

(주)네오고시뱅크 주관식 경찰행정법 경찰승진시험(21.1.16) 기출문제 해설**[1문]**

운전을 유일한 생업수단으로 삼아 생활하여 온 甲은 2020. 6. 8. 21:40경 A광역시에 있는 요트장 앞도로에서 술에 취한 상태로 승용차를 운전하다가 A광역시 B경찰서 소속 경찰관에게 적발되어 음주측정을 한 결과 혈중알코올농도가 운전면허 취소처분의 기준치를 초과하는 0.15%로 나타났다. 그런데, B경찰서 담당 경찰관은 전산입력 착오로 甲을 운전면허정지 대상자로 분류하였고, 운전면허정지권자인 B경찰서장은 같은 달 15일 甲에게 정지기간이 100일로 된 ‘운전면허 정지처분 결정통지서’를 발송하였다. 그 통지서는 같은 달 19일 甲에게 도달하였다.

그런데 2020. 11. 2. 甲의 법규위반에 대한 전산입력 착오를 인지한 관할 지방경찰청장 乙은 적법한 절차를 거쳐 같은 달 6일 「도로교통법」 제93조 제1항 제1호 및 「도로교통법 시행규칙」 [별표 28] “운전면허 취소·정지처분 기준”에 의하여 B경찰서장의 처분과는 별도로 같은 법규위반 사실에 대하여 甲의 운전면허를 취소하는 내용의 ‘운전면허 취소처분 결정통지서’를 발송하였고, 그 통지서는 같은 달 10일 甲에게 도달하였다. 이에 운전면허정지기간이 도과하여 다시 운전으로 생업을 이어가던 甲은 운전면허 취소처분이 위법하다고 주장하고 있다.

※ 전체 논점정리와 결론은 별도로 쓰지 말고, 각 문항별로 답안을 작성할 것

1. 甲이 운전면허 취소처분에 대한 취소소송을 제기하였다면, 본안판결 이전에 잠정적인 권리구제를 도모할 수 있는 행정소송 수단에 관하여 검토하시오.(단, 취소소송의 적법요건은 충족하였다고 가정한다) (15점) **[Bestlo주관식경찰행정법 사례 38번]**
2. 관할 지방경찰청장 乙의 甲에 대한 운전면허 취소처분이 위법한지 검토하시오.(단, 비례의 원칙에 대한 논의는 생략할 것) (20점) **[진도별모의고사 1회 유사, Bestlo주관식경찰행정법 사례 9번 유사]**
3. 甲이 운전면허 취소처분으로 인한 재산적·정신적 손해에 대해 「국가배상법」에 따른 손해배상청구소송을 제기하였다면, 법원은 운전면허 취소처분의 위법성을 심사할 수 있는지 검토하시오. (15점)

[진도별모의고사 2회 , Bestlo주관식경찰행정법 사례 9번]

[2문] 다음을 약술하라. (50점)

- (1) 경찰허가의 법적 성질과 효과 (25점) **[진도별모의고사 2회, 현장강의 사례X파일 2회]**
- (2) 사인의 공법행위로서의 신고 (25점) **[진도별모의고사 1회]**

[참고조문]

※ 아래 법령은 현행 법령과 다를 수 있음

도로교통법

제93조(운전면허의 취소·정지) ① 지방경찰청장은 운전면허(연습운전면허는 제외한다. 이하 이 조에서 같다)를 받은 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 행정안전부령으로 정하는 기준에 따라 운전면허(운전자가 받은 모든 범위의 운전면허를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)를 취소하거나 1년 이내의 범위에서 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있다. 다만, 제2호, 제3호, 제7호부터 제9호까지(정기 적성검사 기간이 지난 경우는 제외한다), 제14호, 제16호부터 제18호까지, 제20호의 규정에 해당하는 경우에는 운전면허를 취소하여야 한다.

1. 제44조제1항을 위반하여 술에 취한 상태에서 자동차등을 운전한 경우

제147조(위임 및 위탁 등) ③ 지방경찰청장은 이 법에 따른 권한 또는 사무의 일부를 대통령령으로 정하는 바에 따라 관할 경찰서장에게 위임하거나 교통 관련 전문교육기관 또는 전문연구기관 등에 위탁할 수 있다.

도로교통법 시행령

제86조(위임 및 위탁) ③ 지방경찰청장은 법 제147조제3항에 따라 다음 각 호의 권한을 관할 경찰서장에게 위임한다.

