

<20210417 국가직 9급 행정법총론 해설>

문 1. 행정법의 법원(法源)에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2021 국가직 9급

- ① 지방자치단체가 제정한 조례가 헌법에 의하여 체결·공포된 조약에 위반되는 경우 그 조례는 효력이 없다.
- ② 행정소송에 관하여 행정소송법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용한다.
- ③ 평등원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 차별을 배제하는 상대적 평등을 뜻한다.
- ④ 개정법령이 기존의 사실 또는 법률관계를 적용대상으로 하면서 국민의 재산권과 관련하여 종전보다 불리한 법률효과를 규정하고 있는 경우, 그러한 사실 또는 법률관계가 개정법령이 시행되기 이전에 이미 완성 또는 종결된 것이 아니라면 소급입법금지원칙에 위반된다.

정답 ④

관련 오답노트

① **관련 3강 05** 지방자치단체가 제정한 조례가 「1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정(GATT)」이나 「정부조달에 관한 협정(AGP)」에 위반되는 경우, 그 조례의 효력은 어떻게 됩니까?

정답 무효

지방자치단체가 제정한 조례가 「1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정(General Agreement on Tariffs and Trade 1994)」이나 「정부조달에 관한 협정(Agreement on Government Procurement)」에 위반되는 경우, 그 조례는 무효이다(대판 2005. 9. 9, 2004추10).

④ **관련 3강 16** 소급적용금지의 원칙은 부진정소급적용에도 인정됩니까?

정답 아니요

부진정소급적용은 엄밀한 의미에서의 소급적용이 아니어서 소급적용금지의 원칙이 적용되지 않으므로, 법규효력발생일 이전에 발생하여 법령의 시행일에도 종결되지 않고 계속되는 사실관계 또는 법률관계에는 새로운 법령을 적용함이 원칙이다.

해설

① ○

- 1. 지방자치단체가 제정한 조례가 「1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정(General Agreement on Tariffs and Trade 1994)」이나 「정부조달에 관한 협정(Agreement on Government Procurement)」에 위반되는 경우, 그 조례는 무효이다.
- 2. 학교급식을 위해 국내 우수농산물을 사용하는 자에게 식재료나 구입비의 일부를 지원하는 것 등을 내용으로 하는 지방자치단체의 조례안은 「1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정(General Agreement on Tariffs and Trade 1994)」에 위반되어 그 효력이 없다(대판 2005. 9. 9, 2004추10).

② ○

행정소송법 제8조 【법적용례】 ② 행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용한다.

③ ○ 오늘날 ‘평등’의 의미는 모든 인간을 평등하게 처우하되 합리적 근거가 있는 차별 내지 불평등은 허용된다는 상대적(실질적) 평등이라는 것이 통설과 헌법재판소의 입장이다.

헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적 근거 없는 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 평등을 뜻하고 따라서 합리적 근거 있는 차별 내지 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다. 그리고 합리적 근거 있는 차별인가의 여부는 그 차별이 인간의 존엄성 존중이라는 헌법원리에 반하지 아니하면서 정당한 입법목적 달성을 위하여 필요하고도 적정한 것인가를 기준으로 판단되어야 한다(헌재 1994. 2.24, 92헌바43).

④ ×

행정처분은 그 근거법령이 개정된 경우에도 경과규정에서 달리 정함이 없는 한 처분 당시 시행되는 개정법령과 그에 정한 기준에 의하는 것이 원칙이고, 그 개정법령이 기존의 사실 또는 법률관계를 적용대상으로 하면서 국민의 재산권과 관련하여 종전보다 불리한 법률효과를 규정하고 있는 경우에도 그러한 사실 또는 법률관계가 개정법령이 시행되기 이전에 이미 완성 또는 종결된 것이 아니라면 이를 헌법상 금지되는 소급입법에 의한 재산권침해라고 할 수는 없다(대판 2009. 9. 10, 2008두9324).

문 2. 행정법의 일반원칙에 관련된 다음의 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2021 국가직 9급

- ① 국가가 국민의 생명·신체의 안전에 대한 보호의무를 다하지 않았는지 여부를 헌법재판소가 심사할 때에는 국가가 이를 보호하기 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는가 하는 ‘과소보호금지원칙’의 위반 여부를 기준으로 삼는다.
- ② 행정청이 조합설립추진위원회의 설립승인심사에서 위법한 행정처분을 한 선례가 있는 경우에는, 행정청에 대해 자기구속력을 갖게 되어 이후에도 그러한 기준에 따라야 한다.
- ③ 공무원임용신청 당시 잘못 기재된 호적상 출생연월일을 생년월일로 기재하고, 임용 후 36년 동안 이의를 제기하지 않다가, 정년을 1년 3개월 앞두고 정정된 출생연월일을 기준으로 정년연장을 요구하는 것은 신의성실의 원칙에 반한다.
- ④ 일반적으로 행정청이 폐기물처리업 사업계획에 대한 적정통보를 한 경우 이는 토지에 대한 형질변경신청을 허가하는 취지의 공적 견해표명까지도 포함한다.

정답 ①

관련 오답노트

① **관련 2강 03** 국가가 국민의 생명·신체의 안전에 대한 보호의무를 다하였는지는 이른바 ‘과소보호금지원칙’의 위반 여부를 기준으로 판단합니까?

정답 예

국가가 국민의 생명·신체의 안전에 대한 보호의무를 다하지 않았는지 여부를 헌법재판소가 심사할 때에는 국가가 이를 보호하기 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는가 하는 이른바 ‘과소보호금지원칙’의 위반 여부를 기준으로 삼아, 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기 위한 조치가 필요한 상황인데도 국가가 아무런 보호조치를 취하지 않았는지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 불충분한 것이 명백한 경우에 한하여 국가의 보호의무의 위반을 확인하여야 하는 것이다(헌재 2009. 2. 26, 2005헌마764).

② **관련 4강 34** 위법한 행정처분이 반복해서 행하여졌다면 행정청에 대하여 자기구속력을 갖게 된다는 것은 ○입니까, ×입니까?

정답 ×

위법한 행정처분이 수차례에 걸쳐 반복적으로 행하여졌다 하더라도 그러한 처분이 위법한 것인 때에는 행정청에 대하여 자기구속력을 갖게 된다고 할 수 없다(대판 2009. 6. 25, 2008두13132).

③ **관련 4강 38** 지방공무원 임용신청 당시 잘못 기재된 생년월일에 근거하여 36년 동안 공무원으로 근무하다 정년을 1년 3개월 앞두고 생년월일을 정정한 후 그에 기초하여 정년연장을 요구하는 것은 신의성실의 원칙에 반합니까?

정답 아니요

지방공무원 임용신청 당시 잘못 기재된 호적상 출생년월일을 생년월일로 기재하고, 이에 근거한 공무원인사기록카드의 생년월일 기재에 대하여 처음 임용된 때부터 약 36년 동안 전혀 이의를 제기하지 않다가, 정년을 1년 3개월 앞두고 호적상 출생년월일을 정정한 후 그 출생년월일을 기준으로 정년의 연장을 요구하는 것은 신의성실의 원칙에 반하지 않는다(대판 2009. 3. 26, 2008두21300).

④ **관련 4강 19** 폐기물처리업 사업계획에 대하여 적정통보를 한 것만으로 국토이용계획변경신청을 승인하여 주겠다는 취지의 공적인 견해표명을 한 것이라고 볼 수 있다는 것은 ○입니까, ×입니까?

정답 ×

폐기물처리업 사업계획에 대하여 적정통보를 한 것만으로 그 사업부지 토지에 대한 국토이용계획변경신청을 승인하여 주겠다는 취지의 공적인 견해표명을 한 것으로 볼 수 없다(대판 2005. 4. 28, 2004두8828).

해설

① ○

국가가 국민의 생명·신체의 안전에 대한 보호의무를 다하지 않았는지 여부를 헌법재판소가 심사할 때에는 국가가 이를 보호하기 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는가 하는 이른바 '과소보호금지원칙'의 위반 여부를 기준으로 삼아, 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기 위한 조치가 필요한 상황인데도 국가가 아무런 보호조치를 취하지 않았는지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 불충분한 것이 명백한 경우에 한하여 국가의 보호의무의 위반을 확인하여야 하는 것이다(헌재 2009. 2. 26, 2005헌마764).

② × 자기구속의 원칙은 통설에 따르면 평등원칙에서 유래하는 것이므로 자기구속원칙 역시 선행행정작용이 위법한 경우에는 인정되지 않는다.

평등의 원칙은 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게 취급함을 금지하는 것이고, 위법한 행정처분이 수차례에 걸쳐 반복적으로 행하여졌다 하더라도 그러한 처분이 위법한 것인 때에는 행정청에 대하여 자기구속력을 갖게 된다고 할 수 없다(대판 2009. 6. 25, 2008두13132).

③ ×

지방공무원 임용신청 당시 잘못 기재된 호적상 출생연월일을 생년월일로 기재하고, 이에 근거한 공무원인사기록카드의 생년월일 기재에 대하여 처음 임용된 때부터 약 36년 동안 전혀 이의를 제기하지 않다가, 정년을 1년 3개월 앞두고 호적상 출생연월일을 정정한 후 그 출생연월일을 기준으로 정년의 연장을 요구하는 것은 신의성실의 원칙에 반하지 않는다(대판 2009. 3. 26, 2008두21300).

④ ×

폐기물처리업 사업계획에 대한 적정통보 중에 토지에 대한 형질변경신청을 허가하는 취지의 공적 견해표명이 있다고 볼 수 없다(대판 1998. 9. 25, 98두6494).

**문 3. 행정행위의 부관에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)** 2021 국가직 9급

- ① 행정처분과 부관 사이에 실제적 관련성이 있다고 볼 수 없는 경우, 공무원이 공법상의 제한을 회피할 목적으로 행정처분의 상대방과 사이에 사법상 계약을 체결하는 형식을 취하였다더라도 법치행정의 원리에 반하는 것으로서 위법하다고 볼 수 없다.
- ② 처분 당시 법령을 기준으로 처분에 부가된 부담이 적법하였다더라도, 처분 후 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거법령이 개정됨으로써 행정청이 더 이상 부관을 붙일 수 없게 되었다면 그때부터 부담의 효력은 소멸한다.
- ③ 부담의 이행으로서 하게 된 사법상 매매 등의 법률행위는 부담을 붙인 행정처분과는 별개의 법률행위이므로, 그 부담의 불가쟁력의 문제와는 별도로 법률행위가 사회질서위반이나 강행규정에 위반되는지 여부 등을 따져보아 그 법률행위의 유효 여부를 판단하여야 한다.
- ④ 허가에 붙은 기한이 그 허가된 사업의 성질상 부당하게 짧아서 이 기한이 허가 자체의 존속기간이 아니라 허가조건의 존속기간으로 해석되는 경우에는 허가 여부의 재량권을 가진 행정청은 허가조건의 개정만을 고려할 수 있고, 그 후 당초의 기한이 상당 기간 연장되어 그 기한이 부당하게 짧은 경우에 해당하지 않게 된 때라도 더 이상의 기간연장을 불허할 수는 없다.

**정답 ③**

**관련 오답노트**

① **관련 14강 24** 행정처분과 실제적 관련성이 없어 부관으로 붙일 수 없는 부담을 사법상 계약의 형식으로 행정처분의 상대방에게 부과할 수 있습니까? 이때 공법상의 제한을 회피할 목적으로 사법상 계약을 체결하는 형식을 취하였다면 법치행정의 원리에 반합니까?

**정답** (1) 아니요 (2) 예

(1) 행정처분과 실제적 관련성이 없어 부관으로 붙일 수 없는 부담을 사법상 계약의 형식으로 행정처분의 상대방에게 부과할 수 없다.  
 (2) 공무원이 공법상의 제한을 회피할 목적으로 행정처분의 상대방과 사이에 사법상 계약을 체결하는 형식을 취하였다면 이는 법치행정의 원리에 반하는 것으로서 위법하다(대판 2009. 12. 10, 2007다63966).

② **관련 14강 10** 부담이 처분 당시 법령을 기준으로 적법하였지만, 처분 후 주된 행정처분의 근거법령이 개정됨으로써 행정청이 더 이상 부관을 붙일 수 없게 되었다면 그 부담은 위법합니까? 그리고 그 부담의 효력은 곧바로 소멸됩니까?

**정답** (1) 아니요 (2) 아니요

(1) 부담의 적법 여부는 처분 당시 법령을 기준으로 판단하여야 하고, 부담이 처분 당시 법령을 기준으로 적법하다면 처분 후 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거법령이 개정됨으로써 행정청이 더 이상 부관을 붙일 수 없게 되었다 하더라도 부담이 곧바로 위법하게 되는 것은 아니다.  
 (2) 행정청이 수익적 행정처분을 하면서 사전에 상대방과 체결한 협약상의 의무를 부담으로 부가하였는데 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거법령이 개정되어 부관을 붙일 수 없게 된 경우라도 위 협약의 효력이 소멸하는 것은 아니다(대판 2009. 2. 12, 2005다65500).

③ **관련 14강 32** 행정처분에 붙인 부담인 부관에 불가쟁력이 생긴 경우에도 그 부담의 이행으로 한 사법상 법률행위의 효력을 다룰 수 있습니까?

**정답** 예

행정처분에 붙인 부담인 부관에 제소기간 도과로 불가쟁력이 생긴 경우에도 그 부담의 이행으로 한 사법상 법률행위의 효력을 다룰 수 있다(대판 2009. 6. 25, 2006다18174).

④ **관련 13강 26** 허가에 붙은 기한이 그 허가된 사업의 성질상 부당하게 짧은 경우 어떻게 보아야 합니까? 그렇다면 그 후 당초의 기한이 상당 기간 연장되어 부당하게 짧은 경우에 해당하지 않게 된 때에는, 재량권의 행사로서 더 이상의 기간연장을 불허하여 허가의 효력을 상실시킬 수 있습니까?

**정답** (1) '허가 자체'의 존속기간이 아니라 허가 '조건'의 존속기간으로 보아야 한다. (2) 예

(1) 허가에 붙은 기한이 그 허가된 사업의 성질상 부당하게 짧은 경우 그 기한을 허가 자체의 존속기간이 아닌 허가조건의 존속기간으로 볼 수 있다. 다만, 이 경우라도 허가기간이 연장되기 위해서는 종기가 도래하기 전에 기간의 연장에 관한 신청이 있어야 한다(대판

2007. 10. 11, 2005두12404).

(2) 허가에 붙은 당초의 기한이 상당기간 연장되어 더 이상 사업의 성질상 부당하게 짧은 경우에 해당하지 않은 경우, 관계법령의 규정에 따라 허가 여부의 재량권을 가진 행정청은 기간연장을 불허할 수도 있으며, 이 경우 허가의 효력은 상실된다(대판 2004. 3. 25, 2003두12837).

