

1 신뢰보호원칙에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 신뢰의 대상이 되는 선행조치는 공적인 견해표명에 국한되지 않는다.
- ② 법령의 개정에서 신뢰보호원칙의 위배 여부를 판단하기 위해서는 침해된 이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰가 손상된 정도, 신뢰침해의 방법 등과 새 법령을 통해 실현하고자 하는 공익적 목적을 종합적으로 비교·형량하여야 한다.
- ③ 행정청의 행위에 대한 신뢰보호원칙의 적용 요건중 하나인 ‘행정청의 견해표명이 정당하다고 신뢰한 데 대하여 그 개인에게 귀책사유가 없을 것’을 판단함에 있어, 귀책사유의 유무는 상대방과 그로부터 신청행위를 위임받은 수임인 등 관계자 모두를 기준으로 판단하여야 한다.
- ④ 행정청은 확약을 한 후에 확약의 내용을 이행할 수 없을 정도로 법령등이나 사정이 변경된 경우에는 확약에 기속되지 아니한다.
- ⑤ 국민이 가지는 모든 기대 내지 신뢰가 권리로서 보호될 것은 아니고, 그 보호 여부는 기존의 제도를 신뢰한 자의 신뢰를 보호할 필요성과 새로운 제도를 통하여 달성하려고 하는 공익을 비교·형량하여 판단하여야 한다.

해설

- ① (×) 신뢰보호의 원칙이 적용되기 위해서는 우선 행정청의 선행조치가 있어야 한다. 선행조치는 법령·행정규칙·행정계획·행정처분·확약·행정지도(법령해석 등) 등 사실행위 기타 국민이 신뢰를 갖게 될 일체의 조치를 비롯한 국가의 모든 행정작용이 해당되며, 적극적(명시적)·소극적(묵시적) 언동을 포함한다는 것이 통설의 입장이다. 판례는 신뢰보호원칙의 요건으로 ‘선행조치’ 대신 ‘공적 견해표명’이란 표현을 쓴다.
 - 일반적으로 행정상의 법률관계 있어서 행정청의 행위에 대하여 신뢰보호의 원칙이 적용되기 위하여는 행정청이 개인에 대하여 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해표명을 하였다는 점이 전제되어야 한다(대판 2009.6.25. 2008두13132).
 - 행정청의 행위에 대하여 신뢰보호의 원칙이 적용되기 위한 요건 : 일반적으로 행정상의 법률관계에 있어서 행정청의 행위에 대하여 신뢰보호의 원칙이 적용되기 위해서는, 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 상응하는 어떠한 행위를 하였어야 하고, 넷째 행정청이 위 견해표명에 반하는 처분을 함으로써 그 견해표명을 신뢰한 개인의 이익이 침해되는 결과가 초래되어야 하며, 마지막으로 위 견해표명에 따른 행정처분을 할 경우 이로 인하여 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 경우가 아니어야 한다(대판 2006.6.9. 2004두46).
- ② (○) **법령 개정에서 신뢰보호원칙이 적용되어야 하는 이유 및 신뢰보호원칙 위배 여부 판단 방법** : 법령의 개정에서 신뢰보호원칙이 적용되어야 하는 이유는, 어떤 법령이 장래에도 그대로 존속할 것이라는 합리적이고 정당한 신뢰를 바탕으로 국민이 그 법령에 상응하는 구체적 행위로 나아가 일정한 법적 지위나 생활관계를 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 때문이고, 이러한 신뢰보호는 절대적이거나 어느 생활영역에서나 균일한 것은 아니고 개개의 사안마다 관련된 자유나 권리, 이익 등에 따라 보호의 정도와 방법이 다를 수 있으며, 새로운 법령을 통하여 실현하고자 하는 공익적 목적이 우월한 때에는 이를 고려하여 제한될 수 있으므로, 이 경우 **신뢰보호원칙의 위배 여부를 판단하기 위해서는 한편으로는 침해된 이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰가 손상된 정도, 신뢰침해의 방법 등과 다른 한편으로는 새 법령을 통해 실현하고자 하는 공익적 목적을 종합적으로 비교·형량하여야 한다**(대판 2007.10.29. 2005두4649).
- ③ (○) **신뢰보호 원칙의 적용요건으로서 ‘행정청의 견해표명이 정당하다고 신뢰한 데에 대하여 그 개인에게 귀책사유가 없어야 한다’는 것의 의미와 그 판단 기준** : 귀책사유라 함은 행정청의 견해표명의 하자가 상대방 등 관계자의 사실은폐나 기타 사위의 방법에 의한 신청행위 등 부정행위에 기인한 것이거나 그러한 부정행위가 없다고 하더라도 하자가 있음을 알았거나(악의) 중대한 과실(중과실)로 알지 못한 경우 등을 의미한다고 해석함이 상당하고, **귀책사유의 유무는 상대방과 그로부터 신청행위를 위임받은 수임인 등 관계자 모두를 기준으로 판단해야 한다**(대판 2002.11.8. 2001두1512).
- ④ (○) 행정절차법 제40조의2 제4항

• 행정절차법 제40조의2(확약)

 - ① 법령등에서 당사자가 신청할 수 있는 처분을 규정하고 있는 경우 행정청은 당사자의 신청에 따라 장래에 어떤 처분을 하거나 하지 아니할 것을 내용으로 하는 의사표시(이하 “확약”이라 한다)를 할 수 있다. ☒ 개별 법령에서 확약을 할 수 있다는 명시적 규정이 있는 경우에 확약 가능(×)
 - ② 확약은 문서(말로 ×)로 하여야 한다.
 - ③ 행정청은 다른 행정청과의 협의 등의 절차를 거쳐야 하는 처분에 대하여 확약을 하려는 경우에는 **확약을 하기 전에(확약한 처분을 하기 전에 ×)** 그 절차를 거쳐야 한다.
 - ④ 행정청은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 **확약에 기속되지 아니한다**.
 1. 확약을 한 후에 **확약의 내용을 이행할 수 없을 정도로 법령등이나 사정이 변경된 경우**
 2. **확약이 위법한 경우** ☒ **확약이 위법하더라도 무효가 아닌 한 행정청은 이에 기속된다.(×)**
 - ⑤ 행정청은 확약이 제4항 각 호의 어느 하나에 해당하여 확약을 이행할 수 없는 경우에는 지체 없이 당사자에게 그 사실을 **통지**하여야 한다.
- ⑤ (○) **법률 개정시 구법 질서에 대해 국민이 가지는 기대나 신뢰의 보호 여부 판단 방법** : 법률의 개정 시 구법 질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하며, 법률의 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 당사자의 신뢰의 파괴를 정당화할 수 없다면 새로운 입법은 신뢰보호의 원칙 등에 비추어 허용될 수 없다. 다만 사회환경이나 경제여건의 변화에 따른 필요성에 의하여 법률은 신축적으로 변할 수밖에 없고, 변경된 새로운 법질서와 기존의 법질서 사이에는 이해관계의 상충이 불가피하므로 **국민이 가지는 모든 기대 내지 신뢰가 헌법상 권리로서 보호될 것은 아니고, 보호 여부는 기존의 제도를 신뢰한 자의 신뢰를 보호할 필요성과 새로운 제도를 통해 달성하려고 하는 공익을 비교·형량하여 판단하여야 한다**(대판 2016.11.9. 2014두3235).

2 행정행위의 부관에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 재량행위에는 법령상 근거가 없더라도 그 내용이 적법하고 이행가능하며 비례의 원칙 및 평등의 원칙에 적합하고 행정처분의 본질적 효력을 해하지 아니하는 한도 내에서 부관을 붙일 수 있다.
- ② 행정청이 주택사업계획승인을 하면서 그 주택사업과는 아무런 관련이 없는 토지를 기부채납하도록 하는 부관을 붙인 경우, 그 부관은 부당결부금지원칙에 위배되어 위법하다.
- ③ 행정청이 수익적 행정처분을 하면서 부담을 부가하는 경우, 행정청은 부담을 일방적으로 부가할 수도 있지만, 부담을 부가하기 이전에 상대방과 협약의 형식으로 부담의 내용을 미리 정한 다음 행정처분을 하면서 이를 부가할 수도 있다.
- ④ 유효기간을 정한 어업면허처분 중 그 면허유효기간만의 취소를 구하는 행정소송은 허용된다.
- ⑤ 행정청은 부관을 붙일 수 있는 처분이 법률에 근거가 있는 경우, 당사자의 동의가 있는 경우, 사정이 변경되어 부관을 새로 붙이거나 종전의 부관을 변경하지 아니하면 해당 처분의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우에는 그 처분을 한 후에도 부관을 새로 붙이거나 종전의 부관을 변경할 수 있다.

해설

- ① (○) 재량행위에는 법령상 근거가 없더라도 그 내용이 적법하고 이행가능하며 비례의 원칙 및 평등의 원칙에 적합하고 행정처분의 본질적 효력을 해하지 아니하는 한도 내에서 부관을 붙일 수 있다(대판 2021.2.4. 2020두48772).

• 행정기본법 제17조(부관)

- ① 행정청은 처분에 재량이 있는 경우에는 부관(조건, 기한, 부담, 철회권의 유보 등을 말한다. 이하 이 조에서 같다)을 붙일 수 있다.
- ② 행정청은 처분에 재량이 없는 경우에는 법률에 근거가 있는 경우에 부관을 붙일 수 있다.
- ④ 부관은 다음 각 호의 요건에 적합하여야 한다.
 1. 해당 처분의 목적에 위배되지 아니할 것
 2. 해당 처분과 실질적인 관련이 있을 것
 3. 해당 처분의 목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 범위일 것

- ② (○) **주택사업계획승인을 하면서 그 주택사업과는 아무런 관련이 없는 토지를 기부채납하도록 하는 부관은 부당결부금지원칙에 위반되어 위법하지만 그 하자가 당연무효라 볼 수는 없다.** : 수익적 행정행위에 있어서는 법령에 특별한 근거규정이 없다고 하더라도 그 부관으로서 부담을 붙일 수 있으나, 그러한 부담은 비례의 원칙, 부당결부금지의 원칙에 위반되지 않아야만 적법하다. 지방자치단체장이 사업자에게 주택사업계획승인을 하면서 그 주택사업과는 아무런 관련이 없는 토지를 기부채납하도록 하는 부관을 주택사업계획승인에 붙인 경우, 그 부관은 부당결부금지의 원칙에 위반되어 위법하지만, 지방자치단체장이 승인한 사업자의 주택사업계획은 상당히 큰 규모의 사업(1,093억원)임에 반하여, 사업자가 기부채납한 토지가액은 그 100분의 1 상당의 금액(12억원)에 불과한 데다가, 사업자가 그동안 그 부관에 대하여 아무런 이의를 제기하지 아니하다가 지방자치단체장이 업무착오로 기부채납한 토지에 대하여 보상협조요청서를 보내자 그때서야 비로소 부관의 하자를 들고 나온 사정에 비추어 볼 때 부관의 하자가 중대하고 명백하여 당연무효라고는 볼 수 없다(취소사유에 불과)(대판 1997.3.11. 96다49650).

- ③ (○) 부담 외의 부관은 그 자체만으로는 항고소송 대상이 되지 못함. 따라서 행정행위에 부가된 허가기간은 그 자체로서 항고소송 대상이 될 수 없음.

• **부관인 '기한'만 독립하여 행정소송 제기 불가** : 어업면허처분을 함에 있어 그 면허의 유효기간을 1년으로 정한 경우, 위 면허의 유효기간은 행정청이 위 어업면허처분의 효력을 제한하기 위한 행정행위의 부관이라 할 것(부관의 유형 중 기한[종기]에 해당)이고 이러한 행정행위의 부관은 독립하여 행정소송의 대상이 될 수 없는 것이므로 위 어업면허처분 중 그 **면허유효기간만의 취소를 구하는 청구는 허용될 수 없다**(대판 1986.8.19. 86누202).

그러나 부관 변경 신청의 거부나, 행정행위에 부가된 허가기간의 연장신청에 대한 거부는 독립된 거부처분으로서 항고소송 대상이 됨.

• **허가기간의 연장신청의 거부에 대한 취소소송** : 개발제한구역 내에서의 광산에 대한 개발행위 허가기간의 연장신청을 허가함으로써 인하여 예상되는 공익의 침해보다도 위 신청을 불허함으로써 인하여 초래되는 원고의 불이익이 매우 중대하여, 피고가 위 허가기간 연장신청을 반려하는 것이 원고가 입게 되는 불이익을 희생시키더라도 부득이하다고 할 정도의 공익상의 필요가 있다고 할 수 없으므로, 재량권을 남용하였거나 재량권의 범위를 일탈한 위법한 처분이다(대판 1991.8.27. 90누7920)

- ④ (×) 행정청이 수익적 행정처분에 있어서는 법령에 특별한 근거규정이 없다고 하더라도 그 부관으로서 부담을 붙일 수 있고, 그와 같은 부담은 행정청이 행정처분을 하면서 일방적으로 부가할 수도 있지만 부담을 부가하기 이전에 상대방과 협의하여 부담의 내용을 협약의 형식으로 미리 정한 다음 행정처분을 하면서 이를 부가할 수도 있다.(대판 2009.2.12. 2005다65500) ⇒ **재량행위임을 전제로 한 판례임을 주의.**

- ⑤ (○)

• **행정기본법 제17조(부관)** ③ 행정청은 부관을 붙일 수 있는 처분이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 **처분을 한 후에도 부관을 새로 붙이거나 종전의 부관을 변경할 수 있다.**

1. **법률**에 근거가 있는 경우
2. 당사자의 **동의**가 있는 경우
3. **사정이 변경**되어 부관을 새로 붙이거나 종전의 부관을 변경하지 아니하면 해당 처분의 **목적**을 달성할 수 없다고 인정되는 경우

3 행정법의 효력에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 대통령령, 총리령 및 부령은 특별한 규정이 없으면 공포한 날부터 20일이 경과함으로써 효력을 발생한다.
- ② 법령 등의 공포일 또는 공고일은 해당 법령 등을 게재한 관보 또는 신문이 발행된 날로 한다.
- ③ 당사자의 신청에 따른 처분은 법령등에 특별한 규정이 있거나 처분 당시의 법령등을 적용하기 곤란한 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 신청 당시의 법령등에 따른다.
- ④ 상위 법령등의 단순한 집행을 위한 법령을 제정하려는 경우에는 입법예고를 하지 않을 수 있다.
- ⑤ 국민의 권리 제한 또는 의무 부과와 직접 관련되는 대통령령, 총리령 및 부령은 긴급히 시행하여야 할 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 공포일부터 적어도 30일이 경과한 날부터 시행되도록 하여야 한다.

해설

①②⑤ (○)

• 법령 등 공포에 관한 법률

제12조(공포·공고일) 제11조의 법령등의 공포 또는 공고일은 그 법령등을 게재한 **관보 또는 신문이 발행된 날**로 한다.

제13조(시행일) 대통령령, 총리령 및 부령은 특별한 규정이 없으면 **공포한 날부터 20일이** 경과함으로써 효력을 발생한다.

제13조의2(법령의 시행유예기간) 국민의 권리 제한 또는 의무 부과와 직접 관련되는 법률, 대통령령, 총리령 및 부령은 긴급히 시행하여야 할 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 **공포일부터 적어도 30일이** 경과한 날부터 시행되도록 하여야 한다.

- ③ (×) 행정기본법 제14조(법 적용의 기준) ② 당사자의 신청에 따른 처분은 법령등에 **특별한 규정이 있거나 처분 당시의 법령등을 적용하기 곤란한 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 처분 당시의 법령등에 따른다.**

④ (○)

• 행정절차법 제41조(행정상 입법예고) ① 법령등을 제정·개정 또는 폐지하려는 경우에는 해당 입법안을 마련한 행정청은 이를 예고하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 **예고를 하지 아니할 수 있다.**

1. 신속한 국민의 권리 보호 또는 예측 곤란한 특별한 사정의 발생 등으로 입법이 긴급을 요하는 경우
2. **상위 법령등의 단순한 집행을 위한 경우**
3. 입법내용이 국민의 권리·의무 또는 일상생활과 관련이 없는 경우
4. 단순한 표현·자구를 변경하는 경우 등 입법내용의 성질상 예고의 필요가 없거나 곤란하다고 판단되는 경우
5. 예고함이 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해칠 우려가 있는 경우

답 ③

4 사인의 공법행위에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 인허가의제 효과를 수반하는 건축신고는 특별한 사정이 없는 한 수리를 요하는 신고로 보아야 한다.
- ② 「식품위생법」상 식품접객업의 영업신고 요건을 갖추었다면, 그 영업신고를 한 당해 건축물이 무허가건축물이라 할지라도 영업신고는 적법하게 이루어진 것으로 본다.
- ③ 주민들의 거주지 이동에 따른 주민등록전입신고에 대하여 행정청은 「주민등록법」의 입법 목적 범위 내에서 이를 심사하여 수리를 거부할 수 있다.
- ④ 법령등으로 정하는 바에 따라 행정청에 일정한 사항을 통지하여야 하는 신고로서 법률에 신고의 수리가 필요하다고 명시되어 있는 경우에는 행정기관의 내부 업무 처리 절차로서 수리를 규정한 경우가 아닌 한, 행정청이 수리하여야 효력이 발생한다.
- ⑤ 건축허가권자는 건축신고가 「건축법」, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」등 관계 법령에서 정하는 명시적인 제한에 배치되지 않는 경우에도 건축을 허용하지 않아야 할 중대한 공익상 필요가 있는 경우에는 건축신고의 수리를 거부할 수 있다.

해설

- ① (○) 건축법 제14조 제2항에 의한 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고는, 행정청이 **실체적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 '수리를 요하는 신고'**. : 건축법에서 인·허가의제 제도를 둔 취지는, 인·허가의제사항과 관련하여 건축허가 또는 건축신고의 관할 행정청으로 그 창구를 단일화하고 절차를 간소화하며 비용과 시간을 절감함으로써 국민의 권익을 보호하려는 것이지, 인·허가의제사항 관련 법률에 따른 각각의 인·허가 요건에 관한 일체의 심사를 배제하려는 것으로 보기는 어렵다. 왜냐하면, 건축법과 인·허가의제사항 관련 법률은 각기 고유한 목적이 있고, 건축신고와 인·허가의제사항도 각각 별개의 제도적 취지가 있으며 그 요건 또한 달리하기 때문이다. 나아가 인·허가의제사항 관련 법률에 규정된 요건 중 상당수는 공익에 관한 것으로서 행정청의 전문적이고 종합적인 심사가 요구되는데, 만약 건축신고만으로 인·허가의제사항에 관한 일체의 요건 심사가 배제된다고 한다면, 중대한 공익상의 침해나 이해관계인의 피해를 야기하고 관련 법률에서 인·허가 제도를 통하여 사인의 행위를 사전에 감독하고자 하는 규율체계 전반을 무너뜨릴 우려가 있다. 또한 무엇보다도 건축신고를 하려는 자는 인·허가의제사항 관련 법령에서 제출하도록 의무화하고 있는 신청서와 구비서류를 제출하여야 하는데, 이는 건축신고를 수리하는 행정청으로 하여금 인·허가의제사항 관련 법률에 규정된 요건에 관하여도 심사를 하도록 하기 위한 것으로 볼 수밖에 없다. 따라서 **인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고는 일반적인 건축신고와는 달리, 특별한 사정이 없는 한 행정청이 그 실체적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 '수리를 요하는 신고'로 보는 것이 옳다.**(대판 2011.1.20. 2010두14954)

- ② (×) **식품위생법에 따른 식품접객업의 영업신고 요건을 갖추었으나, 그 영업신고를 한 당해 건축물이 무허가 건물일 경우 영업신고는 부적법** : 식품위생법과 건축법은 그 입법 목적, 규정사항, 적용범위 등을 서로 달리하고 있어 식품접객업에 관하여 식품위생법이 건축법에 우선하여 배타적으로 적용되는 관계에 있다고는 해석되지 않는다. 그러므로 식품위생법에 따른 식품접객업(일반음식점영업)의 영업신고의 요건을 갖춘 자라고 하더라도, 그 영업신고를

- 한 당해 건축물이 건축법 소정의 허가를 받지 아니한 무허가 건물이라면 적법한 신고를 할 수 없다(대판 2009.4.23. 2008도6829).
- ③ (○) **주민등록전입신고 수리 여부에 관한 심사의 범위와 대상** : 주민들의 거주지 이동에 따른 주민등록전입신고에 대하여 행정청이 이를 심사하여 그 수리를 거부할 수는 있다고 하더라도, 그러한 행위는 자칫 헌법상 보장된 국민의 거주·이전의 자유를 침해하는 결과를 가져올 수도 있으므로, 시장·군수 또는 구청장의 주민등록전입신고 수리여부에 대한 심사는 주민 등록법의 입법목적의 범위 내에서 제한적으로 이루어져야 한다. 한편, 주민등록법의 규정을 고려해 보면, 전입신고를 받은 시장·군수 또는 구청장의 심사 대상은 전입신고자가 30일 이상 생활의 근거로 거주할 목적으로 거주지를 옮기는지 여부만으로 제한된다고 보아야 한다. 따라서 전입신고자가 거주 목적 이외에 다른 이해관계에 관한 의도를 가지고 있는지 여부, 무허가 건축물의 관리, 전입신고를 수리함으로써 당해 지방자치단체에 미치는 영향 등과 같은 사유는 주민등록법이 아닌 다른 법률에 의하여 규율되어야 하고, 주민등록전입신고의 수리여부를 심사하는 단계에서는 고려 대상이 될 수 없다(대판 2009.6.18. 2008두10997)
- ④ (○) **행정기본법 제34조(수리 여부에 따른 신고의 효력)** 법령등으로 정하는 바에 따라 행정청에 일정한 사항을 통지하여야 하는 신고로서 법률에 신고의 수리가 필요하다고 명시되어 있는 경우(행정기관의 내부 업무 처리 절차로서 수리를 규정한 경우는 제외한다)에는 행정청이 수리하여야 효력이 발생한다.
- ⑤ (○) 건축허가권자는 건축신고가 「건축법」, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 등 관계 법령에서 정하는 명시적인 제한에 배치되지 않는 경우에도 건축을 허용하지 않아야 할 중대한 공익상 필요가 있는 경우에는 건축신고의 수리를 거부할 수 있다(대판 2019.10.31. 2017두74320).
- 답 ②

5 현행 「행정소송법」이 규정하고 있지 않은 것만을 <보기>에서 고른 것은?

