는 사용승인필증(구, 준공검사필증)이 필요하다는 이유로 이를 2001. 10. 8.까지 제출할 것을 요구하는 내용의 '2001년도 대학설립인가신청서 제출서류 보완요청'(대학설립위 XX-X)을 한 바 있고, 피청구인은 청구인의 날짜미상 ○○○대학 설립인가신청에 대하여 2002. 7. 9. '건축물사용승인서(구 준공검사필증) 미제출, 정관변경 인가조건 불이행 등'을 이유로 청구인의 동 신청을 반려(전문XXXXX-XXX)한 바 있다.

라. ◇◇시 X구청장은 2002. 8. 23. ○○○대학의 면적을 26,127㎡로 변경한다는 내용의 공공시설입지변경 승인을 고시한 후 2002. 8. 30. 대지면적 25,396㎡, 건축면적 2,023.26㎡, 연면적 8,992.24㎡으로 하여 '▲▲학원 가동, 나동, 다동'에 대한 건축설계변경 허가를 하였는데, 청구인이 제출한 건축물대장(2013. 2. 19. ◇◇시 X구청장 발행)에 의하면 2009. 11. 26. 총 연면적 8,992.24㎡에 대하여 ▲▲학원 가동(용도: 교육연구시설), 나동(용도: 교육연구시설), 다동(용도: 펌프실)이 준공되었으며, ◇◇시 X구청장은 2009. 11. 26. 위 교육연구시설에 대한 사용을 승인하였다.

마. 한편 건설교통부장관은 2007. 6. 28. ◇◇시장과 ◇◇시도시개발공사사장을 사업시행자로 하여 ◇◇시 X구 XX동 등 일원을 ▽▽택지개발예정지구로 지정(건설교통부고시 제XXXX-XXX호)한 후 2009. 2. 6.과 2010. 1. 6. 각각 위 택지개발예정지구에 대한 개발계획과 실시계획을 승인(각각 국토해양부고시 제XXXX-XX호 및 제XXXX-XXXX호)하였으며, 이에 따라 당초 ○○○대학 교지로 제공 예정이었던 ◇◇시 X구 XX동 소재 부지가 위 택지개발예정지구로 편입되었다.

바. 청구인은 2010. 2. 28. 피청구인에게 ○○○대학 설립인가 신청을 하였으나, 피청구인은 대학설립심사위원회의 심의·의결을 거쳐 2010. 7. 28. 다음과 같은 사유로 위 신청을 반려하였다.

- 다 음 -

□ 귀 학교법인에서 제출한 대학설립 인가신청에 대하여 「대학설립·운영 규정」 제3조에 따라 설치된 '대학설립심사위원회'의 심의를 거쳐 인가 여부를 검토하였음
  ○ 동 위원회의 심의결과에 따라 아래와 같은 사유로 대학설립인가 신청서를 반려하오니 향후 대학설립업무에 참고하시기 바람

□ 불충족 사유
  ○ 교사의 난방시설, 수업을 위한 기자재, 학생복지시설 등 개교를 위한 준비가 매우 미흡하여 교육여건 개선을 위한 상당한 투자가 이루어져야 함
  ○ 수익용기본재산 수익률을 학교법인 전체로 산정할시, 수익률이 3.5%에 미치지 못하고, 학과 변경에 따른 수익용기본재산 기준 충족을 하지 못하고 있음(기존 수익용 기본재산을 처분하여 기준을 충족하고자 하나, 그 대금완수 시기가 2010. 12.말로 충족여부를 현재 확인 불가)

○ 교원채용(총장 내정자 포함)은 이사회 의결을 거치지 않았고, 교원초빙 및 임용과정에서 적절한 절차를 거치지 않아 공식적이고 체계적으로 시행하지 않았음
- 전반적으로 교원의 전공이 적합하다고 보여지나, 일부 교원의 경우 전공적합성이 다소 떨어짐
○ 대학 헌장의 제정과 실천계획이 전반적으로 부적정하고, 헌장 실천을 위한 구체적인 교직원 인사운영 및 복지위생계획, 학생의 복지후생 및 지도계획 등이 준비되지 못함
○ 현행 수업연한으로는 대학이 지향하는 복지복합 특성화를 위한 전공 및 교양 과정을 충실하게 이행하기 어렵다고 보여 학사운영의 유연성, 수업연한 조정 등 고려 필요

사. 청구인은 2010. 10. 28.경 피청구인에게 ○○○대학 설립인가 조건(교지) 변경 승인을 신청하였고, 피청구인이 2010. 11. 12. 이를 승인함에 따라 청구인이 확보해야 할 교육용기본재산(교지)은 당초 103,703㎡에서 97,704㎡로 변경되었다.

아. 청구인은 2010년도 심사결과 지적된 불충족 사유에 대한 이행사항 관련서류를 첨부하여 2011. 2. 25. 피청구인에게 ○○○대학 설립인가를 신청하였고, 피청구인은 2011. 7. 21. 개최된 2011년 제13회 대학설립심사위원회의 심의·의결을 거쳐 2011. 8. 4. 다음과 같은 사유로 청구인의 동 신청을 반려하였다.

- 다 음 -

□ 귀 학교법인에서 제출한 ○○○대학 설립인가 신청에 대하여 「대학설립·운영 규정」 제3조에 따라 설치된 '대학설립심사위원회'의 심의결과 아래와 같은 사유로 대학설립인가 신청을 반려하기로 의결하여 귀 법인의 대학설립인가 신청을 반려함

□ 〈반려사유〉
○ 학교법인 ▲▲학원이 설립하고자 하는 ○○○대학의 교지(◇◇시 X구 XX동 238-9번지 등)가 도시계획시설상 '학교시설' 용도로 되어 있지 않음(공원 및 공동주택으로 되어 있음)
○ 학교법인 ▲▲학원에서 설치·경영하는 ●●●●대학교, ★★★학교에 「사립학교법」에 의하여 법인이 부담하여야 하는 법정부담금 등 학교운영경비를 전혀 부담하지 않고 있음
○ ○○○대학의 총장 내정자(▼▼▼는 현 학교법인 ▲▲학원 이사장의 직계비속(딸)으로서 ●●●●대학교 총장(이사장의 처)과 함께 설립자 가족들이 대학경영을 담당할 것으로 예정되어 있음
※ 동 법인이 유지·경영하는 ●●●●대학교의 총장도 현 이사장의 처(妻)임
○ 교원채용과정의 공정성, 교원 전공의 적절성, 교육과정의 특성화 및 학과의 방향성 등이 미흡함

□ 고등교육 인구 감소 등으로 부실한 대학의 퇴출을 위해 정부의 대학 구조조정이 진행 중인 현 상황과 귀 법인이 설립인가 신청한 ○○○대학의 교육여건 및 기존 대학의 경영실태 등을 종합하여 볼 때 설립예정인 ○○○대학은 「사립학교법」에 의한 사학의 자율성을 확보하고 공공성을 앙양하여 사립학교의 건전한 발달을 도모하기에 미흡한 것으로 판단되어 종합적인 재검토가 필요하여 반려함

자. 청구인은 2012. 5. 9. 피청구인에게 교육용기본재산인 ○○○대학 부지 교환에 대한 승인을 요청하였고, 피청구인은 2012. 6. 28.「사립학교법」 제28조에 근거하여 청구인에게 위 부지에 대한 교환을 승인하였으며, 이후 2012. 7. 2. 청구인과 ◇◇도시공사 사장은 2009. 11. 26. 준공된 교육연구시설 2개동과 펌프실을 존치건축물로 하고 ◇◇시 X구 XX동 XXX-X 등 소재 획지규모 32,163㎡를 존치건축물부지로 하는 내용의 '존치건축물 및 존치부지 처리에 관한 약정'을 체결하여 국토해양부장관은 2013. 2. 8. 이와 같은 내용을 관보(제XXXXX호)에 고시(국토해양부고시 제XXXX-XX호)하였는데, 그 주요내용은 아래와 같다.

- 아 래 -

□ 청구인의 ○○○대학 기본재산 변경(교환) 승인 요청(학법▲▲ XXXX-XX)

○ 교환해야 할 교육용기본재산(학교부지)
- (보상대상) 74,164㎡를 (매입부지) 8,623㎡와 교환
- 학교부지 변경 내역

현재부지면적	보상대상면적	존치부지면적(가)	매입부지면적(나)	변경된 면적(가)+(나)
97,704㎡	74,164㎡	23,540㎡	8,623㎡	32,163㎡

※ 교환할 부지 8,623㎡와 기존 존치부지면적 23,540㎡, 총면적 32,163㎡가 ○○○대학 부지로 사용될 면적임

○ 학교부지 교환 사유
- ○○○ 대학 부지가 2007. 6. 28. ▽▽신도시의 택지개발예정지구로 지정됨에 따라 ◇◇도시개발공사로부터 토지보상에 대한 협의요청이 있었고,
- 취득부지의 매입대금과 공급부지 대금을 서로 상계처리 하여, 보상대상 면적과 매입부지 면적을 서로 교환하기로 함

□ 피청구인의 학교법인 ▲▲학원 교육용기본재산 교환 및 매도 허가(전문대학과-XXXX)

○ 교환사유: ◇◇시 및 ◇◇도시공사에서 시행하는 "▽▽ 택지개발예정지구"에 법인이 설립 예정인 가칭 ○○○대학의 교육용기본재산(교지예정)이 편입된바, ◇◇도시공사와 토지 교환을 통하여 학교설립 인가를 받기 위한 교지 및 교사를 존치하고, 교환 후 일부 남은 토지는 ◇◇도시공사로부터 금전 보상을 받고자 함

□ 국토해양부고시제XXXX-XX호(▽▽지구 택지개발사업 개발계획 변경〈2차〉, 실시계획 변경〈1차〉 승인)

○ 토지이용에 관한 계획(변경)

구분	시설명	위치	최초결정일	비고
신설	학교 (대학교)	◇◇시 X구 XX동 XXX-X임 일원	국고XX-XXXX (09.12.28.)	○○○대학(가칭) (존치시설)

구분			면적(㎡)		증감(㎡)	비고
			기정	변경		
공공시설용지	학교	대학교	-	32,163	증)32,163	전문대학

차. 청구인은 위 국토해양부장관고시 등 관련 자료를 첨부하여 2013. 2. 27. 피청구인에게 다음과 같은 내용의 ○○○대학 설립인가를 신청(제3차)하였다.

- 다 음 -

□ 대학설립인가신청서

○ 학교종별: 전문대학

○ 학교명칭: ○○○대학

○ 학교위치: (404-270) ◇◇시 X구 XX동 XXX-X

○ 개설학과 및 학생총정원

개설학과			학생정원	
대계열	소계열	학과	입학정원	편제정원
사회계열	복지	노인복지과	80	160
		유아복지과	80	160
		복지영양과	80	160
		복지경영과	40	80
		다문화복지과	40	80
1	1	5	320	640

○ 개교예정일: 2014. 3. 1.

□ 시설, 교원 및 재산확보 명세서

개설학과	학생총정원
노인복지과(사회계열)	640명
유아복지과(사회계열)	
복지영양과(사회계열)	
복지경영과(사회계열)	
다문화복지과(사회계열)	
계	640명

구분			개설학과(계열별)	최소기준(A)	확보계획(B)	확보율(%) (B)/(A)	소요금액 (백만원)
1	교사	㎡	사회계열	8,400	8,984	107	
			계	8,400	8,984	107	4,088
2	교지	㎡	사회계열	8,400	32,163	383	
			계	8,400	32,163	383	11,940
3	교원	명	사회계열	26명	15명	58	
			계	26명	15명	58	
4	수익용 기본재산	백만원	정기예금	7,000	15,171	260	15,171
			건 물		324		324
			토 지		2,708		2,708
			계	7,000	18,203	260	18,204
합계							25,515

□ 교사(校舍) 확보 명세서

시설별구분	개설학과(계열별)	확보면적(㎡)	건축소요금액	
			㎡당 건축단가(천원)	총 소요금액 (백만원)
교육기본시설	사회계열	8,984.00	455	4,088
계		8,984.00	455	4,088

※붙임서류 가. 배치도 및 평면도(각실 배치명기) 1부
나. 건축허가서 1부
다. 공사비 지급확인서 1부

□ 교지(校地) 확보 명세서

소재지	지번	지목	등기부상 소유자	지적(㎡)	교지편입의 면적(㎡)	지가 (백만원)
					법인	
◇◇시 X구 XX동	238-1	교지	학교법인 ▲▲학원	1,047	1,047	480
	238-3	교지		1,944	1,944	1,059
	238-5	교지		10,901	10,901	5,941
	238-6	교지		3,337	3,337	1,241
	238-9	교지		2,736	888	330

소재지	지번	지목	등기부상 소유자	지적(㎡)	교지편입의 면적(㎡) 법인	지가 (백만원)
	238-10	교지		4,903	4,903	1,824
	238-11	교지		258	520	238
	238	답		337	335	108
	238-2	임야		11,322	478	31
	238-4	임야		7,367	5,160	366
	238-7	전		424	424	128
	238-8	도로		7	7	1
	238-12	도로		146	146	22
	238-13	도로		290	290	44
	239	답		215	2	1
	234-1	답	◇◇도시 공사	3,226	34	13
	237	답		1,515	39	13
	산29-5	임야		14,975	1,019	81
	237-1	도로	◇◇ X구	218	62	8
	산101-1	도로	건교부	992	629	11
계				66,430	32,163	11,940

※ 붙임서류 가. 토지대장, 등기부등본, 토지이용계획확인서 각 1부
나. 토지교환내역서 1부(◇◇도시공사의 신도시 사업 시행에 따라 교지부분을 교환함)

□ 교원 확보 명세서

개설학과		교원성명	연령 (세)	직급	전공	최종 학위명칭	이사회 의결일자	교육부 임용보고	소요예산 (백만원)
사회계열	노인복지과	구○○	44	조교수	사회복지	박사	2013. 2. 21.		40
		강○○	38	조교수	노인복지	박사	2013. 2. 21.		40
		김○○	59	조교수	사회학	박사	2013. 2. 21.		40
	유아복지과	한○○	42	조교수	아동복지	박사	2013. 2. 21.		40
		김○○	34	조교수	아동복지	박사	2013. 2. 21.		40
		오○○	37	조교수	아동복지	박사	2013. 2. 21.		40
		최○○	40	조교수	아동미술	석사	2013. 2. 21.		40
	복지영양과	김○○	47	조교수	식품영양	박사	2013. 2. 21.		40
		최○○	42	조교수	식품영양	박사	2013. 2. 21.		40
		김○○	40	조교수	식품공학	박사	2013. 2. 21.		40
	복지경영과	이○○	39	조교수	사회복지	박사	2013. 2. 21.		40
		김○○	40	조교수	사회복지	박사수료	2013. 2. 21.		40
	다문화복지과	김○○	55	조교수	사회학	박사	2013. 2. 21.		40
		이○○	39	조교수	사회복지	박사	2013. 2. 21.		40
	교양	변○○	45	조교수	중문학	박사	2013. 2. 21.		40
계			15명						600

※ 붙임서류: 교원 임용에 관한 이사회 회의록 사본 1부

□ 수익용 기본재산 확보 명세서

○ 기준산출

(단위:천원)

연도별	운영수익총액(A)	공제액(B)	기준액(A-B)
2014년도	2,658,000	610,000	2,048,000
2015년도	4,578,000	610,000	3,968,000
기준해당액	4,578,000	610,000	3,968,000

○ 확보총괄표

(단위:천원)

구분	수량	단가	금액	소득예정액	대학운영경비 충당액
정기예금 등	6	7,000,000	15,171,390	530,998	424,798
부동산	1		3,032,806	126,600	85,280
기타	-		-	-	-
기준해당액	7		18,240,196	657,598	510,078

○ 재산목록과 소득예정액

(단위:천원)

구분	예금의종류	예금주	예치기관	잔고일자	금액	소득예정액
정기예금 등	정기예금	(학)▲▲학원	하나은행	2013. 2. 15.	7,775,390	272,138
	정기예금	(학)▲▲학원	우리은행	2013. 2. 15.	7,396,000	258,860
	계				15,171,390	530,998
토지 건물	소재지	소유주	면적(㎡)	취득년월일	평가금액	소득예정액
	서울 서초구 방배동 831-1	(학)▲▲학원	토지:328.7 건물:859.55	1998. 7. 30.	3,032,806	126,600
					3,032,806	126,600
합계					18,204,196	657,598

※ 붙임서류 가. 정기예금 등 유동자산은 금융기관 발행 잔액증명서
나. 재산총액의 3.5% 이상의 연간소득 산출근거와 증빙서류(수익용재산 임대현황)

카. 대학설립심사위원회는 청구인의 위 ○○○대학 설립인가 신청을 심의하기 위해 2013. 6. 17.(2013년 제6차 대학설립심사위원회), 2013. 8. 19.(2013년 제7차 대학설립심사위원회), 2013. 9. 5.(2013년 제8차 대학설립심사위원회) 세 차례 개최되었으나 모두 '계속심의'를 결정하였는데, 그 주요 내용은 아래와 같다.

□ 2013년 제6차 대학설립심사위원회 심의결과

○ 심의결과: 교육과정 등에 대해 계속 심의

○ 검토사항

- 교육과정의 특성화 및 학과의 방향성 여부
- 일부 교지 지목 변경 및 소유권 이전 여부
- 학교법인 ▲▲학원의 기존 학교(★★★학교, ●●●●대학교)에 대한 책무성(재정지원 등) 이행 여부

□ 2013년 제7차 대학설립심사위원회 심의결과
○ 심의결과: 교육과정 등에 대해 계속 심의
○ 보완사항
- 사회복지 특성화 계획 보완
  · 기존학과와의 차별성 부족 및 사회복지분야의 전국적인 수요예측과 취업률 분석 등을 통한 신설 필요성 검토
  · 현장실습 방안 등 구체적인 교육과정 운영계획
- ○○○대학 관련 민·형사 재판 판결문 전문 제출
  · 형사: 춘천지방법원 영월지원 XXXX고합X, 서울고등법원XXXX노XXX
  · 민사: 서울중앙지방법원XXXX가합XXXX, 서울고등법원XXXX나XXXXXX

□ 2013년 제8차 대학설립심사위원회 심의결과 통보
○ 심의결과: 계속심의
○ 보완사항
- 설립자금 중 ●●●●대 교비로 환수된 3,554백만원 출처 확인
- 교육과정 특성화 및 차별성 입증(필요시 차후 대학 관계자 의견 청취)

타. 피청구인은 2013. 11. 14. 개최된 2013년 제9차 대학설립심사위원회의 심의·의결을 거쳐 ①학과·교육과정 운영의 특성화(개설전공의 특성과 설정한 교육목표의 융합/연계성, 타 대학과의 차별화 및 특성화 계획) 미흡, ②학령인구 감소에 따른 구조조정 필요성 대두(사회적 책무성 고려 수도권 정원 증가 불가), ③동일 학교법인 내에 추가로 대학 신설시 법인의 학교운영 역량 분산으로 질 높은 교육(교육재정측면, 설립자 학교경영의지 등) 실시 어려움 예상을 이유로 하여 2013. 12. 6. 청구인에게 이 사건 처분을 하였다.

파. 청구인이 설치·경영하는 ●●●●대학교에 대한 교육부의 2002년 종합감사 결과 30여건의 부당사항이 지적되었고, 이로 인해 당시 청구인 법인 이사 전원이 사임하여 2002년 10월경부터 청구인 법인은 임시이사 체제로 운영되다가 피청구인이 2010. 8. 30. 「사립학교법」 제25조의3에 따라 청구인에게 법인 이사 7인에 대한 정이사 선임을 통보함

에 따라 같은 날부터 정이사체제로 전환되었다.

하. 1995. 3. 1.부터 2000. 6. 30.까지 ●●●●대학 학장으로 재직하였던 청구인 법인의 전(前) 이사 ♤♤♤(법인 이사장 ***의 배우자)는 ●●●●대학 교비를 ○○○대학 설립인가신청시 잔고증명과 ○○○대학 공사비 및 개인용도로 사용하였다는 이유로 2004. 4. 30. 서울고등법원으로부터 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 위반(횡령), 업무상 횡령을 죄명으로 하여 징역 3년, 집행유예 4년을 선고(XXXX노XXX)받아 2004. 5. 8. 그 형이 확정되었다.

거. ◇◇시 X구 XX동은 2000. 3. 28. 구 「수도권정비계획법 시행령」(2000. 12. 30. 대통령령 제17089호로 개정되어 2001. 1. 1. 시행되기 전의 것)에 의해 성장관리권역으로 지정되었고, 2001. 1. 22. 개최된 수도권정비위원회에서는 위 ◇◇시 X구 XX동에 ○○○대학을 정원 320명으로 하여 신설하기로 심의·의결하였다.

너. 피청구인은 2010. 4. 6. 국토해양부장관에게 ○○○대학이 수도권정비위원회의 심의·의결을 거친 것과 관련하여 수도권지역에 위 대학의 설립이 가능한지에 대하여 문의하였고, 이에 대해 국토해양부장관은 2010. 4. 16. 대학의 성격 등이 변경되지 않는다면 그 효력이 있다는 취지의 회신을 하였다.

더. 피청구인은 2013. 7. 8. 청구인에게 학교법인 설립허가를 받고도 학교법인의 목적인 학교를 장기간 설립하지 못하고 있다는 이유로 「사립학교법」 제47조제2항에 따른 시정요구를 하며, 조속한 시일 내에 학교설립과 관련한 절차 등을 이행할 것을 요구하였고, 이러한 시정지시사항에 대해 6개월이 경과하도록 이행하지 아니한 경우 해산을 명할 수 있음을 안내하였다.

러. 피청구인은 답변서와 함께 교육부 대학지원실에서 2014. 1. 28. 작성한 '대학교육의 질 제고 및 학령인구 급감 대비를 위한 대학 구조개혁 추진계획'을 제출하였는데, 동 계획서의 주요내용은 아래와 같다.

Ⅰ.추진 배경
□ 향후 고등교육 수급 전망에 따른 선제적 대응 필요
○ 대학 입학자원이 급감하고, 대학들의 미충원 확산이 가시화
- '18년부터 대입정원과 고교졸업자 수의 역전현상이 발생하고, '20년 이후 초과 정원이 급격히 증가
※ 2013학년도 고교졸업자수: 63만명 2023년 고교졸업자수: 40만명

□ 대학 교육의 질 제고를 통한 경쟁력 강화 요구 증가
○ 반값 등록금 도입 등으로 국민 혈세가 부실대학 연명수단이 되어서는 안된다는 강력한 사회적 요구 대두

□ 고등교육 생태계 황폐화 우려
○ 대입 자원 급감으로 인해 교육의 질과 관계없이 지방대학·전문대학부터 타격을 받게 될 것으로 예상
○ 지역에서의 대학 역할을 고려할 때 "지방대학의 위기는 지역의 위기"로 직결
※ 2013학년도 미충원 인원의 96%가 지방대, 그 중 지방 전문대학이 51.5% 차지
○ 지방대학·전문대학의 위기는 연쇄적으로 수도권 대학의 대학원 교육 위기로 이어져 고등교육 생태계 황폐화 초래 우려
※ 2013년 이후 대학 소재지별 충원율 전망출처: 배상훈 외(2012), 미래 고등교육 수요 변화 분석 및 대응방안 연구
→ 동 충원율 전망 그래프에 의하면 수도권의 경우 2013년 약 150%, 2023년 약 98%, 2040년 100%로 되어 있음

□ 유학생·평생학습 등 새로운 고등교육 수요 확대의 한계
○ 지난 10년간 전문대학의 성인학습자 비율은 늘었으나('99:9.1%→'08:16.1%), 4년제 대학은 12~13% 내외에서 정체
☞ 양적 규모는 대폭 줄이되 교육의 질은 높여 대학 경쟁력을 제고할 수 있는 적극적인 대학 구조개혁 방안 추진 필요

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령

1) 구「고등교육법」(2005. 11. 22. 법률 제7699호로 개정되어 시행되기 전의 것) 제2조에 따르면 고등교육을 실시하기 위하여 전문대학(제4호) 등 각 호의 학교를 둔다고 되어 있고, 같은 법 제4조제1항에 따르면 학교를 설립하고자 하는 자는 시설·설비 등 대통령령

이 정하는 설립기준을 갖추어야 한다고 되어 있으며, 같은 조 제2항에 따르면 국가 외의 자가 학교를 설립하고자 하는 경우에는 교육인적자원부장관의 인가를 받아야 한다고 되어 있다. 구 「고등교육법 시행령」(2006. 1. 13. 대통령령 제19278호로 개정되어 시행되기 전의 것) 제2조제1항에 따르면 「고등교육법」(이하 '법'이라 한다) 제4조제1항의 규정에 의하여 학교를 설립하고자 하는 자가 갖추어야 하는 시설·설비 등 학교의 설립기준에 관한 사항은 따로 대통령령으로 정한다고 되어 있고, 같은 조 제2항에 따르면 법 제4조제2항의 규정에 의하여 학교의 설립인가를 받고자 하는 자는 사립학교의 경우에는 학교법인의 정관과 등기 및 출연금에 관한 서류(제11호) 등 각 호의 사항이 기재된 서류를 갖추어 교육인적자원부장관에게 신청하여야 한다고 되어 있다.

2) 구 「사립학교법」(1999. 1. 21. 법률 제5683호로 개정되어 1999. 4. 22. 시행되기 전의 것) 제45조에 의하면 학교법인의 정관의 변경은 이사정수의 3분의 2 이상의 찬성에 의한 이사회의 의결을 거쳐 교육부장관의 인가를 받아야 한다고 되어 있고, 구 「사립학교법 시행령」(1998. 11. 3. 대통령령 제15922호로 개정되어 시행되기 전의 것) 제18조제1항에 따르면 법 제45조제2항의 규정에 의한 학교법인의 정관변경에 관한 인가신청서에는 변경사항(신·구)을 기재한 서류(제1호), 이사회회의록 사본(제2호)의 서류를 첨부하여야 한다고 되어 있으며, 같은 조 제2항에 따르면 제1항의 경우에 정관의 변경이 당해 학교법인이 그가 설치·경영하고 있는 학교와 다른 사립학교를 새로이 설치하기 위한 것인 경우에는 제1항의 서류 이외에 제4조제1항제3호 내지 제8호 및 제14호의 서류(제4호 내지 제8호의 서류는 증자하는 경우에 한한다)를 그 인가신청서에 첨부하여야 한다고 되어 있다.

3) 「사립학교법」 제25조의3제1항에 따르면 관할청은 제20조에도 불구하고 제25조에 따라 선임된 임시이사의 선임사유가 해소되었다고 인정한 때에는 조정위원회의 심의를 거쳐 지체 없이 임시이사를 해임하고 이사를 선임하여야 한다고 되어 있고, 같은 법 제28조제1항 본문에 따르면 학교법인이 그 기본재산을 매도·증여·교환 또는 용도변경하거나 담보에 제공하고자 할 때 또는 의무의 부담이나 권리의 포기를 하고자 할 때에는 관할청의 허가를 받아야 한다고 되어 있다.

4) 구 「대학설립·운영 규정」(1998. 2. 24. 대통령령 제15665호로 개정되어 1998. 3. 1. 시행되기 전의 것, 이하 '이 사건 제정규정'이라 한다) 제2조제1항에 따르면 교육부장관은

대학을 설립·경영하고자 하는 자(이하 '설립주체'라 한다)가 제4조의 규정에 의한 교사 및 제5조의 규정에 의한 교지(제1호), 제6조의 규정에 의한 교원의 2분이 1 이상의 전임교원(제6조제4항의 규정에 의한 겸임교원을 제외한 교원을 말한다)(제2호), 제7조의 규정에 의한 수익용기본재산(제3호)의 기준을 갖추어 대학설립의 인가를 신청한 때에는 제3조의 규정에 의한 대학설립심사위원회의 심의를 거쳐 이를 인가한다고 되어 있고, 같은 조 제2항에 따르면 설립주체는 제1항의 규정에 의하여 대학설립의 인가를 신청하기 전에 교육부령이 정하는 바에 따라 대학설립계획서 및 제9조의 규정에 의한 대학헌장을 교육부장관에게 제출하여야 한다고 되어 있으며, 같은 영 제3조제1항에 따르면 설립주체가 제2조제1항의 규정에 의한 설립기준을 갖추었는지의 확인등 대학설립에 관한 중요사항을 심의하기 위하여 교육부에 대학설립심사위원회를 둔다고 되어 있다. 한편 같은 영 제9조에 의하면 대학을 설립·경영하는 자는 대학의 건학이념, 교육프로그램등 학사운영계획, 교직원 인사행정, 재정운용방안과 교육·연구용 시설·설비 확보계획, 교직원 및 학생의 복지후생, 학생지도와 대학의 장기발전계획등을 포함하는 대학헌장을 제정하여 교육부장관에게 제출하고, 이를 공표하여야 한다고 되어 있다. 구「대학설립·운영 규정 시행규칙」(1998. 5. 25. 교육부령 제718호로 개정되어 시행되기 전의 것) 제2조제1항에 따르면 대학·사범대학·교육대학·개방대학·전문대학 및 이에 준하는 각종학교(이하 '대학'이라 한다)를 설립·경영하고자 하는 자는 대학설립·운영규정 제2조제2항의 규정에 의한 대학설립계획서 및 대학헌장을 매년도 3월 31일 전까지 교육부장관에게 제출하여야 하되, 대학의 개교예정일은 그 제출일부터 3년을 초과하지 못한다고 되어 있고, 같은 조 제2항에 따르면 제1항의 규정에 의한 대학설립계획서에는 교사건축계획(제2호), 교지확보계획(제3호), 교원확보계획(제4호), 대학재정운영계획(제5호) 등 각 호의 사항을 포함하여야 한다고 되어 있다.

5) 구「대학설립·운영 규정」(2005. 10. 25. 대통령령 제19095호로 개정되어 시행되기 전의 것, 이하 '이 사건 종전규정'이라 한다) 제2조제1항에 따르면 대학을 설립하고자 하는 자(이하 '설립주체'라 한다)는 제4조의 규정에 의한 교사 및 제5조의 규정에 한 교지(제1호), 제6조의 규정에 의한 교원의 2분의 1 이상의 전임교원(제6조제4항의 규정에 의한 겸임 및 초빙교원등을 제외한 교원을 말한다)(제2호), 제7조의 규정에 의한 수익용기본재산(제3호)의 기준을 갖추어 교육인적자원부장관에게 대학설립의 인가를 신청하여야 한다고

되어 있고, 같은 조 제2항에 따르면 교육인적자원부장관은 대학설립을 인가하고자 하는 경우에는 제1항 각 호의 기준과 「고등교육법 시행령」 제2조제2항 각 호의 사항에 대하여 제3조의 규정에 의한 대학설립심사위원회의 심의를 거쳐야 한다고 되어 있으며, 같은 조 제3항에 따르면 설립주체는 제1항의 규정에 의하여 대학설립의 인가를 신청하기 전에 교육인적자원부령이 정하는 바에 따라 대학설립계획서를 교육인적자원부장관에게 제출하여야 한다고 되어 있다. 같은 영 제3조제1항에 따르면 설립주체가 제2조제1항의 규정에 의한 설립기준을 갖추었는지의 확인 등 대학설립에 관한 중요사항을 심의하기 위하여 교육인적자원부에 대학설립심사위원회(이하 '위원회'라 한다)를 둔다고 되어 있고, 같은 조 제5항에 따르면 위원회의 회의는 재적위원 과반수의 찬성으로 의결한다고 되어 있다. 같은 영 제4조제3항에 따르면 교육기본시설과 지원시설의 면적은 별표 3에 의한 학생 1인당 교사기준면적에 편제완성연도를 기준으로 한 계열별 학생정원을 곱하여 합산한 면적 이상으로 한다고 되어 있고, 이 경우 계열별 학생정원을 합한 학생정원이 400명 미만인 경우에는 그 정원을 400명으로 보되, 계열별로 학생정원을 환산하는 방법은 교육인적자원부령으로 정한다고 되어 있다. 같은 영 제5조제1항에 따르면 교지는 교육·연구활동에 지장이 없는 적합한 장소에 별표 4에 의한 기준면적을 확보하여야 한다고 되어 있고, 같은 영 제6조제1항에 따르면 대학(교육대학을 제외한다)은 편제완성연도를 기준으로 한 계열별 학생정원을 별표 5에 의한 교원 1인당 학생수로 나눈 수의 교원(조교를 제외한다)을 확보하여야 한다고 되어 있다. 같은 영 제7조제1항에 따르면 학교법인은 대학의 연간 학교회계 운영수익총액에 해당하는 가액의 수익용기본재산을 확보하여야 한다고 되어 있고, 같은 조 제2항에 따르면 제1항의 규정에 의한 연간 학교회계 운영수익총액에 해당하는 가액의 수익용기본재산은 그 총액의 3.5% 이상에 해당하는 가액의 연간 소득이 있는 것이어야 한다고 되어 있다.

6) 구 「대학설립·운영 규정 시행규칙」(2006. 2. 28. 교육인적자원부령 제875호로 개정되어 시행되기 전의 것, 이하 '이 사건 종전규정 시행규칙'이라 한다) 제2조제1항에 따르면 대학·산업대학·교육대학·전문대학 및 이에 준하는 각종학교(이하 '대학'이라 한다)를 설립·경영하고자 하는 자는 대학설립·운영규정(이하 '영'이라 한다) 제2조제2항의 규정에 의한 대학설립계획서를 교육인적자원부장관에게 제출하여야 한다고 되어 있고, 같은 조 제2

항에 따르면 제1항의 규정에 의한 대학설립계획서에는 대학의 종류·명칭·위치·학과 또는 학부·학생정원 및 개교예정일(제1호), 교사건축계획(제2호), 교지확보계획(제3호), 교원확보계획(제4호), 대학재정운영계획(제5호)의 사항을 포함하여야 한다고 되어 있으며, 같은 조 제3항에 의하면 이미 학교법인 설립허가를 받은 자로서 대학을 설립·경영하고자 하는 자는 사립학교법시행령 제18조의 규정에 의한 학교법인의 정관변경인가신청서를 제1항의 대학설립계획서와 함께 제출하여야 한다고 되어 있다. 같은 시행규칙 제4조제1항에 따르면 고등교육법 제4조제2항의 규정에 의하여 대학설립의 인가를 신청하고자 하는 자는 동법 시행령 제2조제2항의 규정에 의한 대학설립인가신청서에 영 제2조제1항 각 호의 기준에 대한 이행상황보고서를 첨부하여 대학설립계획서에서 정한 개교예정일 8월 전까지 교육인적자원부장관에게 제출하여야 한다고 되어 있다.

7) 구 「대학설립·운영 규정」(2006. 6. 7. 대통령령 제19501호로 개정되어 시행되기 전의 것, 이하 '이 사건 개정규정'이라 한다) 제2조제1항에 따르면 대학을 설립하고자 하는 자(이하 '설립주체'라 한다)는 제4조의 규정에 의한 교사 및 제5조의 규정에 의한 교지(제1호), 제6조의 규정에 의한 교원의 2분의 1이상의 전임교원(제6조제4항의 규정에 의한 겸임 및 초빙교원 등을 제외한 교원을 말한다)(제2호), 제7조의 규정에 의한 수익용기본재산(제3호)의 기준을 갖추어 교육인적자원부장관에게 대학설립의 인가를 신청하여야 한다고 되어 있고, 같은 조 제2항에 따르면 교육인적자원부장관은 대학설립을 인가하고자 하는 경우에는 제1항 각 호의 기준과 「고등교육법 시행령」 제2조제2항 각 호의 사항 및 교육과정 등 교육인적자원부령이 정하는 사항에 대하여 제3조의 규정에 의한 대학설립심사위원회의 심의를 거쳐야 한다고 되어 있다. 같은 영 제3조제1항에 따르면 설립주체가 제2조제1항 및 제2조의2의 규정에 의한 설립기준을 갖추었는지의 확인등 대학설립에 관한 중요사항을 심의하기 위하여 교육인적자원부에 대학설립심사위원회를 둔다고 되어 있고, 같은 조 제5항에 따르면 위원회의 회의는 재적위원 과반수의 찬성으로 의결한다고 되어 있다. 같은 영 제4조제3항에 따르면 교육기본시설과 지원시설의 면적은 별표 3에 의한 학생 1인당 교사기준면적에 편제완성연도를 기준으로 한 계열별 학생정원을 곱하여 합산한 면적 이상으로 한다고 되어 있고, 이 경우 계열별 학생정원을 합한 학생정원이 1천명 미만인 경우에는 그 정원을 1천명으로 보되, 계열별로 학생정원을 환산하는 방법은 교육인적자원

부령으로 정한다고 되어 있으며, 같은 조 제5항에 따르면 교수·학습에 직접 사용되는 교사의 내부환경은 「학교보건법」 제4조의 규정에 의한 환경위생 및 식품위생의 유지·관리에 관한 기준에 적합하여야 한다고 되어 있다. 같은 영 제5조제1항에 따르면 교지는 교육·연구활동에 지장이 없는 적합한 장소에 별표 4에 의한 기준면적을 확보하여야 한다고 되어 있고, 같은 규정 제6조제1항에 따르면 대학(교육대학을 제외한다)은 편제완성연도를 기준으로 한 계열별 학생정원을 별표 5에 의한 교원 1인당 학생수로 나눈 수의 교원(조교를 제외한다)을 확보하여야 한다고 되어 있는데, 이 경우 계열별 학생정원을 합한 학생정원이 500명 미만인 경우에는 그 정원을 500명으로 보되, 계열별로 학생정원을 환산하는 방법은 교육인적자원부령으로 정한다고 되어 있다. 같은 영 제7조제1항에 따르면 학교법인은 대학의 연간 학교회계 운영수익총액에 해당하는 가액의 수익용기본재산을 확보하되, 전문대학의 경우 70억원 이상을 확보하여야 한다고 되어 있고, 같은 조 제2항에 따르면 제1항 각 호의 규정에 불구하고 1개의 법인이 수 개의 학교를 설립·운영하고자 하는 경우에는 각 학교별 제1항 각 호의 금액의 합산액 이상을 확보하여야 한다고 되어 있으며, 같은 조 제3항에 따르면 제1항의 규정에 의한 연간 학교회계 운영수익총액에 해당하는 가액의 수익용기본재산은 그 총액의 3.5퍼센트 이상에 해당하는 가액의 연간 소득이 있는 것이어야 한다고 되어 있다.

한편 부칙(대통령령 제19095호, 2005. 10. 25.) 제1조 본문에 따르면 이 영은 공포한 날부터 시행한다고 되어 있으며, 제3조에 따르면 이 영 시행 당시 종전의 설립인가기준에 의하여 학교법인의 설립허가 또는 정관변경인가를 얻고 대학설립인가를 받지 아니하거나 대학을 설치·경영하기 위하여 학교법인의 설립허가 또는 정관변경인가를 신청한 설립주체에 대하여는 종전의 규정에 의한다고 되어 있다.

8) 구 「대학설립·운영 규정 시행규칙」(2008. 3. 4. 교육과학기술부령 제1호로 개정되어 시행되기 전의 것, 이하 '이 사건 개정규정 시행규칙'이라 한다) 제2조제1항에 따르면 대학·산업대학·교육대학·전문대학 및 이에 준하는 각종 학교(이하 '대학'이라 한다)를 설립·경영하고자하는 자는 「대학설립·운영 규정」(이하 '영'이라 한다) 제2조제2항의 규정에 의한 대학설립계획서를 교육인적자원부장관에게 제출하여야 한다고 되어 있고, 같은 조 제2항에 따르면 제1항의 규정에 의한 대학설립계획서에는 대학의 종류·명칭·위치·학과 또는

학부·학생정원 및 개교예정일(제1호), 교사건축계획(제2호), 교지확보계획(제3호), 교원확보계획(제4호), 대학재정운영계획(제5호), 교육과정운영계획(제6호), 설립자의 학교경영계획(제7호)의 사항을 포함하여야 한다고 되어 있으며, 같은 조 제3항에 따르면 이미 학교법인 설립허가를 받은 자로서 대학을 설립·경영하고자 하는 자는 「사립학교법 시행령」 제18조의 규정에 의한 학교법인의 정관변경인가신청서를 제1항의 대학설립계획서와 함께 제출하여야 한다고 되어 있다.

한편 부칙(교육인적자원부령 제875호, 2006. 2. 28.) 제1항에 따르면 이 규칙은 공포한 날부터 시행한다고 되어 있고, 제4항에 따르면 이 규칙 시행 당시 종전의 대학설립인가기준에 의하여 학교법인의 설립허가 또는 정관변경인가를 얻고 대학설립인가를 받지 아니한 자에 대하여는 제8조의 개정규정에 불구하고 종전의 규정에 의한다고 되어 있다.

9) 「대학설립·운영 규정 시행규칙」 제6조제1항에 따르면 교육부장관은 제4조제1항의 규정에 의하여 대학설립의 인가신청을 받은 때에는 대학설립의 인가여부를 개교예정일 8월전까지 신청인에게 통보하여야 한다고 되어 있고, 같은 규칙 제13조에 따르면 교육부장관은 부득이한 사유가 있는 때에는 제2조 내지 제6조에 규정된 기간을 3월의 범위 내에서 이를 조정할 수 있다고 되어 있다.

10) 「수도권정비계획법」 제6조제1항제2호에 따르면 성장관리권역은 과밀억제권역으로부터 이전하는 인구와 산업을 계획적으로 유치하고 산업의 입지와 도시의 개발을 적정하게 관리할 필요가 있는 지역으로 되어 있고, 같은 조 제2항에 따르면 과밀억제권역, 성장관리권역 및 자연보전권역의 범위는 대통령령으로 정한다고 되어 있으며, 같은 법 제8조제1항에 따르면 관계 행정기관의 장은 성장관리권역이 적정하게 성장하도록 하되, 지나친 인구집중을 초래하지 않도록 대통령령으로 정하는 학교, 공공 청사, 연수 시설, 그 밖의 인구집중유발시설의 신설·증설이나 그 허가 등을 하여서는 아니된다고 되어 있다. 같은 법 제18조제1항에 따르면 국토교통부장관은 공장, 학교, 그 밖에 대통령령으로 정하는 인구집중유발시설이 수도권에 지나치게 집중되지 아니하도록 하기 위하여 그 신설 또는 증설의 총허용량을 정하여 이를 초과하는 신설 또는 증설을 제한할 수 있다고 되어 있고, 같은 조 제4항에 따르면 관계 행정기관의 장은 인구집중유발시설의 신설 또는 증설에 대하여 제2항과 제3항에 따른 총량규제의 내용과 다르게 허가등을 하여서는 아니된다고 되

어 있다.「수도권정비계획법 시행령」제3조제1호에 따르면 법 제2조제3호에 따른 인구집중유발시설은「고등교육법」제2조에 따른 학교로서 대학, 산업대학, 교육대학 또는 전문대학에 해당하는 시설을 말한다고 되어 있고, 같은 시행령 제9조에 따르면 법 제6조에 따른 과밀억제권역, 성장관리권역 및 자연보전권역의 범위는 별표 1과 같다고 되어 있는데, 별표 1에 따르면 성장관리권역은 ◇◇시 중 서구 불로동으로 되어 있다. 같은 시행령 제12조제1항에 따르면 법 제8조제1항에서 '대통령령으로 정하는 학교, 공공 청사, 연수 시설, 그 밖의 인구집중유발시설의 신설·증설'이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것을 제외한 학교, 공공 청사 또는 연수 시설의 신설·증설을 말한다고 되어 있는데, 같은 항 제1호 가목 본문에 따르면 학교의 경우 제24조에 따른 총량규제의 내용에 적합한 범위에서의 산업대학, 전문대학, 대학원대학 또는 입학정원이 50명 이내인 대학의 신설로 되어 있다. 같은 시행령 제24조제1항에 따르면 법 제18조제3항에 따른 학교에 대한 총량규제의 내용은 다음 각 호와 같다고 되어 있는데, 같은 항 제2호 가목에 따르면 산업대학, 전문대학의 입학 정원 증가 총수는 전년도 전국 입학정원 증가 총수의 100분의 10을 초과할 수 없다고 되어 있고, 다만 국토교통부장관이 국민경제의 발전과 공공복리의 증진을 위하여 부득이하다고 인정하여 수도권정비위원회의 심의를 거쳐 따로 정하는 경우에는 그러하지 아니하다고 되어 있다.

나. 판단

1) 위 관계법령에 의하면 이 사건 개정규정에는 대학설립을 위해 기존부터 요구되던 교사, 교원, 교지, 수익용기본재산 등 외에 '교육과정' 등이 대학설립기준으로 추가되었고, 대학 설립주체가 확보하여야 하는 교사, 교지, 교원, 수익용기본재산 역시 그 기준이 상향 조정되었으며, 이에 따라 이 사건 개정규정 시행규칙에서도 대학을 설립하기 위해 설립주체가 피청구인에게 제출하여야 하는 대학설립계획서에 기존의 교사, 교지, 교원에 대한 확보계획 외에도 '교육과정운영계획', '설립자의 학교경영계획'을 포함하도록 하고 있으나, 이 사건 개정규정 부칙 제3조에서는 종전의 설립인가기준에 의하여 정관변경인가를 얻고 대학설립인가를 받지 아니한 설립주체에 대하여는 종전의 규정에 의하도록 하는 경과규정을 두고 있다.

2) 피청구인은 이 사건 개정규정 부칙 제3조의 '설립인가기준'은 이 사건 종전규정 제2조제1항에 한정되는 것이지 대학설립심사위원회의 심의대상을 정하고 있는 제2조제2항까지 해당되는 것은 아니므로 피청구인은 이 사건 개정규정 제2조제2항에 의하여 교육과정을 심사할 수 있고, 청구인이 정관변경인가를 받은지 12년이 지나서야 대학설립인가를 신청하며 이 사건 종전규정의 적용을 주장하는 것은 부당하며, 피청구인이 청구인에게 제시한 이 사건 처분사유는 모두 이유 있다고 주장한다.

3) 살피건대, 이 사건 개정규정에서 부칙 제3조의 경과규정을 두고 있는 이유는 정관변경인가를 받고 이 사건 종전규정에서 정하는 대학설립조건을 이행 중인 설립주체에 대하여 법령의 개정으로 인해 강화된 조건이 소급적용 됨에 따라 입게 되는 불이익을 방지하고 피청구인의 정관변경인가에 기하여 대학설립조건을 확보 중인 설립주체의 기득권을 보호하기 위함이라 할 것인바, 대학설립을 위해 확보하여야 하는 교지와 교사 등은 그 특성상 정관변경인가를 받은 후 대학설립조건을 충족하기까지 일정한 기간이 소요될 수밖에 없는 점, 대학을 설립하고자 하는 설립주체로서는 대학설립조건 이행 중에 있을 법령의 개정까지 예상하기 어렵고, 정관변경인가를 받을 당시 시행 중인 이 사건 종전규정을 살피어 동 규정에서 정하는 요건을 충족할 수 있으리라는 판단 하에 상당한 금원과 노력을 투입하여 이 사건 종전규정에서 정한 대학설립조건을 이행 중에 있었을 것인 점, 위 인정사실에 따르면 청구인은 2013. 2. 27. 피청구인에게 이 사건 처분의 기초가 되는 대학설립인가 신청을 한 사실이 있고, 이는 청구인이 피청구인으로부터 정관변경인가를 받은지 12년 이상 경과된 시점이긴 하나, 동 기간 동안 청구인 법인이 임시이사체제로 운영되거나 ○○○대학 교지가 택지개발예정지구로 지정되는 등의 사건이 있었고 이로 인해 청구인이 대학설립조건을 갖추기까지 더욱 많은 시간이 소요된 것으로 보이며, 교지와 교사가 택지개발예정지구로 지정된 이후에도 이를 ○○○대학 교지와 교사로 확보하기 위해 청구인은 계속해서 노력을 경주한 것으로 보이므로 이러한 사정을 감안하면 청구인이 의도적으로 정관변경인가 조건이행이나 대학설립인가 신청을 위한 준비 의무를 소홀히 하였다고 하기도 어려운 점, 달리 일정기간이 경과하면 이 사건 개정규정 부칙 제3조에 의거하여 이 사건 종전규정의 적용을 받을 수 있는 권리가 소멸된다는 규정도 없는 점 등을 고려할 때, 1998. 6. 30. 피청구인으로부터 정관변경인가를 받은 청구인의 경우 위 부칙 제3조에

의거하여 이 사건 종전규정의 적용을 받는다고 봄이 타당하다.

또한 이 사건 종전규정 및 개정규정 제2조제1항 각 호에서는 설립주체가 갖추어야 할 교사, 교지, 교원, 수익용기본재산에 대해 정하고 있고, 제2조제2항에서는 대학설립심사위원회의 심의대상을 정하고 있는데, 위 제2조제2항에 의해 피청구인이 대학설립인가를 하기 전에 반드시 대학설립심사위원회의 심의를 거쳐야 하는 사실을 감안할 때 대학설립심사위원회가 그 심의의 대상으로 삼는 사항이 종전보다 가중되는 경우 이는 사실상 설립주체가 갖추어야 할 조건이 가중되는 것과 같은 효과를 가져오게 되므로 이 사건 개정규정 부칙 제3조의 '종전의 규정에 의한다'에서 지시하는 '종전의 규정'에 이 사건 종전규정 제2조제2항이 배제된다고 보기 어려우므로 이에 대한 피청구인 주장은 받아들일 수 없다.

4) 그렇다면 이 사건 종전규정의 적용을 받는 청구인에게 피청구인이 이 사건 처분을 하며 '①학과·교육과정 운영의 특성화(개설전공의 특성과 설정한 교육목표의 융합/연계성, 타 대학과의 차별화 및 특성화 계획) 미흡, ②학령인구 감소에 따른 구조조정 필요성 대두(사회적 책무성 고려 수도권 정원 증가 불가), ③동일 학교법인 내에 추가로 대학 신설시 법인의 학교운영 역량 분산으로 질 높은 교육(교육재정측면, 설립자 학교경영의지 등) 실시 어려움 예상'을 그 사유로 제시할 수 있는지 여부에 대해 살펴본다.

이 사건 개정규정 제2조제2항에서는 대학설립심사위원회의 심의사항으로 이 사건 종전규정에 없던 '교육과정 등 교육인적자원부령으로 정하는 사항'을 추가하고 있고, 이와 같은 취지에서 이 사건 개정규정 시행규칙 제2조제2항에서는 종전과 달리 대학설립계획서에 '교육과정운영계획', '설립자의 학교경영계획'을 포함하도록 하고 있으나, 청구인은 이 사건 개정규정 부칙 제3조에 의해 이 사건 종전규정의 적용을 받는 설립주체이고, 이 사건 종전규정 제2조제1항에서는 설립주체가 피청구인에게 대학설립인가를 신청하기 위해 확보하여야 할 교지, 교사, 교원, 수익용기본재산의 기준에 대하여 정하고 있으며, 같은 조 제2항에서는 피청구인이 대학설립인가 여부를 결정함에 있어 필수적으로 거쳐야 하는 대학설립심사위원회의 심의대상으로서 위 제1항의 기준과 「고등교육법 시행령」 제2조제2항 각 호의 사항만을 규정하고 있으므로 피청구인은 신설대학의 질을 제고하기 위해 정성평가의 대상으로서 이 사건 개정규정에 새롭게 도입한 교육과정이나 설립자의 경영계획 등을 청구인의 ○○○대학 설립인가 기준으로 삼을 수 없음이 원칙이고, 따라서 특별한 공

익상 사유 없이 피청구인이 청구인의 대학설립인가를 거부하는 내용의 이 사건 처분을 하며 위와 같은 내용을 처분사유로 삼기는 어렵다고 보인다. 설령 이 사건 종전규정을 대학설립인가를 받기 위해 설립주체가 갖추어야 할 최소요건으로 보아 동 규정에서 피청구인에게 신설대학의 교육과정의 적정성이나 교육의 질, 제반 교육환경 등을 평가할 수 있는 재량의 여지를 남겨 두고 있는 것으로 볼 수 있다 하더라도, 피청구인은 위와 같은 사항에 대한 판단의 근거가 되는 객관적인 기준을 설정하여 대학설립인가신청을 반려하는 경우 그 설립주체에게 구체적이고 합리적인 이유를 제시하여야 할 것이고, 단지 행정청의 재량에 속하는 사항이라는 이유만으로 그 의사가 존중될 수 있는 것은 아니라 할 것인데(대법원 2004. 5. 28. 선고 2004두961 판결 등 참조), 피청구인은 ○○○대학 설립이 불가하다고 판단한데 대한 구체적이고 합리적인 이유를 청구인에게 제시하여 청구인으로 하여금 추후 이를 보완하거나 제반환경의 변화가 있을 경우 대학설립 인가를 받을 수 있을지 여부에 대한 예측가능성을 가질 수 있도록 하여야 함에도, 이 사건 종전규정 등 법령에 없는 내용을 심사하면서도 이에 대한 기준을 제시함도 없이 청구인에게 '학과·교육과정의 특성화 미흡, 학령인구 감소에 따른 구조조정 필요성 대두, 동일 학교법인 내에 추가로 대학 신설시 역량분산으로 질 높은 교육 실시 어려움 예상' 등 추상적이고 막연한 예측에 근거한 사유만을 제시하고 있는바, 특히 청구인이 「수도권정비계획법」상 성장관리권역인 ◇◇시 X구 XX동에 ○○○대학을 설립하는 것과 관련하여 2001. 1. 22.「수도권정비계획법」 및 동법 시행령에 의한 수도정비위원회의 심의를 통과한 점, 2013. 2. 27. 청구인이 피청구인에게 대학설립인가신청을 하며 제출한 신청서에 의하면 청구인은 이 사건 종전규정에서 정하고 있는 수익용기본재산 확보 조건을 충족한 것으로 되어 있는 점 등을 감안하면 '수도권 정원 증가 불가'나 '교육재정측면' 등의 처분사유는 달리 이에 대한 합당한 근거나 기준을 제시함이 없는 한 피청구인이 청구인의 대학설립인가를 거부할만한 합리적인 이유로 보기 어려워 보이며, '학령인구 감소에 따른 구조조정 필요성 대두'의 경우 피청구인이 대학설립 인가여부를 결정하는데 고려하지 않을 수는 없을 것으로 보이나, 피청구인이 이러한 대학 구조조정 정책의 대상이나 범위 등에 대한 기준을 제시하거나 객관적 자료 등에 근거하여 위 정책의 타당성을 입증하지도 못하고 있는 상황에서는 이 사건 처분을 통해 달성하고자 하는 위와 같은 공익상의 요구가 ○○○대학 교지, 교사 등 시설·

설비를 확보한 청구인이 입게 되는 불이익의 크기보다 크다고 단정하기도 어려워 보이므로 이 역시 대학설립인가를 거부할만한 합리적인 이유로 보기 어려운바, 이러한 사정을 고려할 때 피청구인의 이 사건 처분은 재량권을 일탈·남용하였다고 할 것이다.

5) 따라서 피청구인이 대학설립심사위원회의 심의를 거쳐 다시 그 인가여부를 결정할 수 있음은 별론으로 하고, '①학과·교육과정 운영의 특성화(개설전공의 특성과 설정한 교육목표의 융합/연계성, 타 대학과의 차별화 및 특성화 계획) 미흡, ②학령인구 감소에 따른 구조조정 필요성 대두(사회적 책무성 고려 수도권 정원 증가 불가), ③동일 학교법인 내에 추가로 대학 신설시 법인의 학교운영 역량 분산으로 질 높은 교육(교육재정측면, 설립자 학교경영의지 등) 실시 어려움 예상'을 이유로 청구인에게 한 이 사건 처분은 위법·부당하다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 있으므로 청구인의 청구를 받아들이기로 하여 주문과 같이 재결한다.

6 2014-04867 사립학교 교장 임명승인 거부처분 등 취소청구(재결일 : 2014. 8. 5.)

【사건의 쟁점】

대학총장으로 재임 당시 해임요구 된 바 있는 교장임용 대상자에 대하여 피청구인이 한 교장 임명승인 거부처분이 재량권을 일탈·남용한 처분인지 여부

【재결요지】

교원소청심사위원회에서 절차상 하자를 이유로 해임처분을 취소한 것이고, 달리 동 해임처분에 실체적 하자가 있다고 객관적으로 입증되거나 확인된 사실이 없으므로 대학총장으로 재임 시 해임요구 된 바 있다는 이유로 한 교장 임명승인 거부처분은 위법·부당하다고 할 수 없음

【재결의 의미】

교육감은 학교법인이 승인 신청한 임용 대상자가 학교의 교장으로 임명될 만한 인물로서 교육의 공공성을 저해하지 않는지 여부 등을 고려할 수 있으므로, 해임처분이 취소되었다 하더라도 당해 징계 처분의 절차상 하자를 이유로 한 것인 이상 이를 이유로 교장 임명승인을 거부한 것이 재량권을 일탈·남용한 처분이라 보기는 어렵다고 한 사례

주 문 1. 이 사건 심판청구 중 피청구인이 2014. 2. 25. 청구외 ○○○에게 한 교장 자격인정 거부처분에 대한 취소청구 부분은 각하한다.

2. 청구인의 나머지 청구는 기각한다.

청구취지 1. 피청구인이 2014. 2. 25. 청구인에게 한 사립학교 교장 임명승인 거부처분을 취소한다.

2. 피청구인이 2014. 2. 25. 청구외 ○○○에게 한 교장 자격인정 거부처분을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

가. 청구인은 ●●중학교(이하 '이 사건 학교'라 한다), ●●여자고등학교, ●●예술고등학교를 설립·경영하고 있는 학교법인이고, 청구외 ○○○은 청구인 법인 이사장의 사위로서 동 법인 이사로 재직 중인 자인바, 청구인 법인 이사회는 2014. 1. 14. 청구외 ○○○을 이 사건 학교 교장으로 임명하기로 결의한 후 2014. 1. 24. 피청구인에게 청구외 ○○○에 대한 교장 임명승인을 신청하였고, 피청구인은 「사립학교법」 제54조의3에 의거하여 검토한 결과 교장 임용 대상자인 청구외 ○○○은 ◎◎대학교 총장으로 재임 시 교육부 감사에 의하여 비위사실이 적발되어 중징계 '해임' 요구된 바 있다는 이유로 2014. 2. 25. 청구인에게 교장 임명승인 거부처분(이하 '이 사건 처분1'이라 한다)을 하였다.

나. 한편 청구외 ○○○은 ◇◇시◆◆교육지원청교육장을 통하여 2014. 2. 17. 피청구인에게 교장 자격인정을 신청하였고, 피청구인은 위 ○○○이 「초·중등교육법」 제21조 제1항 및 별표 1 제2호의 '학식과 덕망이 높은 사람' 자격기준에 미흡(교육부 감사결과 지적된 적발내용 검토)하다고 판단된다는 이유로 2014. 2. 25. 위 ○○○에게 사립학교 교장 자격인정 거부처분(이하 '이 사건 처분2'라 한다)을 한 후 이를 청구인과 이 사건 학교 교장에게 통보하였다.

2. 청구인 주장

가. 이 사건 처분1의 위법·부당성

1) 절차상 하자: 「행정절차법」 제23조제1항 위반

ⅰ) 「행정절차법」 제23조제1항에 의하면 행정청이 처분을 할 때에는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 하고, 그 이유 제시의 정도는 처분의 상대방이 처분사유를 이해할 수 있을 정도로 구체적이어야 하는바(대법원 1990. 9. 11. 선고 90누1786 판결, 대법원 1987. 5. 26. 선고 86누788판결 등 참조), 피청구인은 이 사건 처분1을 하면서 청구인에게 그 처분사유를 구체적으로 밝히지 아니하고 단지 추상적으로 「사립학교법」 조항만을 제시하고 있으므로 이 사건 처분1은 「행정절차법」 제23조제1항에 반하여 이유제시가 없거

나 미비한 절차상 하자가 존재하므로 취소되어야 한다.

ii) 피청구인은 답변서를 통해 이 사건 처분1이 「사립학교법」 제54조의3제1항제4호에 근거한 것이라고 주장하나, 피청구인이 청구인에게 이 사건 처분1을 할 당시 처분서에는 「사립학교법」 제54조의3제3항이 근거법령으로 제시되었는바, 결국 피청구인은 처분 당시 근거 법령을 잘못 적시하여 청구인으로 하여금 처분의 근거조차 제대로 알지 못하게 하였고 단순히 교육부 감사에 의하여 해임 요구된 적이 있다는 추상적인 이유만을 제시하였으므로 실체적 이유를 살펴볼 필요 없이 이 사건 처분1은 취소되어야 한다.

2) 실체적 하자: 처분사유의 부존재

ⅰ) 피청구인은 이 사건 처분1의 사유로 청구외 ○○○이 교육부로부터 해임 요구받은 사실을 제시하고 있으나, 교육부가 해임 요구를 함에 있어 비위사실로 지적한 공사비 부당집행 등에 대하여 위 ○○○은 무혐의처분을 받았을 뿐 아니라 ◎◎대학교를 설립·경영하는 학교법인 □□학원은 교육부 요구에 따라 2013. 2. 12. ○○○에 대한 해임을 의결하였으나 ○○○이 교육부 감사 결과에 대한 이의신청을 함에 따라 그 처분이 유보되었다가 ○○○이 2013. 2. 28. 임기만료로 퇴직한 이후 해임 처분이 이루어졌으므로 동 해임처분은 법률상 어떠한 효력이 발생될 수 없다.

ii) 더욱이 학교법인 □□학원이 ○○○에게 한 위 해임 처분마저도 「사립학교법」 제64조 내지 제66조에서 정하고 있는 징계절차를 거치지 않은 절차상 하자가 있다는 이유로 2013. 7. 1. 교원소청심사위원회에 의해 취소된 사실이 있고, ○○○이 2013. 2. 28. 퇴직한 이상 학교법인 □□학원이 더 이상 위 ○○○에 대해 「교원소청에 관한 규정」 제16조 제3항에 의해 재처분을 할 수도 없으므로 피청구인이 청구인에게 한 이 사건 처분1은 존재하지도 않는 교육부의 해임요구를 근거로 하였고, 학교법인에게 부여된 교장 임면권을 지나치게 제한하며 위 ○○○의 직업의 자유 등을 침해하는 처분이므로 위법·부당하다.

나. 이 사건 처분2의 위법·부당성

「초·중등교육법」 제21조 및 별표 1에 의하면 중등학교 교장의 자격을 인정받기 위해서는 별표 1에서 정하고 있는 자격기준을 모두 충족할 필요는 없고, 각 호 중 하나에 해당하면 족할 것인데, 피청구인은 이 사건 처분2의 사유로 청구외 ○○○이 위 별표 1 자격기준 제2호 '학식과 덕망이 높은 사람'에 해당하지 않는다는 사실을 제시하였으나 위 ○○

○은 1997. 3. 1. ◎◎대학교의 전신인 구 ■■대학의 학장으로 임용되어 2013. 2. 28. ◎◎대학교 총장으로 퇴직하였으므로 위 별표 1 자격기준 제3호의 '교육대학·전문대학의 학장으로 근무한 경력이 있는 사람'에 해당하는바, 위 ○○○이 위 자격기준 제3호에 해당하는지 여부는 살피지 아니하고 동 자격기준 제2호에 해당하지 않는다는 이유로 한 피청구인의 이 사건 처분2는 근거 법령을 잘못 적용한 위법이 존재하므로 취소되어야 하고, 설령 중등학교 교장 자격을 인정받기 위해서는 동 자격기준 각 호를 모두 충족해야 한다고 하더라도 위 ○○○이 '학식과 덕망이 높은 사람'에 해당하지 않는다는 피청구인의 판단은 지나치게 추상적이고 모호하므로 위법·부당하다고 할 것이다.

다. 소결

따라서 피청구인이 청구인에게 이 사건 처분1과 청구외 ○○○에게 한 이 사건 처분2는 위법·부당하므로 모두 취소되어야 한다.

3. 피청구인 주장

가. 이 사건 처분1의 적법·타당성

1) 절차상 하자가 존재한다는 주장에 대하여

피청구인은 청구외 ○○○이 「사립학교법」 제54조의2, 제54조의3, 제58조, 「국가공무원법」 제33조 등에 해당하는지 여부를 자체점검표 등을 토대로 청구인 스스로 검토하게 하였으므로 청구인은 청구외 ○○○이 자체점검표에 적시된 결격사유에 해당한다는 사실을 충분히 인지할 수 있었을 것이고, 피청구인은 청구인에게 이 사건 처분1을 하며 처분의 직접적인 사유를 제시하였으므로, 이 사건 처분1에 어떠한 절차상 하자도 존재하지 않는다.

2) 실체적 하자로서 처분사유가 부존재 한다는 주장에 대하여

ⅰ) 청구외 ○○○은 교육부 종합감사에 의하여 비위사실이 적발(업무추진비 부당집행, 허위 회계처리 등 공사 부당집행으로 10억원 변상 판정)되어 중징계 '해임'이 요구된 바 있으며, 이에 학교법인 □□학원 이사회는 2013. 2. 12. 교육부의 요구에 따라 위 ○○○을 해임하기로 의결한 후 해임 처분한 바 있다. 비록 동 해임 처분이 절차상 하자를 이유로 교원소청심사위원회에 의하여 취소되었으나, 「교원소청에 관한 규정」 제16조제3항에는 '절차상 흠이 있음을 이유로 처분이 취소된 경우 처분권자는 다시 징계절차를 진행

하여야 하며 이 경우 종전에 행한 처분의 효력에 영향을 미치지 아니한다'고 명시되어 있어 학교법인 □□학원이 위 ○○○에 대한 재징계 절차를 진행하지 않은 이상 기존 해임처분은 유효하게 존속하고 있다고 할 것이고, 이에 따라 청구외 ○○○은 「사립학교법」 제54조의3제1항제4호에 따른 「국가공무원법」 제33조의 결격사유 있는 자에 해당한다 할 것이므로 이 사건 처분1은 적법·타당하다.

ii) 더불어 청구인은 청구외 ○○○이 임기만료로 총장직을 퇴직한 이상 학교법인 □□학원이 더 이상 청구인에게 재처분을 할 수 없다고 주장하나, 「국가공무원법」 제33조 등에 의한 임명제한 등을 고려할 때 퇴직 이후에도 학교법인 □□학원이 정당한 절차를 통하여 다시 위 ○○○에 대한 징계처분을 할 실익이 존재한다 할 것이므로 이에 대한 청구인의 주장은 이유 없다.

나. 이 사건 처분2의 적법·타당성

교장 자격인정은 「국가공무원법」 제33조제8호에 의한 교장임명 결격 사유가 치유되지 아니한 채 이루어질 수 없는 사항이고, 청구외 ○○○이 「초·중등교육법」 별표 1에서 정하고 있는 중등학교 교장 자격인정 기준 중 제3호 요건에는 부합한다고 할 수 있으나, 교장은 고도의 도덕성이 요구되는 직책이라 할 것이므로, 피청구인은 같은 기준 제2호에서 정하고 있는 학식과 덕망이라는 요소를 검토하여 위 ○○○이 동 요소를 갖추었다고 볼 수 없다고 판단한 것이다.

다. 소결

따라서 피청구인이 청구인에게 한 이 사건 처분1과 청구외 ○○○에게 한 이 사건 처분2는 모두 적법·타당하다.

4. 관계법령

행정심판법 제13조제1항

행정절차법 제23조제1항

고등교육법 제2조, 제5조제1항, 제14조제1항, 제60조제1항

사립학교법 제4조제1항·제3항, 제16조제1항, 제23조제2항, 제53조제1항·제2항, 제54조제3항, 제54조의3제1항·제3항, 제61조제1항, 제64조, 제64조의2, 제66조제1항·제2항, 제

66조의3제3항

교육공무원법 제10조의4

국가공무원법 제33조

교원지위향상을 위한 특별법 제7조제1항, 제9조제1항, 제10조제2항·제4항

교원소청에 관한 규정 제16조제2항·제3항

초·중등교육법 제21조제1항, 제62조제1항, 별표 1

초·중등교육법 시행령 제106조의2제1항

교원자격검정령 제3조제1항, 제18조, 제19조제1항, 제23조제1항·제2항, 별표 2

교원자격검정령 시행규칙 제2조제1항, 제9조제4항, 제10조

행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제22조제1항

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 교장 임명 승인신청 및 교장자격 인정 신청서 반려(△△학원-●●중) 공문, 소청심사 청구 결정통지서 및 결정서, 진정내사 사건 처분결과 증명서, 사립학교 교장 임용대상자에 대한 징계 및 비위사실 등 확인 요청 결과 공문, 사립학교 교장 임용대상자에 대한 징계 및 비위사실 등 확인 요청에 대한 회신문, 해임 처분 사유 통지서, 해임 처분 취소 및 임기만료 퇴직 통보서, 학교장 임명승인 신청서, 2014년 교장 자격인정 신청서, 2014년 교장 자격인정 대상자 추천서, 정관, 등기사항전부증명서 등 각 사본의 기재내용을 종합하여 보면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 XX시 XX구 XX로 XX길 XX-XX(XXX동 산XX-X)에 위치한 이 사건 학교, ●●여자고등학교, ●●예술고등학교를 설립·경영하는 학교법인이고, 청구외 ○○○은 청구인 법인 이사장 ▲▲▲의 사위(▲▲▲의 딸 ▽▽▽의 배우자)로서 동 법인의 이사로 재직 중인 자이다.

나. 청구인 법인 이사회는 2014. 1. 14. 2013학년도 제9차 이사회 회의를 개최하여 재적이사(8명) 3분의 2 이상(6명)의 찬성으로 청구외 ○○○을 2014. 1. 15.자로 이 사건 학교 교장으로 임명하기로 결의하였는데, 동 이사회 회의록의 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

❑ 일시: 2014. 1. 14.(회의소집 통보일: 2014. 1. 8.)

❑ 이사정수 8명, 재적이사 8명

- 참석이사: 7명(▲▲▲, ○○○, ◁◁◁, ◀◀◀, ▷▷▷, ▶▶▶, ♤♤♤)
- 불참이사: 1명(♠♠♠)

❑ 부의안건: 제2호의 안건 - 이 사건 학교 교장 임명의 건

❑ 회의내용

- ▲▲▲ 이사장: 재적이사 8명 중 7명이 출석하여 정관 제23조에 규정된 개회 및 의결을 위한 성원이 되어 금회 이사회가 유효하게 성립되었음을 선언하다.
- ▲▲▲ 이사장: 이어서 이 사건 학교 교장 임명의 건을 상정하고 유정열 이사에게 제안설명 하도록 하다.(○○○ 이사 회의장에서 퇴장하다)
- ▲▲▲ 이사장: 제2호의 안 이 사건 학교 교장 임명의 건에 대해 ○○○ 선생을 2014. 1. 15.자로 교장에 임명할 것을 참석이사 전원의 찬성으로 가결되었음을 선언하다. 이어서 제3호의 안 학교법인 △△학원 수익용기본재산(현금) 처분 신청의 건을 상정하고 ○○○ 이사에게 제안설명하도록 하다.(○○○ 이사 회의장을 입장하다)

다. 청구인은 이사회 회의록, 신원조사회보서, 가족관계증명서, 자체점검표 등을 첨부하여 2014. 1. 24. 피청구인에게 청구외 ○○○을 이 사건 학교 교장으로 임명승인 하여 달라는 취지의 사립학교 교장 임명승인을 신청하였는데, 청구인이 피청구인에게 제출한 신청서류 일체의 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

❑ 학교장 임명승인 신청서

승인대상 학교장 내역		법인정관 규정		이사회 의결 기준			초·중 임 여부	이사장과의 관계
성명	학교명	임기	정년	재임기간	이사회 개최일	의결정족수		
○○○	●●중학교	4년	62세	2014. 1. 15. ~ 2017. 2. 28.	2014. 1. 14.	3분의 2 이상	초임	이사장의 사위

❑ 이력서

년 월 일	학력 및 경력사항
1974. 3. ~ 1978. 2.	♡♡대학교 응용생물학과(이학사)
1980. 9. ~ 1983. 2.	♡♡대학교 무역학(경제학 석사)
1992. 8. ~ 2001. 12.	학교법인 □□학원 이사
1997. 9. ~ 2000. 2.	♥♥대학교 경제학(경제학 박사)
1996. 3. ~ 2013. 2.	◎◎대학교 총장
1997. 6. ~ 2014. 1. 현재	학교법인 △△학원 이사

❑ 자체점검표

임명승인 기준항목	사립학교법 조항	세부내용	해당여부
교장의 임명제한 사유	제54조의3	·제20조의2의 규정에 의하여 임원취임승인이 취소되고 5년이 경과하지 아니한 자	해당없음
		·제54조의2의 규정에 의한 해임요구에 의하여 해임되고 3년이 경과하지 아니한 자	해당없음
		·제61조의 규정에 따라 파면되고 5년이 경과하지 아니한 자	해당없음
		·제54조의3 제5항 각 호의 사유로 파면·해임된 자	해당없음
교원의 면직사유	제58조	·신체 또는 정신상의 장애로 1년 이상 직무를 감당하지 못할만한 지장이 있을 때	해당없음
		·근무성적이 극히 불량한 때	해당없음
		·정부를 파괴함을 목적으로 하는 단체에 가입하고 이를 방조한 때	해당없음
		·정치운동을 하거나 집단적으로 수업을 거부하거나 또는 어느 정당을 지지 또는 반대하기 위하여 학생을 지도·선도 한 때	해당없음
		·인사기록에 있어서 부정한 채점·기재를 하거나 허위의 증명이나 진술을 한 때	해당없음
교장의 해임요구 사유	제54조의2	·학생의 입학(편입학을 포함한다)·수업 및 졸업에 관한 당해 학교의 장의 권한에 속하는 사항으로서 교육관계법률 또는 그 법률에 의한 명령에 위반한 때	해당없음
		·이 법 또는 이 법에 의한 명령 또는 다른 교육관계 법령에 위반하였을 때	해당없음
		·학교에 속하는 회계의 집행에 관하여 부정 또는 현저히 부당한 일을 행하였을 때	해당없음
국가공무원법 제33조의 해당 여부	제54조의3	·국가공무원법 제33조제1호부터 제8호까지 해당 여부	해당없음
기타 제한 기준			확인여부
·설치·경영 학교가 2개교 이상인 사립학교법인은 이사장의 배우자 및 직계존·비속과 그 배우자인 자를 학교장으로 임명할 경우 1개교로 제한			제한안함
·학교장 연령 제한(만 62세)			62세
·기타 성추행, 시험문제 유출 및 성적조작, 금품수수 등으로 사회적 물의를 일으켜 징계요구 중이거나 기소 중인 자			해당없음

라. 한편 청구외 ○○○은 ◇◇시◆◆교육지원청교육장을 통하여 2014. 2. 17. 피청구인에게 사립학교 교장 자격인정을 신청하였는데, 신청서류 일체는 청구인 법인 이사장이 '2014년 교장 자격인정 대상자 추천'이라는 제목 하에 위 '나'항의 이사회 회의록과 청구외 ○○○의 교장자격인가 추천검정원서, 신상명세서, 경력증명서, 법인 정관 등 신청서류를 ◇◇시◆◆교육지원청교육장에게 제출하였고, 제출된 신청서류 일체의 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

❑ 2014. 2. 13.자 교장자격인가 추천검정원서

<table>
<tr><td rowspan="3">신청인
(출원인)</td><td>성명</td><td>○○○</td><td>현직명</td><td>□□학원 이사</td></tr>
<tr><td>소지자격</td><td>-</td><td rowspan="2">경력</td><td rowspan="2">교육경력 16년</td></tr>
<tr><td>학력</td><td>박사학위</td></tr>
<tr><td>신청자격</td><td colspan="4">중등학교교장</td></tr>
<tr><td rowspan="2">취임예정학교</td><td>학교명</td><td>●●중학교</td><td>학교법인명</td><td>학교법인 △△학원</td></tr>
<tr><td colspan="2">소지자격별 교원수</td><td colspan="2">교감 2명, 1급정교사 31명, 2급정교사 3명</td></tr>
<tr><td>인정기준 중
해당사항</td><td colspan="4">「교원자격검정령」 제23조 및 별표 1
초·중등학교장 인정기준 제1호다목</td></tr>
<tr><td>학교(법인)와의
관계</td><td colspan="4">이사장의 사위</td></tr>
<tr><td>학교법인이사장의
추천사유</td><td colspan="4">·추천사유: 교육경력 풍부하고 교장으로서의 능력이 탁월하며, 투철한 교육관과 사명감으로 학교발전에 필요하여 추천함</td></tr>
<tr><td colspan="5">「교원자격검정령」 제23조 및 동 시행규칙 제9조제4항의 규정에 의하여
위와 같이 자격검정을 받고자 소정의 서류를 갖추어 출원함
2014. 2. 13. 신청인 ○○○
서울특별시교육감 귀하</td></tr>
</table>

❑ 학교법인 △△학원 이사장 ▲▲▲의 2014. 2. 13.자 임용예정각서

❍ 소속: 이 사건 학교, 직위: 교장, 성명: ○○○

❍ 현재 이 사건 학교 교장 결원으로 금번 교장자격인정대상자로 상기자를 추천하는 바이며, 2014. 3. 1.자로 이 사건 학교 교장으로 임용할 예정이기에 임용예정 각서를 제출함

❑ ◎◎대학교 총장이 발행한 2014. 2. 5.자 경력증명서

❍ 직위: 총장

❍ 성명: ○○○

○ 재직기간: 1997. 3. 1. ~ 2013. 2. 28.

❑ 경기대학교총장이 2014. 2. 5. 발행한 졸업증명서

○ 성명: ○○○

○ 과정: 대학원 박사

○ 입학일자: 1997. 3. 2.

○ 졸업일자: 2012. 2. 17.

○ 학위종별: 경제학박사

○ 학위등록번호: ♥♥대20XX(박)00XX

마. 피청구인은 2014. 2. 12. 교육부장관과 학교법인 □□학원이 설립·경영하는 전문대학인 ◎◎대학교 총장에게 청구외 ○○○에 대한 '징계 및 비위사실 등에 대한 확인'을 요청하였고, 이에 대하여 교육부장관과 ◎◎대학교 총장은 각각 2014. 2. 12. 및 2014. 2. 14. 피청구인에게 아래와 같이 회신하였다.

- 아 래 -

❑ 교육부장관의 2014. 2. 12.자 회신서

○ 사립학교 교장 임용 대상자에 대한 징계 조회 결과를 아래와 같이 통보함

- 대상자: 前 ◎◎대학교 총장 ○○○

- 확인사항

· 감사기간: 2012. 10. 8. ~ 2012. 10. 19.

· 지적내용: 국제교육센터 및 체육관 증축 공사 공사비 집행 부당 등

· 처분요구: 중징계(해임)

○ 다만, 동 회신내용은 1997년부터 현재까지 나이스 및 공공감사정보시스템에 입력된 우리 부 사립대 종합감사 및 회계부분감사 감사처분 징계요구사항에 한하며 해당기관에서의 징계 결과 등은 포함되어 있지 않음

❑ ◎◎대학교총장의 2014. 2. 14.자 회신서

○ 대상자: 前 ◎◎대학교 총장 ○○○

○ 처분내용

- 교육부 종합감사결과 처분 통보의 해임요구에 의하여 해임 통보

- 교원소청심사위원회에서 절차상 하자로 인한 해임처분 취소 결정 통지

- 소청심사 청구 결정 통지에 의하여 해임처분이 취소되고 2013. 2. 28.자로 임기만료 퇴직 통보

바. 피청구인은 2014. 2. 25. 청구인과 청구외 ○○○에게 각각 다음과 같은 내용의 이 사건 처분1과 이 사건 처분2를 한 후 이를 청구인과 이 사건 학교 교장에게 통보하였다.

- 다 음 - -

❍ 귀 학교법인에서 제출한 교장 임명 신청 건에 대하여「사립학교법」제54조의3제3항(교장의 임명제한)에 의거하여 검토한 결과, 교장 임용 대상자는 ◎◎대학교 총장 재임 시 교육부 감사에 의하여 비위사실이 적발되어 중징계 "해임" 요구된 바 있고,

❍ 또한 학교의 교장자격 인정의 기준은「초·중등교육법」제21조(교원의 자격) 제1항 별표 1 제2호에 "학식과 덕망이 높은 사람"으로 규정하고 있는바, 귀 법인의 교장자격 인정 신청 대상자(○○○)는 자격기준에 미흡(교육부 감사결과 지적된 적발내용 검토)하다고 판단되어 교장임용 대상자 교체를 권고하며, 보고한 문서를 반려하오니 학교 교육과정운영 및 행정업무에 공백이 없도록 임용 절차를 준수하여 학교장을 임명한 후「사립학교법」제54조에 따라 임면 보고하여 주시기 바람

사. 학교법인 □□학원 이사장은 2012학년도 제8차, 제9차 및 2013학년도 제1차 이사회를 통하여 청구외 ○○○에 대한 해임이 의결되었다는 이유로 2013. 3. 14. 청구외 ○○○에게 아래와 같이 해임 처분을 통보하였다.

- 아 래 -

❍ 처분결과

- 「사립학교법」제53조제2항의 규정에 의한 이사정수 3분의 2 이상의 찬성으로 총장 해임이 의결

❍ 해임 처분 사유

- 교육과학기술부 사학감사팀-XXX(2013. 1. 17.) '학교법인 □□학원(◎◎대학교) 종합감사 결과 처분 통보'의 해임 요구에 의하여 해임이 의결됨

❍ 해임일: 2013. 2. 28.

아. 청구외 ○○○은 2013. 4. 12. 교원소청심사위원회에 학교법인 □□학원이 2013.

2. 28. 위 ○○○에게 한 해임 처분의 취소를 구하는 소청심사를 청구하였고(사건번호 2013-XXX 해임처분 취소청구), 이에 대하여 교원소청심사위원회는 2013. 6. 24. 위 해임 처분을 취소하는 결정을 하였는데 그 주요내용은 아래와 같다.

- 아 래 -

❑ 사건: 2013-XXX 해임 처분 취소 청구

❑ 청구인: 성명 ○○○

소속 전)◎◎대학교 직위 총장

❑ 피청구인: 학교법인 □□학원

❑ 주문

❍ 피청구인이 2013. 2. 28. 청구인에게 한 해임 처분을 취소한다.

❑ 이유

❍ 판단

- 사실관계

1) 청구인(○○○)은 1997. 3. 1. ■■대학(현 ◎◎대학교) 학장으로 신규 임용되어 이 사건 처분(해임 처분을 의미함) 시까지 ◎◎대학교 총장으로 근무하였다.
2) 교육과학기술부(현 교육부)는 2012. 10. 8. ~ 2012. 10. 19. ◎◎대학교에 대한 종합감사를 실시하였고, 2013. 1. 17. 피청구인(학교법인 □□학원)에게 종합감사 결과를 통보하면서 청구인에 대해 중징계(해임)를 요구하였다.
3) 피청구인은 2013. 1. 30. 이사회를 개최하여 교육과학기술부 종합감사 결과 통보에 따른 후속 조치를 논의하였고, 이사회는 청구인 해임(안)을 차기 이사회에서 심의할 것을 의결하였다.
4) 피청구인은 2013. 2. 12. 이사회를 개최하여 청구인에 대한 해임을 의결하였고 이를 청구인에게 통보하였으나, 청구인은 2013. 2. 13. 교육과학기술부의 해임 요구에 대한 이의신청 결과가 확정되지 않은 상태에서 청구인을 해임하는 것은 부당하다며 피청구인에게 이의신청서를 제출하였다.
5) 피청구인은 2013. 2. 15. 이사회를 개최하여 청구인에 대한 해임(안)을 교육과학기술부의 종합감사 처분결과 보고기한인 2013. 3. 18.까지 유보하고, 청구인의 총장 연임(안)은 부결시켰으며, 청구인에게 해임 유보 및 총장 임기 만료(2013. 2. 28.자)를 통보하였다.
6) 청구인은 피청구인에게 교육과학기술부에 대한 이의신청 결과가 확정될 때까지 해임을 유보해 줄 것을 요청하였으나, 피청구인 이사회는 2013. 3. 14. 청구인에 대해 해임(2013. 2. 28.자)을 의결하였고, 피청구인은 이를 청구인에게 통보하였다.
7) 교육과학기술부는 2013. 3. 29. 피청구인의 이의신청에 대해 모두 기각하였으며, 청구인은 2013. 4. 12. 우리 위원회(교원소청심사위원회)에 소청심사를 청구하였다.

- 절차상 하자 유무

1) 법원은 '「사립학교법」에서 단순히 "교원"이라고 하는 경우에는 학교의 장도 포함한다는 것을 전제로 하고 있다고 풀이되며, 교원의 징계사유 및 종류에 관한 같은 법 제61조는 "교원"에 대하여서만 규정하고 있는데 따로 학교장의 징계에 관한 규정은 없음에 비추어 역시 학교의 장에게도 적용 된다고 보아야 할 것이다(대법원 2002. 12. 10. 선고 2002두3393 판결 참조).'라고 판시하였고,
'「사립학교법」 제53조제2항은 학교법인이 교원인 대학교육기관의 장을 임기 중에 해임하고자 하는 경우에는 「사립학교법」상 면직 또는 징계해임의 절차 이외에도 이사 정수의 2/3 이상의 찬성에 의한 이사회의 결의를 거치도록 규정하고 있는 것이지 이사회 결의만으로 대학교육기관의 장을 임기 중에 해임할 수 있다는 독립적 자족적 규정으로 해석할 수 없다(서울행정법원 2009. 7. 9. 선고 2009구합4241 판결 참조).'라고 판시하였다.
2) 관련 규정 및 판례에 의하면, 사립학교의 장은 교원에 포함되고, 학교의 장을 해임하고자 하는 경우 「사립학교법」 제64조 내지 제66조에 따른 징계 절차를 따른 후, 「사립학교법」 제53조제2항의 규정에 따라 이사정수 3분의 2 이상의 찬성에 의한 이사회 의결을 거쳐야 함을 알 수 있다.
3) 그런데 피청구인이 청구인에게 통보한 처분 사유서를 살펴보면, '교육과학기술부의 피청구인 종합감사 결과 청구인에 대한 신분상 해임을 요구한 바, 「사립학교법」 제53조제2항 규정에 의해 이사정수 3분의2 이상 찬성으로 해임 의결'이라고 적시되어 있고, 피청구인 이사회 회의록(2013. 2. 12.)에도 '「사립학교법」에 의하면 총장의 경우 교원인사위원회의 심의 대상이 아니므로 교원이라 볼 수 없기에 교원 징계절차에 의한 징계를 진행하지 않아도 된다.'라고 적시되어 있다.
그렇다면 피청구인은 「사립학교법」 제64조 내지 제66조 규정에 따른 징계절차를 거치지 아니하고 이사회 의결만으로 청구인을 해임 처분 하였다고 할 것이므로, 이 건 처분은 「사립학교법」 제64조 내지 제66조 규정을 위반한 절차상 중대하고 명백한 하자가 있어 더 나아가 살피지 아니한다.

○ 결론

- 이상에서 살펴본 바와 같이, 피청구인은 청구인을 해임 처분함에 있어 「사립학교법」 제64조 내지 제66조에서 규정한 징계절차를 거치지 아니하였으므로, 이 건 처분은 중대하고 명백한 절차상 하자가 있다고 할 것이어서 더 나아가 살피지 아니하고 주문과 같이 결정함

자. 학교법인 □□학원 이사장은 2013. 7. 30. 청구외 ○○○에게 교원소청심사위원회에 의해 위 ○○○에 대한 해임 처분이 취소되었고, 이에 따라 학교법인 □□학원의 2012학년도 제9차 이사회(2013. 2. 15.)에서 의결된 연임(안) 부결에 의하여 아래와 같이

위 ○○○의 임기가 만료되어 퇴직함을 통보하였다.

구분	소속	직위	성명	생년월일	퇴직일
임기만료	◎◎대학교	총장	○○○	1955. 1. 23.	2013. 2. 28.

차. 한편 ♧♧지방검찰청♣♣지청장이 2013. 10. 1. 발행한 진정내사 사건 처분결과 증명서에 의하면 위 ♧♧지방검찰청 ♣♣지청은 2013. 9. 27. 청구외 ○○○의 업무상 배임 혐의에 대하여 증거불충분하다는 이유로 '혐의 없음'을 결정(♧♧지방검찰청 ♣♣지청 20XX 수제 제X호)하였다.

카. 청구인이 제출한 구 교육과학기술부의 '학교법인 ◎◎대학교[□□학원] 종합감사 결과 발표' 보도자료의 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

□ 교육과학기술부는 2012. 10. 8.부터 10. 19.까지 학교법인 ◎◎대학교(□□학원)에 대한 종합감사를 실시하고 2013. 1. 17. 그 결과를 발표하였음
□ ◎◎대학교는 '국제교류센터 및 체육관 증축공사'를 추진하는 과정에서 예산낭비와 이면계약을 통한 대금 지급 등 많은 문제점을 드러냈고, 위 공사와 관련하여 형사기소 된 교수에 대하여 직위해제 및 징계절차를 미이행 하였으며, 총장이 업무추진비 카드를 사적으로 사용하였고, 기타 관계법령과 자체 규정을 위반하여 업무를 처리한 사례가 다수 확인되었음
□ 주요 감사결과는 다음과 같음
  ○ '국제교육센터 및 체육관 증축공사' 관련
    - 기본계획 및 자금집행계획 없는 대규모 공사 시행
    - 공사비 낭비
    - 이면계약으로 대금 지급
    - 교육용재산을 수익용으로 위탁운영
    ☞ 교육과학기술부는 총장에 대한 중징계(해임), 10억원 변상, 이면계약으로 대금 지급 및 낙찰율 미적용으로 ◎◎대학교에 손해를 끼친 총장 등 4명을 수사의뢰하는 한편, ㈜◉◉와의 위탁계약 해지를 요구하고, 그 밖의 관련자에 대하여 경징계를 요구하기로 하였음
  ○ 교비집행 관련
    - 총장은 업무추진비 법인카드를 대학업무와 무관하게 113회 총 19,432천원을 사적인 목적으로 사용
    - 2010년부터 2012년 2월까지 입시업무에 종사하지 않은 총장 등 325명의 교직원에게 총 445,170천원을 입시수당으로 지급

- 학생복지과 직원은 직무관련 업체로부터 6회에 걸쳐 총 6,935천원의 금품을 수수
  ☞ 사적인 목적으로 집행된 총장 업무추진비 19,432천원을 회수하도록 하였고, 입시경비 중 목적 외로 사용한 112,480천원을 신입생 장학금 등으로 지급하는 방안을 마련하도록 통보하는 한편, 금품수수한 직원은 중징계 요구하였음

○ 교원인사 관련

- '국제교류센터 및 체육관' 증축공사 관련 편의제공대가로 업체로부터 307,230천원을 받아 배임수재 혐의로 형사기소된 건축과 교수 ◈◈◈에 대해 직위해제 및 징계절차를 미이행
- 동 교수가 2011학년도 1학기 이후 출근하고 있지 않는 데도 보수를 지급
- 항공자동차기계공학부 교수 ■■■는 자기차량을 음주운전 중 교통사고를 내고 도주 후 벌금 20,000천원이 확정되었는데도 경고로 종결
- 2009년 이후 총 24명의 외국인 전임교원을 채용하면서 기초 및 전공심사 등 객관적이고 공정한 절차 없이 임용
  ☞ 중징계(파면) 1명, 경징계 2명, 경징계 3명 및 출근하지 않고 있는 교수에게 부당지급한 급여 71,716천원 회수 등의 조치를 요구하였음

타. 청구인 정관(2012. 5. 24. 시행)의 주요내용은 아래와 같다.

제13조(임원의 종류와 정수) 이 법인에 다음의 임원을 둔다.
1. 이사 8인(이사장 1인, 개방이사 2인 포함)

제22조(이사회의 구성 및 기능 등) ① 이사회는 이사로서 구성한다.
② 이사회는 다음 각 호의 사항을 심의·결정한다.
5. 법인이 설치한 학교의 장 및 교원의 임면에 관한 사항

제23조(이사회의 개회 및 의결정족수) ① 이사회는 이사정수의 과반수가 출석하지 아니하면 개회하지 못한다.
② 이사회의 의사는 이 정관에 특별히 규정한 경우를 제외하고는 재적 이사 과반수의 찬성으로 의결한다.

제24조(이사회 의결제적사유) 이사장 또는 이사가 다음 각 호의 1에 해당할 때에는 그 의결에 참여하지 못한다.
1. 임원 및 학교의 장의 선임과 해임에 있어 자신에 관한 사항

제25조(이사회의 소집) ① 이사회는 이사장 또는 이사장 직무대행이사가 소집하고 그 의장이 된다.
② 이사회를 소집하고자 할 때에는 적어도 회의 7일 전에 회의의 목적을 명시하여 각 이사에게 통지하여야 한다. 다만, 이사 전원이 집합되고 또 그 전원이 이사회의 개최를 요구한 때에는 예외로 한다.

제34조(임면) ① 법인이 설치·경영하는 학교의 장은 이사회의 의결을 거쳐 이사장이 임명한다.
② 제1항에서 규정하는 학교 장의 임기는 4년으로 하되, 1회에 한하여 중임할 수 있다.

파. 「교원자격검정령 시행규칙」 별지 제7호서식(교장자격인정검정원서)과 별지 제1호서식(교원자격증)은 아래와 같다.

- 아 래 -

[별지 제7호서식] 〈개정 2012.1.13〉 (앞쪽)

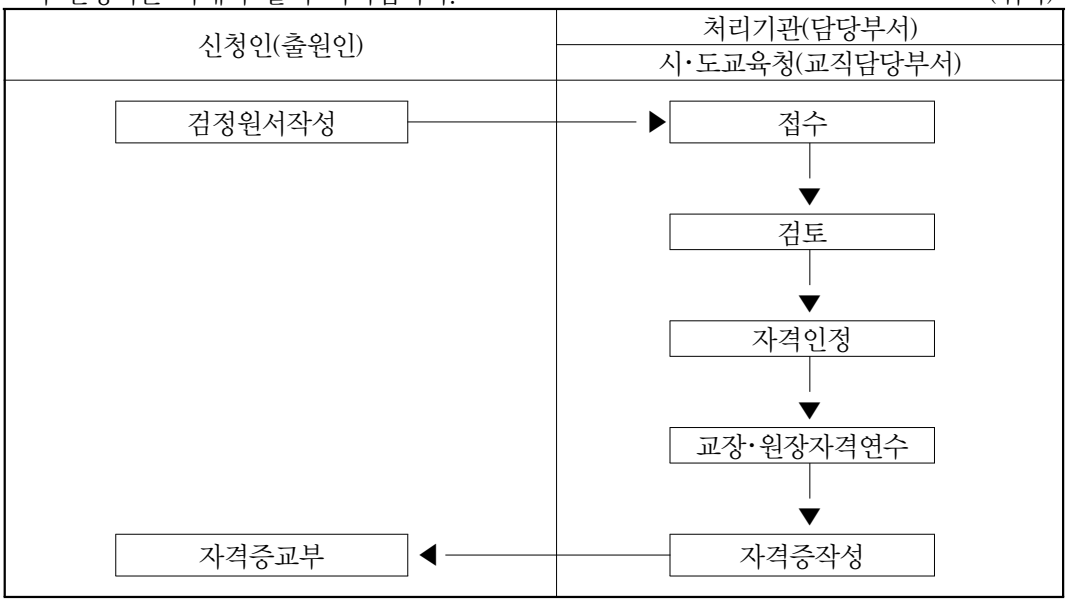
교장(원장)자격인정검정원서

<table>
<tr><td rowspan="5">신청인(출원인)</td><td rowspan="2">성명</td><td>한글</td><td></td><td rowspan="2">주민등록번호</td><td colspan="2" rowspan="2"></td><td rowspan="4">사진
(3cm×3cm)</td></tr>
<tr><td>한문</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="2">소지자격</td><td></td><td>현직명</td><td colspan="2"></td></tr>
<tr><td colspan="2" rowspan="2">학력</td><td rowspan="2"></td><td rowspan="2">경력</td><td colspan="2" rowspan="2">교육경력 (년)
교육행정경력 (년)
계 (년)</td></tr>
<tr><td colspan="2">신청자격</td><td colspan="5">□중등학교교장 □초등학교교장
□특수학교교장 □유치원원장</td></tr>
<tr><td rowspan="6">취임예정학교</td><td colspan="2">학교명</td><td colspan="3"></td><td>설립연월일</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="2">소재지</td><td colspan="5"></td></tr>
<tr><td colspan="2">편성학급수</td><td colspan="3"></td><td>인가학급수</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="2">소지자격별 교원수</td><td colspan="5">교감( ), 1급정교사( ), 2급정교사( ), 준교사( ),
기타( ), 계( )</td></tr>
<tr><td colspan="2">학교법인명</td><td colspan="3"></td><td>학교설립자</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="2">인정기준 중 해당사항</td><td colspan="5">교원자격검정령 제23조 및 별표 1( )
학교교장(원장) 인정기준 제 호 목</td></tr>
<tr><td colspan="2">학교(법인)와의 관계</td><td colspan="5"></td></tr>
<tr><td colspan="2">학교법인이사장의 추천사유</td><td colspan="5">학교법인명 (인)</td></tr>
<tr><td colspan="6">「교원자격검정령」 제23조 및 동시행규칙 제9조제4항에 따라 위와 같이 자격검정을 받고자 소정의 서류를 갖추어 출원합니다

년 월 일
신청인(출원인) (서명 또는 인)

교육감 귀하</td><td>수수료
0원</td></tr>
</table>

이 신청서는 아래와 같이 처리됩니다. (뒤쪽)



[별지 제1호서식] 〈개정 2013.3.23〉

제 호

교원자격증

성명

주민등록번호

자격

( )법 소정의 자격기준에 의하여 위의 자격이 있음을 인정하고 이 증서를 수여함

년 월 일

교육부장관 인

1. 검정종별
2. 법정해당자격기준
( )법 ( )조 별표 ( ) 자격기준 제 호
3. 수여조건

6. 이 사건 심판청구 중 청구취지2 부분에 대한 심판청구의 적법 여부

가. 관계법령

1)「행정심판법」제13조제1항 본문에 의하면 취소심판은 처분의 취소 또는 변경을 구할 법률상 이익이 있는 자가 청구할 수 있다고 되어 있는바, 행정행위의 직접 상대방이 아닌 제3자라도 당해 행정처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있는 경우에는 행정심판을 제기할 청구인 적격이 인정된다고 할 것이나, 여기서 말하는 법률상의 이익은 당해 처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우를 말하고, 간접적이거나 사실적, 경제적 이해관계를 가지는 데 불과한 경우에는 여기에 포함되지 아니한다(대법원 2001. 7. 10. 선고 2000두2136 판결 등 참조).

2)「초·중등교육법」제21조제1항에 따르면 교장과 교감은 별표 1의 자격 기준에 해당하는 사람으로서 대통령령으로 정하는 바에 따라 교육부장관이 검정(檢定)·수여하는 자격증을 받은 사람이어야 한다고 되어 있으며, 같은 법 제62조제1항에 따르면 이 법에 따른 교육부장관의 권한은 그 일부를 대통령령으로 정하는 바에 따라 교육감에게 위임할 수 있다고 되어 있다. 같은 법 별표 1 '교장·교감 자격 기준'(제21조제1항 관련)에 따르면 중등학교 교장의 자격은 학식·덕망이 높은 사람으로서 대통령령으로 정하는 기준에 해당한다는 인정을 교육부장관으로부터 받은 사람(제2호), 교육대학·전문대학의 학장으로 근무한 경력이 있는 사람(제3호) 등으로 되어 있다. 한편「초·중등교육법 시행령」제106조의2제1항제3호에 따르면 법 제62조제1항에 따라 교육부장관은 법 별표 1에 따른 교장의 자격 인정 권한을 교육감에게 위임한다고 되어 있다.

3)「교원자격검정령」제3조제1항에 따르면 교육부장관은 자격검정에 합격한 자에 대하여는 교육부령으로 정하는 교원자격증을 수여한다고 되어 있고, 같은 영 제18조제1호에 따르면「초·중등교육법」별표 1에 의한 교장·교감의 자격검정은 무시험검정의 대상으로 되어 있으며, 같은 영 제19조제1항에 따르면 제18조제1호 및 제3호의 무시험검정은「유아교육법」별표 1·별표 2 또는「초·중등교육법」별표 1·별표 2의 자격기준에 따라 수시로 서류심사에 의하여 이를 행한다고 되어 있다. 같은 영 제23조제1항에 따르면「초·중등교육법」별표 1 중 중등학교의 교장란 제2호에 따른 자격인정기준은 별표 2의 교장 및 원장

자격인정기준으로 한다고 되어 있고, 같은 조 제2항에 따르면 교육부장관은 제1항의 규정에 의하여 교장 또는 원장자격을 인정하는 때에는 그 자격증을 교부받은 날부터 6월 이내의 기간 안에 임용예정학교에 임용하도록 하고 3년의 범위에서 교육부장관이 정하는 기간 동안 임용예정학교에 근무하도록 하면서, 일정 기간 안에 자격연수를 이수하도록 하는 조건을 붙일 수 있다고 되어 있으며, 같은 영 별표 2 '교장 및 원장 자격인정기준'(제23조제1항 관련) 중 초·중등학교 교장의 자격인정기준 제1호에 따르면 대학졸업자 또는 이와 동등이상의 학력이 있는 자로서 9년 이상의 초등학교 이상 교육경력 또는 교육행정경력이 있는 자(다목) 등으로 되어 있고, 같은 초·중등학교 교장의 자격인정기준 제2호에 따르면 15년 이상의 초등학교 이상 교육경력 또는 교육행정경력이 있는 자로 되어 있다.

4) 「교원자격검정령 시행규칙」 제2조제1항에 따르면 「교원자격검정령」 제3조제1항에 따라 교육감 또는 대학·산업대학·교육대학·방송통신대학·국군간호사관학교 및 전문대학의 장이 교원자격검정에 합격한 자에 대하여 수여하는 교원자격증은 별지 제1호서식과 같다고 되어 있고, 같은 시행규칙 제9조제4항에 따르면 「초·중등교육법」 별표 1 및 동법 시행령 제106조의2에 따라 교장의 자격인정을 받고자 하는 자는 별지 제7호서식의 교장(원장)자격인정검정원서에 별지 제7호의2서식의 신상명세서(제1호) 등 각 호의 서류를 첨부하여 교육감에게 제출하여야 한다고 되어 있으며, 같은 시행규칙 제10조에 따르면 교육감은 검정사무의 원활한 처리를 위하여 필요하다고 인정할 때에는 제9조제4항의 규정에 의한 교장(원장)자격인정검정서류를 관할교육장을 거쳐 제출하게 할 수 있다고 되어 있다.

5) 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제22조제1항에 따르면 교육부장관은 「초·중등교육법」 제21조제1항 및 별표 1에 따른 교장·교감자격기준 중 중등학교 교장 자격기준 중 제1호·제3호 또는 제4호에 해당하는 사람(가목) 등 각 목에 해당하는 사람의 교원자격 검정(제2호), 「초·중등교육법」 제21조제1항 및 별표 1에 따른 교장·교감자격기준에 해당하는 사람에 대한 「초·중등교육법」 제21조제1항 및 「교원자격검정령」 제7조에 따른 교원자격증의 수여, 재교부 및 기재사항 정정(제4호) 등 각 호의 사항에 관한 권한을 교육감에게 위임한다고 되어 있다.

나. 판단

살피건대, 「초·중등교육법」 제21조, 「교원자격검정령」 제3조 및 「교원자격검정령 시행규칙」 제9조제4항 등을 종합하면 사립학교 교장이 되기 위해서는 교육부장관으로부터 교원자격 검정 등의 권한을 위임 받은 관할 교육감이 수여한 교원자격증을 소지하여야 하고, 동 자격증을 취득하기 위해서는 「초·중등교육법」 별표 1 등에 해당하는 자가 「교원자격검정령 시행규칙」 별지 제7호서식의 교장자격인정검정원서를 관할 교육감에게 제출하여 교장 자격인정 신청을 하여야 하며, 이러한 신청을 받은 관할 교육감은 당해 신청인이 「초·중등교육법」 제21조 및 별표 1 등에서 정하고 있는 교장의 자격기준을 갖추었는지 여부를 살피어 「교원자격검정령」 제18조 및 제19조 등에 따른 자격검정을 하도록 되어 있고, 이러한 과정을 통해 교장 자격인정을 받은 자가 궁극적으로 수여받게 되는 「교원자격검정령 시행규칙」 별지 제1호서식인 교원자격증에는 당해 자격을 부여받은 자의 성명, 인정되는 자격 등이 기재되는바, 이러한 관계법령의 내용을 고려하면 교장 자격인정 신청인에 대한 피청구인의 교장 자격인정 가부의 효력은 당해 자격인정 신청인에게 귀속된다고 봄이 타당하다 할 것이므로 청구외 ○○○이 ◇◇시◆◆교육지원청교육장을 통하여 2014. 2. 17. 피청구인에게 교장 자격인정 신청을 하는 과정에서 청구외 ○○○의 2014. 2. 13.자 교장자격인가 추천검정원서 등 위 자격인정 관련 신청서류 일체를 청구인이 피청구인에게 제출하였고, 피청구인이 2014. 2. 25. 청구인과 이 사건 학교 교장에게 이 사건 처분2를 통보하였다고 하더라도, 사실상 관할 교육감인 피청구인으로부터 교장 자격인정을 신청한 자인 동시에 동 자격인정 신청을 거부하는 내용의 이 사건 처분2의 효과가 귀속되는 자는 청구외 ○○○이라 할 것이어서 원칙적으로 이 사건 처분2의 상대방이 아닌 청구인에게는 피청구인이 청구외 ○○○에게 한 이 사건 처분2의 취소를 구할 직접적이고 구체적인 이익이 인정된다고 보기 어렵다 할 것이다. 다만, 청구외 ○○○의 교장자격 인정 여부가 청구외 ○○○에 대한 피청구인의 교장 임명승인 여부에 영향을 미치는 경우에는 이 사건 처분2의 직접 상대방이 아닌 청구인에게도 이 사건 처분2의 취소를 구할 법률상 이익이 인정된다 할 것이지만, 이 사건의 경우 청구외 ○○○에게 「초·중등교육법」상의 교장 자격이 인정된다 하더라도, 그러한 사실이 위 ○○○이 「사립학교법」상의 교장 임명 제한사유에 해당하는지 여부나 관할청이 위 ○○○에 대한 교장임명 승인

여부를 결정함에 있어 어떠한 법적인 영향을 미친다고 볼 수 없으므로, 이 사건 처분2의 제3자인 청구인에게는 피청구인이 청구외 ○○○에게 한 이 사건 처분2의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 할 수 없다. 따라서 이 사건 심판청구 중 이 사건 처분2의 취소를 구하는 취지의 심판청구 부분은 청구인적격을 결한 부적법한 청구이다.

7. 이 사건 처분1의 위법·부당 여부

가. 관계법령

1)「고등교육법」 제2조에 따르면 고등교육을 실시하기 위하여 전문대학(제4호) 등 각 호의 학교를 둔다고 되어 있고, 같은 법 제5조제1항에 제2조 각 호의 학교는 교육부장관의 지도(指導)·감독을 받는다고 되어 있으며, 같은 법 제14조제1항에 따르면 학교(각종학교는 제외한다)에는 학교의 장으로서 총장 또는 학장을 둔다고 되어 있다. 같은 법 제60조제1항에 따르면 교육부장관은 학교가 시설, 설비, 수업, 학사(學事), 그 밖의 사항에 관하여 교육 관계 법령 또는 이에 따른 명령이나 학칙을 위반하면 기간을 정하여 학교의 설립자·경영자 또는 학교의 장에게 그 시정이나 변경을 명할 수 있다고 되어 있다.

2)「사립학교법」 제4조제1항제1호 및 제2호에 따르면 사립의 중학교·고등학교와 제1호에 규정한 사립학교를 설치·경영하는 학교법인 또는 사립학교경영자에 해당하는 자는 그 주소지를 관할하는 특별시·광역시·도(이하 '시·도'라 한다) 교육감의 지도·감독을 받는다고 되어 있고, 같은 조 제3항제1호 및 제2호에 따르면 사립의 전문대학 및 제1호에 규정한 사립학교를 설치·경영하는 학교법인에 해당하는 자는 교육부장관의 지도·감독을 받는다고 되어 있다. 같은 법 제16조제1항제5호에 따르면 이사회는 학교법인이 설치한 사립학교의 장 및 교원의 임면에 관한 사항을 심의·의결한다고 되어 있고, 같은 법 제23조제2항에 따르면 이사는 감사 또는 당해 학교법인이 설치·경영하는 사립학교의 교원 기타 직원을 겸할 수 없다고 되어 있는데, 다만 학교의 장은 예외로 한다고 되어 있다. 같은 법 제53조제1항에 따르면 각급 학교의 장은 당해 학교를 설치·경영하는 학교법인 또는 사립학교경영자가 임면한다고 되어 있고, 같은 조 제2항에 따르면 제1항의 규정에 의하여 학교법인이 대학교육기관의 장을 임기 중에 해임하고자 하는 경우에는 이사정수의 3분의 2 이상의 찬성에 의한 이사회의 의결을 거쳐야 한다고 되어 있으며, 같은 법 제54조제3항에 따르면

관할청은 사립학교의 교원이 이 법에 규정된 면직사유 및 징계사유에 해당한 때에는 당해 교원의 임면권자에게 그 해직 또는 징계를 요구할 수 있다고 되어 있다. 같은 법 제54조의3제1항에 따르면「교육공무원법」제10조의4 각 호의 어느 하나에 해당하는 자(제4호) 등 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 학교의 장에 임명될 수 없다고 되어 있고, 같은 조 제3항에 따르면 학교법인의 이사장과 직계존속 및 직계비속과 그 배우자(제2호) 등 각 호의 어느 하나의 관계에 있는 자는 당해 학교법인이 설치·경영하는 학교의 장에 임명될 수 없다고 되어 있는데, 다만 이사정수의 3분의 2 이상의 찬성과 관할청의 승인을 받은 자는 그러하지 아니하다고 되어 있다.

3)「사립학교법」제61조제1항에 따르면 사립학교의 교원이 이 법과 기타 교육관계법령에 위반하여 교원의 본분에 배치되는 행위를 한 때(제1호), 직무상의 의무에 위반하거나 직무를 태만히 한 때(제2호) 등 각 호의 1에 해당하는 때에는 당해 교원의 임면권자는 징계의결을 요구하여야 하고, 징계의결의 결과에 따라 징계처분을 하여야 한다고 되어 있고, 같은 법 제64조에 따르면 사립학교의 교원의 임면권자는 그 소속 교원 중에 제61조제1항의 징계사유에 해당하는 자가 있을 때에는 미리 충분한 조사를 한 후 당해 징계사건을 관할하는 교원징계위원회에 그 징계의결을 요구하여야 한다고 되어 있으며, 같은 법 제64조의2에 따르면 징계의결요구권자가 제64조의 규정에 의하여 징계의결을 요구할 때에는 징계의결요구와 동시에 징계대상자에게 징계사유를 기재한 설명서를 송부하여야 한다고 되어 있다. 같은 법 제66조제1항에 따르면 교원징계위원회는 징계사건을 심리한 결과 징계를 의결한 때에는 주문과 이유를 기록한 징계의결서를 작성하고 이를 임명권자에게 통고하여야 한다고 되어 있고, 같은 조 제2항에 따르면 임명권자가 제1항의 통고를 받은 때에는 그 통고를 받은 날부터 15일 이내에 그 의결내용에 따라 징계처분을 하여야 한다고 되어 있다. 한편 같은 법 제66조의3제3항에 따르면 징계위원회의 구성·징계의결 기타 절차상의 하자나 징계양정의 과다를 이유로「교원지위향상을 위한 특별법」에 의한 교원소청심사위원회 또는 법원에서 징계처분의 무효 또는 취소의 결정이나 판결을 한 때에는 제1항의 기간이 경과하거나 그 잔여기간이 3월 미만인 경우에도 그 결정 또는 판결이 확정된 날부터 3월 이내에는 다시 징계의결을 요구할 수 있다고 되어 있다.

4)「교육공무원법」제10조의4에 따르면「국가공무원법」제33조 각 호의 어느 하나에

해당하는 사람(제1호) 등 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 교육공무원으로 임용될 수 없다고 되어 있고,「국가공무원법」제33조에 따르면 징계로 해임처분을 받은 때부터 3년이 지나지 아니한 자(제8호) 등 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 공무원으로 임용될 수 없다고 되어 있다.

5)「교원지위향상을 위한 특별법」제7조제1항에 따르면 각급학교 교원의 징계처분과 그 밖에 그 의사에 반하는 불리한 처분(「교육공무원법」제11조의3제4항 및「사립학교법」제53조의2제6항에 따른 교원에 대한 재임용 거부처분을 포함한다. 이하 같다)에 대한 소청심사(訴請審査)를 하기 위하여 교육부에 교원소청심사위원회(이하 '심사위원회'라 한다)를 둔다고 되어 있고, 같은 법 제9조제1항에 따르면 교원이 징계처분과 그 밖에 그 의사에 반하는 처분에 대하여 불복할 때에는 그 처분이 있었던 것을 안 날부터 30일 이내에 심사위원회에 소청심사를 청구할 수 있다고 되어 있다. 같은 법 제10조제2항에 따르면 심사위원회의 결정은 처분권자를 기속한다고 되어 있고, 같은 조 제4항에 따르면 소청심사의 청구·심사 및 결정 등 심사 절차에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다고 되어 있다.

6)「교원소청에 관한 규정」제16조제2항제3호에 따르면 처분의 취소 또는 변경을 구하는 소청심사청구가 이유 있다고 인정하는 때에는 처분을 취소 또는 변경하거나 처분권자에게 그 처분의 취소 또는 변경을 명한다고 되어 있고, 같은 조 제3항에 따르면 제2항제3호 및 제4호의 규정에 의한 심사위원회의 결정이 소청심사의 대상이 된 처분에 있어서 법령의 적용, 증거 및 사실조사에 명백한 흠이 있거나 징계위원회의 구성 또는 징계의결 그 밖에 절차상 흠이 있음을 이유로 한 경우 처분권자는 다시 청구인에 대한 징계절차를 밟아 심사위원회의 결정서를 받은 날부터 3월 이내에 징계절차를 끝내야 한다고 되어 있는데, 이 경우 심사위원회가 소청심사청구의 대상이 되는 처분에 대하여 한 취소 또는 변경명령 결정은 그에 따른 징계 그 밖의 처분이 있을 때까지 종전에 행한 처분의 효력에 영향을 미치지 아니한다고 되어 있다.

7)「행정절차법」제23조제1항에 따르면 행정청은 처분을 할 때에는 신청 내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우(제1호), 단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우(제2호), 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우(제3

호)의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다고 되어 있다.

나. 판단

1) 청구인은 피청구인이 이 사건 처분1을 하며 「사립학교법」 제54조의3제3항을 근거법령으로 제시하였다가 이 사건 심판청구 이후 답변서를 통해 동 처분이 「사립학교법」 제54조의3제1항제4호에 근거한 것이라 하는 것은 결국 이 사건 처분1 당시 피청구인이 근거법령을 잘못 적시하였음을 의미한다고 주장하는바, 우선 피청구인이 답변서를 통해 이 사건 처분1의 사유로서 「사립학교법」 제54조의3제1항제4호를 제시할 수 있는지 여부에 대해 살펴본다.

행정처분의 취소를 구하는 항고소송에서 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서만 다른 사유를 추가 또는 변경할 수 있다고 할 것이지만, 처분청이 처분 당시에 적시한 구체적 사실을 변경하지 아니하는 범위 내에서 단지 그 처분의 근거법령만을 추가·변경하거나 당초의 처분사유를 구체적으로 표시하는 것에 불과한 경우에는 새로운 처분사유를 추가하거나 변경하는 것이라고 볼 수 없다고 할 것인데(대법원 2013. 10. 11. 선고 2012두24825 판결, 대법원 2007. 2. 8. 선고 2006두4899 판결 등 참조), 위 인정사실에 따르면 피청구인은 당초 청구인에게 ‘「사립학교법」 제54조의3제3항(교장의 임명제한)에 의거하여 검토한 결과, 교장 임용 대상자는 ◎◎대학교 총장 재임 시 교육부 감사에 의하여 비위사실이 적발되어 중징계 해임 요구된 바 있다’는 법적근거와 사실관계를 이 사건 처분1의 사유로서 제시하였다가, 이 사건 심판청구 이후 청구외 ○○○이 「사립학교법」 제54조의3제1항제4호에 따른 교장 임명 결격사유가 있는 자에 해당한다는 법적근거를 이 사건 처분1의 사유로 제시하고 있는바, 당초 이 사건 처분1의 사유였던 「사립학교법」 제54조의3제3항은 학교법인 이사장과 친족관계에 있는 자에 대하여 관할청이 가족경영의 폐해를 방지하고 사학의 건전한 발전에 저해되지 않는지 여부 등을 고려하여 사립학교 교장으로의 임명을 승인하거나 승인 거부할 수 있는 권한을 부여하는 조항이고, 동 법 제54조의3제1항제4호는 위와 같은 권한을 지닌 관할청이 당해 임용 후보자에 대한 승인 여부를 결정함에 있어 반드시 살펴보아야 하는 교장 임명 제한사유에 대한 세부규정으로서 청구외 ○○○의 징계 이력을 이유로

위 ○○○에 대한 교장 임명승인을 거부한 이 사건 처분1의 근거 조항에 해당하므로, 이를 당초의 처분이유와는 별개의 새로운 이유를 제시한 것이라 볼 수 없고, 처분의 근거법령만을 추가하거나 당초의 처분이유를 구체적으로 표시한 것에 불과하다 할 것이므로 피청구인은 이 사건 심판청구를 통해 「사립학교법」 제54조의3제1항제4호를 처분 이유로 주장할 수 있다고 할 것이다.

2) 청구인은 피청구인이 이 사건 처분1을 하면서 청구인에게 그 처분사유를 구체적으로 밝히지 아니하고 단지 추상적으로 「사립학교법」 조항만을 제시하고 있으므로 이 사건 처분1은 「행정절차법」 제23조제1항에 반하여 이유제시가 없거나 미비한 절차상 하자가 존재한다고 주장한다.

「행정절차법」 제23조제1항은 행정청이 처분을 하는 때에 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 없을 것인데(대법원 2002. 5. 17. 선고 2000두8912 판결), 위 인정사실에 따르면 피청구인은 2014. 2. 25. 청구인에게 이 사건 처분1을 하며 「사립학교법」 제54조의3제3항을 처분의 근거 조항으로, 교장 임용 대상자인 청구외 ○○○이 ◎◎대학교 총장으로 재임 시 교육부 감사에 의하여 비위사실이 적발되어 중징계 해임 요구된 바 있음을 위 조항이 적용되는 구체적 사실로서 제시하고 있는 점, 청구인은 2014. 1. 24. 피청구인에게 청구외 ○○○을 이 사건 학교 교장으로 임명승인하여 줄 것을 요구하는 취지의 신청을 하면서 「사립학교법」 제54조의3을 근거로 한 '교장의 임명제한 사유', '「국가공무원법」 제33조의 해당 여부' 등에 대하여 검토하도록 되어 있는 '자체점검표'를 작성하여 제출한 사실이 있으므로, 청구인으로서는 청구외 ○○○이 교육부 감사에 의하여 중징계 해임 요구된 바 있다는 피청구인의 이유 제시를 통해 청구외 ○○○이 위 임명제한 사유에 해당하여 임명승인이 불허된 것임을 알 수 있었을 것으로 보이는 점 등을 고려할 때 피청구인은 청구인이 그 근거를 알 수 있을 정도로 상당한 이유를 제시하였다고 할 것이므로 이 사건 처분1의 이유제시가 없거나 미비하다는 취지의 청구인 주장은 받아들일 수 없다.

3) 청구인은 피청구인이 이 사건 처분1의 사유로 청구외 ○○○이 교육부로부터 해임 요구받은 사실을 제시하고 있으나, 교육부가 해임 요구를 함에 있어 비위사실로 지적한 공사비 부당집행 등에 대하여 위 ○○○은 무혐의처분을 받았고, 학교법인 □□학원이 교육부 요구에 따라 위 ○○○에게 한 해임처분은 교원소청심사위원회에 의해 취소되었으므로, 결국 이 사건 처분1은 존재하지도 않는 교육부의 해임요구를 근거로 학교법인에게 부여된 교장 임면권과 위 ○○○의 직업의 자유 등을 침해하여 위법·부당하다고 주장한다.

「사립학교법」 제54조의3제3항에 의하면 학교법인 이사장의 사위 등 법인 이사장과 친족관계에 있는 자가 당해 학교법인이 설치·경영하는 학교의 장에 임명되기 위해서는 이사 정수의 3분의 2 이상의 찬성과 관할청의 승인을 받아야 한다고 되어 있고, 같은 법 제54조의3제1항제4호에 의하면 「국가공무원법」 제33조 등 「교육공무원법」 제10조의4 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 학교의 장에 임명될 수 없다고 되어 있는바, 「사립학교법」에 따라 학교법인 이사장과 친족관계에 있는 자의 임명승인 여부를 결정할 권한이 주어진 관할청으로서는 위 조항들을 근거로 하여 학교법인이 승인 신청한 임용 대상자에 대한 승인 여부를 결정함에 있어, 동 대상자를 임명함으로써 사학의 가족경영 폐해가 유발될 가능성이 있는지 여부와 동 대상자가 학교의 교장으로 임명될 만한 인물로서 교육의 공공성을 저해하지 않는지 여부 등을 두루 고려할 수 있다 할 것인데, 위 인정사실에 따르면 교육부장관의 2014. 2. 12.자 회신서, ◎◎대학교총장의 2014. 2. 14.자 회신서 등에 청구외 ○○○이 2012. 10. 8.부터 2012. 10. 19.까지 실시된 교육부의 종합감사 결과 중징계(해임) 처분이 요구되었다고 되어 있는 점, 동 해임 요구에 의하여 ◎◎대학교를 설립·경영하는 학교법인 □□학원은 이사회 의결을 통해 2013. 2. 28.자로 청구외 ○○○에게 해임처분을 한 사실이 있는 점, 비록 교원소청심사위원회에 의해 학교법인 □□학원이 위 ○○○에게 한 2013. 2. 28.자 해임처분이 취소된 사실이 있으나, 동 심사위원회의 2013. 6. 24.자 결정 내용을 살펴보면 동 해임 처분의 취소는 당해 징계 처분의 실체적 하자를 이유로 한 것이 아니라 「사립학교법」 제64조 내지 제66조에 따른 징계 절차를 이행하지 아니한 절차상 하자를 이유로 한 것인 점, 학교법인 □□학원이 청구외 ○○○에게 한 해임처분에 실체적 하자가 있다는 점에 대하여 달리 객관적으로 입증되거나 확인된

사실이 없는 점 등을 종합하여 고려해 볼 때, 「사립학교법」 제54조의3제1항제4호 및 제54조의3제3항을 근거로 하여 청구인 법인 이사장의 사위인 청구외 ○○○을 청구인이 설립·경영하는 이 사건 학교의 교장으로 임명승인 하는 것을 거부한 피청구인의 이 사건 처분1이 「사립학교법」에 따라 감독청에게 주어진 재량권을 일탈·남용한 처분이라 보기는 어렵다. 따라서 피청구인이 청구인에게 한 이 사건 처분1은 위법·부당하다고 할 수 없다.

7. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구 중 피청구인이 2014. 2. 25. 청구외 ○○○에게 한 교장 자격인정 거부처분에 대한 취소청구 부분은 심판청구요건을 갖추지 못한 부적법한 청구이므로 각하하기로 하고, 나머지 청구는 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

7 2014-06300 학교폭력 재심결정 취소청구(재결일 : 2014. 7. 15.)

【사건의 쟁점】

피청구인의 재심결정이 재량권의 일탈·남용에 해당하는지 여부

【재결요지】

피청구인은 청구인에 대한 조치 여부 내지 조치의 수준을 정함에 있어 단순히 행위가 발생하였다는 사실 그 자체만을 고려할 것이 아니라 행위가 이루어진 경위, 행위의 양태, 피해학생과 청구인의 평소관계 등을 종합하여 살폈어야 할 것인데, 학교폭력사안조사서, 자치위원회 회의록 등을 종합하여 보면 청구인이 피해학생에게 성적 수치심을 유발하거나 괴롭힐 목적을 가지고 성기를 만졌다고 하기는 어려워 보이는 점, 청구인은 피해학생에게 사과한바 있고 피해학생이 이를 받아주었다고 되어 있으며, 자치위원회 회의 이후에도 청구인은 피해학생에게 구두사과 한 점, 위와 같은 사정에도 불구하고 피청구인은 이러한 구체적 사실관계에 대해 확인하거나 청구인과 △△△, ◇◇◇의 각기 다른 행위 양태 및 경중을 구분하여 논의함 없이 위 가해학생들이 반성을 하지 않아 사건이 불거졌고, 피해학생이 명확하게 하지 말라고 의사표현을 하였으며, 가해행위가 수 회 반복되었다고 보고, 이에 대한 수사가 진행 중에 있다는 사실만을 강조하여 청구인과 △△△, ◇◇◇ 모두에게 '서면사과, 피해학생 및 신고·고발 학생에 대한 접촉, 협박 및 보복행위의 금지조치'라는 동일한 결정을 하였고, 이는 「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 시행령」 제19조가 정한 학교폭력의 심각성·지속성·고의성, 가해학생의 반성 정도, 선도 가능성 등을 고려한 결정이라고 보기 어려운 점 등을 종합하여 볼 때, 피청구인이 추후 회의를 다시 개최하여 이 건 학교폭력 사건에 대하여 다시 결정할 수 있음은 별론으로 하고, 피청구인이 청구인에게 한 이 사건 처분은 충분한 심의가 이루어져 합리성과 타당성을 갖추었다고 보기 어려우므로 위법·부당함

【재결의 의미】

가해학생들의 각기 다른 행위 양태 및 경중을 구분하여 논의함 없이 한 이 사건 처분은 합리성과 타당성을 갖추었다고 보기 어려워 재량권의 남용에 해당한다고 본 사례

주 문 피청구인이 2014. 1. 3. 청구인에게 한 학교폭력 재심결정을 취소한다.

청구취지 주문과 같다.

이 유

1. 사건개요

청구인은 ○○중학교에 재학하였던 학생인바, 같은 학교에 재학 중인 ○○○(이하 '피해학생'이라 한다)의 모는 2013. 11. 19.경 청구인과 △△△, ◇◇◇이 피해학생에 대한 허위사실을 유포하고 성추행을 하였다는 내용의 학교폭력 피해신고를 하였고, ○○중학교 학교폭력대책자치위원회(이하 '자치위원회'라 한다)는 2013. 12. 5. 청구인에 대한 '구두사과'를 결정하였으며, 이에 불복하여 피해학생의 모가 2013. 12. 17. 재심을 청구하자 피청구인은 2014. 1. 3. 가해학생의 진정성 있는 사과와 피해학생 보호가 필요하다는 이유로 청구인에게 '서면사과, 피해학생 및 신고·고발 학생에 대한 접촉, 협박 및 보복행위의 금지조치'를 병과하는 내용의 재심결정(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

2013년 9월～10월경 학생들의 놀이과정에서 발생한 사건에 대해 당시 청구인과 관련 학생들이 피해학생에게 사과를 했고 피해학생은 그 사과를 수용하였는데, 피해학생과 ◇◇◇의 감정싸움에 청구인이 ◇◇◇과 친하다는 이유로 이 사건 학교폭력에 억울하게 연루되었고, ○○중학교 자치위원회가 3회의 회의를 거쳐 충분히 논의하여 결정된 사안에 대하여 피청구인은 청구인 등 관련 학생들의 진술을 청취하거나 사실관계에 대한 조사 없이 피해학생의 신빙성 없는 진술에만 근거하여 사실을 오인한 채 청구인에게 이 사건 처분을 하였으므로 이 사건 처분은 위법·부당하여 취소되어야 한다.

3. 피청구인 주장

피청구인이 청구인 측, 피해학생 측 및 ○○중학교가 제출한 관련 자료를 균형있게 검토한 후 심의·의결한 결과 학교폭력에 대하여 인지하고 반성할 수 있도록 청구인에게 적

절한 조치를 병과한 것이므로 이 사건 처분은 적법·타당하다.

4. 관계법령

학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제9조제1항, 제12조제1항, 제17조제1항, 제17조의2 제1항·제3항·제4항

학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 시행령 제19조, 제24조제2항·제3항·제6항·제7항

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 보충서면, 학교폭력사안조사결과서, 자치위원회 회의록, 자치위원회 조치결정통보서, 재심청구서, ○○중학교 학교의견서, ○○학교폭력대책지역위원회 회의록, 재심결정서, 진술서, 탄원서 등에 따르면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 ○○중학교에 재학하였던 학생인바, 같은 학교에 재학 중인 피해학생의 모는 2013. 11. 19.경 청구인과 △△△, ◇◇◇이 피해학생에 대한 허위사실을 유포하고 성추행을 하였다는 내용의 학교폭력 피해신고를 하였고, 동 신고와 관련하여 ○○중학교 교사가 2013. 11. 22. 작성한 학교폭력사안조사서의 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

□ 장 소 : ○학년 ○반 교실

□ 관련자 : 피해학생(○○○), 가해학생(◇◇◇, ◉◉◉, △△△)

□ 진술내용

· ○○○(피해학생)

- 예전에 주고받은 문자 내용(♠♠과 ♤♤)을 가지고 놀리며 허위사실로 여러 학생 앞에서 모욕을 줌(◇◇◇)
- 조상이 ♠♠이라고 놀리며 성인 야동사이트에 다닌다는 허위사실 유포와 ♤♤새끼라며 성기와 가슴을 만지며 욕을 함(◉◉◉)
- 성기와 가슴을 학생들 보는데서 만짐(△△△)

· ◇◇◇

- 학급에서 ☆☆에 대한 이야기를 하다가 ○○○이 자기조상이 ☆☆이라고 얘기해서 찾

아본 결과 ♠♠이라 알게 되어 알려줌

- 다른 친구들과 친하게 지내자 수시로 험한 말과 전화로 괴롭힘

· ◉◉◉(청구인)

- ♠♠이라는 말은 교과서적으로 이야기 한 것이지 놀릴 의도는 없었음
- 야동은 친구들과 이야기하기에 궁금해서 그냥 보냐고 물어본 것임
- 성기를 만졌다는 것은 친구들과 대화 중 자꾸 귀찮게 하여 저리가라고 한 것이 그 부위에 맞은 것으로 알고 있음
- 현재는 피해학생과 친하게 지낸다고 생각하고 있음

· △△△

- 중요부분을 장난치다가 스쳐 미안한 마음을 보이려 했는데 본인이 웃기에 괜찮다고 생각함
- 중심을 잃어 넘어지려고 할 때 옆에 있어 손으로 건드리게 된 것이 가슴이라 미안해하는데 웃어서 괜찮다고 생각함

나. 자치위원회는 다음과 같이 3회에 걸쳐 자치위원회 회의를 개최한 후 2013. 12. 5. 청구인에게 '구두사과' 조치를 결정하였고, ○○중학교 교장은 2013. 12. 6. 이를 청구인에게 통보하였으며, 청구인은 동 조치를 이행하였다.

- 다 음 -

① 2013. 11. 27.자 제1차 자치위원회

□ 참석자: 자치위원회 위원들, 가해학생들(청구인·△△△·◇◇◇), 가해학생들의 학부모, 피해학생, 피해학생 학부모, 담임교사

□ 피해학생

· (◇◇◇이)♠♠이라고 놀림. ◇◇◇이 피해학생이 하지도 않은 성관계를 한다, 야동사이트에 돌아다닌다는 등 허위사실을 유포함. 아이들이 보는 앞에서 성기를 만짐. 개새끼, ♤♤새끼라고 함. 다리 부분을 맞음. 다리와 머리를 들고 화장실로 끌고 가려고 함. ◇◇◇이 피해학생에게 제국주의라고 했다며 청구인이 이간질 한 것 같음

□ 피해학생 모

· 세 명 다 반성하는 기미가 없음

□ 청구인

- 피해학생과 1학기 말에 짝을 해서 친했음. 청구인이 역사를 좋아해서 조상이야기를 하였음. 피해학생이 청구인에게 집착을 했지만 계속 이야기를 들어주었는데, 피해학생이 음담패설을 하고 아이들 뒷담화를 해서 '꺼져'라고 했음
- 중요부위를 쳤는지도 몰랐음. 싫어하는 내색도 없었으며, 하지 말라고 하지도 않았음. 그래도 나중에 사과하였음
- 피해학생에게 ♤♤새끼라고 욕 한적 없음. 피해학생이 성인 야동사이트에 다닌다는 소문을 듣고 유도질문을 해봤음
- 피해학생이 청구인의 손을 잡으려고 하고, 화장실 갈 때도 기웃거려서 불쾌했음
- 수업을 들어도 심리적 스트레스로 공부도 잘 안됨. 청구인이 폐인이 된 것 같음

□ 청구인 학부모

- 피해학생이 쉬는 시간마다 독서를 하는 청구인에게 말을 걸어 방해가 되었고, 청구인의 손을 계속 주물러 불쾌했으며, 화장실도 따라와서 엿보고 해서 싫다고 했음에도 계속 봤다는데, 이번 사건은 적반하장처럼 느껴짐
- 청구인을 포함한 가해학생들 모두 반성하고 있고, 피해학생 측에 사과도 했음

□ 담임교사

- 피해학생이 피해내용을 과장하는 부분이 있다고 생각됨
- 처음 피해학생 모가 학교 방문시 갑자기 청구인과 △△△에 대한 이야기가 나왔고, 피해학생이 제일 먼저 문제 제기를 했을 때에도 성기를 만졌다는 것은 언급도 없었음

□ 위원들

- 현재로서는 피해학생의 의견에 신빙성이 없고 오히려 가해학생들 쪽의 진술에 더 신뢰가 되어 보강조사가 실시되었으면 좋겠음
- 피해학생의 의견에 신빙성을 얻으려면 목격자가 필요할 것으로 보이므로 결론을 확실히 하기 위해 자료를 보강하는 것이 좋겠음

② 2013. 12. 2.자 제2차 자치위원회

□ 위원들

- 피해학생 부모가 교육청에 민원을 제기하여 교육청에서 방문할 예정이므로, 이를 지켜본 후 결론을 내리는 것이 좋겠음

③ 2013. 12. 5.자 제3차 자치위원회

□ 위원들

- 자료 보강을 위하여 같은 반 학생들에게 무기명 설문조사를 실시하였음

· 청구인에게 '구두사과'를 결정함

다. 피해학생의 모는 2013. 12. 17. 가해학생들에 대한 조치가 미흡하다는 이유로 피청구인에게 재심을 청구하였다.

라. ○○중학교가 피청구인에게 제출한 2013. 12. 26.자 학교의견서의 주요 내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

□ 사건요지

· 9월 말: 피해학생과 ◇◇◇ 간 서로 조상을 비하하는 말싸움이 있었음

· 9월 ~ 10월: 교실에서 학생들끼리 성기를 치는 장난을 하던 중 청구인과 △△△이 피해학생의 성기와 가슴을 두 차례 툭 쳤고, 피해학생이 놀이에 대응하지 않자 사과하였으며, 피해학생은 사과를 받아주었음(정확한 날짜는 학생들 모두 기억하지 못함)

· 2013. 11. 19.: 피해학생의 모가 학교폭력 피해신고를 함

□ 처분취지 및 사유

· ◇◇◇: 상호간에 말싸움이 이루어져 일방이 가해학생이라고 보기 어려움

· 청구인과 △△△: 사안 접수 훨씬 이전인 9월경(정확한 시간 관련 학생 기억 못함) 노는 과정에서 발생한 사건으로 이미 피해학생에게 사과를 하였고, 피해학생도 사과를 받아준 바 있음

마. 피청구인은 2014. 1. 3. 피해학생의 재심청구 건에 대한 회의를 개최하였는데, 동 회의는 당사자들의 출석 없이 서면으로 진행되었으며, 심의 결과 가해학생의 진정성 있는 사과와 피해학생 보호가 필요하다는 이유로 청구인에게 이 사건 처분을 하였고, △△△, ◇◇◇에게도 청구인과 동일한 '서면사과, 피해학생 및 신고·고발 학생에 대한 접촉, 협박 및 보복행위의 금지조치'를 결정하였는데, 동 회의에 대한 회의록 전문은 다음과 같다.

- 다 음 -

· 말싸움으로 시작해서 폭력까지는 아닌 거 같음. 사건이 끝난 줄 알았는데 반성을 안하니까 불거진거 같음

- '구두사과'라는 조치는 없음
- '조치없음'으로 봐야 함
- 1, 2호가 추가가 되어야 한다고 봄
- 이 건도 사건접수가 되어 수사하고 있는 사안임. 피해학생이 모욕감을 느꼈으므로 모욕죄, 그리고 피해학생이 명확하게 하지 말라고 의사표현을 했고, 수회 반복했다는 점에서 강제추행죄 의뢰를 하려고 함
- 서면사과와 접촉금지를 추가조치하면 문제없다고 보여짐
- 청구인에게 서면사과(1호)와 피해학생 및 신고·고발 학생에 대한 접촉, 협박 및 보복행위의 금지 조치를 병과하도록 결정함

바. ○○중학교 체육교사 ▲▲▲의 2014. 2. 6.자 진술서에는 2013. 11. 27.자 자치위원회 회의 다음날인 2013. 11. 28. 인성지도부 부장교사로부터 2013. 11. 12. ○○관 1층에서 청구인과 △△△ 등이 피해학생을 화장실로 끌고 가는 장난을 하는 것을 말렸던 사실이 있냐는 질문을 받았으나 그런 기억이 나지 않아 기억이 없다고 대답하였고, 만일 청구인 등이 피해학생을 폭행하는 정도의 행위를 하였다면 분명 이를 말리고 훈계했을 것인데 기억하지 못하는 것으로 보아 남학생들끼리의 단순한 장난으로 보였기 때문이라는 취지의 내용이, ○○중학교 인성지도부 교사 ▼▼▼의 2014. 2. 7.자 진술서에는 학교폭력 신고사건을 조사할 당시 피해학생은 가해행위가 있었던 날짜를 정확히 기억 못하며 9월 말이나 10월에 있었다고 하였다가 나중에 경찰서에서는 11월에 추행을 한 것으로 말을 바꾸었다는 취지의 내용이 각각 기개되어 있다.

