

*학설 대립이나 다툼이 있는 경우 헌법재판소 결정 또는 대법원의 판례를 따름

1 정보공개에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① 견책처분을 받은 공무원이 징계위원회 참여 위원의 성명과 직위에 대한 정보공개청구를 하였으나 거부처분을 받았는데, 대상 징계처분에 대한 취소소송에서 해당 공무원의 취소청구가 기각된 경우에는 정보공개거부 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없다.
- ② 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」상 정보공개를 제한하는 타 법령상의 근거에는 대통령령과 부령을 포함한다.
- ③ 정보공개를 청구할 수 있는 권리를 가진 자에는 자연인 이외에 법인, 권리능력 없는 사단 및 재단이 포함되며, 법인, 권리능력 없는 사단 및 재단의 경우 정보공개청구 남용 방지를 위해 법률상 이익의 존부 판단에 설립목적은 고려하여야 한다.
- ④ 정보공개를 거부한 비공개사유에 해당하는 부분과 그렇지 않은 부분이 혼합되어 있고, 공개청구의 취지상 두 부분을 분리할 수 있는 경우 법원은 공개가 가능한 정보에 국한하여 일부취소를 명할 수 있다.

해설

- ① (×) 견책의 징계처분을 받은 甲이 사단장에게 징계위원회에 참여한 징계위원의 성명과 직위에 대한 정보공개청구를 하였으나 위 정보가 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제1호, 제2호, 제5호, 제6호에 해당한다는 이유로 공개를 거부한 사안에서, 비록 징계처분 취소사건에서 甲의 청구를 기각하는 판결이 확정되었다도 이러한 사정만으로 위 처분의 취소를 구할 이익이 없어지지 않고, 사단장이 甲의 정보공개청구를 거부한 이상 甲으로서의 여전히 정보공개거부처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있으므로, 이와 달리 본 원심판결에 법리오해의 잘못이 있다(대판 2022.5.26. 2022두33439).
- ② (×) 대통령령·조례는 포함되지만 총리령·부령·(지방자치단체의)규칙은 제외된다.

• 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제9조(비공개 대상 정보)

- ① 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개 대상이 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보는 공개하지 아니할 수 있다.
 - 1. 다른 법률 또는 법률에서 위임한 명령(국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙·대통령령 및 조례로 한정한다)에 따라 비밀이나 비공개 사항으로 규정된 정보

- ③ (×) 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제6조 제1항은 “모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다.”고 규정하고 있는데, 여기에서 말하는 국민에는 자연인은 물론 법인, 권리능력 없는 사단·재단도 포함되고, 법인, 권리능력 없는 사단·재단 등의 경우에는 설립목적은 불문한다(대판 2003.12.12. 2003두8050).
- ④ (○) 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) 공개 청구한 정보가 제9조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 부분과 공개 가능한 부분이 혼합되어 있는 경우로서 공개청구의 취지에 어긋나지 아니하는 범위에서 두 부분을 분리할 수 있는 경우에는 제9조 제1항 각호의 어느 하나에 해당하는 부분을 제외하고 공개하여야 한다.

답 ④

2 공물에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 인공 공공용물과 자연 공공용물은 행정주체가 해당 물건을 일반 공중의 사용에 제공한다는 의사를 대외적으로 표시한 경우 공물로서 성립한다.
- ② 행정재산이 기능을 상실하여 본래의 용도에 제공되지 않는 상태에 있더라도 관계 법령에 의하여 용도폐지되지 않는 한 당연히 취득시효의 대상이 되는 일반재산이 되는 것은 아니다.
- ③ 공물의 인접주민으로서 다른 일반인보다 공물의 일반사용에서 특별한 이해관계를 가지는 경우 고양된 일반사용권으로서 권리가 인정될 수 있지만, 구체적으로 공물을 사용하고 있지 않다면 그 공물의 인접주민이라는 사정만으로 공물에 대한 고양된 일반사용권이 인정되지 않는다.
- ④ 지방자치단체가 일반재산을 입찰이나 수익계약을 통해 매각하는 것은 기본적으로 사경제주체의 지위에서 하는 행위이므로 원칙적으로 계약자유의 원칙이 적용된다.

해설

- ① (×) **공물의 성립**
 - 자연공물 : 자연상태 그대로 공공용에 제공될 수 있는 실체를 갖추고 있다면 별도의 공용개시행위가 없어도 됨(공용지정 불요설이 통설·판례)
 - 인공공물 : 일반공중의 이용에 제공될 수 있는 구조(형체적 요소) + 일반공중의 이용에 제공한다는 행정주체의 의사표시(의사적 요소, 공용지정)
 - 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 잡종재산(현 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(대판 2007.6.1. 2005도7523).
- ② (○) 행정재산이 기능을 상실하여 본래의 용도에 제공되지 않는 상태에 있다 하더라도 법령에 의하여 용도폐지되지 않으면 공물로서의 성질을 소멸한다고 할 수 없으므로 당연히 취득시효의 대상이 되는 일반재산이 되는 것은 아니다.
 - 국유재산법 제7조 제2항은 “행정재산은 민법 제245조에도 불구하고 시효취득의 대상이 되지 아니한다”라고 규정하고 있으므로, 국유재산에 대한 취득시효가 완성되기 위해서는 그 국유재산이 취득시효기간 동안 계속하여 행정재산이 아닌 시효취득의 대상이 될 수 있는 일반재산이어야 한다. 또 행정재산이 기능을 상실하여 본래의 용도에 제공되지 않는 상태에 있다 하더라도 관계 법령에 의하여 용도폐지가 되지 아니한 이상 당연히 취득시효의 대상이 되는 일반재산이 되는 것은 아니고, 공용폐지의 의사표시는 묵시적인 방법으로도 가능하나 행정재산이 본래의 용도에 제공되지 않는 상태에 있다는 사정만으로는 묵시적인 공용폐지의 의사표시가 있다고 볼 수도 없다(대판 2010.11.25., 2010다58957).
- ③ (○) **공물의 인접주인이 공물에 대한 고양된 일반사용권을 가지는지 여부의 판단 방법** : 공물의 인접주인은 다른 일반인보다 인접공물의 일반사용에 있어 특별한 이해관계를 가지는 경우가 있고, 그러한 의미에서 다른 사람에게 인정되지 아니하는 이른바 고양된 일반사용권이 보장될 수 있으며, 이러한 고양된 일반사용권이 침해된 경우 다른 개인과의 관계에서 민법상으로도 보호될 수 있으나, 그 권리도 공물의 일반사용의 범위 안에서 인정되는 것이므로, 특정인에게 어느 범위에서 이른바 고양된 일반사용권으로서의 권리가 인정될 수 있는지의 여부는 당해 공물의 목적과 효용, 일반사용관계, 고양된 일반사용권을 주장하는 사람의 법률상의 지위와 당해 공물의 사용관계의 인접성, 특수성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 따라서 구체적으로 공물을 사용하지 않고 있는 이상 그 공물의 인접주인이라는 사정만으로는 공물에 대한 고양된 일반사용권이 인정될 수 없다(대판 2006.12.22. 2004다 68311, 68328)
- ④ (○) 지방자치단체가 일반재산을 입찰이나 수의계약을 통해 매각하는 것은 기본적으로 사경제주체의 지위에서 하는 행위이므로 원칙적으로 사적 자치와 계약자유의 원칙이 적용된다(대판 2017.11.14. 2016다201395).

답 ①

3 공무수탁사인에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 공무수탁사인은 특별한 사정이 없는 한 권한을 부여받은 법령의 범위 내에서 행정주체의 지위를 가진다.
- ② 공무수탁사인의 업무수행으로 인하여 권리가 침해당한 사인은 공무수탁사인을 상대로 행정소송을 제기할 수 있다.
- ③ 공무수탁사인의 위법한 공무집행으로 손해를 입은 사인은 국가나 지방자치단체를 상대로 국가배상을 청구할 수 있다.
- ④ 공무수탁사인으로 공중업무를 수행하는 공증인, 사법상 계약에 의하여 주차위반차량을 견인하는 민간사업자, 교통사고 현장에서 경찰의 지시에 따라 경찰을 돕는 보조자 등을 들 수 있다.

해설

- ① (○) 공무수탁사인은 수탁받은 공무를 수행하는 범위 내에서 행정주체이고, 공무수탁사인의 행정주체성을 인정하는 다수의 견해에 의하면 공무수탁사인이 행정작용을 함에 있어서도 지방자치단체 이외의 공공단체와 마찬가지로 공무수탁사인 자체가 ‘행정주체’이면서 ‘행정청’의 지위를 함께 갖는다. 따라서 공무수탁사인은 항고소송뿐만 아니라 당사자소송에서도 피고가 될 수 있다.
- ② (○) 공무수탁사인은 행정주체이면서 행정청의 지위를 가지므로 행정소송의 피고가 될 수 있다(항고소송의 피고인 행정청, 당사자소송의 피고인 행정주체).

• 행정소송법 제2조(정의)

 - ① 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.
 - 1. “처분등”이라 함은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용(이하 “處分”이라 한다) 및 행정심판에 대한 재결을 말한다.
 - 2. “부작위”라 함은 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것을 말한다.
 - ② 이 법을 적용함에 있어서 행정청에는 법령에 의하여 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 행정기관, 공공단체 및 그 기관 또는 사인(공무수탁사인)이 포함된다.
- ③ (○) **국가배상법 제2조(배상책임)** ① 국가나 지방자치단체는 공무원 또는 공무를 위탁받은 사인이 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.
- ④ (×) 공중업무를 수행하는 공증인은 공무수탁사인에 해당하지만, 사법상 계약에 의하여 주차위반차량을 견인하는 민간사업자(사법상 계약에 의하여 단순히 경영위탁을 받은 사인), 교통사고현장에서 경찰의 지시에 따라 경찰을 돕는 보조자(행정보조인)는 공무수탁사인에 해당하지 않는다.

공무수탁사인	공무수탁사인이 아닌 경우
① 별정우체국 의 지정을 받아 체신업무를 수행하는 사인 ② 선박이나 항공기에서 경찰업무를 수행하는 선장 또는 기장등 , 사선(私船)의 선장이 항해 중에 출생이 있을 때 출생신고사항을 기재하는 가족관계의 등록사무 수행 ③ 사립대학의 장이 학위를 수여하는 경우 ④ 공공사업시행자로서 토지수용권을 행사하는 사인 (사업시행자) ⑤ 법무부장관의 위탁을 받아 교정업무를 수행하는 교정법인·민영교도소 ⑥ 공증인 의 공증 업무 수행 ⑦ 의사협회·변호사협회 등 직업별 협회의 직업에 대한 제재처분 ⑧ 재개발사업의 사업시행자로서의 재개발조합 의 행위 ⑨ 방송위원회로부터 위탁을 받은 한국광고자율심의기구 ⑩ 자동차운전 전문학원 학감이 위탁받아 행하는 자동차운전면허기능검정 ⑪ 건축사의 건축공사에 대한 현장조사·검사 및 확인업무 ⑫ 지방검찰청 검사장이 산림보호 종사 공무원이나 근로감독관·선장·해원 등을 사법경찰관(리) 로 지명해 경찰사무를 수행하게 하는 경우	① 공의무부담사인 : 법률에 의해 직접 행정임무수행의 의무가 부여됨. 공법상 의무만 부과되고 공법상 권한이 부여되지 않음 (사법상으로도 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 시간강사 는 독립적으로 활동하지만 공적인 권한이 없으므로 행정주체가 아님 ⑤ 행정을 대행하는 경우 : 차량등록의 대행자, 자동차 검사의 대행자-이견 있음

답 ④

4 「행정절차법」상 행정청의 관할 및 협조에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 행정응원에 드는 비용은 응원을 요청한 행정청이 부담하며, 그 부담금액 및 부담방법은 응원을 하는 행정청이 결정한다.
- ② 행정청은 다른 행정청의 응원을 받아 처리하는 것이 보다 능률적이고 경제적인 경우 다른 행정청에 행정응원을 요청할 수 있다.
- ③ 행정응원을 요청받은 행정청은 다른 행정청이 보다 능률적이거나 경제적으로 응원할 수 있는 명백한 이유가 있는 경우 응원을 거부할 수 있다.
- ④ 행정청의 관할이 분명하지 아니한 경우에는 해당 행정청을 공통으로 감독하는 상급 행정청이 그 관할을 결정하며, 공통으로 감독하는 상급 행정청이 없는 경우에는 각 상급 행정청이 협의하여 그 관할을 결정한다.