〈보 기〉

㉠ 피고경정

㉡ 가처분

㉢ 명령·규칙의 위헌판결등 공고

㉣ 항고소송에서의 화해권고결정

㉤ 예방적 부작위소송

① ㉠, ㉡, ㉢

② ㉠, ㉢, ㉣

③ ㉡, ㉢, ㉤

④ ㉡, ㉣, ㉤

⑤ ㉢, ㉣, ㉤

- 해설**
- ㉠ (○) **행정소송법 제14조에 규정**
- ㉡ (×) 가구제제도로써 행정소송법에는 집행정지제도만 규정. 민사집행법 상 가처분 규정은 항고소송에는 준용되지 않고 당사자소송에는 준용됨.
- ㉢ (○) **행정소송법 제6조(명령·규칙의 위헌판결등 공고)** ① 행정소송에 대한 대법원판결에 의하여 명령·규칙이 헌법 또는 법률에 위반된다는 것이 확정된 경우에는 대법원은 지체없이 그 사유를 행정안전부장관에게 통보하여야 한다. ② 제1항의 규정에 의한 통보를 받은 행정안전부장관은 지체없이 이를 관보에 게재하여야 한다.
- ㉣ (×) 항고소송에서의 화해권고결정 규정은 없음. 다만 새로 제정된 행정소송규칙(2024.3.1. 시행)에서는 조정권고제도를 규정.
- **행정소송규칙 제15조(조정권고)**

① 재판장은 신속하고 공정한 분쟁 해결과 국민의 권익 구제를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 소송계속 중인 사건에 대하여 직권으로 소의 취하, 처분등의 취소 또는 변경, 그 밖에 다툼을 적정하게 해결하기 위해 필요한 사항을 서면으로 권고할 수 있다.

② 재판장은 제1항의 권고를 할 때에는 권고의 이유나 필요성 등을 기재할 수 있다.

③ 재판장은 제1항의 권고를 위하여 필요한 경우에는 당사자, 이해관계인, 그 밖의 참고인을 심문할 수 있다.
- ㉤ (×) 예방적 부작위소송(예방적 금지소송, 부작위청구소송)은 행정소송법에 규정되지 않은 무명항고소송(법정 외 항고소송)으로서 판례는 인정하지 않고 있다.
- 답 ④

6 甲은 단란주점영업을 하던 중 관할 행정청으로부터 「식품위생법」위반을 이유로 1개월의 영업정지처분을 받게 되었다. 이에 甲이 관할 행정청을 피청구인으로 하여 취소심판을 제기한 경우에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 행정심판위원회는 1개월의 영업정지처분의 취소를 명하는 재결을 할 수 있다.
- ② 행정심판위원회가 1개월의 영업정지처분 취소재결을 내린 경우, 관할 행정청은 취소재결 취소소송을 제기할 수 있다.
- ③ 행정심판위원회는 취소심판청구가 이유 있다고 인정하면 처분을 다른 처분으로 변경할 수 있다.
- ④ 甲이 구술심리를 신청하는 경우 행정심판위원회는 구술심리를 하여야 한다.
- ⑤ 甲은 심판청구에 대하여 구두로 심판청구를 취하할 수 있다.

해설

① (×) 취소심판 인용재결에는 취소재결·변경재결·변경명령재결만 있고 취소명령재결은 없음.

• **행정심판법 제43조(재결의 구분)** ③ 위원회는 취소심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 처분을 취소 또는 다른 처분으로 변경하거나 처분을 다른 처분으로 변경할 것을 피청구인에게 명한다.

■ **행정심판 인용재결의 유형**

행정심판 유형	행정심판 인용재결		
	형성재결	이행재결	확인재결
취소심판	취소재결, 변경재결	변경명령재결 ★ 취소명령재결 X	
무효등확인심판			처분 무효·유효·존재·부존재·실효 확인재결
의무이행심판	처분재결	처분명령재결	

- ② (×) 국가가 행정감독의 수단으로서 통일적이고 능률적인 행정을 위하여 중앙행정기관 내부의 의사를 자율적으로 통제하고 국민의 권리구제를 신속하게 할 목적의 일환으로 행정심판제도를 도입하였는데, 심판청구의 대상이 된 행정청에 대하여 재결에 관한 항쟁수단을 별도로 인정하는 것은 행정상의 통제를 스스로 파괴함은 물론, 국민의 신속한 권리구제를 지연시키는 작용을 하게 될 것이다. 그리하여 행정심판법 제49조 제1항은 “심판청구를 인용하는 재결은 피청구인과 그 밖의 관계 행정청을 기속한다”라고 규정하였고, 이에 따라 처분행정청은 재결에 기속되어 재결의 취지에 따른 처분의무를 부담하게 되므로 이에 불복하여 행정소송을 제기할 수 없다(대판 1998.5.8. 97누15432 참조)
- ③ (○) 행정심판의 경우 행정청의 위법 또는 부당한 처분을 취소하거나 변경하는 취소심판(행정심판법 제5조 제1호)에서, “변경”은 소극적 변경뿐 아니라 적극적 변경(예 영업허가취소처분을 영업정지처분으로 변경)도 포함된다. 반면, 행정소송의 경우 권력분립원칙 상 취소소송에서는 처분의 전부취소 또는 일부취소하는 소극적 변경만 가능하다.
- ④ (×) • 행정심판법 제40조(심리의 방식) ① 행정심판의 심리는 구술심리나 서면심리로 한다. 다만, 당사자가 구술심리를 신청한 경우에는 **서면심리만으로 결정할 수 있다고 인정되는 경우 외에는 구술심리를 하여야 한다.**
- ⑤ (×) • 행정소송법 제42조(심판청구 등의 취하) ① 청구인은 심판청구에 대하여 제7조제6항 또는 제8조제7항에 따른 의결이 있을 때까지 **서면으로** 심판청구를 취하할 수 있다.

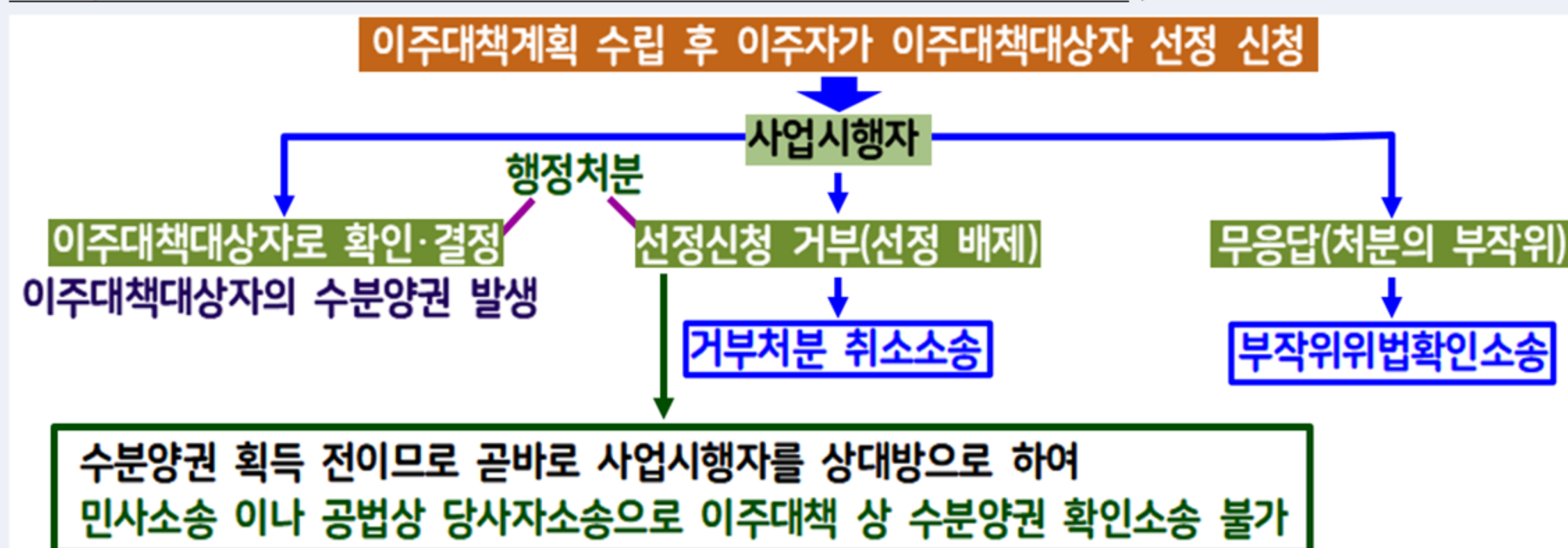
답 ③

7 공공수용 및 손실보상에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」상 주거용 건축물 세입자의 주거이전비 보상청구권은 그 요건을 충족하는 경우에 당연히 발생하는 것이므로 주거이전비 보상청구소송은 「행정소송법」상 당사자소송에 의하여야 한다.
- ② 구 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특별법」상 사업시행자가 이주대책을 수립하여 이주대책에서 정한 절차에 따라 이주대책대상자로 확인·결정하여야만 이주자에게 비로소 구체적인 수분양권이 발생한다.
- ③ 토지수용위원회의 수용재결이 있는 후라고 하더라도 토지소유자와 사업시행자가 다시 협의하여 토지 등의 취득·사용 및 그에 대한 보상에 관하여 임의로 계약을 체결할 수 있다.
- ④ 헌법 제23조 제3항이 규정하는 정당한 보상이란 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하는 것이어야 한다는 완전보상을 뜻한다.
- ⑤ 일반 공중의 이용에 제공되는 공공용물을 허가나 특허 없이 일반사용하고 있던 자가 당해 공공용 물에 관한 적법한 개발행위로 인하여 종전에 비하여 그 일반사용이 제한을 받게 되었다면 그로 인한 불이익은 특별한 사정이 없는 한 손실보상의 대상이 된다.

해설

- ① (○) 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」상 세입자에 대한 주거이전비 보상청구권은 공법상의 권리이며 보상청구소송은 행정소송법상 당사자소송 : 구 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 따른 주거용 건축물 세입자의 주거이전비 보상청구권은 그 요건을 충족하는 경우에 당연히 발생하는 것이므로, 주거이전비 보상청구소송은 행정소송법 제3조 제2호에 규정된 당사자소송에 의하여야 한다.(출처 : 대판 2008.5.29. 2007다8129 판결(주거이 전비등))
- ② (○) 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제78조 제1항이 사업시행자에게 이주대책의 수립·실시의무를 부과하고 있다고 하더라도 그 규정 자체만에 의하여 이주자에게 사업시행자가 수립한 이주대책상의 택지분양권이나 아파트 입주권 등을 받을 수 있는 구체적인 권리(수분양권)가 직접 발생하는 것이라고는 볼 수 없고, 사업시행자가 이주대책에 관한 구체적인 계획을 수립하여 이를 해당자에게 통지 내지 공고한 후, 이주자가 수분양권을 취득하기를 희망하여 이주대책에 정한 절차에 따라 사업시행자에게 이주대책대상자 선정신청을 하고 사업시행자가 이를 받아들여 이주대책대상자로 확인·결정하여야만 비로소 구체적인 수분양권이 발생하게 된다(대판 1995.10.12. 94누11279).



- ③ (○) 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률상 토지수용위원회의 수용재결이 있는 후 토지소유자 등과 사업시행자가 다시 협의하여 토지 등의 취득이나 사용 및 그에 대한 보상에 관하여 임의로 계약 체결 가능 : 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 ‘토지보상법’이라 한다)은 사업시행자로 하여금 우선 협의취득 절차를 거치도록 하고, 협이가 성립되지 않거나 협의를 할 수 없을 때에 수용재결취득 절차를 밟도록 예정하고 있기는 하다. 그렇지만 일단 토지수용위원회가 수용재결을 하였다더라도 사업시행자로서는 수용 또는 사용의 개시일까지 토지수용위원회가 재결한 보상금을 지급 또는 공탁하지 아니함으로써 재결의 효력을 상실시킬 수 있는 점, 토지소유자 등은 수용재결에 대하여 이의를 신청하거나 행정소송을 제기하여 보상금의 적정 여부를 다툴 수 있는데, 그 절차에서 사업시행자와 보상금액에 관하여 임의로 합의할 수 있는 점, 공익사업의 효율적인 수행을 통하여 공공복리를 증진시키고, 재산권을 적정하게 보호하려는 토지보상법의 입법 목적(제1조)에 비추어 보더라도 수용재결이 있는 후에 사법상 계약의 실질을 가지는 협의취득 절차를 금지해야 할 별다른 필요성을 찾기 어려운 점 등을 종합해 보면, 토지수용위원회의 수용재결이 있는 후라고 하더라도 토지소유자 등과 사업시행자가 다시 협의하여 토지 등의 취득이나 사용 및 그에 대한 보상에 관하여 임의로 계약을 체결할 수 있다고 보아야 한다(대판 2017.4.13. 2016두64241).
- ④ (○) 헌법 제23조 제3항에서 규정한 ‘정당한 보상’이란 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하여야 한다는 완전보상을 뜻하는 것이지만, 공익사업의 시행으로 인한 개발이익은 완전보상의 범위에 포함되는 피수용토지의 객관적 가치 내지 피수용자의 손실이라고는 볼 수 없다(헌재결 1990.6.25. 89헌마107).

- ⑤ (×) 공공용물에 대한 일반사용은 적법한 개발행위로 제한됨으로 인한 불이익은 손실보상의 대상이 되는 특별한 손실이 아님 : 일반 공중의 이용에 제공되는 공공용물에 대하여 특허 또는 허가를 받지 않고 하는 일반사용은 다른 개인의 자유이용과 국가 또는 지방자치단체 등의 공공목적에 위한 개발 또는 관리·보존행위를 방해하지 않는 범위 내에서만 허용된다 할 것이므로, 공공용물에 관하여 적법한 개발행위 등이 이루어짐으로 말미암아 이에 대한 일정범위의 사람들의 일반사용이 종전에 비하여 제한받게 되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그로 인한 불이익은 손실보상의 대상이 되는 특별한 손실에 해당한다고 할 수 없다.(대판 2002.2.26. 99다35300)

답 ⑤

8 행정상 손해배상에 관한 설명으로 옳은 것만을 <보기>에서 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

<보 기>

- ㉠ 행위 자체의 외관을 객관적으로 관찰하여 공무원의 직무행위로 보여진다 하더라도 그것이 실질적으로 직무행위에 해당하지 않는다면 그 행위는 「국가배상법」소정의 ‘직무를 집행하면서’ 행한 것으로 볼 수 없다.
- ㉡ 공무원에게 부과된 직무상 의무의 내용이 공공 일반의 이익을 위한 것이거나 행정기관 내부의 질서를 규율하기 위한 것이라면 공무원의 당해 직무상 의무위반으로 피해자가 입은 손해에 대해서는 상당인과관계가 인정되는 범위 내에서 공적 주체가 손해배상책임을 진다.
- ㉢ 국가 등의 가해 공무원에 대한 구상권은 손해의 공평한 부담이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서만 인정된다.
- ㉣ 장관으로부터 도지사를 거쳐 군수에게 재위임된 국가사무인 기관위임사무를 처리함에 있어서 군수가 고의 또는 과실로 타인에게 손해를 가한 경우, 원칙적으로 그 사무의 귀속 주체인 국가가 손해배상책임을 지며 군은 비용을 부담한다고 볼 수 있는 경우에 한하여 국가와 함께 손해배상책임을 진다.
- ㉤ 생명·신체의 침해로 인한 국가배상을 받을 권리는 양도하거나 압류하지 못한다.

① ㉠, ㉡, ㉢

② ㉠, ㉡, ㉣

③ ㉡, ㉢, ㉣

④ ㉡, ㉢, ㉤

⑤ ㉢, ㉣, ㉤

해설

- ① (×) 「국가배상법」 제2조 제1항의 ‘직무를 집행하면서’란 직접 공무원의 직무집행행위이거나 그와 밀접한 관련이 있는 행위를 포함하고, 이를 판단할 때에는 행위 자체의 외관을 객관적으로 관찰하여 공무원의 직무행위로 보일 때 비록 그것이 실질적으로 직무행위가 아니거나 행위자로서 주관적으로 직무집행의 의사가 없었다고 하더라도 그 행위는 공무원이 ‘직무를 집행하면서’ 한 것으로 보아야 한다(대판 2005.1.14. 2004다26805).

