

1 행정행위 중 재량행위에 해당하지 않는 것은?

- ① 「국적법」상 귀화허가
- ② 「도로법」상 도로구역 결정
- ③ 「교육환경 보호 등에 관한 법령」상 교육환경평가서 승인
- ④ 「건설폐기물의 재활용촉진에 관한 법령」상 건설폐기물처리 사업계획서의 적합 여부 결정

해설

- ① **귀화허가는 특허(포괄적 지위 설정행위)로서 재량행위** : 국적법 제4조 제1항은 “외국인은 법무부장관의 귀화허가를 받아 대한민국의 국적을 취득할 수 있다.”라고 규정하고, 그 제2항은 “법무부장관은 귀화 요건을 갖추었는지를 심사한 후 그 요건을 갖춘 자에게만 귀화를 허가한다.”라고 정하고 있다. 국적은 국민의 자격을 결정짓는 것이고, 이를 취득한 사람은 국가의 주권자가 되는 동시에 국가의 속인적 통치권의 대상이 되므로, 귀화허가는 외국인에게 대한민국 국적을 부여함으로써 국민으로서의 법적 지위를 포괄적으로 설정하는 행위에 해당한다. 한편, 국적법 등 관계 법령 어디에도 외국인에게 대한민국의 국적을 취득할 권리를 부여하였다고 볼 만한 규정이 없다. 이와 같은 **귀화허가의 근거 규정의 형식과 문언, 귀화허가의 내용과 특성 등을 고려해 보면, 법무부장관은 귀화신청인이 귀화 요건을 갖추었다 하더라도 귀화를 허가할 것인지 여부에 관하여 재량권을 가진다**고 보는 것이 타당하다.(대판 2010.10.28. 2010두6496)
- ② **도로구역 결정은 재량행위** : 도로법에 의한 도로구역의 결정은 행정에 관한 전문적·기술적 판단을 기초로 도로망의 정비와 교통의 발달과 공공복리의 향상이라는 행정목표를 달성하기 위한 행정작용으로서, 구 도로법과 하위법령에는 추상적인 행정목표와 절차만이 규정되어 있을 뿐 도로구역을 결정하는 기준이나 요건에 관하여는 별다른 규정을 두고 있지 않아 행정주체는 해당 노선을 이루는 구체적인 도로구역을 결정함에 있어서 비교적 광범위한 형성의 자유를 가진다(대판 2015.6.11. 2015두35215).
- ③ **「교육환경 보호 등에 관한 법령」상 교육환경평가서 승인은 기속행위** : 「교육환경 보호에 관한 법령」 관련 규정들의 체계와 내용, 교육환경평가서 승인제도의 입법 연혁과 취지, 특성 등을 종합하여 볼 때, 교육환경보호구역에서 건축법 제11조 제1항 단서, 건축법 시행령 제8조 제1항에 따른 건축물(층수가 21층 이상이거나 연면적의 합계가 10만㎡ 이상인 경우)을 건축하려는 자가 제출한 교육환경평가서를 심사한 결과 그 내용 중 교육환경 영향평가 결과와 교육환경 보호를 위한 조치 계획이 「교육환경 보호에 관한 법률 시행규칙」 제2조 [별표 1]에서 정한 ‘평가대상별 평가 기준’(법령보충적 규칙으로서 법규명령에 해당)에 부합하거나 그 이상이 되도록할 수 있는 구체적인 방안과 대책 등이 포함되어 있다면, 교육감은 원칙적으로 제출된 교육 환경평가서를 승인하여야 하고, 다만 교육환경 보호를 위하여 추가로 필요한 사항을 사업계획에 반영할 수 있도록 사업시행자에게 권고하는 한편 사업시행으로 인한 교육환경의 피해를 방지하기 위하여 교육환경평가서의 승인 내용과 권고사항의 이행 여부를 계속적으로 관리·감독할 권한과 의무가 있을 뿐이라고 보아야 한다(대판 2020.10.15. 2019두45739). ⇒ 기속행위
- ④ **건설폐기물의 재활용촉진에 관한 법령상 건설폐기물 처리 사업계획서의 적합 여부 결정은 재량행위** : 행정청의 건설폐기물 처리 사업계획서에 대한 적합 여부 결정은 공익에 관한 판단을 해야 하는 것으로서 행정청에 광범위한 재량권이 인정된다. 적합 여부 결정과 관련한 재량권의 일탈·남용 여부를 심사할 때에는, 해당 지역의 자연환경, 주민들의 생활환경 등 구체적 지역 상황, 상반되는 이익을 가진 이해관계자들 사이의 권익 균형과 환경권의 보호에 관한 각종 규정의 입법 취지 등을 종합하여 신중하게 판단하여야 한다(대판 2017.10.31. 2017두46783).

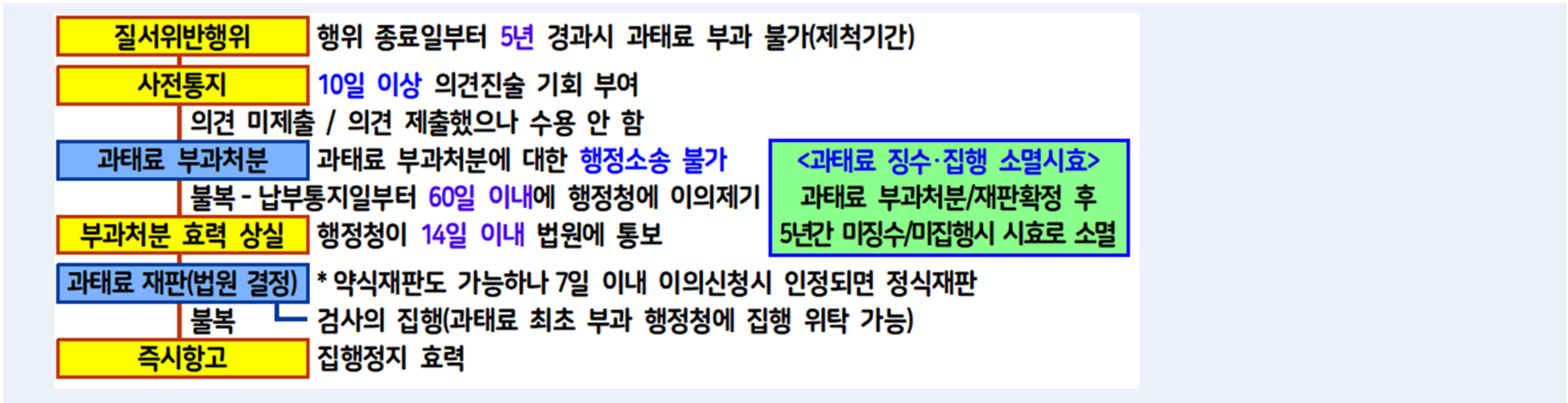
답 ③

2 「질서위반행위규제법」상 과태료에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 질서위반행위의 성립과 과태료 처분은 행위 시의 법률에 따른다.
- ② 과태료는 행정청의 과태료 부과처분이나 법원의 과태료재판이 확정된 후 5년간 징수하지 아니하거나 집행하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.
- ③ 자신의 행위가 위법하지 아니한 것으로 오인하고 행한 질서위반행위는 그 오인에 정당한 이유가 있으면 과태료를 부과할 수 없다.
- ④ 행정청의 과태료 부과처분에 대해서는 그 통지를 받은 날부터 60일 이내에 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다.

해설

- ① (○) **제3조(법 적용의 시간적 범위)** ① 질서위반행위의 성립과 과태료 처분은 행위 시의 법률에 따른다.
- ② (○) **제15조(과태료의 시효)** ① 과태료는 행정청의 과태료 부과처분이나 법원의 과태료 재판이 확정된 후 5년간 징수하지 아니하거나 집행하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.
- ③ (○) **제8조(위법성의 착오)** 자신의 행위가 위법하지 아니한 것으로 오인하고 행한 질서위반행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 과태료를 부과하지 아니한다.
- ④ (×) 과태료 부과처분에 대해서는 행정심판이나 행정소송을 제기할 수 없고 부과처분을 통지받은 날부터 60일 이내에 이의 제기를 하면 부과처분의 효력이 소멸되고 과태료재판 절차로 가게 된다.
- **제20조(이의제기)** ① 행정청의 과태료 부과에 불복하는 당사자는 제17조 제1항에 따른 과태료 부과 통지를 받은 날부터 60일 이내에 해당 행정청에 서면으로 이의제기를 할 수 있다.
- **과태료 부과 및 불복 절차**



답 ④

3 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 지방자치단체가 다른 공공기관을 상대로 정보공개를 청구할 수 있는지 여부가 문제되는 데, 판례는 정보공개제도의 취지에 터잡아 이를 긍정한다.
- ② 정보공개청구권은 주관소송의 원칙에서 요구되는 자기 관련성이 요구되지 않는다.
- ③ 실제로는 해당 정보를 취득 또는 활용할 의사가 전혀 없이 오로지 공공기관의 담당공무원을 괴롭힐 목적으로 정보공개청구를 하는 것이 명백한 경우에는 권리남용에 해당하여 정보공개청구권의 행사가 허용되지 아니한다.
- ④ 이해관계자인 당사자에게 문서열람권을 인정하는 「행정절차법」상의 정보공개와는 달리 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」은 모든 국민에게 정보공개청구를 허용한다.

해설

- ① (×) 지방자치단체는 법인이라는 하지만 정보공개무자에 해당할 뿐 정보공개청구권자인 국민에는 해당하지 않는다.
 - ㉠ 「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).
 - ㉡ **지방자치단체는 정보공개청구권자인 ‘국민’이 아님**: 알권리는 기본적으로 정신적 자유 영역인 표현의 자유 내지는 인간의 존엄성, 행복추구권 등에서 도출된 권리인 점, 정보공개청구제도는 국민이 국가·지방자치단체 등이 보유한 정보에 접근하여 그 정보의 공개를 청구할 수 있는 권리로서 이로 인하여 국정에 대한 국민의 참여를 보장하기 위한 제도인 점, 지방자치단체에게 이러한 정보공개청구권이 인정되지 아니한다고 하더라도 헌법상 보장되는 행정자치권 등이 침해된다고 보기는 어려운 점, 오히려 지방자치단체는 공권력기관으로서 이러한 국민의 알권리를 보호할 위치에 있다고 보아야 하는 점 등에 비추어 보면, 지방자치단체에게는 알권리로서의 정보공개청구권이 인정된다고 보기는 어렵고, 나아가 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제4조, 제5조, 제6조의 각 규정의 취지를 종합하면, **공공기관의 정보공개에 관한 법률은 국민을 정보공개청구권자로, 지방자치단체를 국민에 대응하는 정보공개무자로 상정하고 있다고 할 것이므로, 지방자치단체는 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제5조에서 정한 정보공개청구권자인 ‘국민’에 해당되지 아니한다**(서울행정법원 2005.10.12.2005구합 10484).
- ② (○) 국민의 알 권리, 특히 국가정보에의 접근의 권리는 우리 헌법상 기본적으로 표현의 자유와 관련하여 인정되는 것으로 일반 국민 누구나 국가에 대하여 보유·관리하고 있는 정보의 공개를 청구할 수 있는 이른바 ‘일반적 청구권’과 자기와 직접적인 이해관계 있는 특정한 사안에 관한 ‘개별적 청구권’이 있다. 헌법상의 알 권리와 국정에 대한 국민의 참여와 국정 운영의 투명성을 확보하기 위하여 국민에게 보장된 정보공개청구권은 공개를 요구하는 정보로 인해 청구인의 법률상 이익이 실현되는지 여부와 관련 없이 인정되는 것이다.
 - 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제6조 제1항은 “모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다.”라고 규정하고 있는데, 여기에서 말하는 국민에는 자연인은 물론 법인, 권리능력 없는 사단·재단도 포함되고, 법인, 권리능력 없는 사단·재단 등의 경우에는 설립목적 불문하며, 한편 정보공개청구권은 법률상 보호되는 구체적인 권리이므로 청구인이 공공기관에 대하여 정보공개를 청구하였다가 거부처분을 받은 것 자체가 법률상 이익의 침해에 해당한다(대판 2003.12.12. 2003두8050).
- ③ (○) **정보공개청구가 권리 남용에 해당함이 명백한 때에는 정보공개청구권의 행사를 허용할 수 없음**: 국민의 정보공개청구는 정보공개법 제9조에 정한 비공개 대상정보에 해당하지 아니하는 한 폭넓게 허용되어야 하지만, 실제로는 해당 정보를 취득 또는 활용할 의사가 전혀 없이 정보공개 제도를 이용하여 사회통념상 용인될 수 없는 부당한 이득을 얻으려고 하거나, 오로지 공공기관의 담당공무원을 괴롭힐 목적으로 정보공개청구를 하는 경우처럼 권리의 남용에 해당하는 것이 명백한 때에는 예외적으로 정보공개청구권의 행사를 허용할 수 없다고 보는 것이 옳다(대판 2015.1.15. 2014두38903).
- ④ (○)

- 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제5조(정보공개 청구권자) ① 모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다.
 - 「행정절차법」 제37조(문서의 열람 및 비밀유지)
 - ① 당사자들은 의견제출의 경우에는 처분의 사전 통지가 있는 날부터 의견제출기한까지, 청문의 경우에는 청문의 통지가 있는 날부터 청문이 끝날 때까지 행정청에 해당 사안의 조사결과에 관한 문서와 그 밖에 해당 처분과 관련되는 문서의 열람 또는 복사를 요청할 수 있다. 이 경우 행정청은 다른 법령에 따라 공개가 제한되는 경우를 제외하고는 그 요청을 거부할 수 없다.

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

4. “당사자들”이란 다음 각 목의 자를 말한다.

