

1 다음 중 행정법에 대한 기본원칙으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정작용은 법률에 위반되어서는 아니 되며, 행정작용이 기속 되는 것에는 형식적 의미의 법률뿐만 아니라 조약, 일반적으로 승인된 국제법규와 대외적 구속력을 가지는 법률 하위의 법규범(법규명령, 법령보충적 행정규칙, 조례 등)도 포함된다.
- ② 행정작용은 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 경우와 그 밖에 국민생활에 중요한 영향을 미치는 경우에는 법률에 근거하여야 한다.
- ③ 행정청은 행정작용을 함에 있어서 국민에 대한 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등의 원칙을 준수하여야 한다.
- ④ 행정작용은 행정목적 달성을 데 유효하고 적절해야 하고, 행정목적 달성을 데필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 행정작용으로 인한 국민의 이익 침해가 그 행정작용이 의도하는 공익보다 크지 아니해야 한다.

해설

- ① (○) 법률우위 원칙은 행정작용이 법률에 위반되어서는 안된다는 원칙이며 여기서의 '법률'에는 헌법, 형식적 의미의 법률, 법규명령, 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규, 자치법규(지방자치단체의 조례·규칙), 관습법·판례법 등 불문법, 행정법의 일반원칙이 포함된다. 행정규칙의 경우 이에 포함되지 않지만 예외적으로 대외적 구속력을 가지는 경우(법령보충적 행정규칙이 상위 위임법령과 결합시, 재량준칙이 신뢰보호원칙·평등원칙에 따라 행정청의 자기구속법리 성립시) 법률우위 원칙의 '법률'에 포함되어 이를 위반하면 위헌·위법이 된다.
- ② (○) 행정기본법은 국민의 권리 제한, 의무부과 외에도 국민생활에 중요한 영향을 미치는 경우에도 법률유보가 필요하다고 규정
  - 행정기본법 제8조(법치행정의 원칙) 행정작용은 법률에 위반되어서는 아니 되며, 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 경우와 그 밖에 국민생활에 중요한 영향을 미치는 경우에는 법률에 근거하여야 한다.
- ③ (×) 평등원칙은 절대적 평등이 아닌 상대적 평등을 의미하며 합리적 근거가 있는 차별은 허용된다.
  - 헌법상 평등원칙은 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게 취급함을 금지하는 것으로서, 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 뜻하는 것이 아니라 입법을 하고 법을 적용할 때에 합리적인 근거가 없는 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 평등을 뜻하므로, 합리적 근거가 있는 차별 또는 불평등은 평등의 원칙에 반하지 아니한다(대판 2018.10.25. 2018두44302).
  - 행정기본법 제9조(평등의 원칙) 행정청은 합리적 이유 없이 국민을 차별하여서는 아니 된다.
- ④ (○)
  - 행정기본법 제10조(비례의 원칙) 행정작용은 다음 각 호의 원칙에 따라야 한다.
    1. 행정목적 달성을 데 유효하고 적절할 것
    2. 행정목적 달성을 데 필요한 최소한도에 그칠 것
    3. 행정작용으로 인한 국민의 이익 침해가 그 행정작용이 의도하는 공익보다 크지 아니할 것

답 ③

2 다음 중 취소소송에서의 법률상 이익이 있는 경우를 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 기존 시내버스의 노선 등과 일부 중복되는 시외버스 운송업체변경인가처분에 대한 기존 시내버스 업자
- ㉡ 직행형 시외버스운송사업자에 대한 사업계획 변경인가처분의 취소를 구하는 기존 고속형 시외버스운송사업자
- ㉢ 쟁송취소된 공장설립 승인처분에 기초한 공장건축허가처분에 대해 취소를 구하는 인근 주민
- ㉣ 사증발급 거부처분에 대하여 출입국관리법상 외국인
- ㉤ 인가·허가 등 수익적 행정처분을 신청한 여러 사람이 서로 경원관계에 있는 경우, 허가 등 처분을 받지 못한 사람

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

해설

- ㉠ (○) 시내버스운송사업과 시외버스운송사업은 다 같이 운행계통을 정하고 여객을 운송하는 노선여객자동차운송사업에 속하므로, 위 두 운송사업이 면허기준, 준수해야 할 사항, 중간경유지, 기점과 종점, 운행방법, 이용요금 등에서 달리 규율된다는 사정만으로 본질적인 차이가 있다고 할 수는 없으며, 시외버스운송사업계획변경인가처분으로 인하여 기존의 시내버스운송사업자의 노선 및 운행계통과 시외버스운송사업자들의 그것들이 일부 중복되게 되고 기존업자의 수익감소가 예상된다면, 기존의 시내버스운송사업자와 시외버스운송사업자들은 경업관계에 있는 것으로 봄이 상당하다 할 것이어서 기존의 시내버스운송사업자에게 시외버스운송사업계획변경인가처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있다(대판 2002.10.25. 2001두4450)
- ㉡ (○) 기존의 고속형 시외버스운송사업자에게 직행형 시외버스운송사업자에 대한 사업계획변경인가처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있음 : 고속형 시외버스운송사업과 직행형 시외버스운송사업은 다 같이 운행계통을 정하고 여객을 운송하는 노선 여객자동차운송사업 중 시외버스운송사업에 속하므로, 위 두 운송사업이 사용버스의 종류, 운행거리, 운행구간, 중간정차 여부 등에서 달리 규율된다는 사정만으로 본질적인 차이가 있다고 할 수 없으며, 직행형 시외버스운송 사업자에 대한 사업계획변경인가처분으로 인하여 기존의 고속형 시외버스운송사업자의 노선 및 운행계통과 직행형 시외버스운송사업자들의 그것들이 일부 중복되게 되고 기존업자의 수익감소가 예상된다면, 기존의 고속형 시외버스운송사업자와 직행형 시외버스운송사업자들은 경업관계에



있는 것으로 봄이 상당하므로, 기존의 고속형 시외버스운송사업자에게 직행형 시외버스운송사업자에 대한 사업계획변경인가처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있다(대판 2010.11.11. 2010두4179).

- ㉔ (○) 개발제한구역 안에서의 공장설립을 승인한 처분이 위법하다는 이유로 쟁송취소되었으나 그 승인처분에 기초한 공장건축허가처분이 잔존하는 경우, 인근 주민들에게 공장건축허가처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있음 : 처분이 유효하게 존속하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 처분의 존재로 인하여 실제로 침해되고 있거나 침해될 수 있는 현실적인 위험을 제거하기 위해 취소소송을 제기할 권리보호의 필요성이 인정된다고 보아야 한다. 구 「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」 규정을 종합하면, 공장설립승인처분이 있고 난 뒤에 또는 그와 동시에 공장건축허가처분을 하는 것이 허용되므로, 공장설립승인처분이 취소된 경우에는 그 승인처분을 기초로 한 공장건축허가처분 역시 취소되어야 하고, 공장설립승인처분에 근거하여 토지의 형질변경이 이루어진 경우에는 원상회복을 해야 함이 원칙이다. 따라서 개발제한구역 안에서의 공장설립을 승인한 처분이 위법하다는 이유로 쟁송취소되었다고 하더라도 그 승인처분에 기초한 공장건축허가처분이 잔존하는 이상, 공장설립승인처분이 취소되었다는 사정만으로 인근 주민들의 환경상 이익이 침해되는 상태나 침해될 위험이 종료되었다거나 이를 시정할 수 있는 단계가 지나버렸다고 단정할 수는 없고, 인근 주민들은 여전히 공장건축허가처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 보아야 한다(대판 2018.7.12. 2015두3485).
- ㉕ (×) 사증발급 거부처분을 다투는 외국인인, 아직 대한민국에 입국하지 않은 상태에서 대한민국에 입국하게 해달라고 주장하는 것으로, 대한민국의 실질적 관련성 내지 대한 민국에서 법적으로 보호가치 있는 이해관계를 형성한 경우는 아니어서, 해당 처분의 취소를 구할 법률상 이익을 인정하여야 할 법정적 필요성도 크지 않다. 반면, 국적법상 귀화불허가처분이나 출입국관리법상 체류자격변경 불허가처분, 강제퇴거명령 등을 다투는 외국인은 대한민국에 적법하게 입국하여 상당한 기간을 체류한 사람이므로, 이미 대한민국의 실질적 관련성 내지 대한민국에서 법적으로 보호가치 있는 이해관계를 형성한 경우이어서, 해당 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정된다고 보아야 한다. 한편 사증발급의 법적 성질, 출입국관리법의 입법목적, 사증발급 신청인의 대한민국의 실질적 관련성, 상호주의원칙등을 고려하면, 우리 출입국관리법의 해석상 외국인에게는 사증발급거부처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정되지 않는다(대판2018. 5. 15, 2014 42506).

|          |   |    |   |
|----------|---|----|---|
| 외국인이 제기한 | 사증발급 거부처분 취소소송  | 원칙 | 법률상 이익 없음   |
|          | 국적법상 귀화불허가처분, 출입국관리법상 체류자격 변경 불허가처분, 강제퇴거명령을 다투는 행정소송 | 예외 | 대한민국과 실질적 관련성 or 대한민국에서 법적으로 보호가치 있는 이해관계를 형성한 경우에는 법률상 이익 인정 |

- ㉖ (○) 제3자에게 경원자(競願者)에 대한 수익적 행정처분의 취소를 구할 당사자 적격이 있는 경우 : 인·허가 등의 수익적 행정처분을 신청한 수인이 서로 경쟁관계에 있어서 일방에 대한 허가 등의 처분이 타방에 대한 불허가 등으로 귀결될 수밖에 없는 때 허가 등의 처분을 받지 못한 자는 비록 경원자에 대하여 이루어진 허가 등 처분의 상대방이 아니라 하더라도 당해 처분의 취소를 구할 원고적격이 있다. 다만, 명백한 법적 장애로 인하여 원고 자신의 신청이 인용될 가능성이 처음부터 배제되어 있는 경우에는 당해 처분의 취소를 구할 정당한 이익이 없다(대판 2009.12.10. 2009두8359).

답 ③

### 3 지방자치단체의 조례에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 조례는 지방자치단체의 사무(고유사무와 단체위임사무)에 관하여는 법령의 위임 없이도 제정될 수 있으나, 기관위임사무에 관한 사항은 원칙적으로 조례의 제정범위에 속하지 않고, 법령의 위임이 있는 경우에 한하여 조례가 제정될 수 있다.
- ② 법률이 주민의 권리·의무에 관한 사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하지 않은 채 조례로 정하도록 포괄적으로 위임한 경우, 지방자치단체가 주민의 권리·의무에 관한 사항을 조례로 제정할 수는 없다.
- ③ 조례가 법령이 이미 정하고 있는 사항에 대하여 법령과 동일한 목적으로 규율하고 있는 경우에도 명문의 규정으로 또는 해석상 국가법령이 조례로 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하는 경우에는 그 조례가 국가의 법령에 위반되는 것은 아니다.
- ④ 조례안은 그 일부가 위법한 경우에 위법한 부분만의 일부취소는 불가능하며 그 경우에는 조례안에 대한 재의결은 전부 효력이 부인되어야 한다.

#### 해설

- ① (○) ㄱ 자치사무·단체위임사무 ⇨ 법령의 범위에서(법률우위원칙) 조례 제정 가능 - 자치조례. 단, 벌칙·권리제한·의무부과 사항은 법률의 위임 필요  
 ㄴ 기관위임사무 ⇨ 원칙적으로 조례로 제정 불가, 예외적으로 법령의 위임이 있으면 제정 가능(법률유보) - 위임조례  
 • 기관위임사무는 원칙적으로 조례로 정할 수 없으나 개별 법령의 위임시 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 (×) 법률이 주민의 권리의무에 관한 사항에 관하여 구체적으로 아무런 범위도 정하지 아니한 채 조례로 정하도록 포괄적으로 위임하였다고 하더라도, 행정관청의 명령과는 달라, 조례도 주민의 대표기관인 지방의회의 의결로 제정되는 지방자치단체의 자주법인 만큼, 지방자치단체가 법령에 위반되지 않는 범위 내에서 주민의 권리의무에 관한 사항을 조례로 제정할 수 있는 것이다(대판 1991.8.27. 90누6613).



• 법령에 위반되지 않는 범위(법률우위) \*법령이 위임한 범위(x)  
• 자치[고유]사무·단체위임사무 \*기관위임사무(x)

• 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.**

- 기관위임사무는 개별 법령의 위임이 있는 경우만 조례 제정 가능 (위임조례)

• 법률의 위임근거 필요(법률우위) \*법령의 위임(x)

- 개별·구체적 위임 or 포괄적 위임 가능(포괄적 위임입법금지 원칙 적용 안 됨)

③ (○) 지방자치단체는 법령에 위반되지 아니하는 범위 내에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있는 것이고, 조례가 규율하는 특정사항에 관하여 그것을 규율하는 국가의 법령이 이미 존재하는 경우에도 조례가 법령과 별도의 목적에 기하여 규율함을 의도하는 것으로서 그 적용에 의하여 법령의 규정이 의도하는 목적과 효과를 전혀 저해하는 바가 없는 때, 또는 양자가 동일한 목적에서 출발한 것이라고 할지라도 국가의 법령이 반드시 그 규정에 의하여 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용을 규율하려는 취지가 아니고 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하는 취지라고 해석되는 때에는 그 조례가 국가의 법령에 위반되는 것은 아니다(대판 1997.4.25. 96추244).

④ (○) 조례안의 일부가 법령에 위반되어 위법한 경우에는 그 조례안에 대한 재의결은 전부 효력이 부인된다.

• 특정 지방자치단체의 초·중·고등학교에서 실시하는 학교급식을 위해 위 지방자치단체에서 생산되는 우수 농수축산물과 이를 재료로 사용하는 가공식품을 우선적으로 사용하도록 하고 그러한 우수농산물을 사용하는 자를 선별하여 식재료나 식재료 구입비의 일부를 지원하며 지원을 받은 학교는 지원금을 반드시 우수농산물 구입에 사용하도록 하는 내용의 위 지방자치단체의 조례안이 내국민대우원칙을 규정한 1994년 GATT에 위반되어 그 효력이 없다. 이 사건 조례안 중 일부가 위법한 이상 이 사건 조례안에 대한 재의결은 전부 효력이 부인되어야 할 것이다(대판 2005.9.9. 2004추10)

답 ②

4 다음 중 판례가 하자의 승계를 인정한 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- |   |                                      |
|---|--------------------------------------|
| ㉠ 건물철거명령과 대집행계고처분<br>㉡ 공무원의 직위해제처분과 면직처분<br>㉢ 표준지공시지가결정과 수용보상금에 대한 재결 | ㉣ 사업인정과 수용재결<br>㉤ 도시·군계획시설결정과 실시계획인가 |
|---|--------------------------------------|

- ① 1개                                      ② 2개                                      ③ 3개                                      ④ 4개

**해설**

㉠ (×) 건물철거명령과 대집행절차(계고 - 대집행영장 통지 - 대집행 실행 - 대집행비용 납부명령) 사이의 하자승계 부정

• 건물철거명령에 대한 소원이나 소송을 제기해 그 위법함을 소구하는 절차를 거치지 않았다면 선행행위인 건물철거명령은 적법한 것으로 확정되었다고 할 것이니 후행행위인 대집행계고처분에서는 동 건물이 무허가건물이 아닌 적법한 건축물이라는 주장이나 그러한 사실인정을 하지 못한다(대판 1982.7.27. 81누293).

㉡ (×) 토지수용에 있어서 사업인정과 수용재결 간 하자의 승계 부정(취소사유에 해당하는 사업인정의 하자는 수용재결단계에서 다룰 수 없음) : (구) 토지수용법 제14조에 따른 사업인정은 그후 일정한 절차를 거칠 것을 조건으로 하여 일정한 내용의 수용권을 설정해 주는 행정처분의 성격을 띠는 것으로서 그 사업인정을 받음으로써 수용할 목적물의 범위가 확정되고 수용권으로 하여금 목적물에 관한 현재 및 장래의 권리자에게 대항할 수 있는 일종의 공법상의 권리로서의 효력을 발생시킨다고 할 것이므로 위 사업인정단계에서의 하자를 다루지 아니하여 이미 쟁송기간이 도과한 수용재결단계에 있어서는 위 사업인정처분에 중대하고 명백한 하자가 있어 당연무효라고 볼 만한 특단의 사정이 없다면 그 처분의 불가쟁력에 의하여 사업인정처분의 위법·부당함을 이유로 수용재결처분의 취소를 구할 수 없다(대판 1987.9.8. 87누395).

㉢ (×) 공무원의 직위해제처분과 면직처분 간 하자의 승계 부정 : 경찰공무원법 제50조 제1항에 의한 직위해제처분과 같은 제3항에 의한 면직처분은 후자가 전자의 처분을 전제로 한 것이기는 하나 각각 단계적으로 별개의 법률효과를 발생하는 행정처분이어서 선행직위 해제처분의 위법사유가 면직처분에는 승계되지 아니한다 할 것이므로 선행된 직위해제 처분의 위법사유를 들어 면직처분의 효력을 다룰 수는 없다(대판 1984.9.11. 84누191).

㉤ (×) 도시·군계획시설결정과 실시계획인가 간 하자의 승계 부정 : 도시·군계획시설결정과 실시계획인가는 도시·군계획시설사업을 위하여 이루어지는 단계적 행정절차에서 별도의 요건과 절차에 따라 별개의 법률효과를 발생시키는 독립적인 행정처분이다. 그러므로 선행처분인 도시·군계획시설결정에 하자가 있더라도 그것이 당연무효가 아닌 한 원칙적으로 후행처분인 실시계획인가에 승계되지 않는다(대판 2017.7.18. 2016 두49938).

