

1 신뢰보호의 원칙에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정청이 공적인 견해에 반하는 행정처분을 함으로써 달성하려는 공익이 행정청의 공적 견해표명을 신뢰한 개인이 그 행정처분으로 인하여 입게 되는 이익의 침해를 정당화할 수 있을 정도로 강한 경우에는 그 행정처분은 위법하지 않다.
- ② 과세관청이 질의회신 등을 통하여 어떤 견해를 대외적으로 표명하였더라도 그것이 중요한 사실관계와 법적인 쟁점을 제대로 드러내지 아니한 채 추상적으로 질의한 데 따른 것이라면, 공적인 견해표명에 의하여 정당한 기대를 가지게 할 만한 신뢰가 부여된 경우로 볼 수 없다.
- ③ 행정청의 공적 견해표명은 보호가치 있는 신뢰의 대상이어야 하므로, 묵시적인 표시만으로는 성립할 수 없고 명시적인 표시가 있었을 것을 요한다.
- ④ 폐기물처리업에 대하여 관할 관청의 사전 적정통보를 받고 막대한 비용을 들여 요건을 갖춘 다음 허가신청을 한 경우, 행정청이 청소업자의 난립으로 효율적인 청소업무의 수행에 지장이 있다는 이유로 불허가처분을 하였다면 신뢰보호의 원칙에 반하여 위법하다.

해설

- ① (○) 행정청이 앞서 표명한 공적인 견해에 반하는 행정처분을 함으로써 달성하려는 공익이 행정청의 공적 견해표명을 신뢰한 개인이 그 행정처분으로 인하여 입게 되는 이익의 침해를 정당화할 수 있을 정도로 강한 경우에는 신뢰보호의 원칙을 들어 그 행정처분이 위법하다고 할 수 없다(대판 1998.11.13, 98두7343)

• 행정기본법 제12조(신뢰보호의 원칙) ① 행정청은 공익 또는 제3자의 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우를 제외하고는 행정에 대한 국민의 정당하고 합리적인 신뢰를 보호하여야 한다.

- ② (○) 조세법률관계에 있어서 신의성실의 원칙이나 신뢰보호의 원칙 또는 비과세 관행 존중의 원칙은 합법성의 원칙을 희생하여서라도 납세자의 신뢰를 보호함이 정의에 부합하는 것으로 인정되는 특별한 사정이 있을 경우에 한하여 적용되는 예외적인 법 원칙이다. 그러므로 과세관청의 행위에 대하여 신의성실의 원칙 또는 신뢰보호의 원칙을 적용하기 위해서는, 과세관청이 공적인 견해표명 등을 통하여 부여한 신뢰가 평균적인 납세자로 하여금 합리적이고 정당한 기대를 가지게 할 만한 것이어야 한다. 비록 과세관청이 질의회신 등을 통하여 어떤 견해를 표명하였다고 하더라도 그것이 중요한 사실관계와 법적인 쟁점을 제대로 드러내지 아니한 채 질의한 데 따른 것이라면 공적인 견해표명에 의하여 정당한 기대를 가지게 할 만한 신뢰가 부여된 경우라고 볼 수 없다(대판 2013.12.26. 2011두5940)
- ③ (×) 신뢰의 대상인 행정청의 선행조치는 명시적·적극적 언동+묵시적·소극적 견해표명으로도 가능하며 작위+부작위에 의한 견해표명도 포함.
• 일반적으로 조세 법률관계에서 과세관청의 행위에 대하여 신의성실의 원칙이 적용되기 위하여는 과세관청이 납세자에게 **신뢰의 대상이 되는 공적인 견해표명을 하여야 하고**, 또한 국제기본법 제18조 제3항에서 말하는 비과세관행이 성립하려면 상당한 기간에 걸쳐 과세를 하지 아니한 객관적 사실이 존재할 뿐만 아니라 과세관청 자신이 그 사항에 관하여 과세할 수 있음을 알면서도 어떤 특별한 사정 때문에 과세하지 않는다는 의사가 있어야 하며 위와 같은 **공적 견해나 의사는 명시적 또는 묵시적으로 표시되어야** 하지만, 묵시적 표시가 있다고 하기 위하여는 단순한 과세 누락과는 달리 과세관청이 상당기간 불과세 상태에 대하여 과세하지 않겠다는 의사표시를 한 것으로 볼 수 있는 사정이 있어야 하고, 이 경우 특히 과세관청의 의사표시(법령해석에 대한 국제청장의 회신)가 일반론적인 견해표명에 불과한 경우에는 위 원칙의 적용을 부정하여야 한다(대판 2001.4.24. 2000두5203)

■ 신뢰보호원칙의 요건인 선행조치의 의의

- ① 법령·조례·규칙·처분(행정행위)·합의·확약·행정계획, 행정지도 등 사실행위, 기타 국민이 신뢰를 가지게 될 일체의 조치
- ② 명시적·적극적+묵시적·소극적 견해표명, 작위+부작위에 의한 견해표명./ 판례는 '공적 견해표명'에 한정. 학설보다 인정 범위 좁음. 단 묵시적 견해표명도 인정
- ③ 처분청 자신이 한 조치 + 보조기관의 조치(형식적 권한분장에 구애되지 않음)
- ③ 선행조치가 행정행위의 경우 적법행위·위법행위 모두 가능
단, 무효행위, 아직 처분행위가 존재하지 않는 기대이익·예상이익은 신뢰 대상이 아님
- ④ 특정 개인에게 할 필요 없음(cf. 신의성실원칙은 특정 개인과의 관계를 전제로 함)

- ④ (○) 폐기물처리업에 대하여 사전에 관할 관청으로부터 적정통보를 받고 막대한 비용을 들여 허가요건을 갖춘 다음 허가신청을 하였음에도 다수 청소업자의 난립으로 안정적이고 효율적인 청소업무의 수행에 지장이 있다는 이유로 한 불허가처분은 신뢰보호의 원칙 및 비례의 원칙에 반하는 것으로서 재량권을 남용한 위법한 처분이다(대판 1998.5.8. 98두4061).

[비교판례]

- 폐기물처리업사업계획 적정통보를 한 것만으로 사업부지 토지에 대한 **국토이용계획 변경신청**을 승인하여 주겠다는 취지의 공적인 견해표명을 한 것으로 볼 수 없다.
- 상대방이 그 승인을 받을 것으로 신뢰하였다면 상대방에게 귀책사유가 있음 ⇨ 국토이용계획변경신청 거부처분은 신뢰보호원칙에 위배되지 않음
- 폐기물처리사업계획의 적정통보를 받은 자가 폐기물처리업허가를 받기 위해서는 용도지역을 변경하는 국토이용계획변경이 선행되어야 할 경우, 국토이용계획변경을 신청할 법규상·조리상 권리가 인정된다. ⇨ 신청에 대한 거부행위는 항고소송 대상인 행정처분
- 폐기물처리업을 위한 국토이용계획변경신청을 폐기물처리시설이 들어설 경우 수질오염 등으로 인근 주민들의 생활환경에 피해를 줄 우려가 있다는 등의 공익상의 이유를 들어 거부한 경우, 그 거부처분이 재량권의 일탈·남용이 아니다.
- 폐기물처리업사업계획 적정통보에 당해 토지에 대한 **형질변경허가신청**을 허가하는 취지의 공적 견해표명이 있는 것으로는 볼 수 없다.

2 부당결부금지의 원칙에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 「행정기본법」은 부당결부금지의 원칙을 명문으로 규정하고 있다.
- ② 이륜자동차를 음주운전한 사유만 가지고서는 제1종 대형면허나 보통면허의 취소나 정지를 할 수 없다.
- ③ 제1종 대형면허로 운전할 수 있는 차량을 운전면허 정지기간 중에 운전한 경우에는 이와 관련된 제1종 보통면허까지 취소할 수 있다.
- ④ 행정청이 수익적 행정처분을 하면서 사전에 상대방과 체결한 협약상의 의무를 부담으로 부가하였는데 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거 법령이 개정되어 부관을 붙일 수 없게 된 경우, 곧바로 위 협약의 효력이 소멸한다.

해설

- ① (○) 행정기본법 제13조(부당결부금지의 원칙) 행정청은 행정작용을 할 때 상대방에게 해당 행정작용과 실질적인 관련이 없는 의무를 부과해서는 아니 된다.
- ② (△) **250cc 이륜자동차(오토바이) 음주운전** ⇨ **1종 대형, 1종 보통 운전면허까지 취소·정지 불가**(이륜자동차는 오직 2종 소형면허로만 운전 가능) : 한 사람이 여러 종류의 자동차운전면허를 취득하는 경우뿐 아니라 이를 취소 또는 정지함에 있어서도 서로 별개의 것으로 취급하는 것이 원칙이라 할 것이고 그 취소나 정지의 사유가 특정의 면허에 관한 것이 아니고 다른 면허와 공통된 것이거나 운전면허를 받은 사람에 관한 경우에는 여러 운전면허 전부를 취소 또는 정지할 수도 있다고 보는 것이 상당할 것이지만, 이륜자동차로서 제2종 소형면허를 가진 사람만이 운전할 수 있는 오토바이는 제1종 대형면허나 보통면허를 가지고서도 이를 운전할 수 없는 것이어서 이와 같은 이륜자동차의 운전은 제1종 대형면허나 보통면허와는 아무런 관련이 없는 것이므로 이륜자동차를 음주운전한 사유만 가지고서는 제1종 대형면허나 보통면허의 취소나 정지를 할 수 없다(대판 1992.9.22. 91누8289).

■ 주의 : 2016년 도로교통법 개정으로 도로교통법 위반행위에 대해 모든 운전면허 취소나 정지도 가능

• 도로교통법 제93조(운전면허의 취소·정지) ① 시·도경찰청장은 운전면허(연습운전면허는 제외)를 받은 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 행정안전부령으로 정하는 기준에 따라 운전면허(운전자가 받은 모든 범위의 운전면허를 포함한다.)를 취소하거나 1년 이내의 범위에서 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있다. (2016년 법률 개정)

• 법률 개정 이후 판례

- **125cc 이륜자동차 음주운전** ⇨ **제1종 대형, 제1종 보통, 제1종 특수(대형견인·구난) 운전면허도 취소 가능** : 갑이 혈중알코올농도 0.140%의 주취상태로 배기량 125cc 이륜자동차를 운전하였다는 이유로 관할 지방경찰청장이 갑의 자동차운전면허(제1종 대형, 제1종 보통, 제1종 특수(대형견인·구난), 제2종 소형)를 취소하는 처분을 한 사안에서, 위 처분 중 제1종 대형, 제1종 보통, 제1종 특수(대형견인·구난) 운전면허를 취소한 부분에 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다고 본 원심판단에 재량권 일탈·남용에 관한 법리 등을 오해한 위법이 있다. ⇨ 운전면허를 받은 사람이 음주운전을 한 경우에 운전면허의 취소 여부는 행정청의 재량행위이나, 음주운전으로 인한 교통사고의 증가와 그 결과의 참혹성 등에 비추어 보면 음주운전으로 인한 교통사고를 방지할 공익상의 필요는 더욱 중시되어야 하고, 운전면허 취소에서는 일반의 수익적 행정행위의 취소와는 달리 취소로 인해 입게 될 당사자의 불이익보다는 이를 방지하여야 하는 일반예방적 측면이 더욱 강조되어야 한다(대판 2018.2.28. 2017두67476).

* 91누8289 판례와 2017두67476 두 판례는 운전한 이륜자동차가 서로 다르며(125cc, 250cc), 처분 대상이 된 자의 지위와 취소처분이 생계에 미치는 사정과 같이 기초된 사실관계가 서로 다르고 과거의 판례를 변경한다는 명시적인 내용이 없으므로 두 판례가 배치되는 것은 아니다. 다만 최근의 대법원 판결은 음주운전을 더욱 엄벌하는 사회 기조를 반영하고 있다.

* 기초된 사실관계에 대한 설명 없이 막연히 설명된 ②번 지문은 과거 판례로는 옳지만 새로운 판례로 보면 틀린 내용이 됨을 주의

- ③ (○) **제1종 대형면허로 운전할 수 있는 차량을 운전면허정지기간 중에 운전한 경우, 이와 관련된 제1종 보통면허까지 취소 가능** : 한 사람이 여러 종류의 자동차운전면허를 취득하는 경우뿐 아니라, 이를 취소 또는 정지하는 경우에 있어서도 서로 별개의 것으로 취급하는 것이 원칙이고, 제1종 대형면허를 가진 사람만이 운전할 수 있는 대형승합자동차는 제1종 보통면허를 가지고 운전할 수 없는 것이기는 하지만, 자동차운전면허는 그 성질이 대인적 면허일 뿐만 아니라, 도로교통법시행규칙 제26조 [별표 13의6]에 의하면, 제1종 대형면허 소지자는 제1종 보통면허 소지자가 운전할 수 있는 차량을 모두 운전할 수 있는 것으로 규정하고 있어, 제1종 대형면허의 취소에는 당연히 제1종 보통면허소지자가 운전할 수 있는 차량의 운전까지 금지하는 취지가 포함된 것이어서 이들 차량의 운전면허는 서로 관련된 것이라고 할 것이므로, 제1종 대형면허로 운전할 수 있는 차량을 운전면허정지기간 중에 운전한 경우에는 이와 관련된 제1종 보통면허까지 취소할 수 있다(대판 2005.3.11. 2004두12452).
- ④ (×) 행정청이 수익적 행정처분을 하면서 사전에 상대방과 체결한 협약상의 의무를 부담으로 부가하였는데 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거 법령이 개정되어 부관을 붙일 수 없게 된 경우, 위 협약의 효력이 곧바로 소멸하는 것은 아님 : 행정청이 수익적 행정처분을 하면서 부가한 부담의 위법 여부는 처분 당시 법령을 기준으로 판단하여야 하고, 부담이 처분 당시 법령을 기준으로 적법하다면 처분 후 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거 법령이 개정됨으로써 행정청이 더 이상 부관을 붙일 수 없게 되었다 하더라도 곧바로 위법하게 되거나 그 효력이 소멸하게 되는 것은 아니다. 따라서 행정처분의 상대방이 수익적 행정처분을 얻기 위하여 행정청과 사이에 행정처분에 부가할 부담에 관한 협약을 체결하고 행정청이 수익적 행정처분을 하면서 협약상의 의무를 부담으로 부가하였으나 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거 법령이 개정됨으로써 행정청이 더 이상 부관을 붙일 수 없게 된 경우에도 곧바로 협약의 효력이 소멸하는 것은 아니다. ⇨ 고속국도 관리청이 고속도로 부지와 접도구역에 송유관 매설을 허가하면서 상대방과 체결한 협약에 따라 송유관 시설을 이전하게 될 경우 그 비용을 상대방에게 부담하도록 하였고, 그 후 도로법 시행규칙이 개정되어 접도구역에는 관리청의 허가 없이도 송유관을 매설할 수 있게 된 사안에서, 위 협약이 효력을 상실하지 않을 뿐만 아니라 위 협약에 포함된 부관이 부당결부금지의 원칙에도 반하지 않는다.(대판 2009.2.12. 2005다65500)

3 행정상 사실행위에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 혼장 수여 등 서훈 수여 처분의 경우, 유족 등 제3자는 처분의 상대방이 될 수 없고, 망인을 대신하여 단지 사실행위로서 혼장 등을 교부받거나 보관할 수 있는 지위에 있을 뿐이다.
- ② 교도소장의 미결수용자 이송처분은 권력적 사실행위로서 「행정심판법」과 「행정소송법」이 규정하는 처분개념인 ‘공권력 행사’로서 처분성이 인정된다.
- ③ 교도소장이 수형자를 ‘접견내용 녹음·녹화 및 접견 시 교도관 참여대상자’로 지정한 사안에서, 이와 같은 지정행위는 행정청의 공법상 행위로서 항고소송의 대상이 되는 ‘처분’에 해당한다.
- ④ 부실기업의 정리와 관련하여 주거래은행의 의사를 지원·독려하는 정부의 행위는 「행정심판법」과 「행정소송법」이 규정하고 있는 처분개념인 ‘공권력 행사’에 해당된다.

