

1

법치행정의 원칙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 개인택시운송사업자에게 운전면허 취소사유가 있는 경우에 그로 인하여 운전면허 취소처분이 이루어지지 않았다고 하더라도 관할관청은 개인택시운송사업면허를 취소할 수 있다.
- ② 헌법상 보장된 국민의 자유나 권리를 제한할 때에는 적어도 그 제한의 본질적인 사항에 관하여 국회가 법률로써 스스로 규율하여야 한다.
- ③ 법률의 시행령은 법률에 의한 위임이 없는 한 법률이 규정한 개인의 권리·의무에 관한 내용을 변경·보충하거나 법률에 규정되지 아니한 새로운 내용을 규정할 수는 없다.
- ④ 도시환경정비사업인가 신청시 요구되는 토지등소유자의 동의정족수를 자치규약에 정하도록 한 구 「도시 및 주거환경정비법」의 동의요건조항은 법률유보 내지 의회유보원칙에 위배된다.

해설

- ① (×) 개인택시운송사업자에게 운전면허 취소사유가 있으나 그에 따른 운전면허 취소처분이 이루어지지 않는 경우, 관할관청이 개인택시운송사업면허를 취소할 수는 없다. : ㉠ 구 여객자동차운수사업법 제76조 제1항 제15호, 같은 법 시행령 제29조에는 관할관청은 개인택시운송사업자의 운전면허가 취소된 때에 그의 개인택시운송사업면허를 취소할 수 있도록 규정되어 있을 뿐 그에게 운전면허 취소사유가 있다는 사유만으로 개인택시운송사업면허를 취소할 수 있도록 하는 규정은 없으므로, 관할관청으로서의 비록 개인택시운송사업자에게 운전면허 취소사유가 있다 하더라도 그로 인하여 운전면허 취소처분이 이루어지지 않은 이상 개인택시운송사업면허를 취소할 수는 없다. ㉡ 개인택시운송사업자가 음주운전을 하다가 사망한 경우 그 망인에 대하여 음주운전을 이유로 운전면허 취소처분을 하는 것은 불가능하고, 음주운전은 운전면허의 취소사유에 불과할 뿐 개인택시운송사업면허의 취소사유가 될 수는 없으므로, 음주운전을 이유로 한 개인택시운송사업면허의 취소처분은 위법하다. (대판 2008.5.15. 2007두26001)
- ② (○) 헌법은 법치주의를 그 기본원리의 하나로 하고 있으며, 법치주의는 행정작용에 국회가 제정한 형식적 법률의 근거가 요청된다는 법률유보를 그 핵심적 내용의 하나로 하고 있다. 그런데 오늘날 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공공체와 그 구성원에게 기본적으로 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현에 관련된 영역에 있어서는 행정에 맡길 것이 아니라 국민의 대표자인 입법자가 스스로 그 본질적 사항에 대하여 결정해야 한다는 요구까지 내포하는 것으로 이해해야 한다(이른바 의회유보원칙). 입법자가 형식적 법률로 스스로 규율해야 하는 그러한 사항이 어떤 것인가는 일률적으로 확정할 수 없고, 구체적 사례에서 관련된 이익 내지 가치의 중요성, 규제 내지 침해의 정도와 방법 등을 고려하여 개별적으로 결정할 수 있을 뿐이나, 적어도 헌법상 보장된 국민의 자유나 권리를 제한할 때에는 그 제한의 본질적인 사항에 관한 한 입법자가 법률로써 스스로 규율해야 할 것이다. 헌법 제37조 제2항은 "국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다."고 규정하고 있는바, 여기서 "법률로써"라고 한 것은 국민의 자유나 권리를 제한하는 행정작용의 경우 적어도 그 제한의 본질적인 사항에 관한 한 국회가 제정하는 법률에 근거를 두는 것만으로 충분한 것이 아니라 국회가 직접 결정함으로써 실제로 있어도 법률에 의한 규율이 되도록 요구하고 있는 것으로 이해해야 한다(헌재 1999.5.27. 98헌바70).
- ③ (○) 일반적으로 법률의 시행령은 모법인 법률에 의하여 위임받은 사항이나, 법률이 규정한 범위 내에서 법률을 현실적으로 집행하는 데 필요한 세부적인 사항만을 규정할 수 있을 뿐, 법률의 위임 없이 법률이 규정한 개인의 권리·의무에 관한 내용을 변경·보충하거나 법률에서 규정하지 아니한 새로운 내용을 규정할 수 없다(대판 1999.2.11. 98도2816).
- ④ (○) 조합이 사업시행자인지 토지 등 소유자가 사업시행자인지에 따라 사업시행인가 신청시 요구되는 동의정족수(동의요건)가 국민의 권리·의무 관련 본질적 사항인지 여부에 대한 판례 내용이 다름. '자치규약'이라는 표현이 나오므로 조합의 정관으로 정하도록 위임한 것이 아니며, 토지등 소유자가 사업시행자임을 알 수 있음 ⇒ 동의정족수는 본질적 사항이고 법률로 정해야 함

• 도시환경정비사업 사업시행자 ⇨ 사업주체이면서 행정주체의 지위도 보유

① 토지등소유자가 사업시행시(헌재 판례) : 토지소유자 동의 얻어 사업시행인가 신청(행정주체 지위를 지닌 사업시행자 지정문제) ⇨ 동의정족수를 정하는 것은 국민의 권리·의무 형성에 관한 기본적·본질적 요소로 의회유보·법률유보 사항 ⇨ 동의정족수를 자치규약으로 정하도록 위임하는 것은 법률유보·의회유보 원칙 위반(헌재 2011.8.30. 2009헌바128)

② 조합(사업시행자)이 사업시행시(대법원 판례) : 토지소유자 동의를 받는 등 법령상 요건·절차 갖춰 설립인가를 받음으로써 사업시행자 지위 획득. 조합의 사업시행계획 작성은 자치법적 요소를 지님. 조합이 사업시행인가 신청시 동의요건은 토지 등 소유자의 사전통제를 위한 절차적 요건에 불과하며 국민의 권리·의무에 관한 기본적·본질적 사항이 아님 ⇨ 동의요건을 정관에 포괄적으로 위임해도 포괄위임금지원칙 위반 아님, 법률유보·의회유보 원칙 위반 아님(대판 2007.10.12. 2006두14476).

- ③ [헌법재판소 판례] 토지등소유자가 도시환경정비사업 시행시 사업시행인가 신청 전에 얻어야 하는 토지등소유자의 동의 요건을 '정관 등에 위임함으로써 자치 규약이 정하는 바에 따라 토지등소유자의 동의를 얻도록 한 것(구 도시 및 주거환경정비법 제28조)은 법률유보원칙 위반 : 도시정비법상 조합이 사업을 시행하는 경우에는 토지등소유자로부터 조합설립의 동의를 받는 등 관계 법령에서 정한 요건과 절차를 갖추어 관할 행정청으로부터 조합설립인가를 받음으로써 사업시행자의 지위를 얻게 되는 반면, 토지등소유자가 사업을 시행하는 경우에는 이 사건 동의요건 조항에 의해 자치규약이 정하는 바에 따라 토지등소유자의 동의를 얻어 사업시행인가를 신청하는 단계에서 사업시행자가 구체적으로 드러나고 관할 행정청으로부터 사업시행인가를 받음으로써 사업시행자의 지위를 얻게 된다(도시정비법 제28조 제1항, 같은 법 시행령 제41조 제2항 제3호, 같은 법 시행규칙 제9조 제1항). 그런데 도시정비법상의 사업시행자는 정비구역 내에서 독점적·배타적인 사업시행권을 가지는 사업주체일 뿐 아니라 관할 행정청의 감독 아래 정비구역 안에서 정비사업을 시행하는 목적 범위 내에서 법령이 정하는 바에 따라 일정한 행정작용을 행하는 행정주체로서의 지위를 갖는다. 따라서 토지등소유자가 도시환경정비사업을 시행하는 경우 사업시행인가 신청시 필요한 토지등소유자의 동의는 개발사업의 주체 및 정비구역 내 토지등소유자를 상대로 수용권을 행사하고 각종 행정처분을 발할 수 있는 행정주체로서의 지위를 가지는 사업시행자를 지정하는 문제로서 그 동의요건을 정하는 것은 토지등소유자의 재산권에 중대한 영향을 미치고, 이해관계인 사이의 충돌을 조정하는 중요한 역할을 담당한다. 그렇다면 사업시행인가 신청시 요구되는 토지등소유자의 동의정족수를 정하는 것은 국민의 권리와 의무의 형성에 관한 기본적이고 본질적인 사항으로 법률유보 내지 의회유보의 원칙이 지켜져야 할 영역이다. 사업시행자를 지정한다는 면에서 같은 성격을 가지는 조합설립인가에 대해서는 조합설립인가 신청시 필요한 동의정족수에 관해 도시정비법에서 명문으로 규정(제16조 제1항)하고 있는 점을 보아도 토지등소유자가 사업시행인가를 신청하기 위해 얻어야 하는 동의정족수는

자치규약에 정할 것이 아니라 입법자가 스스로 결정해야 할 사항이라 할 것이다. 입법자는 2009. 2. 6. 법률 제9444호에 의하여 도시정비법 제28조 제7항을 신설하여 도시환경정비사업을 토지등소유자가 시행하고자 하는 경우 사업시행인가 신청 전에 얻어야 하는 토지등소유자의 동의정족수를 법률에 명문으로 규정하였는바, 이는 이 사건 동의요건 조항이 토지등소유자 사업시행방식에 대하여 동의정족수를 법률에 규정하지 않고 자치규약에 정하도록 한 데 대한 반성적 고려가 포함된 것이라고 보인다. 따라서 사업시행인가 신청에 필요한 동의정족수를 자치규약에 정하도록 한 이 사건 동의요건 조항은 법률유보 내지 의회유보 원칙에 위배된다(헌재 2011.8.30. 2009헌바128).

- ㉠ [대법원 판례] 도시 및 주거환경정비법 28조 4항 본문 사업시행자인 조합의 사업시행인가 신청시 토지 등 소유자의 동의요건은 본질적 사항이 아님 : 법률이 공법적 단체 등의 정관에 자치법적 사항을 위임한 경우에는 헌법 제75조가 정하는 포괄적인 위임입법의 금지는 원칙적으로 적용되지 않는다고 봄이 상당하고, 그렇다 하더라도 그 사항이 국민의 권리·의무에 관련되는 것일 경우에는 적어도 국민의 권리·의무에 관한 기본적이고 본질적인 사항은 국회가 정하여야 한다. 구 도시 및 주거환경정비법(2005. 3. 18. 법률 제7392호로 개정되기 전의 것)상 사업시행자에게 사업시행계획의 작성권이 있고 행정청은 단지 이에 대한 인가권만을 가지고 있으므로 사업시행자인 조합의 사업시행계획 작성은 자치법적 요소를 가지고 있는 사항이라 할 것이고, 이와 같이 사업시행계획의 작성이 자치법적 요소를 가지고 있는 이상, 조합의 사업시행인가 신청시의 토지 등 소유자의 동의요건 역시 자치법적 사항이라 할 것이며, 따라서 2005. 3. 18. 법률 제7392호로 개정된 도시 및 주거환경정비법 제28조 제4항 본문이 **사업시행인가 신청시의 동의요건을 조합의 정관에 포괄적으로 위임하고 있다고 하더라도 헌법 제75조가 정하는 포괄위임입법금지의 원칙이 적용되지 아니하므로 이에 위배된다고 할 수 없다. 그리고 조합의 사업시행인가 신청시의 토지 등 소유자의 동의요건이 비록 토지 등 소유자의 재산상 권리·의무에 영향을 미치는 사업시행계획에 관한 것이라고 하더라도, 그 동의요건은 사업시행인가 신청에 대한 토지 등 소유자의 사전 통제를 위한 절차적 요건에 불과하고 토지 등 소유자의 재산상 권리·의무에 관한 기본적이고 본질적인 사항이라고 볼 수 없으므로 법률유보 내지 의회유보의 원칙이 반드시 지켜져야 하는 영역이라고 할 수 없고, 따라서 개정된 도시 및 주거환경정비법 제28조 제4항 본문이 법률유보 내지 의회유보의 원칙에 위배된다고 할 수 없다**(대판 2007.10.12. 2006두14476).

답 ①

2

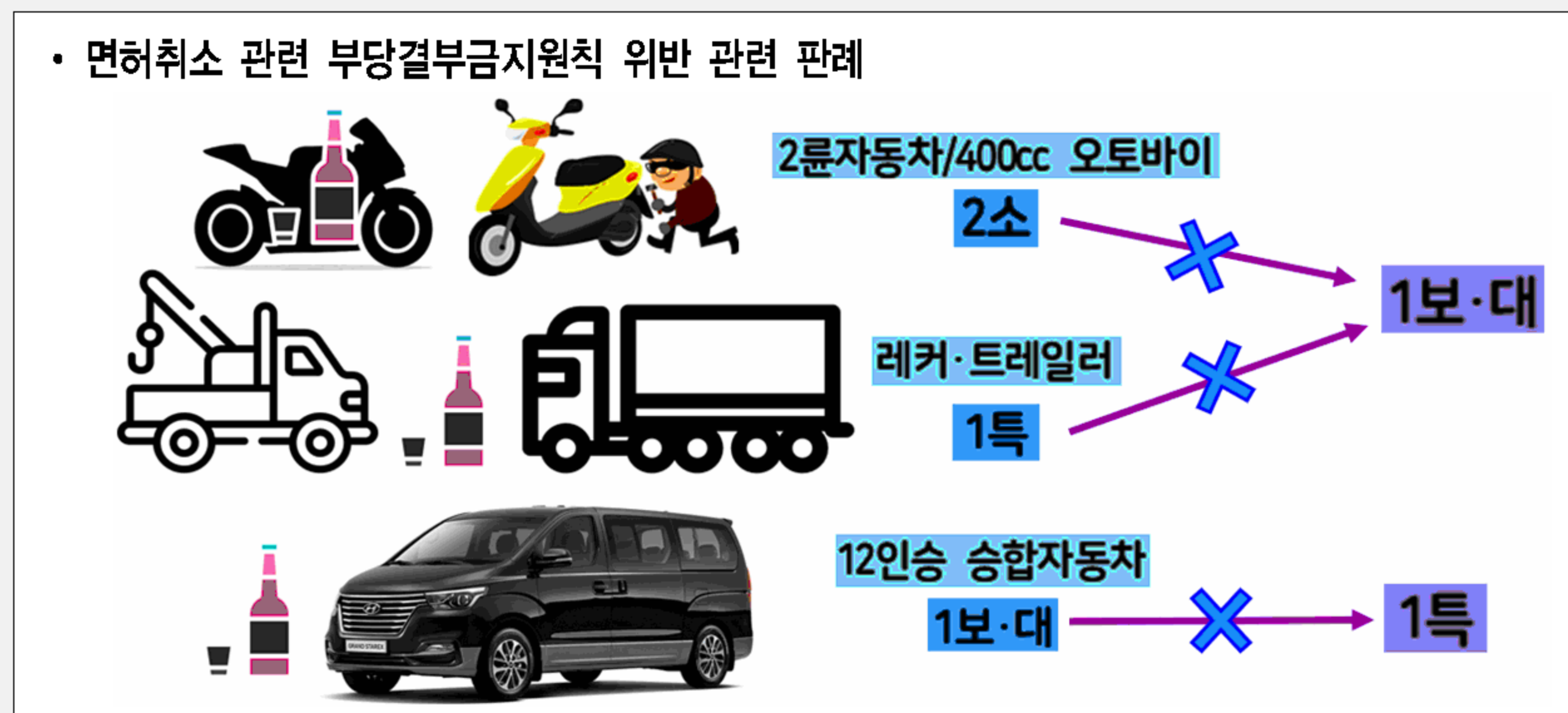
부당결부금지의 원칙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 고속국도 관리청이 고속도로 부지와 접도구역에 송유관 매설을 허가하면서 상대방과 체결한 협약에 따라 송유관 시설을 이전하게 될 경우 그 비용을 상대방에게 부담하도록 한 부관은 부당결부금지원칙에 반하지 않는다.
- ② 이륜자동차로서 제2종 소형면허를 가진 사람만이 운전할 수 있는 오토바이를 음주운전한 사유만 가지고서는 제1종 대형면허나 보통면허의 취소나 정지를 할 수 없다.
- ③ 행정법의 일반원칙으로서 부당결부금지원칙을 명시적으로 규정한 실정법은 없다.
- ④ 제1종 대형면허로 운전할 수 있는 차량을 운전면허정지기간 중에 운전한 경우에는 이와 관련된 제1종 보통면허까지 취소할 수 있다.

해설

- ① (○) 고속국도 관리청이 고속도로 부지와 접도구역에 송유관 매설을 허가하면서 상대방과 체결한 협약에 따라 송유관 시설을 이전하게 될 경우 그 비용을 상대방에게 부담하도록 하였고, 그 후 도로법 시행규칙이 개정되어 접도구역에는 관리청의 허가 없이도 송유관을 매설할 수 있게 된 사안에서, 위 협약이 효력을 상실하지 않을 뿐만 아니라 위 협약에 포함된 부관이 부당결부금지의 원칙에도 반하지 않는다(대판 2009.2.12. 2005다65500)
- ② (○) 한 사람이 여러 종류의 자동차운전면허를 취득하는 경우뿐 아니라 이를 취소 또는 정지함에 있어서도 서로 별개의 것으로 취급하는 것이 원칙이라 할 것이고 그 취소나 정지의 사유가 특정의 면허에 관한 것이 아니고 다른 면허와 공통된 것이거나 운전면허를 받은 사람에 관한 경우에는 여러 운전면허 전부를 취소 또는 정지할 수도 있다고 보는 것이 상당할 것이지만, 이륜자동차로서 제2종 소형면허를 가진 사람만이 운전할 수 있는 오토바이는 제1종 대형면허나 보통면허를 가지고서도 이를 운전할 수 없는 것이어서 이와 같은 이륜자동차의 운전은 제1종 대형면허나 보통면허와는 아무런 관련이 없는 것이므로 이륜자동차를 음주운전한 사유만 가지고서는 제1종 대형면허나 보통면허의 취소나 정지를 할 수 없다.(대판 1992.9.22. 91누8289)

• 면허취소 관련 부당결부금지원칙 위반 관련 판례



- ③ (×) 행정기본법 제13조(부당결부금지의 원칙) 행정청은 행정작용을 할 때 상대방에게 해당 행정작용과 실질적인 관련이 없는 의무를 부과해서는 아니 된다.
- ④ (○) 한 사람이 여러 종류의 자동차운전면허를 취득하는 경우뿐 아니라 이를 취소 또는 정지함에 있어서도 서로 별개의 것으로 취급하는 것이 원칙이기는 하지만, 자동차운전면허는 그 성질이 대인적 면허일 뿐만 아니라 도로교통법시행규칙 제26조 [별표 14]에 의하면, 제1종 보통면허 소지자는 승용자동차만이 아니라 원동기장치자전거까지 운전할 수 있도록 규정하고 있어 제1종 보통면허의 취소에는 원동기장치자전거의 운전까지 금지하는 취지가 포함된 것이어서 이들 차량의 운전면허는 서로 관련된 것이라고 할 것이므로, 제1종 보통면허로 운전할 수 있는 차량을 운전면허정지기간 중에 운전한 경우에는 이와 관련된 원동기장치자전거면허까지 취소할 수 있다(대판 1997.5.16. 97누2313).

답 ③

3

신고에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 구 「유통산업발전법」에 따른 대규모점포의 개설 등록은 이른바 ‘수리를 요하는 신고’로서 행정처분에 해당한다.
- ② 정신과의를원을 개설하려는 자가 법령에 규정되어 있는 요건을 갖추어 개설신고를 한 때에, 행정청은 원칙적으로 이를 수리하여 신고필증을 교부하여야 하나, 법령에서 정한 요건 이외의 사유를 들어 의원급 의료기관 개설신고의 수리를 거부할 수 있다.
- ③ 법령에서 요구하고 있지 아니한 ‘대지사용승낙서’가 제출되지 아니하였거나 대지소유권자의 사용승낙이 없다는 사유로 가설건축물 존치기간 연장신고의 수리를 거부할 수 없다.
- ④ 불특정 다수인을 대상으로 학습비를 받고 정보통신매체를 이용하여 원격평생교육을 실시하기 위해 구 「평생교육법」 해당 조항에 따라 형식적 요건을 모두 갖추어 ‘시민사회단체 부설 평생교육시설신고’를 한 경우 실체적 사유를 들어 신고 수리를 거부할 수 없다.

해설

- ① (○) 구 「유통산업발전법」에 따른 대규모점포의 개설 등록은 이른바 ‘수리를 요하는 신고’로서 행정처분에 해당한다 : 구 유통산업발전법(2013. 1. 23. 법률 제11626호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제2조 제3호, 제3조의2 제1항, 제8조 제1항, 제12조의2 제1항, 제2항, 제3항, 구 유통산업발전법 시행령(2013. 4. 22. 대통령령 제24511호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 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 해당하고 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 해당하지는, 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).
- ② (×) 의료법이 의료기관의 종류에 따라 허가제와 신고제를 구분하여 규정하고 있는 취지 및 정신과의를원을 개설하려는 자가 법령에 규정되어 있는 요건을 갖추어 개설신고를 한 경우, 행정청이 법령에서 정한 요건 이외의 사유를 들어 의원급 의료기관 개설신고의 수리를 거부할 수 없음 : 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률 제19조 제1항은 “정신의료기관의 개설은 의료법에 따른다. 이 경우 의료법 제36조에도 불구하고 정신의료기관의 시설·장비의 기준과 의료인 등 종사자의 수·자격에 관하여 필요한 사항은 정신의료기관의 규모 등을 고려하여 보건복지부령으로 따로 정한다.”라고 규정하고 있다. 위 후단 규정의 위임에 따라, 같은 법 시행규칙 [별표 3], [별표 4]는 정신의료기관에 관하여 시설·장비의 기준과 의료인 등 종사자의 수·자격 기준을 구체적으로 규정하고 있다. 한편 의료법은 의료기관의 개설 주체가 의원·치과의원·한의원 또는 조산원을 개설하려고 하는 경우에는 시장·군수·구청장에게 신고하도록 규정하고 있지만(제33조 제3항), 종합병원·병원·치과병원·한방병원 또는 요양병원을 개설하려고 하는 경우에는 시·도지사의 허가를 받도록 규정하고 있다(제33조 제4항). 이와 같이 의료법이 의료기관의 종류에 따라 허가제와 신고제를 구분하여 규정하고 있는 취지는, 신고 대상인 의원급 의료기관 개설의 경우 행정청이 법령에서 정하고 있는 요건 이외의 사유를 들어 신고 수리를 반려하는 것을 원칙적으로 배제함으로써 개설 주체가 신속하게 해당 의료기관을 개설할 수 있도록 하기 위함이다. 앞서 본 관련 법령의 내용과 이러한 신고제의 취지를 종합하면, 정신과의를원을 개설하려는 자가 법령에 규정되어 있는 요건을 갖추어 개설신고를 한 때에, 행정청은 원칙적으로 이를 수리하여 신고필증을 교부하여야 하고, 법령에서 정한 요건 이외의 사유를 들어 의원급 의료기관 개설신고의 수리를 거부할 수는 없다.(대판 2018.10.25. 2018두44302).
- ③ (○) 가설건축물 존치기간을 연장하려는 건축주 등이 법령에 규정되어 있는 제반 서류와 요건을 갖추어 행정청에 연장신고를 한 경우, 행정청이 법령에서 요구하지 않은 ‘대지사용승낙서’ 등의 서류가 제출되지 아니하였거나, 대지소유권자의 사용승낙이 없다는 등의 사유를 들어 연장신고의 수리를 거부할 수 없음 : 가설건축물은 건축법상 ‘건축물’이 아니므로 건축허가나 건축신고 없이 설치할 수 있는 것이 원칙이지만 일정한 가설건축물에 대하여는 건축물에 준하여 위험을 통제하여야 할 필요가 있으므로 신고 대상으로 규율하고 있다. 이러한 신고제도의 취지에 비추어 보면, 가설건축물 존치기간을 연장하려는 건축주 등이 법령에 규정되어 있는 제반 서류와 요건을 갖추어 행정청에 연장신고를 한 때에는 행정청은 원칙적으로 이를 수리하여 신고필증을 교부하여야 하고, 법령에서 정한 요건 이외의 사유를 들어 수리를 거부할 수는 없다. 따라서 행정청으로서는 법령에서 요구하고 있지도 아니한 ‘대지사용승낙서’ 등의 서류가 제출되지 아니하였거나, 대지소유권자의 사용승낙이 없다는 등의 사유를 들어 가설건축물 존치기간 연장신고의 수리를 거부하여서는 아니 된다.(대판 2018.1.25. 2015두35116)
- ④ (○) 정보통신매체를 이용하여 학습비를 받고 불특정 다수인에게 원격평생교육을 실시하기 위해 구 평생교육법 제22조 등에서 정한 형식적 요건을 모두 갖추어 신고한 경우, 행정청이 실체적 사유를 들어 신고 수리를 거부할 수 없음 : 구 평생교육법(2007. 10. 17. 법률 제8640호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제22조 제1항, 제2항, 제3항, 구 평생교육법 시행령(2004. 1. 29. 대통령령 제18245호로 개정되기 전의 것) 제27조 제1항, 제2항, 제3항에 의하면, 정보통신매체를 이용하여 학습비를 받지 않고 원격평생교육을 실시하고자 하는 경우에는 누구든지 아무런 신고 없이 자유롭게 이를 할 수 있고, 다만 위와 같은 교육을 불특정 다수인에게 학습비를 받고 실시하는 경우에는 이를 신고해야 하나, 법 제22조가 신고를 요하는 제2항과 신고를 요하지 않는 제1항에서 ‘학습비’ 수수 외에 교육 대상이나 방법 등 다른 요건을 달리 규정하고 있지 않을 뿐 아니라 제2항에서도 학습비 금액이나 수령 등에 관하여 아무런 제한을 하고 있지 않은 점에 비추어 볼 때, 행정청으로서는 신고서 기재사항에 흠결이 없고 정해진 서류가 구비된 때에는 이를 수리해야 하고, 이러한 형식적 요건을 모두 갖추었음에도 신고대상이 된 교육이나 학습이 공익적 기준에 적합하지 않는다는 등 실체적 사유를 들어 신고 수리를 거부할 수는 없다.(대판 2011.7.28. 2005두11784)

답 ②

4

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

- ① 변호사등록은 대한변호사협회가 「변호사법」에 의하여 국가로부터 위탁받아 수행하는 공행정사무에 해당한다.
- ② 영업정지처분을 받았으나 아직 적법하게 소매인 지정이 취소되지 않은 자는 구 「담배사업법」 해당 규정의 적용대상이 되는 ‘소매인 지정’을 받지 아니한 자’에 해당하지 않는다.
- ③ 피해해자에게 이루어진 요양승인처분이 불복기간의 경과로 확정되었다 하더라도 사업주는 피해해자가 재해 발생 당시 자신의 근로자가 아니라는 사정을 들어 보험급여액징수처분의 위법성을 주장할 수 있다.
- ④ 자동차 운전면허 취소처분을 받은 사람이 자동차를 운전하였으나 운전면허 취소처분의 원인이 된 교통사고 또는 법규위반에 대하여 범죄사실의 증명이 없는 때에 해당한다는 이유로 무죄판결이 확정되었더라도 그 운전면허 취소처분이 취소되지 않고 있다면 「도로교통법」에 규정된 무면허운전의 죄로 처벌할 수 있다.