3. 법 제93조에 따른 운전면허효력 정지처분

도로교통법 시행규칙

제91조(운전면허의 취소·정지처분 기준 등) ① 법 제93조에 따라 운전면허를 취소 또는 정지시킬 수 있는 기준(교통법규를 위반하거나 교통사고를 일으킨 경우 그 위반 및 피해의 정도 등에 따라 부과하는 벌점의 기준을 포함한다)과 법 제97조제1항에 따라 자동차등의 운전을 금지시킬 수 있는 기준은 별표 28과 같다.

도로교통법 시행규칙 [별표 28]

2. 취소처분의 개별기준

위반사항 : 술에 취한 상태에서 운전한 때

적용법조 : 법 제93조

내 용 : 혈중알코올농도 0.08퍼센트 이상의 상태에서 운전한 때

■ 설문 1

1. 쟁 점

잠정적인 권리구제 수단인 가구제에는 행정소송법상의 집행정지와 민사집행법상의 가처분이 있다. 사안은 적극적 처분에 대한 가구제가 문제되므로 집행정지에 관하여만 검토한다.

2. 집행정지의 의의

집행부정지의 원칙의 예외로, 취소소송이 제기된 경우에 처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지를 결정할 수 있는 제도를 말한다(행정소송법 제23조).

3. 집행정지의 요건

(1) 집행정지대상인 처분의 존재

집행정지를 하기 위해서는 정지시킬 처분이 존재하여야 한다. 사안의 경우, 운전면허 취소처분이 존재한다.

(2) 본안소송이 적법하게 계속 중일 것

소송요건을 갖춘 본안소송이 법원에 계속되어 있어야 한다. 사안의 경우, 취소소송의 적법요건은 충족하였다.

(3) 회복하기 어려운 손해발생의 가능성

회복하기 어려운 손해라 함은 특별한 사정이 없는 한 금전적으로 보상할 수 없는 손해로서, 이는 금전보상이 불능인 경우뿐만 아니라 금전보상으로는 사회관념상 참고 견디기가 현저히 곤란한 경우의 유형·무형의 손해를 말한다.

사안의 경우, 운전면허 취소처분으로 甲이 입는 손해는 금전보상이 가능한 것으로 보인다. 하지만 甲은 운전을 유일한 생업수단으로 삼아 생활하고 있으므로, 이미 운전면허 정지처분으로 인하여 100일 동안 운전을 못하는데 이어 다시 취소처분을 받는다면, 이는 甲에게 금전보상으로는 참고 견디기가 현저히 곤란한 손해에 해당한다.

(4) 긴급한 필요가 존재할 것

판결을 기다릴 시간적 여유가 없어야 한다. 사안의 경우 甲은 당장 생업을 이어갈 수 없는 상황이므로 판결을 기다릴 시간적 여유가 없다.

(5) 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 없을 것

집행정지를 하지 않음으로 인해 신청인이 입게 될 손해보다도 집행정지를 함으로써 공공복리에 미칠 영향이 중대하다면 집행정지를 할 수 없다.

사안의 경우, 甲에 대한 운전면허 취소처분의 집행을 정지한다고 하여 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있다고 보기 어렵다.

(6) 본안청구가 이유 없음이 명백하지 않을 것

① 명문으로 집행정지의 요건으로 규정되어 있지 않으나 본안의 이유 유무 즉 승소가능성을 집행정지의 요건에 포함시킬 것인지, 또 어느 정도까지 고려해야 하는지에 대하여 견해가 대립한다. ② 판례는 신청인의 본안청구가 이유 없음이 명백할 때에는 행정처분의 집행정지를 명할 수 없다는 입장이다. ③ 생각건대 승소가능성이 명백히 없다면 집행정지 필요성이 없으므로 승소가능성이 있어야 하지만, 승소가능성을 지나치게 요구하면 집행정지가 본안소송화할 우려가 있으므로 판례가 타당하다. ④ 사안의 경우, 甲에 대한 운전면허 취소처분은 신뢰보호의 원칙 내지 비례의 원칙에 위반된다고 볼 여지가 있으므로, 甲의 취소청구가 이유 없음이 명백하지 않다.

4. 결 론

甲은 집행정지를 신청할 수 있으며, 그 요건을 모두 갖추었으므로 甲의 신청은 인용될 것이다.

■ 설문 2

1. 쟁점

먼저 乙의 운전면허취소처분이 강학상 철회인지 직권취소인지를 검토하고, 甲에 대한 운전면허 취소처분이 신뢰보호원칙에 반하는지 여부를 판단한다.

