

## 2023년 경감승진 시험 <경찰행정법>

본 문제의 해설 저작권은 네오고시뱅크(Neo Gosibank)에 있습니다.  
무단 복제 시 저작권법에 의거 고발하여 민·형사상 책임을 지게 됩니다.

### [1문] 다음을 읽고 설문에 답하십시오.(50점)

- (1) A경찰서 소속 경찰공무원 甲은 업무수행 중 근무지를 이탈하고 금품을 수수하는 등의 직무 의무 위반행위를 하였다.
- (2) 이에 A경찰서장은 관할 징계위원회에 甲에 대한 징계 의결을 요구하면서, 그 사실을 甲에게 문서로 통지하였다. 관할 징계위원회는 甲의 행위에 대하여 정직 3월의 징계를 의결하였고, 그에 따라 甲은 2022. 11. 11. 동일한 내용의 징계처분을 받았다.
- (3) 한편, 甲은 정직 3월의 징계처분에 불복하는 소청을 제기하였고, 소청심사위원회는 2022. 12. 28. 甲에 대한 징계처분을 감봉 3월로 변경하였다. 甲은 2022. 12. 29. 소청심사위원회의 변경 재결서를 송달받았다.

<각 설문별로 답안을 작성할 것>

- 1. 사실관계 (1)에서, 甲의 행위가 「국가공무원법」상 징계 사유에 해당한다고 판단됨에도 불구하고 A경찰서장이 관할 징계위원회에 징계 의결을 요구하지 아니한 경우, 그 위법성 여부에 대하여 검토하십시오. (단, 판단여지는 논외로 함) (20점)
- 2. 사실관계 (2)에서, 甲이 자신의 징계처분을 대상으로 취소소송을 제기하려고 할 때, 반드시 소청심사절차를 거쳐야 하는지 검토하십시오. [전국모의고사 1회 사례(1)] (10점)
- 3. 사실관계 (3)에서, 甲이 소청심사위원회의 결정에 불복하여 취소소송을 제기하고자 할 경우, 그 소송의 대상과 제소기간을 검토하십시오. [전국모의고사 2회 사례(3), 진도별 모의고사 5회 사례(3)] (20점)

[2문] 다음을 약술하시오. (50점)

1. 경찰책임의 원칙 [실전동형 2회 사례(3), 진도별 모의고사 6회 사례(1)] (30점)
2. 국가배상법상 이중배상금지 [진도별 모의고사 5회 사례(1) (2)] (20점)

답안 작성 시 문제는 답안지에 기재하지 말 것

## ■ 참고조문

### ■ 국가공무원법

**제78조(징계 사유)** ① 공무원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 징계 의결을 요구하여야 하고 그 징계 의결의 결과에 따라 징계처분을 하여야 한다.

1. 이 법 및 이 법에 따른 명령을 위반한 경우
2. 직무상의 의무(다른 법령에서 공무원의 신분으로 인하여 부과된 의무를 포함한다)를 위반하거나 직무를 태만히 한 때
3. 직무의 내외를 불문하고 그 체면 또는 위신을 손상하는 행위를 한 때

### ■ 경찰공무원 징계령

**제9조(징계등 의결의 요구)** ① 경찰기관의 장은 소속 경찰공무원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 때에는 지체 없이 관할 징계위원회를 구성하여 징계등 의결을 요구하여야 한다. 이 경우 별지 제1호서식의 경찰공무원 징계 의결 또는 징계부가금 부과 의결 요구서와 별지 제1호의 2서식의 확인서(이하 이 조에서 “징계의결서등”이라 한다)를 관할 징계위원회에 제출하여야 한다.

1. 「국가공무원법」 제78조 제1항 제1호부터 제3호까지의 어느 하나에 해당하는 사유(이하 “징계 사유”라 한다)가 있다고 인정할 때
2. 제2항에 다른 징계 등 의결 요구 신청을 받았을 때

### ■ 행정소송법

**제18조(행정심판과의 관계)** ① 취소소송은 법령의 규정에 의하여 당해 처분에 대한 행정심판을 제기할 수 있는 경우에도 이를 거치지 아니하고 제기할 수 있다. 다만, 다른 법률에 당해 처분에 대한 행정심판의 재결을 거치지 아니하면 취소소송을 제기할 수 없다는 규정이 있는 때에는 그러하지 아니하다.

