

1 「행정기본법」의 내용으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정에 관한 기간의 계산에 관하여는 「민법」 또는 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 「행정기본법」에 따른다.
- ② 당사자의 신청에 따른 처분은 법령등에 특별한 규정이 있거나 처분 당시의 법령등을 적용하기 곤란한 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 처분 당시의 법령등에 따른다.
- ③ 국가와 지방자치단체는 소속 공무원이 공공의 이익을 위하여 적극적으로 직무를 수행할 수 있도록 제반 여건을 조성하고, 이와 관련된 시책 및 조치를 추진하여야 한다.
- ④ 행정청은 공법상 계약의 상대방을 선정하고 계약 내용을 정할 때 공법상 계약의 공공성과 제3자의 이해관계를 고려하여야 한다.

해설

① (X)

제6조(행정에 관한 기간의 계산) ① 행정에 관한 기간의 계산에 관하여는 이 법 또는 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 「민법」을 준용한다.

② (O)

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.

③ (O)

제4조(행정의 적극적 추진) ① 행정은 공공의 이익을 위하여 적극적으로 추진되어야 한다. ② 국가와 지방자치단체는 소속 공무원이 공공의 이익을 위하여 적극적으로 직무를 수행할 수 있도록 제반 여건을 조성하고, 이와 관련된 시책 및 조치를 추진하여야 한다.

④ (O)

제27조(공법상 계약의 체결) ② 행정청은 공법상 계약의 상대방을 선정하고 계약 내용을 정할 때 공법상 계약의 공공성과 제3자의 이해관계를 고려하여야 한다.

답 ①

2 신뢰보호의 원칙에 관한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 「행정절차법」은 처분의 방식으로 문서주의를 표방하고 있으므로, 행정청의 공적 견해 표명은 묵시적으로 표시되어서는 안 된다.
- ② 신뢰보호의 원칙은 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우에도 부정되어야 하는 것은 아니다.
- ③ 실권의 법리는 법의 일반원리인 신의성실의 원칙에 바탕을 둔 파생원칙이므로 권력관계에는 적용되지 않는다.
- ④ 병무청 담당부서의 담당공무원에게 공적 견해의 표명을 구하는 정식의 서면질의 등을 하지 아니한 채 총무과 민원팀장에 불과한 공무원이 민원봉사차원에서 상담에 응하여 안내한 것을 신뢰한 경우, 신뢰보호의 원칙이 적용되지 아니한다.

해설

- ① (X) 행정상의 법률관계에 있어서 행정청의 행위에 대하여 신뢰보호의 원칙이 적용되기 위한 요건의 하나인 행정청의 공적 견해 표명은 명시적으로만이 아니라 묵시적으로도 이루어질 수 있는 것이고, 표명된 견해의 내용이 다소 포괄적일 수도 있는 반면 매우 한정된 범위에 그치는 경우도 있을 것이며, 공적 견해의 표명이 있었는지의 여부를 판단하는데 있어서는 반드시 행정 조직상의 형식적인 권한분장에 구애될 것이 아니라 담당자의 조직상의 지위와 임무, 당해 업무를 하게 된 구체적인 경위 및 그에 대한 상대방의 신뢰가능성에 비추어 실질에 의하여 판단하여야 한다.(대법원 2008.4.24., 2007두25060)

□ 신뢰보호원칙 적용 요건인 선행조치(공적견해 표명)의 의의

㉠ 법령·조례·규칙·처분·합의·확약·행정계획, 행정지도 등 사실행위, 기타 국민이 신뢰를 가지게 될 일체의 조치

*조세법령의 규정내용 및 행정규칙 자체는 과세관청의 공적 견해표명에 해당하지 않음.(O)

㉡ 명시적·적극적 언동 + 묵시적·소극적 견해표명. 작위+부작위에 의한 견해표명.

판례는 '공적 견해표명'에 한정. 학설보다 인정범위가 좁음. 단 묵시적 견해표명도 인정

㉢ 처분청 자신이 한 조치 + 보조기관의 조치(형식적 권한분장에 구애되지 않음)

㉣ 선행조치가 행정행위이면 적법행위·위법행위 모두 가능. 단, 무효행위, 아직 처분행위가 존재하지 않는 기대이익·예상이익은 신뢰 대상이 아님

㉤ 특정 개인에게 할 필요 없음(cf. 신의성실원칙은 특정 개인과의 관계를 전제로 함)

- ② (X) 일반적으로 행정상의 법률관계에 있어서 행정청의 행위에 대하여 신뢰보호의 원칙이 적용되기 위하여 는, 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 그 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 2001.9.28. 2000두8684)

- 행정기본법 제12조(신뢰보호의 원칙) ① 행정청은 공익 또는 제3자의 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우를 제외하고는 행정에 대한 국민의 정당하고 합리적인 신뢰를 보호하여야 한다.
- 행정절차법 제4조(신의성실 및 신뢰보호) ② 행정청은 법령등의 해석 또는 행정청의 관행이 일반적으로 국민들에게 받아들여졌을 때에는 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우를 제외하고는 새로운 해석 또는 관행에 따라 소급하여 불리하게 처리하여서는 아니 된다.

③ (X) 실권의 법리는 신의성실의 원칙에 바탕을 둔 파생원칙으로서 비권력관계는 물론 **권력관계에도 적용된다**(대판 1988.4.27. 87누915).

*주의: 실권의 법리를 판례는 신의성실의 원칙에서 파생된 원칙으로 보지만, 행정기본법에는 신뢰보호의 원칙에 함께 규정.

- 행정기본법 제12조(신뢰보호의 원칙) ② 행정청은 권한 행사의 기회가 있음에도 불구하고 장기간 권한을 행사하지 아니하여 국민이 그 권한이 행사되지 아니할 것으로 믿을 만한 정당한 사유가 있는 경우에는 그 권한을 행사해서는 아니 된다. 다만, 공익 또는 제3자의 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우는 예외로 한다.

④ (○) 병무청 담당부서의 담당공무원에게 공적 견해표명을 구하는 정식의 서면질의 등을 하지 아니한 채 총무과 민원팀장에 불과한 공무원이 민원봉사차원에서 상담에 응하여 안내한 것을 신뢰한 경우, 신뢰보호원칙이 적용되지 아니한다(대판 2003.12.26. 2003두1875).

답 ④

3

행정상 법률관계에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 국가가 사경제의 주체로서 상대방과 대등한 지위에서 체결하는 계약의 본질적인 내용은 사인 간의 계약과 다를 바가 없으므로 사적 자치와 계약자유 원칙을 비롯한 사법의 원리가 원칙적으로 적용된다.
- ② 국가가 수익자인 수요기관을 위하여 국민을 계약상대자로 하여 체결하는 요청조달계약에는 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 당연히 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」이 적용된다.
- ③ 요청조달계약에 적용되는 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 조항은 국가가 사경제 주체로서 국민과 대등한 관계에 있음을 전제로 한 사법관계에 대한 규정뿐만 아니라, 고권적 지위에서 국민에게 침익적 효과를 발생시키는 행정처분에 대한 규정까지 적용된다.
- ④ 한국자산관리공사가 국유재산 중 일반재산에 관하여 그 처분을 위임받아 매도하는 것은 행정청이 공권력의 주체라는 우월적 지위에서 행하는 공법상의 행정처분이 아니라 사경제 주체로서 행하는 사법상의 법률행위에 해당하여 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하지 않는다.

해설

① (○) 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에 따라 국가가 당사자가 되는 이른바 공공계약은 사경제 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상 계약으로서 본질적인 내용은 사인 간의 계약과 다를 바가 없으므로, 그에 관한 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 사적 자치와 계약자유 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용된다. 따라서 계약 체결을 위한 입찰절차에서 입찰서 제출에 하자가 있다 하여도 그것만으로 해당 입찰이 무효가 되는 것은 아니다(대결 2012.9.20. 2012마1097)

② (○), ③ (X)

조달청장이 조달사업에 관한 법률 제5조의2 제1항 또는 제2항에 따라 수요기관으로부터 계약 체결을 요청받아 그에 따라 체결하는 계약은, 국가가 당사자가 되고 수요기관은 수익자에 불과한 '제3자를 위한 계약'에 해당한다. 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 '국가계약법'이라 함)」 제2조는 그 적용 범위에 관하여 국가가 대한민국 국민을 계약상대자로 하여 체결하는 계약 등 국가를 당사자로 하는 계약에 대하여 위 법을 적용한다고 규정하고 있고, 제3조는 국가를 당사자로 하는 계약에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 의한다고 규정하고 있으므로, **국가가 수익자인 수요기관을 위하여 국민을 계약상대자로 하여 체결하는 요청조달계약에는 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 당연히 국가계약법이 적용된다.** 그러나 위 법리에 의하여 **요청조달계약에 적용되는 국가계약법 조항은 국가가 사경제 주체로서 국민과 대등한 관계에 있음을 전제로 한 사법(私法)관계에 관한 규정에 한정되고, 고권적 지위에서 국민에게 침익적 효과를 발생시키는 행정처분에 관한 규정까지 당연히 적용된다고 할 수 없다.** 특히 요청조달계약에 있어 조달청장은 수요기관으로부터 요청받은 계약 업무를 이행하는 것에 불과하므로, 조달청장이 수요기관을 대신하여 국가계약법 제27조 제1항에 규정된 **입찰참가자격 제한 처분을 할 수 있으려면 그에 관한 수권의 근거 또는 수권의 취지가 포함된 업무 위탁에 관한 근거가 법률에 별도로 마련되어 있어야 한다.** 한편 공공기관의 운영에 관한 법률(이하 '공공기관운영법'이라 한다) 제44조 제2항은 "공기업·준정부 기관은 필요하다고 인정하는 때에는 수요물자 구매나 시설공사계약의 체결을 조달청장에게 위탁할 수 있다."라고 규정하고 있다. 그런데 이처럼 공공기관운영법에 계약 체결 업무의 위탁에 관하여 법률 규정을 별도로 두고 있는 취지는 조달청에서 운영하고 있는 전문적이고 체계적인 조달시스템을 완전하게 이용하도록 하기 위한 것인 점, 요청조달계약의 수요기관이 준정부기관인 경우 공공기관운영법 제39조 제2항에 따라 독자적인 입찰참가자격 제한 처분 권한을 보유하고 있는 점, 조달청장에게 계약 체결 업무가 전적으로 위탁된 이상 조달청장은 국가계약법에서 정한 제반 절차에 따라 위탁기관의 계약과 관련한 사무를 처리하여야만 하는 점 등을 종합하여 보면, 공공기관운영법 제44조 제2항은 국가계약법상의 입찰참가자격 제한 처분의 수권 취지가 포함된 업무 위탁에 관한 근거 규정에 해당한다. 이러한 법리와 관련 규정의 내용 및 취지에 비추어 보면, 준정부기관으로부터 공공기관운영법 제44조 제2항에 따라 계약 체결 업무를 위탁받은 조달청장은 국가계약법 제27조 제1항에 따라 입찰참가자격제한처분을 할 수 있는 권한이 있다고 봄이 타당하다. (준정부기관으로부터 공공기관의 운영에 관한 법률 제44조 제2항에 따라 계약 체결 업무를 위탁받은 조달청장은 국가계약법 제27조 제1항에 따라 계약상대방에 대하여 입찰참가자격제한처분을 할 수 있음)(대판 2017.12.28. 2017두39433)

④ (○) 한국자산관리공사가 국유재산 중 **일반재산에 관하여 그 처분을 위임받아 매도하는 것은** 행정청이 공권력의 주체라는 우월적 지위에서 행하는 공법상의 행정처분이 아니라 사경제 주체로서 행하는 사법상의 법률행위에 해당하여 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하지 않는다(헌재결 2020.6.23.자 2020헌마785).

답 ③

4

신고에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 법령등에서 행정청에 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고를 규정하고 있는 경우, 신고가 법령등에 규정된 형식상의 요건에 적합하면 신고서가 접수기관에 도달된 때에 신고 의무가 이행된 것으로 본다.
- ② 「행정절차법」에서는 수리를 요하는 신고를 규정하고 있고, 「행정기본법」에서는 수리를 요하지 않는 신고를 규정하고 있다.
- ③ 법령등으로 정하는 바에 따라 행정청에 일정한 사항을 통지하여야 하는 신고로서 법률에 신고의 수리가 필요하다고 명시되어 있는 경우에는 행정청이 수리하여야 효력이 발생한다.
- ④ 「유통산업발전법」상 대규모점포의 개설 등록은 수리를 요하는 신고로서 행정처분에 해당한다.

해설

- ① (○) 행정절차법 제40조 제2항
- ② (X) **행정절차법 제40조** ⇨ 수리를 요하지 않는 신고(자족적 신고)를 규정
행정기본법 제34조 ⇨ 수리를 요하는 신고(행위요건적 신고)를 규정

• 행정절차법 제40조(신고)

- ① 법령등에서 **행정청에 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고**를 규정하고 있는 경우 신고를 관장하는 행정청은 신고에 필요한 구비서류, 접수기관, 그 밖에 법령등에 따른 신고에 필요한 사항을 게시(인터넷 등을 통한 게시를 포함한다)하거나 이에 대한 편람을 갖추어 두고 누구나 열람할 수 있도록 하여야 한다.
- ② 제1항에 따른 신고가 다음 각 호의 요건을 갖춘 경우에는 **신고서가 접수기관에 도달된 때에 신고 의무가 이행된 것으로 본다.**
 1. 신고서의 기재사항에 흠이 없을 것
 2. 필요한 구비서류가 첨부되어 있을 것
 3. 그 밖에 법령등에 규정된 형식상의 요건에 적합할 것
- ③ 행정청은 제2항 각 호의 요건을 갖추지 못한 신고서가 제출된 경우에는 지체 없이 상당한 기간을 정하여 신고인에게 보완을 요구하여야 한다.
- ④ 행정청은 신고인이 제3항에 따른 기간 내에 보완을 하지 아니하였을 때에는 그 이유를 구체적으로 밝혀 해당 신고서를 되돌려 보내야 한다.

• 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.**

- ③ (○) 행정기본법 제34조
- ④ (○) 구 「유통산업발전법」에 따른 대규모점포의 개설 등록은 이른바 ‘수리를 요하는 신고’로서 행정처분에 해당 : 구 유통산업발전법 제2조 제3호, 제3의2호, 제8조 제1항, 제12조의2 제1항, 제2항, 제3항, 구 유통산업발전법 시행령 제3조 제1항 [별표 1], 제7조의2의 내용과 체계, 구 유통산업발전법의 입법 목적 등과 아울러, 구 유통산업발전법 제12조의2 제1항, 제2항, 제3항은 기존의 대규모점포의 등록된 유형 구분을 전제로 ‘대형마트로 등록된 대규모점포’를 일체로서 규제 대상으로 삼고자 하는 데 취지가 있는 점, **대규모점포의 개설 등록은 이른바 ‘수리를 요하는 신고’로서 행정처분에 해당**하고 등록은 구체적 유형 구분에 따라 이루어지므로, 등록의 효력은 대규모점포가 구체적으로 어떠한 유형에 속하는지에 관하여도 미치는 점, 따라서 대규모점포가 대형마트로 개설 등록되었다면 점포의 유형을 포함한 등록내용이 대규모점포를 개설하고자 하는 자의 신청 등에 따라 변경등록되지 않는 이상 대규모점포를 개설하고자 하는 자 등에 대한 구속력을 가지는 점 등에 비추어 보면, 구 유통산업발전법 제12조의2 제1항, 제2항, 제3항에 따라 영업시간 제한 등 규제 대상이 되는 대형마트에 해당하는지는, 일단 대형마트로 개설 등록되었다면 특별한 사정이 없는 한, 개설 등록된 형식에 따라 대규모점포를 일체로서 판단하여야 하고, 대규모점포를 구성하는 개별 점포의 실질이 대형마트의 요건에 부합하는지를 다시 살필 것은 아니다(대판 2015.11.19. 2015두295).

답 ②

5

행정행위에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 친일반민족행위자재산조사위원회의 국가귀속결정은 당해 재산이 친일재산에 해당한다는 사실을 확인하는 이른바 준법률행위적 행정행위의 성격을 가진다.
- ② 사업자등록증에 대한 검열은 납세의무자임을 확인하는 준법률행위적 행정행위로서의 확인에 해당한다.
- ③ 지적공부 소관청의 지목변경신청 반려행위는 국민의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.
- ④ 인감증명행위는 출원자의 현재 사용하는 인감에 대하여 구체적인 사실을 증명하는 것일 뿐이므로 무효확인을 구할 법률상 이익이 없다.

