

1 다음 중 행정의 법원칙에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 관할관청이 폐기물처리업 사업계획에 대하여 적정통보를 한 것만으로도 그 사업부지 토지에 대한 국토이용계획변경신청을 승인하여 주겠다는 취지의 공적인 견해표명을 한 것으로 볼 수 있다.
- ② 행정청은 행정작용을 할 때 상대방에게 해당 행정작용과 실질적인 관련이 없는 의무를 부과해서는 아니 된다.
- ③ 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 되지만, 공익 또는 제3자의 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우는 예외로 한다.
- ④ 행정청은 합리적 이유 없이 국민을 차별하여서는 아니 된다.

해설

- ① (×) 폐기물관리법령에 의한 폐기물처리업 사업계획에 대한 적정통보와 국토이용관리 법령에 의한 국토이용계획변경은 각기 그 제도적 취지와 결정단계에서 고려해야 할 사항들이 다르기 때문에, 폐기물처리업 사업계획에 대하여 적정통보를 한 것만으로 그 사업부지 토지에 대한 국토이용계획변경신청을 승인하여 주겠다는 취지의 공적인 견해표명을 한 것으로 볼 수 없다(대판 2005.4.28. 2004두8828).
- ② (○) 행정기본법 제13조(부당결부금지의 원칙) 행정청은 행정작용을 할 때 상대방에게 해당 행정작용과 실질적인 관련이 없는 의무를 부과해서는 아니 된다.
- ③ (○) 행정기본법 제12조(신뢰보호의 원칙) ② 행정청은 권한 행사의 기회가 있음에도 불구하고 장기간 권한을 행사하지 아니하여 국민이 그 권한이 행사되지 아니할 것으로 믿을 만한 정당한 사유가 있는 경우에는 그 권한을 행사해서는 아니 된다. 다만, 공익 또는 제3자의 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우는 예외로 한다.
- ④ (○) 행정기본법 제9조(평등의 원칙) 행정청은 합리적 이유 없이 국민을 차별하여서는 아니 된다.

답 ①

2 다음 중 '적극행정'에 관한 다음 관련 법령상의 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① '적극행정'이란 공무원이 불합리한 규제를 개선하는 등 공공의 이익을 위해 창의성과 전문성을 바탕으로 적극적으로 업무를 처리하는 행위를 말한다.
- ② 공무원이 적극행정을 추진한 결과에 대해 그의 행위에 고의 또는 중대한 과실이 없는 경우에는 「감사원법」 제34조의3 및 「공공감사에 관한 법률」 제23조의2에 따라 징계 요구 또는 문책 요구 등 책임을 묻지 않는다.
- ③ 국가와 지방자치단체는 소속 공무원이 공공의 이익을 위하여 적극적으로 직무를 수행할 수 있도록 제반 여건을 조성하고, 이와 관련된 시책 및 조치를 추진하여야 한다.
- ④ 행정은 현저히 공공의 이익에 반하지 않는 한 적극적으로 추진되어야 한다.

해설

- ① (○) 적극행정부령규정 제2조(정의) 이 영에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
1. "적극행정"이란 공무원이 불합리한 규제를 개선하는 등 공공의 이익을 위해 창의성과 전문성을 바탕으로 적극적으로 업무를 처리하는 행위를 말한다.
- ② (○) 적극행정부령규정 제16조(징계요구 등 면책) ① 공무원이 적극행정을 추진한 결과에 대해 그의 행위에 고의 또는 중대한 과실이 없는 경우에는 「감사원법」 제34조의3 및 「공공감사에 관한 법률」 제23조의2에 따라 징계 요구 또는 문책 요구 등 책임을 묻지 않는다.
- ③ (○), ④ (×) 행정기본법 제4조(행정의 적극적 추진) ① 행정은 공공의 이익을 위하여 적극적으로 추진되어야 한다. ② 국가와 지방자치단체는 소속 공무원이 공공의 이익을 위하여 적극적으로 직무를 수행할 수 있도록 제반 여건을 조성하고, 이와 관련된 시책 및 조치를 추진하여야 한다.

답 ④

3 다음 중 행정절차에 대한 설명으로 옳지 않은 것을 모두 고른 것은?(단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 묘지공원과 화장장의 후보지를 선정하는 과정에서 서울특별시, 비영리법인, 일반 기업 등이 공동발족한 협의체인 추모공원건립추진협의회가 후보지 주민들의 의견을 청취하기 위하여 그 명의로 개최한 공청회는 행정절차법에서 정한 절차를 준수하여야 하는 것은 아니다.
- ㉡ 구 광업법상 처분청이 광업용 토지수용을 위한 사업인정을 하고자 할 때에 토지소유자와 토지에 관한 권리를 가진 자의 의견을 들어야 한다고 한 것은 처분청이 그 의견에 기속되는 것이다.
- ㉢ 공무원연금법상 퇴직연금의 환수결정은 당사자에게 의무를 과하는 처분이므로, 퇴직연금의 환수결정에 앞서 당사자에게 의견진술의 기회를 주지 아니하면 행정절차법에 어긋난다.
- ㉣ 행정청이 당사자와 사이에 도시계획사업의 시행과 관련한 협약을 체결하면서 행정절차법에 규정된 청문의 실시를 배제하는 조항을 둔 경우, 이는 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당한다.

① ㉠, ㉡

② ㉡, ㉢

③ ㉡, ㉢, ㉣

④ ㉠, ㉡, ㉢, ㉣

해설

- ㉠ (○) 행정청이 개최한 공청회가 아닌 경우 행정절차법의 공책회 규정 적용 안 됨 : 묘지공원과 화장장의 후보지를 선정하는 과정에서 추모공원권립추진협의회가 후보지 주민들의 의견을 청취하기 위하여 그 명의로 개최한 공책회는 행정청이 도시계획시설결정을 하면서 개최한 공책회가 아니므로, 공책회의 개최에 관하여 행정절차법에서 정한 절차를 준수하여야 하는 것은 아니다(대판 2007.4.12. 2005두1893)
- ㉡ (×) 광업법 제88조 제2항에서 처분청이 광업용 토지수용을 위한 사업인정을 하고자 할 때에 토지소유자와 토지에 관한 권리를 가진 자의 의견을 들어야 한다고 한 것은 그 사업인정 여부를 결정함에 있어서 소유자나 기타 권리자가 의견을 반영할 기회를 주어 이를 참작하도록 하고자 하는 데 있을 뿐, 처분청이 그 의견에 기속되는 것은 아니다(대판 1995.12.22. 95누30).
 - 한편, 이 판례 이후 제정된 행정절차법에서는 '상당한 이유'가 있으면 청문결과를 반영하여야 한다고 규정하고 있다.
 - 행정절차법 제35조의2(청문결과의 반영) 행정청은 처분을 할 때에 제35조 제4항에 따라 받은 청문조서, 청문 주재자의 의견서, 그 밖의 관계 서류 등을 충분히 검토하고 상당한 이유가 있다고 인정하는 경우에는 청문결과를 반영하여야 한다.
- ㉢ (×) 법령에 따라 확정되는 의무부과의 경우에는 의견제출의 기회를 부여하지 않아도 됨 : 퇴직연금의 환수결정은 당사자에게 의무를 과하는 처분이지는 하나, 관련 법령에 따라 당연히 환수금액이 정하여지는 것이므로, 퇴직연금의 환수결정에 앞서 당사자에게 의견진술의 기회를 주지 아니하여도 「행정절차법」 제22조 제3항이나 신의칙에 어긋나지 아니한다(대판 2000.11.28. 99두5443).
- ㉣ (×) 의견청취절차 배제 협약 법령상 인정 규정이 없으면 효력이 없음 : 행정청이 당사자와 사이에 도시계획사업의 시행과 관련한 협약을 체결하면서 관계 법령 및 행정절차법에 규정된 청문의 실시 등 의견청취절차를 배제하는 조항을 둔 경우, 협약의 체결로 청문의 실시에 관한 규정의 적용을 배제할 수 있다고 볼 만한 법령상의 규정이 없는 한, 청문의 실시에 관한 규정의 적용이 배제되거나 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당한다고 할 수 없다.(대판 2004.7.8. 2002두8350)

답 ③

4 다음 중 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?(단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공개를 구하는 정보를 공공기관이 한 때 보유·관리하였으나 후에 그 정보가 담긴 문서 등이 폐기되어 존재하지 않게 된 것이라면 그 정보를 더 이상 보유·관리하고 있지 아니하다는 점에 대한 증명책임은 공공기관에게 있다.
- ② 청구인이 정보공개거부처분의 취소를 구하는 소송에서 공공기관이 청구정보를 증거 등으로 법원에 제출하여 법원을 통하여 그 사본을 청구인에게 교부 또는 송달되게 하여 결과적으로 청구인에게 정보를 공개하는 셈이 되었다면, 당해 정보의 비공개결정의 취소를 구할 소의 이익은 소멸된다.
- ③ 법원이 행정기관의 정보공개거부처분의 위법 여부를 심리한 결과 공개를 거부한 정보에 비공개사유에 해당하는 부분과 그렇지 않은 부분이 혼합되어 있고, 공개청구의 취지에 어긋나지 않는 범위 안에서 두 부분을 분리할 수 있음을 인정할 수 있더라도 공개가 가능한 정보에 국한하여 일부취소를 명할 수 없다.
- ④ 공공기관이 공개청구의 대상이 된 정보를 공개는 하되, 청구인이 신청한 공개방법 이외의 방법으로 공개하기로 하는 결정을 하였다면, 이는 정보공개청구 중 정보공개 방법에 관한 부분만을 달리한 것이므로 일부 거부처분이라 할 수 없다.

해설

- ① (○) 정보공개제도는 공공기관이 보유·관리하는 정보를 그 상태로 공개하는 제도로서 공개를 구하는 정보를 공공기관이 보유·관리하고 있을 상당한 개연성이 있다는 점에 대하여 원칙적으로 공개청구자에게 증명책임이 있다고 할 것이지만, 공개를 구하는 정보를 공공기관이 한 때 보유·관리하였으나 후에 그 정보가 담긴 문서등이 폐기되어 존재하지 않게 된 것이라면 그 정보를 더 이상 보유·관리하고 있지 아니하다는 점에 대한 증명책임은 공공기관에게 있다(대판 2004.12.9. 2003두12707)
- ② (×) 정보공개거부처분의 취소를 구하는 소송에서 공공기관이 청구정보를 증거 등으로 법원에 제출한 것은 정보공개법 제2조 제2호에서 규정하는 '공개'로 볼 수 없으므로 비공개결정의 취소를 구할 소의 이익은 있음 : 보안관찰관련 통계자료를 제외한 나머지 정보들(이하 '이 사건 나머지 정보들'이라 한다)에 대하여 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제2조 제2호는 '공개'라 함은 공공기관이 이법의 규정에 의하여 정보를 열람하게 하거나 그 사본 또는 복제물을 교부하는 것 등을 말한다고 정의하고 있는데, 정보공개방법에 대하여 법시행령 제14조 제1항은 문서·도면·사진 등은 열람 또는 사본의 교부의 방법 등에 의하도록 하고 있고, 제2항은 공공기관은 정보를 공개함에 있어서 본인 또는 그 정당한 대리인임을 직접 확인할 필요가 없는 경우에는 청구인의 요청에 의하여 사본 등을 우편으로 송부할 수 있도록 하고 있으며, 한편 법 제15조 제1항은 정보의 공개 및 우송 등에 소요되는 비용은 실비의 범위 안에서 청구인의 부담으로 하도록 하고 있는바, 청구인이 정보공개거부처분의 취소를 구하는 소송에서 공공기관이 청구정보를 증거 등으로 법원에 제출하여 법원을 통하여 그 사본을 청구인에게 교부 또는 송달되게 하여 결과적으로 청구인에게 정보를 공개하는 셈이 되었다고 하더라도, 이러한 우회적인 방법은 법이 예정하고 있지 아니한 방법으로서 법에 의한 공개라고 볼 수는 없으므로, 당해 문서의 비공개 결정의 취소를 구할 소의 이익은 소멸되지 않는다고 할 것이다.(대판 2004.3.26. 2002두6583)
- ③ (×) 법원이 행정기관의 정보공개거부처분의 위법 여부를 심리한 결과 공개를 거부한 정보에 비공개사유에 해당하는 부분과 그렇지 않은 부분이 혼합되어 있고, 공개청구의 취지에 어긋나지 않는 범위 안에서 두 부분을 분리할 수 있는 경우, 공개가 가능한 정보에 한하여 일부 취소를 명할 수 있다 할 것이고, 공개청구 취지에 어긋나지 않는 범위 안에서 비공개대상 정보 해당 부분과 공개가 가능 부분을 분리할 수 있다고 함은, 물리적으로 분리가능한 경우를 의미하는 것이 아니고 당해 정보의 공개방법 및 절차에 비추어 비공개대상 정보에 관련된 기술 등을 제외·삭제하고 나머지 정보만을 공개하는 것이 가능하고 나머지 부분의 정보만으로도 공개의 가치가 있는 경우를 의미한다고 해석해야 한다(대판 2004.12.9. 2003두12707).

- 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제14조(부분공개) 공개청구한 정보가 제9조(비공개 대상 정보) 제1항 각 호의 1에 해당하는 부분과 공개가 가능한 부분이 혼합되어 있는 경우로서 공개청구의 취지에 어긋나지 아니하는 범위 안에서 두 부분을 분리할 수 있는 때에는 제9조 제1항 각 호의 1에 해당하는 부분을 제외하고 공개하여야 한다.
- ④ (×) 정보공개 청구인에게 특정한 정보공개방법을 지정하여 청구할 수 있는 법령상 신청권이 있음으로 공개청구 대상인 정보를 청구인이 신청한 공개방법 외의 방법으로 공개하기로 한 결정은 공개방법에 관한 부분에 대한 일부 거부처분으로서 항고소송 대상이 됨 : 구 공공기관의 정보공개에 관한 법률(2013. 8. 6. 법률 제11991호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 정보공개법'이라고 한다)은, 청구인이 정보공개방법도 아울러 지정하여 정보공개를 청구할 수 있도록 하고 있고, 전자적 형태의 정보를 전자적으로 공개하여 줄 것을 요청한 경우에는 공공기관은 원칙적으로 그 요청에 응할 의무가 있고, 나아가 비전자적 형태의 정보에 관해서도 전자적 형태로 공개하여 줄 것을 요청하면 재량판단에 따라 전자적 형태로 변환하여 공개할 수 있도록 하고 있다. 이는 정보의 효율적 활용을 도모하고 청구인의 편의를 제고함으로써 정보공개법의 목적인 국민의 알 권리를 충실하게 보장하려는 것이므로, 청구인에게는

특정한 공개방법을 지정하여 정보공개를 청구할 수 있는 법령상 신청권이 있다고 보아야 한다. 따라서 공공기관이 공개청구의 대상이 된 정보를 공개는 하되, 청구인이 신청한 공개방법 이외의 방법으로 공개하기로 하는 결정을 하였다면, 이는 정보공개청구 중 정보공개방법에 관한 부분에 대하여 일부 거부처분을 한 것으로 보아야 하고, 청구인은 그에 대하여 항고소송으로 다툴 수 있다(대판 2016.11.10. 2016두44674)

답 ①

5 다음 중 판례에서 공법상 당사자소송의 대상으로 본 것은 모두 몇 개인가?