해설

- ① (×), ②③ (○) 행정응원에 드는 비용은 응원을 요청한 행정청이 부담. 부담금액·부담방법은 응원 요청한 행정청과 응원을 하는 행정청이 **협의해 결정**.
 - 행정절차법 제8조(행정응원)
 - ① 행정청은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 **다른 행정청에 행정응원을 요청할 수 있다**.
 1. 법령등의 이유로 독자적인 직무 수행이 어려운 경우
 2. 인원·장비의 부족 등 사실상의 이유로 독자적인 직무 수행이 어려운 경우
 3. 다른 행정청에 소속되어 있는 전문기관의 협조가 필요한 경우
 4. 다른 행정청이 관리하고 있는 문서(전자문서를 포함한다. 이하 같다)·통계 등 행정자료가 직무 수행을 위하여 필요한 경우
 5. **다른 행정청의 응원을 받아 처리하는 것이 보다 능률적이고 경제적인 경우**
 - ② 제1항에 따라 행정응원을 요청받은 행정청은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 **응원을 거부할 수 있다**.
 1. **다른 행정청이 보다 능률적이거나 경제적으로 응원할 수 있는 명백한 이유가 있는 경우**
 2. 행정응원으로 인하여 고유의 직무 수행이 현저히 지장받을 것으로 인정되는 명백한 이유가 있는 경우
 - ⑥ 행정응원에 드는 비용은 응원을 요청한 행정청이 부담하며, 그 부담금액 및 부담방법은 응원을 요청한 행정청과 응원을 하는 행정청이 **협의하여 결정한다**.
 - ④ (○) 행정절차법 제6조(관할) ② 행정청의 관할이 분명하지 아니한 경우에는 해당 행정청을 공통으로 감독하는 상급 행정청이 그 관할을 결정하며, 공통으로 감독 하는 상급 행정청이 없는 경우에는 각 상급 행정청이 협의하여 그 관할을 결정한다.

답 ①

5 「행정소송법」상 항고소송의 원고적격에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 제약회사가 보건복지부 고시인 약제급여·비급여목록 및 급여상한금액표로 인하여 자신이 제조·공급하는 약제의 상한금액이 인하됨에 따라 약제에 관한 법률상 이익이 침해당할 경우, 제약회사는 위 고시의 취소를 구할 원고적격이 있다.
- ② 일반적으로 인·허가 등의 수익적 행정처분의 근거가 되는 법률이 해당 업자들 사이의 과당경쟁으로 인한 경영의 불합리를 방지하는 것도 그 목적으로 하고 있는 경우, 기존의 업자는 경업자에 대하여 이루어진 인·허가 등 행정처분의 상대방이 아니라 하더라도 당해 행정처분의 취소를 구할 당사자적격이 있다.
- ③ 환경영향평가 대상지역 밖의 주민이라 할지라도 공유수면매립면허처분 등으로 인하여 그 처분 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있는 경우에는, 「헌법」 제35조 제1항에서 정하고 있는 환경권에 관한 규정에 근거하여 그 처분 등의 무효확인을 구할 원고적격을 인정받을 수 있다.
- ④ 환경영향평가 대상지역 안의 주민들에 대하여는 특단의 사정이 없는 한 환경상의 이익에 대한 침해 또는 침해우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 공유수면매립면허처분 등의 무효확인을 구할 원고적격이 인정된다.

해설

- ① (○) 제약회사는 보건복지부 고시인 약제급여·비급여목록 및 급여상한금액표의 취소를 구할 원고적격이 있음 : 보건복지부 고시인 약제급여·비급여목록 및 급여상한금액표(보건복지부 고시 제2002-46호로 개정된 것)는 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 국민건강보험가입자, 국민건강보험공단, 요양기관 등의 법률관계를 직접 규율하는 성격을 가지므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다. 제약회사가 자신이 공급하는 약제에 관하여 국민건강보험법, 같은 법 시행령, 국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙(2001. 12. 31. 보건복지부령 제207호) 등 약제상한금액고시의 근거 법령에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익을 향유하는데, **보건복지부 고시인 약제급여·비급여목록 및 급여상한금액표로 인하여 자신이 제조·공급하는 약제의 상한금액이 인하됨에 따라 위와 같이 보호되는 법률상 이익이 침해당할 경우, 제약회사는 위 고시의 취소를 구할 원고적격이 있다**(대판 2006.9.22. 2005두2506).
- ② (○) 일반적으로 면허나 인·허가 등의 수익적 행정처분의 근거가 되는 법률이 해당 업자들 사이의 과당경쟁으로 인한 경영의 불합리를 방지하는 것도 그 목적으로 하고 있는 경우, 다른 업자에 대한 면허나 인·허가 등의 수익적 행정처분에 대하여 미리 같은 종류의 면허나 인·허가 등의 수익적 행정처분을 받아 영업을 하고 있는 기존의 업자는 경쟁자에 대하여 이루어진 면허나 인·허가 등 행정처분의 상대방이 아니라 하더라도 당해 행정처분의 취소를 구할 당사자적격이 있다(대판 2002.10.25. 2001두4450).
- ③ (×), ④ (○) 환경영향평가 대상지역 밖의 주민여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있는 경우 환경상 이익의 침해 또는 침해우려가 있음을 입증함으로써 원고적격을 인정받을 수 있으며 「헌법」 제35조 제1항에서 정하고 있는 환경권에 근거하여 원고적격을 주장할 수 없음.

환경영향평가 대상지역	안의 주민	원고적격이 사실상 추정됨
	밖의 주민	㉠ 원칙 : 원고적격 없음(헌법 35조 1항 환경권 규정만으로 개인적 공권 성립 안 됨) ㉡ 예외 : 수인한도 넘는 침해나 침해우려가 있음을 입증시 원고적격 인정

• 새만금간척사업(대판 2006.3.16. 2006두330)

- ① 환경영향평가대상지역 안의 주민들이 개발 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경침해를 받지 않고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 이익은 침해 또는 침해우려가 있는 것으로 사실상 추정됨 : 공유수면매립면허처분과 농지개량사업 시행인가처분의 근거법규 또는 관련법규가 되는 구 공유수면매립법, 구 농촌근대화촉진법, 구환경보전법, 구 환경보전법 시행령, 구 환경정책기본법, 구 환경정책기본법 시행령의 각 관련규정의 취지는, 공유수면매립과 농지개량사업시행으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상되는 환경영향평가대상지역 안의 주민들이 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경침해를 받지 않고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 개별적 이익까지도 이를 보호하려는 데에 있다고 할 것이므로, 위 주민들이 공유수면매립면허처분 등과 관련하여 갖고 있는 위와 같은 환경상의 이익은 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적 이익으로서 그들에 대하여는 특단의 사정이 없는 한 환경상의 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 공유수면매립면허처분 등의 무효확인을 구할 원고적격이 인정된다고 할 것이다.
- ㉠ 헌법 제35조 제1항에서 정하고 있는 환경권에 관한 규정만으로는 그 권리의 주체·대상·내용·행사방법 등이 구체적으로 정립되어 있다고 볼 수 없고, 환경정책기본법 제6조도 그 규정 내용 등에 비추어 국민에게 구체적인 권리를 부여한 것으로 볼 수 없으므로, 환경영향평가 대상지역 밖에 거주하는 주민에게 헌법상의 환경권 또는 환경정책기본법에 근거하여 공유수면매립면허처분과 농지개량사업 시행인가처분의 무효확인을 구할 원고적격이 없다.
- ㉡ 환경영향평가 대상지역 밖의 주민이라 할지라도 공유수면매립면허처분 등으로 인하여 그 처분 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있는 경우에는, 공유수면매립면허처분 등으로 인하여 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해우려가 있다는 것을 입증함으로써 그 처분 등의 취소(무효확인)을 구할 원고적격을 인정받을 수 있다.

답 ③

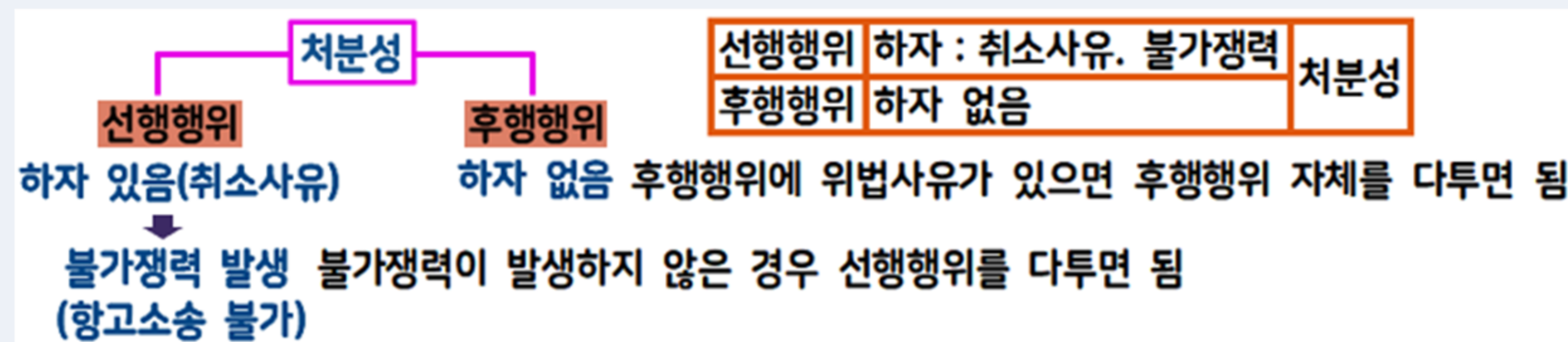
6 행정행위의 하자(흠)의 승계에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 행정행위의 하자 승계 문제는 행정권에 대한 사인의 권익보호와 적정행정의 유지에 대한 요청에 근거하고 있다.
- ② 선행처분과 후행처분이 서로 독립하여 별개의 법률 효과를 목적으로 하는 때에도 선행처분이 당연무효이면 선행처분의 하자를 이유로 후행처분의 효력을 다룰 수 있다.
- ③ 표준지공시지가결정이 위법한 경우에 그 자체의 위법 여부를 다룰 수 있음은 물론 수용보상금의 증액을 구하는 소송에서도 선행처분으로서 비교표준지공시지가 결정의 위법을 독립된 사유로 주장할 수 있다.
- ④ 보충역편입처분이 위법한 경우에 그 자체의 위법 여부를 다룰 수 있음은 물론 불가쟁력이 생긴 후에 후행처분인 공익근무요원소집처분의 취소소송에서도 선행처분인 보충역편입처분의 위법을 이유로 공익근무요원소집처분의 효력을 다룰 수 있다.