가. 행정청의 처분에 대하여 직접 그 상대가 되는 당사자

나. 행정청이 직권으로 또는 신청에 따라 행정절차에 참여하게 한 이해관계인

답 ①

4 행정상 법률관계에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

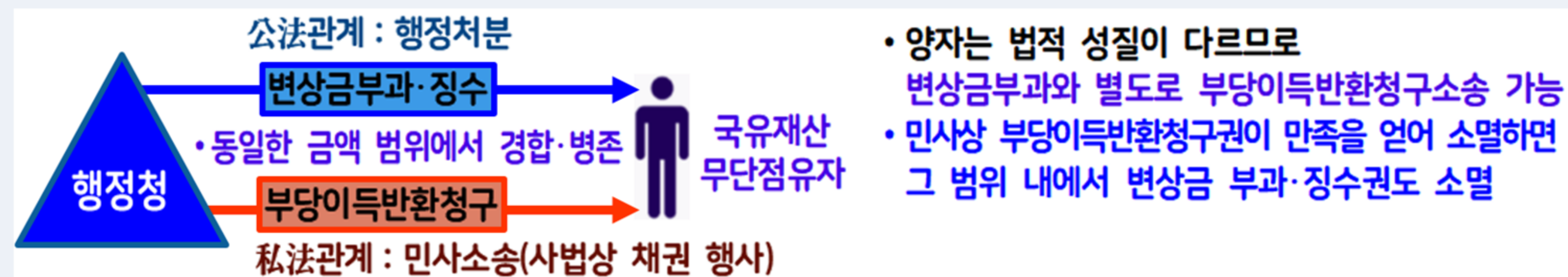
- ① 행정청의 허가를 목적으로 하는 신청행위를 대상으로 하는 위임계약은 특별한 사정이 없는 한 그 자체가 반사회질서적 성질을 띠고 있어서 「민법」 제103조에 따라 무효이다.
- ② 「국유재산법」상 국유재산의 무단점유자에 대한 변상금부과는 「민법」상 부당이득반환청 구권의 행사로 볼 수 있으므로 사법상의 법률행위에 해당한다.
- ③ 교육자치 지원을 위한 국가의 재정지원의 범위를 벗어나 지방자치단체가 법률상 원인 없이 국유재산을 학교부지로 임의 사용하는 경우에는 「민법」상 부당이득이 성립될 수 있다.
- ④ 공법상 부당이득반환청구권에 관한 소멸시효에 대하여 특별한 규정이 없으면 그 기간은 원칙적으로 10년이다.

해설

- ① (×) 행정청의 허가 등을 목적으로 하는 신청행위를 대상으로 하는 위임계약은 허용됨. 단, 약정보수액에 로비자금이 포함되어 있다고 볼만한 특수한 사정이 있는 경우에는 「민법」 제103조 반사회질서적 행위로서 무효.
- 어떠한 위임계약이 행정청의 허가 등을 목적으로 하는 신청행위를 대상으로 하는 경우에 신청행위 자체에는 전문성이 크게 요구되지 않고 허가에는 공무원의 재량적 판단이 필요하며, 신청과 관련된 절차에 필수적으로 필요한 비용은 크지 않은 데 반하여 약정보수액은 지나치게 다액으로서, 수임인이 허가를 얻기 위하여 공무원의 직무 관련 사항에 관하여 특별한 청탁을 하면서 뇌물공여 등 로비를 하는 자금이 보수액에 포함되어 있다고 볼 만한 특수한 사정이 있는 때에는 위임계약은 반사회질서적인 조건이 결부됨으로써 반사회질서적 성질을 띠고 있어 민법 제103조에 따라 무효이다. (대판 2016.2.18. 2015다35560).

- ② (×) 「국유재산법」상 국유재산의 무단점유자에 대한 변상금부과는 행정처분 : 국유재산법 제51조 제1항에 의한 국유재산의 무단점유자에 대한 변상금부과는 대부나 사용, 수익허가 등을 받은 경우에 납부하여야 할 대부로 또는 사용료 상당액 외에도 그 징벌적 의미에서 국가측이 일방적으로 그 2할 상당액을 추가하여 변상금을 징수토록 하고 있으며 그 채납시에는 국세징수법에 의하여 강제징수토록 하고 있는 점등에 비추어 보면 그 부과처분은 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는 것으로서 행정처분이라고 보아야 한다 (대판 1992.4.14. 91다42197).

■ 국유재산 무단점유자에 대한 변상금부과 징수권과 부당이득반환청구권



- 국유재산 무단점유자에 대한 변상금 부과는 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는 행정처분이고, 부과처분에 의한 변상금 징수권은 공법상 권리인 반면, 민사상 부당이득반환청구권은 국유재산 소유자로서 가지는 사법상의 채권이다. 또한 변상금은 부당이득 산정의 기초가 되는 대부로나 사용료의 120% 상당 금액으로서 부당이득금과 액수가 다르고, 할증 금액의 변상금 부과·징수 목적은 국유재산 사용·수익으로 인한 이익의 환수를 넘어 국유재산의 효율적인 보존·관리라는 공익 실현에 있다. 그리고 대부나 사용·수익허가 없이 국유재산을 점용하거나 사용·수익했지만 변상금 부과처분은 할 수 없는 때에도 민사상 부당이득반환청구권은 성립하는 경우가 있으므로, 변상금 부과·징수 요건과 민사상 부당이득반환청구권의 성립 요건이 일치하지도 않는다. 이처럼 구 국유재산법에 의한 변상금 부과·징수권은 민사상 부당이득반환청구권과 법적 성질을 달리하므로, 국가는 무단점유자를 상대로 변상금 부과·징수권 행사와 별도로 국유재산 소유자로서 민사상 부당이득반환청구의 소를 제기할 수 있다. (대판 2014.7.16. 2011다7640).
- ③ (○) 국가의 재정 지원범위를 벗어나 지방자치단체가 국유재산을 학교부지로 임의 사용시 민법상 부당이득 성립 : 헌법 제31조 제2항, 제3항, 제4항, 제6항, 지방자치법 제9조 제2항 제5호 (가)목, 초·중등교육법 제12조 제1항, 제2항, 구 지방교육자치에 관한 법률(2006. 12. 20. 법률 제8069호로 전부 개정되기 전의 것) 제39조 제1항, 제40조, 제41조 제1항, 교육기본법 제5조 제1항, 제7조 제1항 및 지방교육재정교부금법의 관련 규정들의 취지를 종합하여 보면, 지방자치단체가 설립·경영하는 학교의 부지 확보, 부지의 사용료 지급 등의 사무는 특별한 사정이 없는 한 지방교육자치의 주체인 지방자치단체의 고유사무인 자치사무이고, 국가는 법률과 예산의 범위 안에서 지방교육자치를 실현하고 있는 지방자치단체에 재정을 지원할 의무가 있으며, 이러한 국가의 지원범위를 벗어나 지방자치단체가 법률상 원인 없이 국유재산을 학교부지로 임의 사용하는 경우에는 민법상 부당이득이 성립될 수 있다 (대판 2014.12.24. 2010다69704).
- ④ (×) 「민법」상 금전채권의 소멸시효기간은 원칙적으로 10년이지만, 국가에 대한 금전채권이나 국가가 사인에 대해 가지는 금전채권의 소멸시효기간은 원칙적으로 5년이다(국가재정법 제96조)이므로 공법상 부당이득반환청구권의 소멸시효도 5년이다.

• 국가재정법 제96조(금전채권·채무의 소멸시효) ① 금전의 급부를 목적으로 하는 국가의 권리로서 시효에 관하여 다른 법률에 규정이 없는 것은 5년 동안 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다. ② 국가에 대한 권리로서 금전의 급부를 목적으로 하는 것도 또한 제1항과 같다.

• 지방세 오납의 기초가 된 신고 또는 부과처분의 당연무효나 부존재를 원인으로 한 부당이득반환청구권의 소멸시효기간은 5년 : 구 지방세법 제48조 제2항(1994. 12. 22. 법률 제4794호로 개정되기 전의 것)은 "지방자치단체의 징수금의 과오납으로 인하여 생긴 지방자치단체에 대한 청구권은 그 권리를 행사할 수 있는 때로부터 5년간 행사하지 아니할 때에는 시효로 인하여 소멸한다."고 규정하고 있는바, 위 규정에 따른 5년의 소멸시효기간이 적용되는 징수금의 오납에는 납부 또는 징수의 기초가 된 신고(신고납세의 경우) 또는 부과처분(부과과세의 경우)에 단순히 취소할 수 있는 위법사유가 있는 경우뿐만 아니라, 그 위법이 중대하고도 명백하여 당연무효이거나 신고 또는 부과처분이 부존재하여 그로 인한 부당이득반환청구권을 바로 행사할 수 있는 경우도 포함된다 고 할 것이므로, 같은 취지에서 원심이 이 사건 원고의 피고에 대한 부당이득반환청구권의 소멸시효기간이 위 규정에 따라 5년이라고 판단하고, 소멸시효기간에 관한 일반 규정인 민법 제162조 제1항을 적용하여 그 소멸시효기간을 10년으로 보아야 한다는 원고의 주장을 배척한 조치는 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다(대판 1996.11.12. 96다29878).

답 ③

5 취소소송의 대상이 되는 처분에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 병무청장이 「병역법」에 따라 병역의무 기피자의 인적 사항 등을 인터넷 홈페이지에 게시하는 등의 방법으로 공개한 경우 병무청장의 공개결정을 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 보아야 한다.
- ② 「농지법」은 농지 처분명령에 대한 이행강제금 부과처분에 불복하는 자가 그 처분을 고지받은 날부터 30일 이내에 부과권자에게 이의를 제기할 수 있고, 이의를 받은 부과권자는 지체 없이 관할법원에 그 사실을 통보하여야 하며, 그 통보를 받은 관할법원은 「비송사건 절차법」에 따른 과태료 재판에 준하여 재판을 하도록 정하고 있으므로, 「농지법」에 따른 이행강제금 부과처분에 불복하는 경우에는 「비송사건절차법」에 따른 재판절차가 적용되어야 하고, 「행정소송법」상 항고소송의 대상은 될 수 없다.
- ③ 지방자치단체의 장이 「공유재산 및 물품관리법」에 근거하여 기부채납 및 사용·수익허가 방식으로 민간투자사업을 추진하는 과정에서 사업시행자를 지정하기 위한 전 단계에서 공모제안을 받아 일정한 심사를 거쳐 우선협상대상자를 선정하는 행위와 이미 선정된 우선 협상대상자를 그 지위에서 배제하는 행위는 모두 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 보아야 한다.
- ④ 「공무원범죄에 관한 몰수 특례법」에 따라 추징의 집행을 받은 제3자가 「형사소송법」에 따라 집행에 관한 검사의 처분에 대하여 이의신청을 할 수 있다면 그와 별도로 「행정소송법」상 항고소송을 제기하여 처분의 위법성 여부를 다툴 수는 없다.

해설

- ① (○) 병무청장이 병역법 제81조의2 제1항에 따라 병역의무 기피자의 인적사항 등을 인터넷 홈페이지에 게시하는 등의 방법으로 공개한 경우, 병무청장의 공개결정은 항고소송의 대상이 되는 행정처분 : 병무청장이 병역법 제81조의2 제1항에 따라 병역의무 기피자의 인적사항 등을 인터넷 홈페이지에 게시하는 등의 방법으로 공개한 경우 병무청장의 공개결정을 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 보아야 한다. 그 구체적인 이유는 다음과 같다.
 - ㉠ 병무청장이 하는 병역의무 기피자의 인적사항 등 공개는, 특정인을 병역의무 기피자로 판단하여 그 사실을 일반 대중에게 공표함으로써 그의 명예를 훼손하고 그에게 수치심을 느끼게 하여 병역의무 이행을 간접적으로 강제하려는 조치로서 병역법에 근거하여 이루어지는 **공권력의 행사**에 해당한다.
 - ㉡ 병무청장이 하는 병역의무 기피자의 인적사항 등 공개조치에는 특정인을 병역의무 기피자로 판단하여 그에게 불이익을 가한다는 행정결정이 전제되어 있고, 공개라는 사실행위는 행정결정의 집행행위라고 보아야 한다. 병무청장이 그러한 행정결정을 공개 대상자에게 미리 통보하지 않은 것이 적절한지는 본안에서 해당 처분이 적법한가를 판단하는 단계에서 고려할 요소이며, 병무청장이 그러한 행정결정을 공개 대상자에게 미리 통보하지 않았거나 처분서를 작성·교부하지 않았다는 점만으로 항고소송의 대상적격을 부정하여서는 아니 된다.
 - ㉢ 병무청 인터넷 홈페이지에 공개 대상자의 인적사항 등이 게시되는 경우 그의 명예가 훼손되므로, 공개 대상자는 자신에 대한 공개결정이 병역법령에서 정한 요건과 절차를 준수한 것인지를 다툴 법률상 이익이 있다. 병무청장이 인터넷 홈페이지 등에 게시하는 사실행위를 함으로써 공개 대상자의 인적사항 등이 이미 공개되었더라도, 재판에서 병무청장의 공개결정이 위법함이 확인되어 취소판결이 선고되는 경우, 병무청장은 취소판결의 기속력에 따라 위법한 결과를 제거하는 조치를 할 의무가 있으므로 공개 대상자의 실효적 권리구제를 위해 병무청장의 공개결정을 행정처분으로 인정할 필요성이 있다. 만약 병무청장의 공개결정을 항고소송의 대상이 되는 처분으로 보지 않는다면 국가배상청구 외에는 침해된 권리 또는 법률상 이익을 구제받을 적절한 방법이 없다.
 - ㉣ 관할 지방병무청장의 공개 대상자 결정의 경우 상대방에게 통보하는 등 외부에 표시하는 절차가 관계 법령에 규정되어 있지 않아, 행정실무상으로도 상대방에게 통보되지 않는 경우가 많다. 또한 관할 지방병무청장이 위원회의 심의를 거쳐 공개 대상자를 1차로 결정하기는 하지만, 병무청장에게 최종적으로 공개 여부를 결정할 권한이 있으므로, 관할 지방병무청장의 공개 대상자 결정은 병무청장의 최종적인 결정에 앞서 이루어지는 행정기관 내부의 중간적 결정에 불과하다. 가까운 시일 내에 최종적인 결정과 외부적인 표시가 예정된 상황에서, 외부에 표시되지 않은 행정기관 내부의 결정을 항고소송의 대상인 처분으로 보아야 할 필요성은 크지 않다. 관할 지방병무청장이 1차로 공개 대상자 결정을 하고, 그에 따라 병무청장이 같은 내용으로 최종적 공개결정을 하였다면, 공개 대상자는 병무청장의 최종적 공개결정만을 다투는 것으로 충분하고, 관할 지방병무청장의 공개 대상자 결정을 별도로 다툴 소의 이익은 없어진다(대판 2019.6.27. 2018두49130).
- ② (○)

이행강제금(집행벌) 부과에 대한 권리구제

- └ 개별법에 특별한 불복절차 규정이 있는 경우(예) 농지법상 이행강제금) ⇒ 항고소송 대상인 처분성 부정
- └ 개별법에 특별한 불복절차 규정이 없는 경우(예) 건축법상 이행강제금) ⇒ 행정심판·행정소송 가능