- ㉠ 부가가치세 환급세액 지급청구소송
- ㉡ 원고는 국가로부터 태극무공훈장을 수여 받았는데 국가의 훈기부상 화랑무공훈장을 수여받은 것으로 기재되어 있으므로 피고는 원고가 태극무공훈장을 수여받은 자임을 확인하라는 소송
- ㉢ 하천구역 편입토지에 대한 손실보상청구권에 관한 소송
- ㉣ 「민주화운동관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률」 상의 보상심의위원회의 보상금 지급신청의 기각결정에 관한 소송
- ㉤ 공중보건의사 채용계약 해지의 무효확인 청구를 구하는 소송

- ① 2개 ② 3개 ③ 4개 ④ 5개

해설

- ㉠ (○) **납세의무자에 대한 국가의 부가가치세 환급세액 지급의무는 부당이득 반환의무가 아닌 법령에 의한 공법상 의무이므로 국가에 대한 납세의무자의 부가가치세 환급세액 지급청구는 당사자소송** : 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 인정한 것이라고 할 수 있다. 따라서 이와 같은 부가가치세법령의 내용, 형식 및 입법 취지 등에 비추어 보면, **납세의무자에 대한 국가의 부가가치세 환급세액 지급의무는 그 납세의무자로부터 어느 과세기간에 과다하게 거래징수된 세액 상당을 국가가 실제로 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)
- ㉡ (○) 국가의 훈기부상 화랑무공훈장을 수여받은 것으로 기재되어 있는 원고가 태극무공훈장을 수여받은 자임을 확인하라는 이 소 청구는, 이러한 확인을 구하는 취지가 국가유공자로서의 보상 등 예우를 받는 데에 필요한 훈격을 확인받기 위한 것이더라도, 항고소송이 아니라 공법상의 법률관계에 관한 당사자소송에 속하는 것이므로 행정소송법 제30조의 규정에 의하여 국가를 피고로 하여야 할 것이다.
- ㉢ (○) **구 하천법 부칙(1984. 12. 31.) 제2조 제1항 및 '법률 제3782호 하천법 중 개정법률 부칙 제2조의 규정에 의한 보상청구권의 소멸시효가 만료된 하천구역 편입토지 보상'에 관한 특별조치법 제2조 제1항에서 정하고 있는 손실보상청구권의 법적 성질(공법상 권리) 그 쟁송 절차(=행정소송 중 당사자소송)** : 법률 제3782호 하천법 중 개정법률(이하 '개정 하천법'이라 한다)은 그 부칙 2조 1항에서 개정 하천법의 시행일인 1984. 12. 31. 전에 유수지에 해당되어 하천구역으로 된 토지 및 구 하천법(1971. 1. 19. 법률 제2292호로 전문 개정된 것)의 시행으로 국유로 된 제외지 안의 토지에 대하여는 관리청이 그 손실을 보상하도록 규정하였고, '법률 제3782호 하천법 중 개정법률 부칙 2조의 규정에 의한 보상청구권의 소멸시효가 만료된 하천구역 편입토지 보상에 관한 특별조치법' 2조는 구 하천법(1989. 12. 30. 법률 제4161호로 개정되기 전의 것) 부칙 2조 1항에 해당하는 토지로서 개정 하천법 부칙 2조 2항에서 규정하고 있는 소멸시효의 만료로 보상청구권이 소멸되어 보상을 받지 못한 토지에 대하여는 시·도지사(이하 '시·도지사'라 함)가 그 손실을 보상하도록 규정하고 있는바, 위 각 규정들에 의한 손실보상청구권은 모두 종전의 하천법 규정 자체에 의하여 하천구역으로 편입되어 국유로 되었으나 그에 대한 보상규정이 없었거나 보상청구권이 시효로 소멸되어 보상을 받지 못한 토지들에 대하여, 국가가 반성적 고려와 국민의 권리구제 차원에서 그 손실을 보상하기 위하여 규정한 것으로서, 그 법적 성질은 하천법 본칙(본칙)이 원래부터 규정하고 있던 하천구역에의 편입에 의한 손실보상청구권과 하등 다를 바가 없는 것이어서 공법상의 권리임이 분명하므로 그에 관한 쟁송도 행정소송절차에 의해야 한다. 위 손실보상청구권은 1984. 12. 31. 전에 토지가 하천구역으로 된 경우에는 당연히 발생하는 것이지, 관리청의 보상금지급결정에 의하여 비로소 발생하는 것은 아니므로, 위 규정들에 의한 손실보상금의 지급을 구하거나 손실보상청구권의 확인을 구하는 소송은 행정소송법 3조 2호 소정의 당사자소송에 의해야 한다(대판 2006.5.18. 2004다6207).
- ㉣ (×) **금전급부청구권이 행정청의 급부결정이 있어야 발생하는 경우 지급신청 거부시 거부처분 취소소송 제기(당사자소송으로 금전지급청구 불가)** 「민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률」 상의 **보상심의위원회의 보상금신청기각결정 ⇨ 거부처분 ⇨ 취소소송** : 「민주화운동관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률」 규정들만으로는 바로 법상의 보상금 등의 지급 대상자가 확정된다고 볼 수 없고, 「민주화운동관련자 명예회복 및 보상 심의위원회」에서 심의·결정을 받아야만 비로소 보상금 등의 지급 대상자로 확정될 수 있다. 따라서 그와 같은 심의위원회의 결정은 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행정처분에 해당하므로, 관련자 등으로서 보상금 등을 지급받고자 하는 신청에 대하여 심의위원회가 관련자 해당 요건의 전부 또는 일부를 인정하지 아니하여 보상금 등의 지급을 기각하는 결정을 한 경우에는 신청인은 심의위원회를 상대로 그 결정의 취소를 구하는 소송을 제기하여 보상금 등의 지급대상자가 될 수 있다(대판 2008.4.17. 2005두16185).

[비교판례] 금전급부청구권이 법률에 의해 직접 발생하는 경우 지급청구신청 기각시 항고소송이 아닌 당사자소송(금전지급청구) 제기
 • 「광주민주화운동관련자보상 등에 관한 법률」 15조에 의거하여 **관련자 및 유족들이 갖게 되는 보상 등에 관한 권리 및 소송의 성격(=당사자소송)과 그 지급에 관한 법률관계의 주체(=대한민국)** : 「광주민주화운동관련자보상 등에 관한 법률」에 의거하여 관련자 및 유족들이 갖게 되는 보상 등에 관한 권리는 헌법 23조 3항에 따른 재산권 침해에 대한 손실보상청구나 「국가배상법」에 따른 손해배상청구와는 그 성질을 달리하는 것으로서 **법률이 특별히 인정하고 있는 공법상의 권리**라고 해야 할 것이므로 그에 관한 소송은 행정소송법 3조 2호 소정의 **당사자소송에 의해야 할 것**이며 보상금 등의 지급에 관한 법률관계의 주체는 대한민국이다(대판 1992.12.24. 92누3335).

㉔ (○) 실정법이 전문직공무원인 공중보건직의 채용계약 해지의 의사표시는 일반공무원에 대한 징계처분과는 달라서 항고소송의 대상이 되는 처분등의 성격을 가진 것으로 인정되지 않고, 일정한 사유가 있을 때에 관할 도지사가 채용계약 관계의 한쪽 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시로 취급하고 있는 것으로 이해되므로, 공중보건직의 채용계약 해지의 의사표시에 대하여는 대등한 당사자간의 소송형식인 공법상의 당사자소송으로 그 의사표시의 무효확인을 청구할 수 있는 것이지, 이를 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라는 전제 하에서 그 취소를 구하는 항고소송을 제기할 수는 없다(대판 1996.5.31. 95누10617).

답 ③

6 다음 중 지방자치에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 지방자치단체가 자치조례를 제정할 수 있는 사항은 지방자치단체의 고유사무인 자치사무에 한하는 것이고, 개별법령에 의하여 지방자치 단체에 위임된 단체위임사무와 국가사무가 지방자치단체의 장에게 위임된 기관위임사무는 원칙적으로 자치조례의 제정범위에 속하지 않는다.
- ② 시·군·구의 장의 자치사무의 일종인 당해 지방자치단체 소속 공무원에 대한 승진처분이 재량권을 일탈·남용하여 위법하게 된 경우 시·도지사는 지방자치법에 따라 그에 대한 시정명령이나 취소 또는 정지를 할 수 있다.
- ③ 매립지가 속할 지방자치단체를 정하는 결정에 대하여 대법원에 소송을 제기할 수 있는 주체는 관계 지방자치단체의 장일 뿐 지방자치단체가 아니다.
- ④ 담배소매업을 영위하는 주민들에게 자판기 설치를 제한하는 것을 내용으로 하는 조례는 주민의 직업선택의 자유 특히 직업수행의 자유를 제한하는 것이 되어 지방자치법상 주민의 권리 의무에 관한 사항을 규율하는 조례라고 할 수 있으므로 지방자치단체가 이러한 조례를 제정함에 있어서는 법률의 위임을 필요로 한다.

해설

- ① (×) 지방자치단체가 자치조례를 제정할 수 있는 사항은 지방자치단체의 사무인 자치사무(고유사무)와 단체위임사무이고, 기관위임사무는 원칙적으로 자치조례의 제정범위에 속하지 않음
 • 기관위임사무는 원칙적으로 자치조례로 정할 수 없으나 개별 법령의 위임시 위임조례로 제정 가능 : 헌법 제117조 제1항과 지방자치법 제15조에 의하면 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 자치조례를 제정할 수 있으나 이 때 사무란 지방자치법 제9조 제1항에서 말하는 지방자치단체의 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하게 된 단체위임사무를 가리키므로 지방자치단체가 자치조례를 제정할 수 있는 것은 원칙적으로 이러한 자치사무와 단체위임사무에 한하므로, 국가사무가 지방자치단체의 장에게 위임된 기관위임사무와 같이 지방자치단체의 장이 국가기관의 지위에서 수행하는 사무일 뿐 지방자치단체 자체의 사무라고 할 수 없는 것은 원칙적으로 자치조례의 제정범위에 속하지 않는다. 다만, 기관위임사무에 있어서도 그에 관한 개별 법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에는 지방자치단체의 자치조례 제정권과 무관하게 이른바 위임조례를 정할 수 있다고 하겠으나 이 때에도 그 내용은 개별 법령이 위임하고 있는 사항에 관한 것으로서 개별 법령의 취지에 부합하는 것이라야만 하고, 그 범위를 벗어난 경우에는 위임조례로서의 효력도 인정할 수 없다(대판 1999.9.17. 99추30).
- ② (○) 승진처분은 인사에 관한 자치사무에 관한 처분이며, 자치사무에 관한 처분은 법령을 위반한 경우에만 시정명령의 대상이며 현저히 부당하여 공익을 해하는 경우는 대상이 아니다(제188조 ⑤항). 이 경우 '법령에 위반된 경우'에는 재량권 일탈·남용으로 위법하게 되는 경우도 포함된다.
 • 지방자치법 157조(현 188조) 1항에서 정한 지방자치단체장의 명령·처분의 취소 요건인 '법령위반'에 '재량권의 일탈·남용'이 포함됨 : 지방자치법 157조 1항 전문 및 후문에 규정된 지방자치단체의 사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되는 경우란 명령·처분이 현저히 부당하여 공익을 해하는 경우, 즉 합목적성을 현저히 결하는 경우와 대비되는 개념으로, 시·군·구의 장의 사무의 집행이 명시적인 법령 규정을 구체적으로 위반한 경우뿐 아니라 그러한 사무의 집행이 재량권을 일탈·남용하여 위법하게 되는 경우를 포함하므로, 시·군·구의 장의 자치사무의 일종인 당해 지방자치단체 소속 공무원에 대한 승진처분이 재량권을 일탈·남용하여 위법하게 된 경우 시·도지사는 지방자치법 157조 1항 후문에 따라 그에 대한 시정명령이나 취소 또는 정지를 할 수 있다.(대판 2007.3.22. 2005추62).

위임 사무	관리·집행을 명백히 게을리 한 때	⇒	직무 이행명령	⇒	기간 내 미이행시 대집행 or 행정상·재정상 조치	⇒	직무이행명령에 이의가 있으면 15일 이내에 대법원에 제소 가능(집행정지신청 가능)
	명령·처분이 법령 위반 또는 현저히 부당하여 공익 해침	⇒	시정명령	⇒	기간 내 미이행시 취소·정지	⇒	취소·정지에 이의가 있어도 대법원에 제소 불가능
자치 사무	명령·처분이 법령 위반	⇒	시정명령	⇒	기간 내 미이행시 취소·정지	⇒	취소·정지(시정명령x)에 이의가 있으면 15일 이내에 대법원에 제소 가능

- ③ (○) 공유수면매립지가 속할 지방자치단체를 정하는 결정에 대하여 대법원에 소송을 제기할 수 있는 주체는 지방자치단체장 : 지방자치단체의 구역에 관하여 지방자치법은, 공유수면 관리 및 매립에 관한 법률에 따른 매립지가 속할 지방자치단체는 안전행정부장관이 결정한다고 규정하면서(현 제5조 제4항), 관계 지방자치단체의 장은 그 결정에 이의가 있으면 결과를 통보받은 날로부터 15일 이내에 대법원에 소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있다(현 제5조 제9항). 따라서 매립지가 속할 지방자치단체를 정하는 결정에 대하여 대법원에 소송을 제기할 수 있는 주체는 관계 지방자치단체의 장일 뿐 지방자치단체가 아니다.(대판 2013.11.14. 2010추73)).
- ④ (○) 주민의 권리를 제한하는 내용의 조례는 법률의 위임 필요 : 담배자동판매기의 설치제한 및 철거를 규정한 조례들은 담배소매업을 영위하는 주민들에게 자판기 설치를 제한하는 것을 내용으로 하고 있으므로 주민의 직업선택의 자유 특히 직업수행의 자유를 제한하는 것이 되어 지방자치법 제15조 단서 소정의 주민의 권리의무에 관한 사항을 규율하는 조례라고 할 수 있으므로 지방자치단체가 이러한 조례를 제정함에 있어서는 법률의 위임을 필요로 한다(헌재 1995.4.20. 92헌마264,279).

답 ①

7

다음 사안에 관한 설명 중 가장 옳은 것은?(단, 다툼이 있는 사항은 판례에 의함)

A는 단기복무부사관으로서 복무기간만료 시점이 다가옴에 따라 복무기간연장을 신청하고자 한다. 그러나 복무기간연장을 위한 지원자심사에서 탈락하는 경우에 대비하여 전역지원서를 아울러 제출하도록 한 육군참모총장의 방침에 따라 A도 복무연장지원서와 전역지원서를 함께 제출하였다. 그 결과 A의 전역지원서가 수리되어 전역처분을 받게 되었다.

- ① A의 전역지원서는 공법적 효과를 발생하는 ‘사인의 공법행위’의 일종으로서 신고만으로 효력을 발생한다.
- ② A의 군복무관계는 특별권력관계이므로 그 안에서 행하여진 전역처분에 대하여는 소송을 제기할 수 없다.
- ③ 계속복무를 원하는 자에게 복무연장지원서를 제출하게 하면서 이와는 정반대되는 전역지원서를 함께 제출하게 하였다면 그 전역 지원서를 제출하였다고 하여 전역을 원하는 의사가 있었다고는 볼 수 없다.
- ④ 전역지원의 의사표시가 진의 아닌 의사표시라고 하더라도 그 무효에 관한 법리를 선언한 「민법」 제107조 제1항 단서의 규정은 그 성질상 사인의 공법행위에는 적용되지 않는다 할 것이므로 그 표시된 대로 유효한 것으로 보아야 할 것이다.