해설

- ① (○) **서훈 수여, 서훈 수여 취소의 상대방은 서훈대상자의 유족이 아님** : 헌법과 상훈법의 규정 취지에 의하면, 서훈은 서훈대상자의 특별한 공적에 의하여 수여되는 고도의 일신전속적 성격을 가지는 것이다. 나아가 서훈은 단순히 서훈대상자 본인에 대한 수혜적 행위로서의 성격만을 가지는 것이 아니라, 국가에 뚜렷한 공적을 세운 사람에게 영예를 부여함으로써 국민 일반에 대하여 국가와 민족에 대한 자긍심을 높이고 국가적 가치를 통합·제시하는 행위의 성격도 있다. 서훈의 이러한 특수성으로 말미암아 상훈법은 일반적인 행정행위와 달리 사망한 사람에 대하여도 그의 공적을 영예의 대상으로 삼아 서훈을 수여할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 그러한 경우에도 서훈은 어디까지나 서훈대상자 본인의 공적과 영예를 기리기 위한 것이므로 비록 유족이라고 하더라도 제3자는 서훈수여 처분의 상대방이 될 수 없고, 구 상훈법 제33조, 제34조 등에 따라 망인을 대신하여 단지 사실행위로서 혼장 등을 교부받거나 보관할 수 있는 지위에 있을 뿐이다. 이러한 서훈의 일신전속적 성격은 서훈취소의 경우에도 마찬가지라고 할 것이므로, 망인에게 수여된 서훈의 취소에서도 유족은 그 처분의 상대방이 되는 것이 아니다(대판 2014.9.26. 2013두2518).
- [참고] 서훈 수여는 통치행위, 서훈 수여 취소는 행정처분이며 불복시 대통령을 피고로 항고소송
- ② (○) **미결 수용자에 대한 교도소 이송조치의 처분성 인정** : 미결수용중 다른 교도소로 이송된 피고인이 그 이송처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하고 아울러 그 효력정지를 구하는 신청을 제기한 데 대하여 법원에서 위 이송처분의 효력정지신청을 인용하는 결정을 하였고 이에 따라 신청인이 다시 이송되어 현재 위 이송처분이 있기 전과 같은 교도소에 수용중이라 하여도 이는 법원의 효력정지 결정에 의한 것이어서 그로 인하여 효력정지신청이 그 신청의 이익이 없는 부적법한 것으로 되는 것은 아니다(대판 1992.8. 92두30).
- ③ (○) **교도소장이 특정 수형자를 ‘접견내용 녹음·녹화 및 접견 시 교도관 참여대상자’로 지정한 행위는 행정처분** : 교도소장이 특정 수형자를 ‘접견내용 녹음·녹화 및 접견 시 교도관 참여대상자’로 지정한 행위는 원고의 접견 시마다 사생활의 비밀 등 권리에 제한을 가하는 행위이고, 이는 피고가 그 우월적 지위에서 수형자인 원고에게 일방적으로 강제하는 성격을 가진 공권력적 사실행위의 성격을 갖고 있는 점 등을 종합하면, 위와 같은 지정행위는 수형자의 구체적 권리·의무에 직접적 변동을 초래하는 행정청의 공법상 행위로서 항고소송의 대상이 되는 ‘처분’에 해당한다(대판 2014.2.13. 2013두20899).
- ④ (×) **부실기업의 정리와 관련하여 주거래은행의 의사를 지원·독려하는 정부의 행위는 비권력적 사실행위로서 헌법소원심판의 대상인 공권력 행사가 아님** : 일반적으로 어떤 행정행위가 헌법소원의 대상이 되는 권력적 사실행위에 해당하는지의 여부는 당해 행정주체와 상대방과의 관계, 그 사실행위에 대한 상대방의 의사·관여정도·태도, 그 사실행위의 목적·경위, 법령에 의한 명령·강제수단의 발동 가부 등 그 행위가 행하여질 당시의 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 한다. 부실기업인 대한선주주식회사의 제3자 인수는 위 회사에 대한 부실기업정리의 불가피성, 주거래은행인 한국외환은행의 자율성 및 주도성, 금융에 관한 사무를 관장하는 중앙행정관청인 피청구인의 지위와 관여의 필요성, 피청구인의 관여정도와 비권력성 등 당시의 구체적 사정을 고려하면 주거래은행으로서 위 회사의 도산 또는 정상화 여부에 대하여 가장 큰 경제적 이해관계를 가진 한국외환은행이 보다 적극적으로 이를 의욕하여 추진하였고, 여기에 피청구인이 정부의 입장을 대표하여 호응·지원하였다고 보는 것이 상당하고, 이 과정에서 이루어진 피청구인의 정리방침의 결정 및 인수자 선정과 이에 따른 주식양도의 지시, 그 실행준비 및 가계약서의 작성 요구 등 일련의 사실행위는 그 상대방인 한국외환은행의 의사를 무시한 채 일방적으로 결정·통고된 것이 아니며, 또한 한국외환은행이 그 자율성을 빼앗긴 채 피청구인의 지시를 거부할 기대가능성이 없어서 그저 순응하기만 한 것이라고 볼 수 없다. 이와 같이 스스로는 자생능력을 상실한 부실기업의 정상화 여부와 그 방안 및 실현방법에 관하여 적법한 권한 내에서 결정할 지위에 있는 주거래은행의 의사가 기본이 되고 정부의 의사가 이에 부합되어 기업의 정리가 관철된 경우라면, 특별한 사정이 없는 한 주거래은행의 정상화 방안을 실현시키기 위하여 정부가 한 지시 등이 권력적 사실행위에 해당한다고 보기는 어렵고, 오히려 **정부가 경제정책적 관점에서 국민경제에 미치는 영향이 큰 부실기업의 정리에 관하여 주거래은행의 자율적 판단을 존중하면서도 적극적이지만 비권력적으로 지원·독려한 사실행위라고 보아야 하고, 이와 같은 비권력적 사실행위는 공권력의 행사에 해당하지 아니하므로 이를 대상으로 한 헌법소원심판청구는 부적법하다**(헌재 1994.5.6. 89헌마35).

답 ④

4 사인의 공법행위로서의 신고에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 「행정절차법」은 의무적 신고를 규정하고, 행정청의 수리를 요하는 신고는 규정하고 있지 않다.
- ② 개발행위허가가 의제되는 건축신고는 수리를 요하는 신고이다.
- ③ 「행정기본법」에는 법률에 신고의 수리가 필요하다고 명시되어 있는 경우, 행정청이 수리 하여야 효력이 발생한다는 규정이 있다.
- ④ 인·허가적 성격 또는 등록적 성격의 신고는 수리를 요하는 신고이나, 영업양도에 따른 지위승계신고는 수리를 요하지 아니한다.

해설

①③ (○) 행정절차법에는 자기완결적 신고(수리를 요하지 않는 신고) 규정. 행정기본법에는 행위요건적 신고(수리를 요하는 신고) 규정.

• 행정절차법 제40조(신고)

① 법령 등에서 행정청에 대해 일정 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고를 규정하고 있는 경우 신고를 관장하는 행정청은 신고에 필요한 구비서류와 접수기관 기타 법령 등에 의한 신고에 필요한 사항을 게시(인터넷을 통한 게시 포함)하거나 이에 대한 편람을 비치하여 누구나 열람할 수 있도록 해야 한다.

• 행정기본법 제34조(수리 여부에 따른 신고의 효력) 법령등으로 정하는 바에 따라 행정청에 일정한 사항을 통지하여야 하는 신고로서 법률에 신고의 수리가 필요하다고 명시되어 있는 경우(행정기관의 내부 업무 처리 절차로서 수리를 규정한 경우는 제외)에는 행정청이 수리하여야 효력이 발생한다.

② (○) 건축법 제14조 제2항에 의한 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고는, 행정청이 실체적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 '수리를 요하는 신고'. : 건축법에서 인·허가의제 제도를 둔 취지는, 인·허가의제사항과 관련하여 건축허가 또는 건축신고의 관할 행정청으로 그 창구를 단일화하고 절차를 간소화하며 비용과 시간을 절감함으로써 국민의 권익을 보호하려는 것이지, 인·허가의제사항 관련 법률에 따른 각각의 인·허가 요건에 관한 일체의 심사를 배제하려는 것으로 보기는 어렵다. 왜냐하면, 건축법과 인·허가의제사항 관련 법률은 각기 고유한 목적이 있고, 건축신고와 인·허가의제사항도 각각 별개의 제도적 취지가 있으며 그 요건 또한 달리하기 때문이다. 나아가 인·허가의제사항 관련 법률에 규정된 요건 중 상당수는 공익에 관한 것으로서 행정청의 전문적이고 종합적인 심사가 요구되는데, 만약 건축신고만으로 인·허가의제사항에 관한 일체의 요건 심사가 배제된다고 한다면, 중대한 공익상의 침해나 이해관계인의 피해를 야기하고 관련 법률에서 인·허가 제도를 통하여 사인의 행위를 사전에 감독하고자 하는 규율체계 전반을 무너뜨릴 우려가 있다. 또한 무엇보다도 건축신고를 하려는 자는 인·허가의제사항 관련 법령에서 제출하도록 의무화하고 있는 신청서와 구비서류를 제출하여야 하는데, 이는 건축신고를 수리하는 행정청으로 하여금 인·허가의제사항 관련 법률에 규정된 요건에 관하여도 심사를 하도록 하기 위한 것으로 볼 수밖에 없다. 따라서 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고는 일반적인 건축신고와는 달리, 특별한 사정이 없는 한 행정청이 그 실체적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 '수리를 요하는 신고'로 보는 것이 옳다.(대판 2011.1.20. 2010두14954)

* 국토의 계획 및 이용에 관한 법률상의 개발행위허가로 의제되는 건축신고가 개발행위허가 기준을 갖추지 못한 경우, 행정청이 수리를 거부할 수 있음.

④ (×) 수리를 요하는 신고는 인·허가나 등록의 신청과 같은 성질을 지님. 영업양도에 따른 지위승계신고는 수리를 요하지 신고이며 수리의 처분성 인정.

• 액화석유가스의 안전 및 사업관리법에 의한 사업양수에 의한 지위승계신고를 수리하는 허가관청의 행위는 단순히 양도, 양수자 사이에 발생한 사업상의 사업양도의 법률효과에 의하여 양수자가 사업을 승계하였다는 사실의 신고를 접수하는 행위에 그치는 것이 아니라 실질에 있어서 양도자의 사업허가를 취소함과 아울러 양수자에게 적법히 사업을 할 수 있는 법규상 권리를 설정하여 주는 행위로서 사업허가자의 변경이라는 법률효과를 발생시키는 행위이므로 허가관청이 법 제7조 제2항에 의한 사업양수에 의한 지위승계신고를 수리하는 행위는 행정처분에 해당한다(대판 93. 6. 8. 91누11544).

답 ④

5 법규명령에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 법령의 위임이 없음에도 법령에 규정된 처분 요건에 해당하는 사항을 부령에서 변경하여 규정한 경우, 그 부령은 행정조직 내부에서 적용되는 행정명령의 성격을 지닐 뿐이다.
- ② 집행명령은 근거법령인 상위법령이 폐지 또는 개정될 경우, 특별한 규정이 없는 이상 실효된다.
- ③ 상위법령에서 세부사항 등을 시행규칙으로 정하도록 위임하였음에도 이를 고시 등 행정 규칙으로 정하였다면, 그 역시 대외적 구속력을 가지는 법규명령으로서 효력이 인정될 수 없다.
- ④ 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리·의무나 법률관계를 규율하는 성격을 가질 때에는 행정처분에 해당한다.

해설

① (○) 법령에서 행정처분의 요건 중 일부 사항을 부령으로 정할 것을 위임한 데 따라 시행규칙 등 부령에서 이를 정한 경우에 그 부령의 규정은 국민에 대해서도 구속력이 있는 법규명령에 해당한다고 할 것이지만, 법령의 위임이 없음에도 법령에 규정된 처분 요건에 해당하는 사항을 부령에서 변경하여 규정한 경우에는 그 부령의 규정은 행정청 내부의 사무처리 기준 등을 정한 것으로서 행정조직 내에서 적용되는 행정명령(행정규칙)의 성격을 지닐 뿐 국민에 대한 대외적 구속력은 없다고 보아야 한다. 따라서 어떤 행정처분이 그와 같이 법규성이 없는 시행규칙 등의 규정에 위배된다고 하더라도 그 이유만으로 처분이 위법하게 되는 것은 아니라 할 것이고, 또 그 규칙 등에서 정한 요건에 부합한다고 하여 반드시 그 처분이 적법한 것이라고 할 수도 없다. 이 경우 처분의 적법 여부는 그러한 규칙 등에서 정한 요건에 합치하는지 여부가 아니라 일반 국민에 대하여 구속력을 가지는 법률 등 법규성이 있는 관계 법령의 규정을 기준으로 판단해야 한다(대판 2013.9.12. 2011두10584).