㉣ (○) 표준지 공시지가와 수용재결 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, 표준지공시지가를 산정하는 인근 토지의 소유자나 기타 이해관계인에게 개별적으로 고지하도록 되어 있는 것이 아니어서 인근 토지의 소유자 등이 표준지공시지가결정 내용을 알고 있었다고 전제하기가 곤란할 뿐만 아니라, 결정된 표준지공시지가가 공시될 당시 보상금 산정의 기준이 되는 표준지의 인근 토지를 함께 공시하는 것이 아니어서 인근 토지소유자는 보상금 산정의 기준이 되는 표준지가 어느 토지인지를 알 수 없으므로, 인근 토지소유자가 표준지의 공시지가가 확정되기 전에 이를 다투는 것은 불가능하다. 더욱이 장차 어떠한 수용재결 등 구체적인 불이익이 현실적으로 나타나게 되었을 경우에 비로소 권리구제의 길을 찾는 것이 우리 국민의 권리의식임을 감안하여 볼 때, 인근 토지소유자 등으로 하여금 결정된 표준지공시지가를 기초로 하여 장차 토지보상 등이 이루어질 것에 대비하여 항상 토지의 가격을 주시하고 표준지공시지가결정이 잘못된 경우 정해진 시정절차를 통하여 이를 시정하도록 요구하는 것은 부당하게 높은 주의의무를 지우는 것이고, 위법한 표준지공시지가결정에 대하여 그 정해진 시정절차를 통하여 시정하도록 요구하지 않았다는 이유로 위법한 표준지공시지가를 기초로 한 수용재결 등 후행 행정처분에서 표준지공시지가결정의 위법을 주장할 수 없도록 하는 것은 **수인한도를 넘는 불이익을 강요하는 것으로서 국민의 재산권과 재판받을 권리를 보장한 헌법의 이념에도 부합하는 것이 아니다.** 따라서 표준지공시지가결정이 위법한 경우에는 그 자체를 행정소송의 대상이 되는 행정처분으로 보아 그 위법 여부를 다룰 수 있음은 물론, **수용보상금의 증액을 구하는 소송에서도 선행처분으로서 그 수용대상토지 가격 산정의 기초가 된 비교표준지공시지가결정의 위법을 독립한 사유로 주장할 수 있다**(대판 2008.8.21. 2007두13845).



| ■ 하자승계 인정사례와 부정사례 정리 |  |   |
|----------------------|--|---|
| 구분                   | 인정   | 부정(별개의 법률효과를 목적)  |
| 하명과 강제 집행            | <ul style="list-style-type: none"> <li>강제집행절차 상호 간</li> <li>1. 대집행절차 상호 간(계고 - 대집행영장 통지 - 대집행 실행 - 대집행비용 납부명령)</li> <li>2. 강제징수절차 상호 간 [독촉 - 압류 - 매각(공매) - 청산]</li> <li>① 국세체납에 따른 독촉과 가산금·중가산금징수처분</li> <li>② 압류와 공매처분</li> <li>③ 독촉과 압류(규준력설에 따르면 선행행위의 구속력에 의해 후행행위를 다룰 수 없음)</li> </ul>  | <ul style="list-style-type: none"> <li>의무부과(하명)와 강제집행절차 상호 간</li> <li>① 건물철거명령과 대집행계고처분</li> <li>② 과세처분과 압류 등의 체납처분 ⇒ 규준력설에 의한 경우 권리구제 긍정<br/>*납세의무자의 취득세 신고와 징수처분, 소득금액변동통지와 징수처분</li> </ul>   |
| 공시지가                 | <ul style="list-style-type: none"> <li>별개의 법률효과를 목적으로 하지만 승계 인정</li> <li>① 개별공시지가결정과 양도소득세부과처분</li> <li>② 표준지 공시지가결정과 수용재결</li> </ul> <ul style="list-style-type: none"> <li>개별공시지가결정과 개발부담금부과처분</li> <li>기준지가고시처분과 토지수용처분(* 기준지가 제도는 현재는 없음)</li> </ul>   | <ul style="list-style-type: none"> <li>① 표준공시지가결정과 개별토지가격(개별공시지가) 결정</li> <li>② 표준공시지가결정과 조세부과처분</li> <li>③ 개별토지가격(개별공시지가) 결정에 대한 재조사 청구에 따른 감액조정에 대해 더 이상 불복하지 않는 경우, 이를 기초로 한 양도소득세 부과처분</li> </ul>   |
| 기타                   | <ul style="list-style-type: none"> <li>부정한 방법에 의한 한지의사시험자격인정의 결정과 한지의사면허처분</li> <li>국립보존위원장의 안경사 시험합격 무효처분과 보건사회부장관의 안경사 면허 취소처분</li> <li>암매장분묘개장명령과 계고처분</li> <li>귀속재산임대처분과 매각처분</li> <li>친일반민족행위진상규명위원회의 최종발표(선행처분)에 따른 지방보훈지청장의 독립유공자 예우에 관한 법률 적용 배제자 결정(후행처분)</li> <li>⇒ 별개의 법률효과를 목적으로 하지만 승계 인정</li> </ul> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin-top: 10px;"> <p><b>• 승계 인정 사례 암기</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>① 동일 법률효과를 목적                             <ul style="list-style-type: none"> <li>㉠ 대집행절차 간(계 - 통 - 실 - 비)</li> <li>㉡ 강제징수절차 간(독 - 압 - 매 - 청)</li> <li>㉢ 한지의사/안경사/분묘/귀속재산</li> </ul> </li> <li>② 별개 법률효과를 목적<br/>but 승계 부정시 불이익이 수인한도 넘어 가혹, 결과의 예측불가능                             <ul style="list-style-type: none"> <li>㉣ 개 - 과(※ 개 - 개)</li> <li>㉤ 표 - 수(※ 기 - 수)</li> <li>㉥ 친일 - 유공</li> </ul> </li> </ul> </div> | <ul style="list-style-type: none"> <li>토지수용에 있어서 사업인정과 수용재결<br/>택지개발예정지구 지정과 토지수용재결 또는 택지개발계획의 승인<br/>택지개발계획승인과 수용재결·이의재결 / 도시계획결정과 수용재결<br/>재개발사업시행인가와 토지수용재결 / 토지등급설정 또는 수정처분과 과세처분<br/>사업계획승인처분과 도시계획시설변경 및 지적승인고시처분<br/>토지구획정리사업 시행 후 시행인가처분의 하자과 환지청산금 부과처분 사이<br/>주택재건축사업시행계획과 관리처분계획<br/>도시·군계획시설결정과 실시계획인가</li> <li>변상판정과 변상명령</li> <li>공무원의 직위해제처분과 면직처분</li> <li>액화석유가스판매사업허가처분과 사업개시신고반려처분</li> <li>대학의 수강거부처분과 수료처분</li> <li>무효사유가 있는 조교수 임용행위와 그 후 부교수 임용행위</li> <li>병역법상 보충역편입처분과 공익근무요원소집처분</li> <li>농지전용부담금 부과처분과 압류처분</li> <li>국제항공노선 운수권배분 실효처분 및 노선면허거부처분과 노선면허처분 사이</li> <li>토목공사업, 건축공사업 면허처분과 이에 기초한 새로운 토목건축공사업 면허처분</li> <li>상속세부과처분과 증액경정처분</li> <li>지방의회에서 의안의 의결과 지방세 부과</li> <li>소득금액변동통지와 징수처분</li> <li>공인중개사업무정지처분과 업무정지기간 중 중개업무를 한 사유로 한 중개사무소개설등록취소처분</li> </ul> |

답 ①

5 다음 중 공무원법에 대한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 국가공무원이 금고 이상의 형의 집행유예를 받아 당연퇴직한 이후 형의 선고가 효력을 잃게 되었다면 이미 발생한 당연퇴직에 대한 효력은 영향을 받게 된다.
- ② 정책을 수립·시행하는 고위공무원이 국가적인 사업을 추진하는 경우에 그 사업 추진 결과가 기대에 미치지 못하였다고 하더라도 그 사유만을 근거로 징계를 할 수 없다.
- ③ 「국가공무원법」상 직무상 비밀은 행정기관이 비밀이라고 형식적으로 정한 것에 따라 정해지므로, 기업의 비업무용 부동산 보유실태에 관한 감사보고서의 내용은 직무상 비밀에 해당한다.
- ④ 공무원의 품위 유지의 의무에서 품위란 직무에 따라서 국민의 수임자로서의 직책을 맡아 수행해 나가기에 손색이 없는 인품을 의미한다.

| 해설   |
|--|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>① (×) 국가공무원이 금고 이상의 형의 집행유예를 받아 당연퇴직한 후 형법 제65조에 따라 형의 선고가 효력을 잃게 된 경우, 이미 발생한 당연퇴직의 효력에 영향이 없음 : 구 국가공무원법(2002. 12. 18. 법률 제6788호로 개정되기 전의 것) 제69조는 “공무원이 제33조 각 호의 1에 해당할 때에는 당연히 퇴직한다.”고 규정하고, 같은 법 제33조 제1항 제4호는 결격사유 중의 하나로 ‘금고 이상의 형을 받고 그 집행유예의 기간이 완료된 날로부터 2년을 경과하지 아니한 자’를 들고 있다. 같은 법 제69조에서 규정하고 있는 당연퇴직제도는 같은 법 제33조 제1항 각 호에 규정되어 있는 결격사유가 발생하는 것 자체에 의하여 임용권자의 의사표시 없이 결격사유에 해당하게 된 시점에 당연히 공무원 신분을 상실하게 하는 것이고, 당연퇴직의 효력이 생긴 후에 당연퇴직사유가 소멸한다는 것은 있을 수 없으므로, 국가공무원이 금고 이상의 형의 집행유예를 받은 경우에는 그 이후 형법 제65조에 따라 형의 선고가 효력을 잃게 되었다 하더라도 이미 발생한 당연퇴직의 효력에는 영향이 없다(대판 2011.3.24. 2008다92022).</li> <li>② (○) 정책을 수립·시행하는 고위 공무원이 국가적인 사업을 추진하는 경우에, 당시 정부의 정책, 산업 분야의 경제적 영향 등 다양한 정책적 요소에 대한 고도의 전문적 판단이 요구되므로 상당히 폭넓은 재량이 인정되며, 그 사업 추진 결과가 기대에 미치지 못한다고 하여 그 사유만을 징계사유로 삼기는 어렵다(대판 2017.12.22. 2016두38167).</li> <li>③ (×) 기업의 비업무용 부동산 보유실태에 관한 감사원의 감사보고서의 내용은 직무상 비밀에 해당하지 않음 : 국가공무원법상 직무상 비밀이라 함은</li> </ul> |



국가 공무의 민주적, 능률적 운영을 확보하여야 한다는 이념에 비추어 볼 때 당해 사실이 일반에 알려질 경우 그러한 행정의 목적을 해할 우려가 있는지 여부를 기준으로 판단하여야 하며, 구체적으로는 행정기관이 비밀이라고 형식적으로 정한 것에 따라 그것이 아니라 실질적으로 비밀로서 보호할 가치가 있는지, 즉 그것이 통상의 지식과 경험을 가진 다수인에게 알려지지 아니한 비밀성을 가졌는지, 또한 정부나 국민의 이익 또는 행정목적 달성을 위하여 비밀로서 보호할 필요성이 있는지 등이 객관적으로 검토되어야 한다. 이 사건 보고서의 내용 중 은행감독원의 자료는 이미 국회에 제출되어 공개된 것이고, 법령상 개선사항은 추상적 의견에 불과한 것이어서 비밀이라 할 수 없으며, 개별법인의 비업무용 부동산 보유 실태 역시 오늘날과 같은 고도 정보사회에 있어서 일반인에게 알려지지 않은 비밀인지 의문일 뿐 아니라, 나아가 위 감사보고서는 감사자료로 분류된 이상 최종적으로 종결된 것이지 이를 중간단계에 있는 내부보고용 문서라고 볼 수 없어 특별한 사정이 없는 한 이에 기초한 추후의 감사를 전제로 하여 비밀로서 보호할 필요도 인정되지 않으므로 결국 이 사건 보고서는 그 내용이나 성격으로 보아 국가공무원법 제60조 소정의 직무상 비밀에 해당하지 아니한다(대판 1996.10. 11. 94누7171).

④ (×) '직무에 따라서' ⇨ '직무 내외를 불문하고'

• **국가공무원법 제63조에서 정한 '품위' 및 품위유지의무의 의미** : 국가공무원법 제63조는 "공무원은 직무의 내외를 불문하고 그 품위가 손상되는 행위를 하여서는 아니 된다."라고 규정하고 있다. 국민으로부터 널리 공무를 수탁받아 국민 전체를 위해 근무하는 공무원의 지위를 고려할 때 공무원의 품위손상행위는 본인은 물론 공직사회에 대한 국민의 신뢰를 실추시킬 우려가 있으므로, 모든 공무원은 국가공무원법 제63조에 따라 직무의 내외를 불문하고 품위를 손상하는 행위를 하여서는 아니 된다. 여기서 '품위'는 공직의 체면, 위신, 신용을 유지하고, 주권자인 국민의 수임을 받은 국민 전체의 봉사자로서의 직책을 다함에 손색이 없는 몸가짐을 뜻하는 것으로서, 직무의 내외를 불문하고, 국민의 수임자로서의 직책을 맡아 수행해 나가기에 손색이 없는 인품을 말한다. 이와 같은 국가공무원법 제63조의 규정 내용과 의미, 입법 취지 등을 종합하면, 국가공무원법 제63조에 규정된 품위유지의무란 공무원이 직무의 내외를 불문하고, 국민의 수임자로서의 직책을 맡아 수행해 나가기에 손색이 없는 인품에 걸맞게 본인은 물론 공직사회에 대한 국민의 신뢰를 실추시킬 우려가 있는 행위를 하지 않아야 할 의무라고 해석할 수 있다. 구체적으로 어떠한 행위가 품위손상행위에 해당하는가는 수범자인 평균적인 공무원을 기준으로 구체적 상황에 따라 건전한 사회통념에 따라 판단하여야 한다(대판 2017.11.9. 2017두47472).

답 ②

## 6 공무원의 근무관계에 있어서 공무원이 갖는 권리와 공무원이 부담하는 의무에 관한 다음의 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 군인이 상관의 지시와 명령에 대하여 헌법소원 등 재판청구권을 행사하였다고 하여도 그것이 단지 위법·위헌인 지시와 명령을 시정하려는 데 그 목적이 있을 뿐이라면, 군인의 복종의무를 위반한 것이라고 볼 수는 없다.
- ② 초·중등학교 교원에 대하여는 정당 가입을 금지하면서 대학교원에게는 허용하는 것은 평등의 원칙에 반한다.
- ③ 대외적으로 처분권한이 있는 처분행정청이 상급행정기관의 지시를 위반하는 처분을 하였다고 하여 그러한 사정만으로 그 처분이 곧 위법하게 되는 것은 아니다.
- ④ 공무원을 구성원으로 삼아 조직된 근로자 단체는 「공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률」이 정한 설립신고를 갖추어 공무원 노동조합으로 설립되는 경우에 한하여 노동 기본권의 향유주체가 될 수 있다.

### 해설

- ① (○) 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 판가름나므로 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**(대판 2018.3.22, 2012두26401)
- ② (×) 정당가입 금지조항은 공무원의 정치적 중립성을 보장하고 초·중등학교 교원의 중립성을 확보한다는 점에서 입법목적의 정당성이 인정되고, 정당에의 가입을 금지하는 것은 입법목적 달성을 위한 적합한 수단이다. 공무원은 정당의 당원이 될 수 없을 뿐, 정당에 대한 지지를 선거와 무관하게 개인적인 자리에서 밝히거나 투표권을 행사하는 등의 활동은 허용되므로 침해의 최소성 원칙에 반하지 않는다. 정치적 중립성, 초·중등학교 학생들에 대한 교육기본권 보장이라는 공익은 공무원이 제한받는 불이익에 비하여 크므로 법익균형성도 인정된다. 또한 **초·중등학교 교원에 대하여는 정당가입을 금지하면서 대학교원에게는 허용하는 것은, 기초적인 지식전달, 연구기능 등 직무의 본질이 서로 다른 점을 고려한 합리적 차별이므로 평등원칙에 반하지 아니한다**(헌재 2014.3.27. 2011헌바42).
- ③ (○) 상급행정기관이 소속 공무원이나 하급행정기관에 대하여 업무처리지침이나 법령의 해석·적용 기준을 정해 주는 '행정규칙'은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 효력이 없다. 처분이 행정규칙을 위반하였다고 해서 그러한 사정만으로 곧바로 위법하게 되는 것은 아니고, 처분이 행정규칙을 따른 것이라고 해서 적법성이 보장되는 것도 아니다. 처분이 적법한지는 행정규칙에 적합한지 여부가 아니라 상위법령의 규정과 입법 목적 등에 적합한지 여부에 따라 판단해야 한다. 상급행정기관이 소속 공무원이나 하급행정기관에 하는 개별·구체적인 지시도 마찬가지이다. 상급행정기관의 지시는 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 효력이 없다. **대외적으로 처분 권한이 있는 처분청이 상급행정기관의 지시를 위반하는 처분을 하였다고 해서 그러한 사정만으로 처분이 곧바로 위법하게 되는 것은 아니고, 처분이 상급행정기관의 지시를 따른 것이라고 해서 적법성이 보장되는 것도 아니다.** 처분이 적법한지는 상급행정기관의 지시를 따른 것인지 여부가 아니라, 헌법과 법률, 대외적으로 구속력 있는 법령의 규정과 입법 목적, 비례·평등원칙과 같은 법의 일반원칙에 적합한지 여부에 따라 판단해야 한다(대판 2019.7.11. 2017두38874).
- ④ (○) 헌법 제33조 제2항, 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노동조합법'이라고 한다) 제5조 단서, 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(이하 '공무원노동조합법'이라고 한다) 제3조 제1항에서 공무원의 노동기본권에 헌법적 제한을 두고 공무원노동조합의 설립이나 가입에 관하여 따로 법률로 정한 취지와 그 제정 경위, 공무원 지위의 특수성 등을 종합하여 보면, 공무원을 구성원으로 삼아 조직된 근로자단체는 공무원노동조합이 정한 설립신고 요건을 갖추어 공무원노동조합으로 설립되는 경우에 한하여 노동기본권의 향유 주체가 될 수 있다(대판 2016.12.27. 2014도15054).

