

건축법상 사용승인처분에 관련한 형사판결에 대한 고찰

- 제주지방법원 2017고단2813 판결을 중심으로 -

A Study on the Criminal judgment by the Building Act
Relations of the Approval for the use of buildings
article 22 of the Building Acts
: Focused on Jeju District Court 2017고단2813

이 지 원*
Lee, Jiwon

목 차

- I. 서론(序論)
 - 1. 판결의 개요
 - 2. 판결의 쟁점
- II. 본론(本論)
 - 1. 건축법상 사용승인처분의 법적성질
 - 2. 공무원의 직무상 발견한 범죄에 대한 고발의 법적성격
 - 3. 위계에 의한 공무집행방해죄의 성립요건
 - 4. 대상판결의 검토
- III. 결론(結論)

국문초록

건축법 제22조가 규정하는 【건축물의 사용승인】 처분의 법적성질과 관련하여

논문접수일 : 2019. 04. 03.

심사완료일 : 2019. 05. 03.

게재확정일 : 2019. 05. 09.

* 서귀포시청, 변호사

여 학계의 명확한 입장은 찾아보기 어렵다. 다만 건축법을 직접 적용하는 행정 실무에서는 건축법령 전체의 입장에서 건축법 제11조에 따른 건축허가 당시 허가된 건축허가도면대로 시공이 되었는가를 확인하는 절차로 인식한다. 그렇기 때문에 건축허가 당시 발견되지 않은 하자를 사용승인시점에서 발견한 경우 그 처리는 건축허가도면과 사용승인처분의 일치 여부를 위하여 건축허가의 일부취소와 함께 보완명령을 통해 건축허가내용을 보완하고 이에 따라 사용승인처분을 하는 방식으로 해결한다. 이런 건축행정 실무는 대법원의 ‘건물에 대한 사용승인 처분은 건축허가를 받아 건축된 건물이 건축허가사항대로 건축행정목적에 적합한가의 여부를 확인하고 사용승인서를 교부하여 줌으로써 허가받은 자로 하여금 건축한 건물을 사용·수익할 수 있게 하는 법률효과를 발생시키는 것에 불과하다’고 한 입장¹⁾에 충실한 것이다. 사용승인처분의 취소와 관련한 최근의 경향은 사용승인처분의 취소는 건축허가의 취소와 마찬가지로 할 만한 사유를 필요로 한다고 하면서 공익과 사익의 비교형량까지도 요구하여 재량행위로서의 측면을 강조한 듯 하지만 건축허가의 취소에 가까운 요건을 요구한 점에서 역시 그 취소는 아주 신중해야 할 것으로 보인다.

소개할 판례는 제주지방법원 2019. 1. 21. 선고 2017고단2813 판결로 피고인들은 건축관계자 등인데 건축허가 받은 건축물에 대한 사용승인신청을 하면서 거짓 문서를 제출한 것과 관련하여 행정청의 사용승인 처분의 법적성질에 비추어 피고인들에 대한 형법 제137조의 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립할 수 없다고 판시하였다. 그런데 이러한 견해는 건축행정실무에 있어서 사용승인 처분을 할 때 발생하는 건축법상 하자를 건축공무원이 어떻게 보완요구하고 어떻게 해결해야 할 것인가에 대한 진지한 의문을 남긴다.

그리고 더 나아가 사용승인담당 공무원으로 하여금 사용승인처분에 있어서 건축도면과 준공내용이 일치하는가 여부에서 더 나아가 건축자재가 허가사항에 진실하게 부합하는가 여부까지 조사하도록 한 것이다. 이는 위계에 의한 공무집행방해죄에서 행정청의 심사범위에 관한 다수의 선례에 치우친 판단으로 이 사안에서 공무원이 실제로는 자신의 심사범위를 초과하여 검토하였다는 점을 감

1) 대법원 2001. 9. 18. 선고 99두11752 판결

안하면 결과가 아쉽다. 그 결과 형사법의 입장에서 피고인의 권리에 집착한 나머지 건축법규가 달성하고자 하는 공익적 측면은 외면하여 피고인으로 하여금 적극적 기망행위에 대한 면죄부를 준 것이라는 문제점이 있다.

주제어 : 건축법, 건축허가, 사용승인, 재량행위, 기속행위, 기망행위, 공무집행 방해죄

1. 서론(序論)

1. 판결의 개요

가. 사실관계

피고인 갑은 건축설계사로서 건축주로부터 건축물관련 민원업무를 포괄하여 위임받은 사람이고 피고인 을은 위 건축물 공사현장 현장소장이다. 이 사건 건물은 방화지구 내에 위치해 있어서 방화유리로 시공하여야 함에도 피고인 갑은 이를 인지하지 못한 채 일반유리로 설계도면을 작성하여 2016. 2. 17. 건축주를 대리하여 관할시청에 건축허가 신청서를 접수하였고 같은 해 3. 21. 관할시청으로 부터 건축허가처분을 받았다.

그 후 2017. 1. 19. 피고인 갑은 건축물에 대한 사용승인신청을 관할시청에 하였고 2017. 1. 24. 관할시청으로 부터 사용승인검사의 대행을 위임받은 건축사 A는 이 사건 건물을 실사한 후 “건축법 등 관계법령에 위반된 사항이 없다.”는 내용으로 사용승인 조사서를 작성하여 관할시에 제출하였다.

이후 관할시 건축과 담당공무원은 사용승인처분을 위한 서류를 확인하다가 이 사건 건물은 방화유리로 시공되어야 한다는 점을 확인하고 피고인 갑에게 방화유리 시공사실을 확인사실을 확인할 수 있는 자료가 누락되었으니 이 자료를 보완해달라고 요청하였다. 이후 피고인 갑과 을은 방화유리납품확인서를 허위로 만들어 이를 관할시청에 제출하자 관할시청은 이를 수리하고 2017. 2. 7. 사용승인처분을 하였다.

나. 소송경과

1심을 맡은 관할지방법원은 피고인들의 위계에 의한 공무집행방해죄에 대하여 무죄를 선고하였고(2019. 1. 21.) 이에 검사가 항소하여 제2심 광주고등법원에 계류 중에 있다.