■ 국가배상법 제2조 직무행위 판단

- 직무행위 자체 + 객관적으로 직무 범위에 속한다고 판단되는 행위 + 직무와 밀접하게 관련된 행위 + 부수적 행위
- 외형설(통설·판례) : 직무행위인지 여부는 객관적으로 직무행위의 외관을 갖췄는가로 판단
 - 주관적인 공무원집행의사는 불필요 / 실질적으로 직무행위가 아니라도 무방 / 정당한 권한 내인지 무관
 - 실질적으로 공무원집행행위가 아니라는 사정을 피해자가 알았더라도 무방

- ② (×) 공무원에게 부과된 직무상의 의무의 내용이 단순히 공공 일반의 이익을 위한 것이거나 행정기관 내부의 질서를 유지하기 위한 것이라면 그 직무위반에 대하여 배상책임이 없다(사익보호성 필요).
- ㉠ 공무원이 고의 또는 과실로 그에게 부과된 직무상 의무를 위반하였을 경우라고 하더라도 국가는 그러한 직무상의 의무 위반과 피해자가 입은 손해 사이에 상당인과 관계가 인정되는 범위 내에서만 배상책임을 지는 것이고, 이 경우 상당인과관계가 인정되기 위해서는 공무원에게 부과된 직무상 의무의 내용이 단순히 공공 일반의 이익을 위한 것이거나 행정기관 내부의 질서를 규율하기 위한 것이 아니고 전적으로 또는 부수적으로 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 설정된 것이어야 한다(2010.9.9. 2008다77795).
- ㉡ 공무원에게 직무상 의무를 부과한 법령의 보호목적이 사회 구성원 개인의 이익과 안전을 보호하기 위한 것이 아니고 단순히 공공일반의 이익이나 행정기관 내부의 질서를 규율하기 위한 것이라면, 가사 공무원이 그 직무상 의무를 위반한 것을 계기로 하여 제3자가 손해를 입었다 하더라도 공무원이 직무상 의무를 위반한 행위와 제3자가 입은 손해 사이에는 법리상 상당인과관계가 있다고 할 수 없다(대판 2001.4.13. 2000다34891).
- ③ (○) 가해공무원에 대한 국가의 구상권 행사의 범위는 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서 가능 : 국가 또는 지방자치단체의 산하 공무원이 그 직무를 집행함에 당하여 중대한 과실로 인하여 법령에 위반하여 타인에게 손해를 가함으로써 국가 또는 지방자치단체가 손해배상책임을 부담하고, 그 결과로 손해를 입게 된 경우에는 국가 등은 당해 공무원의 직무내용, 당해 불법행위의 상황, 손해발생에 대한 당해 공무원의 기여정도, 당해 공무원의 평소 근무태도, 불법행위의 예방이나 손실분산에 관한 국가 또는 지방자치단체의 배려의 정도 등 제반사정을 참작하여 손해의 공평한 부담이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서만 당해 공무원에 대하여 구상권을 행사할 수 있다(대판 1991.5.10. 91다6764).

☑ 국가가 가해 공무원에 대하여 구상권을 행사하는 경우 국가가 배상한 배상액 전액에 대하여 구상권을 행사하여야 한다.(×)

- ④ (○) 국가로부터 지방자치단체장에게 위임된 기관위임사무를 처리하는 지방공무원이 고의나 과실로 타인에게 손해를 가한 경우 국가배상법 상 배상책임 주체 : 국가배상법 제2조의 사무귀속주체로서 국가, 국가배상법 제6조에 의한 형식적 비용부담자로서 지방자치단체
- 군수 또는 그 보조 공무원이 구 농지확대개발촉진법령에 의하여 농수산부장관으로부터 도지사를 거쳐 군수에게 재위임된 국가사무인 개간허가 및 그 취소사무의 처리에 있어 고의나 과실로 타인에게 손해를 가한 경우, 국가배상책임을 귀속 주체 : 구 농지확대개발촉진법 제24조와 제27조에 의하여 농수산부장관 소관의 국가사무로 규정되어 있는 개간허가와 개간허가의 취소사무는 같은 법 제61조 제1항, 같은법시행령 제37조 제1항에 의하여 도지사에게 위임되고, 같은 법 제61조 제2항에 근거하여 도지사로부터 하위 지방자치단체장인 군수에게 재위임되었으므로 이른바 기관위임사무라 할 것이고, 이러한 경우 군수는 그 사무의 귀속 주체인 국가 산하 행정기관의 지위에서 그 사무를 처리하는 것에 불과하므로, 군수 또는 군수를 보조하는 공무원이 위임사무처리에 있어 고의 또는 과실로 타인에게 손해를 가하였다 하더라도 원칙적으로 군에는 국가배상책임이 없고 그 사무의 귀속 주체인 국가가 손해배상책임을 지는 것이며, 다만 국가배상법 제6조에 의하여 군이 비용을 부담한다고 볼 수 있는 경우에 한하여 국가와 함께 손해배상책임을 부담한다(대판 2000.5.12. 99다70600).

■ 국가배상법상 배상주체로서 사무귀속주체(사무관리주체)와 비용부담자

사무 구분	사무귀속주체(사무관리주체) (제2조·제5조)	비용부담자(제6조)	
		실질적 비용부담자 (실제 비용 부담)	형식적 비용부담자 (대외적으로 경비 지출)
자치사무(지방자치단체의 고유사무)	지방자치단체	지방자치단체	지방자치단체
단체위임사무(예 국가 ⇨ 지방자치단체)	지방자치단체	국가와 지방자치단체	지방자치단체
기관위임사무(예 국가 ⇨ 지방자치단체장)	국가	국가	지방자치단체
도로법 상 국도관리사무 기관위임(국가 ⇨ 지방자치단체장)	국가	지방자치단체	지방자치단체

- ㉔ (○) 국가배상법 제4조(양도 등 금지) 생명·신체의 침해로 인한 국가배상을 받을 권리는 양도하거나 압류하지 못한다.
• cf) 재산의 침해로 인한 국가배상청구권은 일반적인 채권과 마찬가지로 양도나 압류 가능.

답 ⑤

9 행정행위에 관한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정처분이 불복기간의 경과로 인하여 불가쟁력이 발생하면 그 처분의 기초가 된 사실관계나 법률적 판단이 확정되는 것이므로 당사자는 이와 모순되는 주장을 할 수 없다.
- ② 어떠한 공중위생영업에 대하여 그营业을 정지할 위법사유가 있다면, 관할 행정청은 그 영업이 양도·양수되었다 하더라도 그 업소의 양수인에 대하여 영업정지처분을 할 수 있다.
- ③ 「원자력안전법」상 원자로 건설허가에 앞선 부지 사전승인처분은 그 자체로서 건설부지를 확정하고 사전공사를 허용하는 독립된 행정처분이므로 나중에 건설허가처분이 있게 되더라도 이와 별개로 독립하여 취소소송으로 다룰 수 있다.
- ④ 운전면허취소처분이 위법하더라도 공정력이 인정 되는 결과, 운전면허취소처분을 받은 자가 이후 당해 처분에 대한 취소소송기간 중 자동차를 운전하였다면, 그 이후 판결에 의해 운전면허취소 처분이 취소되었더라도 무면허운전에 해당한다.
- ⑤ 한의사 면허는 강학상 특허에 해당하고, 한약조제시험을 통하여 약사에게 한약조제권을 인정함으로써 한의사들의 영업상 이익이 감소되었다면 이러한 이익은 「약사법」이나 「의료법」등의 법률에 의하여 보호되는 법률상 이익이라 볼 수 있다.

해설

- ① (×) **불가쟁력과 기판력** : 일반적으로 행정처분이나 행정심판 재결이 불복기간의 경과로 확정될 경우 그 확정력은 처분으로 법률상 이익을 침해받은 자가 당해 처분이나 재결의 효력을 더 이상 다룰 수 없다는 의미일 뿐, 더 나아가 판결과 같은 기판력이 인정되는 것은 아니어서 그 처분의 기초가 된 사실관계나 법률적 판단이 확정되고 당사자들이나 법원이 이에 기속되어 모순되는 주장이나 판단을 할 수 없게 되는 것은 아니다(대판 2008.7.24. 2006두20808).
- ② (○) **공중위생영업에 있어 영업정지사유가 있는 경우, 그 영업이 양도·양수되었다(제재사유가 승계되므로) 양수인에 대하여 영업정지처분 가능** : 양수인이 그 양수 후 행정청에 새로운 영업소개설통보를 하였다 하더라도, 그로 인하여 영업양도·양수로 영업소에 관한 권리·의무가 양수인에게 이전하는 법률효과까지 부정되는 것은 아니라 할 것인바, 만일 어떠한 공중위생영업에 대하여 그 营业을 정지할 위법사유가 있다면, 관할 행정청은 그 营业이 양도·양수되었다 하더라도 그 업소의 양수인에 대하여 영업정지처분을 할 수 있다고 봄이 상당하다(대판 2001.6.29. 2001두1611).
- ③ (×) **원자력발전소 건설허가처분 후에 원자력부지사전승인을 다룰 협의의 소의 없음(건설허가 전에는 소의 인정)** : 원자력법 제11조 제3항 소정의 부지사전승인 제도는 원자로 및 관계 시설을 건설하고자 하는 자가 그 계획중인 건설부지가 원자력법에 의하여 원자로 및 관계 시설의 부지로 적법한지 여부 및 굴착공사 등 일정한 범위의 공사(이하 '사전공사'라 한다)를 할 수 있는지 여부에 대하여 건설허가 전에 미리 승인을 받는 제도로서, 원자로 및 관계 시설의 건설에는 장기간의 준비·공사가 필요하기 때문에 필요한 모든 준비를 갖추어 건설허가신청을 하였다가 부지의 부적법성을 이유로 불허가될 경우 그 불이익이 매우 크고 또한 원자로 및 관계 시설 건설의 이와 같은 특성상 미리 사전공사를 할 필요가 있을 수도 있어 건설허가 전에 미리 그 부지의 적법성 및 사전공사의 허용 여부에 대한 승인을 받을 수 있게 함으로써 그의 경제적·시간적 부담을 덜어 주고 유효·적절한 건설공사를 행할 수 있도록 배려하려는 데 그 취지가 있다고 할 것이므로, 원자로 및 관계 시설의 부지사전승인처분은 그 자체로서 건설부지를 확정하고 사전공사를 허용하는 법률효과를 지닌 독립한 행정처분이기는 하지만, 건설허가 전에 신청자의 편의를 위하여 미리 그 건설허가의 일부 요건을 심사하여 행하는 사전적 부분건설허가처분의 성격을 갖고 있는 것이어서 나중에 건설허가처분이 있게 되면 그 건설허가처분에 흡수되어 독립된 존재가치를 상실함으로써 그 건설허가처분만이 쟁송의 대상이 되는 것이므로, 부지사전승인처분의 취소를 구하는 소는 소의 이익을 잃게 되고, 따라서 부지사전승인처분의 위법성은 나중에 내려진 건설허가처분의 취소를 구하는 소송에서 이를 다투면 된다(대판 1998.9.4. 97누19588).
- ④ (×) **운전면허취소처분을 받은 후 자동차를 운전하였으나 위 취소처분이 행정쟁송절차에 의하여 취소된 경우, 무면허운전은 성립 안 됨** : 피고인이 행정청으로부터 자동차 운전면허취소처분을 받았으나 나중에 그 행정처분 자체가 행정쟁송절차에 의하여 취소되었다면, 위 운전면허취소처분은 그 처분시에 소급하여 효력을 잃게 되고, 피고인은 위 운전면허취소처분에 복종할 의무가 원래부터 없었음이 후에 확정되었다고 봄이 타당할 것이고, 행정행위에 공정력의 효력이 인정된다고 하여 행정소송에 의하여 적법하게 취소된 운전면허취소처분이 단지 장래에 향하여서만 효력을 잃게 된다고 볼 수는 없다(대판 1999.2.5. 98도4239).
- ⑤ (×) **한의사 면허는 강학상 허가, 한의사의 영업상 이익은 법률상 이익 아님** : 한의사 면허는 경찰금지를 해제하는 명령적 행위(강학상 허가)에 해당하고, 한약조제시험을 통하여 약사에게 한약조제권을 인정함으로써 한의사들의 영업상 이익이 감소되었다고 하더라도 이러한 이익은 사실상의 이익에 불과하고 약사법이나 의료법 등의 법률에 의하여 보호되는 이익이라고는 볼 수 없으므로, 한의사들이 한약조제시험을 통하여 한약조제권을 인정받은 약사들에 대한 합격처분의 무효확인을 구하는 당해 소는 원고적격이 없는 자들이 제기한 소로서 부적법하다(대판 1998.3.10. 97누4289).

답 ②

10 제3자효 행정행위에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정청은 제3자인 이해관계인이 요구하면, 해당 처분이 행정심판의 대상이 되는 처분인지와 행정심판의 대상이 되는 경우 소관 위원회 및 심판청구 기간을 지체없이 알려 주어야 한다.
- ② 처분등을 취소하는 판결에 의하여 권리 또는 이익의 침해를 받은 제3자는 자기에게 책임 없는 사유로 소송에 참가하지 못함으로써 판결의 결과에 영향을 미칠 공격 또는 방어방법을 제출하지 못한 때에는 이를 이유로 확정된 종국판결에 대하여 재심의 청구를 할 수 있다.
- ③ 제3자에 의한 재심청구는 제3자가 항고소송의 확정판결이 있음을 안 날로부터 90일 이내, 판결이 확정된 날로부터 1년 이내에 제기하여야 한다.
- ④ 법원은 소송의 결과에 따라 권리 또는 이익의 침해를 받을 제3자가 있는 경우에는 당사자 또는 제3자의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 그 제3자를 소송에 참가시킬 수 있다.
- ⑤ 제3자효를 수반하는 행정행위에 대한 행정심판 청구에 있어서 그 청구를 인용하는 내용의 재결로 인하여 비로소 권리이익을 침해받게 되는 자는 그 인용재결에 대하여 취소소송을 제기할 수 있다.

해설

① (○)

- 행정심판법 제58조(행정심판의 고지) ② 행정청은 이해관계인이 요구하면 다음 각 호의 사항을 지체 없이 알려 주어야 한다. 이 경우 서면으로 알려 줄 것을 요구받으면 서면으로 알려 주어야 한다.
 1. 해당 처분이 행정심판의 대상이 되는 처분인지
 2. 행정심판의 대상이 되는 경우 소관 위원회 및 심판청구 기간

② (○), ③ (×)

- 행정소송법 제31조(제3자에 의한 재심청구)
 - ① 처분등을 취소하는 판결에 의하여 권리 또는 이익의 침해를 받은 제3자는 자기에게 책임없는 사유로 소송에 참가하지 못함으로써 판결의 결과에 영향을 미칠 공격 또는 방어방법을 제출하지 못한 때에는 이를 이유로 확정된 종국판결에 대하여 재심의 청구를 할 수 있다.
 - ② 제1항의 규정에 의한 청구는 **확정판결이 있음을 안 날로부터 30일 이내, 판결이 확정된 날로부터 1년 이내에** 제기하여야 한다.
 - ③ 제2항의 규정에 의한 기간은 불변기간으로 한다.

④ (○) 행정소송법 제16조(제3자의 소송참가) 제1항

⑤ (○) **인용재결로 인해 비로소 불이익을 얻는 자**, 예컨대 건축허가에 있어 이웃주민이 행정심판을 청구하여 건축허가처분 취소심판에 대한 인용재결이 있는 경우에는, 건축허가를 받은 자는 재결 자체에 대한 취소소송을 제기할 수밖에 없으므로 재결이 취소소송의 대상이 된다.

- 제3자효를 수반하는 행정행위에 대한 행정심판청구의 인용재결에 대하여 제3자는 재결취소를 구할 소의 이익이 있음 : 이른바 복효적 행정행위, 특히 제3자효를 수반하는 행정행위에 대한 행정심판청구에 있어서 그 청구를 인용하는 내용의 재결로 인하여 비로소 권리이익을 침해받게 되는 자(예컨대, 제3자가 행정심판청구인인 경우의 행정처분 상대방 또는 행정처분 상대방이 행정심판청구인인 경우의 제3자)는 재결의 당사자가 아니라고 하더라도 그 인용재결의 취소를 구하는 소를 제기할 수 있으나, 그 인용재결로 인하여 새로이 어떠한 권리이익도 침해받지 아니하는 자인 경우에는 그 재결의 취소를 구할 소의 이익이 없다(대판 1995.6.13. 94누15592).

답 ③

11 행정행위의 하자의 승계에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 건물철거명령이 당연무효가 아닌 이상 후행행위인 대집행계고처분에 대한 취소소송에서 건물철거명령의 위법사유를 주장할 수 없다.
- ② 개별공시지가결정에 중대하고 명백한 하자가 있을 경우 개별공시지가결정의 하자를 이유로 이를 기초로 한 과세처분의 위법성을 주장할 수 있다.
- ③ 도시·군계획시설결정과 실시계획인가는 도시·군계획시설사업을 위하여 이루어지는 단계적 행정 절차에서 서로 결합하여 하나의 법률효과를 발생 시키므로 선행처분인 도시·군계획시설결정의 하자는 후행처분인 실시계획인가에 승계된다.
- ④ 「병역법」상 보충역편입처분과 공익근무요원소집 처분은 각각 단계적으로 별개의 법률효과를 발생 하는 독립된 행정처분이므로, 보충역편입처분에 하자가 있다고 할지라도 그것이 당연무효라고 볼만한 특단의 사정이 없는 한 그 위법을 이유로 공익근무요원소집처분의 효력을 다룰 수 없다.
- ⑤ 수용보상금의 증액을 구하는 소송에서, 선행처분으로서 그 수용대상 토지가격 산정의 기초가 된 비교표준지공시지가결정의 위법을 독립한 사유로 주장할 수 있다.

해설

① (○) 의무를 명하는 처분(철거명령)에 취소사유가 있는 경우 행정상 강제집행절차(대집행절차 : 계-통-실-비)에는 하자가 승계되지 않지만 의무를 명하는 처분이 당연무효인 경우에는 행정상 강제집행절차에 하자가 승계된다.

- 건물철거명령이 당연무효가 아닌 이상 행정심판이나 소송을 제기하여 그 위법함을 소구하는 절차를 거치지 아니하였다면 위 선행행위인 건물철거명령은 적법한 것으로 확정되었다고 할 것이므로 후행행위인 대집행계고처분에서는 그 건물이 무허가건물이 아닌 적법한 건축물이라는 주장이나 그러한 사실인정을 하지 못한다(대판 1998.9.8. 97누20502).
- 적법한 건축물에 대한 철거명령은 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효라고 할 것이고, 그 후행행위인 건축물철거 대집행계고처분 역시 당연무효라고

할 것이다(대판 1999.4.27. 97누6780).

