

1 행정상의 법률관계에 있어 소멸시효와 제척기간에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 공법상의 소멸시효는 법률에 특별한 규정이 없으면 「민법」의 규정이 유추 적용되는데, 공법상 금전채권의 소멸시효 기간을 정하는 이유는 사법관계와 마찬가지로 공법관계에서도 법률관계를 오래도록 미확정인 채로 방치하여 두는 것이 타당하지 않기 때문이다.
- ② 제척기간은 권리자로 하여금 권리를 신속하게 행사하도록 함으로써 그 권리를 중심으로 하는 법률관계를 조속하게 확정하려는 데에 그 제도의 취지가 있는 것으로서, 관계 법령에 따라 정당한 사유가 인정되는 등 특별한 사정이 없는 한 그 기간의 경과 자체만으로 곧 권리 소멸의 효과를 발생시킨다.
- ③ 제척기간은 권리관계를 조속히 확정시키기 위하여 권리의 행사에 중대한 제한을 가하는 것이므로, 모법인 법률에 의한 위임이 없는 한 시행령이 함부로 제척기간을 규정할 수는 없다고 할 것이다.
- ④ 제척기간에 있어서는 그 성질에 비추어 소멸시효와 같이 기간의 중단이나 정지는 있을 수 없다.
- ⑤ 소멸시효는 권리가 발생한 때를 기산점으로 하지만, 제척기간은 권리를 행사할 수 있는 때를 기산점으로 한다.

해설

- ① (○) 시효란, 일정한 사실상태가 일정기간 계속된 경우에, 진정한 권리관계와 일치하는지 여부를 묻지 않고, 그 사실상태를 존중하여 일정한 법률효과를 발생시키는 제도이다. 시효로 권리행사라는 외관이 일정기간 계속된 경우에 권리취득의 효과가 발생하는 취득시효와 권리불행사라는 사실상태가 일정기간 계속된 경우에 권리소멸의 효과가 발생하는 소멸시효가 있다. 소멸시효는 권리를 일정한 기간 행사하지 아니한 경우에 권리의 소멸을 인정하는 것이다. 어떤 사실상태가 오랫동안 계속되면 비록 그것이 진실한 권리관계가 아니라 하더라도 이에 터잡아 새로운 법률관계가 계속적으로 발생하게 되는데, 오랜 시간이 흐른 후 진실한 법률관계에 부합되지 않는 사실관계라 하여 이의 효력을 뒤집는다면 **법적 안정성**은 무너지고 만다. 시효제도는 원래 私法상의 제도로서 발달한 것이나 위와 같은 시효제도의 취지에서 보아 公法에도 타당한 일반법원리적 제도라고 할 것이다. 따라서 공법상의 소멸시효에 관하여 특별한 규정이 없는 경우에는 민법의 규정이 유추적용된다.
- ②④ (○) **제척기간은 권리자로 하여금 권리를 신속하게 행사하도록 함으로써 그 권리를 중심으로 하는 법률관계를 조속하게 확정하려는 데에 그 제도의 취지가 있는 것으로서, 소멸시효가 일정한 기간의 경과와 권리의 불행사라는 사정에 의하여 그 효과가 발생하는 것과는 달리 관계 법령에 따라 정당한 사유가 인정되는 등 특별한 사정이 없는 한 그 기간의 경과 자체만으로 곧 권리 소멸의 효과를 발생시킨다.** 따라서 추상적 권리 행사에 관한 제척기간은 권리자의 권리행사 태만 여부를 고려하지 않으며, 또 당사자의 신청만으로 추상적 권리가 실현되므로 기간 진행의 중단·정지를 상정하기 어렵다. 이러한 점에서 제척기간은 소멸시효와 근본적인 차이가 있다(대판 2021.3.18. 2018두47264).
 - * 소멸시효는 일정한 기간의 경과와 권리의 불행사라는 점에 기초하여 권리소멸의 효과를 발생시키지만, 제척기간은 그 기간의 경과만으로 곧바로 권리소멸의 효과를 발생시킨다.
 - * 제척기간에는 시효제도에 인정되는 중단·정지의 제도가 없으므로 제척기간 중 권리자의 권리 주장 또는 의무자의 의무 승인이 있어도 제척기간은 중단되지 않고 계속 진행된다.
- ③ (○) **일정한 권리에 관하여 법률이 규정한 존속기간을 뜻하는 제척기간은 권리관계를 조속히 확정시키기 위하여 권리의 행사에 중대한 제한을 가하는 것이어서 모법인 법률에 의한 위임이 없는 한 시행령이 함부로 제척기간을 규정할 수는 없다고 할 것이므로, 구 노동기준법(1989.3.29. 법률 제4099호로 개정되기 전의 것) 제38조가 그 단서에서 사용자가 노동위원회의 승인을 받아 휴업수당을 지급하지 않을 수 있는 예외를 규정하고 있을 뿐 그 승인을 받을 수 있는 기간을 제한하는 데 관하여 직접 규정하지 않고 있음은 물론 시행령에 위임하지도 아니하였음에도 불구하고, 같은 법 시행령 제21조가 정하고 있는 사용자의 노동위원회에 대한 휴업수당지급의 예외 승인신청기간은 제척기간으로 볼 수는 없고 훈시규정으로 보아야 한다(대판 1990.9.28. 89누2493).**
- ⑤ (×) 소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때를 기산점으로 하지만, 제척기간은 권리가 발생한 때를 기산점으로 한다.

☒ 소멸시효와 제척기간

구분	소멸시효	제척기간
공통점	일정기간 권리행사 안하면 권리소멸 효과	
목적	법적 생활의 안정성 (일정기간 진행된 사실상태를 권리관계로 인정)	법률관계의 신속한 확정(특정 권리에 대해 법률이 미리 정해놓은 존속기간) 예 행정심판·소송 제기기간, 과태료 부과 기간
기간	장기(원칙상 5년)	단기(길어야 1년)
재판상 원용 여부	당사자의 원용(援用) 필요(변론주의)	법원의 직권조사사항(원용 불필요)
기산점	권리를 행사할 수 있는 때	권리가 발생한 때
중단·정지	인정	인정 안됨(단, 행정심판법은 심판청구기간 정지를 규정)
시효이익 포기	시효완성 후 시효이익의 포기 가능	성질상 포기제도 없음
소급효	소급효(기산점에 소급하여 권리 소멸)	비소급효(장래효)
일반적 규정	있음(국가재정법 96조, 지방재정법 82조)	없음(개별법에 규정)

- 민법 제166조(소멸시효의 기산점) ① 소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행한다. ② 부작위를 목적으로 하는 채권의 소멸시효는 위반행위를 한 때로부터 진행한다.
- 소멸시효는 객관적으로 권리가 발생하고 그 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행하고 그 권리를 행사할 수 없는 동안에는 진행하지 아니한다. 여기서 '권리를 행사할 수 없다'라고 함은 그 권리행사에 법률상의 장애사유, 예컨대 기간의 미도래나 조건불성취 등이 있는 경우를 말하는 것이고, 사실상 그 권리의 존부나 권리행사의 가능성을 알지 못하였거나 알지 못함에 과실이 없다고 하여도 이러한 사유는 법률상 장애사유에 해당한다고 할 수 없다(대판 2010.9.9. 2008다15865).

답 ⑤

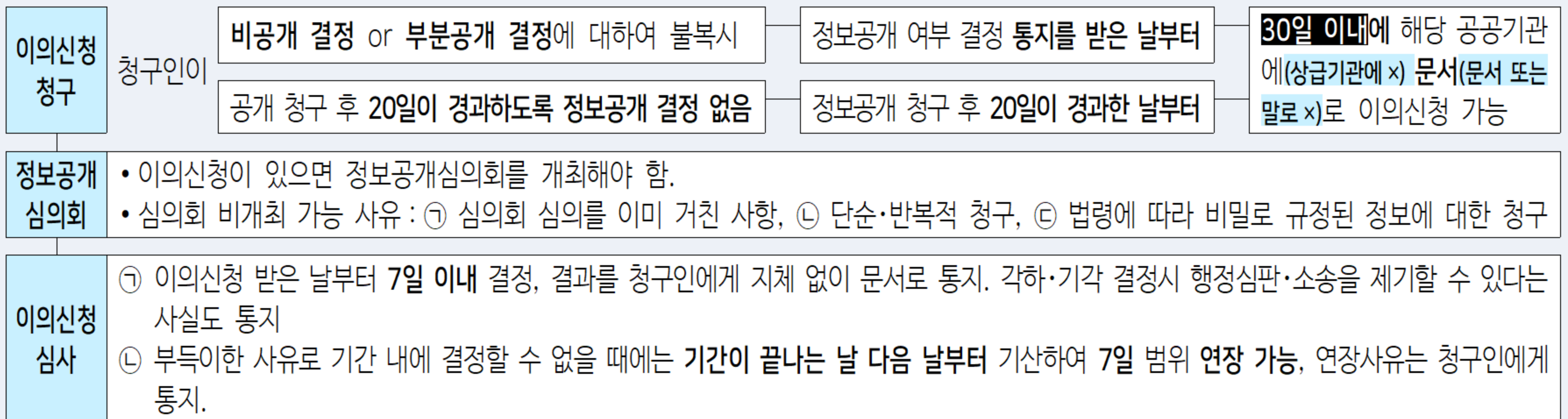
2 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」의 내용에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정안전부장관은 전년도에 정보공개 운영에 관한 보고서를 매년 정기국회 개회 전까지 국회에 제출하여야 한다.
- ② 청구인이 정보공개와 관련한 공공기관의 비공개 결정 또는 부분 공개 결정에 대하여 불복이 있거나 정보공개 청구 후 20일이 경과하도록 정보공개 결정이 없는 때에는 공공기관으로부터 정보공개 여부의 결정 통지를 받은 날 또는 정보공개 청구 후 20일이 경과한 날부터 7일 이내에 해당 공공기관에 문서로 이의신청을 할 수 있다.
- ③ 공공기관은 국가의 시책으로 시행하는 공사(工事) 등 대규모 예산이 투입되는 사업에 관한 정보에 대해서는 공개의 구체적 범위, 주기, 시기 및 방법 등을 미리 정하여 정보통신망 등을 통하여 알리고, 이에 따라 정기적으로 공개하여야 한다.
- ④ 공공기관은 공개 청구된 정보가 공공기관이 보유·관리하지 아니하는 정보인 경우, 「민원 처리에 관한 법률」에 따른 민원으로 처리할 수 있는 경우에는 민원으로 처리할 수 있다.
- ⑤ 공공기관은 정보공개를 청구하여 정보공개 여부에 대한 결정의 통지를 받은 자가 정당한 사유 없이 해당 정보의 공개를 다시 청구하는 경우에는 정보공개 청구 대상 정보의 성격, 종전 청구와의 내용적 유사성·관련성 등을 종합적으로 고려하여 해당 청구를 종결 처리할 수 있다.

해설

- ① (○) 제26조(국회에의 보고) ① 행정안전부장관은 전년도에 정보공개 운영에 관한 보고서를 매년 정기국회 개회 전까지 국회에 제출하여야 한다.
- ② (×) 제18조(이의신청) ① 청구인이 정보공개와 관련한 공공기관의 비공개 결정 또는 부분 공개 결정에 대하여 불복이 있거나 정보공개 청구 후 20일이 경과하도록 정보공개 결정이 없는 때에는 공공기관으로부터 정보공개 여부의 결정 통지를 받은 날 또는 정보공개 청구 후 20일이 경과한 날부터 **30일 이내**에 해당 공공기관에 문서로 이의신청을 할 수 있다.

• 정보공개법상 이의신청 절차



- ③ (○) 제7조(정보의 사전적 공개 등) ① 공공기관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보에 대해서는 **공개의 구체적 범위, 주기, 시기 및 방법 등을 미리 정하여 정보통신망 등을 통하여 알리고, 이에 따라 정기적으로 공개하여야 한다.** 다만, 제9조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보에 대해서는 그러하지 아니하다.
 - 1. 국민생활에 매우 큰 영향을 미치는 정책에 관한 정보
 - 2. **국가의 시책으로 시행하는 공사(工事) 등 대규모 예산이 투입되는 사업에 관한 정보**
 - 3. 예산집행의 내용과 사업평가 결과 등 행정감시를 위하여 필요한 정보
 - 4. 그 밖에 공공기관의 장이 정하는 정보
- ④ (○) 제11조(정보공개 여부의 결정) ⑤ 공공기관은 정보공개 청구가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 「민원 처리에 관한 법률」에 따른 **민원으로 처리할 수 있는 경우에는 민원으로 처리할 수 있다.**
 - 1. 공개 청구된 정보가 공공기관이 **보유·관리하지 아니하는 정보인 경우**
 - 2. 공개 청구의 내용이 진정·질의 등으로 이 법에 따른 정보공개 청구로 보기 어려운 경우
- ⑤ (○) 제11조의2(반복 청구 등의 처리) ① 공공기관은 제11조에도 불구하고 제10조제1항 및 제2항에 따른 정보공개 청구가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 정보공개 청구 대상 정보의 성격, 종전 청구와의 내용적 유사성·관련성, 종전 청구와 동일한 답변을 할 수밖에 없는 사정 등을 종합적으로 고려하여 해당 **청구를 종결 처리할 수 있다.** 이 경우 종결 처리 사실을 청구인에게 알려야 한다.
 - 1. **정보공개를 청구하여 정보공개 여부에 대한 결정의 통지를 받은 자가 정당한 사유 없이 해당 정보의 공개를 다시 청구하는 경우**
 - 2. 정보공개 청구가 제11조제5항에 따라 민원으로 처리되었으나 다시 같은 청구를 하는 경우

답 ②

3 [각론] 공물에 대한 설명으로 옳은 것만을 다음 내용에서 모두 고르면?

- ㉠ 구「지방재정법」상 공유재산에 대한 취득시효가 완성되기 위하여는 그 공유재산이 취득시효기간 동안 계속하여 시효취득의 대상이 될 수 있는 잡종재산(현행법상 '일반재산')이어야 하고, 이러한 점에 대한 증명책임은 시효취득을 주장하는 자에게 있다.
- ㉡ 「도로법」상 도로를 구성하는 부지에 대해서는 사권을 행사할 수 없으므로, 지방자치단체가 사인 소유의 도로부지에 대하여 적법한 권원 없이 도로로 사용하고 있다고 하더라도, 불법 점유로 인한 임료 상당의 손해배상을 청구할 수 없다.
- ㉢ 개인이 매립면허를 받아 공유수면을 매립하여 행정청으로부터 준공인가를 받았다면 이는 행정청이 공유수면에 대한 공용폐지를 한 것으로 보아야 하고 이 매립지는 일반재산으로서 시효취득의 대상이 된다.
- ㉣ 개인의 건물 지하1층과 지하철역을 연결하는 지하연결통로의 주된 용도와 기능이 그 건물에 출입하는 사람들의 통행로로 이용되는 것이라 하더라도, 해당 건물 소유자인 개인이 이를 특별사용하고 있는 것이라 할 수 없으므로 「도로법」상 도로점용료 내지 도로점용료 상당의 부당이득금 징수 대상이 아니다.

- ① ㉠ ② ㉠, ㉢ ③ ㉡, ㉣ ④ ㉡, ㉣ ⑤ ㉢, ㉣

해설

- ㉠ (○) 구 지방재정법(2005. 8. 4. 법률 제7663호로 전부 개정되기 전의 것) 제74조 제2항은 “공유재산은 민법 제245조의 규정에 불구하고 시효취득의 대상이 되지 아니한다. 다만, 잡종재산(현행법상 일반재산)의 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있으므로, 구 지방재정법상 공유재산에 대한 취득시효가 완성되기 위하여는 그 공유재산이 취득시효기간 동안 계속하여 시효취득의 대상이 될 수 있는 잡종재산이어야 하고, 이러한 점에 대한 증명책임은 시효취득을 주장하는 자에게 있다(대판 2009.12.10. 2006다19177).
- ㉡ (×) 도로법 제5조는 도로를 구성하는 부지에 대하여는 사권을 행사할 수 없다고 규정하고 있고, 그 법조의 적용을 받는 도로는 적어도 도로법에 의한 노선인정과 도로구역결정 또는 이에 준하는 도시계획법 소정의 절차를 거친 도로를 말한다. 국가 또는 지방자치단체가 도로부지에 대하여 소유권을 취득하는 등 적법한 권원 없이 도로로 사용하고 있다고 하더라도, 이로 인하여 불법 점유로 인한 임료(賃料) 상당의 손해배상 의무가 성립하는 것은 별론으로 하고, 도로법 제5조의 적용을 배제할 것은 아니다(대판 1999.11.26. 99다40807).
- ㉢ (×) 공유수면은 소위 자연공물로서 그 자체가 직접 공공의 사용에 제공되는 것이고, 공유수면의 일부가 사실상 매립되었다 하더라도 국가가 공유수면으로서의 공용폐지를 하지 아니하는 이상 법률상으로는 여전히 공유수면으로서의 성질을 보유하고 있다. 행정재산은 공용폐지가 되지 아니하는 한 사법상 거래의 대상이 될 수 없으므로 시효취득의 대상이 되지 아니하고, 관재당국이 이를 모르고 행정재산을 매각하였다 하더라도 그 매매는 당연무효이다(대판 1996.5.28. 95다52383).
- ㉣ (×) 공물사용과 일반사용과의 병존이 가능하다. 도로점용이나 공유수면 점용을 특별사용으로 볼 것인지 아니면 일반사용으로 볼 것인지는 그 점용의 주된 용도와 기능이 무엇인지에 따라 가려져야 한다. 도로·공유수면의 특허사용은 독점적, 배타적인 것이 아니라 사용목적에 따라 일반사용과 병존할 수 있으므로 점용부분이 동시에 일반공중에 공용되고 있더라도 도로점용·공유수면점용이 될 수도 있다.

• 지하연결통로에 대하여 도로법 제61조에 규정된 “도로의 점용”으로 보기 위한 판단기준(일반사용 + 특별사용 병존시)

지하연결 통로의 주된 용도·기능	특정건물에 출입하는 사람들의 통행로로 사용하기 위한 것이고 다만 이에 결들여 일반인이 통행함을 제한하지 않는 것뿐이어서, 일반시민으로서 본래의 도로사용보다 불편함을 감수하면서 이를 사용하는 것에 불과한 경우	일반사용을 위한 것보다는 특정건물의 사용편익을 위한 특별사용에 제공된 것	허가 없이 설치·이용시 부당이득금 징수 대상
	주로 일반시민의 교통편익을 위한 것이고 이에 결들여 특정건물에 출입하는 사람들의 통행로도 이용되고 있는 정도	도로의 일반사용을 위한 것이고 건물 소유자의 특별사용을 위한 것으로 보기 곤란	

• 도로법 제40조(현 제61조)에 규정된 도로의 점용이라 함은 일반공중의 교통에 공용되는 도로에 대하여 이러한 일반사용과는 별도로 도로의 특정부분을 유형적, 고정적으로 특정한 목적을 위하여 사용하는 이른바 특별사용을 뜻하는 것이므로, 허가없이 도로를 점용하는 행위의 내용이 위와 같은 특별사용에 해당할 경우에 한하여 도로법 제80조의2의 규정에 따라 도로점용료상당의 부당이득금을 징수할 수 있는 것인바, 도로의 특별사용은 반드시 독점적, 배타적인 것이 아니라 그 사용목적에 따라서는 도로의 일반사용과 병존이 가능한 경우도 있고 이러한 경우에는 도로점용부분이 동시에 일반공중의 교통에 공용되고 있다고 하여 도로점용이 아니라고 말할 수 없는 것이다. 원고가 서울특별시 지하철공사로부터 설치승인을 받은 원고의 신축사육과 지하철정거장 사이의 지하연결통로의 용도와 기능이 주로 일반시민의 교통편익을 위한 것이고 이에 결들여 원고 소유 건물에 출입하는 사람들의 통행로도 이용되고 있는 정도라면 이를 설치사용하는 원고의 행위를 도로의 점용이라고 볼 수 없으나, 만일 이와 반대로 위 지하연결통로의 주된 용도와 기능이 원고 소유 건물에 출입하는 사람들의 통행로로 사용하기 위한 것이고 다만 일반인이 통행함을 제한하지 않은 것뿐이어서 일반시민으로서 본래의 도로사용보다 불편함을 감수하면서 이를 사용하는 것에 불과하다면 이를 설치사용하는 행위는 도로의 점용이라고 보아야 할 것인바, 위의 경우 중 어느 경우에 해당하는지는 위 지하연결통로의 위치와 구조, 원고 소유 건물 및 일반도로와의 연결관계 및 일반인의 이용상황 등 제반사정을 구체적으로 심리하여 판단하여야 하며, 단지 위 지하연결통로의 설치승인조건에 원고가 이를 사적 이윤추구의 목적으로 사용할 수 없고 일반시민이 이용할 수 있도록 항시 개방하여야 한다는 조항이 있고 또 현재 원고 소유 건물에 출입하는 사람들 외에 많은 일반시민들이 이를 이용하고 있다는 사실만으로 도로의 특별사용인 점용에 해당하지 않는다고 단정할 것이 아니다(대판 1990.11.27. 90누5221).