다. 판결요지

피고인들이 허위의 서류를 만들어 사용승인을 신청하였다도 담당공무원이 방화유리시공여부를 충분히 심사하지 않고 제출된 자료만으로 사용승인을 결정하였으므로 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고 보기 어렵다.

2. 판결의 쟁점

이 판결은 건축법 제22조가 정하는 사용 승인 처분시 행정청의 심사범위가 문제되며 부수적으로 건축허가 처분시 발견하지 못한 하자를 이후 발견한 경우 사용승인 처분의 효력이 문제된다. 그리고 이들 행정행위의 연장선에서 공무원의 고발의무와 형법 제137조가 정하는 위계에 의한 공무집행방해죄의 구성요건이 문제된다.

II. 본론(本論)

1. 건축법상 사용승인처분의 법적성질

가. 의의

건축주가 건축법상 건축허가·건축신고를 받아 건축공사를 완료한 경우 이를 사용하기 위해서는 법에 따라 공사감리자가 작성한 감리완료보고서와 공사완료

도서를 첨부하여 허가권자에게 사용승인을 신청하여야 한다(건축법 제22조 제1항). 그러면 허가권자는 신청 받은 내용을 검토하여 ‘건축법에 따라 허가 또는 신고한 설계도서대로 시공되었는지 여부’와 ‘감리완료보고서, 공사완료도서 등의 서류 및 도서가 적합하게 작성되었는지의 여부’를 확인하여 건축물의 사용에 대한 승인을 결정 하는데 이를 건축법상의 사용승인처분이라 한다(건축법 제22조 제2항).

나. 법적성격

(1) 학설의 대립

(가) 기속행위설

현행 건축법 규정상 법문에는 행정청의 사용승인행위가 중요한 의미를 갖는 것처럼 규정되어 있다고 하더라도 이러한 행정청의 승인행위는 행정법상 준법률 행정행위에 해당한다고 하며 준공검사라는 단순한 확인행위에서 사용승인행위로 개정된 1995년 건축법 개정전과 비교하여 행정청의 권한이 더 강화된 것이라고 볼 수는 없어 결국 행정청으로서는 건축물이 건축허가대로 건축되고 감리완료보고서나 사용검사필증을 확보하는 한 거부할 수 없는 기속행위라고 해석하여야한다는 견해가 있다²⁾.

(나) 재량행위설

감리완료보고서나 사용검사의 성질을 확인행위라고 보면서도, “사용승인은 행정청은 확인적 행위를 하는데 그치는 것이 아니라 일정한 행정행위를 승인으로서 새롭게 하게 되므로 건축허가의 하자 사유가 현존하는 한 그 승인도 거부할 수 있다”라고 하는 견해이다³⁾.

(2) 판례의 입장

2) 백윤기, 행정소송에 있어 건축주와 인근주민의 이익의 충돌과 그 조화, 행정판례연구 제7권, 박영사 2002, 15쪽.

3) 김종보, 건축허가에 존재하는 재량문제, 행정법연구 1998년 하반기, 334쪽.

대법원은 ‘건물에 대한 사용승인의 처분은 건축허가를 받아 건축된 건물이 건축허가사항대로 건축행정목적에 적합한가의 여부를 확인하고 사용승인서를 교부하여 줌으로써 허가받은 자로 하여금 건축한 건물을 사용·수익할 수 있게 하는 법률효과를 발생시키는 것에 불과하다.’⁴⁾고 하여 기속행위설과 같은 입장으로 인식되기도 하였다. 이에 따라 하급심 법원들 역시 ‘건물에 대한 사용승인의 처분은 건축허가를 받아 건축된 건물이 건축허가사항대로 건축행정목적에 적합한가의 여부를 확인하고 사용승인서를 교부하여 줌으로써 허가받은 자로 하여금 건축한 건물을 사용·수익할 수 있게 하는 법률효과를 발생시키는 것에 불과하여 기속행위에 해당한다고 보아야 하므로 사용승인 또는 그 거부가 재량행위에 해당함을 전제로 이 사건 처분이 재량·일탈 남용한 것이라고 하는 원고들의 주장은 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다’고 하기도 했다.⁵⁾ 하지만 최근 대법원은 ‘건축허가를 받게 되면 그 허가를 기초로 하여 일정한 사실관계와 법률관계를 형성하게 되므로, 수허가자가 입게 될 불이익과 건축행정상의 공익 및 제3자의 이익과 허가조건 위반의 정도를 비교·교량 하여 개인적 이익을 희생시켜도 부득이하다고 인정되는 경우가 아니면 함부로 그 허가를 취소할 수 없는바, 건축주가 건축허가 내용대로 완공하였으나 건축허가 자체에 하자가 있어서 위법한 건축물이라는 이유로 허가관청이 사용승인을 거부하려면 건축허가의 취소에 있어서와 같은 조리상의 제약이 따르고, 만약 당해 건축허가를 취소할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우라면 그 사용승인도 거부할 수 없다.’고 하면서 사용승인거부로 인한 사익의 침해와 이로 인하여 달성되는 공익을 비교·교량 하여 사용승인거부처분이 위법하다고 판시하였다.⁶⁾

(3) 소결

사용승인처분을 규정한 건축법 제22조의 문구에 따르면 ‘건축법에 따라 허가 또는 신고한 설계도서대로 시공 되었는가’ 여부와 ‘감리완료보고서, 공사완료도서 등이 적합하게 작성 되었는가’ 여부만을 검토하여 사용승인처분을 하도록 하

4) 대법원 2001. 9. 18. 선고 99두 11752 판결

5) 서울고등법원 2008. 9. 9. 선고 2008누9517 판결

6) 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008두18052 판결

고 있어 그 법적성격은 일응 기속행위로 보이기도 한다. 그리고 현행법상 건축주가 사용승인신청을 하면 행정청이 이를 수리하는 형식으로 되어 있어 행위자의 효과의사의 유무 내지 행정행위의 법적 효과의 발생 원인에 따른 행정행위의 법적성격으로 준법률적 행정행위로 볼 수도 있다. 하지만 오늘날에는 법률에 의한 행정의 원리가 기본원리로 되어 행정권 행사의 법적효과는 어느 경우에도 기본적으로 법에 의해 인정되는 점에서 법률행위적 행정행위와 준법률 행위적 행정행위의 구별을 부정하는 견해가 유력해지고 있는 점⁷⁾을 고려하면 건축법 제22조가 정하는 행정청의 확인행위가 준법률적 행정행위임을 근거로 사용승인처분이 기속행위라고 주장하는 것은 맞지 않다.

