
초청특강논문

- ◆ 행정판례의 최근 동향
이광윤

행정판례의 최근 동향

이 광 윤*

<목 차>

- I. 판례 동향의 개괄
- II. 중요 판례

I. 판례 동향의 개괄

행정 분야의 최근 판례 동향은 행정소송법의 개정이 국회에서 담보상태에 있는 것을 대변하듯 획기적인 판례들이 속출한 것으로 보기는 어렵고, 다소 평범하게 진행되었다. 그러나 대법원은 꾸준히 신뢰보호원칙에 대하여 중요한 비중을 두고 있으며, 행정입법에 관한 주목할 만한 판례들을 내어 놓고 있고, 행정절차의 위법성을 적극적으로 심사하고 있는 등 행정의 절차적 적법성과 민주성, 그리고 투명성에 비중을 두고 있으며, 처분성과 원고적격은 늘 중요한 쟁점이 되고 있다.

* 성균관대학교 법과대학 교수

II. 중요 판례

1) 대법원 2007.10.29. 선고 2005두4649 전원합의체 판결 【한약사국가 시험응시원서접수거부처분취소】은 신뢰보호원칙이 적용되어야 하는 이유를, “어떤 법령이 장래에도 그대로 존속할 것이라는 합리적이고 정당한 신뢰를 바탕으로 국민이 그 법령에 상응하는 구체적 행위로 나아가 일정한 법적 지위나 생활 관계를 형성하여 왔음에도 국가가 이를 전혀 보호하지 않는다면 법질서에 대한 국민의 신뢰는 무너지고 현재의 행위에 대한 장래의 법적 효과를 예견할 수 없게 되어 법적 안정성이 크게 저해되기 때문”이라고 밝혔으며 “한편으로는 침해된 이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰가 손상된 정도, 신뢰 침해의 방법 등과 다른 한편으로는 새 법령을 통해 실현하고자 하는 공익적 목적을 종합적으로 비교·형량하여야 한다”라고 하여 신뢰보호원칙의 위배 여부를 판단하는 방법을 제시하였다. 신뢰보호의 원칙은 독일에서 발달한 법의 일반원칙으로 프랑스 법원들은 소극적인 태도를 보이고 있다.

2) 대법원 2007.11.29. 선고 2006두8495 판결 【국민주택입주권부여신청 거부처분취소】은 ‘서울특별시 철거민 등에 대한 국민주택 특별공급규칙’의 법적 성격을 부령인 ‘주택공급에 관한 규칙’ 제19조 제1항 제3호(다)목에서 규정하고 있는 ‘도시계획사업으로 철거되는 주택의 소유자’에 해당하는지 여부를 판단하기 위한 서울특별시 내부의 사무처리준칙으로 보았다. 한편, 대법원 2007.3.15. 선고 2006두15783 판결 【개인택시운송사업면허 신청반려처분취소】은 “구 여객자동차 운수사업법(2005. 12. 7. 법률 제7712호로 개정되기 전의 것)에 의한 개인택시운송사업면허는 특정인에게 권리나 이익을 부여하는 이른바 수익적 행정행위로서 법령에 특별한 규정이 없는 한 재량행위이고, 그 면허를 위하여 정하여진 순위 내에서 운전경력 인

정 방법에 관한 기준을 설정하거나 변경하는 것 역시 행정청의 재량에 속하는 것이므로, 그 기준의 설정이나 변경이 객관적으로 합리적이 아니라거나 타당하지 않다고 보이지 아니하는 이상¹⁾이라고 하여 재량권 행사의 기준인 재량준칙을 재판의 근거규범으로 보지 않는 행정규칙인 행정청 ‘내부의 사무처리준칙’으로 부터 분리하여 객관적인 합리성의 심사대상으로 삼고 있다. 재량준칙은 행정청 내부를 구속할 목적으로 발하는 사무처리준칙에 불과한 행정규칙과는 달리 처음부터 국민의 권리 의무에 영향을 미칠 목적으로 만들어지며, 행정규칙과 같은 강행규범이 아니며, 행정청은 재량준칙을 이유로 하여 행정객체에 대하여 대항할 수 있고, 행정객체도 준칙을 이유로 하여 행정청에 대항할 수 있으며, 법원은 구체적 사건성을 전제로 하여 재량준칙의 합법성에 대하여 심사할 수 있다는 점에서 행정규칙과는 다르므로 2006두15783 판결과 같이 행정규칙과는 구별하여야 한다¹⁾.