답 ①

4 국가배상책임에 대한 다음 설명에서 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(x)을 올바르게 조합한 것은?

- ㉠ 국가배상책임의 요건으로서 법령 위반은 엄격한 의미의 법령 위반뿐 아니라 인권존중, 권력남용금지, 신의성실과 같이 공무원으로서 마땅히 지켜야 할 준칙이나 규범을 지키지 않고 위반한 경우를 포함한다.
- ㉡ 공무원이 법령에 따라 직무 수행에 관한 의무를 부여받았어도 그것이 직접 국민 개개인의 이익을 위한 것이 아니라 전체적으로 공공 일반의 이익을 도모하기 위한 것이라면 그 의무를 위반하여 국민에게 손해를 가하여도 국가 또는 지방자치단체는 배상책임을 부담하지 아니한다.
- ㉢ 공법인이 국가나 지방자치단체의 행정작용을 대신하여 공익사업을 시행하면서 행정절차를 진행하는 과정상 주민들의 절차적 권리를 보장하지 않은 위법이 있는 경우, 절차상 위법의 시정으로도 주민들에게 정신적 고통이 남아있다고 볼 특별한 사정이 있어도 정신적 손해의 배상을 구하는 것은 불가능하다.
- ㉣ 「국가배상법」 제5조제1항의 공공의 영조물은 국가 또는 지방자치단체가 소유권 등 권한에 기하여 관리하고 있는 경우 뿐만 아니라 사실상의 관리를 하고 있는 경우도 포함된다.

	㉠	㉡	㉢	㉣
①	×	×	○	○
②	×	○	○	×
③	○	×	×	×
④	○	○	×	○
⑤	○	○	○	○

해설

- ㉠ (○) 국가배상책임에서 공무원의 가해행위는 법령을 위반한 것이어야 한다. 여기에서 법령 위반이란 엄격한 의미의 법령 위반뿐 아니라 인권존중, 권력남용금지, 신의성실과 같이 공무원으로서 마땅히 지켜야 할 준칙이나 규범을 지키지 않고 위반한 경우를 포함하여 널리 그 행위가 객관적인 정당성을 잃고 있음을 뜻한다(대판 2022.7.14. 2020다253287)
- ㉡ (○) 공무원의 직무상 의무가 순전히 행정기관 내부의 질서를 유지하기 위한 것이거나 전체적으로 공공 일반의 이익을 도모하기 위한 것인 경우, 그 의무를 위반하여 국민에게 가한 손해에 대하여 국가 또는 지방자치단체가 배상책임을 부담하지 않음 : 일반적으로 국가 또는 지방자치단체가 권한을 행사할 때에는 국민에 대한 손해를 방지하여야 하고, 국민의 안전을 배려하여야 하며, 소속 공무원이 전적으로 또는 부수적으로라도 국민 개개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 법령에서 정한 직무상 의무를 위반하여 국민에게 손해를 가하면 상당인과관계가 인정되는 범위 안에서 국가 또는 지방자치단체가 배상책임을 부담하는 것이지만, 공무원이 직무를 수행하면서 근거되는 법령의 규정에 따라 구체적으로 의무를 부여받았어도 그것이 국민의 이익과는 관계없이 순전히 행정기관 내부의 질서를 유지하기 위한 것이거나, 또는 국민의 이익과 관련된 것이라도 직접 국민 개개인의 이익을 위한 것이 아니라 전체적으로 공공 일반의 이익을 도모하기 위한 것이라면 그 의무를 위반하여 국민에게 손해를 가하여도 국가 또는 지방자치단체는 배상책임을 부담하지 아니한다. 이때 공무원이 준수하여야 할 직무상 의무가 오로지 공공 일반의 전체적인 이익을 도모하기 위한 것에 불과한지 혹은 국민 개개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 설정된 것인지의 결국 근거 법령 전체의 기본적인 취지·목적과 그 의무를 부과하고 있는 개별 규정의 구체적 목적·내용 및 직무의 성질, 가해행위의 태양 및 피해의 정도 등의 제반 사정을 개별적·구체적으로 고려하여 판단하여야 한다(대판 2015.5.28. 2013다41431).
- ㉢ (x) 공법인이 국가나 지방자치단체의 행정작용을 대신하여 공익사업을 시행하면서 행정절차를 진행하는 과정에서 주민들의 절차적 권리를 보장하지 않은 위법이 있더라도 곧바로 정신적 손해를 배상할 책임이 인정되는 것은 아니지만, 절차상 위법의 시정으로도 주민들에게 정신적 고통이 남아 있다고 볼 특별한 사정이 있는 경우에는 정신적 손해의 배상을 구하는 것이 가능하다. 한국전력공사가 송전선로 예정경과지를 선정하면서 당초 예정경과지의 주민들의 반대로 갑 지역을 예정경과지로 변경하면서 갑 지역 주민들을 상대로 구 환경·교통·재해 등에 관한 영향평가법상 주민의견수렴절차를 거치지 않았는데, 사업관할청으로부터 갑 지역을 사업부지로 포함하는 송전선로 건설사업 승인을 받은 사안에서, 사업부지가 변경된 후 한국전력공사가 갑 지역에 대한 환경영향평가서 초안을 재작성하고 갑 지역 주민들의 의견을 수렴하는 절차를 거치지 않은 채 사업을 진행함으로써, 갑 지역 주민들이 환경상 이익의 침해를 최소화할 수 있는 의견을 제출할 수 있는 기회를 박탈하여 갑 지역 주민들에게 상당한 정신적 고통을 가하였으므로 한국전력공사에 갑 지역 주민들이 입은 정신적 손해를 배상할 의무가 있다(대판 2021.8.12. 2015다208320).
- ㉣ (○) 국가배상법 제5조 제1항 소정의 "공공의 영조물"이라 함은 국가 또는 지방자치단체에 의하여 특정 공공의 목적에 공여된 유체물 내지 물적 설비를 지칭하며, 특정 공공의 목적에 공여된 물이라 함은 일반공중의 자유로운 사용에 직접적으로 제공되는 공공용물과 행정주체 자신의 사용에 제공되는 공용물도 포함하며 국가 또는 지방자치단체가 소유권, 임차권 그밖의 권한에 기하여 관리하고 있는 경우뿐만 아니라 사실상의 관리를 하고 있는 경우도 포함한다(대판 1995.1.24. 94다45302)

■ 국가배상법 제5조 '공공의 영조물'

- ㉠ 본래적 의미의 영조물(특정 공적 목적 달성을 위한 '인적·물적 시설의 종합체')이 아니라 **강학상 공물**(행정주체가 직접적으로 공적 목적 달성을 위해 제공한 유체물이나 물적 설비, 일반공중의 자유로운 사용에 직접적으로 제공되는 공공용물과 행정주체 자신의 사용에 제공되는 공용물 포함).
- ㉡ 국가나 자치단체가 관리하는 공물 : 소유권·임차권 그밖의 권한에 원인에 기하여 관리 + 사실상 관리
 - ☑ 지방자치단체 외의 공공단체(영조물법인, 공공조합, 공재단)가 관리하는 경우 국가배상법이 아닌 민법 758조 배상책임 적용
- ㉢ 國有公物·公有公物 + 私有公物 / 자유공물(自有公物 : 관리주체와 소유주체 일치) + 타유공물(他有公物 : 관리주체와 소유주체 다름)
 - 인공공물(도로·상하수도·정부청사·교량 등) + 자연공물(하천·호수·해면 등) / 부동산인 공물 + 동산인 공물(관용차·군견·소방차·경찰관총기)

5 행정입법에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 위임입법에 있어 구체적인 위임의 범위는 일률적으로 정할 수는 없지만, 적어도 위임명령에 규정될 내용과 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 해당 법률이나 상위법령으로부터 위임명령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 한다.
- ② 집행명령의 경우 상위법령이 폐지된 것이 아니라 단순히 개정됨에 그친 경우에는 그 개정법령과 성질상 모순·저촉되지 아니하고 개정된 상위법령의 시행에 필요한 사항을 규정하고 있는 이상 그 집행명령은 개정법령의 시행을 위한 집행명령이 제정·발효될 때까지는 그 효력을 유지한다.
- ③ 한국수력원자력 주식회사가 제정·운영하고 있는 '공급자관리지침' 중 등록취소 및 그에 따른 일정기간의 거래제한조치에 관한 규정들은 대외적 구속력이 있는 법규명령에 해당한다.
- ④ 법원이 구체적 규범통제를 통해 위헌·위법으로 선언할 심판대상은, 해당 규정의 전부가 불가분적으로 결합되어 있어 일부를 무효로 하는 경우 나머지 부분이 유지될 수 없는 결과를 가져오는 특별한 사정이 없는 한, 원칙적으로 해당 규정 중 재판의 전제성이 인정되는 조항에 한정된다.
- ⑤ 「농약관리법」의 위임에 따라 인축독성 시험성적서 검토기준 및 판정기준을 규정하고 있는 농촌진흥청 고시 「농약 및 원제의 등록기준」 제3조제2항제3호 별표4는 대외적 구속력을 가지는 법령보충적 행정규칙에 해당한다.

해설

- ① (○) 위임명령은 법률이나 상위명령에서 구체적으로 범위를 정한 개별적인 위임이 있을 때에 가능하고, 여기에서 **구체적인 위임의 범위는 규제하고자 하는 대상의 종류와 성격에 따라 달라지는 것이어서 일률적 기준을 정할 수는 없지만, 적어도 위임명령에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률이나 상위법령으로부터 위임명령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 하나**, 이 경우 그 예측가능성의 유무는 당해 위임조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니라 그 위임조항이 속한 법률의 전반적인 체계와 취지 및 목적, 당해 위임조항의 규정형식과 내용 및 관련 법규를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하여야 하며, 나아가 각 규제 대상의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토함을 요한다. 이러한 법리는 조례가 지방자치법 제22조 단서에 따라 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항을 법률로부터 위임받은 후, 이를 다시 지방자치단체장이 정하는 '규칙'이나 '고시' 등에 재위임하는 경우에도 마찬가지이다(대판 2015.1.15. 2013두14238).
- ② (○) 상위법령의 시행에 필요한 세부적 사항을 정하기 위하여 행정관청이 일반적 직권에 의하여 제정하는 이른바 집행명령은 근거법령인 상위법령이 폐지되면 특별한 규정이 없는 이상 실효되는 것이나, 상위법령이 개정됨에 그친 경우에는 개정법령과 성질상 모순·저촉되지 아니하고 개정된 상위법령의 시행에 필요한 사항을 규정하고 있는 이상 그 집행명령은 상위법령의 개정에도 불구하고 당연히 실효되지 아니하고 개정법령의 시행을 위한 집행명령이 제정·발효될 때까지는 여전히 그 효력을 유지한다(대판 1989.9.12. 88누6962).

■ 근거 법령 개정과 법규명령의 효력

위임명령	법규명령은 일반적으로 법률의 위임에 의하여 효력을 가짐 ㉠ 구법의 위임근거가 없어 무효인 법규명령 → 법 개정으로 위임근거 부여 → 그때부터 유효한 법규명령 ㉡ 구법의 위임근거가 있어 유효한 법규명령 → 법 개정으로 위임근거 상실 → 그때부터 무효인 법규명령 단, 법규명령이 개정된 법률에 규정된 내용을 함부로 유추·확장하는 내용의 해석규정이어서 위임 한계를 벗어난 것이면 법규명령은 여전히 무효
집행명령	㉠ 근거법령인 상위법령 폐지시 → 특별한 규정이 없는 한 집행명령은 실효 ㉡ 근거법령인 상위법령 개정시 → 개정 법령과 성질상 모순·저촉되지 않고 개정된 상위법령의 시행에 필요한 사항을 규정하는 이상 그 집행명령은 상위법령 개정에도 불구하고 당연 실효되지 않고 개정 법령의 시행을 위한 집행명령의 제정·발효시까지 여전히 효력 유지

- ③ (×) 한국수력원자력 주식회사의 '공급자관리지침' 중 등록취소 및 그에 따른 일정 기간의 거래제한조치에 관한 규정들은 대외적 구속력이 없는 행정규칙 : 공공기관의 운영에 관한 법률(이하 '공공기관운영법'이라 한다)이나 그 하위법령은 공기업이 거래상대방 업체에 대하여 공공기관운영법 제39조 제2항 및 공기업·준정부기관 계약사무규칙 제15조에서 정한 범위를 뛰어넘어 추가적인 제재조치를 취할 수 있도록 위임한 바 없다. 따라서 한국수력원자력 주식회사가 조달하는 기자재, 용역 및 정비공사, 기기수리의 공급자에 대한 관리업무 절차를 규정함을 목적으로 제정·운영하고 있는 '공급자관리지침' 중 등록취소 및 그에 따른 일정 기간의 거래제한조치에 관한 규정들은 공공기관으로서 행정청에 해당하는 한국수력원자력 주식회사가 상위법령의 구체적 위임 없이 정한 것이어서 대외적 구속력이 없는 행정규칙이다(대판 2020.5.28. 2017두66541).
 * 주의 : 한국수력원자력 주식회사가 자신의 '공급자관리지침'에 근거하여 등록된 공급업체에 대하여 하는 '등록취소 및 그에 따른 일정 기간의 거래제한조치'는 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 **공권력의 행사인 '처분'에 해당**
- ④ (○) 법원이 법률 하위의 법규명령, 규칙, 조례, 행정규칙 등(이하 '규정'이라 한다)이 위헌·위법인지를 심사하려면 그것이 '재판의 전제'가 되어야 한다. 여기에서 '재판의 전제'란 구체적 사건이 법원에 계속 중이어야 하고, 위헌·위법인지가 문제 된 경우에는 규정의 특정 조항이 해당 소송사건의 재판에 적용되는 것이어야 하며, 그 조항이 위헌·위법인지에 따라 그 사건을 담당하는 법원이 다른 판단을 하게 되는 경우를 말한다. 따라서 법원이 구체적 규범통제를 통해 위헌·위법으로 선언할 심판대상은, 해당 규정의 전부가 불가분적으로 결합되어 있어 일부를 무효로 하는 경우 나머지 부분이 유지될 수 없는 결과를 가져오는 특별한 사정이 없는 한, 원칙적으로 해당 규정 중 재판의 전제성이 인정되는 조항에 한정된다(대판 2019.6.13. 2017두33985).
- ⑤ (○) 농약관리법 제9조 제2항의 위임에 따라 인축독성 시험성적서 검토기준 및 판정기준을 규정하고 있는 농촌진흥청 고시 '농약 및 원제의 등록기준' 제3조 제2항 제3호 [별표 4]는 대외적 구속력을 가지는 법령보충적 행정규칙에 해당한다(대판 2021.2.25. 2019두53389).

답 ③

6 「행정조사기본법」상 행정조사에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 행정조사는 법령등 또는 행정조사운영계획으로 정하는 바에 따라 정기적으로 실시함을 원칙으로 하나, 법령등의 위반에 대한 신고를 받거나 민원이 접수된 경우에는 수시조사를 할 수 있다.
- ② 사무실 또는 사업장 등의 업무시간에 행정조사를 실시하는 경우에도 현장조사는 해가 뜨기 전이나 해가 진 뒤에는 할 수 없다.
- ③ 자발적인 협조에 따라 실시하는 행정조사에 대하여 조사대상자가 조사에 응할 것인지에 대한 응답을 하지 아니하는 경우에는 법령 등에 특별한 규정이 없는 한 그 조사를 인정한 것으로 본다.
- ④ 행정기관의 장은 매년 12월 말까지 다음 연도의 행정조사운영계획을 수립하여 국회 소관 상임위원회에 제출하여야 한다.
- ⑤ 세무조사결정만으로는 납세의무자의 권리·의무에 구체적으로 직접 어떠한 영향을 미치는 것은 아니므로 이는 항고소송의 대상이 되지 아니한다.

해설

① (○)

• 제7조(조사의 주기) 행정조사는 법령등 또는 행정조사운영계획으로 정하는 바에 따라 정기적으로 실시함을 원칙으로 한다. 다만, 다음 각 호 중 어느 하나에 해당하는 경우에는 수시조사를 할 수 있다.
 1. 법률에서 수시조사를 규정하고 있는 경우
 2. 법령 등의 위반에 대하여 혐의가 있는 경우
 3. 다른 행정기관으로부터 법령 등의 위반에 관한 혐의를 통보 또는 이첩받은 경우
 4. 법령 등의 위반에 대한 신고를 받거나 민원이 접수된 경우
 5. 그 밖에 행정조사의 필요성이 인정되는 사항으로서 대통령령으로 정하는 경우
 (* 시행령 제3조(수시조사) 법 제7조제5호에서 "대통령령이 정하는 경우"란 행정기관이 조사대상자의 법령위반행위의 예방 또는 확인을 위하여 긴급하게 실시하는 것으로서 일정한 주기 또는 시기를 정하여 정기적으로 실시하여서는 그 목적을 달성하기 어려운 경우를 말한다.)

② (×)

• 제11조(현장조사) ② 제1항에 따른 현장조사는 해가 뜨기 전이나 해가 진 뒤에는 할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.
 1. 조사대상자(대리인 및 관리책임이 있는 자를 포함한다)가 동의한 경우
 2. 사무실 또는 사업장 등의 업무시간에 행정조사를 실시하는 경우
 3. 해가 뜬 후부터 해가 지기 전까지 행정조사를 실시하는 경우에는 조사목적의 달성이 불가능하거나 증거인멸로 인하여 조사대상자의 법령등의 위반 여부를 확인할 수 없는 경우

예외적으로 해진 후 or 해 뜨기 전 가능한 경우

행정조사	행정대집행
1. 조사대상자(대리인, 관리책임이 있는 자 포함)가 동의 2. 사무실·사업장 등의 업무시간에 행정조사를 실시 3. 해 뜬 후부터 해 지기 전까지 행정조사를 실시하면 조사목적 달성이 불가능하거나 증거인멸로 인해 조사대상자의 법령 등의 위반 여부를 확인할 수 없는 경우	1. 의무자가 동의 2. 해가 지기 전 대집행 착수 3. 해 뜬 후부터 해 지기 전까지 대집행시 대집행 목적 달성 불가능 4. 그 밖에 비상시 또는 위험 절박

③ (×) 응답 없으면 조사 거부로 봄.

• 제20조(자발적인 협조에 따라 실시하는 행정조사)
 ① 행정기관의 장이 제5조 단서에 따라 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 행정조사를 실시하고자 하는 경우 조사대상자는 문서·전화·구두 등의 방법으로 당해 행정조사를 거부할 수 있다.
 ② 제1항에 따른 행정조사에 대하여 조사대상자가 조사에 응할 것인지에 대한 응답을 하지 아니하는 경우에는 법령등에 특별한 규정이 없는 한 그 조사를 거부한 것으로 본다.

④ (×) 국무조정실장에게 제출

• 제6조(연도별 행정조사운영계획의 수립 및 제출) ① 행정기관의 장은 매년 12월말까지 다음 연도의 행정조사운영계획을 수립하여 국무조정실장에게 제출하여야 한다. 다만, 행정조사운영계획을 제출해야 하는 행정기관의 구체적인 범위는 대통령령으로 정한다.

⑤ (×) 세무조사결정은 항고소송의 대상이 되는 행정처분 : 부과처분을 위한 과세관청의 질문조사권이 행해지는 세무조사결정이 있는 경우 납세의무자는 세무공무원의 과세자료 수집을 위한 질문에 대답하고 검사를 수인하여야 할 법적 의무를 부담하게 되는 점, 세무조사는 기본적으로 적정하고 공평한 과세의 실현을 위하여 필요한 최소한의 범위 안에서 행하여져야 하고, 더욱이 동일한 세목 및 과세기간에 대한 재조사는 납세자의 영업의 자유 등 권익을 심각하게 침해할 뿐만 아니라 과세관청에 의한 자의적인 세무조사의 위험마저 있으므로 조세공평의 원칙에 현저히 반하는 예외적인 경우를 제외하고는 금지될 필요가 있는 점, 납세의무자로 하여금 개개의 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).