② (×) 근거 법령 폐지·개정과 집행명령의 효력

└ 근거법령(상위법령) 폐지 → 집행명령 실효

└ 근거법령(상위법령) 개정 → 개정법령과 성질상 모순, 저촉되지 않으면 새로운 집행명령 제정시까지 효력 유지

• 상위 법령의 시행에 필요한 세부적 사항을 정한, 이른바 집행명령은 근거법령인 상위 법령이 폐지되면 특별한 규정이 없는 한 실효된다. 그러나 상위 법령이 개정됨에 그친 경우에는 성질상 이와 모순·저촉되지 아니하는 한 개정된 상위 법령의 시행을 위한 집행명령이 새로 제정·발효될 때까지는 여전히 그 효력을 유지한다고 할 것이다(대판 1989.9.12. 88누6962).

③ (○) 행정규칙이나 규정이 상위법령의 위임범위를 벗어난 경우에는 법규명령으로서 대외적 구속력을 인정할 여지는 없다. 이는 행정규칙이나 규정 '내용'이 위임범위를 벗어난 경우뿐 아니라 상위법령의 위임규정에서 특정하여 정한 권한행사의 '절차'나 '방식'에 위배되는 경우도 마찬가지이므로, 상위법령에서 세부사항 등을 시행규칙으로 정하도록 위임하였음에도 이를 고시 등 행정규칙으로 정하였다면 그 역시 대외적 구속력을 가지는 법규명령으로서 효력이 인정될 수 없다(대판 2012.7.5. 2010다72076)

④ (○) 어떠한 고시가 일반적·추상적 성격을 가질 때에는 법규명령 또는 행정규칙에 해당할 것이지만, 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리·의무나 법률관계를 규율하는 성격을 가질 때에는 행정처분에 해당한다. 보건복지부 고시인 약제급여·비급여목록 및 급여상한금액표(보건복지부 고시 제2002-46호로 개정된 것)는 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 국민건강보험가입자, 국민건강보험공단, 요양기관 등의 법률관계를 직접 규율하는 성격을 가지므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2006.9.22. 2005두2506).

답 ②

6 「행정기본법」의 규정 내용으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정청은 행정작용을 할 때 상대방에게 해당 행정작용과 실질적인 관련이 없는 의무를 부과해서는 아니 된다.
- ② 행정에 관한 다른 법률을 제정하거나 개정하는 경우에는 「행정기본법」의 목적과 원칙, 기준 및 취지에 부합되어야 한다.
- ③ 국가와 지방자치단체는 소속 공무원이 공공의 이익을 위하여 적극적으로 직무를 수행할 수 있도록 제반 여건을 조성하고, 이와 관련된 시책 및 조치를 추진하여야 한다.
- ④ 국가와 지방자치단체는 국민의 삶의 질을 향상시키기 위하여 적법절차에 따라 공정하고 합리적인 행정을 수행할 책무를 진다.

해설

- ① (○) 제13조(부당결부금지의 원칙) 행정청은 행정작용을 할 때 상대방에게 해당 행정작용과 실질적인 관련이 없는 의무를 부과해서는 아니 된다.
- ② (×) 제5조(다른 법률과의 관계) ② 행정에 관한 다른 법률을 제정하거나 개정하는 경우에는 이 법의 목적과 원칙, 기준 및 취지에 **부합되도록 노력하여야 한다.**
- ③ (○) 제4조(행정의 적극적 추진) ② 국가와 지방자치단체는 소속 공무원이 공공의 이익을 위하여 적극적으로 직무를 수행할 수 있도록 제반 여건을 조성하고, 이와 관련된 시책 및 조치를 추진하여야 한다.
- ④ (○) 제3조(국가와 지방자치단체의 책무) ① 국가와 지방자치단체는 국민의 삶의 질을 향상시키기 위하여 적법절차에 따라 공정하고 합리적인 행정을 수행할 책무를 진다.

답 ②

7 행정청의 재량에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정청이 제재처분 양정을 하면서 공익과 사익의 형량을 전혀 하지 않았거나 이익형량의 고려대상에 마땅히 포함하여야 할 사항을 누락한 경우 또는 이익형량을 하였으나 정당성·객관성이 결여된 경우, 제재처분은 재량권을 일탈·남용한 것이라고 보아야 한다.
- ② 행정청이 감경사유를 전혀 고려하지 않았거나 감경사유에 해당하지 않는다고 오인하여 개별처분기준에서 정한 상한으로 처분을 한 경우, 마땅히 고려대상에 포함하여야 할 사항을 누락하였거나 고려대상에 관한 사실을 오인한 경우에 해당하여 재량권을 일탈·남용한 것이라고 보아야 한다.
- ③ 행정청의 전문적인 정성적 평가 결과는 그 판단의 기초가 된 사실인정에 중대한 오류가 있거나 그 판단이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 객관적으로 불합리하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 법원이 그 당부를 심사하기에는 적절하지 않으므로 가급적 존중되어야 한다.
- ④ 경찰공무원이 담당사건의 고소인으로부터 금품을 수수하고 향응과 양주를 제공받았으며 이를 은폐하기 위하여 고소인을 무고하는 범죄행위를 하였다는 사유로 해임처분을 받았으나 위 징계사유 중 금품수수사실이 인정되지 않는 경우, 나머지 징계사유만으로 당초의 해임처분을 유지할 수는 없다.

해설

- ①② (○) 행정청이 제재처분 양정을 하면서 공익과 사익의 형량을 전혀 하지 않았거나 이익형량의 고려대상에 마땅히 포함하여야 할 사항을 누락한 경우 또는 이익형량을 하였으나 정당성·객관성이 결여된 경우에는 제재처분은 재량권을 일탈·남용한 것이라고 보아야 한다. 처분상대방에게 법령에서 정한 임의적 감경사유가 있는 경우에, 행정청이 감경사유까지 고려하고도 감경하지 않은 채 개별처분기준에서 정한 상한으로 처분을 한 경우에는 재량권을 일탈·남용하였다고 단정할 수는 없으나, 행정청이 감경사유를 전혀 고려하지 않았거나 감경사유에 해당하지 않는다고 오인하여 개별처분기준에서 정한 상한으로 처분을 한 경우에는 마땅히 고려대상에 포함하여야 할 사항을 누락하였거나 고려대상에 관한 사실을 오인한 경우에 해당하여 재량권을 일탈·남용한 것이라고 보아야 한다(대판 2020.6.25. 2019두52980).

제재처분시 상대방에게 법령 상 임의적 감경사유가 있는 경우	⇒ 감경사유를 고려하고도 감경하지 않고 처분기준의 상한으로 처분시	⇒ 재량권 일탈·남용으로 단정할 수 없음
	⇒ 감경사유를 전혀 고려하지 않았거나 감경사유가 아니라고 오인하여 처분기준의 상한으로 처분시	⇒ 마땅히 고려대상에 포함시킬 사항 누락 or 고려 대상 사실 오인에 해당하여 재량권 일탈·남용으로 위법

- ③ (○) 행정청의 전문적인 정성적 평가 결과는 그 판단의 기초가 된 사실인정에 중대한 오류가 있거나 그 판단이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 객관적으로 불합리하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 법원이 그 당부를 심사하기에 적절하지 않으므로 가급적 존중되어야 한다. 한편 여기에 재량권을 일탈·남용한 특별한 사정이 있다는 점은 증명책임분배의 일반원칙에 따라 이를 주장하는 자가 증명하여야 한다(대판 2016.1.28. 2013두21120).
- ④ (×) 수 개의 징계사유 중 일부가 인정되지 않아도, 인정되는 다른 징계사유만으로도 해당 징계처분의 타당성을 인정하기에 충분하면 그 징계처분을 유지해도 위법하지 않음 : 경찰공무원이 담당사건의 고소인으로부터 금품을 수수하고 향응과 양주를 제공받았으며 이를 은폐하기 위하여 고소인을 무고하는 범죄행위를 하였다는 사유로 해임처분을 받은 경우, 위 징계사유 중 금품수수사실이 인정되지 않더라도 나머지 징계사유만으로도 해임처분의 타당성이 인정되어 재량권의 범위를 일탈·남용한 것이 아니다(대판 2002.9.24. 2002두6620).

답 ④

8 행정행위의 효력에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정처분의 당연무효 여부가 민사소송에서 선결문제가 되는 경우 수소법원은 처분이 당연무효임을 전제로 판결할 수 있고 반드시 항고소송에 의하여 그 취소나 무효확인을 받아야 하는 것은 아니다.
- ② 관할 소방서장으로부터 소방시설 불량사항에 관한 시정보완명령을 받고도 따르지 아니하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 담당 소방공무원이 시정보완명령을 구술로 고지하였다면, 이러한 행정처분은 당연무효이고 행정형벌을 부과할 수 없다.
- ③ 행정청으로부터 시정명령을 받은 사람이 이를 위반한 경우, 그로 인하여 같은 법에서 정한 처벌을 하기 위해서는 그 시정명령이 적법해야 하는 것이 원칙이나, 시정명령의 하자가 당연무효가 아닌 취소사유에 불과하다면 시정명령 위반죄가 성립될 수 있다.
- ④ 어떠한 행정처분이 항고소송에서 위법한 것으로 확인되었다 할지라도 그 자체만으로 곧바로 그 행정처분이 공무원의 고의 또는 과실로 인한 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없다.

해설

- ① (○) 행정처분이 당연무효이면 민사법원·형사법원은 선결문제로서 판단 가능.
 • 민사소송에 있어서 어느 행정처분의 당연무효 여부가 선결문제로 되는 때에는 이를 판단하여 당연무효임을 전제로 판결할 수 있고 반드시 행정소송 등의 절차에 의하여 그 취소나 무효확인을 받아야 하는 것은 아니다(대판 2010.4.8. 2009다90092).
- ② (○) 행정절차법 제24조는 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).
- ③ (×) 위법성 확인이 선결문제인 경우, 형사법원은 선결문제로 행정행위의 위법성에 대해서는 심사할 수 있다. 이에 반해, 행정행위의 효력을 부인하는 것이 형사소송에서 선결문제가 된 경우 형사법원은 행정행위의 공정력으로 인해 효력을 부인할 수 없다. 그런데 시정명령위반죄는 적법한 시정명령을 위반한 경우에 성립하는 것이고 위법한 시정명령인 경우에는 성립되지 않는다. 즉 형사법원은 선결문제로 시정명령의 위법성을 심사해 위법성이 있으면 시정명령위반죄 유죄판결을 할 수 없다.
 • 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법(이하 '개발제한구역법'이라 한다) 제30조 제1항에 의하여 행정청으로부터 시정명령을 받은 자가 이를 위반한 경우, 그로 인하여 개발제한구역법 제32조 제2호에 정한 처벌을 하기 위하여는 시정명령이 적법한 것이라야 하고, 시정명령이 당연무효가 아니더라도 위법한 것으로 인정되는 한 개발제한구역법 제32조 제2호 위반죄가 성립될 수 없다(대판 2017.9.21. 2017도7321)
 • 소하천정비법 제14조 제5항, 제17조 제5호에 의하여 행정청으로부터 시정명령을 받은 사람이 이를 위반한 경우, 같은 법 제27조 제4호에 정한 처벌을 하기 위해서는 시정명령이 적법하여야 한다. 시정명령이 당연무효는 아니지만 위법하다고 인정되는 경우, 같은 법 제27조 제4호 위반죄가 성립하지 않으며, 시정명령이 절차적 하자로 인하여 위법한 경우에도 (하자가 취소사유에 불과하므로) 마찬가지이다(대판 2020.5. 4. 2020도2564).
- ④ (○) 어떠한 행정처분이 후에 항고소송에서 취소된 사실만으로 당해 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수 없다(대판 2000.5.12. 99다70600). 어떠한 행정처분이 위법하다고 할지라도 그 자체만으로 곧바로 그 행정처분이 공무원의 고의 또는 과실로 인한 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없고, 공무원의 고의 또는 과실의 유무에 대하여는 별도의 판단을 요한다(대판 2004.6.11. 2002다31018).

답 ③

9 부관에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 「행정기본법」에 따르면, 행정청은 처분에 재량이 있거나 또는 처분에 재량이 없는 경우에는 법률에 근거가 있는 경우에 부관을 붙일 수 있다.
- ② 건축허가를 하면서 일정 토지를 기부채납하도록 하는 내용의 허가조건은 부관을 붙일 수 없는 기속행위 내지 기속적 재량행위인 건축허가에 붙인 부담이거나 또는 법령상 아무런 근거가 없는 부관이어서 무효이다.
- ③ 일반적으로 보조금 교부결정에 관해서는 행정청에 광범위한 재량이 부여되어 있고, 행정청은 보조금 교부결정을 할 때 법령과 예산에서 정하는 보조금의 교부 목적을 달성하는 데에 필요한 조건을 붙일 수 있다.
- ④ 수익적 행정처분에 있어서는 법령에 특별한 근거규정이 없다고 하더라도 그 부관으로서 부담을 붙일 수 있으나, 그와 같은 부담을 부가하기 이전에 상대방과 협의하여 부담의 내용을 협약의 형식으로 미리 정한 다음 행정처분을 하면서 이를 부가할 수는 없다.