오히려 사용승인처분을 기속행위라고 단정했던 위 고등법원판결이 언급한 바와 같이 ‘사용승인여부를 결정할 때, 당해 건축물이 건축허가내용대로 건축되었는지 여부뿐만 아니라 건축법규에 적합한지 여부도 검사하여야 할 것’ 이므로 사용승인처분은 재량행위라고 하여야 할 것이다. 따라서 사용승인거부로 인한 사익의 침해와 이로 인하여 달성되는 공익을 비교·형량 하여 사용승인거부처분의 위법여부를 판시하는 대법원의 견해는 타당하다 할 것이다.

다. 행정청의 건축물 사용승인처분을 위한 심사

(1) 사용승인처분 요건

(가) 건축법의 규정

건축법 제22조는 제2항 제1호로 ‘건축법에 따라 허가 또는 신고한 설계도서대로 시공되었는지 여부’를, 제2호로 감리완료보고서, 공사완료도서 등의 서류 및 도서가 적합하게 작성되었는지의 여부를 확인하도록 하고 있다.

(나) 판례의 입장

‘사용승인여부를 결정할 때, 당해 건축물이 건축허가내용대로 건축되었는지 여부뿐만 아니라 건축법규에 적합한지 여부도 검사하여야 할 것’이라고 하여 건

7) 박균성, 행정법강의 제15판, 박영사 2018, 192쪽.

축법규 전체에 위배됨이 없어야 한다고 하고 있다.⁸⁾

(다) 소결

건물에 대한 사용승인의 처분은 건축허가를 받아 건축된 건물이 건축허가 사항대로 건축행정 목적에 적합한가의 여부를 확인하고 사용승인서를 교부하여 줌으로써 허가받은 자로 하여금 건축한 건물을 사용·수익할 수 있게 하는 법률 효과를 발생시키는 것이지만, 건축법규에 위반되는 건축물임에도 사용승인서를 교부하여 이를 사용·수익할 수 있게 하는 것은 모순이라는 점에 비추어 사용승인 여부를 결정할 때 당해 건축물이 건축허가내용대로 건축되었는지 여부뿐만 아니라 건축법규에 적합한지 여부도 심사하여야 한다고 할 것이다.

(2) 사용승인처분에 있어서 행정청의 심사 범위

(가) 문제의 소재

사용승인처분의 법적성격이 재량행위라고 할 경우 기속행위인 경우 보다 그 심사범위가 더 넓어지는데 그렇다면 사용승인처분 요건을 충족하였는지 여부의 심사를 위한 행정청의 확인의 범위가 어디까지인지 문제된다.

(나) 「민원처리에 관한 법률」에 의한 심사의 제한

「민원처리에 관한 법률」은 민원을 접수·처리할 때에 민원인에게 관계법령 등에서 정한 구비서류 외의 서류를 추가로 요구하여서는 안 된다고 규정하고 있다(「민원처리에 관한 법률」제 10조 제1항).

(다) 법치행정원리에 의한 심사의 제한

건축법 제22조가 규정하는 사용승인처분은 건축주의 신청을 전제로 하는데, 이 경우 행정청의 대사인적 행정행위에 있어서 기본이 되는 법규인 「민원처리에 관한 법률」의 적용을 받는다. 이 법에서는 사인(私人)이 행정청에 대하여 처분 등 특정한 행위를 요구하는 것을 ‘민원’이라고 정의하며(「민원처리에 관한

8) 위 서울고등법원 2008누9517 판결, 위 대법원 2008두18052 판결.

법률」 제2조 제1호), 법령이 정한 일정요건에 따라 승인을 요청하는 경우를 ‘법정민원’이라 정의하므로(「민원처리에 관한 법률」 제2조 제1호 가.목의1)) 건축주가 건축법규에 따라 사용승인처분을 신청하는 것은 법정민원에 해당한다.

그렇다면 행정청으로서의 사용승인처분의 신청에 대한 심사를 함에 있어서 「민원처리에 관한 법률」 제10조 제1항에 의하여 건축법 제22조가 정하는 구비서류인 감리완료보고서와 공사완료도서를 첨부한 신청서 외의 서류를 추가로 요구하는 것은 위법한 행정행위가 되는 것이다. 물론 행정청의 재량심사를 위하여 건축법규에 적합한 여부의 확인 차원에서 서류제출을 요구할 수 있겠으나 그 자체가 명확한 법령의 근거 없이 단지 행정청의 재량에 기한 공익판단 심사⁹⁾에 있어 필요하다는 목적을 위하여 민원인에 대한 의무를 부담시키는 행위가 되는 것이므로 헌법 제37조 제2항의 취지와 법치행정원리¹⁰⁾에 비추어 한정적으로 인정되어야 할 것이다.

(3) 사용승인처분시점에서 건축허가당시 존재한 하자가 발견된 경우

(가) 문제의 소재

건축허가 당시부터 존재한 하자를 인지하지 못한 행정청이 그 허가신청 내용대로 건축법 제11조에 따른 건축허가처분을 하였다가 이러한 하자가 사용승인 신청에 따른 심사 시에 비로소 발견되는 경우 그 하자의 처리가 문제된다. 이는 사용승인처분이 이루어졌다고 하더라도 그 사정만으로 건축물에 있는 하자나 건축법 등 관계 법령에 위반되는 사실이 정당화되지 않는 점¹¹⁾에서 건축법 제22조의 해석과 관련하여 사용승인처분의 법적성격을 기속행위로 보더라도 발생 하는 문제이다.

9) 행정행위를 기속행위와 재량행위로 구분하는 경우 양자에 대한 사법심사는, 전자의 경우 그 법규에 대한 원칙적인 기속성으로 인하여 법원이 사실인정과 관련 법규의 해석·적용을 통하여 일정한 결론을 도출한 후 그 결론에 비추어 행정청이 한 판단의 적법 여부를 독자의 입장에서 판정하는 방식에 의하게 되나, 후자의 경우 행정청의 재량에 기한 공익판단의 여지를 감안하여 법원은 독자의 결론을 도출함이 없이 당해 행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만을 심사하게 되고, 이러한 재량권의 일탈·남용 여부에 대한 심사는 사실오인, 비례·평등의 원칙 위배 등을 그 판단 대상으로 한다. 대법원 2005. 7. 14. 선고 2004두 6181판결.