7 [각론] 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」상 환매에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 환매권은 형성권으로서 환매는 국가와 환매권자 간의 공법상 계약이라 할 것이며 환매거부는 공권력의 행사이다.
- ② 사업시행자는 환매할 토지가 생겼을 때에는 지체 없이 그 사실을 환매권자에게 통지하여야 하며, 환매권자는 해당 통지를 받은 날부터 1년이 지난 후에는 환매권을 행사하지 못한다.
- ③ 환매의 목적물은 토지나 건물 등 수용대상이 된 목적물이다.
- ④ 환매권은 「부동산등기법」에서 정하는 바에 따라 공익사업에 필요한 토지의 협의취득 또는 수용의 등기가 되었을 때에는 제3자에게 대항할 수 있다.
- ⑤ 토지의 가격이 취득일 당시에 비하여 현저히 변동된 경우 사업시행자와 환매권자는 환매금액에 대하여 서로 협의하되, 협의가 성립되지 아니하면 그 금액의 증감을 법원에 청구할 수 있고 이 때 환매금액의 증감을 구하는 소송은 형식적 당사자소송에 해당한다.

해설

▣ 환매권(還買權)

1. 개념 : 공용수용의 목적물이 당해 공익사업에 불필요하게 되었거나 현실적으로 사용되지 않은 경우 원래의 피수용자가 일정 요건 하에 목적물을 다시 매수하여 소유권을 회복할 수 있는 권리.
2. 법적 성질
 - ① 형성권(존속기간은 제척기간) : 재판상이든 재판외이든 기간 내에 행사(환매의 의사표시)하면 매매의 효력 발생(매매계약 성립, 매매계약의 법률효과로서 환매권자는 사업시행자에 대하여 소유권 이전등기청구권을 갖게 됨). 환매요건 발생시 환매기간 내 (환매대상토지의 가격이 취득 당시보다 현저히 하락하거나 상승하였다고 하더라도), 환매권자는 수령한 보상금 상당액만 사업시행자에게 미리 지급하고 일방적으로 매수 의사표시를 함으로써 사업시행자의 의사와 관계없이 환매 성립.
 - ② 사권(私權) : 환매권 행사에 따른 매매는 환매권자와 국가 간의 사법(私法)상의 매매
 - 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 91조에 따른 환매권 존부 확인 소송, 환매금액 증감 청구 소송 → 민사소송
 - 환매권 행사를 부인하는 의사표시(환매 거부) → 헌법소원심판 대상인 공권력 행사가 아님

- ① (×) 환매권은 형성권이며 환매는 사법상 계약(매매). 환매권 행사를 부인하는 의사표시(환매거부)는 헌법소원심판 대상인 공권력 행사가 아님
 • 환매권은 사권, 환매는 사법상 매매 : 환매권은 일종의 형성권으로서 그 존속기간은 제척기간으로 보아야 할 것이며, 위 환매권은 재판상이든 재판외이든 그기간 내에 행사하면 이로써 매매의 효력이 생기고, 위 매매는 같은 조제1항에 적힌 환매권자와 국가 간의 사법상의 매매라 할 것이다(대판 1992.4.24. 92다4673).
 • 환매거부는 헌법소원심판 대상인 공권력 행사가 아님 : 환매권의 행사는 그것이 특례법 제9조에 의한 것이든, 수용법 제71조에 의한 것이든, 환매권자의 일방적 의사표시만으로 성립하는 것이지, 상대방인 사업시행자 또는 기업자(起業者)의 동의를 얻어야 하거나 그 의사 여하에 따라 그 효과가 좌우되는 것은 아니다. 따라서 이 사건의 경우 피청구인이 설사 청구인들의 환매권 행사를 부인하는 어떤 의사표시를 하였더라도, 이는 환매권의 발생 여부 또는 그 행사의 가부에 관한 사법관계(私法關係)의 다툼을 둘러싸고 사전에 피청구인의 의견을 밝히고, 그 다툼의 연장인 민사소송절차에서 상대방의 주장을 부인한 것에 불과하므로, 그것을 가리켜 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력의 행사라고 볼 수는 없다(헌재 1994.2.24. 92헌마283).

- ② (×) 1년 ⇨ 6개월

• 제92조(환매권의 통지 등)

- ① 사업시행자는 제91조제1항 및 제2항에 따라 환매할 토지가 생겼을 때에는 지체 없이 그 사실을 환매권자에게 통지하여야 한다. 다만, 사업시행자가 과실 없이 환매권자를 알 수 없을 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 공고하여야 한다.
- ② 환매권자는 제1항에 따른 통지를 받은 날 또는 공고를 한 날부터 6개월이 지난 후에는 제91조제1항 및 제2항에도 불구하고 환매권을 행사하지 못한다.

- ③ (×) 토지만 대상이며 건물은 대상이 아님.

• 제91조(환매권)

- ① 공익사업의 폐지·박의 사유로 취득한 토지의 전부 또는 일부가 필요 없게 된 경우 토지의 협의취득일 또는 수용의 개시일(이하 “취득일”이라 함) 당시의 토지소유자 또는 그 포괄승계인(이하 “환매권자”라 함)은 다음 각 호의 구분에 따른 날부터 10년 이내에 그 토지에 대하여 받은 보상금에 상당하는 금액을 사업시행자에게 지급하고 그 토지를 환매할 수 있다.
 1. 사업의 폐지·변경으로 취득한 토지의 전부 또는 일부가 필요 없게 된 경우 : 관계 법률에 따라 사업이 폐지·변경된 날 또는 제24조에 따른 사업의 폐지·변경 고시가 있는 날
 2. 그 밖의 사유로 취득한 토지의 전부 또는 일부가 필요 없게 된 경우 : 사업완료일
- ② 취득일로부터 5년 이내에 취득한 토지의 전부를 해당 사업에 이용하지 아니하였을 때에는 제1항을 준용한다. 이 경우 환매권은 취득일로부터 6년 이내에 행사하여야 한다.

- ④ (○)

• 제91조(환매권) ⑤ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 환매권은 「부동산등기법」에서 정하는 바에 따라 공익사업에 필요한 토지의 협의취득 또는 수용의 등기가 되었을 때에는 제3자에게 대항할 수 있다.

- ⑤ (×)

• 제91조(환매권) ④ 토지의 가격이 취득일 당시에 비하여 현저히 변동된 경우 사업시행자와 환매권자는 환매금액에 대하여 서로 협의하되, 협의가 성립되지 아니하면 그 금액의 증감을 법원에 청구할 수 있다.

• 환매금액증감소송은 민사소송 : 구 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제91조에 규정된 환매권은 상대방에 대한 의사표시를 요하는 형성권의 일종으로서 재판상이든 재판 외이든 위 규정에 따른 기간 내에 행사하면 매매의 효력이 생기는 바, 이러한 환매권의 존부에 관한 확인을 구하는 소송 및 구 공익사업법 제91조 제4항에 따라 환매금액의 증감을 구하는 소송 역시 민사소송에 해당한다(대판 2013.2.28. 2010두22368).

8 「행정심판법」의 내용에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 심판청구기간은 부작위에 대한 의무이행심판청구에는 적용되지 아니한다.
- ② 청구의 변경결정이 있으면 처음 행정심판이 청구되었을 때부터 변경된 청구의 취지나 이유로 행정심판이 청구된 것으로 본다.
- ③ 중앙행정심판위원회의 상임위원은 위원장의 제청으로 국무총리를 거쳐 대통령이 임명하고, 상임위원의 임기는 2년으로 하되 1차에 한하여 연임할 수 있다.
- ④ 위원회는 당사자의 권리 및 권한의 범위에서 당사자의 동의를 받아 심판청구의 신속하고 공정한 해결을 위하여 조정을 할 수 있고, 조정은 당사자가 합의한 사항을 조정서에 기재한 후 당사자가 서명 또는 날인하고 위원회가 이를 확인함으로써 성립하며, 성립한 조정에는 「행정심판법」 제50조(위원회의 직접처분)의 규정을 준용한다.
- ⑤ 관계 행정기관의 장이 특별행정심판 또는 「행정심판법」에 따른 행정심판 절차에 대한 특례를 신설하거나 변경하는 법령을 제정·개정할 때에는 미리 중앙행정심판위원회와 협의하여야 한다.

해설

①②④⑤ (○)

- 제27조(심판청구의 기간) ⑦ 제1항부터 제6항까지의 규정은 무효등확인심판청구와 부작위에 대한 의무이행심판청구에는 적용하지 아니한다.
* 거부처분에 대한 의무이행심판에는 심판청구기간 규정이 적용됨
- 제29조(청구의 변경) ⑧ 청구의 변경결정이 있으면 처음 행정심판이 청구되었을 때부터 변경된 청구의 취지나 이유로 행정심판이 청구된 것으로 본다.
- 제43조의2(조정)
 - ① 위원회는 당사자의 권리 및 권한의 범위에서 당사자의 동의를 받아 심판청구의 신속하고 공정한 해결을 위하여 조정을 할 수 있다. 다만, 그 조정이 공공복리에 적합하지 아니하거나 해당 처분의 성질에 반하는 경우에는 그러하지 아니하다.
 - ③ 조정은 당사자가 합의한 사항을 조정서에 기재한 후 당사자가 서명 또는 날인하고 위원회가 이를 확인함으로써 성립한다.
 - ④ 제3항에 따른 조정에 대하여는 제48조부터 제50조까지(재결의 송달과 효력 발생, 재결의 기속력, 위원회의 직접처분), 제50조의2(위원회의 간접강제), 제51조(행정심판 재청구의 금지)의 규정을 준용한다.
☑ 조정은 당사자가 합의한 사항을 조정서에 기재한 후 당사자가 서명 또는 날인함으로써 성립한다(x).
- 제4조(특별행정심판 등) ③ 관계 행정기관의 장이 특별행정심판 또는 이 법에 따른 행정심판 절차에 대한 특례를 신설하거나 변경하는 법령을 제정·개정할 때에는 미리 중앙행정심판위원회와 협의하여야 한다.

③ (×) 상임위원 임기는 3년.

- 제8조(중앙행정심판위원회의 구성) ③ 중앙행정심판위원회의 상임위원은 일반직공무원으로서 「국가공무원법」 제26조의5에 따른 임기제공무원으로 임명하되, 3급 이상 공무원 또는 고위공무원단에 속하는 일반직공무원으로 3년 이상 근무한 사람이나 그 밖에 행정심판에 관한 지식과 경험이 풍부한 사람 중에서 중앙행정심판위원회 위원장의 제청으로 국무총리를 거쳐 대통령이 임명한다.
- 제9조(위원의 임기 및 신분보장 등) ② 제8조제3항에 따라 임명된 중앙행정심판위원회 상임위원의 임기는 3년으로 하며, 1차에 한하여 연임할 수 있다.

☑ 중앙행정심판위원회와 각급 행정심판위원회

구분	중앙행심위	각급 행심위
정원	위원장 포함 70명 이내(이 중 상임위원 4명 이내)	위원장 포함 50명 이내
위원장	국민권익위 부위원장 중 1인 • 직무대행 : 상임위원(상임 재직 선임 순 > 연장자 순)	행심위가 소속된 행정청 (*단, 시·도지사 소속 행심위는 공무원 아닌 비상임 위원장 가능) • 직무대행 : 위원장 사전지명 위원 > 공무원 중 지명된 위원(직급·직무등급 > 위원 재직기간 > 연장자 순)
위원	• 상임위원 : 일반직·임기제, 일정 요건 갖춘 공무원 중 위원장 제청 + 국무총리 거쳐 대통령이 임명 • 비상임위원 : 일정 자격요건 갖춘 자 중 위원장 제청 + 국무총리가 성별 고려해 위촉	행심위가 소속된 행정청이 ① 소속 공무원 중 지명 ② 일정 자격요건 갖춘 자 중 성별 고려해 위촉
임기	상임위원 : 3년, 1차 연임 가능 비상임위원 : 2년, 2차 연임 가능	상임위원 없음. 공무원 중 지명된 위원 : 재직 하는 동안 재임 위촉된 위원 : 임기 2년, 2차 연임 가능
회의	9명(위원장, 상임위원, 위원장 지정 비상임위원) *소위원회 4명(자동차운전면허행정처분사건) *전문위원회(위원장 지정 사건 미리 검토)	• 원칙 : 9명(위원장 + 위원장 지정 8명, 단 위촉위원 6명 이상 - 시·도지사 소속 행심위의 장이 공무원 아니면 5명 이상) • 예외 : 독립기관규칙·대통령령·시도조례로 7명 가능(위원장 + 위원장 지정 6명[위촉 5명 이상 - 시·도지사 소속 행심위 장이 공무원 아니면 4명 이상])
의결	구성원 과반수 출석과 출석위원 과반수 찬성	

답 ③

9 공법상 계약에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정청은 공법상 계약의 상대방을 선정하고 계약 내용을 정할 때 공법상 계약의 공공성과 제3자의 이해관계를 고려하여야 한다.
- ② 「국유림의 경영 및 관리에 관한 법률」에 따른 국유임산물 매각계약은 공법상 계약이 아니라 사법상 계약에 해당한다.
- ③ 중소기업 정보화지원사업에 따른 지원금 출연을 위하여 중소기업청장이 체결하는 협약은 공법상 계약에 해당한다.
- ④ 구「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」에 따른 산업단지 입주계약의 해지통보는 대등한 당사자의 지위에서 형성된 공법상 계약을 계약당사자의 지위에서 종료시키는 의사표시이므로 당사자소송의 대상이 된다.
- ⑤ 공기업·준정부기관이 입찰을 거쳐 계약을 체결한 상대방에 대해 「공공기관의 운영에 관한 법률」 등에 따라 계약조건 위반을 이유로 입찰참가자격제한처분을 하기 위해서는 입찰공고와 계약서에 미리 계약조건과 그 계약조건을 위반할 경우 입찰참가자격 제한을 받을 수 있다는 사실을 모두 명시해야 한다.

해설

① (○)

• 행정기본법 제27조(공법상 계약의 체결)

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

- ② (○) 국유임산물 매각계약은 마과 국가가 사경제 주체로서 대등한 위치에서 체결한 사법상 계약에 해당한다(대판 2020.5.14. 2018다298409).
- ③ (○) **중소기업 정보화지원사업에 따른 지원금 출연을 위하여 중소기업청장이 체결하는 협약은 공법상 계약이며 협약 해지 및 지원금 환수통보는 행정처분이 아님** : 중소기업기술정보진흥원장이 갑 주식회사와 중소기업 정보화지원사업 지원대상인 사업의 지원에 관한 협약을 체결하였는데, 협약이 갑 회사에 책임이 있는 사업실패로 해지되었다는 이유로 협약에서 정한 대로 지급받은 정부지원금을 반환할 것을 통보한 사안에서, **중소기업 정보화지원사업에 따른 지원금 출연을 위하여 중소기업청장이 체결하는 협약은 공법상 대등한 당사자 사이의 의사표시의 합치로 성립하는 공법상 계약에 해당하는 점**, 구 중소기업 기술혁신 촉진법 제32조 제1항은 제10조가 정한 기술혁신사업과 제11조가 정한 산학협력 지원사업에 관하여 출연한 사업비의 환수에 적용될 수 있을 뿐 이와 근거 규정을 달리하는 중소기업 정보화지원사업에 관하여 출연한 지원금에 대하여는 적용될 수 없고 달리 지원금 환수에 관한 구체적인 법령상 근거가 없는 점 등을 종합하면, **협약의 해지 및 그에 따른 환수통보는 공법상 계약에 따라 행정청이 대등한 당사자의 지위에서 하는 의사표시로 보아야 하고, 이를 행정청이 우월한 지위에서 행하는 공권력의 행사로서 행정처분에 해당한다고 볼 수는 없다**(대판 2015.8.27. 2015두41449).
- ④ (×) **산업단지관리공단이 구 「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」 제38조 제2항에 따른 입주변경계약의 해지통보는 항고소송 대상인 행정처분에 해당** : 구 산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률 관련 규정들에서 알 수 있는 산업단지관리공단의 지위, 입주계약 및 변경계약의 효과, 입주계약 및 변경계약 체결 의무와 그 의무를 불이행한 경우의 형사적 내지 행정적 제재, 입주계약해지의 절차, 해지통보에 수반되는 법적 의무 및 그 의무를 불이행한 경우의 형사적 내지 행정적 제재 등을 종합적으로 고려하면, 입주변경계약 취소는 행정청인 관리권자로부터 관리업무를 위탁받은 산업단지관리공단이 우월적 지위에서 입주기업체들에게 일정한 법률상 효과를 발생하게 하는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2017.6.15. 2014두46843).
- ⑤ (○) 「공공기관의 운영에 관한 법률」 상 **공기업·준정부기관이 입찰을 거쳐 계약을 체결한 상대방에 대해 동법 제39조 제2항 등에 따라 계약조건 위반을 이유로 입찰참가자격제한처분을 하려면 입찰공고와 계약서에 미리 계약조건과 그 계약조건을 위반할 경우 입찰참가자격 제한을 받을 수 있다는 사실을 모두 명시해야 함** : 침익적 행정처분은 상대방의 권익을 제한하거나 상대방에게 의무를 부과하는 것이므로 헌법상 요구되는 명확성의 원칙에 따라 그 근거가 되는 행정법규를 더욱 엄격하게 해석·적용해야 하고, 행정처분의 상대방에게 지나치게 불리한 방향으로 확대해석이나 유추해석을 해서는 안 된다. 침익적 행정처분의 근거 규정에 관한 엄격해석 원칙에 비추어 보면, 공공기관의 운영에 관한 법률 제39조 제2항, 제3항, 공기업·준정부기관 계약사무규칙 제15조, 구 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제27조 제1항 제8호 (나)목, 구 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령 제76조 제1항 제2호 (가)목은 다음과 같이 해석해야 한다. 공기업·준정부기관이 입찰을 거쳐 계약을 체결한 상대방에 대해 위 규정들에 따라 계약조건 위반을 이유로 입찰참가자격제한처분을 하기 위해서는 입찰공고와 계약서에 미리 계약조건과 그 계약조건을 위반할 경우 입찰참가자격 제한을 받을 수 있다는 사실을 모두 명시해야 한다. 계약상대방이 입찰공고와 계약서에 기재되어 있는 계약조건을 위반한 경우에도 공기업·준정부기관이 입찰공고와 계약서에 미리 그 계약조건을 위반할 경우 입찰참가자격이 제한될 수 있음을 명시해 두지 않았다면, 위 규정들을 근거로 입찰참가자격제한처분을 할 수 없다(대판 2021.11.11. 2021두43491).

답 ④

10 행정행위의 공정력 또는 구성요건적 효력에 대한 설명으로 <보기>에서 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은?

- ㉠ 과세처분의 하자가 단지 취소할 수 있는 정도에 불과할 때에는 과세관청이 이를 스스로 취소하거나 항고소송절차에 의하여 취소되지 않는 한 그로 인한 조세의 납부가 부당이득이 되지 않는다.
- ㉡ 연령미달의 결격자인 피고인이 소외인의 이름으로 운전면허시험에 응시·합격하여 운전면허를 취득한 후 차를 운전하였다가 무면허운전죄로 기소되었더라도 무면허운전죄가 성립하지 않는다.
- ㉢ 미리 행정처분에 대한 취소판결이 있어야만 그 행정처분이 위법임을 이유로 한 국가배상청구를 할 수 있는 것은 아니다.
- ㉣ 개발행위허가를 받지 않고 무단으로 토지의 형질을 변경하였다는 이유로 관할 행정청으로부터 원상복구 조치명령을 받았으나, 위 조치명령에 취소사유에 해당하는 위법이 있는 경우 이를 이행하지 않더라도 처벌할 수는 없다고 할 것이다.