답 ②



7 인·허가 의제에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 주된 인·허가로 의제되는 인·허가 중 일부에 대하여만 의제되는 인·허가 요건을 갖추어 협의가 완료된 경우 민원인의 요청이 있으면 주된 인·허가를 할 수 있고 이 경우 협의가 완료된 일부 인·허가만 의제된다.
- ② 인·허가의제의 경우 관련 인·허가 행정청은 관련 인·허가를 직접 한 것으로 보아 관계 법령에 따른 관리·감독 등 필요한 조치를 하여야 한다.
- ③ 주된 인·허가가 있으면 다른 법률에 의한 인·허가가 있는 것으로 보는 데 그치고, 거기에서 더 나아가 다른 법률에 의하여 인·허가를 받았음을 전제로 하는 그 다른 법률의 모든 규정들까지 적용되는 것은 아니다.
- ④ 부분 인·허가 의제가 허용되는 경우 그 효력을 제거하기 위한 법적 수단으로 의제된 인·허가의 취소나 철회가 허용될 수 있지만, 그 의제된 인·허가에 대한 쟁송취소는 허용되지 않는다.

해설

- ① (○) **부분인허가의제** : 「도시 및 주거환경정비법」 제32조, 「주한미군 공여구역주변지역 등 지원 특별법」 제29조 제1항, 「집단에너지사업법」 제49조, 「농어촌마을주거환경 개선 및 리모델링 촉진을 위한 특별법」 제17조, 「빈집 및 소규모주택 정비에 관한 특별법」 제55조는 주된 인허가로 의제되는 것으로 규정된 인허가 중 일부에 대해서만 협의가 완료된 경우에도 민원인의 요청이 있으면 주된 인허가를 할 수 있고, 이 경우 협의가 완료된 일부 인허가만 의제되는 것으로 규정하고 있음.
  - 부분인허가의제에서는 협의가 완료되지 않은 경우에는 인허가를 받은 것으로 보지 않으나, 선승인후협의제는 협의가 완료될 것을 조건으로 협의가 완료되지 않은 인허가를 포함하여 법률에 의해 의제되는 모든 인허가가 의제되는 해제조건부인허가인 점에서 부분인허가의제와 차이가 있음.
- ② (○) **행정기본법 제26조(인허가의제의 사후관리 등)** ① 인허가의제의 경우 관련 인허가 행정청은 관련 인허가를 직접 한 것으로 보아 관계 법령에 따른 관리·감독 등 필요한 조치를 하여야 한다.
- ③ (○) 주된 인허가에 관한 사항을 규정하고 있는 법률에서 주된 인허가가 있으면 다른 법률에 의한 인허가를 받은 것으로 의제한다는 규정을 둔 경우, 주된 인허가가 있으면 다른 법률에 의한 인허가가 있는 것으로 보는 데 그치고, 거기에서 더 나아가 다른 법률에 의하여 인허가를 받았음을 전제로 하는 그 다른 법률의 모든 규정들까지 적용되는 것은 아니다(대판 2016.11.24. 2014두47686)
- ④ (×) 구 주택법(2016.1.19. 법률 제13805호로 전부 개정되기 전의 것) 제17조 제1항에 따르면, 주택건설사업계획 승인권자가 관계 행정청의 장과 미리 협의한 사항에 한하여 승인처분을 할 때에 인허가 등이 의제될 뿐이고, 각호에 열거된 모든 인허가 등에 관하여 일괄하여 사전협의를 거칠 것을 주택건설사업계획 승인처분의 요건으로 규정하고 있지 않다. 따라서 인허가 의제 대상이 되는 처분에 어떤 하자가 있더라도, 그로써 해당 인허가 의제의 효과가 발생하지 않을 여지가 있게 될 뿐이고, 그러한 사정이 주택건설사업계획 승인처분 자체의 위법사유가 될 수는 없다. 또한 **의제된 인허가는 통상적인 인허가와 동일한 효력을 가지므로, 적어도 ‘부분 인허가 의제’가 허용되는 경우에는 그 효력을 제거하기 위한 법적 수단으로 의제된 인허가의 취소나 철회가 허용될 수 있고, 이러한 직권 취소·철회가 가능한 이상 그 의제된 인허가에 대한 쟁송취소 역시 허용된다.** 따라서 주택건설사업계획 승인처분에 따라 의제된 인허가가 위법함을 다투고자 하는 이해관계인은, 주택건설사업계획 승인처분의 취소를 구할 것이 아니라 의제된 인허가의 취소를 구하여야 하며, 의제된 인허가는 주택건설사업계획 승인처분과 별도로 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다(대판 2018.11.29. 2016두38792).

답 ④

8 다음 중 「행정규제기본법」에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?

- ① 중앙행정기관의 장은 규제를 신설하거나 강화하기 위해 작성하는 규제영향분석서에서 관련 민원사무의 구비서류 및 처리절차 등의 적정 여부는 고려하지 않아도 된다.
- ② 중앙행정기관의 장은 규제를 신설하거나 강화하려는 경우에 존속시켜야 할 명백한 사유가 없는 규제는 존속기한 또는 재검토 기한을 설정하여 그 법령 등에 규정하여야 한다.
- ③ 중앙행정기관의 장은 규제를 신설하거나 강화하려면 규제개혁위원회에 심사를 요청하여야 하며, 요청시 규제안에 규제영향분석서, 자체심사 의견, 행정기관·이해관계인 등의 제출의견 요지를 첨부하여 제출해야 한다.
- ④ 규제개혁위원회는 심사를 요청받은 날로부터 10일 이내에 그 규제가 국민의 일상생활과 사회·경제활동에 미치는 파급 효과를 고려하여 심사를 받아야 할 규제인지를 결정하여야 한다.

해설

- ① (×)
  - 제7조(규제영향분석 및 자체심사)** ① 중앙행정기관의 장은 규제를 신설하거나 강화(규제의 존속기한 연장을 포함한다.)하려면 다음 각 호의 사항을 종합적으로 고려하여 **규제영향분석**을 하고 **규제영향분석서**를 작성하여야 한다.
    1. 규제의 신설 또는 강화의 필요성
    2. 규제 목적의 실현 가능성
    3. 규제 외의 대체 수단 존재 여부 및 기존규제와의 중복 여부
    4. 규제의 시행에 따라 규제를 받는 집단과 국민이 부담하여야 할 비용과 편익의 비교 분석
    5. 규제의 시행이 「중소기업기본법」 제2조에 따른 중소기업에 미치는 영향
    6. 경쟁 제한적 요소의 포함 여부
    7. 규제 내용의 객관성과 명료성
    8. 규제의 신설 또는 강화에 따른 행정기구·인력 및 예산의 소요
    9. **관련 민원사무의 구비서류 및 처리절차 등의 적정 여부**

②③④ (○)



**제8조(규제의 존속기한 및 재검토키한 명시)** ① 중앙행정기관의 장은 규제를 신설하거나 강화하려는 경우에 존속시켜야 할 명백한 사유가 없는 규제는 존속기한 또는 재검토키한(일정기간마다 그 규제의 시행상황에 관한 점검결과에 따라 폐지 또는 완화 등의 조치를 할 필요성이 인정되는 규제에 한정하여 적용되는 기한을 말한다. 이하 같다)을 설정하여 그 법령등에 규정하여야 한다.

**제10조(심사 요청)**

- ① 중앙행정기관의 장은 규제를 신설하거나 강화하려면 규제개혁위원회에 심사를 요청하여야 한다. 이 경우 법령안(法令案)에 대하여는 법제처장에게 법령안 심사를 요청하기 전에 하여야 한다.
- ② 중앙행정기관의 장은 제1항에 따라 심사를 요청할 때에는 규제안에 다음 각 호의 사항을 첨부하여 규제개혁위원회에 제출하여야 한다.
  1. 제7조제1항에 따른 규제영향분석서
  2. 제7조제3항에 따른 자체심사 의견
  3. 제9조에 따른 행정기관·이해관계인 등의 제출의견 요지

**제11조(예비심사)** ① 위원회는 제10조에 따라 심사를 요청받은 날부터 10일 이내에 그 규제가 국민의 일상생활과 사회·경제활동에 미치는 파급효과를 고려하여 제12조에 따른 심사를 받아야 할 규제(이하 "중요규제"라 한다)인지를 결정하여야 한다.

답 ①

**9 행정법관계에서 사법규정의 적용에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?**(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 국가나 지방자치단체를 당사자로 하는 금전 채권은 국가·지방자치단체의 채권인지 또는 국가·지방자치단체에 대한 채권인지를 묻지않고 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한, 5년간 이를 행사하지 않으면 시효로 인하여 소멸된다.
- ② 행정청은 법령 등의 위반행위가 종료된 날부터 5년이 지나면 해당 위반행위에 대하여 인허가의 정지·취소·철회, 등록 말소, 영업소 폐쇄와 정지를 갈음하는 과징금 부과를 할 수 없음이 원칙이다.
- ③ 행정청은 행정심판의 재결이나 법원의 판결에 따라 제재처분이 취소·철회된 경우에는 재결이나 판결이 확정된 날부터 1년(합의제행정기관은 2년)이 지나기 전까지는 그 취지에 따른 새로운 제재처분을 할 수 있다.
- ④ 국가가 사법상 재산권의 주체로서 국민을 대하는 사법관계에서도 사인과 국가가 본질적으로 다르다고 할 수 있으므로, 국가를 부동산점유취득시효의 주체로 인정할 수 없다.

**해설**

① (○)

**· 국가재정법 제96조(금전채권·채무의 소멸시효)**

- ① 금전의 급부를 목적으로 하는 국가의 권리로서 시효에 관하여 다른 법률에 규정이 없는 것은 5년 동안 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.
- ② 국가에 대한 권리로서 금전의 급부를 목적으로 하는 것도 또한 제1항과 같다.

**· 지방재정법 제82조(금전채권과 채무의 소멸시효)**

- ① 금전의 지급을 목적으로 하는 지방자치단체의 권리는 시효에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 5년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.
- ② 금전의 지급을 목적으로 하는 지방자치단체에 대한 권리도 제1항과 같다.

②③ (○)

**· 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.)을 할 수 없다.
- ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제1항을 적용하지 아니한다.
  1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 인허가를 받거나 신고를 한 경우
  2. 당사자가 인허가나 신고의 위법성을 알고 있었거나 중대한 과실로 알지 못한 경우
  3. 정당한 사유 없이 행정청의 조사·출입·검사를 기피·방해·거부하여 제척기간이 지난 경우
  4. 제재처분을 하지 아니하면 국민의 안전·생명 또는 환경을 심각하게 해치거나 해칠 우려가 있는 경우
- ③ 행정청은 제1항에도 불구하고 행정심판의 재결이나 법원의 판결에 따라 제재처분이 취소·철회된 경우에는 재결이나 판결이 확정된 날부터 1년(합의제행정기관은 2년)이 지나기 전까지는 그 취지에 따른 새로운 제재처분을 할 수 있다.
- ④ 다른 법률에서 제1항 및 제3항의 기간보다 짧거나 긴 기간을 규정하고 있으면 그 법률에서 정하는 바에 따른다.

④ (×) 국가를 부동산 점유취득시효의 주체에서 제외하지 않은 민법제245조 제1항은 부동산 소유자의 재산권을 침해하지 않음 : 국가가 사인의 부동산을 시효취득하는 것은 공권력을 행사하여 우월적 지위에서 강제적으로 취득하는 것이 아니라 사인과 대등한 사경제주체의 지위에서 취득하는 것이고, 소유자에 대하여 아무런 보상이 이루어지지 않는 것은 취득시효제도 자체의 속성이자 그 점유자가 국가인 경우에 특유한 문제가 아니다. 반면 법률질서의 안정과 사회질서의 유지, 증거보전의 곤란 구제 및 소송경제의 실현 등 점유취득시효제도의 필요성은 부동산의 점유자가 국가인 경우에도 마찬가지로 인정될 수 있는 것이다(헌재 2015.6.25. 2014헌바404).

답 ④



10 다음 중 「개인정보보호법」에 대한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 교도소, 정신보건 시설 등 법령에 근거하여 사람을 구금하거나 보호하는 시설 중 개인의 사생활을 현저히 침해할 우려가 있는 공간에 한해서는 영상정보처리기를 설치·운영하여서는 아니 된다.
- ② 거짓이나 그 밖의 부정한 수단이나 방법으로 개인정보를 취득하거나 그 처리에 관한 동의를 받았는지 여부를 판단함에 있어서는 개인정보처리자가 그에 관한 동의를 받는 행위 그 자체만을 분리하여 개별적으로 판단해도 된다.
- ③ 정보주체는 자신의 개인정보에 대한 열람, 정정, 삭제 등을 개인정보처리자에게 요구할 수 있으나, 이러한 요구를 대리인을 통하여 하게 할 수는 없다.
- ④ 「개인정보보호법」상 '누설'이란 아직 개인정보를 알지 못하는 타인에게 알려주는 일체의 행위를 의미하며, 정보주체의 동의 없이 법령에 정한 절차를 거치지 않은 채로 고소·고발장에 다른 정보주체의 개인정보를 첨부하여 경찰서에 제출한 것은 누설에 해당한다.

해설

① (×)

• 개인정보보호법 제25조(고정형 영상정보처리기의 설치·운영 제한) ② 누구든지 불특정 다수가 이용하는 목욕실, 화장실, 발한실(發汗室), 탈의실 등 개인의 사생활을 현저히 침해할 우려가 있는 장소의 내부를 볼 수 있도록 고정형 영상정보처리기를 설치·운영하여서는 아니 된다. 다만, 교도소, 정신보건 시설 등 법령에 근거하여 사람을 구금하거나 보호하는 시설로서 대통령령으로 정하는 시설에 대하여는 그러하지 아니하다.

② (×) 개인정보 보호법 제72조 제2호에 규정된 '거짓이나 그 밖의 부정한 수단이나 방법'의 의미 및 거짓이나 그 밖의 부정한 수단이나 방법으로 개인정보를 취득하거나 그 처리에 관한 동의를 받았는지 판단하는 방법 : 개인정보자기결정권의 법적 성질, 개인정보 보호법의 입법 목적, 개인정보 보호법상 개인정보 보호 원칙 및 개인정보처리자가 개인정보를 처리함에 있어서 준수하여야 할 의무의 내용 등을 고려하여 볼 때, 개인정보 보호법 제72조 제2호에 규정된 '거짓이나 그 밖의 부정한 수단이나 방법'이란 개인정보를 취득하거나 또는 그 처리에 관한 동의를 받기 위하여 사용하는 위계 기타 사회통념상 부정한 방법이라고 인정되는 것으로서 개인정보 취득 또는 그 처리에 동의할지에 관한 정보주체의 의사결정에 영향을 미칠 수 있는 적극적 또는 소극적 행위를 뜻한다. 그리고 거짓이나 그 밖의 부정한 수단이나 방법으로 개인정보를 취득하거나 그 처리에 관한 동의를 받았는지를 판단할 때에는 개인정보처리자가 그에 관한 동의를 받는 행위 자체만을 분리하여 개별적으로 판단하여서는 안 되고, 개인정보처리자가 개인정보를 취득하거나 처리에 관한 동의를 받게 된 전 과정을 살펴본다 거기에서 드러난 개인정보 수집 등의 동기과 목적, 수집 목적과 수집 대상인 개인정보의 관련성, 수집 등을 위하여 사용한 구체적인 방법, 개인정보 보호법 등 관련 법령을 준수하였는지 및 취득한 개인정보의 내용과 규모, 특히 민감정보·고유식별정보 등의 포함 여부 등을 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 판단하여야 한다(대판 2017.4.7. 2016도13263).

• 개인정보보호법 제72조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.  
2. 제59조제1호를 위반하여 거짓이나 그 밖의 부정한 수단이나 방법으로 개인정보를 취득하거나 개인정보 처리에 관한 동의를 받는 행위를 한 자 및 그 사정을 알면서도 영리 또는 부정한 목적으로 개인정보를 제공받은 자

③ (×)

• 개인정보보호법 제38조(권리행사의 방법 및 절차) ① 정보주체는 제35조에 따른 열람, 제36조에 따른 정정·삭제, 제37조에 따른 처리정지, 제39조의7에 따른 동의 철회 등의 요구(이하 "열람등요구"라 한다)를 문서 등 대통령령으로 정하는 방법·절차에 따라 대리인에게 하게 할 수 있다.

