

2022년 국가직 행정법총론(㉠책형) 문제와 해설

1. 신뢰보호의 원칙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 건축주와 그로부터 건축설계를 위임받은 건축사가 관계 법령에서 정하고 있는 건축한계선의 제한이 있다는 사실을 간과한 채 건축설계를 하고 이를 토대로 건축물의 신축 및 증축허가를 받은 경우, 그 신축 및 증축허가가 정당하다고 신뢰한 데에는 귀책사유가 있다.
- ② 행정청이 상대방에게 장차 어떤 처분을 하겠다고 공적 견해표명을 하였더라도 그 후에 그 전제로 된 사실적·법률적 상태가 변경되었다면, 그와 같은 공적 견해표명은 효력을 잃게 된다.
- ③ 수강신청 후에 징계요건을 완화하는 학칙개정이 이루어지고 이어 시험이 실시되어 그 개정학칙에 따라 대학이 성적 불량을 이유로 학생에 대하여 징계처분을 한 경우라면 이는 이른바 부진정소급효에 관한 것으로서 특별한 사정이 없는 한 위법이라고 할 수 없다.
- ④ 병무청 담당부서의 담당공무원에게 공적 견해의 표명을 구하지 아니한 채 민원봉사 담당공무원이 상담에 응하여 안내한 것을 신뢰한 경우에도 신뢰보호의 원칙이 적용된다.

[정답] ④

[출제단원] 1. 행정법 서설

[출제영역] 신뢰보호의 원칙

신뢰보호의 원칙이란 행정법의 일반원칙 중 한가지로서 행정기관의 말 또는 행동에 대하여 국민이 신뢰를 갖고 행위를 한 경우에, 국민의 신뢰가 보호할 가치가 있는 경우라면 이러한 신뢰를 보호해 주어야 한다는 원칙을 말한다.

① (O) 신뢰보호원칙을 적용하기 위해서는 행정청의 선행조치에 대한 「보호가치 있는 사인의 신뢰」가 있어야 한다. 즉, 상대방 등 관계인에게 귀책사유가 없어야 한다. 이와 관련하여 대법원은 귀책사유라 함은 행정청의 견해표명의 하자가 부정행위에 기인한 것이거나 그러한 부정행위가 없다고 하더라도 하자가 있음을 알았거나 「중대한 과실」로 알지 못한 경우 등을 의미한다고 본다. 이때 귀책사유의 유무는 상대방과 그로부터 신청행위를 위임받은 수임인 등 관계자 모두를 기준으로 판단하여야 한다고 본다. 이에 따라 대법원은 건축주와 그로부터 건축설계를 위임받은 건축사가 상세계획지침에 의한 건축한계선의 제한이 있다는 사실을 간과한 채 건축설계를 하고 이를 토대로 건축물의 신축 및 증축허가를 받은 경우, 그 신축 및 증축허가가 정당하다고 신뢰한 데에 귀책사유가 있다고 보았다(대법원 2002. 11. 8. 2001두1512). 즉, 대법원은 이 사건 대지에 상세계획지침에 의한 건축한계선의 제한이 있다는 사실에 관하여는 건축주(원고)나 그로부터 이 사건 건축물의 설계 등을 위임받은 건축사가 조금만 주의를 기울였다면 충분히 알 수 있었다고 보이므로(= 중과실) 건축주나 건축사에게 이 사건 건축물의 신축 및 증축허가가 정당하다고 신뢰한 데에 귀책사유가 있다고 보았다. 따라서 피고(= 대전광역시 서구청장)가 건축물에 대한 신축 및 증축허가를 하여 주고, 그에 따라 상당한 정도로 공사가 진척된 건축물에 대하여 상세계획지침에 규정된 건축한계선을 침범하였다는 이유로 위반부분의 철거를 명하였다 하더라도 이러한 처분이 신뢰보호원칙에 반한다고 할 수 없다고 보았다.

② (O) 신뢰형성의 기초가 된 결정적인 사실적·법률적 상태가 추후에 변경되고 관계인이 이를 인식하였거나 인식할 수 있었던 경우에는 관계인은 신뢰보호의 원칙을 원용할 수 없다고 본다. 이와 관련하여 대법원은 행정청이 상대방에게 장차 어떤 처분을 하겠다고 확약 또는 공적인 의사표명을 하였더라도, 그 자체에서 상대방으로 하여금 언

제까지 처분의 발령을 신청하도록 유효기간을 두었는데도 그 기간 내에 상대방의 신청이 없었다거나 확약 또는 공적인 의사표명이 있는 후에 사실적·법률적 상태가 변경되었다면, 그와 같은 확약 또는 공적인 의사표명은 행정청의 별다른 의사표시를 기다리지 않고 실효된다고 본다(대법원 1996. 8. 20. 95누10877).

③ (O) 행정법규는 특별한 사정이 없는 한, 시행되기 전에 종결된 사실에 대하여 소급하여 적용되지 않는다(= 소급적용금지 원칙). 이때 법령의 효력이 시행일 이전에 소급하지 않는다는 것은 시행일 이전에 이미 종결된 사실에 대하여 소급하여 적용하는 「진정소급효」가 원칙적으로 금지된다는 것을 의미한다. 반면, 「부진정소급효」는 원칙적으로 금지되지 않으며, 예외적으로 개정 전의 법령에 대한 국민의 신뢰가 개정 법령을 적용할 공익보다 큰 경우에 한하여 제한될 수 있을 뿐이다. 「부진정소급효」란 개정 법령의 시행일 이전에 시작되어 개정 법령의 시행일까지도 계속되고 있는 사실에 대하여 소급적용하는 것을 말한다.

구분		진정소급입법	부진정소급입법
의의		이미 종료된 과거의 사항을 규율하는 것	과거에 발생하여 현재까지 지속되고 있는 사항을 규율하는 것
허용 여부	원칙	금지	허용
	예외	허용	금지

이와 관련하여 대법원은 대학이 성적불량을 이유로 학생에 대하여 징계처분을 하는 경우에 있어서 수강신청이 있는 후 징계요건을 완화하는 학칙개정이 이루어지고 이어 당해 시험이 실시되어 그 개정학칙에 따라 징계처분을 한 경우라면 이는 이른바 부진정소급효에 관한 것으로서 구 학칙의 존속에 관한 학생의 신뢰보호가 대학당국의 학칙개정 목적달성보다 더 중요하다고 인정되는 특별한 사정이 없는 한 위법이라고 할 수 없다고 본다(대법원 1989. 7. 11. 87누1123).

④ (X) 신뢰보호원칙이 적용되기 위해서는 신뢰의 대상이 되는 「행정청의 선행조치」가 있어야 한다. 이와 관련하여 대법원은 선행조치를 「공적인 견해표명」으로 한정한다. 즉, 공적인 견해표명이 아니라면 신뢰의 대상이 되는 행정청의 선행조치로 볼 수 없다는 것이다. 예를 들어, 대법원은 병무청 담당부서의 담당공무원에게 공적 견해의 표명을 구하는 정식의 서면질의 등을 하지 아니한 채, 총무과 민원팀장에 불과한 공무원이 민원봉사차원에서 상담에 응하여 안내한 것을 신뢰한 경우라면 신뢰보호 원칙이 적용되지 않는다고 본다(대법원 2003. 12. 26. 2003두1875). 이는 병무청 총무과 민원팀장이 법령의 내용을 숙지하지 못한 상태에서 원고 측의 상담에 응하여 민원봉사차원에서 안내하였다고 하여 그것이 병무청의 공적인 견해표명이라고 하기는 어렵기 때문이다.

2. 행정행위의 효력에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 영업허가취소처분이 나중에 행정쟁송절차에 의하여 취소되었다 라도, 그 영업허가취소처분 이후의 영업행위는 무허가영업이다.
- ② 연령미달 결격자가 다른 사람 이름으로 교부받은 운전면허는 당 연무효가 아니고 취소되지 않는 한 유효하므로 그 연령미달 결격자의 운전행위는 무면허운전에 해당하지 아니한다.
- ③ 구 「도시계획법」상 원상회복 등의 조치명령을 받고도 이를 따르지 않은 자에 대해 형사처벌을 하기 위해서는 적법한 조치명령이 전제되어야 하며, 이때 형사법원은 그 적법 여부를 심사할 수 있다.
- ④ 조세부과처분을 취소하는 행정판결이 확정된 경우 부과처분의 효력은 처분 시에 소급하여 효력을 잃게 되므로 확정된 행정판결은 조세포탈에 대한 무죄를 인정할 명백한 증거에 해당한다.

[정답] ①

[출제단원] II. 행정작용법

[출제영역] 행정행위의 효력

- ① (X) 행정쟁송(행정심판, 행정소송)을 통한 행정행위의 취소를 쟁송취소라고 한다. 쟁송취소는 원칙적으로 소급효가 인정된다. 즉, 쟁송취소에 의해 행정행위가 취소될 경우 처음부터 해당 행정행위의 효력을 잃게 하는 것이다. 이와 관련하여 대법원은 영업의 금지를 명한 「영업허가취소처분(= 행정행위)」 자체가 나중에 행정쟁송절차에 의하여 취소되었다면 그 「영업허가취소처분」은 그 처분시에 소급하여 효력을 잃게 된다고 본다. 따라서 그 영업허가취소처분에 복종할 의무가 원래부터 없었음이 확정되었다고 봄이 타당하므로 그 영업허가취소처분 이후의 영업행위를 무허가영업이라고 볼 수는 없다고 본다(대법원 1993. 6. 25. 93도277).
- ② (O) 민사 또는 형사사건에 대한 재판절차에서 해당 사건에 대한 판단을 하기 위해서는 특정 행정행위의 효력 유무나 존재 여부 또는 위법 여부가 먼저 해결되어야 할 때 이러한 문제를 ‘선결문제’라고 한다. 이에 대한 대법원 판례를 정리하면 다음과 같다.

구분	민사법원	형사법원
행정행위의 효력 부인(= 취소사유)	판단 불가	판단 불가
행정행위의 무효 확인(= 무효사유)	판단 가능	판단 가능
행정행위의 위법성 확인	판단 가능	판단 가능

[형사법원-취소 사유] 대법원은 연령미달의 결격자가 타인의 이름으로 운전면허시험에 응시한 후 합격하여 교부받은 운전면허는 당연무효가 아니고 도로교통법상 면허의 취소사유에 불과하다고 본다. 따라서 운전면허가 취소되지 않는 한 여전히 유효한 것이므로 피고인의 운전행위는 무면허운전에 해당하지 않는다고 본다(대법원 1982. 6. 8. 80도 2646). 이는 형사법원에서 취소사유 있는 행정행위의 효력을 직접 부인한 후 범죄가 성립된다고 판단할 수는 없다는 것이다.

③ (O) [형사법원-위법성 확인] 도시계획법에서는 도시계획법에 의한 행정청의 처분 또는 조치명령에 위반한 자에 대한 형사처벌 규정을 두고 있다. 이와 관련하여 대법원은 도시계획법의 처벌 규정에 근거하여 피고인을 형사처벌하기 위해서는 피고인이 위반한 대상인 행정청의 처분 또는 조치명령이 적법해야 하며, 만약 처분 또는 조치명령이 위법한 것으로 인정되는 한 이에 위반한 자를 형사 처벌할 수는 없다고 본다(대법원 1992. 8. 18. 90도1709). 즉, 대법원은 형사재판 과정에서 행정행위의 위법성을 판단하기 위해 별도로 행정소송 등의 절차를 거칠 필요는 없으며, 형사법원에서 직접 행정행위의 위법성을 판단한 후 이를 전제로 범죄 성립 여부를 판단할 수 있다고 본다.

④ (O) 확정된 중국판결에 대해서는 불복을 할 수 없지만, 법에서 정한 일정한 사유(= 재심사유)가 있는 경우에 예외적으로 불복할 수 있는 제도를 재심이라고 한다. 형사소송법 제420조 5호에서는 유죄의 확정판결에 대하여 재심을 청구할 수 있는 사유로 ‘유죄를 선고받은 자에 대하여 무죄를 인정할 명백한 증거가 새로 발견된 때’를 규정하고 있다. 이와 관련하여 대법원은 조세의 부과처분을 취소하는 행정판결

이 확정된 경우 부과처분의 효력은 처분 시에 소급하여 효력을 잃게 되어 그에 따른 납세의무가 없으므로 확정된 행정판결은 조세포탈에 대한 무죄 내지 원심판결이 인정한 죄보다 경한 죄를 인정할 명백한 증거에 해당한다고 본다(대법원 2015. 10. 29. 2013도14716). 즉, 조세의 부과처분이 유효함을 전제로 형사법원이 조세포탈에 대해 유죄판결(= 형사법원의 판결)을 하고, 이 판결이 확정된 후에, 행정법원에서 조세의 부과처분을 취소하는 판결(= 행정법원의 판결)이 확정되었다면, 조세포탈에 대한 유죄 확정 판결을 받은 자는 행정법원의 확정판결을 이유로 형사법원에 재심을 청구할 수 있다는 것이다.

3. 다단계행정결정에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「공유재산 및 물품 관리법」에 근거하여 공모제안을 받아 이루어지는 민간투자사업 '우선협상대상자 선정행위'나 '우선협상대상자 지위배제행위'에서 '우선협상대상자 지위배제행위'만이 항고소송의 대상인 처분에 해당한다.
- ② 구 「원자력법」상 원자로 및 관계 시설의 부지사전승인처분 후 건설허가처분까지 내려진 경우, 선행처분은 후행처분에 흡수되어 건설허가처분만이 행정쟁송의 대상이 된다.
- ③ 공정거래위원회가 부당한 공동행위를 한 사업자에게 과징금 부과처분을 한 뒤 다시 자진신고 등을 이유로 과징금 감면처분을 한 경우, 선행처분은 후행처분에 흡수되어 소멸하므로 선행처분의 취소를 구하는 소는 부적법하다.
- ④ 자동차운송사업 양도·양수인가신청에 대하여 행정청이 내인가를 한 후 그 본인가신청이 있음에도 내인가를 취소한 경우, 다시 본인가에 대하여 별도로 인가여부의 처분을 한다는 사정이 보이지 않는다면 내인가취소는 행정처분에 해당한다.