	㉠	㉡	㉢	㉣
①	○	×	×	○
②	×	○	○	×
③	○	○	×	×
④	×	○	×	○
⑤	○	○	○	○

해설

공정력(구성요건적 효력)과 선결문제

행정행위가 무효·부존재 (공정력 없음)	① 처분 등의 효력 유무 또는 존재 여부가 민사소송의 선결문제로 되는 경우 해당 민사소송 수소법원이 심리·판단 가능 - 이 경우 행정소송법 17조(행정청의 소송참가)·25조(행정심판기록의 제출명령)·26조(직권심리)·33조(소송비용에 관한 재판의 효력)의 규정 준용(행정소송법 제11조 1항) ② 법령의 규정은 없지만 형사법원 수소법원도 선결문제로 심사 가능.		
행정행위의 하자가 취소사유인 경우 (공정력 있음) 선결문제로 심사가능성 (통설·판례)	구분	민사사건의 경우	형사사건의 경우
	선결문제	위법 여부 (위법·적법) 선결문제로 심사 가능(○) 예 국가배상소송에서 민사법원이 처분의 위법성 판단 가능 (국가배상판결 가능)	선결문제로 심사 가능(○) 예 조치명령(시정명령)위반죄 판단시 조치명령의 위법성 판단 (조치명령에 취소사유가 있어 위법할 경우 조치명령위반죄가 불성립하므로 형사법원은 무죄 판결)
		효력 유무 (유효·무효) 선결문제로 심사 불가(×) 예 부당이득반환청구소송(조세과오납금반환청구소송)에서 민사법원은 과세처분의 효력 부인 불가(부당이득 반환청구 인용 불가)	선결문제로 심사 불가(×) 예 무면허운전죄·무면허수입죄·무면허어업죄 판단에 있어서 면허처분에 취소사유시 형사법원이 효력 부인 불가(유죄 판결 불가)

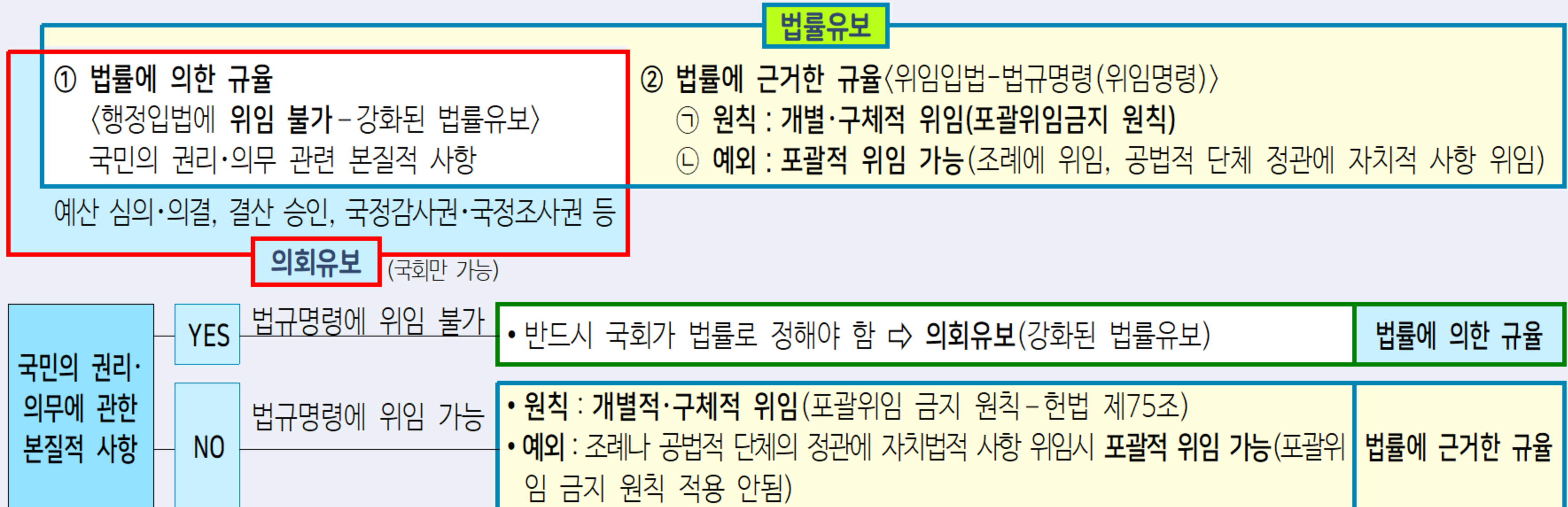
- ㉠ (○) 민사법원은 선결문제로서 취소사유의 하자가 있는 행정처분의 효력 부정 불가 : 행정처분이 아무리 위법하다고 하여도 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효라고 보아야 할 사유가 있는 경우를 제외하고는 아무도 그 하자를 이유로 무단히 그 효력을 부정하지 못하는 것으로, 이러한 행정행위의 공정력은 판결의 기판력과 같은 효력은 아니지만 그 공정력의 객관적 범위에 속하는 행정행위의 하자가 취소사유에 불과한 때에는 그 처분이 취소되지 않는 한 처분의 효력을 부정하여 그로 인한 이득을 법률상 원인 없는 이득이라고 말할 수 없는 것이다. 조세의 과오납이 부당이득이 되기 위하여는 납세 또는 조세의 징수가 실체법적으로나 절차법적으로 전혀 법률상의 근거가 없거나 과세처분의 하자가 중대하고 명백하여 당연무효이어야 하고, 과세처분의 하자가 단지 취소할 수 있는 정도에 불과할 때에는 과세관청이 이를 스스로 취소(직권취소)하거나 항고소송절차에 의하여 취소(쟁송취소)되지 않는 한 그로 인한 조세의 납부가 부당이득이 된다고 할 수 없다(대판 1994.11.11. 94다28000, 대판 2005.1.27. 2004다50143).
- ㉡ (○) 운전면허처분에 취소사유인 하자가 있는 경우 형사법원은 선결문제로 운전면허의 효력을 부정할 수 없으므로 무면허운전죄는 불성립.
 • 형사법원은 선결문제로서 취소사유의 하자가 있는 행정처분의 효력 부정 불가 : 연령미달의 결격자이던 피고인이 형의 이름으로 운전면허시험에 응시, 합격하여 교부받은 운전면허는 비록 위법하다 하더라도 「도로교통법」 제152조 제3호의 허위 기타 부정한 수단으로 운전면허를 받은 경우에 해당함에 불과하여 취소되지 않는 한 그 효력이 있는 것이라 할 것(취소사유인 하자)이므로, 피고인의 운전행위는 「도로교통법」 제43조의 무면허운전에 해당하지 아니한다(대판 1982.6.8. 80도2646).
- ㉢ (○) 민사법원은 선결문제로서 행정처분의 위법성 여부 판단 가능 : 계고처분 행정처분이 위법임을 이유로 배상을 청구하는 취지로 인정될 수 있는 국가배상청구소송에 있어 미리 그 행정처분의 취소판결이 있어야만 그 행정처분의 위법임을 이유로 피고에게 배상을 청구할 수 있는 것은 아니다(대판 1972.4.28., 72다337).
- ㉣ (○) 형사법원은 선결문제로서 행정행위의 위법성 판단 가능 : 도시계획법에 정한 처분이나 조치명령을 받은 자가 이에 위반한 경우 이로 인하여 같은 법에 정한 처벌을 하기 위하여는 그 처분이나 조치명령(시정명령)이 적법한 것이라야 하고, 그 처분이 당연무효가 아니라 하더라도 그것이 위법한 처분으로 인정되는 한 같은 법 제92조 조치명령 등 위반죄가 성립될 수 없다(대판 1992.8.18. 90도1709)

11 법률유보원칙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 법률유보원칙은 입법자 스스로 국민의 기본권 실현에 본질적인 사항을 직접 정해야 하는 의회유보와는 별개의 원칙이다.
- ② 헌법상 법률유보원칙은 법률에 의한 규율만을 요청하는 것이 아니라 법률에 근거한 규율을 요청하는 것이기 때문에 기본권 제한의 형식이 반드시 법률의 형식일 필요는 없다.
- ③ 법률의 위임범위를 벗어난 하위법령에 의한 기본권 제한은 법률의 근거가 없는 것이 되고 이는 법률유보원칙에 위반된다.
- ④ 헌법상 법치주의의 한 내용인 법률유보원칙은 기본권규범과 관련 없는 경우에까지 준수되도록 요청되는 것은 아니다.
- ⑤ 헌법재판소는 초등학교원 임용 시 지역가산점의 배점비율, 최종합격자 결정방식은 직접 법률에 규정되어야 할 본질적인 사항으로 보기 어렵다고 판시하였다.

해설

- ① (×) 헌법은 법치주의를 그 기본원리의 하나로 하고 있고, 법치주의는 법률유보 원칙, 즉 행정작용에는 국회가 제정한 형식적 법률의 근거가 요청된다는 원칙을 그 핵심적 내용으로 하고 있다. 나아가 오늘날의 법률유보 원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권 실현에 관련된 영역에 있어서는 행정에 맡길 것이 아니라 국민의 대표자인 입법자 스스로 그 본질적 사항에 대하여 결정하여야 한다는 요구, 즉 의회유보 원칙까지 내포하는 것으로 이해되고 있다. 이 때 입법자가 형식적 법률로 스스로 규율하여야 하는 사항이 어떤 것인가는 일률적으로 확정할 수 없고 구체적인 사례에서 관련된 이익 내지 가치의 중요성, 규제 내지 침해의 정도와 방법 등을 고려하여 개별적으로 결정할 수 있을 뿐이나 적어도 헌법상 보장된 국민의 자유나 권리를 제한한 때에는 그 제한의 본질적인 사항에 관한 한 입법자가 법률로써 스스로 규율하여야 할 것이다(헌재결 2008.2.28. 2006헌바70).
- ② (○) 국민의 기본권은 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 이를 제한할 수 있으나 그 제한은 원칙적으로 법률로써만 가능하며, 제한하는 경우에도 기본권의 본질적 내용을 침해할 수 없고 필요한 최소한도에 그쳐야 한다. 이러한 법률유보의 원칙은 '법률에 의한' 규율만을 뜻하는 것이 아니라 '법률에 근거한' 규율을 요청하는 것이므로 기본권제한의 형식이 반드시 법률의 형식일 필요는 없고 법률에 근거를 두면서 헌법 제75조가 요구하는 위임의 구체성과 명확성을 구비하면 위임입법에 의하여도 기본권제한을 할 수 있다(헌재 2005.2.24. 2003헌마289 / 헌재결 2005.5.26. 99헌마513).



- ③ (○) 기본권 제한에 관한 법률유보원칙은 '법률에 근거한 규율'을 요청하는 것이므로, 그 형식이 반드시 법률일 필요는 없다 하더라도 법률상의 근거는 있어야 한다. 따라서 모법의 위임범위를 벗어난 하위법령은 법률의 근거가 없는 것으로 법률유보원칙에 위반된다.(헌재 2016.4.28. 2012헌마630)
- ④ (○) 헌법상 법치주의의 한 내용인 법률유보의 원칙은 국민의 기본권 실현에 관련된 영역에 있어서 국가 행정권의 행사에 관하여 적용되는 것이지, 기본권규범과 관련 없는 경우에까지 준수되도록 요청되는 것은 아니라 할 것인데, 청원경찰은 근무의 공공성 때문에 일정한 경우에 공무원과 유사한 대우를 받고 있는 등으로 일반 근로자와 공무원의 복합적 성질을 가지고 있지만, 그 임면주체는 국가 행정권이 아니라 청원경찰법상의 청원주로서 그 근로관계의 창설과 존속 등이 본질적으로 사법상 고용계약의 성질을 가지는데, 청원경찰의 징계로 인하여 사적 고용계약상의 문제인 근로관계의 존속에 영향을 받을 수 있다 하더라도 이는 국가 행정주체와 관련되고 기본권의 보호가 문제되는 것이 아니어서 여기에 법률유보의 원칙이 적용될 여지가 없으므로, 그 징계에 관한 사항을 법률에 정하지 않았다고 하여 법률유보의 원칙에 위반된다 할 수 없다(헌재 2010.2.25. 2008헌바160).
- ⑤ (○) 초등학교원 임용 시 지역가산점의 배점비율, 최종합격자 결정방식은 법률에 직접 규정되어야 할 본질적 사항으로 보기 어렵고, 구 교육공무원법 제11조의2는 지역가산점 배점비율에 관한 기본적인 사항을 규정하고 있으며, 최종합격자 결정을 위한 제1, 2, 3차 시험성적의 총점에 지역가산점을 포함하도록 규정하고 있는 '교육공무원 임용후보자 선정경쟁시험규칙' 제17조 제2항은 구 교육공무원법 제11조 제2항 및 '교육공무원 임용령' 제11조 제3항의 위임에 따른 것이므로, 이 사건 지역가산점규정은 법률유보원칙에 위배되지 아니한다(헌재 2014.4.24. 2010헌마747).

답 ①

12 [각론] 주민투표에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 주한미군부대이전은 지방자치단체의 장의 권한에 의하여 결정할 수 있는 사항이 아님이 명백하므로 주민투표의 대상이 될 수 없다.
- ② 「주민투표법」상 주민투표는 직접 또는 우편으로 하되, 1인 1표로 한다.
- ③ 「주민투표법」상 주민투표는 특정한 사항에 대하여 찬성 또는 반대의 의사표시를 하거나 두 가지 사항 중 하나를 선택하는 형식으로 실시하여야 한다.
- ④ 「주민투표법」에 따라 주민투표사무를 관리하는 선거관리위원회는 주민투표에 대한 정보를 제공하기 위하여 설명회·토론회 등을 개최하여야 한다.
- ⑤ 「주민투표법」상 지방의회는 재적의원 3분의 2 이상의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 그 지방자치단체의 장에게 주민투표 실시를 청구할 수 있다.

해설

① (○) 지방자치법 제13조의2의 규정에 의하면, 지방자치단체의 장은 어떠한 사항이나 모두 주민투표에 붙일 수 있는 것은 아니고, 지방자치단체의 폐차·분합 또는 주민에게 과도한 부담을 주거나 중대한 영향을 미치는 지방자치단체의 주요 결정사항 등에 한하여 주민투표를 붙일 수 있도록 하여 그 대상을 한정하고 있음을 알 수 있는바, 위 규정의 취지는 지방자치단체의 장이 권한을 가지고 결정할 수 있는 사항에 대하여 주민투표에 붙여 주민의 의사를 물어 행정에 반영하려는 데에 있다. **미군부대이전은 지방자치단체의 장의 권한에 의하여 결정할 수 있는 사항이 아님이 명백하므로 지방자치법 제13조의2 소정의 주민투표의 대상이 될 수 없다**(대판 2002.4.26. 2002추23).

②③④ (○)

• 주민투표법

제18조(투표방법 등) ② 투표는 직접 또는 우편으로 하되, 1인 1표로 한다.

제15조(주민투표의 형식) 주민투표는 특정한 사항에 대하여 찬성 또는 반대의 의사표시를 하거나 두 가지 사항 중 하나를 선택하는 형식으로 실시하여야 한다.

제4조(정보의 제공 등)

① 지방자치단체의 장은 주민투표와 관련하여 주민이 정확하고 객관적인 판단과 합리적인 결정을 할 수 있도록 지방자치단체의 공보, 일간신문, 인터넷 등 다양한 수단을 통하여 주민투표에 관한 각종 정보와 자료를 제공하여야 한다.

② 제3조제1항에 따라 주민투표사무를 관리하는 선거관리위원회는 주민투표에 관한 정보를 제공하기 위하여 설명회·토론회 등을 개최하여야 한다.

⑤ (×)

• 주민투표법 제9조(주민투표의 실시요건) ⑤ 지방의회는 **재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성**으로 그 지방자치단체의 장에게 주민투표의 실시를 청구할 수 있다.

■ 주민투표 실시요건 : 지방자치단체장이 주민투표를 실시할 수 있음(단, 주민이나 지방의회가 청구시 실시해야 함).

지방자치법은 자치단체장의 주민투표 실시만 규정, 주민투표법은 주민·지방의회의 주민투표 실시 청구도 규정.

주민의 청구	주민투표청구권자 총수의 1/20 이상 1/5 이하의 범위에서 조례로 정하는 수 이상의 서명으로 자치단체장에게 주민투표 실시 청구. * 단, 제주특별자치도는 1/50 이상 1/5 이하의 범위 / 강원특별자치도·전북특별자치도는 1/30 이상 1/5 이하의 범위
지방의회의 청구	재적의원 과반수 출석과 출석의원 2/3 이상의 찬성으로 자치단체장에게 주민투표 실시 청구
지방자치단체장 직권	자치단체장 직권으로 실시하려면, 지방의회 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 동의를 얻어야 함.

☑ 주민투표권자나 지방의회가 법정요건을 갖춰 주민투표의 실시를 청구한 경우 지방자치단체장은 주민투표를 실시할 수 있다.(×)

답 ⑤

13 행정상 법률관계에 대한 설명으로 옳지 않은 것만을 다음 내용 에서 모두 고르면?

- ㉠ 주한미군 한국인 직원의료보험조합 직원의 근무관계는 공법관계에 속하는 것이다.
- ㉡ 국유의 일반재산 대부료 납부고지는 사법상 이행청구에 해당하고, 이를 행정처분이라고 할 수 없다.
- ㉢ 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」상 협의취득은 공법상 당사자소송의 대상이다.
- ㉣ 국가종합전자조달시스템인 '나라장터' 종합쇼핑몰을 통한 물품구매계약체결시, 구매계약에 계약위반시 거래를 정지한다는 등의 '추가특수조건'을 포함시킨 후, 이 '추가특수조건'에 근거하여 조달청이 거래정지를 한 조치는 행정처분에 해당한다.

① ㉠

② ㉠, ㉡

③ ㉡, ㉢

④ ㉡, ㉣

⑤ ㉡, ㉢, ㉣

해설

㉠ (×) 주한미군 한국인 직원의료보험조합직원의 근무관계는 사법관계에 속하는 것이므로 동조합 직원에 대한 위 조합의 징계면직처분은 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니고 사법상의 법률행위라고 보아야 한다(대판 1987.12.8. 87누884)

㉡ (○) 국유재산법 제31조, 제32조 제3항, 산림법 제75조 제1항의 규정 등에 의하여 국유 일반재산(구 잡종재산)에 관한 관리처분의 권한을 위임받은 기관이 국유 일반재산을 대부하는 행위는 국가가 사경제주체로서 상대방과 대등한 위치에서 행하는 사법상의 계약이고, 국유 일반재산에 관한 대부료의 납부고지 역시 사법상의 이행청구에 해당하고, 이를 행정처분이라고 할 수 없다(대판 2000.2.11. 99다61675).

■ 행정재산 사용·수익 허가 / 일반재산 대부 (* 국유·공유재산 : 행정재산 + 일반재산)

행정재산 사용·수익 허가	• 성격 : 특허(설권행위) 예) 국립의료원 부설주차장 위탁관리용역운영계약 ⇨ 행정처분, 항고소송 가능 사용·수익허가 취소, 사용·수익허가신청 거부 ⇨ 행정처분, 항고소송 가능 • 사용료 부과·징수는 공법관계. 사용료 미납시 가산금 징수 관련 가산금채무부존재확인소송은 당사자소송	공법 관계
---------------	---	-------

일반재산 대부	대부계약	사법상 계약	사법 관계
	대부로 납부고지	사법상 이행청구(대부로 납부의무 : 사법상 의무)	
	대부로 미납시 징수방법	「국유재산법」에서 국세징수법의 체납처분(강제징수) 규정을 준용해 징수하도록 규정 「공유재산 및 물품 관리법」에서 지방세 체납처분의 예에 따라 징수하도록 규정	체납처분(강제징수)은 공법행위(특별한 사정이 없으면 민사소송으로 대부로 지급청구 불가), 불복은 행정소송 공법 관계

- ㉔ (×) 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법령에 의한 **협의취득은 사법상의 법률행위**이므로 당사자 사이의 자유로운 의사에 따라 채무불이행책임이나 매매대금 과부족금에 대한 지급의무를 약정할 수 있다(대판 2012.2.23. 2010다91206). ⇨ 따라서 관련 분쟁은 민사소송
- ㉔ (○) **조달청장의 나라장터 종합쇼핑몰 거래정지 조치는 항고소송 대상인 행정처분** : 甲 갑 주식회사가 조달청과 물품구매계약을 체결하고 국가종합전자조달시스템인 나라장터 종합쇼핑몰 인터넷 홈페이지를 통해 요구받은 제품을 수요기관에 납품하였는데, 조달청이 계약이행내역 점검 결과 일부 제품이 계약 규격과 다르다는 이유로 물품구매계약 추가특수조건 규정에 따라 갑 회사에 대하여 6개월의 나라장터 종합쇼핑몰 거래정지 조치를 한 사안에서, 조달청이 계약상대자에 대하여 나라장터 종합쇼핑몰에서의 거래를 일정기간 정지하는 조치는 전자조달의 이용 및 촉진에 관한 법률, 조달사업에 관한 법률 등에 의하여 보호되는 계약상대자의 직접적이고 구체적인 법률상 이익인 나라장터를 통하여 수요기관의 전자입찰에 참가하거나 나라장터 종합쇼핑몰에서 등록된 물품을 수요기관에 직접 판매할 수 있는 지위를 직접 제한하거나 침해하는 행위에 해당하는 점 등을 종합하면, 위 **거래정지 조치는 비록 추가특수조건이라는 사법상 계약에 근거한 것이지만 행정청인 조달청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사로서 그 상대방인 갑 회사의 권리·의무에 직접 영향을 미치므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다**(대판 2018.11.29. 2015두52395).

