2013 공통교재

행정법

지방행정연수원 | 시·도 공무원교육원

공 무 원 윤 리 헌 장

우리는 영광스러운 대한민국의 공무원이다.
오늘도 민족중흥의 최일선에 서서 겨레와 함께 일하며 산다.
이 생명은 오직 나라를 위하여 있고, 이 몸은 영원히 겨레위해 봉사한다.
충성과 성실은 삶의 보람이요 공명과 정대는 우리의 길이다.
이에 우리는 국민 앞에 다하여야 할 숭고한 사명을 민족의 양심으로 다지며,
우리가 나가야 할 바 지표를 밝힌다.

- 우리는 민족사적 정통성 앞에 온 신명을 바침으로써 통일 새 시대를 창조하는 역사의 주체가 된다.
- 우리는 겨레의 엄숙한 소명 앞에 솔선 헌신함으로써 조국의 번영을 이룩하는 민족의 선봉이 된다.
- 우리는 창의적 노력으로 최대의 능력을 발휘함으로써 민주한국을 건설하는 국가의 역군이 된다.
- 우리는 불의를 물리치고 언제나 바른 길만을 걸음으로써 정의사회를 구현하는 국민의 귀감이 된다.
- 우리는 공익우선의 정신으로 국리민복을 추구함으로써 복지국가를 실현하는 겨레의 기수가 된다.

공 무 원 의 신 조

1. 국 가 에 는 헌 신 과 충 성 을
1. 국 민 에 겐 정 직 과 봉 사 를
1. 직 무 에 는 창 의 와 책 임 을
1. 직 장 에 선 경 애 와 신 의 를
1. 생 활 에 는 청 렴 과 질 서 를

목차

Ⅰ. 행정과 행정법 ····· 1

1. 행 정 ····· 3
2. 행정법 ····· 4

Ⅱ. 행정법관계 ····· 21

1. 행정법관계의 개념 ····· 23
2. 행정법관계의 당사자 ····· 25
3. 사인의 공법행위 ····· 26
4. 행정법관계의 내용 ····· 29

Ⅲ. 행정의 행위형식과 절차 ····· 39

1. 행정입법 ····· 41
2. 행정계획 ····· 47
3. 행정행위 ····· 49
4. 공법상 계약 ····· 68
5. 행정지도 ····· 70
6. 사법형식의 행정작용 ····· 71
7. 행정절차 ····· 74

CONTENTS

Ⅳ. 행정작용의 실효성 확보 ····· 89
1. 행정벌 ····· 91
2. 행정상 강제집행 ····· 95
3. 행정상 즉시강제 ····· 101
4. 행정조사 ····· 103
5. 기타수단 ····· 107

Ⅴ. 국가책임(배상과 보상)제도 ····· 117
1. 손해배상제도 ····· 119
2. 손실보상제도 ····· 126

Ⅵ. 행정쟁송제도 ····· 137
1. 행정심판제도 ····· 139
2. 행정소송제도 ····· 146

Ⅶ. 공 무 원 법 ····· 163
1. 공무원법관계의 변동 ····· 165
2. 공무원법관계의 내용 ····· 170

I

행정과 행정법

Ⅰ. 행정과 행정법

1. 행 정

가. 행정의 개념

행정(行政)의 개념은 역사적으로 형성·발전된 개념으로서 근대국가시대의 권력분립의 원칙과 밀접한 관련이 있다. 형식적 의미로 사용되기도 하고 실질적 의미로 사용되기도 한다.

① 형식적 의미의 행정이란 국가기관을 기준으로 한 개념으로서 행정부에 속하는 기관에 의해 이루어지는 모든 작용을 의미한다. 여기에는 성질상 입법에 속하는 것(예, 대통령령·총리령·부령의 제정)도 있고, 사법에 속하는 것(예, 행정심판)도 있다.

② 실질적 의미의 행정이란 국가작용의 성질상의 차이를 전제로 하여 ㉠ 입법도 사법도 통치 작용도 아닌 국가작용의 전부라고 말하기도 하고(소극설), ㉡ 법아래서 법의 지배를 받으면서 현실적·구체적으로 국가목적의 적극적인 실현을 향하여 행하여지는 전체로서의 통일성을 가진 계속적인 형성 활동이라 정의하기도 한다(적극설).

③ 행정법학의 대상이 되는 행정은 실질적 의미의 행정을 원칙으로 하나, 예외적으로 형식적 의미의 행정도 연구의 대상으로 한다.

④ 실질적 의미의 행정과 형식적 의미의 행정은 반드시 일치하는 것은 아니다.

나. 행정의 종류

국가공동체의 기능의 하나로서 국가행정은 개인과 단체의 모든 생활영역에 관련된다. 태어나서 죽을 때까지 인간이 관련하는 행정작용은 너무나 광범위하고 다양하기 때문에(예, 출생신고·예방접종·취학·입영·납세·각종허가·사망신고 등) 빠짐없이 나열한다는 것은 불가능하다.

행정은 ① 행정의 주체에 따라 국가행정(예, 국세 부과)과 지방자치행정(예, 지방세 부과), ② 행정작용의 근거가 되는 법과 관련하여 공법상의 행정(예, 세금부과)과 사법상의 행정(예, 일반재산 매각), ③ 법적 구속의 정도에 따라 법률 종속적 행정(예, 각종 영업허가)과 법률로부터 자유로운 행정(예, 주차장 건설), ④ 법적 효과의 성질에 따라 수익적 행정(예, 영업허가)과 침익적 행정(예, 세금부과), 그리고 수익과 침익의 양면을 갖는 복효적 행정(예, 조건부 영업허가, 화학공장 건설허가)으로 구분할 수 있다.

2. 행정법

가. 행정법의 개념

1) 행정법의 의의

일반적으로 행정법(行政法)이란 행정권의 조직과 작용에 관한 성문·불문법규의 총괄개념으로 이해되고 있다. 따라서 행정법은 행정조직법과 행정작용법으로 구성되어 있다고 하겠다. 학자에 따라서는 행정법을 행정조직법과 행정작용법 외에 행정쟁송법을 포함하는 개념으로 사용하기도 한다. 하여간 우리의 학자들은 전통적으로 행정법을 「행정에 특유한 국내공법」으로 설명하고 있다. 행정법은 행정권에 관한 법이므로 입법권이나 사법권의 조직과 작용에 관한 법들과 구별되어야 한다.

광의의 행정법	협의의 행정법	일반행정법(행정법총론)	↔ 형법총론
		특별행정법(행정법각론)	↔ 형법각론
	행정쟁송법(행정심판법＋행정소송법)		↔ 형사소송법

2) 공법으로서의 행정법

행정법은 공법(公法)이므로 사법(私法)과도 구별되어야 한다.

① 공법과 사법의 구별이 필요한 것은 ㉠ 우리의 제도상 소송에는 행정소

송과 민사소송이 있고, ㉡ 법인에는 공법인과 사법인이 있으며, ㉢ 우리의 법체계에는 공익을 중심으로 하는 법과 사익의 조절을 중심으로 하는 법이 있기 때문이다.

② 문제는 공법과 사법의 구별기준에 놓이는데 이에 대해서는 여러 견해(이익설·종속설·구주체설·신주체설 등)가 있으나 궁극적으로는 법규의 규정내용, 행정의 목표 등을 고려하여 개별적으로 판단할 수밖에 없다.

3) 행정법의 종류

행정법은 일반행정법(행정법총론)과 특별행정법(행정법각론)으로 구분할 수 있다.

① 일반행정법이란 행정조직의 일반적인 개념과 원칙, 절차와 실체를 포함한 행정작용의 일반원칙 등 모든 개별 행정법 영역에 표준적인 규율·원칙·개념 등을 공통적·유형적·개괄적으로 파악한 행정법을 말한다.

② 특별행정법이란 사항적·지역적·인적 관점에서 파악된 공행정의 개별 작용영역의 법을 말한다. 이에는 지방자치법·경찰법·공무원법·경제행정법·세법 등이 있다.

나. 행정법에 대한 헌법상 기본원칙

헌법은 국가의 형태, 국가의 목표, 국가의 조직, 국가와 국민간의 관계 등에 관한 기본원칙을 규율하는 최고의 근본 법질서이다. 그러나 행정법은 국가 법질서의 한 부분영역으로서 헌법을 구체화하는 법이므로 당연히 헌법이 정하는 원칙을 따라야 한다. 우리 헌법상 행정에 대한 헌법상 원칙으로 민주주의원리·법치주의원리·사회복지주의원리·국가안전보장원리를 들 수 있다.

1) 민주주의원리

현행 헌법은 대한민국이 민주국가임을 규정하고 있다(헌법 제1조제1항). 민주주의란 이념적으로는 자유와 평등을, 형태적으로는 치자(治者)와 피치자(被治者)

가 동일함을 내용으로 하는 정치원리이다. 헌법은 행정의 영역에서 민주주의원리를 실현하기 위하여 여러 규정을 두고 있다.

① 무엇보다도 중요한 것은 법률로써도 침해가 불가능한 고유한 인권의 영역이 국민 개개인에게 있음을 헌법이 규정하고 있다는 점이다(헌법 제37조 제2항). 따라서 행정으로도 이러한 고유한 인권의 영역을 침해할 수 없음은 당연하다.

② 민주주의원리는 국가기관의 구성과 관련하여 대표제·임기제의 채택과 아울러 선거를 통해 정부에게 책임을 묻는 제도를 요구한다.

③ 민주주의원리는 행정결정 과정에 국민의 참여를 요구한다.

④ 민주주의원리는 행정의 공개성을 요구한다. 행정의 공개는 국민이 행정에 참여하고 행정에 책임을 묻는 것을 전제로 이루어지기 때문이다. 행정의 공개에 관한 일반법으로 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」이 있고, 「행정절차법」도 행정상 입법예고제(동법 제41조~제45조) 및 행정예고제(동법 제46조~제47조)를 규정하고 있다.

2) 법치주의원리

① 실질적 의미로 법치주의란 정의(正義)의 이념에 근거하여 정의를 추구하는 국가를 말하고, 형식적 의미로 법치주의란 모든 국가권력 행사가 법률로써 예측하는 것이 가능한 국가를 말한다. 말하자면, 형식적 의미로 법치국가란 국가가 국민의 자유와 권리를 제한하거나, 국민에게 새로운 의무를 부과하는 때에는 국회가 제정한 법률에 의하거나 법률에 근거가 있어야 하며, 또 법률은 국민만이 아니고 국가권력의 담당자도 규율하는 국가를 말한다. 우리 헌법이 지향하는 법치주의는 실질적 의미와 형식적 의미를 모두 추구하는 법치주의이다.

② 우리 헌법상 법치주의원리는 기본권 보장규정(헌법 제2장), 권력분립원리에 관한 규정(헌법 제40조, 제66조제4항, 제101조제1항), 포괄적 위임입법금지에 관한 규정(헌법 제75조, 제95조), 사법심사제도(헌법 제107조) 등을 통해 나타나고 있다.

③ 한편, 행정의 영역에서 법치주의는 법치행정의 문제로 다루어진다. 법치행정은 ㉠ 행정주체의 활동은 법이 정하는 권한의 범위 내에서만 가능하고, ㉡ 행정은 원칙적으로 국민의 대표기관의 의사에 근거하여야 하며, ㉢ 행정은 국민의 대표기관의 의사에 반할 수 없음을 내용으로 한다. 이러한 문제는 행정의 법률적합성의 원칙으로 다루어지고 있다(이에 관해서는 뒤에서 다시 살펴보기로 한다).

3) 사회복지주의원리

우리 헌법은 사회복지국가를 지향하고 있다. 여기서 사회복지국가란 사회국가와 복지국가의 복합개념이다. 우리 헌법은 모든 국민들에게 최소한의 인간다운 삶의 보장을 위할 뿐만 아니라 동시에 모든 국민의 생활조건을 좀 더 향상된 단계로 이끌어가는 것을 국가의 임무로 하고 있다.

이와 관련하여 헌법은 먼저 ① 모든 국민의 인간다운 삶의 보장을 선언하고(헌법 제34조제1항), 이의 실현을 위해 ② 사회의 안전, 경제적 약자의 보호와 관련하여 사회보장, 사회복지의 증진을 국가의 의무로 규정하며(제34조제2항), ③ 개인의 경제상의 자유와 창의를 존중하고, 아울러 그것의 본질적인 부분을 훼손하지 않는 범위 내에서 사경제에 대한 국가의 합리적인 개입을 규정해 놓고 있다(헌법 제9장).

사회복지국가의 요청은 필연적으로 다양한 행정수단을 요구하고, 이것은 행정의 확대를 가져오게 된다. 현대국가의 이러한 경향을 행정국가화라고 하는데, 이러한 행정국가화 현상에 대한 합리적인 통제책의 마련이 현대행정법의 과제가 되고 있다.

다. 행정의 법률적합성의 원칙

법치행정의 원리상 행정은 당연히 법률에 적합한 것이어야 한다. 이러한 행정의 법률적합성(法律適合性)의 원칙은 공권력 앞에서 개인의 보호를 위한 법치행정의 주된 내용을 구성하는 원칙으로서 전체 공행정은 합헌적 법률에 따라 수행

되어야 함을 의미한다. 이 원칙은 민주주의원리의 한 표현이기도 하다. 행정의 법률적합성의 원칙은 법률의 우위의 원칙과 법률의 유보의 원칙 등으로 구성된다.

1) 법률의 우위의 원칙

법률의 우위의 원칙이란 헌법이 정하는 절차에 따라 제정된 법률은 헌법을 제외한 그 밖의 모든 국가의사에 우월하고, 행정은 법률에 반할 수 없으며, 이 때 법률은 그 내용 또한 헌법에 합치되는 것이어야 한다는 원칙을 말한다. 법률의 우위의 원칙은 소극적 의미의 법률적합성의 원칙이라고도 하며, 모든 행정영역에 예외 없이 적용된다. 법률의 우위의 원칙에 반하는 행정작용은 무효가 된다. 다만, 행정행위의 경우에는 무효 또는 취소될 수 있는 행위가 된다. 그리고 위반행위로 개인에게 손해가 발생하면 국가는 배상책임을 지게 된다.

2) 법률의 유보의 원칙

가) 의의

법에 대한 행정의 구속의 문제로서 법률의 유보의 원칙이란 행정작용에는 기본적으로 법률의 근거를 필요로 한다는 원칙을 말한다. 법률의 유보의 원칙이 요구되는 것은 법률이 국민의 대표기관인 국회가 정한 것이라는 점, 행정작용이 법률에 근거하여 이루어질 때에 개인의 기본권의 보장이 용이하다는 점 등을 근거로 한다.

나) 중요성

법률의 유보의 원칙은 적극적으로 행정기관이 행위를 할 수 있게 하는 법적 근거의 문제이기 때문에 단순히 소극적으로 기존 법률의 침해를 금하는 법률의 우위의 원칙보다 더 중요한 원칙이 된다.

다) 범위

헌법은 여러 부분에서 법률의 근거를 요하는 규정을 두고 있으나(예, 기본권 제한·납세의무·국방의무·교육제도 등) 법률의 유보의 원칙이 어느 범위까지 적

용되어야 하는가에 관해서는 규정하는 바가 없다.

이에 관한 학설로는 침해유보설(개인의 자유와 재산의 침해 시에는 반드시 법률의 근거를 요한다는 견해)·전부유보설(모든 행정작용에 법률의 근거를 요한다는 견해)·중요사항유보설(공동체의 중요한 사항은 반드시 법률로 정하여야 한다는 견해) 등이 있다. 근래에는 독일의 연방헌법재판소의 판례를 기초로 한 중요사항유보설을 지지하는 견해가 증대하고 있는 것으로 보인다. 우리의 헌법재판소도 이러한 입장을 취한다. 적용범위와 관련하여 의문은 있으나, 적어도 국민의 자유와 권리를 침해하는 행정작용에는 반드시 법률의 근거가 요구된다는 점만은 분명하다(헌법 제37조제2항).

참고 판례

(1) 토지등소유자가 도시환경정비사업을 시행하는 경우 사업시행인가 신청 시 필요한 토지등소유자의 동의는 개발사업의 주체 및 정비구역 내 토지등소유자를 상대로 수용권을 행사하고 각종 행정처분을 발할 수 있는 행정주체로서의 지위를 가지는 사업시행자를 지정하는 문제로서 그 동의요건을 정하는 것은 토지등소유자의 재산권에 중대한 영향을 미치고, 이해관계인 사이의 충돌을 조정하는 중요한 역할을 담당한다. 그렇다면 사업시행인가 신청 시 요구되는 토지등소유자의 동의정족수를 정하는 것은 국민의 권리와 의무의 형성에 관한 기본적이고 본질적인 사항으로 법률유보 내지 의회유보의 원칙이 지켜져야 할 영역이다. 사업시행인가 신청에 필요한 동의정족수를 자치규약에 정하도록 한 이 사건 동의요건조항은 법률유보 내지 의회유보원칙에 위배된다(헌재 2012. 4. 24. 2010헌바1).

(2) 구 행형법 제20조는 수용자에게 일정한 의류·침구 기타 생활용품을 급여하되, 그에 관한 사항은 대통령령으로 정하도록 위임하였고, 그 위임을 받은 구 행형법 시행령 제73조 제2항은 급여의류와 침구의 품목·색채·규격 기타 필요한 사항을 법무부령으로 정하도록 재위임을 하였으며, 구 수용자 의류 및 침구급여에 관한 규칙은 제2조 제1항에서 수용자 의류의 품목으로 신발을 열거한 다음, 동조 제2항 제6호에서 '신발은 고무신·운동화 및 방한화 3종으로 구분한다.'고, 제4조에서 '수용자의류의 품목별 착용구분 및 계절에 따른 착용 시기는 각각 법무부장관이 따로 정한다.'고 규정하였고, 수용자 피복관리 및 제작에 관한 지침(법무부예규 제777호, 2007. 7. 10. 일부개정) 제2조는 '수용자에게 지급하는 피복류는 의류, 모자류, 신발류 및 침구류로 구분하고 그 착용 또는 사용

구분은 다음 각 호와 같다.'고 하면서 '3. 신발의 종류 및 지급구분'에서 '(1)고무신 : 미결수용자 및 출정수용자'로 규정하고 있다. 이 사건 운동화착용불허행위는 이 같은 법령에 근거한 처분이므로 법률유보의 원칙에 위배되지 아니한다(헌재 2011.02.24, 2009헌마209).

라. 행정법의 법원

1) 법원의 의의와 종류

① 행정법의 법원(法源)이란 행정권이 준수하여야 할 행정법의 인식근거를 말한다. ② 행정법의 법원에는 성문법과 불문법, 그리고 행정법의 일반원칙이 있다. ㉠ 성문법에는 헌법·법률·행정입법으로서 법규명령과 행정규칙(논란의 여지가 있다)·자치법규가 있고, ㉡ 불문법으로는 관습법·판례법(논란의 여지가 있다)이 있다. ㉢ 행정법의 일반원칙은 항을 바꾸어서 보기로 한다.

2) 행정법의 일반원칙

행정법의 모든 영역에 타당한 일반원칙을 행정법의 일반원칙이라 한다. 행정법의 일반원칙은 관습법, 판례법, 그리고 성문법으로 나타나기도 한다. 행정법의 일반원칙에는 행정의 자기구속의 원칙, 비례원칙, 신뢰보호원칙, 부당결부금지의 원칙, 신의성실의 원칙, 권리남용금지의 원칙 등을 들 수 있다.

① 행정의 자기구속(自己拘束)의 원칙이란 같은 사안에 대하여 제3자에게 한 것과 같은 결정을 상대방에게도 하도록 행정청이 구속을 받는다는 원칙을 말한다. 행정의 자기구속의 법리는 평등의 원칙에서 나온다. 왜냐하면 동일한 사안에서 합리적인 사유 없이 상이한 결정을 한다면, 그것은 불합리한 차별, 즉 평등위반을 뜻하는 것이기 때문이다.

참고 판례

(1) 상급행정기관이 하급행정기관에 대하여 업무처리지침이나 법령의 해석적용에 관한 기준을 정하여 발하는 이른바 '행정규칙이나 내부지침'은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적인 구속력을 갖는 것은 아니므로 행

정처분이 그에 위반하였다고 하여 그러한 사정만으로 곧바로 위법하게 되는 것은 아니다. 다만, 재량권 행사의 준칙인 행정규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이루어지게 되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 받게 되므로, 이러한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그를 위반하는 처분은 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 위배되어 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이 된다(대판 2009.12.24, 2009두7967).

(2) 재량권행사의 준칙인 규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이룩되게 되면, 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되고, 그러한 경우에는 대외적인 구속력을 가지게 된다 할 것이다(헌재 1990.9.3. 90헌마13; 헌재 2001.5.31. 99헌마413).

