

1 행정의 법 원칙에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 재량권 행사의 준칙인 행정규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이루어지게 되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 받게 된다.
- ② 「행정기본법」에서는 행정청은 법령등에 따른 의무를 성실히 수행하여야 한다는 성실의무의 원칙을 명시하고 있다.
- ③ 행정청이 민원예비심사에 대하여 관련 부서 의견으로 「개발이익 환수에 관한 법률」에 ‘저촉사항 없음’이라고 기재한 것은, 이후의 개발부담금 부과처분에 관하여 공적인 견해표명을 한 것이라고 볼 수 없다.
- ④ 어떤 행정처분이 실효의 법리를 위반하여 위법한 것이라면, 이는 행정처분의 당연무효 사유에 해당한다.

해설

- ① (○) 행정규칙은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가지는 것이나, 행정규칙이 법령의 규정에 의하여 행정관청에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 경우나 재량권행사의 준칙인 규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이룩되게 되면, 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는 경우에는 대외적인 구속력을 가지게 되는바, 이러한 경우에는 헌법소원의 대상이 될 수도 있다(헌재 1990.9.3. 90헌마13).
- ② (○) 행정기본법 제11조(성실의무 및 권한남용금지의 원칙) ① 행정청은 법령등에 따른 의무를 성실히 수행하여야 한다.
- ③ (○) 「개발이익환수에 관한 법률」에 정한 개발사업 시행 전에, 행정청이 민원예비심사에 대해 관련부서 의견으로 ‘저촉사항 없음’이라 기재했어도, 이후 개발부담금 부과처분에 관한 신뢰보호원칙 적용한 요건인 공적 견해표명으로 볼 수 없음. : 위 민원예비심사 결과 통보는 원고가 피고에게 이 사건 개발사업에 대한 개발부담금 부과 여부에 대해 특정하여 질의를 하고 이에 대해 피고가 개발부담금 부과대상이 아니라는 취지를 명시적으로 밝힌 것이 아닌 점, 위 통보서에는 참고사항으로 “본 예비심사는 현행 법령과 관련부서 협의결과에 의한 것으로 차후 관계 법령과 조례제정, 사업계획의 구체화 등으로 인하여 변동될 수 있다.”라고 기재되어 있는 점 등에 비추어 볼 때, 위와 같은 사정만으로 피고가 원고에게 신뢰 대상이 되는 공적인 견해표명을 한 것이라 보기 어렵다(대판 2006.6.9. 2004 두46).
- ④ (×) 어떤 행정처분이 실효의 법리를 위반하여 위법한 것이라도, 이러한 하자의 존부는 개별·구체적인 사정을 심리한 후에야 판단할 수 있는 사항이어서 객관적으로 명백한 것이라고 할 수 없으므로, 이는 행정처분의 취소사유에 해당할 뿐 당연무효사유는 아니다(대판 2021.12.30. 2018다241458).

답 ④

2 행정행위의 하자에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① 선행처분과 후행처분이 서로 합하여 1개의 법률효과를 완성하는 경우 선행처분에 불가쟁력이 발생하였다면 선행처분의 하자를 이유로 후행처분의 효력을 다룰 수 없다.
- ② 선행처분과 후행처분이 서로 독립하여 별개의 법률효과를 발생시키는 경우 선행처분에 취소사유가 있다면 선행처분의 하자를 이유로 후행처분의 효력을 다룰 수 있는 것이 원칙이다.
- ③ 형식상 하자로 인하여 무효인 행정처분이 있는 후 행정청이 관계 법령에서 정한 형식을 갖추어 다시 동일한 행정처분을 하였다면 당해 행정처분은 종전의 무효인 행정처분과 관계없이 새로운 행정처분이라고 보아야 한다.
- ④ 세액산출근거가 누락된 납세고지서에 의한 과세처분에 대한 취소소송의 사실심 변론종결 직전에 세액산출근거의 통지가 있었다면 이로써 위 과세처분의 하자가 치유되었다고 볼 수 있다.

해설

- ①② (×) 두 개 이상의 행정처분이 연속적으로 행하여지는 경우 선행처분과 후행처분이 서로 결합하여 1개의 법률효과를 완성하는 때에는 선행처분에 하자가 있으면 그 하자는 후행처분에 승계되므로 선행처분에 불가쟁력이 생겨 그 효력을 다룰 수 없게 된 경우에도 선행처분의 하자를 이유로 후행처분의 효력을 다룰 수 있는 반면 선행처분과 후행처분이 서로 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하는 때에는 선행처분에 불가쟁력이 생겨 그 효력을 다룰 수 없게 된 경우에는 선행처분의 하자가 중대하고 명백하여 당연무효인 경우를 제외하고는 선행처분의 하자를 이유로 후행처분의 효력을 다룰 수 없는 것이 원칙이나 선행처분과 후행처분이 서로 독립하여 별개의 효과를 목적으로 하는 경우에도 선행처분의 불가쟁력이나 구속력이 그로 인하여 불이익을 입게 되는 자에게 수인한도를 넘는 가혹함을 가져오며, 그 결과가 당사자에게 예측가능한 것이 아닌 경우에는 국민의 재판받을 권리를 보장하고 있는 헌법의 이념에 비추어 선행처분의 후행처분에 대한 구속력은 인정될 수 없다(하자가 승계된다는 의미)(대판 1994.1.25. 93누8542).

▣ 행정행위의 하자 승계 정리 *인정 사례 : 강제징수절차(독-압-매-청)/대집행절차(계-통-실-비)/한지의사/안경사/분묘개장/귀속재산 ▮ 개-과/표-수/친일-유공

선행행위 무효	하자 승계 됨
하나의 법률효과를 목적	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
선행행위에 취소사유인 하자	원칙 하자 승계 안 됨(선행행위의 후행행위에 대한 구속력이 인정 됨) 예 과세처분과 압류 등의 체납처분, 건물철거명령과 대집행계고처분, 공무원의 직위해제처분과 면직처분 등
	예외 하자 승계 부정시 수인한도를 넘는 가혹함 and 그 결과가 당사자에게 예측 가능한 것이 아닌 경우 → 하자 승계 됨(선행행위의 후행행위에 대한 구속력이 인정 안 됨) 예 개별공시지가결정과 과세처분(양도소득세 부과처분 or 개발부담금 부과처분) 표준지 공시지가와 수용재결(보상금 결정) 친일반민족행위진상규명위원회의 최종발표와 지방보훈지청장의 독립유공자 예우에 관한 법률 적용배제자 결정

- ③ (○) 절차상 또는 형식상 하자로 인하여 무효인 행정처분이 있을 후 행정청이 관계 법령에서 정한 절차 또는 형식을 갖추어 다시 동일한 행정처분을 하였다면 당해 행정처분은 종전의 무효인 행정처분과 관계없이 새로운 행정처분이라고 보아야 한다.(대판 2014.3.13. 2012두1006)
- ④ (×) 판례에 따르면 이유제시의 하자의 추완이나 보완은 처분에 대한 불복여부의 결정 및 불복신청에 편의를 줄 수 있는 상당한 기간 내에 하여야 한다고 본다(이유제시 하자의 치유는 행정쟁송 제기 이전까지만 가능).
 - 과세처분시 납세고지서에 과세표준, 세율, 세액의 산출근거 등이 누락된 경우에는 늦어도 과세처분에 대한 불복여부의 결정 및 불복신청에 편의를 줄 수 있는 상당한 기간 내에 보정행위를 해야 그 하자가 치유된다 할 것이므로, 과세처분이 있을 지 4년이 지나서 그 취소소송이 제기된 때에 보정된 납세고지서를 송달하였다는 사실이나 오랜 기간(4년)의 경과로써 과세처분의 하자가 치유되었다고 볼 수는 없다(대판 1983.7.26. 82누420).
 - 세액산출근거 등을 기재하지 않은 납세고지서에 의한 과세처분을 하였다가 그 납세처분시로부터 2년 이상 경과하여 위 과세처분의 취소소송 계속중에 비로소 그 세액산출 근거를 보정하는 통지를 하였더라도 그 통지는 위 과세처분에 대한 불복여부의 결정 및 불복신청에 편의를 줄 수 있는 상당한 기간이 지난 뒤에 한 것으로서 그 위법이 치유된다고 할 수 없다.(대판 1985.1.22. 84누333).

답 ③

3 「행정기본법」상 법 적용의 기준에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 새로운 법령등은 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 법령 등의 효력 발생 전에 완성되거나 종결된 사실관계 또는 법률관계에 대해서는 적용되지 아니한다.
- ② 당사자의 신청에 따른 처분은 법령등에 특별한 규정이 있거나 처분 당시의 법령등을 적용하기 곤란한 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 신청 당시의 법령등에 따른다.
- ③ 법령등을 위반한 행위의 성립과 이에 대한 제재처분은 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 법령등을 위반한 행위 당시의 법령등에 따른다.
- ④ 법령등을 위반한 행위 후 법령등의 변경에 의하여 그 행위가 법령등을 위반한 행위에 해당하지 아니하거나 제재처분 기준이 가벼워진 경우로서 해당 법령 등에 특별한 규정이 없는 경우에는 변경된 법령등을 적용한다.

해설

①③④ (○)

② (×) 신청에 따른 처분은 원칙적으로 **처분 당시** 법령에 따름

• 행정기본법 제14조(법 적용의 기준)

- ① 새로운 법령 등은 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 법령 등의 효력 발생 전에 완성되거나 종결된 사실관계 또는 법률관계에 대해서는 적용되지 아니한다.
- ② 당사자의 신청에 따른 처분은 법령등에 **특별한 규정이 있거나 처분 당시의 법령등을 적용하기 곤란한 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 처분 당시의** 법령등에 따른다.
- ③ 법령등을 위반한 행위의 성립과 이에 대한 제재처분은 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 법령등을 위반한 행위 당시의 법령등에 따른다. 다만, 법령등을 위반한 행위 후 법령등의 변경에 의하여 **그 행위가 법령등을 위반한 행위에 해당하지 아니하거나 제재처분 기준이 가벼워진 경우로서 해당 법령등에 특별한 규정이 없는 경우에는 변경된 법령등을 적용한다.**

답 ②

4 「행정절차법」상 행정절차에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 관련 법령에 따라 당연히 환수금액이 정하여지는 퇴직연금의 환수결정에 앞서 의견진술의 기회를 주지 아니하였다면 그 처분은 의견제출의 기회를 주지 않은 것으로서 위법하여 무효이다.
- ② 고시의 방법으로 불특정 다수인을 상대로 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분에 있어서까지 그 상대방에게 의견제출의 기회를 주어야 한다고 해석할 것은 아니다.
- ③ 특별한 사정이 없는 한 신청에 대한 거부처분이라고 하더라도 직접 당사자의 권익을 제한하는 것은 아니어서 신청에 대한 거부처분은 사전통지대상이 된다고 할 수 없다.
- ④ 다른 법령 등에 특별한 규정이 없음에도 「행정절차법」상의 문서주의에 위반하여 행하여진 행정청의 처분은 하자가 중대하고 명백하여 원칙적으로 무효이다.

해설

- ① (×) **법령에 따라 확정되는 의무부과의 경우에는 의견제출의 기회를 부여하지 않아도 됨** : 퇴직연금의 환수결정은 당사자에게 의무를 과하는 처분이기 하나, 관련 법령에 따라 당연히 환수금액이 정하여지는 것이므로, 퇴직연금의 환수결정에 앞서 당사자에게 의견진술의 기회를 주지 아니하여도 「행정절차법」 제22조 제3항이나 신의칙에 어긋나지 아니한다(대판 2000.11.28. 99두5443).
- ② (○) **불특정 다수에 대한 고시 방식의 처분시 사전통지나 의견청취 절차를 거치지 않아도 됨** : 구 행정절차법 제22조 제3항에 따라 행정청이 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 할 때 의견제출의 기회를 주어야 하는 '당사자'는 '행정청의 처분에 대하여 직접 그 상대가 되는 당사자'(구 행정절차법 제2조 제4호)를 의미한다. 그런데 '고시'의 방법으로 불특정 다수인을 상대로 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분은 성질상 의견제출의 기회를 주어야 하는 상대방을 특정할 수 없으므로, 이와 같은 처분에 있어서까지 구 행정절차법 제22조 제3항에 의하여 그 상대방에게 의견제출의 기회를 주어야 한다고 해석할 것은 아니다(대판 2014.10.27. 2012두7745).
- ③ (○) **특별한 사정이 없는 한 거부처분은 직접 당사자의 권익을 제한하는 것은 아니어서 신청에 대한 거부처분은 처분의 사전통지대상이 아님** : 행정절차법 제21조 제1항은 행정청은 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 처분의 제목, 당사자의 성명 또는 명칭과 주소, 처분하고자 하는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거, 그에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리방법,

의견제출기관의 명칭과 주소, 의견제출기한 등을 당사자 등에게 통지하도록 하고 있는바, 신청에 따른 처분이 이루어지지 아니한 경우에는 아직 당사자에게 권익이 부과되지 아니하였으므로 특별한 사정이 없는 한 신청에 대한 거부처분이라고 하더라도 직접 당사자의 권익을 제한하는 것은 아니어서 신청에 대한 거부처분을 여기에서 말하는 '당사자의 권익을 제한하는 처분'에 해당한다고 할 수 없는 것이어서 처분의 사전통지대상이 된다고 할 수 없다(대판 2003.11.28. 2003두674).