해설

① ×

행정처분과 실제적 관련성이 없어 부관으로 붙일 수 없는 부담을 사법상 계약의 형식으로 행정처분의 상대방에게 부과할 수는 없다.

공무원이 공법상의 제한을 회피할 목적으로 행정처분의 상대방과 사이에 사법상 계약을 체결하는 형식을 취하였다면 이는 법치행정의 원리에 반하는 것으로서 위법하다(대판 2009. 12. 10, 2007다63966).

② ×

행정청이 수익적 행정처분을 하면서 부가한 부담의 위법 여부는 처분 당시 법령을 기준으로 판단하여야 하고, 부담이 처분 당시 법령을 기준으로 적법하다면 처분 후 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거법령이 개정됨으로써 행정청이 더 이상 부관을 붙일 수 없게 되었다 하더라도 곧바로 위법하게 되거나 그 효력이 소멸하게 되는 것은 아니다. 따라서 행정처분의 상대방이 수익적 행정처분을 얻기 위하여 행정청과 사이에 행정처분에 부가할 부담에 관한 협약을 체결하고 행정청이 수익적 행정처분을 하면서 협약상의 의무를 부담으로 부가하였으나 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거법령이 개정됨으로써 행정청이 더 이상 부관을 붙일 수 없게 된 경우에도 곧바로 협약의 효력이 소멸하는 것은 아니다(대판 2009. 2. 12, 2005다65500).

③ ○

- 1. 행정처분에 붙인 부담인 부관이 무효가 되더라도 그 부담의 이행으로 한 사법상 법률행위가 당연히 무효가 되는 것은 아니다.
- 2. 행정처분에 붙인 부담인 부관에 제소기간 도과로 불가쟁력이 생긴 경우에도 그 부담의 이행으로 한 사법상 법률행위의 효력을 다룰 수 있다.

행정처분에 부담인 부관을 붙인 경우 부관의 무효화에 의하여 본체인 행정처분 자체의 효력에도 영향이 있게 될 수는 있지만, 그 처분을 받은 사람이 부담의 이행으로 사법상 매매 등의 법률행위를 한 경우에는 그 부관은 특별한 사정이 없는 한 법률행위를 하게 된 동기 내지 연유로 작용하였을 뿐이므로 이는 법률행위의 취소사유가 될 수 있음은 별론으로 하고 그 법률행위 자체를 당연히 무효화하는 것은 아니다. 또한, 행정처분에 붙은 부담인 부관이 제소기간의 도과로 확정되어 이미 불가쟁력이 생겼다면 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효로 보아야 할 경우 외에는 누구나 그 효력을 부인할 수 없을 것이지만, 부담의 이행으로서 하게 된 사법상 매매 등의 법률행위는 부담을 붙인 행정처분과는 어디까지나 별개의 법률행위이므로 그 부담의 불가쟁력의 문제와는 별도로 법률행위가 사회질서 위반이나 강행규정에 위반되는지 여부 등을 따져보아 그 법률행위의 유효 여부를 판단하여야 한다(대판 2009. 6. 25, 2006다18174).

④ ×

허가에 붙은 당초의 기한이 상당기간 연장되어 허가된 사업의 성질상 부당하게 짧은 경우에 해당하지 아니하게 된 경우, 관계법령의 규정에 따라 허가 여부의 재량권을 가진 행정청이 기간연장을 불허가하는 것은 가능하다(대판 2004. 3. 25, 2003두12837).

문 4. 정보공개에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

2021 국가직 9급

- ① 국민의 알권리의 내용에는 일반국민 누구나 국가에 대하여 보유·관리하고 있는 정보의 공개를 청구할 수 있는 이른바 일반적인 정보공개청구권이 포함된다.
- ② 정보공개청구권은 법률상 보호되는 구체적인 권리이므로 청구인이 공공기관에 대하여 정보공개를 청구하였다가 거부처분을 받은 것 자체가 법률상 이익의 침해에 해당한다.
- ③ 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」상 공개청구의 대상이 되는 정보란 공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 현재 보유·관리하고 있는 원본인 문서만을 의미한다.
- ④ 정보공개가 신청된 정보를 공공기관이 보유·관리하고 있지 아니한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 정보공개거부처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다.

정답 ③

관련 오답노트

② **관련 22강 34** 정보공개를 청구했다가 공개거부처분을 받았다는 사실만으로 거부처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있습니까?

정답 예

정보공개를 청구하였다가 거부처분을 받은 것 자체가 법률상 이익의 침해에 해당한다(대판 2004. 8. 20, 2003두8302).

③ **관련 22강 22** 공개청구의 대상이 되는 정보는 반드시 원본이어야 합니까?

정답 아니요

「공공기관의 정보공개에 관한 법률」상 공개청구의 대상이 되는 정보에 해당하는 문서가 반드시 원본일 필요는 없다(대판 2006. 5. 25, 2006두3049).

해설

① ○ 정보공개청구권은 자기와 직접적인 이해관계가 있는 특정사안에 관한 개별적 정보공개청구권과 자기와 직접적인 이해관계가 없는 사안에 관한 일반적 정보공개청구권으로 구분될 수 있는데, 헌법재판소는 알권리의 핵심은 국민의 정부에 대한 일반적 정보공개를 구할 권리 즉, 일반적 정보공개청구권에 있다고 한다(헌재 1991. 5. 13, 90헌마133). 한편, 이러한 정보공개청구권을 구체화한 법률이 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」이며, 동법상의 정보공개청구권은 일반적 정보공개청구권을 포함하는 권리이다.

헌법상 입법의 공개(제50조 제1항), 재판의 공개(제109조)와는 달리 행정의 공개에 대하여서는 명문규정을 두고 있지 않지만 ‘알권리’의 생성기반을 살펴볼 때 이 권리의 핵심은 정부가 보유하고 있는 정보에 대한 국민의 ‘알권리’, 즉 국민의 정부에 대한 일반적 정보공개를 구할 권리(청구권적 기본권)라고 할 것이며, 이러한 ‘알권리’의 실현은 법률의 제정이 뒤따라 이를 구체화시키는 것이 충실하고도 바람직하지만, 그러한 법률이 제정되어 있지 않다고 하더라도 불가능한 것은 아니고 헌법 제21조에 의해 직접 보장될 수 있다(헌재 1991. 5. 13, 90헌마133).

② ○

정보공개를 청구하였다가 거부처분을 받은 것 자체가 법률상 이익의 침해에 해당한다.

정보공개청구권은 법률상 보호되는 구체적인 권리이므로 청구인이 공공기관에 대하여 정보공개를 청구하였다가 거부처분을 받은 것 자체가 법률상 이익의 침해에 해당한다(대판 2004. 8. 20, 2003두8302).

③ × 공개청구의 대상이 되는 정보는 공공기관이 보유·관리하고 있는 정보에 한정되나, 반드시 원본일 필요는 없다는 것이 판례의 입장이다.

「공공기관의 정보공개에 관한 법률」상 공개청구의 대상이 되는 정보에 해당하는 문서가 반드시 원본일 필요는 없다.

「공공기관의 정보공개에 관한 법률」상 공개청구의 대상이 되는 정보란 공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 현재 보유·관리하고 있는 문서에 한정되는 것이기는 하나, 그 문서가 반드시 원본일 필요는 없다(대판 2006. 5. 25,

2006두3049).

「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제13조 【정보공개 여부 결정의 통지】 ④ 공공기관은 제1항에 따라 정보를 공개하는 경우에 그 정보의 원본이 더럽혀지거나 파손될 우려가 있거나 그 밖에 상당한 이유가 있다고 인정할 때에는 그 정보의 사본·복제물을 공개할 수 있다.

④ ○

공공기관이 공개를 구하는 정보의 폐기 등으로 인해 보유·관리하고 있지 아니한 경우, 정보공개거부처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없다(대판 2003. 4. 25, 2000두7087).

**문 5. 공법상 계약에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)** 2021 국가직 9급

- ① 행정청이 자신과 상대방 사이의 법률관계를 일방적인 의사표시로 종료시켰다고 하더라도 곧바로 그 의사표시가 행정청으로서 공권력을 행사하여 행하는 행정처분이라고 단정할 수는 없고, 관계법령이 상대방의 법률관계에 관하여 구체적으로 어떻게 규정하고 있는지에 따라 개별적으로 판단하여야 한다.
- ② 채용계약상 특별한 약정이 없는 한, 지방계약직 공무원에 대하여 지방공무원법, 「지방공무원 징계 및 소청 규정」에 정한 징계절차에 의하지 않고서는 보수를 삭감할 수 없다.
- ③ 중소기업 정보화지원사업에 대한 지원금출연협약의 해지 및 환수통보는 공법상 계약에 따른 의사표시가 아니라 행정청이 우월한 지위에서 행하는 공권력의 행사로서 행정처분이다.
- ④ 계약직 공무원 채용계약해지는 국가 또는 지방자치단체가 대등한 지위에서 행하는 의사표시로서 처분이 아니므로 행정절차법에 의하여 근거와 이유를 제시하여야 하는 것은 아니다.

정답 ③

**관련 오답노트**

① **관련 19강 10** 행정청이 자신과 상대방 사이의 근로관계를 일방적인 의사표시로 종료시켰다면, 곧바로 그 의사표시는 행정청으로서 공권력을 행사하여 행하는 행정처분에 해당합니까?

**정답** 아니요

행정청이 자신과 상대방 사이의 법률관계를 일방적인 의사표시로 종료시켰다고 하더라도 곧바로 의사표시가 행정청으로서 공권력을 행사하여 행하는 행정처분이라고 단정할 수는 없고, 관계법령이 상대방의 법률관계에 관하여 구체적으로 어떻게 규정하고 있는지에 따라 의사표시가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는지 아니면 공법상 계약관계의 일방 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시인지를 개별적으로 판단하여야 한다(대판 2015. 8. 27, 2015두41449).

③ **관련 19강 11** 중소기업 정보화지원사업 지원대상인 사업의 지원협약을 해지하고 지급받은 정부지원금을 반환할 것을 통보한 경우, 협약의 해지 및 그에 따른 환수통보는 행정청이 우월한 지위에서 행하는 공권력의 행사로서 행정처분에 해당합니까?

**정답** 아니요

중소기업 정보화지원사업을 위한 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 **관련 19강 05** 계약직 공무원에 대한 채용계약해지의 의사표시는 행정절차법에 의해 근거와 이유를 제시하여야 합니까?

**정답** 아니요

계약직 공무원에 대한 채용계약해지의 의사표시는 행정처분이 아니므로 행정처분과 같이 행정절차법에 의하여 근거와 이유를 제시하여야 하는 것은 아니다(대판 2002. 11. 26, 2002두5948).

해설

① ○ ③ × 3월 19일(금) 최신판례특강 49번 <관련판례>

1. 행정청이 자신과 상대방 사이의 법률관계를 일방적인 의사표시로 종료시켰다고 하더라도 곧바로 의사표시가 행정청으로서 공권력을 행사하여 행하는 행정처분이라고 단정할 수는 없고, 관계법령이 상대방의 법률관계에 관하여 구체적으로 어떻게 규정하고 있는지에 따라 의사표시가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는지 아니면 공법상 계약관계의 일방 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시인지를 개별적으로 판단하여야 한다(①).

2. (중소기업기술정보진흥원장이 주식회사와 중소기업 정보화지원사업 지원대상인 사업의 지원에 관한 협약을 체결하였는데, 협약이 회사에 책임이 있는 사업실패로 해지되었다는 이유로 협약에서 정한 대로 지급받은 정부지원금을 반환할 것을 통보한 사안에서) 중소기업 정보화지원사업에 따른 지원금 출연을 위하여 중소기업청장(현 중소벤처기업부장관)이 체결하는 협약은 공법상 대등한 당사자 사이의 의사표시의 합치로 성립하는 공법상 계약에 해당하는 점, …… 등을 종합하면, 중소기업 정보화지원사업을 위한 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(③)(대판 2015. 8. 27, 2015두41449).

② ○

지방계약직 공무원에 대하여 특별한 약정이 없는 한 지방공무원법 등에 정한 징계절차에 의하지 않고 보수를 삭감할 수 없다.

근로기준법 등의 입법 취지, 지방공무원법과 「지방공무원 징계 및 소청 규정」의 여러 규정에 비추어 볼 때, 채용계약상 특별한 약정이 없는 한, 지방계약직 공무원에 대하여 지방공무원법, 「지방공무원 징계 및 소청 규정」에 정한 징계절차에 의하지 않고서는 보수를 삭감할 수 없다고 봄이 상당하다(대판 2008. 6. 12, 2006두16328).

④ ○ 공법상 계약의 해지는 처분이 아니므로 처분을 규율하고 있는 행정절차법 규정이 적용되지 않는다는 것이 판례의 입장이다.

계약직 공무원에 대한 채용계약해지의 의사표시는 행정처분이 아니므로 행정처분과 같이 행정절차법에 의하여 근거와 이유를 제시하여야 하는 것은 아니다(대판 2002. 11. 26, 2002두5948).

문 6. 인·허가 의제에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2021 국가직 9급

- ① 주택건설사업계획 승인권자가 구 주택법에 따라 도시·군관리계획 결정권자와 협의를 거쳐 관계 주택건설사업계획을 승인하면 도시·군관리계획결정이 이루어진 것으로 의제되고, 이러한 협의절차와 별도로 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 등에서 정한 도시·군관리계획 입안을 위한 주민의견청취절차를 거칠 필요는 없다.
- ② 건축물의 건축이 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상 개발행위에 해당할 경우 그 건축의 허가권자는 국토계획법령의 개발행위허가기준을 확인하여야 하므로, 국토계획법상 건축물의 건축에 관한 개발행위허가가 의제되는 건축허가신청이 국토계획법령이 정한 개발행위허가기준에 부합하지 아니하면 허가권자로서는 이를 거부할 수 있다.
- ③ 건축법에서 관련 인·허가 의제체도를 둔 취지는 인·허가 의제사항 관련법률에 따른 각각의 인·허가 요건에 관한 일체의 심사를 배제하려는 것이 아니다.
- ④ 주택건설사업계획 승인처분에 따라 의제된 인·허가가 위법함을 다투고자 하는 이해관계인은, 주택건설사업계획 승인처분의 취소를 구해야지 의제된 인·허가의 취소를 구해서는 아니 되며, 의제된 인·허가는 주택건설사업계획 승인처분과 별도로 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하지 않는다.



정답 ④

관련 오답노트

① **관련 13강 12** 주된 인·허가처분이 관계기관의 장과 협의를 거쳐 발령된 경우 의제되는 인·허가에 법령상 요구되는 주민의 의견청취 등의 절차도 거쳐야 하나?