② 비례원칙(比例原則)이란 행정의 목적과 그 목적을 실현하기 위한 수단과의 관계에서 그 수단은 목적을 실현하는 데에 적합하고(적합성의 원칙) 또한 최소 침해를 가져오는 것이어야 할 뿐만 아니라(필요성의 원칙, 최소 침해의 원칙), 아울러 그 수단의 도입으로 인해 생겨나는 침해가 의도하는 이익·효과를 능가하여서는 안 된다(협의의 비례원칙, 상당성의 원칙)는 원칙을 말한다. 비례원칙은 헌법 제37조제2항, 행정소송법 제27조, 경찰관직무집행법 제1조제2항 등에서 규정되고 있다.

참고 판례

제재적 행정처분이 재량권의 범위를 일탈하였거나 남용하였는지 여부는 처분사유로 된 위반행위의 내용과 그 위반의 정도, 당해 처분에 의하여 달성하려는 공익상의 필요와 개인이 입게 될 불이익 및 이에 따르는 제반 사정 등을 객관적으로 심리하여 공익침해의 정도와 그 처분으로 인하여 개인이 입게 될 불이익을 비교·교량하여 판단하여야 한다. 지방식품의약품안전청장이 수입 녹용 중 전지 3대를 절단부위로부터 5cm까지의 부분을 절단하여 측정한 회분함량이 기준치를 0.5% 초과하였다는 이유로 수입 녹용 전부에 대하여 전량 폐기 또는 반송처리를 지시한 경우, 녹용 수입업자가 입게 될 불이익이 의약품의 안전성과 유효성을 확보함으로써 국민보건의 향상을 기하고 고가의 한약재인 녹용에 대하여 부적합한 수입품의 무

분별한 유통을 방지하려는 공익상 필요보다 크다고는 할 수 없으므로 위 폐기 등 지시처분이 재량권을 일탈·남용한 경우에 해당하지 않는다(대판 2006.4.14. 2004두3854).

③ 신뢰보호원칙(信賴保護原則)이란 행정청의 어떠한 행위의 존속이나 정당성을 사인이 신뢰한 경우, 보호할 가치 있는 사인의 신뢰는 보호되어야 한다는 원칙을 말한다.

신뢰보호원칙은 법치국가원리의 내용 중의 하나인 법적 안정성을 근거로 인정되고 있다. 신뢰보호의 원칙이 행정의 법률적합성과 충돌하는 경우에는 공익과 사익의 정당한 비교형량에 의하여 판단하여야 한다.

참고 판례

(1) 보세운송 면허세의 부과근거이던 지방세법 시행령이 1973.10.1.에 제정되었다가 1977.9.20.에 폐지될 때까지 4년 동안에 그 면허세를 부과할 수 있는 점을 알면서도 피고(ㅇㅇ구청장)가 수출확대라는 공익상 필요에서 한 건도 이를 부과한 일이 없었다면(지방세법 제7조에 의하면 지방자치단체는 공익상 기타의 사유로 과세를 하지 않을 수 있게끔 되어 있다) 납세자인 원고로서도 그것을 믿을 수밖에 없고 그로써 비과세의 관행이 이루어 졌다고 보아도 무방하다(대판 1980.6.10. 80누6).

(2) 운전면허 취소사유에 해당하는 음주운전을 적발한 경찰관의 소속 경찰서장이 사무착오로 위반자에게 운전면허 정지 처분을 한 상태에서 위반자의 주소지 관할 지방경찰청장이 위반자에게 운전면허 취소 처분을 한 것은 선행처분에 대한 당사자의 신뢰 및 법적 안전성을 저해하는 것으로서 허용될 수 없다(대판 2000.2.25. 99두10520).

④ 부당결부금지(不當結付禁止)의 원칙이란 행정작용과 사인이 부담하는 급부는 부당한 내적 관련을 가져서는 아니 되고 또한 상호 결부되어서는 아니 된다는 원칙을 말한다. 부당결부금지의 원칙은 법치국가원리와 자의금지의 원칙에서 나온다.

참고 판례

(1) 부당결부금지의 원칙이란 행정주체가 행정작용을 함에 있어서 상대방에게 이와 실질적인 관련이 없는 의무를 부과하거나 그 이행을 강제하여서는 안 된다는 원칙을 말한다(대판 2009.2.12. 2005다65500).

(2) 지방자치단체장(ㅇㅇ시장)이 사업자에게 주택사업계획승인을 하면서 그 주택사업과는 아무런 관련이 없는 토지를 기부채납하도록 하는 부관을 주택사업계획승인에 붙인 경우, 그 부관은 부당결부금지의 원칙에 위반되어 위법하다(대판 1997.3.11. 96다49650).

마. 행정법의 효력

행정법의 효력이란 행정법이 갖는 구속력을 말하는바, 이것은 시간적 효력범위·지역적 효력범위·인적 효력범위의 3가지 관점에서 문제된다.

1) 시간적 효력범위

성문법은 헌법과 법령이 정하는 바에 따라 공포일 또는 그 후의 일정한 날(시행일)로부터 효력을 발생한다. 그런데 법령에 특별한 규정이 없는 한, 법령은 공포한 날로부터 20일이 경과한 날로부터 효력을 발생한다(법령 등 공포에 관한 법률 제13조, 지방자치법 제26조제7항). 한편, 특정 법령을 그 법령의 효력발생일 이전의 사항에 대하여 적용하는 것은 소급적용이라 한다. 소급적용에는 효력발생일 이전에 이미 완성된 사항에 대한 소급인 진정소급과 효력발생일에까지 진행 중인 사항에 대한 소급인 부진정소급이 있다. 진정소급은 원칙적으로 부정되나 예외적으로 인정될 수 있고, 부진정소급은 원칙적으로 인정되나 예외적으로 부정될 수 있다.

참고 판례

(1) 구 '친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법'(2011. 5. 19. 법률 제10646호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항 본문(이하 '귀속조항'이라 한다)은 진정소급입법에 해당하지만 진정소급입법이라 하더라도 예외적으로 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우 등에는 허용될 수 있다 할 것인데, 친일

재산의 소급적 박탈은 일반적으로 소급입법을 예상할 수 있었던 예외적인 사안이고, 진정소급입법을 통해 침해되는 법적 신뢰는 심각하다고 볼 수 없는 데 반해 이를 통해 달성되는 공익적 중대성은 압도적이라고 할 수 있으므로 진정소급입법이 허용되는 경우에 해당한다. 따라서 귀속조항이 진정소급입법이라는 이유만으로 헌법 제13조 제2항에 위배된다고 할 수 없다(대판 2012.2.23, 2010두17557).

(2) 개발이익 환수에 관한 법률 부칙 제2조(1993. 6. 11. 법률 제4563호로 개정된 것)는 동법이 시행된 1990. 1. 1. 이전에 이미 개발을 완료한 사업에 대하여 소급하여 개발부담금을 부과하려는 것이 아니라 동법 시행 당시 개발이 진행 중인 사업에 대하여 장차 개발이 완료되면 개발부담금을 부과하려는 것이므로, 이는 아직 완성되지 아니하여 진행과정에 있는 사실관계 또는 법률관계를 규율대상으로 하는 이른바 부진정소급입법에 해당하는 것이어서 원칙적으로 헌법상 허용되는 것이다(헌재 2001.2.22. 98헌바19).

(3) 대학이 성적불량을 이유로 학생에 대해 징계처분을 하는 경우에 있어서 수강신청이 있은 후 징계요건을 강화하는 학칙개정이 이루어지고 이어 당해 시험이 실시되어 그 개정학칙에 따라 징계처분을 한 경우라면 이는 이른바 부진정소급효에 관한 것으로서 구 학칙의 존속에 관한 학생의 신뢰보호가 대학당국의 학칙개정의 목적달성보다 더 중요하다고 인정되는 특별한 사정이 없는 한 그 징계처분이 위법하다고 할 수 없다(대판 1989.7.11. 89누1123).

2) 지역적 효력범위

행정법규는 그 법규의 제정권자의 권한이 미치는 지역적 범위 내에서만 효력을 갖는다. 예컨대 대통령령은 전국에 효력을 가지나, 자치법규는 원칙적으로 당해 지방자치단체에서만 효력을 갖는다. 다만, 지방세 부과처분은 예외적으로 타 지방자치단체에 거주하는 주민에 미친다. 물론 국가의 법령이 국내의 일부 지역에만 적용되는 경우도 있다(예 : 제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별조치법).

3) 인적 효력범위

속지주의원칙에 의거하여 행정법규는 당해 지역 안에 있는 모든 사람에 적용된다. 자연인·법인·내국인·외국인을 불문한다. 다만 치외법권을 가진 자는 우리의 행정법의 적용을 받지 아니한다.

바. 행정법의 흠결과 보충

행정법은 완비된 법체계를 갖고 있지 않다. 이 때문에 사건에 따라서는 행정사건에 적용할 행정법규가 없는 경우도 나타난다(행정법의 흠결). 이러한 행정법의 흠결의 경우에 그 보충의 방법으로 사법의 적용과 공법규정의 유추해석이 있다.

1) 사법의 적용

전통적인 견해에 따르면, 사법규정에는 일반법원리적 규정(예, 권리남용의 금지)·법기술적 규정(예, 기간계산의 방식)·이해조절적 규정(예, 매도인의 하자담보책임)이 있는데, 이 중에서 일반법원리적 규정과 법기술적 규정은 공법관계(권력관계+비권력관계)에 그대로 적용될 수 있지만, 이해조절적 규정은 권력관계에는 적용되기 곤란하나, 비권력관계에서는 직접 내지 유추적용이 가능하다.

사법규정의 유형	행정상 법률관계의 종류		
	권력관계	공법상 비권력관계	사법관계(국고관계)
일반법원리적 규정	적용	적용	적용
법기술적 규정	적용	적용	적용
이해조절적 규정	적용 없음	유추적용	적용

참고 판례

민법 제155조는 “기간의 계산은 법령, 재판상의 처분 또는 법률행위에 다른 정한 바가 없으면 본장의 규정에 의한다”고 규정하고 있으므로, 기간의 계산에 있어서는 당해 법령 등에 특별한 정함이 없는 한 민법의 규정에 따라야 하고, 한편 광업법 제16조는 “ 제12조에 따른 광업권의 존속기간이 끝나서 광업권이 소멸하였거나 제35조에 따라 광업권이 취소된 구역의 경우 그 광업권이 소멸한 후 6개월 이내에는 소멸한 광구의 등록광물과 같은 광상에 묻혀 있는 다른 광물을 목적으로 하는 광업권설정의 출원을 할 수 없다”고 규정하고 있으나, 광업법에는 기간의 계산에 관하여 특별한 규정을 두고 있지 아니하므로, 광업법 제16조에 정한 출원제한기간을 계산할 때에도 기간계산에 관한 민법의 규정은 그대로 적용된다(대판 2009.11.26, 2009두12907).

2) 공법규정의 유추적용

행정법관계에 적용할 행정법규가 미비한 경우에는 먼저 헌법원칙(예 : 법적 안정성, 신뢰보호, 기본권의 보호 등)의 적용이 고려되어야 하고, 아울러 공법규정의 유추해석이 동원되어야 할 것이다(예 : 수용유사침해론).

[연습문제]

1. 다음 중에서 형식적 의미에서나 실질적 의미에서나 행정에 속하는 것은?

① 영업허가의 취소 ② 총리령의 제정

③ 토지의 등기 ④ 대법원규칙의 제정

[착안점] 영업허가의 취소는 행정권이 행하는 전형적인 행정작용이다. [정답] ①

2. 우리나라 행정법의 기본원리로 볼 수 없는 것은?

① 책임행정 ② 행정조직의 자유로운 설정

③ 기본권의 신장 ④ 지방분권주의

[착안점] 우리나라는 행정조직법정주의를 택하고 있다. [정답] ②

3. 법률의 유보에 관한 어떠한 학설에 의하여도 법적 근거가 있어야 하는 것은?

① 특별권력관계 내부의 행위 ② 수익적 행정작용

③ 공무원의 임명 ④ 개인의 자유와 재산권의 제한

[착안점] 개인의 자유의 제한에 법적 근거가 불요하다는 견해는 없다. [정답] ④

4. 행정법의 일반원칙에 관한 설명으로 보다 타당하지 않은 것은?

① 행정법의 일반원칙은 인간단체에서 당연히 도출되는 윤리적 최소한의 행정법상 표현이다.

② 행정법의 일반원칙은 행정법의 법원의 성격을 갖는다.

③ 행정법의 일반원칙의 상당부분은 헌법원칙의 구체화이다.

④ 행정법의 일반원칙은 재판에서 직접 적용되는 원칙은 아니다.

[착안점] 행정법의 일반원칙은 모든 국가권력을 기속한다. [정답] ④

5. A는 ㅇㅇ경찰서 ㅇㅇ파출소 소속 경찰관으로서 112순찰차 근무 중 도박현장에 출동명령을 받고, 관할지역에 있는 해태호프라는 술집에 출동하였다. 원고는 그 술집에서 B 등이 화투로 도박을 한 사실을 인지하고서도 묵인하여 준 뒤 B가 건네주는 돈 50,000원을 수수하였다. 그 후 권한행정청인 C지방경찰청장은 A의 금품수수행위가 국가공무원법 제78조제1항제1호, 제2호 소정의 징계사유에 해당한다고 하여 법정의 절차와 형식을 구비하여 A에게 등기우편으로 해임처분을 통지하였다. C지방경찰청장의 처분은 적법한가?

[착안점] 비례원칙 위반 여부가 핵심적인 검토사항이다.

[정답] 해임처분은 지나친 처분인바, 비례원칙위반으로 위법하다.

6. B학원은 A구청장으로부터 체육관건축허가를 받아 체육관을 건축하면서 다시 A구청장으로부터 체육관 앞 부지를 도로로 개설한 후 기부채납한다는 조건하에 도로개설을 위한 도시계획사업시행허가를 받았다. 그 후 B학원은 체육관을 건축한 후 준공인가신청을 하였으나, A구청장은 B학원이 도로기부채납의무를 이행하지 아니하였다는 이유로 준공거부처분을 하였다. A구청장의 처분은 적법한가?

[착안점] 부당결부금지의 원칙 위반 여부가 핵심적인 검토사항이다.

[정답] 체육관건축허가와 도로기부채납은 별개의 것이므로 A구청장의 처분은 위법하다.

7. 법률불소급의 원칙에 관한 설명으로 보다 타당하지 않은 것은?

① 침익적 법령의 진정소급은 불가능하다.
② 수익적 법령의 진정소급은 가능하다.
③ 침익적 법령의 부진정소급은 가능하다.
④ 수익적 법령의 부진정소급은 가능하다.

[착안점] 학설과 판례는 침익적 법령도 예외적으로 진정소급 되는 경우도 있다고 한다.

[정답] ①

8. 행정법의 특질상 민법이 그대로 준용될 수 없는 것은?

① 의사무능력자의 행위
② 기간의 계산
③ 자연인, 법인의 개념
④ 행정행위의 효력의 적용

[착안점] 행정행위는 권력적이므로 민법의 적용과 거리가 멀다. [정답] ④

Ⅱ

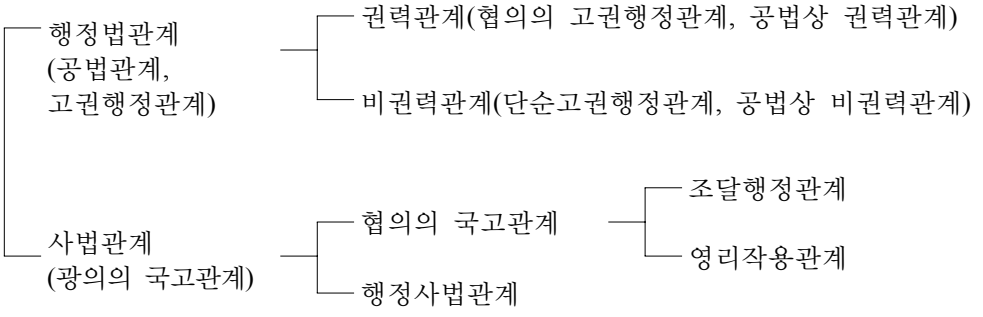
행정법관계

Ⅱ. 행정법관계

1. 행정법관계의 개념

가. 행정법관계의 의의와 종류

행정주체가 일방당사자인 법관계를 행정상 법률관계라 부른다. 행정상 법률관계 중에서 공법이 지배하는 관계를 행정법관계(行政法關係) 또는 공법관계(公法關係)라 부르고, 사법이 지배하는 관계를 통상 국고관계(國庫關係)라 부른다. 행정법관계는 다시 권력관계와 비권력관계로 구분된다. 행정법관계에 대한 연구가 행정법(학)의 중심테마가 된다. 행정상 법률관계의 종류는 다음과 같이 도해할 수 있다.



나. 특별권력관계

1) 특별권력관계의 개념

오토 마이어(O. Mayer)에 따르면, 행정의 일정영역에서는 기본권이 효력을 갖지 못하고, 국가의 침해에 대해서도 다툴 수 없으며, 법에 의한 규율이 아니라 합목적성에 의해 규율되는, 따라서 특정 시민에게는 강화된 종속이 요구되는 관계가 있는바, 이를 특별권력관계라 불렀다. 그리고 그 예로서 학생의 재학관계, 공무원의 근무관계를 들었다. 달리 말한다면, 특별권력관계란 특별한 공행정 목

적을 위해 특별한 법률상의 원인에 근거하여 성립되는 관계로서 권력주체가 구체적인 법률의 근거 없이도 특정 신분자를 포괄적으로 지배하는 권한을 가지고, 그 신분자는 이에 복종하는 관계로 이해되어 왔다고 하겠다.

2) 특별권력관계와 법치주의

실질적 법치주의를 지향하는 우리 헌법의 체계 하에서 「법적 근거 없이 논리적으로」 법으로부터 자유로운 영역을 인정하는 개념인 특별권력관계는 인정될 수 없다. 특별한 것도 법률에서 인정될 때에만 그 특수성이 인정될 수 있다. 이렇게 하여야만 헌법 제10조(인간의 존엄과 기본적 인권보장)와 헌법 제37조제2항(기본권제한의 원리)은 의미를 가질 수 있다. 따라서 종래에 특별권력관계로 이해되어 온 것은 「특별한 실정법」에 의해 규율되는 특별행정법관계로 대체되어야 할 뿐만 아니라, 특별행정법관계에도 법치주의·기본권보장·사법심사가 전면적으로 적용되어야 한다.

참고 판례

(1) 행형법상 징벌의 일종인 금치처분을 받은 자에 대하여 금치기간 중 집필을 전면 금지한 행형법시행령 제145조제2항 본문 부분(이하 '이 사건 시행령조항'이라 한다)은, 금치대상자의 자유와 권리에 관한 사항을 규율하는 것이므로 모법의 근거 및 위임이 필요하다. 행형법 제46조제2항제5호는 징벌의 일종으로 "2월 이내의 금치"를 규정하고 있으나, 금치의 개념 자체로부터는 그 사전적 의미가 제시하는 징벌실 수용이라는 특수한 구금형태만을 추단할 수 있을 뿐이고 거기에 집필의 전면적 금지와 같은 일정한 처우의 제한 내지 박탈이라는 금치의 효과 내지 집행방법까지 포함되어 있다거나 동 조항으로부터 곧바로 제한되는 처우의 내용이 확정된다고 볼 수 없고, 행형법 제46조제4항은 징벌을 부과함에 있어 필요한 기준을 법무부장관이 정하도록 규정하고 있으나, 그 위임사항이 "징벌의 부과 기준"이지 "징벌의 효과나 대상자의 처우"가 아님은 문언상 명백하므로, 모두 이 사건 시행령조항의 법률적 근거가 된다고 할 수 없다. 다만 행형법 제33조의3제1항은 수용자에 대하여 원칙적으로 집필을 금지하고 있다고 볼 수 있으나, 이 사건 시행령조항은 같은 조항에서 규정하고 있는 접견이나 서신수발 등과 달리 교도소장이 예외적으로라도 이를 허용할 가능성마저 봉쇄하고 있고, 위 행형법 제33조의3제1항보다 가중된 제한을, 그것도 모

법과 상이한 사유를 원인으로 집필의 자유를 박탈하고 있으므로 이 역시 이 사건 시행령조항의 법률적 근거가 된다고 할 수 없어 이 사건 시행령조항은 금치처분을 받은 수형자의 집필에 관한 권리를 법률의 근거나 위임 없이 제한하는 것으로서 법률유보의 원칙에 위반된다(헌재 2005.2.24, 2003헌마289).

(2) 항고소송의 대상이 되는 행정처분이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말하는 것인바, 이 사건 퇴학처분은 국가가 설립·경영하는 교육기관의 하나인 서울교육대학의 교무를 통할하고 학생을 지도하는 지위에 있는 동 대학의 학장(피고)이 동 대학의 교육목적실현과 학교의 내부질서유지를 위해 학칙위반자인 동 대학의 재학생인 원고에 대한 구체적 법집행으로서 국가공권력의 하나인 징계권을 발동하여 원고의 학생으로서의 신분을 일방적으로 박탈하는 국가의 교육행정에 관한 의사를 외부에 표시하는 것이므로 이는 위에서 말하는 행정처분임이 명백하다. 학생에 대한 징계권의 발동이나 징계의 양정이 징계권자의 교육적 재량에 맡겨져 있다 할지라도 법원이 심리한 결과 그 징계처분에 위법사유가 있다고 판단되는 경우에는 이를 취소할 수 있는 것이고, 징계처분이 교육적 재량행위라는 이유만으로 사법심사의 대상에서 당연히 제외되는 것은 아니다(대판 1991.11.22. 91누2144).