2. 乙의 운전면허취소처분의 법적 성질

행정행위의 직권취소란 성립당시의 하자가 있음을 이유로 그 효력을 소멸시키는 행정행위를 말하고, 행정행위의 철회란 행정행위가 하자 없이 유효하게 성립하였으나 새로운 사정이 발생하였기 때문에 그 효력을 소멸시키는 행정행위를 말한다. 乙의 운전면허취소처분은 술에 취한 상태로 운전하였다는 새로운 사정이 발생하였기 때문에 그 효력을 소멸시키는 것이므로 강학상 철회에 해당한다. 그리고 수익적 행정행위를 철회하면 침익적 결과를 가져오므로 행정법의 일반원칙에 따른 제한을 받는다.

3. 도로교통법 시행규칙 [별표 28]의 법적 성질과 위법성 심사

- ① 법규명령형식의 행정규칙의 법적 성질에 관하여 견해가 대립하나, 판례에 따르면 행정규칙에 해당한다.
- ② 이에 따르면 도로교통법 시행규칙 [별표 28]은 행정규칙인바, 면허취소처분의 근거법령이 아니므로 乙이 그 기준에 따라 면허를 취소한 것이라 하더라도 바로 적법한 것으로 볼 수 없다.
- ③ 면허취소처분의 위법 여부는 그 처분의 근거법령인 도로교통법 제93조에 위반되는지를 검토하여야 하며, 그 처분이 재량행위라면 재량의 일탈·남용 여부를 검토하여야 한다.

4. 乙의 운전면허 취소처분의 재량행위 여부

- ① 요건재량설, 효과재량설, 종합설의 견해가 대립하는바, ② 판례는 근거법규정의 문언상의 표현을 우선 고려하고, 법령의 취지와 목적, 당해 행위의 성질 등을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 한다는 종합설의 입장이다.
- ③ 하나의 기준보다는 제반사정을 고려하는 종합설이 타당하다.
- ④ 甲의 경우 도로교통법 제93조 제1항 제1호에 해당하므로 “~할 수 있다” 라는 문언상 면허취소처분은 재량행위이다.

5. 신뢰보호의 원칙 위배 여부

(1) 문제점

신뢰보호원칙의 적용요건을 갖췄는지 여부와 적용요건을 갖췄어도 신뢰보호원칙의 한계로 인해 적용이 제한되는지 여부를 검토한다.

(2) 신뢰보호의 원칙의 의미

행정기관의 선행행위의 정당성 또는 존속성에 대한 개인의 보호가치 있는 신뢰는 보호하여야 한다는 원칙을 말한다. 헌법상 법치국가원리의 법적안정성이 그 근거이다.

(3) 신뢰보호의 원칙의 적용요건 충족 여부

1) 신뢰보호의 원칙의 적용요건

- ① 행정청의 선행행위가 있을 것(공적 견해 표명), ② 상대방의 보호가치 있는 신뢰가 있을 것(관계인에게 귀책사유가 없을 것), ③ 신뢰에 기초한 상대방의 처리행위가 있을 것, ④ 상대방의 신뢰와 처리행위사이에 인과관계가 있을 것, ⑤ 선행행위에 반하는 후행행위가 있을 것이 요구된다.

2) 사안의 경우

① 판례는 행정청의 공적 견해표명이 있었는지는 행정조직상의 형식적인 권한분장에 구애될 것이 아니라 언동을 하게 된 경위 및 상대방의 신뢰가능성 등 실질에 의하여 판단한다. 따라서 甲에 대한 면허정지처분은 도로교통법 제147조 제3항, 동법 시행령 제86조 제3항 제3호에 따라 운전면허정지권자인 B경찰서장이 하였지만, 甲 입장에서는 처분권자가 누구인지에 상관없이 그 처분을 신뢰할 가능성이 높다는 점에서 乙이 공적견해를 표명한 것으로 보아야 한다. ② 그리고 甲은 면허정지처분을 신뢰하였고 특별한 귀책사유도 없으므로 甲의 신뢰는 보호가치가 있으며 ③ 甲은 그 신뢰로 인하여 ④ 운전면허정지기간이 도과한 후 다시 운전으로 생업을 이어가고 있었다. ⑤ 그런데 乙은 공적견해 표명에 반하는 면허취소처분을 하였으므로 신뢰보호의 원칙의 적용요건은 충족된다.

(4) 신뢰보호원칙의 한계 (법률적합성의 원칙(공익)과의 충돌)**1) 문제점**

甲의 신뢰이익과 공익 또는 법률적합성의 원칙과의 충돌이 문제된다.