대집행 및 강제징수 절차와 하자의 승계

구 분	대집행절차	강제징수절차		비 고
의무부과	건물철거명령 (작위하명)	조세부과처분 (급부하명)		의무부과행위와 강제집행절차 사이에는 하자의 승계 부정
강제집행 절차	대집행계고(준법률행위적 행정행위 중 의사의 통지)	독촉(준법률행위적 행정행위 중 의사의 통지)		강제집행절차 상호 간에는 하자의 승계 인정
	대집행영장에 의한 통지(준법률행위적 행정행위 중 의사의 통지)	채납 처분	압류(권력적 사실행위)	
	대집행 실행(권력적 사실행위)		매각·공매(대리, 판례는 세분)	
	비용납부명령(급부하명)		청산	

- ② (○) 선행처분과 후행처분이 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하는 경우라도 선행처분이 무효인 경우 후행처분에 하자가 승계된다.
• 개별공시지가 결정과 과세처분은 서로 독립하여 별개의 효과를 목적으로 함

선행처분(개별공시지가결정)의 하자	후행처분(양도소득세부과처분) 취소소송에서 선행처분의 위법을 다룰 수 있는지 여부(하자 승계 여부)
개별공시지가결정의 하자가 무효	과세처분에 하자 승계됨(개별공시지가결정의 위법을 과세처분의 위법사유로 다룰 수 있음)
개별공시지가결정의 하자가 취소소유 개별공시지가결정의 불가쟁력 발생	① 예외적으로 하자 승계 인정 - 선행처분의 (불가쟁력의) 후행처분에 대한 구속력 부정(이유 : 선행처분의 불가쟁력이나 구속력이 그로 인해 불이익을 입을 자에게 수인한도(수인한도)를 넘는 가혹함을 가져오며, 그 결과가 당사자에게 예측가능한 것이 아니므로) ② 단, 개별토지가격 결정에 대한 재조사 청구에 따른 감액조정에 대해 더 이상 불복하지 않은 경우 양도소득세 부과처분 취소소송에서 다시 개별토지가격 결정의 위법을 다룰 수 없음(선행처분인 개별공시지가 결정의 불가쟁력이나 구속력이 수인한도를 넘는 가혹한 것이거나 예측불가능하다고 볼 수 없으므로)

행정행위의 하자 승계 정리 *인정 사례 : 강제징수절차(독-압-매-청)/대집행절차(계-통-실-비)/한지의사/안경사/분묘개장/귀속재산 ■ 개-과-표-수/친일-유공

선행행위 무효	후행행위에 선행행위의 하자가 승계 됨		
선행행위에 취소사유인 하자	하나의 법률효과를 목적	후행행위에 선행행위의 하자가 승계 됨 예) 대집행절차 상호 간(계통실비 : 계고 ⇨ 대집행영장 통지 ⇨ 대집행 실행 ⇨ 대집행 비용 납부명령), 강제징수절차 상호 간(독압매청 : 독촉 ⇨ 압류 ⇨ 매각(공매) ⇨ 청산) 한지의사/안경사/분묘/귀속재산	
	별개의 법률효과를 목적으로 하는 독립된 행정행위	원칙	후행행위에 선행행위의 하자가 승계 안 됨(선행행위의 후행행위에 대한 구속력이 인정 됨) 예) 과세처분과 압류 등의 채납처분, 건물철거명령과 대집행계고처분, 공무원의 직위해제처분과 면직처분
		예외	하자 승계 부정시 수인한도를 넘는 가혹함 and 그 결과가 당사자에게 예측 가능한 것이 아닌 경우 → 후행행위에 선행행위의 하자가 승계 됨(선행행위의 후행행위에 대한 구속력이 인정 안 됨. 선행행위의 하자를 후행행위의 위법사유로 다룰 수 있음) 예) 개별공시지가결정과 과세처분(양도소득세 부과처분 or 개발부담금 부과처분) 표준지 공시지가와 수용재결(보상금 결정) 친일반민족행위진상규명위원회의 최종발표와 지방보훈지청장의 독립유공자 예우에 관한 법률 적용배제자 결정

- ③ (×) 도시·군계획시설결정과 도시·군계획시설사업실시계획인가 간 하자 승계 부정(별개의 법률효과 발생 목적) : 도시·군계획시설결정과 실시계획인가는 도시·군계획시설사업을 위하여 이루어지는 단계적 행정절차에서 별도의 요건과 절차에 따라 별개의 법률효과를 발생시키는 독립적인 행정처분이다. 그러므로 선행처분인 도시·군계획시설결정에 하자가 있더라도 그것이 당연무효가 아닌 한 원칙적으로 후행처분인 실시계획인가에 승계되지 않는다(대판 2017.7.18. 2016두49938).
- ④ (○) 보충역편입처분과 공익근무요원소집처분 간 하자 승계 부정(별개의 법률효과 발생 목적): 병역법상 보충역편입처분과 공익근무요원소집처분이 각각 단계적으로 별개의 법률효과를 발생하는 독립된 행정처분이라고 할 것이므로, 따라서 보충역편입처분의 기초가 되는 신체등위판정에 잘못이 있다는 이유로 이를 다투기 위하여는 신체등위판정을 기초로 한 보충역편입처분에 대하여 쟁송을 제기하여야 할 것이며, 그 처분을 다투지 아니하여 이미 불가쟁력이 생겨 그 효력을 다룰 수 없게 된 경우에는, 병역처분변경신청에 의하는 경우는 별론으로 하고, 보충역편입처분에 하자가 있다고 할지라도 그것이 당연무효라고 볼 만한 특단의 사정이 없는 한 그 위법을 이유로 공익근무요원소집처분의 효력을 다룰 수 없다(대판 2002.12.10. 2001두5422).
- ⑤ (○) 표준지 공시지가결정과 수용재결(수용보상금결정) 간 하자의 승계 인정(별개의 법률효과를 목적으로 하는 독립된 처분들이지만 하자 승계 부정시 수인한도를 넘는 불이익을 초래하므로) : 표준지공시지가결정은 이를 기초로 한 수용재결 등과는 별개의 독립된 처분으로서 서로 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하지만, 표준지공시지가는 이를 인근 토지의 소유자나 기타 이해관계인에게 개별적으로 고지하도록 되어 있는 것이 아니어서 인근 토지의 소유자 등이 표준지공시지가결정 내용을 알고 있었다고 전제하기가 곤란할 뿐만 아니라, 결정된 표준지공시지가가 공시될 당시 보상금 산정의 기준이 되는 표준지의 인근 토지를 함께 공시하는 것이 아니어서 인근 토지소유자는 보상금 산정의 기준이 되는 표준지가 어느 토지인지를 알 수 없으므로, 인근 토지소유자가 표준지의 공시지가가 확정되기 전에 이를 다투는 것은 불가능하다. 더욱이 장차 어떠한 수용재결 등 구체적인 불이익이 현실적으로 나타나게 되었을 경우에 비로소 권리구제의 길을 찾는 것이 우리 국민의 권리의식임을 감안하여 볼 때, 인근 토지소유자 등으로 하여금 결정된 표준지공시지가를 기초로 하여 장차 토지보상 등이 이루어질 것에 대비하여 항상 토지의 가격을 주시하고 표준지공시지가결정이 잘못된 경우 정해진 시정절차를 통하여 이를 시정하도록 요구하는 것은 부당하게 높은 주의의무를 지우는 것이고, 위법한 표준지공시지가결정에 대하여 그 정해진 시정절차를 통하여 시정하도록 요구하지 않았다는 이유로 위법한 표준지공시지가를 기초로 한 수용재결 등 후행 행정처분에서 표준지공시지가결정의 위법을 주장할 수 없도록 하는 것은 수인한도를 넘는 불이익을 강요하는 것으로서 국민의 재산권과 재판받을 권리를 보장한 헌법의 이념에도 부합하는 것이 아니다. 따라서 표준지공시지가결정이 위법한 경우에는 그 자체를 행정소송의 대상이 되는 행정처분으로 보아 그 위법 여부를 다룰 수 있음은 물론, 수용보상금의 증액을 구하는 소송에서도 선행처분으로서 그 수용대상토지 가격 산정의 기초가 된 비교표준지공시지가결정의 위법을 독립한 사유로 주장할 수 있다(대판 2008.8.21. 2007두13845).

12 이행강제금에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 이행강제금의 본질상 시정명령을 받은 의무자가 이행강제금이 부과되기 전에 그 의무를 이행한 경우라도 시정명령에서 정한 기간을 지나서 이행하였다면 이행강제금을 부과할 수 있다.
- ② 행정청은 이행강제금을 부과받은 자가 납부기한 까지 이행강제금을 내지 아니하면 국세강제징수의 예 또는 「지방행정제재·부과금의 징수 등에 관한 법률」에 따라 징수한다.
- ③ 이행강제금은 의무자에게 시정명령을 받은 의무의 이행을 명하고 그 이행기간 안에 의무를 이행하지 않으면 이행강제금이 부과된다는 사실을 고지함으로써 의무자에게 심리적 압박을 주어 의무의 이행을 간접적으로 강제하는 행정상의 간접강제 수단에 해당한다.
- ④ 이행강제금은 부작위의무나 비대체적 작위의무에 대한 강제집행수단으로 이해되어 왔으나, 이는 이행강제금제도의 본질에서 오는 제약은 아니 며, 이행강제금은 대체적 작위의무의 위반에 대하여도 부과될 수 있다.
- ⑤ 현행 「건축법」상 위법건축물에 대한 이행강제수단으로 대집행과 이행강제금이 인정되고 있는데, 행정청은 개별사건에 있어서 위반내용, 위반자의 시정 의지 등을 감안하여 대집행과 이행강제금을 재량에 의해 선택적으로 활용할 수 있다.

해설

① (×), ③ (○) **건축법상 이행강제금의 법적 성격은 행정상 간접강제이며 시정명령을 받은 의무자가 시정명령에서 정한 기간이 지났으나 이행강제금이 부과되기 전에 의무를 이행한 경우, 이행강제금을 부과할 수 없음** : 건축법상의 이행강제금은 시정명령의 불이행이라는 과거의 위반행위에 대한 제재가 아니라, 의무자에게 시정명령을 받은 의무의 이행을 명하고 그 이행기간 안에 의무를 이행하지 않으면 이행강제금이 부과된다는 사실을 고지함으로써 의무자에게 심리적 압박을 주어 의무의 이행을 간접적으로 강제하는 행정상의 간접강제 수단에 해당한다. 이러한 이행강제금의 본질상 시정명령을 받은 의무자가 이행강제금이 부과되기 전에 그 의무를 이행한 경우에는 비록 시정명령에서 정한 기간을 지나서 이행한 경우라도 이행강제금을 부과할 수 없다. 나아가 시정명령을 받은 의무자가 그 시정명령의 취지에 부합하는 의무를 이행하기 위한 정당한 방법으로 행정청에 신청 또는 신고를 하였으나 행정청이 위법하게 이를 거부 또는 반려함으로써 결국 그 처분이 취소되기에 이르렀다면, 특별한 사정이 없는 한 그 시정명령의 불이행을 이유로 이행강제금을 부과할 수는 없다고 보는 것이 위와 같은 이행강제금 제도의 취지에 부합한다(대판 2018.1.25. 2015두35116)

② (○) **행정기본법 제31조(이행강제금의 부과)** ⑥ 행정청은 이행강제금을 부과받은 자가 납부기한까지 이행강제금을 내지 아니하면 국세강제징수의 예 또는 「지방행정제재·부과금의 징수 등에 관한 법률」에 따라 징수한다.

④⑤ (○) **이행강제금(집행벌)과 행정벌은 목적에서 차이가 있으므로 양자를 병과하더라도 헌법에서 금지하는 이중처벌이 아님** : 전통적으로 행정대집행은 대체적 작위의무에 대한 강제집행수단으로, 이행강제금은 부작위의무나 비대체적 작위의무에 대한 강제집행수단으로 이해되어 왔으나, 이는 이행강제금제도의 본질에서 오는 제약은 아니며, 이행강제금은 대체적 작위의무의 위반에 대하여도 부과될 수 있다. 현행 건축법 상 위법건축물에 대한 이행강제수단으로 인정되는 대집행과 이행강제금을 비교하면, 대집행은 위반 행위자가 위법상태를 치유하지 않아 그 이행의 확보가 곤란하고 또한 이를 방지함이 심히 공익을 해할 것으로 인정될 때에 행정청 또는 제3자가 이를 치유하는 것인 반면, 이행강제금은 위반행위자 스스로가 이를 시정할 수 있는 기회를 부여하여 불필요한 행정력의 낭비를 억제하고 위반행위로 인한 경제적 이익을 환수하기 위한 제도로서 양 제도의 각각의 장·단점이 있다. 따라서 개별사건에 있어서 위반내용, 위반자의 시정 의지 등을 감안하여 행정청은 대집행과 이행강제금을 선택적으로 활용할 수 있다고 할 것이며, 이처럼 그 합리적인 재량에 의해 선택하여 활용하는 이상 중첩적인 제재에 해당한다고 볼 수 없다. 건축법 제78조에 의한 무허가 건축행위에 대한 형사처벌과 건축법 제83조 제1항에 의한 시정명령 위반에 대한 이행강제금의 부과는 그 처벌 내지 제재대상이 되는 기본적 사실관계로서의 행위를 달리하며, 또한 그 보호법익과 목적에서도 차이가 있으므로 헌법 제13조 제1항이 금지하는 이중처벌에 해당한다고 할 수 없다(헌재 2004.2.26. 2001헌바80·84·102·103·2002헌바26).

구분	이행강제금	행정벌
목적	장래의 의무이행 확보 목적. 의무이행시 원칙적으로 이행강제금 급부 면제	과거의 의무위반에 대한 제재(의무이행이 직접적 목적은 아님). 의무를 이행해도 제재를 받음.
반복부과	반복부과 가능(단 횟수제한은 가능)	하나의 위반행위에 대해 반복부과 못함(이중처벌금지)
고의·과실	고의·과실 불요	고의·과실 필요
공통점	간접적 의무이행 확보 수단	
병과	행정형벌과 이행강제금은 규제목적을 달리하므로 병과 가능	

답 ①

13 [각론] 행정청의 권한위임에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 권한의 위임은 법령상의 권한을 다른 행정기관에 이전하여 권한의 법적 귀속을 변경하는 것이므로 법률의 근거를 요한다.
- ② 「정부조직법」 제6조 제1항과 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제3조 제1항은 권한위임의 일반적 근거규정이다.
- ③ 권한행사방식에 있어서 권한의 위임은 수임기관이 자신의 이름으로 권한을 행사하나, 내부위임은 수임기관이 위임기관의 명의로 권한을 행사한다.
- ④ 「지방자치법」에 의하면 지방자치단체의 장은 필요할 경우 그 권한에 속하는 사무의 전부를 보조 기관, 소속 행정기관 또는 하부행정기관에 위임할 수 있다.
- ⑤ 국가기관 사이에서나 국가와 지방자치단체 사이에 있어서도 위임기관은 수임기관에 필요한 인력 및 예산을 이관하여야 한다.

해설

①③ (○) **행정권한의 위임**은 행정관청이 법률에 따라 특정한 권한을 다른 행정관청에 이전하여 수임관청의 권한으로 행사하도록 하는 것이어서 **권한의 법적인 귀속을 변경하는 것이므로 법률이 위임을 허용하고 있는 경우에 한하여 인정된다** 할 것이고, 이에 반하여 행정권한의 내부위임은 법률이 위임을 허용하고 있지 아니한 경우에도 행정관청의 내부적인 사무처리의 편의를 도모하기 위하여 그의 보조기관 또는 하급행정관청으로 하여금 그의 권한을 사실상 행사하게 하는 것이므로, **권한위임의 경우에는 수임관청이 자기의 이름으로 그 권한행사를 할 수 있지만 내부위임의 경우에는 수임관청은 위임관청의 이름으로만 그 권한을 행사할 수 있을 뿐 자기의 이름으로는 그 권한을 행사할 수 없다**(대판 1995.11.28. 94누6475).

▣ **권한위임과 내부위임**

권한 위임	권한의 내부위임
권한 귀속 변경(법률에 따라 특정 권한을 다른 행정관청에 이전하여 수임관청의 권한으로 행사하도록 함)	권한 귀속 변경 없음(행정관청의 내부적 사무처리의 편의를 위해 그 보조기관·하급행정관청에게 그의 권한을 사실상 행하도록 함)
법적 근거 必要	법적 근거 不要
수임청 명의·책임으로 권한 행사	위임청 명의·책임으로 권한 행사(수임청 명의로 처분시 위법 - 무효)
수임청이 피고	위임청이 피고(단, 수임청 명의로 처분시 무효이며 항고소송시 수임청이 피고)

② (○) 국가행정사무의 위임·위탁에 관한 기본적인 사항은 「정부조직법」 제6조와 이에 근거한 대통령령인 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」에서 규정하고 있다. 개별법상 권한의 위임에 대하여 명시적 규정이 없어도 정부조직법 제6조 제1항에 근거하여 권한을 위임할 수 있다. 한편 지방자치단체에서 행해지는 권한의 위임·위탁에 관한 사항은 「지방자치법」 제117조에서 규정하고 있다.

• **정부조직법 제6조(권한의 위임 또는 위탁)** ① 행정기관은 법령으로 정하는 바에 따라 그 소관사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 위임하거나 다른 행정기관·지방자치단체 또는 그 기관에 위탁 또는 위임할 수 있다. 이 경우 위임 또는 위탁을 받은 기관은 특히 필요한 경우에는 법령으로 정하는 바에 따라 위임 또는 위탁을 받은 사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 재위임할 수 있다.

• **행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제3조(위임 및 위탁의 기준 등)** ① 행정기관의 장은 허가·인가·등록 등 민원에 관한 사무, 정책의 구체화에 따른 집행사무 및 일상적으로 반복되는 사무로서 그가 직접 시행하여야 할 사무를 제외한 일부 권한(이하 “행정권한”이라 한다)을 그 보조기관 또는 하급행정기관의 장, 다른 행정기관의 장, 지방자치단체의 장에게 위임 및 위탁한다.

④ (×) 행정권한을 전부 위임하거나 주요부분에 대해서 위임하는 것은 법령상 위임기관의 권한으로 되어 있는 것을 사실상 변경하는 것이므로 허용될 수 없고 행정권한의 일부를 위임하여야 한다.

• **지방자치법 제117조(사무의 위임 등)** ① 지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무의 **일부를** 보조기관, 소속 행정기관 또는 하부행정기관에 위임할 수 있다.

④ (○) **행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제3조(위임 및 위탁의 기준 등)** ② 행정기관의 장은 행정권한을 위임 및 위탁할 때에는 위임 및 위탁하기 전에 수임기관의 수임능력 여부를 점검하고, 필요한 인력 및 예산을 이관하여야 한다.

답 ④

14 「행정소송법」상 당사자소송의 대상이 될 수 없는 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 미지급 퇴직연금에 대한 지급
- ② 「민주화운동관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률」에 의한 보상금지급신청의 기각결정
- ③ 석탄산업법령 및 ‘석탄가격안정지원금 지급요령’에 의한 석탄가격안정지원금의 지급
- ④ 전문직 공무원인 공중보건역사의 채용계약해지의 의사표시 무효확인
- ⑤ 서울특별시립무용단원의 해촉의 무효확인

해설

① (○), ② (×), ③ (○)

▣ **행정상 급부청구권 성립과 쟁송방식**

급부(수급) 청구시 행정청의	청구 거부(기각) 결정		결정에 대한 불복 → 항고소송		
	인용 결정	금액 부족			미지급시 → 당사자소송(금전지급청구소송)
		인용결정 후 (급부청구권 성립)			
			★ 급부청구권이 아직 성립하지 않아 금전지급청구소송으로서 당사자소송은 불가	②	
			★ 행정청의 지급여부 결정 및 통지는 항고소송 대상인 처분이 아님(급부청구권에 영향이 없으므로)	③	

① (○) **공무원연금관리공단의 퇴직연금 중 일부 금액 지급거부 의사표시는 행정처분이 아님, 미지급퇴직연금 지급청구소송은 공법상 당사자소송** : 공무원연금관리공단의 인정에 의하여 퇴직연금을 지급받아 오던 중 구 공무원연금법령의 개정 등으로 퇴직연금 중 일부 금액의 지급이 정지된 경우에는 당연히 개정된 법령에 따라 퇴직연금이 확정되는 것이지만 같은 법 26조 1항에 정해진 공무원연금관리공단의 퇴직연금결정과 통지에 의하여 비로소 그 금액이 확정되는 것이 아니므로, 공무원연금관리공단이 퇴직연금 중 일부 금액에 대하여 지급거부의 의사표시를 하였다고 하더라도 그 의사표시는 **퇴직연금청구권을 형성·확정하는 행정처분이 아니라 공법상의 법률관계의 한쪽 당사자로서 그 지급의무의 존부 및 범위에 관하여 나름대로의 사실상·법률상 의견을 밝힌 것일 뿐**이어서, 이를 행정처분이라고 볼 수는 없고, 이 경우 미지급퇴직연금에 대한 지급청구권은 공법상 권리로서 그의 지급을 구하는 소송은 공법상의 법률관계에 관한 소송인 공법상 당사자소송에 해당한다(대판 2004.7.8. 2004두244 / 대판 2004.12.24. 2003두15195)

cf) 공무원연금법령상 급여를 받으려고 하는 자가 구체적 권리가 발생하지 않은 상태에서 곧바로 공무원 연금공단을 상대로 한 당사자소송으로 권리의 확인이나 급여의 지급을 소구할 수는 없음 : 공무원연금법령상 급여를 받으려고 하는 자는 우선 관계 법령에 따라 공무원연금공단에 급여지급을 신청하여 공무원연금공단이 이를 거부하거나 일부 금액만 인정하는 급여지급결정을 하는 경우 그 결정을 대상으로 항고소송을 제기하는 등으로 구체적 권리를 인정받아야 하고, 구체적인 권리가 발생하지 않은 상태에서 곧바로 공무원연금공단을 상대로 한 당사자소송으로 권리의 확인이나 급여의 지급을 소구하는 것은 허용되지 아니한다. 이러한 법리는 구체적인 급여를 받을 권리의 확인을 구하기 위하여 소를 제기하는 경우뿐만 아니라, 구체적인 급여수급권의 전제가 되는 지위의 확인을 구하는 경우에도 마찬가지로 적용된다(대판 2017.2.9. 2014두43264).