10) 대법원 2010. 11. 18 선고 2008두167 전원합의체 판결.

11) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2011두30465 판결

(나) 법원의 입장

이에 대하여 법원은 건축주가 건축허가 내용대로 건축을 한 경우 건축허가 자체에 하자가 있어 위법한 건축물이라는 이유로 허가관청이 사용검사를 거부하려면 건축허가의 취소에 있어서와 같은 조리상의 제약, 즉 사용검사의 거부로 인하여 건축주가 입게 될 불이익과 건축행정상의 공익 및 제3자의 이익 등을 비교 교량 하여 건축주의 개인적 이익을 희생시키는 것이 부득이하다고 인정되는 경우가 아니면 안 된다고 한다.¹²⁾

(다) 건축행정실무에서의 해결방법

이에 대하여 건축실무에서는 「행정절차법」 제17조 제5항, 「민원처리에 관한 법률」 제22조에 근거한 보완요구의 방법을 선택하고 있는 것이 보통이다. 문제되고 있는 제주지방법원 2017고단2813판결에서도 보완요구의 방법을 선택하였다. 이 보완요구를 분석해보면 사실 행정청의 종전 건축허가에 대한 과실을 스스로 인정하는 일부직권취소의 성질을 갖으면서 그 취소된 부분에 대한 보완을 요구하는 법적성격을 갖는 것이다. 이렇게 해석하지 않는다면 이미 완성된 행정행위에 대하여 보완을 요구하는 것이 되어 그 자체가 모순이며 이 보완요구를 따르지 않는다고 하여 제재하는 행위도 모순이 될 것이기 때문이다.

(라) 소결

사용승인 여부를 결정할 때에는 당해 건축물이 건축허가 내용대로 건축되었는지 여부뿐만 아니라 건축법규에 적합한지 여부도 검사하여야하므로 건축허가 시점에 존재한 하자를 사용승인시점에 발견한 경우 이를 치유하기 위한 행정행위를 당연히 해야 할 것이다. 위법한 행정행위를 행정이 스스로 작출 하는 것은 행정법치주의에 모순되기 때문이다. 다만 그 하자가 건축허가를 직권취소할 만한 사유에 해당하는 경우 비로소 사용승인을 거부할 수 있다 할 것이다¹³⁾.

대상판결의 경우도 방화유리 납품사실을 확인할 수 있는 자료의 제출을 요구하여 보완명령을 함으로써 종전 건축허가시 제출된 도면에서 유리와 관련한

12) 대법원 1996. 9. 10. 선고 96누1399판결

13) 위 2011두 30465 판결.

부분은 일부직권취소를 하고 방화유리로 설계 및 시공하는 것을 보완 명령한 것이다.

2. 공무원의 직무상 발견한 범죄에 대한 고발의 법적성격

가. 문제의 소재

대부분의 행정법규는 별칙규정을 두고 있어 행정법령에 위반되는 행위가 형법(「형법」제41조)의 적용대상이 되는 경우가 적지 않다. 즉 행정법규인 건축법에 위배되는 행위를 한 사인(私人)에 대한 제재규정으로 행정제재 외에도 건축법은 제106조 이하에서 별칙규정을 두고 있다. 이러한 별칙규정은 적용은 수사기관에 의하여 이루어지는 것이고 이와 관련하여 공무원이 직무를 수행함에 있어 범죄행위를 발견한 경우 고발을 하도록 의무규정을 두고 있다. 따라서 공무원은 직무를 수행함에 있어 범죄행위 즉, 행정법규 뿐 아니라 일반 형법에 의한 것을 포함하여 범죄행위를 발견한 경우 그 고발의무가 있어(「형사소송법」제234조 제2항) 그 고발의무의 성격이 문제된다.

나. 판례의 입장

이에 대하여 법원은 ‘형사소송법 234조 2항의 "공무원이 그 직무를 행함에 있어 범죄가 있다고 사료하는 때에는 고발하여야 한다"는 규정이 있으나 공무원이 그 직무수행중 범죄를 인지하였다고 하더라도 가벌성이 없다고 인정되거나 기타 사정으로 고발하지 아니함이 상당하다고 인정되는 경우에는 재량에 따라서 고발하지 아니할 수 있다고 할 것이므로 수도권사업소 직원인 피고인이 당국의 부정수도시설에 대한 양성화방침에 따라서 부정수도공사 사실을 인지하고도 양성화 신고를 하여 부정시설을 합법화시키기로 생각하고 고발하지 않았다면 직무유기가 되지 아니한다.’고 하여 재량행위로 판단하고 있다¹⁴⁾.

14) 서울고등법원 1970. 9. 3. 선고 69노558 판결

다. 소결

직무수행과 관련하여 발견한 모든 범죄행위에 대하여 고발의무를 부과한다면 행정청 공무원으로 하여금 관련 행정법규 위반 외에 일반 형법에 대한 지식까지 요구하여 지나친 의무를 부담하는 것이 될 것인 점에서 이를 재량행위로 보는 것이 타당하다. 그리고 재량판단에 따라 고발을 하는 경우라고 하더라도 이러한 고발조치는 「행정절차법」 제2조 제2호가 정하는 행정청이 행하는 처분이라고 할 수는 없는 점에서 「행정절차법」 제21조에 의한 사전통지의 대상은 아니라 할 것이다.

3. 위계에 의한 공무집행방해죄의 성립요건

가. 의의

(1) 정의

위계에 의한 공무집행방해죄는 위계에 의하여 공무원의 직무집행을 방해함으로써 성립하는 범죄로 우리 형법 제137조가 규정하고 있다.

(2) 구별개념

위계에 의한 공무집행방해죄는 수단이 폭행·협박이 아니라 위계이며, 그 대상도 현재 직무를 집행하는 공무원에 제한되지 않는다는 점에서 공무집행방해죄와 구별되는 독립변형 구성요건이다.