[정답] ①

[출제단원] 종합(II. 행정작용법, V. 행정구제법)

[출제영역] 항고소송의 대상적격, 부분허가, 가행정행위, 확약

① (X) 대법원은 지방자치단체의 장이 공유재산 및 물품관리법(이하 '공유재산법'이라 한다)에 근거하여 기부채납 및 사용·수익허가 방식으로 민간투자사업을 추진하는 과정에서 사업시행자를 지정하기 위한 전 단계에서 공모제안을 받아 일정한 심사를 거쳐 '우선협상대상자를 선정하는 행위'와 '이미 선정된 우선협상대상자를 그 지위에서 배제하는 행위'는 민간투자사업의 세부내용에 관한 협상을 거쳐 공유재산법에 따른 공유재산의 사용·수익허가를 우선적으로 부여받을 수 있는 지위를 설정하거나 또는 이미 설정한 지위를 박탈하는 조치이므로 모두 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 본다(대법원 2020. 4. 29. 2017두31064).

② (O) 원자력법상 부지사전승인제도는 원자로 및 관계 시설을 건설하고자 하는 자가 그 계획 중인 건설부지가 원자력법에 의하여 원자로 및 관계 시설의 부지로 적법한지 여부 및 굴착공사 등 일정한 범위의 공사를 할 수 있는지 여부에 대하여 건설허가 전에 미리 승인을 받는 제도이다. 이와 같이 단계적 행정절차에서 사인이 원하는 특정부분에 대해서만 우선허가하는 행위를 「부분허가」라고 한다. 부분허가는 중간단계에서 행해지는 결정이지만, 그 단계 자체에 대하여는 완결적인 행정행위의 성격을 갖는다. 이와 관련하여 대법원은 원자로 및 관계 시설의 부지사전승인처분은 그 자체로서 건설부지를 확정하고 사전공사를 허용하는 법률효과를 지닌 독립한 행정처분이라고 본다. 다만, 부지사전승인처분 이후에 본처분인 원자로건설허가처분이 있게 되면 부지사전승인처분은 원자로건설허가처분에 흡수되어 독립된 존재가치를 상실함으로써 원자로건설허가처분만이 쟁송의 대상이 되며, 부지사전승인처분의 위법성은 나중에 내려진 건설허가처분의 취소를 구하는 소송에서 다투어야 한다고 본다(대법원 1998. 9. 4. 97누19588).

③ (O) 가행정행위란 사실관계와 법률관계가 확정되기 전이지만, 잠정적 규율이 필요해 계속적 심사를 유보한 상태에서 당해 행정법관계의 권리와 의무를 잠정적으로 규율하는 행위를 말한다. 이러한 가행정행위도 행정행위이므로 가행정행위로 인해 권익침해를 받은 자는 보통의 행정행위의 경우와 마찬가지로 취소소송 등을 제기하여 권리구제를 받을 수 있다. 다만, 가행정행위에 대한 취소소송 제기 중 본행정행위가 행해지면 가행정행위는 효력을 상실하므로 가행정행위에 대한 취소소송은 협의의 소의 이익이 없게 된다. 이와 관련하여 대법원은 공정거래위원회가 부당한 공동행위를 행한 사업자로서 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률에서 정한 자진신고자나 조사협조자에 대하여 「과징금 부과처분(= 선행처분)」을 한 뒤, 동 법률 시행령에 따라 다시 자진신고 등을 이유로 한 「과징금 감면처분(= 후행처분)」을 하였다면, 「후행처분(= 과징금 감면처분)」은 처분 상대방이 실제로 납부하여야 할 최종적인 과징금액을 결정하는 「중국적 처분」이고, 「선행처분(= 과징금 부과처분)」은 일종의 「잠정적 처분」이라고 본다. 따라서 「후행처분」이 있을 경우 「선행처분」은 후행처분에 흡수되어 소멸

하므로 이러한 경우에 「선행처분」의 취소를 구하는 소는 이미 효력을 잃은 처분의 취소를 구하는 것으로 부적법하다고 본다(대법원 2015. 2. 12. 2013두987).

④ (O) 행정실무상 사용되는 용어인 내인가는 본 인·허가의 전단계로서 행해지는 인·허가의 발급약속을 말한다. 즉, 내인가는 확약의 일종이라고 할 수 있다. 참고로 확약이란 장래 일정한 행정행위를 하거나 하지 않을 것을 약속하는 행정청의 의사표시를 말한다. 이와 관련하여 대법원은 자동차운송사업 양도·양수인가신청에 대하여 피고 시장이 내인가를 한 후, 내인가에 기하여 원고의 본인가 신청이 있었으나 피고 시장이 내인가를 취소한 경우에, 위 내인가의 법적 성질이 행정행위의 일종으로 볼 수 있는 아니든 그것이 행정청의 상대방에 대한 의사표시임이 분명하고, 피고가 위 내인가를 취소함으로써 다시 본인가에 대하여 따로이 인가 여부의 처분을 한다는 사정이 보이지 않는다면 위 내인가취소를 인가신청을 거부하는 처분으로 보아야 할 것이라고 본다(대법원 1991. 6. 28. 90누4402). 즉, 대법원은 내인가의 법적 성질이 행정행위인지 여부에 대해서는 명확하게 판단하지 않았지만, 내인가의 취소가 인가신청에 대한 거부 처분으로 볼 수 있다는 점은 인정한 것이다.

4. 행정행위의 하자에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 이미 불가쟁력이 발생한 보충역편입처분에 하자가 있다고 하더라도 그것이 당연무효의 사유가 아닌 한 공익근무요원 소집처분에 승계되는 것은 아니다.
- ② 건물철거명령이 당연무효가 아니고 불가쟁력이 발생하였다면 건물철거명령의 하자를 이유로 후행 대집행계고처분의 효력을 다룰 수 없다.
- ③ 도시계획시설사업 시행자 지정 처분이 처분 요건을 충족하지 못하여 당연무효인 경우, 도시계획시설사업의 시행자가 작성한 실시계획을 인가하는 처분도 무효이다.
- ④ 선행처분인 공무원직위해제처분과 후행 직권면직처분 사이에는 하자의 승계가 인정된다.

[정답] ④

[출제단원] II. 행정작용법

[출제영역] 하자의 승계

하자의 승계란 행정이 여러 단계의 행정행위를 거쳐 행해지는 경우에 「선행 행정행위」의 위법을 이유로 적법한 「후행 행정행위」의 위법을 주장할 수 있는 것을 말한다. 하자의 승계에 대한 대법원 판례를 정리하면 다음과 같다.

구분	하자의 승계 여부	
선·후의 행정행위가 결합, 하나의 법적 효과 목적	긍정(㉠)	
선·후의 행정행위가 독립, 별개의 법적 효과 목적	원칙	부정(㉡)
	예외	수인한도를 넘고, 예측가능성 없는 경우 ⇨ 긍정(㉢)

① (O) [㉡유형] 대법원은 선·후의 행정행위가 서로 「독립」하여 「별개의」 법적 효과를 목적으로 하는 경우에는 원칙적으로 하자의 승계를 부정한다. 다만, 선행 행정행위의 하자를 후행 행정행위에서 다루지 못하게 하는 것이 그로 인하여 불이익을 입게 되는 자에게 「수인한도를 넘는 가혹함」을 가져오며, 당사자에게 「예측가능한 것이 아닌 경우」에는 예외적으로 하자의 승계를 긍정한다. 예를 들어, 대법원은 보충역편입처분과 공익근무요원소집처분은 별개의 법률효과를 발생하는 독립된 행정처분이라고 본다. 따라서 보충역편입처분(= 선행 행정행위)에 불가쟁력이 생겨 그 효력을 다룰 수 없게 된 경우에는, 보충역편입처분이 당연무효라고 볼만한 특단의 사정이 없는 한 그 위법을 이유로 공익근무요원소집처분(= 후행 행정행위)의 효력을 다룰 수 없다고 본다(대법원 2002. 12. 10. 2001두5422). 즉, 선행 행정행위인 보충역편입처분의 하자가 후행 행정행위인 공익근무요원소집처분에 승계되지 않는다는 것이다.

② (O) [㉡유형] 대법원은 「공법상 의무를 부과하는 처분(= 하명처분)」과 공법상 의무불이행에 대한 「강제집행행위」는 서로 「독립」하여 「별개」의 법적 효과를 발생시키는 행위이므로 하명처분과 강제집행행위 사이에는 하자의 승계를 부정한다. 이에 따라 하명처분인 「건물철거명령」과 강제집행행위인 「대집행계고처분」 사이에는 하자의 승계가 부정된다(대법원 1998. 9. 8. 97누20502). 따라서 선행 행정행위인 건물철거명령이 당연무효가 아니라면 건물철거명령의 하자를 이유로 후행 행정행위인 대집행계고처분의 효력을 다룰 수는 없다.

③ (O) 하자의 승계가 논의되기 위해서는 선행 행정행위에 취소사유에 해당하는 하자가 있어야 한다. 만약 선행 행정행위에 무효사유에 해당하는 하자가 있다면 선행 행정행위의 하자가 당연히 후행 행정행위에 승계되기 때문에 후행 행정행위도 무효가 되어 별도로 하자의 승계를 논의할 이유가 없게 된다. 선행 행정행위가 무효인 경우에는 이를 전제로 하여 행해지는 후행 행정행위는 존립근거를 잃어 후행 행정행위 역시 무효가 되기 때문이다. 이와 관련하여 대법원은 선행처분과 후행처분이 서로 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하는 때에도 선행처분이 당연무효이면 선행처분의 하자를 이유로 후행처분의 효력을 다룰 수 있다고 본다. 이에 따라 선행처분인 도시계획시설사업 시행자 지정 처분이 처분 요건을 충족하지 못하여 당연무효인 경우에는 사업시행자 지정 처분이 유효함을 전제로 이루어진 후행처분인 실시계획

인가처분도 무효라고 본다(대법원 2017. 7. 11. 2016두35120).

④ (X) [㉡유형] 대법원은 「직위해제처분」과 「면직처분」은 후자가 전자의 처분을 전제로 한 것이기는 하나 각각 단계적으로 「별개」의 법률효과를 발생하는 행정처분이어서 선행 「직위해제처분」의 위법사유가 「면직처분」에는 승계되지 않는다고 할 것이므로 선행된 직위해제 처분의 위법사유를 들어 면직처분의 효력을 다룰 수는 없다고 본다(대법원 1984. 9. 11. 84누191).

5. 다음 사례에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

민간시민단체 A는 관할 행정청 B에게 개발사업의 승인과 관련한 정보공개를 청구하였으나 B는 현재 재판 진행 중인 사안이 포함되어 있다는 이유로 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제9조제1항제4호의 사유를 들어 A의 정보공개청구를 거부하였다.

- ① A는 공개청구한 정보에 대해 개별·구체적 이익이 없는 경우에도 B의 정보공개거부에 대해 취소소송으로 다룰 수 있다.
- ② A가 공개청구한 정보에 대해 직접적인 이해관계가 있는 경우에는 B의 정보공개거부에 대해 정보공개의 이행을 구하는 당사자 소송을 제기하여 다룰 수 있다.
- ③ A가 공개청구한 정보의 일부가 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」상 비공개사유에 해당하는 때에는 그 나머지 정보만을 공개하는 것이 가능한 경우라 하더라도 법원은 공개가능한 정보에 관한 부분만의 일부취소를 명할 수는 없다.
- ④ B의 비공개사유가 정당화되기 위해서는 A가 공개청구한 정보가 진행 중인 재판의 소송기록 자체에 포함된 내용이어야 한다.

[정답] ①

[출제단원] III. 행정절차·행정정보공개·개인정보보호

[출제영역] 공공기관의 정보공개에 관한 법률

① (O) ▪ 행정청 B의 정보공개거부가 취소소송의 대상인지 여부(= 거부처분의 대상적격) : 대법원은 행정청이 국민의 신청에 대하여 한 거부행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하려면, 행정청의 행위를 요구할 법규상 또는 조리상의 신청권이 그 국민에게 있어야 한다고 본다(대법원 2005. 2. 25. 2004두4031). 따라서 정보공개청구권자의 정보공개신청에 대한 거부는 행정소송의 대상이 되는 거부처분에 해당하지만, 정보공개청구권이 없는 자의 정보공개신청에 대한 거부는 신청권이 없는 신청에 대한 거부이므로 행정소송의 대상이 되는 거부처분에 해당하지 않는다. 그런데 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에서는 '모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다.'고 규정하고 있다(제5조 제1항). 이와 관련하여 대법원은 정보공개청구권자인 '국민'에는 자연인, 법인, 권리능력 없는 사단·재단이 모두 포함되고, 법인, 권리능력 없는 사단·재단의 경우에는 설립목적과 무관하게 모두 정보공개청구권자에 해당한다고 본다. 이에 따라 총주환경운동연합(권리능력 없는 사단)과 같은 시민단체의 경우에도 정보의 공개를 청구할 권리를 가지는 '국민'에 해당한다고 보았다(대법원 2003. 12. 12. 2003두8050). 따라서 정보공개청구권자인 민간시민단체 A의 정보공개청구에 대한 행정청 B의 정보공개거부는 취소소송의 대상이 되는 거부처분에 해당한다.

▪ 민간시민단체 A에게 정보공개거부처분에 대한 취소소송을 제기할 원고적격이 인정되는지 여부 : 취소소송은 처분 등의 취소를 구할 법률상의 이익이 있는 자가 제기할 수 있다. 이와 관련하여 대법원은 정보공개청구권은 법률상 보호되는 구체적인 권리이므로 청구인이 공공기관에 대하여 정보공개를 청구하였다가 거부처분을 받은 것 자체가 법률상 이익의 침해에 해당한다고 본다(대법원 2003. 12. 12. 2003두8050). 즉, 정보공개를 청구한 자는 공개청구된 정보에 대해 이해관계가 있는지 여부를 묻지 않고 모두 원고적격을 갖는다는 것이다. 따라서 정보공개를 청구했으나 거부처분을 받은 민간시민단체 A는 공개청구한 정보에 대해 개별·구체적 이익이 없는 경우에도 행정청 B의 정보공개거부처분에 대해 취소소송으로 다룰 수 있다.