- ④ (○) 행정청의 처분의 방식을 규정한 행정절차법 제24조를 위반하여 행해진 행정청의 처분은 당연무효 : 행정절차법 제24조(행정처분 문서주의 원칙)는 행정의 공정성·투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익을 보호하기 위한 것이므로 위 규정을 위반하여 행하여진 행정청의 처분은 하자가 중대하고 명백하여 원칙적으로 무효이다. 시흥소방서의 담당 소방공무원이 피고인에게 행정처분인 위 시정보완명령을 구두로 고지한 것은 행정절차법 제24조에 위반한 것으로 그 하자가 중대하고 명백하여 위 시정보완명령은 당연 무효라고 할 것이고, 무효인 위 시정보완명령에 따른 피고인의 의무위반이 생기지 아니하는 이상 피고인에게 위 시정보완명령에 위반하였음을 이유로 소방시설 설치유치 및 안전관리에 관한 법률 제48조의2 제1호에 따른 행정형벌을 부과할 수 없다(대판 2011.11.10. 2011도11109)

답 ①

5 <보기>의 사례에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

<보기> A 구청장으로부터 허가를 받아 유흥주점영업을 해오던 甲은 해당 영업을 乙에게 양도하기로 하였다. 甲과 乙은 사업을 양도하기로 하는 계약을 체결하였고, 법령에 따라 乙은 A 구청장에게 영업자지위승계신고를 하였다.

- ① A 구청장이 영업자지위승계신고를 수리할 경우 그 법적 성격은 처분이므로 「행정절차법」이 적용된다.
- ② A 구청장이 영업자지위승계신고를 수리하기 전이라면 허가취소처분의 상대방은 甲이다.
- ③ A 구청장이 영업자지위승계신고를 수리하기 전에 甲의 영업허가를 취소하였다면 乙은 이를 다룰 원고적격이 없다.
- ④ 甲과 乙의 사업양도계약이 무효라면 A 구청장이 영업자지위승계신고를 수리하였더라도 그 수리는 당연무효이다.

해설

- ① (○) 행정청이 구 식품위생법상의 영업자지위승계신고 수리처분을 하는 경우, 종전의 영업자는 행정절차법 2조 4호 소정의 '당사자에 해당하므로 수리처분시 종전의 영업자(양도인)에게 행정절차법 상 행정절차(사전통지·의견청취)를 실시해야 함. : 행정절차법 21조 1항, 22조 3항 및 2조 4호의 각 규정에 의하면, 행정청이 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 함에 있어서는 당사자 등에게 처분의 사전통지를 하고 의견제출의 기회를 주어야 하며, 여기서 당사자라 함은 행정청의 처분에 대하여 직접 그 상대가 되는 자를 의미한다 할 것이고, 한편 구 식품위생법 25조 2항, 3항의 각 규정에 의하면, 지방세법에 의한 압류재산 매각절차에 따라 영업시설의 전부를 인수함으로써 그 영업자의 지위를 승계한 자가 관계 행정청에 이를 신고하여 행정청이 이를 수리하는 경우에는 종전의 영업자에 대한 영업허가 등은 그 효력을 잃는다 할 것인데, 위 규정들을 종합하면 위 행정청이 구 식품위생법 규정에 의하여 영업자지위승계신고를 수리하는 처분은 종전의 영업자의 권익을 제한하는 처분이라 할 것이고 따라서 종전의 영업자는 그 처분에 대하여 직접 그 상대가 되는 자에 해당한다고 봄이 상당하므로, 행정청으로서 위 신고를 수리하는 처분을 함에 있어서 행정절차법 규정 소정의 당사자에 해당하는 종전의 영업자에 대하여 위 규정 소정의 행정절차를 실시하고 처분을 해야 한다(대판 2003.2.14. 2001두7015).
- ② (○) 영업자지위승계신고 수리 전이라면 허가취소처분의 상대방은 양도인인 甲이다.
사실상 영업을 양도·양수되었지만 아직 승계신고 및 수리처분이 있기 이전의 경우, 행정제재처분사유 무유의 판단기준이 되는 대상자 및 위반행위에 대한 행정책임이 귀속되는 자는 양도인 : 사실상 영업을 양도·양수되었지만 아직 승계신고 및 그 수리처분이 있기 이전에는 여전히 종전의 영업자인 양도인이 영업허가자이고, 양수인은 영업허가자가 되지 못한다 할 것이어서 행정제재처분의 사유가 있는지 여부 및 그 사유가 있다고 하여 행하는 행정제재처분은 영업허가자인 양도인을 기준으로 판단하여 그 양도인에 대하여 행해야 할 것이고, 한편 양도인이 그의 의사에 따라 양수인에게 영업을 양도하면서 양수인으로 하여금 영업을 하도록 허락하였다면 그 양수인의 영업 중 발생한 위반행위에 대한 행정적인 책임은 영업허가자인 양도인에게 귀속된다고 보아야 할 것이다(대판 1995.2.24. 94누9146).
- ③ (×) (양도계약 후 신고 전에) 채석허가를 받은 자(양도인)에 대한 관할 행정청의 채석허가 취소처분에 대하여 수허가자의 지위를 양수한 양수인에게 그 취소처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있음 : 산림법 제90조의2 제1항, 제118조 제1항, 같은법시행규칙 제95조의2 등 산림법령이 수허가자의 명의변경제도를 두고 있는 취지는, 채석허가가 일반적·상대적 금지를 해제하여 좁으로써 채석행위를 자유롭게 할 수 있는 자유를 회복시켜 주는 것일 뿐 권리를 설정하는 것이 아니어서 관할 행정청과의 관계에서 수허가자의 지위의 승계를 직접 주장할 수는 없다 하더라도, 채석허가가 대물적 허가의 성질을 아울러 가지고 있고 수허가자의 지위가 사실상 양도·양수되는 점을 고려하여 수허가자의 지위를 사실상 양수한 양수인의 이익을 보호하고자 하는 데 있는 것으로 해석되므로, 수허가자의 지위를 양수받아 명의변경신고를 할 수 있는 양수인의 지위는 단순한 반사적 이익이나 사실상의 이익이 아니라 산림법령에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익으로서 법률상 이익이라고 할 것이고, 채석허가가 유효하게 존속하고 있다는 것이 양수인의 명의변경신고의 전제가 된다는 의미에서 관할 행정청이 양도인에 대하여 채석허가를 취소하는 처분을 하였다면 이는 양수인의 지위에 대한 직접적 침해가 된다고 할 것이므로 양수인은 채석허가를 취소하는 처분의 취소를 구할 법률상 이익을 가진다(대판 2003.7.11. 2001두6289)
- ④ (○) 사업양도계약이 무효라면 영업자지위승계신고를 수리해도 수리는 당연무효 : 사업양도·양수에 따른 허가관청의 지위승계신고의 수리는 적법한 사업의 양도·양수가 있었음을 전제로 하므로 그 수리대상인 사업양도·양수가 존재하지 않거나 무효인 때에는 수리를 하였다하더라도 그 수리는 유효한 대상이 없는 것으로서 당연히 무효라 할 것이고, 사업의 양도행위가 무효라고 주장하는 양도자는 민사쟁송으로 양도·양수행위의 무효를 구함이 없이 막바로 허가관청을 상대로 하여 행정소송으로 위 신고수리처분의 무효확인을 구할 법률상 이익이 있다(대판 2005.12.23. 2005두3554).

답 ③

6 행정계획에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 국토이용계획변경신청을 거부하는 것이 실질적으로 당해 행정처분 자체를 거부하는 결과가 되는 경우에는 그 변경신청을 거부하는 행위는 취소소송의 대상이 된다.
- ② 도시계획구역 내에 토지 등을 소유하고 있는 주민이면 도시시설계획의 입안 내지 변경을 신청할 권리가 인정된다.
- ③ 구 「국토이용관리법」상 국토이용계획이 확정된 후 일정한 사정의 변동이 있다면 그러한 사정만으로 지역주민에게 계획의 변경을 청구할 권리가 발생하게 된다고 할 수는 없다.
- ④ A시 도시계획조례에 ‘도시지역에서 토지이용의 과밀화를 방지할 필요가 있는 경우에 유통상업지역의 건폐율을 60% 이하에서 40% 이하로 낮출 수 있다.’라는 규정은 구속적 행정계획이다.

해설

- ①③ (○) 일정한 행정처분을 구하는 신청을 할 수 있는 법률상 지위에 있는 자의 국토이용계획변경신청을 거부하는 것이 실질적으로 당해 행정처분 자체를 거부하는 결과가 되는 경우에는 예외적으로 그 신청인에게 국토이용계획변경을 신청할 권리가 인정됨 : 구 국토이용관리법상 주민이 국토이용계획의 변경에 대하여 신청을 할 수 있다는 규정이 없을 뿐만 아니라, 국토건설종합계획의 효율적인 추진과 국토이용질서를 확립하기 위한 **국토이용계획은 장기성, 종합성이 요구되는 행정계획이어서 원칙적으로는 그 계획이 일단 확정된 후에 어떤 사정의 변동이 있다고 하여 그러한 사유만으로는 지역주민이나 일반 이해관계인에게 일일이 그 계획의 변경을 신청할 권리를 인정하여 줄 수는 없을 것이지만, 장래 일정한 기간 내에 관계 법령이 규정하는 시설 등을 갖추어 일정한 행정처분을 구하는 신청을 할 수 있는 법률상 지위에 있는 자의 국토이용계획변경신청을 거부하는 것이 실질적으로 당해 행정처분 자체를 거부하는 결과가 되는 경우에는 예외적으로 그 신청인에게 국토이용계획변경을 신청할 권리가 인정된다**고 봄이 상당하므로, 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다. 구 폐기물관리법 제26조, 같은법 시행규칙 제17조 등에 의하면 폐기물처리사업계획의 적정통보를 받은 자는 장래 일정한 기간 내에 관계 법령이 규정하는 시설 등을 갖추어 폐기물처리업허가신청을 할 수 있는 법률상 지위에 있다고 할 것인바, 피고로부터 폐기물처리사업계획의 적정통보를 받은 원고가 폐기물처리업허가를 받기 위하여는 이 사건 부동산에 대한 용도지역을 '농림지역 또는 준농림지역'에서 '준도시지역(시설용지지구)'으로 변경하는 국토이용계획변경이 선행되어야 하고, 원고의 위 계획변경신청을 피고가 거부한다면 이는 실질적으로 원고에 대한 폐기물처리업허가신청을 불허하는 결과가 되므로, 원고는 위 **국토이용계획변경의 입안 및 결정권자인 피고에 대하여 그 계획변경을 신청할 법규상 또는 조리상 권리를 가진다**고 할 것이다(대판 2003.9.23. 2001두10936) ⇒ 신청에 대한 거부시 항고소송 대상인 거부처분에 해당
- ② (○) 도시계획구역 내 토지를 소유한 주민의 도시시설계획결정권자에 대한 도시시설계획변경 신청에 대한 거부행위는 거부처분 : 국토의 계획 및 이용에 관한 법률은 국토의 이용·개발과 보전을 위한 계획의 수립 및 집행 등에 필요한 사항을 규정함으로써 공공복리를 증진시키고 국민의 삶의 질을 향상시키는 것을 목적으로 하면서도 도시계획시설결정으로 인한 개인의 재산권행사의 제한을 줄이기 위하여, 도시·군계획시설부지의 매수청구권(제47조), 도시·군계획시설결정의 실효(제48조)에 관한 규정과 아울러 도시·군관리계획의 입안권자인 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수(이하 '입안권자'라 한다)는 5년마다 관할 구역의 도시·군관리계획에 대하여 타당성 여부를 전반적으로 재검토하여 정비하여야 할 의무를 지우고(제34조), 주민(이해관계자 포함)에게는 도시·군관리계획의 입안권자에게 기반시설의 설치·정비 또는 개량에 관한 사항, 지구단위계획구역의 지정 및 변경과 지구단위계획의 수립 및 변경에 관한 사항에 대하여 도시·군관리계획도서와 계획설명서를 첨부하여 도시·군관리계획의 입안을 제안할 권리를 부여하고 있고, 입안제안을 받은 입안권자는 그 처리 결과를 제안자에게 통보하도록 규정하고 있다. 이들 규정에 헌법상 개인의 재산권 보장의 취지를 더하여 보면, **도시계획구역 내 토지 등을 소유하고 있는 사람과 같이 당해 도시계획시설결정에 이해관계가 있는 주민으로서 도시시설계획의 입안권자 내지 결정권자에게 도시시설계획의 입안 내지 변경을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있고, 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다**(대판 2015.3.26. 2014두42742).
- ④ (×) 도시·군관리계획은 구속적 행정계획으로서 계획재량이 인정되고 그 내용 중 하나인 용도지역별 건폐율을 정함에 있어서 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 및 동법 시행령이 범위를 정해 위임한 범위에서 조례(도시계획조례)로서 정한 기준에 따른다. 따라서 용도지역별 건폐율 기준을 정한 도시계획조례가 건폐율 기준을 강화하는 규정을 둔 경우 규제권한 행사를 위한 내부지침 또는 재량권 행사의 기준을 정한 재량준칙으로서 행정규칙의 성격을 가지므로 구속적 행정계획으로 볼 수 없다.