해설

- ① (○) **친일반민족행위자재산조사위원회의 친일재산 국가귀속결정의 법적 성질은 준법률행위적 행정행위 중 확인행위** : 「친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법」2조 2호에 정한 친일재산은 친일반민족행위자 재산조사위원회가 국가귀속결정을 해야 비로소 국가의 소유로 되는 것이 아니라 특별법의 시행에 따라 그 취득·증여 등 원인행위시에 소급하여 당연히 국가의 소유로 되는 것이고, 위원회의 국가귀속결정은 당해 재산이 친일재산에 해당한다는 사실을 확인하는 이른바 준법률행위적 행정행위의 성격을 가지는 것이다(대판 2008.11.13. 2008두13491).
- ② (X) **부가가치세법 상 사업자등록증에 대한 검열의 법적성질은 사실행위** : 소득세법 제197의2, 부가가치세법 제5조, 같은법시행령 제7조 내지 제9조 등의 규정에 비추어 보면, 부가가치세법상의 사업자등록은 과세관청으로 하여금 부가가치세의 납세의무자를 파악하고 그 과세자료를 확보케 하려는 데 입법취지가 있으므로 이는 단순한 사업사실의 신고로서 사업자가 소관세무서장에게 소정의 사업자등록신청서를 제출함으로써 성립되는 것이고 사업자등록증의 교부는 이와 같은 등록사실을 증명하는 증서의 교부행위에 불과한 것이며, **사업자등록증에 대한 검열 역시 과세관청이 등록된 사업을 계속하고 있는 사업자의 신고사실을 증명하는 사실행위에 지나지 않는 것으로 납세의무자임을 확인하는 준법률행위적 행정행위로서의 확인이라고는 할 수 없다**(대판 1988.3.8. 87누156). *현재 사업자등록증 검열제도는 폐지됨.

③ (○) **토지대장의 지목변경신청반려행위는 항고소송의 대상인 행정처분** : 구 지적법 20조, 38조 2항의 규정은 토지소유자에게 지목변경신청권과 지목정정신청권을 부여한 것(법규상 신청권 인정)이고, 한편 지목은 토지에 대한 공법상의 규제, 개발부담금의 부과대상, 지방세의 과세대상, 공시지가의 산정, 손실보상가액의 산정 등 토지행정의 기초로서 공법상의 법률관계에 영향을 미치고, 토지소유자는 지목을 토대로 토지의 사용·수익·처분에 일정한 제한을 받게 되는 점 등을 고려하면, 지목은 토지소유권을 제대로 행사하기 위한 전제조건으로서 토지소유자의 실체적 권리관계에 밀접하게 관련(조리상 신청권 인정)되어 있으므로 **지적공부 소관청의 지목변경신청 반려행위는 국민의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다**(대판 2004.4.22. 2003두9015).

□ 장부등 기재행위 관련 처분성

처분성 긍정(실체상의 권리관계에 변동 발생)	처분성 부정(실체상 권리관계 변동이 발생 안 함)
① 지적 소관청의 토지분할 신청 거부 ② 지적등록사항 정정신청 반려 행위 - 헌법소원대상인 공권력 행사 ③ 토지면적등록 정정신청에 대한 반려처분 ④ 건축물대장상 용도변경 신청 거부 ⑤ 건축물대장 작성신청에 대한 거부 ⑥ 의료유사업자 자격증 갱신발급행위 ⑦ 특허청장의 상표사용권설정등록행위	① 관할관청이 등재 요건에 관한 오류를 바로잡으면서 해당 무허가건물을 무허가건물관리대장에서 삭제하는 행위 ② 자동차운전면허대장 등재 ③ 가옥대장 상 등재 말소 ④ 지적공부 등록사항의 직권정정 ⑤ 인감증명발급 ⑥ 법무법인의 공정증서 작성
⑧ 지적공부 소관청의 지목변경신청 반려	⑦ 토지대장상의 소유자명의변경신청 거부
⑨ 건축물에 관한 건축물대장 직권말소 ⑩ 지적공부 소관청의 토지대장 직권말소	⑧ 부가가치세법상 과세관청의 사업자등록 직권말소

④ (○) **인감증명발급 무효확인을 구하는 소는 부적법** : 인감증명행위는 인감증명청이 적법한 신청이 있는 경우에 인감대장에 이미 신고된 인감을 기준으로 출원자의 현재 사용하는 인감을 증명하는 것으로서 구체적인 사실을 증명하는 것일 뿐, 나아가 출원자에게 어떠한 권리가 부여되거나 변동 또는 상실되는 효력을 발생하는 것이 아니고, 인감증명의 무효확인을 받아들인다 하더라도 이로써 이미 침해된 당사자의 권리가 회복되거나 또는 곧바로 이와 관련된 새로운 권리가 발생하는 것도 아니므로 무효확인을 구할 법률상 이익이 없어 부적법하다(대판 2001.7.10. 2000두2136).

답 ②

6 재량행위에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 행정청의 재량에 기한 공익 판단의 여지를 감안하여 법원은 독자의 결론을 도출함이 없이 당해 행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만을 심사한다.
- ② 행정청의 전문적인 정성적 평가 결과는 판단의 기초가 된 사실인정에 중대한 오류가 있거나 그 판단이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 객관적으로 불합리하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 법원이 당부를 심사하기에 적절하지 않으므로 가급적 존중되어야 한다.
- ③ 처분의 근거 법령이 행정청에 처분의 요건과 효과 판단에 일정한 재량을 부여하였으나, 행정청이 자신에게 재량권이 없다고 오인하여 처분으로 달성하려는 공익과 그로써 처분상대방이 입게 되는 불이익의 내용과 정도를 전혀 비교형량하지 않은 채 처분을 하였다고 하더라도, 그 자체로 재량권 일탈·남용으로 해당 처분을 취소하여야 할 위법사유가 되지는 않는다.
- ④ 구 「사행행위등규제법」에 의한 허가의 경우 허가신청이 적극적 요건에 해당하는지 여부를 판단하는 것은 재량행위라 할 수 있겠으나 허가제한사유에 해당되는 경우에는 적극적 요건에 해당하는지 여부를 판단할 필요는 없다.

해설

- ① (○) **기속행위와 재량행위에 대한 사법심사 방식** : 행정행위가 그 재량성의 유무 및 범위와 관련하여 이른바 기속행위 내지 기속재량행위와 재량행위 내지 자유재량행위로 구분된다고 할 때, 그 구분은 당해 행위의 근거가 된 법규의 체제·형식과 그 문언, 당해 행위가 속하는 행정 분야의 주된 목적과 특성, 당해 행위 자체의 개별적 성질과 유형 등을 모두 고려하여 판단하여야 하고, 이렇게 구분되는 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 심사**하게 되고, 이러한 재량권의 일탈·남용 여부에 대한 심사는 사실오인, 비례·평등의 원칙 위배, 당해 행위의 목적 위반이나 동기의 부정 유무 등을 그 판단 대상으로 한다.(대판 2001.2.9. 98두17593, 대판 2005.7.14. 2004두6181)
- ② (○) 행정청의 전문적인 정성적 평가 결과는 그 판단의 기초가 된 사실인정에 중대한 오류가 있거나 그 판단이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 객관적으로 불합리하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 법원이 그 당부를 심사하기에 적절하지 않으므로 가급적 존중되어야 하고, 여기에 재량권을 일탈·남용한 특별한 사정이 있다는 점은 증명책임분배의 일반원칙에 따라 이를 주장하는 자가 증명하여야 한다(대판 2020.7.9. 2017두39785).
- ③ (X) 처분의 근거 법령이 행정청에 처분의 요건과 효과 판단에 일정한 재량을 부여하였는데도, 행정청이 자신에게 재량권이 없다고 오인한 나머지 처분으로 달성하려는 공익과 그로써 처분상대방이 입게 되는 불이익의 내용과 정도를 전혀 비교형량하지 않은 채 처분을 하였다면, 이는 재량권 불행사로서 그 자체로 재량권 일탈·남용으로 해당 처분을 취소하여야 할 위법사유가 된다(대판 2019.7.11. 2017두38874)

• 재량하자 ⇨ 위법

재량의 일탈·유월(逸脫·踰越)	법이 허용하는 재량의 범위(외적 한계)를 넘어 재량권 행사 예 법정 과징금 최고한도가 500만원인데 600만원 부과
재량의 남용(濫用)	재량권의 외적 한계를 넘지 않았으나 법의 목적·헌법원칙·행정법일반원칙(평등·비례)에 위배 ㉠ 평등원칙·비례원칙·자기구속원칙·신뢰보호원칙·부당결부금지원칙 위반 ㉡ 목적 위반, 동기의 부정 : 재량권 행사가 법률이 정한 목적과 다르거나 불법한 동기로 행사 ㉢ 사실의 오인 : 일정 사실을 재량처분의 요건으로 규정시 그 사실의 존재여부 및 법정요건의 해당 여부에 대한 판단착오(사실 존부의 판단에는 재량권이 있을 수 없음) 예 징계 원인이 되는 사실이 존재하지 않는데 징계권 행사
재량의 불행사(흠결·해태)	• 재량행위를 기속행위로 오인하여 재량권 행사를 안 한 경우 • 재량 행사를 했으나 고려할 사항을 충분히 고려하지 않은 경우

- ④ (○) **구 사행행위규제법에 기한 투전기업을 허가하는 재량행위(예외적 승인/예외적 허가)이며 사행행위규제법 상 허가의 적극적 요건의 판단에는 재량이 인정되지만, 다른 법령에서 사행행위를 할 수 없도록 하는 규정이 있는 경우 적극적 요건 해당 여부를 판단할 필요 없이 당연히 불허가 해야 함** : 구 사행행위규제법(1993.12.27. 법률 제4607호로 사행행위등규제및처벌특례법으로 개정되기 전의 것)은 구 복표발행현상기타사행행위단속법과는 달리 사행행위의 종류별로 허가의 요건을 달리하여, 투전기업에 대하여는 제5조 제1항 제3호, 제4호에서 외국인을 상대로 하는 오락시설로서 외화획득에 특히 필요하다고 인정되거나 관광진흥과 관광객의 유치촉진을 위하여 특히 필요하다고 인정될 것을 적극적 요건으로 규정함과 아울러, 제6조 제3호에서는 기타 다른 법령에서 사행행위영업을 할 수 없도록 규정하고 있는 경우 등에 해당할 때에는 허가를 할 수 없도록 규정하고 있으므로, **이 법에 의한 허가의 경우 허가신청이 적극적 요건에 해당하는지 여부를 판단하는 것은 재량행위라 할 수 있겠으나 허가제한사유에 해당되는 경우에는 적극적 요건에 해당하는 여부를 판단할 필요도 없이 당연히 불허가하여야 한다**(대판 1994.8.23. 94누5410).
- * 문제 지문을 더 정확하게는 '다른 법령에 규정된 허가제한사유에 해당되는 경우'로 표기해 주어야 함.

답 ③

7

「도시 및 주거환경정비법」에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것에 그치지 않는다.
- ② 사업시행계획이 무효인 경우 그에 대한 인가처분이 있다고 하더라도 사업시행계획이 유효한 것으로 될 수 없다.
- ③ 관리처분계획에 대하여 인가·고시가 있는 경우에 총회결의의 하자를 이유로 그 효력 유무를 다투는 확인의 소를 제기하는 것은 특별한 사정이 없는 한 허용된다.
- ④ 조합원 지위를 상실한 토지 등 소유자는 주택재개발사업에 대한 사업시행계획에 당연무효의 하자가 있는 경우, 사업시행계획의 무효확인 또는 취소를 구할 법률상 이익이 있다.

해설

- ① (○) **재개발조합설립인가의 법적성질은 설권행위(특허)** : 재개발조합설립인가신청에 대한 행정청의 조합설립인가처분은 단순히 사인(私人)들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 가지는 것이 아니라 법령상 일정한 요건을 갖추는 경우 행정주체(공법인)의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성질을 가진다고 보아야 한다. 그러므로 구 도시 및 주거환경정비법 상 재개발조합설립인가신청에 대하여 행정청의 조합설립인가처분이 있는 이후에는, 조합설립동의를 하자가 있음을 이유로 재개발조합 설립의 효력을 부정하려면 항고소송으로 조합설립인가처분의 효력을 다투어야 한다(대판 2010.1.28. 2009두4845)(대판 2010.1.28. 2009두4845).
- ② (○) 기본행위인 사업시행계획이 무효인 경우 그에 대한 인가처분이 있다고 하더라도 그 기본행위인 사업시행계획이 유효한 것으로 될 수 없으며, 기본행위가 적법·유효하고 보충행위인 인가처분 자체에만 하자가 있다면 그 인가처분의 무효나 취소를 주장할 수 있다고 할 것이지만, 인가처분에 하자가 없다면 기본행위에 하자가 있다고 하더라도 따로 그 기본행위의 하자를 다투는 것은 별론으로 하고 기본행위의 무효를 내세워 바로 그에 대한 인가처분의 취소 또는 무효확인을 구할 수 없다(대판 2014.2.27. 2011두25173) .

기본행위의 하자 여부	인가행위의 하자여부	기본행위나 인가행위의 효력	쟁송대상
적법	위법 - 취소사유	기본행위는 인가처분 취소 전까지만 유효, 인가처분 취소시 무인가행위로서 무효.	인가행위
	위법 - 무효사유	기본행위는 무인가행위로서 무효	
위법 → 취소사유	하자 없음	기본행위의 취소시까지 인가는 유효(기본행위의 하자는 인가행위로 치유 안 됨)	기본행위 (인가행위 X)
위법 → 무효사유		나중에 기본행위가 취소되면 인가도 실효	
불성립		인가행위는 무효(기본행위의 하자는 인가행위로 치유 안 됨)	

- ③ (X) **관리처분계획에 대한 인가·고시 이후 총회결의의 하자를 다투는 소송은 허용되지 않음(관리처분계획인가를 다룰 수 없으며 기본행위인 관리처분계획을 다투야 함)** : 도시 및 주거환경정비법상 주택재건축정비사업조합의 관리처분계획에 대한 관할 행정청의 인가·고시까지 있게 되면 관리처분계획은 행정처분으로서 효력이 발생하게 되므로, 총회결의의 하자를 이유로 하여 행정처분의 효력을 다투는 항고소송의 방법으로 관리처분계획의 취소 또는 무효확인을 구하여야 하고, 그와 별도로 행정처분에 이르는 절차적 요건 중 하나에 불과한 총회결의의 부분만을 따로 떼어내어 효력 유무를 다투는 확인의 소를 제기하는 것은 특별한 사정이 없는 한 허용되지 않는다고 보아야 한다(대판 2009.9.17. 2007다2428)

* 관리처분계획안 조합총회결의의 하자과 불복방법(조합이 사업시행시 관리처분계획을 사업시행계획으로 바꿔써도 동일)



- ④ (○) 주택재개발사업에 대한 사업시행계획에 당연무효의 하자가 있는 경우, 분양신청기간 내에 분양신청을 하지 않거나 분양신청을 철회하여 조합원 지위를 상실한 토지 등 소유자는 사업시행계획의 무효확인 또는 취소를 구할 법률상 이익이 있음 : 주택재개발사업에 대한 사업시행계획에 당연무효인

하자가 있는 경우에는 재개발사업조합은 사업시행계획을 새로이 수립하여 관할관청에게서 인가를 받은 후 다시 분양신청을 받아 관리처분계획을 수립하여야 한다. 따라서 분양 신청기간 내에 분양신청을 하지 않거나 분양신청을 철회함으로써 인해 구 도시정비법 제47조 및 조합 정관 규정에 의하여 조합원의 지위를 상실한 토지 등 소유자도 그때 분양신청을 함으로써 건축물 등을 분양받을 수 있으므로 사업시행계획의 무효확인 또는 취소를 구할 법률상 이익이 있다(대판 2014.2.27. 2011두25173).

답 ③

8 행정행위의 효력에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 이미 취소소송의 제기기간을 경과하여 확정력이 발생한 행정처분에는 그 근거가 되는 법률에 대한 위헌결정의 소급효가 미치지 않는다.
- ② 행정처분이 아무리 위법하다고 하여도 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효라고 보아야 할 사유가 있는 경우를 제외하고는, 행정소송 등에 의하여 적법히 취소될 때까지는 아무도 그 하자를 이유로 그 효력을 부정하지 못한다.
- ③ 민사소송에 있어서 어느 행정처분의 당연무효 여부가 선결문제로 되는 때에는 이를 판단하여 당연무효임을 전제로 판결할 수 있다.
- ④ 불가쟁력이 발생한 부담금 부과처분의 근거 법률에 대한 위헌결정이 있으면, 후행 압류처분의 취소를 구하는 소송에서 재판의 내용과 효력에 대한 법률적 의미가 달라진다.