2. 행정법관계의 당사자

가. 행정의 주체

공행정의 주체는 궁극적으로 공동체의 주체이다. 군주국가에서는 군주이지만, 국민주권의 민주국가에서는 국민이다. 그러나 법기술상으로는 법적으로 인격이 주어진 공동체 자체(국가 또는 법인격을 갖는 단체)나 공권이 주어진 개인이 행정의 주체가 된다. 보다 구체적으로 보면, 행정의 주체에는 국가·지방자치단체·공법상 법인·공무수탁사인이 있다.

① 국가는 시원적(始原的)인 행정주체이다. 국가는 중앙행정기관의 장에 의해 대표되고 있다.

② 지방자치단체는 전래적(傳來的)인 행정주체이다. 지방자치단체는 장에 의해 대표되고 있다(지방자치법 제101조).

③ 공법상 법인으로는 인적결합체인 공법상 사단(공공조합)과 권리 능력 있

는 영조물(영조물법인)이 있다. 이러한 것도 역시 전래적 행정주체이다.

④ 공무수탁사인은 법률이나 법률에 근거한 행위로 특정의 공적인 임무를 자기의 이름으로 수행하도록 권한이 주어진 사인(자연인 또는 법인)을 말한다. 수탁사인은 본래의 행정주체는 아니고 전래적인 행정주체가 되며, 수탁사인의 행위는 국가의 행위와 같은 효과를 발생시킨다(예, 항공안전 및 보안에 관한 법률에 의해 경찰권을 갖는 운항중인 항공기의 기장, 선원법에 의해 경찰권을 갖는 항해중인 선박의 선장).

나. 행정의 객체

행정주체의 대상인 행정의 객체는 행정주체에 따라 상이하다. 말하자면 국가가 행정주체인 경우에는 지방자치단체와 공법상 법인, 그리고 사인이 행정의 상대방이 될 것이고, 지방자치단체가 행정주체인 경우에는 공법상 법인과 사인이 행정의 상대방이 된다.

3. 사인의 공법행위

가. 사인의 공법행위의 개념

사인의 공법행위란 공법관계에서 사인이 공법적 효과의 발생을 목적으로 하는 행위를 의미한다. 사인에게 국가기관으로서의 지위, 독자적인 인격주체로서의 지위가 인정되면 행정법관계에서도 사인이 행정과정에 참여할 수 있어야 하는 것은 당연한 것이 된다. 더욱이 민주화의 경향, 행정기능의 확대경향은 필연코 사인의 행정과정에의 참여기회와 폭의 확대를 가져온다.

나. 사인의 공법행위의 종류

1) 자체완성적 공법행위

사인의 어떠한 행위가 그 행위 자체만으로 일정한 법적 효과가 있을 때, 이를

자체완성적 사인의 공법행위라 한다(예, 선거 시 투표, 혼인·이혼·출생·사망의 신고). 자기완결적 공법행위, 자족적 공법행위 등으로 부르기도 한다. 자체완성적 공법행위로서 신고가 있으면 형식적 요건에 하자가 없는 한 신고의 도달로써 신고의 효력이 발생한다. 자체완성적 공법행위인 신고의 수리행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니다.

참고 판례

체육시설의 설치·이용에 관한 법률 제10조, 제11조, 제22조, 법시행규칙 제8조 및 제25조의 각 규정에 의하면, 체육시설업은 등록체육시설업과 신고체육시설업으로 나누어지고, 당구장업과 같은 신고체육시설업을 하고자 하는 자는 체육시설업의 종류별로 법시행규칙이 정하는 해당 시설을 갖추어 소정의 양식에 따라 신고서를 제출하는 방식으로 시·도지사에 신고하도록 규정하고 있으므로, 소정의 시설을 갖추지 못한 체육시설업의 신고는 부적법한 것으로 그 수리가 거부될 수밖에 없고 그러한 상태에서 신고체육시설업의 영업행위를 계속하는 것은 무신고 영업행위에 해당할 것이지만, 이에 반하여 적법한 요건을 갖춘 신고의 경우에는 행정청의 수리처분 등 별단의 조처를 기다릴 필요 없이 그 접수 시에 신고로서의 효력이 발생하는 것이므로 그 수리가 거부되었다고 하여 무신고 영업이 되는 것은 아니다(대판 1998.4.24. 97도312).

2) 행정요건적 공법행위

사인의 어떠한 행위가 특정행위의 전제요건을 구성하기도 하는바, 이를 행정요건적 공법행위라 한다. 행위요건적 사인의 공법행위라고도 한다(예, 특허·허가의 신청, 입대지원, 청원·소청, 행정심판의 제기). 수리를 요하는 신고에 있어서 수리는 그 자체가 독립적인 행정행위의 하나이므로, 그 신고는 행정요건적 사인의 공법행위에 해당한다. 행정요건적 공법행위를 행정행위 등의 동기 또는 요건적 행위, 행위요건적 공법행위 등으로 부르기도 한다.

참고 판례

건축법에서 인·허가의제 제도를 둔 취지는, 인·허가의제사항과 관련하여 건축허가 또는 건축신고의 관할 행정청으로 그 창구를 단일화하고 절차를 간소화하며 비용과 시간을 절감함으로써 국민의 권익을 보호하려는 것이지, 인·허가의제사항 관련

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

다. 사인의 공법행위로서 신고

사인의 공법행위로서 신고란 공법관계에서 사인이 공법적 효과의 발생을 목적으로 하는 행위의 한 종류로서 신고를 말한다. 단순한 사실로서의 신고(예, 간첩신고)는 여기서 말하는 신고에 해당하지 아니한다. 사인의 공법행위로서 신고에는 자체완성적인 것(예, 출생신고·혼인신고·당구장업신고)과 행정요건적인 것(예, 골프장업등록·정기간행물등록·수산업법 제46조의 수산업신고)이 있다. 자체완성적 신고는 도달로서 효력을 발생한다. 자체완성적 신고에는 행정청의 수리행위가 요구되지 아니하다. 그러나 자체완성적 신고라도 요건이 미비된 경우에는 신고의 효과가 발생하지 아니한다(무신고). 자체완성적 신고의 수리행위는 사실상의 행위에 지나지 아니한다. 한편, 행정요건적 신고는 행정청이 수리하여야만 비로소 효력이 발생한다. 행정요건적 신고의 수리행위는 행정행위에 해당한다. 행정요건적 신고는 수리를 요하는 신고 또는 등록으로 불리기도 한다. 그러나 등록이 언제나 수리를 요하는 신고의 의미로 사용되고 있는 것은 아니다.

4. 행정법관계의 내용

법률관계의 내용은 권리·의무를 뜻하므로 행정법관계의 내용은 공법상 권리·의무, 즉 공권·공의무의 문제가 된다. 공권·공의무는 그 귀속 주체에 따라 국가적 공권과 개인적 공권, 국가적 공의무와 개인적 공의무로 구분할 수 있다.

가. 국가적 공권

국가적 공권이란 행정법관계에서 국가 등 행정주체가 사인에 대해 갖는 권리, 즉 공법관계에서 행정주체가 직접 자기를 위해 일정한 이익을 주장할 수 있는 법률상의 힘을 말한다. 국가적 공권은 권리의 내용에 따라 명령권·형성권·강제권으로, 권리의 대상에 따라 대인적 공권·대물적 공권 등으로 구분할 수 있다.

나. 개인적 공권

1) 개인적 공권의 개념

가) 개인적 공권

개인이 공법상 자기의 고유한 이익을 추구하기 위해 국가 등 행정 주체에 대하여 일정한 행위를 요구할 수 있도록 개인에게 주어진 법적인 힘을 개인적 공권이라 한다. 개인적 공권은 주관적 공권(主觀的 公權)으로 불리기도 한다. 개인적 공권이란 학문상 용어이며, 실정법상 용어는 아니다.

나) 법률상 이익

행정심판법(제9조)과 행정소송법(제12조)은 개인적 공권이라는 용어 대신에 법률상 이익이라는 용어를 사용하고 있는바, 개인적 공권과 법률상 이익이라는 양 개념이 동일한 것인지, 아니면 상이한 것인지가 문제될 수 있다. 개인적 공권은 바로 법률상 보호되는 이익이며, 아울러 양자의 개념을 상이하다고 볼 아무런 실질적인 사유가 없으므로 양자를 동일한 개념으로 보는 것이 일반적이다.

다) 반사적 이익

법규가 단순히 개인에게 이익을 줄 뿐 그 이익을 보호하려는 의도가 없을 때, 그러한 이익을 반사적 이익이라 부른다. 따라서 권리와 반사적 이익의 구별기준은 법상으로 특정개인의 이익의 보호가 인정되는가의 여부에 있다고 하겠다. 반사적 이익의 침해는 물론 행정소송의 대상이 될 수 없다(예, 단란주점영업허가로 인해 피허가자가 받는 경제상 이익).

2) 개인적 공권의 성립

개인적 공권은 여러 방면에서 인정된다. 말하자면 그것은 성문법에서 나타나기도 하고, 불문법에서 나타나기도 한다. 이중에서 가장 중요한 것은 법률의 규정에 의한 개인적 공권의 성립 문제이다. 몇 가지로 나누어서 살펴보기로 한다.

가) 법률의 규정에 의한 성립

법률에서 ① 국가 또는 그 밖의 행정주체에게 행위의무를 부과하고(강제규범), ② 그 관련규정이 오로지 공익의 실현만을 목표로 하는 것이 아니라 개인의 이익의 만족에도 기여하도록 정해져 있다면(사익보호) 관련 사인은 개인적 공권을 갖게 된다. 말하자면 그 사인은 관련 행정기관에 대하여 특정의 행위를 청구할 수 있게 된다. 이러한 논리를 이요소론(二要素論)이라 한다. 그런데 특별히 유의할 사항은 ② 에서 말하는 관련 사인이란 행위의 상대방만을 말하는 것이 아니라 제3자일 수도 있다는 점이다.

참고 판례

구 택지개발촉진법 시행령(2005. 3. 8. 대통령령 제18734호로 개정되기 전의 것) 제13조의2 제5항 제5호는 당해 택지개발사업의 원활화를 기하기 위하여 당해 택지개발사업에 협조한 주택건설업자에게 당해 택지를 공급할 때에 수의계약에 의한 공급의 기회를 부여하는 것으로서, 그 취지는 단순히 택지개발사업의 시행자로 하여금 그러한 대상자들에게 수의계약에 의한 택지공급을 할 수 있는 권능을 부여하는 데 그치는 것이 아니라 그와 같은 요건을 갖추기 위하여 공공사업에 협력한 자에게 수의계약에 의한 택지공급의 기회를 요구할 수 있는 법적인 이익을 부여하고

있는 것이라고 보아야 하므로, 그들에게는 위와 같은 법령에 근거하여 수의계약에 의한 택지공급신청권(택지공급을 받을 권리와는 다른 개념)이 인정된다고 해석하여야 한다(대판 2007.12.13, 2006두19068).

나) 헌법에 의한 성립

헌법이 직접 구체적으로 인정하는 개인적 공권을 제시하기는 어렵다. 왜냐하면 여러 헌법규정은 강령적·정책적·선언적·추상적 성격을 강하게 가지기 때문이다. 대체로 말해 방어권이라는 측면(예: 연구 활동을 방해하여 학문의 자유를 침해할 때에 그 침해의 배제를 구하는 경우)에서 자유권적 기본권은 구체성을 띠는 기본권이라 할 것이나, 청구권적 측면(예, 보다 많고 보다 좋은 학문연구자료의 공급을 청구하는 경우)에서 구체성을 띤다고 말하기는 어렵다. 한편, 헌법재판소는 알 권리와 접견권을 헌법에서 직접 인정되는 구체적인 권리로 인정하였다.

참고 판례

만나고 싶은 사람을 만날 수 있다는 것은 인간이 가지는 가장 기본적인 자유 중의 하나로서, 이는 헌법 제10조가 보장하고 있는 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권 가운데 포함되는 헌법상의 기본권이라 할 것이며, 형사소송법 제89조 및 제213조의2가 규정하고 있는 구속된 피고인 또는 피의자의 타인과의 접견권은 위와 같은 헌법상의 기본권을 확인하는 것일 뿐 형사소송법에 의하여 비로소 피고인 또는 피의자의 접견권이 창설되는 것이라고 볼 수 없다(대판 1992.5.8. 91누7552).

다) 법규명령에 의한 성립

법규명령에 의한 개인적 공권의 성립문제는 법률의 규정에 의한 개인적 공권의 성립의 경우를 준하면 될 것이다.

참고 판례

건축주명의변경신고에 관한 건축법시행규칙 제3조의2의 규정은 단순히 행정관청의 사무집행의 편의를 위한 것에 지나지 않는 것이 아니라, 허가대상 건축물의 양수인에게 건축주의 명의변경을 신고할 수 있는 공법상의 권리를 인정함과 아울러 행정관청에게는 그 신고를 수리할 의무를 지게 한 것으로 봄이 상당하므로, 허가대상건축물의 양수인이 위 규칙에 규정되어 있는 형식적 요건을 갖추어 시장, 군수

에게 적법하게 건축주의 명의변경을 신고한 때에는 시장, 군수는 그 신고를 수리하여야지 실체적인 이유를 내세워 그 신고의 수리를 거부할 수는 없다(대판 1992.3.31. 91누4911).

라) 행정규칙에 의한 성립

행정규칙은 원칙적으로 행정내부적으로만 직접적인 구속력을 가질 뿐 행정외부적으로 구속력을 갖는 것은 아니다. 따라서 행정규칙은 원칙적으로 개인적 공권의 성립근거가 되지 못한다.

참고 판례

서울특별시의 '철거민에 대한 시영아파트 특별분양 개선지침'은 서울특별시가 사업주체로 된 주택인 시영아파트를 공급함에 있어서 주택건설촉진법 제32조의 규정에 의하여 주택의 공급조건·방법 및 절차에 관하여 규정하고 있는 주택공급에 관한 규칙 제4조에 규정된 공급대상자 가운데 도시정비사업 등으로 인하여 주택이 철거된 가옥주로서 일정한 요건에 해당하는 자에게 위 시영아파트를 특별분양하는 혜택을 부여하도록 하는 서울특별시 내부에 있어서의 행정지침에 불과하며, 그 지침 소정의 자에게 공법상의 분양신청권이 부여되는 것은 아니라고 할 것이어서 서울특별시의 위 아파트에 대한 분양불허의 의사표시는 항고소송의 대상이 되는 신청거부의 행정처분으로 볼 수 없다(대판 1989.12.26. 87누1214).

마) 관습법에 의한 성립

예외적이기는 하지만, 경우에 따라서는 관습법에 의해 개인적 공권이 인정되기도 한다(예, 수산업법 제2조제10호의 입어권). 그러나 그 예는 흔하지 않다.

바) 공법상 계약에 의한 성립

공법상 계약도 계약의 일종이고, 계약은 쌍방 당사자의 합의에 의해 서로 권리·의무를 발생시키는 것이므로, 공법상 계약에 의해 공법상 권리로서 개인적 공권이 성립함은 물론이다.

3) 개인의 지위강화

참여를 통한 민주주의의 내실화, 기본권의 사전적·사후적 보장의 강화를 통한 법치주의의 심화, 개인의 권리의식의 강화, 그리고 권리 개념에 대한 새로운 인식과 더불어 과거에 비해 오늘날에는 일련의 개인적 공권이 행정법학자들의 큰 관심의 대상이 되고 있다. 이러한 권리의 예로 행정절차상 개인의 참여권, 무하자재량행사청구권, 행정개입청구권 등을 볼 수 있고, 이 밖에도 정보청구권을 들기도 한다.

참고 무하자재량행사청구권·행정개입청구권

(1) 무하자재량행사청구권이란 재량행위의 경우, 행정청이 재량권을 남용하여 위법한 처분을 하면, 신청인이 이를 다툴 수 있는 권리를 말한다(예 : 재량행위인 도로점용허가를 신청한 경우, 도로관리청이 재량권을 남용하여 거부처분을 하였다면, 신청인은 거부처분을 다툴 수 있다). 독일의 경우, 1940년대까지는 재량행위의 경우에는 개인적 공권이 인정되지 않았다. 따라서 도로관리청이 재량권을 남용하여 거부처분을 하였다고 해도, 신청인은 거부처분을 다툴 수 없었다.

(2) 행정개입청구권이란 자기의 이익을 위해 자신을 국민기초생활보장대상자로 지정해 줄 것을 청구하거나 또는 이웃이 불법건축을 하여 일조권 등을 침해할 때 건축행정청에 대하여 이웃(제3자)에게 불법건축물을 철거하라는 명령을 발동할 것을 청구하는 경우에 보는 바와 같이 행정권의 발동을 청구하는 권리를 행정개입청구권이라 부른다.

참고 판례

(1) 지방자치단체장(ㅇㅇ시장)이 공장시설을 신축하는 회사에 대하여 사업승인 내지 건축허가 당시 부가하였던 조건에 따른 이행을 하고 이를 증명하는 서류를 제출할 때까지 신축공사를 중지하라는 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 조리 상으로 그 해제를 요구할 수 있는 권리가 인정된다고 할 것이다(대판 2007.5.11. 2007두1811).

(2) 건축법 제79조는 시정명령에 대하여 규정하고 있으나, 동법이나 동법 시행령 어디에서도 일반국민에게 그러한 시정명령을 신청할 권리를 부여하고 있지 않을 뿐만 아니라, 피청구인에게 건축법 위반이라고 인정되는 건축물의 건축주 등에 대하여 시정명령을 할 것인지와, 구체적인 시정명령의 내용을 무엇으로 할 것인지에 대하여 결정할 재량권을 주고 있으며, 달리 이 사건에서 시정명령을 해야 할 법적 의무가 인정된다고 볼 수 없다(헌재 2010.4.20, 2010헌마189).

다. 공의무

공의무란 공권에 대응하는 개념으로서 타인의 이익을 위해 의무자의 의사에 가해진 공법상 구속을 말한다. 공의무는 주체에 따라 국가적 공의무(예, 봉급지급의무)와 개인적 공의무(예, 수수료납부의무), 내용에 따라 작위의무(예, 건축허가발령의무)·부작위의무(예, 일정처분을 하지 아니할 의무)·수인의무(예, 전염병 예방접종의 수인의무)·급부의무(예, 납세의무)등으로 구분할 수 있다.

[연습문제]

1. 전통적 특별권력관계론의 내용으로 보기 어려운 것은?
   ① 특별권력관계 내에서는 법률유보의 원칙이 적용되지 아니한다.
   ② 특별권력관계에서 발해지는 규칙은 국민에게도 적용된다.
   ③ 특별권력관계 내부행위에 대해서는 사법심사가 제한된다.
   ④ 특별권력관계의 설정목적에 필요한 범위 내에서 법률의 근거 없이 기본권 제한이 가능하다.

   [착안점] 특별권력관계론은 국민과는 무관하다. [정답] ②

2. A국립대학교의 학생 B는 한국정치의 선진화를 촉진하겠다는 목적으로 '한국정치연구회' 라는 동아리를 조직하고는 교내에서 여·야당의 정책을 비판하는 집회를 개최하였을 뿐만 아니라, 정권교체를 구호로 하는 각종 시위를 주도하였다. 이에 A국립대학교는 B의 활동이 교내에서의 정치활동을 금지하는 학칙에 위반됨을 이유로 하여 학칙이 정하는 바에 절차와 형식을 갖추어 퇴학처분을 하고 등기우편으로 통지하였다. 이에 B는 퇴학처분의 취소를 구하는 소를 제기하려고 한다. B의 승소가능성은? A국립대학교의 학칙 중 일부는 다음과 같다.

   제X조 : 학생은 교내외를 막론하고 정당 또는 정치적 목적의 사회단체에 가입하거나 기타 정치활동을 할 수 없으며, 집단적 행위·시위·농성·등교거부·확성장치의 사용 등으로 학업에 지장을 초래하는 행위를 하여서는 안 된다.

   제Y조 : 총장은 학칙을 위반한 학생에 대하여는 6개월 이하의 유기정학이나 무기정학 또는 퇴학의 처분을 행한다.

   [착안점] (1) 특별권력관계론을 인정할 것인가?
   (2) 학칙으로 학생의 기본권을 제한할 수 있다는 법적 근거를 교육법령상 찾아볼 수 있는가?

   [정답] 학칙으로 학생의 정치할동 등을 금지할 수 있다는 법률이 없으므로 B는 승소할 수 있다.

3. 행정주체가 아닌 것은?

① 울산광역시 ② 울산광역시 남구
③ 국가 ④ 포항시 남구

[착안점] 자치구가 아닌 구는 행정주체로 볼 수 없다. [정답] ④

4. 사인의 공법행위에 대한 설명으로 옳은 것은?