• **국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제77조(용도지역의 건폐율)** ① 제36조에 따라 지정된 용도지역에서 건폐율의 최대한도는 관할 구역의 면적과 인구 규모, 용도지역의 특성을 고려하여 다음 각 호의 범위에서 대통령령으로 정하는 기준에 따라 특별시·광역시·특별자치시·특별자치도·시 또는 군의 조례로 정한다.

1. 도시지역
 나. 상업지역: 90퍼센트 이하

• **국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령 제84조(용도지역 안에서의 건폐율)**

① 법 제77조제1항 및 제2항에 따른 건폐율은 다음 각 호의 범위에서 특별시·광역시·특별자치시·특별자치도·시 또는 군의 도시·군계획조례가 정하는 비율 이하로 한다.

10. 유통상업지역 : 80퍼센트 이하

⑤ 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수가 법 제77조제4항제1호에 따라 도시지역에서 토지이용의 과밀화를 방지하기 위하여 건폐율을 낮춰야 할 필요가 있다고 인정하여 당해 지방자치단체에 설치된 도시계획위원회의 심의를 거쳐 정한 구역안에서의 건축물의 경우에는 그 건폐율은 그 구역에 적용할 건폐율의 최대한도의 40퍼센트 이상의 범위에서 특별시·광역시·특별자치시·특별자치도·시 또는 군의 도시·군계획조례가 정하는 비율 이하로 한다.

7 「행정소송법」상 취소소송에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 해당 처분을 다룰 법률상 이익이 있는지 여부는 직권조사사항으로 이에 관한 당사자의 주장은 직권발동을 촉구하는 의미밖에 없으므로, 원심법원이 이에 관하여 판단하지 않았다고 하여 판단유탈의 상고이유로 삼을 수 없다.
- ② 피고인 처분청의 처분권한 유무는 피고적격의 문제이므로 법원의 직권조사사항이다.
- ③ 피고경정은 사실심 변론종결까지만 허용되므로 상고심에서는 피고경정이 허용되지 않는다.
- ④ 타인 사이의 항고소송에서 행정청은 「민사소송법」상의 보조참가를 할 수는 없고 다만 「행정소송법」에 의한 소송참가를 할 수 있을 뿐이다.

해설

- ① (○) **처분을 다룰 법률상 이익이 있는지에 관한 당사자의 주장에 관하여 원심법원이 판단하지 않은 것은 판단유탈의 상고이유가 안 됨** : 해당 처분을 다룰 법률상 이익이 있는지 여부는 직권조사사항으로 이에 관한 당사자의 주장은 직권발동을 촉구하는 의미밖에 없으므로, 원심법원이 이에 관하여 판단하지 않았다고 하여 판단유탈의 상고이유로 삼을 수 없다(대판 2017.3.9. 2013두16852).
- ② (×) **처분성 여부, 처분의 존부(존재 여부) : 요건심리(소송요건 판단)인 대상적격(처분성) 문제로 직권조사사항**
처분청의 처분권한 유무 : 본안심리(처분의 위법성 판단) 문제로 직권조사사항이 아님. 변론주의에 따라 당사자가 주장·입증
 • 행정소송에 있어서 처분청의 처분권한 유무는 직권조사사항이 아니다(대판 1997.6.19. 95누8669).
- ③ (○) 행정소송법 제14조에 의한 **피고경정은 사실심 변론종결에 이르기까지 허용되는 것으로 해석하여야 할 것이고, 굳이 제1심 단계에서만 허용되는 것으로 해석할 근거는 없다**(대결 2006.2.23.자 2005부4).
 * 새로 제정된 행정소송규칙에서는 이를 명시적으로 규정.

• 행정소송규칙 제6조(피고경정) 행정소송법 제14조 제1항에 따른 피고경정은 사실심 변론을 종결할 때까지 할 수 있다.

- ④ (○) **보조참가** : 소송 계속 중 소송 결과에 대해 이해관계 있는 제3자가 당사자 일방의 승소를 보조하기 위해 그 소송에 참가하는 것.
 • **제3자의 경우 행정소송법 제16조 요건을 갖추지 못한 경우 민사소송법 상 보조참가 가능** : 행정소송 사건에서 참가인이 한 보조참가는 행정소송법 제16조가 규정한 제3자의 소송참가에 해당하지 아니하더라도, 민사소송법상 보조참가의 요건을 갖춘 경우 허용되고 그 성격은 공동소송적 보조참가라고 할 것이다. 민사소송법상 보조참가는 소송결과에 이해관계가 있는 자가 할 수 있는데, 여기서 이해관계란 법률상 이해관계를 말하는 것으로, 당해 소송의 판결의 기판력이나 집행력을 당연히 받는 경우 또는 당해 소송의 판결의 효력이 직접 미치지 아니한다고 하더라도 적어도 그 판결을 전제로 하여 보조참가를 하려는 자의 법률상 지위가 결정되는 관계에 있는 경우를 의미한다(대결 2013.7.12.자 2012무84).
 • **행정청의 경우 민사소송법 상 보조참가 불가** : 행정주체와 달리 행정청은 민사소송법상 보조참가를 하기 위해 필요한 당사자능력이 없기 때문.
 - 타인 사이의 항고소송에서 소송의 결과에 관하여 이해관계가 있다고 주장하면서 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문 개정된 것) 제71조에 의한 보조참가를 할 수 있는 제3자는 민사소송법상의 당사자능력 및 소송능력을 갖춘 자이어야 하므로 그러한 **당사자능력 및 소송능력이 없는 행정청**으로서 민사소송법상의 보조참가를 할 수는 없고 다만 **행정소송법 제17조 제1항에 의한 소송참가를 할 수 있을 뿐이다**(행정청에 불과한 서울특별시시장의 보조참가신청을 부적법하다고 한 사례). (대판 2002.9.24. 99두1519).

답 ②

8 손실보상에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

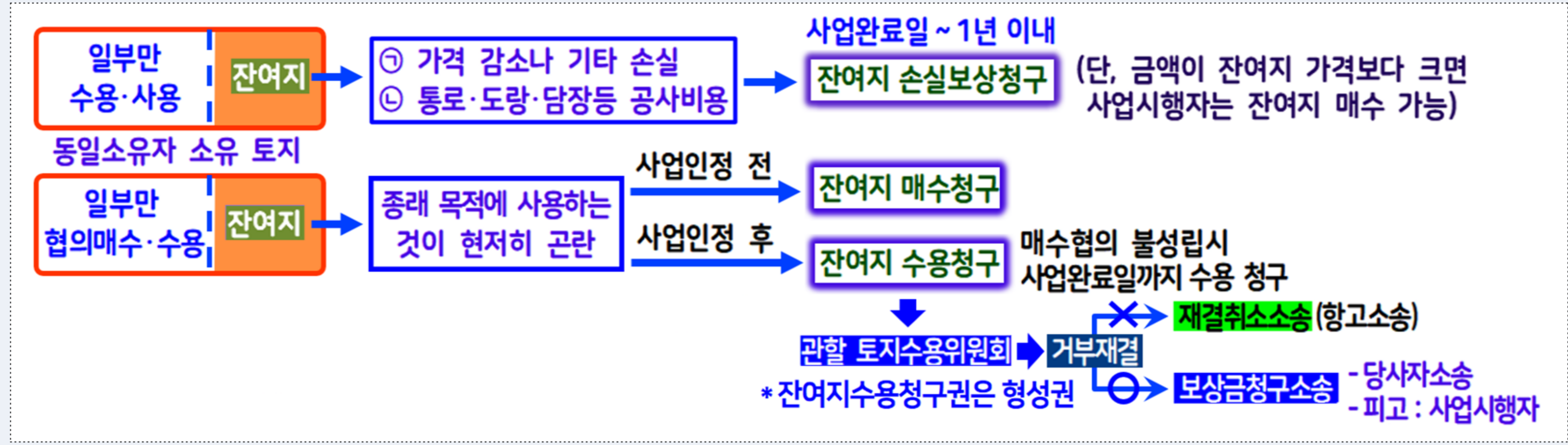
- ① 간척사업의 시행으로 종래의 관행어업권자에게 구「공유수면매립법」에서 정하는 손실보상청구권이 인정되기 위해서는 매립면허고시 후 매립공사가 실행되어 관행어업권자에게 실질적이고 현실적인 피해가 발생해야 한다.
- ② 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 의한 보상합의는 공공기관이 사경제주체로서 행하는 사법상 계약의 실질을 가진다.
- ③ 공익사업으로 인하여 영업을 폐지하거나 휴업하는 자는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 규정된 재결절차를 거치지 않은 채 곧바로 사업시행자를 상대로 영업손실보상을 청구할 수 있다.
- ④ 잔여지 수용청구를 받아들이지 않은 토지수용위원회의 재결에 대하여 토지소유자가 불복하여 제기하는 소송은 보상금의 증감에 관한 소송에 해당하여 사업시행자를 피고로 하여야 한다.

해설

- ① (○) 구 공유수면매립법(제17조가 “매립의 면허를 받은 자는 제16조 제1항의 규정에 의한 보상이나 시설을 한 후가 아니면 그 보상을 받을 권리를 가진 자에게 손실을 미칠 공사에 착수할 수 없다. 다만, 그 권리를 가진 자의 동의를 받았을 때에는 예외로 한다.”고 규정하고 있으나, 손실보상은 공공필요에 의한 행정작용에 의하여 사인에게 발생한 특별한 희생에 대한 전보라는 점에서 그 사인에게 특별한 희생이 발생하여야 하는 것은 당연히 요구되는 것이고, **공유수면 매립면허의 고시가 있다고 하여 반드시 그 사업이 시행되고 그로 인하여 손실이 발생한다고 할 수 없으므로, 매립면허 고시 이후 매립공사가 실행되어 관행어업권자에게 실질적이고 현실적인 피해가 발생한 경우에만 공유수면매립법에서 정하는 손실보상청구권이 발생하였다고 할 것이다**(대판 2010.12.9. 2007두6571).
- ② (○) 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 ‘공익사업법’이라고 한다)에 의한 **보상합의는 공공기관이 사경제주체로서 행하는 사법상 계약의 실질을 가지는 것으로서**, 당사자 간의 합의로 같은 법 소정의 손실보상의 기준에 의하지 아니한 손실보상금을 정할 수 있으며, 이와 같이 같은 법이 정하는 기준에 따르지 아니하고 손실보상액에 관한 합의를 하였다고 하더라도 그 합의가 착오 등을 이유로 적법하게 취소되지 않는 한 유효하다. 따라서 공익사업법에 의한 보상을 하면서 손실보상금에 관한 당사자 간의 합의가 성립하면 그 합의 내용대로 구속력이 있고, 손실보상금에 관한 합의 내용이 공익사업법에서 정하는 손실보상 기준에 맞지 않는다고 하더라도 합의가 적법하게 취소되는 등의 특별한 사정이 없는 한 추가로 공익사업법상 기준에 따른 손실보상금 청구를 할 수는 없다(대판 2013.8.22. 2012다3517).
- ③ (×) 공익사업으로 인하여 영업을 폐지하거나 휴업하는 자가 사업시행자에게서 구 공익사업법 제77조 제1항에 따라 영업손실에 대한 보상을 받기 위해서는 구 공익사업법 제34조, 제50조 등에 규정된 재결절차를 거친 다음 재결에 대하여 불복이 있는 때에 비로소 구 공익사업법 제83조 내지 제85조에 따라 권리구제를 받을 수 있을 뿐, 이러한 **재결절차를 거치지 않은 채 곧바로 사업시행자를 상대로 손실보상을 청구하는 것은 허용되지**

않는다고 보는 것이 타당하다(대판 2011.9.29. 2009두10963).

- ④ (○) 잔여지수용청구권은 형성권이므로 잔여지수용청구에 대한 토지수용위원회의 거부재결에 대한 불복은 사업시행자를 피고로 한 보상금청구소송(공법상 당사자소송) : 구 '공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률' 제74조 제1항에 규정되어 있는 잔여지 수용청구권은 손실보상의 일환으로 토지소유자에게 부여되는 권리로서 그 요건을 구비한 때에는 잔여지를 수용하는 토지수용위원회의 재결이 없더라도 그 청구에 의하여 수용의 효과가 발생하는 형성권적 성질을 가지므로, 잔여지 수용청구를 받아들이지 않은 토지수용위원회의 재결에 대하여 토지소유자가 불복하여 제기하는 소송은 위 법 제85조 제2항에 규정되어 있는 '보상금의 증감에 관한 소송(당사자소송)'에 해당하고, 그 피고는 토지수용위원회가 아니라 사업시행자로 해야 한다(대판 2010.8.19. 2008두822).



답 ③

9 「행정기본법」상 처분에 대한 이의신청 및 재심사에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 행정청이 부득이한 사유로 14일 이내에 이의신청에 대한 결과를 통지할 수 없는 경우에는 그 기간을 만료일 다음 날부터 기산하여 10일의 범위에서 한 차례 연장할 수 있다.
- ② 이의신청에 대한 결과를 통지받은 후 행정심판을 제기하려는 자는 그 결과를 통지받은 날부터 90일 이내에 행정심판을 제기할 수 있다.
- ③ 당사자는 제재처분을 행정심판, 행정소송 및 그 밖의 쟁송을 통하여 다툴 수 없게 된 경우에 해당 처분을 한 행정청에 처분을 취소 또는 철회하여 줄 것을 신청할 수 없다.
- ④ 당사자는 「국가인권위원회법」에 따른 진정에 대한 국가인권위원회의 결정을 행정심판, 행정소송 및 그 밖의 쟁송을 통하여 다툴 수 없게 된 경우에 해당 결정을 한 국가인권위원회에 결정을 취소 또는 철회하여 줄 것을 신청할 수 없다.