해설

①② (○)

■ 행정행위의 하자 승계 논의의 전제(실익)



■ 행정행위의 하자 승계 정리

선행행위 무효	후행행위에 선행행위의 하자 승계 됨	
선행행위에 취소사유인 하자	하나의 법률 효과를 목적	후행행위에 선행행위의 하자 승계 됨 예) 대집행절차 상호 간(계통실비: 계고 ⇨ 대집행영장 통지 ⇨ 대집행 실행 ⇨ 대집행 비용 납부명령), 강제징수절차 상호 간(독압매청: 독촉 ⇨ 압류 ⇨ 매각(공매) ⇨ 청산), 한지의사/안경사/분묘/귀속재산
	별개의 법률 효과를 목적으로 하는 독립된 행정행위	<p>원칙 후행행위에 선행행위의 하자 승계 안 됨(선행행위의 후행행위에 대한 구속력이 인정 됨) 예) 과세처분과 압류 등의 체납처분, 건물철거명령과 대집행계고처분, 공무원의 직위해제처분과 면직처분</p> <p>예외 수인한도를 넘는 가혹함 and 그 결과가 당사자에게 예측 가능한 것이 아닌 경우 → 후행행위에 선행행위의 하자 승계 됨(선행행위의 후행행위에 대한 구속력이 인정 안 됨) 예) 개별공시지가결정과 과세처분(or 개발부담금 부과처분) 표준지 공시지가와 수용재결(보상금결정) 친일반민족행위진상규명위원회의 최종발표와 지방보훈지청장의 독립유공자 예우에 관한 법률 적용배제자 결정</p>

- ③ (○) 표준지 공시지가와 수용재결(보상금결정) 간 하자의 승계는 예외적으로 인정됨
 • **수용보상금의 증액을 구하는 소송에서 선행처분으로서 그 수용대상 토지 가격 산정의 기초가 된 비교표준지공시지가결정의 위법을 독립한 사유로 주장할 수 있음**: 표준지공시지가결정은 이를 기초로 한 수용재결 등과는 **별개의 독립된 처분으로서 서로 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하지만**, 표준지공시지가 가는 이를 인근 토지의 소유자나 기타 이해관계인에게 개별적으로 고지하도록 되어 있는 것이 아니어서 인근 토지의 소유자 등이 표준지공시지가결정 내용을 알고 있었다고 전제하기가 곤란할 뿐만 아니라, 결정된 표준지공시지가가 공시될 당시 보상금 산정의 기준이 되는 표준지의 인근 토지를 함께 공시하는 것이 아니어서 인근 토지소유자는 보상금 산정의 기준이 되는 표준지가 어느 토지인지를 알 수 없으므로, 인근 토지소유자가 표준지의 공시지가가 확정되기 전에 이를 다투는 것은 불가능하다. 더욱이 장차 어떠한 수용재결 등 구체적인 불이익이 현실적으로 나타나게 되었을 경우에 비로소 권리구제의 길을 찾는 것이 우리 국민의 권리의식임을 감안하여 볼 때, 인근 토지소유자 등으로 하여금 결정된 표준지공시지가를 기초로 하여 장차 토지보상 등이 이루어질 것에 대비하여 항상 토지의 가격을 주시하고 표준지공시지가결정이 잘못된 경우 정해진 시정절차를 통하여 이를 시정하도록 요구하는 것은 부당하게 높은 주의의무를 지우는 것이고, 위법한 표준지공시지가결정에 대하여 그 정해진 시정절차를 통하여 시정하도록 요구하지 않았다는 이유로 위법한 표준지공시지가를 기초로 한 수용재결 등 후행 행정처분에서 표준지공시지가결정의 위법을 주장할 수 없도록 하는 것은 **수인한도를 넘는 불이익을 강요하는 것으로서 국민의 재산권과 재판받을 권리를 보장한 헌법의 이념에도 부합하는 것이 아니다**. 따라서 표준지공시지가결정이 위법한 경우에는 그 자체를 행정소송의 대상이 되는 행정처분으로 보아 그 위법 여부를 다툴 수 있음은 물론, **수용보상금의 증액을 구하는 소송에서도 선행처분으로서 그 수용대상토지 가격 산정의 기초가 된 비교표준지공시지가결정의 위법을 독립한 사유로 주장할 수 있다**(대판 2008.8.21. 2007두13845).
- ④ (×) **별개의 법률효과를 발생하는 독립된 행정처분 간 하자의 승계 부정 - 병역법상 보충역편입처분과 공익근무요원소집처분**: 구 병역법 관련 규정에 의하면, 보충역편입처분 등의 병역처분은 구체적인 병역의무부과를 위한 전제로서 징병검사 결과 신체등위와 학력·연령 등 자질을 감안하여 역종을 부과하는 처분임에 반하여, 공익근무요원소집처분은 보충역편입처분을 받은 공익근무요원소집대상자에게 기초적 군사훈련과 구체적인 복무기관 및 복무분야를 정한 공익근무요원으로서의 복무를 명하는 구체적인 행정처분이므로, 위 두 처분은 후자의 처분이 전자의 처분을 전제로 하는 것이기는 하나 각각 단계적으로 **별개의 법률효과를 발생하는 독립된 행정처분**이라고 할 것이므로, 따라서 보충역편입처분의 기초가 되는 신체등위 판정에 잘못이 있다는 이유로 이를 다투기 위하여는 신체등위 판정을 기초로 한 보충역편입처분에 대하여 쟁송을 제기하여야 할 것이며, 그 처분을 다투지 아니하여 이미 불가쟁력이 생겨 그 효력을 다툴 수 없게 된 경우에는, 병역처분변경신청에 의하는 경우는 별론으로 하고, **보충역편 입처분에 하자가 있다고 할지라도 그것이 당연무효라고 볼만한 특단의 사정이 없는 한 그 위법을 이유로 공익근무요원소집처분의 효력을 다툴 수 없다**(대판 2002.12.10. 2001두5422).

답 ④

7 대집행에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 정당한 사유 없이 공유재산에 시설물을 설치한 경우 행정청은 행정대집행의 방법을 통해 해당 시설물을 철거할 수 있고, 이 경우에는 민사소송의 방법으로 시설물 철거를 할 수 없다.
- ② 불법시설물의 철거는 대집행이 가능하지만, 점유를 이전하는 것은 비대체적인 것으로 「행정대집행법」에 의한 대집행의 대상이 되는 것은 아니다.
- ③ 처분등의 효과가 처분등의 집행, 그 밖의 사유로 인하여 소멸된 후에도 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정될 수 있다.
- ④ 위법한 대집행이 완료되었더라도 미리 그 행정처분의 취소판결이 있어야만, 그 행정처분의 위법을 이유로 한 손해배상청구를 할 수 있다.

해설

- ① (○) 행정대집행절차가 인정되는 공법상 의무의 이행을 민사소송의 방법으로 구할 수 없음.
 • 「공유재산 및 물품관리법」 제83조에 따라 지방자치단체장이 행정대집행의 방법으로 공유재산에 설치한 시설물을 철거할 수 있는 경우, 민사소송의 방법으로 시설물의 철거를 구하는 것은 허용되지 않음: 「공유재산 및 물품관리법」 제83조 제1항은 “지방자치단체의 장은 정당한 사유 없이 공유재산을 점유하거나 공유재산에 시설물을 설치한 경우에는 원상복구 또는 시설물의 철거 등을 명하거나 이에 필요한 조치를 할 수 있다.”라고 규정하고, 제2항은 “제1항에 따른 명령을 받은 자가 그 명령을 이행하지 아니할 때에는 ‘행정대집행법’에 따라 원상복구 또는 시설물의 철거 등을 하고 그 비용을 징수할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 위 규정에 따라 지방자치단체장은 행정대집행의 방법으로 공유재산에 설치한 시설물을 철거할 수 있고, 이러한 행정대집행의 절차가 인정되는 경우에는 민사소송의 방법으로 시설물의 철거를 구하는 것은 허용되지 아니한다(대판 2017.4.13. 2013다207941)
- ② (○) 불법시설물 철거의무는 대체적 작위의무로서 대집행 대상, 불법점유에 따른 점유이전의무는 비대체적 작위의무이므로 대집행 대상이 아님.
 • 도시공원 점유자의 퇴거 및 명도의무(관악산 도시공원매점 관리청이 점유자로부터 점유이전을 받고자 하는 경우는 대체적 작위의무가 아니므로 대집행 대상이 아님: 도시공원시설인 매점의 관리청이 그 공동점유자 중의 1인에 대하여 소정의 기간 내에 위 매점으로부터 퇴거하고 이에 부수하여 그 판매시설물 및 상품을 반출하지 아니할 때에는 이를 대집행하겠다는 내용의 계고처분은 그 주된 목적이 매점의 원형을 보존하기 위하여 점유자가 설치한 불법시설물을 철거하고자 하는 것이 아니라, 매점에 대한 점유자의 점유를 배제하고 그 점유이전을 받는 데 있다고 할 것인데, 이러한 의무는 그것을 강제적으로

실현함에 있어 직접적인 실행행사가 필요한 것인지 대체적 작위의무에 해당하는 것은 아니어서 직접강제의 방법에 의하는 것은 별론으로 하고 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 되는 것은 아니다(대판 1998.10.23. 97누157).

- ③ (○) 행정소송법 제12조(원고적격) 취소소송은 처분등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다. 처분등의 효과가 기간의 경과, 처분등의 집행 그 밖의 사유로 인하여 소멸된 뒤에도 그 처분등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자의 경우에는 또한 같다.
예) 영업정지기간이 경과했어도 법령에서 제재적 처분의 전력을 가중요건으로 규정시 영업정지처분의 취소를 구할 법률상 이익[협의의 소익] 인정.
- ④ (×) 위법한 행정대집행이 완료되면 그 처분의 무효확인 또는 취소를 구할 소의 이익은 없다 하더라도, 미리 그 행정처분의 취소판결이 있어야만, 그 행정처분의 위법을 이유로 한 손해배상청구를 할 수 있는 것은 아니다(대판 1972.4.28. 72다337). → 국가배상청구소송 수소법원인 민사법원은 대집행의 위법여부를 선결문제로 심사할 수 있음.

답 ④

8 처분의 근거 법률에 대한 위헌결정 시 당해 처분에 미치는 영향에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 헌법재판소의 위헌결정은 원칙적으로 장래효이지만 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌 여부에 대하여 헌법재판소에 위헌여부심판제청을 한 사건에 대해서는 소급효를 인정한다.
- ② 헌법재판소에 별도로 위헌제청신청을 하지는 않았으나 당해 법률 또는 법률조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 사건의 경우 위헌결정의 예외적 소급효가 인정된다.
- ③ 위헌결정의 효력을 장래효로 국한할 경우에는 법적 안정성에 반할 수 있으며, 이를 소급효로 국한할 경우에는 형평의 가치에 반할 수 있다.
- ④ 과세처분의 근거가 되었던 법률규정에 대해 위헌결정이 내려진 후, 위헌결정의 효력에 위배하여 이루어진 체납처분은 당연무효이다.

해설

①② (○) • 법률의 위헌결정의 효력 - 원칙 : 즉시효·장래효

↳ 예외 : 소급효 - 법률상 소급효 : 형벌조항 소급효(헌법재판소법 제47조 제3항)

↳ 해석상 소급효 : 당해 사건 + 동종사건 + 병행사건 + 일반사건

• 헌법재판소의 위헌결정의 효력은 위헌제청을 한 당해사건, 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌 여부에 관하여 헌법재판소에 위헌여부심판제청을 하였거나 법원에 위헌여부심판제청신청을 한 동종사건과 따로 위헌제청신청은 아니하였지만 당해 법률 또는 법률 조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 병행사건뿐만 아니라, 위헌결정 이후에 위와 같은 이유로 제소된 일반사건에도 미친다고 할 것이나, 위헌결정의 효력은 그 미치는 범위가 무한정일 수는 없고 다른 법리에 의하여 그 소급효를 제한하는 것까지 부정되는 것은 아니라 할 것이며, 법적 안정성의 유지나 당사자의 신뢰보호를 위하여 불가피한 경우에 위헌결정의 소급효를 제한하는 것은 오히려 법치주의의 원칙상 요청되는 바를 할 것이다(대판 2006.6.9. 2006두1296)

- ③ (×) 위헌결정의 효력에 있어서 장래효는 법적 안정성 유지, 당사자의 신뢰보호를 위한 것이며, 소급효는 정의와 형평 관념에 기초한다. 판례도 법적 안정성의 유지와 당사자의 신뢰보호를 위해 장래효를 원칙으로 하되, 정의와 형평의 관념상 불가피한 경우에는 소급효를 허용한다.
- ④ (○) 과세처분 이후 조세 부과에 대한 근거가 되었던 법률규정에 대하여 위헌결정이 내려진 경우, 조세채권이 확정된 경우라도 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 부과에 대한 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)

답 ③

✳ 법률의 위헌결정과 행정처분의 효력

1. 법률의 위헌 결정 후 위헌인 법률에 근거한 행정처분의 효력 : 당연무효

법률의 위헌 결정 후 그 법률에 근거해 발령된 행정처분은 헌법재판소법 47조 2항에 비추어 판결의 기속력에 반하므로 하자가 중대·명백하여 당연무효.

• 헌법재판소법 제47조(위헌결정의 효력)

- ① 법률의 위헌결정은 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속(羈束)한다.
- ② 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다.

2. 위헌 결정과 소급효

행정행위 후 근거 법률 위헌결정시 위헌결정의 소급효 인정범위. 개인의 권리구제 vs 법적 안정성 문제

원칙 : 즉시효·장래효 - 위헌 결정된 법률이나 법률 조항은 결정이 있는 날부터 효력 상실(헌법재판소법 제47조 ②항)

예외 : 소급효 - 법정 소급효 - 형벌법규 위헌결정시 소급효(헌법재판소법 제47조 ③항)
해석에 의한 소급효(형벌법규 외에 일반법규에도 소급효가 인정되는 경우)

(1) 법정소급효

• 헌법재판소법 제47조(위헌결정의 효력)

- ① 법률의 위헌결정은 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속(羈束)한다.
- ② 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다.
- ③ 제2항에도 불구하고 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다. 다만, 해당 법률 또는 법률의 조항에 대하여 종전에 합헌으로 결정한 사건이 있는 경우에는 그 결정이 있는 날의 다음 날로 소급하여 효력을 상실한다.
- ④ 제3항의 경우에 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다.