사. 한편 ○○지방검찰청의 2014. 5. 27.자 피의사건처분결과통지서(2014형제0000호)에 따르면 청구인에 대한 '아동·청소년의성보호에관한법률위반(강간등), 폭행, 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(특수강제추행), 폭력행위등처벌에관한법률위반(공동폭행)' 피의사건은 '죄가 안됨'으로 기재되어 있다.

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령

1) 「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」 제9조제1항에 따르면 지역의 학교폭력 문제를

해결하기 위하여 시·도에 학교폭력대책지역위원회(이하 '지역위원회'라 한다)를 둔다고 되어 있고, 같은 법 제12조제1항에 따르면 학교폭력의 예방 및 대책에 관련된 사항을 심의하기 위하여 학교에 학교폭력대책자치위원회(이하 '자치위원회'라 한다)를 두되, 다만 자치위원회 구성에 있어 대통령령으로 정하는 사유가 있는 경우에는 교육감의 보고를 거쳐 둘 이상의 학교가 공동으로 자치위원회를 구성할 수 있다고 되어 있다. 같은 법 제17조제1항에 따르면 자치위원회는 피해학생의 보호와 가해학생의 선도·교육을 위하여 가해학생에 대하여 피해학생에 대한 서면사과(제1호), 피해학생 및 신고·고발 학생에 대한 접촉, 협박 및 보복행위의 금지(제2호), 학교에서의 봉사(제3호), 사회봉사(제4호), 학내외 전문가에 의한 특별 교육이수 또는 심리치료(제5호), 출석정지(제6호), 학급교체(제7호), 전학(제8호), 퇴학처분(제9호)의 어느 하나에 해당하는 조치(수 개의 조치를 병과하는 경우 포함)를 할 것을 학교의 장에게 요청하여야 하며, 각 조치별 적용 기준은 대통령령으로 정하되, 다만 퇴학처분은 의무교육과정에 있는 가해학생에 대하여는 적용하지 아니한다고 되어 있다. 같은 법 제17조의2제1항에 따르면 자치위원회 또는 학교의 장이 제16조제1항 및 제17조제1항에 따라 내린 조치에 대하여 이의가 있는 피해학생 또는 그 보호자는 그 조치를 받은 날부터 15일 이내, 그 조치가 있음을 안 날부터 10일 이내에 지역위원회에 재심을 청구할 수 있다고 되어 있고, 같은 조 제3항에 따르면 지역위원회가 제1항에 따른 재심청구를 받은 때에는 30일 이내에 이를 심사·결정하여 청구인에게 통보하여야 한다고 되어 있으며, 같은 조 제4항에 따르면 제3항의 결정에 이의가 있는 청구인은 그 통보를 받은 날부터 60일 이내에 행정심판을 제기할 수 있다고 되어 있다.

2)「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 시행령」제19조에 따르면 법 제17조제1항의 조치별 적용 기준은 가해학생이 행사한 학교폭력의 심각성·지속성·고의성(제1호), 가해학생의 반성 정도(제2호), 해당 조치로 인한 가해학생의 선도 가능성(제3호), 가해학생 및 보호자와 피해학생 및 보호자 간의 화해의 정도(제4호), 피해학생이 장애학생인지 여부(제5호)를 고려하여 결정하고, 그 세부적인 기준은 교육부장관이 정하여 고시한다고 되어 있다. 또한 같은 시행령 제24조제2항에 따르면 지역위원회는 청구인, 가해학생 및 보호자 또는 해당 학교에 심사에 필요한 자료 또는 정보의 제출을 요구할 수 있고, 청구인, 가해학생 또는 해당 학교는 특별한 사유가 없으면 이를 즉시 제출하여야 한다고 되어 있으며, 같은

조 제3항에 따르면 지역위원회는 직권으로 또는 신청에 따라 청구인, 가해학생 및 보호자 또는 관련 교원 등을 지역위원회에 출석하여 진술하게 할 수 있다고 되어 있고, 같은 조 제6항에 따르면 지역위원회는 재심사 결정 시 법 제16조제1항 각 호와 제17조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 조치(수 개의 조치를 병과하는 경우 포함)를 할 것을 해당 학교의 장에게 요청할 수 있다고 되어 있으며, 같은 조 제7항에 따르면 지역위원회의 재심 결과는 결정의 취지와 내용을 적어 청구인과 가해학생에게 서면으로 통보한다고 되어 있다.

나. 판단

살피건대, 「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 시행령」 제19조에 따르면 법 제17조제1항의 조치별 적용 기준은 가해학생이 행사한 학교폭력의 심각성·지속성·고의성, 가해학생의 반성 정도, 가해학생 및 보호자와 피해학생 및 보호자 간의 화해의 정도 등을 고려하여 적용하여야 할 것이고, 지역위원회가 위와 같은 판단을 하는데 필요한 구체적 사실관계에 대한 확인 등을 위하여 같은 시행령 제24조제2항 및 제3항에서는 지역위원회가 재심청구인, 가해학생 및 보호자 또는 해당 학교에 심사에 필요한 자료 또는 정보의 제출을 요구하거나 위 재심청구인, 가해학생 및 보호자 등을 지역위원회에 출석하여 진술하게 할 수 있도록 권한을 부여하고 있다. 그런데 위 인정사실에 따르면, 피해학생이 주장하는 청구인의 학교폭력 내용 중 청구인이 피해학생에게 조상이 ♠♠이라고 말한 것으로는 보이나 이러한 발언이 이루어진 경위 및 피해학생과 청구인의 평소관계 등에 비추어 보면 청구인이 피해학생을 괴롭힐 목적으로 악의를 가지고 말하였다고 보이지 않으며, 허위사실 유포 및 욕설 부분의 경우 사실관계에 대한 당사자 간 다툼이 있어 청구인이 위와 같은 가해행위를 하였다고 단정하기는 어려운 점, 청구인이 피해학생의 성기를 만진 사실에 대해서는 청구인 역시 인정하고 있어 이에 대해서는 당사자 간 다툼이 없어 보이고, 가해행위의 고의성 여부와 관계없이 이러한 행위에 대한 피해학생의 수용 정도나 정서 등을 고려하여 피청구인이 이를 학교폭력에 해당한다고 볼 여지가 없다고 할 수도 없으나, 이러한 경우라 하더라도 피청구인은 청구인에 대한 조치 여부 내지 조치의 수준을 정함에 있어 단순히 행위가 발생하였다는 사실 그 자체만을 고려할 것이 아니라 행위가 이루어진 경위, 행위의 양태, 피해학생과 청구인의 평소관계 등을 종합하여 살폈어야 할 것인데, 학교폭력사안조사서, 자치위원회 회의록 등을 종합하여 보면 청구인이 피해학생에게 성적

수치심을 유발하거나 괴롭힐 목적을 가지고 성기를 만졌다고 하기는 어려워 보이는 점, 청구인은 피해학생에게 사과한바 있고 피해학생이 이를 받아주었다고 되어 있으며, 자치위원회 회의 이후에도 청구인은 피해학생에게 구두사과 한 점, 위와 같은 사정에도 불구하고 피청구인은 이러한 구체적 사실관계에 대해 확인하거나 청구인과 △△△, ◇◇◇의 각기 다른 행위 양태 및 경중을 구분하여 논의함 없이 위 가해학생들이 반성을 하지 않아 사건이 불거졌고, 피해학생이 명확하게 하지 말라고 의사표현을 하였으며, 가해행위가 수회 반복되었다고 보고, 이에 대한 수사가 진행 중에 있다는 사실만을 강조하여 청구인과 △△△, ◇◇◇ 모두에게 '서면사과, 피해학생 및 신고·고발 학생에 대한 접촉, 협박 및 보복행위의 금지조치'라는 동일한 결정을 하였고, 이는 「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 시행령」 제19조가 정한 학교폭력의 심각성·지속성·고의성, 가해학생의 반성 정도, 선도 가능성 등을 고려한 결정이라고 보기 어려운 점 등을 종합하여 볼 때, 피청구인이 추후 회의를 다시 개최하여 이 건 학교폭력 사건에 대하여 다시 결정할 수 있음은 별론으로 하고, 피청구인이 청구인에게 한 이 사건 처분은 충분한 심의가 이루어져 합리성과 타당성을 갖추었다고 보기 어려우므로 위법·부당하다

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 있으므로 청구인의 청구를 받아들이기로 하여 주문과 같이 재결한다.

8 2014-09067 학교폭력 재심결정 취소청구(재결일 : 2014. 8. 26.)

【사건의 쟁점】

자치위원회 및 지역위원회 진행 과정에서 가해학생의 범위가 불일치하는 이 사건 처분이 위법·부당한지 여부

【재결요지】

가해학생의 범위를 명확히 하지 않은 하자가 있는 자치위원회의 결정을 기초로, 판단대상을 누락한 채 행하여진 피청구인의 학교폭력 재심결정은 위법·부당함

【재결의 의미】

피청구인이 청구인이 가해학생 5명 중 2명에 대해서만 처벌을 원한다고 사실관계를 오인한 채 청구인의 재심청구를 기각한 것은 판단대상을 누락하여 위법·부당함

주 문 피청구인이 2014. 1. 27. 청구인에게 한 학교폭력 재심결정을 취소한다.

청구취지 주문과 같다.

이 유

1. 사건개요

청구인은 ○○학교에 재학 중인 ●●●(이하 '피해학생'이라 한다)의 부로서, 2013. 12. 26. 같은 학교에 재학 중인 '◎◎◎, ◇◇◇, ◆◆◆, □□□, ■■■'이 2013. 12. 14. 피해학생에게 정신적 위해를 가하였다는 취지의 학교폭력 피해신고를 하였고, ○○학교 학교폭력대책자치위원회(이하 '자치위원회'라 한다)는 2013. 12. 30. '혐의 없음'을 결정하였으며, ○○학교 교장은 같은 날 이를 피해학생 학부모, ◎◎◎ 및 ◇◇◇의 학부모에게 각각 통보하였다. 청구인이 이에 불복하여 2014. 1. 3. 피청구인에게 가해학생을 '◎◎◎, ◇◇◇, ◆◆◆, □□□, ■XX'으로 하여 재심청구를 하자 피청구인은 2014. 1.

27. 가해학생을 ◎◎◎, ◇◇◇으로 하여 동 가해학생들에게 「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」 제16호제1항 각 호와 제17조제1항 각 호의 추가 조치를 부과하는 것은 부적절하다고 판단된다는 이유로 청구인의 재심청구에 대해 기각결정(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

피해학생은 진술서에서 학교폭력 행위에 가담한 학생이 5명이라고 분명히 밝혔고, 그 중 ■ 모 학생은 용서하기로 하였으나 나머지 4명은 여전히 가해학생으로 되어 있어야 함에도 학교 측은 주동격인 2명만 가해학생으로, 나머지는 참조인으로 하여 자치위원회를 개최하였고, 피청구인에게 제출한 학교의견서에 가해학생이 2명인 것으로 기재하면서 청구인과 아무런 화해도 되지 않은 2명에 대하여 청구인이 처분을 요하지 않았다고 허위사실을 기재하였는바, 이로 인해 피청구인은 회의에서 '피해학생 측은 가해학생 5명이 찾아갔는데 2명만 처벌 원함'이라고 하는 등 잘못된 사실관계를 근거로 하여 공정한 판단을 하지 못한 채 이 사건 처분에 이르렀으므로 이는 위법·부당하여 취소되어야 한다.

3. 피청구인 주장

피청구인은 적법한 절차에 따라 개최된 회의에서 청구인 측과 가해학생 측, 학교 측 의견과 증빙자료 등을 모두 형평성 있게 참조하여 심의한 결과 자치위원회의 조치가 적정하다고 판단하여 이 사건 처분에 이르렀으므로 이는 적법·타당하다.

4. 관계법령

학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제2조, 제9조제1항, 제12조제1항, 제13조제2항, 제16조제1항, 제17조제1항, 제17조의2제1항, 제3항 및 제4항

학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 시행령 제19조, 제24조제2항, 제3항, 제6항 및 제7항

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 학교폭력 사안 접수 보고서, 학교폭력 상황 보고서, 자치위원회 조치결정통보서, 재심청구서, △△시학교폭력대책지역위

원회 재심결정서 등에 따르면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 ○○학교에 재학 중인 피해학생의 부로서, 2013. 12. 26. 같은 학교에 재학 중인 '◎◎◎, ◇◇◇, ◆◆◆, □□□, ■■■'이 2013. 12. 14. 피해학생에게 정신적 위해를 가하였다는 취지의 학교폭력 피해신고를 하였는데, 이에 대한 학교폭력 사안 접수 보고서, 학교폭력 상황 보고서 등의 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

□ 학교폭력 사안 접수 보고서(접수일시: 2013. 12. 26. 오전 9시 30분)

○ 신고내용

- 누가/누구에게: ◎◎◎, ◇◇◇, ◆◆◆, □□□, ■■■이 피해학생에게
- 언제: 2014. 12. 14. 토요일

※ 연도는 2013의 오기로 보임

- 무엇을/어떻게: △△ 공원에서 눈싸움 놀이 중 피해학생이 눈을 던지고 집으로 갔는데 여러 명이 피해학생이 눈을 던지고 욕을 하였다는 이유로 피해학생에게 사과받기 위해 집 또는 아파트 1층에 몰려가 피해학생에게 정신적 위해를 가함. 물리적 위해는 없었음

□ 학교폭력대책자치위원회 개최 예정일 보고

○ 접수보고일자: 2014. 12. 26. 09:30

※ 연도는 2013의 오기로 보임

○ 관련학생: 피해학생(피해자로 주장)

◎◎◎, ◇◇◇, ◆◆◆, □□□, ■■■

○ 자치위원회 예정일시: 2013. 12. 30. 09:00

□ 학교폭력 상황 보고서(보고일자: 2013. 12. 26.)

○ 관련학생: 피해학생

◎◎◎, ◇◇◇

○ 사안내용

- 피해학생 부모
  - · 피해학생은 절대 욕을 하지 않았고, ◎◎◎, ◇◇◇이 집에 찾아와 소란을 피우고 피해학생을 위협하였음
  - · ◎◎◎ 외 3명의 학생들이 잘못을 반성하고 반성문을 본인에게 줄 것을 요구함

- ◎◎◎, ◇◇◇, ◆◆◆, □□□

・피해학생이 먼저 큰 얼음덩어리를 던지고 욕 하고 도망가서 피해학생이 놓고 간 썰매를 전해주고 사과도 받으려 집에 찾아갔음

○ 진행계획

- 자치위원회를 개최하고 적절한 조치를 취함

・참석명단: 자치위원회 위원, 관련학생(3명), 관련학생 부모, 목격학생(2명)

□ 자치위원회 위원장의 2013. 12. 26.자 참석요청서

○ 참석자

- 학생: ●XX

◎XX, ◇XX, ◆XX, □XX

나. 피해학생이 작성한 2013. 12. 26.자 진술서의 주요내용은 아래와 같다.

- 아 래 -

○ 관련학생: ◎◎◎, ◇◇◇, ◆◆◆, □□□, ■■■

○ 위 가해학생들과 눈싸움 놀이를 하던 중에 가해학생들이 피해학생에게 사과를 요구하며 위협하여 도망쳤으나 가해학생들이 피해학생 집까지 찾아왔음

○ 피해학생 부모님이 가해학생들에게 돌아가라고 하였으나 가해학생들은 계속 집 앞 복도에서 시끄럽게 소란을 피우고 청구인을 잡으려고 기다리고 있어 무서웠음

○ 가해학생들이나 비슷한 학생들만 봐도 무서워서 모자를 쓰고 다님

다. ○○학교에서 2013. 12. 28. 작성한 '학교폭력대책자치위원회 개최' 공문에 의하면 안건은 '피해학생과 ◎◎◎, ◇◇◇, ◆◆◆, □□□과의 학교폭력관련 문제 처리'로 되어 있다.

라. 자치위원회는 2013. 12. 30. 회의를 개최한 후 '혐의 없음'을 결정하였는데, 자치위원회 회의록의 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

□ 회의안건: 12월 14일 오후 3-8반 ●XX, ◎XX, ◇XX, ◆XX 학생 간의 다툼

□ 청구인

○ 2인 이상 청구인 집으로 찾아와 위협하고 소란을 피워 피해학생에게 위해를 가하여 피해학생은 현재 대인기피증 현상이 있어 병원에서 치료를 받아야 하는 수준임

○ 집단행동에 대한 서면사과, 집으로 찾아와 소란스럽게 한 것에 대한 사과, 이번 사건 관련 학생들과 2014학년도에 다른 반 배정, 정신과 치료에 대한 치료비 등을 원함

□ ◎◎◎·◇◇◇ 측 입장

○ 피해학생이 ◎◎◎에게 큰 얼음덩어리를 던졌고, 이에 ◎◎◎가 화가 나 '너 이렇게 할 거면 놀이에서 빠져'라고 이야기 하자 피해학생이 욕을 했고, ◎◎◎와 ◇◇◇은 욕을 들었으나 피해학생이 도망을 가서 사과를 받을 수 없었음

○ 피해학생이 놓고 간 썰매를 돌려주고 사과를 받기 위해 피해학생 집으로 찾아갔으나 초인종을 누른 적은 없으며 피해학생 부모가 아이들을 경찰서로 데리고 갔음

□ 위원 간 논의

○ 이번 사안은 학교폭력이 아니라 어린아이들 놀이과정에서 일어날 수 있는 일이고, 해당 어린이들이 피해학생을 직접적으로 만나서 위해나 폭행을 가한 행위가 없어 학교폭력에 해당한다고 보기 어려움

○ 양 측의 주장이 엇갈리나 여러 아이들이 피해학생을 찾아갔을 때 피해학생을 만나지 못한 것은 확실하고, 정황상 아이들이 아무 이유 없이 피해학생을 쫓아가거나 피해학생 역시 아무 이유 없이 도망을 가지는 않았을 것이어서 그럴만한 이유가 있었을 것으로 추정됨

□ 의결

○ '혐의 없음'을 결정함

마. ○○학교 교장은 2013. 12. 30. 피해학생 학부모와 ◎◎◎ 및 ◇◇◇의 학부모에게 자치위원회 결정내용을 통보하였는데, 자치위원회 결정통보서의 주요내용은 아래와 같고, 통보명단은 ○○학교에서 작성한 2013. 12. 30.자 '2013 제2회 학교폭력자치위원회 결정 통보서'를 통해 확인된다.

관련학생	피해학생	관련학생	◎◎◎, ◇◇◇, ◆◆◆, □□□
관련학생학부모		관련학생학부모	
조치사항	· 5명의 학생들이 피해학생을 찾아갔을 때 피해학생을 만나지 못하여 피해학생에게 직접적인 가해를 하지 않았기 때문에 「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」 제2조제1호, 제1의2호에 해당되지 않는다고 사려 되는 바, 이		

	에 본 사안은 학교폭력에 해당되지 않는다고 판단됨 · 따라서 위 학생들의 피해학생에 대한 학교폭력의 의도성이 보이지 않으므로 혐의 없음으로 결정함

바. ○○학교 교장이 2013. 12. 30. 서울강서교육지원청교육장에게 제출한 '학교폭력 사안처리 및 학교폭력대책자치위원회 결과보고'에 의하면 관련학생은 '피해학생, ◎◎◎, ◇◇◇, ◆◆◆, □□□'으로 되어 있고 자치위원회 조치결과는 '위 아이들이 직접적으로 ●●●에게 위협을 가하거나 육체적으로 피해를 끼치지 않았으므로 혐의 없음으로 결정함'이라고 되어 있다.

사. 청구인은 가해학생을 '◎◎◎, ◇◇◇, ◆◆◆, □□□, ■XX'으로 하여 2014. 1. 3. 피청구인에게 동 가해학생들에 대한 재발방지, 서면사과, 피해학생에 대한 접촉, 협박 및 보복행위의 금지 및 피해학생에 대한 정신과 진료비 배상 등을 요구하는 취지의 재심을 청구하였다.

아. ○○학교 교장이 피청구인에게 제출한 학교의견서에 의하면 청구인이 위 재심청구서에 적시한 가해학생들에 대하여 아래와 같은 내용이 기재되어 있다.

- 아 래 -

○ ◎◎◎, ◇◇◇

- 위 2명의 학생들은 청구인이 일관되게 가해학생으로 지적한 아동임

○ ◆◆◆, □□□, ■XX

- 위 3명의 학생들은 2013. 12. 14. ◎◎◎, ◇◇◇이 피해학생 집으로 갈 때 동참한 아동으로, 피해학생 부모가 ■XX은 2학년으로서 피해학생과 별 갈등이 없고 어리므로 처음부터 제외해달라고 했고, ◆◆◆, □□□도 피해학생과 큰 갈등요인은 없었으므로 피해학생 부모가 처분을 요하지 않음을 원함. 그러나 재심청구서에는 다시 이름을 넣음

※ 위 사항은 2013. 12. 26. 오후 피해학생 부모와 생활부장과의 전화통화와 재심청구 관련으로 2014. 1. 17. 16:10경 피해학생 부모와 교감과의 전화통화, 그리고 2014. 1. 17. 16:15분경 ■XX어머니가 학교에 전화해서(피해학생 부모가 ■XX은 제외한다고 ■XX 엄마에게 얘기했다는 내용) 확인함

자. 피청구인은 2014. 1. 27. 위 재심청구 건에 관한 회의를 개최하였는데, 동 회의에 대한 회의록 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 위원: 피해학생 측이 욕을 안했다고 주장하나, 욕은 했던 것 같음. 가해학생들이 사과를 받기 위해 피해학생에게 갔는데 그 행동이 위협적이었던 것 같음
○ 위원: 정신과 상담은 조금 과장된 것 같음. 친구들 사이에 일어난 일임. 지금 피해학생의 원인제공 유무가 중요함. 다수가 찾아간 행동은 피해학생에게 위협의 소지가 있었다고 봄. 가해학생들의 이런 행동이 문제가 있으나, 피해학생도 얼음덩어리를 던진 행위, 욕을 한 행위 등 원인제공의 문제가 있음
○ 위원: 가해학생들이 집까지 찾아간 것은 보복보다는 따지려는 의도임
○ 위원: 피해학생이 얼음덩어리를 던지고 욕도 했으니 가해학생들이 사과를 받기 위해 찾아간 것만으로 추가적인 조치는 필요 없어 보임
○ 위원: 피해학생 측은 가해학생 5명이 찾아갔는데 2명만 처벌 원함. 기각하는 것이 어떤지

차. 피청구인은 위 회의를 통해 2014. 1. 27. 아래와 같이 청구인의 재심청구를 기각하는 내용의 이 사건 처분을 하였다.

- 다 음 -

○ 가해학생: ◎◎◎, ◇◇◇
○ 취지: 「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」 제16조제1항 각 호와 제17조제1항 각 호의 추가조치를 부과하는 것은 부적절하다고 판단됨
○ 내용: 학교장에게 가해학생에 대한 추가조치를 요청하지 않기로 의결함

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령

1) 「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」 제2조제1호에 의하면 '학교폭력'이란 학교 내외에서 학생을 대상으로 발생한 상해, 폭행, 감금, 협박, 약취·유인, 명예훼손·모욕, 공갈, 강요·강제적인 심부름 및 성폭력, 따돌림, 사이버 따돌림, 정보통신망을 이용한 음란·폭력

정보 등에 의하여 신체·정신 또는 재산상의 피해를 수반하는 행위를 말한다고 되어 있고, 같은 조 1호의2에 의하면 '따돌림'이란 학교 내외에서 2명 이상의 학생들이 특정인이나 특정집단의 학생들을 대상으로 지속적이거나 반복적으로 신체적 또는 심리적 공격을 가하여 상대방이 고통을 느끼도록 하는 일체의 행위를 말한다고 되어 있다. 같은 법 제9조제1항에 의하면 지역의 학교폭력 문제를 해결하기 위하여 시·도에 학교폭력대책지역위원회(이하 '지역위원회'라 한다)를 둔다고 되어 있고, 같은 법 제12조제1항에 의하면 학교폭력의 예방 및 대책에 관련된 사항을 심의하기 위하여 학교에 학교폭력대책자치위원회(이하 '자치위원회'라 한다)를 두되, 다만 자치위원회 구성에 있어 대통령령으로 정하는 사유가 있는 경우에는 교육감의 보고를 거쳐 둘 이상의 학교가 공동으로 자치위원회를 구성할 수 있다고 되어 있으며, 같은 법 제13조제2항에 의하면 자치위원회의 위원장은 피해학생 또는 그 보호자가 요청하는 경우(제3호), 학교폭력이 발생한 사실을 신고받거나 보고받은 경우(제4호) 등 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 회의를 소집하여야 한다고 되어 있다. 같은 법 제16조제1항에 의하면 자치위원회는 피해학생의 보호를 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 피해학생에 대하여 치료 및 치료를 위한 요양(제3호) 등 각 호의 어느 하나에 해당하는 조치(수 개의 조치를 병과하는 경우를 포함한다)를 할 것을 학교의 장에게 요청할 수 있다고 되어 있고, 같은 법 제17조제1항에 의하면 자치위원회는 피해학생의 보호와 가해학생의 선도·교육을 위하여 가해학생에 대하여 피해학생에 대한 서면사과(제1호), 피해학생 및 신고·고발 학생에 대한 접촉, 협박 및 보복행위의 금지(제2호), 학교에서의 봉사(제3호), 사회봉사(제4호), 학내외 전문가에 의한 특별 교육이수 또는 심리치료(제5호), 출석정지(제6호), 학급교체(제7호), 전학(제8호), 퇴학처분(제9호)의 어느 하나에 해당하는 조치(수 개의 조치를 병과하는 경우 포함)를 할 것을 학교의 장에게 요청하여야 하며, 각 조치별 적용 기준은 대통령령으로 정하되, 다만 퇴학처분은 의무교육과정에 있는 가해학생에 대하여는 적용하지 아니한다고 되어 있다. 같은 법 제17조의2제1항에 의하면 자치위원회 또는 학교의 장이 제16조제1항 및 제17조제1항에 따라 내린 조치에 대하여 이의가 있는 피해학생 또는 그 보호자는 그 조치를 받은 날부터 15일 이내, 그 조치가 있음을 안 날부터 10일 이내에 지역위원회에 재심을 청구할 수 있다고 되어 있고, 같은 조 제3항에 의하면 지역위원회가 제1항에 따른 재심청구를 받은 때에는 30일 이내에 이를

심사·결정하여 청구인에게 통보하여야 한다고 되어 있으며, 같은 조 제4항에 의하면 제3항의 결정에 이의가 있는 청구인은 그 통보를 받은 날부터 60일 이내에 행정심판을 제기할 수 있다고 되어 있다.

2)「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 시행령」제19조에 의하면 법 제17조제1항의 조치별 적용 기준은 가해학생이 행사한 학교폭력의 심각성·지속성·고의성(제1호), 가해학생의 반성 정도(제2호), 해당 조치로 인한 가해학생의 선도 가능성(제3호), 가해학생 및 보호자와 피해학생 및 보호자 간의 화해의 정도(제4호), 피해학생이 장애학생인지 여부(제5호)를 고려하여 결정하고, 그 세부적인 기준은 교육과학기술부장관이 정하여 고시한다고 되어 있다. 또한 같은 시행령 제24조제2항에 의하면 지역위원회는 청구인, 가해학생 및 보호자 또는 해당 학교에 심사에 필요한 자료 또는 정보의 제출을 요구할 수 있고, 청구인, 가해학생 또는 해당 학교는 특별한 사유가 없으면 이를 즉시 제출하여야 한다고 되어 있으며, 같은 조 제3항에 의하면 지역위원회는 직권으로 또는 신청에 따라 청구인, 가해학생 및 보호자 또는 관련 교원 등을 지역위원회에 출석하여 진술하게 할 수 있다고 되어 있고, 같은 조 제6항에 의하면 지역위원회는 재심사 결정 시 법 제16조제1항 각 호와 제17조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 조치(수 개의 조치를 병과하는 경우 포함)를 할 것을 해당 학교의 장에게 요청할 수 있다고 되어 있으며, 같은 조 제7항에 의하면 지역위원회의 재심 결과는 결정의 취지와 내용을 적어 청구인과 가해학생에게 서면으로 통보한다고 되어 있다.

나. 판단

피청구인은 적법한 절차에 따라 개최된 회의에서 청구인 측과 가해학생 측, 학교 측 의견과 증빙자료 등을 모두 형평성 있게 참조하여 심의한 결과 자치위원회의 조치가 적정하다고 판단하여 이 사건 처분에 이르렀으므로 이는 적법·타당하다고 주장한다.

살피건대,「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」제17조의2제1항에서 자치위원회 또는 학교의 장이 내린 조치에 대하여 이의가 있을 경우 피해학생 또는 그 보호자가 지역위원회에 재심을 청구할 수 있도록 하고 있는 이유는 지역위원회로 하여금 자치위원회가 내린 결정에 절차적·실체적 하자가 있는지 다시 살피게 함으로써 피해학생 보호와 가해학생 선도·교육을 통한 학교폭력 예방 및 근절이라는 동 법의 목적을 달성하기 위함이라 할

것인바, 그렇다면 지역위원회는 같은 법 제13조제2항에 따라 피해학생 또는 그 보호자가 요청한 경우 혹은 학교폭력이 발생한 사실을 신고 받은 경우에 자치위원회가 적법하게 소집되어 위 요청 혹은 신고 받은 사실을 기초로 학교폭력 사안을 조사한 후 피해학생 및 가해학생의 범위를 확정하여 양 측에 대한 조치 여부 혹은 조치의 정도를 결정하였는지를 살필 의무가 있다고 할 것이다. 그런데 위 인정사실에 따르면 청구인은 2013. 12. 26. ◎◎◎, ◇◇◇, ◆◆◆, □□□, ■■■이 피해학생에게 정신적 위해를 가하였다는 취지의 학교폭력 피해신고를 하였고, 청구인이 가해학생을 위 '◎◎◎, ◇◇◇, ◆◆◆, □□□, ■■■'으로 특정하였다는 사실은 2013. 12. 26.자 학교폭력 사안 접수 보고서와 피해학생의 2013. 12. 26.자 진술서를 통해서도 확인되는데, 반면 같은 날 보고된 학교폭력 상황 보고서에 의하면 관련학생이 피해학생과 ◎◎◎, ◇◇◇으로만 기재되어 있고, 동 보고서 진행계획에도 관련학생이 3명으로, 목격학생이 2명으로 각각 기재되어 있으며, ○○학교에서 2013. 12. 28. 작성한 '학교폭력대책자치위원회 개최' 공문에는 안건이 '피해학생과 ◎◎◎, ◇◇◇, ◆◆◆, □□□과의 학교폭력관련 문제 처리'로 되어 있고, 자치위원회의 2013. 12. 30.자 회의록에는 회의 안건이 '●XX, ◎XX, ◇XX, ◆XX 학생 간의 다툼'으로 기재되어 있는 등 가해학생의 명단이 지속적으로 불일치하여 자치위원회가 동 학교폭력 사건의 가해학생으로 특정하고 있는 대상 학생이 누구인지를 파악하기 어렵고, 당초 청구인이 신고한 학생과 자치위원회에서 논의되는 학생들이 차이가 나는 이유에 대하여 자치위원회 회의록 등 관련 자료를 통해 어떠한 소명도 되어 있지 않은 점, 그런데 ○○학교 교장은 관련학생이 피해학생, ◎◎◎, ◇◇◇, ◆◆◆, □□□으로 기재되어 있는 2013. 12. 30.자 자치위원회 결정통보서를 당초 피해학생 측이 신고한 5명의 가해학생 중 ◎◎◎와 ◇◇◇의 학부모에게만 통보하였고, 이로 인해 청구인이 2014. 1. 3. 피청구인에게 가해학생을 '◎◎◎, ◇◇◇, ◆◆◆, □□□, ■XX'로 하여 재심청구를 하였음에도 피청구인은 ◎◎◎, ◇◇◇만이 자치위원회 결정 통보를 받은 사실과 ○○학교 교장이 피청구인에게 제출한 학교의견서의 내용 등을 감안하여 ◎◎◎, ◇◇◇만을 청구인이 재심청구의 대상으로 삼은 가해학생에 해당한다고 한정한 후 청구인이 가해학생 5명 중 2명에 대해서만 처벌을 원한다고 사실관계를 오인한 채 청구인의 재심청구를 기각하는 내용의 이 사건 처분에 이르게 된 점, 비록 ○○학교 교장이 제출한

학교의견서에 피해학생 부모가 ■XX은 처음부터 제외해달라고 했고, ◆◆◆, □□□에 대해서는 처분을 요하지 않음을 원한다고 기재되어 있기는 하나 이러한 사항은 피해학생 부모와의 전화통화를 통해 확인된 내용이라고만 되어 있을 뿐 달리 피해학생 측이 당초 신고대상인 가해학생들 중 일부에 대하여는 신고내용을 철회한다거나 일부 학생들이 자치위원회나 지역위원회에 회부되길 원하지 않는다는 취지의 의사표시를 하였다고 볼만한 어떠한 객관적인 자료도 확인되지 않는 점 등을 종합하여 고려할 때, 가해학생의 범위를 명확히 하여 결정하지 않은 하자가 있는 자치위원회의 결정을 기초로 하여 판단대상을 누락한 피청구인의 이 사건 처분은 위법·부당하다.

7. 결　론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 있으므로 청구인의 청구를 받아들이기로 하여 주문과 같이 재결한다.

9 2014-10304 학교폭력 재심결정 취소청구(재결일 : 2014. 12. 9.)

【사건의 쟁점】

집단 따돌림 사안에서 주동자와 묵인·동조자가 명확하게 구분되지 않는 경우 가해학생들에게 동일한 조치를 하는 것이 적정한지 여부

【재결요지】

세부적인 사실관계를 모두 입증하기는 어려우나 피해학생이 '데스노트'에 청구인들의 이름을 기재한 점, 청구인들과 피해학생이 '데스노트'와 관련하여 운동장 구령대에 모였던 점, '데스노트'에 대해 집단적으로 피해학생을 추궁하면서 괴롭히는 행위가 발생한 점, 청구인들이 적어도 묵인·동조하는 방식으로 가해행위에 참여한 점이 각각 인정되고, 다수가 한 명을 집단적으로 추궁하는 상황에서 묵인·동조자라 하더라도 주동자와 마찬가지의 책임이 있다고 볼 수 있으며, 설령 피해학생을 괴롭히려는 의도로 시작되지 않았다 하더라도 이미 따돌림당한 경험이 있는 피해학생으로서는 정신적 괴로움이 컸을 것으로 보일 뿐 아니라, 청구인들 측이 잘못을 반성하거나 피해학생의 감정을 헤아리는 모습도 보이지 아니하므로 '사회봉사 5일'이 청구인들의 행위에 비례하지 않는 과도한 처분이라고 단정하기는 어려움

【재결의 의미】

다수가 한 명을 집단적으로 추궁하는 집단 따돌림의 특성상 묵인·동조하는 방식으로 가해행위에 참여하였다고 하더라도 따돌림을 주동한 자와 마찬가지의 책임이 있다고 볼 수 있음

주 문 청구인의 청구를 기각한다.

청구취지 피청구인이 2014. 3. 24. 청구인들에게 한 학교폭력 재심결정을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

가. ○○중학교에 재학 중인 ○○○(이하 '피해학생'이라 한다)은 2012. 7. 2. 청구인들

로부터 괴롭힘 당했다는 내용의 학교폭력 피해신고를 하였고, ○○중학교 학교폭력대책자치위원회(이하 '자치위원회'라 한다)는 2012. 7. 16. 청구인들에게 '서면사과, 재발방지 서약서, 교내봉사 3일' 조치를 결정하였으며, 피해학생의 모가 같은 날 재심을 청구하자, 피청구인은 2012. 9. 24. 청구인들이 피해학생에게 집단 행동한 사실이 인정된다는 이유로 청구인들에게 자치위원회 조치에 병과하여 '사회봉사 5일'을 결정(이하 '이 사건 결정'이라 한다)하였다.

나. 청구인들은 2012. 10. 30. 우리 위원회에 이 사건 결정의 취소를 구하는 행정심판을 청구하였고, 우리 위원회는 2014. 1. 17. 충분한 심의가 이루어지지 않았다는 이유로 청구인들의 청구를 인용하였으며, 이에 피청구인은 2014. 3. 24. 다시 학교폭력대책지역위원회 회의를 개최한 후 청구인들이 피해학생에게 집단 행동한 사실이 인정된다는 이유로 청구인들에게 자치위원회 조치에 병과하여 '사회봉사 5일'을 결정(이하 '이 사건 처분'이라 한다)하였다.

2. 청구인들 주장

가. 피해학생은 평상시 행동에 문제가 있던 자로서, 피해학생이 친구들에게 거짓말 하여 이를 확인하는 과정에서 개방된 장소인 운동장 구령대에 모여 민주적으로 사실관계를 확인하려 한 것이 학교폭력으로 신고된 것이고, 청구인들 중 누가 피해학생을 집에 가지 못하게 했는지 확인되지도 않으며, 정말 피해가 있었는지도 입증되지 않는다.

나. 한편 ○○중학교는 피해학생 및 피해학생의 오빠 △△△의 가해행위에 대해서는 처리를 지연하였고, 자치위원회의 조치 중 '교내봉사 3일' 부분을 누락한 채 피청구인에게 자료를 제출하였으며, 피청구인 또한 중앙행정심판위원회의 인용재결 이후 청구인들 부모를 불러 형식적으로 진술을 청취하였을 뿐이다.

다. 따라서 위와 같은 사정을 종합적으로 고려할 때 피청구인의 이 사건 처분은 위법·부당하다.

3. 피청구인 주장

피청구인이 청구인들 부모 및 피해학생 부모를 출석시켜 진술을 청취한 후 심도있게 논의한 결과, 청구인들이 피해학생을 상대로 집단적으로 행동한 사실이 인정되어 이 사건 결정과 동일하게 '사회봉사 5일'을 다시 결정한 것이므로 이 사건 처분은 적법·타당하다.

4. 관계법령

학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제9조제1항, 제12조제1항, 제17조제1항, 제17조의2 제1항·제3항·제4항

학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 시행령 제19조, 제24조제7항

5. 인정사실

청구인들과 피청구인이 제출한 행정심판 청구서, 답변서, 자치위원회 회의록, ○○도학교폭력대책지역위원회 회의록, 재심결정서, 사실확인서, 교내사진, 인터넷게시물, 인권위원회 제소자료, 피해학생 사과문, 재발방지서약서, ○○중학교장 의견서, 고소·고발사건 처분결과 통지서, 심리불개시결정문 등 각 사본의 기재내용을 종합해보면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. ○○중학교에 재학 중인 피해학생은 2012. 7. 2. 청구인들로부터 괴롭힘 당했다는 내용의 학교폭력 피해신고를 하였고, 피해학생 및 청구인들이 작성한 사실확인서의 주요 내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

❑ 피해학생
- ❍ '◐◐ 엔터테인먼트'와 관련하여 나를 험담하는 것 같아 속상한 마음에 청구인들 등을 저주하는 글을 수첩에 썼고, 친하다고 생각하는 ▼▼▼ 등에게 이를 보여주었음
- ❍ 2012. 7. 2. 방과 후 ***이 와서 위 글에 대해 이야기하자고 하였고, 청구인들이 모여들어 시비를 걸면서 해명할 기회를 주지 않았으며, 글을 보여 달라고 하여 수첩을 꺼냈더니 이를 빼앗아 사진을 찍었음
- ❍ 너무 힘들고 속상하여 집에 돌아온 후 손목을 그음

❑ ◎◎◎
- ❍ 피해학생이 나의 이름 등을 '데스노트'에 써서 아이들에게 보여줌

○ 청소가 끝난 후 피해학생과 남아서 이야기를 했는데, 피해학생이 신고하겠다고 하여 각자 집으로 돌아감

❑ ◈◈◈

○ 피해학생의 수첩에 '미안하고 사랑하지만 이젠 좆 된 새끼들 명단'이라는 글과 함께 나를 포함한 몇몇 아이들의 이름이 적혀있어서 '그게 뭐냐?'고 묻자 '데스노트 비슷한 것'이라고 대답하였음

○ 청소가 끝난 후 운동장 구령대에 모여서 피해학생과 이야기했는데, '우리가 뭘 잘못했어?'라고 피해학생에게 묻자 '너희가 나 싫어하는 것 같아서'라고 대답하였음

○ 피해학생이 ▼▼▼에게 자살하겠다는 내용의 문자를 보냈다고 함

❑ △△△

○ 피해학생이 '미안하고 사랑하지만 이젠 좆된 새끼들'이라는 내용으로 데스노트에 나의 이름 등을 적어 아이들에게 보여주었음

○ 피해학생에게 이에 대하여 묻기 위해 운동장 구령대에 모였음

나. 자치위원회는 2012. 7. 16. 다음과 같이 회의를 개최한 후 청구인들에게 '서면사과, 재발방지서약서, 교내봉사 3일' 조치를 결정하였다.

- 다 음 -

❑ 피해학생: ○○○

❑ 가해학생: ◎◎◎, ◈◈◈, △△△

❑ 회의내용

○ 가해학생들은 피해학생이 왜 그런 내용을 썼는지 이유를 듣기 위해 모였다고 주장하고, 피해학생은 모욕감과 위협을 느꼈다고 주장함

○ 가해학생들이 수첩에 쓴 내용을 물어보려는 의도로 모였다고 하더라도 다수가 함께 행동한 점에 대한 심각성은 잘 모르는 것 같고, 집단 따돌림의 성격이 있는 사안임

○ 서로 질문과 대답을 하면서 분위기가 점점 나빠진 것 같고, 피해학생이 위협을 느꼈음

❑ 의결사항

○ 가해학생들에 대한 선도 목적으로 '서면사과, 재발방지서약서, 교내봉사 3일' 조치를 결정함

다. 피해학생의 모는 2012. 7. 31. 청구인들이 서면사과를 이행하지 않는 등 반성하지 않고 있어 더욱 무거운 조치가 필요하다는 이유로 피청구인에게 재심을 청구하였다.

라. 피청구인은 2012. 9. 24. 다음과 같이 학교폭력대책지역위원회 회의를 개최한 후 청구인들에게 이 사건 결정을 하였다.

- 다 음 -

❑ 피해학생: ○○○

❑ 가해학생: ◎◎◎, ◈◈◈, △△△

❑ 회의내용

❍ 피해학생이 따돌림 당한다고 생각하여 친구들을 저주하는 내용의 글을 썼는데, 이를 알게 된 가해학생들이 피해학생을 불러 따지는 과정에서 피해학생에게 공포감을 주었음

❍ 가해학생들은 자치위원회 결정에 반발하며 서면사과를 이행하지 않고 있고, 피해학생 측은 이에 대해 '사회봉사' 이상의 조치를 요구하고 있음

❍ 자치위원회에서 서면사과를 하라고 결정하였다면 이를 이행하는 것이 타당함

❑ 의결사항

❍ 다수의 학생이 피해학생을 상대로 장시간 귀가하지 못하게 하고 집단적으로 행동한 점이 인정됨

❍ 가해학생들에게 자치위원회 조치에 병과하여 '사회봉사 5일'을 결정함

마. 청구인들은 2012. 10. 30. 우리 위원회에 이 사건 결정의 취소를 구하는 행정심판(사건번호: 2012-○)을 청구하였고, 우리 위원회는 2014. 1. 17. 피청구인이 구체적인 사실 확인 등의 절차를 거치지 않았고, 청구인들 각각의 행위나 경중에 대한 논의 없이 단지 자치위원회 조치를 이행하지 않았다는 점만을 강조하여 청구인들에게 이 사건 처분을 하였다는 이유로 청구인들의 청구를 인용하였다.

바. 피청구인은 2014. 2. 24. ○○중학교 인권부장 및 청구인들의 부모를 출석시킨 후 다음과 같이 학교폭력대책지역위원회 회의를 개최하였다.

- 다 음 -

❑ 피해학생: ○○○

❑ 가해학생: ◎◎◎, ◈◈◈, △△△

❑ 회의내용

❍ 피해학생 모

- 피해학생은 4, 5월경 집단 따돌림 당한 경험이 있고, 당시 교사중재 하에 좋게 넘어가기로 하였음
- 그러나 다시 학생들이 집단적으로 피해학생의 수첩을 뒤지고 이야기하라고 강요하며 오후 6시까지 집에 가지 못하게 하는 상황이 발생하였음
- 사안을 확대하고 싶지 않아 사과만 받고 싶었으나, 끝까지 사과하기를 거부하여 현 상황에 이르게 되었음

❍ 피해학생 부

- 이러한 피해가 다른 학생에게도 발생하는 것을 막기 위하여 사안을 공식적으로 논할 필요가 있다고 생각함

❍ 가해학생(△△△) 부

- 피해학생은 자신이 연예기획사 'TS 엔터테인먼트'의 연습생이고 가수 B.A.P와 친하며, B.A.P의 사인을 받아준다는 등의 이야기를 학생들에게 하였음
- 그러나 사실이 아님이 밝혀지자 '데스노트'에 학생들의 이름을 적었고, '나 오늘 누구하나 살해해도 되지?'라는 말을 하는 등 학생들을 위협하였으며, '데스노트'에 대해 설명하겠다고 하여 여러 학생들이 모이게 된 것임
- 한 명씩 손을 들어 질문을 하는 등 민주적인 자리였고, 사건장소인 운동장 구령대는 학교 어디서나 보이는 곳이며, 중간에 교사가 와서 "왜 모여 있냐. 집에 가라"고 하여 해산하였음
- 결국 당해 학교폭력 사안은 피해학생이 거짓말을 반복하다가 학생들이 진위를 파악하려고 좋게 이야기하자 가해학생으로 신고한 것이고, '서면사과' 조치를 이행하지 않은 것은 단순히 사과를 하기 싫다는 것이 아니라 당시 결정된 자치위원회의 '서면사과, 재발방지서약서, 교내봉사 3일' 조치를 수용할 수 없다는 의미였음

❍ 가해학생(◎◎◎) 모

- 피해학생은 정서적으로 불안하고 초등학교 때부터 따돌림 당하는 아이였으나, 가해학생들은 다른 초등학교를 졸업하여 이를 알지 못하였고, 중학교에 입학한 후에도 피해학생과 잘 지냈음
- 피해학생이 다수의 학생들에게 거짓말을 하여 집단적으로 질문하게 된 것이고, 가해학생들은 의도적·조직적으로 피해학생에게 몰려간 것이 아니라 '데스노트'에 대한 이야기를 한다고 하여 하나둘씩 따라가게 된 것임

- 가해학생 ◎◎◎는 피해학생 및 같은 학교에 재학 중인 피해학생의 오빠 한△△에게 욕설을 듣고 위협 당하였음

❍ 가해학생(◈◈◈) 모

- 가해학생 ◈◈◈은 어떠한 의도를 가지고 집단적으로 몰려간 것이 아니라 피해학생이 해명한다는 이야기를 듣고 따라갔을 뿐임
- 교사들이 피해학생 측에서 편파적으로 행동한 부분이 있다고 생각되고, 피해학생은 정서적으로 불안한 자임

❍ ○○중학교 인권부장

- 자치위원회 결정은 학기 초 발생한 따돌림은 고려하지 않고 2012. 7. 2. 운동장 구령대에서 발생한 사건에 대해서만 판단하였음
- 학생들이 서로 '누가 그랬다', '나는 안 그랬다'라고 하는 등 진술에 차이나는 부분이 있지만, 피해학생이 따라오라는 말을 듣고 운동장으로 간 것, 처음에는 피해학생을 공격할 의도가 아니었더라도 시간이 지날수록 가해학생들이 감정적이 된 것, 피해학생이 집에 가고 싶었으나 학생들이 다그쳐 집에 가지 못한 것까지 자치위원회에서 인정하였음
- 가해학생들과 피해학생이 서로를 경찰에 고소하였는데 모두 불기소처분 되었음

사. 청구인들은 2014. 2. 24. 및 2014. 3. 13. 피청구인에게 교내 사진자료, 피해학생의 인터넷게시물, 인권위원회 제소자료, 청구인들의 추가 진술문, 부모 진술문 등을 제출하였다.

아. 피청구인은 2014. 3. 24. 학교폭력대책지역위원회 회의를 개최한 후 청구인들이 피해학생에게 집단 행동한 사실이 인정된다는 이유로 청구인들에게 이 사건 처분을 하였다.

자. ○○중학교장이 피청구인에게 제출한 2014. 2. 17.자 학교장의견서에 따르면 자치위원회가 청구인들에게 결정한 조치는 '서면사과, 재발방지서약서, 교내봉사 3일'이라고 기재되어 있다.

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령

1)「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」제9조제1항에 따르면 지역의 학교폭력 문제를 해결하기 위하여 시·도에 학교폭력대책지역위원회(이하 '지역위원회'라 한다)를 둔다고 되

어 있고, 같은 법 제12조제1항 전단에 따르면 학교폭력의 예방 및 대책에 관련된 사항을 심의하기 위하여 학교에 학교폭력대책자치위원회(이하 '자치위원회'라 한다)를 둔다고 되어 있다.

2)「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」제17조제1항에 따르면, 자치위원회는 피해학생의 보호와 가해학생의 선도·교육을 위하여 가해학생에 대하여 '피해학생에 대한 서면사과'(제1호), '피해학생 및 신고·고발 학생에 대한 접촉, 협박 및 보복행위의 금지'(제2호), '학교에서의 봉사'(제3호), '사회봉사'(제4호), '학내외 전문가에 의한 특별 교육이수 또는 심리치료'(제5호), '출석정지'(제6호), '학급교체'(제7호), '전학'(제8호), '퇴학'(제9호)의 어느 하나에 해당하는 조치(수 개의 조치를 병과하는 경우 포함)를 할 것을 학교의 장에게 요청하여야 한다고 되어 있고, 같은 법 시행령 제19조에 따르면, 법 제17조제1항의 조치별 적용 기준은 '가해학생이 행사한 학교폭력의 심각성·지속성·고의성'(제1호), '가해학생의 반성 정도'(제2호), '해당 조치로 인한 가해학생의 선도 가능성'(제3호), '가해학생 및 보호자와 피해학생 및 보호자 간의 화해의 정도'(제4호), '피해학생이 장애학생인지 여부'(제5호)를 고려하여 결정하고, 그 세부적인 기준은 교육부장관이 정하여 고시한다고 되어 있다.

3)「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」제17조의2제1항·제3항 및 제4항에 따르면, 자치위원회 또는 학교의 장이 제16조제1항 및 제17조제1항에 따라 내린 조치에 대하여 이의가 있는 피해학생 또는 그 보호자는 그 조치를 받은 날부터 15일 이내, 그 조치가 있음을 안 날부터 10일 이내에 지역위원회에 재심을 청구할 수 있고, 지역위원회가 재심청구를 받은 때에는 30일 이내에 이를 심사·결정하여 청구인에게 통보하여야 하며, 결정에 이의가 있는 청구인은 그 통보를 받은 날부터 60일 이내에 행정심판을 제기할 수 있다고 되어 있고, 같은 법 시행령 제24조제7항에 따르면 지역위원회의 재심 결과는 결정의 취지와 내용을 적어 청구인과 가해학생에게 서면으로 통보한다고 되어 있다.

나. 판단

살피건대, 사안이 발생한 후 상당한 기간이 경과하였고 당사자들 간 진술이 서로 다른 상황에서 세부적인 사실관계를 모두 입증하기는 어려울 것이다. 그러나 위 인정사실에 따르면, 피해학생이 '데스노트'에 청구인들의 이름을 기재한 점, 청구인들과 피해학생이 '데

스노트'와 관련하여 운동장 구령대에 모였던 점, '데스노트'에 대해 집단적으로 피해학생을 추궁하면서 괴롭히는 행위가 발생한 점, 청구인들이 적어도 묵인·동조하는 방식으로 가해행위에 참여한 점이 각각 인정되고, 다수가 한 명을 집단적으로 추궁하는 상황에서 묵인·동조자라 하더라도 주동자와 마찬가지의 책임이 있다고 볼 수 있으며, 설령 피해학생을 괴롭히려는 의도로 시작되지 않았다 하더라도 이미 따돌림당한 경험이 있는 피해학생으로서는 정신적 괴로움이 컸을 것으로 보일 뿐 아니라, 현재까지 청구인들 측이 잘못을 반성하거나 피해학생의 감정을 헤아리는 모습도 보이지 아니한다. 나아가, ○○중학교가 자치위원회 조치 중 '교내봉사 3일' 부분을 누락한 채 자료를 제출하였다는 청구인들의 주장은 이유 없고, 청구인들이 재심 시 소명자료 제출기회 및 발언기회를 충분히 부여받은 것이 확인되며, 피해학생 및 피해학생 오빠의 가해행위에 대한 처리나 피해학생의 평소 생활태도가 어떠하였는지는 당해 사안과 분리하여 판단할 사항이라고 할 것이다. 따라서 이러한 사정을 종합적으로 고려할 때 '사회봉사 5일'이 청구인들의 행위에 비례하지 않는 과도한 처분이라고 단정하기는 어려우므로 피청구인의 이 사건 처분이 위법·부당하다고 할 수 없다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 청구인의 청구를 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

10 2014-10453 학교폭력 재심결정 취소청구(재결일 : 2014. 8. 26.)

【사건의 쟁점】

청구인에 대한 전학 조치가 재량권의 일탈·남용에 해당하는지 여부

【재결요지】

피청구인은 적법한 절차를 거쳐 심의·의결하였고, 피해학생의 얼굴사진에 오른쪽 눈 주위가 부어오른 모습이 확인되며, 진단서에 피해학생은 자살사고 동반한 중등도 이상의 우울증 상태로서 최소 6개월 이상 부정장기간의 정신과적 치료를 요한다는 기록이 확인되고, 다수의 이 사건 가해학생들이 피해학생 한명을 상대로 다양한 형태로 학교폭력을 가하여 피해학생이 3주간의 가료가 필요한 상해를 입었는데, 출석정지, 학급교체 등의 조치만으로는 이 사건 가해학생들로부터 피해학생을 실효성 있게 보호하고 학교폭력의 재발을 방지하기에는 부족해 보이는 점 등을 고려할 때 이 사건 처분이 위법·부당하다고 할 수 없음

【재결의 의미】

다수의 가해학생들이 피해학생 한명을 상대로 다양한 형태로 학교폭력을 가하여 피해학생에게 상해를 입혔다면 가해학생들에 대한 전학 조치는 재량권의 일탈·남용으로 볼 수 없음

주 문 청구인의 청구를 기각한다.

청구취지 피청구인이 2014. 5. 16. 청구인에게 한 학교폭력 재심결정을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

청구인은 ○○○도 ○○시 소재 ○○학교 1학년 4반에 재학 중인 학생으로, 같은 반에 재학 중인 ○○○(이하 '피해학생'이라 한다)이 청구인외 12명으로부터 신체폭력과 괴롭힘을 당하였다는 내용의 학교폭력 피해신고를 하였고, ○○학교 학교폭력대책자치위원

회(이하 '자치위원회'라 한다)는 2014. 4. 23. 피해학생의 보호조치 및 가해학생에 대한 조치를 결정하였는데, 청구인에게는 '접촉, 협박 및 보복행위 금지, 학교에서의 봉사 3일, 특별교육이수 30시간'을 결정하였으며, 이에 피해학생의 부가 2014. 5. 2. 피청구인에게 가해학생들 중 청구인외 4명(이하 '이 사건 가해학생들'이라 한다)에 대하여 전학조치를 해 달라는 취지의 재심청구를 하자 피청구인은 2014. 5. 16. 청구인에게 '전학'을 결정(이하 '이 사건 처분'이라 한다)하였다.

2. 청구인 주장

당초 피해학생의 보호라는 측면을 강조하여 청구인에게 '접촉, 협박 및 보복행위 금지, 학교에서의 봉사 3일, 특별교육이수 30시간'의 조치를 병과 하였던 것이고, 청구인에 비해 가해의 정도가 중한 타 이 사건 가해학생들과 청구인을 동일하게 취급하여 전학결정을 한 것은 가해의 정도에 따른 적정한 처분이라고 볼 수 없으며, 설령 피해학생과 청구인을 분리할 필요가 있는 경우라도 출석정지, 학급교체 등으로도 달성할 수 있을 것이고, 이 사건은 중학교에 갓 입학하여 새로운 환경에 적응하는 과정에서 일시적·우발적으로 발생한 것일 뿐 청구인에게 이 사건 이전에 다른 학교폭력의 전력이 전혀 없었으며, 청구인의 가해행위의 정도, 학교폭력의 재발가능성, 개전의 정 등을 고려할 때 청구인에 대한 전학결정 외에 다른 조치를 결정하는 것이 마땅하기에 피청구인의 이 사건 처분은 위법·부당하므로 취소되어야 한다.

3. 피청구인 주장

피청구인은 적법하게 구성되어 적법절차에 따라 심도 있게 심의한 결과, 피해학생이 받은 피해의 정도가 의사의 진단서상 중등도 이상의 우울증상태로 최소한 6개월 이상의 정신과적 치료가 필요하다는 소견으로 학교폭력의 심각성이 높고, 피해학생 측의 이 사건 가해학생들에 대한 강력한 처벌 요구로 이 사건 가해학생들과의 화해정도가 약하며, 여러 명의 이 사건 가해학생들이 한 명의 피해학생을 괴롭히는 따돌림을 가하였고, 자치위원회가 결정한 청구인에 대한 조치가 사안의 심각성을 감안하지 않은 가벼운 조치라는 점 등을 종합적으로 고려하여 이 사건 처분을 하였는바, 이 사건 처분은 적법·타당하므로 청구인의 이 사건 심판청구는 기각되어야 한다.

4. 관계법령

학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제9조, 제12조, 제16조, 제17조, 제17조의2

학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 시행령 제3조, 제5조, 제19조, 제24조

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 학교폭력 사안발생 보고서, 담임교사의견서, 경위서, 진술서, 진단서, 자치위원회 조치결정통보서, 재심청구서, 회의록, ○○○도학교폭력대책지역위원회 재심결정서 등에 따르면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 ○○○도 ○○시 소재 ○○학교 1학년 4반에 재학 중인 학생으로, 같은 반에 재학 중인 피해학생이 청구인외 12명으로부터 신체폭력과 괴롭힘을 당하였다는 내용의 학교폭력 피해신고를 하였고, ○○학교 인성부장이 작성하여 같은 학교 교장에게 보고한 2014. 4. 7.자 학교폭력 사안발생 보고서의 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

□ 피해학생: ○○○(1학년 4반)

□ 가해학생들: ***, ▵ ▵ ▵, ▲ ▲ ▲, 청구인, ▸ ▸ ▸ 외 8명(1학년 4반)

□ 발생장소: 학교 내

□ 사안종료: 신체폭력(상해), 집단괴롭힘

□ 사안내용 및 경위

○ 2014. 4. 4. 3교시 쉬는 시간에 ***이 피해학생을 넘어뜨리고 발로 차서 입술 부위에 상처가 났고, 곧바로 보건실에서 응급처치 후 피해학생은 교실에서 수업을 받음. 종례 후 담임교사가 두 학생을 확인한 뒤 귀가조치하고, 양 부모님께 연락하였으며, 통화 중 피해학생의 모는 입학 이후 괴롭힌 학생이 있다고 알려와 관련 자료를 요청함

○ 2014. 4. 6. 08:20경 담임교사가 피해학생이 ☆☆☆병원 응급실로 간다는 연락을 받고 즉시 1학년부장 및 담임(1,2)교사는 병원으로 갔고, 117신고사실을 알게 됨. 학생 퇴원 시 차량으로 귀가시킴

○ 2014. 4. 7. 피해학생은 현재 ☆☆☆병원에서 검사, 입원 중이며, 전담기구 회의 개최

및 자체조사 결과 자치위원회에서 심의하기로 결정함

나. 청구인이 작성한 진술서의 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 피해학생과 친해지고 싶어서 반 친구들끼리 그랬던 것처럼 피해학생을 간질이며 놀았음
○ 과학의 날에 스프레이를 친구들 뒤쪽에 있던 교탁위로 살짝 뿌렸으며, 피해학생이 기분 나빠하여 사과하였음

다. 피해학생 및 가해학생들의 담임교사가 작성하여 자치위원회에 제출한 의견서의 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

□ 피해학생에 대한 의견
○ 초등학교 6학년때 왕따 비슷한 것을 당했다는 이야기를 관련 학부모로부터 들었음
○ 평소 차분한 성격으로 학급의 친구들과 두루 잘 어울렸으며 자신이 하고자 하는 일에 적극 참여하였음

□ 이 사건 가해학생들에 대한 의견
○ 청구인: 평소 명랑·쾌활한 성격으로 급소를 건드리는 행위가 상대방에게 괴로움을 주는 행위라는 것을 알았다면 그런 행동을 하지 않았을 것임
○ ***: 초등학교 6학년 때 괴롭힘이 있었다는 아이들의 이야기가 있었음. 어떤 이유에서라도 친구를 때리는 것은 잘못이라는 것을 이번 기회에 깨달았을 것이고 본인은 깊이 반성하고 있음
○ ▸▸▸: 피해학생과 급소를 건드리는 장난을 서로 쳤다고 함.
○ ▵▵▵: 상대방이 싫어하는 급소를 건드리고 자물쇠 장난을 친 것에 대해 진심으로 반성하고 있음
○ ▲▲▲: 학급의 규칙을 준수하고 학업에 대한 열의가 높으며 늘 웃는 밝은 성격임

라. 자치위원회는 2014. 4. 23. 다음과 같이 회의를 개최하여 심의한 후 피해학생의 보호조치 및 가해학생들에 대한 조치를 결정하였다.

- 다 음 -

□ 개최 개요

○ 일시: 2014. 4. 22. 17:00 ~ 2014. 4. 23. 02:10

○ 장소: ○○학교 진로상담실

○ 참석위원: 위원장 포함 재적위원 9명 중 7명

□ 피해학생 및 가해학생들에 대한 조치결정 내용

○ 피해학생의 보호조치: 심리치료 및 상담, 그 밖에 피해학생의 보호를 위하여 필요한 조치

○ 이 사건 가해학생들에 대한 조치

이름	학년·반	조치결정내용
청구인	1-4	접촉, 협박 및 보복행위 금지, 학교에서의 봉사 3일, 특별교육이수 30시간
***		특별교육이수 및 심리치료 5일
▸ ▸ ▸		접촉, 협박 및 보복행위 금지, 학교에서의 봉사 3일, 특별교육이수 30시간
△ △ △		사회봉사 5일, 특별교육이수 30시간
▲ ▲ ▲		서면사과

마. 자치위원회의 회의록에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있고, 동 회의에는 피해학생의 학부모와 가해학생들 및 가해학생들의 학부모가 직접 출석하여 진술한 것으로 확인된다.

- 다 음 -

□ 참조자료: 학생사건개요, 학생(가해)자료와 자술서, 학교폭력사안보고서, 담임의견서, 학생(피해)자료

□ 사건 발생 및 경위

○ 2014. 4. 4. 3교시 쉬는 시간에 ***과 피해학생이 싸워 피해학생의 얼굴에 상처가 남. 피해학생은 보건실에 다녀온 후 6교시 수업에 참가함

○ 2014. 4. 5. 피해학생의 외삼촌이 담임교사에게 전화하여 조사와 처벌 요구

○ 2014. 4. 6. 08:20경 피해학생이 원인을 모른 채 눈이 붓고 복통 호소. 피해학생의 모는 CT를 촬영하는 ☆☆☆병원에서 동 병원을 방문한 1학년 담임 등에게 피해학생이 입학

후 학생들에게서 괴롭힘을 받아왔다는 내용의 피해경위서 제출, 상해 관련 2주 진단서 수령 및 117신고사실을 알려줌

○ 2014. 4. 7.부터 현재까지 피해학생은 위 병원에서 입원 치료 중임

○ 2014. 4. 8.이후 피해학생 측에서 담임교사 등 관련자들과의 일체의 면담, 연락을 거부

○ 2014. 4. 11. 피해학생의 부는 추가 가해학생이 포함된 2차 피해경위서 제출

□ 피해학생 학부모 진술

○ 피해학생은 2014년 3월초부터 2014. 4. 4.까지 ***, 청구인, ▸▸▸, △△△ 등으로부터 수차례 집단 성폭력을 당했고, ***, 청구인, ▲▲▲ 등 10여명으로부터 수십 차례 이상의 폭행 등을 당하여 다발성 타박상(팔, 다리, 등, 복부, 성기 부위) 및 자살사고 동반한 중등도 이상의 우울증으로 16일째 입원치료 중이며, 상해로 인한 3주 진단과 정신과 치료로 최소 6개월 이상의 진단이 나옴

- 폭력내용은 수련회에서 머리를 벽에 심하게 충돌시키고, 교실에서 복부를 5~6회 발로 차고 짓밟았으며, 성기를 잡아당기고, 커트 칼로 찌를 듯이 위협했으며, 윤활유와 스프레이를 뿌리는 등 추하고 잔인한 행동들이었음

○ 가해를 한 학생들에게 법과 원칙에 따라 엄벌해 주시고, 특히 가해정도가 심한 ***, 청구인, ▸▸▸, △△△, ▲▲▲에게는 최고 수준의 엄벌을 요함

○ 학교폭력을 당하여 피해를 입어 피해학생의 신체에 생긴 상처들을 찍은 사진과 병원 진단서를 첨부함

※ 피해학생 측이 입원실에서 찍은 피해학생의 얼굴사진에는 스프레이, 윤활유의 분사를 당하여 오른쪽 눈 주위가 부어오른 모습이 확인됨

○ 피해학생은 집에 오면 10시까지 자고, 죽음에 대해 몇 번 이야기 하였으며, 입원하기 전에도 몇 번 자다가 깨곤 했고, 몸에 멍이 조금씩 느는 것 같았음. ***은 초등학교 2학년 때 같은 반이었는데 초등학교 때 피해학생이 도서관으로 피해 있으면 그곳에서 항상 때렸음

○ 청구인이 피해학생에게 머리가 축축할 정도로 스프레이를 뿌렸는데 이로 인하여 피해학생은 한쪽 눈이 붓고 까매졌으며 튀어나온 것처럼 되고 눈이 타들어간다고 말함

□ 가해학생들 및 가해학생들의 학부모 진술

○ ***: 청구인, ▸▸▸, △△△이 개별적으로 한 번씩 피해학생의 성기를 장난삼아 당기는 것을 보았음. 청구인과 ▸▸▸은 중학교 입학 후 알게 된 사이임. 피해학생은 초등학교 6학년 때 쫄아 있는 걸 본 적이 있고, 피해학생의 반을 찾아가니 혼자 있곤 해서 이상하

게 생각했음

○ ▲▲▲: 피해학생은 다른 애들에게 찌르는 장난은 하지 않았음. 반에서 피해학생에게만 그런 게 아니라 반 아이들이 전반적으로 그런 장난을 침

○ 청구인: 피해학생에게 한 급소 간질이기, 윤활유 뿌린 거 등 관련 내용을 알고 있음. 피해학생에게 스프레이를 조금 뿌렸음. 피해학생과 친해지고 싶고 반 애들이 그렇게 장난을 치니 피해학생의 성기를 간지럽힌 것이며, 피해학생도 나에게 성기를 간질이려고 하였음. 청구인은 ***과 ▸▸▸하고는 가끔 한번 씩 장난치는 사이며 매우 친한 것은 아님

○ 청구인 부모: 청구인이 휴대한 스프레이는 소량만 남아 있어서 조금 뿌렸는데 피해학생은 청구인이 뿌린 것조차 모를 정도였음. 간질이면 간지러워서 못 움직이게 되는데 피해학생에게 살살 간질이는 장난을 쳤음

○ ▸▸▸: 피해학생은 평소 친구의 성기부분을 치는 장난을 하지 않았음

○ ▹▹▹: 피해학생도 친구의 성기부분을 치는 장난을 하였으나 전체적으로 많이 당하는 편이었음

□ 관계교사들 진술

○ 부담임: 당시 피해학생의 손을 잡고 피해학생에게 장난하지 말라고 하였고, 피해학생은 아프다든지 하는 반응을 보이지 않았음

○ 보건교사: 3교시 직후 쉬는 시간에 피해학생이 배를 맞아 생긴 복통과 턱에 긁힌 상처로 보건실에 왔는데, 피는 나지 않고 지혈된 상태였음

○ 담임: ***에게 배를 맞았다고 피해학생이 하는 말을 보건실에서 들었고, 피해학생은 4교시 시작 후 수업에 참여하였으며, 6교시 마치고도 아프다는 이야기는 하지 않았음. 급소 건은 종례할 때 피해학생을 괴롭힌 애들을 호되게 나무란 적이 있음. 청구인이 악의를 갖고 피해학생을 괴롭힌 것은 아님

○ 수석교사: 과학의 날 행사 종료 후 사건을 목격한 3명의 학생들에게 확인한 결과, 청구인이 스프레이를 가져와서 교탁 주변에 둘러앉아 있던 아이들에게 약 1~2초간 분사하였는데 교탁 밑의 바닥에 앉아 있던 피해학생, ▸▸▸ 등이 맞았다고 하며, 청구인이 사과를 하였기에 선생님께 이야기하지 않았다고 함

□ 위원 간 논의

○ 전체 학생들 중 5명은 주도하였고, 장난이라고 넘기기엔 피해학생이 정신적, 육체적 상처를 입었기 때문에 조치가 있어야 함

○ 피해학생 측이 요구하는 전학조치는 과다함

○ 청구인은 피해학생을 간질이고 기계 윤활유를 분사하였는데 사안이 가볍지 않음

○ 가해학생들과 피해학생의 합의가 되지 않은 점이 중요함

□ 의결

○ 청구인은 ▸▸▸과 관련이 있으므로 2호와 3호를 병과하고 특별교육이수 30시간으로 함

바. 피해학생의 부는 자치위원회의 결정에 불복하여 2014. 5. 2. 피청구인에게 이 사건 가해학생들은 폭력의 정도가 심하고 장기간에 걸쳐 고의적, 반복적으로 가해하여 피해학생에게 신체의 상해와 정신적 고통을 끼쳤다는 이유로 이 사건 가해학생들에 대하여 전학조치를 해 달라는 취지의 재심청구를 하였다.

사. 피청구인은 2014. 5. 16. 위 재심청구에 관한 회의를 개최하여 피해학생 측, 이 사건 가해학생들 측 및 학교관계자 등 참고인의 진술을 청취하였고, 심의과정에서 피해학생 측과 이 사건 가해학생들 측이 자치위원회에 제출했던 자료, ○○학교가 피청구인에게 제출한 자치위원회 회의록 및 담임교사의견서, 재심청구 이유서, 재심청구 이후 피해학생 측과 이 사건 가해학생들 측이 새롭게 제출한 의견서 등을 관련 자료로 참조하였으며, 피청구인은 동 회의에서 이 사건 가해학생들의 피해학생에 대한 학교폭력의 심각성 및 화해의 정도를 감안하여 ***, △ △ △, ▸ ▸ ▸에 대하여 전학처분을, ▲ ▲ ▲에 대하여 학급교체처분을 각각 결정하고, 청구인에게 이 사건 처분을 하였는데, 피청구인이 작성한 회의록에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

□ 개최 개요

○ 일시, 장소: 2014. 5. 16. 14:00～18:30, ○○○도청 소회의실1

○ 참석위원: ○○○도학교폭력대책지역위원회 재적위원 11명 중 6명

□ 회의 내용

○ 도교육청 관계자의 제안설명

- 2014. 4. 4. 3교시 쉬는 시간에 ***이 피해학생을 넘어뜨리고 발로 차서 턱이 긁혔음

- 2014. 4. 6. 피해학생이 CT를 촬영하는 ☆☆☆병원에서 피해학생의 모는 동 병원을

방문한 1학년 담임 등에게 피해학생이 입학 후 1달간 괴롭힘을 받아왔다는 내용의 피해경위서 제출과 117신고사실을 알려줌

- 2014. 4. 7.부터 현재까지 피해학생은 위 병원에 입원 중임

○ 참고인 진술

- 피해학생 측: 이 사건 가해학생들은 피해학생에게 입학 이후 점심시간, 쉬는 시간, 수련회 때 반복적이고 의도적으로 가해를 하였음. 이 사건 가해학생들에게 야단을 치면 반성하는 척하고 별거 아닌 것처럼 했음. 같은 학교에 있으면 보복 우려, 직접적인 폭력은 아니더라도 심리적 압박을 줄 것으로 예상되는 등 더 큰 사고 유발 위험이 있음. 피해학생은 또래에 비해 왜소하고, 학교에서 담당교사에게 얘기해도 피드백이 없었음
- 이 사건 가해학생들 측: 피해학생이 입원한 병실의 복도에서 무릎 꿇고 용서를 빌기도 했는데 피해학생 측은 화해할 기회를 주지 않았음. 이 사건 가해학생들에 대한 전학 조치만이 해결책이 될지 잘 검토되어야 하고 희생양을 찾는 것이 되어선 안됨
- 학교관계자: 학생진술 상 피해자와 가해자 간 진술이 상이한 부분이 많음. 피해학생에게는 직접 확인을 못하고 다른 학생들에게서 들었으며 그렇게 고통을 호소하지도 않았음

○ 참여위원의 의견 및 심사·의결

- 1~2명의 가해정도가 심하고 나머지 학생들은 따라한 정도임. ***이 피해학생의 초등학교 친구라 다른 친구들에게 피해학생이 약하다는 정보를 줘서 짧은 시간에 많은 가해학생들이 생긴 것 같음. 가해학생들 간 오히려 의기투합할 우려가 있고 이 사건은 2명 이상의 학생이 한 학생을 지속적으로 괴롭힌 것임
- 피해학생이 입은 정신적 피해의 심각성과 피해학생 및 이 사건 가해학생들 간의 화해 정도의 낮은 점 등에 비추어 청구인, ***, △ △ △, ▶ ▶ ▶ 등 4명은 전학처분을, ▲ ▲ ▲ 에게는 학급교체처분을 함(참석위원 전원 찬성)

아. 피해학생 측이 자치위원회에 제출한 ○○○도 ○○시 소재 의료법인 **의료재단 ☆☆☆병원의 2014. 4. 8.자 진단서에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

○ 병명(임상적 추정): 중등도의 우울성 에피소드

○ 향후 치료의견

- 학교폭력(여러 명에게 수차례 구타당함. 피해학생 측 진술에 의함)에 의한 얼굴의 찰과상 및 다발성 타박상(팔, 다리, 등, 복부, 성기부위)으로 입원치료 중으로 수상 후 3주간의 가료가 필요함. 단, 현재 상태에 관한 소견이며 미발견 병증이나 합병증 등의 발생 시 추가적인 치료가 필요할 수 있음
- 장기간의 학교폭력에 노출되어 자살사고 동반한 중등도 이상의 우울증 상태임. 최소 6개월 이상 부정장기간의 정신과적 치료 요하며 추후 정신과적 재평가 요함

자. 청구인의 부모가 작성한 2014. 5. 24.자 탄원서를 보면, 피해학생 측은 이 사건 가해학생들 측의 사과와 화해 노력을 계속 거부하였고, 중학교 생활을 시작하는 초기에 새로운 친구와 사귀는 과정에서 발생한 학교폭력으로 인해 청구인이 재심으로 받은 전학조치는 너무 가혹하다는 취지의 내용이 기재되어 있다.

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령

1)「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」제9조제1항에 따르면 지역의 학교폭력 문제를 해결하기 위하여 시·도에 학교폭력대책지역위원회(이하 '지역위원회'라 한다)를 둔다고 되어 있고, 같은 법 제12조제1항에 따르면 학교폭력의 예방 및 대책에 관련된 사항을 심의하기 위하여 학교에 학교폭력대책자치위원회(이하 '자치위원회'라 한다)를 두되, 다만 자치위원회 구성에 있어 대통령령으로 정하는 사유가 있는 경우에는 교육감의 보고를 거쳐 둘 이상의 학교가 공동으로 자치위원회를 구성할 수 있다고 되어 있으며, 같은 법 제16조제1항 전단에 따르면 자치위원회는 피해학생의 보호를 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 피해학생에 대하여 심리상담 및 조언(제1호), 일시보호(제2호), 치료 및 치료를 위한 요양(제3호), 학급교체(제4호)의 어느 하나에 해당하는 조치(수 개의 조치를 병과하는 경우를 포함한다)를 할 것을 학교의 장에게 요청할 수 있다고 되어 있고, 같은 법 제17조제1항에 따르면 자치위원회는 피해학생의 보호와 가해학생의 선도·교육을 위하여 가해학생에 대하여 피해학생에 대한 서면사과(제1호), 피해학생 및 신고·고발 학생에 대한 접촉, 협박 및 보복행위의 금지(제2호), 학교에서의 봉사(제3호), 사회봉사(제4호), 학내외 전문가에 의한 특별 교육이수 또는 심리치료(제5호), 출석정지(제6호), 학급교체(제7호), 전학

(제8호), 퇴학처분(제9호)의 어느 하나에 해당하는 조치(수 개의 조치를 병과하는 경우를 포함한다)를 할 것을 학교의 장에게 요청하여야 하며, 각 조치별 적용 기준은 대통령령으로 정하되, 다만 퇴학처분은 의무교육과정에 있는 가해학생에 대하여는 적용하지 아니한다고 되어 있으며, 같은 법 제17조의2제1항에 따르면 자치위원회 또는 학교의 장이 제16조제1항 및 제17조제1항에 따라 내린 조치에 대하여 이의가 있는 피해학생 또는 그 보호자는 그 조치를 받은 날부터 15일 이내, 그 조치가 있음을 안 날부터 10일 이내에 지역위원회에 재심을 청구할 수 있다고 되어 있고, 같은 조 제3항에 따르면 지역위원회가 제1항에 따른 재심청구를 받은 때에는 30일 이내에 이를 심사·결정하여 청구인에게 통보하여야 한다고 되어 있으며, 같은 조 제4항에 따르면 제3항의 결정에 이의가 있는 청구인은 그 통보를 받은 날부터 60일 이내에 행정심판을 제기할 수 있다고 되어 있다.

2)「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 시행령」제3조에 따르면 지역위원회의 위원장이 회의를 소집할 때에는 회의 개최 5일 전까지 회의 일시·장소 및 안건을 각 위원에게 알려야 하고, 지역위원회의 회의는 재적위원 과반수의 출석으로 개의(開議)하고, 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다고 되어 있고, 같은 시행령 제5조에 따르면 법 제9조제1항에 따른 학교폭력대책지역위원회(이하 '지역위원회'라 한다)의 위원장은 특별시·광역시·특별자치시·도·특별자치도(이하 '시·도'라 한다)의 부단체장(특별시의 경우에는 행정(1)부시장, 광역시 및 도의 경우에는 행정부시장 및 행정부지사를 말한다)으로 한다고 되어 있으며, 같은 시행령 제19조에 따르면 법 제17조제1항의 조치별 적용 기준은 가해학생이 행사한 학교폭력의 심각성·지속성·고의성(제1호), 가해학생의 반성 정도(제2호), 해당 조치로 인한 가해학생의 선도 가능성(제3호), 가해학생 및 보호자와 피해학생 및 보호자 간의 화해의 정도(제4호), 피해학생이 장애학생인지 여부(제5호)를 고려하여 결정하고, 그 세부적인 기준은 교육부장관이 정하여 고시한다고 되어 있고, 같은 시행령 제24조제2항에 따르면 지역위원회는 청구인, 가해학생 및 보호자 또는 해당 학교에 심사에 필요한 자료 또는 정보의 제출을 요구할 수 있고, 청구인, 가해학생 또는 해당 학교는 특별한 사유가 없으면 이를 즉시 제출하여야 한다고 되어 있으며, 같은 조 제3항에 따르면 지역위원회는 직권으로 또는 신청에 따라 청구인, 가해학생 및 보호자 또는 관련 교원 등을 지역위원회에 출석하여 진술하게 할 수 있다고 되어 있고, 같은 조 제6항에 따르면 지역위원회는 재심사 결

정 시 법 제16조제1항 각 호와 제17조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 조치(수 개의 조치를 병과하는 경우를 포함한다)를 할 것을 해당 학교의 장에게 요청할 수 있다고 되어 있으며, 같은 조 제7항에 따르면 지역위원회의 재심 결과는 결정의 취지와 내용을 적어 청구인과 가해학생에게 서면으로 통보한다고 되어 있다.

나. 판 단

청구인은 당초 피해학생의 보호라는 측면을 강조하여 청구인에게 '접촉, 협박 및 보복행위 금지, 학교에서의 봉사 3일, 특별교육이수 30시간'의 조치를 병과 하였던 것이고, 청구인에 비해 가해의 정도가 중한 타 이 사건 가해학생들과 청구인을 동일하게 취급하여 전학결정을 한 것은 가해의 정도에 따른 적정한 처분이라고 볼 수 없으며, 설령 피해학생과 청구인을 분리할 필요가 있는 경우라도 출석정지, 학급교체 등으로도 달성할 수 있을 것이고, 이 사건은 중학교에 갓 입학하여 새로운 환경에 적응하는 과정에서 일시적·우발적으로 발생한 것일 뿐 청구인에게 이 사건 이전에 다른 학교폭력의 전력이 전혀 없었으며, 청구인의 가해행위의 정도, 학교폭력의 재발가능성, 개전의 정 등을 고려할 때 청구인에 대한 전학결정 외에 다른 조치를 결정하는 것이 마땅하기에 피청구인의 이 사건 처분은 위법·부당하므로 취소되어야 한다고 주장한다.

위 인정사실에 따르면, 자치위원회는 피해학생의 학부모와 가해학생들 및 가해학생들의 학부모 등이 참석하여 진술할 기회를 부여한 후 가해학생들에 대한 조치를 결정하였고, 피청구인은 청구인의 재심청구를 심의하기 위하여 피해학생 측, 이 사건 가해학생들 측 및 학교관계자 등의 진술을 청취하였고, 심의과정에서 피해학생 측과 이 사건 가해학생들 측이 자치위원회에 제출했던 자료, ○○학교가 피청구인에게 제출한 자치위원회 회의록 및 담임교사의견서, 재심청구 이유서, 재심청구 이후 피해학생 측과 이 사건 가해학생들 측이 새롭게 제출한 의견서 등의 관련 자료를 모두 참조하는 등 적법한 절차를 거쳐 심의·의결한 것으로 보이는 점, 자치위원회의 회의록에 따르면 이 사건 가해학생들 중 ***, ▲ ▲ ▲ 등이 피해학생은 다른 애들에게 장난을 하지 않았는데 청구인이 피해학생의 성기를 장난삼아 당기는 것을 보았다고 진술하였고, 2014. 4. 6. 08:20경 피해학생이 원인을 모른 채 눈이 붓고 복통을 호소하였으며, 피해학생 측이 입원실에서 찍은 피해학생의 얼굴사진에는 스프레이, 윤활유의 분사를 당하여 오른쪽 눈 주위가 부어오른 모습이 확인되

고, 수석교사는 과학의 날 행사 종료 후 사건을 목격한 3명의 학생들로부터 청구인이 스프레이를 교탁 주변에 둘러앉아 있던 아이들에게 약 1～2초간 분사하여 바닥에 앉아 있던 피해학생 등이 맞았다는 사실을 확인하였다고 진술한 것으로 되어 있으며, 의료법인 **의료재단 ☆☆☆병원의 2014. 4. 8.자 진단서에 피해학생은 장기간의 학교폭력에 노출되어 자살사고 동반한 중등도 이상의 우울증 상태로서 최소 6개월 이상 부정장기간의 정신과적 치료 요하며 추후 정신과적 재평가를 요한다는 기록이 확인되는 점 등에 비추어 보면 청구인을 포함한 이 사건 가해학생들의 가해행위로 피해학생에게 수반된 신체·정신상의 피해가 결코 적다고 할 수 없는 점, 다수의 이 사건 가해학생들이 피해학생 한명을 상대로 다양한 형태로 학교폭력을 가하여 피해학생이 3주간의 가료가 필요한 상해를 입은 이 사건의 경우 출석정지, 학급교체 등의 조치만으로는 이 사건 가해학생들로부터 피해학생을 실효성 있게 보호하고 학교폭력의 재발을 방지하기에 부족해 보이는 점 등을 종합하여 고려할 때 청구인에 대한 '전학' 조치가 사안의 중요도나 학생선도의 필요성 및 피해학생에 대한 보호 등에 비추어 청구인의 행위에 비례하지 않는 과도한 처분이라고 단정하기는 어려우므로 피청구인의 이 사건 처분이 위법·부당하다고 할 수 없다.

7. 결　론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 청구인의 청구를 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

11 2014-10634 학교폭력 재심결정 취소청구(재결일 : 2014. 10. 14.)

【사건의 쟁점】

피청구인의 전학 재심결정이 가해학생인 청구인에게 지나치게 가혹한 처분인지 여부

【재결요지】

가해행위의 내용, 피해의 정도, 청구인에 대한 선도 및 학교폭력 재발방지의 필요성 및 피해자임에도 전학까지 할 수밖에 없었던 피해학생의 딱한 사정까지 고려할 때 청구인에 대한 전학 처분이 과중한 조치로서 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이라 할 수 없음

【재결의 의미】

재결 당시 이미 전학처분이 집행되었으나 처분을 다툴 법률상 이익이 있는 것으로 보고 본안 판단한 사례

주 문 청구인의 청구를 기각한다.

청구취지 피청구인이 2014. 3. 7. 청구인에게 한 학교폭력 재심결정을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

가. ○○고등학교에 재학 중이던 ○○○(이하 '피해학생'이라 한다)은 2014. 1. 23. 교사에게 학교폭력 피해신고를 하였고, 이에 ○○고등학교 학교폭력대책자치위원회(이하 '자치위원회'라 한다)는 2014. 1. 28. 가해학생들 중 청구인과 △△△에게는 전학, ▼▼▼에게는 출석정지 7일, ***에게는 출석정지 3일을 결정하였다.

나. 피해학생의 부 ○○○(이하 '피해학생의 부'라 한다)는 자치위원회의 결정에 불복하여 2014. 2. 11. 피청구인에게 가해학생들 전원의 퇴학조치를 요구하는 취지의 재심을 청

구하였으며, 피청구인은 2014. 3. 7. 청구인, △△△, ▼▼▼에 대하여는 전학처분을, ***에 대해서는 자치위원회 결정에 사회봉사 30시간, 출석정지 5일을 추가하는 재심결정(그 중 청구인에 대한 재심결정을 이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

성형외과 진단 4주, 신경외과 진단 4주로 향후 치료가 필요하므로 피청구인의 이 사건 처분은 위법·부당하여 취소되어야 한다.

3. 피청구인 주장

피청구인은 충분한 논의와 심사숙고를 거쳐 당초 재심결정을 내렸음에도 중앙행정심판위원회에서 피해학생의 모의 청구를 받아들인 점을 감안하여 이 사건 처분을 하였으므로 이는 적법·타당하여 청구인의 청구는 기각되어야 한다.

4. 관계법령

학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제2조, 제9조, 제12조, 제17조, 제17조의2

학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 시행령 제19조, 제24조

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 경상북도 학교폭력대책지역위원회 재심 결과 통보, 경상북도 학교폭력대책지역위원회 회의록, 재심청구서, 사건사고사실 확인원, 학교폭력사안에 관한 보고서 및 통지서 발송, 사유서, 학교폭력사안 조사보고서, 학교폭력대책자치위원회 개최 통지서, 학교폭력대책자치위원회 결과 통지서, 학교폭력대책자치위원회 회의록 등에 따르면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 경상북도 구미시 소재 ○○고등학교에 재학 중이던 피해학생은 2014. 1. 23. 위 학교 교사에게 학교폭력 피해신고를 하였다.

나. 피해학생이 2014. 1. 25. 작성한 사유서의 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

▶ △△△, ▼▼▼, 청구인이 공동으로 내게 잘못한 일

○ 2학년 때 학교 교실에서 먹기 싫은 음식을 먹으라고 한 다음 토한 음식을 강제로 먹였음

○ 기숙사에서는 아몬드를 바닥에 던져서 입으로 먹으라고 하였음

○ 장난이라고 생각했는데, 청구인이 어느 야자시간에 '내가 안 때리니까 좇같냐, 만만하냐' 하면서 욕을 하였음

○ 야자시간에 '▼▼▼와 △△△이 없으니까 기분 좋지'라고 말하여 아니라고 하면 좋다고 하라고 윽박지름

○ 몇몇 학생들이 자극을 주는 덕분에 용기를 내어 최장시간 동안 괴롭힘을 거절하니까 소화기로 신체를 타격했고, 이를 바라보던 △△△이 그만두라고 한 덕분에 소화기를 내려놓았음

○ 눈이 아프도록 계속 눈을 깜빡이게 시켰고, 혀를 계속 낼름낼름 내밀라고 말했음

○ 나, 청구인, △△△, ▼▼▼ 4명이 △△△의 집에 갔는데 강제로 옷을 벗으라고 하여 나체로 춤을 추게 했고, 휴대폰으로 청구인이 동영상을 촬영했으며, 촬영한 동영상으로 협박을 했고, 청구인, △△△, ▼▼▼는 내가 반항하거나 말을 듣지 않았을 때 촬영한 동영상을 반 아이 몇 명에게 보여주었으며, 말을 듣지 않았을 때 반 전체에 보여주겠다며 협박함

▶ 청구인 개인이 내게 잘못한 일

○ 내가 우울해지면 먹을 것을 주고 '시키는 대로 할 거지'라고 하면 어쩔 수 없이 '응'이라고 대답했음

○ 2학년 말쯤에 자신이 마실 커피 음료수를 나한테 사오라고 시켰음

○ 기숙사에서도 시키는 대로 하는 존재가 되었음

○ 매 맞을 짓 하지 말라고 말했으며 내 의사는 무시하고 자기가 듣고 싶은 대답과 행동만 원했을 뿐임

▶ ▼▼▼ 개인이 내게 잘못한 일

○ 내 안경을 부러뜨리고 사과도 안하고 계속 싫은 내색을 하니까 건성으로 사과함

○ 우리 부모님 욕할 때 내가 웃으면 나를 병신 취급하고 안 웃으면 띠껍다고 말함

▶ *** 개인이 내게 잘못한 일

○ 2주 전부터 내 다리쪽을 때림, 나의 영어문제집을 훼손함

다. 청구인이 2014. 1. 25. 작성한 사유서의 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 2013년 11월부터 피해학생을 괴롭혔음
○ 사진과 동영상을 찍었지만 지금은 누가 핸드폰을 초기화시키고 유심칩을 훔쳐가서 없는 상태임
○ 기숙사나 교실에서 피해학생에게 먹을 것을 주는 대신에 심부름을 시켰고, 5천원짜리 2장을 주고 만원짜리 1장으로 바꿔달라고 하였으며, 정수기에서 물을 가져와 달라고 했음
○ 피해학생이 과자를 먹을 때 먹지 말고 다시 뱉으라고 했음
○ 반 친구가 학교에 레몬을 가져와서 먹어보니 많이 쓰길래 피해학생에게도 먹어보라고 권유했음
○ 청구인이 괴롭히기 전부터 피해학생은 다른 아이들에게 괴롭힘을 당하고 있었고, 처음에는 연민의 감정을 느꼈지만 그 분위기에 휩쓸려 여기까지 오게 되었음
○ 피해학생의 외모를 보며 비난을 하고 때리기도 했음
○ *** 선생님이 수업시간마다 피해학생의 외모를 놀리면서 그 분위기에 반 전체가 웃고 쉬는 시간에도 따라하면서 놀렸고, △△△ 선생님도 피해학생의 외모를 자주 놀리고 비웃어서 그 분위기에 반 전체가 비웃었으며, 그런 환경 속에서 피해학생에게 하는 외모비난이 더 심해졌음
○ 4시 청소시간에 피해학생을 간질이면서 장난을 쳤고, 같은 반 다른 친구들도 피해학생을 때렸으며 사진을 찍는 것을 보고 그것을 따라했음
○ 야자시간에 피해학생에게 5반으로 와서 자습을 하라고 시킨 적도 있음

라. △△△이 2014. 1. 25. 작성한 사유서의 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 피해학생이 잠을 자는데 억지로 깨우고 영화를 찍자고 했으며 재미가 없거나 제대로 안하면 욕하고 때렸음
○ 체육시간에는 청구인, ▼▼▼와 같이 피해학생을 괴롭혔고, (가서 인사를 하고 오라는 것 등) 중학교 애들한테 우스꽝스러운 것을 하도록 시켜서 창피를 줬으며, 공을 가지고 놀이를 하는 곳에 가서 공을 빼앗고 도망가라고 했고, 하지 않으면 욕을 하고 때렸음
○ 교실에서는 앞에 나와 춤을 추게 하고 팔을 위로 올리게 한 다음 겨드랑이를 간지럽혔으

며 광고에 나오는 말을 시키고 계속해서 창피를 주었음

○ 청구인과 ▼▼▼는 피해학생의 부모, 누나들을 욕하면서 커서 뭐할거냐는 등 인신공격을 하였음

○ 피해학생을 우리집에 오게 하고 하룻밤을 자라고 했고, 청구인과 ▼▼▼도 같이 있었고, 피해학생에게 게임을 시키면서 제대로 못하면 주먹으로 머리를 때렸으며, 담배를 피우게 하고 옷을 벗기고 춤을 추라고 했고 그걸 재밌다면서 동영상과 사진을 찍었음

○ 피해학생에게 컴퓨터에 있는 야한 동영상을 보면서 자위를 하라고 했고, 그 모습을 보면서 웃고는 하였음

○ 피해학생에게 입냄새가 난다고 하면서 머리를 주먹으로 때렸고, 우유를 다른 애들이 3-4개 먹이자 그 다음엔 내가 우유를 더 먹으라고 시켰음

○ 피해학생이 허벅지를 꼬집히고 소리를 지르는 것이 웃겨서 몰래 꼬집기도 했고 가슴을 간질이고 발로 성기를 비비면서 웃었음

○ 골프공을 운동장에 있는 뒷산에 뿌려놓고 가서 찾으라고 했음

○ 시험결과가 나오면 다른 아이들에게 말하면서 창피를 주었음

○ 피해학생의 패딩을 보고 누더기라고 놀리고 어머니는 죽어서 없고 아버지는 장애인이라고 하면서 반에서 뭘 하지 않으면 동영상을 퍼뜨린다고 협박하고 괴롭혔음

마. ▼▼▼가 2014. 1. 25. 작성한 사유서의 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 2학년 들어와서 △△△이 피해학생을 불러 장난도 치고 했기 때문에 저는 처음에 장난으로 시작했음

○ 2013년 10월-11월부터 피해학생을 괴롭히기 시작한 것 같음

○ 저는 주로 폭력으로 직접적 피해를 주기보다 언어적으로 조롱을 하였음

○ 피해학생이 공부를 못하는 것에 대해서 어떻게 먹고 살 것인지 조롱하고 누나는 예쁜데 너는 왜 유전자가 몰빵이 되었냐고 조롱했음

○ 친구들에게 피해학생을 데리고 가서 피해학생이 친구들에게 욕하게 하고 안하면 계속 강요했음

○ 피해학생이 눈싸움에 약한 것 같아 벌칙으로 딱밤 맞기를 하고 계속 세게 때리자 피해학생이 그만하라고 했는데 재미있다는 이유만으로 계속 눈싸움을 했음

○ 싸구려 옷을 입는다고 놀렸음
○ 청구인 동영상에 관한 것은 청구인이 다른 친구에게 보여주려 할 때 저는 아이들이 본다면 일이 더 커질 것이니 동영상을 보여주지 말자고 말렸고, 청구인이 피해학생을 때릴 때 너무 많이 때려서 이제 그만 때리라고 말린 적도 있었음

바. ***이 2014. 1. 25. 작성한 사유서의 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 청구인에게 △△△의 집이나 기숙사에서 찍은 사진과 동영상이 있었고, 청구인이 그것을 보여주어서 그런 동영상이 있는 줄 알게 되었고, 동영상을 보다가 못보겠다고 껐고, 청구인이 그 동영상을 가지고 협박을 한다는 사실은 눈치로만 알고 있었고, 청구인이 1-8반에서 피해학생이 말을 안 듣는다며 소화기로 때리는 것을 보았음
○ 2학년 2학기 기말고사를 치기 전 야자시간에 △△△이 피해학생을 데리고 앞에 나가 애들이 다 보는 앞에서 이상한 짓이나 수치스러운 짓을 시키는 것을 보았음
○ 한 달 전 처음 피해학생에게 집에 데려다 달라고 하였고, 일주일쯤 후에 또 같이 갔는데, 두 번째 같이 갔을 때 걸어가면서 피해학생의 정강이를 발로 5회 찼음
○ 3-5반에 피해학생이 와 있으면 모욕감을 주는 욕을 하곤 했음

사. ○○고등학교 소속 교사가 작성하여 ○○고등학교장에게 보고한 학교폭력사안 조사보고서의 내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 사건발생 일시 : 2014. 1. 23.
○ 학교폭력의 유형 : 신체폭력, 언어폭력, 금품갈취, 강제적심부름, 따돌림, 성폭력, 사이버폭력
○ 피해학생 주장 : 2013년 2월 초부터 장난으로 외모나 언어습관에 대한 괴롭힘이 있었고, 2013년 10월, 11월경부터 4명의 학생으로부터 심한 학교폭력이 자행되었음, 현재 심적으로 불안한 상태이며 집에서 안정을 취하고 있음, 요구사항 - 강력한 처벌이 내려지길 원함
○ 가해학생 주장 : 특별한 이유없이 장난으로 시작한 것이 일이 커지게 됨, 학생별로 학교폭력을 행하기 시작한 시기가 조금씩 다름, 모든 사항을 인정하고 선처를 바람
○ 피해학생 보호자의 주장 : 학교폭력대책자치위원회에서 강력한 처벌을 해주길 원함

○ 가해학생 보호자의 주장 : 모든 사항을 인정하고 선처를 바람
○ 책임교사 의견 : 학교폭력대책자치위원회를 소집하여 관련법규에 의해 처벌하길 원함
○ 특기사항 : 아버님이 경찰서에 면담 및 고소

아. 자치위원회는 2014. 1. 28. 회의를 개최하여 피해학생의 학교폭력 피해신고 건에 대하여 심의한 후 피해학생에 대한 보호조치와 가해학생들에 대한 조치를 결정하였는데, 동 자치위원회 회의의 개최 개요와 조치결정의 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

□ 개최 개요
○ 일시: 2014. 1. 28. 17:00
○ 장소: ○○고등학교 교장실
○ 위원정수 9명, 참석위원 8명, 불참위원 1명
□ 조치결정 내용
○ 피해학생에 대한 보호조치: 심리상담 및 조언
○ 가해학생들에 대한 조치: *** - 출석정지 3일, 특별교육 5일
▼▼▼ - 출석정지 7일, 특별교육 5일
△△△, 청구인 - 전학, 특별교육 5일

자. 위 자치위원회 회의에는 피해학생의 학부모와 가해학생들 및 가해학생들의 학부모가 직접 출석하여 진술한 것으로 확인되고, 동 자치위원회 회의록의 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

□ 피해학생 부 발언 및 질의응답
피해학생이 심적으로 굉장히 힘들어하고 있고 아무리 생각해도 용서할 수 없어서 가해학생에 대해 강력하게(퇴학) 처벌을 원하고 있음
□ 가해학생 1명씩 부모님과 참석시켜 사유서 내용에 대해 질의응답함
□ 위원 간 논의
○ 가해학생들의 죄질은 엄청 무거우나 가해학생들이 많이 반성하고 있고 가해학생들에 따라서 경중에 차이가 있으므로 학생들의 미래를 생각해서 퇴학은 안 시켰으면 좋겠음

○ 피해학생의 현재상태가 매우 불안하고 피해자가 강력한 처벌을 원하고 있으므로 강력한 처벌로 학교폭력의 엄중함을 가르쳤으면 좋겠음

○ ***은 폭력행사기간이 짧고 ▼▼▼는 동영상 촬영 당시에도 한 발 물러서 있었던 상태라 약간의 경중의 차이는 있는 것 같음, △△△, 청구인은 죄질이 많이 나빠서 강력한 처벌이 내려져야 할 것 같음

○ ***, ▼▼▼는 조금 낮게 조치하고, △△△, 청구인은 전학조치를 해야 할 것 같음

○ 가해학생들의 장래를 생각해서 퇴학은 너무 과중한 것 같음

○ 중요한 것은 피해학생의 상태임, 과연 다른 학생들과 학교에서 같이 지낼 수 있을 까 걱정이 많이 됨

차. 피해학생의 부는 피해학생이 정신적 충격으로 학교 근처에도 가기 싫다고 하여 전학을 갈 수밖에 없는데 가해학생들은 버젓이 학교에 남아서 학교생활을 하는 것은 너무나 억울하고 가해학생들이 조직폭력배와 같이 1년 동안 피해학생을 조직적으로 괴롭혔다는 이유로 2014. 2. 11. 피청구인에게 가해학생들 전원을 퇴학조치를 해줄 것을 요구하는 취지의 재심을 청구하였다.

카. 피청구인은 2014. 3. 5. 위 재심청구에 관한 회의를 개최하였는데, 동 회의에는 피해학생 및 청구인의 학부모 등이 출석하여 진술하였고, 동 회의에 대한 회의록의 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

□ 개최 개요

○ 일시, 장소: 2014. 3. 5. 14:00~16:30, 도청 제2회의실

○ 참석위원: 8명

□ 회의 내용

○ 피해학생 학부모 진술

가해학생들의 행동은 너무 잔인하여 학생들이라고 볼 수 없고, 피해학생은 1년 동안 당하면서 학업도 거의 못한 상태이며, 3학년 올라가면서 4명이 반이 바뀌니까 옆에 있는 아이들이 선생님한테 가서 얘기하라고 해서 4명이 감시하고 있을 때에는 못하다가 반 편성이 되어 흩어지니까 용기를 내어 얘기를 한 것 같음, 아이가 후배들 보는 앞에

서 당하고 중학생들 보는 앞에서 당하고, 도저히 학교에 다닐 수 없다고 하여 인근 학교로 전학을 했음, 피해학생은 전학을 하고 가해학생은 학교에 버젓이 남는 것은 용서가 안 됨, 청구인이 반장, △△△이 부반장임, 반장과 부반장이 교실에서 소화기를 가지고 때리고 그랬다는 것임

○ 청구인 학부모 진술

- 청구인의 가족 3명이 피해학생 집을 찾아가 현관에서 무릎을 꿇고 사과를 했으나 피해학생의 부가 외면하였고, 두 번 찾아 갔었으며, 청구인이 성실하게 교육을 마치고 반성을 많이 하고 있음, 이제 고 3이고 곧 대학교에 가야하므로 장래를 생각해주었으면 함, 청구인이 피해학생을 괴롭힌 건 2학년 중간고사 치고 나서 부터이고 자기가 철이 없어서 장난삼아 그랬다고 함

○ 참석위원의 의견 및 심사·의결

- 학급 아이들 4명이 한 명을 인간 이하의 대우를 한 것을 다 아는 상태에서는 정상적인 교육이 이루어질 것으로 보이지 않음, 음식을 먹게 하고 토하게 하고 그 토한 것을 다시 먹게 하고 이런 것은 있을 수 없는 것임, 심각한 것은 한 두 번이 아니고 1년 동안 지속되었다는 것임, 피해학생이 말을 못한 것은 자존심 때문일 수도 있고 무서워서 일 수도 있고 완전히 짓눌린 것임, 이것을 선처해서 한 교실에서 공부할 수 있겠다고는 생각지 않음, 피해학생이 전학을 간 것은 안타깝고 모교가 없어지는 것인데 피해자 입장에서 고려를 해주어야 함, 가해학생들의 죄질을 보면 사실상 피해학생이 앞으로 살아가는데 많은 지장을 가질 수 있는 그런 수치심을 주는 행위들을 많이 한 것 같음, 초등학교나 저학년 때 같으면 살아가면서 잊을 수도 있지만 고 3은 청년기에 접어드는 시점임, 청구인의 진술서를 보면 죄의식이 거의 없음, 남들이 하니까 나도 했다 이런 식임, 반성했다고 하는데 문장을 읽어보면 죄의식 없이 한 느낌이 듬

타. 피청구인이 2014. 3. 7. 청구인에게 한 이 사건 처분의 내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

□ 재심결과

○ 취지 : 가해학생들은 피해학생에게 인간적인 모멸감을 주는 등 상처와 고통의 정도 매우 심각, 다만 퇴학처분은 교육적 견지와 가해학생들의 장래를 감안하면 너무 과중한 것으로 판단, ▼▼▼의 경우 가담정도에 조금의 차이는 있으나 피해학생에게 준 고통의

수준은 전학조치를 받은 두 학생과 큰 차이가 없음, *** 학생은 다른 학생에 비해 가담의 정도가 미약하나 추가적인 처벌은 필요

○ 내용 : 청구인 - 전학(자치위원회 처분과 동일)

△△△ - 전학(자치위원회 처분과 동일)

▼▼▼ - 전학(자치위원회 출석정지 7일 처분보다 가중처벌)

*** - 사회봉사 30시간, 출석정지 5일 추가(자치위원회 출석정지 3일 처분보다 가중처벌)

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령

1)「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」제2조제1호에 따르면 '학교폭력'이란 학교 내외에서 학생을 대상으로 발생한 상해, 폭행, 감금, 협박, 약취·유인, 명예훼손·모욕, 공갈, 강요·강제적인 심부름 및 성폭력, 따돌림, 사이버 따돌림, 정보통신망을 이용한 음란·폭력정보 등에 의하여 신체·정신 또는 재산상의 피해를 수반하는 행위를 말한다고 되어 있다.

2)「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」제9조제1항에 따르면 지역의 학교폭력 문제를 해결하기 위하여 시·도에 학교폭력대책지역위원회(이하 '지역위원회'라 한다)를 둔다고 되어 있고, 같은 법 제12조제1항 전단에 따르면 학교폭력의 예방 및 대책에 관련된 사항을 심의하기 위하여 학교에 학교폭력대책자치위원회(이하 '자치위원회'라 한다)를 둔다고 되어 있다.

3)「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」제17조제1항에 따르면 자치위원회는 피해학생의 보호와 가해학생의 선도·교육을 위하여 가해학생에 대하여 피해학생에 대한 서면사과(제1호), 피해학생 및 신고·고발 학생에 대한 접촉, 협박 및 보복행위의 금지(제2호), 학교에서의 봉사(제3호), 사회봉사(제4호), 학내외 전문가에 의한 특별 교육이수 또는 심리치료(제5호), 출석정지(제6호), 학급교체(제7호), 전학(제8호), 퇴학처분(제9호)의 어느 하나에 해당하는 조치(수 개의 조치를 병과하는 경우 포함)를 할 것을 학교의 장에게 요청하여야 한다고 되어 있고, 같은 조 제5항에 따르면 자치위원회는 제1항 또는 제2항에 따른 조치를 요청하기 전에 가해학생 및 보호자에게 의견진술의 기회를 부여하는 등 적정한 절차를 거쳐야 한다고 되어 있다.

4)「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」제17조의2제1항, 제3항 및 제4항에 따르면 자치위원회 또는 학교의 장이 제16조제1항 및 제17조제1항에 따라 내린 조치에 대하여 이의가 있는 피해학생 또는 그 보호자는 그 조치를 받은 날부터 15일 이내, 그 조치가 있음을 안 날부터 10일 이내에 지역위원회에 재심을 청구할 수 있고, 지역위원회가 재심청구를 받은 때에는 30일 이내에 이를 심사·결정하여 청구인에게 통보하여야 하며, 결정에 이의가 있는 청구인은 그 통보를 받은 날부터 60일 이내에 행정심판을 제기할 수 있다고 되어 있다.

5)「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 시행령」제19조에 따르면 법 제17조제1항의 조치별 적용 기준은 가해학생이 행사한 학교폭력의 심각성·지속성·고의성(제1호), 가해학생의 반성 정도(제2호), 해당 조치로 인한 가해학생의 선도 가능성(제3호), 가해학생 및 보호자와 피해학생 및 보호자 간의 화해의 정도(제4호), 피해학생이 장애학생인지 여부(제5호)를 고려하여 결정하고, 그 세부적인 기준은 교육과학기술부장관이 정하여 고시한다고 되어 있고, 같은 법 시행령 제24조제6항 및 제7항에 따르면 지역위원회는 재심사 결정 시 법 제16조제1항 각 호와 제17조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 조치(수 개의 조치를 병과하는 경우 포함)를 할 것을 해당 학교의 장에게 요청할 수 있고, 지역위원회의 재심 결과는 결정의 취지와 내용을 적어 청구인과 가해학생에게 서면으로 통보한다고 되어 있다.

나. 판 단

청구인은 병원치료가 필요하므로 피청구인의 이 사건 처분이 위법·부당하다고 주장하나 그러한 사정이 이 사건 처분의 위법·부당성을 구성할 수는 없고, 위 인정사실에 따르면 피청구인은 피해학생 부의 재심청구를 심의함에 있어 피해학생 측과 가해학생들 측 모두에게 출석하여 진술할 기회를 부여한 점, 심의과정에서 관련자료와 출석 당사자들에 대한 질의응답, 위원들 간의 토론 등 적법한 절차를 거쳐 심의·의결한 것으로 보이는 점, 피청구인은 이 사건 처분을 하면서 가해학생들이 피해학생에게 인간적인 모멸감을 주는 등 피해학생에게 가한 상처와 고통의 정도가 매우 심각하나 퇴학처분은 교육적 견지와 가해학생들의 장래를 감안하면 너무 과중한 것으로 판단된다는 것을 처분의 이유로 적시하였는바, 청구인이 교실에서 피해학생을 소화기로 때린 사실, 피해학생으로 하여금 나체로 춤을 추게 하고 동영상을 촬영하여 다른 학생들에게 보여주기도 하고 피해학생이 말을

듣지 않으면 반 전체에 동영상을 보여주겠다고 협박한 사실, 피해학생에게 먹을 것을 주는 대신에 심부름을 시킨 사실 등 청구인이 행한 가해행위의 내용과 피해학생에게 끼친 정신적, 육체적 피해가 결코 가볍다고 보기 어려운 점, 특히 가해학생들 중 청구인과 △△△은 반장, 부반장으로 학교 교실의 분위기를 좌우하거나 선도할 위치에 있는 학생들로서 가해학생들이 피해학생 한명을 상대로 다양한 형태의 학교폭력을 가한 사정을 감안하면 청구인의 행위로 인해 피해학생이 체감하였을 고통은 더욱 컸을 것으로 보이는 점, 다른 가해학생들 및 피해학생의 사유서에 기재된 청구인의 피해학생에 대한 폭력은 매우 심각한 것으로 확인됨에도 청구인의 사유서에 기재된 내용들은 경미한 잘못만이 열거되어 있을 뿐만 아니라 다른 아이들 또는 선생님의 행동이나 말을 따라서 했다는 취지로 되어 있어 청구인이 본인의 가해행위에 대하여 제대로 인식하고 진심으로 반성하고 있는 것으로 보이지 않는 점 등 가해행위의 내용, 피해의 정도, 청구인에 대한 선도 및 학교폭력 재발방지의 필요성을 모두 고려하고, 여기에 피해자임에도 전학까지 할 수밖에 없었던 피해학생의 딱한 사정까지 보태어 보면, 피청구인의 이 사건 처분이 결코 청구인에 대한 과중한 조치로서 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이라 할 수 없다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 청구인의 청구를 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

12 2014-15694 학교폭력 재심결정 취소청구(재결일 : 2014. 12. 23.)

【사건의 쟁점】

해당학교 교사 등을 학교폭력 가해자로 지정해달라는 취지의 재심청구가 학교폭력대책지역위원회의 재심범위에 포함되는지 여부

【재결요지】

재심청구의 대상은 학교폭력대책자치위원회가 피해학생의 보호와 가해학생의 선도·교육을 위하여 내린 조치 결정 또는 동 결정에 따라 학교장이 가·피해학생에게 시행한 조치이고, 학교폭력대책지역위원회는 동 조치 결정 또는 조치가 적정한지 심리한 후 이를 그대로 인정하거나 가·피해학생에 대한 조치를 추가할 수 있을 뿐이므로, 가해학생, ○○초등학교 교사, ○○초등학교장, ○○초등학교감, 학교폭력담당교사, ○○교육지원청, 도교육청, 교육부 모두를 학교폭력 가해자로 지정하고 다만 가해학생에 대하여 '가해학생에 대한 조치'는 면제하라는 청구인의 재심청구 취지는 피청구인이 심리·의결할 수 있는 범위에 포함되지 않는다고 할 것임

【재결의 의미】

학교폭력대책지역위원회는 학교폭력대책자치위원회의 조치 결정이 적정한지 심리한 후 이를 그대로 인정하거나 가·피해학생에 대한 조치를 추가할 수 있는 것이고, 그 외의 사항은 학교폭력대책지역위원회의 심리범위에 해당한다고 볼 수 없음

주 문 청구인의 청구를 기각한다.

청구취지 피청구인이 2014. 4. 29. 청구인에게 한 학교폭력 재심결정을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

청구인은 ○○초등학교에 재학하였던 △△△(이하 '피해학생'이라 한다)의 부로서 같은 학교에 재학 중인 ***(이하 '가해학생'이라 한다)이 피해학생을 꼬집고, 같은 학교에 재

직 중인 교사 ◐◐◐(이하 '이 사건 교사'라 한다)가 피해학생에게 언어폭력을 행사하였다는 내용의 학교폭력 피해신고를 하였고, ○○초등학교 학교폭력대책자치위원회(이하 '자치위원회'라 한다)는 2014. 2. 14. 가해학생 및 이 사건 교사에게 '조치 없음'을 결정하였으며, 청구인이 2014. 3. 10. 가해학생, 이 사건 교사, ○○초등학교장, ○○초등학교감, 학교폭력담당교사, ○○교육지원청, 도교육청, 교육부 모두를 가해자로 지정하되, 가해학생에 대하여 '가해학생에 대한 조치'는 면제해달라는 취지의 재심을 청구하자, 피청구인은 2014. 4. 29. 피청구인의 심리·의결 범위를 벗어났다는 이유로 청구인의 재심청구를 기각(이하 '이 사건 처분'이라 한다)하였다.

2. 청구인 주장

이 사건 교사는 피해학생에게 욕설을 하고 강제로 교실로 끌고 오는 등의 행위를 하였고, 가해학생의 행위는 명백한 학교폭력인데도 ○○초등학교는 이를 담임자체 종결사안으로 처리하였으며, 이후에 개최된 자치위원회에도 피해학생 측을 출석시키지 않았으나, ○○교육지원청, 도교육청, 교육부 등이 합세하여 이러한 위법행위를 덮는데 일조하였으므로 청구인의 재심청구를 기각한 이 사건 처분은 위법·부당하다.

3. 피청구인 주장

청구인은 피청구인의 심리범위를 넘어선 판단을 지속적으로 요구하고 있어 청구인의 재심청구를 기각한바 이 사건 처분은 적법·타당하다.

4. 관계법령

학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제9조제1항, 제12조제1항, 제17조제1항, 제17조의2 제1항·제3항·제4항

학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 시행령 제19조, 제24조제1항·제6항·제7항

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 학교의견서, 학교폭력신고접수관리대장, 학교폭력생활전담위원회 회의록, 학부모상담목격진술서, 질문지, 학교폭력대책지

역위원회 회의록, 자치위원회 회의록, ○○지방법원 판결문, ○○지방법원 증인신문조서, 녹취록 등 각 사본의 기재내용을 종합해보면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 ○○초등학교에 재학하였던 피해학생의 부로서 2012. 8. 7. 이 사건 교사가 동료교사와 말다툼 한 후 피해학생에게 화풀이하였고, 피해학생이 이러한 사실을 부모에게 말하겠다고 하자 가해학생이 그러지 말라고 하며 피해학생을 꼬집었다는 내용의 학교폭력 피해신고를 하였다.

나. 자치위원회는 2014. 2. 14. 이 사건 교사가 출석한 가운데 다음과 같이 자치위원회 회의를 개최하였다.

- 다 음 -

❑ 피해학생: △△△

❑ 가해학생: ***

※ 가해교사: ◐◐◐

❑ 가해교사

❍ 2012. 7. 5. 동료교사 ☆☆☆과 기말고사에 관한 말다툼이 있었고, ☆☆☆에게 욕설을 하였음

❍ 말다툼이 끝난 후 교실에 들어가서 학생들의 구구단평가를 하였는데, 피해학생이 자꾸 다른 학생에게 답을 가르쳐주어 교실 뒤편에서 2분간 반성의 시간을 가지라고 하였음

❍ 다음날 피해학생의 부가 찾아와 학교에서 욕설을 사용한 것과 가해학생이 피해학생을 꼬집은 것에 대하여 항의하였음

- 가해학생은 피해학생이 계속 말을 걸며 귀찮게 하여 팔뚝을 2~3회 꼬집었다고 대답하였고, 2012. 7. 11. 가해학생이 피해학생에게 공개 사과하였으며, 피해학생이 괜찮다고 말하여 화해하였음

- 당시에는 피해학생의 부 또한 문제 삼지 않겠다고 말하였음

❑ 위원들

❍ 가해교사의 행동은 학생들과 상관없이 교사 간 이루어진 언쟁임

❍ 가해학생의 행동은 학생들끼리 일어날 수 있는 것으로서 학생 간 사과가 이루어졌고 부모들 간의 화해도 있었음

❑ 의결사항

○ 조치 없음

다. 청구인은 2014. 3. 10. 가해학생, 이 사건 교사, ○○초등학교장, ○○초등학교감, 학교폭력담당교사, ○○교육지원청, 도교육청, 교육부 모두를 학교폭력 가해자로 지정하고, 다만 가해학생에 대하여 '가해학생에 대한 조치'는 면제해달라는 취지로 피청구인에게 재심을 청구하였다.

라. ○○초등학교장이 2014. 4. 14. 피청구인에게 제출한 학교의견서에 따르면, 이 사건 교사의 행동은 교사 사이에 이루어진 것으로서 학교폭력으로 보기는 어렵고, 교육부의 '학교폭력 사안처리 지침' 59쪽에는 사안이 경미하고 가·피해학생 간 즉각적인 화해가 이루어진 경우 담임이 자체종결 할 수 있도록 되어 있어 이 사건 교사가 가해학생의 행위를 자체종결한 것으로서, 청구인이 최근까지 문제를 제기하지 않았다는 취지로 기재되어 있다.

마. 피청구인은 2014. 4. 29. 청구인, 피해학생 모, 피해학생, 가해학생 모, 이 사건 교사, ○○초등학교장, ○○초등학교감, ○○초등학교 학교폭력담당교사가 출석한 가운데 학교폭력대책지역위원회 회의를 개최한 후 청구인의 재심 청구취지는 피청구인의 심리·의결 범위를 벗어났다는 이유로 청구인에게 이 사건 처분을 하였다.

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령

1)「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」제9조제1항에 따르면 지역의 학교폭력 문제를 해결하기 위하여 시·도에 학교폭력대책지역위원회(이하 '지역위원회'라 한다)를 둔다고 되어 있고, 같은 법 제12조제1항 전단에 따르면 학교폭력의 예방 및 대책에 관련된 사항을 심의하기 위하여 학교에 학교폭력대책자치위원회(이하 '자치위원회'라 한다)를 둔다고 되어 있다.

2)「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」제17조제1항에 따르면, 자치위원회는 피해학생의 보호와 가해학생의 선도·교육을 위하여 가해학생에 대하여 '피해학생에 대한 서면사과'(제1호), '피해학생 및 신고·고발 학생에 대한 접촉, 협박 및 보복행위의 금지'(제2호),

‘학교에서의 봉사’(제3호), ‘사회봉사’(제4호), ‘학내외 전문가에 의한 특별 교육이수 또는 심리치료’(제5호), ‘출석정지’(제6호), ‘학급교체’(제7호), ‘전학’(제8호), ‘퇴학’(제9호)의 어느 하나에 해당하는 조치(수 개의 조치를 병과하는 경우 포함)를 할 것을 학교의 장에게 요청하여야 한다고 되어 있고, 같은 법 시행령 제19조에 따르면, 법 제17조제1항의 조치별 적용 기준은 ‘가해학생이 행사한 학교폭력의 심각성·지속성·고의성’(제1호), ‘가해학생의 반성 정도’(제2호), ‘해당 조치로 인한 가해학생의 선도 가능성’(제3호), ‘가해학생 및 보호자와 피해학생 및 보호자 간의 화해의 정도’(제4호), ‘피해학생이 장애학생인지 여부’(제5호)를 고려하여 결정하고, 그 세부적인 기준은 교육부장관이 정하여 고시한다고 되어 있다.

3)「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」제17조의2제1항·제3항 및 제4항에 따르면, 자치위원회 또는 학교의 장이 제16조제1항 및 제17조제1항에 따라 내린 조치에 대하여 이의가 있는 피해학생 또는 그 보호자는 그 조치를 받은 날부터 15일 이내, 그 조치가 있음을 안 날부터 10일 이내에 지역위원회에 재심을 청구할 수 있고, 지역위원회가 재심청구를 받은 때에는 30일 이내에 이를 심사·결정하여 청구인에게 통보하여야 하며, 결정에 이의가 있는 청구인은 그 통보를 받은 날부터 60일 이내에 행정심판을 제기할 수 있다고 되어 있고, 같은 법 시행령 제24조제1항·제6항·제7항에 따르면, 피해학생 또는 보호자가 지역위원회에 재심을 청구할 때에는 ‘청구의 대상이 되는 조치를 받은 날 및 조치가 있음을 안 날’ 등을 적어 서면으로 하여야 하고, 지역위원회는 재심사 결정 시 법 제16조제1항 각 호와 제17조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 조치(수 개의 조치를 병과하는 경우를 포함한다)를 할 것을 해당 학교의 장에게 요청할 수 있으며, 지역위원회의 재심 결과는 결정의 취지와 내용을 적어 청구인과 가해학생에게 서면으로 통보한다고 되어 있다.

나. 판단

살피건대,「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」제16조제1항·제3항, 제17조제1항·제6항 및 제17조의2제1항의 규정을 종합해보면, 재심청구의 대상은 자치위원회가 피해학생의 보호와 가해학생의 선도·교육을 위하여 내린 조치 결정 또는 동 결정에 따라 학교장이 가·피해학생에게 시행한 조치가 된다고 할 것이고, 피청구인은 동 조치 결정 또는 조치가 적정한지 심리한 후 이를 그대로 인정하거나 가·피해학생에 대한 조치를 추가할 수 있을 뿐이므로, 가해학생, 이 사건 교사, ○○초등학교장, ○○초등학교감, 학교폭력담당교사,

○○교육지원청, 도교육청, 교육부 모두를 학교폭력 가해자로 지정하고 다만 가해학생에 대하여 '가해학생에 대한 조치'는 면제하라는 청구인의 재심청구 취지는 피청구인이 심리·의결할 수 있는 범위에 포함되지 않는다고 할 것이어서 이러한 이유로 청구인의 재심청구를 기각한 피청구인의 이 사건 처분이 위법·부당하다고 할 수 없다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 청구인의 청구를 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

법무, 병무, 인사, 행정

Anti-Corruption & Civil Rights Commission

1 2013-24530 총포소지허가 취소처분 취소청구(재결일 : 2014. 4. 22.)

【사건의 쟁점】

이 사건 총포소지허가 취소처분이 권한없는 자의 처분인지 여부

【재결요지】

「총포·도검·화약류 등 단속법」 제46조제1항 각 호를 이유로 한 총포 등 소지허가 취소처분의 주체는 같은 법 제12조제1항에 의한 허가관청으로 명시되어 있으므로 이 사건 총포와 같은 공기총의 경우, 동 총포에 대한 허가관청인 '주소지를 관할하는 경찰서장'이 동 총포에 대한 허가취소권한 또한 지닌다 할 것임. 그런데 위 인정사실에 따르면 청구인은 ●●시 □□구에 거주하는 자이고, 청구인의 주소지를 관할하는 경찰서장인 청구외 ●●□□경찰서장이 2000. 10. 13. 청구인에게 이 사건 총포에 대한 소지허가를 하였으나, 위 허가관청이 아닌 피청구인이 2013. 9. 25.「총포·도검·화약류 등 단속법」 제46조제1항제1호에 의거하여 청구인에게 이 사건 처분을 하였으므로, 해당 허가관청인 청구외 ●●□□경찰서장이 청구인이 「총포·도검·화약류 등 단속법」 등 위반으로 ●●지방법원으로부터 벌금형을 선고받은 사실을 이유로 이 사건 총포에 대한 소지허가를 다시 취소할 수 있는지는 별론으로 하고,「총포·도검·화약류 등 단속법」 제46조제1항제1호에 의거하여 이 사건 총포에 대한 청구외 ●●□□경찰서장의 총포소지허가를 취소한 피청구인의 이 사건 처분은 권한 없는 자의 행위라고 할 것이므로 그 하자가 중대·명백하여 무효임

【재결의 의미】

총포소지허가 취소처분의 주체는 허가관청이고, 공기총의 허가관청은 '주소지를 관할하는 경찰서장'임에도 청구인의 주소지를 관할하는 경찰서장이 아닌 피청구인이 총포소지허가 권한 것은 권한 없는 자의 행위에 해당한다고 본 사례

주 문 피청구인이 2013. 9. 25. 청구인에게 한 총포소지허가 취소처분을 취소한다.

청구취지 주문과 같다.

이 유

1. 사건개요

청구인은 2000. 10. 13. 청구외 ●●□□경찰서장으로부터 공기총 이글스G(총번 XXXXXXXXXX, 이하 '이 사건 총포'라 한다)에 대한 총포소지허가(허가번호 ☆☆☆☆)를 받은 자로서, 2012. 11. 16. 15:27경 이 사건 총포로 ●●시 ◎◎구 ◇동 소재 보건진료소 부근 농로에서 멧비둘기 3마리를 포획하여 「야생생물 보호 및 관리에 관한 법률」 및 「총포·도검·화약류 등 단속법」을 위반하였다는 이유로 2013. 4. 1. ●●지방법원으로부터 벌금 1,000,000원을 선고(20XX고약XXXX호)받아 2013. 4. 19. 그 형이 확정되었고, 피청구인은 2013. 9. 25. 「총포·도검·화약류 등 단속법」 제46조제1항제1호에 의거하여 청구인에게 이 사건 총포에 대한 총포소지허가 취소처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

가. 실체적 하자

청구인이 2012. 11. 16. 멧비둘기를 포획할 당시 멧비둘기가 환경부령이 정하는 포획금지야생동물이라는 사실을 알지 못하였고, 인터넷 게시글 중 상당수에는 멧비둘기가 유해조수로 분류되어 있어 청구인은 이와 같은 정보를 신뢰하여 이 사건 총포의 화력테스트를 하던 중 멧비둘기를 포획하게 된 것인바, 피청구인은 이러한 제반사정과 공익목적을 비교형량하지 않았으므로 이 사건 처분은 재량권을 일탈·남용한 처분으로서 위법·부당하다.

나. 절차적 하자

「총포·도검·화약류 등 단속법」 제46조의2제3호에 의하면 동법 제46조제1항의 규정에 의한 총포 등의 허가를 취소하기 위해서는 청문절차를 하여야 한다고 되어 있는데, 피청구인은 이러한 절차를 생략하였으므로 이 사건 처분은 절차상 하자가 있는 위법한 처분으로서 취소되어야 한다.

3. 피청구인 주장

가. 실체적 적법성

청구인은「야생생물 보호 및 관리에 관한 법률」및「총포·도검·화약류 등 단속법」위반으로 ●●지방법원으로부터 벌금 100만원의 확정판결을 받은 자로서 같은 법 제13조제1항제4호 및 제46조제1항제1호에 의한 총포 소지 결격사유에 해당하고, ●●지방검찰청 검사 ◆◆은 2013. 7. 24. 피청구인에게 이 사건 총포에 대한 '보관압수물건 폐기 촉탁'을 하였는바, 이에 따라 피청구인이 청구인에게 이 사건 처분을 재량권의 범위 내에서 적법하게 행한 것이므로 적법·타당하다.

나. 절차적 적법성

「총포·도검·화약류 등 단속법」제46조의2제3호에서는 같은 법 제46조제1항에 의한 총기 등 허가취소 시 청문을 실시하여야 한다고 규정하고 있으나, 청구인의 경우총기소지 자격이 없어지게 된 사실이 법원의 재판 등에 의하여 객관적으로 증명되어 사전통지 및 의견청취를 하지 아니할 수 있는「행정절차법」제21조제4항제2호 및 제22조제4항에 해당하므로 청문절차 없이 한 이 사건 처분이 위법하다고 볼 수 없다.

4. 관계법령

총포·도검·화약류 등 단속법 제10조, 제12조제1항·제3항, 제13조제1항, 제17조제2항, 제46조제1항, 제46조의2, 제73조

총포·도검·화약류 등 단속법 시행령 제14조제1항

총포·도검·화약류 등 단속법 시행규칙 제52조, 별표 17

5. 인정사실

당사자 간 다툼 없는 사실 및 청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 총포소지허가 취소처분 결정통지서, 범죄경력조회서, 보관압수물건 폐기 촉탁, 압수물 폐기 처분에 따른 공기소총 소지허가 취소통지·통보 등의 자료에 따르면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 ●●시 □□구에 거주하는 자로서, 청구외 ●●□□경찰서장은 2000.

10. 13. 이 사건 총포에 대하여 청구인에게 다음과 같은 내용의 총포소지허가를 하였다.

- 다 음 -

허가사항				총기제원				용도
총종	허가번호	허가일자	허가관서	제조국	제조회사	명칭	제조번호	유해조수
공기총	☆☆☆☆	00. 10. 13.	●●□□	한국	★★★★	이글스G	XXXXXXXXXX	

나. 피청구인은 2013. 3. 4.「총포·도검·화약류 등 단속법」 등 위반 혐의로 청구인을 피의자로 하여 ●●지방검찰청에 사건을 송치(송치번호 20XX-XXXX)하였고, 이 사건 총포를 ●●△△경찰서에 보관하였다.

다. ●●지방법원은 2013. 4. 1. 청구인이 2012. 11. 16. 15:27경 이 사건 총포로 ●●시 ◎◎구 ◇동 소재 보건진료소 부근 농로에서 멧비둘기 3마리를 포획하여「야생생물 보호 및 관리에 관한 법률」 및「총포·도검·화약류 등 단속법」을 위반하였다는 이유로 청구인에게 벌금 100만원을 선고(20XX고약XXXX호)하였고, 2013. 4. 19. 그 형이 확정되었다.

라. ●●지방검찰청 검사 ◆◆은 2013. 7. 24. 피청구인에게 피청구인이 보관 중이던 이 사건 총포에 대하여 몰수판결(검사의 결정)이 확정되었다는 이유로 동 총포에 대한 폐기처분을 의뢰하는 내용의 폐기 촉탁(20XX압제XXX호)을 하였다.

마. 피청구인은 2013. 9. 25.「총포·도검·화약류 등 단속법」 제46조제1항제1호에 의거하여 청구인에게 다음과 같이 이 사건 총포의 소지허가를 취소하는 내용의 이 사건 처분을 하였다.

- 다 음 -

성명	▲▲▲					
주소	●● □□구 ●●로XX번길 XX, XX동 XXX호					
허가번호	허가일자	허가관서	제조국	제조회사	총기명칭	총번
□□XXXX	00.10.13.	●●□□서	한국	★★★★	이글스G	XXXXXXXXXX
행정처분결정내용	허가취소		처분일자		2013. 9. 25.	

사유	총포·도검·화약류등단속법 제46조제1항제1호로 허가취소함
총포·도검·화약류등단속법 제46조(총포등의 소지허가를 받은 사람 등에 대한 행정처분) 규정에 의하여 위와 같이 총포소지허가 취소처분이 결정되어 통지합니다. 2013. 9. 25. ●●△△ 경 찰 서 장		

바. 피청구인은 2013. 9. 26. 청구외 ●●□□경찰서장에게 2013. 9. 25.자로 이 사건 처분이 이루어졌으니 청구외 ●●□□경찰서장이 이와 관련된 대장을 정리할 것을 요청하는 내용의 '압수물폐기처분에 따른 공기소총 소지허가 취소통지·통보'(생활안전과-XXXX)를 하였다.

6. 이 사건 처분의 위법·부당여부

가. 관계법령

1)「총포·도검·화약류 등 단속법」제10조에 따르면 법령에 의하여 직무상 총포·도검·화약류·분사기·전자충격기·석궁을 소지하는 경우(제1호) 등 누구든지 각 호의 1에 해당하는 경우를 제외하고는 허가없이 총포·도검·화약류·분사기·전자충격기·석궁을 소지하여서는 아니된다고 되어 있고, 같은 법 제12조제1항에 따르면 제10조 각 호의 1에 해당되지 아니하는 사람이 총포·도검·화약류·분사기·전자충격기·석궁을 소지하고자 하는 때에는 안전행정부령이 정하는 바에 의하여 총포의 경우에는 주소지를 관할하는 지방경찰청장의 허가를 받아야 한다고 되어 있는데, 다만 총포중 엽총·가스발사총·공기총·마취총·도살총·산업용총·구난구명총 또는 그 부품을 소지하고자 하는 때에는 주소지를 관할하는 경찰서장의 허가를 받아야 한다고 되어 있으며, 같은 조 제3항에 따르면 총포·도검·화약류·분사기·전자충격기·석궁의 소지허가의 범위는 그 종류 및 용도별로 대통령령으로 정한다고 되어 있다. 같은 법 제13조제1항제4호에 따르면 이 법의 규정을 위반하여 벌금형의 선고를 받고 3년이 지나지 아니한 사람은 총포·도검·화약류·분사기·전자충격기·석궁의 소지허가를 받을 수 없다고 되어 있고, 같은 법 제17조제2항에 따르면 제1항의 총포·

도검·분사기·전자충격기·석궁의 소지허가를 받은 사람은 허가받은 용도나 그 밖의 정당한 사유가 있는 경우 외에는 그 총포·도검·분사기·전자충격기·석궁을 사용하여서는 아니 된다고 되어 있으며, 같은 법 제46조제1항에 따르면 제12조제1항의 규정에 의한 허가관청은 총포·도검·화약류·분사기·전자충격기·석궁의 소지허가를 받은 사람이 제13조제1항의 규정에 의한 결격사유에 해당하게 된 때(제1호) 등 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그 허가를 취소하여야 한다고 되어 있다. 한편 같은 법 제46조의2에 따르면 면허관청 또는 허가관청은 제46조제1항의 규정에 의한 총포·도검·화약류·분사기·전자충격기·석궁의 소지허가를 받은 사람 또는 화약류사용자의 허가취소(제3호) 등 각 호의 1에 해당하는 처분을 하고자 하는 경우에는 청문을 실시하여야 한다고 되어 있고, 같은 법 제73조제1호에 따르면 제17조제2항의 규정을 위반한 사람은 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금의 형으로 벌한다고 되어 있다.

2)「총포·도검·화약류 등 단속법 시행령」제14조제1항에 따르면 법 제12조제3항의 규정에 의한 총포·도검·분사기·전자충격기·석궁의 종류 및 용도별 소지허가의 범위는 수렵·유해조수구제 또는 사격경기를 목적으로 산탄총·단탄총·공기총 또는 석궁을 소지하는 경우(제2호) 등 각 호와 같다고 되어 있고,「총포·도검·화약류 등 단속법 시행규칙」제52조에 따르면 법 제46조제1항의 규정에 의한 행정처분의 기준은 별표 17과 같다고 되어 있는데, 별표 17 행정처분기준에 의하면 총포·도검·화약류·분사기·전자충격기·석궁소지자 사용자가 허가요건 결격사유가 발생하여 법 제46조, 법 제13조를 적용하게 되는 경우 처분기준은 취소로 되어 있다.

나. 판단

살피건대,「총포·도검·화약류 등 단속법」제12조제1항에서는 동 법 제10조 각 호의 어느 하나에 해당되지 아니하는 사람이 총포 중 공기총을 소지하고자 하는 때에는 주소지를 관할하는 경찰서장의 허가를 받아야 한다고 정하고 있고, 같은 법 제46조제1항에서는 위 제12조제1항의 규정에 의한 허가관청은 총포·도검·화약류·분사기·전자충격기·석궁의 소지허가를 받은 사람이 제13조제1항의 규정에 의한 결격사유에 해당하게 된 때(제1호) 등 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 허가를 취소하여야 한다고 정하고 있는바, 결국「총포·도검·화약류 등 단속법」제46조제1항 각 호를 이유로 한 총포 등 소지허가 취소

처분의 주체는 같은 법 제12조제1항에 의한 허가관청으로 명시되어 있으므로 이 사건 총포와 같은 공기총의 경우, 동 총포에 대한 허가관청인 '주소지를 관할하는 경찰서장'이 동 총포에 대한 허가 취소권한 또한 지닌다 할 것이다. 그런데 위 인정사실에 따르면 청구인은 ●●시 □□구에 거주하는 자이고, 청구인의 주소지를 관할하는 경찰서장인 청구외 ●●□□경찰서장이 2000. 10. 13. 청구인에게 이 사건 총포에 대한 소지허가를 하였으나, 위 허가관청이 아닌 피청구인이 2013. 9. 25.「총포·도검·화약류 등 단속법」제46조제1항제1호에 의거하여 청구인에게 이 사건 처분을 하였으므로, 해당 허가관청인 청구외 ●●□□경찰서장이 청구인이「총포·도검·화약류 등 단속법」등 위반으로 ●●지방법원으로부터 벌금형을 선고받은 사실을 이유로 이 사건 총포에 대한 소지허가를 다시 취소할 수 있는지는 별론으로 하고,「총포·도검·화약류 등 단속법」제46조제1항제1호에 의거하여 이 사건 총포에 대한 청구외 ●●□□경찰서장의 총포소지허가를 취소한 피청구인의 이 사건 처분은 권한 없는 자의 행위라고 할 것이므로 그 하자가 중대·명백하여 무효이다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 있으므로 청구인의 청구를 받아들이기로 하여 주문과 같이 재결한다.