해설

• **민법 제107조(진의 아닌 의사표시)** ① 의사표시는 표의자가 진의 아님을 알고 한 것이라도 그 효력이 있다. 그러나 상대방이 표의자의 진의 아님을 알았거나 이를 알 수 있었을 경우에는 무효로 한다.

• 사인의 공법행위에는 민법 107조 1항 단서규정은 적용 안됨. 언제나 표시된 대로 유효. 악의·과실인 경우도 유효.

• [관련판례] 군인사정책상 필요에 의하여 복무연장지원서와 전역(면역)지원서를 동시제출하게 한 방침에 따라 위 양 지원서를 함께 제출한 이상, 그 취지는 복무연장지원의 의사표시를 우선으로 하되, 그것이 받아들여지지 아니하는 경우에 대비하여 원에 의하여 전역하겠다는 조건부 의사표시를 한 것이므로 그 전역지원의 의사표시도 유효한 것으로 보아야 한다. 위 전역지원 의사표시가 진의 아닌 의사표시라 해도 그 무효에 관한 법리를 선언한 민법 107조 1항 단서 규정은 성질상 사인의 공법행위에는 적용되지 않으므로 그 표시된 대로 유효한 것으로 보아야 한다(대판 1994.1.11. 93누10057).

- ① (×) 신고가 아니라 신청이며 사인이 행정청에 대하여 일정한 조치를 취해줄 것을 요구하는 의사표시로서 사인의 공법행위에 해당하지만, 신청만으로 효과가 발생하지 않고 행정청의 처분이 있어야 함.
- ② (×) 군인의 복무관계는 특별권력관계에 해당하나, 전역처분은 특별권력관계를 종결시키는 행정처분으로서 행정소송의 대상이 된다.
- ③ (×) 판례는 양 지원서를 함께 제출한 이상, 그 취지는 복무연장지원의 의사표시를 우선으로 하되, 그것이 받아들여지지 아니하는 경우에 대비하여 원에 의하여 전역하겠다는 조건부 의사표시를 한 것이므로 그 전역지원의 의사표시도 유효한 것으로 보았음.

답 ④

8

다음은 행정법 상 기본 원칙에 속하는 실권(失權) 내지 실효(失效)의 법리에 대한 설명이다. 가장 옳지 않은 것은?

- ① 실권의 법리는 상대방이 행정권한 행사를 위한 법령요건을 갖춘 시점으로부터 장기간 권한 행사를 하지 아니한 때에 인정될 수 있다는 점에서 「형사소송법」상 공소시효의 기산점과 유사성을 갖는 것으로 평가할 수 있다.
- ② 종래 판례에 의해 인정되었으나 현재에는 「행정기본법」 제12조 제2항에 법적 근거를 두고 있는 행정법의 일반원칙이라고 할 수 있다.
- ③ 국가안전보장이나 질서유지 또는 공공복리등의 공익이나 제3자의 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우에는 인정되지 않을 수도 있다는 점에서 「행정심판법」이나 「행정소송법」상 사정재결·판결과 유사성을 갖는 것으로 평가할 수 있다.
- ④ 제재처분의 경우에는 실권의 법리에도 불구하고 법령 등의 위반행위가 종료된 날로부터 5년이 지나면 해당 위반행위에 대한 제재처분은 허용되지 아니한다.

해설

- ① (×) 실권의 법리: 행정기관이 조치를 취했어야 하는 사안을 장기간 방치하고 이로 인해 해당 조치의 상대방이 해당 조치가 없을 것이라고 신뢰하게 된 경우, 상대방의 신뢰를 보호하기 위해 해당 행정기관은 더 이상 해당 조치를 취할 수 없다는 원칙.
 - └ 실권의 법리의 기산점: 행정청의 권한행사의 기회가 발생한 시점.
 - └ 형사소송법 상 공소시효의 기산점: 범죄행위가 종료된 때
 즉, 국민이 어떤 위반행위를 한 경우
 - └ 실권의 법리의 기산점: 법령 상 요건인 제재처분사유 발생시점이 아니라 제재기관인 행정청이 위반행위를 알고 제재처분을 할 수 있었던 시점
 - | 예) 법정요건을 갖추지 못한 채 허가를 받고, 상당한 기간이 경과한 후 감사원의 지적을 통해 허가청이 비로소 법령 위반의 사실을 안 때
 - └ 공소시효의 기산점: 위반행위가 종료된 시점. 검찰이 위반행위가 있음을 알게 된 것과 무관.
- 행정서사업무허가 후 20년이 지나 허가를 취소했어도 취소사유를 행정청이 모르는 상태에 있다가 취소처분이 있기 직전에 알았다면 실권법리가 적용되지 않고 그 취소는 정당함. 이 사건에 관하여 보면 원고가 허가 받은 때로부터 20년이 다되어 피고가 그 허가를 취소한 것이기는 하나 피고가 취소사유를 알고서도 그렇게 장기간 취소권을 행사하지 않은 것이 아니고 1985.9.중순에 비로소 위에서 본 취소사유를 알고 그에 관한 법적 처리방안에 관하여 다각도로 연구검토가 행해졌고 그러한 사정은 원고도 알고 있었음에 기록상 명백하여 이로써 본다면 상대방인 원고에게 취소권을 행사하지 않을 것이란 신뢰를 심어준 것으로 여겨지지 않으니 피고의 처분이 실권의 법리에 저촉된 것이라고 볼 수 있는 것도 아니다.(대판 1988.4.27. 87누915)
- ② (○) 대법원 판례는 실권의 법리를 신의성실의 원칙에 바탕을 둔 파생원칙으로 보았지만 행정기본법은 행정법의 일반원칙으로서 신뢰보호원칙과 관련하여 실권의 법리를 규정.
 - [판례] 실권 또는 실효의 법리는 법의 일반원리인 신의성실의 원칙에 바탕을 둔 파생원칙인 것이므로 공법관계 가운데 관리관계는 물론이고 권력관계에도 적용되어야 함을 배제할 수는 없다 하겠으나 그것은 본래 권리행사의 기회가 있음에도 불구하고 권리자가 장기간에 걸쳐 그의 권리를 행사하지 아니하였기 때문에 의무자인 상대방은 이미 그의 권리를 행사하지 아니할 것으로 믿을만한 정당한 사유가 있게 되거나 행사하지 아니할 것으로

추인케 할 경우에 새삼스럽게 그 권리를 행사하는 것이 신의성실의 원칙에 반하는 결과가 될 때 그 권리행사를 허용하지 않는 것을 의미하는 것이다(대판 1988.4.27. 87누915).

- ③ (○) 행정기본법 제12조(신뢰보호의 원칙) ② 행정청은 권한 행사의 기회가 있음에도 불구하고 장기간 권한을 행사하지 아니하여 국민이 그 권한이 행사되지 아니할 것으로 믿을 만한 정당한 사유가 있는 경우에는 그 권한을 행사해서는 아니 된다. 다만, 공익 또는 제3자의 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우는 예외로 한다.
 - ④ (×) 몇몇 개별법률에 제재처분의 제척기간을 따로 규정한 경우가 있었는데 행정기본법은 제23조 제1항에서 제재적 행정처분에 대한 일반적인 제척기간에 관하여 규정하였다. 이는 처분상대방의 신뢰이익과 법적 안정성을 보장하기 위한 것으로 해당 규정은 부칙 규정에 따라 2023. 3. 24. 이후부터 발생하는 위반행위부터 적용된다. 즉, 시행되지도 않는 규정에 근거해 출제된 것이므로 틀린지문이 된다.
 - 행정기본법 제23조(제재처분의 제척기간) ① 행정청은 법령등의 위반행위가 종료된 날부터 5년이 지나면 해당 위반행위에 대하여 제재처분(인허가의 정지·취소·철회, 등록 말소, 영업소 폐쇄와 정지를 갈음하는 과징금 부과를 말한다. 이하 이 조에서 같다)을 할 수 없다.(시행일 2023.3.24.)
- * 정답 여부 : 가답안은 ①이지만 효력이 발생하지 않은 법률 규정 내용인 ④도 답이 된다.

답 ①④

9 다음 중 공물에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 도로는 도로로서의 형태를 갖추고, 도로법에 따른 노선의 지정이나 인정의 공고 및 도로구역 결정·고시를 한 때 또는 국토계획법이나 도시정비법이 정한 절차를 거쳐 도로를 설치하였을 때에 공공용물로서 공용개시행위가 있다고 할 수 있다.
- ② 공물의 용도폐지 의사표시는 명시적이든 묵시적이든 불문하나 적법한 의사표시이어야 하고 단지 사실상 공물로서의 용도에 사용되지 아니하고 있다는 사실이나 무효인 매도행위를 가지고 용도폐지의 의사표시가 있다고 볼 수 없다.
- ③ 행정목적에 위하여 공용되는 행정재산은 공용폐지가 되지 않는 한 사법상 거래의 대상이 될 수 없으므로 취득시효의 대상도 될 수 없다.
- ④ 국유재산 등의 관리청이 하는 행정재산의 사용·수익에 대한 허가는 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는 행정처분이 아니라 순전히 사경제주체로서 행하는 사법상의 행위이다.

해설

- ① (○) 국유재산법상의 행정재산이란 국가가 소유하는 재산으로서 직접 공용, 공공용, 또는 기업용으로 사용하거나 사용하기로 결정한 재산을 말하는 것이고, 그 중 도로와 같은 인공적 공공용 재산은 법령에 의하여 지정되거나 행정처분으로써 공공용으로 사용하기로 결정한 경우, 또는 행정재산으로 실제로 사용하는 경우의 어느 하나에 해당하여야 비로소 행정재산이 되는 것인데, 특히 도로는 도로로서의 형태를 갖추고, 도로법에 따른 노선의 지정 또는 인정의 공고 및 도로구역 결정·고시를 한 때 또는 도시계획법 또는 도시재개발법 소정의 절차를 거쳐 도로를 설치하였을 때에 공공용물로서 공용개시행위가 있다고 할 것이므로, 토지의 지목이 도로이고 국유재산대장에 등재되어 있다는 사정만으로 바로 그 토지가 도로로서 행정재산에 해당한다고 할 수는 없다.(대판 2000.2.25. 99다54332)
- ② (○) 공용폐지의 의사표시는 명시적 의사표시뿐 아니라 묵시적 의사표시이어도 무방하나 적법한 의사표시이어야 하고, 행정재산이 본래의 용도에 제공되지 않는 상태에 놓여 있다는 사실만으로 관리청의 이에 대한 공용폐지의 의사표시가 있었다고 볼 수 없으며, 행정재산에 관하여 체결된 것이기 때문에 무효인 매매계약을 가지고 적법한 공용폐지의 의사표시가 있었다고 볼 수도 없다(대판 1996.5.28. 95다52383).
- ③ (○) 행정 목적을 위하여 공용되는 행정재산은 공용폐지가 되지 않는 한 사법상 거래의 대상이 될 수 없으므로 취득시효의 대상도 되지 않는 것이고, 공물의 용도폐지 의사표시는 명시적이든, 묵시적이든 불문하나 적법한 의사표시여야 하고 단지 사실상 공물로서의 용도에 사용되지 않고 있다는 사실만으로 용도폐지의 의사표시가 있다고 볼 수는 없다(대판 1995.12.22. 95다19478). ⇨ 국민학교의 실습지로서 사용되어 오다가 장기간 공물로서의 용도에 쓰이지 않고 방치되었다 하더라도 그 사유만 가지고 공용폐지가 있었다고 할 수 없으므로 취득시효의 대상이 되지 않는다.
- ④ (×) 행정재산의 사용·수익에 대한 허가 : 행정처분으로 강학상 특허(공법관계) ⇨ 행정소송
국유재산 등의 관리청이 하는 행정재산의 사용·수익에 대한 허가는 순전히 사경제주체로서 행하는 사법상의 행위가 아니라 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는 행정처분으로서 특정인에게 행정재산을 사용할 수 있는 권리를 설정하여 주는 강학상 특허에 해당한다(대판 2006.3.9. 2004다 31074) ⇨ 국립의료원 부설 주차장에 관한 위탁관리용역운영계약의 실질은 행정재산에 대한 국유재산법 제24조 제1항의 사용·수익 허가임을 이유로, 민사소송으로 제기된 위 계약에 따른 가산금지급채무의 부존재확인청구에 관하여 본안 판단을 한 원심판결을 파기하고, 소를 각하.

답 ④

10 다음 중 행정의 실효성 확보수단에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 세무조사결정은 납세의무자의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 공권력의 행사에 따른 행정작용으로서 항고소송의 대상이 된다.
- ② 건축법에 따라 시정명령을 받은 의무자가 이행강제금이 부과되기 전에 그 의무를 이행하였더라도 시정명령에서 정한 기간을 지나서 이행한 경우에는 행정청은 이행강제금을 부과할 수 있다.
- ③ 공매통지 자체가 그 상대방인 체납자 등의 법적 지위나 권리·의무에 직접적인 영향을 주는 행정처분에 해당한다고 할 것은 아니므로 다른 특별한 사정이 없는 한 체납자 등은 공매통지의 결여나 위법을 들어 공매처분의 취소 등을 구할 수 있는 것이지 공매통지 자체를 항고소송의 대상으로 삼아 그 취소 등을 구할 수는 없다.
- ④ 계고서라는 명칭의 1장의 문서로서 일정기간 내에 위법건축물의 자진철거를 명함과 동시에 그 소정기한 내에 자진철거를 하지 아니할 때에는 대집행할 뜻을 미리 계고한 경우라도 건축법에 의한 철거명령과 행정대집행법에 의한 계고 처분은 독립하여 있는 것으로서 각 그 요건이 충족되었다고 볼 것이다.

해설

- ① (○) **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 과태로 처분에 대하여 불복하거나 조사 종료 후의 과세처분에 대하여만 다룰 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).
- ② (×) **건축법상 이행강제금은 행정상 간접강제이며 시정명령을 받은 의무자가 시정명령에서 정한 기간이 지났으나 이행강제금 부과 전에 의무를 이행한 경우, 이행강제금 부과 못함** : 건축법상의 이행강제금은 시정명령의 불이행이라는 과거의 위반행위에 대한 제재가 아니라, 의무자에게 시정명령을 받은 의무의 이행을 명하고 그 이행기간 안에 의무를 이행하지 않으면 이행강제금이 부과된다는 사실을 고지함으로써 의무자에게 심리적 압박을 주어 의무의 이행을 간접적으로 강제하는 행정상의 간접강제 수단에 해당한다. 이러한 이행강제금의 본질상 시정명령을 받은 의무자가 이행강제금이 부과되기 전에 그 의무를 이행한 경우에는 비록 시정명령에서 정한 기간을 지나서 이행한 경우라도 이행강제금을 부과할 수 없다. 나아가 시정명령을 받은 의무자가 그 시정명령의 취지에 부합하는 의무를 이행하기 위한 정당한 방법으로 행정청에 신청 또는 신고를 하였으나 행정청이 위법하게 이를 거부 또는 반려함으로써 결국 그 처분이 취소되기에 이르렀다면, 특별한 사정이 없는 한 그 시정명령의 불이행을 이유로 이행강제금을 부과할 수는 없다고 보는 것이 위와 같은 이행강제금 제도의 취지에 부합한다(대판 2018.1.25. 2015두35116)
- ③ (○) **공매통지는 공매처분의 절차적 요건이지만 행정처분은 아니므로 공매통지 자체는 항고소송의 대상이 아님, 공매통지의 하자는 공매처분의 절차적 하자로서 공매처분 취소사유** : 체납자 등에 대한 공매통지는 국가의 강제력에 의하여 진행되는 공매에서 체납자 등의 권리 내지 재산상의 이익을 보호하기 위하여 법률로 규정한 절차적 요건이라고 보아야 하며, 공매처분을 하면서 체납자 등에게 공매통지를 하지 않았거나 공매통지를 하였더라도 그것이 적법하지 아니한 경우에는 절차상의 흠이 있어 그 공매처분이 위법하게 되는 것이지만, **공매통지 자체가 그 상대방인 체납자 등의 법적 지위나 권리·의무에 직접적인 영향을 주는 행정처분에 해당한다고 할 것은 아니므로** 다른 특별한 사정이 없는 한 체납자 등은 공매통지의 결여나 위법을 들어 공매처분의 취소 등을 구할 수 있는 것이지 공매통지 자체를 항고소송의 대상으로 삼아 그 취소 등을 구할 수는 없다(대판 2011.3.24. 2010두25527).

