

## ■ 행정사실무법 기출문제 해설

### 1. 문제1

甲은 A행정청이 시행한 국가공무원시험의 1차 객관식시험에 응시하였으나 불합격(이하 ‘처분’이라 함)하였다. 이 시험은 1차 객관식시험, 2차 주관식 시험과 3차 면접시험으로 구성되고, 3차 면접시험에 합격한 경우에 최종합격자가 된다. 또한 3차 면접시험에 응시하기 위해서는 2차 주관식시험에, 2차 주관식 시험에 응시하기 위해서는 1차 객관식시험에 각각 합격하여야 한다. 甲은 위 처분에 대하여 행정심판을 청구하였으나, 관할 행정심판위원회가 2차 주관식 시험 시행 전까지 재결하지 않을 것에 대비하여 법적 수단을 강구하고자 한다. 甲이 재결 전이라도 2차 주관식시험에 응시하기 위하여 취할 수 있는 행정심판 법상 구제수단에는 어떠한 것이 있는지 논하시오.(40점)

#### I. 문제의 소재

갑이 국가공무원시험의 1차 객관식 시험 불합격처분에 대해 행정심판을 청구하면서 재결전이라도 주관식 시험에 응시하기 위한 행정심판법상 구제수단은 행정심판법상의 집행정지와 임시처분을 고려해 볼 수 있다. 이하에서는 집행정지의 요건과 임시처분의 요건을 살펴보겠다.

#### II. 집행정지

##### 1. 집행부정지의 원칙과 집행정지의 의의

###### 1) 행정심판법 제30조 제1항

행정심판법 제30조 제1항은 취소소송의 제기는 처분 등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다고 함으로써 집행부정지의 원칙을 규정하고 있다.

###### 2) 집행정지의 필요성

행정심판에서 장차 인용재결을 받는다고 하더라도 이미 집행으로 인하여 권리구제가 의미가 없게 되거나, 도중에 집행이 완료되어 취소심판의 청구의 이익이 없어 각하될 우려가 있다. 따라서 일정한 경우 처분 등에 대한 집행정지를 인정할 필요가 있어 행정심판법 제30조 제2항에서는 집행정지의 엄격한 예외적인 요건을 설정하고 있다.

## 2. 집행정지의 요건

### 1) 적극적 요건

#### (1) 취소심판이 적법하게 계속되어 있을 것

집행정지와 행정심판은 권리구제를 위하여 밀접하게 관련되어 있으며, 행정심판으로서의 각하될 사안인 경우에는 집행정지를 인정할 이유가 없을 것이기 때문에, 취소심판의 적법성 요건을 모두 갖추어야 한다.

사안의 경우 갑은 행정심판을 제기하고 있어 이 요건을 충족 되었다.

#### (2) 처분성이 있을 것

거부에 대한 집행정지가 가능한지 학설과 판례가 대립하므로 이에 대하여 검토하기로 한다.

불합격처분은 갑의 권리의무에 영향을 미치는 공권력으로서 처분에 해당한다. 다만 합격을 거부하는 것이어서 거부처분이 집행정지의 대상이 되는지가 문제 된다.

#### (3) 거부에 대한 집행정지 가부

##### 1) 학설의 대립

###### (i) 긍정설

집행정지가 허용된다면 행정청에게 사실상의 구속력이 발생하여 권리구제로서의 의미가 있다고 본다.

###### (ii) 부정설

그러나 부정설은 집행정지를 인정하여도 거부처분이 없는 상태로 돌아가는 것에 불과하다.

###### (iii) 제한적 긍정설

원칙적으로 다수설과 판례에 따라 거부처분에 대한 집행정지는 부정되나, 허가를 받은 자가 허가기간의 만료시 갱신허가를 신청하거나 외국인의 체류기간 연장신청 등과 같이 일정한 경우 집행정지신청의 이익이 있으므로 집행정지를 이익형량에 따라 예외적으로 긍정하여야 한다고 본다. 이러한 자는 처음부터 허가가 없는 자가 아니므로 권리구제를 긍정하여야 한다고 보기 때문이다. 이러한 제한적 긍정설이 신규허가신청거부의 경우와 달리 기존에 허가업을 영위하고 있는 자의 계속적인 영업에 대한 신뢰를 고려하고 급부국가의 원리에 부합하므로 타당하다고 생각된다.

##### 2) 판례

홍성교도소장이 접견허가를 거부한 데 대한 집행정지를 신청한 사건에서 판례는 이로 인하여 위 교도소장에게 접견의 허가를 명하는 것이 되는 것도 아니고 당연히 접견이 되는 것도 아니므로 효력정지의 필요성이 없다고 판시하였다. 서울대 입학허가 신청거

부에 대한 집행정지를 구한 사건에서도 판례는 마찬가지로 판시를 하였다. 또한 인천 시 지방경찰청장이 투전기업소의 갱신허가거부처분에 대해 집행정지를 구한 사건에서도 부정설을 취하였다.