② 제1항 단서의 경우에도 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 때에는 행정심판의 재결을 거치지 아니하고 취소소송을 제기할 수 있다.

1. 행정심판청구가 있는 날로부터 60일이 지나도 재결이 없는 때
2. 처분의 집행 또는 절차의 속행으로 생길 중대한 손해를 예방하여야 할 긴급한 필요가 있는 때
3. 법령의 규정에 의한 행정심판기관이 의결 또는 재결을 하지 못할 사유가 있는 때
4. 그 밖의 정당한 사유가 있는 때

③ 제1항 단서의 경우에 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 때에는 행정심판을 제기함이 없이 취소소송을 제기할 수 있다.

1. 동종사건에 관하여 이미 행정심판의 기각재결이 있는 때
2. 서로 내용상 관련되는 처분 또는 같은 목적을 위하여 단계적으로 진행되는 처분 중 어느 하나가 이미 행정심판의 재결을 거친 때
3. 행정청이 사실심의 변론종결 후 소송의 대상인 처분을 변경하여 당해 변경된 처분에 관하여 소를 제기하는 때
4. 처분을 행한 행정청이 행정심판을 거칠 필요가 없다고 잘못 알린 때

**제19조(취소소송의 대상)** 취소소송은 처분 등을 대상으로 한다. 다만, 재결취소소송의 경우에는 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한한다.

## ■ [1문] 사례 (50점)

### I. 설문 (1) (20점)

#### 1. 쟁점

A경찰서장이 관할 징계위원회에 징계 의결을 요구하지 아니한 것이 위법한지와 관련하여 국가공무원법령상 징계를 요구할 의무가 있는지를 검토하여야 하는바, 이는 징계 요구가 기속행위인지의 문제이다.

#### 2. 기속행위와 재량행위의 개념

기속행위란 법률이 어떠한 요건 하에서 어떠한 행위를 할 것인가에 대하여 일의적으로 규정하고 있어서 행정청이 그 법률을 기계적으로 집행하는 행위를 말한다. 재량행위란 법률이 행정청에게 행위의 여부나 그 내용의 선택가능성을 부여하고 있는 행위를 말한다. 당해 행위를 할 것인가 말 것인가의 여부에 대한 재량(결정재량)과 법적으로 허용된 여러 행위 중에서 어떠한 내용의 행위를 할 것인지 여부에 대한 재량(선택재량)이 포함된다.

#### 3. 구별 실익

##### (1) 사법심사의 방식

기속행위의 경우 법원은 전면적으로 심사하나 재량행위의 경우에는 제한적으로 심사하게 된다. 따라서 전자의 경우 법원은 일정한 결론을 도출한 후 그 결론에 비추어 적법 여부를 독자의 입장에서 심사하나, 후자의 경우 법원은 독자의 결론을 도출함이 없이 재량권의 일탈·남용 여부만을 심사한다.

##### (2) 공권의 성립

기속행위의 경우에 행정청은 법이 정한 일정한 요건이 충족되어 있을 때 법이 정한 효과로서의 일정한 행정행위를 할 의무를 부담하므로 사익보호성이 존재한다면 상대방에게는 공권이 성립한다. 과거에는 기속행위의 경우에만 공권이 성립하였으나, 오늘날에는 재량행위의 경우에도 재량권의 일탈·남용이 없는 적법한 처분의무가 요구되므로(행정기본법 제21조, 행정소송법 제27조), 적법한 재량권 행사를 요구하는 무하자재량행사청구권이 인정되거나 예외적으로 재량이 0으로 수축되는 경우에는 행정개입청구권이 인정된다.

##### (3) 부관의 허용

법률의 근거가 없는 경우에 부관을 붙일 수 있는지에 관하여, 전통적인 견해와 판례는 기속행위에는 부관을 붙일 수 없고 재량행위에 대해서만 부관을 붙일 수 있다고 보았으며, 행정기본법은 전통적인 견해와 판례의 태도를 입법화하였다.