② (X) 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」은 '청구인이 정보공개와 관련한 공공기관의 결정에 대하여 불복이 있거나 정보공개 청구 후 20일이 경과하도록 정보공개 결정이 없는 때에는 「행정소송법」에서 정하는 바에 따라 행정소송을 제기할 수 있다.'고 규정하고 있다(제20조 제1항). 이 경우의 행정소송은 행정청이 정보공개청구권자의 신청을 거부한 경우에는 거부처분취소소송이나 무효확인소송을, 부작위로 방치한 경우에는 부작위위법확인소송과 같은 항고소송의 형식으로 제기하게 된다. 따라서 민간시민단체 A의 정보공개청구에 대한 행정청 B의

정보공개거부에 대해서는 정보공개거부처분을 대상으로 취소소송이나 무효등확인소송과 같은 항고소송을 제기하여 다룰 수 있다.

③ (X) 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에서는 '공개 청구한 정보가 법에서 정한 비공개대상 정보에 해당하는 부분과 공개 가능한 부분이 혼합되어 있는 경우로서 공개 청구의 취지에 어긋나지 아니하는 범위에서 두 부분을 분리할 수 있는 경우에는 비공개대상 정보에 해당하는 부분을 제외하고 공개하여야 한다.'고 하여 부분공개에 대하여 규정하고 있다(제14조). 이와 관련하여 대법원은 법원이 행정기관의 정보공개거부처분이 위법한지에 대해 심리한 결과 공개를 거부한 정보에 비공개대상 정보와 공개대상정보가 혼합되어 있고, 공개청구의 취지에 어긋나지 않는 범위 안에서 분리가능성이 인정된다면 정보공개거부처분 중 「공개대상정보에 관한 거부처분」만의 취소(= 일부취소)를 명할 수 있다고 본다. 이때 당사자가 일부취소를 구하는 것으로 청구취지를 변경할 필요는 없다고 본다(대법원 2004. 12. 9. 2003두12707).

④ (X) 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에서는 비공개대상정보 중 하나로서 「진행 중인 재판에 관련된 정보」를 규정하고 있다(제9조 제1항 4호). 이와 관련하여 대법원은 법원 이외의 공공기관이 '진행 중인 재판에 관련된 정보'에 해당한다는 사유로 정보공개를 거부하기 위하여는 반드시 그 정보가 진행 중인 재판의 소송기록 자체에 포함된 내용일 필요는 없다고 본다. 그러나 재판에 관련된 일체의 정보가 그에 해당하는 것은 아니고, 「진행 중인 재판의 심리 또는 재판결과에 구체적으로 영향을 미칠 위험이 있는 정보」에 한정된다고 본다(대법원 2011. 11. 24. 2009두19021).

6. 항고소송에서 수소법원의 판결에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정처분의 취소를 구하는 소에서, 비록 행정처분의 위법을 이유로 취소판결을 받더라도 처분에 의하여 발생한 위법상태를 원상회복시키는 것이 불가능한 경우에는 원칙적으로 취소를 구할 법률상 이익이 없으므로, 수소법원은 소를 각하하여야 한다.
- ② 해임처분 취소소송 계속 중 임기가 만료되어 해임처분의 취소로 지위를 회복할 수는 없다고 할지라도, 그 취소로 해임처분일부터 임기만료일까지 기간에 대한 보수 지급을 구할 수 있는 경우에는 해임처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있으므로, 수소법원은 본안에 대하여 판단하여야 한다.
- ③ 관할청이 「농지법」상의 이행강제금 부과처분을 하면서 재결청에 행정심판을 청구하거나 관할 행정법원에 행정소송을 할 수 있다고 잘못 안내한 경우 행정법원의 항고소송 재판관할이 생긴다.
- ④ 「행정소송법」 제19조에서 말하는 '재결 자체에 고유한 위법'이란 원처분에는 없고 재결에만 있는 재결청의 권한 또는 구성의 위법, 재결의 절차나 형식의 위법, 내용의 위법 등을 뜻한다.

[정답] ③

[출제단원] V. 행정구제법

[출제영역] 권리보호의 필요(=협의의 소의 이익), 취소소송의 대상
 법원의 본안판결을 받기 위하여 필요한 전제조건을 '소송요건'이라고 한다. 소송요건이 결여된 경우에는 부적법한 소송이 되어 법원은 본안에 대하여 심리함이 없이 「각하」 판결을 하게 된다. 반면, 소송요건이 충족된 경우에는 적법한 소송이 되어 법원은 본안심리(= 원고가 청구한 내용에 대하여 판단하는 것)로 넘어가게 된다. 본안심리 결과 원고의 청구가 이유 있는 경우에는 원고의 청구를 「인용」하는 판결을, 원고의 청구가 이유 없는 경우에는 원고의 청구를 「기각」하는 판결을 하게 된다.

① (O) 항고소송을 제기하기 위해서는 '권리보호의 필요(= 협의의 소의 이익)'가 요구된다. '권리보호의 필요'란 원고의 청구가 소송을 통하여 분쟁을 해결할 만한 현실적인 필요성을 말한다. 이와 관련하여 대법원은 행정처분의 무효확인 또는 취소를 구하는 소에서, 비록 행정처분의 위법을 이유로 무효확인 또는 취소 판결을 받더라도 처분에 의하여 발생한 위법상태를 원상으로 회복시키는 것이 불가능한 경우에는 원칙적으로 무효확인 또는 취소를 구할 법률상 이익이 없다고 본다. 다만 원상회복이 불가능하더라도 무효확인 또는 취소로써 회복할 수 있는 다른 권리나 이익이 남아 있는 경우 예외적으로 법률상 이익이 인정될 수 있을 뿐이다(대법원 2016. 6. 10. 2013두1638). 따라서 행정처분의 위법을 이유로 취소판결을 받더라도 처분에 의하여 발생한 위법상태를 원상회복시키는 것이 불가능한 경우라면 수소법원은 원칙적으로 소송요건 중 하나인 권리보호의 필요가 충족되지 않은 소제기이므로 각하판결을 해야 한다.

② (O) 대법원은 한국방송공사 사장에 대한 해임처분 무효확인 또는 취소소송 계속 중 사장의 임기가 만료됨으로써 해임처분의 무효확인 또는 취소로 「사장 지위를 회복할 수는 없게 되었다고 하더라도(㉠)」, 해임처분의 무효확인 또는 취소로 「해임처분일부터 임기만료일까지의 기간에 대한 보수 지급을 구할 수 있는 경우(㉡)」에는 해임처분의 무효확인 또는 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 본다(대법원 2012. 2. 23. 2011두5001). 위법한 처분을 취소한다 하더라도 ㉠과 같이 원상회복이 불가능한 경우에는 원칙적으로 권리보호의 필요가 인정되지 않지만, 이러한 경우에도 ㉡과 같이 회복되는 부수적 이익이 있는 경우에는 권리보호의 필요가 인정될 수 있다는 것이다. 따라서 수소법원은 원고의 청구가 이유 있는지 본안에 대하여 판단해야 한다.

③ (X) 이행강제금이란 작위의무·부작위의무·수인의의무의 불이행시에 일정액수의 금전이 부과될 것임을 의무자에게 미리 경고함으로써 의무이행의 확보를 도모하는 강제수단을 말한다. 이행강제금을 '집행벌'이라고 표현하기도 한다. 이러한 이행강제금에 대한 불복에 대하여 개별법에서 특별한 불복절차를 규정하고 있다면 해당 절차에 의하여 한

다. 반면, 별도로 이러한 절차를 규정하고 있지 않다면 항고소송을 제기하여 불복할 수 있다. 이와 관련하여 대법원은 「농지법」에서 이행강제금에 불복하는 자는 이의를 제기할 수 있는 것으로 규정하고, 이의를 제기한 경우에는 법원이 「비송사건절차법」에 의해 이행강제금을 결정하는 것으로 규정하고 있으므로, 농지법에 따른 이행강제금 부과처분에 불복하는 경우에는 비송사건절차법에 따른 재판절차가 적용되어야 하고, 행정소송법상 항고소송의 대상은 될 수 없다고 본다. 설령 관할청이 「농지법」상 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 없다고 본다(대법원 2019. 4. 11. 2018두42955). 즉, 농지법에서 이행강제금 부과처분에 대한 불복절차(= 비송사건절차법에 따른 재판)를 분명하게 규정하고 있으므로, 이와 다른 불복절차를 허용할 수는 없다는 것이다.

④ (O) 재결이란 행정심판의 청구에 대해 행정심판위원회가 행하는 판단을 말한다. 행정소송법상 재결에 대한 취소소송(= 재결소송)은 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한한다(제19조 단서). 즉, 취소소송은 원칙적으로 「원처분」을 대상으로 하며, 「재결」은 예외적으로 「재결 자체에 고유한 위법」이 있을 경우에 한하여 취소소송의 대상이 될 수 있는 것이다. 이를 「원처분중심주의(= 원처분주의)」라고 한다. 이와 관련하여 대법원은 행정소송법 제19조에서 말하는 '재결 자체에 고유한 위법'이란 원처분에는 없고 재결에만 있는 재결청의 권한 또는 구성의 위법, 재결의 절차나 형식의 위법, 내용의 위법 등을 뜻한다고 본다(대법원 1997. 9. 12. 96누14661).

7. 행정법관계에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 군인연금법령상 급여를 받으려고 하는 사람이 국방부장관에게 급여지급을 청구하였으나 거부된 경우, 곧바로 국가를 상대로 한 당사자소송으로 급여의 지급을 청구할 수 있다.
- ② 법무사가 사무원을 채용할 때 소속 지방법무사회로부터 승인을 받아야 할 의무는 공법상 의무이다.
- ③ 사무처리의 긴급성으로 인하여 해양경찰의 직접적인 지휘를 받아 보조로 방제작업을 한 경우, 사인은 그 사무를 처리하며 지출한 필요비 내지 유익비의 상환을 국가에 대하여 민사소송으로 청구할 수 있다.
- ④ 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」상 환매권의 존부에 관한 확인을 구하는 소송 및 환매금액의 증감을 구하는 소송은 민사소송이다.

[정답] ①

[출제단원] 종합(Ⅰ. 행정법 서설, V. 행정구제법)

[출제영역] 당사자소송, 행정상 법률관계(공의무, 공법상 사무관리, 공법관계와 사법관계)

① (X) 공법상의 금전지급청구소송이 항고소송인지, 당사자소송인지는 기본적으로 다음과 같은 기준에 따라 판단할 수 있다.

「행정청의 결정」에 의해 금전채권이 확정되는 경우	항고소송
「법령」에 의해 금전채권이 확정되는 경우	당사자소송

이와 관련하여 대법원은 구 군인연금법에 의한 사망보상금 등의 급여를 받을 권리는 법령의 규정에 따라 직접 발생하는 것이 아니라 급여를 받으려고 하는 사람이 소속하였던 군의 참모총장의 확인을 얻어 청구함에 따라 국방부장관 등이 지급결정을 함으로써 구체적인 권리가 발생한다고 본다. 따라서 구 군인연금법령상 급여를 받으려고 하는 사람은 우선 관계 법령에 따라 국방부장관 등에게 급여지급을 청구하여 국방부장관 등이 이를 거부하거나 일부 금액만 인정하는 급여지급결정을 하는 경우 그 결정을 대상으로 항고소송을 제기하는 등으로 구체적 권리를 인정받은 다음 비로소 당사자소송으로 그 급여의 지급을 구해야 하고, 이러한 구체적인 권리가 발생하지 않은 상태에서 곧바로 국가를 상대로 한 당사자소송으로 급여의 지급을 소구하는 것은 허용되지 않는다고 본다(대법원 2021. 12. 16. 2019두45944).

② (O) 공권에 대응하는 개념으로 타인의 이익을 위해 의무자에게 인정되는 공법상의 의무를 ‘공의무’라고 한다. 이와 관련하여 대법원은 법무사가 사무원 채용에 관하여 법무사법이나 법무사규칙을 위반하는 경우에는 소관 지방법원장으로부터 징계를 받을 수 있으므로, 법무사가 지방법무사회로부터 채용승인을 얻어 사무원을 채용할 의무는 법무사법에 의하여 강제되는 공법적 의무라고 본다(대법원 2020. 4. 9. 2015다34444).

③ (O) 법률상 의무 없이 타인의 사무를 관리하는 행위를 ‘사무관리’라고 한다. 사무관리는 원래 민법에서 발전된 관념이다. 그러나 사무관리에 해당하는 행위가 공법분야에서도 존재하므로 사무관리에 대한 법리는 공법관계에서도 인정된다고 본다. 그런데 공법상 사무관리에 관한 일반법은 없다. 따라서 특별한 규정이 없는 한 민법의 사무관리에 관한 규정을 유추적용하여 관리자와 피관리자(= 사무관리를 받는 자) 사이의 이해를 조절하게 된다. 예를 들어, 공법상 사무관리의 경우에도 관리자가 본인(= 사무관리를 받는 자)을 위하여 필요비(= 물건을 보존하고 관리하기 위하여 필요한 비용) 또는 유익비(= 물건의 가치를 증가시키기 위한 비용)를 지출한 때에는 본인에게 그 상환을 청구할 수 있다. 이와 관련하여 대법원은 갑 주식회사 소유의 유조선에서 원유가 유출되는 사고가 발생하자 해상 방제업 등을 영위하는 을 주식회사가 피해 방지를 위해 해양경찰의 직접적인 지휘를 받아 방제작업을 보조한 사안에서, 갑 회사의 조치만으로는 원유 유출사고에 따른 해양오염을 방지하기 곤란할 정도로 긴급방제조치가 필요한 상황이었고, 을 회사가 방제작업을 하면서 해양경찰의 지시·통제를 받았던 점 등에 비추어 을 회사는 국가의 사무를 처리한다는 의사로 방제작업을 한 것으로 볼 수 있으므로, 을 회사는 사무관리에 근거하여 국가에 방제비용을 청구할 수 있다고 보았다(대법원 2014. 12. 11. 2012다15602). 참고

로 이 사건은 민사소송으로 처리된 판례이다.