해설

- ① (○)
 • 행정기본법 제17조(부관)
 ① 행정청은 처분에 재량이 있는 경우에는 부관(조건, 기한, 부담, 철회권의 유보 등을 말한다. 이하 이 조에서 같다)을 붙일 수 있다.
 ② 행정청은 처분에 재량이 없는 경우에는 법률에 근거가 있는 경우에 부관을 붙일 수 있다.
- ② (○) 기속행위인 건축허가를 하면서 일정 토지를 기부채납하도록 한 허가조건은 무효 : 일반적으로 기속행위나 기속적 재량행위에는 부관을 붙일 수 없고 가사 부관을 붙였다 하더라도 이는 무효의 것이다. 건축법 소정의 건축허가권자는 건축허가신청이 건축법, 도시계획법등 관계 법규에서 정하는 어떠한 제한에 배치되지 않는 이상 당연히 같은 법조 소정의 건축허가를 하여야 하므로, 법률상의 근거 없이 그 신청이 관계 법규에서 정한 제한에 배치되는지의 여부에 대한 심사를 거부할 수 없고, 심사 결과 그 신청이 법정요건에 합치하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 이를 허가하여야 하며,

공익상 필요가 없음에도 불구하고 요건을 갖춘 자에 대한 허가를 관계 법령에서 정하는 제한사유 이외의 사유를 들어 거부할 수 없다. **건축허가를 하면서 일정토지를 기부채납하도록 하는 내용의 허가조건은 부관을 붙일 수 없는 기속행위 내지 기속적 재량행위인 건축허가에 붙인 부담이거나 또는 법령상 아무런 근거가 없는 부관이어서 무효이다**(대판 1993.7.27. 92누13998 ; 대판 1995.6.13. 94다56883).

- ③ (○) **보조금 교부결정에 관해 행정청에 광범위한 재량이 부여되어 있으며 행정청은 보조금 교부시 교부 목적 달성에 필요한 조건을 붙일 수 있음** : 재량행위에는 법령상 근거가 없더라도 그 내용이 적법하고 이행가능하며 비례의 원칙 및 평등의 원칙에 적합하고 행정처분의 본질적 효력을 해하지 아니하는 한도 내에서 부관을 붙일 수 있다. 일반적으로 보조금 교부결정에 관해서는 행정청에게 광범위한 재량이 부여되어 있고, 행정청은 보조금 교부결정을 할 때 법령과 예산에서 정하는 보조금의 교부 목적을 달성 하는 데에 필요한 조건을 붙일 수 있다(보조금법 제18조 제1항, 「담양군 지방보조금 관리조례」 제16조 제1항 참조). 또한 행정청의 광범위한 재량과 자율적인 정책 판단에 맡겨진 사항과 관련하여 행정청이 설정한 심사기준이 상위법령에 위배된다거나 객관적으로 불합리하다고 평가할 만한 특별한 사정이 없는 이상, 법원은 이를 존중하여야 한다(대판 2021.2.4. 2020두48772).
- ④ (×) 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) ⇨ **수익적 처분이 재량행위임을 전제로 한 판례임을 주의(기속행위인 수익적 처분에는 원칙적으로 부관 불가).**

답 ④

10 행정행위의 하자에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 하자 있는 행정처분이 당연무효가 되기 위해서는 그 하자가 중대하거나 또는 명백하여야 하고, 이를 판별함에 있어서는 법규의 목적·의미 등을 목적론적으로 고찰함과 동시에 구체 적인 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰하여야 한다.
- ② 하자의 치유는 늦어도 처분에 대한 불복 여부의 결정 및 불복신청에 편의를 줄 수 있는 상당한 기간 내에 하여야 한다.
- ③ 당연무효인 처분은 불가쟁력이 발생할 여지가 없다.
- ④ 선행처분과 후행처분이 서로 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하는 때에도 선행처분이 당연무효이면 선행처분의 하자를 이유로 후행처분의 효력을 다룰 수 있다.

해설

- ① (×) 행정행위의 하자가 **중대하고 명백해야 행정행위가 무효**.
행정행위의 하자가 중대하지만 명백하지 않은 경우(예 처분 후 근거법률 위헌판결)나, 명백하지만 중대하지 않은 경우는 행정행위의 취소사유.
• 하자 있는 **행정처분이 당연무효가 되기 위하여는 그 하자가 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것으로서 객관적으로 명백한 것**이어야 하며, 하자가 중대하고 명백한지 여부를 판별할 때에는 그 법규의 목적, 의미, 기능 등을 목적론적으로 고찰함과 동시에 구체적 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰함을 요한다(대판 2006.3.16. 2006두330).
- ② (○) **하자의 치유는 정송 제기 전까지 가능** : 세액산출근거가 누락된 납세고지서에 의한 과세처분의 **하자의 치유를 허용하려면** 늦어도 과세처분에 대한 불복여부의 결정 및 불복신청에 편의를 줄 수 있는 상당한 기간 내에 해야 한다고 할 것이므로 위 과세처분에 대한 전심절차가 모두 끝나고 상고심의 계류 중에 세액산출근거의 통지가 있었다고 하여 이로써 위 과세처분의 하자가 치유되었다고는 볼 수 없다(대판 1984.4.10. 83누393)
- ③ (○) 당연무효인 처분은 효력이 없으므로 모든 행정행위의 효력이 발생하지 않는다. 무효인 처분은 불가쟁력이 발생하지 않으므로 무효확인소송은 제소기간의 제한을 받지 않는다.
- ④ (○) 선행처분이 무효인 경우에는 선행처분과 후행처분이 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하든 하나의 법률효과를 목적으로 하든 하자가 후행처분에 승계되므로 선행처분의 무효를 이유로 후행처분의 효력을 다룰 수 있다. 하자의 승계는 선행처분의 하자가 취소사유이며 불가쟁력이 발생했을 때 하자 없는 후행처분에 대한 항고소송에서 선행처분의 하자를 후행처분의 위법사유로 삼을 수 있는가의 문제이다.

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

답 ①

11 취소소송과 무효등확인소송에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 취소소송과 무효등확인소송은 서로 양립할 수 없으므로 단순 병합이나 선택적 병합은 불가능하고, 주위적·예비적 병합만 가능하다.
- ② 취소소송에 대한 기각판결이 내려진 경우, 후소인 무효등확인소송에도 영향을 미친다.
- ③ 일반적으로 행정처분의 무효확인을 구하는 소에는 취소를 구하는 취지도 포함된다고 보아야 한다.
- ④ 과세처분 이후 처분의 근거 규정에 대하여 위헌결정이 내려지고 난 뒤, 조세채권의 집행을 위한 체납처분의 근거 규정에 대하여는 따로 위헌결정이 내려진 바 없다면 제소기간 내에 취소소송으로 다투어야 한다.

해설

- ① (○) 행정처분에 대한 무효확인소송과 취소청구는 서로 양립할 수 없는 청구(처분의 위법성 일반과 처분의 무효인 위법성 여부로 소송물 중복)이므로 주위적·예비적 청구로서만 병합이 가능하고 선택적 청구로서의 병합이나 단순 병합은 허용되지 않는다(대판 1999.8.20. 97누6889).

* 무효확인소송이 주위적 청구, 취소소송이 예비적 청구로서 병합되어야 함.

- ② (○)

취소소송 기각판결	기판력 : 처분의 적법성	→ 다시 동일 처분에 대한 무효확인소송 불가 (취소소송 기각판결의 기판력이 미치므로 처분의 위법성 주장 불가)
무효확인소송 기각판결	기판력 : 처분이 무효가 아님(유효함)	→ 다시 동일 처분에 대한 취소소송 가능 (처분의 무효는 주장할 수 없으나 취소 사유가 있는 점은 주장 가능)

• **과세처분 취소소송에서 청구가 기각된 확정판결의 기판력은 그 과세처분 무효확인소송에도 미침** : 과세처분의 취소소송은 과세처분의 실체적, 절차적 위법을 그 취소원인으로 하는 것으로서 그 심리의 대상은 과세관청의 과세처분에 의하여 인정된 조세채무인 과세표준 및 세액의 객관적 존부, 즉 당해 과세처분의 적부가 심리의 대상이 되는 것이며, 과세처분 취소청구를 기각하는 판결이 확정되면 그 처분이 적법하다는 점에 관하여 기판력이 생기고 그 후 원고가 이를 무효라 하여 무효확인을 소구할 수 없는 것이어서 과세처분의 취소소송에서 청구가 기각된 확정판결의 기판력은 그 과세처분의 무효확인을 구하는 소송에도 미친다(대판 1998.7.24. 98다10854).

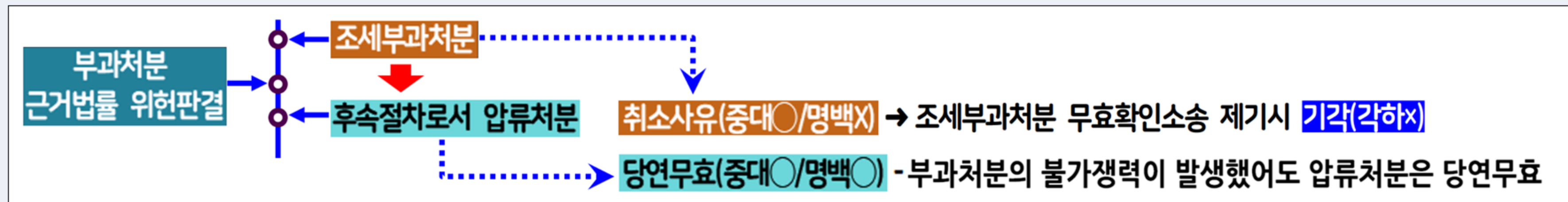
• 행정처분취소청구를 기각하는 판결이 확정되면 그 처분이 적법하다는 점에 관하여 기판력이 생기고 그 소의 원고뿐만 아니라 관계행정기관도 이에 기속된다 할 것이므로 면직처분이 위법하지 아니하다는 점이 판결에서 확정된 이상 원고가 다시 이를 무효라 하여 그 무효확인을 소구할 수는 없다(대판 1992.12.8. 92누6891).

• 처분의 위법·적법, 유효·무효

적법한 처분	유효	취소소송 기각판결의 기판력(적법)	
하자가 있어 위법한 처분	취소사유인 하자	일단 유효(공정력)	취소소송 기각판결시 처분의 위법성(무효·취소사유) 주장 불가
	중대·명백한 하자	무효	무효확인소송 기각판결시 처분의 무효 주장 불가

- ③ (○) 하자가 있는 행정처분을 놓고 이를 무효로 볼 것인지 아니면 단순히 취소할 수 있는 처분으로 볼 것인지는 동일한 사실관계를 토대로 한 법률적 평가의 문제에 불과하고, 행정처분의 무효확인을 구하는 소에는 특단의 사정이 없는 한 그 취소를 구하는 취지도 포함되어 있다고 보아야 하는 점 등에 비추어 볼 때, 동일한 행정처분에 대하여 무효확인의 소를 제기하였다가 그 후 그 처분의 취소를 구하는 소를 추가적으로 병합한 경우, 주된 청구인 무효확인의 소가 적법한 제소기간 내에 제기되었다면 추가로 병합된 취소청구의 소도 적법하게 제기된 것으로 봄이 상당하다(대판 2005.12.23. 2005두3554).

- ④ (×) 지문의 서술이 불완전하여 혼란을 초래할 수 있음. 제소기간 내에 취소소송으로 다투는 대상이 과세처분이면 맞지만, 과세처분 근거법을 위헌결정 후 이뤄진 체납처분에 대한 취소소송이라면 틀린 내용이 됨



- ① **과세처분 후 그 근거법률의 위헌결정시 과세처분의 하자는 취소사유**(처분 당시 중대하지만 명백하지 않은 하자). 단, 불가쟁력 발생시 다툴 수 없으므로 제소기간 내에 과세처분 취소소송 제기.

- ④ **과세처분 후 그 근거법률이 위헌결정된 이후 이뤄진 조세채권 집행을 위한 체납처분**(예 압류처분)은 과세처분 근거법을 위헌결정의 기속력에 위반되므로 **당연무효**(하자가 중대·명백) ⇨ 체납처분에 대한 **무효확인소송 가능**(제소기간 제한 없음). 부과처분의 위법(취소사유)을 이유로 압류처분 취소소송 불가(하자 승계가 안 됨)

[관련판례] 과세처분 이후 조세 부과에 근거가 되었던 법률규정에 대하여 위헌결정이 내려진 경우, 그 조세채권의 집행을 위한 체납처분은 당연무효 : 구 헌법재판소법 제47조 제1항은 “법률의 위헌결정은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다.”고 규정하고 있는데, 이러한 위헌결정의 기속력과 헌법을 최고규범으로 하는 법질서의 체계적 요청에 비추어 국가기관 및 지방자치단체는 위헌으로 선언된 법률규정에 근거하여 새로운 행정처분을 할 수 없음은 물론이고, 위헌결정 전에 이미 형성된 법률관계에 기한 후속처분이라도 그것이 새로운 위헌적 법률관계를 생성·확대하는 경우라면 이를 허용할 수 없다고 봄이 타당하다. 조세 부과에 근거가 되었던 법률규정이 위헌으로 선언된 경우, 비록 그에 기한 과세처분이 위헌결정 전에 이루어졌고, 그 과세처분에 대한 제소기간이 이미 경과하여 조세채권이 확정되었으며, 그 조세채권의 집행을 위한 체납처분의 근거규정 자체에 대하여는 따로 위헌결정이 내려진 바 없다고 하더라도, 위와 같은 위헌결정 이후에 조세채권의 집행을 위한 새로운 체납처분에 착수하거나 이를 속행하는 것은 더 이상 허용되지 않고, 나아가 이러한 위헌결정의 효력에 위배하여 이루어진 체납처분은 그 사유만으로 하자가 중대하고 객관적으로 명백하여 당연무효라고 보아야 한다(대판 2012.2.16. 2010두10907).

12 「행정기본법」상 철회에 관한 규정의 내용으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정청은 처분을 철회하려는 경우에는 철회로 인하여 당사자가 입게 될 불이익을 철회로 달성되는 공익과 비교·형량할 수 있다.
- ② 행정청은 적법한 처분이 법령등의 변경이나 사정변경으로 처분을 더 이상 존속시킬 필요가 없게 된 경우에는 그 처분의 전부 또는 일부를 장래를 향하여 철회할 수 있다.
- ③ 행정청은 적법한 처분이 중대한 공익을 위하여 필요한 경우에는 그 처분의 전부 또는 일부를 장래를 향하여 철회할 수 있다.
- ④ 행정청은 적법한 처분이 법률에서 정한 철회 사유에 해당하게 된 경우에는 그 처분의 전부 또는 일부를 장래를 향하여 철회할 수 있다.