- **공매처분** : 판례에 의하면 공매는 우월한 공권력의 행사로서 행정소송의 대상이 되는 공법상의 행정처분(다수설은 형성적 행정행위 중 대리로 봄)
 - **공매하기로 한 결정(매각방법[공매·수의계약] 결정)과 공매계획의 통지(공매통지), 공매공고** : 취소소송의 대상이 되는 처분이 아님
- ④ (○) **철거명령에서 주어진 일정기간이 자진철거에 필요한 상당한 기간이라면 계고서라는 명칭의 1장의 문서로서 철거명령과 계고처분 가능** : 계고서라는 명칭의 1장의 문서로서 일정기간 내에 위법건축물의 자진철거를 명함과 동시에 그 소정기간 내에 자진철거를 하지 아니할 때에는 대집행할 뜻을 미리 계고한 경우라도 위 **건축법에 의한 철거명령과 행정대집행법에 의한 계고처분은 독립하여 있는 것으로서 각 그 요건이 충족되었다고 볼 것이고, 이 경우 철거명령에서 주어진 일정기간이 자진철거에 필요한 상당한 기간이라면 그 기간 속에는 계고시에 필요한 '상당한 이행기간'도 포함되어 있다고 보아야 할 것이다.** 철거명령과 계고처분을 결합하여 한꺼번에 행하는 것은 현행법체계상 허용되지 않고 또 대집행의 성질상으로도 불가능하며 다른 한편 계고시 의무자에게 주어질 '상당한 이행기간'을 박탈하게 되어 위법하다는 주장은 독자적 견해에 불과하여 받아들일 수 없다(대판 1992.6.12. 91누13564).

답 ②

11 다음 중 공무수탁사인에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 도로교통법상의 자동차견인업자와 같이 행정 임무를 자기 책임 하에 수행함이 없이 단순한 기술적 집행만을 행하는 사인은 공무수탁사인에 해당하지 않는다.
- ② 법령에 의하여 공무를 위탁받은 공무수탁사인이 행한 처분에 대하여 항고소송을 제기하는 경우 피고는 공무수탁사인이 된다.
- ③ 공무수탁사인이 위임받은 공무의 수행 중 위법한 행위로 타인에게 손해를 입힌 경우 손해를 입은 국민은 국가배상법에 따라 국가배상을 청구할 수 있다.
- ④ 소득세법상의 원천징수의무자는 공무수탁사인으로서 그의 원천징수행위는 법령에서 규정된 징수 및 납부의무를 이행하기 위한 것으로서, 공권력의 행사로서의 행정처분을 한 경우에 해당한다.

해설

- ① (○) **공무수탁사인이 아닌 경우**

- ① **공의무부담사인** : 법률에 의해 직접 행정임무수행의 의무가 부여됨. 공법상 의무만 부과되고 공법상 권한이 부여되지 않음(사법상으로만 활동 가능). 행정주체가 아닌 행정객체인 사인임. [예] 특정기업에게 비상시를 대비한 석유비축의무 부여시 사업주(석유 및 석유대체연료사업법 17조)
 - ② **행정보조인** : 행정권한을 자기 책임 하에 수행함이 없이 행정임무의 순수한 기술적 집행만 담당. 독립적 행정권한이 없고 법률관계의 대외적 행정주체가 될 수 없음. 직접적인 법률관계의 당사자가 아님. [예] 아르바이트로 우편업무 수행 사인, 사고현장에서 경찰의 부탁에 의해 경찰을 돕는 자
 - ③ **사법상 계약에 의하여 단순히 경영위탁을 받은 사인**
[예] 경찰과의 계약에 의해 주차위반차량을 견인하는 민간사업자, 생활폐기물(쓰레기) 처리대행업자(수거인), 대집행을 실행하는 제3자
 - ④ **제한된 공법상 근무관계에 있는 자** : 국립대학의 시간강사는 독립적으로 활동하지만 공적인 권한이 없으므로 행정주체가 아님
 - ⑤ **행정을 대행하는 경우** : 차량등록의 대행자, 자동차 검사의 대행자-이견 있음
- ② (○) 공무수탁사인은 국가적 공권을 수여받은 사인은 수권된 범위 안에서 행정주체의 지위에 있고 이러한 지위에서 행한 처분은 항고소송 대상이 된다. 행정소송법 상 행정청에 공무수탁사인을 포함한다고 규정하고 있으므로 공무수탁사인의 처분에 대한 항고소송의 피고는 처분청인 공무수탁사인이다. **행정소송법 제2조(정의) ②** 이 법을 적용함에 있어서 **행정청에는 법령에 의하여 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 행정기관, 공공단체 및 그 기관 또는 사인이 포함된다.**
- ③ (○) **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 배상해야 한다.

- ④ (×) 원천징수의무자는 소득세법상의 규정에 의하여 이와 같이 자동적으로 확정되는 세액을 수급자로부터 징수하여 과세 관청에 납부하여야 할 의무를 부담하고 있으므로, 원천징수의무자가 비록 과세관청과 같은 행정청이더라도 그의 원천징수 행위는 법령에서 규정된 징수 및 납부의무를 이행하기 위한 것에 불과한 것이지, **공권력의 행사로서의 행정처분을 한 경우에 해당되지 아니한다**(대판 1990.3.23. 89누4789).
 ⇒ 공의무부담사인으로서 원천징수의무자는 행정권을 수탁 받아 행사하는 것이 아니라는 점에서 공무수탁사인과 구별 된다. 이에 대하여 원천징수의무자를 행정보조인으로 보는 견해도 있음.

답 ④

12 다음 중 대집행에 관한 내용으로 옳은 것은 모두 몇 개인가?(단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 피수용자 등이 기업자에 대하여 부담하는 수용대상 토지의 인도 의무에 관한 구 토지수용법에서의 '인도'에는 명도도 포함되는 것으로 보아야 하고, 이러한 명도 의무는 그것을 강제적으로 실현하면서 직접적인 실행행사가 필요한 것이지 대체적 작위의무라고 볼 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 될 수 있는 것이 아니다.
- ㉡ 건물의 소유자에게 위법건축물을 일정기간까지 철거할 것을 명함과 아울러 불이행할 때에는 대집행한다는 내용의 철거대집행 계고 처분을 고지한 후 이에 불응하자 다시 제2차, 제3차 계고서를 발송하여 일정기간까지의 자진철거를 촉구하고 불이행하면 대집행을 한다는 뜻을 고지하였다면 제2차, 제3차의 계고 처분은 새로운 철거의무를 부과한 것이 아니고 다만 대집행기한의 연기통지에 불과하므로 행정처분이 아니다.
- ㉢ 구 하천법상 하천유수인용허가신청이 불허되었음을 이유로 하천유수인용행위를 중단할 것과 이를 불이행할 경우 행정대집행법에 의하여 대집행하겠다는 내용의 계고처분은 대집행의 대상이 될 수 없는 부작위의무에 대한 것으로서 그 자체로 위법하다.

- ① 0개 ② 1개 ③ 2개 ④ 3개

해설

- ㉠ (○) 수용대상 토지의 인도 의무는 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 될 수 없음(비대체적 작위의무이므로) : 피수용자 등이 기업자에 대하여 부담하는 수용대상 토지의 인도 의무에 관한 구 토지수용법 제63조, 제64조, 제77조 규정에서의 '인도'에는 명도도 포함되는 것으로 보아야 하고, 이러한 명도 의무는 그것을 강제적으로 실현하면서 직접적인 실행행사가 필요한 것이지 대체적 작위의무라고 볼 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 될 수 있는 것이 아니다(대판 2005.8.19. 2004다2809).
- ㉡ (○) 계고가 반복된 경우 1차 계고만이 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).
- ㉢ (○) 하천유수인용(河川流水引用) 행위를 중단할 의무는 비대체적 부작위의무로서 행정대집행대상이 아님 : 하천유수인용허가신청이 불허되었음을 이유로 하천유수인용행위를 중단할 것과 이를 불이행할 경우 행정대집행법에 의하여 대집행하겠다는 내용의 계고처분은 대집행의 대상이 될 수 없는 부작위의무에 대한 것으로서 그 자체로 위법함이 명백하다(대판 1998.10.2. 96누5445).

답 ④

13 다음 중 행정청의 권한에 관한 설명으로 옳은 것(O)과 옳지 않은 것(X)을 올바르게 조합한 것은?(단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 설사 행정관청 내부의 사무처리규정에 불과한 전결규정에 위반하여 원래의 전결권자 아닌보조기관 등이 처분권자인 행정관청의 이름으로 행정처분을 하였다 하더라도 그 처분이 권한 없는 자에 의하여 행하여진 무효의 처분이라고는 할 수 없다.
- ㉡ 내부위임이나 대리권을 수여받은 데 불과하여 원행정청 명이나 대리관계를 밝히지 아니 하고는 그의 명의로 처분 등을 할 권한이 없는 행정청이 권한 없이 그의 명의로 한 처분에 대하여는 처분명목자인 행정청이 피고가 되어야 할 것이다.
- ㉢ 국가사무로서 지방자치단체의 장에게 위임된 이른바 기관위임사무에 해당하는 경우에는, 시·도지사가 지방자치단체의 조례에 의하여 이를 구청장 등에게 재위임할 수는 있다.
- ㉣ 도로의 유지·관리에 관한 상위 지방자치단체의 행정권한이 행정권한 위임조례에 의하여 하위 지방자치단체장에게 위임되었다면 그것은 기관위임이지 단순한 내부위임이 아니고 권한을 위임받은 하위 지방자치단체장은 도로의 관리청이 되며 위임 관청은 사무처리의 권한을 잃는다.

- ① ㉠ (O), ㉡ (O), ㉢ (X), ㉣ (O) ② ㉠ (O), ㉡ (X), ㉢ (O), ㉣ (O)
 ③ ㉠ (X), ㉡ (O), ㉢ (X), ㉣ (O) ④ ㉠ (O), ㉡ (O), ㉢ (O), ㉣ (O)

해설

- ㉠ (○) 행정관청 내부의 사무처리규정에 불과한 전결규정에 위반하여 원래의 전결권자 아닌 보조기관 등이 처분권자인 행정관청의 이름으로 행정처분을 한 경우, 그 처분은 무효가 아님 : 전결과 같은 행정권한의 내부위임은 법령상 처분권자인 행정관청이 내부적인 사무처리의 편의를 도모하기 위하여 그의 보조기관 또는 하급 행정관청으로 하여금 그의 권한을 사실상 행사하게 하는 것으로서 법률이 위임을 허용하지 않는 경우에도 인정되는 것이므로, 설사 행정관청 내부의 사무처리규정에 불과한 전결규정에 위반하여 원래의 전결권자 아닌 보조기관 등이 처분권자인 행정관청의 이름으로 행정처분을 하였다 하더라도 그 처분이 권한 없는 자에 의하여 행하여진 무효의 처분이라고는 할 수 없다(대판 1998.2.27. 97누1105).

㉡ (○) • 권한위임·내부위임·대리와 항고소송 피고

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

- 내부위임의 경우
 - ┌ 위임청의 이름으로 처분시 그에 대한 항고소송 피고는 위임청
 - └ 수임청의 이름으로 처분시 그에 대한 항고소송 피고는 수임청
- 행정권한을 대리하는 대리기관이
 - ┌ 대리관계를 표시하고 피대리행정청을 대리하여 처분시 피고는 피대리행정청
 - └ 대리관계를 표시않고 대리기관 명의로 처분시 피고는 대리기관
- 항고소송은 원칙적으로 소송의 대상인 행정처분 등을 외부적으로 그의 명의로 행한 행정청을 피고로 해야 하는 것으로서, 그 행정처분을 하게 된 연유가 상급행정청이나 타 행정청의 지시나 통보에 의한 것이라 하여 다르지 않으며, 권한의 위임이나 위탁을 받아 수임행정청이 정당한 권한에 기하여 수임행정청 명의로 한 처분에 대하여는 말할 것도 없고, 내부위임이나 대리권을 수여 받은 데 불과하여 원행정청 명이나 대리관계를 밝히지 않고는 그의 명의로 처분 등을 할 권한이 없는 행정청이 권한 없이 그의 명의로 한 처분에 대하여도 처분명목자인 행정청이 피고가 되어야 한다(대판 1994.6.14. 94누1197).

- ㉢ (×) 광역자치단체장이 기초자치단체장에게 기관위임사무를 재위임하는 경우 : 개별법령에 근거 필요. 개별법의 근거가 없으면 「정부조직법」 제6조 제1항과 이에 기한 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제4조에 재위임에 관한 일반적인 근거규정에 따라 재위임 가능. 따라서 위임기관장의 승인을 받아 규칙으로 정하는 바에 따라 재위임 가능(기관위임사무이므로 지방자치단체의 조례에 의하여 재위임 규정을 둘 수 없음)

• 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제4조(재위임) 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사 또는 특별자치도지사(특별시·광역시·특별자치시·도 또는 특별자치도의 교육감을 포함한다. 이하 같다)나 시장·군수 또는 구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)은 행정의 능률향상과 주민의 편의를 위하여 필요하다고 인정될 때에는 수임사무의 일부를 그 위임기관의 장의 승인을 받아 규칙으로 정하는 바에 따라 시장·군수·구청장(교육장을 포함한다) 또는 읍·면·동장, 그 밖의 소속기관의 장에게 다시 위임할 수 있다.

• 구 건설업법(1994.1.7. 법률 제4724호로 개정되기 전의 것) 제57조 제1항, 같은법시행령 제53조 제1항 제1호에 의하면 건설부장관의 권한에 속하는 같은 법 제50조 제2항 제3호 소정의 영업정지 등 처분권한은 서울특별시·직할시 또는 도지사에게 위임되었을 뿐 시·도지사가 이를 구청장·시장·군수에게 재위임할 수 있는 근거규정은 없으나, 「정부조직법」 제5조(현행법은 6조) 제1항과 이에 기한 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제4조에 재위임에 관한 일반적인 근거규정이 있으므로 시·도지사는 그 재위임에 관한 일반적인 규정에 따라 위임받은 위 처분권한을 구청장 등에게 재위임할 수 있다. 이 사건 영업정지 등 처분에 관한 사무는 국가사무로서 지방자치단체의 장에게 위임된 이른바 기관위임사무에 해당하므로 시·도지사가 지방자치단체의 조례에 의하여 이를 구청장 등에게 재위임할 수는 없다(대판 1995.7.11. 94누4615).