2 2014-01336 계약직공무원 정직처분 취소청구(재결일 : 2014. 6. 17.)

【사건의 쟁점】

직무태만 등을 이유로 한 정직 1개월의 징계 처분이 재량권의 일탈·남용에 해당하는지 여부

【재결요지】

청구인이 구「지방공무원법」제48조(성실의 의무)를 위반한 사실이 있는 점, 청구인은 2011. 12. 23. 채용된 이래 ○○팀장으로 ○○지구 관광레저단지 투자유치 활동 등의 업무를 계속해 온 점에 비추어 ○○지구 개발사업자인 (주)◇◇◇◇의 재무구조 등에 관한 사항이 해당 사업에 어떠한 영향을 미칠 수 있는지를 알고 있었을 것으로 보이는 점, 청구인이 작성·서명한 2013. 10. 1.자 경위서에 청장 및 본부장에게 보고 없이 이 사건 문서를 처리한 부분은 업무추진과정에서 문제가 있었음을 인정한다는 취지의 내용이 기재되어 있는 점, 피청구인이 2013. 10. 17. ○○은행에게 이 사건 문서에 대한 회신문서(○○실-1868호, 2013. 9. 12.)를 철회한다고 통보한 점 등에 비추어 볼 때 그 위반의 정도가 경미하다거나 청구인이 그러한 위반을 하는 데에 있어 고의 또는 중과실이 없었다고 보기는 어려운 점, 달리 이 사건 처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 피청구인에게 맡겨진 재량권을 남용한 것이라고 인정될 만한 구체적인 사정이나 객관적인 자료가 없는 점 등을 종합하여 볼 때 피청구인의 이 사건 처분이 위법·부당하다고 할 수 없음

【재결의 의미】

징계권자가 재량권의 행사로서 한 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계권자에게 맡겨진 재량권을 남용한 것으로 인정되지 않는 경우 해당 처분이 위법하다고 볼 수 없다는 사례

주 문 청구인의 청구를 기각한다.

청구취지 피청구인이 2013. 11. 13. 청구인에게 한 1개월의 정직처분을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

청구인은 2011. 12. 23. 지방전문계약직 가급으로 채용되어 ○○청 ○○본부 ○○실 ○○팀장으로 근무하던 자로서, 2013. 9. 10. ○○은행(이하 '○○은행'이라 한다)으로부터 받은 ○○지구 개발사업자에 대한 자금조달 재무구조와 관련된 문서를 처리하는 과정에서 직무태만 등의 행위를 하였다는 이유로 ○○청인사위원회(이하 '인사위원회'라 한다)가 2013. 11. 7. 청구인에 대하여 정직 1개월의 징계를 의결하자 피청구인은 2013. 11. 13. 청구인에게 1개월(2013. 11. 18.부터 2013. 12. 17.까지)의 정직처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

○○은행에서 송부한 영문 문서의 번역 및 특수성으로 인하여 접수·보고가 지연되었고, 통상 기업과의 투자유치에 관한 단순 면담 결과는 실장 전결로 처리하고 있어 해당 문서도 ○○실장의 결재를 받은 후 발송하였는데, 이러한 사정에도 불구하고 청구인에게 정직 1개월의 징계를 한 것은 청구인의 채용계약을 해지하기 위한 것으로 일반적인 징계 사례에 비추어 볼 때 지나치게 가혹하다. 따라서 피청구인의 이 사건 처분은 재량권을 일탈·남용한 위법·부당한 것이므로 취소되어야 한다.

3. 피청구인 주장

○○지구 개발사업은 3천억원 이상의 사업비가 투자되는 사업이고, 자본구조의 변경은 이 지역 사업의 기본방향에 영향을 미치는 정책적 결정에 관한 사항임에도 청구인은 ○○은행으로부터 받은 문서를 접수 및 공람하지 않은 상태에서 공문서를 작성하고 이를 실장 전결로 처리하여 발송하였는바, 이는 문서의 접수·처리 등에 관한 관계규정을 위반한 직무태만에 해당되고, 계약직공무원의 계약기간 연장은 근무실적평가위원회에서 실적을 평가하여 결정하는 것으로 징계처분과는 별개인 점 등에 비추어 볼 때 피청구인의 이 사건 처분은 관계법령에 따라 한 적법·타당한 것이므로 청구인의 이 사건 심판청구는 기각되어야 한다.

4. 관계법령

구 지방공무원법(2012. 12. 11. 법률 제11531호로 개정되어 2013. 12. 12. 시행되기 전의 것, 이하 같다) 제2조, 제3조, 제48조, 제69조, 제70조, 제73조의3

구 지방공무원 징계 및 소청 규정(2013. 12. 11. 대통령령 제24926호로 개정되어 2013. 12. 12. 시행되기 전의 것, 이하 같다) 제8조, 제13조

구 지방계약직공무원 규정(2013. 11. 20. 대통령령 제24853호로 개정되어 2013. 12. 12. 시행되기 전의 것, 이하 같다) 제8조

행정업무의 효율적 운영에 관한 규정(2013. 3. 23. 대통령령 제24425호로 개정되어 같은 날 시행된 것, 이하 같다) 제10조, 제18조

○○도 지방공무원 징계양정에 관한 규칙 제2조, 별표 1

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 채용계약서, 공문서, 경위서, 확인서, 징계요구서, 징계의결서, 징계처분 사유설명서 등 각 자료의 기재내용을 종합하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 2011. 12. 23. 지방전문계약직 가급으로 채용되어 ○○청 ○○본부 ○○실 ○○팀장으로서 ○○지구 관광레저단지 투자유치 활동 등의 업무를 하였고, 2013. 12. 22. 계약기간이 만료됨에 따라 퇴직하였다.

나. ○○지구 개발사업의 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 사업명 : ○○지구 개발사업
○ 위 치 : ○○도 ○○시 ○○구 ○○동, △△동 일원
○ 면 적 : ○○㎡(○○평)
○ 사업비 : 3,461억원
○ 사업기간 : 2013년 ~ 2018년(운영기간 : 2009년~2039년, 30년간)
○ 시행자 : ○○시, ○○개발공사

※ 사업자 : (주)◇◇◇◇

○ 주요시설계획 : 골프장, 호텔, 리조트빌리지, 학교, 병원 등

다. 청구인은 2013. 9. 10. ○○은행으로부터 ○○지구 개발사업자인 (주)◇◇◇◇의 자금조달 재무구조가 적절한지에 대한 ○○청의 확인을 구하는 취지의 문서(이하 '이 사건 문서'라 한다)를 수령하였다.

라. 청구인은 이 사건 문서를 접수하지 않은 상태에서 2013. 9. 12. 이 사건 문서의 내용을 인지하였다는 내용의 문서를 작성하여 ○○실장의 결재를 득한 후 피청구인 명의의 공문서(○○실-1868호, 2013. 9. 12.)를 ○○은행에게 발송하였다.

마. 청구인이 작성·서명한 2013. 10. 1.자 경위서에 따르면, 청장 및 본부장에게 보고 없이 이 사건 문서를 처리한 부분은 업무추진과정에서 문제가 있었음을 인정한다는 취지의 내용이 기재되어 있다.

바. 피청구인은 이 사건 문서의 내용 등을 내부적으로 검토한 결과 ○○청에서 일체 관여할 사항이 아니라는 이유로 2013. 10. 17. ○○은행에게 위 발송 공문서(○○실-1868호, 2013. 9. 12.)를 철회한다고 통보하였다.

사. 청구인이 서명한 확인서의 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

- 청구인은 2013. 9. 10. (주)◇◇◇◇ 자금조달 재무구조와 관련된 이 사건 문서를 지체 없이 접수하여야 함에도 2013. 9. 12. ○○은행에 위 문서에 대한 회신공문을 발송한 후인 2013. 9. 16. 사후등록하는 등 직무태만 행위를 하였음
- ○○청 사무전결 처리규정에 '정책결정 및 다수인의 권익보호에 관한 청원, 진정서 및 건의서 등'은 본부장 이상 전결처리하도록 되어 있음에도 ○○은행에 (주)◇◇◇◇ 자금조달 재무구조 관련 공문서를 발송하면서 청장 및 ○○본부장에게 보고도 하지 않은 상태에서 ○○실장 전결 공문을 기안하여 회신한 사실이 있음

아. 피청구인은 2013. 10. 23. 인사위원회에 청구인이 성실의무위반(직무태만) 및 전결규정위반을 이유로 중징계 의결을 요구하였고, 인사위원회는 2013. 11. 7. 회의를 개최하

여 청구인에 대하여 정직 1개월의 징계를 의결하였는데, 징계의결서의 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

- ○○은행에서 발송한 문서를 접수하지 않은 상태에서 회신공문을 발송한 후 문서를 사후 등록한 행위는「행정업무의 효율적 운영에 관한 규정」제18조 등을 위반한 직무태만에 해당됨
- ○○지구 개발사업은 3천억원 이상의 사업비가 투자되는 사업으로 (주)◇◇◇◇의 외국인 투자기준과 관련하여 재무구조가 적절한지에 대한 확인을 요청하는 이 사건 문서의 처리는 정책결정사항으로 ○○본부장 이상의 결재를 받고 처리해야 함이 타당함에도 혐의자(청구인)는 이 사건 문서에 대한 회신문서를 청장 및 ○○본부장에게 보고도 하지 않고 ○○실장의 전결로 처리한 것은 ○○청 사무전결 처리규정을 위반한 것임
- 개발사업자의 변경된 재무구조가 적법한지의 여부는 사업시행자(○○공사, ○○시)가 판단할 사안임에도 혐의자가 ○○은행에 발송한 '(주)◇◇◇◇ 사업 관련 내용 확인 통보' 공문으로 인하여 마치 ○○청이 그 권한에 속하지 아니하는 사안을 인정하거나 추인하는 결과를 초래하여 향후 상호간 다툼의 소지를 유발시킬 수 있어 혐의자의 행위는 중대한 과실이 아닐 수 없음
- 혐의자의 일련의 행위는「지방공무원법」제48조에 따른 성실의무를 위반한 것으로 판단됨
- 따라서 혐의자의 행위는「지방공무원법」제69조제1항의 징계사유에 해당되는바,「○○도 지방공무원 징계양정에 관한 규칙」제2조제1항 및 별표 1에 따라 '정직 1개월'의 징계를 의결함

자. 피청구인은 2013. 11. 13. 인사위원회 의결에 따라 청구인에게 1개월(2013. 11. 18. 부터 2013. 12. 17.까지) 정직의 이 사건 처분을 하였다.

차. '○○청 사무전결 처리규정'(규정 제129호, 2013. 7. 8. 시행)에 따르면, 민원 사무에 대한 사안별 전결처리 사항은 다음과 같고, 전결 대상 사무 중 해당 사안의 결정 결과가 중요하여 전결권자의 책임 범위를 넘는다고 인정되는 것에 대하여는 상급자 또는 차상급자에게 그 결정을 하도록 할 수 있다고 되어 있다.

- 다 음 -

사 무 명	담당		과(팀)장	부(실)장	본부장	청장
	담당자	담당				
5. 민원						
가. 정책결정 및 다수인의 권익보호에 관한 청원, 진정서 및 건의서		기안			○	
나. 일반적인 청원, 진정 및 건의서	기안		○			
다. 다른 기관에서 이첩된 민원	기안			○		
라. 민원서류 처리규정에 의한 중간처리 상황통보, 기각 완결통지	기안		○			

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령 등

1) 구「지방공무원법」제2조에 따르면, 지방자치단체의 공무원은 경력직공무원과 특수경력직공무원으로 구분하며, 특수경력직공무원 중 계약직공무원은 지방자치단체와의 채용계약에 따라 전문지식·기술이 요구되거나 임용에 신축성 등이 요구되는 업무에 일정기간 종사하는 공무원을 말한다고 되어 있고, 같은 법 제48조 및 제69조제1항에 따르면, 모든 공무원은 법규를 준수하며 성실히 그 직무를 수행하여야 하며, 공무원이 이 법 또는 이 법에 따른 명령이나 지방자치단체의 조례 또는 규칙을 위반하였을 때(제1호), 직무상의 의무를 위반하거나 직무를 태만히 하였을 때(제2호), 공무원의 품위를 손상하는 행위를 하였을 때(제3호)의 어느 하나에 해당하면 징계의결을 요구하여야 하고, 징계의결의 결과에 따라 징계처분을 하여야 한다고 되어 있으며, 같은 법 제70조에 따르면 징계는 파면·해임·강등·정직·감봉 및 견책으로 구분한다고 되어 있고, 같은 법 제73조의3에 따르면 법률에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 특수경력직공무원에 대하여도 징계 관련 규정을 준용할 수 있다.

2) 구「지방공무원 징계 및 소청 규정」제8조 및 제13조에 따르면,「지방공무원법」제2조제3항제3호에 규정된 계약직공무원에게 법 제69조제1항 각 호의 징계 사유가 있을 때에는 채용계약 해지 외에「지방공무원 징계 및 소청 규정」에 따른 징계처분 등을 할 수

있고, 징계양정에 관한 규정은 소정의 절차를 거쳐 해당 지방자치단체의 규칙으로 정한다고 되어 있으며, 「○○도 지방공무원 징계양정에 관한 규칙」 제2조 및 별표 1에 따르면, 인사위원회는 징계 혐의자에 대한 비위의 유형, 비위의 정도 및 과실의 경중과 평소의 소행, 근무성적, 공적, 뉘우치는 정도, 그 밖의 정상 등을 참작하여 징계양정기준에 따라 징계사건을 의결하여야 하고, 성실의무 위반(기타 유형)은 비위의 정도가 심하고 중과실이거나 비위정도가 약하고 고의가 있는 경우 강등이나 정직을 하도록 되어 있다. 한편 구 「지방계약직공무원 규정」 제8조에 따르면 지방자치단체의 장은 지방계약직공무원의 근무상황과 업무수행실적을 정기적으로 또는 수시로 평가하여 채용계약을 변경·연장하거나 해지할 때 반영하여야 한다고 되어 있다.

3) 「행정업무의 효율적 운영에 관한 규정」 제10조제1항·제2항에 따르면, 문서는 해당 행정기관의 장의 결재를 받아야 하고, 행정기관의 장은 업무의 내용에 따라 보조기관 또는 보좌기관이나 해당 업무를 담당하는 공무원으로 하여금 위임전결하게 할 수 있으며, 그 위임전결 사항은 해당 기관의 장이 훈령이나 지방자치단체의 규칙으로 정한다고 되어 있고, 같은 규정 제18조에 따르면, 문서는 처리과에서 접수하여야 하며 접수한 문서에는 접수일시와 접수등록번호를 전자적으로 표시하되, 종이문서인 경우에는 안전행정부령으로 정하는 접수인을 찍고 접수일시와 접수등록번호를 적는다고 되어 있으며, 같은 규정 제67조에 따르면 행정기관의 장은 결재받은 문서를 등록하지 아니한 사람, 제10조제2항에 따라 훈령이나 규칙으로 정한 결재권자를 상향 또는 하향 조정하여 기안하거나 검토·결재를 한 사람, 관인을 부당하게 사용한 사람 등에 해당하는 공무원에게 징계나 그 밖에 필요한 조치를 하여야 한다고 되어 있다.

나. 판 단

청구인은 영문 문서의 번역 및 특수성으로 인하여 접수·보고가 지연되었고, 통상 기업과의 투자유치에 관한 단순 면담 결과는 실장 전결로 처리하고 있으며, 이 사건 징계는 청구인의 채용계약을 해지하기 위한 것인 점 등의 사정에 비추어 피청구인의 이 사건 처분은 재량권을 일탈·남용한 것으로 위법·부당하여 취소되어야 한다고 주장하므로 이에 대하여 살펴본다.

관계법령 및 위 인정사실에 따르면, 청구인은 2013. 9. 10. ○○은행으로부터 이 사건

문서를 수령하였음에도 이를 접수하지 않은 상태에서 2013. 9. 12. 이 사건 문서에 대한 회신문을 작성하여 본부장의 결재 없이 ○○실장의 결재를 받은 후 피청구인 명의로 ○○은행에게 공문서(○○실-1868호, 2013. 9. 12.)를 발송하였는데, 이 사건 문서는 3천억원 이상의 사업비가 투자되는 ○○지구 개발사업에 대한 개발사업자의 재무구조 등에 관한 사항으로 투자유치에 관한 단순 면담 결과이거나 일반적인 청원, 진정 및 건의서 등의 단순한 민원으로 보기는 어렵고, 위와 같은 내용의 문서는 해당 사업의 기본방향 및 진행 여부를 결정지을 수 있는 사항이어서 해당 문서의 처리는 피청구인의 정책적 결정이 필요한 사안으로 보이는 점, ○○청 사무전결 처리규정에 '정책결정 및 다수인의 권익보호에 관한 청원, 진정서 및 건의서'에 대한 민원사무는 본부장이 전결처리하도록 되어 있는 점, 청구인이 서명한 확인서에 이 사건 문서를 지체 없이 접수하여야 함에도 2013. 9. 12. ○○은행에 위 문서에 대한 회신공문을 발송한 후인 2013. 9. 16. 사후등록하는 등 직무태만 행위를 하였다고 기재되어 있는 점 등에 비추어 볼 때 청구인은 이 사건 문서를 처리함에 있어 「행정업무의 효율적 운영에 관한 규정」 제18조 및 ○○청 사무전결 처리규정을 위반한 사실이 인정되고, 이는 구 「지방공무원법」 제48조에 따른 성실의 의무를 다하였다고 볼 수 없다.

한편 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 한한다고 할 것인데(대법원 2006. 12. 21. 선고 2006두16274 판결 등 참조), 위에서 살펴본 바와 같이 청구인이 구 「지방공무원법」 제48조(성실의 의무)를 위반한 사실이 있는 점, 청구인은 2011. 12. 23. 채용된 이래 ○○팀장으로 ○○지구 관광레저단지 투자유치 활동 등의 업무를 계속해 온 점에 비추어 ○○지구 개발사업자인 (주)◇◇◇◇의 재무구조 등에 관한 사항이 해당 사업에 어떠한 영향을 미칠 수 있는지를 알고 있었을 것으로 보이는 점, 청구인이 작성·서명한 2013. 10. 1.자 경위서에 청장 및 본부장에게 보고 없이 이 사건 문서를 처리한 부분은 업무추진과정에서 문제가 있었음을 인정한다는 취지의 내용이 기재되어 있는 점, 피청구인이 2013. 10. 17. ○○은행에게 이 사건 문서에 대한 회신문서(○○실-1868

호, 2013. 9. 12.)를 철회한다고 통보한 점 등에 비추어 볼 때 그 위반의 정도가 경미하다거나 청구인이 그러한 위반을 하는 데에 있어 고의 또는 중과실이 없었다고 보기는 어려운 점, 청구인은 이 사건 징계가 청구인의 채용계약을 해지하기 위한 것이라고 주장하나 계약직공무원에 대한 채용계약의 변경·연장 또는 해지에 관한 사항은 그 절차 및 기준이 달리 정해져 있어 이 사건 처분과는 별개의 사안인 점, 달리 이 사건 처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 피청구인에게 맡겨진 재량권을 남용한 것이라고 인정될 만한 구체적인 사정이나 객관적인 자료가 없는 점 등을 종합하여 볼 때 피청구인의 이 사건 처분이 위법·부당하다고 할 수 없다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 청구인의 청구를 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

3 2014-03476 국적회복허가 거부처분 취소청구(재결일 : 2014. 6. 17.)

【사건의 쟁점】

청구인이 자신의 부라고 주장하는 국내 공부상의 ○○○와 중국정부의 공부에 기록된 청구인의 부 ○○○가 동일인물인지 여부

【재결요지】

○○○에 대한 국내 공부와 중국정부의 공부상 한자이름이 서로 같은 점, 청구인과 *** 간에 혈연관계가 성립하고 중국 영길현 공안국 화피창진파출소의 증명서에 따르면 ***은 ▵▵▵(▵▵奎)와 친형제 사이인데, 위 ▵▵▵(▵▵奎, 제적등본 상 한문성명 ▵▵圭의 오기로 보임)는 국내 공부상 ○○○의 조카로 기록되어 있는 점, 청구인의 부가 중국으로 이주할 무렵은 중국이 국공내전과 신생정부수립에 즈음한 시기로 사회적·행정적 상황이 안정적이지 못하였을 것이므로 중국 측 공부상의 기록이 온전하리라고 기대하기 어려운 점, 인우보증인 ▲▲▲이 자신의 외삼촌인 청구인의 부 ○○○가 1939년경 중국으로 이주하였음을 모로부터 들었다고 진술하고 있는 점 등을 고려할 때, 이 사건 처분은 위법·부당함

【재결의 의미】

공부상 기록, 과거의 시대상황, 인우보증인의 증언 등 제 정황을 종합적으로 고려하여 혈연관계의 성립을 인정하고 국적회복허가 거부처분이 위법·부당하다고 본 사례

주 문 피청구인이 2013. 12. 16. 청구인에게 한 국적회복허가 거부처분을 취소한다.

청구취지 주문과 같다.

이 유

1. 사건개요

청구인(남, 19--. -. --.생)은 중화인민공화국(이하 '중국'이라 한다) 국적자로서 2008. 10. 29. 방문취업(H-2) 체류자격으로 대한민국에 입국한 후 방문동거(F-1) 체류자격으로

변경하여 체류하던 중 2012. 4. 20. 피청구인에게 대한민국의 국적을 회복하기 위해 국적회복허가 신청을 하였으나, 피청구인은 2013. 12. 16. 청구인에게 서류미비, 요건미비, 입증부족 등 「국적법」 제9조의 요건을 갖추지 못하였다는 사유로 국적회복허가 거부처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

청구인의 부 ○○○는 대한민국 국민이었다가 1949. 10. 1. 이전에 중국으로 이주함에 따라 중국 국적자가 되었으므로 1949. 10. 1.이전인 1948. 3. 29.에 출생한 청구인은 출생 시 대한민국 국적을 취득한 상태였기에 국적회복허가를 신청할 수 있는 사람에 해당하며, 청구인은 65세의 고령으로 국적회복을 통해 우리 사회의 구성원이 됨에 지장을 초래할 만한 품성과 행동을 한 적이 없어 특단의 사정이 없는 한 그 국적회복 신청이 허가되어야 하고, 위 ○○○에 대한 국내의 공부와 중국정부의 공부 간에 비록 생년월일이 한국사의 특수한 여건 및 상황과 당시 행정기관의 착오로 16년 이상 차이가 나지만 한자이름은 ◈◈◈로 서로 같고 청구인의 친족 중 일부가 대한민국에 거주하는 등 위 양국 정부의 공부에 각각 등재된 ○○○는 동일인임을 알 수 있는데도, 피청구인은 이 사건 처분을 함에 있어 이러한 사정을 고려하지 않아 사실관계를 오인하였고, 당해 처분의 판단근거가 되는 사실관계의 기재와 처분 근거법령의 특정을 하지 않은 절차상 잘못이 있기에 피청구인의 이 사건 처분은 재량권을 일탈·남용하여 위법·부당하다.

3. 피청구인 주장

외국국적 동포가 국적회복허가를 받기 위해서는 자신이 출생 당시 대한민국 국적을 취득하였음을 입증하여야 할 것인데, 청구인의 경우 국내 제적등본상 자신에 대한 기록은 존재하지 않고 자신의 부라고 주장하는 ○○○의 기록만 존재할 뿐으로 위 ○○○에 대한 국내의 공부와 중국정부의 공부 간에 생년월일이 16년 이상 차이가 나고, 청구인이 중국정부의 공부에 기록된 1918. 4. 3.을 ○○○의 실제 생년월일이라고 진술한데 반해 청구인과 사촌관계인 ▹▹▹은 ○○○가 ▹▹▹의 모인 ▸▸▸(1931. 4. 1.생)의 동생이라고 진술하는 등 청구인 측의 ○○○의 인적사항에 대한 진술이 상호 모순되는 등 청구인은 본인이 대한민국 국민이었던 사실을 충분히 입증하였다고 보기 어렵고, 피청구인이

이 사건 처분을 함에 있어 당해 처분의 판단근거가 되는 법령과 그 구체적인 사유를 제시하였으므로 피청구인의 이 사건 처분은 적법·타당하다.

4. 관계법령

구 국적법(1962. 11. 21. 법률 제1180호로 개정되어 시행되기 전의 것, 이하 같다) 제2조, 제12조, 제13조, 제14조

국적법 제9조

국적법 시행령 제8조, 제9조

국적법 시행규칙 제6조

외국국적 동포의 국적회복 등에 관한 업무처리 지침(2013. 1. 1. 법무부예규 제1012호로 개정되어 시행된 것, 이하 같다) 제2조, 제3조, 제5조

행정절차법 제3조

행정절차법 시행령 제2조

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 보충서면, 개인별 출입국 현황, 국적회복허가 신청서, 제적등본, 사실확인서, 중국정부 공증서 및 거주민 호구부, 국적회복 심사결정서, 국적회복불허 통지서 등 각 사본의 기재내용을 종합하여 보면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인(남, 19--. -. --.생)은 중국 국적자로서 2008. 10. 29. 방문취업(H-2) 체류자격으로 대한민국에 입국하여 체류하던 중 2012. 4. 20. 피청구인에게 대한민국의 국적을 회복하기 위해 「국적법 시행령」 제8조에 따라 국적회복허가 신청을 하였다.

나. 피청구인은 2013. 12. 16. 청구인에게 서류미비, 요건미비, 입증부족 등 「국적법」 제9조의 요건을 갖추지 못하였다는 사유로 이 사건 처분을 하였다.

다. 울산출입국관리사무소의 2013. 12. 16.자 국적회복 심사결정서에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

○ 국적회복 종류: 중국동포 1세

○ 상실일자: 1949. 10. 1.

○ 원 국적: 한국계 중국인

○「국적법」 제9조제4항에 따라 청구인의 국적회복 신청에 대해 아래와 같이 심사 결정함

- 첨부서류: 부적합

- 회복요건: 부적합

1. 국가 또는 사회에 위해를 끼친 사실: 없음

2. 품행이 단정하지 못한 사실: 없음

3. 병역기피목적으로 국적을 상실 또는 이탈 사실: 없음

4. 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리 배치여부: 없음

9. 참고사항: 청구인 부의 생년월일 불일치(16년 이상)

○ 심사의견

- 청구인은 부 ○○○(국내 공부상 1934. 7. 15.생, 중국 공부상 1918. 4. 3.생)의 국내 제적등본을 근거로 국적회복 신청을 하였으나,

- 위 ○○○의 국내 공부상 생년월일과 중국 공부상 생년월일이 16년 이상 차이가 나고, 인우보증인 청구인의 고종사촌 ▷▷▷(남, 19--. -. --.생)과의 면담결과 ▷▷▷은 청구인의 부가 자신의 모 ▶▶▶(1931. 4. 1.)의 동생이라고 진술한 반면 청구인은 자신의 부의 생년월일이 중국 공부상 기록이 진실하다고 진술함

- 청구인의 제출서류 등을 종합 검토한 결과 국적회복을 함에 있어 가장 중요한 근거인 청구인 부의 생년월일이 불확실하고 이에 대한 관련인의 진술이 일치하지 않으며 그 밖에 청구인이 과거 대한민국 국적을 보유하였다는 사실을 확인할 수 없으므로 국적회복을 불허함이 좋겠음

○ 심사일자: 2012. 9. 19.

라. 중국 요녕성 공정처의 2012. 3. 5.자 청구인에 대한 공증서에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

○ 신청인: ▼▼▼(▼▼俊, 남, 19--. -. --.생)

○ 관계인

- 고 ○○○(◈◈◈, 남, 1918. 4. 3.생)
- 고 ◁ ◁ ◁(◁ ◁順, 여, 1931. 9. 22.생)
- ▽ ▽ ▽(▽ ▽女, 여, 1951. 6. 15.생)

○ 공증사항: 친족관계

○ ▼ ▼ ▼은 ○○○ 및 ◁ ◁ ◁의 자이고, ▽ ▽ ▽의 배우자임을 증명함

마. 중국 영길현 공안국 쌍하진파출소의 호구저부(호적부)에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

○ 호주: ○○○(◈◈◈, 남, 1918. 4. 3.생, 출생지: 조선, 본적: 조선)

○ 호주의 처: ◁ ◁ ◁(◁ ◁順, 여, 1931. 9. 22.생, 출생지: 조선, 본적: 조선)

○ 호주의 장남: ▼ ▼ ▼(▼ ▼俊, 남, 1948. 3. 29.생, 출생지: 영길현, 본적: 영길현)

바. 경상북도 예천군 용궁면장이 2014. 1. 15. 발행한 호주 ◀ ◀ ◀(본적: 경상북도 예천군 개포면 풍정리 170)에 대한 제적등본에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

○ 호주: ◀ ◀ ◀(◀ ◀相, 본관: 성주, 1883. 5. 6.생)

○ 호주의 처: 임--(林--, 본관: 장흥, 1883. 7. 16.생)

○ 호주의 장남: □ □ □(□ □逢, 1910. 11. 2.생)

○ 호주의 장녀: ▶ ▶ ▶(▶ ▶順, 1931. 4. 1.생)

○ 호주의 4남: ○○○(◈◈◈, 1934. 7. 15.생)

○ 호주의 손자이자 위 □ □ □의 자: △ △ △(△ △圭, 1941. 3. 15.생)

사. 청구인이 이 사건 심판청구를 제기한 후 우리 위원회에 제출한 중국 영길현 공안국 화피창진파출소의 2014. 5. 22.자 증명서에는 '우리 관내 ***(**白)과 △ △ △(△ △奎)는 우리 파출소의 호적부 조사결과 친형제임이 확인되었음을 증명함'이라고 기재되어 있고, 추가로 제출한 동 화피창진파출소의 2014. 5. 23.자 증명서에는 '우리 관내 □ □ □(□ □逢, 1910. 11. 2.생), 장자 △ △ △(△ △奎, 1941. 3. 25.생), 차남 ***(**白, 1947. 1. 29.생)에

대한 우리 파출소의 호적부 조사결과 △△△ 및 ***은 □□□의 자이고 두 사람은 친형제임이 확인되었음을 증명함'이라고 기재되어 있다.

아. 청구인은 질병관리본부에 유전자검사기관으로 신고된 주식회사 휴먼패스의 2011. 7. 29.자 유전자 시험성적서를 우리 위원회에 제출하였고, 동 시험성적서에 따르면 청구인과 ***(19--. -. --.생) 간에 혈연관계가 성립한다고 기재되어 있다.

자. 청구인과 사촌관계라고 주장하는 인우보증인 ▲▲▲(1959. 12. 24.생)의 2014. 1. 28.자 사실확인서에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

○ 인우보증인의 외삼촌인 청구인의 부 ○○○는 1939년경 중국으로 이주하였음
○ 위 ○○○의 생년월일이 국내 공부상 1934. 7. 15.로, 중국 공부상 1918. 4. 3.로 각각 기록되어 있어 상호 16년 이상의 차이가 있지만, 이는 당시 시대적 상황과 지역적 특수성으로 인하여 잘못 표기된 것이라 생각함
○ 이상의 내용은 인우보증인 본인의 모인 ▸▸▸(1931. 4. 1.생)으로부터 들은 사실을 거짓 없이 진술하는 것임

차. 우리 위원회가 인터넷에 게재된 지식자료를 통해 확인한 바에 따르면, 청구인의 부가 중국으로 이주할 무렵인 1930년대 이후는 중국이 국공내전과 신생정부수립에 즈음한 시기에 해당되고, 위 국공내전은 1927년 4월부터 1950년 5월까지 중국 대륙과 부속도서 전역에 걸쳐 중국 국민당과 공산당 사이에 발발한 내전이었으며, 동 국공내전의 결과로 1949. 10. 1. 중국 본토에 중국 공산당의 신생정부가 수립되었다.

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령

1) 구「국적법」제2조제1호에 따르면 출생한 당시에 부가 대한민국의 국민인 자는 대한민국의 국민이라고 되어 있고, 같은 법 제12조제4호에 따르면 대한민국의 국민으로서 자진하여 외국의 국적을 취득한 자는 국적을 상실한다고 되어 있으며, 같은 법 제13조에 따르면 대한민국의 국적을 상실한 남자의 처 또는 미성년자인 자가 그의 국적을 취득한 때

에는 대한민국의 국적을 상실한다고 되어 있고, 같은 법 제14조에 따르면 전2조의 규정에 의하여 대한민국의 국적을 상실한 자가 대한민국에 주소를 가진 때에는 법무부장관의 허가를 얻어 대한민국의 국적을 회복할 수 있다고 되어 있으며,「국적법」제9조제1항에 따르면 대한민국의 국민이었던 외국인은 법무부장관의 국적회복허가(國籍回復許可)를 받아 대한민국 국적을 취득할 수 있다고 되어 있고, 같은 조 제2항에 따르면 법무부장관은 국적회복허가 신청을 받으면 심사한 후 국가나 사회에 위해(危害)를 끼친 사실이 있는 자(제1호), 품행이 단정하지 못한 자(제2호), 병역을 기피할 목적으로 대한민국 국적을 상실하였거나 이탈하였던 자(제3호), 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 법무부장관이 국적회복을 허가하는 것이 적당하지 아니하다고 인정하는 자(제4호) 중 어느 하나에 해당하는 자에게는 국적회복을 허가하지 아니한다고 되어 있으며, 같은 조 제4항에 따르면 제1항과 제2항에 따른 신청 절차와 심사 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다고 되어 있다.

2)「국적법 시행령」제8조제1항에 따르면 국적회복허가를 받으려면 법무부령으로 정하는 국적회복허가 신청서를 작성하여 사무소장등에게 제출하여야 한다고 되어 있고, 같은 시행령 제9조제1항에 따르면 국적회복허가 신청자에 대한 국적회복 요건을 심사할 때 관계 기관의 장에게 국적회복허가 신청자에 대한 신원조회, 범죄경력조회, 병적조회 또는 체류동향조사를 의뢰하거나 그 밖에 필요한 사항에 관하여 의견을 구할 수 있다고 되어 있으며, 같은 조 제2항에 따르면 법무부장관은 필요하면 국적회복허가 신청자에 대하여 의견을 진술하게 하거나 보완자료 제출을 요구할 수 있다고 되어 있고,「국적법 시행규칙」제6조제2항에 따르면 제1항의 국적회복허가 신청서에 첨부하여야 하는 서류는 가족관계 기록사항에 관한 증명서·제적등본 또는 그밖에 본인이 대한민국 국민이었던 사실을 증명하는 서류 등과 같다고 되어 있다.

3)「외국국적 동포의 국적회복 등에 관한 업무처리 지침」제2조에 따르면 이 지침은 외국국적 동포로서 1949년 10월 1일 전에 한반도 및 그 부속도서에서 중국 등지로 이주하였거나 중국 등지에서 출생한 자(제1호), 제1호에 해당하는 자의 직계비속(제2호) 중 어느 하나에 해당하는 자에 대하여 적용한다고 되어 있고, 같은 지침 제3조에 따르면 제2조제1호에 해당하는 중국 국적 동포는 1949년 10월 1일부로 중국국적을 취득함과 동시에 대한

민국 국적을 상실한 것으로 본다고 되어 있으며, 같은 지침 제5조제1항에 따르면 국적회복허가를 신청하는 자는 본인의 부 또는 모의 가족관계기록사항에 관한 증명서·제적등본 및 본인과의 관계를 증명할 수 있는 출생증명서, 관련국의 공적서류 또는 공증증서 등(제2호), 8촌 이내 혈족의 가족관계기록사항에 관한 증명서 및 그 혈족과의 관계를 증명할 수 있는 가족관계기록사항에 관한 증명서·제적등본, 관련국의 공적서류 또는 공증증서, 족보와 친척관계확인서, 공인의료기관에서 발행하는 유전자감식결과 등(제3호) 등의 자료에 의하여 본인이 대한민국 국민이었던 사실을 증명하여야 한다고 되어 있고, 같은 조 제3항에 따르면 제1항 내지 제2항에 있어 본인, 부 또는 모의 가족관계기록사항에 관한 증명서·제적등본에 표시된 성명, 생년월일이 여권 기타 외국의 신분서류 기재사항과 다른 때에는 상당한 관계가 있는 자의 친척관계확인 등 적절한 방법으로 동일인인 사실을 증명하여야 한다고 되어 있다.

4)「행정절차법」 제3조 및 같은 법 시행령 제2조에 따르면 해당 행정작용의 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 거칠 필요가 없다고 인정되는 사항과 행정절차에 준하는 절차를 거친 사항으로서 외국인의 출입국·난민인정·귀화·국적회복에 관한 사항에 대하여는「행정절차법」을 적용하지 아니한다고 되어 있다.

나. 판 단

국적회복허가는 대한민국의 국민이었던 외국인에게 다시 대한민국의 국적을 부여하는 처분으로서,「국적법」 제9조제2항에서 과거 대한민국의 국민이었던 점을 고려하여 외국인에게 대한민국의 국적을 부여하는 귀화에 비해 현저히 그 실체적 요건을 완화하여 ① 국가 또는 사회에 위해를 끼친 사실이 있는 자, ② 품행이 단정하지 못한 자, ③ 병역을 기피할 목적으로 대한민국의 국적을 상실하였거나 이탈하였던 자, ④ 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 법무부장관이 국적회복을 허가함이 부적당하다고 인정하는 자에 해당하는 경우에만 국적회복을 허가하지 않도록 규정하고 있는바, 이는 과거 대한민국 국민이었으나 일단 외국인이 된 자를 다시 우리 국가공동체의 구성원으로 인정하여 주권자의 한 사람으로 받아들이는 과정에서 국가 및 사회의 통합과 질서를 저해할 위험이 있는 자를 배제할 필요가 있다는 점에 그 입법 취지가 있다.

관계법령 및 위 인정사실에 따르면, 청구인은 국가 또는 사회에 위해를 끼친 사실, 품행이 단정하지 못한 사실, 병역기피목적으로 대한민국의 국적을 상실 또는 이탈한 사실, 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리 배치사실 등 「국적법」 제9조제2항에서 정하는 국적회복을 허가하지 아니하는 경우에 해당되지 않음을 울산출입국관리사무소의 2013. 12. 16.자 국적회복 심사결정서에서 확인할 수 있고, 구 「국적법」 및 「외국국적 동포의 국적회복 등에 관한 업무처리 지침」에서 정한 바와 같이 청구인이 출생(1948. 3. 29.생)한 당시 청구인의 부가 대한민국의 국민이었다면 청구인은 출생과 동시에 대한민국 국적을 취득한 것이 되고 그 후 1949. 10. 1. 이전에 중국으로 이주하여 1949. 10. 1.부로 중국국적을 취득함과 동시에 대한민국 국적을 상실한 것으로 볼 것이므로, 청구인이 국적회복허가 요건을 충족하기 위해서는 국내 제적등본상 청구인 자신에 대한 기록은 존재하지 않고 청구인이 자신의 부라고 주장하는 ○○○(◈◈◈)의 기록만 존재하는 상황에서 중국정부의 공부에 기록된 청구인의 부 ○○○(◈◈◈)가 국내 공부에 기록된 ○○○(◈◈◈)와 동일인임이 입증되어야 할 것이기에 이에 대하여 살펴본다.

피청구인은 ○○○에 대한 국내의 공부와 중국정부의 공부 간에 생년월일이 16년 이상 차이가 나고, 청구인이 중국정부의 공부에 기록된 1918. 4. 3.을 ○○○의 실제 생년월일이라고 진술한데 반해 청구인과 사촌관계인 ▹▹▹은 ○○○가 ▹▹▹의 모인 ▸▸▸(1931. 4. 1.생)의 동생이라고 진술하는 등 청구인 측의 ○○○의 인적사항에 대한 진술이 상호 모순되는 등 청구인은 본인이 대한민국 국민이었던 사실을 충분히 입증하였다고 보기 어렵다는 취지로 주장하나, 위 인정사실에 따르면, ○○○에 대한 국내의 공부와 중국정부의 공부 상 한자이름이 ◈◈◈로 서로 같은 점, 주식회사 휴먼패스의 2011. 7. 29.자 유전자 시험성적서에 따르면 청구인과 *** 간에 혈연관계가 성립함을 알 수 있고 중국 영길현 공안국 화피창진파출소의 2014. 5. 23.자 증명서에 따르면 위 ***은 □□□(□□逢)의 자로서 △△△(△△奎)와 친형제 사이인데 위 △△△(△△奎, 국내 공부인 제적등본 상 △△圭의 한문성명 오기로 보임)는 국내 공부인 제적등본 상 ○○○(◈◈◈)의 조카로 기록되어 있으므로 중국정부의 공부에 기록된 청구인의 부 ○○○(◈◈◈)가 국내 공부에 기록된 ○○○(◈◈◈)와 동일인임을 추정할 수 있는 점, 청구인의 부가 중국으로 이주할 무렵은 중국이 국공내전과 신생정부수립에 즈음한 시기로 사회적·행정적 상

황이 안정적이지 못하였을 것이므로 중국측 공부상의 기록이 온전하리라고 기대하기 어려워 생년월일 등 청구인의 부의 인적사항에 오류가 있을 수 있는 점, 청구인과 사촌관계라고 주장하는 인우보증인 ▲▲▲이 '인우보증인의 외삼촌인 청구인의 부 ○○○가 1939년경 중국으로 이주하였음을 인우보증인 본인의 모인 ▶▶▶(1931. 4. 1.생)으로부터 들은 사실'이 있다고 진술하고 있는 점 등을 종합적으로 고려할 때, 비록 국적회복허가 신청자에 대한 국적회복요건의 심사와 판단에 있어 피청구인에게 일정한 범위의 재량권이 인정된다고 하더라도 중국정부의 공부에 기록된 청구인의 부 ○○○(◈◈◈)가 국내 공부에 기록된 ○○○(◈◈◈)와 동일인임을 청구인이 충분히 입증하지 못하였다는 피청구인의 주장과 그에 기초한 이 사건 처분의 사유를 인정할 수 없으므로, 청구인이 서류미비, 요건미비, 입증부족 등「국적법」제9조의 요건을 갖추지 못하였다는 사유로 피청구인이 청구인에게 한 이 사건 처분은 위법·부당하다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 있으므로 청구인의 청구를 받아들이기로 하여 주문과 같이 재결한다.

4 2014-03528 체류자격변경허가 거부처분 취소청구(재결일 : 2014. 7. 1.)

【사건의 쟁점】

청구인의 혼인파탄에 전 배우자 ○○○에게 주된 귀책사유가 있는지 여부

【재결요지】

창원지방법원의 2012. 6. 8.자 조정조서에 배우자 ○○○의 귀책사유로 이혼한다고 되어 있으나 이러한 사실만으로 곧바로 그 혼인파탄의 귀책사유가 전적으로 배우자에게 있다고 단정하기 어려운 점, 청구인의 가정폭력 피해 상담이 피해의 발생당시가 아닌 이혼조정 성립일 이후에 이루어진 것이어서 혼인파탄의 귀책사유가 ○○○에게 있다는 객관적이고 구체적인 정황을 파악하기 어려운 점, 외국인의 체류관리를 공정하고 적정하게 하여야 할 공익이 청구인이 받을 불이익보다 작다고 볼 수도 없는 점 등을 고려할 때, 이 사건 처분은 위법·부당하다고 할 수 없음

【재결의 의미】

법원의 조정조서에 청구인 배우자의 귀책사유로 이혼한다고 기재되어 있다고 하더라도 곧바로 혼인파탄의 귀책사유가 전적으로 동 배우자에게 있다고 단정하기 어렵다고 본 사례

주 문 청구인의 청구를 기각한다.

청구취지 피청구인이 2013. 10. 15. 청구인에게 한 체류자격변경허가 거부처분을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

청구인은 베트남 국적자로서 2009. 9. 1. 대한민국 국민인 청구외 ○○○과 혼인신고를 한 후 2009. 11. 28. 거주(F-2) 체류자격으로 대한민국에 입국하여 체류를 하다가, 2011. 11. 15. 이혼소송을 제기하여 2012. 6. 8. 창원지방법원의 이혼조정의 성립으로 이

혼하였고, 이후 2013. 5. 23. 피청구인에게 결혼이민(F-6) 체류자격에서 영주(F-5) 체류자격으로 체류자격변경허가를 신청하였으나, 피청구인은 2013. 10. 15. 청구인에게 혼인파탄에 대한 전 배우자의 귀책사유에 대한 객관적인 증빙자료 미흡을 사유로 체류자격변경허가 거부처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

청구인은 남편의 귀책사유로 인하여 법원의 이혼조정을 통해 이혼하였고, 대한민국에서 행복한 삶을 살고자 한국어능력시험 2급을 취득하였는데, 피청구인이 이 사건 처분을 함에 있어 이러한 사정을 고려하지 않아 재량권의 기초가 되는 사실을 오인하였고, 피청구인이 이 사건 처분을 하면서 청구인에게 사전통지를 하거나 의견제출의 기회를 부여하지 않아 절차상 하자가 있으며, 이 사건 처분으로 청구인이 받을 불이익이 공익에 비해 지나치게 크므로 이 사건 처분이 재량권을 일탈·남용한 것이기에 피청구인의 이 사건 처분은 위법·부당하다.

3. 피청구인 주장

체류자격 변경허가여부는 체류자격변경 신청자의 적격성, 체류목적, 공익상의 영향 등을 참작하여 결정하는 피청구인의 재량행위이고, 영주(F-5) 체류자격으로의 체류자격변경허가는 대한민국 국적을 취득하는 것과 유사한 지위를 부여하는 것이므로 해당 체류자격의 구비여부를 더욱 엄격하게 보아야 할 것인데, 청구인이 국민인 ○○○과 이혼함에 있어 혼인파탄의 귀책사유가 ○○○에게만 있다고 할 수 없고,「행정절차법」제3조 및 같은 법 시행령 제2조에 따르면 외국인의 출입국·귀화 등에 관한 사항에 대하여는「행정절차법」을 적용하지 아니한다고 되어 있어 피청구인이 이 사건 처분을 함에 있어 청구인에게 사전통지를 하거나 의견제출의 기회를 부여하지 않아도 되나 피청구인은 청구인에게 본인에게 유리한 자료를 제출할 수 있도록 상세히 설명하고 배우자의 귀책사유에 관한 객관적인 자료의 제출을 요구하는 등 충분한 안내를 하였으므로 피청구인의 이 사건 처분은 적법·타당하다.

4. 관계법령

출입국관리법 제10조, 제17조, 제24조, 제92조

출입국관리법 시행령 제12조, 제30조, 제33조, 제96조, 별표 1

행정절차법 제3조

행정절차법 시행령 제2조

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 등록외국인기록표, 동향조사활동보고서, 체류자격변경허가 신청서, 법원 조정조서, 혼인관계증명서, 상담사실 확인서, 개인별 출입국 현황, 외국인체류 안내매뉴얼, 체류기간연장등 불허결정통지서 등 각 사본의 기재내용을 종합하여 보면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인(여, 19--. -. --.생)은 베트남 국적자로서 2009. 9. 1. 대한민국 국민인 청구외 ○○○(남, 19--. -. --.생)과 혼인신고를 한 후 2009. 11. 28. 거주(F-2) 체류자격으로 대한민국에 입국하여 현재까지 체류하고 있는 자이고, 서울특별시 종로구청장의 2014. 1. 27. 자 위 ○○○에 대한 혼인관계증명서에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

구분	상세내용
혼인	[혼인신고일] 2007. 2. 23. [배우자, 배우자의 국적] ***, 중화인민공화국
이혼	[이혼조정성립일, 조정법원] 2008. 2. 4., 창원지방법원 [배우자] *** [신고일, 신고인] 2008. 3. 24., ***
혼인	[혼인신고일] 2009. 9. 1. [배우자, 배우자의 국적] 청구인, 베트남
이혼	[이혼조정성립일, 조정법원] 2012. 6. 8., 창원지방법원 [배우자] 청구인 [신고일, 신고인] 2012. 8. 27., 청구인

나. 청구인은 2011. 11. 15. 창원지방법원에 위 ○○○를 피고로 이혼소송을 제기하였고, 창원지방법원에서 2012. 6. 8. 청구인과 ○○○의 출석 하에 이혼조정이 성립되어 이혼을 하였는데, 위 ○○○이 같은 법원에 제출한 2012. 2. 29.자 준비서면 및 창원지방법원의 2012. 6. 8.자 조정조서의 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

□ 창원지방법원의 2012. 6. 8.자 조정조서의 조정조항

○ 원고(청구인)와 피고(배우자 ○○○)는 피고의 귀책사유로 이혼한다.

○ 원고와 피고는 앞으로 상대방에 대하여 이 사건 이혼과 관련하여 위자료, 재산분할 등 일체의 재산상 청구를 하지 아니한다.

○ 소송비용 및 조정비용은 각자의 부담으로 한다.

□ ○○○이 창원지방법원에 제출한 2012. 2. 29.자 준비서면

- 청구인은 한국음식이 맛이 없다며 수시로 고깃집 등에서 외식을 하였고, 새 옷과 새 신발을 사 달라고 하여 사주게 되면 몇 번 입거나 신은 후에는 버리는 등 사치가 심하였음
- 청구인은 직장을 가진 후 처음에는 저녁 7~8시에 귀가를 하였으나, 2~3개월 후부터는 새벽 2~3시에 퇴근을 하는 것이었고, 수시로 베트남 남자로부터 문자메시지나 전화가 오는 등 가정을 소홀히 하였음
- 위와 같은 청구인의 행태를 보다 못한 본인 ○○○과 본인의 누나 및 모친이 타일렀으나, 청구인은 오히려 무단가출한 후 돌아오지 않아 이혼 소장을 제출한 것임
- 청구인은 직장생활로 월 120만원을 번 후 그 중 40만원을 베트남으로 보내고 살림에 보탠 돈은 전혀 없으며, 베트남을 2회 방문하는데 500만원 상당의 비용이 소요됨
- 본인은 매월 250만원 정도의 월급을 받아왔으므로 무능력하지도 않고, 청구인에게 매월 30만원의 용돈을 주어 한국어학교에 다니게 함
- 본인의 누나와 모친이 청구인을 타이르는 과정에서 청구인이 도리어 신경질적으로 본인의 누나에게 대들었을 뿐 본인의 누나가 청구인을 폭행한 사실이 없음

다. 그 후 청구인은 2013. 5. 23. 피청구인에게 「출입국관리법」 제10조 및 제24조, 「출입국관리법 시행령」 제12조 및 별표 1의 제28호의3 파목 등에 따라 결혼이민(F-6) 체류자격에서 영주(F-5) 체류자격으로 체류자격변경허가를 신청하였다.

라. 청구인의 위 체류자격변경허가 신청에 따라 피청구인 소속 직원이 2013. 9. 12. 청

구인에 대해 조사한 후 작성한 2013. 9. 13.자 동향조사활동 보고서에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

□ 입국 및 신청 경위

○ 청구인은 대한민국 국민인 ○○○과 혼인한 후 2009. 11. 28. 대한민국에 입국하여 체류하던 중 ○○○의 경제적 무능, 무관심 및 시댁식구(시모, 시누이)의 폭력행사 등으로 2011년 7월경 가출, 2011. 11. 15. 이혼소송을 제기하여 2012. 6. 8. ○○○의 귀책사유로 이혼조정이 성립됨

□ 체류실태

○ 청구인은 가출 후 현재까지 직장을 다니며 홀로 생활하고 있고, 직장 근무시간이 길어 평소 직장을 다니는 것 외에 다른 일은 하지 않고 있으며, 자국 친구들과는 별로 교류가 없다고 함

□ 생계유지능력

○ 직장 및 직업: '◈◈통신(간판명 '◇◇통신')', 핸드폰 판매 및 관리(주로 외국인 상대)

○ 월 급여: 200만원

□ 한국어 능력 등 기본소양

○ 실태조사 시 통역이 필요 없을 정도로 한국어 구사능력(읽기, 말하기 등) 우수함

○ 공휴일 등에 대해서도 대체적으로 잘 알고 있음

□ 범법사항

○ 해당사항 없음

□ 기타

○ 조정조서 상 혼인파탄의 귀책사유가 ○○○에게 있기는 하나 그 귀책사유를 입증할 객관적인 자료(경찰 신고, 상해 사진 등)를 제출하라고 하였으나 청구인은 위 자료가 따로 없다며 제출하지 않음

□ 조사의견

○ 상기 내용을 종합해 본 바, 청구인은 일정한 직업을 가지고 있고 한국어 능력이 우수한 등 체류실태 상 특이사항을 발견할 수 없음

○ 다만, 청구인은 창원지방법원의 조정조서 내용을 제외하고 명백히 혼인파탄의 귀책사유가 ○○○에게 있다는 객관적인 증거를 제출하지 않았으므로 이를 참조하여 허가여

부를 결정함이 좋겠음

마. 피청구인은 2013. 10. 15. 청구인에게 혼인파탄에 대한 전 배우자의 귀책사유에 대한 객관적인 증빙자료 미흡을 사유로 「출입국관리법 시행령」 제33조에 따라 2013. 12. 1.을 출국기한으로 하는 이 사건 처분을 하였다.

바. 법무부 출입국·외국인정책본부의 2013년 10월 '외국인체류 안내매뉴얼'에는 영주(F-5) 체류자격(동포 제외)과 관련하여 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

□ 활동범위

○ 체류자격의 구분에 따른 활동의 제한을 받지 않음

○ 1회에 부여할 수 있는 체류기간 상한 없음

○ 체류자격외 활동 및 근무처의 변경·추가는 해당사항 없음

□ 체류자격 변경허가

○ 허가대상: 국민의 배우자로서 대한민국에 2년 이상 체류하고 있는 사람

○ 허가요건: 결혼이민(F-6, 기존 F-2-1)자격을 소지하고 대한민국에 2년 이상 체류하고 있는 국민의 외국인 배우자로서 한국인 배우자와의 이혼의 귀책사유가 한국인 배우자에게 있음을 증명할 수 있는 경우에 해당하는 사람으로서 품행이 단정하고, 대한민국에 계속 거주하는데 필요한 국어능력 등 기본소양을 갖출 것

○ 제출서류: 귀책사유가 없음을 증명하는 서류(법원의 판결문 등 공적서류)

사. 청구인이 피청구인에게 제출한 부산광역시 북구 소재 사단법인 여성문화인권센터 부설가정폭력상담소의 2013. 4. 10.자 가정폭력 피해 상담사실 확인서에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

○ 피해자: 청구인

○ 가해자: 전 배우자 ○○○

○ 피해내용: 2009. 9. 1. ○○○과 결혼한 후 대한민국으로 오게 되었고 결혼생활 6개월 후부터 ○○○은 가정생활에는 관심이 없고 부부관계도 하지 않았으며 청구인이 아르바이트

일을 나가면 외도를 의심하면서 청구인에게 욕설과 냉대를 매일 하였고, 시누이조차도 청구인에게 옷을 벗기고 때리곤 해서 도저히 결혼생활을 지속할 수 없어 2011. 11. 15. 이혼소송을 제기한 결과 2012. 6. 8. ○○○의 귀책사유로 이혼조정이 성립되었음. 비록 ○○○과 이혼은 하였지만 대한민국에서 생활하여야 하겠기에 계속 체류할 수 있도록 허락해 주시면 감사하겠음

○ 입증방법: 본 가정폭력 피해 상담사실 확인서

아. 청구인이 우리 위원회에 제출한 인우보증서의 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

□ 청구인의 친구 ▲▲▲의 2013. 4. 25.자 탄원서

○ 탄원인 ▲▲▲은 2006년 대한민국 국민과 혼인하고 대한민국에 입국한 후 귀화하여 대한민국 국민으로 살고 있으며, 청구인과는 같은 베트남 출생으로 핸드폰 매장에서 일할 때 알게 되어 친하게 지낸 친구사이임

○ 청구인은 전 배우자가 청구인에게 관심도 없고 대화를 시도하여도 짜증을 내면서 무시하여 매우 힘들다는 하소연을 많이 하였음

○ 청구인은 청구인의 시누이 및 시어머니가 새벽에 찾아와서 청구인을 괴롭히고 폭행하였다고 울면서 하소연한 적이 있음

○ 청구인은 전 배우자의 마음이 변할 것을 기대하면서 2년 동안 온갖 수모와 구타를 당하다가 결국 2012년에 남편의 귀책사유로 이혼판결을 받았다고 들었음

○ 청구인은 대한민국에서 생활하면서 범법행위 한번 한 적이 없었고, 핸드폰 매장에서 일할 때 열심히 하는 모습에 고객들이 많이 찾아왔음

□ 청구인의 근무처인 통신기기 판매대리점 ◇◇통신 사장 ▼▼▼의 2014. 6. 16.자 사실확인서

○ 청구인이 대한민국에 입국한 지 얼마 안 되었을 때부터 같이 일을 해 왔음

○ 청구인이 전 배우자와 함께 위 ◇◇통신에 휴대폰을 구매하기 위해 방문했을 때 한국말은 서툴렀지만 당차고 밝게 잘 웃는 모습이 괜찮아 보여서 전 배우자의 의사를 물어보았는데 흔쾌히 승낙하여 채용하게 되었음

○ 청구인은 입국 초기에 밝고 착하게 행동하였고, 시어머니와 남편과 잘 통하여 대한민국에서 오래살고 싶다며 한국말을 열심히 공부하였음

○ 입국 후 얼마 지나지 않아 배를 몹시 아파했는데 전 배우자는 병원에도 데려가지 않았

었고, 나중에 물어 알게 된 사실은 전 배우자가 청구인에게 처음엔 잘 대해 주는 것 같더니 얼마 지나지 않아 저녁이면 거의 술 마시러 나가서 늦게 귀가하고 귀가 후에도 툭하면 욕설이나 하고 심할 땐 손찌검도 하였다는 것임

○ 전 배우자는 청구인에게 생활비를 준 적이 없고 청구인의 병원비도 주지 않았으며, 베트남으로의 생활비 송금도 청구인이 혼자 부담하였고, 청구인이 베트남 방문 시 전 배우자는 동행을 거부하고 방문경비도 전혀 제공하지 않았음

○ 청구인이 베트남을 방문하고 돌아온 지 얼마 안 되었을 때 시어머니와 전 배우자로부터 욕설과 구타를 당하여 목과 손목 등에 상처가 난 것을 본 적도 있는데 계속된 그런 생활로 청구인이 버티기 힘들었을 것임

○ 전 배우자가 위 ◇◇통신을 찾아와서 청구인을 대한민국에 데려오는데 들어간 돈이 얼만데 그냥 안 두겠다며 협박하고 욕설을 한 적도 있음

자. 피청구인이 우리 위원회에 제출한 청구인의 최초 입국일인 2009. 11. 28.부터 ○○○이 창원지방법원에 준비서면을 제출한 2012. 2. 29.까지의 청구인에 대한 개인별 출입국 현황에 따르면, 청구인은 2009. 11. 28. 대한민국에 입국하였고, 2011. 3. 9. 출국하여 2011. 3. 24. 재입국하였다고 되어 있다.

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령

1)「출입국관리법」제10조제1항에 따르면 입국하려는 외국인은 대통령령으로 정하는 체류자격을 가져야 한다고 되어 있고, 같은 법 제17조제1항에 따르면 외국인은 그 체류자격과 체류기간의 범위에서 대한민국에 체류할 수 있다고 되어 있으며, 같은 법 제24조제1항에 따르면 대한민국에 체류하는 외국인이 그 체류자격과 다른 체류자격에 해당하는 활동을 하려면 미리 법무부장관의 체류자격 변경허가를 받아야 한다고 되어 있고, 같은 법 제92조 및 같은 법 시행령 제96조에 따르면 법무부장관은 체류자격 변경허가에 관한 권한을 사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장에게 위임하도록 되어 있다.

2)「출입국관리법 시행령」제12조에 따르면 법 제10조제1항의 규정에 의한 외국인의 체류자격은 별표 1과 같다고 되어 있고, 같은 시행령 제30조제1항에 따르면 법 제24조제1항의 규정에 의한 체류자격변경허가를 받고자 하는 자는 체류자격변경허가신청서에 법무부령이

정하는 서류를 첨부하여 사무소장 또는 출장소장에게 제출하여야 한다고 되어 있으며, 같은 시행령 제33조제1항·제2항에 따르면 법무부장관은 제29조부터 제31조까지의 규정에 따른 허가 등을 하지 아니할 때에는 신청인에게 체류기간 연장 등 불허결정 통지서를 발급하여야 하고, 제1항의 체류기간 연장 등 불허결정 통지서에는 그 발급일부터 14일을 초과하지 아니하는 범위에서 출국기한을 분명하게 밝혀야 한다고 되어 있고, 같은 시행령 별표 1의 제28호의3에 따르면 체류자격(기호)이 '영주(F-5)'인 경우 체류자격에 해당하는 자 또는 활동범위는 '법 제46조제1항 각 호의 강제퇴거 대상이 아닌 사람으로서 국민 또는 영주(F-5) 체류자격을 가진 사람의 배우자 또는 미성년 자녀로서 대한민국에 2년 이상 체류하고 있는 사람 중 생계유지 능력, 품행, 기본적 소양 등을 고려한 결과 대한민국에 계속 거주할 필요가 있다고 법무부장관이 인정하는 사람(나목) 등의 어느 하나에 해당하는 사람'으로 되어 있다.

3)「행정절차법」 제3조 및 같은 법 시행령 제2조에 따르면 해당 행정작용의 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 거칠 필요가 없다고 인정되는 사항과 행정절차에 준하는 절차를 거친 사항으로서 외국인의 출입국·난민인정·귀화·국적회복에 관한 사항에 대하여는「행정절차법」을 적용하지 아니한다고 되어 있다.

나. 판 단

청구인은 피청구인이 이 사건 처분을 함에 있어 사실을 오인하였고, 재량권을 일탈·남용하였기에 피청구인의 이 사건 처분은 위법·부당하다는 취지로 주장하므로 살펴본다.

살피건대, 체류자격변경허가는 국내에 입국하여 체류하는 외국인에 대하여 당초 체류자격부여 시 인정했던 국내에서 활동할 수 있는 범위를 변경하는 권한을 부여하는 일종의 설권적 처분으로 국가의 주권행사와도 관계되는 점을 고려하면 체류자격변경의 허가권자는 체류자격변경 신청자의 적격성, 체류목적, 공익상의 영향 등을 참작하여 체류자격변경을 허가할 것인지의 여부를 결정할 수 있는 광범위한 재량을 가진다 할 것이므로 허가권자의 체류자격변경신청에 대한 거부행위가 잘못된 사실관계에 근거하여 행하여졌거나 비례의 원칙 또는 평등의 원칙 등에 위배되지 아니하는 한 재량권을 일탈·남용한 행위라 보기는 어려울 것인바, 청구인이 영주(F-5) 체류자격으로 변경허가를 받기 위해서는 법무부 출입국·외국인정책본부의 외국인체류 안내매뉴얼에 기재된 '이혼의 귀책사유가 한국인 배우자에게 있음을 증명할 수 있는 경우'라는 영주(F-5) 체류자격(동포 제외) 변경허가요

건을 충족하여야 하는데, 위 인정사실에 따르면, 피청구인 소속 직원의 2013. 9. 13.자 동향조사활동 보고서에 '청구인은 창원지방법원의 조정조서 내용을 제외하고 명백히 혼인파탄의 귀책사유가 ○○○에게 있다는 객관적인 증거를 제출하지 않았음'이라고 기재되어 있고, 창원지방법원의 2012. 6. 8.자 조정조서에 배우자 ○○○의 귀책사유로 이혼한다고 되어 있으나 이러한 사실만으로 곧바로 그 혼인파탄의 귀책사유가 전적으로 배우자에게 있다고 단정하기 어려우며, 사단법인 여성문화인권센터 부설가정폭력상담소의 2013. 4. 10.자 가정폭력 피해 상담사실 확인서에 따르면 청구인의 가정폭력 피해상담이 피해의 발생당시가 아닌 이혼조정 성립일 이후에 이루어진 것이고 청구인이 주장하는 피해내용 또한 ○○○과 이혼에 이르게 된 경위를 설명한 후 체류자격에 관해 선처를 바란다는 희망을 표현한데 불과하여 혼인파탄의 귀책사유가 ○○○에게 있다는 객관적이고 구체적인 정황을 파악하기 어려운 점, 외국인의 체류관리를 공정하고 적정하게 하여야 할 공익이 청구인이 받을 불이익보다 작다고 볼 수도 없는 점, 그 밖에 피청구인이 이 사건 처분을 함에 있어 사실관계를 오인하거나 현저히 재량권을 그르치는 등 재량권을 일탈·남용하였다고 볼만한 사정도 보이지 않는 점 등을 종합적으로 고려해 볼 때, 혼인파탄에 대한 전 배우자의 귀책사유에 대한 객관적인 증빙자료 미흡을 사유로 피청구인이 청구인에게 한 이 사건 처분이 위법·부당하다고 할 수 없다.

한편, 청구인은 피청구인이 이 사건 처분을 하면서 청구인에게 사전통지를 하거나 의견제출의 기회를 부여하지 않아 절차상 하자가 있으므로 이 사건 처분은 위법·부당하다고 주장하나, 「행정절차법」 제3조 및 같은 법 시행령 제2조에 따르면, 해당 행정작용의 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 거칠 필요가 없다고 인정되는 사항과 행정절차에 준하는 절차를 거친 사항으로서 외국인의 출입국·귀화 등에 관한 사항에 대하여는 「행정절차법」을 적용하지 아니한다고 되어 있어 피청구인이 이 사건 처분을 할 때에 청구인에게 반드시 사전통지를 하거나 의견제출의 기회를 부여하여야 하는 것은 아니므로, 청구인의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 청구인의 청구를 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

5 2014-04234 사단법인 설립허가 거부처분 취소청구(재결일 : 2014. 5. 13.)

【사건의 쟁점】

청구인의 대표자 ○○○에게 이 사건 사단법인의 설립을 위한 발기인 총회 및 창립총회 소집·개최 권한이 없는지 여부

【재결요지】

비영리법인의 설립허가를 받고자하는 자가 주무관청에 제출하여야 하는 법인설립허가신청서 및 제반 구비서류에 관한「문화체육관광부 및 문화재청 소관 비영리법인의 설립 및 감독에 관한 규칙」제3조의 규정은 주무관청이 비영리법인 설립허가에 대한 재량권을 행사함에 있어서 판단의 근거로 삼을 수 있도록 비영리법인이 갖추어야 할 최소한의 기준을 규정한 것이므로 비영리법인의 설립허가 신청에 필요한 모든 서류를 제출하였다고 하여 주무관청이 마땅히 이를 허가하여야 하는 것은 아니고, 이 사건의 경우 청구인의 대표자인 ○○○이 이 사건 사단법인의 설립을 위한 발기인 총회 및 창립총회를 소집·개최하고 교인총회의 참석 및 의결에 관한 권한을 324명으로부터 위임받아 행사한 사실과 위 ○○○이 대한예수교장로회총회의 '헌법'에 따른 예수교장로회 ▸▸▸노회 재판국의 2013. 12. 18.자 판결로 목사직에서 '면직'처분을 받은 사실을 각각 확인할 수 있는데, 위 ○○○이 목사직을 상실하여 대표권이 없는 이상 이 사건 사단법인의 설립허가 신청은 사단법인 설립요건을 충족하지 못한 절차상 하자가 있는 것으로 보아야 함

【재결의 의미】

목사직 상실로 대표권이 없는 자가 한 이 사건 사단법인의 설립허가 신청은 사단법인 설립요건을 충족하지 못한 절차상 하자가 있다고 본 사례

주 문 청구인의 청구를 기각한다.

청구취지 피청구인이 2014. 2. 19. 청구인에게 한 사단법인 설립허가 거부처분을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

청구인은 2014. 1. 24. 피청구인에게 **광역시 *구 ***동 1130-7 소재 청구외 대한예수교장로회 △ △ △교회(이하 '이 사건 교회'라 한다) 소유의 재산을 기본재산 및 운영재산으로 하고, 신앙활동, 종교 교리의 전파, 종교간 연합활동 등을 목적으로 하는 (가칭)사단법인 ▲ ▲ ▲ ▲ ▲교회(이하 '이 사건 사단법인'이라 한다)의 설립허가를 신청하였으나, 피청구인은 2014. 2. 19. 청구인에게 「민법」 제68조부터 제72조까지의 규정에 따른 총회를 개최함에 있어 권한이 없는 자의 소집으로 사단법인 설립요건을 충족하지 못한 절차상 하자가 있다는 이유로 사단법인 설립허가를 거부(이하 '이 사건 처분'이라 한다)하였고, 이에 청구인이 2014. 2. 21. 이의신청을 하자 피청구인은 2014. 2. 26. 청구인에게 동 이의신청을 받아들이지 않는다는 취지의 회신을 하였다.

2. 청구인 주장

가. 처분이유의 위법·부당성

청구인의 대표자 ○○○ 외 8명은 이 사건 사단법인의 설립을 위한 발기인 총회를 개최하고 그 결과에 따라 위 ○○○ 외 358명이 창립총회를 개최하여 이 사건 사단법인을 설립하기로 의결하는 등 어떠한 절차상 하자도 없었으며, 청구인은 피청구인에게 사단법인 설립허가 신청에 필요한 모든 서류를 제출하였으므로 피청구인은 이 사건 사단법인의 설립을 허가하여야 마땅하고, 피청구인이 이 사건 처분에 대한 청구인의 이의신청을 받아들이지 않기로 하면서 제시한 처분이유가 이 사건 처분의 이유와 기본적 사실관계가 동일하지 않는 등 피청구인의 이 사건 처분이 위법·부당하다.

나. 재량권의 일탈·남용

이 사건 사단법인은 목적과 사업이 실현 가능하고 목적하는 사업을 수행할 수 있는 충분한 능력이 있으며 재정적 기초가 확립되어 있는 점, 청구인의 대표자 ○○○이 받은 목사직 면직 판결은 무효로 보아야 하는 점 등을 종합할 때 특별한 사정이 없는 한 피청구인이 설립허가를 하여야 함에도 피청구인이 이 사건 처분을 하면서 사단법인 설립을 위한

창립총회 소집권자에 대한 법리를 오해하였고 설립허가 신청경위 등에 대한 사실의 기초를 결여하였으며 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 재량권을 일탈·남용하였다고 보이므로 이 사건 처분은 위법·부당하다.

다. 비례원칙 위반

이 사건 처분으로 달성하고자 하는 공익에 비하여 이 사건 처분으로 인해 이 사건 사단법인에 소속될 예정인 구성원들 500여명이 입게 될 헌법상 보장된 종교의 자유, 결사의 자유, 행복추구권, 재산권 등의 사익침해가 크므로 이 사건 처분은 비례원칙을 위반한 것이다.

라. 절차적 하자

이 사건 처분은 국민의 권익을 제한하는 처분이고 그 처분의 영향이 청구인에 소속될 예정인 구성원들 500여명을 포함한 지역사회에 광범위하여 이 사건 처분을 하기 전에 「행정절차법」에 따른 당사자 등에 대한 사전 통지, 청문 및 의견청취의 절차를 거쳐야 하나 피청구인이 이러한 절차를 이행하지 않았으므로 이 사건 처분은 위법하다.

마. 신의성실원칙 위반

피청구인 소속 담당자가 청구인에게 이 사건 사단법인의 설립은 허가가 될 것이라고 수차례 약속하였음에도 피청구인이 이 사건 처분을 한 것은 신의성실원칙을 위반한 것이다.

3. 피청구인 주장

가. 처분이유의 적법·타당성

청구인은 이 사건 교회 소유의 재산을 이 사건 사단법인의 기본재산 및 운영재산으로 하고 이 사건 사단법인의 소재지를 이 사건 교회의 소재지로 하고 있으며, 당초 이 사건 교회의 담임목사이던 청구인의 대표자가 대한예수교장로회 ▸▸▸노회 재판국 판결로 목사직에서 면직되었는바, 권한을 상실한 위 대표자 명의로 이 사건 사단법인의 설립을 위한 발기인 총회 및 창립총회를 소집·개최하여 이 사건 교회의 재산권 변동을 포함한 이 사건 사단법인의 설립을 의결한 것은 적법한 소집권자에 의해 총유재산의 변동을 결정하는 교인총회가 개최된 것으로 볼 수 없으므로 사단법인 설립요건을 충족하지 못한 절차상

하자가 있는 것에 해당되기에 이 사건 처분은 적법·타당하다.

나. 재량권의 행사의 적정성

총회의 소집권한이 없는 청구인의 대표자가 소집하여 개최한 총회에서 이 사건 사단법인의 소재지를 이 사건 교회의 소재지로 하고 이 사건 교회 소유의 재산을 이 사건 사단법인의 기본재산 및 운영재산으로 하는 등의 내용을 포함한 이 사건 사단법인의 정관을 의결한 것은 인정될 수 없다 할 것이고, 이러한 절차상 흠결로 인하여 이 사건 사단법인은 '목적하는 사업을 수행할 수 있는 충분한 능력이 있고, 재정적 기초가 확립되어 있거나 확립될 수 있을 것'이라는 「문화체육관광부 및 문화재청 소관 비영리법인의 설립 및 감독에 관한 규칙」 제4조제1항제2호의 비영리법인의 설립허가 요건을 충족하였다고 볼 수 없으므로 피청구인이 이 사건 처분을 함에 있어 재량권을 일탈·남용한 것이 아니다.

다. 비례원칙 준수

피청구인은 이 사건 교회 교인 중 청구인의 대표자를 반대하여 이 사건 사단법인에 속하지 않고 기존의 대한예수교장로회 ▸▸▸노회 소속의 이 사건 교회에 계속 남고자 하는 교인들의 이익도 충분히 고려하여야 하므로 이 사건 처분은 비례원칙을 위반하지 않았다.

라. 적법절차 준수

「문화체육관광부 및 문화재청 소관 비영리법인의 설립 및 감독에 관한 규칙」 제9조에 따르면 주무관청은 「민법」 제38조의 규정에 의하여 법인의 설립허가를 취소하고자 하는 경우에는 청문을 실시하여야 한다고 되어 있는데, 이 사건 처분은 기존 설립된 법인의 설립허가를 취소하는 것이 아니라 신설하려는 법인의 설립허가 신청을 거부하는 것으로 청문실시 대상에 해당되지 않고, 처분의 영향이 광범위하여 널리 의견을 수렴할 필요가 있는 경우도 아니므로 청구인의 이 부분 주장은 타당하지 않다.

마. 신의성실원칙 준수

피청구인 소속 담당자는 법인설립요건이 갖추어지면 허가된다고 한 것이지 이 사건 사단법인이 요건이 갖추어져서 허가가 되는 경우라고 말한 적은 없으므로 청구인의 이 부분 주장은 타당하지 않다.

4. 관계법령

헌법 제10조, 제20조, 제21조, 제23조, 제37조

구 행정절차법(2014. 1. 28. 법률 제12347호로 개정되어 2014. 3. 1. 시행되기 전의 것, 이하 같다) 제21조, 제22조, 제23조, 제27조

행정절차법 시행령 제14조의2

행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제30조

민법 제32조, 제40조, 제68조, 제69조, 제70조, 제71조, 제72조, 제73조, 제75조, 제275조, 제276조, 제277조

문화체육관광부 및 문화재청 소관 비영리법인의 설립 및 감독에 관한 규칙 제3조, 제4조, 제9조

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 보충서면, 대한예수교장로회 ▸▸▸노회 재판국 판결문 및 당회장 파송확인서, 청원서, 진정서, 이 사건 사단법인 설립허가 신청서류, 위임장, 이 사건 사단법인 설립허가 신청에 대한 회신서, 이 사건 처분에 대한 이의신청 회신서 등 각 사본의 기재내용을 종합해보면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 2014. 1. 24. 피청구인에게 이 사건 사단법인의 설립허가 신청에 필요한 다음과 같은 내용의 서류를 갖추어 신앙활동, 종교 교리의 전파, 종교간 연합활동 등을 목적으로 하는 이 사건 사단법인의 설립허가를 신청하였다.

- 다 음 -

□ 법인설립허가신청서

○ 신청인: ○○○

○ 법인명: 이 사건 사단법인(소재지: **광역시 *구 **로**번길 **)

※ 도로명주소인 이 사건 사단법인의 소재지는 이 사건 교회의 소재지인 **광역시 *구 ***동 ****-*과 같음

□ 설립발기인의 성명·주민등록번호·주소 및 약력을 기재한 서류

※ 청구인의 대표자인 ○○○ 외 8명의 발기인별로 이름, 주민등록번호, 전화번호, 주소 및 약력이 기재되어 있음

□ 정관

○ 제1조(명칭) 이 사건 법인은 '사단법인 ▲▲▲▲▲교회'라 칭하고, '대한예수교장로회 ▲▲▲▲▲교회'로 표기할 수 있음

○ 제2조(소재지) 본 법인의 사무소는 **광역시 *구 **로**번길 **에 둠

○ 제3조(목적) 신앙활동, 종교 교리의 전파, 종교간 연합활동 등을 주된 목적으로 함

○ 제6조(입회) 본 법인 회원의 입회는 이사회의 결의로 확정함

○ 제10조(회원명부관리) 회원명부는 매년 12월 마지막 주 기준으로 본 정관 제7조, 제8조, 제9조, 제11조에 따라 이사회의 결의로 정리하고, 선거 혹은 회원 투표가 있을 시 이사회의 결의로 회원명부를 정리함

○ 제12조(임원의 종류와 정수) 이사장(당회장) 1명, 이사(당회원) 7명(이사장 포함), 감사 2명, 이사의 수는 이사회의 결의로 조정할 수 있음

○ 제13조(임원의 선임) 임원은 총회에서 선출하고, 그 취임에 관하여 지체없이 주무관청에 보고하여야 하며, 이사장은 이사회의 추천으로 회원총회에서 선출함

○ 제19조(총회의 구성) 총회는 본 법인의 최고의결기관이며 본 법인 총회원으로 구성함

○ 제20조(구분 및 소집) 총회는 정기총회와 임시총회로 구분하며 회장이 이를 소집하고, 총회의 소집은 이사장이 회의 안건과 일시와 장소 등을 명확하게 기록하여 회의 개시 7일 전 교회 주보 또는 게시판(홈페이지)에 공고함

○ 제22조(의결정족수) 총회는 재적회원 과반수의 출석으로 개회하고 출석회원 과반수의 찬성으로 의결하며, 회원의 의결권은 서면으로 위임할 수 있음

○ 제23조(총회의 기능) 기본 재산의 처분 및 취득과 자금의 차입에 관한 사항, 예산 및 결산의 승인 등

○ 제29조(재산의 구분) 본 법인의 재산은 기본재산과 보통재산으로 구분하고, 기본재산은 본 법인 설립 시 출연한 재산과 이사회에서 기본재산으로 정한 재산으로 아래의 재산목록과 같으며, 보통재산은 기본재산 이외의 재산으로 함

○ 제31조(재원) 본 법인의 재원은 회원들의 헌금 및 기타 수입으로 충당함

○ 부칙

- 제1조(시행일) 이 정관은 주무관청의 허가를 받아 법원에 등기를 한 날부터 시행함

- 제2조(경과조치) 이 정관 시행당시 법인설립을 위하여 발기인 등이 행한 행위는 이 정관에 의하여 행한 것으로 봄

※ 정관의 말미에 청구인의 대표자인 ○○○ 외 8명의 발기인들의 기명 날인이 되어 있음

□ 재산목록 및 그 입증서류

※ 이 사건 법인의 재산목록에는 이 사건 교회가 소유자로 등기되어 있는 대지 1,630.1㎡ 및 건물 3,128.01㎡를 포함한 기본재산 28억 9,100만원과 예금주가 이 사건 교회인 보통예금 등 운영재산 1억 1,775만 9,017원 등 총 30억 875만 9,017원으로 기재되어 있음

□ 당해 사업연도분의 사업계획 및 수지예산을 기재한 서류

○ 2014년도 고유목적사업을 위한 예산액은 13억 1,000만원임

※ 이 사건 교회의 '2013년 결산 및 2014년 예산(안)'이 첨부되어 있음

□ 임원 취임예정자의 성명·주민등록번호·주소 및 약력을 기재한 서류와 취임승낙서

※ 임원 취임예정자 명부에 청구인의 대표자인 ○○○ 외 8명의 이름, 주민등록번호, 직위, 임기, 학력, 현직 및 주소가 기재되어 있고, 위 8명의 취임승락서 및 인감증명서가 첨부되어 있음

□ 2014. 1. 10.자 창립발기인총회 관련자료

○ 2014. 1. 7.자 발기인총회 개최공고문

- 일시, 장소: 2014. 1. 9. 20:00, 이 사건 교회 다목적실
- 참석대상: 청구인의 대표자인 ○○○ 외 8명
- 회의목적: 이 사건 사단법인 설립을 위한 창립총회
- 부의안건: 설립취지 채택(안), 사단법인 명칭 제정(안), 정관 제정(안), 임원선임(안), 법인 사업계획서(안)

※ 위 공고문의 발송명의인은 청구인의 대표자인 ○○○으로 되어 있음

○ 발기인 명단

※ 청구인의 대표자인 ○○○ 외 8명의 발기인별로 이름, 주민등록번호, 전화번호, 주소 및 약력이 기재되어 있음

○ 2014. 1. 9.자 발기인총회 부의안건

○ 발기인총회 참석자명부

※ 청구인의 대표자인 ○○○ 외 8명의 발기인별로 이름, 주소, 전화번호가 기재되어 있고, 서명란에 각각 날인이 되어 있음

○ 2014. 1. 9.자 발기인총회 회의록

- 일시, 장소: 2014. 1. 9. 20:00～21:40, 이 사건 교회 다목적실
- 출석위원: 청구인의 대표자인 ○○○ 외 8명
- 결석위원: 없음
- 안건: 설립취지채택(안), 사단법인 명칭제정(안), 정관제정(안), 임원선임(안), 법인사업계획서(안)

※ 회의록의 말미에 청구인의 대표자인 ○○○ 외 8명의 기명 날인이 되어 있음

□ 2014. 1. 20.자 창립교인총회 관련자료

○ 2014. 1. 10.자 교인총회 공고문

- 일시, 장소: 2014. 1. 19. 12:00, 이 사건 교회 3층 본당
- 참석대상: 이 사건 교회 무흠 세례교인
- 회의목적: 이 사건 사단법인 설립을 위한 창립총회
- 부의안건: 설립취지 채택(안), 사단법인 명칭 제정(안), 정관 제정(안), 임원선임(안), 법인 사업계획서(안)

※ 위 공고문의 발송명의인은 청구인의 대표자인 ○○○으로 되어 있음

○ 교인총회 참석통지서

○ 교인총회 부의안건

○ 2014. 1. 19.자 교인총회 참석자명부

- 현장 참석자 35명, 위임장 제출자 324명 등 총 359명

※ 위 위임장 제출자 324명은 청구인의 대표자인 ○○○을 대리인(수임인)으로 하고 2014. 1. 19.자 창립(교인)총회의 참석 및 의결에 관한 권한을 행사하는 행위 일체의 건을 위임하는 내용의 위임장을 각각 제출하였음

○ 2014. 1. 19.자 교인총회 회의록

- 일시, 장소: 2014. 1. 19. 12:00～12:20, 이 사건 교회 본당
- 참석인원: 359명(현장 참석 35명, 위임장 제출 324명)
- 안건: 설립취지선택(안), 사단법인 명칭제정(안), 정관(안), 임원선임(안), 법인사업계획서(안), 기타 안건(있는 경우 상정)

※ 회의록의 말미에 청구인의 대표자인 ○○○ 외 8명의 기명 날인이 되어 있음

○ 교인명부(총회일 현재 명단 및 정리후 명단)

- 이 사건 교회의 재적인원 535명의 명단 첨부

□ 2013. 11. 22.자 통보서 및 접수확인증

○ 2013. 11. 22.자 통보서

- 수신: ▸▸▸노회장
- 발신: 이 사건 교회 당회장 ○○○
- 제목: ▸▸▸노회에 대한 행정보류 통보의 건
- 내용: 이 사건 교회의 ▸▸▸노회에 대한 행정보류를 통보함. 행정보류의 내용은 첨부된 서류를 참조하시기 바람
- 첨부: 당회록, ▸▸▸노회에 대한 행정보류 결의 공고

※ ▸▸▸노회에 대한 행정보류 결의 공고의 말미에 이 사건 교회의 당회장 ○○○ 목사 및 당회원 6명의 장로가 각각 서명함

○ 대한예수교장로회 ▸▸▸노회 서기 ▹▹▹ 목사의 2013. 11. 22.자 접수확인증

- 이 사건 교회 당회의 행정보류 통보서를 접수하였음을 확인함

□ 2013. 12. 26. 국민일보에 게재된 탈퇴공고문

○ 이 사건 교회의 당회장 ○○○ 목사 명의의 2013. 12. 23.자 탈퇴공고문에는 '이 사건 교회는 공동의회 결의로 대한예수교장로회 합동측 총회를 탈퇴함'이라고 기재되어 있음

나. 한편 이 사건 교회 당회장 ▾▾▾ 목사 외 21명 명의로 피청구인에게 제출된 2014. 1. 27.자 청원서에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

○ 제목: 이 사건 사단법인 설립허가 보류 청원

○ 내용

- **광역시 *구 **로**번길 ** 소재 이 사건 교회는 대한예수교장로회 ▸▸▸노회 소속 지교회임
- 5년 전 ○○○ 목사가 제6대 담임목사로 부임하여 왔는데, 3년 전부터 교인들과 갈등이 생겨 상급기관인 노회 재판국에 피소되어 재판을 받은 결과 2013. 12. 18. 목사직 '면직' 처분을 받았음. 목사직 면직처분을 받으면 교회업무를 후임 당회장에게 인계하고 떠나가야 하는데도, ○○○ 목사는 교회를 불법으로 점거하고 같은 문제로 직무정지 당한 장로들과 함께 불법으로 교인총회를 열어 교단탈퇴를 선언하고 이 사건 사단법인 설립을 통해 이 사건 교회의 재산을 탈취하고자 시도하고 있음

- 노회에서 파송된 당회장 ▼▼▼ 목사와 교인들이 울산지방법원에 가처분 소송과 본안 소송을 청구하였기에 위 소송의 결과가 나올 때까지 이 사건 사단법인 설립허가를 보류한 후 법원의 결정에 따라 처리하여 주시기를 청원함

다. 피청구인은 청구인의 위 이 사건 사단법인의 설립허가신청에 대해 「민법」, 「문화체육관광부 및 문화재청 소관 비영리법인의 설립 및 감독에 관한 규칙」, '문화체육관광부 종교법인 관련 행정지침' 등에 따라 허가여부를 판단한 후 2014. 2. 19. 청구인에게 「민법」 제68조부터 제72조까지의 규정에 따른 총회를 개최함에 있어 권한이 없는 자의 소집으로 사단법인 설립요건을 충족하지 못한 절차상 하자가 있다는 이유로 이 사건 처분을 하였다.

라. 이에 대해 청구인이 2014. 2. 21. 이의신청을 하고, 청구인의 대표자 ○○○ 외 58명이 2014. 2. 24. 진정을 하자, 피청구인은 2014. 2. 26. 청구인 및 위 진정인들에게 동 이의신청 및 진정을 받아들이지 않는다는 취지로 다음과 같은 내용의 회신을 하였다.

- 다 음 -

○ 민원인께서는 「민법」 제68조, 제71조, 제72조에 따라 총회가 적법하게 개최되었다고 하나, 같은 법 제69조, 제70조에 따르면 통상총회는 매년 1회 이상 이사가 소집하도록 되어 있고, 임시총회는 이사가 필요하다고 인정한 때 소집할 수 있도록 규정하고 있으며, 같은 법 제70조제2항은 총사원의 1/5이상으로부터 회의의 목적사항을 제시하여 청구한 때에는 이사는 임시총회를 소집하여야 하고, 같은 조 제3항은 전항의 청구가 있은 후 2주간 내에 이사가 총회소집의 절차를 밟지 아니한 때에는 청구한 사원은 법원의 허가를 얻어 이를 소집할 수 있다고 규정하고 있음. 따라서 이러한 절차를 따르지 않고 권한이 없는 자가 개최한 총회에서의 재산권변동 의결은 효력이 없으므로 피청구인이 이 사건 처분을 하였음

마. 이 사건 교회는 대한예수교장로회 ▶▶▶노회 소속 지교회인데, 대한예수교장로회 ▶▶▶노회 재판국의 2013. 12. 18.자 판결문 및 2013. 12. 19.자 당회장 파송확인서에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

□ 2013. 12. 18.자 판결문

○ 원고: 이 사건 교회 소속 △△△외 3명

○ 피고: 이 사건 교회 소속 ○○○(남, **세, 위임목사)

○ ▸▸▸노회 제**회기 재판국은 고소인 △△△외 3명이 고소한 건을 심리한 결과, 예수 그리스도께서 맡기신 그의 직권으로 주문과 같이 판결함

- 주문: 피고 ○○○을 목사직에서 '면직'에 처한다.

- 이유

・피고 ○○○은 ▿▿▿ 외 7명이 **지방검찰청에 고발한 사건에 대한 범죄가 인정되어 '공정증서부실기재 및 동 원본행사'등으로 벌금형 300만원에 약식기소된 것이 정치 제15장제10조제1항 ⑦ '임직서약'을 어긴 점이 인정됨

・피고 ○○○은 고소 상소 소원 건으로 재판국의 4차에 걸친 소환을 받았지만 소환에 불응함으로써 권징조례 제22조를 어겼고, 재판에 관련된 사항을 등사하여 노회원들과 인터넷 신문 등에 배포함으로써 권징조례 제76조를 위반하여 본 재판국을 모욕하는 행위를 범한 것이 인정됨

・본 재판국의 재판 진행 중에 당회에서 행정보류를 결정(2013. 11. 22.)한 것을 본 노회 서기에게 통보한 것은 본 노회에 도전한 것으로 인정됨

○ 따라서 본 재판국은 주 예수그리스도의 이름과 그 직권으로 피고 ○○○에게 주문과 같이 목사의 직에서 '면직'하고, 피고 ○○○은 본 판결 공포 즉시 이 사건 교회 목양실 및 경내에서 즉시 퇴거해야 함

□ 2013. 12. 19.자 당회장 파송확인서

○ 성명·직분: ▾▾▾ 목사

○ 상기인을 2013. 12. 19. 12:00부터 이 사건 교회의 당회장으로 파송하였음을 확인함

바. '문화체육관광부 종교법인 관련 행정지침'에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

○ 같은 행정지침 제2조에 이 지침은 문화체육관광부와 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」(이하 '위임규정'이라 한다) 제30조제1항의 규정에 의하여 문화체육관광부장관으로부터 위임받은 특별시·광역시·도 또는 특별자치도(이하 '시·도'라 한다)에 대하여 적용한다고 규정되어 있고,

○ 같은 행정지침 제5조제5호에 주무관청은 법인설립허가신청에 대하여 재산관련사항은 원활한 목적사업 수행을 위한 재정 능력 및 법인의 운영을 위한 수입이 보장되어 있는지

여부, 출연재산이 법인설립등기 즉시 법인으로 이전 가능한지 여부와 재산출연 절차상 문제가 없는지, 출연재산의 활용 가능여부 등을 검토, 확인하여야 한다고 규정되어 있음

사. 대한예수교장로회총회의 '헌법'에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

○ 교회의 항존직(恒存職): 교회에 항존할 직원은 장로(감독)와 집사이며, 위 장로는 강도(講道)와 치리를 겸한 목사와 치리만 하는 장로 등 두 반이 있음

○ 목사는 노회의 안수로 임직함을 받아 그리스도의 복음을 전파하고 성례를 거행하며 교회를 치리하는 자니 교회의 가장 중요하고 유익한 직분임

- 위임목사: 한 지교회나 1구역(4지교회까지 좋으나 그 중 조직된 교회가 하나 이상됨을 요함)의 청빙으로 노회의 위임을 받은 목사

○ 당회의 조직: 당회는 지교회 목사와 치리 장로로 조직하되 세례 교인 25명 이상을 요함

○ 당회장: 당회장은 그 지교회 담임목사가 될 것이나 특별한 경우 당회의 결의로 본 교회 목사가 그 노회에 속한 목사 1명을 청하여 대리 회장이 되게 할 수 있음

- 당회장은 목사가 되는 것이므로 어떤 교회에 목사가 없으면 그 교회에서 목사를 청빙할 때까지 노회가 당회장 될 사람을 파송할 것임

○ 각종 명부록: 당회는 입교인 명부(입교연월일 기입) 등 명부록을 비치함

○ 노회 조직: 노회는 일정 지방 안에 모든 목사와 각 당회에서 총대로 세례 교인 200명 미만이면 1명, 200명 이상 500명 미만이면 2명, 500명 이상 1,000명 미만은 3명, 1,000명 이상은 4명씩 파송하는 장로로 조직하되 21당회 이상을 요함

○ 노회 직무: 노회는 각 당회에서 규칙대로 제출하는 헌의와 청원과 상소 및 소원과 고소와 문의와 위탁 판결을 접수하여 처리하며, 재판건은 노회의 결의대로 권징 조례에 의하여 재판국에 위임 처리하게 할 수 있음

○ 제직회: 지교회 당회원과 집사와 권사를 합하여 제직회를 조직하고, 회장은 담임목사가 겸무하고 서기와 회계를 선정함

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령 등

1)「헌법」 제10조에 따르면 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을

추구할 권리를 가지고, 제20조에 따르면 모든 국민은 종교의 자유를 가지며, 제21조에 따르면 모든 국민은 집회·결사의 자유를 가지고, 제23조에 따르면 모든 국민의 재산권은 보장되며, 제37조에 따르면 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니하고 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다고 되어 있다.

2) 구「행정절차법」제21조제1항에 따르면 행정청은 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 처분의 제목(제1호), 당사자의 성명 또는 명칭과 주소(제2호), 처분하려는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거(제3호), 제3호에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리방법(제4호), 의견제출기관의 명칭과 주소(제5호), 의견제출기한(제6호), 그 밖에 필요한 사항(제7호)을 당사자등에게 통지하여야 한다고 되어 있고, 같은 법 제22조제1항에 따르면 행정청이 처분을 할 때 다른 법령등에서 청문을 하도록 규정하고 있는 경우(제1호), 행정청이 필요하다고 인정하는 경우(제2호)의 어느 하나에 해당하는 경우에는 청문을 한다고 되어 있으며, 같은 조 제2항에 따르면 행정청이 처분을 할 때 다른 법령등에서 공청회를 개최하도록 규정하고 있는 경우(제1호), 해당 처분의 영향이 광범위하여 널리 의견을 수렴할 필요가 있다고 행정청이 인정하는 경우(제2호)의 어느 하나에 해당하는 경우에는 공청회를 개최한다고 되어 있고, 같은 조 제3항에 따르면 행정청이 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 할 때 제1항 또는 제2항의 경우 외에는 당사자등에게 의견제출의 기회를 주어야 한다고 되어 있으며, 같은 법 제23조제1항에 따르면 행정청은 처분을 할 때에는 신청 내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우(제1호), 단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우(제2호), 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우(제3호)의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다고 되어 있고, 같은 법 제27조제1항·제4항에 따르면 당사자등은 처분 전에 그 처분의 관할 행정청에 서면이나 말로 또는 정보통신망을 이용하여 의견제출을 할 수 있고, 당사자등이 정당한 이유 없이 의견제출기한까지 의견제출을 하지 아니한 경우에는 의견이 없는 것으로 본다고 되어 있으며,「행정절차법 시행령」제14조의

2에 따르면 행정청은 법 제23조의 규정에 의하여 처분의 이유를 제시하는 경우에는 처분의 원인이 되는 사실과 근거가 되는 법령 또는 자치법규의 내용을 구체적으로 명시하여야 한다고 되어 있다.

3)「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」제30조제1항에 따르면 문화체육관광부장관은「민법」제32조에 따라 설립하였거나 설립하려는 문화체육관광부장관 소관의 비영리법인의 설립허가 및 그 취소, 정관변경허가, 해산신고의 수리, 그 밖의 지도·감독에 관한 권한을 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사 또는 특별자치도지사(법인의 활동범위가 2개 이상의 특별시·광역시·특별자치시·도 또는 특별자치도에 걸치는 비영리법인의 경우에는 해당 법인의 주된 사무소가 소재하는 지역을 관할하는 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사 또는 특별자치도지사를 말한다)에게 각각 위임한다고 되어 있다.

4)「민법」제32조에 따르면 학술, 종교, 자선, 기예, 사교 기타 영리아닌 사업을 목적으로 하는 사단 또는 재단은 주무관청의 허가를 얻어 이를 법인으로 할 수 있다고 되어 있고, 같은 법 제40조에 따르면 사단법인의 설립자는 목적(제1호), 명칭(제2호), 사무소의 소재지(제3호), 자산에 관한 규정(제4호), 이사의 임면에 관한 규정(제5호), 사원자격의 득실에 관한 규정(제6호), 존립시기나 해산사유를 정하는 때에는 그 시기 또는 사유(제7호)의 사항을 기재한 정관을 작성하여 기명날인하여야 한다고 되어 있으며, 같은 법 제68조에 따르면 사단법인의 사무는 정관으로 이사 또는 기타 임원에게 위임한 사항 외에는 총회의 결의에 의하여야 한다고 되어 있고, 같은 법 제69조에 따르면 사단법인의 이사는 매년 1회 이상 통상총회를 소집하여야 한다고 되어 있으며, 같은 법 제70조에 따르면 사단법인의 이사는 필요하다고 인정한 때에는 임시총회를 소집할 수 있고, 총사원의 5분의 1 이상으로부터 회의의 목적사항을 제시하여 청구한 때에는 이사는 임시총회를 소집하여야 하며, 이 정수는 정관으로 증감할 수 있고, 전항의 청구있는 후 2주간내에 이사가 총회소집의 절차를 밟지 아니한 때에는 청구한 사원은 법원의 허가를 얻어 이를 소집할 수 있다고 되어 있고, 같은 법 제71조에 따르면 총회의 소집은 1주간전에 그 회의의 목적사항을 기재한 통지를 발하고 기타 정관에 정한 방법에 의하여야 한다고 되어 있으며, 같은 법 제72조에 따르면 총회는 전조의 규정에 의하여 통지한 사항에 관하여서만 결의할 수 있으나, 정관에 다른 규정이 있는 때에는 그 규정에 의한다고 되어 있고, 같은 법 제73조에

따르면 각 사원의 결의권은 평등으로 하고, 사원은 서면이나 대리인으로 결의권을 행사할 수 있으며, 전2항의 규정은 정관에 다른 규정이 있는 때에는 적용하지 아니한다고 되어 있으며, 같은 법 제75조에 따르면 총회의 결의는 본법 또는 정관에 다른 규정이 없으면 사원 과반수의 출석과 출석사원의 결의권의 과반수로써 하고, 제73조제2항의 경우에는 당해사원은 출석한 것으로 한다고 되어 있고, 같은 법 제275조에 따르면 법인이 아닌 사단의 사원이 집합체로서 물건을 소유할 때에는 총유로 하고, 총유에 관하여는 사단의 정관 기타 계약에 의하는 외에 다음 2조의 규정에 의한다고 되어 있으며, 같은 법 제276조에 따르면 총유물의 관리 및 처분은 사원총회의 결의에 의하고, 각 사원은 정관 기타의 규약에 좇아 총유물을 사용, 수익할 수 있다고 되어 있고, 같은 법 제277조에 따르면 총유물에 관한 사원의 권리의무는 사원의 지위를 취득상실함으로써 취득상실된다고 되어 있다.

5)「문화체육관광부 및 문화재청 소관 비영리법인의 설립 및 감독에 관한 규칙」제3조에 따르면「민법」제32조의 규정에 의하여 법인의 설립허가를 받고자하는 자(이하 '설립발기인'이라 한다)는 별지 제1호서식에 의한 법인설립허가신청서(전자문서로 된 신청서를 포함한다)에 설립발기인의 성명·주민등록번호·주소 및 약력을 기재한 서류(설립발기인이 법인인 경우에는 그 명칭, 주된 사무소의 소재지, 대표자의 성명·주민등록번호·주소와 정관을 기재한 서류) 1부(제1호), 정관 1부(제2호), 재산목록(재단법인에 있어서는 기본재산과 운영재산으로 구분하여 기재하여야 한다) 및 그 입증서류와 출연의 신청이 있는 경우에는 그 사실을 증명하는 서류 각1부(제3호), 당해 사업연도분의 사업계획 및 수지예산을 기재한 서류 1부(제4호), 임원 취임예정자의 성명·주민등록번호·주소 및 약력을 기재한 서류와 취임승낙서 각 1부(제5호), 창립총회회의록 (설립발기인이 법인인 경우에는 법인설립에 관한 의사의 결정을 증명하는 서류) 사본 1부(제6호)를 첨부(전자문서를 포함한다)하여 문화체육관광부장관 또는 문화재청장(권한의 위임이 있는 경우에는 그 위임을 받은 특별시장·광역시장·도지사 및 특별자치도지사를 말한다. 이하 '주무관청'이라 한다)에게 제출하여야 하고, 이 경우 주무관청은「전자정부법」제21조제1항에 따른 행정정보의 공동이용을 통하여 재산목록에 기재된 재산 중 토지 또는 건물의 등기부 등본을 확인하여야 한다고 되어 있고, 같은 규칙 제4조제1항에 따르면 주무관청은 법인설립허가신청의 내용이 법인의 목적과 사업이 실현 가능할 것(제1호), 목적하는 사업을 수행할 수 있는 충분한

능력이 있고, 재정적 기초가 확립되어있거나 확립될 수 있을 것(제2호), 다른 법인과 동일한 명칭이 아닐 것(제3호)의 기준에 적합한 경우에 한하여 이를 허가한다고 되어 있으며, 같은 조 제2항에 따르면 주무관청은 법인설립허가신청을 받은 때에는 특별한 사유가 없는 한 20일 이내에 이를 심사하여 허가 또는 불허가의 처분을 하고, 이를 서면으로 신청인에게 통지하여야 한다고 되어 있고, 같은 규칙 제9조에 따르면 주무관청은 「민법」 제38조의 규정에 의하여 법인의 설립허가를 취소하고자 하는 경우에는 청문을 실시하여야 한다고 되어 있다.

나. 판단

1) 처분이유 등의 위법·부당성 여부

청구인은 어떠한 절차상 하자도 없이 이 사건 사단법인을 설립하기로 의결한 후 피청구인에게 사단법인 설립허가 신청에 필요한 모든 서류를 제출하였으므로 피청구인은 이 사건 사단법인의 설립을 허가하여야 마땅하고 피청구인이 제시한 이 사건 처분의 이유와 이의신청을 받아들이지 않는 이유가 기본적 사실관계를 달리하므로 이 사건 처분은 위법·부당하다는 취지로 주장하나, 관계법령 및 위 인정사실에 따르면, 비영리법인의 설립허가를 받고자하는 자가 주무관청에 제출하여야 하는 법인설립허가신청서 및 제반 구비서류에 관한 「문화체육관광부 및 문화재청 소관 비영리법인의 설립 및 감독에 관한 규칙」 제3조의 규정은 주무관청이 비영리법인 설립허가에 대한 재량권을 행사함에 있어서 판단의 근거로 삼을 수 있도록 비영리법인이 갖추어야 할 최소한의 기준을 규정한 것이므로 비영리법인의 설립허가 신청에 필요한 모든 서류를 제출하였다고 하여 주무관청이 마땅히 이를 허가하여야 하는 것은 아니고, 이 사건의 경우 청구인의 대표자인 ○○○이 이 사건 사단법인의 설립을 위한 발기인 총회 및 창립총회를 소집·개최하고 교인총회의 참석 및 의결에 관한 권한을 324명으로부터 위임받아 행사한 사실과 위 ○○○이 대한예수교장로회총회의 '헌법'에 따른 예수교장로회 ▸▸▸노회 재판국의 2013. 12. 18.자 판결로 목사직에서 '면직'처분을 받은 사실을 각각 확인할 수 있는데, 위 ○○○이 목사직을 상실하여 대표권이 없는 이상 이 사건 사단법인의 설립허가 신청은 사단법인 설립요건을 충족하지 못한 절차상 하자가 있는 것으로 보아야 하고, 피청구인이 청구인의 이의신청을 받아들이지 않으면서 제시한 이유는 이 사건 처분을 하면서 제시한 이유를 보충하여 설명하는 것

일 뿐이어서 양자간에 기본적 사실관계의 동일성이 인정되지 않는다고 볼 수 없으므로, 청구인의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

2) 재량권의 일탈·남용 여부

청구인은 피청구인이 이 사건 처분을 하면서 사단법인 설립을 위한 창립총회 소집권자에 대한 법리를 오해하였고 설립허가 신청경위 등에 대한 사실의 기초를 결여하였으며 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 재량권을 일탈·남용하였다고 보이므로 이 사건 처분은 위법·부당하다는 취지로 주장하나, 현행 법령상 비영리법인의 설립허가에 관한 구체적인 기준이 정하여져 있지 아니하므로 비영리법인의 설립허가를 할 것인지 여부는 주무관청의 정책적 판단에 따른 재량에 맡겨져 있다 할 것이므로, 주무관청의 법인설립 불허가처분에 사실의 기초를 결여하였다든지 또는 사회통념상 현저하게 타당성을 잃었다는 등의 사유가 있지 아니하고, 주무관청이 그와 같은 결론에 이르게 된 판단과정에 일응의 합리성이 있음을 부정할 수 없는 경우에는, 다른 특별한 사정이 없는 한 그 불허가처분에 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다고 할 수 없는바(대법원 1996.9.10. 선고, 95누18437 판결 참조), 위 인정사실에 따르면, 청구인이 설립하고자 하는 이 사건 사단법인은 소재지, 재산, 당해 사업연도분의 사업계획 및 수지예산을 이 사건 교회와 동일하게 하고 있고, 법인 아닌 사단인 이 사건 교회가 재산의 처분 등을 의결하기 위해 개최되는 교인총회(일반적인 사단법인의 '사원총회'에 해당)가 목사직에서 '면직'처분을 받고 그 처분이 무효라고 보기 어려운 청구인의 대표자 ○○○에 의해 소집·개최되었으며, 위 ○○○이 동 교인총회의 참석 및 의결에 관한 권한을 324명으로부터 위임받아 행사하였고, 이 사건 교회 당회장 ▼▼▼ 목사 외 21명이 피청구인에게 2014. 1. 27.자 청원서를 제출하여 '○○○ 목사는 교회를 불법으로 점거하고 같은 문제로 직무정지 당한 장로들과 함께 불법으로 교인총회를 열어 교단탈퇴를 선언하고 이 사건 사단법인 설립을 통해 이 사건 교회의 재산을 탈취하고자 시도하고 있음'이라는 내용의 이 사건 사단법인 설립허가 보류를 청원한 사실을 인정할 수 있는데, 피청구인이 「민법」, 「문화체육관광부 및 문화재청 소관 비영리법인의 설립 및 감독에 관한 규칙」, '문화체육관광부 종교법인 관련 행정지침' 등에 따라 출연재산이 법인설립등기 즉시 법인으로 이전 가능한지 여부와 재산출연 절차상 문제가 없는지, 출연재산의 활용 가능여부 등을 검토, 확인한 후 「민법」 제68조부터 제72조까지의 규

정에 따른 총회를 개최함에 있어 권한이 없는 자의 소집으로 사단법인 설립요건을 충족하지 못한 절차상 하자가 있다는 이유로 이 사건 처분을 하였으므로 피청구인의 이 사건 처분이 사단법인 설립을 위한 창립총회 소집권자에 대한 법리를 오해하였다든지, 사실의 기초를 결여하였다거나 사회통념상 현저하게 타당성을 잃었다는 등의 사유가 있다고 볼 수 없기에, 청구인의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

3) 비례원칙 위반 여부

청구인은 이 사건 처분으로 달성하고자 하는 공익에 비하여 이 사건 처분으로 인해 이 사건 사단법인에 소속될 예정인 구성원들 500여명이 입게 될 헌법상 보장된 종교의 자유, 결사의 자유, 행복추구권, 재산권 등의 사익침해가 크므로 이 사건 처분은 비례원칙을 위반한 것이라고 주장하나, 피청구인이 청구인의 법인설립허가 신청을 받아들이지 아니한 것은 이 사건 사단법인에 대한 법인격 부여만을 거부한 것이지, 청구인의 활동을 금지하거나 위 구성원들이 단체를 구성하여 활동하는 것 자체를 금지시킨 것은 아니므로, 청구인의 법인설립허가 신청을 받아들이지 아니한 것을 헌법이 국민에게 보장하고 있는 기본적 권리를 침해한 것이라고 할 수 없기에, 청구인의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

4) 절차적 하자 여부

청구인은 피청구인이 이 사건 처분을 하기 전에 「행정절차법」에 따른 사전통지, 청문 및 의견청취의 절차를 거쳐야 하나 이러한 절차를 이행하지 않았으므로 이 사건 처분은 위법하다는 취지로 주장하나, 관계법령 및 위 인정사실에 따르면, 구 「행정절차법」 제21조제1항에 행정청은 당사자의 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 처분의 제목 등을 당사자등에게 통지하여야 하고, 같은 법 제22조에 행정청이 처분을 할 때 다른 법령 등에서 청문을 하도록 규정하고 있는 경우와 행정청이 필요하다고 인정하는 경우에는 청문을 하며, 행정청이 당사자의 권익을 제한하는 처분을 할 때 당사자등에게 의견제출의 기회를 주어야 하고, 「문화체육관광부 및 문화재청 소관 비영리법인의 설립 및 감독에 관한 규칙」 제9조에는 주무관청은 「민법」 제38조의 규정에 의하여 법인의 설립허가를 취소하고자 하는 경우에는 청문을 실시하여야 한다고 각각 규정되어 있는데, 신청에 따른 처분이 이루어지지 아니한 경우에는 아직 당사자에게 권익이 부여되지 아니하였으므로 특별한 사정이 없는 한 신청에 대한 거부처분이라고 하더라도 직접 당사자의 권익을 제한하는

것은 아니어서 신청에 대한 거부처분을 「행정절차법」에서 규정한 '당사자의 권익을 제한하는 처분'에 해당한다고 할 수 없는 것이므로 이미 설립된 법인에 대한 설립허가를 취소하는 것이 아니라 신설하려는 법인의 설립허가 신청을 거부하는 이 사건 처분이 「행정절차법」에서 정한 절차를 위반하였다고 볼 수 없기에, 청구인의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

5) 신의성실원칙 위반 여부

청구인은 피청구인 소속 담당자가 청구인에게 이 사건 사단법인의 설립은 허가가 될 것이라고 수차례 약속하였음에도 피청구인이 이 사건 처분을 한 것은 신의성실원칙을 위반한 것이라고 주장하나, 위 인정사실에 따르면, 피청구인 소속 담당자가 청구인에게 이 사건 사단법인의 설립은 허가가 될 것이라고 수차례 약속하였다는 사실을 입증할 객관적인 자료나 구체적인 사정이 보이지 않고, 설령 위와 같은 약속이 있었다고 하더라고 이는 이 사건 처분과 관련한 피청구인의 공적 견해를 표명한 것이라고 볼 수 없으므로 피청구인이 '총회를 개최함에 있어 권한이 없는 자의 소집으로 인한 절차상 하자'를 이유로 이 사건 처분을 하였다고 하여 신의성실원칙을 위반하였다고 볼 수 없으므로, 청구인의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

6) 따라서 청구인의 주장은 모두 받아들일 수 없으므로, 청구인이 이 사건 사단법인의 설립을 위해 「민법」 제68조부터 제72조까지의 규정에 따른 총회를 개최함에 있어 권한이 없는 자의 소집으로 사단법인 설립요건을 충족하지 못한 절차상 하자가 있다는 이유로 피청구인이 청구인에게 한 이 사건 처분은 위법·부당하다고 할 수 없다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 청구인의 청구를 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

6 2014-10457 징병신체검사 신체등위 4급 판정처분 및 사회복무요원 소집대상자 병역처분 취소청구(재결일 : 2014. 10. 21.)

【사건의 쟁점】

중등도의 슬개골 연골연화증이 있는 병역의무자에게 징병신체검사 신체등위 4급 판정처분 및 사회복무요원 소집대상자 병역처분을 할 수 있는지

【재결요지】

병사용진단서가 징병검사 시 참고자료가 되기는 하지만 그러한 경우에도 징병전담의사 등은 병사용진단서의 내용에 기속되지 않고 신체검사 및 정밀검사 등을 통해 독자적 판단에 따라 신체등위를 판정하게 되는 점, 중앙신체검사소 징병검사전담의사는 청구인에 대한 MRI 결과, 병사용진단서 등을 종합적으로 검토한 후 청구인에게 중등도의 슬개골 연골연화증이 있다고 보아 신체등위 4급 판정을 한바 이러한 판정에 달리 잘못이나 오류가 있다고 볼만한 객관적·구체적인 사정이 확인되지 않고, 청구인이 제출한 △△병원의 병사용진단서 중 '증상에 대한 소견'과도 그 내용이 일치하는 점, 슬개골 연골연화증은 통상 보존적 치료를 시행하고 무릎관절에 영구적 장애를 남기는 경우는 거의 없는 질환으로서 청구인이 출·퇴근하는 사회복무요원으로 근무하는 것조차 불가능한 정도의 신체장애가 있다고 보기는 어려움

【재결의 의미】

중등도의 슬개골 연골연화증은 「징병신체검사 등 검사규칙」에 따라 신체등위 4급에 해당하는 질환으로서 징병검사전담의사의 판정에 오류가 있다고 볼만한 객관적·구체적인 입증자료가 없는 한 이러한 판정을 신뢰해야 함

주 문 청구인의 청구를 모두 기각한다.

청구취지 피청구인이 2014. 5. 19. 청구인에게 한 징병신체검사 신체등위 4급 판정처분 및 사회복무요원 소집대상자 병역처분을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

청구인은 2009. 2. 16. 피청구인으로부터 징병신체검사 신체등위 4급 판정처분 및 공익근무요원 소집대상자 병역처분을 받은 후 2014. 4. 15. '우측 슬관절 활막염, 우측 슬개골 탈구 및 대퇴슬개관절부정정열증후군'을 이유로 피청구인에게 병역처분 변경원을 제출하였고, 중앙신체검사소 징병검사전담의사는 2014. 5. 15. 청구인에게 중등도의 슬개골 연골연화증이 있다는 이유로 신체등위 4급 판정을 하였으며, 이에 피청구인은 2014. 5. 19. 청구인에게 징병신체검사 신체등위 4급 판정처분 및 사회복무요원 소집대상자 병역처분(이하 '이 사건 처분들'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

청구인은 난시, 수핵돌출, 반월상연골판질환 등 각종 질병에 시달리고 있어 신체등위 5급에 해당하고, 청구인이 제출한 병사용진단서에 이러한 상태가 입증되어 있는데도, 피청구인은 고의적으로 청구인의 상태가 경미하다고 보아 신체등위 4급에 해당한다고 판정한 후 청구인을 사회복무요원 소집대상자로 병역처분 하였으므로 피청구인의 이 사건 처분들은 위법·부당하다.

3. 피청구인 주장

청구인에 대한 신체등위 4급 판정은 전문적 지식을 갖춘 징병검사전담의사가 객관적 자료에 근거하여 내린 판단으로서 존중되어야 하고, 신체등위 판정에 있어 민간병원의 의무기록이나 병사용진단서에 구속되는 것은 아니며, 청구인은 슬관절 연골에 균열 이상의 병변이 있는 경우로서 중등도 이상의 슬개골 연골연화증에 해당하여 신체등위 4급이라고 볼 수 있으므로 피청구인의 이 사건 처분들은 적법·타당하다.

4. 관계법령

병역법 제12조제1항·제4항, 제14조제1항·제3항, 제65조제1항

병역법 시행령 제13조제4항, 제17조제1항, 제135조제1항·제3항

징병신체검사 등 검사규칙 제11조제1항, 별표 2

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 병적조회, 징병신체검사결과 통보서, 신체검사 조회, 의무기록, 병사용진단서, 행정심판관련 의학적소견등 조회에 대한 회신 등 각 사본의 기재내용을 종합해 보면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 1989. 2. 27.생으로 2009. 2. 16. 피청구인으로부터 징병신체검사 신체등위 4급 판정처분 및 공익근무요원 소집대상자 병역처분을 받은 후, '요추부 추간판탈출증', '슬개골 연골연화증', '우측 슬관절 활막염'을 이유로 총 5회 병역의무기일을 연기하였다.

나. 청구인은 2014. 4. 15. '우측 슬관절 활막염, 우측 슬개골탈구 및 대퇴슬개관절부정정열증후군'을 이유로 피청구인에게 병역처분 변경원을 제출하였고, 피청구인은 2014. 5. 15. 중앙신체검사소장에게 청구인에 대한 정밀신체검사를 의뢰하였다.

다. 중앙신체검사소 징병검사전담의사는 2014. 5. 15. 청구인에 대한 MRI 결과 및 청구인이 제출한 병사용진단서를 검토한 후 청구인에게 중등도의 슬개골 연골연화증이 있다는 이유로 신체등위 4급 판정을 하였고, 이에 피청구인은 2014. 5. 19. 청구인에게 이 사건 처분들을 하였다.

라. 청구인이 피청구인에게 제출한 병사용진단서의 주요 내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

❑ ☆☆병원의 2013. 4. 3.자 병사용진단서
- ❍ 병명
  - 우측 슬관절 활막염, 우측 경골 외근 근위부 연골연화증, 우측 외측 반월상 연골 손상, 우측 슬관절 아탈구
- ❍ 소견
  - 2012. 3. 12. 연골성형술, 반월상연골 부분절제술, 외측 유리술을 시행하였고, 2012. 9. 6. 연골성형술, 활막제거술, 반월상연골절제술을 시행한 후 보존적 치료 중임
  - 수술 후 통증은 회복되었으나 지속적인 불편감을 호소하는 상태임
  - 향후 6개월 이상 보존적 치료가 필요하고, 관절경 수술이 필요할 수도 있음

❑ △△병원의 2014. 4. 10.자 병사용진단서
❍ 병명
- 우측 슬개골탈구 및 대퇴슬개관절부정정열증후군
❍ 증상에 대한 소견
- 우측 원위대퇴골과 슬개골에 중등도 이상의 연골변성이 관찰되고, 2014. 2. 12. 관절경적 외측지대유리술 및 경골조면이전술을 시행함
❍ 향후 치료의견
- 근력강화운동 및 재활치료가 필요하고, 향후 일상생활이 불가능할 것으로 보임
- 장애를 남길 것으로 판단되며 증상에 호전이 없을 경우 대퇴슬개관절 치환술이 필요할 수 있음

마. 중앙신체검사소장이 2014. 6. 5. 피청구인에게 제출한 의학적 소견에 따르면, △△병원의 2014. 4. 10.자 병사용진단서에 기재된 '우측 원위대퇴골과 슬개골에 중등도 이상의 연골변성'이란 관절 연골의 균열 이상의 병변이 있는 경우를 뜻하고, 청구인에 대한 MRI 결과를 보면 절제되고 남은 연골판이 50% 이상으로서 해당 부분에 대하여 신체등위 3급 판정이 가능하나 슬개골 연골연화증으로 이미 그보다 낮은 신체등위 4급 판정을 받았다는 취지로 기재되어 있다.

바. 우리 위원회가 확인한 바에 따르면, 슬개골 연골연화증은 무릎뼈 관절 연골이 약해지는 질환으로서 통상 보존적 치료를 시행하고, 무릎관절에 영구적인 장애를 남기는 경우는 거의 없다.

6. 이 사건 처분들의 위법·부당여부

가. 관계법령

1)「병역법」 제12조제1항제1호에 따르면, 신체검사를 한 징병검사전담의사, 징병검사전문의사 또는 제12조의2에 따른 군의관은 '신체 및 심리상태가 건강하여 현역 또는 보충역 복무를 할 수 있는 사람'에 대하여 신체 및 심리상태의 정도에 따라 1급·2급·3급 또는 4급으로 신체등위를 판정한다고 되어 있고, 같은 조 제4항에 따르면 제1항에 따른 신체등위의 판정기준은 국방부령으로 정한다고 되어 있으며, 같은 법 제14조제1항·제3항에 따르면, 지방병무청장은 징병검사를 받은 사람 또는 현역병지원 신체검사를 받은 사람에 대하

여 '신체등위가 1급부터 4급까지인 사람'은 학력·연령 등 자질을 고려하여 현역병입영 대상자, 보충역 또는 제2국민역으로 병역처분을 하고, 현역병입영 대상자 또는 보충역처분의 기준은 병무청장이 정한다고 되어 있고, 같은 법 제65조제1항제1호에 따르면, 현역병(제21조·제24조 및 제25조에 따라 복무 중인 사람과 현역병입영 대상자를 포함한다), 승선근무예비역 또는 보충역으로서 전상·공상·질병 또는 심신장애로 인하여 병역을 감당할 수 없는 사람에 대하여는 신체검사를 거쳐 보충역 편입·제2국민역 편입 또는 병역면제처분을 할 수 있다고 되어 있다.

2)「병역법 시행령」 제13조제4항에 따르면 중앙신체검사기관은 '지방병무청장이 실시한 신체검사 결과에 대하여 다툼이 있는 사람 등으로서 신체검사를 다시 실시할 필요가 있는 사람'(제5호) 등에 대한 신체등위의 판정사무를 수행한다고 되어 있고, 같은 시행령 제17조제1항에 따르면, 법 제14조제1항에 따른 병역처분은 징병검사나 현역병지원 신체검사를 한 날에 하되, 중앙신체검사기관 또는 군병원에서 신체검사를 받은 사람에 대해서는 그 결과를 통보받은 때에 병역처분을 한다고 되어 있으며, 같은 시행령 제135조제1항·제3항에 따르면, 현역병입영 대상자, 승선근무예비역, 의무·법무·군종·수의사관후보생 및 기본병과장교 편입 대상자, 보충역, 예비역 또는 제2국민역으로서 법 제65조제1항제1호 및 같은 조 제4항에 따라 공상·질병 또는 심신장애로 병역처분을 변경받으려는 사람은 병역처분변경원서를 지방병무청장에게 제출하여야 하고, 지방병무청장은 병역처분변경원서를 받은 경우에는 중앙신체검사기관·징병검사장 또는 군병원에서 신체검사를 실시하여 신체등위가 5급인 사람은 제2국민역 편입, 6급인 사람은 병역면제한다고 되어 있다.

3)「징병신체검사 등 검사규칙」 제11조제1항 및 별표 2에 따르면, 신체검사대상자의 질병 또는 심신장애의 정도는 1급·2급·3급·4급·5급·6급·7급으로 구분하되, 징병 시 '슬개골 연골연화증'(제213호)은 이학적 소견이 명백한 경우 7급으로, 특수촬영(CT 또는 MRI)으로 확인된 경우 중 경도(관절연골의 연하소견만 있는 경우)면 3급으로, '중등도 이상(관절연골의 균열 이상의 병변이 있는 경우)'이면 4급으로 판정하도록 되어 있다.

나. 판단

청구인은 자신이 신체등위 5급에 해당하고, 병사용진단서에 이러한 상태가 입증되어 있

다고 주장한다. 그러나 병사용진단서가 징병검사 시 참고자료가 되기는 하지만, 그러한 경우에도 징병전담의사 등은 병사용진단서의 내용에 기속되지 아니하고 신체검사 및 정밀검사 등을 통해 독자적 판단에 따라 신체등위를 판정(대법원 2005. 10. 13. 선고 2005도2200 판결 참조)하게 되는 점, 중앙신체검사소 징병검사전담의사는 청구인에 대한 MRI 결과, 병사용진단서 등을 종합적으로 검토한 후 청구인에게 중등도의 슬개골 연골연화증이 있다고 보아 신체등위 4급 판정을 하였는바, 이러한 판정에 달리 잘못이나 오류가 있다고 볼만한 객관적·구체적인 사정이 확인되지 않을 뿐 아니라, 청구인이 제출한 △△병원의 병사용진단서 중 '증상에 대한 소견'과도 그 내용이 일치하는 점, 슬개골 연골연화증은 통상 보존적 치료를 시행하고 무릎관절에 영구적 장애를 남기는 경우는 거의 없는 질환으로서, 청구인이 출·퇴근하는 사회복무요원으로 근무하는 것조차 불가능한 정도의 신체장애가 있다고 보기는 어려운 점 등을 종합적으로 고려할 때, 청구인의 신체등위를 4급으로 판정하고 청구인을 사회복무요원 소집대상자로 한 피청구인의 이 사건 처분들이 모두 위법·부당하다고 할 수 없다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 청구인의 청구를 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

7 2014-12572 병역감면 거부처분 취소청구(재결일 : 2014. 11. 4.)

【사건의 쟁점】

부와 이혼하여 병역의무자와 따로 거주하는 모가 보유한 것으로 추정되는 재산액을 청구인 가족의 재산액에 포함시켜야 하는지

【재결요지】

청구인의 모는 「병역법」 및 같은 법 시행령, 「생계유지곤란자 병역감면 처리규정」에 따라 청구인 가족의 범위에 포함되고, 청구인 모가 소유했던 주택의 부동산매매계약서에는 청구인 모의 인감이 날인되어 있는 등 청구인 모가 해당 거래와 관련없는 자라고 보기 어려우며, 청구인이 제출한 자료만으로는 동 주택 매도대금의 사용처가 입증되지 않으므로, 청구인 모가 보유하는 것으로 볼 수 있는 주택 매도대금 또한 청구인 가족의 재산액에 포함되어야 하여 청구인 가족의 재산액은 총 1억 3,845만 190원으로서 병역감면 기준을 초과함

【재결의 의미】

재산을 보유한 것으로 추정되나 보유하지 않았다고 주장할 뿐 그 사용처를 구체적·객관적으로 입증할 수 없는 경우 보유한 것으로 추정하여 병역감면 신청자 가족의 재산액에 포함시킬 수 있음

주 문 청구인의 청구를 기각한다.

청구취지 피청구인이 2014. 3. 6. 청구인에게 한 병역감면 거부처분을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

청구인은 2012. 11. 1.자 징병신체검사에서 신체등위 2급 판정을 받은 자로서, 피청구인이 2013. 10. 14. 청구인에게 현역병 입영처분을 하자 청구인은 2013. 11. 22. 피청구인

에게 생계유지곤란사유 병역감면원을 제출하였으나, 피청구인은 생계곤란 심의위원회의 심의·의결을 거쳐 가족의 재산액이 병역감면 기준을 충족하지 못한다는 이유로 2014. 3. 6. 청구인에게 병역감면 거부처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

피청구인은 청구인 모가 소유하였던 주택의 매도대금을 재산액에 포함시켜 이 사건 처분을 하였으나, 위 주택의 매매는 (주)○○○○○가 한 것으로서 청구인 모는 해당 거래에 대해 알지 못할 뿐 아니라 주택 매도대금을 보유하고 있지도 않고, 청구인의 부는 경제능력이 없고 돌봄이 필요한 장애인으로서 청구인의 간병이 필요하므로, 이러한 사정을 고려하지 않은 피청구인의 이 사건 처분은 위법·부당하다.

3. 피청구인 주장

생계유지곤란사유 병역감면은 병역의무의 공정성과 형평성이라는 공익적 측면을 감안하여 엄격한 심사를 통해 예외적으로 인정되는 것으로서, 피청구인은 생계곤란 심의위원회의 심의·의결을 거쳐 청구인 가족의 재산액이 병역감면 기준을 초과하고 달리 청구인이 병역을 감면받아야 할 사정도 보이지 않는다는 이유로 청구인의 병역감면원을 거부한바, 피청구인의 이 사건 처분은 적법·타당하다.

4. 관계법령

병역법 제62조제1항·제3항

병역법 시행령 제130조제1항·제2항, 제130조의2제1항, 제131조제1호

생계유지곤란자 병역감면 처리규정 제11조, 제13조제1항, 제17조, 제18조제2항, 제22조제1항

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 병적조회, 생계곤란 병역감면원 심사표, 재학증명서, 장애인증명서, 주민등록등본, 혼인관계증명서, 수급자증명서, 생계곤란사유 병역감면원 심의의결서, 부동산매매계약서, 진단서, 진술서, 통장거래내역 등 각

사본의 기재내용을 종합해 보면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 2012. 11. 1.자 징병신체검사에서 신체등위 2급 판정을 받은 후 같은 날 현역병입영대상자 병역처분을 받은 자로서, 피청구인이 2013. 10. 14. 청구인에게 현역병입영처분을 하자 청구인은 2013. 11. 22. 피청구인에게 생계유지곤란사유 병역감면원을 제출하였다.

나. 피청구인은 청구인의 병역감면원에 대하여 심사한 후 부양비와 수입액은 병역감면기준을 충족하나 재산액에 대한 생계곤란 심의위원회의 심의가 필요하다고 판단하였고, 그 주요 내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

❑ 생계곤란 병역감면원 심사표

부양비		수입액		재산액	
기준	1:3	기준	172만 7,853원	기준	8,085만원
사실상	1:3	적용액	43만 5,229원	적용액	심의 후 산정

❑ 세부내용

❍ 가족사항

- 신청인(김○○, 20세): 대학을 중퇴하고 '△△△△△'에서 아르바이트(급여 월 62만원) 하고 있음
- 부(김△△, 45세): 지체장애 1급으로 구청에서 월 190시간 활동보조를 받고 있음
- 모(주○○, 43세)
- 제(김☆☆, 17세): ○○대학교 1학년

❍ 주거사항

- 부와 모는 2004년 이혼하였고, 신청인과 제는 2004년부터 2013. 2. 20.까지 모와 동거하였으며, 2013. 2. 21.부터 부와 동거하고 있음

❍ 재산사항

- 주택보증금 3,500만원(5,000만원 × 70%)
- 예금 66만 130원
- 보험 779만 60원

- 미 입증 고액출금액 9,500만원(모 소유 주택의 2011. 8. 12.자 매도대금)

○ 수입사항

- 기초생활수급비 22만 6,462원(신청인이 군 입대하는 경우 83만 1,020원)
- 장애인연금 20만 8,767원

○ 기타사항(모의 진술)

- 소유 주택(○○도 ○○시 ○○구 ○○동 ○○빌라 ○동 ○호)을 매매할 계획 하에 2010년 12월 정○○으로부터 8,000만원을 차용하여 (주)○○○○○ 주식을 매수하였고, 주택매매가 잘 이루어지지 않자 차용금에 대한 이자가 부담되어 ○○빌라 전세보증금 3,000만원과 등기권리증을 정○○에게 넘겼음
- 주택 매도대금 일부인 2,000만원은 △△시 △△구 △△동 소재 △△아파트 전세보증금으로 사용하였고, 정○○으로부터의 차용은 (주)○○○○○ 직원 김◇◇을 통해 이루어졌기 때문에 정○○과는 알지 못함
- (주)○○○○○는 2012. 6. 27. 폐업하여 매수한 주식은 전액 손실을 보았음

다. 피청구인 소속 생계곤란 심의위원회는 2014. 3. 5. 청구인에 대하여 심의한 후 청구인 모의 주택 매도대금 사용처가 객관적으로 입증되지 않으므로 이를 재산액에 포함시켜야 하고, 이에 따라 청구인 가족의 재산액이 병역감면 기준인 8,085만원을 초과한 1억 3,845만 190원이라는 이유로 청구인의 병역감면원을 부결하였다.

라. 피청구인은 2014. 3. 6. 청구인에게 가족의 재산액이 병역감면 기준을 충족하지 못한다는 이유로 이 사건 처분을 하였다.

마. 청구인의 모가 소유하였던 '○○도 ○○시 ○○구 ○○동 ○○빌라 ○동 ○호'의 부동산매매계약서에 따르면, 매매대금은 '9,500만원'으로, 매매일자는 '2011. 8. 12.'로, 매도인은 '주○○로, 매수인은 '최○○'로 기재되어 있고, 매도인과 매수인의 인감이 날인되어 있다.

바. 청구인이 제출한 김◇◇의 2014. 2. 25.자 진술서에 따르면, 정○○이 자신의 계좌에 8,000만원을 입금한 후 자신이 이를 (주)○○○○○ 대표이사 김□□의 계좌로 다시 입금하여 김□□가 (주)○○○○○ 주식을 매수하였고, 주○○가 자신의 계좌로 입금한 3,000만원 중 2,000만원은 자신이 정○○에게 다시 입금하였으며, 나머지 차용금은 주○

○가 주택을 통해 상환한 것으로 안다는 취지의 내용이 기재되어 있다.

사. 청구인은 주○○가 2011. 8. 19. 김◇◇의 계좌로 3,000만원을 입금한 통장거래내역 및 김◇◇이 2011년 1월 총 4회에 걸쳐 김□□의 계좌로 총 4,050만원을 입금한 통장거래내역을 제출하였다.

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령

1)「병역법」제62조제1항제1호에 따르면 현역병입영 대상자로서 '본인이 아니면 가족의 생계를 유지할 수 없는 사람'은 원할 경우 제2국민역으로 처분할 수 있다고 되어 있고, 같은 조 제3항에 따르면 제1항에 따른 가족의 범위, 생계유지곤란의 기준·출원시기, 전사자·순직자의 범위 및 전상·공상으로 인한 장애인의 범위 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다고 되어 있다.

2)「병역법 시행령」제130조제1항에 따르면, 법 제62조제1항제1호에 따른 본인이 아니면 가족의 생계를 유지할 수 없는 사람의 범위는 가족(본인을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)을 다음 제1호부터 제3호까지, 제5호 및 제6호에 따른 기준에 따라 부양의무자·피부양자 또는 자활가능자로 구분한 후 그 가족 중 부양의무자가 없고 피부양자만 있는 경우 또는 부양의무자가 있더라도 제4호에 따른 부양능력을 초과하는 경우로서 제7호에 따른 재산 및 수입의 범위에 해당하는 사람으로 한다고 되어 있고, 같은 항 제1호·제2호·제5호에 따르면, 19세 이상 59세 이하인 사람(19세로서 고등학교 이하의 학교에 재학 중인 사람은 제외한다)은 부양의무자로, 19세 미만인 사람, 19세로서 고등학교 이하의 학교에 재학 중인 사람과 65세 이상인 사람은 피부양자로, 부양의무자 또는 자활가능자 중 질병이나 심신장애로 인하여 6개월 이상 치료가 필요한 사람으로서 병무청장이 정하는 근로능력 기준에 미달한다고 인정되는 사람은 피부양자로 본다고 되어 있으며, 같은 항 제4호에 따르면, 부양의무자 1명의 부양능력을 초과하는 피부양자의 범위는 부양의무자가 남성인 경우에는 3명 이상으로 하고, 여성인 경우에는 2명 이상으로 한다고 되어 있고, 같은 항 제7호에 따르면, 생계를 유지할 수 없는 사람의 재산 또는 수입 등의 범위와 기준은 가족의 재산 또는 수입과 본인의 학력, 직업, 생계유지방법 등을 고려하여 병무청장이 정한다고

되어 있으며, 같은 시행령 제130조의2제1항에 따르면 법 제62조제1항제1호와 이 영 제130조에 따른 생계곤란자에 대한 병역감면 처분에 관한 심의를 통하여 그 처분이 공정하고 객관적으로 이루어지도록 하기 위하여 지방병무청 및 병무지청에 생계곤란 심의위원회를 둔다고 되어 있고, 같은 조 제2항에 따르면, 지방병무청장은 제1항에 따른 기준에 해당되지 아니하는 경우에도 사실상 생계를 유지할 수 없다고 인정되는 사람에 대해서는 그 사실을 확인한 후 법 제62조제1항제1호에 따라 제2국민역에 편입할 수 있되, 이 경우 제2국민역에 편입하는 기준 등은 병무청장이 정한다고 되어 있으며, 같은 시행령 제131조제1호에 따르면, 법 제62조제1항제1호에 따른 가족의 범위는 부모, 배우자, 직계비속 및 미혼의 형제자매(생모, 부모의 직계존속, 배우자의 직계존속, 기혼의 형제자매나 그의 배우자 또는 직계비속 등 사실상 생계를 같이하고 있는 사람을 포함한다)로 하되, 이 경우 생계를 같이하는지 여부의 판단기준은 병무청장이 정한다고 되어 있다.