#### 4. 구별 기준

##### (1) 문제점

기속행위인지 재량행위인지 법률에서 구별을 명확히 규정하고 있지 않은 경우에 그 구별기준이 문제된다.

##### (2) 학설

###### ① 요건재량설

행정법규가 행정행위의 요건을 일의적으로 규정하고 있는 경우에는 기속행위로 보고, 요건규정이 공백이거나 중국목적만을 규정하고 있는 경우에는 재량행위로 본다.

② 효과재량설

행정법규의 효과부분에 규정되어 있는 행정행위가 개인의 권리나 자유를 침해·제한하거나 의무를 부과하는 침익적 행정행위이면 기속행위로, 개인에게 권리를 설정해주거나 이익을 제공하는 수익적 행정행위이면 재량행위로 본다.

③ 종합설

행정청의 처분은 근거법률에 의거한 것임을 고려할 때, 당해 처분에 있어서 행정청에 재량권이 인정되는지 여부는 근거법규정의 문언상의 표현을 우선 고려하고, 문언상 표현이 불분명하면 법령의 취지와 목적, 당해 행위의 성질 및 헌법상의 기본권과의 관련성 등을 고려하여 합리적으로 판단하여야 한다는 견해이다.

(3) 판례

당해 행위의 근거법규의 체제·형식과 그 문언, 당해 행위가 속하는 행정분야의 주된 목적과 특성, 당해 행위의 성질과 유형 등을 모두 고려하여 그 사안에 따라 개별적으로 판단하여야 한다는 입장이다.

(4) 검토

법 규정을 중심으로 제반사정을 모두 고려하여 판단하는 종합설이 타당하다.

5. 징계 요구가 기속행위인지 여부

국가공무원법 제78조 제1항에서 공무원이 징계사유에 해당하는 경우에는 “...징계의결을 요구하여야 하고...” 라고 규정하고 있고, 경찰공무원 징계령 제9조 제1항도 경찰기관의 장은 소속경찰공무원이 징계사유가 있다고 인정될 때에는 “지체 없이 관할 징계위원회를 구성하여 징계등 의결을 요구하여야 한다.” 라고 규정하고 있는 점을 종합해 보면, 경찰기관의 장은 소속 경찰 공무원의 구체적인 행위가 징계사유에 해당하는지 여부에 관하여 판단할 재량은 있지만, 징계사유에 해당하는 것이 명백한 경우에는 징계위원회에 징계를 요구할 의무가 있다고 보아야 하므로 기속행위로 보는 것이 타당하다.

6. 결론

A경찰서장의 징계 요구는 기속행위이므로 A경찰서장이 관할 징계위원회에 징계 의결을 요구하지 아니한 것은 국가공무원법 제78조 제1항 및 경찰공무원 징계령 제9조 제1항에 위배되어 위법하다.

## II. 설문(2) (10점) [전국모의고사 1회 사례(1)]

### 1. 쟁점

필요적 전치주의가 적용되는 경우에는 행정심판을 거칠 것이 소송요건이므로, 반드시 소청심사절차를 거쳐야 한다. 따라서 甲에 대한 징계처분에 대하여 필요적 전치주의가 적용되는지를 검토한다.

### 2. 필요적 전치주의 적용 여부

① 행정소송법 제18조 제1항 본문은 임의적 행정심판전치주의를 원칙으로 하고 있으며, ② 동법 제18조 제1항 단서는 다른 법률에 규정이 있는 경우에는 예외적으로 필요적 전치주의에 의하도록 하고 있다. ③ 그런데 국가공무원법 제16조 제1항은 “행정소송은 소청심사위원회의 심사·결정을 거치지 아니하면 제기할 수 없다.” 라고 규정하고 있다. ④ 따라서 사안의 처분은 필요적 전치주의가 적용되는 경우에 해당하므로, 예외 사유가 없는 한 필요적으로 행정심판을 거쳐야만 한다.

### 3. 필요적 전치주의 적용에 대한 예외

① 행정소송법 제18조 제2항과 제3항은 필요적 전치주의가 적용되는 경우라도 이를 강행하는 것이 국민의 권익을 침해하는 결과를 가져오는 것을 방지하기 위해서 예외규정을 두고 있다. ② 사안에서는 행정심판을 거치지 않아도 될 특별한 예외 사유를 찾을 수 없으므로 필요적 전치주의가 적용된다.