해설

- ① (○) 대한변호사협회는 변호사와 지방변호사회의 지도·감독에 관한 사무를 처리하기 위하여 변호사법에 의하여 설립된 공법인으로서, 변호사등록은 피고 협회가 변호사법에 의하여 국가로부터 위탁받아 수행하는 공행정사무에 해당한다. 따라서 대한변호사협회의 장(長)은 국가로부터 위탁받은 공행정사무인 ‘변호사등록에 관한 사무’를 수행하는 범위 내에서는 국가배상법 제2조에서 정한 공무원에 해당한다(대판 2021.1.28. 2019다260197).
- ② (○) 구 담배사업법 제12조 제2항, 제16조 제1항, 제17조 제1항 제4호, 제2항, 제27조의3 제1호의 내용과 형식, 문언상 의미 등과 함께 형벌법규의 확장해석을 금지하는 죄형법정주의의 일반원칙 등에 비추어 보면, 구 담배사업법 제27조의3 제1호의 적용대상이 되는 ‘소매인 지정’을 받지 아니한 자’는 처음부터 소매인 지정’을 받지 않거나 소매인 지정’을 받았으나 이후 소매인 지정이 취소되어 소매인 자격을 상실한 자만을 의미하는 것으로 보아야 하고, 영업정지처분을 받았으나 아직 적법하게 소매인 지정이 취소되지 않은 자는 여기에 해당하지 않는다(대판 2015.1.15. 2010도15213).
- ③ (○) **피해해자에게 이루어진 요양승인처분이 불복기간의 경과로 확정되었다 하더라도 사업주는 피해해자가 재해 발생 당시 자신의 근로자가 아니라는 사정을 들어 보험급여액징수처분의 위법성을 주장할 수 있다** : 산재보험법 제13조 제1항 제1호에 의하면, 산재보험관계가 성립하였음에도 산재보험관계 성립신고를 게을리한 기간 중에 그 근로자에게 재해가 발생하여 근로복지공단으로부터 보험급여를 지급한 경우, 근로복지공단은 대통령령이 정하는 바에 따라 그 보험급여액 중 전부 또는 일부를 사업주로부터 징수할 수 있도록 하고 있다. 한편, 일반적으로 행정처분이나 행정심판 재결이 불복기간의 경과로 확정될 경우 그 확정력은, 처분으로 법률상 이익을 침해받은 자가 당해 처분이나 재결의 효력을 더 이상 다툴 수 없다는 의미일 뿐, 더 나아가 판결과 같은 기판력이 인정되는 것은 아니어서 그 처분의 기초가 된 사실관계나 법률적 판단이 확정되고 당사자들이나 법원이 이에 기속되어 모순되는 주장이나 판단을 할 수 없게 되는 것은 아니다. 따라서 피해해자에게 요양승인처분이 이루어지고 그러한 요양승인처분이 불복기간의 경과로 확정되었다 하더라도, 재해발생 당시 사업주와 피해해자 사이에 산재보험관계가 성립하였다는 점까지 확정되는 것은 아니며, 또 재해 발생 당시 산재보험관계가 성립하였는지 여부는 보험급여액 징수처분의 적법요건이 되는 것이므로, 이 사건에서 원심이, 피해해자인 참가인에 대한 요양승인처분에 불가쟁력이 생겼다는 이유로, 이 사건 보험급여액 징수처분에서 참가인이 원고의 근로자가 아니라는 사정을 들어 그 위법성을 주장할 수 없다고 판단한 것에는 보험급여액 징수처분의 적법요건이나 행정처분의 확정력이 미치는 범위에 관한 법리오해 등의 위법이 있다(대판 2008.7.24. 2006두20808).
- ④ (×) **자동차운전면허 취소처분을 받은 자가 자동차를 운전했으나 운전면허취소처분의 원인이 된 교통사고나 법규위반에 대해 범죄사실의 증명이 없는 때에 해당한다는 이유로 무죄판결이 확정된 경우, 운전면허취소처분이 취소되지 않았더라도 도로교통법에 규정된 무면허운전의 죄로 처벌할 수 없음** [사실관계] 갑은 2017년 10월 24일 음주운전하였다는 이유로 단속되어 2018년 6월 4일 지방경찰청장으로부터 운전면허 취소처분을 받았다. 검사는 2018년 9월 18일 갑을 도로교통법위반(음주운전)죄로 기소하였다. 그럼에도 갑은 2018년 11월 1일 무면허운전을 하다가 적발되었다. 검사는 갑을 다시 도로교통법위반(무면허운전)죄로 기소하였다. 제1심은 두 사건을 병합하여 심리한 후 음주운전 부분은 범죄의 증명이 부족하다는 이유로 무죄를 선고하고 무면허운전 부분은 유죄로 판단하였고, 제2심도 이를 그대로 유지하였다. 무면허운전 부분은 피고인이 상고하였으나, 음주운전 부분은 검사가 상고하지 않아 무죄가 확정되었다.
[판결 내용] 구 도로교통법(2020. 6. 9. 법률 제17371호로 개정되기 전의 것) 제93조 제1항 제1호에 의하면, 지방경찰청장은 운전면허를 받은 사람이 같은 법 제44조 제1항을 위반하여 술에 취한 상태에서 자동차를 운전한 경우 행정안전부령으로 정하는 기준에 따라 운전면허를 취소하거나 1년 이내의 범위에서 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있다. 그러나 자동차 운전면허가 취소된 사람이 그 처분의 원인이 된 교통사고 또는 법규 위반에 대하여 혐의없음 등으로 불기소처분을 받거나 무죄의 확정판결을 받은 경우 지방경찰청장은 구 도로교통법 시행규칙(2020. 12. 10. 행정안전부령 제217호로 개정되기 전의 것) 제91조 제1항 [별표 28] 1. 마.항 본문에 따라 즉시 그 취소처분을 취소하고, 같은 규칙 제93조 제6항에 따라 도로교통공단에 그 내용을 통보하여야 하며, 도로교통공단도 즉시 취소당시의 정기적성검사기간, 운전면허증 갱신기간을 유효기간으로 하는 운전면허증을 새로이 발급하여야 한다. 그리고 행정청의 자동차 운전면허 취소처분이 직권으로 또는 행정쟁송절차에 의하여 취소되면, 운전면허 취소처분은 그 처분 시에 소급하여 효력을 잃고 운전면허 취소처분에 복종할 의무가 원래부터 없었음이 확정되므로, 운전면허 취소처분을 받은 사람이 운전면허 취소처분이 취소되기 전에 자동차를 운전한 행위는 도로교통법에 규정된 무면허운전의 죄에 해당하지 아니한다. 위와 같은 관련 규정 및 법리, 헌법 제12조가 정한 적법절차의 원리, 형벌의 보충성 원칙을 고려하면, 자동차 운전면허 취소처분을 받은 사람이 자동차를 운전하였으나 운전면허 취소처분의 원인이 된 교통사고 또는 법규 위반에 대하여 범죄사실의 증명이 없는 때에 해당한다는 이유로 무죄판결이 확정된 경우에는 그 취소처분이 취소되지 않았더라도 도로교통법에 규정된 무면허운전의 죄로 처벌할 수는 없다고 보아야 한다(대판 2021.9.16. 2019도11826).

답 ④

5

행정입법의 위임에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 시행령의 내용이 모법의 입법 취지와 전체를 유기적·체계적으로 보아 모법 조항의 취지에 근거하여 이를 구체화하는 것이라도 모법에 직접 위임하는 규정이 없다면 무효이다.
- ② 수권규정에서 사용하고 있는 용어의 의미를 넘어 위임 내용을 구체화하는 단계를 벗어나 새로운 입법을 한 것으로 볼 수 있다면 위임의 한계를 넘은 것이다.
- ③ 예측가능성은 어느 시행령 규정이 모법의 위임 범위를 벗어난 것인지를 판단할 때 중요한 기준이 된다.
- ④ 조례가 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항을 법률에서 위임받은 후, 지방자치단체장이 정하는 ‘규칙’에 재위임할 때는 구체적인 범위를 정하여 다시 위임하여야 한다.

해설

- ① (×) 법률의 시행령이나 시행규칙은 법률에 의한 위임이 없으면 개인의 권리·의무에 관한 내용을 변경·보충하거나 법률이 규정하지 아니한 새로운 내용을 정할 수는 없지만, 법률의 시행령이나 시행규칙의 내용이 모법의 입법 취지와 관련 조항 전체를 유기적·체계적으로 살펴보면 모법의 해석상 가능한 것을 명시한 것에 지나지 아니하거나 모법 조항의 취지에 근거하여 이를 구체화하기 위한 것인 때에는 모법의 규율 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없으므로, 모법에 이에 관하여 직접 위임하는 규정을 두지 아니하였다고 하더라도 이를 무효라고 볼 수는 없다(대판 2014.8.20. 2012두19526).
- ② (○) 법률이 특정 사건과 관련하여 시행령에 위임을 한 경우 시행령이 위임의 한계를 준수하고 있는지를 판단할 때는 당해 법률 규정의 입법 목적과 규정 내용, 규정의 체계, 다른 규정과의 관계 등을 종합적으로 살펴야 한다. 법률의 위임 규정 자체가 그 의미 내용을 정확하게 알 수 있는 용어를 사용하여 위임의 한계를 분명히 하고 있는에도 시행령이 그 문언적 의미의 한계를 벗어났다든지, 위임 규정에서 사용하고 있는 용어의 의미를 넘어 그 범위를 확장하거나 축소함으로써 위임 내용을 구체화하는 단계를 벗어나 새로운 입법을 한 것으로 평가할 수 있다면, 이는 위임의 한계를 일탈한 것으로서 허용되지 않는다.(대판 2012.12.20. 2011두30878)
- ③ (○) 위임입법의 한계 및 위임범위의 판단 기준 - 실질적 예측(예견)가능성(유기적·체계적으로 종합 판단, 규제대상의 성질에 따라 구체적·개별적 검토): 위임명령은 법률이나 상위명령에서 구체적으로 범위를 정한 개별적인 위임이 있을 때에 가능하고, 여기에서 구체적인 위임의 범위는 규제하고자 하는 대상의 종류와 성격에 따라 달라지는 것이어서 일률적 기준을 정할 수는 없지만, 적어도 위임명령에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률이나 상위명령으로부터 위임명령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 하나, 이 경우 그 예측가능성의 유무는 당해 위임조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니라 그 위임조항이 속한 법률이나 상위명령의 전반적인 체계와 취지 목적, 당해 위임조항의 규정형식과 내용 및 관련 법규를 유기적 체계적으로 종합 판단해야 하고, 나아가 각 규제 대상의 성질에 따라 구체적 개별적으로 검토함을 요한다(대판 2006.4.14. 2004두14793).
- ④ (○) 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 않고 재위임하는 것은 복위임금지 원칙에 반할 뿐 아니라 위임명령의 제정 형식에 관한 수권법의 내용을 변경하는 것이 되므로 허용되지 않으나 위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그 중의 특정사항을 범위를 정하여 하위법령에 다시 위임하는 경우에는 재위임이 허용된다. 이러한 법리는 조례가 지방자치법 제22조 단서에 따라 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항을 법률로부터 위임받은 후, 이를 다시 지방자치단체장이 정하는 ‘규칙’이나 ‘고시’ 등에 재위임하는 경우에도 마찬가지이다(대판 2015.1.15. 2013두14238).

답 ①

6

행정입법부작위에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 하위 행정입법의 제정 없이 상위법령의 규정만으로도 집행이 이루어질 수 있는 경우라면 하위 행정입법을 제정하여야 할 작위의무는 인정되지 아니한다.
- ② 구 「국토이용관리법 시행령」의 위임에 따른 준농림지역 내의 숙박시설 설치 등 토지이용행위제한에 관한 조례에 의하여 행위제한지역과 제한대상행위를 구체적으로 지정하지 않았지만, 그 조례에서 정한 기준에 맞는 지역에 해당하는 경우, 건축허가를 거부할 수 있다.
- ③ 상위법령을 시행하기 위하여 하위법령을 제정하거나 필요한 조치를 함에 있어서는 상당한 기간을 필요로 하며 법률의 시행에 반대하는 여론의 압력이나 이익단체의 반대와 같은 사유는 지체를 정당화하는 사유가 될 수 없다.
- ④ 댐 건설로 손실을 받은 주민들은 「특정다목적댐법 시행령」이 손실보상 청구절차 및 방법을 정하지 아니한 것을 부작위위법확인소송으로 다룰 수 있다.

해설

- ① (○) 삼권분립의 원칙, 법치행정의 원칙을 당연한 전제로 하고 있는 우리 헌법 하에서 행정권의 행정입법 등 법집행의무는 헌법적 의무라고 보아야 할 것이다. 그런데 이는 행정입법의 제정이 법률의 집행에 필수불가결한 경우로서 행정입법을 제정하지 아니하는 것이 곧 행정권에 의한 입법권 침해의 결과를 초래하는 경우를 말하는 것이므로, 만일 하위 행정입법의 제정 없이 상위 법령의 규정만으로도 집행이 이루어질 수 있는 경우라면 하위 행정입법을 하여야 할 헌법적 작위의무는 인정되지 아니한다(헌재결 2005.12.22. 2004헌마66)
- ② (○) 구 국토이용관리법시행령의 위임에 따른 준농림지역 내의 숙박시설 설치 등 토지이용행위제한에 관한 조례에 의하여 행위제한지역과 제한대상행위를 구체적으로 지정하지 않은 경우에도 그 지정에 관하여 조례가 정한 기준에 해당하는 경우, 건축허가를 거부할 수 있음: 구 건축법 제8조 제1항, 제3항, 구 국토이용관리법 제15조 제1항 제4호, 같은법시행령 제14조 제1항의 각 규정에 의하면, 준농림지역 안으로서 지방자치단체의 조례가 정하는 지역에서 식품위생법 소정의 식품접객업, 공중위생법 소정의 숙박업 등을 영위하기 위한 시설 중 지방자치단체의 조례가 정하는 시설의 건축을 제한할 수 있는바, 이러한 관계 법령의 규정을 종합하여 보면, 지방자치단체의 조례의 의하여 준농림지역 내의 건축제한지역이라는 구체적인 취지의 지정·고시가 행하여지지 아니하였다 하더라도, 조례에서 정하는 기준에 맞는 지역에 해당하는 경우에는 숙박시설의 건축을 제한할 수 있다고 할 것이고, 그러한 기준에 해당함에도 불구하고 무조건 숙박시설 등의 건축허가를 하여야 하는 것은 아니라고 할 것이며, 조례에서 정한 요건에 저촉되지 아니하는 경우에 비로소 건축허가를 할 수 있는 것으로 보아야 할 것이다. 부연하면, 그러한 구체적인 지역의 지정·고시 여부는 숙박시설 등 건축허가 여부를 결정하는 요건이 된다고 볼 수 없다고 할 것이다(대판 1999.8.19. 98두1857).
- ③ (○) [치과전문의자격시험제도 실시에 관한 시행규칙을 제정하지 않은 진정입법부작위 사건] 상위법령을 시행하기 위하여 하위법령을 제정하거나 필요한 조치를 함에 있어서는 상당한 기간을 필요로 하며 합리적인 기간내의 지체를 위헌적인 부작위로 볼 수 없으나, 이 사건의 경우 현행 규정이 제정된 때(1976. 4. 15)로부터 이미 20년이상이 경과되었음에도 아직 치과전문의제도의 실시를 위한 구체적 조치를 취하고 있지 아니하고 있으므로 합리적 기간내의 지체라고 볼 수 없고, 법률의 시행에 반대하는 여론의 압력이나 이익단체의 반대와 같은 사유는 지체를 정당화하는 사유가 될 수 없다(헌재 1998.7.16. 96헌마246).
- ④ (×) 입법부작위에 대한 부작위위법확인소송 불가: 원고는 안동지역 댐 피해대책위원회 위원장으로서 안동댐 건설로 인하여 급격한 이상기후의 발생 등으로 많은 손실을 입어 왔는 바, 특정다목적댐법 41조에 의하면 다목적댐 건설로 인한 손실보상의무가 국가에게 있고 같은 법 42조에 의하면 손실보상절차와 그 방법 등 필요한 사항은 대통령령으로 규정하도록 되어 있음에도 피고가 이를 제정하지 아니한 것은 행정입법부작위에 해당하는 것이어서 그 부작위위법확인을 구한다고 주장하나, 행정소송은 구체적 사건에 대한 법률상 분쟁을 법에 의하여 해결함으로써 법적 안정을 기하자는 것이므로 부작위위법확인소송의 대상이 될 수 있는 것은 구체적 권리의무에 관한 분쟁이어야 하고 추상적인 법령에 관하여 제정의 여부 등은 그 자체로서 국민의 구체적인 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 것이 아니어서 행정소송의 대상이 될 수 없으므로 이 사건 소는 부적법하다(대판 1992.5.8. 91누11261).

답 ④

7

행정청의 재량권이 인정되기 가장 어려운 경우는?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 보건의료정책을 위하여 필요하거나 국민보건에 중대한 위해가 발생하거나 발생할 우려가 있을 때 지도와 명령을 할 것인지의 결정
- ② 술에 취한 상태에 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있음에도 불구하고 경찰공무원의 음주측정에 응하지 아니한 때 운전면허 취소여부의 결정
- ③ 감정평가사시험을 실시함에 있어 어떠한 합격기준을 선택할 것인가 여부의 결정
- ④ 건설공사를 계속하기 위한 발굴허가신청에 대하여 그 공사를 계속하기 위하여 부득이 발굴할 필요가 있는지 여부에 대한 허가권자의 결정

해설

① **[재량행위]** 의료법 제53조 제1항, 제2항, 제59조 제1항의 문언과 체제, 형식, 모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받을 수 있도록 국민의료에 필요한 사항을 규정함으로써 국민의 건강을 보호하고 증진하려는 의료법의 목적 등을 종합하면, 불확정개념으로 규정되어 있는 의료법 제59조 제1항에서 정한 지도와 명령의 요건에 해당하는지, 나아가 요건에 해당하는 경우 행정청이 어떠한 종류와 내용의 지도나 명령을 할 것인지의 판단에 관해서는 행정청에 재량권이 부여되어 있다(대판 2016.1.28. 2013두21120).

② **[기속행위]** 음주측정거부를 이유로 한 운전면허취소처분은 기속행위 : 도로교통법 제78조(현 93조) 제1항 단서 제8호의 규정에 의하면, 술에 취한 상태에 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있음에도 불구하고 경찰공무원의 측정에 응하지 아니한 때에는 필요적으로 운전면허를 취소하도록 되어 있어 처분청이 그 취소 여부를 선택할 수 있는 재량의 여지가 없음이 그 법문상 명백하므로, 위 법조의 요건에 해당하였음을 이유로 한 운전면허취소처분에 있어서 재량권의 일탈 또는 남용의 문제는 생길 수 없다.(대판 2004.11.12. 2003두12042).

cf) 음주운전자의 운전면허취소는 재량행위 : 지방경찰청장이 운전면허를 받은 사람이 술에 취한 상태에서 자동차 등을 운전을 한 것 등을 이유로 도로교통법 제78조 제8호에 따라서 운전면허를 취소하는 것은 기속행위가 아니다.(대판 1993.2.9. 92누15253)

• **도로교통법 제93조(운전면허의 취소·정지)** ① 시·도경찰청장은 운전면허(연습운전면허는 제외한다. 이하 이 조에서 같다)를 받은 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 행정안전부령으로 정하는 기준에 따라 운전면허(운전자가 받은 모든 범위의 운전면허를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)를 취소하거나 1년 이내의 범위에서 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있다. 다만, 제2호, 제3호, 제7호, 제8호, 제8호의2, 제9호(정기 적성검사 기간이 지난 경우는 제외한다), 제14호, 제16호, 제17호, 제20호의 규정에 해당하는 경우에는 운전면허를 취소하여야 하고, 제18호의 규정에 해당하는 경우에는 정당한 사유가 없으면 관계 행정기관의 장의 요청에 따라 운전면허를 취소하거나 1년 이내의 범위에서 정지하여야 한다.
1. 제44조제1항을 위반하여 술에 취한 상태에서 자동차등을 운전한 경우
3. 제44조제2항 후단을 위반하여 술에 취한 상태에 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있음에도 불구하고 경찰공무원의 측정에 응하지 아니한 경우

③ **[재량행위]** 지가공시및토지등의평가에관한법률시행령 제18조 제1항, 제2항은 감정평가사시험의 합격기준으로 절대평가제 방식을 원칙으로 하되, 행정청이 감정평가사의 수급상 필요하다고 인정할 때에는 상대평가제 방식으로 할 수 있다고 규정하고 있으므로, 감정평가사시험을 실시함에 있어 어떠한 합격기준을 선택할 것인가는 시험실시기관인 행정청의 고유한 정책적인 판단에 맡겨진 것으로서 자유재량에 속한다(대판 1996.9.20. 96누6882).

④ **[재량행위]** 문화재보호법에 의한 '건설공사를 계속하기 위한 고분발굴허가'는 재량행위[예외적 승인] : 구 「문화재보호법」 제44조 1항 단서 3호의 규정에 의하여 문화체육부장관 또는 그 권한을 위임받은 문화재관리국장 등이 건설공사를 계속하기 위한 발굴허가신청에 대하여 그 공사를 계속하기 위하여 부득이 발굴할 필요가 있는지의 여부를 결정하여 발굴을 허가하거나 이를 허가하지 아니함으로써 원형 그대로 매장되어 있는 상태를 유지하는 조치는 허가권자의 재량행위에 속하는 것이므로, 행정청은 발굴허가가 신청된 고분 등의 역사적 의의와 현상, 주변의 문화적 상황 등을 고려하여 역사적으로 보존되어 온 매장문화재의 현상이 파괴되어 다시는 회복할 수 없게 되거나 관련된 역사문화자료가 멸실되는 것을 방지하고 그 원형을 보존하기 위한 공익상의 필요에 기하여 그로 인한 개인의 재산권 침해 등 불이익이 훨씬 크다고 여겨지는 경우가 아닌 한 발굴을 허가하지 아니할 수 있다 할 것이고, 행정청이 매장문화재의 원형보존이라는 목표를 추구하기 위하여 문화재보호법 등 관계 법령이 정하는 바에 따라 내린 전문적·기술적 판단은 특별히 다른 사정이 없는 한 이를 최대한 존중해야 하는 것이다. 따라서 신라시대의 주요한 역사·문화적 유적이 다수 소재한 선도산에 위치한 고분에 대한 발굴발굴허가처분은 재량권의 일탈 또는 남용이 아니라고 할 것이다(대판 2000.10.27. 99두264).

답 ②

8

재량행위에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 과징금 납부 명령에 대하여 그 명령이 재량권을 일탈하였을 경우 법원이 적정하다고 인정되는 부분을 초과한 부분만 취소할 수 있다.
- ② 귀화신청인이 귀화요건을 갖추지 못한 경우 법무부장관은 재량권을 행사할 여지 없이 귀화불허처분을 하여야 한다.
- ③ 처분이 재량권을 일탈·남용하였다는 사정은 처분의 효력을 다투는 자가 주장·증명하여야 한다.
- ④ 재량행위의 경우 행정청의 재량에 기한 공익판단의 여지를 감안하여 법원은 독자의 결론을 도출함이 없이 당해 행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만을 심사하게 된다.

해설

① (×) **재량행위인 과징금 납부명령의 일부 취소 불가(전부취소 해야 함)** : 처분을 할 것인지 여부와 처분의 정도에 관하여 재량이 인정되는 과징금 납부명령에 대하여 그 명령이 재량권을 일탈하였을 경우 법원으로는 재량권의 일탈 여부만 판단할 수 있을 뿐이지 재량권의 범위 내에서 어느 정도가 적정한 것인지에 관하여 판단할 수 없으므로 그 전부를 취소할 수밖에 없고, 법원이 적정하다고 인정되는 부분을 초과한 부분만 취소할 수는 없는 것이며, 또한 수개의 위반행위에 대하여 하나의 과징금 납부명령을 하였으나 수개의 위반행위 중 일부의 위반행위만이 위법하지만, 소송상 그 일부의 위반행위를 기초로 한 과징금액을 산정할 수 있는 자료가 없는 경우에는 하나의 과징금납부명령 전부를 취소할 수밖에 없다(대판 2007.10.26. 2005두3172).

② (○) 귀화신청인이 구 국적법 제5조 각호에서 정한 귀화요건을 갖추지 못한 경우 법무부장관은 귀화 허부에 관한 재량권을 행사할 여지 없이 귀화불허처분을 하여야 한다(대판 2018.12.13. 2016두31616).

cf) 귀화요건을 갖추어도 귀화허가는 재량행위 : 귀화허가는 외국인에게 대한민국 국적을 부여함으로써 국민으로서의 법적 지위를 포괄적으로 설정하는 행위이고, 법무부장관은 귀화신청인이 법률이 정하는 귀화요건을 갖추었다고 하더라도 귀화를 허가할 것인지 여부에 관하여 재량권을 가진다(대판 2010.7.15. 2009두19069).

③ (○) 재량행위에 해당하는 행정행위에 대한 사법심사는 기속행위에 대한 사법심사와는 달리 행정청의 재량에 기초한 공익 판단의 여지를 감안하여 법원이 독자적인 결론을 내리지 않고 해당 행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만을 심사하게 되고, 이러한 재량권의 일탈·남용 여부에 대한 심사는 사실오인, 비례·평등의 원칙 위배 등을 그 판단 대상으로 하며, 이러한 **재량권의 일탈·남용에 대하여는 그 행정행위의 효력을 다투는 사람(원고)이 증명책임을 진다**(대판 2016.10.27. 2015두41579).

④ (○) **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 심사하게 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).

기속행위 : 완전심사방식	법원이 사실인정과 관련 법규의 해석·적용을 통하여 일정한 결론을 도출한 후 그 결론에 비추어 행정청이 한 판단의 적법여부를 독자의 입장에서 판정. 위법성이 인정되면, 법원은 일부취소도 가능.
재량행위 : 제한심사방식	행정청의 재량에 기한 공익판단의 여지를 감안하여 법원은 독자의 결론을 도출함이 없이 당해 행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만 판단. 위법성이 인정되면, 법원은 처분청의 재량권을 존중하는 차원에서 전부취소만 가능. 예) 재량행위인 영업정지처분이 적정한 영업정지기간을 초과하여서 위법한 경우 그 초과부분만을 취소할 수 없음.