해설

- ① (○) 제36조 제2항 단서, ② (○) 제36조 제4항

• 행정기본법 제36조(처분에 대한 이의신청)

- ① 행정청의 처분(「행정심판법」 제3조에 따라 같은 법에 따른 행정심판의 대상이 되는 처분을 말한다. 이하 이 조에서 같다)에 이의가 있는 당사자는 처분을 받은 날부터 **30일** 이내에 해당 행정청에 이의신청을 할 수 있다.
- ② 행정청은 제1항에 따른 이의신청을 받으면 그 신청을 받은 날부터 **14일** 이내에 그 이의신청에 대한 결과를 신청인에게 통지하여야 한다. 다만, 부득이한 사유로 14일 이내에 통지할 수 없는 경우에는 그 기간을 만료일 다음 날부터 기산하여 **10일**의 범위에서 한 차례 연장할 수 있으며, 연장 사유를 신청인에게 통지하여야 한다.
- ③ 제1항에 따라 이의신청을 한 경우에도 그 이의신청과 관계없이 「행정심판법」에 따른 행정심판 또는 「행정소송법」에 따른 행정소송을 제기할 수 있다.
- ④ 이의신청에 대한 결과를 통지받은 후 행정심판 또는 행정소송을 제기하려는 자는 그 결과를 통지받은 날(제2항에 따른 통지기간 내에 결과를 통지받지 못한 경우에는 같은 항에 따른 통지기간이 만료되는 날의 다음 날을 말한다)부터 **90일** 이내에 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다.
- ⑤ 다른 법률에서 이의신청과 이에 준하는 절차에 대하여 정하고 있는 경우에도 그 법률에서 규정하지 아니한 사항에 관하여는 이 조에서 정하는 바에 따른다.
- ⑥ 제1항부터 제5항까지에서 규정한 사항 외에 이의신청의 방법 및 절차 등에 관한 사항은 **대통령령**으로 정한다.
- ⑦ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항에 관하여는 이 조를 적용하지 아니한다.
 1. 공무원 인사 관계 법령에 따른 징계 등 처분에 관한 사항
 2. 「국가인권위원회법」 제30조에 따른 진정에 대한 국가인권위원회의 결정
 3. 「노동위원회법」 제2조의2에 따라 노동위원회의 의결을 거쳐 행하는 사항
 4. 형사, 행정 및 보안처분 관계 법령에 따라 행하는 사항
 5. 외국인의 출입국·난민인정·귀화·국적회복에 관한 사항
 6. 과태료 부과 및 징수에 관한 사항

처분	「행정심판법」 제3조에 따라 행정심판 대상이 되는 처분에 한정. ↓ 처분받은 날부터 30일 이내에 해당 행정청에게
당사자의 이의신청	이의신청 했어도 행정심판·행정소송 제기 가능 ↓ 신청받은 날부터 14일 이내(1회 10일 범위 연장 가능)
행정청의 결과통지	↓ 통지받은 날부터 90일 이내(기간 내 통지 못 받으면 통기기간 만료일 다음 날부터 90일 이내)
행정심판 / 행정소송	
③ (○) 제재처분, 행정상 강제에는 행정기본법 상 재심사(철회·취소·변경) 신청이 인정 안 됨 • 행정기본법 제37조(처분의 재심사) ① 당사자는 처분(제재처분 및 행정상 강제)은 제외한다. 이하 이 조에서 같다)이 행정심판, 행정소송 및 그 밖의 쟁송을 통하여 다룰 수 없게 된 경우(법원의 확정판결이 있는 경우는 제외한다)라도 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 처분을 한 행정청에 처분을 취소·철회하거나 변경하여 줄 것을 신청할 수 있다. 1. 처분의 근거가 된 사실관계 또는 법률관계가 추후에 당사자에게 유리하게 바뀐 경우 2. 당사자에게 유리한 결정을 가져다주었을 새로운 증거가 있는 경우 3. 「민사소송법」 제451조에 따른 재심사유에 준하는 사유가 발생한 경우 등 대통령령으로 정하는 경우	
④ (×) 「국가인권위원회법」 제30조에 따른 진정에 대한 국가인권위원회의 결정에 대해서는 행정기본법의 이의신청 규정은 적용되지 않지만, 재심사신청 규정은 적용된다. ■ 행정기본법 제37조 처분의 재심사(처분 취소·철회·변경 신청)	
재심사 신청 가능 사유	① 처분(제재처분, 행정상 강제 제외)이 행정심판·행정소송 및 기타 쟁송을 통해 다룰 수 없게 된 경우[불가쟁력 발생](법원 확정판결이 있는 경우는 제외)라도 다음 사유에 해당하면 처분청에 처분 취소·철회·변경 신청 가능 ㉠ 처분의 근거가 된 사실관계나 법률관계가 추후에 당사자에게 유리하게 바뀐 경우 ㉡ 당사자에게 유리한 결정을 가져다주었을 새로운 증거가 있는 경우 ㉢ 「민사소송법」 제451조에 따른 재심사유에 준하는 사유가 발생한 경우 등 대통령령으로 정하는 경우 <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin-top: 5px;">1. 처분 업무를 직·간접적으로 처리한 공무원이 그 처분에 관한 직무상 죄를 범한 경우 2. 처분 근거가 된 문서나 자료가 위조·변조된 것인 경우 3. 제3자의 거짓 진술이 처분의 근거가 된 경우 4. 처분에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단이 누락된 경우</div> ② 해당 처분의 절차, 행정심판, 행정소송 및 그 밖의 쟁송에서 당사자가 중대한 과실 없이 위 사유를 주장하지 못한 경우에만 신청 가능
신청기한	사유를 안 날부터 60일 이내. 단, 처분이 있는 날부터 5년이 지나면 신청 불가
행정청의 재심사	① 행정청은 특별한 사정이 없으면 신청받은 날부터 90일(합의제행정기관은 180일) 이내에 처분의 재심사 결과(재심사 여부와 처분의 유지·취소·철회·변경 등에 대한 결정 포함)를 신청인에게 통지(단, 부득이한 사유시 1회 같은 기간 범위에서 연장 가능) ② 처분의 재심사 결과 중 처분을 유지하는 결과에 대해서는 행정심판, 행정소송 및 그 밖의 쟁송수단을 통하여 불복 불가. ③ 행정청의 제18조에 따른 취소와 제19조에 따른 철회는 처분의 재심사에 의하여 영향 받지 않음(재심사 결과 처분 유지 결정을 했어도 처분청은 직권취소나 철회 가능 - 재심사결정의 불가변력 없음)
적용되지 않는 경우	① 공무원 인사 관계 법령에 따른 징계 등 처분에 관한 사항 ② 「노동위원회법」 제2조의2에 따라 노동위원회의 의결을 거쳐 행하는 사항 ③ 형사, 행정 및 보안처분 관계 법령에 따라 행하는 사항 ④ 외국인의 출입국·난민인정·귀화·국적회복에 관한 사항 ⑤ 과태료 부과 및 징수에 관한 사항 ⑥ 개별 법률에서 그 적용을 배제하고 있는 경우 <input checked="" type="checkbox"/> 「국가인권위원회법」 제30조에 따른 진정에 대한 국가인권위원회의 결정(×)

답 ④

10 [각론] 주민소송과 주민투표에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① 주민소송의 계속 중에 소송을 제기한 주민이 사망한 경우 소송절차는 중단되며, 이는 소송대리인이 있는 경우에도 마찬가지이다.
- ② 주민소송에서 해당 처분으로 지방자치단체의 재정에 손실이 발생하였다는 사실만으로도 처분의 위법성은 인정된다.
- ③ 지방자치단체의 장은 주민에게 과도한 부담을 주거나 중대한 영향을 미치는 지방자치단체의 주요 결정사항 등에 대하여 주민투표에 부쳐야 한다.
- ④ 주민투표는 특정한 사항에 대하여 찬성 또는 반대의 의사표시를 하는 형태로 실시하여야 하고, 두 가지 사항 중 하나를 선택하는 형식으로 실시할 수는 없다.

해설

- ① (○) 지방자치법 제22조(주민소송) ⑥ 소송의 계속(繫屬) 중에 소송을 제기한 주민이 사망하거나 제16조에 따른 주민의 자격을 잃으면 소송절차는 중단된다. 소송대리인이 있는 경우에도 또한 같다.
- ② (X) 지방자치법 제16조, 제17조 제1항, 제2항 제2호, 제17항의 내용과 체계에다가 주민소송 제도의 입법 취지와 법적 성질 등을 종합하면, 주민소송에서 다툼의 대상이 된 처분의 위법성은 행정소송법상 항고소송에서와 마찬가지로 헌법, 법률, 그 하위의 법규명령, 법의 일반원칙 등 객관적 법질서를 구성하는 모든 법규범에 위반되는지 여부를 기준으로 판단하 여야 하는 것이지, 해당 처분으로 지방자치단체의 재정에 손실이 발생하였는지만을 기준으로 판단할 것은 아니다(대판 2019.10.17. 2018두104).

- ③ (×) 지방자치법 제18조(주민투표) ① 지방자치단체의 장은 주민에게 과도한 부담을 주거나 중대한 영향을 미치는 지방자치단체의 주요 결정사항 등에 대하여 주민투표에 부칠 수 있다.
- ④ (×) 주민투표법 제15조(주민투표의 형식) 주민투표는 특정한 사항에 대하여 찬성 또는 반대의 의사표시를 하거나 두 가지 사항 중 하나를 선택하는 형식으로 실시하여야 한다.

답 ①

11 행정소송상 간접강제에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① 거부처분에 대해 무효확인소송을 제기하여 무효확인판결이 확정된 경우, 행정청에 판결의 취지에 따른 재처분의무가 인정될 뿐 간접강제는 허용되지 않는다.
- ② 간접강제결정에서 정한 의무이행기한이 경과하였다면 그 이후 확정판결의 취지에 따른 재처분의 이행이 있더라도 처분의 상대방은 간접강제결정에 기한 배상금을 추심할 수 있다.
- ③ 거부처분을 취소하는 판결이 확정된 후 행정청이 일단 재처분을 하였다면 설령 그 재처분이 기속력에 위반되는 내용일지라도 재처분을 이행한 것이므로 간접강제의 대상이 되지는 않는다.
- ④ 주택건설사업 승인신청 거부처분의 취소를 명하는 판결이 확정되었음에도 행정청이 그에 따른 재처분을 하지 않은 채 위 취소소송 계속 중에 도시계획법령이 개정되었다는 이유를 들어 다시 거부처분을 한 사안에서, 개정된 법령에 종전 규정에 따른다는 경과규정이 있더라도 개정된 법령을 적용하여 다시 거부처분을 할 수 있고 그 거부처분은 종전 거부처분 취소판결의 기속력에 저촉되지 않으므로 간접강제가 허용되지 않는다.

해설

- ① (○) 무효확인소송에는 간접강제규정이 준용 안 됨 : 행정소송법 제34조는 취소판결의 간접강제에 관하여 규정하면서 제1항에서 행정청이 같은 법 제30조 제2항의 규정에 의한 처분을 하지 아니한 때에 간접강제를 할 수 있도록 규정하고 있고, 같은 법 제30조 제2항은 "판결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다."라고 규정함으로써 취소판결에 따라 취소된 행정처분이 거부처분인 경우에 행정청에 다시 처분을 할 의무가 있음을 명시하고 있으므로, 결국 같은 법상 간접강제가 허용되는 것은 취소판결에 의하여 취소된 행정처분이 거부처분인 경우라야 할 것이다. 행정소송법 제38조 제1항이 무효확인 판결에 관하여 취소판결에 관한 규정을 준용함에 있어서 같은 법 제30조 제2항을 준용한다고 규정하면서도 같은 법 제34조는 이를 준용한다는 규정을 두지 않고 있으므로, 행정처분에 대하여 무효확인 판결이 내려진 경우에는 그 행정처분이 거부처분인 경우에도 행정청에 판결의 취지에 따른 재처분의무가 인정될 뿐 그에 대하여 간접강제까지 허용되는 것은 아니라고 할 것이다(대결 1998.12.24.자 98무37).