1) 우리나라에서는 일반적으로 준칙(재량준칙이라고도 함)을 행정규칙의 하나로 설명하면서 법규성이 있는 행정규칙의 대표주자로 소개하는 경향이 있다. 그러나 준칙은 법규명령과 같은 강행규범이 아니며 국민에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시키지도 않는다. 그렇다고 행정의 내부관계에 불과한 행정규칙과도 같지 않다. 행정청이 개별적 처분을 할 수 있는 재량권을 향유하고 있거나 미약한 조건적 제약 밖에 존재하지 않는 경우에 사전에 정한 권한행사의 기준을 ‘준칙’(directive)이라고 한다. 벨기에 법과 이태리 법에서 유래한 ‘준칙’이라는 행정의 활동 양식은 일관성 있는 행정작용을 유도함으로써 행정객체간의 자의적 차별을 방지하려는데 목적이 있다. 準則은 行政廳에 대하여 명령하는 것이 아니고 유도하는 것일 뿐이기 때문에 行政廳은 항상 처분에 대한 裁量權을 보유하고 있다. 따라서 공익상의 이유가 있으면 準則을 적용하지 않을 수 있다. 行政規則의 법규성이 인정되는 경우에는 직접적으로 대외적 효력을 발휘한다. 그러나 準則은 행정객체에 대하여 직접적인 효력을 발휘하지 않는다. 또한 準則은 법규성이 인정되지 않는 단순한 內部的 效力만을 갖는 (해석적)행정규칙과도 다음과 같은 점에서 다르다. ① 行政廳은 행정객체에 대하여 準則을 이유로 대항할 수 있다. ② 행정객체도 準則을 이유로 行政廳에 대하여 대항할 수 있다. ③ 구체적 사건성을 전제로 하여 準則의 合法性에 대하여 심사할 수 있다. 그러므로 준칙은 재판의 근거규범이 된다. 준칙은 재량권 행사의 기준이라고 하는 행정의 활동 내용을 가리키는 것이기 때문에 行政廳이 정한 기준이 準則인지, (解釋的)行政規則인지 아니면 法規命令에 해당하는 것인지의 여부는 명칭에 구애되지 않는다. 따라서 그 명칭이 시행규칙으로 되어 있건,

3) 대법원 2007.1.11. 선고 2004두10432 판결 【사법시험제2차시험불합격처분취소】 은 구사법시험령을 변호사법, 법원조직법, 검찰청법 등의 법률들이 규정한 사법시험의 시행과 절차 등에 관한 세부사항을 구체화하고 국가공무원법상 사법연수생이라는 별정직 공무원의 임용절차를 집행하기 위한 집행명령의 일종이라고 하였다. 그동안 이론적으로는 위임명령과 집

고시나 사무처리규정으로 되어있건, 그 내용이 재량권 행사의 기준을 설정하고 있으면 그의 일부 또는 전부가 準則이며 명칭이 요강, 지침, 준칙 등의 準則에 해당하는 용어들로 이름이 붙여졌다 하더라도 명칭에 맞게 準則인 경우도 있지만 法規命書에 해당하는 것도 있고, (解釋的)行政規則에 해당하는 것도 있다. 즉 法規命書이나 行政規則의 형식으로 정해진 처분권 행사의 기준이라 하더라도 裁量權이 부여되어 있으면 準則이고, 특정한 형식 없이 막연히 지침, 요강, 지침 등의 이름으로 정해진 기준이라 하더라도 처분권 행사에 대한 재량권이 부여되어 있지 않으면 準則이 아니다.

準則은 행정객체의 법적 지위를 직접적으로 수정하지 않으므로 어떠한 경우든 처분성을 인정받을 수 없다. 그러나 準則을 적용한 구체적 처분이 있고 이 처분을 상대로 하여 항고 소송이 제기 되면 문제가 달라진다. 이 경우 구체적 처분이 裁量行爲라 하더라도 재량행위에 대하여도 최소한의 통제는 행하여야 하기 때문에, 구체적 처분이 準則을 적용한 것이라면 準則이 법률이나 법규명령의 목적이나 동기에 위반함은 없는지, 平等原則이나 比例原則에 위반함은 없는지, 공정한 절차적 권리는 보장하고 있는지의 여부를 살펴보아야 한다. 그 결과 명백한 위반이나 중대한 절차상의 흠이 있는 準則은 위법한 준칙이 되며, 위법한 準則을 적용한 처분도 裁量權을 남용하거나 중대한 절차를 흠결한 위법한 처분이다.

準則이 裁判規範이 되기 위해서는 對外的 效力을 가져야 한다. 그런데 準則은 行政客體의 지위를 직접적으로 수정하지는 않으므로 직접적인 대외적 효력은 없다. 그러나 準則을 적용한 구체적 처분은 대외적 효력을 가지므로 이 경우에는 구체적 처분을 매개로 하여 대외적으로 간접적 효력을 가진다. 따라서 準則을 적용한 처분의 위법성 여부를 판단하는 재판에서는 준칙도 재판의 근거규범이 된다고 보아야 한다.

準則은 경우에 따라 간접적 효력을 가지므로 이를 公表하는 것이 行政의 투명성의 견지에서나 국민의 신뢰보호 차원에서 바람직하다. 프랑스에서는 1978년 7월 17일 法律에 의하여 準則을 공포하고 있다.

전술한 바와 같이 재량준칙은 법규명령과 같은 강행규범도 아니며 국민에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시키지도 않는다. 그렇다고 행정의 내부관계에 불과한 행정규칙도 아닌 것이다. 따라서 법원이 이들의 법규성을 인정하지 아니한 까닭은 그 성질이 행정규칙이어서가 아니라 준칙은 행정객체의 지위를 직접적으로 수정하지는 않으므로 직접적인 대외적 효력은 없고 다만 준칙을 적용한 구체적 처분을 매개로 하여 대외적으로 간접적 효력만을 가지기 때문이며, 준칙의 법규성을 바로 인정하면 법규명령으로 되어 직접적 구속력을 발하여 법률이 부여한 재량처분을 기속처분으로 변질시켜 법률에 반하게 되므로 일단 준칙의 법규성을 부인하고 있을 뿐이다.