(2) 해석에 의한 소급효(형벌법규 외에 일반법규에도 예외적으로 소급효가 인정되는 경우)

헌법재판소 입장	<p>효력이 다양할 수밖에 없는 위헌결정의 특수성 때문에 예외적으로 부분적인 소급효 인정.</p> <p>첫째, 구체적 규범통제의 실효성 보장의 견지에서 ① 법원의 제청·헌법소원의 청구 등을 통하여 헌법재판소에 법률의 위헌결정을 위한 계기를 부여한 당해 사건, ② 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌여부에 관하여 헌법재판소에 위헌제청을 하였거나 법원에 위헌제청신청을 한 경우의 당해 사건(동종사건), ③ 그리고 따로 위헌제청신청을 아니하였지만 당해 법률 또는 법률의 조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 사건(병행사건)에 대하여는 소급효를 인정하여야 할 것이다.</p> <p>둘째, 당사자의 권리구제를 위한 구체적 타당성의 요청이 현저한 반면에 소급효를 인정하여도 법적 안정성을 침해할 우려가 없고, 나아가 구법에 의하여 형성된 기득권자의 이익이 해쳐질 사안이 아닌 경우로서 소급효의 부인이 오히려 정의와 형평 등 헌법적 이념에 심히 배치되는 때에도 소급효를 인정할 수 있다.</p>
대법원 입장	<p>헌법재판소의 위헌결정의 효력은 ① 위헌제청을 한 당해 사건, ② 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌 여부에 관하여 헌법재판소에 위헌여부심판제청을 하였거나 법원에 위헌여부심판제청신청을 한 경우의 당해 사건(동종사건)과 ③ 따로 위헌제청신청은 안 했지만 해당 법률 또는 법률조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 사건(병행사건)뿐 아니라 ④ 위헌결정 이후 위와 같은 이유로 제소된 일반사건에도 미친다.</p>

(3) 소급효가 부인되는 경우

- ① 취소소송 제기기간을 경과해 확정력(불가쟁력)이 발생한 행정처분에는 위헌결정의 소급효가 미치지 않음
 위헌인 법률에 근거한 행정처분이 당연무효인지의 여부는 위헌결정의 소급효와는 별개의 문제
- ② 법적 안정성의 유지나 당사자의 신뢰보호를 위하여 불가피한 경우 위헌결정의 소급효가 제한됨 : 위헌결정의 효력은 그 미치는 범위가 무한정일 수는 없고 다른 법리에 의하여 그 소급효를 제한하는 것까지 부정되지 않고, 법적 안정성의 유지나 당사자의 신뢰보호를 위하여 불가피한 경우의 위헌결정의 소급효 제한은 오히려 법치주의 원칙상 요청됨(대판 2005.11.10. 2005두5628)

3. 행정처분 후 근거 법률이 위헌결정된 경우 행정처분의 효력

대법원 판례	<p>① 행정처분 후 근거가 된 법률을 헌법재판소가 위헌 결정한 경우 하자가 중대하지만 명백하지 않으므로 취소사유 *cf) 행정처분 후 근거가 된 시행령·시행규칙·조례가 대법원의 무효선언 판결시 하자가 중대하지만 명백하지 않으므로 취소사유 행정처분의 근거법률이 위헌이라는 이유로 (취소소송 제기기간을 경과하여) 행정처분 무효확인 소가 제기된 경우 ⇨ 다른 특별한 사정이 없는 한 법원으로서 그 법률의 위헌 여부에 대해 판단할 필요 없이 그 무효확인청구를 기각(각하)해야 함.</p> <p>② 위헌결정 이후 위헌법률의 중국적인 실현을 위한 국가의 추가적인 행위는 허용되지 않음</p> <p>㉠ 위헌인 법률에 근거한 처분에 부과된 의무를 이행하지 않은 경우 그 의무의 이행을 강제하는 것은 위헌 결정의 기속력(법원 기타 국가기관 등 구속)에 반하므로 처분의 강제는 허용 안 됨.</p> <p>㉡ 과세처분 후 조세부과 근거였던 법률 규정이 위헌결정된 경우 조세채권 집행을 위한 체납처분(공매처분 등)은 하자가 중대·명백하므로 당연무효(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 없음)</p> <p>㉢ 구 「택지소유상한에 관한 법률」 전부 위헌결정 이전에 택지초과소유부담금 부과처분과 압류처분 및 이에 기한 압류등기가 이뤄지고 각 처분이 확정된 경우, 위헌결정 이후 후속 체납처분절차는 진행 불가, 다른 사람에 의해 개시된 경매절차에서 배당을 받을 수 없음.</p>
헌재 재판소 판례	<p>① 행정처분 후 근거가 된 법률을 헌법재판소가 위헌 결정한 경우 *주1)</p> <p>㉠ 원칙 : 하자가 중대하지만 명백하지 않으므로 취소사유</p> <p>㉡ 예외 : 무효 - 행정처분 자체의 효력이 쟁송기간 경과 후에도 존속 중인 경우, 특히 그 처분이 위헌법률에 근거해 내려지고 처분의 목적 달성을 위해 필요한 후행처분이 아직 안 이뤄진 경우처럼 그 행정처분을 무효로 하더라도 법적 안정성을 크게 해치지 않는 반면 하자가 중대하여 그 구제가 필요한 경우에는 예외를 인정하여 당연무효사유로 보아 쟁송기간 경과 후에도 무효확인을 구할 수 있음(헌재 1994.6.30. 92헌바23).</p> <p>② 근거 법률이 위헌 결정된 경우 위헌 결정 전에 그 법률을 적용한 공무원의 고의·과실을 단정할 수 없음 ⇨ 국가배상책임 성립 안함</p>

* 주1) 불가쟁력이 발생한 행정처분에 대해 근거법규가 위헌임을 이유로 무효확인소송 제기시 근거법규의 위헌여부가 재판의 전제가 되는가?(헌재 1994.6.30. 92헌바23)

- ① 甲법률에 근거한 과세처분 및 압류처분
 - 과세처분 및 압류처분 취소소송 제소기간은 경과(불가쟁력 발생)
 - 과세처분 및 압류처분 무효확인소송 제기(제소기간 제한이 없어 불가쟁력이 문제되지 않음) - 甲법률에 대한 위헌법률심판제청신청도 함
 ⇨ 위헌법률심판제청 신청에 대해 법원의 기각(근거법률의 위헌 여부가 재판의 전제가 되지 못하므로 / 근거법률이 위헌이라도 취소사유에 불과함)
 ⇨ 헌법재판소에 위헌제청형 헌법소원 제기(위헌법률심판제청 신청을 법원이 기각할 경우 제기)
- ② 헌법재판소의 위헌제청형 헌법소원의 요건인 '재판의 전제성' 판단(처분이 무효인 경우에만 재판의 전제성 충족)
 - 처분의 근거 법률의 위헌판결시 처분의 하자
 - ┌ 원칙 - 취소사유(하자가 중대하지만 명백하지 않음)
 - └ 예외 - 무효(무효로 하더라도 법적 안정성을 크게 해치지 않는 반면 그 하자가 중대하여 그 구제가 필요한 경우)
 - ⇨ 甲 법률에 대한 위헌 여부 심판 가능

9 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률상 손실보상에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

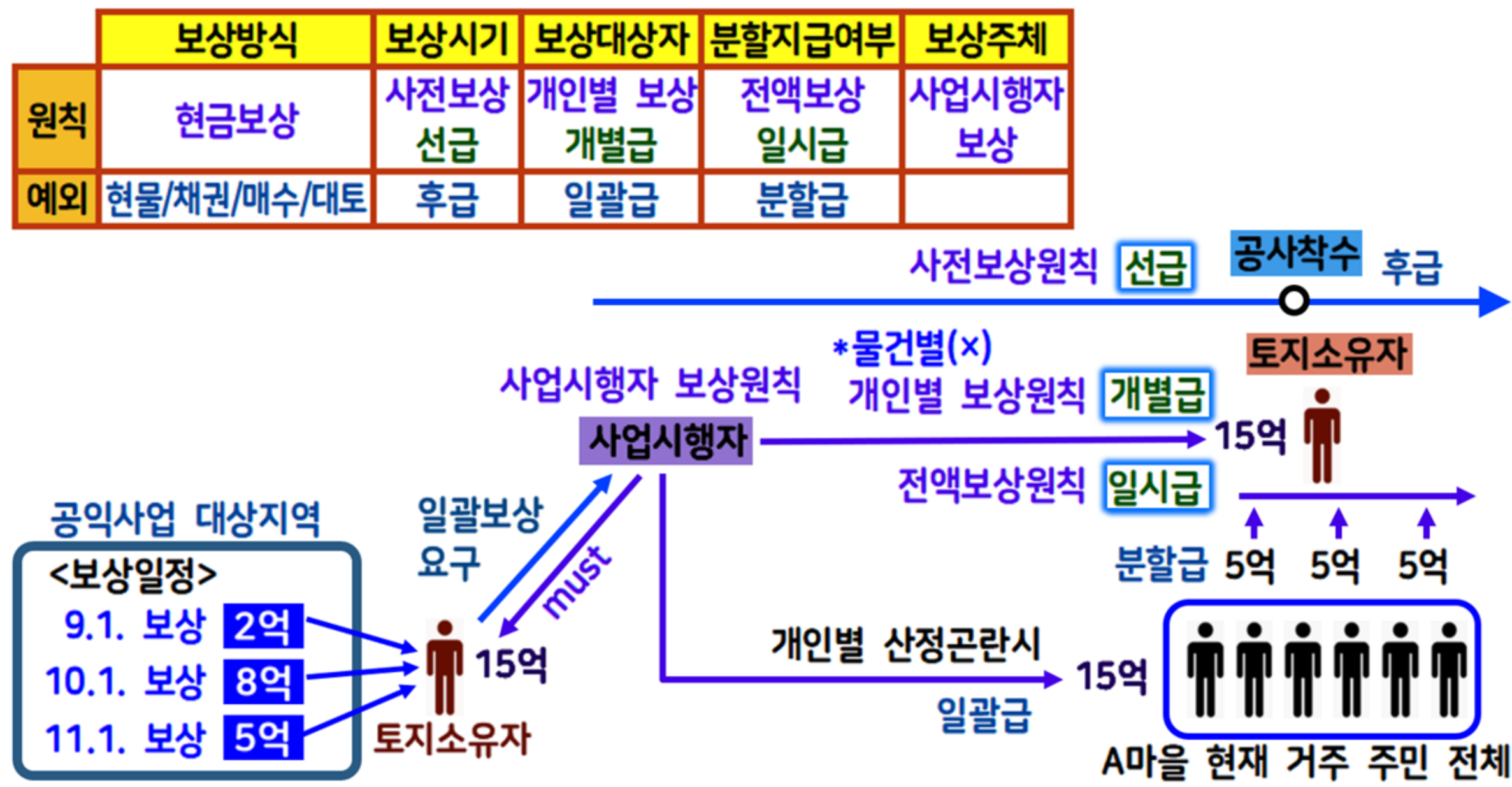
- ① 공익사업에 필요한 토지 등의 취득 또는 사용으로 인하여 토지소유자나 관계인이 입은 손실은 사업시행자가 보상하여야 한다.
- ② 사업시행자는 해당 공익사업을 위한 공사에 착수하기 이전에 토지소유자와 관계인에게 보상액 전액을 지급하여야 한다. 다만, 제38조에 따른 천재지변 시의 토지 사용과 제39조에 따른 시급한 토지 사용의 경우 또는 토지소유자 및 관계인의 승낙이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ③ 사업시행자는 동일한 사업지역에 보상시기를 달리하는 동일인 소유의 토지 등이 여러 개 있는 경우 토지소유자 관계인이 요구할 때에는 한꺼번에 보상금을 지급하도록 하여야 한다.
- ④ 사업시행자는 동일한 소유자에게 속하는 일단의 토지의 일부를 취득하거나 사용하는 경우 해당 공익사업의 시행으로 인하여 잔여지의 가격이 증가하거나 그 밖의 이익이 발생한 경우 그 이익을 그 취득 또는 사용으로 인한 손실과 상계할 수 있다.