• 농지법 62조 1항 이행강제금 부과처분에 대한 불복절차는 비송사건절차법에 따른 재판이며, 위 이행강제금은 항고소송 대상이 아님/ 관할청이 위 이행강제금 부과처분을 하면서 행정심판이나 행정소송을 청구할 수 있다고 잘못 안내한 경우에도 행정법원의 항고소송 재판관할이 생기지 않음

- ㉠ 농지법은 농지 처분명령에 대한 이행강제금 부과처분에 불복하는 자가 그 처분을 고지받은 날부터 30일 이내에 부과권자에게 이의를 제기할 수 있고, 이의를 받은 부과권자는 지체 없이 관할 법원에 그 사실을 통보하여야 하며, 그 통보를 받은 관할 법원은 비송사건절차법에 따른 과태료 재판에 준하여 재판을 하도록 정하고 있다(제62조 제1항, 제6항, 제7항). 따라서 농지법 제62조 제1항에 따른 이행강제금 부과처분에 불복하는 경우에는 비송사건절차법에 따른 재판절차가 적용되어야 하고, 행정소송법상 항고소송의 대상은 될 수 없다.
- ㉡ 농지법 제62조 제6항, 제7항이 위와 같이 이행강제금 부과처분에 대한 불복절차를 분명하게 규정하고 있으므로, 이와 다른 불복절차를 허용할 수는 없다. 설령 관할청이 이행강제금 부과처분을 하면서 재결청에 행정심판을 청구하거나 관할 행정법원에 행정소송을 할 수 있다고 잘못 안내하거나 관할 행정심판위원회가 각하재결이 아닌 기각재결을 하면서 관할 법원에 행정소송을 할 수 있다고 잘못 안내하였다고 하더라도, 그러한 잘못된 안내로 행정법원의 항고소송 재판관할이 생긴다고 볼 수도 없다.(대판 2019.4.11. 2018두42955)

• 농지법 제62조(이행강제금) ⑦ 제1항에 따른 이행강제금 부과처분을 받은 자가 제6항에 따른 이의를 제기하면 시장·군수 또는 구청장은 지체 없이 관할 법원에 그 사실을 통보해야 하며, 그 통보를 받은 관할 법원은 「비송사건절차법」에 따른 과태료 재판에 준하여 재판을 한다.

- ③ (○) 지방자치단체장이 기부채납 및 사용·수익허가 방식의 민간투자사업 추진 과정에서 사업시행자 지정 전 단계에서 공모제안을 받아 일정 심사를 거쳐 우선협상대상자 선정행위 및 선정된 우선협상대상자를 그 지위에서 배제하는 행위는 항고소송 대상인 행정처분(항고소송 대상) : 공유재산 및 물품관리법(이하 ‘공유재산법’이라 한다) 제2조 제1호, 제7조 제1항, 제20조 제1항, 제2항 제2호의 내용과 체계에 관련 법리를 종합하면, 지방자치단체의 장이

공유재산법에 근거하여 기부채납 및 사용·수익허가 방식으로 민간투자사업을 추진하는 과정에서 사업시행자를 지정하기 위한 전 단계에서 공모제안을 받아 일정한 심사를 거쳐 우선협상대상자를 선정하는 행위와 이미 선정된 우선협상대상자를 그 지위에서 배제하는 행위는 민간투자사업의 세부내용에 관한 협상을 거쳐 공유재산법에 따른 공유재산의 사용·수익허가를 우선적으로 부여받을 수 있는 지위를 설정하거나 또는 이미 설정한 지위를 박탈하는 조치이므로 모두 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 보아야 한다(대판 2020.4.29. 2017두31064)

- ④ (×) 공무원범죄에 관한 몰수 특례법 제9조의2에 따라 추징의 집행을 받는 제3자가 검사의 처분이 부당함을 이유로 형사소송법 제489조에 따라 재판을 선고한 법원에 재판의 집행에 관한 이의를 신청할 수 있으며, 그와 별도로 행정소송법상 항고소송을 제기하여 처분의 위법성 여부를 다룰 수 있음: 형사소송법은 재산형 등의 재판은 검사의 명령에 의하여 집행하고(제477조 제1항), 재판의 집행을 받은 자 또는 그 법정대리인이나 배우자는 집행에 관한 검사의 처분이 부당함을 이유로 재판을 선고한 법원에 이의신청을 할 수 있다고 규정하여(제489조) 재산형 등 재판의 집행에 관한 검사의 처분에 대한 불복방법과 절차를 마련해두었다. 재판의 효력은 특별한 사정이 없는 한 재판을 받은 자에게만 미치므로 재판의 집행은 판결의 선고를 받은 자에 대해서 함을 원칙으로 하고, 재산형 등 재판의 집행에 관한 검사의 처분에 대하여 이의신청을 할 수 있는 ‘재판의 집행을 받은 자’는 통상 판결의 선고를 받은 피고인이라고 보아야 한다.

2013. 7. 12. 법률 제11883호로 개정되어 같은 날 시행된 공무원범죄에 관한 몰수 특례법(이하 ‘공무원범죄몰수법’이라 한다)은 제9조의2를 신설하여 범인 외의 자가 정황을 알면서 취득한 불법재산 등에 대하여 그 범인 외의 자를 상대로 추징의 집행을 할 수 있다고 규정하였다. 그런데 위와 같이 개정된 공무원범죄몰수법은 제9조의2에 의한 집행에 관한 검사의 처분에 대하여 제3자가 불복할 수 있는 방법과 절차를 별도로 마련해두지 않았고, 위 조항에 따라 제3자를 상대로 추징의 집행을 함에 있어 그에게 의견진술과 방어 기회 보장하는 규정도 마련해두지 않았다. 그렇다면 공무원범죄몰수법 제9조의2에 따라 추징의 집행을 받는 제3자도 검사의 처분이 부당함을 이유로 형사소송법 제489조에 따라 재판을 선고한 법원에 재판의 집행에 관한 이의를 신청할 수 있다고 보아야 한다.

나아가 형사소송법 제489조가 정한 집행에 관한 이의신청 절차는 공무원범죄몰수법 제9조의2에 따른 추징의 집행에 관한 검사의 처분의 근거 법률인 공무원범죄몰수법에서 예정하고 있는 불복방법이 아니고, 형의 선고를 받은 피고인이 아닌 제3자에 대하여 예정된 불복방법이라고 볼 수도 없다. 또한 형사소송법 제489조가 정한 재판에 관한 이의신청 절차는 통상의 재판절차와는 달리 법원이 신청인의 출석 없이 서면으로만 심리하여 결정할 수도 있어 재산형 등 재판의 집행을 받은 자가 피고인 이외의 제3자인 경우에는 그의 의견진술 기회를 충분히 보장할 수 없고, 위 이의신청은 재산형 등의 집행이 종료된 후에는 허용되지 않으며, 이의신청을 하더라도 집행정지의 효력도 없어 집행이 신속히 종결되는 경우에는 재판의 집행을 받은 제3자의 권리 구제에 한계가 있으므로 제3자의 권익보호에 미흡하다. 이러한 사정을 종합하면 공무원범죄몰수법 제9조의2에 따라 추징의 집행을 받는 제3자가 형사소송법 제489조에 따라 집행에 관한 검사의 처분에 대하여 이의신청을 할 수 있다고 하더라도 그와 별도로 행정소송법상 항고소송을 제기하여 처분의 위법성 여부를 다룰 수 있다고 보아야 한다.(대판 2022.7.28. 2019두63447).

답 ④

6 항고소송에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① 면허나 인허가 등의 수익적 행정처분의 근거가 되는 법률이 해당 업자들 사이의 과당경쟁으로 인한 경영의 불합리를 방지하는 것도 목적으로 하는 경우, 다른 업자에 대한 면허나 인허가 등의 수익적 행정처분에 대하여 미리 같은 종류의 면허나 인허가 등의 수익적 행정 처분을 받아 영업하고 있는 기존업자는 경업자에 대하여 이루어진 면허나 인허가 등 행정처분의 상대방이 아니지만 그 행정처분의 취소를 구할 원고적격이 있다.
- ② 甲과 乙이 서로 같은 허가를 신청한 경원관계에 있는 경우, 행정청이 甲에게 허가를 거부하는 처분을 함과 동시에 乙에게 허가처분을 하였다면, 甲은 자신에 대한 허가거부처분의 취소소송에서 원고적격은 인정되나 그 취소소송에서 취소판결이 확정되더라도 乙에 대한 허가처분이 취소되는 것은 아니므로 특별한 사정이 없는 한 소의 이익은 인정되지 않는다.
- ③ 교육부장관이 대학교를 설치·운영하는 학교법인의 이사과 임시이사 1인을 선임한 데 대하여 그 대학교의 교수협의회와 총학생회, 학교의 직원으로 구성된 노동조합이 이사선임처분의 취소를 구하는 소송을 제기한 경우 원고적격이 모두 인정된다.
- ④ 행정처분의 근거 법규 또는 관련 법규에 그 처분으로써 이루어지는 행위 등 사업으로 인하여 환경상 침해를 받으리라고 예상되는 영향권의 범위가 구체적으로 규정되어 있는 경우라도 그 입법 취지는 자연환경을 보전·관리하기 위한 것일 뿐 영향권 내의 주민들의 생활상 이익을 보호하기 위한 것은 아니므로 영향권 내의 주민들에게 행정처분을 다룰 원고적격은 인정되지 않는다.

해설

- ① (○) 일반적으로 면허나 인허가 등의 수익적 행정처분의 근거가 되는 법률이 해당 업자들 사이의 과당경쟁으로 인한 경영의 불합리를 방지하는 것 목적으로 하고 있는 경우, 다른 업자에 대한 면허나 인허가 등의 수익적 행정처분에 대하여 미리 같은 종류의 면허나 인허가 등의 수익적 행정처분을 받아 영업을 하고 있는 기존의 업자는 경쟁자에 대하여 이루어진 면허나 인허가 등 행정처분의 상대방이 아니라고 하더라도 당해 행정처분의 무효확인 또는 취소를 구할 이익이 있다. 그러나 경쟁자에 대한 행정처분이 경쟁자에게 불리한 내용이라면 그와 경쟁관계에 있는 기존의 업자에게는 특별한 사정이 없는 한 유리할 것이므로 기존의 업자가 그 행정처분의 무효확인 또는 취소를 구할 이익은 없다고 보아야 한다(대판 2020.4.9. 2019두49953)

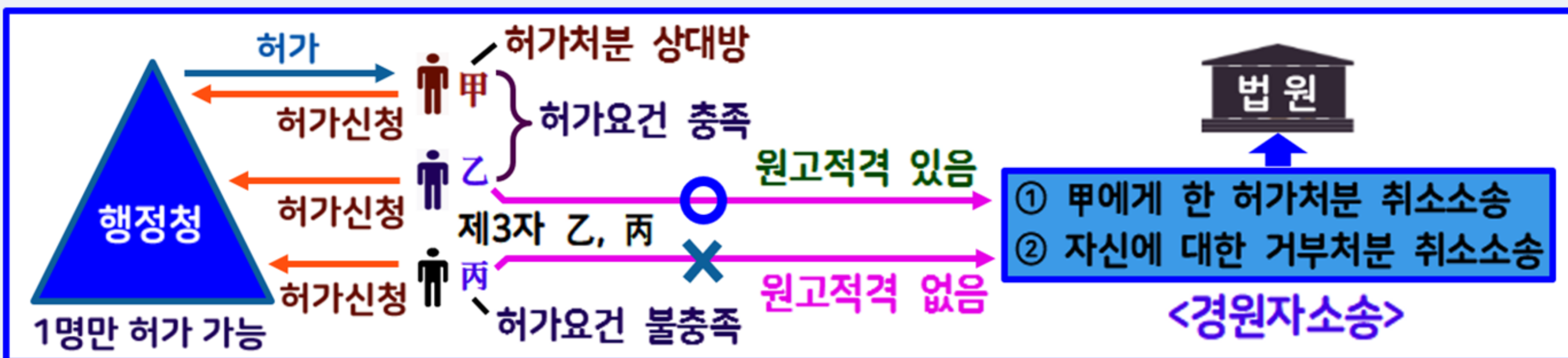
■ **경업자소송** : 경쟁관계의 영업자에 대한 처분을 다른 경쟁업자가 다투는 항고소송 **예** 기존업자가 경쟁업자에 대한 신규영업허가 취소소송 제기
 • **경업자 관계의 기존 업자가 타인에 대한 신규 인·허가처분에 대한 취소소송을 제기할 법률상 이익(원고적격) 인정 여부**

경업자 소송	특허	기존업자의 특허로 인한 영업상 이익은 법률상 이익	
	허가	원칙	부정 : 기존업자의 허가로 인한 영업상 이익은 반사적 이익, 사실상 이익
		예외	• 근거 법률이 과당경쟁에 따른 경영 불합리 방지도 목적인 경우(사익보호성 인정) → 기존업자의 영업상 이익은 법률상 이익(원고적격 인정) • 단, 경쟁자에 대한 처분이 불리한 내용이면 경쟁관계의 기존업자에게는 특별한 사정이 없는 한 유리할 것이므로 그 처분의 무효확인이나 취소를 구할 이익은 없음

- ② (×) 경원관계에서 경원자에 대한 수익적 처분의 취소를 구하는 소송뿐 아니라 자신에 대한 거부처분의 취소를 구하는 소송도 허용.
 • **인가·허가 등 수익적 행정처분을 신청한 여러 사람이 서로 경원관계에 있는 경우, 허가 등 처분을 받지 못한 사람이 자신에 대한 거부처분의 취소를 구할 원고적격과 소의 이익이 있음** : 인가·허가 등 수익적 행정처분을 신청한 여러 사람이 서로 경원관계에 있어서 한 사람에 대한 허가 등 처분이 다른 사람에 대한 불허가 등으로 귀결될 수밖에 없을 때 허가 등 처분을 받지 못한 사람은 신청에 대한 거부처분의 직접 상대방으로서 원칙적으로 자신에 대한 거부처분의 취소를 구할 원고적격이 있고, 취소판결이 확정되는 경우 판결의 직접적인 효과로 경원자에 대한 허가 등 처분이 취소되거나 효력이 소멸되는 것은 아니더라도 행정청은 취소판결의 기속력에 따라 판결에서 확인된 위법사유를 배제한 상태에서 취소판결의 원고와 경원자의 각 신청에 관하여 처분요건의 구비 여부와 우열을 다시 심사하여야 할 의무가 있으며, 재심사 결과 경원자에 대한 수익적 처분이 직권취소되고 취소판결의 원고에게 수익적 처분이 이루어질 가능성을 완전히 배제할 수는 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 경원관계에서 허가 등 처분을 받지 못한 사람은 자신에 대한 거부처분의 취소를 구할 소의 이익이 있다. (대판 2015.10.29. 2013두27517)

■ **경원자소송** : 수인의 신청을 받아 일부만 인·허가 등 수익적 처분을 할 수 있는 경우 인·허가를 받지 못한 자가 대해 제기하는 항고소송.