답 ①

9 「행정기본법」상 처분에 대한 내용으로 옳지 않은 것은?

- ① 법령 등을 위반한 행위 후 법령 등의 변경에 의하여 그 행위가 법령 등을 위반한 행위에 해당하지 아니하거나 제재처분 기준이 가벼워진 경우로서 해당 법령 등에 특별한 규정이 없는 경우에는 변경된 법령 등을 적용한다.
- ② 행정청은 처분에 재량이 있는 경우 법률이 정하는 바에 따라 완전히 자동화된 시스템으로 처분할 수 있다.
- ③ 행정청은 재량이 있는 처분을 할 때에는 관련 이익을 정당하게 형량하여야 하며, 그 재량권의 범위를 넘어서는 아니 된다.
- ④ 처분은 권한이 있는 기관이 취소 또는 철회하거나 기간의 경과 등으로 소멸되기 전까지는 유효한 것으로 통용된다.

해설

- ① (○) **제14조(법 적용의 기준)** ③ 법령등을 위반한 행위의 성립과 이에 대한 제재처분은 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 법령등을 위반한 행위 당시의 법령등에 따른다. 다만, 법령등을 위반한 행위 후 법령등의 변경에 의하여 그 행위가 법령등을 위반한 행위에 해당하지 아니하거나 제재처분 기준이 가벼워진 경우로서 해당 법령등에 특별한 규정이 없는 경우에는 변경된 법령등을 적용한다.
- ② (×) **제20조(자동적 처분)** 행정청은 법률로 정하는 바에 따라 완전히 자동화된 시스템(인공지능 기술을 적용한 시스템을 포함한다)으로 처분을 할 수 있다. 다만, **처분에 재량이 있는 경우는 그러하지 아니하다.**
- ③ (○) **제21조(재량행사의 기준)** 행정청은 재량이 있는 처분을 할 때에는 관련 이익을 정당하게 형량하여야 하며, 그 재량권의 범위를 넘어서는 아니 된다.
- ④ (○) **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. ⇨ **공정력**

답 ②

[관련기출]

1. 행정기본법 상 처분에 대한 설명으로 옳은 것은?

2021 지방7급

- ① 행정청은 적법한 처분의 경우 당사자의 신청이 있는 경우에만 철회가 가능하다.
- ② 행정청은 처분에 재량이 있는 경우 법령이나 행정규칙이 정하는 바에 따라 완전히 자동화된 시스템으로 처분할 수 있다.
- ③ 당사자의 신청에 따른 처분은 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 신청 당시의 법령 등에 따른다.
- ④ 새로운 법령 등은 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 법령 등의 효력 발생 전에 완성되거나 종결된 사실관계 또는 법률관계에 대해서는 적용되지 아니한다.

2. 「행정기본법」에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

2022 소방직

- ① 행정작용은 법률에 위반되어서는 아니 되며, 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 경우와 그 밖에 국민생활에 중요한 영향을 미치는 경우에는 법률에 근거하여야 한다.
- 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.
- ③ 즉시강제는 다른 수단으로는 행정목적 달성할 수 없는 경우에만 허용되며, 이 경우에도 최소한으로만 실시하여야 한다.
- ④ 행정청은 법률로 정하는 바에 따라 처분에 재량이 있는 경우에도 완전히 자동화된 시스템으로 처분을 할 수 있다.

답 1. ④ 2. ④

10 강학상 공증에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 운전경력증명서상의 기재행위는 당해 운전면허취득자에 대한 자동차운전면허대상상의 기재사항을 옮겨 적는 것이므로 운전경력증명서에 한 등재의 말소를 구하는 소는 부적법하다.
- ② 지적공부 소관청의 지목변경신청 반려행위는 국민의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.
- ③ 무허가건물이 지장물 이전 및 철거와 관련한 협의계약을 체결할 당시까지 무허가건물관리대장에 등재되어 있었다가 그 이후 무허가건물관리대장에서 삭제되었다고 하여 이주대책에서 정한 원고의 법률상 지위에 어떠한 영향을 미친다고 볼 수 없다.
- ④ 토지대장을 직권으로 말소한 행위는 국민의 권리관계에 변동을 미치는 것이 아니므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 아니한다.

해설

- ① (○) **자동차운전면허대상 상 등재행위의 처분성 부정** : 자동차운전면허대상상 일정한 사항의 등재행위는 운전면허행정사무집행의 편의와 사실증명의 자료로 삼기 위한 것일 뿐 그 등재행위로 인하여 당해 운전면허 취득자에게 새로이 어떠한 권리가 부여되거나 변동 또는 상실되는 효력이 발생하는 것은 아니므로 이는 행정소송의 대상이 되는 독립한 행정처분으로 볼 수 없고, 운전경력증명서상의 기재행위 역시 당해 운전면허 취득자에 대한 자동차운전면허대상상의 기재사항을 옮겨 적는 것에 불과할 뿐이므로 운전경력증명서에 한 등재의 말소를 구하는 소는 부적법하다 할 것이다.(대판 1991.9.24. 91누1400)
- ② (○) **지적공부 소관청이 토지대장을 직권으로 말소한 행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당함** : 토지대장은 토지에 대한 공법상의 규제, 개발부담금의 부과대상, 지방세의 과세대상, 공시지가의 산정, 손실보상가액의 산정 등 토지행정의 기초자료로서 공법상의 법률관계에 영향을 미칠 뿐만 아니라, 토지에 관한 소유권보존등기 또는 소유권이전등기를 신청하려면 이를 등기소에 제출해야 하는 점 등을 종합해 보면, 토지대장은 토지의 소유권을 제대로 행사하기 위한 전제요건으로서 토지 소유자의 실체적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있으므로, 이러한 토지대장을 직권으로 말소한 행위는 국민의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2013.10.24. 2011두13286)
- ③ (○) **관할관청이 무허가건물의 무허가건물관리대장 등재 요건에 관한 오류를 바로잡으면서 해당 무허가건물을 무허가건물관리대장에서 삭제하는 행위는 행정처분이 아님** : 무허가건물관리대장은 행정관청이 지방자치단체의 조례 등에 근거하여 무허가건물 정비에 관한 행정상 사무처리의 편의와 사실증명의 자료로 삼기 위하여 작성, 비치하는 대장으로서 무허가건물을 무허가건물관리대장에 등재하거나 등재된 내용을 변경 또는 삭제하는 행위로인하여 당해 무허가 건물에 대한 실체상의 권리관계에 변동을 가져오는 것이 아니고, 무허가건물의 건축시기, 용도, 면적 등이 무허가건물관리대장의 기재에 의해서만 증명되는 것도 아니므로, 관할관청이 무허가건물의 무허가건물관리대장 등재 요건에 관한 오류를 바로잡으면서 당해 무허가건물을 무허가건물관리대장에서 삭제하는 행위는 다른 특별한 사정이 없는 한 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니다. **무허가건물이 지장물 이전 및 철거와 관련한 협의계약을 체결할 당시까지 무허가 건물관리대장에 등재되어 있다가 그 후 삭제되었다고 하더라도 이주대책에서 정한 무허가건물 소유자의 법률상 지위에 어떠한 영향도 미치지 않으므로**, 무허가건물관리대장 등재 삭제행위의 취소를 구하는 소는 부적법하다(대판 2009.3.12. 2008두11525).
- ④ (×) **지적공부 소관청이 토지대장을 직권으로 말소한 행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당함** : 토지대장은 토지에 대한 공법상의 규제, 개발부담금의 부과대상, 지방세의 과세대상, 공시지가의 산정, 손실보상가액의 산정 등 토지행정의 기초자료로서 공법상의 법률관계에 영향을 미칠 뿐만 아니라, 토지에 관한 소유권보존등기 또는 소유권이전등기를 신청하려면 이를 등기소에 제출해야 하는 점 등을 종합해 보면, 토지대장은 토지의 소유권을 제대로 행사하기 위한 전제요건으로서 토지 소유자의 실체적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있으므로, 이러한 토지대장을 직권으로 말소한 행위는 국민의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2013.10.24. 2011두13286)

공증의 처분성

처분성 긍정(실체상의 권리관계에 변동 발생)	처분성 부정(실체상 권리관계 변동이 발생 안 함)
① 지적 소관청의 토지분할신청 거부 ② 지적등록사항 정정신청 반려 행위-헌법소원대상인 공권력의 행사에 해당 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 자동차운전면허대상 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	⑧ 부가가치세법상 과세관청의 사업자등록 직권말소
⑩ 지적공부 소관청의 토지대장 직권말소	

답 ④

11 행정입법에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 구 「주택건설촉진법」 제33조의6 제6항의 위임에 의하여 건설교통부장관의 ‘고시’형식으로 되어 있는 ‘주택건설공사 감리비 지급기준’은 이를 건설교통부령으로 정하도록 한 구 「주택법」이 시행된 이후에도 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로서 효력을 가진다.
- ② 법령에서 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하여 위임한 경우에는 고시 등으로 정할 수 있다.
- ③ 법률이 입법사항을 위임할 때 헌법이 명시하고 있는 법규명령의 형식이 아닌 행정규칙에 위임하더라도 국회입법의 원칙과 상치되지 아니한다.
- ④ 「산업재해보상보험법 시행령」 [별표3] ‘업무상 질병에 대한 구체적인 인정 기준’은 예시적 규정에 불과한 이상 그 위임에 따른 고용노동부 고시가 대외적으로 국민과 법원을 구속하는 효력이 있는 규범이라고 볼 수 없다.

해설

- ① (×) **상위법령에서 세부사항 등을 시행규칙으로 정하도록 위임했는데 고시 등 행정규칙으로 정한 경우, 대외적 구속력을 가지는 법규명령의 효력이 없음** :령의 규정이 특정 행정기관에게 법령 내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서 권한행사의 절차나 방법을 특정하지 아니한 경우에는 수임 행정기관은 행정규칙이나 규정 형식으로 법령 내용이 될 사항을 구체적으로 정할 수 있다. 이 경우 행정규칙 등은 당해 법령의 위임한계를 벗어나지 않는 한 대외적 구속력이 있는 법규명령으로서 효력을 가지게 되지만, 이는 행정규칙이 갖는 일반적 효력이 아니라 행정기관에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 법령 규정의 효력에 근거하여 예외적으로 인정되는 것이다. 따라서 그 행정규칙이나 규정이 상위법령의 위임범위를 벗어난 경우에는 법규명령으로서 대외적 구속력을 인정할 여지는 없다. 이는 행정규칙이나 규정 '내용'이 위임범위를 벗어난 경우뿐 아니라 상위법령의 위임규정에서 특정하여 정한 권한행사의 '절차'나 '방식'에 위배되는 경우도 마찬가지이므로, 상위법령에서 세부사항 등을 시행규칙으로 정하도록 위임하였음에도 이를 고시 등 행정규칙으로 정하였다면 그 역시 대외적 구속력을 가지는 법규명령으로서 효력이 인정될 수 없다(대판 2012.7.5. 2010다72076).
- ②③ (○) **헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 예시적이며 행정규칙에도 위임 가능** : 오늘날 의회의 입법독점주의에서 입법중심주의로 전환하여 일정한 범위 내에서 행정입법을 허용하게 된 동기가 사회적 변화에 대응한 입법수요의 급증과 종래의 형식적 권력분립주의로는 현대사회에 대응할 수 없다는 기능적 권력분립론에 있다는 점 등을 감안하여 헌법 제40조와 헌법 제75조, 제95조의 의미를 살펴보면, 국회입법에 의한 수권이 입법기관이 아닌 행정기관에게 법률 등으로 구체적인 범위를 정하여 위임한 사항에 관하여는 당해 행정기관에게 법정립의 권한을 갖게 되고, 입법자가 규율의 형식도 선택할 수 있다 할 것이므로, 헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 예시적인 것으로 보아야 할 것이고, 그것은 **법률이 행정규칙에 위임하더라도 그 행정규칙은 위임된 사항만을 규율할 수 있으므로, 국회입법의 원칙과 상치되지도 않는다**. 다만 행정규칙은 법규명령과 같은 엄격한 제정 및 개정절차를 요하지 아니하므로, 재산권 등과 같은 기본권을 제한하는 작용을 하는 법률이 입법위임을 할 때에는 대통령령, 총리령, 부령 등 법규명령에 위임함이 바람직하고, **고시와 같은 형식으로 입법위임을 할 때에는 적어도 행정규제기본법 제4조 제2항 단서에서 정한 바와 같이 법령이 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 한정된다** 할 것이고, 그러한 사항이라 하더라도 포괄위임금지의 원칙상 법률의 위임은 반드시 구체적·개별적으로 한정된 사항에 대하여 행하여져야 한다.(헌재결 2006.12.28. 2005헌바59)
- ④ (○) 「산업재해보상보험법 시행령」 [별표 3] '업무상 질병에 대한 구체적인 인정 기준'은 '뇌혈관 질병 또는 심장 질병', '근골격계 질병'의 업무상 질병 인정 여부 결정에 필요한 사항은 고용노동부장관이 정하여 고시하도록 위임하고 있다(제1호 다.목, 제2호 마.목). 위임근거인 산업재해보상보험법 시행령 [별표 3] '업무상 질병에 대한 구체적인 인정 기준'이 예시적 규정에 불과한 이상, 그 위임에 따른 고용노동부 고시가 대외적으로 국민과 법원을 구속하는 효력이 있는 규범이라고 볼 수는 없고, 상급행정기관이자 감독기관인 고용노동부장관이 그 지도·감독 아래 있는 근로복지공단에 대하여 행정내부적으로 업무처리지침이나 법령의 해석·적용 기준을 정해주는 '행정규칙'이라고 보아야 한다(대판 2020.12.24. 2020두39297).

답 ①

12 「행정기본법」상 부관에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정청은 처분에 재량이 없는 경우에는 법률에 근거가 있는 경우에 부관을 붙일 수 있다.
 ② 행정청은 처분에 재량이 있는 경우에는 법률에 근거가 없어도 부관을 붙일 수 있다.
 ③ 사정이 변경되어 부관을 새로 붙이거나 종전의 부관을 변경하지 아니하면 해당 처분의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우 그 처분을 한 후에도 부관을 새로 붙이거나 종전의 부관을 변경할 수 있다.
 ④ 부관이 해당 처분과 실질적인 관련이 없더라도 목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 범위이면 붙일 수 있다.

해설

- ④ (×) 부관은 **해당 처분과 실질적인 관련성이 있어야 하고** 해당 처분의 목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 범위에서 가능(행정기본법 제17조 4항 2호·3호)

• 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.
 ③ 행정청은 부관을 붙일 수 있는 처분이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 처분을 한 후에도 부관을 새로 붙이거나 종전의 부관을 변경할 수 있다.
 1. 법률에 근거가 있는 경우
 2. 당사자의 동의가 있는 경우
 3. 사정이 변경되어 부관을 새로 붙이거나 종전의 부관을 변경하지 아니하면 해당 처분의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우
 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 **목적 달성하기 위하여 필요한 최소한의 범위일 것**

답 ④

13 행정조사에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 강제조사 중 조사상대방이 조사를 거부하는 경우, 판례는 일관되게 피조사자에 대한 실력행사에 관한 명문의 규정이 없더라도 실력행사를 할 수 있다고 하고 있다.
 ② 판례에 따르면 행정조사에서 나아가 범죄수사를 하면서 행하는 압수·수색에는 영장이 필요하지 않다고 한다.
 ③ 판례는 세무조사의 결정은 납세의무자의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 공권력 작용으로 항고소송의 대상이 된다고 하였다.
 ④ 「행정조사기본법」에 따르면 「통계법」상 지정통계의 작성을 위하여 조사하는 경우 실시기관의 장은 조사개시 7일 전까지 조사대상자에게 서면으로 통지하여야 한다.

해설

- ① (×) 강제조사(권력적 행정조사) 중 적법한 조사를 위한 가택출입·검사·질문 등에 대해 상대방이 이를 거부하는 경우 행정청이 실력으로 필요한 조사를 할 수 있는가에 대해 긍·부정설 대립이 있으며 현행법이 행정조사를 거부·방해하거나 기피한 자에 대하여 징역·벌금·과료 등의 별도 벌칙규정을 두고 있기 때문에 직접적인 실행행위 자체는 허용되지 않는다는 부정설이 다수설이다. 실행행위 여부에 대한 명문 규정이나 판례는 없다.
- ② (×) **수출입물품 통관검사가 형사책임 추궁 목적(수사기관의 범죄수사인 압수·수색)인 경우 영장 필요** : 수사기관에 의한 압수·수색의 경우 헌법과 형사소송법이 정한 적법절차와 영장주의 원칙은 법률에 따라 허용된 예외사유에 해당하지 않는 한 관철되어야 한다. 세관공무원이 수출입물품을 검사하는 과정에서 마약류가 감추어져 있다고 밝혀지거나 그러한 의심이 드는 경우, 검사는 마약류의 분산을 방지하기 위하여 충분한 감시체제를 확보하고 있어 수사를 위하여 이를 외국으로 반출하거나 대한민국으로 반입할 필요가 있다는 요청을 세관장에게 할 수 있고, 세관장은 그 요청에 응하기 위하여 필요한 조치를 할 수 있다(마약류 불법거래 방지에 관한 특례법 제4조 제1항). 그러나 이러한 조치가 수사기관에 의한 압수·수색에 해당하는 경우에는 영장주의 원칙이 적용된다. 물론 수출입물품 통관검사절차에서 이루어지는 물품의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 수출입물품에 대한 적정한 통관 등을 목적으로 조사를 하는 것으로서 이를 수사기관의 강제처분이라고 할 수 없으므로, 세관공무원은 압수·수색영장 없이 이러한 검사를 진행할 수 있다. 세관공무원이 통관검사를 위하여 직무상 소지하거나 보관하는 물품을 수사기관에 임의로 제출한 경우에는 비록 소유자의 동의를 받지 않았더라도 수사기관이 강제로 점유를 취득하지 않은 이상 해당 물품을 압수하였다고 할 수 없다. **그러나 마약류 불법거래 방지에 관한 특례법 제4조 제1항에 따른 조치의 일환으로 특정한 수출입물품을 개봉하여 검사하고 그 내용물의 점유를 취득한 행위는 위에서 본 수출입물품에 대한 적정한 통관 등을 목적으로 조사를 하는 경우와는 달리, 범죄수사인 압수 또는 수색에 해당하여 사전 또는 사후에 영장을 받아야 한다**(대판 2017.7.18. 2014도8719).
- cf) 우편물 통관검사절차에서 압수·수색영장 없이 진행된 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등 검사는 위법이 아님(수사기관의 강제처분이 아니므로)
- ③ (○) **세무조사결정은 항고소송의 대상이 되는 행정처분** : 부과처분을 위한 과세관청의 질문조사권이 행해지는 세무조사결정이 있는 경우 납세의무자는 세무공무원의 과세자료 수집을 위한 질문에 대답하고 검사를 수인하여야 할 법적 의무를 부담하게 되는 점, 세무조사는 기본적으로 적정하고 공평한 과세의 실현을 위하여 필요한 최소한의 범위 안에서 행하여져야 하고, 더욱이 동일한 세목 및 과세기간에 대한 재조사는 납세자의 영업의 자유 등 권익을 심각하게 침해할 뿐만 아니라 과세관청에 의한 자의적인 세무조사의 위험마저 있으므로 조세공평의 원칙에 현저히 반하는 예외적인 경우를 제외하고는 금지될 필요가 있는 점, 납세의무자로 하여금 개개의 과태료 처분에 대하여 불복하거나 조사 종료 후의 과세처분에 대하여만 다툴 수 있도록 하는 것보다는 그에 앞서 세무조사결정에 대하여 다툼으로써 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있는 점 등을 종합하면, **세무조사결정은 납세의무자의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 공권력의 행사에 따른 행정작용으로서 항고소송의 대상이 된다**(대판 2011.3.10. 2009두23617, 23624).
- ④ (×)

• **행정조시기본법 제17조(조사의 사전통지)** ① 행정조사를 실시하고자 하는 행정기관의 장은 제9조에 따른 출석요구서, 제10조에 따른 보고요구서·자료제출요구서 및 제11조에 따른 현장출입조사서(이하 “출석요구서등”이라 한다)을 조사개시 7일 전까지 조사대상자에게 서면으로 통지하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 **행정조사의 개시와 동시에 출석요구서등을 조사대상자에게 제시하거나 행정조사의 목적 등을 조사대상자에게 구두로 통지할 수 있다.**

1. 행정조사를 실시하기 전에 관련 사항을 미리 통지하는 때에는 증거인멸 등으로 행정조사의 목적을 달성할 수 없다고 판단되는 경우
2. 「통계법」 제3조제2호에 따른 지정통계의 작성을 위하여 조사하는 경우
3. 제5조 단서에 따라 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우

답 ③

14 「행정절차법」에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 처분기준이 법규명령 형식으로 제정된 경우에는 입법절차에 따라 공포하여야 하나, 행정규칙 형식으로 설정된 경우에는 이를 공고하지 않는다.
- ② 처분의 이유제시 원칙은 직접적으로 부담을 주는 행정처분에 적용되며, 수익적 행정행위의 거부에는 적용되지 않는다.
- ③ 처분의 방식과 처분 신청의 방식 모두에서 문서주의를 취한다.
- ④ 사전통지의 예외에 해당하여 사전통지하지 않는 경우에는 처분을 할 때도 당사자 등에게 통지하지 아니한 사유를 알릴 필요가 없다.

해설

- ① (×) 처분기준은 공표 필요(법규명령 형식과 행정규칙 형식에 따라 공표 여부가 달라지지 않음)
제20조(처분기준의 설정·공표) ① 행정청은 필요한 처분기준을 해당 처분의 성질에 비추어 되도록 구체적으로 정하여 공표하여야 한다. 처분기준을 변경하는 경우에도 또한 같다. ② 제1항에 따른 처분기준을 공표하는 것이 해당 처분의 성질상 현저히 곤란하거나 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해치는 것으로 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 처분기준을 공표하지 아니할 수 있다.
- ② (×) 처분의 이유제시는 수익적 처분의 거부에도 적용. 단, 수익적 처분의 거부에 대해서는 사전통지나 의견청취절차는 적용 안 됨.

• **행정절차법 상 처분절차 : 신청에 의한 처분절차(수익적 처분절차)와 불이익처분절차(침익적 처분절차)로 구분**

수익적·침익적 처분의 공통절차	수익적 처분(신청에 의한 처분)에만 적용되는 절차	불이익 처분에만 적용되는 절차
① 처분기준의 설정·공표(20조) ② 처분의 이유제시 (강학상 이유부기)(23조) ③ 처분의 방식 : 문서주의(24조) ④ 처분의 정정(단순한 오기·오산)(25조) ⑤ 고지제도	① 처분의 신청(17조) ② 다수의 행정청이 관여하는 처분(18조) ③ 처리기간 설정·공표(19조)	① 처분의 사전통지 (21조 1항·3항) ② 의견청취[의견진술]절차 ㉠ 의견제출 ㉡ 청문 ㉢ 공청회

- ③ (○) 처분의 방식과 처분 신청의 방식 모두 원칙적으로 문서주의이다.

• 행정절차법

제24조(처분의 방식) ① 행정청이 처분을 할 때에는 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 문서로 하여야 하며, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 전자문서로 할 수 있다.

1. 당사자등의 동의가 있는 경우
2. 당사자가 전자문서로 처분을 신청한 경우

제17조(처분의 신청) ① 행정청에 처분을 구하는 신청은 문서로 하여야 한다. 다만, 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우와 행정청이 미리 다른 방법을 정하여 공시한 경우에는 그러하지 아니하다.

④ (×)

• 행정절차법

제21조(처분의 사전 통지)

④ 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

⑥ 제4항에 따라 사전 통지를 하지 아니하는 경우 행정청은 처분을 할 때 당사자들에게 통지를 하지 아니한 사유를 알려야 한다. 다만, 신속한 처분이 필요한 경우에는 처분 후 그 사유를 알릴 수 있다.

답 ③

15 다음 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 항고소송에서 처분의 위법 여부는 특별한 사정이 없는 한 그 처분 당시를 기준으로 판단하여야 하지만, 신청에 따른 처분의 경우에는 신청 당시의 법령 등에 따른다.
- ② 양도인이 최초 영업허가를 받을 당시에 ‘영업장 면적’이 허가(신고)대상이 아니었더라도 영업자 지위승계신고 수리 시점을 기준으로 당시의 식품위생법령에 따른 인적·물적 요건을 갖추어야 한다.
- ③ 개정된 근거법령이 기존의 사실 또는 법률관계를 적용대상으로 하면서 국민의 재산권과 관련하여 종전보다 불리한 법률효과를 규정하고 있는 경우에도 그러한 사실 또는 법률관계가 개정 법률이 시행되기 이전에 이미 완성 또는 종결된 것이 아니라면 이를 헌법상 금지되는 소급입법에 의한 재산권 침해라고 할 수는 없다.
- ④ 행정청이 신청을 수리하고도 정당한 이유 없이 처리를 지연하여 그 사이에 법령 및 보상 기준이 변경된 경우에, 변경된 법령 및 보상 기준에 따라서 한 처분은 위법하다.

해설

- ① (×) 항고소송에서 **행정처분의 위법 여부는 행정처분이 있을 때의 법령과 사실 상태를 기준으로 판단**하여야 한다. 이는 처분 후에 생긴 법령의 개폐나 사실 상태의 변동에 영향을 받지 않는다는 뜻이지, 처분 당시 존재하였던 자료나 행정청에 제출되었던 자료만으로 위법 여부를 판단한다는 의미는 아니다. 따라서 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 2018.6.28. 2015두58195).

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

- ② (○) 식품위생법 제39조 제1항, 제3항에 의한 영업양도에 따른 지위승계 신고를 행정청이 수리하는 행위는 단순히 양도·양수인 사이에 이미 발생한 사법상의 영업양도의 법률효과에 의하여 양수인이 그 영업을 승계하였다는 사실의 신고를 접수하는 행위에 그치는 것이 아니라, 양도자에 대한 영업허가 등을 취소함과 아울러 양수자에게 적법하게 영업을 할 수 있는 지위를 설정하여 주는 행위로서 영업허가자 등의 변경이라는 법률효과를 발생시키는 행위이다. 따라서 양수인은 영업자 지위승계 신고서에 해당 영업장에서 적법하게 영업을 할 수 있는 요건을 모두 갖추었다는 점을 확인할 수 있는 소명자료를 첨부하여 제출하여야 하며(식품위생법 시행규칙 제48조 참조), 그 요건에는 신고 당시를 기준으로 해당 영업의 종류에 사용할 수 있는 적법한 건축물(점포)의 사용권원을 확보하고 식품위생법 제36조에서 정한 시설기준을 갖추어야 한다는 점도 포함된다. 영업장 면적이 변경되었음에도 그에 관한 신고의무가 이행되지 않은 영업을 양수한 자 역시 그와 같은 신고의무를 이행하지 않은 채 영업을 계속한다면 시정명령 또는 영업정지 등 제재처분의 대상이 될 수 있다(대판 2020.3.26. 2019두38830).