④ (O) 대법원은 구 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 규정된 환매권은 법에서 정한 기간 내에 행사하면 매매의 효력이 생기는 권리로서, 이러한 환매권의 존부에 관한 확인을 구하는 소송 및 환매금액의 증감을 구하는 소송은 민사소송에 해당한다고 본다(대법원 2013. 2. 28. 2010두22368). 참고로 행정법에서 말하는 환매권이란 국가 등에 의해 수용당한 재물을 예전 소유자가 일정한 요건 하에 다시 매수하여 소유권을 회복할 수 있는 권리를 말한다.

8. 행정법규의 양벌규정에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 양벌규정은 행위자에 대한 처벌규정임과 동시에 그 위반행위의 이익귀속주체인 영업주에 대한 처벌규정이다.
- ② 종업원의 범죄성립이나 처벌이 영업주 처벌의 전제조건이 되는 것은 아니다.
- ③ 법인 대표자의 법규위반행위에 대한 법인의 책임은 법인 자신의 법규위반행위로 평가될 수 있는 행위에 대한 법인의 직접책임이다.
- ④ 양벌규정에 의한 법인의 처벌은 어디까지나 행정적 제재처분일 뿐 형벌과는 성격을 달리한다.

[정답] ④

[출제단원] IV. 행정의 실효성 확보수단

[출제영역] 양벌규정

- ① (O) 양벌규정이란 실제 행위자인 「종업원」의 위반행위에 대하여 실제 행위를 하지 않은 「사업주」도 처벌하는 것으로 규정하는 경우와 같이 「범죄행위자」와 「행위자 이외의 자」를 함께 처벌하는 규정을 말한다. 행정범(= 행정법규의 위반으로 성립되는 범죄)에서는 이와 같이 범죄행위자 이외의 자를 벌하는 것으로 규정하는 경우가 있다. 이와 관련하여 대법원은 양벌규정은 행위자의 처벌규정임과 동시에 그 위반행위의 이익귀속주체인 업무주에 대한 처벌규정이라고 본다(대법원 1999. 7. 15. 95도2870 전원합의체).
- ② (O) 대법원은 양벌규정에 의한 영업주(= 행위자 이외의 자)의 처벌은 금지위반행위자인 종업원의 처벌에 종속하는 것이 아니라, 독립하여 그 자신의 종업원에 대한 선임감독상의 과실로 인하여 처벌되는 것이므로 종업원의 범죄성립이나 처벌이 영업주 처벌의 전제조건이 될 필요는 없다고 본다(대법원 2006. 2. 24. 2005도7673). 따라서 실제 행위자인 종업원이 처벌을 받지 않는 경우에도 사업주를 처벌할 수 있다.
- ③ (O) 행정범에 있어서는 ‘법인의 대표자 또는 법인의 종업원’이 그 법인의 업무와 관련하여 행정범을 범한 경우에 행위자뿐만 아니라 ‘법인’도 아울러 처벌한다는 규정을 두는 경우가 있다. 이때 법인의 ‘대표자’의 범죄행위에 대한 법인의 책임은 법인의 직접책임이라고 본다. 법인은 대표자를 통하여 행위를 한다는 점을 고려한 것이다. 반면, 법인의 ‘종업원’의 범죄행위에 대한 법인의 책임은 종업원에 대한 선임·감독상의 과실로 인한 과실책임이라고 본다. 이와 관련하여 헌법재판소는 법인은 기관을 통하여 행위하므로 법인이 대표자를 선임한 이상 그의 행위로 인한 법률효과는 법인에게 귀속되어야 하고, 법인 대표자의 범죄행위에 대하여는 법인이 자신의 행위에 대한 책임을 부담하는 것이라고 본다. 즉, 법인 「대표자」의 법규위반행위에 대한 법인의 책임은 법인 자신의 법규위반행위로 평가될 수 있는 행위에 대한 「법인의 직접책임」이므로, 대표자의 고의에 의한 위반행위에 대하여는 법인이 고의 책임을, 대표자의 과실에 의한 위반행위에 대하여는 법인이 과실 책임을 부담한다고 본다(헌재 2020. 4. 23. 2019헌가25).
- ④ (X) 대법원은 양벌규정에 의한 법인의 처벌은 어디까지나 「형벌의 일종」이라고 본다. 따라서 행정적 제재처분이나 민사상 불법행위책임과는 성격을 달리한다고 본다(대법원 2007. 8. 23. 2005도4471).

9. 과징금 부과처분에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」상의 과징금은 법이 규정한 범위 내에서 그 부과처분 당시까지 부과관청이 확인한 사실을 기초로 일의적으로 확정되어야 할 것이지, 추후에 부과금 산정기준이 되는 새로운 자료가 나왔다고 하여 새로운 부과처분을 할 수 있는 것은 아니다.
- ② 영업정지에 갈음하여 부과되는 이른바 변형된 과징금의 부과 여부는 통상 행정청의 재량행위이다.
- ③ 과징금은 행정상 제재금이고 범죄에 대한 국가 형벌권의 실행이 아니므로 행정법규 위반에 대해 벌금 이외에 과징금을 부과하는 것은 이중처벌금지의 원칙에 위반되지 않는다.
- ④ 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」상 명의신탁자에 대한 과징금의 부과 여부는 행정청의 재량행위이다.

[정답] ④

[출제단원] IV. 행정의 실효성 확보수단

[출제영역] 과징금

- 과징금이란 행정법상의 의무위반에 대하여 행정청이 그 의무자에게 부과징수하는 금전적 제재를 말한다.
- ① (O) 대법원은 구 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」에 위반하여 불공정거래행위를 한 사업자에 대하여 부과되는 과징금은 법이 규정한 범위 내에서 그 부과처분 당시까지 부과관청이 확인한 사실을 기초로 일의적으로 확정되어야 할 것이고, 그렇지 아니하고 부과관청이 과징금을 부과하면서 추후에 부과금 산정 기준이 되는 새로운 자료가 나올 경우에는 과징금액이 변경될 수도 있다고 유보한다든지, 실제로 추후에 새로운 자료가 나왔다고 하여 새로운 부과처분을 할 수는 없다고 본다. 왜냐하면 과징금의 부과와 같이 재산권의 직접적인 침해를 가져오는 처분을 변경하려면 법령에 그 요건 및 절차가 명백히 규정되어 있어야 할 것인데, 위와 같은 변경처분에 대한 법령상의 근거규정이 없고, 이를 인정하여야 할 합리적인 이유 또한 찾아 볼 수 없기 때문이다(대법원 1999. 5. 28. 99두1571).
 - ② (O) 다수 국민이 이용하는 사업이나 국가·사회에 중대한 영향을 미치는 사업에 있어서 사업정지를 명할 일정한 위법사유가 있음에도 불구하고 공익의 보호 등을 이유로 사업 자체는 계속하게 하고 그에 따른 이익을 박탈하는 내용의 행정제재금을 부과하는 것을 「변형된 과징금」이라고 한다. 이와 관련하여 대법원은 영업정지처분에 갈음하는 과징금이 규정되어 있는 경우에 과징금을 부과할 것인가 영업정지처분을 내릴 것인지는 통상 행정청의 재량에 속한다고 본다(대법원 2015. 6. 24. 2015두39378).
 - ③ (O) 헌법 제13조 제1항에서는 ‘모든 국민은 ... 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다.’고 하여 이중처벌금지의 원칙을 규정하고 있다. 이와 관련하여 헌법재판소는 구 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」에 의한 부당내부거래에 대한 과징금은 부당내부거래 역지라는 행정목적을 실현하기 위하여 그 위반행위에 대하여 제재를 가하는 행정상의 제재금으로서의 기본적 성격에 부당이득환수적 요소도 부가되어 있는 것이라 할 것이고, 이를 두고 헌법 제13조 제1항에서 금지하는 국가형벌권 행사로서의 ‘처벌’에 해당한다고는 할 수 없다고 본다. 따라서 공정거래법에서 형사처벌과 아울러 과징금의 병과를 예정하고 있더라도 이중처벌금지원칙에 위반된다고 볼 수 없다고 본다(헌재 2003. 7. 24. 2001헌가25).
 - ④ (X) 과징금부과처분은 제재적 처분으로서 통상 재량행위로 규정되어 있다. 그러나 개별법률에서 기속행위로 규정하고 있는 경우도 있다. 예를 들어, 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」 제5조 제1항은 ‘다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 해당 부동산 가액의 100분의 30에 해당하는 금액의 범위에서 과징금을 부과한다.’고 규정하고 있다. 이러한 점을 고려하여 대법원은 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」상 실권리자명의 등기의무를 위반한 명의신탁자에 대하여 과징금을 부과할 것인지 여부는 기속행위라고 본다(대법원 2007. 7. 12. 2005두17287).

10. 행정상 손해배상에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 국가배상청구권의 소멸시효 기간은 지났으나 국가가 소멸시효 완성을 주장하는 것이 신의성실의 원칙에 반하는 권리남용으로 허용될 수 없어 배상책임을 이행한 경우, 국가는 원칙적으로 해당 공무원에 대해 구상권을 행사할 수 있다.
- ② 공무원이 관계 법령의 해석이 확립되기 전에 어느 한 설을 취하여 업무를 처리한 것이 결과적으로 위법하더라도 처분당시 그 이상의 업무처리를 성실한 평균적 공무원에게 기대하기 어려웠던 경우라면 원칙적으로 공무원의 과실을 인정할 수 없다.
- ③ 공무원이 직무를 수행하면서 그 근거가 되는 법령의 규정에 따라 구체적으로 의무를 부여받았어도 그것이 국민의 이익과 관계없이 순전히 행정기관 내부의 질서를 유지하기 위한 것이라면 그 의무에 위반하여 국민에게 손해를 가하여도 국가 등은 배상책임을 부담하지 않는다.
- ④ 행정처분이 후에 항고소송에서 취소되었다고 할지라도 그 기판력에 의하여 당해 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없다.

[정답] ①

[출제단원] V. 행정구제법

[출제영역] 행정상 손해배상

- ① (X) 대법원은 국가가 소멸시효의 완성 전에 피해자의 권리행사나 시효중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 한 것과 같이 국가의 잘못이 있는 경우에는 국가가 피해자의 국가배상청구권의 소멸시효가 완성되었음을 주장하여 손해배상책임을 면하는 것은 권리남용으로 허용될 수 없다고 본다. 이와 같이 국가가 소멸시효 완성을 주장하는 것이 권리남용에 해당하여 허용되지 않음으로 인해 국가가 피해자에게 배상책임을 이행한 것이라면, 특별한 사정이 없는 한 국가가 공무원에게 구상권을 행사하여 국가가 피해자에게 지급한 손해배상금을 돌려받을 수 없다고 본다. 국가가 이러한 잘못을 하지 않았다면 국가는 소멸시효가 완성되었음을 주장하여 배상책임을 면할 수 있었을 것이고, 그렇다면 국가가 공무원에게 구상권을 행사하는 일도 없었을 것인데, 국가의 잘못으로 소멸시효를 주장할 수 없게 된 것이므로 이러한 경우에는 공무원에게 구상권을 행사할 수 없다는 것이다. 다만, 이러한 국가의 잘못을 해당 공무원이 적극적으로 주도하였다는 등의 특별한 사정이 있는 경우라면 국가가 해당 공무원에게 구상권을 행사할 수 있다고 본다(대법원 2016. 6. 10. 2015다217843).
- ② (O) 국가배상법 제2조 제1항에서 공무원의 위법한 직무행위로 인한 국가나 지방자치단체의 배상책임을 명시하고 있다. 국가배상법 제2조의 책임이 인정되기 위해서는 해당 행위의 「위법성」이 인정되어야 할 뿐만 아니라, 해당 행위가 공무원의 「고의 또는 과실」로 인한 것이어야 한다. 이와 관련하여 대법원은 어떠한 행정처분이 「위법」하다고 할지라도 그 자체만으로 곧바로 그 행정처분이 공무원의 「고의 또는 과실」로 인한 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없고, 공무원의 고의 또는 과실의 유무에 대하여는 별도의 판단을 요한다고 본다. 그 이유는 행정청이 관계 법령의 해석이 확립되기 전에 어느 한 설을 취하여 업무를 처리한 것이 결과적으로 위법하게 되어 그 법령의 부당 집행이라는 결과를 빚었다고 하더라도 처분 당시 그와 같은 처리방법 이상의 것을 성실한 평균적 공무원에게 기대하기 어려웠던 경우라면 특별한 사정이 없는 한 이를 두고 공무원의 과실로 인한 것이라고 볼 수는 없기 때문이다(대법원 2004. 6. 11. 2002다31018).
- ③ (O) 직무를 집행하는 공무원에 대하여는 법규 등에 의하여 여러 가지의 직무상 의무가 부여된다. 그런데 국가 등의 국가배상책임이 인정되려면 공무원에게 부과된 이러한 직무가 부수적으로라도 개개 국민(피해자)의 이익(사익)을 위해 부과된 것이어야만 하는지가 문제된다. 이와 관련하여 대법원은 공무원에게 일정한 의무를 부과한 규정의 '단순히 공공 일반의 이익을 위한 것이거나 행정기관 내부의 질서를 규율하기 위한 것(= 사익보호성 부정)'이라면 국가배상책임을 인정할 수 없다고 본다. 반면, '전적으로 또는 부수적으로 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 설정된 것(= 사익보호성 긍정)'이라면 국가

배상책임을 인정할 수 있다고 본다(대법원 2011. 9. 8. 2011다34521).

④ (O) 대법원은 어떠한 행정처분이 후에 항고소송에서 취소되었다고 할지라도 그 기판력에 의하여 당해 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없다고 본다(대법원 2000. 5. 12. 99다70600). 이는 ②번 해설에서 살펴본 바와 같이 「위법성」과 「고의 또는 과실」은 별개의 개념이기 때문이다.

※ [11. ~ 12.] 다음 사례에 대한 설명으로 옳지 않은 것을 고르시오. (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

11.