답 ②

14 행정행위에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 직권취소는 행정행위가 위법한 경우뿐만 아니라, 부당한 경우에도 소급하여 취소할 수 있다.
- ② 직권취소도 원행정행위와 별개의 행정행위이므로 조세부과처분을 취소한 후, 취소에 하자가 있다고 하여 이를 취소하면 원부과처분을 소생시킬 수 있다.
- ③ 구 「자동차관리법」상 자동차관리사업자로 구성하는 사업자단체인 조합 또는 협회 설립인가처분은 강학상 특허에 해당한다.
- ④ 효력기간이 정해져 있는 제재적 행정처분의 효력이 발생한 후에 별도의 처분으로 효력기간의 시기와 종기를 다시 정했다면, 당초의 제재처분은 실효되고 새로운 처분이 있는 것으로 본다.
- ⑤ 종전 처분이 주요 부분을 실질적으로 변경하는 내용의 새로운 처분으로 대체되었다면, 종전 처분의 효력은 소급하여 소멸한다.

해설

- ① (○) 행정기본법 제18조(위법 또는 부당한 처분의 취소) ① 행정청은 위법 또는 부당한 처분의 전부나 일부를 소급하여 취소할 수 있다. 다만, 당사자의 신뢰를 보호할 가치가 있는 등 정당한 사유가 있는 경우에는 장래를 향하여 취소할 수 있다.
- ② (×) 과세관청은 과세부과처분의 취소에 **당연무효사유가 아닌 위법사유가 있는 경우에는 이를 다시 취소함으로써 원부과처분을 소생시킬 수 없음** : 국세기본법 26조 1호는 부과를 국세납부의무 소멸사유의 하나로 들고 있으나, 그 부과 취소에 하자가 있는 경우의 부과 취소에 대하여는 법률이 명문으로 그 취소요건이나 그에 대한 불복절차에 대하여 따로 규정을 둔 바도 없으므로, 설사 부과 취소에 위법사유가 있다고 하더라도 당연무효가 아닌 한 일단 유효하게 성립하여 부과처분을 확정적으로 상실시키는 것이므로, 과세관청은 부과 취소로 다시 취소함으로써 원부과처분을 소생시킬 수는 없고 납세의무자에게 종전의 과세대상에 대한 납부의무를 지우려면 다시 법률에서 정한 부과절차에 좇아 동일한 내용의 새로운 처분을 하는 수밖에 없다(대판 1995.3.10. 94누7027).
- ③ (×) **자동차관리사업자단체인 조합·협회의 설립인가는 보충행위(강학상 인가)** : 구 자동차관리법 제67조 제1항, 제3항, 제4항, 제5항, 구 자동차관리법 시행규칙 제148조 제1항, 제2항의 내용 및 체계 등을 종합하면, 자동차관리법상 자동차관리사업자로 구성하는 사업자단체인 조합 또는 협회의 설립인가처분은 국토해양부장관 또는 시·도지사(이하 '시·도지사 등'이라고 한다)가 자동차관리사업자들의 단체결성행위를 보충하여 효력을 완성시키는 처분에 해당한다(대판 2015.5.29. 2013두635).
- ④ (×) **효력기간이 정해져 있는 제재적 행정처분의 효력이 발생한 이후에도 행정청은 특별한 사정이 없는 한 상대방에 대한 별도의 처분으로써 효력기간의 시기와 종기를 다시 정할 수 있다.** 이는 당초의 제재적 행정처분이 유효함을 전제로 그 구체적인 집행시기를 변경하는 후속 변경처분이다. 이러한 후속 변경처분도 특별한 규정이 없는 한 의사표시에 관한 일반법리에 따라 상대방에게 고지되어야 효력이 발생한다. 위와 같은 후속 변경처분서에 효력기간의 시기와 종기를 다시 특정하는 대신 당초 제재적 행정처분의 집행을 특정 소송사건의 판결 시까지 유예한다고 기재되어 있다면, 처분의 효력기간은 원칙적으로 그 사건의 판결 선고 시까지 진행이 정지되었다가 판결이 선고되면 다시 진행된다. **다만 이러한 후속 변경처분 권한은 특별한 사정이 없는 한 당초의 제재적 행정처분의 효력이 유지되는 동안에만 인정된다.** 당초의 제재적 행정처분에서 정한 효력기간이 경과하면 **그로써 처분의 집행은 종료되어 처분의 효력이 소멸하는 것이므로(행정소송법 제12조 후문 참조), 그 후 동일한 사유로 다시 제재적 행정처분을 하는 것은 위법한 이중처분에 해당한다**(대판 2022.2.11. 2021두40720).
- ⑤ (×) 소급하여 ⇨ 그때부터
 - 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 된다(대판 2015.11.19. 2015두295).

답 ①

15 행정행위의 부관에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 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.
- ② 부담은 행정청이 일방적 의사표시로 붙일 수 있고, 상대방의 동의를 얻거나 상대방과 협의하여 부담의 내용에 대해 협약의 형식으로 미리 정한 다음 행정처분을 하면서 이를 부가할 수도 있다.
- ③ 허가에 붙은 기한의 종기 도래로 허가의 효력이 상실된 경우, 기한연장신청 거부에 대한 집행정지로 인해 그 효력이 회복되므로 집행정지신청의 이익이 있다.
- ④ 행정청은 부관을 붙일 수 있는 처분에 당사자의 동의가 있는 경우에는 그 처분을 한 후에도 부관을 새로 붙일 수 있다.
- ⑤ 건축허가를 하면서 일정 토지를 기부채납하도록 한 허가조건의 효력이 무효라고 하더라도, 무효인 허가조건을 유효한 것으로 믿고 토지를 증여하였다면 이는 동기의 착오에 불과하여 그 소유권이전등기의 말소를 청구할 수는 없다.

해설

- ① (○) 재량행위에 있어서는 법령상의 근거가 없다고 하더라도 그 내용이 적법하고 이행가능하며 비례의 원칙 및 평등의 원칙에 적합하고 행정처분의 본질적 효력을 해하지 아니하는 한도 내에서 부관을 붙일 수 있다. (대판 1997.3.14. 96누16698)
- ② (○) 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).
- ③ (×) 거부처분에 대한 집행정지신청은 신청의 이익이 없어 부적법.
 - 신청에 대한 거부처분의 효력을 정지하더라도 거부처분이 없었던 것과 같은 상태, 즉 거부처분이 있기 전의 신청시의 상태로 되돌아가는 데에 불과하고 행정청에게 신청에 따른 처분을 하여야 할 의무가 생기는 것이 아니므로, 거부처분의 효력정지는 그 거부처분으로 인하여 신청인에게 생길 손해를 방지하는 데 아무런 보탬이 되지 아니하여 그 효력정지를 구할 이익이 없다. (대결 1995.6.21. 자 95두26).
 - 사행행위등규제법 제7조 제2항의 규정에 의하면 사행행위영업허가의 효력은 유효기간 만료 후에도 재허가신청에 대한 불허가처분을 받을 때까지 당초 허가의 효력이 지속된다고 볼 수 없으므로 허가갱신신청을 거부한 불허처분의 효력을 정지하더라도 이로 인하여 유효기간이 만료된 허가의 효력이 회복되거나 행정청에게 허가를 갱신할 의무가 생기는 것도 아니라 할 것이니 투전기업소갱신허가불허처분의 효력을 정지하더라도 불허처분으로 입게 될 손해를 방지하는 데에 아무런 소용이 없고 따라서 불허처분의 효력정지를 구하는 신청은 이익이 없어 부적법하다. (대결 1993.2.10. 자 92두72).
- ④ (○)

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

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

- 행정처분이 발하여진 후 새로운 부담을 부가하거나 이미 부가되어 있는 부담의 범위 또는 내용 등을 변경하는 이른바 사후부담은, 법률에 명문의 규정이 있거나 그것이 미리 유보되어 있는 경우 또는 상대방의 동의가 있는 경우에 허용되는 것이 원칙이다. (대판 2007.12.28. 2005다72300).
- 행정처분에 이미 부담이 부가되어 있는 상태에서 그 의무의 범위 또는 내용 등을 변경하는 부관의 사후변경은, 법률에 명문의 규정이 있거나 그 변경이 미리 유보되어 있는 경우 또는 상대방의 동의가 있는 경우에 한하여 허용되는 것이 원칙이지만, 사정변경으로 인하여 당초에 부담을 부가한 목적을 달성할 수 없게 된 경우에도 그 목적달성에 필요한 범위 내에서 예외적으로 허용된다. (대판 1997.5.30. 97누262).
- ⑤ (○) 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. 이 경우 허가조건이 무효라고 하더라도 그 부관 및 본체인 건축허가 자체의 효력이 문제됨은 별론으로 하고, 허가신청대행자가 그 소유인 토지를 허가관청에게 기부채납함에 있어 위 허가조건은 증여의사표시를 하게 된 하나의 동기 내지 연유에 불과한 것이고, 위 허가신청대행자가 건축허가를 받은 토지의 일부를 반드시 허가관청에 기부채납하여야 한다는 법령상의 근거규정이 없음에도 불구하고 위 허가조건에 따라 위 토지를 기부채납하여야만 허가신청인들이 시공한 건축물의 준공검사가 나오는 것으로 믿고 증여계약을 체결하여 허가관청인 시 앞으로 위 토지에 관하여 소유권이전등기를 경료하여 주었다면 이는 일종의 동기의 착오로서 그 허가조건상의 하자가 허가신청대행자의 증여의사표시 자체에 직접 영향을 미치는 것은 아니므로, 이를 이유로 하여 위 시 명의의 소유권이전등기의 말소를 청구할 수는 없다. (대판 1995.6.13. 94다56883).

답 ③

16 [각론 ①⑤번은 총론도 관련됨] 공무원관계에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 공무원이 한 사직 의사표시의 철회와 취소는 그에 터잡은 의원면직처분이 있을 때까지 할 수 있는 것이고, 일단 면직처분이 있고 난 후에는 철회나 취소할 여지가 없다.
- ② 임용권자는 인사위원회의 심의·의결 결과를 존중하여야 하므로, 인사위원회의 심의·의결 결과와는 다른 내용으로 승진대상자를 결정하여 승진임용을 할 수 없다.
- ③ 징계위원회의 구성 또는 징계의결 등, 그 밖에 절차상의 흠이 있다는 사유로 소청심사위원회 또는 법원에서 징계처분 등의 무효 또는 취소의 결정이나 판결을 받은 경우에 처분권자는 다시 징계의결 등을 요구하여야 한다.
- ④ 직권면직처분이 직위해제처분을 사유로 하였다 하더라도 일사부재리원칙에 위배되지 않는다.
- ⑤ 임용 당시 공무원 임용 결격사유가 있었다면 비록 국가의 과실에 의하여 임용 결격자임을 밝혀내지 못하였다 하더라도 그 임용행위는 당연무효로 보아야 한다.

해설

- ① (○) 공무원이 한 사직 의사표시의 철회나 취소는 그에 터잡은 의원면직처분이 있을 때까지 할 수 있는 것이고, 일단 면직처분이 있고 난 이후에는 철회나 취소할 여지가 없다(대판 2001.8.24. 99두9971).
- cf) 사직의 의사표시 후 의원면직처분 전에 이를 철회 가능하나 철회가 신의칙에 반하면 불허용 : 공무원이 한 사직의 의사표시는 그에 터잡은 의원면직처분이 있을 때까지는 원칙적으로 이를 철회할 수 있는 것이지만, 다만 의원면직처분이 있기 전이라도 사직의 의사표시를 철회하는 것이 신의칙에 반한다고 인정되는 특별한 사정이 있는 경우에는 그 철회는 허용되지 아니한다(대판 1993.7.27. 92누16942).
- ② (×) 지방공무원법상 임용권자는 인사위원회의 심의·의결 결과와 다른 내용으로 승진대상자를 결정하여 승진임용을 할 수 있음 : 징계에 관해서는 인사위원회의 징계의결 결과에 따라 징계처분을 하여야 한다고 분명하게 규정하고 있는 반면(지방공무원법 제69조 제1항), 승진임용에 관해서는 인사위원회의 사전심의를 거치도록 규정하였을 뿐 그 심의·의결 결과에 따라야 한다고 규정하고 있지 않으므로, 임용권자는 인사위원회의 심의·의결 결과와는 다른 내용으로 승진대상자를 결정하여 승진임용을 할 수 있다. '지방공무원 임용령' 제38조의5가 '임용권자는 특별한 사유가 없으면 소속 공무원의 승진임용을 위한 인사위원회의 사전심의를 또는 승진의결 결과에 따라야 한다.'라고 규정하고 있으나 위 규정은 지방공무원법의 구체적인 위임에 따른 것이 아니므로 그로써 임용권자의 인사재량을 배제한다고 볼 수 없으며, 문언 자체로도 특별한 사유가 있으면 임용권자가 인사위원회의 심의·의결 결과를 따르지 않을 수 있음을 전제하고 있으므로 임용권자로 하여금 가급적 인사위원회의 심의·의결 결과를 존중하라는 취지로 이해하여야 한다(대판 2022.2.11. 2021도13197).
- ③ (○)
 - 국가공무원법 제78조의3(재징계의결 등의 요구)
 - ① 처분권자(대통령이 처분권자인 경우에는 처분 제청권자)는 다음 각 호에 해당하는 사유로 소청심사위원회 또는 법원에서 징계처분등의 무효 또는 취소(취소명령 포함)의 결정이나 판결을 받은 경우에는 다시 징계의결 또는 징계부가금 부과 의결(이하 "징계의결등"이라 한다)을 요구하여야 한다. 다만, 제3호의 사유로 무효 또는 취소(취소명령 포함)의 결정이나 판결을 받은 감봉·견책처분에 대하여는 징계의결을 요구하지 아니할 수 있다.
 1. 법령의 적용, 증거 및 사실 조사에 명백한 흠이 있는 경우
 2. 징계위원회의 구성 또는 징계의결등, 그 밖에 절차상의 흠이 있는 경우
 3. 징계양정 및 징계부가금이 과다(過多)한 경우
 - ② 처분권자는 제1항에 따른 징계의결등을 요구하는 경우에는 소청심사위원회의 결정 또는 법원의 판결이 확정된 날부터 3개월 이내에 관할 징계위원회에 징계의결등을 요구하여야 하며, 관할 징계위원회에서는 다른 징계사건에 우선하여 징계의결등을 하여야 한다.
- ④ (○) 직권면직처분과 이보다 앞서 행하여진 직위해제처분은 그 목적을 달리한 각 별개의 독립된 처분이라 할 것이므로 본건 직권면직처분이 직위해제처분을 사유로 하였다 하더라도 일사부재리원칙에 위배되지 않는다(대판 1983.10.25. 83누340).
- ⑤ (○) 국가공무원법에 규정되어 있는 공무원임용결격사유는 공무원으로 임용되기 위한 절대적인 소극적 요건으로서 공무원관계는 국가공무원법 제38조, 공무원임용령 제11조의 규정에 의한 채용후보자 명부에 등록된 때가 아니라 국가의 임용에 있는 때에 설정되는 것이므로 공무원임용결격사유가 있는지의 여부는 채용후보자 명부에 등록된 때가 아닌 임용 당시에 시행되던 법률을 기준으로 하여 판단하여야 한다. 임용당시 공무원임용결격사유가 있었다면 비록 국가의 과실에 의하여 임용결격자임을 밝혀내지 못하였다 하더라도 그 임용행위는 당연무효로 보아야 한다(대판 1987.4.14. 86누459).

답 ②

17 다음 사례에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

「소방시설 설치 및 관리에 관한 법률」은 “건축허가 등의 권한이 있는 행정기관은 건축허가 등을 할 때 미리 그 건축물 등의 소재지를 관할하는 소방서장의 동의를 받아야 한다.”고 규정하고 있다. 甲은 건물 신축을 위해 A시 시장 乙에게 「건축법」상 건축허가신청을 하였으나, 乙은 A시 소방서장 丙의 동의 거부를 이유로 건축불허가처분을 하였다.

- ① 乙이 건축불허가처분을 하면서 丙의 건축부동의 의견을 듣고 있으나 丙이 건축부동의로 삼은 사유가 보완이 가능한 것인 경우, 乙이 보완을 요구하지 아니한 채 곧바로 건축허가 신청을 거부한 것은 재량권의 범위를 벗어난 것이다.
- ② 乙의 건축불허가처분에 불복하여 甲이 제기한 취소소송에서 법원은 丙을 소송에 참가시킬 필요가 있다고 인정하는 경우 丙을 당해 소송에 참가시키는 결정을 할 수 있다.
- ③ 乙의 건축불허가처분에 불복하여 甲이 제기한 취소소송에서 인용판결이 확정되면 丙에게도 판결의 기속력이 발생한다.
- ④ 乙이 건축불허가처분을 하면서 건축불허가 사유뿐만 아니라 丙의 건축부동의 사유를 듣고 있는 경우, 甲은 건축불허가처분에 관한 쟁송에서 丙의 건축부동의 사유에 관하여는 다툴 수 없다.
- ⑤ 甲이 위 건축불허가처분을 취소소송으로 다투고자 하는 경우 피고는 乙이 된다.

해설

- ① (○) 건축불허가처분을 하면서 그 사유의 하나로 소방시설과 관련된 소방서장의 건축부동의 의견을 듣고 있으나 그 보완이 가능한 경우, 보완을 요구하지 아니한 채 곧바로 건축허가신청을 거부한 것은 재량권의 범위를 벗어난 것이어서 위법하다(대판 2004.10.15. 2003두6573).
- ② (○) 행정소송법 제17조(행정청의 소송참가) ① 법원은 다른 행정청을 소송에 참가시킬 필요가 있다고 인정할 때에는 당사자 또는 당해 행정청의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 그 행정청을 소송에 참가시킬 수 있다.
- ③ (○) 행정소송법 제30조(취소판결등의 기속력) ① 처분등을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다.
- ④ (×) 건축허가권자가 건축불허가처분을 하면서 그 처분사유로 건축불허가 사유뿐만 아니라 구 소방법 제8조 제1항에 따른 소방서장의 건축부동의 사유를 듣고 있다고 하여 그 건축불허가처분 외에 별개로 건축부동의처분이 존재하는 것이 아니므로, 그 건축불허가처분을 받은 사람은 그 건축불허가처분에 관한 쟁송에서 건축법상의 건축불허가 사유뿐만 아니라 소방서장의 부동의 사유에 관하여도 다툴 수 있다(대판 2004.10.15. 2003두6573).
- ⑤ (○) 건축불허가처분 취소소송은 처분청인 시장이 피고.

답 ④

18 법령의 개정과 신뢰보호원칙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 법령의 개정에서 구 법령의 존속에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하며, 법령의 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 법령으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 신뢰의 파괴를 정당화할 수 없다면, 입법자는 경과규정을 두는 등 당사자의 신뢰를 보호할 적절한 조치를 하여야 한다.
- ② 신뢰보호는 절대적이거나 어느 생활영역에서나 균일한 것은 아니고 개개의 사안마다 관련된 자유나 권리 등에 따라 보호의 정도와 방법이 다를 수 있으며, 새로운 법령을 통하여 실현하고자 하는 공익적 목적이 우월한 때에는 이를 고려하여 제한될 수 있다.
- ③ 신뢰보호원칙의 위배 여부를 판단하기 위하여는 한편으로는 침해받은 이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰가 손상된 정도, 신뢰침해의 방법 등과 다른 한편으로는 새 법령을 통해 실현하고자 하는 공익적 목적을 종합적으로 비교·형량하여야 한다.
- ④ 진정소급입법이라 하더라도 예외적으로 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우 등에는 허용될 수 있다.
- ⑤ 새로운 법령에 의한 신뢰이익의 침해는 새로운 법령이 과거의 사실 또는 법률관계에 소급적용되는 경우에 한하여 문제된다.