경원자 소송	원칙 (인정)	① 타인에 대한 수익적 처분 취소소송 가능 : 일방에 대한 처분이 타방에 대한 불허가등이 되는 경우 수익적 처분을 받지 못한 자는 타인에 대한 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있음 ② 자신에 대한 거부처분 취소소송 가능 : 취소판결의 기속력에 따른 재심사결과 경원자에 대한 처분이 직권취소되고 원고에게 수익적 처분이 이뤄질 가능성도 있으므로
	예외	• 처분이 취소되어도 인·허가 등을 받지 못한 불이익이 회복된다고 볼 수 없을 때에는 해당 처분 취소소송의 원고적격 없음 → 타인에 대한 처분이 취소되어도 명백한 법적 장애로 인해 자신의 인·허가 신청의 인용가능성 없음이 명백하면 원고적격 부정



- ③ (×) 교육부장관이 사학분쟁조정위원회의 심의를 거쳐 갑 대학교를 설치·운영하는 을 학교법인 이사과 임시이사를 선임한 데 대하여 갑 대학교 교수협의회와 총학생회 등이 제기한 이사선임처분 취소소송에서, 교수협의회와 총학생회는 법률상 이익 인정, 전국대학노동조합 갑 대학교지부는 법률상 이익 부정 : 임시이사 제도의 취지, 교직원·학생 등의 학교운영에 참여할 기회를 부여하기 위한 개방이사 제도에 관한 법령의 규정 내용과 입법 취지 등을 종합하여 보면, 구 사립학교법(2011. 4. 12. 법률 제10580호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)과 구 사립학교법 시행령(2011. 6. 9. 대통령령 제22971호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 및 을 법인 정관 규정은 헌법 제31조 제4항에 정한 교육의 자주성과 대학의 자율성에 근거한 갑 대학교 교수협의회와 총학생회의 학교운영참여권을 구체화하여 이를 보호하고 있다고 해석되므로, 갑 대학교 교수협의회와 총학생회는 이사선임처분을 다투 법률상 이익을 가지지만, 고등교육법령은 교육받을 권리나 학문의 자유를 실현하는 수단으로서 학생회와 교수회와는 달리 학교의 직원으로 구성된 노동조합의 성립을 예정하고 있지 아니하고, 노동조합은 근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건의 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하기 위하여 조직된 단체인 점 등을 고려할 때, **학교의 직원으로 구성된 노동조합이 교육받을 권리나 학문의 자유를 실현하는 수단으로서 직접 기능한다고 볼 수는 없으므로**, 개방이사에 관한 구 사립학교법과 구 사립학교법 시행령 및 을 법인 정관 규정이 학교직원들로 구성된 전국대학노동조합을 대학교지부의 법률상 이익까지 보호하고 있는 것으로 해석할 수는 없다(대판 2015.7.23. 2012두19496).
- ④ (×) 행정처분의 직접 상대방이 아닌 자로서 그 처분에 의하여 자신의 환경상 이익이 침해받거나 침해받을 우려가 있다는 이유로 취소소송을 제기하는 제3자는, 자신의 환경상 이익이 그 처분의 근거 법규 또는 관련 법규에 의하여 개별적·직접적·구체적으로 보호되는 이익, 즉 법률상 보호되는 이익임을 증명하여야 원고적격이 인정되고, 다만 그 행정처분의 근거 법규 또는 관련 법규에 그 처분으로써 이루어지는 행위 등 사업으로 인하여 환경상 침해를 받으리라고 예상되는 영향권의 범위가 구체적으로 규정되어 있는 경우에는, 그 영향권 내의 주민들은 당해 처분으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상할 수 있고, 이와 같은 환경상의 이익은 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적 이익으로서 그들에 대하여는 특단의 사정이 없는 한 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 법률상 보호되는 이익으로 인정됨으로써 원고적격이 인정되며, 그 영향권 밖의 주민들은 당해 처분으로 인하여 그 처분 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있다는 자신의 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있음을 증명하여야만 법률상 보호되는 이익으로 인정되어 원고적격이 인정된다(대판 2011.9.8. 2009두6766).

■ **환경영향평가대상지역 영향권 범위가 근거법규·관련법규에 구체적으로 규정된 경우**

영향권	내의 주민	환경상 이익 침해나 침해우려가 사실상 추정됨 (입증 불필요, 원고적격 인정)	
	밖의 주민	원칙	원고적격 없음
		예외	수인(受忍)한도를 넘는 침해나 침해우려 입증시 원고적격 인정

7 행정심판에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 재결의 기속력은 재결의 주문 및 그 전제가 된 요건사실의 인정과 판단, 즉 처분 등의 구체적 위법 사유에 관한 판단에 미친다.
- ② 행정심판위원회는 집행정지로 목적을 달성할 수 있는 경우에도 당사자에게 생길 급박한 위험을 막기 위해서는 임시처분을 결정할 수 있다.
- ③ 행정심판위원회는 취소심판청구가 이유가 있다고 인정하는 경우에도 그 인용이 공공복리에 크게 위배된다고 인정하면 그 심판청구를 기각할 수 있다.
- ④ 행정심판위원회는 의무이행심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 지체 없이 신청에 따른 처분을 하거나 처분을 할 것을 피청구인에게 명한다.

해설

- ① (○) 재결의 기속력은 재결의 주문 및 그 전제가 된 요건사실의 인정과 판단, 즉 처분 등의 구체적 위법 사유에 관한 판단에만 미친다고 할 것이고, 종전 처분이 재결에 의하여 취소되었다 하더라도 종전 처분시와는 다른 사유를 들어서 처분을 하는 것은 기속력에 저촉되지 않는다고 할 것이다(대판 2005.12.9. 20037705).
- ② (×) 임시처분은 집행정지와 관계에서 보충성을 갖는다. 따라서 집행정지로 목적을 달성할 수 있는 경우에는 임시처분은 허용되지 않는다.

• 행정심판법 제31조(임시처분)

① 위원회는 처분 또는 부작위가 위법·부당하다고 **상당히 의심되는 경우로서** 처분 또는 부작위 때문에 당사자가 받을 우려가 있는 **중대한 불이익**이나 당사자에게 생길 **급박한 위험**을 막기 위하여 **임시지위를 정하여야 할 필요가 있는 경우에는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여** 임시처분을 결정할 수 있다.

③ 제1항에 따른 임시처분은 제30조제2항에 따른 **집행정지로 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.**
- ③ (○) **행정심판법 제44조(사정재결)** ① 위원회는 심판청구가 이유가 있다고 인정하는 경우에도 이를 인용하는 것이 공공복리에 크게 위배된다고 인정하면 그 심판청구를 기각하는 재결을 할 수 있다. 이 경우 위원회는 재결의 주문(主文)에서 그 처분 또는 부작위가 위법하거나 부당하다는 것을 구체적으로 밝혀야 한다.
- ④ (○) **행정심판법 제43조(재결의 구분)** ⑤ 위원회는 의무이행심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 지체 없이 신청에 따른 처분을 하거나 처분을 할 것을 피청구인에게 명한다.(처분재결, 처분명령재결)

답 ②

8 행정심판의 청구기간에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 심판청구기간은 무효확인심판청구와 부작위에 대한 의무이행심판청구에는 적용되지 않는다.
- ② 행정처분의 제3자는 「행정심판법」상 심판청구의 제기기간 내에 처분이 있음을 알았다는 특별한 사정이 없는 한 그 제척기간의 적용을 배제할 정당한 사유가 있는 때에 해당한다고 볼 수 있다.
- ③ 심판청구기간을 법정기간보다 긴 기간으로 잘못 알린 경우에는 상대방이 행정청의 실수를 알았을지라도 그 잘못 고지된 기간 내에 심판청구를 할 수 있다.
- ④ 고시 또는 공고에 의하여 행정처분을 하는 경우에는 고시 또는 공고의 효력발생일을 처분이 있었던 날로 보아 그날로부터 180일 이내에 행정심판을 청구할 수 있다.

해설

- ① (○) 행정심판법 제27조 제7항
- ② (○) 행정심판법 18조(현 27조) 3항에 의하면 행정처분의 상대방이 아닌 제3자라도 처분이 있는 날로부터 180일을 경과하면 행정심판청구를 제기하지 못하는 것이 원칙이지만, 다만 정당한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하도록 규정되어 있는바, 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자는 일반적으로 처분이 있는 것을 바로 알 수 없는 처지에 있으므로, 위와 같은 심판청구기간 내에 심판청구를 제기하지 아니하였다고 하더라도, 그 기간 내에 처분이 있는 것을 알았거나 쉽게 알 수 있었기 때문에 심판청구를 제기할 수 있었다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한, 위 법조항 본문의 적용을 배제할 **‘정당한 사유’가 있는 경우에 해당한다고** 보아 위와 같은 심판청구기간이 경과한 뒤에도 심판청구를 제기할 수 있다(대판 1992.7.28. 91누12844).
- ③ (○) 행정심판법에 규정된 기간보다 길게 고지한 경우에는 잘못 알린 것을 상대방이 알았다 하더라도 그 잘못 고지된 청구기간 내에 심판청구가 있으면, 법정의 청구기간이 경과된 때에도 적법한 기간 내에 심판청구가 있는 것으로 본다(행정심판법 제27조 1항).

• 행정심판법 제27조(심판청구의 기간)

① 행정심판은 처분이 있음을 알게 된 날부터 90일 이내에 청구하여야 한다.

② 청구인이 천재지변, 전쟁, 사변(事變), 그 밖의 불가항력으로 인하여 제1항에서 정한 기간에 심판청구를 할 수 없었을 때에는 그 사유가 소멸한 날부터 14일 이내에 행정심판을 청구할 수 있다. 다만, 국외에서 행정심판을 청구하는 경우에는 그 기간을 30일로 한다.

③ 행정심판은 처분이 있었던 날부터 180일이 지나면 청구하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

④ 제1항과 제2항의 기간은 불변기간(不變期間)으로 한다.

⑤ 행정청이 심판청구 기간을 제1항에 규정된 기간보다 **긴 기간으로 잘못 알린 경우 그 잘못 알린 기간에 심판청구가 있으면 그 행정심판은 제1항에 규정된 기간에 청구된 것으로 본다.**

⑥ 행정청이 심판청구 기간을 알리지 아니한 경우에는 제3항에 규정된 기간에 심판청구를 할 수 있다.

⑦ 제1항부터 제6항까지의 규정은 **무효등확인심판청구와 부작위에 대한 의무이행심판청구에는 적용하지 아니한다.**
- ④ (×) 불특정 다수인에 대한 고시·공고형식으로 처분을 한 경우 쟁송제기기간 기산점인 ‘처분이 있음을 안 날’은 고시의 효력발생일이므로 이 날부터 90일 이내에 행정쟁송을 제기해야 함.

• **고시·공고에 의한 행정처분에 대한 취소소송 제소기간의 기산일은 고시·공고의 효력발생일** : 통상 고시 또는 공고에 의하여 행정처분을 하는 경우에는 그 처분의 상대방이 불특정 다수인이고 그 처분의 효력이 불특정 다수인에게 일률적으로 적용되는 것이므로, **그 행정처분에 이해관계를 갖는 자가 고시 또는 공고가 있었다는 사실을 현실적으로 알았는지 여부에 관계없이 고시가 효력을 발생하는 날 행정처분이 있음을 알았다고 보아야 한다**(대판2007.6.14. 2004두619).

■ **공고·고시에 의한 통지의 효력발생시기, 쟁송제기기간 기산점인 처분이 있음을 안 날**

구분	특정인에 대한 통지로서 공고	불특정 다수에 대한 통지 - 고시·공고
적용 법령 효력발생시기	행정절차법 14조·15조 ③ 송달받을 자 주소등을 통상적 방법으로 확인 불가 또는 ⑥ 송달이 불가능한 경우 ⇨ 송달받을 자가 알기 쉽도록 관보, 공보, 게시판, 일간신문 중 하나 이상에 공고하고 인터넷에도 공고 → 달리 정한 경우를 제외하고는 공고일부터 14일이 지난 때 효력 발생	「행정 효율과 협업 촉진에 관한 규정」 제6조 공고문서(고시·공고 등 행정기관이 일정한 사항을 일반에게 알리는 문서)는 문서에서 효력발생 시기를 구체적으로 밝히고 있지 않으면 그 고시나 공고 등이 있는 날부터 5일 경과시 효력 발생
쟁송제기기간 기산점인 '처분이 있음을 안 날'	공고가 효력을 발생하는 날에 상대방이 그 행정처분이 있음을 알았다고 볼 수는 없고, 상대방이 당해 처분이 있었다는 사실을 현실적으로 안 날에 그 처분이 있음을 알았다고 봄	공고가 있었다는 사실을 현실적으로 알았는지 여부에 관계없이 공고의 효력 발생일(효력발생시기를 밝히지 않은 경우 공고 후 5일이 경과한 날)에 행정처분이 있음을 알았다고 봄

답 ④

9 <보기>에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

<보기> 甲의 도로점용허가신청에 대해 관할 행정청 乙은 "乙이 도로관리에 관하여 명하는 제반 지시 사항을 준수하여야 함. 위반 시 도로점용허가를 철회함"을 부관으로 붙여 도로점용허가를 하였다.

- ① 乙은 법률에 근거가 없어도 도로점용허가에 부관을 붙일 수 있다.
- ② 도로점용허가에 붙인 부관이 도로점용허가와 실질적 관련성이 없다면 부당결부금지의 원칙에 반하는 위법한 부관이 된다.
- ③ 乙이 붙인 부관이 철회권의 유보라면 이 부관만을 독립하여 행정쟁송의 대상으로 삼을 수 없다.
- ④ 법률에서 정한 철회 사유가 발생하여 乙이 이 도로점용허가를 철회할 경우에는 이익 형량의 원칙에 따른 제한을 받지 않는다.