해설

① (×) 비교·형량할 수 있다. ⇨ 비교·형량하여야 한다.

②③④ (○)

• 행정기본법 제19조(적법한 처분의 철회)

① 행정청은 적법한 처분이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 처분의 전부 또는 일부를 장래를 향하여 철회할 수 있다.

1. 법률에서 정한 철회 사유에 해당하게 된 경우
2. 법령등의 변경이나 사정변경으로 처분을 더 이상 존속시킬 필요가 없게 된 경우
3. 중대한 공익을 위하여 필요한 경우

② 행정청은 제1항에 따라 처분을 철회하려는 경우에는 철회로 인하여 당사자가 입게 될 불이익을 철회로 달성되는 공익과 비교·형량하여야 한다.

답 ①

13 행정처분의 변경에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 변경사유가 기본적 사실관계와 동일성이 없는 경우에도 가능하다.
- ② 법령에 명시적 규정이 없는 경우, 행정처분의 변경은 간소한 절차를 따른다.
- ③ 종전 처분을 변경하는 것이므로 장래효만을 가진다.
- ④ 일부만을 변경하는 경우, 변경된 부분과 나머지 부분이 불가분적인 것이 아닌 때에는 종전 처분이 항고소송의 대상이 된다.

해설

① (○) 행정쟁송 중 처분의 적법성을 유지하기 위하여 당초 처분 당시 제시한 처분사유를 변경하거나 추가하는 것은 당초 처분사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도로 제한된다. 그러나 행정쟁송 중 처분사유의 추가·변경이 아니라 종전 처분 자체를 처분청이 변경하는 후속처분을 하는 경우는 기본적 사실관계의 동일성을 요하지는 않는다.

② (×) 법령에 명시적 규정이 없는 경우 행정처분의 변경도 원칙적으로 일반적인 처분과 동일한 절차를 거쳐야 한다. 예를 들어 종전 허가조건에 관한 내용을 상대방에게 불리하게 변경하는 경우 행정절차법상 사전통지 및 의견청취절차를 거쳐야 하며, 종전 처분시 다른 행정기관의 동의를 요한 경우 변경 처분시에도 동의 절차를 거쳐야 한다.

③ (○) 처분 당시의 하자를 이유로 한 취소가 아니고 종전처분의 유효를 전제로 내용 일부만 추가·철회·변경하는 것은 원칙적으로 장래효를 갖는다.

④ (○) 일부만을 변경하는 경우, 변경된 부분과 나머지 부분이 불가분적인 것이 아닌 때에는 종전처분과 변경처분 모두 항고소송의 대상이 된다. 지문 내용이 변경처분은 항고소송 대상이 아니고 종전처분만 항고소송 대상이 된다는 표현은 아니므로 옳은 지문으로 본다.

• 기존의 행정처분을 변경하는 내용의 행정처분이 뒤따르는 경우, 후속처분이 종전처분을 완전히 대체하는 것이거나 그 주요 부분을 실질적으로 변경하는 내용인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 종전처분은 그 효력을 상실하고 후속처분만이 항고소송의 대상이 되지만, **후속처분의 내용이 종전처분의 유효를 전제로 그 내용 중 일부만을 추가·철회·변경하는 것이고 그 추가·철회·변경된 부분이 그 내용과 성질상 나머지 부분과 불가분적인 것이 아닌 경우에는, 후속처분에도 불구하고 종전처분이 여전히 항고소송의 대상이 된다고** 보아야 한다(대판 2015.11.19. 2015두295). ⇨ 종전 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정 처분의 내용 중 영업시간 제한 부분만 일부 변경하는 후속처분이 있는 경우, 후속처분에도 불구하고 종전처분도 여전히 항고소송의 대상이 됨.

종전처분을 변경하는 내용의 후속처분시 그 내용이

종전처분을 완전히 대체 or 주요 부분의 실질적 변경	종전처분의 유효를 전제로 내용 일부만 추가·철회·변경 or 추가·철회·변경 부분이 내용·성질상 나머지 부분과 불가분적인 것이 아님(가분적임)
특별한 사정이 없는 한 종전처분은 효력 상실 후속처분만 항고소송 대상	종전처분 or 후속처분은 항고소송 대상 (종전처분은 후속처분에 의해 변경되지 않은 범위 내에서 그대로 존속)

예) 의무휴업일 지정 및 영업시간제한(0시~8시) 처분(종전처분) → 영업시간제한 변경처분(0시~10시)(후속처분) : 두 처분 모두 항고소송 대상

☑ 후속처분의 내용이 종전 처분의 유효를 전제로 그 내용 중 일부만을 추가·철회·변경하는 것이고 그 추가·철회·변경된 부분이 나머지 부분과 불가분적인 것이 아닌 경우에는 후속처분에도 불구하고 종전 처분은 여전히 항고소송의 대상이 된다.(○)

답 ②

14 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」의 규정 내용으로 옳지 않은 것은?

- ① 국가안전보장·국방·통일·외교관계 등에 관한 사항으로서 공개될 경우 국가의 중대한 이익을 현저히 해칠 우려가 있다고 인정되는 정보는 공개하지 아니할 수 있다.
- ② 공공기관의 정보공개 담당자는 정보공개 업무를 성실하게 수행하여야 하며, 공개 여부의 자의적인 결정, 고의적인 처리 지연 또는 위법한 공개 거부 및 회피 등 부당한 행위를 하여서는 아니 된다.
- ③ 지방자치단체는 그 소관 사무에 관하여 법령의 범위에서 정보공개에 관한 조례를 정하여야 한다.
- ④ 공공기관은 청구인이 사본 또는 복제물의 교부를 원하는 경우에는 이를 교부하여야 한다.

[원래 ①번 지문은 '국가안전보장·국방·통일·외교관계 등에 관한 사항으로서 공개될 경우 국가의 중대한 이익을 현저히 해칠 우려가 있다고 인정되는 정보'로만 잘못 출제되어 복수정답으로 처리되었으나 임의로 문제 지문을 수정하였음]

해설

① (○)

• 제9조(비공개 대상 정보) ① 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개 대상이 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보는 공개하지 아니할 수 있다.(공개할 수 없다. x)
2. 국가안전보장·국방·통일·외교관계 등에 관한 사항으로서 공개될 경우 국가의 중대한 이익을 현저히 해칠 우려가 있다고 인정되는 정보

② (○)

• 제6조의2(정보공개 담당자의 의무) 공공기관의 정보공개 담당자(정보공개 청구 대상 정보와 관련된 업무 담당자를 포함한다)는 정보공개 업무를 성실하게 수행하여야 하며, 공개 여부의 자의적인 결정, 고의적인 처리 지연 또는 위법한 공개 거부 및 회피 등 부당한 행위를 하여서는 아니 된다.

③ (×)

• 제4조(적용 범위) ② 지방자치단체는 그 소관 사무에 관하여 법령의 범위에서(법령이 위임한 범위에서 x) 정보공개에 관한 조례를 정할 수 있다.(정하여야 한다 x)

④ (○)

• 제13조(정보공개 여부 결정의 통지)
② 공공기관은 청구인이 사본 또는 복제물의 교부를 원하는 경우에는 이를 교부하여야 한다.
③ 공공기관은 공개 대상 정보의 양이 너무 많아 정상적인 업무수행에 현저한 지장을 초래할 우려가 있는 경우에는 해당 정보를 일정 기간별로 나누어 제공하거나 사본·복제물의 교부 또는 열람과 병행하여 제공할 수 있다.

답 ③

15 「행정규제기본법」상 정의 규정 내용으로 옳지 않은 것은?

- ① “행정규제”란 국가나 지방자치단체가 특정한 행정 목적을 실현하기 위하여 국민(국내법을 적용받는 외국인을 포함한다)의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 것으로서 법령등이나 조례·규칙에 규정되는 사항을 말한다.
- ② “법령등”이란 법률·대통령령·총리령·부령에 한하고 그 위임을 받는 고시(告示)는 제외 된다.
- ③ “행정기관”이란 법령등 또는 조례·규칙에 따라 행정권한을 가지는 기관과 그 권한을 위임받거나 위탁받은 법인·단체 또는 그 기관이나 개인을 말한다.
- ④ “규제영향분석”이란 규제로 인하여 국민의 일상생활과 사회·경제·행정 등에 미치는 여러 가지 영향을 객관적이고 과학적인 방법을 사용하여 미리 예측·분석함으로써 규제의 타당성을 판단하는 기준을 제시하는 것을 말한다.

해설

①③④ (○), ② (×) 행정규제기본법상 “법령등”이란 법률·대통령령·총리령·부령과 그 위임을 받는 고시(告示) 등을 말한다. 여기서 법령의 위임을 받는 고시란 법령보충규칙을 의미한다.

• 행정규제기본법 제2조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
1. “행정규제”(이하 “규제”라 한다)란 국가나 지방자치단체가 특정한 행정 목적을 실현하기 위하여 국민(국내법을 적용받는 외국인을 포함한다)의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 것으로서 법령등이나 조례·규칙에 규정되는 사항을 말한다.
2. “법령등”이란 법률·대통령령·총리령·부령과 그 위임을 받는 고시(告示) 등을 말한다.
3. “기존규제”란 이 법 시행 당시 다른 법률에 근거하여 규정된 규제와 이 법 시행 후 이 법에서 정한 절차에 따라 규정된 규제를 말한다.
4. “행정기관”이란 법령등 또는 조례·규칙에 따라 행정 권한을 가지는 기관과 그 권한을 위임받거나 위탁받은 법인·단체 또는 그 기관이나 개인을 말한다.
5. “규제영향분석”이란 규제로 인하여 국민의 일상생활과 사회·경제·행정 등에 미치는 여러 가지 영향을 객관적이고 과학적인 방법을 사용하여 미리 예측·분석함으로써 규제의 타당성을 판단하는 기준을 제시하는 것을 말한다.

답 ②

16 행정대집행에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 관계 법령을 위반하여 장례식장 영업을 하고 있는 자의 장례식장 사용 중지 의무는 대집행의 대상이 아니다.
- ② 토지나 건물의 인도 의무는 사람이 그 신체로 토지나 건물을 점유하여 인도를 거부하는 때에는 신체에 대한 직접강제를 필요로 하고, 대집행에는 포함되지 않는다.
- ③ 대집행 계고처분을 함에 있어 대집행할 행위의 내용 및 범위가 대집행계고서에 의해서만 특정되어야 한다.
- ④ 대집행절차를 이루는 계고·대집행영장에 의한 통지·실행·비용납부명령은 상호 결합하여 대집행이라는 효과를 완성시키기 때문에 선행행위의 하자는 후행행위에 승계된다.

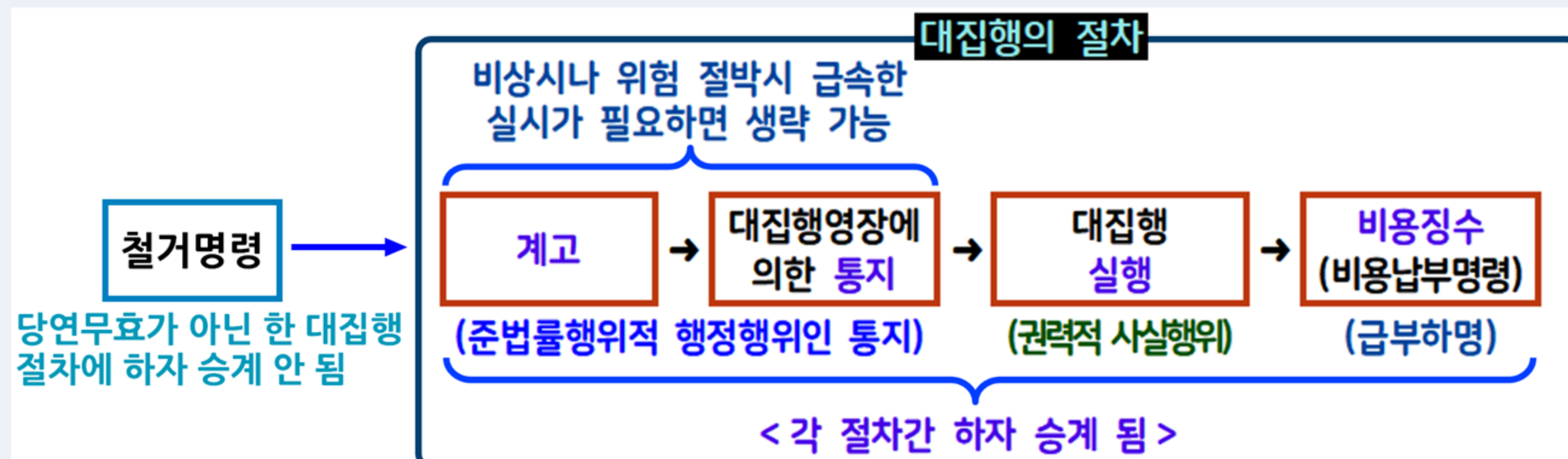
해설

- ① (○) **관계법령에 위반하여 장례식장 영업을 하고 있는 자의 장례식장 사용 중지 의무는 비대체적 부작위의무** ⇨ **대집행 대상 아님** : 행정대집행법 제2조는 '행정청의 명령에 의한 행위로서 타인이 대신하여 할 수 있는 행위를 의무자가 이행하지 아니하는 경우'에 대집행 할 수 있도록 규정하고 있는데, 이 사건 용도위반 부분을 장례식장으로 사용하는 것이 관계 법령에 위반한 것이라는 이유로 장례식장의 사용을 중지할 것과 이를 불이행할 경우 행정대집행법에 의하여 대집행하겠다는 내용의 이 사건 처분은, 이 사건 처분에 따른 **'장례식장 사용중지 의무'가 원고 이외의 '타인이 대신'할 수도 없고, 타인이 대신하여 '행할 수 있는 행위'라고도 할 수 없는 비대체적 부작위의무에 대한 것이므로, 그 자체로 위법함이 명백하다**(대판 2005.9.28. 2005두7464).
- ② (○) 인도란 물건의 점유를 타인에게 이전하는 것으로 그 중 토지나 건물로부터 존치물건을 반출하고 사람을 퇴거시켜 그것을 타인에게 인도하는 것을 명도라 하며 토지·건물의 명도의무는 비대체적 작위의무이다. 이러한 토지나 건물의 명도의무의 강제는 실력으로써 당해 토지의 점유를 배제하는 것을 의미하므로 이러한 강제수단은 대체적 작위의무의 강제수단으로서의 대집행이 아니라, 직접강제에 해당하는 것이기 때문에 대집행이 불가능하다.
· 구 토지수용법상 피수용자 등이 기업자에 대하여 부담하는 수용대상 토지의 인도·명도의무는 대체적 작위의무가 아니므로 대집행 불가 : 피수용자 등이 기업자에 대하여 부담하는 수용대상 토지의 인도의무에 관한 구 토지수용법 63조, 64조, 77조 규정에서의 '인도'에는 명도도 포함되는 것으로 보아야 하고, 이러한 명도의무는 그것을 강제적으로 실현하면서 직접적인 실력행사가 필요한 것이기 대체적 작위의무라고 볼 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 되지 않는다(대판 2005.8.19. 2004다2809).