3)「생계유지곤란자 병역감면 처리규정」제11조에 따르면, 가족의 범위는 부모, 배우자, 직계비속 및 미혼의 형제자매(생모, 부모의 직계존속, 배우자의 직계존속, 기혼의 형제자매나 그의 배우자 또는 직계비속 등 사실상 생계를 같이 하고 있는 사람을 포함한다)로 한다고 되어 있고, 같은 규정 제13조제1항에 따르면 영 제131조제1호 후단의 사실상 생계를 같이 하지 아니하는 가족의 기준은 '이혼(재혼한 후 다시 이혼한 경우를 포함한다)한 모가 의무자의 가족과 1년 이상 생계 및 세대를 달리하는 경우'(제7호) 등이 있다고 되어 있으며, 같은 규정 제17조제1항·제2항·제3항에 따르면, 법 제62조제1항제1호의 병역감면에 해당하는 그 가족의 재산의 범위는 '부동산의 전세금, 월세 보증금', '현금, 예금, 보험(해약 시 환급금), 그 밖의 보상금' 등이 있고, 부동산의 전세금 등은 100분의 70을 재산액으로 하며(주거목적의 전세금에 한함), 병역감면에 해당하는 재산액의 기준은 매년 재산세시가표준액, 개별공시지가 및 부동산 시가변동 상황 등을 고려하여 병무청장이 정한다고 되어 있고, 같은 규정 제18조제2항에 따르면 가족 중 부양의무자가 있으나「장애인복지법」에 따른 장애인등록자로서 장애등급이 1급 또는 2급인 사람에 해당하는 사람이 있는 경우 재산액 기준에 50%까지 가산 적용할 수 있다고 되어 있으며, 같은 규정 제22조제1항에 따르면, 이 규정에는 해당되지 않으나 사실상 생계유지가 극히 곤란하다고 판단되는 경우에 지방병무청장은 객관적 자료에 의하여 사안별로 심사, 병역감면처분을 할 수 있다

고 되어 있다.

나. 판단

청구인은 청구인 모가 소유했던 주택의 거래는 (주)○○○○○가 한 것으로서 청구인 모가 동 거래에 대해 알지 못하였고, 주택 매도대금을 보유하고 있지도 않으므로 동 매도대금을 재산액에 포함시켜서는 안 될 뿐 아니라, 청구인 부가 경제능력 없는 장애인인 사정 또한 고려해야 한다고 주장한다. 그러나 관계법령 및 위 인정사실에 따르면, 청구인의 모는 「병역법」 및 같은 법 시행령, 「생계유지곤란자 병역감면 처리규정」에 따라 청구인 가족의 범위에 포함되는 점, 청구인 모가 소유했던 주택의 부동산매매계약서에는 청구인 모의 인감이 날인되어 있는 등 청구인 모가 해당 거래와 관련없는 자라고 보기 어렵고, 청구인이 제출한 자료만으로는 동 주택 매도대금의 사용처가 입증되지 않는 점에 비추어 보면, 청구인의 모가 보유하는 것으로 볼 수 있는 주택 매도대금 또한 청구인 가족의 재산액에 포함되어야 하므로 청구인 가족의 재산액은 총 1억 3,845만 190원으로서 병역감면 기준을 초과하는 점, 나아가 청구인의 부가 장애인인 사실은 인정되나, 구청으로부터 활동보조를 받고 있고 청구인이 입영하는 경우 청구인의 월소득보다 많은 금액을 기초생활수급비로 지급받게 되어 청구인이 병역을 감면받아야 할 정도로 사실상 생계유지가 극히 곤란해진다고 보기도 어려운 점 등을 종합적으로 고려할 때, 청구인의 병역감면원을 거부한 피청구인의 이 사건 처분이 위법·부당하다고 할 수 없다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 청구인의 청구를 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

8 2014-14636 체류자격 변경허가 거부처분 취소청구(재결일 : 2014. 12. 23.)

【사건의 쟁점】

청소년에게 주류를 제공 판매하여「청소년보호법」위반으로 기소유예처분을 받은 청구인에게 품행미단정을 이유로 영주(F-5) 체류자격 변경허가 거부처분을 한 것이 위법·부당한지

【재결요지】

'품행이 단정할 것'이란 당해 외국인의 성별, 연령, 직업, 가족, 경력, 전과관계 등 여러 가지 사정을 종합적으로 고려하여 볼 때 그를 우리 국가공동체의 구성원으로 인정하여 주권자의 한 사람으로 받아들이는 데 지장이 없는 품성을 갖추고 행동하는 것을 의미하는 점, 청구인이 종업원에 불과한 점 등이 참작되어 기소유예를 받는데 그쳤으나 현행법을 위반한 것은 분명한 점, 청구인은 다른 체류자격 요건을 구비하여 체류허가를 받을 수 있고 향후 대한민국의 법질서를 준수한다면 차후에 청구인이 원하는 영주(F-5) 체류자격을 취득할 여지가 있다고 보이는 점 등을 모두 고려할 때, 이 사건 처분은 피청구인의 재량권 범위내에서 이루어진 것으로 판단되므로 이를 위법·부당하다고 할 수 없음

【재결의 의미】

경미한 행위로 기소유예를 받았다 하더라도 영주(F-5) 체류자격 변경허가 거부처분이 위법·부당하다고 할 수 없음

주 문 청구인의 청구를 기각한다.

청구취지 피청구인이 2014. 7. 16. 청구인에게 한 체류자격 변경허가 거부처분을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

청구인은 중화인민공화국 국적자로서 2009. 2. 5. 입국하여 방문취업(H-2) 체류자격으

로 대한민국에 체류하던 중 2013. 9. 14. 피청구인에게 영주(F-5) 체류자격으로 변경허가를 신청하였으나, 피청구인은 청구인이 2013. 7. 8.「청소년보호법」위반으로 기소유예처분을 받은 사실을 확인하고 2014. 7. 16. 품행미단정 등을 이유로 청구인에게 체류자격 변경허가 거부처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

가. 청구인은 중국 국적의 동포로 2012. 3. 30. 부친의 호적을 따라 큰 아버지의 보증으로 영주(F-5) 체류자격을 신청하면서 여행사를 통하여 친속관계공증서를 중국에서 만들어 제출하였는데, 그 때에도 피청구인은 청구인의 잘못이 아님에도 허위서류제출(공증서위조)이라고 하면서 불허하였다.

나. 이번에는 식당에서 종업원으로 일할 때 젊은 손님들이 들어와 술을 주문하여 술을 가져다 주었을 뿐 실제 이익은 식당 주인이 취득하였음에도 품행미단정이라는 이유로 이 사건 처분을 하였는바, 이는 위법·부당하므로 취소되어야 한다.

3. 피청구인 주장

가. 외국국적의 동포로서「국적법」에 따른 국적취득 요건을 갖춘 자에게는 영주(F-5) 체류자격을 부여할 수 있고,「국적법」은 일반귀화 및 간이귀화의 요건으로 '품행이 단정할 것'을 요하고 있다. 또한 영주(F-5) 체류자격은 체류자격 중 최상급의 자격으로서 대한민국 국적을 취득하는 것과 유사한 지위를 취득하게 되므로 매우 엄격한 심사를 요한다.

나. 청구인은 횟집 종업원으로 일하면서 청소년 2명에게 유해 약물인 소주 3병, 병맥주 1병 등을 제공 판매하여 2013. 7. 8.「청소년보호법」위반으로 기소유예처분을 받았는바, 형사처벌을 받은 전력이 아니라는 사정만으로 청구인이 우리 사회의 구성원이 되는데 지장이 없는 품성과 행동을 갖추었다거나 대한민국 법질서를 지키고 준수하려는 뚜렷한 의사를 가졌다고 보기 어려우므로 영주(F-5) 체류자격으로 변경하기는 어렵고, 청구인이 다른 체류자격의 요건을 갖추어 허가를 받는다면 얼마든지 대한민국에 체류할 기회가 보장되어 있으므로, 피청구인의 이 사건 처분은 재량권 범위내에서 이루어진 것이어서 적법·타당하므로 청구인의 청구는 기각되어야 한다.

4. 관계법령

출입국관리법 제10조제1항, 제24조제1항, 제92조제1항

출입국관리법 시행령 제12조, 제96조제1항, 별표 1

출입국관리법 시행규칙 제78조제2항, 별표 6

출입국관리법시행규칙 별표 6의 규정에 의한 권한의 일부위임 범위(법무부고시 제2011-208호, 2011.5.11., 폐지제정) 제2조, 별표

국적법 제5조, 제6조

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 신청서, 체류기간연장등 불허결정통지서, 벌과금납부증명서, 서울남부지방검찰청 불기소이유통지, 등록외국인기록표 등의 기재내용을 종합해보면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 중화인민공화국 국적자이고, 부(父)가 대한민국의 국민이었던 자이며, 2009. 2. 5. 입국하여 방문취업(H-2) 체류자격으로 대한민국에 체류하던 중 2013. 9. 14. 피청구인에게 영주(F-5) 체류자격으로 변경허가를 신청을 하였다.

나. 피청구인은 청구인이 2013. 7. 8.「청소년보호법」위반으로 기소유예처분을 받은 사실을 확인하고 2014. 7. 16. 품행미단정 등을 이유로 청구인에게 이 사건 처분을 하였다.

다. 수원지방검찰청 안산지청의 불기소결정서에 따르면, 청구인은 경기도 광명시 ○○동 소재 '○○ 맛집'이라는 상호의 횟집 종업원인 자로, 누구든지 청소년을 대상으로 하여 청소년유해약물 등을 판매·대여·배포하여서는 아니됨에도 불구하고, 청구인은 2013. 6. 5. 22:40경 위 장소에서 청소년 연○○(96년생 남) 외 2명에게 연령 확인 없이 청소년 유해 약물인 소주 3병, 병맥주 1병, 광어회, 매운탕 등 도합71,000원 상당을 제공 판매한 피의사실이 인정되나, 범죄 전력이 없고, 이 건 음식점의 종업원인 점 등 그 정상에 참작할 사유가 있어 기소유예한다는 취지로 기재되어 있다.

라. 청구인의 국내 체류허가사항은 다음과 같다.

- 다 음 -

구분	체류자격	허가일자	만료일자
사증발급	F-1-1	2006. 1. 24.	2006. 4. 24.
기간연장	F-1-1	2006. 2. 9.	2006. 11. 22.
자격변경	E-9-A	2006. 5. 12.	2006. 11. 22.
기간연장	E-9-A	2006. 11. 20.	2007. 5. 8.
자격변경	H-2-9-9	2007. 4. 19.	2009. 1. 23.
사증발급	H-2-3	2009. 2. 5.	2010. 2. 5.
기간연장	H-2-3	2010. 1. 4.	2011. 2. 5.
기간연장	H-2-3	2011. 1. 5.	2012. 2. 4.
기간연장	H-2-3	2012. 1. 10.	2013. 12. 4.
기타	H-2-3	2013. 3. 15.	2013. 12. 4.

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령

1)「출입국관리법」제10조제1항에 따르면 입국하려는 외국인은 대통령령으로 정하는 체류자격을 가져야 한다고 되어 있고, 같은 법 제24조제1항에 따르면 대한민국에 체류하는 외국인이 그 체류자격과 다른 체류자격에 해당하는 활동을 하려면 미리 법무부장관의 체류자격 변경허가를 받아야 한다고 되어 있으며, 같은 법 제92조제1항에 따르면 법무부장관은 이 법에 따른 권한의 일부를 대통령령으로 정하는 바에 따라 사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장에게 위임할 수 있다고 되어 있다.

2)「출입국관리법 시행령」제12조, 별표 1에 따르면 법 제10조제1항에 따른 외국인의 체류자격 중 '영주(F-5)' 체류자격은 법 제46조제1항 각 호의 강제퇴거 대상이 아닌 사람으로서 '「재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률」제2조제2호의 외국국적 동포로서「국적법」에 따른 국적 취득 요건을 갖춘 사람' 등으로 되어 있고, 같은 시행령 제96조제1항에 따르면 법무부장관은 법 제92조제1항에 따라 법 제24조 체류자격변경허가 권한을 법무부령으로 정하는 바에 따라 사무소장·출장소장 또는 보호소장에게 위임한다고 되어 있다.

3)「출입국관리법 시행규칙」제78조제2항, 별표 6에 따르면 법무부장관은 영 제96조제

1항의 규정에 의하여 영주(F-5) 체류자격의 부여 및 변경의 권한은 법무부장관이 정하여 고시하는 사무의 일부를 위임한다고 되어 있고, 「출입국관리법시행규칙 별표 6의 규정에 의한 권한의 일부위임 범위」(법무부고시 제2011-208호, 2011.5.11., 폐지제정) 제2조 및 별표에 따르면 「재외동포의 출입국과 법적지위에 관한 법률」 제2조제2호의 외국국적동포로서 「국적법」에 따른 국적취득요건을 갖춘 자'에 대한 영주(F-5)자격으로의 체류자격변경허가에 관한 사무는 법무부장관이 출입국관리사무소장 또는 출장소장에게 위임한다고 되어 있다.

4) 「국적법」 제5조에 따르면 외국인이 귀화허가를 받기 위해서는 법 제6조나 제7조에 해당하는 경우를 제외하고는 5년 이상 계속하여 대한민국에 주소가 있을 것(제1호), 대한민국의 「민법」상 성년일 것(제2호), 품행이 단정할 것(제3호), 자신의 자산이나 기능에 의하거나 생계를 같이하는 가족에 의존하여 생계를 유지할 능력이 있을 것(제4호), 국어능력과 대한민국의 풍습에 대한 이해 등 대한민국 국민으로서의 기본 소양(素養)을 갖추고 있을 것(제5호)을 요건을 갖추어야 한다고 되어 있으며, 같은 법 제6조제1항제1호에 따르면 '부 또는 모가 대한민국의 국민이었던 자'에 해당하는 외국인으로서 대한민국에 3년 이상 계속하여 주소가 있는 자는 제5조제1호의 요건을 갖추지 아니하여도 귀화허가를 받을 수 있다고 되어 있다.

나. 판단

청구인은 품행미단정 등을 이유로 한 이 사건 처분이 청구인의 행위에 비하여 너무 가혹하므로 이는 위법·부당하다고 주장하나, 체류자격 변경허가는 신청인에게 당초의 체류자격과 다른 체류자격에 해당하는 활동을 할 수 있는 권한을 부여하는 일종의 설권적 처분으로서 허가권자가 신청인의 적격성, 체류목적, 공익상의 영향 등을 참작하여 허가를 할 것인지 여부를 결정하는 재량행위인 점, 영주(F-5) 체류자격을 취득할 경우 대한민국에 계속 체류할 수 있어 대한민국 국적을 취득하는 것과 유사한 지위를 취득하게 되므로 그 요건 구비 여부는 더욱 엄격하게 보아야 하는 점, 외국국적의 동포로서 「국적법」에 따른 국적취득 요건을 갖춘 자에게는 영주(F-5) 체류자격을 부여할 수 있고, 「국적법」상 '부 또는 모가 대한민국의 국민이었던 자'에 해당하는 외국인으로서 대한민국에 3년 이상 계속하여 주소가 있는 자는 간이귀화 허가를 받을 수 있으나, 간이귀화의 경우에도 일반귀화

요건에서 거주기간 요건만 감경될 뿐이어서 '품행이 단정할 것' 등 기타의 귀화 요건을 모두 갖추어야 하는 점, '품행이 단정할 것'이란 당해 외국인의 성별, 연령, 직업, 가족, 경력, 전과관계 등 여러 가지 사정을 종합적으로 고려하여 볼 때 그를 우리 국가공동체의 구성원으로 인정하여 주권자의 한 사람으로 받아들이는 데 지장이 없는 품성을 갖추고 행동하는 것을 의미하는 점, 청구인이 종업원에 불과한 점 등을 참작하여 기소유예를 받는데 그쳤으나 현행법을 위반한 것은 분명한 점, 청구인은 다른 체류자격 요건을 구비하여 체류허가를 받을 수 있고 향후 대한민국의 법질서를 준수한다면 차후에 청구인이 원하는 영주(F-5) 체류자격을 취득할 여지가 있다고 보이는 점 등을 모두 고려할 때, 이 사건 처분은 피청구인의 재량권 범위내에서 이루어진 것으로 판단되므로 이를 위법·부당하다고 할 수 없다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 청구인의 청구를 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

9 2014-16196 공무원 국외훈련비 반환명령 취소청구(재결일 : 2014. 10. 28.)

【사건의 쟁점】

공무원의 유학휴직기간 중 지출한 학자금 반환의무 및 훈련비 반환청구권 소멸시효의 기산점

【재결요지】

○ 반환의무의 존재

공무원에게 지급하는 훈련비는 훈련대상자가 사전에 소속 행정기관의 장을 통하여 제출한 훈련계획에 따라 훈련기간 내에 훈련계획대로 훈련할 것을 전제로 하여 국가 예산으로 지급하는 것이므로, 개인적인 사정으로 훈련기간 내에 훈련계획에 따른 훈련을 받지 못하여 미리 지급받은 훈련비를 해당 훈련기간 내에 당초 용도대로 지출하지 아니한 경우 이를 반납하여야 하는 것이지 개인적으로 이를 보유하면서 훈련기간 종료 후 개인적으로 수행하는 학업에 지출할 수 없음. 청구인은 최초 훈련계획과 달리 석사학위 취득이 6개월 늦어져 결국 최종적으로 청구인의 국외훈련은 석사 1-2학기, 석사논문작성, 박사과정 1학기 이수로 종료되었으므로 그에 해당하는 훈련비만 지원받을 수 있으며, 최초 훈련계획에 박사과정 2학기까지 이수하기로 되어 있었다고 하여 훈련기간 내에 실제 이수하였는지 여부와 관계없이 박사과정 2학기 학자금이 지원되어야 하는 것은 아님. 따라서 청구인이 훈련기간 종료 후 유학휴직 기간 중에 지출한 이 사건 훈련비는 반납할 의무가 있음

○ 소멸시효의 기산점

해당 공무원이 '파견기간 종료 후 훈련비 정산을 위한 자료를 제출한 때'에 훈련비를 확정할 수 있게 되고 훈련비에 대한 부당이득반환청구권도 행사할 수 있게 되므로 그때부터 소멸시효가 진행되고, 부당이득반환청구권의 존재나 발생 사실을 피청구인이 알았는지 여부에 관계없이 시효가 진행된다고 보아야 함. 이 사건의 경우 피청구인이 청구인에게 예상 학자금을 지급한 2008. 12. 29.이 아니라 청구인이 복귀하여 훈련비 정산 자료를 제출한 2010. 3. 10.부터 소멸시효가 진행되었고, 따라서 2014. 6. 11. 행한 이 사건 처분은 5년의 소멸시효 완성 전에 이루어진 것이어서 위법·부당하다고 볼 수 없음

【재결의 의미】

휴직기간 중 지출한 학자금은 지원대상이 아니며, 훈련비 반환청구권 소멸시효의 기산점은 공무원이 파견기간 종료 후 훈련비 정산을 위한 자료를 제출한 때임

주 문 청구인의 청구를 기각한다.

청구취지 피청구인이 2014. 6. 11. 청구인에게 한 국외훈련비 1,108만 4,040원에 대한 반환명령을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

가. 청구인은 공무원으로 영국에 파견되어 국외위탁교육훈련(이하 '국외훈련'이라 한다)을 받았는데, 당초 일정은 석사과정 1-2학기, 박사과정 1-2학기를 수강할 계획이었으나, 석사학위를 한 학기 늦게 취득하게 되어 파견기간(2007. 9. 23. - 2009. 7. 22.) 중 박사과정 1학기까지만 수강할 수 있었고, 박사과정 2학기는 파견기간 종료 후 유학휴직(2009. 7. 23. - 2010. 2. 21.) 기간 중 수강하였다.

나. 피청구인은 청구인에게 2년차 학자금을 2008년경 미리 지급하였고, 청구인이 귀국한 후 훈련비를 정산하는 과정에서 청구인이 학자금 일부를 유학휴직 기간 중 지출한 사실을 확인하고 2014. 6. 11. 청구인에게 해당 비용 1,108만 4,040원(이하 '이 사건 훈련비'라 한다)을 반납하라는 환수고지서를 발부(이하 '이 사건 처분'이라 한다)하였다.

2. 청구인 주장

가. 청구인의 훈련계획에는 석사과정 1-2학기와 박사과정 1-2학기가 모두 포함되어 있고 훈련기간은 2년인바, 피청구인은 청구인의 훈련계획에 따른 2년간의 학자금을 지급하였고, 청구인은 이를 지급받은 용도대로 학자금에 사용하였다. ooooo 대학(University of ooooo)에서 석사과정을 이수하던 중 거시경제이론을 낙제하여 당초 일정보다 6개월 늦어졌으나 재수강 기간의 학비는 자비로 부담하였고, 이후 ***** 대학(University of *****) 박사과정 1년을 추가하여 훈련계획 변경승인을 받고 변경된 계획에 따라 학자금을 박사과정 1-2학기에 사용하였으므로 반납할 학자금이 없다.

나. 훈련비 환수사유는 「공무원 교육훈련법 시행령」 제36조에 법정되어 있는데, 청구인

은 면직, 중도포기 등 위 법령에서 정한 환수사유에 해당하지 않는다.

다. 청구인에게 학자금이 과다지급되어 부당이득반환을 구하는 것이라 하더라도 소멸시효가 이미 완성되었다. 소멸시효는 청구권이 성립한 때로부터 진행하고, 권리의 존재나 발생 사실을 알지 못하였다고 하여도 소멸시효의 진행에 장애가 되지 않는 것인바(대법원 1982. 1. 19.선고 80다2626 판결, 1992. 3. 31. 선고 91다32053 판결 등 참조), 청구인은 2008. 10. 14.과 2008. 12. 29. 피청구인으로부터 박사과정 1학기 등록금 4,900파운드, 2학기 등록금 5,900파운드를 각 지급받아 학교에 납부한 후 2009. 2. 1. 박사과정을 시작하였으므로, 피청구인이 2008. 12. 29. 박사과정 2학기 학자금을 지급할 당시 청구인은 박사과정 1학기만 마칠 수 있는 상황이었고, 피청구인은 이를 확인할 수 있었음에도 2학기 학자금을 지급하였는바, 피청구인은 과실 없이 청구권의 발생을 알지 못한 경우에 해당하지 아니하여 박사과정 2학기 학자금에 대한 반환청구권의 소멸시효 기산점은 학자금 지급일인 2008. 12. 29.이다. 피청구인은 「공무원 국외훈련 업무처리 및 복무관리에 관한 지침」 제29조제1항에 근거하여 파견종료일에 훈련비를 정산하도록 되어 있으므로 파견종료일이 소멸시효의 기산점이라고 주장하나, 훈련비 정산에 관하여 규정한 같은 지침 제31조는 체재비 등만을 규정하고 있고 학자금은 규정에 없는바, 학자금은 일정 액수가 정해져 있어 부당집행의 염려가 없기 때문이다. 따라서 학자금 반환청구권의 소멸시효의 기산점은 지급일이고, 지급일로부터 「국가재정법」 제96조제1항에 따른 5년의 소멸시효가 이미 완성되었다.

라. 따라서 피청구인의 이 사건 처분은 위법·부당하여 취소되어야 한다.

3. 피청구인 주장

가. 청구인은 훈련기간이 2년이고 2년간의 학자금을 받아 학자금으로 사용했으므로 반납할 학비가 없다고 주장하나, 훈련비는 훈련계획에 소요되는 일정액수를 보장해주는 것이 아니라 승인받은 훈련기간 동안 소요된 훈련비용을 지급하는 것이고, 청구인의 경우 훈련기간 22개월 중 학자금이 소요된 것은 3학기에 불과(2008년 하반기에는 석사논문을 작성하고 박사과정을 수강하지 아니하여 학자금 소요액이 없었음)하며, 나머지 1학기는 훈련기간이 아닌 유학휴직 기간에 수강하였으므로 유학휴직 기간 중 소요된 박사과정 2학기 학자금은 지원대상에 해당하지 않는다.

나. 청구인은 법령에서 정한 훈련비 환수사유에 해당하지 않아 반납할 의무가 없다고 하나,「공무원 교육훈련법 시행령」제39조는 국외훈련에 드는 입학금, 등록금 등 필요한 비용을 지급할 수 있다고 규정하고 있고,「공무원 국외훈련 업무처리 및 복무관리에 관한 지침」제24조제1항에 따르면 훈련에 직접 쓰이는 비용을 지급하도록 되어 있는바,「공무원 교육훈련법 시행령」제36조에서 말하는 훈련비 환수사유는 훈련에 직접 소요된 훈련비라 하더라도 반납을 해야 하는 사유를 규정한 것이고, 청구인의 유학휴직 기간 중에 소요된 학자금은 훈련에 직접 쓰인 학자금이라고 할 수 없어 부당이득으로 반납해야 하는 것이다.

다. 청구인은 소멸시효의 기산점은 학자금 지급일이므로 소멸시효가 이미 완성되었다고 주장하나, 소멸시효의 기산점은 '객관적으로 청구권의 발생을 알 수 있게 된 때'이고(대법원 2011. 5. 26. 선고 2010다78470 판결 등 참조),「공무원 국외훈련 업무처리 및 복무관리에 관한 지침」제29조제4항에 따르면 훈련비의 정산은 파견명령 종료일 이후에 실시하도록 하고 있으며, 같은 지침 제23조에 따르면 훈련비에는 학자금이 포함되고, 훈련생들에게 매년 배부하는 안내책자에 귀국신고 시 훈련비 정산을 위해 제출해야 하는 서류 등을 안내하고 있으며, 학위 과정의 경우 등록금 영수증 사본 등 증빙서류로 증명되는 비용만 인정하고 지급액과 실제 소요액을 확인한 후 차액에 대하여는 환수 또는 지급한다고 되어 있고, 위 지침 제29조제1항에 따라 2년의 회계연도에 걸친 훈련의 경우 훈련비 일부를 미리 지급하거나 전년도 훈련비의 일부를 다음 연도에 지급할 수 있고, 피청구인으로부터 송금받은 훈련비는 연장기간을 포함하여 전체 훈련기간 중 어느 시점에서건 훈련에 직접 쓰이는 등록금으로 지출하면 되는 것인바, 청구인의 경우 훈련계획이 변경된 것이 아니라 당초 파견승인 당시 석사과정 1년 승인 후 훈련성과 등을 고려하여 잔여기간에 대해 박사과정으로 파견연장을 하기로 한 것이며, 청구인은 석사 1-2학기가 종료된 시점에 석사논문을 아직 작성하는 중이었기에 박사과정 입학허가서를 받지 못하여 일단 1차로 6개월만 파견기간이 연장되었고, 이후 석사취득 확인 후 2차로 4개월이 추가연장 되었으며, 낙제 과목에 대한 재수강은 자비로 하도록 되어 있고 보통 계절학기에 이를 이수하므로, 2008. 10. 14.과 2008. 12. 29. 청구인에게 학자금을 지급 당시 청구인이 2008년 2학기와 2009년 1학기에 정상적인 석사 또는 박사과정 이수를 위해 소요될 학자금이 있을

것으로 예상하고 학자금을 송부한 것이고, 송금 당시 박사과정 1학기, 2학기가 아닌 2008년 2학기, 2009년 1학기로 표기하여 송부하였으므로, 동 학자금을 훈련기간 중 2009년 1학기까지 소요되는 학자금에 사용하면 부당이득이 발생하지 않는 것이며, 부당이득 발생 여부는 훈련종료 후 알 수 있는 것이므로 훈련비 환수청구권의 기산점은 훈련비 지급일이 아니라 청구인의 국외파견 종료일인 2009. 7. 22. 또는 귀국신고일인 2010. 3. 10.이고, 따라서 2014. 6. 11.자 이 사건 처분은 시효기간 내에 이루어진 적법한 처분이며, 설령 소멸시효가 완성되었다고 하더라도 청구인은 이 사건 처분 후 2014. 7. 3. 이 사건 훈련비용을 납부하였으므로 시효이익을 포기한 것에 해당한다.

라. 결국 피청구인의 이 사건 처분은 적법·타당하여 청구인의 청구는 기각되어야 한다.

4. 관계법령 등

공무원 교육훈련법 제13조제1항과 제2항

공무원 교육훈련법 시행령 제5조, 제32조의5, 제36조제1항, 제36조의2제1항, 제37조제1항과 제4항, 제39조제1항, 제43조

공무원 국외훈련 업무처리 및 복무관리에 관한 지침(안전행정부예규 제45호, 2013. 12. 12. 시행) 제23조, 제24조제1항, 제29조제1항과 제3항, 제31조제6항

국가재정법 제96조제1항과 제3항

민법 제166조제1항

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 국외훈련비 환수 고지서 발급, 거시경제이수증명서, 영수증 등에 기재된 내용을 종합하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 공무원으로 재직 중인 사람으로 과거 영국에 파견(파견기간 : 2007. 9. 23. - 2009. 7. 22.)되어 국외훈련을 받았는바, 훈련계획서상 청구인은 2년간 석사과정 1-2학기, 박사과정 1-2학기를 이수하기로 되어 있었다.

나. 청구인은 ooooo 대학(University of ooooo) 석사과정 입학허가서를 받아 최초 파견기간은 1년(2007. 9. 23. - 2008. 9. 22.)으로 승인받았고, 피청구인으로부터 2007. 9. 14. 석사과정 1-2학기 학자금으로 총 9,800파운드(각 4,900파운드)를 지급받아 총 9,800파운드(각 4,900파운드)를 위 대학에 납부하였다.

다. 청구인은 석사 1학기에 거시경제이론을 낙제하여 석사 2학기에 거시경제이론을 재수강하여 석사 2학기 종료 전인 2008. 9. 12. 거시경제이론 학점을 취득하였으나, 석사논문을 아직 작성하는 중이었기에 ***** 대학(University of *****) 박사과정 입학허가서를 받지 못하여 일단 1차로 6개월(2008. 9. 23. - 2009. 3. 22.)만 파견기간이 연장되었다.

라. 피청구인은 2008. 10. 14.과 2008. 12. 29. 두 차례에 걸쳐 2008년 2학기, 2009년 1학기 학자금으로 총 10,800파운드(각 4,900파운드, 5,900파운드)를 지급하였다.

마. 청구인은 2008년 하반기에 석사학위를 취득하여 2차로 파견기간이 4개월(2009. 3. 23. - 2009. 7. 22.) 추가연장되어 2009년 상반기에 ***** 대학(University of *****)에서 박사과정 1학기를 수강하였으며, 파견기간 종료 후 유학휴직(2009. 7. 23. - 2010. 2. 21.)을 하고 박사과정 2학기를 수강하였다.

바. 청구인은 ***** 대학(University of *****)에 박사과정 1-2학기 학자금으로 각 4,700파운드, 6,266.67파운드(총 10.966.67파운드)를 납부하였다.

사. 청구인은 2010. 2. 17. 귀국하였으며, 2010. 3. 10. 피청구인을 방문하여 훈련비 정산에 필요한 서류를 제출하는 등 피청구인에게 귀국신고를 하였다.

아. 피청구인은 청구인의 훈련비를 정산하는 과정에서 청구인이 유학휴직 기간 중 6,100파운드를 지출한 사실을 확인하였고, 2014. 6. 11. 이 사건 훈련비(6,100파운드 중 청구인에게 지급하여야 할 귀국항공료와 귀국이전비를 제외한 금액)는 지원대상에 해당하지 않는다는 이유로 청구인에게 이 사건 처분을 하였다.

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관련법령 등의 내용

1)「공무원 교육훈련법」제13조제1항에 따르면 중앙행정기관의 장은 안전행정부장관과 협의를 거쳐 소속 공무원을 국내외 기관에 위탁하여 일정 기간 교육훈련을 받게 할 수 있고, 같은 조 제2항에 따르면 안전행정부장관은 연도별 공무원위탁교육훈련계획을 수립하고 교육훈련목적에 적합한 관계 중앙행정기관의 소속 공무원을 선발하여 국내외 기관에 위탁하여 일정 기간 교육훈련을 받게 할 수 있다고 되어 있다.

2)「공무원 교육훈련법 시행령」제5조에 따르면 중앙행정기관의 장은 소속 공무원에 대한 교육훈련 수요를 조사하고 그 결과를 기초로 교육훈련계획을 수립하여 시행하여야 하고, 제37조제1항에 따르면 중앙행정기관의 장이 법 제13조제1항에 따른 국외위탁교육훈련(이하 '국외훈련'이라 한다)을 실시하려면 제31조제1항 각 호의 사항(1. 훈련의 목적 및 내용/2. 훈련기관 및 훈련기간/3. 훈련의 종류별·분야별 훈련인원/4. 훈련 대상자의 자격요건과 선발 방법 및 절차/5. 훈련의 대상 및 훈련 후 보직계획/6. 훈련비 명세 및 훈련비 부담에 관한 사항/7. 복무의무에 관한 사항/8. 그 밖에 훈련에 필요한 사항)에 관하여 안전행정부장관과 협의하여야 하며, 같은 조 제4항에 따르면 법 제13조제2항에 따른 연도별 공무원위탁교육훈련계획에는 국외훈련에 관한 제31조제1항 각 호의 사항이 포함되어야 한다고 되어 있다.

3)「공무원 교육훈련법 시행령」제39조제1항에 따르면 안전행정부장관 또는 중앙행정기관의 장은 예산의 범위에서 국외훈련에 드는 입학금·등록금·체재비·부담금(국제기구·외국정부기관 등에서 실시하는 직무훈련의 경우에는 그 기관 등에서 요구하는 훈련비용을 말한다) 그 밖에 필요한 비용을 지급할 수 있고, 제43조에 따르면 국외훈련 대상자의 선발, 훈련과제의 부여, 부처별 공무원교육훈련심의위원회의 운영, 사전교육, 파견, 훈련 공무원에 대한 지도·감독, 기록의 유지, 복귀명령, 훈련 결과 보고, 의무 위반 등에 대한 소요경비 반납조치, 소요경비 산정에 관하여는 제32조, 제32조의2부터 제32조의5까지, 제33조, 제33조의3, 제34조, 제34조의2, 제36조 및 제36조의2를 각각 준용하고, 국내위탁교육훈련계획의 변경에 관하여는 제38조를 준용한다고 되어 있다.

4)「공무원 교육훈련법 시행령」제43조에 따라 준용되는 제32조의5에 따르면 중앙행정기관의 장은 국내훈련 대상자가 훈련기관의 입학허가 또는 훈련승인을 받으면 각 호의 사항〔1. 훈련계획(훈련기관·훈련기간·훈련분야·훈련방법 등을 말한다)/2. 교육훈련비에 관한 사항/3. 서약서〕을 제출하게 하여 파견의 적격 여부를 검토한 후 안전행정부장관에게 법 제13조제1항에 따른 협의를 요청하여야 하고, 제36조제1항에 따르면 안전행정부장관 또는 중앙행정기관의 장은 국내훈련을 받았거나 받고 있는 공무원이 각 호(1. 훈련 중 면직된 경우/2. 제34조에 따라 복귀명령을 받고 정당한 사유 없이 지정된 날까지 복귀하지 아니하거나 복귀 후 훈련 중 발생한 사유로 면직된 경우/3. 제33조에 따른 의무나 지시사항을 위반하여 중도에 복귀되었거나 특별한 사유 없이 훈련을 중도에 포기하거나 탈락한 경우/4. 제35조제1항에 따른 복무의무를 이행하지 아니한 경우)의 어느 하나에 해당하게 된 경우에는 별표 2의 기준에 따라 그 공무원의 위탁교육훈련에 든 경비의 전부 또는 일부를 본인이나 그의 연대보증인으로 하여금 반납하게 하여야 하며, 제36조의2 제1항에 따르면 제36조제1항에 따른 위탁교육훈련에 든 경비는 국내훈련을 받은 공무원의 훈련기간 중 국가가 지급한 모든 경비(여비를 포함하며 보수는 제외)로 한다고 되어 있다.

5)「공무원 국외훈련 업무처리 및 복무관리에 관한 지침」(안전행정부예규 제45호, 2013. 12. 12. 시행) 제23조에 따르면 예산·차관 등 정부부담에 의한 훈련은 안전행정부장관이 별도로 정한 경우 외에는 제24조 내지 제28조의 기준에 따라 훈련비(학자금, 항공료, 체재비, 의료보험료 또는 의료보조비)를 지급하고, 제24조제1항에 따르면 학자금은 훈련에 직접 소요되고 그 내역이 명확한 입학금·등록금·부담금 등에 상당하는 비용과 기타 훈련에 직접 소요되는 필요한 비용으로서 그 내역이 명확한 현장실무수습비용 및 의료시설비용 등을 포함하며, 제29조제1항에 따르면 2년의 회계년도에 걸친 훈련의 경우에는 예산사정에 따라 다음 연도 교육훈련비의 일부를 미리 지급하거나 전년도 훈련비의 일부를 다음 연도에 지급할 수 있고, 같은 조 제3항에 따르면 훈련비 정산시에는 안전행정부장관이 특별히 정한 경우를 제외하고는 파견명령 종료일의 현찰매입률(은행에 외화현찰을 파는 환율)을 적용하고, 제31조제6항에 따르면 훈련주관기관의 장은 훈련비 정산 등을 위하여 필요한 경우 훈련을 마친 공무원 및 그 배우자·자녀 등의 출·입국을 증명할 수 있는 서류(출입국사실증명서 등)의 발급을 관계기관에 요청할 수 있다고 되어 있다.

6)「국가재정법」 제96조제1항에 따르면 금전의 급부를 목적으로 하는 국가의 권리로서 시효에 관하여 다른 법률에 규정이 없는 것은 5년 동안 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸하고, 같은 조 제3항에 따르면 금전의 급부를 목적으로 하는 국가의 권리에 있어서는 소멸시효의 중단·정지 그 밖의 사항에 관하여 다른 법률의 규정이 없는 때에는 「민법」의 규정을 적용하며, 「민법」 제166조제1항에 따르면 소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행한다고 되어 있다.

나. 판단

1) 공무원에게 지급하는 훈련비는 훈련대상자가 사전에 소속 행정기관의 장을 통하여 제출한 훈련계획에 따라 훈련기간 내에 훈련계획대로 훈련할 것을 전제로 하여 국가 예산으로 지급하는 것이므로, 훈련비를 훈련대상자에게 미리 지급하였다고 하여 해당 금원이 훈련계획 및 훈련기간에 상관없이 훈련대상자 개인에게 종국적으로 귀속되어 훈련대상자 임의대로 시기와 용도를 정하여 지출할 수 있는 것이 아니다. 따라서 개인적인 사정으로 훈련기간 내에 훈련계획에 따른 훈련을 받지 못하여 지급받은 훈련비를 해당 훈련기간 내에 당초 용도대로 지출하지 아니한 경우 이를 반납하여야 하는 것이지 이를 개인적으로 보유하면서 훈련기간 종료 후에 본인이 원하는 용도로 지출하거나 개인적으로 수행하는 학업에 지출할 수 없는 것은 당연하다. 위 인정사실에 따르면 청구인은 최초 훈련계획과 달리 석사학위 취득이 6개월 늦어져 결국 최종적으로 청구인의 교육훈련은 석사 1-2학기, 석사논문작성, 박사과정 1학기 이수로 종료되었으므로 그에 해당하는 훈련비만 지원받을 수 있는 것이지, 최초 훈련계획에 박사과정 2학기까지 이수하기로 되어 있었다고 하여 훈련기간 내에 실제 이수하였는지 여부와 관계없이 청구인에게 박사과정 2학기 학자금이 지원되어야 하는 것은 아니므로, 청구인이 훈련기간 종료 후 유학휴직 기간 중에 개인적으로 박사과정 2학기를 이수하면서 지출한 이 사건 훈련비는 반납할 의무가 있다.

2) 청구인은 「공무원 교육훈련법 시행령」 제36조에서 규정한 훈련비 환수사유에 해당하지 않으므로 피청구인의 이 사건 처분이 위법·부당하다고 주장하나, 위 규정은 공무원이 법령상의 일정한 의무를 위반한 경우 그 공무원의 훈련에 소요된 경비의 전부 또는 일부를 환수한다는 규정이므로 이 사건과는 관련이 없고, 피청구인은 위 규정에 근거하여

훈련비 환수를 명한 것이 아니라 청구인에게 훈련비로 지급되었으나 실제 훈련비로 소요되지 않은 금원을 부당이득으로 반납하라는 것이므로 이에 관한 청구인의 주장은 받아들일 수 없다.

3) 청구인은 이 사건 훈련비를 반납할 의무가 있다고 하더라도 학자금 지급일로부터 소멸시효가 기산되기 때문에 소멸시효가 이미 완성되었다고 주장하나, 피청구인이 훈련비의 액수를 사전에 확정적으로 결정하여 지급한 경우라면 그 금원에 대한 부당이득반환청구권도 지급시점에 성립하고 피청구인이 부당이득반환청구권의 존재나 발생 사실을 알았든 알지 못하였든 지급일로부터 소멸시효가 진행된다고 할 것이나, 위 관계법령에 따르면 공무원의 국외훈련에 소요되는 경비를 지급할 때에는 소요될 경비를 대강 예상하여 예산사정에 따라 지급한 후 파견종료 후 훈련비를 정산하도록 되어 있어 해당 공무원에게 지원되는 훈련비의 액수 자체가 훈련비 정산 시점에 확정되므로 해당 공무원이 '파견기간 종료 후 훈련비 정산을 위한 자료를 제출한 때'에 훈련비를 확정할 수 있게 되고 훈련비에 대한 부당이득반환청구권도 행사할 수 있게 되므로 위 시점부터 부당이득반환청구권의 존재나 발생 사실을 피청구인이 알았는지 여부에 관계없이 소멸시효가 진행된다. 따라서 이 사건의 경우 피청구인이 청구인에게 예상 학자금을 지급한 2008. 12. 29.이 아니라 청구인이 복귀하여 훈련비 정산을 위한 자료를 제출한 2010. 3. 10.부터 소멸시효가 진행되었고, 따라서 2014. 6. 11. 행한 이 사건 처분은 5년의 소멸시효 완성 전에 이루어진 것이어서 위 주장 또한 받아들일 수 없다.

4) 결국 청구인에게 지급한 학자금 중 청구인이 유학휴직 기간 중 지출한 이 사건 훈련비를 반납하라는 피청구인의 이 사건 처분은 위법·부당하다고 할 수 없다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 청구인의 청구를 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

10 2014-16293 청원경찰 징계처분 취소청구(재결일 : 2014. 12. 9.)

【사건의 쟁점】

청원경찰이 예배방해행위를 한 것이 징계사유에 해당하는지 및 견책처분이 비례원칙에 반하는지

【재결요지】

다른 청원경찰과 달리 국가나 지방자치단체에 근무하는 청원경찰은 공무원에 준하는 자이고, 품위유지의무는 결국 국민이 신뢰할 수 있는 '도덕성'을 의미하는 것이므로 직무와 관련되지 않더라도 징계사유가 됨. 신앙의 자유도 법 질서 내에서 행사되어야 하고, 달리 실력을 행사해야 할 급박하고 긴급한 사정이 없었으며, 교육공무원 ▲▲▲는 같은 예배방해로 경고를 받았다고 하더라도 청구인과 완전히 동일한 행위를 한 것은 아니므로, 결국 청원경찰인 청구인이 예배방해행위를 하였다는 이유로 행한 견책처분은 위법·부당하다고 할 수 없음

【재결의 의미】

국가기관에서 근무하는 청원경찰은 공무원에 준하는 자로서 품위유지의무가 있고 예배방해행위는 징계사유가 되므로 견책처분이 가혹하다고 볼 수 없음

주 문 청구인의 청구를 기각한다.

청구취지 피청구인이 2014. 7. 15. 청구인에게 한 청원경찰 징계처분을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

가. 피청구인 소속 청원경찰인 청구인은 ◉◉**교회 예배당에서 '목사퇴진'이라는 손 팻말을 들고 '목사퇴진'을 큰소리로 3회 선창하여 예배를 중단시키는 등 2013. 9. 8.과 2013. 9. 15. 및 2013. 9. 29. 위 교회에서 예배의 정상적인 진행을 방해하였다는 이유로 2014. 5. 28. 법원으로부터 예배방해죄로 벌금 150만원을 선고받았다.

나. ◉◉지방해양항만청 보통징계위원회는 2014. 7. 15. 청구인이 「청원경찰법」 제5조의2제1항제2호 '품위를 손상하는 행위를 한 때'에 해당한다는 이유로 청구인에 대하여 견책의 징계를 의결하였고, 이에 따라 피청구인은 같은 날 청구인에게 견책의 징계처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

가. 청원경찰에 대한 징계사유인 '품위손상행위'란 도덕적·윤리적으로 지탄받는 행위 등 공직자의 체면이나 위신을 손상시키는 행위를 말하고, 사생활에서의 행위는 공직 수행에 직접 관련이 있거나 공직에 대한 사회적 평가를 훼손할 염려가 있는 경우에 한하여 정당한 징계사유가 될 수 있다. 피청구인은 품위유지의무는 사적인 부분에서도 건실한 생활을 할 것이 요구된다고 하는데, 「국가공무원법」 제63조는 '직무의 내외를 불문하고 그 품위를 손상하는 행위를 하여서는 아니된다고 규정하고 있으나 「청원경찰법」 제5조의2제1항제2호 '품위를 손상하는 행위를 한 때'에 징계사유가 된다고만 규정하고 있으므로 개인의 신앙생활 과정에서 발생한 청구인의 행위는 징계사유에 해당하지 않는다.

나. **교회 담임목사 김○○은 2005년 부임한 이래 8여년 동안 주일 오후예배와 수요예배를 없애버리고 다른 교단 목사를 불법 임용하였으며, **교회와 소속 노회와의 소통을 단절하고, 전도사, 관리집사, 직원을 절차 없이 해임하였으며, 주일 예배 대표기도는 장로들이 순서대로 하는 것이 오랜 관행임에도 자신에게 순종하는 교인을 선별하여 대표기도를 시키는 등의 편파적, 비민주적, 독선적인 목회를 하여 교회공동체를 파괴하는 행위를 일삼았고, 이에 교인들이 5개의 건의사항을 전달하였음에도 묵살하여 전체 교인 236명 중 216명으로부터 목사퇴진 서명을 받아 사퇴요구서를 보냈으며, 교회 정상화를 위한 비상대책위원회를 출범시켰다. 이런 상황에서 비상대책위원회 위원으로서 청구인은 **교회 예배당에서 2013. 9. 8. 목사퇴진이라는 손 팻말을 들고 '목사퇴진'을 3회 선창하였던 것이고, 2013. 9. 29. 예배당에서 마이크 전원을 내린 사실은 없으며, 이후 담임목사 김○○은 2014. 3. 26. 한국기독교장로회 전남노회로부터 면직 판결을 받았으며, 법원에 해고무효 소송을 제기했으나 기각되었고, 횡령 등으로 고소를 당하여 현재 수사를 받고 있으며, 새 목사 부임 후 교회 차원에서 청구인 등 벌금형을 받은 사람들을 위해 정식재판을 청구하

여 현재 재판이 진행 중이다.

다. 이처럼 청구인의 행위는 개인적 신앙생활 과정에서 발생한 것으로 대다수 교인들로부터 퇴진요구를 받고 있는 담임목사의 불법적인 행위를 막고 자진사퇴 하도록 하여 헌법이 보장하는 종교의 자유를 향유하기 위한 과정에서 행한 정당한 행위일 뿐 공무관련성이 전혀 없어 공직자로서의 체면이나 위신을 손상시킨 행위에 해당하지 아니하고, 목사퇴진운동은 참신앙을 위하여 교회 내에서 얼마든지 발생할 수 있는 일이며, 청구인은 1993년부터 20년 동안 아무런 과오 없이 공직에서 일해왔고(1999. 8. 1.부터 현 직장에서 근무), 2011. 12. 30. 국토해양부장관의 표창도 받았고, 청구인과 동일한 행위로 기소된 교육공무원 ▲▲▲는 경고처분을 받았을 뿐이다.

라. 따라서 피청구인의 이 사건 처분은 비례의 원칙과 공무원의 징계양정 규정에 반하여 위법·부당하므로 취소되어야 한다.

3. 피청구인 주장

가. 대법원은 '품위유지의무에서 품위란 주권자인 국민의 수임자로서의 직책을 맡아 수행해 나가기에 손색이 없는 인품을 말하며, 직무와 관련된 부분은 물론 사적인 부분에 있어서도 건실한 생활을 할 것을 요구받는 것이 품위유지의무이다'(대법원 1998. 2. 27. 선고 97누18172 판결)라고 판시하고 있는바, 직무와 관련이 없는 사적인 부분이라고 하더라도 현행법을 위반한 행위는 품위유지의무위반행위라 할 것이다.

나. 청원경찰은 「청원경찰법」 제3조에 따라 경찰관의 직무를 수행하는 자로서 준법의식이 투철할 것이 요구되는 직무를 수행하는 사람인바, 청구인의 행위가 비록 개인의 신앙생활 과정에서 발생했다 하더라도 청구인은 「형법」 제158조를 위반하여 사법기관으로부터 벌금형을 선고받았고, 이는 현행법을 위반한 비위행위에 해당한다. ◉◉지방해양항만청은 「청원경찰법」 제5조의2에 따른 청원경찰의 징계에 관한 사항을 「◉◉지방해양항만청 청원경찰 징계규정」(◉◉지방해양항만청예규 제36호)으로 정하고 있고, 동 규정 제12조제2항 별표1 '◉◉지방해양항만청 청원경찰 비위사건 처리기준'은 비위의 유형 중 하나로 품위유지의무위반을 규정하고 있는바, 피청구인은 청구인의 비위 유형을 품위유지의

무위반으로 판단하고 위 규정에 따라 경징계 의결을 요구하여 이 사건 처분을 한 것이다.

다. 청구인과 함께 약식기소된 교육공무원 ▲▲▲는 청구인보다 경한 '경고' 처분을 받았으므로 이 사건 처분은 과한 처분이라는 취지로 주장하나, 「교육공무원 징계령」 제51조와 「공무원 징계령」 제17조에 따라 각 징계위원회에서 징계양정 시 참작하는 각 징계혐의자의 평소 행실, 근무성적, 공적, 개전의 정, 징계요구 내용 등이 다를 수밖에 없고, 따라서 의결 결과가 다를 수밖에 없으므로 예배방해 행위가 비슷하니 징계처분 또한 같아야 한다는 주장은 불법의 평등을 주장하는 것이어서 타당성이 없다. 또한 「청원경찰법 시행령」 제8조제4항은 '견책은 전과에 대하여 훈계하고 회계하게 한다'고만 규정하고 있어 청원경찰에 대한 견책처분은 승급 및 승진 임용의 제한을 받지 않는 반면, 교육공무원이 견책처분을 받는 경우 「공무원 보수규정」 제14조, 「공무원임용령」 제32조제1항제2호에 따라 6개월간 승급 및 승진임용 제한을 받게 되므로 공무원의 견책처분과 청원경찰의 견책처분을 동일선상에서 비교할 수 없다.

라. 따라서 피청구인의 이 사건 처분은 적법·타당하여 청구인의 청구는 기각되어야 한다.

4. 관계법령

청원경찰법 제2조부터 제5조의2까지, 제10조

청원경찰법 시행령 제7조, 제8조, 제9조, 별표1

◉◉지방해양항만청 청원경찰 징계규정(◉◉지방해양항만청 예규 제36호) 제2조 부터 제5조까지, 제12조 및 별표1, 제13조

국가공무원법 제63조, 제78조부터 제80조까지

공무원보수규정 제14조

교육공무원임용령 제16조

공무원 징계령 제2조, 제17조

공무원 징계령 시행규칙 제4조, 별표 3

형법 제158조

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 소청심사청구서, 답변서, 징계처분 알림, 목사해약 통보서, 판결서, 경력증명서, 경고장, 공소장, 광주지방법원 ◉◉지원 약식명령 등의 기재내용을 종합하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 1993. 11. 26. ◉◉지방해양안전심판원 기능 10급 공무원으로 임용되어 재직하던 중 1999. 8. 1. ◉◉지방해양수산청 청원경찰로 임용된 이래 계속하여 청원경찰로 근무하여 왔고, 현재 ◉◉지방해양항만청 항만물류과 소속 청원경찰로 재직 중이다.

나. 청구인은 청원경찰로 재직 중 2011. 12. 30. 국토해양부장관으로부터 표창장을 받았고, 표창장에는 '귀하는 평소 맡은 바 직무에 정려하여 왔으며 특히 국토해양업무발전에 기여한 공이 크므로 이에 표창합니다'라고 기재되어 있다.

다. 청구인은 ◉◉**교회 교인으로, 위 교회 비상대책위원회는 2013. 8. 18.부터 신도 218명의 서명을 받은 후 한국기독교장로회 전남노회에 위 교회 담임목사 김○○에 대한 목사해약청원서를 제출하였고, 한국기독교장로회 전남노회는 2013. 11. 6. 김○○에게 목사해약을 통보하였다.

라. 청구인은 2014. 4. 14. 같은 교회 소속 다른 교인 6명(▲▲▲, ▽▽▽, ◐◐◐, 김○○, ◇◇◇, ◒◒◒)과 함께 다음과 같은 범죄사실로 약식기소되어 2014. 5. 28. 법원에 의해 예배방해죄로 벌금 150만원을 선고받았고, 이후 정식재판을 청구하였다.

- 다 음 -

> 피고인들은 ◉◉시 ooo-o에 있는 ◉◉**교회 교인들이고, 김○○은 ◉◉**교회의 담임목사로 근무하는 사람이다. 피고인들은 2013년 초경부터 김○○이 종종 수요예배를 열지 않는 등 성실하지 않고, 교인들에게 상처를 주는 설교를 자주한다는 이유로 김○○의 퇴진을 요구하였으나 김○○이 이에 응하지 아니하자, 김○○이 진행하는 예배시간에 다른 교인들이 보는 앞에서 김○○의 퇴진을 요구하기로 공모하였다.
>
> 1. 피고인 ▽▽▽, ◐◐◐, ◍◍◍, 청구인, ◇◇◇, ◒◒◒의 2013. 9. 8. 예배방해
> 피고인들은(피고인 ▲▲▲ 제외) 2013. 9. 8. 11:30경 위 ◉◉**교회 3층 예배당에서 김○○이 예배를 진행하기 위하여 교단에 들어서자, 피고인 청구인은 미리 준비하고 있던 '목

사퇴진'이라는 문구가 기재된 손 팻말을 들고 회중석 뒤쪽에서 '목사퇴진'이라고 큰 소리로 3회 선창하고, 나머지 피고인들은 '목사퇴진'이라고 큰 소리로 따라 외쳐, 교인 최난향 등 수인의 교인들이 참석하고 있는 가운데 이루어지고 있는 김○○의 예배를 중단시키는 등 예배의 정상적인 진행을 방해하였다.

2. 피고인들의 2013. 9. 15. 예배방해

피고인들은 2013. 9. 15. 11:00경 위 ◉◉**교회 3층 예배당에서 김○○이 예배를 진행하기 위하여 교단에 들어서자, 피고인 ▲▲▲는 미리 준비하고 있던 '목사퇴진'이라는 문구가 기재된 손 팻말을 들고 회중석 앞쪽으로 나가 '목사퇴진'이라고 큰 소리로 3회 선창하고, 나머지 피고인들은 '목사퇴진'이라고 큰 소리로 따라 외쳐, 교인 최난향 등 수인의 교인들이 참석하고 있는 가운데 이루어지고 있는 김○○의 예배를 중단시키는 등 예배의 정상적인 진행을 방해하였다.

3. 피고인 ▽▽▽, ◐◐◐, ◍◍◍, 청구인, ◇◇◇, ◒◒◒의 2013. 9. 29. 예배방해

피고인들(피고인 ▲▲▲ 제외)은 2013. 9. 29. 11:00경 위 ◉◉**교회 3층 예배당에서 김○○이 교인들을 상대로 예배를 진행하는 도중, 피고인 ▽▽▽은 회중석 앞쪽으로 나가면서 "지난 주에 비대위(비상대책위원회)를 출범시켰고 다음 주에는 공동회의를 소집하겠습니다."라고 큰소리로 말하고, 피고인 ◇◇◇은 핸드 마이크를 이용하여 큰소리로 찬송을 부르고, 피고인 ◒◒◒은 오르간을 이용하여 반주를 하고, 피고인 ◍◍◍는 김○○이 설교 중이던 교단으로 올라가 마이크를 치우고, 피고인 청구인, ▽▽▽은 방송실로 가서 교단의 마이크 전원을 내리고, 피고인 ◐◐◐은 찬송을 큰소리로 따라 불러, 교인 최난향 등 수인의 교인들이 참석하고 있는 가운데 이루어지고 있는 김○○의 설교를 중단시키는 등 예배의 정상적인 진행을 방해하였다.

마. 피청구인의 징계의결 요구에 따라 ◉◉지방해양항만청 보통징계위원회는 2014. 7. 15. 청구인의 예배방해 행위는 「청원경찰법」 제5조의2제1항제2호 '품위를 손상하는 행위를 한 때'에 해당한다는 이유로 청구인에 대하여 견책의 징계를 의결하였고, 징계의결서의 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

□ 대상자가 작성한 문답서

○ 청구인은 검찰에 의해 기소된 예배방해 행위 중 손 팻말을 들고 큰소리로 선창한 사실은 맞지만 교단의 마이크 전원을 내리는 행위는 한 사실이 없다고 진술하고 있으며, 남신도회 총무 직책을 맡고 있어 예배방해를 주도한 모임(비상대책위원회)에 부득이하게 참석할 수밖에 없었다고 자신의 입장을 밝히고 있음

○ 청구인은 동 행위가 위법한 행위이며, 청의 위신을 추락시킨 행위임을 자각하고 본인

의 행위에 대하여 크게 뉘우치고 있음
○ 이번 일을 계기로 선처해 준다면 재발방지 약속과 함께 앞으로는 청원경찰의 품위를 지키며 직장생활에 더욱 성실하게 임할 것을 다짐하였음

□ 위원회의 판단
○ 청원경찰이 지켜야 할 '품위'라 함은 주권자인 국민의 수권자로서의 직책을 맡아 수행해 나가기에 손색이 없는 인품을 말하며 어떤 행위가 품위손상행위에 해당하는가는 구체적 상황에 따라 건전한 사회통념에 의하여 판단하여야 함(대판 98. 2. 27. 97누18172)
○ 청구인의 예배방해 행위는 국가에서 보호하고 있는 법령을 위반한 사항으로 건전한 사회통념에 비추어 봤을 때 청원경찰의 '품위'를 손상한 행위에 해당된다고 판단됨
○ 품위손상에 따른 징계수위는 품위손상 정도와 평소 청구인이 업무를 성실히 수행하고 있는 점, 2011년에 장관표창을 받은 공적이 있는 점, 초범이고 현재 뉘우치고 있는 점 등을 종합적으로 감안하였을 때 징계위원회 전원은 '견책'으로 의결하는 것이 적정하다고 판단함

바. 피청구인은 2014. 7. 15. 청구인에게 처분의 이유로 징계의결서 사본을 첨부하여 이 사건 처분을 하였다.

사. 김○○은 한국기독교장로회 전남노회를 피고로 하여 법원에 해고무효확인소송을 제기했으나 2014. 7. 17. 다음과 같은 이유로 기각되었다.

- 다 음 -

2013년경 신도가 314명인 사실, ...(중략) 신도 중 218명이 원고의 해약을 청원하는 이 사건 청원서에 서명한 사실에 비추어 볼 때 ◉◉**교회의 신도 대부분이 원고와의 신뢰관계가 깨졌음을 이유로 원고의 사임 내지 해임을 원하는 이 사건 청원을 피고에게 제출하였다고 봄이 상당하고, 이를 그대로 둘 경우 현저히 정의 관념에 반한다고 볼 만한 아무런 근거가 없는 이상 법원으로서는 이 사건 청원과 그에 따른 이 사건 해약결정의 효력을 부정하기 어렵다.

아. ▲▲▲는 2014. 5. 7. 전라남도目目교육지원청교육장으로부터 경고를 받았고, 경고장에는 '귀하는 국가공무원법 제63조에 의해 법령을 준수하고 성실히 직무를 수행하며 국가공무원으로서의 품위를 손상하는 행위를 하여서는 아니됨에도 불구하고 소속 교회의 목사퇴진을 요구하는 과정에서 불법행위를 하여 광주지방검찰청 ◉◉지청으로부터 형법

제158조 위반으로 구약식 처분을 받은 점은 교사로서 품위가 심각하게 손상되었기에 엄중 경고하니 향후 금번과 같은 일이 발생하지 않도록 각별히 유념하시기 바랍니다'라고 기재되어 있다.

자. 우리 위원회 소속 직원이 직권으로 조사한 바에 따르면, 청구인은 이 사건 처분으로 6개월 승급제한(2014. 7. 16. - 2015. 1. 15.)을 받았다.

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령 등의 내용

1)「청원경찰법」제2조에 따르면 청원경찰이란 국가기관 또는 공공단체와 그 관리하에 있는 중요 시설 또는 사업장(제1호), 국내 주재(駐在) 외국기관(제2호), 그 밖에 행정안전부령으로 정하는 중요 시설, 사업장 또는 장소(제3호)에 해당하는 기관의 장 또는 시설·사업장 등의 경영자가 경비를 부담할 것을 조건으로 경찰의 배치를 신청하는 경우 그 기관·시설 또는 사업장 등의 경비(警備)를 담당하게 하기 위하여 배치하는 경찰을 말하고, 같은 법 제3조에 따르면 청원경찰은 청원주와 해당 구역을 관할하는 경찰서장의 감독을 받아 그 경비구역만의 경비를 목적으로 필요한 범위에서「경찰관직무집행법」에 따른 경찰관의 직무를 수행하며, 같은 법 제4조에 따르면 청원경찰을 배치받으려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 관할 지방경찰청장에게 청원경찰 배치를 신청하여야 하고, 같은 법 제5조에 따르면 청원경찰은 청원주가 임용하되, 임용을 할 때에는 미리 지방경찰청장의 승인을 받아야 하며(제1항),「국가공무원법」제33조 각 호의 어느 하나의 결격사유에 해당하는 사람은 청원경찰로 임용될 수 없고(제2항), 청원경찰의 임용자격·임용방법·교육 및 보수에 관하여는 대통령령으로 정하며(제3항), 청원경찰의 복무에 관하여는「국가공무원법」상 복종의무, 직장이탈금지, 비밀엄수의무, 집단행위의 금지 및「경찰공무원법」상 거짓보고 등의 금지의무에 관한 규정이 준용되고(제4항), 같은 법 시행령 제7조에 따르면 같은 법 제5조제4항에서 규정한 사항 외에 청원경찰의 복무에 관하여는 해당 사업장의 취업규칙에 따르고, 같은 법 시행령 제9조에 따르면 국가기관 또는 지방자치단체에 근무하는 청원경찰의 봉급은 호봉(1∽31)과 재직기간에 따라 별표1과 같으며, 같은 법 제5조의2에 따르면 청원주는 청원경찰이 직무상의 의무를 위반하거나 직무를 태만히 한 때(제1호), 품위

를 손상하는 행위를 한 때(제2호)에는 대통령령으로 정하는 징계절차를 거쳐 징계처분을 하여야 하며, 청원경찰에 대한 징계의 종류는 파면, 해임, 정직, 감봉 및 견책으로 구분하고, 청원경찰의 징계에 관하여 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정하며, 같은 법 시행령 제8조에 따르면 법 제5조의2제2항의 견책(譴責)은 전과(前過)에 대하여 훈계하고 회개하게 하며, 청원주는 청원경찰 배치 결정의 통지를 받았을 때에는 통지를 받은 날부터 15일 이내에 청원경찰에 대한 징계규정을 제정하여 관할 지방경찰청장에게 신고하여야 하고, 지방경찰청장은 제5항에 따른 징계규정의 보완이 필요하다고 인정할 때에는 청원주에게 그 보완을 요구할 수 있다고 되어 있으며, 같은 법 제10조에 따르면 청원경찰이 직무를 수행할 때 직권을 남용하여 국민에게 해를 끼친 경우에는 6개월 이하의 징역이나 금고에 처하고, 청원경찰 업무에 종사하는 사람은 「형법」이나 그 밖의 법령에 따른 벌칙을 적용할 때에는 공무원으로 본다고 되어 있다.

2) 「◉◉지방해양항만청 청원경찰 징계규정」(◉◉지방해양항만청 예규 제36호, 이하 '이 사건 징계규정'이라 한다) 제2조에 따르면 ◉◉지방해양항만청 소속 청원경찰의 징계에 대하여는 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 규정이 정하는 바에 따르고, 제3조에 따르면 청원경찰의 징계는 「공무원 징계령」에 따른 ◉◉지방해양항만청 보통징계위원회에서 심의의결하며, 징계위원회의 구성 및 간사 또한 같고, 제4조에 따르면 ◉◉지방해양항만청장은 소속 청원경찰이 다음 각 호(1. 「청원경찰법」 및 동법 시행령의 규정 또는 이에 따른 명령을 위반한 때 / 2. 직무상 의무에 위반하거나 직무를 태만히 한 때 / 3. 품위를 손상하는 행위를 한 때 / 4. 관할 경찰서장으로부터 징계요청을 받은 때)의 어느 하나에 해당하는 사유가 있다고 인정될 때에는 보통징계위원회에 징계의결 등을 요구해야 하며, 제5조에 따르면 '중징계'란 파면, 해임, 정직을 말하고, '경징계'는 감봉, 견책을 말하며, 징계의 효력에 대하여는 「국가공무원법」 및 「공무원 보수규정」을 준용하고, 제12조 및 별표1에 따르면 비위행위의 유형이 '품위유지의무위반'으로서 '성폭력, 성희롱, 성매매, 음주운전' 외 '기타'에 해당하고 '비위의 정도가 약하고 경과실인 경우' 경징계 의결을 요구하도록 되어 있으며, 제13조에 따르면 기타 이 규정에서 정하지 아니한 내용은 「공무원 징계령」을 준용한다고 되어 있다.

3) 「국가공무원법」 제63조에 따르면 공무원은 직무의 내외를 불문하고 그 품위가 손상

되는 행위를 하여서는 아니되고, 제78조제1항제3호에 따르면 공무원이 직무의 내외를 불문하고 그 체면 또는 위신을 손상하는 행위를 한 때에는 징계 의결을 요구하여야 하고 그 징계 의결의 결과에 따라 징계처분을 하여야 하며, 제79조에 따르면 징계는 파면·해임·강등·정직(停職)·감봉·견책(譴責)으로 구분하고, 제80조에 따르면 견책(譴責)은 전과(前過)에 대하여 훈계하고 회개하게 하며(제5항), 공무원으로서 징계처분을 받은 자에 대하여는 그 처분을 받은 날 또는 그 집행이 끝난 날부터 대통령령 등으로 정하는 기간 동안 원칙적으로 승진임용 또는 승급할 수 없다고 되어 있다(제6항).

4)「공무원보수규정」제14조에 따르면 견책처분을 받은 경우 6개월간 승급시킬 수 없고,「교육공무원임용령」제16조에 따르면 교육공무원이 견책처분을 받은 경우 6개월간 승진임용될 수 없다고 되어 있다.

5)「공무원 징계령」제2조에 따르면 징계위원회는 중앙징계위원회와 보통징계위원회로 구분하고, 6급이하 공무원 등의 징계등 사건은 원칙적으로 보통징계위원회가 심의·의결하며, 제17조에 따르면 징계위원회가 징계등 사건을 의결할 때에는 징계 등 혐의자의 평소 행실, 근무성적, 공적, 뉘우치는 정도, 징계등 요구의 내용 또는 그 밖의 정상을 참작하여야 한다고 되어 있고,「공무원 징계령 시행규칙」제4조에 따르면 징계위원회는 징계의결이 요구된 사람에게「상훈법」에 따른 훈장 또는 포장을 받은 공적,「정부표창규정」에 따라 국무총리 이상의 표창을 받은 공적 [다만, 비위행위 당시 6급 이하 공무원, 연구사, 지도사와 기능직공무원은 중앙행정기관장인 청장(차관급 상당 기관장을 포함한다) 이상의 표창을 받은 공적] ,「모범공무원규정」에 따라 모범공무원으로 선발된 공적이 있는 경우에는 별표 3의 징계의 감경기준에 따라 징계를 감경할 수 있다고 되어 있으며, 별표 3에는 파면, 해임, 강등, 정직, 감봉, 견책의 징계를 받았을 경우에 해임, 강등, 정직, 감봉, 견책, 불문(경고)로 각각 감경할 수 있다고 되어 있다.

6)「형법」제158조에 따르면 장례식, 제사, 예배 또는 설교를 방해한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다고 되어 있다.

나. 판 단

1) 청구인은「청원경찰법」제5조의2제1항제2호는 '직무의 내외를 불문하고' 품위유지의

무를 규정한 「국가공무원법」과 문언상 차이가 있다는 이유로 개인적 신앙생활 과정에서 발생한 청구인의 행위는 징계사유가 될 수 없다고 주장하므로 살피건데, 「청원경찰법」과 같은 법 시행령 규정을 종합하여 보면 청원경찰은 기본적으로 사용주인 청원주와의 고용계약에 의한 근로자로서 공무원 신분이 아니나 그 업무의 공공성, 업무수행의 특수성으로 인하여 공무원에 준하는 의무가 부과되고 공무원에 준하여 신분보장이 되는 점(헌법재판소 2010. 2. 25.자 2008헌바160 결정 참조), 국가나 지방자치단체에 근무하는 청원경찰은 다른 청원경찰과는 달리 그 근무관계를 사법상의 고용계약관계로 보기는 어렵다는 이유로 이를 행정사건으로 다루고 있는 점(대법원 1993. 7. 13. 선고 92다47564 판결 등 참조)에 비추어 국가나 지방자치단체에 근무하는 청원경찰은 공무원에 준하는 자로 봄이 상당하고, 「국가공무원법」 제63조에서 '품위'란 주권자인 국민의 수임자로서 직책을 맡아 수행해 나가기에 손색이 없는 인품을 말하는 것으로(대법원 2013. 9. 12. 선고 2011두20079 판결 참조) 이는 일응 국민이 공무원의 직무수행의 공정성과 엄정성, 청렴성 등을 기대하고 신뢰할 수 있을 정도의 도덕성을 의미한다고 판단되므로 '품위유지의무'는 그 개념상 직무와 관련한 행위에 한하여 요구되는 것이 아니며, 「청원경찰법」 제5조의2제1항제2호에서 말하는 '품위'도 이와 다르지 않은 것으로 보이는 점 등을 모두 고려하면, '직무의 내외를 불문하고'라는 문언이 없다고 하더라도 국가나 지방자치단체에 근무하는 청원경찰의 경우 공무원과 마찬가지로 현행법 위반행위나 비도덕적 행위 등 공직자의 직무수행의 공정성에 대한 일반 국민의 신뢰를 떨어뜨리는 행위를 한 경우 이는 징계사유가 된다고 할 것이므로, 청구인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

2) 청구인은 예배방해 행위가 신앙의 자유를 향유하기 위한 정당행위였다고 주장하나, 공직자가 모든 국민에게 보장된 기본권을 행사하는 행위를 하였다 할지라도 그 권리행사의 정도가 권리를 인정한 사회적 의의를 벗어날 정도로 지나쳐 주권자인 국민의 입장에서 보아 바람직스럽지 못한 행위라고 판단되는 경우라면 공직자의 그와 같은 행위는 그 품위를 손상하는 행위에 해당한다고 할 것인바(대법원 1987. 12. 8. 선고 87누657 판결 참조), 「형법」 제158조가 예배방해죄를 규정하여 종교생활의 평온을 보호하고 있고, 개인의 신앙의 자유는 법질서 테두리 내에서 행사되어야 하며, 또한 그 경우에만 다른 사람의 신앙의 자유도 동등하게 보호받을 수 있는 것으로, 청구인 소속 교회 교인들 대다수가 담임목사

퇴진을 바라고 있었던 상황이었다 하더라도 일부 교인들은 이에 동의하지 않고 담임목사가 진행하는 예배에 참석하여 예배를 진행하고 있었던 이상 청구인의 행위는 국가가 위 「형법」 규정을 통하여 보호하고자 하는 법익을 침해한 것이고, 소속 교회의 담임목사가 전횡을 일삼는 등의 문제가 있었다면 합법적 절차를 통하여 이를 배제하여야 하는 것이며(실제로 위 교회 비상대책위원회는 2013. 8. 18.부터 목사해임 청원을 위하여 신도들의 서명을 받고 있었고, 종국에는 목사해약이라는 합법적인 방식으로 위 목사의 활동을 배제하였다), 달리 실력을 행사하여 위 목사와 나머지 신도들이 행하는 예배를 중단시키는 등의 행위를 할 만한 급박하고 긴급한 사정이 있었던 것으로 보이지도 아니하므로, 청구인의 행위는 그 권리행사의 정도가 지나쳐 국가 중요시설을 보호하는 청원경찰에 대한 일반 국민의 신뢰를 떨어뜨릴 우려가 있는 행위로 판단되므로, 청구인의 위 주장 또한 받아들일 수 없다.

3) 청구인은 같은 행위를 한 교육공무원 ▲▲▲는 경고를 받았을 뿐이고, 청구인이 국토해양부장관 표창을 받은 사실도 있으므로 청구인에 대한 견책의 징계는 비례의 원칙에 반하여 위법·부당하다고 주장하나, ▲▲▲와 청구인이 행한 행위가 완전히 동일하지 않으므로 단순 비교할 대상은 아니며, 징계위원회는 심의 당시 청구인이 국토해양부장관 표창을 받은 사실을 고려하여 결정한 사실이 확인되므로 이 사건 처분에 달리 절차적 하자도 없고, 견책은 전과에 대하여 훈계하고 회개하게 하는 것으로서 「청원경찰법」에서 정한 징계의 종류 중 가장 가벼운 것이며, 국가 중요시설의 경비를 위하여 경찰관에 준하는 업무를 수행하는 청원경찰로서 실력을 행사하여 평온하게 진행되는 예배를 방해하였다는 사실은 청구인이 행하는 업무에 대한 공공의 신뢰를 저해할 우려가 있는 점 등을 고려할 때, 공직 기강의 확립 등 이 사건 처분을 통하여 피청구인이 달성하고자 하는 행정목적이 청구인이 입는 불이익보다는 더 큰 것으로 보이므로 이 사건 처분이 비례의 원칙에 반한다고 볼 수 없다.

4) 결국 피청구인의 이 사건 처분은 재량권의 한계를 벗어난 위법·부당한 처분이라고 할 수 없다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 청구인의 청구를 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

시 험

Anti-Corruption & Civil Rights Commission

1 2013-12403 제55회 사법시험 제1차시험 불합격처분 취소청구
(재결일 : 2014. 1. 21.)

【사건의 쟁점】

이 사건 계쟁문제의 답항 ①번을 옳은 지문으로 보아 복수정답으로 인정할 수 있는지 여부

【재결요지】

판례 및 참고문헌의 내용을 종합하여 보면 불법행위로 입은 상해의 후유장애로 인하여 장래 치료비나 개호비 등을 지출하여야 할 손해를 입은 피해자는 정기금과 일시금에 의한 지급 중 어느 방식에 의하여 청구할 것인지를 임의로 선택할 수 있고, 다만 법원은 식물인간 등의 경우와 같이 그 후유장애의 계속기간이나 잔존여명이 단축된 정도 등을 확정하기 곤란하여 일시금 지급 방식에 의한 손해의 배상이 사회정의와 형평의 이념에 비추어 현저하게 불합리한 결과를 초래할 우려가 있다고 인정될 때에 한해 피해자의 일시금에 의한 지급청구에도 불구하고 그 재량에 따라 정기금에 의한 지급배상을 명하는 판결을 할 수 있다고 할 것인데, 이 사건 계쟁문제의 문항 및 답항 ①번을 살펴보면 법원이 일시금 지급을 명하는 것이 사회정의와 형평의 이념에 비추어 현저하게 불합리한 결과를 초래할 우려가 있다고 인정될 만한 사정이 있는지 여부를 판단할 수 있는 조건 및 단서 등이 주어지지 않아, 이 사건 계쟁문제의 답항 ①번은 옳은 지문이라고 볼 수 없으므로 이 사건 처분이 위법·부당하다고 할 수 없음

【재결의 의미】

판례 및 참고문헌에 따르면 이 사건 계쟁문제의 답항 ①번은 옳은 지문으로 볼 수 없으므로 이 사건 처분은 위법·부당하다고 할 수 없음

주 문 청구인의 청구를 기각한다.

청구취지 피청구인이 2013. 4. 19. 청구인에게 한 제55회 사법시험 제1차시험 불합격처분을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

가. 청구인은 피청구인이 2013. 2. 23. 실시한 제55회 사법시험 제1차시험(이하 '이 사건 시험'이라 한다)에 응시(응시번호 11140387)하였으나, 피청구인은 2013. 4. 19. 청구인이 획득한 점수(총점 289.22점)가 이 사건 시험의 합격선(최저합격점수 289.62점)에 미치지 못하였다는 이유로 청구인에게 이 사건 시험 불합격처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

나. 청구인이 응시한 이 사건 시험은 모두 4과목[필수과목(헌법, 민법, 형법) 및 선택과목]이고, 필수과목은 과목별 40문제에 과목별 만점은 100점이고, 선택과목은 25문제에 만점은 50점이며, 이 사건 시험의 출제방식은 객관식 선택형으로서 각 문제당 제시된 5~8개의 답항 중 가장 적합한 1개의 답항을 고르는 것을 전제로 출제되었다.

다. 이 사건 시험 중 청구인이 다투는 문제(이하 '이 사건 계쟁문제'라 한다)는 다음과 같다.

- 다 음 -

이 사건 계쟁문제	배점	피청구인 발표정답	청구인 선택정답	청구인 주장정답	합격에 필요한 문제 수 / 계쟁문제 수
민법 1책형 26번 (3책형 22번)	2점	③번	①번	①, ③ 복수정답	1 문제 / 1 문제

2. 관계법령

사법시험법 제2조, 제8조, 제9조, 제11조

사법시험법 시행령 제4조, 제5조

3. 전반적인 판단기준

가. 행정행위로서의 시험의 출제업무에 있어서 출제 담당위원은 법령규정의 허용범위

내에서 어떠한 내용의 문제를 출제할 것인가와 그 문제의 문항과 답항을 어떤 용어나 문장형식을 써서 구성할 것인가를 자유롭게 정할 수 있다는 의미에서 재량권을 가진다고 할 것이고, 반면 그 재량권에는 그 시험의 목적에 맞추어 수험생들의 능력을 평가할 수 있도록 출제의 내용과 구성에서 적정하게 행사되어야 할 한계가 내재되는 것이어서 그 재량권의 행사가 그 한계를 넘을 때에는 그 출제행위는 위법하게 된다.

나. 그런데 전문분야 시험에서의 출제행위의 경우 그 시험의 목적이나 성격상 일정수준의 난이도는 유지되어야 할 필요가 있으므로, 국어학이나 논리학 과목이 아닌 전문분야 시험의 출제기법으로서 문항과 답항의 구성에서의 다의적 용어의 사용은 어느 정도 불가피한 면이 있어서 전문용어가 아닌 일반용어를 사용하는 과정에서 엄밀하게 정확한 용어를 사용하지 아니함으로써 생긴 출제상의 잘못을 예외 없이 재량권이 일탈·남용된 것으로 볼 수 없다.

다. 나아가 객관식 문제의 출제에 있어서 법령규정이나 확립된 해석에 어긋나는 법리를 진정한 것으로 전제하여 출제한 법리상의 오류가 재량권의 남용 또는 일탈로서 위법한 것임은 당연하며, 법리상의 오류를 범하지는 아니하였더라도 그의 문항이나 답항의 문장구성이나 표현용어 선택이 지나칠 정도로 잘못되어 결과적으로 평균수준의 수험생으로 하여금 정당한 답항을 선택할 수 없게 만든 때에도 재량권의 남용 또는 일탈이라고 할 것이지만, 법리상의 오류는 없고 문항이나 답항의 일부 용어표현이 미흡하거나 부정확한 편으로서 객관식 답안작성 요령이나 전체의 문항과 답항의 종합·분석을 통하여 진정한 출제의도 파악과 정답선택에 있어 평균수준의 수험생으로서는 장애를 받지 않을 정도에 그친 때에는 특별한 사정이 없는 한 그러한 잘못을 들어 재량권의 남용 또는 일탈이라고 하기는 어려울 것이다.

라. 그러므로 객관식 시험에서 문제를 전체적으로 관찰하여 그 출제의도를 충분히 파악할 수 있고 어느 모로 보나 정답일 수밖에 없는 답항이 있다면, 수험생은 개개의 표현의 비엄밀성, 비문법성을 따지기보다는 전체적으로 그 문제의 출제의도를 파악하고 각 문제의 정답이 1개뿐인 점을 감안하여 여러 개의 답항 중 어느 모로 보나 정답인 답항만을 정답으로 골라야 할 것이고, 따라서 명백히 정답으로 판단되는 답항 외에 표현이 다소 애

매하거나 불분명하여 해석하기에 따라서는 정답으로 볼 수도 있고 정답이 아닌 것으로 볼 수도 있는 답항이 있는 경우에는, 그 애매하거나 불분명한 답항은 정답이 아닌 것으로 출제된 것으로 해석하여 그 답항을 정답이 아닌 것으로 처리하여야 할 것이며, 골라야 할 정답이 1개뿐인 것으로 제시되어 있고 어느 모로 보나 정답인 것이 있어 그 답항을 정답으로 요구한 출제의도를 파악하는 데 어려움이 없는 이상, 일부 다른 답항의 표현이 다소 애매하거나 불분명하다는 사유만으로 그 출제나 채점에 어떠한 위법사유가 있다고 볼 수는 없다.

마. 다만 위와 같은 기준 하에서도 출제자가 자신의 주관적인 해석이나 관점, 학설, 특정교재 등에 의하여 정답이 달라질 수 있는 문제 또는 당해 시험에 응시한 일반적인 수험생의 지력과 능력으로 해석하여 보아도 그 출제의도가 도저히 파악되지 않는 문제를 출제한 경우에는 문제 자체로 타당성을 상실한다고 할 것이며, 또한 일반적인 수험생의 지력과 능력으로 해석할 때 명백히 출제자의 의도와 다른 답이 정답으로 선택될 수밖에 없다거나 출제자가 선정한 것 외에도 다른 답이 정답으로 인정될 수밖에 없다면 출제자의 위와 같은 출제나 정답선정의 잘못은 객관식 시험의 출제에서 허용되는 재량권의 범위와 한계를 일탈·남용한 것으로서 위법하게 될 것이고, 이와 같은 출제행위에 있어서의 재량권 일탈·남용 여부를 판단하기 위해서는 출제와 답안작성 관련 규정의 규제내용, 출제과목의 성격, 출제의 동기, 다툼이 된 문항과 답항의 내용과 표현 및 구성, 응시자의 이해능력의 수준 등 전체 법질서의 관점에서 관련되는 모든 사정에 관한 구체적이고도 종합적인 검토가 선행되어야 할 것이다(대법원 2001. 4. 10. 선고 99다33960 판결 참조).

4. 이 사건 계쟁문제에 대한 당사자들의 주장, 인정사실 및 판단

가. 이 사건 계쟁문제[민법 1책형 26번(3책형 22번)]

보행신호에 따라 횡단보도를 건너던 甲은 신호를 무시하고 진행한 乙의 승용차와 충돌하여 허리를 다쳤다. 이에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)
① 甲의 장래 치료비나 개호비의 배상을 정기금 또는 일시금 중 어떤 방식으로 할 것인지는 원칙적으로 甲의 청구에 구속되지 않고 법원이 제반사정을 고려하여 결정한다.
② 甲이 사망하지 않았으므로 甲의 부모나 자녀는 원칙적으로 정신적 손해의 배상을 청구할 수 없다.
③ 甲이 위 사고 후에 후유장애를 갖게 된 경우, 종전과 같은 직장에서 계속 근무하더라도,

당해 직장이 피해자의 잔존 가동능력의 정상적 한계에 알맞은 사정이 나타나지 않는 한, 치료비·위자료 외에 재산적 손해가 없다고 단정할 수 없다. ④ 甲에게 재산상 손해의 발생이 인정되더라도 입증곤란 등의 이유로 그 손해액의 확정이 불가능한 경우, 법원은 그 부분의 청구를 기각하여야 하며, 이러한 사정을 위자료의 증액 사유로 참작하여서는 안 된다. ⑤ 甲이 위 사고 당시 실직상태였다면 그의 일실이익은 일반노동임금을 기준으로 산정하여야 하고, 甲이 특정한 기능이나 자격을 가지고 있어서 그에 상응하는 소득을 얻을 상당한 개연성이 있다는 이유로 그에 따라 산정할 수는 없다.

피청구인 발표정답	청구인 선택정답	청구인 주장정답
③	①	①, ③ 복수정답

나. 청구인 주장

1) 사법연수원에서 발간한 '손해배상소송'에 따르면 '적극적 손해'의 경우는 원고의 청구와 관계없이 법원이 자유재량으로 인정할 수 있고, '소극적 손해'의 경우는 대판 67다2199 이후 대법원 판례들의 표현의 애매함으로 그 해석을 두고 견해의 대립이 있다고 되어 있다. 한편, 송덕수 교수의 '신민법강의'에서는 대법원 판례에 대해 '이 때 정기금지급을 명할 것인가는 법원의 자유재량에 속한다'고 하여 판례의 입장을 소개하고 있고, 한국사법행정학회에서 발간한 '손해배상소송실무'에서는 '법원은 그 판단에 따라 정기금 또는 일시금의 지급을 명할 수 있다는 견해'라고 언급하고 있다.

2) 위와 같이 다수의 참고문헌은 판례에 대해 견해대립이 있거나 법원의 자유재량이라는 표현을 사용하여 답항 ①번이 옳은 지문임을 직·간접적으로 언급하고 있는 점, 피청구인의 주장대로 '다툼이 있는 경우에는 판례에 의함'이라는 이 사건 계쟁문제의 조건을 감안하면 출제자의 특정견해에 입각한 주관적인 해석이나 분석, 관점에 따라 정답이 달라지는 이 사건 계쟁문제는 공정성 및 타당성을 상실한 점, 제53회 사법시험 제1차시험 민법과목에서 이 사건 계쟁문제의 답항 ①번 지문과 실질적으로 동일한 내용의 지문이 옳은 것으로 처리된 점, 청구인은 이 사건 시험과 관련하여 수험생으로서 절박한 상황에 처해 있는 점 등을 고려할 때, 이 사건 계쟁문제의 답항 ①번 또한 옳은 지문으로 처리되어야 하므로 청구인이 획득한 점수가 이 사건 시험의 합격선에 미치지 못하였다는 이유로 행한 피청구인의 이 사건 처분은 위법·부당하다.

다. 피청구인 주장

이 사건 계쟁문제의 답항 ①번과 관련한 판례의 입장을 종합하여 보면 법원은 피해자인 甲이 장래 치료비나 개호비의 배상을 청구할 경우 원칙적으로는 甲의 청구에 따라 판결을 하여야 하고, 다만 甲이 식물인간 등의 상태가 되어 그 후유장해의 계속 기간이나 잔존여명이 단축된 정도 등을 확정하기 곤란하여 일시금지급 방식에 의한 손해의 배상이 사회정의나 형평의 이념에 비추어 현저하게 불합리한 결과를 초래할 우려가 있다고 인정될 때에 한해 甲이 일시금지급의 청구를 하여도 정기금으로 지급할 것을 명할 수 있다고 할 것이다. 그런데 이 사건 계쟁문제에서 甲의 상해정도나 잔존여명 등의 구체적인 피해상황이 해당 문제의 문항 및 답항 등에 제시되어 있지 않는바, 甲의 청구에 구속되지 않고 법원이 그 지급방식을 결정한다는 내용의 답항 ①번은 반드시 옳은 지문이라고 볼 수 없다. 따라서 청구인의 주장은 받아들일 수 없으므로 관계법령에 따라 행한 피청구인의 이 사건 처분은 적법·타당하다.

라. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 보충서면, 보충답변서, 정답심사의견서 등 각 사본의 기재내용 및 우리 위원회에서 조사한 참고문헌의 내용을 종합하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

1) 피청구인의 2013. 3. 12.자 문항별 정답심사의견서에 따르면 이 사건 계쟁문제와 관련하여 이 사건 시험의 수험생들의 이의제기에 대한 정답심사위원들의 심사결과는 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 심사결과: 이유없음

○ 이유

- 이의제기의 근거인 90다카27597에서 참조판례로 들고 있는 "그 손해배상의 청구는 정기금으로 지급할 수 있고, 중간이자를 공제하고 …(이하 생략)… (87다카2240, 90다카26102)" 부분은 법원이 일시금과 정기금 중 재량으로 할 수 있다는 의미라기보다는 당사자에게 원칙적으로 선택권이 있고 법원이 이를 판단함에 있어 재량권을 가진다는 의미로 보아야 함

- 결론적으로 5지선다 중 명백한 정답이 있고, 답항 ③번은 명백히 옳은 지문이므로 이의제기는 이유없음

2) 사법연수원에서 발간한 '손해배상소송(2013)'의 141～142페이지에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

○ 해당 본문내용

- 판례는 재산상 손해 중 일실수입 손해배상의 경우 피해자가 정기금 지급청구권과 일시금 지급청구권을 선택적으로 선택할 수 있고, 다만 피해자가 일시금 지급을 청구한 때에는 법원이 이에 따르지 아니하고 정기금 배상으로 지급을 명할 수는 없다고 한다.

○ 위 본문내용에 대한 각주

- 이와 관련하여서는 반대견해가 있다. 즉, 위 판결 이후에 뒤에서 보는 바와 같이 적극적 손해에 대하여 손해배상청구권자가 일시금에 의한 지급을 청구하였더라도 법원이 재량에 따라 정기금에 의한 지급을 명하는 판결을 할 수 있다고 하는 판결이 여러 차례 선고되었는데 그 판결들에서 이유를 설시함에 있어 "손해배상에 있어서 정기금지급을 구할 것인지 일시금지급을 구할 것인지는 당사자가 임의로 선택할 수 있는 것이며, 정기금지급을 명할 것인가의 여부는 법원의 자유재량에 속하는 것이다"라고 하여 적극적 손해와 소극적 손해의 경우를 구별하지 않는 듯한 표현을 쓰고 있다. 이에 따라 소극적 손해의 경우도 위 대판 67다2199가 변경되어 원고의 청구와는 관계없이 법원이 자유재량으로 정기금지급을 명할 수 있다고 해석하는 견해와 소극적 손해의 경우는 여전히 위 대판 67다2199에 따라야 한다고 해석하는 견해가 나누어지게 되었다.

3) 사법연수원에서 발간한 '손해배상소송(2013)'의 142～143페이지에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

○ 재산상 손해 중 장래에 계속적으로 소요될 치료비나 개호비 상당의 손해배상의 경우에도 청구권자가 정기금과 일시금에 의한 지급 중 어느 방식에 의하여 청구할 것인지 임의로 선택할 수 있다. 그러나 이러한 향후개호비, 향후치료비에 대하여는 피해자가 일시금지급을 청구하더라도 법원은 정기금배상으로 지급을 명할 수 있다. 특히 식물인간 등의 경우

와 같이 그 후유장해의 계속기간이나 잔존여명이 단축된 정도 등을 확정하기 곤란하여 일시금지급방식에 의한 손해의 배상이 사회정의와 형평의 이념에 비추어 현저하게 불합리한 결과를 초래할 우려가 있다고 인정될 때에는, 손해배상청구권자가 일시금에 의한 지급을 청구하였더라도 법원이 재량에 따라 정기금에 의한 지급을 명하는 판결을 할 수 있다는 것이다.

○ 그러나 판례는 원고가 향후치료비, 향후개호비 등의 손해에 대하여 일시금배상을 청구하고 있는 경우, 일시금지급을 명하는 것이 사회정의와 형평의 이념에 비추어 현저하게 불합리한 결과를 초래할 우려가 있다고 인정할 수 없는 한 함부로 정기금지급을 명하여서는 안 된다고 한다.

○ 결국 판례의 취지에 따르면 정기금배상을 하기 위하여는 대체로 후유장해의 계속기간이나 잔존여명이 단축되는 정도 등을 확정하기 곤란하여야 하고, 일시금배상방식에 의한 손해배상이 사회정의와 형평의 이념에 비추어 현저하게 불합리한 결과를 초래할 우려가 있다고 인정되어야 할 것이다.

4) 이화여자대학교 법학전문대학원의 송덕수 교수가 집필한 '신민법강의(2013, 박영사)' 1736페이지에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

○ 〈판례〉에 의하면 장래 일정시기마다 발생하는 이익을 상실하였다고 하여 손해배상을 청구하는 경우에 피해자는 정기금으로 지급할 것을 청구할 수도 있고, 중간이자를 공제하고 일시금으로 지급할 것을 청구할 수도 있다. 또한 향후 계속적으로 치료비 또는 개호비를 지출하여야 하는 손해를 입은 경우에도 같다. 그런데 이 때 정기금지급을 명할 것인가는 법원의 자유재량에 속한다. 따라서 피해자가 일시금의 지급을 청구하였더라도 법원은 정기금지급을 명할 수 있다.

5) 한국사법행정학회에서 발간한 '손해배상소송실무(2005년)' 제258페이지에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

○ 대법원은 재산상 손해에 대해서도 당사자는 정기금으로 지급할 것을 청구할 수도 있고, 일시금으로 지급할 것을 청구할 수 있는데, 이러한 경우 법원은 그 판단에 따라 정기금

또는 일시금의 지급을 명할 수 있다는 견해이다(대법원 1994. 1. 25. 선고 93다51874 판결).

6) 제53회 사법시험 제1차시험 민법과목 1책형 26번의 'ㄹ'번 지문인 '불법행위로 인한 손해배상청구소송의 원고가 피고에게 일시금지급을 구하는 청구를 하였더라도, 법원이 정기금지급을 명하는 판결을 선고할 수도 있다.'는 옳은 지문으로 처리되었다.

7) 이 사건 계쟁문제의 답항별 선택비율은 아래와 같다.

답항	①	②	③	④	⑤	공란	중복표기	합계
선택비율(%)	21.98	3.13	64.33	2.65	7.69	0.19	0.02	100

※ 청구인 선택정답: ①, 피청구인 발표정답: ③

마. 판단

1) 청구인은 다수의 참고문헌이 판례에 대해 견해대립이 있거나 법원의 자유재량이라는 표현을 사용하여 답항 ①번이 옳은 지문임을 직·간접적으로 언급하고 있고, 피청구인의 주장대로 '다툼이 있는 경우에는 판례에 의함'이라는 이 사건 계쟁문제의 조건을 감안하면 출제자의 특정견해에 입각한 주관적인 해석이나 분석, 관점에 따라 정답이 달라지는 이 사건 계쟁문제는 공정성 및 타당성을 상실하였으며, 제53회 사법시험 제1차시험 민법과목에서 이 사건 계쟁문제의 답항 ①번 지문과 실질적으로 동일한 내용의 지문이 옳은 것으로 처리되었고, 청구인은 이 사건 시험과 관련하여 수험생으로서 절박한 상황에 처해 있는 사정 등을 고려할 때, 이 사건 계쟁문제의 답항 ①번 또한 옳은 지문으로 처리되어야 하므로 청구인이 획득한 점수가 이 사건 시험의 합격선에 미치지 못하였다는 이유로 행한 피청구인의 이 사건 처분이 위법·부당하다고 주장한다.

2) 이 사건 계쟁문제의 답항 ①번 지문과 관련된 판례 및 이에 대한 참고문헌의 내용을 종합하여 보면 불법행위로 입은 상해의 후유장애로 인하여 장래 치료비나 개호비 등을 지출하여야 할 손해를 입은 피해자는 정기금과 일시금에 의한 지급 중 어느 방식에 의하여 청구할 것인지를 임의로 선택할 수 있고, 다만 법원은 식물인간 등의 경우와 같이 그 후유장애의 계속기간이나 잔존여명이 단축된 정도 등을 확정하기 곤란하여 일시금지급방식에 의한 손해의 배상이 사회정의와 형평의 이념에 비추어 현저하게 불합리한 결과를 초래할 우려가 있다고 인정될 때에는 피해자의 일시금에 의한 지급청구에도 불구하고 그

재량에 따라 정기금에 의한 지급배상을 명하는 판결을 할 수 있다고 할 것이다. 즉, 법원이 피해자의 청구와 다른 방식으로 손해배상을 결정하는 경우는 피해자가 장래 치료비나 개호비의 배상을 일시금방식으로 청구하였으나, 피해자가 불법행위로 인하여 식물인간이 되는 등 후유장해의 계속기간이나 잔존여명이 단축되는 정도를 확정하기 곤란하여 일시금 지급방식에 의한 손해의 배상이 사회정의와 형평의 이념에 비추어 현저하게 불합리한 결과를 초래할 우려가 있다고 인정되는 사정이 있는 경우에 한하고, 그렇지 않는 한 법원은 함부로 정기금 지급을 명하여서는 안된다고 할 것이다.

3) 이 사건 계쟁문제의 문항 및 답항 ①번을 살펴보면 甲이 정기금 또는 일시금의 지급방식 중 어떤 것을 선택하였는지 여부 및 설령 甲이 일시금의 지급방식을 선택하였더라도 법원이 일시금 지급을 명하는 것이 사회정의와 형평의 이념에 비추어 현저하게 불합리한 결과를 초래할 우려가 있다고 인정될 만한 사정이 있는지 여부를 판단할 수 있는 조건 및 단서 등이 주어지지 않은 것으로 보이는바, 甲의 장래 치료비나 개호비의 배상을 정기금 또는 일시금 중 어떤 방식으로 할 것인지는 원칙적으로 甲의 청구에 구속되지 않고 법원이 제반사정을 고려하여 결정한다는 내용의 답항 ①번은 옳은 지문이라고 보기는 어렵다.

4) 그렇다면 출제원칙상 명백히 정답으로 판단되는 답항 외에 애매하거나 불분명한 답항은 정답이 아닌 것으로 출제된 것으로 해석하여 그 답항을 정답이 아닌 것으로 처리하여야 할 것인데, 청구인도 정답으로 인정하고 있는 답항 ③번의 경우 이 사건 계쟁문제의 명백한 정답으로 보이고, 답항 ①번의 경우 답항별 선택비율을 감안할 때 그 지문 내용이 평균적인 수험생으로 하여금 문제의 의미 파악과 정답항의 선택을 그르치게 할 정도는 아니라고 보이는 점, 그 밖에 다른 답항들의 지문에서 명백하게 출제가 잘못되었다고 볼 만한 오류 또한 찾아볼 수 없는 점, 옳은 지문으로 처리된 제53회 사법시험 제1차시험 민법 1책형 26번 ㄹ번 지문과 이 사건 계쟁문제의 답항 ①번 지문은 문장의 구성 및 그 의미가 실질적으로 동일하다고 보기는 어려운 점 등을 고려할 때, 이 사건 계쟁문제의 정답은 피청구인이 발표한 답항 ③번이라 할 것이다.

5. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

위에서 살펴본 바와 같이 이 사건 계쟁문제를 검토한 결과 피청구인이 제시한 출제 문항과 답항에는 오류가 있다고 할 수 없고, 달리 피청구인이 이 사건 처분을 함에 있어 재량권을 일탈·남용하였다고 볼 만한 구체적이고 객관적인 사정도 찾아볼 수 없으므로 관계법령에 따라 청구인이 획득한 점수가 이 사건 시험의 합격선에 미치지 못하였다는 이유로 행한 피청구인의 이 사건 처분은 위법·부당하다고 할 수 없다.

6. 결　론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 청구인의 청구를 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

2 2013-22794 1급 응급구조사 응시자격 불인정처분 취소청구(재결일 : 2014. 6. 10.)

【사건의 쟁점】

2급 응급구조사로서 김포공항 소방구조대에서 응급구조사의 업무에 3년 이상 종사한 청구인의 경력이 「응급의료에 관한 법률」 제36조제2항제3호의 1급 응급구조사 시험 응시요건에 해당되는지 여부

【재결요지】

「응급의료에 관한 법률」 제36조제2항제3호에서 1급 응급구조사 시험의 응시자격을 '2급 응급구조사로서 응급구조사 업무에 3년 이상 종사한 자'를 시험응시자격자로 정하고 있으므로, 해당 시험의 응시자격을 대상자의 소속기관이 특정업종에 대한 허가를 받았는지 여부에 따라 제한할 것이 아니라 대상자의 실제 종사업무를 살펴 요건에 해당하는지 여부를 판단하는 것이 타당하다고 할 것인바, 청구인은 (주)공항안전관리에서 운영하는 김포공항 소방구조대에 소속되어 3년 이상 근무한 것이 확인되고, 동 소방구조대는 '공항안전운영기준'(국토교통부 고시 제2013-330호, 2013. 6. 24. 시행) 및 「항공법」 제111조의2 제1항에 따른 '김포공항 운영증명'에 따라 공항의 각종사고, 화재관련 소방, 구조, 구급 업무를 수행하면서, 구조·구급 시 응급구조사 및 구급차를 운용하고 있고, 청구인은 2급 응급구조사로서 동 구조대에서 공항 내 응급환자 발생 시 응급환자에 대한 상담·구조 및 이송 업무를 수행한 것으로 보이므로, 청구인은 법 제36조제2항제3호에서 규정한 '2급 응급구조사로서 응급구조사의 업무에 3년 이상 종사한 사람'에 해당됨이 명백하다고 할 것인 바, 피청구인이 청구인의 응급구조사 업무 경력을 인정하지 아니한 채, 청구인에게 1급 응급구조사 시험응시 자격을 불인정한 이 사건 처분은 위법·부당함

【재결의 의미】

관계법령에 따른 1급 응급구조사 시험의 응시자격을 119구급대, 민간응급이송업, 의료기관의 종사자로만 한정하고 민간업체의 2급 응급구조사에게는 응시자격을 부여하지 않는 것은 위법·부당하며, 동 시험의 응시자격 해당 여부는 대상자의 실제 종사업무를 살펴 판단해야 한다고 본 사례

주 문 피청구인이 2013. 9. 10. 청구인에게 한 1급 응급구조사 응시자격 불인정처분을 취소한다.

청구취지 주문과 같다.

이 유

1. 사건개요

청구인은 2013. 8. 2. 1급 응급구조사 국가시험에 응시하기 위하여 피청구인에게 응시자격 사전 심의를 신청하였으나 청구인의 응급구조사 경력을 인정할 수 없다는 이유로 피청구인이 2013. 9. 10. 청구인에게 1급 응급구조사 응시자격 불인정 처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

청구인은 2급 응급구조사로서 김포공항 소방구조대에서 응급구조사의 업무에 3년 이상 종사한 자로, 김포공항 소방구조대는 민간회사인 (주)공항안전관리에서 운영하고 있으나 「항공법」제111조의3에 따른 공항운영규정에 따라 공항을 이용하는 내외국인의 안전사고에 대비하는 공익적 임무를 수행하고 있고, 청구인의 업무 역시 항공기 기내 및 공항시설 이용객의 구급활동 등 응급구조 업무를 수행하고 있음에도 불구하고, 피청구인이 2013. 9. 10. 김포공항 소방구조대는 일반 산업체에 속하므로 「응급의료에 관한 법률」(이하 '법'이라 한다) 제36조 상의 응급구조사 경력을 인정할 수 없다며 한 이 사건 처분은 심히 부당하여 취소되어야 한다.

3. 피청구인 주장

청구인이 속한 김포공항 소방구조대는 (주)공항안전관리에서 운영하고 있는데 동 회사는 법 제44조제1항 각 호에 따른 구급차 등의 운용자로 볼 수 없고, 청구인은 관련규정과 보건복지부 행정해석 상 2급 응급구조사로서의 업무를 수행했다고 볼 수 없으므로, 피청구인의 이 사건 처분은 적법·타당하여 청구인의 청구는 기각되어야 한다.

4. 관계법령

구 응급의료에 관한 법률(2013. 6. 4. 법률 제11859호로 개정되어 2014. 6. 5. 시행되기

전의 것, 이하 같다) 제36조, 제41조, 제44조

구 응급의료에 관한 법률 시행령(2013. 12. 30. 대통령령 제25050호로 개정되어 2014. 1. 1. 시행되기 전의 것, 이하 같다) 제26조

구 응급의료에 관한 법률 시행규칙(2013. 12. 31. 보건복지부령 제228호로 개정되어 2014. 1. 1. 시행되기 전의 것, 이하 같다) 제27조

구 항공법(2013. 8. 6. 법률 제12026호로 개정되어 2014. 2. 7. 시행되기 전의 것, 이하 같다) 제111조의2, 제111조의3

구 항공법 시행령(2013. 11. 20. 대통령령 제24852호로 개정되어 2013. 12. 12. 시행되기 전의 것, 이하 같다) 제44조의2

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 각각 제출한 심판청구서, 답변서, 보건복지부 1급 응급구조사 시험 응시자격 질의회신 공문, 한국보건의료인국가시험원 홈페이지 공지사항, 공항 소방구조대 근무편성표 및 구급차 출동보고서 등 보충서면의 내용을 종합하여 보면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. (주)공항안전관리 김포공항 소방구조대장이 발급한 '응급구조사 업무 경력증명서'에 따르면, 청구인은 2009. 1. 28. 2급 응급구조사 자격을 취득하였고, 법 제36조제2항제3호에 의한 실무종사 경력 사실은 다음과 같다.

- 다 음 -

근무기관명	근무부서	담당업무	경력기간	확인자
(주)공항안전관리	김포공항 소방구조대	응급구조사	2010. 1. 1. ~ 2013. 8. 2. (3년 7개월)	○○○

나. 관련법령 등에 따라 보건복지부장관으로부터 이 사건 시험 관리기관으로 지정받은 재단법인 한국보건의료인국가시험원(이하 '국시원'이라 한다)의 2013년도 시험과 관련하여 국시원 홈페이지에 기재된 바에 따르면, 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 1급 응급구조사 응시자격

- 대학 또는 전문대학에서 응급구조학을 전공하고 졸업한 자. 단, 졸업예정자의 경우 이듬해 2월 이전에 졸업한 자이어야 하며, 만일 동 기간 내에 졸업하지 못한 경우 합격이 취소됨
- 보건복지부장관이 인정하는 외국의 응급구조사 자격인정을 받은 자
- 2급 응급구조사로서 실제 응급구조사 업무에 3년 이상 종사한 자

※ 단, 119 구급대, 민간이송업(시도지사의 허가를 받은 기관에 한함), 의료기관 등의 종사자에 한하여 경력을 인정함

○ 응시자격 사전심의 신청 대상

- 업무 경력자 : 2급 응급구조사로서 실제 응급구조사 업무에 3년 이상 종사한 자 중 처음 국가시험에 응시하는 자

다. 청구인은 2013. 8. 2. 피청구인에게 다음과 같이 1급 응급구조사 국가시험 응시자격 사전심의를 신청하였는데, 신청서에 기재된 피청구인의 안내사항에는 “이 서류는 1급 응급구조사 국가시험 응시자격을 사전에 심의하여 보건의료인국가시험인터넷 응시원서 접수를 가능하게 하기 위한 서류입니다.”라고 기재되어 있다.

- 다 음 -

○ 성 명 : ***

○ 2급 응급 자격번호 : **** ○ 취득일 : 2009. 1. 28. 오전 12:00:00

○ 경력사항(근무기관) : 김포공항소방구조대 ○ 근무기간 : 2010. 1. 1. ~ 2013. 8. 2.

○ 총 근무기간 : 3년 7개월 4일

라. 피청구인은 2013. 9. 2. 보건복지부장관(응급의료과장)에게 청구인의 1급 응급구조사 자격시험 응시자격 인정여부에 대해 질의하였고, 보건복지부장관은 2013. 9. 9. 다음과 같이 결과를 회신하였다.

- 다 음 -

○ 제36조(응급구조사의 자격) 제2항 제3호 대상자의 기본 원칙

① 국가 및 지방자치단체장의 채용에 의해 응급환자 상담·구조·이송업무를 수행한 자
② 응급의료에 관한 법률 제44조 4호, 5호 규정에 의한 응급환자 이송업 허가를 받은 업체의 종사자
③ 의료법 제3조에 따른 의료기관의 종사자

○ 응급구조사 종사 경력 관련 2013년도 응시자격 사전심의 신청 내역

경력인정 질의 내역		질의 회신	
기관(업체)명	담당 업무	경력인정 여부	회신 내용
육해상구조대 고흥지역	응급구조사	② 해당할 경우 가능	위 '기본원칙'에 해당하는 기관 및 업체의 기관장(대표)으로부터 2급 응급구조사 자격을 갖고 응급구조사 업무에 3년 이상 종사 여부를 확인받아야 할 것임
(주)AMS 코리아 구급팀	구급차탑승 응급구조사	② 해당할 경우 가능	
한국공항공사 울산지사 소방대	응급구조사	불가	
(주)공항안전관리 김포공항 소방구조대	응급구조사	불가	
129 구급대 동해지부	이송업무	② 해당할 경우 가능	
엠티케어 이송센터 의료지원부	구급·응급환자 이송	② 해당할 경우 가능	
대한전문응급처치협회	응급구조사	불가	
사회복지법인 대한구조봉사회	응급환자의 구조·상담, 이송 및 처치	② 해당할 경우 가능	

마. 피청구인은 라.와 같은 보건복지부의 회신에 따라 2013. 9. 10. 청구인에게 이 사건 처분을 하였는데, 이 사건 처분 당시 피청구인은 "129구급대, AMS코리아, 육해상구조대, 대한구조봉사회, 엠티케어" 등에 업무경력이 있는 자 6명에 대해서는 1급응급구조사 자격시험 응시자격을 인정하였고, 청구인을 포함하여 '한국공항공사 울산지사 소방구조대'와 '김포공항 소방구조대'의 업무경력자 2인에 대해서는 응시자격을 부인하였다.

바. 「항공법」 제111조의2 제2항에 따른 '공항안전운영기준'(국토교통부 고시 제2013-330호, 2013. 6. 30.) 제21절(구조 및 소방)에 따르면, 공항운영자는 공항 내 또는 그 주변의 항공기 사고 등에 대비하여 구조·소방차량, 구조장비 및 비상의료장비 등을 갖추고 구조·소방업무를 위한 소방대를 설치하며, 인명구조·화재진압 등을 위한 구조·소방직원을 확보하고 이들이 신속히 구조·소방차량에 탑승하여 장비를 효율적으로 사용할 수

있는 구조·소방 업무체계를 갖추도록 정하고 있다.

사. 「항공법」 제111조의2 제1항에 따라 김포공항의 운영자(한국공항공사)가 국토교통부장관에게 인가받은 '김포공항 운영증명'에는 공항소방구조대 및 의료지원 서비스에 관해 다음과 같이 규정하고 있다.

- 다 음 -

4.4.9.4 김포국제공항 소방구조대와 지원협정 소방서는 항공기 사고를 인지하거나 통보를 받았을 때에는 최단시간내에 출동하여 인명구조 및 소화업무를 지원한다.
4.4.9.5 김포국제공항 소방구조대와 지원협정 소방서 상호간에 대형화재를 대비하여 연 1회 소방 인원 및 장비현황을 파악하여 재정비하고, 관리하는 등 유기적인 소방업무 협조 및 지원체제를 유지한다.
4.4.10 의료지원 서비스
김포국제공항내에서 항공기 및 시설물관련 사고에 대한 의료 운영절차는 이 규정 4.4.8의 운영절차와 같으며, 그 외 공항에서의 일반적인 의료 서비스에 대한 운영 절차는 다음과 같다.
1) 지원범위
김포국제공항 사용 항공기의 탑승자 중 긴급환자가 발생하는 때 또는 공항 이용객 및 상주기관 또는 상주업체의 근무자 중에서 긴급환자가 발생한 경우
2) 지원절차
a. 항공기내에서 환자가 발생하는 경우 구급차량에 응급구조사를 동승시키고 관제탑이 지정한 장소에서 대기하며 업무를 수행한다.
b. 환자는 부득이한 경우를 제외하고 공항인근 병원으로 이송한다.
c. 항공기 종료 후 심야에 환자가 발생하는 경우 환자와 관련된 연고자를 동승시키며, 공항에서 가까운 병원으로 이송한다.

아. (주)공항안전관리의 사업자등록증에 기재된 동 회사의 주요사항은 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 법인명 : (주)공항안전관리
○ 대표자 : △△△
○ 개업년월일 : 2009. 12. 4. ○ 법인등록번호 : 110111-*******
○ 사업장 소재지 : 서울특별시 강서구 양천로14길 66(방화동)
○ 본 점 소재지 : 서울특별시 강서구 양천로14길 66(방화동)

○ 사업의 종류 : 〈업태〉 서비스,건설업,서비스
〈종목〉 인력도급, 소방시설공사, 소방시설관리, 공항소방운영관리

자. (주)공항안전관리의 홈페이지(www.airsafety.co.kr)에 나와 있는 회사의 수행업무 및 공항소방대 관련 업무는 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 수행업무
- 공항 소방구조대 운영
- 소방시설점검/방화관리대행
- 소방시설 공사/완비증명/방염

○ 공항소방대 운영 실적
- 5개 공항 소방구조대 설치·운영(김포·김해·제주·여수국제공항, 울진공항)

○ 공항소방대 업무
- 공항의 각종사고, 화재관련 소방, 구조, 구급 및 소방대운영에 따른 제반업무
- 공항지역 구조·구급 활동(응급구조사, 구급차 운용)
- 항공기사고, 건물화재대비 교육, 훈련계획 수립·시행
- 항공기비상사태 대비 실제화재훈련장 운영
- 항공기 안전운항 및 공항운영증명에 따른 공항기능유지를 위한 업무

차. 우리 위원회에서 직권으로 조사한 바에 의하면, 김포공항 소방구조대의 근무편성표(2013. 10 .7. 기준) 상 청구인은 소방구조대 본대에 속해 있고 구급차1(70두6394)에 응급구조사로 탑승하도록 되어 있으며, 김포공항 소방구조대 구급차 출동현황 기록지에는 청구인은 각각 2010년도 52회, 2011년도 60회, 2012년도 66회, 2013년도 67회 구급차에 탑승하여 출동한 것으로 확인되고, 청구인이 탑승한 구급차 출동보고서에는 현장응급처치 및 환자 이송내역이 기재되어 있다.

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령 등

법 제36조제2항제3호에는 2급 응급구조사로서 응급구조사의 업무에 3년 이상 종사한

사람은 1급 응급구조사 시험에 응시할 수 있다고 규정하고 있고, 제41조에는 응급구조사의 업무를 응급환자가 발생한 현장에서 응급환자에 대하여 상담·구조 및 이송 업무를 수행하는 것으로 규정하고 있으며, 제44조에는 구급차 등을 운용할 수 있는 자는 1.국가 및 지방자치단체, 2.의료기관, 3.다른 법령에 따라 구급차 등을 둘 수 있는 자, 4.응급환자이송업의 허가를 받은 자, 5.응급환자 이송을 목적으로 보건복지부장관의 허가를 받은 비영리법인으로 한정하고 있다. 그리고 법 제36조제4항, 시행령 제26조, 시행규칙 제27조 및 '보건의료인국가시험관리기관 지정'(2012. 1. 9. 보건복지부 고시 제2012-3호)에 따르면, 보건복지부 장관은 응급구조사 시험 관리업무를 재단법인 한국보건의료인국가시험원에 위탁한다고 되어 있다.

한편「항공법」제111조의2에 따르면, 국토교통부장관은 공항의 안전운영체계를 위하여 필요한 인력, 시설, 장비 및 운영절차 등에 관한 기술기준('공항안전운영기준')을 정하여 고시하도록 되어 있으며, 이에 따라 '공항안전운영기준'(국토교통부 고시 제2013-330호, 2013. 6. 24. 시행) 제21절(구조 및 소방)에는 공항내의 사고에 대비하여 공항운영자가 준수해야할 의무가 규정되어 있는데, 공항운영자의 주요 준수사항으로써 제132조제1항에는 공항 내 또는 그 주변에서 발생하는 항공기 사고 및 준사고 등이 발생하는 때에 신속히 대응할 수 있는 구조·소방업무체계를 갖추어야 한다고 되어 있고, 제141조제1항에는 구조·소방업무를 위한 소방대를 설치해야 한다고 되어 있으며, 제143조제1항에는 구조·소방용 차량의 요건 등을 규정하고 있고, 제145조제2항에는 항공기 운항 중에 충분히 훈련받은 구조·소방 직원들을 배치하고, 구조·소방차량에 신속하게 탑승하여 구조·소방 장비를 효율적으로 사용할 수 있도록 하여야 한다고 규정하고 있다.

나. 판 단

피청구인은 청구인의 소속기관이 법 제44조에 따른 '응급환자이송업' 허가를 받은 기관이 아니어서 청구인이 이 사건 시험의 응시자격이 없다는 취지의 주장을 하고 있다.

우선, 관련 법령의 내용을 종합해 보면, 1급 응급구조사가 되려는 사람은 '2급 응급구조사로서 응급구조사의 업무에 3년 이상 종사한 사람'으로서 보건복지부장관이 실시하는 시험에 합격한 후 장관의 자격인정을 받아야 하고, 보건복지부장관은 이 사건 시험 관리를 국시원에 위탁하면서 시험 실시에 필요한 사항은 국시원장(피청구인)이 정하도록 하고 있

는데, 이와 관련하여 국시원 홈페이지에 공지된 사항으로는 '2급 응급구조사로서 실제 응급구조사 업무에 3년 이상 종사한 자 중 처음 국가시험에 응시한 자'는 응시자격 사전심의 신청 대상으로 정하고 있고, 이 때의 '응급구조사 업무 종사자'의 범주를 119 구급대, 민간이송업(시도지사의 허가를 받은 기관에 한함), 의료기관 등의 종사자로 한정하고 있다.

살피건대, 법 제36조제2항제3호에서 1급 응급구조사 시험의 응시자격을 '2급 응급구조사로서 응급구조사 업무에 3년 이상 종사한 자'를 시험응시자격자로 정하고 있으므로, 해당 시험의 응시자격을 대상자의 소속기관이 특정업종에 대한 허가를 받았는지 여부에 따라 제한할 것이 아니라 대상자의 실제 종사업무를 살펴 요건에 해당하는지 여부를 판단하는 것이 타당하다고 할 것이다.

그런데 위 인정사실에 따르면, 청구인은 (주)공항안전관리에서 운영하는 김포공항 소방구조대에 소속되어 3년 이상 근무한 것이 확인되고, 동 소방구조대는 '공항안전운영기준'(국토교통부 고시 제2013-330호, 2013. 6. 24. 시행) 및「항공법」제111조의2 제1항에 따른 '김포공항 운영증명'에 따라 공항의 각종사고, 화재관련 소방, 구조, 구급 업무를 수행하면서, 구조·구급 시 응급구조사 및 구급차를 운용하고 있고, 청구인은 2급 응급구조사로서 동 구조대에서 공항 내 응급환자 발생 시 응급환자에 대한 상담·구조 및 이송 업무를 수행한 것으로 보이므로, 청구인은 법 제36조제2항제3호에서 규정한 '2급 응급구조사로서 응급구조사의 업무에 3년 이상 종사한 사람'에 해당됨이 명백하다고 할 것인 바, 피청구인이 청구인의 응급구조사 업무 경력을 인정하지 아니한 채, 청구인에게 1급 응급구조사 시험응시 자격을 불인정한 이 사건 처분은 위법·부당하다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 있으므로 청구인의 청구를 받아들이기로 하여 주문과 같이 재결한다.

3 2013-25157 2014학년도 대학입학 수시모집 불합격처분 취소청구
(재결일 : 2014. 5. 27.)

【사건의 쟁점】

청구인에 대한 2014학년도 대학입학 수시모집 불합격처분이 재량권의 일탈·남용에 해당하는지 여부

【재결요지】

청구인은 피청구인 대학의 2014학년도 수시모집요강에 따라 이 사건 전형에 지원하였고, 위 수시모집요강에 서류를 종합평가하여 합격자를 선발하고 지원자 중 서류평가 시 학업능력이 부족하다고 판단될 경우 불합격 처리될 수 있다고 되어 있으며, 이 사건 평가지침에 서류평가자 2명의 종합점수 평균이 60점 미만인 경우 최종 과락자로 처리한다고 되어 있고, 청구인에 대한 서류평가 결과 종합판단 성적이 55.45점으로 평가된 사실 등에 비추어 볼 때 청구인은 피청구인 대학이 정한 입학사정기준에 미달되었음이 인정되므로 피청구인이 청구인에게 한 2014학년도 대학입학 수시모집 불합격처분이 위법·부당하다고 할 수 없음

【재결의 의미】

대학은 입학지원자가 모집정원에 미달한 경우에라도 정해진 입학사정기준에 미달되는 자에 대하여는 입학을 거부할 수 있다고 본 사례

주 문 청구인의 청구를 기각한다.

청구취지 피청구인이 2013. 12. 6. 청구인에게 한 2014학년도 대학입학 수시모집 불합격처분을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

청구인은 ○○대학교 2014학년도 수시모집 중 특수교육대상자 입학사정관전형(이하

‘이 사건 전형’이라 한다)으로 ○○대학 ○○학과에 지원하였으나, 피청구인은 ‘서류평가 종합판단 성적이 60점 미만인 자’에 해당된다는 이유로 2013. 12. 6. 청구인에게 2014학년도 대학입학 수시모집 불합격처분(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

가. 피청구인 대학의 수시모집요강에 따르면 ○○대학 ○○학과 수시모집 인원은 총 38명이고 그 중 이 사건 전형인 특수교육대상자 입학사정관전형의 모집인원은 2명인데, 위 전형에는 청구인을 포함하여 2명만 지원하였으므로 수능최저학력기준을 충족한 청구인은 당연히 합격되어야 한다.

나. 청구인에 대한 서류평가를 한다고 하더라도 청구인의 학생부 및 자기소개서에 향상된 학업성적, 동아리활동, 수상실적 등이 기재되어 있음에도 입학사정관은 이를 자세히 검토하지 않아 객관적 사실에 부합하지 않는 평가를 하고, 사전에 공개되지 않은 최종과락 기준에 따라 입학사정을 하였는바, 이는 재량권을 일탈·남용한 것이다.

다. 또한 피청구인은 이 사건 전형의 평가영역·평가요소·평가기준, 불합격자 서류평가 종합판단 성적기준 등을 일반학생과 장애인학생을 구분하지 않고 전체 지원자에 대하여 동일하게 적용함으로써 장애인인 청구인에게 불리한 결과를 초래하였는바, 이는 장애인학생에게 기회균등을 부여하기 위하여 마련된 수시모집의 입학사정관전형 제도가 형식적으로 운영되고 있을 뿐 실질적으로는 장애인학생의 입학을 거부하는 것으로 장애인 차별에 해당된다. 따라서 피청구인의 이 사건 처분은 위법·부당하므로 취소되어야 한다.

3. 피청구인 주장

가. 이 사건 전형에 대한 합격자 및 예비합격후보자의 요건은 서류평가(학생부+자기소개서+추천서)에서 학업능력이 충분(서류평가 종합판단 성적이 60점 이상인 자)하다고 판단되는 자로서 수능최저학력기준을 충족하는 경우이고, 합격자 판정은 위 충족요건을 갖춘 자 중 서류평가 성적 고득점자 순으로 모집인원 수만큼 선발하는데, 청구인의 경우 서류평가 종합판단 성적이 60점 미만이어서 합격자 요건을 충족하지 못하였다.

나. 수시모집요강에 입학사정관전형 서류평가에 대한 선발방법 및 한계를 정하여 안내하였고, 그 중 하나인 최종과락 기준은 내부평가 지침에서 정한 사항으로 모집요강이나 기본계획 등에 공개하는 사항이 아니며, 입학사정관이 위 기준 등에 따라 지원자의 교육여건 등을 고려하여 서류평가를 하고 있는바, 이는 매년 한국대학교육협의회로부터 검증받는 사항으로 객관적 타당성이 담보된 평가이다.

다. 한편 피청구인 대학의 평가기준·평가요소 등은 모든 학생에게 동일하게 적용하되 평가수준 및 적용방법은 일반학생 및 사회적 배려가 필요한 학생을 구분하며, 특히 지원자의 가정·학교 및 교육여건에 대하여 학과별 특성을 고려하여 평가하고 있는바, 이 사건 전형이 장애인학생을 차별하였다는 청구인의 주장은 받아들일 수 없다. 따라서 이 사건 처분은 적법·타당하므로 청구인이 이 사건 심판청구는 기각되어야 한다.

4. 관계법령

고등교육법 제33조, 제34조, 제34조의2

고등교육법 시행령 제32조, 제33조, 제34조

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 입학원서, 수시모집요강, 수시모집 입학사정관전형 평가지침, 대입전형용 학생부자료, 자기소개서, 서류평가점수결과, 대학입학전형기본사항 등 각 자료의 기재내용을 종합하여 보면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 '지체(척추) 5급'으로 등록된 장애인으로서 2013. 9. 10. 이 사건 전형으로 ○○대학교 ○○대학 ○○학과에 지원하였다.

나. ○○대학교 2014학년도 수시모집요강에 따르면, 전형유형은 일반전형·특별전형·입학사정관전형으로 구분되고, 청구인이 지원한 이 사건 전형의 지원자격 및 전형방법 등은 다음과 같다.

- 다 음 -

1) 지원자격

○ 다음 각 호 중 어느 하나에 해당되어야 함

・「장애인 등에 대한 특수교육법」 제15조 제1항의 규정에 의한 시각장애, 청각장애, 정신지체, 지체장애

・「장애인복지법」 제32조(보건복지부 등록)에 의하여 장애인 등록이 되어 있거나 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제4조 등에 의한 상이등급자(국가보훈처 등록)로 등록이 되어 있는 자

2) 모집단위 및 모집인원

○ ○○대학 ○○학과 : 2명

3) 전형요소 및 선발방법

○ 전형요소 및 반영비율

서 류	면 접	총 점	비 고
100점	-	100점	서류 : 학생부, 자기소개서, 추천서 등

○ 선발방법

- 서류를 종합평가하여 합격자를 선발함(단, 수능최저학력기준을 충족한 자에 한함)

* 지원자 중 서류평가 시 학업능력이 부족하다고 판단될 경우 불합격 처리될 수 있음

○ 수능최저학력기준

- 국어 A, 수학 B, 영어 B, 과학탐구를 응시하고, 상위 2개 영역 백분위 합 120 이상

다. 피청구인 소속 입학관리본부는 2013년 8월 입학사정관전형의 인재상(선발목표)을 '학업탐구 열정을 가진 유능한 인재, 잠재력을 지닌 미래지향적 인재, 공동체 의식을 갖춘 개방적 인재'로 정하고, 이에 부합하는 학생선발을 위하여 '2014학년도 수시모집 입학사정관전형 평가지침'(이하 '이 사건 평가지침'이라 한다)을 마련하여 2013. 9. 9. 피청구인 대학 홈페이지에 평가기준 등을 게시하였는데, 위 평가지침에 따르면 이 사건 전형의 평가영역별 평가기준 등은 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 평가영역 : 학업역량, 잠재적역량, 사회적역량

○ 평가영역별 평가요소, 평가기준 및 평가지표

평가영역	평가요소	평가기준	평가지표
학업역량 (40%)	학업수행 능력	대학수학준비도	·계열별 지정교과 성취결과의 우수성 ·모집단위 관련 수학준비도 및 성취결과
		학습태도 우수성	·학업관련 수상의 우수성 ·학업관련 탐구활동 내용 및 학습태도의 적극성
잠재적 역량 (40%)	전공적합성	모집단위에 대한 관심과 열정	·교내활동을 통한 창의적 진로탐색 노력 ·지원동기의 적절성 ·수학계획의 구체성 및 목표의식 ·전공 관련 적합성 및 잠재성
	발전가능성	자기성장 노력	·성실성 ·학년별 성적 변화도 ·독서활동의 다양성 및 우수성 ·자기성장노력 관련 활동 ·학교생활 전반을 통한 적극성 도전정신 ·사고력 및 의사표현능력
사회적 역량 (20%)	공동체 의식	인성 및 사회성	·봉사활동의 진정성과 지속성 ·인성·사회성 관련 수상 및 교사평가 ·구성원으로서의 공동체 기여도

※ 지원자의 가정·학교환경 및 교육여건 등을 고려하여 성취정도를 종합적으로 평가함

라. 위 다.항의 이 사건 평가지침에서 정한 서류평가방법에 따르면, 최종결과는 평가자 2명의 평균점수를 활용하고 서류평가자 2명의 종합점수 평균이 60점 미만인 경우 최종 과락자로 처리한다고 되어 있다.

마. 피청구인이 위촉한 입학사정관(2명)은 이 사건 전형의 각 평가영역별 평가요소에 대해 학생부, 자기소개서 및 추천서를 종합하여 평가기준에 따라 서류평가를 실시하였는데, 청구인에 대한 각 평가요소별 점수 등은 다음과 같다.

- 다 음 -

평가영역	평가요소	평가기준	평가자1	평가자2
학업역량	학업수행능력	대학수학준비도	8.8	13.2
		학습태도 우수성	7.2	10.8
잠재적역량	전공적합성	모집단위에 대한 관심과 열정	16.1	13.8
	발전가능성	자기성장 노력	6.8	10.2
사회적역량	공동체 의식	인성 및 사회성	12.0	12.0
합 계			50.9	60.0
평 균			55.45	

바. 피청구인은 청구인에 대한 서류평가 종합판단 성적이 55.45점으로 평가되자 청구인이 '서류평가 종합판단 성적이 60점 미만인 자'에 해당된다는 이유로 2013. 12. 6. 청구인에게 이 사건 처분을 하였다.

사. 피청구인 대학의 일반학생 대상 전형과 이 사건 전형의 기준 등을 비교해 보면 다음과 같다.

- 다 음 -

구 분	고교생활우수자전형	이 사건 전형
수능최저기준	(인문) 영어B를 포함한 2개 영역 백분위 합 155 이상 (자연) 수학B를 포함한 2개 영역 백분위 합 150 이상	상위 2개 영역 백분위 합 120 이상
학생부 교과성적 (합격자 평균)	2.25등급	4.38등급

아. 청구인은 2014학년도 대학수학능력시험 결과 이 사건 전형의 수능최저학력기준(국어 A, 수학 B, 영어 B, 과학탐구를 응시하고, 상위 2개 영역 백분위 합 120 이상)을 충족한 것으로 확인된다.

자. 청구인의 대입전형용 학생부자료 및 자기소개서에 따르면, 청구인은 1학년 4.29등급, 2학년 4.26등급, 3학년 4.48등급을 받았고, 수학적 구조물 탐구 등의 동아리 활동을 하였으며, 건축디자인 관련 우수동아리 상을 수상하였다고 되어 있다.

차. 한국대학교육협의회의 '2014학년도 대학입학전형 기본사항'에 따르면, 모집단위별 사정원칙과 모형은 모집단위의 특성에 맞게 대학에서 자율적으로 결정하고, 전형요소의 반영점수는 최저점과 최고점 그리고 등급 간 점수차이를 원서접수 전에 안내하도록 되어 있는데, 단 입학사정관 전형은 예외로 한다고 되어 있다.

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령

1)「고등교육법」 제33조제1항 및 제34조제1항·제2항에 따르면, 대학(산업대학·교육대학·전문대학 및 원격대학을 포함하며, 대학원대학은 제외한다)의 장은 고등학교를 졸업한 사람이나 법령에 따라 이와 같은 수준 이상의 학력이 있다고 인정된 사람 중에서 일반전형이나 특별전형에 의하여 입학을 허가할 학생을 선발하고, 일반전형이나 특별전형의 방법과 학생선발일정 및 그 운영에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다고 되어 있으며, 같은 법 제34조의2에 따르면 대학의 장은 해당 학교에 입학할 학생을 선발함에 있어서 교육부장관이 시행하는 시험의 성적 외에「초·중등교육법」 제25조의 학교생활기록, 인성·능력·소질·지도성 및 발전가능성과 역경극복 경험 등 학생의 다양한 특성과 경험을 입학전형자료로 생산·활용하여 학생을 선발하는 업무를 전담하는 교원 또는 직원(이하 '입학사정관'이라 한다)을 둘 수 있다고 되어 있다.

2)「고등교육법 시행령」 제32조제1항에 따르면 대학의 학생선발이 공정하고 안정적으로 시행될 수 있도록 하기 위하여「한국대학교육협의회법」에 따른 한국대학교육협의회 또는「한국전문대학교육협의회법」에 따른 한국전문대학교육협의회(이하 '학교협의체'라 한다)는 각각의 구성원이 대표로 있는 대학(이하 '회원대학'이라 한다) 간의 협의와 협조를 통하여 입학전형에 관한 기본적인 사항(이하 '대학입학전형기본사항'이라 한다)을 정하여 공표할 수 있다고 되어 있고, 같은 시행령 제33조에 따르면, 대학의 장은 법 제34조제1항에 따라 학생을 선발함에 있어 입학전형을 공정하게 시행하고 응시생에게 입학에 대한 정보를 제공하기 위하여 대학입학전형시행계획을 수립하여 매 입학연도의 전 학년도가 개시되는 날의 3개월 전까지 공표하여야 하며, 대학입학전형시행계획을 수립함에 있어 학교협의체가 제32조에 따라 대학입학전형기본사항을 수립하여 공표한 경우에는 이를 준수하여야 한다고 되어 있고, 같은 시행령 제34조에 따르면 법 제34조의 규정에 의한 특별전형은 특별한 경력이나 소질 등 대학이 제시하는 기준 또는 차등적인 교육적 보상기준에 의한 전형이 필요한 자를 대상으로 학생을 선발하는 전형으로서 사회통념적 가치기준에 적합한 합리적인 입학전형의 기준 및 방법에 따라 공정한 경쟁에 의하여 공개적으로 시행되어야 한다고 되어 있다.

나. 판 단

1) 청구인은 이 사건 전형의 모집인원이 2명이고 위 전형에 청구인을 포함하여 2명만 지원하였으므로 수능최저학력기준을 충족한 청구인은 당연히 합격되어야 한다고 주장하나, 대학의 지원자는 그 학업성적과 수학능력, 적성 등에 따라 자유로이 선택한 특정대학에 입학지원할 수 있고 또 대학은 학생의 입학을 전형함에 있어 법령과 학칙에 정하여진 범위 내에서 대학의 목적과 그 대학의 특수사정을 고려하여 자유로이 수학능력의 기준을 결정할 수 있다고 할 것이며 따라서 대학은 입학지원자가 모집정원에 미달한 경우에라도 그가 정한 입학사정기준에 미달되는 자에 대하여는 입학을 거부할 수 있다고 할 것인데(대법원 1982. 7. 27. 선고 81누398 판결 참조), 위 인정사실에 따르면, 청구인은 피청구인 대학의 2014학년도 수시모집요강에 따라 이 사건 전형에 지원하였고, 위 수시모집요강에 서류를 종합평가하여 합격자를 선발하고 지원자 중 서류평가 시 학업능력이 부족하다고 판단될 경우 불합격 처리될 수 있다고 되어 있으며, 이 사건 평가지침에 서류평가자 2명의 종합점수 평균이 60점 미만인 경우 최종 과락자로 처리한다고 되어 있고, 청구인에 대한 서류평가 결과 종합판단 성적이 55.45점으로 평가된 사실 등에 비추어 볼 때 청구인은 피청구인 대학이 정한 입학사정기준에 미달되었음이 인정되므로 이에 대한 청구인의 주장은 받아들일 수 없다.

2) 청구인은 입학사정관이 학생부 등을 자세히 검토하지 않아 객관적 사실에 부합하지 않는 평가를 하고 사전에 공개되지 않은 최종과락 기준에 따라 입학사정을 한 것은 재량권을 일탈·남용한 것이라고 주장하나, 입학사정관전형의 서류평가에 관한 사항은 입학사정관들의 고유권한에 속하는 사항으로서 각 입학사정관이 해당 분야에 관한 전문적·학문적인 양심과 판단을 기초로 하여 그 재량에 의하여 이루어지는 행위라 할 것이므로 그 평가행위가 재량권의 범위를 현저하게 벗어나서 자의적으로 행사한 것이라고 인정되는 특별한 사정이 없는 한 입학사정관들의 평가결과가 잘못되었다고 보기 어렵다고 할 것인데, 위 인정사실에 따르면, 피청구인이 위촉한 2명의 입학사정관이 청구인이 제출한 서류(학생부, 자기소개서 및 추천서)를 종합하여 평가한 결과 50.9점 및 60.0점으로 각각 평가되었고, 위 두 점수의 평균점수가 55.45점으로 산출되어 최종 과락기준 점수인 60점 미만에 해당되는 점, 이 사건 전형의 최종 과락기준은 이 사건 평가지침에 마련되어 있고 한국대

학교육협의회의 2014학년도 대학입학전형 기본사항에 모집단위별 사정원칙과 모형은 모집단위의 특성에 맞게 대학에서 자율적으로 결정하고, 전형요소의 반영점수에 관한 사전 안내에 대해 입학사정관전형은 예외로 한다고 되어 있는 점, 달리 청구인에 대한 서류평가와 관련하여 입학사정관들이 재량권을 일탈·남용하였다고 볼만한 구체적이고 객관적인 사정이 보이지 않는 점 등을 고려할 때 이에 대한 청구인의 주장 또한 받아들일 수 없다.