② (×) '민주화운동관련자 명예회복 및 보상 심의위원회'의 보상금 지급대상자에 관한 결정은 행정처분이며 '민주화운동관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률'에 따른 보상금등의 지급을 구하는 소송의 형태는 취소소송(당사자소송 ×) : '민주화운동관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률' 규정만으로는 바로 법상의 보상금 등의 지급대상자가 확정된다고 볼 수 없고, '민주화운동관련자 명예회복 및 보상 심의위원회'에서 심의·결정을 받아야만 비로소 보상금 등의 지급대상자로 확정될 수 있다. 따라서 그와 같은 심의위원회의 결정은 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행정처분에 해당하므로, 관련자 등으로서 보상금 등을 지급받고자 하는 신청에 대하여 심의위원회가 관련자 해당 요건의 전부 또는 일부를 인정하지 아니하여 보상금 등의 지급을 기각하는 결정을 한 경우 신청인은 심의위원회를 상대로 그 결정의 취소를 구하는 소송을 제기하여 보상금 등의 지급대상자가 될 수 있다. '민주화운동관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률' 제17조는 보상금 등의 지급에 관한 소송 형태를 규정하고 있지 않지만, 위 규정 전단에서 말하는 보상금 등의 지급에 관한 소송은 '민주화운동관련자 명예회복 및 보상 심의위원회'의 보상금 등의 지급신청에 관하여 전부 또는 일부를 기각하는 결정에 대한 불복을 구하는 소송이므로 취소소송을 의미한다고 보아야 하며, 후단에서 보상금 등의 지급신청을 한 날부터 90일을 경과한 때에는 그 결정을 거치지 않고 위 소송을 제기할 수 있도록 한 것은 관련자 등에 대한 신속한 권리구제를 위하여 위 기간 내에 보상금 등의 지급 여부 등에 대한 결정을 받지 못한 때에는 지급 거부 결정이 있는 것으로 보아 곧바로 법원에 심의위원회를 상대로 그에 대한 취소소송을 제기할 수 있다고 규정한 취지라고 해석될 뿐, 위 규정이 보상금 등의 지급에 관한 처분의 취소소송을 제한하거나 또는 심의위원회에 의하여 관련자 등으로 결정되지 아니한 신청인에게 국가를 상대로 보상금 등의 지급을 구하는 이행소송을 직접 제기할 수 있도록 허용하는 취지라고 풀이할 수는 없다(대판 2008.4.17. 2005두16185)

cf) 광주민주화운동관련자보상 등에 관한 법률 15조에 의거하여 관련자 및 유족들이 갖게 되는 보상 등에 관한 권리 및 소송의 성격(=당사자소송)과 그 지급에 관한 법률관계의 주체(=대한민국) : 광주민주화운동관련자보상등에관한법률 제15조 본문의 규정에서 말하는 광주민주화운동관련자보상심 의위원회의 결정을 거치는 것은 보상금 지급에 관한 소송을 제기하기 위한 전치요건에 불과하다고 할 것이므로 위 보상심의위원회의 결정은 취소소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다. 광주민주화운동관련자보상등에관한법률에 의거하여 관련자 및 유족들이 갖게 되는 보상 등에 관한 권리는 헌법 23조 3항에 따른 재산권 침해에 대한 손실보상청구나 국가배상법에 따른 손해배상청구와는 그 성질을 달리하는 것으로서 법률이 특별히 인정하고 있는 공법상의 권리라고 해야 할 것이므로 그에 관한 소송은 행정소송법 3조 2호 소정의 당사자소송에 의해야 할 것이며 보상금 등의 지급에 관한 법률관계의 주체는 대한민국이다(대판 1992.12.24. 92누3335).

③ (○) 석탄산업법상의 석탄가격안정지원금 지급청구의 소의 성질은 공법상의 당사자소송 : 석탄가격안정지원금은 석탄의 수요 감소와 열악한 사업환경 등으로 점차 경영이 어려워지고 있는 석탄광 업의 안정 및 육성을 위하여 국가정책적 차원에서 지급하는 지원비의 성격을 갖는 것이고, 석탄광업자가 석탄산업합리화사업단에 대하여 가지는 이와 같은 지원금지급청구권은 석탄산업법령에 의하여 정책적으로 당연히 부여되는 공법상의 권리이므로, 석탄광업자가 석탄산업합리화사업단을 상대로 석탄산업법령 및 「석탄가격 안정지원금 지급요령」에 의하여 지원금의 지급을 구하는 소송은 공법상의 법률관계에 관한 소송인 공법상의 당사자소송에 해당한다(대판 1997.5.30. 95다28960).

cf) 석탄산업법령 상 폐광된 광산에서 업무상 재해를 입은 근로자에 대한 재해위로금 지급청구소송은 공법상 당사자소송 : 석탄산업법 39조의3 1항 4호, 4항 및 같은 법시행령 41조 4항 5호의 각 규정에 의하여 폐광대책비의 일종으로 폐광된 광산에서 업무상 재해를 입은 근로자에게 지급하는 재해위로금은, 국내의 석탄수급상황을 감안하여 채탄을 계속하는 것이 국민경제의 균형발전을 위하여 바람직하지 못하다고 판단되는 경제성이 없는 석탄광산을 폐광함에 있어서 그 광산에서 입은 재해로 인하여 전업 등에 특별한 어려움을 겪게 될 퇴직근로자를 대상으로 사회보장적인 차원에서 통상적인 재해보상금에 추가하여 지급하는 위로금의 성격을 갖는 것이고 이러한, 재해위로금에 대한 지급청구권은 공법상의 권리로서 그 지급을 구하는 소송은 공법상의 법률관계에 관한 소송인 공법상 당사자소송에 해당한다(대판 1999.1.26. 98두12598).

④⑤ (○) 공법상 계약에 따른 권리·의무의 확인 또는 이행청구 소송은 공법상 당사자소송

- 공중보건의사 채용계약 해지의 의사표시의 무효확인청구는 공법상 당사자소송 : 전문직공무원인 공중보건의사의 채용계약 해지의 의사표시는 일반공무원에 대한 징계처분과는 달라서 항고소송의 대상이 되는 처분 등의 성격을 가진 것으로 인정되지 아니하고, 일정한 사유가 있을 때에 관할 도지사가 채용계약 관계의 한쪽 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시로 취급하고 있는 것으로 이해되므로, 공중보건의사 채용계약 해지의 의사표시에 대하여는 대등한 당사자간의 소송형식인 공법상의 당사자소송으로 그 의사표시의 무효확인을 청구할 수 있는 것이지, 이를 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라는 전제하에서 그 취소를 구하는 항고소송을 제기할 수는 없다(대판 1996.5.31. 95누 10617).
- 서울특별시립무용단원의 해촉에 대한 무효확인 청구는 공법상 당사자소송 : 지방자치법 제9조 제2항 제5호 (라)목 및 (마)목 등의 규정에 의하면, 서울특별시립무용단원의 공연 등 활동은 지방문화 및 예술을 진흥시키고자 하는 서울특별시의 공공적 업무수행의 일환으로 이루어진다고 해석될 뿐 아니라, 단원으로 위촉되기 위하여는 일정한 능력요건과 자격요건을 요하고, 계속적인 재위촉이 사실상 보장되며, 공무원연금법에 따른 연금을 지급받고, 단원의 복무규율이 정해져 있으며, 정년제가 인정되고, 일정한 해촉사유가 있는 경우에만 해촉되는 등 서울특별시립무용단원이 가지는 지위가 공무원과 유사한 것이라면, 서울특별시립무용단 단원의 위촉은 공법상의 계약이라고 할 것이고, 따라서 그 단원의 해촉에 대하여는 공법상의 당사자소송으로 그 무효확인을 청구할 수 있다.(대판 1995.12.22. 95누4636).

[참고] 새로 제정된 행정소송규칙(2024.3.1. 시행. 대법원규칙) 제19조에 규정된 당사자소송 대상에 대한 내용도 파악해 두기 바람.

• 행정소송규칙 제19조(당사자소송의 대상) 당사자소송은 다음 각 호의 소송을 포함한다.

- 다음 각 목의 손실보상금에 관한 소송
 - 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제78조 제1항 및 제6항에 따른 이주정착금, 주거이전비 등에 관한 소송
 - 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제85조 제2항에 따른 보상금의 증감에 관한 소송
 - 「하천변입지 보상 등에 관한 특별조치법」 제2조에 따른 보상금에 관한 소송
- 그 존부 또는 범위가 구체적으로 확정된 공법상 법률관계 그 자체에 관한 다음 각 목의 소송
 - 납세의무 존부의 확인
 - 「부가가치세법」 제59조에 따른 환급청구
 - 「석탄산업법」 제39조의3 제1항 및 같은 법 시행령 제41조 제4항 제5호에 따른 재해위로금 지급청구
 - 「5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률」 제5조, 제6조 및 제7조에 따른 관련자 또는 유족의 보상금 등 지급청구
 - 공무원의 보수·퇴직금·연금 등 지급청구
 - 공법상 신분·지위의 확인

3. 처분에 이르는 절차적 요건의 존부나 효력 유무에 관한 다음 각 목의 소송
 - 가. 「도시 및 주거환경정비법」 제35조 제5항에 따른 인가(조합설립인가 후 조합설립변경인가) 이전 조합설립변경에 대한 총회결의의 효력 등을 다투는 소송
 - 나. 「도시 및 주거환경정비법」 제50조 제1항에 따른 인가 이전 사업시행계획에 대한 총회결의의 효력 등을 다투는 소송
 - 다. 「도시 및 주거환경정비법」 제74조 제1항에 따른 인가 이전 관리처분계획에 대한 총회결의의 효력 등을 다투는 소송
4. 공법상 계약에 따른 권리·의무의 확인 또는 이행청구 소송

답 ②

15 [각론] 공무원법에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 임용결격자가 경찰공무원으로 임용된 후 70일 만에 선고받은 형이 사면 등으로 실효되었고, 결격사유가 소멸된 후 30년 3개월 동안 사실상 공무원으로 계속 근무를 하였다면, 결격사유 소멸 후 임용권자가 묵시적으로 새로운 임용처분을 한 것으로 볼 수 있다.
- ② 4급 공무원이 당해 지방자치단체 인사위원회의 심의를 거쳐 3급 승진대상자로 결정되고 임용권자가 그 사실을 대내외에 공표까지 하였다면, 그 공무원은 승진임용에 관한 법률상 이익을 가진 자로서 임용권자에 대하여 3급 승진임용 신청을 할 조리상의 권리가 있다.
- ③ 「국가공무원법」상 징계처분의 하나인 직위해제 처분은 해당 공무원에 대한 보직의 해제 또는 박탈을 의미하며 직위해제된 공무원은 「공무원보수규정」에 따라 봉급의 지급이 정지된다.
- ④ 공무원에 의해 제출된 사직원은 「민법」상의 의사표시에 관한 규정에 따라 면직처분이 있는 후라 하더라도 이를 철회나 취소할 수 있다.
- ⑤ 수사기관이 공무원을 구속하려면 현행범인 경우에도 그 소속 기관의 장에게 미리 통보하여야 한다.

해설

- ① (×) **임용결격자가 공무원으로 임용되어 임용 결격사유가 소멸된 후 계속 근무했어도 묵시적 임용처분이나 무효행위를 추인했다거나 새로운 임용을 한 것으로 볼 수 없음** : 경찰공무원으로 임용된 후 70일 만에 선고받은 형이 사면 등으로 실효되어 결격사유가 소멸된 후 30년 3개월 동안 사실상 공무원으로 계속 근무를 하였다면 하더라도 그것만으로는 임용권자가 묵시적으로 새로운 임용처분을 한 것으로 볼 수 없고, 임용 당시 결격자였다는 사실이 밝혀졌는데도 서울특별시 경찰국장이 일반사면령 등의 공포로 현재 결격사유에 해당하지 아니한다는 이유로 당연퇴직은 불가하다는 조치를 내려서 그 후 정년퇴직시까지 계속 사실상 근무하도록 한 것이 임용권자가 일반사면령의 시행으로 공무원자격을 구비한 후의 근무행위를 유효한 것으로 추인하였다거나 장래에 향하여 그를 공무원으로 새로 임용하는 효력이 있다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 1982. 당시 경장이었던 그의 임용권자는 당시 시행된 경찰공무원법 및 경찰공무원임용령의 규정상 서울특별시장이자 경찰국장이 아니었음이 분명하여, 무효인 임용행위를 임용권자가 추인하였다거나 장래에 향하여 공무원으로 임용하는 새로운 처분이 있었던 것으로 볼 수 없다(대판 1996.2.27. 95누9617).
- ② (○) **4급 공무원이 해당 지방자치단체 인사위원회의 심의를 거쳐 3급 승진대상자로 결정되고 임용권자가 그 사실을 대내외에 공표한 경우, 그 공무원에게 승진임용을 신청할 조리상 신청권이 있음** : 지방공무원법 제8조, 제38조 제1항, 지방공무원임용령 제38조의3의 각 규정을 종합하면, 2급 내지 4급 공무원의 승진임용은 임용권자가 행정실적·능력·경력·전공분야·인품 및 적성 등을 고려하여 하되 인사위원회의 사전심의를 거치도록 하고 있는바, 4급 공무원이 당해 지방자치단체 인사위원회의 심의를 거쳐 3급 승진대상자로 결정되고 임용권자가 그 사실을 대내외에 공표까지 하였다면, 그 공무원은 승진임용에 관한 법률상 이익을 가진 자로서 임용권자에 대하여 3급 승진임용 신청을 할 조리상의 권리가 있다.(대판 2008.4.10. 2007두18611).
- ③ (×) 직위해제시 봉급을 감액 지급함.

• **공무원보수규정 제29조(직위해제기간 중의 봉급 감액)** 직위해제된 사람에게는 다음 각 호의 구분에 따라 봉급(외무공무원의 경우에는 직위해제 직전의 봉급을 말한다.)의 일부를 지급한다.

 1. 「국가공무원법」 제73조의3 제1항제2호, 「교육공무원법」 제44조의2 제1항 제1호 또는 「군무원인사법」 제29조 제1항 제1호에 따라 직위해제된 사람 : 봉급의 80퍼센트
 2. 「국가공무원법」 제73조의3 제1항 제5호에 따라 직위해제된 사람 : 봉급의 70퍼센트. 다만, 직위해제일부터 3개월이 지나도 직위를 부여받지 못한 경우에는 그 3개월이 지난 후의 기간 중에는 봉급의 40퍼센트를 지급한다.
 3. 「국가공무원법」 제73조의3 제1항 제3호·제4호·제6호, 「교육공무원법」 제44조의2 제1항 제2호부터 제4호까지 또는 「군무원인사법」 제29조 제1항 제2호부터 제4호까지의 규정에 따라 직위해제된 사람 : 봉급의 50퍼센트. 다만, 직위해제일부터 3개월이 지나도 직위를 부여받지 못한 경우에는 그 3개월이 지난 후의 기간 중에는 봉급의 30퍼센트를 지급한다.
- ④ (×) • 공무원이 한 사직 의사표시의 철회나 취소는 그에 터 잡은 의원면직처분이 있을 때까지 할 수 있는 것이고, 일단 면직처분이 있고 난 이후에는 철회나 취소할 여지가 없다(대판 2001.8.24. 99두9971).

• 사인의 공법행위는 상대방에게 도달한 후에도 그에 의거한 행정행위가 성립하기 전에는 철회할 수 있음이 원칙이며, 우리 행정절차법도 이와 관련한 규정을 두고 있다. 다만, 법률에 명문 규정이 있거나 그 성질상 불가능한 경우(예 선거 등), 신의칙상 허용될 수 없는 경우에는 철회가 인정되지 않는다.

• **행정절차법 제17조 [처분의 신청]** ⑧ 신청인은 **처분이 있기 전에는** 그 신청의 내용을 보완·변경하거나 **취하(取下) 할 수 있다.** 다만, 다른 법령 등에 특별한 규정이 있거나 그 신청의 성질상 보완·변경하거나 취하할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ⑤ (×) **국가공무원법 제58조(직장 이탈 금지)** ② 수사기관이 공무원을 구속하려면 그 소속 기관의 장에게 미리 통보하여야 한다. 다만, **현행범은 그러하지 아니하다.**

답 ②

16 「행정기본법」상 처분에 대한 이의신청에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정청의 처분에 이의가 있는 당사자는 처분을 받은 날부터 30일 이내에 해당 행정청에 이의신청을 할 수 있다.
- ② 행정청은 이의신청을 받으면 부득이한 사유가 아니라면 그 신청을 받은 날부터 14일 이내에 그 이의신청에 대한 결과를 신청인에게 통지하여야 한다.
- ③ 처분에 대한 이의신청을 한 경우에는 「행정심판법」에 따른 행정심판을 제기할 수 없다.
- ④ 과태료 부과 및 징수에 관한 사항은 「행정기본법」에 따른 이의신청이 인정되지 아니한다.
- ⑤ 다른 법률에서 이의신청과 이에 준하는 절차에 대하여 정하고 있는 경우에도 그 법률에서 규정하지 아니한 사항에 관하여는 「행정기본법」에서 정하는 바에 따른다.

해설

① (○) 제36조 ①항 / ② (○) 제36조 ②항 / ④ (○) 제36조 ⑦항 제6호 / ⑤ (○) 제37조 ⑤항

③ (×) 제36조(처분에 대한 이의신청) ③ 제1항에 따라 이의신청을 한 경우에도 그 이의신청과 관계없이 「행정심판법」에 따른 행정심판 또는 「행정소송법」에 따른 행정소송을 제기할 수 있다.

• 행정기본법 제36조(처분에 대한 이의신청)

- ① 행정청의 처분(「행정심판법」 제3조에 따라 같은 법에 따른 행정심판의 대상이 되는 처분을 말한다. 이하 이 조에서 같다)에 이의가 있는 당사자는 처분을 받은 날부터 **30일** 이내에 해당 행정청에 이의신청을 할 수 있다.
- ② 행정청은 제1항에 따른 이의신청을 받으면 그 신청을 받은 날부터 **14일** 이내에 그 이의신청에 대한 결과를 신청인에게 통지하여야 한다. 다만, **부득이한 사유로 14일 이내에 통지할 수 없는 경우에는 그 기간을 만료일 다음 날부터 기산하여 10일의 범위에서 한 차례 연장할 수 있으며**, 연장 사유를 신청인에게 통지하여야 한다.
- ③ 제1항에 따라 이의신청을 한 경우에도 그 이의신청과 관계없이 「행정심판법」에 따른 행정심판 또는 「행정소송법」에 따른 행정소송을 제기할 수 있다.
- ④ 이의신청에 대한 결과를 통지받은 후 행정심판 또는 행정소송을 제기하려는 자는 그 **결과를 통지받은 날**(제2항에 따른 통지기간 내에 결과를 통지받지 못한 경우에는 같은 항에 따른 통지기간이 만료되는 날의 다음 날을 말한다)부터 **90일** 이내에 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다.
- ⑤ 다른 법률에서 이의신청과 이에 준하는 절차에 대하여 정하고 있는 경우에도 그 법률에서 규정하지 아니한 사항에 관하여는 이 조에서 정하는 바에 따른다.
- ⑥ 제1항부터 제5항까지에서 규정한 사항 외에 이의신청의 방법 및 절차 등에 관한 사항은 **대통령령**으로 정한다.
- ⑦ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항에 관하여는 이 조를 적용하지 아니한다.
 1. 공무원 인사 관계 법령에 따른 징계 등 처분에 관한 사항
 2. 「국가인권위원회법」 제30조에 따른 진정에 대한 국가인권위원회의 결정
 3. 「노동위원회법」 제2조의2에 따라 노동위원회의 의결을 거쳐 행하는 사항
 4. 형사, 행정 및 보안처분 관계 법령에 따라 행하는 사항
 5. 외국인의 출입국·난민인정·귀화·국적회복에 관한 사항
 6. 과태료 부과 및 징수에 관한 사항

처분

「행정심판법」 제3조에 따라 행정심판 대상이 되는 처분에 한정.