해설

- ① (○) 도로점용허가는 설권행위(특허)로서 재량행위이므로 법률의 근거가 없어도 부관을 붙일 수 있음.
 - 도로법 제40조 제1항에 의한 도로점용허가신청이 있는 경우 행정청은 그 자신의 재량에 의하여 점용허가 여부를 결정할 수 있는 것이고, 도로점용허가를 신청한 자가 지하도 및 상가 등 시설을 만들어 이를 기부한 자라는 사정만으로는 도로점용허가 여부를 결정이 기속행위가 된다거나 행정청이 그 기부자에게 도로점용의 허가를 하여야 할 의무를 부담하게 된다고 할 수도 없다(대판 2001.2.23. 99두7425).
 - 재량행위에 있어서는 법령상의 근거가 없다고 하더라도 그 내용이 적법하고 이행가능하며 비례의 원칙 및 평등의 원칙에 적합하고 행정처분의 본질적 효력을 해하지 아니하는 한도 내에서 부관을 붙일 수 있다.(대판 1997.3.14. 96누16698)
- ② (○) **부관의 내용상 한계** : 적법성 한계(법규상 한계 : 내용·형식 등이 헌법·법령에 위반되지 않아야 함), 목적상 한계(행정행위의 목적 달성을 사실상 불가능하게 해서는 안 됨), 이행가능성과 비례·평등·부당결부금지원칙 등에 따른 한계.

• **행정기본법 제17조(부관)** 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
- ③ (○) **부담 외의 부관은 독립하여 행정쟁송 대상이 될 수 없음** : 행정행위의 부관은 행정행위의 일반적인 효력이나 효과를 제한하기 위하여 의사표시의 주된 내용에 부가되는 종된 의사표시이지 그 자체로서 직접 법적 효과를 발생하는 독립된 처분이 아니므로 현행 행정쟁송제도 아래서는 부관 그 자체만을 독립된 쟁송의 대상으로 할 수 없는 것이 원칙이나 행정행위의 부관 중에서도 행정행위에 부수하여 그 행정행위의 상대방에게 일정한 의무를 부과하는 행정청의 의사표시인 부담의 경우에는 다른 부관과는 달리 행정행위의 불가분적인 요소가 아니고 그 존속이 본체인 행정행위의 존재를 전제로 하는 것일 뿐이므로 부담 그 자체로서 행정쟁송의 대상이 될 수 있다(대판 1992.1.21. 91누1264).
- ④ (×) 철회권 유보시 사유가 발생하면 철회할 수 있고 상대방은 신뢰보호원칙을 주장할 수 없지만, 철회권이 유보되어 있다는 사유만으로 직접 철회를 정당화하는 사유가 되는 것은 아니고 상대방 권익보호 법적 생활의 안정성, 예측가능성 확보를 위해 그 행사에는 일정한 행정법의 일반원리상 제한이 있다(수익적 처분에 대한 철회권 행사 제한의 법리 적용).
 - 허가 또는 특허에 종료의 기한을 정하거나 취소권을 유보한 경우 그 기한이 그 허가 또는 특허된 그 사업의 성질상 부당하게 짧게 정하여졌다면 그 기한은 허가 또는 특허의 존속기한을 정한 것이며 그 기한도래시 그 조건의 개정을 고려한다는 뜻으로 해석할 것이고 또 **취소권의 유보의 경우[철회권의 유보임]에 있어서도 무조건으로 취소권을 행사할 수 있는 것이 아니고 취소를 필요로 할 만한 공익상의 필요가 있는 때에 한하여 취소권을 행사할 수 있는 것이다**(대판 1962.2.22. 4293행상42).

답 ④

10 행정의 실효성 확보수단에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 건축주 등이 장기간 시정명령을 이행하지 아니하였더라도 그 기간 중에는 시정명령의 이행 기회가 제공되지 아니하였다가 뒤늦게 시정명령의 이행 기회가 제공된 경우라면, 시정명령의 이행 기회 제공을 전제로 한 1회분의 이행강제금만을 부과할 수 있고, 시정명령의 이행 기회가 제공되지 아니한 과거의 기간에 대한 이행강제금까지 한꺼번에 부과할 수는 없으며 이를 위반하여 이루어진 이행강제금 부과처분은 무효이다.
- ② 사용자가 이행하여야 할 행정법상 의무의 내용을 초과하는 것을 불이행 내용으로 기재한 이행강제금 부과 예고서에 의하여 이행강제금 부과 예고를 한 다음 이를 이행하지 않았다는 이유로 이행강제금을 부과하였다면, 초과한 정도가 근소하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 이행강제금 부과처분은 위법하다.
- ③ 관계 법령상 행정대집행의 절차가 인정되어 행정청이 행정대집행의 방법으로 건물의 철거 등 대체적 작위의무의 이행을 실현할 수 있는 경우에도 민사소송의 방법으로 그 의무의 이행을 구할 수 있다.
- ④ 행정청은 개별사건에 있어서 위반내용, 위반자의 시정지시 등을 감안하여 대집행과 이행강제금을 선택적으로 활용할 수 있으며, 이처럼 그 합리적인 재량에 의해 선택하여 활용하는 이상 중첩적인 제재에 해당한다고 볼 수 없다.

해설

- ① (○) 건축주 등이 장기간 시정명령을 불이행했으나 그 기간 중에 시정명령의 이행기회가 제공되지 않았다가 뒤늦게 이행기회가 제공된 경우, 이행 기회가 제공되지 않은 과거 기간에 대한 이행강제금까지 한꺼번에 부과할 수 없으며, 이를 위반한 이행강제금 부과처분은 하자가 중대·명백하여 무효 : 구 건축법상 이행강제금은 시정명령의 불이행이라는 과거의 위반행위에 대한 제재가 아니라, 시정명령을 이행하지 않고 있는 건축주등에 대하여 다시 상당한 이행기한을 부여하고 그 기한 안에 시정명령을 이행하지 않으면 이행강제금이 부과된다는 사실을 고지함으로써 의무자에게 심리적 압박을 주어 시정명령에 따른 의무의 이행을 간접적으로 강제하는 행정상의 간접강제 수단에 해당한다. 그리고 구 건축법 제80조 제1, 4항에 의하면 그 문언상 최초의 시정명령이 있었던 날을 기준으로 1년 단위별로 2회에 한하여 이행강제금을 부과할 수 있고, 이 경우에도 매 1회 부과시마다 구 건축법 제80조 제1항 단서에서 정한 1회분 상당액의 이행강제금을 부과한 다음 다시 시정명령의 이행에 필요한 상당한 이행기한을 정하여 그 기한까지 시정명령을 이행할 수 있는 기회(이하 '시정명령의 이행 기회'라 한다)를 준 후 비로소 다음 1회분 이행강제금을 부과할 수 있다고 할 것이다. 따라서 비록 건축주등이 장기간 시정명령을 이행하지 아니하였다 하더라도, 그 기간 중에는 시정명령의 이행 기회가 제공되지 아니하였다가 뒤늦게 시정명령의 이행 기회가 제공된 경우라면, 그 시정명령의 이행 기회 제공을 전제로 한 1회분의 이행강제금만을 부과할 수 있고, 시정명령의 이행 기회가 제공되지 아니한 과거의 기간에 대한 이행강제금까지 한꺼번에 부과할 수는 없다고 보아야 한다. 그리고 이를 위반하여 이루어진 이행강제금 부과처분은 과거의 위반행위에 대한 제재가 아니라 행정상의 간접강제 수단이라는 이행강제금의 본질에 반하여 구 건축법 제80조 제1항, 제4항 등 법규의 중요한 부분을 위반한 것으로서, 그러한 하자는 중대할 뿐만 아니라 객관적으로도 명백하다고 할 것이다(대판 2016.7.14. 2015두46598).
- ② (○) 사용자가 이행할 행정법상 의무 내용을 초과하는 것을 '불이행 내용'으로 기재한 이행강제금 부과예고서에 의하여 예고 한 다음 이행강제금을 부과한 경우, 이행강제금 부과예고 및 이행강제금 부과처분은 원칙적으로 위법 : 이행강제금은 행정법상의 부작위의무 또는 비대체적 작위의무를 이행하지 않은 경우에 '일정한 기한까지 의무를 이행하지 않을 때에는 일정한 금전적 부담을 과할 뜻'을 미리 '계고'함으로써 의무자에게 심리적 압박을 주어 장애를 향하여 의무의 이행을 확보하려는 간접적인 행정상 강제집행 수단이고, 노동위원회가 근로기준법 제33조에 따라 이행강제금을 부과하는 경우 그 30일 전까지 하여야 하는 이행강제금 부과 예고는 이러한 '계고'에 해당한다. 따라서 사용자가 이행하여야 할 행정법상 의무의 내용을 초과하는 것을 '불이행 내용'으로 기재한 이행강제금 부과 예고서에 의하여 이행강제금 부과 예고를 한 다음 이를 이행하지 않았다는 이유로 이행강제금을 부과하였다면, 초과한 정도가 근소하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 이행강제금 부과 예고는 이행강제금 제도의 취지에 반하는 것으로서 위법하고, 이에 더 얹은 이행강제금 부과처분 역시 위법하다(대판 2015.6.24. 2011두217).
- ③ (×) 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(대판 2017.4.28. 2016다213916).
- ④ (○) 대집행과 이행강제금의 선택적 활용 가능 : 현행법상 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 시정지시 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(현 80조) 제1항에 의한 시정명령 위반에 대한 이행강제금의 부과 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)

답 ③

11 「국가배상법」 제5조의 공공의 영조물의 설치 또는 관리에 관한 하자로 인한 배상책임에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① 국가 또는 지방자치단체가 공공의 영조물을 소유권, 임차권 그 밖의 권한에 기하여 관리하고 있는 경우에는 「국가배상법」 제5조가 적용되나, 그러한 권한이 없이 사실상 관리하고 있는 경우라면 「국가배상법」 제5조가 적용되는 것은 아니다.
- ② 영조물이 완전무결한 상태에 있지 않고 기능상 어떠한 결함이 있었다면 객관적으로 보아 시간적·장소적으로 그 기능상 결함으로 인한 손해발생의 예견가능성, 회피가능성이 없어도 「국가배상법」 제5조의 책임이 발생한다.
- ③ 국·공유나 사유 여부와 관계없이 사실상 도로로 사용되고 있었다면 도로의 노선인정의 공고 기타 공용개시가 없었다고 하여도 「국가배상법」 제5조의 배상책임이 인정된다.
- ④ 소음 등을 포함한 공해 등의 위험지역으로 이주하여 들어가 거주하는 경우와 같이 위험의 존재를 과실로 인식하지 못하고 이주한 경우에는 손해배상액의 산정에 있어 형평의 원칙상 과실상계에 준하여 감경 또는 면제사유로 고려하여야 한다.

해설

- ① (×) 국가배상법 제5조 제1항 소정의 "공공의 영조물"이라 함은 국가 또는 지방자치단체에 의하여 특정 공공의 목적에 공여된 유체물 내지 물적 설비를 지칭하며, 특정 공공의 목적에 공여된 물이라 함은 일반공중의 자유로운 사용에 직접적으로 제공되는 공공용물에 한하지 아니하고, 행정주체 자신의 사용에 제공되는 공용물도 포함하며 **국가 또는 지방자치단체가 소유권, 임차권 그밖의 권한에 기하여 관리하고 있는 경우뿐만 아니라 사실상의 관리를 하고 있는 경우도 포함한다**(대판 1995. 1. 24. 94다45302)

■ 국가배상법 제5조 '공공의 영조물'

- ㉠ 본래적 의미의 영조물(특정 공적 목적 달성을 위한 '인적·물적 시설의 종합체')이 아니라 **강학상 공물**(행정주체가 직접적으로 공적 목적 달성을 위해 제공한 유체물이나 물적 설비, 일반공중의 자유로운 사용에 직접적으로 제공되는 공공용물과 행정주체 자신의 사용에 제공되는 공용물 포함).
- ㉡ 국가나 자치단체가 관리하는 공물 : **소유권·임차권 그밖의 권한에 권한에 기하여 관리 + 사실상 관리**
- 지방자치단체 외의 공공단체(영조물법인, 공공조합, 공재단)가 관리하는 경우 국가배상법이 아닌 민법 758조 배상책임 적용
- ㉢ **國有公物·公有公物 + 私有公物 / 자유공물**(自有公物 : 관리주체와 소유주체 일치) + **타유공물**(他有公物 : 관리주체와 소유주체 다름)
인공공물(도로·상하수도·정부청사·교량 등) + **자연공물**(하천·호수·해면 등) / 부동산인 공물 + 동산인 공물(관용차·군견·소방차·경찰관총기)

- ② (×) 국가배상법 제5조 제1항 소정의 영조물의 설치 또는 관리의 하자로 함은 영조물이 그 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말하는 것으로서, 영조물이 완전무결한 상태에 있지 않고 그 기능상 어떠한 결함이 있다는 것만으로 영조물의 설치 또는 관리에 하자가 있다고 할 수 없는 것이고, 위와 같은 안전성의 구비 여부를 판단함에 있어서는 당해 영조물의 용도, 그 설치장소의 현황 및 이용 상황 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 설치 관리자가 그 영조물의 위험성에 비례하여 사회통념상 일반적으로 요구되는 정도의 방호조치의무를 다하였는지 여부를 그 기준으로 삼아야 할 것이며, **객관적으로 보아 시간적·장소적으로 영조물의 기능상 결함으로 인한 손해발생의 예견가능성과 회피가능성이 없는 경우, 즉 그 영조물의 결함이 영조물의 설치관리자의 관리행위가 미칠 수 없는 상황 아래에 있는 경우에는 영조물의 설치·관리상의 하자를 인정할 수 없다**(대판 2001.7.27. 2000다56822).
- ③ (×) 국가배상법 제5조 소정의 공공의 영조물이란 공유나 사유임을 불문하고 행정주체에 의하여 특정공공의 목적에 공여된 유체물 또는 물적 설비를 의미하므로 사실상 군민의 통행에 제공되고 있던 도로 옆의 암벽으로부터 떨어진 낙석에 맞아 소외인이 사망하는 사고가 발생하였다고 하여도 동 사고지점 도로가 피고 군에 의하여 노선인정 기타 공용개시가 없었으면 이를 영조물이라 할 수 없다(대판 1981.7.7. 80다2478).

■ 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)

- ④ (○) 소음 등을 포함한 공해 등의 위험지역으로 이주하여 들어가 거주하는 경우와 같이 위험의 존재를 인식하거나 과실로 인식하지 못하고 이주한 경우에는 손해배상액의 산정에 있어 형평의 원칙상 과실상계에 준하여 감경 또는 면제사유로 고려하여야 한다(대판 2010.11.11. 2008다57975).