2) 신뢰보호의 원칙과 법률적합성의 원칙의 충돌

① 법률적합성 우위설과 ② 이익형량설이 대립한다. 판례는 이익형량설의 입장이다. 생각건대 양자 모두 법치국가의 구성요소로서 동등한 가치를 가지므로, 양자를 비교형량하는 이익형량설이 타당하다.

3) 사안의 경우

법령에 따라 甲의 운전면허를 취소해야 하는 법률적합성의 원칙 내지 교통법규 위반행위의 방지라는 공익상 필요가 인정된다 하더라도, 면허정지처분이 효력을 발생함으로써 그 처분의 존속에 대한 신뢰가 이미 형성되었고 또한 그 처분의 존속이 현저히 공익에 반한다고 보기도 어려우므로, 이제 와서 면허를 취소하는 것은 甲의 신뢰이익과 법적 안정성을 현저하게 침해한다는 점에서 허용될 수 없다. 따라서 사안은 신뢰보호의 원칙의 적용이 제한되는 경우에 해당하지 않는다.

(5) 소결

乙의 운전면허취소처분은 신뢰보호의 원칙에 위배된다.

6. 결 론

乙의 운전면허 취소처분은 위법하다.

■ 설문 3

1. 쟁 점

국가배상청구권의 법적 성질에 관하여 공권설과 사권설이 대립하나, 판례의 입장인 사권설에 따르면 甲은 민사법원에 소송을 제기하여야 한다. 여기서 민사법원이 관할 지방경찰청장 乙의 운전면허 취소처분의 위법성을 심사할 수 있는지 관련하여, 민사법원이 행정행위의 위법 여부를 선결문제로서 판단할 수 있는지가 문제된다.

2. 선결문제

선결문제란 민사소송이나 형사소송 등에서 본안판단을 위해 행정행위의 위법 여부나 효력 유무를 선결적으로 판단해야 하는 문제를 말한다. 행정소송법 제11조는 처분의 효력 유무나 존재 여부가 민사소송의 선결문제로 되어 있는 경우만을 규정하고 있어 나머지 경우는 학설과 판례에 맡겨져 있다.

3. 구성요건적 효력

구성요건적 효력이란 행정행위에 하자가 있더라도 당연무효가 아닌 한 권한 있는 기관에 의하여 취소되기 전까지 유효한 것으로 전제하고, 특정한 법률효과의 구성요건을 파악해야 한다는 다른 국가기관에 대한 구속력을 말한다. 전통적 견해와 판례는 선결문제를 공정력과 관련하여 다루었으나, 공정력은 처분상대방 등에 대한 효력인 반면 구성요건적 효력은 다른 국가기관에 대한 구속력이라는 점에서 구별되므로 선결문제는 구성요건적 효력의 문제로 다루는 것이 타당하다.

4. 민사법원에서 행정행위의 위법성 판단 가부

(1) 학 설

① 부정설

행정행위는 당연무효가 아닌 한 구성요건적 효력이 있기 때문에 유효성뿐만 아니라 적법성도 추정된다는 점과 실정법상 취소소송의 배타적 관할원칙을 채택하고 있다는 점 등을 논거로 행정행위가 당연무효가 아닌 한 민사소송에서 수소법원은 그 위법성을 판단할 수 없다는 견해이다.

② 긍정설

구성요건적 효력은 단순히 행정행위의 유효성 추정에 불과할 뿐 적법하게 만드는 것은 아니라는 점과 선결문제로 위법성을 심리한다고 하여 그 효력을 부인하는 것은 아니라는 점 등을 논거로 민사소송에서 수소법원은 선결문제로서 행정행위의 위법성을 판단할 수 있다는 견해이다.

(2) 판 례

“행정처분의 취소판결이 있어야만, 그 행정처분의 위법임을 이유로 한 손해배상 청구를 할 수 있는 것은 아니다” 라고 판시하여, 긍정설의 입장이다.

(3) 검 토

구성요건적 효력의 본질을 적법성의 추정으로 보기는 곤란하다는 점, 위법성을 심리한다고 하여 그 효력을 부인하는 것은 아니라는 점, 취소소송의 경우에만 행정법원에 배타적 관할권이 인정되므로 손해배상청구소송 등에서 민사법원이 행정행위의 위법성을 확인하는 것은 가능하다는 점에서 긍정설이 타당하다.

5. 결 론

민사법원이 행정행위의 위법성을 확인하는 것은 가능하므로 민사법원은 지방경찰청장의 운전면허취소처분의 위법성을 심사할 수 있다.