⇓ 처분받은 날부터 **30일** 이내에 해당 행정청에게

당사자의 이의신청

이의신청 했어도 행정심판·행정소송 제기 가능

⇓ 신청받은 날부터 **14일** 이내(1회 10일 범위 연장 가능)

행정청의 결과통지

⇓ 통지받은 날부터 **90일** 이내(기간 내 통지 못 받으면 통지기간 만료일 다음 날부터 90일 이내)

행정심판 / 행정소송

답 ③

17 영조물의 설치·관리의 하자로 인한 국가배상책임에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공사 중이며 아직 완성되지 않아 일반 공중의 이용에 제공되지 않는 옹벽은 「국가배상법」 제5조 제1항 소정의 영조물에 해당하지 않는다.
- ② 학교관리자에게 고등학교 학생이 교사의 단속을 피해 담배를 피우기 위하여 3층 건물 화장실 밖의 난간을 지나다가 실족할 경우까지 대비하여 화장실 창문에 난간으로의 출입을 막는 출입금지 장치를 설치할 의무가 있다고 볼 수는 없다.
- ③ 가변차로에 설치된 두 개의 신호등에서 서로 모순되는 신호가 들어오는 오작동이 발생하였고 그고장이 현재의 기술수준 상 부득이한 것이라면 영조물의 하자를 인정할 수 없다.
- ④ 100년 발생빈도의 강우량을 기준으로 책정된 계획홍수위를 초과하여 600년 또는 1,000년 발생빈도의 강우량에 의한 하천의 범람으로 발생한 재해의 경우 그 영조물의 관리청에게 책임을 물을 수 없다.
- ⑤ 예산부족 등 재정사정은 영조물의 안전성의 정도에 참작사유는 될 수 있으나, 절대적인 면책사유는 되지 않는다.

해설

- ① (○) 공사중이며 아직 완성되지 않아 일반 공중의 이용에 제공되지 않는 옹벽은 국가배상법 제5조 상 영조물이 아님 : 지방자치단체가 비탈사면인 언덕에 대하여 현장조사를 한 결과 붕괴의 위험이 있음을 발견하고 이를 붕괴위험지구로 지정하여 관리하여 오다가 붕괴를 예방하기 위하여 언덕에 옹벽을 설치하기로 하고 소외 회사에게 옹벽시설공사를 도급 주어 소외 회사가 공사를 시행하다가 깊이 3m의 구덩이를 파게 되었는데, 피해자가 공사현장 주변을 지나가다가 흙이 무너져 내리면서 위 구덩이에 추락하여 상해를 입게 된 사안에서, 위 사고 당시 설치하고 있던 옹벽은 소외 회사가 공사를 도급 받아 공사 중에 있었을 뿐만 아니라 아직 완성도 되지 아니하여 일반 공중의 이용에 제공되지 않고 있었던 이상 국가배상법 5조 1항 소정의 영조물에 해당한다고 할 수 없다(1998.10.23. 98다17381). ⇒ 형체적 요소도 없고, 공용개시(공용지정)도 없음
- 인공공물의 성립요건 : ㉠ 일반공중의 이용에 제공될 수 있는 구조(형체적 요소)
 ㉡ 일반공중의 이용에 제공한다는 행정주체의 의사표시(의사적 요소) - 공용지정(공용개시)
 (단, 자연공물은 별도의 공용지정행위가 없더라도 행정재산이 됨)
- ② (○) 영조물의 설치·보존의 하자라 함은 영조물이 그 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말하는 것이고, 영조물의 설치 및 보존에 있어서 항상 완전무결한 상태를 유지할 정도의 고도의 안전성을 갖추지 아니하였다고 하여 영조물의 설치 또는 관리에 하자가 있는 것으로는 할 수 없는 것이므로, 따라서 영조물의 설치자 또는 관리자에게 부과되는 방호조치의무의 정도는 영조물의 위험성에 비례하여 사회통념상 일반적으로 요구되는 정도의 것을 말한다. 고등학교 3학년 학생이 교사의 단속을 피해 담배를 피우기 위하여 3층 건물 화장실 밖의 난간을 지나다가 실족하여 사망한 사안에서 학교 관리자에게 그와 같은 이례적인 사고가 있을 것을 예상하여 복도나 화장실 창문에 난간으로의 출입을 막기 위하여 출입금지장치나 추락위험을 알리는 경고표지판을 설치할 의무가 있다고 볼 수는 없다는 이유로 학교시설의 설치·관리상의 하자가 없다(대판 1997.5.16. 96다54102).
- ③ (×) 가변차로에 설치된 두 개의 신호등에서 서로 모순된 신호가 들어오는 오작동이 발생했고 그 고장이 현재의 기술수준상 부득이한 것이라는 사정만으로 손해발생의 예견가능성이나 회피가능성이 없어 영조물의 하자를 인정할 수 없는 경우로 단정할 수 없음(배상책임 인정) : 가변차로에 설치된 신호등의 용도와 오작동시에 발생하는 사고의 위험성과 심각성을 감안할 때, 만일 가변차로에 설치된 두 개의 신호기에서 서로 모순되는 신호가 들어오는 고장을 예방할 방법이 없음에도 그와 같은 신호기를 설치하여 그와 같은 고장을 발생하게 한 것이라면, 그 고장이 자연재해 등 외부요인에 의한 불가항력에 기인한 것이 아닌 한 그 자체로 설치·관리자의 방호조치의무를 다하지 못한 것으로서 신호등이 그 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있었다고 할 것이고, 따라서 설령 적정전압보다 낮은 저전압이 원인이 되어 위와 같은 오작동이 발생하였고 그 고장은 현재의 기술수준상 부득이한 것이라고 가정하더라도 그와 같은 사정만으로 손해발생의 예견가능성이나 회피가능성이 없어 영조물의 하자를 인정할 수 없는 경우라고 단정할 수 없다(대판 2001.7.27. 2000다56822).
- ④ (○) 천재지변(자연재해)에 따른 불가항력의 판단에 있어서 집중호우는 100년 빈도를 기준으로 함.
 • 600~1,000년 빈도의 최대강우량 ⇒ 불가항력 인정 : 100년 발생빈도의 강우량을 기준으로 책정된 계획홍수위를 초과하여 600년 또는 1,000년 발생빈도의 강우량에 의한 하천의 범람은 예측가능성 및 회피가능성이 없는 불가항력적인 재해로서 그 영조물의 관리청에게 책임을 물을 수 없다(대판 2003.10.23. 2001다48057).
 • 50년 빈도의 최대강우량 ⇒ 불가항력 부정 : 집중호우로 제방도로가 유실되면서 그곳을 걸어가던 보행자가 강물에 휩쓸려 익사한 경우, 사고 당일의 집중호우가 50년 빈도의 최대강우량에 해당한다는 사실만으로 불가항력에 기인한 것으로 볼 수 없다(대판 2000.5.26. 99다53247).
- ⑤ (○) 영조물 설치의 『하자』라 함은 영조물의 축조에 불완전한 점이 있어 이 때문에 영조물 자체가 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말한다고 할 것인바 그 『하자』 유무는 객관적 견지에서 본 안전성의 문제이고 그 설치자의 재정사정이나 영조물의 사용목적에 의한 사정은 안전성을 요구하는데 대한 정도 문제로서 참작사유에는 해당할지언정 안전성을 결정지를 절대적 요건에는 해당하지 아니한다 할 것이다(대판 1967.2.21. 66다1723).

답 ③

18 정보공개에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 모든 국민은 정보공개청구권을 가지며, 여기서 국민에는 자연인뿐만 아니라 권리능력 없는 사단과 재단도 포함된다.
- ② 국내에 일정한 주소를 두고 있지 않은 외국인이 학술대회 발표를 위해 1주일간 체류하는 경우에는 정보공개청구권자가 될 수 없다.
- ③ 정보공개법령상 공개의 대상이 되는 정보는 공공 기관이 직무상 작성 또는 취득하여 관리하고 있는 문서(전자문서 포함) 및 전자매체를 비롯한 모든 형태의 매체 등에 기록된 사항을 말한다.
- ④ 정보공개청구는 정보공개를 구하는 자가 공개를 구하는 정보를 행정기관이 보유·관리하고 있을 상당한 개연성이 있다는 점을 입증함으로써 족하다 할 것이지만, 공공기관이 그 정보를 보유·관리하고 있지 아니한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 정보공개거부처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다.
- ⑤ 한국방송공사(KBS)는 정보공개 의무가 있는 「공공 기관의 정보공개에 관한 법률」 제2조 제3호의 ‘공공기관’에 해당한다.

해설

- ① (○) 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제6조 제1항은 “모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다.”고 규정하고 있는데, 여기에서 말하는 국민에는 자연인은 물론 법인, 권리능력 없는 사단·재단도 포함되고, 법인, 권리능력 없는 사단·재단 등의 경우에는 설립목적 불문한다(대판 2003.12.12. 2003두8050).
- ② (×)
- 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제5조(정보공개청구권자) ② 외국인의 정보공개 청구에 관하여는 대통령령으로 정한다.
 • 「공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령」 3조(외국인의 정보공개 청구) 법 제5조 제2항에 따라 정보공개를 청구할 수 있는 외국인은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자로 한다
 1. 국내에 일정한 주소를 두고 거주하거나 학술·연구를 위하여 일시적으로 체류하는 사람
 2. 국내에 사무소를 두고 있는 법인 또는 단체

- ③ (○) 「**공공기관의 정보공개에 관한 법률**」 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
1. "정보"란 공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 관리하고 있는 문서(전자문서를 포함한다. 이하 같다) 및 전자매체를 비롯한 모든 형태의 매체 등에 기록된 사항을 말한다.
- ④ (○) 정보공개제도는 공공기관이 보유·관리하는 정보를 그 상태로 공개하는 제도라는 점 등에 비추어 보면, 정보공개를 구하는 자가 공개를 구하는 정보를 행정기관이 보유·관리하고 있을 상당한 개연성이 있다는 점을 입증함으로써 족하다 할 것이지만, **공공기관이 그 정보를 보유·관리하고 있지 아니한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 정보공개거부처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다**(대판 2006.1.13. 2003두9459)
- ⑤ (○) **한국방송공사(KBS)는 정보공개 의무가 있는 공공기관에 해당** : 어느 법인이 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제2조 제3호, 같은 법 시행령 제2조 제4호에 따라 정보를 공개할 의무가 있는 '특별법에 의하여 설립된 특수법인'에 해당하는지 여부는, 국민의 알 권리를 보장하고 국정에 대한 국민의 참여와 국정운영의 투명성을 확보하고자 하는 위 법의 입법 목적을 염두에 두고, 해당 법인에게 부여된 업무가 국가행정업무이거나 이에 해당하지 않더라도 그 업무 수행으로써 추구하는 이익이 해당 법인 내부의 이익에 그치지 않고 공동체 전체의 이익에 해당하는 공익적 성격을 갖는지 여부를 중심으로 개별적으로 판단하되, 해당 법인의 설립근거가 되는 법률이 법인의 조직구성과 활동에 대한 행정적 관리·감독 등에서 민법이나 상법 등에 의하여 설립된 일반 법인과 달리 규율한 취지, 국가나 지방자치단체의 해당 법인에 대한 재정적 지원·보조의 유무와 그 정도, 해당 법인의 공공적 업무와 관련하여 국가기관·지방자치단체 등 다른 공공기관에 대한 정보공개청구와는 별도로 해당 법인에 대하여 직접 정보공개청구를 구할 필요성이 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여야 한다. **방송법이라는 특별법에 의하여 설립·운영되는 특수법인인 한국방송공사는 정보공개법 시행령 제2조 제4호의 '특별법에 의하여 설립된 특수법인'으로서 정보공개 의무가 있는 공공기관에 해당한다**(대판 2010.12.23. 2008두13101).
- cf) **한국방송공사(KBS)는 정보공개 의무가 있는 공공기관이 아님** : 한국증권업협회는 공동체 전체의 이익에 중요한 역할이나 기능을 수행하는 공공기관으로서 정보공개법 시행령 제2조 제4호의 특별법에 의하여 설립된 특수법인에 해당한다고 보기 어렵다(대판 2010.4.29. 2008두5643).

답 ②

19 인허가의제에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① “인허가의제”란 하나의 인허가를 받으면 법률로 정하는 바에 따라 그와 관련된 여러 인허가를 받은 것으로 보는 것을 말한다.
- ② 관련 인허가의제 제도는 사업시행자의 이익을 위하여 만들어진 것이므로, 사업시행자가 반드시 관련 인허가의제 처리를 신청할 의무가 있는 것은 아니다.
- ③ 주된 인허가 행정청은 주된 인허가를 하기 전에 관련 인허가에 관하여 미리 관련 인허가 행정청과 협의하여야 한다.
- ④ 주택건설사업계획 승인권자가 도시·군관리계획 결정권자와 협의를 거쳐 주택건설사업계획을 승인함으로써 도시·군관리계획결정이 이루어진 것으로 의제되기 위해서는 협의 절차와 별도로 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 따른 주민의견 청취 절차를 거쳐야만 한다.
- ⑤ 인허가의제는 주된 인허가가 있으면 다른 법률에 의한 인허가가 있는 것으로 보는 데 그치고, 거기에서 더 나아가 다른 법률에 의하여 인허가를 받았음을 전제로 하는 그 다른 법률의 모든 규정들까지 적용되는 것은 아니다

해설

- ①③ (○) 행정기본법 제24조 제1항, 3항

행정기본법 제24조 인허가의제		
24	인허가 의제의 기준	① “인허가의제”란 주된 인허가를 받으면 법률 로 정하는 바에 따라 관련 인허가를 받은 것으로 보는 것. ② 인허가의제를 받으려면 주된 인허가를 신청시 관련 인허가에 필요한 서류를 함께 제출해야 함. 단, 불가피한 사유로 함께 제출할 수 없는 경우 주된 인허가청이 별도로 정하는 기한까지 제출 가능 ③ 주된 인허가청은 주된 인허가 전에 미리 관련 인허가청과 협의해야 함. ④ 관련 인허가청은 협의를 요청받으면 요청 받은 날부터 20의 이내 (⑤항 단서 절차에 걸리는 기간은 제외)에 의견을 제출해야 함 . 기간(민원처리관련 법령에 따라 의견제출기간을 연장한 경우 그 연장한 기간) 내 의견을 제출하지 않으면 협의가 된 것으로 봄 ⑤ 협의를 요청받은 관련 인허가청은 해당 법령을 위반하여 협의에 응해서는 안 됨. 단, 관련 인허가에 필요한 심의, 의견 청취 등 절차에 관하여는 법률에 인허가의제시에도 해당 절차를 거친다는 명시적 규정이 있는 경우에만 거침(절차집중효).
25	인허가 의제의 효과	① 24조 3·4항에 따라 협의된 사항에 대해서는 주된 인허가를 받았을 때 관련 인허가를 받은 것으로 봄 ② 인허가의제의 효과는 주된 인허가의 해당 법률에 규정된 관련 인허가에 한정됨 .
26	인허가 의제의 사후관리 등	① 인허가의제시 관련 인허가청은 관련 인허가를 직접 한 것으로 보아 관계 법령에 따른 관리·감독 등 필요한 조치를 해야 함. ② 주된 인허가가 있을 후 이를 변경하는 경우에는 24·25조 및 이 조 ①항 준용. ③ 이 절에서 규정한 사항 외에 인허가 의제의 방법, 그 밖에 필요한 세부 사항은 대통령령으로 정함.

행정기본법 제24조(인허가의제의 기준) ① 이 절에서 “인허가의제”란 하나의 인허가(이하 “주된 인허가”라 한다)를 받으면 **법률**로 정하는 바에 따라 그와 관련된 여러 인허가(이하 “관련 인허가”라 한다)를 받은 것으로 보는 것을 말한다.

- ② (○) **어떤 개발사업의 시행과 관련하여 인허가의 근거 법령에서 절차간소화를 위하여 관련 인허가를 의제 처리할 수 있는 근거 규정을 둔 경우, 사업시행자가 인허가를 신청하면서 반드시 관련 인허가 의제 처리를 신청할 의무는 없음** : 건축법 제14조 제2항, 제11조 제5항 제3호에 따르면, 건축신고 수리처분이 이루어지는 경우 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제56조에 따른 개발행위(토지형질변경)의 허가가 있는 것으로 본다. 이처럼 어떤 개발사업의 시행과 관련하여 여러 개별 법령에서 각각 고유한 목적과 취지를 가지고 그 요건과 효과를 달리하는 인허가 제도를 각각 규정하고 있다면, 그 개발사업을 시행하기 위해서는 개별 법령에 따른 여러 인허가 절차를 각각 거치는 것이 원칙이다. 다만 어떤 인허가의 근거 법령에서 절차간소화를 위하여 관련 인허가를 의제 처리할 수 있는 근거 규정을 둔 경우에는, 사업시행자가 인허가를 신청하면서 하나의 절차 내에서 관련 인허가를 의제 처리해 줄 것을 신청할 수 있다. 관련 인허가 의제 제도는 사업시행자의 이익을 위하여 만들어진 것이므로, 사업시행자가 반드시 관련 인허가 의제 처리를 신청할 의무가 있는 것은 아니다(대판 2023.9.21. 2022두3114).
- ④ (×) **지구단위계획결정이 의제되려면 주택법에 의한 관계행정청과의 협의 절차 외에 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상 지구단위계획입안을 위한 주민의견청취절차를 별도로 거쳐야 하는 것은 아님(절차집중효)** : 구 주택법 제17조 제 1항에 인·허가 의제 규정을 둔 입법취지는, 주택건설사업을

시행하는 데 필요한 각종 인·허가 사항과 관련하여 주택건설사업계획 승인권자로 그 창구를 단일화하고 절차를 간소화함으로써 각종 인·허가에 드는 비용과 시간을 절감하여 주택의 건설·공급을 활성화하려는 데에 있다. 이러한 인·허가 의제 규정의 입법취지를 고려하면, 주택건설사업계획 승인권자가 구 주택법 제17조 제3항에 따라 도시·군관리계획 결정권자와 협의를 거쳐 관계 주택건설사업계획을 승인하면 같은 조 제1항 제5호에 따라 도시·군관리계획결정이 이루어진 것으로 의제되고, 이러한 협의절차와 별도로 「국토의계획 및 이용에 관한 법률」 제28조 등에서 정한 도시·군관리계획입안을 위한 주민의견청취 절차를 거칠 필요는 없다(대판 2018. 11.29. 2016 38792).

- ⑤ (○) 주된 인허가에 관한 사항을 규정하고 있는 법률에서 주된 인허가가 있으면 다른 법률에 의한 인허가를 받은 것으로 의제한다는 규정을 둔 경우, 주된 인허가가 있으면 다른 법률에 의한 인허가가 있는 것으로 보는 데 그치고, 거기에서 더 나아가 다른 법률에 의하여 인허가를 받았음을 전제로 하는 그 다른 법률의 모든 규정들까지 적용되는 것은 아니다(대판 2016.11.24. 2014두47686).

답 ④

20 행정절차에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 보건복지부장관의 국민건강보험법령상 요양급여의 상대가치점수 변경 고시처분의 경우 상대방을 특정할 수 없으므로 그 상대방에게 의견제출의 기회를 주어야 하는 것은 아니다.
- ② 처분서에 기재된 내용과 관계 법령 및 당해 처분에 이르기까지 전체적인 과정 등을 종합적으로 고려하여, 처분 당시 당사자가 어떠한 근거와 이유로 처분이 이루어진 것인지를 충분히 알 수 있어서 행정구제절차로 나아가는 데에 별다른 지장이 없는 경우라면 처분서에 처분의 근거와 이유가 구체적으로 명시되어 있지 않았더라도 절차상 위법하지 않다.
- ③ 신청에 따른 처분이 이루어지지 아니한 경우에는 아직 당사자에게 권익이 부과되지 아니하였으므로 특별한 사정이 없는 한 처분의 사전통지 대상이 된다고 할 수 없다.
- ④ 「행정절차법」 제21조 제4항에서 규정한 ‘의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우’에 해당하는지는 해당 행정처분의 성질에 비추어 판단하여야 하며, 처분상대방이 이미 행정청에 위반사실을 시인하였다거나 처분의 사전통지 이전에 의견을 진술할 기회가 있었다는 사정을 고려하여 판단할 것은 아니다.
- ⑤ 도시계획시설인 추모공원 건립을 위해 지방자치 단체, 비영리법인, 일반 기업 등이 공동발족한 추모공원건립추진협의회에서 후보지 주민들의 의견을 청취하기 위하여 추진협의회 명의로 개최한 공청회의 경우 「행정절차법」에서 정한 절차를 준수하여야 한다.