정답 아니요

판례는 의제되는 인·허가에 규정된 주민의 의견청취 등과 같은 절차를 거칠 필요가 없고 신청된 주된 허가에 관해 규정된 절차만 거치면 족하다고 본다(대판 1992. 11. 10, 92누1162, 절차집중효설).

② **관련 13강 13** 인·허가 의제에서 계획확정기관이 의제되는 인·허가의 실체적 요건 및 절차적 요건 모두에 기속된다고 보는 것이 일반적입니까?

정답 아니요

다수설, 판례는 의제되는 인·허가의 절차적 요건에는 구속되지 않지만(절차집중효 긍정) 실체적 요건에는 구속되어 주된 허가요건 뿐만 아니라 의제되는 인·허가 요건까지 모두 구비한 경우에 비로소 주된 신청에 대한 허가를 할 수 있다고 본다. 이에 따르면 의제되는 인·허가의 요건불비를 이유로 한 주된 인·허가 신청에 대한 거부처분은 적법하다.

③ **관련 13강 10** 건축법에서 인·허가 의제제도를 둔 취지는, 인·허가 의제사항 관련법률에 따른 각각의 인·허가 요건에 관한 일체의 심사를 배제하려는 것입니까?

정답 아니요

건축법에서 인·허가 의제제도를 둔 취지는, 인·허가 의제사항과 관련하여 건축허가 또는 건축신고의 관할행정청으로 그 창구를 단 일화하고 절차를 간소화하며 비용과 시간을 절감함으로써 국민의 권익을 보호하려는 것이지, 인·허가 의제사항 관련 법률에 따른 각각의 인·허가 요건에 관한 일체의 심사를 배제하려는 것이 아니다(대판 2011. 1. 20, 2010두14954 전합).

④ **관련 13강 15** 판례에 따르면 주된 인·허가(창업사업계획승인)로 의제된 인·허가(산지전용허가)는 통상적인 인·허가와 동일한 효력을 가지므로, 의제된 인·허가의 취소나 철회가 허용된다고 보니까? 그리고 의제된 인·허가의 직권취소나 철회는 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 보니까?

정답 (1) 예 (2) 예

(1) 사업계획승인으로 의제된 인·허가는 통상적인 인·허가와 동일한 효력을 가지므로, 그 효력을 제거하기 위한 법적 수단으로 의제된 인·허가의 취소나 철회가 허용될 필요가 있다.

(2) 의제된 산지전용허가를 주된 인·허가인 사업계획승인처분과 별도로 취소할 수 있으며 의제된 인·허가의 취소는 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다(대판 2018. 7. 12, 2017두48734).

해설

① ○

지구단위계획결정이 의제되려면 주택법에 의한 관계행정청과의 협의절차 외에 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상 지구단위계획입안을 위한 주민의견청취절차를 별도로 거쳐야 하는 것은 아니다

구 주택법(2016. 1. 19, 법률 제13805호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 주택법’이라 한다) 제17조 제1항에 인·허가 의제 규정을 둔 입법 취지는, 주택건설사업을 시행하는 데 필요한 각종 인·허가 사항과 관련하여 주택건설사업계획 승인권자로 그 창구를 단일화하고 절차를 간소화함으로써 각종 인·허가에 드는 비용과 시간을 절감하여 주택의 건설·공급을 활성화하려는 데에 있다. 이러한 인·허가 의제 규정의 입법 취지를 고려하면, 주택건설사업계획 승인권자가 구 주택법 제17조 제3항에 따라 도시·군관리계획 결정권자와 협의를 거쳐 관계 주택건설사업계획을 승인하면 같은 조 제1항 제5호에 따라 도시·군관리계획결정이 이루어진 것으로 의제되고, 이러한 협의절차와 별도로 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제28조 등에서 정한 도시·군관리계획 입안을 위한 주민의견청취절차를 거칠 필요는 없다(대판 2018. 11. 29, 2016두38792).

② ○ 인·허가 의제의 경우 의제되는 인·허가의 실체적인 요건불비를 이유로 한 주된 인·허가 신청에 대한 거부처분을 할 수 있다는 것이 통설 및 판례의 입장이다.

「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상 건축물의 건축에 관한 개발행위허가가 의제되는 건축허가신청이 국토의 계획 및 이용

에 관한 법령이 정한 개발행위허가기준에 부합하지 아니하는 경우, 허가권자가 이를 거부할 수 있다.

「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」(이하 ‘국토계획법’이라고 한다) 제56조 제1항, 제57조 제1항, 제58조 제1항 제4호, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령(이하 ‘국토계획법 시행령’이라고 한다) 제51조 제1항 제1호, 제56조 제1항 [별표 1의2] 제1호 (라)목, 제2호 (가)목, 건축법 제11조 제1항, 제5항 제3호, 제12조 제1항의 규정 체제 및 내용 등을 종합해 보면, 건축물의 건축이 국토계획법상 개발행위에 해당할 경우 그에 대한 건축허가를 하는 허가권자는 건축허가에 배치·저촉되는 관계 법령상 제한 사유의 하나로 국토계획법령의 개발행위허가기준을 확인하여야 하므로, 국토계획법상 건축물의 건축에 관한 개발행위허가가 의제되는 건축허가신청이 국토계획법령이 정한 개발행위허가기준에 부합하지 아니하면 허가권자로서는 이를 거부할 수 있고, 이는 건축법 제16조 제3항에 의하여 개발행위허가의 변경이 의제되는 건축허가사항의 변경허가에서도 마찬가지이다(대판 2016. 8. 24, 2016두35762).

③ ○

건축법에서 인·허가 의제제도를 둔 취지는, 인·허가 의제사항과 관련하여 건축허가 또는 건축신고의 관할행정청으로 그 창구를 단일화하고 절차를 간소화하며 비용과 시간을 절감함으로써 국민의 권익을 보호하려는 것이지, 인·허가 의제사항 관련 법률에 따른 각각의 인·허가 요건에 관한 일체의 심사를 배제하려는 것이 아니다(대판 2011. 1. 20, 2010두14954 전합).

④ ×

주택건설사업계획승인처분에 따라 의제된 지구단위계획결정에 하자가 있음을 이해관계인이 다투고자 하는 경우, 주된 처분(주택건설사업계획승인처분)이 아니라 의제된 인·허가(지구단위계획결정)를 항고소송의 대상으로 삼아야 한다.

의제된 인·허가는 통상적인 인·허가와 동일한 효력을 가지므로, 적어도 ‘부분 인·허가 의제’가 허용되는 경우에는 그 효력을 제거하기 위한 법적 수단으로 의제된 인·허가의 취소나 철회가 허용될 수 있고, 이러한 직권 취소·철회가 가능한 이상 그 의제된 인·허가에 대한 쟁송취소 역시 허용된다. 따라서 주택건설사업계획 승인처분에 따라 의제된 인·허가가 위법함을 다투고자 하는 이해관계인은, 주택건설사업계획 승인처분의 취소를 구할 것이 아니라 의제된 인·허가의 취소를 구하여야 하며, 의제된 인·허가는 주택건설사업계획 승인처분과 별도로 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다(대판 2018. 11. 29, 2016두38792).

**문 7. 행정심판법상 행정심판위원회가 취소심판의 청구가 이유가 있다고 인정하는 경우에 행할 수 있는 재결에 해당하지 않는 것은? ,** 2021 국가직 9급

- ① 처분을 취소하는 재결
- ② 처분을 할 것을 명하는 재결
- ③ 처분을 다른 처분으로 변경하는 재결
- ④ 처분을 다른 처분으로 변경할 것을 명하는 재결

정답 ②

**관련 오답노트**

①②③④ **관련 33강 07** 취소심판의 경우 취소명령재결도 가능합니까?

**정답** 아니요

행정심판위원회는 직접 원처분을 취소·변경할 수도 있으며(처분취소·변경재결), 원처분청에 대하여 처분을 다른 처분으로 변경할 것을 명할 수도 있다(처분변경명령재결). 개정 전 행정심판법에서는 ‘취소명령재결’이 있었으나 개정 행정심판법에는 ‘취소명령재결’을 삭제하였다.

해설

①③④ ○ ② × 처분을 할 것을 명하는 재결(처분명령재결)은 취소심판이 아니라 의무이행심판의 청구가 이유가 있다고 인정되는 경우의 재결이다. 3월 26일(금) 고난도 대비 특강자료 06번

행정심판법 제43조 【재결의 구분】 ③ 위원회는 취소심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 처분을 취소 또는 다른 처분으로 변경하거나 처분을 다른 처분으로 변경할 것을 피청구인에게 명한다.

⑤ 위원회는 의무이행심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 지체 없이 신청에 따른 처분을 하거나 처분을 할 것을 피청구인에게 명한다.

문 8. 국가배상법상 공무원의 위법한 직무행위로 인한 손해배상에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2021 국가직 9급

- ① 일반적으로 공무원이 필요한 지식을 갖추지 못하고 법규의 해석을 그르쳐 행정처분을 하였다면 그가 법률전문가가 아닌 행정직 공무원이라고 하여 과실이 없다고는 할 수 없다.
- ② 국가배상의 요건인 ‘공무원의 직무’에는 국가나 지방자치단체의 비권력적 작용과 사경제주체로서 하는 작용이 포함된다.
- ③ 손해배상책임을 묻기 위해서는 가해공무원을 특정하여야 한다.
- ④ 국가가 가해공무원에 대하여 구상권을 행사하는 경우 국가가 배상한 배상액 전액에 대하여 구상권을 행사하여야 한다.

정답 ①

관련 오답노트

② **관련 28강 07** 국가가 사경제주체로서 활동한 경우도 국가배상법상의 직무행위에 해당한다는 것은 ○입니까, ×입니까?

정답 ×

국가 또는 지방자치단체라 할지라도 사경제주체로서 활동하였을 경우에는 국가배상법상의 직무에 해당하지 않으므로 민법이 적용된다고 한다.

해설

① ○

공무원의 법령의 부지(不知) 등에 대해서도 과실이 인정될 수 있다.

법령에 대한 해석이 복잡·미묘하여 워낙 어렵고, 이에 대한 학설·판례조차 귀일되어 있지 않는 등의 특별한 사정이 없는 한 일반적으로 공무원이 관계법규를 알지 못하거나 필요한 지식을 갖추지 못하고 법규의 해석을 그르쳐 행정처분을 하였다면 그가 법률전문가가 아닌 행정직 공무원이라고 하여 과실이 없다고는 할 수 없다(대판 2001. 2. 9, 98다52988).

② ×

1. 국가배상법이 정한 배상청구의 요건인 공무원의 직무에는 권력적 작용만이 아니라 행정지도와 같은 비권력적 작용도 포함되며, 단지 행정주체가 사경제주체로서 하는 활동만이 제외된다(대판 1998. 7. 10, 96다38971).

2. 지방자치단체에 기부채납된 호텔의 대부계약해지에 따른 정산금지금과 관련된 업무는 사경제주체로서의 작용에 해당한다(국가배상법 적용 ×)(대판 2004. 4. 9, 2002다10691).

③ × 가해공무원의 특징이 어려운 경우에는 반드시 가해공무원을 특정하지 않더라도 공무원의 행위로 인정되는 한 국

가배상책임을 인정해야 한다는 것이 통설 및 판례의 입장이다.

**집회 중 사망한 사건에서 가해공무원인 전투경찰공무원을 특정하지 않더라도 손해배상책임을 인정한다.**

국가 소속 전투경찰들이 시위진압을 함에 있어서 합리적이고 상당하다고 인정되는 정도로 가능한 한 최루탄의 사용을 억제하고 또한 최대한 안전하고 평화로운 방법으로 시위진압을 하여 그 시위진압 과정에서 타인의 생명과 신체에 위해를 가하는 사태가 발생하지 아니하도록 하여야 하는데도, 이를 게을리한 채합리적이고 상당하다고 인정되는 정도를 넘어 지나치게 과도한 방법으로 시위진압을 한 잘못으로 시위 참가자로 하여금 사망에 이르게 하였다는 이유로 국가의 손해배상책임을 인정하되 …… (대판 1995. 11. 10, 95다23897)

④ × 판례는 당해 공무원의 직무내용, 당해 불법행위의 상황, 손해발생에 대한 당해 공무원의 기여 정도, 당해 공무원의 평소 근무태도, 불법행위의 예방이나 손실 분산에 관한 국가 또는 지방자치단체의 배려 정도를 고려하여 구상권의 범위를 정해야 한다는 입장이다.

국가 등은 당해 공무원의 직무내용, 당해 불법행위의 상황 등 제반 사정을 참작하여 손해의 공평한 분담이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서만 당해 공무원에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.

국가 또는 지방자치단체의 산하 공무원이 그 직무를 집행함에 당하여 중대한 과실로 인하여 법령에 위반하여 타인에게 손해를 가함으로써 국가 또는 지방자치단체가 손해배상책임을 부담하고, 그 결과로 손해를 입게 된 경우에는 국가 등은 당해 공무원의 직무내용, 당해 불법행위의 상황, 손해발생에 대한 당해 공무원의 기여 정도, 당해 공무원의 평소 근무태도, 불법행위의 예방이나 손실 분산에 관한 국가 또는 지방자치단체의 배려 정도 등 제반 사정을 참작하여 손해의 공평한 분담이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서만 당해 공무원에 대하여 구상권을 행사할 수 있다고 봄이 상당하다(대판 1991. 5. 10, 91다6764).

**문 9. 행정행위에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2021 국가직 9급**

- ㉠ 행정의사가 외부에 표시되어 행정청이 자유롭게 취소·철회할 수 없는 구속을 받게 되는 시점에 처분이 성립하고, 그 성립 여부는 행정청이 행정의사를 공식적인 방법으로 외부에 표시하였는지를 기준으로 판단해야 한다.
- ㉡ 구 공중위생관리법상 공중위생영업에 대하여 영업을 정지할 위법사유가 있다면, 관할행정청은 그 영업을 양도·양수되었다 하더라도 양수인에 대하여 영업정지처분을 할 수 있다.
- ㉢ 「도시 및 주거환경정비법」상 주택재건축조함에 대해 조합설립인가처분이 행하여진 후에는, 조합설립결의의 하자를 이유로 조합설립의 무효를 주장하려면 조합설립인가처분의 취소 또는 무효확인을 구하는 소송으로 다투어야 하며, 따로 조합설립결의의 하자를 다투는 확인의 소를 제기할 수 없다.
- ㉣ 공정거래위원회가 부당한 공동행위를 한 사업자들 중 자진신고자에 대하여 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법령에 따라 과징금 부과처분(선행처분)을 한 뒤, 다시 자진신고자에 대한 사건을 분리하여 자진신고를 이유로 과징금 감면처분(후행처분)을 한 경우라도 선행처분의 취소를 구하는 소는 적법하다.