해설

- ① (○) ㉠ 법률에 근거하여 행정처분이 발하여진 후에 헌법재판소가 그 행정처분의 근거가 된 법률을 위헌으로 결정하였다면 결과적으로 행정처분은 법률의 근거가 없이 행하여진 것과 마찬가지가 되어 하자가 있는 것이 되나, 하자 있는 행정처분이 당연무효가 되기 위하여는 그 하자가 중대할 뿐만 아니라 명백한 것이어야 하는데, 일반적으로 법률이 헌법에 위반된다는 사정이 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에는 객관적으로 명백한 것이라고 할 수는 없으므로 헌법재판소의 위헌결정 전에 행정처분의 근거가 되는 당해 법률이 헌법에 위반된다는 사유는 특별한 사정이 없는 한 그 행정처분의 취소소송의 전제가 될 수 있을 뿐 당연무효사유는 아니라고 봄이 상당하다. ㉡ **위헌인 법률에 근거한 행정처분이 당연무효인지의 여부는 위헌결정의 소급효와는 별개의 문제로서, 위헌결정의 소급효가 인정된다고 하여 위헌인 법률에 근거한 행정처분이 당연무효가 된다고는 할 수 없고, 오히려 이미 취소소송의 제기기간을 경과하여 확정력이 발생한 행정처분에는 위헌결정의 소급효가 미치지 않는다고 보아야 한다.** ㉢ 어느 행정처분에 대하여 그 행정처분의 근거가 된 법률이 위헌이라는 이유로 무효확인청구의 소가 제기된 경우에는 다른 특별한 사정이 없는 한 법원으로서 그 법률이 위헌인지 여부에 대하여는 판단할 필요 없이 그 무효확인청구를 기각하여야 한다.(대판 1994.10.28. 92누9463).

- ② (○) **행정행위의 공정력** : 비록 행정행위에 하자(흠)가 있더라도 그것이 중대하고 명백하여 당연무효인 경우를 제외하고는(취소할 수 있는 행정행위에만 인정) 권한 있는 기관(직권취소-처분청, 갱송취소-행정심판위원회·受訴법원[취소소송관할법원])에 의하여 취소될 때까지는 누구(상대방·이해관계인·타 행정청·민·형사법원)도 그 효력을 부인할 수 없어 일단 유효(적법X)한 것으로 통용되는 힘[유효성의 추정을 받아 잠정적으로 통용되는 힘]

• **공정력의 근거규정** : 행정기본법 제15조(처분의 효력) 처분은 권한이 있는 기관이 취소 또는 철회하거나 기간의 경과 등으로 소멸되기 전까지는 유효한 것으로 통용된다. 다만, 무효인 처분은 처음부터 그 효력이 발생하지 아니한다.

- ③ (○) 취소사유가 있는 행정행위는 공정력이 인정되어 민사소송에서 무효를 확인할 수 없으나 무효인 행정행위의 경우에는 공정력이 인정되지 않기 때문에 민사소송에서 그 무효를 확인할 수 있다.

• **민사소송에 있어서 어느 행정처분의 당연무효 여부가 선결문제로 되는 때에는 이를 판단하여 당연무효임을 전제로 판결할 수 있고 반드시 행정소송 등의 절차에 의하여 그 취소나 무효확인을 받아야 하는 것은 아니다**(대판 2010.4.8. 2009다90092).

- ④ (X) (위헌심사형 헌법소원의 청구요건심사) **불가쟁력이 발생한 부담금 부과처분의 근거법률이 위헌인지 여부는 후행 압류처분의 취소를 구하는 당해소송에서 재판의 전제성이 없음** ⇨ **헌법소원청구 각하**(재판의 전제성은 위헌심사형 헌법소원[위헌법률심판 제청 신청을 법원이 기각한 경우 제기하는 헌법소원] 청구요건으로서 근거 법률의 위헌 판결로 인해 해당 재판의 주문·내용·효력 등 법률적 의미가 달라져야 한다는 것) : 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원에 있어서는 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 당해사건의 재판의 전제로 되어야 하고, 이 경우 재판의 전제가 된다고 하려면 우선 그 법률이 당해사건에 적용할 법률이어야 하고 그 법률의 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라져야 한다. 이미 취소소송의 제기기간을 경과하여 확정력이 발생한 행정처분의 경우에는 위헌결정의 소급효가 미치지 않는다고 보아야 할 것이고, 일반적으로 법률이 헌법에 위반된다는 사정이 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에는 객관적으로 명백한 것이라고 할 수는 없으므로 특별한 사정이 없는 한 이러한 하자는 행정처분의 취소사유에 해당할 뿐 당연무효 사유는 아니다. 따라서 설령 이 사건 각 부과처분의 근거법률이 위헌이라고 하더라도 그 위헌성이 명백하다는 등 특별한 사정이 있다고 볼 자료가 없는 한 각 부과처분에는 취소할 수 있는 하자가 있음에 불과하고 각 부과처분에 불가쟁력이 발생하여 더 이상 다룰 수 없는 이상 각 부과처분의 하자가 각 압류처분의 효력에 아무런 영향을 미칠 수 없으므로, 각 부과처분의 근거법률의 위헌 여부에 의하여 당해사건인 압류처분취소의 소의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우로 볼 수 없다(헌재 2004.1.29. 2002헌바73)

부담금부과처분 → 제소기간 경과로 불가쟁력 발생

↓
압류처분

↓
압류처분 취소소송 및 부과처분 근거법률 위헌심판제청신청 → 법원의 위헌법률심판제청신청 기각 및 압류처분 취소소송 기각

↓
위헌심사형 헌법소원 청구 → 헌법소원 청구요건인 **재판의 전제성이 없어 청구 각하**

∴ 부과처분 근거법률 위헌결정을 해도 부과처분의 하자(취소사유)가 압류처분의 효력에 영향을 못 미침(부과처분과 압류처분 간 하자 승계 안 됨). 즉, 압류처분취소소송 판결의 내용·효력에 관한 법률적 의미가 달라지지 않음.

※ 이 사례의 경우 근거법률의 위헌판결이 없는 상태이므로 행정청은 압류처분, 공매처분 모두 진행 가능.

*참고 : 다음의 경우와 구별할 것

1. 조세부과처분 후 근거법률의 위헌판결 후 후속 체납처분(압류, 공매 등)은 당연무효



2. 행정처분의 근거법률의 위헌판결시 예외적으로 행정처분을 당연무효사유로 볼 수 있는 경우(과세처분·압류처분의 불가쟁력 발생 후 과세처분·압류처분 무효확인소송을 제기하면서 과세처분·압류처분 근거법률의 위헌법률심판제청신청도 했으나 법원이 기각하자 제기한 위헌심사형 헌법소원에서 헌법소원 청구요건인 재판의 전제성이 인정될 수도 있다고 보고 본안심리를 한 사례) : 행정처분의 집행이 이미 종료되었고 그것이 반복될 경우 법적 안정성을 크게 해치게 되는 경우에는 후에 행정처분의 근거가 된 법규가 헌법재판소에서 위헌으로 선고된다고 하더라도 그 행정처분이 당연무효가 되지는 않음이 원칙이라고 할 것이나, 행정처분 자체의 효력이 쟁송기간 경과 후에도 존속 중인 경우, 특히 그 처분이 위헌법률에 근거하여 내려진 것이고 그 행정처분의 목적달성을 위하여서는 후행(後行)행정처분이 필요한데 후행(後行)행정처분은 아직 이루어지지 않은 경우와 같이 그 행정처분을 무효로 하더라도 법적 안정성을 크게 해치지 않는 반면에 그 하자가 중대하여 그 구제가 필요한 경우에 대하여서는 그 예외를 인정하여 이를 당연무효사유로 보아서 쟁송기간 경과 후에도 무효확인을 구할 수 있는 것이라고 봐야 할 것이다. 그렇다면 관련소송사건에서 청구인이 무효확인을 구하는 행정처분의 진행정도는 마포세무서장의 압류만 있는 상태이고 그 처분의 만족을 위한 환가 및 청산이라는 행정처분은 아직 집행되지 않고 있는 경우이므로 이 사건은 위 예외에 해당되는 사례로 볼 여지가 있고, 따라서 헌법재판소에서는 위 압류처분의 근거법규에 대하여 일응 재판의 전제성을 인정하여 그 위헌 여부에 대하여 판단해야 할 것이다(헌재결 1994.6.30. 92헌바23).

답 ④

9

행정행위의 부관에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 행정청은 처분에 재량이 없는 경우에는 법률에 근거가 있는 경우에 부관을 붙일 수 있다.
- ② 허가의 목적달성을 사실상 어렵게 하여 그 본질적 효력을 해하는 부관은 적법하지 않다.
- ③ 행정처분에 부과한 부담이 무효가 된 경우라도, 특별한 사정이 없는 한 부담의 이행으로 행한 사법상 매매 등의 법률행위 자체를 당연히 무효화하는 것은 아니다.
- ④ 부담의 전제가 된 주된 처분의 근거 법령이 개정됨으로써 행정청이 더 이상 부관을 붙일 수 없게 되었다면, 특별한 사정이 없는 한 그 부담의 효력은 소멸하게 된다.

해설

- ① (○) 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.
- ② (○) 부관은 내용상 한계로서 주된 행정행위의 목적에 반하거나 본질적 효력을 해하지 않아야 할 뿐만 아니라 비례·평등·부당결부금지원칙 등 행정법의 일반원칙에도 위반되어서는 안 된다.
- ③ (○) 기속행위에 붙은 부담은 무효이지만, 부담의 이행으로서 한 사법상 매매 등의 법률행위가 당연히 무효로 되지는 않음(취소 가능)
• 행정처분에 부담인 부관을 붙인 경우 부관의 무효화에 의하여 본체인 행정처분 자체의 효력에도 영향이 있게 될 수는 있지만, 그 처분을 받은 사람이 부담의 이행으로 사법상 매매 등의 법률행위를 한 경우에는 그 부관은 특별한 사정이 없는 한 법률행위를 하게 된 동기 내지 연유로 작용하였을 뿐이므로 이는 법률행위의 취소사유가 될 수 있음은 별론으로 하고 그 법률행위 자체를 당연히 무효화하는 것은 아니다(대판 2009.6.25. 2006다18174)
* 기부채납부담의 하자와 기부채납의 효력(위법한 부관 이행으로 이루어진 사법상 법률행위[증여계약·매매계약]의 효력)

if (기부채납)부담의 하자		then 부담이행으로서 사법상 법률행위 효력(기부채납[증여계약]·매매계약의 효력)
당연무효		취소(계약 해지) 가능(★ 당연 무효 아님)
취소 사유	쟁송취소된 경우	취소(계약 해지) 가능
	제소기간 경과로 불가쟁력 발생	유효 여부는 별도로 판단(민법 상 사회질서 위반, 강행규정 위반시 민사소송 가능)
당연무효가 아니거나 취소되지 않은 경우		중요부분의 착오를 이유로 취소 불가

- ④ (X) 행정청이 수직적 행정처분을 하면서 부가한 부담의 위법 여부는 처분 당시 법령을 기준으로 판단하여야 하고, 부담이 처분 당시 법령을 기준으로 적법하다면 처분 후 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거 법령이 개정됨으로써 행정청이 더 이상 부관을 붙일 수 없게 되었다 하더라도 곧바로 위법하게 되거나 그 효력이 소멸 하게 되는 것은 아니다. 따라서 행정처분의 상대방이 수직적 행정처분을 얻기 위하여 행정청과 사이에 행정처분에 부가할 부담에 관한 협약을 체결하고 행정청이 수직적 행정처분을 하면서 협약상의 의무를 부담으로 부가하였으나 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거 법령이 개정됨으로써 행정청이 더 이상 부관을 붙일 수 없게 된 경우에도 곧바로 협약의 효력이 소멸하는 것은 아니다(대판 2009.2.12. 2005다65500).

답 ④

10

행정처분의 취소와 철회에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 행정청은 부당한 처분의 전부나 일부를 소급하여 취소할 수 있다.
- ② 행정청은 인허가 등을 취소하는 처분을 할 때는 원칙적으로 청문을 하여야 한다.
- ③ 행정청은 당사자에게 권리나 이익을 부여하는 처분을 취소하려는 경우, 당사자가 중대한 과실로 처분의 위법성을 알지 못하면 취소로 인하여 입게 될 불이익을 취소로 달성되는 공익과 비교·형량하여야 한다.
- ④ 행정청은 중대한 공익을 위하여 필요한 경우 적법한 처분의 전부 또는 일부를 장래를 향하여 철회할 수 있다.

해설

①④ (○) 행정기본법 제18조 제1항, 제19조 제1항

② (○) 인허가 등의 취소시 청문절차는 종전 규정에서 사전통지된 의견제출기한 내에 신청이 있는 경우로 제한했지만 2022년 행정절차법 개정으로 신청과 상관없이 청문을 한다고 규정.

• 행정절차법제22조(의견청취) ① 행정청이 처분을 할 때 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 청문을 한다.

1. 다른 법령등에서 청문을 하도록 규정하고 있는 경우
2. 행정청이 필요하다고 인정하는 경우
3. 다음 각 목의 처분을 하는 경우 가. 인허가 등의 취소. 나. 신분·자격의 박탈. 다. 법인이나 조합 등의 설립허가의 취소.

③ (×) 당사자가 처분의 위법성을 알고 있었거나 중대한 과실로 알지 못한 경우(악의나 중과실 - 상대방의 귀책사유) 수익적 처분의 취소시 공·사익의 이익형량이라는 취소권 제한의 법리는 적용되지 않음(행정기본법 제18조 제2항 2호)

• 행정기본법

제18조(위법 또는 부당한 처분의 취소)

- ① 행정청은 위법 또는 부당한 처분의 전부나 일부를 소급하여 취소할 수 있다. 다만, 당사자의 신뢰를 보호할 가치가 있는 등 정당한 사유가 있는 경우에는 장래를 향하여 취소할 수 있다.
- ② 행정청은 제1항에 따라 당사자에게 권리나 이익을 부여하는 처분을 취소하려는 경우에는 취소로 인하여 당사자가 입게 될 불이익을 취소로 달성되는 공익과 비교·형량(衡量)하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.
 1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 처분을 받은 경우
 2. 당사자가 처분의 위법성을 알고 있었거나 중대한 과실로 알지 못한 경우

제19조(적법한 처분의 철회)

- ① 행정청은 적법한 처분이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 처분의 전부 또는 일부를 장래를 향하여 철회할 수 있다.
 1. 법률에서 정한 철회 사유에 해당하게 된 경우
 2. 법령등의 변경이나 사정변경으로 처분을 더 이상 존속시킬 필요가 없게 된 경우
 3. 중대한 공익을 위하여 필요한 경우
- ② 행정청은 제1항에 따라 처분을 철회하려는 경우에는 철회로 인하여 당사자가 입게 될 불이익을 철회로 달성되는 공익과 비교·형량하여야 한다.

답 ③

11

행정입법에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 일반적으로 법률의 위임에 의하여 효력을 갖는 법규명령의 경우, 구법에 위임의 근거가 없어 무효였더라도 사후에 법개정으로 위임의 근거가 부여되면 그때부터는 유효한 법규명령이 된다.
- ② 법령에서 행정처분의 요건 중 일부 사항을 부령으로 정할 것을 위임한 데 따라 시행규칙 등 부령에서 이를 정한 경우에 그 부령의 규정은 국민에 대해서도 구속력이 있는 법규명령에 해당한다.
- ③ 상급행정기관이 소속 공무원이나 하급행정기관에 대하여 세부적인 업무처리절차나 법령의 해석·적용 기준을 정해 주는 행정규칙은 상위법령에 반하지 않는다고 하더라도 상위법령의 구체적 위임이 있지 않는 한, 행정조직 내부적으로도 효력을 가지지 못하고 대외적으로도 국민이나 법원을 구속하는 효력이 없다.
- ④ 법령보충적 행정규칙은 물론이고, 재량권 행사의 준칙이 되는 행정규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이루어지고 행정의 자기구속원리에 따라 대외적 구속력을 가지는 경우에는 헌법소원의 대상이 될 수 있다.

해설

① (○) 일반적으로 법률의 위임에 의하여 효력을 갖는 법규명령의 경우, 구법에 위임의 근거가 없어 무효였더라도 사후에 법개정으로 위임의 근거가 부여되면 그 때부터는 유효한 법규명령이 되나, 반대로 구법의 위임에 의한 유효한 법규명령이 법개정으로 위임의 근거가 없어지게 되면 그 때부터 무효인 법규명령이 되므로, 어떤 법령의 위임 근거 유무에 따른 유효 여부를 심사하려면 법개정의 전·후에 걸쳐 모두 심사하여야만 그 법규명령의 시기에 따른 유효·무효를 판단할 수 있다(대판 1995.6.30. 93추83).