답 ④

12 공법·사법관계의 구분에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」상 환매권의 존부에 관한 확인을 구하는 소송 및 환매금액의 증감을 구하는 소송은 당사자소송이다.
- ② 서울특별시립무용단 단원의 위촉은 공법상 계약에 해당하므로 그 단원의 해촉에 대하여는 공법상 당사자소송으로 그 무효확인을 청구할 수 있다.
- ③ 서울특별시지하철공사 임원 및 직원에 대한 징계처분은 위 공사 사장이 공권력 발동주체로서 행정처분을 행한 것이 아니므로 이에 대한 불복절차는 민사소송에 의하여야 한다.
- ④ 지방자치단체가 사인과 체결한 자원회수시설에 대한 위탁운영협약은 사법상 계약에 해당하므로 그에 관한 다툼은 민사소송의 대상이 된다.

해설

- ① (×) 환매권은 공용수용의 목적물이 당해 공익사업에 불필요하게 되었거나 **현실적으로 사용되지 않은 경우** 원래의 피수용자가 일정 요건 하에 목적물을 다시 매수하여 소유권을 회복할 수 있는 권리로서 사권이며 환매권 행사에 따른 매매는 환매권자와 국가 간의 사법상의 매매이다.
- 구 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제91조에 규정된 환매권의 존부에 관한 확인을 구하는 소송 및 같은 조 제4항에 따라 환매금액의 증감을 구하는 소송은 민사소송 : 구 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제91조에 규정된 환매권은 상대방에 대한 의사표시를 요하는 형성권의 일종으로서 재판상이든 재판 외이든 위 규정에 따른 기간 내에 행사하면 매매의 효력이 생기는 바, 이러한 환매권의 존부에 관한 확인을 구하는 소송 및 구 공익사업법 제91조 제4항에 따라 환매금액의 증감을 구하는 소송 역시 민사소송에 해당한다(대판 2013.2.28. 2010두22368).
- ② (○) **서울특별시립무용단원의 해촉에 대하여 공법상 당사자소송으로 무효확인 청구 가능** : 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 계약**이라고 할 것이고, 따라서 그 단원의 해촉에 대하여는 공법상의 당사자소송으로 그 무효확인을 청구할 수 있다.(대판 1995.12.22. 95누4636).
- ③ (○) **서울특별시 지하철공사 사장의 소속 직원에 대한 징계처분 민사소송의 대상** : 서울특별시지하철공사의 임원과 직원의 근무관계의 성질은 지방공기업법의 모든 규정을 살펴봐도 공법상의 특별권력관계라고는 볼 수 없고 사법관계에 속할 뿐만 아니라, 위 지하철공사의 사장이 그 이사회의 결의를 거쳐 제정된 인사규정에 의거하여 소속직원에 대한 징계처분을 한 경우 위 사장은 행정소송법 제13조 제1항 본문과 제2조 제2항 소정의 행정청에 해당되지 않으므로 공권력발동주체로서 위 징계처분을 행한 것으로 볼 수 없고, 따라서 이에 대한 불복절차는 민사소송에 의할 것이지 행정소송에 의할 수는 없다(대판 1989.9.12. 89누2103).
- ④ (○) **지방자치단체가 사인과 체결한 자원회수시설에 대한 위탁운영협약은 사법상 계약이므로 관련 분쟁은 민사소송 대상** : 갑 지방자치단체가 을 주식회사 등 4개 회사로 구성된 공동수급체를 자원회수시설과 부대시설의 운영·유지관리 등을 위탁할 민간사업자로 선정하고 을 회사 등의 공동수급체와 위 시설에 관한 위·수탁 운영 협약을 체결하였는데, 민간위탁 사무감사를 실시한 결과 을 회사 등이 위 협약에 근거하여 노무비와 복지후생비 등 비정산비용 명목으로 지급받은 금액 중 집행되지 않은 금액에 대하여 회수하기로 하고 을 회사에 이를 납부하라고 통보하자, 을 회사 등이 이를 납부한 후 회수통보의 무효확인 등을 구하는 소송을 제기한 사안에서, 위 협약은 갑 지방자치단체가 사인인 을 회사 등에 위 시설의 운영을 위탁하고 그 위탁운영비용을 지급하는 것을 내용으로 하는 용역계약으로서 상호 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 체결한 사법상 계약에 해당하고, 위 협약에 따르면 수탁자인 을 회사 등이 위탁운영비용 중 비정산비용 항목을 일부 집행하지 않았다고 하더라도, 위탁자인 갑 지방자치단체에 미집행액을 회수할 계약상 권리가 인정된다고 볼 수 없는 점, 인건비 등이 일부 집행되지 않았다는 사정만으로 을 회사 등이 협약상 의무를 불이행하였다고 볼 수는 없는 점, 을 회사 등이 갑 지방자치단체에 미집행액을 반환하여야 할 계약상 의무가 없으므로 결과적으로 을 회사 등이 미집행액을 계속 보유하고 자신들의 이윤으로 귀속시킬 수 있다고 해서 협약에서 정한 '운영비용의 목적 외 사용'에 해당한다고 볼 수도 없는 점 등을 종합하면, 갑 지방자치단체가 미집행액 회수를 위하여 을 회사 등으로부터 지급받은 돈이 부당이득에 해당하지 않는다고 본 원심판단에 법리를 오해한 잘못이 있다(대판 2019.10.17. 2018두60588).

답 ①

13 행정소송의 집행정지에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 집행정지는 그 대상인 해당 행정처분에 대한 본안소송이 계속되는 것을 요건으로 한다.
- ② 부작위위법확인소송에서 부작위에 대해서는 집행정지가 인정되지 아니한다.
- ③ 본안 청구의 이유 없음이 명백하지 않아야 한다는 것은 집행정지의 요건에 포함되지 아니한다.
- ④ 집행정지의 적극적 요건이 충족되더라도 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 집행정지가 허용되지 아니한다.

해설

- ① (○) **행정처분에 대한 집행정지는 본안소송이 제기되어 계속중일 것을 요건으로 함** : 행정소송법 제23조 제2항은 '취소소송이 제기된 경우에 처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 처분 등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지를 결정할 수 있다'고 규정하고 있고, 이는 같은 법 제38조 제1항의 무효등확인소송의 경우에 준용되고 있으므로, 행정처분에 대한 집행정지는 취소소송 또는 무효확인소송 등 본안소송이 제기되어 계속중에 있음을 그 요건으로 한다고 할 것이다(대결 2007.6.15.자 2006무89).

■ 행정소송법 상 집행정지의 요건

적극적 요건	① 본안소송이 적법하게 계속 중일 것(판례) ② 처분 등의 존재 ③ 신청인 적격, 신청이익의 존재 ④ 회복하기 어려운 손해 발생의 우려(중대한 손해 발생 우려) ⑤ 긴급한 필요	요건 충족의 주장·소명책임은 신청인에 있음
소극적 요건	① 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 없을 것 ② 본안청구의 이유 없음이 명백하지 않을 것(판례)	요건 불충족의 주장·소명책임은 행정청에게 있음

- ② (○) 집행정지는 취소소송·무효등확인소송에서 인정. 부작위위법확인소송의 경우 집행정지 대상인 처분이 존재하지 않으므로 적용 안 됨.
- ③ (×) **집행정지사건 자체에 의하여도 '신청인의 본안청구가 이유 없음이 명백하지 않을 것'도 집행정지 요건** : 행정처분의 효력정지나 집행정지를 구하는 신청사건에서 행정처분 자체의 적법 여부는 궁극적으로 본안재판에서 심리를 거쳐 판단할 성질의 것이므로 원칙적으로는 판단할 것이 아니고 그 행정처분의 효력이나 집행을 정지할 것인가에 대한 행정소송법 제23조 제2항, 제3항에 정해진 요건의 존부만이 판단의 대상이 된다고 할 것이지만, 효력정지나 집행정지는 신청인이 본안소송에서 승소판결을 받을 때까지 그 지위를 보호함과 동시에 후에 받을 승소판결을 무의미하게 하는 것을 방지하려는 것이어서 본안소송에서 처분의 취소가능성이 없음에도 처분의 효력이나 집행을 정지를 인정한다는 것은 제도의 취지에 반하므로 효력정지나 집행정지사건 자체에 의하여도 신청인의 본안청구가 이유 없음이 명백하지 않아야 한다는 것도 효력정지나 집행정지의 요건에 포함시켜야 한다(대결 1997.4.28.자 96두75).
- ④ (○) **행정소송법 제23조(집행정지)** ③ 집행정지는 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 허용되지 아니한다.

답 ③

14 취소소송에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① A처분 취소소송과 A처분에 관련되는 손해배상청구소송이 각각 다른 법원에 계속되는 경우, 손해배상청구소송이 계속된 법원이 상당하다고 인정하는 때에는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 A처분 취소소송을 손해배상청구소송이 계속된 법원으로 이송할 수 있다.
- ② 처분 이후 당해 처분의 근거 법령이 개폐되거나 사실상태가 변경된 경우 법원은 판결 시의 법령 및 사실상태를 기준으로 처분의 위법성을 판단하여야 한다.
- ③ 취소판결이 있으면 판결의 형성력에 의해 당해 처분은 소급하여 취소되므로 취소된 처분을 전제로 하여 행하여진 처분이나 법률관계도 특별한 사정이 없는 한 소급하여 효력을 상실한다.
- ④ 「행정소송법」에 규정이 없는 경우 「민사소송법」을 준용할 수 있으므로 수익처분의 신청을 거부하는 처분에 대하여 「민사소송법」상 가처분 규정을 준용할 수 있다.

해설

- ① (×) 관련청구소송의 이송 및 병합은 취소소송 계속되는 법원으로 함.

• **행정소송법 제10조(관련청구소송의 이송 및 병합)** ① 취소소송과 다음 각호의 1에 해당하는 소송(이하 "관련청구소송"이라 한다)이 각각 다른 법원에 계속되고 있는 경우에 관련청구소송이 계속된 법원이 상당하다고 인정하는 때에는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 이를 취소소송이 계속된 법원으로 이송할 수 있다.

1. 당해 처분등과 관련되는 손해배상·부당이득반환·원상회복등 청구소송
2. 당해 처분등과 관련되는 취소소송

- ② (×) **행정처분의 위법 여부를 판단하는 기준 시점이 처분시라는 의미** : 항고소송에 있어서 행정처분의 위법 여부를 판단하는 기준 시점에 대하여 판결시가 아니라 처분시라고 하는 의미는 **행정처분이 있을 때의 법령과 사실상태를 기준으로 하여 위법 여부를 판단할 것이며 처분 후 법령의 개폐나 사실상태의 변동에 영향을 받지 않는다는 뜻**이고 처분 당시 존재하였던 자료나 행정청에 제출되었던 자료만으로 위법 여부를 판단한다는 의미는 아니므로, 처분 당시의 사실상태 등에 대한 입증은 사실심 변론종결 당시까지 할 수 있고, 법원은 행정처분 당시 행정청이 알고 있었던 자료뿐만 아니라 사실심 변론종결 당시까지 제출된 모든 자료를 종합하여 처분 당시 존재하였던 객관적 사실을 확정하고 그 사실에 기초하여 처분의 위법 여부를 판단할 수 있다(대판 1993.5.27. 92누19033).

- ③ (○) **행정처분 취소 확정판결은 형성력이 있으므로 행정청의 별도 취소절차 없이도 처분의 효력은 소급하여 소멸함** : 행정처분을 취소하는 행정판결이 확정되면 당해처분의 위법이 확정되고, 별도의 행정행위를 기다림이 없이 당해 행정처분의 효력은 처분시에 소급하여 소멸하고 처음부터 당해 처분이 행하여지지 않았던 것과 같은 상태로 되는 효과, 즉 형성력이 있고 이와 같은 취소판결의 형성력은 당사자 이외의 제 3자에게도 효력이 미치며 취소판결은 또한 당해 사건에 관하여 당사자 및 관계행정청을 기속하므로(행정소송법 제13조) 당해 소송에 관여하지 아니한 행정청이라도 그 판결주문과 일체를 이루는 판결이유의 범위 내에서는 이에 저촉되는 새로운 처분을 할 수 없는 구속력이 발생하며 여기서 관계 행정청이라 함은 취소된 처분을 기초로 하거나 전제로 하여 이와 관련되는 처분, 또는 부수 처분을 할 행정청도 포함한다고 할 것이다(대판 1982.3.23. 81도1450).

- ④ (×) 수익적 처분의 신청에 대한 거부처분의 경우 집행정지가 적용되지 않는다. 하지만 **민사집행법상의 가처분 규정이 항고소송에서는 준용되지 않는다는 것이 판례의 입장이다.**(*가처분규정은 종래 민사소송법에 규정되었지만 현재는 민사집행법에 규정됨)

- 항고소송의 대상이 되는 행정처분의 효력이나 집행 혹은 절차속행 등의 정지를 구하는 신청은 행정소송법상 집행정지신청의 방법으로서만 가능할 뿐 민사소송법[현 민사집행법]상 가처분의 방법으로는 허용될 수 없다(대판 2009.11.2. 2009마596).
- 민사소송법상의 보전처분은 민사판결절차에 의하여 보호받을 수 있는 권리에 관한 것이므로, 민사소송법[현 민사집행법]상의 가처분으로써 행정청의 어떠한 행정행위의 금지를 구하는 것은 허용될 수 없다 할 것이다(대판 1992.7.6. 92마54).

☐ 행정쟁송과 가구제(임시구제)

가구제 유형	행정심판법	행정소송법	
		항고소송	당사자소송
집행정지	집행정지(의무이행심판 제외)	집행정지(단, 거부처분, 부작위위법확인소송은 제외)	×(준용 안 됨)
임시처분	임시처분(임시 지위 정함)	없음	없음
민사집행법 상 가처분 규정 준용	×(준용 안 됨)	×(준용 안 됨)	○(준용 됨)

답 ③

15 행정행위의 하자에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 공인증개사무소 개설등록취소처분은 공인증개사 업무정지처분을 전제로 하고 서로 결합하여 1개의 법률효과를 완성하는 경우이므로 선행처분의 하자가 후행처분에 승계된다.
- ② 과세예고통지 후 과세전적부심사청구를 한 경우 그에 대한 결정이 있기도 전에 과세처분을 하는 것은 특별한 사정이 없는 한 그 절차상 하자가 중대하고도 명백하여 무효이다.
- ③ 전결이 아닌 내부위임의 경우 수입자가 자기의 이름으로 한 처분은 권한 없는 자에 의하여 이루어진 것으로 위법무효이다.
- ④ 수용보상금의 증액을 구하는 소송에서 선행처분으로서 그 수용대상 토지 가격 산정의 기초가 된 비교표준지공시지가결정의 위법을 독립한 사유로 주장할 수 있다.