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

정답 ②

**관련 오답노트**

㉠ **관련 15강 02** 어떠한 처분의 외부적 성립 여부는 행정청에 의해 행정의사가 공식적인 방법으로 외부에 표시되었는지를 기준으로 판단하여야 합니까?

정답 예

행정처분의 외부적 성립은 행정의사가 외부에 표시되어 행정청이 자유롭게 취소·철회할 수 없는 구속을 받게 되는 시점을 확정하는 의미를 가지므로, 어떠한 처분의 외부적 성립 여부는 행정청에 의해 행정의사가 공식적인 방법으로 외부에 표시되었는지를 기준으로 판단하여야 한다(대판 2017. 7. 11, 2016두35120).

㉠ **관련 6강 16** 양도인에게 발생한 제재사유가 양수인에게 승계되는 것으로 보아 양수인에게 제재처분을 할 수 있습니까?

정답 예

석유판매업자의 지위를 승계한 자(양수인)에 대하여 종전의 석유판매업자(양도인)가 유사석유제품을 판매하는 위법행위를 하였다면 이유로 사업정지 등 제재처분을 취할 수 있다(대판 2003. 10. 23, 2003두8005).

㉡ **관련 13강 30** 조합설립결의에 하자가 있었으나 조합설립인가처분이 이루어진 경우에는 조합설립결의의 하자를 당사자소송으로 다룰 것이고 조합설립인가처분에 대해 항고소송을 제기할 수는 없습니까?

정답 아니요

행정청의 조합설립인가처분이 있는 후에 조합설립결의에 하자가 있음을 이유로 소송을 제기하는 경우라면 조합설립인가처분에 대한 항고소송을 제기하여야 한다(대판 2009. 9. 24, 2008다60568).

㉢ **관련 18강 08** 공정거래위원회가 부당한 공동행위를 한 사업자에게 과징금 부과처분(선행처분)을 한 뒤, 다시 자진신고 등을 이유로 과징금 감면처분(후행처분)을 한 경우, 선행처분의 취소를 구하는 소는 부적법합니까?

정답 예

공정거래위원회가 부당한 공동행위를 행한 사업자로서 구 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(2013. 7. 16, 법률 제11937호로 개정되기 전의 것) 제22조의2에서 정한 자진신고자나 조사협조자에 대하여 과징금 부과처분(이하 '선행처분'이라 한다)을 한 뒤, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령」 제35조 제3항에 따라 다시 자진신고자 등에 대한 사건을 분리하여 자진신고 등을 이유로 한 과징금 감면처분(이하 '후행처분'이라 한다)을 하였다면, 후행처분은 자진신고 감면까지 포함하여 처분 상대방이 실제로 납부하여야 할 최종적인 과징금액을 결정하는 종국적 처분이고, 선행처분은 이러한 종국적 처분을 예정하고 있는 일종의 잠정적 처분으로서 후행처분이 있을 경우 선행처분은 후행처분에 흡수되어 소멸한다. 따라서 위와 같은 경우에 선행처분의 취소를 구하는 소는 이미 효력을 잃은 처분의 취소를 구하는 것으로 부적법하다(대판 2015. 2. 12, 2013두987).

해설

㉠ ○

1. 일반적으로 처분이 주체·내용·절차와 형식의 요건을 모두 갖추고 외부에 표시된 경우에는 처분의 존재가 인정된다. 행정의사가 외부에 표시되어 행정청이 자유롭게 취소·철회할 수 없는 구속을 받게 되는 시점에 처분이 성립하고, 그 성립 여부는 행정청이 행정의사를 공식적인 방법으로 외부에 표시하였는지를 기준으로 판단해야 한다.
2. 병무청장이 법무부장관에게 “가수 甲이 공연을 위하여 국외여행허가를 받고 출국한 후 미국 시민권을 취득함으로써 사실상 병역의무를 면탈하였으므로 재외동포 자격으로 재입국하고자 하는 경우 국내에서 취업, 가수활동 등 영리활동을 할 수 없도록 하고, 불가능할 경우 입국 자체를 금지해 달라.”고 요청함에 따라 법무부장관이 甲의 입국을 금지하는 결정을 하고, 그 정보를 내부전산망인 ‘출입국관리정보시스템’에 입력하였으나, 甲에게는 통보하지 않은 사안에서, 위 입국금지결정은 항고소송의 대상이 되는 ‘처분’에 해당하지 않는다(대판 2019. 7. 11, 2017두38874).

㉡ ○

공중위생영업에 있어 그 영업을 정지할 위법사유가 있는 경우, 그 영업이 양도·양수되었다 하더라도 양수인에 대하여 영업 정지처분을 할 수 있다.

양수인이 그 양수 후 행정청에 새로운 영업소개설통보를 하였다 하더라도, 그로 인하여 영업양도·양수로 영업소에 관한 권리·의무가 양수인에게 이전하는 법률효과까지 부정되는 것은 아니라 할 것인바, 만일 어떠한 공중위생영업에 대하여 그 영업을 정지할 위법사유가 있다면, 관할행정청은 그 영업이 양도·양수되었다 하더라도 그 업소의 양수인에 대하여 영업정지처분을 할 수 있다고 봄이 상당하다(대판 2001. 6. 29, 2001두16111).

㉢ ○

1. 「도시 및 주거환경정비법」 등 관련법령에 근거하여 행하는 조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한

보충행위로서의 성질을 갖는 것에 그치는 것이 아니라 법령상 요건을 갖추 경우 「도시 및 주거환경정비법」상 주택재건축사업 시행할 수 있는 권한을 갖는 행정주체(공법인)로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 갖는다.

2. 행정청의 조합설립인가처분이 있는 후에 조합설립결의에 하자가 있음을 이유로 소송을 제기하는 경우라면 조합설립인가 처분에 대한 항고소송을 제기하여야 한다.

3. 조합설립인가처분이 있는 후에 조합설립결의의 하자를 이유로 그 결의부분만을 따로 떼어내어 무효등확인 소송을 제기하는 것은 허용될 수 없다(대판 2009. 9. 24, 2008다60568).

㉔ x 가행정행위에서 잠정적 처분 후 종국적 처분이 있게 되면 선행처분은 후행처분에 흡수되어 소멸하므로 이러한 경우에 잠정적 선행처분(가처분)을 다투는 소는 부적법하게 된다.

공정거래위원회가 부당한 공동행위를 한 사업자에게 과징금 부과처분(선행처분)을 한 뒤, 다시 자진신고 등을 이유로 과징금 감면처분(후행처분)을 한 경우, 선행처분의 취소를 구하는 소는 부적법하다.

공정거래위원회가 부당한 공동행위를 행한 사업자로서 구 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제22조의2에서 정한 자진신고자나 조사협조자에 대하여 과징금 부과처분(이하 '선행처분'이라 한다)을 한 뒤, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제35조 제3항에 따라 다시 자진신고자 등에 대한 사건을 분리하여 자진신고 등을 이유로 한 과징금 감면처분(이하 '후행처분'이라 한다)을 하였다면, 후행처분은 자진신고 감면까지 포함하여 처분 상대방이 실제로 납부하여야 할 최종적인 과징금액을 결정하는 종국적 처분이고, 선행처분은 이러한 종국적 처분을 예정하고 있는 일종의 잠정적 처분으로서 후행처분이 있을 경우 선행처분은 후행처분에 흡수되어 소멸한다. 따라서 위와 같은 경우에 선행처분의 취소를 구하는 소는 이미 효력을 잃은 처분의 취소를 구하는 것으로 부적법하다(대판 2015. 2. 12, 2013두987).

**문 10. 행정계획에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)** 2021 국가직 9급

- ① 구 도시계획법상 도시기본계획은 도시의 기본적인 공간구조와 장기발전방향을 제시하는 종합계획으로서 도시계획입안의 지침이 되므로 일반국민에 대한 직접적인 구속력은 없다.
- ② 장래 일정한 기간 내에 관계법령이 규정하는 시설 등을 갖추어 일정한 행정처분을 구하는 신청을 할 수 있는 법률상 지위에 있는 자의 국토이용계획변경신청을 거부하는 것이 실질적으로 당해 행정처분 자체를 거부하는 결과가 되는 경우라도, 구 국토이용관리법상 주민이 국토이용계획의 변경에 대하여 신청을 할 수 있다는 규정이 없으므로 그 신청인에게 국토이용계획변경을 신청할 권리가 인정된다고 볼 수 없다.
- ③ 구속력 없는 행정계획안이나 행정지침이라도 국민의 기본권에 직접적으로 영향을 끼치고 법령의 뒷받침에 의하여 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상되는 때에는 예외적으로 헌법소원의 대상이 된다.
- ④ 도시계획의 결정·변경 등에 대한 권한행정청은 이미 도시계획이 결정·고시된 지역에 대하여도 다른 내용의 도시계획을 결정·고시할 수 있고, 이때에 후행 도시계획에 선행 도시계획과 양립할 수 없는 내용이 포함되어 있다면 특별한 사정이 없는 한 선행 도시계획은 후행 도시계획과 같은 내용으로 변경된다.

정답 ②

**관련 오답노트**

① **관련 18강 14** 구 도시계획법(현 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」) 제10조의2 소정의 도시기본계획은 도시계획입안의 지침이 되는 것에 불과할 뿐 일반국민에 대한 직접적인 구속력은 없습니까?

정답 예

도시기본계획은 도시의 기본적인 공간구조와 장기발전방향을 제시하는 종합계획으로서 그 계획에는 토지이용계획, 환경계획, 공원녹지계획 등 장래의 도시개발의 일반적인 방향이 제시되지만, 그 계획은 도시계획입안의 지침이 되는 것에 불과하여 일반국민에 대한 직접적인 구속력은 없는 것이다(대판 2002. 10. 11, 2000두8226).

② **관련 18강 30** 국토이용계획변경신청을 거부하는 것이 실질적으로 당해 행정처분 자체를 거부하는 결과가 되는 경우에 그 신청인은 국토이용계획변경을 신청할 권리가 있습니까?

정답 예

일정한 행정처분을 구하는 신청을 할 수 있는 법률상 지위에 있는 자의 국토이용계획변경신청을 거부하는 것이 실질적으로 당해 행정처분 자체를 거부하는 결과가 되는 경우에는 예외적으로 그 신청인에게 국토이용계획변경을 신청할 권리가 인정된다(대판 2003. 9. 23, 2001두10936).

③ **관련 18강 34** 비구속적 행정계획도 국민의 기본권에 직접 영향을 끼치는 내용이고 앞으로 법령의 뒷받침에 의해 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상될 수 있을 때에는 헌법소원의 대상이 됩니까?

정답 예

비구속적 행정계획도 국민의 기본권에 직접 영향을 끼치는 내용이고 앞으로 법령의 뒷받침에 의하여 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상될 수 있는 것일 때에는 헌법소원의 대상이 된다(헌재 1992. 10. 1, 92헌마68 등).

해설

① ○

1. 구 도시계획법(현 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」) 제10조의2 소정의 도시기본계획은 도시계획입안의 지침이 되는 것에 불과할 뿐 일반국민에 대한 직접적인 구속력은 없는 것이다.

도시기본계획은 도시의 기본적인 공간구조와 장기발전방향을 제시하는 종합계획으로서 그 계획에는 토지이용계획, 환경계획, 공원녹지계획 등 장래의 도시개발의 일반적인 방향이 제시되지만, 그 계획은 도시계획입안의 지침이 되는 것에 불과하여 일반국민에 대한 직접적인 구속력은 없는 것이므로, …… (대판 2002. 10. 11, 2000두8226)

2. 도시기본계획은 국민에 대해서 직접적인 구속력이 없으므로 처분이 아니다(대판 1998. 11. 27, 96누13927).

② ×

[군수로부터 폐기물처리사업계획의 적정통보를 받은 원고가 폐기물처리업허가를 받기 위하여는 문제된 부동산에 대한 용도지역을 ‘농림지역 또는 준농림지역’에서 ‘준도시지역(시설용지지구)’으로 변경하는 국토이용계획변경이 선행되어야 하는데 피고가 용도지역 변경, 즉 국토이용계획변경을 거부하자 이를 다툰 사건에서 처분성을 인정하면서] 일정한 행정처분을 구하는 신청을 할 수 있는 법률상 지위에 있는 자의 국토이용계획변경신청을 거부하는 것이 실질적으로 당해 행정처분 자체를 거부하는 결과가 되는 경우에는 예외적으로 그 신청인에게 국토이용계획변경을 신청할 권리가 인정된다(대판 2003. 9. 23, 2001두10936).

③ ○

비구속적 행정계획이나 행정지침이라도 국민의 기본권에 직접적으로 영향을 끼치고, 앞으로 법령의 뒷받침에 의하여 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상될 수 있을 때에는, 공권력행위로서 예외적으로 헌법소원의 대상이 될 수 있다(헌재 2000. 6. 1, 99헌마538 등).

④ ○ 도시계획결정 등에 관한 권한 있는 행정청이 선행 도시계획과 양립할 수 없는 후행 도시계획을 수립한 경우, 특별한 사정이 없는 한 선행 도시계획은 후행 도시계획과 같은 내용으로 변경된 것으로 볼 수 있다는 것이 판례의 입장이다.

1. ‘권한 있는’ 행정청이 수립한 후행 도시계획에 선행 도시계획과 서로 양립할 수 없는 내용이 포함되어 있다면 특별한 사정이 없는 한 선행 도시계획은 후행 도시계획과 같은 내용으로 변경된 것으로 볼 수 있다.

2. 후행 도시계획의 결정을 하는 행정청이 선행 도시계획의 결정·변경 등에 관한 ‘권한을 가지고 있지 아니한 경우’ 선행 도시계획과 양립할 수 없는 내용이 포함된 후행 도시계획결정은 무효이다(대판 2000. 9. 8, 99두11257).

**문 11. 행정대집행법상 대집행과 이행강제금에 대한 甲과 乙의 대화 중 乙의 답변이 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)** 2021 국가직 9급

- ① 甲 : 행정대집행의 절차가 인정되는 경우에도 행정청이 민사상 강제집행수단을 이용할 수 있나요?  
乙 : 행정대집행의 절차가 인정되어 실현할 수 있는 경우에는 따로 민사소송의 방법을 이용할 수 없습니다.
- ② 甲 : 대집행의 적용대상은 무엇인가요?  
乙 : 대집행은 공법상 대체적 작위의무의 불이행이 있는 경우에 행할 수 있습니다.
- ③ 甲 : 행정청은 대집행의 대상이 될 수 있는 것에 대하여 이행강제금을 부과할 수도 있나요?  
乙 : 행정청은 개별사건에 있어서 위법건축물에 대하여 대집행과 이행강제금을 선택적으로 활용할 수 있습니다.
- ④ 甲 : 만약 이행강제금을 부과받은 사람이 사망하였다면 이행강제금의 납부의무는 상속인에게 승계되나요?  
乙 : 이행강제금의 납부의무는 상속의 대상이 되므로, 상속인이 납부의무를 승계합니다.