☑ **묘·罰·罰·罰·罰**(행정심판전치주의, 제소기간, 사정판결, 간접강제)

- ② (×) 의무이행기한 경과 후라도 확정판결 취지에 따른 재처분의 이행이 있으면 처분상대방은 행정소송법 34조 소정의 간접강제결정에 기한 배상금 추심 불가 : 행정소송법 34조 소정의 간접강제결정에 기한 배상금은 거부처분취소판결이 확정된 경우 그 처분을 행한 행정청으로 하여금 확정판결의 취지에 따른 재처분의무의 이행을 확실히 담보하려는 것으로서, 확정판결 취지에 따른 재처분의무 내용의 불확정성과 그에 따른 재처분 해당 여부에 관한 쟁송으로 인해 간접강제결정에서 정한 재처분의무의 기한 경과에 따른 배상금이 증가될 가능성이 자칫 행정청으로 하여금 인용처분을 강제하여 행정청의 재량권을 박탈하는 결과를 초래할 위험성이 있는 점 등을 감안하면, 이는 확정판결 취지에 따른 재처분 지연에 대한 제재나 손해배상이 아니고 재처분 이행에 관한 심리적 강제수단에 불과한 것으로 보아야 하므로, 특별한 사정이 없는 한 간접강제결정에서 정한 의무이행기한이 경과한 후라도 확정판결 취지에 따른 재처분의 이행이 있으면 배상금을 추심함으로써 심리적 강제를 피할 목적이 상실되어 처분상대방이 더 이상 배상금을 추심하는 것은 허용되지 않는다(대판 2004.1.15. 2002두2444).
- ③ (×) 거부처분에 대한 취소의 확정판결이 있음에도 행정청이 아무런 재처분을 하지 아니하거나, 재처분을 하였다 하더라도 그것이 종전 거부처분에 대한 취소의 확정판결의 기속력에 반하는 등으로 당연무효라면 이는 아무런 재처분을 하지 아니한 때와 마찬가지로 할 것이므로 이러한 경우에는 행정소송법 제30조 제2항, 제34조 제1항 등에 의한 간접강제신청에 필요한 요건을 갖춘 것으로 보아야 한다(대결 2002.12.11. 자 2002무22).
- ④ (×) 신청에 대한 거부처분의 취소판결 후 법령이 개정되면서 개정 전 신청은 종전규정에 따른다는 경과규정을 둔 경우 종전규정에 따른 재처분을 해야 하고 개정법령을 적용한 새로운 거부처분은 기속력에 저촉되어 당연 무효 : 주택건설사업 승인신청 거부처분의 취소를 명하는 판결이 확정되었음에도 행정청이 그에 따른 재처분을 하지 않은 채 위 취소소송(종전 거부처분에 대한 항소심) 계속 중에 도시계획법령이 개정되었다는 이유로 다시 거부처분을 한 사안에서, 개정된 도시계획법령에 그 시행 당시 이미 개발행위허가를 신청 중인 경우 종전 규정에 따른다는 경과규정을 두고 있으므로 위 사업승인신청에 대하여는 종전 규정에 따른 재처분을 해야 함에도 불구하고 개정 법령을 적용하여 새로운 거부처분을 한 것은 확정된 종전 거부처분 취소판결의 기속력에 저촉되어 당연무효이다(대결 2002.12.11.자 2002무22)

답 ①

12 항고소송의 대상적격에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 감사원의 「감사원법」에 따른 징계 요구는 징계 요구 대상 공무원의 권리·의무에 직접적인 변동을 초래하지 아니하므로, 감사원의 징계 요구는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다.
- ② 원처분의 상대방이 아닌 제3자가 행정심판을 청구하여 재결청이 원처분을 취소하는 형성재결을 한 경우에 그 원처분의 상대방은 그 재결에 대하여 항고소송을 제기할 수밖에 없다.
- ③ 행정청 또는 그 소속기관이나 권한을 위임받은 공공기관의 행위가 아니더라도 상대방의 권리를 제한하는 행위라면 이를 행정처분이라고 할 수 있다.
- ④ 한국자산공사가 당해 부동산을 인터넷을 통하여 재공매(입찰)하기로 한 결정 자체는 내부적인 의사결정에 불과하여 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다.

해설

- ① (○) 감사원의 징계요구와 그에 대한 재심의결정은 항고소송 대상인 행정처분이 아님 : 갑 시장이 감사원으로부터 감사원법 제32조에 따라 을에 대하여 징계의 종류를 정적으로 정한 징계 요구를 받게 되자 감사원법 제36조 제2항에 따라 감사원에 징계 요구에 대한 재심을 청구하였고, 감사원이 재심의청구를 기각하자 을이 감사원의 징계 요구와 그에 대한 재심의결정의 취소를 구하고 갑 시장이 감사원의 재심의결정 취소를 구하는 소를 제기한 사안에서, 징계 요구는 징계 요구를 받은 기관의 장이 요구받은 내용대로 처분하지 않더라도 불이익을 받는 규정도 없고, 징계 요구 내용대로 효과가 발생하는 것도 아니며, 징계 요구에 의하여 행정청이 일정한 행정처분을 하였을 때 비로소 이해관계인의 권리관계에 영향을 미칠 뿐, **징계 요구 자체만으로는 징계 요구 대상 공무원의 권리·의무에 직접적인 변동을 초래하지도 아니하므로, 행정청 사이의 내부적인 의사결정의 경로로서 '징계 요구, 징계 절차 회부, 징계' 로 이어지는 과정에서의 중간처분에 불과하여, 감사원의 징계 요구와 재심의결정이 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없고,** 감사원법 제40조 제2항을 갑 시장에게 감사원을 상대로 한 기관소송을 허용하는 규정으로 볼 수는 없고 그 밖에 행정소송법을 비롯한 어떠한 법률에도 갑 시장에게 '감사원의 재심의 판결'에 대하여 기관소송을 허용하는 규정을 두고 있지 않으므로, 갑 시장이 제기한 소송이 기관소송으로서 감사원법 제40조 제2항에 따라 허용된다고 볼 수 없다고 한 사례(대판 2016.12.27. 2014두5637).
- ② (○) 원처분의 상대방이 아닌 제3자가 행정심판을 청구하여 재결청이 원처분을 취소하는 형성재결을 한 경우에 그 원처분의 상대방은 그 재결에 대하여 항고소송을 제기할 수밖에 없고, 이 경우 재결은 원처분과 내용을 달리하는 것이어서 재결의 취소를 구하는 것은 원처분에 없는 재결 고유의 위법을 주장하는 것이 된다(대판 1998.4.24. 97누17131).
- ③ (×) 행정소송의 대상이 되는 행정처분이란 행정청 또는 그 소속기관이나 법령에 의하여 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 공공단체 등이 국민의 권리·의무에 관계되는 사항에 관하여 직접 효력을 미치는 공권력의 발동으로서 하는 공법상의 행위를 말하며, 그것이 **상대방의 권리를 제한하는 행위라 하더라도 행정청 또는 그 소속기관이나 권한을 위임받은 공공단체 등의 행위가 아닌 한 이를 행정처분이라고 할 수 없다**(대판 2008.1.31. 2005두8269).
- ④ (○) 한국자산공사가 당해 부동산을 인터넷을 통하여 재공매(입찰)하기로 한 결정 자체는 내부적인 의사결정에 불과하여 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다(대판 2007.7.27. 2006두8464).

• **공매처분** : 판례에 의하면 공매는 우월한 공권력의 행사로서 행정소송의 대상이 되는 공법상의 행정처분(다수설은 형성적 행정행위 중 대리로 봄)
 • **공매하기로 한 결정(매각방법[공매·수의계약] 결정)과 공매통지(공매계획의 통지), 공매공고** : 취소소송의 대상이 되는 처분이 아님

답 ③

13 행정벌에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 지방자치단체가 자치사무를 처리하는 경우 당해 지방자치단체는 국가기관과는 별도의 독립한 공법인으로 볼 수 있지만, 양벌규정에 따라 처벌대상이 되는 법인에 해당하지는 않는다.
- ② 법인격 없는 공공기관은 「개인정보 보호법」상 양벌규정에 의하여 처벌할 수 없고, 그 경우 행위자 역시 양벌규정으로 처벌할 수 없다.
- ③ 행정상의 단속을 주안으로 하는 법규상으로 명문 규정이 없더라도 해석상 과실범도 벌할 뜻이 명확한 경우에는 과실범도 처벌할 수 있다.
- ④ 「질서위반행위규제법」상 당사자와 검사는 과태료재판에 대하여 즉시항고를 할 수 있으며, 이 경우 항고는 집행정지의 효력이 있다.

해설

- ① (×) 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 독립한 공법인**이므로, **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 양벌규정 존재시 지방공무원이 사무수행 중 위법행위시 사무의 종류가	자치사무인 경우	지방자치단체는 국가기관과 독립된 공법인 → 양벌규정의 처벌대상인 법인에 해당. 예) 지방공무원이 압축트럭 청소차를 제한속중 초과적재 상태로 고속도로 운행(도로법 위반)
	기관위임사무인 경우	지방자치단체는 국가기관의 일부(법인 아님) → 양벌규정의 처벌대상인 법인이 아님. 예) 지방공무원이 지정항만순찰업무를 위해 승인 없이 개조한 승합차 운행(자동차관리법 위반)

- ② (○) 구 개인정보 보호법 제74조 제2항 양벌규정은 개인정보처리자인 법인이나 개인이 아닌 행위자도 제71조 제2호, 제18조 제1항 벌칙규정의 적용대상이 되지만, 개인정보처리자가 **법인격 없는 공공기관인 경우 위 양벌규정에 의하여 처벌할 수 없으며 이 경우 행위자를 위 양벌규정으로 처벌할 수 없음** : 구 개인정보 보호법 제71조 제2호는 같은 법 제18조 제1항을 위반하여 이용 범위를 초과하여 개인정보를 이용한 개인정보처리자를 처벌하도록 규정하고 있고, 같은 법 제74조 제2항에서는 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 같은 법 제71조에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과하도록 하는 양벌규정을 두고 있다.

위 법 제71조 제2호, 제18조 제1항에서 벌칙규정의 적용대상자를 개인정보처리자로 한정하고 있기는 하나, 위 양벌규정은 벌칙규정의 적용대상인 개인정보처리자가 아니면서 그러한 업무를 실제로 처리하는 자가 있을 때 벌칙규정의 실효성을 확보하기 위하여 적용대상자를 해당 업무를 실제로 처리하는 행위자까지 확장하여 **그 행위자나 개인정보처리자인 법인 또는 개인을 모두 처벌하려는 데 그 취지가 있으므로, 위 양벌규정에 의하여 개인정보처리자 아닌 행위자도 위 벌칙규정의 적용대상이 된다.**

그러나 구 개인정보 보호법은 제2조 제5호, 제6호에서 공공기관 중 법인격이 없는 '중앙행정기관 및 그 소속 기관' 등을 개인정보처리자 중 하나로 규정하고 있으면서도, **양벌규정에 의하여 처벌되는 개인정보처리자로는 같은 법 제74조 제2항에서 '법인 또는 개인'만을 규정하고 있을 뿐이고, 법인격 없는 공공기관에 대하여도 위 양벌규정을 적용할 것인지 여부에 대하여는 명문의 규정을 두고 있지 않으므로, 죄형법정주의의 원칙상 '법인격 없는 공공기관'을 위 양벌규정에 의하여 처벌할 수 없고, 그 경우 행위자 역시 위 양벌규정으로 처벌할 수 없다고 봄이 타당하다**(대판 2021.10.28. 2020도1942).

• [참조] 개인정보보호법

제74조(양벌규정) ② 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제71조부터 제73조까지의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다

- 5. “개인정보처리자”란 업무를 목적으로 개인정보파일을 운영하기 위하여 스스로 또는 다른 사람을 통하여 개인정보를 처리하는 공공기관, 법인, 단체 및 개인 등을 말한다.
- 6. “공공기관”이란 다음 각 목의 기관을 말한다.
 - 가. 국회, 법원, 헌법재판소, 중앙선거관리위원회의 행정사무를 처리하는 기관, 중앙행정기관(대통령 소속 기관과 국무총리 소속 기관을 포함한다) 및 그 소속 기관, 지방자치단체
 - 나. 그 밖의 국가기관 및 공공단체 중 대통령령으로 정하는 기관

③ (○) 형사범(刑事犯)이나 행정범(行政犯)에 대한 형벌부과는 형법총칙상 고의나 과실을 요한다. 다만 과실범(過失犯)의 처벌에 있어서 형사범은 법규상 명확히 과실범을 처벌한다는 명문 규정이 행정범의 경우 과실범을 처벌하는 법률의 명문 규정이 없어도 입법목적이나 제반 관계 규정의 취지 등을 고려하여 해석상 과실범도 벌할 뜻이 명확한 경우라면 처벌이 가능하다고 보는 것이 판례의 입장이다.

- 과실범 처벌
 - ◻ 형사범 : 법률에 특별한 규정이 있는 경우에만 처벌 가능
 - ◻ 행정범 : 법률 규정이 있는 경우뿐 아니라 해석상 과실범도 벌할 뜻이 명확한 경우에도 처벌 가능

- ㉠ 행정상의 단속을 주안으로 하는 법규라 하더라도 명문규정이 있거나 해석상 과실범도 벌할 뜻이 명확한 경우를 제외하고는 형법의 원칙에 따라 고의가 있어야 벌할 수 있다(대판 1986.7.22. 85도108).
- ㉡ 구 대기환경보전법(1992.12.8. 법률 제4535호로 개정되기 전의 것)의 입법목적이나 제반 관계규정의 취지 등을 고려하면, 법정의 배출허용기준을 초과하는 배출가스를 배출하면서 자동차를 운행하는 행위를 처벌하는 위 법 제57조 제6호의 규정은 자동차의 운행자가 그 자동차에서 배출되는 배출가스가 소정의 운행 자동차 배출허용기준을 초과한다는 점을 실제로 인식하면서 운행한 고의범의 경우는 물론 과실로 인하여 그러한 내용을 인식하지 못한 과실범의 경우도 함께 처벌하는 규정이다(대판 1993.9.10. 92도1136)
- ④ (○) 질서위반행위규제법 제38조(향고) ① 당사자와 검사는 과태료 재판에 대하여 즉시항고를 할 수 있다. 이 경우 항고는 집행정지의 효력이 있다.