해설

- ④ (○) 상계할 수 없음(제66조)
- ①, ②, ③ (○)

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률

- 제61조(사업시행자 보상) 공익사업에 필요한 토지등의 취득 또는 사용으로 인하여 토지소유자나 관계인이 입은 손실은 사업시행자가 보상하여야 한다.
- 제62조(사전보상) 사업시행자는 해당 공익사업을 위한 공사에 착수하기 이전에 토지소유자와 관계인에게 보상액 전액(全額)을 지급하여야 한다. 다만, 제38조에 따른 천재지변 시의 토지 사용과 제39조에 따른 시급한 토지 사용의 경우 또는 토지소유자 및 관계인의 승낙이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.
- 제63조(현금보상 등) ① 손실보상은 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 현금으로 지급하여야 한다.
- 제64조(개인별 보상) 손실보상은 토지소유자나 관계인에게 개인별로 하여야 한다. 다만, 개인별로 보상액을 산정할 수 없을 때에는 그러하지 아니하다.
- 제65조(일괄보상) 사업시행자는 동일한 사업지역에 보상시기를 달리하는 동일인 소유의 토지등이 여러 개 있는 경우 토지소유자나 관계인이 요구할 때에는 한꺼번에 보상금을 지급하도록 하여야 한다.
- 제66조(사업시행 이익과의 상계금지) 사업시행자는 동일한 소유자에게 속하는 일단(一團)의 토지의 일부를 취득하거나 사용하는 경우 해당 공익사업의 시행으로 인하여 잔여지(殘餘地)의 가격이 증가하거나 그 밖의 이익이 발생한 경우에도 그 이익을 그 취득 또는 사용으로 인한 손실과 상계(相計)할 수 없다.



답 ④

10 「지방자치법」에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 약국개설자가 「약사법」을 위반한 경우 시장·군수 또는 구청장이 업무의 정지를 명하거나 그 업무정지 처분을 갈음하여 과징금을 부과하는 사무는 국가위임 사무라고 보아야 한다.
- ② 교육감이 담당 교육청 소속 국가공무원인 교사에 대하여 하는 징계의결요구 사무는 국가위임사무라고 보아야 한다.
- ③ 지방자치단체 소속 공무원이 압축트럭 청소차를 운전하여 고속도로를 운행하던 중 제한속도를 초과 적재 운행함으로써 도로관리청의 차량운행제한을 위반한 사안에서, 해당 지방자치단체가 구 「도로법」 제86조의 양벌규정에 따른 처벌대상이 된다.
- ④ 「지방자치법」 제18조에서 규정한 주민투표권은 그 성질상 선거권, 공무담임권, 국민투표권과 전혀 다른 것이어서 이를 법률이 보장하는 참정권이라고 할 수 있을지언정 헌법이 보장하는 참정권이라고 할 수는 없다.

해설

- ① (×) 약국개설자가 구 약사법을 위반한 경우 시장·군수 또는 구청장이 업무의 정지를 명하거나 과징금을 부과하는 사무는 지방자치단체 고유의 자치사무 : 구 약사법 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 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).
 - ② (○) 담당 교육청 소속 국가공무원인 교사에 대한 교육감의 징계의결요구 사무는 국가위임사무 : 지방교육자치에 관한 법률 제3조, 지방자치법 제170조 제1항에 따르면, 교육부장관이 교육감에 대하여 할 수 있는 직무이행명령의 대상사무는 '국가위임사무의 관리와 집행'이다. 그 규정의 문언과 함께 직무이행명령 제도의 취지, 즉 교육감이나 지방자치단체의 장 등, 기관에 위임된 국가사무의 통일적 실현을 강제하고자 하는 점 등을 고려하면, 여기서 국가위임사무란 교육감 등에 위임된 국가사무, 즉 기관위임 국가사무를 뜻한다고 보는 것이 타당하다. 교육공무원 징계사무의 성격, 그 권한의 위임에 관한 교육공무원법령의 규정 형식과 내용 등에 비추어 보면, 국가공무원인 교사에 대한 징계는 국가사무이고, 그 일부인 징계의결요구 역시 국가사무에 해당한다고 보는 것이 타당하다. 따라서 교육감이 담당 교육청 소속 국가공무원인 교사에 대하여 하는 징계의결요구 사무는 국가위임사무라고 보아야 한다(대판 2013.6.27. 2009추206).
 - ③ (○) 자치사무 수행 공무원의 위반 행위시 지방자치단체는 양벌규정상 처벌 대상인 법인에 해당 : 국가가 본래 그의 사무의 일부를 지방자치단체의 장에게 위임하여 그 사무를 처리하게 하는 기관위임사무의 경우에는 지방자치단체는 국가기관의 일부로 볼 수 있는 것이지만, 지방자치단체가 그 고유의 자치사무를 처리하는 경우에는 지방자치단체는 국가기관의 일부가 아니라 국가기관과는 별도의 독립된 공법인이므로, 지방자치단체 소속 공무원이 지방자치단체 고유의 자치사무를 수행하던 중 도로법 제81조 내지 제85조의 규정에 의한 위반행위를 한 경우에는 지방자치단체는 도로법 제86조의 양벌규정에 따라 처벌대상이 되는 법인에 해당한다. 지방자치단체 소속 공무원이 압축트럭 청소차를 운전하여 고속도로를 운행하던 중 제한속도를 초과 적재 운행함으로써 도로관리청의 차량운행제한을 위반한 사안에서, 해당 지방자치단체가 도로법 제86조의 양벌규정에 따른 처벌대상이 된다(대판 2005.11.10. 2004도2657).
- | | | |
|--|------------|---|
| 법인도 처벌하는 양벌규정이 있는 경우 지방공무원이 사무수행 중 위법행위시 사무의 종류가 | 자치사무인 경우 | 지방자치단체는 국가기관과 독립된 공법인 → 양벌규정에 의한 처벌대상인 법인에 해당됨
예) 지방공무원이 압축트럭 청소차를 제한속도 초과적재 상태로 고속도로 운행(도로법 위반) |
| | 기관위임사무인 경우 | 지방자치단체는 국가기관의 일부(법인 아님) → 양벌규정에 의한 처벌대상인 법인에 해당 안 됨
예) 지방공무원이 지정항만순찰업무를 위해 승인 없이 개조한 승합차 운행(자동차관리법 위반) |
- ④ (○) 지방자치법 제13조의2 제1항에서 규정한 주민투표권은 헌법이 보장하는 지방자치제도에 포함되지 않음 : 헌법 제117조 및 제118조가 보장하고 있는 본질적인 내용은 자치단체의 보장, 자치기능의 보장 및 자치사무의 보장으로 어디까지나 지방자치단체의 자치권으로 헌법은 지역 주민들이 자신들이 선출한 자치단체의 장과 지방의회를 통하여 자치사무를 처리할 수 있는 대의제 또는 대표제 지방자치를 보장하고 있을 뿐이지 주민투표에 대하여는 어떠한 규정도 두고 있지 않다. 따라서 우리의 지방자치법이 비록 주민에게 주민투표권(제13조의2)과 조례의 제정 및 개폐청구권(제13조의3) 및 감사청구권(제13조의4)을 부여함으로써 주민이 지방자치사무에 직접 참여할 수 있는 길을 열어 놓고 있다 하더라도 이러한 제도는 어디까지나 입법자의 결단에 의하여 채택된 것일 뿐, 헌법이 이러한 제도의 도입을 보장하고 있는 것은 아니다. 그러므로 지방자치법 제13조의2가 주민투표의 법률적 근거를 마련하면서, 주민투표에 관련된 구체적 절차와 사항에 관하여는 따로 법률로 정하도록 하였다고 하더라도 주민투표에 관련된 구체적인 절차와 사항에 대하여 입법하여야 할 헌법상 의무가 국회에게 발생하였다고 할 수는 없다(헌재 2001.6.28. 2000헌마735).

답 ①

11 「행정소송법상 사정판결에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 사정판결의 필요성 판단 기준 시는 판결시점인 변론 종결시이며, 법원은 원고의 청구를 기각하면서 그 판결의 주문에서 그 처분이 위법함을 명시하여야 한다.
- ② 취소소송은 물론 당연무효의 행정처분을 소송목적물로 하는 행정소송에서도 사정판결을 할 수 있다.
- ③ 사정판결은 극히 예외적인 제도이므로 위법한 행정처분을 취소하여야 할 필요와 그 취소로 발생할 수 있는 공공복리에 반하는 사태 등을 비교·교량하여 엄격하게 판단하여야 한다.
- ④ 법원이 사정판결을 함에 있어서 미리 원고가 그로 인하여 입게 될 손해의 정도와 배상방법 그 밖의 사정을 조사하여야 한다.

해설

- ① (○) 사정판결에서도 처분의 위법성 여부는 처분시를 기준으로 판단하지만 사정판결의 필요성 판단은 판결시(변론종결시)를 기준으로 한다. 사정판결시 법원은 그 판결의 주문에서 그 처분등이 위법함을 명시하여야 한다. 기판력은 원칙적으로 주문에 한하여 인정되므로 사정판결은 기각판결이지만 주문에서 명시된 처분의 위법성에 대하여 기판력이 발생한다.
- ② (×) 사정판결은 취소소송에만 인정되고 무효등확인소송이나 부작위위법확인소송에는 인정되지 않는다.
 - 당연무효의 행정처분을 소송목적물로 하는 행정소송에서는 존치시킬 효력이 있는 행정행위가 없기 때문에 행정소송법 제28조 소정의 사정판결을 할 수 없다(대판 1985.2.26. 84누380).
- ③ (○) 사정판결은 행정처분이 위법함에도 불구하고 이를 취소·변경하게 되면 그것이 도리어 현저히 공공의 복리에 적합하지 않은 경우에 극히 예외적으로 할 수 있는 것이므로, 그 요건에 해당하는지 여부는 위법·부당한 행정처분을 취소·변경하여야 할 필요와 그 취소·변경으로 발생할 수 있는 공공복리에 반하는 사태 등을 비교·교량하여 엄격하게 판단해야 한다(대판 2016.7.14. 2015두416).
- ④ (○)

• 행정소송법 제28조(사정판결)

- ① 원고의 청구가 이유있다고 인정하는 경우에도 처분등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정하는 때에는 법원은 원고의 청구를 기각할 수 있다. 이 경우 법원은 그 판결의 주문에서 그 처분등이 위법함을 명시하여야 한다.
- ② 법원이 제1항의 규정에 의한 판결을 함에 있어서는 미리 원고가 그로 인하여 입게 될 손해의 정도와 배상방법 그 밖의 사정을 조사하여야 한다.

답 ②

12 지방자치단체의 조례에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 「헌법」 제117조 제1항은 지방자치단체에 포괄적인 자치권을 보장하고 있으므로, 자치사무와 관련한 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 구체적으로 범위를 정하여서 할 엄격성이 반드시 요구되지는 않는다.
- ② 지방자치단체가 자치조례를 제정할 수 있는 것은 원칙적으로 자치사무와 단체위임사무에 한하므로, 국가사무가 지방자치단체의 장에게 위임된 기관 위임사무와 같이 지방자치단체의 장이 국가기관의 지위에서 수행하는 사무일 뿐 지방자치단체 자체의 사무라고 할 수 없는 것은 원칙적으로 자치조례의 제정범위에 속하지 않는다.
- ③ 지방자치단체는 그 내용이 주민의 권리의 제한 또는 의무의 부과에 관한 사항이거나 벌칙에 관한 사항이 아닌 한 법률의 위임이 없더라도 조례를 제정할 수 있다.
- ④ 특정 사항에 관하여 국가 법령이 이미 존재할 경우 그 규정의 취지가 전국에 걸쳐 일률적인 규율을 하려는 것이 아니라 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하고 있다고 해석될 때, 조례가 국가 법령에서 정하지 아니하는 사항을 특별히 규정한다면 이 조례는 법령에 위반된다.