정답 ④

**관련 오답노트**

① **관련 24강 01** 행정대집행이 가능함에도 불구하고 민사집행법상 강제집행의 방법을 사용할 수 있습니까?

**정답** 아니요.

대법원은 행정상 강제집행이 가능한 경우에는 민사상 강제집행은 허용될 수 없다고 본다.

② **관련 24강 04** 대집행의 요건 세 가지는 무엇입니까?

**정답** 행정대집행법은 제2조에서 대집행의 요건에 관해 규정하고 있는데 ① 공법상의 대체적 작위의무의 불이행이 있는 경우에, ② 다른 수단으로써 그 이행을 확보하기 곤란하고, ③ 또한 그 불이행을 방치함이 심히 공익을 해할 것으로 인정될 때에 가능하다.

③ **관련 24강 26** 이행강제금은 대체적 작위의무 위반에 대해서도 부과가 가능하다는 것은 ○입니까, ×입니까?

**정답** ○

이행강제금은 대체적 작위의무의 위반에 대하여도 부과될 수 있다(헌재2004. 2. 26, 2001헌바80·84·102·103, 2002헌바26 병합).

④ **관련 24강 31** 건축법상의 이행강제금은 간접강제의 일종으로서 그 이행강제금 납부의무는 일신전속적인 성질의 것입니까? 그렇다면 이미 사망한 사람에게 이행강제금을 부과하는 내용의 처분은 당연무효입니까?

**정답** (1) 예 (2) 예

(1) 구 건축법상의 이행강제금은 구 건축법의 위반행위에 대하여 시정명령을 받은 후 시정기간 내에 당해 시정명령을 이행하지 아니한 건축주 등에 대하여 부과되는 간접강제의 일종으로서 그 이행강제금 납부의무는 상속인 기타의 사람에게 승계될 수 없는 일신전속적인 성질의 것이다(대결 2006. 12. 8, 2006마470).

(2) 이미 사망한 사람에게 이행강제금을 부과하는 내용의 처분이나 결정은 당연무효이고, 이행강제금을 부과받은 사람의 이의에 의하여 비송사건절차법에 의한 재판절차가 개시된 후에 그 이의한 사람이 사망한 때에는 사건 자체가 목적을 잃고 절차가 종료된다(대결 2006. 12. 8, 2006마470).

**해설**

① ○

「공유재산 및 물품관리법」 제83조 제1항은 …… 위 규정에 따라 지방자치단체장은 행정대집행의 방법으로 공유재산에 설치한 시설물을 철거할 수 있고, 이러한 행정대집행의 절차가 인정되는 경우에는 민사소송의 방법으로 시설물의 철거를 구하는 것은 허용되지 아니한다(대판 2017. 4. 13, 2013다207941).



② ○

- 1-1. 구 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법」에 의한 협의취득시 건물소유자가 매매대상 건물에 대한 철거 의무를 부담하겠다는 취지의 약정을 한 경우, 그 철거의무는 사법상 의무이므로 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 되지 않는다.
- 1-2. 구 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법」에 의한 협의취득시 건물소유자가 협의취득대상 건물에 대하여 약정한 철거의무의 강제적 이행을 행정대집행법상 대집행의 방법으로 실현할 수는 없다(대판 2006. 10. 13, 2006두7096).
- 2. 도시공원시설 점유자의 퇴거 및 명도의무는 대체적 작위의무가 아니므로 대집행의 대상이 되지 않는다(대판 1998. 10. 23, 97누157).

③ ○

- 1. 이행강제금은 대체적 작위의무의 위반에 대하여도 부과될 수 있다.
- 2. 행정청은 대집행과 이행강제금을 선택적으로 활용할 수 있다고 할 것이며, 이처럼 그 합리적인 재량에 의해 선택하여 활용하는 이상 중첩적인 제재에 해당한다고 볼 수 없다(헌재 2004. 2. 26, 2001헌바80·84·102·103, 2002헌바26 병합).

④ ×

- 1. 건축법상의 이행강제금은 간접강제의 일종으로서 그 이행강제금 납부의무는 상속인에게 승계될 수 없는 일신전속적인 성질의 것이므로 이미 사망한 사람에게 이행강제금을 부과하는 내용의 처분이나 결정은 당연무효이다.
- 2. 건축법상 이행강제금은 일신전속적인 성질의 것이므로 이행강제금을 부과받은 사람이 재판절차가 개시된이후에 사망한 경우, 재판절차는 종료된다(대결 2006. 12. 8, 2006마470).

**문 12. 행정의 실효성 확보수단의 예와 그 법적 성질의 연결이 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)** 2021 국가직 9급

- ① 건축법에 따른 이행강제금의 부과 - 집행벌
- ② 식품위생법에 따른 영업소폐쇄 - 직접강제
- ③ 「공유재산 및 물품 관리법」에 따른 공유재산 원상복구명령의 강제적 이행 - 즉시강제
- ④ 부동산등기특별조치법에 따른 과태료의 부과 - 행정벌

정답 ③

**관련 오답노트**

① **관련 24강 22** 이행강제금은 이행명령의 불이행이라는 과거의 위반행위에 대한 제재로서의 의미를 갖습니까?

**정답** 아니요.

이행강제금(집행벌)은 행정상 강제집행의 수단으로서 장래를 향해 의무이행을 확보하기 위한 것이다. 이러한 점에서 과거의 위반에 대한 제재를 주된 목적으로 하는 행정벌과 구별된다.

② **관련 24강 32** 직접강제의 예는 어떤 것들이 있습니까?

**정답** 직접강제의 예로는 식품위생법상의 영업소 폐쇄조치, 출입국관리법상의 각종 의무를 위반한 자에 대한 강제퇴거조치 등을 들 수 있다.

③ **관련 25강 01** 강제집행과 즉시강제의 차이점은 무엇입니까?

**정답** 통설은 행정상 즉시강제는 의무의 존재와 불이행을 전제로 하지 않는다는 점에서, 의무의 존재 및 그 불이행을 전제로 하는 행정상 강제집행과 구별된다고 한다.

④ **관련 26강 03** 과태료는 행정질서벌에 해당할 뿐 형벌이라고 할 수 없어 죄형법정주의의 규율대상에 해당하지 않습니까?

**정답** 예

죄형법정주의는 무엇이 범죄이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인가는 국민의 대표로 구성된 입법부가 제정한 법률로써 정하여야 한다는 원칙인데, 부동산등기특별조치법 제11조 제1항 본문 중 제2조 제1항에 관한 부분이 정하고 있는 과태료는 행정상의 질서유지를 위한 행정질서벌에 해당할 뿐 형벌이라고 할 수 없어 죄형법정주의의 규율대상에 해당하지 아니한다(헌재 1998. 5. 28, 96헌바83).

**해설**

- ① ○ 이행강제금은 작위의무 또는 부작위의무를 불이행한 경우에 그 의무를 간접적으로 강제이행시키는 수단으로서 집행벌이라고도 한다. 다만, 집행벌이라는 용어를 사용할 경우 행정벌의 일종으로 오해할 우려가 있으므로 이는 적절하지 않다는 반대견해가 있다.
- ② ○ 직접강제란 행정법상의 의무불이행이 있는 경우에 행정기관이 직접 의무자의 신체·재산에 실력을 가하여 의무자가 스스로 의무를 이행한 것과 같은 상태를 실현하는 작용을 말한다. 직접강제의 예로는 식품위생법상 영업소 폐쇄명령을 받은 자가 영업을 계속할 경우 강제폐쇄하는 영업소 폐쇄조치, 출입국관리법상의 각종 의무를 위반한 자에 대한 강제퇴거조치 등을 들 수 있다.
- ③ × 공유재산 원상복구명령의 강제적 이행은 원상복구의무와 그 불이행을 전제하므로 즉시강제가 아니라 행정상 강제집행 중 대집행에 해당한다. 행정상 강제집행은 의무의 존재 및 그의 불이행을 전제로 한다는 점에서, 이것을 전제로 하지 않고 급박한 경우에 즉시 행하여지는 행정상 즉시강제와 구별된다.
- ④ ○ 행정벌은 여러 유형으로 분류할 수 있으나, 처벌의 내용에 따라 행정형벌과 행정질서벌로 구별할 수 있다. 행정질서벌이란 행정법규 위반행위에 대하여 형법상의 벌이 아닌 과태료를 과하는 경우를 말한다.

죄형법정주의는 무엇이 범죄이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인가는 국민의 대표로 구성된 입법부가 제정한 법률로써 정하여야 한다는 원칙인데, 부동산등기특별조치법 제11조 제1항 본문 중 제2조 제1항에 관한 부분이 정하고 있는 과태료는 행정상의 질서유지를 위한 행정질서벌에 해당할 뿐 형벌이라고 할 수 없어 죄형법정주의의 규율대상에 해당하지 아니한다(헌재 1998. 5. 28, 96헌바83).

**문 13. 행정상 즉시강제에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2021 국가직 9급**

- ① 행정상 즉시강제는 국민의 권리침해를 필연적으로 수반하므로, 이에 대해서는 항상 영장주의가 적용된다.
- ② 행정상 즉시강제는 직접강제와는 달리 행정상 강제집행에 해당하지 않는다.
- ③ 구 「음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률」상 불법게임물에 대한 수거 및 폐기조치는 행정상 즉시강제에 해당한다.
- ④ 다른 수단으로는 행정목적 달성을 수 없는 경우에만 허용되며, 이 경우에도 최소한으로만 실시하여야 한다.

**정답 ①**

**관련 오답노트**

① **관련 25강 04** 행정상 즉시강제에 있어서 영장의 필요 여부에 관하여 대법원과 헌법재판소는 각각 어떤 입장을 취하고 있습니까?

정답 해설 참조

(1) 대법원

사전영장주의는 행정상 즉시강제를 포함한 인신의 자유를 제한하는 모든 국가작용의 영역에서 존중되어야 하나 사전영장주의를 고수하다가는 도저히 그 목적을 달성할 수 없는 지극히 예외적인 경우에만 형사절차에서와 같은 예외가 인정된다고 할 것이다(대판 1995. 6. 30, 93추83).

(2) 헌법재판소

행정상 즉시강제는 상대방의 임의이행을 기다릴 시간적 여유가 없을 때 하명 없이 바로 실력을 행사하는 것으로서, 그 본질상 급박성을 요건으로 하고 있어 법관의 영장을 기다려서는 그 목적을 달성할 수 없다고 할 것이므로, 원칙적으로 영장주의가 적용되지 않는다고 보아야 할 것이다(헌재 2002. 10. 31, 2000헌가12).

② **관련 25강 02** 행정상 강제집행이 가능한 경우에도 즉시강제가 인정될 수 있습니까?

정답 아니요

행정상 강제집행이 가능한 경우에는 행정상 즉시강제가 인정되지 않는다. 행정상 즉시강제는 법치국가의 요청인 예측가능성과 법적 안정성에 반하고 기본권침해의 소지가 큰 권력작용이므로 행정강제는 행정상 강제집행을 원칙으로 하고 행정상 즉시강제는 예외적으로 인정되어야 한다(헌재 2002. 10. 31, 2000헌가12).

③ **관련 25강 06** 구 「음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률」상 등급분류를 받지 아니한 게임물을 발견한 경우 관계행정청이 관계 공무원으로 하여금 이를 수거·폐기하게 할 수 있도록 한 규정은 헌법상 영장주의와 피해 최소성의 요건을 위배하는 과도한 입법으로 헌법에 위반됩니까?

정답 아니요

관계행정청이 등급분류를 받지 아니하거나 등급분류를 받은 게임물과 다른 내용의 게임물을 발견한 경우 관계공무원으로 하여금 이를 수거·폐기하게 할 수 있도록 한 구 「음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률」의 조항은 급박한 상황에 대처하기 위한 것으로서 그 불가피성과 정당성이 충분히 인정되는 경우이므로, 이 사건 법률조항이 비록 영장 없는 수거를 인정한다고 하더라도 이를 두고 헌법상 영장주의에 위배되는 것으로는 볼 수 없다(헌재 2002. 10. 31, 2000헌가12).

④ **관련 25강 03** 행정상 즉시강제는 법규의 범위 안에서 행정상의 장해가 목전에 급박하고, 다른 수단으로는 행정목적 달성할 수 없는 경우에도 그 행사가 필요 최소한도에 그쳐야 함을 내용으로 하는 한계에 기속됩니까?

정답 예

행정상 즉시강제는 엄격한 실정법상의 근거를 필요로 할 뿐만 아니라, 그 발동에 있어서는 법규의 범위 안에서 다시 행정상의 장해가 목전에 급박하고, 다른 수단으로는 행정목적 달성할 수 없는 경우이어야 하며, 이러한 경우에도 그 행사는 필요 최소한도에 그쳐야 함을 내용으로 하는 조리상의 한계에 기속된다(헌재 2002. 10. 31, 2000헌가12).

해설

① × 항상 영장주의가 적용된다는 것은 대법원·헌법재판소 어느 견해에 의하더라도 옳지 않다. 절충설(통설)과 대법원에 따르면, 헌법상 영장주의는 형사사법권뿐 아니라 행정상 즉시강제에도 적용되어야 하나, 즉시강제 중에서 행정목적의 달성을 위해 불가피하다고 인정할 만한 합리적인 이유가 있는 특별한 경우에 한하여 영장주의가 적용되지 않는다고 본다. 한편 헌법재판소는 급박성을 본질로 하는 즉시강제에는 원칙적으로 영장주의가 적용되지 않는다는 입장이다.

1-1. 사전영장주의는 행정상 즉시강제를 포함한 인신의 자유를 제한하는 모든 국가작용의 영역에서 존중되어야 하나 사전영장주의를 고수하다가는 도저히 그 목적을 달성할 수 없는 지극히 예외적인 경우에만 형사절차에서와 같은 예외가 인정된다고 할 것이다.

1-2. 동행명령장을 법관이 아닌 의장이 발부하고 이에 기하여 증인의 신체의 자유를 침해하여 증인을 일정 장소에 인치하도록 규정된 조례안 제6조는 영장주의원칙을 규정한 헌법 제12조 제3항에 위반한 것이다(대판 1995. 6. 30, 93추83).

2. 행정상 즉시강제는 상대방의 임의이행을 기다릴 시간적 여유가 없을 때 하명 없이 바로 실력을 행사하는 것으로서, 그 본질상 급박성을 요건으로 하고 있어 법관의 영장을 기다려서는 그 목적을 달성할 수 없다고 할 것이므로, 원칙적으로 영장주의가 적용되지 않는다고 보아야 할 것이다(헌재 2002. 10. 31, 2000헌가12).