➡ 양도인이 최초 1972년에 일반음식점 영업허가를 받았는데, 당시에는 ‘영업장 면적’이 허가사항이 아니었음. 그 후 일반음식점에 관한 식품위생법상 규제가 영업신고제로 변경되었고, 2003년에 (변경)신고사항에 ‘영업장 면적’을 포함하는 규정이 신설되었음. 원고는 2015년 양도인으로부터 건물과 영업 일체를 양수하고 영업자 지위승계 신고를 하였는데, 그 건물을 철거하고 새로운 건물을 지은 다음 일반음식점 영업을 하였음. 원심은 양도인이 최초 영업허가를 받을 당시에 ‘영업장 면적’이 허가(신고) 대상이 아니었으므로, 그 후로도 계속 그 영업에 관해서는 양수인에게 영업장 면적 변경신고의무가 없다고 보았음. 그러나 대법원은 영업자 지위승계신고 수리 시점을 기준으로 당시의 식품위생법령에 따른 인적·물적 요건을 갖추어야 하므로 양수인에게 ‘영업장 면적’ 변경신고의무가 있으며, 영업양수 후 기존 건물을 철거하고 새 건물을 신축하여 이루어진 영업에 관해서는 ‘영업장 소재지’와 ‘영업장 면적’ 변경신고의무가 있다고 판단하여 원심판결을 파기환송함.

- ③ (○) **부진정소급입법은 원칙적으로 허용되며 소급입법금지원칙에 위반되지 않음.**

• 행정처분은 그 근거 법령이 개정된 경우에도 경과규정에서 달리 정함이 없는 한 처분 당시 시행되는 개정 법령과 그에 정한 기준에 의하는 것이 원칙이고, 그 개정 법령이 기존의 사실 또는 법률관계를 적용대상으로 하면서 국민의 재산권과 관련하여 종전보다 불리한 법률효과를 규정하고 있는 경우에도 **그러한 사실 또는 법률관계가 개정 법령이 시행되기 이전에 이미 완성 또는 종결된 것이 아니라면(부진정소급입법) 이를 헌법상 금지되는 소급입법에 의한 재산권 침해라고 할 수는 없으며**, 그러한 개정 법령의 적용과 관련하여서는 개정 전 법령의 존속에 대한 국민의 신뢰가 개정 법령의 적용에 관한 공익상의 요구보다 더 보호가치가 있다고 인정되는 경우에 그러한 국민의 신뢰를 보호하기 위하여 그 적용이 제한될 수 있는 여지가 있을 따름이다(대판 2009.7.25. 2008두8918).

④ (○) 법령개정시 허가사무 처리의 근거법(원칙적으로 허가시법)

┌ 원칙 : 허가신청 후 법령 개정으로 허가기준 변동시 ⇨ 개정법령(처분시법, 허가시법, 신법)에 의함

└ 예외 : 허가신청을 수리하고도 정당한 이유 없이 처리를 늦추어 그 사이에 법령 및 허가기준 변경시 ⇨ 허가신청시 법령(구법)에 의함

- 인·허가신청 후 처분 전에 관계법령이 개정·시행된 경우 신법령 부칙에서 신법령 시행 전에 이미 허가신청이 있는 때에는 종전의 규정에 의한다는 취지의 경과규정을 두지 아니한 이상 당연히 허가신청 당시의 법령에 의하여 허가 여부를 판단해야 하는 것은 아니며, 소관 행정청이 허가신청을 수리하고도 정당한 이유 없이 처리를 늦추어 그 사이에 법령 및 허가기준이 변경된 것이 아닌 한 새로운 법령 및 허가기준에 따라서 한 불허가처분이 위법하다고 할 수 없다(대판 2006.8.25. 2004두2974).

답 ①

16

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

- ① 「건축법」상 이행강제금의 경우 시정명령을 받은 의무자가 이행강제금이 부과되기 전에 그 의무를 이행하였다면 비록 시정명령에서 정한 기간을 지나서 이행한 경우라도 이행강제금을 부과할 수 없다.
- ② 노동위원회가 「근로기준법」에 따라 이행강제금을 부과하는 경우 그 30일 전까지 하여야 하는 이행강제금 부과 예고는 ‘계고’에 해당한다.
- ③ 시정명령을 받은 의무자가 그 시정명령의 취지에 부합하는 의무를 이행하기 위한 정당한 방법으로 행정청에 신청 또는 신고를 하였으나 행정청이 위법하게 이를 거부 또는 반려함으로써 결국 그 처분이 취소되기에 이르렀다면 특별한 사정이 없는 한 그 시정명령의 불이행을 이유로 이행강제금을 부과할 수는 없다.
- ④ 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」의 해당 조항에 따른 이행강제금의 경우 이행강제금이 부과되기 전에 시정조치를 이행하거나 부작위 의무를 명하는 시정조치 불이행을 중단한 경우에는 과거의 시정조치 불이행 기간에 대하여 이행강제금을 부과할 수 없다.

해설

- ①③ (○) 건축법상 시정명령에 정한 기간이 지났으나 이행강제금 부과 전 의무 이행시 이행강제금 부과 불가 / 시정명령 받은 의무자가 시정명령 취지에 부합한 의무를 이행하기 위한 정당한 방법으로 행정청에 신청 또는 신고를 했으나 행정청이 위법하게 거부함으로써 그 처분이 취소된 경우, 시정명령의 불이행을 이유로 이행강제금 부과 불가

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

- ② (○) 이행강제금은 행정법상의 부작위업무 또는 비대체적 작위업무를 이행하지 않은 경우에 ‘일정한 기한까지 의무를 이행하지 않을 때에는 일정한 금전적 부담을 과할 뜻’을 미리 ‘계고’함으로써 의무자에게 심리적 압박을 주어 장래를 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 터 잡은 이행강제금 부과처분 역시 위법하다(대판 2015.6.24. 2011두2170).
- ④ (×) 제재적 성격도 갖는 이행강제금은 의무불이행을 중단하고 의무를 이행한 경우라도 의무불이행기간에 대한 이행강제금 부과 가능

공정거래법상 이행강제금은 일반적인 이행강제금과 다르게 해석됨을 주의. 이행강제금의 성격은 개별 법률의 규정 형식과 내용, 체계 등을 고려하여 달리 평가할 수 있고, 공정거래법상 이행강제금은 건축법 등 타 법률의 이행강제금과 규정 형식, 내용 등이 다르므로 그 법적 성격이 다르다고 판단함.

① 건축법·농지법 상 이행강제금 ⇨ 시정조치 후 시정기간이 경과하여 의무를 이행했다면, 이행강제금 부과 불가(이유 : 건축법·농지법 상 이행강제금은 장래 의무 이행을 간접적으로 강제하기 위한 것인데, 이행강제금 부과로 이행을 확보하려던 목적이 이미 실현되었기 때문)

④ 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 상 이행강제금 ⇨ 시정조치 후 시정기간이 경과하여 의무를 이행했어도 의무 불이행 기간의 이행강제금 부과 가능(공정거래법상 이행강제금은 과거의 위반행위에 대한 제재와 장래 의무 이행의 간접강제를 통합하여 시정조치 불이행기간에 비례하여 제재금을 부과하는 제도이므로)

[관련판례] 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’이라 한다)상 기업결합 제한 위반행위자에 대한 시정조치 및 이행강제금 부과 등에 관한 구 공정거래법(1999. 2. 5. 법률 제5813호로 개정되기 전의 것) 제17조 제3항, 공정거래법 제7조 제1항 제1호, 제16조 제1항 제7호, 제17조의3 제1항 제1호, 제2항, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령 제23조의4 제1항, 제3항을 종합적·체계적으로 살펴보면, 공정거래법 제17조의3은 같은 법 제16조에 따른 시정조치를 그 정한 기간 내에 이행하지 아니하는 자에 대하여 이행강제금을 부과할 수 있는 근거 규정이고, 시정조치가 공정거래법 제16조 제1항 제7호에 따른 부작위 의무를 명하는 내용이라든가 마찬가지로 보아야 한다. 나아가 이러한 이행강제금이 부과되기 전에 시정조치를 이행하거나 부작위 의무를 명하는 시정조치 불이행을 중단한 경우 과거의 시정조치 불이행기간에 대하여 이행강제금을 부과할 수 있다고 봄이 타당하다(대판 2019.12.12. 2018두63563).

답 ④

17

행정행위의 하자에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정처분의 근거법률이 헌법에 위반된다는 사정은 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전까지는 객관적으로 명백한 것이라고 할 수는 없다.
- ② 소청심사위원회가 소청사건을 심사할 때 소청인 또는 그 대리인에게 진술의 기회를 주지 아니하고 한 결정은 절차를 지키지 아니한 것으로서 당연무효가 된다고 할 수 없다.
- ③ 조세 부과에 근거가 되었던 법률규정이 위헌으로 선언된 이후, 이러한 위헌 결정의 효력을 위배하여 이루어진 체납처분은 그 사유만으로 하자가 중대하고 객관적으로 명백하여 당연무효라고 보아야 한다.
- ④ 행정청이 어느 법률관계나 사실관계에 대하여 어느 법률의 규정을 적용하여 행정처분을 한 경우에 그 해석에 다툼의 여지가 있을 때에는 행정청이 이를 잘못 해석하여 행정처분을 하였더라도 이는 그 처분 요건사실을 오인한 것에 불과하여 그 하자가 명백하다고 할 수 없다.

해설

- ① (○) 일반적으로 법률이 헌법에 위반된다는 사정은 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에는 객관적으로 명백한 것이라고 할 수는 없으므로 헌법재판소의 위헌결정 전에 행정처분의 근거되는 당해 법률이 헌법에 위반된다는 사유는 특별한 사정이 없는 한 그 행정처분의 취소소송의 전제가 될 수 있을 뿐 당연무효사유는 아니라고 봄이 상당하다(대판 2002.11.8. 2001두3181).
- ② (×) 절차하자의 효력을 법률에 규정한 사례 : 소청사건 심사시 소청인·대리인에게 진술의 기회를 주지 않고 한 결정은 무효(국가공무원법 제13조 2항 ; 지방공무원법 제18조 2항)
 • 국가공무원법 제13조(소청인의 진술권) ① 소청심사위원회가 소청 사건을 심사할 때에는 대통령령등으로 정하는 바에 따라 소청인 또는 제76조제1항 후단에 따른 대리인에게 진술 기회를 주어야 한다. ② 제1항에 따른 진술 기회를 주지 아니한 결정은 무효로 한다.
- ③ (○) 과세처분 이후 조세 부과의 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 부과의 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 당연무효라고 보아야 한다.(대판 2012.2.16. 2010두10907)
- ④ (○) 행정청이 어느 법률관계나 사실관계에 대하여 어느 법률의 규정을 적용하여 행정처분을 한 경우에 그 법률관계나 사실관계에 대하여는 그 법률의 규정을 적용할 수 없다는 법리가 명백히 밝혀져 그 해석에 다툼의 여지가 없음에도 불구하고 행정청이 위 규정을 적용하여 처분을 한 때에는 그 하자가 중대하고도 명백하다고 할 것이나, 그 법률관계나 사실관계에 대하여 그 법률의 규정을 적용할 수 없다는 법리가 명백히 밝혀지지 아니하여 그 해석에 다툼의 여지가 있는 때에는 행정관청이 이를 잘못 해석하여 행정처분을 하였더라도 이는 그 처분 요건사실을 오인한 것에 불과하여 그 하자가 명백하다고 할 수 없는 것이고, 또한 행정처분의 대상이 되는 법률관계나 사실관계가 전혀 없는 사람에게 행정처분을 한 때에는 그 하자가 중대하고도 명백하다 할 것이나, 행정처분의 대상이 되지 아니하는 어떤 법률관계나 사실관계에 대하여 이를 처분의 대상이 되는 것으로 오인할 만한 객관적인 사정이 있는 경우로서 그것이 처분대상이 되는지의 여부가 그 사실관계를 정확히 조사하여야 비로소 밝혀질 수 있는 때에는 비록 이를 오인한 하자가 중대하다고 할지라도 외관상 명백하다고 할 수는 없다.(대판 2004.10.15. 2002다68485).

답 ②

18

공법상 계약에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공중보건의사의 채용계약 해지의 의사표시에 대해서는 대등한 당사자 간의 소송형식인 공법상 당사자소송으로 무효확인을 청구할 수 있다.
- ② 행정청은 법령 등을 위반하지 아니하는 범위에서 행정목적 달성을 위하여 필요한 경우에는 공법상 법률관계에 관한 계약을 체결할 수 있고, 계약의 목적 및 내용을 명확하게 적은 계약서를 작성하여야 한다.
- ③ 과학기술기본법령상 사업 협약의 해지 통보는 단순히 대등 당사자의 지위에서 형성된 공법상계약을 계약당사자의 지위에서 종료시키는 의사표시에 불과하여 공법상 당사자소송으로 다투어야 한다.
- ④ 행정청은 공법상 계약의 상대방을 선정하고 계약 내용을 정할 때 공법상 계약의 공공성과 제3자의 이해관계를 고려하여야 한다.

해설

- ① (○) 전문직공무원인 공중보건의사의 채용계약의 해지가 관할 도지사의 일방적인 의사표시에 의하여 그 신분을 박탈하는 불이익처분이라고 하여 곧바로 그 의사표시가 관할 도지사가 행정청으로서 공권력을 행사하여 행하는 행정처분이라고 단정할 수는 없고, 공무원 및 공중보건의사에 관한 현행 실정법이 공중보건의사의 근무관계에 관하여 구체적으로 어떻게 규정하고 있는가에 따라 그 의사표시가 항고소송의 대상이 되는 처분 등에 해당하는 것인지의 여부를 개별적으로 판단하여야 할 것인바, 농어촌등보건의료유한특별조치법 제2조, 제3조, 제5조, 제9조, 제26조와 같은법시행령 제3조, 제17조, 전문직공무원규정 제5조 제1항, 제7조 및 국가공무원법 제2조 제3항 제3호, 제4항 등 관계 법령의 규정내용에 미루어 보면 현행 실정법이 전문직공무원인 공중보건의사의 채용계약 해지의 의사표시는 일반공무원에 대한 징계처분과는 달라서 항고소송의 대상이 되는 처분 등의 성격을 가진 것으로 인정되지 아니하고, 일정한 사유가 있을 때에 관할 도지사가 채용계약 관계의 한쪽 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시로 취급하고 있는 것으로 이해되므로, 공중보건의사 채용계약 해지의 의사표시에 대하여는 대등한 당사자간의 소송형식인 공법상의 당사자소송으로 그 의사표시의 무효확인을 청구할 수 있는 것이지, 이를 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라는 전제하에서 그 취소를 구하는 항고소송을 제기할 수는 없다(대판 1996.5.31. 95누10617).
- ②④ (○)

• 행정기본법 제27조(공법상 계약의 체결)

- ① 행정청은 법령등을 위반하지 아니하는 범위에서 행정목적의 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.

- ③ (×) 한국연구재단의 (과학기술기본법령상) 사업 협약의 해지 통보 ⇨ 행정처분/불복은 항고소송 : 학술진흥법 등과 과학기술기본법령의 해석상 국가가 두뇌한국(BK)21 사업의 주관연구기관인 대학에 연구개발비를 출연하는 것은, ‘연구 중심 대학’의 육성은 물론 그와 별도로 대학에 소속된 연구인력의 역량 강화에도 그 목적이 있다고 보이는 점, 기본적으로 국가연구개발사업에 대한 연구개발비의 지원은 대학에 소속된 일정한 연구단위(이하 ‘연구팀’이라고 한다)별로 신청한 연구개발과제에 대한 것이지, 그 소속 대학을 기준으로 한 것은 아닌 점, 대학은 학술진흥법 등에 정한 연구개발비의 공식적 지원 대상이자 그 관리·집행의 대외적 주체로서 협약 당사자로 되어 있을 뿐, 협약으로 인한 실질적 이해관계는 해당 연구개발과제의 수행주체인 연구팀에 귀속된다고 볼 수 있는 점, 나아가 과학기술기본법령상 사업 협약의 해지 통보는 단순히 대등 당사자의 지위에서 형성된 공법상 계약을 계약당사자의 지위에서 종료시키는 의사표시에 불과한 것이 아니라 행정청이 우월적 지위에서 연구개발비의 회수 및 관련자에 대한 국가연구개발사업 참여제한 등의 법률상 효과를 발생시키는 행정처분에 해당하므로, 이로 인하여 자신의 법률상 지위에 영향을 받는 연구자 등은 적어도 그 이해관계를 대변하는 연구팀장을 통해서 협약 해지 통보의 효력을 다룰 개별적·직접적·구체적 이해관계가 있다고 보이는 점 등 제반 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 사업의 연구팀장인 원고는 이 사건 사업에 관한 협약의 해지 통보의 효력을 다룰 법률상 이익이 있다(대판 2014.12.11. 2012두28704).

답 ③

19 국가배상의 청구 등에 대한 설명으로 옳고 그름의 표시(○, ×)가 바르게 된 것은?

- ㉠ 배상심의회에 의한 결정절차는 일종의 특별행정심판에 해당하며 임의절차이다.
- ㉡ 특별심의회는 군인·군무원이 타인에게 가하는 사건의 배상 결정을 위하여 국방부에 두며, 본부심의회 아래에 있는 하급 심의회이다.
- ㉢ 판례에 따르면 「국가배상법」상 배상기준은 단순한 배상의 기준에 불과하며 법원을 구속하지 않는다고 한다.
- ㉣ 판례는 「국가배상법」에 따라 손해배상을 받았다는 사정을 들어 「국가배상법」 제2조 제1항 단서가 정한 ‘다른 법령’에 따른 보상의 지급을 거부할 수 없다고 한다.

① ㉠ (○), ㉡ (○), ㉢ (○), ㉣ (○)

② ㉠ (×), ㉡ (○), ㉢ (×), ㉣ (×)

③ ㉠ (×), ㉡ (×), ㉢ (○), ㉣ (○)

④ ㉠ (×), ㉡ (×), ㉢ (○), ㉣ (×)

해설

- ㉠ (×) 배상심의회에 의한 결정절차는 특별행정심판절차가 아니며 임의절차이다.

• 국가배상법 제9조(소송과 배상신청의 관계) 이 법에 따른 손해배상의 소송은 배상심의회에 배상신청을 하지 아니하고도 제기할 수 있다.

배상심의회는 결정은 행정처분이 아니며 법적 구속력도 없다. 신청인은 그 결정에 대한 동의 여부 결정할 수 있고, 국가나 지방자치단체도 그 결정에 따른 배상금 지급 여부를 결정할 수 있다. 또한 신청인이 배상심의회에 배상결정에 동의하거나 지방자치단체가 배상금을 지급한 경우에도 신청인은 국가배상소송을 제기할 수 있다.

- ㉡ (×) 법무부의 본부심의회나 국방부의 특별심의회는 상급심의회이다. 본부심의회, 특별심의회, 지구심의회는 법무부장관의 지휘를 받는다.

국가나 지방자치단체에 대한 배상신청 심의	군인·군무원이 타인에게 입힌 손해에 대한 배상신청 심의
본부심의회(법무부)	특별심의회(국방부)
지구심의회(지방검찰청)	지구심의회(각군 본부, 일정 군부대)

- ㉢ (○) 구 국가배상법 3조 1항과 3항의 손해배상의 기준은 배상심의회에 배상금지급기준을 정함에 있어서의 하나의 기준을 정한 것에 지나지 않으며 이로써 배상액의 상한을 제한한 것으로 볼 수 없다 할 것이며 따라서 법원이 국가배상법에 의한 손해배상액을 산정함에 있어서 그 기준에 구애되는 것이 아니라 할 것이니 이 규정은 국가 또는 공공단체에 대한 손해배상청구권을 규정한 구 헌법(1962.12.26. 개정헌법) 26조에 위반된다고 볼 수 없다(대판 1970.1.29. 69다1203).

- ㉣ (○) 국가배상법 제2조(배상책임) ① 국가나 지방자치단체는 공무원 또는 공무를 위탁받은 사인(이하 “공무원”이라 한다)이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입히거나, 「자동차손해배상 보장법」에 따라 손해배상의 책임이 있을 때에는 이 법에 따라 그 손해를 배상하여야 한다. 다만, 군인·군무원·경찰공무원 또는 예비군대원이 전투·훈련 등 직무 집행과 관련하여 전사(戰死)·순직(殉職)하거나 공상(公傷)을 입은 경우에 본인이나 그 유족이 다른 법령에 따라 재해보상금·유족연금·상이연금 등의 보상을 지급받을 수 있을 때에는 이 법 및 「민법」에 따른 손해배상을 청구할 수 없다.

└ 「보훈보상대상자 지원에 관한 법률」상 보훈급여금을 받을 수 있으면 국가배상청구 불가

└ 「국가배상법」상 손해배상을 받은 후 「보훈보상대상자 지원에 관한 법률」상 보훈급여금 청구 가능

• 직무집행과 관련하여 공상을 입은 군인 등이 먼저 국가배상법에 따라 손해배상금을 지급받은 다음 보훈보상대상자 지원에 관한 법률이 정한 보상금 등 보훈급여금의 지급을 청구하는 경우, 국가배상법에 따라 손해배상을 받았다는 이유로 그 지급을 거부할 수 없음 : 전투·훈련 등 직무집행과 관련하여 공상을 입은 군인·군무원·경찰공무원 또는 향토예비 군대원이 먼저 국가배상법에 따라 손해배상금을 지급받은 다음 보훈보상대상자 지원에 관한 법률(이하 ‘보훈보상자법’이라 한다)이 정한 보상금 등 보훈급여금의 지급을 청구하는 경우, 국가배상법 제2조 제1항 단서가 명시적으로 ‘다른 법령에 따라 보상을 지급받을 수 있을 때에는 국가배상법 등에 따른 손해배상을 청구할 수 없다’고 규정하고 있는 것과 달리 보훈보상자법은 국가배상법에 따른 손해배상금을 지급받은 자를 보상금 등 보훈급여금의 지급대상에서 제외하는 규정을 두고 있지 않은 점, 국가배상법 제2조 제1항 단서의 입법 취지 및 보훈보상자법이 정한 보상과 국가배상법이 정한 손해배상의 목적과 산정방식의 차이 등을 고려하면 국가배상법 제2조 제1항 단서가 보훈보상자법 등에 의한 보상을 받을 수 있는 경우 국가배상법에 따른 손해배상청구를 하지 못한다는 것을 넘어 국가배상법상 손해배상금을 받은 경우 보훈보상자법상 보상금 등 보훈급여금의 지급을 금지하는 것으로 해석하기는 어려운 점 등에 비추어, 국가보훈처장은 국가배상법에 따라 손해배상을 받았다는 사정을 들어 보상금 등 보훈급여금의 지급을 거부할 수 없다(대판 2017.2.3. 2015두60075)

답 ③

20 국가배상책임의 요건으로서 과실에 대한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 과실의 입증책임은 원칙적으로 국가 측에 있으므로 국가가 과실이 없었음을 입증해야 한다.
- ② 추상적 과실, 조직 과실 등은 객관설 입장에서 과실 개념의 객관화 경향을 나타내는 말이다.
- ③ 과실개념에 대해 객관설을 취하면 위법하지만 무과실인 경우 즉 위법·무과실의 문제는 발생하지 않는다.
- ④ 원칙적으로, 공무원이 행정청의 내부기준인 재량권 행사 기준에 따라 행정처분을 하였더라도 재량권의 범위를 넘어 위법한 경우에는 공무원에게 직무상 과실이 있다고 본다.

해설

- ① (×) 입증책임에 관한 통설과 판례인 법률요건분류설에 의하면 고의·과실의 입증책임은 원고인 피해자에게 있다. 그러나 피해자가 가해공무원의 고의·과실을 입증하기란 쉽지 않다. 따라서 원고인 피해자의 권리구제를 용이하게 하기 위하여 그 입증책임을 완화하려는 경향이 나타나고 있으며, 과실의 객관화 경향이나 입증책임을 완화(고의·과실의 추정) 등이 그 사례이다.
- ② (×) 추상적 과실, 조직 과실 등은 과실개념에 대한 주관설 입장에서 과실 개념의 객관화 경향을 나타내는 말.
 - **과실 개념의 객관화 경향** : 과실의 의미를 객관화하여 국가 등의 책임범위를 확대하고 피해자 권리구제를 용이하게 하려는 경향.
 - ⑦ **추상적 과실** : 공무원 개인의 주관적 심리상태로 파악하되, 해당 공무원의 주의의무의 정도를 해당 직무를 담당하는 평균적 공무원의 주의의무로 끌어올려 파악.

[판례] 국가배상의 과실은 공무원이 그 직무를 수행함에 있어 당해 직무를 담당하는 평균인이 보통 갖추어야 할 주의의무(추상적 과실)를 게을리한 것을 말하며, 특정 공무원 개인의 지식·능력·경험의 여하에 따라 주관적으로(구체적 과실) 정하여지지 아니한다. 소방공무원이 소방법 규정에서 정하여진 직무상의 의무를 게을리 한 경우 그 의무 위반이 직무에 충실한 보통 **일반의 공무원을 표준으로 할 때 객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 정도에 이른 경우에는 「국가배상법」 제2조에서 말하는 위법의 요건을 충족하게 된다**(대판2008.4.10. 2005다48994)
 - ⑧ **조직과실이론** : 가해공무원을 특정할 필요는 없고 어느 공무원의 행위인지가 판명되지 않은 경우에도 그것이 공무원의 행위이기만 하면 국가는 배상책임을 진다는 견해.
 - ⑨ **위법성과 과실의 일원적 관점** : 위법성과 과실 중 어느 하나가 입증되면 다른 요건은 당연히 인정된다는 입장. 판례는 행정처분이 위법이라도 공무원의 고의·과실 유무는 별도의 판단을 요한다고 보지만,, 부작위가 직무상 의무위반으로 위법인 경우 과실도 인정된다고 판결(대판 2010.9.9. 2008다77795)한 바 있음.
- ③ (○) **과실의 개념에 관한 학설**
 - ① **주관설** : 직무 수행시 해당 직무를 담당하는 평균인이 보통 갖추어야 할 주의의무로 봄. 통설·판례 입장. "위법과 과실의 관계"에 있어서 위법과 과실은 상호 구별되어져 하며 현행 국가배상법에 의하면 국가배상책임이 성립하기 위해서는 공무원의 가해행위가 위법하고 그것이 공무원의 고의 또는 과실에 의한 것이어야 하므로 과실을 판례의 입장인 주관설에 따라서 공무원의 주의의무위반으로 보는 한 위법하지만 과실이 없는 경우(위법·무과실)가 있고 이 경우 국가배상책임이 성립하지 않게 된다.
 - ② **객관설** : 과실을 객관적으로 파악하여 '공무원의 위법행위로 인한 국가작용의 흠'으로 파악. 피해자 구제를 위해 위법·무과실을 배제
- ④ (×) 행정규칙에 따른 처분의 경우 후에 그 처분이 재량권을 일탈한 위법한 처분임이 판명되더라도 일반적으로 과실을 인정하기 어렵다.