② (○) 법령에서 행정처분의 요건 중 일부 사항을 부령으로 정할 것을 위임한 데 따라 시행 규칙 등 부령에서 이를 정한 경우에 그 부령의 규정은 국민에 대해서도 구속력이 있는 법규 명령에 해당한다고 할 것이지만, 법령의 위임이 없음에도 법령에 규정된 처분 요건에 해당 하는 사항을 부령에서 변경하여 규정한 경우에는 그 부령의 규정은 행정청 내부의 사무처리 기준 등을 정한 것으로서 행정조직 내에서 적용되는 행정명령의 성격을 지닐 뿐 국민에 대한 대외적 구속력은 없다고 보아야 한다. 따라서 어떤 행정처분이 그와 같이 법규성이 없는 시행규칙 등의 규정에 위배된다고 하더라도 그 이유만으로 처분이 위법하게 되는 것은 아니라 할 것이고, 또 그 규칙 등에서 정한 요건에 부합한다고 하여 반드시 그 처분이 적법한 것이라고 할 수도 없다. 이 경우 처분의 적법 여부는 그러한 규칙 등에서 정한 요건에 합치하는지 여부가 아니라 일반 국민에 대하여 구속력을 가지는 법률 등 법규성이 있는 관계 법령의 규정을 기준으로 판단해야 한다(대판 2013.9.12. 2011두10584)

법률의 위임을 받아 행정처분 요건 일부를 대통령령·총리령·부령으로 정한 경우 법적 성질
예) 시외버스운송사업 사업계획변경(특허) 기준을 정한 구 여객자동차운수사업법 시행규칙 규정

➡ 대통령령·총리령·부령은 위임명령인 법규명령

법률의 위임을 받아 제재적 처분의 기준을 법규명령으로 규정시 법적 성질
(형식 - 법규명령 / 내용 - 행정규칙)

대통령령 형식인 경우 ➡ 법규명령

부령·총리령·조례 형식인 경우 ➡ 행정규칙

③ (×) 상급행정기관이 소속 공무원이나 하급행정기관에 대하여 세부적인 업무처리절차나 법령의 해석·적용 기준을 정해 주는 '행정규칙'은 상위법령의 구체적 위임이 있지 않는 한 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 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 모순금지 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)

- ④ (○) 행정규칙은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가지는 것이나(원칙적으로 법규성 부정), 행정규칙이 법령의 규정에 의하여 행정관청에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 경우(법령보충규칙)나 재량권 행사의 준칙인 규칙(재량준칙)이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이룩되게 되면(행정선례필요), 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙(이론적 근거)에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는 경우에는 대외적인 구속력을 가지게 되는바(법규로 전환), 이러한 경우에는 헌법소원의 대상이 될 수도 있다(헌재결 1990.9.3. 90헌마13 ; 헌재결 2001.5. 31. 99헌마413).

□ 행정규칙

법적 근거	법률의 위임(수권) 불필요(상급기관의 감독권한에 포함. 특정 행정목적에 필요하고 상위법령에 저촉되지 않는 한도에서 정립 가능)
대외적 효력	원칙 대내적 구속력만 있음. 대외적 구속력, 법규성·재판규범성 없음(행정조직 내부관계를 규율하므로 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 효력 없음)
	예외 ① 법령보충규칙 ➡ 상위 위임법령과 결합하여 대외적 구속력 인정. ② 재량준칙 ➡ 관행형성시 평등원칙·신뢰보호원칙을 매개로 자기구속법리가 성립하면 대외적 구속력 인정. ※ 행정규칙(법령보충규칙·재량준칙) 그 자체에 대한 직접적·대외적 구속력이 인정되는 것은 아님
행정규칙에 대한 헌법소원	원칙 부정(대외적 구속력 없음. 공권력 행사 아님)
	예외 행정규칙이 예외적으로 대외적 효력을 갖는 경우(법령보충규칙+상위 위임법령/재량준칙+자기구속) 직접 국민의 기본권 침해시 헌법소원 인정(예 '청소년유해매체물의 표시방법'에 관한 정보통신부고시)

답 ③

12

행정상 사실행위에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 권력적 사실행위가 행정처분의 준비단계로서 행하여지거나 행정처분과 결합된 경우에는 행정처분에 흡수·통합되어 불가분의 관계에 있다 할 것이므로 행정처분이 취소소송의 대상이 되지만, 처분과 분리하여 따로 권력적 사실행위를 다룰 실익이 있다.
- ② 비권력적 사실행위는 공권력의 행사에 해당하지 않지만, 행정청이 우월적 지위에서 일방적으로 강제하는 권력적 사실행위는 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다.
- ③ 도지사가 도에서 설치·운영하는 지방의료원을 폐업하겠다는 결정을 발표하고 그에 따라 폐업을 위한 일련의 조치를 한 경우, 폐업결정은 공권력의 행사로서 행정처분에 해당한다.
- ④ 일반적으로 어떤 행위가 헌법소원의 대상이 되는 권력적 사실행위에 해당하는지 여부는 당해 행정주체와 상대방과의 관계, 그 사실행위에 대한 상대방의 의사·관여 정도·태도, 그 사실행위의 목적·경위, 법령에 의한 명령·강제수단의 발동 가부 등 그 행위가 행하여질 당시의 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단해야 한다.

해설

- ① (×) **권력적 사실행위가 행정처분의 준비단계로서 행하여지거나 행정처분과 결합된 경우(합성적 행정행위)에는 행정처분에 흡수·통합되어 불가분의 관계에 있다 할 것이므로 행정처분만이 취소소송의 대상이 되고, 처분과 분리하여 따로 권력적 사실행위를 다룰 실익은 없다.** 그러나 권력적 사실행위가 항상 행정처분의 준비행위로 행하여지거나 행정처분과 결합되는 것은 아니므로 그러한 사실행위에 대하여는 다룰 실익이 있다 할 것임에도 법원의 판례에 따르면 일반쟁송 절차로는 다룰 수 없음이 분명하다. 이 사건 감사는 행정처분의 준비단계로서 행하여지거나 처분과 결합된 바 없다. 그렇다면, 이 사건 감사는 행정소송의 대상이 되는 행정행위로 볼 수 없어 법원에 의한 권리구제절차를 밟을 것을 기대하는 것이 곤란하므로 보충성의 원칙의 예외로서 소원의 제기가 가능하다(헌재 2003.12.18. 2001헌마754)
- ②④ (○) 행정상의 사실행위는 경고, 권고, 시사와 같은 정보제공이나 단순한 지식표시로서의 행정지도와 같이 대외적 구속력이 없는 '비권력적 사실행위'와 행정청이 우월적 지위에서 일방적으로 강제하는 '권력적 사실행위'로 나눌 수 있고, 그 중 권력적 사실행위만이 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다(헌재 2017.12.26. 2017헌마1321). 일반적으로 어떤 행위가 헌법소원의 대상이 되는 권력적 사실행위에 해당하는지 여부는 당해 행정주체와 상대방과의 관계, 그 사실행위에 대한 상대방의 의사·관여 정도·태도, 그 사실행위의 목적·경위, 법령에 의한 명령·강제수단의 발동 가부 등 그 행위가 행하여질 당시의 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단해야 한다(헌재 2012.10.25. 2011헌마429).

□ 행정상 사실행위와 권리구제

구분	법률유보	행정쟁송	손해배상	손실보상	헌법소원
권력적 사실행위	단기간 종료시	법적 근거 必要	×(협의의 소익 없음)	○	• 가능(보충성 예외 - 행정소송 없이)
	장기간 계속시		○(협의의 소익 있음)		• 가능(보충성 적용 - 행정소송 거쳐)
비권력적 사실행위	법적 근거 不要	×(처분성 없음)	○	×(공권적 침해 아님)	• 원칙 : 불가(공권력 행사 아님) • 예외 : 가능*주1)

* 주1) 행정지도가 그 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 상당히 강하게 갖는 경우 공권력 행사로서 헌법소원 대상이 됨 [예] 교육인적자원부장관의 대학총장들에 대한 학칙시정요구(2002헌마337)

- ③ (○) **甲도지사**가 도에서 설치·운영하는 **乙지방의료원**을 폐업하겠다는 결정을 발표하고 그에 따라 폐업을 위한 일련의 조치가 이루어진 후 **乙 지방의료원**을 해산한다는 내용의 조례를 공포하고 **乙 지방의료원의 청산절차가 마쳐진 사안에서, 甲 도지사의 폐업결정은 항고소송 대상이지만 취소를 구할 소의 이익은 없음** : 甲 도지사가 도에서 설치·운영하는 **乙 지방의료원**을 폐업하겠다는 결정을 발표하고 그에 따라 폐업을 위한 일련의 조치가 이루어진 후 **乙 지방의료원**을 해산한다는 내용의 조례를 공포하고 **乙 지방의료원의 청산절차가 마쳐진 사안에서, 지방의료원의 설립·통합·해산**은 지방자치단체

의 조례로 결정할 사항이므로, 도가 설치·운영하는 乙 지방의료원의 폐업·해산은 도의 조례로 결정할 사항인 점 등을 종합하면, 甲 도시사의 폐업결정은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력 행사로서 입원환자들과 소속 직원들의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 것이므로 항고소송의 대상에 해당하지만, 폐업결정 후 乙 지방의료원을 해산한다는 내용의 조례가 제정·시행되었고 조례가 무효라고 볼 사정도 없어 乙 지방의료원을 폐업 전의 상태로 되돌리는 원상회복은 불가능하므로 법원이 폐업결정을 취소하더라도 단지 폐업결정이 위법함을 확인하는 의미밖에 없고, 폐업결정의 취소로 회복할 수 있는 다른 권리나 이익이 남아있다고 보기도 어려우므로, 甲 도시사의 폐업결정이 법적으로 권한 없는 자에 의하여 이루어진 것으로서 위법하더라도 취소를 구할 소의 이익을 인정하기 어렵다(대판 2016.8.30. 2015두60617).

답 ①

13 행정계획에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 구 도시계획법령에 따르면 도시계획의 입안에 있어 해당 도시계획안의 내용을 공고 및 공람하여야 하는데, 이러한 공고 및 공람 절차에 하자가 있으면 도시계획결정은 위법하다.
- ② 국토해양부, 환경부, 문화체육관광부, 농림수산물식품부가 합동으로 2009. 6. 8. 발표한 ‘4대강 살리기 마스터플랜’은 행정기관 내부에서 사업의 기본방향을 제시하는 것일 뿐, 국민의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 것은 아니라고 할 것이어서 행정처분에 해당하지 아니한다.
- ③ 재건축정비사업조합의 사업시행계획은 행정주체의 지위에서 수립한 구속적 행정계획으로서 인가·고시를 통해 확정되면 독립된 행정처분에 해당한다.
- ④ 구 「환경정책기본법」 제25조의2에 따라 사전환경성검토를 거쳐야 하는 행정계획이나 개발사업에 대하여 사전환경성검토를 거친 경우, 그 부실의 정도가 사전환경성검토 제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없을 정도가 아니더라도 그 부실로 인하여 행정계획은 위법하게 된다.

해설

- ① (○) 도시계획법 제16조의2 제2항과 같은 법시행령 제14조의2 제6항 내지 제8항의 규정을 종합하여 보면 도시계획의 입안에 있어 해당 도시계획안의 내용을 공고 및 공람하게 한 것은 다수 이해관계자의 이익을 합리적으로 조정하여 국민의 권리자유에 대한 부당한 침해를 방지하고 행정의 민주화와 신뢰를 확보하기 위하여 국민의 의사를 그 과정에 반영시키는데 있는 것이므로 이러한 공고 및 공람 절차에 하자가 있는 도시계획결정은 위법하다(대판 2000.3.23. 98두2768).
- ② (○) 국토해양부, 환경부, 문화체육관광부, 농림수산부, 식품부가 합동으로 2009.6.8. 발표한 ‘4대강 살리기 마스터플랜’ 등은 4대강 정비사업과 주변 지역의 관련 사업을 체계적으로 추진하기 위하여 수립한 종합계획이자 ‘4대강 살리기 사업’의 기본방향을 제시하는 계획으로서, 행정기관 내부에서 사업의 기본방향을 제시하는 것일 뿐, 국민의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 것이 아니어서 행정처분에 해당하지 않는다(대판 2011.4.21. 2010무111).

판례상 행정계획의 처분성 인정 여부

처분성 인정	① 구 도시계획법 상 도시계획결정 ⇨ 현 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 상 도시·군관리계획결정(구 도시관리계획결정) ② 「도시 및 주거환경정비법」에 따른 주택재건축정비사업조합이 수립하여 행정청에 의해 인가·고시된 사업시행계획 - 구속적 행정계획으로서 처분성 지님. (★ 토지등 소유자들이 추진시 사업시행계획은 처분성 없음) ③ 도시재개발법(현 「도시 및 주거환경정비법」) 상 관리처분계획(환경계획·분양계획) : 분양신청 후에 정해진 관리처분계획의 내용에 관하여 다툼이 있는 경우 그 관리처분계획은 토지 등의 소유자에게 구체적이고 결정적인 영향을 미치는 것으로서 조합이 행한 처분에 해당하므로 항고소송의 방법으로 그 무효확인이나 취소를 구할 수 있음. ④ 개발제한구역지정처분 : 건설부장관이 법령의 범위 내에서 도시의 무질서한 확산 방지 등을 목적으로 도시정책상의 전문적·기술적 판단에 기초하여 행하는 일종의 행정계획으로서 그 입안·결정에 관하여 광범위한 형성의 자유를 가지는 계획재량처분 ⑤ 택지개발촉진법 상 택지개발예정지구의 지정과 택지개발사업시행자에 대한 택지개발계획 승인 : 단계적으로 별개의 법률효과를 발생하는 독립한 행정처분 ⑥ 도시계획시설결정 : 특정 개인의 구체적인 권리·의무나 법률관계를 직접적으로 규율 ⑦ 도시설계 : 도시설계지구 내의 모든 건축물에 대하여 구속력을 가지는 구속적 행정계획
처분성 부정	① 구 도시계획법상 도시기본계획(현 도시·군기본계획) : 도시계획입안의 지침이 되는 것에 불과하여 행정청과 일반 국민에 대한 직접적인 구속력 없음 ② 환지계획 : 환지에정지 지정이나 환지처분의 근거가 될 뿐 그 자체가 직접 토지소유자 등의 법률상의 지위를 변동시키거나 또는 환지에정지 지정이나 환지처분과는 다른 고유한 법률효과를 수반하는 것이 아님(★ 환지에정지 지정, 환지처분, 환지계획은 처분성이 인정됨) ③ 4대강 살리기 마스터플랜 : 행정기관 내부의 사업기본방향을 제시할 뿐 국민의 권리·의무에 직접 영향을 미치지 않음 ④ 정부의 수도권 소재 공공기관의 지방이전시책 추진과정에서 도지사가 특정시를 공공기관 이전 혁신도시 최종입지로 선정한 행위 : ‘혁신도시 입지선정지침’에는 공공기관 지방이전을 위한 정부 등의 조치와 공공기관이 이전할 혁신도시 입지선정을 위한 사항 등을 규정하고 있을 뿐 입지 후보지에 관련된 지역주민 등의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 규정을 두고 있지 않으므로, 원주시를 혁신도시 최종입지로 선정한 행위는 항고소송 대상인 행정처분이 아님. ⑤ 농어촌도로기본계획, 하수도법 상 하수도정비기본계획 ⑥ 택지개발촉진법상 택지개발사업 시행자의 택지공급방법결정행위 : 내부적인 행정계획에 불과하여 그것만으로 택지공급희망자의 권리나 법률상 이익에 개별적이고 구체적인 영향을 미치는 것은 아님

- ③ (○) **주택재건축정비사업조합이 수립한 사업시행계획은 구속적 행정계획으로서 처분성이 인정됨** : 구 도시 및 주거환경정비법(2007. 12. 21. 법률 제8785호로 개정되기 전의 것)에 따른 주택재건축정비사업조합은 관할 행정청의 감독 아래 위 법상 주택재건축사업을 시행하는 공법인으로서, 그 목적 범위 내에서 법령이 정하는 바에 따라 일정한 행정작용을 행하는 행정주체의 지위를 가진다 할 것인데, 재건축정비사업조합이 이러한 행정주체의 지위에서 위 법에 기초하여 수립한 사업시행계획은 인가·고시를 통해 확정되면 이해관계인에 대한 구속적 행정계획으로서 독립된 행정처분에 해당한다(대결 2009.11.2. 자, 2009마596)