### 4. 결론

甲이 자신의 징계처분을 대상으로 취소소송을 제기하려고 할 때, 반드시 소청심사절차를 거쳐야 한다.

Ⅲ. 설문 (3) (20점) [전국모의고사 2회 사례(3), 진도별 모의고사 5회 사례(3)]

1. 쟁점

소청심사위원회의 변경재결이 있는 경우, 감봉 3월로 ‘변경된 원처분’ 과 감봉 3월로 변경한 ‘변경재결’ 중 무엇이 소의 대상인지가 문제된다. 또 제소기간의 기산점도 문제된다. 소의 대상에 따라 제소기간의 기산점도 결정되는바 먼저 원처분주의와 재결주의 논의를 검토하여 소의 대상을 결정하여야 한다.

2. 원처분주의와 재결주의

(1) 의의

원처분과 재결 모두 소송의 대상으로 허용할 경우 판결의 모순·저촉이나 소송경제에 반하는 문제가 발생하므로 소송의 대상을 제한하여야 한다.

(2) 원처분주의

원처분과 재결에 대하여 다 같이 제소할 수 있으나, 원처분의 위법은 원처분에 대한 취소소송에서 주장할 수 있고, 재결에 대한 취소소송에서는 재결의 고유한 하자만을 주장할 수 있도록 하는 제도를 말한다.

(3) 재결주의

원처분에 대해서는 제소가 허용되지 않고 재결에 대해서만 제소를 할 수 있지만, 재결에 대한 취소소송에서 재결의 위법뿐만 아니라 원처분의 위법도 함께 주장할 수 있도록 하는 제도를 말한다.

(4) 행정소송법의 규정

행정소송법 제19조는 원처분과 아울러 재결에 대하여도 취소소송을 제기할 수 있도록 하면서 재결에 대한 소송은 원처분의 위법을 이유로 할 수 없고 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한하도록 하여 원처분주의를 채택하고 있다.

(5) 재결 자체의 고유한 위법

재결자체의 고유한 위법이란 원처분에는 없고 재결에만 있는 주체·절차·형식·내용상의 위법을 의미한다.

3. 변경재결이 있는 경우 취소소송의 대상

(1) 학설

① 변경재결이 있더라도 원처분은 소멸하지 않고 남아 있으므로 원처분주의에 따라 변경된 원처분이 소송의 대상이라는 견해와 ② 변경재결은 원처분을 소멸시키고 대체하는 처분이므로 변경재결이 소송의 대상이라는 견해가 대립한다.

(2) 판례

“감봉 1월의 징계처분을 견책으로 변경한 소청결정이 재량권의 남용 또는 일탈로서 위법하다는 주장은 소청결정 자체에 고유한 위법을 주장하는 것으로 볼 수 없다.” 고 판시하여 변경된 원처분이 소송의 대상이라는 입장이다.

(3) 검토

변경재결은 원처분을 감경한 것에 불과할 뿐 원처분을 소멸시키는 것으로는 볼 수 없다. 그리고 재결 자체에 고유한 위법이 있다고 볼 수 없으므로 원처분주의에 따라 변경된 원처분이 소송의 대상이라는 견해가 타당하다.

(4) 사안의 경우

甲은 감봉 3월로 변경된 원처분을 대상으로 취소소송을 제기하여야 한다.

#### 4. 제소기간

취소소송은 처분등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다. 다만, 행정심판청구가 있는 때의 기간은 재결서의 정보를 송달받은 날부터 기산한다(행정소송법 제20조 제1항). 사안의 취소소송의 대상은 3월의 감봉처분으로 변경된 원 처분인데, 행정심판인 소청심사를 거쳤으므로 동법 제20조 제1항 단서가 적용되어 재결서 정보를 송달받은 날인 2022. 12. 29.부터 90일 이내에 취소소송을 제기하여야 한다.

#### 5. 결론

甲은 감봉 3월로 변경된 원처분을 대상으로 2022. 12. 29.부터 90일 이내에 취소소송을 제기하여야 한다.