① 사인의 공법행위는 권력적 성질을 가진다는 점에서 사법행위와 구별된다.
② 사인의 공법행위에는 부관을 붙이는 것은 가능하다.
③ 사인의 공법행위는 공법적 원리가 적용된다는 점에서, 사법원리에 의해 규율되는 사법행위와 구별된다.
④ 사인의 공법행위를 규율하는 일반 법률이 존재한다.

[착안점] 사인의 공법행위를 규율하는 일반법은 찾아볼 수 없다. [정답] ③

5. A는 자기소유의 C건물에서 신고체육시설업인 당구장업을 경영하기 위하여 제반시설을 한 후, 체육시설의 설치·이용에 관한 법률 제20조의 규정에 따라 권한행정청인 B시장에게 체육시설업신고를 하였으나, B시장은 C건물부분이 무허가로 증축된 위법건축물이라는 이유로 신고의 수리를 거부하였다. B시장의 신고수리거부는 취소소송의 대상이 되는가?

[착안점] 볼링장업신고는 수리를 요하는 신고가 아니므로, 수리거부는 취소소송의 대상인 처분으로 볼 수 없다.

[정답] 취소소송의 대상이 되지 아니한다.

6. 개인적 공권에 관한 설명으로 타당한 것은?

① 행정기관에 특정한 행위를 하여야 할 의무가 있는 경우에는 항상 개인적 공권이 인정된다.

② 종래에는 재량행위에는 행정청의 의무 관념을 인정할 수 없어 개인적 공권의 성립을 부정하였다.

③ 개인적 공권과 반사적 이익의 구별을 부인하는 것이 판례의 태도이다.

④ 개인적 공권과 반사적 이익은 행정청에 의무를 부과하는 강행법규가 존재하는가에 따라 구별한다.

[정답] ②

7. 다음의 각 사례에서 甲이 침해당한 이익은 법률상 이익인가, 반사적 이익인가? 그리고 행정청의 처분은 적법한가, 위법한가?

사례 A : 甲은 유흥주점영업을 경영하고자 식품위생법령이 정하는 허가요건을 구비하여 허가를 신청하였으나, 허가청으로부터 거부당하였다.

사례 B : 甲은 적법하게 유흥주점영업을 경영하고 있는 자이다. 乙은 甲의 옆집에서 동일한 유흥주점영업을 경영하고자 영업허가를 신청하였다. 허가요건이 미비되었음에도 불구하고 허가청은 乙에게 유흥주점영업을 허가하였다.

사례 C : 甲은 여객자동차운수사업법이 정하는 바에 의하여 면허요건을 구비하여 사업면허를 신청하였다. 면허청은 현재의 교통환경상 추가면허는 불요하다고 보아 면허를 거부하였다.

사례 D : 甲은 적법하게 여객자동차운수사업을 경영하고 있는 자이다. 乙은 甲과 동일 노선에서 경쟁적으로 여객자동차운수사업을 경영하고자 사업면허를 신청하였다. 면허요건이 미비되었음에도 불구하고 면허청은 乙에게 사업면허를 하였다.

사례 E : 甲과 乙은 동일 노선에서 적법하게 여객자동차운수사업을 경영하고 있는 자이다. 甲은 버스 100대를 가지고 있으며, 乙은 200대를 가지고 있다. 면허청은 乙에게는 버스 100대를 늘려 주면서 甲에게는 45대만 늘려 주었다.

[착안점] 허가로 인한 이익-법률상 이익(영업의 자유의 회복)
면허로 인한 이익-법률상 이익(영업의 자유의 회복)
허가로 인한 경영상 이익-반사적 이익
면허로 인한 경영상 이익-법률상 이익(독점적 경영권)

[정답] 사례 A 법률상 이익, 위법
사례 B 반사적 이익, 위법
사례 C 법률상 이익, 재량행사에 하자가 없으면 적법, 있으면 위법
사례 D 법률상 이익, 위법
사례 E 법률상 이익, 위법

Ⅲ

행정의 행위형식과 절차

Ⅲ. 행정의 행위형식과 절차

국가의 안전보장, 사회의 질서유지, 공공의 복리의 실현 등 넓은 의미에서 공익의 실현을 목적으로 하는 행정은 그 임무영역이 매우 광범위하고 다양하다. 이러한 다양한 행정임무를 효과적으로 수행하기 위해서는 행정의 행위형식 또한 다양할 수밖에 없다. 아래에서는 그 몇 가지 행정수단을 살펴보기로 한다.

1. 행정입법

행정주체로서 국가나 지방자치단체는 경우에 따라 일반 추상적인 규범을 정립한다. 이러한 규범은 행정입법, 위임입법 등으로 불린다. 국가에 의한 행정입법에는 법규명령과 행정규칙이 있고, 지방자치단체에 의한 입법에는 조례와 규칙 그리고 교육규칙이 있다.

가. 법규명령

1) 법규명령의 의의

법규명령이란 법률상의 수권에 의하여 행정권이 정립하는 규범으로서, 국민과의 관계에서 일반 구속적인 규범을 의미한다. 법규명령은 법규이므로 이에 위반하는 행위는 위법행위가 되고, 경우에 따라서는 처벌을 받거나 아니면 무효의 문제를 가져온다.

2) 법규명령의 종류

법규명령은 여러 가지 기준에 따라 구분이 가능하나, 제정주체에 따라서는 대통령이 제정하는 대통령령(통상 시행령이라 부른다), 국무총리가 제정하는 총리령, 행정 각부의 장이 제정하는 부령(통상 시행규칙이라 부른다)으로 구분할 수 있다. 그리고 행정규제기본법 제4조제2항 단서(법령이 전문적·기술적 사항이나

경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하여 위임한 경우에는 고시 등으로 정할 수 있다)에 따른 고시·훈령도 법규명령의 일종으로 볼 것이다.

*** 법규명령사항과 훈령·고시의 형식**

(1) 국민에게 구속력을 갖는 사항은 대통령령·총리령·부령의 형식으로 제정되는 것이 원칙이다(헌법 제75조, 95조). 그러나 판례는 종래부터 "법령이 일정한 행정기관에 대하여 법령의 내용을 구체적으로 보충규정할 권한을 위임하고 이에 따라 행정기관이 행정규칙의 형식으로 그 법령의 내용이 될 사항을 규정하였다면 위 행정규칙은 법령의 내용과 결합하여 법규로서의 효력을 가진다 할 것이므로 소득세법시행령이 국세청장에게 일정한 범위의 거래를 지정할 수 있는 권한을 부여하고 이에 따라 국세청장이 훈령으로서 재산제세사무처리규정을 제정한 것인 만큼 이 규정은 과세의 법령상 근거가 된다(대판 1988.3.22. 87누654)"고 하여왔다. 이러한 판례의 입장은 1997년에 제정된 행정규제기본법 제4조제2항 단서에 반영되었다.

(2) 행정규제기본법 제4조제2항 단서에 근거한 고시·훈령을 행정규칙으로 볼 것인가, 아니면 법규명령으로 볼 것인가의 여부는 법규명령의 개념에 의존한다. 법규명령을 법률상의 수권에 근거하여 행정권이 정립하는 규범으로 이해하는 한, 행정규제기본법 제4조제2항 단서에 근거한 고시·훈령을 더 이상 행정규칙으로 볼 것은 아니다. 그것은 법률에 근거한 법률보충규칙으로서 법규명령의 일종으로 보아야 한다. 따라서 법규명령의 개념을 형식(예, 대통령령·총리령·부령)에 결부된 개념으로 이해하는 것은 바람직하지 않다. 말하자면 종래에 행정규칙형식의 법규명령으로 부른 것은 고시·훈령형식의 법규명령으로, 법규명령형식의 행정규칙으로 부른 것은 대통령령·총리령·부령형식의 행정규칙으로 부르는 것이 바람직하다. 요컨대 법규명령과 행정규칙은 내용에 초점을 둔 개념이고, 대통령령·총리령·부령과 고시·훈령은 형식에 초점을 둔 개념으로 볼 것이다.

참고 판례

오늘날 의회의 입법독점주의에서 입법중심주의로 전환하여 일정한 범위 내에서 행정입법을 허용하게 된 동기는 사회적 변화에 대응한 입법수요의 급증 및 종래의 형식적 권력분립주의로는 현대사회에 대응할 수 없다는 기능적 권력분립론에 있다고 할 수 있다. 이를 감안하여 헌법 제40조와 헌법 제75조, 제95조의 의미를 살펴보면, 입법자는 규율의 형식을 선택할 수 있고, 입법기관이 아닌 행정기관은 국회에서 법률 등으로 구체적인 범위를 정하여 위임한 사항에 관하여 법정립의 권한을 갖게 된다 할 것이다. 따라서 헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 예시적인 것으로 보아야 할 것이고, 법률이 어떤 사항을 행정규칙에 위임하더라도 그 행정규칙은 위임된 사항만을 규율할 수 있는 것이므로, 국회입법의 원칙과 상치되지 않는다. 다만, 행정규칙은 법규명령과 같은 엄격한 제정 및 개정절차를 요하지 아니하므로, 기본권을 제한하는 작용을 하는 법률이 입법위임을 할 때에는 대통령령, 총리령, 부령 등 법규명령에 위임함이 바람직하고, 고시와 같은 형식으로 입법위임을 할 때에는 적어도 행정규제기본법 제4조 제2항 단서에서 정한 바와 같이 법령이 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 한정된다 할 것이고, 그러한 사항이라 하더라도 포괄위임금지의 원칙상 법률의 위임은 반드시 구체적·개별적으로 한정된 사항에 대하여 행하여져야 할 것이다(헌재 2012. 2. 23. 2009헌마318).

3) 법규명령의 근거

법규명령은 법률이나 상위 법규명령에 근거가 있어야 한다(헌법 제75조, 제95조). 법적 근거가 없는 법규명령은 무효가 된다.

4) 법규명령의 한계

법규명령의 한계로 다음이 지적되어야 한다.

① 포괄적 위임은 금지된다. 왜냐하면 그것은 입법권 포기를 의미하기 때문이다. 포괄적 위임의 금지는 대통령령을 규정하는 헌법 제75조(… 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항…)에서 규정되고 있다. 총리령과 부령을 규정하는 헌법 제95조에서는 명문으로 표현되고 있지 않지만, 역시 포괄적 위임은 금지되는 것으로 보아야 한다. 포괄적 위임의 금지는 골격입법의 금지로 불리기도 한다.

② 국회 전속적 입법사항의 위임도 금지된다. 위임이 금지되는 예로 국적취득요건(헌법 제2조제1항)·죄형법정주의(헌법 제12조제1항)·행정조직법정주의(헌법 제96조)·조세법률주의(헌법 제59조) 등이 있다. 물론 이러한 경우에 모든 것을 법률로 정하라는 의미로 이해되어서는 아니 될 것이다. 말하자면 이러한 사항의 경우에도 일정범위에서는 위임이 가능하다고 볼 것이다.

③ 위임된 입법권을 전면적으로 재위임하는 것은 입법권을 위임한 법률 그 자체의 내용을 임의로 변경하는 결과를 가져오는 것이 되므로 허용되지 않는다. 그러나 세부적인 사항의 보충을 위한 위임은 가능하다고 볼 것이다.

④ 헌법상 죄형법정주의원칙으로 인해 벌칙을 명령으로 규정토록 일반적으로 위임할 수는 없다. 그러나 구성요건의 구체적인 기준을 설정하고 세부적인 사항만을 위임하는 것은 가능하다고 본다. 형의 최고·최소한도를 정하고, 그 범위 안에서 구체적인 것을 명령으로 정하게 하는 것은 허용된다고 볼 것이다.

⑤ 법률의 유보에서 본 바와 같이 공동체의 중요한 사항 중 기본적인 사항은 입법자가 스스로 정하여야 하며, 행정입법에 위임할 수 없다고 볼 것이다(의회유보설).

5) 법규명령의 적법요건

법규명령은 권한을 가진 기관(예, 대통령·국무총리·행정각부장관)이 법령에 정한 절차(예, 국무회의 심의·법제처 심사)에 따라 조문의 형식으로 이루어져야 하고, 또한 공포되어야 효력을 발생한다. 법규명령은 국민의 권리·의무에 관련된 사항을 포함하고 있으므로, 국민의 안정된 법생활을 위해 공포라는 것은 중요하다. 법규명령에서 특별히 규정하는 바가 없다면, 법규명령은 공포일로부터 20일이 경과함으로써 효력을 발생한다.

나. 행정규칙

1) 행정규칙의 의의

행정규칙이란 행정조직 내부 또는 특별행정법 관계 내부에서 조직이나 활동을 규율하기 위하여 행정권의 고유한 권능에 근거하여 발해지는 일반 추상적 명령을 말한다. 행정규칙을 행정명령이라 부르기도 한다. 행정규칙은 원칙적으로 법령상 근거와 무관하게 발해지고 국민이나 법원을 구속하는 것이 아닌 점에서 법규명령과 구분된다.

따라서 행정규칙을 위반한 행위는 대외적으로 위법의 문제를 가져오지 않고 다만 행정조직 내부에서 문제(예, 행정규칙을 위반한 공무원에 대한 징계)될 뿐이다.

법원도 행정규칙을 근거로 재판하지 않으며 행정규칙을 재판의 대상으로 하지도 아니한다.

2) 행정규칙의 법적성질

행정규칙이 법규인가에 관해 통일된 견해는 없다. ① 19세기 독일에서는 행정규칙을 전혀 법으로 보지를 않았으나 오늘날은 그러하지 않다.

오늘날에는 ② 행정규칙을 행정조직내부에서는 법규라고 보는 견해와 ③ 행정내부적으로는 물론이고 행정외부적으로도 법률의 유보의 원리에 반하지 아니하는 범위 안에서 법규라는 견해가 있다. ②가 독일에서의 일반적인 견해이고, 우리나라에서도 ②가 일반적인 견해라 하겠다.

3) 행정규칙의 종류

① 형식을 기준으로 한다면 행정규칙은 좁은 의미의 훈령, 지시, 예규, 일일명령으로 구분된다.

좁은 의미의 훈령이란 상급기관이 하급기관에 대하여 상당히 장기간에 걸쳐 그 권한의 행사를 지휘하기 위하여 발하는 명령을 말하고, 지시란 상급기관이 직권 또는 하급기관의 문의에 의하여 하급기관에 개별적·구체적으로 발하는 명령 중 일반 추상적인 명령을 말한다. 예규란 행정사무의 통일을 기하기 위하여 반복적 행정사무의 처리기준을 제시하는 행정규칙을 말하고, 일일명령이란 당직·출장·

시간외 근무·휴가 등의 일일업무에 관한 명령 중 일반 추상적인 명령을 말한다.

② 내용을 기준으로 한다면, 조직규칙, 근무규칙, 법률해석규칙(규범해석규칙), 재량지도준칙, 법률대위규칙·법률보충규칙으로 구분할 수 있다.

4) 행정규칙의 효력

① 행정규칙이 행정내부적으로는 당연히 구속력을 갖는다. 행정규칙에 반한 자에게는 징계책임 또는 징계벌이 가해질 수 있다. 내부적 구속력 역시 일종의 법적 구속력임은 물론이다.

한편, ② 행정규칙이 행정외부적으로 구속력을 갖는가에 관해 견해가 나뉜다. 판례는 고시·훈령형식의 행정규칙에 외부법으로서의 법규성을 인정하지 아니한다. 판례가 법률(행정규제기본법 제4조제2항 단서)에 근거하지 아니하고 발령된 고시·훈령형식의 행정규칙에 외부법으로서의 법규성을 인정한 경우는 극히 예외적으로 발견될 뿐이다(대판 1984.9.11. 82누166). 판례가 간접적인 외부적 구속효를 인정함은 당연하다.

다. 자치법규

국가의 행정입법의 하나인 법규명령은 타율적인 입법이지만 조례는 자율적 입법이다. 따라서 조례에의 위임은 포괄적인 것도 가능하지만, 국가의 행정입법인 법규명령에의 위임은 구체적인 것이어야 한다는 점 등에서 지방자치단체의 자치입법과 국가의 행정입법에는 차이가 있다. 지방자치단체 역시 행정단체의 일종이라는 점, 그리고 본 교재에서는 지방자치법을 특별히 다루지 않는다는 점을 고려하여 이하에서 자치입법에 관해 약술하기로 한다.

1) 조례

① 조례는 지방의회가 자치사무와 관련하여 법령의 범위 안에서 제정하는 일반 추상적인 법규를 말한다. 조례는 법규인 까닭에 당해 지방자치단체뿐만 아니라 법원이나 주민까지도 구속한다. 조례에 위반하는 행위는 경우에 따라서 무효 또는 처벌의 대상이 된다.

② 조례로 정할 수 있는 사항은 자치사무와 단체위임사무에 한한다. 기관위임사무에 대해서는 조례로 정할 수 없다. 기관위임사무는 규칙으로 정하여야 한다. 물론 법률로써 조례로 정하도록 위임한 사항은 조례로 정할 수 있다.

③ 조례로 주민의 자유나 재산을 침해하기 위해서는 반드시 법령의 근거가 필요하다(지방자치법 제22조 단서). 이것은(헌법 제37조제2항)의 표현이라 할 수도 있다. 법률유보의 원리는 지방자치의 영역에서도 적용되어야 한다. 하여간 법률의 위임은 구체적인 것이 아니라 포괄적인 것이어도 무방하다(판례). 왜냐하면 지방의회는 주민에 의해 선출된 민주적 정당성을 갖는 합의제 의결기관이기 때문이다.

2) 규칙·교육규칙

규칙이란 법령 또는 조례의 범위 안에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 지방자치단체의 장이 제정하는 일반 추상적인 법규를 말한다(지방자치법 제23조). 교육감이 그 권한에 속하는 사무에 관하여 제정하는 규칙을 특히 교육규칙이라 부른다(지방교육자치에 관한 법률 제28조). 규칙이든 교육규칙이든 모두 법규로서 주민과 법원을 구속하는 힘을 갖는다. 규칙위반의 행위 역시 경우에 따라 처벌 또는 무효의 문제를 가져온다.

2. 행정계획

가. 행정계획의 의의

행정계획이란 주어진 상황에서 최선의 방법으로 특정의 공행정 목적의 달성을 실현하기 위해 미래에 있게 될 행위들을 체계적으로 준비하거나(Planning), 그 준비과정을 거쳐 나타나는 산물로서 행정활동의 기준(Plan)을 말한다. 행정계획은 국가나 사회의 위기를 효과적으로 극복하기 위하여 나타난 합리적인 사고의 산물이다.

나. 행정계획의 법적성질

행정계획은 그 종류가 다양하므로(예, 단기계획·중기계획·장기계획, 전국계획·지방계획·구역계획, 경제계획·사회계획·시설계획, 목표계획·프로그램계획·처분계획 등) 그 법적 성질을 한 마디로 말할 수 없다. 행정계획은 경우에 따라 법규일 수도 있고, 행정행위일 수도 있고, 사실행위일 수도 있으며, 그 자체가 특별한 법형식의 하나일 수도 있다(예, 정부의 예산계획). 구체적 처분의 성질을 갖는 계획(예, 도시계획결정)은 국민이 사법적으로 다툴 수 있겠으나, 그러하지 않은 계획(예, 경제사회발전5개년계획)은 다툴 수 없다.

다. 행정계획과 국민의 참여

계획은 통상 다수인의 이해에 관련되므로 입안·결정 등에서 관계 행정청은 이해관계 당사자의 의견을 충분히 수렴하는 것을 게을리 하여서는 안 된다. 이 때문에 계획과정에 국민이 참여하는 문제는 국민주권의 민주주의 원리상, 그리고 국민의 권익침해의 사전예방, 계획의 합리성 제고라는 면과 관련하여 국법상의 중요한 문제로 되고 있다.

라. 행정계획과 권리보호

그렇다고 개인이 행정주체에 대하여 새로운 계획을 수립할 것을 요구할 수 있다거나, 기존의 계획을 변경하지 말고 준수할 것을 요구할 수 있는 권리를 갖는다는 것은 아니다. 뿐만 아니라 아직까지는 계획보장청구권(계획의 폐지·변경이 있는 경우, 그 계획을 신뢰한 자가 입은 피해의 보상을 행정주체에 대하여 청구할 수 있는 권리)도 인정되고 있지 아니하다. 그러나 기술한 바와 같이 처분성을 갖는 행정계획(예, 도시계획)은 당연히 사법심사의 대상이 된다.

참고 판례

행정주체가 행정계획을 입안·결정하면서 이익형량을 전혀 행하지 않거나 이익형량의 고려 대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 빠뜨린 경우 또는 이익형량을 하

였으나 정당성과 객관성이 결여된 경우에는 행정계획결정은 형량에 하자가 있어 위법하게 된다. 이러한 법리는 행정주체가 구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제26조에 의한 주민의 도시관리계획 입안 제안을 받아들여 도시관리계획결정을 할 것인지를 결정할 때에도 마찬가지이고, 나아가 도시계획시설구역 내 토지 등을 소유하고 있는 주민이 장기간 집행되지 아니한 도시계획시설의 결정권자에게 도시계획시설의 변경을 신청하고, 결정권자가 이러한 신청을 받아들여 도시계획시설을 변경할 것인지를 결정하는 경우에도 동일하게 적용된다(대판 2012.1.12, 2010두5806).