④ (○) 구 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률(2011. 3. 29. 법률 제10465호로 폐지되기 전의 것, 이하 같다) 제23조 제2항, 제11조의 '누설'이란 아직 개인정보를 알지 못하는 타인에게 알려주는 일체의 행위를 말하고, 고소·고발장에 다른 정보주체의 개인정보를 첨부하여 경찰서에 제출한 것은 그 정보주체의 동의도 받지 아니하고 관련 법령에 정한 절차를 거치지 아니한 이상 부당한 목적하에 이루어진 개인정보의 '누설'에 해당하였다. 개인정보 보호법 제71조 제5호, 제59조 제2호 위반죄는 구 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률 제23조 제2항, 제11조 위반죄와 비교하여 범행주체가 다르고 '누설'에 부당한 목적이 삭제되었다는 것만 다를 뿐 나머지 구성요건은 실질적으로 동일한 점, 개인정보 보호법 제59조 제2호가 금지하는 누설행위의 주체는 '개인정보를 처리하거나 처리하였던 자'이고, 그 대상은 '업무상 알게 된 개인정보'로 제한되므로, 수사기관에 대한 모든 개인정보 제공이 금지되는 것도 아닌 점 및 개인정보 보호법의 제정 취지 등을 감안하면, 구 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률에 따른 '누설'에 관한 위의 법리는 개인정보 보호법에도 그대로 적용된다(대판 2022.11.10. 2018도1966).

답 ④

11 처분의 근거법률에 대한 위헌결정이 내려진 경우 처분의 효력에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는

경우 판례에 의함)

- ① 대법원에 따르면, 헌법재판소의 위헌결정의 효력은 당해사건, 동종사건과 병행사건뿐만 아니라, 위헌결정 이후 같은 이유로 제소된 일반사건에도 미친다.
- ② 헌법재판소에 따르면, 위헌결정의 소급효는 당해사건, 병행사건에 대해서 미칠 수 있고, 일반사건의 경우는 원칙적으로 소급효가 부정되지만, 구체적 타당성의 요청이 현저한 반면에 법적 안정성을 침해할 우려가 없고 소급효의 부인이 오히려 정의와 평등 등 헌법적 이념에 심히 배치되는 때에는 예외적으로 소급효가 인정된다.
- ③ 대법원에 따르면, 위헌결정의 효력이 미치는 범위가 무한정일 수는 없고, 다른 법리에 의하여 그 소급효를 제한하는 것까지 부정되는 것은 아니며, 법적 안정성의 유지나 당사자의 신뢰보호를 위하여 불가피한 경우에 위헌결정의 소급효를 제한하는 것은 오히려 법치주의의 원칙상 요청된다.
- ④ 대법원에 따르면, 취소소송의 제기기간을 경과하여 확정력이 발생한 행정처분의 경우 위헌결정의 소급효가 미친다고 보아야 한다.



해설

- ①③ (○) • 헌법재판소의 위헌결정의 소급효가 인정되는 경우 : 당해·동종·병행사건 + 위헌결정 이후에 같은 이유로 제소된 일반사건  
 • 법률의 위헌결정의 효력 - 원칙 : 즉시효·장래효

↳ 예외 : 소급효 - 법률상 소급효 : 형벌조항 소급효(헌법재판소법 제47조 제3항)  
 ↳ 해석상 소급효 : 당해 사건 + 동종사건 + 병행사건 + 일반사건

- [대법원 판결] 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 바라 할 것이다(대판 2006.6.9. 2006두1296)
- ② (○) [헌법재판소 판결] 헌법재판소에 의하여 위헌으로 선고된 법률 또는 법률의 조항이 제정 당시로 소급하여 효력을 상실하는가 아니면 장래에 향하여 효력을 상실하는가의 문제는 특단의 사정이 없는 한 헌법적합성의 문제라기보다는 입법자가 법적 안정성과 개인의 권리구제 등 제반이익을 비교형량하여 가면서 결정할 입법정책의 문제인 것으로 보인다. 우리의 입법자는 헌법재판소법 제47조 제2항 본문의 규정을 통하여 형벌법규를 제외하고는 법적 안정성을 더 높이 평가하는 방안을 선택하였는바, 이에 의하여 구체적 타당성이나 평등의 원칙이 완벽하게 실현되지 않는다고 하더라도 헌법상 법치주의의 원칙의 파생인 법적 안정성 내지 신뢰보호의 원칙에 의하여 이러한 선택은 정당화된다 할 것이고, 특단의 사정이 없는 한 이로써 헌법이 침해되는 것은 아니라 할 것이다. 그렇지만 효력이 다양할 수밖에 없는 위헌결정의 특수성 때문에 예외적으로 부분적인 소급효의 인정을 부인해서는 안 될 것이다. 첫째, 구체적 규범통제 실효성의 보장의 견지에서 법원의 제청·헌법소원 청구 등을 통하여 헌법재판소에 법률의 위헌결정을 위한 계기를 부여한 당해 사건, 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌 여부에 관하여 헌법재판소에 위헌제청을 하였거나 법원에 위헌제청신청을 한 경우의 당해 사건(동종사건), 그리고 따로 위헌제청신청을 아니하였지만 당해 법률 또는 법률의 조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속중인 사건(병행사건)에 대하여는 소급효를 인정하여야 할 것이다. 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 평등 등 헌법적 이념에 심히 배치되는 때에도 소급효를 인정할 수 있다. 어떤 사안이 후자와 같은 테두리에 들어가는가에 관하여는 본래적으로 규범통제를 담당하는 헌법재판소가 위헌선언을 하면서 직접 그 결정주문에서 밝혀야 할 것이나, 직접 밝힌 바 없으면 그와 같은 경우에 해당하는가의 여부는 일반법원이 구체적 사건에서 해당 법률의 연혁·성질·보호법익 등을 검토하고 제반이익을 형량해서 합리적·합목적적으로 정하여 대처할 수밖에 없을 것으로 본다(헌재 2000.8.31. 2000헌바6).
- ④ (×) • 법률에 근거하여 행정처분이 발하여진 후에 헌법재판소가 그 행정처분의 근거가 된 법률을 위헌으로 결정하였다면 결과적으로 행정처분은 법률의 근거가 없이 행하여진 것과 마찬가지로 되어 하자가 있는 것이 되나, 하자 있는 행정처분이 당연무효가 되기 위하여는 그 하자가 중대할 뿐만 아니라 명백한 것이어야 하는데, 일반적으로 법률이 헌법에 위반된다는 사정이 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에는 객관적으로 명백한 것이라고 할 수는 없으므로 헌법재판소의 위헌결정 전에 행정처분의 근거가 된 당해 법률이 헌법에 위반된다는 사유는 특별한 사정이 없는 한 그 행정처분의 취소소송의 전제가 될 수 있을 뿐 당연무효사유는 아니라고 봄이 상당하다. 위헌인 법률에 근거한 행정처분이 당연무효인지의 여부는 위헌결정의 소급효와는 별개의 문제로서, 위헌결정의 소급효가 인정된다고 하여 위헌인 법률에 근거한 행정처분이 당연무효가 된다고는 할 수 없고, 오히려 이미 취소소송의 제기기간을 경과하여 확정력이 발생한 행정처분에는 위헌결정의 소급효가 미치지 않는다고 보아야 한다. 어느 행정처분에 대하여 그 행정처분의 근거가 된 법률이 위헌이라는 이유로 무효확인청구의 소가 제기된 경우에는 다른 특별한 사정이 없는 한 법원으로서 그 법률이 위헌인지 여부에 대하여는 판단할 필요 없이 그 무효확인청구를 기각하여야 한다(대판 1994.10.28. 92누9463).

답 ④

✦ 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 | 효력이 다양할 수밖에 없는 위헌결정의 특수성 때문에 예외적으로 부분적인 소급효 인정.<br>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.<br>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. |
|----------|--|



|        |   |
|--------|---|
| 대법원 입장 | 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. |
|--------|---|

(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    | <ul style="list-style-type: none"> <li>① 행정처분 후 근거가 된 법률을 헌법재판소가 위헌 결정한 경우 하자가 중대하지만 명백하지 않으므로 취소사유<br/>*cf) 행정처분 후 근거가 된 시행령·시행규칙·조례가 대법원의 무효선언 판결시 하자가 중대하지만 명백하지 않으므로 취소사유<br/>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.</li> <li>② 위헌결정 이후 위헌법률의 중국적인 실현을 위한 국가의 추가적인 행위는 허용되지 않음             <ul style="list-style-type: none"> <li>㉠ 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.</li> <li>㉡ 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)</li> <li>㉢ 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.</li> </ul> </li> </ul> |
| 헌재 재판소 판례 | <ul style="list-style-type: none"> <li>① 행정처분 후 근거가 된 법률을 헌법재판소가 위헌 결정한 경우 *주1)             <ul style="list-style-type: none"> <li>㉠ 원칙 : 하자가 중대하지만 명백하지 않으므로 취소사유</li> <li>㉡ 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).</li> </ul> </li> <li>② 근거 법률이 위헌 결정된 경우 위헌 결정 전에 그 법률을 적용한 공무원의 고의·과실을 단정할 수 없음 ⇨ 국가배상책임 성립 안함</li> </ul>  |

\* 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 제기기간은 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

12 행정행위의 부관에 관한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정청은 부관을 붙일 수 있는 처분이 법률에 근거가 있거나, 당사자의 동의가 있는 경우 그 처분을 한 후에도 부관을 새로 붙일 수 있지만, 사정이 변경되어 부관을 새로 붙이지 아니하면 해당 처분의 목적을 달성할 수 없다는 이유로는 처분을 한 후에 부관을 새로 붙일 수 없다.
- ② 부담의 이행으로서 하게 된 사법상 매매 등의 법률행위는 부담을 붙인 행정처분과는 어디까지나 별개의 법률행위이므로 그 부담의 불가쟁력의 문제와는 별도로 법률행위가 사회질서 위반이나 강행규정에 위반되는지 여부 등을 따져보아 그 법률행위의 유효 여부를 판단하여야 한다.
- ③ 허가에 붙은 기한이 그 허가된 사업의 성질상 부당하게 짧은 경우에는 이를 그 허가 자체의 존속기간이 아니라 그 허가조건의 존속기간으로 보아야 하며, 이때 그 허가기간이 연장되기 위하여 그 종기가 도래하기 전에 그 허가기간의 연장에 관한 신청이 있어야 하는 것은 아니다.
- ④ 수익적 행정처분에 있어서는 법령에 특별한 근거규정이 없더라도 그 부관으로서 부담을 붙일 수 있지만, 그와 같은 부담을 부가하기 이전에 상대방과 협의하여 부담의 내용을 협약의 형식으로 미리 정할 수는 없다.



해설

① (×) **부관의 사후변경, 사후부관이 허용되는 범위** : 행정처분에 이미 부담이 부가되어 있는 상태에서 그 의무의 범위 또는 내용 등을 변경하는 부관의 사후변경은 ㉠ 법률에 명문의 규정이 있거나 ㉡ 그 변경이 미리 유보되어 있는 경우 또는 ㉢ 상대방의 동의가 있는 경우에 한하여 허용되는 것이 원칙이지만, ㉣ **사정변경으로 인하여 당초에 부담을 부기한 목적을 달성할 수 없게 된 경우에도 그 목적 달성에 필요한 범위 내에서 예외적으로 허용된다**(대판 1997.5.30. 97누2627).

• 행정기본법 제17조 [부관] ③ 행정청은 부관을 붙일 수 있는 처분이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 처분을 한 후에도 부관을 새로 붙이거나 종전의 부관을 변경할 수 있다.

1. 법률에 근거가 있는 경우
2. 당사자의 동의가 있는 경우
3. **사정이 변경되어 부관을 새로 붙이거나 종전의 부관을 변경하지 아니하면 해당 처분의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우**

② (○) **행정처분에 붙인 부담인 부관이 무효가 되면 그 부담의 이행으로 한 사법상 법률행위도 당연히 무효가 되지는 않음 / 부담인 부관이 불가쟁력이 생긴 경우라도 부담의 이행으로 한 사법상 법률행위가 사회질서 위반이나 강행규정 위반 사유가 있으면 민사소송으로 다룰 수 있음** : 행정처분에 부담인 부관을 붙인 경우 부관의 무효화에 의하여 본체인 행정처분 자체의 효력에도 영향이 있게 될 수는 있지만, 그 처분을 받은 사람이 **부담의 이행으로 사법상 매매 등의 법률행위를 한 경우에는 그 부관은 특별한 사정이 없는 한 법률행위를 하게 된 동기 내지 연유로 작용하였을 뿐이므로 이는 법률행위의 취소사유가 될 수 있음은 별론으로 하고 그 법률행위 자체를 당연히 무효화하는 것은 아니다**. 행정처분에 붙은 부담인 부관이 제소기간의 도과로 확정되어 이미 불가쟁력이 생겼다면 그 하자가 중대하고 명백하여 당연 무효로 보아야 할 경우 외에는 누구나 그 효력을 부인할 수 없을 것이지만, **부담의 이행으로서 하게 된 사법상 매매 등의 법률행위는 부담을 붙인 행정처분과는 어디까지나 별개의 법률행위이므로 그 부담의 불가쟁력의 문제와는 별도로 법률행위가 사회질서 위반이나 강행규정에 위반되는지 여부 등을 따져보아 그 법률행위의 유효 여부를 판단하여야 한다**(대판 2009.6.25. 2006다18174)

| 기부채납부담의 하자        |                  | 부담이행으로서 사법상 법률행위 효력<br>(기부채납[증여계약]·매매계약의 효력)       |
|-------------------|------------------|--|
| 당연무효              | →                | 취소(계약 해지) 가능 *당연무효 아님                              |
| 취소사유              | 쟁송취소된 경우         | → 취소(계약 해지) 가능                                     |
|                   | 제소기간 경과로 불가쟁력 발생 | → 유효여부는 별도로 판단<br>(민법 상 사회질서 위반, 강행규정 위반시 민사소송 가능) |
| 당연무효 아님 or 취소 안 됨 |                  | → 중요부분의 착오를 이유로 취소 불가                              |

③ (×) 일반적으로 행정처분에 효력기간이 정하여져 있는 경우에는 그 기간의 경과로 그 행정처분의 효력은 상실되고, 다만 **허가에 붙은 기한이 그 허가된 사업의 성질상 부당하게 짧은 경우에는 이를 그 허가 자체의 존속기간이 아니라 그 허가조건의 존속기간(갱신기간)으로 보아 그 기한이 도래함으로써 그 조건의 개정을 고려한다는 뜻으로 해석할 수는 있지만, 그와 같은 경우라 하더라도 그 허가기간이 연장되기 위하여는 그 종기가 도래하기 전에 그 허가기간의 연장에 관한 신청이 있어야 하며, 만일 그러한 연장신청이 없는 상태에서 허가기간이 만료하였다면 그 허가의 효력은 상실된다**(대판 2007.10.11. 2005두12404).

④ (×) **행정청이 수익적 행정처분을 하면서 부관으로 부담을 붙이는 방법-상대방과 협약형식으로 미리 정한 다음 행정처분시 부가 가능** : 수익적 행정처분에 있어서는 법령에 특별한 근거규정이 없다고 하더라도 그 부관으로서 부담을 붙일 수 있고, 그와 같은 부담은 행정청이 행정처분을 하면서 일방적으로 부가할 수도 있지만 **부담을 부가하기 이전에 상대방과 협의하여 부담의 내용을 협약의 형식으로 미리 정한 다음 행정처분을 하면서 이를 부가할 수도 있다**(대판 2009.2.12. 2005다65500)

\* 위 판례는 수익적 행정처분이 재량행위인 경우를 전제로 함을 주의.

답 ②

13 고시·훈령·예규·지침 등의 형식의 행정입법에 관한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「행정기본법」에 따른 법령에 행정규칙의 형식은 포함되지 아니한다.
- ② 법률의 위임이 없이 법률의 시행을 위한 집행명령으로서 법률보충적인 구실을 하는 법규적 성질을 가진 지침을 정할 수는 없다.
- ③ 산업자원부 고시가 법률의 위임에 따라 법규명령으로서 효력을 가지고, 김포시장이 위 산업자원부 고시의 위임에 따라 그와 결합하여 보다 세부적인 기준을 정한 경우, 그것이 상위명령의 범위를 벗어나지 아니한다면 구속력이 있는 법규명령으로서 효력을 가진다.
- ④ 행정규칙의 내용이 상위법령에 반하는 것이라면 법질서의 통일성과 모순금지 원칙에 따라 상위법령의 위임이 있는 경우에도 행정규칙의 법규적 성질을 인정할 수 없고, 단지 행정내부적 효력만을 인정할 수 있다.

해설

① (×) 행정기본법 상 '법령'에는 행정규칙이 포함된다.

• 행정기본법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "법령등"이란 다음 각 목의 것을 말한다.
  - 가. 법령 : 다음의 어느 하나에 해당하는 것
    - 1) 법률 및 대통령령·총리령·부령
    - 2) 국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙 및 감사원규칙
    - 3) 1) 또는 2)의 위임을 받아 중앙행정기관(「정부조직법」 및 그 밖의 법률에 따라 설치된 중앙행정기관을 말한다. 이하 같다)의 장이 정한 훈령·예규 및 고시 등 **행정규칙**
  - 나. 자치법규 : 지방자치단체의 조례 및 규칙

② (×) 개별토지가격합동조사지침(1990.4.14. 국무총리훈령 제241호로 제정되어 1991.4.2. 국무총리훈령 제248호로 개정된 것) 제6조는 개별토지가격결정 절차를 규정하고 있으면서 그중 제3호에서 산정된 지가의 공개 열람 및 토지소유자 또는 이해관계인의 의견접수를 절차의 하나로 규정하고 있는바, 위 지침은 지가공시 및 토지등의 평가에 관한 법률 제10조의 시행을 위한 집행명령으로서 법률보충적인 구실을 하는 법규적 성질을 가지고 있는 것으로



보아야 할 것이므로 위 지침에 규정된 절차에 위배하여 이루어진 지가결정은 위법하다고 할 것이다(대판 1994.2.8. 93누111).