■ 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 인도·명도의무, 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 특별법」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

- ③ (×) **대집행할 행위의 내용·범위는 계고서에 의해서만 특정되어야 하는 것은 아님** : 행정청이 건축법 42조 1항과 행정대집행법 2조 및 3조 1항에 따라 건축법위반 건축물의 철거를 명하고 그 의무불이행시 행할 대집행의 계고를 함에 있어서는, **의무자가 이행해야 할 행위와 그 의무불이행시 대집행할 행위의 내용 및 범위가 구체적으로 특정되어야 할 것이지만, 반드시 철거명령서나 대집행계고서에 의해서만 특정되어야 하는 것은 아니고, 그 처분 전후에 송달된 문서나 기타 사정을 종합하여 이를 특정할 수 있으면 족하다**(대판 1994.10.28. 94누5144).
- ④ (○) 대집행절차는 계고 ⇨ 대집행영장의 통지 ⇨ 대집행의 실행 ⇨ 대집행에 요한 비용의 납부명령의 4단계로 이루어지는데, 이 4단계의 행위는 각각 독립된 것이 아니고 상호 결합하여 대집행이라는 하나의 효과를 완성하는 것이기 때문에, 선행행위의 하자(흠)는 후행행위에 승계된다. 단 철거명령에 취소사유인 하자가 있는 경우 대집행절차에는 승계되지 않는다.



17 행정상 즉시강제에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정상 즉시강제는 처분성이 인정되지 않으므로 직접 항고소송을 제기할 수는 없고 국가배상청구만 가능하다.
- ② 「식품위생법」상 영업소 폐쇄명령을 받은 자가 영업을 계속할 경우 강제폐쇄하는 조치는 행정상 즉시강제에 해당하지 않는다.
- ③ 행정강제는 행정상 강제집행을 원칙으로 하고, 즉시강제는 예외적으로 인정되는 강제수단이다.
- ④ 행정상 즉시강제는 엄격한 실정법상의 근거를 필요로 한다.

해설

- ① (×) 즉시강제는 권력적 사실행위로서 항고소송 대상인 처분성이 인정(대상적격 인정)되지만, 보통 단기간에 종료되므로 소의 이익(회복할 수 있는 법률상 이익)이 부정되어 항고소송은 각하될 수 있다. 이 경우에도 국가배상청구를 통한 권리구제가 가능하다.
- ② (○) 행정상 즉시강제란 의무의 존재와 그 불이행을 전제로 하지 않는 행정작용이다. 반면에, 직접강제란 행정법상 의무가 존재하고 그 불이행이 있는 경우에 행정기관이 직접 의무자의 신체·재산에 실력을 가하여 의무자가 스스로 의무를 이행한 것과 같은 상태를 실현하는 작용을 말한다. 식품위생법상 영업소 폐쇄명령을 전제로 하여 그러한 의무의 불이행을 전제로 행해지는 행정강제는 행정상 직접강제에 해당한다.

■ 행정상 직접강제 사례 - 의무 위반을 전제로 함

강제폐쇄	• 「식품위생법」 79조 : 무허가 영업행위자의 영업소 폐쇄조치(영업소의 간판 등 영업 표시물 제거·삭제, 적법한 영업소가 아님을 알리는 게시문 등 부착, 해당 영업소의 시설물과 영업에 사용하는 기구 등을 사용할 수 없게 하는 봉인) • 「학원의 설립 운영 및 과외 교습에 관한 법률」 상 불법 교습소의 폐쇄조치 • 「공중위생법」 상 무허가 영업소의 강제폐쇄
강제퇴거	• 「출입국관리법」 46조 여권과 사증 없이 불법 입국한 외국인에 대한 강제퇴거 • 「군사기지 및 군사시설보호법」 상 허가를 받지 않고 군사기지·군사시설보호구역 출입자 강제퇴거

■ 행정의 실효성 확보수단

행정 강제	행정상 강제집행	이행강제금(집행벌)	의무의 존재 및 불이행을 전제. 장래에 의무를 이행시키거나 이행이 있는 것과 같은 상태로 만들.	간접적 수단
	행정상 즉시강제		의무불이행을 전제로 하지 않음. 의무를 명할 시간적 여유가 없거나 의무 명해서는 목적 달성 불가시.	직접적 수단
행정벌	행정형벌, 행정질서벌[과태료]		과거 의무위반에 대한 제재	간접적 수단

- ③ (○) 행정강제는 행정상 강제집행이 원칙, 즉시강제는 예외적 강제수단(보충성)
 - 행정상 즉시강제란 행정강제의 일종으로서 목전의 급박한 행정상 장애를 제거할 필요가 있는 경우에, 미리 의무를 명할 시간적 여유가 없을 때 또는 그 성질상 의무를 명하여 가지고는 목적 달성이 곤란할 때에, 직접 국민의 신체 또는 재산에 실력을 가하여 행정상 필요한 상태를 실현하는 작용이며, 법령 또는 행정처분에 의한 선행의 구체적 의무의 존재와 그 불이행을 전제로 하는 행정상 강제집행과 구별된다. **행정강제는 행정상 강제집행을 원칙으로 하며, 법치국가적 요청인 예측가능성과 법적 안정성에 반하고, 기본권 침해의 소지가 큰 권력작용인 행정상 즉시강제는 어디까지나 예외적인 강제수단이라고 할 것이다.** 이러한 행정상 즉시강제는 엄격한 실정법상의 근거를 필요로 할 뿐만 아니라, 그 발동에 있어서는 법규의 범위 안에서 다시 행정상의 장애가 목전에 급박하고, 다른 수단으로는 행정목적 달성을 할 수 없는 경우이어야 하며, 이러한 경우에도 그 행사는 필요 최소한도에 그쳐야 함을 내용으로 하는 조리상의 한계에 기속된다(헌재 2002.10.31. 2000헌가12).

• 행정기본법 제33조(즉시강제) ① 즉시강제는 다른 수단으로는 행정목적 달성을 할 수 없는 경우에만 허용되며, 이 경우에도 최소한도로만 실시하여야 한다.

- ④ (○) 행정강제는 행정상 강제집행을 원칙으로 하며, 법치국가적 요청인 예측가능성과 법적 안정성에 반하고, 기본권 침해의 소지가 큰 권력작용인 행정상 즉시강제는 어디까지나 예외적인 강제수단이라고 할 것이다. 이러한 **행정상 즉시강제는 엄격한 실정법상의 근거를 필요로 할 뿐만 아니라,** 그 발동에 있어서는 법규의 범위 안에서 다시 행정상의 장애가 목전에 급박하고, 다른 수단으로는 행정목적 달성을 할 수 없는 경우이어야 하며, 이러한 경우에도 그 행사는 필요 최소한도에 그쳐야 함을 내용으로 하는 조리상의 한계에 기속된다(헌재 2002.10.31. 2000헌가12).

답 ①

18 행정조사에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 세무조사결정은 납세의무자의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 공권력의 행사에 따른 행정작용으로서 항고소송의 대상이 된다.
- ② 국제우편물 통관검사절차에서 이루어지는 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 압수·수색영장 없이도 가능한 행정조사의 성격을 갖고 있다.
- ③ 세관공무원이 밀수품을 신고 왔다는 정보에 의하여 정박 중인 선박에 대하여 수색을 하려면 비록 소유자 또는 점유자의 승낙을 얻었을지라도 이와 별개로 법관의 압수·수색영장을 발부받아야 한다.
- ④ 부가가치세액 재경정처분은 이미 피고가 행한 세무조사와 같은 세목, 같은 과세기간에 대하여 실시한 중복세무조사에 기초하여 이루어진 것이므로 위법하다.

해설

- ① (○) **세무조사결정은 항고소송의 대상이 되는 행정처분** : 부과처분을 위한 과세관청의 질문조사권이 행해지는 세무조사결정이 있는 경우 납세의무자는 세무공무원의 과세자료 수집을 위한 질문에 대답하고 검사를 수인하여야 할 법적 의무를 부담하게 되는 점, 세무조사는 기본적으로 적정하고 공평한 과세의 실현을 위하여 필요한 최소한의 범위 안에서 행하여야 하고, 더욱이 동일한 세목 및 과세기간에 대한 재조사는 납세자의 영업의 자유 등

권익을 심각하게 침해할 뿐만 아니라 과세관청에 의한 자의적인 세무조사의 위험마저 있으므로 조세공평의 원칙에 현저히 반하는 예외적인 경우를 제외하고는 금지될 필요가 있는 점, 납세의무자로 하여금 개개의 과태료 처분에 대하여 불복하거나 조사 종료 후의 과세처분에 대하여만 다룰 수 있도록 하는 것보다는 그에 앞서 세무조사결정에 대하여 다툼으로써 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있는 점 등을 종합하면, **세무조사결정은 납세의무자의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 공권력의 행사에 따른 행정작용으로서 항고소송의 대상이 된다**(대판 2011.3.10. 2009두23617, 23624).

- ② (○) 권력적 행정조사의 경우 영장주의가 적용되는지가 문제되는바, 판례는 수사기관의 강제처분이 아니라 행정조사의 성격을 유지하는 한 영장은 요구되지 않는다고 본다. 다만, 형사책임 추궁을 목적으로 하는 조사의 경우에는 영장이 필요하다고 본다.

• **우편물 통관검사절차에서 압수·수색영장 없이 진행된 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등 검사는 위법이 아님(수사기관의 강제처분이 아니므로)** : 관세법 제246조 제1항, 제2항, 제257조, ‘국제우편물 수입통관 사무처리’ 제1-2조 제2항, 제1-3조, 제3-6조, 구 ‘수출입물품 등의 분석사무 처리에 관한 시행세칙’ 등과 관세법이 관세의 부과·징수와 아울러 수출입물품의 통관을 적정하게 함을 목적으로 한다는 점(관세법 제1조)에 비추어 보면, **우편물 통관검사절차에서 이루어지는 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 수출입물품에 대한 적정한 통관 등을 목적으로 한 행정조사의 성격을 가지는 것으로서 수사기관의 강제처분이라고 할 수 없으므로, 압수·수색영장 없이 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등 검사가 진행되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 볼 수 없다**(대판 2013.9.26. 2013도7718).

cf) 수출입물품 통관검사가 형사책임 추궁 목적(수사기관의 범죄수사인 압수·수색)인 경우 영장 필요 : 수사기관에 의한 압수·수색의 경우 헌법과 형사소송법이 정한 적법절차와 영장주의 원칙은 법률에 따라 허용된 예외사유에 해당하지 않는 한 관철되어야 한다. 세관공무원이 수출입물품을 검사하는 과정에서 마약류가 감추어져 있다고 밝혀지거나 그러한 의심이 드는 경우, 검사는 마약류의 분산을 방지하기 위하여 충분한 감시체제를 확보하고 있어 수사를 위하여 이를 외국으로 반출하거나 대한민국으로 반입할 필요가 있다는 요청을 세관장에게 할 수 있고, 세관장은 그 요청에 응하기 위하여 필요한 조치를 할 수 있다(마약류 불법거래 방지에 관한 특례법 제4조 제1항). 그러나 이러한 조치가 **수사기관에 의한 압수·수색에 해당하는 경우에는 영장주의 원칙이 적용된다**. 물론 수출입물품 통관검사절차에서 이루어지는 물품의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 수출입물품에 대한 적정한 통관 등을 목적으로 조사를 하는 것으로서 이를 수사기관의 강제처분이라고 할 수 없으므로, 세관공무원은 압수·수색영장 없이 이러한 검사를 진행할 수 있다. 세관공무원이 통관검사를 위하여 직무상 소지하거나 보관하는 물품을 수사기관에 임의로 제출한 경우에는 비록 소유자의 동의를 받지 않았더라도 수사기관이 강제로 점유를 취득하지 않은 이상 해당 물품을 압수하였다고 할 수 없다. **그러나 마약류 불법거래 방지에 관한 특례법 제4조 제1항에 따른 조치의 일환으로 특정한 수출입물품을 개봉하여 검사하고 그 내용물의 점유를 취득한 행위는 위에서 본 수출입물품에 대한 적정한 통관 등을 목적으로 조사를 하는 경우와는 달리, 범죄수사인 압수 또는 수색에 해당하여 사전 또는 사후에 영장을 받아야 한다**(대판 2017.7.18. 2014도8719).

- ③ (×) 세관공무원이 밀수품을 신고 왔다는 정보에 의하여 정박중인 선박에 대하여 수색을 하려면 선박의 소유자 또는 점유자의 승낙을 얻거나 법원의 압수 수색영장을 발부 받거나 또는 관세법 212조 1항 후단에 의하여 긴급을 요하는 경우에 한하여 수색압수를 하고 사후에 영장의 교부를 받아야 한다(대판 1976.11.9. 76도2703).