### 3) 사안의 적용

갑의 불합격처분을 집행정지를 허용할 경우 다수설과 판례에 의하면 합격처분을 내리는 처분청에 요구하는 경우에 해당하여 허용되지 않는다 할 것이다.

### (4) 중대한 손해일 것

불합격처분으로 인해서 갑은 2차 주관식 시험과 3차 면접시험에 응시할수 없게되어 중대한 손해가 발생한다.

### (5) 긴급성이 있을 것

집행정지를 인용하지 않으면 안되는 시간상의 절박성과 손해발생의 개연성이 있어야 하는데, 이 역시 사안에서는 집행정지를 허용하지 않으면 재결이 늦어서 시험에 응시할 수 없다는 점에서 긴급성 요건도 충족된다.

## 2) 소극적 요건

### (1) 공공복리에 영향이 없을 것

이는 집행정지로 인하여 오히려 사익보다 현저한 공익을 저해해서는 안 되기 때문에 요구되는 소극적 요건으로서 사안에 따라 구체적인 이익형량을 요구한다. 이들 소극적 요건은 적극적 요건과 달리 법률요건분류설에 의할 때 행정청이 주장·입증하여야 한다.

설문에서 불합격처분을 내리는 경우 갑이 입는 불이익은 이를 규제할 공익보다 크다고 할 수 있다.

### (2) 본안청구의 이유 없음이 명백하지 않을 것

이 요건은 법원의 판례가 인정하고 있는 소극적 요건이다. 본안소송과 보전소송의 관계에서 도출되는 요건이다. 이에 대하여는 판례에 찬성하는 소극적 요건설, 판례와 달리 입증책임을 아예 집행정지신청인에게 불리하게 전환하는 적극적 요건설, 법률유보의 관점에서 요건을 부정하는 입장 등이 대립한다. 집행정지는 인용가능성에 대비하여 인정되는 것이므로 법률에 규정이 없지만 소극적 요건으로 보아 행정청에게 주장책임과 입증책임을 지우는 다수설 및 판례의 입장이 타당하다.

설문은 본안청구가 이유없음이 명백하지 않으므로 특별히 문제될 것은 없다.

### 3. 중간결론

다수설과 판례는 거부에 대한 집행정지를 인정하지 않으므로 부정하게 될 것이다.

## III. 임시처분

### 1. 임시처분제도의 신설

개정법에서 임시처분을 신설하여 행정청의 처분 또는 부작위 때문에 당사자가 받을 우려가 있는 중대한 불이익이나 당사자에게 생길 급박한 위험을 막을 수 있게 됨으로써 집행정지보다 적극적으로 당사자의 권익보호에 기여할 수 있게 되었다(법 제31조).

### 2. 임시처분의 요건

#### (1) 적극적 요건

심판청구의 계속, 처분 또는 부작위가 위법·부당하다는 상당한 의심이 있을 것, 중대한 불이익을 받을 우려(회복하기 어려운 손해가 아님), 급박한 위험의 존재 등의 요건이 필요하다.

#### (2) 소극적 요건

공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 없어야 한다.

### 3. 임시처분의 보충성

집행정지로 목적을 달성할 수 있을 때는 허용되지 않는다(제31조 제3항). 따라서 집행정지로 구제될 수 없는 거부처분과 부작위에 대해서만 임시처분이 허용된다.

### 4. 사안의 검토

같은 적법하게 행정심판을 제기하였고, 시험을 응시하지 못할 경우 중대한 불이익이 예상되며, 시험 전까지 재결이 내릴 가능성이 적어 급박한 위험도 존재한다. 다만 처분 또는 부작위가 위법하다는 상당한 의심이 존재해야 하나 사안의 경우에 명백하지 않다. 이 요건을 충족한다면 위원회는 임시처분을 내려 같은 시험을 응시할 수 있다 할 것이다.

## 2. 문제 2

비송사건절차법상 재판의 방식과 고지에 대하여 설명하시오.(20점)

### I. 재판의 방식

#### 1. 재판의 형식

비송사건절차법은 “재판은 결정으로써 한다.”(제17조 제1항)고 규정하고 있으므로 비송사건의 재판 형식은 결정에 의한다. 이결정의 의의에 대하여 명문의 규정은 없으나 민사소송법에 규정하고 있는 결정과 같은 성질의 것이라고 해석하는 것이 일반적 견해이다.