③ (○) 산업자원부 고시 공장입지기준(1999. 12. 16. 산업자원부 고시 제1999-147호) 제5조는 산업자원부장관이 공업배치및공장설립에관한법을 제8조의 위임에 따라 공장입지의 기준을 구체적으로 정한 것으로서 법규명령으로서 효력을 가진다 할 것이고, 김포시 고시 공장입지제한처리기준(2000. 4. 10. 김포시 고시 제2000-28호) 제5조 제1항은 김포시장이 위 산업자원부 고시 공장입지기준 제5조 제2호의 위임에 따라 공장입지의 보다 세부적인 기준을 정한 것으로서 상위명령의 범위를 벗어나지 아니하므로 그와 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령으로서 효력을 가진다(대판 2004.5.28. 2002두4716).

④ (×) 상급행정기관이 소속 공무원이나 하급행정기관에 대하여 세부적인 업무처리절차나 법령의 해석·적용 기준을 정해 주는 '행정규칙'은 상위법령의 구체적 위임이 있지 않는 한 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 효력이 없다. 다만 행정규칙이 이를 정한 행정기관의 재량에 속하는 사항에 관한 것인 때에는 그 규정 내용이 객관적 합리성을 결여하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 법원은 이를 존중하는 것이 바람직하다. 그러나 **행정규칙의 내용이 상위법령에 반하는 것이라면 법치국가원리에서 파생되는 법질서의 통일성과 모순금지 원칙에 따라 그것은 법질서상 당연무효이고, 행정내부적 효력도 인정될 수 없다.** 이러한 경우 법원은 해당 행정규칙이 법질서상 부존재하는 것으로 취급하여 행정기관이 한 조치의 당부를 상위법령의 규정과 입법 목적 등에 따라서 판단하여야 한다(대판 2019.10.31. 2013두20011)

답 ③

## 14 「행정절차법」의 내용에 관한 다음 설명 중 가장 적절한 것은?

- ① 행정청은 다수 국민의 이해가 상충되거나 다수 국민에게 불편이나 부담을 주는 처분을 하는 경우 청문주재자를 2명 이상으로 선정할 수 있다.
- ② 법령 등에서 당사자가 신청할 수 있는 처분을 규정하고 있는 경우 행정청은 당사자의 신청에 따라 장래에 어떤 처분을 하거나 하지 아니할 것을 내용으로 하는 의사표시인 확약을 할 수 있는바, 이 경우 확약은 문서로 하여야 하는 것이 원칙이나 구술로도 할 수 있다.
- ③ 온라인 정책토론의 필요성에 대한 인식이 높아져 가고 있지만, 아직까지 「행정절차법」은 '온라인 정책토론'에 관한 규정을 갖고 있지 않다.
- ④ 행정청이 처분을 할 때에는 문서로 하여야 하며, 당사자 등의 동의를 있는 경우에도 전자문서로는 할 수 없다.

### 해설

① (○)

• **제28조(청문 주재자)** ② 행정청은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 처분을 하려는 경우에는 **청문 주재자를 2명 이상으로 선정**할 수 있다. 이 경우 선정된 청문 주재자 중 1명이 청문주재자를 대표한다.

1. 다수 국민의 이해가 상충되는 처분
2. 다수 국민에게 불편이나 부담을 주는 처분
3. 그 밖에 전문적이고 공정한 청문을 위하여 행정청이 청문 주재자를 2명 이상으로 선정할 필요가 있다고 인정하는 처분

② (×)

• **제40조의2(확약)** ① 법령등에서 당사자가 신청할 수 있는 처분을 규정하고 있는 경우 행정청은 당사자의 신청에 따라 장래에 어떤 처분을 하거나 하지 아니할 것을 내용으로 하는 의사표시(이하 "확약"이라 한다)를 할 수 있다. ② **확약은 문서로 하여야 한다.**

③ (×)

#### • 제53조(온라인 정책토론)

- ① 행정청은 국민에게 영향을 미치는 주요 정책 등에 대하여 국민의 다양하고 창의적인 의견을 널리 수렴하기 위하여 정보통신망을 이용한 정책토론(이하 이 조에서 "온라인 정책토론"이라 한다)을 실시할 수 있다.
- ② 행정청은 효율적인 온라인 정책토론을 위하여 과제별로 한시적인 토론 패널을 구성하여 해당 토론에 참여시킬 수 있다. 이 경우 패널의 구성에 있어서는 공정성 및 객관성이 확보될 수 있도록 노력하여야 한다.
- ③ 행정청은 온라인 정책토론이 공정하고 중립적으로 운영되도록 하기 위하여 필요한 조치를 할 수 있다.
- ④ 토론 패널의 구성, 운영방법, 그 밖에 온라인 정책토론의 운영을 위하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

④ (×)

#### • 제24조(처분의 방식)

- ① 행정청이 처분을 할 때에는 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 **문서로 하여야 하며, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 전자문서로 할 수 있다.**
  1. 당사자등의 동의가 있는 경우
  2. 당사자가 전자문서로 처분을 신청한 경우
- ② 제1항에도 불구하고 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있거나 사안이 경미한 경우에는 말, 전화, 휴대전화를 이용한 문자 전송, 팩스 또는 전자우편 등 문서가 아닌 방법으로 처분을 할 수 있다. 이 경우 당사자가 요청하면 지체 없이 처분에 관한 문서를 주어야 한다.

답 ①



15 다음 중 행정행위의 효력과 관련된 대법원의 판례로서 옳은 것만 모두 고른 것은?

- ㉠ 법률관계나 사실관계에 대하여 그 법률의 규정을 적용할 수 없다는 법리가 명백히 밝혀지지 아니하여 그 해석에 다툼의 여지가 있고 행정관청이 이를 잘못 해석하여 행정처분을 하였다면 해당 처분에 명백하게 하자가 있다고 판단된다.
- ㉡ 행정처분의 하자의 중대성과 명백성을 판별함에 있어서는 그 법규의 목적, 의미, 기능 등을 목적론적으로 고찰함과 동시에 구체적 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰해야 한다.
- ㉢ 임면권자와 국가정보원장과의 충분한 사전교감이 있었으며 임면권이 국가정보원장에게 내부위임 되어 있다면, 5급 이상의 국가정보원 직원에 대한 의원면직 처분이 국가정보 원장에 의해 행해진 것으로 위법하고 국가정보원장의 중용에 의해 이루어진 것이라 하더라도 해당 행정처분의 하자가 중대한 것이라 보기 어렵다.
- ㉣ 특별한 사정 없이, 과세관청이 과세예고 통지 후 과세전적부심사 청구나 그에 대한 결정이 있기 전에 과세처분을 한 경우에는 과세전적부심사 제도 자체를 형해화시키지 않으나, 과세전적부심사 결정과 과세처분 사이의 관계 및 불복절차를 불분명하게 할 우려가 있으므로 절차상 하자가 중대·명백하다.

① ㉠, ㉡

② ㉡, ㉢

③ ㉡, ㉢, ㉣

④ ㉠, ㉡, ㉣

해설

- ㉠ (x) 행정청이 어느 법률관계나 사실관계에 대하여 어느 법률의 규정을 적용하여 행정처분을 한 경우에 그 법률관계나 사실관계에 대하여는 그 법률의 규정을 적용할 수 없다는 법리가 명백히 밝혀져 그 해석에 다툼의 여지가 없음에도 불구하고 행정청이 위 규정을 적용하여 처분을 한 때에는 그 하자가 중대하고도 명백하다고 할 것이나, 그 법률관계나 사실관계에 대하여 그 법률의 규정을 적용할 수 없다는 법리가 명백히 밝혀지지 아니하여 그 해석에 다툼의 여지가 있는 때에는 행정관청이 이를 잘못 해석하여 행정처분을 하였다면 이는 그 처분 요건사실을 오인한 것에 불과하여 그 하자가 명백하다고 할 수 없는 것이고, 또한 행정처분의 대상이 되는 법률관계나 사실관계가 전혀 없는 사람에게 행정처분을 한 때에는 그 하자가 중대하고도 명백하다고 할 것이나, 행정처분의 대상이 되지 아니하는 어떤 법률관계나 사실관계에 대하여 이를 처분의 대상이 되는 것으로 오인할 만한 객관적인 사정이 있는 경우로서 그것이 처분대상이 되는지의 여부가 그 사실관계를 정확히 조사하여야 비로소 밝혀질 수 있는 때에는 비록 이를 오인한 하자가 중대하다고 할지라도 외관상 명백하다고 할 수는 없다. (대판 2004.10.15. 2002다68485 / 2012.10.25. 2010두25107).
- ㉡ (○) 행정처분이 당연무효라고 하기 위하여는 처분에 위법사유가 있다는 것만으로는 부족하고 그 하자가 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것으로서 객관적으로 명백한 것이어야 하며, 하자가 중대하고 명백한 것인지 여부를 판별함에 있어서는 그 법규의 목적, 의미, 기능 등을 목적론적으로 고찰함과 동시에 구체적 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰함을 요한다. (대판 2008.9.25. 2007다24640).
- ㉢ (○) 임면권자가 아닌 국가정보원장이 5급 이상의 국가정보원직원에 대하여 한 의원면직처분은 당연무효가 아님 : 행정청의 권한에는 사무의 성질 및 내용에 따르는 제약이 있고, 지역적·대인적으로 한계가 있으므로 이러한 권한의 범위를 넘어서는 권한유월의 행위는 무권한 행위로서 원칙적으로 무효라고 할 것이나, 행정청의 공무원에 대한 의원면직처분은 공무원의 사직의사를 수리하는 소극적 행정행위에 불과하고, 당해 공무원의 사직의사를 확인하는 확인적 행정행위의 성격이 강하며 재량의 여지가 거의 없기 때문에 의원면직처분에서의 행정청의 권한유월행위를 다른 일반적인 행정행위에서의 그것과 반드시 같이 보아야 할 것은 아니다. 이 사건 기록에 의하면 종래 국정원 직원에 대한 의원면직처분은 피고가 대통령으로부터 내부결재만 받고 피고의 이름으로 행함이 관행이었고, 특히 이 사건 의원면직처분이 이루어질 당시의 사정에 비추어 보면, 원고들을 포함한 국정원 직원들에 대한 면직처분에 관하여는 대통령과 피고 사이에 충분한 사전교감이 있었으며, 원고 1 등의 명예퇴직신청에 대해 대통령의 결재가 누락된 것도 대통령의 의사에 기한 것이거나 하급행정청인 피고의 권한유월의 의도하에 이루어진 것이 아니라, 명예퇴직일자에 임박하여 명예퇴직원이 제출되었거나 대통령의 재가를 받은 지 얼마 되지 않은 시점에서 추가로 명예퇴직이 신청된 경우 등에 절차의 편의상 대통령에게는 메모 등의 형식으로 간이보고만 하고 피고가 대통령을 대신하여 결재를 하는 이른바 '인지 대(認知代)' 형식의 관례에 의한 것이었거나 혹은 4급 이하 직원( 원고 19의 경우)에 대한 임면권이 피고에게 내부위임되어 있었기 때문으로 보인다. 따라서 5급 이상의 국가정보원 직원에 대한 의원면직처분이 임면권자인 대통령이 아닌 국가정보원장에 의해 행해진 것으로 위법하고, 나아가 국가정보원 직원의 명예퇴직원 내지 사직서제출이 직위해제 후 1년여에 걸친 국가정보원장 측의 중용에 의한 것이었다는 사정을 감안한다 하더라도 그러한 하자가 중대한 것이라고 볼 수는 없으므로, 대통령의 내부결재가 있었는지에 관계없이 당연무효는 아니라고 할 것이다. (대판 2007.7.26. 2005두15748).
- ㉣ (x) 과세관청이 과세예고 통지 후 과세전적부심사 청구나 그에 대한 결정이 있기 전에 과세처분을 한 경우, 절차상 하자가 중대·명백하여 과세처분은 원칙적으로 무효 : 사전구제절차로서 과세전적부심사 제도가 가지는 기능과 이를 통해 권리구제가 가능한 범위, 이러한 제도가 도입된 경위와 취지, 납세자의 절차적 권리 침해를 효율적으로 방지하기 위한 통제 방법과 더불어, 헌법 제12조 제1항에서 규정하고 있는 적법절차의 원칙은 형사소송절차에 국한되지 아니하고, 세무공무원이 과세권을 행사하는 경우에도 마찬가지로 준수하여야 하는 점 등을 고려하여 보면, 국세기본법 및 국세기본법 시행령이 과세전적부심사를 거치지 않고 곧바로 과세처분을 할 수 있거나 과세전적부심사에 대한 결정이 있기 전이라도 과세처분을 할 수 있는 예외사유로 정하고 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 과세예고 통지 후 과세전적부심사 청구나 그에 대한 결정이 있기도 전에 과세처분을 하는 것은 원칙적으로 과세전적부심사 이후에 이루어져야 하는 과세처분을 그보다 앞서 함으로써 과세전적부심사 제도 자체를 형해화시킬 뿐만 아니라 과세전적부심사 결정과 과세처분 사이의 관계 및 불복절차를 불분명하게 할 우려가 있으므로, 그와 같은 과세처분은 납세자의 절차적 권리를 침해하는 것으로서 절차상 하자가 중대하고도 명백하여 무효이다. (대판 2016.12.27. 2016두49228).

답 ②



16 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」상의 정보공개에 관한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 사립대학교는 사립대학교에 대한 국비 지원이 한정적·일시적·국부적이라는 점을 고려하여 정보공개 의무자로 볼 수 없다.
- ② 지방자치단체의 업무추진비 세부항목별 집행내역 및 그에 관한 증빙서류에 포함된 개인에 관한 정보는 ‘공개하는 것이 공익을 위하여 필요하다고 인정되는 정보’에 해당한다.
- ③ 구 「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」 및 같은 법 시행령 규정들의 내용 등에 비추어, 학교폭력대책자치위원회의 회의록은 공공기관의 정보공개에 관한 법률의 비공개사유인 ‘다른 법률 또는 법률이 위임한 명령에 의하여 비밀 또는 비공개 사항으로 규정된 정보’에 해당하지 아니한다.
- ④ 정보공개청구서에 청구대상정보를 기재함에 있어서는 사회일반인의 관점에서 청구대상 정보의 내용과 범위를 확정할 수 있을 정도로 특정함을 요하는데, 공개를 청구한 정보의 내용이 ‘대한주택공사의 특정 공공택지에 관한 수용가, 택지조성원가, 분양가, 건설원가 등 및 관련 자료 일체’인 경우, ‘관련 자료 일체’ 부분은 그 내용과 범위가 정보공개청구 대상 정보로서 특정되었다고 보기 어렵다.