건축주 甲은 토지소유자 乙과 매매계약을 체결하고 乙로부터 토지사용승낙서를 받아 乙의 토지 위에 건축물을 건축하는 건축허가를 관할 행정청인 A시장으로부터 받았다. 매매 계약서에 의하면 甲이 잔금을 기일 내에 지급하지 못하면 즉시 매매계약이 해제될 수 있고 이 경우 토지사용승낙서는 효력을 잃으며 甲은 건축허가를 포기·철회하기로 甲과 乙이 약정하였다. 乙은 甲이 잔금을 기일 내에 지급하지 않자 甲과의 매매계약을 해제하였다.

- ① 착공에 앞서 甲의 귀책사유로 해당 토지를 사용할 권리를 상실한 경우, 乙은 A시장에 대하여 건축허가의 철회를 신청할 수 있다.
- ② 건축허가는 대물적 성질을 갖는 것이어서 행정청으로서 그 허가를 할 때에 건축주 또는 토지소유자가 누구인지 등 인적 요소에 관하여는 형식적 심사만 한다.
- ③ A시장은 건축허가 당시 별다른 하자가 없었고 철회의 법적근거가 없으므로 건축허가를 철회할 수 없다.
- ④ 철회권의 행사는 기득권의 침해로 정당화할 만한 중대한 공익상의 필요 또는 제3자의 이익을 보호할 필요가 있고, 공익상의 필요 등이 상대방이 입을 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 한해 허용될 수 있다.

[정답] ③

[출제단원] II. 행정작용법

[출제영역] 행정행위의 철회, 허가의 종류

- ① (O) 대법원은 건축주(甲)가 토지소유자(乙)로부터 「토지사용승낙서」를 받아 그 토지 위에 건축물을 건축하는 건축허가를 받았다가 착공(= 공사 시공자가 공사에 착수하는 것)에 앞서 건축주(甲)의 귀책사유로 해당 토지를 사용할 권리를 상실한 경우, 건축주(甲)에 대한 건축허가의 존재로 말미암아 토지에 대한 소유권 행사에 지장을 받을 수 있는 토지소유자(乙)로서는 건축허가의 철회를 신청할 수 있다고 본다(대법원 2017. 3. 15. 2014두41190). 참고로 행정행위의 철회란 아무런 하자 없이 적법하게 성립된 행정행위의 효력을 성립 이후에 발생한 새로운 사정(= 건축허가 이후 건축허가의 전제가 된 토지사용승낙서의 실효)에 의하여 더 이상 존속시킬 수 없는 경우에 장래에 향하여 그 효력을 소멸시키는 것을 말한다.
- ② (O) 대법원은 건축허가는 「대물적 성질(= 물건의 객관적 사정을 심사대상으로 하는 허가)」을 갖는 것이어서 행정청으로서 그 허가를 할 때에 건축주 또는 토지 소유자가 누구인지 등 인적 요소에 관하여는 「형식적 심사」만 한다고 본다(대법원 2017. 3. 15. 2014두41190). 참고로 형식적 심사란 신고요건의 충족 여부를 신고서류만으로 판단하는 것을 말한다. 이와 비교하여 실질적 심사란 신고요건의 충족 여부를 심사함에 있어 신고서류를 심사할 뿐만 아니라 필요한 경우 현장조사 등을 통해 실질적으로 판단하는 것을 말한다.
- ③ (X) 대법원은 행정행위를 한 처분청은 비록 처분 당시에 별다른 하자가 없었고, 처분 후에 이를 철회할 별도의 법적 근거가 없더라도 원래의 처분을 존속시킬 필요가 없게 된 사정변경이 생겼거나 중대한 공익상 필요가 발생한 경우에는 그 효력을 상실케 하는 별개의 행정행위로 이를 철회할 수 있다고 본다(대법원 2017. 3. 15. 2014두41190).
- ④ (O) 수익적 행정행위의 철회는 상대방에게 침익적인 결과를 가져오므로 자유롭게 철회할 수 있는 것은 아니다. 이와 관련하여 대법원은 수익적 행정행위를 취소 또는 철회하거나 중지시키는 경우에는 이미 부여된 국민의 기득권을 침해하는 것이 되므로, 비록 취소 등의 사유가 있다고 하더라도 그 취소권 등의 행사는 기득권의 침해를 정당화할 만한 중대한 「공익상의 필요 또는 제3자의 이익」을 보호할 필요가 있고, 이를 「상대방이 받는 불이익」과 비교·교량하여 볼 때 공익상의 필요 등이 상대방이 입을 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 한하여 허용될 수 있다고 본다(대법원 2017. 3. 15. 2014두41190).

12.

A시 시장은 「학교용지 확보 등에 관한 특례법」 관계 조항에 따라 공동주택을 분양받은 甲, 乙, 丙, 丁 등에게 각각 다른 시기에 학교용지 부담금을 부과하였다. 이후 해당 조항에 대하여 법원의 위헌법률심판제청에 따라 헌법재판소가 위헌결정을 하였다. (단, 甲, 乙, 丙, 丁은 모두 위헌법률심판제청신청을 하지 않은 것으로 가정함)

- ① 甲이 부담금을 납부하였고 부담금부과처분에 불가쟁력이 발생한 상태라면, 해당 조항이 위헌으로 결정되더라도 이미 납부한 부담금을 반환받을 수 없다.
- ② 乙은 부담금을 납부한 후 부담금부과처분에 대해 행정소송을 제기하였고 현재 소가 계속 중인 경우에도, 乙이 위헌법률심판제청신청을 하지 않았으므로 乙에게 위헌결정의 소급효는 미치지 않는다.
- ③ 丙이 부담금부과처분에 대한 행정심판청구를 하여 기각재결서를 송달받았으나, 재결서 송달일로부터 90일 이내에 취소소송을 제기하였다면 丙의 청구는 인용될 수 있다.
- ④ 부담금부과처분에 대한 제소기간이 경과하여 丁의 부담금 납부의무가 확정되었고 위헌결정 전에 丁의 재산에 대한 압류가 이루어진 상태라도, 丁에 대해 부담금 징수를 위한 체납처분을 속행할 수는 없다.

[정답] ②

[출제단원] 종합(II. 행정작용법, V. 행정구제법)

[출제영역] 행정행위의 하자, 제소기간

- ① (O) ▪ 문제점 : 甲이 이미 납부한 부담금을 돌려받기 위해서는 부담금부과의 근거법률인 「학교용지 확보 등에 관한 특례법」에 대한 헌법재판소의 위헌결정의 소급효(= 법적 효력이 과거로 거슬러 올라가 발생하는 것)가 인정되어야 한다. 만약 위헌결정이 있을 때부터 해당 법률의 효력이 상실한다고 하면(= 장래효가 인정된다고 하면), 甲에 대한 부담금부과처분 당시에는 법적 근거가 있었으므로 부담금부과처분에 별다른 하자가 없는 것이 되기 때문이다.
 - 법률에 대한 위헌결정의 소급효 인정범위 : 헌법재판소법 제47조 제2항에서 '위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 「그 결정이 있는 날부터」 효력을 상실한다.'고 규정하고 있다. 즉, 헌법재판소의 위헌결정은 원칙적으로 장래효이다. 다만, 대법원은 당해사건과 동종사건, 병행사건뿐 아니라 일반사건에 대해서는 위헌결정의 소급효가 인정된다고 본다. 개념을 정리하면 다음과 같다.

당해사건	헌법재판소에 법률의 위헌결정을 위한 계기를 부여한 당해 사건
동종사건	위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌 여부에 관하여 헌법재판소에 위헌여부심판제청을 하였거나 법원에 위헌여부심판제청신청을 한 사건 ※ 이 또한 '당해사건'이라고 표현하기도 한다.
병행사건	따로 위헌제청신청은 안했지만 당해 법률 또는 법률의 조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 사건
일반사건	위헌결정 이후에 같은 이유로 제소된 사건

그런데 대법원은 일반사건 중 이미 취소소송의 제기기간을 경과하여 확정력(= 불가쟁력)이 발생한 행정처분의 경우에는 위헌결정의 소급효가 미치지 않는다고 본다(대법원 2002. 11. 8. 2001두3181). 제시된 사례에서 甲은 위헌법률심판제청신청을 하지 않은 것으로 가정하였고, 甲이 부담금부과처분에 대한 취소소송을 제기했다는 사정도 나와 있지 않으므로 결국 甲은 헌법재판소의 위헌결정 이후에 민사법원에 「학교용지 확보 등에 관한 특례법」의 효력이 없음을 전제로 부당이득반환청구를 할 것이므로 이는 '일반사건'에 해당한다. 따라서 甲에 대한 부담금부과처분에 취소소송의 제소기간이 경과하여 불가쟁력이 발생하였다면, 부담금부과의 근거법률에 대한 헌법재판소의 위헌결정이 있다고 하더라도 효력이 소급하지 않는다. 따라서 甲은 부담금부과처분의 근거인 「학교용지 확보 등에 관한 특례법」의 효력이 없음을 주장하며

부담이득반환청구로서 이미 납부한 부담금을 반환받을 수 없다.

② (X) ①번 해설에서 살펴본 바와 같이, 대법원은 헌법재판소의 위헌결정의 효력은 위헌제정을 한 당해사건, 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌 여부에 관하여 헌법재판소에 위헌여부심판제청을 하였거나 법원에 위헌여부심판제청신청을 한 경우의 당해사건(= 동종사건을 의미한다)과 따로 위헌제청신청은 아니하였지만 당해 법률 또는 법률의 조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 사건(= 병행사건을 의미한다)뿐만 아니라 위헌결정 이후에 위와 같은 이유로 제소된 일반 사건에도 미친다고 본다(대법원 1993. 1. 15. 92다12377). 제시된 사례에서 乙은 부담금부과의 근거법률인 「학교용지 확보 등에 관한 특례법」에 대해 「위헌법률심판제청신청을 하지 않았지만, 이 법에 근거한 부담금부과처분에 대해 행정소송을 제기하였다. 따라서 乙이 제기한 부담금부과처분에 대한 행정소송 사건은 '병행사건'에 해당하므로 乙에게도 위헌결정의 소급효가 미친다.

③ (O) 丙이 제기한 취소소송이 제소기간을 준수하였는지, 준수하였다면 본안에서 인용될 수 있는지를 살펴보면 다음과 같다.

▪ 취소소송의 제소기간 준수여부 : 행정소송법에서 규정하고 있는 취소소송의 제소기간을 정리하면 다음과 같다(제20조).

행정심판을 거치지 않은 경우	<ul style="list-style-type: none"> 처분 등이 있음을 안 날부터 90일 이내 → 불변기간O 처분 등이 있는 날부터 1년 이내 → 불변기간X
행정심판을 거친 경우	<ul style="list-style-type: none"> 재결서의 정본을 송달받은 날부터 90일 이내 → 불변기간O 재결이 있는 날부터 1년 이내 → 불변기간X

丙은 부담금부과처분에 대한 행정심판청구에 대한 기각재결서 송달일로부터 90일 이내에 취소소송을 제기했으므로 제소기간은 준수하였다.

▪ 丙의 청구가 인용될 수 있는지 여부 : 丙은 부담금부과의 근거법률인 「학교용지 확보 등에 관한 특례법」에 대해 「위헌법률심판제청신청을 하지 않았지만, 이 법에 근거한 부담금부과처분에 대해 행정소송을 제기하였다. 따라서 丙이 제기한 부담금부과처분에 대한 행정소송 사건은 위헌결정의 소급효가 미치는 '병행사건'이나 '일반사건'에 해당한다. 또한 丙에 대한 부담금부과처분에 대해 취소소송의 제기기간이 도과한 경우도 아니므로 일반사건 중 위헌결정의 소급효가 부정되는 경우도 아니다. 따라서 丙은 부담금부과처분에 대한 취소소송에서 부담금부과의 근거법률이 위헌결정으로 효력을 상실하였으므로 부담금부과처분에 취소사유인 하자가 있음을 주장할 수 있으므로 丙의 부담금부과처분 취소청구는 인용될 수 있다.

④ (O) [상황 : 행정처분 → 헌법재판소의 법률에 대한 위헌결정 → 행정처분의 집행] 행정처분이 먼저 행해진 후에 처분의 근거법률이 헌법재판소에서 위헌결정을 받았고, 처분의 상대방이 아직 처분으로 부과된 의무를 이행하지 않고 있는 경우에 강제집행을 할 수 있는지 문제된다. 이와 관련하여 대법원은 「조세 부과에 대한 위헌결정」이 위헌으로 선언된 경우에, 비록 과세처분(= 행정처분)이 위헌결정 전에 이루어졌고, 과세처분에 대한 제소기간이 이미 경과하여 조세채권이 확정되었으며(= 불가쟁력 발생), 「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 않는다고 본다(대법원 2012. 2. 16. 2010두10907). 따라서 부담금부과처분에 대한 제소기간이 경과하여 丁의 부담금 납부의무가 확정되었고 위헌결정 전에 丁의 재산에 대한 압류가 이루어진 상태라도, 丁에 대해 부담금 징수를 위한 체납처분을 속행할 수는 없다.

13. 행정입법에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 부령의 형식으로 정해진 제재적 행정처분의 기준은 그 규정의 성질과 내용이 행정청 내부의 사무처리준칙을 정한 것에 불과하므로 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 것은 아니다.
- ② 항정신병 치료제의 요양급여 인정기준에 관한 보건복지부 고시가 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무와 법률관계를 규율하는 성격을 가질 때에는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.
- ③ 법률의 위임에 의하여 효력을 갖는 법규명령이 법개정으로 위임의 근거가 없어지게 되더라도 효력을 상실하지 않는다.
- ④ 한국수력원자력 주식회사가 조달하는 기자재, 용역 및 정비공사, 기기수리의 공급자에 대한 관리업무 절차를 규정함을 목적으로 제정·운용하고 있는 '공급자관리지침' 중 등록취소 및 그에 따른 일정 기간의 거래제한조치에 관한 규정들은 상위 법령의 구체적 위임 없이 정한 것이어서 대외적 구속력이 없는 행정규칙이다.