(3) 법적성격

통설은 추상적 위험범으로 보는 반면에 소수설은 구체적 위험범으로 보거나 침해범으로 보고 있다. 구체적 위험범으로 보는 견해는 방해가 현실적일 필요는 없지만 구체적 위험은 있어야 한다고 한다.¹⁵⁾ 침해범설의 경우 공무원의 직무

15) 배종대, 형법각론 제6전정판, 홍문사 2006, 846쪽.

집행의 방해의 결과가 현실적으로 발생하여야 한다고 한다¹⁶⁾.

통설의 견해인 추상적 위험범설은 위계에 의한 공무집행방해죄와 공무집행방해죄의 성격을 달리 볼 필요가 없는 점에서 직무집행을 방해의 결과는 필요하지 않고 방해 할 위험이 있음으로써 성립하는 것이라고 한다¹⁷⁾.

대법원의 경우 공무집행방해의 현실적 결과가 발생한 때에 기수가 되는 것이라고 하여 침해범설을 따르고 있다. 즉, ‘위계에 의한 공무집행방해죄에 있어서 위계라 함은 행위자의 행위목적은 이루기 위하여 상대방에게 오인, 착각, 부지를 일으키게 하여 그 오인, 착각, 부지를 이용하는 것을 말하는 것으로 상대방이 이에 따라 그릇된 행위나 처분을 하여야만 이 죄가 성립하는 것이고, 만약 범죄행위가 구체적인 공무집행을 저지하거나 현실적으로 곤란하게 하는데까지는 이르지 아니하고 미수에 그친 경우에는 위계에 의한 공무집행방해죄로 처벌할 수 없다.’고 하고 있다.¹⁸⁾

나. 성립요건

(1) 주체와 객체

주체에는 제한이 없으며 객체는 직무집행중인 공무원 이외에 장래 직무집행이 예상되는 공무원과 직무집행과 관련이 있는 비공무원인 제3자도 포함된다.¹⁹⁾ 대법원도 ‘위계에 의한 공무집행방해죄는 행위목적은 이루기 위하여 상대방에게 오인, 착각, 부지를 일으키게 하여 이를 이용함으로써 법령에 의하여 위임된 공무원의 적법한 직무에 관하여 그릇된 행위나 처분을 하게 하는 경우에 성립하고, 여기에서의 공무원의 직무집행이란 법령의 위임에 따른 공무원의 적법한 직무집행인 이상 공권력의 행사를 내용으로 하는 권력적 작용뿐만 아니라 사경제주체로서의 활동을 비롯한 비권력적 작용도 포함되는 것으로 봄이 상당

16) 오영근, 형법각론 초판, 박영사 2006, 936쪽.

17) 박상기, 형법각론 제7판, 박영사 2008, 204면.; 정영일, 형법각론 개정판, 박영사 2008, 206쪽.; 김일수·서보화, 형법각론 제6판, 박영사 2005, 206쪽.; 이재상, 형법각론 제5판, 박영사 2005, 210쪽.; 김성돈, 형법각론 초판, 성균관대학교 출판부 2008, 208쪽.

18) 대법원 2003. 2. 11. 선고 2002도4293 판결, 대법원 2012. 4. 26. 선고 2011도17125 판결

19) 김일수, 전게서 744쪽.

하다.’고 하고 있다.²⁰⁾

(2) 행위

‘위계’로 공무집행을 ‘방해’하는 것으로 ‘위계’의 의미와 관련하여 대법원은 ‘행정관청이 사실을 충분히 확인하지 아니한 채 출원자가 제출한 허위의 출원 사유나 허위의 소명자료를 첨부하여 제출한 경우 허가관청이 관계 법령이 정한 바에 따라 인·허가 요건의 존부여부에 관하여 나름대로 충분히 심사를 하였으나 출원 사유 및 소명자료가 허위임을 발견하지 못하여 인·허가처분을 하게 되었다면 이는 허가관청의 불충분한 심사가 그의 원인이 된 것이 아니라 출원인의 위계행위가 원인이 된 것이어서 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립된다.’²¹⁾ 고 하여 허가관청이 ‘나름대로 충분한 심사’를 하였는지 여부를 피고인의 ‘위계’가 있었는가 여부를 결정짓는 요소로 보고 있다.

(3) 주관적 구성요건

위계에 의한 공무집행방해죄는 ‘방해’를 객관적 구성요건 요소로 규정하고 있다. 이는 형법 제136조가 규정하는 공무집행방해죄가 ‘직무를 집행하는 공무원에 대하여 폭행 또는 협박’만을 구성요건으로 하는 것과 구별된다. 따라서 형법 제136조의 공무집행방해죄와는 달리 위계로써 공무집행을 방해한다는 인식에 더하여 ‘방해의사’까지 필요로 한다.²²⁾

대법원도 ‘위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하려면 자기의 위계행위로 인하여 공무집행을 방해하려는 의사가 있을 경우에 한한다고 보는 것이 상당하다 할 것이므로, 피고인이 경찰관서에 허구의 범죄를 신고한 까닭은 피고인이 생활에 궁하여 오로지 직장을 구하여 볼 의사로서 허위로 간첩이라고 자수를 한 데 불과하고 한 걸음 더 나아가서 그로 말미암아 공무원의 직무집행을 방해하려는 의사까지 있었던 것이라고는 인정되지 아니한다.’고 하여 ‘방해의사’까지 필요로 하고 있다.²³⁾

20) 대법원 2003. 12. 26. 선고 2001도6349 판결

21) 대법원 2002. 9. 4. 선고 2002도2064판결

22) 김일수·서보학 전거서 867쪽.

4. 대상판결의 검토

가. 문제의 소재

시험 등에 의한 부정행위의 경우 위계에 의한 공무집행방해죄를 비교적 넓게 인정하는 반면 행정관청 등 심사의무가 주된 업무인 인가기관을 상대로 하는 위계에 의한 공무집행방해죄의 성립은 극히 제한적으로 인정하고 있는 것이 지금까지 법원의 입장이지는 하다²⁴⁾. 그 이유는 인·허가 담당 공무원의 충실한 심사를 유도하고 공정증서원본죄와의 형평성을 위한 것으로 판단된다.²⁵⁾

대상판결에서도 법원은 피고인들에게 무죄를 선고한 이유에 대해 ‘공무원들이 심사를 성실히 하였다라면 방화유리납품확인서가 거짓임을 알 수 있었기 때문’이라고 하고 있다. 하지만 대상판결은 행정청과 관련한 위계에 의한 공무집행방해죄의 성립요건과 관련하여 해당 사용승인업무 담당 공무원이 자신의 업무범위를 넘어선 검토를 함으로써 건축허가시점에서 사용승인검사를 대행한 건축사까지도 발견하지 못한 하자를 적극적으로 발견하고 이를 치유하기 위한 과정에서 이루어진 사항이라는 행정행위 개개의 특수성에 대한 고려보다는 기존의 일관된 판례의 입장에서 판단한 점에서 문제가 있다.