해설

- ① (○) 헌법 제117조 제1항은 지방자치단체에 포괄적인 자치권을 보장하고 있으므로, 자치사무와 관련한 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 구체적으로 범위를 정하여서 할 엄격성이 반드시 요구되지는 않는다. **법률이 주민의 권리의무에 관한 사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하지 않은 채 조례로 정하도록 포괄적으로 위임한 경우에도** 지방자치단체는 법령에 위반되지 않는 범위 내에서 각 지역의 실정에 맞게 주민의 권리의무에 관한 사항을 조례로 제정할 수 있다(대판 2019.10.17. 2018두40744).
- ② (○) • **지방의회의 조례제정권**
 ㉠ 자치사무와 단체위임사무에 관한 조례(자치조례) : 법령의 범위에서 제정(법률우위). 단 주민 권리제한·의무부과나 벌칙 사항은 법률의 위임 필요(법률유보)
 ㉡ 기관위임사무에 대한 조례 : 원칙적으로 제정 불가. 개별 법령의 위임이 있는 경우에는 제정 가능(위임조례)
 • 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. 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).
- ③ (○)
 ※ 현행 지방자치법은 28조에서 '법령의 범위'에서로 규정하고 있으면 위 판례와 같은 의미(법률우위원칙)로 해석됨
 • **지방자치법 제28조(조례)** ① 지방자치단체는 **법령의 범위에서** 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, **주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이** 있어야 한다.
- ④ (×) 「지방자치법」 제22조에서 말하는 '법령의 범위 안'이라는 의미는 '법령에 위반되지 아니하는 범위 안'이라는 의미로 풀이되는 것으로서, 특정 사항에 관하여 국가법령이 이미 존재할 경우에도 그 규정의 취지가 반드시 전국에 걸쳐 일률적인 규율을 하려는 것이 아니라 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하고 있다고 해석될 때에는 조례가 국가법령에서 정하지 아니하는 사항을 규정하고 있다고 하더라도 이를 들어 법령에 위반되는 것이라고 할 수가 없다(대판 2000.11.24. 2000추29 ; 대판 2014.12.24. 2013추81 등).
 ※ 현행 지방자치법은 제28조에서 '법령의 범위'에서로 규정하고 있으면 위 판례와 같은 의미(법률우위원칙)로 해석됨

답 ④

13 「국가배상법」에 의한 국가배상책임에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 「국가배상법」 제2조 소정의 '공무원'이라 함은 「국가공무원법」이나 「지방공무원법」에 의하여 공무원으로서의 신분을 가진 자에 국한하지 않고, 널리 공무를 위탁받아 실질적으로 공무에 종사하고 있는 일체의 자를 가리키는 것으로서, 공무의 위탁이 일시적이고 한정적인 사항에 관한 활동을 위한 것이어도 달리 볼 것은 아니다.
- ② 국가배상청구의 요건인 '공무원의 직무'에는 권력적 작용만이 아니라 행정주체로서의 활동으로 이루어지는 일체의 비권력적 작용도 포함된다.
- ③ 「국가배상법」 제2조제1항 소정의 '직무 집행 행위' 여부를 판단함에 있어서는 행위 자체의 외관을 객관적으로 관찰하여 공무원의 직무행위로 보일 때에는 비록 그것이 실질적으로 직무행위에 속하지 않는다고 하더라도 그 행위는 공무원이 '직무를 집행함에 당하여' 한 것으로 보아야 한다.
- ④ 공무원의 중과실이란 공무원에게 통상 요구되는 정도의 상당한 주의를 하지 않더라도 약간의 주의를 한다면 손쉽게 위법·유해한 결과를 예견할 수 있는 경우임에도 만연히 이를 간과한 경우와 같이, 거의 고의에 가까운 현저한 주의를 결여한 상태를 의미한다.

해설

- ① (○) 국가배상법 제2조 소정의 '공무원'이라 함은 국가공무원법이나 지방공무원법에 의하여 공무원으로서의 신분을 가진 자에 국한하지 않고, 널리 공무를 위탁받아 실질적으로 공무에 종사하고 있는 일체의 자를 가리키는 것으로서, **공무의 위탁이 일시적이고 한정적인 사항에 관한 활동을 위한 것이어도 달리 볼 것은 아니다**(대판 2001.1.5. 98다39060).

- ② (×) 비권력적 작용도 포함되지만, 비권력적 작용 중 사경제주체로서 하는 작용은 제외.
 • 국가배상법이 정한 손해배상청구의 요건인 '공무원의 직무'에는 국가나 지방자치단체의 권력적 작용뿐만 아니라 비권력적 작용도 포함되지만 단순한 사경제의 주체로서 하는 작용은 포함되지 않는다(대판 2004.4.9. 2002다10691).
- ③ (○) 직무행위인지 여부의 판단은 현실적으로 정당한 권한 내의 것인지 또는 행위자인 공무원이 주관적으로 직무집행의 의사를 가지고 있는지와 관계없이 객관적으로 직무행위의 외형을 갖추었는지의 여부에 따라 결정한다는 외형설이 통설·판례의 입장이다.

<국가배상법 제2조 직무행위 판단>

- 직무행위 자체 + 객관적으로 직무 범위에 속한다고 판단되는 행위 + 직무와 밀접하게 관련된 행위 + 부수적 행위
- 외형설(통설·판례) : 직무행위인지 여부는 객관적으로 직무행위의 외관을 갖췄는가로 판단
 - 주관적인 공무원집행의사는 불필요 / 실질적으로 직무행위가 아니라도 무방 / 정당한 권한 내인지 무관
 - 실질적으로 공무원집행행위가 아니라는 사정을 피해자가 알았더라도 무방

• 국가배상법 제2조 제1항에서 말하는 "직무를 행함에 당하여"라는 취지는 공무원의 행위의 외관을 객관적으로 관찰하여 공무원의 직무행위로 보일 때에는 비록 그것이 실질적으로 직무행위이거나 아니거나 또는 행위자의 주관적 의사에 관계없이 그 행위는 공무원의 직무집행행위로 볼 것이요 이러한 행위가 실질적으로 공무원집행행위가 아니라는 사정을 피해자가 알았다 하더라도 그것을 "직무를 행함에 당하여"라고 단정하는데 아무런 영향을 미치는 것이 아니다.(대판 1966.6.28. 66다781)

- ④ (○) 공무원의 중과실이란 공무원에게 통상 요구되는 정도의 상당한 주의를 하지 않더라도 약간의 주의를 한다면 손쉽게 위법·유해한 결과를 예견할 수 있는 경우임에도 만연히 이를 간과한 경우와 같이, 거의 고의에 가까운 현저한 주의를 결여한 상태를 의미한다(대판 2021.1.28., 2019다260197).

답 ②

14 행정법의 시간적 효력에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 조례와 규칙의 공포는 해당 지방자치단체의 공보에 게재하는 방법으로 한다. 다만, 「지방자치법」 제32조 제6항 후단에 따라 지방의회의 의장이 조례를 공포하는 경우에는 공보나 일간신문에 게재하거나 게시판에 게시한다.
- ② 법령과 조례·규칙은 그 시행일에 관하여 특별한 규정이 없으면, 공포한 날로부터 30일을 경과함으로써 효력을 발생한다.
- ③ 새로운 법령 등은 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 법령 등의 효력 발생 전에 완성되거나 종결된 사실관계 또는 법률관계에 대해서는 적용되지 아니한다.
- ④ 당사자의 신청에 따른 처분은 법령등에 특별한 규정이 있거나 처분 당시의 법령 등을 적용하기 곤란한 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 처분 당시의 법령등에 따른다.

해설

- ① (○) 지방자치법 제33조(조례와 규칙의 공포 방법 등) ① 조례와 규칙의 공포는 해당 지방자치단체의 공보에 게재하는 방법으로 한다. 다만, 제32조제6항 후단에 따라 지방의회의 의장이 조례를 공포하는 경우에는 공보나 일간신문에 게재하거나 게시판에 게시한다.

• 법령의 공포 절차 등

대통령령	특별한 규정 없으면 공포한 날부터 20일 경과시 효력 발생		
총리령 부령	국민의 권리 제한 or 의무 부과와 직접 관련되는 법률·대통령령·총리령·부령은 긴급히 시행할 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 공포일로부터 적어도 30일이 경과한 날부터 시행되도록 해야 함		
조례·규칙	특별한 규정 없으면 공포한 날부터 20일이 지나면 효력 발생		
공포·공고 절차	법률	대통령이 공포시	관보에 게재 * 관보는 종이관보·전자관보로 운영하며 양자는 내용 해석·적용시기에 대해 동일한 효력 지님
		국회의장이 공포시	서울특별시(수도권)에서 발행되는 둘 이상의 일간신문에 게재(대통령이 공포하지 않은 경우 공포일이 경과한 날로부터 5일 이내 국회의장이 공포)
	명령	대통령령·총리령·부령	관보에 게재
	조례	지방자치단체장이 공포시	공보에 게재
		지방의회의장이 공포시	공보나 일간신문에 게재 or 게시판에 게시
	규칙	지방자치단체장이 제정시	공보에 게재
	교육감이 제정시(교육규칙)	① 공보나 일간신문에 게재 or 교육청 게시판에 게시 and(or x) ② 교육청 인터넷 홈페이지에 게시	
공포일·공고일	법령 등을 게재한 관보 또는 신문이 발행된 날		

- ② (×) 30일 ⇨ 20일

• 법령 등 공포에 관한 법률

제13조(시행일) 대통령령, 총리령 및 부령은 특별한 규정이 없으면 공포한 날부터 20일이 경과함으로써 효력을 발생한다.

제13조의2(법령의 시행유예기간) 국민의 권리 제한 또는 의무 부과와 직접 관련되는 법률, 대통령령, 총리령 및 부령은 긴급히 시행하여야 할 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 공포일로부터 적어도 30일이 경과한 날부터 시행되도록 하여야 한다.

- ③④ (○)

• 행정기본법 제14조(법 적용의 기준)

① 새로운 법령등은 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 법령등의 효력 발생 전에 완성되거나 종결된 사실관계 또는 법률관계에 대해서는 적용되지 아니한다. (*진정소급적용의 원칙적 금지)

② 당사자의 신청에 따른 처분은 법령등에 특별한 규정이 있거나 처분 당시의 법령등을 적용하기 곤란한 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 처분 당시의 법령등에 따른다.

답 ②

15 항고소송에서의 소의 이익에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 처분청의 직권취소에도 완전한 원상회복이 이루어지지 않아 무효확인 또는 취소로써 회복할 수 있는 다른 권리나 이익이 남아 있는 경우, 예외적으로 그 처분의 취소를 구할 소의 이익이 있다.
- ② 건축허가취소처분을 받은 건축물 소유자는 그 건축물이 완공된 후에도 여전히 취소처분의 취소를 구할 법률상 이익을 가진다.
- ③ 「행정소송법」 제12조의 '법률상의 이익'이란 당해 처분의 근거법률에 의하여 직접 보호되는 구체적인 이익을 말하고, 이는 제3자가 간접적인 이해관계를 가지는 경우에도 인정된다.
- ④ 거부처분이 재결에서 취소된 경우 재결에 따른 후속 처분이 아니라 그 재결의 취소를 구하는 것은 실효적이고 직접적인 권리구제수단이 될 수 없어 분쟁해결의 유효적절한 수단이라고 할 수 없으므로 법률상 이익이 없다.