[정답] ③

[출제단원] II. 행정작용법

[출제영역] 행정입법

① (O) 영업허가의 취소 또는 정지, 과징금 부과 등과 같은 제재적 처분을 어떤 기준에 의해 부과할 것인지 정해 놓은 것을 「제재적 처분 기준」이라고 한다. 이와 관련하여 대법원은 제재적 행정처분의 기준이 부령(= 시행규칙)의 형식으로 규정되어 있더라도 그것은 행정청 내부의 사무처리준칙(= 행정규칙)을 정한 것에 지나지 아니하여 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 효력이 없다고 본다(대법원 2007. 9. 20. 2007두6946). 참고로 대법원은 「대통령령(= 시행령) 형식」으로 제재적 처분기준을 정한 경우에는 이를 「법규명령」의 성질을 갖는다고 본다(대법원 2007. 9. 20. 2007두6946). 참고로 대법원은 「대통령령(= 시행령) 형식」으로 제재적 처분기준을 정한 경우에는 이를 「법규명령」의 성질을 갖는다고 본다(대법원 2007. 9. 20. 2007두6946).

② (O) 행정규칙은 직접 국민에 대하여 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상의 효과를 발생하게 하는 '처분'이 아니므로 원칙적으로 항고소송의 대상이 될 수 없다. 다만, 행정규칙이 '국민의 권리·의무에 직접 변동을 가져오는 경우'에는 처분성이 인정되어 예외적으로 항고소송의 대상이 될 수 있다. 이와 관련하여 대법원은 항정신병 치료제의 요양급여 인정기준에 관한 보건복지부 고시(= 행정규칙)가 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 제약회사, 요양기관, 환자 및 국민건강보험공단 사이의 법률관계를 직접 규율한다는 이유로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 본다(대법원 2003. 10. 9.자 2003무23).

③ (X) 대법원은 구법에 위임의 근거가 없어 법규명령이 무효였더라도 사후에 법개정으로 위임의 근거가 부여되면 그때부터는 유효한 법규명령이 된다고 본다. 반면, 이와는 반대로 구법의 위임에 의한 유효한 법규명령이 법개정으로 위임의 근거가 없어지게 되면 그때부터 무효인 법규명령이 된다고 본다. 따라서 어떤 법령의 위임 근거 유무에 따른 유효 여부를 심사하려면 법개정의 전·후에 걸쳐 모두 심사하여야만 그 법규명령의 시기에 따른 유효·무효를 판단할 수 있다고 본다(대법원 1995. 6. 30. 93추83).

④ (O) 대법원은 공공기관의 운영에 관한 법률(이하 '공공기관운영법'이라 한다)이나 그 하위법령은 공기업이 거래상대방 업체에 대하여 공공기관운영법 및 공기업·준정부기관 계약사무규칙에서 정한 범위를 뛰어넘어 추가적인 제재조치를 취할 수 있도록 위임한 바 없다고 본다. 따라서 한국수력원자력 주식회사가 조달하는 기자재, 용역 및 정비공사, 기기수리의 공급자에 대한 관리업무 절차를 규정함을 목적으로 제정·운용하고 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 행정규칙이라고 본다(대법원 2020. 5. 28. 2017두66541).

14. 행정작용에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 구체적인 계획을 입안함에 있어 지침이 되거나 특정 사업의 기본방향을 제시하는 내용의 행정계획은 항고소송의 대상인 행정처분에 해당하지 않는다.
- ② 공법상 계약이 법령 위반 등의 내용상 하자가 있는 경우에도 그 하자가 중대명백한 것이 아니면 취소할 수 있는 하자에 불과하고 이에 대한 다툼은 당사자소송에 의하여야 한다.
- ③ 지도, 권고, 조언 등의 행정지도는 법령의 근거를 요하고 항고소송의 대상이 된다.
- ④ 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에 따라 국가가 당사자가 되는 이른바 공공계약에 관한 법적 분쟁은 원칙적으로 행정법원의 관할 사항이다.

[정답] ①

[출제단원] II. 행정작용법

[출제영역] 행정계획, 공법상 계약, 행정지도, 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률

① (O) 행정계획은 종류와 내용이 매우 다양하며 그 형식도 다양한 형태로 존재한다. 따라서 행정계획의 법적 성질은 개별적으로 검토해야 한다는 견해(개별검토설)가 다수설이다. 헌법재판소와 대법원도 개별검토설의 입장을 취하고 있다고 평가된다. 예를 들어, 대법원은 도시기본계획은 도시의 기본적인 공간구조와 장기발전방향을 제시하는 종합계획으로서 장래의 도시개발의 일반적인 방향이 제시되지만, 이러한 계획은 도시계획입안의 지침이 되는 것에 불과하여 일반 국민에 대한 직접적인 구속력은 없다고 본다. 따라서 도시기본계획은 처분성이 인정되지 않는다(대법원 2002. 10. 11. 2000두8226). 또한 대법원은 국토해양부, 환경부, 문화체육관광부, 농림수산부, 식품부가 합동으로 발표한 '4대강 살리기 마스터플랜' 등은 행정기관 내부에서 사업의 기본방향을 제시하는 것일 뿐, 국민의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 것이 아니어서 행정처분에 해당하지 않는다고 본다(대법원 2011. 4. 21. 자 2010무111). 이와 같이 구체적인 계획을 입안함에 있어 지침이 되거나 특정 사업의 기본방향을 제시하는 내용의 행정계획은 항고소송의 대상인 행정처분에 해당하지 않는다.

② (X) 공법상 계약이란 공법적 효과의 발생을 목적으로 하여 복수당사자 사이에 서로 반대 방향의 의사표시가 합치됨으로써 성립하는 공법행위를 말한다. 이러한 공법상 계약에는 행정행위에 인정되는 공정력이 인정되지 않으므로 위법한 공법상 계약은 원칙상 무효라는 것이 다수설이다. 또한 실무상 공법상 계약의 효력을 다투는 소송은 공법상 계약의 무효확인을 구하는 당사자소송으로 제기되고 있는 점에 비추어 대법원도 위법한 공법상 계약을 무효로 보고 있다고 평가한다(대법원 1996. 5. 31. 95누10617). 따라서 공법상 계약에 내용상 하자가 있는 경우에는 무효인 것이지, 하자의 정도가 중대명백한 것이 아니라고 하여 취소할 수 있는 하자에 불과한 것은 아니다.

③ (X) 행정지도란 일정한 행정목적을 실현하기 위하여 상대방인 국민에게 임의적인 협력을 요청하는 '비권력적 사실행위'를 말한다.

▪ 행정지도를 하기 위해 법률의 근거를 요하는지 여부 : 이에 대해서는 견해의 대립이 있으나, 행정지도에 따를 것인지의 여부가 상대방인 국민의 임의적 결정에 달려 있으므로 행정지도에 작용법적 근거가 없어도 된다는 부정설이 현재의 다수설이다.

▪ 행정지도가 항고소송의 대상이 되는 처분인지 여부 : 행정지도는 법적 효과를 갖지 않는 '비권력적 사실행위'에 불과하여 처분성이 인정되지 않으므로 항고소송의 대상이 되지 않는다는 것이 다수설과 판례이다.

④ (X) 대법원은 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에 따라 국가가 당사자가 되는 이른바 공공계약은 사경제 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상 계약으로서 본질적인 내용은 사인간의 계약과 다를 바가 없다고 본다. 따라서 그에 관한 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 사적 자치와 계약자유 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용된다고 본다(대법원 2012. 9. 20. 자 2012마 1097). 따라서 이러한 공공계약에 관한 법적 분쟁은 원칙적으로 민사

소송에 의해 해결하게 된다. 참고로 공공계약이란 국가를 당사자로 하는 계약인 국가계약, 지방자치단체를 당사자로 하는 계약인 지방계약, 공기업 등을 당사자로 하는 계약인 공공기관 계약을 말한다.

15. 「행정절차법」상 처분의 사전통지 및 의견제출 절차에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 법령등에서 요구된 자격이 없거나 없어지게 되면 반드시 일정한 처분을 하여야 하는 경우에 그 자격이 없거나 없어지게 된 사실이 법원의 재판에 의하여 객관적으로 증명된 경우에는 사전통지를 생략할 수 있다.
- ② 행정청의 처분으로 의무가 부과되거나 권익이 제한되는 경우라도 당사자가 의견진술의 기회를 포기한다는 뜻을 명백히 표시한 경우에는 의견청취를 생략할 수 있다.
- ③ 별정직 공무원인 대통령기록관장에 대한 직권면직 처분에는 처분의 사전통지 및 의견청취 등에 관한 「행정절차법」 규정이 적용되지 않는다.
- ④ 대통령이 한국방송공사 사장을 해임하면서 사전통지절차를 거치지 않은 경우에는 그 해임처분은 위법하다.

[정답] ③

[출제단원] III. 행정절차·행정정보공개·개인정보보호

[출제영역] 행정절차법

- ① (O) 처분의 사전통지란 행정청이 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하기 전에 처분의 제목, 당사자의 성명 또는 명칭과 주소, 처분하려는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거 등 법에서 정하고 있는 일정한 사실을 당사자 등에게 통지하는 것을 말한다(행정절차법 제21조 제1항). 다만, ㉠ 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우, ㉡ 법령 등에서 요구된 자격이 없거나 없어지게 되면 반드시 일정한 처분을 하여야 하는 경우에 그 자격이 없거나 없어지게 된 사실이 법원의 재판 등에 의하여 객관적으로 증명된 경우, ㉢ 해당 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 처분의 사전통지 의무가 면제된다(동법 제21조 제4항).
- ② (O) 의견청취절차란 불이익 처분시 행정처분의 상대방 또는 이해관계인에게 자신의 의견을 진술하며 스스로를 방어할 수 있는 기회를 부여하는 절차(= 청문, 공청회, 의견제출)를 말한다. 다만, ㉠ 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우, ㉡ 법령 등에서 요구된 자격이 없거나 없어지게 되면 반드시 일정한 처분을 하여야 하는 경우에 그 자격이 없거나 없어지게 된 사실이 법원의 재판 등에 의하여 객관적으로 증명된 경우, ㉢ 해당 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우, ㉣ 당사자가 의견진술의 기회를 포기한다는 뜻을 명백히 표시한 경우에는 의견청취를 하지 아니할 수 있다(행정절차법 제22조 제4항). 참고로 ①번 해설에서 확인할 수 있듯이 ㉠~㉣은 「처분의 사전통지 의무」가 면제되는 사유와 동일하다(동법 제21조 제4항).
- ③ (X) 행정절차법에서는 행정절차법의 적용이 배제되는 몇 가지 사항 중 한가지로 「<㉠ ... 공무원 인사 관계 법령에 따른 징계와 그 밖의 처분 ... 등> 해당 행정작용의 <㉡성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 거칠 필요가 없다고 인정되는 사항>과 <㉢행정절차에 준하는 절차를 거친 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항>」을 규정하고 있다(제3조 제2항 9호). 이 규정의 해석과 관련하여 대법원은 ㉠에 해당하는 사항 전부가 아니라, 이 중 ㉡이나 ㉢에 해당하는 경우에만 행정절차법의 적용이 배제되는 것이라고 해석한다. 이에 따라 대법원은 행정안전부장관이 별정직 공무원인 대통령기록관장(원고)을 직권면직한 사안에서, 별정직공무원에 대한 직권면직의 경우에는 징계처분과 달리 행정절차에 준하는 절차를 거치도록 하는 규정이 없으며, 이 사건 처분이 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 처분에도 해당하지 아니하므로 원고에게 사전통지를 하지 않고 의견제출의 기회를 주지 아니한 이 사건 처분은 행정절차법을 위반한 절차상 하자가 있어 위법하다고 본다(대법원 2013. 1. 16. 2011두30687). 즉, 별정직공무원에 대한 직권면직처분에 행정절차법이 적용되므로 행정안전부장관이 직권면직처분을 함에 있어 원고(별정직공무원)에게 사전통지를 하지 않고 의견제출의 기회를 주지 않은 것은 행정절차법을 위반한 절차상 하자가 있어 위법하다는 것이다.

④ (O) 대통령의 한국방송공사 사장 해임에 행정절차법이 적용되는지와 관련하여 대법원은 대통령의 한국방송공사 사장의 해임 절차에 관하여 방송법이나 관련 법령에도 별도의 규정을 두지 않고 있고, 이 사건 해임처분이 행정절차법과 그 시행령에서 열거적으로 규정한 예외사유에 해당한다고 볼 수 없으므로 이 사건 해임처분에도 행정절차법이 적용된다고 본다. 즉, 한국방송공사 사장의 해임처분에는 행정절차법이 적용되므로 해임처분과정에서 원고가 그 처분의 내용을 사전에 통지받거나 그에 대한 의견제출의 기회 등을 받지 못했고, 해임처분이 그 법적 근거 및 구체적 해임 사유를 제시받지 못했으므로 이 사건 해임처분은 위법하다고 본다. 다만, 대법원은 그 절차나 처분형식의 하자가 중대하고 명백하다고 볼 수 없어 취소사유에 해당한다고 보았다(대법원 2012. 2. 23. 2011두5001).

16. 「행정소송법」상 취소소송에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?
(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 대한민국에서 출생하여 오랜 기간 대한민국 국적을 보유하면서 거주한 재외동포는 사증발급 거부처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다.
- ② 국민권익위원회가 소방청장에게 일정한 의무를 부과하는 내용의 조치요구를 한 경우 소방청장은 조치요구의 취소를 구할 당사자능력 및 원고적격이 인정되지 않는다.
- ③ 임용지원자가 특별채용 대상자로서 자격을 갖추고 있고 유사한 지위에 있는 자에 대하여 정규교사로 특별채용한 전례가 있다 하더라도, 교사로의 특별채용을 요구할 법규상 또는 조리상의 권리가 있다고 할 수 없다.
- ④ 피해자의 의사와 무관하게 주민등록번호가 유출된 경우, 조리상 주민등록번호의 변경을 요구할 신청권을 인정함이 타당하다.