- ㉣ (○) 도로 유지·관리사무에 대한 기관위임이 있는 경우의 도로 관리청은 피위임 관청 : 도로의 유지·관리에 관한 상위 지방자치단체의 행정권한이 행정권한 위임조례에 의하여 하위 지방자치단체장에게 위임되었다면 그것은 기관위임이지 단순한 내부위임이 아니고 권한을 위임받은 하위 지방자치단체장은 도로의 관리청이 되며 위임 관청은 사무처리의 권한을 잃는다.

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

답 ①

14 다음 중 행정소송법상 집행정지에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은? (단, 다름이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정처분의 집행정지는 행정처분집행 부정지의 원칙에 대한 예외로서 인정되는 일시적인 응급처분이라 할 것이므로 집행정지결정을 하려면 이에 대한 본안소송이 법원에 제기되어 계속중임을 요건으로 하는 것이므로 집행정지결정을 한 후에라도 본안소송이 취하되어 소송이 계속하지 아니한 것으로 되면 집행정지결정은 당연히 그 효력이 소멸되는 것이고 별도의 취소조치를 필요로 하는 것이 아니다.
- ② 행정소송법상 집행정지의 장애사유로서의 '공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려'라 함은 일반적·추상적인 공익에 대한 침해의 가능성이 아니라 당해 처분의 집행과 관련된 구체적·개별적인 공익에 중대한 해를 입힐 개연성을 말하는 것으로서 이러한 집행정지의 소극적 요건에 대한 주장·소명책임은 행정청에게 있다.
- ③ 교도소장이 접견을 불허한 처분에 대하여 효력정지를 한다 하여도 이로 인하여 위 교도소 장에게 접견의 허가를 명하는 것이 되는 것도 아니고 또 당연히 접견이 되는 것도 아니어서 접견허가거부처분에 의하여 생길 회복할 수 없는 손해를 피하는 데 아무런 보탬도 되지 아니하니 접견허가거부처분의 효력을 정지할필요성이 없다.
- ④ 행정처분의 집행정지를 구하는 신청사건에서, 집행정지사건 자체에 의하여도 신청인의 본안청구가 적법한 것이어야 한다는 것을 집행정지의 요건에 포함시키는 것이 옳지 않다.

해설

❖ 취소소송에서의 집행정지의 요건

적극적 요건	㉠ 본안소송이 적법하게 계속 중일 것(판례) ⇨ ㉠ ㉡ 처분 등의 존재 ㉢ 신청인 적격, 신청이익의 존재 ㉣ 회복하기 어려운 손해의 예방의 필요(cf. '중대한 손해 발생 예방'은 행정심판에서의 집행정지 요건임) ㉤ 긴급한 필요	요건 충족의 주장·소명책임은 신청인에 있음
소극적 요건	㉠ 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 없을 것 ⇨ ㉡ ㉢ 본안청구의 이유 없음이 명백하지 않을 것(판례) ⇨ ㉠	요건 불충족의 주장·소명책임은 행정청에게 있음

- ① (○) 행정처분의 집행정지는 행정처분 집행부정지의 원칙에 대한 예외로서 인정되는 일시적인 응급처분이라 할 것이므로 집행정지결정을 하려면 이에 대한 본안소송이 법원에 제기되어 계속 중임을 요건으로 하는 것이므로, 집행정지결정을 한 후에라도 본안소송이 취하되어 소송이 계속하지 아니한 것으로 되면 집행정지결정은 당연히 그 효력이 소멸되는 것이고 별도의 취소조치를 필요로 하는 것이 아니다(대결 2007.6.28. 2005무75).
- ② (○) 행정소송법 제23조 제3항 에서 규정하고 있는 집행정지의 장애사유로서의 '공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려' 라 함은 일반적·추상적인 공익에 대한 침해의 가능성이 아니라 당해 처분의 집행과 관련된 구체적·개별적인 공익에 중대한 해를 입힐 개연성을 말하는 것으로서 이러한 집행정지의 소극적 요건에 대한 주장·소명책임은 행정청에게 있다(대결 2004.5.17. 2004무6).
- ③ (○) 불허가처분·거부처분 등과 같은 소극적 처분에 대하여는 집행을 정지할 대상물이 없으므로 집행정지를 할 수 없다는 것이 통설 및 판례이다. • 허가신청에 대한 거부처분은 그 효력이 정지되더라도 그 처분이 없었던 것과 같은 상태를 만드는 것에 지나지 아니하는 것이고 그 이상으로 행정청에 대하여 어떠한 처분을 명하는 등 적극적인 상태를 만들어 내는 경우를 포함하지 아니하는 것이므로, 교도소장이 접견을 불허한 처분에 대하여 효력정지를 한다 하여도 이로 인하여 위 교도소장에게 접견의 허가를 명하는 것이 되는 것도 아니고 또 당연히 접견이 되는 것도 아니어서 접견허가거부처분에 의하여 생길 회복할 수 없는 손해를 피하는 데 아무런 보탬도 되지 아니하니 접견허가거부처분의 효력을 정지할 필요성이 없다(대판 1991.5.2. 자 91두15 결정)
- ④ (×) 행정처분의 효력정지나 집행정지를 구하는 신청사건에 있어서는 행정처분 자체의 적법 여부는 궁극적으로 본안재판에서 심리를 거쳐 판단할 성질의 것이므로 원칙적으로 판단할 것이 아니고, 그 행정처분의 효력이나 집행을 정지할 것인가에 관한 행정소송법 제23조 제 2항 소정의 요건의 존부만이 판단의 대상이 된다고 할 것이지만, 나아가 집행정지는 행정처분의 집행부정지원칙의 예외로서 인정되는 것이고 또 본안에서 원고가 승소할 수 있는 가능성을 전제로 한 권리보호수단이라는 점에 비추어 보면 집행정지사건 자체에 의하여도 신청인의 본안청구가 적법한 것이어야 한다는 것을 집행정지의 요건에 포함시켜야 한다(대결 1999.11.26. 99부3).

답 ④

15 다음 중 공무원법에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공무원인 갑이 그 직무에 관하여 뇌물을 받았음을 징계사유로 하여 파면처분을 받은 후 그에 대한 형사사건이 항소심까지 유죄로 인정되었고 그 형사사건에서 갑이 수사기관과 법정에서 금품수수사실을 자인하였으나 그 후 대법원의 파기환송판결에 따라 무죄의 확정판결이 있었다면 위 징계처분은 근거없는 사실을 징계사유로 삼은 것이 되어 위법하다고 할 수는 있을지언정 그것이 객관적으로 명백하다고는 할 수 없으므로 위 징계처분이 당연무효인 것은 아니다.
- ② 군인이 상관의 지시나 명령에 대하여 재판청구권을 행사하는 경우에 그것이 위법·위헌인 지시와 명령을 시정하려는 데 목적이 있을 뿐, 군 내부의 상명하복관계를 파괴하고 명령불복종 수단으로서 재판청구권의 외형만을 빌리거나 그 밖에 다른 불순한 의도가 있지 않다면, 정당한 기본권의 행사이므로 군인의 복종의무를 위반하였다고 볼 수 없다.
- ③ 고충심사결정 자체에 의해서도 어떠한 법률관계의 변동이나 이익의 침해가 직접적으로 생기는 것이므로 고충심사의 결정은 행정상 쟁송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 있다.
- ④ 국가공무원법상 당연퇴직은 결격사유가 있을 때 법률상 당연히 퇴직하는 것이지 공무원 관계를 소멸시키기 위한 별도의 행정처분을 요하는 것이 아니며, 당연퇴직의 인사발령은 법률상 당연히 발생하는 퇴직사유를 공적으로 확인하여 알려주는 이른바 관념의 통지에 불과하고 공무원의 신분을 상실시키는 새로운 형성적 행위가 아니므로 행정소송의 대상이 되는 독립한 행정처분이라고 할 수 없다.

해설

- ① (○) 형사사건에서 무죄판결을 받은 공무원에 대한 징계처분이 당연무효가 아니라고 본 사례 : 공무원인 갑이 그 직무에 관하여 뇌물을 받았음을 징계사유로 하여 파면처분을 받은 후 그에 대한 형사사건이 항소심까지 유죄로 인정되었고 그 형사사건에서 갑이 수사기관과 법정에서 금품수수사실을 자인하였으나 그 후 대법원의 파기환송판결에 따라 무죄의 확정판결이 있었다면 위 징계처분은 근거없는 사실을 징계사유로 삼은 것이 되어 위법하다고 할 수는 있을지언정 그것이 객관적으로 명백하다고는 할 수 없으므로 위 징계처분이 당연무효인 것은 아니다(대판 1989.9.26. 89누4963).
- ② (○) 군인이 상관의 지시 및 그 근거 법령에 대해, 법원이나 헌법재판소에 법적 판단을 청구하는 행위 자체만으로 군인의 복종의무를 위반한 것은 아님 : 상관의 지시나 명령 그 자체를 따르지 않는 행위와 상관의 지시나 명령은 준수하면서도 그것이 위법·위헌이라는 이유로 재판청구권을 행사하는 행위는 구별되어야 한다. 법원이나 헌법재판소에 법적 판단을 청구하는 것 자체로는 상관의 지시나 명령에 직접 위반되는 결과가 초래되지 않으며, 재판절차가 개시되더라도 종국적으로는 사법적 판단에 따라 위법·위헌 여부가 판가를 나므로 재판청구권 행사가 곧바로 군에 대한 심각한 위하나 혼란을 야기한다고 상정하기도 어렵다. 상관의 지시나 명령을 준수하는 이상 그에 대하여 소를 제기하거나 헌법소원을 청구하였다는 사실만으로 상관의 지시나 명령을 따르지 않겠다는 의사를 표명한 것으로 간주할 수도 없다. 종래 군인이 상관의 지시나 명령에 대하여 사법심사를 청구하는 행위를 무조건 하극상이나 항명으로 여겨 극도의 거부감을 보이는 태도 역시 모든 국가권력에 대하여 사법심사를 허용하는 법치국가의 원리에 반하는 것으로 마땅히 배격되어야 한다. 따라서 군인이 상관의 지시나 명령에 대하여 재판청구권을 행사하는 경우에 그것이 위법·위헌인 지시와 명령을 시정하려는 데 목적이 있을 뿐, 군 내부의

상명 하복관계를 파괴하고 명령불복종 수단으로서 재판청구권의 외형만을 빌리거나 그 밖에 다른 불순한 의도가 있지 않다면, 정당한 기본권의 행사이므로 군인의 복종의무를 위반하였다고 볼 수 없다(대법원 2018.3.22. 2012두26401).

- ③ (×) **고충심사의 결정의 처분성 부정** : 지방공무원법 제67조의2에서 규정하고 있는 고충심사제도는 공무원으로서의 권익을 보장하고 적정한 근무환경을 조성하여 주기 위하여 근무조건 또는 인사관리 기타 신상문제에 대하여 법률적인 쟁송의 절차에 의하여서가 아니라 사실상의 절차에 의하여 그 시정과 개선책을 청구하여 줄 것을 임용권자에게 청구할 수 있도록 한 제도로서, 고충심사결정 자체에 의하여는 어떠한 법률관계의 변동이나 이익의 침해가 직접적으로 생기는 것은 아니므로 고충심사의 결정은 행정상 쟁송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다(대판 1987.12.8. 87누657·658)
- ④ (○) **국가공무원법상 당연퇴직 인사발령의 처분성 부정** : 국가공무원법 제69조에 의하면 공무원이 제33조 각 호의 1에 해당할 때에는 당연히 퇴직한다고 규정하고 있으므로, 국가공무원법상 당연퇴직은 결격사유가 있을 때 법률상 당연히 퇴직하는 것이지 공무원관계를 소멸시키기 위한 별도의 행정처분을 요하는 것이 아니며, **당연퇴직의 인사발령은 법률상 당연히 발생하는 퇴직사유를 공적으로 확인하여 알려 주는 이른바 관념의 통지에 불과하고 공무원의 신분을 상실시키는 새로운 형성적 행위가 아니므로 행정소송의 대상이 되는 독립한 행정처분이라고 할 수 없다**(대판 1995.11.14. 95누2036).

답 ③

16 다음 사안에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

A는 분식점을 영업하기 위하여 식품위생법상의 영업허가를 신청하였다. 그러나 신청을 받은 행정청은 A의 신청에 대하여 상당한 기간이 지나도록 아무런 답변도 하지 않고 있다. 이에 A는 관련사건에 대하여 행정심판을 제기하였다.

- ① A는 의무이행심판을 제기할 수 있으나 처분이 존재하지 않으므로 취소심판청구는 불가능하다.
- ② 행정심판위원회는 당사자의 권리 및 권한의 범위 밖의 사안에 대하여도 심판청구의 신속하고 공정한 해결을 위하여 당사자의 동의를 받으면 조정을 할 수 있다.
- ③ 위 부작위가 위법·부당하다고 상당히 의심되는 경우로서 이 부작위 때문에 A가 받을 우려가 있는 중대한 불이익을 막기 위하여 임시 지위를 정하여야 할 필요가 있는 경우에는, 행정심판위원회는 직권으로 임시처분을 결정할 수 있다.
- ④ 행정심판위원회가 위 행정청의 부작위로 방치한 처분의 이행을 명하는 재결이 있었음에도 행정청이 지체 없이 이전의 신청에 대하여 재결의 취지에 따라 처분을 하지 아니하는 경우, 청구인의 신청에 의하여 결정으로 상당한 기간을 정하고 피청구인이 그 기간 내에 이행하지 아니하는 경우에는 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 하도록 명하거나 즉시 배상을 할 것을 명할 수 있다.

해설

- ① (○) 신청에 대한 부작위에 대한 구제 : 행정심판 - 의무이행심판, 행정소송 - 부작위위법확인소송. 처분이 존재하지 않으므로 취소심판·취소소송 불가.
- ② (×) '당사자의 권리 및 권한의 범위 밖의 사안에 대하여도' ⇨ '당사자의 권리 및 권한의 범위에서'
- 행정심판법 제43조의2(조정) ① 행정심판위원회는 당사자의 권리 및 권한의 범위에서 당사자의 동의를 받아 심판청구의 신속하고 공정한 해결을 위하여 조정을 할 수 있다. 다만, 그 조정이 공공복리에 적합하지 아니하거나 해당 처분의 성질에 반하는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ③ (○) **제31조(임시처분)** ① 위원회는 처분 또는 부작위가 위법·부당하다고 상당히 의심되는 경우로서 처분 또는 부작위 때문에 당사자가 받을 우려가 있는 중대한 불이익이나 당사자에게 생길 급박한 위험을 막기 위하여 임시지위를 정하여야 할 필요가 있는 경우에는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 임시처분을 결정할 수 있다.
- ④ (○)

• 행정심판법 제50조의2(위원회의 간접강제) ① 위원회는 피청구인이 제49조제2항(제49조제4항에서 준용하는 경우를 포함한다) 또는 제3항에 따른 처분을 하지 아니하면 청구인의 신청에 의하여 결정으로 상당한 기간을 정하고 피청구인이 그 기간 내에 이행하지 아니하는 경우에는 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 하도록 명하거나 즉시 배상을 할 것을 명할 수 있다.