행명령을 구분해 왔으나 판례들은 위임입법의 한계에 집중되어 마치 집행명령이 실제에는 존재하지 않는 것처럼 보였다. 아마도 이번 판결이 집행명령에 관한 최초의 판결이 아닌가 한다. 그런데 이론상으로도 위임명령과 집행명령의 구별에 관한 많은 비판이 존재함은 별론으로 한다고 하더라도 독립명령과 집행명령의 구별 역시 지극히 난해한 문제이다. 앞으로 판례가 이런 문제들을 어떻게 풀어갈지 흥미를 자아낸다.

4) 대법원 2007.9.21. 선고 2006두20631 판결 【진급낙천처분취소】 은 “행정청이 침해적 행정처분을 하면서 당사자에게 행정절차법상의 사전통지를 하거나 의견제출의 기회를 주지 아니하였다면 사전통지를 하지 않거나 의견제출의 기회를 주지 아니하여도 되는 예외적인 경우에 해당하지 아니하는 한 그 처분은 위법하여 취소를 면할 수 없다”고 하여 절차적 적법성에 대한 심사를 강화하였다.

대법원 2007.11.16. 선고 2005두15700 판결 【주택조합설립인가취소처분의취소】 도 “행정청이 특히 침해적 행정처분을 할 때 그 처분의 근거 법령 등에서 청문을 실시하도록 규정하고 있다면, 행정절차법 등 관련 법령상 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당하지 않는 한, 반드시 청문을 실시하여야 하는 것이며, 그러한 절차를 결여한 처분은 위법한 처분으로서 취소사유에 해당한다”고 하였다.

5) 대법원 2007.6.1. 선고 2006두20587 판결 【행정정보공개청구거부처분취소】 은 대한주택공사의 아파트 분양원가 산출내역에 관한 정보에 관하여 “정보공개법 제2조 제1호, 제3조에 의하면, 공공기관이 직무상 작성하여 관리하고 있는 정보는 정보공개법이 정하는 바에 따라 공개하여야 하는 것인바, 이 사건 정보는 피고가 주택건설사업과 분양업무라는 직무와 관

련하여 작성하고 관리하는 정보임이 기록상 분명하므로, 정보공개법의 적용대상인 정보에 해당한다고 할 것이다. 따라서 이 사건 정보는 피고가 사경제의 주체라는 지위에서 행한 사업과 관련된 정보이니 정보공개법이 적용될 여지가 없다는 피고의 상고이유의 주장은 이유 없다”고 하면서 “국민의 알권리를 보장하고 국정에 대한 국민의 참여와 국정운영의 투명성을 확보한다는 정보공개법의 입법목적과 취지에 비추어 보면, 공공기관은 자신이 보유·관리하는 정보를 공개하는 것이 원칙이고, 정보공개의 예외로서 비공개사유에 해당하는지 여부는 이를 엄격하게 해석할 필요가 있는 점, 피고는 주택을 건설·공급 및 관리하고 불량주택을 개량하여 국민생활의 안정과 공공복리의 증진에 이바지하게 함을 목적으로 대한주택공사법에 의하여 설립된 법인으로서 그와 같은 목적의 수행을 위하여 일반 사기업과는 다른 특수한 지위와 권한을 가지고 있는 점, 피고가 이미 분양이 종료된 고양시 풍동 소재 주공그린빌 주택단지의 아파트 분양원가 산출내역의 자료를 공개한다고 하여 기업으로서의 경쟁력이 현저히 저하된다거나 주택건설사업과 분양업무를 추진하는 것이 곤란해진다고 단정할 수 없는 점, 피고가 위 정보를 공개함으로써 위 아파트의 분양원가 산출내역을 알 수 있게 되어 수분양자들의 알 권리를 충족시키고, 나아가 공공기관의 주택정책에 대한 국민의 참여와 그 운영의 투명성을 확보할 수 있는 계기가 될 수 있는 점 등 여러 사정들을 감안하여 보면, 위 정보를 공개함으로써 피고의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 볼 수 없다”고 하였다. 그러나 대한주택공사는 기능적 의미에서 행정적 업무에 종사하는 공공기관이 아니라 하는 점. 여기서 문제되는 업무가 민간부문과의 경쟁이 독려되는(O.E.C.D. 권고) 상업적 아파트 분양사업이라는 점을 고려 할 때 기업의 영업상의 비밀에 해당하는 정보라는 점에서 문제가 있다.