해설

- ① (○) 법령의 개정에서 입법자의 광범위한 재량이 인정되는 경우라 하더라도 구 법령의 존속에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하며 법령의 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 법령으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 신뢰의 파괴를 정당화할 수 없다면 입법자는 경과규정을 두는 등 당사자의 신뢰를 보호할 적절한 조치를 하여야 하며 이와 같은 적절한 조치 없이 새 법령을 그대로 시행하거나 적용하는 것은 허용될 수 없는바, 이는 헌법의 기본원리인 법치주의 원리에서 도출되는 신뢰보호의 원칙에 위배되기 때문이다(대판 2013.4.26. 2011다14428).
- ②③ (○) 법령의 개정에서 신뢰보호원칙이 적용되어야 하는 이유는 어떤 법령이 장래에도 그대로 존속할 것이라는 합리적이고 정당한 신뢰를 바탕으로 국민이 그 법령에 상응 하는 구체적 행위로 나아가 일정한 법적 지위나 생활관계를 형성하여 왔음에도 국가가 이를 전혀 보호하지 않는다면, 법질서에 대한 국민의 신뢰는 무너지고 현재의 행위에 대한 장래의 법적 효과를 예견할 수 없게 되어 법적 안정성이 크게 저해되기 때문이라 할 것이나, 이러한 신뢰보호는 절대적이거나 어느 생활영역에서나 균일한 것은 아니고 개개의 사안마다 관련된 자유나 권리, 이익 등에 따라 보호의 정도와 방법이 다를 수 있으며, 새로운 법령을 통하여 실현하고자 하는 공익적 목적이 우월한 때에는 이를 고려하여 제한될 수 있다고 할 것이므로 이러한 신뢰보호원칙의 위배 여부를 판단하기 위하여는 한편으로는 침해받은 이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰가 손상된 정도, 신뢰침해의 방법 등과 다른 한편으로는 새 법령을 통해 실현하고자 하는 공익적 목적을 종합적으로 비교·형량하여야 할 것이다(대판 2006. 11. 16. 2003두12899).
- ④ (○) **진정소급입법은 원칙적 금지, 예외적 허용**: 기존의 법에 의해 형성되어 이미 굳어진 개인의 법적 지위를 사후입법을 통해 박탈하는 내용의 진정소급입법은 개인의 신뢰보호와 법적 안정성을 내용으로 하는 법치국가원리에 의하여 특단의 사정이 없는 한 헌법적으로 허용되지 않는 것이 원칙이고, 다만 일반적으로 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나 법적 상태가 불확실하고 혼란스러워 보호할 만한 신뢰이익이 적은 경우와 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우 그리고 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우 등에는 예외적으로 진정소급입법이 허용된다(헌재결 1998.9.30. 97헌바38; 헌재결 1999.7.22. 97헌바76, 98헌바50·51·52·54·55 병합).
- ⑤ (×) 새로운 법령에 의한 신뢰이익의 침해는 새로운 법령이 과거의 사실 또는 법률관계에 소급적용되는 경우에 한하여 문제되는 것은 아니고, **과거에 발생하였지만 완성되지 않고 진행중인 사실 또는 법률관계 등을 새로운 법령이 규율함으로써 종전에 시행되던 법령의 존속에 대한 신뢰이익을 침해하게 되는 경우에도 신뢰보호의 원칙이 적용될 수 있다**(대판 2006.11.16. 2003두12899).
 - └ 진정소급입법이 원칙적으로 금지되는 이유: 신뢰보호원칙
 - └ 부진정소급입법이 예외적으로 제한되는 이유: 신뢰보호원칙
 - ♥ **소급입법금지 원칙**: 종결된 사실·법률관계에 적용하는 것을 내용으로 하는 법령 제정(진정소급입법) 금지
 - 진정소급입법은 원칙적 금지, 예외적 인정. 부진정소급입법은 소급입법이 아니므로 원칙적 인정, 예외적 부정

구분	진정 소급입법	부진정 소급입법
개념	법규 효력 발생일 이전에 이미 완성·종결된 사실·법률관계에 적용	법규효력발생일 이전에 시작했으나 법규효력 발생일까지 계속중인 사실·법률관계에 적용
원칙	부정: 개인의 신뢰보호와 법적 안정성을 내용으로 하는 법치국가원리때문	인정. 단, 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 됨
예외	인정되는 경우 ㉠ 일반적으로 국민이 소급입법을 예상 가능했음 ㉡ 법적 상태가 불확실·혼란 - 보호할 만한 신뢰이익이 적음 ㉢ 소급입법으로 당사자의 손실이 없거나 아주 경미 ㉣ 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화	부정되는 경우: 신뢰보호의 원칙에 의하여 기존의 법률관계를 신뢰하고 행한 재산상·생활상의 조치가 당해 입법에 의하여 추구하는 공익 목적과 비교형량하여 전자가 후자보다 중대하다고 판단되는 경우 - 보통 경과규정을 둠

답 ⑤

19 다음 사례에 있어 「행정기본법」상 인허가의제에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

甲은 자신의 토지에 건축을 하기 위하여 건축허가(주된 허가)를 신청하려고 담당 공무원에게 문의한 결과, 건축허가뿐만 아니라 개발행위허가(의제된 허가)도 받아야 함을 알게 되었다.

- ① 甲은 건축허가를 신청할 때 개발행위허가에 필요한 서류를 함께 제출하여야 한다.
- ② 건축허가 행정청은 건축허가를 하기 전에 개발행위허가에 관하여 미리 개발행위허가 행정청과 협의하여야 한다.
- ③ 개발행위허가 행정청은 건축허가 행정청으로부터 협의를 요청받으면, 법률에 인허가의제 시에도 관련 인허가에 필요한 심의·의견 청취 등 절차를 거친다는 명시적인 규정이 있는 경우 그 절차에 걸리는 기간을 제외하고, 그 요청을 받은 날부터 20일 이내에 의견을 제출하여야 한다.
- ④ 개발행위허가 행정청이 건축허가 행정청으로부터 협의를 요청받고도 법령에서 정한 기간 내에 협의 여부에 관하여 의견을 제출하지 아니하면 건축허가 행정청은 재협의를 요청하여야 한다.
- ⑤ 건축허가와 개발행위허가에 관해 법령에 따른 협의가 된 사항에 대해서는 건축허가를 받았을 때 개발행위허가를 받은 것으로 본다.

해설

행정기본법 제2절 인허가의제		
24조	인허가 의제의 기준	① “인허가의제”란 주된 인허가를 받으면 법률 로 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 협의가 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(절차중중).
25조	인허가 의제의 효과	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.
26조	인허가 의제의 사후관리 등	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.

①②③ (○) 행정기본법 제24조 제2·3·4항
 ④ (×) 협의를 요청받고도 법령에서 정한 기간 내에 협의 여부에 관하여 의견을 제출하지 않으면 **협의가 된 것으로 본다**(행정기본법 제24조 제4항)
 ⑤ (○) 행정기본법 제25조 제1항

답 ④

20 행정지도에 대한 설명으로 옳은 것만을 다음 내용에서 모두 고르면?

- ㉠ 행정지도가 강제성을 띠지 않은 비권력적 작용으로서 행정지도의 한계를 일탈하지 아니하였다면, 그로 인하여 상대방에게 어떤 손해가 발생하였다 하더라도 행정기관은 그에 대한 손해배상책임이 없다.
- ㉡ 행정작용의 법적 성격이 행정지도의 일종이지만, 그에 따르지 않을 경우 일정한 불이익 조치를 예정하고 있어 사실상 상대방에게 그에 따를 의무를 부과하는 것과 다를 바 없는 경우라면 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라고 볼 수 있다.
- ㉢ 위법한 행정지도에 따라 사인의 신고행위가 허위신고행위에 이르렀다면 원칙적으로 그 사인의 행위는 위법성이 조각된다.
- ㉣ 「행정절차법」상 행정지도는 문서뿐만 아니라, 말로써 하는 것도 허용된다.
- ㉤ 행정지도는 사실행위에 불과하여 법적 구속력을 가지지 아니하므로 「행정절차법」상의 비례원칙이 적용되지 아니한다.

- ① ㉠, ㉡
- ② ㉡, ㉣
- ③ ㉠, ㉡, ㉣
- ④ ㉡, ㉢, ㉤
- ⑤ ㉢, ㉣, ㉤

해설

- ㉠ (○) 행정지도가 강제성을 띠지 않은 비권력적 작용으로서 행정지도의 한계를 일탈하지 아니하였다면, 그로 인하여 상대방에게 어떤 손해가 발생하였다 하더라도 행정기관은 그에 대한 손해배상책임이 없다(대판 2008.9.25. 2006다18228).
- ㉡ (○) 행정지도는 행정주체가 일정한 행정목적 실현하기 위하여 사인 등 상대방에 대하여 권고·조언 등의 방법으로 일정한 행위를 하거나 하지 않도록 유도하는 비권력적 사실행위로서, 그 자체로 일정한 법적 효과의 발생을 목적으로 하지 않고, 다만 상대방의 임의적인 협력을 통하여 사실상의 효과를

발생시키는 것에 불과하므로, 원칙적으로 헌법소원의 대상으로서의 공권력행사성이 인정되지 않는다. 그러나 행정지도라고 하더라도 일정한 불이익조치를 예정하고 있는 경우에는 사실상 상대방에게 그에 따른 의무를 부과하는 것과 다를 바 없어, 행정지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 상당히 강하게 가지게 되므로, 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라고 봄이 타당하다(헌재결 2003.6.26. 2002헌마337, 2003헌마7·8).

- ㉔ (×) **위법한 행정지도에 따른 사인의 행위는 위법성이 조각(阻却)되지 않음** : 행정관청이 토지거래계약신고에 관하여 공시된 기준가격을 기준으로 매매가격을 신고하도록 행정지도하여 왔고 그 기준가격 이상으로 매매가격을 신고한 경우에는 거래신고서를 접수하지 않고 반려하는 것이 관행화되어 있다 하더라도 이는 법에 어긋나는 관행이라 할 것이므로 그와 같은 위법한 관행에 따라 허위신고행위에 이르렀다고 하여 그 범법행위가 사회상규에 위배되지 않는 정당한 행위라고는 볼 수 없다(대판 1992.4.24. 91도1609).

㉕ (○)

• 행정절차법 제49조(행정지도의 방식)

- ① 행정지도를 하는 자는 그 상대방에게 그 행정지도의 **취지 및 내용과 신분**을 밝혀야 한다.
 - ☑ 직무수행에 특별한 지장이 있는 경우 행정지도의 취지·내용과 신분을 밝히지 않을 수 있다(×).
- ② 행정지도가 **말로 이루어지는 경우**에 상대방이 제1항의 사항을 적은 **서면의 교부를 요구**하면 그 행정지도를 하는 자는 직무 수행에 특별한 지장이 없으면 이를 교부하여야 한다.(교부할 수 있다×)
 - ☑ 행정지도를 말로 한 경우 서면교부를 요구하면 반드시 교부해야 한다(×).
 - ☑ 행정지도는 반드시 문서로 해야 한다(×).
 - ☑ 행정지도는 직무수행에 특별한 지장이 없는 한 서면으로 해야 한다(×).

㉖ (×) 비례원칙은 모든 국가작용에 적용되며, 행정지도와 관련하여 행정절차법에서도 비례원칙을 규정.

• 행정절차법 48조(행정지도의 원칙) 「비례원칙(필요성) 「임의성 원칙

- ① 행정지도는 그 목적 달성에 **필요한 최소한도**에 그쳐야 하며, 행정지도의 상대방의 의사에 반하여 **부당하게 강요**하여서는 아니 된다.
- ② 행정기관은 행정지도의 상대방이 행정지도에 따르지 아니하였다는 것을 이유로 **불이익한 조치를 하여서는 아니 된다.** - 불이익조치금지원칙
 - ☑ 행정절차법은 행정지도와 관련하여 부당결부금지원칙을 규정하고 있다.(×) - 명시적 규정 없음. 불이익조치금지원칙을 규정.

답 ③

21 「행정절차법」의 내용에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정절차에 관한 사항이라도 국회 또는 지방의회의 의결을 거치거나 동의 또는 승인을 받아 행하는 사항의 경우에는 「행정절차법」의 적용이 배제된다.
- ② 「행정절차법」상 ‘당사자등’이란 행정청의 처분에 대하여 직접 그 상대가 되는 당사자 및 행정청이 직권으로 또는 신청에 따라 행정절차에 참여하게 한 이해관계인을 의미한다.
- ③ 「행정절차법」상 ‘의견제출’이란 행정청이 어떠한 행정작용을 하기 전에 당사자등이 의견을 제시하는 절차로서 청문이나 공청회에 해당하는 절차를 말한다.
- ④ 행정청이 처분을 할 때에는 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 문서로 하여야 하며, 이를 위반한 처분은 하자가 중대·명백하여 원칙적으로 무효이다.
- ⑤ 국회사무총장·법원행정처장·헌법재판소사무처장 및 중앙선거관리위원회사무총장을 제외한 행정청은 정부시책이나 행정제도 및 그 운영의 개선에 관한 국민의 창의적인 의견이나 고안을 접수·처리하여야 한다.

해설

① (○)

• 행정절차법 제3조(적용 범위) ② 이 법은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항에 대하여는 적용하지 아니한다.

- 1. 국회 또는 지방의회의 의결을 거치거나 동의 또는 승인을 받아 행하는 사항
- 2. 법원 또는 군사법원의 재판에 의하거나 그 집행으로 행하는 사항
- 3. 헌법재판소의 심판을 거쳐 행하는 사항
- 4. 각급 선거관리위원회의 의결을 거쳐 행하는 사항
- 5. 감사원이 감사위원회의의 결정을 거쳐 행하는 사항
- 6. 형사(刑事), 행형(行刑) 및 보안처분 관계 법령에 따라 행하는 사항
- 7. 국가안전보장·국방·외교 또는 통일에 관한 사항 중 행정절차를 거칠 경우 국가의 중대한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 사항
- 8. 심사청구, 해양안전심판, 조세심판, 특허심판, 행정심판, 그 밖의 불복절차에 따른 사항
- 9. 「병역법」에 따른 징집·소집, 외국인의 출입국·난민인정·귀화, 공무원 인사 관계 법령에 따른 징계와 그 밖의 처분, 이해 조정을 목적으로 하는 법령에 따른 알선·조정·중재(仲裁)·재정(裁定) 또는 그 밖의 처분 등 해당 행정작용의 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 거칠 필요가 없다고 인정되는 사항과 행정절차에 준하는 절차를 거친 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항

② (○), ③ (×) 의견청취절차 중 의견제출은 청문·공청회에 해당하지 않는 절차임.

• 행정절차법 제2조(정의)

- 4. “당사자등”이란 다음 각 목의 자를 말한다.
 - 가. 행정청의 처분에 대하여 **직접 그 상대가 되는 당사자**
 - 나. 행정청이 직권으로 또는 신청에 따라 행정절차에 참여하게 한 **이해관계인**
- 7. “의견제출”이란 행정청이 어떠한 행정작용을 하기 전에 당사자등이 의견을 제시하는 절차로서 **청문이나 공청회에 해당하지 아니하는 절차를** 말한다. * 행정청은 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우 원칙적으로 의견청취 절차(청문, 공청회, 의견제출 중 1개 이상)를 거쳐야 함.

④ (○) 처분방식은 원칙적으로 문서이며, 문서로 할 처분을 구두로 한 처분은 무효

• 면허관청이 운전면허정지처분을 하면서 별지 52호 서식의 통지서에 의하여 면허정지사실을 통지하지 아니하거나 처분집행예정일 7일 전까지 이를

발송하지 아니한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 위 관계 법령이 요구하는 절차·형식을 갖추지 아니한 조치로서 그 효력이 없고, 이와 같은 법리는 면허관청이 임의로 출석한 상대방의 편의를 위하여 구두로 면허정지사실을 알렸다고 하더라도 마찬가지이다(대판 1996.6.14. 95누17823).

• 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)

• 행정절차법 제24조(처분의 방식)

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

⑤ ○

• 행정절차법 제2조(정의) 제52조의2(국민제안의 처리) ① 행정청(국회사무총장·법원행정처장·헌법재판소사무처장 및 중앙선거관리위원회사무총장은 제외한다)은 정부시책이나 행정제도 및 그 운영의 개선에 관한 국민의 창의적인 의견이나 고안(이하 "국민제안"이라 한다)을 접수·처리하여야 한다.

답 ③

22 [각론] 경찰관의 직무집행에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 경찰관은 수상한 행동이나 그 밖의 주위 사정을 합리적으로 판단하여 볼 때 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 사람을 정지시켜 질문할 수 있고, 질문을 할 때에 그 사람이 흥기를 가지고 있는지를 조사할 수 있다.
- ② 경찰관으로부터 임의동행 요구를 받은 경우 상대방은 이를 거절할 수 있을 뿐만 아니라 임의동행 후 언제든지 경찰관서에서 퇴거할 자유가 있다.
- ③ 경찰청장은 위해성 경찰장비를 새로 도입하려는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 안전성 검사를 실시하여 그 안전성 검사의 결과보고서를 국회 소관 상임위원회에 제출하여야 하며, 이 경우 안전성 검사에는 외부 전문가를 참여시켜야 한다.
- ④ 경찰관의 제지 조치가 적법한지 여부는 사후적으로 순수한 객관적 기준에서 판단하여야 한다.
- ⑤ 경찰관이 교통법규 등을 위반하고 도주하는 차량을 순찰차로 추적하는 직무를 집행하는 중에 그 도주차량의 주행에 의하여 제3자가 손해를 입었다고 하더라도 그 추적이 당해 직무 목적을 수행하는 데에 불필요하다거나 또는 도주차량의 도주의 태양 및 도로교통상황 등으로부터 예측되는 피해발생의 구체적 위험성의 유무 및 내용에 비추어 추적의 개시·계속 혹은 추적의 방법이 상당하지 않다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 추적행위를 위법하다고 할 수는 없다.

해설

① ○

• 경찰관 직무집행법 제3조(불심검문)

- ① 경찰관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람을 정지시켜 질문할 수 있다.
 - 1. 수상한 행동이나 그 밖의 주위 사정을 합리적으로 판단하여 볼 때 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 사람
 - 2. 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관한 사실을 안다고 인정되는 사람
- ③ 경찰관은 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에게 질문을 할 때에 그 사람이 흥기를 가지고 있는지를 조사할 수 있다.

② ○

임의동행한 경우 당해인을 6시간을 초과하여 경찰관서에 머물게 할 수 없다고 규정하고 있는 경찰관직무집행법 제3조 제6항이 임의동행한 자를 6시간 동안 경찰관서에 구금하는 것을 허용하는 것은 아님 : 임의동행은 상대방의 동의 또는 승낙을 그 요건으로 하는 것이므로 경찰관으로부터 임의동행 요구를 받은 경우 상대방은 이를 거절할 수 있을 뿐만 아니라 임의동행 후 언제든지 경찰관서에서 퇴거할 자유가 있다 할 것이고, 경찰관직무집행법 제3조 제6항이 임의동행한 경우 당해인을 6시간을 초과하여 경찰관서에 머물게 할 수 없다고 규정하고 있다고 하여 그 규정이 임의동행한 자를 6시간 동안 경찰관서에 구금하는 것을 허용하는 것은 아니다(대판 1997.8.22. 97도1240).

• 경찰관 직무집행법 제3조(불심검문)

- ② 경찰관은 제1항에 따라 같은 항 각 호의 사람을 정지시킨 장소에서 질문을 하는 것이 그 사람에게 불리하거나 교통에 방해가 된다고 인정될 때에는 질문을 하기 위하여 가까운 경찰서·지구대·파출소 또는 출장소(지방해양경찰관서를 포함하며, 이하 "경찰관서"라 한다)로 동행할 것을 요구할 수 있다. 이 경우 동행을 요구받은 사람은 그 요구를 거절할 수 있다.
- ⑥ 경찰관은 제2항에 따라 동행한 사람을 6시간을 초과하여 경찰관서에 머물게 할 수 없다.