제49조(재결의 기속력 등)

- ② 재결에 의하여 취소되거나 무효 또는 부존재로 확인되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 한 행정청은 재결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다.
- ③ 당사자의 신청을 거부하거나 부작위로 방치한 처분의 이행을 명하는 재결이 있으면 행정청은 지체 없이 이전의 신청에 대하여 재결의 취지에 따라 처분을 하여야 한다.
- ④ 신청에 따른 처분이 절차의 위법 또는 부당을 이유로 재결로써 취소된 경우에는 제2항을 준용한다.

답 ②

17 다음 중 「병역법」과 관련한 다음 판례의 내용 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 공익근무요원 소집해제신청을 거부한 후에 원고가 계속하여 공익근무요원으로 복무함에 따라 복무기간 만료를 이유로 소집해제처분을 한 경우, 원고가 입게 되는 권리와 이익의 침해는 소집해제처분으로 해소되었으므로 위 거부처분의 취소를 구할 소의 이익이 없다.
- ② 현역입영대상자로서는 현실적으로 입영을 하였다고 하더라도, 입영 이후의 법률관계에 영향을 미치고 있는 현역병입영 통지처분 등을 한 관할 지방병무청장을 상대로 위법을 주장하여 그 취소를 구할 소송상의 이익이 있다.
- ③ 병역법 상 군의관이 하는 신체등위판정은 그 자체만으로 바로 병역법상의 권리·의무가 정하여지는 것이다. 따라서 신체등위판정에 따른 지방병무청장이 병역처분은 그에 따라 단순히 병역의무의 종류가 정하여지는 것일 뿐 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 보기 어렵다.
- ④ 지방병무청장은 군의관의 신체등위판정이 청탁이나 금품수수에 따라 위법 또는 부당하게 이루어졌다고 인정하는 경우에는 그 위법 또는 부당한 신체등위판정을 기초로 자신이 한 병역처분을 직권으로 취소할 수 있다.

해설

- ① (○) **처분 후의 사정에 의하여 권리와 이익의 침해 등이 해소된 경우, 그 처분의 취소를 구할 소의 이익이 없음** : 위법한 행정처분의 취소를 구하는 소는 위법한 처분에 의하여 발생한 위법상태를 배제하여 원상으로 회복시키고, 그 처분으로 침해되거나 방해받은 권리와 이익을 보호·구제하고자 하는 소송이므로, 처분 후의 사정에 의하여 권리와 이익의 침해 등이 해소된 경우에는 그 처분의 취소를 구할 소의 이익이 없다 할 것이고, 설령 그 처분이 위법함을 이유로 손해배상청구를 할 예정이라고 하더라도 달리 볼 것이 아니다. **공익근무요원 소집해제신청을 거부한 후에 원고가 계속하여 공익근무요원으로 복무함에 따라 복무기간 만료를 이유로 소집해제처분을 한 경우, 원고가 입게 되는 권리와 이익의 침해는 소집해제처분으로 해소되었으므로 위 거부처분의 취소를 구할 소의 이익이 없다**(대판 2005.5.13. 2004두4369)
- ② (○) **현역입영대상자가 입영 후 현역병입영통지처분의 취소를 구할 소의 인정** : 병역법 2조 1항 3호에 의하면 '입영'이란 병역의무자가 징집·소집 또는 지원에 의하여 군부대에 들어가는 것이고, 같은 법 18조 1항에 의하면 현역은 입영한 날부터 군부대에서 복무하도록 되어 있으므로 현역병입영통지처분에 따라 현실적으로 입영을 한 경우에는 그 처분의 집행은 종료되지만, 한편 입영으로 그 처분의 목적이 달성되어 실효되었다는 이유로 다룰 수 없도록 한다면, 병역법상 현역입영대상자로서는 현역병입영통지처분이 위법하다 하더라도 법원에 의하여 그 처분의 집행이 정지되지 아니하는 이상 현실적으로 입영을 할 수밖에 없으므로 현역병입영통지처분에 대하여는 불복을 사실상 원천적으로 봉쇄하는 것이 되고, 또한 현역입영대상자가 입영하여 현역으로 복무하는 과정에서 현역병입영통지처분 외에는 별도의 다른 처분이 없으므로 입영한 이후에는 불복할 아무런 처분마저 없게 되는 결과가 되며, 나아가 입영하여 현역으로 복무하는 자에 대한 병적을 당해 군 참모총장이 관리한다는 것은 입영 및 복무의 근거가 된 현역병입영통지처분이 적법함을 전제로 하는 것으로서 그 처분이 위법한 경우까지를 포함하는 의미는 아니라고 할 것이므로, **현역입영대상자로서는 현실적으로 입영을 하였다고 하더라도, 입영 이후의 법률관계에 영향을 미치고 있는 현역병입영통지처분 등을 한 관할지방병무청장을 상대로 위법을 주장하여 그 취소를 구할 소송상의 이익이 있다**(대판 2003.12.26, 2003두1875)
- ③ (×) (* **맞춤법 교정 : 지방병무청장이 ⇨ 지방병무청장의**)
병역법에 따른 군의관의 신체등위판정은 처분성 없음, 신체등위판정에 따른 지방병무청장의 병역처분은 처분성 인정
• **병역법상 신체등위판정은 행정처분이라고 볼 수 없는 군의관이 하도록 되어 있으며, 그 자체만으로 바로 병역법상의 권리의무가 정하여지는 것이 아니라 그에 따라 지방병무청장이 병역처분을 함으로써 비로소 병역의무의 종류가 정하여지는 것이므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 보기 어렵다**(대판 1993.8.27. 93누3356).
- ④ (○) 법치주의 특히 법률적합성의 원칙에 따라 위법한 행정행위는 법적 근거 없이도 처분청이 이를 시정하기 위하여 직권취소 가능
• 행정처분을 한 처분청은 그 처분의 성립에 하자가 있는 경우 이를 취소할 별도의 법적 근거가 없다고 하더라도 직권으로 이를 취소할 수 있는바, 병역의무가 국가수호를 위하여 전 국민에게 과하여진 헌법상의 의무로서 그를 수행하기 위한 전제로서의 신체등위판정이나 병역처분 등은 공정성과 형평성을 유지해야 함은 물론 그 면탈을 방지해야 할 공익적 필요성이 매우 큰 점에 비추어 볼 때, 지방병무청장은 군의관의 신체등위판정이 금품수수에 따라 위법 또는 부당하게 이루어졌다고 인정하는 경우에는 그 위법 또는 부당한 신체등위판정을 기초로 자신이 한 병역처분을 직권으로 취소할 수 있다. (대판 2002.5.28. 2001두9653)

답 ③

18 아래와 같은 상황에서 불합격처분을 받은 수험생이 행정소송을 제기하였다고 할 경우, 시행령의 해당 규정과 관련한 법원의 입장으로 가장 옳은 것은?

국가자격시험에 관련한 법률의 소관 중앙행정기관이 오랜 기간 시행되었던 절대평가제를 상대평가제로 전환하는 내용으로 시행령을 개정하면서, 해당 시험을 목전에 앞둔 2개월 전에 공표·시행하는 조치를 취한 다음에 해당 시험을 실시하였다. 그 결과, 종래의 시행령에 의하면 합격의 대상이 되어야 할 '전과목 평균 60점 이상의 점수를 받은 자로서 40점 미만의 과락 과목이 없는 수험생'이 개정된 시행령에 근거하여 불합격처분을 받는 상황이 발생하였다.

- ① 시험의 상대평가제를 규정한 개정 시행령의 해당 규정을 목전에 앞둔 시험에 적용할 것인지 여부는 헌법이 보장하고 있는 입법권자의 재량에 속한다고 할 것이므로 이를 헌법에 위반한 무효라고 판단할 수 없다.
- ② 시험의 상대평가제를 규정한 개정 시행령의 해당 규정을 목전에 앞둔 시험에 시행하는 것은 헌법상 신뢰보호의 원칙에 비추어 허용될 수 없으므로, 개정 시행령의 해당 규정은 헌법에 위반되어 무효이다.
- ③ 수험생들이 개정 시행령의 내용에 따라 공고된 시험에 응하였다는 점에 비추어 볼 때, 사회통념상 수험생은 개정 전 시행령의 존속에 대한 일체의 신뢰이익을 포기한 것으로 단정할 수 있다.
- ④ 시험실시기관의 합격·불합격 처분은 '처분시법'을 기준으로 해야 한다는 점에서 개정된 시행령에 근거한 이 사건 불합격처분을 두고 위법하다고 할 수는 없다.

해설

- 변리사 1차시험 불합격처분 취소소송(대판 2006.11.16. 2003두12899) ⇨ 부진정소급입법과 신뢰보호원칙 적용에 관한 판례
- 1. 법령의 개정시 입법자가 구 법령의 존속에 대한 당사자의 신뢰를 침해하여 신뢰보호 원칙을 위배하였는지 여부의 판단 기준

법령의 개정에서 구 법령의 존속에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하며, 법령의 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 법령으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 신뢰의 파괴를 정당화할 수 없다면, 입법자는 경과규정을 두는 등 당사자의 신뢰를 보호할 적절한 조치를 하여야 하며, 이와 같은 적절한 조치 없이 새 법령을 그대로 시행하거나 적용하는 것은 허용될 수 없는바, 이는 헌법의 기본원리인 법치주의 원리에서 도출되는 신뢰보호의 원칙에 위배되기 때문이다. 이러한 신뢰보호 원칙의 위배 여부를 판단하기 위하여는 한편으로는 침해받은 이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰가 손상된 정도, 신뢰침해의 방법 등과 다른 한편으로는 새 법령을 통해 실현하고자 하는 공익적 목적을 종합적으로 비교·형량하여야 한다.
- 2. 변리사 1차 시험을 절대평가제에서 상대평가제로 환원하는 변리사법시행령 개정조항을 즉시 시행하도록 정한 부칙 부분은 헌법 위반으로 무효
 - 규제개혁위원회의 방침에 따라 변리사 등 전문자격사의 인원을 확대하기 위한 일환으로 변리사 제1, 2차 시험을 종전의 '상대평가제'에서 '절대평가제'로 전환하는 내용의 2002. 3. 25. 개정 전 구 변리사법 시행령이 절대평가제를 도입한 목적과 그 경위, 이전 수년간 상대평가제에 의하여 시행된 제1차 시험의 합격점수, 개정 전 시행령의 공포 후 유예기간, 그 후 제1차 시험을 '절대평가제'에서 '상대평가제'로 환원하는 내용의 2002. 3. 25. 대통령령 제17551호로 개정된 변리사법 시행령(이하 '개정 시행령'이라 한다)의 입법예고와 개정·공포 및 그에 따른 시험공고 등에 관한 일련의 사실관계에 비추어 보면, 합리적이고 정당한 신뢰에 기하여 절대평가제가 요구하는 합격기준에 맞추어 시험준비를 한 수험생들은 제1차 시험 실시를 불과 2개월밖에 남겨놓지 않은 시점에서 개정 시행령의 즉시 시행으로 합격기준이 변경됨으로 인하여 시험준비에 막대한 차질을 입게 되어 위 신뢰가 크게 손상되었고, 특히 절대평가제에 의한 합격기준인 매 과목 40점 및 전과목 평균 60점 이상을 득점하고도 불합격처분을 받은 수험생들의 신뢰이익은 그 침해된 정도가 극심하며, 그 반면 개정 시행령에 의하여 상대평가제를 도입함으로써 거둘 수 있는 공익적 목적은 개정 시행령을 즉시 시행하여 바로 임박해 있는 2002년의 변리사 제1차 시험에 적용하면서까지 이를 실현하여야 할 합리적인 이유가 있다고 보기 어려우므로, 결국 개정 시행령의 즉시 시행으로 인한 수험생들의 신뢰이익 침해는 개정 시행령의 즉시 시행에 의하여 달성하려는 공익적 목적을 고려하더라도 정당화될 수 없을 정도로 과도하다. 나아가 개정 시행령에 따른 시험준비 방법과 기간의 조정이 2002년의 변리사 제1차 시험에 응한 수험생들에게 일률적으로 적용되었다는 이유로 위와 같은 수험생들의 신뢰이익의 침해를 정당화할 수 없으며, 또한 수험생들이 개정 시행령의 내용에 따라 공고된 2002년의 제1차 시험에 응하였다고 하더라도 사회통념상 그것만으로는 개정 전 시행령의 존속에 대한 일체의 신뢰이익을 포기한 것이라고 볼 수도 없다. 따라서 변리사 제1차 시험의 상대평가제를 규정한 개정 시행령 제4조 제1항을 2002년의 제1차 시험에 시행하는 것은 헌법상 신뢰보호의 원칙에 비추어 허용될 수 없으므로, 개정 시행령 부칙 중 제4조 제1항을 즉시 2002년의 변리사 제1차 시험에 대하여 시행하도록 그 시행시기를 정한 부분은 헌법에 위반되어 무효이다.
 - 새로운 법령에 의한 신뢰이익의 침해는 새로운 법령이 과거의 사실 또는 법률관계에 소급적용되는 경우에 한하여 문제되는 것은 아니고, 과거에 발생하였지만 완성되지 않고 진행중인 사실 또는 법률관계 등을 새로운 법령이 규율함으로써 종전에 시행되던 법령의 존속에 대한 신뢰이익을 침해하게 되는 경우에도 신뢰보호의 원칙이 적용될 수 있다.

답 ②

19 건축물의 건축과 토지의 형질변경 등을 내용으로 하는 군사시설사업 실시계획에 대해 현행 「국방·군사시설 사업에 관한 법률」은 '국방부 장관의 승인'을 비롯하여 '관련된 인가·허가등의 의제'에 관한 규정을 두고 있다. 이와 관련하여 옳은 것을 모두 모아 놓은 것은? (단, 다름이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 국방부장관의 승인이 있게 되면, 관계 행정 기관의 장에 의한 '관련된 인가나 허가등'이 있는 것으로 의제된다.
- ㉡ 국방부장관이 관계 행정기관의 장과 '협의한 사항'에 대해 '관련된 인가나 허가등'이 있는 것으로 의제된다.
- ㉢ 의제가 있게 되면, 인·허가 사항과 관련하여 해당 법령이 정한 절차나 요건심사가 배제되는 실체적 효력이 발생하게 된다.
- ㉣ 의제가 있게 되더라도, 인·허가 사항과 관련하여 해당 법령이 정한 절차나 요건심사가 배제되는 실체적 효력이 발생하는 것은 아니다.