6) 대법원 2007.4.26. 선고 2006다87903 판결 【손해배상(기)】은 “군대

내에서 군종장교는 국가공무원인 참모장교로서의 신분뿐 아니라 성직자로서의 신분을 함께 가지고 소속 종단으로부터 부여된 권한에 따라 설교·강론 또는 설법을 행하거나 종교의식 및 성례를 할 수 있는 종교의 자유를 가지는 것이므로, 군종장교가 최소한 성직자의 신분에서 주재하는 종교활동을 수행함에 있어 소속종단의 종교를 선전하거나 다른 종교를 비판하였다 고 할지라도 그것만으로 종교적 중립을 준수할 의무를 위반한 직무상의 위법이 있다고 할 수 없다”고 하면서 “공군참모총장이 전 공군을 지휘·감독할 지위에서 수하의 장병들을 상대로 단결심의 함양과 조직의 유지·관리를 위하여 계몽적인 차원에서 군종장교로 하여금 교계에 널리 알려진 특정 종교에 대한 비판적 정보를 담은 책자를 발행·배포하게 하였더라도, 특별한 사정이 없는 한 이러한 행위가 정교분리의 원칙에 반하는 위법한 직무집행에 해당된다고 보기 어렵다고 할 것이다”고 하였다. 그러나 우리 헌법 제20조 제2항의 “국교는 인정되지 아니하며, 종교와 정치는 분리된다”는 규정은 국법 체계상 법률로써도 제한할 수 없는 절대 원칙(세속법의 교회법에 대한 우위 원칙)으로서 종교의 자유에 우선한다. 따라서 공군참모총장의 직무집행행위가 위법함은 물론 군종장교의 행위 역시 위법하다.

7) 대법원 2007.9.21. 선고 2005다65678 판결 【손해배상(기)】은 “국가배상법 제5조 제1항 소정의 영조물의 설치 또는 관리의 하자라 함은 영조물이 그 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말하는 것으로서, 영조물이 완전무결한 상태에 있지 아니하고 그 기능상 어떠한 결함이 있다는 것만으로 영조물의 설치 또는 관리에 하자가 있다고 할 수 없는 것이고, 위와 같은 안전성의 구비 여부를 판단함에 있어서는 당해 영조물의 용도, 그 설치장소의 현황 및 이용 상황 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 설치 관리자가 그 영조물의 위험성에 비례하여 사회통념상 일반적으로 요구되는 정도의 방호조치의무를 다하였는지 여부를 그 기준으

로 삼아야 할 것이며, 객관적으로 보아 시간적·장소적으로 영조물의 기능상 결함으로 인한 손해발생의 예견가능성과 회피가능성이 없는 경우, 즉 그 영조물의 결함이 영조물의 설치관리자의 관리행위가 미칠 수 없는 상황 아래에 있는 경우에는 영조물의 설치·관리상의 하자를 인정할 수 없다”고 하였다.

이는 일단 종래 ‘하자’를 무과실로 해석하면서도 추정과실인 ‘통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음’만을 의미하던 모순을 여전히 되풀이 하고 있다. 그러나 ‘완전무결한 상태에 있지 아니하고 그 기능상 어떠한 결함이 있다는 것만으로 영조물의 설치 또는 관리에 하자가 있다고 할 수 없는 것’이라고 하여 무과실인 경우까지 무조건 책임을 질 수는 없다는 결론으로 해석되는 점에서는 진전이 있다. 그런데 이 경우에 ‘완전무결한 상태에 있지 아니하고 그 기능상 어떠한 결함이 있다’는 것은 무과실인 경우에도 그러할 수 있기 때문에 이는 무과실의 경우를 포함하여 ‘국가운영상의 흠’(과거에 이를 객관적인 과실, 즉 추정과실로 오해 하였음)이 있기만 한다고 해서’로 해석된다. 한편, ‘안전성의 구비 여부를 판단함에 있어서는 당해 영조물의 용도, 그 설치장소의 현황 및 이용 상황 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 설치 관리자가 그 영조물의 위험성에 비례하여 사회통념상 일반적으로 요구되는 정도의 방호조치의무를 다하였는지 여부를 그 기준으로 삼아야 할 것이며, 객관적으로 보아 시간적·장소적으로 영조물의 기능상 결함으로 인한 손해발생의 예견가능성과 회피가능성이 없는 경우, 즉 그 영조물의 결함이 영조물의 설치관리자의 관리행위가 미칠 수 없는 상황 아래에 있는 경우’라고 하여 ‘통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태’를 프랑스의 ‘정상적 유지의 흠결(défaut d’entretien normal)’로 해석하고 있는 것으로 보인다. 그러나 ‘정상적 유지의 흠결(défaut d’entretien normal)’이론은 무과실 이론이 아닌 추정과실 이론이다(졸저 신행정법론

2007. 법문사, 142-145쪽 참조). 따라서 판결문의 취지는 정상적 유지의 흠결을 인정할 수 없다면 하자를 인정할 수 없다는 것인데 이때의 ‘하자’란 추정과실의 의미로 사용된 것으로 해석된다. ‘하자’는 무조건 무과실로 해석될 것이 아니라 무과실을 포함하는 개념으로, 경우에 따라 입증과실, 추정과실 또는 무과실로 해석되어야 한다는 점에서는 환영할 일이다. 그러나 ‘하자’를 추정과실로만 정의하는 문제점은 여전히 남아있다. 따라서 서두에서 ‘하자’를 ‘영조물이 그 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말하는 것으로서’라고 정의하지 말고, ‘국가운영상의 흠을 말하는 것으로서’라고 변경하든지 아니면 풀어서 ‘영조물이 완전무결한 상태에 있지 아니하고 그 기능상 어떠한 결함이 있거나 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말하는 것으로서’라고 변경함으로써 국가 배상법 제5조 제1항 소정의 영조물의 설치 또는 관리의 하자의 정의를 최소한(입증과실은 너무나 당연하므로) 무과실과 추정과실을 포함하는 개념으로 변경할 필요가 있다²⁾. 즉 과실책임주의를 원칙으로