답 ①

14 [각론] <보기>에서 공무원의 책임에 대한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은?

<보기>

- ㉠ 공무원에게 징계사유가 인정되는 이상 관련된 형사사건이 아직 유죄로 확정되지 아니하였다 하더라도 징계처분을 할 수 있다.
- ㉡ 직위해제처분이 공무원에 대한 불이익한 처분이긴 하나 징계처분과 같은 성질의 처분이라 할 수 없으므로 동일한 사유로 직위해제처분을 하고 다시 감봉처분을 하였다하여 일사부재리원칙에 위배된다고 할 수 없다.
- ㉢ 징계권자가 징계처분을 함에 있어서 사실관계를 오인한 하자가 있는 경우에 그 하자가 중대하더라도 외형상 객관적으로 명백하지 않다면 그 징계처분은 취소할 수 있음에 불과하고 당연무효라고 볼 수 없다.

① ㉠, ㉡

② ㉠, ㉢

③ ㉡, ㉢

④ ㉠, ㉡, ㉢

해설

- ㉠ (○) 징계사유가 인정되는 이상 이에 관련된 형사사건이 아직 유죄로 확정되지 아니한 채 재판계속이라고 하더라도 징계처분을 할 수 있다(대판 1983.9.27. 83누89).
- ㉡ (○) 직위해제처분이 공무원에 대한 불이익한 처분이긴 하나 징계처분과 같은 성질의 처분이라 할 수 없으므로 동일한 사유로 직위해제처분을 하고 다시 감봉처분을 하였다 하여 일사부재리원칙에 위배된다 할 수 없다(대판 1983.10.25. 83누184).
 - * 국가공무원법 상 공무원 징계처분 유형 : 견책, 감봉, 정직, 강등, 해임, 파면
- ㉢ (○) 징계권자가 징계처분을 함에 있어서 사실관계를 오인한 하자가 있는 경우에 그 하자가 중대하더라도 외형상 객관적으로 명백하지 않다면 그 징계처분은 취소할 수 있음에 불과하고 당연무효라고 볼 수 없으나, 징계원인사실관계의 오인이 잘못된 징계자료에 기인한 경우에 그 징계자료가 외형상 상태성을 결여하고 객관적으로 그 성립이나 내용의 진정을 인정할 수 없는 것이 명백한 경우가 아닌 한 그 징계자료에 기인한 사실관계의 오인을 외형상 객관적으로 명백한 하자라고 보기는 어려울 것이다(대판 1990.11.27. 90누5580).

답 ④

15 「도시 및 주거환경정비법」상의 계획 등을 다투는 경우에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 인가·고시된 사업시행계획 그 자체를 다투고자 하는 경우 사업시행계획에 대한 항고소송을 제기할 수 있다.
- ② 관리처분계획 그 자체를 다투고자 하는 경우 관리처분계획에 대한 조합총회결의에 대해 민사소송을 제기할 수 있다.
- ③ 관리처분계획안의 인가 전 조합총회결의의 하자를 다투고자 하는 경우 조합총회결의의 무효확인을 구하는 당사자소송을 제기할 수 있다.
- ④ 관리처분계획안의 인가 후 조합총회결의의 하자를 다투고자 하는 경우 관리처분계획을 대상으로 항고소송을 제기할 수 있다.

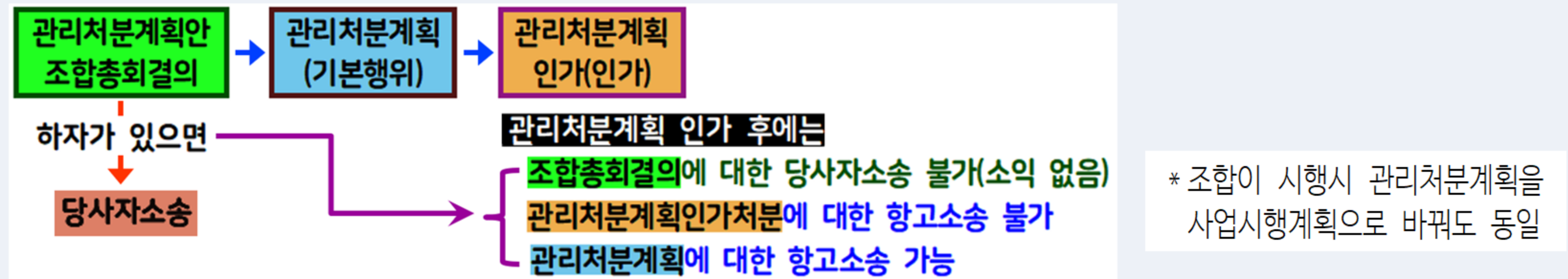
해설

- ① (○) 주택재건축정비사업조합이 수립한 사업시행계획은 구속적 행정계획으로서 처분성이 인정됨 : 구 도시 및 주거환경정비법에 따른 주택재건축정비사업조합은 관할 행정청의 감독 아래 위 법상 주택재건축사업을 시행하는 공법인으로서, 그 목적 범위 내에서 법령이 정하는 바에 따라 일정한 행정작용을 행하는 행정주체의 지위를 가진다 할 것인데, 재건축정비사업조합이 이러한 행정주체의 지위에서 위 법에 기초하여 수립한 사업시행계획은 인가·고시를 통해 확정되면 이해관계인에 대한 구속적 행정계획으로서 독립된 행정처분에 해당한다(대결 2009.11.2.자 2009마596).
- cf) 도시환경정비사업을 직접 시행하려는 토지등 소유자들이 사업시행인가를 받기 전에 작성한 사업시행계획은 항고소송 대상인 독립된 행정처분이 아님.

▣ 「도시 및 주거환경정비법」 상 사업시행인가 관련 문제

구분	토지등 소유자가 사업시행자	조합이 사업시행자
사업시행계획	도시환경정비사업을 직접 시행하려는 토지 등 소유자들이 사업시행인가 를 받기 전에 작성한 사업시행계획은 항고소송 대상인 독립된 행정처분이 아님	재건축정비사업조합이 행정주체의 지위에서 수립한 사업시행계획은 인가·고시를 통해 확정되면 이해관계인에 대한 구속적 행정계획 으로서 독립된 행정처분
사업시행인가 사업시행계획인가	토지등 소유자들이 조합 설립 없이 직접 시행하는 도시환경정비사업에서 사업시행인가의 법적 성격은 설권적 처분(특허)	사업시행계획인가는 조합의 사업시행계획 작성행위에 대한 행정청의 보충행위인 인가처분
사업시행(계획)인가 신청시 토지 등 소유자의 동의요건	동의요건은 행정주체로서의 지위를 가지는 사업시행자를 지정하는 문제와 관련 국민의 권리·의무 형성에 관한 기본적·본질적 사항 으로서 법률유보나 의회유보 원칙이 지켜져야 할 영역 자치규약에 정하도록 위임 불가. 반드시 법률로 정해야 함(의회유보)	동의요건은 사업시행인가 신청에 대한 토지 등 소유자의 사전 통제를 위한 절차적 요건에 불과함 국민의 권리·의무에 대한 본질적 사항 아님 , 법률유보나 의회유보의 원칙이 반드시 지켜져야 하는 영역이라고 할 수 없음 조합 정관으로 정하도록 포괄적 위임 가능

- ② (×) 도시 및 주거환경정비법상의 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획안·사업시행계획안에 대한 조합 총회결의의 효력을 다투는 소송의 법적 성질은 행정소송법상 당사자소송 : 도시 및 주거환경정비법에 따른 주택재건축정비사업조합은 관할 행정청의 감독 아래 위 법상의 주택재건축사업을 시행하는 공법인으로서, 그 목적 범위 내에서 법령이 정하는 바에 따라 일정한 행정작용을 행하는 행정주체의 지위를 갖는다. 따라서 행정주체인 재건축조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 효력 등을 다투는 소송은 행정처분에 이르는 절차적 요건의 존부나 효력 유무에 관한 소송으로서 그 소송결과에 따라 행정처분의 위법 여부에 직접 영향을 미치는 공법상 법률관계에 관한 것이므로, 이는 행정소송법상의 당사자소송에 해당하고, 재건축조합을 상대로 사업시행계획안에 대한 조합 총회결의의 효력 등을 다투는 소송 또한 행정소송법상의 당사자소송에 해당한다. 도시 및 주거환경정비법상의 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획안과 사업시행계획안에 대한 총회결의의 무효확인을 구하는 소를 민사소송으로 제기한 사안에서, 그 소는 행정소송법상 당사자소송에 해당하므로 행정법원의 전속관할에 속한다고 한 사례(대판 2009.9.17. 2007다2428).
- ③ (○) 관리처분계획인가 전 관리처분계획안에 대한 조합총회결의의 하자를 다투는 소송은 공법상 당사자소송 : 도시 및 주거환경정비법상 행정주체인 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 효력 등을 다투는 소송은 행정처분에 이르는 절차적 요건의 존부나 효력 유무에 관한 소송으로서 그 소송결과에 따라 행정처분의 위법 여부에 직접 영향을 미치는 공법상 법률관계에 관한 것이므로, 이는 행정소송법상의 당사자소송에 해당한다(대판 2009.9.17. 2007다2428).
- ④ (○) 관리처분계획인가 후 관리처분계획안에 대한 조합총회결의의 무효확인을 구할 수 없음 - 관리처분계획(관리처분계획인가)을 대상으로 항고소송을 제기해야 함 : 도시 및 주거환경정비법상 주택재건축정비사업조합이 같은 법 제48조에 따라 수립한 관리처분계획에 대하여 관할 행정청의 인가·고시까지 있게 되면 관리처분계획은 행정처분으로서 효력이 발생하게 되므로, 총회결의의 하자를 이유로 하여 행정처분의 효력을 다투는 항고소송의 방법으로 관리처분계획의 취소 또는 무효확인을 구하여야 하고, 그와 별도로 행정처분에 이르는 절차적 요건 중 하나에 불과한 총회결의 부분만을 따로 떼어내어 효력 유무를 다투는 확인의 소를 제기하는 것은 특별한 사정이 없는 한 허용되지 않는다(대판 2009.9.17. 2007다2428).



답 ②

16 행정행위의 효력에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 행정소송에서 영업허가취소처분이 취소판결을 받은 경우 해당 영업허가취소처분은 그 처분시에 소급하여 효력을 잃게 되며, 그 영업허가취소처분 이후의 영업행위는 무허가영업이 아니다.
- ② 과세관청이 과세처분에 대한 이의신청절차에서 납세자의 이의신청 사유가 옳다고 인정하여 과세처분을 직권으로 취소한 경우, 특별한 사유 없이 이를 반복하고 종전 처분을 되풀이할 수는 없다.
- ③ 행정처분이나 행정심판 재결이 불복기간의 경과로 확정될 경우 그 처분의 기초가 된 사실관계나 법률적 판단이 확정되고 당사자등이나 법원은 이에 기속되어 모순되는 주장이나 판단을 할 수 없다.
- ④ 「주택법」상 공사중지명령을 위반하였음을 이유로 「주택법」위반죄로 처벌하기 위해서는 그 중지명령이 적법한 것이라야 하고 위법한 것으로 인정되는 한 「주택법」위반죄가 성립될 수 없다.

해설

- ① (○) 영업을 금지를 명한 영업허가취소처분 자체가 나중에 행정쟁송절차에 의하여 취소되었다면 그 영업허가취소처분은 그 처분시에 소급하여 효력을 잃게 되며, 그 영업허가취소처분에 복종할 의무가 원래부터 없었음이 확정되었다고 봄이 타당하고, **영업허가취소처분이 장래에 향하여서만 효력을 잃게 된다고 볼 것은 아니므로 그 영업허가취소처분 이후의 영업행위를 무허가영업이라고 볼 수는 없다**(대판 1993.6.25. 93도277).
- ② (○) 과세처분에 관한 불복절차과정에서 과세관청이 그 불복사유가 옳다고 인정하고 이에 따라 필요한 처분을 하였을 경우에는, 불복제도와 이에 따른 시정방법을 인정하고 있는 구 「국세기본법」 제55조 제1항, 제3항 등 규정들의 취지에 비추어 동일 사항에 관하여 특별한 사유 없이 이를 반복하고 다시 종전의 처분을 되풀이할 수는 없는 것이므로, **과세처분에 관한 이의신청절차에서 과세관청이 이의신청사유가 옳다고 인정하여 과세처분을 직권으로 취소한 이상 그 후 특별한 사유 없이 이를 반복하고 종전 처분을 되풀이하는 것은 허용되지 않는다**(대판 2014.7.24. 2011두14227).
- ③ (×) **불가쟁력과 기판력**: 일반적으로 행정처분이나 행정심판 재결이 불복기간의 경과로 확정될 경우 그 확정력은 처분으로 법률상 이익을 침해받은 자가 당해 처분이나 재결의 효력을 더 이상 다툴 수 없다는 의미일 뿐, 더 나아가 판결과 같은 기판력이 인정되는 것은 아니어서 그 처분의 기초가 된 사실관계나 법률적 판단이 확정되고 당사자들이나 법원이 이에 기속되어 모순되는 주장이나 판단을 할 수 없게 되는 것은 아니다(대판 2008.7.24. 2006두20808).
- ④ (○) 「주택법」 제91조에 의하여 행정청으로부터 공사의 중지, 원상복구, 그 밖의 필요한 조치명령을 받은 자가 이에 위반한 경우 이로 인하여 「주택법」 제98조 제11호에 정한 처벌을 하기 위하여는 그 처분이나 조치명령이 적법한 것이라야 하고, 그 조치명령이 당연무효가 아니라 하더라도 그것이 위법한 것으로 인정되는 한 「주택법」 제98조 제11호 위반죄가 성립될 수 없다고 할 것이다(대판 2007.7.13. 2007도3918).