해설

- ① (×) **공인중개사무소 개설등록취소처분의 하자는 공인중개사 업무정지처분에 승계되지 않음** : 선행처분인 업무정지처분은 일정 기간 중개업무를 하지 못하도록 하는 처분인 반면, 후행처분인 이 사건 처분은 위와 같은 업무정지처분에 따른 업무정지기간 중에 중개업무를 하였다는 별개의 처분사유를 근거로 중개사무소의 개설등록을 취소하는 처분이다. 비록 이 사건 처분이 업무정지처분을 전제로 하지만, 양 처분은 그 내용과 효과를 달리하는 독립된 행정처분으로서, 서로 결합하여 1개의 법률효과를 완성하는 때에 해당한다고 볼 수 없다. 따라서 원고는 선행처분이 당연무효가 아닌 이상 그 하자를 이유로 후행처분인 이 사건 처분의 효력을 다룰 수 없다. 또한 원고는 업무정지기간 중에 중개업무를 하여서는 안 된다는 것을 인식하고 있었던 점, 원고가 불복기간 내에 업무정지처분의 취소를 구하는 행정심판이나 행정소송을 제기하는 데에 특별히 어려움이 있었다고 인정할 만한 사정 또한 엿보이지 않는 점 등의 사정에 비추어 보면, 업무정지처분의 불가쟁력이나 구속력이 원고에게 수인한도를 넘는 가혹함을 가져오고 그 결과가 예측가능하지 않았던 경우에 해당한다고 볼 수도 없다(대판 2019.1.31. 2017두40372).
- ② (○) **과세관청이 과세예고 통지 후 과세전적부심사 청구나 그에 대한 결정이 있기 전에 과세처분을 한 경우, 특별한 사정이 없는 한 절차상 하자가 중대·명백하여 과세처분은 무효** : 사전구제절차로서 과세전적부심사 제도가 가지는 기능과 이를 통해 권리구제가 가능한 범위, 이러한 제도가 도입된 경위와 취지, 납세자의 절차적 권리 침해로 효율적으로 방지하기 위한 통제 방법과 더불어, 헌법 제12조 제1항에서 규정하고 있는 적법절차의 원칙은 형사소송절차에 국한되지 아니하고, 세무공무원이 과세권을 행사하는 경우에도 마찬가지로 준수하여야 하는 점 등을 고려하여 보면, **국세기본법 및 국세기본법 시행령이 과세전적부심사를 거치지 않고 곧바로 과세처분을 할 수 있거나 과세전적부심사에 대한 결정이 있기 전이라도 과세처분을 할 수 있는 예외사유로 정하고 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한**, 과세예고 통지 후 과세전적부심사 청구나 그에 대한 결정이 있기도 전에 과세처분을 하는 것은 원칙적으로 과세전적부심사 이후에 이루어져야 하는 과세처분을 그보다 앞서 함으로써 과세전적부심사 제도 자체를 형해화시킬 뿐만 아니라 과세전적부심사 결정과 과세처분 사이의 관계 및 불복절차를 불분명하게 할 우려가 있으므로, 그와 같은 **과세처분은 납세자의 절차적 권리를 침해하는 것으로서 절차상 하자가 중대하고도 명백하여 무효이다**(대판 2016.12.27. 2016두49228).
- ③ (○) **·채납취득세에 대한 압류처분권한을 내부위임받은 구청장이 자신의 이름으로 한 압류처분은 위법 무효** : 채납취득세에 대한 압류처분권한은 도지사로부터 시장에게 권한위임된 것이고 시장으로부터 **압류처분권한을 내부위임 받은 데 불과한 구청장으로서**는 **시장 명의로 압류처분을 대행처리할 수 있을 뿐이고 자신의 명의로 이를 할 수 없다 할 것**이므로 구청장이 자신의 명의로 한 압류처분은 권한 없는 자에 의하여 행하여진 위법무효의 처분이다(대판 1993.5.27. 93누6621).
- ▣ 내부위임·전결(專決)**
- 내부적 사무처리를 위해 보조기관·하급기관에게 위임청 명의로 권한을 행사하게 함. 법률의 위임 없어도 가능
 - 사례 : 전결규정에 의한 내부위임 : 위임청 甲 / 수임청(전결권자) 乙
- | 내부위임(전결)에 따른 처분 | | 처분의 효력 | 항고소송시 피고 |
|--|---------------|-----------------------------|-------------|
| 내부위임시 수임청(乙)이 | 위임청(甲) 명의로 처분 | 유효한 처분 | 위임청 甲 |
| | 수임청(乙) 명의로 처분 | 권한 없는 자의 처분(주체상 하자)으로서 당연무효 | 수임청 乙 |
| 전결규정을 위반해 전결권자(乙)가 아닌 보조기관(丙)이 처분권자인 행정청(甲) 명의로 처분 | | 당연무효는 아님 | 본래의 처분권자인 甲 |
- ④ (○) 표준지 공시지가결정과 수용재결(보상금결정)은 서로 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하지만 예외적으로 하자의 승계를 인정
- **수용보상금의 증액을 구하는 소송에서 선행처분으로서 그 수용대상 토지 가격 산정의 기초가 된 비교표준지공시지가결정의 위법을 독립한 사유로 주장할 수 있음** : 표준지공시지가결정은 이를 기초로 한 수용재결 등과는 **별개의 독립된 처분으로서 서로 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하지만**, 표준지공시지가 가는 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).

답 ①

16 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 따른 손실보상에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① 사업시행자가 토지소유자 및 관계인과 행하는 토지 등에 대한 보상의 협의는 공법상 계약이다.
- ② 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」상 보상금의 증감에 관한 소송은 이른바 형식적 당사자소송이다.
- ③ 당사자 간 협의가 성립되지 아니하거나 협의를 할 수 없는 경우 피수용자는 사업인정고시가 된 날부터 1년 이내 관할 토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있다.
- ④ 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」상 보상금의 증감에 관한 소송인 경우 재결청인 토지수용위원회를 피고로 한다.

해설

- ① (×) 토지보상법상 수용은 일정한 요건하에 그 소유권을 사업시행자에게 귀속시키는 행정처분으로서 이로 인한 효과는 소유자가 누구인지와 무관하게 사업시행자가 그 소유권을 취득하게 하는 원시취득이다. 반면, 토지보상법상 '협의취득'의 성격은 사법상 매매계약이므로 그 이행으로 인한 사업시행자의 소유권 취득도 승계취득이다
- ② (○), ④ (×) 보상금증감소송은 형식적 당사자소송이며, 토지소유자·관계인 및 사업시행자가 원고·피고가 된다.

• **공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제85조(행정소송의 제기)** ② 제1항에 따라 제기하려는 행정소송이 보상금의 증감(增減)에 관한 소송인 경우 그 소송을 제기하는 자가 토지소유자 또는 관계인일 때에는 사업시행자를, 사업시행자일 때에는 토지소유자 또는 관계인을 각각 피고로 한다.



■ 형식적 당사자소송

- 실질적으로는 행정청의 처분을 다투는 것이지만(소송 내용은 항고소송), 형식적으로는 처분을 대상으로 하지 않고, 처분청을 피고로 하지도 않고 처분으로 인해 형성된 법률관계를 다투기 위해 법률관계 일방 당사자(권리주체)를 피고로 하는 소송
- 항고소송 + 당사자소송의 성질. 신속한 권리구제, 소송절차의 최소화를 위함
- 예 : 토지수용위원회의 보상금 결정에 대한 (수용)재결에 불복시 토지수용위원회를 피고로 재결취소소송(항고소송)을 제기하지 않고 곧바로 보상금에 관한 당사자인 사업시행자와 토지소유자가 제기하는 보상금 증액/감액 청구소송
- 항고소송과 달리 법원은 다툼 대상인 법률관계의 내용을 스스로 결정

- ③ (×) 협의 불성립시 재결 신청은 사업시행자가 함.

• **공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제28조(재결의 신청)** ① 제26조에 따른 협의가 성립되지 아니하거나 협의를 할 수 없을 때(제26조제2항 단서에 따른 협의 요구가 없을 때를 포함한다)에는 사업시행자(토지소유자[피수용자] X)는 사업인정고시가 된 날부터 1년 이내에 대통령령으로 정하는 바에 따라 관할 토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있다.

답 ②

17 행정법의 일반원칙에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① 최초의 선례가 없는 경우에도 예기된 관행만으로 행정기관의 자기구속이 인정된다.
- ② 판례에서는 부당결부금지의 원칙을 인정하고 있지만 「행정기본법」에는 이를 명문으로 규정하고 있지 않다.
- ③ 판례는 행정기관의 자기구속이 평등원칙과 관련이 있으며 신뢰보호의 원칙과 관련이 없다고 보고 있다.
- ④ 신뢰보호의 원칙을 적용하기 위해서 신뢰의 대상인 행정기관의 공적인 견해 표명이 있어야 하며 여기에는 묵시적인 언동도 포함된다.

해설

- ① (×) 행정의 자기구속의 법리는 평등의 원칙을 근거로 하므로 최소한 비교대상이 되는 1회 이상의 선례가 존재하여야 한다는 선례필요설이 다수의 견해이다. 따라서 재량준칙이 되풀이 시행되지 않은 경우라면 예기된 관행만으로 행정의 자기구속원칙이 인정될 수는 없다.
- 행정청 내부의 사무처리준칙에 해당하는 이 사건 지침(2008년도 농림사업시행지침서)이 그 정한 바에 따라 **되풀이 시행되어 행정관행이 이루어졌다고 인정할 만한 자료를 찾아볼 수 없을 뿐만 아니라, 이 사건 지침의 공표만으로는 원고가 이 사건 지침에 명시된 요건을 충족할 경우 사업자로 선정되어 버 매입자금 지원 등의 혜택을 받을 수 있다는 보호가치 있는 신뢰를 가지게 되었다고 보기도 어렵다.** 시장이 농림수산물부에 의하여 공표된 '2008년도 농림사업시행지침서'에 명시되지 않은 '시군별 건조저장시설 개소당 논 면적' 기준을 충족하지 못하였다는 이유로 신규 건조저장시설 사업자 인정신청을 반려한 사안에서, 그 처분이 **행정의 자기구속의 원칙 및 행정규칙에 대한 신뢰보호의 원칙에 위배되거나 재량권을 일탈·남용한 위법이 없다**(대판 2009.12.24. 2009두7967)
- ② (×) **행정기본법 제13조(부당결부금지의 원칙)** 행정청은 행정작용을 할 때 상대방에게 해당 행정작용과 실질적인 관련이 없는 의무를 부과해서는 아니 된다.
- ③ (×) **자기구속원칙의 근거는 평등원칙과 신뢰보호원칙** : 재량권행사의 준칙인 행정규칙(재량준칙)이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이루어지게 되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 받게 되므로, 이러한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그를 위반하는 처분은 **평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 위배되어 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이 된다**(대판 2009.12.24. 2009두7967).
- ④ (○) 국세기본법 제18조 제3항에서 말하는 비과세관행이 성립하려면, 상당한 기간에 걸쳐 과세를 하지 아니한 객관적 사실이 존재할 뿐만 아니라, 과세관청 자신이 그 사항에 관하여 과세할 수 있음을 알면서도 어떤 특별한 사정 때문에 과세하지 않는다는 의사가 있어야 하며, 위와 같은 **공적 견해나 의사는 명시적 또는 묵시적으로 표시되어야** 하지만 묵시적 표시가 있다고 하기 위하여는 단순한 과세누락과는 달리 과세관청이 상당기간의 불과세 상태에 대하여 과세하지 않겠다는 의사표시를 한 것으로 볼 수 있는 사정이 있어야 한다(대판 2003.9.5. 2001두7855).

■ 신뢰보호원칙의 요건인 선행조치의 의의

- ㉠ 법령·조례·규칙·처분(행정행위)·합의·확약·행정계획, 행정지도등 사실행위, 기타 국민이 신뢰를 가지게 될 일체의 조치
- ㉡ 명시적·적극적 + 묵시적·소극적 견해표명. 작위 + 부작위에 의한 견해표명.
판례는 '공적 견해표명'에 한정. 학설보다 인정 범위 좁음. 단 묵시적 견해표명도 인정
- ㉢ 처분청 자신이 한 조치 + 보조기관의 조치(형식적 권한분장에 구애되지 않음)
- ㉣ 선행조치가 행정행위인 경우 적법·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)

답 ④

18 행정계획에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 행정청은 구체적인 행정계획을 입안·결정할 때 비교적 광범위한 형성의 재량을 가진다.
- ② 산업단지개발계획상 산업단지 안의 토지 소유자로 산업단지개발계획에 적합한 시설을 설치하여 입주하려는 자라고 하더라도 산업단지개발계획의 변경을 요청할 수 있는 법규상 또는 조리상 신청권은 인정되지 않는다.
- ③ 행정청이 행정계획을 입안·결정할 때 이익형량의 고려 대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우 그 행정계획 결정은 이익형량에 하자가 있어 위법하게 될 수 있다.
- ④ 주민의 도시관리계획 입안 제안을 거부한 처분을 이익형량에 하자가 있어 위법하다고 판단하여 취소하는 판결이 확정된 경우에도 행정청에 그 입안 제안을 그대로 수용하는 내용의 도시관리계획을 수립할 의무가 있는 것은 아니다.