2) 원래 과실이란 일정한 사실을 인식할 수 있었음에도 불구하고 부주의로 이를 인식하지 못한 것을 가리키는 것으로 과실책임주의라 함은 고의 또는 과실에 의하여 타인에게 손해를 준 경우에만 가해자가 손해배상책임을 지는 입법주의를 말하며, 무과실책임주의는 가해자에게 과실이 없더라도 그 가해자의 행위에 의하여 손해가 발생하였다는 일정한 관계가 있으면 그것만으로 손해배상책임이 생긴다고 하는 원칙이다.¹⁾ 그런데 우리나라 국가배상법 제5조는 고의·과실을 요건으로 하고 있지 않다.

따라서 국가배상법 제5조상 ‘설치 또는 관리의 흠’의 의미는 고의나 과실에 의하여 발생한 손해는 물론이고, 고의나 과실이 없는 손해에 대하여도 배상책임이 발생하는 무과실 책임주의를 포함하는 것으로 해석하는 것이 타당하다.

‘하자’의 의미를 이처럼 과실과 무과실을 모두 포함하는 개념으로 이해한다면, 결국 ‘하자’가 정확히 무엇인가라는 것은 ‘과실의 입증정도’에 대한 문제가 될 것이다. 과실을 그 입증정도에 따라 분류해보면 다음과 같다.

① 입증과실 : 과실책임의 전형적인 예로 손해배상을 청구하는 피해자가 국가의 과실을 명백히 입증한 경우로, 이 경우 입증된 과실이 ‘하자’에 해당함은 달리 설명을 요하지 않는다.

② 추정과실 : 피해자측에서 국가의 행위로 손해가 발생한 것을 입증하면 이에 대하여 국가는 과실이 없음을 입증하여야 하고, 과실에 대한 입증책임이 피해자로부터 국가로 전환되어 국가가 과실이 없음을 입증하지 못하게 되면 주관적 요소인 과실이 객관

화하여 국가의 과실이 추정된다. ‘하자’는 이러한 추정된 과실을 포함한다.

③ 무과실 : 과실이 입증되거나 추정되지 않는 경우에도 ‘하자’는 성립될 수 있다. 피해자는 비정상적인 손해의 발생을 입증하고 그 손해와 국가의 행위사이의 인과관계를 증명하기만 하면 국가의 과실이 추정되지 않고도 국가의 배상책임이 인정될 수 있는데 이것은 국가에 과실은 없으나 국가의 행위에 의하여 손해가 발생하였다고 하는 사실이 바로 ‘국가 운영상의 흠’에 해당되기 때문에 국가가 배상책임을 지는 것으로서, 과실은 없으나 국가의 운영에 있어 특정인을 특별한 위험상태에 노출시키거나(위험책임), 공적부담 앞의 평등을 보장하지 못하게 되는 경우를 말한다. ‘하자’란 바로 이러한 무과실로서의 ‘국가 운영상의 흠’을 포함한다. 따라서 과실을 객관화하는 이론에서 과실을 ‘국가운영상의 흠’ 정도로 보자는 주장¹⁾은 추정과실과 무과실을 혼동시킬 우려가 있으므로 주의하여야 한다.

한편, 무과실 책임이란 결과책임과는 다른 것으로, 무과실 책임의 경우는 피해자의 과실이 있거나 불가항력에 의한 경우에는 그 책임이 면제됨에 반하여 결과책임에는 면책사유가 없다.

프랑스에서는 위에서 살펴본 바와 같이, 국가의 운영 즉 공공서비스의 운영에 있어서 발생한 손해 중에서 배상책임의 대상이 되는 것을 과실의 입증 정도에 따라 입증과실 책임, 추정과실책임, 무과실책임으로 나누면서, 영조물의 이용자가 아닌 제3자에게 발생한 손해에 대하여는 무과실책임을 지고, 도로의 이용자에게 대해서는 추정과실책임을 진다고 한다.

추정과실책임은 ①불가항력에 의한 경우, ②이용자에게 과실이 있는 경우, ③이른바 행정청이 ‘정상적 유지의 흠결’이 없었음을 증명하는 경우 등에는 그 책임이 면책되는 것을 말한다.

따라서 ‘흠결’이란 곧 추정된 ‘과실’을 뜻하는 것으로서, 흠결의 존재여부는 경우에 따라서 객관적 요소가 고려되기도 하고 주관적 요소가 고려되기도 하며, 두 가지 요소가 함께 고려될 수도 있는 것이다.

우리나라와 일본의 다수설은 ‘하자’를 무과실 책임으로 보고 있으면서도, 동시에 개관적 추정과실인 ‘통상적 물적안전성의 결여’를 무과실 위험책임으로 해석하는 오류를 범하고 있다.