해설

- ① (×) **사립대학교도 정보공개 의무를 지는 공공기관** : 정보공개 의무기관을 정하는 것은 입법자의 입법형성권에 속하고, 이에 따라 입법자는 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제2조 제3호에서 정보공개 의무기관을 공공기관으로 정하였는바, 공공기관은 국가기관에 한정되는 것이 아니라 지방자치단체, 정부투자기관, 그 밖에 공동체 전체의 이익에 중요한 역할이나 기능을 수행하는 기관도 포함되는 것으로 해석되고, 여기에 정보공개 목적, 교육의 공공성 및 공·사립학교의 동질성, 사립대학교에 대한 국가의 재정지원 및 보조 등 여러 사정을 고려해 보면, **사립대학교에 대한 국비 지원이 한정적·일시적·국부적이라는 점을 고려하더라도**, 「같은 법 시행령」 제2조 제1호가 정보공개 의무를 지는 공공기관의 하나로 사립대학교를 들고 있는 것이 모법인 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」의 위임범위를 벗어났거나 **사립대학교가 국비의 지원을 받는 범위 내에서만 공공기관의 성격을 가진다고 볼 수 없다**(대판 2006.8.24. 2004두2783).
- ② (×) **지방자치단체의 업무추진비(속칭 판공비) 세부항목별 집행내역 및 증빙서류에 포함된 개인 정보는 ‘공개하는 것이 공익을 위하여 필요하다고 인정되는 정보’에 해당하지 않음** : 법 7조(현 9조) 1항 6호는 비공개대상정보의 하나로 ‘당해 정보에 포함되어 있는 이름·주민등록번호 등에 의하여 특정인을 식별할 수 있는 개인에 관한 정보’를 규정하면서, 같은 호 단서 (다)목으로 ‘공공기관이 작성하거나 취득한 정보로서 공개하는 것이 공익 또는 개인의 권리구제를 위하여 필요하다고 인정되는 정보’는 제외된다고 규정하고 있는데, 여기서 ‘공개하는 것이 공익을 위하여 필요하다고 인정되는 정보’에 해당하는지 여부는 비공개에 의하여 보호되는 개인의 사생활 보호 등의 이익과 공개에 의하여 보호되는 국정운영의 투명성 확보 등의 공익을 비교·교량하여 구체적 사안에 따라 신중히 판단해야 할 것인바, 이 사건 정보 중 개인에 관한 정보는 특별한 사정이 없는 한 그 개인의 사생활 보호라는 관점에서 보더라도 위와 같은 정보가 공개되는 것은 바람직하지 않으며 위 정보의 비공개에 의하여 보호되는 이익보다 공개에 의하여 보호되는 이익이 우월하다고 단정할 수도 없으므로, 이는 ‘공개하는 것이 공익을 위하여 필요하다고 인정되는 정보’에 해당하지 않는다고 봄이 상당하다(대판 2003.3.11. 2001두6425).
- ③ (×) 학교폭력대책자치위원회에서의 자유롭고 활발한 심의·의결이 보장되기 위해서는 위원회가 종료된 후라도 심의·의결 과정에서 개개 위원들이 한 발언 내용이 외부에 공개되지 않는다는 것이 철저히 보장되어야 한다는 점, 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제21조 제3항이 학교폭력대책자치위원회의 회의를 공개하지 못하도록 명문으로 규정하고 있는 것은, 회의록 공개를 통한 알권리 보장과 학교폭력대책자치위원회 운영의 투명성 확보 요청을 다소 후퇴시켜서라도 초등학교·중학교·고등학교·특수학교 내외에서 학생들 사이에서 발생한 학교폭력의 예방 및 대책에 관련된 사항을 심의하는 학교폭력대책자치위원회 업무수행의 공정성을 최대한 확보하기 위한 것으로 보이는 점 등을 고려하면, **학교폭력대책자치위원회의 회의록은 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제5호의 ‘공개될 경우 업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보’에 해당한다**(대판 2010.6.10. 2010두2913).
- ④ (○) 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제10조 제1항 제2호는 정보의 공개를 청구하는 자는 정보공개청구서에 ‘공개할 정보의 내용’ 등을 기재할 것을 규정하고 있는바, 청구대상정보를 기재함에 있어서는 사회일반인의 관점에서 청구대상정보의 내용과 범위를 확정할 수 있을 정도로 특정함을 요한다. 정보비공개결정의 취소를 구하는 사건에 있어서, 만일 공개를 청구한 정보의 내용 중 너무 포괄적이거나 막연하여서 사회일반인의 관점에서 그 내용과 범위를 확정할 수 있을 정도로 특정되었다고 볼 수 없는 부분이 포함되어 있다면, 이를 심리하는 법원에서는 마땅히 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제20조 제2항의 규정에 따라 공공기관에게 그가 보유·관리하고 있는 공개청구정보를 제출하도록 하여 이를 비공개로 열람·심사하는 등의 방법으로 공개청구정보의 내용과 범위를 특정시켜야 하고, 나아가 위와 같은 방법으로도 특정이 불가능한 경우에는 특정되지 않은 부분과 나머지 부분을 분리할 수 있고 나머지 부분에 대한 비공개결정이 위법한 경우라고 하여도 정보공개 청구 중 특정되지 않은 부분에 대한 비공개결정의 취소를 구하는 부분은 나머지 부분과 분리하여 이를 기각하여야 한다. **공공기관의 정보공개에 관한 법률에 따라 공개를 청구한 정보의 내용이 ‘대한주택공사의 특정 공공택지에 관한 수용가, 택지조성원가, 분양가, 건설원가 등 및 관련 자료 일체’인 경우, ‘관련 자료 일체’ 부분은 그 내용과 범위가 정보공개청구 대상정보로서 특정되지 않았다**(대판 2007.6.1. 2007두2555).

답 ④

17 행정상 강제에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 대집행권한을 위탁받아 공무원 대집행을 실시하기 위하여 지출한 비용은 「행정대집행법」 절차에 따라 「국세징수법」의 예에 의하여 징수할 수 있다.
- ② 「건축법」상의 이행강제금은 간접강제의 일종으로서 그 이행강제금 납부의무는 상속인 기타의 사람에게 승계될 수 없는 일신전속적인 성질의 것이다.
- ③ 이행강제금 제도는 「건축법」이나 「건축법」에 따른 명령이나 처분을 위반한 건축물의 방치를 막고자 행정청이 시정조치를 명하였음에도 건축주 등이 이를 이행하지 아니한 경우에 행정명령의 실효성을 확보하기 위하여 시정명령 이행시까지 지속해서 부과함으로써 건축물의 안전과 기능, 미관을 높여 공공복리의 증진을 도모하는 데 입법 취지가 있다.
- ④ 행정청은 「건축법」상 위법건축물에 대한 이행강제수단으로 대집행과 이행강제금을 선택적으로 활용할 수 없고, 재량에 의해 이들을 선택하여 활용할 경우 중첩적인 제재에 해당한다.



**해설**

- ① (○) 의무자가 대집행비용을 납부기일까지 미납부시 국세채납처분의 예에 의해 강제징수할 수 있다(행정대집행법 6조).
  - **대집행 실시를 위해 지출한 비용을 행정대집행 절차에 따라 징수할 수 있는 경우 민사소송절차에 의해 그 비용의 상환을 청구할 수 없다.** : 대한주택공사가 법령에 의하여 대집행권한을 위탁받아 공무원 대집행을 실시하기 위하여 지출한 비용을 행정대집행법 절차에 따라 국세징수법의 예에 의하여 징수할 수 있다. 행정대집행법 절차에 따라 국세징수법의 예에 의하여 징수할 수 있음에도 민사소송절차에 의하여 그 비용의 상환을 청구한 경우, 행정대집행법이 대집행비용의 징수에 관하여 민사소송절차에 의한 소송이 아닌 간이하고 경제적인 특별구제절차를 마련해 놓고 있으므로, 위 청구는 소의 이익이 없어 부적법하다(대판 2011.9.8. 2010다48240)
- ② (○) **건축법상의 이행강제금은** 건축법의 위반행위에 대하여 시정명령을 받은 후 시정기간 내에 당해 시정명령을 이행하지 아니한 건축주 등에 대하여 부과되는 **간접강제의 일종으로서 그 이행강제금 납부의무는 상속인 기타의 사람에게 승계될 수 없는 일신전속적인 성질**의 것이므로 이미 사망한 사람에게 이행강제금을 부과하는 내용의 처분이나 결정은 당연무효이고, 이행강제금을 부과받은 사람의 이익에 의하여 재판절차가 개시된 후에 그 이익의 사람이 사망한 때에는 사건 자체가 목적을 잃고 절차가 종료한다(대판 2006.12.8. 2006마470).
- ③ (○) 이행강제금 제도는 건축법이나 건축법에 따른 명령이나 처분을 위반한 건축물의 방치를 막고자 행정청이 시정조치를 명하였음에도 건축주 등이 이를 이행하지 아니한 경우에 행정명령의 실효성을 확보하기 위하여 시정명령 이행 시까지 지속해서 부과함으로써 건축물의 안전과 기능, 미관을 높여 공공복리의 증진을 도모하는 데 입법 취지가 있다(대판 2012.3.29. 2011두27919).
- ④ (×) **이행강제금과 대집행** : 전통적으로 행정대집행은 대체적 작위의무에 대한 강제집행수단으로, 이행강제금은 부작위의무나 비대체적 작위의무에 대한 강제집행수단으로 이해되어 왔다. 그러나 이행강제금을 행정상 강제집행의 일반적 수단으로 채택하면서 비대체적 작위의무, 수인의무, 부작위의무뿐만 아니라 대체적 작위의무를 이행강제금 부과대상으로 하고 있는 입법례(독일 행정집행법 제11조)를 찾아볼 수 있듯이, 종래 부작위의무나 비대체적 작위의무만이 이행강제금의 대상이 된다고 보아온 것은 이행강제금제도의 본질에서 오는 제약은 아니며, 이행강제금은 대체적 작위의무의 위반에 대하여도 부과될 수 있다. 과거 위법건축물에 대한 철거 등에 대집행이 많이 활용되어 왔으나, 건축물의 대형화로 인하여 대집행에 엄청난 비용이 들거나 고도의 전문기술이 요구됨으로 인해 대집행에 의한 강제가 부적절한 경우 혹은 의무자와의 마찰로 대집행이 어려운 경우에는 의무자에게 금전적인 제재를 부과하여 심리적인 압박을 가함으로써 자발적으로 의무를 이행하게 하는 이행강제금이 보다 효과적인 강제수단이 될 수 있다. 행정상 의무이행을 확보하기 위하여 어떠한 행정상 강제집행 수단을 활용할 것인지는 국가마다 역사, 사회·경제적 사정, 기본권 보장의 상황 등에 따라 달라질 수 있으며, 국가가 다양한 행정상 의무이행 확보수단을 마련해두고 구체적인 사정에 따라 보다 합리적이고 유효한 강제집행수단을 활용하는 것은 입법적으로 충분히 가능한 일이다. 현행법상 위법건축물에 대한 이행강제수단으로 인정되는 대집행과 이행강제금을 비교하면, 대집행은 위반 행위자가 위법상태를 치유하지 않아 그 이행의 확보가 곤란하고 또한 이를 방지함이 심히 공익을 해할 것으로 인정될 때 행정청 또는 제3자가 이를 치유하는 것인 반면, 이행강제금은 위반행위자 스스로가 이를 시정할 수 있는 기회를 부여하여 불필요한 행정력의 낭비를 억제하고 위반행위로 인한 경제적 이익을 환수하기 위한 제도로서 양 제도의 각각의 장·단점이 있다. 따라서 **개별사건에 있어서 위반내용, 위반자의 시정여지 등을 감안하여 행정청은 대집행과 이행강제금을 선택적으로 활용할 수 있다고 할 것이며, 이처럼 그 합리적인 재량에 의해 선택하여 활용하는 이상 중첩적인 제재에 해당한다고 볼 수 없다.** 건축법 제78조에 의한 무허가 건축행위에 대한 형사처벌과 건축법 제83조(현 80조) 제1항에 의한 시정명령 위반에 대한 이행강제금의 부과는 그 처벌 내지 제재대상이 되는 기본적 사실관계로서의 행위를 달리하며, 또한 그 보호법익과 목적에서도 차이가 있으므로 헌법 제13조 제1항이 금지하는 이중처벌에 해당한다고 할 수 없다(헌재 2004.2.26. 2001헌바80·84·102·103·2002헌바26)

답 ④

**18 행정쟁송에서의 가구제에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?**(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「행정심판법」상 집행정지는 ‘중대한 손해’, 「행정소송법」상 집행정지는 ‘회복하기 어려운 손해’를 각각 요건으로 한다는 차이점이 있다.
- ② 거부처분 취소소송의 경우, 「행정소송법」상 집행정지는 실효적인 가구제수단이 될 수 있으므로 요건을 충족하는 한 허용된다.
- ③ 「행정심판법」상 임시처분은 동법상 집행정지로 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.
- ④ 제재처분에 대한 행정쟁송절차에서 처분에 대해 집행정지결정이 이루어졌더라도 본안에서 해당 처분이 최종적으로 적법한 것으로 확정되어 집행정지결정이 실효되고 제재처분을 다시 집행할 수 있게 되면, 처분청으로서는 당초 집행정지결정이 없었던 경우와 동등한 수준으로 해당 제재처분이 집행되도록 필요한 조치를 취하여야 한다.

**해설**

① (○) **행정심판과 행정소송의 집행정지 신청**

| 구 분       | 행정심판법 상 집행정지   | 행정소송법 상 집행정지   |
|-----------|--|--|
| 사유        | 처분, 처분의 집행 또는 절차의 속행 때문에 <b>중대한 손해가 생기는 것을 예방할 필요성이 긴급하다고 인정할 때</b>  | 처분등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 <b>회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여</b> 긴급한 필요가 있다고 인정할 때 |
| 이유소명      | 집행정지 신청 이유에 대한 소명 불요   | 집행정지 <b>신청 이유에 대한 소명 필요</b>  |
| 신청기간      | <b>심판청구와 동시 또는 심판청구에 대한 재결이 있기 전까지 신청</b>                            | 신청기간 규정 없음   |
| 즉시항고      | 규정 없음(법원의 결정이 아니므로 항고제도 없음)  | 집행정지 결정 또는 기각결정에 <b>즉시항고 가능</b>  |
| 위원장의 직권결정 | <b>위원회의 심리·결정 전 위원장의 직권으로 위원회의 심리·결정에 갈음하는 (집행정지나 집행정지 취소) 결정 가능</b> | 재판장의 직권결정 없음   |
| 기속력       | 규정 없음  | <b>집행정지결정은 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속(기속력)</b>                                 |

- ② (×) **거부처분에 대한 집행정지 부정** : 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(대결 1995.6.21. 95두26)
- ③ (○) **행정심판법 제31조(임시처분)** ③ 제1항에 따른 임시처분은 제30조제2항에 따른 집행정지로 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.
- ④ (○) 행정소송법 제23조에 따른 집행정지결정이 있으면 결정 주문에서 정한 정지기간 중에는 처분을 실현하기 위한 조치를 할 수 없다. 특히 처분의 효력을 정지하는 집행정지결정이 있으면 결정 주문에서 정한 정지기간 중에는 처분이 없었던 원래의 상태와 같은 상태가 된다. 집행정지결정의 효력은



결정 주문에서 정한 기간까지 존속하다가 그 기간이 만료되면 장래에 향하여 소멸한다. 집행정지결정은 처분의 집행으로 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있고 달리 공공복리에 중대한 영향을 미치지 않을 것을 요건으로 하여 본안판결이 있을 때까지 해당 처분의 집행을 잠정적으로 정지함으로써 위와 같은 손해를 예방하는 데 그 취지가 있으므로, 항고소송을 제기한 원고가 본안소송에서 패소확정판결을 받았다고 하더라도 집행정지결정의 효력이 소급하여 소멸하지 않는다. 그러나 **제재처분에 대한 행정쟁송절차에서 처분에 대해 집행정지결정이 이루어졌더라도 본안에서 해당 처분이 최종적으로 적법한 것으로 확정되어 집행정지결정이 실효되고 제재처분을 다시 집행할 수 있게 되면, 처분청으로서는 당초 집행정지결정이 없었던 경우와 동등한 수준으로 해당 제재처분이 집행되도록 필요한 조치를 취하여야 한다.** 집행정지는 행정쟁송절차에서 실효적 권리구제를 확보하기 위한 잠정적 조치일 뿐이므로, 본안 확정판결로 해당 제재처분이 적법하다는 점이 확인되었다면 제재처분의 상대방이 잠정적 집행정지를 통해 집행정지가 이루어지지 않은 경우와 비교하여 제재를 덜 받게 되는 결과가 초래되도록 해서는 안 된다. 반대로, 처분상대방이 집행정지결정을 받지 못했으나 본안소송에서 해당 제재처분이 위법하다는 것이 확인되어 취소하는 판결이 확정되면, 처분청은 그 제재처분으로 처분상대방에게 초래된 불이익한 결과를 제거하기 위하여 필요한 조치를 취하여야 한다(④)(대판 2020.9.3. 2020두34070).

답 ②

19 「행정심판법」상 행정심판의 재결에 관한 설명으로 가장 적절한 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정심판위원회는 취소심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 처분의 취소재결, 취소명령재결, 변경재결, 변경명령재결을 할 수 있다.
- ② 「행정심판법」상 변경재결에서 변경이란 적극적 의미의 변경이 아니라 소극적 의미의 변경, 즉 일부취소를 뜻한다.
- ③ 행정심판위원회는 피청구인이 처분명령재결의 취지에 따라 이전의 신청에 대한 처분을 하지 않는 경우 당사자가 신청하면 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 그 기간에 이행하지 아니하면 직접 처분을 할 수 있다.
- ④ 행정심판의 청구에 대하여 인용재결이 내려지는 경우 피청구인은 행정소송을 통하여 그에 불복할 수 있다.

해설

- ① (×) 행정심판 중 취소심판 인용재결로는 취소재결, 변경재결, 변경명령재결이 있으면 취소명령재결은 할 수 없다.
  - 행정심판법 제43조(재결의 구분) ③ 위원회는 취소심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 처분을 취소 또는 다른 처분으로 변경하거나 처분을 다른 처분으로 변경할 것을 피청구인에게 명한다.

| <인용재결 유형>    | 형성재결       | 이행재결               | 확인재결                   |
|--------------|------------|--------------------|------------------------|
| 취소심판 인용재결    | 취소재결, 변경재결 | 변경명령재결(취소명령재결은 없음) |                        |
| 무효등확인심판 인용재결 |            |                    | 처분 무효·유효·존재·부존재·실효확인재결 |
| 의무이행심판 인용재결  | 처분재결       | 처분명령재결             |                        |

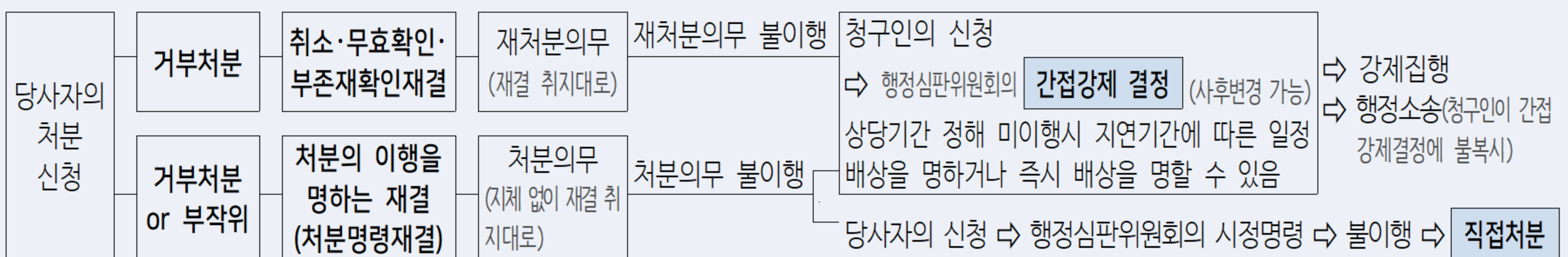
- ② (×) 행정심판의 경우 행정청의 위법 또는 부당한 처분을 취소하거나 변경하는 취소심판(행정심판법 제5조 제1호)에서, “변경”은 소극적 변경(예 영업정지 2개월 → 영업정지 1개월)뿐 아니라 적극적 변경(예 영업정지 2개월 → 과징금)도 포함된다. 반면, 행정소송의 경우 권력분립원칙상 취소소송에서 처분을 일부 취소하는 소극적 변경만 가능하고 적극적 변경은 할 수 없다.

| 행정심판법·행정소송법 취소쟁송 규정 |  | 변경의 의미          |
|---------------------|--|-----------------|
| 행정심판법 5조 1호         | 취소심판: 행정청의 위법 또는 부당한 처분을 취소하거나 변경하는 행정심판 | 소극적 변경 + 적극적 변경 |
| 행정소송법 4조 1호         | 취소소송: 행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송        | 소극적 변경          |

- ③ (○) 직접처분은 의무이행심판의 처분명령재결에 인정되며 당사자의 신청이 있어야 하고 위원회 직권으로는 불가.