3. 행정행위

가. 행정행위의 의의

행정행위는 학문상 개념이다. 행정행위란 행정의 법률적합성의 원칙 아래 행정청이 구체적 사실에 대하여 법을 적용·집행하는 권력적인 단독행위로 이해되고 있다.

행정행위는 단독행위인 점에서 쌍방행위인 공법상 계약과 다르고, 법적인 행위인 점에서 행정지도 등의 사실행위와 다르다. 행정행위는 행정권이 행하는 가장 일반적인 행위형식이다.

나. 행정행위의 종류

1) 수익적 행위·침익적 행위·복효적 행위

관계자에 대하여 갖는 법적 효과의 성질에 따라 수익적 행위(예, 영업허가)·침익적 행위(예, 세금부과)·복효적 행위(예, 공유수면매립면허)로 구분된다.

특히, 복효적 행위에는 동일인에게 이익과 침해가 수반되는 경우와 분리되는 경우가 있는 바, 전자를 혼효적 행위(예, 부담부 영업허가가 있으면, 영업허가 그 자체는 수익적이지만, 부담은 침익적이다), 후자를 제3자효 있는 행위(예, 화학공장 허가시, 허가를 받은 자에는 수익적이지만, 이웃의 제3자에게는 침익적이다)라 부른다. 침익적 행위의 철회나 취소는 수익적 행위의 철회나 취소보다 비교적 용이하다.

2) 기속행위·재량행위

① 행정의 자유와 구속이란 관점에서 행정행위는 기속행위와 재량행위로 구분된다. 기속행위는 법규에서 정한 바에 따라 행정청이 반드시 일정한 행위를 하거나 하지 말아야 하는 행위를 말하고, 재량행위는 법규가 여러 종류의 법효과를 설정하고 그 여러 효과 중에서 행정청이 상황에 적합하고 합리적으로 판단하여 선택할 수 있도록 행정청에 법효과에 대한 판단(선택)의 자유를 부여하는 행위를 말한다.

② 법문상 명백한 것이 아니라면, 양자의 구별은 일률적으로 말할 수 없고, 관련 법규에 대한 종합적인 판단이 있어야만 가능하다.

③ 기속위반의 행위는 위법하여 행정소송의 대상이 된다. 한편, 부당한 재량행사는 행정소송의 대상이 되지 아니하지만 재량하자가 있는 경우에는 위법하여 행정소송의 대상이 된다. 재량하자에는 재량권의 일탈(법령에서 주어진 재량권의 범위를 벗어난 경우)·남용(법령에서 주어진 재량권의 범위내의 행위이나 잘못 사용한 경우)·불행사(주어진 재량권을 행사하지 않은 경우)가 있다.

참고 판례

(1) 어느 행정행위가 기속행위인지 재량행위인지 여부는 이를 일률적으로 규정지을 수 없고, 당해 처분의 근거가 된 규정의 형식이나 체제 또는 문언에 따라 개별적으로 판단하여야 한다(대판 2012. 7. 5, 2011두19239).

(2) 사립학교법 제20조의2 소정의 임원취임승인취소처분은 제재적 행정처분에 해당하는바, 제재적 행정처분이 사회통념상 재량권의 범위를 일탈하였거나 남용하였는지 여부는 처분사유로 된 위반행위의 내용과 당해 처분행위에 의하여 달성하려는 공익목적 및 이에 따르는 제반 사정 등을 객관적으로 심리하여 공익 침해의 정도와 그 처분으로 인하여 개인이 입게 될 불이익을 비교·형량하여 판단하여야 한다(대판 2007.12.27. 2005두9651).

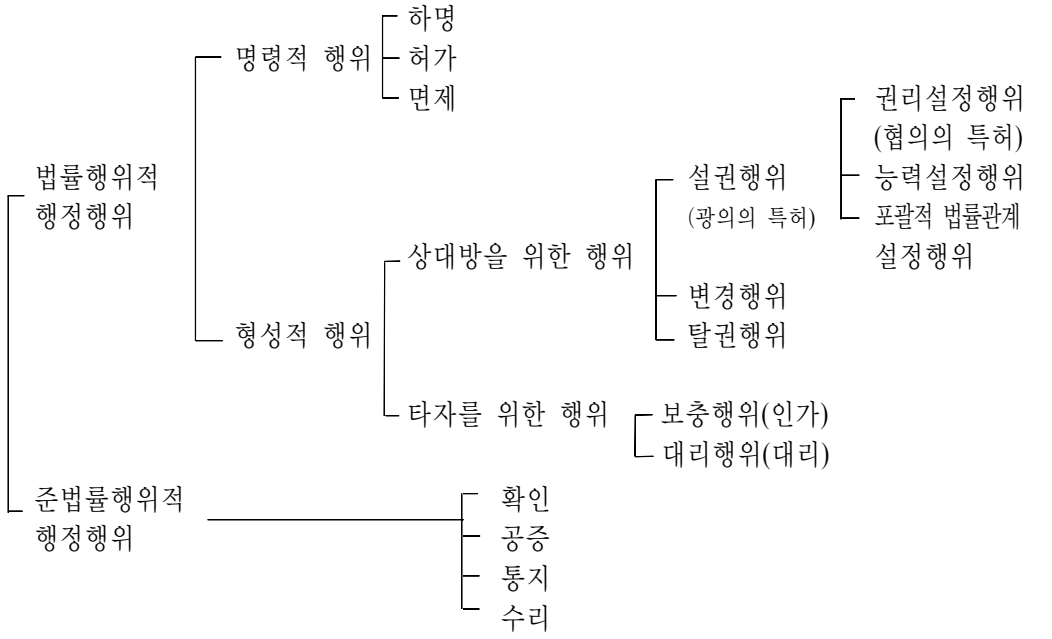
(3) 공무원인 피징계자에게 징계사유가 있어서 징계처분을 하는 경우 어떠한 처분을 할 것인가는 징계권자의 재량에 맡겨진 것이므로, 그 징계처분이 위법하다고 하기 위해서는 징계권자가 재량권의 행사로서 한 징계처분이 사회통념상

현저하게 타당성을 잃어 징계권자에게 맡겨진 재량권을 남용한 것이라고 인정되는 경우에 한한다. 그리고 공무원에 대한 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃었는지 여부는 구체적인 사례에 따라 직무의 특성, 징계의 원인이 된 비위사실의 내용과 성질, 징계에 의하여 달성하려고 하는 행정목적, 징계양정의 기준 등 여러 요소를 종합하여 판단하여야 하고, 특히 금품수수의 경우는 수수액수, 수수경위, 수수시기, 수수 이후 직무에 영향을
미쳤는지 여부 등이 고려되어야 한다(대판 2008.10.9. 2008두11853, 11860).

3) 법률행위적 행정행위·준법률행위적 행정행위

행정행위는 법률요건과 법률효과의 관계를 기준으로 법률행위적 행정행위와 준법률행위적 행정행위로 나뉜다. 이러한 구별은 행정행위에 대한 체계적인 이해를 위한 것이다. 하여간 법률행위적 행정행위가 행정행위의 중심을 이룬다. 이것은 행정행위의 내용의 문제이기도 하다. 이에 관해서는 항을 바꾸어서 살펴보기로 한다.

다. 행정행위의 내용



1) 법률행위적 행정행위

가) 명령적 행위

명령적 행위란 사인이 원래부터 갖고 있는 자연적 자유를 제한하거나 그 제한을 해제하는 행위를 말한다. 명령적 행위에는 하명·허가 및 면제가 있다.

(1) 하명

① 하명이란 행정청이 사인에 대하여 작위를 명하거나(예, 위법시설 철거명령), 부작위를 명하거나(예, 영업정지처분), 수인을 명하거나(예, 강제접종결정), 급부를 명하는(예, 세금부과처분) 행정행위를 말한다.

② 하명은 개인의 자연적 자유를 제한하여 의무를 부과시키는 행위이므로 법령상의 근거를 필요로 한다(법률유보의 원칙의 적용).

③ 하명에 근거하여 성립된 의무가 불이행되면 행정상 강제집행이 가해지고(예, 강제철거), 의무를 위반하면 행정벌(예, 징역·금고·구류 등)이 가해지는 것이 일반적이다.

(2) 허가

① 허가란 법령에 의하여 금지되어 있는(부작위의무) 자연적 자유를 해제하여 이를 적법하게 행사할 수 있도록 회복하여 주는 행정행위를 말한다(예, 건축허가·유흥음식점 영업허가·운전면허 등). 허가는 상대적 금지의 해제이며, 절대적 금지(예, 인신매매의 금지)에서 허가는 있을 수 없다.

② 통설과 판례에 따르면 허가는 금지를 해제하여 자연적 자유를 회복시켜 주는 것일 뿐 권리를 설정하는 것은 아니라고 한다. 따라서 허가의 결과 피허가자가 영업상 이익을 받는다고 하여도 그것은 사실상의 이익 또는 반사적 이익일 뿐 권리로서의 이익은 아니라고 한다. 반사적 이익의 침해는 행정쟁송으로 다툴 수 없다. 예컨대 특정인이 신규로 유흥음식점 영업허가를 받는 경우,

이로 인하여 기존의 유흥음식점영업자가 손해를 받는다고 하여도 기존업자는 신규 유흥음식점 영업허가의 취소를 주장할 수 없다. 그러나 입법여하에 따라서는 예외적으로 허가의 이익이 법률상 이익일 수도 있다.

참고 판례

구 오수·분뇨 및 축산폐수의 처리에 관한 법률과 같은 법 시행령의 관계 규정에 의하면, 분뇨(오수처리시설 및 단독정화조의 청소과정에서 발생하는 오니 중 탈수되지 아니한 것을 포함한다) 및 축산폐수(이하 위 분뇨와 축산폐수를 '분뇨등'이라 한다)의 수집·운반 등은 시장·군수·구청장(본건의 경우, 서울특별시 ㅇㅇ구청장)의 업무이고, 시장 등은 이를 스스로 처리하거나 당해 지방자치단체의 조례가 정하는 바에 따라 법 제35조의 규정에 의한 분뇨등 관련 영업자인 분뇨등 수집·운반업자 및 정화조청소업자 등에게 영업을 허가하여 그 수집·운반 등을 대행하게 할 수 있는 것으로서 분뇨등의 수집·운반 등은 공익성이 강하게 요청되는 사업에 해당하는 점, 위 분뇨등 관련 영업의 허가를 받기 위한 요건으로서 시행령에서 시설·장비 및 기술능력 등에 관한 최소한도를 정해 두었을 뿐 그 영업이 분뇨의 수집·운반대행에 적정한지의 여부에 대하여는 일률적으로 확정하여 규정하는 형식을 취하지 아니함으로써 그 적정 여부에 대하여 재량의 여지를 남겨두고 있으므로, 시장 등은 분뇨등 수집·운반업 및 정화조청소업에 대한 허가 여부를 결정함에 있어서 분뇨등의 수집·운반대행이 적정하게 이루어질 수 있도록 시행령에 규정된 허가요건 이외에 분뇨등의 처리계획, 관할구역 안에서의 현재 및 장래의 분뇨등의 발생량, 현재의 분뇨등의 처리상황 등을 고려할 수 있는 점, 당해 지방자치단체 내의 분뇨등의 발생량에 비하여 기존 분뇨등 수집·운반업 및 정화조청소업에 종사하는 업체의 시설이 과다하여 신규허가를 한다면 업체 간의 과당경쟁 및 무계획적인 수집·운반으로 인하여 분뇨등의 수집·운반에 관한 안정적이고 효율적인 책임행정의 이행이 불가능하게 될 것으로 예상되고, 또한 법 제35조제3항에 의하여 영업구역 등 조건을 붙이더라도 이를 해결할 수 없는 상태라고 판단되면 분뇨등 수집·운반업 및 정화조청소업의 신규허가를 제한할 수 있다고 보이는 점, 위와 같이 법과 시행령의 관계 규정이 당해 지방자치단체 내의 분뇨등의 발생량에 비하여 기존 업체의 시설이 과다한 경우 일정한 범위 내에서 분뇨등 수집·운반업 및 정화조청소업에 대한 허가를 제한할 수 있도록 하고 있는 것은 분뇨등을 적정하게 처리하여 자연환경과 생활환경을 청결히 하고 수질오염을 감소시킴으로써 국민보건의 향상과 환경보전에 이바지한다는 공익목적을 달성하고자 함과 동시에 업자 간의 과당경쟁으로

인한 경영의 불합리를 미리 방지하자는 데 그 목적이 있는 점 등 제반 사정에 비추어 보면, 업종을 분뇨등 수집·운반업 및 정화조청소업으로 하여 분뇨등 관련 영업허가를 받아 영업을 하고 있는 기존업자의 이익은 단순한 사실상의 반사적 이익이 아니고 법률상 보호되는 이익이라고 해석된다(대판 2006.7.28. 2004두6716).

(3) 면제

면제는 하명 중에서 작위의무·수인의무·급부의무를 특정한 경우에 해제하여 주는 행위를 말한다(예, 등록금납부의무·병역의무의 면제). 의무해제라는 점에서 허가와 같고, 허가의 대상이 부작위라는 점에서 다를 뿐이다.

나) 형성적 행위

형성적 행위란 사인이 원래부터 갖고 있는 것이 아닌 특별한 권리·능력, 기타 법적 지위를 부여·변경·박탈하는 행위를 말한다.

형성적 행위의 대상은 국가의 존재를 전제로 한다. 형성적 행위에는 상대방을 위한 행위와 타자를 위한 행위가 있다.

(1) 상대방을 위한 행위

(가) 특허

① 좁은 의미의 특허는 특정인에게 특정한 권리를 설정하는 행정행위를 말한다. 좁은 의미의 특허는 권리설정행위라 불리기도 한다. 특허의 예로 여객자동차운수사업법에 의한 여객자동차운수사업의 면허, 공유수면매립법에 의한 공유수면매립면허 등을 볼 수 있다.

② 특허는 상대방에게 법률상의 힘으로서의 권리를 발생시킨다. 따라서 제3자가 특허된 힘을 침해하면 권리침해가 되어 배상문제를 야기한다.

③ 사실 특허와 허가는 용어가 혼용되기도 하고 경제상 이익을 갖기도 한다는 점에서 유사한 면도 있으나, 양자는 구분이 되어야 한다. 물론 그것을 구분한다는 것이 용이하지는 않다. 그것은 관련 법규에 대한 종합적인 검토가 있어야만 가능하다.

참고 판례

여객자동차 운수사업법에 의한 개인택시운송사업면허는 특정인에게 권리나 이익을 부여하는 행정행위로서 법령에 특별한 규정이 없는 한 재량행위이고, 그 면허를 위하여 정하여진 순위 내에서의 운전경력인정방법의 기준설정 역시 행정청의 재량에 속한다 할 것이지만, 행정청이 면허발급 여부를 심사함에 있어서 이미 설정된 면허기준의 해석상 당해 신청이 면허발급의 우선순위에 해당함이 명백함에도 이를 제외시켜 면허거부처분을 하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 거부처분은 재량권을 남용한 위법한 처분이 된다(대판 2010.1.28. 2009두19137).

④ 한편, 광의의 특허 중 능력설정행위의 예는 찾아보기 어렵고, 포괄적 법률관계설정행위의 예로는 귀화허가·공무원임명행위 등을 볼 수 있다.

참고 판례

구 도시 및 주거환경정비법이 정한 절차를 거쳐 설립된 주택재개발사업조합은 관할 행정청의 감독 아래 정비구역 안에서 구 도시정비법상의 주택재개발사업을 시행하는 목적 범위 내에서 법령이 정하는 바에 따라 일정한 행정작용을 행하는 행정주체로서의 지위를 갖는다. 따라서 조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것이 아니라, 구 도시정비법상 정비사업을 시행할 수 있는 권한을 갖는 행정주체(공법인)로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 갖는다(대판 2012.4.12. 선고 2010다10986).

(나) 변경행위·탈권행위

① 변경행위란 특허에 의해 발생된 효력을 일부 변경하는 행위를 말한다(예, 광업법상 광구의 변경).

② 탈권행위란 광의의 특허에 의하여 발생된 효력을 소멸케 하는 행위를 말한다(예, 광업허가의 취소).

(2) 타자를 위한 행위(인가·대리)

① 인가란 타자의 법률행위를 동의로써 보충하여 그 행위의 효력을 완성시켜 주는 행위를 말한다(예, 사립대학의 설립의 인가).

② 공법상 대리란 공법상 행정주체가 제3자가 할 행위를 대신하여 행한 경우에 그 효과를 직접 제3자에게 귀속하게 하는 것을 말한다(예, 체납처분상 공매).

2) 준법률행위적 행정행위

① 확인이란 특정의 사실 또는 법률관계의 존재여부를 공권적으로 판단하여 이를 확정하는 행위를 말한다(예, 당선인의 결정).
② 공증이란 특정의 사실 또는 법관계의 존재여부를 공적으로 증명하는 행위를 말한다(예, 당선증서).
③ 통지란 특정인 또는 불특정다수인에게 어떠한 사실을 알리는 행위를 말한다(예, 대집행의 계고).
④ 수리란 행정청이 타인의 행위를 유효한 행위로 받아들이는 행위를 말한다(예, 각종 신청서의 수리).

라. 행정행위의 적법요건

행정행위가 적법한 것으로서 사인에 대하여 효력을 갖기 위해서는 성립과 효력발생에 필요한 일정한 요건이 갖추어져야 한다.

1) 주체요건

행정행위는 권한을 가진 기관이 권한의 범위 내에서 정상적인 의사 작용에 따른 것이어야 한다(예, 세무서장은 관할구역 안의 납세자에게만 납세토록 행정행위를 발할 수 있다).

2) 형식요건

형식에 관하여 개별법령에 명문의 규정이 있다면 그에 따라야 한다(예, 행정심판법에 따라 재결은 문서형식으로 하여야 한다. 구두형식의 재결은 무효이다).

개별법령에 규정이 없어도 행정청이 처분을 하는 때에는 다른 법령 등에 특별

한 규정이 있는 경우를 제외하고는 문서로 하여야 함이 원칙이다(행정절차법 제24조제1항).

뿐만 아니라 행정청이 처분을 하는 때에는 원칙적으로 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다(행정절차법 제23조제1항 본문).

이러한 이유 제시는 행정청 스스로에 의한 통제를 가능하게 하고 상대방의 권리보호에 기여한다.

참고 판례

행정절차법 제23조제1항은 '행정청(본건의 경우, 서울특별시 ㅇㅇ구청장)은 처분을 하는 때에는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다.'고 규정하고 있는바, 일반적으로 당사자가 근거규정 등을 명시하여 신청하는 인·허가 등을 거부하는 처분을 함에 있어 당사자가 그 근거를 알 수 있을 정도로 상당한 이유를 제시한 경우에는 당해 처분의 근거 및 이유를 구체적 조항 및 내용까지 명시하지 않았더라도 그로 말미암아 그 처분이 위법한 것이 된다고 할 수 없다(대판 2007.5.10. 2005두13315).

3) 절차요건

개별 법령상 청문이나 공청회 절차가 요구된다면, 그러한 절차를 거쳐야 한다(행정절차법 제22조제1항·제2항). 행정청이 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 함에 있어서 청문이나 공청회 절차가 요구되지 아니하는 경우에는 당사자등에게 원칙적으로 의견 제출의 기회를 주어야 한다(행정절차법 제22조제3항).

참고 판례

행정절차법 제21조제1항, 제4항, 제22조제1항 내지 제4항에 의하면, 행정청이 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 처분하고자 하는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거, 이에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리방법 등의 사항을 당사자 등에게 통지하여야 하고, 다른 법령 등에서 필요적으로 청문을 실시하거나 공청회를 개최하도록 규정하고 있지 아니한 경우에도 당사자 등에게 의견 제출의 기회를

주어야 하되, "당해 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우" 등에는 처분의 사전통지나 의견청취를 하지 아니할 수 있도록 규정하고 있으므로, 행정청이 침해적 행정처분을 함에 있어서 당사자에게 위와 같은 사전통지를 하거나 의견 제출의 기회를 주지 아니하였다면 사전통지를 하지 않거나 의견 제출의 기회를 주지 아니하여도 되는 예외적인 경우에 해당하지 아니하는 한 그 처분은 위법하여 취소를 면할 수 없다(대판 2004.5.28, 2004두1254).

4) 내용요건

행정행위는 그 내용이 적법하고 가능하고, 명확한 것이어야 한다.

5) 통지요건

이상의 요건이 갖추어지면 수령을 요하지 않는 행위의 경우(예, 일정 도로의 통행금지)에는 외부에 표시되어야 하고, 수령을 요하는 행위의 경우(예, 과세처분·입영처분·무허가건물 철거명령 등)에는 관계자에게 통지되어야 한다.