② ○ 행정상 강제집행은 의무의 존재 및 그의 불이행을 전제로 한다는 점에서, 이것을 전제로 하지 않고 급박한 경우에 즉시 행하여지는 행정상 즉시강제와 구별된다. 행정상 강제집행의 종류로는 대집행·강제징수·직접강제·이행강제금(집행벌)이 있고 즉시강제는 포함되지 않는다.

③④ ○

- 1. 행정상 즉시강제는 법치국가의 요청인 예측가능성과 법적 안정성에 반하고 기본권침해의 소지가 큰 권력작용이므로 행정강제는 행정상 강제집행을 원칙으로 하고 행정상 즉시강제는 예외적으로 인정되어야 한다.
- 2. 행정상 즉시강제는 엄격한 실정법상의 근거를 필요로 할 뿐만 아니라, 그 발동에 있어서는 법규의 범위 안에서라도 다시 행정상의 장애가 목전에 급박하고, 다른 수단으로는 행정목적 달성할 수 없는 경우이어야 하며, 이러한 경우에도 그 행사는 필요 최소한도에 그쳐야 함을 내용으로 하는 조리상의 한계에 기속된다(④).
- 3. 불법게임물은 불법현장에서 이를 즉시 수거하지 않으면 증거인멸의 가능성이 있고, 그 사행성으로 인한 피해를 막기 어려우며, 대량으로 복제되어 유통될 가능성이 있어, 불법게임물에 대하여 관계당사자에게 수거·폐기를 명하고 그 불이행을 기다려 직접강제 등 행정상의 강제집행으로 나아가는 원칙적인 방법으로는 목적달성이 곤란하다고 할 수 있으므로, 이 사건 법률조항의 설정은 위와 같은 급박한 상황에 대처하기 위한 것으로서 그 불가피성과 정당성이 인정된다. …… 또한 이 사건 법률조항이 불법게임물의 수거·폐기에 관한 행정상 즉시강제를 허용(③)함으로써 게임제공업주 등이 입게 되는 불이익보다는 이를 허용함으로써 보호되는 공익이 더 크다고 볼 수 있으므로, 법익의 균형성의 원칙에 위배되는 것도 아니다(헌재 2002. 10. 31, 2000헌가12).

문 14. 개인정보의 보호에 대한 판례의 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면?

2021 국가직 9급

- ㉠ 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 반드시 개인의 내밀한 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함한다.
- ㉡ 이미 공개된 개인정보를 정보주체의 동의가 있었다고 객관적으로 인정되는 범위 내에서 처리를 할 때는 정보주체의 별도의 동의는 불필요하다고 보아야 하고, 별도의 동의를 받지 아니하였다고 하여 개인정보보호법을 위반한 것으로 볼 수 없다.
- ㉢ 개인정보처리위탁에 있어 수탁자는 정보제공자의 관리·감독 아래 위탁받은 범위 내에서만 개인정보를 처리하게 되지만, 위탁자로부터 위탁사무처리에 따른 대가를 지급받는 이상 개인정보처리에 관하여 독자적인 이익을 가지므로, 그러한 수탁자는 개인정보보호법 제17조에 의해 개인정보처리자가 정보주체의 개인정보를 제공할 수 있는 '제3자'에 해당한다.
- ㉣ 인터넷 포털사이트 등의 개인정보 유출사고로 주민등록번호가 불법 유출되어 그 피해자가 주민등록번호 변경을 신청했으나 구청장이 거부통지를 한 사안에서, 피해자의 의사와 무관하게 주민등록번호가 유출된 경우에는 조리상 주민등록번호의 변경요구신청권을 인정함이 타당하다.

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

정답 ④

관련 오답노트

㉣ **관련 37강 12** 피해자의 의사와 무관하게 주민등록번호가 유출된 경우라고 하더라도 주민등록번호의 변경을 요구할 신청권은 인정되지 않으므로, 구청장의 주민등록번호 변경신청 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 않는 것이 맞습니까?

정답 아니요

피해자의 의사와 무관하게 주민등록번호가 유출된 경우에는 조리상 주민등록번호의 변경을 요구할 신청권을 인정함이 타당하고, 구청장의 주민등록번호 변경신청 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2017. 6. 15, 2013두2945).

해설

㉠ ○

개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보로서 공적 생활에서 이미 형성되었거나 이미 공개된 정보까지 포함한다.

인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 규정한 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보장되는 개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 '정보주체'가 스스로 결정할 수 있는 권리이다. 즉, 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리를 말한다. 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보라고 할 수 있고, 반드시 개인의 내밀한 영역이나 사사(私事)의 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함한다. 또한 그러한 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다(헌재 2005. 7. 21, 2003헌마 282·425 병합).

㉡ ○

이미 공개된 개인정보를 정보주체의 동의가 있었다고 객관적으로 인정되는 범위 내에서 수집·이용·제공 등 처리를 할 때는 정보주체의 별도의 동의는 불필요하다고 보아야 하고, 별도의 동의를 받지 아니하였다고 하여 개인정보보호법 제15조나 제17조를 위반한 것으로 볼 수 없다. 그리고 정보주체의 동의가 있었다고 인정되는 범위 내인지는 공개된 개인정보의 성격, 공개의 형태와 대상 범위, 그로부터 추단되는 정보주체의 공개 의도 내지 목적뿐만 아니라, 정보처리자의 정보제공 등 처리의 형태와 정보제공으로 공개의 대상범위가 원래의 것과 달라졌는지, 정보제공이 정보주체의 원래의 공개목적과 상당한 관련성이 있는지 등을 검토하여 객관적으로 판단하여야 한다(대판 2016. 8. 17, 2014다 235080).

㉢ x

개인정보보호법 제17조와 정보통신망법 제24조의2에서 말하는 개인정보의 '제3자 제공'은 본래의 개인정보 수집·이용 목적의 범위를 넘어 정보를 제공받는 자의 업무처리와 이익을 위하여 개인정보가 이전되는 경우인 반면, 개인정보보호법 제26조와 정보통신망법 제25조에서 말하는 개인정보의 '처리위탁'은 본래의 개인정보 수집·이용 목적과 관련된 위탁자 본인의 업무처리와 이익을 위하여 개인정보가 이전되는 경우를 의미한다. 개인정보 처리위탁에 있어 수탁자는 위탁자로부터 위탁사무처리에 따른 대가를 지급받는 것 외에는 개인정보처리에 관하여 독자적인 이익을 가지지 않고, 정보제공자의 관리·감독 아래 위탁받은 범위 내에서만 개인정보를 처리하게 되므로, 개인정보보호법 제17조와 정보통신망법 제24조의2에 정한 '제3자'에 해당하지 않는다(대판 2017. 4. 7, 2016도13263).

㉣ ○

(甲 등이 인터넷 포털사이트 등의 개인정보 유출사고로 자신들의 주민등록번호 등 개인정보가 불법유출되자 이를 이유로 관할 구청장에게 주민등록번호를 변경해 줄 것을 신청하였으나 구청장이 "주민등록번호가 불법유출된 경우 주민등록법상 변경이 허용되지 않는다."는 이유로 주민등록번호 변경을 거부하는 취지의 통지를 한 사안에서) 피해자의 의사와 무관하게 주민등록번호가 유출된 경우에는 조리상 주민등록번호의 변경을 요구할 신청권을 인정함이 타당하고, 구청장의 주민등록번호 변경신청 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2017. 6. 15, 2013두 2945).

**문 15.** 취소소송의 제소기간에 대한 설명으로 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 바르게 연결한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2021 국가직 9급

- ㉠ 행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알려 행정심판을 청구한 경우에는 재결서 정본을 송달받은 날이 아닌 처분이 있음을 안 날로부터 제소기간이 기산된다.
- ㉡ 행정심판을 청구하였으나 심판청구기간을 초과하여 각하된 후 제기하는 취소소송은 재결서를 송달받은 날부터 90일 이내에 제기하면 된다.
- ㉢ ‘처분이 있음을 안 날’은 처분이 있었다는 사실을 현실적으로 안 날을 의미하므로, 처분서를 송달받기 전 정보공개청구를 통하여 처분을 하는 내용의 일체의 서류를 교부받았다면 그 서류를 교부받은 날부터 제소기간이 기산된다.
- ㉣ 동일한 처분에 대하여 무효확인 소를 제기하였다가 그 처분의 취소를 구하는 소를 추가적으로 병합한 경우, 주된 청구인 무효확인 소가 적법한 제소기간 내에 제기되었다면 추가로 병합된 취소청구의 소도 적법하게 제기된 것으로 볼 수 있다.

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

정답 ④

**관련 오답노트**

㉣ **관련 40강 08** 동일한 행정처분에 대하여 무효확인소송을 제기하였다가 그 후 그 처분에 대한 취소소송을 추가적으로 병합한 경우, 무효확인소송이 취소소송의 제소기간 내에 제기되었다면 제소기간 초과 후 병합된 취소소송도 적법하게 제기된 것으로 볼 수 있습니까?

**정답 예**

동일한 행정처분에 대하여 무효확인 소를 제기하였다가 그 후 그 처분의 취소를 구하는 소를 추가적으로 병합한 경우, 주된 청구인 무효확인 소가 적법한 제소기간 내에 제기되었다면 추가로 병합된 취소청구의 소도 적법하게 제기된 것으로 볼 수 있다(판례 참조 : 한편 이러한 병합은 예비적 병합으로만 가능하다. 병합 부분 참조)(대판 2005. 12. 23, 2005두3554).

**해설**

㉠ ×

**행정소송법 제20조 【제소기간】** ① 취소소송은 처분 등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다. 다만, 제18조 제1항 단서에 규정한 경우와 그 밖에 행정심판청구를 할 수 있는 경우 또는 행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알린 경우에 행정심판청구가 있는 때의 기간은 재결서의 정본을 송달받은 날부터 기산한다.

㉡ ×

행정처분이 있음을 안 날부터 90일을 넘겨 행정심판을 청구하였다가 부적법하다는 이유로 각하재결을 받은 후 재결서를 송달받은 날부터 90일 내에 원래의 처분에 대하여 취소소송을 제기한 경우, 취소소송의 제소기간을 준수한 것으로 볼 수는 없다(대판 2011. 11. 24, 2011두18786).

㉢ ×

1. 행정소송법 제20조 제1항이 정한 제소기간의 기산점인 ‘처분 등이 있음을 안 날’이란 통지, 공고, 기타의 방법에

의하여 당해 처분 등이 있었다는 사실을 현실적으로 안 날을 의미하고, 상대방이 있는 행정처분의 경우 위 제소기간의 기산점은 행정처분이 상대방에게 고지되어 상대방이 이러한 사실을 인식함으로써 행정처분이 있다는 사실을 현실적으로 알았을 때를 의미한다.

2. 처분의 상대방인 甲이 통보서를 송달받기 전에 정보공개를 청구하여 위 처분을 하는 내용의 통보서를 비롯한 일체의 서류를 교부받음으로써 적어도 그 무렵에는 처분이 있음을 알았더라도, 동 처분이 원고에게 고지되어 원고가 이러한 사실을 인식함으로써 처분이 있다는 사실을 현실적으로 알았을 때 행정소송법 제20조제1항이 정한 제소기간이 진행된다(대판 2014. 9. 25, 2014두8254).

㉠ ○

동일한 행정처분에 대하여 무효확인 소를 제기하였다가 그 후 그 처분의 취소를 구하는 소를 추가적으로 병합한 경우, 주된 청구인 무효확인 소가 적법한 제소기간 내에 제기되었다면 추가로 병합된 취소청구의 소도 적법하게 제기된 것으로 볼 수 있다(편저자 주 : 한편, 이러한 병합은 예비적 병합으로만 가능하다. 병합 부분 참조)(대판 2005. 12. 23, 2005두3554).

문 16. 위임명령의 한계에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2021 국가직 9급

- ① 법률이 공법적 단체 등의 정관에 자치법적 사항을 위임한 경우에는 헌법 제75조가 정하는 포괄적인 위임입법의 금지는 원칙적으로 적용되지 않지만, 그 사항이 국민의 권리·의무에 관련되는 것일 경우에는 적어도 국민의 권리·의무에 관한 기본적인 본질적인 사항은 국회가 정하여야 한다.
- ② 헌법에서 채택하고 있는 조세법률주의의 원칙상 과세요건과 징수절차에 관한 사항을 명령·규칙 등 하위법령에 구체적·개별적으로 위임하여 규정할 수 없다.
- ③ 법률에서 위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그중의 특정사항을 범위를 정하여 하위법령에 다시 위임하는 경우에는 재위임이 허용된다. 이러한 법리는 조례가 지방자치법에 따라 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항을 법률로부터 위임받은 후, 이를 다시 지방자치단체장이 정하는 ‘규칙’이나 ‘고시’ 등에 재위임하는 경우에도 마찬가지이다.
- ④ 법률의 시행령이나 시행규칙의 내용이 모법 조항의 취지에 근거하여 이를 구체화하기 위한 것인 때에는 모법의 규율범위를 벗어난 것으로 볼 수 없다. 이러한 경우에는 모법에 이에 관하여 직접 위임하는 규정을 두지 않았다고 하여도 이를 무효라고 볼 수 없다.

정답 ②

관련 오답노트

① **관련 10강 15** 법률이 공법적 단체 등의 정관에 자치법적 사항을 위임한 경우 포괄위임입법금지가 원칙적으로 적용됩니까?

정답 아니요

법률이 공법적 단체 등의 정관에 자치법적 사항을 위임한 경우 포괄위임입법금지원칙이 적용되지 않는다(대판 2007. 10. 12, 2006두 14476). 즉, 포괄적 위임이 가능하다.

**10강 14** 법률이 공법적 단체 등의 정관에 자치법적 사항을 위임한 경우에도 그 사항이 국민의 권리·의무에 관련되는 것인 경우에는 국민의 권리·의무에 관한 기본적인 본질적인 사항은 국회가 정하여야 합니까?

정답 예

법률이 공법적 단체 등의 정관에 자치법적 사항을 위임한 경우 국민의 권리·의무에 관한 기본적인 본질적인 사항까지 정관에 위임할 수는 없으며, 국회가 정해야 한다(편저자 주 : 의회유보)(대판 2007. 10. 12, 2006두14476).

③ **관련 10강 16** 위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그중의 특정사항을 다시 하위법령에 위임하는 것은 허용될까?

정답 예

전면적 재위임은 금지되나 위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그중의 특정사항을 다시 하위법령에 위임하는 것은 허용될 수 있다 (헌재1996. 2. 29, 94헌마213).

④ **관련 10강 07** 법률의 시행령이나 시행규칙의 내용이 모법의 입법취지와 관련조항 전체를 유기적·체계적으로 살펴보아 모법의 해석상 가능한 것을 명시하거나 모법 조항의 취지에 근거하여 이를 구체화하기 위한 것인 경우, 모법에 직접 위임하는 규정을 두지 않았다면 무효라고 볼 수 있습니까?