행정규칙의 기준에 따라 처분한 경우 과실 부정 : 영업허가취소처분이 나중에 행정심판에 의하여 재량권을 일탈한 위법한 처분임이 판명되어 취소되었다고 하더라도 그 처분이 당시 시행되던 **공중위생법시행규칙에 정하여진 행정처분의 기준에 따른 것인 이상 그 영업허가취소처분을 한 행정청 공무원에게 그와 같은 위법한 처분을 한 데 있어 어떤 직무집행상의 과실이 있다고 할 수는 없다**(대판 1994.11.8. 94다26141).

답 ③

21 행정심판의 재결에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 행정심판위원회는 심판청구의 대상이 되는 처분 또는 부작위 외의 사항에 대하여 재결할 수 있다.
- ② 직접처분으로 법률상 이익을 침해당한 제3자는 행정심판위원회를 피고로 하여 직접처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기할 수 있다.
- ③ 취소심판의 인용재결로는 취소재결, 변경재결 및 취소명령재결, 변경명령재결이 있다.
- ④ 서면으로 하지 않은 행정심판의 재결은 취소할 수 있다.

해설

- ① (×) **행정심판법 제47조(재결의 범위)** ① 위원회는 심판청구의 대상이 되는 처분 또는 부작위 외의 사항에 대하여는 재결하지 못한다.
- ② (○) 행정심판위원회의 직접처분은 의무이행심판의 처분명령재결시 처분의무 불이행에 대해 이뤄진다. 이는 실질적으로 인용재결의 실현이므로 위원회의 직접처분으로 인해 법률상 이익을 침해당한 제3자는 처분청인 위원회를 피고로 직접처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기할 수 있다.
 - 건축허가신청 ⇨ 허가거부 ⇨ 허가신청자가 의무이행심판 청구 ⇨ 처분명령재결(허가처분 할 것을 명함) ⇨ 행정청의 불이행 ⇨ 당사자의 신청에 의해 위원회의 직접처분(허가처분) ⇨ 허가처분으로 법률상 이익을 침해받은 제3자는 처분청인 행정심판위원회를 피고로 취소소송 가능.
- ③ (×) 취소명령재결은 실효성이 없어 2010.1.25. 개정된 행정심판법에서 삭제되었다.
 - **행정심판법상 인용재결의 유형**

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

- **행정심판법 제43조(재결의 구분)** ③ 위원회는 취소심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 **처분을 취소 또는 다른 처분으로 변경하거나 처분을 다른 처분으로 변경할 것을 피청구인에게 명한다.**
- ④ (×) 서면으로 하지 않은 행정심판의 재결은 당면무효이다.(요식행위의 형식상 하자는 무효)

답 ②

22

행정지도에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 고등교육법령에 근거한 교육인적자원부 장관의 대학총장들에 대한 학칙시정요구는 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 상당히 강하게 갖는 것으로서 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사이다.
- ② 금융기관의 임원에 대한 금융감독원장의 문책경고는 그 상대방에 대한 직업선택의 자유를 직접 제한하는 효과를 발생하게 하는 등 상대방의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 행위로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.
- ③ 세무당국이 소외 회사에 대하여 원고와의 주류거래를 일정기간 중지하여 줄 것을 요청한 행위는 법률상의 지위에 직접적인 법률상의 변동을 가져오는 행정처분이라 볼 수 없다.
- ④ 행정관청이 토지거래계약신고에 관하여 공시된 기준지가를 기준으로 매매가격을 신고하도록 행정지도하여 왔고 그 기준가격 이상으로 매매가격을 신고한 경우에는 거래신고서를 접수하지 않고 반려하는 것이 관행화되어 있다면 이는 사회상규에 위배되지 않는 정당한 행위라고 할 수 있다.

해설

- ① (○) 행정지도는 행정주체가 일정한 행정목적 실현하기 위하여 사인 등 상대방에 대하여 권고·조언 등의 방법으로 일정한 행위를 하거나 하지 않도록 유도하는 비권력적 사실행위로서, 그 자체로 일정한 법적 효과의 발생을 목적으로 하지 않고, 다만 상대방의 임의적인 협력을 통하여 사실상의 효과를 발생시키는 것에 불과하므로, 원칙적으로 헌법소원의 대상으로서의 공권력행사성이 인정되지 않는다. 그러나 **행정지도라고 하더라도 일정한 불이익조치를 예정하고 있는 경우에는 사실상 상대방에게 그에 따른 의무를 부과하는 것과 다를 바 없어, 행정지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 상당히 강하게 가지게 되므로, 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라고 봄이 타당하다.** 교육인적자원부장관의 대학총장들에 대한 이 사건 학칙시정요구는 고등교육법 6조 2항, 동법시행령 4조 3항에 따른 것으로서 그 법적 성격은 대학총장의 임의적인 협력을 통하여 사실상의 효과를 발생시키는 행정지도의 일종이지만, 그에 따르지 않을 경우 일정한 불이익조치를 예정하고 있어 사실상 상대방에게 그에 따른 의무를 부과하는 것과 다를 바 없으므로 단순한 **행정지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 상당히 강하게 갖는 것으로서 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라고 볼 수 있다**(헌재결 2003.6.26. 2002헌마337, 2003헌마7·8).
- ② (○) **금융기관의 임원에 대한 금융감독원장의 문책경고는 처분에 해당**: 「금융기관 검사 및 제재에 관한 규정」 22조는 금융기관의 임원이 문책경고를 받은 경우에는 금융업 관련 법 및 당해 금융기관의 감독 관련 규정에서 정한 바에 따라 일정기간 동안 임원선임의 자격제한을 받는다고 규정하고 있고, 은행법 18조 3항의 위임에 기한 구 은행업감독규정 17조 2호 (다)목, 18조 1호는 제재규정에 따라 문책경고를 받은 자로서 문책경고일로부터 3년이 경과하지 아니한 자는 은행장, 상근감사위원, 상임이사, 외국은행지점 대표자가 될 수 없다고 규정하고 있어서, 문책경고는 그 **상대방에 대한 직업선택의 자유를 직접 제한하는 효과를 발생하게 하는 등 상대방의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행위로서 행정처분에 해당한다**(대판 2005.2.17. 2003두14765).
cf) **금융감독원장이 종합금융주식회사의 전 대표이사에게 재직 중 위법·부당행위 사례를 첨부하여 금융 관련 법규를 위반하고 신용질서를 심히 문란하게 한 사실이 있다는 내용으로 '문책경고장(상당)'을 보낸 행위(행정지도)의 처분성 부정**: 이 사건 서면 통보행위는 어떠한 법적 근거에 기하여 발한 것이 아니고, 단지 종합금융회사의 업무와 재산상황에 대한 일반적인 검사권한을 가진 피고가 소외 주식회사에 대하여 검사를 실시한 결과, 원고가 소외 주식회사의 대표이사로 근무할 당시 행한 것으로 인정된 위법·부당행위 사례에 관한 단순한 사실의 통지에 불과한 것으로서, 다만 원고가 재직중인 임원이었다고 한다면 이는 「금융기관 검사 및 제재에 관한 규정」 18조 1항 3호 소정의 문책경고의 제재에 해당하는 사례라는 취지로 '문책경고장(상당)'이라는 제목을 붙인 것일 뿐 **금융업 관련 법규에 근거한 문책경고의 제재처분 자체와는 다르고**, 피고로부터 같은 내용을 통보받은 소외 주식회사가 「금융기관 검사 및 제재에 관한 규정 시행세칙」 64조 2항에 따라 인사기록부에 원고의 위법·부당사실 등을 기록·유지함으로 인하여 원고가 소외 주식회사이나 다른 금융기관에 취업함에 있어 지장을 받는 불이익이 있다고 하더라도, 이는 이 사건 서면 통보행위로 인한 것이 아닐 뿐만 아니라 사실상의 불이익에 불과한 것이고, 원고가 주장하는 취업 제한 자체도 불분명하며, 문책경고를 받은 자는 문책경고일로부터 3년간 은행장 또는 상임이사 등이 될 수 없다는 내용이 담긴 은행업감독규정은 실제로 문책경고의 제재처분을 받은 자에 대하여 적용되는 규정이므로 원고와는 무관하고, 불안감이라는 것도 원고가 주장하는 취업제한의 내용에 비추어 볼 때 은행 고위 임원을 선임함에 있어 그러한 제한을 인식해야 할 선임권자 등의 범위는 매우 제한적이어서 그들의 법의식 수준이 위 서면 통보만으로도 이를 문책경고의 법적 효력이 있다고 오해할 것이라고 보기 어려우며, 달리 위 통보행위로 인하여 이미 소외 주식회사로부터 퇴직한 후의 원고의 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 하등의 법률상의 효과가 발생하거나 그러한 법적 불안이 존재한다고 할 수 없으므로, 이 사건 서면 통보행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 않는다(대판 2005.2.17. 2003두10312).
- ③ (○) **세무당국의 주류거래중지 요청행위는 행정처분이 아님(행정지도)**: 항고소송의 대상이 되는 행정처분은 행정청의 공법상의 행위로서 상대방 또는 기타 관계자들의 법률상 지위에 직접적으로 법률적인 변동을 일으키는 행위를 말하는 것이므로 세무당국이 소외 회사에 대하여 원고와의 주류거래를 일정기간 중지하여 줄 것을 요청한 행위는 권고 내지 협조를 요청하는 권고적 성격의 행위로서 소외 회사나 원고의 법률상의 지위에 직접적인 법률상의 변동을 가져오는 행정처분이라고 볼 수 없는 것이므로 항고소송의 대상이 될 수 없다(대판 1980.10.27. 80누395).
- ④ (×) **위법한 행정지도에 따른 사인의 행위는 위법성이 조각(阻却)되지 않음**: 행정관청이 토지거래계약신고에 관하여 공시된 기준지가를 기준으로 매매가격을 신고하도록 행정지도하여 왔고 그 기준가격 이상으로 매매가격을 신고한 경우에는 거래신고서를 접수하지 않고 반려하는 것이 관행화되어 있다 하더라도 이는 법에 어긋나는 관행이라 할 것이므로 그와 같은 위법한 관행에 따라 허위신고행위에 이르렀다고 하여 그 범법행위가 사회상규에 위배되지 않는 정당한 행위라고는 볼 수 없다(대판 1992.4.24. 91도1609).

답 ④

23

행정의 실효성 확보수단에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정청이 건물 소유자들을 상대로 건물철거 대집행을 실시하기에 앞서, 건물 소유자들을 건물에서 퇴거시키기 위해 별도로 퇴거를 구하는 민사소송은 부적법하다.
- ② 공유 일반재산의 대부료 징수에 관하여 지방세 체납처분의 예에 따르도록 하는 경우, 특별한 사정이 없는 한 민사소송으로 공유 일반재산의 대부료의 지급을 구하는 것은 허용되지 아니한다.
- ③ 구 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법」에 의한 협의취득 시 건물소유자가 협의취득대상 건물에 대하여 약정한 철거의무에 대한 강제적 이행은 「행정대집행법」상 대집행의 방법으로 실현할 수 있다.
- ④ 비상시 또는 위험이 절박한 경우에 있어서 당해 행위의 급속한 실시를 요하여 대집행영장에 의한 통지를 취할 여유가 없을 때에는 대집행영장에 의한 통지를 거치지 아니하고 대집행을 할 수 있다.

해설

- ① (○) 관계 법령상 행정대집행의 절차가 인정되어 행정청이 행정대집행의 방법으로 건물의 철거 등 대체적 작위의무의 이행을 실현할 수 있는 경우에는 따로 민사소송의 방법으로 그 의무의 이행을 구할 수 없다. 한편 건물의 점유자가 철거의무자일 때에는 건물철거의무에 퇴거의무도 포함되어 있는 것이어서 별도로 퇴거를 명하는 집행권원이 필요하지 않다. 행정청이 행정대집행의 방법으로 건물철거의무의 이행을 실현할 수 있는 경우에는 건물철거대집행 과정에서 부수적으로 건물의 점유자들에 대한 퇴거 조치를 할 수 있고, 점유자들이 적법한 행정대집행을 위력을 행사하여 방해하는 경우 형법상 공무집행방해죄가 성립하므로, 필요한 경우에는 '경찰관 직무집행법'에 근거한 위험발생 방지조치 또는 형법상 공무집행방해죄의 범행방지 내지 현행범체포의 차원에서 경찰의 도움을 받을 수도 있다. 이 사건 피고들이 공유수면에 설치한 건물을 철거하여 공유수면을 원상회복하여야 할 의무는 대체적 작위의무에 해당하므로 행정대집행의 대상이 된다 할 것이며, 당진시장은 이 사건 **건물 철거의무를 행정대집행의 방법으로 실현하는 과정에서 부수적으로 피고들과 그 가족들의 퇴거 조치를 실현할 수 있으므로, 행정대집행 외에 별도로 퇴거를 명하는 집행권원은 필요하지 않다**고 할 것이다. 원심이 같은 취지에서 원고가 피고들에 대하여 **건물퇴거를 구하는 소송은 부적법하다고** 판단한 것은 정당하다(대판 2017.4.28. 2016다213916).
- ② (○) 국유재산법 제42조 제1항, 제73조 제2항 제2호에 따르면, 국유 일반재산의 관리·처분에 관한 사무를 위탁받은 자는 국유 일반재산의 대부로 등이 납부기한까지 납부되지 아니한 경우에는 국세징수법 제23조와 같은 법의 체납처분에 관한 규정을 준용하여 대부로 등을 징수할 수 있다. 이와 같이 국유 일반재산의 대부로 등의 징수에 관하여는 국세징수법 규정을 준용한 간이하고 경제적인 특별구제절차가 마련되어 있으므로, 특별한 사정이 없는 한 민사소송의 방법으로 대부로 등의 지급을 구하는 것은 허용되지 아니한다(대판 2014.9.4. 2014다203588).
- ③ (×) 구 「**공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특별법**」에 따른 토지 등의 협의취득은 **사법상 매매나 사법상 계약이며, 협의취득시 건물철거 약정에 따른 의무는 공법상 의무가 아니므로 행정대집행 불가** : 행정대집행법상 대집행의 대상이 되는 대체적 작위의무는 공법상 의무이어야 할 것인데, 구 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특별법」에 따른 토지 등의 협의취득은 공공사업에 필요한 토지 등을 그 소유자와의 협의에 의하여 취득하는 것으로서 공공기관이 사경제주체로서 행하는 사법상 매매 내지 사법상 계약의 실질을 가지는 것이므로, 그 협의취득시 건물소유자가 매매대상 건물에 대한 철거의무를 부담하겠다는 취지의 약정을 하였다고 하더라도 이러한 철거의무는 공법상의 의무가 될 수 없고, 이 경우에도 행정대집행법을 준용하여 대집행을 허용하는 별도의 규정이 없는 한 위와 같은 철거의무는 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 되지 않는다(대판 2006.10.13. 2006두7096).
- ④ (○) **행정대집행법 제3조(대집행의 절차)** ③ 비상시 또는 위험이 절박한 경우에 있어서 당해 행위의 급속한 실시를 요하여 전2항에 규정한 수속(대집행 예고, 대집행영장 통지)을 취할 여유가 없을 때에는 그 수속을 거치지 아니하고 대집행을 할 수 있다.

답 3

24 이의신청에 대한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은?

- ㉠ 행정심판의 성격을 갖는 이의신청의 경우 이를 거친 후에 다시 행정심판을 청구할 수 없다.
- ㉡ 행정심판의 성격을 갖는 이의신청의 경우 이의신청을 기각하는 결정은 종전의 처분을 단순히 확인하는 행위로 독립한 처분의 성질을 갖지 않는다.
- ㉢ 공무원 인사 관계 법령에 따른 징계 등 처분에 관한 사항에는 「행정기본법」상 이의신청 규정이 적용되지 않는다.
- ㉣ 판례에 따르면 과세처분에 관한 이의신청 절차에서 과세관청이 이의신청 사유가 옳다고 인정하여 과세처분을 직권으로 취소한 후 특별한 사유 없이 이를 반복하여 종전 처분과 동일한 내용의 처분을 할 수 없다고 한다.

- ① ㊦, ㊬ ② ㊬, ㊰ ③ ㊦, ㊱, ㊰ ④ ㊦, ㊬, ㊱, ㊰

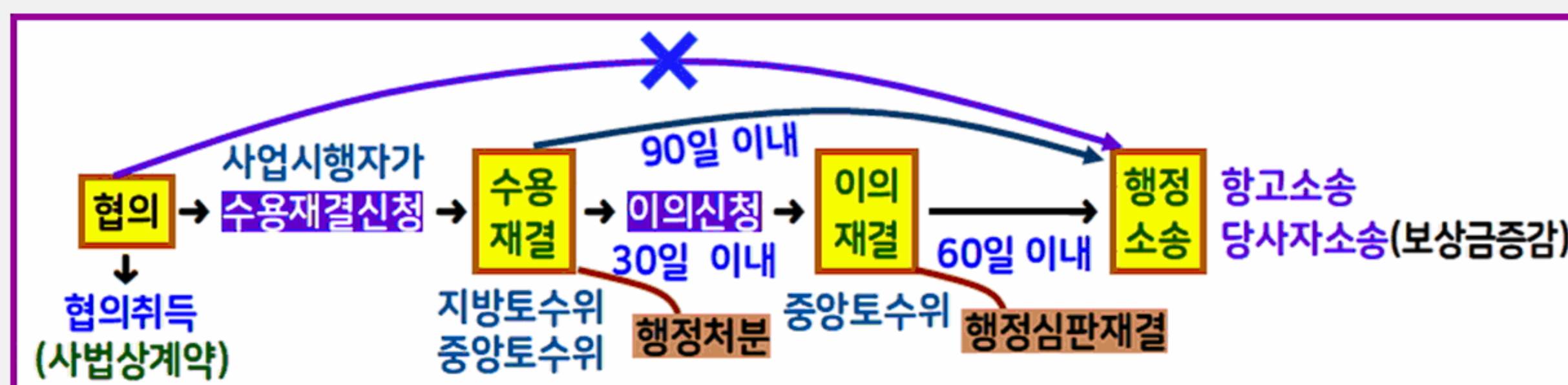
해설

- ㉡ (○) 이의신청이 특별행정심판이나 행정심판의 특례절차인 경우 이를 거친 경우 다시 행정심판을 제기할 수 없음

개별법이 정한 불복절차(이의신청)가 실질적으로 행정심판에 해당되는가?		
	YES	NO
• 해당 불복절차를 거친 후 다시 행정심판법상 행정심판 청구 불가	• 해당 불복절차를 거친 후 다시 행정심판법상 행정심판 청구 가능	• 해당 불복절차를 거친 후 다시 행정심판법상 행정심판 청구 가능
• 이의신청 절차에서 개별법에 특별한 규정이 있는 것 외에는 행정심판법 적용		
• 이의신청 기각결정시 원처분을 대상으로 항고소송 가능	• 이의신청 기각결정에 대한 항고소송 불가	• 이의신청 기각결정에 대한 항고소송 불가
• 이의신청 기각결정 자체에 고유한 위법(내용상 위법 제외)이 있으면 기각결정을 대상으로 항고소송 가능		

- 행정심판 성격을 갖는 이의신청 사례

- ④ 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」상 수용재결에 대한 이의신청은 특별행정심판에 해당하므로 이의재결을 거친 경우 행정심판법상 행정심판은 청구할 수 없고 행정소송법상 항고소송이나 당사자소송 제기 가능.



- ㉔ 「난민법」 제21조(이의신청) ① 제18조제2항 또는 제19조에 따라 난민불인정결정을 받은 사람 또는 제22조에 따라 난민인정이 취소 또는 철회된 사람은 그 통지를 받은 날부터 30일 이내에 법무부장관에게 이의신청을 할 수 있다. 이 경우 이의신청서에 이의의 사유를 소명하는 자료를 첨부하여 지방출입국·외국인관서의 장에게 제출하여야 한다. ② 제1항에 따른 이의신청을 한 경우에는 「행정심판법」에 따른 행정심판을 청구할 수 없다.
- ㉕ (×)
- ㉖ 행정심판 성격을 갖는 이의신청의 경우 : 이의신청 기각 결정은 기각재결의 성질을 지니므로 행정소송법 상 항고소송 대상인 ‘처분등’에 포함된다. 따라서 이 경우 이의신청 기각결정에 불복시 원처분을 대상으로 한 항고소송 가능. 또는 기각 결정 자체에 고유한 위법(단, 내용상 위법은 제외)이 있으면 기각 결정에 대한 항고소송이 가능하다.

⑥ 행정심판 성격이 없는 이의신청의 경우: 이의신청 기각 결정은 처분성 없음.

행정심판의 성격을 갖지 않는 이의신청의 경우 이의신청 기각 결정은 종전 처분을 단순히 확인하는 행위로 독립한 처분의 성질을 갖지 않음

• 민원사무처리에 관한 법률(이하 '민원사무처리법'이라 한다) 제18조 제1항에서 정한 거부처분에 대한 이의신청(이하 '민원 이의신청'이라 한다)은 행정청의 위법 또는 부당한 처분이나 부작위로 침해된 국민의 권리 또는 이익을 구제함을 목적으로 하여 행정청과 별도의 행정심판기관에 대하여 불복할 수 있도록 한 절차인 행정심판과는 달리, 민원사무처리법에 의하여 민원사무처리를 거부한 처분청이 민원인의 신청 사항을 다시 심사하여 잘못이 있는 경우 스스로 시정하도록 한 절차이다. 이에 따라, 민원 이의신청을 받아들이는 경우에는 이의신청 대상인 거부처분을 취소하지 않고 바로 최초의 신청을 받아들이는 새로운 처분을 하여야 하지만, 이의신청을 받아들이지 않는 경우에는 다시 거부처분을 하지 않고 그 결과를 통지함에 그칠 뿐이다. 따라서 **이의신청을 받아들이지 않는 취지의 기각 결정 내지는 그 취지의 통지는, 종전의 거부처분을 유지함을 전제로 한 것에 불과하고** 또한 거부처분에 대한 행정심판이나 행정소송의 제기에도 영향을 주지 못하므로, 결국 민원 이의신청인의 권리·의무에 새로운 변동을 가져오는 공권력의 행사나 이에 준하는 행정작용이라고 할 수 없어, **독자적인 항고소송의 대상이 된다고 볼 수 없다고** 봄이 타당하다(대판 2012.11.15. 2010두8676).

㉔ ㉑) 행정기본법 제36조(처분에 대한 이의신청) ⑦ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항에 관하여는 이 조를 적용하지 아니한다. [시행 2023.3.24.]

1. 공무원 인사 관계 법령에 따른 징계 등 처분에 관한 사항
2. 「국가인권위원회법」 제30조에 따른 진정에 대한 국가인권위원회의 결정
3. 「노동위원회법」 제2조의2에 따라 노동위원회의 의결을 거쳐 행하는 사항
4. 형사, 행정 및 보안처분 관계 법령에 따라 행하는 사항
5. 외국인의 출입국·난민인정·귀화·국적회복에 관한 사항
6. 과태료 부과 및 징수에 관한 사항

㉔ ㉑) 침익적 처분의 직권취소의 직권취소는 원칙적으로 불가

• **과세처분에 관한 이의신청 절차에서 과세관청이 이의신청 사유가 옳다고 인정하여 과세처분을 직권으로 취소한 후, 특별한 사유 없이 이를 반복하여 종전 처분과 동일한 내용의 처분을 할 수 없음**: 과세처분에 관한 불복절차과정에서 과세관청이 그 불복사유가 옳다고 인정하고 이에 따라 필요한 처분을 하였을 경우에는, 불복제도와 이에 따른 시정방법을 인정하고 있는 구 국세기본법(제55조 제1항, 제3항 등 규정들의 취지에 비추어 동일 사항에 관하여 특별한 사유 없이 이를 반복하고 다시 종전의 처분을 되풀이할 수는 없는 것이므로, 과세처분에 관한 이의신청절차에서 과세관청이 이의신청 사유가 옳다고 인정하여 과세처분을 직권으로 취소한 이상 그 후 특별한 사유 없이 이를 반복하고 종전 처분을 되풀이하는 것은 허용되지 않는다(대판 2010.9.30. 2009두1020).

답 ③

25 행정상 손실보상에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 「국가재정법」에 따르면 국가에 대한 손실보상청구권은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 10년 동안 행사하지 않으면 시효로 인하여 소멸한다.
- ② 판례는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 따른 농업손실에 대한 보상청구권은 공권으로 보고 공익사업 주체를 상대로 한 행정소송에 의해 행사해야 한다고 하였다.
- ③ 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 따르면 사업인정 이전에 임의협의 절차를 거쳤으나 협의가 성립되지 아니하여 사업인정을 받은 사업시행자는 토지소유자가 협의를 요구하더라도 협의 절차를 거치지 않을 수 있다.
- ④ 판례에 따르면 재산권에 대한 수용은 공공필요가 있는 경우에 한하여 인정되므로 민간기업은 공용수용의 주체가 될 수 없다.