[정답] ②

[출제단원] V. 행정구제법

[출제영역] 취소소송의 원고적격, 거부처분의 대상적격

- ① (O) 원고적격이란 행정소송에서 원고가 될 수 있는 자격을 의미한다. 행정소송법은 '취소소송은 처분 등의 취소를 구할 「법률상 이익이 있는 자」가 제기할 수 있다.'고 하여 원고적격에 대해 규정하고 있다(제12조 1문). 이와 관련하여 대법원은 1976. 12. 15. 대한민국에서 출생하였으나 2002. 1. 18. 미국 시민권을 취득함으로써 대한민국 국적을 상실한 재외동포(재외동포는 재외국민과 외국국적동포로 구분되는데, 원고는 외국국적동포에 해당한다)는 LA총영사관 총영사의 사증발급 거부처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정된다고 본다. 즉, 원고는 대한민국에서 출생하여 오랜 기간 대한민국 국적을 보유하면서 거주한 사람이므로 이미 대한민국과 실질적 관련성이 있거나 대한민국에서 법적으로 보호가치 있는 이해관계를 형성하였다고 볼 수 있고, 재외동포의 대한민국 출입국과 대한민국 안에서의 법적 지위를 보장함을 목적으로 「재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률」이 특별히 제정되어 시행 중이므로 원고는 이 사건 사증발급 거부처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정된다는 것이다(대법원 2019. 7. 11. 2017두38874).
- ② (X) 국가기관 등 행정기관에게 항고소송의 원고적격을 인정할 수 있는지 문제된다. 이와 관련하여 대법원은 법령이 특정한 행정기관으로 하여금 다른 행정기관을 상대로 제재적 조치를 취할 수 있도록 하면서, 그에 따르지 않으면 그 행정기관에 대하여 과태료 부과나 형사처벌을 할 수 있도록 정한 경우에 다른 수단(기관소송, 권한쟁의심판)을 통해 다룰 수 없는 경우라면, 항고소송을 통한 구제대상이 될 수 있다고 본다. 따라서 이러한 권리구제나 권리보호의 필요성이 인정된다면 예외적으로 그 제재적 조치의 상대방인 행정기관 등에게 항고소송 원고로서의 당사자능력과 원고적격을 인정할 수 있다고 본다. 이에 따라 대법원은 국민권익위원회가 소방청장에게 인사와 관련하여 부당한 지시를 한 사실이 인정된다며 이를 취소할 것을 요구하기로 의결하고 그 내용을 통지하자 소방청장이 국민권익위원회 조치요구의 취소를 구하는 소송을 제기한 사안에서, 처분성이 인정되는 국민권익위원회의 조치요구에 불복하고자 하는 소방청장으로서의 조치요구의 취소를 구하는 항고소송을 제기하는 것이 유효·적절한 수단으로 볼 수 있으므로 소방청장이 예외적으로 항고소송의 당사자능력과 원고적격을 가진다고 본다(대법원 2018. 8. 1. 2014두35379).
- ③ (O) 거부처분이란 행정행위의 신청이 있는 경우에 신청에 따르는 행정행위를 할 것을 거부하는 내용의 행정행위를 말한다. 이와 관련하여 대법원은 행정청이 국민의 신청에 대하여 한 거부행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하려면, 행정청의 행위를 요구할 「법규상」 또는 「조리상」의 신청권이 그 국민에게 있어야 한다고 본다. 만약 이러한 신청권의 근거 없이 한 국민의 신청을 행정청이 받아들이지 아니한 경우에는 그 거부로 인하여 신청인의 권리나 법적 이익에 어떤 영향을 주는 것이 아니므로 이를 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다고 본다. 그런데 임용지원자인 원고가 교육공무원법 등에 의한 특별채용 대상자로서의 자격을 갖추고 있고, 이들과 유

사한 지위에 있는 전임강사에 대하여는 정규교사로 특별채용한 전례가 있다 하더라도 그러한 사정만으로 임용지원자에 불과한 원고 등에게 피고(경기도교육감)에 대하여 교사로의 특별채용을 요구할 법규상 또는 조리상의 권리가 있다고 할 수는 없다고 본다. 따라서 피고가 원고 등의 특별채용 신청을 거부하였다고 하여도 그 거부행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 할 수 없다(대법원 2005. 4. 15. 2004두11626).

④ (O) 대법원은 피해자의 의사와 무관하게 주민등록번호가 유출된 경우에는 「조리상」 주민등록번호의 변경을 요구할 신청권을 인정함이 타당하고, 구청장의 주민등록번호 변경신청 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 본다(대법원 2017. 6. 15. 2013두2945).

17. 행정상 즉시강제에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면?

- ㄱ. 항고소송의 대상이 되는 처분의 성질을 갖는다.
- ㄴ. 과거의 의무위반에 대하여 가해지는 제재이다.
- ㄷ. 목전에 급박한 장애를 예방하기 위한 경우에는 예외적으로 법률의 근거가 없이도 발동될 수 있다는 것이 일반적인 견해이다.
- ㄹ. 강제 건강진단과 예방접종은 대인적 강제수단에 해당한다.
- ㅁ. 위법한 즉시강제작용으로 손해를 입은 자는 국가나 지방자치단체를 상대로 「국가배상법」이 정한 바에 따라 손해배상을 청구할 수 있다.

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

[정답] ③

[출제단원] IV. 행정의 실효성 확보수단

[출제영역] 행정상 즉시강제

행정목적의 실현을 확보하기 위하여 사람의 신체 또는 재산에 실력을 가함으로써 행정상 필요한 상태를 실현하는 권력적 행위를 「행정강제」라고 한다. 행정강제에는 「행정상 강제집행(= 대집행, 이행강제금, 직접강제, 행정상 강제징수)」과 「행정상 즉시강제」가 있다. 이중 행정상 즉시강제란 급박한 행정상의 장애를 제거할 필요가 있지만 미리 의무를 명할 시간적 여유가 없을 때 또는 급박하지는 않지만 성질상 의무를 명해서는 목적달성이 곤란할 때에 즉시 개인의 신체·재산에 실력을 가하여 행정상의 필요한 상태를 실현하는 행정작용을 말한다.

ㄱ. (O) 행정상 즉시강제는 권력적 사실행위(= 공권력의 행사로서 법령 또는 행정행위를 집행하기 위한 사실행위)로서 행정소송의 대상인 「처분」에 해당한다.

ㄴ. (X) 행정상 즉시강제는 행정강제 중 하나로서 행정권이 직접 행정상 필요한 상태를 실현하는 작용이다. 그런데 과거의 의무위반에 대하여 가해지는 제재는 행정상 즉시강제가 아니라, 행정벌에 대한 설명이다. 행정벌이란 행정의 상대방이 행정법상 의무를 위반한 경우에 국가 또는 지방자치단체가 행정의 상대방에게 과하는 행정법상의 제재로서의 처벌을 말한다. 행정벌에는 행정형벌과 행정질서벌(과태료)이 있다. 행정벌은 과거의 의무위반에 대한 제재를 직접적인 목적으로 하지만 간접적으로는 의무자에게 심리적 압박을 가함으로써 행정법상의 의무이행을 확보하는 기능을 한다.

ㄷ. (X) 행정상 즉시강제는 국민의 권리를 침해하는 수단이므로 법적 근거가 필요하다. 현재 경찰관 직무집행법, 마약류관리에 관한 법률, 소방기본법, 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 등에서 행정상 즉시강제에 대해 규정하고 있다.

ㄹ. (O) 행정상 즉시강제에는 대인적 강제, 대물적 강제, 대가택 강제가 있다.

대인적 강제	사람의 신체에 실력을 가하여 행정상 필요한 상태를 실현하는 강제작용
대물적 강제	물건에 실력을 가하여 행정상 필요한 상태를 실현하는 작용
대가택 강제	점유자·소유자의 의사와 무관하게 가택·창고·영업소 등에 출입하여 행정상 필요한 상태를 실현하는 작용

「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」 제46조에 의한 건강진단 및 예방접종 등의 조치는 대인적 강제의 예에 해당한다.

ㅁ. (O) 위법한 행정상 즉시강제로 인해 인적·물적 손해를 받았을 때에는 국가나 지방자치단체를 상대로 「국가배상법」이 정한 바에 따라 국가배상을 청구할 수 있다.

18. 다음 중 「행정심판법」에 따른 행정심판을 제기할 수 없는 경우만을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」상 정보공개와 관련한 공공기관의 비공개결정에 대하여 이의신청을 한 경우
- ㄴ. 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」상 토지수용위원회의 수용재결에 이의가 있어 중앙토지수용위원회에 이의를 신청한 경우
- ㄷ. 「난민법」상 난민불인정결정에 대해 법무부장관에게 이의신청을 한 경우
- ㄹ. 「민원 처리에 관한 법률」상 법정민원에 대한 행정기관의 장의 거부처분에 대해 그 행정기관의 장에게 이의신청을 한 경우

- ① ㄱ, ㄴ ② ㄱ, ㄹ ③ ㄴ, ㄷ ④ ㄷ, ㄹ

[정답] ③

[출제단원] V. 행정구제법

[출제영역] 행정심판인 이의신청 vs 행정심판이 아닌 이의신청

이의신청이란 위법·부당한 행정작용으로 인해 권리가 침해된 자가 처분청에 대하여 그 행위의 취소를 구하는 절차를 말한다. 단, 개별법령상 처분청이 아닌 기관에 대한 불복절차를 이의신청으로 부르는 경우도 있다. 그런데 이의신청 중에는 이의신청이라는 표현에도 불구하고 행정심판의 성질을 갖는 것도 있다. 대법원은 '행정심판인 이의신청'과 '행정심판이 아닌 이의신청'을 절차 및 담당기관을 기준으로 구분하고 있다고 평가된다. '행정심판인 이의신청'과 '행정심판이 아닌 이의신청'은 행정심판법 제51조(행정심판 재청구의 금지)가 적용되는지와 관련하여 다음과 같이 구별의 실익이 있다.

구분	이의신청 후 행정심판청구
행정심판인 이의신청	불가
행정심판이 아닌 이의신청	가능

따라서 이의신청 중 「행정심판법」에 따른 행정심판을 제기할 수 없는 경우를 고르라는 것은 결국 '행정심판인 이의신청'을 고르라는 의미이다.

ㄱ. (O) 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에 의하면, 정보공개청구에 대한 공공기관의 비공개결정에 대한 불복절차로 이의신청, 행정심판 및 행정소송이 있다. 그런데 동법 제18조 제4항은 '공공기관은 이의신청을 각하 또는 기각하는 결정을 한 경우에는 청구인에게 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다는 사실을 제3항에 따른 결과 통지와 함께 알려야 한다.'고 규정하고 있다. 즉, 이의신청을 거처더라도 별도로 행정심판을 청구할 수 있음을 규정하고 있는 것이다. 따라서 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」상 이의신청은 '행정심판이 아닌 이의신청'에 해당한다. 따라서 동법상 이의신청을 한 경우라도 「행정심판법」에 따른 행정심판을 청구할 수 있다.

ㄴ. (X) 특정사업이 그 사업에 필요한 토지를 수용 또는 사용할 수 있는 공익사업이라는 것을 인정하고, 사업시행자에게 일정한 절차를 거쳐 그 사업에 필요한 토지를 수용 또는 사용하는 권리를 설정하여 주는 것을 '사업인정'이라고 한다. 사업인정을 받은 사업시행자는 보상에 관하여 토지소유자 및 관계인과 협의하여야 하는데, 협의가 성립되지 않거나 협의를 할 수 없을 때에는 사업시행자는 관할 토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있으며, 이에 따른 재결을 「수용재결」이라고 한다. 만약 수용재결에 이의가 있는 자는 중앙토지수용위원회에 이의를 신청할 수 있다(= 임의적 절차). 중앙토지수용위원회는 이의신청을 받은 경우 수용재결이 위법하거나 부당하다고 인정할 때에는 그 재결의 전부 또는 일부를 취소하거나 보상액을 변경할 수 있는데, 이에 따른 재결을 「이의재결」이라고 한다. 이와 관련하여 대법원은 토지수용위원회의 수용재결에 대한 이의절차는 실질적으로 「행정심판」의 성질을 갖는 것이므로 토지수용법(현행 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률)에 특별한 규정이 있는 것을 제외하고는 행정심판법의 규정이 적용된다고 본다(대법원 1992. 6. 9. 92누565). 따라서 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」상 중앙토지수용위원회에 이의신청을 한 경우에는 「행정심판법」에 따른 행

정심판을 청구할 수 없다.

ㄷ. (X) 「난민법」에 의하면, 법무부장관으로부터 난민불인정결정을 받은 사람 또는 난민인정이 취소 또는 철회된 사람은 법무부장관에게 이의신청을 할 수 있다(제21조 제1항). 그런데 동조 제2항은 '제1항에 따른 이의신청을 한 경우에는 「행정심판법」에 따른 행정심판을 청구할 수 없다.'고 규정하고 있다. 따라서 「난민법」상 이의신청을 한 경우에는 「행정심판법」에 따른 행정심판을 청구할 수 없다.

ㄹ. (O) 「민원 처리에 관한 법률」에 의하면 민원에 대한 행정기관의 장의 거부처분에 불복하는 민원인은 행정기관의 장에게 이의신청을 할 수 있다(제35조 제1항). 또한 민원인은 이의신청 여부와 관계없이 「행정심판법」에 따른 행정심판 또는 「행정소송법」에 따른 행정소송을 제기할 수 있다(동조 제3항). 이와 관련하여 대법원은 민원사무처리에 관한 법률상 민원 이의신청은 「행정심판이 아닌 이의신청」이라고 본다(대법원 2012. 11. 15. 2010두8676). 이는 민원사무처리에 관한 법률상 민원 이의신청에 대한 거부처분에 대하여는 민원 이의신청과 상관없이 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다는 점을 고려한 것이다. 따라서 「민원 처리에 관한 법률」상 이의신청을 한 경우에는 「행정심판법」에 따른 행정심판을 청구할 수 있다.

※ [19. ~ 20.] 다음 사례에 대한 설명으로 옳은 것을 고르시오. (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

19.

건설회사 A는 택지개발사업을 위해 관련 법령에 따른 절차를 거쳐 甲 소유의 토지 등을 취득하고자 甲과 보상에 관한 협의를 하였으나 협의가 성립되지 않았다. 이에 관할 지방 토지수용위원회에 재결을 신청하여 토지의 수용 및 보상금에 대한 수용재결을 받았다.