3) 청구인은 이 사건 전형의 평가영역·평가요소·평가기준, 불합격자 서류평가 종합판단 성적기준 등을 일반학생과 장애인학생을 구분하지 않고 전체 지원자에 대하여 동일하게 적용함으로써 장애인인 청구인에게 불리한 결과를 초래하였는바, 위와 같은 평가기준 등은 장애인 차별에 해당된다고 주장한다. 그러나 위에서 살펴본 바와 같이 대학이 학생의 입학을 전형함에 있어서 법령과 학칙에 정하여진 범위 내에서 대학의 목적과 그 대학의 특수사정을 고려하여 객관적이고 합리적인 기준 내지 판단에 따라 자유로이 학생의 수학능력의 기준을 결정할 수 있다 할 것인데, 위 인정사실에 따르면, 피청구인 소속 입학관리본부는 입학사정관전형의 인재상(선발목표)을 '학업탐구 열정을 가진 유능한 인재, 잠재력을 지닌 미래지향적 인재, 공동체 의식을 갖춘 개방적 인재'로 정하고, 이에 부합하는 학생선발을 위하여 입학사정관전형에 적용할 이 사건 평가지침을 마련하였으며, 위 평가지침에는 지원자의 가정·학교환경 및 교육여건 등을 고려하여 성취정도를 종합적으로 평가하도록 되어 있는 점, 실제 피청구인 대학의 일반학생 대상 전형과 이 사건 전형의 교과성적 합격점수는 상당한 차이가 있는 점 등에 비추어 볼 때 단지 이 사건 전형의 평가영역·평가요소·평가기준 등이 일반학생을 평가하는 기준 등과 동일하다는 이유만으로 장애인을 차별하였다고 보기는 어렵고, 오히려 장애인 등을 대상으로 한 이 사건 전형은 사회적 배려나 기회균등이 필요한 대상자에 대하여 일반학생과 분리하여 유사한 상황에 있는 학생들끼리 경쟁할 수 있도록 하여 장애인 등에 대한 상대적 배려를 한 것으로 보이는 점, 달리 피청구인이 이 사건 전형의 방법이나 기준을 정함에 있어 법령을 위반하거나 지나치게 합리성이 결여되고 불합리하게 차별을 하였다고 볼만한 특별한 사정도 없으므로 이에 대한 청구인 주장 역시 받아들일 수 없다.

4) 따라서 위와 같은 사정을 종합해 볼 때 이 사건 전형에 지원한 청구인에 대해 '서류평가 종합판단 성적이 60점 미만인 자'에 해당된다는 이유로 한 피청구인의 이 사건 처분

이 위법·부당하다고 할 수 없다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 청구인의 청구를 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

4 2014-03332 2014년도 경찰공무원 정기승진시험(경장) 불합격처분 취소청구
(재결일 : 2014. 6. 3.)

【사건의 쟁점】

피청구인이 청구인에게 한 경찰공무원 정기승진시험(경장) 불합격처분이 재량권을 일탈·남용한 것인지 여부

【재결요지】

응시생들이 접할 수 있는 공고문, 안내방송, 수험생 주의사항문, OMR 카드 답안지 등 어디에도 1교시 형법 및 형사소송법 과목을 어떤 순서로 기재해야 하는지 명확히 고지되어 있지 않은 이상 형법 및 형사소송법 과목을 청구인이 답안 기재한 과목 순서[①형사소송법→②형법]와 반대 순서[①형법→②형사소송법]로 채점한 후 최저 합격점수 미달을 이유로 불합격처분 한 것은 위법·부당함

【재결의 의미】

OMR 카드 답안지 기재 순서에 관하여 명확히 고지하지 않은 경우 그에 기인한 불합격처분이 위법·부당하다고 본 사례

주 문 피청구인이 2014. 1. 24. 청구인에게 한 2014년도 경찰공무원 정기승진시험(경장) 불합격처분을 취소한다.

청구취지 주문과 같다.

이 유

1. 사건개요

청구인은 피청구인 소속 경찰공무원(순경)으로서 피청구인이 2014. 1. 18. 실시한 201X년도 경찰공무원 정기승진시험 경장 분야(이하 '이 사건 시험'이라 한다)에 응시하여 1교시 형법 및 형사소송법 객관식 시험의 OMR 카드 답안지에 [①형사소송법 → ②형법]의

순서로 과목코드 및 답안을 표기(마킹)하였으나 피청구인은 OMR 판독기에 [①형법 → ②형사소송법] 순서로 정답을 입력한 후 채점하여 청구인은 1교시 형법 및 형사소송법 객관식 시험에서 각각 25점 및 35점을 취득하여 이 사건 시험의 최저 합격점수에 미달하게 되었고, 이에 피청구인은 2014. 1. 24. 청구인에게 2014년도 경찰공무원 정기승진시험(경장) 불합격처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

가. 과목 기재순서 고지 여부에 대하여

피청구인은 1교시 형법 및 형사소송법 객관식 시험 응시자들이 작성한 OMR 카드 답안지를 [①형법→②형사소송법] 순서로 입력된 정답안을 기준으로 일률적으로 판독하였는바, 만일 위와 같은 순서로 1교시 시험 OMR 카드 답안지를 채점할 것이었다면 피청구인은 OMR 카드 답안지를 제작할 당시 위와 같은 순서로 과목명과 과목코드번호를 미리 입력하여 이를 응시자에게 배포하거나, 시험공고문, 수험생 유의사항, 안내방송, 감독관 지도 등을 통해 응시자들에게 과목순서를 위와 같이 기재하여야 한다는 사실을 충분하고 명확하게 알렸어야 함에도 응시자들에게 과목의 채점순서에 대해서는 어떠한 고지도 하지 않은 채 위와 같은 순서로 답안지를 판독함으로써 청구인의 답안지를 잘못 채점한 것은 위법·부당하다.

나. 비례원칙 위반 여부에 대하여

응시자가 표기한 과목코드 및 과목명에 따라 해당 과목을 채점하는 것이 응시자의 신뢰에도 부합하고, 응시자가 표기한 과목코드 및 과목명이 아닌 다른 과목의 정답안으로 답안지를 잘못 채점하는 것이 오히려 시험의 공정성을 해칠 수 있음에도, 피청구인은 행정편의주의적 방식에서 기인하여 과목명과 과목코드를 정확하게 기재한 청구인의 답안지를 엉뚱한 과목의 정답안으로 채점하였으므로 이 사건 처분은 지나치게 가혹한 처분으로서 비례의 원칙에 위배된다.

다. 따라서 이 사건 처분은 위법·부당하여 취소되어야 한다.

3. 피청구인 주장

가. 공고문 및 수험생 유의사항을 통한 피청구인의 고지 의무에 대하여

'2014년도 경찰공무원 정기승진시험 공고문'과 '2014년 정기승진시험 수험생 유의사항'은 경찰청장이 전국 각 지방경찰청장에게 하달한 것으로서 경찰청장에 의해 확정되어 전국에 동시 공고된 위 공고문 및 수험생 유의사항은 피청구인이 임의대로 가감하거나 변경할 수 없는 것이므로 피청구인은 동 공고문 및 수험생 유의사항을 통해 이 사건 시험 1교시 시험과목 기재순서를 고지할 수 없다.

나. 과목 기재순서 고지 여부에 대하여

피청구인은 시험 당일 감독관 전원을 대상으로 하여 과목 기재순서에 대해 명확하게 적시되어 있는 '감독관 교양(안)'을 배부하고 그 내용을 수험생들에게 고지하도록 하였고, 청구인의 시험장 정감독관 및 부감독관을 통해 동 감독관들이 응시생들에게 과목 기재순서에 대해 충분히 고지하였음을 확인하였고, 응시생들 역시 감독관들로부터 이와 같은 내용의 고지를 들었다는 진술서를 작성한 바 있으므로 이에 대한 청구인의 주장은 이유 없다.

다. 비례원칙 위반 여부에 대하여

답안지 작성은 응시생의 임의대로 하는 것이 아니라 시험실시기관의 안내 및 감독관 교양에 따라 작성하는 것이 타당한데, 청구인은 이 사건 시험 응시자로서 당연히 가져야 할 주의력과 정확성을 상실하여 감독관의 교양을 정확하게 듣지 않아 과목기재 순서에 착오를 범한 것이고, 답안지 작성 등 시험의 모든 절차를 성실히 임하였는지 여부도 시험에 있어서 하나의 평가 기준이 되는 점을 고려할 때 청구인의 OMR 카드 답안지만을 따로 취급하여 채점할 이유는 전혀 없고, 이 사건 시험은 경찰청 및 전국 16개 지방경찰청에서 동시 시행되는 것으로서, OMR 카드 답안지의 채점방법이나 기준 역시 동일하여 이 사건 시험 1교시 과목 기재순서 및 채점순서는 전국의 모든 채점 장소에서 예외 없이 [형법→형사소송법] 순서로 동일하게 적용되었는바, 청구인의 답안지만을 따로 분리하여 채점하는 것은 시험의 공정성을 저해하므로 피청구인의 이 사건 처분이 비례원칙을 위반하였다고 볼 수도 없다.

라. 따라서 피청구인의 이 사건 처분은 적법·타당하다.

4. 관계법령

경찰공무원법 제11조제1항·제2항, 제15조제1항·제2항

경찰공무원 승진임용규정 제30조제2항, 제31조제1항, 제31조의2제1항, 제2항, 제32조, 제33조제1항

경찰공무원 승진임용규정 시행규칙 제28조, 별표 7

5. 인정사실

당사자 간 다툼이 없는 사실 및 청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 승진시험 응시표, 2014년 경찰공무원(경정～경장급) 정기승진시험 공고, 2014년 경찰공무원 정기승진시험 관리계획, 2014년 정기승진시험 수험생 유의사항, 2014년 정기승진시험(경장) 방송(안), 2014년도 정기승진시험 감독관(경장) 교양(안) 등 각 사본의 기재내용에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 경찰청장은 2013. 12. 31. 피청구인을 포함한 각 지방경찰청장에게 2014년 경찰공무원 정기승진시험 관리계획을 통지하였는데 그 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

□ 시험개요

○ 시험일정

- 공고: 2014. 1. 2.(목), 경찰청 홈페이지
- 시험일시 및 장소: 2014. 1. 18.(토), 지방청별 지정장소

구분	경위 이하	비고
1교시	09:20～10:50(90분)	·객관식 2과목
2교시	11:20～12:05(45분)	·경위 이하 : 객관식 1과목

- 최종합격자 발표: 2014. 1. 24.(금) 예정

○ 시험주관

- 경찰청 주관: 전국 경정급 승진시험, 경찰청 및 직속기관 승진시험
- 각 지방경찰청 주관: 각 지방경찰청 소속 경감이하 승진시험

○ 시험과목 현황

- 시험과목 종류

구분			과목	배점비율
경장	객관식	필수	형법	35

			형사소송법	35
		선택	경찰실무1 경찰실무2 중 1 경찰실무3	30

□ 시험 출제관리

○ 출제형태 및 배점

구분	시험방법	과목당 문제수	배점	과목당 총점	비고
경위 이하	객관식	40문항	1문당 2.5점	100점 만점	3과목

□ 채점 관리

○ 채점 및 집계

- 객관식 채점 0점 처리자는 반드시 수험번호 등 확인 오류 방지

○ 지방청 주관 시험

구분	채점방법
객관식	·각 지방청별 보안유지 채점장소에서 OMR 전산 채점

□ 합격자 결정

○ 필기시험 합격자 결정

- 경위이하 승진시험 : 매 과목 4할 이상 득점자 중 선발예정인원의 300%를 고득점자 순으로 필기시험 합격자를 결정

○ 최종합격자 결정

- 필기시험 성적 6할(경정·경감은 제1차 36%, 제2차 24%), 근무성적 2.5할, 교육성적 1.5할의 비율로 합산한 성적의 고득점자 순으로 선발예정인원을 최종합격자로 결정

나. 경찰청장이 2014. 1. 2. 공고한 '2014년 경찰공무원(경정～경장급) 정기승진시험 시행계획(2014-1호)'에 의하면 이 사건 시험의 시험방법 및 과목은 '「경찰공무원승진임용규정시행규칙」 별표 6 및 별표 7 참조'로 되어 있고, '2014년 정기승진시험 수험생 유의사항'에는 반입 및 휴대금지 물품의 종류, 부정행위의 유형 등에 대해서는 기재되어 있으나 응시생들에게 공고된 위 시행계획 공고 및 수험생 유의사항에 1교시 객관식 시험 OMR 카드 답안지 작성시 과목 기재순서에 대해서는 별도로 기재되어 있지 않다.

다. 청구인은 2011. 12. 23. 피청구인 소속 경찰공무원(순경)으로 임용된 자로서, 서울

특별시 강동구 소재 ○○고등학교 5층 경장 XX교실에서 응시번호 XXXX번으로 피청구인이 2014. 1. 18. 실시한 이 사건 시험 '일반'분야에 응시하였다.

라. 2014. 1. 18. 위 ○○고등학교와 ○○중학교에서 실시된 이 사건 시험의 방송(안)에 의하면 09:05부터 10분 동안 답안지 기재방식 등에 대하여 아래와 같은 내용이 방송되는 것으로 되어 있다.

> ○ 답안지를 받은 응시자는 먼저 답안지 앞면의 '검인란'에 날인 유무를 확인하시고 누락 시 감독관에게 교체 받으십시오
> ○ 이상이 없는 응시자는 답안지 뒷면의 '수험생 주의사항'과 '답안기재요령'을 정독하시고 다음 지시까지 기다리십시오(2분대기)
> ○ 필기구를 드십시오
> - 지금부터 답안지 기재사항을 표기하겠습니다. 설명을 듣고 안내하는 항목만 표기하십시오
> - 먼저 맨 위 괄호에 응시분야와 응시계급을 기재하십시오(10초대기)
> - 다음은, 소속과 부서코드 번호는 응시표를 참고해서 작성하시고,
> - '응시번호'는 천 단위이므로 앞의 빈칸은 0을 적는데, 예를 들어 응시번호 '11번은 '0011'로 기재하고 마킹하십시오(30초대기)
> - 다음, 아래에 있는 '성명란'과 '필적감정용 기재란'까지 기재하시길 바랍니다(30초대기)
> - 다음, 성명은 왼쪽부터 차례대로 기입 후, 그 아래에 마킹하십시오(40초대기)
> - 다음 우측에 '과목명'은 한글로 기재하나, 과목코드번호는 답안지 뒷면을 참조하여 과목코드번호 기재 및 마킹을 하시고, 답안 마킹은 정해진 과목 순서대로 해야 합니다

마. 이 사건 시험 OMR 카드 답안지 후면의 '수험생 주의사항'에는 '답안표기란 상단과목(1)(2)란에 해당과목을 기재하고, 과목코드표에 따라 해당코드번호에 ●로 표기하여야 한다'고 되어 있고, 위 객관식 답안지 전면에는 과목(1)의 과목코드번호 및 답안, 과목(2)의 과목코드 및 답안을 기입하도록 되어 있다.

바. 이 사건 시험 1교시 객관식 시험과목인 형법 및 형사소송법 문제지는 [형법→형사소송법] 순서로 편철되어 있는데, 시험지 상단에 각 과목명은 기재되어 있으나 어떠한 과목이 각각 과목(1) 및 과목(2)에 해당하는지에 대해서는 별도로 기재되어 있지 않다.

사. 청구인은 OMR 카드 답안지 전면 '과목(1)' 부분에는 '형사소송법'이라 기재하고 동 과목의 과목코드 '03'을 기재 및 마킹한 후 해당과목 답안을 마킹하였으며, '과목(2)' 부분

에는 '형법'이라 기재하고 동 과목의 과목코드 '02'를 기재 및 마킹한 후 해당과목 답안을 마킹하였다.

아. 피청구인은 OMR 카드 답안지 판독기에 이 사건 시험 1교시 객관식 시험과목의 정답을 [①형법 → ②형사소송법] 순서로 입력하였고, 피청구인이 동 방식으로 청구인의 1교시 시험 OMR 카드 답안지를 채점한 결과 청구인은 형법 및 형사소송법 객관식 시험에서 각각 25점 및 35점이 되어 청구인의 취득점수는 이 사건 시험의 최저 합격점수에 미달하게 되었고, 이에 피청구인은 2014. 1. 24. 청구인에게 이 사건 처분을 하였다.

자. 청구인의 1교시 시험 OMR 카드 답안지를 해당 과목의 정답안으로 채점하는 경우 형법과 형사소송법은 각각 82.5점, 92.5점이 된다.

차. 피청구인이 제출한 '2014년도 정기 승진시험 감독관(경장) 교양(안)'에 의하면 '답안지 답안 마킹 부분 상단 《과목(1)-형법, 과목(2)-형소법》 으로 한글로 기재하고 과목코드 번호를 마킹'이라고 되어 있다.

카. 청구인이 이 사건 시험을 응시한 장소인 ○○고등학교 5층 경장 XX교실에서 1교시 형법 및 형사소송법 객관식 시험의 정감독관으로 근무한 피청구인 소속 직원 고○○의 확인서에 의하면, 동 직원은 정감독관으로서 '정해진 과목 순서대로 해야한다'는 방송에 따라 수험생들에게 '첫번째 과목은 형법, 두 번째 과목은 형사소송법입니다'라고 말을 하여 강조했던 사실이 있고, 동 수험실 칠판에도 분필로 '제1교시(09:20～10:50) 형법, 형사소송법'이라고 명기하였다는 취지로 기재되어 있고, 동 XX교실 1교시 형법 및 형사소송법 객관식 시험의 부감독관으로 근무한 피청구인 소속 직원 이○○의 경위서에는 위 정감독관이 분필로 여러 교양사항들을 칠판에 쓴 뒤 수험생 19명에게 '1교시 첫 번째 과목은 형법, 두 번째 과목은 형사소송법이다'라고 교양한 내용을 들었으며, 'OMR 답안지에 형법과 형사소송법 중 어느 것을 먼저 표기하는지'에 대해 물어본 수험생이 없었다는 취지로 기재되어 있으며, ○○고등학교에서 위 '라'항의 방송을 한 피청구인 소속 직원 김○○의 경위서에는 위 '라'항의 방송안에 따라 대본과 같이 방송한 사실이 있고, 수험생을 통해 방송이 사고 없이 수험생들에게 잘 전달되었음을 확인한 바 있다는 취지로 기재되어 있다.

타. 피청구인은 이 사건 시험에 응시한 한○○, 이○○, 김○○ 순경이 작성한 진술서를 제출하였는데, 동 진술서에는 감독관이 칠판에 1교시 시험과목과 시험시간 등을 기재하였으며 1교시에는 두 과목을 치루는 것이고, 형법을 첫 번째로 작성하고, 형사소송법을 두 번째로 작성하라고 교양한 사실이 있음을 확인한다는 취지의 내용이 기재되어 있다.

파. 청구인이 제출한 박○○ 순경의 진술서에는 청구인과 같은 시험 장소인 ○○고등학교 5층 경장 XX교실에서 이 사건 시험에 응시하였으며, 과목명 기재순서에 대해서 감독관의 안내나 방송 등을 통해 교양 받은 바 없다는 취지의 내용이 기재되어 있고, 청구인과 다른 시험 장소에서 이 사건 시험에 응시한 임○○, 정○○, 김○○, 이○○ 순경의 진술서에도 과목명 기재순서 등에 대해서 방송으로 안내받은 바가 없다는 취지의 내용이 기재되어 있다.

하. 청구인이 제출한 '2004년도 정기 승진시험 관련 알림'에 붙임문서인 '답안지 작성요령'에는 과목기재와 관련하여 '답안지 작성순서는 문제지 편철 순서대로 기재'라고 되어 있고, '2007년 정기승진시험 응시자 유의사항'에는 '필수과목(1차 과목) 답안지 작성시 과목순서(경위이하: 형법-형소법 순)에 맞게 답안을 작성해야 한다'고 되어 있다.

거. 우리 위원회가 확인한 바에 의하면 피청구인이 2014. 1. 18. 실시한 이 사건 시험에 1,041명이 응시하였고, 1교시 형법 및 형사소송법 객관식 시험과목을 OMR 카드 답안에 [형사소송법→형법]의 순서로 기재 및 마킹한 사례는 청구인뿐이다.

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령

1)「경찰공무원법」제11조제1항에 따르면 경찰공무원은 바로 아래 하위계급에 있는 경찰공무원 중에서 근무성적평정, 경력평정, 그 밖의 능력을 실증(實證)하여 승진임용한다고 되어 있고, 같은 조 제2항 단서에 따르면 경정 이하 계급으로의 승진은 대통령령으로 정하는 비율에 따라 승진시험과 승진심사를 병행할 수 있다고 되어 있다. 같은 법 제15조제1항에 따르면 경찰공무원의 신규채용시험 및 승진시험과 경찰간부후보생 선발시험은 경찰청장 또는 해양경찰청장이 실시한다고 되어 있고, 다만 경찰청장 또는 해양경찰청장이 필

요하다고 인정할 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 권한의 일부를 소속기관의 장, 지방경찰청장 또는 지방해양경찰관서의 장에게 위임할 수 있다고 되어 있고, 같은 조 제2항에 따르면 제1항에 따른 각종 시험의 응시자격, 시험방법, 그 밖에 시험의 실시에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다고 되어 있다.

2) 「경찰공무원 승진임용규정」은 제30조제2항에 따르면 시험을 실시하려는 경우에는 그 일시·장소, 그 밖에 시험 실시에 필요한 사항을 시험 실시 15일 전까지 공고하여야 한다고 되어 있고, 같은 규정 제31조제1항에 따르면 시험은 제1차시험, 제2차시험 및 제3차시험으로 구분하여 각 호의 방법으로 실시한다고 되어 있는데, 같은 항 제1호에 따르면 제1차시험은 선택형으로 하는 것을 원칙으로 하되, 과목별로 기입형을 포함할 수 있다고 되어 있다. 같은 규정 제31조의2제1항에 따르면 경감 이하 계급으로의 시험의 경우 안전행정부령 또는 해양수산부령으로 정하는 직무 분야에 대해서는 제31조제1항에도 불구하고 필기시험과 면접시험으로 구분하여 실시할 수 있다고 되어 있고, 다만 경찰청장이나 해양경찰청장이 필요하다고 인정할 때에는 면접시험을 생략할 수 있다고 되어 있으며, 같은 조 제2항제1호에 따르면 제1항에 따른 필기시험은 선택형으로 하는 것을 원칙으로 하되, 과목별로 기입형을 포함할 수 있다고 되어 있다. 같은 규정 제32조에 따르면 제31조제1항에 따른 제1차시험과 제2차시험 및 제31조의2에 따른 필기시험의 과목과 과목별 배점비율은 안전행정부령 또는 해양수산부령으로 정한다고 되어 있고, 같은 규정 제33조제1항에 따르면 제1차시험 및 제2차시험에서는 각 과목 만점의 40퍼센트 이상 득점한 사람 중에서 선발예정인원을 고려하여 고득점자 순으로 합격자를 결정한다고 되어 있다.

3) 「경찰공무원 승진임용규정 시행규칙」은 제28조에 따르면 영 제31조에 따른 제1차시험 및 제2차시험의 과목과 과목별 배점비율은 별표 6과 같고, 영 제31조의2에 따른 필기시험의 과목과 과목별 배점비율은 별표 7과 같다고 되어 있다. 같은 시행규칙 별표 7 경찰공무원 승진시험과목에 의하면 계급이 경장이고 일반경찰분야인 경우 필수 시험과목은 형법, 형사소송법이고, 그 배점비율은 각각 35퍼센트이며, 선택 시험과목은 경찰실무(1), 경찰실무(2), 경찰실무(3) 중 택1로 되어 있고 배점비율은 30퍼센트로 되어 있다.

나. 판단

1) 「경찰공무원법」은 제15조 등에서 경찰청장이 경찰공무원의 승진시험 실시 권한의 일부를 지방경찰청장 등에게 위임할 수 있도록 정하고 있고, 「경찰공무원 승진임용규정」 제31조 내지 제33조 및 「경찰공무원 승진임용규정 시행규칙」 제28조 등에서는 승진시험의 방법 및 절차, 승진시험과목 및 배점비율, 합격자 결정방법 등에 대하여 정하고 있으나 경찰공무원 승진시험의 구체적인 채점방법에 대해서는 명확히 규정되어 있지 아니한바, 일반적으로 승인할 수 있는 경쟁시험의 원칙상 시험 실시기관은 시험시행의 기준을 결정하여 이를 응시자들에게 고지하여야 하고 이를 고지한 후에는 모든 응시자들에 대하여 균등한 기회를 부여하고 평가의 공정성을 확보하여야 한다고 할 것인데, 위 인정사실에 따르면 비록 '2014년 경찰공무원(경정～경장급) 정기승진시험 시행계획(2014-1)' 및 '2014년 정기승진시험 수험생 유의사항'은 경찰청장이 전국에 일괄적으로 공고하였다고 하더라도, 경찰청장이 2013. 12. 31. 각 지방경찰청장에게 하달한 '2014년 경찰공무원 정기승진시험 관리계획'에 의하면 각 지방경찰청에서는 각 지방경찰청 소속 경감이하 승진시험을 주관하도록 되어 있고, 이러한 지방경찰청 주관 시험의 채점방법 또한 각 지방경찰청 별로 채점하도록 되어 있는 점에 비추어 볼 때 피청구인은 경찰청장으로부터 이 사건 시험의 실시 권한 일부를 위임받아 이를 주관하는 행정청이라 할 것이므로 피청구인은 이 사건 시험의 실시기관으로서 응시자들이 준수하여야 할 답안작성 방식 등을 응시자들이 시험이라는 상황 하에서 요구되는 수준의 주의를 기울였을 경우 해당 내용을 숙지 가능할 정도로 명확하게 고지하여야 할 의무가 있다고 할 것이다.

2) 피청구인은 시험 당일 감독관 전원을 대상으로 하여 과목 기재순서에 대해 적시되어 있는 '감독관 교양(안)'을 배부하고 그 내용을 수험생들에게 고지하도록 하였고, 청구인 시험장의 정감독관 및 부감독관을 통해 응시생들에게 과목 기재순서에 대해 충분히 고지된 사실을, 응시생들을 통해 감독관들로부터 과목 기재순서에 대한 고지를 들었다는 사실을 확인하였다고 주장하므로 살펴본다.

위 인정사실에 따르면 경찰청장이 2014. 1. 2. 공고한 '2014년 경찰공무원(경정～경장급) 정기승진시험 시행계획(2014-1)' 및 '2014년 정기승진시험 수험생 유의사항'에는 1교시 시험 OMR 카드 답안지 작성시 과목 기재순서에 대해서는 별도로 안내되어 있지 않은 점,

2014. 1. 18. 이 사건 시험 실시 당일 서울특별시 강동구 소재 ○○고등학교에 09:05부터 10분 동안 방송되기로 되어 있는 이 사건 시험 방송(안)에 과목명 및 과목코드를 기재 및 마킹하여야 한다고 되어 있고, 답안 마킹은 '정해진 과목순서'로 해야 한다고 되어 있으나 여기서 '정해진 과목 순서'가 [①형법→②형사소송법]인지 혹은 그 반대인지 여부에 대해서는 기재되어 있지 않은 점, '2014년도 정기 승진시험 감독관(경장) 교양(안)'에 '답안지 답안 마킹 부분 상단 ≪과목(1)-형법, 과목(2)-형소법≫으로 한글로 기재하고 과목코드번호를 마킹'이라고 되어 있기는 하나 청구인이 이 사건 시험을 응시한 장소인 ○○고등학교 5층 경장 XX교실 정·부 감독관들이 해당 교실 응시생들에게 위 과목 기재순서를 교양하였는지 여부에 대해서 청구인과 피청구인 사이에 다툼이 있고, 위 감독관(경장) 교양(안)에 따라 교양을 받은 감독관들이 이 사건 시험 응시자들에게 해당 내용을 고지하였다는 사실을 객관적으로 입증할 만한 자료가 확인되지 않는 점, 이 사건 시험 OMR 카드 답안지 후면의 '수험생 주의사항'에 답안표기란 상단 과목(1)(2)란에 해당과목을 기재하고 과목코드를 표기하여야 한다고는 되어 있으나 어떠한 과목이 각각 과목(1), (2)에 해당하는지에 대해서는 달리 기재된 사실도 없는 점, 비록 이 사건 시험 1교시 시험과목인 형법 및 형사소송법 문제지가 [형법→형사소송법] 순서로 편철되어 있기는 하나 동 시험지 상단에 과목명만 기재되어 있을 뿐 해당 과목 중 어느 과목이 OMR 카드 답안지 전면의 과목(1) 혹은 과목(2)에 해당하는지에 대해서는 별도로 표시되어 있지 않은 점 등을 고려할 때 이 사건 시험의 응시생들이 접할 수 있는 공고문, 안내방송, 수험생 주의사항문, OMR 카드 답안지 등 어디에도 이 사건 시험 1교시 형법 및 형사소송법 과목을 어떠한 순서로 기재해야 하는지 명확히 고지되어 있지 않다고 할 것이므로 이 사건 시험 응시자들에게 이 사건 시험 1교시 과목 기재순서를 고지하였다는 취지의 피청구인 주장은 받아들일 수 없다.

3) 피청구인은 청구인이 이 사건 시험 응시자로서 당연히 가져야 할 주의력과 정확성을 상실하여 감독관의 교양을 정확히 듣지 않아 과목기재 순서에 착오를 범한 것이고, 답안지 작성 등 시험의 모든 절차를 성실히 임하였는지 여부도 시험에 있어서 하나의 평가기준이 되므로 청구인의 OMR 카드 답안지만을 따로 취급하여 채점할 이유가 없다고 주장한다.

살피건대, 이 사건 시험과 같이 한 교시에 두 과목을 동시에 응시하도록 되어 있고, 두 과목의 답안을 하나의 OMR 카드 답안지에 마킹하도록 되어 있으며, 동 OMR 카드 답안지가 일정한 과목 순서에 따라 판독되도록 채점방침을 정한 경우에는 시험실시기관으로서도 더욱 명확하게 응시생들에게 OMR 카드 답안지상 과목 기재순서에 대해 고지하여야 했을 것이나, 이 사건 시험의 응시생들이 접할 수 있는 공고문, 수험생 주의사항문, OMR 카드 답안지 등 어디에도 이 사건 시험 1교시 형법 및 형사소송법 과목의 답안을 OMR 카드 답안지에 어떤 순서로 기재하여야 하는지에 대하여 명확히 고지되어 있지 않은 사실을 감안하면 응시생으로서는 과목 기재순서나 OMR 카드 답안지 채점순서 등에 대해 알지 못하여 답안지상 과목 기재순서에 대해 주의를 기울이지 못할 가능성이 있고 이를 온전히 응시자의 귀책에서 기인한 것이라 보기는 어려운 점, 특히 이 사건 시험 1교시 객관식 시험의 채점이 응시생이 OMR 카드 답안지에 마킹한 내용을 전산으로 판독하는 과정으로 이루어지는 점을 감안할 때, 응시생으로서는 각 과목에 대한 과목코드번호를 마킹하면 해당 과목의 정답안대로 채점될 것이라 기대하였을 수 있고, 이러한 기대가 일반의 상식에 비추어 보았을 때 합리성을 현저히 상실한 기대라고 보기는 어려운 점, 시험의 모든 절차를 성실히 임하였는지 여부도 시험에 있어서 하나의 평가 기준이 된다는 피청구인의 주장은 일응 수긍이 가나, 피청구인의 명확한 고지 없이도 OMR 카드 답안지에 마킹된 과목코드번호와 무관하게 동 답안지들이 모두 [①형법→②형사소송법]의 순서로 판독되리라는 사실을 응시생들이 당연히 알고 있다거나 알아야 한다고 보기도 어려우므로, 청구인이 OMR 카드 답안지상 과목(1)에 형사소송법의 과목코드번호를 기재 및 마킹한 후 해당과목 답안을 마킹하고, 과목(2)에 형법의 과목코드번호를 기재 및 마킹한 후 해당과목 답안을 마킹하였다는 사실만으로 바로 청구인이 이 사건 시험에서 요하는 주의력과 정확성의 수준에 도달하지 못하였다고 단정하기 어려운 점 등을 고려할 때 이에 대한 피청구인 주장은 받아들일 수 없다.

4) 피청구인은 이 사건 시험 1교시 과목 기재순서 및 채점순서는 전국의 모든 채점 장소에서 예외 없이 [①형법→②형사소송법] 순서로 동일하게 적용되었으므로 청구인의 답안지만을 따로 분리하여 채점하는 것은 시험의 공정성을 저해한다고 주장한다.

살피건대, 시험실시기관이 객관식 시험을 실시함에 있어 OMR 카드 답안지를 사용하여

전산으로 채점하는 방식을 택하는 것은 시험 관리의 공정성과 정확성 및 신속성과 효율성을 제고함에 그 목적이 있다 할 것인바, 청구인의 OMR 카드 답안지를 그 기재 및 마킹된 과목코드번호 및 과목명에 따라 해당 과목의 정답안으로 채점한다고 하여 청구인에게 다른 응시생들에게는 부여되지 않은 어떠한 혜택이 주어진다거나 피청구인이 이 사건 시험을 통해 달성하고자 하는 경찰공무원의 능력 및 지식 측정이라는 행정목적을 저해하는 것이라 보기 어렵고, 오히려 청구인이 적합하게 마킹한 바대로 동 답안지를 채점하는 것이 청구인에게 다른 응시생들과 마찬가지로 자신의 능력이나 지식을 측정 받을 수 있는 균등한 기회를 제공하는 것이 되어 응시자들의 학식이나 능력 측정을 보다 공정하게 할 수 있을 것이라 기대되는 점, 청구인의 OMR 카드 답안지에 기재 및 마킹된 과목코드번호대로 채점함으로써 침해되는 피청구인의 시험 관리의 효율성이라는 이익보다 OMR 카드 답안지에 과목코드번호를 적합하게 마킹하였음에도 응시자들에게 명확히 고지된바 없는 과목 기재순서가 다르다는 이유로 해당 과목들을 각각 다른 과목의 정답안으로 채점됨으로써 침해되는 청구인의 이익이 결코 작다고 보기도 어려운 점 등을 고려할 때 이에 대한 피청구인의 주장 역시 받아들일 수 없다.

5) 따라서 피청구인이 청구인의 이 사건 시험 1교시 객관식 과목인 형법 및 형사소송법 OMR 카드 답안지를 [①형법→②형사소송법]의 순서로 판독한 후 청구인이 이 사건 시험 최저 합격점수에 미달하였다는 이유로 한 이 사건 처분은 청구인의 잘못에 비하여 지나치게 가혹한 처분으로서 재량권을 일탈·남용하여 위법·부당하다 할 것이다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 있으므로 청구인의 청구를 받아들이기로 하여 주문과 같이 재결한다.

5 2014-04082 경찰공무원 채용시험 불합격처분 취소청구(재결일 : 2014. 7. 8.)

【사건의 쟁점】

경찰공무원 채용시험에서 청구인에 대한 신원조사결과 등을 면접위원에게 제공한 것이 잘못인지 여부

【재결요지】

「경찰공무원임용령 시행규칙」 제36조제1항·제3항 및 제38조의2에는 응시자의 제출서류, 신원조사 결과 등 시험과 관련된 모든 자료를 채용심사관이 심사·평가하고 그 결과를 종합의견서로 작성하여 면접위원에게 제공하도록 되어 있으므로 이에 따라 신원조사결과 등을 면접위원에게 제공한 것에 잘못이 있다고 보기 어렵고, 이 사건 시험의 면접시험은 필기시험 등을 통해 평가할 수 없는 직무수행에 필요한 능력, 발전성 및 적격성 등을 평가하는 것으로 이는 해당 분야에 대한 전문적인 소양을 갖춘 면접위원의 전문적 지식과 학문적 양식 등에 따른 재량행위라고 할 것인바, 해당 평가기준에 따라 각 단계별로 면접위원 3명이 독립적으로 평가하여 산정한 점수와 관련하여 달리 그 평가과정에서 오류가 있었다고 볼 만한 사정이 없으며, 면접위원이나 피청구인이 이 사건 시험에 대한 평가에 있어서 재량권을 일탈·남용하였다고 볼 만한 특별한 사정도 있다고 보기 어려우므로, 피청구인의 이 사건 처분이 위법·부당하다고 할 수 없음

【재결의 의미】

「경찰공무원임용령 시행규칙」 제36조제1항·제3항 및 제38조의2에 따라 청구인의 신원조사결과 등을 면접위원에게 제공한 것에 잘못이 없고, 재량권 범위 내에서 행한 면접시험이 적법·타당하다고 본 사례

주 문 청구인의 청구를 기각한다.

청구취지 피청구인이 2013. 12. 6. 청구인에게 한 2013년 제2차 경찰공무원(순경) 채용시험 불합격처분을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

청구인은 2013년 제2차 경찰공무원(순경) 채용시험(이하 '이 사건 시험'이라 한다)에 응시하여 필기시험에 합격하였으나 면접시험을 실시한 결과 불합격하였다는 이유로 피청구인이 2013. 12. 6. 청구인에게 최종 불합격처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

필기시험 점수(85점)가 합격기준 점수(71점)에 비해 월등히 높은 청구인이 면접시험에서 불합격된 이유는 과거 불기소처분을 받은 사건으로 인한 것으로 보이는데, 회보 대상이 아닌 수사경력자료를 면접위원에게 제공하여 청구인에게 불리하게 작용하도록 한 것은 재량권을 일탈·남용한 것이므로 피청구인의 이 사건 처분은 위법·부당하다.

3. 피청구인 주장

면접시험 시 「경찰공무원임용령 시행규칙」 제36조 등에 따라 필요한 참고자료를 수집하여 면접위원에게 제공하고, 면접위원은 제공된 자료를 검토하고 평가하고자 하는 역량에 합당한지를 지식과 경험을 기초로 합리적인 범위 내에서 종합적인 평가에 의하여 점수를 평정하는 것으로 면접위원의 평가는 존중되어야 하는바, 청구인은 면접시험 평정항목 중 2개 항목에 대하여 면접위원의 과반수로부터 2점 이하의 평가를 받아 면접시험에 불합격한 것이므로 피청구인의 이 사건 처분은 적법·타당하다.

4. 관계법령

경찰공무원법 제6조, 제7조

경찰공무원임용령 제32조, 제33조, 제35조, 제36조, 제43조, 제45조, 제45조의2

경찰공무원임용령 시행규칙 제36조, 제38조, 제38조의2

5. 인정사실

양 당사자 사이에 다툼이 없는 사실 및 청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 보충서면, 경찰공무원 채용시험공고문, 면접시험 채점표 등의 기재내용을 종합해

보면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 경찰청장은 2013. 8. 2. 이 사건 시험인 2013년 제2차 경찰공무원(순경) 채용시험 공고를 하였고, 그 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 채용인원 : 4,262명
○ 시험방법
- 필기시험
- 서류전형 : 필기시험 합격자에 한함
- 신체검사 : 직무수행에 필요한 신체조건 및 건강상태 등 검정
- 체력검사 : 100m달리기, 1000m달리기, 팔굽혀펴기, 윗몸일으키기, 좌·우 악력
- 적성검사 : 직무수행에 필요한 적성과 자질 등 종합검정
- 면접시험 : 직무수행에 필요한 능력, 발전성 및 적격성 등 검정
○ 최종합격자 결정 : 필기시험(50%), 체력시험(25%), 면접시험(20%), 가산점(5%)을 합산하여 고득점자 순으로 결정

나. 청구인은 이 사건 시험에 응시하여 필기시험에서 85점을 득점하여 합격하였고, 체력검사에서는 38점을, 가산점은 5점을 각각 받은 것으로 확인된다.

다. 이 사건 시험의 면접시험은 1·2단계로 나누어 실시되는데, 1단계는 단체면접으로 면접위원 3명이 응시자 5명을 대상으로 의사발표의 정확성과 논리성 및 전문지식을, 2단계는 개별면접으로 면접위원 3명이 각 응시자에 대해 경찰관으로서의 품행·예의·봉사성·정직성·도덕성·준법성을 각각 평가하며, 청구인의 면접시험 채점표에 따르면 각 평정항목별 득점은 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 1단계 : 단체면접

평정항목	배점	득 점		
		위원1	위원2	위원3
1. 의사발표의 정확성과 논리성 및 전문지식	10	2	1	2
2. 품행·예의·봉사성·정직성·도덕성·준법성	10			
3. 전산·통신·무도·운전·기타 경찰업무관련 자격증 가산	5	5	5	5

○ 2단계 : 개별면접

평정항목	배점	득 점		
		위원4	위원5	위원6
1. 의사발표의 정확성과 논리성 및 전문지식	10			
2. 품행·예의·봉사성·정직성·도덕성·준법성	10	2	2	2
3. 전산·통신·무도·운전·기타 경찰업무관련 자격증 가산	5	5	5	5

라. 피청구인은 면접시험을 실시한 결과 청구인이 위 면접시험 평정항목 중 1·2항목에 대하여 면접위원의 과반수로부터 2점 이하의 평가를 받아 면접시험에 불합격하였다는 이유로 2013. 12. 6. 청구인에게 이 사건 처분을 하였다.

마. 피청구인은 면접위원에게 응시자의 제출서류, 고교생활기록부, 신용정보조회서, 적성검사·인성검사결과, 범죄경력을 포함한 신원조사결과 등을 참고자료로 제공한 것으로 확인된다.

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령

1)「경찰공무원법」제6조 및 제7조에 따르면 경정 이하의 경찰공무원은 신체 및 사상이 건전하고 품행이 방정한 사람 중에서 경찰청장이 임용한다고 되어 있고,「경찰공무원임용령」제32조 및 제33조에 따르면, 경찰공무원의 채용시험은 계급별로 실시하되 직무분야별·근무예정지역 또는 근무예정기관별로 구분하여 실시할 수 있으며, 경찰청장은 순경의 공개경쟁채용시험의 실시권을 소속기관 등의 장에게 위임한다고 되어 있으며, 같은 임용령 제35조 및 제36조에 따르면, 순경의 공개경쟁채용시험은 신체검사, 체력검사, 필기시험, 종합적성검사 및 면접시험으로 구분되며, 면접시험은 직무수행에 필요한 능력, 발전성 및 적격성을 검정하는 것으로 한다고 되어 있고, 같은 임용령 제43조에 따르면, 순경의 공개경쟁채용시험에 있어서는 필기시험의 경우 매 과목 40퍼센트 이상의 득점자 중에서 선발예정인원을 고려하여 고득점자순으로 합격자를 결정하며, 종합적성검사의 결과는 면접시험에 반영하며, 이 사건 시험의 최종합격자는 면접시험합격자 중에서 체력검사성적 25퍼센트, 필기시험 성적 50퍼센트 및 면접시험 성적 25퍼센트의 비율로 합산한 성적의

순위에 따라 결정된다고 되어 있다.

2)「경찰공무원임용령」제45조 및 제45조의2에 따르면, 시험실시권자는 경찰공무원의 채용시험의 출제, 채점, 면접시험 등의 시험의 실시에 관하여 필요한 사항을 담당하게 하기 위하여 당해 직무분야의 전문적인 학식 또는 능력이 있는 자, 시험출제에 관하여 전문적인 지식이 있는 자, 임용예정직무에 관한 실무에 정통한 자를 시험위원으로 임명 또는 위촉할 수 있으며, 채용할 경찰공무원에 대한 효과적인 적격성 검증을 위하여 채용심사관을 둘 수 있다고 되어 있다.

3)「경찰공무원임용령 시행규칙」제36조제1항에 따르면, 면접시험은 25점 만점으로 하되, 제1호(경찰공무원으로서의 적성)의 평가요소는 제2호(의사발표의 정확성과 논리성 및 전문지식) 및 제3호(품행·예의, 봉사성, 정직성, 도덕성·준법성)의 평가요소에 대한 판단자료로 활용하고, 제2호 및 제3호의 평가요소는 1점부터 10점까지 정수로 평가하며, 제4호(무도·운전 그 밖의 경찰업무 관련 특수기술 능력)의 평가요소는 경찰청장이 정하는 기준에 따라 0점부터 5점까지 정수로 평가한다고 되어 있고, 같은 조 제2항에 따르면 면접시험의 합격자결정은 제1항제2호부터 제4호까지의 평가요소에 대하여 각 면접위원이 평가한 점수를 합산하여 총점의 40퍼센트 이상의 득점자로 하되, 면접위원의 과반수가 어느 하나의 평가요소(제1항제4호를 제외한다)에 대하여 2점 이하로 평가한 경우에는 불합격으로 한다고 되어 있으며, 같은 조 제3항에 따르면 시험실시권자는 제1항의 평점을 위하여 필요한 참고자료를 수집하여 시험위원에게 제공하여야 한다고 되어 있고, 같은 임용령 시행규칙 제38조의2에 따르면, 채용심사관은 응시자의 제출서류, 신원조사 결과 등 시험과 관련된 모든 자료를 심사·평가하고, 그 결과를 채용담당 주무과장과 인사·정보·감찰 담당 경찰공무원(경정 또는 경감인 경찰공무원으로 한정한다)의 검토를 받아 별지 제14호서식의 종합 의견서를 작성하여 면접위원에게 제공하여야 한다고 되어 있다.

나. 판 단

청구인은 필기시험 점수가 합격기준 점수에 비해 월등히 높은 청구인이 면접시험에서 불합격된 이유는 과거 불기소처분을 받은 사건으로 인한 것으로 보이는데, 회보 대상이 아닌 수사경력자료를 면접위원에게 제공하여 청구인에게 불리하게 작용하도록 한 것은 재량권을 일탈·남용한 것이어서 피청구인의 이 사건 처분이 위법·부당하다고 주장하므로

이에 대하여 살펴본다.

경찰공무원 채용시험의 면접시험에 있어서의 평가방법 및 평가기준의 설정은 시험실시기관인 행정청이 시험의 목적 및 내용 등을 고려하여 관계법령이 정하는 범위 내에서 자유로이 정할 수 있는 재량행위이고, 행정청이 그러한 기준 등을 설정한 것이 객관성과 합리성을 현저하게 결여하였다는 등의 사유로 재량권을 남용 내지 일탈할 경우에 해당하지 않는 한 그러한 기준 등에 의한 합격·불합격처분이 위법하다고 할 수 없는데, 위 관계법령 및 인정사실에 따르면, 이 사건 시험의 면접시험에 있어서 평정항목은 의사발표의 정확성과 논리성 및 전문지식, 품행·예의·봉사성·정직성·도덕성·준법성, 전산·통신·무도·운전·기타 경찰업무관련 자격증 가산으로 구분되어 있고, 이는 모두 「경찰공무원임용령 시행규칙」 제36조제1항·제3항 및 제38조의2에 근거한 것으로 보이며, 위 규정에는 응시자의 제출서류, 신원조사 결과 등 시험과 관련된 모든 자료를 채용심사관이 심사·평가하고 그 결과를 종합의견서로 작성하여 면접위원에게 제공하도록 되어 있으므로 이에 따라 신원조사결과 등을 면접위원에게 제공한 것에 잘못이 있다고 보기 어렵고, 청구인은 1단계 단체면접에서 '의사발표의 정확성과 논리성 및 전문지식' 항목에 대해 3명의 면접위원으로부터 모두 2점 이하의 점수를 받았으며, 2단계 개별면접에서도 '품행·예의·봉사성·정직성·도덕성·준법성' 항목에 대해 3명의 면접위원으로부터 모두 2점 이하의 점수를 받은 사실이 확인되고, 이 사건 시험의 면접시험은 필기시험 등을 통해 평가할 수 없는 직무수행에 필요한 능력, 발전성 및 적격성 등을 평가하는 것으로 이는 해당 분야에 대한 전문적인 소양을 갖춘 면접위원의 전문적 지식과 학문적 양식 등에 따른 재량행위라고 할 것인바, 해당 평가기준에 따라 각 단계별로 면접위원 3명이 독립적으로 평가하여 산정한 점수와 관련하여 달리 그 평가과정에서 오류가 있었다고 볼 만한 사정이 없으며, 면접위원이나 피청구인이 이 사건 시험에 대한 평가에 있어서 재량권을 일탈·남용하였다고 볼 만한 특별한 사정도 있다고 보기 어려우므로, 피청구인의 이 건 처분이 위법·부당하다고 할 수 없다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 청구인의 청구를 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

재정, 경제

Anti-Corruption & Civil Rights Commission

1 2013-12818 국가연구개발사업 참여제한처분 부존재확인 청구 등
(재결일 : 2014. 2. 11.)

【사건의 쟁점】

위반행위와 처분시 사이에 행정청 내부처분기준이 변경된 경우 위반행위 당시의 처분기준을 적용하는 것이 타당한지

【재결요지】

청구인이 사업비 사용실적보고서를 허위작성하여 제출한 때는 2010. 9. 30.이고 당시 시행되던 운영요령(2010. 5. 26. 개정 지식경제부 고시 제2010-111호)은 '사업비 사용실적보고서 허위작성'의 경우 참여제한 기간을 1년으로 하고 있었는바, 운영요령은 상위 법령에서 재량행위로 정하고 있는 참여제한처분에 대해 행정청 내부의 재량권행사의 기준(사무처리기준)을 정한 재량준칙이나, 위법행위를 이유로 한 제재적 처분에 대하여는 원칙적으로 처분시가 아닌 그 위법행위시의 법령에 의하여 처분의 위법 여부를 판단하도록 하고 있으므로(대법원 1982. 12. 28. 선고 82누1 판결 참조), 행정청이 재량준칙에 따라 처분을 함에 있어서도 그와 같은 원칙에 따라 행위시와 처분시 사이에 재량준칙이 변경된 경우에는 행위시에 적용되던 재량준칙에 따라 처분을 함이 타당하고, 이에 의할 때 청구인에 대한 참여제한 기간은 위반행위가 있은 2010. 9. 30. 당시 시행되던 운영요령 제2010-111호 별표3에서 정한 대로 1년으로 해야 할 것임

【재결의 의미】

위반행위와 처분시 사이에 행정청 내부의 제재기준이 변경이 된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 위반행위 당시 적용되던 제재기준에서 정한 대로 제재양정을 함이 타당하다고 본 재결

주 문

1. 청구인의 청구 중 피청구인이 2013. 7. 19. 청구인에게 한 국가연구개발사업 참여제한처분 및 사업비 환수처분의 취소 청구 부분은 각하한다.
2. 피청구인이 2013. 7. 3. 청구인에게 한 2년의 국가연구개발사업 참여제한처분을 취소한다.
3. 피청구인이 2013. 7. 3. 청구인에게 한 2년의 국가연구개발사업 참여제한처분에 대한 청구인의 주위적 청구 및 나머지 청구를 모두 기각한다.

청구취지 1. 피청구인이 2013. 7. 3. 청구인에게 한 국가연구개발사업 사업비환수처분을 취소한다.

2. 주위적으로 피청구인이 2013. 7. 3. 청구인에게 한 국가연구개발사업 참여제한처분이 존재하지 아니함을 확인하고, 예비적으로 위 참여제한처분을 취소한다.

3. 피청구인이 2013. 7. 19. 청구인에게 한 국가연구개발사업 참여제한처분 및 사업비환수처분을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

가. 청구인은 구 지식경제부(2013. 3. 23. 법률 제111690호로 개정된 「정부조직법」에 따라 '산업통상자원부'로 변경되었음)에서 시행하는 2009년도 부품소재 기술개발사업에 참여하기 위해 00공업 주식회사를 주관기관, 00물산기업 주식회사, 0000기계 주식회사 및 청구인을 공동주관기관, 주식회사 00000 등 7개 기관을 참여기관으로 하는 컨소시엄에 참여하였고, 위 컨소시엄이 '0000 디젤엔진 개발'이라는 과제(이하 '이 사건 과제'라고 한다)의 수행을 신청하여 지원대상 과제로 선정되자, 위 컨소시엄의 구성원들은 2009. 6. 15. 전담기관인 피청구인과 이 사건 과제 수행을 내용으로 하는 협약(이하 '이 사건 협약'이라 한다)을 체결하고 총 기술개발사업비 188억 7,020만원(정부출연금 94억 3,510만원 + 민간부담금 94억 3,510만원)으로 2009. 5. 1.부터 2013. 4. 30.까지 연구개발을 진행하였다.

나. 피청구인은 2013. 7. 3. 이 사건 과제의 주관기관인 00공업 주식회사(이하 00공업'이라 한다)를 수신인으로 하여 '최종 평가결과 확정통보'라는 제목의 통보서(이하 '이 사건 통보서'라 한다)를 발송하였는데, 이 사건 통보서 본문에 청구인에게 지급된 사업비 6,916만 6,667원을 환수한다는 내용이 기재되어 있고 위 통보서에 첨부된 '최종평가 결과 종합의견서' 및 '전문위원회 심의결과 종합의견서'에 청구인이 실제로는 참여기관인 00000 2건의 용역을 계약하는 것임에도 1차년도 사업계획서에 반영된 연구기자재 등을 구입하는 것처럼 주식회사 0000과 주식회사 000000부터 허위 거래증명서를 발급받아 사업비 사용

실적보고서를 허위작성한 행위에 대해 청구인 회사 및 청구인 과제책임자 000의 국가연구개발사업 참여를 2년(2013. 7. 3.~2015. 7. 2.)간 제한하고 정부출연금 지분 6,916만 6,667원을 환수한다는 내용이 기재되어 있다(청구인에 대한 사업비환수 및 참여제한 처분을 이하 '이 사건 처분'이라 하고, 사업비 환수를 '이 사건 환수처분', 참여제한을 '이 사건 참여제한처분'이라 한다).

다. 청구인이 2013. 7. 9. 우리 위원회에 행정심판을 청구하자 피청구인은 2013. 7. 19. 청구인을 수신자로 하여 이 사건 처분을 한다는 내용이 기재되어 있는 '최종평가 결과 통보'(이하 이 사건 재통보'라 한다)를 하였다.

2. 청구인 주장

가. 이 사건 통보서는 00공업에 송부되었고, 이 사건 통보서 본문에는 환수금 처분만 기재되어 있으며, 본문 어디에도 별도의 붙임문서가 있다는 기재가 없어 위 통보서에 첨부된 '최종평가 결과 종합안내서' 및 '전문위원회 심의결과 종합의견서'에 청구인에 대한 2년의 참여제한이 기재되어 있다는 사실만으로 이 사건 참여제한처분이 행해졌다고 볼 수 없으므로, 주위적으로 이 사건 참여제한처분이 존재하지 아니한다는 점의 확인을 구한다.

나. 이 사건 처분의 절차적 위법성

1) 피청구인이 이 사건 처분을 함에 있어 처분의 상대방인 청구인에게 통지하지 아니하고 00공업에 통지한 것을 두고 적법한 통지가 있었다고 볼 수 없고, 청구인에게 송달하지 않은 위법이 있다.

2) 피청구인이 이 사건 처분을 함에 있어 처분의 법적 근거를 제시하지 않았으므로 「행정절차법」 제23조제1항의 이유제시의 절차를 위반한 위법이 있고, 권익을 제한하는 처분을 할 때 「행정절차법」 제21조제1항, 제22조제3항에 따라 사전통지 및 의견제출의 기회를 부여해야 함에도 이 사건 처분 당시 이를 이행하지 않은 위법이 있다. 또한 이 사건 처분 시 행정심판, 행정소송 및 기타 불복을 제기할 수 있는지 여부, 청구절차, 청구기간을 명시하지 않았으므로 「행정절차법」 제26조를 위반하였다.

다. 참여제한처분기간에 관한 근거규정의 위법성

1) 피청구인은 지식경제 기술혁신사업 공통운영요령(구 지식경제부 고시 제2012-제252호, 이하 '운영요령'이라 한다) 제45조제1항제9호의 '사업비 사용실적 보고서 또는 성과활용보고서를 제출하지 않거나 허위로 작성한 경우'에 근거하여 이 사건 참여제한처분을 한 것으로 보이는데, 운영요령은 「산업기술혁신 촉진법 시행령」 제14조의3제6항에 근거한 것으로 운영요령 제45조제1항 별표3의 사례별 기준이 '정당한 사유 없이 사업비 사용실적 보고서를 제출하지 않거나 허위로 작성한 경우'의 참여제한기간을 2년으로 규정한 것은 「산업기술혁신촉진법 시행령」에서 위임받지도 않은 참여제한기간을 규정한 것으로서 모법의 위임을 받지 아니한 사항을 규정한 위법이 있고, 설령 참여제한기간을 규정할 수 있도록 위임되었고 하더라도, 운영요령 제45조제1항제9호는 「산업기술혁신 촉진법」 제11조의2제1항 각 호의 참여제한 사유 중 제7호의 '그 밖에 제11조제2항 또는 제3항의 협약에 대한 중대한 위반행위로서 대통령령으로 정하는 경우'에 근거를 두고 있으며 「산업기술혁신촉진법 시행령」 제14조의3제3항제7호에서 법 제11조의2제1항제7호를 위반한 경우의 참여제한기간을 1년으로 규정하고 있음에도 운영요령 제45조제1항 별표 3에서 '정당한 사유 없이 사업비 사용실적보고서를 제출하지 않거나 허위로 작성한 경우'의 참여제한기간을 2년으로 규정하는 것은 모법의 위임범위를 일탈하여 위법하다.

2) 또한 청구인이 사업비 사용실적보고서를 허위작성하여 제출한 시점은 2010. 9. 30. 경이고, 당시 시행되고 있던 운영요령(구 지식경제부 고시 제2010-111호) 제41조제1항 및 별표3에서는 '정당한 사유 없이 사업비 사용실적보고서를 허위로 작성한 경우' 참여제한을 1년으로 정하고 있으므로 행위시에 시행되고 있던 운용요령에 따라 청구인의 행위에 대해서는 1년의 참여제한 처분이 가능할 뿐이어서 2년의 참여제한을 한 이 사건 참여제한처분은 위법하다.

3) 따라서 청구인의 사업비 사용실적보고서 허위작성을 이유로 2년간 참여제한 처분을 한 것은 「산업기술혁신촉진법」 및 같은 법 시행령의 위임을 받지 아니한 규정 또는 위임범위를 벗어난 규정에 근거한 처분으로 위법하다.

라. 이 사건 처분의 재량권 일탈·남용

1) 청구인은 총 5개 사업부 및 3개의 사업팀을 두고 있고, 각 사업부에 CF(회로소재)연구소, 중앙연구소, 전자부품연구소, UC연구소, 트랙터연구소를 두고 있으며, 각 사업부, 사업팀 및 연구소는 독립적으로 조직되어 자주적으로 업무를 수행하고 있는데, 이 사건 과제는 실제 트랙터연구소가 전적으로 과제수행을 담당하였다.

2) 청구인은 이 사건 과제 수행 중 Base 엔진 기초성능평가 단계에서 연구소가 자체 보유한 설비와 기술만으로 사실상 평가를 완료하기 어려운 기술적 난관에 봉착하였고, 부품 및 프로그램 교체에 4개월 이상의 기간이 필요한 상황에서 1차년도 과제 종료일까지 과제 수행 종료가 어려워 과제 종료일 전에 과제를 완료하기 위해 부득이 00000에 위탁하여 과제를 수행토록 하고 업무 위탁에 대한 대가를 지급하였고, 한편 2012년 9월 초순까지 1, 2, 3차년도 과제평가 결과 계속수행 평가를 받아 수행하고 있었다는 점에서 과제의 목표달성 가능성을 충족한다.

3) 결국 이 사건 과제수행은 부설 연구소에서 전적으로 수행한 것이므로 참여제한처분의 대상을 직접책임이 있는 연구소 단위로 제한할 필요가 있는 점, 00000 지급된 금원(8,300만원)은 이 사건 과제의 전체사업비(195억 6,870만원) 중 0.42%에 불과하고, 청구인에게 지급된 이 사건 과제 수행 사업비(7억 7,333만 6,000원)의 10%에 불과한 점, 이 사건 참여제한처분으로 인해 이 사건 과제와 무관하고 사업수행자도 전혀 달리하는 다른 사업부의 국책사업까지 2년 동안 봉쇄하게 되고 민관 공동투자형식으로 기술개발하고 있는 다른 사업 부분의 경쟁력 하락까지 예상되는 점, 00000에 지급한 대가는 전액 이 사건 과제를 위해 사용되었으므로 위반행위의 정도가 낮고 이 사건 과제의 목표달성 가능성이 높은 점 등을 고려할 때 이 사건 처분은 비례원칙에 반하여 위법하다.

3. 피청구인 주장

가. 이 사건 통보서는 첨부된 '최종평가 결과 종합의견서' 및 '전문위원회 심의결과 종합의견서'와 일체로서 하나의 효력을 갖는 문서이므로, 이 사건 통보서에 참여제한처분 기재가 없다는 이유로 이 사건 참여제한처분이 존재하지 않는다고 볼 수 없다.

나. 이 사건 협약서 제10조제1항 사호에서 ‘청구인이 제출한 서류가 허위로 확인된 경우’를 계약 해약사유로 규정하고 있고, 같은 조 제2항, 제14조제1항은 해약 사유 발생시 정부출연금을 환수할 수 있다고 되어 있는바, 이 사건 환수처분은 청구인의 의무 위반으로 인한 계약해지 및 이에 따른 원상회복의무의 이행청구일 뿐 공권력 행사로서의 ‘처분’이라고 볼 수 없다.

다. 절차적 위법성 주장에 대해

1) 운영요령 제34조제9항, ‘지식경제 기술혁신사업 기술개발 평가관리지침’(산업통상자원부 예규 제38호, 이하 ‘평가관리지침’이라 한다) 제17조 나목 8) 및 9)항에서 장관은 평가결과를 전담기관의 장에게 전달하고, 전담기관의 장이 주관기관의 장에게 전하면 주관기관의 장이 참여기관에 통보하도록 규정하고 있는바, 이는 이 사건과 같이 관여된 기관이 여럿인 경우 평가결과를 여러 기관에 일일이 전달하는 것의 비효율성을 막고자 대표 전달기관을 정해 대표기관에만 통보하도록 미리 정해둔 것으로 청구인 역시 협약 체결시 위와 같은 방식의 통보에 대해 동의하였고, 이 사건 과제에 대한 모든 고지 및 통보 행위는 위 조항에 따라 이루어져 왔으므로 주관기관으로서 대표 수령권자인 00공업을 통한 이 사건 처분의 송달에 하자가 없다. 또한 피청구인은 이 사건 심판청구가 제기된 이후인 2013. 7. 19. 청구인에게 이 사건 처분서를 다시 송달하였으므로 송달의 하자가 인정되더라도 그 하자는 이미 치유되었다.

2)「행정절차법」 제21조제4항에서 ‘당해 처분의 성질상 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있을 때’ 처분의 사전통지를 하지 아니할 수 있도록 되어 있는데, 이 사건은 감사원에서 청구인이 제출한 정부출연금 사용실적 보고서를 감사하던 와중에 실제 사용용도와 다른 세금영수증 발행 사실이 적발되어 전문위원회에 상정된사안으로, 청구인은 이 사건 과제 수행에 대한 감사원 감사를 받으면서 ‘실제로는 00000에 용역을 맡기는 것이나, 형식상 연구기자재를 구입하는 비용으로 (주) 0000 및 (주) 000000에서 세금영수증을 발행받은 사유’를 소명할 기회를 가졌고, 감사원 지적에 따른 경위서 제출시 피청구인에게도 동일한 내용의 경위서를 제출한 바 있으므로 제반정황상 청구인은 사건경위에 대한 충분한 소명의 기회를 보장받았으며, 감사원의 감사 결과 이 사건 처분 사유가 명백

해진 상태였으므로 사전 의견청취의 예외에 해당한다고 볼 수 있다.

3) 이 사건 통보서에 첨부된 '최종평가 결과 종합의견서' 및 '전문위원회 심의결과 종합의견서'에 이 사건 처분사유를 '사업비 사용실적보고서 허위작성, 보고'로 명시하고 있는 점, 운영요령 제45조제1항 및 별표3, 이 사건 협약서 제10조에서 '허위보고서 작성 및 보고'시에 협약 해약 및 참여제한조치 또는 환수결정을 할 수 있다고 명기되어 있고 위 관련 규정을 청구인 등 수행기관에 여러 번 숙지시킨 점, 청구인이 국가 정책 사업에 여러 번 참여한 경험이 있어 협약서 내용과 연구개발사업 운영과정을 잘 알고 있었던 점 등을 고려할 때 처분의 이유제시 흠결 주장은 이유 없다.

4) 이 사건 과제 협약서 제15조에 과제수행 평가에 대한 이의신청 방법이 이미 고지되어 있어 명백히 불복절차를 따로 고지할 필요가 없었다.

라. 참여제한처분기간에 관한 근거규정의 위법성 주장에 대해

1) 청구인에 대한 이 사건 참여제한처분의 근거는 「산업기술혁신촉진법」 제11조의2제1항제6의3의 '거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 사업을 수행한 경우'이고, 청구인의 위반행위는 사업비를 부당하게 집행한 사실을 숨기는 행위 또는 사업을 보고된 내용과 다르게 수행한 행위와 연결되어 있으며, 과제 수행기관 간 거래가 금지되어 있는 사실을 알면서도 이를 숨기려는 의도가 숨겨져 있어 청구인이 사업비 사용실적보고서를 허위로 작성한 행위는 단순히 「산업기술혁신촉진법 시행령」 제14조의3제1항제1호의 '사업비 사용실적보고서를 제출하지 않은 경우'에 해당한다고 볼 수 없으므로, 위 시행령 제14조의3제1항제1호가 제재 근거라는 청구인의 주장은 이유 없다.

2) 「산업기술혁신촉진법 시행령」 제14조의3제3항은 각 제재사유에 따른 참여제한기간의 상한만 규정하고 구체적인 참여제한기간을 하위규정인 운영요령에 의해 정하도록 위임하고 있고, 사업비 사용실적보고서를 허위로 작성한 경우 위 시행령에 정해진 참여제한기간은 '3년 이내', 운영요령 별표3에 정해진 제한기간은 '2년'이므로 운영요령 별표3이 모법의 위임범위를 벗어났다고 볼 수 없다.

3) 행위시와 처분시의 제재기준이 다를 때 어떤 기준을 따를 것인지는 그 결정이 최종적으로 이루어지는 시점의 법적 상황과 사실상태에 따라 판단하여야 하므로, 이 사건 역

시 처분시 규정에 따라 2년의 참여제한을 한 것으로 문제가 없다.

마. 이 사건 처분의 재량권 일탈·남용 주장에 대해

1) 청구인이 정부출연금을 이 사건 과제에 사용했는지와 무관하게 피청구인의 감독을 피하기 위해 실제 용도와 다른 내용의 세금영수증을 발행, 첨부하여 사업비 사용실적보고서를 제출한 행위는 자의적으로 국가기관을 기망하는 행위로서 제재의 필요성이 큰 점, 청구인이 자신이 수행해야 할 연구내용을 다른 수행기관에게 위탁하여 대신 수행토록 한 행위는 결과적으로 청구인이 사업계획서를 통해 제시했던 연구개발목표를 스스로 달성하지 못한 것으로서 '연구목표 달성에 실패한 경우' 또는 '정당한 사유 없이 과제수행을 포기한 경우'로 평가하여 참여제한 3년 처분이 내려질 수도 있었으나 이 사건 과제수행을 위해 00000에 용역을 준 점 등을 참작해 정부출연금 유용행위, 과제불성실 수행 등 다른 중대한 위반사유로는 평가하지 않고 실적보고서 허위작성으로만 제재를 부과한 것이므로 청구인의 과오에 비해 과도한 제재로 볼 수 없는 점, 이 사건 참여제한처분은 향후 이루어질 신규사업에 대한 참여제한일 뿐 청구인이 현재 참여하고 있는 국책사업에는 영향이 없는 점, 이 사건 과제수행의 주체는 명백히 청구인이고 청구인 책임 하에 정부출연금을 지급받은 이상 그 소속 기관이 사업비를 과제목적에 부합되게 사용하고 있는지 관리·감독할 의무가 있는 점, 환수금액 8,300만원은 1차년도에 청구인이 지급받은 정부출연금 1억원의 83%에 해당하는 금액으로 지급받은 정부출연금 대부분을 다른 수행기관에 지급한 점 등을 고려할 때 이 사건 처분이 비례원칙에 위반한다고 볼 수 없다.

4. 관계법령

행정심판법 제2조, 제3조

구 산업기술혁신 촉진법(2010. 3. 31. 법률 제10220호로 개정되어 2011. 1. 1.부터 시행되기 전의 것) 제11조, 제11조의2, 제44조

구 산업기술혁신 촉진법 시행령(2011. 6. 24. 대통령령 제22977호로 개정되기 전의 것) 제12조, 제14조의3, 제57조

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 2009년도 제2차 부품소재기술개발사업 신규평가 결과안내, 2009년 부품소재기술개발사업 선정결과 통보, 지식경제 기술혁신사업 협약서, 중간평가결과 종합의견서, 감사원통보, 확인서, 최종평가결과 확정통보 등에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 기계사업과 부품사업 등 제조사업을 영위하는 회사로서 농기계(트랙터, 이양기) 사출기, 방위산업, 전자부품, 자동차부품, 동박(CF, FCCL) 등의 사업을 영위하고 00개 해외법인과 00개 자회사를 두고 있으며, 피청구인은 산업기술개발사업 등에 대한 과제기획·관리 및 평가 등의 업무를 산업통상자원부장관으로부터 위탁받아 수행하고 있다.

나. 2009. 2. 27. 구 지식경제부장관은 구 지식경제부 공고 제2009-68호로 2009년도 제2차 부품소재 기술개발사업 추진계획을 공고하였다.

다. 2009. 4. 3. 00공업을 주관기관, 00물산기업, 00종합기계 및 청구인을 공동주관기관, 00000 등 7개 기관을 참여기관으로 한 컨소시엄은 2009년도 제2차 부품소재 기술개발사업에 이 사건 과제의 수행을 신청하였고, 피청구인은 2009. 6. 4. 주관기관인 00공업에 이 사건 과제가 지원대상 사업으로 선정되었음을 통지하였다.

라. 2009. 6. 15. 청구인을 포함하여 컨소시엄의 각 기관들은 피청구인과 이 사건 과제 수행을 위한 이 사건 협약을 체결하였는데, 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 과제명 : 0000 디젤엔진 개발
○ 총 기술개발기간 : 2009. 5. 1.부터 2013. 4. 30.까지(48개월)
○ 기술개발사업비
- 총 사업비 195억 6,870만원
- 정부출연금 : 97억 8,435만원(1차년도 19억 7,910만원, 2차년도 25억 9,425만원, 3차년도 26억 3,925만원, 4차년도 25억 7,150만원)
- 민간부담금 : 97억 8,435만원

○ 주관기관 : 00공업

○ 참여기관 : 0000, 00금속, (주)0000, 00000(주), 000000(주), 00기계(주), 00기업(주), 청구인, 000연구원, 00대학교 산학협력단

제10조(협약의 해약)

① 피청구인은 다음 각호의 사유가 발생하였을 경우 본 협약을 해약할 수 있다.

사. 사업계획서 또는 제출서류가 허위로 확인된 경우

③ 피청구인은 본건 협약 해약에 대한 귀책사유에 따라 주관기관 또는 참여기관에게 본건 협약 제14조에 따른 제재조치를 할 수 있다.

제14조(협약불이행에 따른 사후조치)

① 구 지식경제부장관이 다음 각호의 1에 해당하는 사유를 근거로 관련법령 및 규정에 따라 주관기관, 참여기관 또는 그 소속 임직원에 대하여 국가연구개발사업에의 참여를 제한하는 조치를 취하는 경우 피청구인은 이를 해당 당사자에게 통보하고 그 집행을 대행할 수 있다.

사. 과제수행결과보고서, 사업비 사용실적보고서 및 결과 활용현황보고서 등을 정당한 사유 없이 제출하지 않거나 허위로 작성한 경우

② 피청구인은 제1항 각호의 어느 하나에 해당하는 경우 귀책사유에 따라 이미 지급한 출연금의 전부 또는 일부를 환수할 수 있다.

③ 제1항 및 제2항의 각 제재 및 환수 사유 및 절차, 기준에 관한 세부사항은 운영요령 및 관리지침 등에 정한 바에 따른다.

제16조

① 주관기관 및 참여기관은 「산업기술혁신촉진법·시행령·시행규칙」, 운영요령, 평가관리지침 등 관계법령 및 규정과 본 협약을 준수하여야 한다.

② 관련법령 및 규정이 개정되거나 기타 본 협약을 규율하는 새로운 법령이 제정되는 경우에는 피청구인의 서면 또는 전자문서에 의한 고지로써 제9조에 기한 협약변경 절차에 갈음하며, 변경된 규정은 별도의 협약 변경 절차 없이 본 협약의 내용으로 인정된다.

마. 2012년 9월경 감사원은 국가연구개발사업의 사업비 집행 적정여부에 대한 감사를 실시하면서 청구인이 사업비 사용실적보고서를 허위로 작성한 사실을 적발하였고, 당시 청구인은 감사원과 피청구인에게 아래와 같은 내용의 경위서를 제출하였다.

- 다 음 -

○ 청구인은 2009. 12. 9. 00000과 기술용역계약(과제명 0000 엔진 시험, 금액 3,500만원)을 체결하고, 실제로는 00000에 기술용역비를 집행하는 것임에도 (주)0000으로부터 2010. 2. 28. '엔진시험용 Jig 및 재료, B/M용 후처리 장치'(금액 2,000만원)를 구매하는 것처럼 지출결의 하였고, 0000에서 2010. 2. 28. 위 2,000만원에 대해 '디젤엔진용 매연저감장치 외' 품목으로 허위세금계산서를 발급해 주었음

○ 청구인은 2010. 3. 22. 00000과 기술용역계약(과제명 0000 매칭시험, 금액 6,300만원)을 체결하고, 실제로는 00000에 기술용역비를 집행하는 것임에도 (주)000000로부터 2010. 4. 20. '2.2L CRDI 엔진 외 9종' 등 10개 품목(금액 6,300만원)을 구매하는 것처럼 지출결의 하였고, 000000부터 2010. 4. 20. 위 6,300만원에 대해 '2.2L CRDI 엔진' 등 10개 품목으로 허위세금계산서를 발급해 주었음

○ 위 기술용역내용이 이 사건 과제와 관련이 있음에도 사업비 변경승인 없이 허위세금계산서 발행 및 지출 증빙한 이유

- 청구인이 1차년도 과제(Base 엔진의 Emission 성능시험 및 0000 시험모드에 대한 추종성 비교분석)를 수행하기 위하여는 NRTC 모드 시험 및 엔진 Emission 측정을 해야만 했고, 그 당시 0000 NRTC Test Mode 구현 및 Emission 측정용 시험장비를 모두 구비하고 있던 기관은 0000과 000연구원이었으나 두 기관 모두 이 사건 과제에 참여한 상태여서 현금거래가 불가능하였으므로 과제수행을 위해 불가피하게 00000에 시험용역을 시행하도록 하였음

바. 2013. 2. 28. 감사원장은 피청구인에게 '이 사건 과제 수행의 공동주관기관인 청구인이 수행기간 상호간 현금거래에 따른 사업비 불인정을 회피할 목적 등으로 실제로는 참여기관인 00000에 디젤엔진 개발 과제와 관련한 2차례의 기술용역비를 지급하는 것인데도 마치 사업계획서 1차연도(2009. 5. 1.～2010. 4. 30.)에 반영된 연구기자재 등을 구입하는 것처럼 주식회사 0000과 주식회사 000000로부터 8,300만원(세금별도)의 허위 거래증명서(세금계산서와 거래명세서)를 발급받아 지출 증빙한 후 2010. 9. 30. 피청구인에게 사업비 사용실적보고서를 허위로 작성하여 제출하였음에도 피청구인이 같은 날 이를 제대로 검토하지 않고 정당한 것으로 인정하여 사업비 정산을 완료하였다'는 내용의 사업비 부당집행 적발사실을 지적하고, 피청구인이 기술개발사업비 8,300만원에서 정부출연금 해당금을 환수하고 국가연구개발사업참여를 제한하는 등의 방안을 마련하도록 통보하였다.

사. 감사원 감사결과 처분 통보서에 기재되어 있는 청구인의 연차별 사업비 현황은 다음과 같다.

- 다 음 -

(단위 : 천원)

구분		1차년도	2차년도	3차년도	4차년도	계
출연금		100,000	100,000	90,556	96,112	386,668
민간부담금	현금	20,000	20,000	18,111	19,224	77,335
	현물	80,000	80,000	72,445	76,888	309,333
합계		200,000	200,000	181,112	192,224	773,336

아. 2013. 4. 4. 청구인 소속 연구위원 상무 000은 피청구인에게 다음과 같은 내용의 확인서를 제출하였다.

- 다 음 -

청구인은 본 과제 수행을 위해 1차연도(2009. 5. 1.~2010. 4. 30.) 사업비 예산 중에서 참여기관인 00000에 디젤엔진 개발 과제와 관련하여 2차례에 걸쳐 계 8,300만원의 기술용역비를 지급하였음, 참여기관 간의 용역대금을 지급할 수 없기 때문에 용역대금을 지급하기 위하여 0000과 000000에 대금을 지급하고 각 업체는 해당금액을 00000에 지급하였음, 그 후 피청구인에게 사용실적 보고서를 제출할 당시(2010. 9. 30.) 거래처를 0000 및 000000로 하여 제출하였음

자. 2013. 5. 24. 피청구인은 주관기관인 00공업에게 이 사건 과제에 대한 평가위원회 평가결과 '보통'으로 판정되었다는 '최종평가 결과통보'를 하였는데, 위 결과통보서에 첨부된 '최종평가결과 종합의견서'에 다음과 같은 평가결과 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

○ 평가일자 : 2013. 5. 7.

○ 종합평점 : 78.25

○ 평가결과 : 보통

○ 연차별 조정사업비(단위 천원)

구분	정부출연금	민간부담금		계
		현금	현물	
1차년도	1,979,100(50%)	395,820(10%)	1,583,280(40%)	3,958,200
2차년도	2,594,250(50%)	518,850(10%)	2,075,400(40%)	5,188,500
3차년도	2,390,000(50%)	478,000(10%)	1,912,000(40%)	4,780,000
4차년도	2,471,750(50%)	494,350(10%)	1,977,400(40%)	4,943,500
계	9,435,100(50%)	1,887,020(10%)	7,548,080(40%)	18,870,200

○ 종합의견 및 전담기관 검토의견

- 이 사건 과제는 정량적 목표를 달성하였으므로 평가결과 보통으로 판정함
- 주관기관은 양산 시제품 400대의 생산실적이 있는 등 사업화 가능성이 높음
- 감사원 지적사항인 청구인의 1차년도 용역 2건의 경우 허위세금계산서 발행을 통한 사업비 사용실적보고서 허위작성 및 보고이므로 다음과 같이 제재 및 환수함
  - 공동주관기관(청구인) 및 공동주관기관 책임자(000) 참여제한 2년
  - 청구인 대표는 본건과 관련해 당시 인지하지 않은 것으로 판단되므로 참여제한을 면제
  - 해당 금액(8,300만원)의 정부출연금 지분 6,916만 6,667원 환수

차. 2013. 5. 30. 00공업은 청구인에게 피청구인의 최종평가 결과통보서를 첨부해 결과통보를 하였다.

카. 2013. 7. 3. 피청구인은 00공업에게 이 사건 통보서를 발송하였는데, 이 사건 통보서 본문에는 청구인에게 지급된 사업비 6,916만 6,667원을 환수한다는 내용 및 환수금 미입금시 운영요령에 따라 해당기관 및 해당자의 명칭공표 등 추가 제재조치를 취할 수 있다는 내용이 기재되어 있고, 위 통보서에 첨부된 '최종평가 결과 종합의견서' 및 '전문위원회 심의결과 종합의견서'에는 이 사건 과제의 평가결과가 '보통'으로 판정된 사실과 함께 전문위원회 심의 결과 청구인이 참여기관인 00000에 2건의 용역(8,300만원)을 계약하는 것임에도 1차년도 사업계획서에 반영된 연구기자재 등을 구입하는 것처럼 (주)0000과 (주)000000로부터 허위 거래증명서를 발급받아 사업비 사용실적보고서를 허위로 작성하여 보고한 행위에 대해, 1차년도 사업계획인 'Base 엔진 기초성능평가' 항목과 관련이 있는 것으로 판단되어 관련 규정의 '사업비 사용실적보고서 허위작성 보고'사안으로 보아 이

사건 처분을 한다는 내용이 기재되어 있다.

타. 청구인이 2013. 7. 9. 우리 위원회에 행정심판을 청구한 뒤 피청구인은 2013. 7. 19. 청구인을 수신자로 하여 이 사건 처분을 한다는 내용이 기재되어 있는 이 사건 재통보를 하였다.

파. 2012년 7월경 청구인이 기명·날인한 전자문서 수신동의서를 보면 이 사건 과제와 관련한 일체의 통지, 통고 등을 위한 공문 수신방법 으로 전자문서 수신 방식으로 하는데 동의하며 이를 위해 총괄책임자(00공업 000)의 정보(이메일, 이동통신번호)를 제출한다고 기재되어 있다.

하. 2009년 6월경 피청구인에게 제출된 이 사건 과제 수행계획서를 보면 공동주관기관의 하나로 청구인 회사가 기재되어 있고, 청구인의 유형은 '대기업'으로 분류되어 있다.

거. 사단법인 한국산업기술진흥협회장이 2008. 10. 14. 발행한 기업부설연구소인정서를 보면 청구인 회사의 000연구소를 구 기술개발촉진법(2011. 5. 24. 법률 제10708호로 폐지되기 전의 것) 제16조 및 같은 법 시행령 제15조제1항의 규정에 따라 기업부설연구소로 인정한 것으로 되어 있다.

6. 판 단

가. 청구취지 3에 대한 판단

위 인정사실에 따르면 피청구인이 2013. 7. 3. 00공업에 이 사건 통보서를 발송하였고, 00공업으로부터 위 통보서를 전달받은 청구인이 2013. 7. 9. 우리 위원회에 이 사건 처분의 취소 등을 구하는 행정심판을 청구한 사실, 위 청구서에서 청구인이 이 사건 통보서의 송달 하자 등 절차적 위법을 주장하였고, 피청구인이 2013. 7. 19. 청구인에게 이 사건 재통보를 한 사실이 인정되는데, 이 사건 재통보는 피청구인이 청구인에게 새로운 제재를 하기로 하여 이 사건 처분을 직권취소한 뒤 새로운 제재결정 을 통지한 것이 아니라, 단지 처분 상대방인 청구인을 수신자로 지정하여 당초 결정되었던 이 사건 처분 사실을 재통지한 것에 불과하다. 따라서 이 사건 재통보는 새로운 처분이 아니므로 행정심판의 대상이 되는 '처분'으로 볼 수 없고, 이 사건 심판청구 중 이 사건 재통보의 취소를 구하는 부분은

행정심판의 대상이 아닌 사항에 대해 제기된 부적법한 청구이다.

나. 청구취지 2 중 주위적 청구 부분에 대한 판단

1) 행정행위는 행정청에 의해 행정의사가 내부적으로 결정되고, 외부적으로 표시되었을 때 성립되었다고 볼 수 있는데, 운영요령 제45조제3항에서 제재조치 및 출연금 환수와 관련된 사항은 제7조의 평가위원회 또는 별도의 위원회를 구성하여 심의할 수 있다고 규정하고 있고, 위 인정사실에 따르면 피청구인은 2013. 5. 7. 평가위원회를 개최하여 이 사건 과제 수행 평가결과 '보통'으로 판정하고, 감사원의 감사결과 처분요구에 따라 2013. 7. 3. 청구인에 대한 제재수위를 결정하기 위한 전문위원회를 개최하여 동 위원회에서 사업비 사용실적보고서 허위작성을 이유로 청구인에 대해 참여제한 2년 및 정부출연금 환수결정을 하기로 결정한 사실, 피청구인은 2013. 7. 3. 이 사건 과제 수행의 주관기관인 00공업에 이 사건 통보서를 발송하였고, 위 통보서 본문에는 청구인에게 출연금을 환수한다는 내용이 기재되어 있으며 평가위원회의 평가결과 및 전문위원회의 심의결과가 기재된 종합의견서가 위 통보서에 첨부되어 있으며, 위 종합의견서에 청구인의 사업비 사용실적보고서 허위작성을 이유로 출연금 환수 및 참여제한 2년을 한다고 기재되어 있는 사실이 인정된다.

2) 결국 피청구인이 청구인의 부정행위에 대해 제재처분을 하기 위해 내부적으로 전문위원회를 구성하여 이 사건 참여제한처분을 하기로 결정하고, 그와 같은 결정사실을 이 사건 통보서(첨부문서 포함)를 통해 주관기관인 00공업에 공식적으로 통지함으로써 대외적으로 처분의사를 표시하였으므로 이 사건 참여제한처분은 최소한 성립되었다고 보지 않을 수 없고, 비록 이 사건 통보서 본문에 이 사건 참여제한처분이 기재되어 있지 않다 하더라도 위 통보서에 첨부된 종합의견서에 참여제한처분이 명시되어 있으므로 그와 같은 처분방식이 위법한지 여부는 별론으로 하고 이 사건 참여제한 처분 자체가 부존재한다고 볼 정도는 아니다.

3) 따라서 이 사건 참여제한처분이 존재하지 않는다는 확인을 구하는 청구인의 청구는 받아들일 수 없다.

다. 청구취지 1 및 청구취지 2중 예비적 청구 부분에 대한 판단

1) 관련 법령

가) 구「산업기술혁신촉진법」(2010. 3. 31. 법률 제10220호로 개정되어 2011. 1. 1.부터 시행되기 전의 것, 이하 같다) 제11조제1항에서 지식경제부장관은 혁신계획 및 시행계획을 효율적으로 수행하기 위해 관계중앙행정기관의 장과 협의하여 산업기술분야에서 기술개발사업(이하 '산업기술개발사업'이라 한다)을 추진할 수 있다고 되어 있고, 제2항에서 지식경제부장관은 연구기관, 대학, 그 밖에 대통령령으로 정하는 기관·단체 또는 기업 등으로 하여금 산업기술개발사업을 수행하게 할 수 있으며, 이 경우 산업기술개발사업을 주관하여 수행하는 자(이하 '주관연구기관'이라 한다)와 산업기술개발사업에 관한 협약을 체결하고, 주관연구기관에 대하여 해당 사업의 수행에 드는 비용의 전부 또는 일부를 출연할 수 있다고 규정하고 있다.

구「산업기술혁신촉진법」제11조의2제1항에서 지식경제부장관은 제11조에 따라 산업기술개발사업에 참여한 기관, 단체, 기업 또는 소속 임직원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 5년 이내의 범위에서 지식경제부장관이 발주하는「과학기술기본법」제11조에 따른 국가연구개발사업의 참여를 제한할 수 있으며, 지식경제부장관이 이미 출연한 사업비의 전부 또는 일부를 환수할 수 있다고 하면서 각 호로 제6호에서 '연구개발자료 및 결과의 위조·변조·표절 등 부정행위를 한 경우', 제7호에서 '그 밖에 제11조제2항 또는 제3항의 협약에 대한 중대한 위반행위로서 대통령령으로 정하는 경우'를 규정하고 있다.

나) 구「산업기술혁신촉진법 시행령」(2011. 6. 24. 대통령령 제22977호로 개정되기 전의 것) 제4조의3제1항은 법 제11조의2제1항제7호에서 '대통령령으로 정하는 경우'란 협약상의 의무사항을 이행하도록 시정을 요구받고도 정당한 사유 없이 이에 따르지 아니한 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다고 하면서 제1호로 '사업비 사용실적 보고서를 제출하지 않은 경우'를 규정하고 있고, 같은 조 제3항은 제6호에서 법 제11조의2제1항제6호의 경우 참여제한 기간을 '3년 이내'로, 제7호에서 시행령 제14조의3제1항에 해당하는 경우 참여제한 기간을 '1년'으로 규정하고 있으며, 같은 조 제6항에서 제2항부터 제5항까지에서 규정한 사항 외에 평가 및 이의신청 등에 필요한 세부사항은

지식경제부장관이 정하여 고시한다고 규정하고 있다.

구「산업기술혁신촉진법」제44조제1항, 같은 법 시행령 제57조제4항에서 지식경제부장관은 법 제44조제1항에 따라 법 제11조의2에 따른 국가연구개발사업의 참여제한에 관한 업무 및 출연한 사업비의 전부 또는 일부의 환수에 관한 업무를 기술진흥원 또는 평가관리원에 위탁한다고 규정하고 있다.

다) '정당한 사유 없이 사업비 사용실적 보고서를 제출하지 않거나 허위로 작성한 경우'의 제재에 대해, 구 운영요령(2010. 5. 26. 개정 지식경제부 고시 제2010-111호) 제41조제1항제7호 및 별표3에서는 참여제한 1년과 출연금을 환수하도록 정하고 있었으며, 구 운영요령(2011. 7. 5. 개정 지식경제부 고시 제2011-141호) 제45조제1항제9호 및 별표3에서 해당자 참여제한 3년과 해당연도 출연금 전액을 환수하도록 정하면서 부칙에서 별표3의 개정 부분에 대해 경과규정을 따로 두지 않았고, 구 운영요령(구 2012. 7. 12. 개정 지식경제부 고시 제2012-170호) 제45조제1항제9호 및 별표3에서 해당자 참여제한 2년 및 정산대상기간 출연금 전액 이내에서 환수하도록 정하면서 동 고시 부칙 제7조에서 '별표3의 개정 부분은 이 요령 시행 당시 수행 중인 과제부터 적용하고, 이 요령 시행 전에 종료된 과제에 대해서는 종료 당시 규정을 적용한다'고 규정하고 있다.

2) 이 사건 환수처분의 행정심판 대상 여부에 대해

가)「행정심판법」제2조제1호, 제3조제1항을 보면 행정청의 처분 또는 부작위에 대하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 이 법에 따라 행정심판을 청구할 수 있고, '처분'이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부, 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말한다고 규정하고 있다.

행정심판의 대상이 되는 행정처분은 행정청 또는 그 소속이나 법령에 의하여 행정권한을 가지고 있거나 위탁을 받은 공공기관이 국민이 권리의무에 관계되는 사항에 관하여 공권력을 발동하여 행하는 공법상의 행위를 말하는데, 행정청의 어떤 행위를 행정처분으로 볼 것이냐의 문제는 추상적, 일반적으로 결정할 수 없고 구체적인 경우 행정처분은 행정청이 공권력의 주체로서 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 국민의 권리의무에 직접적으로 영향을 미치는 행위라는 점을 염두에 두고 관련 법령의 내용 및 취지와 그 행위가 주체·내용·형식·절차 등에 있어서 어느 정도로 행정처분으로서의 성립 내지 효력

요건을 충족하고 있는지 여부, 그 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익과의 실질적 관련성, 그리고 법치행정의 원리와 당해 행위에 관련한 행정청 및 이해관계인의 태도 등을 참작하여 개별적으로 결정하여야 할 것이다(대법원 2007. 6. 14. 선고 2007두4397 판결 참조).

나)「산업기술혁신촉진법」제11조의2제1항은 산업기술개발사업에 참여한 기관, 단체, 기업 또는 소속 임직원이 각 호로 정한 위반행위를 한 경우 참여제한과 함께 이미 출연한 사업비의 전부 또는 일부를 환수할 수 있도록 함으로써 출연금 환수를 참여제한과 함께 연구부정 행위자에 대한 제재조치의 하나로 규정하고 있으며, 그 환수 대상을 협약의 당사자로 특정하고 있지 않은 점,「산업기술혁신촉진법」제11조의2제1항제7호, 같은 법 시행령 제14조의3제1항제3호에서 환수금을 납부하지 않을 경우에는 1년의 참여제한처분을 할 수 있는 것으로 규정하고, 평가관리지침 10호 가목 다)에서 신규사업에 대한 신청자격 검토사항으로 환수금을 납부하지 않은 경우 사전 지원제외 대상으로 처리할 수 있도록 규정하고 있으며, 이 사건 통보서 본문에 환수금을 기한 내 미입금시 해당기관 및 해당자의 명칭 공표 등 추가 제재조치를 취할 수 있다고 밝히고 있는 등 이 사건 환수처분으로 인해 정부출연금 환수의무가 발생하는 외에 공법상 불이익이 가해질 수 있는 점 등을 고려할 때 환수의무를 협약에 기한 단순한 원상회복의 이행청구에 불과하다고 할 수 없고, 이 사건 환수처분은 행정청이 법령에 기해 공권력을 발동하여 행하는 공법상의 행위로서 '행정처분'에 해당한다고 보는 것이 타당하다. 따라서 이 사건 환수처분이 협약에 기한 원상회복조치에 불과하다는 피청구인의 주장은 받아들일 수 없다.

3) 이 사건 처분의 절차적 위법 주장에 대해

가)「행정절차법」제14조제1항, 제15조에서 송달은 우편, 교부 또는 정보통신망 이용 등의 방법으로 하되, 송달받을 자(대표자 또는 대리인을 포함한다, 이하 같다)의 주소·거소·영업소·사무소 또는 전자우편주소(이하 '주소 등'이라 한다)로 하고, 다만 송달받을 자가 동의하는 경우에는 그를 만나는 장소에서 송달할 수 있으며, 송달은 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 해당 문서가 송달받을 자에게 도달됨으로써 그 효력이 발생한다고 규정하고 있다. 한편 같은 법 제21조제1항, 제4항에서 행정청은 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우 미리 '처분의 제목, 처분하려는

원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적근거, 이에 대해 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리방법, 의견제출기관의 명칭과 주소, 의견제출기한 등'을 당사자에게 통지하여야 하고, 다만 해당 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우 등에는 의견제출의 통지를 하지 아니할 수 있으며, 같은 법 제22조제3항, 제4항에서 행정청이 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 할 때 청문이나 공청회를 개최하는 경우 외에는 당사자 등에게 의견제출의 기회를 주어야 하며, 제21조제4항 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우와 당사자가 의견진술의 기회를 포기한다는 뜻을 명백히 표시한 경우에는 의견청취를 하지 아니할 수 있다고 규정하고 있다. 또한 같은 법 제23조제1항에서 행정청은 처분을 할 때 신청내용을 그대로 인정하는 처분인 경우, 단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우, 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우를 제외하고는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다고 규정하고 있다.「행정절차법」제26조는 행정청이 처분을 할 때에는 그 처분에 관하여 행정심판 및 행정소송을 제기할 수 있는지 여부, 그 밖에 불복을 할 수 있는지 여부, 청구절차 및 청구기간, 그 밖에 필요한 사항을 알려야 한다고 규정하고 있다.

나) 청구인은 이 사건 통보서가 청구인에게 적법하게 송달되지 않았으므로 이 사건 처분이 위법하다고 주장한다. 상대방 있는 행정처분은 행정처분이 상대방에게 도달되어야 효력이 발생하고, 여기서 '도달'이란 상대방이 그 내용을 현실적으로 알 필요까지는 없고 상대방이 알 수 있는 상태에 놓여진 것을 의미한다(대법원 1989. 1. 31. 선고 88누940 판결 참조). 위 인정사실에 따르면 피청구인은 2013. 7. 3. '최종 평가결과 확정통보'라는 제목의 이 사건 통보서를 주관기관인 00공업에 송부하였으나 청구인에게는 따로 통지하지 않았고, 청구인이 00공업으로부터 이 사건 통보서를 수령하고 2013. 7. 9. 행정심판을 청구하자 피청구인이 2013. 7. 19. 청구인을 수신자로 하여 이 사건 재통보를 하였는데, 비록 피청구인이 청구인에게 직접 이 사건 처분을 통지하지는 않았으나, 이는 운영요령 제34조제9항 및 평가관리지침 제17조 나) 8) 및 9)항에서 과제수행결과에 대한 평가결과를 최종확정하여 전담기관의 장에게 통보하고 전담기관의 장은 이를 주관기관의 장에게 통보한다고 되어 있어 위 규정에 따라 피청구인이 주관기관에게만 통지를 한 것이고, 청

구인은 주관기관을 통해 이 사건 통보서를 수령함으로써 이 사건 처분이 있었음을 현실적으로 인지한 점, 이 사건 통보서는 '최종 평가결과 확정통보'라는 제목으로 되어 있고 이 사건 과제수행에 대한 '최종평가'에 따른 제재결정을 그 내용으로 하므로 결정의 통지방식은 평가결과에 대한 통지방식을 규정한 위 운영요령 및 평가관리지침의 적용을 받는다고 볼 수 있는 점, 청구인이 2012년 7월경 이 사건 과제와 관련한 일체의 통지 등을 주관기관의 총괄책임자를 통해 수신하는데 동의하였으므로 제재처분 통지서를 수령할 권한 역시 주관기관에게 위임했다고 볼 여지도 있는 점, 청구인이 00공업을 통한 처분서 수령으로 인해 불복절차 이행에 지장을 받은 것으로 보이지 않은 점 등을 종합해 볼 때 이 사건 통보서는 00공업을 통해 청구인에게 적법하게 송달되었다고 할 것이고, 송달절차에 위법이 있다고 볼 수 없다.

다) 청구인은 이 사건 처분에 사전통지, 의견청취절차, 이유제시를 흠결한 위법이 있다고 주장한다. 위 인정사실에 따르면 감사원의 조사에서 청구인의 위반행위가 적발되자 청구인이 위반행위에 대한 소명을 기재한 경위서를 감사원과 피청구인에게 제출한 사실, 청구인이 2013. 4. 4. 피청구인에게 사업비사용실적 보고서 허위작성 경위에 대한 확인서를 제출한 사실, 감사원의 통보를 받은 피청구인이 2013. 5. 24. 00공업에게 평가위원회 평가결과를 통보하면서 청구인의 위반행위를 이유로 출연금 환수 및 참여제한 처분을 하기로 한 사실을 알렸고 00공업을 통해 청구인이 위 평가결과를 통보받은 사실, 이 사건 통보서에는 청구인이 '00000에 2건의 용역계약을 주었음에도 연구기자재 등을 구입하는 것처럼 주식회사 0000 등으로부터 허위 거래증명서를 발급받아 사업비 사용실적보고서를 허위로 작성, 보고'한 위반행위에 대해 제재처분을 하는 것으로 기재되어 있는 사실 등이 인정된다.

처분의 사전통지 및 의견청취절차는 처분으로 인해 불이익을 받을 당사자에게 미리 변명과 유리한 자료를 제출할 기회를 부여함으로써 처분의 신중을 기하고 적정성을 확보하여 부당한 권리침해를 예방하려는 데 그 취지가 있고(1991. 7. 9. 선고 91누971판결 참조), 처분의 이유제시 제도는 행정청의 자의적 결정을 배제하고 당사자로 하여금 행정구제절차에서 적절히 대처할 수 있도록 하는데 그 취지가 있는바(대법원 2009. 12. 10. 선고 2007두20362 판결 참조), 청구인이 감사원 조사 과정에서 사업비 사용실적 보고서 허위작성 경위 및 이유에 대한 경위서를 감사원과 피청구인에게 제출하였고, 최종평가 전에 사

건경위에 관한 확인서를 피청구인에게 제출하였으며, 2013. 5. 24.자 평가결과 통보서를 통해 청구인에게 제재처분이 내려질 예정임을 이미 알 수 있었던 점, 청구인 입장에서 어떠한 사유로 당해 처분이 이루어졌고 이에 대해 어떠한 방식으로 권리구제를 강구할 수 있을지 여부를 알 수 있을 정도로 그 이유가 제시되어 있다고 보이므로, 비록 이 사건 통보서에 처분의 근거 법령이 명시적으로 기재되지 않았다고 하더라도 청구인이 이 사건 처분에 대해 불복 여부를 결정하고 불복수단을 강구함에 있어 별다른 장애는 없었다고 보이는 점 등을 고려할 때 피청구인이 이 사건 처분을 함에 있어 처분의 사전통지, 의견제출의 기회 부여, 처분의 이유제시 등의 절차를 이행했다고 봄이 타당하다.

라) 한편 청구인은 이 사건 처분에 「행정절차법」 제26조를 위반한 위법이 있다고 주장하나, 불복절차 고지 규정은 행정처분의 상대방이 그 처분에 대한 행정심판 등 불복절차를 밟는데 있어 편의를 제공하기 위한 것으로 피청구인이 이 사건 처분을 하면서 청구인에게 행정심판 등 불복절차에 대해 고지하지 않았다 하더라도 그로 인해 행정심판 제기기간이 연장될 뿐 이 사건 처분 자체가 위법하게 된다고 볼 수는 없으므로(대법원 1987. 11. 24. 선고 87누529 판결 참조), 이에 반하는 청구인의 주장 역시 받아들일 수 없다.

4) 참여제한 기간의 근거규정의 위법성 여부에 대해

위 인정사실에 따르면 청구인이 00000에 2건의 용역계약을 주었음에도 연구기자재 등을 구입하는 것처럼 주식회사 0000 등으로부터 허위 거래증명서를 발급받아 2010. 9. 30. 사업비 사용실적보고서를 허위로 작성하여 제출한 사실이 인정되고, 이는 구 「산업기술혁신촉법」 제11조의2제1항제6호의 위반행위에 해당하므로, 이에 대해서는 같은 법 시행령 제14조의3제3항 제6호에 따라 '3년 이내의 범위'에서 참여제한을 할 수 있다 할 것이다. 한편 운영요령 별표3에서 위반행위별로 참여제한에 관한 세부기준을 정하고 있는데, 이는 상위법령에서 재량행위로 정하고 있는 참여제한처분에 대해 행정청 내부의 재량권 행사의 기준을 정한 재량준칙이라 할 것이므로, 그 내용이 상위법령에 위반되지 않는 이상 법령의 명시적인 위임이 없더라도 피청구인은 원칙적으로 재량준칙인 운영요령에서 정한 바대로 참여제한 처분을 할 수 있다.

따라서 운영요령 제정에 모법의 위임을 필요로 한다는 전제에 서서 운영요령에 근거한 이 사건 참여제한처분이 근거가 없다거나 위임범위를 일탈하였다는 청구인의 주장은 받아

들일 수 없다.

5) 이 사건 처분의 재량권 일탈·남용 여부 등

가) 제재적 행정처분이 사회통념상 재량권의 범위를 일탈하였거나 남용하였는지 여부는 처분사유로 된 위반행위의 내용과 당해 처분행위에 의하여 달성하려는 공익 목적 및 이에 따르는 여러 사정 등을 객관적으로 심리하여 공익 침해의 정도와 그 처분으로 인하여 개인이 입게 될 불이익을 비교·교량하여 판단하여야 한다(대법원 2003. 12. 12. 선고 2001두11083 판결 참조).

나) 먼저 이 사건 환수처분에 대하여는, 위 인정사실에 따르면 청구인은 1차년도 정부출연 사업비로 1억원을 지급받았고 허위보고 금액은 8,300만원에 이르는데, 피청구인은 허위 보고된 사업비 중 정부출연금 지분에 해당하는 6,916만 6,667원을 환수하도록 환수범위를 조정하였고, 그 환수금액이 청구인의 위반행위의 정도에 비해 과도한 제재로 보이지 않으므로 이 사건 환수처분이 재량권을 일탈·남용하여 위법·부당하다고 할 수 없다.

다) 다음으로 이 사건 참여제한처분에 대해 살펴본다. 위 인정사실에 따르면 청구인이 사업비 사용실적보고서를 허위로 작성·제출한 것은 사실이나, 앞에서 본 바와 같이 청구인이 사업비 사용실적보고서를 허위작성하여 제출한 때는 2010. 9. 30.이고 당시 시행되던 운영요령(2010. 5. 26. 개정 지식경제부 고시 제2010-111호)은 '사업비 사용실적보고서 허위작성'의 경우 참여제한 기간을 1년으로 하고 있었는바, 운영요령은 상위 법령에서 재량행위로 정하고 있는 참여제한처분에 대해 행정청 내부의 재량권행사의 기준(사무처리기준)을 정한 재량준칙이나, 위법행위를 이유로 한 제재적 처분에 대하여는 원칙적으로 처분시가 아닌 그 위법행위시의 법령에 의하여 처분의 위법 여부를 판단하도록 하고 있으므로(대법원 1982. 12. 28. 선고 82누1 판결 참조), 행정청이 재량준칙에 따라 처분을 함에 있어서도 그와 같은 원칙에 따라 행위시와 처분시 사이에 재량준칙이 변경된 경우에는 행위시에 적용되던 재량준칙에 따라 처분을 함이 타당하고, 이에 의할 때 청구인에 대한 참여제한 기간은 위반행위가 있은 2010. 9. 30. 당시 시행되던 운영요령 제2010-111호 별표3에서 정한 대로 1년으로 해야 할 것이다.

한편 운영요령 제2012-170호 부칙 제7조에서 '별표3의 개정 부분은 이 요령 시행 당시 수행 중인 과제부터 적용하고, 이 요령 전에 종료된 과제에 대해서는 종료 당시 규정을

적용한다'고 되어 있으나, 앞에서 본 바와 같이 위반행위 당시 시행되던 운영요령 제2010-111호 별표3에서 동일 위반행위에 대한 참여제한 기간을 1년으로 정하였다가 2011. 7. 5. 개정된 운영요령 제2011-141호 별표3에서는 참여제한기간을 3년으로 변경하면서 동 운용요령 부칙에서 별표3 개정부분의 적용에 관한 경과규정을 별도로 두지 않았으므로 경과규정에서 적용례를 별도로 정하지 않은 이상, 청구인의 위반행위에 대하여는 일반원칙에 따라 위반행위가 종료된 당시의 운용요령(제2010-111호)에서 정한 제재기준이 적용되는 것으로 확정되었다고 보아야 하며, 그 이후에 개정된 운용요령 제2012-170호 부칙 제7조는 단지 종전 운영요령인 제2011-141호에서 동일 위반행위에 대해 참여제한을 3년으로 하고 있다가 운영요령 제2012-170호에서 2년으로 변경한 것에 관한 적용례를 밝히는 것에 불과하므로, 이미 종전 운용요령 제2010-111호 별표3에 따라 제재기준이 확정된 청구인의 위반행위에 제2012-170호의 부칙 제7조가 적용된다고 볼 수도 없다.

결국 이 사건 참여제한처분을 함에 있어 위와 같이 피청구인이 재량준칙인 운용요령을 잘못 적용하였을 뿐만 아니라 이 사건 과제 수행에 대한 최종평가도 실패나 불성실 수행이 아닌 '보통'으로 판정이 되었고, 허위보고된 사업비도 청구인에게 지급된 총사업비 총 7억 7,333만 6,000원의 10% 정도에 불과하며, 청구인이 이 사건 환수처분도 받게 되는 사정 등을 종합해 볼 때 참여제한기간을 2년으로 한 이 사건 참여제한처분은 재량권을 일탈·남용하여 위법·부당하다 할 것이다.

7. 결 론

그렇다면, 청구인의 청구 중 피청구인이 2013. 7. 19. 청구인에게 한 국가연구개발사업 참여제한처분 및 사업비 환수처분의 취소 청구 부분은 심판청구요건을 갖추지 못하여 부적법하므로 이를 각하하기로 하고, 피청구인이 2013. 7. 3. 청구인에게 한 2년의 국가연구개발사업 참여제한처분에 대한 청구인의 예비적 청구 부분은 청구인의 주장을 인정할 수 있으므로 이를 받아들이기로 하며, 피청구인이 2013. 7. 3. 청구인에게 한 2년의 국가연구개발사업 참여제한처분에 대한 청구인의 주위적 청구 및 나머지 청구 부분은 청구인의 주장을 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

2 2013-13705 변상금 부과처분 등 취소청구(재결일 : 2014. 1. 21.)

【사건의 쟁점】

지방자치단체가 국유지에 무상 공영주차장을 설치하여 운영해 온 경우 해당 토지의 관리권이 피청구인에게 위탁되고, 무상사용허가기간이 만료되었다는 사정만으로 국유지 무단점용사실을 인정할 수 있는지 여부

【재결요지】

청구인이 쓰레기 무단투기로 인한 악취발생·오물투기·주차로 인한 주민간 분쟁 등의 민원해결 및 주택가 주차난 해소라는 공공 목적을 위하여 2011. 8. 2.부터 2012. 8. 1.까지 이 사건 토지를 무상사용하기로 하고 2011. 8. 16. 이 사건 토지에 무상의 공영주차장을 설치한 것은 '지방자치단체가 해당 지방자치단체의 행정목적 수행에 사용하는 경우'에 해당하는 것일 뿐만 아니라 이 사건 토지의 관리청인 자신의 권한에 기한 것인 점, 이 사건 토지의 사용내역, 용도, 목적 등이 「국유재산법」의 취지나 목적에 반한다고 할 수도 없고 이 사건 토지의 관리권이 피청구인에게 위탁된 후에도 청구인은 이 사건 토지를 계속하여 공영주차장으로 이용하였을 뿐만 아니라 이 사건 토지를 매입하여 동일한 목적으로 계속하여 사용한 점에 비추어 볼 때 청구인은 이 사건 토지를 무상사용허가를 받아 사용하고자 하는 것으로 추정되는 점, 2011. 12. 28. 이 사건 토지의 관리·처분에 관한 사무가 피청구인에게 위탁되고 무상사용허가 기간이 2012. 8. 1. 만료된 후 피청구인이 청구인에게 이 사건 토지의 사용중지, 반환 등을 요구한 사실도 없는 점, 피청구인이 청구인에게 2013. 3. 28. 이 사건 토지의 사용에 대하여 변상금 부과 및 대부계약 체결 요구를 하기 전까지 청구인이 피청구인의 관리·처분권에 기한 정당한 요구에 불응하는 등의 특별한 사정이 있었다고 볼 만한 자료도 없는 점 등을 종합적으로 고려할 때 이 사건 토지에 대한 청구인의 점유·사용이 곧바로 무단점용으로 변한다고 할 수는 없음

【재결의 의미】

국유지 관리권의 이전 및 무상사용허가기간 만료로 지방자치단체의 국유재산 점유·사용이 곧바로 무단점용으로 되는 것은 아니라고 본 사례

주 문 1. 피청구인이 2013. 4. 19. 청구인에게 한 750만 4,530원의 변상금 부과처분을 취소한다.

2. 피청구인이 2013. 7. 3. 청구인에게 한 변상금 납부독촉을 취소한다.

청구취지 주문과 같다.

이 유

1. 사건개요

청구인이 2012. 8. 2.부터 2013. 4. 16.까지 국유재산인 인천광역시 서구 ○○동 ○○-○○ 대 246.5㎡(이하 '이 사건 토지'라 한다)를 대부 또는 사용·수익허가 등을 받지 아니하고 점유·사용하였다는 이유로 피청구인은 2013. 4. 19. 청구인에게 750만 4,530원의 변상금을 부과(이하 '이 사건 처분 1'이라 한다)한 후 2013. 7. 3. 위 변상금을 기한 내에 납부하지 않았다는 이유로 납부독촉(이하 '이 사건 처분 2'라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

가. 이 사건 토지는 나대지로 방치되어 쓰레기 무단투기로 인한 악취발생, 오물투기, 주차로 인한 주민 간의 분쟁이 빈번하게 발생하였으므로 민원해결 및 주택가 주차난 해소라는 공공 목적을 위하여 2011. 8. 2.부터 2012. 8. 1.까지 무상사용하기로 하고 2011. 8. 14. 주차장을 조성한 후 주민들에게 무료로 개방하고 있다.

나. 청구인은 사용허가 기간 만료 전에 이 사건 토지를 매입하고자 하였으나 청구인의 재정여건상 토지매입비를 모두 감당하기 어려워 인천광역시에 보조를 요청하는 등 토지매수를 위한 노력을 기울이던 중 예산반영을 위한 행정절차의 소요기간으로 인하여 부득이 사용허가 기간이 경과되었다.

다. 청구인은 2013. 7. 3. 피청구인으로부터 매매계약 체결 안내문을 수령하자 마자 즉시 토지매입대금을 납부하였는데도 피청구인이 청구인에게 변상금을 부과하고 이에 따른 연체료까지 부과한 것은 가혹하다.

3. 피청구인 주장

피청구인은 현재 지방자치단체가 수임기간 중에 점용한 부분에 대하여는 변상금을 부과하지 않고 있으나, 지방자치단체의 재산관리 수임 해제 및 대부계약 기간 만료 이후의 점용에 대한 변상금 부과 부분까지 취소해 달라는 청구인의 주장은 이유 없다.

4. 관계법령

국유재산법 제7조제1항, 제32조제1항, 제72조제1항, 제73조제1항

국유재산법 시행령 제29조제1항, 제71조제1항, 제72조제1항

국유 일반재산의 위탁에 관한 규칙 제7조

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 국유재산(무상)사용허가서, 준공계, 납부독촉장, 국유재산 매수 신청서, 국유재산 토지매입 지출서, 변상금 부과 사전통지서, 처분서, 행정심판청구서, 답변서 등의 자료에 따르면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 2011. 8. 2. 청구인은 이 사건 토지의 관리청인 자신으로부터 무상사용허가를 받는 형식으로 2011. 8. 2.부터 2012. 8. 1.까지 이 사건 토지를 주차장용지로 사용할 수 있게 하였다.

나. 2011. 8. 16. 청구인은 이 사건 토지상에 주차면수 8면인 공용주차장을 설치하고 주민에게 무료 개방하였다.

다. 2011. 12. 28. 이 사건 토지의 관리·처분에 관한 업무가 피청구인에게 위탁되었다.

라. 2013. 3. 28. 피청구인은 청구인이 이 사건 토지를 2011. 12. 28.부터 2013. 4. 16.까지 대부 또는 사용·수익허가 등을 받지 아니하고 점유·사용하였다는 이유로 다음과 같이 1,383만 10원의 변상금 부과 사전통지 및 대부계약 체결 안내를 하였다.

- 다 음 -

점유기간	점유면적 (㎡)	공시지가 (원)	재산가액 (원)	요율	대부료 (원)	변상금 (원)
2011. 12. 28.- 2011. 12. 31.	246.50	665,000	163,922,500	5.0	8,196,125	107,780
2012. 1. 1.- 2012. 12. 31.	246.50	719,000	177,233,500	5.0	8,861,675	10,634,000
2013. 1. 1.- 2013. 4. 16.	246.50	719,000	177,233,500	5.0	8,861,675	3,088,230
계						13,830,010

마. 2013. 4. 11. 청구인은 피청구인에게 이 사건 토지를 매입하기 위한 필요예산을 확보하였으므로 변상금 부과를 무효로 해달라는 취지의 의견서를 제출하면서 이 사건 토지의 매수신청을 하였다.

바. 2013. 4. 16. 피청구인은 청구인이 이 사건 토지에 대하여 2011. 8. 2.부터 2012. 8. 1.까지 무상대부(사용)허가를 받은 사실이 확인되었다는 이유로 변상금 부과기간을 무상대부계약 만료일의 다음 날부터 2013. 4. 16.까지로 조정하여 다음과 같이 변상금 750만 4,530원을 부과하는 이 사건 처분 1을 하였다.

- 다 음 -

점유기간	점유면적 (㎡)	공시지가 (원)	재산가액 (원)	요율	대부료 (원)	변상금 (원)
2012. 8. 2.- 2012. 12. 31.	246.50	719,000	177,233,500	5.0	8,861,675	4,416,300
2013. 1. 1.- 2013. 4. 16.	246.50	719,000	177,233,500	5.0	8,861,675	3,088,230
계						7,504,530

사. 2013. 5. 15. 청구인은 피청구인에게 이 사건 토지를 공공 목적을 위해 사용하고 있고, 청구인이 매수신청을 한 점을 감안하여 이 사건 처분을 취소해 달라고 요청하였다.

아. 2013. 5. 28. 피청구인은 청구인에게 변상금의 징수는 처분청의 재량을 허용하지

않는 기속행위이므로 이 사건 처분의 취소는 불가능하다고 회신하였다.

자. 2013. 7. 3. 피청구인은 청구인에게 이 사건 토지의 매각예정가격이 3억 8,577만 3,000원으로 산정되었으니 매매계약 체결절차를 이행하도록 안내하면서 청구인이 위 바목의 변상금을 기한 내에 납부하지 않았다는 이유로 다음과 같이 이 사건 처분 2를 하였다.

- 다 음 -

원금(원)	연체이자			합계(원)
	연체이율(%)	연체일수	금액(원)	
7,504,530	13	62	165,710	7,670,240

차. 2013. 7. 11. 청구인은 피청구인에게 매입비용 3억 8,577만 3,000원을 지불함으로써 이 사건 토지를 매입하였다.

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령

1)「국유재산법」제7조제1항, 제72조제1항, 같은 법 시행령 제71조제1항에 따르면 누구든지 이 법 또는 다른 법률에서 정하는 절차와 방법에 따르지 아니하고는 국유재산을 사용하거나 수익하지 못하고, 중앙관서의 장등은 무단점유자에 대하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 재산에 대한 사용료나 대부료의 100분의 120에 상당하는 변상금을 징수한다고 되어 있다.

2)「국유재산법」제73조제1항, 같은 법 시행령 제72조제1항에 따르면 중앙관서의 장등은 국유재산의 사용료, 관리소홀에 따른 가산금, 대부료, 매각대금, 교환자금 및 변상금(징수를 미루거나 나누어 내는 경우 이자는 제외한다)이 납부기한까지 납부되지 아니한 경우에는 연체기간의 구분에 따른 비율로 계산한 연체료를 붙여 15일 이내의 기한을 정하여 납부를 고지하여야 하고, 이 경우 고지한 기한까지 전단의 금액과 연체료를 내지 아니한 때에는 두 번 이내의 범위에서 다시 납부를 고지하되, 마지막 고지에 의한 납부기한은 전단에 따른 납부고지일부터 3개월 이내가 되도록 하여야 하며, 이후 1년에 한 번 이상 독촉을 하여야 한다고 되어 있다.

3)「국유 일반재산의 위탁에 관한 규칙」 제7조에 따르면 한국자산관리공사는 총괄청의 승인 없이는 위탁재산을 위탁목적 외의 용도로 사용하는 행위, 위탁재산을 담보로 제공하는 행위, 위탁재산의 원형을 변형하거나 추가하는 행위를 하지 못하며, 총괄청의 승인을 받아 위탁재산을 직접 사용·수익할 수 있다고 되어 있다.

나. 판단

1) 구 국유재산법(2009. 1. 30. 법률 제9401호로 전부 개정되기 전의 것) 제51조제1항에서 법률에 의한 국유재산의 대부 또는 사용·수익허가 등을 받지 아니하고 국유재산을 점유하거나 이를 사용·수익한 자(대부 또는 사용·수익허가기간이 만료된 후 다시 대부 또는 사용·수익허가 등을 받지 아니하고 국유재산을 계속 점유하거나 이를 사용·수익한 자를 포함한다)에 대하여는 당해 재산에 대한 대부료 또는 사용료의 100분의 120에 상당하는 변상금을 징수하도록 규정하고 있는 것은, 국유재산에 대한 점유나 사용·수익 그 자체가 법률상 아무런 권원 없이 이루어진 경우에는 정상적인 대부료나 사용료를 징수할 수 없기 때문에 그 대부료나 사용료 대신에 변상금을 징수한다는 취지라고 풀이되므로 점유나 사용·수익을 정당화할 법적 지위에 있는 자에 대하여는 그 적용이 없다고 보아야 한다(대법원 1997. 2. 14. 선고 96누5803 판결, 대법원2003. 3. 14. 선고 2002두12267 판결 참조).

2)「국유일반재산의 위탁에 관한 규칙」상 수탁기관에 대하여 총괄청의 승인 없이 위탁재산을 위탁 목적 외의 용도로 사용하는 행위, 위탁재산을 담보에 제공하는 행위, 위탁재산의 원형을 변형하거나 추가하는 행위, 위탁재산을 직접 사용·수익하는 행위를 하지 못하도록 제한하고 있는데 비해 국유일반재산에 관한 사무를 관리청 또는 지방자치단체의 장에게 위임하는 경우에 대하여는 위와 같은 사용·수익 등에 관하여 별다른 정함이 없는 바, 그 취지는 그 권한을 위임받은 관리청 또는 지방자치단체의 장에 대하여는 수탁기관과 달리 국유재산의 보호와 그 취득·유지·보존 및 운용과 처분의 적정이라는「국유재산법」의 목적에 반하지 않는 한 권한의 위임이라는 취지에 맞도록 그 사무의 처리에 관한 포괄적인 재량을 부여한 것으로 해석된다(서울고등법원 2009. 8. 26. 선고 2008누38140 판결, 서울행정법원 2010. 12. 24. 선고 2010구단11095 판결 참조).

3) 위 인정사실에 따르면 청구인이 쓰레기 무단투기로 인한 악취발생·오물투기· 주차로 인한 주민간 분쟁 등의 민원해결 및 주택가 주차난 해소라는 공공 목적을 위하여 2011. 8. 2.부터 2012. 8. 1.까지 이 사건 토지를 무상사용하기로 하고 2011. 8. 16. 이 사건 토지에 무상의 공영주차장을 설치한 것은 '지방자치단체가 해당 지방자치단체의 행정목적 수행에 사용하는 경우'에 해당하는 것일 뿐만 아니라 이 사건 토지의 관리청인 자신의 권한에 기한 것인 점, 이 사건 토지의 사용내역, 용도, 목적 등이 「국유재산법」의 취지나 목적에 반한다고 할 수도 없고 이 사건 토지의 관리권이 피청구인에게 위탁된 후에도 청구인은 이 사건 토지를 계속하여 공영주차장으로 이용하였을 뿐만 아니라 이 사건 토지를 매입하여 동일한 목적으로 계속하여 사용한 점에 비추어 볼 때 청구인은 이 사건 토지를 무상사용허가를 받아 사용하고자 하는 것으로 추정되는 점, 2011. 12. 28. 이 사건 토지의 관리·처분에 관한 사무가 피청구인에게 위탁되고 무상사용허가 기간이 2012. 8. 1. 만료된 후 피청구인이 청구인에게 이 사건 토지의 사용중지, 반환 등을 요구한 사실도 없는 점, 피청구인이 청구인에게 2013. 3. 28. 이 사건 토지의 사용에 대하여 변상금 부과 및 대부계약 체결 요구를 하기 전까지 청구인이 피청구인의 관리·처분권에 기한 정당한 요구에 불응하는 등의 특별한 사정이 있었다고 볼 만한 자료도 없는 점 등을 종합적으로 고려할 때 이 사건 토지에 대한 청구인의 점유·사용이 곧바로 무단점용으로 변한다고 할 수는 없으므로, 피청구인이 청구인에게 한 이 사건 처분 1 및 2는 위법·부당하다.

7. 결론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 있으므로 청구인의 청구를 모두 받아들이기로 하여 주문과 같이 재결한다.

3 2013-15187 변상금 부과처분 취소청구(재결일 : 2014. 2. 4.)

【사건의 쟁점】

지자체가 기부채납받은 지하주차장을 소유하면서 지상 국유지를 점유한 것이 무단 점유로서 변상금 부과대상인지 여부

【재결요지】

이 사건 토지에 이 사건 주차장이 신축된 이래 별도 임대나 증축 등 현상변경없이 주차장시설로 사용하여 온 행위가 국유재산법 목적에 반한다고 보기 곤란한 점, 서울특별시장이 당시 건설부장관과의 협의를 거쳐 도시계획사업 시행 허가를 하면서 주차장 시설을 기부채납하는 사업시행자에게 동 허가에 따라 점용되는 공공용지에 대한 점용료를 면제하고, 향후 20년간 이 사건 주차장을 무상사용토록 하였는바, 구 주차장법 제20조제2항 및 동 법 시행령 제13조제2항에서도 이 사건 주차장의 최초 사용기간 동안 그 부지에 대한 점용료를 면제한다고 규정되어 있는 점, 이 사건 토지 관리권이 청구인으로부터 피청구인에게 이관되었다고 하여 곧바로 이 사건 토지에 대한 청구인의 점유가 무단점용으로 변하였다고 할 수 없는 점 등을 종합적으로 고려할 때, 한국자산관리공사가 ○구에게 변상금을 부과한 것은 위법·부당함

【재결의 의미】

국유지에 대한 관리권을 정당하게 위임받은 지자체가 해당 국유지를 용도변경없이 주차장시설로 사용하여 왔고, 서울특별시장이 당시 건설부장관과의 협의를 거쳐 도시계획사업 시행 허가를 하면서 주차장 시설을 기부채납하는 사업시행자에게 동 허가에 따라 점용되는 공공용지에 대한 점용료를 면제하고, 향후 20년간 이 사건 주차장을 무상사용토록 하였다면 도중에 관리권이 이전되었다고 해서 곧바로 무단점용으로 바뀐다고 볼 수 없음

주 문 피청구인이 2013. 4. 9. 청구인에게 한 3억 6,560만 3,580원의 변상금 부과처분을 취소한다.

청구취지 주문과 같다.

이 유

1. 사건개요

피청구인은 2013. 4. 9. 청구인에게 대한민국 소유인 서울특별시 ○구 ☆☆로 2가 16-8 대지 38.3㎡, 16-11 대지 800㎡, 같은 구 ★★동 383 공원 3,980.4㎡(이하 '이 사건 토지'라 한다) 지하에 청구인이 기부채납을 받은 지하 4층 지상 1층의 주차장 시설(이하 '이 사건 주차장'이라 한다)을 소유하며 이 사건 토지를 무단점유하고 있다는 이유로 「국유재산법」 제72조에 따라 2012. 1. 1.부터 2012. 12. 31.까지의 점유기간에 대한 변상금 3억 6,560만 3,580원을 부과(이하 '이 사건 처분'이라 한다)하였다.

2. 청구인 주장

가. 청구인은 서울특별시로부터 이 사건 토지의 관리에 관한 사항을 재위임받았고, 이에 기초하여 이 사건 토지를 주차장 부지로 사용하고 있는 것으로 이 사건 토지의 사용관계, 용도 목적 등이 「국유재산법」의 취지에 반한다고 볼 수 없는바, 위 주차장 시설이 존재하는 한 무상으로 계속 점용을 허용한 것으로 보아야 하며 관리권이 피청구인으로 변동되었다고 하여 정당하게 누려온 점유·사용권이 소멸되었다고 볼 수 없다.

나. 이 사건 주차장은 구 「주차장법 시행령」 제13조 제2항에 따라 시장·군수 이외의 자가 노외주차장을 설치한 다음, 청구인이 그 시설을 기부채납 받아 주차장 시설을 소유함으로써 「주차장법」 제20조 제2항에 따라 점용허가를 받은 것으로 의제된다고 보아야 하고, 청구인이 이 사건 주차장을 설치하여 기부채납한 ㅇㅇ에게 무상으로 관리를 위탁하였으므로 이 사건 토지는 「주차장법」 제20조제2항 및 같은 법 시행령 제13조 제2항에 의하여 점용료가 면제되는 토지이다.

다. 따라서 청구인의 이 사건 대지에 대한 점용은 정당한 관리권에 기한 점용이고, 이 사건 토지는 점용료가 면제되는 토지이므로 청구인이 무단으로 점유하였다거나 피청구인으로부터 사용허가 승인없이 무상으로 사용하였다는 이유로 행한 피청구인의 이 사건 처분은 위법·부당하다.

3. 피청구인 주장

가. 청구인은 총괄청의 승인도 없이 자신의 이익을 위하여 관리의 범위를 넘어서 「국유재산법」 제18조제1항에 의해 원칙적으로 축조가 금지된 영구시설물을 설치하여 사용·수익한 것이 명백하므로 이 사건 처분은 적법·타당하다.

나. 이 사건 토지가 2006. 7. 21. 피청구인에게 인계되어 청구인의 이 사건 토지에 대한 관리권 및 점유권한이 함께 상실되었는데도 청구인이 이 사건 토지를 점유·사용하면서 총괄청으로부터 사용·수익허가를 받거나 어떠한 협의도 한 사실이 없으므로 이 사건 처분은 적법·타당하다.

다. 설령 청구인이 이 사건 토지 관리권을 포괄적으로 위임받았다고 하더라도 그 이후 변상금 부과고지가 있으면 그 권한이 소멸하고, 따라서 변상금 부과고지 이후에는 포괄적 관리권이 있었다는 이유만으로 국유재산의 점유를 정당화할 수 없다

라. 「주차장법」에 따른 점용허가는 「주차장법」 제20조상에 명시된 도로법·도시공원법·학교시설사업촉진법에 의해서만 인정되는 것이지 「국유재산법」이 적용된다고 볼 수는 없고, 국유재산의 효율적 관리를 위해 행정재산에 영구시설물 설치를 금한(다만 영구시설물을 국가에 기부채납한 경우는 제외) 구 「국유재산법」(1994. 3. 1. 법률 제4698호로 일부개정되기 전의 것) 제24조제3항의 취지에 비추어 보더라도 이 사건 토지에 대한 사용허가가 인정되었다고 볼 수 없으며, 피청구인과 무상사용에 대한 협의가 이루어지지 아니한 이상 이 사건 토지를 당연히 무상으로 사용할 수 있는 것은 아니다.

4. 관계법령

국유재산법 제2조, 제7조, 제8조, 제18조, 제30조, 제34조, 제35조, 제36조, 제72조
국유재산법 시행령 제71조
국유재산법 시행규칙 제49조
구 주차장법(1997. 8. 30. 법률 제5405호로 개정되기 전의 것) 제20조
구 주차장법시행령(1998. 1. 1. 대통령령 제15598호로 개정되기 전의 것) 제13조
구 도시계획법(1992. 6. 15. 법률 제4427호로 개정되기 전의 것) 제24조

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 ◆◆◆공원 관리 이관문서, 도시계획사업 시행허가문서, 변상금 부과고지 공문, 등기부등본(토지 및 건물), 토지대장, 재산실태조사서, 국유재산 인수인계서 등의 자료에 의하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 1973. 11. 22. 대한민국은 건설부 고시 제460호로 '국' 소유의 이 사건 토지를 포함한 서울특별시 ◎◎◎구 ☆☆로 2가 일부 17,670㎡를 도시계획시설(공원)로 결정하였고, 서울특별시장은 당시 건설부로부터 권한위임을 받아 1975. 5. 29. 도시계획시설실시계획을 공고한 후 그 인가를 거쳐 1976. 10. 15. 위 도시계획시설을 ◆◆◆ 공원으로 조성하였다.

나. 1976. 10. 20. 청구인은 서울특별시로부터 위 공원의 관리권을 이관받았다.

다. 1982. 4. 22. 서울특별시장은 ○구 전역(면적 10,176,000㎡)을 주차장 정비지구로 지정하였다.

라. 1992. 1. 15. 서울특별시장은 1990년 무렵 극심한 서울 도심의 주차난의 시급한 해소를 위한 국가 중점사업의 일환으로 위 공원 내 이 사건 토지에 주차장(지하 4층, 지상 1층)을 신축하기로 결정하고 당시 건설부장관에게 이를 통보한 다음 민자유치 주차장 건설방식으로 사업시행자를 주식회사 대왕을 선정(1991. 1. 31. 사업시행자가 주식회사 ◍◍로 변경됨)하는 내용으로 다음과 같은 조건을 정하여 도시계획사업(주차장건설) 시행을 허가하였다.

- 다 음 -

○ 조건 제1항 : 승인된 설계도서에 의거 지하주차장과 지상공원을 건설하고 준공일로부터 1개월이내에 주차장 등 시설물 일체를 서울특별시에 기부채납한다

○ 조건 제2항 : 본 허가에 따라 점용되는 공공용지에 대한 점용료는 면제하고, 완공된 지하주차장의 무상사용기간은 20년으로 하며, 지하주차장의 무상사용기간을 제외한 사항은 지방재정법 및 서울특별시 공유재산관리조례의 규정에 의한다 (이하 생략)

마. 1996. 12. 27. 이 사건 주차장공사가 완료되었는데, 1997. 1. 16. 청구인은 서울특별시장에게 위 공사에 대한 완료보고를 하였고, 당초 위 주차장은 완공과 동시에 서울특별시에 기부채납될 예정이었으나, 공원관리청과 지하주차장의 재산관리청을 일원화함으로써 재산관리의 효율성을 도모한다는 서울특별시장의 결정에 따라 1997. 4. 12. 청구인이 위 주차장을 주식회사 ㈜㈜로부터 직접 기부채납 받았다.

바. 1997. 4. 16. 청구인은 이 사건 주차장을 위 주식회사 ㈜㈜에게 1997. 4. 12.부터 2015. 6. 11.까지 무상사용하도록 하는 내용의 '◆◆◆공원 지하주차장 기부채납 및 무상사용허가' 공문을 시행하였고, 이와 관련하여 2000. 7. 21. 청구인은 청구인 명의로 이 사건 주차장에 대한 소유권보존등기를 경료하였다.

사. 2006. 7. 21. 피청구인은 국유잡종재산의 위탁에 관한 규칙 제3조에 따라 이 사건 토지에 대한 관리 처분권한을 청구인으로부터 인수하였다.

아. 2013. 3. 19. 피청구인은 청구인이 이 사건 토지를 무단점유하고 있다는 이유로 「국유재산법」 제72조, 같은 법 시행령 제71조 및 같은 법 시행규칙 제49조제1항에 따라 청구인에게 변상금 부과에 대한 사전통지를 하였고, 2013. 4. 9. 청구인에게 다음과 같이 2012. 1. 1.부터 2012. 12. 31.까지의 점유기간에 대한 변상금 3억 6,560만 3,580원을 부과하는 이 사건 처분을 하였다.

- 다 음 -

1) 점유현황

(단위: ㎡)

소재지	지목	공부면적	점유면적	용도
서울특별시 ○구 ☆☆로2가 16-11	대	800㎡	800㎡	주차장용지
서울특별시 ○구 ☆☆로2가 16-8	대	38.3㎡	38.3㎡	주차장용지
서울특별시 ○구 ★★동 386	공원	3980.4㎡	3980.4㎡	주차장용지

2) 납부할 금액 : 금 365,603,580원

(단위: 원)

회계연도	변상금 원금	연체이자	합 계	점유기간(일수)
2012	365,603,580		365,603,580	2012. 1. 1. - 2012. 12. 31.(366일)

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관련법령 등

1)「국유재산법」제2조제9호, 제7조제1항 및 제72조제1항에 의하면, 누구든지 이 법 또는 다른 법률에서 정하는 절차와 방법에 따르지 아니하고는 국유재산을 사용하거나 수익하지 못하고, 이 법 또는 다른 법률에 의하여 국유재산의 대부 또는 사용·수익허가등을 받지 아니하고 국유재산을 점유하거나 이를 사용·수익한 자(대부 또는 사용·수익허가기간이 만료된 후 다시 대부 또는 사용·수익허가등을 받지 아니하고 국유재산을 계속 점유하거나 이를 사용·수익한 자를 포함한다)에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 의하여 당해 재산에 대한 대부료 또는 사용료의 100분의 120에 상당하는 변상금을 징수한다고 규정하고 있다.

2) 구「주차장법」(1997. 8. 30. 법률 제5405호로 개정되기 전의 것) 제20조제2항은 도로·광장·공원 기타 대통령령이 정하는 학교등의 공공시설의 지하에 노외주차장을 설치하기 위하여 도시계획법 제25조의 규정에 의한 도시계획사업의 실시계획인가를 받은 때에는 도로법·도시공원법·학교시설사업촉진법 기타 대통령령이 정하는 관계법령에 의한 점용허가를 받거나 토지형질변경에 대한 협의등을 한 것으로 보며, 노외주차장으로 사용되는 토지 및 시설물에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 점용료를 감면할 수 있다고 되어 있고, 구「주차장법시행령」(1998. 1. 1. 대통령령 제15598호로 개정되기 전의 것) 제13조제2항에는 법 제20조제2항의 규정에 의하여 노외주차장을 도로·광장·공원등의 지하에 설치하는 경우에는 노외주차장의 최초의 사용기간 동안 그 부지에 대한 점용료 및 그 시설물에 대한 사용료를 면제한다고 되어 있다.

3) 기획재정부의「국유재산관리·처분기준」제15조제4항 제2호 및 제4호에는 지방자치단체가 직접 공용·공공용으로 사용하는 데에 필요한 경우(다만, 그 재산을 매입할 구체적인 계획이 세워진 경우로 한정한다), 그 밖에 다른 법률에 따라 무상으로 사용·수익을 허가하거나 대부하는 경우에는 무상으로 그 사용, 수익을 허가하거나 대부할 수 있다고 되어 있다.

나. 판 단

1)「국유재산법」제72조에서 변상금을 징수하도록 규정하고 있는 것은 국유재산에 대한 점유나 사용·수익의 개시 그 자체가 법률상 아무런 권원 없이 이루어진 경우에는 정상적인 대부료 또는 사용료를 징수할 수 없으므로 그 대부료나 사용료 대신에 변상금을 징수한다는 취지라고 풀이되므로 점유나 사용·수익을 정당화할 법적 지위에 있는 자에 대하여는 그 적용이 없고(대법원 1992.3.10. 선고 91누5211 판결, 대법원 2003. 3. 14. 선고 2002두12267 판결 등 참조), 변상금은 무단점유자에 대하여 징벌적 의미를 갖는 것이므로 비록 도로점용에 대한 명시적인 사용·수익허가는 없었다고 하더라도 구체적인 사정에 비추어 그 점유나 사용·수익을 정당화할 수 있는 법적 지위에 있는 자에 대하여는 변상금을 부과할 수 없다고 보아야 한다(대법원 2003. 3. 14. 선고 2002두12267 판결 참조).

2) 대한민국 소유의 이 사건 토지에 대한 관리권이 서울특별시로 위임된 이후인 1976. 10. 20. 서울특별시가 위 관리권을 청구인에게 재위임하였고, 1992. 1. 15. 서울특별시가 당시 건설부와의 협의를 거쳐 민자 유치사업으로 이 사건 토지에 주차장을 건설한 후 청구인으로 하여금 그 주차장을 기부채납 받아 관리하게 하였는데, 청구인은 이 사건 주차장에 대한 소유권을 청구인 명의로 등기하여 현재까지 계속 소유하고 있는 사실 등을 인정할 수 있다.