해설

- ① (×) **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.**
- ② (○) 구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제77조 제2항은 “농업의 손실에 대하여는 농지의 단위면적당 소득 등을 참작하여 보상해야 한다.”고 규정하고, 같은 조 제4항은 “제1항 내지 제3항의 규정에 의한 보상액의 구체적인 산정 및 평가방법과 보상기준은 건설교통부령으로 정한다.”고 규정하고 있으며, 이에 따라 구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행규칙은 농업의 손실에 대한 보상(제48조), 축산업의 손실에 대한 평가(제49조), 잠업의 손실에 대한 평가(제50조)에 관하여 규정하고 있다. 위 규정들에 따른 **농업손실보상청구권은 공익사업의 시행 등 적법한 공권력의 행사에 의한 재산상의 특별한 희생에 대하여 전체적인 공평부담의 견지에서 공익사업의 주체가 그 손해를 보상하여 주는 손실보상의 일종으로 공법상의 권리임이 분명하므로 그에 관한 쟁송은 민사소송이 아닌 행정소송절차에 의해야 할 것이고,** 위 규정들과 구 공익사업법 제26조, 제28조, 제30조, 제34조, 제50조, 제61조, 제83조 내지 제85조의 규정 내용 및 입법 취지 등을 종합하여 보면, 공익사업으로 인하여 농업의 손실을 입게 된 자가 사업시행자로부터 구 공익사업법 제77조 제2항에 따라 농업손실에 대한 보상을 받기 위해서는 구 공익사업법 제34조, 제50조 등에 규정된 재결절차를 거친 다음 그 재결에 대하여 불복이 있는 때에 비로소 구 공익사업법 제83조 내지 제85조에 따라 권리구제를 받을 수 있다(대판 2011.10.13. 2009다43461).
- ③ (×) 제26조(협의 등 절차의 준용) ② 사업인정 이전에 제14조부터 제16조까지(협의의 취득 및 사용절차) 및 제68조(보상액 산정)에 따른 절차를 거쳤으나 협의가 성립되지 아니하고 제20조에 따른 사업인정을 받은 사업으로서 토지조서 및 물건조서의 내용에 변동이 없을 때에는 제1항에도 불구하고 제14조부터 제16조까지의 절차를 거치지 아니할 수 있다. 다만, **사업시행자나 토지소유자 및 관계인이 제16조에 따른 협의를 요구할 때에는 협의하여야 한다.**
- ④ (×) **민간기업도 공용수용의 주체가 될 수 있음 - 민간기업은 수용 주체로 규정한 법률 규정은 헌법 제23조 제3항에 위반되지 않음**: 헌법 제23조 제3항은 정당한 보상을 전제로 하여 재산권의 수용 등에 관한 가능성을 규정하고 있지만, **재산권 수용의 주체를 한정하지 않고 있다.** 위 헌법조항의 핵심은 당해 수용이 공공필요에 부합하는가, 정당한 보상이 지급되고 있는가 여부 등에 있는 것이지, 그 수용의 주체가 국가인지 민간기업인지 여부에 달려 있다고 볼 수 없다. 또한 국가 등의 공적 기관이 직접 수용의 주체가 되는 것이든 그러한 공적 기관의 최종적인 허부판단과 승인결정하에 민간기업이 수용의 주체가 되는 것이든, **양자 사이에 공공필요에 대한 판단과 수용의 범위에 있어서 본질적인 차이를 가져올 것으로 보이지 않는다.** 따라서 위 수용 등의 주체를 국가 등의 공적 기관에 한정하여 해석할 이유가 없다. 오늘날 산업단지의 개발에 투입되는 자본은 대규모로 요구될 수 있는데, 이러한

경우 산업단지개발의 사업시행자를 국가나 지방자치단체로 제한한다면 예산상의 제약으로 인해 개발사업의 추진에 어려움이 있을 수 있고, 만약 이른바 공영개발방식만을 고수할 경우에는 수요에 맞지 않는 산업단지가 개발되어 자원이 비효율적으로 소모될 개연성도 있다. 또한 기업으로 하여금 산업단지를 직접 개발하도록 한다면, 기업들의 참여를 유도할 수 있는 측면도 있을 것이다. 그렇다면 **민간기업을 수용의 주체로 규정한 자체를 두고 위헌이라고 할 수 없으며**, 나아가 이 사건 수용조항을 통해 민간기업에게 사업시행에 필요한 토지를 수용할 수 있도록 규정할 필요가 있다는 입법자의 인식에도 합리적인 이유가 있다 할 것이다(헌재결 2009.9.24. 2007헌바114)

답 ②

26 「공익사업을 위한 토지의 취득 및 보상에 관한 법률」상 잔여지 보상에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에

의함)

- ① 보상되어야 할 손실에는 수용재결 당시의 현실적 이용상황의 변경 외 장래의 이용 가능성이나 거래의 용이성 등에 의한 사용가치 및 교환가치상의 하락 등도 포함된다.
- ② 토지의 일부가 취득됨으로써 잔여지의 가격이 감소한 경우 토지수용위원회의 재결절차를 거치지 않고 직접 사업시행자를 대상으로 보상금증감소소에 의해 손실보상을 청구할 수 있다.
- ③ 사업인정 후에 잔여지 수용청구는 사업시행자에게도 할 수 있으므로 토지수용위원회가 사업시행자에게 수용청구의 의사표시를 수령 할 권한을 부여하였다고 인정할 만한 사정이 없더라도, 사업시행자에게 한 잔여지 매수청구의 의사표시는 관할 토지수용위원회에 한 잔여지 수용청구로 볼 수 있다.
- ④ 잔여지에 대한 수용청구는 해당 사업완료일로부터 1년 이내에 하여야 한다.

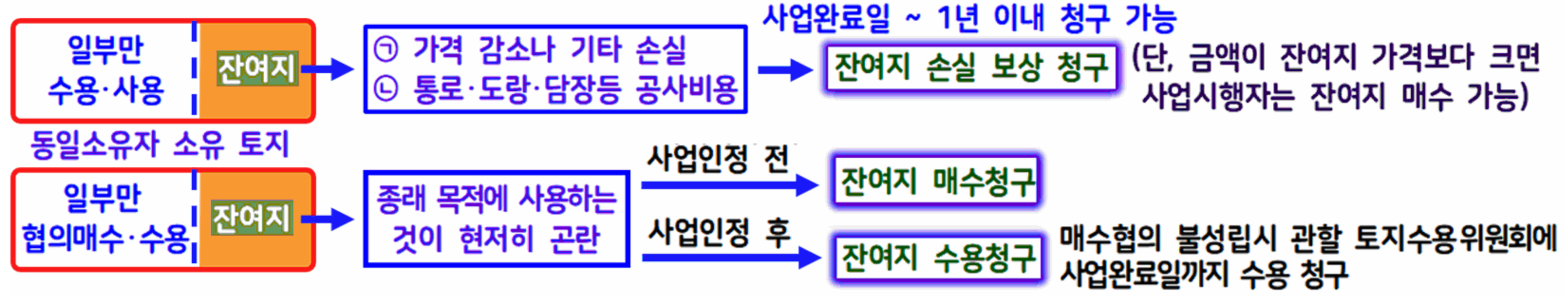
해설

- ① (○) **토지 일부의 취득 또는 사용으로 잔여지 손실에 대하여 보상시 보상할 손실의 범위** : 구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(2007. 10. 17. 법률 제8665호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘공익사업법’이라 한다) 제73조에 의하면, 동일한 토지소유자에 속하는 일단의 토지의 일부가 취득 또는 사용됨으로 인하여 잔여지의 가격이 감소하거나 그 밖의 손실이 있을 때 등에는 토지소유자는 그로 인한 잔여지 손실보상청구를 할 수 있고, 이 경우 보상하여야 할 손실에는 **토지 일부의 취득 또는 사용으로 인하여 그 획지조건이나 접근조건 등의 가격형성요인이 변동됨에 따라 발생하는 손실뿐만 아니라 그 취득 또는 사용 목적 사업의 시행으로 설치되는 시설의 형태·구조·사용 등에 기인하여 발생하는 손실과 수용재결 당시의 현실적 이용상황의 변경 외 장래의 이용가능성이나 거래의 용이성 등에 의한 사용가치 및 교환가치상의 하락 모두가 포함된다**(대판 2011.2.24. 2010두23149).
- ② (×) **잔여지 손실보상 청구시 토지수용위원회의 재결절차 없이 행정소송 불가.**
 • 구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(2011.8.4. 법률 제11017호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘공익사업법’이라고 한다) 제73조, 제75조의2와 같은 법 제34조, 제50조, 제61조, 제83조 내지 제85조의 규정 내용 및 입법 취지 등을 종합하면, 토지소유자가 사업시행자로부터 공익사업법 제73조, 제75조의2에 따른 잔여지 또는 잔여 건축물 가격감소 등으로 인한 손실보상을 받기 위해서는 **공익사업법 제34조, 제50조 등에 규정된 재결절차를 거친 다음 그 재결에 대하여 불복할 때 비로소 공익사업법 제83조 내지 제85조에 따라 권리구제를 받을 수 있을 뿐이며, 특별한 사정이 없는 한 이러한 재결절차를 거치지 않은 채 곧바로 사업시행자를 상대로 손실보상을 청구하는 것은 허용되지 않는다** 할 것이고, 이는 잔여지 또는 잔여 건축물 수용청구에 대한 재결절차를 거친 경우라고 하여 달리 볼 것은 아니다(대판 2014.9.25. 2012두24092).

☒ 잔여지손실보상청구와 잔여지수용청구

[73조] 잔여지 가격 감소나 그 밖의 손실이 있을 때 또는 그 밖의 공사가 필요한 때 손실 보상이나 공사비용 보상 청구(잔여지를 종래 목적으로 사용 가능해도 청구 가능) → 잔여지 보상청구	
토지수용위원회의 잔여지보상거부재결	불복시 토지소유자는 토지수용위원회를 피고로 행정소송 (★ 잔여지보상 거부재결은 잔여지보상청구권을 부정하는 처분임)
[74조] 잔여지를 종래 목적에 사용하는 것이 현저히 곤란할 때 → 잔여지 수용청구(청구권은 형성권)	
토지수용위원회의 잔여지수용재결	① 재결취소소송 : 재결에 불복시 사업시행자는 토지수용위원회를 피고로 ② 보상금증감소소송(공법상 당사자소송) ┌ 사업시행자는 토지소유자를 피고로 └ 토지소유자는 사업시행자를 피고로
토지수용위원회의 잔여지수용거부재결	잔여지수용청구권은 토지수용위원회의 수용재결 없이도 청구로 수용효과가 발생하는 형성권이므로 수용거부재결에 대한 소송은 사업시행자를 피고로 보상금증감소소송(공법상 당사자소송) ★ 잔여지수용 거부재결로 잔여지수용청구권이 부정되는 것이 아니므로 토지수용위원회를 피고로 항고소송을 제기해야 하는 것이 아님.

- **제73조(잔여지의 손실과 공사비 보상)** ① 사업시행자는 동일한 소유자에게 속하는 일단의 토지의 일부가 취득되거나 사용됨으로 인하여 잔여지의 가격이 감소하거나 그 밖의 손실이 있을 때 또는 잔여지에 통로·도랑·담장 등의 신설이나 그 밖의 공사가 필요할 때에는 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 그 손실이나 공사의 비용을 보상하여야 한다. 다만, 잔여지의 가격 감소분과 잔여지에 대한 공사의 비용을 합한 금액이 잔여지의 가격보다 큰 경우에는 사업시행자는 그 잔여지를 매수할 수 있다
- **제74조(잔여지 등의 매수 및 수용 청구)** ① 동일한 소유자에게 속하는 일단의 토지의 일부가 협의에 의하여 매수되거나 수용됨으로 인하여 잔여지를 종래의 목적에 사용하는 것이 현저히 곤란할 때에는 해당 토지소유자는 사업시행자에게 잔여지를 매수하여 줄 것을 청구할 수 있으며, 사업인정 이후에는 관할 토지수용위원회에 수용을 청구할 수 있다. 이 경우 수용의 청구는 매수에 관한 협의가 성립되지 아니한 경우에만 할 수 있으며, 사업완료일까지 하여야 한다.



- ㄱ 73조 잔여지 손실보상청구 → 관할 토지수용위원회의 잔여지보상 거부재결 → 불복시 토지수용위원회를 피고로 항고소송(85조 1항)
 ㄴ 74조 잔여지 수용청구 → 관할 토지수용위원회의 잔여지수용 거부재결 → 불복시 사업시행자를 피고로 보상금증감소송[당사자소송](85조 2항)

- ③ (×) 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제74조 잔여지 수용청구 의사표시의 상대방은 관할 토지수용위원회) : 구 ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’ 상 잔여지 수용청구의 의사표시는 관할 토지수용위원회에 하여야 하는 것으로서, 관할 토지수용위원회가 사업시행자에게 잔여지 수용청구의 의사표시를 수령할 권한을 부여하였다고 인정할 만한 사정이 없는 한, 사업시행자에게 한 잔여지 매수청구의 의사표시를 관할 토지수용위원회에 한 잔여지 수용청구의 의사표시로 볼 수는 없다(대판 2010.8.19. 2008두822).
- ④ (×) 잔여지에 대한 수용청구는 사업완료일까지 해야 함(「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제74조 ①항)

답 ①

27 공법상 결과제거청구권에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 결과제거청구는 권력작용뿐만 아니라 관리작용에 의한 침해의 경우에도 인정되나 법적 행위에 의한 침해에 한하며, 사실행위에 의한 침해의 경우에는 인정되지 않는다.
- ② 결과제거청구의 요건으로서 ‘위법한 상태의 존재’는 위법한 행정작용에 의해 발생한 것을 의미한다.
- ③ 민법상의 과실상계 규정은 공법상 결과제거청구권에 유추적용될 수 없다.
- ④ 민법상 원상회복청구권은 위법한 행정작용이 없었다면 존재하였을 정도의 상태 회복을 의미하지만, 공법상 결과제거청구권은 공행정작용의 직접적인 결과만을 제거의 대상으로 한다.

해설

- 결과제거청구권의 성립요건 : ㉠ 행정주체의 공행정 작용으로 인한 침해, ㉡ 법률상 이익의 침해, ㉢ 위법한 상태의 존재, ㉣ 위법한 상태의 계속, ㉤ 결과 제거(원상 회복)의 (사실상)가능성, (법률상)허용성, 기대가능성

행정주체의 공행정작용으로 인한 침해	① 공행정작용에는 법적 행위·사실행위, 작위·부작위(예 행정기관이 압류해제된 물건을 반환하지 않고 있는 경우), 권력작용·비권력작용(관리작용)도 포함. 위법행위·적법행위 불문. 고의·과실 불문. ② 행정주체의 私法的 활동으로 인한 침해는 대상이 아님 - 민법상 방해제거청구권의 대상임
법률상 이익의 침해	① 공행정작용으로 인해 타인의 권리나 법률상 이익을 침해해야 함(반사적 이익·사실상 이익 제외). 권리나 법률상 이익은 재산적 가치 + 명예·신용·호평 등 정신적인 것도 포함 ② 침해된 권리나 법률상 이익은 보호가치가 있는 경우에만 인정 예 불법주차차량 견인시 차주는 원상회복 청구 불가
위법한 상태의 존재	① 행정주체의 공행정작용으로 인해 야기된 위법한 결과가 존재해야 함 ② 위법 상태 존재 판단 시점 : 사실심 변론종결시 기준 ③ 위법성 발생시기 - 사전 or 사후 : 처음부터 발생할 수도 있고(정당한 법률상의 원인 없이 타인의 토지를 도로부지로 편입), 기간의 경과·해제조건의 성취 및 행정행위의 취소·철회에 의해 사후에 발생할 수도 있음. ④ 취소할 수 있는 행정행위는 결과제거청구권 성립 안 됨(공정력 때문에 취소 전에는 행정행위가 유효하며 그에 의해 야기된 상태가 정당하기 때문) → 상대방은 행정행위의 취소소송을 제기하여 취소가 확정된 후에 결과제거청구권을 행사하거나 취소소송의 청구에 병합하여 결과제거청구를 해야 함.
위법한 상태의 계속	① 위법상태가 더 이상 존재하지 않을 경우 손해배상·손실보상만 문제됨. ② 위법한 상태의 원인이 된 행위가 다른 적법한 행정행위로 대체되어 위법한 상태가 다시 적법하게 된 경우 결과제거청구권 성립 안 됨. 예 위법하게 편입된 토지가 후에 적법하게 수용된 경우
결과제거의 가능성·허용성·기대가능성	① (사실상)가능성·(법률상)허용성 : 결과제거로 원상회복이 사실상·법률상 가능해야 함. 불가능시 손실보상·손해배상만 문제됨. ② 기대가능성 : 원상회복이 가능해도 지나치게 많은 비용을 요하거나 신의성실의 원칙에 반하는 때에는 기대가능성이 없으므로 손해배상이나 손실보상으로 만족해야 함.

- ① (×) 결과제거청구는 권력작용뿐 아니라 비권력작용(관리작용)에 의한 침해의 경우에도 인정. 법적 행위뿐 아니라 사실행위에 의한 침해의 경우에도 인정.
- ② (×) 행정주체의 공행정작용으로 인해 야기된 위법한 결과(상태)가 존재하면 되고, 그 결과를 야기한 공행정작용이 위법행위이든 적법행위이든 상관 없음.
- ③ (×) 위법한 상태의 발생에 대해 피해자도 과실이 있는 경우 민법상 과실상계 규정이 유추적용되며, 과실에 비례하여 결과제거청구권이 제한되거나 상실될 수도 있음(단, 취소사유가 있는 행정행위로 인한 경우에는 행정행위의 취소 전에는 결과제거청구 불가)
- ④ (○) 결과제거청구권은 위법한 결과의 제거를 통해 침해 이전의 원래 상태나 이와 동가치적인 상태로 회복시켜 줄 것을 청구하는 것이다. 공행정작용으로 인한 직접적인 결과의 제거만을 그 대상으로 할 뿐 그와 같은 행위가 없었다면 존재하였을 가상의 상태의 완전한 회복을 의미하는 것이 아니라는 점에서, 민법상 방해배제청구권에 비해 축소된 원상회복청구권이 된다.

답 ④

28 취소소송에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 판례는 행정심판의 재결에 이유모순이 있다는 사유는 재결처분 자체에 고유한 하자로서 재결처분의 취소를 구하는 소송뿐만 아니라 원처분의 취소를 구하는 소송에서도 위법사유로 주장할 수 있다고 한다.
- ② 판례는 기본적 사실관계의 동일성 여부를 처분의 동일성 여부의 기준으로 보지 않는다.
- ③ 중앙행정기관이 취소소송의 피고가 되는 경우 대법원 소재지를 관할하는 행정법원에 소송을 제기해야 한다.
- ④ 취소소송의 관련 청구소송과의 병합은 원시적 병합과 추가적 병합이 모두 가능하다.

해설

- ① (×) 원처분의 취소를 구하는 소송에서 재결 자체의 고유한 위법사유를 주장할 수 없음 : 행정처분에 대한 행정심판의 재결에 이유모순의 위법이 있다는 사유는 재결처분 자체에 고유한 하자로서 재결처분의 취소를 구하는 소송에서는 그 위법사유로서 주장할 수 있으나, 원처분의 취소를 구하는 소송에서는 그 취소를 구할 위법사유로서 주장할 수 없다(대판 1996.2.13. 95누8027).
- ② (×) 행정처분의 적법 여부는 그 행정처분이 행하여진 때의 법령과 사실을 기준으로 하여 판단하는 것이므로 확정판결의 당사자인 처분 행정청은 종전 처분 후에 발생한 새로운 사유를 내세워 다시 거부처분을 할 수 있고, 그러한 처분도 행정소송법 제30조 제2항 소정의 재처분에 해당한다. 여기에서 새로운 사유인지는, 종전 처분에 관하여 위법한 것으로 판결에서 판단된 사유와, 기본적 사실관계의 동일성이 인정되는 사유인지 여부에 따라 판단되어야 하고, 기본적 사실관계의 동일성 유무는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지 여부에 따라 결정되며, 추가 또는 변경된 사유가 처분 당시에 그 사유를 명기하지 않았을 뿐 이미 존재하고 있었고 당사자도 그 사실을 알고 있었다 하여 당초의 처분사유와 동일성이 있는 것이라고 할 수는 없다(대판 2011.10.27. 2011두14401)
- ③ (×) 피고소재지 관할 행정법원 또는 대법원소재지 관할 행정에 제기 가능

• 행정소송법 제9조(재판관할)

- ① 취소소송의 제1심 관할법원은 피고의 소재지를 관할하는 행정법원으로 한다.
- ② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 피고에 대하여 취소소송을 제기하는 경우에는 대법원소재지를 관할하는 행정법원에 제기할 수 있다.
1. 중앙행정기관, 중앙행정기관의 부속기관과 합의를행정기관 또는 그 장
 2. 국가의 사무를 위임 또는 위탁받은 공공단체 또는 그 장
 3. 토지의 수용 기타 부동산 또는 특정의 장소에 관계되는 처분등에 대한 취소소송은 그 부동산 또는 장소의 소재지를 관할하는 행정법원에 이를 제기할 수 있다.

- ④ (○)

• 행정소송법 제10조(관련청구소송의 이송 및 병합) ② 취소소송에는 사실심의 변론종결시까지 관련청구소송을 병합하거나 피고외의 자를 상대로 한 관련청구소송을 취소소송이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 있다.

- 원시적 병합 : 취소소송 제기시 취소소송 등과 관련청구소송을 병합하게 제기하는 것
- 추가적 병합 : 계속 중인 취소소송에 사후적으로 관련청구소송을 병합하는 것(사실심변론종결시까지).
- 단, 제3자에 의한 관련청구의 병합은 소송관계를 복잡하게 할 수 있으므로 인정되지 않음.

답 ④

29 무효등확인소송에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 무효인 행정처분의 집행이 종료된 경우에 부당이득반환청구소송을 제기하여 직접 위법상태를 제거할 수 있는 경우에도 무효확인소송은 소의 이익이 있다.
- ② 취소소송에 관한 규정으로서 예외적 행정심판전치주의, 사정판결에 관한 규정 등은 무효등확인소송에 준용되지 않는다.
- ③ 무효등확인소송에는 직권증거조사주의가 적용되지 않는다.
- ④ 행정처분에 대한 취소청구와 무효확인청구는 서로 양립할 수 없는 청구로서 선택적 청구로서의 병합이나 단순 병합을 할 수 없다.

해설

- ① (○) 무효등확인소송에 있어서 민사소송에서의 '확인'의 이익(즉시확정의 이익, 보충성)이 요구되는지에 관하여 판례는 부정설(법적보호이익설)을 취한다. 종래 대법원은 무효확인소송의 보충성을 요구했지만, 견해를 변경하여 무효인 행정처분이 이미 집행된 경우(예 무효인 조세부과처분에 따라 세금이 이미 납부된 경우)에 그에 의해 형성된 위법상태의 제거를 위한 직접적인 소송방법(예 납부된 조세의 반환을 위한 부당이득반환청구소송)이 있더라도 행정처분의 무효확인을 독립한 소송으로 구할 법률상 이익이 있다고 판시하였다.

• 행정소송은 행정청의 위법한 처분 등을 취소·변경하거나 그 효력 유무 또는 존재 여부를 확인함으로써 국민의 권리 또는 이익의 침해를 구제하고, 공법상의 권리관계 또는 법적용에 관한 다툼을 적정하게 해결함을 목적으로 하는 것이므로, 대등한 주체 사이의 사법상 생활관계에 관한 분쟁을 심판대상으로 하는 민사소송과는 그 목적, 취지 및 기능 등을 달리한다. 또한, 행정소송법 4조에서는 무효확인소송을 항고소송의 일종으로 규정하고 있고, 행정소송법 38조 1항에서는 처분등을 취소하는 확정판결의 기속력 및 행정청의 재처분 의무에 관한 행정소송법 30조를 무효확인소송에도 준용하고 있으므로 무효확인판결 자체만으로도 실효성을 확보할 수 있다. 그리고 무효확인소송의 보충성을 규정하고 있는 외국의 일부 입법례와는 달리 우리나라 행정소송법에는 명문의 규정이 없어 이로 인한 명시적 제한이 존재하지 않는다. 이와 같은 사정을 비롯하여 행정에 대한 사법통제, 권익구제의 확대와 같은 행정소송의 기능 등을 종합하여 보면, 행정처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우에는 행정소송법 35조에 규정된 '무효확인을 구할 법률상 이익'이 있다고 보아야 하고, 이와 별도로 무효확인소송의 보충성(다른 구제수단으로 구제되지 않을 경우 활용)이 요구되는 것은 아니므로 행정처분의 무효를 전제로 한 이행소송 등과 같은 직접적인 구제수단이 있는지 여부를 따질 필요가 없다고 해석함이 상당하다(대판 2008.3.20. 2007두6342).

- ② (○) 취소소송에 관한 규정으로서 예외적 행정심판전치주의, 사정판결, 제소기간, 판결의 간접강제에 관한 규정은 무효등확인소송에 준용되지 않는다.
(준용 안 되는 규정 암기 : 無 - 前 · 期 · 事 · 間 / 不 - 處 · 執 · 事).
- ③ (×) 무효등확인소송에도 직권증거조사주의는 적용됨.

• 행정소송법

제26조(직권심리) 법원은 필요하다고 인정할 때에는 **직권으로 증거조사를** 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다.

제38조(준용규정) ①제9조, 제10조, 제13조 내지 제17조, 제19조, 제22조 내지 **제26조**, 제29조 내지 제31조 및 제33조의 규정은 무효등 확인소송의 경우에 준용한다.

- ④ (○) 행정처분에 대한 무효확인과 취소청구는 서로 양립할 수 없는 청구(처분의 위법성 일반과 처분의 무효인 위법성 여부로 소송물 중복)이므로 주위적·예비적 청구로서만 병합이 가능하고 선택적 청구로서의 병합이나 단순 병합은 허용되지 않는다(대판 1999.8.20. 97누6889).

답 ③

30 행정상 정보공개에 대한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 지방자치단체는 법률의 수권 없이 독자적으로 정보공개조례를 제정할 수 없다.
- ② 정보의 공개에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에도 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」이 우선하여 적용된다.
- ③ 국가안전보장에 관련되는 정보의 정보목록의 작성·비치 및 공개에 대하여는 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」을 적용한다.
- ④ 공공기관에 의하여 보유·관리되는 정보가 공개청구인이 구하는 대로 되어 있지 아니한 경우, 당해 정보가 전자적 정보로서 당해 기관에서 통상 사용되는 기술로 기초자료를 검색·편집할 수 있고 당해 기관의 컴퓨터 시스템 운용에 별다른 지장을 초래하는 것이 아니라도 공개청구의 대상이 될 수 없다.

해설

- ① (×) **법적 근거 없이 제정된 청주시 정보공개조례안은 적법** : 지방자치단체는 그 내용이 주민의 권리의 제한 또는 의무의 부과에 관한 사항이거나 벌칙에 관한 사항이 아닌 한 법률의 위임이 없더라도 조례를 제정할 수 있다 할 것인데 청주시의회에서 의결한 청주시행정정보공개 조례안은 행정에 대한 주민의 알 권리의 실현을 그 근본내용으로 하면서도 이로 인한 개인의 권익침해 가능성을 배제하고 있으므로 이를 들어 주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 조례라고는 단정할 수 없고 따라서 그 제정에 있어서 반드시 법률의 개별적 위임이 따로 필요한 것은 아니다. 행정정보공개조례안이 국가위임사무가 아닌 자치사무 등에 관한 정보만을 공개대상으로 하고 있다고 풀이되는 이상 반드시 전국적으로 통일된 기준에 따르게 할 것이 아니라 지방자치단체가 각 지역의 특성을 고려하여 자기고유사무와 관련된 행정정보의 공개사무에 관하여 독자적으로 규율할 수 있다(대판 1992.06.23. 92추17).

「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제4조(적용 범위) ② 지방자치단체는 그 소관 사무에 관하여 법령의 범위에서 정보공개에 관한 조례를 정할 수 있다.