구분	토지등 소유자가 사업시행자	조합이 사업시행자
사업시행계획	도시환경정비사업을 직접 시행하려는 토지 등 소유자들이 사업시행 인가를 받기 전에 작성한 사업시행계획은 항고소송의 대상이 되는 독립된 행정처분이 아님	재건축정비사업조합이 행정주체의 지위에서 수립한 사업시행계획은 인가·고시를 통해 확정되면 이해관계인에 대한 구속적 행정계획으로서 독립된 행정처분
사업시행인가	토지 등 소유자들이 조합을 따로 설립하지 않고 직접 시행하는 도시환경정비사업에서 사업시행인가처분의 법적 성격은 설관적 처분(특허)	사업시행계획인가는 사업시행계획 작성행위에 대한 보충행위인 행정청의 인가처분
사업시행계획 인가	[헌법재판소 판례] 사업시행인가 신청시 토지등소유자의 동의 요건 은 본질적 사항이므로 '토지등소유자가 자치적으로 정하여 운영하는 규약'으로 정하도록 한 구 도시 및 주거환경정비법 제28조 4항 본문은 법률유보 또는 의회유보 원칙 위반	[대법원 판례] 재개발조합의 사업시행인가 신청시 토지 등 소유자의 동의요건 은 본질적 사항이 아니므로 동의요건을 조합의 정관으로 정하도록 포괄적으로 위임하더라도 법률유보나 의회유보원칙 위반이 아님

④ (×) 구 환경정책기본법 제25조 내지 제27조, 구 환경정책기본법 시행령 제7조 내지 제11조의 각 규정을 종합하여 보면, 구 환경정책기본법 제25조의2에 따라 사전환경성검토를 거쳐야 하는 행정계획이나 개발사업에 대하여 **사전환경성검토를 거치지 아니하였는데도 행정계획을 수립하거나 개발사업에 대하여 허가 또는 승인 등을 하였다면 그 처분은 위법하다 할 것이나, 그러한 절차를 거쳤다면, 비록 그 사전환경성검토의 내용이 다소 부실하다 하더라도 그 부실의 정도가 사전환경성검토 제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없을 정도이어서 사전환경성검토를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도의 것이 아닌 이상, 그 부실은 당해 처분에 재량권 일탈·남용의 위법이 있는지 여부를 판단하는 하나의 요소로 됨에 그칠 뿐, 그 부실로 인하여 당연히 당해 처분이 위법하게 되는 것은 아니라고 할 것이다**(대판 2014.7.24. 2012두4616)

cf) **사전환경성검토**의 대상사업에 관해 법 해석을 잘못해 세부용도지역 미지정 개발사업 부지에 대해 **사전환경성검토** 여부 결정절차를 생략한 채 개발사업시행승인처분 → 하자의 객관적 명백성 없음 → **당연무효는 아님(취소사유)**

* **사전환경성 검토 제도** : 행정계획이나 개발사업(Program) 단계에서의 환경성 평가. 환경에 영향을 미치는 행정계획을 수립,확정하거나 개발사업을 승인,인가,허가,지정하고자 할 경우에는 당해 행정계획 및 개발사업의 확정,승인 전에 환경부장관 또는 지방환경관서의 장과 필요한 서류(사전환경성검토서)를 구비하여 미리 협의하도록 하는 제도.

* **환경영향평가** : 세부적 사업(Project) 단계에서 사업 시행으로 인하여 자연환경, 생활환경 및 사회경제환경에 미치는 해로운 영향을 예측·분석하고 이에 대한 대책을 강구하는 것.

답 ④

14 행정상 계약에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 행정청은 법령등을 위반하지 아니하는 범위에서 행정목적 달성을 위하여 필요한 경우에는 공법상 법률관계에 대한 계약을 체결할 수 있다.
- ② 국가가 당사자가 되는 이른바 공공계약은 사경제 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상 계약이다.
- ③ 국가와 사인 사이에 계약이 체결되었다면 법령에 따라 작성해야 하는 계약서가 따로 작성되지 않았다고 하더라도 효력이 있다.
- ④ 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 입찰참가자격제한 조치는 행정처분에 해당한다.

해설

- ① (○), ③ (×)

행정기본법 제27조(공법상 계약의 체결)

- ① 행정청은 법령등을 위반하지 아니하는 범위에서 행정목적 달성을 위하여 필요한 경우에는 공법상 법률관계에 관한 계약(이하 “공법상 계약”이라 한다)을 체결할 수 있다. 이 경우 **계약의 목적 및 내용을 명확하게 적은 계약서를 작성하여야 한다.**
- ② 행정청은 공법상 계약의 상대방을 선정하고 계약 내용을 정할 때 공법상 계약의 공공성과 제3자의 이해관계를 고려하여야 한다.

- ② (○) *지문 앞에 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에 따라」를 추가하여야 정확한 표현임.

「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에 따라 국가가 당사자가 되는 이른바 공공계약은 사경제 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상 계약으로서 본질적인 내용은 사인 간의 계약과 다를 바가 없으므로, 그에 관한 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 사적 자치와 계약자유 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용된다. 따라서 계약 체결을 위한 입찰절차에서 입찰서 제출에 하자가 있다 하여도 그것만으로 해당 입찰이 무효가 되는 것은 아니다.(대결 2012.9.20. 2012마1097)

「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 및 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 상 (과거에는 예산회계법·지방재정법에 규정)	국가·지방자치단체를 당사자로 하는 공공계약	⇒ 사법상 계약	사법 관계
	낙찰자의 계약 미체결시 중앙관서장·계약담당공무원의 입찰보증금 국고귀속조치(사법상 재산권 주체로서의 행위)	⇒ 관련 분쟁은 민사소송	
	중앙관서장·지방자치단체장의 부정당업자에 대한 입찰참가자격제한(권력적 사실행위)	⇒ 항고소송 가능(처분성 인정)	공법 관계

- ④ (○) □ 부정당업자 제재조치인 입찰참가자격 제한의 법적 성격

• 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에 따라 국가의 중앙관서 장이 한 경우 • 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에 따라 지방자치단체장이 한 경우	행정처분 (항고소송 대상)
• 「공공기관의 운영에 관한 법률」 상 공기업·준공공기관이 한 경우	
「공공기관의 운영에 관한 법률」 39조 및 「공기업·준정부기관 계약사무규칙」 15조에 따라 이뤄진 경우	私法上 통지(항고소송 X)
법령이 아니라 계약(사법상 계약)에 근거한 권리행사인 경우	

- **공기업·준정부기관의 계약상대방에 대한 입찰참가자격 제한 조치가 법령에 근거한 행정처분인지 계약에 근거한 권리행사인지 판단하는 방법**(대판 2019.2.14. 2016두33223) : 공기업·준정부기관이 법령 또는 계약에 근거하여 선택적으로 입찰참가자격 제한 조치를 할 수 있는 경우, 계약상대방에 대한 입찰참가자격 제한 조치가 법령에 근거한 행정처분인지 아니면 계약에 근거한 권리행사인지는 원칙적으로 의사표시의 해석 문제
 - 공기업·준정부기관이 계약상대방에게 통지한 문서의 내용과 해당 조치에 이르기까지의 과정을 객관적·종합적으로 고찰하여 판단.
 - 그럼에도 불구하고 공기업·준정부기관이 법령에 근거를 둔 행정처분으로서의 입찰참가자격 제한조치를 한 것인지 아니면 계약에 근거한 권리행사로써의 입찰참가자격 제한조치를 한 것인지가 여전히 불분명한 경우 그에 대한 불복방법 선택에 중대한 이해관계를 가지는 조치 상대방의 인식가능성·예측가능성을 중요하게 고려해 규범적으로 확정

답 ③

15 행정절차에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 고시의 방법으로 불특정 다수인을 상대로 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분의 경우도 그 상대방에게 의견제출의 기회를 주어야 한다.
- ② 정보통신망을 이용하여 전자문서로 송달하는 경우에는 송달받을 자가 지정한 컴퓨터 등에 입력된 때에 도달된 것으로 본다.
- ③ 과세처분에 대한 전심절차가 모두 끝나고 상고심의 계류 중에 세액산출근거의 통지가 있었다고 하여 이로써 과세처분의 하자가 치유되었다고는 볼 수 없다.
- ④ 행정청이 허가를 거부하는 처분을 함에 있어 당사자가 그 근거를 알 수 있을 정도로 상당한 이유를 제시하였다면, 구체적 조항 및 내용까지 명시하지 않았더라도 그로 말미암아 그 처분이 위법하게 되지는 않는다.

해설

- ① (×) **불특정 다수에 대한 고시의 경우 행정절차법 상 사전통지나 의견청취 절차를 거치지 않아도 됨** : 구 행정절차법 제22조 제3항에 따라 행정청이 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 할 때 의견제출의 기회를 주어야 하는 ‘당사자’는 ‘행정청의 처분에 대하여 직접 그 상대가 되는 당사자’(구 행정절차법 제2조 제4호)를 의미한다. 그런데 ‘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.(대판 2014.10.27. 2012두7745).
- ② (○) **행정절차법 제15조(송달의 효력 발생)** ① 송달은 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 해당 문서가 송달받을 자에게 도달됨으로써 그 효력이 발생한다. ② 제14조제3항에 따라 정보통신망을 이용하여 전자문서로 송달하는 경우에는 송달받을 자가 지정한 컴퓨터 등에 입력된 때에 도달된 것으로 본다
- ③ (○) 세액산출근거가 누락된 납세고지서에 의한 과세처분의 하자의 치유를 허용하려면 늦어도 과세처분에 대한 불복여부의 결정 및 불복신청에 편의를 줄 수 있는 상당한 기간 내에 하여야 한다고 할 것이므로 위 **과세처분에 대한 전심절차가 모두 끝나고 상고심의 계류 중에 세액산출근거의 통지가 있었다고 하여 이로써 위 과세처분의 하자가 치유되었다고는 볼 수 없다**(대판 1984.4.10, 83누393) ⇨ 하자의 치유는 쟁송 제기 전까지만 가능
- ④ (○) 「행정절차법」 제23조 제1항은 행정청은 처분을 할 때에는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다고 규정하고 있는바, 일반적으로 당사자가 근거규정 등을 명시하여 신청하는 인·허가 등을 거부하는 처분을 함에 있어 당사자가 그 근거를 알 수 있을 정도로 상당한 이유를 제시한 경우에는 당해 처분의 근거 및 이유를 구체적 조항 및 내용까지 명시하지 않았더라도 그로 말미암아 그 처분이 위법한 것이 된다고 할 수 없다(대판 2002.5.17. 2000두8912).

답 ①

16 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 국민의 정보공개청구가 오로지 공공기관의 담당공무원을 괴롭힐 목적으로 정보공개청구를 하는 경우처럼 권리의 남용에 해당하는 것이 명백한 경우에는 정보공개청구권의 행사가 허용되지 아니한다.
- ② 정보공개청구권자인 국민에는 자연인은 물론 법인, 권리능력 없는 사단·재단도 포함되고, 법인, 권리능력 없는 사단·재단 등의 경우에는 설립목적 불문한다.
- ③ 공개청구의 대상이 되는 정보란 공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 현재 보유·관리하고 있는 문서에 한정되며, 그 문서가 반드시 원본일 필요는 없다.
- ④ ‘진행 중인 재판에 관련된 정보’에 해당한다는 사유로 정보공개청구를 거부하기 위하여는 그 정보가 진행 중인 재판에 관련된 일체의 정보일 뿐만 아니라, 진행 중인 재판의 소송기록 그 자체에 포함된 내용의 정보에 해당하여야 한다.

해설

- ① (○) 실제로는 해당 정보를 취득 또는 활용할 의사가 전혀 없이 정보공개 제도를 이용하여 사회통념상 용인될 수 없는 부당한 이득을 얻으려 하거나, 오로지 공공기관의 담당공무원을 괴롭힐 목적으로 정보공개청구를 하는 경우처럼 권리의 남용에 해당하는 것이 명백한 경우에는 정보공개청구권의 행사를 허용하지 아니하는 것이 옳다.(대판 2014.12.24. 2014두9349)
- ② (○) 공공기관의 정보공개에 관한 법률 6조 1항은 “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 설립목적에 불문한다(대판 2003.12.12. 2003두8050).
- ③ (○) 판례 내용 중 발췌한 지문이며, 정확하게는 ‘문서’ 대신 ‘정보’라고 표기해야 옳음. 공공기관이 보유·관리하는 정보에 한정(원본+사본).
• 공공기관의 정보공개에 관한 법률상 공개청구의 대상이 되는 정보란 공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 현재 보유·관리하고 있는 문서에 한정되는 것이기는 하나, 그 문서가 반드시 원본일 필요는 없다(대판 2006.5.25. 2006두3049)
- ④ (×) **진행 중인 재판에 관련된 정보’는 재판의 소송기록 자체에 포함된 내용일 필요는 없으나, 재판 관련 일체의 정보가 아니라 진행 중인 재판의 심리나 재판결과에 구체적으로 영향을 미칠 위험이 있는 정보에 한정됨** : 정보공개법의 입법 목적, 정보공개의 원칙, 위 비공개대상정보의 규정 형식과 취지 등을 고려하면, 법원 이외의 공공기관이 위 규정이 정한 ‘진행 중인 재판에 관련된 정보’에 해당한다는 사유로 정보공개를 거부하기 위하여는 반드시 그 정보가 진행 중인 재판의 소송기록 그 자체에 포함된 내용의 정보일 필요는 없으나, 재판에 관련된 일체의 정보가 그에 해당하는 것은 아니고 진행 중인 재판의 심리 또는 재판결과에 구체적으로 영향을 미칠 위험이 있는 정보에 한정된다고 할 것이다(대판 2011.11.24. 2009두19021).

답 ④

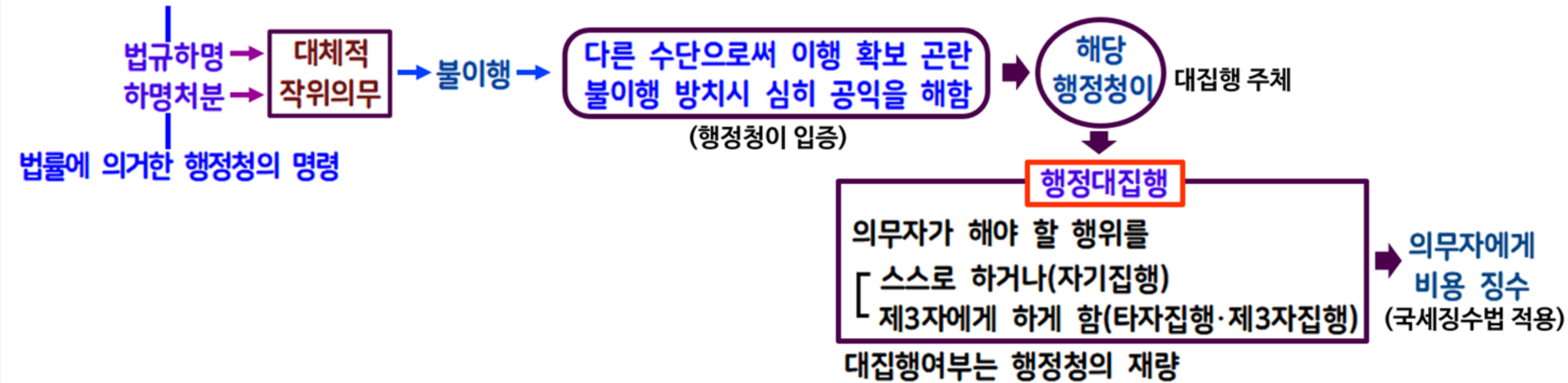
17 행정대집행에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 타인이 대신하여 행할 수 있는 행위가 조례에 의하여 직접 명령된 경우에는 행정대집행의 대상이 될 수 있다.
- ② 위법건축물에 대한 철거명령 및 계고처분에 불응하자 제2차로 계고처분을 행한 경우, 제2차 계고처분은 항고소송의 대상인 행정처분에 해당한다.
- ③ 대집행비용은 「국세징수법」의 예에 의하여 징수할 수 있다.
- ④ 계고처분은 독립한 처분으로서, 위법건축물에 대한 철거명령과 동시에 발령할 수 있다.

해설

- ① (○) **행정대집행법 제2조(대집행과 그 비용징수)** 법률(법률의 위임에 의한 명령, 지방자치단체의 조례를 포함한다. 이하 같다)에 의하여 직접명령되었거나 또는 법률에 의거한 행정청의 명령에 의한 행위로서 타인이 대신하여 행할 수 있는 행위를 의무자가 이행하지 아니하는 경우 다른 수단으로써 그 이행을 확보하기 곤란하고 또한 그 불이행을 방지함이 심히 공익을 해할 것으로 인정될 때에는 당해 행정청은 스스로 의무자가 하여야 할 행위를 하거나 또는 제삼자로 하여금 이를 하게 하여 그 비용을 의무자로부터 징수할 수 있다.