통지는 교부송달 또는 우편송달 및 정보통신망을 이용한 송달에 의함이 원칙이다(행정절차법 제14조제1항). 그리고 우편송달의 경우, 수신자에게 도달하여야 효력이 발생하는 것이 원칙이다(도달주의). 우편송달의 경우에는 도달의 입증 책임과 관련하여 통상우편이 아니라 등기우편에 의할 필요가 있다.

정보통신망을 이용한 송달은 송달 받을 자가 동의하는 경우에 한한다.

참고 판례

(1) '등기취급'은 우편물의 취급과정을 기록에 의하여 명확히 하는 우편물의 특수취급제도이고, 내용증명은 이러한 등기취급을 전제로 발송인이 수취인에게 어떤 내용의 문서를 언제 발송하였다는 사실을 우체국이 증명하는 특수취급제도이다(대판 2009.7.23. 2006다81325).

(2) 우편법등 관계규정의 취지에 비추어 볼 때 우편물이 등기취급의 방법으로 발송된 경우 반송되는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 무렵 수취인에게 배달되었다고 보아야 할 것이다(대판 2007.12.27, 2007다51758).

마. 행정행위의 효력

적법요건을 갖춘 행정행위는 내용상 구속력, 공정력, 구성요건적 효력, 존속력, 강제력 등 여러 종류의 구속력을 갖는바, 이러한 구속력의 총체를 행정행위의 효력이라 부른다.

1) 내용상 구속력

적법한 행정행위는 실체법상 효과, 즉 일정한 내용의 권리·의무관계를 발생시키는바(예, 납세고지로 납세자는 일정액의 세금을 일정한 기간 내에 납부하여야 할 구속을 받는다), 이와 같이 행정행위의 내용에 관해 당사자를 구속하는 힘을 내용상 구속력이라 부른다.

2) 공정력

행정행위는 성립에 하자가 있는 경우에도 그것이 중대·명백하여 당연무효가 아닌 한 권한을 가진 기관에 의해 취소될 때까지 상대방이나 이해관계자를 구속하는바(예, 100만원의 부과가 적정한 것인데 세무서장이 110만원의 세금을 부과하였다고 하여도, 그것은 절차상 일단 유효한 것으로서, 상대방을 구속한다), 이러한 구속력을 공정력이라 한다.

참고 판례

> 행정행위는 공정력과 불가쟁력이 있어 설혹 행정행위에 하자가 있는 경우에도 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효로 보아야 할 사유가 있는 경우 이외에는 그 행정행위가 행정소송이나 다른 행정행위에 의하여 적법하게 취소될 때 까지는 단순히 취소할 수 있는 사유가 있다는 것만으로는 누구나가 그 효력을 부인할 수는 없고, 법령에 의한 불복기간이 경과한 경우에는 당사자는 그 행정처분의 효력을 다툴 수 없다고 할 것이다(대판 1991.4.23. 90누8756).

3) 구성요건적 효력

유효한 행정행위가 존재하는 한 취소할 수 있는 행위인가를 불문하고 다른 행정기관 또는 법원은 그 행위와 관련이 있는 자신들의 결정에 그 행위의 존재와

법적효과를 인정해야 하고, 아울러 그 내용에 구속되는바(예, 법무부장관이 미국인 A를 한국인으로의 귀화를 허가하였다면, A의 귀화허가에 당연무효가 아닌 하자가 있다고 하여도 A로부터 광업권의 허가를 신청 받은 지식경제부장관은 A를 한국인으로 인정하고 허가신청을 심사하여야 한다), 이를 구성요건적 효력이라 부른다.

4) 존속력

존속력은 불가쟁력과 불가변력의 2종류가 있다. ① 쟁송제기기간의 경과 등의 경우에 상대방이나 이해관계 있는 제3자는 더 이상 그 행정행위를 다툴 수 없는 바, 여기서 상대방이나 이해관계 있는 제3자가 더 이상 그 행정행위를 다툴 수 없게 하는 구속력을 형식적 존속력이라 한다. 형식적 존속력은 불가쟁력이라 불리기도 한다. 한편, ② 일정한 행정행위(예, 재결 등 준사법적 행위)는 행정청도 더 이상 내용을 변경할 수 없는 바, 여기서 처분행정청도 더 이상 그 행정행위를 변경할 수 없게 하는 구속력을 실질적 존속력이라 한다. 실질적 존속력은 불가변력이라 불리기도 한다.

5) 강제력

강제력에는 제재력과 자력집행력이 있다. 제재력이란 행정법상 의무위반자에게 처벌을 가할 수 있는 힘을 말하고, 자력집행력이란 행정법상 의무불이행자에게 의무의 이행을 강제할 수 있는 힘을 말한다.

바. 행정행위의 하자

1) 의의

법치행정의 원리상 적법요건을 완전하게 갖춘 것이 아닌 행정행위, 즉 위법하거나 부당한 행정행위는 하자 있는 행위가 된다. 이를 하자 있는 행정행위라고 부른다. 하자 있는 행정행위는 법이 예정하고 있는 완전한 효과를 갖지 못한다. 현재로서 행정행위의 하자에 관한 사항을 규정하는 일반법은 없다.

2) 유형

하자있는 행정행위의 유형으로는 행정행위의 부존재, 무효인 행정행위, 그리고 취소할 수 있는 행정행위로 구분할 수 있다. 행정행위의 부존재란 외관상 명백히 행정청의 행위로 볼만한 행위가 없는 경우를 말한다(예, 명백한 사인의 행위).

현행의 법제상 하자 있는 행정행위의 유형으로 가장 문제되는 것은 무효인 행위와 취소할 수 있는 행위의 구분이다. 무효와 취소의 구별이 필요한 것은 기본적으로 양자 간에는 행정쟁송법상 적용법규가 다르기 때문이다.

3) 무효와 취소의 구별기준

행정행위의 무효와 취소의 구분 기준으로 판례와 이론은 중대명백설을 지지하고 있다. 중대명백설은 그 하자가 내용상 중대하고 외관상 명백한 행정행위는 무효이고, 그 하자가 중대하지만 명백하지 않거나 명백하지만 중대하지 않은 행정행위는 취소의 대상이 된다는 것을 내용으로 한다.

참고 판례

> 하자있는 행정처분이 당연무효가 되기 위해서는 그 하자가 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것으로서 객관적으로 명백한 것이어야 하며, 하자가 중대하고 명백한지 여부를 판별할 때에는 그 법규의 목적, 의미, 기능 등을 목적론적으로 고찰함과 동시에 구체적 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰함을 요한다. 행정청이 어느 법률관계나 사실관계에 대하여 어느 법률의 규정을 적용하여 행정처분을 한 경우에 그 법률관계나 사실관계에 대하여는 그 법률의 규정을 적용할 수 없다는 법리가 명백히 밝혀져 그 해석에 다툼의 여지가 없음에도 행정청이 위 규정을 적용하여 처분을 한 때에는 그 하자가 중대하고도 명백하다고 할 것이나, 그 법률관계나 사실관계에 대하여 그 법률의 규정을 적용할 수 없다는 법리가 명백히 밝혀지지 아니하여 그 해석에 다툼의 여지가 있는 때에는 행정관청이 이를 잘못 해석하여 행정처분을 하였더라도 이는 그 처분 요건사실을 오인한 것에 불과하여 그 하자가 명백하다고 할 수 없다(대판 2009.9.24. 2009두2825).

여기서 무효란 외관상으로는 행정행위가 존재하나 행정행위로서의 효과를 전혀 갖지 못하는 것을 의미한다. 무효의 행위는 언제·어디서·누구를 불문하고 효

력을 주장하지 못한다. 무효행위의 예로 결격사유 있는 자에 대한 공무원임용행위 등이 있다.

참고 판례

(1) 경찰공무원법에 규정되어 있는 경찰관임용 결격사유는 경찰관으로 임용되기 위한 절대적인 소극적 요건으로서 임용 당시 경찰관임용 결격사유가 있었다면 비록 임용권자의 과실에 의하여 임용결격자임을 밝혀내지 못하였다 하더라도 그 임용행위는 당연무효로 보아야 한다(대판 2005.7.28. 2003두469).

(2) 도지사의 인사교류안 작성과 그에 따른 인사교류의 권고가 전혀 이루어지지 않은 상태에서 행하여진 관할구역 내 시장의 인사교류에 관한 처분은 지방공무원법 제30조의2제2항의 입법 취지에 비추어 그 하자가 중대하고 객관적으로 명백하여 당연무효이다(대판 2005.6.24. 2004두10968).

한편, 취소란 그 성립에 하자가 있음에도 불구하고 일단 유효한 것으로 되어 있는 행정행위를, 사후에 권한 있는 기관이 그 행위의 효력을 소멸시키는 것을 말한다. 취소에는 행정청이 직권으로 행하는 직권취소와 행정행위의 상대방 등의 쟁송제기에 의해 이루어지는 쟁송취소가 있다. 취소할 수 있는 행위의 예로 권한을 초과한 행위에 있어서 초과한 부분(대판 1996.6.28. 96누4374), 이유기재가 불충분한 처분(대판 1998.6.26. 96누12634), 청문절차를 결여한 처분(대판 1991.7.9. 91누971) 등을 볼 수 있다.

참고 판례

적법한 권한 위임 없이 세관출장소장에 의하여 행하여진 관세부과처분이 그 하자가 중대하기는 하지만 객관적으로 명백하다고 할 수 없어 당연무효는 아니다(대판 2004.11.26. 2003두2403).

4) 행정행위의 하자의 승계

전통적인 견해와 판례에 따르면 ① 선행행위와 후행행위가 별개의 목적으로 행하여지는 경우 선행행위가 당연무효가 아닌 단순위법인 경우에는 후행행위에 승계되지 아니하지만(예, 과세처분의 위법성은 체납처분절차에서 다툴 수 없다),

참고 판례

건물철거명령이 당연무효가 아닌 이상 행정심판이나 소송을 제기하여 그 위법함을 소구하는 절차를 거치지 아니하였다면 위 선행행위인 건물철거 명령은 적법한 것으로 확정되었다고 할 것이므로 후행행위인 대집행계고 처분에서는 그 건물이 무허가건물이 아닌 적법한 건축물이라는 주장이나 그러한 사실인정을 하지 못한다(대판 1998.9.8. 97누20502).

② 선행행위와 후행행위가 일련의 절차를 구성하면서 하나의 효과를 목적으로 하는 경우에는 예외적으로 선행행위의 위법성이 후행행위에 승계된다(예, 체납처분절차상 압류의 하자를 매각절차에서도 다툴 수 있다)고 본다.

참고 판례

(1) 대집행의 계고, 대집행영장에 의한 통지, 대집행의 실행, 대집행에 요한 비용의 납부명령 등은 타인이 대신하여 행할 수 있는 행정의무의 이행을 의무자의 비용 부담 하에 확보하고자 하는, 동일한 행정목적을 달성하기 위하여 단계적인 일련의 절차로 연속하여 행하여지는 것으로서, 서로 결합하여 하나의 법률효과를 발생시키는 것이므로, 선행처분인 계고처분이 하자가 있는 위법한 처분이라면, 비록 그 하자가 중대하고도 명백한 것이 아니어서 당연무효의 처분이라고 볼 수 없고, 행정소송으로 효력이 다투어지지도 아니하여 이미 불가쟁력이 생겼으며, 후행처분인 대집행영장 발부 통보처분 자체에는 아무런 하자가 없다고 하더라도, 후행처분인 대집행영장발부통보 처분의 취소를 청구하는 소송에서 청구 원인으로 선행처분인 계고처분이 위법한 것이기 때문에 그 계고처분을 전제로 행하여진 대집행영장발부통보처분도 위법한 것이라는 주장을 할 수 있다(대판 1996.2.9. 95누12507).

(2) 조세의 부과처분과 압류 등의 체납처분은 별개의 행정처분으로서 독립성을 가지므로 부과처분에 하자가 있더라도 그 부과처분이 취소되지 아니하는 한 그 부과처분에 의한 체납처분은 위법이라고 할 수는 없지만, 체납처분은 부과처분의 집행을 위한 절차에 불과하므로 그 부과처분에 중대하고도 명백한 하자가 있어 무효인 경우에는 그 부과처분의 집행을 위한 체납처분도 무효라 할 것이다(대판 1988.6.28. 87누1009).

5) 행정행위의 하자의 치유와 전환

① 행정행위가 발령당시에 적법요건을 완전히 구비한 것이 아니어서 위법한 것이라 하여도 사후에 그 흠이 보완되면 더 이상 그 행위를 다툴 수 없도록 하는 것을 행정행위의 하자의 치유라 부른다.

참고 판례

행정청이 식품위생법상의 청문절차를 이행함에 있어 소정의 청문서 도달기간을 지키지 아니하였다면 이는 청문의 절차적 요건을 준수하지 아니한 것으로 이를 바탕으로 한 행정처분은 일단 위법하다고 보아야 할 것이지만, 청문제도의 취지는 처분을 받게 될 영업자에게 미리 변명과 진술의 자료를 제출할 기회를 부여함으로써 부당한 권리침해를 예방하려는 데에 있는 것임을 고려하여 볼 때, 가령 행정청이 청문서 도달기간을 다소 어겼다 하더라도 당사자가 이에 의거하지 아니한 채 스스로 청문기일에 출석하여 그 의견을 진술하고 변명하는 등 방어의 기회를 충분히 가졌다면 청문서 도달기간 불준수의 하자는 치유된다(대판 1992.10.23. 92누2844).

② 한편, 하자있는 행정행위를 적법한 다른 행정행위로 유지시키는 것을 하자있는 행정행위의 전환이라 부른다(예, 허가신청 후 사망한 자에 대한 영업허가를 유족인 배우자에 대한 허가로 변경하는 경우).

사. 행정행위의 폐지

참고 판례

행정행위의 취소는 일단 유효하게 성립한 행정행위를 그 행위에 위법 또는 부당한 하자가 있음을 이유로 소급하여 그 효력을 소멸시키는 별도의 행정처분이고, 행정행위의 철회는 적법요건을 구비하여 완전히 효력을 발하고 있는 행정행위를 사후적으로 그 행위의 효력의 전부 또는 일부를 장래에 향해 소멸시키는 행정처분이므로, 행정행위의 취소사유는 행정행위의 성립 당시에 존재하였던 하자를 말하고, 철회사유는 행정행위가 성립된 이후에 새로이 발생한 것으로서 행정행위의 효력을 존속시킬 수 없는 사유를 말한다(대판 2006.5.11. 2003다37969).

1) 행정행위의 직권취소

① 행정행위의 직권취소란 일단 유효하게 발해진 행정행위를 처분청이나 감독청이 그 행위에 위법 또는 부당한 하자가 있음을 이유로 하여 직권

으로 효력을 소멸시키는 것을 말한다.

② 처분청이 직권취소를 할 수 있으나, 감독청이 직권취소할 수 있는가에 관해서는 긍정설과 부정설로 견해가 나뉜다.

참고 판례

행정행위를 한 처분청은 그 행위에 하자가 있는 경우에는 별도의 법적 근거가 없더라도 스스로 이를 취소할 수 있다(대판 2006.5.25. 2003두4669).

③ 직권취소는 단순위법의 행위 또는 부당한 행위를 대상으로 한다.

④ 침익적인 행정행위의 직권취소는 비교적 용이하나, 수익적인 행정행위의 직권취소는 비교적 상대방의 신뢰보호와 관련하여 비교적 용이하지 않다.

참고 판례

일정한 행정처분으로 국민이 일정한 이익과 권리를 취득하였을 경우에 종전 행정처분을 취소하는 행정처분은 이미 취득한 국민의 기존 이익과 권리를 박탈하는 별개의 행정처분으로 취소될 행정처분에 하자 또는 취소해야 할 공공의 필요가 있어야 하고, 나아가 행정처분에 하자 등이 있다고 하더라도 취소해야 할 공익상 필요와 취소로 당사자가 입게 될 기득권과 신뢰보호 및 법률생활안정의 침해 등 불이익을 비교·교량한 후 공익상 필요가 당사자가 입을 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 한하여 취소할 수 있는 것이며, 하자나 취소해야 할 필요성에 관한 증명책임은 기존 이익과 권리를 침해하는 처분을 한 행정청에 있다(대판 2012.3.29, 2011두23375).

⑤ 직권취소의 효과는 원칙적으로 소급하나, 장래효를 갖는 경우도 있다.

⑥ 직권취소에 단순위법의 하자가 있는 경우, 직권취소처분을 다시 직권취소할 수 있는지의 여부에 대하여 소극적 입장을 취한 판례(대판 1995.3.10. 94누7027)도 있고, 긍정적 입장을 취한 판례(대판 1997.1.21. 96누3401)도 있다.

2) 행정행위의 철회

① 적법요건을 완전히 구비하여 효력을 발하고 있는 행정행위에 있어서 사후적으로 그 행위의 효력의 전부 또는 일부를 장래에 향해 소멸시키는 원행정행위와 독립된 별개의 의사표시를 행정행위의 철회라 부른다.
② 처분청은 철회를 할 수 있으나, 감독청은 철회할 수 없다.
③ 철회는 처분 후에 발생한 새로운 사정을 원인으로 한다.

참고 판례

행정행위를 한 처분청은 비록 그 처분 당시에 별다른 하자가 없었고, 또 그 처분 후에 이를 철회할 별도의 법적 근거가 없다 하더라도 원래의 처분을 존속시킬 필요가 없게 된 사정변경이 생겼거나 또는 중대한 공익상의 필요가 발생한 경우에는 그 효력을 상실케 하는 별개의 행정행위로 이를 철회할 수 있다(대판 2004.11. 26. 2003두10251).

④ 침익적인 행정행위의 철회는 비교적 용이하나, 수익적인 행정행위의 직권철회는 상대방에게 침익적 결과를 가져오므로 용이하지 않다.

참고 판례

수익적 행정처분을 취소 또는 철회하는 경우에는 이미 부여된 그 국민의 기득권을 침해하는 것이 되므로, 비록 취소 등의 사유가 있다고 하더라도 그 취소권 등의 행사는 기득권의 침해를 정당화할 만한 중대한 공익상의 필요 또는 제3자의 이익보호의 필요가 있는 때에 한하여 상대방이 받는 불이익과 비교·교량하여 결정하여야 하고, 그 처분으로 인하여 공익상의 필요보다 상대방이 받게 되는 불이익 등이 막대한 경우에는 재량권의 한계를 일탈한 것으로서 그 자체가 위법하다(대판 2004.11.26. 2003두10251).

⑤ 행정행위의 철회의 효과는 장래에 향해서만 발생함이 원칙이다. 그러나 그 소급효를 인정하지 않으면 철회의 의의가 없게 된 경우에는 예외적으로 그 소급효를 인정해야 하는 경우도 있다.
⑥ 행정행위를 철회할 때에는 그 근거가 되는 법령이나 철회권(취소권)유보의 부관 등을 명시하여야 한다는 것이 판례의 입장이다(대판 1990.9.11 90누1786).

아. 행정행위의 부관

1) 부관의 의의

전통적인 견해는 행정행위의 부관을 “행정행위의 일반적 효력을 제한하기 위하여 주된 의사표시에 부가된 종된 의사표시”로 이해하고 있다. 단순화하여 말한다면 행정행위의 부관이란 “행정행위의 효력범위를 보다 자세히 정하기 위하여 주된 행정행위에 부가된 규율”이라 할 수 있다.

2) 부관의 종류

행정행위의 부관에는 조건·기한·철회권의 유보·부담·부담유보·수정부담·법률효과의 일부배제 등이 있다.

① 조건이란 행정행위의 효력의 발생·소멸을 장래에 발생여부가 불확실한 사실에 의존시키는 부관을 말한다. 조건에는 정지조건과 해제조건이 있다.

② 기한이란 행정행위의 효력의 발생·소멸을 장래에 발생여부가 확실한 사실에 의존시키는 부관을 말한다. 기한에는 시기와 종기가 있다.

③ 철회권의 유보란 일정 요건 하에서 행정행위를 철회하여 행정행위의 효력을 소멸케 할 수 있음을 정하는 부관을 말한다. 취소권의 유보라 불리기도 한다.

④ 부담이란 수익적 행정행위에서 부가된 부관으로 상대방에게 작위·부작위·수인·급부를 명하는 부관을 말한다. 법령이나 실무상으로는 조건으로 불리기도 한다.

⑤ 부담유보란 사후적으로 부담을 설정·변경·보완할 수 있는 권리를 미리 유보해 두는 부관을 말한다. 부담유보의 사후적 행사는 새로운 행정행위를 뜻한다. 부담유보는 행정행위의 사후변경의 유보라고도 한다.

⑥ 수정부담이란 사인의 신청한 내용과 다르게 전부 또는 부분적으로 허가·승인을 하는 것을 말한다. 수정부담은 부관의 일종이 아니라는 견해도 있다.