정답 아니요

법률의 시행령이나 시행규칙의 내용이 모법의 입법취지와 관련조항 전체를 유기적·체계적으로 살펴보아 모법의 해석상 가능한 것을 명시한 것에 지나지 않거나 모법 조항의 취지에 근거하여 이를 구체화하기 위한 것인 경우, 모법에 직접 위임하는 규정을 두지 않았다고 하여 무효라고 볼 수는 없다(대판 2014. 8. 20, 2012두19526).

해설

① ○

- 1. 법률이 공법적 단체 등의 정관에 자치법적 사항을 위임한 경우 헌법 제75조가 정하는 포괄위임입법금지원칙은 적용되지 않는다.
- 2. 법률이 공법적 단체 등의 정관에 자치법적 사항을 위임한 경우 국민의 권리·의무에 관한 기본적이고 본질적인 사항까지 정관에 위임할 수는 없으며, 국회가 정해야 한다(편저자 주 : 의회유보).
- 3. 「도시 및 주거환경정비법」 제28조 제4항 본문이 사업시행인가 신청시의 동의요건을 조합의 정관에 포괄적으로 위임하고 있다고 하더라도 헌법 제75조가 정하는 포괄위임입법금지의 원칙이 적용되지 아니하므로 이에 위배된다고 할 수 없다(대판 2007. 10. 12, 2006두14476).

② ×

헌법 제38조, 제59조에서 채택하고 있는 조세법률주의의 원칙은 과세요건과 징수절차 등 조세권행사의 요건과 절차는 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로써 규정하여야 한다는 것이나, 과세요건과 징수절차에 관한 사항을 명령·규칙 등 하위법령에 위임하여 규정하게 할 수 없는 것은 아니고, 이러한 사항을 하위법령에 위임하여 규정하게 하는 경우 구체적·개별적 위임만이 허용되며 포괄적·백지적 위임은 허용되지 아니하고(과세요건법정주의), 이러한 법률 또는 그 위임에 따른 명령·규칙의 규정은 일의적이고 명확하여야 한다(과세요건명확주의)는 것이다(대결 1994. 9. 30, 94부18).

③ ○

- 1. 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 않고 전면적으로 재위임하는 것은 금지되나 위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그중의 특정사항을 다시 하위법령에 위임하는 것은 허용될 수 있다(헌재 1996. 2. 29, 94헌마213).
- 2. 조례가 지방자치법 제22조 단서에 따라 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항을 법률로부터 위임받은 후, 이를 다시 지방자치단체장이 정하는 ‘규칙’이나 ‘고시’ 등에 재위임하는 경우에도 위임받은 사항을 전혀 규정하지 않고 재위임하는 것은 허용되지 않는다(대판 2015. 1. 15, 2013두14238).

④ ○

법률의 시행령이나 시행규칙의 내용이 모법의 입법취지와 관련조항 전체를 유기적·체계적으로 살펴보아 모법의 해석상 가능한 것을 명시한 것에 지나지 않거나 모법 조항의 취지에 근거하여 이를 구체화하기 위한 것인 경우, 모법에 직접 위임하는 규정을 두지 않았다고 하여 무효라고 볼 수는 없다(대판 2014. 8. 20, 2012두19526).



문 17. 판례상 항고소송의 원고적격이 인정되는 경우만을 모두 고르면?

2021 국가직 9급

- ㉠ 중국 국적자인 외국인이 사증발급 거부처분의 취소를 구하는 경우
- ㉡ 소방청장이 처분성이 인정되는 국민권익위원회의 조치요구에 불복하여 조치요구의 취소를 구하는 경우
- ㉢ 지방법무사회가 법무사의 사무원 채용승인 신청을 거부하여 사무원이 될 수 없게 된 자가 지방법무사회를 상대로 거부처분의 취소를 구하는 경우
- ㉣ 개발제한구역 중 일부취락을 개발제한구역에서 해제하는 내용의 도시관리계획변경결정에 대하여 개발제한구역 해제대상에서 누락된 토지의 소유자가 위 결정의 취소를 구하는 경우

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

정답 ②

관련 오답노트

㉠ **관련 36강 31** 우리 출입국관리법의 해석상 외국인에게는 사증발급 거부처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정됩니까?

정답 아니요

사증발급의 법적 성질, 출입국관리법의 입법 목적, 사증발급 신청인의 대한민국과의 실질적 관련성, 상호주의원칙 등을 고려하면, 우리 출입국관리법의 해석상 외국인에게는 사증발급 거부처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정되지 않는다(대판 2018. 5. 15, 2014두42506).

㉡ **관련 36강 12** 국민권익위원회가 소방청장에게 인사와 관련하여 부당한 지시를 한 사실이 인정된다며 이를 취소할 것을 요구하기로 의결하고 내용을 통지하자 그 국민권익위원회 조치요구의 취소를 구하는 사안에서 소방청장은 행정소송의 원고적격을 가지는 자에 해당합니까?

정답 예

(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 당사자능력과 원고적격을 가진다(대판 2018. 8. 1, 2014두35379).

㉣ **관련 36강 27** 개발제한구역 중 일부취락을 개발제한구역에서 해제하는 내용의 도시관리계획변경결정에 대하여 개발제한구역 해제대상에서 누락된 토지의 소유자는 그 결정의 취소를 구할 법률상 이익이 있습니까?

정답 아니요

개발제한구역 중 일부취락을 개발제한구역에서 해제하는 내용의 도시관리계획변경결정에 대하여, 개발제한구역 해제대상에서 누락된 토지의 소유자는 위 결정의 취소를 구할 법률상 이익이 없다(대판 2008. 7. 10, 2007두10242).

해설

㉠ x

사증발급 거부처분을 다투는 외국인은, 아직 대한민국에 입국하지 않은 상태에서 대한민국에 입국하게 해달라고 주장하는 것으로, 대한민국과의 실질적 관련성 내지 대한민국에서 법적으로 보호가치 있는 이해관계를 형성한 경우는 아니어서, 해당 처분의 취소를 구할 법률상 이익을 인정하여야 할 법정정책 필요성도 크지 않다. 반면, 국적법상 귀화불허가처분이나 출입국관리법상 체류자격변경불허가처분, 강제퇴거명령 등을 다투는 외국인은 대한민국에 적법하게 입국하여 상당한 기간을 체류한 사람이므로, 이미 대한민국과의 실질적 관련성 내지 대한민국에서 법적으로 보호가치 있는 이해관계를 형성한 경우이어서, 해당 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정된다고 보아야 한다. .... 한편 사증발급의 법적 성질, 출입국관리법의 입법목적, 사증발급 신청인의 대한민국과의 실질적 관련성, 상호주의원칙 등을 고려하면, 우리 출입국관리법의 해석상 외국인에게는 사증발급 거부처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정되지 않는다(대판 2018. 5. 15, 2014두42506).

㉠ ○

1. 국가기관 등 행정기관(이하 '행정기관 등'이라 한다) 사이에 권한의 존부와 범위에 관하여 다툼이 있는 경우에 이는 통상 내부적 분쟁이라는 성격을 띠고 있어 상급관청의 결정에 따라 해결되거나 법령이 정하는 바에 따라 '기관소송'이나 '권한쟁의심판'으로 다루어진다. 그런데 법령이 특정한 행정기관 등으로 하여금 다른 행정기관을 상대로 제재적 조치를 취할 수 있도록 하면서, 그에 따르지 않으면 그 행정기관에 대하여 과태료를 부과하거나 형사처벌을 할 수 있도록 정하는 경우가 있다. 이러한 경우에는 단순히 국가기관이나 행정기관의 내부적 문제라거나 권한분쟁에 관한 분쟁으로만 볼 수 없다. 행정기관의 제재적 조치의 내용에 따라 '구체적 사실에 대한 법집행으로서 공권력의 행사'에 해당할 수 있고, 그러한 조치의 상대방인 행정기관이 입게 될 불이익도 명확하다. 그런데도 그러한 제재적 조치를 기관소송이나 권한쟁의심판을 통하여 다룰 수 없다면, 제재적 조치는 그 성격상 단순히 행정기관 등 내부의 권한행사에 머무는 것이 아니라 상대방에 대한 공권력 행사로서 항고소송을 통한 주관적 구제대상이 될 수 있다고 보아야 한다. 기관소송법정주의를 취하면서 제한적으로만 이를 인정하고 있는 현행 법령의 체계에 비추어 보면, 이 경우 항고소송을 통한 구제의 길을 열어주는 것이 법치국가원리에도 부합한다. 따라서 이러한 권리구제나 권리보호의 필요성이 인정된다면 예외적으로 그 제재적 조치의 상대방인 행정기관 등에게 항고소송 원고로서의 당사자능력과 원고적격을 인정할 수 있다.
2. (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 당사자능력과 원고적격을 가진다**(대판 2018. 8. 1, 2014두35379).

㉡ ○ 3월 19일(금) 최신판례특강 52번

1. 법무사의 사무원 채용승인 신청에 대하여 소속 지방법무사회가 '채용승인을 거부'하는 조치 또는 일단 채용승인을 하였으나 법무사규칙 제37조 제6항을 근거로 '채용승인을 취소'하는 조치는 항고소송의 대상인 '처분'에 해당한다.
2. 지방법무사회가 법무사의 사무원 채용승인 신청을 거부하거나 채용승인을 얻어 채용 중인 사람에 대한 채용승인을 취소한 경우, 그 때문에 사무원이 될 수 없게 된 사람에게 항고소송을 제기할 원고적격이 인정된다(대판 2020. 4. 9, 2015다34444).

㉢ x

개발제한구역 중 일부취락은 개발제한구역에서 해제하는 내용의 도시관리계획변경결정에 대하여, 개발제한구역 해제 대상에서 누락된 토지의 소유자는 위 결정의 취소를 구할 법률상 이익이 없다(대판 2008. 7. 10, 2007두10242).

**문 18.** 甲 회사는 '토석채취허가지 진입도로와 관련 우회도로 개설 등은 인근 주민들과의 충분한 협의를 통해 민원발생에 따른 분쟁이 생기지 않도록 조치 후 사업을 추진할 것'이란 조건으로 토석채취허가를 받았다. 그러나 甲은 위 조건이 법령에 근거가 없다는 이유로 이행하지 아니하였고, 인근주민이 민원을 제기하자 관할행정청은 甲에게 공사중지명령을 하였다. 甲은 공사중지명령의 해제를 신청하였으나 거부되자 거부처분 취소소송을 제기하였다. 이에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2021 국가직 9급

- ① 일반적으로 기속행위의 경우 법령의 근거 없이 위와 같은 조건을 부가하는 것은 위법하다.
- ② 공사중지명령의 원인사유가 해소되었다면 甲은 공사중지명령의 해제를 신청할 수 있고, 이에 대한 거부처분은 처분성이 인정된다.
- ③ 甲에게는 공사중지명령 해제신청 거부처분에 대한 집행정지를 구할 이익이 인정되지 아니한다.

④ 甲이 앞서 공사중지명령 취소소송에서 패소하여 그 판결이 확정되었다고, 甲은 그 후 공사중지명령의 해제를 신청한 후 해제신청 거부처분 취소소송에서 다시 그 공사중지명령의 적법성을 다툴 수 있다.

정답 ④

관련 오답노트

① **관련 14강 17** 건축허가를 하면서 일정 토지를 기부채납하도록 한 허가조건은 기속행위에 부관을 붙인 것으로 무효입니까?

정답 예

건축허가를 하면서 일정 토지를 기부채납하도록 한 허가조건은 기속행위 내지 기속적 재량행위인 건축허가에 붙인 부담이거나 또는 법령상 아무런 근거가 없는 부관이어서 무효이다(대판 1995. 6. 13, 94다56883).

② **관련 40강 12** 행정청이 행한 공사중지명령의 상대방이 그 명령 이후 원인사유가 소멸하였음을 들어 행정청에 대하여 공사중지명령의 철회를 요구할 수 있는 조리상의 신청권이 있습니까?

정답 예

행정청이 행한 공사중지명령의 상대방은 그 명령 이후에 그 원인사유가 소멸하였음을 들어 행정청에 대하여 공사중지명령의 철회를 요구할 수 있는 조리상의 신청권이 있다(대판 2005. 4. 14, 2003두7590).

**40강 13** 행정청이 행한 공사중지명령의 상대방이 그 명령 이후에 그 원인사유가 소멸하였음을 들어 행정청에 대하여 공사중지명령의 철회를 신청하였으나 행정청이 이에 대하여 아무런 응답을 하지 않고 있는 경우, 그러한 행정청의 부작위는 그 자체로 위법한가?

정답 예

행정청이 행한 공사중지명령의 상대방은 그 명령 이후에 그 원인사유가 소멸하였음을 들어 행정청에 대하여 공사중지명령의 철회를 요구할 수 있는 조리상의 신청권이 있으므로, 그 상대방이 행정청에 대해 공사중지명령의 철회를 신청하였으나 행정청이 이에 대하여 아무런 응답을 하지 않고 있는 경우, 그러한 행정청의 부작위는 그 자체로 위법하다(대판 2005. 4. 14, 2003두7590).

③ **관련 38강 25** 거부처분도 집행정지의 대상이 됩니까?

정답 아니요

통설 및 판례는 집행정지는 처분이 없었던 것과 같은 상태를 만드는 것을 의미할 뿐 그 이상으로 적극적 상태를 만드는 것은 아니므로 거부처분은 집행정지의 대상이 될 수 없다고 본다.

해설

① ○

기속행위에는 법적 근거가 없는 한 부관을 붙일 수 없다.

이사회소집승인에 있어서의 일시, 장소의 지정을 가리켜 소집승인행위의 부관으로 본다 하더라도, 일반적으로 기속행위나 기속적 재량행위에는 부관을 붙일 수 없는 것이고, 위 이사회소집승인행위가 기속행위 내지 기속적 재량행위에 해당함은 위에서 실시한 바에 비추어 분명하므로, 여기에는 부관을 붙이지 못한다 할 것이며, 가사 부관을 붙였다 하더라도 이는 무효의 것으로서 당초부터 부관이 붙지 아니한 소집승인행위가 있었던 것으로 보아야 할 것이다(대판 1988. 4. 27, 87누1106 ; 대판 1988. 4. 27, 87누1107).

② ○

국민의 신청에 대하여 한 행정청의 거부행위가 취소소송의 대상이 되기 위하여는 국민이 그 신청에 따른 행정행위를 하여 줄 것을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 권리가 있어야 하는 것인데, 지방자치단체장이 건축회사에 대하여 당해 신축공사와 관련하여 인근 주택에 공사로 인한 피해를 주지 않는 공법을 선정하고 이에 대하여 안전하다는 전문가의 검토의견서를 제출할 때까지 신축공사를 중지하라는 당해 공사중지명령에 있어서는 그 명령의 내용 자체로 또는 그 성질상으로 명령 이후에 그 원인사유가 해소되는 경우에는 잠정적으로 내린 당해 공사중지명령의 해제를 요구할 수 있는 권리를 위 명령의 상대방에게 인정하고 있다고 할 것이므로, 위 회사에게는 조리상으로 그 해제를 요구할 수 있는 권리가 인정된다(대판 1997. 12. 26. 96누17745).