국가배상법 제5조의 ‘하자’가 무과실 책임이라는 것은 과실을 필요 요건으로 하지 않고 무과실 책임까지를 질 수 있다는 것이기 때문에, 어떤 사안에서 국가가 과실책임을 질 것인지 아니면 무과실 책임을 질 것인지를 책임여부를 판단하는 아무런 준거가 되지 않는다. 그럼에도 불구하고 객관설은 ‘하자’가 곧 ‘통상적인 물적 안전성의 결여’만을 의미하는 것으로 해석하는 오류를 범하고 있으며, 주관설 또한 ‘하자’가 과실책임만을 의미하는 것으로 잘못 해석하고 있다.

도로에 떨어져 있던 타이어에 걸려 주행중인 차량이 전복된 사고와 도로에 방치된 쇠파이프를 주행중인 차량이 쳐서 반대편 차로에서 마주 오던 차량의 운전자가 사망한 사고에서 법원은 도로의 안전상 결함이 객관적으로 보아 시간적, 장소적으로 피고의 관리행위가 미칠 수 없는 상황 아래에 있는 경우에는 관리상의 하자를 인정할 수 없다고 판시하였다. 이와 관련하여 ‘국가배상법 제5조상의 국가 등의 배상책임이 과실책

하여 경우에 따라서는 무과실책임까지도 질 수 있는 것으로 해석하여야 한다.

8) 대법원 2007.6.14. 선고 2004두619 판결 【청소년유해매체물결정및고

입 또는 절대적 무과실책임이 아니고 보면, 그 배상책임의 요건으로서의 하자의 판단에 있어서는 관리자의 의무위반을 그 내용으로 하는 의무위반설적 이론구성이 동조상의 배상책임의 성격에 보다 부합하는 것'이라고 하는 견해가 있다. 의무위반설이란 국가배상법 제5조에 기한 국가 등의 배상책임은 순수한 결과책임 또는 절대적 무과실책임이 아니고, 적어도 하자의 존재를 그 요건으로 하고 있다고 보는 학설이다. 그러나 시간적·공간적으로 관리권이 미치지 못한 경우 등에 배상책임을 인정하지 아니한 것은 제5조 배상이 '주관적 요소'를 배상요건으로 하기 때문인 것이 아니라, 프랑스에서처럼 도로의 이용자에 대한 국가의 설치·관리상의 책임은 추정과실책임을 원칙으로 하며, 불가항력에 의한 경우와 이용자에게 과실이 있는 경우 그리고 이른 바 행정청이 '정상적 유지의 흠결'이 없었음을 증명하는 경우 등에는 추정과실이 면책되기 때문인 것으로 해석하는 것이 타당할 것이다.

프랑스의 '정상적 유지의 흠결이론'이란 공공 工事物의 이용자에게 발생한 손해에 대해 행정주체가 추정과실책임을 진다는 이론이다. 국가는 공공 工事物을 정상적으로 설치 또는 유지하였다는 것을 증명함으로써 면책된다. 정상적 유지의 흠결 개념은 공공 工事物의 이용자에 대한 위험 또는 불편의 원천을 구성하는 공공 工事物이 내포하는 결함을 말하는데, 그렇다고 공공 工事物의 모든 결함이 공공 工事物의 이용자에 대한 책임의 대상이 되는 '정상적 유지의 흠결'을 구성하는 것은 아니다. 판례에 의하면 어떤 경우에는 결함의 객관적 성격에 의하여 흠결을 판단하고, 어떤 경우에는 공공 工事物의 사용자인 희생자나 설치·관리자인 행정주체의 주관적 상태에 따라 흠결을 판단하며, 물론 두 가지 요소를 다 고려하기도 한다. 따라서 정상적 유지 흠결이론은 어디까지나 과실책임(추정과실)에 국한되는 이론이지 위험책임과 같은 무과실 책임이론이 아니다. 물론 '정상적 유지의 흠결'이론과 '무과실책임'이론으로서의 '위험책임'이론이 상대화하고 있는 것은 사실이나 공공 工事物의 이용자에 대하여 명백히 '위험책임'을 인정하고 있는 판례도 있으므로 '정상적 유지의 흠결' 이론을 성급히 무과실책임 이론으로 몰고 가기보다는 '추정과실'로 보는 일반적인 견해가 타당하다. 즉, Dalleau판결은 처음으로 공공 工事物의 이용자에게 '위험한 물건' 이론을 적용하고 있는데 이 사건에서 레이니옹 섬에 위치한 생드니 드라레이니옹 시를 섬의 주 항구에 연결하는 1번 국도는 바위로 된 절벽을 따라 길이 나 있어 매우 위험하며 매년 피해자가 발생하고 있었다. 풍세이데따는 위의 사건에서 1번 국도가 표지도 잘되어 있고 모든 주의가 기울여 지고 있어 특별히 감시되고 있다는 이유로 도로의 "유지는 정상적"이라고 평가하면서 도로 구간 자체가 "비정상적으로 위험한 공작물"이라고 하여 행정의 무과실 책임을 인정하였다. 이와 같이 프랑스의 판례는 '정상적 유지' 개념을 '위험' 개념과는 구분하여 과실책임을 인정하는 도구 개념으로 사용하고 있다.