• 행정심판법 제50조(위원회의 직접 처분) ① 위원회는 피청구인이 제49조 제3항에도 불구하고 처분을 하지 아니하는 경우에는 당사자가 신청하면 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 그 기간에 이행하지 아니하면 직접 처분을 할 수 있다. 다만, 그 처분의 성질이나 그 밖의 불가피한 사유로 위원회가 직접 처분을 할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

• 제49조(재결의 기속력 등) ③ 당사자의 신청을 거부하거나 부작위로 방치한 처분의 이행을 명하는 재결이 있으면 행정청은 지체 없이 이전의 신청에 대하여 재결의 취지에 따라 처분을 하여야 한다.



- ④ (×) 행정심판 인용재결의 경우 피청구인인 행정청에 대하여 기속력을 가지며, 인용재결은 재결청의 감독권의 일환으로 스스로 반성·재심의 차원에서 발하는 행정부로서의 최종적 판단인 점에서 비롯되는 것이라는 점에서 피청구인인 행정청은 이에 불복하여 행정소송을 제기할 수 없다.

[헌법재판소의 행정심판법 상 인용재결의 기속력 규정에 대한 합헌 판결] 이 사건 법률조항은 행정청의 자율적 통제와 국민 권리의 신속한 구제라는 행정심판의 취지에 맞게 행정청으로 하여금 행정심판을 통하여 스스로 내부적 판단을 종결시키고자 하는 것으로서 그 합리성이 인정되고, 반면 국민이 행정청의 행위를 법원에서 다룰 수 없도록 한다면 재판받을 권리를 제한하는 것이 되므로 국민은 행정심판의 재결에도 불구하고 행정소송을 제기할 수 있도록 한 것일 뿐이므로, 평등원칙에 위배되지 아니한다(헌재 2014.6.26. 2013헌바122)

|       |      |   |
|-------|------|---|
| 취소 심판 | 기각재결 | 청구인이 불복하여 행정소송(원처분주의 원칙)  |
|       | 인용재결 | ① 일부인용재결시 청구인이 불복하여 행정소송(원처분주의 적용)<br>② 인용재결로 인해 비로소 법률상 이익을 침해받은 제3자(제3자호 행정행위의 상대방)가 불복하여 행정소송(재결취소소송)<br>③ 피청구인인 행정청은 불복하여 행정소송 불가-재결의 기속력 |

cf) 행정소송의 경우 인용판결시 피고 행정청은 상급법원에 불복(상소: 항소, 상고) 가능

답 ③



20 무효등 확인소송 및 부작위위법확인소송에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 부작위위법확인소송에서는 소 제기의 전후를 통하여 판결시까지 행정청이 그 신청에 대하여 적극 또는 소극의 처분을 하더라도 당초 신청된 특정한 처분에 대한 부작위위법확인을 구할 수 있어 여전히 소의 이익이 있다.
- ② 무효 등 확인소송의 제기에 있어서 제소기간 및 행정심판전치의 문제가 없다.
- ③ 무효 등 확인소송의 제기요건으로 보충성이 요구되는 것은 아니므로 행정처분의 유·무효를 전제로 한 이행소송 등과 같은 직접적인 구제 수단이 있는지 여부를 따질 필요가 없다.
- ④ 부작위위법확인 소는 부작위상태가 계속되는 한 그 위법의 확인을 구할 이익이 있다고 보아야 하므로 원칙적으로 제소기간의 제한을 받지 않지만, 취소소송의 제소기간의 규정을 부작위위법확인소송에 준용하고 있는 점에 비추어 보면, 행정심판 등 전심절차를 거친 경우에는 취소소송의 제소기간 내에 부작위위법확인 소를 제기하여야 한다.

해설

- ① (×) **부작위위법확인소송의 변론종결시까지 행정청의 처분으로 부작위 상태가 해소된 경우 소의 이익 없음** ⇨ 각하 : 부작위위법확인 소는 행정청이 국민의 법규상 또는 조리상의 권리에 기한 신청에 대하여 상당한 기간내에 그 신청을 인용하는 적극적 처분 또는 각하하거나 각각하는 등의 소극적 처분을 하여야 할 법률상의 응답의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 경우, 판결(사실심의 구두변론 종결)시를 기준으로 그 부작위의 위법을 확인함으로써 행정청의 응답을 신속하게 하여 부작위 내지 무응답이라고 하는 소극적인 위법상태를 제거하는 것을 목적으로 하는 것이고, 나아가 당해 판결의 구속력에 의하여 행정청에게 처분 등을 하게 하고 다시 당해 처분 등에 대하여 불복이 있는 때에는 그 처분 등을 다투게 함으로써 최종적으로는 국민의 권리이익을 보호하려는 제도이므로, **소 제기의 전후를 통하여 판결시까지 행정청이 그 신청에 대하여 적극 또는 소극의 처분을 함으로써 부작위상태가 해소된 때에는 소의 이익을 상실하게 되어 당해 소는 각하를 면할 수가 없는 것이다**(대판 1990.9.25. 89누4758).
- ② (○) 무효등확인소송의 제기에 있어서는 제소기간 제한이 적용되지 않는다. 또한 법률에 행정심판을 거치도록 필요적 전치주의를 규정하고 있는 경우에도 행정심판 청구 없이 바로 행정소송이 가능하다.  
\* 무효등확인소송에 준용되지 않는 규정 : 무 - 전·기·사·간(행정심판 전치주의, 제소기간, 지정판결, 직접강제)
- ③ (○) **행정소송법 제35조에 규정된 '무효확인을 구할 법률상 이익'이 있는지를 판단할 때 행정처분의 무효를 전제로 한 이행소송 등과 같은 직접적인 구제수단이 있는지를 따질 필요가 없음 - 보충성(확인 이익, 즉시확정의 이익)을 요하지 않음** : 행정소송은 행정청의 위법한 처분 등을 취소·변경하거나 그 효력 유무 또는 존재 여부를 확인함으로써 국민의 권리 또는 이익의 침해를 구제하고 공법상의 권리관계 또는 법 적용에 관한 다툼을 적절하게 해결함을 목적으로 하므로, 대등한 주체 사이의 사법상 생활관계에 관한 분쟁을 심판대상으로 하는 민사소송과는 목적, 취지 및 기능 등을 달리한다. 또한 「행정소송법」 제4조에서는 무효확인소송을 항고소송의 일종으로 규정하고 있고, 「행정소송법」 제38조 제1항에서는 **처분 등을 취소하는 확정판결의 기속력 및 행정청의 재처분의무에 관한 「행정소송법」 제30조를 무효확인소송에도 준용하고 있으므로 무효확인판결 자체만으로도 실효성을 확보할 수 있다.** 그리고 무효확인소송의 보충성을 규정하고 있는 외국의 일부 입법례와는 달리 우리나라 「행정소송법」에는 명문의 규정이 없어 이로 인한 명시적 제한이 존재하지 않는다. 이와 같은 사정을 비롯하여 행정에 대한 사법통제, 권익구제의 확대와 같은 행정소송의 기능 등을 종합하여 보면, **행정처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우에는 「행정소송법」 제35조에 규정된 '무효확인을 구할 법률상 이익'이 있다고 보아야 하고, 이와 별도로 무효확인소송의 보충성이 요구되는 것은 아니므로 행정처분의 무효를 전제로 한 이행소송 등과 같은 직접적인 구제수단이 있는지 여부를 따질 필요가 없다고** 해석함이 상당하다(대판 2008.3.20. 2007두6342).  
⇨ 조세과오납금반환청구소송(부당이득반환청구소송)이라는 유효·적절한 직접적 구제수단이 있더라도 과세처분무효확인소송이 가능함.  
cf) **공법상 당사자소송이 확인의 소인 경우 확인의 이익(즉시확정의 이익, 보충성)이 요구됨.**
- ④ (○) 부작위위법확인 소는 부작위상태가 계속되는 한 그 위법의 확인을 구할 이익이 있다고 보아야 하므로 원칙적으로 제소기간의 제한을 받지 않는다. 그러나 행정소송법 제38조 제2항이 제소기간을 규정한 같은 법 제20조를 부작위위법 확인소송에 준용하고 있는 점에 비추어 보면, 행정심판 등 전심절차를 거친 경우에는 행정소송법 제20조가 정한 제소기간 내에 부작위위법확인 소를 제기하여야 한다(대판 2009.7.23. 2008두10560).

답 ①

21 다음 중 행정소송 판결의 효력에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 항고소송에서 기판력은 당해 처분이 귀속하는 국가 또는 공공단체에 미친다.
- ② 취소소송에서 처분 등을 취소하는 확정판결의 기속력은 판결의 주문에 대해 인정되나, 그 전제가 되는 처분 등의 구체적 위법사유에 관한 이유 중의 판단에 대해서는 인정되지 않는다.
- ③ 행정처분이 후에 항고소송에서 취소되었다고 할지라도 그 소송판결의 기판력에 의해 당해 행정처분이 곧바로 공무원의 불법행위를 구성한다고 단정할 수 없다.
- ④ 취소소송에서 취소판결이 확정된 경우, 행정청은 해당 판결에서 확인된 위법사유를 배제한 상태에서 다시 처분을 하거나 그 밖의 위법한 결과를 제거하는 조치를 할 의무가 있다.

해설

- ① (○) 취소소송에서는 소송수행의 편의상 권리주체인 국가·공공단체가 아닌 처분행정청을 피고로 하는 것에 불과하기 때문에 그 취소소송의 판결의 기판력은 피고인 처분 행정청이 속하는 국가나 공공단체에도 미친다.  
• 과세처분 취소소송의 피고는 처분청이므로 행정청을 피고로 하는 취소소송에 있어서의 기판력은 당해 처분이 귀속하는 국가 또는 공공단체에 미친다(대판 1998.7.24. 98다10854)
- ② (×) 행정소송법 30조 1항에 의하여 인정되는 취소소송에서 처분 등을 취소하는 확정판결의 기속력은 주로 판결의 실효성 확보를 위하여 인정되는 효력으로서 **판결의 주문뿐만 아니라 그 전제가 되는 처분 등의 구체적 위법사유에 관한 이유 중의 판단에 대하여도 인정된다**(대판 2001.3.23. 99두5238).



**<대전지방법원 판결>**

- 사건 : 2021누5049 지방세부과처분 취소
- 원고 : 이승철
- 피고 : 세종특별시장
- 변론종결 : 2021. 10. 11.
- 판결선고 : 2021. 10. 20.

**[주문]**

1. 피고가 2021.8.10. 원고에 대하여 한 지방세 1억 부과처분을 취소한다.
2. 소송비용은 피고의 부담으로 한다.

**[이유]**

- 사실인정
- 선결적 법률관계
- 항변
- 법규의 해석적용
- **개개의 위법사유**

**기판력(인용판결, 기각판결시)**

**기속력(인용판결만)**

③ (○) 어떠한 행정처분이 후에 항고소송에서 취소되었다고 할지라도 그 기판력에 의하여 당해 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없는 것이고, 그 행정처분의 담당공무원이 보통 일반의 공무원을 표준으로 하여 볼 때 객관적 주의의무를 결하여 그 행정처분이 객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 정도에 이른 경우에 국가배상법 제2조 소정의 국가배상책임의 요건을 충족하였다고 봄이 상당할 것이며, 이 때에 객관적 정당성을 상실하였는지 여부는 피침해이익의 종류 및 성질, 침해행위가 되는 행정처분의 태양 및 그 원인, 행정처분의 발동에 대한 피해자측의 관여의 유무, 정도 및 손해의 정도 등 제반 사정을 종합하여 손해의 전보책임을 국가 또는 지방자치단체에게 부담시켜야 할 실질적인 이유가 있는지 여부에 의하여 판단해야 한다(대판 2000.5.12. 99다70600).

④ (○) 어떤 행정처분을 위법하다고 판단하여 취소하는 판결이 확정되면 행정청은 취소판결의 기속력에 따라 그 판결에서 확인된 위법사유를 배제한 상태에서 다시 처분을 하거나 그 밖에 위법한 결과를 제거하는 조치를 할 의무가 있다(행정소송법 제30조). (대판 2020.4.9. 2019두49953).

답 ②

**22 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 따른 토지수용 이후의 불복절차 등에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?** (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 토지수용위원회의 수용재결이 있는 후라고 하더라도 토지소유자 등과 사업시행자가 다시 협의하여 토지 등의 취득이나 사용 및 그에 대한 보상에 관하여 임의로 계약을 체결할 수 있다.
- ② 사업시행자, 토지소유자 또는 관계인은 수용재결에 불복할 때에는 재결서를 받은 날부터 90일 이내에, 이의신청을 거쳤을 때에는 이의신청에 대한 재결서를 받은 날부터 60일 이내에 각각 행정소송을 제기할 수 있다.
- ③ 수용재결에 불복하여 취소소송을 제기하는 때에는 이의신청을 거친 경우에는 이의재결을 한 중앙토지수용위원회를 피고로 하여 이의재결의 취소를 구해야 함이 원칙이다.
- ④ 수용재결에 불복하여 제기하는 행정소송이 보상금의 증감에 관한 소송인 경우 그 소송을 제기하는 자가 토지소유자 또는 관계인일 때에는 사업시행자를, 사업시행자일 때에는 토지소유자 또는 관계인을 각각 피고로 한다.

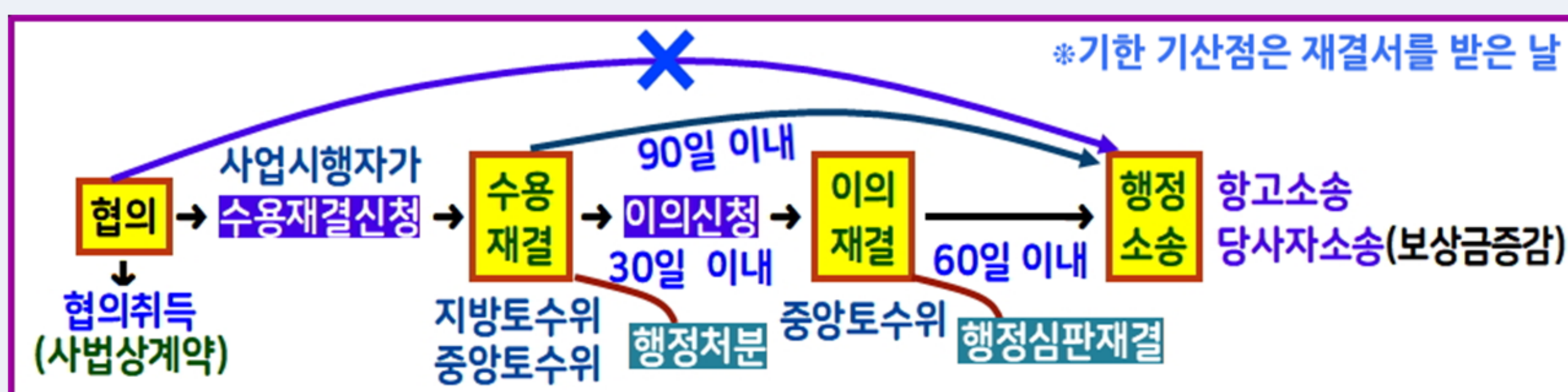
**해설**

① (○) 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률상 토지수용위원회의 수용재결이 있는 후 토지소유자 등과 사업시행자가 다시 협의하여 토지 등의 취득이나 사용 및 그에 대한 보상에 관하여 임의로 계약 체결 가능 : 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 '토지보상법'이라 한다)은 사업시행자로 하여금 우선 협의취득 절차를 거치도록 하고, 협이가 성립되지 않거나 협의를 할 수 없을 때에 수용재결취득 절차를 밟도록 예정하고 있기는 하다. 그렇지만 일단 토지수용위원회가 수용재결을 하였다면 사업시행자로서는 수용 또는 사용의 개시일까지 토지수용위원회가 재결한 보상금을 지급 또는 공탁하지 아니함으로써 재결의 효력을 상실시킬 수 있는 점, 토지소유자 등은 수용재결에 대하여 이의를 신청하거나 행정소송을 제기하여 보상금의 적정 여부를 다툴 수 있는데, 그 절차에서 사업시행자와 보상금액에 관하여 임의로 합의할 수 있는 점, 공익사업의 효율적인 수행을 통하여 공공복리를 증진시키고, 재산권을 적정하게 보호하려는 토지보상법의 입법 목적(제1조)에 비추어 보더라도 수용재결이 있는 후에 사법상 계약의 실질을 가지는 협의취득 절차를 금지해야 할 별다른 필요성을 찾기 어려운 점 등을 종합해 보면, 토지수용위원회의 수용재결이 있는 후라고 하더라도 토지소유자 등과 사업시행자가 다시 협의하여 토지 등의 취득이나 사용 및 그에 대한 보상에 관하여 임의로 계약을 체결할 수 있다고 보아야 한다(대판 2017.4.13. 2016두64241).