답 ③

17 행정소송의 법률상 이익에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 경업자에 대한 행정처분이 경업자에게 불리한 내용이라면 그와 경쟁관계에 있는 기존의 업자에게는 특별한 사정이 없는 한 유리할 것이므로 기존의 업자가 그 행정처분의 무효확인 또는 취소를 구할 이익은 없다고 보아야 한다.
- ② 과거의 법률관계라 할지라도 현재의 권리 또는 법률상 지위에 영향을 미치고 있고 현재의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위협이나 불안을 제거하기 위하여 그 법률관계에 관한 확인판결을 받는 것이 유효적절한 수단이라고 인정될 때에는 확인의 이익이 있다.
- ③ 주택재개발정비사업조합이 수립한 사업시행계획에 하자가 있는데 관할 행정청의 사업시행계획 인가처분에는 고유한 하자가 없는 경우에도 사업시행계획의 무효를 주장하는 경우에는 곧바로 그에 대한 인가처분의 무효확인이나 취소를 구할 수 있다.
- ④ 사증발급의 법적 성질, 「출입국관리법」의 입법 목적, 사증발급 신청인의 대한민국과의 실질적 관련성, 상호주의원칙 등을 고려하면, 우리 「출입국관리법」의 해석상 외국인에게는 사증 발급 거부처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정되지 않는다.

해설

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

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

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

- ② (○) 지방자치단체와 채용계약에 의하여 채용된 계약직공무원이 그 계약기간 만료 이전에 채용계약 해지 등의 불이익을 받은 후 그계약기간이 만료된 때에는 그 채용계약 해지의 의사표시가 무효라고 하더라도, 지방공무원법이나 지방계약직공무원규정 등에서 계약기간이 만료되는 계약직공무원에 대한 재계약의무를 부여하는 근거 규정이 없으므로 계약기간의 만료로 당연히 계약직공무원의 신분을 상실하고 계약직공무원의 신분을 회복할 수 없는 것이므로, 그 해지의사표시의 무효확인청구는 과거의 법률관계의 확인청구에 지나지 않는다 할 것이고, 한편 **과거의 법률관계라 할지라도 현재의 권리 또는 법률상 지위에 영향을 미치고 있고 현재의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위협이나 불안을 제거하기 위하여 그 법률관계에 관한 확인판결을 받는 것이 유효적절한 수단이라고 인정될 때에는 그 법률관계의 확인소송은 즉시확정의 이익이 있다고 보아야 할 것이나**, 계약직공무원에 대한 채용계약이 해지된 경우에는 공무원 등으로 임용되는 데에 있어서 법령상의 아무런 제약사유가 되지 않을 뿐만 아니라, 계약기간 만료 전에 채용계약이 해지된 전력이 있는 사람이 공무원 등으로 임용되는 데에 있어서 그러한 전력이 없는 사람보다 사실상 불이익한 장애사유로 작용한다고 하더라도 그것만으로는 법률상의 이익이 침해되었다고 볼 수는 없으므로 그 무효확인을 구할 이익이 없다. 또한, 이 사건과 같이 이미 채용기간이 만료되어 소송 결과에 의해 법률상 그 직위가 회복되지 않는 이상 채용계약 해지의 의사표시의 무효확인만으로는 당해 소송에서 추구하는 권리 구제의 기능이 있다고 할 수 없고, 침해된 급료지급청구권이나 사실상의 명예를 회복하는 수단은 바로 급료의 지급을 구하거나 명예회손을 전제로 한 손해배상을 구하는 등의 이행청구소송으로 직접적인 권리구제방법이 있는 이상 무효확인소송은 적절한 권리구제수단이라 할 수 없어 확인소송의 또 다른 소송요건을 구비하지 못하고 있다 할 것이며, 위와 같이 직접적인 권리구제의 방법이 있는 이상 무효확인 소송을 허용하지 않는다고 해서 당사자의 권리구제를 봉쇄하는 것도 아니다 (대판 2008. 6.12. 2006두16328)

* 공법상 계약의 무효확인을 구하는 당사자소송은 민사소송 상 확인의 소처럼 즉시확정의 이익(확인 의 소의 보충성)이 요구됨.
 * 항고소송인 무효확인소송에는 즉시확정의 이익(확인 의 소의 보충성)을 요하지 않음.

③ (×) 기본행위인 주택재개발정비사업조합이 수립한 사업시행계획에 하자가 있는데 보충행위인 관할 행정청의 사업시행계획 인가처분에는 고유한 하자가 없는 경우, 사업시행계획의 무효를 주장하면서 곧바로 그에 대한 인가처분의 무효확인이나 취소를 구할 수 없음 : 구 도시 및 주거환경정비법에 기초하여 주택재개발정비사업조합이 수립한 사업시행계획은 관할 행정청의 인가·고시가 이루어지면 이해관계인들에게 구속력이 발생하는 독립된 행정처분에 해당하고, 관할 행정청의 사업시행계획 인가처분은 사업시행계획의 법률상 효력을 완성시키는 보충행위에 해당한다. 따라서 기본행위인 사업시행계획에는 하자가 없는데 보충행위인 인가처분에 고유한 하자가 있다면 그 인가처분의 무효확인이나 취소를 구하여야 할 것이지만, 인가처분에는 고유한 하자가 없는데 사업시행계획에 하자가 있다면 사업시행계획의 무효확인이나 취소를 구하여야 할 것이지만 사업시행계획의 무효를 주장하면서 곧바로 그에 대한 인가처분의 무효확인이나 취소를 구하여서는 아니 된다(대판 2021.2.10. 2020두48031).

• 기본행위가 적법하고 인가에만 하자가 있는 경우에는 인가만 다룰 수 있다. 반면, 기본행위에 하자가 있고, 인가는 적법인 경우 기본행위의 하자를 다루어야지 인가행위를 다룰 수 없다(기본행위의 무효를 이유로 인가처분의 취소나 무효확인을 구하는 소송은 법률상 이익이 없음). 기본행위가 성립하지 않거나 무효인 경우 인가를 받더라도 기본행위가 유효로 되는 것은 아니며 인가 역시 무효로 된다는 점과는 구별할 것.


■ 인가행위와 기본행위의 하자 및 쟁송방식 (하자 있는 것을 다름)

기본행위 하자	인가처분 하자	효과	쟁송대상
적법	위법-무효사유	기본행위는 무인가행위로서 무효	인가처분
	위법-취소사유	기본행위는 인가처분 취소 전까지는 유효하며, 인가처분 취소시 무인가행위로서 무효	
위법-무효사유	적법·유효	인가처분은 무효.	기본행위의 하자는 인가해도 치유 안 됨
위법-취소사유		인가처분은 기본행위 취소 전까지는 유효하며, 기본행위 취소시 인가처분도 실효	
불성립		인가처분은 무효	기본행위 (인가행위×)

■ 기본행위가 하자가 있어 위법하고, 인가처분이 적법·유효한 경우의 쟁송 대상 및 방식 예시

기본행위는 위법(무효/취소사유) or 불성립	인가처분은 적법·유효	기본행위가 무효이면 인가처분도 무효, 기본행위의 하자를 이유로 인가처분 무효확인소송 불가 기본행위에 하자를 다루는 소송은 기본행위가 사법상 행위이면 민사소송, 공법상 행위이면 행정소송
사립학교임원선임행위(하자 있음)	임원취임승인	사립학교임원선임 무효확인소송을 민사소송으로 제기. 항고소송으로 임원취임승인무효확인소송 불가
관리처분계획 (조합총회결의의 하자)	관리처분계획 인가	조합총회결의의 하자를 당사자소송으로 다루지만 관리처분계획인가 후에는 관리처분계획(기본행위)에 대한 항고소송 제기, 관리처분계획의 하자를 이유로 관리처분계획인가를 다룰 수 없음

④ (○)

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

• 사증발급 거부처분을 다루는 외국인, 아직 대한민국에 입국하지 않은 상태에서 대한민국에 입국하게 해달라고 주장하는 것으로, 대한민국과의 실질적 관련성 내지 대한 민국에서 법적으로 보호가치 있는 이해관계를 형성한 경우는 아니어서, 해당 처분의 취소를 구할 법률상 이익을 인정하여야 할 법정책적 필요성도 크지 않다. 반면, 국적법상 귀화불허가처분이나 출입국관리법상 체류자격변경 불허가처분, 강제퇴거명령 등을 다루는 외국인은 대한민국에 적법하게 입국하여 상당한 기간을 체류한 사람이므로, 이미 대한민국과의 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).

• 원고(스티브 유)는 대한민국에서 출생하여 오랜 기간 대한민국 국적을 보유하면서 거주한 사람이므로 이미 대한민국과 실질적 관련성이 있거나 대한민국에서 법적으로 보호가치 있는 이해관계를 형성하였다고 볼 수 있다. 또한 재외동포의 대한민국 출입국과 대한민국 안에서의 법적 지위를 보장함을 목적으로 「재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률」이 특별히 제정되어 시행 중이다. 따라서 원고는 이 사건 사증발급 거부처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정된다(대판 2019.7.11. 2017두38874).

답 ③

18 행정상 강제집행에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 부작위의무(금지)의 위반은 행정대집행의 대상이 되지만, 토지나 가옥의 명도는 대집행의 대상이 될 수 없다.
- ② 압류재산의 매각은 공매를 원칙으로 하며, 압류한 재산의 추산가격이 1천만 원 미만인 경우에는 수의계약의 방식으로도 이를 매각할 수 있다.
- ③ 「건축법」상의 이행강제금 부과처분에 대해서는 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다.
- ④ 선행행위인 과세처분의 제소기간이 지난 후에 후행행위인 압류처분의 취소소송을 제기할 경우 취소사유에 해당하는 과세처분의 하자는 승계될 수 없다.

해설

① (×) 행정대집행의 대상은 공법상 대체적 작위의무이며 부작위의무나 비대체적 작위의무(토지·건물의 인도·명도·점유이전 의무)는 대상이 아님.

▣ 행정대집행 대상 의무

대집행 대상 ○	공법상 대체적 작위의무	위법건물 철거의무, 교통장애물 제거의무, 불법광고판 철거의무, 위험축대파괴의무, 건물의 이전·개량·청소의무 • 법외 단체인 전국공무원노동조합 지부가 당초 공무원 직장협의회 운영에 이용되던 구 청사시설을 지부사무실로 임의 사용하자 구청장이 자진폐쇄 요청 후 행정대집행법에 따라 행정대집행 • 정당한 사유 없이 국유재산/공유재산을 점유하거나 이에 시설물을 설치한 경우 - 공유재산 대부계약의 해지에 따라 원상회복을 위하여 실시하는 지상물철거의무 * 위법한 행정처분에 의한 공법상 의무도 당해 행정처분이 당연무효가 아니면 취소되지 않는 한 대집행 대상
대집행 대상 X	비대체적 작위의무	증인출석의무, 의사의 진료의무, 전문가의 감정의무, 토지·건물의 인도의무, 건물명도의무, 국유지 퇴거의무 • 도시공원 점유자의 퇴거 및 명도의무 • 구 토지수용법상 피수용자 등이 기업자에 대하여 부담하는 수용대상 토지의 인도의무
	부작위의무	허가 없이 영업하지 않을 의무, 야간통행금지의무 • 허가 없는 부대시설 훼손행위 금지의무(부작위의무를 규정한 금지규정에서 작위의무 명령권이 당연 도출되는 것은 아님 ⇨ 부작위의무의 작위의무로의 전환은 명문규정의 근거 필요, 근거 없이 철거명령시 무효) • 관계법령에 위반하여 장례식장 영업을 하고 있는 자의 장례식장 사용 중지 의무(비대체적 부작위 의무) • 하천유수인용행위 중단의무
	수인의무	전염병 예방접종, 신체검사, 건강진단 등을 받을 의무
	私法상 의무	• 구 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법」에 의한 협의취득시 건물소유자가 매매대상건물에 대한 철거의무를 부담하겠다는 취지의 약정을 한 경우, 그 철거의무 * 단, 「국유재산법」과 「공유재산 및 물품 관리법」에서는 국·공유재산(행정재산, 일반재산)에 정당한 사유 없이 시설물을 설치한 경우 철거명령 불이행시 행정대집행이 가능하도록 규정(민사소송으로 강제집행 불가) 예) 일반재산인 공유재산 대부계약 해지시 지상물 철거는 행정대집행 가능

② (○)

• 국세징수법 제65조(매각 방법)

제65조(매각 방법)

① 압류재산은 공매 또는 수의계약으로 매각한다.

② 공매는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법(정보통신망을 이용한 것을 포함한다)으로 한다.

- 경쟁입찰 : 공매를 집행하는 공무원이 공매예정가격을 제시하고, 매수신청인에게 문서로 매수신청을 하게 하여 공매예정가격 이상의 신청가격 중 최고가격을 신청한 자(이하 "최고가 매수신청인"이라 한다)를 매수인으로 정하는 방법
- 경매 : 공매를 집행하는 공무원이 공매예정가격을 제시하고, 매수신청인에게 구두 등의 방법으로 신청가격을 순차로 올려 매수신청을 하게 하여 최고가 매수신청인을 매수인으로 정하는 방법

제67조(수의계약) 관할 세무서장은 압류재산이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 수의계약으로 매각할 수 있다.