해설

- ① (○) 행정처분을 다룰 소의 이익은 개별·구체적 사정을 고려하여 판단하여야 한다. 행정처분의 무효확인 또는 취소를 구하는 소가 제소 당시에는 소의 이익이 있어 적법하였다도, **소송 계속 중 처분청이 다툼의 대상이 되는 행정처분을 직권으로 취소하면 그 처분은 효력을 상실하여 더 이상 존재하지 않는 것이므로, 존재하지 않는 처분을 대상으로 한 항고소송은 원칙적으로 소의 이익이 소멸하여 부적법하다고 보아야 한다.** 다만 처분청의 직권취소에도 완전한 원상회복이 이루어지지 않아 무효확인 또는 취소로써 회복할 수 있는 다른 권리나 이익이 남아 있거나 또는 동일한 소송 당사자 사이에서 그 행정처분과 동일한 사유로 위법한 처분이 반복될 위험성이 있어 행정처분의 위법성 확인 내지 불분명한 법률문제에 대한 해명이 필요한 경우 행정의 적법성 확보와 그에 대한 사법통제, 국민의 권리구제의 확대 등의 측면에서 **예외적으로 그 처분의 취소를 구할 소의 이익을 인정할 수 있다.**(대판 2020.4.9. 2019두49953).
- ② (○) 건축허가를 받아 건축물을 완공하였다도 건축허가가 취소되면 그 건축물은 철거 등 시정명령의 대상이 되고 이를 이행하지 않은 건축주 등은 건축법 제80조에 따른 이행강제금 부과처분이나 행정대집행법 제2조에 따른 행정대집행을 받게 되며, 나아가 건축법 제79조 제2항에 의하여 다른 법령상의 인·허가 등을 받지 못하게 되는 등의 불이익을 입게 된다. 따라서 **건축허가취소처분을 받은 건축물 소유자는 그 건축물이 완공된 후에도 여전히 위 취소처분의 취소를 구할 법률상 이익을 가진다**고 보아야 한다(대판 2015.11.12. 2015두47195)
- ③ (×) 행정소송법 제12조에서 말하는 '법률상 이익'이란 당해 행정처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익을 말하고, 당해 행정처분과 관련하여 간접적이거나 사실적·경제적 이해관계를 가지는 데 불과한 경우는 여기에 포함되지 않으나, 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라고 하더라도 당해 행정처분으로 인하여 법률상 보호되는 이익을 침해당한 경우에는 취소소송을 제기하여 그 당부의 판단을 받을 자격이 있다(대판 2010.5.13. 2009두19168).
- ④ (○) **당사자의 신청을 받아들이지 않은 거부처분이 재결에서 취소된 경우, 재결의 취소를 구할 법률상 이익이 없음** : 행정청이 한 처분 등의 취소를 구하는 소송은 처분에 의하여 발생한 위법 상태를 배제하여 원래 상태로 회복시키고 처분으로 침해된 권리나 이익을 구제하고자 하는 것이다. 따라서 해당 처분 등의 취소를 구하는 것보다 실효적이고 직접적인 구제수단이 있음에도 처분 등의 취소를 구하는 것은 특별한 사정이 없는 한 분쟁해결의 유효적절한 수단이라고 할 수 없어 법률상 이익이 있다고 할 수 없다. 그런데 당사자의 신청을 받아들이지 않은 거부 처분이 재결에서 취소된 경우에 행정청은 종전 거부처분 또는 재결 후에 발생한 새로운 사유를 내세워 다시 거부처분을 할 수 있다. 또한 **행정청이 재결에 따라 이전의 신청을 받아들이는 후속처분을 하였다도 후속처분이 위법한 경우에는 재결에 대한 취소소송을 제기하지 않고도 곧바로 후속처분에 대한 항고소송을 제기하여 다룰 수 있다.** 나아가 거부처분을 취소하는 재결이 있더라도 그에 따른 후속처분이 있기까지는 제3자의 권리나 이익에 변동이 있다고 볼 수 없고 후속처분 시에 비로소 제3자의 권리나 이익에 변동이 발생하며, 재결에 대한 항고소송을 제기하여 재결을 취소하는 판결이 확정되더라도 그와 별도로 후속처분이 취소되지 않는 이상 후속처분으로 인한 제3자의 권리나 이익에 대한 침해 상태는 여전히 유지된다. 이러한 점들을 종합하면, **거부처분이 재결에서 취소된 경우 재결에 따른 후속처분이 아니라 그 재결의 취소를 구하는 것은 실효적이고 직접적인 권리구제수단이 될 수 없어 분쟁해결의 유효적절한 수단이라고 할 수 없으므로 법률상 이익이 없다.**(대판 2017.10.31. 2015두45045).

답 ③

16 기속행위와 재량행위에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 기속행위란 법규상의 구성요건에서 정한 요건이 충족되면 행정청이 반드시 어떤 행위를 하거나 하지 말아야 하는 행정행위를 말한다.
- ② 행정청의 재량에 속하는 처분이라도 재량권의 한계를 넘거나 그 남용이 있을 때에는 법원은 이를 취소할 수 있다.
- ③ 재량행위란 행정법규가 행정행위를 규율함에 있어서 행정청에게 자기 판단을 할 여지를 부여하고 있는 경우에 행정청이 행하는 행정행위를 말한다.
- ④ “대한민국에 체류하는 외국인이 그 체류자격과 다른 체류자격에 해당하는 활동을 하려면 미리 법무부장관의 체류자격 변경허가를 받아야 한다.”라는 규정에 따라 변경신청을 받은 법무부장관은 변경허가를 해주어야 한다.

해설

- ①③ (○) • **기속행위** : 법이 정한 요건이 충족되면 법이 정한 효과로서의 일정한 행위를 반드시 하거나 하지 말아야 하는 행위
• **재량행위** : 법령이 행정청에 그 요건의 판단 또는 효과의 결정에 있어 독자적 판단권을 부여하고 있는 행위. 관계법률상 행정기관에 당해 행위를 할 것인가의 여부 또는 법적으로 허용되는 다수의 행위 중에서 어떠한 행위를 할 것인가에 대하여 재량권, 독자적 판단권이 부여되어 있는 행위
- ② (○) **행정소송법 제27조** 행정청의 재량에 속하는 처분이라도 재량권의 한계를 넘거나 그 남용이 있을 때에는 법원은 이를 취소할 수 있다.
- ④ (×) **출입국관리법령상 체류자격변경허가는 설권적 처분(특허), 재량행위** : 체류자격 변경허가는 신청인에게 당초의 체류자격과 다른 체류자격에 해당하는 활동을 할 수 있는 권한을 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 가지므로, 허가권자는 신청인이 관계 법령에서 정한 요건을 충족하였다도, 신청인의 적격성, 체류 목적, 공익상의 영향 등을 참작하여 **허가 여부를 결정할 수 있는 재량을 가진다.** 다만 재량을 행사할 때 판단의 기초가 된 사실인정에 중대한 오류가 있는 경우 또는 비례·평등의 원칙을 위반하거나 사회통념상 현저하게 타당성을 잃는 등의 사유가 있다면 이는 재량권의 일탈·남용으로서 위법하다(대판 2016.7.14. 2015두48846)

답 ④

17 행정쟁송법 상 가구제에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 「행정심판법」상 집행정지에서 손해의 요건으로 중대성을 요구하지만, 「행정소송법」은 회복하기 어려운 손해를 그 요건으로 한다.
- ② 「행정소송법」과 「행정심판법」은 처분 또는 부작위에 대하여 임시의 지위를 정하는 임시처분제도를 두고 있다.
- ③ 「행정소송법」상 집행정지가 인용될 경우 그 효력으로는 처분등의 효력정지, 처분등의 집행정지, 절차속행의 전부 또는 일부의 정지가 있다.
- ④ 「행정소송법」상 집행정지가 거부처분에 대해서도 가능한지에 대해 긍정과 부정설이 대립하지만 판례의 입장은 부정설을 취하고 있다.

해설

- ① (○) 집행정지의 요건 중 하나로 행정심판법은 '중대한 손해가 생기는 것을 예방할 필요성이 긴급한 경우'를 규정
행정소송법은 '회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있는 경우'를 규정
- ② (×) 임시처분제도는 행정심판법에만 규정.

■ 행정쟁송과 가구제(임시구제)

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

- ③ (○) 행정소송법 제30조(집행정지) ② 취소소송이 제기된 경우에 처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 처분 등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지를 결정할 수 있다. 다만, 처분의 효력정지는 처분 등의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.
- ④ (○) 거부처분의 효력이 정지되어도 처분행정청은 집행정지결정의 취지에 따라 다시 신청에 대한 처분을 할 의무가 없으며 거부처분에 대한 집행정지결정을 얻은 신청인의 법적 지위는 신청시의 법적 지위 이상이 될 수 없으므로 집행정지 신청의 이익이 없다.
 • 거부처분에 대한 집행정지 불가 : 신청에 대한 거부처분의 효력을 정지하더라도 거부처분이 없었던 것과 같은 상태, 즉 거부처분이 있기 전의 신청시의 상태로 되돌아가는 데에 불과하고 행정청에게 신청에 따른 처분을 해야 할 의무가 생기는 것이 아니므로, 거부처분의 효력정지는 그 거부처분으로 인하여 신청인에게 생길 손해를 방지하는 데 아무런 보탬이 되지 아니하여 그 효력정지를 구할 이익이 없다. 사행행위등규제법 제7조 제2항의 규정에 의하면 사행행위영업허가의 효력은 유효기간 만료 후에도 재허가신청에 대한 불허가처분을 받을 때까지 당초 허가의 효력이 지속된다고 볼 수 없으므로 허가갱신신청을 거부한 불허처분의 효력을 정지하더라도 이로 인하여 유효기간이 만료된 허가의 효력이 회복되거나 행정청에게 허가를 갱신할 의무가 생기는 것도 아니라 할 것이니 투전기업소갱신허가불허처분의 효력을 정지하더라도 불허처분으로 입게 될 손해를 방지하는 데에 아무런 소용이 없고 따라서 불허처분의 효력정지를 구하는 신청은 이익이 없어 부적법하다(대결 1993.2.10. 92두72).

답 ②

■ 행정심판법과 행정소송법상 집행정지 규정

구분	행정심판법 제30조(집행정지)	행정소송법 제23조(집행정지)
집행부정지 원칙	① 심판청구는 처분의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행(續行)에 영향을 주지 아니한다.	① 취소소송의 제기는 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다.
집행정지 요건	② 위원회는 처분, 처분의 집행 또는 절차의 속행 때문에 중대한 손해가 생기는 것을 예방할 필요성이 긴급하다고 인정할 때에는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 처분의 효력, 처분의 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지(이하 "집행정지"라 한다)를 결정할 수 있다. 다만, 처분의 효력정지는 처분의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 그 목적을 달성할 수 있을 때에는 허용되지 아니한다.	② 취소소송이 제기된 경우에 처분등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지(이하 "집행정지"라 한다)를 결정할 수 있다. 다만, 처분의 효력정지는 처분등의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.
집행정지 결정의 취소	④ 위원회는 집행정지를 결정한 후에 집행정지가 공공복리에 중대한 영향을 미치거나 그 정지사유가 없어진 경우에는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 집행정지 결정을 취소할 수 있다.	※ 제24조(집행정지의 취소) ① 집행정지의 결정이 확정된 후 집행정지가 공공복리에 중대한 영향을 미치거나 그 정지사유가 없어진 때에는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 집행정지의 결정을 취소할 수 있다. ② 제1항의 규정에 의한 집행정지결정의 취소결과에 대한 불복의 경우에는 제23조 제4·5항 규정을 준용한다.
이유소명	이유 소명 규정 없음	④ 제2항의 규정에 의한 집행정지의 결정을 신청함에 있어서는 그 이유에 대한 소명이 있어야 한다.
즉시항고	즉시항고 규정 없음(법원 결정이 아니므로)	⑤ 제2항의 규정에 의한 집행정지의 결정 또는 기각의 결정에 대하여는 즉시항고할 수 있다. 이 경우 집행정지의 결정에 대한 즉시항고에는 결정의 집행을 정지하는 효력이 없다.

신청기간	⑤ 집행정지 신청은 심판청구와 동시에 또는 심판청구에 대한 제7조 제6항 또는 제8조 제7항에 따른 위원회나 소위원회의 의결이 있기 전까지, 집행정지 결정의 취소신청은 심판청구에 대한 제7조제6항 또는 제8조제7항에 따른 위원회나 소위원회의 의결이 있기 전까지 신청의 취지와 원인을 적은 서면을 위원회에 제출하여야 한다. 다만, 심판청구서를 피청구인에게 제출한 경우로서 심판청구와 동시에 집행정지 신청을 할 때에는 심판청구서 사본과 접수증명서를 함께 제출하여야 한다.	신청기간 규정 없음
위원장의 직권결정	⑥ 제2항과 제4항에도 불구하고 위원회의 심리·결정을 기다릴 경우 중대한 손해가 생길 우려가 있다고 인정되면 위원장은 직권으로 위원회의 심리·결정을 갈음하는 결정을 할 수 있다. 이 경우 위원장은 지체 없이 위원회에 그 사실을 보고하고 추인(追認)을 받아야 하며, 위원회의 추인을 받지 못하면 위원장은 집행정지 또는 집행정지 취소에 관한 결정을 취소하여야 한다. ⑦ 위원회는 집행정지 또는 집행정지의 취소에 관하여 심리·결정하면 지체 없이 당사자에게 결정서 정본을 송달하여야 한다.	법원의 결정에 갈음하는 재판장의 직권결정에 관한 규정은 없음.
기타		⑥ 제30조제1항(취소판결등의 기속력)의 규정은 제2항의 규정에 의한 집행정지의 결정에 이를 준용한다.

18 신고에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 사업양수에 의한 지위승계신고를 수리하는 허가관청의 행위는 그 실질에 있어서 사업허가자의 변경이라는 법률효과를 발생시키므로 수리의 거부는 항고소송으로 다룰 수 있다.
- ② 수리를 요하는 신고는 행정청이 수리함으로써 비로소 신고의 법적 효과가 발생한다.
- ③ 「건축법」상 신고는 자기완결적 신고로 적법한 신고행위가 있는 경우 그 효력이 발생하게 되므로, 비록 해당 신고에 대해 반려행위가 있더라도 침해되는 법률상 이익이 없어 항고소송의 대상이 되지 않는다.
- ④ 인허가 의제효과를 수반하는 건축신고는 일반적인 건축신고와 달리 특별한 사정이 없는 한 수리를 요하는 신고에 해당한다.