#### 2. 주문의 내용

재판서에 재판의 취지를 명시하여야 한다. 당사자의 신청에 의하는 재판의 경우 주문의 내용이 신청의 취지와 다소 차이가 있는 경우 나머지 신청에 대해서 신청기각을 표시하여야 하는 것은 아니지만, 신청취지와 차이를 명백하게 한다는 뜻에서 나머지 신청기각의 주문을 명시하는 경우도 있다.

### 3. 결정이유의 기재

#### 1). 원칙

재판서에는 원칙적으로 재판의 취지를 명기하여야 하나, 간이주의를 원칙으로 하는 비송사건은 법률에 특별한 규정이 없는 한 반드시 이유의 기재를 기재하여야 하는 것은 아니다. 그러나 법률상 이유를 붙일 것을 요구하는 경우가 많다.

#### 2). 예외

비송사건의 재판 중에는 이유를 붙인 결정으로써 해야 할 경우가 있다.

## II. 재판의 고지

### 1. 의의

재판은 고지를 하여야 한다. 고지라 함은 고지를 받는 자로 하여금 그 내용을 알 수 있는 상태에 두는 것을 말한다. 고지 받는 자가 현실적으로 그 내용을 알았을 것을 요하지 않고, 객관적으로 알 수 있는 상태에 있을 것을 요하므로, 우편의 경우 고지 받는 자에게 배달될 것을 요한다.

### 2. 고지방법

민사소송의 경우 재판의 고지는 송달방법, 사자나 우편에 의하여 결정서 등본을 교부하는 방법, 출석한 당사자에게 재판의 내용을 알려주거나 결정서 등본을 교부하는 방

법이 있으나 대부분 송달방법에 의한다.

그러나 비송사건의 경우 고지의 방법에 대해서 비송사건절차법에 별다른 제한이 없고 법원이 적당하다고 인정하는 방법에 의한다. 그러나 공시송달을 하는 경우에는 민사소송법 규정에 의한다(제18조 제2항).

### 3. 고지의 상대방

고지는 재판을 받은 자에게 하여야 한다(제18조 제1항). 여기서 재판을 받은 자란 재판에 의하여 자기의 법률관계에 직접 영향을 받는 자를 말한다. 재판에 의하여 간접영향을 받는 자는 여기에 포함되지 않는다. 신청인과 재판을 받는 자가 반드시 일치하지 않는다.

예를 들어 어느 이해관계인이 회사의 중요서류 보존인 선임재판이 이루어진 경우 재판을 받은 자는 선임된 서류보존자이고, 이해관계인이나 감사의 신청에 의해 청산인 선임재판이 이루어진 경우 재판을 받은 자는 청산인이다. 다만 실무상 신청인에게도 고지한다.

### 4. 고지방법 등의 부기

법원사무관 등은 고지의 방법, 장소와 연월일을 재판의 원본에 부기하고 이에 날인하여야 한다(제18조 3항).

### 3. 문제3

B시의 X지구토지구획정리조합의 조합원인 甲 외 255명은 조합장의 배임행위를 이유로 임시총회 소집을 요구하였으나 조합장이 이에 응하지 않으므로 조합정관의 규정에 따라 법원에 비송사건인 임시총회 소집허가신청을 하였다. 이 절차에서 甲이 영업 중인 행정사 乙에게 소송행위를 대리하게 하였다. 이에 乙이 甲의 대리인으로서 진술하려고 하였으나 법원이 대리행위를 금지하고 퇴정을 명하였다. 법원의 명령이 적법하지 여부와 그 이유를 설명하시오.(20점)

#### I. 문제점

갑이 영업중인 행정사 을을 비송행위 대리인으로 선임하였다, 따라서 을이 갑의 대리인으로서 자격이 있는지, 있다면 행정사 갑이 법정에서 진술하려하자 법원이 퇴정시킨 행위가 정당한지 검토하겠다.

#### II. 비송행위의 대리인

##### 1. 대리인의 자격

비송대리인은 당사자를 대리하여 비송행위를 하는 자를 말한다. 비송대리인의 자격에 관하여는 합의 사건의 경우 변호사로 자격을 제한하고, 단독사건의 경우 법원의 허가를 얻어야 변호사가 아닌 자가 소송대리를 할 수 있는 민사소송법과 달리 비송사건 관계인은 소송능력자로 하여금 비송행위를 대리시킬 수 있다(제6조 제1항 본문). 이는 비송사건은 절차가 간단하고, 직권주의가 지배하는 까닭에 대리인의 역할이 민사소송에 비해 크지 않기 때문이다. 따라서 변호사가 아닌 비변호사의 절차관여를 인정한 것이다. 대리에 관한 규정은 항고심의 경우에도 그대로 적용된다.