살피건대 이 사건 토지에 이 사건 주차장이 신축된 이래 증축 등 현상변경을 하지 않고 주차장시설로 사용되어 온 사실에 비추어 청구인이 이 사건 토지를 점유한 것이 위임받은 권한을 벗어나거나 국유재산의 보호와 그 취득·유지·보존 및 운용과 처분의 적정이라는「국유재산법」의 목적에 반한다고 볼 수 없는바, 서울특별시장이 당시 건설부장관과의 협의를 거쳐 도시계획사업(주차장건설) 시행 허가를 하면서 주차장 시설을 기부채납하는 사업시행자에 대하여 동 허가에 따라 점용되는 공공용지에 대한 점용료는 면제하고 이 사건 주차장의 무상사용기간을 20년으로 하는 조건을 정하여 허가하였으며, 청구인이 주차장 시설의 기부채납자인 주식회사 ㈜㈜에게 1997.4.12.부터 2015. 6. 11.까지 이 사건 주차장을 무상사용하도록 허가하였고, 구「주차장법」제20조제2항 및 같은 법 시행령 제13조제2항에 의하면 이 사건 주차장의 최초의 사용기간 동안 그 부지에 대한 점용료를 면제한다고 규정되어 있으므로 이 사건 토지에 대한 관리권이 청구인으로부터 피청구인에

게 이관되었다고 하여 곧바로 이 사건 토지에 대한 청구인의 점유가 무단점용으로 변하였다고 할 수는 없는 점과 피청구인이 관리권에 기하여 이러한 사실을 변경할 수 있는 정당한 요구나 조치에 대하여 청구인이 불응하는 등의 사정이 있었다고 볼 만한 자료가 없는 점 등을 종합적으로 고려할 때 청구인이 이 사건 처분의 대상기간인 2012. 1. 1.부터 2012. 12. 31.까지의 기간 동안 이 사건 토지를 무단으로 점유·사용하였다고 할 수는 없으므로 피청구인의 이 사건 처분은 위법·부당하다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 있으므로 청구인의 청구를 받아들이기로 하여 주문과 같이 재결한다.

4 2013-15776 공공형어린이집 선정취소처분 취소청구(재결일 : 2014. 3. 11.)

【사건의 쟁점】

평가인증 참여취소가 당연무효일 경우 피청구인이 어린이집에 대한 평가인증 유효기간이 만료되었다는 이유로 공공형어린이집 선정취소를 할 수 있는지

【재결요지】

이 사건 어린이집에 대한 평가인증 참여취소처분은 피청구인이 청구인에게 한 처분으로 볼 수 없고, 권한 없는 제주시장이 청구인에게 한 처분으로서 당연무효라 할 것인 점, 한국보육진흥원에서 고지한 '어린이집 평가인증 신청 및 진행일정 안내'에는 재인증과정에 참여하는 인증어린이집에 대해 재인증 과정에 소요되는 기간동안 인증유효기간을 연장조치하도록 되어 있는바, 이 사건 어린이집에 대한 평가인증 참여취소가 당연무효인 이상 청구인은 여전히 평가인증 재인증 과정 중에 있는 것이고, 피청구인이 별도로 정한 평가인증 진행일정상 유효기간이 만료된 다음 해 2월 중에 재인증을 신청하도록 하였으므로 인증 유효기간 또한 연장되고 있는 것으로 보아야 할 것인 점 등에 비추어 볼 때, 피청구인이 이 사건 어린이집에 대한 평가인증의 유효기간이 만료되었다는 이유로 공공형 어린이집 선정을 취소한 것은 위법·부당함

【재결의 의미】

어린이집에 대한 평가인증 참여취소가 당연무효인 이상 청구인은 여전히 평가인증 재인증 과정 중에 있고, 피청구인이 별도로 정한 평가인증 진행일정상 유효기간이 만료된 다음 해 2월 중에 재인증을 신청하도록 하여 인증 유효기간 또한 연장되고 있는 것으로 보아야 하므로 평가인증 유효기간이 만료되었다는 사유로 공공형어린이집 선정을 취소한 것은 위법·부당함

주 문 피청구인이 2013. 7. 16. 청구인에게 한 공공형 어린이집 선정 취소처분을 취소한다.

청구취지 주문과 같다.

이 유

1. 사건개요

청구인이 설립·운영하고 있는 ○○어린이집(이하 '이 사건 어린이집'이라 한다)은 2011. 7. 15. 피청구인으로부터 공공형 어린이집으로 선정되었는데, 이 사건 어린이집에 대한 평가인증 유효기간이 만료되었다는 이유로 피청구인은 2013. 7. 16. 청구인에게 공공형 어린이집 선정을 취소(이하 '이 사건 처분'이라 한다)하였다.

2. 청구인 주장

가. 청구인이 운영하는 이 사건 어린이집 평가인증의 유효기간이 만료되게 된 것은 피청구인이 청구인의 평가인증 재인증 참여를 취소하였기 때문인데, 피청구인은 단지 △△시장에게 평가인증참여취소대상 어린이집 명단을 통보하였을 뿐, 처분의 상대방이 되는 청구인에게 이 사건 어린이집에 대한 평가인증 재인증 참여취소처분을 행한 바 없으므로 피청구인이 행한 '평가인증 재인증 참여취소처분'은 그 하자가 중대·명백하여 당연무효이다.

나. 이 사건 처분의 전제가 되는 '평가인증 재인증참여취소처분'이 당연무효이므로 이 사건 어린이집에 대한 평가인증의 유효기간은 만료된 것으로 볼 수 없고, 따라서 이 사건 처분은 위법·부당하다.

3. 피청구인 주장

가. 이 사건 어린이집은 △△시장으로부터 보조금 반환명령, 원장자격정지 및 어린이집 운영정지에 갈음한 과징금 처분을 각각 받았고, 아직 위 행정처분들이 종료되지 않고 있는 바, 이는 2013년도 보육사업안내(보건복지부 지침)에 규정된 '평가인증과정 중 참여가 취소되는 경우'에 해당하고, 위 지침에 따라 △△시장이 청구인에게 이 사건 어린이집에 대한 참여취소 사항을 통보한 것이므로 위 평가인증 참여취소처분이 당연무효라고 할 수 없다.

나. 설령, 평가인증 참여취소처분이 당연무효라 하더라도 이는 재인증 참여취소 이전의 상태로 돌아가는 것을 의미할 뿐, 그 자체로 재인증을 얻는 상태가 되는 것은 아닌바, 청구인은 여전히 평가인증을 받지 못한 상태이므로 평가인증 유효기간의 만료를 이유로 한

이 사건 처분이 위법·부당하다고 볼 수 없다.

4. 관계법령

구 영유아보육법(2013. 6. 4. 법률 제11858호로 개정되기 전의 것) 제30조, 제36조, 제40조, 제45조의2, 제46조, 제51조의2

구 영유아보육법 시행규칙(2013. 8. 5. 보건복지부령 제202호로 개정되기 전의 것) 제31조, 제32조의3

행정절차법 제15조, 제23조, 제24조

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정처분서, 보육시설 평가인증서, 공공형 어린이집 지정서, 「영유아보육법」 위반시설 행정처분 및 보조금 반환결정 통보, 평가인증 참여취소 명단 통보, 2013년 공공형 어린이집 업무매뉴얼, 판결서 등의 각 자료에 따르면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 △△특별자치도 △△시 ☆☆읍 ◇◇로 00번지에서 이 사건 어린이집을 설립하여 운영하고 있는데, 이 사건 어린이집은 2009. 12. 15. 피청구인으로부터 「영유아보육법」 제30조에 따라 보육시설 평가인증(유효기간 2010. 1. 1. - 2012. 12. 31.)을 받았고, 2011. 7. 15. 피청구인으로부터 국가나 지방자치단체가 보육사업에 드는 비용의 전부 또는 일부를 보조하도록 규정하고 있는 구 「영유아보육법」 제36조에 근거한 '공공형·자율형 어린이집 시험사업안내'(보건복지부 지침)에 따라 공공형 어린이집 지정을 받았다.

나. 2012. 6. 25. △△시장은 청구인에게 이 사건 어린이집의 아동인 청구외 ▽▽▽이 2009. 9. 1.부터 2009. 10. 1.까지 1개월 동안 베트남으로 출국하여 어린이집에 결석하였음에도 위 ▽▽▽에 대한 2009년 9월분 기본보육료 16만 9,000원을 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 교부받았다는 이유로 「영유아보육법」 제40조제3호에 의하여 102만 3,900원의 보조금 반환명령을 하였다.

다. 2012. 7. 20. △△시장은 위 나목의 보조금 반환명령과 같은 사유로 「영유아보육법」

제45조, 제45조의2, 제46조에 의하여 이 사건 어린이집 원장의 자격정지 1개월(2012. 8. 1.부터 2012. 8. 31.까지)의 처분 및 어린이집 운영정지 1개월에 갈음한 과징금 210만원의 부과처분을 하였으나, 2012. 12. 11. △△시장은 위 원장자격정지기간을 15일(2013. 1. 17.부터 2013. 1. 31.까지)로 하고, 위 과징금 액수를 어린이집 운영정지 15일에 갈음한 과징금 105만원으로 변경하였다.

라. 2012. 12. 31. 청구인은 이에 불복하여 △△지방법원에 보조금반환명령등처분취소의 소를 제기(2012구합922)하였고, △△지방법원은 2013. 7. 17. 이 사건 보조금 반환명령으로 반환하여야 할 보조금 중 16만 9,000원을 초과하는 부분에 대하여 취소하는 한편, 나머지 청구를 기각하는 판결을 선고하였으며, 이에 청구인은 2013. 8. 5. 패소부분에 대하여 ▲▲고등법원에 항소를 제기하였으나 기각되어 현재 대법원(2013두23423)에 계류 중에 있다.

마. 2012. 10. 31. 피청구인은 청구인에게 「영유아보육법」 제40조의 비용 및 보조금반환명령이 있었음을 이유로 공공형 어린이집 선정 취소처분을 하였고, 이에 청구인은 2013. 1. 3. 피고를 보건복지부장관으로 하여 서울행정법원에 위 처분의 취소를 구하는 소(2013구합222)를 제기하였다.

바. 2013년 2월경 청구인은 피청구인에게 이 사건 어린이집에 대한 평가인증의 재인증을 받기 위해 2013년도 제1기 평가인증(재인증) 참여신청을 하였는데, 이와 관련하여 한국보육진흥원에서 고지한 '2013년도 어린이집 평가인증 신청 및 진행일정'의 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

□ 2013년도 재인증 기수별 진행일정

기수	유효 기간	대상	유효기간 연장	신청	진행일정				
					참여확정(2개월)		현장 관찰 (1개월)	심의 (1개월)	결과발표 (1개월)
					기본사항 확인	자체점검보고서 제출 및 참여수수료 입금			
1기	12. 12월	09.3기	13.6월	2.14-2.19	2.25-3.15	3.20-3.27.	4월	5월	6월
	13.1월								

2기	13.2월	09.4기	13.7월	3.11-3.16	3.20-4.15	4.20-4.27.	5월	6월	7월
3기	..	..	..	..	..	..	..	..	..

□ 재인증 신청

○ 신청방법: 어린이집지원시스템 내 평가인증 메뉴에서 신청서를 작성·제출

○ 재인증 참여 어린이집에 대한 유효기간 연장 조치

- 재인증 과정에 참여하는 인증어린이집에 대해 인증 유효기간의 공백을 방지하기 위해 재인증 과정에 소요되는 기간동안 인증유효기간을 연장조치 함('06 - '09년 인증 어린이집)
- 단, 기수별 일정에 따라 신청완료하지 않거나, 재인증 과정 중 참여취소되는 경우에는 인증유효기간이 연장되지 않고 해당월 말일 기준으로 인증이 만료됨

사. 2013. 3. 15. △△시 여성가족과 담당 직원은 이 사건 어린이집에 대한 기본사항을 확인하는 과정에서 필수항목을 준수하지 않은 사례가 있음을 발견하고 이를 어린이집지원시스템에 입력하였다.

아. 2013. 4. 1. 피청구인은 이 사건 어린이집에서 필수항목 미준수사례가 발견되어 평가인증절차를 정상적으로 수행할 수 없다는 이유로 이 사건 어린이집에 대한 평가인증 참여취소를 결정하였고, △△시장으로 하여금 이 사건 어린이집에 참여취소를 통보하도록 하였다.

자. 2013. 4. 2. △△시장은 피청구인의 위 아.목의 통보에 의거, 이 사건 어린이집의 평가인증 참여취소 결정사실을 다음과 같이 △△시장 명의의 문서로 청구인에게 통보하였다.

- 다 음 -

참여기수	어린이집 명	취소사유	취소사유 발생시점
2013년 재인증 1기	○○○○ 어린이집	평가인증 절차를 정상적으로 수행할 수 없는 경우(필수항목 미준수사례가 발견된 경우)	2013. 3. 20.

차. 2013. 6. 13. 청구인은 △△시장을 피고로 하여 △△지방법원에 평가인증 재인증참여 취소처분의 무효를 구하는 행정소송(2013구합2031)을, 피청구인을 피고로 하여 서울행정법원에 평가인증 재인증참여 취소처분의 무효를 구하는 행정소송(2013구합54922)을 제기하였다.

카. 2013. 7. 3. 피청구인은 이 사건 어린이집의 평가인증 참여가 취소되어 청구인이 재인증을 받지 못함에 따라 이 사건 어린이집의 평가인증 유효기간이 2013. 3. 31.부로 만료되었고, 이는 공공형 어린이집 취소사유에 해당되어 공공형 어린이집 취소 처분을 할 예정임을 사전 통지하였으며, 2013. 7. 16. 피청구인은 청구인의 이 사건 어린이집에 대한 평가인증 유효기간이 2013. 3. 31.부로 만료되었다는 이유로 이 사건 처분을 하였다.

타. 2013. 12. 4. △△지방법원은 △△시장의 위 2013. 4. 2.자 평가인증재인증참여 취소처분은 권한 없는 행정청이 행한 행정처분으로 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효임을 확인한다는 취지의 판결을 선고하였다.

파. 보건복지부의 '2013년 공공형 어린이집 업무 매뉴얼'에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

□ 2013년 공공형 어린이집 업무 매뉴얼

○ 지원내용

- 운영비 지원

■ 어린이집 규모(정원)에 따라 운영비 차등 지원

■ 기본보육료는 계속 지급함

- 지자체 특수시책 예산(자체 지방비) 지원

○ 선정취소 사유(일부 발췌)

- 평가인증 취소 시

- 공공형 어린이집 유효기간 내(3년) 평가인증 주기가 도래하여 평가인증을 받아 그 점수가 90.00점에 미치지 못하는 경우

-「영유아보육법」 제40조의 비용 및 보조금 반환명령을 받은 경우, 다만「영유아보육법」

제40조제5호에 따른 착오 또는 경미한 과실로 보조금 반환명령을 받은 경우는 제외
- 「영유아보육법」 제45조의 어린이집 운영 정지 및 폐쇄명령 처분을 받은 경우
- 「영유아보육법」 제45조의2의 과징금 부과처분을 받은 경우
- 「영유아보육법」 제46조의 어린이집 원장 자격정지처분을 받은 경우
- 공공형 어린이집 선정을 거짓 또는 부정한 방법으로 받은 경우
- 공공형 어린이집 선정 제외사유 및 기본요건 미준수 사항이 발생한 경우

(이하 생략)

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령의 내용

1) 구 「영유아보육법」(2013. 6. 4. 법률 제11858호로 개정되기 전의 것, 이하 같다.) 제36조에 따르면, 국가나 지방자치단체는 어린이집의 설치, 보육교사(대체교사를 포함한다)의 인건비, 초과보육에 드는 비용 등 운영 경비 또는 보육정보센터의 설치·운영, 보육교직원의 복지 증진, 취약보육의 실시 등 보육사업에 드는 비용의 전부 또는 일부를 보조한다고 규정되어 있고, 이에 따라 피청구인은 보건복지부 지침(공공형 어린이집 사업안내) 및 연도별 사업계획을 마련하여 공공형 어린이집을 선정하고 있다.

2) 구 「영유아보육법」 제30조제1항에 따르면 보건복지부장관은 보육서비스의 질적 수준을 향상시키기 위하여 어린이집 설치·운영자의 신청에 따라 어린이집의 보육환경, 보육과정 운영 및 보육인력의 전문성 등을 평가하여 해당 어린이집에 대한 평가인증을 실시할 수 있다고 되어 있고, 같은 조 제5항에 따르면 평가인증을 받은 어린이집의 설치·운영자가 이 법을 위반하여 금고 이상의 형을 선고받고 그 형이 확정된 경우·제40조제2호 또는 제3호에 따라 보조금의 반환명령을 받았거나 제45조 또는 제46조부터 제48조까지의 규정에 따른 행정처분을 받은 경우(시정명령을 받은 경우는 제외)·그 밖에 평가인증을 유지하기 어렵다고 인정되는 경우로서 보건복지부령으로 정하는 경우에는 그 평가인증을 취소할 수 있으며 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 평가인증을 받은 경우에는 그 인증을 취소하여야 한다고 되어 있으며, 제51조의2 제1항은 보건복지부장관은 대통령령으로 정하는 바에 따라 어린이집 평가인증에 관한 업무를 공공기관 또는 민간기관·단체 등에 위탁할 수 있다고 되어 있다. 또한 구 「영유아보육법 시행규칙」(2013. 8. 5. 보건복지부령 제202

호로 개정되기 전의 것) 제31조제4항에 따르면 평가인증의 절차 및 서식 등에 관한 구체적인 사항은 보건복지부장관이 정한다고 되어 있다.

3)「행정절차법」제15조, 제23조, 제24조에 따르면 행정청이 처분을 할 때에는 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 문서로 하여야 하고, 단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우 등을 제외하고는 당사자에게 처분의 근거와 이유를 제시하여야 하며, 처분을 하는 문서에는 그 처분 행정청과 담당자의 소속·성명 및 연락처(전화번호, 팩스번호, 전자우편주소 등을 말한다)를 적어야 한다고 되어 있고, 송달은 송달받을 자에게 도달됨으로써 그 효력이 발생한다고 되어 있으므로, 처분서가 처분의 상대방에게 적법하게 송달되어 도달되지 아니하면 그 처분은 효력을 발생할 수 없고 상대방이 처분의 내용을 이미 알고 있다고 하여 송달이 불필요하다거나 부적법한 송달의 하자가 치유된다고는 할 수 없다고 할 것이다(대법원 1988. 3. 22. 선고 87누986 판결, 대법원 2004. 4. 9. 선고 2003두13908 판결 참조).

나. 판 단

청구인은 피청구인으로부터 이 사건 어린이집에 대한 평가인증을 취득한 후 2012. 12. 31.부로 위 평가인증의 유효기간이 만료되자, 피청구인이 정한 평가인증 진행일정에 따라 2013년 2월경 평가인증(재인증) 참여신청을 하였는데, 피청구인은 이 사건 어린이집에서 필수항목 미준수사례가 발견되어 평가인증절차를 정상적으로 수행할 수 없다는 이유로 청구인의 평가인증 참여취소를 결정하고 그 사실을 △△시장에게 통보하였으며, 이에 △△시장이 2013. 4. 2. △△시장 명의의 문서로 청구인에게 이 사건 어린이집에 대한 평가인증 참여취소를 통보한 사실, 피청구인은 이 사건 어린이집에 대한 평가인증 참여가 취소되어 청구인이 재인증을 받지 못함에 따라 이 사건 어린이집의 평가인증 유효기간이 2013. 3. 31.부로 만료되었다는 이유로 이 사건 처분을 한 사실을 인정할 수 있다.

구「영유아보육법」제30조에 따르면, 어린이집 평가인증 참여취소에 관한 권한은 피청구인에게 있고,「영유아보육법」상 피청구인이 위 권한을 시·도지사에게 위임하거나 위탁한다고 명시한 규정도 없는바, △△시장의 명의로 청구인에게 발송한 '평가인증 참여취소 대상 어린이집 명단 통보'문서에는 피청구인의 처분문서가 첨부되어 있지도 아니하여 이 사건 어린이집에 대한 평가인증 참여취소처분은 피청구인이 청구인에게 한 처분으로 볼

수 없고, 권한 없는 △△시장이 청구인에게 한 처분으로서 당연무효라 할 것인 점, 한국보육진흥원에서 고지한 '2013년도 어린이집 평가인증 신청 및 진행일정 안내'에는 재인증과정에 참여하는 인증어린이집에 대해 인증 유효기간의 공백을 방지하기 위해 재인증 과정에 소요되는 기간동안 인증유효기간을 연장조치하되, 재인증과정 중 참여취소되는 경우에는 인증유효기간이 연장되지 않고 해당월 말일 기준으로 인증이 만료된다고 되어 있어 피청구인은 이에 따라 이 사건 어린이집에 대한 평가인증 참여취소사유가 발생한 날짜를 기준으로 2013. 3. 31. 인증을 만료한 것으로 보이는데, 위와 같이 이 사건 어린이집에 대한 평가인증 참여취소가 무효인 이상 청구인은 여전히 평가인증 재인증 과정 중에 있는 것이고, 피청구인은 평가인증의 유효기간 만료 전에 평가인증 신청을 받고 재인증여부를 결정하여야 함에도 불구하고, 피청구인이 정한 평가인증(재인증) 진행일정상 유효기간이 만료된 다음 해 2월 중에 신청하도록 하였으므로 인증 유효기간 또한 연장되고 있는 것으로 보아야 할 것인 점 등에 비추어 볼 때, 피청구인이 청구인에게 새로이 공공형 어린이집 선정취소처분을 할 수 있는지 여부에 관하여는 별론으로 하고, 피청구인이 이 사건 어린이집에 대한 평가인증의 유효기간이 만료되었다는 것을 처분사유로 한 이 사건 처분은 위법·부당하다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 있으므로 청구인의 청구를 받아들이기로 하여 주문과 같이 재결한다.

5 2013-16276 정부출연금 환수처분 등 취소청구(재결일 : 2014. 1. 21.)

【사건의 쟁점】

청구인이 연구목적 외 용도로 사업비를 2회 인출한 후 이자와 함께 원금을 재입금한 사안에 대하여 피청구인의 정부출연금 전액 환수 등 처분이 지나치게 가혹한지 여부

【재결요지】

청구인이 제품을 개발하여 사업주관기관에 납품 완료하였고, 피청구인도 동 개발과제의 목표 달성을 평가하는 등 청구인은 이 사건 과제를 성공적으로 수행하였으며, 국가연구과제를 처음 수행한 중소기업인 청구인이 인출한 사업비 전액에 이자를 추가하여 재입금한 사정 등은 정부출연금 환수의 감액사유에 해당하고, 청구인이 사업비를 처음 인출할 당시 관련 고시에 의하면 청구인의 행위는 참여제한 1년, 해당금액 환수이고, 현행 고시에는 사업비를 1회 인출하여 재입금한 경우 경고조치만 하며, 피청구인이 청구인의 사업비 2회 인출행위에 대하여 참여제한을 5년 이내에서 3년으로 감경한 점 등을 참작할 때 정부출연금 전액 환수 처분은 지나치게 가혹하여 재량권의 일탈·남용에 해당함

【재결의 의미】

청구인이 제품을 개발하여 사업주관기관에 납품 완료하는 등 이 사건 과제를 성공적으로 수행하였고, 국가연구과제를 처음 수행한 중소기업인 청구인이 인출한 사업비 전액에 이자를 추가하여 재입금한 사정 등을 고려할 때 전액 정부출연금 환수처분은 재량권의 일탈·남용에 해당함

주 문 1. 피청구인이 2013. 7. 17. 청구인에게 한 1억5,726만5,000원의 정부출연금 전액 환수 처분을 취소한다.

2. 청구인의 나머지 청구를 기각한다.

청구취지 피청구인이 2013. 7. 17. 청구인, 청구인의 대표자 및 책임자에게 한 3년(2013. 3. 28. ~ 2016. 3. 27.)의 국가연구개발사업 참여를 제한하고 청구인에게 한 1억5,726만5,000원의 정부출연금 전액을 환수하는 처분을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

청구인은 2011년도 구 지식경제부(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 전부개정된 「정부조직법」에 따라 산업통상자원부로 변경된 것, 이하 같다) 지식경제 기술혁신사업(항공우주부품기술개발사업)인 '일체형 복합재 A320 Sharklet 개발과제'(이하 '이 사건 개발사업'이라 한다)의 참여기관으로서, 청구인이 정부출연금을 연구개발비의 연구용도 외의 용도로 사용하였다는 이유로 2013. 7. 17. 피청구인은 청구인, 청구인의 대표자 및 책임자에게 3년(2013. 3. 28. ~ 2016. 3. 27.)의 국가연구개발사업 참여를 제한하고 청구인에게 1억5,726만5,000원의 정부출연금 전액을 환수하는 처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

가. 청구인은 이 사건 개발사업의 참여기관으로 항공기 날개부품인 일체형 복합재 A320 Sharklet 개발을 위한 치공구를 개발하여 주관기관인 (주)○○에 납품 완료하였는바, 협약서상 참여기업으로부터 출연금의 환수를 규정하고 있는 이유는 정부출연금이 개발목적과 달리 사용되거나 그로 인하여 주관기관의 사업에 지장을 줄 것을 우려한 조치이므로 이미 이 사건 개발과제의 제품을 개발하여 납품 완료한 이 사건과 같은 경우에 전액 환수처분을 하는 것은 환수제도 취지에 맞지 않다.

나. 청구인은 국가연구개발과제를 수행한 경험이 없는 중소기업으로 관련 규정을 정확히 인지하지 못하여 사업비의 보관 효율을 높이고자 사업비를 이자가 높은 정기예금 및 MMF 계좌에 일시 예치한 후 사업비 계좌에 이자와 함께 전액 재입금하였고, 이로 인하여 사업 수행에 걸림돌이 된 것도 아니며, 이 사건 개발과제의 제품을 개발하여 납품 완료하였고, 이미 정부출연금 전액과 청구인의 현금출자 금액까지 모두 이 사건 개발사업에 다 소진한 청구인에게 이 사건 처분은 너무 가혹하다.

다. 이 사건 개발사업의 주관기관이 환수처분을 받으면 적어도 개발된 제품은 남기 때문에 자체 비용으로 개발을 한 결과가 되지만, 개발된 제품을 주관기관에게 모두 납품 완료한 참여기관인 청구인은 환수처분을 받으면 개발 제품도 남지 않은 상태에서 순손실만

발생하는 형평에 맞지 않는 결과를 초래하므로 이 사건 처분은 위법·부당하다.

3. 피청구인 주장

가. 이 사건 개발사업에 참여하는 협약당사자는 「산업기술혁신 촉진법」, 동법 시행령, 「지식경제 기술혁신사업 공통운영요령」 및 협약서의 규정을 준수할 의무가 있음에도 불구하고 청구인은 당해년도 사업비 중에서 2회에 걸쳐 총 2억5천만원을 사업비 관리 계좌에서 인출하여 연구개발비의 연구용도 외의 용도로 사용하였다가 동 계좌로 재입금하는 방법으로 사업비를 목적 외로 사용하였으므로 피청구인이 관계 법령에 따라 청구인에게 한 이 사건 처분은 적법·타당하다.

나. 피청구인은 ① 청구인이 유용한 사업비 액수가 크다는 점, ② 1억원이나 되는 금액을 회사 운영자금 계좌로 이체하여 3개월간 연구과제와 전혀 무관한 회사 운영자금으로 사용한 점, ③ 사업비 1억5천만원 중 1억원을 일반자금으로 유용하고도 정기예금 만기 시점에 1억5천만원 전액에 이자를 더하여 사업비 계좌에 재입금함으로써 이자 수입을 얻어서 자금을 효율적으로 운용한다는 명목에 부합하는 허위의 외관을 창출하여 사업비 부정 사용 내용을 은폐 내지 조작하려고 시도한 점 등을 고려할 때 위반행위가 중하고, ④ 1차년도 사업 종료시점이 임박하자 사업비 소진을 목적으로 사업비를 부당 집행하는 등 청구인의 당해년도 사업수행이 불성실하다고 판단하여 청구인의 사업비 부정 사용에 대한 제재로서 출연금 전액 환수조치를 결정하였다.

다. 청구인이 주관기관에 개발 납품 완료하였다는 것도 그 신빙성 여부가 검증되지 아니하였고, 과제 수행에 필요한 각 치공구를 언제 제공받았는지도 기재되지 않아 청구인이 개발의무를 모두 수행하였다는 증거가 되기에 부족하며, 설령 청구인이 주장하는 것처럼 제품을 개발 납품하였다고 하더라도 총 4년에 걸친 개발과제인 이 사건 과제가 1차년도부터 청구인이 사업비 유용, 불성실한 사업 수행으로 환수 및 참여제한 대상이 된바, 4년이 지난 후 과제의 목표 달성 가능성이 높다고 예상할 수 없다.

라. 이 사건 출연금 환수 결정은 청구인과 피청구인이 대등한 당사자로서 체결한 '공법상 계약'의 일종인 협약 위반에 따른 일종의 원상회복조치일 뿐 공권력의 행사인 '행정처

분'에 해당하지 않는다.

4. 관계법령

산업기술혁신 촉진법 제11조의2

산업기술혁신 촉진법 시행령 제14조의3

지식경제 기술혁신사업 공통운영요령(구 지식경제부 고시 제2012-252호, 2012. 10. 23.) 제45조, 별표 3

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 협약서, 사업비통장, 확인서, 중간평가결과 종합의견서, 중간평가결과 통보서, 참여기관 및 주관기관 이의신청서, 이의신청 검토결과통보서, 중간평가결과 확정통보서, 재결서, 치공구 수령확인서, 처분서 등의 자료에 따르면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 2011. 11. 4. 청구인은 이 사건 개발사업의 참여기관으로 다음과 같이 선정되었다.

- 다 음 -

<table>
<tr><td>사업분야</td><td colspan="5">항공우주부품기술개발사업</td></tr>
<tr><td>과제명</td><td colspan="5">일체형 복합재 A320 Sharklet 개발</td></tr>
<tr><td>주관기관</td><td colspan="5">(주)○○</td></tr>
<tr><td>참여기관</td><td colspan="5">○○, ○○대학교 산학협력단, ○○(주), ○○대학교 산학협력단</td></tr>
<tr><td>총개발기간</td><td colspan="2">2011. 10. 1. ~ 2016. 1. 31.
(4년 4월)</td><td>1차 연도
개발기간</td><td colspan="2">2011. 10. 1. ~ 2013. 1. 31.</td></tr>
<tr><td rowspan="2">총사업비</td><td rowspan="2">정부출연금</td><td colspan="2">민간부담금</td><td rowspan="2">계</td></tr>
<tr><td>현금</td><td>현물</td></tr>
<tr><td>4,350,000,000</td><td>147,000,000</td><td>1,323,000,000</td><td>5,820,000,000</td></tr>
<tr><td rowspan="2">1차 연도
사업비</td><td rowspan="2">정부출연금</td><td colspan="2">민간부담금</td><td rowspan="2">계</td></tr>
<tr><td>현금</td><td>현물</td></tr>
<tr><td>1,100,000,000</td><td>37,000,000</td><td>333,000,000</td><td>1,470,000,000</td></tr>
</table>

나. 피청구인은 이 사건 개발사업의 주관기관 및 청구인을 포함한 참여기관과 이 사건 개발사업에 대한 협약을 2011. 10. 1.자로 소급하여 체결하였는데, 협약서 제14조제1항아목 및 제2항에는 다음과 같이 규정되어 있다.

- 다 음 -

○ 사업비를 연구개발비의 연구용도 외의 용도로 사용한 경우로서 구 지식경제부장관이 주관기관 및 참여기관 또는 그 소속 임직원에 대하여 국가연구개발사업에의 참여를 제한하는 조치를 취하는 경우 피청구인은 이를 해당 당사자에게 통보하고 그 집행을 대행할 수 있으며, 이 경우 주관기관 또는 참여기관의 귀책사유에 따라 이미 지급한 출연금의 전부 또는 일부를 환수할 수 있음

다. 2012. 1. 26. 피청구인은 다음과 같은 청구인의 1차년도(2011. 10. 1. ~ 2013. 1. 31.) 기술개발사업비 중 정부출연금 1억5,726만5,000원을 청구인에게 지급(○○은행 053-081123-04-014)하였다.

- 다 음 -

정부출연금	민간부담금		계
	현금	현물	
157,265,000	5,550,000	49,950,000	212,765,000

라. 청구인의 사업비 통장, 법인 운영자금 통장, 청구인이 가입한 정기예금 및 머니마켓펀드(MMF) 통장에 의하면, 다음과 같이 청구인이 입출금한 사실이 확인된다.

- 다 음 -

○ 2012. 2. 13. 청구인은 사업비 통장에서 1억5천만원을 인출하여 만기 3개월의 정기예금 3개의 구좌*에 각각 5천만원씩 입금함

* ① ○○은행 41☆-00☆☆☆☆-☆3-012, ② ○○은행 41☆-00☆☆☆☆-☆3-013, ③ ○○은행 41☆-00☆☆☆☆-☆3-014

○ 2012. 2. 15. 청구인은 정기예금 2개 구좌**를 만기전 해지하여 1억원을 청구인의 법인 운영자금 통장(○○은행, 28★-01★★★★-★★-039)으로 입금함

** ② ○○은행 41☆-00☆☆☆☆-☆3-013, ③ ○○은행 41☆-00☆☆☆☆-☆3-014

○ 2012. 5. 15. 청구인은 원금 1억5천만원과 이자를 포함하여 1억5,118만6,800원을 사업비 통장으로 재입금함

○ 2012. 7. 24. 청구인은 사업비 통장에서 1억원을 인출하여 머니마켓펀드(MMF) 통장(○○

은행, 41☆-00☆☆☆☆-☆5-016)에 입금함

○ 2012. 9. 21. 청구인은 머니마켓펀드(MMF) 통장을 해지하여 원금 1억원과 이자를 포함하여 1억40만3,687원을 사업비 통장으로 재입금함

마. 2013. 1. 29.자 이 사건 개발과제의 참여기관인 청구인의 대표자 박○○과 책임자 염○○가 연명으로 자필 서명한 확인서에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

○ 2013. 1. 29. 실시한 항공우주부품기술개발사업 현장실태조사에서 청구인이 2회에 걸쳐 사업비 통장에서 사업비를 인출하여 연구개발 외의 용도로 일시 사용한 후 사업비 통장에 재입금한 사실이 발견되었음을 확인함

- 2012. 2. 13. 1억5천만원을 출금하여 일시 사용한 후 2012. 5. 15. 이자 118만 6,800원을 포함하여 1억5,118만6,800원을 입금
- 2012. 7. 24. 1억원을 출금하여 일시 사용 후 2012. 9. 21. 이자 40만3,687원을 포함하여 1억40만3,687원을 입금

○ '지식경제 기술혁신사업 공통운영요령'에 의거하여 용도 외 사용금액이 해당년도 사업비의 30%를 초과할 경우 5년 이내의 해당자(참여기관, 대표자, 책임자) 정부과제 참여제한 및 총수행기간 정부출연금 전액 이내의 사업비 환수조치를 받을 수 있음을 확인함

바. 2013. 1. 31.자 피청구인의 이 사건 개발과제에 대한 중간평가 결과 종합의견서에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

○ 동 과제는 조립식으로 제작되고 있는 A320 Sharklet의 일체형 제작 기술을 개발하는 과제로서 당해년도 개발 목표는 대체적으로 달성한 것으로 판단됨

○ 이자를 포함한 용도 외 사용 금액 전액을 사업비 통장에 입금한 것과 국가연구개발 과제를 처음 수행한 점을 고려하여 참여제한 기간을 3년으로 결정함

○ 참여제한은 평가결과의 구 지식경제부 확정일부터 시작

사. 2013. 2. 18. 피청구인은 중간평가 결과를 청구인에게 통보하였고, 2013. 2. 20. 청구인은 이 사건 개발사업 주관기관에 중간평가 결과에 대한 선처를 요청하였으며, 2013.

2. 26. 이 사건 개발사업 주관기관은 피청구인에게 다음과 같이 중간평가 결과에 대한 이의신청을 제출하였다.

- 다 음 -

○ 청구인은 본 개발과제 1차년도 수행에 참여하여 본 과제의 핵심목표인 일체형 복합재 제작성 시험을 위하여 일체형 Sharklet Outboard 개발을 위한 치공구 제작 연구와 고굴곡 일체형 Skin의 변형을 보정할 수 있는 Ni-BAJ 연구 등을 통해 해당 결과물을 주관기관에 제공하여 본 과제 목표 달성에 이바지 하였으며 상기 비용으로만 1억3,934만1,000원을 투입하였음

○ 청구인이 정부과제에 처음 참여한 점과 중소기업의 어려운 현실을 감안하여 정부출연금 환수에 대한 경감조치를 요청 드림

아. 2013. 3. 19. 피청구인은 다음과 같은 이유로 위 중간평가 결과를 원안대로 확정하며 중간평가 결과는 구 지식경제부의 승인을 거쳐 최종 확정된다는 취지의 검토결과를 이 사건 개발사업 주관기관에 통보하였다.

- 다 음 -

○ 평가결과 이의신청 사유에 해당하지 않음

- 사업비 부정사용에 따른 환수금은 기술혁신사업 공통운영요령에 따라 결정됨
- 평가방법 및 절차에 중대한 하자가 있다고 판단될 경우에 한하여 이의신청 가능

○ 당해년도 사업수행이 불성실함

- 당초 1차년도 종료시점인 2012. 9. 30. 까지 사업비 집행실적이 매우 저조함

  * 최초 협약기간은 2011. 10. 1. ~ 2012. 9. 30.이며 협약변경을 통해 사업 기간 4개월 연장

- 연차 종료가 임박하여 사업비 소진을 목적으로 재료비 집행

  · 2012. 12. 31. : 연차 내 입고되지 않은 재료비 6,700만원 집행(정산 시 불인정 대상)

  · 2013. 1. 23. : 연차 종료 임박하여 재료비 과다(1,250만원) 집행

자. 2013. 3. 27. 산업통상자원부장관은 피청구인에게 중간평가 결과를 승인하며 청구인의 사업비 용도 외 사용에 대해 피청구인이 검토한 정부출연금 환수 및 참여제한 조치를 확정한다고 통보하였고, 2013. 3. 28. 피청구인은 이 사건 개발사업 주관기관에 중간평가결과 확정 통보를 하였다.

차. 2013. 6. 11.자 이 사건 개발사업의 주관기관인 (주)○○이 작성한 치공구 수령확인서에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

○ 일체형 복합재 A320 Sharklet 개발과제 수행을 위해 1차년도 참여기관인 청구인으로부터 동 과제 수행에 필요한 아래와 같은 치공구를 주관기관인 (주)○○이 제공받아 일체형 복합재 구조물 개발에 활용 중이며, 청구인에게 추가로 제공받아야 할 치공구가 없음을 확인함

연번	장치 이름	기 능
1	Lower Mold Set	Groove & Sealing, 상하 Matching Guide
2	Upper Mold Set	Groove & Sealing, 상하 Matching Guide
3	Splice Plate	분리형
4	Pre-form LM's Set	Front/Rear Spar Pre-form용 LM 4개
5	Mandrel Front 형틀 Set	내부 Mandrel 제작을 위한 형틀
6	Mandrel Rear Set	내부 Mandrel 제작을 위한 형틀
7	Mandrel Center Set(분리형)	탈형이 가능한 분리형 Mandrel
8	Nickel Bonding Assembly Jig	일체형 SKIN 시험용

카. 2013. 7. 17. 피청구인은 청구인, 청구인의 대표자 및 책임자에게 3년(2013. 3. 28. ~ 2016. 3. 27.)의 국가연구개발사업 참여를 제한하고 청구인에게 1억5,726만5,000원의 정부출연금 전액을 환수하는 이 사건 처분을 하였다.

타. 구 지식경제부는 다음과 같이 '지식경제 기술혁신사업 공통운영요령'(구 지식경제부 고시) 별표 3 문제과제에 대한 제재 및 환수 기준 2. 사례별 기준 제4항 유용·편취·횡령 등 사업비 부정 사용의 사례를 다음과 같이 개정하였다.

- 다 음 -

1) 지식경제 기술혁신사업 공통운영요령(구 지식경제부 고시 제2012-55호, 2012. 3. 5.)

세부 사유	참여제한	환수	원인보고서
○ 사업비를 다른 용도로 1회 일시 전용하여 사용한 후 전용한 금액을 사업비 통장에 재입금한 상태로 적발된 경우	경고 조치	-	미제출 대상

세부 사유	참여제한	환수	원인보고서
- 사업비를 다른 용도로 2회 이상 전용하여 사용한 후 전용한 금액을 사업비 통장에 재입금한 상태로 적발된 경우	해당자 1년	해당금액	
○ 유용, 편취, 횡령 등으로 사업비 통장에서 돈이 인출된 상태에서 적발된 경우 또는 경고 조치 후 재적발된 경우			
- 부정 사용 금액이 해당연도 사업비 현금의 20% 이하인 경우	해당자 3년	해당금액	
- 부정 사용 금액이 해당연도 사업비 현금의 20% 초과, 50% 이하인 경우	해당자 4년	해당연도 출연금 전액	
- 부정 사용 금액이 해당연도 사업비 현금의 50% 초과인 경우	해당자 5년	총수행기간 출연금 전액	

2) 지식경제 기술혁신사업 공통운영요령(구 지식경제부 고시 제2012-170호, 2012. 7. 12.)

세부 사유	참여제한	환수	원인보고서
○ 사업비를 다른 용도로 일시 전용한 경우로서, - 전용 횟수가 1회에 국한되고 전용한 금액을 사업비 통장에 재입금한 상태로 적발된 경우	경고 조치	-	미제출대상
○ 사업비를 용도 외로 사용한 경우. 다만, 용도 외 사용 사실을 적발하였을 때에 해당 금액이 사업비 계정에 이미 회복된 경우에는 다음 각 사례의 참여제한 기간을 1년 이상 감경할 수 있다.			
- 용도 외 사용금액이 해당연도 사업비의 20% 이하인 경우	해당자 3년 이내	해당금액 출연금 전액 이내	
- 용도 외 사용금액이 해당연도 사업비의 20% 초과, 30% 이하인 경우	해당자 4년 이내	해당연도 출연금 전액 이내	
- 용도 외 사용금액이 해당연도 사업비의 30% 초과인 경우	해당자 5년 이내	총수행기간동안 지급된 출연금 전액 이내	

6. 이 사건 심판청구의 적법 여부 및 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령

1)「산업기술혁신 촉진법」제11조의2제1항 및 제2항에 따르면, 산업통상자원부장관은 산업기술개발사업에 참여한 기관, 단체, 기업, 연구책임자·연구원 또는 소속 임직원이 출연금을 연구개발비의 연구용도 외의 용도로 사용한 경우 등 일정한 경우에 5년 이내의 범위에서 산업통상자원부장관이 발주하는「과학기술기본법」제11조에 따른 국가연구개발사업의 참여를 제한할 수 있고 산업통상자원부장관이 이미 출연한 사업비의 전부 또는 일부를 환수할 수 있으며, 이에 따른 연구결과의 평가기준, 평가절차, 연구개발의 참여제한 기간 및 이의신청 절차 등 필요한 사항은 대통령령으로 정한다고 규정되어 있고, 같은 법 시행령 제14조의3제3항 및 제6항에서 국가연구개발사업의 참여제한 기간은 출연금을 연구개발비의 연구용도 외의 용도로 사용한 경우 5년 이내이고, 그 외에 평가 및 이의신청 등에 필요한 세부 사항은 산업통상자원부장관이 정하여 고시한다고 규정하고 있다.

2) '지식경제 기술혁신사업 공통운영요령' 제45조에 의하면, 장관은 사업비를 유용·횡령 등 사업 외 목적으로 부정하게 사용한 경우 등 일정한 경우에 해당하는 경우 귀책사유에 따라 사업에 참여하는 기관, 단체, 기업 또는 소속 임직원 등에 대하여 〈별표 3〉에서 정하는 기준에 따라 5년 이내의 범위에서 국가연구개발사업 또는 해당 지식경제 기술혁신사업의 신규 참여를 제한할 수 있고, 이미 지급한 출연금의 전부 또는 일부를 환수 할 수 있으며, 〈별표 3〉 문제과제에 대한 제재 및 환수기준의 일반기준 제6항에는 위반행위의 경중과 과제의 목표 달성 가능성 등을 고려하여 사업비 환수 금액을 감액할 수 있다고 규정되어 있고, 사례별 기준 제4항에는 사업비를 용도 외로 사용한 경우 용도 외 사용금액이 해당연도 사업비의 30% 초과인 경우 참여제한은 해당자 5년 이내, 환수는 총수행기간 동안 지급된 출연금 전액 이내에서 하되, 다만, 용도 외 사용 사실을 적발하였을 때에 해당 금액이 사업비 계정에 이미 회복된 경우에는 참여제한 기간을 1년 이상 감경할 수 있다고 되어 있다.

나. 판 단

1) 이 사건 환수처분의 행정심판 대상 여부에 대해

「행정심판법」제2조제1호, 제3조제1항을 보면 행정청의 처분 또는 부작위에 대하여는

다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 이 법에 따라 행정심판을 청구할 수 있고, '처분'이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부, 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말한다고 규정하고 있다. 행정청의 어떤 행위를 행정처분으로 볼 것이냐의 문제는 추상적, 일반적으로 결정할 수 없고 구체적인 경우 행정처분은 행정청이 공권력의 주체로서 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 국민의 권리의무에 직접적으로 영향을 미치는 행위라는 점을 염두에 두고 관련 법령의 내용 및 취지와 그 행위가 주체·내용·형식·절차 등에 있어서 어느 정도로 행정처분으로서의 성립 내지 효력요건을 충족하고 있는지 여부, 그 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익과의 실질적 관련성, 그리고 법치행정의 원리와 당해 행위에 관련한 행정청 및 이해관계인의 태도 등을 참작하여 개별적으로 결정하여야 할 것이다(대법원 2007. 6. 14. 선고 2007두4397 판결 참조).

「산업기술혁신촉진법」 제11조의2제1항은 산업기술개발사업에 참여한 기관, 단체, 기업 또는 소속 임직원이 각 호로 정한 위반행위를 한 경우 참여제한과 함께 이미 출연한 사업비의 전부 또는 일부를 환수할 수 있도록 함으로써 출연금 환수를 참여제한과 함께 연구부정 행위자에 대한 제재조치의 하나로 규정하고 있으며, 그 환수 대상을 협약의 당사자로 특정하고 있지 않은 점, 「산업기술혁신촉진법」 제11조의2제1항제7호, 같은 법 시행령 제14조의3제1항제3호에서 환수금을 납부하지 않을 경우에는 1년의 참여제한처분을 할 수 있는 것으로 규정하고, 피청구인이 청구인의 환수금 납부지연에 대한 독촉 안내문에서 환수금을 기한 내 미납부 시 출연금 환수 강제집행, 정책자금의 지원제한, 해당자료 및 해당기관의 명칭공표 등 추가 제재조치를 취할 수 있다고 밝히고 있는 등 이 사건 환수처분으로 인해 정부출연금 환수의무가 발생하는 외에 공법상 불이익이 가해질 수 있는 점 등을 고려할 때 환수의무를 협약에 기한 단순한 원상회복의 이행청구에 불과하다고 할 수 없고, 이 사건 환수처분은 행정청이 법령에 기해 공권력을 발동하여 행하는 공법상의 행위로서 '행정처분'에 해당한다고 보는 것이 타당하다. 따라서 이 사건 환수처분이 협약에 기한 원상회복조치에 불과하다는 피청구인의 주장은 받아들일 수 없다.

2) 이 사건 처분 중 국가연구개발사업 참여제한에 대해

위 인정사실에 의하면, 청구인이 2회에 걸쳐 사업비 관리 계좌에서 정부출연금을 인출하여 정기예금으로 예치하거나 회사 운영자금으로 활용한 후 이자와 함께 사업비 관리

통장에 재입금하여 청구인이 이 사건 사업비를 연구개발비의 연구용도 외의 용도로 전용한 점이 인정된다는 점에서 피청구인이 청구인에 대하여 한 처분 중 3년의 참여제한은 위법·부당하다고 할 수 없다.

3) 이 사건 처분 중 정부출연금 전액 환수에 대해

위 인정사실에 의하면, 청구인이 2회에 걸쳐 사업비 관리통장에서 정부출연금을 인출하여 정기 예금으로 예치하거나 회사 운영자금으로 활용한 후 이자와 함께 사업비 관리통장에 재입금하였는데, 청구인은 이 사건 개발사업의 참여기관으로 항공기 날개부품인 일체형 복합재 A320 Sharklet 개발을 위한 치공구를 개발하여 주관기관인 (주)○○에 납품 완료하였고, (주)○○도 추가적으로 제공받아야 할 치공구가 없다고 확인하였고, 청구인이 이 사건 개발과제의 핵심목표인 일체형 복합재 제작성 시험을 위하여 해당 결과물을 주관기관에 제공하여 이 사건 개발과제의 목표달성에 기여하였다고 하고 있을 뿐만 아니라, 피청구인도 청구인이 수행한 과제의 당해년도 개발목표를 달성하였다고 판단하고 있는 점 등에 비추어 볼 때 청구인은 이 사건 과제를 성공적으로 수행했다고 보인다.

국가출연금의 연구용도 외의 사용을 규제하는 것은 국가출연금을 횡령·편취하거나 다른 용도로 소진하여 연구개발 사업이 부진하거나 불충실하게 되는 것을 방지하고자 하는 것이라 할 것인데, 청구인은 이 사건 사업 주관기관의 과제 진도에 따라 사업을 수행하는 사업 참여기관으로서 청구인이 사업기간 종료에 임박하여 치공구 8개를 납품하고 이에 따라 사업비를 집행하였고, 청구인은 스스로 인출한 정부출연금에 이자를 추가하여 지원금 계좌에 전액 재입금하였는데, 이는 국가연구개발과제를 수행한 경험이 없는 청구인이 정부 출연금을 제대로 사용하는 방법을 알지 못한 연유로 보이고 이로 인하여 이 사건 과제의 성공적 달성에 방해가 되었다고 보기도 어려운바, 피청구인이 정부출연금을 전액 환수한 것은 지나치게 가혹하므로 이 사건 처분 중 정부출연금 전액을 환수한 조치는 재량권을 일탈·남용하여 위법·부당하다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 일부 인정할 수 있으므로 청구인의 청구 중 정부출연금 전액 환수 처분에 관한 취소청구는 받아들이기로 하고, 나머지 청구는 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

6 2013-16302 과징금부과 처분 취소청구(재결일 : 2014. 2. 4.)

【사건의 쟁점】

청구인이 일시적으로 등록기준에 미달한 사정을 감안하지 않고 위 등록기준에 위반하였다는 이유로 피청구인이 한 이 사건 처분이 위법·부당한지 여부

【재결요지】

전기공사업법령에서 전기공사업자가 그 등록사항에 변경이 있을 경우 이를 30일 이내에 공사업자단체에 신고하도록 한 취지가 기술자의 갑작스런 퇴직으로 인해 기술능력이 일시적으로 등록기준에 미달하는 경우 행정처분을 유예하기 위한 것이라고는 볼 수 없는 점, 전기공사업 등록기준은 전기공사의 안전하고 적정한 시공을 위하여 일정한 자격을 갖춘 자만이 공사업을 영위할 수 있도록 하기 위하여 공사업자가 될 수 있는 최소한의 물적·인적 기준을 정한 것이라는 점, 청구인이 전기공사기술자 2명만으로 전기공사업을 운영한 사실이 인정되는 점 등을 종합적으로 고려할 때, 이 사건 처분은 위법·부당하다고 할 수 없음

【재결의 의미】

전기공사의 안전하고 적정한 시공을 도모하기 위한 전기공사업 등록기준의 입법목적을 고려할 때, 이 사건 기준위반 여부는 엄격히 판단하여야 함

주 문 피청구인이 2013. 7. 18. 청구인에게 한 200만원의 과징금 부과처분을 취소한다.

청구취지 주문과 같다.

이 유

1. 사건개요

피청구인은 2013. 7. 18. 청구인에게 청구인이 「전기공사업법」 제4조 및 같은 법 시행령 제6조상 '공사업의 등록기준'에서 정한 전기공사기술자 3인 중 1인이 미달된 상태로

전기공사업을 운영하였다는 이유로 200만원의 과징금 부과처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

가. 청구인 소속 기술자 ○○○이 2012. 6. 24. 퇴사함에 따라 청구인이 비록 기술자 1명이 부족한 상태에서 전기공사업을 운영한 것은 사실이나, 위 ○○○이 2012. 7. 4. 청구인 사업장에 재입사하여 결과적으로 전기공사기술자 부족기간이 11일에 불과하므로 청구인이 협회에 기술자 변경신고를 하지 아니한 것이다.

나. 전기공사업법령에 의하면 전기공사기술자의 갑작스런 퇴직시 일정 기간(30일) 내에 전기공사업체가 다시 기술자를 확보한 경우 공사업 등록기준 위반에 따른 행정처분의 대상에서 유예하고 있음에도 피청구인이 아무런 근거도 없이 청구인이 2012. 6. 24.부터 2012. 8. 7.까지 44일 동안 기술자 1인이 부족한 상태에 있었다고 보아 이 사건 처분을 한 것은 위법·부당하다.

다. 이 사건 처분으로 인하여 청구인 사업에 대부분을 차지하는 입찰공사에서 적격심사 과정을 통과하지 못하게 되는 등 사실상 영업을 할 수 없게 되는 상황에 처하게 되었는바 피청구인의 이 사건 처분은 가혹하다.

3. 피청구인 주장

가. 전기공사업을 운영하는 자는 최소한 전기공사기술자를 3인 이상 두어야 하는데, 청구인 소속 기술자 ○○○이 2012. 6. 24. 퇴사함에 따라 전기공사업 등록기준을 위반하여 전기공사기술자 2인으로 전기공사업을 운영한 사실이 있으므로, 피청구인의 이 사건 처분은 적법·타당하다.

나.「전기공사업법」 제28조 및 같은 법 시행규칙 제14조에 따르면 공사업 등록기준상 기술능력이 미달한 경우 영업정지 1개월 또는 과징금 200만원을 부과하도록 하고 있는바, 최근 침체된 건설경기와 영업정지로 인한 청구인의 피해를 감안하여 영업정지를 하지 않고 이 사건 처분을 행한 것이므로 피청구인의 이 사건 처분이 위법·부당하다고 할 수 없다.

다.「전기공사업법」제9조제1항 및 같은 법 시행규칙 제8조(등록사항 변경신고)에 따르면 '등록사항의 변경신고를 하려는 자는 그 사유가 발생한 날부터 30일 이내에 전기공사업 등록사항 변경신고서를 지정공사업자단체에 제출하여야 한다'고 규정하고 있는데, 위 규정이 기술자의 갑작스런 퇴직 등 일시적인 등록기준에 미달하는 경우에 행정처분을 유예하는 조항이라고 볼 수는 없고, 전기공사업법령에 그러한 유예조항을 두고 있지도 아니하므로 청구인의 주장은 이유없다.

4. 관계법령

전기공사업법 제4조, 제9조

전기공사업법 시행령 제6조, 제7조

전기공사업법 시행규칙 제8조, 제14조

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 의견제출서, 의견청문결과, 전기공사업법 위반업체 행정처분 의뢰서, 이 사건 처분서 등 관련 자료를 종합하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 2013. 1. 4. 피청구인은 청구인 소속 전기공사기술자의 이중취업이 의심된다는 전자민원을 접수받고 청구인 사업장을 조사한 결과, 청구인 소속 전기공사기술자가 경력수첩을 불법대여한 사실이 있음을 적발하고「전기공사업법」제18조의2(경력수첩의 대여금지 등), 제42조(벌칙), 제45조(양벌규정)에 의거하여 청구인 및 해당 기술자를 △△경찰서장에게 고발하였다.

나. 2013. 1. 29.자 국민건강보험공단이사장의 ○○○에 대한 건강보험자격득실 확인서에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

가입자 구분	사업장 명칭	자격취득일	자격상실일
직장가입자	□□전기주식회사	2012. 5. 4.	2012. 5. 10.

가입자 구분	사업장 명칭	자격취득일	자격상실일
직장가입자	◇◇전력(주)	2012. 5. 10.	2012. 6. 24.
지역세대주	-	2012. 6. 24.	2012. 6. 25.
직장가입자	□□전기주식회사	2012. 6. 25.	2012. 7. 4.
직장가입자	◇◇전력	2012. 7. 4.	2012. 9. 1.
직장가입자	(주)☆☆건설	2012. 9. 1.	2012. 10. 5.

다. 2013. 7. 5. △△경찰서장은 피청구인의 위 고발건에 대한 수사결과 청구인 사업장에 다음과 같은 위반내용이 있어 청구인에 대한 행정처분을 의뢰한다는 취지의 문서를 피청구인에게 회신하였다.

- 다 음 -

○ 위반 내용

- 청구인 소속 기술자 ○○○은 2012. 5. 9.부터 2012. 9. 18.까지 청구인 사업장에서 초급기술자로 선임되었으나, 실제로는 2012. 6. 24. 청구인 사업장에서 퇴사처리 된 것으로 확인되었음. 이에 따라 청구인 사업장에서 ○○○이 퇴사하여 중요사항이 변경되었음에도 「전기공사업법」 제46조제2호에 따른 중요사항 변경신고를 하지 아니함

○ 조치 사항

- 청구인 및 ○○○에 대해 「전기공사업법」 제42조제5호와 관련하여 불기소(혐의없음) 의견으로 송치하였고, 위 「전기공사업법」 제46조제2호와 관련하여 청구인에 대해 과태료 처분을 의뢰함

라. 2013. 7. 11. 피청구인은 청구인에게 '사법기관의 수사결과 청구인 소속 기술자 ○○○이 2012. 6. 24. 퇴사함에 따라 청구인은 2012. 6. 25.부터 2012. 8. 7.까지 44일간 기술자 1인 부족한 상태에서 사업장을 운영함으로써 「전기공사업법」 제4조 및 같은 법 시행령 제6조의 규정에 의한 등록기준(기술자)을 위반하였다는 이유로 전기공사업법 시행규칙 제14조에 의거, 영업정지 1개월 또는 과징금 200만원의 행정처분을 할 예정임을 사전통지를 하였고, 이에 대해 2013. 7. 24. 청구인은 피청구인에게 다음과 같은 의견을 제출하였다.

- 다 음 -

○ 행정조치 처분사유가 사법기관 수사결과로 소속기술자이었던 ○○○이 2012. 6. 23. 퇴사하여 2012. 8. 7.까지 44일간 기술자 1인이 부족하다고 하였으나, ○○○의 국민연금 가입자 가입내역 확인결과 2012. 6. 23. 퇴사하고 2012. 7. 4. 다시 입사하여 2012. 8. 31.까지 재직한 것으로 확인되었음. 따라서 기술자 부족일수는 11일에 불과한데 유예기간 30일을 초과하지 않아 행정처분 대상이 될 수 없기에 행정처분을 철회하여 주시기 바람

마. 2013. 7. 18. 피청구인은 청구인이 「전기공사업법」 제4조에 따른 '공사업 등록기준'에서 정한 기술자 3인 중 1인이 미달되었으나, 청구인의 사정을 감안하여 청구인에게 200만원의 과징금을 부과하는 내용의 이 사건 처분을 하였다.

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령

1) 「전기공사업법」 제4조, 같은 법 시행령 제6조 및 별표 3에 의하면, 전기공사업을 하려는 자는 대통령령으로 정하는 기술능력(전기공사기술자 3인 이상, 3인 중 1인 이상은 전기공사산업기사 이상의 국가기술자격자가 포함되어야 함)과 자본금 2억 원 이상을 갖추도록 되어 있고, 같은 법 제28조에 의하면 시·도지사는 전기공사업자가 대통령령이 정하는 기술능력 및 자본금 등에 미달하게 된 때에는 당해 전기공사업의 등록을 취소하거나 영업의 정지를 명할 수 있게 되어 있으며, 같은 법 시행규칙 제14조(행정처분 및 과징금의 부과기준)에는 등록기준을 유지하지 못한 때에는 영업정지 1개월 또는 과징금 200만원을 부과하도록 되어 있다.

2) 또한 「전기공사업법」 제9조에 의하면 공사업자는 등록사항 중 대통령령으로 정하는 중요 사항이 변경된 경우에는 시·도지사에게 그 사실을 알려야 한다고 되어 있고, 같은 법 시행령 제7조 및 시행규칙 제8조제1항에 의하면 등록사항의 변경신고를 하려는 자는 그 사유가 발생한 날부터 30일 이내에 별지 제15호서식의 전기공사업 등록사항 변경신고서(전자문서로 된 신고서를 포함한다)에 등록증 및 등록수첩과 다음 각 호의 구분에 따른 서류(전기공사기술자가 변경된 경우: 별지 제16호서식의 전기공사기술자 보유 현황)를 첨부하여 지정공사업자단체에 제출하여야 한다고 되어 있다.

나. 판 단

청구인은 전기공사기술자가 갑자기 퇴직하더라도 일정 기간 내에 전기공사업체가 다시 기술자를 확보한 경우에는 공사업 등록기준 위반에 따른 행정처분의 대상에서 유예하고 있음에도 이를 감안하지 않고 행한 피청구인의 이 사건 처분이 위법·부당하다고 주장하나, 「전기공사업법」 제9조, 같은 법 시행령 제7조 및 시행규칙 제8조에서 전기공사업자가 그 등록사항에 변경이 있을 경우 이를 30일 이내에 공사업자단체에 신고하도록 한 것은 공사업자의 소재지나 등록기준의 적합여부 등 그 실태를 파악하여 유지·관리함을 목적으로 하고 등록권자 및 발주처 등에서 요청하는 경우 정보를 제공하기 위하여 의무적으로 신고하도록 하는 취지일 뿐, 기술자의 갑작스런 퇴직으로 인해 기술능력이 일시적으로 등록기준에 미달하는 경우에 행정처분을 유예하기 위한 것이라고는 볼 수 없으므로 청구인의 주장은 이유없다.

또한 「전기공사업법」의 목적은 전기공사의 기본적인 사항과 전기공사업의 등록에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 전기공사의 적정한 시공과 전기공사업의 건전한 발전을 도모함에 있고, 「전기공사업법」 제4조 및 같은 법 시행령 제6조에서 전기공사업 등록기준을 둔 것은 전기공사의 안전하고 적정한 시공을 위하여 일정한 자격을 갖춘 자만이 공사업을 영위할 수 있도록 하기 위하여 공사업자가 될 수 있는 최소한의 물적·인적 기준을 정한 것으로 위 인정사실에 의하면 청구인 소속 기술자인 ○○○이 2012. 6. 24. 청구인 사업장을 퇴사하여 청구인이 전기공사기술자 2명만으로 전기공사업을 운영한 사실이 인정되는바, 청구인이 「전기공사업법」 제4조 및 같은 법 시행령 제6조에 의한 등록기준을 미달하여 「전기공사업법」을 위반하였다는 이유로 행한 피청구인의 이 사건 처분이 위법·부당하다고 할 수 없다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 청구인의 청구를 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

7 2013-17063 부정당업자 제재처분 취소청구(재결일 : 2014. 3. 18.)

【사건의 쟁점】

피청구인이 청구인에게 적용한 6개월의 부정당업자 제재기간이 적정한지 여부

【재결요지】

'정당한 이유없이 계약을 이행하지 아니한 자'란 '계약상대자'가 되었으나 당초부터 계약 자체를 이행하지 아니하는 경우를 의미한다고 할 것인데, 청구인은 공동수급체의 구성원으로서 계약체결 후 계약을 이행하다가 공사기간 도중에 더 이상 계약을 이행할 수 없게 되었기 때문에 청구인은 처음부터 시공에 참여하지 않은 것이 아니라 시공에는 참여하였으나 2012년 10월부터 직원을 투입하지 않는 등 출자비율 또는 분담내용에 따라 시공하지 아니한 자에 해당된다 할 것이고, 이 경우에는 1개월의 제재기간을 적용해야 함

【재결의 의미】

공동계약의 구성원으로 출자비율 또는 분담내용에 따라 공사를 완료하지 않은 업체는 정당한 사유없이 계약을 이행하지 않은 업체와 구별하여야 함

주 문 피청구인이 2013. 5. 24. 청구인에게 한 6개월(2013. 5. 31. - 2013. 11. 30.)의 부정당업자 제재처분을 취소한다.

청구취지 주문과 같다.

이 유

1. 사건개요

청구인은 ○○산업(주), ○○건설(주)와 공동수급체를 구성하고 2011. 10. 14. 피청구인과 '서울○○ 보금자리주택지구 조경공사'(이하 '이 사건 공사'라 한다) 공사도급계약을 체결하였는데, 피청구인은 청구인이 정당한 이유 없이 계약을 이행하지 않았다는 이유로

2013. 5. 24. 청구인에게 6개월(2013. 5. 31. - 2013. 11. 30.)의 부정당업자 제재처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

청구인이 기업회생개시결정으로 의무를 이행하지 못한다면 피청구인은 이 사건 공사의 공동수급체 구성원간 공동수급운영협약서와 공사포기각서 및 채권양도통지서에 의거하여 청구인의 공사를 출자비율 및 분담내용에 따라 변경하여 나머지 구성원들이 공사를 수행하도록 하면 될 것이고, 더구나 피청구인은 2013. 4. 26. 청구인의 이 사건 공사의 탈퇴를 승인하였으며, 설령 청구인이 이 사건 공사계약을 이행하지 않았다 하더라도 시공에 참여하였기 때문에 청구인은 출자비율 또는 분담내용에 따라 공사를 시공하지 아니한 경우에 해당하고 이 경우에는 제재기간이 1개월로 되어야 함에도 불구하고 피청구인은 제재기간을 6개월로 하였으므로, 피청구인이 한 이 사건 처분은 위법·부당하다.

3. 피청구인 주장

가. 공동계약의 경우 파산, 해산, 부도 등의 사유로 인하여 계약이행이 곤란한 구성원이 발생하여 공동수급체 구성원이 연명으로 출자비율 변경을 요청하는 경우에는 공동도급내용을 변경할 수 있으나, 이는 청구인의 동의가 전제되어야 하는데, 청구인과 공동수급체 구성원 간에 최초 계약체결시 작성한 공동수급운영협약서와 공사포기각서, 채권양도통지서는 피청구인에게는 제출되지도 않았을 뿐만 아니라 날짜가 기록되어 있지 않아 법적 요건을 구비하지 못하여 이를 근거로 청구인을 강제 탈퇴시킬 수 없다.

나. 아울러 청구인은 출자비율 변경에 동의하지 않았고, 피청구인이 요청한 대책회의에도 참석하지 않았으며, 피청구인의 수차례 공사촉구와 계약이행요청에도 공사수행이 원활히 수행될 수 있도록 조치하겠다는 형식적인 문서 회신 외에는 일체의 계약상 의무를 이행하지 않았으므로, 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행규칙」 제76조제1항과 별표 2의 8호 가목의 '계약을 체결 또는 이행하지 아니한 자'에 해당한다.

다. 또한 청구인이 출자비율 또는 분담내용에 따라 시공하지 아니한 자에 해당된다고 하더라도 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행규칙」 제76조제3항 규정에 부정

당업자가 수 개의 위반행위를 하여 별표 2 각 호의 사유 중 2 이상에 해당하는 경우에는 그 중 무거운 제한기준을 적용하게 되어 있어 이 사건 처분은 관련 기준에 따라 적법하게 이루어진 처분이라고 할 것이므로, 이 사건 청구는 기각되어야 한다.

4. 관계법령

국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 '국가계약법'이라 한다) 제27조

국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령 제76조

국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행규칙 제76조, 별표 2

공기업·준정부기관 계약사무 규칙(2013. 11. 18. 기획재정부령 제375호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제15조

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 공사도급계약서, 계약이행 촉구문서, 대책회의 참석요청문서, 의견청취일정 통보문서, 의견서, 부정당업자 입찰참가제한 처분서 등 각 사본과 행정심판청구서 및 답변서의 기재내용에 따르면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 피청구인은 2011. 10. 14. 이 사건 공사에 대해 ○○산업㈜(50%)를 대표자로 하고, ○○건설㈜(30%) 및 청구인(20%)을 공동수급체 구성원으로 하여 공사기간은 '2011. 10. 20. - 2013. 4. 19.'로 하여 공동이행방식의 공사도급계약(이하 '이 사건 계약'이라 한다)을 체결하였다.

나. 2013. 1. 9. 대구지방법원은 청구인 업체에 대하여 회생절차개시결정(사건번호: 2012회합※※)을 하였다.

다. 2013. 1. 24. ○○산업(주)은 피청구인에게 청구인이 2012년 10월 이후에는 직원투입을 하지 않고 있으며, 공동수급체간 출자금을 출자하지 않고 계약이행증권도 발급하지 않아 변경계약체결이 지연되고 있고, 국세와 지방세 미납으로 인한 기성청구 등 제반행정처리를 하지 못하여 현장운영이 어렵다는 이유로 공동수급체 구성원인 ○○건설(주)의 동의서를 첨부하여 청구인의 공동수급체 탈퇴 및 출자지분 변경 검토를 요청하였다.

라. 2013. 1. 30. 피청구인은 청구인에게 계약이행을 촉구하면서 청구인의 이행부분내역서, 인력 및 장비투입현황과 함께 향후계획을 2013. 2. 8.까지 제출하도록 요청하고, 정당한 이유없이 계약이행에 참여하지 않을 경우 입찰참가자격 제한 등의 제재조치를 할 예정임을 통보하였다.

마. 2013. 2. 4. 청구인은 2013. 1. 9. 기업회생개시가 결정되었고, 피청구인에게 조속한 시일 안에 업무를 정상화하겠으며, 청구인 지분에 해당하는 계약보증은 ○○산업(주)에 요청 중이고, 출자금 미출자에 대해서는 향후 법원의 허가를 구하고 회생채권에 대한 신고 및 확인을 통하여 대응방안을 수립할 예정임을 회신하였다.

바. 2013. 2. 21. 피청구인은 청구인을 포함한 공동수급체 구성원에게 2013. 2. 26. 이 사건 공사의 정상화를 위한 대책회의 참석을 요청하였고, 청구인은 동 회의에 참석하지 않았으며, ○○산업(주)과 ○○건설(주)은 회의에 참석하여 청구인이 요청한 청구인 지분의 계약보증서 발행 협조요청에 대해서는 수용할 수 없고, 계약변경 및 기성청구 지원 등 원활한 공사추진이 불가능하다는 이유로 청구인에 대한 공동도급 탈퇴를 요청하였다.

사. 2013. 3. 6. 피청구인은 청구인에게 이 사건 공사의 진행 촉구 및 향후 공사추진계획의 제출과 2013. 3. 8. 개최되는 공사추진 정상화를 위한 대책회의 참석요청을 하였으나, 청구인은 동 회의에 참석하지 않았다.

아. 2013. 3. 7. 청구인은 ○○산업(주)에 공동도급 탈퇴에 관하여는 법원회생계획에 따라 청구인 회사의 기업 회생절차가 원활하게 진행되고 있으므로 탈퇴가 이루어질 수 없는 상태라고 통보하였다.

자. 2013. 3. 22. ○○산업(주)과 ○○건설(주)은 피청구인에게 청구인의 공동도급사 중도탈퇴 동의 및 승인요청을 하였다.

차. 2013. 3. 26. 피청구인은 청구인에게 공사촉구를 최고한 후, 2013. 4. 26. 청구인의 계약 미이행과 공동수급체간 출자금 미납, 공사 미시행, 현장직원 미투입 등의 계약 미이행을 사유로 청구인에 대한 중도탈퇴와 부정당업자 제재방침을 결정하였다.

카. 2013. 4. 30. 피청구인은 청구인에게 부정당업자 제재에 대한 의견청취 일정을 통보하였고, 청구인은 2013. 5. 8. 피청구인에게 '계약을 이행하지 아니한 자'라는 사유에 따른 제재처분은 이유가 없으며, 청구인은 '공동계약에서 정한 구성원 간의 출자비율 또는 분담내용에 따라 시공하지 아니한 자'에 해당된다는 취지의 의견서를 제출하였다.

타. 2013. 5. 24. 피청구인은 청구인에게 이 사건 처분을 하였다.

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령

국가계약법 제27조제1항에 따르면 각 중앙관서의 장은 경쟁의 공정한 집행이나 계약의 적정한 이행을 해칠 염려가 있거나 그 밖에 입찰에 참가시키는 것이 적합하지 아니하다고 인정되는 자(이하 '부정당업자'라 한다)에게는 2년 이내의 범위에서 대통령령으로 정하는 바에 따라 입찰 참가자격을 제한하여야 한다고 규정하고 있고, 같은 법 시행령 제76조제1항제6호 및 같은 법 시행규칙 제76조, 별표 2의 제8호 가목에는 정당한 이유없이 계약을 체결 또는 이행(제19조에 따른 부대입찰에 관한 사항, 제42조제5항에 따른 계약이행능력 심사를 위하여 제출한 하도급관리계획, 외주근로자 근로조건 이행계획에 관한 사항과 제72조 및 제72조의2에 따른 공동계약에 관한 사항의 이행을 포함한다)하지 아니한 자에 대하여 6개월의 범위 내에서 입찰참가자격을 제한하도록 하고 있으며, 같은 호 다목에는 공동계약에서 정한 구성원간의 출자비율 또는 분담내용에 따라 시공하지 아니한 자 중 시공에는 참여하였으나 출자비율 또는 분담내용에 따라 시공하지 아니한 자에게는 1개월의 범위 내에서 입찰참가자격을 제한하도록 하고 있다.

나. 판단

1) 피청구인은 부정당업자가 수 개의 위반행위를 하여 국가계약법 시행규칙 별표 2 각 호의 사유 중 2 이상에 해당하는 경우에는 그 중 무거운 제한기준을 적용하게 되어 있어 이 사건 처분은 관련 기준에 따라 적법하게 이루어진 처분이라고 주장하나, 이 사건의 경우 피청구인의 주장과 같이 청구인이 국가계약법 시행규칙 제76조제1항과 별표 2의 8호 가목과 다목에 모두 해당된다고 하더라도 가목과 다목은 같은 호 내에서의 위반행위이므

로 그 중 무거운 제한기준을 적용하게 되어 있다는 피청구인의 주장은 받아들이지 아니한다.

2) 위 인정사실에 따르면 2011. 10. 14. 청구인은 공사기간을 2011. 10. 20.부터 2013. 4. 19.까지로 하여 ○○산업(주), ○○건설(주)와 공동수급체를 구성하여 피청구인과 공동이행방식의 공동계약을 체결한 후 사업을 수행해 오던 중 2012년 10월부터 직원을 투입하지 않고 있는 것으로 확인되는바, '정당한 이유없이 계약을 이행하지 아니한 자'란 '계약상대자'가 되었으나 당초부터 계약 자체를 이행하지 아니하는 경우를 의미한다고 할 것인데, 청구인은 공동수급체의 구성원으로서 계약체결 후 계약을 이행하다가 공사기간 도중에 더 이상 계약을 이행할 수 없게 되었기 때문에 청구인은 처음부터 시공에 참여하지 않은 것이 아니라 시공에는 참여하였으나 2012년 10월부터 직원을 투입하지 않는 등 출자비율 또는 분담내용에 따라 시공하지 아니한 자에 해당된다 할 것이고, 이 경우에는 1개월의 제재기간을 적용해야 함에도 불구하고, 청구인을 정당한 이유없이 계약을 이행하지 아니한 자로 보아 6개월의 제재기간을 적용한 피청구인의 이 사건 처분은 위법·부당하다고 할 것이다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 있으므로 청구인의 청구를 받아들이기로 하여 주문과 같이 재결한다.

8 2013-20738 광고업무 정지처분 취소청구(재결일 : 2014. 3. 11.)

【사건의 쟁점】

이 사건 화장품의 광고 내용이 일반인으로 하여금 해당 제품을 의약품이나 기능성 화장품으로 오인케 할 수 있는 것인지 여부

【재결요지】

이 사건 화장품의 특별한 주성분은 주목나무이고 주목나무 유효 성분이 피부 트러블을 빠르게 효과적으로 진정시켜 뛰어난 케어를 해준다거나 항염·항산화 특허 받은 주목줄기세포와 트레할로스, 마데카식 성분 등 자연의 순수성분들이 크림 속에 담겨있어 피부밸런스를 최상으로 유지시키고 트러블케어부터 흔적케어까지 도와준다거나 마데카식의 원료가 되는 식물 센텔라 아시아티카(CENTELLA ASIATICA) 추출물로 이루어져 있는데 센텔라 아시아티카(CENTELLA ASIATICA)에는 '마데카식 애시드(Madecassic acid)','아시아티코사이트(Asiaticaside)' 성분이 들어 있어 이 성분들이 피부 콜라겐의 합성을 도와 준다는 광고는 사회 일반인으로 하여금 이 사건 화장품이 항염·항산화 등 의학적 효능·효과가 있다거나 주름개선의 기능 등이 있는 기능성 화장품으로 오인케 할 가능성이 큼

【재결의 의미】

'항염, 트러블케어', '콜라겐합성' 등의 문구가 있는 화장품 광고는 해당 화장품을 의약품이나 기능성 화장품으로 오인케 할 수 있음

주 문 청구인의 청구를 기각한다.

청구취지 피청구인이 2013. 10. 11. 청구인에게 한 3개월의 oooo크림 광고업무 정지처분을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

청구인은 화장품 제조판매업 등록을 하고 화장품의 제조 및 유통·판매를 영위하는 업체로서, 피청구인은 2013. 10. 11. 청구인이 화장품 'oooo크림'(이하 '이 사건 화장품'이라 한다)을 판매하면서 의약품으로 오인할 수 있는 '항염, 트러블케어', 기능성 화장품으로 오인할 수 있는 '콜라겐합성' 문구를 사용하여 광고한 사실이 있다는 이유로 청구인에게 이 사건 화장품에 대한 3개월(2013. 10. 25. ~ 2014. 1. 24.)의 광고업무 정지처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

가. 이 사건 화장품의 효능 및 효과의 표시·광고에는 '항염', '트러블 케어'라는 내용이 기재되어 있으나 이 사건 화장품의 형상(용기, 포장, 의장 등) 및 명칭은 통상의 일반 화장품과 전혀 다르지 않고, '트러블 케어'라는 용어는 화장품의 특정 성분이 트러블 완화에 도움을 주는 경우에 의약품이 아닌 화장품에도 널리 쓰이는 문구이며, 청구인은 주목줄기세포와 관련하여 '주목 형성층 식물줄기세포주를 함유하는 항산화, 항염증 또는 항노화용 조성물에 대한 특허'를 취득한 사실이 있는바 이 사건 화장품에 '항염'이라는 표시·광고를 하였더라도 이는 청구인이 이미 취득한 특허에 관한 설명과 광고·유인효과를 갖기 위한 표시일 뿐이므로, 사회 일반인이라면 이 사건 화장품을 의약품으로 혼동할 여지는 없다.

나. 이 사건 화장품의 특별한 주성분을 소개하면서 '강력케어! 손상된 피부에 마데카식'이라는 제목 하에 마데카식의 원료가 되는 센텔라아시아티카에는 '마데카식애시드, 아시아티코사이트 성분이 들어 있는데 이 성분들이 피부 콜라겐의 합성을 도와준다는 취지의 문구가 있으나, 이는 일반인들에게 널리 알려져 있는 동국제약의 마데카솔 연고에도 들어 있는 식물성분인 마데카식애시드가 이 사건 화장품에 포함되어 있으므로 마데카식 성분이 피부 콜라겐의 합성을 도와준다고 소개할 것일 뿐이지 이 사건 화장품을 주름개선의 기능 등이 있는 기능성화장품으로 오인하게 할 의도가 없었고, 요즘 출시되는 화장품 중에는 기능성 화장품이 아니더라도 고유명사로서 '콜라겐'이라는 단어를 사용한 각종 화장품들이

많이 출시되고 있다.

다. 또한 청구인은 이 사건 화장품에 대한 광고행위에 대하여 조사를 받고 난 후 곧바로 광고홈페이지를 개편하여 '항염', '콜라겐 합성' 등의 의약품으로 오인할 수 있는 표현들을 모두 삭제하였고, 이 사건 화장품은 이제 성장기에 진입한 청구인 회사의 주요핵심 제품으로 막대한 광고투자를 하였는바, 3개월이나 광고업무가 중단될 경우 그 타격은 심각한 상태에 이르게 될 것인바, 이 사건 처분은 가혹하므로 취소되거나 그 기간을 감경하여야 한다.

3. 피청구인 주장

가. '항염'은 염증에 저항한다는 뜻으로 화장품이 아닌 「약사법」에 따른 의약품이나 의약외품으로 허가받아 제조·판매 시에 표시·광고할 수 있고, '트러블'은 여드름이나 기미, 주근깨, 피부 붉어짐 등 피부 관련 증상을 말하며 '케어'는 치료, 보살핌으로 해석해서 여드름 등 증상을 진정·완료·치료한다고 오인될 우려가 있어 과대광고에 해당한다.

나. 특히 청구인은 관련 제품의 성분이 특허를 받아 '주목줄기세포의 황산화, 항염증, 항노화 효능'을 광고하였으나 「화장품법」에서는 의약품으로 인식할 우려가 있는 광고는 금하고 있고, 또한 '콜라겐'은 결합조직의 주성분으로 뼈·피부 따위에 있는 단백질의 하나로서 '콜라겐 합성을 도와줍니다'라고 하면 일반소비자들은 피부에 콜라겐을 생성하여 주름을 개선하는 기능을 가진 기능성화장품으로 생각할 수 있는 과대광고에 해당하므로 이 사건 처분은 적법·타당하다.

4. 관계법령

화장품법 제2조, 제13조, 제24조

화장품법 시행규칙 제2조, 제22조, 제29조, 별표 5, 별표 7

약사법 제2조제4호

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 등기사항전부증명서, 특허증, 제조발주서, 매출정산서, 투

자계약서, 전자세금계산서, 손익계산서, 결손금처리계산서, 자본변동표, 현금흐름표, 제조원가명세서, 합계잔액시산표, 확인서, 화장품 제조판매업 등록필증, 제품 판매 확인서, 처분사전통지서, 행정처분서, 행정심판청구서, 답변서 등의 자료에 따르면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 2012. 12. 21. 청구인은 피청구인에게 화장품 제조판매업 등록을 하고 화장품의 제조 및 유통·판매를 영위하는 업체이다.

나. 2013. 9. 5. 피청구인은 국민신문고를 통해 청구인의 「화장품법」 위반에 대한 점검 요청을 접수하였다.

다. 2013. 9. 9. 피청구인 소속 화장품감시공무원 정○○·박○○은 청구인 사업장을 방문하여 점검을 하였는바 당시 청구인 사업장에서 품질관리팀장으로 근무하던 송○○의 진술을 정○○·박○○이 대신 작성한 후 송○○이 자필로 서명·날인한 확인서를 보면, 「화장품법」 제13조제1항제1호는 화장품 제조판매업자는 '의약품으로 잘못 인식할 우려가 있는 표시 또는 광고를 하여서는 아니된다'라고 규정하고 있고, 같은 법 제13조제1항제3호는 '기능성화장품으로 잘못 인식할 우려가 있는 표시 또는 광고를 하여서는 아니된다'라고 규정하고 있음에도 불구하고 청구인은 이 사건 화장품을 'www.ticketmonster.co.kr'에 광고 및 판매함에 있어서 의약품으로 잘못 인식할 우려가 있는 '항염, 트러블케어' 및 기능성화장품으로 오인할 수 있는 '콜라켄합성'이라는 문구를 사용한 사실이 있다는 취지의 내용이 기재되어 있다.

라. 2013. 9. 25. 피청구인은 청구인이 이 사건 화장품을 판매하면서 「화장품법」 제13조제1항에 따라 의약품 및 기능성화장품으로 잘못 인식할 우려가 있는 광고를 하지 말아야 함에도 의약품으로 오인할 수 있는 '항염, 트러블케어', 기능성 화장품으로 오인할 수 있는 '콜라겐합성' 문구를 사용하여 광고한 사실이 있다는 이유로 청구인에게 이 사건 화장품의 광고업무를 3개월간 정지할 예정이라는 내용의 처분 사전통지 및 의견제출 안내를 하였다.

마. 2013. 10. 11. 피청구인은 청구인에게 위 라목과 같은 이유로 이 사건 처분을 하였다.

바. 위 다목의 점검 당시 정○○·박○○이 캡쳐한 청구인 회사의 이 사건 화장품 인터넷 광고 자료에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다,

- 다 음 -

○ 수분의 여왕 트레할로스와, 트러블 킬러 주목성분, 새 피부로 돕는 마데카식 성분이 풍부하게 함유되어 있습니다. 강력한 성분으로 수분공급과 피부 트러블을 빠르게 효과적으로 진정시키고, 새 피부로 도와 깨끗하고 쫀쫀한 피부로 관리합니다.

○ ooo의 특별한 주성분

- 주목나무 유효 성분이 피부 트러블을 빠르게 효과적으로 진정시켜, 뛰어난 케어를 해주고, 자연의 생명으로 피부 본연의 맑은 빛을 살려주어 건강한 피부로 회복시켜 줍니다.
- 마데카식의 원료가 되는 식물 센텔라 아시아티카(CENTELLA ASIATICA) 추출물로 이루어져 있습니다. 센텔라아시아티카에는 '마데카식 애시드(Madecassic acid)','아시아티코사이트(Asiaticaside)' 성분이 들어 있는데, 이 성분들이 피부 콜라겐의 합성을 도와 줍니다. 콜라겐을 많이 만들어내면 손상된 피브를 빠르게 케어해 줍니다.

○ 자연의 특허성분으로 트러불케어와 흔적케어까지

- 항염·항산화 특허받은 주목줄기세포와 트레할로스, 마데카식 성분 등 자연의 순수성분들이 크림 속에 담겨있어 피부밸런스를 최상으로 유지시키고, 트러블케어부터 흔적케어까지 도와줍니다.(대한민국 특허 제10-1100867호)
- 주목나무(Yew tree) 항염/항산화 효과
  · 탁월한 항염/항산화 효과가 있어 피부에 유해한 활성산소를 제거하여 피지의 산화를 방지하여 피부손상을 줄여줍니다.
  · 항염 : 염증을 나타내는 바이오마커 억제
  · 항산화 : 활성산소종 생성 억제

사. 청구인과 피청구인이 제출한 자료에 따르면 청구인이 이 사건 화장품을 기능성화장품으로 허가받기 위하여 안전성 및 유효성에 관하여 식품의약품안전처장의 심사를 받거나 식품의약품안전처장에게 보고서를 제출한 사실은 달리 확인되지 않는다.

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령

1)「화장품법」제2조제1호 및 제2호, 같은 법 시행규칙 제2조에 따르면 '화장품'이란 인체를 청결·미화하여 매력을 더하고 용모를 밝게 변화시키거나 피부·모발의 건강을 유지 또는 증진하기 위하여 인체에 바르고 문지르거나 뿌리는 등 이와 유사한 방법으로 사용되는 물품으로서 인체에 대한 작용이 경미한 것으로「약사법」제2조제4호의 의약품에 해당하는 물품은 제외한다고 되어 있고, '기능성화장품'이란 피부에 멜라닌색소가 침착하는 것을 방지하여 기미·주근깨 등의 생성을 억제함으로써 피부의 미백에 도움을 주는 기능을 가진 화장품, 피부에 침착된 멜라닌색소의 색을 엷게 하여 피부의 미백에 도움을 주는 기능을 가진 화장품, 피부에 탄력을 주어 피부의 주름을 완화 또는 개선하는 기능을 가진 화장품, 강한 햇볕을 방지하여 피부를 곱게 태워주는 기능을 가진 화장품, 자외선을 차단 또는 산란시켜 자외선으로부터 피부를 보호하는 기능을 가진 화장품을 말한다고 되어 있으며,「약사법」제2조제4호에 따르면 '의약품'이란 대한민국약전(大韓民國藥典)에 실린 물품 중 의약외품이 아닌 것, 사람이나 동물의 질병을 진단·치료·경감·처치 또는 예방할 목적으로 사용하는 물품 중 기구·기계 또는 장치가 아닌 것, 사람이나 동물의 구조와 기능에 약리학적(藥理學的) 영향을 줄 목적으로 사용하는 물품 중 기구·기계 또는 장치가 아닌 것 어느 하나에 해당하는 물품을 말한다고 되어 있다.

2)「화장품법」제13조제1항, 같은 법 시행규칙 제22조 및 별표 5에 따르면 제조업자, 제조판매업자 또는 판매자는 의약품으로 잘못 인식할 우려가 있는 표시 또는 광고, 기능성화장품의 안전성·유효성에 관한 심사를 받은 범위를 벗어나거나 심사결과와 다른 내용의 표시 또는 광고, 기능성화장품이 아닌 화장품을 기능성화장품으로 잘못 인식할 우려가 있는 표시 또는 광고, 그 밖에 사실과 다르게 소비자를 속이거나 소비자가 잘못 인식하도록 할 우려가 있는 표시 또는 광고에 해당하는 표시 또는 광고를 하여서는 아니 된다고 되어 있다.

3)「화장품법」제24조, 같은 법 시행규칙 제29조 및 별표 7에 따르면 제조업자 또는 제조판매업자가 법 제13조를 위반하여 의약품 또는 기능성화장품으로 잘못 인식할 우려

가 있는 광고를 한 경우에는 해당 품목 광고업무를 3개월간 정지하되, 국민보건, 수요·공급, 그 밖에 공익상 필요하다고 인정된 경우, 해당 위반사항에 관하여 검사로부터 기소유예의 처분을 받거나 법원으로부터 선고유예의 판결을 받은 경우, 광고주의 의사와 관계없이 광고회사 또는 광고매체에서 무단 광고한 경우에는 처분의 2분의 1까지 감경할 수 있다고 되어 있다.

나. 판단

1) 위 인정사실에 따르면 청구인은 이 사건 화장품의 특별한 주성분은 주목나무이고 주목나무 유효 성분이 피부 트러블을 빠르게 효과적으로 진정시켜 뛰어난 케어를 해준다거나 항염·항산화 특허 받은 주목줄기세포와 트레할로스, 마데카식 성분 등 자연의 순수 성분들이 크림 속에 담겨있어 피부밸런스를 최상으로 유지시키고 트러블케어부터 흔적케어까지 도와준다거나 마데카식의 원료가 되는 식물 센텔라 아시아티카(CENTELLA ASIATICA) 추출물로 이루어져 있는데 센텔라 아시아티카(CENTELLA ASIATICA)에는 '마데카식 애시드(Madecassic acid)','아시아티코사이트(Asiaticaside)' 성분이 들어 있어 이 성분들이 피부 콜라겐의 합성을 도와 준다는 광고문을 작성하여 광고를 한 사실이 확인되는바, 위의 광고를 보는 사회 일반인으로 하여금 이 사건 화장품이 항염·항산화 등 의학적 효능·효과가 있다거나 주름개선의 기능 등이 있는 기능성화장품으로 오인케 할 가능성이 크다 할 것이다. 따라서 청구인이 이 사건 화장품을 판매하면서 의약품으로 오인할 수 있는 '항염, 트러블케어', 기능성 화장품으로 오인할 수 있는 '콜라겐합성' 문구를 사용하여 광고한 사실이 있다는 이유로 피청구인이 청구인에게 이 사건 화장품에 대한 광고업무를 3개월간 정지하도록 한 이 사건 처분이 위법·부당하다고 할 수 없다.

2) 한편 청구인은 이 사건 처분이 가혹하여 감경되어야 한다고 주장하나, 「화장품법 시행규칙」 제29조 및 별표 7을 보면 광고업무 정지처분의 2분의 1까지 감경할 수 있는 사유가 규정되어 있으나, 위 인정사실에 따르면 국민보건, 수요·공급, 그 밖에 공익상 이 사건 광고를 허용할 필요가 있다고 인정하기 어렵고, 당해 위반사항에 대하여 검사로부터 기소유예의 처분을 받거나 법원으로부터 선고유예의 판결을 받은 바도 없으며, 청구인의 의사와 관계없이 광고회사 또는 광고매체에서 임의로 무단 광고한 것도 아니므로, 이에 대한

청구인의 주장은 받아들이지 않는다.

7. 결론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 청구인의 청구를 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

9 2013-22172 어린이집 평가인증 취소처분 취소청구(재결일 : 2014. 4. 1.)

【사건의 쟁점】

위반행위 경위, 내용, 정도 등에 비추어 볼 때 이 사건 어린이집 평가인증 취소처분이 부당한지

【재결요지】

2011년 7월~9월의 경우 김00 아동을 제외하더라도 만1세의 다른 아동(송00, 김0, 임00)이 초과로 보육되어 있는 상황이어서 청구인이 이용현황 확정시 김00 아동을 제외하고 위 다른 아동을 이용현황에 포함시켰더라도 여전히 동일한 액수의 기본보육료를 지원받을 수 있었던 점, 2011년 10월의 경우 초과 보육되고 있던 임00이 만2세여서 만1세 1인당 지원기준단가 17만 4,000원에 비해 적은 11만 5,000원이 지원되므로 청구인이 만1세의 김00를 등록함으로써 결과적으로 그 차액에 해당하는 5만 9,000원을 초과수령한 데 불과한 점, 청구인이 기본보육료 외에 김00 아동에 대한 일반보육료까지 부정하게 지급받은 사정은 없고, 검찰에서도 결과적으로는 김00 아동을 제외하더라도 같은 액수의 기본보육료를 교부받을 수 있었던 사정 등을 고려해 영유아보육법 위반에 대해 청구인에게 기소유예로 처분을 한 점, 이 사건과 관련하여 청구인이 이미 용인시수지구청장과 용인시장으로부터 보조금 반환처분과 원장자격정지처분을 받은 점, 청구인에게 동일한 위반행위 전력이 없는 점 등 제반사정을 종합해 보면 이 사건 처분은 처분행위에 의하여 달성하려는 공익목적을 고려하더라도 청구인에게 지나치게 가혹하여 부당하다 할 것임

【재결의 의미】

보조금 수급에 있어 부정행위가 개입되었다 하더라도 청구인이 부정수급액에 해당하는 금액을 정상적으로 지원받을 수 있는 사정이었던 점 등을 고려하여 처분의 부당성을 인정한 재결

주 문 피청구인이 2013. 7. 25. 청구인에게 한 어린이집 평가인증 취소처분을 취소한다.

청구취지 주문과 같다.

이 유

1. 사건개요

청구인은 경기도 00시 00구 00로 000에 있는 000어린이집(이하 '이 사건 어린이집'이라 한다)의 대표자이자 원장인데, 이 사건 어린이집의 원생인 김00 아동이 해외에 체류 중이어서 어린이집에 등원하지 않았음에도 기본보육료를 신청, 지급받은 행위에 대해 청구인에게, 용인시수지구청장은 2013. 1. 8. 343만 1,280원의 보조금 환수처분, 어린이집 업무정지에 갈음한 과징금 840만원의 부과처분 및 고발조치를, 용인시장은 같은 날 1개월의 원장자격정지처분을 각각 하였으며, 피청구인은 2013. 7. 25. 청구인에게 「영유아보육법」 제40조 제3호에 따른 보조금 반환명령, 같은 법 제46조에 따른 원장자격정지처분을 받았다는 이유로 이 사건 어린이집의 평가인증 취소처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

가. 김민재 아동은 2011. 3. 5. 이 사건 어린이집에 입소하였고, 김00의 부는 0000 주식회사 캄보디아 주재원이었는데, 김00는 외조모와 함께 한국에 남아 어린이집에 다니기로 하였다가 예정과 달리 2011. 7. 1. 캄보디아로 가게 되었으나 조만간 재입국하여 외조모가 김00를 돌보아야 했고, 어린이집을 옮길 수 없는 사정이 있어 청구인은 김00를 퇴소시키지 말고 기다려 달라는 외조모의 부탁을 들어주게 된 것으로, 김00 아동을 어린이집에서 퇴소시키지 않은 것은 위와 같은 사정에 기인한 것이지 보조금을 부정수령 할 의도는 없었다.

나. 기본보육료는 보육시설 중 만0-2세 아동을 보육하는 시설을 보조하기 위해 지급하는 보조금으로서 그 지급요건이 교사 대 아동 비율에 의하여 지급되고 아동 개인 명의로 지급되는 것이 아닌데, 이 사건 어린이집 만1～2세 반의 경우 최대 지급인원인 5명의 기본보육료를 지급받을 수 있는 상황에서 2011년 7～9월 기간 동안 매월 만1세인 6-7명의 아동이 꾸준히 등록되어 있었기 때문에 기본보육료 5명분을 수령하는데 어떠한 하자가 없었다. 따라서 2011년 7～9월간 신청하여 받은 기본보육료는 단순히 김00 아동 명의로 신청한 것일 뿐 기본보육료를 받는데 그 지급요건을 충족시키는 상황이었으므로 '보조금

을 지급받을 수 없음에도 위계 기타 사회통념상 부정이라고 인정되는 행위'로 보조금을 수령하였다고 볼 수 없다.

다. 한편 2011년 10월에는 만2세의 임00 아동이 2-3세반에서 실제 초과 보육되고 있었으므로 위 아동을 1-2세반으로 반편성 했다면 받을 수 있었던 만2세분 11만 5,000원 대신 만1세분 17만 4,000원을 수령함으로써 결과적으로 5만 9,000원을 초과수령하였을 뿐이고, 그렇게 보지 않더라도 1-2세반의 김0, 임00 아동이 2011. 10. 5. 퇴소하여 25%의 기본보육료를 지원받을 수 있었던 상황이었으므로 이에 해당하는 4만 3,500원 대신 17만 4,000원을 수령함으로써 결과적으로 13만 500원을 초과수령한 것이 되나, 이는 「영유아보육법」 제40조제5호의 '착오 또는 경미한 과실로 보조금을 교부받은 경우'로 보아야 하므로 수지구청장 및 용인시장의 청구인에 대한 행정처분은 취소되어야 마땅하고, 이를 처분사유로 삼은 이 사건 처분 또한 취소되어야 한다.

3. 피청구인 주장

가. 용인시수지구청장이 행한 보조금 환수처분, 용인시장이 행한 원장자격정지처분이 취소·무효로 되지 않는 한 피청구인이 한 이 사건 처분은 적법한 처분으로 보아야 한다.

나. 어린이집 운영자는 매달 해당 어린이집 전체아동(입퇴소 아동 포함)에 대한 보육서비스 이용현황(출석일수)을 보육통합시스템에 확정시켜야 하고, 보조금 지원여부와 그 액수는 보육통합시스템에 입력된 자료를 바탕으로 결정되는데, 청구인은 김00 아동이 2011년 7월부터 같은 해 10월까지 이 사건 어린이집에 매월 11일 이상 출석한 것으로 보육행정시스템에 허위등록하여 2011년 8월부터 같은 해 11월까지 약 4개월의 기본보육료 69만 6,000원을 부정수급 하였으므로 청구인이 약 4개월 동안 김00 아동의 출석을 허위등록함으로써 보조금 교부에 관한 행정청의 의사결정에 영향을 미친 것으로 봄이 타당하고, '거짓이나 그 밖의 부정한 방법'으로 보조금을 교부받은 경우에 해당한다.

다. 이 사건 처분으로 인해 보호하려는 공익이 청구인이 침해받는 사익보다 크다고 할 것이므로 이 사건 처분에 재량권 일탈·남용의 위법이 있다고 볼 수 없다.

4. 관계법령

영유아보육법 제30조, 제40조

영유아보육법 시행령 제26조제2항

영유아보육법 시행규칙 제35조의9

구 영유아보육법(2011. 6. 7. 법률 제10789호로 개정되어 2011. 12. 8.부터 시행되기 전의 것) 제30조, 제36조, 제40조, 제45조, 제46조, 제54조

구 영유아보육법 시행령(2011. 12. 8. 대통령령 제23356호로 개정되기 전의 것) 제24조

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정처분서, 진술서, 2011 보육사업안내, 이용현황 및 기본보육료 명단, 사건처분결과증명서 등에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 이 사건 어린이집의 대표자 겸 원장이고, 2011. 1. 19. 피청구인으로부터 유효기간 3년(2011. 2. 1.～2014. 1. 31.)의 어린이집 평가인증을 받았다.

나. 청구인은 2011. 7. 1.경부터 같은 해 12. 10.경까지 사이에 당시 만1세이던 김00 아동이 해외체류 중으로 자신이 운영하던 이 사건 어린이집에 등원하지 않았으나 보육행정시스템에 김00 아동이 2011년 7월부터 같은 해 10월까지 어린이집에 매월 11일 이상 출석한 것으로 허위 등록을 하여 2011년 8월부터 같은 해 11월까지 4개월간의 기본보육료 69만 6,000원(17만 4,000원×4개월)의 보조금을 교부받았다.

다. 용인시수지구청장은 2013. 1. 8. 청구인에게 김00 아동의 해외체류 중 기본보육료를 부정 청구·수령하였다는 이유로 343만 1,280원의 보조금 환수처분, 어린이집 업무정지 1개월에 갈음한 과징금 840만원의 부과처분 및 고발조치를 하였고, 용인시장은 같은 날 청구인에게 동일한 사유로 1개월(2013. 2. 1.～2013. 2. 28.)의 원장자격정지처분을 하였다.

라. 피청구인은 청구인이 해외출국 아동에 대한 보조금 허위청구로 용인시수지구청장으로부터 「영유아보육법」 제40조제3호에 따른 보조금 반환명령 및 용인시장으로부터 같은 법 제46조에 따른 원장자격정지처분을 받았다는 이유로 2013. 7. 25. 청구인에게 이 사건 처분을 하였다.

마. 용인시수지구청장의 고발에 따른 청구인의 영유아보육법 위반 형사사건(사건번호 2013년 형제0000호)에 대해 청구인은 2013. 2. 26. '기소유예'로 처분을 받았는데, 피의사실 및 불기소이유는 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 피의사실

누구든지 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보조금을 교부받아서는 아니됨에도 불구하고, 2011. 7. 1.경부터 같은 해 12. 10.경까지 사이에 당시 만1세인 어린이 김00가 해외체류 중으로 자신이 운영하는 이 사건 어린이집에 등원하지 않았으나 보육행정시스템에 김00 어린이가 2011년 7월부터 같은 해 10월까지 어린이집에 매월 11일 이상 출석한 것으로 허위등록하여 2011년 8월부터 같은 해 11월까지 4개월의 기본보육료 69만 6,000원을 받는 등 부정한 방법으로 보조금을 교부받음

○ 불기소 이유

비록 출석하지 않은 어린이를 출석한 것으로 보조금을 신청하였으나, 결과적으로는 불출석 어린이를 제외하더라도 같은 액수의 기본보조금을 교부받을 수 있었던 점, 피의자가 초범인 점, 반성하고 재범하지 않겠다는 내용의 서약서를 제출한 점을 참작

바. 청구인의 영유아보육법 위반 형사사건에서 작성된 경찰 피의자신문조서를 보면 다음과 같은 청구인의 진술내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

○ 2013. 1. 23.자

- 김00 아동은 대략 2011. 3. 5.경 입소하여 같은 해 6. 30.경까지 등원하였고, 만1세여서 초록반에서 교육을 받았던 것 같고, 당시 초록반에 6-7명 사이로 어린이가 등원하고 있었음
- 2011. 7. 1.경부터 같은 해 12. 10.경까지 김00 아동이 등원하지 않았는데, 김00 아동의 할머니가 잠시 아빠가 있는 캄보디아로 다녀올 생각이라고 말하고 어린이집을 며칠 쉬겠다고 하여 등원하지 않았다가 해외체류기간이 길어져 계속 등원하지 않았음
- 김00 아동이 등원하지 않은 기간 동안 김00에 대한 기본보육료를 청구하여 받은 사실이 있고, 당시 김00 이름이 등록되어 기본보육료가 청구되는 것을 몰랐으며, 매월 17만 4,000원씩의 기본보육료를 청구하여 4개월간 총 69만 6,000원을 받았음

- 기본보육료 수령방법은 매월 원생이 11일을 출석하면 다음달에 전달의 등록현황을 종합하여 통합보육시스템에 접속해 보육행정시스템상 등록된 원생에 대해 이용현황에 대해 체크해서 이용확정을 하면 금액과 원생 명단이 자동으로 생성되고 나이에 따라서 1명당 기본보육료가 산정되어 총합계 금액이 등록계좌로 입금됨
- 보육행정시스템 이용현황에서 김00를 삭제하지 않은 것은 당시 해외체류에 대한 규정이 없었고, 부모와 할머니가 어린이집에서 퇴원조치 말아달라고 간곡하게 부탁하였으며, 개인적으로 생각해도 만3세 이하 어린이가 다른 어린이집으로 간다는 것이 맞지 않다고 생각하였고, 당시 김00 아동의 해외 연락처를 알지 못한 상태에서 김00를 보육행정시스템에서 삭제하지 못하였음
- 청구인이 2011년 7월~10월에 계속 매월 11일 이상 등원하지 않은 김00에 대해 이용확정을 하였으나, 이용확정을 하면 김00 아동이 기본보육료 청구시스템에 자동생성 된다는 사실을 정확히 알지 못하였음
- 청구인은 어린이 한명에 대한 기본보육료라고 생각하지 않고 당시 초록반 어린이가 6-7명 정도 있는 상태에서 선생님 한명이 5명의 어린이를 담당하였을 때 그 비율이 맞으면 기본보육료가 지급되는 것이라 생각했고, 선생님 한명이 6-7명의 어린이를 보육하고 있어서 5명에 대한 기본보육료를 받는 것은 문제가 없다고 생각했음

○ 2013. 2. 14.자

- 2011년 7월경부터 같은 해 10월경까지 김00가 있었던 초록반의 아동 현황은 2011년 7월에는 1-2세 아동이 기본보육료 대상 5명 외에 송00, 민00, 임00 등이 더 있었고, 8월에는 김0, 송00, 임00, 민00, 9월에는 송00, 임00, 임00, 10월에는 임00이 보육되고 있어서 계속 6명에서 9명 정도 보육되고 있었음
- 초록반의 어린이가 6-9명으로 기본보육료 청구요건이 되는 상황에서 해외체류 중으로 등원하지 않은 김00 아동을 계속 11일 이상 등원한 것으로 이용확정한 이유는, 김00 아동의 할머니 박00가 해외에서 한달 정도만 있다가 귀국하려다 뜻하지 않게 길어져서 계속 퇴소시키지 말고 기다려 달라 부탁했으며, 보육행정시스템에서 아동의 추가, 삭제 기능이 2011년 5월에 처음 도입된 것이라 청구인이 제대로 교육을 받지 못해 잘 몰라서 습관적으로 계속 이용확정한 것임
- 당시 기본보육료 지원대상 아동이 항상 충분하여 구청에 문의하는 것은 생각지도 못했으나 등원하지 않은 아동을 11일 이상 등원한 것으로 보육행정시스템에 입력한 것은 잘못되었음

- 2011년 11월 초순쯤 할머니가 김00 아동의 퇴소 신청을 하여 퇴소처리함에 따라 기본보육료시스템에서 자동생성되지 않게 되었음, 김00를 퇴소처리하면서 다른 아동이 자동으로 기본보육 대상으로 생성되었음

사. 김00 아동의 할머니 박00(1952년생)가 2012년 8월경 작성한 진술서를 보면 "00 가족은 아빠가 0000 주식회사 주재원으로 파견되어 캄보디아에서 살고 있고, 00 동생 출산으로 민재 엄마가 입국하면서 00는 이 사건 어린이집에 다녔으며, 00 엄마가 몸조리가 끝난 후 00를 한국에 두고 가려했으나 00 아빠가 아이들을 보고 싶어해 캄보디아로 급히 가게 되었고, 당시 어린이집에다 00가 곧 돌아온다고 말하고 출국하였음, 캄보디아에서 한달 가량 몸조리를 해주고 00와 돌아오려고 하였다가 혼자서 귀국하였고, 우연히 청구인을 길에서 만나 이 사실을 이야기하고 00를 데리고 올 것이니 퇴소시키지 말고 기다려 달라고 부탁하였다"는 내용이 기재되어 있다.

아. 피청구인이 발행한 '2011년 보육사업안내'를 보면 기본보육료 지원에 관해 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

○ 지원대상

정부지원시설을 제외한 민간·가정·직장·부모협동 보육시설 중 만0~2세 아동 또는 장애아를 보육하는 시설

○ 지원근거

「영유아보육법」 제36조 및 동법 시행령 제24조(비용의 보조)

○ 지원금액

- 1인당 지원기준단가

연령	0세	1세	2세
기본보육료(원)	361,000	174,000	115,000

- 반편성별 지원기준단가

반구분	교사대아동비율 (초과반영)	최대 지급인원(명)	지급 우선순위	기본보육료 (원)
0세반	1:3 (특례지역일 경우 4명)	3	0세아, 장애아	361,000

반구분	교사대아동비율 (초과반영)	최대 지급인원(명)	지급 우선순위	기본보육료 (원)
0, 1세반	1:3 (특례지역일 경우 4명)	3	0세아, 장애아	361,000
			1세아	174,000
1세반	1:5 (초과보육시 1:7)	5	1세아, 장애아	174,000
1, 2세반	1:5 (초과보육시 1:7)	5	1세아, 장애아	174,000
			2세아	115,000
2세반	1:7 (초과보육시 1:9)	7	2세아, 장애아	115,000
2, 3세반	1:7 (초과보육시 1:9)	7	2세아, 장애아	115,000
			3세	0
장애아반	1:3	3	장애아	361,000
장애아 방과후반	1:3	3	장애아	309,000

- 출석일수 구간별 지원하고 입퇴소월은 일할계산으로 지원

- 출석일수가 11일 이상 : 기본보육료 지원단가의 100% 지원
- 출석일수가 6~10일 : 기본보육료 지원단가의 50% 지원
- 출석일수가 1~5일 : 기본보육료 지원단가의 25%
- 출석일수가 0일인 경우 : 기본보육료 미지원

○ 지원절차

1) 이용현황 확정

- 보육시설은 '어린이집지원시스템'에서 재원아동의 이용현황(출석일수)을 전월 말일까지 확정
- 보육시설은 회계보고 실시, 교사 대 아동비율 위반 여부 등을 반드시 사전점검하여 기본보육료 산출시점(1일 0시)에 지원요건이 준수되어야 기본보육료 지원금이 산출됨에 유의할 것

2) 지원금 산출

- 보육통합시스템에서 1일 0시(말일 24시) 어린이집 현원을 기준으로 아동의 전월 이용현황 구간별로 당월 기본보육료 지원금 생성
- 입소 또는 퇴소한 아동의 기본보육료는 일할계산하여 산출
  - 당월 퇴소아동은 당월 1일부터 퇴소일까지 모두 출석으로 인정하여 기본보육료 산출 (단, 출석일수가 0일인 경우 미지원)
- 초과보육 허용범위 내의 초과보육 아동이 있는 반은 기본보육료 지급금액이 많은 순서

로 생성하고 지급금액이 적은 아동을 지급대상에서 제외

3) 지원금 신청

- 보육시설은 2일까지 '어린이집지원시스템'에서 기본보육료 산출내역을 확인하고 지급을 신청

4) 지원금 승인 및 지급

- 시·군·구는 3일간 '행정지원시스템'에서 보육시설의 기본보육료 신청내역을 확인하고 검토 및 필요시 정정 후 지급을 승인

〈기본보육료 처리주체별 업무흐름〉

날짜	전월 말일까지	→	1일(0시)	→	1~2일	→	3~5일	→	매월 9일경
업무 수행자	보육시설		보육통합 정보시스템		보육시설		시·군·구		사회서비스관리원
처리 업무	이용현황 확정		지원금산출		산출내역 확인 및 지급신청		신청내역 확인 및 지급승인		시설로 입금

○ 지원요건

① 시·도지사가 고시하는 보육료 상한선 준수

② 총정원 및 교사 대 아동비율(혼합반 구성원칙) 준수

③ 재무회계규칙에 의한 회계보고 이행

④ 법령 및 지침 위반으로 운영정지 중인 시설이 아닐 것

자. 청구인이 제출한 이 사건 어린이집의 2011년 7월~9월 이용현황 및 기본보육료명단을 보면 교사 대 아동비율 1:5를 초과한 인원으로 2011년 7월에는 송00(만1세), 임00(만2세)이, 8월에는 김0(만1세), 송00(만1세), 민00(만2세), 임00(만2세)이, 9월에는 송00(만1세), 임00(만1세), 임00(만2세)이, 10월에는 임00(만2세)이 각 초과하여 보육되고 있었으며, 2010년 10월에는 김0(만1세), 임00(만1세)이 2010. 10. 5. 각 퇴소하였는데, 임00은 2011년 11월 기본보육료 수령대상이 아니었다.

차. 용인시수지구청장의 보조금 환수처분 및 과징금 부과처분과 용인시장의 원장자격정지처분에 대해 청구인이 2013. 7. 3. 수원지방법원 2013구합5488호로 행정소송을 제기하였다.

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령 등의 내용

1) 구「영유아보육법」(2011. 6. 7. 법률 제10789호로 개정되어 2011. 12. 8.부터 시행되기 전의 것, 이하 같다) 제36조는 국가나 지방자치단체는 대통령령으로 정하는 바에 따라 제10조에 따른 보육시설의 설치, 보육교사(대체교사를 포함한다)의 인건비, 초과보육(超過保育)에 드는 비용 등 운영 경비 또는 보육정보센터의 설치·운영, 보육시설종사자의 복지 증진, 취약보육의 실시 등 보육사업에 드는 비용의 전부 또는 일부를 보조한다고 규정하고, 같은 법 시행령 제24조제1항, 제2항은 법 제36조에 따라 국가 또는 지방자치단체가 보조하는 비용으로 보육시설의 설치, 증축·개축 및 개수·보수 비용(제1호), 보육교사 인건비(제2호), 교재·교구비(제3호), 보육정보센터의 설치운영비(제4호), 보수교육 등 종사자 교육훈련비용(제5호), 장애아 보육 등 취약보육 실시비용(제6호), 그 밖에 차량운영비 등 보건복지부장관 또는 해당 지방자치단체의 장이 보육시설 운영에 필요하다고 인정하는 비용(제7호)을 각각 규정하고 있으며, 위 비용의 지원방법 등에 관하여 필요한 사항은 보건복지부장관 또는 해당 지방자치단체의 장이 정한다고 규정하고 있다.

2) 구「영유아보육법」제40조제3호는 국가나 지방자치단체는 어린이집의 설치·운영자 등이 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보조금을 교부받은 경우에는 이미 교부한 비용과 보조금의 전부 또는 일부의 반환을 명할 수 있다고 규정하고, 구「영유아보육법」제46조에서 보건복지부장관은 어린이집의 원장이 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보조금을 교부받은 경우 1년 이내의 범위에서 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 그 자격을 정지시킬 수 있다고 규정하고 있다. 한편「영유아보육법 시행령」제26조제2항에 따르면 법 제46조에 따른 어린이집의 원장의 자격정지에 관한 보건복지부장관의 권한은 특별자치도지사·시장·군수·구청장에게 위임되었다.

3)「영유아보육법」제30조제1항, 제3항에서 보건복지부장관은 보육서비스의 질적 수준을 향상시키기 위하여 어린이집 설치·운영자의 신청에 따라 어린이집의 보육환경, 보육과정 운영 및 보육인력의 전문성 등을 평가하여 해당 어린이집에 대한 평가인증을 실시할 수 있고, 평가인증의 결과에 따라 보육사업 실시에 필요한 지원을 할 수 있다고 되어 있으

며, 같은 조 제5항제3호는 보건복지부장관은 평가인증을 받은 어린이집의 설치·운영자가 제40조제3호에 따라 보조금 반환명령을 받았거나 제45조 또는 제46조부터 제48조까지의 규정에 따른 행정처분을 받은 경우(시정명령을 받은 경우는 제외한다)에는 그 평가인증을 취소할 수 있다고 규정하고 있다.

나. 판 단

1) 위 인정사실에 따르면 청구인은 김00 아동이 2011년 7월부터 같은 해 10월까지 이 사건 어린이집에 매월 11월 이상 출석한 것으로 보육행정시스템에 허위등록 하여 2011년 8월부터 같은 해 11월까지 약 4개월의 기본보육료 69만 6,000원을 수령하였다는 이유로 2013. 1. 8. 용인시수지구청장과 용인시장으로부터 보조금 환수처분 등을 받은 사실이 인정된다.

2) 제재적 행정처분이 사회통념상 재량권의 범위를 일탈하였거나 남용하였는지 여부는 처분사유인 위반행위의 내용과 당해 처분행위에 의하여 달성하려는 공익목적 및 이에 따르는 제반 사정 등을 객관적으로 심리하여 공익 침해의 정도와 그 처분으로 인하여 개인이 입게 될 불이익을 비교·형량하여 판단하여야 할 것인데(대법원 2007. 9. 20. 선고 2007두6946 판결 참조), 평가인증 취소는 수익적 행정처분을 취소 또는 철회하는 경우로서 이미 부여된 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 하며, 그 처분으로 인하여 공익상의 필요보다 상대방이 받게 되는 불이익 등이 막대한 경우에는 재량권의 한계를 일탈한 것으로서 그 자체가 위법하다(대법원 2004. 11. 26. 선고 2003두10251 판결).

3) 구「영유아보육법」제36조에 따라 보육시설에 지급되는 보조금은 보육시설의 설립을 촉진하고 보육료의 상승을 막아 궁극적으로 보육시설을 이용하는 영아와 그 부모들에게 혜택이 돌아가게 하려는 공익적인 목적에서 보육시설의 운영자에게 지급되는 것이고, 이 사건에서 문제된 기본보육료에 관해 보면 '2011년 보육사업안내'에서 기본보육료 지원 요건으로 '교사 대 아동비율'을 준수할 것을 규정하고 있는 바와 같이 기본보육료는 영유

아 보호자에게 지원되는 일반보육료와는 달리 아동의 수를 기준으로 지원되는 것이지 특정 아동을 대상으로 지원되는 성질의 보조금은 아니라고 할 것이다.

4) 이 사건의 경우 청구인은 김00 아동이 해외에 체류 중이던 2011년 7월～2011년 10월경 김00 아동이 등원하는 것으로 보육행정시스템에 이용현황을 확정하여 기본보육료를 수령하였으나, 위 인정사실에서 확인되는 다음과 같은 사정 즉, 2011년 7월～9월의 경우 김00 아동을 제외하더라도 만1세의 다른 아동(송00, 김0, 임00)이 초과로 보육되어 있는 상황이어서 청구인이 이용현황 확정시 김00 아동을 제외하고 위 다른 아동을 이용현황에 포함시켰더라도 여전히 동일한 액수의 기본보육료를 지원받을 수 있었던 점, 2011년 10월의 경우 초과 보육되고 있던 임00이 만2세여서 만1세 1인당 지원기준단가 17만 4,000원에 비해 적은 11만 5,000원이 지원되므로 청구인이 만1세의 김00를 등록함으로써 결과적으로 그 차액에 해당하는 5만 9,000원을 초과수령한 데 불과한 점, 청구인이 기본보육료 외에 김00 아동에 대한 일반보육료까지 부정하게 지급받은 사정은 없고, 검찰에서도 결과적으로는 김00 아동을 제외하더라도 같은 액수의 기본보육료를 교부받을 수 있었던 사정 등을 고려해 영유아보육법 위반에 대해 청구인에게 기소유예로 처분을 한 점, 이 사건과 관련하여 청구인이 이미 용인시수지구청장과 용인시장으로부터 보조금 반환처분과 원장 자격정지처분을 받은 점, 청구인에게 동일한 위반행위 전력이 없는 점 등 제반사정을 종합해 보면 이 사건 처분은 처분행위에 의하여 달성하려는 공익목적을 고려하더라도 청구인에게 지나치게 가혹하여 부당하다 할 것이다.

7. 결　론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 있으므로 청구인의 청구를 받아들이기로 하여 주문과 같이 재결한다.

10 2013-22795 영양사면허정지처분 취소청구(재결일 : 2014. 2. 25.)

【사건의 쟁점】

이 사건 집단식중독 사고 발생에 영양사의 직무상 책임이 있는지 여부

【재결요지】

환자가검물과 보존식에서 검출된 식중독 원인균이 일치하지 않고 급식소 내 칼, 도마, 행주와 물 조사에서 식중독균이 검출되지 않아 식중독환자와 급식간의 연관성이 명확히 확인되지 않으므로 식중독의 원인이 학교급식 때문이라고 단정할 수 없고, 역학조사결과 식중독의 원인병원체와 감염원에 대해 인체 및 보존식 검사결과, 식품섭취력 분석결과가 상이하여 추정은 가능하나 정확한 감염원을 찾을 수 없다고 하고 있으며, 질병관리본부도 식중독 사고의 유행 원인을 확정하지 못하고 있는 사정 등을 고려할 때 영양사면허정지처분은 위법·부당함

【재결의 의미】

학교급식 때문에 집단식중독이 발생한 사실이 명확히 입증되지 않고, 역학조사결과 정확한 감염원을 확정지을 수 없을 경우 영양사에게 그 직무상 책임을 물을 수 없음

주 문 피청구인이 2013. 6. 20. 청구인에게 한 1개월의 영양사면허정지처분을 취소한다.

청구취지 주문과 같다.

이 유

1. 사건개요

청구인이 영양사로 근무하던 ooo도 oo시 oo구 oo로 91번길에 있는 ○○고등학교(이하 '이 사건 학교'라 한다)에서 2012. 9. 7. ~ 9. 12. 식중독 사고가 발생하자, 2013. 6. 20. 피청구인은 청구인에게 이 사건 식중독 사고는 청구인의 직무상 책임에 해당한다는

이유로 1개월(2013. 7. 19. ~ 2013. 8. 18.)의 영양사 면허정지처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

가. 보존식(김치류)에서 검출된 대장균과 인체가검물에서 검출된 병원성 대장균이 서로 일치하지 않고 역학조사 결과보고서에 정확한 감염원을 찾을 수 없다고 공문으로 명시했으므로 영양사의 면허정지 사유가 없다.

나. 이 사건 식중독의 원인식품이나 감염경로가 김치류로 추정된다는 것이 질병관리본부 등 관련기관의 역학조사 결과이나, 이러한 김치류는 청구인이 김치가공 업체로부터 완제품 상태로 납품받아 냉장 보관하여 급식소 내에서 손질이나 요리를 하지 않고 바로 소독용기에 담아 배식하고 oo보건환경연구원의 검사결과 배추김치(6식)에서 균이 검출되지 않았으므로 이 사건 식중독의 사고원인이 해당 학교 및 영양교사가 위생책무를 다하지 않은 것이라고 할 수 없다.

다. oo보건환경연구원의 검사결과 보존식에서 검출된 대장균의 경우 일반인 음식에서 많이 발견되는 균이며 이러한 대장균이 유증상자들의 증상발생에 결정적 영향을 미쳤다고 볼 수 있는 인과관계가 없고, 이는 유증상자들에게서 검출된 대장균이 보존 식에서 발견된 대장균과 동일한 것이 아닌 변종의 대장균인 점에 비추어 알 수 있다.

라. 돈갈비조림에서 검출된 대장균 역시 김치류에서 검출된 대장균과 일치하고 배식 시 대형 선풍기가 돌아가기 때문에 대장균에 오염된 김치에서 공기 접촉에 의해 교차오염의 가능성이 높다.

마. 청구인이 최초 통보받은 oo보건환경연구원의 식품 및 환경가검물 검사결과(2012. 9. 20.)와 2회차(2012. 9. 28.), 3회차(2012. 11. 6.) 통보받은 수인성·식품매개질환 유행 역학조사 통보 및 평가결과의 내용이 서로 달라 내용상의 문제가 있어 정확한 원인분석이 있어야 할 것으로 판단되며, 특히 원인균이 추정된다는 이유만으로 그 식중독의 원인균이 급식소에서 발생했다는 것은 무리한 억측이다.

바. ㅇㅇ보건환경연구원의 환경조사 결과에 따르면 조리종사자 9명의 건강 및 위생 상태는 모두 양호하였고 철저히 손 씻기가 이루어졌으며 위생 상태도 모두 깨끗하였다는 점과 급식소 내 환경 검체 및 물 검체에서도 어떤 균도 검출되지 않은 것은 조리과정상에서 교차오염 등의 문제가 없었다는 것을 역으로 증명하고 있다.

사. 질병관리본부의 '수인성·식품매개질환 유행역학조사 평가결과'의 역학조사반 검토결과에서도 원인 병원체는 ETEC와 EAEC로 추정한다고 명시하고 있고, EPEC는 조리에 직접 관여를 하지 않는 영양교사의 검체이며, 특히 EPEC는 부분적으로 유행에 관여하는 가능성이 있는 균으로 본교의 환자 발생 균과 관련이 없다.

아. 역학조사에서 '공동 노출원 조사 시 학교급식 외에는 공동노출원이 없는 것'으로 조사되었는데, 현실적으로 교외의 다양한 음식을 섭취할 가능성이 매우 높고, 특히 본교 유증상자 발생 1～2일 전이 토요일과 일요일임을 감안하면 외부에서의 음식섭취 활동에 의한 감염 가능성도 충분히 있음에도 이에 대하여는 전혀 조사된 바가 없다.

자. 역학조사결과에 '인근 다른 기관(학교)에서는 유행이 발생하지 않은 것으로 확인 되었다'라고 되어 있으나, 그 당시 인근 다른 학교의 식단이 본교와는 다르고(해당학교 공개 홈페이지 식단표 확인), 특히 알타리김치, 나박김치, 오이소박이, 고들빼기김치는 급식을 하지 않았음을 알 수 있다.

차. 청구인은 위생관련 식중독 등의 중대사고 발생 방지를 위해 지침에 따라 평소 뿐만 아니라 증상 발생 기간 동안에도 위생관리 의무를 철저히 이행하였고 질병관리본부 등 유관기관의 수차례의 역학조사에서도 유증상자의 증상 발생의 원인이 영양사의 위생책무를 다하지 않았다는 근거가 없으며, 유증상자의 증상 발생의 원인이 급식소란 충분한 근거도 없으므로 이 사건의 유증상 발생원인이 본교 급식소나 청구인이 「식품위생법」 제88조제2항에서 정하는 '위생관리를 철저히 해야 할 의무'를 불성실하게 이행한 것이라는 판단은 편의적 억측이며, 피청구인의 이 사건 처분은 행정 편의주의적 발상의 처분이다.

3. 피청구인 주장

가. ㅇㅇㅇ도 ㅇㅇ시 역학조사반의 역학조사 보고서, 질병관리본부의 검토의견 모두 이 사

건 식중독 사고의 원인으로 이 사건 학교의 급식을 지목하고 있으므로 이 사건 학교 급식의 위생관리를 할 직무상 의무가 있는 청구인은 그에 따른 직무상 책임이 있다.

나. 역학조사 결과에 따르면, 학교 내 급식소에서 급식을 먹고 설사, 복통 등의 증상을 보인 학생 및 조리종사자의 인체검체검사에서 병원성대장균 19건(EPEC 3건, EAEC 12건, ETEC 4건)이 검출되었고, 환경검체검사에서 돈갈비조림, 오이소박이, 알타리김치, 고들빼기김치, 나박김치 등에서도 대장균이 검출되었다.

다. 수인성·식품매개질환 역학조사 지침에 따라 시·군·구 역학조사반은 유행종결 후 결과보고서를 시·도를 거쳐 질병관리본부에 제출하고, 질병관리본부는 그 결과보고서를 검토하여 평가결과를 시·도로 환류하고 있으며, 위의 과정을 통해 작성된 oo시 보건소의 역학조사 보고서와 질병관리본부 검토의견서가 이 사건 식중독 사고의 원인을 학교 급식으로 본 것은 동일하다.

라. 청구인은 이 사건 학교의 영양사로서 급식의 위생관리를 할 직무상 의무가 있음에도 급식의 식재료, 조리 등을 적절하게 관리하지 아니하여 이 사건 식중독 사고가 발생하였으므로 그 직무상 책임을 면할 수 없다.

마. 청구인은 김치류는 완제품 상태로 납품받아 조리하지 않고 단순히 손질하여 소독식기에 담아 제공하여 배식하므로 식중독의 사고원인이 영양사가 위생책무를 다하지 않은 것이라고 판단할 수 없다고 주장하나, 손질하는 과정에서 조리기구(칼, 도마 등)를 통해 교차오염이 일어날 수 있으므로 교차오염 가능성을 배제할 수 없고, 동일 김치업체에서 완제품을 동시에 납품받은 다른 급식소의 경우 식중독이 발생하지 않은 점과 유증상자가 공통으로 음식을 섭취한 장소가 토월고등학교임을 감안할 때 학교 급식을 통해 학생들이 감염되었다고 보이며 학교 급식을 관리하는 청구인이 직무상 책임이 없다고 할 수 없다.

바. 청구인은 인체 검사 결과와 환경 검체 검사의 대장균이 불일치하므로 학교급식이 이 사건 식중독 사고의 원인이 아니라고 주장하나, oo보건환경연구원의 검사결과, 성산구청 환경조사 결과보고서, oo시 보건소 역학조사 결과 등 수인성·식품매개질환 유행결과 보고서를 종합적으로 검토한 질병관리본부의 평가결과에 의하면 '역학적으로 2명이상에서

동일한 병원체가 검출되고 역학적 연관성 3요소 중 둘이상 만족하여' 유행원인을 '가능성 높음(probable)'으로 판단하고 있으며, 이는 보존식 등 실험실적 검사결과 외에도 역학적 연관성을 종합적으로 고려하고 추정한 것이다.

사. 동일 음식을 섭취한 집단에서 동일한 시기에 다수의 식중독 의심 또는 추정환자가 발생하고 2인 이상의 환자 가검물에서 동일한 식중독균이 검출되어 공동 노출에 의한 식중독으로 판단되며,「식품위생법」제2조제14호의 식중독이라 할 수 있고 같은 법 제88조제2항제1호 규정을 위반한 학교급식을 이 사건 식중독 사고의 원인으로 보는 것이 타당하다.

아.「식품위생법」제52조제2항에 따라 집단급식소에 근무하는 영양사는 집단급식소에서의 식단 작성, 검식 및 배식관리, 구매식품의 검수 및 관리의 직무를 수행해야 하는 자이므로 김치 등 제공급식에서 식중독균이 검출된 점은 영양사에게 구매식품의 검수 및 관리 소홀의 책임이 있으며, 조리 중 또는 후, 이동이나 보관과정에서 잘못된 위생관리로 인한 오염가능성을 배제할 수 없다.

자. 청구인은 식중독의 원인이 되는 유해한 미생물 또는 유독물질로부터 식재료의 검수·세정과정·조리과정에서 식품을 위생적으로 안전하고 인체의 건강을 해치지 않게 급식을 관리하여 학생들의 건강증진에 기여하여야 하나, oo시 역학조사반의 현장 확인결과 조리장 내부청소에 미흡한 점이 발견되는 등 관리 부주의에 따른 식중독으로 판단되므로 직무상의 책임이 있다.

4. 관계법령

국민영양관리법 제17조, 제21조
국민영양관리법 시행령 제5조 및 별표
학교급식법 시행령 제8조

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 보충서면, 역학조사 결과보고서, 행정처분 의뢰서, 질병관리본부 회신문, 처분서 등 각 사본의 기재내용을 종합해 보면 다

음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 피청구인으로부터 영양사 면허(면허번호 제ooooo호)를 취득한 자로서, 이 사건 식중독 사고 발생 당시 이 사건 학교에서 영양사로 근무하였다.

나. 2012. 9. 12. ooo도 oo시 oo구 oo로 91번길 8에 있는 ○○고등학교에서 학생 10여 명이 설사와 복통 증상으로 학교 보건실을 방문하여 이 사건 식중독 사건이 신고되어 ooo도 oo시는 이에 대한 역학조사를 실시하였다.

다. 2012. 9. 20. oo시는 이 사건 학교에 다음과 같이 식중독 환자발생 관련 인체 및 환경 등 가검물 검사결과를 통보하였다.

- 다 음 -

□ 보존식 검사결과

○ 2012. 9. 7.(금, 중식) : 돈갈비조림, 오이소박이에서 일반대장균 검출

○ 2012. 9. 7.(금, 석식) : 알타리김치에서 일반대장균 검출

○ 2012. 9. 11.(화, 석식) : 고들빼기김치에서 일반대장균 검출

○ 2012. 9. 12(수, 석식) : 나박김치에서 일반대장균 검출

□ 인체가검물 검사결과

○ 대장균(E. coli)의 변종인 장병원성대장균(EPEC) 3명, 장흡착성대장균(EAEC) 12명, 장독소성대장균(ETEC) 4명 검출 총 19명

□ 조리실 식수, 음용수, 지하수(생활용수) 검사결과

○ 대장균, 살모넬라, 예르시니아 엔테로콜리티카 음성, 세균수 0(Zero), 총대장균군 불검출

라. 2012. 9. 28. oo시는 피청구인과 이 사건 학교 등에 다음과 같이 집단급식소 수인성·식품매개질환 유행결과보고서(역학조사 결과보고서)를 통보하였다.

- 다 음 -

1) 발생개요

○ 발생신고일시 : 2012. 9. 12. 17:55

○ 추정위험노출일시 : 2012. 9. 7. 12:00

○ 현장역학조사일시 : 2012. 9. 12. 18:20

○ 최초환자발생일시 : 2012. 9. 8. 00:00

○ 발생장소 : ooo도 oo시 ○○고등학교

○ 평균잠복기 : 71시간

○ 추정원인병원체 : 장병원성대장균(EPEC), 장관흡착성대장균(EAEC), 장독소성대장균(ETEC)

○ 추정감염원 : 돈갈비조림, 오이소박이, 알타리김치, 고들빼기김치, 나박김치

○ 발병률(발생규모) : 45/1,107(4.07%)

○ 유행종결일자 : 2012. 9. 19.

2) 환경 조사결과

○ 조리종사자는 9명이고 건강 및 위생상태는 모두 양호하였으며 철저하게 손씻기가 이루어졌고 손의 상태도 모두 깨끗하였음

○ 잠재적으로 위험한 조리공정을 중요관리점(CCP)으로 기록 관리하고 있음

3) 물 조사결과

○ 학교 내 급식소에서 제공하는 식수 이외는 정수기나 다른 식수는 없었으며 조리용수는 상수도를 사용하고 있었으며 화장실 생활용수는 지하수를 사용하고 있으며 검사결과 적합한 것으로 조사되었음

4) 실험실 검체 결과

검체종류	검체건수	결과
직장도말	유증상자 45건	EAEC 12, EPEC 2, ETEC 4
	조리종사자 9건	EPEC 1
보존식	현미조리밥 외 46개 메뉴	대장균(돈갈비조림, 오이소박이, 알타리김치, 고들빼기김치, 나박김치)
환경검체	칼, 도마, 행주 등 3건	불검출
음용수	상수도(조리용, 음용수), 지하수(생활용수)	불검출

5) 추정원인병원체 및 추정감염원

○ 유증상자의 직장도말의 결과 검체 2건에서 대장균(E. coli)의 변종인 장병원성대장균(EPEC), 검체 12건에서 장관흡착성대장균(EAEC), 검체 4건에서 장독소성대장균(ETEC)이 검출되었음

○ 조리종사자 직장도말의 결과 검체 1건에서 대장균(E. coli)의 변종인 장병원성대장균

(EPEC)이 검출되었음

○ 보존식(돈갈비조림, 오이소박이, 알타리김치, 고들빼기김치, 나박김치)에서 대장균(E. coli)이 검출되고 환례 역학조사결과 평균 잠복기는 71시간, 주요 증상은 설사, 복통이었음

○ 추정원인병원체는 대장균(E. coli)의 변종인 병원성대장균(장병원성대장균(EPEC), 장관흡착성대장균(EAEC), 장독소성대장균(ETEC))으로 추정됨

- 병원성대장균의 잠복기

・ 장병원성대장균(EPEC) : 잠복기 1~6일, 12~36시간, 9~12시간

・ 장독소성대장균(ETEC) : 잠복기 1~3일, LT 혹은 ST 균주는 10~12시간, LT/ST 균주는 24~72시간

○ 환경검체와 음용수 검사결과는 이상 없었으며, 보존식에서 돈갈비조림, 오이소박이, 알타리김치, 고들빼기김치, 나박김치에서 대장균이 검출되었고 식품 섭취력 분석에서 배추김치가 유의하게 나옴

○ 추정감염원은 보존식의 돈갈비조림, 오이소박이, 알타리김치, 고들빼기김치, 나박김치, 배추김치로 추정됨

- 대장균 감염증은 가축, 동물, 사람, 자연환경 등 분포가 광범위하고 균에 오염되어 증식되면 무엇이든 원인병원체가 될 수 있고 오염된 음식이나 물을 섭취하거나 분변-경구 경로가 주된 전파경로임

6) 조사의 제한점

○ 발생장소가 학교이고 유증상자가 학생들로 유행여부를 판단하기 위한 유행규모조사에서 전교생을 대상으로 유증상자를 파악할 때 환례와 상관없이 많은 인원(150여명)들이 증상이 있다고 하여 유행규모가 매우 큰 것으로 예상하고 준비하였으나 환례 정의에 부합한 인원은 45명 정도였음

○ oo보건환경연구원의 정확한 검사 시스템으로 환자와 조리종사자에게서 병원성 대장균이 검출되었고, 보존식에서 대장균이 검출되어 원인병원체와 추정감염원을 찾을 수 있었다고 봄

○ 그러나 인체검사결과와 보존식 검사결과, 식품섭취력 분석 결과가 서로 상이하여 추정은 가능하나 정확한 감염원을 찾을 수 없었다고 볼 수 있겠음

7) 환경조사 결과 보고서

□ 원인추정식품

○ 원인추정식품

- 9. 7.(중식) 돈갈비찜, 오이소박이, (석식) 알타리김치, 9. 11.(석식) 고들빼기김치, 9. 12.(석식) 나박김치

○ 추정사유

- 9. 7.(중식) 돈갈비찜은 육류를 납품받아 급식소에서 가열 조리하여 제공된 것으로 양념 및 야채 소독이 철저히 이루어지지 않았거나 주위 조리기구에 의하여 교차오염이 되었다면 식중독 발생 개연성이 존재함
- 9. 7.(중식) 오이소박이, (석식) 알타리김치, 9. 11.(석식) 고들빼기김치, 9. 12.(석식) 나박김치 또한 완제품을 납품받아 급식소에서 썰어 제공된 것으로 주위 조리기구에 의하여 교차오염이 되었다면 식중독 발생 개연성이 존재함

□ 조사시 문제점 및 건의사항

○ 식중독의 원인이 된 식품 등과 환자간의 연관성 확인

- 보건환경연구원 검사결과 식중독 원인체인 환자가검물에서 병원성대장균(EAEC, EPEC, ETEC)이 검출되었고, 보존식에서는 대장균이 검출되어 식중독의 원인균이 일치하지 않아 향후 행정조치 시 이의제기 등이 예상되므로 식품 등과 환자간의 연관성 확인이 반드시 필요하다고 사료됨

마. 2012. 11. 7. oo시는 이 사건 학교 등에 다음과 같이 수인성·식품매개질환 유행역학조사 평가결과를 통보하였다.