- ① ㉠, ㉢
- ② ㉡, ㉣
- ③ ㉠, ㉣
- ④ ㉡, ㉢

해설

- ㉠ (×), ㉡ (○) 협의한 사항에 대해서만 인·허가 의제 허용한다고 법률이 규정하고 있음. 「국방·군사시설 사업에 관한 법률」 제7조(인가·허가등의 의제) ① 국방부장관이 제6조 제1항 또는 제2항에 따른 실시계획의 승인 또는 변경승인을 할 때에 다음 각 호의 허가·인가·지정·승인·협의·신고·해제·결정·동의 및 계획의 수립·변경 등(이하 "인가·허가등"이라 한다)에 관하여 제2항에 따라 관계 행정기관의 장과 협의한 사항에 대하여는 해당 인가·허가등을 받은 것으로 보며, 제6조제 4항에 따라 실시계획이 고시된 경우에는 다음 각 호의 법률에 따른 인가·허가등이 고시되거나 공고된 것으로 본다.
- ㉢ (×), ㉣ (○) 인·허가 의제 제도는 대규모 개발사업과 같이 하나의 목적 사업을 수행하기 위해 여러 법률에서 규정된 인·허가 등을 받아야 하는 경우 그 창구를 단일화하고 절차를 간소화하며 비용과 시간을 절감함으로써 국민의 권익을 보호하려는 취지에서 도입된 것으로서, 인·허가 의제사항 관련 법률에 따른 각각의 인·허가 요건에 관한 일체의 심사를 배제하려는 것은 아니다. 일반적으로 인·허가 의제시 절차집중효만 인정되며 실체집중효는 인정되지 않는다고 봄이 통설·판례이다. 즉 의제되는 인·허가의 실체적 요건도 충족해야 주된 인·허가가 가능하다. 절차집중효는 인정되므로 의제되는 인·허가에서 요구되는 절차까지 거치지 않아도 된다고 보지만 개별 법령에서 별도로 일정 절차를 반드시 거치도록 규정한 경우도 있다. 정답안에 따르면 ㉠이 옳은 지문이지만 ㉣번 지문은 다음과 같이 좀 더 적절하게 표현되었어야 한다. "… 해당 법령이 정한 실체적 요건에 대한 심사가 배제되는 실체적 효력이 발생하는 것은 아니다."

[관련판례] 중소기업창업법 제35조 제1항의 인허가의제 조항은 창업자가 신속하게 공장을 설립하여 사업을 개시할 수 있도록 창구를 단일화하여 의제되는 인허가를 일괄 처리하는 데 그 입법취지가 있다. 위 규정에 의하면 사업계획승인권자가 관계 행정기관의 장과 미리 협의한 사항에 한하여 승인 시에 그 인허가가 의제될 뿐이고, 해당 사업과 관련된 모든 인허가의제 사항에 관하여 일괄하여 사전 협의를 거쳐야 하는 것은 아니다. 업무처리지침 제15조 제1항은 협이가 이루어지지 않은 인허가사항을 제외하고 일부만을 승인할 수 있다고 규정함으로써 이러한 취지를 명확히 하고 있다. 그리고 사업계획을 승인할 때 의제되는 인허가 사항에 관한 제출서류, 절차 및 기준, 승인조건 부과에 관하여 해당 인허가 근거법령을 적용하도록 하고 있으므로(업무처리지침 제5조 제1항, 제8조 제5항, 제16조), 인허가의제의 취지가 의제된 인허가 사항에 관한 개별법령상의 절차나 요건 심사를 배제하는 데 있다고 볼 것은 아니다.(대판 2018.7.12. 2017두48734) ⇨ 이 판례는 업무처리지침에서 의제되는 인허가의 근거 법령에 규정된 절차나 요건심사 규정을 적용하도록 규율하고 있는 경우에 대한 것임.

답 ②

20 다음 중 「도로교통법」은 운전면허의 취소처분이나 정지처분에 대하여는 행정심판을 거치지 아니하고는 행정소송을 제기할 수 없도록 규정하고 있다. 이와 관련하여 가장 옳지 않은 내용은?

- ① 현행 「행정소송법」은 법령이 달리 정한 바가 없는 한, 당해 처분에 대한 행정심판을 거치지 아니하고서도 취소소송의 제기를 허용하는 임의적 전치주의를 취하고 있다.
- ② 현행 「행정소송법」에 의하면, 위와 같은 경우에도 행정심판의 청구가 있는 날로부터 60일이 지나도 재결이 없는 때에는 재결을 거치지 아니하고서도 해당 처분에 대한 취소소송의 제기를 허용하고 있다.
- ③ 위와 같이 개별법령이 행정심판전치주의를 취하고 있음에도 불구하고 처분상대방이 해당 처분에 대한 취소심판과 취소소송을 동시에 제기하게 되면, 관할 법원은 해당 취소소송의 제기요건을 갖추지 못한 것으로 보아 별도의 절차를 거치지 아니하고 해당 취소소송을 각하하게 된다.
- ④ 위와 같이 행정심판을 취소소송의 제기를 위한 필요적 전치절차로 규정하고 있음에도 불구하고 처분상대방이 해당 처분에 대한 취소심판과 취소소송을 동시에 제기한 경우라도, 판결 전까지 재결이 있게 되면 관할 법원은 소송요건의 흠은 치유된 것으로 보아 본안판단을 하게 된다.

해설

①② (○) 임의적 행정심판전치주의가 원칙이며(행정소송법 제18조 제1항), ②는 개별법에 필요적 행정심판전치주의의 규정이 있더라도 행정심판청구 후 재결 없이 취소소송 제기가 가능한 사유임(행정소송법 제18조 제2항)

• 행정소송법 제18조(행정심판과의 관계)

- ① 취소소송은 법령의 규정에 의하여 당해 처분에 대한 행정심판을 제기할 수 있는 경우에도 이를 거치지 아니하고 제기할 수 있다. 다만, 다른 법률에 당해 처분에 대한 행정심판의 재결을 거치지 아니하면 취소소송을 제기할 수 없다는 규정이 있는 때에는 그러하지 아니하다.
- ② 제1항 단서의 경우에도 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 때에는 행정심판의 재결을 거치지 아니하고 취소소송을 제기할 수 있다.
 - 1. 행정심판청구가 있는 날로부터 60일이 지나도 재결이 없는 때
 - 2. 처분의 집행 또는 절차의 속행으로 생길 중대한 손해를 예방하여야 할 긴급한 필요가 있는 때
 - 3. 법령의 규정에 의한 행정심판기관이 의결 또는 재결을 하지 못할 사유가 있는 때
 - 4. 그 밖의 정당한 사유가 있는 때

③ (×), ④ (○) 판례는 필요적 행정심판전치주의가 적용되더라도 행정소송 제기 후 그 사실심 변론종결시까지 행정심판절차를 거친 경우에는 행정심판전치주의의 요건은 충족된 것으로 본다.

• 행정심판전치주의의 근본취지가 행정청에게 반성의 기회를 부여하고 행정청의 전문지식을 활용하는데 있는 것이므로 제소 당시에 비록 전치요건을 구비하지 못한 위법이 있다 하여도 사실심 변론종결당시까지 그 전치요건을 갖추었다면 그 흠결의 하자는 치유되었다고 볼 것이다(대판 1987.9.22. 87누176).

답 ③

21 행정계획에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 재건축정비사업조합이 행정주체의 지위에서 도시 및 주거환경정비법에 따라 수립하는 관리처분계획은 정비사업의 시행 결과 조성되는 대지 또는 건축물의 권리귀속에 관한 사항과 조합원의 비용 분담에 관한 사항 등을 정함으로써 조합원의 재산상 권리·의무 등에 구체적이고 직접적인 영향을 미치게 되므로, 이는 구속적 행정계획으로서 행정처분에 해당한다.
- ② 행정계획에 있어서 관계 법령에는 추상적인 행정목표와 절차만이 규정되어 있을 뿐 행정계획의 내용에 대하여는 별다른 규정을 두고 있지 아니하므로 행정주체는 구체적인 행정계획을 입안·결정함에 있어서 비교적 광범위한 형성의 자유를 가진다.
- ③ 도시계획구역 내 토지 등을 소유하고 있는 주민으로서는 입안권자에게 도시계획입안을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 인정되지 않는다.
- ④ 행정주체가 행정계획을 입안·결정함에 있어서 이익형량을 전혀 행하지 아니하거나 이익형량의 고려 대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우 또는 이익형량을 하였으나 정당성과 객관성이 결여된 경우, 그 행정계획결정은 형량에 하자가 있어 위법하게 된다.

해설

- ① (○) 도시 및 주거환경정비법에 따른 주택재건축정비사업조합은 관할 행정청의 감독 아래 도시정비법상의 주택재건축사업을 시행하는 공법인(도시정비법 제18조)으로서, 그 목적 범위 내에서 법령이 정하는 바에 따라 일정한 행정작용을 행하는 행정주체의 지위를 갖는다. 그리고 재건축조합이 행정주체의 지위에서 도시정비법 제48조에 따라 수립하는 **관리처분계획**은 정비사업의 시행 결과 조성되는 대지 또는 건축물의 권리귀속에 관한 사항과 조합원의 비용 분담에 관한 사항 등을 정함으로써 조합원의 재산상 권리·의무 등에 구체적이고 직접적인 영향을 미치게 되므로, 이는 **구속적 행정계획으로서 재건축조합이 행하는 독립된 행정처분에 해당한다**(대판 2009.9.17. 2007다2428). ⇨ 조합을 피고로 항고소송 가능.
- ② (○) 관계법령에는 추상적인 행정목표와 절차만이 규정되어 있을 뿐 행정계획의 내용에 관하여는 별다른 규정을 두고 있지 아니하므로(목적프로그램) 행정주체는 구체적인 행정계획을 입안·결정함에 있어서 비교적 광범위한 형성의 자유(계획재량)를 가지는 것이지만, 행정주체가 가지는 이와 같은 형성의 자유는 무제한적인 것이 아니라 그 행정계획에 관련되는 자들의 이익을 공익과 사익 사이에서는 물론이고 공익 상호 간과 사익 상호 간에도 정당하게 비교교량하여야 한다는 제한(형량명령)이 있으므로, 행정주체가 행정계획을 입안·결정함에 있어서 이익형량을 전혀 행하지 아니하거나(형량의 탈락·해태), 이익형량의 고려 대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우(형량의 흠결·불충) 또는 이익형량을 하였으나 정당성과 객관성이 결여된 경우(형량과오·형량불비례)에는 그 행정계획결정은 형량에 하자(형량하자)가 있어 위법하게 된다(대판 2007.4.12. 2005두1893).
- ③ (×) 구 도시계획법은 도시계획의 수립 및 집행에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 공공의 안녕질서를 보장하고 공공복리를 증진하며 주민의 삶의 질을 향상하게 함을 목적으로 하면서도 도시계획시설결정으로 인한 개인의 재산권행사의 제한을 줄이기 위하여, 도시계획시설부지의 매수청구권, 도시계획시설결정의 실효에 관한 규정과 아울러 도시계획 입안권자인 특별시장·광역시장·시장 또는 군수로 하여금 5년마다 관할 도시계획구역 안의 도시계획에 대하여 그 타당성 여부를 전반적으로 재검토하여 정비해야 할 의무를 지우고, 도시계획입안제안과 관련하여서는 주민이 입안권자에게 '1. 도시계획시설의 설치·정비 또는 개량에 관한 사항 2. 지구단위계획구역의 지정 및 변경과 지구단위계획의 수립 및 변경에 관한 사항'에 관하여 '도시계획도서와 계획설명서를 첨부'하여 도시계획의 입안을 제안할 수 있고, 위 입안제안을 받은 입안권자는 그 처리결과를 제안자에게 통보하도록 규정하고 있는 점 등과 헌법상 개인의 재산권 보장의 취지에 비추어 보면, **도시계획구역 내 토지 등을 소유하고 있는 주민으로서는 입안권자에게 도시계획입안을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있다고 할 것이고, 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다**(대판 2004.4.28. 2003두1806).
- ④ (○) 행정계획이라 함은 행정에 관한 전문적·기술적 판단을 기초로 하여 도시의 건설·정비·개량 등과 같은 특정한 행정목표를 달성하기 위하여 서로 관련되는 행정수단을 종합·조정함으로써 장래의 일정한 시점에 있어서 일정한 질서를 실현하기 위한 활동기준으로 설정된 것으로서, 도시계획법 등 관계 법령에는 추상적인 행정목표와 절차만이 규정되어 있을 뿐 행정계획의 내용에 대하여는 별다른 규정을 두고 있지 아니하므로 행정주체는 구체적인 행정계획을 입안·결정함에 있어서 비교적 광범위한 형성의 자유를 가진다고 할 것이지만, 행정주체가 가지는 이와 같은 형성의 자유는 무제한적인 것이 아니라 그 행정계획에 관련되는 자들의 이익을 공익과 사익 사이에서는 물론이고 공익 상호간과 사익 상호간에도 정당하게 비교교량하여야 한다는 제한이 있는 것이고, 따라서 행정주체가 행정계획을 입안·결정함에 있어서 이익형량을 전혀 행하지 아니하거나 이익형량의 고려 대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우 또는 이익형량을 하였으나 정당성·객관성이 결여된 경우에는 그 행정계획결정은 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법하다(대판 1996.11.29. 96누8567).

답 ③

22 행정행위에 대한 설명으로 옳은 것은?(단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공유수면의 점용·사용허가는 그 허가 상대방에게 공유수면 이용권을 부여하는 처분으로서 강학상 허가에 해당하며 그 처분의 여부 및 내용의 결정은 원칙적으로 행정청의 재량에 속한다.
- ② 토지거래허가는 규제지역 내의 모든 국민에게 전반적으로 토지거래의 자유를 금지하고 일정한 요건을 갖춘 경우에만 금지를 해제하여 계약체결의 자유를 회복시켜 주는 강학상 특허의 성질을 갖는다.
- ③ 개인택시운송사업 면허는 특정인에게 권리나 이익을 부여하는 재량행위이고, 행정청이 면허 발급 여부를 심사함에 있어 이미 설정된 면허기준의 해석상 당해 신청이 면허발급의 우선순위에 해당함이 명백함에도 불구하고 이를 제외시켜 면허거부처분을 하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 거부처분은 재량권을 남용한 위법한 처분이다.
- ④ 행정청이 도시 및 주거환경정비 법령에 근거하여 행하는 주택재건축사업 조합설립인가 처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는다.