③ ○ 판례는 집행정지는 처분이 없었던 것과 같은 상태를 만드는 것을 의미할 뿐 그 이상으로 적극적 상태를 만드는 것은 아니므로 거부처분은 집행정지의 대상이 될 수 없다고 한다.

교도소장의 접견허가신청에 대한 거부처분은 집행정지의 대상이 아니다(대결 1991. 5. 2, 91두15).

④ × 일단 재판이 확정된 때에는 전소판결에서 청구의 대상이 된 동일한 소송물에 대하여 다시 소송을 제기할 수 없고 (반복금지), 비록 소송이 제기되더라도 당사자는 기판력이 발생한 전소의 확정판결에 반하는 내용을 후소에서 주장할 수 없으며 법원 역시 전소판결에 반하는 판단을 할 수 없다(모순금지).

행정청이 관련법령에 근거하여 행한 공사중지명령의 상대방이 그 명령의 취소를 구한 소송에서 패소함으로써 그 명령이 적법한 것으로 이미 확정되었다면, 이후 이러한 공사중지명령의 상대방은 그 명령의 해제신청을 거부한 처분의 취소를 구하는 소송에서 그 명령의 적법성을 다툴 수 없다(대판 2014. 11. 27, 2014두37665).

문 19. 다음 사례에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2021 국가직 9급

- 甲은 자신의 토지에 대한 개별공시지가결정을 통지받은 후 90일이 넘어 과세처분을 받았는데, 과세처분이 위법한 개별공시지가결정에 기초하였다는 이유로 과세처분의 취소를 구하고자 한다.
- 甲은 토지대장에 전(田)으로 기재되어 있는 지목을 대(垓)로 변경하고자 지목변경신청을 하였다.
- 乙은 甲의 토지가 사실은 자신 소유라고 주장하면서 토지대장상의 소유자명의변경을 신청하였으나 거부되었다.

- ① 甲은 과세처분이 있기 전에는 개별공시지가결정에 대해서 취소소송을 제기할 수 없다.
- ② 甲은 과세처분의 위법성이 인정되지 않더라도 과세처분 취소소송에서 개별공시지가결정의 위법을 독립된 위법사유로 주장할 수 있다.
- ③ 토지대장에 등재된 사항을 변경하는 행위는 행정사무집행의 편의와 사실증명의 자료로 삼기 위한 것이므로, 甲은 지목변경신청이 거부되더라도 이에 대하여 취소소송으로 다툴 수 없다.
- ④ 乙에 대한 토지대장상의 소유자명의변경신청 거부는 처분성이 인정된다.

정답 ②

관련 오답노트

① **관련 37강 17** 개발부담금 산정을 위한 개별공시지가결정은 행정소송법상 '처분'에 해당합니까?

정답 예

표준공시지가결정(대판 1994. 3. 8, 93누10828)과 개별공시지가결정(대판 1994. 2. 8, 93누111)에 대해 처분성을 긍정함이 판례의 입장이다.

② **관련 16강 43** 개별공시지가결정과 양도소득세부과처분, 표준지공시지가결정과 수용재결 사이에는 어떤 근거로 하자의 승계가 인정될까?

정답 판례

판례는 개별공시지가결정과 과세처분, 표준공시지가결정과 보상금산정에 관한 수용재결의 경우에는 비록 별개의 법률효과를 목적으로 하는 경우이지만 예외적으로 예측가능성과 수인한도의 법리를 고려하여 하자의 승계를 긍정한 바 있다.

개별공시지가결정과 과세처분은 비록 별개의 효과를 목적으로 하는 것이기는 하나 관계인에게 수인한도를 넘는 불이익을 강요하는 것인 경우에는 과세처분에 대한 취소소송에서 개별공시지가결정의 위법을 주장할 수 있다(대판 1994. 1. 25, 93누8542).

③ **관련 13강 51** 지목변경신청반려행위와 무허가건물등재대장삭제행위가 처분이라는 것은 ○입니까, ×입니까?

정답

(1) 지목변경신청반려행위 : ○ (2) 무허가건물등재대장삭제행위 : ×

- (1) 지적공부 소관청의 지목변경신청반려행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이다(대판 2004. 4. 22, 2003두9015).
- (2) 무허가건물등재대장삭제행위는 행정처분이 아니다(대판 2009. 3. 12, 2008두11525).

④ **관련 37강 43** 토지대장상의 소유자명의변경신청을 거부하는 행위는 행정처분입니까?

정답 아니요

행정청이 토지대장의 소유자명의변경신청을 거부한 행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니다(대판 2012. 1. 12, 2010두12354).

해설

① × ② ○ **3월 19일(금) 최신판례특강 49번 <관련판례>**

개별공시지가의 결정에 위법이 있는 경우에는 그 자체를 행정소송의 대상이 되는 행정처분으로 보아 그 위법 여부를 다룰 수 있음(①)은 물론 이를 기초로 한 과세처분 등 행정처분의 취소를 구하는 행정소송에서도 선행처분인 개별공시지가결정의 위법을 독립된 위법사유로 주장할 수 있다(②)고 해석함이 타당하다(대판 1994. 1. 25, 93누8542).

③ ×

지적공부 소관청의 지목변경신청반려행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이다.

구 지적법 규정은 토지소유자에게 지목변경신청권과 지목정정신청권을 부여한 것이고, 한편 지목은토지에 대한 공법상의 규제, 개발부담금의 부과대상, 지방세의 과세대상, 공시지가의 산정, 손실보상가액의 산정 등 토지행정의 기초로서 공법상의 법률관계에 영향을 미치고, 토지소유자는 지목을 토대로 토지의 사용·수익·처분에 일정한 제한을 받게 되는 점 등을 고려하면, 지목은 토지소유권을 제대로 행사하기 위한 전제요건으로서 토지소유자의 실제적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있으므로 지적공부 소관청의 지목변경신청반려행위는 국민의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2004. 4. 22, 2003두9015).

④ ×

행정청이 토지대장의 소유자명의변경신청을 거부한 행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니다.

토지대장에 기재된 일정한 사항을 변경하는 행위는, 그것이 지목의 변경이나 정정 등과 같이 토지 소유권 행사의 전제요건으로서 토지소유자의 실제적 권리관계에 영향을 미치는 사항에 관한 것이 아닌 한 행정사무집행의 편의와 사실증명의 자료로 삼기 위한 것일 뿐이어서, 그 소유자 명의가 변경된다고 하여도 이로 인하여 당해 토지에 대한 실제상의 권리관계에 변동은 가져올 수 없고 토지소유권이 지적공부의 기재만에 의하여 증명되는 것도 아니다(대판 2002. 4. 26, 2000두7612 등 참조). 따라서 소관청이 토지대장상의 소유자명의변경신청을 거부한 행위는 이를 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다(대판 2012. 1. 12, 2010두12354).

문 20. 다음 사례에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2021 국가직 9급

A도(道) B군(郡)에서 식품접객업을 하는 甲은 청소년에게 술을 팔다가 적발되었다. 식품위생법은 위법하게 청소년에게 주류를 제공한 영업자에게 “6개월 이내의 기간을 정하여 그 영업의 전부 또는 일부를 정지할 수 있다.”라고 규정하고, 식품위생법 시행규칙 [별표 23]은 청소년 주류제공(1차 위반)시 행정처분기준을 ‘영업정지 2개월’로 정하고 있다. B군수는 甲에게 2개월의 영업정지처분을 하였다.

- ① 甲은 영업정지처분에 불복하여 A도 행정심판위원회에 행정심판을 청구할 수 있다.
- ② 甲은 행정심판을 청구하지 않고 영업정지처분에 대한 취소소송을 제기할 수 있다.
- ③ 식품위생법 시행규칙의 행정처분기준은 행정규칙의 형식이나, 식품위생법의 내용을 보충하면서 식

품위생법의 규정과 결합하여 위임의 범위 내에서 대외적인 구속력을 가진다.

- ④ 甲이 취소소송을 제기하는 경우 법원은 재량권의 일탈·남용이 인정되면 영업정지처분을 취소할 수 있다.

정답 ③

관련 오답노트

① **관련 33강 14** 행정심판법상 처분의 효과가 기간의 경과, 처분의 집행, 그 밖의 사유로 소멸된 뒤에도 그 처분의 취소로 회복되는 법률상 이익이 있는 자는 취소심판을 청구할 수 있습니까?

정답 예

**행정심판법 제13조 【청구인적격】** ① 취소심판은 처분의 취소 또는 변경을 구할 법률상 이익이 있는 자가 청구할 수 있다. 처분의 효과가 기간의 경과, 처분의 집행, 그 밖의 사유로 소멸된 뒤에도 그 처분의 취소로 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우에도 또한 같다.

② **관련 38강 18** 행정심판전치주의는 취소소송, 부작위위법확인소송, 무효확인소송 중 어떤 소송에 적용됩니까?

정답 예외적 행정심판전치주의는 취소소송의 경우와 부작위위법확인소송을 제기하는 경우에만 적용이 되고 무효확인소송에는 적용되지 아니한다.

③ **관련 11강 06** 부령형식으로 정해진 제재적 처분기준의 경우 대외적으로 국민이나 법원을 구속한다는 것은 ○입니까, ×입니까?

정답 ×

부령형식으로 정해진 제재적 처분기준(영업허가의 취소, 정지, 과징금 부과기준)은 그 성질과 내용이 행정내부의 사무처리기준을 규정한 것에 불과하므로 행정규칙의 성질을 가지며 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 것은 아니다(대판 1990. 1. 25, 89누3564).

④ **관련 12강 31** 재량행위가 위법하다는 이유로 소송이 제기된 경우에 법원은 각하해야 합니까?

정답 아니요

재량행위라 하더라도 행정청이 재량권을 행사함에 있어서 재량의 일탈·남용·불행사 등이 있는 경우에는 위법한 처분이 되므로 법원에 의한 통제대상이 된다. 따라서 재량행위가 위법하다는 이유로 소송이 제기된 경우에 법원은 각하할 것이 아니라 본안심리를 진행하여 일탈·남용이 있으면 인용판결, 그렇지 않으면 청구를 기각한다.

해설

- ① ○ 甲은 불이익 처분의 직접 상대방으로서 B군수의 영업정지처분을 다룰 법률상 이익이 있으므로 A도 행정심판위원회에 행정심판을 청구할 수 있다(행정심판법 제6조 제3항 제2호 참조)

**행정심판법 제13조 【청구인적격】** ① 취소심판은 처분의 취소 또는 변경을 구할 법률상 이익이 있는 자가 청구할 수 있다. 처분의 효과가 기간의 경과, 처분의 집행, 그 밖의 사유로 소멸된 뒤에도 그 처분의 취소로 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우에도 또한 같다.

**제6조 【행정심판위원회의 설치】** ③ 다음 각 호의 행정청의 처분 또는 부작위에 대한 심판청구에 대하여는 시·도지사 소속으로 두는 행정심판위원회에서 심리·재결한다.

1. 시·도 소속 행정청
2. 시·도의 관할구역에 있는 시·군·자치구의 장, 소속 행정청 또는 시·군·자치구의 의회(의장, 위원회의 위원장, 사무국장, 사무과장 등 의회 소속 모든 행정청을 포함한다)
3. 시·도의 관할구역에 있는 둘 이상의 지방자치단체(시·군·자치구를 말한다)·공공법인 등이 공동으로 설립한 행정청

- ② ○ 우리 행정소송법은 행정심판임의주의를 채택하고 있으므로 처분에 대해 행정심판을 거쳐 취소소송을 제기할 수도 있고, 곧바로 취소소송을 제기할 수도 있다.

**행정소송법 제18조 【행정심판과의 관계】** ① 취소소송은 법령의 규정에 의하여 당해 처분에 대한 행정심판을 제기할 수 있는 경우에도 이를 거치지 아니하고 제기할 수 있다. 다만, 다른 법률에 당해 처분에 대한 행정심판의 재결

을 거치지 아니하면 취소소송을 제기할 수 없다는 규정이 있는 때에는 그러하지 아니하다.

③ × ‘법규명령형식의 행정규칙’과 ‘법령보충적 행정규칙’의 개념차이를 물어보는 지문이다. 지문의 ‘식품위생법 시행규칙’의 행정처분기준은 행정규칙 형식이 아니라 법규명령인 부령형식으로 제재적 처분기준을 정한 이른바 ‘법규명령형식의 행정규칙’이다. 판례는 부령형식으로 정해진 제재적 처분기준은 행정규칙에 불과하다고 보므로 구속력이 부정된다. 한편, 지문의 후단은 이른바 ‘법령보충적 행정규칙’을 의미하는 것으로서 ‘법령보충적 행정규칙’이라 함은 법령의 위임에 의해 법령을 보충하는 법규사항을 정하는 행정규칙을 말하는데, 본 지문의 ‘식품위생법 시행규칙’은 형식적으로 행정규칙이 아니라 법규명령이므로 이에 해당하지 않는다.

1. 식품위생법 제58조 제1항에 의한 제재적 처분의 기준을 정한 같은 법 시행규칙 제53조는 행정규칙에 불과하므로 행정처분이 이에 위반되었다고 하여 곧바로 위법한 것으로 되지는 않는다.

2. 즉, 처분의 적법 여부는 위 규칙에 적합한 것인가의 여부에 따라 판단할 것이 아니라 위 법의 규정 및 그 취지에 적합한 것인가의 여부에 따라 판단하여야 한다.

식품위생법 시행규칙 제53조에서 [별표 15]로 식품위생법 제58조에 따른 행정처분의 기준을 정하였다고 하더라도 이는 형식만 부령으로 되어 있을 뿐, 그 성질은 행정기관 내부의 사무처리준칙을 정한 것으로서 행정명령의 성질을 가지는 것이고, 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 힘이 있는 것은 아니므로 식품위생법 제58조 제1항에 의한 처분의 적법 여부는 위 규칙에 적합한 것인가의 여부에 따라 판단할 것이 아니라 위 법의 규정 및 그 취지에 적합한 것인가의 여부에 따라 판단하여야 한다는 것이 당원의 확립된 견해이다(대판 1995. 3. 28, 94누6925).

④ ○

행정소송법 제27조 【재량처분의 취소】 행정청의 재량에 속하는 처분이라도 재량권의 한계를 넘거나 그 남용이 있는 때에는 법원은 이를 취소할 수 있다.