나. 방화유리 납품확인과 관련한 특수성

이 사안에 있어 법원은 행정청이 납품확인서의 제출을 요구했음을 이유로 단순히 ‘납품확인서의 진위 여부’ 확인까지도 사용승인처분의 전제조건으로 간주하고 그 진실성의 심사방법은 행정청이 제출된 자료만으로 할 것이 아니라고

23) 대법원 1970. 1. 27 선고 69도2260 판결

24) 황병주, 인·허가 행정관청을 상대로 한 위계에 의한 공무집행방해죄의 성부와 논지의 확장, 형사판례연구13권, 박영사 2005, 5쪽.

25) 공정증서원본불실기재죄(「형법」제228조)의 경우 특히 사회에서 공신력이 있다고 인정되는 공정증서원본·여권 등에 불실의 기재를 하게 하는 허위신고만 처벌하는데 비하여 공신이 요구되지 않는 모든 공무소에 대한 신청 및 그 첨부서류에 내용의 진실성을 요구하는 결과가 되는 것이 또 다른 논거라고 한다. 전제 논문 6쪽.

단순하게 판단하고 있다.

그런데 방화유리의 납품여부는 현장을 방문한다고 하여 확인 가능한 것이 아닌 점에서 이 부분 판단은 아쉽다 할 것이다. 즉 방화유리라고 하여 유리표면에 도장표시를 강제하는 법규가 있는 것이 아니기 때문에²⁶⁾, 물리적인 확인방법은 오로지 화재가 발생하였을 때 얼마간의 내화성능을 갖고 주변건물에 피해를 덜 입히는가 여부뿐인 점에서 행정청은 방화유리납품확인서를 신뢰하는 외에는 달리 판단할 방법이 없다. 이러한 점에서 대상판결은 공무원에게 기대할 수 없는 심사사항까지 기대하여 오히려 건축법규가 추구하는 건축물의 안전과 관련한 공익을 등한시 한 아쉬움이 있다. 만약 법원이 방화유리납품에 있어서의 특수성을 감안하여 행정청이 방화유리납품확인서의 제출을 요구한 시점과 제출된 시점 사이의 기간이 방화유리를 제작하여 시공하기까지 걸리는 시간이 되는지 여부 등을 검토하였다면 행정청의 성실한 심사의무는 물론 형사 법익적 측면도 충족할 수 있었을 것이다.

다. 사용승인 심사에 있어서 개별성 검토의 필요

종래, 대법원 판례에 따르면 허위의 신청사유와 소명자료로 행정청의 인·허가 처분을 받아낸 경우에도 행정청이 사실을 충분히 확인하지 않은 채 신청인이 제출한 사실과 다른 신청사유나 소명자료를 믿고 인·허가를 한 때에는 동 죄가 성립하지 않고, 행정청이 관계법령에 따라 인·허가 요건에 해당하는지 여부를 충분히 심사했으나 신청사유와 소명자료가 거짓임을 발견하지 못하여 인·허가 처분을 한 때에 한하여 동 죄가 성립한다고 판시하고 있다. 예컨대, 수·출입 화물방제업체 운영자가 국립 식물검역소 출장소에 허위의 소독작업결과서가 첨부된 수출식물검사신청서를 제출하여 수출검사합격증명서를 발급받음으로써

26) 복층유리나 강화유리에 있어서는 KS마크를 통하여 확인 가능하지만 방화유리와 관련해서는 시각적으로 확인할 수 있는 방법이 없다. 방화유리와 관련해서는 판유리협회에 의한 단체표준을 통과할 경우 'FR'마크를 새길 수 있지만 이 과정이 방화유리 생산에 있어 의무사항이 아니므로 이 'FR'마크가 없더라도 방화유리로 보고 있다.

위 출장소의 업무집행을 방해한 사안에서, 담당공무원이 신청사유의 사실 여부를 정당하게 조사하지 아니한 채 합격증명서를 발급한 것이라면 공무집행이 방해되었다고 단정할 수 없다.”고 판시한 것이 그것이다²⁷⁾.

반면, 불법체류를 이유로 강제출국 당한 중국 동포가 중국에서 이름과 생년월일을 변경한 호구부를 발급받아 중국 주재 대한민국 총영사관에 제출하여 입국사증을 받은 다음, 다시 입국하여 외국인등록증을 발급받고 귀화허가 신청서까지 제출한 사안에서는 위계에 의한 공무집행방해죄 성립을 인정하고 있다.²⁸⁾

또한, 인천지방법원 2008. 11. 25. 선고 2008고합347 판결 [특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)·사기·건축법위반·조세범처벌법위반·업무방해·위계공무집행방해·배임수재] 사건에서 법원은 “① 피고인2는 위와 같이 2층 불법 증축 부분에 대한 철거가 사실상 불가능하고, 증축허가도 나오지 않아 피고인1과 상의한 후 피고인3에게 이 사건 건물에 대하여 사용승인검사를 받기 전에 감리대행자와 공무원들이 불법증축 부분인 2층 부분을 보지 못하도록 2층으로 연결된 문이나 천장, 엘리베이터를 모두 막고, 도배까지 하여 외부에서 보이지 않도록 지시하였고, 처음에는 전부 합판으로 막았으나 허술하게 보여 위부분은 합판으로 하고 나머지는 블록으로 막아 실제 벽을 철거하지 않고서는 내부 공간을 확인할 수 없도록 하였다고 진술하고 있는 점, ② 감리대행자인 정○○도 이 사건 건물 현장에 갔을 때 설계도면과의 차이는 못 느꼈고, 그날 엘리베이터가 작동되지 않아 옥상부터 내려오면서 세세히 보았지만 불법 증축된 2층 부분을 발견하지 못하였다고 진술하고 있고, 김포시청 공무원으로 이 사건 건물에 대한 사용승인검사를 한 정○○, 박○○ 또한 이 사건 건물에 대하여 불법 증축 부분이 있는지를 확인하기 위하여 현장에 나갔을 때 피고인2로부터 건물 2층 공간에 대하여 모두 막혀져 있는 공간(VOID)이라는 설명을 들었고, 피고인1이 제출한 사용승인신청시 제출하였던 대지 ‘중’, ‘횡’ 단면도(수사기록755