- ② (×)

「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제4조(적용 범위) ① 정보의 공개에 관하여는 **다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다.**

- ③ (○)

「공공기관의 정보공개에 관한 법률」

- 제4조(적용 범위) ③ 국가안전보장에 관련되는 정보 및 보안 업무를 관장하는 기관에서 **국가안전보장과 관련된 정보의 분석을 목적으로 수집하거나 작성한 정보에 대해서는 이 법을 적용하지 아니한다. 다만, 제8조제1항에 따른 정보목록의 작성·비치 및 공개에 대해서는 그러하지 아니한다.**
- 제8조(정보목록의 작성·비치 등) ① 공공기관은 그 기관이 보유·관리하는 정보에 대하여 국민이 쉽게 알 수 있도록 정보목록을 작성하여 갖추어 두고, 그 목록을 정보통신망을 활용한 정보공개시스템 등을 통하여 공개하여야 한다. 다만, 정보목록 중 제9조제1항에 따라 공개하지 아니할 수 있는 정보가 포함되어 있는 경우에는 해당 부분을 갖추어 두지 아니하거나 공개하지 아니할 수 있다.

- ④ (×) 공공기관의 정보공개에 관한 법률에 의한 정보공개제도는 공공기관이 보유·관리하는 정보를 그 상태대로 공개하는 제도이지만, 전자적 형태로 보유·관리되는 정보의 경우에는, 그 정보가 청구인이 구하는 대로는 되어 있지 않다고 하더라도, 공개청구를 받은 공공기관이 공개청구대상정보의 기초자료를 전자적 형태로 보유·관리하고 있고, **당해 기관에서 통상 사용되는 컴퓨터 하드웨어 및 소프트웨어와 기술적 전문지식을 사용하여 그 기초자료를 검색하여 청구인이 구하는 대로 편집할 수 있으며, 그러한 작업이 당해 기관의 컴퓨터 시스템 운용에 별다른 지장을 초래하지 아니한다면, 그 공공기관이 공개청구대상정보를 보유·관리하고 있는 것으로 볼 수 있고, 이러한 경우에 기초자료를 검색·편집하는 것은 새로운 정보의 생산 또는 가공에 해당한다고 할 수 없다**(대판 2010.2.11. 2009두6001)

답 ③

31

「지방자치법」상 주민소송에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정청이 이행강제금의 부과·징수를 게을리 한 행위는 주민소송의 대상이 아니다.
- ② 도로 등 공물이나 공공용물의 점용허가가 도로 등의 본래 기능 및 목적과 무관하게 그 사용가치를 실현·활용하기 위한 것으로 평가되는 경우에는 주민소송의 대상이 된다.
- ③ 주민감사청구 전치 요건을 충족하였는지 여부는 주민소송의 수소법원이 직권으로 조사하여 판단하여야 한다.
- ④ 주민감사청구가 「지방자치법」에서 정한 적법요건을 모두 갖추었음에도, 감사기관이 해당 주민감사청구가 부적법하다고 오인하여 더 나아가 구체적인 조사·판단을 하지 않은 채 각하하는 결정을 한 경우에는 감사청구한 주민은 위법한 각하결정 자체를 별도의 항고소송으로 다룰 필요 없이 주민소송을 제기할 수 있다.

해설

- ① (×) 이행강제금은 지방자치단체의 재정수입을 구성하는 자원 중 하나로서 '지방세외수입금의 징수 등에 관한 법률'에서 이행강제금의 효율적인 징수 등에 필요한 사항을 특별히 규정하는 등 그 부과·징수를 재무회계 관점에서도 규율하고 있으므로, 이행강제금의 부과·징수를 게을리한 행위는 주민소송의 대상이 되는 공금의 부과·징수를 게을리한 사항에 해당한다.

• **지방자치법 제22조(주민소송)** ① 제21조제1항에 따라 공금의 지출에 관한 사항, 재산의 취득·관리·처분에 관한 사항, 해당 지방자치단체를 당사자로 하는 매매·임차·도급 계약이나 그 밖의 계약의 체결·이행에 관한 사항 또는 지방세·사용료·수수료·과태료 등 **공금의 부과·징수를 게을리한 사항**을 감사 청구한 주민은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 그 감사 청구한 사항과 관련이 있는 위법한 행위나 업무를 게을리한 사실에 대하여 해당 지방자치단체의 장(해당 사항의 사무처리에 관한 권한을 소속 기관의 장에게 위임한 경우에는 그 소속 기관의 장을 말한다. 이하 이 조에서 같다)을 상대방으로 하여 소송을 제기할 수 있다.

- ② (○) **점용허가가 도로 등의 본래 기능 및 목적과 무관하게 그 사용가치를 실현·활용하기 위한 것으로 평가되는 경우, 주민소송의 대상이 되는 재산의 관리·처분에 해당함** : 주민소송 제도는 지방자치단체 주민이 지방자치단체의 위법한 재무회계행위의 방지 또는 시정을 구하거나 그로 인한 손해의 회복 청구를 요구할 수 있도록 함으로써 지방자치단체의 재무행정의 적법성과 지방재정의 건전하고 적절한 운영을 확보하려는 데 목적이 있다. 그러므로 주민소송은 원칙적으로 지방자치단체의 재무회계에 관한 사항의 처리를 직접 목적으로 하는 행위에 대하여 제기할 수 있고, 지방자치법 제17조 제1항에서 주민소송의 대상으로 규정한 '재산의 취득·관리·처분에 관한 사항'에 해당하는지도 그 기준에 의하여 판단하여야 한다. 특히 도로 등 공물이나 공공용물을 특정 사인이 배타적으로 사용하도록 하는 점용허가가 도로 등의 본래 기능 및 목적과 무관하게 그 사용가치를 실현·활용하기 위한 것으로 평가되는 경우에는 주민소송의 대상이 되는 재산의 관리·처분에 해당한다(대판 2016.5.27. 2014두8490).
- ③④(○) **주민감사청구가 지방자치법 상 적법요건을 모두 갖추었는데, 감사기관이 청구가 부적법하다고 오인, 구체적 조사·판단 없이 각하결정시, 감사청구한 주민은 위법한 각하결정 자체를 별도의 항고소송으로 다룰 필요 없이, 지방자치법 상 다음 단계의 권리구제절차인 주민소송 제기 가능** : 지방자치법 제17조 제1항은 주민감사를 청구한 주민에 한하여 주민소송을 제기할 수 있도록 하여 '주민감사청구 전치'를 주민소송의 소송요건으로 규정하고 있으므로, 주민감사청구 전치 요건을 충족하였는지 여부는 주민소송의 수소법원이 직권으로 조사하여 판단하여야 한다. 주민소송이 주민감사청구 전치 요건을 충족하였다고 하려면 주민감사청구가 지방자치법 제16조에서 정한 적법요건을 모두 갖추고, 나아가 지방자치법 제17조 제1항 각호에서 정한 사유에도 해당하여야 한다. 지방자치법 제17조 제1항 제2호에 정한 '감사결과'에는 감사기관이 주민감사청구를 수리하여 일정한 조사를 거친 후 주민감사청구사항의 실체에 관하여 본안판단을 하는 내용의 결정을 하는 경우뿐만 아니라, 감사기관이 주민감사청구가 부적법하다고 오인하여 위법한 각하결정을 하는 경우까지 포함한다. 주민감사청구가 지방자치법에서 정한 적법요건을 모두 갖추었음에도, 감사기관이 해당 주민감사청구가 부적법하다고 오인하여 더 나아가 구체적인 조사·판단을 하지 않은 채 각하하는 결정을 한 경우에는, 감사청구한 주민은 위법한 각하결정 자체를 별도의 항고소송으로 다룰 필요 없이, 지방자치법이 규정한 다음 단계의 권리구제절차인 주민소송을 제기할 수 있다고 보아야 한다(대판 2020.6.25. 2018두67251).

답 ①

32

공무원의 책임에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공무원에게 징계사유가 인정되는 이상 관련된 형사사건이 아직 유죄로 확정되지 아니하였다고 하더라도 징계처분을 할 수 있다.
- ② 공무원이 상급행정기관이나 감독권자의 직무상 명령을 위반하였다는 점을 징계사유로 삼으려면 직무상 명령이 상위법령에 반하지 않는 적법·유효한 것이어야 한다.
- ③ 징계위원회의 심의과정에 반드시 제출되어야 하는 공적 사항이 제시되지 않은 상태에서 결정한 징계처분은 징계양정이 결과적으로 적정한지 그렇지 않은지와 상관없이 법령이 정한 징계절차를 지키지 않은 것으로서 위법하다.
- ④ 징계권자이자 임용권자인 지방자치단체장은 소속공무원의 구체적인 행위가 과연 「지방공무원법」 해당 조항에 규정된 징계사유에 해당하는지 여부에 관하여 판단할 재량이 없으며, 징계사유에 해당하는 것이 명백한 경우에는 관할 인사위원회에 징계를 요구할 의무가 있다.

해설

- ① (○) 공무원에게 징계사유가 인정되는 이상 관련된 형사사건이 아직 유죄로 확정되지 아니하였거나 수사기관에서 이를 수사중에 있다하여도 징계처분을 할 수 있다(대판 2001. 11. 9. 2001두4184)
- ② (○) 대판 2020.11.26. 2020두42262
- ③ (○) 공무원징계령 제7조 제6항 제3호에 의하면, 공무원에 대한 징계의결을 요구할 때는 징계사유의 증명에 필요한 관계 자료뿐 아니라 '감경대상 공적 유무' 등이 기재된 확인서를 징계위원회에 함께 제출하여야 하고, 경찰공무원 징계양정 등에 관한 규칙 제9조 제1항 제2호 및 [별표 10]에 의하면 경찰청장의 표창을 받은 공적은 징계양정에서 감경할 수 있는 사유의 하나로 규정되어 있다. 위와 같은 관계 법령의 규정 및 기록에 비추어 보면, 징계위원회의 심의과정에 반드시 제출되어야 하는 공적(功績) 사항이 제시되지 않은 상태에서 결정한 징계처분은 징계양정이 결과적으로 적정한지 그렇지 않은지와 상관없이 법령이 정한 징계절차를 지키지 않은 것으로서 위법하다.(대판 2012.6.28. 2011두20505).
- ④ (×) 지방공무원의 징계와 관련된 규정을 종합해 보면, 징계권자이자 임용권자인 지방자치단체장은 소속 공무원의 구체적인 행위가 과연 지방공무원법

제69조 제1항에 규정된 **징계사유에 해당하는지 여부에 관하여 판단할 재량은 있지만**, 징계사유에 해당하는 것이 명백한 경우에는 관할 인사위원회에 징계를 요구할 의무가 있다.

답 ④

33 공물에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공유수면의 일부가 사실상 매립되어 대지화되었다면 비록 국가가 공유수면으로서의 공용폐지를 하지 아니하였다고 하더라도 법률상으로 더 이상 공유수면으로서의 성질을 보유하고 있다고 볼 수는 없다.
- ② 서울특별시장이 구 「공원법」, 구 「도시계획법」에 따라 사업실시계획의 인가내용을 고시함으로써 공원시설의 종류, 위치 및 범위 등이 구체적으로 확정되거나 도시계획사업의 시행으로 도시공원이 실제로 설치된 토지라면 공공용물로서 행정재산에 해당한다.
- ③ 국유 하천부지는 자연의 상태 그대로 공공용에 제공될 수 있는 실체를 갖추고 있는 이른바 자연공물로서 별도의 공용개시행위가 없더라도 행정재산이 된다.
- ④ 어떤 토지가 개설경위를 불문하고 일반 공중의 통행에 공용되는 도로, 즉 공로가 되면 그 부지의 소유권 행사는 제약을 받게 되며, 이는 소유자가 수인하여야 하는 재산권의 사회적 제약에 해당하므로, 공로부지의 소유자가 이를 점유·관리하는 지방자치단체를 상대로 공로로 제공된 도로의 철거, 점유 이전 또는 통행금지를 청구하는 것은 법질서상 원칙적으로 허용될 수 없는 '권리남용'이라고 보아야 한다.

해설

- ① (×) 공유수면은 소위 자연공물로서 그 자체가 직접 공공의 사용에 제공되는 것이므로 **공유수면의 일부가 사실상 매립되어 대지화되었다고 하더라도 국가가 공유수면으로서의 공용폐지를 하지 아니하는 이상 법률상으로는 여전히 공유수면으로서의 성질을 보유하고 있다**(대판 2013.6.13. 2012두2764).
- ② (○) 국유재산법상의 행정재산이란 국가가 소유하는 재산으로서 직접 공용, 공공용, 또는 기업용으로 사용하거나 사용하기로 결정한 재산을 말한다. 그 중 도로, 공원과 같은 인공적 공공용 재산은 법령에 의하여 지정되거나 행정처분으로써 공공용으로 사용하기로 결정한 경우, 또는 행정재산으로 실제로 사용하는 경우의 어느 하나에 해당하면 행정재산이 되는 것인데, 1980. 1. 4. 법률 제3256호로 제정된 도시공원법이 시행되기 이전에 구 도시계획법(2002. 2. 4. 법률 제6655호 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지, 이하 같다)상 **공원으로 결정·고시된 국유토지라는 사정만으로는 행정처분으로써 공공용으로 사용하기로 결정한 것으로 보기는 부족하나, 서울특별시장이 구 공원법(1980. 1. 4. 법률 제3243호로 폐지되기 전의 것), 구 도시계획법에 따라 사업실시계획의 인가내용을 고시함으로써 공원시설의 종류, 위치 및 범위 등이 구체적으로 확정되거나 도시계획사업의 시행으로 도시공원이 실제로 설치된 토지라면 공공용물로서 행정재산에 해당한다**(대판 2014. 11.27. 2014두10769).
- ③ (○) 국유 하천부지는 자연의 상태 그대로 공공용에 제공될 수 있는 실체를 갖추고 있는 이른바 자연공물로서 **별도의 공용개시행위가 없더라도 행정재산이 되고** 그 후 본래의 용도에 공여되지 않는 상태에 놓여 있더라도 국유재산법령에 의한 용도폐지를 하지 않은 이상 당연히 잠종재산(일반재산)으로 된다고는 할 수 없으며, 농로나 구거와 같은 이른바 인공적 공공용 재산은 법령에 의하여 지정되거나 행정처분으로 공공용으로 사용하기로 결정한 경우, 또는 행정재산으로 실제 사용하는 경우의 어느 하나에 해당하면 행정재산이 된다.
- ④ (○) 일반 공중의 통행에 공용되는 도로 부지의 소유자가 이를 점유·관리하는 지방자치단체를 상대로 도로의 철거, 점유 이전 또는 통행금지를 청구하는 것은 **권리남용에 해당** : 어떤 토지가 개설경위를 불문하고 일반 공중의 통행에 공용되는 도로, 즉 공로가 되면 그 부지의 소유권 행사는 제약을 받게 되며, 이는 소유자가 수인하여야만 하는 재산권의 사회적 제약에 해당한다. 따라서 공로 부지의 소유자가 이를 점유·관리하는 지방자치단체를 상대로 공로로 제공된 도로의 철거, 점유 이전 또는 통행금지를 청구하는 것은 법질서상 원칙적으로 허용될 수 없는 '권리남용'이라고 보아야 한다.(대판 2021.10.14. 2021다242154)

답 ①

34 지방자치단체의 자치사무와 국가사무에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 사립 초등학교·중학교·고등학교 및 이에 준하는 각종학교를 설치·경영하는 학교법인의 임시이사 선임에 관한 교육감의 권한은 국가사무라고 보는 것이 타당하다.
- ② 서울신용보증재단의 사무 중 특히, 업무감독과 감독상 필요한 명령에 관한 사무는 중소기업청장의 위임에 의하여 국가사무가 지방자치단체의 장에게 위임된 기관위임사무에 해당한다.
- ③ 교원의 지위에 관한 사항은 법률로 정하여 전국적으로 통일적인 규율이 필요한 것이고 국가가 이를 위하여 상당한 경비를 부담하고 있으므로, 이에 관한 사무는 국가사무로 보아야 한다.
- ④ 시장·군수·구청장은 약국 개설자가 구 「약사법」을 위반한 경우 업무의 정지를 명하거나 그 업무정지처분을 갈음하여 과징금을 부과할 수 있는 바 이러한 사무는 지방자치단체 고유의 자치사무이다.

해설

- ① (×) 지방자치법 제22조, 제9조에 따르면, 지방자치단체가 조례를 제정할 수 있는 사항은 지방자치단체의 고유사무인 자치사무와 개별 법령에 따라 지방자치단체에 위임된 단체위임사무에 한정된다. 국가사무가 지방자치단체의 장에게 위임되거나 상위 지방자치단체의 사무가 하위 지방자치단체의 장에게 위임된 기관위임사무에 관한 사항은 원칙적으로 조례의 제정범위에 속하지 않는다. 법령상 지방자치단체의 장이 처리하도록 규정하고 있는 사무가 자치사무인지 기관위임사무인지를 판단할 때 그에 관한 법령의 규정 형식과 취지를 우선 고려하여야 하지만, 그 밖에도 사무의 성질이 전국적으로 통일적인 처리가 요구되는 사무인지 여부나 그에 관한 경비부담과 최종적인 책임귀속의 주체 등도 아울러 고려하여야 한다. 지방자치법, 지방교육자치에 관한 법률 및 사립학교법의 관련 규정들의 형식과 취지, 임시이사 선임제도의 내용과 성질 등을 앞에서 본 법리에 비추어 살펴보면, **사립 초등학교·중학교·고등학교 및 이에 준하는 각종 학교를 설치·경영하는 학교법인의 임시이사 선임에 관한 교육감의 권한은 자치사무**라고 보는 것이 타당하다(대판 2020.9.3. 2019두58650).

- ② (○) 서울신용보증재단의 사무 중 특히, 업무감독과 감독상 필요한 명령에 관한 사무는 중소기업청장의 위임에 의하여 국가사무가 지방자치단체의 장에게 위임된 기관위임사무 : 지역신용보증재단법에 의하여 규율되고 중소기업청장의 승인과 감독 아래에 놓여 있는 이 사건 서울신용보증재단의 사무, 특히 업무감독과 감독상 필요한 명령에 관한 사무는 중앙행정기관인 중소기업청장의 고유업무인 국가사무로서 지방자치단체의 사무에 해당하지 아니하고, 피고(서울특별시시장)는 지역신용보증재단법 규정에 의하여 중소기업청장으로부터 위임받은 권한을 가질 뿐, 일반적인 업무감독권이나 감독상 필요한 명령을 할 수 있는 권한은 가지지 못하며, 중소기업청장의 위임에 의하여 피고가 가지는 권한범위 내의 사무는 국가사무가 지방자치단체의 장에게 위임된 기관위임사무에 해당한다(대판 2003.4.22. 2002두10483)
- ③ (○) 교원보호와 교육활동 지원에 필요한 제반 사항을 정한 조례안에 대하여 교육부장관의 재요구구지시에 따라 교육감이 재의를 요구하였으나 시의회가 원안대로 재의결한 사안에서, 교원의 지위에 관한 사항은 법률로 정하여 전국적으로 통일적인 규율이 필요한 것이고 국가가 이를 위하여 상당한 경비를 부담하고 있으므로, 이에 관한 사무는 국가사무로 보아야 하는데, 위 조례안 제5조가 교원의 지위에 관한 사항에 속하는 교원의 차별 및 불이익 금지 등에 관하여 규정하고, 제6조, 제9조, 제10조가 교원의 지위 보호를 위하여 교원보호위원회 및 교원보호지원센터의 설치·구성·운영에 관한 사항 등을 규정한 것은 국가사무에 관하여 법령의 위임 없이 조례로 정한 것으로 조례제정권의 한계를 벗어나 위법하다(대판 2014.2.27. 2012추145).
- ④ (○) 약국개설자가 구 약사법을 위반한 경우 시장·군수 또는 구청장이 업무의 정지를 명하거나 과징금을 부과하는 사무가 지방자치단체 고유의 자치사무 : 구 약사법(2011. 3. 30. 법률 제10512호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제76조 제1항 제3호, 제81조 제1항에 의하면, 시장·군수 또는 구청장(이하 '시장 등'이라고 한다)은 약국개설자가 구 약사법을 위반한 경우 업무의 정지를 명하거나 그 업무정지처분을 갈음하여 과징금을 부과할 수 있는바, 이러한 시장 등의 사무는 구 지방자치법(2011. 7. 14. 법률 제10827호로 개정되기 전의 것) 제9조 제2항 제2호 (가)목의 '주민복지에 관한 사업'으로서 주민의 복지증진에 관한 사무에 해당한다고 볼 수 있는 점, 그 사무의 성질이 반드시 전국적으로 통일적인 처리가 요구되는 사무라고 볼 수 없는 점, 과징금을 내야 할 자가 납부하지 않는 경우 지방세 체납처분의 예에 따라 징수하고(구 약사법 제81조 제4항) 징수한 과징금은 징수한 시장 등이 속한 지방자치단체에 귀속되는 점(구 약사법 제81조 제5항) 등을 고려하면, 지방자치단체 고유의 자치사무라고 보는 것이 타당하다(대판 2014.10.27. 2012두15920).

답 ①

35 당사자소송에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 조세채권존재확인 소는 항고소송으로 제기해야 하고, 도시재개발 조합의 조합원 자격인정 여부에 관한 소는 당사자소송으로 제기해야 한다.
- ② 취소소송의 규정 중 피고정정, 공동소송, 제3자의 소송참가, 행정청의 소송참가에 관한 규정은 당사자소송에 준용된다.
- ③ 부가가치세법령에 의하여 환급세액이 정해진 부가가치세 환급세액의 지급청구는 당사자소송이 아니라 민사소송의 대상이다.
- ④ 당사자소송에는 집행정지 및 「민사집행법」상 가처분 규정이 준용되지 않는다.

해설

- ① (×) 과세주체가 납세의무자를 상대로 제기한 조세채권존재확인 소는 공법상 당사자소송
- ① 국가 등 과세주체가 당해 확정된 조세채권의 소멸시효 중단을 위하여 납세의무자를 상대로 제기한 조세채권존재확인 소의 법적 성질은 공법상 당사자소송 : 조세는 국가존립의 기초인 재정의 근간으로서, 세법은 공권력 행사의 주체인 과세관청에 부과권이나 우선권 및 자력집행권 등 세액의 납부와 징수를 위한 상당한 권한을 부여하여 공익성과 공공성을 담보하고 있다. 따라서 조세채권자는 세법이 부여한 부과권 및 자력집행권 등에 기하여 조세채권을 실현할 수 있어 특별한 사정이 없는 한 납세자를 상대로 소를 제기할 이익을 인정하기 어렵다. 다만 납세의무자가 무자력이거나 소재불명이어서 체납처분 등의 자력집행권을 행사할 수 없는 등 구 국세기본법 제28조 제1항이 규정한 사유들에 의해서는 조세채권의 소멸시효 중단이 불가능하고 조세채권자가 조세채권의 징수를 위하여 가능한 모든 조치를 충실히 취하여 왔음에도 조세채권이 실현되지 않은 채 소멸시효기간의 경과가 임박하는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는, 그 시효중단을 위한 재판상 청구는 예외적으로 소의 이익이 있다고 봄이 타당하다. 국가 등 과세주체가 당해 확정된 조세채권의 소멸시효 중단을 위하여 납세의무자를 상대로 제기한 조세채권존재확인 소는 공법상 당사자소송에 해당한다(대판 2020.3.2. 2017두41771).
- ④ 구 도시재개발법에 의한 재개발조합에 대하여 조합원 자격 확인을 구하는 소송의 성질은 공법상 당사자소송 : 구 도시재개발법에 의한 재개발조합은 조합원에 대한 법률관계에서 적어도 특수한 존립목적에 부여받은 특수한 행정주체로서 국가의 감독 하에 그 존립 목적인 특정한 공공사무를 행하고 있다고 볼 수 있는 범위 내에서는 공법상의 권리·의무 관계에 서 있다. 따라서 조합을 상대로 한 쟁송에 있어서 강제가입제를 특색으로 한 조합원의 자격 인정 여부에 관하여 다툼이 있는 경우에는 공법상의 당사자소송에 의하여 그 조합원 자격의 확인을 구할 수 있다.(대판 1996.2.15. 94다31235)
- ② (○)
- 행정소송법 제44조(준용규정)

① 제14조 내지 제17조(피고정정, 공동소송, 제3자의 소송참가, 행정청의 소송참가), 제22조(소의변경), 제25조(행정심판기록제출명령), 제26조(직권심리), 제30조제1항(판결의 기속력), 제32조(소송비용 부담) 및 제33조(소송비용에 관한 재판의 효력)의 규정은 당사자소송의 경우에 준용한다.

② 제10조(관련청구소송 이송·병합)의 규정은 당사자소송과 관련청구소송이 각각 다른 법원에 계속되고 있는 경우의 이송과 이들 소송의 병합의 경우에 준용한다.