- 다 음 -

□ 수인성·식품매개질환 유행역학조사 결과보고서 평가결과의 2012년 40주차(2012. 9. 30. ~ 10. 6.) 제출 결과보고서

○ 원인병원체 ETEC, EAEC, 감염원 김치류, 원인발생장소 ○○고등학교, 유행원인 판단기준 probable임

○ 검체결과 : 유증상자 검체 45건 중 ETEC 4건, EPEC 2건, EAEC 12건 검출됨. 조리종사자 1건에서 EPEC 검출. 보존식에는 돈갈비조림, 오이소박이, 알타리김치, 고들빼기김치, 나박김치에서 대장균 검출됨. 환경검체 및 물검체에서는 검출되지 않음

○ 평가의견

- 병원체는 ETEC와 EAEC가 주된 병원체로 추정되며, 일부 환례에서 EPEC가 부분적으로 유행에 관여하였을 가능성
- 감염원으로 9. 7. 제공된 배추김치 및 콩나물, 미나리나물이 잠복기를 고려할 때 감염원으로 의심되며, 특히 배추김치가 3.05로 높은 교차비를 보였고 다른 제공된 다수의 김치류에서 병원균 대장균이 검출되었으므로 배추김치를 포함한 김치류를 감염원으로 추정함
- 병원체는 ETEC와 EAEC, 감염원은 김치류, 발생장소는 ○○고등학교

바. 2012. 12. 11. oooo지사는 피청구인에게 이 사건 학교 집단급식시설에서 설사환자가 발생하여 원인규명 결과 학생 및 조리종사자에게서 병원성대장균(19명)이 검출되어 집단 식중독으로 판단됨에 따라 관련시설 영양사인 청구인에 대하여 「국민영양관리법」 제21조제2항 규정 위반으로 다음과 같이 행정처분을 의뢰하였다.

- 다 음 -

○ 위반내용 : 학교급식으로 인한 집단설사 환자 발생
○ 처분기준 : 면허정지 1개월
○ 발생일 : 2012. 9. 12.
○ 발생장소 : ○○고등학교
○ 병원체 : ETEC, EAEC
○ 감염원 : 김치류
○ 유행원인 판단기준 : Probable

사. 2013. 3. 15. 피청구인은 청구인에게 다음과 같이 영양사 면허정지 행정처분 사전통지 및 의견 제출 안내를 하였다.

- 다 음 -

○ 처분의 원인이 되는 사실

- oo 소재 ○○고등학교에서 발생한 식중독사고와 관련하여 원인식품, 경로 등에 대한 역학조사 및 검사의뢰 결과, 2012. 9. 7. ~ 9. 12. 교내급식소에서 돈갈비조림, 오이소박이, 알타리김치, 고들빼기김치, 나박김치 등 중·석식을 먹은 후 설사, 복통 등의 증상을 보인

학생 등의 직장채변 검사결과 19명(유증상자 45→18명, 종사자 9→1명)으로부터 병원성 대장균이 검출되었으며, 보존식(김치류)에서 대장균이 검출되었음

- 이는 배식, 조리기구 등 위생적 관리가 이루어지지 못한 점이 인정되어 「국민영양관리법」 제21조제2항제1호 '식중독이나 그 밖에 위생과 관련한 중대한 사고 발생에 직무상의 책임이 있는 경우'에 해당하는 것으로 확인됨

○ 처분하고자 하는 내용 : 면허정지 1개월

○ 법적근거 및 조문내용 : 「국민영양관리법」 제21조제2항제1호와 동법 시행령 제5조 관련 [별표] Ⅱ. 3.

○ 의견제출 기한 : 2013. 4. 5.

아. 2013. 4. 9. 청구인은 피청구인에게 인체가검물과 보존식에서 검출된 식중독 원인균이 상이하여 추정은 가능하나 정확한 감염원을 찾을 수 없으므로 영양사 면허정지처분은 위법·부당하다는 의견을 제출하였다.

자. 2013. 5. 16. 질병관리본부는 2013. 5. 1.자 피청구인의 지자체 행정처분 의뢰내용과 청구인 의견에 대한 검토 요청에 대하여 다음과 같이 회신하였다.

- 다 음 -

1) 지자체 행정처분 의뢰내용

○ 유증상자 직장채변 검사결과 병원성대장균 검출(학생 18, 종사자 1)

○ 보존식(김치류)에서 대장균 검출

○ 면허정지 1개월

2) 영양사 의견

○ 인체가검물과 보존식에서 검출된 식중독 원인균이 상이하여 추정은 가능하나 정확한 감염원을 찾을 수 없음

3) 검토의견

○ 본 사례와 같이 '역학적으로 2명이상에서 동일한 병원체가 검출'되고 역학적 연관성 3요소 중 둘이상 만족하는 경우 유행 원인을 '가능성 높음(probable)'으로 판단함

○ 유행원인에 대한 결론은 보존식 등 실험실적 검사결과에 의해서만 판단한 것이 아니라, 역학적 연관성에 의해 추정한 것임

차. 2013. 6. 20. 피청구인은 청구인에게 이 사건 식중독 사고는 청구인의 직무상 책임에 해당한다는 이유로 1개월(2013. 7. 19. ~ 2013. 8. 18.)의 영양사 면허를 정지하는 이 사건 처분을 하였다.

카. 청구인이 제출한 자료에 따르면, 이 사건 학교 급식소의 위생관리 현황은 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 본교 급식소는 학교급식 위생관리 지침에 의거 식품구입에서 급식완료까지 급식 전단계에 걸쳐 HACCP(Hazard Analysis Critical Control Point) 시스템을 적용하여 일일 CCP 기록지를 작성, 관리하고 있음

○ 학교운영위원회의 심의를 거쳐 급식납품업체 선정 및 안전한 식품을 공급하도록 노력하고 있으며, 학교급식소위원회의 학교급식 모니터링제 및 급식납품업체 방문 급식품 전자조달시스템을 통한 안전하고 투명한 학교급식이 되고자 최선을 다하고 있음

○ 전염병예방법에 의거 급식소 소독을 실시하고 있으며 6개월마다 조리종사원(영양교사 포함)들의 건강진단을 실시하고 있음

- 2012년 방역소독일자 : 총6회(4/28, 6/27, 8/26, 9/13, 11/4, 13년 2/2)
- 2012년 관계자 건강 검진 일자
  - 옥○○(영양교사) : 2012. 1. 13., 2012. 7. 11., 2013. 1. 4.
  - 최○○(조리사) : 2012. 2. 17., 2012. 8. 13., 2013. 2. 8.
  - 조리원 8명(동시검진) : 조리사와 동시검진

○ 2012년 위생점검 평가결과

- 상반기 : 2012. 5. 28., 점검결과점수 : 98점
- 하반기 : 2012. 11. 28., 점검결과점수 : 97점

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령

「국민영양관리법」 제17조에 따르면, 영양사의 업무는 식단작성, 검식 및 배식관리, 급식시설의 위생적 관리, 종업원에 대한 영양지도 및 위생교육 등이라고 되어 있고, 「학교급식법 시행령」 제8조에는 영양교사는 학교의 장을 보좌하여 식단작성, 식재료의 선정 및

검수, 위생·안전·작업관리 및 검식, 조리실 종사자의 지도·감독, 그 밖에 학교급식에 관한 사항을 수행한다고 되어 있으며, 「국민영양관리법」 제21조제2항제1호에 의하면, 보건복지부장관은 영양사가 그 업무를 행함에 있어서 식중독이나 그 밖에 위생과 관련한 중대한 사고 발생에 직무상의 책임이 있는 경우 6개월 이내의 기간을 정하여 그 면허의 정지를 명할 수 있다고 되어 있고, 같은 법 시행령 제5조, 별표 Ⅱ. 개별기준 제3호에는 영양사가 그 업무를 행함에 있어 식중독이나 그 밖에 위생과 관련한 중대한 사고 발생에 직무상 책임이 있는 경우 1차 위반 시 면허정지 1개월의 행정처분을 하도록 규정하고 있다.

나. 판 단

위 인정사실에 따르면, 이 사건 식중독 사고의 유증상자와 조리종사자의 인체가검물에서 대장균의 변종인 장병원성대장균(EPEC), 장관흡착성대장균(EAEC), 장독소성대장균(ETEC)이 검출되었고, 이 사건 학교에서 배식한 보존식(돈갈비조림, 오이소박이, 알타리김치, 고들빼기김치, 나박김치)에서도 대장균(E. coli)이 검출되었으나 식중독의 원인균이 일치하지 않아 식중독이 발생한 환자와 이 사건 학교에서 제공한 식품간의 상호 연관성이 명확하게 확인되지 아니할 뿐만 아니라 ooo도 oo시의 역학조사 결과보고서에서도 원인병원체와 추정감염원에 대하여 인체검사결과, 보존식 검사결과 및 식품섭취력 분석 결과가 서로 상이하여 추정은 가능하나 정확한 감염원을 찾을 수 없었다고 하고 있고, 질병관리본부가 이 사건 식중독 사고의 유행원인을 확정하지 못하고 '가능성 높음(probable)'이라고 판단하고 있으며, 이 사건 학교에 대한 역학조사 당시 조리종사자 9명의 건강 및 위생상태는 모두 양호하였고 철저하게 손씻기가 이루어져 손의 상태도 모두 깨끗하였으며 잠재적으로 위험한 조리공정을 중요관리점(CCP)으로 기록 관리하고 있다고 평가하고 있는 점, 칼, 도마, 행주 등 급식소 내 환경 검체와 음용수 검체 조사에서 어떠한 균도 검출되지 않은 점, 이 사건 식중독 사고의 추정 감염원으로 지목되고 있는 김치류는 청구인이 완제품 상태로 납품받아 그대로 배식하는 점, 식중독 사고의 경우 원인병원체나 감염경로가 매우 다양하여 학교급식위생관리지침과 예방수칙을 철저하게 준수하더라도 영양사가 그로 인한 식중독 사고의 발생을 근본적으로 차단하기 어려워 보이고 청구인이 이 사건 학교의 영양교사로서 학교급식법령에서 정한 업무를 수행함에 있어 급식 관리를 잘못하였다거나 소홀히 하였다고 인정할 만한 사정을 찾을 수 없는 점 등을 종합적으로 고려할 때

피청구인이 이 사건 유증상자·조리종사자의 인체가검물과 보존식에서 병원성대장균과 대장균이 검출되었다는 이유만으로 이 사건 사고에 직무상 책임이 있다고 볼 만한 객관적·구체적인 사정이 없는 청구인에 대하여 영양사 면허를 1개월간 정지한 이 사건 처분은 재량권을 일탈·남용하여 위법·부당하다 할 것이다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 있으므로 청구인의 청구를 받아들이기로 하여 주문과 같이 재결한다.

11 2014-01230 부정당업자 제재처분 취소청구(재결일 : 2014. 4. 8.)

【사건의 쟁점】

청구인이 정당한 이유 없이 계약을 이행하지 아니하였는지 여부

【재결요지】

피청구인이 입찰공고문에 당해물품의 제조에 필요한 설비를 갖춘 자에게 입찰참가자격을 부여하고, 입찰참가자는 계약조건을 확인하여 계약이행가능여부를 사전에 주의깊게 판단한 후 입찰에 참가하도록 명시하였음에도 불구하고 청구인은 이 사건 계약을 체결한 후 물품구매계약서상 납품기한을 훨씬 넘겨 피청구인에게 계약해지요청을 하였으므로, 청구인에게 계약을 체결하기 전에 계약이행가능여부에 대해 충분히 확인하지 못한 책임이 있다고 할 것이며, 달리 이 사건 계약을 이행하지 못한데 대하여 청구인의 의무위반을 탓할 수 없는 정당한 사유가 있다고 보기 어려움

【재결의 의미】

계약이행률이 높다 해도 납품기한을 훨씬 넘겨 계약해지요청을 한 경우 정당한 사유없이 계약을 이행하지 않은 자에 해당함

주 문 청구인의 청구를 기각한다.

청구취지 피청구인이 2013. 12. 18. 청구인에게 한 6개월(2013. 12. 19. - 2014. 6. 18.)의 부정당업자 제재처분을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

피청구인은 청구인이 '○○○ 운영용 수리부속류 물품공급계약'(이하 '이 사건 계약'이라 한다)을 체결하였음에도 정당한 이유없이 계약을 이행하지 아니하였다는 이유로 2013.

12. 18. 청구인에게 6개월(2013. 12. 19. - 2014. 6. 18.)의 부정당업자 제재처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

가. 청구인 회사의 여건상 납품기일의 준수가 어려워 납품이 지연되었고, 납품이 지연됨에 따라 지체상금을 감당하기 어려웠기 때문에 청구인은 피청구인에게 부분계약해지를 요청하였다.

나. 청구인도 이 사건 처분의 적법성은 인정하지만, 청구인은 2013. 10. 23.까지 167항목 중 144항목(86.2%)을 납품하였으므로 이를 고려하지 않고 6개월의 입찰참가제한을 한 이 사건 처분은 가혹하여 취소되어야 한다.

3. 피청구인 주장

가. 청구인은 일반경쟁입찰을 통하여 이 사건 계약을 체결하였고, 피청구인은 이 사건 물품에 대한 입찰공고 당시 당해 물품의 제조에 필요한 설비를 갖춘 자로 입찰참가자격을 제한하였으며, 요구 규격 및 목록, 규격상의 각종 성능시험요건 등에 대하여 입찰 전에 확인하여 본인의 계약이행가능 여부를 사전에 주의깊게 판단한 후 입찰에 참가하도록 하였는바, 청구인은 입찰에 참가하거나 계약을 체결할 당시에 청구인의 제작·납품능력을 확인하였어야 한다.

나. 그럼에도 불구하고 청구인은 보유장비 및 기술력 부족, 금형제작비의 과다, 협력업체 물색 실패, 도면에 의존한 이 사건 물품 제작의 어려움 등 청구인의 제작·납품능력의 한계로 인하여 이 사건 계약의 해지를 요청하였는바, 이는 입찰참가 및 계약체결 당시 청구인의 제작·납품능력을 확인하지 아니한 청구인의 귀책으로 인한 계약불이행임이 명백하다.

다. 또한 청구인은 이 사건 계약목적물 167품목 중 144품목을 납품함에 따라 이 사건 계약이행률이 87%에 이르므로 이 사건 처분을 감경하여 달라고 주장하나, 청구인의 주장과 같이 계약품목수를 기준으로 계약이행률을 판단하는 경우 해당 계약의 주된 품목은

납품하지 아니한 채 부수적인 품목만을 납품하더라도 계약이행률이 높아지게 되는 폐단이 발생하게 되므로 피청구인은 계약금액을 기준으로 계약이행률을 판단하고 있는데, 계약금액을 기준으로 청구인의 계약이행률을 산정하여 보면, 청구인은 계약금액 383,971,000원 중 223,276,426원을 이행하였으므로 계약이행률이 58.14%에 불과하므로, 이 사건 처분을 감경할만한 사유에 해당하지 아니한다.

라. 따라서 이 사건 처분은 적법·타당하므로 이 사건 심판청구는 기각되어야 한다.

4. 관계법령

국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 '국가계약법'이라 한다) 제27조
국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령 제76조
국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행규칙 제76조, 별표 2

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 각각 제출한 청구서, 답변서, 계약서, 입찰공고문, 물품구매계약서, 의견서, 처분서 등 각 사본의 기재내용을 종합하여 보면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 2012. 6. 19. 피청구인은 이 사건 계약에 대한 입찰을 공고하였는데, 입찰공고문에는 '당해물품의 제조에 필요한 설비를 갖춘 자(공장등록증명서상 해당업종 분류번호를 등록받은 자)'에게 입찰참가자격이 있고, 요구 규격 및 목록과 계약특수조건(계약이행/품질보증/대가지급/의무사항 등)을 비롯하여 규격상의 각종 성능시험 요건(성능시험의 수행과 시험설비의 준비책임은 계약업체에 있습니다)도 반드시 입찰 전에 확인하여 자사의 계약이행가능여부를 사전에 주의깊게 판단한 후 입찰에 참가하라는 취지로 기재되어 있다.

나. 2012. 7. 13. 청구인은 피청구인과 다음과 같이 이 사건 계약을 체결하였다.

- 다 음 -

○ 물품명: ○○ 운영용 수리부속류 외 166항목
○ 계약금액: 383,971,000원

○ 납품일자: 2012. 12. 7. - 2013. 3. 29.

다. 2013. 10. 23. 청구인은 피청구인에게 ○○ 운영용 수리부속류 외 166항목 중 적재장치 시스템, 탄약용 외 21항목은 회사 보유장비 및 기술력 부족으로 제조가 불가능하고, 소량 다품종의 금형제작비가 전체계약단가(삼억팔천만원)을 초과함은 물론 협력업체를 발굴할 수 없어 제조가 불가능하며, 도면에 의존한 제작이 어렵고, 현품확보가 어렵다는 이유로 22항목에 대한 계약해지요청을 하였다.

라. 피청구인이 제출한 부분계약해제명세서에 따르면, 청구인은 계약금액 383,971,000원 중 160,694,574원(41.8%)에 대해 계약해지를 요청한 것으로 되어 있다.

마. 2013. 11. 4. 피청구인은 처분사전통지를 하여 청구인의 의견을 수렴한 후, 2013. 12. 18. 청구인이 정당한 이유없이 계약을 이행하지 아니하였다는 이유로 청구인의 입찰참가자격을 6개월간 제한하는 이 사건 처분을 하였다.

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관련법령의 내용

국가계약법 제27조에 의하면 각 중앙관서의 장은 경쟁의 공정한 집행 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 염려가 있거나 기타 입찰에 참가시키는 것이 부적합하다고 인정되는 자에 대하여서는 2년 이내의 범위에서 대통령령이 정하는 바에 따라 입찰참가자격을 제한하여야 한다고 되어 있고, 같은 법 시행령 제76조에 의하면 각 중앙관서의 장은 계약상대자등이 정당한 이유없이 계약을 이행하지 아니하였을 경우에는 해당 사실이 있은 후 지체없이 기획재정부령으로 정하는 바에 따라 1개월 이상 2년 이하의 범위에서 계약상대자등의 입찰참가자격을 제한하여야 한다고 되어 있으며, 같은 법 시행규칙 제76조 및 별표 2에 의하면 정당한 이유없이 계약을 이행(하자보수의무의 이행 포함)하지 아니한 자에게는 6개월동안 그 입찰참가자격을 제한하되, 그 위반행위의 동기·내용 및 횟수 등을 고려하여 별표 2의 해당호에서 정한 기간의 2분의 1의 범위 안에서 감경할 수 있다고 되어 있다.

나. 판단

청구인은 이 사건 계약 대상물품 167항목 중 144항목(86.2%)을 납품하였으므로 6개월

의 입찰참가제한을 한 이 사건 처분은 가혹하다고 주장하나, 위 인정사실에 따르면, 비록 청구인의 계약품목수 대비 이행률은 86.2%이나, 계약금액 대비 이행률은 58.2%이므로 청구인이 계약조건을 충실히 이행하였다고 보기 어려워 이에 대한 청구인의 주장은 받아들일 수 없고, 피청구인이 입찰공고문에 당해물품의 제조에 필요한 설비를 갖춘 자에게 입찰참가자격을 부여하고, 입찰참가자는 계약조건을 확인하여 계약이행가능여부를 사전에 주의깊게 판단한 후 입찰에 참가하도록 명시하였음에도 불구하고 청구인은 이 사건 계약을 체결한 후 물품구매계약서상 납품기한(2013. 3. 29.)을 훨씬 넘겨 2013. 10. 23.에서야 피청구인에게 계약해지요청을 하였으므로, 청구인에게 계약을 체결하기 전에 계약이행가능여부에 대해 충분히 확인하지 못한 책임이 있다고 할 것이며, 달리 이 사건 계약을 이행하지 못한데 대하여 청구인의 의무위반을 탓할 수 없는 정당한 사유가 있다고 보기 어려우므로 이 사건 처분이 가혹하다고 할 수 없고, 따라서 청구인이 국가계약법 시행령 제76조제1항제6호의 '정당한 사유없이 계약을 이행하지 않은 자'에 해당한다는 이유로 피청구인이 청구인에게 한 이 사건 처분이 위법·부당하다고 할 수 없다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 청구인의 청구를 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

12 2014-01296 부정당업자 제재처분 취소청구(재결일 : 2014. 6. 17.)

【사건의 쟁점】

청구인이 이 사건 계약을 이행하지 못한 데에 정당한 이유가 있는지 여부 및 청구인이 계약을 이행하는 것이 원천적으로 불가능하여 계약 이행의 기대가능성이 없는지 여부

【재결요지】

청구인이 경유 군납 납품단가 등을 제대로 확인하지 않고 계약을 체결한 책임이 있으나, 군이 입찰 공고한 경유의 기준단가는 민간 업체가 국내 정유사로부터 구입하여 납품할 수 있는 가격과 실제로 상당한 차이가 있고, 청구인이 폐유 처리대금을 사전에 예치하고 군이 특정 정유사에 경유를 발주하고 청구인이 그 대금을 지불하는 방식의 납품을 제안하는 등 계약 이행을 위하여 노력하였으며, 청구인이 군의 폐휘발유 등을 수거·처리하였고, 군은 폐휘발유 등 폐유를 예정가격보다 두 배 이상으로 청구인에게 매각하였으며, 군은 경유를 조달 등 다른 방법으로 용이하게 구입이 가능하여 청구인의 경유 미납품으로 회복할 수 없는 손해를 입었다고 보기 어려운 점 등을 감안할 때 이 사건 처분은 지나치게 가혹하므로 감경함이 타당함

【재결의 의미】

청구인이 계약의 이행을 위하여 노력한 점, 피청구인도 계약 소정의 목적을 달성한 점 등을 참작하여 부정당업자 제재처분을 감경한 사례

주 문 피청구인이 2013. 10. 7. 청구인에게 한 6개월의 입찰참가자격제한처분을 3개월의 입찰참가자격제한처분으로 변경한다.

청구취지 피청구인이 2013. 10. 7. 청구인에게 한 6개월의 입찰참가자격제한처분을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

청구인이 2012. 10. 25. 육군 ○○사령부와 '2012년 폐휘발유 등 4종 물물교환 계약'(이하 '이 사건 계약'이라 한다)을 체결하였으나 정당한 이유 없이 계약을 이행하지 아니하였다는 이유로 2013. 10. 7. 피청구인은 청구인에게 6개월(2013. 10. 21. ~ 2014. 4. 20.)의 입찰참가자격을 제한하는 처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

가. 이 사건 계약은 비록 물물교환 형식의 계약이기는 하지만, 근본적으로 육군에서 발생한 폐유를 매각하는 것이 목적이고 육군에서 필요한 경유를 조달하는 것이 아니다.

나. 방위사업청에서 정한 경유의 납품가격은 각 군이 정유사로부터 대규모로 조달하는 가격인데 반해 청구인이 납품할 경유는 그 수량이 매우 적기 때문에 정유사가 군에 납품하는 가격으로 납품하는 것은 원천적으로 불가능하고, 그럼에도 불구하고 ○○사령부가 경유 가격을 방위사업청이 정한 납품가격으로 일방적으로 책정한 뒤 그에 상당한 경유를 납품하라고 요구하는 것은 처음부터 불가능한 것을 계약의 내용으로 삼은 것이다.

다. 청구인은 실제로 입찰 및 계약 체결과정에서 불용품 매각 가격에 관심을 기울였을 뿐 경유의 단가 및 그 단가로 경유를 구입할 가능성까지는 생각하지도 못하였고, 계약 체결 이후 이행 과정에서 청구인은 위와 같은 가격으로 경유를 구입하기 위해 온갖 방법을 다 동원하여 보았으나 정유사 공장도 가격이 1,050원 정도였으므로 가짜 경유가 아닌 한 구입하는 것 자체가 불가능하였다.

라. 청구인이 경유를 납품하지 아니한 이유는 입찰 공고문 및 계약서에 기재된 금액으로 경유를 구입하는 것이 불가능하였기 때문으로 이러한 계약은 불가능한 것을 내용으로 하는 것으로 그 부분은 무효이다.

마. 청구인이 경유를 납품할 대금을 입금하고 그 돈으로 ○○사령부로 하여금 직접 구매하도록 요청하였으나 이러한 제안을 거부한 점, 청구인의 폐유 인수가 중단된 것은 ○

○사령부의 반출 금지 때문인 점을 종합하면 청구인이 정당한 이유없이 계약을 불이행하였다고 보기 어렵다.

바. ○○사령부는 이 사건 폐유의 매각 예정가격을 114,000,000원으로 정하였는데 비해 청구인은 238,579,000원에 응찰하여 예정가격보다 2배 이상되는 금액에 인수하였으므로 ○○사령부는 이미 100% 이상의 이익을 얻었고, 다시 정유사에서 공장도 가격보다도 훨씬 낮은 가격에 위 금액에 해당하는 경유를 납품할 것을 요구하여 ○○사령부는 매각 과정에서 이익을 보았고 경유를 취득하는 과정에서도 이익을 보게 된다.

사. 청구인은 이미 입찰 과정에서 과다한 비용을 지출하였고, 906.47원을 기준으로 산정한 경유를 납품할 경우 추가적으로 5,300만원 가량의 추가 손실을 입게 되는바, 결국 청구인은 이중으로 손해를 보고 ○○사령부는 이중으로 이익을 얻게 되므로 계약상대방의 이익을 부당하게 제한하는 특약 또는 조건을 정하여서는 아니된다는 계약원칙에 위배된다.

아. 청구인은 계약보증금을 몰취당하고 지체상금까지 부담해야 하는데, 이러한 사정에 비추어 추가적으로 부정당업자 제재 처분을 가하는 것은 계약의 내용, 입찰공고한 단가의 문제점, 계약을 이행하기 위한 청구인의 노력, 이 사건 계약으로 청구인이 입게 되는 손해에 비해 심히 과중하므로 이 사건 처분은 비례의 원칙에 어긋나고 재량권 남용에 해당한다.

3. 피청구인 주장

가. 청구인은 입찰에 참가하기 전에 입찰에 관한 사항을 숙지하고 대납물자의 구매단가, 납품기한, 납품방법 등에 대해 수익성, 타당성, 가능성 등을 충분히 검토한 후 입찰에 참가하였어야 하나, 입찰에 관한 사항을 숙지하지 못하고 예정가격 대비 209. 28%라는 높은 금액(2009년～2011년 폐유 물물교환 낙찰률 : 예정가격 대비 100.15%～115. 89%)으로 응찰하여 낙찰 받은 후 단가 산정의 부적정 등을 계약 불이행의 정당한 사유로 주장하는 것은 이유 없다.

나. 육군 ○○사령부가 방위사업청에서 매월 시세(싱가포르 현물가격)를 적용하여 각 군 등에 통보한 거래실례가격을 기준으로 대납물자(경유) 단가를 산정한 것은 육군 내부

지침(물물교환 인도·인수품의 가격결정기준)에 의한 것으로서 과거에도 동일하게 적용하여 계약해왔으나 특별한 문제점이 발생하지 않았다.

다. 입찰공고사항에 입찰건명은 2012년 폐휘발유 등 4종 물물교환으로, 입찰에 부치는 사항은 '갑'은 처리물자 폐휘발유 등 4종을 '을'에게 인도하고, '을'은 대납물자('갑'이 낙찰금액에 대납단가를 적용하여 산출된 수량)를 '갑'에게 납품하는 물물교환 계약으로 각각 명시되어 있어 본 계약의 목적이 불용품 매각이 아니라 물물교환임을 알 수 있었던 점, 입찰공고문(10. 기타유의사항)에는 본 입찰은 '온비드의 전자입찰로만 입찰이 진행되므로 국가계약법, 입찰관련 법령, 온비드 이용약관, 계약특수조건 등을 충분히 숙지하고 입찰에 참가하여야 하며, 이를 숙지하지 못하여 발생한 모든 책임은 입찰참가자에게 있습니다'라고 명확하게 명시되어 있다.

라. 본 입찰건은 입찰공고문에도 명시된 바와 같이 물물교환 건이므로 처리물자를 인도받고 낙찰금액에 대납단가를 적용하여 산출된 수량의 대납물자를 납품하는 계약이므로 청구인은 본 입찰 건을 정확히 숙지하지 못하여 위와 같은 주장을 하는 것이므로 청구인의 주장은 타당하지 않다.

마. 청구인의 계약불이행 사유가 입찰공고 사항을 제대로 숙지하지 못하여서 야기된 점임을 볼 때, 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령」 제76조제1항제6호 및 같은 법 시행규칙 제76조 별표 2 부정당업자의 입찰참가자격 제한기준에 근거하여 청구인에게 입찰참가자격을 제한한 것은 정당한 절차를 거쳐 적법하게 이루어진 처분이다.

4. 관계법령

국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제27조
국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령 제76조
국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행규칙 제76조

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 입찰공고문, 계약서, 처분 사전통

지서, 의견서, 민원회신문, 처분서 등 각 사본의 내용을 종합하여 보면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 방위사업청은 2012. 8. 6. ○○사령부 등에게 다음과 같이 2012년 8월 유류 납품 적용단가를 통보하였다.

- 다 음 -

구 분	2012. 8월 적용단가(원/ℓ)	계약번호
무연휘발유	825.98	2012-71-1-5066
저유황경유	906.47	2012-70-1-5070
고유황경유	887.44	2012-70-1-5161

* 평균환율 :1,145.97원

나. 2012. 9. 12. ○○사령부는 다음과 같은 내용으로 2012년 폐휘발유 등 4종 물물교환 입찰 공고를 하였다.

- 다 음 -

1) 입찰 개요

○ 건명 : 2012년 폐휘발유 등 4종 물물교환

○ 입찰서제출장소 : 온비드(www.onbid.co.kr) 인터넷 입찰장

○ 개찰일시 : 2012. 9. 20.

○ 개찰장소 : 육군○○사령부

○ 예정가격 : 비공개

2) 입찰에 부치는 사항

□ 처리물자

품명	수량(kg)	보관장소	처리기한	비고
계	467,286			
폐솔벤트	42,290	각 군지사 예하부대	2013. 1. 31.	슬러지는 계약량의 10% 범위 내에서 “을”의 책임으로 수거
폐휘발유	13,124			
폐경유	141,924			
기타(폐혼합유)	269,948			

□ 대납물자

품명 (재고번호)	규격	단위	수량	대납단가	납품장소	납품기한
경유(저유황) (9140375003797)	지경부고시 (2011-302호)	리터	비공개	906.47	경기 시흥 (○○유류중대)	2012. 12. 20.

다. 2012. 10. 25. 청구인은 ○○사령부와 다음과 같은 내용으로 '2012년 폐휘발유 등 4종 물물교환' 계약을 체결하였다.

- 다 음 -

□ 불용품물물교환표준계약서

○ 계약명 : 2012년 폐휘발유 등 4종 물물교환

○ 처리물자

- 금액 : 238,579,000원
- 품명(수량) : 처리물자 내역서 참조
- 처리기간 : 2012. 10. 25. ~ 2013. 1. 31.
- 처리장소 : 처리물자 내역서 참조

○ 대납물자

- 금액 : 238,579,278원
- 품명(수량) : 대납물자 내역서 참조
- 납품기간 : 2012. 10. 25. ~ 2012. 12. 20.
- 납품장소 : 대납물자 내역서 참조

○ 계약보증금 : 23,857,900원

○ 지체상금률 : 1,000분의 2.5

□ 처리물자 내역서

구 분	수량(kg)	단가(원)	금액(원)
합 계	467,286		238,579,126(절사 126원)
솔벤트	42,290	421	17,804,090
폐휘발유	13,124	531	6,968,844
폐경유	141,924	506	71,813,544
기타(혼합)	269,948	526	141,992,648

□ 대납물자 내역서

품명 (재고번호)	규격번호	수량 (리터)	단가 (원)	금액(원)	납기	납지
경유(저유황) (9140375003797)	지경부고시 2011-302호	263,196	906.47	238,579,278	2012. 12. 20.	○○군지사 ○○유류중대

라. 2013. 1. 24. ○○사령부는 청구인에게 다음과 같이 이 사건 계약에 대한 이행을 촉구하였다.

- 다 음 -

○ 2012년 폐일반유 물물교환계약 조건에 따라 귀사에서는 대납물자 납품을 추진하여야 하나 납품기한 내 납품이 진행되지 않고 있어 계약조건을 이행하여 주기 바라며, 미이행 시 '을'측 귀책사유에 의해 계약해지됨을 알려드림

- 대납물자 : (저유황)경유, 263,196 L
- 대납물자 납품기한 : 2012. 12. 20.
- 지체상금(2013. 1. 23. 기준) : 20,279,239원(34일 지체)

마. 2013. 1. 28. 청구인은 ○○사령부에 다음과 같이 대납물자 유류단가 조정을 요청하였다.

- 다 음 -

○ 귀 사령부와 2012. 9. 19. 폐유 대납 조건으로 폐유 467,286kg을 낙찰받아 수거·정리하였으나 입찰공고 당시 귀 사령부에서 공지한 면세유 단가가 현행 국내에서 적용되고 있지 않은 단가라 확인한 결과 해당 정유사와 방위사업청과의 특별 계약에 의한 단가로 귀 사령부에서 제시한 906원의 단가로는 대납이 힘들어 요청하오니 국내에서 시행하고 있는 면세유 가격을 적용 대납할 수 있도록 단가 조정을 하여 주시기 바람

○ 위와 같이 면세유 단가 조정이 어렵다면 현재 방사청에서 납품받는 단가로 대납 물량을 해당 정유사에 발주하여 주시면 즉시 대금이체를 통하여 대납 물량을 납품하겠음

○ 본 업체는 귀 사령부에서 제시한 906원의 단가가 면세유 가격으로 알고 입찰에 참여하였던 것이 사실임. 정유사에 면세유 구입을 위해 가격 조사를 한 결과 귀 사령부에서 제시한 단가 906원은 면세유 단가가 아닌 것으로 확인되어 단가 대비 대납 물량이 크게 차이가

나서 영세한 당사로서는 계약 이행이 어려운바, 낙찰금액에 대비한 대납물량으로 조정해 주시기 바람

○ 당 업체는 귀 사령부의 지시에 의해 수거 및 반출 대납물량대금의 담보금 입금 등을 완수하였기 때문에 미이행으로 인한 지체상금 등 계약 위반의 사유에 의한 계약 해지 등의 불이익은 부당함

바. 2013. 1. 30. 청구인은 ○○사령부에 다음과 같이 대납물자(경유) 납기 연기를 요청하고 계약보증금 추가 납부를 건의하였다

- 다 음 -

□ 대납물자(경유) 납기 연기 요청

○ 귀 사령부와 대납조건으로 계약한 경유에 대하여 정유사에 구입기간, 수송 등 단가 조정 관계로 시일이 소요되어 2013. 2. 17.까지 대납기일을 연기 요청함

□ 계약보증금 추가 납부 건의

○ 귀 사령부와 대납조건으로 계약한 경유에 대하여 정유사에 구입기간, 수송 등의 사유로 납품이 지연되어 지체상금의 징수사유가 발생하고 그 금액이 계약보증금을 초과하여 계약유지를 위해 계약보증금 추가 납부를 건의드림

- 납품예정일 : 2013. 2. 18.
- 추가납품예정금액 : 11,929,000원

사. 2013. 2. 28. ○○사령부는 청구인에게 다음과 같이 이 사건 계약이 해지될 예정임을 통보하였다.

- 다 음 -

○ 2012년 폐일반유 물물교환계약 추진과 관련하여 계약조건에 따라 2012. 12. 20.까지 대납물자가 납품되어야 하나 대납물자 납품기한까지 납품이 이루어지지 않았음은 물론 귀사에서 제시한 대납물자 납품예정일(2013. 2. 18.)까지도 대납물자 납품 이행이 이루어지지 않았으며 추후 대납물자 납품 가능성이 없음이 명백하여 '을'측 귀책사유에 의해 계약해지되어 계약보증금은 국고귀속됨

- 계약해지 예정일 : 2013. 3. 15.
- 계약해지 예정일 이전에 계약 이행의 의사가 있을 경우 대납물자 생산업체와 체결한

계약서 사본을 제출해 주시기 바람

· 대납물자 : (저유황) 경유 263,196 L

아. 2013. 3. 18. 청구인은 ○○사령부에 다음과 같이 이 사건 계약 관련 민원을 제기하였다.

- 다 음 -

○ 당 업체는 2012. 9. 20. 육군○○사령부에서 실시한 폐유 대납물자 입찰에 응찰하여 238,579,000원에 낙찰되어 폐유 수거 및 입찰공고 사항을 이행하던 중 입찰공고문에 명시된 구 지경부 고시 가격이 906원으로 되어 있어 당 업체는 국내에서 국세징수법에 근거한 면세유 가격으로 인식하고 응찰하여 대납물자를 구입, 공급하고자 정유사를 방문 확인한 결과 입찰 당시 면세유 가격이 1,110원으로 ○○사령부에서 공고한 906원과 비교할 때 1리터당 206원의 차이가 나서 당 업체가 대납 경유 물량을 ○○사령부에서 공고한 1리터당 단가로 계산했을 때 238,579,000원/906원 = 263,333리터이며 이에 해당하는 1,110원 x 263,333리터 = 292,299,630원의 대납물량 금액은 당 업체가 낙찰금액 보다 53,720,630원의 추가 부담금이 발생되어 폐기물을 수거, 정제하여 사업을 영위해가는 영세 업체에게 국가가 도움을 주지 못하고 특정 정유사와 방위사업청과의 특정계약에 의해 형성된 가격을 지경부 고시라 함은 국내에서 형성되고 있는 유류가격이 아니며 구입할 수도 없는 가격을 면세유 가격이라 함은 공정 거래에도 부합하지 않아 조속히 현실에 맞게 조정되어야 함

○ 당 업체는 대납물자 낙찰금액 238,579,000원 보다 많은 계약금 포함 250,507,950원을 ○○사령부에 기입금 하였으나 낙찰받은 폐유 107,000kg을 반출도 안해주고 계약해지를 하고 지체상금을 납부하라는 등의 행정지시를 하고 있어 이에 대한 조정이 시급하며 ○○사령부가 구입 가격에 대한 정밀 분석도 않은 채 입찰공고하여 응찰한 업체에게 책임을 전가하는 것은 잘못된 군행정으로 추후에도 이러한 사례가 발생하지 않고 공정한 거래질서가 유지되도록 지도·계도해 주어야 함

○ 업체들의 이러한 불공정 거래 사례를 지도·감독해야 할 국가기관이 오히려 사회의 부작용을 유발시키는 행정을 시행한다는 것은 국민 정서에도 부합되지 않는 사항이며 업체가 이를 이행하려고 한다면 정유사에서는 구할 수도 없고 차액의 손실을 보지 않기 위해서는 불법이나 탈법을 저지르지 않고서는 이행이 불가한 사항임. 더욱이 국제유류가격이 지속 급등이 우려될 시에는 연동제 기준이 필요하다고 보고 군 행정을 하면 업무에 참고

가 되겠음

○ 만일 ○○사령부에서 주장한 대로 이행을 요구하면 본 업체는 이행이 어려우며 낙찰금액보다 현금입금을 더해 놓은 상태이며 인수받아야 할 폐유 107,000kg도 인수받지 못하고 있는 실정인데 ○○사령부에서는 계약불이행이니 지체상금을 3천만원까지 고지한다는 등의 행정지시를 하고 있어 이는 극히 부당하고 독선적인 군 행태에 지나지 않는 사항으로 개선이 필요함

자. 2013. 4. 17. ○○사령부는 청구인에게 다음과 같이 이 사건 계약의 해지를 통보하였다.

- 다 음 -

○ 2012년 폐휘발유 등 4종 물물교환 계약을 이행함에 있어 대납물자인 경유(저유황) 263,196ℓ 미납품으로 지체상금 징수사유가 발생하고 그 금액이 계약보증금을 초과하여 아래와 같이 계약이 해지되었음을 통보함

- 지체상금 발생금액(2013. 4. 16.) : 69,784,438원/ 지체일수 117일
- 계약해지 사유 : 계약 불이행
- 계약해지 일자 : 2013. 4. 16.
- 일정기간 부정당업자로 등록되어 제재기간에 입찰참가자격이 제한됨
- 현금으로 납부한 계약보증금(23,857,900원)은 국고에 귀속되며, 계약특수조건 제4조에 따라 처리물자를 선 불출 받기 위해 납부한 예치금(238,579,000원)은 처리물자 정산 후 반환되며, 계약해지 후 추가적인 손해가 발생할 경우에는 이를 배상하여야 함

차. 2013. 4. 18. 청구인은 ○○사령부에 이 사건 계약의 해지에 대하여 다음과 같은 취지로 의견을 제출하였다.

- 다 음 -

○ (주)○○은 귀 사령부와의 계약 이행 시 우선 필요한 대납물량 대금과 계약보증금을 귀 사령부가 제시한 날짜에 기 입금을 완료하여 대납 물량대금 총 238,579,000원보다 많은 250,507,950원을 귀 사령부 회계 계좌에 입금 완료시켰는바, 당사의 고의 또는 과실에 의해 계약이 미이행되지 않았음

○ (주)○○이 지금껏 대납물량을 납품하지 못하고 있는 이유는 귀 사령부에 책임이 있음.

귀 사령부 공고문 2012. 9. 20.자에 의한 면세유 가격이 906원으로 공고하였고 이에 (주)○○은 906원의 면세유 가격으로 계산 응찰하여 낙찰되었음

○ 낙찰 후 대납 물자를 공급하기 위하여 당사는 국내 정유사를 상대로 귀 사령부가 입찰공고한 시점에서 면세유 가격을 조사한 결과 귀 사령부의 공고문에 게시한 906원의 면세유 단가는 국내에는 없었음(당시 국내정유3사 면세유 평균가격이 1,110원으로 형성되어 공급되고 있었음. 이때 발생하는 가격 차액이 53,720,630원임). (주)○○은 이러한 불합리한 사실의 시정을 수차례 건의하였음

○ 본 계약의 이행이 늦어진 이유는 귀 사령부에서 공고한 면세유 가격 906원이 면세유 가격이 아닌 정유사와 방위사업청간의 특정계약에 의한 단가를 면세유 단가로 오인하게 한 업무상 책임은 귀 사령부에 있음. 국내에서 시행되지도 않은 유류단가를 공고 게시함은 귀 사령부의 업무착오로 입찰공고전 면세유 가격을 사전조사하여 입찰공고에 임했어야 함. 국내유류 가격은 국세징수법을 적용 받기에 일반 공산품과 같이 원가판매 등 가격변동을 크게 할 수 없는 품목임

○ 귀 사령부의 책임을 중소업체에 전가시켜 지체상금, 부정당업체 제재 등을 하는 것은 공정거래법에도 위배됨

카. 2013. 5. 3. ○○사령부는 청구인에게 다음과 같이 2012년 폐일반유 정산을 위한 부대 반출량 파악결과를 통보하였다.

- 다 음 -

1) 계약량 대 처리현황

계약량		처리량		잔량	
수량(kg)	금액(원)	수량(kg)	금액(원)	수량(kg)	금액(원)
467,286	238,579,000	376,250	193,971,340	91,036	44,607,660

2) 업체 수거량 대 부대 반출량 분석

구분	계	폐솔벤트	폐휘발유	폐경유	폐혼합유
업체 수거량	351,149	17,591	31,739	109,276	192,543
부대 반출량	376,250	17,591	31,739	112,390	214,530
차이량	-25,101	0	0	-3,114	-21,987

* 폐경유(-3,114kg) : ○○대대 수거량 누락(2013. 1. 29.)

** 폐혼합유(-21,987kg) : ○○대대 수거량 누락(2013. 1. 29.), ○○대대 수거량 누락(2012. 11. 21.)

타. 2013. 5. 22. ○○사령부는 청구인에게 다음과 같이 청구인의 대납물자 단가 부적정 관련 민원에 대하여 회신하였다.

- 다 음 -

○ 입찰결과 및 계약보증금

공고명	예정가격(원)	낙찰금액(원) (낙찰률)	입찰참여업체	계약보증금(원)	비고
2012년 폐휘발유 등 4종 물물교환	114,000,000	238,579,000 (209%)	(주)○○ 외 1개업체	23,857,900	재공고

○ 대납물자인 경유의 단가는 2012년 물자근무지원계획의 매각·물물교환 시 인도, 인수품의 가격결정 기준에 따라 2012년 8월의 방위사업청에서 통보된 단가(906.47원/L)를 적용하였음

○ 입찰공고문에 대납물자인 경유(저유황) 대납단가와 낙찰금액에 대납단가를 적용하여 산출된 수량을 납품하는 물물교환 계약이라고 명시되어 있으며, 입찰에 참여하는 업체는 대납물자(구매단가, 생산업체 납품기한, 납품방법 등)와 처리물자의 재활용 가치 등에 대하여 충분한 검토 후 투찰금액을 결정하여 입찰에 참여해야 할 책임이 있음

○ 귀사는 육군○○사령부에서 결정한 예정가격(비공개)의 2배를 초과한 금액으로 낙찰을 받은 사실이 있으며, 입찰결과에 대하여 국방부의 승인(교환으로 획득하려는 물품의 품명, 규격, 수량 및 가액, 교환 상대방의 주소 및 성명, 교환 상대자의 교환받을 군수품의 용도 등)을 받아 물물교환 계약을 체결하고, 계약이행 과정에서 대납물자 납품기한(2012. 12. 20.)이 경과되어 계약 이행 협조 및 생산업체와 체결한 계약서 사본을 요구하였으나 미제출로 인하여 계약특수조건 제7조의3과 대납물자 미납품으로 지체상금 징수사유가 발생하고 그 금액이 계약보증금액을 초과하여 처리물자 불출을 중지하고 계약이 해지된 것임

- 지체상금 발생금액(2013. 4. 16. 기준) : 69,784,438원(지체일수 117일)
- 지체상금 산출방식 : 지체일수 x 대납물자 지연 납품금액 또는 처리물자 미인수금액 x 지체상금률(0.25%)

파. 2013. 6. 4. ○○사령부는 청구인에게 폐일반유 대납물자 관련 민원제기에 대하여 다음과 같이 회신하였다.

- 다 음 -

□ 대납물자인 경유단가가 군납 조달가가 아닌 시중 면세유 단가로 알고 응찰하였다는 논리에 대하여

○ 입찰공고 당시의(2012. 9. 12.) 대납물자인 경유단가는 2012년 물자근무지원계획의 인도·인수품의 가격결정기준에 따라 2012년 8월에 방위사업청에서 통보된 군납 조달가(906.47원/Ⅼ)를 적용하였음

○ 입찰에 참여하는 업체는 대납물자의 구매단가, 납품기한, 납품방법 등에 대해서 수익성, 타당성, 가능성 등 충분한 검토를 한 후 입찰에 참여해야 할 책임이 있으므로 시중 면세유 단가로 알고 응찰하였다는 논리는 업체의 과실임

□ 군납 조달가를 시중 면세유 단가로 변경해 달라는 요청에 대하여

○ 대납물자의 물량 산정기준 단가는 매월 방위사업청에서 통보되는 유류단가를 기준으로 하고 있음. 업체에서는 대납물량에 대한 납품이 중요 요소이지, 물량판단의 기준인 유류단가가 중요한 요소는 아님. 또한 유류단가는 실물경제여건에 따라 계약의뢰 당시의 적용가격(906.47원/Ⅼ)보다 상승 또는 하락할 수 있는 유동성을 가진 단가임

○ 2007년 ~ 2011년까지 폐일반유 처리를 담당해 온 다른 업체도 동일한 군납 조달가인 유류단가를 적용하여 유류를 납품해 왔음

○ 따라서 대납물자인 경유를 납품하는 현재의 절차는 아무런 문제가 없으며, 이에 따라 지체상금이 계약보증금을 초과하여 계약이 해지된 것임

하. 2013. 5. 30. 피청구인은 청구인에게 부정당업자 제재 관련 의견제출을 안내하였다.

거. 2013. 6. 10. 청구인은 피청구인에게 다음과 같이 부정당업자 제재 관련 의견을 제출하였다.

- 다 음 -

○ ○○사령부에서는 경유단가를 2012년 물자지원 계획에 의거 방위사업청에서 통보된 단가(906.47원)라 하지만 입찰에 응찰한 업체들은 면세유 가격으로 전부 알고 입찰에 참여하고 있음. 당시 면세유 단가는 1,110원으로 리터당 차액이 204원이 나 대납물량 263,196리터를 환산하면 53,691,984원의 엄청난 금액 차이가 발생하여 정상적인 폐휘발유, 폐유 처리 업무가 힘든 실정임

○ ○○사령부에서는 방위사업청에서 통보된 경유단가라 하지만 이 단가는 방위사업청과 정유사간의 특별 단가 계약에 의해 형성된 단가이지 면세유 단가는 아님. 그 이유는 국세징수법이 정한 면세유 단가는 공장도 가격에 과세를 하기 전의 단가를 면세유 단가라 하며 면세유 공급사업장, ○○사령부 등에 공급할 시에는 위와 같이 공장도 가격에 과세 전 가격으로 공급하는 게 국세징수법에도 부합함. 특히 ○○사령부에서 공고한 경유단가는 민간업자는 국내외 어느 곳에서도 매입, 공급할 수 없는 정유사와 방위사업청과의 특별계약에 의한 단가임

○ 국가기관, 공공기관 등에서는 입찰공고 시 구 지경부 고시에 의한 단가를 적용하여 유가변동이 잦은 관계로 변동단가까지도 적용하고 있음. ○○사령부에서 주장하는 단가로 공급이 가능하게끔 당사에서는 기 대납물자에 대한 대금이 기 납입되어 있으니 ○○사령부에서 방위사업청에 공급 요청을 받아 해주라는 요청도 하였고 그럴 경우 대납 물자금액과 경유 수급 물량이 일치할 것으로 요청하였음

○ 물론 당사가 면세유 가격으로 알고 입찰에 응한 과실이 있음. 모든 국가기관, 공공기관 등이 구 지경부 고시 등 국세징수법에 의해 면세유 단가를 적용시키는데 ○○사령부에서는 국내에서 구할 수 없는 단가를 적용한다는 것은 공정거래에도 위배됨

○ 당사가 낙찰 받기 전의 업체들도 ○○사령부에서 제시한 단가가 맞지 않기 때문에 맞지 않는 단가를 보충하기 위해 입찰 단가를 낮게 응찰하여 높은 면세유 단가로 구입, 공급하였다고 함

○ ○○사령부에서 행정이 폐쇄적이고 합리성이 없다고 판단됨. 계약서에 명시되었으니 이행을 하는 것은 맞으나 구할 수 없는 가격을 제시하여 공급하라는 ○○사령부의 행정은 합당하지 않음. 계약도 중요하지만 합리성이 결여된 계약은 합법적이지 않다고 봄

○ 국가이익의 극대화를 기하는 것은 좋지만 군과 민간업체가 공정거래를 이루어 원활한 행정처리와 대납물량의 신속을 기할 수 있는 행정을 해야 함

○ 당사는 입찰에 응찰하여 낙찰받아 낙찰금 전액을 현금으로 ○○사령부 계좌에 입금하였기 때문에 계약 미이행 지체상금 등의 부과는 부당하다고 생각되며 ○○사령부의 적용에 대한 추가 법리 검토가 요구되고 있음. 공고나 계약도 중요하지만 당초부터 실현이 불가능한 금액을 공고, 제시한 책임도 ○○사령부에 있음

○ 당사가 ○○사령부에서 공고한 예정금액보다 2배 이상 낙찰받았다고 하나, 당사는 당시 폐유 처리 후 재활용 시 매각되는 가격을 환산하여 정상적인 이익 계산을 하여 응찰했던 것임. ○○사령부의 문서 내용으로 본다면 그간 국가재산인 폐휘발유, 폐유 등을 헐값에 매각처리한 것으로 오인될 수 있는 내용으로 사료됨

○ 2013. 6. 3. ○○사령부 일반물자과 2164호 방위사업청에서 통보받은 단가를 기준으로 했

다는 주장에 대하여는 당사는 민간업체로 군 특수성에 의한 군만이 적용되는 단가를 민간업체에게 적용시키는 것이 합리성이 있는지 법리 검토가 다시 이루어져야 하며 구입할 수 없는 금액을 제시하는 것이 공정거래법에 기준한 계약 성립이 적법한지를 법의 심판을 청구할 계획임

○ 특히 계약 미이행이라 함은 매각대금의 미입금, 폐유, 폐휘발유 반출 처리업무의 미이행 등으로 보며 당사는 대납물량 대금과 계약보증금 납부 등 계약에 따른 제반업무는 이행하였고, 다만 대납물량의 공급이 단가 부적합으로 인해 교섭 중에 있었는바 ○○사령부의 행정처리에 동의할 수 없음. 영세성을 띤 당사는 대납물량 대금은 기 납부하였으나 폐유, 폐휘발유를 10만kg 정도 인수하지 못하고 있어 회사 운영과 영업에 극심한 애로를 겪고 있음

너. 2013. 10. 7. 피청구인은 청구인에게 청구인이 정당한 이유 없이 이 사건 계약을 이행하지 아니하였다는 이유로 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 제27조 및 같은 법 시행령 제76조에 근거하여 6개월(2013. 10. 21. ~ 2014. 4. 20.)의 입찰참가자격을 제한하는 이 사건 처분을 하였다.

더. 우리 위원회가 확인한 바에 의하면 이 사건 계약의 대납물자인 경유의 기준단가는 방위사업청이 국내 정유사와 실제 조달계약을 체결한 군납유류 조달단가로서 이는 국내석유가격 결정의 기준이 되는 싱가포르현물시장가격(MOPS)에 국제운임, 보험료, 통관료 등 수입 부대비용과 기업의 이윤 등이 포함되어 있다.

러. 청구인이 제출한 정유3사의 2012년 9~11월 경유 가격은 다음과 같다.

- 다 음 -

□ SK정유(2012. 9. 1.)

유종	세후가격	개별소비세	교육세	주행세	세금합계	부가세	세전가격
저유황경유	1,849	375.00	56.25	97.50	528.75	168.09	1,152.16
고유황경유	1,816	367.50	55.13	95.55	518.18	165.09	1,132.73

□ GS칼텍스(2012. 9월)

유종	세후가격	개별소비세	교육세	주행세	세금합계	부가세	세전가격
저유황경유	1,803	364	54.60	109.20	527.80	164.45	1,110.75

□ 현대오일뱅크(2012. 11. 28.)

유종	세후가격	개별소비세	교육세	주행세	세금합계	부가세	세전가격
저유황경유	1,754	375	56.25	97.50	528.75	159.46	1,065.80
고유황경유	1,727	375	56.25	97.50	528.75	157.00	1,041.25

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령

「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 제27조제1항 전단에 따르면 각 중앙관서의 장은 경쟁의 공정한 집행 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 염려가 있거나 기타 입찰에 참가시키는 것이 부적합하다고 인정되는 자에 대하여서는 2년 이내의 범위에서 대통령령이 정하는 바에 따라 입찰참가자격을 제한하여야 하고, 같은 법 시행령 제76조제1항제6호에 의하면 각 중앙관서의 장은 계약상대자, 입찰자 또는 제30조제2항에 따라 지정정보처리장치를 이용하여 견적서를 제출하는 자 또는 계약상대자등의 대리인·지배인, 그 밖의 사용인이 정당한 이유없이 계약을 체결 또는 이행하지 아니하는 등의 행위를 하였을 경우에는 법 제27조에 따라 해당 사실이 있은 후 지체없이 1개월 이상 2년 이하의 범위에서 계약상대자등의 입찰참가자격을 제한하여야 한다고 되어 있다. 같은 법 시행규칙 제76조제1항에 따르면 영 제76조제2항에 따른 부정당업자의 입찰참가자격 제한의 세부기준은 별표 2와 같다고 되어 있고, 같은 조 제4항에는 각 중앙관서의 장은 부정당업자에 대한 입찰참가자격을 제한하는 경우 자격제한기간을 그 위반행위의 동기·내용 및 횟수 등을 고려하여 별표 2의 해당 호에서 정한 기간의 2분의 1의 범위 안에서 감경할 수 있으며, 이 경우 감경 후의 제한기간은 1개월 이상이어야 한다고 되어 있고, 별표 2(부정당업자의 입찰참가자격 제한기준)에 따르면 입찰참가자격 제한사유가 영 제76조제1항제6호에 해당하는 자로 계약을 체결 또는 이행하지 아니한 자의 제재기간은 6개월로 규정되어 있다.

나. 판 단

1) 위 인정사실에 의하면, 청구인은 2012. 10. 25. 육군 ○○사령부와 폐휘발유 등 467,286kg과 경유 263, 196Ⅼ(금액 238,579,000원)을 물물교환하는 내용의 이 사건 계약을 체결하였는데, 계약조건으로 대납물자인 경유의 납품기간을 2012. 12. 20.까지로 하고,

경유의 납품단가를 906.47원으로 하였으며, 2012년 9월 현재 경유의 면세유 단가는 약 1,110원 정도인 사실을 확인할 수 있다.

2) 청구인이 입찰 참가여부 및 응찰가격 결정의 핵심요소라고 할 수 있는 납품단가를 제대로 확인하지 않고 납기 내 납품 가능성, 수익성 등에 대한 면밀한 사전 검토 없이 입찰에 참가하고 계약을 체결한 것은 청구인의 귀책사유에 해당한다 할 것이나, 다만 청구인이 이 사건 폐휘발유 등의 처리를 위하여 처리물자 대금을 납부하였고, 육군 ○○사령부가 특정 정유사에 대납물품인 경유를 발주하고 청구인이 그 대금을 지불하는 방식의 납품을 제안하였으며, 계약의 이행이 지연되어 지체상금이 계약보증금을 초과하자 계약보증금의 추가 납부를 건의하는 등 청구인이 이 사건 계약의 이행을 위해 노력한 점이 인정되고, 이 사건 계약이 육군 ○○사령부의 폐휘발유 등을 매각 처리하고 청구인으로부터 경유를 대납받는 물물교환 계약이기는 하지만 청구인이 육군 ○○사령부의 폐휘발유 등을 수거·처리하였을 뿐만 아니라 육군 ○○사령부는 폐휘발유 등을 예정가격보다 두 배 이상으로 청구인에게 매각하여 그 대금을 전부 받음에 따라 이 사건 계약이 정한 소기의 목적을 거의 달성한 것으로 보이며, 육군 ○○사령부가 입찰 공고한 대납물자인 경유의 기준단가는 방위사업청이 군수용 유류를 대량으로 구매하기 위하여 국내 정유사와 조달계약을 체결한 군납 유류 조달단가로서 민간 업체인 청구인이 정유사로부터 구입하여 납품할 수 있는 가격과 실제로 상당한 가격 차이가 있다는 점, 청구인이 이 사건 계약을 불이행하여 육군 ○○사령부가 대납물자인 경유를 납품받지 못하였으나 이는 조달 등 다른 방법을 통하여 용이하게 구입이 가능하다는 점에 비추어 청구인의 경유 미납품으로 인하여 육군 ○○사령부가 회복할 수 없는 커다란 손해를 입었다고 보기 어려운 점 등을 종합해 볼 때 정당한 이유 없이 계약을 이행하지 아니하였다는 이유로 청구인에게 6개월의 입찰참가자격을 제한한 피청구인의 이 사건 처분은 지나치게 가혹하므로 이를 3개월로 감경함이 타당하다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 일부 인정할 수 있으므로, 피청구인의 6개월의 입찰참가자격 제한처분을 3개월의 입찰참가자격제한처분으로 변경하기로 하여 주문과 같이 재결한다.

13 2014-02381 부정당업자 제재처분 취소청구(재결일 : 2014. 7. 22.)

【사건의 쟁점】

청구인이 입찰 또는 계약에 관한 서류를 위조·변조·부정행사하거나 허위서류를 제출하였는지 여부 등

【재결요지】

청구인 대표이사는 '○○시 ○○구 ○○동에 있는 ○○아파트 ○○동 ○○호'에서 '○○기획'이라는 상호로 사업자등록을 하고 '광고기획 및 제작' 개인사업을 영위하다가 같은 장소에서 청구인 법인을 설립하고 발행주식 6,000주를 100% 소유하여 법인사업자로 사업자등록을 한 후 동일한 사업을 영위하고 있음에 비추어 개인사업자인 ○○기획이 법인사업자인 청구인 회사로 승계되었다고 볼 여지가 충분하므로, 청구인이 제출한 입찰 또는 계약에 관한 서류는 법인사업자로 전환하기 전 개인사업자로서의 실적으로 위조·변조·부정행사하거나 허위서류라고 할 수 없음

청구인은 정○○과 배우자 공동명의의 집합건물 등기부등본, 정○○의 예금잔액증명서·납세사실증명서·지방세납세증명서, 국방홍보기획의 표준재무제표증명·표준대차대조표·표준손익계산서 등을 제출하였는바 이들 서류는 정○○ 개인이나 ○○기획의 재무상태를 나타내는 자료로는 볼 수 있으나 청구인 회사의 재무상태를 나타내는 자료로는 볼 수 없는데, 국방홍보원은 이 사건 용역의 계약협상 대상업체를 선정함에 있어서 위 자료에 정○○ 개인의 명의 혹은 ○○기획이라는 상호명이 기재되어 있어 청구인 회사의 자료가 아닌 대표이사 개인의 자료임을 충분히 알 수 있었을 것임에도 문제가 없는 것으로 판단한 것으로 보이고, 피청구인도 2010. 1. 18. 국방홍보원장에게 사업자 선정에 있어서 그 모집자격은 법인사업자인 것이 분명하고, 그러한 자격에 해당하는 자에 대한 적절한 사업자 선정은 국방홍보원장의 정책적 판단영역이며, 특히 선정기준에 있어 제출서류를 근거로 평정하는 것은 사업자선정에 대한 국방홍보원의 재량이고 개인명의의 서류 등을 제출한 자를 사업자로 선정한 것은 국방홍보원의 자체 판단에 따를 사항이라는 취지의 회신을 한 사실에 의하더라도 국방홍보원장은 청구인 회사의 대표이사 개인명의 서류 제출이 문제가 없다고 판단하고 계약협상 대상업체로 선정한 후 이 사건 계약을 체결하였음을 인정할 수 있음에도 상당한 기간이 경과한 후 청구인이 입찰 또는 계약에 관한 서류를 위조·변조·부정행사하거나 허위서류를 제출하였다는 이유로 피청구인이 청구인에게 한 이 사건 처분은 부당함

【재결의 의미】

법인 전환한 개인사업자의 과거 실적 서류를 허위서류로 볼 수 없고, 계약 당시 문제삼지 않은 개인사업자 실적 제출을 이유로 입찰을 제한한 것은 부당하다고 본 사례

주 문 피청구인이 2013. 12. 3. 청구인에게 한 부정당업자 제재처분을 취소한다.

청구취지 주문과 같다.

이 유

1. 사건개요

청구인은 ○○시 ○○구 ○○로 ○○, ○○호에 있는 주식회사 ○○애드로서 국방홍보원장이 2009. 12. 2. 공고한 '광고수주대행사 모집 공고'(국방홍보원 공고 제2009-68호)(이하 '이 사건 용역'이라 한다)에 제안서를 제출하여 계약협상 대상업체로 선정된 후 2009. 12. 23. 국방홍보원장과 '2010년도 군 홍보물 광고수주 대행 계약'(이하 '이 사건 계약'이라 한다)을 체결하였고, 피청구인은 2013. 12. 3. 청구인이 입찰 또는 계약에 관한 서류를 위조·변조·부정행사하거나 허위서류를 제출하였다는 이유로 청구인의 입찰참가자격을 12개월간(2013. 12. 17. ~ 2014. 12. 16.) 제한하는 내용의 부정당업자 제재처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

국방홍보원은 매년 군 홍보물 광고 수주대행사의 자격요건을 개인사업자든 법인사업자든 무관하게 모집하다가 2010년도 이후부터는 모집자격을 '법인사업자'로 정하였는데, 청구인은 2009. 11. 18. 신설된 법인으로 2009. 12. 2. 이 사건 용역 공고 당시 법인사업자로서의 자격은 갖추었으나 자체의 사업실적이 거의 없는 상태였기 때문에 개인사업자의 실적과 재무증빙 서류를 제출해도 무방하다는 국방홍보원 담당자의 답변을 듣고 청구인 대표이사 개인의 재무증빙자료와 실적을 제출하였는바 이들 서류는 위조·변조되거나 허위서류가 아니고, 청구인이 이 사건 용역 사업자로 선정된 것도 국방홍보원장의 판단 하에 선정한 것으로서 피청구인이 한 이 사건 처분은 위법·부당하므로 취소되어야 한다.

3. 피청구인 주장

국방홍보원에서 법인사업자 외에 개인사업자의 자료를 제출하도록 인정한 증거가 없

고, 이 사건 용역 공고문에 모집자격을 법인사업자로 한정하고 있으며, 법인사업자와 개인의 능력이 분명히 다름에도 개인의 자료를 제출하여 광고대행사업주로 선정된 것은 입찰질서를 문란하게 한 경우로서 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령」 제76조제1항제8호에 해당한다고 볼 수밖에 없고, 계약상대자는 입찰공고문 및 계약 관련법령에 따라 엄격히 선정되어야 하는 것이므로 비록 계약상대자가 선정이 되었다 하더라도 입찰 및 계약과 관련한 국가계약법령에 위반사항이 확인된 경우에는 관련법령에 따라 부정당업자의 제재를 하여야 하므로, 이 사건 처분은 적법·타당하다.

4. 관계법령

국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제27조
국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령 제76조제1항제8호
국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행규칙 제76조제1항, 별표 2

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 등기사항전부증명서, 사업자등록증, 입찰공고문, 광고수주대행사 참가 신청서, 제안서, 집합건물 등기부등본, 예금잔액증명서, 수주실적증명원, 국민건강보험공단 사업장 가입자 명부, 납세사실증명서, 지방세납세증명서, 표준재무제표, 표준대차대조표, 표준손익계산서, 계약서, 감사통보문, 처분사전통지서, 의견서, 처분서, 행정심판청구서, 답변서 등의 자료에 따르면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 1994. 1. 3. 청구인 대표이사 정○○은 '○○시 ○○구 ○○동 ○○ ○○아파트 ○○동 ○○호'에서 '○○기획'이라는 상호로 사업자등록(등록번호 : ○○○-○○-○○○○○)을 하고 '광고기획 및 제작' 개인사업을 영위하였다.

나. 2009. 11. 18. 청구인은 '광고 기획 및 제작, 광고대행, 광고 영업, 출판 및 인쇄' 사업을 목적으로 자본의 총액 3,000만원, 발행주식 6,000주(100% 정○○ 지분), 본점은 위 가목과 같은 장소로 하여 설립되었고, 임원은 사내이사 겸 대표이사 정○○, 사외이사 박○○이 등재되어 있는데 박○○은 정○○의 배우자이다.

다. 2009. 11. 20. 청구인은 사업종목을 '광고대행, 광고기획, 광고제작'으로 하여 법인사업자등록(등록번호 : ○○○-○○-○○○○○)을 하였다.

라. 2009. 12. 2. 국방홍보원장은 법인사업자(종목 : 광고대행업)를 대상으로 2010년(계약기간 : 2010. 1. 1. ~ 2010. 12. 31.) 국방일보, 국방저널 등에 유료 광고수주 대행사 모집을 위한 이 사건 용역 공고를 하였는데, 2009. 12. 9.부터 2009. 12. 10.까지 제안서를 제출하도록 하면서 2009년도 국민건강보험 사업장 가입자 명부, 2009년 11월까지 납세사실 증명서, 2009년 11월까지 지방세 완납증명서, 사업자 등록증, 2010년도 광고수주 대행사 참가신청서, 2008년도 재무제표를 첨부하도록 하고, 대행사 선정은 다음의 제안내용 평가항목 및 배점에 따른 제안서 기술평가 100점 만점에 80점 이상인 고득점 순위로 적격업체를 결정하기로 하였다.

- 다 음 -

○ 평가항목

평가항목	평가요소	배점	
		요소별	항목별
회사소개	1. 조직 현황 2. 인력 현황 3. 개인이력 현황 4. 재무상태 - 자산보유현황(건물자산 및 시설임대 계약사항 등) - 재무능력을 증빙할 수 있는 서류 등	5 10 10 5	30
기획능력 및 영업진행능력	1. 개인별 영업직원 광고수주 운영 계획 2. 매체별 현 광고주 광고 현황 3. 매체별 (예상) 광고수주 방안	5 10 10	25
	1. 국방일보 광고수주 지면활용 방안 - 3단×5칼럼 광고 수주계획 - 10단×5칼럼 광고 수주계획 - 6단×5칼럼 광고 수주계획	20	20
홍보	1. 광고수주 홍보방안 - 홍보물 초안 적합여부 - 홍보물 활용 적합여부	 15 10	25

○ 배점

등급	점수	등급	점수
탁월	1	보통	0.7
우수	0.9	미흡	0.5

마. 2009. 12. 10. 청구인은 국방홍보원에 이 사건 용역 제안서를 제출하였는데, 제안서상 청구인은 18여년의 역사를 지녔으며 1992년부터 2009년까지 국방홍보원의 광고수주대행사와 대행계약을 맺어 국방일보·국방저널·국군방송 등 광고수주 업무를 맡아 국방홍보원의 수익사업에 매년 7~8억 정도의 광고수주를 하고 있는 회사라고 소개하였고, 정○○과 박○○ 공동명의로 되어 있는 집합건물(○○시 ○○구 ○○동 ○○ ○○아파트 ○○동 ○○호) 등기부등본, 정○○의 예금잔액증명서(3,052만 3,000원)·납세사실증명서·지방세납세증명서, ○○기획의 표준재무제표증명·표준대차대조표·표준손익계산서·2009년 1월부터 5월까지 (주)○○커뮤니케이션즈와의 대대행 계약을 통한 국방일보 유료광고 수주실적증명원, 청구인의 사업장 가입자 명부·사업자 등록증·2009. 7. 14.부터 2009. 12. 8.까지 (주)○○미디어와의 대대행 계약을 통한 2009년 하반기 국방일보 유료광고 수주실적증명을 제출하였다.

바. 2009. 12. 14. 국방홍보원장은 이 사건 용역 입찰에 제안서를 제출한 6개 업체 중 2개 업체를 계약협상 대상업체로 선정하였는데, 청구인은 기술평가점수 85.6점(재무상태 5점 만점에 5점, 매체별 현 광고주 광고 현황 10점 만점에 9점)을 받아 2위로 선정되었다.

사. 2009. 12. 23. 청구인과 국방홍보원장은 국방일보·국방저널·국군방송(TV/Radio)·인터넷 배너광고·프로그램 판매 협찬 등 군 홍보물에 대한 광고수주 업무 대행을 내용을 하는 이 사건 계약을 체결하였다.

아. 2010. 1. 15. 국방홍보원장은 피청구인에게 청구인이 2009. 11. 20. 법인등록을 한 관계로 실적이 없어 개인명의의 납세사실증명서와 지방세 납입증명서를 제출하였는데 실무자는 제출된 서류가 모집자격요건의 법인사업자와는 일치하지 않았으나 청구인이 현시점에서 법인회사이고 제출서류에는 별도의 법인명의 제출을 요구하지 않았으므로 문제가

없는 것으로 판단하였는바 법적인 문제는 없는지, 청구인이 법인으로 등록된 재산이 없어 개인명의의 집합건물(아파트) 등기부등본, 예금잔액증명서를 제출하였는데 인정범위는 타당한지, 청구인은 2010. 1. 1.자로 광고수주활동을 하고 있는데 이에 대한 법률적 이해관계 등 취지로 '국방홍보원 광고대행사 선정 제출서류 타당성 여부 질의'를 하였다.

자. 2010. 1. 18. 피청구인은 국방홍보원장에게 사업자 선정에 있어서 그 모집자격은 법인사업자인 것이 분명하고, 그러한 자격에 해당하는 자에 대한 적절한 사업자 선정은 국방홍보원장의 정책적 판단영역이며, 특히 선정기준에 있어 제출서류를 근거로 평정하는 것은 사업자선정에 대한 국방홍보원의 재량이고, 개인명의의 서류 등을 제출한 자를 사업자로 선정한 것은 국방홍보원의 자체 판단에 따를 것으로 법적 자문의 영역이 아니며, 향후 계약이행이 진행 중인 부분에 대한 법적 검토는 현재 불가하다는 취지의 회신을 하였다.

차. 2013. 7. 16. 피청구인은 국방홍보원에 대한 홍보병사 복무관리실태 감사를 실시한 결과 이 사건 용역 입찰과 관련하여 청구인의 선정자격이 부적합하고 입찰서류를 부정 제출한 사실을 적발하였다.

카. 2013. 7. 22. 피청구인은 국방홍보원장에게 이 사건 용역 공고에서 모집자격을 법인사업자로 한정하였음에도 청구인이 입찰제안서에 청구인의 자료가 아닌 정○○ 개인자료를 제출하여 광고수주 대행업체로 선정되었는바, 입찰 서류를 부정하게 행사하고 제안서에 허위의 사실을 적시하였다는 등의 이유로 청구인에 대한 부정당업자 제재를 건의하도록 통지하였다.

타. 2013. 8. 27. 국방홍보원장은 피청구인에게 청구인에 대한 부정당업자 제재를 건의하였는데 재무관 종합의견을 보면 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 청구인 회사는 제안서 제출 당시에 법인체로 설립되었기 때문에 입찰자격상 문제가 없음

○ 제안서 내용상 위·변조하거나 허위서류 제출은 아님(다만, 제안서 소개부분에 18년으로 기재된 것은 오해의 소지가 있음)

※ 광고대행사 제안내용 평가항목에는 회사소개 중 개인이력현황 및 개인의 자산보유현황,

재무능력을 증빙할 수 있는 서류를 평가하게 되도록 공고하였음

○ 청구인의 제안내용이 허위사실이라고는 볼 수 없으며, 정황상 당시 제안 평가 시 심사위원들의 일부 착오가 발생하였던 것으로 판단됨

파. 2013. 10. 28. 피청구인은 청구인이 이 사건 용역 입찰에서 허위서류를 제출하였다는 이유로 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령」 제76조제1항제8호에 근거하여 청구인에게 입찰참가자격제한 절차를 진행할 예정이라는 취지의 의견제출 안내를 하였다.

하. 2013. 11. 7. 청구인은 피청구인에게 2010년도 이 사건 용역 공고상에는 참가자격에 법인 설립일에 관한 별도의 제한이 없었고, 사전에 국방홍보원에 확인하고 ○○기획의 실적과 정○○ 개인의 재무증빙서류를 제출하였는바 이들 서류는 위조·변조되거나 허위서류가 아니며, 만일 개인실적 등의 자료를 인정할 수 없다면 국방홍보원이 서류접수를 거부하거나 평가에서 배제하여 대행사로 선정하지 말았어야 한다는 취지의 의견서를 제출하였다.

거. 2013. 11. 28. 피청구인이 개최한 계약심의위원회는 청구인이 허위서류를 제출하여 낙찰을 받은 자에 해당한다는 이유로 12개월의 부정당업자제재처분을 하기로 의결하였고, 2013. 12. 3. 피청구인은 청구인에게 이 사건 처분을 하였다.

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령의 내용

「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 제27조에 따르면 각 중앙관서의 장은 경쟁의 공정한 집행 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 염려가 있거나 기타 입찰에 참가시키는 것이 부적합하다고 인정되는 자에 대하여서는 2년 이내의 범위에서 대통령령이 정하는 바에 따라 입찰참가자격을 제한하여야 한다고 되어 있고, 같은 법 시행령 제76조제1항제8호, 같은 법 시행규칙 제76조제1항, 별표 2에 따르면 각 중앙관서의 장은 계약상대자, 입찰자 또는 제30조제2항에 따라 전자조달시스템을 이용하여 견적서를 제출하는 자(이하 이 항에서 '계약상대자등'이라 한다)나 계약상대자등의 대리인, 지배인 또는 그 밖의 사용인이 입찰 또는 계약에 관한 서류를 위조·변조하거나 부정하게 행사한 자 또는 허위서류를

제출한 경우로서 입찰에 관한 서류(제15조제2항에 따른 입찰참가자격등록에 관한 서류를 포함한다)를 위조·변조·부정행사하거나 허위서류를 제출하여 낙찰을 받은 자는 1년, 입찰 또는 계약에 관한 서류(제15조제2항에 따른 입찰참가자격등록에 관한 서류를 포함한다)를 위조·변조·부정행사하거나 허위서류를 제출한 자는 6개월 동안 그 입찰참가자격을 제한하여야 한다고 되어 있다.

나. 판단

1) 입찰이나 그에 따른 계약 시 입찰참가자격에 관한 서류 기타 계약에 관한 서류를 작성함에 있어서 타인의 명의를 도용하는 방법으로 위조하여 제출하는 행위는 물론 자신의 명의로 작성하였더라도 허위의 내용을 기재한 서류를 작성하여 제출하는 행위 역시「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에서 규정한 경쟁의 공정한 집행 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 염려가 있는 행위에 해당한다 할 것이고(대법원 2010. 10. 13. 선고 99두3201 판결 참조), 서류의 부정행사란 진정하게 성립된 문서를 사용할 권한이 없는 자가 사용권한이 있는 것처럼 가장하여 행사하는 경우를 의미한다고 할 것이다.

2) 위 인정사실에 따르면 청구인은 이 사건 용역 입찰에 제출한 제안서상 청구인 회사는 18여년의 역사를 지녔으며 1992년부터 2009년까지 국방홍보원의 광고수주대행사와 대행계약을 맺어 국방일보·국방저널·국군방송 등 광고수주 업무를 맡아 국방홍보원의 수익사업에 매년 7~8억 정도의 광고수주를 하고 있는 회사라고 소개하였는데, 청구인 대표이사 정○○은 1994. 1. 3. 배우자인 박○○과 공동소유로 되어 있는 '○○시 ○○구 ○○동 ○○ ○○아파트 ○○동 ○○호'에서 '○○기획'이라는 상호로 사업자등록을 하고 '광고기획 및 제작' 개인사업을 영위하다가 2009. 11. 18. 여전히 정○○과 박○○ 소유로 되어 있는 위와 같은 장소에 본점을 두고 자본금 3,000만원에 발행주식 6,000주의 지분을 100% 소유하며 '광고 기획 및 제작, 광고대행, 광고 영업, 출판 및 인쇄'사업을 목적으로 하는 청구인 법인을 설립하고 법인사업자로 사업자등록을 한 후 동일한 사업을 영위하고 있음에 비추어 영업 승계에 관한 명확한 자료는 확인되지 않으나 개인사업자인 ○○기획이 법인사업자인 청구인 회사로 승계되었다고 볼 여지가 충분하고, 따라서 이 사건 용역 입찰 제안서에 청구인 회사가 18여년의 역사를 지녔다거나 청구인이 제출한 국방홍보기

획의 국방일보 유료광고 수주실적증명원 등의 서류는 청구인이 법인사업자로 전환하기 전 개인사업자였던 자기의 실적으로서 위조·변조·부정행사하거나 허위서류라고 할 수 없다.

또한 청구인은 정○○과 배우자 공동명의의 집합건물 등기부등본, 정○○의 예금잔액증명서·납세사실증명서·지방세납세증명서, 국방홍보기획의 표준재무제표증명·표준대차대조표·표준손익계산서 등을 제출하였는바 이들 서류는 정○○ 개인이나 ○○기획의 재무상태를 나타내는 자료로는 볼 수 있으나 청구인 회사의 재무상태를 나타내는 자료로는 볼 수 없다. 그러나 국방홍보원은 이 사건 용역의 계약협상 대상업체를 선정함에 있어서 위 자료에 정○○ 개인의 명의 혹은 ○○기획이라는 상호명이 기재되어 있어 청구인 회사의 자료가 아닌 대표이사 개인의 자료임을 충분히 알 수 있었을 것임에도 문제가 없는 것으로 판단한 것으로 보이고, 피청구인도 2010. 1. 18. 국방홍보원장에게 사업자 선정에 있어서 그 모집자격은 법인사업자인 것이 분명하고, 그러한 자격에 해당하는 자에 대한 적절한 사업자 선정은 국방홍보원장의 정책적 판단영역이며, 특히 선정기준에 있어 제출서류를 근거로 평정하는 것은 사업자선정에 대한 국방홍보원의 재량이고 개인명의의 서류 등을 제출한 자를 사업자로 선정한 것은 국방홍보원의 자체 판단에 따를 사항이라는 취지의 회신을 한 사실에 의하더라도 국방홍보원장은 청구인 회사의 대표이사 개인명의 서류 제출이 문제가 없다고 판단하고 계약협상 대상업체로 선정한 후 이 사건 계약을 체결하였음을 인정할 수 있음에도 상당한 기간이 경과한 후 청구인이 입찰 또는 계약에 관한 서류를 위조·변조·부정행사하거나 허위서류를 제출하였다는 이유로 피청구인이 청구인에게 한 이 사건 처분은 부당하다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 있으므로 청구인의 청구를 받아들이기로 하여 주문과 같이 재결한다.

14 2014-02932 국유재산 사용허가 취소처분 취소청구(재결일 : 2014. 6. 3.)

【사건의 쟁점】

지하철공사를 수행하기 위하여 전력관 이설이 필요한 상황에서 그 이설비용 부담자에 관한 당사자간의 합의가 이루어지지 않은 경우, 전력관 매설 용도의 국유재산 사용허가를 취소할 수 있는지

【재결요지】

이 사건의 경우 위 인정사실에서 확인되는 다음과 같은 사정 즉, ① 청구인과 피청구인간에 이 사건 공사를 원만히 진행하기 위해 전력구 이설방식 및 이설비용 부담주체에 대해 협의를 진행해 왔고, 그 중 전력구를 다른 곳에 이설하는 대신 피청구인 주도하에 매달기 방식으로 작업을 진행하는 것에는 별다른 이견이 없었으나 그에 따른 비용부담 주체에 대하여만 합의가 되지 않는 상황에서 피청구인이 이 사건 처분을 하였던 점, ② 전력구 매달기공사만 하면 이 사건 사용허가를 유지하더라도 피청구인이 이 사건 공사를 하는데 별다른 지장이 없어 보이고, 매달기공사를 함에 있어서 청구인 뿐만 아니라 피청구인도 시공능력이 있으므로 청구인이 매달기공사에 협조하지 않더라도 이 사건 공사에 심대한 지장이 있다고 볼 만한 사정도 없는 점, ③ 전력구 매달기공사의 비용부담 문제를 제외하고는 달리 이 사건 사용허가를 취소해야 할 다른 불가피한 사정이 없는 점, ④ 전력구 매달기공사의 비용부담 문제는 향후에라도 당사자 사이의 합의나 소송 등으로 해결할 수 있는 점(청구인과 피청구인은 2014. 2. 10.자 '수인선 공구 남인천전력구 및 관로 지중전력설비 보호공사 협약서'를 통해 전력구 이설공사와 관련한 공사수행 및 비용부담주체를 결정하는 방식에 대해 합의를 한 상황임), ⑤ 피청구인 주장에 의하더라도 전력공급차질 등이 우려되어 청구인의 전력구를 강제철거할 수 없는 상황인 점, ⑥ 청구인이 이 사건 이행각서 및 이 사건 사용허가서에 반하여 비용부담을 회피하고 있다는 사정은 피청구인이 들고 있는 이 사건 처분 사유와 직접적인 관련이 있다고 보기 어려운 점, ⑦ 전력공급업을 영위하는 청구인이 이 사건 토지를 사용하는 목적 역시 공익적 성격을 띠고 있는 점 등을 종합해 볼 때 피청구인이 이 사건 공사를 위해 토지를 사용함에 있어서 반드시 이 사건 사용허가를 취소 또는 철회하여야 할 필요가 있다고 보기 어렵고, 청구인이 전력구 이설에 따른 비용부담을 거부하고 있다는 사정이 이 사건 사용허가 자체를 취소할 만한 사정변경에 해당한다거나 달리 이 사건 사용허가를 철회하여야 할 중대한 공익상의 필요가 있다고 인정할 특별한 사정도 없으므로 피청구인의 이 사건 처분은 위법·부당함

【재결의 의미】

전력관 이설비용 부담자에 대한 당사자 합의가 성립되지 않자 허가청이 국유재산 직접사용을 이유로 국유재산 사용허가를 취소한 것은 위법·부당함

주 문 피청구인이 2013. 10. 28. 청구인에게 한 국유재산 사용허가 취소처분을 취소한다.

청구취지 주문과 같다.

이 유

1. 사건개요

청구인은 2012. 1. 2. 피청구인으로부터 국유재산인 인천광역시 0구 00동 0가 00-0 도로 872㎡ 및 같은 시 0구 00동 000-00 철도용지 9㎡ 총면적 881㎡(이하 '이 사건 토지'라고 한다)에 대해 전력관 매설을 용도로 하고 2012. 1. 1.부터 2016. 12. 31.까지를 사용기간으로 하는 국유재산 사용허가(이하 '이 사건 사용허가'라고 한다)를 받았는데, 피청구인은 수인선 복선전철사업(송도~인천간)을 시행하면서 이 사건 토지 내 매설되어 있는 전력구가 수인선 6공구 노반신설공사(이하 '이 사건 공사'라고 한다)에 지장이 된다는 이유로 청구인과 전력구 이설(매달기) 문제로 협의를 진행하였으나 이설비용 부담주체에 대한 협의가 이루어지지 않자 피청구인이 직접 공용이나 공공용으로 이 사건 토지를 사용하기 위해 필요하다는 이유로 이 사건 사용허가서 제11조, 제27조, 「국유재산법」 제36조에 따라 2013. 10. 28. 청구인에게 이 사건 토지에 대한 사용허가 취소처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

가. 청구인이 이 사건 토지를 전력 지하관로로 사용하던 중 피청구인이 이 사건 공사를 이유로 청구인에게 지하에 매설된 전력관로를 이설할 것을 요구하였고, 이설장소가 마땅치 않고 전력관로를 이설하지 않고도 전력선을 매달아 놓은 상태에서 피청구인이 이 사건 공사를 지장 없이 수행할 수 있으므로 청구인과 피청구인은 전력선 매달기를 시행한 후 다툼이 있는 매달기 공사에 소요되는 비용의 부담주체에 대하여 합의가 되지 않을 경우 추후 소송 등으로 부담주체를 정하기로 잠정합의하고 매달기 공사협약서를 합의 중에 있었는데, 피청구인은 이 사건 공사를 지장 없이 진행하고 있는 중에 청구인에게 이 사건

처분을 하였다.

나. 청구인과 피청구인 간에 지하 전력선 매달기 비용 부담주체가 합의되지 않은 사항은 사용허가 취소사유에 해당하지 않는다.

다.「국유재산법」제36조제2항, 제3항에 따라 사용허가한 행정재산을 국가나 지방자치단체가 직접 공용이나 공공용으로 사용하기 위해 필요하게 된 경우 그 허가를 철회할 수 있으나, 그 경우 사용허가를 받은 자에게 손실이 발생하면 그 재산을 사용하는 기관은 그 손실을 보상해야 하는데, 이 사건 사용허가서 제27조에 의하더라도「국유재산법」제36조제2항, 제3항에서 정한 사용허가 철회에 따른 보상까지 청구인이 포기하는 내용으로 이 사건 사용허가를 받았다고 볼 수 없고, 피청구인은 사용허가 철회와 동시에 지하 전력구 이설비용을 보상하여야 하므로 피청구인이 부담하게 될 비용, 지급기간, 지급방법 등의 이행제공을 먼저하고 사용허가를 취소하는 것이 형평에 맞다.

라. 지하 전력구 매달기 방법을 취하면 이 사건 공사를 지장 없이 수행할 수 있으므로 매달기 공사 협약서 작성 합의가 진행 중에 있고, 공사의 시급성을 감안해 현재 잠정적으로 매달기 시행 후 피청구인이 공사를 진행 중에 있으므로 이 사건 사용허가를 취소해야 할 아무런 이유가 없으며, 매달기 비용 부담을 회피하기 위해 사용허가를 취소한 것은 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성을 갖추지 못하여 부당하다.

3. 피청구인 주장

가. 피청구인은 전력선 매달기 공사비용 부담주체가 합의되지 않은 점을 이 사건 처분 사유로 삼지 않았고, 다만 이 사건 사용허가서 제11조제1호 소정의 “국가가 직접 공용이나 공공용으로 사용하기 위하여 필요하게 된 경우”에 해당하여 사용허가를 취소하였을 뿐이다.

나. 청구인은 이 사건 사용허가 즈음인 2011. 12. 12. 피청구인에게 이 사건 사용허가와 관련해 철도 관련 공사 및 유지보수 등에 지장이 없도록 협조하고 그로 인해 본인에게 불이익이 발생하더라도 어떠한 보상도 요구하지 않겠다는 내용의 이행각서를 작성, 교부하였으며, 피청구인은 이를 전제로 청구인에게 이 사건 사용허가를 한 것이므로 청구인은 이 사건 공사 수행에 협조해야 하고 어떠한 보상도 요구하지 않아야 하며, 설령 피청구인

에게 보상의무가 있더라도 사용허가 취소 전에 보상을 선이행 해야 하는 근거 역시 없다.

다. 청구인이 허가 조건에 반해 피청구인에게 이설비용을 부담하라는 배신적 주장을 하고 있고, 이 사건 처분을 하더라도 피청구인이 전력구를 강제로 철거할 수 없으며, 다만 청구인이 무단점유자의 지위에 서는 것일 뿐이라는 점, 청구인에게 사용허가를 취소하는 것 외에 달리 할 행정처분이 없는 점 등을 고려할 때 이 사건 처분이 법익의 균형성을 갖추지 못한 위법·부당한 처분이라고 볼 수 없다.

4. 관계법령

국유재산법 제30조, 제35조, 제36조, 제38조

국유재산법 시행령 제35조

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 국유재산 사용허가 취소알림, 국유재산 사용허가서, 수인선6공구 한전전력구 매달기 관련 협약서 송부, 이행각서, 수인선 복선전철사업에 지장되는 한전전력구 사용허가 취소예정 등에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 2011. 12. 13. 청구인은 피청구인에게 이 사건 국유재산 사용허가와 관련한 이행각서(이하 '이 사건 이행각서'라고 한다)를 송부하였는데, 이 사건 이행각서의 내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

> 본인은 귀 본부가 정한 사용허가상의 제반조건을 철저히 준수·이행하겠으며, 사용에 대한 권리의 부분으로 물건적치 및 차단 등의 불법행위를 하지 않겠으며, 철도 관련 공사 및 유지보수 등 지장이 없도록 협조하고 사용기간 종료 후 원상반환 한다. 만약 이를 준수·이행하지 않을 시는 귀 본부의 허가취소 및 손해배상 청구 등 어떠한 행정처분에도 일체의 이의를 제기하지 않음은 물론, 이로 인하여 본인에게 불이익이 발생하더라도 귀 본부에 투자비보상, 영업권보상, 손해보상, 생계보상 등 어떠한 보상도 요구하지 않겠으며, 또한 국유재산법 준수에 따른 계약기간 만료 또는 계약서상에 명기된 계약해제 사유가 발생하여 계약이 해제된 경우 또는 국유재산 관리청이 허용한 시설물과 상이하게 시설물을 설치한 경우에는 임차인은 임대 국유지를 관리기관에 명도 하겠으며, 이 경우 임차인 국유지상에 설치한 가설시설물을 즉시 철거하며 임차인이 상기 사유로 가설시설물을 철거하는 때에는 가설시설물 시설비 및 권리금 등 어떠한 명목의 금전도 청구하지 않겠기에 이를 공증하여 각서합니다.

나. 2012. 1. 2. 피청구인은 청구인에게 이 사건 토지를 사용하도록 이 사건 사용허가를 하였는데, 이 사건 사용허가서를 보면 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

□ 허가재산의 표시

재산소재지	번지	지목	허가면적(㎡)	사용용도	비고
인천광역시 0구 00동	000-00	철도	9	전력관매설	토지
인천광역시 0구 00동 3가	00-0	도로	872	전력관매설	토지
계			881		

□ 허가조건

제1조(사용목적) 사용목적은 '전력관매설'로 한다.

제2조(사용기간) 사용기간은 2012. 1. 1.부터 2016. 12. 31.까지로 한다.

제11조(사용허가의 취소) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 허가한 재산의 전부 또는 일부에 대하여 사용허가를 취소할 수 있다.

1. 국가나 지방자치단체가 직접 공용이나 공공용으로 사용하기 위하여 필요하게 된 경우

2. ~6.(생략)

제12조(사용허가 취소 시의 보상) 이 허가조건을 위반하여 허가가 취소됨으로써 사용인에게 손해가 발생하더라도 한국철도시설공단은 그 손해를 보상하지 아니한다.

□ 추가조건

제27조 허가재산은 사용·수익허가 기간중이라도 공용, 공공용, 공익사업, 기타 한국철도시설공단, 국가, 지방자치단체, 공공단체에서 필요로 하는 때에는 일체의 조건 없이 원상반환하여야 하며, 이 때 본 재산 사용에 따른 연고권 및 기득권은 물론 투자비, 영업권, 손해, 손실, 생계보상 등 어떠한 보상도 한국철도시설공단에 요구할 수 없으며(단, 관계법에서 정하는 사항은 제외), 단 미사용기간분 사용료는 환불한다.

다. 2013. 5. 23. 피청구인은 청구인에게 이 사건 공사 구간에 청구인이 허가받아 사용중인 전력구가 건설공사에 지장이 되고 있어 이 사건 사용허가서 제27조에 의거 사용허가를 취소하고자 하니 이 사건 이행각서에 명시되어 있는 대로 청구인 부담으로 이 사건 공사에 지장이 되는 지장물을 빠른 시일 내에 이설하도록 사용허가 취소예정 통보를 하였다.

라. 2013. 5. 30. 청구인은 피청구인에게 이 사건 공사의 시공사(00건설)와 안정적 전력공급 및 수인선 복선전철 적기 개통을 위해 당사 전력구 매달기(천공) 등에 대한 세부시행방안을 협의 진행 중에 있고, 전력구 이설 시행시에는 지중토목설비 및 케이블 이설시 약 30～36개월 정도 소요 예상되어 수인선 복선전철 개통예정일(2015년)까지 이설이 불가하다는 등의 이유로 사용허가 취소 보류요청을 하였다.

마. 2013. 7. 18. 피청구인은 청구인에게 전력구 매달기에 대한 비용부담 문제가 협의되지 않아 지장물 처리가 지연되고 있으므로 전력구 처리방안에 대해 청구인이 시행하거나 소요비용을 납부하도록 촉구하였다.

바. 2013. 7. 24. 청구인은 피청구인에게 전력구 매달기 협약체결을 위한 시공계획서 및 복구계획서를 요청하였으나 피청구인이 제출하지 않아 협의가 지연되고 있으므로 조속히 관련자료를 제출해 줄 것과 전력구 천공 및 매달기에 소요되는 비용부담에 대해서는 「전기사업법」 제72조에 의거 피청구인이 전액부담 할 사항이라고 회신하였다.

사. 2013. 7. 26. 피청구인은 청구인에게 전력구 이설과 관련해 수차례 협의를 하였으나 전력구 이설 관련 비용에 대해 이 사건 사용허가서 및 이행각서에도 불구하고 청구인의 비용부담 의사가 없어 지장물 처리가 지연되고 있으므로 원만한 처리를 위해 2013. 7. 31. 관계자 회의를 개최한다며 회의참석 요청을 하였다.

아. 2013. 8. 27. 청구인은 피청구인에게 전력구 매달기 시공계획서 검토의견을 회신하고 보호협약 체결요청을 하였으며, 2013. 9. 4. 청구인은 피청구인에게 합동회의시 전력구 이설 없이 협약체결 후 매달기 시행하기로 협의가 완료되어 이 사건 공사의 원활한 추진을 위해 피청구인과 매달기 협의를 진행중인 만큼 현재 전력구 이설은 필요하지 않은 상태이며, 전력구 이설 및 매달기에 소요되는 비용은 「전기사업법」 제72조 및 「국유재산법 시행령」 제35조에 의거 피청구인이 부담해야 할 것으로 사료된다고 회신하였다.

자. 2013. 9. 17. 피청구인은 청구인에게 이 사건 공사에 지장을 초래하는 전력구 처리와 관련해 2013. 9. 26. 회의를 개최하니 참석할 것을 통보하였고, 2013. 9. 30. 청구인에게 전력구 처리 관련 회의결과 및 자료를 첨부하여 매달기 소요예산에 대해 50:50으로

비용부담하는 방안과 협약서 중 피청구인의 검토요청에 대한 청구인의 의견을 회신하도록 통지하였다.

차. 2013. 10. 4. 청구인은 피청구인에게 전력구 처리비용 부담방안에 대해 피청구인이 제시한 처리비용 50:50 비용분담 방안은 수용하기 곤란하고, 피청구인이 선 부담하고 향후 법률해석 결과에 따라 결정할 것과 협약체결 지연에 따른 공사시행 방안에 대해서는 피청구인이 제안한 안(서해로 구간 협약체결 전 선시공)에 협조가능하다는 내용의 검토결과 통지를 하였다.

카. 2013. 10. 17. 피청구인은 청구인에게 피청구인 소속 건설총괄처에서 청구인과 처리비용 부담에 대해 논의하였으나 청구인의 일방적인 주장으로 협의가 되지 않아 이 사건 공사에 막대한 지장을 초래하고 있어 이 사건 사용허가서 제11조에 따라 부득이 이 사건 사용허가를 취소할 예정임과 이에 대한 청문을 2013. 10. 25. 실시할 예정임을 통지하였다.

타. 2013. 10. 21. 청구인은 피청구인에게 송전선 매달기 방법에 의해 전력구를 이설하지 않고도 이 사건 공사를 수행할 수 있음에도 불구하고 매달기 비용부담 주체에 이견이 있다 하여 국유재산 사용허가를 철회하는 것은 과잉금지원칙 위배로 권리남용이고, 비용부담 회피를 위한 사용허가 철회는 부당결부금지원칙에 위반되며, 사용허가 철회시 피청구인이 전력구 이설비용과 이설기간 동안 영업손실액을 부담해야 한다는 내용의 의견서를 제출하였다.

파. 2013. 10. 28. 피청구인은 청구인에게 이 사건 토지 내 청구인의 전력구가 이 사건 공사에 지장이 되어 지장물 처리를 위해 피청구인 소속 사업부서(건설총괄처)와 협의하여 청구인 부담으로 이설(매달기)을 요청하였고, 청구인이 이 사건 사용허가서와 이행각서 내용에 따라 비용을 부담해야 함에도 계속 피청구인에게 비용부담할 것을 주장하여 이 사건 공사에 막대한 지장을 초래하고 있어 이 사건 사용허가서 제11조, 제27조, 「국유재산법」 제36조에 의거 이 사건 사용허가를 취소한다며 이 사건 처분을 하였다.

하. 2013. 10. 29. 피청구인은 청구인에게 수인선 6공구 한전전력구 매달기 관련 협약서를 보내면서 이견이 없을시 날인 후 송부할 것을 통지하였는데, 위 협약서를 보면 피청

구인이 지중전력설비 외관조사, 구조물상태 평가, 가시설 등을 사전 검토하고, 매달기 공사설계, 복구공사 설계, 자재확보, 시공 등 공사와 관련된 업무 전체를 피청구인 책임 하에 시행하며, 청구인은 지중전력설비 보호 및 복구공사에 필요한 계측 및 감리를 투입할 수 있으며(제4조 시행책임), 본 공사에 소요되는 총공사비는 청구인과 피청구인의 상호합의 또는 소송 등의 결과에 따라 부담주체를 정한다(제5조 공사비 부담)고 되어 있다.

거. 청구인과 피청구인이 수인선 6공구 지중전력설비(남인천전력구 및 관로) 보호공사 관련으로 피청구인이 굴착 및 되메우기 공사를 시행함에 있어 청구인 소유의 지중전력설비(맨홀, 전력구, 관로, 송전선로, 배전선로) 보호 및 복구사업을 효율적으로 추진하기 위해 협정을 맺고 2014. 2. 10. 청구인과 피청구인이 기명날인한 '수인선 공구 남인천전력구 및 관로 지중전력설비 보호공사 협약서'를 보면 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

제1조(목적)

본 협약은 수인선 6공구 지중전력설비(남인천전력구 및 관로) 보호공사와 관련하여 피청구인이 굴착 및 되메우기 공사를 시행함에 있어 청구인 소유의 지중전력설비(맨홀, 전력구, 관로, 케이블, 부대설비 등) 보호 및 원상복구공사를 위한 시행방법, 안전관리방법과 사업비 부담 등 당사자 간에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제3조(적용범위)

본 협약서는 피청구인이 수인선 6공구 지중전력설비(남인천전력구 및 관로) 보호공사를 추진함에 있어 도로 등의 굴착 등으로 청구인의 지중전력설비가 직·간접적으로 장애 또는 지장이 발생하거나 발생할 우려가 있는 장소에 대하여 적용한다.

제4조(시행책임)

1. 피청구인은 지중전력설비 외관조사, 구조물상태 평가, 가시설 등을 사전 검토하고 대관인·허가 및 매달기 공사설계, 복구공사 설계, 자재확보, 시공 등 공사와 관련된 업무 전체를 피청구인 책임하에 시행한다.
2. 청구인은 필요시 지중전력설비 보호 및 복구공사에 필요한 계측 및 감리를 투입할 수 있다.
3. 청구인은 도면 및 구조계산 등 사전안전조치에 대하여 기술검토하고, 지중전력설비 매달기 및 복구공사 해당공정에 순시원을 투입하며, 발생되는 비용은 제5조에 의거 부담

주체가 부담한다.

제5조(공사비 부담)

본 공사에 소요되는 총 공사비(매달기 및 복구공사, 청구인의 기술검토비, 현장관리비, 보호기간 비용, 인수점검, 준공검사, 하자담보 설정, 기타 발생비용(대관수수료, 공과금, 인지대, 부대비용 등))는 청구인과 피청구인의 상호합의 또는 소송 등 관련법에서 규정하는 결과로 부담주체를 정한다.

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관련 법령

1)「국유재산법」제7조제1항은 누구든지 이 법 또는 다른 법률에서 정하는 절차와 방법에 따르지 아니하고는 국유재산을 사용하거나 수익하지 못한다고 되어 있고, 같은 법 제30제1항은 중앙관서의 장은 공용·공공용·기업용 재산의 경우 그 용도나 목적에 장애가 되지 아니하는 범위에서, 보존용 재산은 보존목적의 수행에 필요한 범위에서 행정재산의 사용허가를 할 수 있다고 되어 있으며, 같은 법 제35조제1항, 제2항은 행정재산의 사용허가기간은 5년 이내로 하고, 허가기간이 끝난 재산에 대하여 대통령령으로 정하는 경우를 제외하고는 5년을 초과하지 아니하는 범위에서 종전의 사용허가를 갱신할 수 있다고 되어 있다.

2)「국유재산법」제36조제1항은 중앙관서의 장은 행정재산의 사용허가를 받은 자가 거짓 진술을 하거나 부실한 증명서류를 제시하거나 그 밖에 부정한 방법으로 사용허가를 받은 경우(제1호), 사용허가 받은 재산을 제30조제2항을 위반하여 다른 사람에게 사용·수익하게 한 경우(제2호), 해당 재산의 보존을 게을리하였거나 그 사용목적을 위배한 경우(제3호), 납부기한까지 사용료를 납부하지 아니하거나 제32조제2항 후단에 따른 보증금 예치나 이행보증조치를 하지 아니한 경우(제4호)에 해당하면 그 허가를 취소하거나 철회할 수 있다고 되어 있고, 같은 조 제2항, 제3항은 중앙관서의 장은 사용허가한 행정재산을 국가나 지방자치단체가 직접 공용이나 공공용으로 사용하기 위하여 필요하게 된 경우에는 그 허가를 철회할 수 있고, 그 철회로 인하여 해당 사용허가를 받은 자에게 손실이 발생하면 그 재산을 사용할 기관은 대통령령으로 정하는 바에 따라 보상한다고 규정하고 있다.

3)「국유재산법 시행령」제35조는 법 제36조제3항에 따른 보상액은 다음 각 호와 같다고 하면서 각 호로 1. 사용허가 철회 당시를 기준으로 아직 남은 허가기간에 해당하는 시설비 또는 시설의 이전(수목의 이식을 포함한다, 이하 이 조에서 같다)에 필요한 경비, 2. 사용허가 철회에 따라 시설을 이전하거나 새로운 시설을 설치하게 되는 경우 그 기간 동안 영업을 할 수 없게 됨으로써 발생하는 손실에 대한 평가액을 규정하고 있다.

나. 판 단

1) 위 인정사실에 따르면 청구인이 전력관매설을 용도로 하여 2012. 1. 2. 피청구인으로부터 이 사건 토지에 대한 사용허가를 받아 위 토지를 사용하였고, 피청구인이 수인선 복선전철사업을 시행하면서 이 사건 토지 지중에 청구인이 매설한 전력구가 이 사건 공사에 지장이 되어 청구인과 수차례 전력구 이설방식 및 비용부담에 대해 협의를 진행하였으나 비용부담 주체에 대한 합의가 이루어지지 않고 서로 상대방 부담을 주장하며 협의에 진척이 없자 이 사건 사용허가서 제11조, 제27조,「국유재산법」제36조를 근거로 이 사건 사용허가를 취소하는 이 사건 처분을 하였다.

2) 행정행위를 한 처분청은 그 처분 당시에 별다른 하자가 없었고, 또 그 처분 이후에 이를 철회할 별도의 법적 근거가 없다 하더라도 원래의 처분을 존속시킬 필요가 없게 된 사정변경이 생겼거나 또는 중대한 공익상의 필요가 발생한 경우에는 그 효력을 상실케 하는 별개의 행정행위로 이를 철회할 수 있다고 할 것이나, 수익적 행정처분을 취소 또는 철회하는 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 위법하다(대법원 2004. 11. 26. 선고 2003두10251, 10268 판결 참조).

3) 이 사건의 경우 위 인정사실에서 확인되는 다음과 같은 사정 즉, ① 청구인과 피청구인간에 이 사건 공사를 원만히 진행하기 위해 전력구 이설방식 및 이설비용 부담주체에 대해 협의를 진행해 왔고, 그 중 전력구를 다른 곳에 이설하는 대신 피청구인 주도하에

매달기 방식으로 작업을 진행하는 것에는 별다른 이견이 없었으나 그에 따른 비용부담 주체에 대하여만 합의가 되지 않는 상황에서 피청구인이 이 사건 처분을 하였던 점, ② 전력구 매달기공사만 하면 이 사건 사용허가를 유지하더라도 피청구인이 이 사건 공사를 하는데 별다른 지장이 없어 보이고, 매달기공사를 함에 있어서 청구인 뿐만 아니라 피청구인도 시공능력이 있으므로 청구인이 매달기공사에 협조하지 않더라도 이 사건 공사에 심대한 지장이 있다고 볼 만한 사정도 없는 점, ③ 전력구 매달기공사의 비용부담 문제를 제외하고는 달리 이 사건 사용허가를 취소해야 할 다른 불가피한 사정이 없는 점, ④ 전력구 매달기공사의 비용부담 문제는 향후에라도 당사자 사이의 합의나 소송 등으로 해결할 수 있는 점(청구인과 피청구인은 2014. 2. 10.자 '수인선 공구 남인천전력구 및 관로 지중전력설비 보호공사 협약서'를 통해 전력구 이설공사와 관련한 공사수행 및 비용부담주체를 결정하는 방식에 대해 합의를 한 상황임), ⑤ 피청구인 주장에 의하더라도 전력공급차질 등이 우려되어 청구인의 전력구를 강제철거할 수 없는 상황인 점, ⑥ 청구인이 이 사건 이행각서 및 이 사건 사용허가서에 반하여 비용부담을 회피하고 있다는 사정은 피청구인이 들고 있는 이 사건 처분 사유와 직접적인 관련이 있다고 보기 어려운 점, ⑦ 전력공급업을 영위하는 청구인이 이 사건 토지를 사용하는 목적 역시 공익적 성격을 띠고 있는 점 등을 종합해 볼 때 피청구인이 이 사건 공사를 위해 토지를 사용함에 있어서 반드시 이 사건 사용허가를 취소 또는 철회하여야 할 필요가 있다고 보기 어렵고, 청구인이 전력구 이설에 따른 비용부담을 거부하고 있다는 사정이 이 사건 사용허가 자체를 취소할만한 사정변경에 해당한다거나 달리 이 사건 사용허가를 철회하여야 할 중대한 공익상의 필요가 있다고 인정할 특별한 사정도 없으므로 피청구인의 이 사건 처분은 위법·부당하다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 있으므로 청구인의 청구를 받아들이기로 하여 주문과 같이 재결한다.

15 2014-03452 부정당업자 제재처분 취소청구(재결일 : 2014. 8. 12.)

【사건의 쟁점】

청구인이 정당한 이유 없이 계약을 이행하지 않았는지 여부

【재결요지】

이 사건 입찰은 특정제품인 이 사건 물품의 구매입찰로서 타 제조사가 만든 동등이상의 물품을 납품할 수 있는 경우에 해당한다고 할 수 없고, 더구나 이 사건 물품의 수입 및 국내공급 권한은 실질적으로 특정업체에 독점되어 있어 공급업체가 다수 존재하여 경쟁성이 확보되었다고 보기 어려우므로 이 사건 물품의 구매를 일반경쟁입찰에 부치는 것은 적절하지 않다고 할 것인데, 비록 청구인이 이 사건 물품의 시중 구입 여부나 국내공급 여부 등 충분한 사전검토 없이 이 사건 입찰에 참여한 잘못이 있다 하더라도 청구인의 잘못은 피청구인이 한 일반경쟁입찰공고를 믿고 입찰에 참여한 데 기인한 바가 있고, 수요기관인 해군군수사령관도 피청구인에게 이 사건 물품은 수입품으로 수입 및 국내공급이 특정업체에 독점적인 권한이 있음에 따라 청구인이 수입 및 납품이 곤란한 상황이고 계약 전에 국내공급 독점권 여부를 인지하지 못한 공동의 책임이 있다고 판단되나 이러한 상황이 지속될 경우 해외파병함정에 대한 미생물 제거제 지원불가 등의 문제발생이 예상되어 이 사건 계약의 조기 해지 후 재 구매 추진이 불가피하다는 취지로 청구인과 합의 하에 아무 조건 없는 계약해지를 요청하였는바, 사정이 위와 같다면 청구인이 이 사건 계약을 이행하지 못한 데에는 정당한 이유가 있으므로 이 사건 처분은 위법·부당함

【재결의 의미】

일반경쟁에 의한 구매입찰에 부쳐졌으나 실질적으로 수입 및 국내공급 권한이 특정업체에 독점되어 있었다면 계약자가 계약을 이행하지 못한 데에는 정당한 이유가 있음

주 문 피청구인이 2013. 11. 20. 청구인에게 한 부정당업자 제재처분을 취소한다.

청구취지 주문과 같다.

이 유

1. 사건개요

청구인은 ○○○도 ○○군 ○○로 ○○에 있는 주식회사 ○○샘으로 피청구인이 2013. 3. 3. 공고한 '미생물제거제' 구매입찰(조달청 내자 공고 제201303-00호)(이하 '이 사건 입찰'이라 한다)에 응찰하여 낙찰을 받고 2013. 4. 2. 피청구인과 '미생물제거제'(이하 '이 사건 물품'이라 한다) 구매계약(이하 '이 사건 계약'이라 한다)을 체결하였는데, 피청구인은 2013. 11. 20. 청구인이 정당한 이유 없이 계약을 이행하지 않았다는 이유로 청구인의 입찰참가자격을 3개월간(2013. 11. 28.~ 2014. 2. 27.) 제한하는 내용의 부정당업자 제재처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

가. 청구인은 이 사건 물품이 독점공급 품목이라는 사실을 인지하지 못하고 이 사건 입찰에 참여한 과실이 있지만 피청구인이 이 사건 입찰을 나라장터시스템을 통한 일반경쟁입찰방식으로 진행하여 이 사건 물품의 원제작사인 독일 ○○사의 국내총판인 (주)○우만이 납품할 수 있는 국내독점 공급품목임을 인지하기 어려웠고, 공고문상 이 사건 입찰에 참여하고자 하는 업체는 2013. 3. 15.까지 구매규격에 합당한 견적서 등 가격자료를 제출하라고 기재되어 있어 견적서를 제출하지 않으면 당연히 탈락할 것으로 예상하고 있었음에도 아무런 심사 없이 청구인이 낙찰자로 선정되었다.

나. 이 사건 입찰은 외형상 일반경쟁 입찰방식을 취하고 있으나 실제로는 일반경쟁을 할 수 없는 부당한 특약과 조건이 제시된 것으로서, 피청구인은 '정부입찰·계약집행기준' 제5조의3에 따라 입찰 전 제조사 등과 물품공급협약을 체결하여 낙찰자인 청구인으로 하여금 공급확약서를 받을 수 있도록 조치하지 않고 오히려 청구인에게 책임을 모두 전가하였다.

다. 국민권익위원회는 청구인의 도움 요청에 따라 이 사건 계약의 불합리한 부분을 인정하고 해군군수사령부, 조달청, 청구인을 대상으로 조건 없는 계약해제 합의의 권고를 하였고, 청구인은 위 권고의 이행을 위해 '계약해제 요청서'를 제출하였으며, 해군군수사령부 담당자도 아무런 조건 없는 계약해제라는 조건을 확약하였고, 국민권익위원회에서도

피청구인이 '합의해제 권고'에 대해 문서상으로 인정하였으므로 청구인이 '계약해지 요청서'를 제출해도 아무런 문제가 없을 것으로 답변하였음에도 불구하고 피청구인은 청구인에게 이 사건 처분을 하였는바, 청구인은 회사의 이미지 실추 및 막대한 경제적 손실을 입고 있는 실정으로 이 사건 처분은 위법·부당하므로 취소되어야 한다.

3. 피청구인 주장

가. 이 사건 물품에 대하여 해군군수사령부로부터 조달요청을 받은 후 피청구인은 2013. 2. 23.부터 같은 달 27.까지 사전규격공개를 실시하였는데, 사양서상 독일 ○○사 제품으로 한정되어 있었음에도 위 기간 내에 청구인을 비롯한 관련업체들의 이의신청이 없었고, 수요기관의 조달요청 규격서상 특정업체의 품목으로 한정하여 납품요구를 하고 있다 하더라도 해당 물품에 대한 공급업체가 다수 존재할 경우에는 일반경쟁입찰이 가능하며, 이 사건 입찰 공고에서 구매규격에 합당한 견적서를 입찰자격요건으로 명시한 바 없고 이는 최저가낙찰제 선정방식에 있어서 계약담당공무원이 낙찰자 결정을 위한 예정가격을 산정하기 위하여 요청하는 자료로서 공고문상에도 참고사항으로 기재되어 있을 뿐이다.

나. '정부입찰·계약집행기준' 제5조의3은 제한경쟁입찰을 전제로 한 규정으로 일반경쟁입찰로 진행된 이 사건 입찰에는 적용될 여지가 없으며, 입찰에 관한 서류를 숙지할 책임은 입찰참가자에게 있는바 이 사건 입찰 공고에 제시된 사양서에 납품 시 '원제작사(독일 ○○사) 생산증명서 또는 구매(거래) 증명서'를 제출하도록 명시되어 있는 사실에 비추어 청구인은 입찰 전에 이를 숙지하였어야 한다.

다. 피청구인은 국민권익위원회의 합의권고에 대하여 부동의 의견임을 통보하였고, 해군군수사령부가 이 사건 계약에 대한 조건 없는 계약해지를 요청함에 따라 청구인에 대한 면책사유 인정여부 등을 검토한 결과 청구인이 이 사건 입찰 공고 직후 입찰참가 등록을 하여 이 사건 물품의 규격을 인지하지 못하였다고 보기 어려우며, 이 사건 물품의 규격을 인지한 후 입찰에 참여하였다는 점에서 청구인에게 귀책사유가 없다고 볼 수 없으므로 국내 공급 독점권을 근거로 면책을 주장하기 어렵고, 수요기관이 제시한 계약해지 사유는 수요기관 사정변경에 의한 사유로 보기 어려우므로, 청구인의 귀책에도 불구하고 수요기관과 업체 간의 합의만으로 계약해지를 인정할 수 없다고 판단하였는바, 이는 「국가를 당

사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 '국가계약법'이라 한다) 제27조, 같은 법 시행령 제76조제1항제6호, 같은 법 시행규칙 제76조제1항, 별표2에 의하여 6개월의 부정당업자 입찰참가자격제한에 해당하나 감경할 수 있는 최대 범위인 2분의 1을 감경하여 3개월의 제재로 감경하였으므로 이 사건 처분은 적법·타당하다.

4. 관계법령

국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제7조, 제27조
국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령 제4조, 제21조, 제76조제1항제6호
국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행규칙 제76조제1항, 별표 2

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 등기사항전부증명서, 경쟁입찰참가자격 등록증, 입찰공고문, 사양서, 사전규격서, 개찰조서, 물품계약서, 납품이행촉구서, 납품이행계획서, 의견서, 사전통지서, 부정당업자 제재통보서, 행정심판청구서, 답변서 등의 자료에 따르면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 2013. 2. 15. 해군군수사령관은 피청구인에게 이 사건 물품의 조달요청을 하였는데, 2009년부터 2012년까지 이 사건 물품의 구매는 일반경쟁입찰로 공고되었으나 다음과 같이 수의계약이 체결되었다.

- 다 음 -

○ 2009년 : 1차, 2차 입찰이 유찰되어 최종적으로 (주)○○와 수의계약으로 진행
○ 2010년 : 1차 입찰은 무응찰로 유찰되어 2차 입찰을 실시하여 (주)○우와 ○○씨앤에스(CNS)가 응찰하였으나 예가초과로 유찰되었고, 3차 입찰에 (주)○우가 응찰하여 예가초과로 유찰되어 (주)○우와 ○○씨앤에스(CNS)를 대상으로 하여 수의계약을 추진한 결과 최종적으로 예가를 초과하지 않은 (주)○우를 낙찰자로 결정
○ 2011년 : 1차 입찰 개찰결과 무응찰로 유찰되어 재입찰공고를 통해 2차 입찰을 실시하였으나 단일응찰로 유찰되어 3차 입찰은 2차 입찰 응찰자인 (주)○우와 수의계약으로 진행
○ 2012년 : 1차 입찰은 무응찰로 유찰되고 2차 입찰은 단일응찰로 유찰되어 3차 입찰은 2차 입찰의 응찰자인 (주)○우와 수의계약을 추진하였으나 예가초과로 결렬되어 4차 입찰에

서 수의계약 체결

나. 2013. 2. 23.부터 같은 달 27.까지 피청구인은 이 사건 물품에 대한 사전규격서를 공개하였는데 사양서상의 일반사양 및 계약특수조건은 다음과 같다.

- 다 음 -

□ 일반사양

○ 재고번호 : 681037Y234779

○ 품명 : 디젤연료용 방부제/미생물제거제

○ 단위 : LI(리터)

○ 용도 : 함정 연료공급 탱크 소제용 살균제(디젤연료용 방부제)

○ 성분/성상 : Grotamar 71 정품 주요 성분/성상 적용

□ 계약특수조건

○ 납품 시 제출자료 : 원제작사(독일 ○○사) 생산증명서 또는 구매(거래) 증명서 제출

○ 본 조달 건은 함정연료 탱크 미생물제거 시험분석 결과 성능이 확인된 제품을 구매하는 것으로 품명을 참조하여 계약 및 납기 내 납품될 수 있도록 협조바람

다. 2013. 3. 3. 피청구인은 이 사건 입찰 공고를 하였는데 그 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 규격 착오 또는 규정의 미숙지 등으로 계약을 체결하지 않거나 계약을 체결하고 불이행하는 경우 관계법령에 의거 부정당업자로 제재되어 일정기간 입찰참여가 제한되는 등 불이익을 받을 수 있으니 입찰공고서의 규격서 및 계약관련규정을 철저히 숙지한 후 입찰에 참가하여야 함

○ 입찰에 부치는 사항

- 수요기관 : 해군군수사령부
- 계약방법 : 일반경쟁
- 품명 : 살균제
- 수량 및 단위 : 1,579L
- 입찰방법 : 일반(총액)
- 입찰(개찰)일시 : 2013. 3. 20. 15:00

- 납품기한 : 계약 후 60일
- 추정가격 : 101,658,890(*부가세 별도)
- 입찰건명 : 미생물제거제 1,579L
- 전자입찰서 접수개시일자 : 2013. 3. 19. 09:00
- 전자입찰서 마감일시 : 2013. 3. 20. 14:00

○ 입찰참가자격

- 국가종합전자조달시스템 입찰참가자격등록규정 조달청 고시 제2013-1호(2013. 1. 14. 개정)에 의하여 반드시 물품분류번호 8자리 12164001로 입찰참가 등록한 업체

○ 참고사항

- 이 사건 입찰에 참여하고자 하는 업체는 2013. 3. 15.까지 구매규격에 합당한 견적서 등 가격자료를 팩스로 제출하기 바람

○ 기타사항

- 조달청의 경쟁입찰 참가자격등록은 수시로 가능하며, 입찰참가를 위하여는 입찰서 제출 마감일 전일까지 등록하여야 함
- 동 입찰이 유찰될 경우 재입찰이 가능하니 국가종합전자조달시스템에서 확인 후 공고된 일정에 따라 재입찰 하기 바람

라. 2013. 3. 9. 청구인은 살균제(세부품명번호 1216400101) 품목에 대한 입찰참가등록을 하였다.

마. 2013. 3. 20. 청구인, (주)○우 및 ○○씨앤에스(CNS)가 입찰에 참가하였으나 개찰결과 다음과 같이 예가초과로 유찰되어 다음 날 재입찰한 결과 1억 690만원으로 응찰한 청구인이 1순위[2순위 (주)○우 1억 855만 6,250원, 3순위 ○○씨앤에스(CNS) 1억 916만 8,400원] 낙찰자로 선정되었다.

- 다 음 -

순위	상호명	투찰금액(원)	투찰율(%)	판정결과
1	(주)○우	108,556,250	102.266	예가초과
2	(주)○○샘	111,000,000	104.568	예가초과
3	○○씨앤에스(CNS)	112,955,810	106.411	예가초과

바. 2013. 4. 2. 청구인과 피청구인은 계약금액 1억 690만원에 청구인이 이 사건 물품을 2013. 6. 1.까지 수요기관에 납품하는 내용의 이 사건 계약을 체결하였다.

사. 2013. 5. 2. 청구인은 피청구인에게 국민신문고(1AA-○○○○-○○○○○○)를 통해 이 사건 입찰 참여 시 이 사건 물품의 사양서를 확인하였으나 국내에도 유사한 가격 및 기능의 미생물제거제가 생산되고 있고 일반경쟁입찰로 진행된 경우라 의심 없이 이 사건 물품이 시장성이 있을 것으로 판단하였고, 계약 체결 전에 이 사건 물품이 독일 ○○사의 국내대리점인 (주)○우에서만 수입 및 공급이 가능한 독점품목임을 확인하였으나 부정당업자 제재를 받지 않기 위해 계약을 진행하였으며, 해군군수사령부의 중개로 (주)○우에서 물품을 공급받기로 하고 납품을 기다리고 있는데 국내도착까지 100일 정도 소요된다고 하니, 합리적인 부분에서 청구인이 책임을 지며 이 사건 물품을 납품할 수 있도록 해달라는 취지의 납기연장을 요청하였다.

아. 2013.5. 6. 피청구인은 해군군수사령관에게 청구인의 납기연장 요청 수용 여부에 대하여 문의하였다.

자. 2013. 5. 31. 해군군수사령관은 피청구인에게 이 사건 물품의 국내 판매 독점여부 등 정확한 시중 유통환경을 인지하지 못하였으나 천재지변 등 불가항력의 사유 및 발주기관 책임으로 지연 또는 중단된 사항이 아니라는 취지로 청구인의 납기연장 수용이 불가하다고 통보하였다.

차. 2013. 6. 17. 피청구인은 청구인에게 2013. 6. 26.까지 납품이행계획서를 제출할 것과 동 기한까지 제출하지 않을 경우 계약이행을 포기한 것으로 판단하여 국가계약법 시행령 제76조제1항제6호에 따라 계약보증금 국가귀속 및 부정당업자 제재조치를 할 수 있다고 통보하였다.

카. 2013. 6. 18. 청구인은 피청구인에게 독일 ○○사에서 2013. 6. 30.경 제품 생산이 완료되어 7월말이나 8월초에 납품을 계획하고 있다는 취지의 납품이행계획서를 제출하였다.

타. 2013. 7. 26. 국민권익위원회는 피청구인에게 청구인이 이 사건 입찰 응찰 전에 이 사건 물품이 국내 독점 공급품목임을 확인하지 못한 점이 있다하더라도 이 사건 물품이

국내 독점 공급품목이라면 청구인의 귀책사유가 아닌 불가피한 사유로 인해 계약이행 불능상태가 되었다고 판단되는 등 이 사건 계약이행이 어렵다고 보이고, 이로 인해 경제적·함정 운영적 측면의 피해가 예상된다는 취지로 이 사건 계약의 '합의해제'에 대한 동의 권고를 하였다.

파. 2013. 8. 5. 피청구인은 국민권익위원회에 이 사건 계약의 '합의해제'는 계약업무 수행의 기준인 국가계약법령에 근거가 없을 뿐만 아니라 '수요기관 사정변경에 따른 계약해지'를 통해 피해자 구제가 가능하다는 취지로 '합의해제'에 부동의한다고 통보하였다.

하. 2013. 9. 6. 해군군수사령관은 피청구인에게 다음과 같은 취지로 이 사건 계약의 해지를 요청하였다.

- 다 음 -

○ 이 사건 물품은 수입품으로 수입 및 국내공급이 특정업체에 독점적인 권한이 있음에 따라 청구인이 수입 및 납품이 곤란한 상황임을 이유로 부정당업자 제재 등의 불이익 미부여 조건으로 계약해지를 요청하였고, 이에 대한 검토결과 계약 전에 국내공급 독점권 여부를 인지하지 못한 공동의 책임이 있다고 판단됨

○ 청구인이 계약이행 불가 및 이행의사가 없음을 통보함에 따라 현 상황이 지속될 경우 해외파병함정에 대한 미생물 제거제 지원불가 등의 문제발생이 예상되어 이 사건 계약의 조기 해지 후 재 구매 추진이 불가피하므로 청구인과 합의 하에 아무 조건 없는 계약해지를 요청함

거. 2013. 10. 7. 피청구인은 해군군수사령부와 청구인의 합의에 따른 이 사건 계약해지의 인정여부를 심의한 결과 청구인이 이 사건 물품에 대한 규격을 인지 후 계약을 체결하였으므로 국내공급 독점권을 근거로 면책을 주장하기 어렵다는 이유로 조건 없는 계약해지를 불인정하여 국가계약법 시행령 제75조제1항에 의거 계약을 해지하고 국가계약법 제12조제3항에 따라 계약보증금을 국고에 귀속 조치하며, 계약불이행에 대하여 부정당업자 입찰참가자격제한 처분을 할 예정이라는 취지의 의견제출 안내 및 청문통지를 하였다.

너. 2013. 10. 28. 청구인은 피청구인에게 이 사건 계약과 관련하여 청구인의 귀책사유

가 분명히 있음을 인정하고 계약을 이행하기 위하여 최선을 다하였지만 피청구인의 귀책사유로 볼 수 있는 국내공급 독점권을 구조적으로 해결하지 못한 이상 청구인이 계약을 이행할 수 없음에도 모든 책임을 청구인에게 전가하는 것은 너무나 억울하고 인정할 수 없다는 취지의 의견서를 제출하였다.

더. 2013. 11. 20. 피청구인은 청구인이 정당한 이유 없이 이 사건 계약을 이행하지 않았으나 계약이행을 위해 노력하였고 수요기관도 조건 없는 계약해지를 요청한 점을 고려하여 제재기간의 1/2을 감경하여 3개월간 입찰참가자격을 제한하는 내용의 이 사건 처분을 하였다.

러. '정부입찰·계약 집행기준'(기획재정부계약예규 제108호, 2012. 9. 22.) 제2장 제한경쟁입찰의 운용의 제3조를 보면 계약담당공무원은 국가계약법 시행령 제21조, 같은 법 시행규칙 제24조 및 제25조의 규정에 의한 제한경쟁입찰 시 이 장에서 정한 바에 따라 집행을 하여야 한다고 되어 있고, 같은 장의 제5조제4항제5호를 보면 계약담당공무원은 물품의 제조·구매입찰 시 부당하게 특정상표 또는 특정규격 또는 모델을 지정하여 입찰에 부치는 경우와 입찰조건, 시방서 및 규격서 등에서 정한 규격·품질·성능과 동등이상의 물품을 납품한 경우 특정상표 또는 모델이 아니라는 이유로 납품을 거부 등 경쟁참가자의 자격을 제한하여서는 아니 된다고 되어 있으며, 제5조의3제1항을 보면 계약담당공무원은 물품구매계약을 함에 있어 당해 물품에 특수한 성능 또는 품질(이하 '특수한 성능 등'이라 한다)이 요구되는 경우에는 특수한 성능 등의 납품능력을 가진 자가 공급하는 것이 적합하다고 인정되는 경우 수의계약 또는 지명경쟁에 의할 수 있되, 다만, 특수한 성능 등의 납품능력을 가진 자가 다수 존재하는 경우로서 경쟁성이 확보되는 경우에는 제한경쟁에 의할 수 있고 이 경우 입찰공고에 입찰참가자격제한 사유를 명시하여야 하며(제1호), 당해 물품구매에서 특수한 성능 등이 일부만 포함되어 있는 경우에는 일반경쟁에 의하는 것을 원칙으로 하고, 일반경쟁에 의하지 않더라도 국가계약법 시행령 제21조제1항 제4호의 규정에 의한 사유로 제한경쟁을 실시할 수 없다(제2호)고 되어 있으며, 같은 조 제2항을 보면 제1항제2호에 따른 물품구매에 있어 특수한 성능 등을 규격서(시방서)에 반영하고자 하는 경우에는 규격서 작성단계에서 발주기관은 입찰공고전에 제조사 또는 기술지원사(이

하 '제조사 등'이라 한다)와 물품공급 또는 기술지원협약을 체결하여야 하고, 물품공급 또는 기술지원협약이 이루어지지 않은 경우에는 다른 물품으로 발주할 수 있다고 되어 있고, 같은 조 제3항을 보면 계약담당공무원은 동 협약내용을 입찰공고에 명시하여야 하며, 낙찰자 결정후 낙찰자에게 그 사본을 제공하여 낙찰자가 제조사 등으로부터 물품공급 또는 기술지원확약서를 발급받을 수 있도록 하여야 한다고 되어 있다.

머. '조달청 내자구매업무 처리규정'(조달청훈령 제1557호, 2012. 8. 23.) 제9조를 보면 계약담당과장은 조달요청 규격서를 접수하면 이를 업계에 사전공개 열람토록 하여 구매규격에 관한 의견을 제시할 수 있도록 함으로써 입찰참여 기회균등과 공정한 경쟁을 유도하도록 조치하여야 하고, 규격사전공개는 접수일로부터 5일간으로 하며, 공개장소는 나라장터를 통해 공개 하고, 다만, 긴급을 요하는 경우에는 3일간 공개할 수 있으며, 계약담당과장은 규격사전공개 결과 업계의 의견이 있을 때에는 이를 수요목적 범위 내에서 적극 수렴되도록 수요기관과 협의 후에 구매규격을 확정한다고 되어 있다.

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령 등의 내용

1) 국가계약법 제7조에 따르면 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 계약을 체결하고자 하는 경우에는 일반경쟁에 부치되, 계약의 목적·성질·규모 등을 고려하여 필요하다고 인정될 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 참가자의 자격을 제한하거나 참가자를 지명하여 경쟁에 부치거나 수의계약에 의할 수 있다고 되어 있고, 같은 법 시행령 제21조에는 법 제7조 단서의 규정에 의하여 경쟁참가자의 자격을 제한할 수 있는 경우는 특수한 성능 또는 품질이 요구되어 해당 개별법에 따른 인증 등을 받은 물품을 구매하려는 경우 등이라고 되어 있고, 같은 법 시행령 제4조에 따르면 각 중앙관서의 장 또는 그 위임·위탁을 받은 공무원(이하 '계약담당공무원'이라 한다)은 계약을 체결함에 있어서 법, 이 영 및 관계법령에 규정된 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약 또는 조건을 정하여서는 아니된다고 되어 있다.

2) 국가계약법 제27조에 따르면 각 중앙관서의 장은 경쟁의 공정한 집행 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 염려가 있거나 기타 입찰에 참가시키는 것이 부적합하다고 인정되는

자에 대하여서는 2년 이내의 범위에서 대통령령이 정하는 바에 따라 입찰참가자격을 제한하여야 한다고 되어 있고, 같은 법 시행령 제76조제1항제6호, 같은 법 시행규칙 제76조제1항, 별표 2에 따르면 각 중앙관서의 장은 계약상대자 등이 정당한 이유 없이 계약을 이행하지 아니하였을 경우에는 해당 사실이 있은 후 지체 없이 6개월 동안 그 입찰참가자격을 제한하되, 그 위반행위의 동기·내용 및 횟수 등을 고려하여 별표 2의 해당 호에서 정한 기간의 2분의 1의 범위 안에서 감경할 수 있다고 되어 있다.

나. 판단

1) 위 인정사실에 따르면 이 사건 입찰은 함정 연료공급 탱크 소제용 살균제(디젤연료용 방부제) 구매입찰로서 사양서상 Grotamar 71 정품의 주요 성분/성상을 적용한다고 하면서 납품 시 원제작사(독일 ○○)의 생산증명서 또는 구매(거래) 증명서를 제출하도록 하였는바 이는 특정제품인 독일 ○○사 Grotamar 71이 아닌 타 제조사가 만든 동등이상의 물품을 납품할 수 있는 경우에 해당한다고 할 수 없고, 더구나 해군군수사령부도 인정하고 있는 바와 같이 이 사건 물품의 수입 및 국내공급 권한은 실질적으로 특정업체에 독점되어 있으므로 이 사건 물품의 구매를 일반경쟁입찰에 부치는 것은 적절하지 않다고 할 것이다.

2) 피청구인은 조달요청 규격서상 특정업체의 품목으로 한정하여 납품요구를 하고 있다 하더라도 해당 물품에 대한 공급업체가 다수 존재할 경우에는 일반경쟁입찰이 가능하다고 주장하나 이 사건 물품에 대한 그 동안의 구매계약 경위를 보면 2개 업체가 응찰하여 (주)○우가 낙찰 받은 2010년을 제외하고는 2012년까지 이 사건 물품의 독점공급업체인 (주)○우만이 단독응찰하여 최종적으로는 수의계약을 체결하였고, 이 사건 계약 체결 후 청구인도 해군군수사령부의 중개로 (주)○우에서 물품을 공급받기로 하고 납품을 기다리고 있다는 취지의 납기연장 요청 신청을 한 사실에 비추어 이 사건 물품의 공급업체가 다수 존재하여 경쟁성이 확보되었다고 보기 어렵고 공급업체가 1인뿐인 특정제품에 대한 구매입찰로 판단하기에 충분하므로, 이에 대한 피청구인의 주장은 받아들이지 않는다.

3) 따라서 비록 청구인이 이 사건 물품의 시중 구입 여부나 국내공급 여부 등 계약내용에 대한 충분한 사전검토 없이 이 사건 입찰에 참여한 잘못이 있다 하더라도 청구인의

잘못은 일반경쟁입찰을 행하는 것이 적절하지 아니한 이 사건 물품의 구매입찰을 일반경쟁입찰에 부친 피청구인의 잘못과 이러한 일반경쟁입찰 공고를 믿고 입찰에 참여한 데 기인한 바가 있고, 수요기관인 해군군수사령관도 피청구인에게 이 사건 물품은 수입품으로 특정업체에 그 수입 및 국내공급 독점권이 있음에 따라 청구인의 수입 및 납품이 곤란한 상황이고 계약 전에 국내공급 독점권 여부를 인지하지 못한 공동의 책임이 있다고 판단되나 이러한 상황이 지속될 경우 해외파병함정에 대한 미생물 제거제 지원불가 등의 문제발생이 예상되어 이 사건 계약의 조기 해지 후 재구매 추진이 불가피하다는 취지로 청구인과 합의 하에 아무 조건 없는 계약해지를 요청하였는바, 사정이 위와 같다면 청구인이 이 사건 계약을 이행하지 못한 데에는 정당한 이유가 있고, 따라서 피청구인이 청구인이 정당한 이유 없이 계약을 이행하지 않았다는 이유로 청구인에게 한 이 사건 처분은 위법·부당하다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 있으므로 청구인의 청구를 받아들이기로 하여 주문과 같이 재결한다.