- ④ (○) **납세자에 대한 부가가치세부과처분이, 종전의 부가가치세 경정조사와 같은 세목 및 같은 과세기간에 대하여 중복하여 실시된 위법한 세무조사에 기초하여 이루어진 것인 경우 위법** : 원심은 그 채용 증거에 의하여, 피고는 1998. 11.경 원고의 부동산 임대사업과 관련한 부가가치세의 탈루 여부에 대하여 세무조사를 벌인 결과, 임대수입을 일부 누락한 사실 등을 밝혀내고 그 세무조사 결과에 따라 같은 해 12.경 부가가치세 증액경정처분을 한 사실, 그런데 서울지방국세청장은 1999. 11.경 원고의 개인제세 전반에 관하여 특별세무조사를 한다는 명목으로 이미 부가가치세 경정조사가 이루어진 과세기간에 대하여 다시 임대수입의 누락 여부, 매입세액의 부당공제 여부 등에 관하여 조사를 하였고, 피고는 그 세무조사 결과에 따라 부가가치세액을 증액하는 이 사건 재경정처분을 한 사실 등을 인정한 다음, 이 사건 부가가치세부과처분은 이미 피고가 1998. 11.경에 한 세무조사(부가가치세 경정조사)와 같은 세목 및 같은 과세기간에 대하여 중복하여 실시한 서울지방국세청장의 위법한 중복조사에 기초하여 이루어진 것이므로 위법하다고 판단하였다. 원심판결 이유를 기록과 관계 법령에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인 또는 중복조사에 관한 법리 등을 오해한 위법이 없다(대판 2006.6.2. 2004두12070).

답 ③

19 과태료에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 과태료의 부과에도 법률의 근거가 있어야 한다.
 ② 과태료의 부과 여부 및 그 당부는 최종적으로 「질서위반행위규제법」의 절차에 의하여 판단되어야 한다고 할 것이므로, 그 과태료 부과처분은 행정청을 피고로 하는 항고소송의 대상이 되는 처분이라고 볼 수 없다.
 ③ 과태료 재판은 이유를 붙인 결정으로써 한다.
 ④ 「질서위반행위규제법」상 질서위반행위에 대한 과태료는 객관적 법 위반사실에 착안하여 부과되는 것이므로 행위자의 고의 또는 과실이 없다 하더라도 부과할 수 있다.

해설

• 이하 법 규정은 질서위반행위규제법

- ① (○) **제6조(질서위반행위 법정주의)** 법률에 따르지 아니하고는 어떤 행위도 질서위반행위로 과태료를 부과하지 아니한다.
 ② (○) 질서위반행위규제법에 따르면 과태료 부과에 불복하는 당사자는 이의제기를 하도록 하는 특별규정을 두고 있으므로 과태료 부과처분은 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 아니다. 한편, 이의제기가 있는 경우 과태료 부과처분은 그 효력을 상실하며 법원에 통지되어 과태료재판절차로 넘어간다.
 • **서울특별시 수도조례 및 '서울특별시 하수도사용조례'에 근거한 과태료 부과처분은 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 아님** : 수도조례 및 하수도사용조례에 기한 과태료의 부과 여부 및 그 당부는 **최종적으로 「질서위반행위규제법」에 의한 절차에 의하여 판단되어야 한다고 할 것이므로, 그 과태료 부과처분은 행정청을 피고로 하는 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다**(대판 2012.10.11. 2011두19369)
 ③ (○) **제36조(재판)** ① 과태료 재판은 이유를 붙인 결정으로써 한다.
 ④ (×) **제7조(고의 또는 과실)** 고의 또는 과실이 없는 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다.

cf) 과징금 : 행정 법규 위반이라는 객관적 사실에 착안하여 가하는 제재이므로 반드시 현실적인 행위자가 아니라도 법령상 책임자로 규정된 자에게 부과되고 원칙적으로 위반자의 고의·과실을 요하지 아니하나, 위반자의 의무 해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 부과할 수 없음.

답 ④

20 「국가배상법」의 규정 내용으로 옳지 않은 것은?

- ① 「국가배상법」에 따라 배상금을 지급받으려는 자는 그 주소지·소재지 또는 배상원인 발생지를 관할하는 지구심의회에 배상신청을 하여야 한다.
- ② 배상결정을 받은 신청인은 지체 없이 그 결정에 대한 동의서를 첨부하여 국가나 지방자치단체에 배상금 지급을 청구하여야 한다.
- ③ 생명·신체에 대한 침해와 물건의 멸실·훼손으로 인한 손해 외의 손해는 대통령령으로 정하는 기준 내에서 피해자의 사회적 지위, 과실의 정도, 생계 상태, 손해배상액 등을 고려하여 배상하여야 한다.
- ④ 국가나 지방자치단체가 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 공무원의 선임·감독 또는 영조물의 설치·관리를 맡은 자와 공무원의 봉급·급여, 그 밖의 비용 또는 영조물의 설치·관리 비용을 부담하는 자가 동일하지 아니하면 그 비용을 부담하는 자도 손해를 배상하여야 한다.

해설

- ① (○) 단, 배상심의회에 하는 배상신청은 임의절차이므로 거치지 않고도 손해배상소송 가능.

제12조(배상신청) ① 이 법에 따라 배상금을 지급받으려는 자는 그 주소지·소재지 또는 배상원인 발생지를 관할하는 지구심의회에 배상신청을 하여야 한다.

제9조(소송과 배상신청의 관계) 이 법에 따른 손해배상의 소송은 배상심의회(이하 “심의회”라 한다)에 배상신청을 하지 아니하고도 제기할 수 있다.

- ② (○) 단, 배상심의회 결정은 법적 구속력이 없으므로 신청인은 그 결정에 동의하지 않을 수 있고, 지방자치단체도 그 결정에 따른 보상금을 지급하지 않을 수 있다. 따라서 배상심의회 결정에 받은 신청인이 배상금지급의 청구를 하지 아니하거나 지방자치단체가 법령이 정한 기간 내에 배상금을 지급하지 아니한 때에는 그 결정에 동의하지 않은 것으로 보고, 신청인은 배상결정에 동의하거나 배상금을 수령한 경우에도 법원에 국가배상청구소송을 제기할 수 있으며 배상주체도 배상금을 지급하면서 부제소의 합의를 할 수 있다.

제15조(신청인의 동의와 배상금 지급)

- ① 배상결정을 받은 신청인은 지체 없이 그 결정에 대한 동의서를 첨부하여 국가나 지방자치단체에 배상금 지급을 청구하여야 한다.

- ③ 배상결정을 받은 신청인이 배상금 지급을 청구하지 아니하거나 지방자치단체가 대통령령으로 정하는 기간 내에 배상금을 지급하지 아니하면 그 결정에 동의하지 아니한 것으로 본다.

- ③ (×) 제시된 내용은 정신적 고통에 대한 위자료 배상의 산정기준임

제3조(배상기준)

- ④ 생명·신체에 대한 침해와 물건의 멸실·훼손으로 인한 손해 외의 손해는 불법행위와 상당한 인과관계가 있는 범위에서 배상한다.

- ⑤ 사망하거나 신체의 해를 입은 피해자의 직계존속·직계비속 및 배우자, 신체의 해나 그 밖의 해를 입은 피해자에게는 대통령령으로 정하는 기준 내에서 피해자의 사회적 지위, 과실(過失)의 정도, 생계 상태, 손해배상액 등을 고려하여 그 정신적 고통에 대한 위자료를 배상하여야 한다.

- ④ (○)

제6조(비용부담자 등의 책임)

- ① 제2조·제3조 및 제5조에 따라 국가나 지방자치단체가 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 공무원의 선임·감독 또는 영조물의 설치·관리를 맡은 자와 공무원의 봉급·급여, 그 밖의 비용 또는 영조물의 설치·관리 비용을 부담하는 자가 동일하지 아니하면 그 비용을 부담하는 자도 손해를 배상하여야 한다.

- ② 제1항의 경우에 손해를 배상한 자는 내부관계에서 그 손해를 배상할 책임이 있는 자에게 구상할 수 있다.

답 ③

21 행정상 손실보상에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 어떤 법률이 재산권침해를 규정하면서 보상에 관하여서는 명문의 규정을 두지 아니한 경우, 유사한 재산권침해를 규정하면서 보상에 관하여 규정한 관련규정을 유추적용할 수 있다.
- ② 손실보상을 하여야 한다는 규정이 없다 할지라도 법리상 그 손실을 보상하여야 할 것이다.
- ③ 헌법 제23조 제3항에 따른 정당한 보상이란 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하여야 한다는 완전보상을 뜻하는 것이다.
- ④ 대법원은 손실보상청구권을 사권(私權)으로 보고, 그에 관한 소송도 민사소송에 의한다고 하였다.

해설

- ① (○) • 하천법 소정의 하천부속물의 부지가 하천구역이 되어 국유가 된 경우, 명시적인 보상규정이 없더라도 그 소유자가 입은 손실을 보상해야 함 : 하천법 제2조 제1항 제1호 소정의 하천의 제방 부지로서 같은 법 제11조 단서 소정의 관리청이 그 지상에 제방을 축조하였다면, 그 제방의 부지는 관리청에 의한 지정 처분이 없어도 법률의 규정에 의하여 당연히 하천구역이 되어 국유로 된다. 구 하천법 부칙(1984. 12. 31.) 제2조 제1항의 규정상 하천법 제2조 제1항 제2호 (나)목 소정의 하천부속물의 부지에 관하여는 명시적인 보상규정이 없다고 하더라도, 그것이 유수지(遊水池) 및 제외지(堤外地)와 더불어 하천구역이 되어 국유로 된 이상 그로 인하여 소유자가 입은 손실은 보상되어야 하고, 그 보상 방법을 유수지 및 제외지 등에 관한 것과 달리할 아무런 합리적인 이유를 찾아볼 수 없으므로, 1971. 1. 19. 법률 제2292호로 공포된 구 하천법의 시행일인 같은 해 7. 20. 이전에 그 제방을 축조한 관리청은 위



개정된 구 하천법 부칙 제2조 제1항을 유추적용하여 그 제방부지의 소유자에게 그 손실을 보상하여야 한다고 봄이 상당하다(대판 1995.11.24. 94다34630)

• **공공사업시행지구 밖에서 발생한 간접손실에 대한 보상** : 행정주체의 행정행위를 신뢰하여 그에 따라 재산출연이나 비용지출 등의 행위를 한 자가 그 후에 공공필요에 의하여 수립된 적법한 행정계획으로 인하여 재산권행사가 제한되고 이로 인한 **공공사업의 시행 결과 공공사업시행지구 밖에서 발생한 간접손실에 관하여 그 피해자와 사업시행자 사이에 협의가 이루어지지 아니하고, 그 보상에 관한 명문의 근거 법령이 없는 경우라고 하더라도**, 헌법 제23조 제3항 및 토지수용법 등의 개별 법률의 규정, 공특법 제3조 제1항 및 공특법시행규칙 제23조의2 내지 7 등의 규정 취지에 비추어 보면, 공공사업의 시행으로 인하여 그러한 손실이 발생하리라는 것을 쉽게 예견할 수 있고, 그 손실의 범위도 구체적으로 이를 특정할 수 있는 경우에는 **그 손실의 보상에 관하여 공특법시행규칙의 관련 규정 등을 유추적용할 수 있다**고 해석하여야 할 것이다(대판 2004.9.23. 2004다25581).

- ② (△) 지문이 불완전하다. 적법한 행정상의 공권력행사로 인하여 사유재산에 가하여진 사회적 제약을 넘는 특별한 희생에 대하여는 손실보상을 하여야 한다는 규정이 없다 할지라도 법리상 그 손실을 보상하여야 할 것이다.
- ③ (○) 헌법 제23조 제3항에서 규정한 '정당한 보상'이란 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하여야 한다는 완전보상을 뜻하는 것이지만, 공익사업의 시행으로 인한 개발이익은 완전보상의 범위에 포함되는 피수용토지의 객관적 가치 내지 피수용자의 손실이라고는 볼 수 없다(헌재결 1990.6.25. 89헌마107).
- ④ (×) 대법원은 손실보상청구권을 사권으로 보고 민사소송에 의하는 경우도 있고, 공권으로 보고 당사자소송에 의하는 경우도 있다. 최근 판례의 경향은 공법 규정에 근거한 손실보상청구권을 공권으로 본다.

■ 손실보상청구권의 성질

- ① 공법 규정의 근거 규정이 없는 경우 → 손실보상청구권은 사권(私權), 민사소송으로 청구
- ② 공법 규정에 근거 규정이 있는 경우 → 손실보상청구권은 공권(公權), 행정소송(당사자소송)으로 청구
- ① 구 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 79조 2항에 따른 사업폐지 등에 대한 보상청구권에 관한 쟁송
77조 2항에 따른 농업손실보상청구권에 관한 쟁송
- ④ 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 85조 항 수용재결·이의재결에 불복하는 보상금증감청구소송(형식적 당사자소송)
- ⑤ 구 「공유수면매립법」 시행 당시 공유수면매립사업으로 인한 관행어업권자의 손실보상청구권 행사
- ⑥ 「하천구역 편입토지 보상에 관한 특별조치법」에 정한 하천편입 토지소유자의 보상청구권 행사

답 ④

22 「행정심판법」의 규정 내용으로 옳지 않은 것은?

- ① 의무이행심판은 처분을 신청한 자로서 행정청의 거부처분 또는 부작위에 대하여 일정한 처분을 구할 법률상 이익이 있는 자가 청구할 수 있다.
- ② 위원회는 필요하다고 인정하면 그 행정심판 결과에 이해관계가 있는 제3자나 행정청에 그 사건 심판에 참가할 것을 요구할 수 있다.
- ③ 위원회는 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다.
- ④ 청구인이 천재지변, 전쟁, 사변(事變), 그 밖의 불가항력으로 인하여 처분이 있음을 알게 된 날부터 90일 이내에 심판청구를 할 수 없었을 때에는 그 사유가 소멸한 날부터 14일 이내에 행정심판을 청구할 수 있다

해설

- ① (○) **제13조(청구인 적격)** ③ 의무이행심판은 처분을 신청한 자로서 행정청의 거부처분 또는 부작위에 대하여 일정한 처분을 구할 법률상 이익이 있는 자가 청구할 수 있다.
- ② (○) **제21조(심판참가의 요구)** ① 행정심판위원회는 필요하다고 인정하면 그 행정심판 결과에 이해관계가 있는 제3자나 행정청에 그 사건 심판에 참가할 것을 요구할 수 있다.
- ③ (×) 직권심리 및 직권증거조사에 대한 행정소송법 규정과 행정심판법 규정이 약간 차이가 있지만 행정심판위원회도 직권증거조사가 가능한 점에서 명확히 틀린 지문으로 보기에 는 애매하다. 행정심판법은 직권증거조사의 경우는 '사건을 심리하기 위해 필요하면'이란 표현을 쓰고 있다.
- **직권심리** : 행정심판위원회는 **필요하면** 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 심리할 수 있다.
- **직권증거조사** : 행정심판위원회는 **사건을 심리하기 위하여 필요하면** 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 행정심판법이 정한 방법에 따라 증거조사를 할 수 있다.