해설

- ① (○) **불특정 다수에 대한 고시의 경우 사전통지나 의견청취 절차를 거치지 않아도 됨** : ‘고시’의 방법으로 불특정 다수인을 상대로 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분은 성질상 의견제출의 기회를 주어야 하는 상대방을 특정할 수 없으므로, 이와 같은 처분에 있어서까지 구 행정절차법 제22조 제3항에 의하여 그 상대방에게 의견제출의 기회를 주어야 한다고 해석할 것은 아니다. 보건복지부장관이 ‘건강보험 행위 급여·비급여 목록표 및 급여 상대가치점수’(보건복지부 고시)에 의하여 수정체수술과 관련한 질병군의 상대가치점수를 종전보다 약 10~25% 정도 인하하는 내용의 처분을 한 것은 수정체수술을 하는 의료기관을 개설·운영하는 개별 안과 의사들을 상대로 한 것이 아니라 불특정 다수의 의사 전부를 상대로 하는 것인 점 등 그 판시와 같은 이유를 들어, 이 사건 고시에 의한 처분의 경우 구 행정절차법 제22조 제3항에 따라 그 상대방에게 의견제출의 기회를 주지 않았다고 하여 위법하다고 볼 수 없다는 원심의 판단은 정당하다(대판 2014.10.27. 2012두7745).
- ② (○) 행정절차법 제23조 제1항은 행정청이 처분을 할 때에는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하도록 규정하고 있다. 이는 행정청의 자의적 결정을 배제하고 당사자로 하여금 행정구제절차에서 적절히 대처할 수 있도록 하는 데 그 취지가 있다. 따라서 처분서의 내용, 관계 법령, 처분에 이르는 전체적인 과정 등을 종합하여, 처분 당시 당사자가 어떠한 근거와 이유로 처분이 이루어졌는지를 충분히 알 수 있어서 행정구제절차로 나아가는 데 별다른 지장이 없었다고 인정되는 경우에는, 처분서에 처분의 근거와 이유가 구체적으로 명시되어 있지 않았다고 하더라도 그 처분이 위법하다고 할 수 없다(대판 2009.12.10. 2007두20348 판결 참조).
- ③ (○) **특별한 사정이 없는 한 거부처분은 직접 당사자의 권익을 제한하는 것은 아니어서 신청에 대한 거부처분은 처분의 사전통지대상이 아님** : 행정절차법 제21조 제1항은 행정청은 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 처분의 제목, 당사자의 성명 또는 명칭과 주소, 처분하고자 하는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거, 그에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리방법, 의견제출기관의 명칭과 주소, 의견제출기한 등을 당사자 등에게 통지하도록 하고 있는바, 신청에 따른 처분이 이루어지지 아니한 경우에는 아직 당사자에게 권익이 부과되지 아니하였으므로 **특별한 사정이 없는 한 신청에 대한 거부처분이라고 하더라도 직접 당사자의 권익을 제한하는 것은 아니어서 신청에 대한 거부처분을 여기에서 말하는 ‘당사자의 권익을 제한하는 처분’에 해당한다고 할 수 없는 것이어서 처분의 사전통지대상이 된다고 할 수 없다**(대판 2003.11.28. 2003두674).
- ④ (○) **사전통지나 의견제출 기회 제공의 예외 사유인 ‘의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우’에 해당하는지 판단하는 기준 및 이때 처분상대방이 이미 행정청에 위반사실을 시인하였다거나 처분의 사전통지 이전에 의견을 진술할 기회가 있었다는 사정을 고려하여야 하는지 여부(소극)** : 행정절차법 제21조 제1항, 제3항, 제4항, 제22조에 의하면, 행정청이 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 ‘처분의 제목’, ‘처분하려는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거’, ‘이에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리방법’, ‘의견제출기관의 명칭과 주소’, ‘의견제출기한’ 등의 사항을 당사자 등에게 통지하여야 하고, 의견제출기한은 의견제출에 필요한 상당한 기간을 고려하여 정하여야 하며, 다른 법령 등에서 필수적으로 청문을 하거나 공청회를 개최하도록 규정하고 있지 아니한 경우에도 당사자 등에게 의견제출의 기회를 주어야 하며, 다만 ‘해당 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우’ 등에 한하여 처분의 사전통지나 의견청취를 하지 아니할 수 있다. 따라서 행정청이 침해적 행정처분을 하면서 당사자에게 사전통지를 하거나 의견제출의 기회를 주지 아니하였다면, 사전통지나 의견제출의 예외적인 경우에 해당하지 아니하는 한, 처분은 위법 하여 취소를 면할 수 없다. 그리고 여기에서 **‘의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우’에 해당하는지는 해당 행정처분의 성질에 비추어 판단하여야 하며, 처분상대방이 이미 행정청에 위반사실을 시인하였다거나 처분의 사전통지 이전에 의견을 진술할 기회가 있었다는 사정을 고려하여 판단할 것은 아니다**(대판 2016.10.27. 2016두41811)

- ⑤ (×) 서울특별시, 비영리법인, 일반기업 등이 공동발족한 협의체인 추모공원건립추진협의회가 묘지공원 후보지 주민의 의견 청취를 위해 그 명의로 개최한 공청회는 행정청이 도시계획시설결정을 하면서 개최한 공청회가 아니므로, 행정절차법 상 절차를 준수할 필요는 없음 : 위 각 공청회는 추모공원건립추진협의회가 이 사건 추모공원의 후보지를 선정하는 과정에서 후보지 주민들의 의견을 청취하기 위하여 그 명의로 개최된 것일 뿐이지, 행정청인 피고가 이 사건 도시계획시설결정이라는 처분을 함에 있어서 당해 처분의 영향이 광범위하여 널리 의견을 수렴할 필요가 있다고 스스로 인정하여 개최한 공청회가 아니므로, 위 각 공청회를 개최함에 있어 행정절차법에서 정한 절차를 준수하여야 하는 것은 아니라 할 것이고, 위 각 공청회 개최과정에서 피고가 이 사건 협의회의 구성원으로서 행정적인 업무지원을 하였다 하여 달리 볼 것은 아니다(대판 2007.4.12. 2005두1893).

답 ⑤

21 행정상 강제에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 외국인의 출입국에 관한 사항에 관하여는 「행정기본법」상 행정상 강제에 관한 규정을 적용하지 아니한다.
- ② 행정청이 건물소유자들을 상대로 건물철거 대집행을 실시하기에 앞서, 건물소유자들을 건물에서 퇴거시키기 위해 별도로 퇴거를 구하는 민사소송은 부적법하다.
- ③ 관계 법령을 위반하여 장례식장을 영업하고 있는 자의 장례식장 사용중지의무 위반에 대해서는 「행정대집행법」에 의한 대집행이 가능하다.
- ④ 개발제한구역법에 따른 행정청의 시정명령 불이행에 대한 이행강제금의 부과·징수를 위한 계고는 시정명령을 불이행한 경우에 취할 수 있는 절차라 할 것이고, 따라서 이행강제금을 부과·징수할 때마다 그에 앞서 시정명령 절차를 다시 거쳐야 할 필요는 없다.
- ⑤ 즉시강제를 실시하기 위하여 현장에 파견되는 집행책임자는 그가 집행책임자임을 표시하는 증표를 보여 주어야 하며, 즉시강제의 이유와 내용을 고지하여야 한다.

해설

- ① (○) **행정기본법 제30조(행정상 강제)** ③ 형사(刑事), 행형(行刑) 및 보안처분 관계 법령에 따라 행하는 사항이나 **외국인의 출입국**·난민인정·귀화·국적회복에 관한 사항에 관하여는 **이 절(제5절 행정상 강제)을 적용하지 아니한다.**
- ② (○) 관계 법령상 행정대집행의 절차가 인정되어 행정청이 행정대집행의 방법으로 건물의 철거 등 대체적 작위의무의 이행을 실현할 수 있는 경우에는 따로 민사소송의 방법으로 그 의무의 이행을 구할 수 없다. 한편 **건물의 점유자가 철거의무자일 때에는 건물철거의무에 퇴거의무도 포함되어 있는 것이어서 별도로 퇴거를 명하는 집행권원이 필요하지 않다.** 행정청이 행정대집행의 방법으로 건물철거의무의 이행을 실현할 수 있는 경우에는 건물철거 대집행 과정에서 부수적으로 건물의 점유자들에 대한 퇴거 조치를 할 수 있고, 점유자들이 적법한 행정대집행을 위력을 행사하여 방해하는 경우 형법상 공무집행방해죄가 성립하므로, 필요한 경우에는 '경찰관 직무집행법'에 근거한 위험발생 방지조치 또는 형법상 공무집행방해죄의 범행방지 내지 현행범체포의 차원에서 경찰의 도움을 받을 수도 있다(대판 2017.4.28. 2016다213916).
- ③ (×) **관계법령에 위반하여 장례식장 영업을 하고 있는 자의 장례식장 사용 중지의무는 비대체적 부작위의무** ⇨ **대집행 대상 아님** : 행정대집행법 제2조는 '행정청의 명령에 의한 행위로서 타인이 대신하여 행할 수 있는 행위를 의무자가 이행하지 아니하는 경우'에 대집행 할 수 있도록 규정하고 있는데, 이 사건 용도위반 부분을 장례식장으로 사용하는 것이 관계 법령에 위반한 것이라는 이유로 장례식장의 사용을 중지할 것과 이를 불이행할 경우 행정대집행법에 의하여 대집행하겠다는 내용의 이 사건 처분은, 이 사건 처분에 따른 **'장례식장 사용중지 의무'가 원고 이외의 '타인이 대신'할 수도 없고, 타인이 대신하여 '행할 수 있는 행위'라고도 할 수 없는 비대체적 부작위의무에 대한 것이므로, 그 자체로 위법함이 명백하다**(대판 2005.9.28. 2005두7464).
- ④ (○) **개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법상 이행강제금을 부과·징수할 때마다 그에 앞서 시정명령 절차를 다시 거쳐야 하는 것은 아님** : 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법 제30조 제1항, 제30조의2 제1항 및 제2항의 규정에 의하면 시정명령을 받은 후 그 시정명령의 이행을 하지 아니한 자에 대하여 이행강제금을 부과할 수 있고, 이행강제금을 부과하기 전에 상당한 기간을 정하여 그 기한까지 이행되지 아니할 때에 이행강제금을 부과·징수한다는 뜻을 문서로 계고하여야 하므로, 이행강제금의 부과·징수를 위한 계고는 시정명령을 불이행한 경우에 취할 수 있는 절차라 할 것이고, 따라서 이행강제금을 부과·징수할 때마다 그에 앞서 시정명령 절차를 다시 거쳐야 할 필요는 없다(대판 2013.12.12. 2012두20397).
cf) 건축주가 장기간 시정명령을 불이행했으나 그 기간 중에 시정명령의 이행기회가 제공되지 않다가 뒤늦게 이행기회가 제공된 경우, 이행기회가 제공되지 않은 과거 기간에 대한 이행강제금까지 한꺼번에 부과할 수 없고 이를 부과한 처분은 하자가 중대·명백하여 무효(대판 2016.7.14. 2015두46598).
- ⑤ (○) **행정기본법 제33조(즉시강제)** ② 즉시강제를 실시하기 위하여 현장에 파견되는 집행책임자는 그가 집행책임자임을 표시하는 증표를 보여 주어야 하며, 즉시강제의 이유와 내용을 고지하여야 한다.

답 ③

22 행정입법에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 교육부장관이 시·도교육감에게 통보한 내신성적 산정지침은 행정조직 내부에서의 내부적 심사기준이라기보다는 그 지침으로 인해 국민의 권익에 대한 직접적·구체적 변동은 가져올 수 있는 점에서 항고소송의 대상이 되는 처분으로 보아야 한다.
- ② 행정규칙의 내용이 상위법령에 반하는 것이라면 법치국가원리에서 파생되는 법질서의 통일성과 모순금지 원칙에 따라 그것은 법질서상 당연무효이고, 행정내부적 효력도 인정될 수 없다.
- ③ 구 「청소년보호법」에 따른 청소년유해매체물 결정 및 고시처분은 일반 불특정 다수인을 상대방으로 하는 행정처분이다.
- ④ 시외버스운송사업의 사업계획변경 기준 등에 관한 구 「여객자동차운수사업법 시행규칙」은 대외적 구속력이 있는 법규명령에 해당한다.
- ⑤ 보건복지부 고시인 약제급여·비급여목록 및 급여 상한금액표는 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 국민건강보험가입자, 국민건강보험공단, 요양기관 등의 법률관계를 직접 규율하는 행정처분의 성격을 가진다.

해설

- ① (×) 교육부장관이 시·도 교육감에게 통보한 대학입시기본계획 내의 내신성적산정지침의 처분성 부정 : 교육부장관이 내신성적산정기준의 통일을 기하기 위해 대학입시기본계획의 내용에서 내신성적산정기준에 관한 시행지침을 마련하여 시·도 교육감에 통보한 것은 행정조직 내부에서 내신성적평가에 관한 내부적 심사기준을 시달한 것에 불과하며, 각 고등학교에서 위 지침에 일률적으로 기속되어 내신성적을 산정할 수밖에 없고 또 대학에서도 이를 그대로 내신성적으로 인정하여 입학생을 선발할 수밖에 없는 관계로 장차 일부 수험생들이 위 지침으로 인해 어떤 불이익을 입을 개연성이 없지는 아니하나, 그러한 사정만으로서 위 지침에 의하여 곧바로 개별적이고 구체적인 권리의 침해 받은 것으로는 도저히 인정할 수 없으므로, 그것만으로는 **현실적으로 특정인의 구체적인 권리의무에 직접적으로 변동을 초래케 하는 것은 아니라 할 것이어서 내신성적산정지침을 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 볼 수 없다**(대판 1994.9.10. 94두33).
- ② (○) **상위법령을 위반한 행정규칙의 효력은 당면무효이며 이 경우 법원이 위 행정규칙에 따라 행정기관이 한 조치의 당부를 판단하는 방법** : 상급행정기관이 소속 공무원이나 하급행정기관에 대하여 세부적인 업무처리절차나 법령의 해석·적용 기준을 정해 주는 '행정규칙'은 상위법령의 구체적 위임이 있지 않는 한 행정조직 내부에서만 효력을 가질뿐 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 효력이 없다. 다만 **행정규칙이 이를 정한 행정기관의 재량에 속하는 사항에 관한 것인 때에는 그 규정 내용이 객관적 합리성을 결여하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 법원은 이를 존중하는 것이 바람직하다.** 그러나 **행정규칙의 내용이 상위법령에 반하는 것이라면 법치국가원리에서 파생되는 법질서의 통일성과 모순 금지 원칙에 따라 그것은 법질서상 당연무효이고, 행정내부적 효력도 인정될 수 없다.** 이러한 경우 법원은 해당 행정규칙이 법질서상 부존재하는 것으로 취급하여 행정기관이 한 조치의 당부를 상위법령의 규정과 입법 목적 등에 따라서 판단하여야 한다(대판 2019.10.31. 2013두20011).
- | | | |
|---|---|------------------------------|
| 행정규칙(소속 공무원이나 하부기관에게 세부 업무처리절차나 법령 해석·적용 기준을 정해주는 규칙) | 상위 법령의 구체적 위임 없이 제정 | 대외적 효력 없음, 대내적 효력만 지님 |
| | 내용이 상위 법령이나 법의 일반원칙에 위반 | 대외적 효력 없음, 대내적 효력도 없음 |
| 법령보충적 행정규칙(상위 법령의 위임을 받아 법령 내용의 구체적 사항을 정한 규칙) | 상위 법령과 결합하여 법규명령의 성질을 지니며, 대외적 효력 인정. 단, 위임 한계를 벗어나면 대외적 효력 없음. | |
- ③ (○) 구 「청소년보호법」에 따른 청소년유해매체물 결정 및 고시처분은 당해 유해매체물의 소유자등 특정인만을 대상으로 한 행정처분이 아니라 일반 불특정 다수인을 상대방으로 하여 일률적으로 표시의무, 포장의무, 청소년에 대한 판매·대여 등의 금지의무 등 각종 의무를 발생시키는 행정처분으로서, 정보통신윤리 위원회가 특정 인터넷 웹사이트를 청소년유해매체물로 결정하고 청소년보호위원회가 효력발생시기를 명시하여 고시함으로써 그 명시된 시점에 효력이 발생하였다고 봄이 상당하고, 정보통신윤리위원회와 청소년보호위원회가 위 처분이 있었음을 위 **웹사이트 운영자에게 제대로 통지하지 아니하였다고 하여 그 효력 자체가 발생하지 아니한 것으로 볼 수는 없다**(대판 2007.6.14. 2004두619).
- ④ (○) **제재적 처분기준(행정규칙 내용)이 아닌 특유의 인가기준(법규적 내용)을 부령으로 정한 경우 ⇨ 법규명령(대외적 구속력 있음)** : 구 여객자동차 운수사업법 시행규칙 제31조 제2항 제1호, 제2호, 제6호는 구 여객자동차 운수사업법 제11 조 제4항의 위임에 따라 시외버스운송사업의 사업계획변경에 관한 절차, 인가기준 등을 구체적으로 규정한 것으로서, 대외적인 구속력이 있는 법규명령이라고 할 것이고, 그것을 행정청 내부의 사무처리준칙을 규정한 행정규칙에 불과하다고 할 수는 없다(대판 2006.6.27. 2003두4355).
- ⑤ (○) **보건복지부 고시인 '약제급여·비급여 목록 및 급여 상한금액표'는 행정소송 대상인 행정처분** : 어떠한 고시가 일반적·추상적 성격을 가질 때에는 법규명령 또는 행정규칙에 해당할 것이지만, 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법률관계를 규율하는 성격을 가질 때에는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다. 위 법리와 관계 법령을 기록에 비추어 살펴보면, 이 사건 고시는 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 국민건강보험가입자, 국민건강보험공단, 요양기관 등의 법률관계를 직접 규율하는 성격을 가진다고 할 것이므로, 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 할 것이다.(대판 2006.9.22. 2005두2506).(4)

답 ①

23 행정조사에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 조사대상자의 자발적 협조를 얻는 경우가 아니라면 행정기관은 법령등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에 한하여 행정조사를 실시할 수 있다.
- ② 행정기관의 장은 당해 행정기관 내의 2 이상의 부서가 동일하거나 유사한 업무분야에 대하여 동일한 조사대상자에게 행정조사를 실시하는 경우 에는 공동조사를 하여야 한다.
- ③ 우편물 통관검사절차에서 이루어지는 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사를 함에 있어 이에 대한 압수·수색영장 없이 이루어진 것이라도 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 볼 수 없다.
- ④ 세무조사가 과세자료의 수집 또는 신고내용의 정확성 검증이라는 본연의 목적이 아니라 부정한 목적을 위하여 행하여진 경우, 세무조사에 의하여 수집된 과세자료를 기초로 한 과세처분 역시 위법하다.
- ⑤ 부과처분을 위한 과세관청의 질문조사권이 행해지는 세무조사결정이 있는 경우 그 세무조사결정은 납세의무자의 권리·의무에 직접 영향을 미치지 아니하므로 항고소송의 대상이 되지 않는다.

해설

①② (○)

• 행정조사기본법

제5조(행정조사의 근거) 행정기관은 법령등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에 한하여 행정조사를 실시할 수 있다. 다만, 조사대상자의 자발적인 협조 행정조사의 경우에는 그러하지 아니하다.