법률(법률의 위임에 의한 명령, 조례 포함)에 의한 직접 명령



- ② (×) **계고가 반복된 경우 1차 계고만 처분성 인정, 2차·3차 계고는 처분성 부정** : 건물의 소유자에게 위법건축물을 일정기간까지 철거할 것을 명함과 아울러 불이행할 때에는 대집행한다는 내용의 철거대집행 계고처분을 고지한 후 이에 불응하자 다시 제2차, 제3차 계고서를 발송하여 일정기간까지의 자진철거를 촉구하고 불이행하면 대집행을 한다는 뜻을 고지하였다면 행정대집행법상의 건물철거의무는 제1차 철거명령 및 계고처분으로서 발생하였고 제2차, 제3차의 계고처분은 새로운 철거의무를 부과한 것이 아니고 다만 대집행기한의 연기통지에 불과하므로 행정처분이 아니다(대판 1994.10.28. 94누5144).
- ③ (○) 행정대집행법 제6조(비용징수) ① 대집행에 요한 비용은 국세징수법의 예에 의하여 징수할 수 있다.
- ④ (○) **철거명령에서 주어진 일정기간이 자진철거에 필요한 상당한 기간이라면 계고서라는 명칭의 1장의 문서로서 철거명령과 계고처분 가능** : 계고서라는 명칭의 1장의 문서로서 일정기간 내에 위법건축물의 자진철거를 명함과 동시에 그 소정기간 내에 자진철거를 하지 아니할 때에는 대집행할 뜻을 미리 계고한 경우라도 위 건축법에 의한 철거명령과 행정대집행법에 의한 계고처분은 독립하여 있는 것으로서 각 그 요건이 충족되었다고 볼 것이고, 이 경우 철거명령에서 주어진 일정기간이 자진철거에 필요한 상당한 기간이라면 그 기간 속에는 계고시에 필요한 ‘상당한 이행기간’도 포함되어 있다고 보아야 할 것이다. 철거명령과 계고처분을 결합하여 한꺼번에 행하는 것은 현행법체계상 허용되지 않고 또 대집행의 성질상으로도 불가능하며 다른 한편 계고시 의무자에게 주어질 ‘상당한 이행기간’을 박탈하게 되어 위법하다는 주장은 독자적 견해에 불과하여 받아들일 수 없다(대판 1992.6.12. 91누13564).

답 ②

18 행정질서벌에 관한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 과태료 부과와 형사처벌은 그 성질이나 목적이 다를 바가 없으므로 과태료 부과 후에 형사처벌을 할 경우 이중처벌 금지원칙에 반한다.
- ② 과태료와 같은 행정질서벌은 행정질서유지를 위한 의무의 위반이라는 객관적 사실에 대하여 과하는 제재이므로 현실적인 행위자가 아니더라도 법령상 책임자로 규정된 자에게 부과된다.
- ③ 자신의 행위가 위법하지 아니한 것으로 오인하고 행한 질서위반행위에 대하여는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에도 과태료를 부과한다.

- ④ 질서위반행위 후 법률이 변경되어 그 행위가 질서위반 행위에 해당하지 아니하게 되면 법률에 특별한 규정이 없는 한 변경되기 전의 법률을 적용한다.

해설

- ① (×) **임시운행허가기간을 벗어나 무등록차량을 운행한 자에 대한 과태료의 제재와 형사처벌은 일사부재리의 원칙에 반하지 않음** : 행정법상의 질서벌인 과태료의 부과처분과 형사처벌은 그 성질이나 목적을 달리하는 별개의 것이므로 행정법상의 질서벌인 과태료를 납부한 후에 형사처벌을 한다고 하여 이를 일사부재리의 원칙에 반하는 것이라고 할 수는 없으며, 자동차의 임시운행허가를 받은 자가 그 허가 목적 및 기간의 범위 안에서 운행하지 아니한 경우에 과태료를 부과하는 것은 당해 자동차가 무등록 자동차인지 여부와는 관계없이, 이미 등록된 자동차의 등록번호표 또는 봉인이 멸실되거나 식별하기 어렵게 되어 임시운행허가를 받은 경우까지를 포함하여, 허가받은 목적과 기간의 범위를 벗어나 운행하는 행위 전반에 대하여 행정질서벌로써 제재를 가하고자 하는 취지라고 해석되므로, 만일 임시운행허가기간을 넘어 운행한 자가 등록된 차량에 관하여 그러한 행위를 한 경우라면 과태료의 제재만을 받게 되겠지만, 무등록 차량에 관하여 그러한 행위를 한 경우라면 과태료와 별도로 형사처벌의 대상이 된다(대판 1996.4.12. 96도158)
- ② (△) 질서위반행위규제법 제정(2008년) 전의 판례 내용으로 적절하지 않다.

• **질서위반행위규제법 제정 이전 판례** : 과태료 부과시 고의·과실을 요하지 않으며 의무 위반이라는 객관적 사실에 대해 과하는 제재로 봄
과태료와 같은 행정질서벌은 행정질서유지를 위한 의무의 위반이라는 객관적 사실에 대하여 과하는 제재이므로 반드시 현실적인 행위자가 아니라도 법령상 책임자로 규정된 자에게 부과되고 원칙적으로 위반자의 고의·과실을 요하지 아니하나, 위반자가 그 의무를 알지 못하는 것이 무리가 아니었다고 할 수 있어 그것을 정당시킬 수 있는 사정이 있을 때 또는 그 의무의 이행을 그 당사자에게 기대하는 것이 무리라고 하는 사정이 있을 때 등 그 의무 해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있는 때에는 이를 부과할 수 없다(대판 2000.5.26. 98두5972)

• **질서위반행위규제법(2008년 제정)**

제7조(고의 또는 과실) 고의 또는 과실이 없는 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다.

제8조(위법성의 착오) 자신의 행위가 위법하지 아니한 것으로 오인하고 행한 질서위반행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 과태료를 부과하지 아니한다.

제11조(법인의 처리 등) ① 법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인·사용인 및 그 밖의 종업원이 업무에 관하여 법인 또는 그 개인에게 부과된 법률상의 의무를 위반한 때에는 법인 또는 그 개인에게 과태료를 부과한다.

질서위반행위규제법 제정으로 과태료 부과는 원칙적으로 고의·과실로 질서위반행위를 한 자에게 부과할 수 있도록 하며, 예외적으로 질서위반행위자가 소속된 법인이나 그를 고용·사용한 개인에게도 부과하는 규정을 두고 있다. 따라서 과태료 부과는 위반행위자의 고의·과실이라는 주관적 요소를 필요로 하므로 의무 위반이라는 객관적 사실에 대하여 과하는 제재가 아니며(이 점에서 과징금, 가산세와 구별됨), 예외적으로 현실적 행위자가 아닌 법인등에도 부과하는 것이다. 또한 의무위반행위가 위법성의 착오에 기한 경우 정당한 이유가 있으면 부과하지 않는 규정도 두고 있다.

<정답 논란 정리>

- ① 과태료와 같은 행정질서벌은 행정질서유지를 위한 의무의 위반이라는 객관적 사실에 대하여 과하는 제재 ⇨ 틀림(질서위반행위규제법 제7조) 원칙적으로 객관적 사실(의무위반행위) + 주관적 요소(고의·과실) 필요. 질서위반행위규제법 제정 이후 과태료를 의무 위반이라는 객관적 사실에 대하여 과하는 제재라는 판결은 없음. 질서위반행위자가 자신의 책임없는 사유로 위반행위에 이르렀다고 주장시 법원은 그 내용을 살펴 행위자에게 고의나 과실이 있는 지 따져보아야 한다는 판결이 있음.

- ② 현실적인 행위자가 아니더라도 법령상 책임자로 규정된 자에게 부과할 수도 있음 ⇨ 옳음. 예외적 사항으로 질서위반행위규제법 제11조에 규정.

cf) **과징금, 가산세, 행정법규 위반에 대한 제재처분(인·허가 취소·정지·철회 등)** : 의무위반이라는 객관적 사실에 대하여 과하는 제재이므로 현실적 행위자가 아니라도 법령상 책임자로 규정된 자에게도 가능. 원칙적으로 고의·과실을 요하지 않지만, 위반자의 의무 해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있는 등 특별한 사정이 있으면 불가.

- ③ (×) **질서위반행위규제법 제8조(위법성의 착오)** 자신의 행위가 위법하지 아니한 것으로 오인하고 행한 질서위반행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 과태료를 부과하지 아니한다.
- ④ (×) **질서위반행위규제법 제3조(법 적용의 시간적 범위)** ① 질서위반행위의 성립과 과태료 처분은 행위 시의 법률에 따른다. ② 질서위반행위 후 법률이 변경되어 그 행위가 질서위반행위에 해당하지 아니하게 되거나 과태료가 변경되기 전의 법률보다 가볍게 된 때에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 변경된 법률을 적용한다.

답 ②(정답 논란 있음)

19 행정의 실효성 확보수단에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 「소방기본법」상 소방본부장, 소방서장 또는 소방대장이 소방활동을 위하여 긴급하게 출동할 때에는 소방자동차의 통행과 소방활동에 방해가 되는 주차 또는 정차된 차량 및 물건 등을 제거하거나 이동시킬 수 있는 것은 즉시강제에 해당한다.
- ② 「건축법」상 시정명령을 받은 자가 이를 이행하면 이미 부과된 이행강제금은 징수하여야 하지만, 새로이 이행강제금을 부과하지는 않는다.
- ③ 통고처분에 대하여 이의가 있으면 통고내용을 이행하지 않음으로써 고발되어 형사재판절차에서 통고처분의 위법·부당함을 다룰 수 있으므로 행정소송의 대상으로서의 처분성이 인정되지 않는다.
- ④ 조세 부과에 근거가 되었던 법률규정이 위헌결정되었다 하더라도, 그에 기한 과세처분이 위헌결정 전에 이루어졌다면 위헌결정 이후에 조세채권의 집행을 위한 새로운 채납처분에 착수할 수 있다.

해설

- ① (○) 의무 불이행을 전제로 하지 않고 현재의 급박한 행정상 장애를 제거하기 위한 실력행사이므로 즉시강제에 해당

• 행정기본법 제30조(행정상 강제)

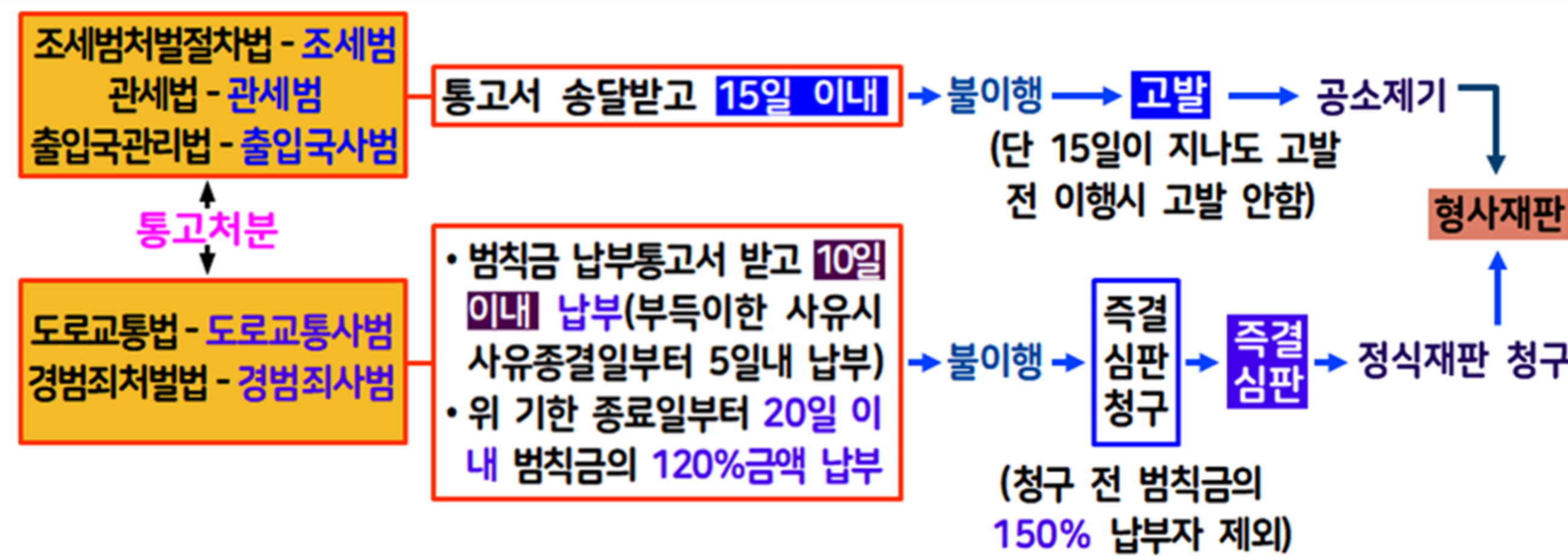
- ① 행정청은 행정목적 달성을 위하여 필요한 경우에는 법률로 정하는 바에 따라 필요한 최소한의 범위에서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 조치를 할 수 있다.

5. **즉시강제** : 현재의 급박한 행정상의 장애를 제거하기 위한 경우로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우에 행정청이 곧바로 국민의 신체 또는 재산에 실력을 행사하여 행정목적 달성을 것
가. 행정청이 미리 행정상 의무 이행을 명할 시간적 여유가 없는 경우
나. 그 성질상 행정상 의무의 이행을 명하는 것만으로는 행정목적 달성이 곤란한 경우

- ② (○) 건축법 제80조(이행강제금) ⑥ 허가권자는 제79조 제1항에 따라 시정명령을 받은 자가 이를 이행하면 새로운 이행강제금의 부과를 즉시 중지하되, 이미 부과된 이행강제금은 징수하여야 한다.

- 행정기본법 제31조(이행강제금의 부과) ⑤ 행정청은 의무자가 행정상 의무를 이행할 때까지 이행강제금을 반복하여 부과할 수 있다. 다만, 의무자가 의무를 이행하면 새로운 이행강제금의 부과를 즉시 중지하되, 이미 부과한 이행강제금은 징수하여야 한다.

- ③ (○) 통고처분은 상대방의 임의의 승복을 그 발효요건으로 하기 때문에 그 자체만으로는 통고이행을 강제하거나 상대방에게 아무런 권리의무를 형성하지 않으므로 행정심판이나 행정소송의 대상으로서의 처분성을 부여할 수 없고, 통고처분에 대하여 이의가 있으면 통고내용을 이행하지 않으므로써 고발되어 형사재판절차에서 통고처분의 위법·부당함을 얼마든지 다룰 수 있다(헌재결 1998.5.28. 96헌바4).



- ④ (×) **과세처분 이후 조세 부과 근거가 되었던 법률규정에 대하여 위헌결정이 내려진 경우, 그 조세채권의 집행을 위한 체납처분은 당연무효** : 구 헌법재판소법 제47조 제1항은 “법률의 위헌결정은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다.”고 규정하고 있는데, 이러한 위헌결정의 기속력과 헌법을 최고규범으로 하는 법질서의 체계적 요청에 비추어 국가기관 및 지방자치단체는 **위헌으로 선언된 법률규정에 근거하여 새로운 행정처분을 할 수 없음은 물론이고, 위헌결정 전에 이미 형성된 법률관계에 기한 후속처분이라도 그것이 새로운 위헌적 법률관계를 생성·확대하는 경우라면 이를 허용할 수 없다.** 따라서 조세 부과 근거가 되었던 법률규정이 위헌으로 선언된 경우, 비록 그에 기한 과세처분이 위헌결정 전에 이루어졌고, 과세처분에 대한 제소기간이 이미 경과하여 조세채권이 확정되었으며, 조세채권의 집행을 위한 체납처분의 근거규정 자체에 대하여는 따로 위헌결정이 내려진 바 없다고 하더라도, 위와 같은 위헌결정 이후에 조세채권의 집행을 위한 새로운 체납처분에 착수하거나 이를 속행하는 것은 더 이상 허용되지 않고, 나아가 이러한 **위헌결정의 효력에 위배하여 이루어진 체납처분은 그 사유만으로 하자가 중대하고 객관적으로 명백하여 당연무효**라고 보아야 한다.(대판 2012.2.16. 2010두10907)

답 ④

20 국가배상책임의 요건에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 「국가배상법」이 정한 손해배상청구의 요건인 ‘공무원의 직무’에는 국가나 지방자치단체의 권력적 작용뿐만 아니라 비권력적 작용도 포함되지만 단순한 사경제의 주체로서 하는 작용은 포함되지 않는다.
- ② 공무원에게 부과된 직무상 의무의 내용이 전적으로 또는 부수적으로 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 설정된 것이라면, 그와 같은 의무를 위반함으로써 인하여 피해자가 입은 손해에 대하여는 상당인과관계가 인정되는 범위 내에서 배상책임이 성립한다.
- ③ 항고소송에서 위법한 것으로서 취소된 행정처분이 객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 정도에 이른 것이 아닌 경우, 당해 행정처분은 공무원의 고의 또는 과실에 의한 불법행위를 구성하게 된다.
- ④ 공무원 개인이 지는 손해배상책임에서 중과실이란 공무원에게 통상 요구되는 정도의 상당한 주의를 하지 않더라도 약간의 주의를 한다면 손쉽게 위법·유해한 결과를 예견할 수 있는 경우임에도 만연히 이를 간과한 경우와 같이, 거의 고의에 가까운 현저한 주의를 결여한 상태를 의미한다.