27) 대법원 2010. 10. 28. 선고, 2008도9590 판결

28) 대법원 2011. 4. 28. 선고, 2010도14696 판결

쪽)에도 그 부분이 'VOID' 부분이라고 두 군데에 표시가 되어 있었으며, 징○○, 박○○가 현장을 살펴보아도 2층 부분으로 들어가는 입구가 없고 벽으로 되어 있었고 엘리베이터도 고장이 났다고 하여 엘리베이터를 타지 않았기 때문에 2층 공간이 실제 회의실 등으로 사용되고 있는 줄은 전혀 몰랐다고 진술하고 있는 점, ③ 피고인3 또한 수사기관에서 피고인1로부터 “일단 준공 후에 증축해야 하니 통로를 막아라.”라고 하는 이야기를 듣고 증축 공사가 안 된 것처럼 2층으로 통하는 출입구 2개를 블록으로 막고, 로비에서 2층 복도가 보이는 기역자 공간을 석고보드로 막아 아예 2층이 없는 것처럼 보이도록 하였다고 진술하고 있는 점 등을 종합하여 보면, 피고인1이 위와 같이 피고인2와 공모하여 위계로써 위 정○○의 사용승인감리 업무를 방해하고, 위 공무원들의 사용승인검사 업무와 관련한 정당한 공무집행을 방해하였다고 봄이 상당하다.”라고 판시하고 있다²⁹⁾.

위와 같은 기망에 의한 사용승인처분과 위계에 의한 공무집행방해죄 성립 여부와 관련된 다양한 선례들에 비추어 볼 때 대상판결의 무죄판단은 더욱 아쉽다.

즉, 대상판결의 경우 피고인들이 제출한 <방화유리납품확인서>는 실제 일반 유리에서 방화유리로 교체시공 할 수 있는 기간이었던 점, 행정청으로서 피고인들이 거짓 납품확인서를 제출할 것을 미리 예측해야 하는 것은 아닌 점, 설혹 이를 예측하였다고 하더라도 「형사소송법」 제234조 제2항에 의한 고발 외에 마땅히 행정청으로서 조치할 사항이 없는 점, 사용승인처분을 위한 현장 실사에서도 방화유리인지 여부는 납품확인서를 통하여 확인되는 것이지 현장을 방문하여 시각적으로 확인되는 것이 아닌 점 등을 종합하면 행정청의 심사를 두고 ‘충분히 심사하지 않은 과실이 있다’고 판단할 수 없다 생각된다.

더욱이 이 사안의 경우 방화지구 내의 건축물로서 건축허가 당시부터 방화유리로 건축될 것을 전제로 건축허가처분을 해야 했지만 건축허가 담당공무원이

29) 인천지방법원 2008. 11. 25. 선고 2008고합347 판결

이를 누락한 채 건축허가를 하였고 이러한 건축허가에 존재한 하자가 사용승인 심사단계에서도 이를 대행한 건축사가 발견하지 못하였으나 서류작업을 하던 사용승인담당 공무원에 의하여 비로소 발견된 것이다. 그러므로 이 사안의 사용승인처분 담당 공무원은 보완요구를 통하여³⁰⁾ 건축설계사와 건축허가 담당공무원 그리고 사용승인업무 대행 건축사³¹⁾까지도 모두 간과한 사실을 발견하여 그 보완을 요구한 점에서 사용승인처분 담당 공무원으로서 할 수 있는 모든 주의를 기울여 건축법이 정하는 목적을 달성하고 사용승인심사업무를 하였다고 해야 할 것이다.

라. 피고인들의 적극적 기망행위에 대한 판단의 누락

대상판결을 보면 2016. 3. 21. 건축허가가 이루어진 이후 2016. 12. 28. 행정청이 대한건축사협회 제주특별자치도 건축사회장 앞으로 ‘방화설비를 설치하였음을 확인 할 수 있는 시험성적서·납품확인서 등 관련서류를 반드시 제출할 수 있도록 조치해 달라’고 하였고, 2017. 1. 24. 이러한 납품확인서 없이 사용승인을 신청하자 2017. 1. 25. 행정청은 납품확인서를 요구하였으며, 행정청이 제시한 ‘납품확인서 제출요구’에 대하여 피고인들은 행정청을 기망할 목적으로 허위의 납품확인서를 작성하여 제출한 것이다. 즉 해당 건축물에 방화유리가 시공되지 않은 것은 행정청의 심사에 해태가 있어서가 아니라 피고인들이 적극적인 위계를 저질렀기 때문인 것이다. 하지만 이러한 피고인들의 위법행위에 대하여는 판단을 하지 않음으로써 결과적으로 건축법령과 「건축물의 피난·방화구조

30) 즉, 당초의 건축허가 처분시 일반유리의 설치를 전제로 건축허가한 부분에 대하여는 직권취소를 하고 건축법령상 요구되는 방화유리로 시공할 것을 보완 요구한 것이다. 이러한 보완요구는 건축물의 안전을 향상시켜 공공복리의 증진에 이바지 하는 것을 목적으로 하는 건축법이 달성하고자 하는 공익과 이를 구체화한 「건축물의 피난·방화구조 등의 기준에 관한규칙」의 입법목적에 비추어 볼 때 일반유리로 시공된 부분을 방화유리로 교체 시공하는 것과 관련하여 비록 건축주의 비용이 추가된다고 하더라도 달성하고자 하는 공익이 훨씬 크다고 판단되므로 적절한 보완요구였음은 말할 나위가 없다 할 것이다.

31) 건축법 제27조는 현장조사·검사 및 확인업무의 대행을 위하여 「건축사법」에 의한 건축사무소 개설신고를 한 자에게 대행하게 할 수 있다고 규정하고 있어 이 규정을 근거로 건축행정 실무상 사용승인처분을 위한 심사는 건축사에 의한 대행의 방법으로 행해지는 것이 보통이고 이 사안역시 건축사에 의하여 대행되었다.