- ③ (×) 납세의무자에 대한 국가의 부가가치세 환급세액 지급의무는 부당이득 반환의무가 아닌 법령에 의한 공법상 의무이므로 국가에 대한 납세의무자의 부가가치세 환급세액 지급청구는 당사자소송에 따라야 함 : 부가가치세법령이 환급세액의 정의 규정, 그 지급시기와 산출방법에 관한 구체적인 규정과 함께 부가가치세 납세의무를 부담하는 사업자(이하 '납세의무자'라 한다)에 대한 국가의 환급세액 지급의무를 규정한 이유는, 입법자가 과세 및 징수의 편의를 도모하고 중복과세를 방지하는 등의 조세 정책적 목적을 달성하기 위한 입법적 결단을 통하여, 최종 소비자에 이르기 전의 각 거래단계에서 재화 또는 용역을 공급하는 사업자가 그 공급을 받는 사업자로부터 매출세액을 징수하여 국가에 납부하고, 그 세액을 징수당한 사업자는 이를 국가로부터 매입세액으로 공제·환급받는 과정을 통하여 그 세액의 부담을 다음 단계의 사업자에게 차례로 전가하여 궁극적으로 최종 소비자에게 이를 부담시키는 것을 근간으로 하는 전단계세액공제 제도를 채택한 결과, 어느 과세기간에 거래징수된 세액이 거래징수를 한 세액보다 많은 경우에는 그 납세의무자가 창출한 부가가치에 상응하는 세액보다 많은 세액이 거래징수되게 되므로 이를 조정하기 위한 과세기술상, 조세 정책적인 요청에 따라 특별히 인정하는 것이라고 할 수 있다. 따라서 이와 같은 부가가치세법령의 내용, 형식 및 입법 취지 등에 비추어 보면, 납세의무자에 대한 국가의 부가가치세 환급세액 지급의무는 그 납세의무자로부터 어느 과세기간에 과다하게 거래징수된 세액 상당을 국가가 실제로 납부 받았는 지와 관계없이 부가가치세법령의 규정에 의하여 직접 발생하는 것으로서, 그 법적 성질은 정의와 공평의 관념에서 수익자와 손실자 사이의 재산상태 조정을 위해 인정되는 부당이득 반환의무가

아니라 부가가치세법령에 의하여 그 존부나 범위가 구체적으로 확정되고 조세 정책적 관점에서 특별히 인정되는 **공법상 의무라고 봄이 타당하다**. 그렇다면 납세의무자에 대한 국가의 부가가치세 환급세액 지급의무에 대응하는 국가에 대한 납세의무자의 부가가치세 환급세액 지급청구는 민사소송이 아니라 **행정소송법 제3조 제2호에 규정된 당사자소송의 절차에 따라야 한다**.(대판 2013.3.21. 2011다95564)

- ④ (×) **당사자소송에는 행정소송법상 집행정지규정은 준용되지 않으므로 민사집행법상 가처분 규정 준용** : 「도시 및 주거환경정비법」 상 행정주체인 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 효력을 다투는 소송은 행정처분에 이르는 절차적 요건의 존부나 효력 유무에 관한 소송으로서 소송결과에 따라 행정처분의 위법 여부에 직접 영향을 미치는 공법상 법률관계에 관한 것이므로, 이는 행정소송법상 당사자소송에 해당한다. 그리고 이러한 당사자소송에 대하여는 **행정소송법 제23조 제2항의 집행정지에 관한 규정이 준용되지 아니하므로(행정소송법 제44조 제1항 참조), 이를 본안으로 하는 가처분에 대하여는 행정소송법 제8조 제2항에 따라 민사집행법상 가처분에 관한 규정이 준용되어야 한다**. 가처분결정에 대한 불복으로 채무자의 즉시항고가 허용되지 아니하고 이의신청만 허용되는 경우 채무자가 가처분결정에 불복하면서 제출한 서면의 제목이 ‘즉시항고장’이고 끝부분에 항고법원명이 기재되어 있더라도 이를 이의신청으로 보아 처리하여야 한다(대결 2015.8.21. 자2015무26)

답 ②

36 지방의회와 지방자치단체의 장의 관계에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 지방자치단체장이 제안하지 않은 합의제 행정기관의 설치에 관한 조례안을 지방의회가 발의하여 이를 그대로 의결, 재의결하는 것은 지방자치단체장의 고유권한에 속하는 사항의 행사에 관하여 지방의회가 사전에 적극적으로 개입하는 것으로서 관련 법령에 위반되어 허용되지 않는다.
- ② 지방자치단체의 장이 재단법인 광주비엔날레의 업무수행을 지원하기 위하여 소속공무원을 위 재단법인에 파견함에 있어 그 파견기간과 인원을 정하여 지방의회의 동의를 얻도록 하고, 이미 위 재단법인에 파견된 소속 지방공무원에 대하여는 조례안이 조례로서 시행된 후 최초로 개최되는 지방의회에서 동의를 얻도록 규정한 조례안은 법령에 위반된다.
- ③ ‘순천시 지방공기업단지 조성 및 분양에 관한 조례 일부개정 조례안’ 등이 지방자치단체 사무의 민간위탁에 관하여 지방의회의 사전 동의를 받도록 한 것은 지방자치단체장의 집행권한을 본질적으로 침해하는 것이다.
- ④ 전라북도의의회가 의결한 ‘전라북도교육청 행정기구 설치 조례 일부 개정조례안’은 직속기관들이 전라북도교육청 소속임을 분명하게 하기 위하여 해당 직속기관의 명칭에 ‘교육청’을 추가하거나 지역 명칭을 일부 변경하는 것에 불과하므로, 위 조례 개정안이 교육감의 지방교육행정기관조직편성권을 부당하게 침해한다고 볼 수는 없다.

해설

- ① (○) **지방의회가 합의제 행정기관의 설치에 관한 조례안을 발의하여 이를 의결, 재의결하는 것은 허용 안 됨** : 지방자치법상 지방자치단체의 집행기관과 지방의회는 서로 분리되어 각기 그 고유권한을 행사하되 상호 견제의 범위 내에서 상대방의 권한 행사에 대한 관여가 허용되나, 지방의회는 집행기관의 고유권한에 속하는 사항의 행사에 관하여는 견제의 범위 내에서 소극적·사후적으로 개입할 수 있을 뿐 사전에 적극적으로 개입하는 것은 허용되지 않는다. 이에 더하여, 지방자치법 제116조에 그 설치의 근거가 마련된 합의제 행정기관은 지방자치단체의 장이 통할하여 관리·집행하는 지방자치단체의 사무를 일부 분담하여 수행하는 기관으로서 그 사무를 독립하여 수행한다 할지라도 이는 어디까지나 집행기관에 속하는 것이지 지방의회에 속한다거나 집행기관이나 지방의회 어디에도 속하지 않는 독립된 제3의 기관에 해당하지 않는 점, 지방자치단체의 행정기구와 정원기준 등에 관한 규정 제3조 제1항의 규정에 비추어 지방자치단체의 장은 집행기관에 속하는 행정기관 전반에 대하여 조직편성권을 가진다고 해석되는 점을 종합해 보면, 지방자치단체의 장은 합의제 행정기관을 설치할 고유의 권한을 가지며 이러한 고유권한에는 그 설치를 위한 조례안의 제안권이 포함된다고 봄이 상당하므로, 지방의회가 합의제 행정기관의 설치에 관한 조례안을 발의하여 이를 그대로 의결, 재의결하는 것은 지방자치단체장의 고유권한에 속하는 사항의 행사에 관하여 지방의회가 사전에 적극적으로 개입하는 것으로서 관련 법령에 위반되어 허용되지 않는다(대판 2009.9.24. 2009추53).
- ② (○) 지방공무원의 파견에 관한 지방자치단체의 장의 임용권 행사에 대하여 조례로써 지방의회가 상호 견제의 범위를 넘어 적극적으로 관여하는 경우, 그 조례 규정이 법령에 위반된다. **조례안에서 지방자치단체의 장이 재단법인 광주비엔날레의 업무수행을 지원하기 위하여 소속 지방공무원을 위 재단법인에 파견함에 있어 그 파견기간과 인원을 정하여 지방의회의 동의를 얻도록 하고, 이미 위 재단법인에 파견된 소속 지방공무원에 대하여는 조례안이 조례로서 시행된 후 최초로 개최되는 지방의회에서 동의를 얻도록 규정하고 있는 경우, 그 조례안 규정은 지방자치단체의 장의 고유권한에 속하는 소속 지방공무원에 대한 임용권 행사에 대하여 지방의회가 동의 절차를 통하여 단순한 견제의 범위를 넘어 적극적으로 관여하는 것을 허용하고 있으므로 법령에 위반된다**.(대판 2001.2.23. 2000추67)
- ③ (×) 순천시 지방공기업단지 조성 및 분양에 관한 조례 일부개정 조례안’ 등이 지방자치단체 사무의 민간위탁에 관하여 지방의회의 사전 동의를 받도록 한 것은 지방자치단체장의 민간위탁에 대한 일방적인 독주를 제어하여 **민간위탁의 남용을 방지하고 그 효율성과 공정성을 담보하기 위한 장치에 불과하고, 민간위탁 권한을 지방자치단체장으로부터 박탈하려는 것이 아니므로, 지방자치단체장의 집행권한을 본질적으로 침해하는 것으로 볼 수 없다**(대판 2009.12.24. 2009추121)
- ④ (○) 전라북도의의회가 의결한 ‘전라북도교육청 행정기구 설치 조례 일부 개정조례안’에 대하여 전라북도 교육감이 재의를 요구하였으나 전라북도의의회가 위 조례 개정안을 원안대로 재의결함으로써 확정된 사안에서, 위 조례 개정안은 직속기관들이 전라북도교육청 소속임을 분명하게 하기 위하여 해당 직속기관의 명칭에 ‘교육청’을 추가하거나 지역 명칭을 일부 변경하는 것에 불과한데, 관계 법령의 규정 내용에 따르면, 직속기관의 명칭을 결정하는 것이 교육감의 고유 권한에 해당한다고 볼 만한 근거가 없는 반면, 지방의회가 ‘이미 설치된 교육청의 직속기관’의 명칭을 변경하는 것은 사후적·소극적 개입에 해당하므로, 위 조례 개정안이 자치사무에 관하여 법령의 범위 안에서 조례를 제정할 수 있는 ‘지방의회의 포괄적인 조례 제정 권한’의 한계를 벗어난 것이라고 보기는 어렵다. 따라서 위 조례 개정안이 교육감의 지방교육행정기관 조직편성권을 부당하게 침해한다고 볼 수 없다(대판 2021.9.16. 2020추5138).

답 ③

37 항고소송의 대상에 대한 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 불법건축물 철거를 위하여 제1차 철거명령 및 계고처분, 제2차 계고처분, 제3차 계고처분이 발해진 경우 최후의 행정처분이 항고소송의 대상인 유일한 행정처분이 된다.
- ② 「병역법」상 군의관이 하는 신체등위판정은 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 보기 어렵다.
- ③ 한국자산관리공사가 당해 부동산을 인터넷을 통하여 제공매하기로 한 결정 자체는 내부적인 의사결정에 불과하여 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니고, 한국자산관리공사의 공매통지는 상대방의 법적 지위에 직접 영향을 주는 것이어서 행정처분에 해당한다.
- ④ 행정청이 금전부과처분을 한 후 감액처분을 한 경우에는 감액처분이 항고소송의 대상이 된다.

해설

- ① (×) **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).
- ② (○) **징병검사 군의관의 신체등위판정은 처분성 없음** : 병역법상 신체등위판정은 행정청이라고 볼 수 없는 군의관이 하도록 되어 있으며, 그 자체만으로 바로 병역법상의 권리·의무가 정하여지는 것이 아니라 그에 따라 지방병무청장이 병역처분을 함으로써 비로소 병역의무의 종류가 정하여지는 것이므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 보기 어렵다(대판 1993.8.27. 93누3356).
- ③ (×) 판례에 의하면 공매처분은 우월한 공권력의 행사로서 행정소송의 대상이 되는 공법상의 행정처분이지만 공매하기로 한 결정(매각방법[공매·수의계약] 결정)과 공매계획의 통지(공매의 통지), 공매공고는 취소소송의 대상이 되는 처분이 아니다.
 • **한국자산공사가 당해 부동산을 인터넷을 통하여 재공매(입찰)하기로 한 결정 자체는 내부적인 의사결정에 불과하여 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없고**, 또한 한국자산공사가 공매통지는 공매의 요건이 아니라 공매사실 자체를 채납자에게 알려주는 데 불과한 것으로서, 통지의 상대방의 법적 지위나 권리·의무에 직접 영향을 주는 것이 아니라고 할 것이므로 이것 역시 행정처분에 해당한다고 할 수 없다(대판 2007.7.27. 2006두8464).
- ④ (×) **과징금 부과처분(당초처분) 후 감액처분을 한 경우 취소소송 대상은 감액처분이 아니라 당초 부과처분 중 감액처분으로 취소되지 않고 남은 부분** : 행정처분을 한 처분청은 그 처분에 하자가 있는 경우에는 별도의 법적 근거가 없더라도 스스로 이를 취소하거나 변경할 수 있다고 할 것인바, 과징금 부과처분에서 행정청이 납부의무자에 대하여 부과처분을 한 후 그 부과처분의 하자를 이유로 과징금의 액수를 감액하는 경우에 그 감액처분은 감액된 과징금 부분에 관하여만 법적 효과가 미치는 것으로서 처음의 부과처분과 별개 독립의 과징금 부과처분이 아니라 그 실질은 당초 부과처분의 변경이고, 그에 의하여 과징금의 일부취소라는 납부의무자에게 유리한 결과를 가져오는 처분이므로 처음의 부과처분이 전부 실효되는 것은 아니며, 그 감액처분으로도 아직 취소되지 않고 남아 있는 부분이 위법하다고 하여 다투는 경우 항고소송의 대상은 처음의 부과처분 중 감액처분에 의하여 취소되지 않고 남은 부분이고 감액처분이 항고소송의 대상이 되는 것은 아니다. 따라서 그 **감액처분에 의하여 감액된 부분에 대한 부과처분 취소청구는 이미 소멸하고 있는 부분에 대한 것으로서 그 소의 이익이 없어 부적법하다**(대판 2008.2.15. 2006두4226).

답 ②

38 과세처분에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 조세부과처분의 당연무효를 전제로 하여 이미 납부한 세금의 반환을 청구하는 것은 민사상의 부당이득반환청구로서 민사소송절차에 따라야 한다.
- ② 증액경정처분이 있는 경우 당초처분은 증액경정처분에 흡수되어 소멸하고, 소멸한 당초처분의 절차적 하자는 존속하는 증액경정처분에 승계된다.
- ③ 부당이득의 반환을 구하는 납세의무자의 국세환급금채권은 오납액의 경우에는 처음부터 법률상 원인이 없으므로 납부 또는 징수 시에 이미 확정되어 있는 것이다.
- ④ 과세처분의 하자가 단지 취소할 수 있는 정도에 불과할 때에는 과세관청이 이를 스스로 취소하거나 항고소송절차에 의하여 취소되지 않는 한 그로 인한 조세의 납부가 부당이득이 된다고 할 수 없다.

해설

- ① (○) 조세부과처분이 당연무효임을 전제로 하여 이미 납부한 세금의 반환을 청구하는 것은 민사상의 부당이득반환청구로서 민사소송절차에 따라야 한다.(대판 1995.4.28. 94다55019) ⇨ 처분이 당연무효인 경우 민사법원은 선결문제로 처분의 효력 부정 가능
- ② (×) 증액경정처분이 있는 경우 당초처분은 증액경정처분에 흡수되어 소멸하고, 소멸한 당초처분의 절차적 하자는 존속하는 증액경정처분에 승계되지 아니한다(대판 2010.6.24. 2007두16493)
[참고 판례] 증액경정처분이 있는 경우 당초 신고나 결정은 증액경정처분에 흡수됨으로써 독립한 존재가치를 잃게 되어 원칙적으로 당초 신고나 결정에 대한 불복기간의 경과 여부 등에 관계없이 증액경정처분만이 항고소송의 심판대상이 되고, 납세자는 그 항고소송에서 당초 신고나 결정에 대한 위법사유도 함께 주장할 수 있다. 그런데 구 국세기본법 제22조의2 제1항은 “세법의 규정에 의하여 당초 확정된 세액을 증가시키는 경정은 당초 확정된 세액에 관한 이 법 또는 세법에서 규정하는 권리·의무관계에 영향을 미치지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 위 규정의 문언내용 및 그 주된 입법취지가 증액경정처분이 있더라도 불복기간의 경과 등으로 확정된 당초 신고나 결정에서의 세액에 대한 불복을 제한하려는 데 있는 점을 고려하면, 확정된 당초 신고나 결정에서의 세액에 관하여는 취소를 구할 수 없고 증액경정처분에 의하여 증액된 세액의 한도 내에서만 취소를 구할 수 있다 할 것이다(대판 2011.4.14. 2010두9808).

증액경정처분(경정처분이 항고소송 대상, 당초처분은 항고소송 대상 아님 - 흡수설)	감액경정처분(감액된 당초처분이 항고소송 대상 - 역흡수설)
A일자 100부과처분(당초처분) ⇨ B일자 200으로 증액결정처분 당초처분은 증액경정처분에 흡수되어 소멸 ⇨ 흡수설	C일자 100부과처분(당초처분) ⇨ D일자 70으로 감액경정처분 감액경정처분은 당초처분과 별개 독립된 처분이 아니라 실질은 당초처분의 변경(당초처분은 세액 일부가 취소되고 감액된 범위 내에서 존속) ⇨ 역흡수설
• 행정소송 대상은 B일자 200 증액경정처분, 이 때 당초처분의 위법사유도 주장 가능. 단 당초처분의 절차적 하자는 증액경정처분에 승계 안됨 • 당초처분 확정시(불가쟁력 발생시) 증액경정처분으로 증액된 세액 한도에 서만 취소를 구할 수 있음.	• 행정소송 대상은 C일자 70부과처분(감액된 당초처분) • 전심절차경유·제소기간 판단도 당초처분(C 일자 처분)을 기준으로 함

③ (○) 국세기본법 제51조 제1항의 규정에 의하면, 세무서장은 납세의무자가 국세·가산금 또는 체납처분비로서 납부한 금액 중 오납액, 초과납부액 또는 환급세액이 있는 때에는 즉시 이를 국세환급금으로 결정하여야 한다고 되어 있는 바, 여기서 **오납액**이라 함은 납부 또는 징수의 기초가 된 신고(신고납세의 경우) 또는 부과처분(부과과세의 경우)이 부존재하거나 당연무효임에도 불구하고 납부 또는 징수된 세액을 말하고, **초과납부액**은 신고 또는 부과처분이 당연무효는 아니나 그 후 취소 또는 경정됨으로써 그 전부 또는 일부가 감소된 세액을 말하며, **환급세액**은 적법히 납부 또는 징수되었으나 그 후 국가가 보유할 정당한 이유가 없게 되어 각 개별 세법에서 환부하기로 정한 세액을 말하므로, 위 오납액과 초과납부액 및 환급세액은 모두 조세채무가 처음부터 존재하지 않거나 그 후 소멸되었음에도 불구하고 국가가 법률상 원인 없이 수령하거나 보유하고 있는 부당이득에 해당한다. 그러므로 이러한 부당이득의 반환을 구하는 납세의무자의 국세환급금채권은 **오납액의 경우에는 처음부터 법률상 원인이 없으므로 납부 또는 징수시에 이미 확정되어 있고, 초과납부액의 경우에는 신고 또는 부과처분의 취소 또는 경정에 의하여 조세채무의 전부 또는 일부가 소멸한 때에 확정되며, 환급세액의 경우에는 각 개별 세법에서 규정한 환급 요건에 따라 확정되는 것이다**(대판 2009.3.26. 2008다31768).

④ (○) 조세의 과오납이 부당이득이 되기 위하여는 납세 또는 조세의 징수가 실체법적으로나 절차법적으로 전혀 법률상의 근거가 없거나 과세처분의 하자가 중대하고 명백하여 당연무효이어야 하고, 과세처분의 하자가 단지 취소할 수 있는 정도에 불과할 때에는 과세관청이 이를 스스로 취소하거나 항고소송절차에 의하여 취소되지 않는 한 그로 인한 조세의 납부가 부당이득이 된다고 할 수 없다(대판 1994.11.11. 94다28000).

답 ②

39 행정행위에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 종전 허가의 유효기간이 지나서 옥외광고물표시허가기간연장을 신청하는 경우, 종전의 허가처분과는 별도의 새로운 허가를 내용으로 하는 행정처분을 구하는 것으로 보아야 한다.
- ② 구 「석유사업법」상 석유판매업 허가는 소위 대물적 허가의 성질을 갖는 것이어서 양도인에게 그 허가를 취소할 위법사유가 있다면 허가관청은 이를 이유로 양수인에게 제재조치를 취할 수 있다.
- ③ 「석유 및 석유대체연료 사업법」 제8조에 따라 사업정지처분 효과는 새로운 석유정제업자에게 승계되며, 새로운 석유정제업자가 석유정제업을 승계할 때에 그 처분이나 위반의 사실을 알지 못하였음을 증명하더라도 마찬가지이다.
- ④ 허가에 붙은 기한이 그 허가된 사업의 성질상 부당하게 짧은 경우에는 이를 그 허가 자체의 존속기간이 아니라 그 허가조건의 존속기간으로 보아 그 기한이 도래함으로써 그 조건의 개정을 고려한다는 뜻으로 해석할 수 있다.

해설

- ① (○) 행정행위인 허가 또는 특허에 붙인 조항으로서 종료의 기한을 정한 경우 종기인 기한에 관하여는 일률적으로 기한이 왔다고 하여 당연히 그 행정행위의 효력이 상실된다고 할 것이 아니고 그 기한이 그 허가 또는 특허된 사업의 성질상 부당하게 짧은 기한을 정한 경우에 있어서는 그 기한은 그 허가 또는 특허의 조건의 존속기간을 정한 것이며 그 기한이 도래함으로써 그 조건의 개정을 고려한다는 뜻으로 해석하여야 할 것이다. 종전의 허가가 기한의 도래로 실효한 이상 원고가 **종전 허가의 유효기간이 지나서 신청한 이 사건 기간연장신청은 그에 대한 종전의 허가처분을 전제로 하여 단순히 그 유효기간을 연장하여 주는 행정처분을 구하는 것이라기 보다는 종전의 허가처분과는 별도의 새로운 허가를 내용으로 하는 행정처분을 구하는 것이라고** 보아야 할 것이어서, 이러한 경우 허가권자는 이를 새로운 허가신청으로 보아 법의 관계 규정에 의하여 허가요건의 적합 여부를 새로이 판단하여 그 허가 여부를 결정하여야 할 것이다(대판 1995.11.10. 94누11866).
- ② (○) 판례는 석유판매업허가가 대물적 허가임을 전제로 사업양도가 가능하고, 양도시 제재처분의 사유도 양수인에게 승계된다고 보았다.
 - **석유판매업(주유소)허가는 소위 대물적 허가의 성질을 갖는 것이어서 그 사업의 양도도 가능하고, 이 경우 양수인은 양도인의 지위를 승계하게 됨에 따라 양도인의 위 허가에 따른 권리의무가 양수인에게 이전되는 것이므로 만약 양도인에게 그 허가를 취소할 위법사유가 있다면 허가관청은 이를 이유로 양수인에게 응분의 제재조치를 취할 수 있다** 할 것이고, 양수인이 그 양수 후 허가관청으로부터 석유판매업허가를 다시 받았다 하더라도 이는 석유판매업의 양수·양도를 전제로 한 것이어서 이로써 양도인의 지위승계가 부정되는 것은 아니므로 양도인의 귀책사유는 양수인에게 그 효력이 미친다(대판 1986.7.22. 86누203).
- ③ (×) 대물적 허가의 경우 사업 양도·양수시 허가효과(권리의무·위법사유·제재사유·귀책사유, 제재처분효과)의 승계가 되지만, 법률에서 선의임을 입증한 양수인을 보호하는 규정을 따로 두기도 한다. 다음 법률 규정이 그 사례이다.
 - 「**석유 및 석유대체연료 사업법**」 제8조(처분 효과의 승계) 제7조에 따라 석유정제업자의 지위가 승계되면 종전의 석유정제업자에 대한 제13조제1항에 따른 사업정지처분(제14조에 따라 사업정지를 갈음하여 부과하는 과징금부과처분을 포함한다)의 효과는 새로운 석유정제업자에게 승계되며, 처분의 절차가 진행 중일 때에는 새로운 석유정제업자에 대하여 그 절차를 계속 진행할 수 있다. **다만, 새로운 석유정제업자(상속으로 승계받은 자는 제외한다)가 석유정제업을 승계할 때에 그 처분이나 위반의 사실을 알지 못하였음을 증명하는 경우에는 그러하지 아니하다.**
- ④ (○) 일반적으로 행정처분에 효력기간이 정하여져 있는 경우에는 그 기간의 경과로 그 행정처분의 효력은 상실되고, 다만 허가에 붙은 기한이 그 허가된 사업의 성질상 부당하게 짧은 경우에는 이를 그 허가 자체의 존속기간이 아니라 그 허가조건의 존속기간(갱신기간)으로 보아 그 기한이 도래함으로써 그 조건의 개정을 고려한다는 뜻으로 해석할 수는 있지만, 그와 같은 경우라 하더라도 그 허가기간이 연장되기 위하여는 그 종기가 도래하기 전에 그 허가기간의 연장에 관한 신청이 있어야 하며, 만일 그러한 연장신청이 없는 상태에서 허가기간이 만료하였다면 그 허가의 효력은 상실된다(대판 2007.10.11. 2005두12404).

답 ③

40 공용수용에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공공의 이익에 도움이 되는 사업이라도 ‘공익사업’으로 실정법에 열거되어 있지 않은 사업은 공용수용이 허용될 수 없다.
- ② 오늘날 공익사업의 범위가 확대되는 경향에 대응하여 재산권의 존속보장과 조화를 위해서는 ‘공공필요’의 요건에 관하여, 공익성은 구체적인 공익 일반 또는 국가의 이익 이상의 중대한 공익을 요구하므로 기본권 일반의 제한사유인 ‘공공복리’보다 넓게 보는 것이 타당하다.
- ③ 공용수용은 공익사업을 위한 필요가 있어야 하고, 그 필요가 있는지에 대하여는 수용에 따른 상대방의 재산권침해를 정당화할 만한 공익의 존재가 쌍방의 이익의 비교형량의 결과로 입증되어야 하며, 그 입증책임은 사업시행자에게 있다.
- ④ 관할 행정청이 토지수용사업승인을 한 후 그 뜻을 토지소유자 등에게 통지하지 아니하였다는 하지는 절차상 위법으로서 이의재결의 취소를 구할 수 있는 사유가 될지언정 당연무효의 사유라고 할 수는 없다.

해설

- ① (○) 공용수용이 허용될 수 있는 공익성을 가진 사업, 즉 공익사업의 범위는 사업시행자와 토지소유자 등의 이해가 상반되는 중요한 사항으로서, 공용수용에 대한 법률유보의 원칙에 따라 법률에서 명확히 규정되어야 한다. 공공의 이익에 도움이 되는 사업이라도 ‘공익사업’으로 실정법에 열거되어 있지 않은 사업은 공용수용이 허용될 수 없다(헌재 2014.10.30. 2011헌바172).
- ② (×) **헌법 23조 3항 ‘공공필요’ < 헌법 37조 2항 기본권 제한 사유인 ‘공공복리’**
 - **헌법 23조 ③ 공공필요**에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.
 - **헌법 제37조 ②** 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 **공공복리**를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.
 - 헌법 제23조 제3항에서 규정하고 있는 ‘공공필요’는 “국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성”으로서, ‘공공필요’의 개념은 ‘공익성’과 ‘필요성’이라는 요소로 구성되어 있는 바 ... 오늘날 공익사업의 범위가 확대되는 경향에 대응하여 재산권의 존속보장과 조화를 위해서는, ‘공공필요’의 요건에 관하여, 공익성은 추상적인 공익 일반 또는 국가의 이익 이상의 중대한 공익을 요구하므로 기본권 일반의 제한사유인 ‘공공복리’보다 좁게 보는 것이 타당하며, 공익성의 정도를 판단함에 있어서는 공용수용을 허용하고 있는 개별법의 입법목적, 사업내용, 사업이 입법목적에 이바지 하는 정도는 물론, 특히 그 사업이 대중을 상대로 하는 영업인 경우에는 그 사업 시설에 대한 대중의 이용·접근가능성도 아울러 고려하여야 한다(헌재 2014.10.30. 2011헌바172).
- ③ (○) 대판 2005.11.10. 2003두7507
- ④ (○) 원지적도가 없는 상태에서 토지조서 및 물건조서를 작성하였다거나, 건설부장관이 토지수용법 제16조의 규정에 따라 토지수용사업승인을 한 후 그 뜻을 토지소유자 등에게 통지하지 아니하였다거나, 기업자가 토지소유자와 협의를 거치지 아니한 채 토지의 수용을 위한 재결을 신청하였다는 등의 하자들 역시 절차상 위법으로서 이의재결의 취소를 구할 수 있는 사유가 될지언정 당연무효의 사유라고 할 수는 없다(대판 1993.8.13. 93누2148).

답 ②