제14조(공동조사) ① 행정기관의 장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행정조사를 하는 경우에는 **공동조사를 하여야 한다.**(공동조사를 할 수 있다.

1. 당해 행정기관 내의 2 이상의 부서가 동일하거나 유사한 업무분야에 대하여 동일한 조사대상자에게 행정조사를 실시하는 경우
2. 서로 다른 행정기관이 대통령령으로 정하는 분야에 대하여 동일한 조사대상자에게 행정조사를 실시하는 경우

③ (○) 권력적 행정조사의 경우 영장주의가 적용되는지가 문제되는데, 판례는 수사기관의 강제처분이 아니라 행정조사의 성격을 유지하는 한 영장은 요구되지 않는다고 본다. 다만, 형사책임 추궁을 목적으로 하는 조사의 경우에는 영장이 필요하다고 본다.

• **우편물 통관검사절차에서 압수·수색영장 없이 진행된 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등 검사는 위법이 아님(수사기관의 강제처분이 아니므로)** : 관세법 제246조 제1항, 제2항, 제257조, ‘국제우편물 수입통관 사무처리’ 제1-2조 제2항, 제1-3조, 제3-6조, 구 ‘수출입물품 등의 분석사무 처리에 관한 시행세칙’ 등과 관세법이 관세의 부과·징수와 아울러 수출입물품의 통관을 적정하게 함을 목적으로 한다는 점(관세법 제1조)에 비추어 보면, **우편물 통관검사절차에서 이루어지는 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 수출입물품에 대한 적정한 통관 등을 목적으로 한 행정조사의 성격을 가지는 것으로서 수사기관의 강제처분이라고 할 수 없으므로, 압수·수색영장 없이 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등 검사가 진행되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 볼 수 없다**(대판 2013.9.26. 2013도7718).

cf) 수출입물품 통관검사가 형사책임 추궁 목적(수사기관의 범죄수사인 압수·수색)인 경우 영장 필요 : 수사기관에 의한 압수·수색의 경우 헌법과 형사소송법이 정한 적법절차와 영장주의 원칙은 법률에 따라 허용된 예외사유에 해당하지 않는 한 관철되어야 한다. 세관공무원이 수출입물품을 검사하는 과정에서 마약류가 감추어져 있다고 밝혀지거나 그러한 의심이 드는 경우, 검사는 마약류의 분산을 방지하기 위하여 충분한 감시체제를 확보하고 있어 수사를 위하여 이를 외국으로 반출하거나 대한민국으로 반입할 필요가 있다는 요청을 세관장에게 할 수 있고, 세관장은 그 요청에 응하기 위하여 필요한 조치를 할 수 있다(마약류 불법거래 방지에 관한 특례법 제4조 제1항). 그러나 이러한 조치가 **수사기관에 의한 압수·수색에 해당하는 경우에는 영장주의 원칙이 적용된다**. 물론 수출입물품 통관검사절차에서 이루어지는 물품의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 수출입물품에 대한 적정한 통관 등을 목적으로 조사를 하는 것으로서 이를 수사기관의 강제처분이라고 할 수 없으므로, 세관공무원은 압수·수색영장 없이 이러한 검사를 진행할 수 있다. 세관공무원이 통관검사를 위하여 직무상 소지하거나 보관하는 물품을 수사기관에 임의로 제출한 경우에는 비록 소유자의 동의를 받지 않았더라도 수사기관이 강제로 점유를 취득하지 않은 이상 해당 물품을 압수하였다고 할 수 없다. **그러나 마약류 불법거래 방지에 관한 특례법 제4조 제1항에 따른 조치의 일환으로 특정한 수출입물품을 개봉하여 검사하고 그 내용물의 점유를 취득한 행위는 위에서 본 수출입물품에 대한 적정한 통관 등을 목적으로 조사를 하는 경우와는 달리, 범죄수사인 압수 또는 수색에 해당하여 사전 또는 사후에 영장을 받아야 한다**(대판 2017.7.18. 2014도8719).

- ④ (○) **세무조사가 본연의 목적이 아니라 부정한 목적을 위하여 행하여진 경우, 세무조사에 의하여 수집된 과세자료를 기초로 한 과세처분은 위법** : 국제기본법은 제81조의4 제1항에서 “세무공무원은 적정하고 공평한 과세를 실현하기 위하여 필요한 최소한의 범위에서 세무조사를 하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용해서는 아니 된다.”라고 규정하고 있다. 이 조항은 세무조사의 적법 요건으로 객관적 필요성, 최소성, 권한 남용의 금지 등을 규정하고 있는데, 이는 법치국가원리를 조세절차법의 영역에서도 관철하기 위한 것으로서 그 자체로서 구체적인 법규적 효력을 가진다. 따라서 **세무조사가 과세자료의 수집 또는 신고내용의 정확성 검증이라는 본연의 목적이 아니라 부정한 목적을 위하여 행하여진 것이라면 이는 세무조사에 중대한 위법사유가 있는 경우에 해당하고 이러한 세무조사에 의하여 수집된 과세자료를 기초로 한 과세처분 역시 위법하다**(대판 2016.12.15. 2016두47659)
- ⑤ (×) **세무조사결정은 항고소송의 대상이 되는 행정처분** : 부과처분을 위한 과세관청의 질문조사권이 행해지는 세무조사결정이 있는 경우 납세의무자는 세무공무원의 과세자료 수집을 위한 질문에 대답하고 검사를 수인하여야 할 법적 의무를 부담하게 되는 점, 세무조사는 기본적으로 적정하고 공평한 과세의 실현을 위하여 필요한 최소한의 범위 안에서 행하여져야 하고, 더욱이 동일한 세목 및 과세기간에 대한 재조사는 납세자의 영업의 자유 등 권익을 심각하게 침해할 뿐만 아니라 과세관청에 의한 자의적인 세무조사의 위험마저 있으므로 조세공평의 원칙에 현저히 반하는 예외적인 경우를 제외하고는 금지될 필요가 있는 점, 납세의무자로 하여금 개개의 과태료 처분에 대하여 불복하거나 조사 종료 후의 과세처분에 대하여만 다툴 수 있도록 하는 것보다는 그에 앞서 세무조사결정에 대하여 다툼으로써 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있는 점 등을 종합하면, **세무조사결정은 납세의무자의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 공권력의 행사에 따른 행정작용으로서 항고소송의 대상이 된다**(대판 2011.3.10. 2009두23617, 23624).

답 ⑤

24 행정법관계에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 국유재산의 무단점유자에 대한 변상금 부과는 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는 행정처분이고, 그 부과처분에 의한 변상금 징수권은 공법상의 권리이다.
- ② 납세의무자에 대한 국가의 부가가치세 환급세액 지급의무는 부가가치세법령에 의하여 그 존부나 범위가 구체적으로 확정되고 조세 정책적 관점에서 특별히 인정되는 공법상 의무라고 봄이 타당하다.
- ③ 개발부담금 부과처분이 취소된 이상 그 후의 부당이득으로서의 과오납금 반환에 관한 법률관계는 단순한 민사관계이다.
- ④ 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획 안에 대한 조합 총회결의의 효력을 다투는 소송은 사법상 법률관계에 관한 소송이다.
- ⑤ 중학교 의무교육의 위탁관계는 공법적 관계이다.

해설

- ① (○) 국유재산의 무단점유자에 대한 변상금 부과는 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는 행정처분이고, 그 부과처분에 의한 변상금 징수권은 공법상의 권리인 반면, 민사상 부당이득반환청구권은 국유재산의 소유자로서 가지는 사법상의 채권이다(대판 2014.7.16. 2011다76402).
- ② (○) **부가가치세 환급세액 지급청구는 당사자소송의 대상(부가가치세 환급세액 지급의무는 부당이득 반환의무(사법상 의무)가 아니라 공법상 의무)** : 부가가치세 법령이 환급세액의 정의 규정, 그 지급시기와 산출방법에 관한 구체적인 규정과 함께 부가가치세 납세의무를 부담하는 사업자(이하 ‘납세의무자’라 한다)에 대한 국가의 환급세액 지급의무를 규정한 이유는, 입법자가 과세 및 징수의 편의를 도모하고 중복과세를 방지하는 등의 조세 정책적 목적을 달성하기 위한 입법적 결단을 통하여, 최종 소비자에 이르기 전의 각 거래단계에서 재화 또는 용역을 공급하는 사업자가 그 공급을 받는 사업자로부터 매출세액을 징수하여 국가에 납부하고, 그 세액을 징수당한 사업자는 이를 국가로부터 매입세액으로 공제·환급받는 과정을 통하여 그 세액의 부담을 다음 단계의 사업자에게 차례로 전가하여 궁극적으로 최종 소비자에게 이를 부담시키는 것을 근간으로 하는 전단계세액공제 제도를 채택한 결과, 어느 과세기간에 거래징수된 세액이 거래징수를 한 세액보다 많은 경우에는 그 납세의무자가 창출한 부가가치에 상응하는 세액보다 많은 세액이 거래징수되게 되므로 이를 조정하기 위한 과세기술상, 조세 정책적인 요청에 따라 특별히 인정한 것이라고 할 수 있다. 따라서 이와 같은 부가가치세법령의 내용, 형식 및 입법 취지 등에 비추어 보면, 납세의무자에 대한 국가의 **부가가치세 환급세액 지급의무는 그 납세의무자로부터 어느 과세기간에 과다하게 거래징수된 세액 상당을 국가가 실제로 납부받았는지와 관계없이 부가가치세법령의 규정에 의하여 직접 발생하는 것으로서, 그 법적 성질은 정의와 공평의 관념에서 수익자와 손실자 사이의 재산상태 조정을 위해 인정되는 부당이득 반환의무가 아니라 부가가치세법령에 의하여 그 존부나 범위가 구체적으로 확정되고 조세 정책적 관점에서 특별히 인정되는 공법상 의무**라고 봄이 타당하다. 그렇다면 납세의무자에 대한 국가의 부가가치세 환급세액 지급의무에 대응하는 국가에 대한 납세의무자의 부가가치세 환급세액 지급청구는 민사소송이 아니라 행정소송법 제3조 제2호에 규정된 당사자소송의 절차에 따라야 한다(대판 2013.3.21. 2011다95564).

- ③ (○) 개발부담금 부과처분이 취소된 이상 그 후의 부당이득으로서의 과오납금 반환에 관한 법률관계는 단순한 민사 관계에 불과한 것이고, 행정소송 절차에 따라야 하는 관계로 볼 수 없다(대판 1995.12.22. 94다51253).
- ④ (×) **도시 및 주거환경정비법상의 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획안·사업시행계획안에 대한 조합 총회결의의 효력을 다투는 소송의 법적 성질은 행정소송법상 당사자소송** : 도시 및 주거환경정비법에 따른 주택재건축정비사업조합은 관할 행정청의 감독 아래 위 법상의 주택재건축사업을 시행하는 공법인(위 법 제18조)으로서, 그 목적 범위 내에서 법령이 정하는 바에 따라 일정한 행정작용을 행하는 행정주체의 지위를 갖는다. 따라서 행정주체인 재건축조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 효력 등을 다투는 소송은 행정처분에 이르는 절차적 요건의 존부나 효력 유무에 관한 소송으로서 그 소송결과에 따라 행정처분의 위법 여부에 직접 영향을 미치는 공법상 법률관계에 관한 것이므로, 이는 행정소송법상의 당사자소송에 해당하고, 재건축조합을 상대로 사업시행계획안에 대한 조합 총회결의의 효력 등을 다투는 소송 또한 행정소송법상의 당사자소송에 해당한다. 도시 및 주거환경정비법상의 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획안과 사업시행계획안에 대한 총회결의의 무효확인을 구하는 소를 민사소송으로 제기한 사안에서, 그 소는 행정소송법상 당사자소송에 해당하므로 행정법원의 전속관할에 속한다고 한 사례(대판 2009.9.17. 2007다2428, 대판 2009.10.15. 2008다93001)
- ⑤ (○) **중학교 의무교육 실시 여부와 연한** ⇨ 본질적 내용 ○ ⇨ 국가가 법률로 규정할 사항
 ↳ **중학교 의무교육 실시 시기·범위 등 세부사항** ⇨ 본질적 내용 × ⇨ 행정부에 위임 가능
- 중학교 의무교육의 실시 여부 자체라든가 그 연한은 교육제도의 수립에 있어서 본질적 내용으로서 국회입법에 유보되어 있어서 반드시 형식적 의미의 법률로 규정되어야 할 기본적인 사항**이라 하겠으나(이에 따라서 교육법 제8조에서 3년의 중등교육을 반드시 실시하여야 하도록 규정하고 있다), **그 실시의 시기·범위 등 구체적인 실시에 필요한 세부사항에** 관하여는 반드시 그런 것은 아니다. 왜냐하면 이들 사항을 시행 하기 위하여서는 막대한 재정지출이 뒤따르고, 실시의 시기와 방법에 관하여는 국회가 사전에 그 시행에 따른 여러 가지 사정에 대한 자료가 상대적으로 부족하기 때문에 오히려 실정에 밝은 집행기관인 행정부에 의한 기민한 정책결정이 불가피하므로 의회 입법사항이 되기에 부적합하다는 점을 고려하면 이들 사항을 **국회 스스로 결정 하여야 할 기본적인 사항은 아니고 행정부에 위임하여도 무방한 사항**이라고 보아야 할 것이다(헌재 1991.2.11. 90헌가27).

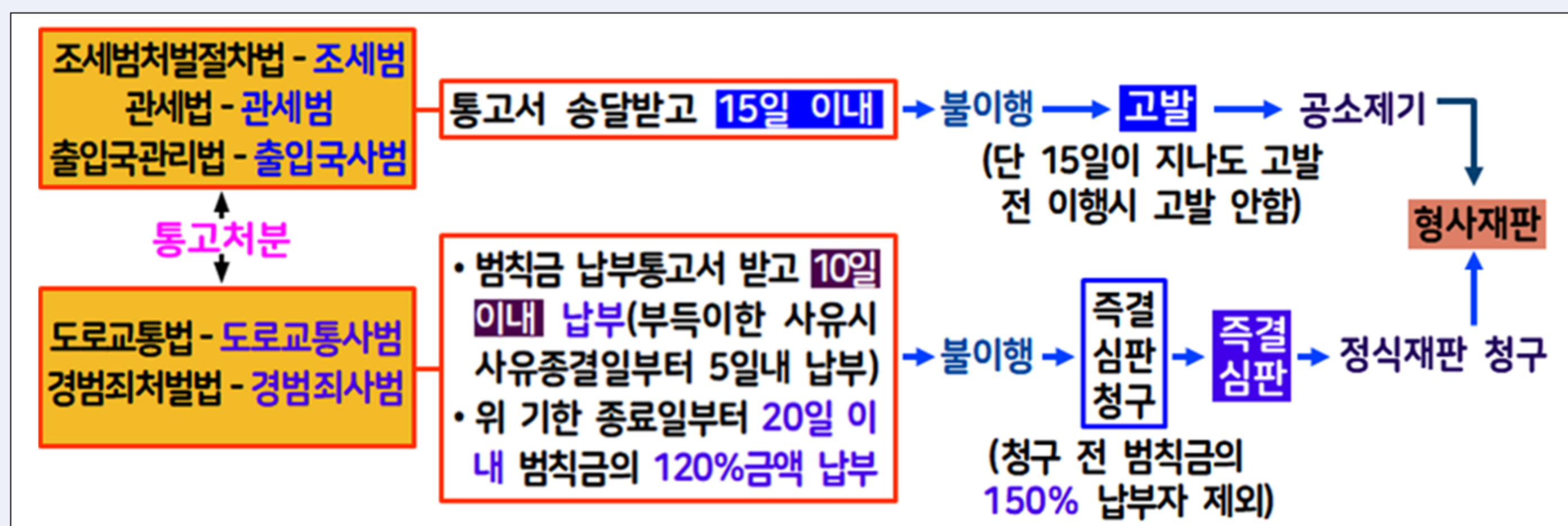
답 ④

25 행정벌에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정질서벌은 형벌이 아니므로 형법총칙이 적용되지 않기 때문에, 「질서위반행위규제법」에서도 고의나 과실을 질서위반행위의 성립요건으로 하지 않고 있다.
- ② 행정청의 과태료 처분이나 법원의 과태료 재판이 확정된 후 법률이 변경되어 그 행위가 질서위반행위에 해당하지 아니하게 된 때에는 변경된 법률에 특별한 규정이 없는 한 과태료의 징수 또는 집행을 면제한다.
- ③ 통고처분은 행정청에 의해 부과되기는 하나 행정처분이 아니므로 그에 대한 불복절차는 행정쟁송으로 할 수 없다.
- ④ 당사자의 이의제기가 있으면 행정청의 과태료 부과처분은 그 효력을 상실한다.
- ⑤ 특별한 사정이 없는 이상 경찰서장은 범칙행위에 대한 형사소추를 위하여 이미 한 통고처분을 임의로 취소할 수 없다.

해설

- ① (×) **질서위반행위규제법 제7조(고의 또는 과실)** 고의 또는 과실이 없는 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다.
 • 행정형벌 : 행정법규 위반시 형법상 형벌 부과 → 형법총칙 적용(죄형법정주의, 범죄성립은 고의나 과실 요함, 14세 미만자 처벌 안 함)
 • 행정질서벌 : 행정법규 위반시 과태료 부과 → 형벌이 아니므로 형법총칙이나 죄형법정주의가 적용 안 됨. 단, 질서위반행위규제법 상 질서위반행위법정주의, 질서위반행위 성립시 고의·과실 요함, 14세 미만자 과태료 부과 불가 등 형법총칙의 규정들과 유사한 규정들을 두고 있음.
- ② (○) **질서위반행위규제법 제3조 제3항**
 ☑ 행정청의 과태료 처분이나 법원의 과태료 재판이 확정된 후 법률이 변경되어 그 행위가 질서위반행위에 해당하지 아니하게 된 때에는 변경된 법률에 특별한 규정이 있으면 과태료의 징수 또는 집행을 면제한다.(×)
- ③ (○) **통고처분은 행정심판·행정소송의 대상이 아님** : 통고처분은 상대방의 임의의 승복을 그 발효요건으로 하기 때문에 그 자체만으로는 통고이행을 강제하거나 상대방에게 아무런 권리·의무를 형성하지 않으므로 행정심판이나 행정소송의 대상으로서의 처분성을 부여할 수 없고, 통고처분에 대하여 이의가 있으면 통고내용을 이행하지 않음으로써 고발되어 형사재판절차에서 통고처분의 위법·부당함을 얼마든지 다툴 수 있기 때문에 관세법 38조 3항 2호가 법관에 의한 재판받을 권리를 침해한다든가 적법절차의 원칙에 저촉된다고 볼 수 없다(헌재결 1998.5.28. 96헌바4).
- ④ (○) **질서위반행위규제법 제20조(이의제기)** ① 행정청의 과태료 부과에 불복하는 당사자는 제17조제1항에 따른 과태료 부과 통지를 받은 날부터 60일 이내에 해당 행정청에 서면으로 이의제기를 할 수 있다. ② 제1항에 따른 이의제기가 있는 경우에는 행정청의 과태료 부과처분은 그 효력을 상실한다.
- ⑤ (○) 경찰서장이 경범죄 처벌법상 범칙행위에 대하여 통고처분을 한 이상, 범칙자의 위와 같은 절차적 지위를 보장하기 위하여 통고처분에서 정한 범칙금 납부기간까지는 원칙적으로 경찰서장은 즉결심판을 청구할 수 없고, 검사도 동일한 범칙행위에 대하여 공소를 제기할 수 없다. 또한 범칙자가 범칙금 납부기간이 지나도록 범칙금을 납부하지 아니하였다면 경찰서장이 즉결심판을 청구하여야 하고, 검사는 동일한 범칙행위에 대하여 공소를 제기할 수 없다. 나아가 특별한 사정이 없는 이상 경찰서장은 범칙행위에 대한 형사소추를 위하여 이미 한 통고처분을 임의로 취소할 수 없다(대판 2021.4.1. 2020도15194).



답 ①