③ ○

• 경찰관 직무집행법 제10조(경찰장비의 사용 등) ⑤ 경찰청장은 위해성 경찰장비를 새로 도입하려는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 안전성 검사를 실시하여 그 안전성 검사의 결과보고서를 국회 소관 상임위원회에 제출하여야 한다. 이 경우 안전성 검사에는 외부 전문가를 참여시켜야 한다.

④ (×) 경찰관직무집행법 제6조에 따른 경찰관의 제지 조치가 적법한 직무집행으로 평가될 수 있기 위한 요건 및 그 제지 조치가 적법한지 판단하는 기준 : 경찰관직무집행법 제6조에 따른 경찰관의 제지 조치가 적법한 직무집행으로 평가될 수 있기 위해서는, 형사처벌의 대상이 되는 행위가 눈앞에서 막 이루어지려고 하는 것이 객관적으로 인정될 수 있는 상황이고, 그 행위를 당장 제지하지 않으면 곧 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 상황이며, 직접 제지하는 방법 외에는 위와 같은 결과를 막을 수 없는 절박한 사태이어야 한다. 다만, 경찰관의 제지 조치가 적법한지 여부는 제지 조치 당시의 구체적 상황을 기초로 판단하여야 하고 사후적으로 순수한 객관적 기준에서 판단할 것은 아니다(대판 2013.6.13. 2012도9937).

• 경찰관 직무집행법 제6조(범죄의 예방과 제지) 경찰관은 범죄행위가 목전(目前)에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 하고, 그 행위로 인하여 사람의 생명·신체에 위해를 끼치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 긴급한 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다.

⑤ (○) 경찰관이 교통법규 등을 위반하고 도주하는 차량을 순찰차로 추적하는 직무를 집행하는 중에 그 도주 차량의 주행에 의하여 제3자가 손해를 입은 경우, 경찰관의 추적행위가 위법한 것인지 여부(한정 소극) : 경찰관은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 자 또는 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자를 정지시켜 질문할 수 있고, 또 범죄를 실행중이거나 실행 직후인 자는 현행범인으로, 누구임을 물음에 대하여 도망하려 하는 자는 준현행범인으로 각 체포할 수 있으며, 이와 같은 정지 조치나 질문 또는 체포 직무의 수행을 위하여 필요한 경우에는 대상자를 추적할 수도 있으므로, 경찰관이 교통법규 등을 위반하고 도주하는 차량을 순찰차로 추적하는 직무를 집행하는 중에 그 도주차량의 주행에 의하여 제3자가 손해를 입었다고 하더라도 그 추적이 당해 직무 목적을 수행하는 데에 불필요하다거나 또는 도주차량의 도주의 태양 및 도로교통상황 등으로부터 예측되는 피해발생의 구체적 위험성의 유무 및 내용에 비추어 추적이 개시·계속 혹은 추적의 방법이 상당하지 않다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 추적행위를 위법하다고 할 수는 없다(대판 2000.11.10. 2000다26807 ,26814).

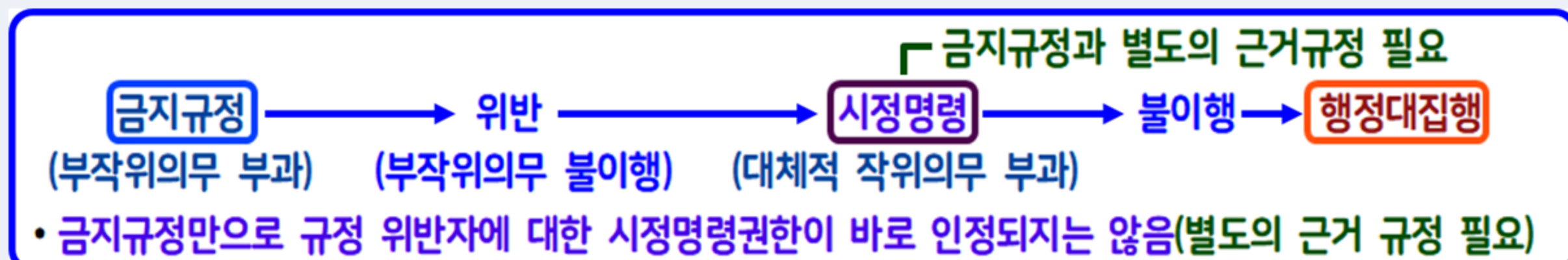
답 ④

23 행정의 실효성 확보수단에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 관계 법령에서 정하고 있는 절대적 금지나 허가를 유보한 상대적 금지를 위반한 경우, 행정청은 당연히 위법상태 제거 의무가 있으므로 위반 결과의 시정을 위한 대집행에 나설 수 있다.
- ② 국가에 토지를 매도한 자가 매매계약에 따라 지상건물을 철거할 의무가 있음에도 이를 이행하지 아니하는 경우에는 당연히 「행정대집행법」에 의한 대집행을 통해 그 의무의 이행을 확보할 수 있다.
- ③ 「농지법」에 근거한 이행강제금 부과처분은 금전급부의무를 부과하는 하명행위로서 처분에 해당하므로 이에 불복하는 경우에는 행정심판이나 행정소송을 통해서 다투어야 한다.
- ④ 「질서위반행위규제법」에 따르면, 행정청은 당사자가 「고용보험법」에 따른 실업급여수급자에 해당하여 과태료를 납부하지가 곤란하다고 인정되면 3년의 범위에서 대통령령으로 정하는 바에 따라 과태료의 분할납부나 납부기일의 연기를 결정할 수 있다.
- ⑤ 「질서위반행위규제법」에 따르면, 행정청은 질서위반행위가 발생하였다는 합리적 의심이 있어 그에 대한 조사가 필요하다고 인정할 때에는 그 소속 직원으로 하여금 당사자의 사무소 또는 영업소에 출입하여 장부·서류 또는 그 밖의 물건을 검사하게 할 수 있고, 해당 검사를 거부·방해 또는 기피한 자에게는 500만 원 이하의 과태료를 부과한다.

해설

① (×) 부작위의무의 위반은 대집행 대상이 아님. 부작위의무를 규정한 금지규정에서 작위의무 명령권이 당연 도출되는 것은 아님(부작위의무의 작위의무로의 전환은 명문규정의 근거 필요) : 행정대집행법 제2조는 대집행의 대상이 되는 의무를 "법률(법률의 위임에 의한 명령, 지방자치단체의 조례를 포함한다. 이하 같다)에 의하여 직접 명령되었거나 또는 법률에 의거한 행정청의 명령에 의한 행위로서 타인이 대신하여 행할 수 있는 행위"라고 규정하고 있으므로, 대집행제고처분을 하기 위하여는 법령에 의하여 직접 명령되거나 법령에 근거한 행정청의 명령에 의한 의무자의 대체적 작위의무 위반행위가 있어야 한다. 따라서 단순한 부작위의무의 위반, 즉 관계법령에 정하고 있는 절대적 금지나 허가를 유보한 상대적 금지를 위반한 경우에는 당해 법령에서 그 위반자에 대하여 위반에 의하여 생긴 유형적 결과의 시정을 명하는 행정처분의 권한을 인정하는 규정(예 건축법 69조, 도로법 74조, 하천법 67조, 도시공원법 20조, 옥외광고물등관리법 10조 등)을 두고 있지 아니한 이상, 법치주의의 원리에 비추어 볼 때 위와 같은 부작위의무로부터 그 의무를 위반함으로써 생긴 결과를 시정하기 위한 작위의무를 당연히 끌어낼 수는 없으며, 또 위 금지규정(특히, 허가를 유보한 상대적 금지규정)으로부터 작위의무, 즉 위반결과에 대한 시정을 명하는 권한이 당연히 추론되는 것도 아니다. 주택건설촉진법 38조 2항은 공동주택 및 부대시설·복리시설의 소유자·입주자·사용자 등은 부대시설 등에 대하여 도시사의 허가를 받지 않고 사업계획에 따른 용도 이외의 용도에 사용하는 행위 등을 금지하고(정부조직법 5조 1항, 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 4조에 따른 인천광역시사무위임규칙에 의하여 위 허가권이 구청장에게 재위임되었다), 그 위반행위에 대하여 위 주택건설촉진법 52조의2 1호에서 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 하는 벌칙규정만을 두고 있을 뿐, 건축법 69조 등과 같은 부작위의무 위반행위에 대하여 대체적 작위의무로 전환하는 규정을 두고 있지 아니하므로 위 금지규정으로부터 그 위반결과에 대한 시정을 명하는 원상복구명령을 할 수 있는 권한이 도출되는 것은 아니다. 결국 행정청의 원고에 대한 원상복구명령은 권한 없는 자의 처분으로 무효라고 할 것이고, 위 원상복구명령이 당연무효인 이상 후행처분인 제고처분의 효력에 당연히 영향을 미쳐 그 제고처분 역시 무효로 된다(대판 1996.6.28. 96누4374).



- ② (×) 대집행 대상 의무는 공법상 의무의 불이행을 대상으로 하며(공법상 의무이행을 민사집행으로 불가), 私法상 의무불이행시 대집행 불가
- 구 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법」에 의한 협의취득시 건물소유자가 매매대상건물에 대한 철거의무를 부담한다는 약정을 한 경우, 그 철거의무는 행정대집행법상 대집행 대상 의무가 아님(공법상 의무가 아니므로) : 행정대집행법상 대집행 대상인 대체적작위의무는 공법상 의무여야 하는데, 구 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법」에 따른 토지 등의 협의취득은 공공사업에 필요한 토지 등을 그 소유자와의 협의에 의해 취득하는 것으로서 공공기관이 사경제주체로서 행하는 사법상 매매나 사법상 계약의 실질을 가지므로, 협의취득시 건물소유자가 매매대상 건물에 대한 철거의무를 부담하겠다는 취지의 약정을 했더라도 이 철거의무는 공법상의 의무가 될 수 없고, 이 경우에도 행정대집행법을 준용하여 대집행을 허용하는 별도의 규정이 없는 한 위와 같은 철거의무는 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 되지 않는다(대판 2006.10.13. 2006두7096).

③ (×) • 이행강제금(집행법) 부과에 대한 권리구제

- ㄱ 개별법에 특별 규정을 둔 경우(예) 농지법상 이행강제금) ⇨ 행정심판·행정소송 대상 아님.
- ㄴ 개별법에 특별한 규정을 두지 않은 경우(예) 건축법상 이행강제금) ⇨ 행정심판·행정소송 가능.

• 농지법 제62조(이행강제금) ⑦ 제1항에 따른 이행강제금 부과처분을 받은 자가 제6항에 따른 이의를 제기하면 시장·군수 또는 구청장은 지체 없이 관할 법원에 그 사실을 통보해야 하며, 그 통보를 받은 관할 법원은 「비송사건절차법」에 따른 과태로 재판에 준하여 재판을 한다.

• 농지법 62조 1항에 따른 이행강제금 부과처분에 대한 불복절차는 비송사건절차법에 따른 재판이며, 위 이행강제금은 항고소송 대상이 아님/ 관할청이 위 이행강제금 부과처분을 하면서 행정심판이나 행정소송을 청구할 수 있다고 잘못 안내한 경우에도 행정법원의 항고소송 재판관할이 생기지 않음

- ㉠ 농지법은 농지 처분명령에 대한 이행강제금 부과처분에 불복하는 자가 그 처분을 고지받은 날부터 30일 이내에 부과권자에게 이의를 제기할 수 있고, 이의를 받은 부과권자는 지체 없이 관할 법원에 그 사실을 통보하여야 하며, 그 통보를 받은 관할 법원은 비송사건절차법에 따른 과태로 재판에 준하여 재판을 하도록 정하고 있다(제62조 제1항, 제6항, 제7항). 따라서 농지법 제62조 제1항에 따른 이행강제금 부과처분에 불복하는 경우에는 비송사건절차법에 따른 재판절차가 적용되어야 하고, 행정소송법상 항고소송의 대상은 될 수 없다.
- ㉡ 농지법 제62조 제6항, 제7항이 위와 같이 이행강제금 부과처분에 대한 불복절차를 분명하게 규정하고 있으므로, 이와 다른 불복절차를 허용할 수는 없다. 설령 관할청이 이행강제금 부과처분을 하면서 재결청에 행정심판을 청구하거나 관할 행정법원에 행정소송을 할 수 있다고 잘못 안내하거나 관할 행정심판위원회가 각하재결이 아닌 기각재결을 하면서 관할 법원에 행정소송을 할 수 있다고 잘못 안내하였다고 하더라도, 그러한 잘못된 안내로 행정법원의 항고소송 재판관할이 생긴다고 볼 수도 없다.(대판 2019.4.11. 2018두42955)

④ (×) 3년 ⇨ 1년

• 질서위반행위규제법 제24조의3(과태료의 징수유예 등) ① 행정청은 당사자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하여 과태료(체납된 과태료와 가산금, 증가산금 및 체납처분비를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)를 납부하기가 곤란하다고 인정되면 1년의 범위에서 대통령령으로 정하는 바에 따라 과태료의 분할납부나 납부기일의 연기(이하 “징수유예등”이라 한다)를 결정할 수 있다.

1. 「국민기초생활 보장법」에 따른 수급권자
2. 「국민기초생활 보장법」에 따른 차상위계층 중 다음 각 목의 대상자
 - 가. 「의료급여법」에 따른 수급권자
 - 나. 「한부모가족지원법」에 따른 지원대상자
 - 다. 자활사업 참여자
3. 「장애인복지법」 제2조제2항에 따른 장애인
4. 본인 외에는 가족을 부양할 사람이 없는 사람
5. 불의의 재난으로 피해를 당한 사람
6. 납부의무자 또는 그 동거 가족이 질병이나 중상해로 1개월 이상의 장기 치료를 받아야 하는 경우
7. 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에 따른 개인회생절차개시결정자
8. 「고용보험법」에 따른 실업급여수급자
9. 그 밖에 제1호부터 제8호까지에 준하는 것으로서 대통령령으로 정하는 부득이한 사유가 있는 경우

⑤ (○)

• 질서위반행위규제법

제22조(질서위반행위의 조사) ② 행정청은 질서위반행위가 발생하였다는 합리적 의심이 있어 그에 대한 조사가 필요하다고 인정할 때에는 그 소속 직원으로 하여금 당사자의 사무소 또는 영업소에 출입하여 장부·서류 또는 그 밖의 물건을 검사하게 할 수 있다.

제57조(과태료) ① 제22조제2항에 따른 검사를 거부·방해 또는 기피한 자에게는 500만원 이하의 과태료를 부과한다.

24 항고소송의 소송요건에 대한 설명으로 옳지 않은 것만을 다음 내용에서 모두 고르면?

- ㉠ 처분청의 처분에 대한 행정심판위원회의 형성재결(수익적 처분의 취소재결)에 대해서는 그 재결 외에 그에 따른 별도의 처분이 있지 않기 때문에 재결 자체를 쟁송의 대상으로 할 수 있다.
- ㉡ 제재적 행정처분이 그 처분에서 정한 제재기간의 경과로 인하여 그 효과가 소멸되었으나 부령인 시행규칙의 형식으로 정한 처분기준에서 제재적 행정처분(이하 '선행처분'이라고 함)을 받은 것을 가중사유나 전제요건으로 삼아 장래의 제재적 행정처분(이하 '후행처분'이라고 함)을 하도록 정하고 있는 경우, 위 시행규칙이 정한 바에 따라 선행처분을 가중사유 또는 전제요건으로 하는 후행처분을 받을 우려가 현실적으로 존재하는 경우에도 선행처분을 받은 상대방은 그 처분에서 정한 제재기간이 경과한 선행처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없다.
- ㉢ 국가보훈처장 등이 발행한 책자 등에서 독립운동가 등의 활동상을 잘못 기술하였다는 등의 이유로 그 사실관계의 확인을 구하거나, 국가보훈처장의 서훈추천서의 행사·불행사가 당연무효 또는 위법임의 확인을 구하는 것은 항고소송의 대상이 될 수 없다.
- ㉣ 교육감이 학교법인에 대한 감사 실시 후 처리지시를 하고 그와 함께 그 시정조치에 대한 결과를 증빙서를 첨부한 문서로 보고하도록 한 것은, 단순히 권고적 효력만을 가지는 비권력적 사실행위인 행정지도에 불과하여 항고소송의 대상이 될 수 없다.
- ㉤ 행정규칙에 근거한 처분이라도 상대방의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 행위라면 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.

- ① ㉡, ㉢ ② ㉢, ㉣ ③ ㉠, ㉡, ㉢ ④ ㉠, ㉢, ㉣ ⑤ ㉡, ㉢, ㉣

해설

- ㉠ (○) 복효적 행정행위의 경우 수익적 처분의 상대방은 제3자가 청구한 그 처분에 대한 취소심판에서 인용재결인 형성재결(취소재결 : 행정청의 별도의 처분 없이 처분의 효력 상실)이 있으면 재결 외에 그에 따른 행정청의 별도의 처분이 없으므로 인용재결 자체를 대상으로 취소소송을 제기할 수밖에 없음
 - 이른바 복효적 행정행위, 특히 제3자효를 수반하는 행정행위에 대한 행정심판청구에 있어서 그 청구를 인용하는 내용의 재결로 인하여 비로소 권리이익을 침해받게 되는 자(예컨대, 제3자가 행정심판청구인인 경우의 행정처분의 상대방 또는 행정처분의 상대방이 행정심판청구인인 경우의 제3자)는 그 인용재결에 대하여 다툴 필요가 있고, 그 인용재결은 원처분과 내용을 달리하는 것이므로 그 인용재결의 취소를 구하는 것은 원처분에는 없는 재결에 고유한 하자를 주장하는 셈이어서 당연히 항고소송의 대상이 된다고 할 것이고, 더구나 이 사건 재결과 같이 그 인용재결청인 피고 스스로가 직접 이 사건 사업계획승인처분을 취소하는 형성적 재결을 한 경우에는 그 재결 외에 그에 따른 행정청의 별도의 처분이 있지 않기 때문에 재결 자체를 쟁송의 대상으로 할 수밖에 없다고 할 것이다(대판 1997.12.23. 96누10911).
- ㉡ (×) 선행 제재처분을 후행 제재처분의 가중사유로 정한 제재처분기준이 법률이나 시행령(대통령령)은 물론 시행규칙(부령)이나 행정규칙에 규정된 경우 선행 제재처분의 제재기간이 경과되었어도 선행처분이 가중사유가 되어 후행 제재처분을 받을 우려가 존재하는 경우 선행처분의 취소를 구할 (협의의) 소익이 인정됨.
 - 제재적 행정처분이 그 처분에서 정한 제재기간의 경과로 인하여 그 효과가 소멸되었으나, 부령인 시행규칙 또는 지방자치단체의 규칙의 형식으로 정한 처분기준에서 제재적 행정처분을 받은 것을 가중사유나 전제요건으로 삼아 장래의 제재적 행정처분을 하도록 정하고 있는 경우, 선행처분인 제재적 행정처분을 받은 상대방이 그 처분에서 정한 제재기간이 경과하였다 하더라도 그 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있는지 여부(한정 적극) : 제재적 행정처분이 그 처분에서 정한 제재기간의 경과로 인하여 그 효과가 소멸되었으나, 부령인 시행규칙 또는 지방자치단체의 규칙(이하 이들을 '규칙'이라고 한다)의 형식으로 정한 처분기준에서 제재적 행정처분(선행처분)을 받은 것을 가중사유나 전제요건으로 삼아 장래의 제재적 행정처분(후행처분)을 하도록 정하고 있는 경우, 제재적 행정처분의 가중사유나 전제요건에 관한 규정이 법령이 아니라 규칙의 형식으로 되어 있다고 하더라도, 그러한 규칙이 법령에 근거를 두고 있는 이상 그 법적 성질이 대외적·일반적 구속력을 갖는 법규명령인지 여부와는 상관없이, 관할 행정청이나 담당공무원은 이를 준수할 의무가 있으므로 이들이 그 규칙에 정해진 바에 따라 행정작용을 할 것이 당연히 예견되고, 그 결과 행정작용의 상대방인 국민으로서는 그 규칙의 영향을 받을 수밖에 없다. 따라서 그러한 규칙이 정한 바에 따라 선행처분을 받은 상대방이 그 처분의 존재로 인하여 장래에 받을 불이익, 즉 후행처분의 위험은 구체적이고 현실적인 것이므로, 상대방에게는 선행처분의 취소소송을 통하여 그 불이익을 제거할 필요가 있다. 또한, 나중에 후행처분에 대한 취소소송에서 선행처분의 사실관계나 위법 등을 다툴 수 있는 여지가 남아 있더라도, 이러한 사정은 후행처분이 이루어지기 전에 이를 방지하기 위하여 직접 선행처분의 위법을 다투는 취소소송을 제기할 필요성을 부정할 이유가 되지 못한다. 그러한 쟁송방법을 막는 것은 여러 가지 불합리한 결과를 초래하여 권리구제의 실효성을 저해할 수 있기 때문이다. 오히려 앞서 본 바와 같이 행정청으로서 선행처분이 적법함을 전제로 후행처분을 할 것이 당연히 예견되므로, 이러한 선행처분으로 인한 불이익을 선행처분 자체에 대한 소송에서 사전에 제거할 수 있도록 해 주는 것이 상대방의 법률상 지위에 대한 불안을 해소하는 데 가장 유효적절한 수단이 된다고 할 것이고, 또한 그 소송을 통하여 선행처분의 사실관계 및 위법 여부가 조속히 확정됨으로써 이와 관련된 장래의 행정작용의 적법성을 보장함과 동시에 국민생활의 안정을 도모할 수 있다. 이상의 여러 사정과 아울러, 국민의 재판청구권을 보장한 헌법 제27조 제1항의 취지와 행정처분으로 인한 권익침해를 효과적으로 구제하려는 행정소송법의 목적 등에 비추어 행정처분의 존재로 인하여 국민의 권익이 실제로 침해되고 있는 경우는 물론이고 권익침해의 구체적·현실적 위험이 있는 경우에도 이를 구제하는 소송이 허용되어야 한다는 요청을 고려하면, 규칙이 정한 바에 따라 선행처분을 가중사유 또는 전제요건으로 하는 후행처분을 받을 우려가 현실적으로 존재하는 경우에는, 선행처분을 받은 상대방은 비록 그 처분에서 정한 제재기간이 경과하였다 하더라도 그 처분의 취소소송을 통하여 그러한 불이익을 제거할 권리보호의 필요성이 충분히 인정된다고 할 것이므로, 선행처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 보아야 한다(대판 2006.6.22. 2003두1684)
- ㉢ (○) 국가보훈처장 등이 발행한 책자 등에서 독립운동가 등의 활동상을 잘못 기술하였다는 등의 이유로 그 사실관계의 확인을 구하거나, 국가보훈처장의 서훈추천서의 행사, 불행사가 당연무효 또는 위법임의 확인을 구하는 청구는 과거의 역사적 사실관계의 존부나 공법상의 구체적인 법률관계가 아닌 사실관계에 관한 것들을 확인의 대상으로 하는 것이거나 행정청의 단순한 부작위를 대상으로 하는 것으로서 항고소송의 대상이 되지 아니하는 것이다. 국가보훈처장 등에게, 독립운동가들에 대한 서훈추천권의 행사가 적정하지 아니하였으니 이를 바로잡아 다시 추천하고, 잘못 기술된 독립운동가의 활동상을 고쳐 독립운동사 등의 책자를 다시 편찬, 보급하고, 독립기념관 전시관의 해설문, 전시물 중 잘못된 부분을 고쳐 다시 전시 및 배치할 의무가 있음의 확인을 구하는 청구는 작위의무확인소송으로서 항고소송의 대상이 되지 아니한다(대판 1990.11.23. 90누3553).