해설

- ① (○) 구 식품위생법 제25조 제1항, 제3항에 의하여 영업양도에 따른 지위승계신고를 수리하는 허가관청의 행위는, 단순히 양도·양수인 사이에 이미 발생한 사법상의 사업양도의 법률효과에 의하여 양수인이 그 영업을 승계하였다는 사실의 신고를 접수하는 행위에 그치는 것이 아니라, 실질에 있어서 양도자의 사업허가를 취소함과 아울러 양수자에게 적법히 사업을 할 수 있는 권리를 설정하여 주는 행위로서 사업허가자의 변경이라는 법률효과를 발생시키는 행위이다(대판 1996.10.25. 96도2165). ⇨ 지위승계신고에 대한 수리는 처분성을 갖기 때문에 수리의 거부 역시 처분성이 인정되어 항고소송의 대상이 된다.

- ② (○)

수리를 요하는 신고	수리를 요하지 않는 신고(자기완결적 신고)
행정청의 수리시 신고의 법적 효과 발생	적법한 신고가 행정청에 접수된 때에 효력 발생
<ul style="list-style-type: none"> • 행정기본법 제34조(수리 여부에 따른 신고의 효력) 법령등으로 정하는 바에 따라 행정청에 일정한 사항을 통지하여야 하는 신고로서 법률에 신고의 수리가 필요하다고 명시되어 있는 경우(행정기관의 내부 업무 처리 절차로서 수리를 규정한 경우는 제외한다)에는 행정청이 수리하여야 효력이 발생한다. 	<ul style="list-style-type: none"> • 행정절차법 제40조(신고) ① 법령등에서 행정청에 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고를 규정하고 있는 경우 신고를 관장하는 행정청은 신고에 필요한 구비서류, 접수기관, 그 밖에 법령등에 따른 신고에 필요한 사항을 게시(인터넷 등을 통한 게시 포함)하거나 이에 대한 편람을 갖추어 두고 누구나 열람할 수 있도록 하여야 한다. ② 제1항에 따른 신고가 다음 각 호의 요건을 갖춘 경우에는 신고서가 접수기관에 도달된 때에 신고 의무가 이행된 것으로 본다.

- ③ (×) 행정청의 건축신고는 수리를 요하지 않는 신고이지만 건축신고 반려행위(수리거부행위)는 항고소송의 대상이 됨 : 건축주 등은 신고제하에서도 건축신고가 반려될 경우 당해 건축물의 건축을 개시하면 시정명령, 이행강제금, 벌금의 대상이 되거나 당해 건축물을 사용하여 행할 행위의 허가가 거부될 우려가 있어 불안정한 지위에 놓이게 된다. 따라서 건축신고 반려행위가 이루어진 단계에서 당사자로 하여금 반려행위의 적법성을 다투어 그 법적 불안을 해소한 다음 건축행위에 나아가도록 함으로써 장차 있을지도 모르는 위험에서 미리 벗어날 수 있도록 길을 열어 주고, 위법한 건축물의 양산과 그 철거를 둘러싼 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있게 하는 것이 법치행정의 원리에 부합한다. 그러므로 건축신고 반려행위는 항고소송의 대상이 된다고 보는 것이 옳다(대판 2010.11.18. 2008두167)
- ④ (○) 건축법에 의한 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고는 행정청이 그 실제적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 '수리를 요하는 신고' : 건축법에서 인·허가의제 제도를 둔 취지는, 인·허가의제사항과 관련하여 건축허가 또는 건축신고의 관할 행정청으로 그 창구를 단일화하고 절차를 간소화하며 비용과 시간을 절감함으로써 국민의 권익을 보호하려는 것이지, 인·허가의제사항 관련 법률에 따른 각각의 인·허가 요건에 관한 일체의 심사를 배제하려는 것으로 보기는 어렵다. 왜냐하면, 건축법과 인·허가의제사항 관련 법률은 각기 고유한 목적이 있고, 건축신고와 인·허가의제사항도 각각 별개의 제도적 취지가 있으며 그 요건 또한 달리하기 때문이다. 나아가 인·허가의제사항 관련 법률에 규정된 요건 중 상당수는 공익에 관한 것으로서 행정청의 전문적이고 종합적인 심사가 요구되는데, 만약 건축신고만으로 인·허가의제사항에 관한 일체의 요건 심사가 배제된다고 한다면, 중대한 공익상의 침해나 이해관계인의 피해를 야기하고 관련 법률에서 인·허가 제도를 통하여 사인의 행위를 사전에 감독하고자 하는 규율체계 전반을 무너뜨릴 우려가 있다. 또한 무엇보다도 건축신고를 하려는 자는 인·허가의제사항 관련 법령에서 제출하도록 의무화하고 있는 신청서와 구비서류를 제출하여야 하는데, 이는 건축신고를 수리하는 행정청으로 하여금 인·허가의제사항 관련 법률에 규정된 요건에 관하여도 심사를 하도록 하기 위한 것으로 볼 수밖에 없다. 따라서 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고는 일반적인 건축신고와는 달리, 특별한 사정이 없는 한 행정청이 그 실제적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 '수리를 요하는 신고'로 보는 것이 옳다(대판 2011.1.20. 2010두14954)

건축법 상 건축물 건축신고	건축법 상 인·허가 의제효과를 수반하는 건축신고
자기완결적 신고(수리를 요하지 않는 신고)	행위요건적 신고(수리를 요하는 신고)
형식적 요건을 갖춘 적법한 신고시 행정청의 수리 여부와 상관 없이 건축 가능	형식적 요건 외에도 의제되는 인·허가의 실체적 요건에 대한 심사 후 수리여부 판단. 행정청의 수리가 없으면 건축 불가
자기완결적 신고이지만 신고의 수리거부는 예외적으로 처분성 인정	신고의 수리거부는 처분성 인정

답 ③

19 「행정조사기본법」상 행정조사제도에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 조사대상자는 지정된 출석일시에 출석하는 경우 업무 또는 생활에 지장이 있는 때에는 행정기관의 장에게 출석일시를 변경하여 줄 것을 신청할 수 있으며, 변경신청을 받은 행정기관의 장은 행정조사의 목적을 달성할 수 있는 범위 안에서 출석일시를 변경하여야 한다.
- ② 사무실 또는 사업장 등의 업무시간에 행정조사를 실시하는 경우에는 해가 뜨기 전이나 해가 진 뒤라 할지라도 현장조사를 할 수 있다.
- ③ 당해 행정기관 내의 2 이상의 부서가 동일하거나 유사한 업무분야에 대하여 동일한 조사대상자에게 행정조사를 실시하는 경우에는 반드시 공동조사를 하여야 한다.
- ④ 제7조에 따라 정기조사 또는 수시조사를 실시한 행정기관의 장은 동일한 사안에 대하여 동일한 조사대상자를 재조사하여서는 아니 된다. 다만, 당해 행정기관이 이미 조사를 받은 조사대상자에 대하여 위법행위가 의심되는 새로운 증거를 확보한 경우에는 그러하지 아니하다.

해설

이하 법률 규정은 행정조사기본법

- ① (×) 제9조(출석·진술 요구) ② 조사대상자는 지정된 출석일시에 출석하는 경우 업무 또는 생활에 지장이 있는 때에는 행정기관의 장에게 출석일시를 변경하여 줄 것을 신청할 수 있으며, 변경신청을 받은 행정기관의 장은 행정조사의 목적을 달성할 수 있는 범위 안에서 출석일시를 변경할 수 있다. (변경하여야 한다 ×)
- ② (○) 제11조(현장조사) ② 제1항에 따른 현장조사는 해가 뜨기 전이나 해가 진 뒤에는 할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.
 - 1. 조사대상자(대리인 및 관리책임이 있는 자를 포함한다)가 동의한 경우
 - 2. 사무실 또는 사업장 등의 업무시간에 행정조사를 실시하는 경우
 - 3. 해가 뜬 후부터 해가 지기 전까지 행정조사를 실시하는 경우에는 조사목적의 달성이 불가능하거나 증거인멸로 인하여 조사대상자의 법령등의 위반 여부를 확인할 수 없는 경우
- ③ (○) 제14조(공동조사) ① 행정기관의 장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행정조사를 하는 경우에는 공동조사를 하여야 한다.
 - 1. 당해 행정기관 내의 2 이상의 부서가 동일하거나 유사한 업무분야에 대하여 동일한 조사대상자에게 행정조사를 실시하는 경우
 - 2. 서로 다른 행정기관이 대통령령으로 정하는 분야에 대하여 동일한 조사대상자에게 행정조사를 실시하는 경우
- ④ (○) 제15조(중복조사의 제한) ① 제7조에 따라 정기조사 또는 수시조사를 실시한 행정기관의 장은 동일한 사안에 대하여 동일한 조사대상자를 재조사하여서는 아니 된다. 다만, 당해 행정기관이 이미 조사를 받은 조사대상자에 대하여 위법행위가 의심되는 새로운 증거를 확보한 경우에는 그러하지 아니하다.

답 ①

20 <보기>에서 항고소송과 당사자소송으로 다투어야 하는 사례를 옳게 짝지은 것은?

<보기>

- ㉠ 사업주가 당연가입자가 되는 고용보험 및 산재보험에서 보험료 납부의무 부존재확인 의 소
- ㉡ 재단법인 한국연구재단이 과학기술기본법령에 따라 체결한 연구개발비 지원사업 협약의 해지 통보에 대한 불복
- ㉢ 중소기업기술정보진흥원장이 갑(甲) 주식회사와 중소기업 정보화지원사업 지원대상인 사업의 지원에 관한 협약을 체결하였는데, 협약이 갑(甲) 회사에 책임이 있는 사업실패로 해지되었다는 이유로 협약에서 정한 대로 지급받은 정부지원금을 반환할 것을 통보한 경우, 이에 대한 갑(甲) 주식회사의 불복

	항고소송	당사자소송
①	㉠	㉡, ㉢
②	㉡	㉠, ㉢
③	㉢	㉠, ㉡
④	㉡, ㉢	㉠

해설

- ㉠ [당사자소송] 고용·산재보험료 납부의무 부존재확인 소의 법적 성질은 공법상 당사자소송 : 고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률 제4조, 제16조의2, 제17조, 제19조, 제23조의 각 규정에 의하면, 사업주가 당연가입자가 되는 고용보험 및 산재보험에서 보험료 납부의무 부존재확인 소는 공법상의 법률관계 자체를 다투는 소송으로서 공법상 당사자소송이다.(대판 2016.10.13. 2016다221658)
- ㉡ [항고소송] 한국연구재단의 사업협약해지 통보는 행정처분 : 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 해당한다(대판 2014.12.11. 2012두28704).
- ㉢ [당사자소송] 중소기업 정보화지원사업에 따른 지원금 출연을 위하여 중소기업청장이 체결하는 협약은 공법상 계약이며 협약 해지 및 지원금 환수통보는 행정처분이 아님 : 중소기업기술정보진흥원장이 갑 주식회사와 중소기업 정보화지원사업 지원대상인 사업의 지원에 관한 협약을 체결하였는데, 협약이 갑 회사에 책임이 있는 사업실패로 해지되었다는 이유로 협약에서 정한 대로 지급받은 정부지원금을 반환할 것을 통보한 사안에서, 중소기업 정보화지원사업에 따른 지원금 출연을 위하여 중소기업청장이 체결하는 협약은 공법상 대등한 당사자 사이의 의사표시의 합치로 성립하는 공법상 계약에 해당하는 점, 구 중소기업 기술혁신 촉진법 제32조 제1항은 제10조가 정한 기술혁신사업과 제11조가 정한 산학협력 지원사업에 관하여 출연한 사업비의 환수에 적용될 수 있을 뿐 이와 근거 규정을 달리하는 중소기업 정보화지원사업에 관하여 출연한 지원금에 대하여는 적용될 수 없고 달리 지원금 환수에 관한 구체적인 법령상 근거가 없는 점 등을 종합하면, 협약의 해지 및 그에 따른 환수통보는 공법상 계약에 따라 행정청이 대등한 당사자의 지위에서 하는 의사표시로 보아야 하고, 이를 행정청이 우월한 지위에서 행하는 공권력의 행사로서 행정처분에 해당한다고 볼 수는 없다(대판 2015.8.27. 2015두 41449).

답 ②