등의 기준에 관한 규칙」이 방화지구를 특별히 설정하여 달성하고자 하는 방화 기준에 미치지 못한 건축물의 시공에 대하여 면죄부를 준 셈이며,³²⁾ 앞서 말한 바와 같이 방화유리시공사실은 납품확인서 외에는 시각적으로 그 판단이 용이하지 않은 점에서 피고인들의 적극적 기망을 방조하는 판결이 된 것이라고 할 것이다.

III. 결론(結論)

건축법이 정하는 사용승인신청에 대한 사용승인의 처분은 건축허가를 받아 건축된 건물이 건축허가 사항대로 건축행정 목적에 적합한가의 여부를 확인하고 사용승인서를 교부하여 줌으로써 허가받은 자로 하여금 건축한 건물을 사용·수익할 수 있게 하는 법률효과를 발생시키는 것이지만, 건축법규에 위반되는 건축물임에도 사용승인서를 교부하여 이를 사용·수익할 수 있게 하는 것은 모순이라는 점에 비추어 사용승인여부를 결정할 때 당해 건축물이 건축허가내용대로 건축되었는지 여부뿐만 아니라 건축법규에 적합한지 여부도 심사하여야 한다. 즉, 건축허가 처분의 사정은 물론이거니와 건축법규에도 위배되는 사정이 없어야 비로소 사용승인처분이 가능한 것이다. 따라서 건축허가시점에서 행정청이 발견하지 못한 하자를 사용승인처분시점에서 발견한 경우 이를 치유하는 방법에 의해야 할 것이지 사용승인처분 자체를 취소하는 방법 혹은 치유 없이 그대로 사용승인처분 하는 방법은 지양해야 할 것이다.

한편 위계에 의한 공무집행방해죄의 성립여부를 판단함에 있어 공무원의 충분한 심사여부는 일반적으로 판단할 것이 아니라 개별·구체적인 심사의 가능성에 대한 검토를 하여야 한다. 이 사안의 경우 행정청에게는 행정제재 외에 벌칙규정의 심사를 위한 수사·자료제출 요구 권한 등은 없는 점, 건축허가시점부터 건축사에 의한 사용승인 업무대행에 이르기까지 발견되지 못한 하자를 최종

32) 전계 논문, 9쪽.

적으로 사용승인처분을 위한 서류를 확인하는 단계에서 발견하여 보완요구에 이른 적극적인 행정상황인 점, 그럼에도 불구하고 적극적으로 행정을 기망한 피고인들인 점, 현장에 나가서 확인한다고 하여 피고인들의 기망을 확인 할 수 있는 것이 아닌 점 등에 대한 개별적·구체적 판단을 하지 않고 일반적인 선례에 기대어 소극적 판단을 한 점은 아쉬움이 크다. 그리고 결과적으로 행정청에 대한 적극적 기망행위에 대하여 유죄판단을 하지 않음으로써, 건축행정을 위축시켰다는 비판도 가능하겠다.

참고문헌

- 김성돈, 형법각론 초판, 성균관대학교 출판부 2008.
김일수·서보학, 형법각론 제6판, 박영사 2005.
김종보, 건축허가에 존재하는 재량문제, 행정법연구, 1998년 하반기.
김종필, 피의자의 증거위작과 위계에 의한 공무집행방해죄의 성부, 대법원 법원 행정처, 2004.
박균성, 행정법강의 제15판, 박영사 2018.
박상기, 형법각론 제7판, 박영사 2008.
배종대, 형법각론 제6전정판, 홍문사 2006.
백윤기, 행정소송에 있어 건축주와 인근주민의 이익의 충돌과 그 조화, 행정판례연구 제7권, 박영사 2002.
오영근, 형법각론 초판, 박영사 2006.
이재상, 형법각론 제5판, 박영사 2005.
이정원, 위계에 의한 공무집행방해죄의 적용범위, 비교형사법연구 2003.
정영일, 형법각론 개정판, 박영사 2008.
황병주, 인·허가 행정관청을 상대로 한 위계에 의한 공무집행방해죄의 성부와 논지의 확장, 형사판례연구 13권, 박영사 2005.

[Abstract]

A Study on the Criminal judgment by the Building Act
Relations of the Approval for the use of buildings
article 22 of the Building Acts
: Focused on Jeju District Court 2017고단2813

Lee, Jiwon

Seogwipo City, Attorney at Law

It is difficult to find a clear position in academia regarding the legal nature of the article 22 of the Building Acts. However, in the administrative who applying the Building Acts directly to the approval of the use of the Building Acts as a procedure for confirming that the construction was made as a building permits according to article 11 at the time of building permission. For this reason, if a flaw was found at the time of approval of the building permission. the processing will be in accordance with the drawings and the approval disposition of use with some cancellation of the building permits, a supplementary order is supplemented with the contents of the building permits and resolved by the method of approval of use accordingly. This construction administrative practice is to determine by the Supreme Court's "Approval for the use of buildings is appropriate for the purpose of building administrative purposes as building permits. It is nothing but a legal effect that allows a licensed person to use and profit a building built by issuing an authorization for use". Recent trends in the cancellation of Approval for the use of buildings, such as cancellation of the disposition of use approval, as well as the need for a reason to cancel the building permits, even compared with the public in terms of the

requirement to be close to the cancellation of the building permits, it appears that the cancellation should be very cautious, although it is required to emphasize the aspects of the act as discretion.

A judicial precedent to introduce, the Jeju District Court 2019. 1.21. The defendants were submit false documents for Approval for the use of buildings but the defendant was not able to establish of the article 137 criminal act. However, these views are a serious question of how architectural officials are asked to supplement and how to address the challenges of building law in building administrative practices.

Furthermore, the building permit officials to investigate whether or not the construction materials conform to the permission matters, whether or not in accordance with the architectural drawings and the completed content in the approval disposition to use.

Key words : Building Act, Construction permit, Building permission, Building Completion Approval, Obstruction of Performance of Official Duties by Fraudulent Means established by False Statement, Restriction, Discretion, Fraud Action, Interference crime in enforcement of public affairs