⑦ 법률효과의 일부배제란 법률이 예정하고 있는 법적 효과의 일부를 배제

하는 부관을 말한다. 법률효과의 일부배제는 명문의 규정이 있는 경우에만 가능하다.

3) 부관의 가능성·한계

① 명문의 규정이 있는 경우는 물론이지만, 명문규정이 없는 경우에도 재량행위에는 부관을 붙일 수 있다는 것이 판례와 전통적인 견해의 입장이다.

참고 판례

일반적으로 기속행위나 기속적 재량행위에는 부관을 붙일 수 없고, … 가사 부관을 붙였다 하더라도 이는 무효인 것이다(대판 1995.6.13. 94다56883).

② 명문의 규정이 있거나 기본행위에서 유보되어 있거나 본인의 동의가 있는 경우에는 사후적으로도 부관을 붙일 수 있다고 볼 것이다(사후부관).

③ 부관을 붙일 수 있는 경우에도, 부관에는 적법한계·사항적 한계·목적한계의 제한이 있고, 아울러 행정법의 일반원칙(비례원칙·신뢰보호의 원칙·부당결부금지의 원칙 등)에 따라야 한다.

참고 판례

ㅇㅇ시장이 A에게 주택사업계획승인을 하게 됨을 기회로 그 주택사업과는 아무런 관련이 없는 이 사건 토지를 기부채납하도록 하는 부관을 주택사업계획승인에 붙인 사실은 부당결부금지의 원칙에 위반되어 위법하다 하겠으나 그 부관의 하자가 중대하고 명백하여 당연무효라고는 볼 수 없다(대판 1997.3.11. 9다49650).

4. 공법상 계약

가. 공법상 계약의 의의

실정법상 공법상 계약의 개념이 정의되고 있는 것은 아니다. 일반적으로 공법상 계약이란 공법의 영역에서 법관계를 발생·변경·소멸시키는 복수당사자의 반대방향의 의사의 합치로 이해되고 있다(예, 지방자치단체 간 취학아동의 교육사

무위탁, 지방전문직 공무원의 채용계약).

공법상 계약은 공법상 효과를 발생하는 계약이라는 점에서 사법상 계약과 구분되고, 공법상 계약은 대등당사자간의 의사의 합치라는 점에서 행정청의 일방적인 행위인 행정행위와 구별된다.

나. 공법상 계약의 종류

공법상 계약은 ① 성질에 따라 대등계약(예, 공행정주체간의 계약)과 종속계약(예, 공행정주체와 사인간의 계약)으로 구분할 수 있고, ② 종속계약은 다시 화해계약(계약당사자간에 불확실한 문제를 양보를 통해 종결짓는 계약)과 교환계약(급부에 대한 반대급부의 의무를 부담하는 계약)으로 구분할 수 있다.

다. 공법상 계약의 특수성

공법상 계약의 체결을 위해 행정청은 권한을 가져야한다. 형식상 요건은 원칙적으로 요구되지 아니한다. 절차에 관해서도 일반법은 없다. 내용은 당사자 합의에 의해 정해지나, 경우에 따라서는 제한이 가해지기도 한다, 한편, 공법상 계약에도 약정해제와 법정해제의 적용이 있다. 공법상 계약에 관한 분쟁은 공법상 당사자소송의 대상이 된다.

참고 판례

지방자치법 제9조제2항제5호 (라)목 및 (마)목 등의 규정에 의하면, 이 사건 ㅇㅇㅇㅇ시립무용단원의 공연 등 활동은 지방문화 및 예술을 진흥시키고자 하는 ㅇㅇㅇㅇ시의 공공적 임무수행의 일환으로 이루어진다고 해석될 뿐만 아니라, 원심이 확정한 바와 같이 단원으로 위촉되기 위해서는 일정한 능력요건과 자격요건을 요하고, 계속적인 재위촉이 사실상 보장되며, 공무원연금법에 따른 연금을 지급받고, 단원의 복무규율이 정해져 있으며, 정년제가 인정되고, 일정한 해촉사유가 있는 경우에만 해촉되는 등 ㅇㅇㅇㅇㅇ시립무용단원이 가지는 지위가 공무원과 유사한 것이라면, ㅇㅇㅇㅇㅇ시립무용단 단원의 위촉은 공법상 계약이라고 할 것이고, 따라서 그 단원의 해촉에 대해서는 공법상 당사자소송으로 그 무효확인을 청구할 수 있다(대판 1995.12.22. 95누4638).

5. 행정지도

가. 행정지도의 개념

행정지도란 행정청이 그 소관사무의 범위 안에서 일정한 행정목적을 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 지도·조언 등을 하는 행정작용을 말한다(동법 제2조제3호). 행정지도는 비권력적 행위이고, 동시에 사실행위라는 점을 특징으로 한다. 형식은 문제되지 아니한다.

나. 행정지도의 유용성과 문제점

행정지도는 행정기능의 효율성 확보를 목적으로 활용되고 있다.

그러나 동시에 행정지도는 사실상의 강제성을 통한 법치주의의 붕괴, 한계와 책임소재의 불분명으로 인한 책임행정의 이탈, 행정상 구제수단의 결여 내지 행정구제의 기회상실 등의 문제점을 갖는다. 이러한 문제점을 줄여 나아가는데 학자들의 관심이 모아지고 있음은 물론이다.

다. 행정지도의 방식

행정지도를 행하는 자는 상대방에게 당해 행정지도의 취지·내용 및 신분을 밝혀야 한다(행정절차법 제49조제1항). 한편, 행정지도의 상대방은 당해 행정지도의 방식·내용 등에 관하여 행정기관에 의견 제출을 할 수 있다(행정절차법 제50조).

라. 행정지도의 법적 문제

① 행정지도는 비권력적인 수단인 바, 그 법적 근거는 특별히 문제되지 아니한다. 그러나 조직법상 주어진 권한의 범위 내에서만 행정지도가 가능함은 물론이다(예, 행정안전부장관은 행정안전부장관의 권한범위 내에서만 행정지도가 가능하며, 행정안전부장관이 법무부장관의 권한사항을 지도할 수 없음은 자명하다).

② 행정지도는 그 목적달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 하며(비례원칙), 행정지도의 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요하여서는 아니 된다(행정절차법 제48조제1항). 그리고 행정기관은 행정지도의 상대방이 행정지도에 따르지 아니하였다는 것을 이유로 불이익한 조치를 하여서는 아니 된다(행정절차법 제48조제2항).

③ 행정지도는 사실행위인 바, 행정소송법상 소송대상인 처분개념에 포함되지 아니한다고 하겠고, 따라서 행정지도는 항고소송과 거리가 멀다고 하겠다.

참고 판례

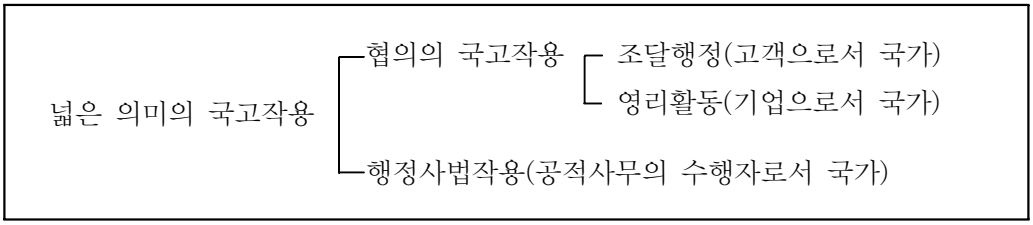
(1) 세무당국이 소외 회사에 대하여 특정인과의 주류거래를 일정한 기간 중지하여 줄 것을 요청한 행위는 권고 내지 협조를 요청하는 권고적 성격의 행위로서 소외 회사나 특정인의 법률상 지위에 법률상 변동을 가져오는 행정처분이라고 볼 수 없는 것이므로 항고소송의 대상이 될 수 없다(대판 1980.10.27. 80누395).

(2) 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 함은 행정청의 공법상 행위로서 특정사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하며 기타 법률상 효과를 발생케 하는 등 국민의 구체적 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 행위를 말하고, 행정권 내부에서의 행위나 알선, 권유, 사실상의 통지 등과 같이 상대방 또는 기타 관계자들의 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 일으키지 아니하는 행위는 항고소송의 대상이 될 수 없다(대판 1993.10.26. 93누6331).

6. 사법형식의 행정작용

가. 사법형식의 행정작용의 개념

공행정주체는 사법관계의 한 당사자로서 법률관계를 맺을 수 있고, 이때의 법관계는 사법관계가 된다. 이러한 공행정주체의 사법상 작용을 광의의 국고행정이라 부르기도 한다. 광의의 국고행정작용은 다시 행정사법작용과 협의의 국고작용으로 구분되고, 후자는 다시 조달작용과 영리활동으로 구분된다.



나. 행정사법작용

1) 행정사법작용의 개념

공행정주체가 공적인 임무를 사법형식으로 수행하는 공행정작용을 행정사법작용(行政私法作用)이라 한다(예, 주택건설·위생시설·폐수처리·오물처리·수돗물공급·국공영극장·국공영스포츠시설 등의 운영). 행정사법작용에는 공법적 규율이 가해진다는 것을 특징으로 한다. 말하자면 행정청이 사법규범으로 직접 공적 목적을 수행하는 행정의 경우, 사법규범은 공법규정에 의해 보충·수정된다는 것을 내포하는 개념이다.

2) 행정사법작용의 특징

행정사법작용에는 완전한 의미의 사적 자치가 그대로 적용되는 것이 아니다. 거기에는 헌법 제10조에 근거하여 기본권 구속이 따른다. 행정사법작용에 대한 공법적 구속으로는 ① 개별법규상의 제한, ② 권한규범에 의해 제한, ③ 기본권 특히 자유권이나 평등권의 구속, ④ 비례원칙의 적용, ⑤ 부당결부금지의 원칙, 이밖에도 ⑥ 경제성·합목적성의 제한이 가해지며, 또한 ⑦ 공행정기관은 경영의무를 지고 경영포기 내지 중단이 부인된다.

3) 행정사법작용의 관할법원

특별규정이 없는 한, 공법적인 제약에도 불구하고 전체로서 법관계는 사법적인 성질을 갖는 바, 행정사법작용에 대한 분쟁은 민사법원의 관할사항이다.

다. 조달행정

1) 조달행정의 의의

조달행정이란 행정청이 공적 임무의 수행에 전제가 되는 것을 확보하기 위한 행정작용을 말한다. 조달행정을 국고적이라 하는 것은 조달행정이 사법적으로 이루어지는 것을 의미한다. 조달행정은 간접적으로 공적 목적에 기여한다. 조달행정에 관한 법적 분쟁은 원칙적으로 민사법원의 관할사항이다. 전통적으로는 조달행정의 공법적 기속이 논급되지 않았다.

2) 공법적 제한

① 물자의 조달 등에 법적 제한이 요구되면 그러한 제한을 따라야 한다. 말하자면 구매에 관련된 절차·종류·방법 등에 공법상의 제한이 있는 경우에는 구매 자체의 법적 성질 여하를 불문하고 그러한 제한을 준수하여야 한다. 이러한 범위에서 국가의 계약의 자유는 제한된다. 한편 ② 조달작용이 사법작용이라 할지라도 기본권 특히 평등권에 구속되어야 한다. 사실 조달작용도 내용에 따라서는 공적 기속이 강조되어야 하는 경우도 적지 않다. 예컨대 국군의 새로운 무기체계에 관한 대단위 조달작용은 국방·과학기술발전·일자리확보·군수산업촉진 등의 효과와 직접 관련을 맺는바, 이러한 효과들은 바로 공적인 것이라 하지 않을 수 없는 것이고, 따라서 무기체계의 조달을 단순히 사법이 적용되는 조달작용이라고만 할 수는 없다. 오히려 그것은 기본권 외에 국가의 정책목표에도 강하게 구속되어야 한다.

라. 영리활동

1) 영리활동의 의의

영리활동이란 국가가 공행정 목적의 직접적인 수행과는 관계없이 수익의 확보를 위해 행하는 활동을 말한다. 잡종재산의 관리 또한 이 경우에 해당한다.

참고 판례

국유재산의 매매계약은 순전히 사법상의 계약에 불과하고 이를 공권력에 의한 행정처분 내지 준행정처분이라고는 볼 수 없다함이 당원의 견해(대법원 1963.6.5, 선고 63다211 판결 참조)이며, 이러한 견해는 소론과 같이 국유재산법 제28조에서 잡종재산을 차수 또는 매수한자가 임대료나 매수대금을 기일 내에 납부하지 않을 때에는 대부 또는 매매계약을 해제하거나 국세징수법의 정한 바에 따라 체납처분을 할 수 있다고 규정되어 있다하여 영향을 미칠 수 없고, 따라서 동법 37조의 규정에 의하여 정부가 할 수 있는 철거요구는 단순히 사법상의 권리관계를 규정한데 불과하고 시설물 소유자에게 공법상의 행위의무가 생긴다고 볼 수 없다(대판 1969.12.26. 69누134).

2) 공법적 제한(사경쟁자의 보호)

① 국가의 영리활동과 관련하여서는 먼저 국가의 영리활동이 헌법상 허용되는가의 문제가 있다. 공적 사무의 수행에 문제를 야기하지 아니하는 범위 안에서 제한적으로 긍정하는 것이 일반적인 견해이다. 한편, ② 국가의 영리활동 시에 사인인 경쟁자에게 아무런 법상의 금지조치가 가해지지 않는다고 하여도 사경쟁자는 사실상 불이익을 받기 쉽다(우체국예금·보험에 관한 법률에 따른 체신관서의 예금·보험사업은 국가의 신용·시설·인력을 기초로 하는 것으로서, 민간금융기관과 경쟁을 가져오며, 공정한 경쟁을 기대하기 곤란한 면도 갖는다). 이러한 경우에 사경쟁자에게 보호가 주어져야 한다는 것은 분명하나, 어떠한 보호수단이 주어져야 하는가는 앞으로의 연구과제이다.

7. 행정절차

가. 행정절차의 의미

행정절차는 국가권력의 행사인 행정과정에 국민이 참여한다는 의미(행정과 국민주권), 행정의사결정에 국민의 의사를 반영하여 행정의 민주화를 도모한다는 의미(행정의 민주화), 국민의 참여를 통해 법적 분쟁을 사전에 방지한다는 의미(법치주의의 실질화), 적정한 행정을 확보한다는 의미(행정의 합리화)로써 행정

의 능률화를 도모한다는 의미(행정의 능률화)를 갖는다.

나. 행정절차법

1) 성격

① 1998년 1월부터 발효된 행정절차법은 처분·신고·행정상 입법예고·행정예고 및 행정지도에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 없는 경우에 적용되는 일반법이다(동법 제3조제1항).

다만, 처분·신고·행정상 입법예고·행정예고 및 행정지도에 관한 사항이라도 징집·소집 등의 경우에는 그 적용이 배제되고 있다(동법 제3조제2항).

한편, ② 현행 행정절차법은 공법상 계약이나 행정계획 절차에 관해서는 규정하는 바가 없다.

2) 내용

행정절차법은 특히 처분절차와 관련하여 행정처분의 신청, 처리기간의 설정·공표, 처리기준의 설정·공표, 처분의 사전통지·의견청취(청문·공청회·의견제출), 처분의 이유제시·방식·정정, 불복고지 등에 관하여 규정을 두고 있다(동법 제17조~제39조). 특히 "행정청이 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 할 때 제1항(청문) 또는 제2항(공청회)의 경우 외에는 당사자등에게 의견제출의 기회를 주어야 한다"는 규정(행정절차법 제22조제3항)은 절차의 민주화와 관련하여 의미 있는 규정으로 이해될 만하다.

다. 행정절차의 하자

개별법령에서 절차상 하자의 효과를 규정하기도 한다(예, 국가공무원법 제13조제2항은 '소청 사건을 심사할 때 소청인 등에게 진술 기회를 주지 아니한 결정은 무효로 한다'고 규정하고 있다). 명문에서 절차규정만을 두고 있을 뿐, 그 절차결여의 효과를 규정하고 있지 아니하는 경우에 청문절차의 결여는 위법사

유가 된다. 뿐만 아니라 개별법령에 절차규정이 없다고 하여도 행정절차법상 요구되는 절차의 결여는 위법사유가 된다. 왜냐하면 행정절차법은 일반법이기 때문이다. 물론 위법의 효과는 중대명백설에 따라 판단하면 된다.

[연습문제]

1. 법규명령을 형식에 따라 구별하였을 때 이에 해당하지 않는 것은?

① 훈령 ② 총리령 ③ 부령

④ 대통령령 ⑤ 중앙선거관리위원회규칙

[착안점] 훈령은 행정규칙으로 분류된다. [정답] ①

2. 국가보훈처장이 소관 사무에 관하여 법규명령을 발령하려면?

① 스스로 부령을 발령하면 된다.

② 총리령으로 발령하여야 한다.

③ 대통령령으로 발령하여야 한다.

④ 아무런 방법이 없다.

[착안점] 국가보훈처장은 국무총리소속이므로 총리령으로 하여야 한다. [정답] ②

3. 대규모소매업자인 A는 납품업자인 B에게 A소속 직원들의 회식비용 100만원을 부담토록 하였다. 이에 공정거래위원회는 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제23조제1항 및 제2항, 동법시행령 제36조제1항 및 제2항, 공정거래위원회고시인 대규모소매점업에 있어서의 특정불공정거래행위의 유형 및 기준(이하 "기준고시"로 부른다) 제8조제1항에 근거하여 A에게 100만원의 반환을 명하였다. 공정거래위원회가 "기준고시" 제8조제1항을 처분의 근거로 한 것은 적법한가?

[착안점] 법령에 근거를 둔 기준고시는 법령보충규칙으로서 법규성을 갖는다. [정답] 적법하다.

*** 행정규칙사항과 부령의 형식**

고시·훈령으로 규정하여야 할 사항(행정규칙사항)을 법규사항을 규정하는 형식인 부령으로 정하면, 그것이 법규로 되는가의 문제가 있다. 역시 학설은 적극·소극의 견해로 대립한다. 판례는 소극설의 입장을 취하여 법규성을 부인한다.

참고 판례

(1) 대법원은, 규정형식상 부령인 시행규칙 또는 지방자치단체의 규칙(이하 이들을 '규칙'이라고 줄여 쓴다)으로 정한 행정처분의 기준은 행정처분 등에 관한 사무처리기준과 처분절차 등 행정청 내의 사무처리준칙을 규정한 것 일뿐 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 힘이 없고, 그 처분이 위 규칙에 위배되는 것이라고 하더라도 위법의 문제는 생기지 아니하고 또, 위 규칙에서 정한 기준에 적합하다하여 바로 그 처분이 적법 한 것이라고 할 수 없으며, 그 처분의 적법 여부는 위 규칙에 적합한지의 여부에 따라 판단할 것이 아니고 관계법령의 규정 및 그 취지에 적합한 것인지의 여부에 따라 개별적·구체적으로 판단하여야 한다고 일관되게 판시하여 왔다(대판 1995.10.17. 94누14148).
그러나 판례는 행정처분의 기준도 대통령령에서 정하면 법규명령에 해당한다고 하는데, 이러한 판례의 태도는 이해하기 어렵다.

(2) 이 사건 처분(주택건설사업영업정지처분취소)의 기준이 된 주택건설촉진법시행령 제10조의3제1항 [별표 1]은 주택건설촉진법 제7조제2항의 위임규정에 터잡은 규정형식상 대통령령이므로, 그 성질이 부령인 시행규칙이나 또는 지방자치단체의 규칙과 같이 통상적으로 행정조직 내부에 있어서의 행정명령에 지나지 않는 것이 아니라 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 힘이 있는 법규명령에 해당한다(대판 1997.12.26. 97누15418).

(3) 법령의 규정이 지방자치단체장(허가관청)에게 그 법령내용의 구체적인 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서 그 권한행사의 절차나 방법을 정하지 아니하고 있는 경우, 그 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 규정한 지방자치단체장의 고시는, 당해 법률 및 그 시행령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 한 그 법령의 규정과 결합하여 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 갖게 되고, 허가관청인 지방자치단체장이 그 범위 내에서 허가기준을 정하였다면 그 허가기준의 내용이 관계 법령의 목적이나 근본취지에 명백히 배치되거나 서로 모순되는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 허가기준이 효력이 없는 것이라고 볼 수는 없다(대판 2002.9.27. 2000두7933).

(4) 법령의 규정이 특정 행정기관에 그 법령 내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서 그 권한 행사의 절차나 방법을 특정하고 있지 않은 관계로 수임 행정기관이 행정규칙의 형식으로 그 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 정하고 있는 경우에는, 그 행정규칙이 당해 법령의 위임한계를 벗어나지 않는 한, 그와 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령으로서 효력을 가지는 것이므로, 산업자원부장관이 공업배치 및 공장설립에 관한 법률 제8조의 규정에 따라 공장입지의 기준을 구체적으로 정한 고시는 법규명령으로서 효력을 가진다(대판 2003.9.26. 2003두2274).

4. 행정규칙의 통제에 관한 설명으로 가장 타당하지 않은 것은?