행정심판법

- **제36조(증거조사)** ① 위원회는 **사건을 심리하기 위하여 필요하면** 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 다음 각 호의 방법에 따라 **증거조사**를 할 수 있다.
1. 당사자나 관계인(관계 행정기관 소속 공무원을 포함한다. 이하 같다)을 위원회의 회의에 출석하게 하여 신문(訊問)하는 방법
 2. 당사자나 관계인이 가지고 있는 문서·장부·물건 또는 그 밖의 증거자료의 제출을 요구하고 영치(領置)하는 방법
 3. 특별한 학식과 경험을 가진 제3자에게 감정을 요구하는 방법
 4. 당사자 또는 관계인의 주소·거소·사업장이나 그 밖의 필요한 장소에 출입하여 당사자 또는 관계인에게 질문하거나 서류·물건 등을 조사·검증하는 방법
- **제39조(직권심리)** 위원회는 **필요하면** 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 **심리**할 수 있다.

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

- ④ (○) **제27조(심판청구의 기간)** ① 행정심판은 처분이 있음을 알게 된 날부터 90일 이내에 청구하여야 한다. ② 청구인이 천재지변, 전쟁, 사변(事變), 그 밖의 불가항력으로 인하여 제1항에서 정한 기간에 심판청구를 할 수 없었을 때에는 그 사유가 소멸한 날부터 14일 이내에 행정심판을 청구할 수 있다. 다만, 국외에서 행정심판을 청구하는 경우에는 그 기간을 30일로 한다.

답 ③

23 「행정소송법」의 규정 내용으로 옳지 않은 것은?

- ① 법원은 당사자의 신청이 있는 때에는 결정으로써 재결을 행한 행정청에 대하여 행정심판에 관한 기록의 제출을 명하여야 한다.
- ② 원고는 피고인 행정청이 속하는 국가 또는 공공단체를 상대로 손해배상, 제해시설의 설치 그 밖에 적당한 구제방법의 청구를 당해 취소소송등이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 있다.
- ③ 민중소송 또는 기관소송으로서 처분등의 효력 유무 또는 존재 여부나 부작위의 위법의 확인을 구하는 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 각각 무효등확인소송 또는 부작위위법확인소송에 관한 규정을 준용한다.
- ④ 처분등을 취소하는 판결에 의하여 권리 또는 이익의 침해를 받은 제3자는 자기에게 책임 없는 사유로 소송에 참가하지 못함으로써 판결의 결과에 영향을 미칠 공격 또는 방어방법을 제출하지 못한 때에는 이를 이유로 확정된 종국판결에 대하여 재심의 청구를 할 수 있다.

해설

- ① (×) **제25조(행정심판기록의 제출명령)** ① 법원은 (직권으로 또는×) 당사자의 신청이 있는 때에는 결정으로써 재결을 행한 행정청에 대하여 행정심판에 관한 기록의 제출을 명할 수 있다(명하여야 한다×).
- ② (○) **제28조(사정판결)** ③ 원고는 피고인 행정청이 속하는 국가 또는 공공단체를 상대로 손해배상, 제해시설의 설치 그 밖에 적당한 구제방법의 청구를 당해 취소소송등이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 있다.
- ③ (○) 기관소송의 경우 취소소송·무효확인소송·부작위위법확인소송·당사자소송에 관한 규정도 성질에 반하지 않는 한 준용한다.

제46조(준용규정)

- ① 민중소송 또는 기관소송으로서 처분등의 취소를 구하는 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 취소소송에 관한 규정을 준용한다.
- ② 민중소송 또는 기관소송으로서 처분등의 효력 유무 또는 존재 여부나 부작위의 위법의 확인을 구하는 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 각각 무효등 확인소송 또는 부작위위법확인소송에 관한 규정을 준용한다.
- ③ 민중소송 또는 기관소송으로서 제1항 및 제2항에 규정된 소송외의 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 당사자소송에 관한 규정을 준용한다.
- ④ (○) **제31조(제3자에 의한 재심청구)** ① 처분등을 취소하는 판결에 의하여 권리 또는 이익의 침해를 받은 제3자는 자기에게 책임없는 사유로 소송에 참가하지 못함으로써 판결의 결과에 영향을 미칠 공격 또는 방어방법을 제출하지 못한 때에는 이를 이유로 확정된 종국판결에 대하여 재심의 청구를 할 수 있다.

답 ①

24 [각론] 행정청의 권한에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 대리기관이 대리관계를 표시하고 피대리 행정청을 대리하여 행정처분을 한 경우, 행정처분에 대한 항고소송의 피고적격은 피대리 행정청에 있다.
- ② 행정권한의 위임은 행정관청이 법률에 따라 특정한 권한을 다른 행정관청에 이전하여 수임관청의 권한으로 행사하도록 하는 것이어서 권한의 법적인 귀속을 변경하는 것이므로 법률이 허용하고 있는 경우에 한하여 인정된다.
- ③ 도지사 등은 「정부조직법」과 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」에 정한 바에 의하여 위임기관의 장의 승인이 있으면 그 규칙이 정하는 바에 의하여 그 수임된 권한을 시장, 군수 등 소속 기관의 장에게 다시 위임할 수 있다.
- ④ 행정청의 권한의 위임이 있는 경우 위임청은 그 사무를 처리할 권한을 상실하고 그 사항은 수임청의 권한으로 되므로 처분을 위임청의 명의로 하였더라도 항고소송의 피고적격은 수임청에게 있다.

해설

- ① (○) 행정법상 권한의 대리는 행정청의 권한을 다른 기관에게 행사하게 하는 것으로서 권한 이전이 없으며, 대리청은 피대리청을 위한 것임을 표시하여(피대리청 명의로) 처분을 해야 한다(예 서울특별시장 직무대리 서초구청장 김철수).

■ 행정법 상 권한의 대리와 피고적격

㉠ 대리청이 피대리청을 대리함을 표시하여 처분시		피대리청이 피고(대리청은 원칙적으로 피고가 될 수 없음)
㉡ 대리청이 대리관계를 밝힘이 없이 자신의 명의로 처분시	원칙	처분명의자인 대리청 이 피고
	예외	대리관계를 명시적으로 밝히지 않았지만 처분명의자가 피대리청 산하의 행정기관으로서 실제로 피대리청으로부터 대리권한을 수여받아 피대리청을 대리한다는 의사로 처분을 했고 처분명의자는 물론 상대방도 그 처분이 피대리청을 대리한 것임을 알고 이를 받아들인 경우 ⇨ 피대리청 이 피고

- ㉠ 항고소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 원칙적으로 소송의 대상인 행정처분을 외부적으로 행한 행정청을 피고로 하여야 하고(행정소송법 제13조 제1항 본문), 다만 대리기관이 대리관계를 표시하고 피대리 행정청을 대리하여 행정처분을 한 때에는 피대리 행정청이 피고로 되어야 한다(대판 2018.10.25. 2018두43095).
- ㉡ 대리권을 수여받은 데 불과하여 그 자신의 명의로는 행정처분을 할 권한이 없는 행정청의 경우 대리관계를 밝힘이 없이 그 자신의 명의로 행정처분을 하였다면 그에 대하여는 처분명의자인 당해 행정청이 항고소송의 피고가 되어야 하는 것이 원칙이지만, 비록 대리관계를 명시적으로 밝히지는 아니하였다 하더라도 처분명의자가 피대리 행정청 산하의 행정기관으로서 실제로 피대리 행정청으로부터 대리권한을 수여받아 피대리 행정청을 대리한다는 의사로 행정처분을 하였고 처분명의자는 물론 그 상대방도 그 행정처분이 피대리 행정청을 대리하여 한 것임을 알고서 이를 받아들인 예외적인 경우에는 피대리 행정청이 피고가 되어야 한다(대결 2006.2.23. 2005부4.).
- ② (○) 행정권한의 위임은 행정관청이 법률에 따라 특정한 권한을 다른 행정관청에 이전하여 수임관청의 권한으로 행사하도록 하는 것이어서 권한의 법적인 귀속을 변경하는 것이므로 법률이 위임을 허용하고 있는 경우에 한하여 인정된다 할 것이고, 이에 반하여 행정권한의 내부위임은 법률이 위임을

허용하고 있지 아니한 경우에도 행정관청의 내부적인 사무처리의 편의를 도모하기 위하여 그의 보조기관 또는 하급행정관청으로 하여금 그의 권한을 사실상 행사하게 하는 것이므로, 권한위임의 경우에는 수임관청이 자기의 이름으로 그 권한행사를 할 수 있지만 내부위임의 경우에는 수임관청은 위임관청의 이름으로만 그 권한을 행사할 수 있을 뿐 자기의 이름으로는 그 권한을 행사할 수 없다(대판 1995.11.28. 94누6475).

■ 권한위임과 내부위임

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

- ③ (○) **정부조직법 제6조 제1항에 기하여 제정된 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제4조에 따른 권한 재위임 가능** : 정부조직법 제5조(현 제6조) 제1항의 규정은 법문상 행정권한의 위임 및 재위임의 근거규정이 명백하고 정부조직법이 국가행정기관의 설치, 조직과 직무범위의 대강을 정하는 데 목적이 있다고 하여 그 이유만으로 같은 법의 권한위임 및 재위임에 관한 규정마저 권한 위임 및 재위임 등에 관한 대강을 정한 것에 불과할 뿐 권한위임 및 재위임의 근거규정이 아니라고 할 수 없다고 할 것이므로, 도지사 등은 정부조직법 제5조 제1항에 기하여 제정된 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」에 정한 바에 의하여 위임기관의 장의 승인이 있으면 그 규칙이 정하는 바에 의하여 그 수임된 권한을 시장, 군수 등 소속기관의 장에게 다시 위임할 수 있다(대판 1990.6.26. 88누12158).}

• **정부조직법 제6조(권한의 위임 또는 위탁)** ① 행정기관은 법령으로 정하는 바에 따라 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 경우에는 법령으로 정하는 바에 따라 위임 또는 위탁을 받은 사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 재위임할 수 있다.**

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

- ④ (×) 권한 위임시 수임청은 자기 명의로 처분을 한 경우 항고소송의 피고적격은 수임청에게 있지만, 권한의 위임을 받았음에도 수임청이 위임청의 명의로 처분을 한 경우, 항고소송의 피고적격은 대외적인 처분명의자인 위임청에게 있다.

* **권한의 위임이든 내부위임이든 대외적인 처분명의 기관이 피고가 됨.**

- 권한 위임시 수임청 명의로 처분 : 수임청이 피고(정당한 처분권한 귀속)

위임시 위임청 명의로 처분 : 위임청이 피고

- 권한 내부위임시 수임청 명의로 처분 : 수임청이 피고(권한 없는 자의 처분으로 처분은 당연무효)

위임청 명의로 처분 : 위임청이 피고(정당한 처분권한 귀속)

답 ④

25 [각론] 「국가공무원법」의 규정 내용으로 옳지 않은 것은?

- ① 누구든지 위법 또는 부당한 인사행정 운영이 발생하였거나 발생할 우려가 있다고 인정되는 경우에는 중앙인사관장기관의 장에게 신고하여야 한다.
- ② 누구든지 위법·부당한 인사행정 신고를 하지 못하도록 방해하거나 신고를 취하하도록 강요해서는 아니 되며, 신고자에게 신고를 이유로 불이익조치를 해서는 아니 된다.
- ③ 인사혁신처장은 공직후보자등에 관한 정보를 수집·관리하는 경우 미리 서면이나 전자매체로 본인의 동의를 받아야 하며, 본인이 요구하면 관리하는 정보를 폐기하여야 한다.
- ④ 국회사무총장, 법원행정처장, 헌법재판소사무처장, 중앙선거관리위원회사무총장 또는 인사혁신처장은 국회·법원·헌법재판소·선거관리위원회 또는 행정 각 기관의 인사에 관한 통계 보고 제도를 정하여 실시하고 정기 또는 수시로 필요한 보고를 받을 수 있다.

해설

- ① (×) **제17조의2(위법·부당한 인사행정 신고)** ① 누구든지 위법 또는 부당한 인사행정 운영이 발생하였거나 발생할 우려가 있다고 인정되는 경우에는 중앙인사관장기관의 장에게 **신고할 수 있다.**(신고하여야 한다 ×)
- ② (○) **제17조의2(위법·부당한 인사행정 신고)** ② 누구든지 제1항에 따른 신고(위법·부당한 인사행정 신고)를 하지 못하도록 방해하거나 신고를 취하하도록 강요해서는 아니 되며, 신고자에게 신고를 이유로 불이익조치를 해서는 아니 된다.
- ③ (○) **제19조의3(공직후보자 등의 관리)** ② 인사혁신처장은 제1항에 따라 공직후보자등에 관한 정보를 수집·관리하는 경우 미리 서면이나 전자 매체로 본인의 동의를 받아야 하며, 본인이 요구하면 관리하는 정보를 폐기하여야 한다. 다만, 본인이 직접 제공한 기관 외의 다른 기관에 제공하는 것을 동의한 정보와 공공 기록물, 출판물, 인터넷 및 언론 보도 등으로 일반에게 공개되고 불특정 다수인이 구입하여 열람할 수 있는 정보는 그러하지 아니하다.
- ④ (○) **제18조(통계 보고)** ① 국회사무총장, 법원행정처장, 헌법재판소사무처장, 중앙선거관리위원회사무총장 또는 인사혁신처장은 국회·법원·헌법재판소·선거관리위원회 또는 행정 각 기관의 인사에 관한 통계보고 제도를 정하여 실시하고 정기 또는 수시로 필요한 보고를 받을 수 있다.

답 ①