해설

- ① (○) 대판 2004.4.9. 2002다10691

- ② (○) 일반적으로 국가 또는 지방자치단체가 권한을 행사할 때에는 국민에 대한 손해를 방지해야 하고, 국민의 안전을 배려해야 하며, **소속 공무원이 전적으로 또는 부수적으로라도 국민 개개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 법령에서 정한 직무상의 의무에 위반하여 국민에게 손해를 가하면 상당인과관계가 인정되는 범위 안에서 국가 또는 지방자치단체가 배상책임을 부담하는 것**이지만, 공무원이 직무를 수행하면서 그 근거되는 법령의 규정에 따라 구체적으로 의무를 부여받았어도 그것이 국민의 이익과는 관계없이 순전히 행정기관 내부의 질서를 유지하기 위한 것이거나, 또는 국민의 이익과 관련된 것이라도 직접 국민 개개인의 이익을 위한 것이 아니라 전체적으로 공공 일반의 이익을 도모하기 위한 것이라면 그 의무에 위반하여 국민에게 손해를 가하여도 국가 또는 지방자치단체는 배상책임을 부담하지 아니한다(대판 2001.10.23. 99다36280, 대판 2006.4.14. 2003다41746).

- ③ (×) 어떠한 행정처분이 후에 항고소송에서 취소되었다고 할지라도 그 기판력에 의하여 당해 행정처분이 곧바로 **공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없는 것이고, 그 행정처분의 담당공무원이 보통 일반의 공무원을 표준으로 하여 볼 때 객관적 주의의무를**

결하여 그 행정처분이 객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 정도에 이른 경우에 「국가배상법」 제2조 소정의 국가배상책임의 요건을 충족하였다고 봄이 상당할 것이다(대판 2004.6.11. 2002다31018).

- ④ (○) **국가배상법상 국가의 공무원에 대한 구상권 발생요건으로서의 '중과실'의 의미** : 국가배상법 제2조 제2항에 의하면, 공무원의 직무상의 위법행위로 인하여 국가 또는 지방자치단체의 손해배상책임이 인정된 경우 그 위법행위가 고의 또는 중대한 과실에 기한 경우에는 국가 또는 지방자치단체는 당해 공무원에 대하여 구상할 수 있다 할 것이나, 이 경우 공무원의 중과실이라 함은 공무원에게 통상 요구되는 정도의 상당한 주의를 하지 않더라도 약간의 주의를 한다면 손쉽게 위법, 유해한 결과를 예견할 수 있는 경우임에도 만연히 이를 간과함과 같은 거의 고의에 가까운 현저한 주의를 결여한 상태를 의미한다(대판 2003.2.11. 2002다65929).

답 ③

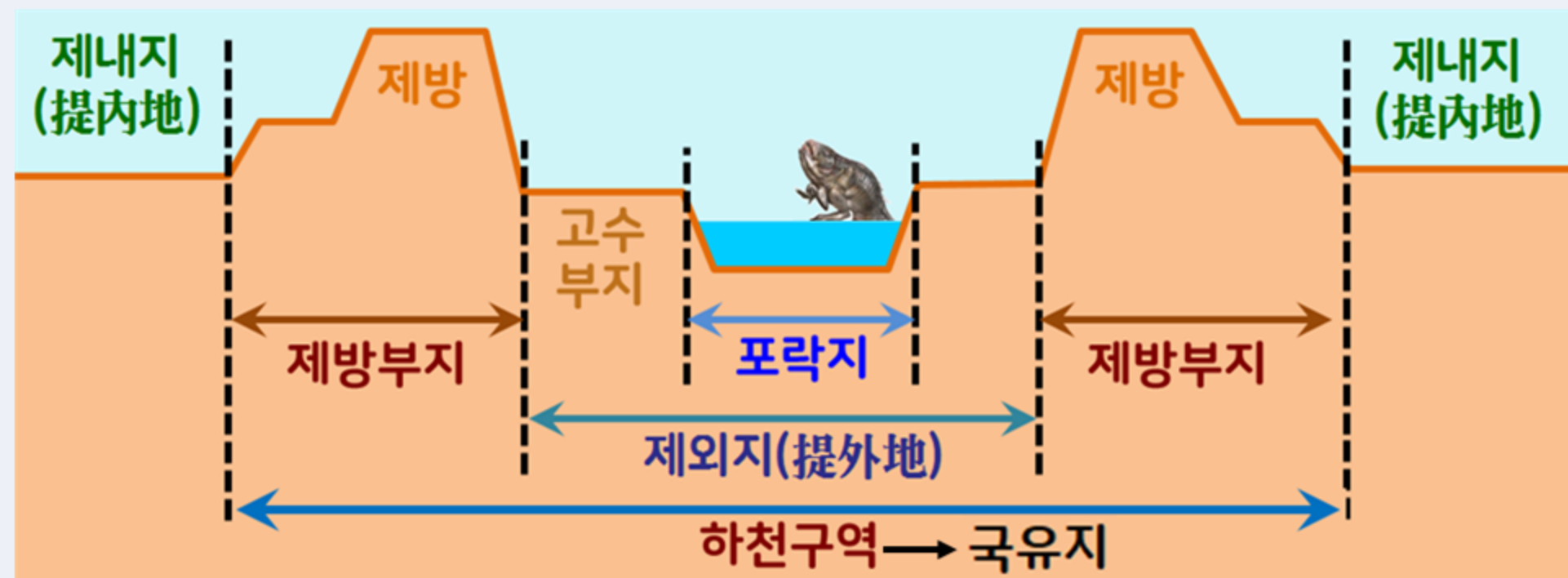
21

행정상 손실보상제도에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 구 「소하천정비법」에 따라 소하천구역으로 편입된 토지의 소유자가 사용·수익에 대한 권리행사에 제한을 받아 손해를 입고 있는 경우, 손실보상을 청구할 수 있을 뿐만 아니라, 관리청의 제방부지에 대한 점유를 권원 없는 점유와 같이 보아 관리청을 상대로 손해배상이나 부당이득의 반환을 청구할 수 있다.
- ② 구 「전염병예방법」에 의한 피해보상제도가 수익적 행정처분의 형식을 취하고는 있지만, 구 「전염병예방법」의 취지와 입법 경위 등을 고려하면 그 실질은 피해자의 특별한 희생에 대한 보상에 가까우므로 그 인정 여부는 객관적으로 합리적인 재량권의 범위 내에서 타당하게 결정하여야 한다.
- ③ 제방부지 및 제외지가 유수지와 더불어 하천구역이 되어 국유로 되는 이상 그로 인하여 소유자가 입은 손실은 특별한 희생에 해당하고, 보상방법을 유수지에 대한 것과 달리할 아무런 합리적인 이유가 없으므로 소유자에게 손실을 보상하여야 한다.
- ④ 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에서 규정하는 도시계획시설사업은 도로·철도·항만·공항·주차장 등 교통시설, 수도·전기·가스공급설비 등 공급시설과 같은 도시계획시설을 설치·정비 또는 개량하여 공공복리를 증진시키고 국민의 삶의 질을 향상시키는 것을 목적으로 하고 있으므로, 그 자체로 공공필요성의 요건이 충족된다.

해설

- ① (×) 토지가 구 소하천정비법에 의하여 소하천구역으로 적법하게 편입된 경우 그로 인하여 그 토지의 소유자가 사용·수익에 관한 권리행사에 제한을 받아 손해를 입고 있다고 하더라도 구 소하천정비법 제24조에서 정한 절차에 따라 손실보상을 청구할 수 있음은 별론으로 하고, 관리청의 제방 부지에 대한 점유를 권원 없는 점유와 같이 보아 손해배상이나 부당이득의 반환을 청구할 수 없다. (소하천정비법 상 소하천부속물이 설치된 토지의 구역을 소하천구역으로 정하고 있고 제방부지는 소하천부속물이다. 하천법과 달리 소하천정비법 상 소하천부속물이 되려면 관리청이 이를 직접 설치하거나 설치자의 동의를 받을 것을 요건으로 하고 있지 않다. 이 사건 부지가 소래비천의 제방 부지에 해당할 경우 관리청이 이를 직접 설치하였는지 또는 설치자의 동의를 받았는지에 관계없이 소하천구역에 해당할 수 있다. 만약 이 사건 부지가 소하천구역에 해당한다면 원고는 구 소하천정비법의 적용을 받아 이 사건 부지에 관한 권리행사가 제한됨으로써 손해를 입었다고 하더라도 피고가 이 사건 부지를 도로로 사용하는 것에 대하여 권원 없는 점유와 같이 보아 부당이득반환이나 손해배상을 청구할 수 없다.) (대판 2021.12.30. 2018다284608)
- ② (○) **구 전염병예방법 제54조의2 제2항에 따른 예방접종으로 인한 질병, 장애 또는 사망의 인정 여부 결정은 보건복지가족부(현 보건복지부)장관의 재량** : 특정인에게 권리나 이익을 부여하는 이른바 수익적 행정처분은 법령에 특별한 규정이 없는 한 재량행위이고, 구 전염병예방법 제54조의2 제2항에 의하여 보건복지가족부장관에게 예방접종으로 인한 질병, 장애 또는 사망(이하 '장애 등'이라 한다)의 인정 권한을 부여한 것은, 예방접종과 장애 등 사이에 인과관계가 있는지를 판단하는 것은 고도의 전문적 의학 지식이나 기술이 필요한 점과 전국적으로 일관되고 통일적인 해석이 필요한 점을 감안한 것으로 역시 보건복지가족부장관의 재량에 속하는 것이므로, 인정에 관한 보건복지가족부장관의 결정은 가능한 한 존중되어야 한다(대판 2014.5.16. 2014두274).
- ③ (○) **하천법 소정의 하천부속물의 부지가 하천구역이 되어 국유가 된 경우, 명시적인 보상규정이 없더라도 그 소유자가 입은 손실을 보상해야 함** : 하천법 제2조 제1항 제1호 소정의 하천의 제방 부지로서 같은 법 제11조 단서 소정의 관리청이 그 지상에 제방을 축조하였다면, 그 제방의 부지는 관리청에 의한 지정 처분이 없어도 법률의 규정에 의하여 당연히 하천구역이 되어 국유로 된다. 구 하천법 부칙(1984. 12. 31.) 제2조 제1항의 규정상 하천법 제2조 제1항 제2호 (나)목 소정의 하천부속물의 부지에 관하여는 명시적인 보상규정이 없다고 하더라도, 그것이 유수지(遊水池) 및 제외지(堤外地)와 더불어 하천구역이 되어 국유로 된 이상 그로 인하여 소유자가 입은 손실은 보상되어야 하고, 그 보상 방법을 유수지 및 제외지 등에 관한 것과 달리할 아무런 합리적인 이유를 찾아볼 수 없으므로, 1971. 1. 19. 법률 제2292호로 공포된 구 하천법의 시행일인 같은 해 7. 20. 이전에 그 제방을 축조한 관리청은 위 개정된 구 하천법 부칙 제2조 제1항을 유추적용하여 그 제방부지의 소유자에게 그 손실을 보상하여야 한다고 봄이 상당하다(대판 1995.11.24. 94다34630)



- ④ (○) 도시계획시설사업은 도로·철도·항만·공항·주차장 등 교통시설, 수도·전기·가스공급설비 등 공급시설과 같은 도시계획시설을 설치·정비 또는 개량하여 공공복리를 증진시키고 국민의 삶의 질을 향상시키는 것을 목적으로 하고 있으므로, 도시계획시설사업은 그 자체로 공공필요성의 요건이 충족된다(헌재 2014.7.24. 2013헌바294). ⇨ 민간기업이 수용권을 행사하더라도 공공필요성 충족시 헌법 제23조 제3항에 위반되지 않음.

답 ①

22

자신이 소유한 모텔에서 성인 乙과 청소년 丙을 투숙시켜 이성 혼숙하도록 한 사실이 적발되어 A도 관할 B군 군수 丁으로부터 「공중위생관리법」에 따라 영업정지 3개월의 처분을 받은 甲이 처분의 취소를 구하는 행정심판을 청구하려는 경우, 이에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 본 사안은 이른바 행정심판전치주의가 적용되지 않으므로, 甲은 행정심판을 거치지 아니하고도 곧바로 취소소송을 제기할 수 있다.
- ② 본 사안에서 丁의 영업정지처분에 대한 불복은 A도행정심판위원회가 심리·재결한다.
- ③ 행정심판위원회가 甲의 청구를 기각하는 재결을 한 경우, 甲은 재결서의 정본을 송달받은 날부터 90일 이내에 행정소송을 제기할 수 있다.
- ④ 행정심판위원회가 甲의 청구를 인용하는 재결을 한 경우, 丁이 인용재결의 취소를 구하는 행정소송을 제기할 수 있다.

해설

- ① (○) 필요적 전치주의에 해당되지 않음
- ② (○) 광역자치단체 관할 구역 내 기초자치단체의 장의 처분에 대한 행정심판기관은 광역자치단체 소속 행정심판위원회.

• 행정심판법 제6조(행정심판위원회의 설치) ③ 다음 각 호의 행정청의 처분 또는 부작위에 대한 심판청구에 대하여는 시·도지사 소속으로 두는 행정심판위원회에서 심리·재결한다.

1. 시·도 소속 행정청
2. 시·도의 관할구역에 있는 시·군·자치구의 장, 소속 행정청 또는 시·군·자치구의 의회(의장, 위원회의 위원장, 사무국장, 사무과장 등 의회 소속 모든 행정청을 포함한다)
3. 시·도의 관할구역에 있는 둘 이상의 지방자치단체(시·군·자치구를 말한다)·공공법인 등이 공동으로 설립한 행정청

• 일반행정심판위원회

관할 행심위	처분청		
	국가기관	지방자치단체	공동설립
해당 기관 소속 행심위	① 감사원, 국가정보원장, 대통령령으로 정하는 대통령 소속기관 장(대통령비서실장, 국가안보실장, 대통령경호실장, 방통통신위원회) ② 국회사무총장·법원행정처장·헌법재판소사무처장·중앙선관위사무총장 ③ 국가인권위원회, 그 밖에 지위·성격의 독립성·특수성 등이 인정되어 대통령령으로 정하는 행정청		
중앙행심위	국가행정기관의 장 또는 그 소속 행정청	시·도지사, 교육감, 광역의회(의장, 위원회 위원장, 사무처장 등 의회 소속 모든 행정청 포함)	지방자치단체조합 등 국가·지방자치단체·공공법인 등이 공동설립한 행정청(단, ① 제외)
시·도지사 소속 행심위		시·도 소속 행정청, 시·도의 관할구역에 있는 시·군·자치구의 장, 소속 행정청, 기초의회(의장, 위원회 위원장, 사무국장·과장 등 의회 소속 모든 행정청 포함)	① 시·도 관할구역의 둘 이상의 지방자치단체(시·군·자치구)·공공법인 등이 공동설립한 행정청
직근 상급행정기관 소속 행심위	대통령령으로 정하는 국가행정기관 소속 특별지방행정기관의 장 > 법무부 및 대검찰청 소속 특별지방행정기관(직근 상급행정기관이나 소관 감독행정기관이 중앙행정기관인 경우는 제외)		

- ③ (○) 행정심판을 거친 경우 제소기간은 재결서의 정본을 송달받은 날 부터 90일 이내, 재결이 있는 날부터 1년 이내.
 - ④ (X) 취소심판 인용재결의 경우 피청구인인 행정청에 대하여 기속력을 가지며, 인용재결은 재결청의 감독권의 일환으로 스스로 반성·재심의 차원에서 발하는 행정부로서의 최종적 판단인 점에서 비롯되는 것이라는 점에서 피청구인인 행정청은 이에 불복하여 행정소송을 제기할 수 없다.
- [헌법재판소의 행정심판법 상 인용재결의 기속력 규정에 대한 합헌 판결]** 이 사건 법률조항은 행정청의 자율적 통제와 국민 권리의 신속한 구제라는 행정심판의 취지에 맞게 행정청으로 하여금 행정심판을 통하여 스스로 내부적 판단을 종결시키고자 하는 것으로서 그 합리성이 인정되고, 반면 국민이 행정청의 행위를 법원에서 다룰 수 없도록 한다면 재판받을 권리를 제한하는 것이 되므로 국민은 행정심판의 재결에도 불구하고 행정소송을 제기할 수 있도록 한 것일 뿐이므로, 평등원칙에 위배되지 아니한다(헌재 2014.6.26. 2013헌바122)

취소 심판	기각재결	청구인이 불복하여 행정소송(원처분주의 원칙)
	인용재결	① 일부인용재결시 청구인이 불복하여 행정소송(원처분주의 적용) ② 인용재결로 인해 비로소 법률상 이익을 침해받은 제3자(제3자효 행정행위의 상대방)가 불복하여 행정소송(재결취소소송) ③ 피청구인인 행정청은 불복하여 행정소송 불가-재결의 기속력

답 ④

23

「행정소송법」에 따른 법률상 이익에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 행정처분의 무효확인 또는 취소를 구하는 소에서, 비록 행정처분의 위법을 이유로 무효확인 또는 취소 판결을 받더라도 그 처분에 의하여 발생한 위법상태를 원상으로 회복시키는 것이 불가능한 경우에는 원칙적으로 그 무효확인 또는 취소를 구할 법률상 이익이 없다.