해설

- ①③ (○) 관계법령에는 추상적인 행정목표와 절차만이 규정되어 있을 뿐 행정계획의 내용에 관하여는 별다른 규정을 두고 있지 아니하므로(목적프로그램) 행정주체는 구체적인 행정계획을 입안·결정함에 있어서 비교적 광범위한 형성의 자유(계획재량)를 가지는 것이지만, 행정주체가 가지는 이와 같은 형성의 자유는 무제한적인 것이 아니라 그 행정계획에 관련되는 자들의 이익을 공익과 사익 사이에서는 물론이고 공익 상호 간과 사익 상호 간에도 정당하게 비교교량하여야 한다는 제한(형량명령)이 있으므로, 행정주체가 행정계획을 입안·결정함에 있어서 이익형량을 전혀 행하지 아니하거나(형량의 탈락·해태), 이익형량의 고려 대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우(형량의 흠결·불충) 또는 이익형량을 하였으나 정당성과 객관성이 결여된 경우(형량과오·형량불비례)에는 그 행정계획결정은 형량에 하자(형량하자)가 있어 위법하게 된다(대판 2007.4.12. 2005두1893).
- ② (×) **산업단지개발계획상 산업단지 안의 토지 소유자로서 산업단지개발계획에 적합한 시설을 설치하여 입주하려는 자에게 산업단지지정권자 또는 그로부터 권한을 위임받은 기관에 대하여 산업단지개발계획의 변경을 요청할 수 있는 법규상 또는 조리상 신청권이 있음** : 산업입지에 관한 법령은 산업단지에 적합한 시설을 설치하여 입주하려는 자와 토지 소유자에게 산업단지 지정과 관련한 산업단지개발계획 입안과 관련한 권한을 인정하고, 산업단지 지정뿐만 아니라 변경과 관련해서도 이해관계인에 대한 절차적 권리를 보장하는 규정을 두고 있다. 또한 산업단지 안에는 다수의 기반시설 등 도시계획시설 등을 포함하고 있고, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률의 해석상 도시계획시설부지 소유자에게는 그에 관한 도시·군관리계획의 변경 등을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상 신청권이 인정된다고 해석되고 있다. 헌법상 재산권 보장의 취지에 비추어 보면 토지의 소유자에게 위와 같은 절차적 권리와 신청권을 인정한 것은 정당하다고 볼 수 있다. 이러한 법리는 이미 산업단지 지정이 이루어진 상황에서 산업단지 안의 토지 소유자로서 종전 산업단지개발계획을 일부 변경하여 산업단지개발계획에 적합한 시설을 설치하여 입주하려는 자가 종전 계획의 변경을 요청하는 경우에도 그대로 적용될 수 있다. 그러므로 산업단지개발계획상 산업단지 안의 토지 소유자로서 산업단지개발계획에 적합한 시설을 설치하여 입주하려는 자는 산업단지지정권자 또는 그로부터 권한을 위임받은 기관에 대하여 산업단지개발계획의 변경을 요청할 수 있는 법규상 또는 조리상 신청권이 있고, 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 보아야 한다(대판 2017.8.29. 2016두44186).
- ④ (○) **주민 등의 도시관리계획 입안 제안을 거부한 처분에 이익형량의 하자가 있어 위법하다고 판단하여 취소하는 판결이 확정된 경우, 행정청에게 그 입안 제안을 그대로 수용하는 내용의 도시관리계획을 수립할 의무가 없음** : 취소 확정판결의 기속력의 범위에 관한 법리 및 도시관리계획의 입안·결정에 관하여 행정청에게 부여된 재량을 고려하면, **주민 등의 도시관리계획 입안 제안을 거부한 처분을 이익형량에 하자가 있어 위법하다고 판단하여 취소하는 판결이 확정되었다**라도 행정청에게 그 입안 제안을 그대로 수용하는 내용의 도시관리계획을 수립할 의무가 있다고는 볼 수 없고, 행정청이 다시 새로운 이익형량을 하여 적극적으로 도시관리계획을 수립하였다면 취소판결의 기속력에 따른 재처분의무를 이행한 것이라고 보아야 한다. 다만 취소판결의 기속력 위배 여부와 계획재량의 한계 일탈 여부는 별개의 문제이므로, 행정청이 적극적으로 수립한 도시관리계획의 내용이 취소판결의 기속력에 위배되는 않는다고 하더라도 계획재량의 한계를 일탈한 것인지의 여부는 별도로 심리·판단하여야 한다(대판 2020.6.25. 2019두56135).

답 ②

19 다음 내용의 행정절차에 대한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은?

- ㉠ 행정청이 「행정절차법」 제20조 제1항의 처분기준 사전 공표 의무를 위반하여 미리 공표하지 아니한 기준을 적용하여 처분을 하였다면, 그러한 사정만으로 곧바로 해당 처분의 취소사유에 이를 정도의 흠이 존재한다고 볼 수는 있을 것이나 그 하자가 중대·명백하여 해당 처분의 무효사유에 이를 정도의 흠이 존재한다고는 볼 수 없다.
- ㉡ 「행정절차법」 제17조 제5항은 신청인이 신청할 때 관계 법령에서 필수적으로 첨부하여 제출하도록 규정한 서류를 첨부하지 않은 경우와 같이 쉽게 보완이 가능한 사항을 누락하는 등의 흠이 있을 때 행정청이 곧바로 거부처분을 하는 것보다는 신청인에게 보완할 기회를 주도록 함으로써 행정의 공정성·투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익을 보호하려는 「행정절차법」의 입법 목적을 달성하고자 함이지, 행정청으로 하여금 신청에 대하여 거부처분을 하기 전에 반드시 신청인에게 신청의 내용이나 처분의 실체적 발급요건에 관한 사항까지 보완할 기회를 부여하여야 할 의무를 정한 것은 아니라고 보아야 한다.
- ㉢ 「행정절차법 시행령」 제13조 제2호에서 정한 “법원의 재판 또는 준사법적 절차를 거치는 행정기관의 결정 등에 따라 처분의 전제가 되는 사실이 객관적으로 증명되어 처분에 따른 의견청취가 불필요하다고 인정되는 경우”는 법원의 재판 등에 따라 처분의 전제가 되는 사실이 객관적으로 증명되면 행정청이 반드시 일정한 처분을 해야 하는 경우 등 의견청취가 행정청의 처분 여부나 그 수위 결정에 영향을 미치지 못하는 경우를 의미하고, 처분의 전제가 되는 일부 사실만 증명된 경우이거나 의견청취에 따라 행정청의 처분 여부나 처분 수위가 달라질 수 있는 경우라면 위 예외사유에 해당하지 않는다.

① ㉠, ㉡

② ㉠, ㉢

③ ㉡, ㉢

④ ㉠, ㉡, ㉢

해설

㉠ (×) 행정청이 행정절차법 제20조 제1항의 처분기준 사전공표 의무를 위반하여 미리 공표하지 아니한 기준을 적용하여 처분을 하였다고 하더라도, 그러한 사정만으로 곧바로 해당 처분에 취소사유에 이를 정도의 흠이 존재한다고 볼 수는 없다. 다만 해당 처분에 적용한 기준이 상위법령의 규정이나 신뢰보호의 원칙 등과 같은 법의 일반원칙을 위반하였거나 객관적으로 합리성이 없다고 볼 수 있는 구체적인 사정이 있다면 해당 처분은 위법하다고 평가할 수 있다(대판 2020.12.24. 2018두45633).

㉡ (○) 행정절차법상 신청에 대한 보완요구 의무는 '구비서류의 미비 등 흠이 있는 경우이며, 신청 내용이나 실체적 발급요건에 관한 보완기회를 부여할 의무는 없음'(신청 내용이나 실체적 발급요건 사항의 보완은 신청인이 해야 함).

• 행정절차법 제17조에 따르면, 행정청은 신청에 구비서류의 미비 등 흠이 있는 경우에는 보완에 필요한 상당한 기간을 정하여 지체 없이 신청인에게 보완을 요구하여야 하고(제5항), 신청인이 그 기간 내에 보완을 하지 않았을 때에는 그 이유를 구체적으로 밝혀 접수된 신청을 되돌려 보낼 수 있으며(제6항), 신청인은 처분이 있기 전에는 그 신청의 내용을 보완·변경하거나 취하할 수 있다(제8항 본문). 이처럼 **행정절차법 제17조가 '구비서류의 미비 등 흠의 보완(5항)'과 '신청 내용의 보완(8항)'을 분명하게 구분하고 있는 점에 비추어 보면**, 행정절차법 제17조 제5항은 신청인이 신청할 때 관계 법령에서 필수적으로 첨부하여 제출하도록 규정한 서류를 첨부하지 않은 경우와 같이 쉽게 보완이 가능한 사항을 누락하는 등의 흠이 있을 때 행정청이 곧바로 거부처분을 하는 것보다는 신청인에게 보완할 기회를 주도록 함으로써 행정의 공정성·투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익을 보호하려는 행정절차법의 입법 목적을 달성하고자 함이지, 행정청으로 하여금 신청에 대하여 거부처분을 하기 전에 반드시 신청인에게 신청의 내용이나 처분의 실체적 발급요건에 관한 사항까지 보완할 기회를 부여하여야 할 의무를 정한 것은 아니라고 보아야 한다(대판 2020.7.23. 2020두36007).

제17조(처분의 신청)	제40조(신고) *자기완결적 신고임
㉢ 행정청은 신청에 구비서류의 미비 등 흠이 있는 경우에는 보완에 필요한 상당한 기간을 정하여 지체 없이 신청인에게 보완을 요구하여야 한다 .	㉢ 행정청은 제2항 각 호의 요건을 갖추지 못한 신고서가 제출된 경우에는 지체 없이 상당한 기간을 정하여 신고인에게 보완을 요구하여야 한다.
㉣ 행정청은 신청인이 제5항에 따른 기간 내에 보완을 하지 아니하였을 때에는 그 이유를 구체적으로 밝혀 접수된 신청을 되돌려 보낼 수 있다 .	㉣ 행정청은 신고인이 제3항에 따른 기간 내에 보완을 하지 아니하였을 때에는 그 이유를 구체적으로 밝혀 해당 신고서를 되돌려 보내야 한다 .
㉤ 신청인은 처분이 있기 전에는 그 신청의 내용을 보완·변경하거나 취하(取下)할 수 있다 . 다만, 다른 법령등에 특별한 규정이 있거나 그 신청의 성질상 보완·변경하거나 취하할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.	

㉢ (○) 행정절차법 제21조, 제22조, 행정절차법 시행령 제13조의 내용을 행정절차법의 입법 목적과 의견청취 제도의 취지에 비추어 종합적·체계적으로 해석하면, 행정절차법 시행령 제13조(처분의 사전통지 생략사유) 제2호에서 정한 “**법원의 재판 또는 준사법적 절차를 거치는 행정기관의 결정 등에 따라 처분의 전제가 되는 사실이 객관적으로 증명되어 처분에 따른 의견청취가 불필요하다고 인정되는 경우**”는 법원의 재판 등에 따라 처분의 전제가 되는 사실이 객관적으로 증명되면 행정청이 반드시 일정한 처분을 해야 하는 경우 등 **의견청취가 행정청의 처분 여부나 그 수위 결정에 영향을 미치지 못하는 경우를 의미한다고 보아야 한다**. 처분의 전제가 되는 ‘일부’ 사실만 증명된 경우이거나 의견청취에 따라 행정청의 처분 여부나 처분 수위가 달라질 수 있는 경우라면 위 예외사유에 해당하지 않는다.(대판 2020.7.23. 2017두66602)

행정절차법 제21조(처분의 사전통지)

㉣ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제1항에 따른 통지를 하지 아니할 수 있다.

1. 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우
2. 법령등에서 요구된 자격이 없거나 없어지게 되면 반드시 일정한 처분을 하여야 하는 경우에 그 자격이 없거나 없어지게 된 사실이 법원의 재판 등에 의하여 객관적으로 증명된 경우
3. 해당 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우

㉤ 처분의 전제가 되는 사실이 법원의 재판 등에 의하여 객관적으로 증명된 경우 등 제4항에 따른 사전통지를 하지 아니할 수 있는 구체적인 사항은 대통령령으로 정한다.

- 행정절차법 시행령 제13조(처분의 사전 통지 생략사유) 법 제21조 제4항 및 제5항에 따라 사전 통지를 하지 아니할 수 있는 경우는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로 한다.
- 2. 법원의 재판 또는 준사법적 절차를 거치는 행정기관의 결정 등에 따라 처분의 전제가 되는 사실이 객관적으로 증명되어 처분에 따른 의견청취가 불필요하다고 인정되는 경우

답 ③

20 당사자소송에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 당사자소송은 개인의 권리구제를 목적으로 하는 주관소송이다.
- ② 당사자소송에도 행정심판전치주의, 집행정지, 사정판결 등의 규정이 준용된다.
- ③ 당사자소송은 공법상 법률관계를 다투는 소송으로 시심적 소송이다.
- ④ 실질적 당사자소송은 행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 대한 소송 또는 그밖에 공법상 법률관계에 관한 소송으로 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 한다.

해설

① (○)  행정소송법 상 행정소송의 종류

객관적소송 (개인의 권익구제-사익)	항고소송 (복심적 쟁송)	행정청의 처분등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송 • 제4조(항고소송) 항고소송은 다음과 같이 구분한다. 1. 취소소송 : 행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송 2. 무효등 확인소송 : 행정청의 처분등의 효력 유무 또는 존재여부를 확인하는 소송 3. 부작위위법확인소송 : 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송
	당사자소송 (시심적 쟁송)	행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송
주관적 소송 (행정작용의 적법·타당성 확보-공익)	민중소송	국가 또는 공공단체의 기관이 법률에 위반되는 행위를 한 때에 직접 자기의 법률상 이익과 관계없이 그 시정을 구하기 위하여 제기하는 소송
	기관소송	국가 또는 공공단체의 기관 상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송. 다만, 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 제외한다.

② (×) 당사자소송에 준용되지 않는 규정 : 전기시간집/대피원/3호심/재처분 - 행정심판전치주의(18조),, 제소기간(20조), **사정판결**(28조), 판결의 간접강제(34조), **집행정지**(23조), 소송대상(19조), 피고적격(13조), 원고적격(12조), 판결의 제3자효(29조), 제3자에 의한 재심청구(31조), 판결의 기속력 중 재처분의무(30조2항)

③ (○)

시심적(始審的) 쟁송	행정법관계의 형성이나 존부에 관한 1차적 결정이 쟁송의 형식	 당사자쟁송
복심적(覆審的) 쟁송	이미 행하여진 행정기관의 처분(1차적 결정이 쟁송이 아닌 처분의 형식)의 위법이나 부당을 다투는 쟁송	 항고쟁송

④ (○)

실질적 당사자소송	• 행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 대한 소송 또는 그밖에 공법상 법률관계에 관한 소송으로 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송
형식적 당사자소송	• 행정청의 처분이나 재결에 의하여 형성된 법률관계에 관하여 다툼이 있는 경우에, 당해 처분 또는 재결의 효력을 다툼이 없이 직접 그 처분, 재결에 의하여 형성된 법률관계에 대하여 그 일방 당사자를 피고로 하여 제기하는 소송. • 실질적으로는 처분과 재결의 효력을 다투는 것이므로 항고소송이지만, 소송경제 등 필요성에 의해 당사자소송의 형식을 띤.

 ②

2023년 서울시 연구사 행정법 17