시처분무효확인】은 “청소년유해매체물 결정 및 고시처분은 원고와 같은 당해 유해매체물의 소유자 등 특정인만을 대상으로 한 행정처분이 아니라, 일반 불특정 다수인을 상대방으로 하여 일률적으로 표시의무, 포장의무, 청소년에 대한 판매·대여 등의 금지의무 등 각종 의무를 발생시키는 행정처분”이라고 하여 ‘일반 불특정 다수인’을 상대로 한 명령을 행정처분으로 보았다. 따라서 이 경우에 처분성에 대한 인정은 구체성은 문제되지 않고, 권리·의무 관계에 대한 직접성만이 문제된다⁴⁾. 독일에서 말하는 일반처분(Allgemeines Verfu"ng)dms rncpwjrdmfh qjadnlrk wjdgowls tkfkaemfdp eogks dlfqksaudfuddls wjadptj dl vksrufhrksms ekfmek.

한편, 대법원 2007.11.15. 선고 2007두10198 판결 【혁신도시최종입지확정처분취소】은 “법과 범시행령 및 이 사건 지침에는 공공기관의 지방이전을 위한 정부 등의 조치와 공공기관이 이전할 혁신도시 입지선정을 위한 사항 등을 규정하고 있을 뿐 혁신도시입지 후보지에 관련된 지역 주민 등의 권리의무에 직접 영향을 미치는 규정을 두고 있지 않으므로, 피고가 원주시를 혁신도시 최종입지로 선정한 행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분

4) 명령에 대한 처분성의 인정은 어디까지나 명령에 대한 항고소송의 도입 필요성에 따른 임기응변일 뿐으로 법적 효과가 직접적이냐 아니면 간접적이냐 하는 것은 주관적인 판단에 달려있는 것이며 독일에서는 일반적이고 추상적인 행위만 제외하고는 일반적이고 구체적인 행위(일반처분), 개별적이고 추상적인 행위(예컨대 특정 공장주에게 공장으로부터 배출되는 수증기로 인해 도로에 빙판이 생길 때마다 그것을 제거하라는 명령), 개별적이고 구체적인 행위 모두를 행정행위로 보고 있기 때문에 추상적이냐 아니면 구체적이냐 하는 것은 명령과 행정행위를 구분하는 기준이 될 수 없고, 따라서 법적 효과의 직접성과 구체성은 최협의에 있어서의 행정행위의 징표가 될 수 없다.

그러나 일반적 명령과 개별적인 행정행위는 ①행정행위의 수범자에게는 기득권이 발생함에 반하여 명령의 수범자에게는 기득권이 발생되지 않으며 ②명령은 공포됨으로써 효력을 발생시키는데 비하여 행정행위는 통지됨으로써 효력을 발생시킨다는 점에서 다르므로, 일반처분개념, 내지는 경우에 따른 처분성의 개념을 도입하기보다는 명령에 대하여 형식적 권력분립개념을 택하여 항고소송의 대상으로 삼는 동시에 명령과 행정행위의 구별 기준은 일반성과 개별성에 두어야 할 것으로 본다.

으로 볼 수 없다”고 하였다. 입지선정이 권리의무 관계에 대한 직접영향이 없다는 판단은 도시계획의 처분성을 인정한 많은 판례들과 비교할 때 설득력이 약하다. 직접성에 대한 판단은 아무래도 자의적으로 흐르기 쉬우므로 명령에 대한 취소소송이 도입되기 전까지는 이러한 파행이 계속되리라고 본다.

9) 대법원 2007.6.1. 선고 2005두11500 판결 【공장설립허가및제조시설 설치승인처분취소】은 “행정처분의 근거 법규 또는 관련 법규에 그 처분으로써 이루어지는 행위나 사업으로 인하여 환경상 이익의 침해를 받으리라고 예상되는 영향권의 범위가 규정되어 있는 경우에는, 그 영향권 내의 주민들에 대하여는 당해 처분으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해가 발생할 수 있음을 예상할 수 있고, 이와 같은 환경상 이익은 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적 이익으로서 그들에 대하여는 특단의 사정이 없는 한 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 원고적격이 인정되는 것이고, 그 영향권 밖의 주민들은 당해 처분으로 그 처분 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있다는 자신의 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있음을 입증하여야만 비로소 원고적격이 인정되는 것이다”고 하였다. 영향권 밖의 주민들에게 ‘처분 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있다’는 자신의 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있음을 입증함으로써 원고적격을 부여하는 판례태도는 대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두330 전원합의체 판결, 2006. 12. 22. 선고 2006두14001 판결 등을 비롯하여 계속되고 있는데 이때 침해되는 이익은 주관적 공권이 아닌 법원의 입장에서 판단한 ‘충분한 이익’이므로 주관적 공권 이론의 포기해 해석될 수 있다.