해설

- ① (×) **공유수면 점용·사용허가는 강학상 특허, 재량행위** : 공유수면매립면허는 설권행위인 특허의 성질을 갖는 것이므로 원칙적으로 행정청의 자유재량에 속하며, 일단 실효된 공유수면매립면허의 효력을 회복시키는 행위도 특단의 사정이 없는 한 새로운 면허부여와 같이 면허관청의 자유재량에 속한다(대판 1989.9.12. 88누9206).
- ② (×) **국토이용관리법 상 "토지거래계약허가"의 법적 성질은 강학상 인가** : 국토이용관리법 21조의3 1항 소정의 허가가 규제지역 내의 모든 국민에게 전반적으로 토지거래의 자유를 금지하고 일정한 요건을 갖춘 경우에만 금지를 해제하여 계약체결의 자유를 회복시켜 주는 성질의 것이라고 보는 것은 위 법의 입법취지를 넘어선 지나친 해석이라고 할 것이고, 규제지역 내에서도 토지거래의 자유가 인정되나, 다만 위 허가를 허가 전의 유동적 무효상태에 있는 법률행위의 효력을 완성시켜 주는 인가적 성질을 띤 것이라고 보는 것이 타당하다(대판 1991.12.24. 90다12243).
- ③ (○) **개인택시운송사업면허는 강학상 특허, 재량행위** : 개인택시운송사업면허는 특정인에게 권리나 이익을 부여하는 행정행위(특허)로서 법령에 특별한 규정이 없는 한 재량행위이고 그 면허에 필요한 기준을 정하는 것 역시 법령에 규정이 없는 한 행정청의 재량에 속하나, 이 경우에도 이는 객관적으로 타당하여야 하며 그 설정된 우선순위 결정방법이나 기준이 객관적으로 합리성을 잃은 것이라면 이에 따라 면허 여부를 결정하는 것은 재량권의 한계를 일탈한 것이 되어 위법하다(대판 2007.2.8. 2006두13886).
- ④ (×) **「도시 및 주거환경정비법」 상 주택재건축조합설립인가처분은 강학상 특허** : 행정청이 도시 및 주거환경정비법 등 관련 법령에 근거하여 행하는 조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것에 그치는 것이 아니라 법령상 요건을 갖춘 경우 도시 및 주거환경정비법상 주택재건축사업을 시행할 수 있는 권한을 갖는 행정주체(공법인)로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 갖는다

답 ③

23 조세행정법에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 조세법률주의의 원칙상 과세요건이거나 비과세요건 또는 조세감면요건을 막론하고 조세법규의 해석은 특별한 사정이 없는 한 법문대로 해석할 것이고, 합리적 이유 없이 확장해석하거나 유추해석하는 것은 허용되지 아니하고, 특히 감면요건 규정 가운데에 명백히 특혜규정이라고 볼 수 있는 것은 엄격하게 해석하는 것이 조세공평의 원칙에도 부합한다.
- ② 세무서장의 국세환급금결정이나 그 결정을 구하는 신청에 대한 환급거부결정 등은 항고소송의 대상이 되는 처분이라고 볼 수 있다.
- ③ 원천징수의무자에 대하여 납세의무의 단위를 달리하여 순차 이루어진 2개의 징수처분은 별개의 처분으로서 당초 처분과 증액 경정처분에 관한 법리가 적용되지 아니하므로, 당초 처분이 후행 처분에 흡수되어 독립한 존재가치를 잃는다고 볼 수 없고, 후행 처분만이 항고소송의 대상이 되는 것도 아니다.
- ④ 하나의 납세고지서에 의하여 본세와 가산세를 함께 부과할 때에는 납세고지서에 본세와 가산세 각각의 세액과 산출근거 등을 구분하여 기재해야 하는 것이고, 또 여러 종류의 가산세를 함께 부과하는 경우에는 그 가산세 상호 간에도 종류별로 세액과 산출근거 등을 구분하여 기재함으로써 납세의 무자가 납세고지서 자체로 각 과세처분의 내용을 알 수 있도록 하는 것이 당연한 원칙이다.

해설

- ① (○) 대판 1998.3. 27. 97누20090
- ② (×) 국세환급금결정이나 그 결정을 구하는 신청에 대한 환급거부결정은 처분성 없음 : 구 국세기본법 제51조의 오납액과 초과납부액은 조세채무가 처음부터 존재하지 않거나 그 후 소멸되었음에도 불구하고 국가가 법률상 원인 없이 수령하거나 보유하고 있는 부당이득에 해당하고, 그 국세환급금결정에 관한 규정은 이미 납세의무자의 환급청구권이 확정된 국세환급금에 대하여 내부적 사무처리절차로서 과세관청의 환급절차를 규정한 것에 지나지 않고 위 규정에 의한 국세환급금결정에 의하여 비로소 환급청구권이 확정되는 것은 아니므로, 위 국세환급금결정이나 이 결정을 구하는 신청에 대한 환급거부결정은 납세의무자가 갖는 환급청구권의 존부나 범위에 구체적이고 직접적인 영향을 미치는 처분이 아니어서 항고소송의 대상이 되는 처분이라고 볼 수 없다(대판 2009.11.26. 2007두4018).
- ③ (○) 대판 2013.7.11. 2011두7311 ⇨ 원천징수의무자에 대하여 납세의무의 단위를 달리하여 순차 이루어진 2개의 징수처분에 대해 당초 처분과 증액경정처분에 관한 법리(증액경정처분시 당초처분은 증액경정처분에 흡수되어 독립적 가치를 잃음)가 적용되지 않음.
- ④ (○) 가산세 부과처분시 그 종류와 세액의 산출근거 등을 전혀 밝히지 않은 채 가산세 합계액만 기재한 것은 위법(하나의 납세고지서에 의하여 본세와 가산세를 함께 부과할 때에는 납세고지서에 본세와 가산세 각각의 세액과 산출근거 등을 구분하여 기재해야 함) : 가산세 부과처분에 관해서는 국세기본법이나 개별 세법 어디에도 그 납세고지의 방식 등에 관하여 따로 정한 규정이 없다. 그러나 가산세는 비록 본세의 세목으로 부과되기는 하지만(국세기본법 제47조 제2항 본문), 그 본질은 과세권의 행사와 조세채권의 실현을 용이하게 하기 위하여 세법에 규정된 의무를 정당한 이유 없이 위반한 납세의무자 등에게 부과하는 일종의 행정상 제재라는 점에서 적법절차의 원칙은 더 강하게 관철되어야 한다. 더욱이 가산세는 본세의 세목별로 그 종류가 매우 다양할 뿐 아니라 부과기준 및 산출근거도 제각각이다. ... 한편 본세의 부과처분과 가산세의 부과처분은 각 별개의 과세처분인 것처럼, 같은 세목에 관하여 여러 종류의 가산세가 부과되면 그 각 가산세 부과처분도 종류별로 각각 별개의 과세처분이라고 보아야 한다. 따라서 하나의 납세고지서에 의하여 본세와 가산세를 함께 부과할 때에는 납세고지서에 본세와 가산세 각각의 세액과 산출근거 등을 구분하여 기재해야 하는 것이고, 또 여러 종류의 가산세를 함께 부과하는 경우에는 그 가산세 상호 간에도 종류별로 세액과 산출근거 등을 구분하여 기재함으로써 납세의무자가 납세고지서 자체로 각 과세처분의 내용을 알 수 있도록 하는 것이 당연한 원칙이다. ... 따라서 가산세 부과처분이라고 하여 그 종류와 세액의 산출근거 등을 전혀 밝히지 아니한 채 가산세의 합계액만을 기재하였다면 그 부과처분은 위법하다(대판 2012.10.18. 2010두12347)

답 ②

24 다음은 무효가 아닌 단순 위법의 흠이 있는 행정처분과 관련하여 발생할 수 있는 민사 및 형사소송상의 다툼에 대한 설명이다. 학설과 판례상 옳은 것을 모두 모아 놓은 것 것은?

- ㉠ 과세처분의 단순 위법성이 인정된다면, 해당 과세처분에 대해 권한있는 기관의 취소를 기다리지 않고, 민사사건의 관할 법원은 이미 납부한 세금에 대한 부당이득반환청구소송을 인용할 수 있다.
- ㉡ 해당 처분이 불가쟁력을 갖게 된 경우라 하더라도, 처분의 위법을 이유로 하는 손해배상사건을 관할하는 민사법원은 해당 처분의 위법 여부를 판단할 수 있다.
- ㉢ 해당 처분에 따르지 아니한 위반죄가 문제된 경우, 형사사건을 관할하는 법원은 처분의 위법성을 이유로 무죄의 판단을 할 수 있다.
- ㉣ 해당 처분에 따르지 아니한 위반죄가 문제된 경우, 해당 처분이 갖는 공정력으로 인하여 형사사건을 관할하는 법원은 행위자의 위법성 내지 책임성을 부인할 만한 사유가 없는 한 유죄의 판단을 하게 될 것이다.

① ㉡, ㉣

② ㉠, ㉣

③ ㉠, ㉡

④ ㉡, ㉣

- 해설**
- ㉠ (x) 단순위법은 취소사유의 하자를 의미함. 과세처분에 취소사유만 있는 경우 이미 납부한 세금에 대한 부당이득반환청구소송의 수소법원인 민사법원은 과세처분의 공정력 때문에 그 효력을 부인할 수 없으므로 부당이득반환청구 인용 불가.
 - 과세처분이 당연무효라고 볼 수 없는 한 과세처분에 취소할 수 있는 위법사유가 있다 하더라도 그 과세처분은 행정행위의 공정력 또는 집행력에 의하여 그것이 적법하게 취소되기 전까지는 유효하다 할 것이므로, 민사소송절차에서 그 과세처분의 효력을 부인할 수 없다.(대판 1999. 8. 20. 99다20179)
 - ㉡ (o) **민사법원은 선결문제로서 행정행위의 위법성 판단 가능**
 불가쟁력이 발생하면 행정행위의 상대방이나 이해관계인은 더 이상 행정행위의 효력을 다투지 못한다. 그러나 국가배상청구소송은 처분의 효력을 다투는 것이 아니며 국가배상청구소송의 수소법원은 처분의 위법성 판단이 가능하다. 즉, 불가쟁력이 발생한 행정행위로 손해를 입은 국민은 국가배상청구권인 시효로 소멸하지 않는 한 국가배상청구가 가능하며 수소법원인 민사법원도 처분의 위법성을 판단하여 국가배상청구 인용이 가능하다(통설·판례)
 - ㉢ (o) **형사법원은 선결문제로서 행정행위의 위법성 판단 가능**: 도시계획법에 정한 처분이나 조치명령을 받은 자가 이에 위반한 경우 이로 인하여 같은 법에 정한 처벌을 하기 위하여는 그 처분이나 조치명령(시정명령)이 적법한 것이라야 하고, 그 처분이 당연무효가 아니라 하더라도 그것이 위법한 처분으로 인정되는 한 같은 법 제92조 조치명령 등 위반죄가 성립될 수 없다(대판 1992.8.18. 90도1709)
 - ㉣ (x) 적법한 명령에 따르지 않으면 범죄가 성립하지만 위법한 명령에 따르지 않으면 범죄가 성립하지 않는 경우 행정행위의 효력 부인이 아니라 행정행위의 위법성 확인이 필요하며 형사법원은 이를 선결문제로서 판단할 수 있다. 따라서 어떤 처분에 따르지 아니한 위반죄가 문제된 경우, 해당 처분이 갖는 공정력과 상관없이 형사사건 관할법원은 우선 선결문제로서 처분의 위법성을 판단하여야 하고 처분이 위법한 경우 무죄판결을 해야 한다.

답 ①

25 사익과 사익 상호간의 조정을 목적으로 하는 민사법과 달리 행정에 관한 법령은 기본적으로 국가공권력을 배경으로 하는 공익조정법으로 서의 성격을 갖는다. 이러한 점에서 행정상의 분쟁을 규율하는 절차법인 「행정심판법」이나 「행정소송법」은 「민사소송법」과 다른 특유의 제도를 두고 있다. 이에 해당하는 것을 모두 모아 놓은 것은?

- ㉠ 행정쟁송을 제기할 수 있는 권리에 대해 불변기간 또는 제척기간의 제한을 두고 있다.
- ㉡ 당사자처분주의에 반하지 아니하는 범위 내에서 심판기관에 대해 석명의무를 부여하고 있다.
- ㉢ 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 일정한 범위에서 심판기관에 의한 직권심리를 허용한다.
- ㉣ 쟁송제기자의 주장이 타당한 경우라 하더라도 공공복리를 이유로 기각의 재결이나 판결을 할 수 있다.

① ㉡, ㉢, ㉣ ② ㉠, ㉢, ㉣ ③ ㉠, ㉡, ㉣ ④ ㉠, ㉡, ㉢

해설
 행정쟁송이 개인의 주관적 권익 보호는 물론 다수의 국민에게 영향을 미치는 공법관계의 안정, 행정의 적법성 확보 등의 공익적 기능 달성이라는 목적에 따라 그 절차에도 직권주의적 요소가 가미되어 민사소송의 지배원칙인 처분권주의와 변론주의를 그대로 준용할 수 없고 직권소송참가제도, 직권심리주의, 사정판결·사정재결제도 등에 관한 특칙을 두고 있다. 또한 당사자적격, 전심절차, 제소기간, 잠정적 구제제도 등에 관해 「민사소송법」과는 다른 여러 특별규정을 두고 있다.

구분	행정쟁송	민사소송
소송요건	취소쟁송의 경우 단기의 제척기간 당사자적격이 민사소송과 다름, 행정심판전치주의	단기 제척기간 없음. 전심절차 규정 없음
가구제	① 행정심판·행정소송 제기시 : 집행부정지원칙, 예외적 집행정지(단, 행정심판이나 행정소송이 계속 중이어야 함) ② 행정심판 : 임시처분(가처분) 도입(행정심판 청구시에만 가능) 행정소송 : 민사집행법 상 가처분 준용 여부 - 항고소송에는 부정, 당사자소송에는 인정	① 집행정지 부정 ② 본안소송 제기 전 가구제 가능, ③ 가압류·가처분 인정(민사집행법)
심리	당사자주의(처분권주의·변론주의) 원칙 + 직권심리주의 가미	당사자주의(처분권주의·변론주의)
사정재결 사정판결	취소심판과 의무이행심판에 사정재결 인정 취소소송에 사정판결인정	사정판결 부정

- ㉠ (o) 민사소송과 달리 행정쟁송은 행정기능의 원활한 수행, 행정법관계의 조속한 안정을 위하여 행정심판청구기간, 행정소송제기기간의 제한이 있음.
- ㉡ (x) 법원의 석명권 행사는 민사소송·행정소송 모두에서 인정되는 특징이다.
 - 민사소송법 제136조(석명권釋明權)·구문권(求問權)등 ① 재판장은 소송관계를 분명하게 하기 위하여 당사자에게 사실상 또는 법률상 사항에 대하여 질문할 수 있고, 증명을 하도록 촉구할 수 있다.
 - [행정소송] 행정소송법 제8조 제2항은 행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 경우에는 민사소송법의 규정을 준용한다고 규정하고 있으므로, 조세소송에 있어서도 법원의 석명권 및 법률사항지적의무를 규정한 민사소송법 제126조(현 136조)의 규정이 준용된다 할 것인 바, 따라서 당사자가 어떠한 법률효과를 주장하면서 미처 깨닫지 못하고 그 요건사실 일부를 빠뜨렸을 때에는 법원은 그 누락사실을 지적하고 당사자가 이 점에 관하여 변론을 하지 아니하는 취지가 무엇인가를 밝혀, 당사자에게 그에 대한 변론을 할 기회를 주어야 할 의무가 있다고 할 것이다(대판 1995.2.28. 94누4325)
- ㉢ (o) **원칙적 변론주의, 직권주의 가미**: 행정소송의 대상은 공익에 관계되는 사항이므로 행정소송의 심리에 있어서는 민사소송과는 달리 사실의 주장과 증거를 제출하는 책임을 당사자에게만 지우지 않고 법원이 직권으로도 증거조사를 할 수 있으며, 당사자가 주장하지 않는 사실에 관해서도 판단할 수 있다. 행정심판에서도 행정심판위원회에 의한 직권심리를 가미.
- ㉣ (o) **사정재결·사정판결**: 민사소송과 달리 행정소송에 있어서는 원고의 청구가 이유 있다고 인정되면 원칙적으로 행정처분을 취소하거나 그 무효를 확인하는 판결을 해야 하지만 원고의 이익뿐만 아니라 공익 또한 고려해야 하므로, 원고의 청구가 이유 있다고 해도 그 행정처분을 취소하거나 변경하는 것이 현저히 공공의 복리에 적합하지 않다고 인정되는 경우에는 법원은 원고의 청구를 기각할 수 있는 사정판결이 있다. 행정심판의 경우에도 사정재결 가능.

답 ②