②④ (○)

**• 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제85조(행정소송의 제기)**

- ① 사업시행자, 토지소유자 또는 관계인은 제34조에 따른 재결에 불복할 때에는 재결서를 받은 날부터 90일 이내에, 이의신청을 거쳤을 때에는 이의신청에 대한 재결서를 받은 날부터 60일 이내에 각각 행정소송을 제기할 수 있다. 이 경우 사업시행자는 행정소송을 제기하기 전에 제84조에 따라 늘어난 보상금을 공탁하여야 하며, 보상금을 받을 자는 공탁된 보상금을 소송이 종결될 때까지 수령할 수 없다.
- ② 제1항에 따라 제기하려는 행정소송이 보상금의 증감(增減)에 관한 소송인 경우 그 소송을 제기하는 자가 토지소유자 또는 관계인일 때에는 사업시행자를, 사업시행자일 때에는 토지소유자 또는 관계인을 각각 피고로 한다.





- ③ (x) 수용재결에 대한 이의신청 후 이의재결에 불복하여 취소소송을 제기하는 경우 원칙적으로 이의재결이 아니라 원처분인 수용재결을 대상으로 해야 하며(원처분주의), 해당 토지수용위원회(지방토지수용위원회 또는 중앙토지수용위원회)를 피고로 한다.
- 토지소유자 등이 수용재결에 불복하여 이의신청을 거친 후 취소소송을 제기하는 경우 피고격(=수용재결을 한 토지수용위원회) 및 소송대상(=수용재결) : 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제85조 제1항 전문의 문언 내용과 같은 법 제83조, 제85조가 중앙토지수용위원회에 대한 이의신청을 임의적 절차로 규정하고 있는 점, 행정소송법 제19조 단서가 행정심판에 대한 재결은 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한하여 취소소송의 대상으로 삼을 수 있도록 규정하고 있는 점 등을 종합하여 보면, 수용재결에 불복하여 취소소송을 제기하는 때에는 이의신청을 거친 경우에도 수용재결을 한 중앙토지수용위원회 또는 지방토지수용위원회를 피고로 하여 수용재결의 취소를 구하여야 하고, 다만 이의신청에 대한 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에는 그 이의재결을 한 중앙토지수용위원회를 피고로 하여 이의재결의 취소를 구할 수 있다(대판 2010.1.28. 2008두1504).

|   |  |
|---|--|
| 수용재결에 불복시                                     | 수용재결 취소소송(이의신청 없이 가능 - 임의적 전치주의)   |
| 수용재결(원처분)에 불복하여 이의신청을 거친 경우(이의재결이 행정심판재결에 해당) | ① 수용재결을 한 중앙토지수용위원회 또는 지방토지수용위원회를 피고로 하여 수용재결 취소소송(원처분주의)<br>② 예외적으로 이의신청에 대한 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우 이의재결을 한 중앙토지수용위원회를 피고로 하여 이의재결 취소소송 |



답 ③

23 「지방자치법」상 국가와 지방자치단체 간의 관계에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?

- ① 행정안전부장관은 지방자치단체의 자치사무에 관하여 보고를 받거나 서류·장부 또는 회계를 감사할 수 있지만, 감사를 하기 전에 해당 사무의 처리가 법령에 위반되는지 등을 확인하여야 한다.
- ② 지방자치단체나 그 장이 위임받아 처리하는 국가사무에 관하여 시·도에서는 주무부장관, 시·군 및 자치구에서는 1차로 시·도지사, 2차로 주무부장관의 지도·감독을 받는다.
- ③ 지방자치단체의 장은 주무부장관의 이행명령에 이의가 있으면 이행명령서를 접수한 날부터 15일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다.
- ④ 자치사무에 관한 시정명령에 대하여 이의가 있으면 그 시정명령을 통보받은 날부터 15일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다.

해설

①②③ (○)

• 지방자치법

제190조(지방자치단체의 자치사무에 대한 감사)

- ① 행정안전부장관이나 시·도지사는 지방자치단체의 자치사무에 관하여 보고를 받거나 서류·장부 또는 회계를 감사할 수 있다. 이 경우 감사는 법령 위반사항에 대해서만 한다.
- ② 행정안전부장관 또는 시·도지사는 제1항에 따라 감사를 하기 전에 해당 사무의 처리가 법령에 위반되는지 등을 확인하여야 한다.

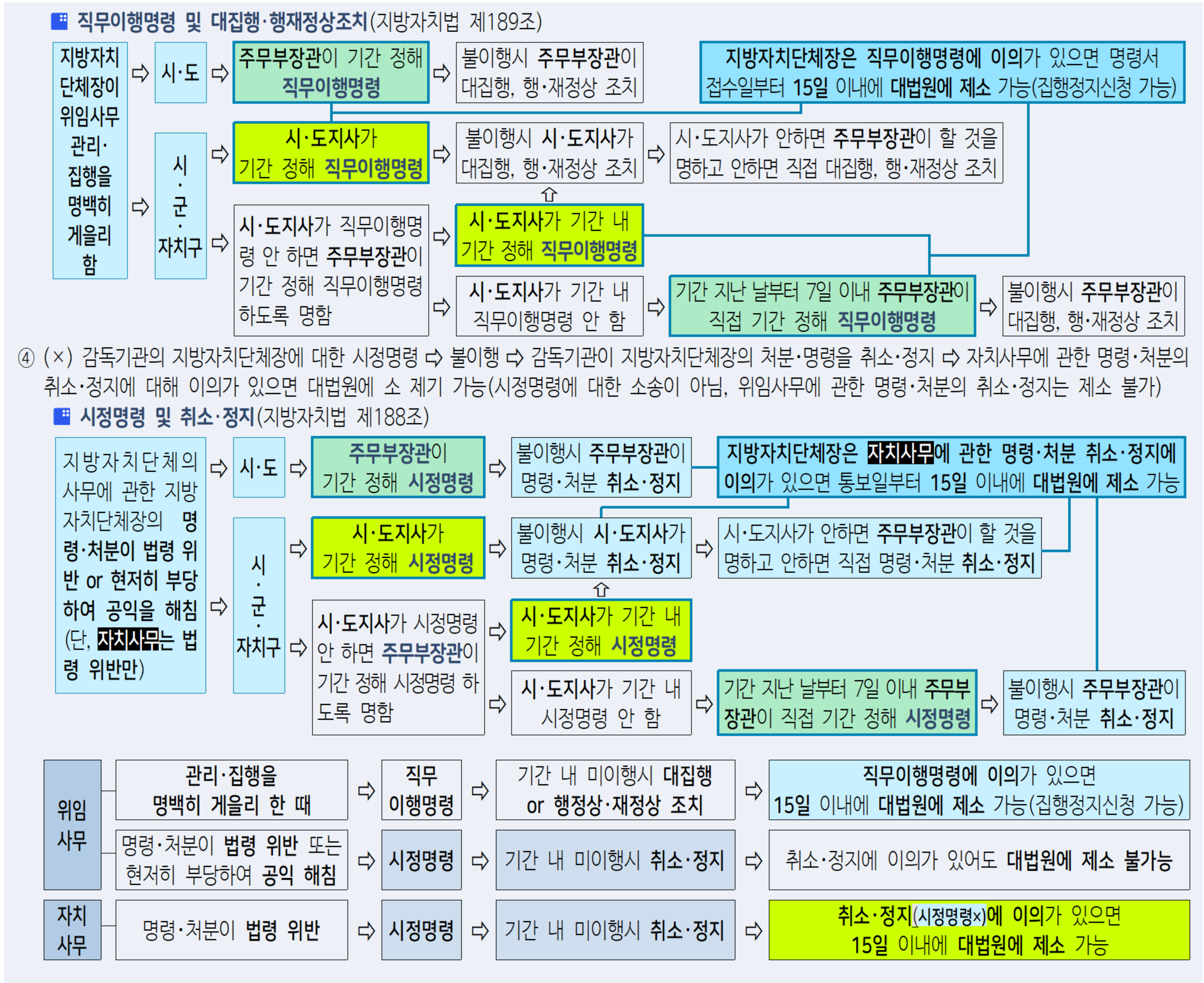
제185조(국가사무나 시·도 사무 처리의 지도·감독)

- ① 지방자치단체나 그 장이 위임받아 처리하는 국가사무에 관하여 시·도에서는 주무부장관, 시·군 및 자치구에서는 1차로 시·도지사, 2차로 주무부장관의 지도·감독을 받는다.

제189조(지방자치단체의 장에 대한 직무이행명령)

- ① 지방자치단체의 장이 법령에 따라 그 의무에 속하는 국가위임사무나 시·도위임사무의 관리와 집행을 명백히 게을리하고 있다고 인정되면 시·도에 대해서는 주무부장관, 시·군 및 자치구에 대해서는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 이행할 사항을 명령할 수 있다.
- ⑥ 지방자치단체의 장은 제1항 또는 제4항에 따른 이행명령에 이의가 있으면 이행명령서를 접수한 날부터 15일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다. 이 경우 지방자치단체의 장은 이행명령의 집행을 정지하게 하는 집행정지결정을 신청할 수 있다.





답 ④

24 행정권한의 위임·위탁에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「정부조직법」과 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」에 의하면, 도지사가 산업자원부장관으로부터 석유사업법에 따라 석유판매업자에게 사업의 정지를 명할 수 있는 행정권한을 위임받은 경우, 그 위임기관의 장인 산업자원부장관의 승인을 얻어 조례가 정하는 바에 따라 군수에게 그 수임권한을 다시 위임할 수 있다.
- ② 기관위임사무의 경우 그에 관한 개별법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에는 위임받은 사항에 관하여 개별법령의 취지에 부합하는 범위 내에서 이른바 위임조례를 정할 수 있다.
- ③ 지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무의 일부를 보조기관, 소속 행정기관 또는 하부행정기관에 위임할 수 있다.
- ④ 내부위임의 경우 수임기관은 수임사무의 처리를 할 때에는 위임청의 이름으로 하거나 내부위임관계를 명시해야 하며, 내부위임의 수임기관이 자신의 이름으로 한 처분은 무권한의 행위로 무효인 행위가 된다.

해설

① (×) "행정기관은 법령이 정하는 바에 의하여 그 소관사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 위임하거나 다른 행정기관·지방자치단체 또는 그 기관에 위탁 또는 위임할 수 있다. 이 경우 위임 또는 위탁을 받은 기관은 특히 필요한 때에는 법령이 정하는 바에 의하여 위임 또는 위탁받은 사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 재위임할 수 있다"고 규정한 정부조직법 제5조 제1항과 "서울특별시·직할시장 또는 도지사(서울특별시·직할시·도교육위원회의 교육감을 포함한다)는 행정의 능률향상과 주민의 편의를 위하여 필요하다고 인정할 때에는 수임사무의 일부를 그 위임기관의 장의 승인을 얻어 규칙이 정하는 바에 따라 구청장·시장·군수(교육구청장·교육장을 포함한다) 기타 소속기관의 장에게 다시 위임할 수 있다"고 규정한 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제4조에 의하면, 도지사가 상급행정기관인 동력자원부장관으로부터 석유사업법 제13조 제3항에 따라서 석유판매업자에게 사업의 정지를 명할 수 있는 행정권한을 위임받은 경우, 그 위임기관의 장인 동력자원부장관의 승인을 얻어 규칙이 정하는 바에 따라 군수 기타 소속기관의 장에게 그 수임권한을 다시 위임할 수 있다(대판 1990.7.27. 89누6846).

• 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제4조(재위임) 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사 또는 특별자치도지사(특별시·광역시·특별자치시·도 또는 특별자치도의 교육감 포함)나 시장·군수 또는 구청장(자치구의 구청장을 말함)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.

② (○) 지방자치단체가 자치조례를 제정할 수 있는 사항은 지방자치단체의 고유사무인 자치사무와 개별법령에 의하여 지방자치단체에 위임된 단체위임사무에



한다는 것이고, 국가사무가 지방자치단체의 장에게 위임된 기관위임사무는 원칙적으로 자치조례의 제정범위에 속하지 않는다 할 것이고, 다만 기관위임사무에 있어서도 그에 관한 개별법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에는 위임받은 사항에 관하여 개별법령의 취지에 부합하는 범위 내에서 이른바 위임조례를 정할 수 있다(대판 2000.5.30. 99추85)

- ③ (○) 지방자치법 제117조(사무의 위임 등) ① 지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무의 일부를 보조기관, 소속 행정기관 또는 하부행정기관에 위임할 수 있다.
- ④ (○) 내부위임 받은 수임자의 명의로 권한행사가 이루어진 경우 무권한자의 행위로서 무효.
  - 행정권한의 위임은 행정관청이 법률에 따라 특정 권한을 다른 행정관청에 이전하여 수임관청의 권한으로 행사하도록 하는 것이어서 권한의 법적인 귀속을 변경하지만, 행정권한의 내부위임은 행정관청의 내부적인 사무처리의 편의를 도모하기 위하여 그의 보조기관 또는 하급행정관청에게 그의 권한을 사실상 행하도록 하는 데 그치는 것이므로, 권한위임의 경우 수임관청이 자기의 이름으로 그 권한을 행사할 수 있지만, 내부위임의 경우 수임관청은 위임관청의 이름으로만 그 권한을 행사할 수 있을 뿐 자기 이름으로는 그 권한을 행사할 수 없다(대판 1989.9.12. 89누671).
  - 채납취득세에 대한 압류처분권한은 도시사로부터 시장에게 권한위임된 것이고 시장으로부터 압류처분권한을 내부위임 받은 데 불과한 구청장으로서 시장 명의로 압류처분을 대행처리할 수 있을 뿐이고 자신의 명의로 이를 할 수 없다 할 것이므로 구청장이 자신의 명의로 한 압류처분은 권한 없는 자에 의하여 행하여진 위법무효의 처분이다(대판 1993.5.27. 93누6621).

■ 내부위임·전결(내부적 사무처리를 위해 보조기관·하급기관에게 위임명의로 권한을 행사하게 함. 법률의 위임 없어도 가능)

|  |               |  |
|--|---------------|--|
| 내부위임시 수임청(乙)이  | 위임청(甲) 명의로 처분 | 항고소송시 피고는 위임청(甲)                                 |
|  | 수임청(乙) 명의로 처분 | 항고소송시 피고는 수임청(乙). 처분은 권한 없는 자의 행위(주체상 하자)로서 당연무효 |
| 전결규정에 위반하여 전결권자(乙)가 아닌 보조기관등(丙)이 처분권자인 행정청(甲) 명의로 처분 |               | 항고소송시 피고는 처분권자인 행정청(甲). 처분은 당연무효 아님.             |

답 ①

## 25 공법상 계약에 관한 다음 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?

- ① 공법상 계약은 법령 등에 위배되지 않는 범위 내에서 체결할 수 있으며, 「행정기본법」은 이를 명시적으로 규정하고 있다.
- ② 「행정기본법」은 공법상 계약, 특히 행정행위에 갈음하는 공법상 계약을 법률의 수권없이 체결할 수 있는지에 관하여는 명시적으로 규정하고 있지 않다.
- ③ 공법상 계약은 비권력적 행위로서 반드시 문서에 의할 필요는 없으며, 「행정기본법」 또한 공법상 계약은 구술로도 체결할 수 있음을 명시적으로 규정하고 있다.
- ④ 공법상 계약의 효력을 다투거나 이행을 청구하는 소송은 분쟁의 실질이 손해배상액의 구체적인 산정방법·금액에 국한되는 특별한 사정이 없는 한 공법상 당사자소송으로 제기하여야 한다.

### 해설

- ① (○) 공법상 계약에도 법률우위 원칙은 적용되며 행정기본법은 법령등을 위반하지 아니하는 범위에서 체결할 수 있다고 명시적으로 규정.
- ② (○) 공법상 계약은 주로 급부행정영역에서 인정되었으나 최근에는 환경규제행정 같은 침해적·권력적 행정분야에도 행정행위 대신 사용하고 있다. 공법상 계약에는 법률유보원칙은 적용되지 않으므로 법률의 근거 없이 가능하다는 것이 통설의 입장이지만 행정기본법에는 명시적 규정이 없다.
- ③ (×) 행정기본법은 공법상 계약시 계약서를 작성하도록 규정하고 있다.

#### • 행정기본법 제27조(공법상 계약의 체결)

- ① 행정청은 법령등을 위반하지 아니하는 범위에서 행정목적 달성을 위하여 필요한 경우에는 공법상 법률관계에 관한 계약(이하 "공법상 계약"이라 한다)을 체결할 수 있다. 이 경우 계약의 목적 및 내용을 명확하게 적은 계약서를 작성하여야 한다.
- ② 행정청은 공법상 계약의 상대방을 선정하고 계약 내용을 정할 때 공법상 계약의 공공성과 제3자의 이해관계를 고려하여야 한다.

- ④ (○) 공법상 당사자소송이란 행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송을 말한다(행정소송법 제3조 제2호). 공법상 계약이란 공법적 효과의 발생을 목적으로 하여 대등한 당사자 사이의 의사표시의 합치로 성립하는 공법행위를 말한다. **공법상 계약의 한쪽 당사자가 다른 당사자를 상대로 효력을 다투거나 이행을 청구하는 소송은 공법상의 법률관계에 관한 분쟁이므로 분쟁의 실질이 공법상 권리·의무의 존부·범위에 관한 다툼이 아니라 손해배상액의 구체적인 산정방법·금액에 국한되는 등의 특별한 사정이 없는 한 공법상 당사자소송으로 제기하여야 한다**(대판 2021.2.4. 2019다277133).

답 ③