- ㉔ (×) 교육감이 학교법인에 대한 감사 실시 후 처리지시를 하고 그와 함께 그 시정조치에 대한 결과를 증빙서를 첨부한 문서로 보고하도록 한 것은, 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 것으로서 항고소송 대상인 행정처분 : 피고는 원고에 대하여 이 사건 처리지시와 아울러 그 시정조치에 대한 결과를 증빙서를 첨부한 문서로써 보고하도록 명령함으로써 이 사건 처리지시의 시정조치 결과가 법 제48조에 근거한 보고명령 및 증빙서 첨부명령의 내용에 사실상 포함되어 있으므로 이 사건 처리지시에 따른 시정조치가 선행되지 않는 이상 피고의 위 보고명령 및 증빙서 첨부명령을 이행하기 어렵다고 할 것이다. 또한, 위 보고명령 및 증빙서 첨부명령을 이행하지 않는 경우 학교법인의 이사장이 형사상 처벌을 받거나 법 규정을 위반하였다는 사유로 임원 취임의 승인이 취소될 수도 있다. 이와 같은 사정에 비추어 보면, 원고로서는 위 보고명령 및 증빙서 첨부명령을 이행하기 위하여 이 사건 처리지시에 따른 제반 조치를 먼저 이행하는 것이 사실상 강제되어 있다고 할 것이므로, 이 사건 처리지시는 단순히 권고적 효력만을 가지는 비권력적 사실행위인 행정지도에 불과하다고 보기 어렵고, 원고에게 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 해석함이 상당하다(대판 2008.9.11. 2006두18362)
- ㉕ (○) 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 함은 원칙적으로 행정청의 공법상 행위로서 특정 사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 등으로 일반 국민의 권리 의무에 직접 영향을 미치는 행위를 가리키는 것이지만, 어떠한 처분의 근거나 법적인 효과가 행정규칙에 규정되어 있다고 하더라도, 그 처분이 행정규칙의 내부적 구속력에 의하여 상대방에게 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법적인 효과를 발생하게 하는 등으로 그 상대방의 권리 의무에 직접 영향을 미치는 행위라면, 이 경우에도 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2002.7.26. 2001두3532).

▣ 행정규칙에 근거한 처분의 항고소송 대상 여부

원칙 처분성 부정	항고소송 대상인 행정처분은 행정청의 공법상 행위로서 특정 사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 등으로 일반 국민의 권리 의무에 직접 영향을 미치는 행위를 가리키는 것이므로 행정규칙에 근거한 처분은 원칙적으로 처분성 부정.
예외 처분성 인정	행정규칙에 근거한 처분이라도 상대방의 권리의무에 직접 영향을 미치면 처분성 인정, 항고소송 가능 ㉑ (함양군) 지방공무원 징계양정에 관한 규칙(행정규칙)에 의한 '불문경고조치' : 징계처분이나 경고를 받는 경우 징계감경사유로 사용될 수 있었던 표창공적의 사용가능성을 소멸시킴. 1년 동안 인사기록카드에 등재된 장관표창이나 도지사표창 대상자에서 제외시키는 효과가 있음. ㉒ 검찰총장이 사무검사 및 사건평정을 기초로 「대검찰청 자체감사규정」 및 「검찰공무원의 범죄 및 비위 처리지침」(행정규칙)에 근거하여 검사에 대하여 하는 '경고조치' ㉓ 정부 간 항공노선의 개설에 관한 잠정협정 및 비밀양해각서와 건설교통부 내부지침(행정규칙)에 근거한 항공노선에 대한 운수권배분처분

답 ①

25 판례가 그 처분성을 인정하지 않은 것은 다음 내용 중 모두 몇 개인가?

- ㉑ 코로나바이러스감염증-19의 예방을 위해 음식점 및 PC방 운영자 등에게 영업시간을 제한하거나 이용자 간 거리를 둘 의무를 부여하는 서울특별시고시
- ㉒ 금융감독원장이 종합금융주식회사의 전 대표이사에게 재직 중 위법·부당행위 사례를 첨부하여 금융 관련 법규를 위반하고 신용질서를 심히 문란하게 한 사실이 있다는 내용으로 '문책경고장(상당)'을 보낸 행위
- ㉓ 무단 용도변경을 이유로 단전조치된 건물의 소유자로부터 새로이 전기공급신청을 받은 한국전력공사가 관할 구청장에게 전기공급의 적법 여부를 조회한 데 대하여, 관할 구청장이 한국전력공사에 대하여 「건축법」 규정에 의하여 해당 건물에 대한 전기공급이 불가하다는 내용의 회신
- ㉔ 공법상 재단법인인 총포·화약안전기술협회가 자신의 공행정활동에 필요한 재원을 마련하기 위하여 회비납부의무자에 대하여 한 회비납부통지
- ㉕ 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제172조제3항에 따라 관할관청이 주권상장법인에 한 단기매매차익 발생사실통보

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개 ⑤ 5개

해설

- ㉑ **[처분성 0]** 코로나바이러스감염증-19(이하 '코로나19'라고 한다)의 예방을 위하여 음식점 및 PC방 운영자 등에게 영업시간을 제한하거나 이용자 간 거리를 둘 의무를 부여하는 서울특별시고시들(이하 '심판대상고시'라 함)에 대한 헌법소원심판청구는 보충성 요건 불충족(처분성이 인정되어 항고소송 대상이 되므로) : 심판대상고시는 관내 음식점 및 PC방의 관리자·운영자들에게 일정한 방역수칙을 준수할 의무를 부과하는 것으로서, 피청구인 서울특별시장은 구 감염병예방법 제49조 제1항 제2호에 근거하여 행정처분을 발하려는 의도에서 심판대상고시를 발령한 것이다. 그러므로 심판대상고시는 항고소송의 대상인 행정처분에 해당한다. 심판대상고시의 효력기간이 경과하여 그 효력이 소멸하였으므로, 이를 취소하더라도 그 원상회복은 불가능하다. 그러나 피청구인은 심판대상고시의 효력이 소멸한 이후에도 2022. 4.경 코로나19 방역조치가 종료될 때까지 심판대상고시와 동일·유사한 방역조치를 시행하여 왔고, 향후 다른 종류의 감염병이 발생할 경우 피청구인은 그 감염병의 확산을 방지하기 위하여 심판대상고시와 동일·유사한 방역조치를 취할 가능성도 있다. 그렇다면 심판대상고시와 동일·유사한 방역조치가 앞으로도 반복될 가능성이 있고 이에 대한 법률적 해명이 필요한 경우에 해당하므로 예외적으로 그 처분의 취소를 구할 소의 이익이 인정되는 경우에 해당한다. 그렇다면 심판대상고시는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하고 그 취소를 구할 소의 이익이 인정된다. 따라서 이에 대한 다툼은 우선 행정심판이나 행정소송이라는 구제절차를 거쳤어야 함에도, 이 사건 심판청구는 이러한 구제절차를 거치지 아니하고 제기된 것이므로 보충성 요건을 충족하지 못하였다(헌재 2023.05.25. 2021헌마21).
- ㉒ **[처분성 X]** 금융감독원장이 종합금융주식회사의 전 대표이사에게 재직 중 위법·부당행위 사례를 첨부하여 금융 관련 법규를 위반하고 신용질서를 심히 문란하게 한 사실이 있다는 내용으로 '문책경고장(상당)'을 보낸 행위는 처분에 해당하지 않음 : 이 사건 서면 통보행위는 어떠한 법적 근거에 기하여 발한 것이 아니고, 단지 종합금융회사의 업무와 재산상황에 대한 일반적인 검사권한을 가진 피고가 소외 주식회사에 대하여 검사를 실시한 결과, 원고가 소외 주식회사의 대표이사로 근무할 당시 행한 것으로 인정된 위법·부당행위 사례에 관한 단순한 사실의 통지에 불과한 것으로서, 다만 원고가 재직중인

임원이었다고 한다면 이는 금융기관검사및제재에관한규정 18조 1항 3호 소정의 문책경고의 제재에 해당하는 사례라는 취지로 '문책경고장(상당)'이라는 제목을 붙인 것일 뿐 **금융업 관련 법규에 근거한 문책경고의 제재처분 자체와는 다르고**, 피고로부터 같은 내용을 통보받은 소외 주식회사가 금융기관검사및제재에관한규정시행세칙 64조 2항에 따라 인사기록부에 원고의 위법·부당사실 등을 기록·유지함으로써 원고가 소외 주식회사나 다른 금융기관에 취업함에 있어 지장을 받는 불이익이 있다고 하더라도, 이는 이 사건 서면 통보행위로 인한 것이 아닐 뿐만 아니라 사실상의 불이익에 불과한 것이고, 원고가 주장하는 취업 제한 자체도 불분명하며, 문책경고를 받은 자는 문책경고일로부터 3년간 은행장 또는 상임이사 등이 될 수 없다는 내용이 담긴 은행업감독규정은 실제로 문책경고의 제재처분을 받은 자에 대하여 적용되는 규정으므로 원고와는 무관하고, 불안감이라는 것도 원고가 주장하는 취업제한의 내용에 비추어 볼 때 은행 고위 임원을 선임함에 있어 그러한 제한을 인식해야 할 선임권자 등의 범위는 매우 제한적이어서 그들의 법의식 수준이 위 서면 통보만으로도 이를 문책경고의 법적 효력이 있다고 오해할 것이라고 보기 어려우며, 달리 위 통보행위로 인하여 이미 소외 주식회사로부터 퇴직한 후의 원고의 권리·의무에 직접적 변동을 초래하는 하등의 법률상의 효과가 발생하거나 그러한 법적 불이익이 존재한다고 할 수 없으므로, 이 사건 서면 통보행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 않는다(대판 2005.2.17. 2003두10312).

cf) 금융기관의 임원에 대한 금융감독원장의 문책경고는 처분에 해당 : 「금융기관 검사 및 제재에 관한 규정」 22조는 금융기관의 임원이 문책경고를 받은 경우에는 금융업 관련 법 및 당해 금융기관의 감독 관련 규정에서 정한 바에 따라 일정기간 동안 임원선임의 자격제한을 받는다고 규정하고 있고, 은행법 18조 3항의 위임에 기한 구 은행업감독규정 17조 2호 (다)목, 18조 1호는 제재규정에 따라 문책경고를 받은 자로서 문책경고일로부터 3년이 경과하지 아니한 자는 은행장, 상근감사위원, 상임이사, 외국은행지점 대표자가 될 수 없다고 규정하고 있어서, 문책경고는 그 상대방에 대한 직업선택의 자유를 직접 제한하는 효과를 발생하게 하는 등 상대방의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행위로서 행정처분에 해당한다(대판 2005.2.17. 2003두14765).

- ㉔ **처분성 X** 한국전력공사가 전기공급의 적법 여부를 조회한 데 대한 관할 구청장의 회신은 권고적 성격의 행위로 처분성 없음 : 무단 용도변경을 이유로 단전조치된 건물의 소유자로부터 새로이 전기공급신청을 받은 한국전력공사가 관할 구청장에게 전기공급의 적법 여부를 조회한 데 대하여, 관할 구청장이 한국전력공사에 대하여 건축법 제69조 제2항, 제3항의 규정에 의하여 위 건물에 대한 전기공급이 불가하다는 내용의 회신을 하였다면, 그 회신은 권고적 성격의 행위에 불과한 것으로서 한국전력공사나 특정인의 법률상 지위에 직접적인 변동을 가져오는 것은 아니므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다(대판 1995.11.21. 95누9099).

cf) 행정청의 위법건축물에 대한 단전 및 전화통화단절조치 요청행위는 처분성 없음 : 건축법 제69조 제2항·제3항의 규정에 비추어 보면, 행정청이 위법건축물에 대한 시정명령을 하고 나서 위반자가 이를 이행하지 아니하여 전기·전화의 공급자에게 그 위법건축물에 대한 전기·전화공급을 하지 말아 줄 것을 요청한 행위는 권고적 성격의 행위에 불과한 것으로서 전기·전화공급자나 특정인의 법률상 지위에 직접적인 변동을 가져오는 것은 아니므로 이를 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다(대판 1996.3.22. 96누433).

- ㉕ **처분성 O** 「총포·도검·화약류 등의 안전관리에 관한 법률」에 따른 총포·화약안전기술협회(공법상 재단법인)가 회비납부의무자에 대하여 한 회비납부통지는 부담금 부과처분으로서 항고소송의 대상 : 총포·도검·화약류 등의 안전관리에 관한 법률(이하 '총포화약법'이라 함) 규정 내용과 총포·화약안전기술협회(이하 '협회'라 한다)가 수행하는 업무, 총포화약류로 인한 위험과 재해를 미리 방지함으로써 공공의 안전을 유지하고자 하는 총포화약법의 입법 취지(제1조)를 고려하면, 총포·화약안전기술협회는 총포화약류의 안전관리와 기술지원 등에 관한 국가사무를 수행하기 위하여 법률에 따라 설립된 '공법상 재단법인'이라고 보아야 한다. 항고소송의 대상인 '처분'이란 '행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용'을 말한다(행정소송법 제2조 제1항 제1호). 행정청의 행위가 항고소송의 대상이 될 수 있는지는 추상적·일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 경우에 관련 법령의 내용과 취지, 그 행위의 주체·내용·형식·절차, 그 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익 사이의 실질적 견련성(牽連性), 법치행정의 원리와 그 행위에 관련된 행정청이나 이해관계인의 태도 등을 고려하여 개별적으로 결정해야 한다. 어떠한 처분에 법령상 근거가 있는지, 행정절차법에서 정한 처분 절차를 준수하였는지는 본안에서 해당 처분이 적법한가를 판단하는 단계에서 고려할 요소이지, 소송요건 심사단계에서 고려할 요소가 아니다. 행정청의 행위가 '처분'에 해당하는지가 불분명한 경우에는 그에 대한 불복방법 선택에 중대한 이해관계를 가지는 상대방의 인식가능성과 예측가능성을 중요하게 고려해서 규범적으로 판단해야 한다. 총포화약법 시행령 제78조 제1항 제3호, 제79조 및 총포·화약안전기술협회 정관의 관련 규정의 내용을 위 법리에 비추어 살펴보면, 공법인인 협회가 자신의 공행정활동에 필요한 재원을 마련하기 위하여 회비납부의무자에 대하여 한 '회비납부통지'는 납부의무자의 구체적인 부담금액을 산정·고지하는 '부담금 부과처분'으로서 항고소송의 대상이 된다고 보아야 한다. (대판 2021.1.14. 2020두50324).
- ㉖ **처분성 O** 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제172조제3항에 따라 관할관청이 주권상장법인에 한 단기매매차익 발생사실 통보는 항고소송 대상인 처분(대판 2022.8.19. 2020두44930) : 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제172조 제1항, 제2항에 따르면, 주권상장법인의 임직원 또는 주요주주가 그 법인이 발행한 증권 등을 매수하거나 매도한 뒤 6개월 이내에 매도 또는 매수하여 이익(이하 그 이익을 '단기매매차익'이라 한다)을 얻은 경우, 그 법인은 임직원 또는 주요주주를 상대로 그 이익의 반환을 청구할 수 있고, 해당 법인의 주주는 그 법인으로 하여금 단기매매차익 반환청구를 하도록 요구할 수 있으며, 해당 법인이 일정기한 내에 그 청구를 하지 않는 경우 그 주주는 그 법인을 대위하여 그 청구를 할 수 있다. 나아가 같은 조 제3항은 관할관청은 단기매매차익의 발생사실을 알게 된 경우에는 해당 법인에 이를 통보하여야 하고, 이 경우 그 법인은 통보받은 내용을 일정한 방법에 따라 공시하여야 한다고 규정하고 있다. 위 조항에 따라 관할관청이 주권상장법인에 한 단기매매차익 발생사실 통보는 주권상장법인 등이 단기매매차익을 취득한 자를 상대로 반환청구권을 행사할 수 있도록 자료를 제공하는 것일 뿐, 단기매매차익 반환청구권을 발생시키거나 확정짓는 효력은 없다. 그러나 다음과 같은 측면에서 단기매매차익 발생사실 통보는 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 봄이 타당하다.
 - 1) 단기매매차익 발생사실 통보를 받은 주권상장법인은 통보받은 내용을 일정한 방법에 따라 공시하여야 한다. 단기매매차익 발생사실 통보는 주권상장법인의 공시 의무를 발생시키는 효력을 가져 상대방의 법적 지위에 직접적인 영향을 준다. 행정청이 주권상장법인의 공시 의무 이행을 강제할 직접적인 수단이 없다고 하더라도, 실제법상 법적 지위의 변동이 생긴다는 점을 부인할 수 없다.
 - 2) 단기매매차익 발생사실 통보를 항고소송의 대상으로 인정할 필요가 있다. 주권상장법인의 공시 의무는 단기매매차익 발생이라는 객관적 사실에 의존하는 것이 아니라, 단기매매차익 발생사실을 인식한 행정청의 통보에 의하여 비로소 발생한다. 단기매매차익 발생사실 통보가 위법하다고 주장하면서 그로 인하여 발생한 공시 의무를 다투고자 하는 주권상장법인 등은 단기매매차익 발생사실 통보의 효력을 다투는 방법 외에는 다른 사법적 구제수단이 없다.