16 2014-03548 과징금 부과처분 취소청구 등(재결일 : 2014. 7. 22.)

【사건의 쟁점】

처방전에 적힌 의약품과 '성분·함량·제형이 동일하거나 약효동등성이 인정된 다른 의약품'으로 대체조제한 경우와 '성분·함량·제형이 동일하거나 약효동등성이 인정된 의약품으로 볼 수 없는 의약품'으로 대체조제한 경우 각각의 부당청구금액의 산정방법

【재결요지】

「약사법」은 처방전에 적힌 의약품과 '성분·함량·제형이 동일하거나 약효동등성이 인정된 다른 의약품'의 대체조제행위 자체를 금지하고 있지 아니하므로, 처방된 의약품과 성분·함량·제형이 동일하거나 약효동등성이 인정된 저가의 '아로탈정 등'을 대체조제하고 처방된 '아크로펜정 등'의 비용을 청구한 경우 처방된 의약품과 대체조제한 의약품의 비용의 차액이 부당청구금액이 될 것이나, 처방전에 적힌 의약품과 '성분·함량·제형이 동일하거나 약효동등성이 인정된 의약품'으로 볼 수 없는 의약품은 대체조제가 허용되는 의약품이라고 볼 수 없으므로, 청구인이 그러한 의약품을 조제한 후 처방된 의약품의 비용을 청구한 경우 청구금액 전액이 부당청구금액에 해당함

【재결의 의미】

과징금 부과처분의 전제가 되는 의료급여기관의 부당청구금액 산정 방법 및 기준을 제시한 사례

주 문 1. 이 사건 심판청구 중 심판비용청구부분을 각하한다.
2. 청구인의 나머지 청구를 기각한다.

청구취지 1. 피청구인이 2013. 10. 29. 청구인에게 한 2억 7,474만 2,610원의 과징금 부과처분을 취소한다.
2. 심판비용은 피청구인이 부담한다.

이 유

1. 사건개요

피청구인은 청구인이 운영하는 ○○○○약국(이하 '이 사건 약국'이라 한다)에서 처방된 의약품을 대체조제한 후 처방된 의약품의 요양급여비용을 청구하거나 거래내역에 대한 증빙이 없는 약제비를 청구하였다는 이유로 2013. 10. 29. 청구인에게 2억 7,474만 2,610원의 과징금 부과처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

가. 피청구인은 대체조제한 의약품에 대한 비용청구 중 '아크로펜정 등'에 대한 청구에서는 청구한 의약품과 실제 조제한 의약품의 비용의 차액을 기준으로 부당금액을 산정하는 반면, '파목클시럽 등'에 대해서는 청구인이 청구한 의약품의 보험상한가 전액을 환수금액으로 정하였는바, 양자를 차별하는 것은 부당하다.

나. △△제약은 청구인에 대한 실제 '△△세파클러캅셀'의 판매량보다 더 적은 양을 판매량으로 보고하였음에도 불구하고 피청구인은 △△제약의 보고내용에 의거하여 실제 환수해야 할 금액보다도 더 많은 금액을 환수하였으므로 이 사건 처분은 취소되어야 한다.

3. 피청구인 주장

청구인의 주장은 법적 근거가 없는 주장에 불과하므로 현지조사결과에 따른 이 사건 처분은 적법하다.

4. 관계법령

약사법 제42조

국민건강보험법 제42조제1항제2호, 제57조, 제98조, 제99조

국민건강보험법 시행령 제70조제1항, 별표 5

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 현지조사결과 서류, 의약품 청구

및 구입현황, 사실확인서, 이 사건 처분서, 과징금부과처분 등 취소 판결 등의 기재내용을 종합하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 2012. 3. 28.자 확인서에 따르면, 청구인은 "'아크로펜정'을 '아로탈정'으로, '듀스틴정'을 '리바듀엣정'으로, '바크로비, 바이버, 삼천당 아시클로버'를 '에크로바정'으로, '비유피정'을 '유린나정'으로, '시플록신정'을 '알리코염산시프로플록사신정'으로, '클래리정'을 '크래리신정'으로, '아리셉트정, 알셉트정, 하이셉트정'을 '셉트페질정'으로, '중외 도네페질정, 하이도네정'을 '실버셉트정'으로, '에빅사정, 펠로정, 디멘팅정'을 '뉴로케이정'으로, '다이아벡스정'을 '글루파정'으로, '판테온정, 판토록정'을 '판토시드정 또는 판토라인정'으로, '판토라인정, 휴토졸정'을 '판테졸정'으로, '브렌셀정'을 '옥시라탐정'으로, '펜톡신서방정'을 '페렌탈정'으로, '일동세파클러건조시럽, 크로세프 건조시럽'을 '일화세파클러 건조시럽, 오라클러 건조시럽'으로,'보령듀리세프캡슐, 대웅세파록실캡슐, 세파셀캅셀'을 '유니드록실 캡슐'로, '아리도네정'을 '도네트정'으로, '엘도신캡슐'을 '유니펙탄캡슐'로, '엘도스 캅셀'을 '앨도인 캡슐'로, '앨도인 캡슐'을 '엘스테인 캅셀'로, '안국 레바미피드정'을 '무코피드정, 유니레바정'으로, '유니레바정'을 '무코피드정'으로, '후루마정'을 '메이트정'으로, '파목클시럽, 아목타심 건조시럽'을 '아목클란시럽'으로, '클래리 건조시럽, 클래리시드 건조시럽, 클라리움 건조시럽'을 '클래신 건조시럽'으로, '아타칸정'을 '칸테로탄정'으로, '로미타신과립, 록시마이신과립'을 '소아용 록시틴과립'으로 각각 대체조제한 사실을 확인하였으나, 처방전을 발행한 의사 등으로부터 사전에 승인을 받거나 사후에 대체조제사실을 통지하지는 아니하였다"라고 기재한 후 서명한 것으로 되어 있다.

나. 2012. 3. 31. 피청구인은 이 사건 약국의 36개월(2009. 2. 1. - 2012. 1. 31.)간의 이 사건 약국의 의약품 구입량과 국민건강보험공단에 청구한 약제비 청구량을 조사한 결과 다음과 같은 사실을 적발하였고, 청구인은 다음의 적발확인서의 내용을 확인한 후 서명하였다.

- 다 음 -

1) 의약품의 대체조제 부당청구

- 청구인은 처방전을 발행한 의사 또는 치과의사의 사전 동의를 구하지 않고 성분·함량·제

형이 같은 다른 저가의약품으로 대체조제하거나 생물학적 동등성이 있는 다른 저가 약으로 대체 조제하고 처방을 발행한 의사에게 사후통보하지 않는 등 다음과 같이 대체조제·투약한 후 원외처방전에 기재된 고가의약품을 조제·투약한 것으로 약제비를 부당하게 청구한 사실이 있음

2) 의약품 허위청구

- 아크로펜정 등 아래의 8개 의약품의 경우 해당의약품을 구입한 근거자료가 없음에도 불구하고 조사대상기간 중 일부기간에 대하여 요양급여비용으로 청구한 사실이 있음

연번	약품명	제약회사	단가(원)
1	아크로펜정	동아제약(주)	290(2009. 1. 1.), 289(2011. 10. 1.), 269(2012. 1. 1.)
2	일동세파클레 건조시럽	일동제약(주)	78(2005. 10. 1.), 77(2011. 10. 1.)
3	크코세프 건조시럽	한미약품(주)	85(2002. 1. 1.)
4	안국레바미피드정	안국약품(주)	154(2007. 1. 1.), 150(2011. 7. 1.)
5	유니레바정	유니메드제약(주)	153(2009. 2. 1.), 151(2011. 2. 1), 150(2011. 7. 1.)
6	후루마정	△△제약(주)	218(2009. 1. 1.)
7	로미타신과립	(주)테라젠이텍스	345(2008. 1. 1.)
8	복시마이신과립	동화약품(주)	316(2008. 1. 1.)

다. 2013. 10. 29. 피청구인은 다음과 같은 이유로 청구인에게 이 사건 처분을 하였다.

- 다 음 -

1) 부당금액 : 9,158만 870원

2) 부당금액의 세부산출내역

○ 의약품 대체조제 및 대체청구 ---------- 4,758만 9,005원

아래와 같이 '의사가 처방한 의약품을 성분·함량·제형이 동일한 의약품으로 대체하여 조제하는 경우'나 '약효동등성이 인정된 의약품 간에 대체조제하는 경우'임에도, 처방의사에게 대체조제한 내용을 통보하지 아니하고 '처방된 의약품'으로 청구

처방 및 청구약제		실제 조제약제	
약품명	단가	약품명	단가
아크로펜정	290(2009.1.1.) 289(2011.10.1.) 269(2012.1.1.)	아로탈정	117(2009.1.1.), 116(2011.2.1.)
듀스틴정	753(2009.1.1.)	리바듀엣정	677(2009.2.1.)
비유피정	1,146(2008.5.15) 1,145(2010.9.1.) 1,141(2011.10.1.) 1,061(2012.1.1.)	유린나정	919(2006.5.1.) 916(2012.1.1.)
바크로비정	776(2006.3.1.) 774(2010.4.1.)	에크로바정	449(2009.2.1.)
바이버정	781(2007.10.1.) 779(2010.9.1.) 776(2011.10.1.)		
삼천당 아시클로버정	471(2008.12.31.) 470(2009.6.1.) 469(2010.2.1.)		
아타칸정	701(2009.2.1.) 700(2011.6.1.) 560(2011.7.1.)	칸데로탄정	504(2011.4.1.)
△△세파클러캅셀	612(2008.1.1.)	동구세파클러캡슐	347(2008.1.1.) 341(2010.2.1.)
보령듀리세프캡슐	499(2009.2.1.) 498(2011.6.1.) 463(2012.1.1.)	유니드록실캡슐	404(2009.11.1.) 398(2012.1.1.)
대웅세파록실캡슐	453(2010.5.1.) 452(2010.6.1.) 451(2011.10.1.)		
쎄파셀캅셀	420(2008.12.31.) 410(2011.1.1.) 390(2012.1.1.)		
자니딥정	453(2009.2.1.) 421(2011.1.1.) 390(2012.1.1.)	레니핀정	364(2007.1.1.)
시플록신정	768(2007.12.1.) 699(2011.12.1.)	알리코염산시프로플록사신정	483(2007.3.30.)
클래리정	1,566(2009.2.1.) 1,456(2012.1.1.)	크래리신정	1,293(2004.10.1.) 1,291(2009.6.1.) 1,169(2010.2.1.)
아리셉트정	3,294(2008.12.17.) 3,290(2011.2.1.)	셉트페질정	2,344(2009.1.1.)
		실버셉트정	1,244(2008.10.1.) 1,241(2011.10.1.)
알셉트정	2,605(2007.7.1.)	셉트페질정	2,344(2009.1.1.)
		실버셉트정	1,244(2008.10.1.) 1,241(2011.10.1.)

처방 및 청구약제		실제 조제약제	
약품명	단가	약품명	단가
하이셉트정	3,055(2008.12.1.)	셉트페질정	2,344(2009.1.1.)
중외도네페질정	2,109(2007.9.1.)	실버셉트정	1,244(2008.10.1.) 1,241(2011.10.1.)
하이도네정	2,605(2010.11.1.)		
아리도네정	2,460(2008.12.1.) 2,453(2011.10.1.)	도네트정	1,264(2010.8.1.)
엘도신캡슐	282(2007.12.1.)	유니펙탄캡슐	181(2009.2.1.)
엘도스캅셀	364(2009.2.1.) 363(2011.10.1.) 338(2012.1.1.)	엘도인캡슐	292(2005.1.1.) 291(2012.1.1.)
엘도인캡슐	292(2005.1.1.) 291(2012.1.1.)	엘스테인캅셀	283(2007.10.1.) 281(2011.2.1.)
에빅사정	1,571(2009.2.1.) 1,567(2011.10.1.) 1,457(2012.1.1.)	뉴로케이정	601(2006.1.1.)
펠로정	1,021(2005.8.1.)		
디멘틴정	1,262(2005.5.1.) 1,256(2011.6.1.) 1,255(2011.10.1.)		
다이아벡스정	62(2007.1.5.) 58(2012.1.1.)	글루파정	59(2004.10.4.) 55(2012.1.1.)
옥시라탐정	538(2009.1.1.)	브렌셀정	538(2009.1.1.) 502(2011.6.1.)
판테온정	763(2006.6.1.) 758(2010.2.1.)	판토라인정	307(2009.3.1.)
		판토시드정	423(2007.10.1.)
판토록정	951(2009.2.1.) 950(2011.6.1.) 884(2011.7.1.)	판토시드정	423(2007.10.1.)
판토라인정	985(2009.2.1.) 984(2011.6.1.)	판테졸정	891(2006.2.1.) 888(2010.2.1.)
휴토졸정	891(2006.2.1.) 894(2011.6.1.)		
펜톡신서방정	230(2007.10.1.) 210(2011.10.1.) 230(2011.10.6.)	페렌탈정	174(2006.3.1.)
유니레바정	153(2009.2.1.) 151(2011.2.1.0 150(2011.7.1.)	무코피드정	63(2007.11.15.)
안국레바미피드정	154(2007.1.1.) 150(2011.7.1.)	무코피드정	63(2007.11.15.)
		유니레바정	153(2009.2.1.) 151(2011.2.1.) 150(2011.7.1.)
후루마정	218(2009.1.1.)	메이트정	189(2009.1.1.)

○ 의약품 임의대체조제 및 대체청구 ---------- 2,531만 6,439원

처방의사의 사전 동의 없이, 아래의 의약품에 대하여 '약효동등성이 인정되지 아니한 의약품'으로 임의로 대체조제한 후 처방된 의약품으로 청구

처방 및 청구약제		실제 조제약제	
약품명	제약회사	약품명	제약회사
파목클시럽	동화약품(주)	아목클란 시럽	한미약품(주)
아목타심 건조시럽	일동제약(주)		
일동세파클러 건조시럽	일동제약(주)	일화세파클러 건조시럽	(주)일화
		오라클러 건조시럽	(주)이텍스 제약
크로세프 건조시럽	한미약품(주)	일화세파클러 건조시럽	(주)일화
		오라클러 건조시럽	(주)이텍스 제약
클래리 건조시럽	한미약품(주)	클래신 건조시럽	대원제약(주)
클래리 시드 건조시럽	한국애보트(주)		
클라리움 건조시럽	삼아제약(주)		
로미타신 과립	(주)테라젠이텍스	소아용 록시틴 과립	코오롱제약(주)
록시마이신 과립	동화약품(주)		

○ 약제비 부당청구 ----------1,908만 1,527원

'아크로펜정, 아타칸정, 일동세파클러 건조시럽, 크로세프 건조시럽, 안국레바미피드정, 후루마정, 로미타신 과립, 록시마이신 과립'의 경우 구입거래내역에 대한 증빙이 없음에도 불구하고, 「약제급여목록 및 급여 상한 금액표」에 따른 상한금액으로 요양급여비용을 청구

3) 행정처분 산출내역

(단위 : 원,%,일)

조사대상 기간심사결정 요양급여비용 총액 (2009년 2월 - 2012년 1월, 36개월)	총부당금액	월평균 부당금액	부당 비율	행정처분	
				업무 정지기간	과징금
5,305,256,170	91,580,870	2,543,870	1.72	30	274,742,610

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령의 내용

1) 「약사법」 제27조에 따르면, 약사는 의사 또는 치과의사가 처방전에 적은 의약품을 '성분·함량 및 제형이 같은 다른 의약품'으로 대체하여 조제하려는 경우에는 미리 그 처방전을 발행한 의사 또는 치과의사의 동의를 받아야 하나, 식품의약품안전처장이 생물학적

동등성이 있다고 인정한 품목(생체를 이용한 시험을 할 필요가 없거나 할 수 없어서 생체를 이용하지 아니하는 시험을 통하여 생물학적 동등성을 입증한 의약품을 포함한다)으로 대체하여 조제하는 경우, 처방전에 기재된 의약품의 제조업자와 같은 제조업자가 제조한 의약품으로서 처방전에 적힌 의약품과 성분·제형은 같으나 함량이 다른 의약품으로 같은 처방 용량을 대체조제하는 경우, 약국이 소재하는 시·군·구 외의 지역에 소재하는 의료기관에서 발행한 처방전에 적힌 의약품이 해당 약국이 있는 지역의 지역처방의약품 목록에 없고, 해당 약국의 지역처방의약품 목록 중 처방전에 적힌 의약품과 그 성분·함량 및 제형이 같은 의약품으로 대체조제하는 경우로서 그 처방전을 발행한 의사 또는 치과의사의 동의를 미리 받기 어려운 부득이한 사정이 있는 경우로서 처방전에 적힌 의약품을 대체조제한 경우에는 그 처방전을 발행한 의사 또는 치과의사에게 대체조제한 내용을 1일(부득이한 사유가 있는 경우에는 3일) 이내에 통보하여야 한다고 하고 있다.

2)「국민건강보험법」 제42조제1항제2호, 제98조제1항제1호, 제99조제1항에 따르면, 보건복지부장관은「약사법」에 따라 등록된 약국이 속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험자·가입자 및 피부양자에게 요양급여비용을 부담하게 한 경우 그 약국에 대하여 1년의 범위에서 기간을 정하여 업무정지를 명할 수 있고, 업무정지처분이 해당 요양기관을 이용하는 사람에게 심한 불편을 주거나 보건복지부장관이 정하는 특별한 사유가 있다고 인정되면 업무정지 처분을 갈음하여 속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 부담하게 한 금액의 5배 이하의 금액을 과징금으로 부과·징수할 수 있다고 하고 있다.

3)「국민건강보험법」 제57조제1항에 따르면, 국민건강보험공단은 속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험급여를 받은 사람이나 보험급여 비용을 받은 요양기관에 대하여 그 보험급여나 보험급여 비용에 상당하는 금액의 전부 또는 일부를 징수한다고 하고 있는바, 이는 관련법령에 의하여 요양급여비용으로 지급받을 수 없는 비용임에도 불구하고 이를 청구하여 지급받는 행위를 포함한다(대법원 2008. 7. 10. 선고 2008두3975 판결 참조).

4)「국민건강보험법 시행령」 제70조제1항, 별표 5에 따르면, 약국의 월평균 부당액이 80만원 이상 320만원 미만으로서 부당비율이 1% 이상 2% 미만인 경우 업무정지기간은 30일로 되어 있고, 위 업무정지처분을 과징금 부과처분으로 갈음하고자 할 경우 업무정지기간이 10일을 초과하여 30일까지에 해당하는 경우 총부당금액의 3배로 산출하도록 하고 있다.

나. 판단

1) 청구인은 '아크로펜정 등'의 대체조제와 '파목클시럽 등'의 대체조제를 달리 볼 이유가 없음에도 불구하고, 후자의 경우 청구인이 대체조제 후 청구한 의약품 청구금액 전액을 부당이득으로 계산한 것이 위법하다고 주장한다.

위 인정사실에 따르면, 청구인은 의사가 처방한 '아크로펜정 등'과 성분·함량·제형이 동일하거나 약효동등성이 인정된 저가의 의약품인 '아로탈정 등'을 대체조제한 후 이를 의사 등에게 통보하지 아니하고 처방된 '아크로펜정 등'의 비용을 청구하였고, '파목클시럽 등'과 성분·함량·제형이 동일하거나 약효동등성이 인정되었다고 볼 수 없는 '아목클란 시럽 등'을 대체조제하였음에도 불구하고 처방된 '파목클시럽 등'의 단가를 기준으로 비용을 청구하였다.

살피건대, 「약사법」은 처방전에 적힌 의약품과 '성분·함량·제형이 동일하거나 약효동등성이 인정된 다른 의약품'으로 대체조제한 약사에 대하여는 대체조제한 내용을 그 처방전을 발행한 의사 등에게 사후에 통보하도록 하고 있을 뿐 의약품의 대체조제행위 자체를 금지하고 있지 아니하므로, '아크로펜정 등'과 성분·함량·제형이 동일하거나 약효동등성이 인정된 저가의 '아로탈정 등'을 대체조제하고 처방된 '아크로펜정 등'의 비용을 청구한 경우 처방된 의약품과 대체조제한 의약품의 비용의 차액이 부당청구금액이 될 것이다.

한편 「약사법」에 따르면, 처방전에 적힌 의약품과 '성분·함량·제형이 동일하거나 약효동등성이 인정된 의약품'으로 볼 수 없는 의약품은 대체조제가 허용되는 의약품이라고 볼 수 없으므로, 청구인이 '아목클란시럽 등'을 조제하고도 처방된 '파목클시럽 등'의 비용을 청구한 경우 청구인이 조제하였다고 청구한 '파목클시럽 등'의 청구금액 전액은 관련법령에 의하여 요양급여비용으로 지급받을 수 없는 비용에 해당한다. 따라서 피청구인이 '아크로펜정 등'의 대체조제 부당금액과 달리 '파목클시럽 등'의 청구금액 전액을 부당금액으로 계산한 것이 위법·부당하다고 볼 수 없고, 이와 배치되는 청구인의 주장은 받아들일 수 없다.

2) 한편, 청구인은 △△제약이 이 사건 약국에 실제 판매한 '△△세파클러캅셀 등'의 판매량을 누락하여 보고하였음에도 불구하고 피청구인은 위 보고내용에만 근거하여 청구인이 위 의약품을 대체조제한 것으로 부당금액을 산정한 것이 부당하다고 주장한다.

그러나 위 인정사실에 따르면 청구인은 처방된 '△△세파클러캅셀'을 다른 의약품으로 대체조제한 사실을 인정하는 내용의 확인서에 서명하였으며, 달리 △△제약이 실제 판매량을 누락하여 보고하였다는 사실을 입증할 객관적인 자료가 확인되지도 아니하였으므로, 이와 배치되는 청구인의 주장은 받아들일 수 없다.

3) 위 인정사실에 따르면, 청구인은 처방된 의약품과 다른 의약품을 대체조제한 후 처방된 의약품의 비용으로 청구하였고, 구입거래내역에 대한 증빙이 없는 약제비를 청구한 사실이 인정되며, 앞서 살펴본 바와 같이 피청구인이 산출한 부당금액의 세부산출내역에 오류가 있다고 볼 수도 없으므로, 관계법령에 따라 청구인의 부당청구금액인 9,158만 870원의 3배로 산출된 이 사건 처분이 위법·부당하다고 할 수 없다.

7. 심판비용 청구부분의 적법여부에 대한 판단

「행정심판법」 제3조제1항, 제5조에 따르면 행정심판은 행정청의 처분 또는 부작위에 대하여 제기할 수 있으며 그 종류에는 취소심판, 무효등확인심판, 의무이행심판이 있다고 규정하고 있으므로, 심판비용은 행정청의 처분 또는 부작위라고 할 수 없어 그에 대한 심판이 「행정심판법」에 규정된 행정심판에 해당한다고 볼 수 없고, 「행정심판법」은 「행정소송법」과 달리 「민사소송법」 제102조를 준용하고 있지 아니하므로, 청구취지 2의 청구는 행정심판의 대상이 아닌 사항에 대하여 제기된 부적법한 심판청구라 할 것이다.

8. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 이 사건 심판 청구 중 심판비용에 관한 부분은 심판청구요건을 갖추지 못한 부적법한 청구이므로 이를 각하하기로 하고 청구인의 나머지 청구는 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

17 2014-04210 보조금 환수처분 취소청구(재결일 : 2014. 9. 16.)

【사건의 쟁점】

중소기업형 계약학과의 입학생들이 '상시근로자 5인 이상 중소기업에 1년 이상 재직'이라는 입학자격을 갖추지 못하였다는 이유로 보조금을 환수한 조치가 정당한지 여부

【재결요지】

해당 대학이 문제가 된 학생들의 입학자격요건이 충족되었는지 여부에 대한 실체적인 심사를 소홀히 한 잘못이 있지만, 중소기업형 계약학과의 운영지침과 협약서에 입학자격을 확인하기 위한 제출서류에 대한 명시적인 규정이 없었고, 학기 개강보다 협약의 체결이 더 늦어 입학자격요건확인 기준조차 정해지지 않은 상황에서 학생들이 입학했으며, 이들의 입학자격에 대한 확인의무가 있는 행정청은 해당 대학으로부터 입학 관련 서류를 받아놓고도 자격 충족 여부를 제대로 확인하지 않은 채 대학, 참여기업과 삼자간 협약을 체결하여 등록금의 70%를 보조한 책임을 면할 수 없는 점 등을 고려하면 이 사건 처분은 부당함

【재결의 의미】

협약을 통한 입학자격요건 확인 기준이 확정되지 않은 상태에서 입학생들의 입학자격 충족 여부에 대한 확인의무를 게을리 한 행정청의 보조금 환수처분은 부당함

주 문 피청구인이 2014. 1. 23. 청구인에게 한 3,500만원의 보조금 환수처분을 취소한다.

청구취지 주문과 같다.

이 유

1. 사건개요

청구인은 2010. 6. 3.「산업교육진흥 및 산학연협력촉진에 관한 법률」및「중소기업

인력지원 특별법」에 따라 중소기업 재직자의 직무능력 향상 및 장기재직 유도를 목적으로 하는 중소기업형 계약학과 지원사업(이하 '이 사건 사업'이라 한다)의 주관대학으로 선정된 ○○대학교를 설립·운영하는 학교법인이고, 2010년 6월 및 2012년 9월 서울지방중소기업청(이하 '서울중기청'이라 한다) 등과 중소기업형 계약학과 설치·운영 협약을 체결하여 이 사건 사업을 운영하였는데, 이 사건 사업의 관리기관인 서울중기청이 2013. 6. 24. ~ 2013. 7. 23. 청구인, 참여기업 등을 대상으로 이 사건 사업에 대한 중간점검을 실시한 결과 청구인이 입학 자격 요건을 갖추지 못한 부적격 학생 4명(이하 '이 사건 학생들'이라 한다)을 입학시켜 등록금을 지원함으로써 허위 신청 또는 부정한 방법으로 보조금을 교부받았다는 이유로 피청구인은 2014. 1. 23. 청구인에게 3,500만원의 보조금 환수처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

가. 「행정절차법」에는 행정청이 처분을 할 때에는 당사자에게 그 처분에 관하여 행정심판 및 행정소송을 제기할 수 있는지 여부, 그 밖에 불복을 할 수 있는지 여부, 청구절차 및 청구기간, 그 밖에 필요한 사항을 알려야 한다고 규정하고 있으나, 피청구인은 이 사건 환수처분을 함에 있어서 위 「행정절차법」에 따른 고지를 누락하였으므로 이 사건 처분은 위법·부당하다.

나. 중소기업청(이하 '중기청'이라 한다) 고시인 「중소기업형 계약학과 운영지침」(이하 '이 사건 사업의 지침'이라 한다)에 이 사건 사업의 입학 자격을 중소기업에서 일정기간 이상 재직 중인 자로 하고 있지만, 동 운영지침은 재직의 판단기준에 대하여 명확한 기준을 마련하고 있지 아니한바, 입학 자격 요건은 중소기업 소속 직원의 재교육을 통해 산업계에서 요구하는 맞춤형 전문 기술인력을 육성한다는 제도의 취지에 맞추어 합리적으로 판단하여야 한다.

다. 특히, 실질적으로 중소기업에 소속되어 노무를 제공하는 관계에 있는 경우에는 모두 재직자로 보아야 할 것이고, 여기에는 수습근무기간도 포함된다고 보아야 하며, 재직의 판단기준에 4대보험이나 원천징수이행상황신고서 등의 증빙에 국한되는 것도 아니라 할 것이고, 그 시점 역시 지원서 제출 시를 기준으로 판단하여야 하므로 피청구인이 입학 자

격 요건을 결여하였다고 주장하는 이 사건 학생들의 경우에는 소명자료에서 나타난 바와 같이 입학자격을 구비하고 있다고 보아야 할 것이다.

라. 피청구인이 이 사건 환수처분의 근거와 관련하여 당초 2013. 12. 13. 피청구인에게 부적격 입학자에 대한 처분사항을 통보하면서 밝힌 이 사건 사업의 지침 제35조의 경우 그 법규성 여부는 차치하고 주관대학인 청구인이 동 지침을 위반하였다고 볼 수 있을 것인지 의문이고, 나아가 「보조금의 관리에 관한 법률」 제30조제1항과 관련하여 청구인의 경우에는 보조금을 다른 용도로 사용하지 아니하였을 뿐만 아니라 이 사건 학생들로부터 관련서류를 제출받고 이 사건 사업의 관리기관인 서울중기청장의 추천 내지 확인을 거쳐 입학여부를 결정하였음을 감안한다면 거짓 신청이나 그 밖의 부정한 방법으로 간접보조금을 교부받은 경우로 볼 수도 없으며, 따라서 관련 법령이 규정하는 환수사유에 해당하지 않고, 이 사건 학생들에 대한 장학금 등으로 사용된 보조금의 반환주체가 청구인과 같은 주관대학으로 볼 수 있을 것인지 역시 의문이다.

마. 이 사건의 경우 가사 백보 양보하여 이 사건 학생들이 입학자격을 구비하지 아니한 것으로 판단된다고 하더라도 2011년도 이 사건 사업의 지침 제15조제3항은 입학자를 서울중기청장이 추천한 자로 규정하고 있고, 2012년도 지침 제15조제3항의 경우에는 서울중기청장의 확인을 거치도록 하고 있는바, 이 사건의 경우 청구인은 서울중기청장의 추천 및 확인을 거친 것을 감안하다면 이 사건 환수처분은 신뢰보호의 원칙 내지 금반언의 원칙에 반하는 것이다.

3. 피청구인 주장

가. 피청구인은 청구인에게 이 사건 처분의 사전통지 및 의견제출 기회를 부여하였고, 청구인과 일정 등을 협의하여 청문을 실시하는 등 「행정절차법」에 의한 적법·적정한 절차를 거쳤다.

나. 2011년도 및 2012년도 이 사건 사업의 지침에는 중소기업에서 1년 이상 재직한 자를 입학 자격요건으로 하고 있고, 재직기간 판단과 관련하여 서울중기청과 청구인간에 체결된 '중소기업형 계약학과 설치·운영 협약서' 제14조에는 본 계약에 명시되지 아니한 사

항은 교육부「계약학과 운영요령」, 중기청「중소기업형 계약학과 운영지침」및 사회적 통념에 따른다고 하고 있으며, 교육부의「계약학과 운영요령」제8조(입학자격)제3항에는 '제2항의 추천서(산업체등에서 추천)에는 재직증명서 및 재직 사실을 입증할 수 있는 건강보험 자격득실확인서 또는 국민연금 사업장 가입자 명부 등을 제시'하여야 한다라고 명시하고 있다.

다. 대부분의 공공기관에서는 근로자의 재직기간 확인을 위해 재직확인서 외에 국세청 등 공신력 있는 기관에서 발급하는 근로소득원천징수부 등을 종합적으로 검토하고 있고, 이 사건 사업의 지침을 포함한 관련규정에도 재직증명서 및 재직사실을 확인할 수 있는 국민연금가입자명부 등을 확인하도록 명시하고 있는데, 이 사건 학생들은 중소기업에 1년 이상 근로자로 재직하였다는 입증자료가 없다.

라. 이 사건 학생들이 제출한 재직증명서는「근로기준법」제39조(사용증명서)에서 규정하고 있는 근로자에 해당하지 않거나 근로하지 않은 자에 대해 사용증명서인 재직증명서를 작성·제출하였고, 피청구인은 사용자 및 부적격 입학생들에 대해 형사고발을 검토하고 있다.

마. 서울중기청은 2013. 6. 24. ~ 2013. 7. 23. 청구인을 대상으로 중간점검을 실시한 결과 부적격 입학자 4명을 확인하였고, 피청구인은 청구인에게「보조금의 관리에 관한 법률」및 이 사건 사업의 지침에 따라 서울중기청을 통해 시정조치를 요구하였는데, 청구인은 청구인의 운영규정과 2011년 및 2012년 이 사건 사업의 지침에 따라 재직기간 등의 입학자격 충족여부에 대해 당연히 확인해야 하는 책임이 있음에도 불구하고 아무런 확인 행위도 하지 않았을 뿐만 아니라 피청구인 및 관리기관의 시정조치에 대해서도 불응하였으며, 피청구인은 청구인에게 보조금 환수조치 사전통지를 하면서 청구인에게 의견제출 기회를 부여하였고, 청구인이 제출한 소명자료와 청문결과를 종합적으로 검토하였으나 부적격 입학자에 대한 입증책임이 있는 청구인으로부터 입학자격을 충족할 수 있는 객관적인 증거자료를 제출받지 못함에 따라 보조금 환수처분을 하였다.

바. 청구인은 학생 선발과정에서 관리기관의 추천절차나 입학자격에 대한 확인절차도

거치지 않고 임의로 선발과정을 진행하였고, 청구인이 서울중기청에 대해 자격검토를 개강시점(2012. 9. 1.) 이후인 2012. 9. 4. 추천 또는 확인을 의뢰한 사실에 비추어 볼 때, 청구인은 중소기업형 계약학과 개설을 위한 최소인원 기준(15명이상) 미달 가능성을 우려한 나머지 부적격 입학자에 대한 사실을 인지하고도 그 사실을 알리지 않은 채 참여학생들에게 합격자 발표를 한 다음 서울중기청-청구인-참여기업간 3자협약을 체결하도록 만든 잘못이 있다.

사. 청구인은「보조금관리에 관한 법률」제33조의2와 이 사건 사업의 지침 제35조에 따라 거짓 신청이나 그 밖의 부정한 방법으로 보조금을 지급받은 경우 또는 보조금을 지급받기 위한 요건을 갖추지 못한 경우에 해당된다고 볼 수 있으므로 청구인에 대한 보조금 환수조치는 당연하다.

아. 공적인 견해표명을 서울중기청이 청구인에게 한 바 없고, 할 수 없는 일정이었으며, 청구인 소속 부적격 입학자가 객관적 증빙을 담보할 수 없는 재직증명서(이마저도 입사일자가 상이함) 등을 제출하여 청구인에게 고의 또는 과실이 있고, 서울중기청의 공적인 견해표명이 없는 가운데 그 견해표명 이전에 이미 부적격자를 입학하기로 청구인은 입학을 확정하고 부적격자에게 입학을 통보하였으므로 신뢰보호를 인정할 여지는 없다.

4. 관계법령

산업교육진흥 및 산학연협력촉진에 관한 법률 제8조
중소기업 인력지원 특별법 제19조, 제38조
중소기업 인력지원 특별법 시행령 제31조
보조금 관리에 관한 법률 제30조, 제33조의2
중소기업형 계약학과 운영지침 제2조, 제15조, 제33조, 제35조
교육부 계약학과 운영요령 제8조

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 중소기업형 계약학과 설치·운영 협약서, 중간점검 결과보고서, 행정처분 사전통지서, 청문 결과보고서, 의견서, 재직증명

서, 소명서, 중소기업형 계약학과 운영지침, 처분서 등의 기재내용을 종합해 보면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 서울중기청은 2010. 6. 3. 청구인에게 2010년 중소기업형 계약학과 사업의 선정 심의 결과 ○○대학교가 주관대학으로 최종 선정되었음을 통보하였다.

나. 2010. 6. 4. 청구인은 서울중기청 등과 중소기업형 계약학과 설치운영 협약을 체결하였는데, 중소기업형 계약학과 설치·운영 협약서의 주요 내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 서울중기청(이하 "갑"이라 한다)과 사단법인 ○○협회, ○○진흥원, ○○협회(이하 "을"이라 한다) 및 ○○대학교(이하 "병"이라 한다)는 「산업교육진흥 및 산학연협력촉진에 관한 법률」 제8조 및 동법 시행령 제7조 등에 의거 중소기업형 계약학과 설치·운영에 관한 사항을 다음과 같이 약정함

○ 제2조(학과 명칭, 학위과정, 학생정원, 설치운영 기간) 이 협약에 의하여 설치되는 계약학과의 명칭, 학습구분, 학위과정, 학생정원, 설치·운영 기간은 다음과 같이 함

학과명칭	학습구분	학위과정	학생정원	설치 운영 기간	비고
융합기술학과	주/야간, 주말	석사과정	30명	2010. 9. ~ 2012. 8.	

○ 제3조(학생 선발·입학) "갑"이 추천한 자 중 "병"이 정한 입학자격을 갖춘 자로서 적격심사를 거쳐 입학을 허가함

○ 제14조(특수조건) 본 협약에 명시되지 아니한 사항은 교육과학기술부 「계약학과 운영요령」, 중소기업청 「중소기업형 계약학과 운영지침」 및 사회적 통념에 따르되, 해석상의 이의가 있을 경우 쌍방의 합의에 의하여 결정함

다. 2012. 9. 4. 청구인은 이 사건 사업의 관리기관인 서울중기청에 중소기업형 계약학과 입학 관련 서류를 제출하면서 확인을 요청하였고, 서울중기청은 이를 확인하였다.

라. 2012. 9. 17. 서울중기청장, ○○대학교총장, ○○(주)대표, ○○(주)대표, (주)○○대표는 각각 중소기업 계약학과 설치운영 협약을 다시 체결하였는데, 중소기업형 계약학과 설치 및 운영 계약서의 주요 내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 서울중기청장(이하 “갑”이라 한다), ○○대학교총장(이하 “을”이라 한다), ○○(주)대표·○○(주)대표·(주)○○대표(이하 “병”이라 한다)는 「산업교육진흥 및 산학연협력촉진에 관한 법률」 제8조 및 동법 시행령 제7조 등에 의거 중소기업형 계약학과 설치 및 운영을 위해 다음과 같이 계약을 체결함

○ 제2조(학과 명칭, 학위과정, 학생정원, 설치운영 기간) 이 협약에 의하여 설치되는 중소기업형 계약학과의 명칭, 학습구분, 학위종류, 학생정원, 설치·운영 기간은 다음과 같이 함

계약학과 명칭	학위종류	학생정원	학기/이수학점	학습구분	설치·운영 기간
융합기술학과	석사	16명	4학기/24학점	주말/야간	2012. 9. ~ 2014. 8.

○ 제3조(학생 선발·입학) “병”이 추천한 자 중 “을”이 정한 입학자격을 갖춘 자로서 자격심사를 거쳐 입학을 허가하되, 중소기업형 계약학과 운영지침 제16조제5항의 규정에 따라 특성화고, 마이스터고 등 졸업생 우대 등에 대하여 “갑”과 협의하여 학칙에 반영하여야 함

○ 제14조(특수조건) 본 계약에 명시되지 아니한 사항은 교육과학기술부 「계약학과 운영요령」, 중소기업청 「중소기업형 계약학과 운영지침」 및 사회적 통념에 따르되, 해석상의 이의가 있을 경우 쌍방의 합의에 의하여 결정함

마. 2012. 11. 15. 서울중기청은 청구인을 대상으로 이 사건 사업에 대한 중간점검을 실시하였는데, 중소기업형 계약학과의 입학자격과 관련하여서는 지적사항이 없었다.

바. 2013. 6. 24. ~ 2013. 7. 23. 서울중기청은 청구인, 참여기업 등을 대상으로 이 사건 사업에 대한 중간점검을 실시하였는데, 그 결과보고서의 주요 내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

1) 점검개요

○ 추진근거 : 「중소기업 계약학과 운영지침」 제36조(중간점검)

○ 점검기간 : 2013. 6. 24. ~ 2013. 7. 23.

○ 점검대상 : 2개 대학, 재학생 25명

* 현장점검 미실시자 : 허○ 등

** 학생의 사정으로 점검을 실시하지 못한 2명은 입학서류 등에 근거 검토함

2) 대학점검 결과

[○○대학교]

○ 학생현황 : 20개사, 재학생 23명(2학기 13명, 4학기 9명, 휴학 1명)

○ 사업비 : 총 1억 1,000만원(국비 7,700만원, 자부담 3,300만원)

* 점검시 사업계획서 미제출 상태로 22명 등록 기준으로 추정한 사업비임

○ 특이사항

- 운영지침에 따른 계획서 등 절차 이행 미비
- 재학생 재직관리가 이루어지고 있지 않음(이직 7명, 점검일 기준)
- 입학자격이 관련 규정에 부합하지 않은 경우 확인됨

3) 참여기업 점검 결과

○ 점검내용 : 중소기업 여부, 상시근로자 수, 재직기간 등 조사

○ 결격사유 확인 참여기업 및 참여자

참여기업 및 참여자	학교 및 입학년도	확인사항	학생 제출의견
○○(주) 이○○	○○대 2011년	[중소기업 재직기간 부족] 입학시 재직증명서를 2010. 9. 1. 부터 재직한 것으로 제출하였으나 기업방문결과 2011년 입사로 확인됨 현재 휴직 상태임	회사 CEO와 가족관계이기에 고용계약서 없이 대학졸업 후 근무하여 업무를 배웠고 2011년 6월 정식 직원으로 입사함 2010. 7. 2. ~ 2011. 8. 10. 수습보조원 2011. 8. 10. ~ 2012. 7. 1. 수출업무 품질담당 2012. 7. 2. ~ 2013. 10. 31. 병가
○○(주) 김○○	○○대 2012년	[중소기업 아님] 전자공시된 사업보고서상 참여기업은 2012. 1. 1.부로 중소기업에 해당하지 않음을 명시하고 있음	2012. 5. 18.자 등록된 사업보고서에는 중소기업 아님으로 되어 있음 계약학과 신청일자와 사업보고서 등록일자가 동일하여 신청 진행한 것임
(주)○○ 김○○	○○대 2012년	[중소기업 재직기간 부족] 2012. 3월 입사로 중소기업 재직기간 1년이 증빙되지 않음	2010년 (주)○○의 ○○리서치 전문컨설턴트로 중국, 금융분야 인재추천업무를 했음 고정급여방식이 아니라 성과에 따라 일정비율 공제후 자기 소득이 되는 형태로 근무하였음 4대보험은 가입하지 않았음

참여기업 및 참여자	학교 및 입학년도	확인사항	학생 제출의견
○○(주) 허○ (현장점검 미실시)	○○대 2012년	[중소기업 재직기간 및 참여기업 종업원수 부족] 2012. 8월 입사로 중소기업 재직기간이 부족하며 입학당시 대표 포함 5명이상의 요건도 부합하지 않음 고용보험, 원천징수이행상황신고서 등 객관적 증빙 불가	입학시 (주)○○ 재직증명서를 제출했었음(법인등기등본상의 감사 등재기록 및 재직증명서) 창업초기로 이사1명, 간사1명, 업무직원(본인) 1인으로 회사를 운영하였음 2~3명의 시간제 업무담당자 운영

사. 2013. 8. 28.자 중기청의 '중소기업 계약학과 부적절 입학사례 및 조치계획 보고서'에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

□ 계약학과 입학요건

○ 우리청 계약학과 운영지침

구분	2011년	2012 및 2013년
참여기업*	-	상시근로자 5인(사업주 포함) 이상 중소기업(제2조)
입학자격**	중소기업 1년 이상 재직자	중소기업 1년 이상 재직자
등록절차***	지방청장 및 참여기업이 추천한 자	중소기업과 학생이 참여기업신청서를 지방청장에게 제출해야 하며, 대학은 참여기업의 추천을 받고 지방청창의 확인을 받은 자에 대하여 등록해야 함

* 교육부의 계약학과 운영요령에 참여기업을 상시근로자 5명(사업주 포함) 이상인 사업체로 정하고 있어, 우리청도 2012년에 이를 요건으로 추가함

** 1년의 재직기간은 과거 중소기업에 근무했던 기간도 포함(본청에서 구두로 운영)

*** (실제 등록절차) 학생이 중소기업에 추천 요청 및 기업의 추천 → 참여기업신청서를 학생이 대학에 제출 → 대학이 지방청에 학생관련서류 제출 → 지방청의 확인을 거쳐 대학이 학생으로 등록(○○대, ○○대의 경우 등록 후 서류 제출)

□ 문제발생 원인

○ 계약학과 학생 참여 절차

- (1단계) ○○대가 계약학과 학생 모집 후 확인 없이 등록
- (2단계) ○○대가 서울중기청에 학생 관련 서류 송부
- (3단계) 서울중기청의 확인 후 '○○대-서울중기청-중소기업'간 계약체결

○ 사례별 원인분석

- ① ○○(주) 이○○은 서류상 문제가 없는 사항으로서 ○○대 및 서울중기청도 사전에 발견하기 어려웠던 사항

  * 동 내용은 본청 요청에 따라 서울중기청이 회사방문을 통해 확인한 사항임

- ② (주)○○ 김○○은 그 이전 회사 근무는 2012. 5. 21.까지 근무한 것으로 되어 있고, 현 회사는 2012. 3. 1.부터 근무한 것으로 서류제출되어 있는 점 등 확인이 필요한 사항이 있었으나, ○○대 및 서울중기청이 소홀히 했던 것으로 보임

  * 동 학생은 1년 이상 재직 요건은 이전 회사 근무를 포함하여 서류상으로는 충족

- ③ ○○(주) 허○은 ○○대가 학생 참여요건에 부합하는지 여부를 1차 확인만 했더라도 서울중기청에 추천을 하지 않았고, 서울중기청 담당자는 제출서류만 검토했더라도 해당 학생은 입학이 허용되지 않았음
- ④ ○○(주) 김○○은 중소기업이 아닌 사항으로 서울중기청 담당자가 중소기업 확인 시스템상으로 체크만 했더라면 입학이 허용되지 않았음

□ 서울중기청 담당자 책임 여부

○ ①번과 ②번에 대해서는 재직기간 충족여부를 판단하기 위해서는 현행규정의 미비 등의 존재로 인해 상당한 검토를 해야 확인 가능한 사항으로 보임

○ ③번과 ④번에 대해서는 기본적인 입학요건만 확인했더라도 발견이 가능한 사항으로서 업무상 주의를 전혀 기울이지 않아 문제를 악화시킨 책임이 있는 것으로 보임

  * ○○대에서 서울중기청으로 학생 관련 서류를 제출(2012. 9. 4.)했고, 이후 ○○대-서울중기청-기업 간 계약체결(2012. 9. 17.)

아. 2013. 9. 5. 서울중기청은 이 사건 사업의 전담기관인 피청구인에게 다음과 같이 중간점검 결과에 따른 조치를 취할 것을 통보하였다.

- 다 음 -

□ ○○대학교

○ 입학자격 결격사유 확인자

- 재직기간 부족 : 이○○, 김○○, 허○

- 중견기업 재직자 : 김○○(2012. 1. 1.부로 중소기업을 벗어남)

○ 운영지침 제33조에 따른 사업비 환수 및 제35조에 따른 주관대학, 참여기업 및 참여 학생에 대한 제재조치 필요(「보조금 관리에 관한 법률」 제33조의2제1항 참조)

자. 2013. 9. 5. 서울중기청은 청구인에게 다음과 같이 이 사건 사업에 대한 중간점검 결과에 따른 시정조치를 요청하였다.

- 다 음 -

1) 시정권고 사항

○ 신입생 모집시 규정에 따라 우리청의 입학자격 확인 없이 합격 발표되지 않도록 하여야 함

○ 운영지침에 따라 학기시작 30일전 중소기업 재직여부는 반드시 확인 후 제21조 규정에 의한 조치를 하여야 함(이직시 제적 등 조치)

○ 운영지침을 참고하여 규정된 각종 보고 및 행정절차 준수

2) 학교 운영위원회 심의

□ 입학자격 결격사유 확인자 처리

참여기업 및 참여자	학교 및 입학년도	확인사항
○○(주) 이○○	○○대 2011년	[중소기업 재직기간 부족] 입학시 재직증명서를 2010. 9. 1.부터 재직한 것으로 제출하였으나 기업방문결과 2011년 입사로 확인됨 현재 휴직 상태임
○○(주) 김○○	○○대 2012년	[중소기업 아님] 전자공시된 사업보고서상 참여기업은 2012. 1. 1.부로 중소기업에 해당하지 않음을 명시하고 있음
(주)○○ 김○○	○○대 2012년	[중소기업 재직기간 부족] 2012. 3월 입사로 중소기업 재직기간 1년이 증빙되지 않음
○○(주) 허○	○○대 2012년	[중소기업 재직기간 및 참여기업 종업원수 부족] 2012. 8월 입사로 중소기업 재직기간이 부족하며 입

참여기업 및 참여자	학교 및 입학년도	확인사항
(현장점검 미실시)		학당시 대표 포함 5명이상의 요건도 부합하지 않음 고용보험, 원천징수이행상황신고서 등 객관적 증빙 불가

○ 관련규정 :「중소기업형 계약학과 운영지침」 제22조(학교운영위원회)
- 학생 입학취소 및 제적처리 등 계약학과 운영 관련 중요사항 심의·의결

차. 2013. 10. 11. 청구인은 서울중기청에 중소기업 계약학과 운영위원회 개최 결과를 통보하였는데, 2013. 9. 16.자 중소기업 계약학과 운영위원회 회의록의 주요 내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

□ 의결사항 : 결격사유로 지적된 4인의 처리는 아래와 같은 의견에 따라 과거에 대한 소급적 불이익처분(제적처리) 보다는 발전적 제도개선 조치가 타당한 것으로 판단되어, 이를 건의하도록 의결함

○ 이○○은 2011년 입학 및 기 졸업, 김○○, 김○○, 허○은 2012년 입학을 하여 현재 3학기 재학(김○○, 허○) 및 휴학(김○○, 중국지사근무) 중인바,
- 2013년 상반기 중간점검 결과 중소기업 재직기간 부족 및 중소기업이 아닌 것으로 확인되어, 이에 대한 조치를 하고 결과를 보고하도록 통보를 받았음. 이는 기준의 적용에 있어 4대 보험 및 중소기업에서 임금 지급 등 근거서류가 확인된 것만 인정

○ 그러나 이미 1~2년 전 관련자들이 입학할 당시에는 1년 이상 중소기업 재직여부의 판단 기준으로 제출된 증빙서류에 대해, 그 타당성을 인정하여 입학을 허용한 바 있음(정부의 제출서류에 대한 세부적인 지침이 없는 상태에서 입학요건 확인 시 지원자의 재직확인서 등 제출된 증빙서류에 대한 확인을 통해 임금을 받지는 않더라도 수습이나 실질적 근무 등을 하는 경우 1년 이상 재직 등으로 인정함)

○ 관련자들은 입학 당시 합법적 입학사정을 통해 합격통보를 받아 학사행정에 참여를 하여 왔는데, 1~2년이나 지난 후에 중간점검을 통해, 관련자들이 인정할 수 없는 사정변경(증빙자료 인정기준)을 이유로 불이익 조치를 받게 되는 것은 신의성실의 원칙에도 반하는 것으로 소명하고 있음

※ 소급 불이익 처분 시 후속 행정조치를 위해서는 법령 해석의 타당성 여부 및 협약

당사자간 책임소재 규명 등 검토가 선행되어야 하고, 이 과정에서 대내외적인 불협화음이 발생할 경우 참여 학생 및 기업들의 동요와 사업운영에 대한 부정적 인식 확산 등 상당한 부작용 발생도 우려되는바, 과거 소급을 통한 불이익 처분보다는 중간 점검 이후의 제도적 개선이 필요할 것으로 의견이 모아짐

○ 위 4인의 경우 그동안 충실히 학업에 전념하여 1인은 이미 석사학위 논문까지 제출하여 졸업을 하였고, 나머지 3인도 1년간을 주말을 반납하여 학업을 성공적으로 진행해온바, 그들의 선의를 참작하여 학업을 지속할 수 있도록 배려하여 줄 것을 요청드리고자 함

카. 2013. 12. 13. 피청구인은 청구인에게 다음과 같이 중소기업 계약학과 부적격 입학자에 대한 사전 처분 통지와 소명자료 제출 및 청문일정을 안내하였다.

- 다 음 -

1) 부적격 입학자에 대한 사전 처분 통지, 소명자료 제출 및 청문일정 안내

□ 청구인은 중소기업 계약학과 주관대학으로서 동 사업의 지침에 규정된 입학자격을 위반하여 학생을 선발, 보조금을 수령하였으므로 동 사업 지침 및 관련 법령에 따라 아래와 같이 조치내용을 알려 드림

* 중소기업형 계약학과 운영지침 제35조(계약위반 업체 등에 대한 제재조치)

*「보조금 관리에 관한 법률」 제33조의2(보조금수령자에 대한 보조금 환수 등)

□ 보조급 환수 및 지급중지

○ 환수금 세부내역

(단위 : 원)

번호	성명	2011년 가을학기	2012년 봄학기	2012년 가을학기	2013년 봄학기	2013년 가을학기	환수금액 (총계)	비고
1	이○○	3,500,000	3,500,000	3,500,000	3,500,000	-	14,000,000	졸업
2	김○○	-	-	3,500,000	3,500,000	지급중지	7,000,000	재학중
3	김○○	-	-	3,500,000	3,500,000	-	7,000,000	2013년 8월 휴학
4	허○	-	-	3,500,000	3,500,000	지급중지	7,000,000	재학중
총계		3,500,000	3,500,000	14,000,000	14,000,000	-	35,000,000	

* 환수금액은 총 등록금에서 민간부담금을 제외한 정부지원금(70%)을 적용한 금액

□ 입학 및 학위취소 요청

번호	성명	상태	조치요청
1	이○○	졸업	학위취소
2	김○○	휴학	입학취소
3	허○	재학	입학취소
4	김○○	재학	입학취소

□ 소명자료 제출이 있을 경우 아래 일정에 따라 청문을 하고자 함

○ 청문일자 : 2013. 12. 23. ~ 12. 27.

* 위 기간 내 가능한 일자와 장소를 협의하여 결정

○ 청문대상 : 학교 관계자, 해당학생 4명*

* 이○○, 김○○, 김○○, 허○

2) 입학 및 학위취소 요청에 대한 위반사항 및 근거규정

□ 재직기간 1년 및 상시근로자 5인 요건 위반

① (○○산업 이○○, 2011. 9월 입학) 객관적으로 확인할 수 있는 중소기업 재직기간은 3개월로 확인되어 중소기업 계약학과 2011년도 운영지침 제15조제1항제2호 위반

② ((주)○○ 김○○, 2012. 9월 입학) 객관적으로 확인할 수 있는 중소기업 재직기간은 6개월로 요건 미달, 중소기업 계약학과 운영지침 제15조제1항제2호 위반

③ (○○비젼 허○, 2012. 9월 입학) 객관적으로 확인할 수 있는 중소기업 재직기간은 6개월(②번 사례와 동일)이며, 이외 상시근로자 5인(사업주 포함) 이상 요건을 위반

□ 중소기업 재직자 요건 위반

④ (○○시스템 김○○, 2012. 9월 입학) 입학시점 당시 근무업체가 중견기업에 해당, 따라서 중소기업 재직요건 위반

타. 2013. 12. 20. 청구인은 피청구인의 부적격 입학자에 대한 처분사항 통보에 대하여 다음과 같은 취지의 소명자료를 제출하였다.

- 다 음 -

□ 부적격 입학자로 통보된 4인의 경우 중소기업 계약학과 모집공고 및 운영규정에 따른 '5인 이상 중소기업 및 1년 이상 재직'을 위반한 것인지에 대한 판단 및 그 주체에 대해 명확히 해야 할 것임

〈 입학허용 기준과 관련하여〉

○ 2011년 이○○, 2012년 김○○, 김○○, 허○에 대한 서울중기청의 요건 검토과정에서는 우리 대학에서 제출된 서류를 통해 전원 입학허용되었음. 다만, 김○○, 허○의 경우는 요건확인 과정에서 추가적 확인이 필요하여 서울중기청에서는 직접 이들의 소명을 듣고 입학을 허용하였음. 또한 2012년 국회의 국정검사 지적이후 입학생들에 대한 전수조사에서도 추가적인 문제 제기가 없었음

○ 그런데 2013년 상반기 계약학과 현장점검에서는 상시근로 및 재직 관련하여 고용보험 가입, 정기 임금 수령, 근무상황 조사 등 추가적인 서류징구 및 현장실사 등 규제적 행정조치를 통해 2011년, 2012년 스스로 결정한 입학허용 행정행위를 번복하면서 이들 4인을 입학 부적격자로 결정하고 소급적 처벌과 정부보조금 회수 및 정지를 통보해 옴

〈 입학허용의 책임주체와 관련하여〉

○ 2011년 중소기업 계약학과 운영지침 제15조제3항은 '학위과정별 입학자격을 갖춘자로서 지방청장 및 참여기업이 추천한 자로 한다'로 규정하고 있었고, 2012년 운영지침 제15조제2항은 '주관대학은 학위과정별 입학 자격을 갖춘 자로서 참여기업이 추천하고 지방청장의 확인을 거쳐 계약학과 학생으로 등록하여야 한다'라고 수정하여 규정하였음. 2013년 운영지침 제19조제2항은 '주관대학은 학위과정별 입학 자격을 갖춘 자 중에서 참여기업의 추천을 받고 지방청장의 확인을 받은 자에 대하여 계약학과 학생으로 등록하여야 한다'라고 추가 수정하여 규정하고 있음

○ 동 규정에 의하면 5인이상 중소기업 및 1년이상 재직의 판정은 지방중기청의 추천 및 확인이 있어야 하고 이러한 법규해석은 정부기관에서 일차적으로 담당하는 것이므로 지방중기청장이 주된 역할을 한다고 볼 수 있음

〈 입학사정의 절차진행과 관련하여〉

○ ○○대에서는 2012년부터 다음과 같은 서류리스트를 가지고 입학자들로부터 구비 가능한 서류를 제출받아 예비 검토를 하고, 5인 이상 중소기업 및 1년 이상의 재직에 대한 실질적 판단 주체인 서울중기청에 관련 서류를 수시로 제출하고 최종적으로는 일체 원본을 송부하여 서울중기청으로부터 입학허용 여부의 판단과 결정을 통보받아 협약을 체결하여 왔음

* 입학지원서 제출 요구 서류리스트(2012년 이후) : 1. 참여기업신청서, 2. 계약서, 3. 중소기업형 계약학과 입학 추천서, 4. 재직증명서, 5. 회사소개서, 6. 정부시책 참여 또는 정부인증 획득 입증 서류 사본, 7.고용보험가입 확인서류, 8. 기타 중소기업 확인 관련

증빙서류 등, 9. 사업자등록증

○ 입학허가를 받은 후 상당기간이 지난 시점에서 새로운 판단기준을 적용해서 제재조치를 취하는 것은 법적안정성, 신의성실의 원칙에 위배된다고 소명하고 있음

파. 2013. 12. 24. 피청구인은 청구인 대학관계자 및 이 사건 학생들을 대상으로 청문을 실시하였는데, 2013. 1. 10.자 청문결과보고서에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

□ ○○대학교 융합기술학과 나○○ 원장

○ (질문) 귀교에서는 계약학과 참여 학생 모집시 중소기업 계약학과 운영지침에 의거 참여 희망자의 자격요건 부합사실을 확인하셨습니까?

○ (답변) 당시 관할지방청인 서울중기청으로부터 확인받았음

○ (질문) 귀교에서는 계약학과 입학 당시 입학지원서를 포함한 관련 구비서류를 모두 제출하셨습니까?

○ (답변) 모두 제출하였고 서울중기청의 추가 서류 제출 요청이 있어 다시 보내드렸음

○ (질문) 그럼 귀교에서는 이번 중간점검 전에는 관련 학생들의 부적격 사실을 전혀 모르고 계셨습니까?

○ (답변) 네. 관련 학생들의 입학 당시 2011년, 2012년 지침에 의거 관련 서류를 모두 구비하여 관할 지방중기청인 서울중기청에 전달하여 모든 학생에 대한 입학 자격요건을 검토·승인받고 학생들에 대한 면접 후 최종 입학 절차를 수행하였음. 2012년 중간 점검시에도 관련 4인을 포함한 모든 계약학과 학생들이 점검을 받았으며 해당 학생은 문제가 없었음. 얼마전 국정감사시 불거진 계약학과 부정입학 사례에 대한 전수조사를 실시하였으나 관련 학생 4명에 대해서도 전혀 문제가 없었음

○ (질문) 그럼 왜 이런 상황이 발생하였다고 생각하십니까?

○ (답변) 이번에 서울중기청의 담당자가 바뀌면서 당시 지침에는 없었던 재직기간 확인을 위한 서류로 고용보험가입서류나 임금대장 제출, 그리고 당시에는 전자공시시스템에 중견기업으로 등재되지 않았던 기업을 현시점에서 재확인하면서 문제가 발생하게 된 것임. 관련 학생 4명은 어려운 여건속에서도 중소기업의 일꾼으로 주경야독하며 학업을 수행해왔으며 특히 한 학생은 이미 졸업까지 한 상태임. 이렇게 입학 당시 정부의 행정처분에 따라 입학 승인을 받고 학업을 수행한 학생들이 갑자기 담당공무원이 바뀌

었다고 다른 기준과 잣대로 원처분을 번복하게 되어 매우 혼란스러울 뿐만 아니라 정부 정책에 대한 강한 불신이 쌓이고 무엇보다 가장 큰 문제는 '본인이 몸담고 있는 직장이 힘없는 중소기업이라서 그런 것이 아닌가?'하는 중소기업에 근무하는 사명감까지 회의를 느끼고 있는 아주 절망적인 순간임. 아무쪼록 우리나라 경제의 근간인 중소기업에서 열심히 근무하고 있는 이 학생들이 사기와 보람을 가지고 더욱 열심히 중소기업과 나라 경제를 위해 도약할 수 있는 기회를 주기 위해 올바른 결정을 내려주시면 감사하겠음

※ 김○○은 중국 파견근무 중으로 청문 미실시

하. 2014. 1. 23. 피청구인은 청구인에게 3,500만원의 보조금을 환수하는 이 사건 처분을 하였다.

거. 이 사건 학생들에 대한 4대 사회보험 가입자 가입내역 확인서, 재직증명서 등 입학 자격 관련 서류와 자료에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 다 음 -

□ 이○○(이하 이 사건 학생들 개인별로 '동인'이라 한다)

○ ○○(주)의 소득자별근로소득원천징수부에는 동인의 입사일이 2011. 6. 27.로 되어 있고, 2012. 2월 ~ 2012년 7월, 2012년 9월의 급여액 등이 기재되어 있음

○ 2011. 7. 22.자 ○○(주)가 발행한 재직증명서에는 동인의 입사년월일이 2010. 9. 1., 2011. 7. 22. 현재 재직 중이라고 되어 있음

○ 2012. 7. 2.자 휴직신청서에는 동인의 휴직기간이 2012. 7. 2. ~ 2013. 7. 1., 휴직사유는 병가라고 되어 있고, 2013. 7. 1.자 휴가원에는 기간이 2013. 7. 1. ~ 2013. 10. 31., 사유는 다리골절이라고 기재되어 있음

○ 동인에 대한 2013. 7. 10.자 국민연금 (사업장)가입자 내용변경(정정) 신고서의 변경내용에는 변경 전 2013. 7. 1.(납부재개예정일), 변경 후 2013. 10. 31.이라고 되어 있음

○ 2013. 8. 16.자 ○○(주)의 재직확인서에는 동인의 근무기간에 대하여 2010. 7. 2. ~ 2010. 8. 10. 수습 보조원, 2010. 8. 10. ~ 2011. 8. 10. 수습연구 보조원, 2011. 8. 10. ~ 2012. 7. 1. 수출업무 품질담당, 2012. 7. 2. ~ 2013. 10. 31. 병가라고 기재되어 있고, 2010년 7월부터 2011년 7월까지 출퇴근카드가 첨부되어 있음

○ 2011. 7. 29.자 ○○(주)의 중소기업형 계약학과 입학 추천서에는 동인의 재직기간이 1년으로 되어 있음

□ 김○○

○ 2012. 9. 4.자 4대 사회보험 가입자 가입내역 확인서에는 동인은 국민연금, 건강보험, 산재보험, 고용보험 자격취득일이 2012. 3. 1.로 되어 있음

○ 2012. 5. 21.자 (주)○○가 발행한 재직증명서에는 동인의 근무기간이 2010. 6. 29. ~ 2012. 5. 21.로 되어 있음

○ 2010. 6. 29.자 (주)○○의 취업약정서에는 동인은 ○○에서 직업소개업무 중 중국(북경), 미국, 국내 헤드헌팅 업무를 수행하고, 근무기간은 계약일로부터 1년으로 하되 종료 1개월 전 상호협의가 없으면 1년 연장되는 것으로 간주한다고 되어 있음

○ 2012. 5. 17.자 (주)○○의 중소기업형 계약학과 입학 추천서에는 동인의 재직기간이 2012. 3. 1. ~ 현재라고 되어 있음

□ 허○

○ 2012. 9. 3.자 (주)○○이 발행한 재직증명서에는 동인의 재직기간이 2009. 10. 1. ~ 2012. 3. 28.이라고 되어 있음

○ 2013. 8. 23.자 (주)○○ 대표의 확인서에는 동인에 대한 재직기록을 점검한 결과 2009. 10. 1. ~ 2012. 3. 28. 법인등기부등본상 감사로 등재되어 있었고, 출근하여 영업 등은 하였으나 실적에 따라 비용을 지급하기로 하여 급여나 4대보험 등에는 가입되어 있지 아니하였다고 되어 있음

○ ○○(주)에 대한 사업자등록증명에는 ○○(주)의 개업년월일은 2012. 2. 1., 사업자등록년월일은 2012. 2. 9.로 되어 있음

○ 동인은 참여기업 신청서에 전체종업원수를 3명(임원 2명, 관리직 1명)이라고 기재하였음

○ 2012. 8. 13.자 서울지방고용노동청 서울관악지청장의 고용보험 개별 사업장 피보험자격 내역서에는 동인의 자격취득일이 2012. 8. 9.로 되어 있음

○ ○○출판사와 (주)○○의 2008년도 사업소득원천징수영수증에는 동인에 대한 지급총액이 각각 2,486,400원, 840,000원으로 되어 있고, 동인의 예금거래실적증명서에는 2007. 4월 ~ 2007년 8월 (주)○○으로부터 2,668,920원이 입금된 내역이 기재되어 있음

□ 김○○

○ ○○(주)에 대한 2012. 3. 30. 사업보고서 중소기업 해당여부에는 동 회사는 「중소기업기본법」 제2조 및 시행령 제3조제1항제1호라목, 제9조제3항에 의해 2012. 1. 1.부로 중소기업에 해당하지 않는다고 되어 있음

○ 금융감독원 전자공시스템인 DART에는 공시대상회사 에이피시스템, 보고서명 [기재정

정]사업보고서(2011.12.), 제출인 ○○시스템, 접수일자 2012. 5. 18.이라고 되어 있음

○ 2012. 5. 18.자 ○○(주)의 중소기업형 계약학과 입학 추천서에는 동인의 재직기간에 대해 2001. 1. 1. ~ 현재라고 되어 있음

○ 2012. 5. 18.자 대전지방고용노동청 청주지청장의 고용보험 피보험자격 이력 내역서에는 동인의 취득일이 2001. 1. 8.로 되어 있음

○ 2012. 5. 14.자 ○○(주)의 재직증명서에는 동인이 2001. 1. 1. 입사하여 2012. 5. 14. 현재 재직 중이라고 되어 있음

너. 중소기업형 계약학과의 입학자격 관련 「중소기업형 계약학과 운영지침」의 주요내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

□ 2011년 중소기업형 계약학과 운영지침(2011. 4. 6.)

제2조(용어의 정의 및 범위) ② 이 요령에 따라 계약학과 설치·운영에 참여할 수 있는 대학 및 중소기업의 범위는 다음 각 호에 해당하여야 한다.
2. 중소기업 : 「중소기업인력지원 특별법」 제3조에 따른 제조업 및 지식기반서비스업을 영위하는 중소기업

제15조(입학자격) ① 계약학과에 지원하는 자는 제2조제2항제2호의 규정에 의한 제조업 및 지식기반서비스업 계열의 중소기업에 재직중인 자로서 다음 각 호에 해당하여야 한다.
1. (생략)
2. 석사과정은 중소기업에서 1년 이상의 재직자 중 학사학위를 가지고 있는 자 또는 「고등교육법」에 의하여 이와 동등 이상의 학력이 있다고 인정된 자

② 제1항의 규정에 의한 입학자격에도 불구하고 필요시 중소기업청장이 자격요건을 별도로 정하여 운영할 수 있다.

③ 학위과정별 입학자격을 갖춘 자로서 지방청장 및 참여기업이 추천한 자로 한다.

□ 2012년 중소기업형 계약학과 운영지침(2012. 2. 7.)

제2조(용어의 정의 및 범위) ② 이 요령에 따라 계약학과 설치·운영에 참여할 수 있는 대학 및 중소기업의 범위는 다음 각 호에 해당하여야 한다.
2. 중소기업 : 「중소기업 인력지원 특별법」 제3조에 따른 제조업이나 지식기반서비스업 또는 중소기업청장이 인정하는 업종을 영위하고, 「근로기준법」 제11조 규정에 따른 상시 근로자 5인(사업주 포함) 이상의 중소기업

제15조(입학자격) ① 계약학과에 지원하는 자는 제2조제2항제2호의 규정에 의한 중소기업에 재직 중인 자로서 다음 각 호에 해당하여야 한다.

1. (생략)
2. 석사학위과정은 중소기업에서 1년 이상 재직한 자 중 학사학위를 가지고 있거나 「고등교육법」에 의하여 이와 동등 이상의 학력이 있다고 인정하는 자

② 주관대학은 학위과정별 입학 자격을 갖춘 자로서 참여기업이 추천하고 지방청장의 확인을 거쳐 계약학과 학생으로 등록하여야 한다.

□ 2013년 중소기업형 계약학과 운영지침(2013. 2. 25.)

제19조(입학자격) ① 계약학과에 지원하는 자는 제2조제2항제2호의 규정에 따른 중소기업에 재직 중인 자로서 다음 각 호에 해당하여야 한다.
1. (생략)
2. (생략)
3. 석사학위과정은 중소기업에서 1년 이상 재직한 자 중 학사학위를 가지고 있거나 또는 이와 동등 이상의 학력이 있다고 인정하는 자

② 주관대학은 학위과정별 입학 자격을 갖춘 자 중에서 참여기업의 추천을 받고 지방청장의 확인을 받은 자에 대하여 계약학과 학생으로 등록하여야 한다.

□ 2014년 중소기업형 계약학과 운영지침(2014. 1. 23.)

제16조(학생선발) ① 주관대학의 장은 제3조의 자격요건을 갖춘 근로자를 「고등교육법 시행령」 제34조 제2항의 규정에 따라 계약학과의 학생으로 선발하여야 한다.

② 학위과정별 입학자격은 다음과 각호와 같다. 다만, 학위과정의 교육내용과 신청기업의 업종 및 근로자의 직무가 상호 관련성이 있어야 한다.
1. (생략)
2. (생략)
3. 석사학위과정은 학사학위를 가지고 있거나 또는 이와 동등 이상의 학력이 있다고 인정하는 자

③ (생략)

제35조(중견기업 근로자 특례) ① 주관대학의 장은 제3조의 규정에도 불구하고 중견기업 근로자를 주관대학별 신입생 선발인원의 30% 범위 내에서 계약학과 학생으로 선발 할 수 있다.

【별지 제5호 서식의 붙임】

「중소기업 계약학과」입학 추천서에 재직증명서와 4대 사회보험 가입자 가입내역 확인서를 첨부

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령

1)「산업교육진흥 및 산학연협력촉진에 관한 법률」제8조에 따르면 산업교육기관은 국가, 지방자치단체 또는 산업체 등이 채용을 조건으로 학자금 지원계약을 체결하고, 특별한 교육과정의 운영을 요구하는 경우에는 국가, 지방자치단체 또는 산업체 등과의 계약에 의하여 권역별로 산업교육기관간 또는 산업교육기관별로 직업교육훈련 과정 또는 학과 등을 설치·운영할 수 있고 이 경우 새로운 학과·학부를 설치할 필요가 있는 때에는 그에 앞서 이미 설치되어 있는 학과·학부나 유사한 학과·학부를 우선 활용하여야 한다고 되어 있고,「중소기업 인력지원 특별법」제19조에 의하면 중소기업 관련 단체 및 협동조합 등은 중소기업에 필요한 인력을 확보하기 위하여 중소기업 재직자의 직업능력 향상을 위한 공동교육훈련, 그 밖에 중소기업의 인력수급 원활화 및 인력구조 고도화를 위하여 필요한 사업을 내용으로 하는 인력구조 고도화사업계획을 수립·시행할 수 있고, 정부는 제1항에 따라 수립하는 인력고도화계획이 대통령령으로 정하는 요건을 충족하는 경우에는 인력고도화계획의 시행에 드는 경비의 일부를 지원할 수 있다고 되어 있으며, 같은 법 제38조에 따르면 이 법에 따른 중소기업청장 또는 고용노동부장관의 권한 또는 업무는 그 일부를 대통령령으로 정하는 바에 따라 소속 기관의 장 또는 지방자치단체의 장에게 위임하거나「중소기업진흥에 관한 법률」제68조에 따른 중소기업진흥공단 등 중소기업 관련 기관·단체에 위탁할 수 있다고 되어 있고, 같은 법 시행령 제31조에는 중소기업청장은 법 제38조에 따라 법 제19조제2항에 따른 인력고도화계획의 시행에 대한 지원의 업무를「중소기업기술혁신 촉진법」제20조에 따른 중소기업기술정보진흥원 등에 위탁할 수 있다고 규정되어 있다.

2) 한편,「보조금 관리에 관한 법률」제30조에 의하면 중앙관서의 장은 보조사업자가 보조금을 다른 용도에 사용한 경우, 법령, 보조금 교부 결정의 내용 또는 법령에 따른 중앙관서의 장의 처분을 위반한 경우, 거짓 신청이나 그 밖의 부정한 방법으로 보조금을 교부받은 경우에는 보조금 교부 결정의 전부 또는 일부를 취소할 수 있다고 되어 있고, 같은 법 제33조의2에 따르면 보조사업자 또는 간접보조사업자는 해당 보조금수령자가 거짓 신청이나 그 밖의 부정한 방법으로 보조금을 지급받은 경우, 보조금의 지급 목적과 다른 용

도에 사용한 경우에는 기한을 정하여 지급한 보조금의 전부 또는 일부의 반환을 명하여야 한다고 되어 있으며, 「중소기업형 계약학과 운영지침」 제2조 및 제15조에 의하면 중소기업형 계약학과 석사학위과정에 지원하는 자는 상시근로자 5인(사업주 포함) 이상의 중소기업에서 1년 이상 재직한 자이어야 하고 주관대학은 학위과정별 입학 자격을 갖춘 자로서 참여기업이 추천하고 지방청장의 확인을 거쳐 계약학과 학생으로 등록하여야 한다고 되어 있고, 「교육부 계약학과 운영요령」 제8조에 따르면 입학 추천서에는 재직증명서 및 재직 사실을 입증할 수 있는 건강보험 자격득실확인서 또는 국민연금 사업장 가입자 명부 등을 첨부하여야 하고 매학기 재직 사실을 확인하여야 한다고 되어 있으며, 「중소기업형 계약학과 운영지침」 제33조에 의하면 전담기관(중소기업기술정보진흥원)의 장은 「보조금 관리에 관한 법률」 제30조 등의 규정에 따라 보조금을 다른 용도에 사용하거나 허위 신청 또는 부정한 방법으로 보조금을 교부받은 때 등에 대하여 관련 법 규정에 따라 보조금을 환수하여야 한다고 되어 있고, 같은 지침 제35조에는 전담기관의 장은 계약학과에 참여한 주관대학이 이 지침을 위반하거나 자료제출 또는 시정조치 등에 불응할 경우에는 보조금 환수, 사업 참여제한, 관계 행정기관 통보 등의 필요한 조치를 하여야 한다고 규정되어 있다.

나. 판 단

1) 위 인정사실에 따르면, 이 사건 사업의 참여기업이 이 사건 학생들에 대하여 중소기업형 계약학과의 입학 적격자로 청구인에게 추천하였고, 참여기업 등이 제출한 재직증명서 등에도 이 사건 학생들이 1년 이상 중소기업에 재직한 것으로 되어 있으며, 2012년 이 사건 사업의 지침에는 입학 자격과 관련하여 서울중기청장의 확인을 거치도록 되어 있는데 청구인은 2012. 9. 4. 이 사건 학생들에 대한 입학 관련 서류를 서울중기청에 제출하여 확인까지 거친 후 청구인-서울중기청-참여기업간 협약을 체결하였는바, 이 사건 협약서와 지침에는 중소기업형 계약학과 입학자격을 확인하기 위한 제출서류에 대하여 명시적인 규정이 없었고, 이와 같이 관련규정의 미비 등으로 인하여 학생들의 중소기업 재직기간 충족 여부를 확정하기 어려운 상태에서 청구인으로부터 서류를 넘겨받은 서울중기청 담당자도 청구인에게 이 사건 학생들의 입학자격의 가부에 대한 분명한 기준을 제시하지 아니하자 청구인은 이 사건 학생들의 재직증명서에 의거하여 이 사건 학생들에게 입학자

격을 부여하였는데, 이 사건 학생들의 입학자격과 관련하여 2012년 서울중기청의 청구인에 대한 중간점검에서도 아무런 문제점이 지적되지 아니하였다. 더구나 2011년도에는 입학자격으로 상시근로자 5인 이상의 중소기업에 재직할 것을 요구하는 규정은 존재하지도 않았고 2012년도부터 두었으며, 이 사건 학생들 4명 중 3명이 입학한 2012년 가을 학기의 경우 학기 개강보다 협약의 체결이 늦어 학생들의 입학자격 요건을 정할 수 있는 기준조차 확정되지 아니한 상태에서 학생들의 입학이 이루어졌다.

2) 설령 이 사건 학생들이 4대보험 가입자 가입내역 확인서 등 서류에 의해 1년 이상 중소기업 재직이라는 입학자격 요건을 일부 갖추지 못하였다 하더라도, 중기청이 현행 규정의 미비 등으로 학생들의 중소기업 재직기간 충족여부를 판단하기가 쉽지 않고 학생들의 입학요건에 대하여 청구인으로부터 서류를 넘겨받은 서울중기청 담당자가 검토를 안하거나 소홀이 하였다고 지적하고 있는 등 이 사건 학생들의 입학 자격 확인에 있어서 서울중기청 담당자의 책임을 인정하고 있고, 이 사건 학생들은 중소기업형 계약학과 2년 석사과정에 입학하고 나서 이미 졸업을 하였거나 1년 6개월 이상 재학 또는 휴학 중으로서 중소기업 재직자의 직무능력 향상 및 장기재직 유도를 목적으로 하는 이 사건 지원사업의 취지 등을 감안할 경우 지급된 보조금을 전액 환수하는 것은 청구인이 이로 인하여 입게 되는 불이익에 비해 이 사건 처분으로 달성하려는 공익이 월등하게 크다고 보이지 아니한다.

3) 위 사항을 종합해 볼 때, 청구인이 1년 이상 중소기업 재직이라는 중소기업형 계약학과의 입학자격 요건을 갖추지 못한 부적격 학생 4명을 입학시켜 등록금을 지원함으로써 허위 신청 또는 부정한 방법으로 보조금을 교부받았다는 이유로 피청구인이 청구인에게 한 이 사건 처분은 부당하다 할 것이다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 있으므로 청구인의 청구를 받아들이기로 하여 주문과 같이 재결한다.

18 2014-05218 변상금 부과처분 취소청구(재결일 : 2014. 12. 2.)

【사건의 쟁점】

이 사건 토지의 서울광장 포함 여부 및 이 사건 각 변상금 산정 방식의 위법·부당 여부

【재결요지】

이 사건 토지는 서울광장에 포함되며, 「서울특별시 서울광장의 사용 및 관리에 관한 조례」에 따라, 서울광장의 무단점유면적이 500㎡에 미달하는 청구인에게 '서울광장의 최소사용면적에 따른 사용료'를 기준으로 변상금을 부과한 이 사건 각 처분이 위법·부당하다고 볼 수 없음

【재결의 의미】

「서울특별시 서울광장의 사용 및 관리에 관한 조례」에 따른 서울광장의 최소사용면적에 따른 사용료 규정을 서울광장의 무단사용에 대한 변상금의 산정기준으로 삼은 이 사건 각 처분이 위법·부당하다고 할 수 없음

주 문 청구인의 청구를 기각한다.

청구취지 피청구인이 2013. 12. 26.과 2014. 2. 12. 청구인에게 한 1,137만 3,600원의 변상금 부과처분을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

가. 피청구인은 청구인이 26일(2013. 11. 21. 00:00 - 2013. 12. 16. 24:00) 동안 서울광장으로 조성된 토지 중 일부(이하 '이 사건 토지'라 한다)를 무단으로 점유하였다는 이유로, 2013. 12. 26. 청구인에게 「서울특별시 서울광장의 사용 및 관리에 관한 조례」에 따라 서울광장의 최소사용면적인 500㎡를 부과면적으로 하는 변상금 430만 5,600원을 부과(이하 '이 사건 1 처분'이라 한다)하였다.

나. 피청구인은 청구인이 43일(2013. 12. 17. 00:00 - 2014. 1. 28. 17:00) 동안 이 사건 토지를 무단으로 점유하였다는 이유로, 2014. 2. 12. 청구인에게 「서울특별시 서울광장의 사용 및 관리에 관한 조례」에 따라 서울광장의 최소사용면적인 500㎡를 부과면적으로 하는 변상금 706만 8,000원을 부과(이하 '이 사건 2 처분'이라 한다)하였다.

2. 청구인 주장

가. 청구인은 서울특별시 도시철도공사에 최적근무위원회를 만들고 열악한 근무조건을 개선하여 달라고 촉구하였으나 합의의 이행이 미뤄지고 기관사의 사망사고가 재발하자, 이 사건 토지 위에 위 공사의 감독기관인 피청구인을 상대로 합의사항의 이행 및 책임자의 처벌을 요구하는 내용의 시설물을 설치하였다.

나. 청구인이 점유한 이 사건 토지는 '서울광장'에 해당한다고 볼 수 없으므로, '서울광장의 사용료'를 기준으로 한 이 사건 각 처분은 위법·부당하다.

1) 서울특별시장이 1977. 8. 23. 고시한 도시계획시설(광장)변경 및 지적승인고시(서울특별시 고시 제291호)에 따른 광장변경도면에서는 서울광장의 경계가 모호하여 광장과 도로를 쉽게 구분할 수 없고, 청구인은 이 사건 부지가 사용료가 부과되는 서울광장이 아니라고 생각하여, '서울시청 신청사 서편 인도'로 하여 옥외집회신고를 한 후 접수증을 발부받았다.

2) 이 사건 토지는 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제43조, 「도시·군계획시설의 결정·구조 및 설치기준에 관한 규칙」 제50조에 따른 '광장'의 결정기준 중 어느 것에도 해당한다고 볼 수 없다. 이 사건 토지를 서울광장의 일부로 정하는 '서울광장계획평면도'와 '토지이용계획확인서'는 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에서 정한 「도시·군계획시설의 결정·구조 및 설치기준에 관한 규칙」 등에 위반한 '계획도면'이나 '계획확인서'에 불과하다.

3) 청구인이 사용한 토지는 실제 사용이 가능한 서울광장과는 상당히 벗어난 인도의 한쪽 구석으로 서울광장의 행사 후 발생되는 쓰레기를 버리는 차도의 경계 옆이다. 당초 서울광장을 홍보하는 인터넷 홈페이지에 게시된 '서울광장의 사용위치도'에 따르면, 이 사

건 토지는 사용금지구역의 외부에 위치하여 인도로 사용되는 구간이므로 광장이 아니라 시민의 통행을 위하여 사용되는 '교통시설'로 보아야 할 것이다.

다. 설사 청구인이 사용한 이 사건 토지가 광장에 해당한다고 하더라도 청구인이 실제로 사용한 면적은 약 5 ~ 6㎡에 불과하므로 「서울특별시 서울광장의 사용 및 관리에 관한 조례」 상의 최소사용면적(500㎡)을 기준으로 부과된 변상금은 실제 사용면적에 상응하는 사용료의 120배에 달하여 지나치게 가혹하다.

3. 피청구인 주장

가. 청구인이 무단 점유하였던 이 사건 토지 일대는 서울특별시 고시 제291호에 따라 도시계획시설(광장)로 지정·고시된 곳으로서, 피청구인이 잔디광장과 화강석 광장으로 구분·조성하여 관리해 온 서울광장에 해당한다.

1) 「토지이용규제 기본법」 제5조 및 제10조에 따라 중구청장이 발급한 '토지이용계획확인서'에도 이 사건 토지가 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 따른 지역·지구 중 '일반상업지역·광장'으로 승인된 곳으로 표시되어 있는데, 건설부장관은 「도시계획법」 제12조, 제13조에서 정한 절차에 따라 결정·고시된 도시계획사항이 명시된 지형도 도면을 승인하도록 하고 있으므로 해당 토지의 도시계획사항을 확인할 수 있는 공부인 '토지이용계획확인서'를 단순한 계획확인에 불과하다고 볼 수 없다.

2) 청사시설을 방호하는 청원경찰 등은 청구인에게 이 사건 토지가 서울광장의 일부이고 시설물을 철거하지 아니하는 경우 변상금이 부과된다는 사실을 수차례 안내하는 등 이 사건 토지가 서울광장의 일부임을 충분히 인지시켰다.

나. 만약 서울광장에서 500㎡ 미만의 토지를 점유한 자에 대하여 '실제 점유면적'을 기준으로 변상금을 부과하여야 한다면, 적법하게 사용신고를 마친 자에게 부과되는 사용료보다 무단점유자에게 부과되는 징벌적 의미의 변상금이 더 적게 되어 불합리하고, 광장의 무단점유 양산 및 소규모행사의 난립으로 적법하게 신고된 행사의 원활한 진행도 어려워져 시민광장의 기능이 상실될 수 있다.

다. 따라서 500㎡ 이하의 토지를 무단 점유한 청구인에게 「서울특별시 서울광장의 사

용 및 관리에 관한 조례」에 따른 최소사용면적(500㎡)을 기준으로 부과한 이 사건 각 처분은 적법하다.

4. 관계법령

국유재산법 제2조, 제28조, 제32조, 제71조

국유재산법 시행령 제20조, 제29조, 제71조

공유재산 및 물품 관리법 제2조, 제22조, 제81조

공유재산 및 물품 관리법 시행령 제14조, 제81조

서울특별시 서울광장의 사용 및 관리에 관한 조례 제10조, 별표

서울특별시 서울광장의 사용 및 관리에 관한 조례 시행규칙 제9조

5. 인정사실

당사자 사이에 다툼이 없는 사실과 행정심판청구서, 답변서, 변상금 사전통지, 이 사건 각 처분서, 서울특별시 고시 제291호(1977. 8. 26.), 청원경찰의 근무일지, 옥외집회신고서 접수증, 등기부 등본, 계획평면도, 토지이용계획확인서, 서울광장 사용위치도, 서울광장 및 점유장면 촬영사진, 서울광장 지형도, 항측도, 주제도 등의 자료에 따라 인정되는 사실은 다음과 같다.

가. 1977. 8. 23. 서울특별시장은「도시계획법」제12조 및 제13조와 건설부고시 제41호(1977. 3. 16.)의 권한위임규정에 따라 '태평로 2가 일대'를 시청 앞 광장으로 하는 도시계획시설(광장) 변경 및 지적승인을 고시하였다.

나. 2013. 1. 23. 청구인은 남대문경찰서장에게 '서울시청 신청사 서편인도 일부'에 대하여 2013. 10. 30.부터 2013. 11. 22.까지 ○○○○노동조합 조합원 총회의 옥외집회 신고를 하여 접수증을 발부받아 위 장소를 점유하다가 2013. 11. 21. 00:00부터 2014. 1. 28. 17:00까지 69일간 이 사건 토지를 점유하였는데, 위 기간 동안 청원경찰이 서울특별시청 청사 내·외곽 순찰근무 중에 기록한 민원현황(일부 발췌)은 다음과 같다.

- 다 음 -

□ 2013. 11. 21.

- 전일부터 ~ : ○○노총 공공○○노조연맹 서울○○○○노동조합 2명, 서편 5번 출구 환풍기앞 연좌시위 및 철야농성(10. 30. ~ 23일차)
- 현수막 내용 : '사람이 희망이다. 더 이상 죽이지 마라' ○○사 연이은 자살에 대한 책임자 처벌. 대책 마련을 위한 서울○○○○노동조합 2명 철야농성
- 23:00 : 노조원 2명 취침
- 04:00 : 노조원 2명 취침

□ 2013. 12. 16.

- 전일부터 익일 : ○○노총 공공○○노조연맹 서울○○○○노동조합 2명, 서편 5번 출구 환풍기앞 철야농성(2013. 10. 30. ~ 48일차)
- 현수막 내용 : '사람이 희망이다. 더 이상 죽이지 마라' ○○사 연이은 자살에 대한 책임자 처벌. 대책 마련을 위한 철야농성

□ 2014. 1. 28.

- 전일부터 ~ 17:40 : ○○노총 공공○○노조연맹 서울○○○○노동조합 2명, 서편 5번 출구 환풍기앞 철야농성(2013. 10. 30. ~ 91일차)
- 현수막 내용 : '사람이 희망이다. 더 이상 죽이지 마라' ○○사 연이은 자살에 대한 책임자 처벌. 대책 마련을 위한 서울○○○○노동조합
- 16:00 ~ 17:00 : ○○노총산하 9명, 사전 시장님 면담 약속으로 방문
- 17:05 ~ 17:30 : 철야농성장 앞 9명 기념사진 촬영 후 시위용품 철거(차량 : 스타렉스 72허 ****)
- 10:40 ~ 11:10 : 서울○○○○노동조합 20명(국회의원 ○○○ 참석), 신청사 앞 기자회견(현수막 내용 : ○○○○ ○○사의 반복적인 죽음 ! 책임자 처벌촉구, 고 ○○○ ○○사 산재승인 촉구 기자회견)

다. 2013. 12. 17. 피청구인은 청구인에게 스케이트장 운영 등 각종 행사운영에 장애가 되고 시민들의 통행불편을 초래한다는 이유로, 청구인이 설치한 시설물을 즉시 자진 철거해 달라고 통지하면서 서울광장의 무단사용에 따른 변상금을 부과할 예정임을 안내하였다.

라. 2013. 12. 26. 피청구인은 청구인에게 다음과 같은 내용의 이 사건 1 처분을 하였다.

- 다 음 -

□ 변상금 부과기준

- 무단 사용기간 : 2013. 11. 21. 00:00부터 2013. 12. 16. 24:00까지 26일간
- 부과기준 : 서울광장 사용료의 100분의 120
  * 서울광장 사용료 : 1㎡/시간당 10원(야간 130/100 가산)
- 부과면적 : 500㎡(서울광장 북측 일부)
  * 서울광장 최소사용면적 : 500㎡

□ 변상금 부과금액 : 금 430만 5,600원(1일 16만 5,600원)

- 주간 : 500㎡ x 12시간 x 10원 x (없음) x 1.2 x 26일 = 187만 2,000원
- 야간 : 500㎡ x 12시간 x 10원x 1.3 x 1.2 x 26일 = 243만 3,600원
  * 산출내역 : 면적 x 시간 x 금액 x (야간 가산율) x 변상금 가산율 x 사용기간

마. 2014. 1. 6. 청구인은 위 제1차 변상금을 납부하였다.

바. 2014. 2. 4. 피청구인은 청구인에게 무단사용에 따른 제2차 변상금을 부과할 예정임을 안내하였다.

사. 2014. 2. 12. 피청구인은 청구인에게 다음과 같은 내용의 이 사건 2 처분을 하였다.

- 다 음 -

□ 변상금 부과기준

- 무단 사용기간 : 2013. 12. 17. 00:00부터 2014. 1. 28. 17:00까지 43일간
- 부과기준 : 서울광장 사용료의 100분의 120
  * 서울광장 사용료 : 1㎡/시간당 10원(야간 130/100 가산)
- 부과면적 : 500㎡(서울광장 북측 일부)
  * 서울광장 최소사용면적 : 500㎡

□ 변상금 부과금액 : 금 706만 8,000원

- 주간

  42일 : 500㎡ x 12시간 x 10원 x (없음) x 1.2 x 42일 = 302만 4,000원

1일 : 500㎡ x 11시간 x 10원 x (없음) x 1.2 x 1일 = 6만 6,000원

- 야간

42일 : 500㎡ x 12시간 x 10원x 1.3 x 1.2 x 42일 = 393만 1,200원

1일 : 500㎡ x 6시간 x 10원 x (없음) x 1.2 x 1일 = 4만 6,800원

아. 서울광장 홈페이지에 게시된 '서울광장 사용신고서'의 준수사항에는 '시설물은 신고된 장소에 시민의 통행에 지장이 없는 범위 내(통행로 확보)에서 설치해야 하며, 잔디광장, 서울도서관 앞, 지하철 시청역 1호선 5번 출구, 분수대 및 횡단보도 주변은 시설물의 설치가 금지된다'고 기재되어 있고, 사용신고하려는 자가 사용장소를 표기하여 함께 제출하도록 되어 있는 '서울광장의 사용위치도'에 따르면 이 사건 토지는 통행로로서 절대사용금지구역으로 표시되어 있다.

차. 피청구인이 '서울광장'으로 조성한 토지의 지번·지적·지목·소유관계는 다음과 같다.

- 다 음 -

연번	동명	지번	지적(㎡)	지목	소유자
1	을지로 1가	8-2	24.4	도로	국(국토교통부)
2		12-4	3.4		서울특별시
3		50-1	4,037.3(일부)		국(국토교통부)
4		205-1	185.2		국(기획재정부)
5		205-3	14.5		국(국토교통부)
6		204	159.4		국(기획재정부)
7		192-37	246.9		서울특별시
8		208	699.2		국(기획재정부)
9		216	546.1		서울특별시
10	정동	5-8	1,507(일부)		서울특별시
11	태평로 1가	36-4	433		서울특별시
12		54-3	2,497(일부)		국(국토교통부)
13	태평로 2가	1-3	27.7		국(기획재정부)
14		8	422.2(일부)		서울특별시
15		17-3	786(일부)		국(국토교통부)
16		374	312.8(일부)		국(국토교통부)
17		375	1,304.9(일부)		국(국토교통부)
계		17필지	13,207		

카. 피청구인이 청구인의 토지 점유현황을 촬영한 사진에 따르면, 지하철 1호선 시청역 5번 출구 벽 뒤편에 맞닿은 곳에 비닐로 덮힌 상자들이 적치되어 있고 '사람이 희망이다. 더 이상 죽이지 마라'는 내용의 현수막이 설치되어 있다.

하. 서울광장 지형도, 항측도, 서울특별시 공간데이터웨어하우스(SDW)프로그램에 의한 주제도에 따르면 이 사건 토지는 '서울특별시 중구 태평로 1가 54-3'와 '서울특별시 중구 정동 5-8' 중 일부인 것으로 표시되어 있다.

6. 이 사건 각 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령 등의 내용

1)「공유재산 및 물품 관리법」제2조제1호에 따르면 '공유재산'이란 지방자치단체의 부담, 기부채납이나 법령에 따라 지방자치단체 소유로 된 같은 법 제4조제1항의 부동산과 그 종물 등의 재산을 말한다.

2)「공유재산 및 물품 관리법」제81조제1항에 따르면, 지방자치단체의 장은 사용·수익허가나 대부계약 없이 공유재산 또는 물품을 사용·수익하거나 점유(이하 '무단점유'라 한다)를 한 자에 대하여 '대통령령으로 정하는 바에 따라 공유재산 또는 물품에 대한 사용료 또는 대부료의 100분의 120에 해당하는 금액(이하 '변상금'이라 한다)'을 징수한다고 하고 있고, 같은 법 시행령 제81조제1항에 따르면 변상금은 '그 재산을 무단으로 점유하거나 무단으로 사용·수익한 기간에 대하여 회계연도별로 같은 법 시행령 제14조에 따라 산정한 사용료 합계액의 100분의 120에 해당하는 금액'으로 한다고 하고 있다.

3)「공유재산 및 물품 관리법 시행령」제14조제1항에 따르면 연간 사용료는 시가를 반영한 해당 재산 평정가격의 연 1천분의 10 이상의 범위에서 지방자치단체의 조례로 정하되, 다른 법령에서 행정재산의 사용료에 대하여 특별한 규정을 두고 있는 경우에는 그 법령에 따른다고 하고 있으며, 같은 조 제2항에 따르면 지방자치단체의 장은 대중의 이용에 제공하기 위한 시설인 행정재산에 대해서는 그 재산을 효율적으로 관리하기 위하여 특별히 필요하다고 판단되는 경우에는 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 시간별이나 횟수별로 그 재산의 사용료를 정할 수 있다고 하고 있다.

4)「서울특별시 서울광장의 사용 및 관리에 관한 조례」 제2조에 따르면, '사용'이란 서울광장의 일부 또는 전부를 이용함으로써 불특정 다수 시민의 자유로운 광장 이용을 제한하는 행위를 말하며, 위 조례 제5조제1항에 따르면 신고자는 사용목적과 일시, 신고자의 성명과 주소, 사용예정인원 등을 기재한 별지 서식의 광장사용신고서를 광장을 사용하고자 하는 날 또는 사용개시일의 90일 전부터 5일 전까지 시장에게 제출하여야 한다고 하고 있다.

5)「서울특별시 서울광장의 사용 및 관리에 관한 조례」 제10조제1항에 따르면 시장은 사용자에 대하여 별표의 범위 내에서 규칙으로 정하는 사용료를 징수하여야 한다고 하고 있고, 위 조례의 별표, 같은 조례 시행규칙 제9조에 따르면, 서울광장 1㎡의 시간당 기본사용료는 10원으로서 광장 구획별로 1건의 행사에 대해서만 신고를 수리하고, 광장동편(500㎡～2,000㎡), 광장서편(500㎡～1,200㎡), 잔디광장(500㎡～6,449㎡)의 기본사용시간은 2시간으로 하되 2시간 초과시 1시간 단위로 사용료를 부과하며, 광장의 최소사용면적은 500㎡로 하되 500㎡ 초과시 1시간 1㎡에 10원으로 하고, 야간사용료(18:00 부터 다음날 06:00까지)는 기본사용료의 3할을 가산한다고 규정하고 있다.

나. 판 단

1) 위 인정사실에 따르면, 청구인은 남대문경찰서장에게 2013. 10. 30.부터 2013. 11. 22.까지 옥외집회 신고를 한 후 '서울시청 신청사 서편인도 일부'를 옥외집회 개최장소로 사용하다가, 이 사건 토지에 현수막 등을 설치한 후 무단점유하였다. 피청구인이 서울광장으로 조성한 17필지는 국유재산과 서울특별시 소유의 공유재산이 혼합되어 있다. 청구인이 점유한 이 사건 토지는 지하철 1호선 시청역 5번 출구 벽 뒤편에 위치한 곳인데, 위 출구 뒤편은 국토교통부 소관의 국유재산인 '서울특별시 중구 태평로 1가 54-3'와 서울특별시 소유의 공유재산인 '서울특별시 중구 정동 5-8'가 맞닿은 곳으로서 피청구인이 국유재산과 서울특별시 소유의 공유재산 위에 서울광장으로 조성한 17필지 중 일부이므로, 청구인이 무단점유한 이 사건 토지는 서울광장으로 조성된 곳에 포함되고, 이와 배치되는 청구인의 주장은 받아들일 수 없다.

2) 피청구인은 서울광장으로 조성된 토지 중 일부인 이 사건 토지를 청구인이 무단점유하였다는 이유로, 청구인에게 「서울특별시 서울광장의 사용 및 관리에 관한 조례」에 규

정된 '서울광장 최소사용면적(500㎡) 사용료'의 100분의 120에 상당하는 금액을 변상금으로 산정하여 부과하였다.

살피건대 피청구인이 부지 위에 조성한 서울광장은 피청구인이 관리하는 '광장시설'로서 행정재산에 해당하고, 피청구인은 공유재산인 '서울광장'의 무단점유에 대하여 변상금을 부과할 권한이 있다. 그런데 「공유재산 및 물품 관리법」 제22조제1항, 같은 법 시행령 제14조제1항에 따라 규정된 「서울특별시 서울광장의 사용 및 관리에 관한 조례」 제10조제1항은 서울광장의 사용료 부과기준을 정하고 있으므로, 서울광장의 일부를 무단으로 점유한 청구인에게 위 조례에 따른 광장사용료를 기준으로 변상금을 부과하는 것이 위법·부당하다고 볼 수 없다.

또한 「서울특별시 서울광장의 사용 및 관리에 관한 조례」에 따르면 서울광장을 사용하려는 자는 피청구인의 사용허가가 아니라 사용신고절차만 완료하면 서울광장을 사용할 수 있도록 되어 있는 점, 위 조례에서 광장의 최소사용면적에 따른 사용료를 규정한 것은 위와 같이 완화된 사용절차에 의할 경우 신고를 마친 소규모 행사가 난립할 가능성이 있고, 결과적으로 적법하게 신고된 시민행사조차도 원활히 진행되기 어려워 시민광장 본연의 기능을 저해할 우려가 있으므로 이를 방지하기 위한 것인 점, 서울광장의 사용과 관련하여 적법하게 사전신고를 마친 자에게는 최소사용면적 단위의 사용료를 부과하면서, 서울광장을 무단점유한 자에게는 '실제 사용면적'을 기준으로 변상금을 부과할 경우에는 최소사용면적을 미달하여 무단 점유한 자에 대한 변상금이 적법절차에 따라 신고를 마친 자에게 부과되는 사용료보다 적게 되어 형평에 어긋나고 불법을 묵인·조장하는 결과가 되는 점 등을 종합적으로 고려하면, 서울광장의 실제 무단점유 면적이 서울광장의 최소사용면적인 500㎡에 미달하는 경우라고 하더라도 「서울특별시 서울광장의 사용 및 관리에 관한 조례」에 따라 서울광장의 최소사용면적 사용료를 기준으로 하여 변상금을 산정하는 것이 타당하다고 할 것이다.

따라서 피청구인이 청구인에게 서울광장의 최소사용면적에 따른 사용료를 기준으로 변상금을 산정한 이 사건 각 처분이 위법·부당하다고 볼 수 없다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 청구인의 청구를 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

19 2014-06643 상표등록출원 취하서 수리처분 등 취소청구(재결일 : 2014. 9. 23.)

【사건의 쟁점】

청구인 명의로 된 취하서를 청구인 본인이 아닌 제3자가 수리관청에 제출한 경우, 수리 단계에서 위임장 확인을 요하는지

【재결요지】

「상표법 시행규칙」제34조는 상표에 관한 절차를 밟은 자가 그 절차를 취하하려는 경우에는 「특허법 시행규칙」 별지 제12호서식의 취하서를 특허청장에 제출하여야 한다고 규정하고 있으나, 상표등록 출원 취하서를 접수한 피청구인이 작성명의인의 내심의 진정한 의사까지 확인할 수는 없고, 서식의 적격심사를 하여 수리 여부를 결정할 뿐인데 「상표법 시행규칙」 제13조제2호에서 규정한 대로 이 사건 출원 취하서에 날인된 제출인(출원인 본인 또는 적법한 위임을 받은 대리인으로서 취하의 의사표시를 한 자)의 인장과 첨부된 인감증명서상 인장의 동일성 여부를 비교하고 제출인 본인 의사에 의해 작성된 것으로 확인되어 이를 수리하였다면, 수리단계에서 요하는 방식심사 절차를 다하였다고 할 것인 점, 취하서의 작성명의인이 아닌 자로서 작성된 취하서를 제출하는 행위를 하는 자에 대해서도 위임장 등을 확인하도록 한 수리업무 관련 규정을 찾을 수 없는 점 등을 고려할 때, 이 사건 출원 취하서가 방식심사 결과 적법하다고 보고 한 피청구인의 이 사건 수리처분이 위법·부당하다고 할 수 없음

【재결의 의미】

출원인 명의로 된 상표등록출원 취하서를 출원인 본인이 아닌 제3자가 제출하는 경우에 출원인의 위임장이 없더라도 취하서 수리가 적법하다고 본 재결

주 문 청구인의 청구를 모두 기각한다.

청구취지 1. 피청구인이 2014. 1. 6. 한 상표등록 출원 취하서 수리처분을 취소한다.
2. 피청구인이 2014. 3. 24. 청구인에게 한 상표등록 출원 취하서 반려신청 거부처분을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

청구인은 2012. 7. 3. 피청구인에게 '00000'라는 상표등록 출원 3건(출원번호 00-0000-000000, 00-0000-00000, 00-0000-000000, 상품분류 제9류, 제12류, 제25류, 이하 '이 사건 출원'이라 한다)을 하였는데, 심사절차 진행 중이던 2014. 1. 2. 피청구인에게 청구인 명의로 작성된 상표등록 출원 취하서가 접수되자 서식심사를 거쳐 2014. 1. 6. 수리(이하 '이 사건 수리처분'라고 한다)되었고, 이에 청구인이 2014. 3. 7. 피청구인에게 이 사건 출원 취하서 제출은 청구인이 아니라 000 법률사무소의 직원이 청구인의 인장이 날인된 취하서를 가지고 청구인인양 가장해 제출한 것이므로 그 취하의 효력을 인정할 수 없다며 이 사건 출원 취하서의 반려를 요청하였으나, 피청구인은 2014. 3. 24. 청구인에게 적법하게 수리된 이 사건 출원 취하서를 반려할 어떠한 근거가 없다고 회신(이하 '이 사건 거부처분'이라 한다)을 하였다(이 사건 수리처분 및 이 사건 거부처분을 통칭하여 이하 '이 사건 처분'이라 한다).

2. 청구인 주장

가. 이 사건 출원에 이의를 제기하는 다국적 기업의 국내 대리를 맡고 있던 000 법률사무소 직원이 청구인을 찾아와서 이 사건 출원 취하서에 청구인의 인장을 날인받아 취하서와 인감증명서를 피청구인에게 제출한 것으로, 청구인이 잠시 판단력을 상실해 당시 위 취하서를 000 법률사무소 직원에게 교부한 것은 사실이나 취하서 접수까지 위임한 사실은 없고, 000 법률사무소 직원은 청구인 본인의 적법한 위임도 받지 않고 청구인 본인인양 가장하여 임의로 취하서를 제출한 것이므로 당사자 본인이 아닌 제3자로부터 출원취하서를 받고 이를 수리한 것은 적법한 수리가 될 수 없다.

나. 출원 취하의 의사표시는 본인 또는 적법한 위임을 받은 제3자에 의해 이루어져야 되는데, 이 사건에서 청구인은 출원 취하의 의사표시를 대외적으로 한 사실이 없고, 피청구인은 취하서를 제출한 자가 출원인 본인이 아님에도 청구인으로부터 사무처리 권한을 위임받았는지 여부를 위임장을 통해 제대로 확인하지도 않고 이 사건 출원 취하서를 수리

하였으므로, 피청구인의 업무과실로 된 이 사건 수리처분은 위법하고, 피청구인은 이 사건 출원 취하서를 반려하여야 한다.

3. 피청구인 주장

가. 제출서류에 대한 본인의사 유무는 인감증명서와 인감으로도 확인이 가능하고, 「민원사무 처리에 관한 법률」 제10조에 따라 법적 증명서류 이외에 다른 서류를 요구하는 것은 위법소지가 있으며, 이 사건 출원 취하서에 제출인이 청구인으로 기재되어 있어 제3자 등에 의한 제출 여부 판단은 필요하지 않고, 청구인 인감증명서상 인감이 위 취하서에 날인되어 있어 제출자에게 별도의 위임장을 요구하지 않은 것이며, 청구인이 이 사건 출원 취하서를 직접 작성하여 인감을 날인한 후 000 법률사무소 직원에게 교부한 것이므로 본인의 의사에 의해 위 취하서가 작성된 것이 명백한 이상 제출자가 제3자라거나 위임장이 없다는 이유만으로 그 효력이 부인될 수 없다.

나. 피청구인은 「상표법 시행규칙」 제13조제1항에 따라 인감증명서를 통해 제출인의 의사를 확인하는 등 방식심사에 어떠한 하자도 없었으므로 청구인의 주장은 이유 없다.

다. 청구인 주장대로 민원서류 접수시마다 제출자가 본인임을 확인하는 절차를 거쳐야 한다면 우편으로 접수된 민원서류는 본인임을 알 수 없다는 사유로 모두 반려가 되어야 할 것이고, 대리인 명의로 민원서류를 접수하는 경우에도 모든 대리인이 매번 직접 민원실을 방문하여 민원서류를 제출해야 할 것이다.

4. 관계법령

상표법 제5조의25, 제9조, 제13조

상표법 시행규칙 제13조, 제24조, 제34조

5. 인정사실

접수증, 취하서, 상표출원취하접수 반려요청의 건, 민원회신 등에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 2012. 7. 3. 피청구인에게 이 사건 출원 신청을 하였다.

나. 000 법률사무소 변리사 000는 2013. 1. 15. 청구인에게 미국 회사인 000 00000 Corporation(이하 '미국회사'라고 한다)이 '00000' 상표를 미국에서 제12류 자전거 제품에 사용하고 있는 상표권자이고, 이 사건 출원이 미국회사의 상표권을 침해할 우려가 있으므로 미국회사의 사업분야와 유사한 분야에 사용하지 않도록 이 사건 출원의 지정상품에서 '자전거, 자전거의 부품 및 부속품'을 삭제하는 등 침해방지 조치를 취해줄 것을 요구하는 통지를 하였고, 이후 2013. 1. 31, 2013. 12. 17.에도 청구인에게 동일한 취지의 통지를 하였다.

다. 이 사건 출원에 대한 심사절차가 진행 중이던 2014. 1. 2. 피청구인에게 이 사건 출원에 대한 아래와 같은 내용의 취하서가 제출되었는데, 위 취하서 하단의 제출인란에 청구인이 기재한 서명이 되어 있고, 서명 옆에는 첨부서류인 인감증명서상 인감이 날인되어 있다.

- 다 음 -

【구분】 특허 등 절차 취하
【제출인】
【성명】 000
【출원인코드】 0-0000-000000-0
【사건과의 관계】 출원인
【사건의 표시】
【출원번호】 (생략)
【취하내용】
【취하대상】 출원
【접수번호】 (생략)

위와 같이 특허청장에게 제출합니다.

제출인 000

○ 첨부서류

1. 인감증명서 1통
2. 주민등록초본 1통

라. 청구인은 2014. 3. 7. 피청구인에게, 청구인이 파킨슨증후군 진단을 받고 질환에 시달리던 중 잠시 판단착오를 일으켜 2013. 12. 30. 000 법률사무소에서 보내온 취하서에 도장을 찍고 인감증명서와 주민등록초본을 등기로 발송하였고, 청구인이 즉시 그 결정을 번복하였으나 송부한 서류 중에 위임장이 없어 취하서가 바로 접수되지 않을 것으로 알고 있던 중 000 법률사무소에서 임의로 취하서를 접수해 버렸으며, 본인의 위임장도 없이 법률사무소 직원이 임의로 제출한 취하서는 반려되어야 하고 이 사건 출원에 대해 정상적인 등록절차가 진행되어야 한다는 내용으로 이 사건 출원 취하서 반려요청을 하였다.

마. 피청구인은 2014. 3. 24. 청구인에게, 이 사건 출원 취하서는 제출인이 대리인이 아닌 출원인으로 되어 있어 접수담당자가 제출된 인감증명서의 도장과 취하서의 도장 일치 여부를 확인하여 접수하였고, 특허청 출원과에서는 방식심사 단계에서 전자화된 서류를 기초로 수리 여부를 판단하고 있으며, 위 취하서의 기재내용 및 인감 등 방식심사 사항에 어떠한 하자도 없어 동 서류를 수리한 것으로 적법하게 수리된 출원취하서를 추후 반려할 어떠한 근거도 없는 것으로 판단된다고 이 사건 거부처분을 하였다.

바. 청구인이 제출한 녹취록을 보면 2014. 1. 29. 청구인의 아들과 000 법률사무소 000 변리사와의 통화내용 중 000 변리사가 “그런데 아버님 몸 불편하시고 이래서 출원 취하해 주신다고 했고 서류 보내주신다고 했고 오시기 불편하다고 해서 저희가 협조차원으로 해서 서류 받아가지고 제출을 한 거라고 그러더라고요”라고 진술한 내용이 기재되어 있다.

사. 서울대병원에서 2014. 1. 14. 발급한 진단서를 보면, 청구인(만 00세)의 병명이 ‘Parkinsonism Dementia’로, 발병일이 공란으로, 향후치료의견이 ‘2013년초부터 서서히 발생한 보행장애로 내원한 환자이고, 파킨슨 증후군 의심하에 진료 중이며, 현재 기억력, 판단력 저하 및 불면증, 불안증도 함께 동반되어 있는 상황으로 지속적인 경과관찰이 필요한 것으로 사료됩니다’라고 기재되어 있다.

아. 이 사건 출원 취하에 관한 특허청 접수증을 보면 다음과 같이 기재되어 있다.

- 다 음 -

○ 접수일자 : 2014. 1. 2.

○ 서류제출자 : 000
(출원인코드) (0-0000-00000-0)
○ 지역구분 : 서울
○ 제출방법 : 서면/방문
○ 접수서류 목록
(생략)

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관련법령

1)「상표법」 제5조의25제1항은 이 법 또는 이 법에 따른 명령에 따라 특허청장 또는 특허심판원장에게 제출하는 출원서·청구서 그 밖의 서류(물건을 포함한다)는 특허청장 또는 특허심판원장에게 도달한 날부터 그 효력이 발생한다고 되어 있고, 같은 법 제9조제1항은 상표등록을 받고자 하는 다음 자는 상표, 지정상품 및 그 유구분 등 일정한 사항을 기재한 상표등록출원서를 특허청장에게 제출하여야 한다고 되어 있으며, 같은 법 제13조제2호는 특허청장 또는 특허심판원장은 상표에 관한 출원·청구, 그 밖의 절차가 이 법 또는 이 법에 의한 명령이 정하는 방식에 위반된 경우 기간을 정하여 보정을 명하여야 한다고 되어 있다.

2)「상표법 시행규칙」 제13조제1항은 특허청장·특허심판원장 또는 심판장은 상표에 관한 절차를 밟는 자에 대한 구체적인 확인이 필요하다고 인정되면 다음 각 호의 서류를 제출하게 할 수 있다고 하면서 제2호에서 인감증명서(작성 후 6개월 이내의 것이어야 하며, 인감증명제도가 없는 외국인인 경우에는 이에 준하는 증명서)를 규정하고 있고, 같은 시행규칙 제34조제1항, 제3항은 상표에 관한 절차를 밟은 자가 그 절차를 포기 또는 취하하려는 경우에는「특허법 시행규칙」 별지 제12호서식의 포기서 또는 취하서를 특허청장에게 제출하여야 하고, 대리인이 절차를 밟는 경우에는 위 서식에 그 대리권을 증명하는 서류를 첨부하여야 한다고 되어 있으며,「특허법 시행규칙」 별지 제12호서식인 취하(포기)서 뒤쪽에는 2. 처리절차에서 '취하·포기서 제출→접수 및 접수증 발급→서식 적격심사→서식적격시 : 관련부서 이관, 서식흠결시 : 보정통지 또는 반려통지'라고 기재되어 있다.

나. 판 단

위 인정사실에 따르면, 청구인이 이 사건 출원 취하서에 직접 서명, 날인을 하여 이를 000 법률사무소 직원에게 교부하였고, 000 법률사무소 직원이 위 취하서를 2014. 1. 2. 피청구인에게 제출한 사실, 위 취하서의 제출인란에 청구인 이름이 기재되어 있고 하단에 제출인인 청구인의 서명 및 날인이 되어 있는 사실, 위 취하서에 첨부되어 있는 인감증명서상 인장의 인영이 취하서에 날인된 인장의 인영과 동일한 사실이 인정되는바, 「상표법 시행규칙」제34조는 상표에 관한 절차를 밟은 자가 그 절차를 취하하려는 경우에는 「특허법 시행규칙」 별지 제12호서식의 취하서를 특허청장에 제출하여야 한다고 규정하고 있으나, 상표등록 출원 취하서를 접수한 피청구인이 작성명의인의 내심의 진정한 의사까지 확인할 수는 없고, 서식의 적격심사를 하여 수리 여부를 결정할 뿐인데 「상표법 시행규칙」 제13조제2호에서 규정한 대로 이 사건 출원 취하서에 날인된 제출인(출원인 본인 또는 적법한 위임을 받은 대리인으로서 취하의 의사표시를 한 자)의 인장과 첨부된 인감증명서상 인장의 동일성 여부를 비교하고 제출인 본인 의사에 의해 작성된 것으로 확인되어 이를 수리하였다면, 수리단계에서 요하는 방식심사 절차를 다하였다고 할 것인 점, 취하서의 작성명의인이 아닌 자로서 작성된 취하서를 제출하는 행위를 하는 자에 대해서도 위임장 등을 확인하도록 한 수리업무 관련 규정을 찾을 수 없는 점 등을 고려할 때, 이 사건 출원 취하서가 방식심사 결과 적법하다고 보고 한 피청구인의 이 사건 수리처분이 위법·부당하다고 할 수 없으며, 청구인의 이 사건 출원 취하서 반려요청에 대해 적법하게 수리된 출원 취하서를 반려할 근거가 없다고 한 이 사건 거부처분 역시 위법·부당하다고 할 수 없다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 청구인의 청구를 모두 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

20 2014-10141 부정당업자 입찰참가자격 제한처분 취소청구(재결일 : 2014. 12. 2.)

【사건의 쟁점】

청구인 업체의 주된 사업내용과 직접적인 관련이 없는 차량의 매각 입찰을 포기하였다는 사유만으로 6개월간 입찰참가자격을 제한한 처분의 위법·부당 여부

【재결요지】

청구인이 온비드 사이트의 캠코공매공고화면에서 '공고정보'의 내용을 확인하지 못한 상태에서 입찰하였고 이후 낙찰되었음에도 불구하고 부산지방경찰청과 계약을 체결하지 않은 점은 인정되나, 청구인이 폐차조건부 매각물건임을 알았더라면 재입찰 공고절차에서 최저입찰가의 3배에 달하는 금액으로 입찰하였을 것이라고 경험칙상 기대하기 어려운 점, 청구인은 수년간 수의계약 또는 경쟁입찰을 통해 조경시설, 조경식재, 상하수도, 시설물 공사를 수급해 온 업체로서, 국가계약법 제27조제3항에 따르면 이 사건 처분으로 인하여 입찰참가자격 뿐 아니라 수의계약의 체결도 6개월간 제한되어 청구인의 사업운영에 큰 손실이 예상되고, 실제로 청구인이 이 사건 처분으로 인한 제한기간 동안 입찰 및 수의계약으로 취득한 총 계약금이 2억 9,500만 7,000원에 이르는 점, 청구인은 계약된 매수금의 15퍼센트에 달하는 입찰 보증금(18만 6,000원)을 환수당하였던 점, 불용차량이 그 이후에 제3자에게 낙찰되어 부산지방경찰청이 특별히 손실을 입은 사실이 없는 점 등을 종합적으로 고려하면, 청구인 업체의 주된 사업내용과 직접적인 관련이 없는 차량의 매각 입찰을 포기하였다는 사유만으로 청구인에게 국가에서 시행하는 모든 입찰에의 참가자격 및 수의계약 체결자격을 6개월간 제한하도록 하는 내용의 이 사건 처분은 비례원칙에 위배하여 재량권의 범위를 일탈·남용한 처분이라고 할 것임

【재결의 의미】

청구인 업체의 주된 사업내용과 직접적인 관련이 없는 차량의 매각 입찰을 포기하였다는 사유만으로 이 사건 처분을 한 것은 청구인이 법위반에 이르게 된 동기나 경위 등을 고려할 때 위법·부당함

주 문 피청구인이 2014. 5. 9. 청구인에게 한 6개월(2014. 5. 8. - 2014. 11. 7.)의 부정당업자 입찰참가자격 제한처분을 취소한다.

청구취지 주문과 같다.

이 유

1. 사건개요

피청구인은 2014. 5. 9. 청구인이 낙찰자로 결정된 후 정당한 이유 없이 계약을 체결하지 아니하였다는 이유로 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 제27조 및 같은 법 시행령 제76조제1항제6호에 따라 청구인에게 6개월(2014. 5. 8. - 2014. 11. 7.)의 부정당업자 입찰참가자격 제한처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 통보하였다.

2. 청구인 주장

가. 피청구인은 이 사건 처분을 함에 있어 처분결과를 팩스로 송부하였고 불복절차에 대하여도 고지하지 아니하였으므로 위 처분은 「행정절차법」상 위법하다.

나. 청구인은 매각공고 화면의 '물건정보' 페이지에 폐차조건이 기재되어 있지 아니하고 대상차량의 주행거리가 9,726km로 되어 있어 차량연식에 비해 상태가 양호하다고 판단한 후 입찰하였다가, 낙찰자로 결정된 후에서야 '공고정보'에서 폐차조건부 매각공고라는 사실을 알게 되었다.

다. 청구인이 입찰공고문을 숙지하지 못한 잘못은 있으나 그로 인하여 국가계약업무의 공신력을 저해했다고 볼 수 없고, 청구인의 주된 업무와 무관한 차량의 매수를 포기하였다는 이유만으로 중앙행정기관 등에서 발주하는 조경 및 토목공사, 상하수도 공사에 대한 입찰자격이 제한된다면 청구인에게 막대한 손실이 예상되므로 이 사건 처분은 취소되어야 한다.

3. 피청구인 주장

가. 부산지방경찰청장은 이 사건 처분에 앞서 처분의 사전통지서류를 등기로 송달하였고, 피청구인도 부산지방경찰청장으로부터 제재요청을 받은 후 독자적으로 청문절차를 안내하였으나 청구인이 불참하였다.

나. 피청구인의 직원은 이 사건 처분서를 팩스로 송부하면서 수령을 확인하는 통화를

하였고 그 과정에서 담당자가 불복절차를 고지하였으므로 행정절차상의 위반은 없다.

다. 온비드 사이트에서 해당 공고물의 공고상세를 클릭하면 공고정보, 물건목록, 물건정보가 나열되어 있으므로, 공고정보를 숙지하지 못하여 계약을 포기하였다는 청구인의 주장은 부당하고, 이 사건 심판청구는 기각되어야 한다.

4. 관계법령

행정절차법 제21조, 제24조, 제26조

행정심판법 제27조

국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 '국가계약법'이라 한다) 제27조

국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령 제76조

국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행규칙 제76조, 별표 2

5. 인정사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 등기사항일부증명서, 수의계약■입찰계약 기성실적 합계표(2009년 - 2013년), 불용차량 매각 재공고문(부산지방경찰청 공고 제2014-6), 청문통지서, 처분사전통지서, 의견제출서, 청문주재자 의견 및 제재심사위원회 심의의결서, 부정당업자 제재요청공문, 이 사건 처분서, 일반전화망 모사전송기 송■수신대장, 내역, 등기우편물 조회내역, 진술서, 온비드 사이트의 캠코공매정보화면 캡쳐내역, 건설공사계약수주현황 등의 기재내용을 종합하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 조경 및 토목공사업, 상하수도 공사업, 조경시설물 설치공사업 등을 목적으로 설립된 주식회사로서, 수의계약이나 경쟁입찰을 통해 공사를 수급해왔다.

나. 2014. 2. 24. 부산광역시지방경찰청 재무관은 비업무용 자산인 불용차량(조명차) 1대의 일반경쟁 매각입찰을 재공고하였는데, 위 불용차량 매각 재공고문의 주요 내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 입찰에 부치는 사항

차종	차명	등록 번호	차대 번호	취득 일자	회사명	배기량	변속 방법	주행거리	색상	용도	연료	구입가액
중형	타이탄 2.5	84마1971	029172	1996. 11.20.	기아차	3,581cc	수동	9,726Km	하늘색	관용	경유	10,075,100

※ 매각조건 : 경찰장비관리규칙 제157조 및 제170조제2항에 의거 폐차

○ 입찰방법 : 일반경쟁입찰(총액)

○ 현품공람

- 장소 : 부산광역시 강서구 대저 1동 4393 기동본대
- 현품공람 방법 : 차량 담당자와 통화 후 현품공람(방문 전 전화 필수)

○ 입찰참가방법

- 한국자산관리공사 전자자산처분시스템을 이용한 전자입찰로만 집행
- 입찰접수 개시일시 : 2014. 2. 24. 10:00
- 입찰등록 마감일시 : 2014. 2. 28. 16:00
- 개찰일시 및 장소 : 2014. 3. 3. 10:00

○ 낙찰자 결정방법

국가계약법 시행령 제11조에 의거 2인 이상 응찰한 유효 입찰로 예정가격 이상 입찰자 중 최고가격 입찰자를 낙찰자로 결정합니다.

○ 계약체결 및 대금납부방법

- 낙찰자가 낙찰일로부터 5일 이내에 계약을 체결하지 아니할 경우 그 낙찰을 무효로 합니다.
- 낙찰자는 물품대금을 계약체결과 동시에 납부, 현 상태로 물품을 인수하여야 합니다.

○ 기타 유의사항

- 입찰참가자는 국가계약법 및 한국자산관리공사 전자자산처분시스템상의 전자입찰로만 진행되므로 입찰관련 법령 및 입찰공고조건, 인터넷 입찰참가자 준수규칙 등 본 입찰과 관련된 각종 정보를 사전에 충분히 숙지하고 입찰에 참가하여야 하며 이를 숙지하지 못한 책임은 입찰참가자에게 있습니다.
- 물품상태 확인 등 모든 사항을 숙지하고 입찰에 참가하여야 하며, 이를 숙지하지 못한 책임은 입찰참가자에게 있습니다.

다. 2014. 3. 3. 부산지방경찰청 입찰집행관이 위 재입찰을 개찰한 결과, 372만원에 응찰한 청구인이 최고가격 입찰자로서 낙찰자로 결정되었으나(최저입찰가 : 127만 7,000원), 계약을 체결하지 아니하였다.

라. 2014. 3. 19. 부산지방경찰청장은 청구인에게 처분예정사실을 통지하면서 청문일시와 장소를 안내하였고, 2014. 3. 28. 청구인은 청문절차에 참여하는 대신 부산지방경찰청장에게 '온비드 사이트에서 공고정보를 숙지하지 못한 상태에서 물건정보만 보고 폐차조건을 보지 못하고 투찰하였다'는 의견을 제출하였다.

마. 2014. 3. 31. 부산지방경찰청 부정당업자 제재심사위원회는 청구인에게 6개월간 입찰참가자격을 제한하기로 의결하였다.

바. 2014. 4. 11. 부산지방경찰청장은 피청구인에게 청구인에 대한 부정당업자 제재심사위원회의 의결에 따라 입찰보증금 18만 6,000원을 국고귀속하고 입찰참가자격 제한처분을 하여달라고 요청하였고, 피청구인은 2014. 4. 30. 청구인에게 처분예정사실과 청문절차를 안내하였으나 청구인은 청문절차에 참석하지 아니하였다.

사. 2014. 5. 7. 피청구인은 청구인에게 국가계약법 제27조 및 같은 법 시행령 제76조제1항제6호, 같은 법 시행규칙 제76조제1항 및 별표 2에 따라 청구인의 입찰참자자격을 6개월 동안 제한하는 내용의 이 사건 처분을 결정하였고, 같은 날 피청구인의 직원은 위 처분내용이 담긴 부정당업자 제재확인서를 청구인에게 팩스로 송부하였다.

아. 2014. 5. 9. 피청구인은 이 사건 처분서를 등기우편으로 발송하였고, 2014. 5. 12. 청구인의 직원이 수령하였다.

자. 온비드 사이트의 캠코공매공고화면에서 '이용기관물건'의 용도별 검색을 하면, '공고정보', '물건목록', '물건정보'의 순서대로 매각대상에 대한 정보를 확인할 수 있도록 되어 있는데, '공고정보' 페이지에서는 '입찰정보, 입찰일시 및 장소, 공고문'을 확인할 수 있다. 청구인이 제출한 이 사건 차량에 대한 공고화면 캡쳐내역에 따르면 '공고정보' 페이지의 입찰정보란에는 '낙찰 후 폐차하여야 합니다'라는 기타사항이 기재되어 있고, 나.항의 입

찰 재공고문이 첨부되어 있다.

차. 청구인의 전년도 매출과세표준액과 2009년도부터 2013년도까지의 수의계약 또는 입찰계약 기성실적의 현황은 다음과 같다.

- 다 음 -

○ 2013년도 매출과세표준(수입금액)
- 2013. 1. 1. - 2013. 6. 30. : 4억 1,152만 7,080원
- 2013. 7. 1. - 2013. 12. 31. : 5억 2,999만 9,913원

○ 2013년 공종별 계약합계(총 기성액) : 8억 8,670만 2,000원
- 수의계약합계 : 6억 1,547만 7,000원
- 입찰계약합계 : 2억 7,122만 5,000원

○ 2012년 공종별 계약합계(총 기성액) : 8억 8,844만원
- 수의계약합계 : 4억 225만 5,000원
- 입찰계약합계 : 4억 8,618만 5,000원

○ 2011년 공종별 계약합계(총 기성액) : 17억 702만 4,000원
- 수의계약합계 : 7억 9,074만 3,000원
- 입찰계약합계 : 9억 1,628만 1,000원

○ 2010년 공종별 계약합계(총 기성액) : 11억 9,066만 5,000원
- 수의계약합계 : 6억 1,233만 5,000원
- 입찰계약합계 : 5억 7,833만원

○ 2009년 공종별 계약합계(총 기성액) : 9억 2,124만 8,000원
- 수의계약합계 : 4억 5,509만 1,000원
- 입찰계약합계 : 4억 6,615만 7,000원

6. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령의 내용

1)「행정절차법」 제21조에 따르면 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 처분의 제목, 당사자의 성명 또는 명칭과 주소, 처분하려는 원인

이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거 및 그에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리방법, 의견제출기관의 명칭과 주소, 의견제출기한, 그 밖에 필요한 사항을 당사자등에게 통지하여야 한다고 하고 있고, 같은 법 제24조에 따르면 행정청이 처분을 할 때에는 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 문서로 하여야 하며, 전자문서로 하는 경우에는 당사자등의 동의가 있어야 한다. 다만, 신속히 처리할 필요가 있거나 사안이 경미한 경우에는 말 또는 그 밖의 방법으로 할 수 있다. 이 경우 당사자가 요청하면 지체 없이 처분에 관한 문서를 주어야 한다고 규정하고 있다.

2)「행정절차법」제26조에 따르면 행정청이 처분을 할 때에는 당사자에게 그 처분에 관하여 행정심판 및 행정소송을 제기할 수 있는지 여부, 그 밖에 불복을 할 수 있는지 여부, 청구절차 및 청구기간, 그 밖에 필요한 사항을 알려야 한다고 하고 있고,「행정심판법」제27조제6항은 행정청이 심판청구기간을 알리지 아니한 경우에는 처분이 있었던 날부터 180일 이내에 심판청구할 수 있다고 규정하고 있다.

3) 국가계약법 제27조제1항 및 제3항에 따르면, 각 중앙관서의 장은 경쟁의 공정한 집행이나 계약의 적정한 이행을 해칠 염려가 있거나 그 밖에 입찰에 참가시키는 것이 적합하지 아니하다고 인정되는 자(이하 '부정당업자'라 한다)에게는 2년 이내의 범위에서 대통령령으로 정하는 바에 따라 입찰 참가자격을 제한하여야 하며, 그 제한사실을 즉시 다른 중앙관서의 장에게 통보하여야 한다고 하고 있고, 각 중앙관서의 장은 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 소관의 계약에 관한 사무를 다른 관서에 위탁할 수 있다. 또한 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 제1항에 따라 입찰 참가자격을 제한받은 자와 수의계약을 체결하여서는 아니 된다고 하고 있다.

4) 국가계약법 시행령 제76조제1항제6호에 따르면, 각 중앙관서의 장은 계약상대자, 입찰자 또는 제30조제2항에 따라 전자조달시스템을 이용하여 견적서를 제출하는 자(이하 이 항에서 '계약상대자등'이라 한다)나 계약상대자등의 대리인, 지배인 또는 그 밖의 사용인이 정당한 이유없이 계약을 체결 또는 이행하지 아니하는 경우에는 국가계약법 제27조제1항에 따른 부정당업자인 해당 계약상대자등에게 즉시 1개월 이상 2년 이하의 범위에서 입찰참가자격을 제한하여야 한다고 하고 있고, 같은 법 시행규칙 제76조제1항 및 제4항,

별표 2에 따르면 계약을 체결 또는 이행(하자보수의무의 이행을 포함한다)하지 아니한 자에 대한 제재처분의 세부기준을 6개월로 하면서도 그 위반행위의 동기·내용 및 횟수 등을 고려하여 그 자격제한기간의 2분의 1의 범위 안에서 감경할 수 있고, 이 경우 감경 후의 제한기간은 1월 이상이어야 한다고 규정하고 있다.

나. 판단

1) 청구인은 이 사건 처분이 「행정절차법」에 위반하여 위법하다고 주장한다.

살피건대 부산지방경찰청에서는 제재심의를 하기에 앞서 청구인에게 청문절차를 안내하였고 청구인은 부산지방경찰청에 의견을 제출하였던 점, 피청구인은 부산지방경찰청장으로부터 부정당업자 제재요청을 받은 후 청구인에게 다시 청문절차를 안내하였으나 청구인이 위 절차에 불참하였던 점, 피청구인의 직원은 2014. 5. 7. 청구인에게 이 사건 처분을 내용으로 하는 부정당업자 제재확인서를 팩스로 송부하였고 2014. 5. 9. 등기우편으로 위 처분서를 발송하여 피청구인의 직원이 2014. 5. 12.경 위 처분서를 수령하였던 점을 종합하면, 피청구인이 팩스로 송부한 2014. 5. 7.자 부정당업자 제재확인서는 처분의 개시시점에 앞서 이 사건 처분의 내용을 미리 청구인에게 알린 것일 뿐 그 자체가 처분이라고 할 수 없으므로, 청구인의 사전동의 없이 위 부정당업자 제재확인서가 팩스로 송부되었다는 사유만으로 피청구인의 이 사건 처분이 「행정절차법」 제24조에 위반된다고 볼 수 없다.

또한 「행정절차법」은 처분을 할 때에는 불복절차 등에 관하여 필요한 사항을 알려야 한다고 규정하고 있으나 고지절차에 관한 규정은 행정처분의 상대방이 그 처분에 대한 행정심판의 절차를 밟는데 있어 편의를 제공하려는데 있고, 「행정심판법」은 불복절차의 불고지의 효과로 행정심판의 제기기간을 연장하는 규정을 두고 있을 뿐이므로 처분청이 위 규정에 따른 고지의무를 이행하지 아니하였다고 하더라도 경우에 따라서는 행정심판의 제기기간이 연장될 수 있는 것에 그치고 이로 인하여 심판의 대상이 되는 행정처분에 어떤 하자가 수반된다고 할 수 없고(대법원 1987. 11. 24. 선고 87누529 판결 참조), 불복절차를 고지하지 않아 이 사건 처분이 위법하다는 청구인의 주장은 받아들일 수 없다.

2) 한편, 국가계약법 시행규칙 제76조제1항 및 별표 2에 따르면 처분권자인 중앙관서의 장은 부정당업자에 대한 제재기간에 대하여 재량을 가지므로, 이 사건 처분이 비례의 원

칙에 위배되어 재량권을 일탈·남용하였는지 여부를 살펴본다.

위 인정사실에 따르면 청구인이 온비드 사이트의 캠코공매공고화면에서 '공고정보'의 내용을 확인하지 못한 상태에서 입찰하였고 이후 낙찰되었음에도 불구하고 부산지방경찰청과 계약을 체결하지 않은 점은 인정되나, 청구인이 폐차조건부 매각물건임을 알았더라면 재입찰 공고절차에서 최저입찰가의 3배에 달하는 금액으로 입찰하였을 것이라고 경험칙상 기대하기 어려운 점, 청구인은 수년간 수의계약 또는 경쟁입찰을 통해 조경시설, 조경식재, 상하수도, 시설물 공사를 수급해 온 업체로서, 국가계약법 제27조제3항에 따르면 이 사건 처분으로 인하여 입찰참가자격 뿐 아니라 수의계약의 체결도 6개월간 제한되어 청구인의 사업운영에 큰 손실이 예상되고, 실제로 청구인이 이 사건 처분으로 인한 제한기간 동안 입찰 및 수의계약으로 취득한 총 계약금이 2억 9,500만 7,000원에 이르는 점, 청구인은 계약된 매수금의 15퍼센트에 달하는 입찰 보증금(18만 6,000원)을 환수당하였던 점, 불용차량이 그 이후에 제3자에게 낙찰되어 부산지방경찰청이 특별히 손실을 입은 사실이 없는 점 등을 종합적으로 고려하면, 청구인 업체의 주된 사업내용과 직접적인 관련이 없는 차량의 매각 입찰을 포기하였다는 사유만으로 청구인에게 국가에서 시행하는 모든 입찰에의 참가자격 및 수의계약 체결자격을 6개월간 제한하도록 하는 내용의 이 사건 처분은 비례원칙에 위배하여 재량권의 범위를 일탈·남용한 처분이라고 할 것이다.

7. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 있으므로 청구인의 청구를 받아들이기로 하여 주문과 같이 재결한다.

2014년도 행정심판재결례집(Ⅰ)

(제26집)

발행일 : 2015년 4월

발행처 : 국민권익위원회
중앙행정심판위원회
Tel : (044) 200-7821