- ① 甲이 수용재결에 대하여 이의신청을 제기하면 사업의 진행 및 토지의 수용 또는 사용을 정지시키는 효력이 있다.
- ② 甲이 수용 자체를 다투는 경우 관할 지방토지수용위원회를 상대로 수용재결에 대하여 취소소송을 제기할 수 있다.
- ③ 甲은 보상금 증액을 위해 A를 상대로 손실보상을 구하는 민사소송을 제기할 수 있다.
- ④ 甲이 계속 거주하고 있는 건물과 토지의 인도를 거부할 경우 행정대집행의 대상이 될 수 있다.

[정답] ②

[출제단원] 종합(IV. 행정의 실효성 확보수단, V. 행정구제법)

[출제영역] 행정상 손실보상, 행정대집행

① (X) 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」은 '제83조에 따른 이의의 신청이나 제85조에 따른 행정소송의 제기는 사업의 진행 및 토지의 수용 또는 사용을 정지시키지 아니한다.'고 하여 처분효력의 부정지에 대해 규정하고 있다. 따라서 甲이 수용재결에 대하여 이의신청을 제기하더라도 사업의 진행 및 토지의 수용 또는 사용을 정지시키는 효력이 있는 것은 아니다.

② (O) 사업시행자, 토지소유자 또는 관계인은 재결에 불복할 경우 행정소송을 제기할 수 있다. 재결에 대한 불복에는 '수용 자체를 다투는 경우'와 '보상액을 다투는 경우'가 있다. 불복이 '수용 자체를 다투는 것'인 때에는 재결에 대하여 '취소소송 또는 무효확인소송'을 제기하고, '보상금의 증감을 청구하는 것'인 때에는 '보상금증감청구소송'을 제기하여야 한다. 재결에 대한 불복이 '수용 자체를 다투는 경우'에는 이의신청을 거칠 수도 있고, 이의신청을 거치지 않고 바로 취소소송 또는 무효확인소송을 제기할 수 있다. 이때 소송대상은 이의신청을 거치지 않은 경우뿐만 아니라 이의신청을 거친 경우에도 '토지수용위원회의 수용재결'이 되고, 피고는 '수용재결을 한 해당 토지수용위원회'가 된다. 따라서 甲이 수용 자체를 다투는 경우 수용재결을 한 '관할 지방 토지수용위원회'를 피고로 하여 '수용재결'에 대한 취소소송을 제기할 수 있다.

③ (X) 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제85조 제2항에서는 '행정소송이 보상금의 증감에 관한 소송인 경우 그 소송을 제기하는 자가 토지소유자 또는 관계인일 때에는 「사업시행자」를, 사업시행자일 때에는 「토지소유자 또는 관계인」을 각각 피고로 한다.'고 규정하고 있다. 따라서 토지소유자가 손실보상금의 액수를 다투고자 할 경우에는 「사업시행자」를 상대로 보상금의 증액을 구하는 소송을 제기하여야 한다. 이러한 소송은 형식적으로는 법률관계의 당사자인 토지소유자 또는 관계인과 사업시행자가 각각 원고·피고로 되어 제기하는 소송이므로 당사자소송에 속하지만, 내용적으로는 토지수용위원회의 수용재결(행정청의 처분)을 다투는 것이므로 실질적으로는 항고소송의 성질도 갖는다(= 형식적 당사자소송). 따라서 甲은 보상금 증액을 위해 A를 상대로 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」상 당사자소송인 보상금증감청구소송을 제기해야 하며, 손실보상을 구하는 민사소송을 제기할 수는 없다.

④ (X) 대집행이란 공법상 대체적 작위의무(= 건물의 철거, 물건의 파괴 등과 같이 타인이 대신하여 행할 수 있는 의무)의 불이행이 있는 경우에 당해 행정청이 스스로 의무자가 행할 행위를 하거나 제3자로 하여금 이를 행하게 하고 그 비용을 의무자로부터 징수하는 것을 말한다. 대집행의 대상이 되기 위해서는 공법상 「대체적」 작위의무의 불이행이 있어야 한다. 그런데 토지나 건물의 명도(= 건물·토지 등을 인도하여 남에게 주거나 맡기는 것)의무는 토지나 건물을 「점유하고 있는 자가 직접 이행해야 하는 것」이며, 점유하고 있지 않은 타인이 대

신 이행할 수 있는 의무가 아니다. 따라서 대집행의 대상이 될 수 없다. 이와 관련하여 대법원도 피수용자 등이 기업자(= 공익사업을 시행하는 자인 사업시행자)에 대하여 부담하는 수용대상 토지의 명도의무는 대체적 작위의무라고 볼 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 될 수 없다고 본다(대법원 2005. 8. 19. 2004다2809). 따라서 甲이 계속 거주하고 있는 건물과 토지의 인도를 거부할 경우 행정대집행의 대상이 될 수 없다.

20.

A시 시장은 식품접객업주 甲에게 청소년고용금지업소에 청소년을 고용하였다는 사유로 식품위생법령에 근거하여 영업정지 2개월 처분에 갈음하는 과징금부과처분을 하였고, 甲은 부과된 과징금을 납부하였다. 그러나 甲은 이후 과징금부과처분에 하자가 있음을 알게 되었다.

- ① 甲은 납부한 과징금을 돌려받기 위해 관할 행정법원에 과징금 반환을 구하는 당사자소송을 제기할 수 있다.
- ② A시 시장이 과징금부과처분을 함에 있어 과징금부과통지서의 일부 기재가 누락되어 이를 이유로 甲이 관할 행정법원에 과징금부과처분의 취소를 구하는 소를 제기한 경우, A시 시장은 취소소송 절차가 종결되기 전까지 보정된 과징금부과처분 통지서를 송달하면 일부 기재 누락의 하자는 치유된다.
- ③ 「식품위생법」이 청소년을 고용한 행위에 대하여 영업허가를 취소하거나 6개월 이내의 기간을 정하여 그 영업의 전부 또는 일부를 정지하거나 영업소 폐쇄를 명할 수 있다고 하면서 행정처분의 세부기준은 총리령으로 위임한다고 정하고 있는 경우에, 총리령에서 정하고 있는 행정처분의 기준은 재판규범이 되지 못한다.
- ④ 甲이 자신은 청소년을 고용한 적이 없다고 주장하면서 제기한 과징금부과처분의 취소소송 계속 중에 A시 시장은 甲이 유통기한이 경과한 식품을 판매한 사실을 처분사유로 추가·변경할 수 있다.

[정답] ③

[출제단원] 종합(Ⅰ. 행정법 서설, Ⅱ. 행정작용법, V. 행정구제법)

[출제영역] 공법상 부당이득반환청구권, 행정행위의 효력, 하자의 치유, 법규명령형식의 행정규칙, 처분사유의 추가·변경

① (X) 하자 있는 과징금부과처분에 따라 과징금을 납부한 자가 과징금을 돌려받는 방법은 과징금부과처분의 하자의 정도에 따라 다르다.

▪ 과징금부과처분이 무효인 경우

i) 부당이득반환청구소송 : 과징금부과처분이 무효이므로 이미 납부한 과징금에 대해 부당이득반환청구소송을 제기할 수 있다. 대법원은 공법상 원인에 의한 부당이득반환청구는 민사상의 부당이득반환청구로서 민사소송절차에 따라야 한다고 본다(= 사권설). 따라서 甲은 「민사법원」에 부당이득반환청구소송(= 민사소송)을 제기할 수 있다. 이때 민사법원이 과징금부과처분이 무효임을 전제로 판단할 수 있는지 문제되는데, 「행정소송법」 제11조에서는 처분 등의 무효 또는 부존재에 대해서는 민사법원이 선결문제로 심리할 수 있음을 규정하고 있다. 대법원도 행정처분이 당연무효인 경우에는 민사법원에서 이를 판단하여 해당 행정처분이 당연무효임을 전제로 민사재판을 진행할 수 있다고 본다(대법원 2010. 4. 8. 2009다90092).

ii) 과징금부과처분 무효확인소송 : 무효인 과징금부과처분에 의해 과징금을 납부한 甲이 과징금부과처분이 무효임을 전제로 하여 이미 납부한 과징금을 바로 돌려받을 수 있는 「부당이득반환청구소송(= 직접적인 구제수단)」을 제기할 수 있는 경우에 과징금부과처분에 대한 무효확인소송을 제기할 수 있는지 문제된다. 이와 관련하여 대법원은 행정처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우에는 ‘무효확인을 구할 법률상 이익’이 있으므로 무효확인소송을 제기할 수 있는 것이며, 이와 별도로 무효확인소송의 보충성이 요구되지 않으므로 행정처분의 무효를 전제로 한 이행소송 등과 같은 직접적인 구제수단이 있는지 여부를 별도로 따질 필요가 없다고 본다(대법원 2008. 3. 20. 2007두6342). 따라서 甲은 i)에서 살펴본 바와 같이 바로 과징금을 돌려받을 수 있는 방법으로 부당이득반환청구소송을 제기할 수 있는 경우에도 과징금부과처분에 대한 무효확인소송을 제기할 수도 있다.

▪ 과징금부과처분에 취소사유인 하자가 있는 경우 : 대법원은 과세처분의 하자가 취소할 수 있는 정도에 불과한 때에는 「과세관청이 스스로 과세처분을 취소하거나, 항고소송절차에서 과세처분이 취소되기 전까

지는」 과세처분이 유효한 것이므로 국민으로부터 납부 받은 세금은 법률상 원인이 없는 것이 아니어서 부당이득이 되지 않는다고 본다. 즉, 민사법원에서 직접 취소사유 있는 과세처분을 취소한 후 과세관청이 국민으로부터 이미 납부 받은 세금이 부당이득에 해당한다고 판단할 수는 없다는 것이다(대법원 1994. 11. 11. 94다28000). 따라서 甲은 먼저 과징금부과처분에 대한 취소소송을 거쳐 취소판결을 받아야 하며, 이를 거치지 않고 바로 민사소송으로 부당이득반환청구소송을 제기할 수는 없다.

∴ 결론적으로 甲은 과징금부과처분이 무효일 경우 민사소송으로 부당이득반환청구소송을 제기하거나, 항고소송인 과징금부과처분 무효확인소송을 제기할 수 있고, 과징금부과처분에 취소사유인 하자가 있는 경우 항고소송인 과징금부과처분 취소소송을 제기하여 취소판결을 받은 후 민사소송인 부당이득반환청구소송을 제기할 수 있을 뿐이며, 甲이 행정법원에 과징금반환을 구하는 당사자소송을 제기할 수 있는 것은 아니다.

② (X) 성립당시에 흠이 있는 행정행위가 사후에 이를 보완하거나 그 흠이 취소사유가 되지 않을 정도로 경미해진 경우에 성립 당시의 흠에도 불구하고 하자 없는 적법한 행위로 그 효력을 유지시키는 것을 「하자의 치유」라고 한다. 이와 관련하여 대법원은 하자의 치유를 허용하려면 늦어도 「처분에 대한 불복 여부의 결정 및 불복신청에 편의를 줄 수 있는 상당한 기간 내」에 하여야 한다고 본다(대법원 1984. 4. 10. 83누393). 즉, 「행정쟁송제기 이전」까지만 하자의 치유가 가능하다는 것이다. 따라서 甲이 이미 과징금부과처분의 취소를 구하는 소를 제기한 경우에는 하자의 치유가 인정될 수 없다.

③ (O) 법규명령(시행령, 시행규칙)의 형식을 취하고 있지만, 규율하고 있는 내용은 행정규칙의 실질을 가지는 것을 「법규명령형식의 행정규칙」이라고 한다. 이와 관련하여 법규명령형식으로 정한 제재적 처분기준의 법적 성질이 문제된다. 제재적 처분기준이란 영업허가의 취소 또는 정지, 과징금 부과 등과 같은 제재적 처분을 어떤 기준에 의해 부과할 것인지 정해 놓은 것을 말한다. 대법원은 부령(= 시행규칙) 형식으로 제재적 처분기준을 정한 경우에는 이를 「행정규칙」의 성질을 갖는다고 본다. 반면, 대통령령(= 시행령) 형식으로 제재적 처분기준을 정한 경우에는 이를 「법규명령」의 성질을 갖는다고 본다. 그런데 대법원은 총리령(= 시행규칙) 형식으로 제재적 처분기준을 정한 경우에도 부령과 마찬가지로 이를 「행정규칙」의 성질을 갖는다고 본다. 예를 들어, 대법원은 구 식품위생법 시행규칙(총리령) 제89조에서 [별표 23]으로 구 식품위생법 제75조에 따른 행정처분의 기준을 정하였다 하더라도, 이는 행정기관 내부의 사무처리준칙을 규정한 것에 불과한 것으로서 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 힘이 있는 것은 아니라고 본다(대법원 2014. 6. 12. 2014두2157). 따라서 제시된 사례에서 「식품위생법」이 행정처분의 세부기준을 총리령으로 위임한다고 정하고 있는 경우에, 총리령에서 정하고 있는 행정처분의 기준은 행정규칙에 불과하므로 재판규범이 되지 못한다.

※ 참고 - 식품위생법 시행규칙의 형식

식품위생법 시행규칙은 종전에 보건복지부령 형식으로 제정되었으나, 2013. 3. 정부조직법 개정으로 정부조직이 개편되면서 현재에는 총리령 형식으로 제정되고 있다.

④ (X) 처분사유의 추가·변경이란 「처분 당시에 존재」하였지만 행정청이 처분의 근거로 「제시하지 않았던」 사유를 이후 「행정쟁송 단계」에서 추가하거나 변경하는 것을 말한다. 처분사유의 추가·변경이 허용되는 객관적 범위와 관련하여 대법원은 처분사유의 추가·변경은 기본적 사실관계의 동일성이 인정되는 범위 내에서 인정된다고 본다(대법원 2008. 2. 28. 2007두13791). 그런데 A시 시장이 과징금부과처분을 하면서 제시한 사유인 '청소년고용금지업소에 청소년을 고용하였다는 사유'와 취소소송 중 추가·변경하려는 사유인 '유통기한이 경과한 식품을 판매한 사실'은 전혀 다른 사실관계로서 기본적 사실관계의 동일성이 인정되지 않는다. 따라서 A시 시장은 甲이 유통기한이 경과한 식품을 판매한 사실을 처분사유로 추가·변경할 수 없다.