사안에서 갑이 행정사 을을 비송행위 대리인으로 선임한 것은 을이 행위무능력자라는 사정이 보이지 않는다는 점에서 선임행위는 적법하다.

##### 2. 대리권의 범위

비송사건절차법은 대리권의 범위에 관하여 민사소송법 제90조와 같은 규정이 없다. 따라서 대리권의 범위는 위임계약에 의해 정해진다. 다만 그 취지가 분명하지 않은 경우에는 당해사건의 모든 행위를 할 수 있다는 것이 통설이다. 다만 신청의 취하, 항고의 제기 및 그 취하, 대리인의 선임에 대해서는 민사소송대리권의 범위를 고려해 볼 때 특별수권이 필요하다는 것이 일반적 설명이다.

사안의 경우 대리권의 범위에 대한 구체적 위임계약의 내용이 정해지지 않은 점에서 통설에 의하면 당해사건에 관한 모든 행위를 할 수 있다. 따라서 을은 법정에서 임시총회 소집과 관련된 진술을 할 수 있다.

### III. 비송대리가 허용되지 않는 경우

#### 1. 문제점

을이 갑의 대리인으로서 자격이 있다고 하더라도 비송사건의 경우 본인출석명령이 내려진 경우와 퇴정명령이 내려진 경우 대리가 허용되지 않는다. 사안의 경우 행정사 을의 진술행위가 퇴정명령의 대상인지가 문제된다.

#### 2. 퇴정명령

변호사가 아닌 자가 대리를 영업으로 하는 것은 허용될 수 없고, 법원이 이를 발견한 경우 대리를 금하고 퇴정을 명할 수 있고 이때에는 대리가 허용되지 않는다. 이 명령에 대하여는 불복의 신청을 할 수 없다(제6조 2항).

행정사 을은 변호사가 아니라는 점에서 영업으로 대리행위를 할 수 없고, 법원이 이를 발견한 경우 퇴정을 명할 수 있다. 그러나 사안에서 을이 비송행위를 반복적으로 할 의사는 보이지 않는다. 따라서 을은 영업으로 비송행위를 처리한 것이 아니라는 점에서 법원의 퇴정명령은 위법하다.

### 4. 문제4

행정사법상 과태료 부과 대상자의 유형 및 내용에 대하여 설명하시오. (20점)

제38조(과태료)

- ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에게는 500만원 이하의 과태료를 부과한다.
  1. 제3조 제2항을 위반하여 행정사 또는 이와 비슷한 명칭을 사용한 사람
  2. 제15조 제2항을 위반하여 행정사사무소나 행정사합동사무소 또는 이와 비슷한 명칭을 사용한 사람
  3. 정당한 사유 없이 제29조제2항 및 제31조제1항에 따른 보고 또는 자료제출을 하지 아니하거나, 거짓으로 보고·자료제출을 하거나, 출입·검사를 방해·거부 또는 기피한 사람
- ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에게는 100만원 이하의 과태료를 부과한다.
  1. 제24조를 위반하여 업무처리부를 작성하지 아니하거나 거짓으로 작성한 행정사
  2. 제25조 제2항에 따라 안전행정부장관, 시·도지사 또는 시장등이 실시하는 연수교육을 받지 아니한 행정사
  3. 제14조 제3항에 따른 사무소 이전신고를 하지 아니한 행정사
- ③ 제1항 및 제2항에 따른 과태료는 대통령령으로 정하는 바에 따라 안전행정부장관, 시·도지사 또는 시장등이 부과·징수한다.

▲ 2017 행정사 창업&취업을 위한 실무교육 프로그램

일자	교육내용	시간	담당강사	교육비용
12/17	출입국 관리(7H)	09:00~17:00	전해일 행정사	120,000원
12/18	법인설립(7H)	09:00~17:00	오원택 행정사	120,000원
12/24	배상보험(7H)	09:00~17:00	강성찬 행정사	120,000원
12/31	행정심판(4H)/ 민원행정(4H) (인허가대리)	행정심판: 09:00~13:00  민원행정 : 14:00~18:00	행정심판: 김태산 행정사  민원행정: 오원택 행정사	120,000원
1/7	토지수용(7H)	09:00~17:00	조장형 행정사	120,000원
1/8	영업정지등 구제(4H)/ 운전면허구제(4H)	영업정지등 구제: 09:00~13:00 운전면허구제: 14:00~18:00	김용덕 행정사	120,000원

\*전 과정 등록 시 20% 할인 (720,000원 --> 576,000원)

\* 2016 행정사 최종 합격생 추가 10% 추가 할인

그 동안 너무 너무 수고하셨습니다. 여러분의 합격을 기원합니다.