- ② 행정청이 한 처분등의 취소를 구하는 것보다 실효적이고 직접적인 구제수단이 있음에도 처분등의 취소를 구하는 것은 특별한 사정이 없는 한 분쟁해결의 유효적절한 수단이라고 할 수 없어 법률상 이익이 없다.
- ③ 지방의회 의원에 대한 제명의결 취소소송 계속 중 의원의 임기가 만료되었다면, 제명의결시부터 임기만료일까지의 기간에 대한 월정수당의 지급을 구할 수 있다고 하더라도 그 제명의결의 취소를 구할 법률상 이익이 없다.
- ④ 행정처분이 취소되면 그 처분은 취소로 인하여 그 효력이 상실되어 더 이상 존재하지 않는 것이고, 그 처분을 대상으로 한 취소소송의 경우 법률상 이익이 없다.

해설

- ① (○) 행정처분의 무효확인 또는 취소를 구하는 소에서, 비록 행정처분의 위법을 이유로 무효확인 또는 취소 판결을 받더라도 처분에 의하여 발생한 위법상태를 원상으로 회복시키는 것이 불가능한 경우에는 원칙적으로 무효확인 또는 취소를 구할 법률상 이익이 없고, 다만 원상회복이 불가능하더라도 무효확인 또는 취소로써 회복할 수 있는 다른 권리나 이익이 남아 있는 경우 예외적으로 법률상 이익이 인정될 수 있을 뿐이다.(대판 2016.6.10. 2013두1638)
- ② (○) **당사자의 신청에 대한 거부처분이 행정심판 재결로 취소된 경우, 재결의 취소를 구할 법률상 이익이 없음** : 행정청이 한 처분 등의 취소를 구하는 소송은 처분에 의하여 발생한 위법 상태를 배제하여 원래 상태로 회복시키고 처분으로 침해된 권리나 이익을 구제하고자 하는 것이다. 따라서 **해당 처분 등의 취소를 구하는 것보다 실효적이고 직접적인 구제수단이 있음에도 처분 등의 취소를 구하는 것은 특별한 사정이 없는 한 분쟁해결의 유효적절한 수단이라고 할 수 없어 법률상 이익이 있다고 없다.** 그런데 당사자의 신청을 받아들이지 않은 거부처분이 재결에서 취소된 경우에 행정청은 종전 거부처분 또는 재결 후에 발생한 새로운 사유를 내세워 다시 거부처분을 할 수 있다. 그 재결의 취지에 따라 이전의 신청에 대하여 다시 어떠한 처분을 하여야 할지는 처분을 할 때의 법령과 사실을 기준으로 판단하여야 하기 때문이다. 또한 행정청이 재결에 따라 이전의 신청을 받아들이는 후속처분을 하였더라도 후속처분이 위법한 경우에는 재결에 대한 취소소송을 제기하지 않고도 곧바로 후속처분에 대한 항고소송을 제기하여 다룰 수 있다. 나아가 거부처분을 취소하는 재결이 있더라도 그에 따른 후속처분이 있기까지는 제3자의 권리나 이익에 변동이 있다고 볼 수 없고 후속처분 시에 비로소 제3자의 권리나 이익에 변동이 발생하며, 재결에 대한 항고소송을 제기하여 재결을 취소하는 판결이 확정되더라도 그와 별도로 후속처분이 취소되지 않는 이상 후속처분으로 인한 제3자의 권리나 이익에 대한 침해 상태는 여전히 유지된다. 이러한 점들을 종합하면, **거부처분이 재결에서 취소된 경우 재결에 따른 후속처분이 아니라 그 재결의 취소를 구하는 것은 실효적이고 직접적인 권리구제수단이 될 수 없어 분쟁해결의 유효적절한 수단이라고 할 수 없으므로 법률상 이익이 없다**(대판 2017.10.31. 2015두4504).
- ③ (×) **지방의회 의원에 대한 제명의결처분 취소소송 계속 중 그 의원의 임기가 만료된 경우 협의의 소의 인정** : 지방자치법 32조 1항(현행 지방자치법 33조 1항 참조)은 지방의회 의원에게 지급하는 비용으로 의정활동비(1호)와 여비(2호) 외에 월정수당(3호)을 규정하고 있는바, 이 규정의 입법연혁과 함께 특히 월정수당(3호)은 지방의회 의원의 직무활동에 대하여 매월 지급되는 것으로서, 지방의회 의원이 전문성을 가지고 의정활동에 전념할 수 있도록 하는 기틀을 마련하고자 하는 데에 그 입법취지가 있다는 점을 고려해 보면, 지방의회 의원에게 지급되는 비용 중 적어도 월정수당(3호)은 지방의회 의원의 직무활동에 대한 대가로 지급되는 보수의 일종으로 봄이 상당하다. 따라서 원고가 **제명의결 취소소송 계속 중 임기가 만료되어 제명의결의 취소로 지방의회 의원으로서의 지위를 회복할 수는 없다 할지라도, 그 취소로 인하여 최소한 제명의결시부터 임기만료일까지의 기간에 대해 월정수당의 지급을 구할 수 있는 등 여전히 그 제명의결의 취소를 구할 법률상 이익은 남아 있다**(대판 2009.1.30. 2007두13487).
- ④ (○) 행정처분이 취소되면 그 처분은 취소로 인하여 그 효력이 상실되어 더 이상 존재하지 않는 것이고, 존재하지 않는 행정처분을 대상으로 한 취소소송은 소의 이익이 없어 부적법하다 할 것이다. 행정청이 당초의 분노 등 관련 영업허가신청 반려처분의 취소를 구하는 소의 계속 중, 사정변경을 이유로 위 반려처분을 직권취소함과 동시에 위 신청을 재반려하는 내용의 재처분을 한 경우, 당초의 반려처분의 취소를 구하는 소는 더 이상 소의 이익이 없게 된다(대판 2006.9.28. 2004두5317)

답 ③

24 항고소송의 대상이 되는 처분에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 과태료의 부과 여부 및 그 당부는 최종적으로 「질서위반행위규제법」의 절차에 의하여 판단되어야 한다고 할 것이므로, 그 과태료 부과처분은 행정청을 피고로 하는 항고소송의 대상이 되는 처분이라고 볼 수 없다.
- ② 행정청의 행위가 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하는지가 불분명한 경우에는 그에 대한 불복방법 선택에 중대한 이해관계를 가지는 상대방의 인식가능성과 예측가능성을 중요하게 고려해서 규범적으로 판단해야 한다.
- ③ 어떠한 처분의 근거나 법적인 효과가 행정규칙에 규정되어 있다고 하더라도, 그 처분이 행정규칙의 내부적 구속력에 의하여 상대방에게 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법적인 효과를 발생하게 하는 등으로 그 상대방의 권리 의무에 직접 영향을 미치는 행위라면, 이 경우에도 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 보아야 한다.
- ④ 「총포·도검·화약류 등의 안전관리에 관한 법률」에 따른 총포·화약안전기술협회가 회비납부의무자에 대하여 한 회비납부통지는 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하지 않는다.

해설

- ① (○) 서울특별시 ‘수도조례’ 및 ‘하수도사용조례’에 기한 과태료의 부과 여부 및 그 당부는 최종적으로 「질서위반행위규제법」에 의한 절차에 의하여 판단되어야 한다고 할 것이므로, 그 과태료 부과처분은 행정청을 피고로 하는 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다(대판 2012.10.11. 2011두19369)
- ② (○), ④ (×) 「총포·도검·화약류 등의 안전관리에 관한 법률」에 따른 총포·화약안전기술협회(공법상 재단법인)가 회비납부의무자에 대하여 한 회비납부통지는 부담금 부과처분으로서 항고소송의 대상 : 총포·도검·화약류 등의 안전관리에 관한 법률(이하 ‘총포화약법’이라 함) 규정 내용과 총포·화약안전기술협회(이하 ‘협회’라 한다)가 수행하는 업무, 총포화약류로 인한 위험과 해해를 미리 방지함으로써 공공의 안전을 유지하고자 하는 총포화약법의 입법 취지(제1조)를 고려하면, 총포·화약안전기술협회는 총포화약류의 안전관리와 기술지원 등에 관한 국가사무를 수행하기 위하여 법률에 따라 설립된 ‘공법상 재단법인’이라고 보아야 한다. 항고소송의 대상인 ‘처분’이란 ‘행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용’을 말한다(행정소송법 제2조 제1항 제1호). 행정청의 행위가 항고소송의 대상이 될 수 있는지는 추상적·일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 경우에 관련 법령의 내용과 취지, 그 행위의 주체·내용·형식·절차, 그 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익 사이의 실질적 견련성(牽連性), 법치행정의 원리와 그 행위에 관련된 행정청이나 이해관계인의 태도 등을 고려하여 개별적으로 결정해야 한다. 어떠한 처분에 법령상 근거가 있는지,

행정절차법에서 정한 처분 절차를 준수하였는지는 본안에서 해당 처분이 적법한가를 판단하는 단계에서 고려할 요소이지, 소송요건 심사단계에서 고려할 요소가 아니다. 행정청의 행위가 '처분'에 해당하는지가 불분명한 경우에는 그에 대한 불복방법 선택에 중대한 이해관계를 가지는 상대방의 인식가능성과 예측가능성을 중요하게 고려해서 규범적으로 판단해야 한다. 총포화약법 시행령 제78조 제1항 제3호, 제79조 및 총포·화약안전기술협회 정관의 관련 규정의 내용을 위 법리에 비추어 살펴보면, 공법인인 협회가 자신의 공행정활동에 필요한 재원을 마련하기 위하여 회비납부의무자에 대하여 한 '회비납부통지'는 납부의무자의 구체적인 부담금액을 산정·고지하는 '부담금 부과처분'으로서 항고소송의 대상이 된다고 보아야 한다.(대판 2021.1.14. 2020두50324).

③ ㉠ 행정규칙에 의한 징계처분이 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는 경우 : 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 함은 원칙적으로 행정청의 공법상 행위로서 특정 사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 등으로 일반 국민의 권리 의무에 직접 영향을 미치는 행위를 가리키는 것이지만, 어떠한 처분의 근거나 법적인 효과가 행정규칙에 규정되어 있다고 하더라도, 그 처분이 행정규칙의 내부적 구속력에 의하여 상대방에게 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법적인 효과를 발생하게 하는 등으로 그 상대방의 권리 의무에 직접 영향을 미치는 행위라면, 이 경우에도 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다. ⇨ 행정규칙인 '공무원 징계양정에 관한 규칙' 의한 '불문경고조치'는 비록 법률상의 징계처분은 아니지만 위 처분을 받지 아니하였다면 차후 다른 징계처분이나 경고를 받게 될 경우 징계감경사유로 사용될 수 있었던 표창공적의 사용가능성을 소멸시키는 효과와 1년 동안 인사기록카드에 등재됨으로써 그 동안은 장관표창이나 도지사표창 대상자에서 제외시키는 효과 등이 있으므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2002.7.26. 2001두3532).

답 ④

25

항고소송의 피고에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 항고소송은 원칙적으로 소송의 대상인 처분등을 외부적으로 그의 명의로 행한 행정청을 피고로 하여야 하는 것이다.
- ② 「행정소송법」 제14조에 의한 피고경정은 사실심 변론종결에 이르기까지 허용된다.
- ③ 처분등이 있는 뒤에 그 처분등에 관계되는 권한이 다른 행정청에 승계된 때에는 그 처분등에 대한 사무가 귀속되는 국가 또는 지방자치단체를 피고로 한다.
- ④ 대리기관이 대리관계를 표시하고 피대리 행정청을 대리하여 행정처분을 한 때에는 피대리 행정청이 피고가 되어야 한다.

해설

①④ ㉠ 항고소송은 원칙적으로 소송의 대상인 행정처분 등을 외부적으로 그의 명의로 행한 행정청을 피고로 하여야 하는 것으로서, 그 행정처분을 하게 된 연유가 상급행정청이나 타행정청의 지시나 통보에 의한 것이라 하여 다르지 않으며, 권한의 위임이나 위탁을 받아 수임행정청이 정당한 권한에 기하여 수임행정청 명의로 한 처분에 대하여는 말할 것도 없고, 내부위임이나 대리권을 수여받은 데 불과하여 원행정청 명의로 대리관계를 밝히지 아니하고는 그의 명의로 처분 등을 할 권한이 없는 행정청이 권한 없이 그의 명의로 한 처분에 대하여도 처분명목자인 행정청(수임청, 피대리청)이 피고가 되어야 한다(대판 1994.6.14. 94누1197).

• 권한위임·내부위임·대리와 항고소송 피고

처분권자 / 처분방식		피고
권한 위임·위탁		수임·수탁기관
내부위임 (위임전결)	위임기관 명의로 처분시	위임기관
	수임기관이 자기 명의로 처분시	수임기관
대 리	대리관계를 밝히고 처분시	피대리기관
	대리관계를 밝히지 않고 대리기관 자신 명의로 처분시	대리기관

- ② ㉠ 행정소송법 제14조에 의한 피고경정은 사실심 변론종결에 이르기까지 허용되는 것으로 해석해야 할 것이고, 굳이 제1심 단계에서만 허용되는 것으로 해석할 근거는 없다(대결 2006.2.23. 자 2005부4).
- ③ (×)

• 행정소송법 제13조(피고적격)

- ① 취소소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분등을 행한 행정청을 피고로 한다. 다만, 처분등이 있는 뒤에 그 처분등에 관계되는 권한이 다른 행정청에 승계된 때에는 이를 승계한 행정청을 피고로 한다.
- ② 제1항의 규정에 의한 행정청이 없게 된 때에는 그 처분등에 관한 사무가 귀속되는 국가 또는 공공단체를 피고로 한다.

■ 취소소송의 피고적격

처분권자 / 처분방식			피고	
독임제 행정청			독임제 행정청	
합의제 행정청	원칙		합의제 행정청(위원회) 예 행정심판재결 취소소송 피고는 행정심판위원회	
	예외	중앙노동위원회의 처분 중앙해양안전심판원의 재결	중앙노동위원회 위원장 중앙해양안전심판원장	
공무원에 대한 징계처분 등, 본인의		대통령이 한 경우	소속장관	
의사에 반한 불리한 처분이나 부작위		중앙선관위원장이 한 경우	중앙선관위 사무총장	
국회의장 / 헌법재판소장 / 대법원장			국회 사무총장 / 헌법재판소 사무처장 / 법원 행정처장	
처분 후	권한 승계		승계한 행정청	
	처분청이 없게 된 경우		그 사무가 귀속하는 국가나 공공단체	
권한 위임·위탁			수임·수탁기관	
대리·내부위임(위임전결)			피대리기관, 위임기관	
			대리관계 밝히지 않고 대리기관 자신 명의로 처분시 대리기관 수임기관 명의로 처분시 명의자인 수임기관	
지방의회의 의원징계의결·의장선거·의장불신임의결			지방의회	
처분적 조례	일반 조례		지방자치단체장(공포권자)	예외적으로 지방의회 의장이 공포시 지방의회의장
	교육·학예등에 관한 조례		시·도교육감(공포권자)	
처분청과 통지한 자가 다른 경우			처분청	

답 ③