- 수의계약으로 매각하지 아니하면 매각대금이 강제징수비 금액 이하가 될 것으로 예상되는 경우
- 부패·변질 또는 감량되기 쉬운 재산으로서 속히 매각하지 아니하면 그 재산가액이 줄어들 우려가 있는 경우
- 압류한 재산의 추산가액이 1천만원 미만인 경우
- 법령으로 소지(所持) 또는 매매가 금지 및 제한된 재산인 경우
- 제1회 공매 후 1년간 5회 이상 공매하여도 매각되지 아니한 경우
- 공매가 공익(公益)을 위하여 적절하지 아니한 경우

③ (○) 「건축법」상의 이행강제금 부과처분에 대한 불복절차를 별도로 규정하고 있지 않으므로 행정심판·행정소송 제기 가능(구 건축법 상 이행강제금 부과처분에 대한 불복에 과태료처분에 대한 불복절차를 준용하도록 규정하여 비송사건절차법에 의한 과태료 재판에 의하도록 했지만, 2005년 건축법 개정으로 이 불복조항 규정이 삭제됨으로써 일반적 행정처분에 대한 불복과 같이 행정심판·행정소송에 의하게 됨).

▣ 이행강제금(집행벌) 부과에 대한 권리구제

└ 개별법에 특별한 불복절차 규정이 있는 경우(예) 농지법 상 이행강제금 ⇨ 항고소송 대상인 처분성 부정

└ 개별법에 특별한 불복절차 규정이 없는 경우(예) 건축법 상 이행강제금 ⇨ 행정심판·행정소송 가능

④ (○) 의무를 명하는 처분에 취소사유가 있는 경우 행정상 강제집행절차에는 하자가 승계되지 않지만 의무를 명하는 처분이 당연무효인 경우에는 행정상 강제집행절차에 하자가 승계된다.

• 일정한 행정목적에 위하여 독립된 행위가 단계적으로 이루어진 경우에 선행행위인 과세처분의 하자는 당연무효사유를 제외하고는 집행행위인 체납처분에 승계되지 아니한다(대판 1961.10.26. 4292행상73).

▣ 대징행 및 강제징수 절차와 하자의 승계

구 분	대집행절차	강제징수절차	비 고	
의무부과	건물철거명령(작위하명)	조세부과처분(급부하명)	의무부과행위와 강제집행절차 사이에는 하자의 승계 부정	
강제집행 절차	대집행계고(준법률행위적 행정행위 중 의사의 통지)	독촉(준법률행위적 행정행위 중 의사의 통지)	강제집행절차 상호 간에는 하자의 승계 인정	
	대집행영장에 의한 통지(준법률행위적 행정행위 중 의사의 통지)	체납 처분		
	대집행 실행(권력적 사실행위)			압류(권력적 사실행위)
	비용납부명령(급부하명)			매각·공매(대리, 판례는 세분) 청산

19 인허가의제에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 인허가의제를 받으려면 주된 인허가를 신청할 때 관련 인허가에 필요한 서류를 함께 제출하여야 한다.
- ② 주된 인허가인 사업계획 승인은 그대로 유지하면서 하자있는 의제된 인허가의 효력을 소멸시킬 수는 없다.
- ③ 관련 인허가 행정청과 협의된 사항에 대해서는 주된 인허가를 받았을 때 관련 인허가를 받은 것으로 본다.
- ④ 주된 인허가인 건축허가를 받아 새로이 공공시설을 설치하였다고 하더라도 무상귀속에 관한 관련 인허가 법률의 규정은 적용되지 아니한다.

해설

① (○), ③ (○) 행정기본법 제24조 제1항, 제2항

행정기본법 제24조 인허가의제	
24	<p>인허가 의제의 기준</p> <ul style="list-style-type: none"> ① “인허가의제”란 주된 인허가를 받으면 법률로 정하는 바에 따라 관련 인허가를 받은 것으로 보는 것. ② 인허가의제를 받으려면 주된 인허가를 신청시 관련 인허가에 필요한 서류를 함께 제출해야 함. 단, 불가피한 사유로 함께 제출할 수 없는 경우 주된 인허가청이 별도로 정하는 기한까지 제출 가능 ③ 주된 인허가청은 주된 인허가 전에 미리 관련 인허가청과 협의해야 함. ④ 관련 인허가청은 협의를 요청받으면 요청 받은 날부터 20일 이내(⑤항 단서 절차에 걸리는 기간은 제외)에 의견을 제출해야 함. 기간(민원처리관련 법령에 따라 의견제출기간을 연장한 경우 그 연장한 기간) 내 의견을 제출하지 않으면 협이가 된 것으로 봄 ⑤ 협의를 요청받은 관련 인허가청은 해당 법령을 위반하여 협의에 응해서는 안 됨. 단, 관련 인허가에 필요한 심의, 의견 청취 등 절차에 관하여는 법률에 인허가의제시에도 해당 절차를 거친다는 명시적 규정이 있는 경우에만 거침(절차집중효).
25	<p>인허가 의제의 효과</p> <ul style="list-style-type: none"> ① 24조 3·4항에 따라 협의된 사항에 대해서는 주된 인허가를 받았을 때 관련 인허가를 받은 것으로 봄 ② 인허가의제의 효과는 주된 인허가의 해당 법률에 규정된 관련 인허가에 한정됨.
26	<p>인허가 의제의 사후관리 등</p> <ul style="list-style-type: none"> ① 인허가의제시 관련 인허가청은 관련 인허가를 직접 한 것으로 보아 관계 법령에 따른 관리·감독 등 필요한 조치를 해야 함. ② 주된 인허가가 있을 후 이를 변경하는 경우에는 24·25조 및 이 조 ①항 준용. ③ 이 절에서 규정한 사항 외에 인허가 의제의 방법, 그 밖에 필요한 세부 사항은 대통령령으로 정함.

- ② (×) 판례는 주된 인·허가(창업사업계획승인)로 의제된 인·허가(산지전용허가)는 통상적인 인·허가와 동일한 효력을 가지므로, 의제된 인허가만의 취소나 철회가 허용되며, 의제된 인·허가의 직권취소나 철회는 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 본다. 이에 반하여 주된 인·허가에 대한 거부처분이 있는 경우에는 주된 거부처분만이 존재할 뿐이며 의제되는 인·허가의 거부처분은 실재(實在)하는 것은 아니라는 것이 판례의 입장이다.
 - 주택건설사업계획 승인처분에 따라 의제된 인허가(지구단위계획결정)에 하자가 있어 이해관계인이 위법함을 다투려면, 취소를 구할 대상은 의제된 인허가이며, 의제된 인허가는 주택건설사업계획 승인처분과 별도로 항고소송의 대상이 되는 처분임 : 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 사항이 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).
- ④ (○) 인허가의제 인정시 인허가가 있으면 다른 법률에 의한 인허가가 있는 것으로 보는 데 그치고, 다른 법률에 의하여 인허가를 받았음을 전제로 하는 그 다른 법률의 모든 규정들까지 적용되는 것은 아님 : 주된 인·허가에 관한 사항을 규정하고 있는 甲 법률에서 주된 인·허가가 있으면 乙 법률에 의한 인·허가를 받은 것으로 의제한다는 규정을 둔 경우에는, 주된 인·허가가 있으면 乙 법률에 의한 인·허가가 있는 것으로 보는데 그치는 것이고, 그에서 더 나아가 乙 법률에 의하여 인·허가를 받았음을 전제로 한 乙 법률의 모든 규정들까지 적용되는 것은 아니다. 구 건축법(1995. 1. 5. 법률 제4919호로 개정되기 전의 것) 제8조 제4항은 건축허가를 받은 경우, 구 도시계획법(1999. 2. 8. 법률 제5898호로 개정되기 전의 것) 제25조의 규정에 의한 도시계획사업 실시계획의 인가를 받은 것으로 본다는 인가의제규정만을 두고 있을 뿐, 구 건축법 자체에서 새로이 설치한 공공시설의 귀속에 관한 구 도시계획법 제83조 제2항을 준용한다는 규정을 두고 있지 아니하므로, 구 건축법 제8조 제4항에 따른 건축허가를 받아 새로이 공공시설을 설치한 경우, 그 공공시설의 귀속에 관하여는 구 도시계획법 제83조 제2항이 적용되지 않는다(대판 2004.7.22. 2004다19715).

답 ②

20 <보기>에서 행정행위에 대한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은?

<보기>

- ㉠ 무효인 권한위임조례에 근거하여 구청장이 건설업 영업정지처분을 한 경우 그 처분은 하자가 중대하고 객관적으로 명백하여 당연무효이다.
- ㉡ 신청에 의한 처분의 경우에는 신청에 대하여 일단 거부처분이 행해지면 그 거부처분이 적법한 절차에 의하여 취소되지 않는 한, 사유를 추가하여 거부처분을 반복하는 것은 존재하지도 않는 신청에 대한 거부처분으로서 당연무효이다.
- ㉢ 적법한 건축물에 대한 철거명령은 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효에 해당하면 그 후행행위인 건축물철거대집행 계고처분 역시 당연무효라고 할 것이다.

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

해설

- ㉠ (×) 처분권한의 근거 조례가 무효인 경우, 그 근거 규정에 기하여 한 행정처분은 당연무효가 아님 : 조례 제정권의 범위를 벗어나 국가사무를 대상으로 한 무효인 서울특별시행정권한위임조례의 규정에 근거하여 구청장이 건설업영업정지처분을 한 경우, 그 처분은 결과적으로 적법한 위임 없이 권한 없는 자에 의하여 행하여진 것과 마찬가지로 되어 그 하자가 중대하나, 지방자치단체의 사무에 관한 조례와 규칙은 조례가 보다 상위규범이라고 할 수 있고, 또한 헌법 107조 2항의 “규칙”에는 지방자치단체의 조례와 규칙이 모두 포함되는 등 이른바 규칙의 개념이 경우에 따라 상이하게 해석되는 점 등에 비추어 보면 위 처분의 위임 과정의 하자가 객관적으로 명백한 것이라고 할 수 없으므로 이로 인한 하자는 결국 당연무효사유는 아니라고 봄이 상당하다(대판 1995.7.11. 94누4615).
- ㉡ (○) 신청에 대하여 일단 거부처분이 있는 후 적법한 절차에 의하여 취소되지 않은 상태에서 사유를 추가하여 반복하여 행한 거부처분은 당연무효 : 행정행위의 취소라 함은 일단 유효하게 성립한 행정처분이 위법 또는 부당함을 이유로 소급하여 그 효력을 소멸시키는 별도의 행정처분을 말하고, 행정청은 종전 처분과 양립할 수 없는 처분을 함으로써 묵시적으로 종전 처분을 취소할 수도 있으나, 행정행위 중 당사자의 신청에 의하여 인·허가 또는 면허 등 이익을 주거나 그 신청을 거부하는 처분을 하는 것을 내용으로 하는 이른바 신청에 의한 처분의 경우에는 신청에 대하여 일단 거부처분이 행해지면 그 거부처분이 적법한 절차에 의하여 취소되지 않는 한, 사유를 추가하여 거부처분을 반복하는 것은 존재하지도 않는 신청에 대한 거부처분으로서 당연무효이다(대판 1999.12.28. 98두1895).
 cf) 신청에 대한 거부처분 후 동일 내용의 새로운 신청에 대한 거부처분은 새로운 거부처분으로서 처분성 인정 : 거부처분은 관할행정청이 국민의 처분신청에 대하여 거절의 의사표시를 함으로써 성립되고, 그 이후 동일한 내용의 새로운 신청에 대하여 다시 거절의 의사표시를 한 경우에는 새로운 거부처분이 있는 것으로 보아야 한다(대판 2002.3.29. 2000두6084).
- ㉢ (○) 무효인 선행행위에 근거한 후행행위는 당연무효이다(선행행위의 하자가 무효이면 후행행위에 하자가 승계됨). 의무를 명하는 처분에 취소사유가 있는 경우 행정상 강제집행절차에는 하자가 승계되지 않지만 의무를 명하는 처분이 당연무효인 경우에는 행정상 강제집행절차에 하자가 승계된다.
 • 적법한 건축물에 대한 철거명령은 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효라고 할 것이고, 그 후행행위인 건축물철거 대집행계고처분 역시 당연무효라고 할 것이다(대판 1999.4.27. 97누6780).

▣ 대집행 및 강제징수 절차와 하자의 승계

구분	대집행절차	강제징수절차	비고	
의무부과	건물철거명령(작위하명)	조세부과처분(급부하명)	의무부과행위와 강제집행절차 사이에는 하자의 승계 부정	
강제집행 절차	대집행계고(준법률행위적 행정행위 중 의사의 통지)	독촉(준법률행위적 행정행위 중 의사의 통지)	강제집행절차 상호 간에는 하자의 승계 인정	
	대집행영장에 의한 통지(준법률행위적 행정행위 중 의사의 통지)	체납 처분		
	대집행 실행(권력적 사실행위)			압류(권력적 사실행위)
	비용납부명령(급부하명)			매각·공매(대리, 판례는 세분) 청산