10) 대법원 2007.3.22. 선고 2005추62 전원합의체 판결 【승진임용직권 취소처분취소청구】 은 “지방자치법 제157조 제1항 전문 및 후문에서 규정하고 있는 사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되는 경우라 함은 명령이나 처분이 현저히 부당하여 공익을 해하는 경우, 즉 합목적성을 현저히 결하는 경우와 대비되는 개념으로, 시·군·구의 장의 사무의 집행이 명시적인 법령의 규정을 구체적으로 위반한 경우뿐만 아니라 그러한 사무의 집행이 재량권을 일탈·남용하여 위법하게 되는 경우를 포함한다고 할 것이므로, 시·군·구의 장의 자치사무의 일종인 당해 지방자치단체 소속 공무원에 대한 승진처분이 재량권을 일탈·남용하여 위법하게 된 경우 시·도지사는 지방자치법 제157조 제1항 후문에 따라 그에 대한 시정명령이나 취소 또는 정지를 할 수 있다고 할 것이다”고 하였다. 그런데 이에 대하여 반대의견은 “‘법령에 위반하는 때’의 개념 속에는 일반적인 ‘법령위반’의 개념과는 다르게 ‘재량권의 일탈·남용’은 포함되지 않는 것으로 해석하는 것이 법문 자체의 구조상으로도 합리적이라고 보아야 한다”고 하였다. 다수의견은 “지방자치의 운영은 국가의 행정에 중대한 영향을 미치는 것이므로 국가가 지방자치단체에 대하여 헌법과 법률에 따라 일정한 감독과 통제를 가하는 것 또한 불가피하다”고 하여 지방자치권에 대한 전래권설에 입각하고 있는 것으로 보이는 반면, 반대의견은 “지방자치는 지역중심의 지방자치단체가 독자적인 자치기구를 설치하여 그 자치단체의 고유사무를 국가기관의 간섭 없이 스스로의 책임 아래 처리하는 것이라고 정의할 수 있다”고 하는 지방자치권의 고유권설에 근거하고 있다. 우리나라 지방권력의 역사를 되돌아 본다면 앞으로의 당위성의 문제라면 몰라도 현 시점에서 고유권설에 입각한 지방자치권에 대한 주장은 특정 외국 현실에 바탕한 이론의 맹목적인 수용에 흐를 위험이 있다.

11) 대법원 2007.6.29. 선고 2006도4582 판결 【대기환경보전법위반】

은 “구 대기환경보전법(2005. 3. 31. 법률 제7458호로 개정되어 2005. 10. 1. 부터 시행되기 전의 것, 이하 ‘구법’이라고 한다) 제55조 제3호, 제32조 제1항의 규정에 의하면, 배출가스에 관한 인증을 받지 아니하고 자동차를 제작(수입)한 자를 처벌하도록 규정하고 있고, 한편 구법 제2조 제11호는 ‘자동차라 함은 자동차관리법 제2조 제1호에 규정된 자동차와 건설기계관리법 제2조 제1호의 규정에 의한 건설기계 중 환경부령으로 정하는 것을 말한다.’라고 규정하고, 구 대기환경보전법 시행규칙(2005. 12. 30. 환경부령 제192호로 개정되기 전의 것) 제7조 [별표 5]에서는 자동차의 종류를 경자동차, 승용자동차, 화물자동차, 이륜자동차, 건설기계로 분류하면서 비고 제7호(이하 ‘이 사건 규정’이라고 한다)에서 ‘엔진배기량이 50cc 미만인 이륜자동차는 모페드형에 한한다.’고 규정하고 있다. 그런데 ‘모페드(moped)형’이라 함은 원래 ‘모터와 페달을 갖춘 자전거의 일종으로서 오토바이처럼 달리다가 페달을 밟아 달릴 수도 있는 것’을 의미하는 것이지만, 그 개념이 확장되어 널리 ‘50cc 미만의 경량 오토바이’를 의미하는 것으로 사용되고 있으나, 만일 위와 같이 확장된 개념에 따라 ‘50cc 미만의 경량 오토바이’도 모페드형에 포함되는 것으로 보게 되면 이 사건 규정은 동어반복에 불과하여 그 규정의 취지가 불명확해지므로 이 사건 규정에서 정한 ‘모페드형’은 원래의 개념에 따라 ‘모터와 페달을 갖춘 자전거의 일종으로서 오토바이처럼 달리다가 페달을 밟아 달릴 수도 있는 것’을 의미하는 것으로 보아야 할 것이고, 이를 ‘50cc 미만의 경량 오토바이’까지 포괄하는 의미로 해석하는 것은 형벌규정을 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장 해석하거나 유추 해석하는 것으로서 허용될 수 없다고 할 것이다”고 하였다. 대기환경보전법의 입법취지는 대기오염으로 인한 국민건강이나 환경에 관한 위해(危害)를 예방하고 대기환경을 적정하고 지속가능하게 관리·보전하여 모든 국민이 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있도록 모든 엔진형 승용도구에 대하여 대기오염을 억제할 목적으로 제정된 것으로 엔진이 아닌 사람

의 동력을 주로 사용하고 소량의 배기가스만 방출하는 경우에 한하여 배기
검사를 면제해 주는 취지로 해석되어야 하기 때문에 문리적 해석에만 집착
한 이러한 판결은 환경보호에 너무나 둔감한 것으로 시대조류에 역행하고
있다.