① 원칙적으로 행정규칙 그 자체는 행정소송의 대상이 아니다.

② 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항을 규정하는 훈령이나 예규 등이 제정되거나 개정될 때 국회에 제출하는 제도는 아직까지 마련되고 있지 않다.

③ 감독청의 통제가 효과적인 통제방식 중의 하나이다.

④ 경우에 따라서는 헌법소원으로 다툴 수도 있다.

[착안점] 국회법 제98조의2에 국회에 제출토록 하는 규정이 있다. [정답] ②

5. 단란주점영업자인 A는 상당수의 청소년(19세 미만의 자)에게 주류를 판매하다가 두 번째 적발되었다. 허가청은 A의 품성이 악질이라고 판단하고 영업허가취소처분을 하였다. 허가청의 처분은 적법한가? 단. 식품위생법시행규칙 [별표] 1차 위반 : 영업정지 2월. 2차 위반 : 영업정지 3월. 3차 위반 : 영업허가 취소를 규정하고 있다.

[착안점] 판례는 식품위생법시행규칙 [별표] 상의 기준을 행정청 내부의 사무처리기준으로 본다.

[정답] 적법하다.

6. OO도의회는 OO도 OO군 OO읍 OO국민학교 OO분교를 폐지하는 내용의 조례를 제정하였다. 이에 A 등 원고들이 OO도의회를 피고로 하여 동 조례의 무효확인의 소를 제기하였으나, 패소당하자 다시 상고하였다. 이것이 소위 OO분교사건인데 아래의 물음에 답하라.

(1) 상기 조례는 항고소송의 대상이 되는가?

(2) 상기 조례무효확인소송의 피고는 누구인가?

[착안점] 조례도 구체성을 띠면 처분성을 갖는다.
교육·학예에 관한 지방자치단체의 사무는 교육감이 대표한다.

[정답] (1) 대상이 된다. (2) 교육감

7. 행정계획에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

① 계획재량은 법률로부터 자유로운 행위이다.

② 사전적 통제 내지 구제가 강조된다.

③ 계획보장청구권은 실정법상으로 반영되고 있지 않다.

④ 형량명령의 법리가 판례상 반영되고 있다.

[착안점] 계획재량은 법률로부터 자유로운 행위로 보기 어렵다. [정답] ①

8. A광역시는 아직까지 도시·군관리계획을 갖고 있지 않다. A광역시에 거주하는 B는 보다 나은 도시의 발전을 위해 A광역시에 도시·군관리계획의 입안을 수립하고 결정할 것을 청구하려고 한다. 과연 B는 도시계획청구권을 갖는가?

[착안점] 행정청에 의무가 존재하고 사익보호성이 인정되는 경우에는 권리의 성립이 가능하다.

[정답] 갖지 아니한다.

9. 행정행위를 기속행위와 재량행위로 구분하는 가장 큰 이유는?

① 사법심사의 대상 여부를 판단하기 위해

② 부관을 붙일 수 있는지의 여부를 판단하기 위해

③ 개인적 공권의 성립 여부를 판단하기 위해

④ 불가변력의 인정 여부를 판단하기 위해

[착안점] 사법심사 가능 여부가 구분의 근거이다. [정답] ①

10. 국가시험에 응시한 수험생 X는 필기시험에 합격하였으나, 면접시험에서 면접위원에 대한 불손한 태도가 관련법령상 '용모·예의·품행 및 성실성' 기준에 부합하지 않는다고 인정되어 Y행정청으로부터 불합격처분을 받았다. Y행정청의 불합격처분에 대한 X의 쟁송수단과 그 인용 여부를 논하시오.

[착안점] (1) 재량행사에 일탈이나 남용이 있는가의 여부가 쟁점이다.

(2) 학설상으로는 판단여지의 문제로 다루어진다.

[정답] (1) 취소심판이나 취소소송을 제기할 수 있다.
(2) 재량권행사(판단여지)에 하자가 있다면, 승소가능하다.

11. 허가에 대한 기술로서 타당하지 않은 것은?

① 허가는 자연적 자유를 대상으로 한다.
② 허가는 상대적 금지의 해제이다.
③ 허가는 권리의 부여를 내용으로 한다.
④ 허가는 위험방지를 주된 목적으로 한다.

[착안점] 특허가 권리의 부여를 내용으로 한다. [정답] ③

12. 식품위생법은 단란주점영업의 허가제를, 여객자동차운수사업법은 버스운송사업의 면허제를 규정하고 있다. 이를 전제로 다음의 물음에 답하라.

① 단란주점영업의 허가제와 개인택시운송사업의 면허제의 취지는?
② 단란주점영업허가와 개인택시운송사업면허는 재량행위인가, 기속행위인가?
③ 단란주점영업허가와 개인택시운송사업면허로 인한 경영상 이익의 성질은?

[착안점] 허가-위험방지, 기속행위, 반사적 이익(경영상 이익)
면허-공공복지의 실현, 재량행위, 법률상 이익(경영상 이익)

[정답] (1) 단란주점영업 - 위험방지 개인택시운송사업 - 공익실현
(2) 단란주점영업 - 기속행위 개인택시운송사업 - 재량행위
(3) 단란주점영업 - 반사적 이익 개인택시운송사업 - 법률상 이익

13. 특허에 대한 기술로서 타당성이 적은 것은?

① 특허는 협력을 요하는 행정행위이다.
② 특허는 기속행위가 원칙이라는 것이 일반적인 인식이다.
③ 특허는 형성적 행위의 일종이다.
④ 특허는 협의로는 권리설정행위만을 뜻하기도 한다.

[착안점] 특허는 일반적으로 재량행위로 인식되고 있다. [정답] ②

14. 강학상 인가에 해당하지 않는 것은?

① 공유수면매립면허

② 토지거래허가

③ 공공조합 설립인가

④ 학교법인의 임원에 대한 감독청의 취임승인처분

[착안점] 공유수면매립면허는 특허로 이해되고 있다. [정답] ①

15. 의견 제출의 기회를 부여하지 않아도 위법하지 않은 것은?

① 건축허가의 취소처분 ② 과태료의 부과처분

③ 단란주점영업허가의 거부처분 ④ 공무원의 징계처분

[착안점] 판례는 거부처분은 의견제출제도와 무관한 것으로 본다. [정답] ③

16. A지방경찰청장은 음주운전을 이유로 B에 대하여 2000년 11월 24일자 면허정지처분통지서(집행예정일은 같은 해 12월 2일부터)를 C경찰서장을 통해 발송하였으나 주소불명으로 반송되었다. 이에 C경찰서장은 소재수사를 통해 B에게 이 사실을 통지하였다. B는 2001년 2월 6일 위 경찰서에 자진 출석하여 자기의 편의에 따라 다음 날부터 30일간 면허정지처분을 받겠다고 하여 그 정지 기간을 2001년 2월 7일부터 같은 해 3월 8일까지로 구두통지하였다. 그런데 B는 정지처분을 받고도 2월 7일 11시 00분~01시 30분경 당시 근무하던 X택시회사의 영업용택시를 운전하였다. 이 경우 B의 영업용택시운전은 운전면허정지기간중의 운전에 해당하는가?

[착안점] 구두통지의 처분은 무효인 처분인가 취소할 수 있는 처분인가?

[정답] 정지처분은 무효인 처분이므로 운전면허정지기간중의 운전에 해당하지 아니한다.

17. 행정행위의 효력에 관련된 설명으로 옳지 않은 것은?

① 무효인 행정행위에도 불가변력은 발생한다.

② 위법한 처분에 대한 불복기간이 경과한 경우에도, 처분의 상대방은 국가배상청구로 손해를 전보 받을 수 있다.

③ 행정행위의 불가변력은 행정심판의 재결과 같은 준사법적 행위에 발생한다는 것이 전통적 견해이다.

④ 행정행위의 자력집행력은 행정행위의 내재적 속성이 아니라 법률에서 집행력을 인정하는 규정이 있어야 한다는 것이 일반적 견해이다.

[착안점] 무효인 행정행위에는 아무런 효과도 발생하지 아니한다. [정답] ①

18. 행정행위의 하자에 관한 설명으로 타당하지 않은 것은?

① 하자의 유무의 판단의 기준시점은 처분시이다.

② 단순한 오기는 하자로 보지 아니한다.

③ 행정행위의 부존재에 관한 소송은 인정되지 아니한다.

④ 행정행위의 부존재의 경우에는 아무런 법적 효과도 발생하지 아니한다.

[착안점] 행정소송법은 부존재확인소송도 인정한다. [정답] ③

19. 하자 있는 행정행위에 관한 설명으로 옳은 것은?

① 행정행위의 흠이 중대하거나 명백하면 행정행위는 무효이다.

② 선행행위에 무효사유인 흠이 있으면 그 흠은 후행행위에 승계된다.

③ 무효인 행정행위도 쟁송제기기간이 지나면 더 이상 제소할 수 없다.

④ 무효인 행정행위도 행정심판이나 행정소송을 통해 무효가 확인될 때까지는 효력을 갖는다.

[정답] ②

20. A는 1990. 4. 27. 조부로부터 임야를 증여받았다. 이에 구로세무서장은 1992. 8. 16. 구 상속세법 제9조제2항 본문을 적용하여 임야의 가액을 증여 당시가 아닌 과세처분 당시를 기준으로 평가하여 증여세 및 방위세를 부과하였다. 한편, 헌법재판소는 1993. 5. 13. 증여 당시가 아니라 과세처분 당시를 과세의 기준으로 하는 구 상속세법 제9조제2항 본문이 헌법에 위반된다는 결정을 선고하였다. 이에 A는 소송요건을 갖추고서 과세처분(증여세 및 방위세 부과처분)의 무효를 이유로 부당이득금반환청구소송을 제기하였다. A의 청구는 과연 인용될 것인가?

[착안점] 과세처분 시 하자는 중대하였으나 명백하지는 않았다.

[정답] 과세처분은 취소할 수 있는 행위이지 무효행위가 아니므로 무효를 이유로 한 부당이득금반환청구소송에서 승소할 수 없다.

21. 행정행위의 취소와 철회에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

① 행정행위의 취소는 그 성립에 흠이 있음에도 불구하고 일단 유효하게 성립한 행정행위의 효력을 상실시키는 행위이다.

② 행정행위의 철회는 적법하게 성립한 행정행위를 후발적 사유로 장래를 향하여 그 효력을 소멸시키는 행위이다.

③ 직권취소의 목적과 본질을 고려할 때 부당한 행정행위도 직권취소의 대상이 될 수 있다.

④ 법률에 특별한 규정이 없는 한 상급 감독청이 취소권을 갖지만 예외적으로 처분청도 철회권을 갖는다.

[착안점] 감독청은 철회권을 갖지 아니한다. [정답] ④

22. A시의 외곽에 토지를 소유하고 있는 甲은 A시장의 건축허가를 받아 이곳에 주택을 짓기 시작하였다. 건축허가를 받은 지 2개월 후 甲이 기초공사를 완료하였을 때 도의 감사과정에서 해당지역이 주택을 지을 수 없는 개발제한구역임이 밝혀졌다. 감독기관인 도지사는 A시장에게 甲에게 발급한 건축허가를 취소하라고 명령을 내렸다. 이에 따라 A시장은 청문절차를 거친 후 건축허가

를 취소함과 동시에 철거명령을 내렸다. 건축허가취소에 대하여 甲은 전심절차를 거친 후 취소소송을 제기하였다. 인용 여부를 논하시오. 그리고 취소소송 이외의 다른 구제수단이 있다면 사안과 관련하여 간단히 논급하시오.

[착안점] 취소의 사유가 있다고, 취소는 자유로운 것인가?

[정답] 개발제한구역의 유지는 공익상 중요하므로 승소하기 어렵다.

23. 행정행위의 부관에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

① 조건이 성취되어야 행정행위가 효력을 발생하는 조건이 정지조건이다.
② 부담을 이행하여야 주된 행정행위는 효력을 발생한다.
③ 통상적으로 부담이 조건보다 행정행위의 상대방에 유리하다.
④ 재량행위에는 법적 근거 없이 부관을 붙일 수 있다.

[착안점] 부담은 행정행위의 효력 발생과 직접 연결되어 있지 않다. [정답] ②

24. A는 B군수로부터 식품위생법령이 정하는 바에 따라 유흥주점영업허가를 받았다. 그런데 동 영업허가에서 B군수는 다음을 조건으로 달았다. 다음의 각 조건들이 적법한 것인지, 아니면 위법한 것인지를 검토하고, 만약 위법하다면 그것에 대한 쟁송방법을 말하라.

(1) 19세 미만의 자를 유흥접객원으로 고용하지 말 것.
(2) 손님차량의 주차를 위해 일정 주차공간을 허가일로부터 1개월 내에 확보할 것.
(3) 영업의 양도를 하지 말 것.
(4) 상기의 조건을 위반하면, 영업허가를 취소할 수 있음.

[착안점] (1)은 식품위생법에 규정이 있다. (2)는 식품위생법의 목적이나 사항적으로 거리가 멀다.

[정답][1] (1) 적법하다. (2) 위법하다. (3) 위법하다. (4) (1)에 국한하여 적법하다.
[2] (2)와 (3)은 부관 중 부담에 해당하므로 (2)와 (3)의 취소를 구하는 소를 제기하면 된다.

25. 공법상 계약에 관한 설명으로 옳은 것은?

① 공법상 계약에는 법률우위의 원칙이 적용되지 않는다.

② 마포구와 서대문구 사이의 도로유지비용부담에 관한 합의는 공법상 계약에 해당한다.

③ 공법상 계약에 관한 일반법이 있다.

④ 계약직 지방공무원의 채용계약은 사법상 계약이다.

[정답] ②

26. 행정지도에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

① 그 목적달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 한다.

② 상대방의 임의적 협력을 바탕으로 이루어진다.

③ 행정지도에 따르지 아니하는 상대방에게 불이익처분을 하여서는 안 된다.

④ 법률유보의 원칙이 엄격히 적용된다.

[착안점] 행정지도를 위해 법률의 근거가 있어야 하는 것은 아니다. [정답] ④

27. 다음의 물음에 답하라.

(1) A시장의 권고를 받아 건물을 신축하였으나, 사후에 건축토지가 그러한 건물을 신축할 수 없는 개발제한구역인 경우, 처벌이 가능한가?

(2) A시장은 주민건강보호를 위해 B회사의 상품이 주민의 건강을 해칠 수 있다고 경고함으로써 B회사가 도산하게 된 경우, B회사는 국가배상을 청구할 수 있는가?

(3) A시장이 B에게 이발요금을 인하할 것을 계속 종용하는 경우, B가 취소소송을 제기하면 승소할 수 있는가?

[착안점] (1) 행정지도를 따랐다고 하여 위법한 것이 적법한 것으로 바뀌지 않는다.
(2) 인과관계가 인정되면 배상청구가 가능할 것이다.
(3) 행정지도로 인해 바로 법적 효과를 가져오는 것이 아니므로 처분성을 인정하기 어렵다.

[정답] (1) 가능하다.
(2) 국가배상법 제2조제1항에 해당하면 국가배상을 청구할 수 있다.
(3) 승소할 수 없다.

28. 사법형식의 행정작용에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

① 조달행정은 간접적으로 공적 목적에 기여한다.
② 영리활동은 간접적으로 공적 목적에 기여한다.
③ 행정사법관계에서 사인의 권리침해는 공법상 당사자소송으로 구제받을 수 있다.
④ 사법형식의 행정작용에도 평등원칙은 적용된다.

[착안점] 행정사법관계에서 사인의 권리침해는 민사소송으로 구제받을 수 있다. [정답] ③

29. 주민 A와 B시장 간에 B시 소유재산인 C동 D번지의 답 251㎡에 관한 대부계약이 체결되었다가 적법하게 해지된 후 B시장이 2010. 4. 10. A에 대하여 같은 해 5월 6일까지 그 토지상의 묘목과 비닐하우스 등을 자진철거하지 아니하면 B시가 강제철거를 하거나 제3자로 하여금 이를 집행하게 하고 그 비용을 징수하겠다는 내용의 대집행계고처분을 서면으로 통지하였다. 이에 A는 B시장의 대집행계고처분무효확인을 구하였다. A의 승소가능성은?

[착안점] 대부계약은 사법적용이므로 행정소송이 아니라 민사소송으로 다투어야 한다.

[정답] 승소하기 어렵다.

30. 행정절차법상 규정내용이 아닌 것은?

① 행정지도절차 ② 행정예고절차
③ 행정응원절차 ④ 행정조사절차

[착안점] 행정조사는 행정조사기본법에서 규정되고 있다. [정답] ④

31. A군수는 온천지구임을 간과하고 2005. 3. 29. B의 지하수개발·이용신고를 수리하였다. 그 후 2005년 10월 A군수는 B에게 자진하여 폐공하라고 권유하면서, 만약 자진하여 폐공하지 아니하면 지하수개발이용수리취소 및 원상복구명령을 할 것이라고 지도하였고, B는 이에 자진하여 폐공하겠다고 약속하였다. 그러나 B가 이를 따르지 아니하자 A군수는 2006. 2. 4. 위 신고수리처분을 취소하고 원상복구명령을 발하였다. 이에 B는 A가 의견 제출의 기회를 주지 아니하고 지하수개발이용수리취소 및 원상복구명령을 한 것은 위법하다고 하면서 취소소송을 제기하였다. B의 청구의 인용가능성은?

[착안점] 침익적 처분을 위해서는 반드시 의견 제출의 기회를 부여하여야 한다.

[정답] 승소할 수 있다.

Ⅳ

행정작용의 실효성 확보

Ⅳ. 행정작용의 실효성 확보

행정의 행위형식이 공행정목적의 실현을 위하여 행정권이 도입하는 수단이기는 하나 그 자체만으로 언제나 국민이 이에 응한다고 할 수는 없다. 이 때문에 행정의 상대방인 국민이 자신에 부여된 의무를 준수·이행하지 않는 경우에는 행정권이 이를 강제적으로 실현하는 수단의 도입이 불가피하게 된다. 이러한 수단을 학문상으로 행정작용의 실효성확보수단 또는 행정법상 의무이행확보수단이다. 주로 행정벌, 행정상강제집행, 행정상즉시강제, 행정조사, 그리고 기타 금전·행정적 제재 등 여러 가지 수단이 있다. 이하에서 개관해 보기로 한다.

1. 행정벌

가. 행정벌의 의의

1) 행정벌의 개념

행정벌이란 행정의 상대방인 국민이 행정법상 의무를 위반하는 경우에 행정권에 의하여 그 의무 위반자에게 과해지는 제재로서의 처벌을 의미한다.

2) 행정벌의 법적 근거

행정벌도 처벌의 한 종류이므로 죄형법정주의 원칙상 당연히 법률의 근거를 요한다.

나. 행정벌의 종류

행정벌에는 행정형벌(사형·징역·금고·벌금·구류·과료)과 행정질서벌(과태료)이 있다.

참고 판례

어떤 행정법규 위반행위에 대하여 이를 단지 간접적으로 행정상의 질서에 장해를 줄 위험성이 있음에 불과한 경우로 보아 행정질서벌인 과태료를 과할 것인가 아니면 직접적으로 행정목적과 공익을 침해한 행위로 보아 행정형벌을 과할 것인가, 그리고 행정형벌을 과할 경우 그 법정형의 형종(刑種)과 형량(刑量)을 어떻게 정할 것인가는 당해 위반행위가 위의 어느 경우에 해당하는가에 대한 법적 판단을 그르친 것이 아닌 한 그 처벌내용은 기본적으로 입법권자가 제반사정을 고려하여 결정할 입법재량에 속하는 문제라고 할 수 있다(헌재 1994.4.28. 91헌바14).

1) 행정형벌

가) 의의

행정형벌이란 형법에 규정되어 있는 형명(刑名)의 벌(사형·징역·금고·벌금·구류)이 가해지는 행정벌을 의미한다. 행정형벌은 원칙적으로 형법총칙이 적용된다.

참고 판례

행정상의 단속을 주안으로 하는 법규라 하더라도 명문규정이 있거나 해석상 과실범도 벌할 뜻이 명확한 경우를 제외하고는 형법의 원칙에 따라 고의가 있어야 벌할 수 있다(대판 1986.7.22. 85도108).

나) 처벌절차

① 행정형벌의 처벌절차는 형벌과 마찬가지로 형사소송법에 의하는 것이 원칙이다.

다만 ② 조세범·교통사범·관세범·출입국사범의 경우에는 통고처분제도가 인정된다. 범법자가 통고처분대로 이행하면 재판절차는 도입되지 아니한다. 범법자가 통고처분에 불복하면 일반절차(정식재판)로 넘어가게 된다.

참고 판례

통고처분은 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 아니므로 그 처분의 취소를 구하는 소송은 부적법하다(대판 1995.6.29. 95누4674).

2) 행정질서벌

가) 의의

일반사회의 법익에 직접 영향을 미치지는 않으나 정상의 질서에 장해를 야기할 우려가 있는 의무위반에 대해 과태료가 가해지는 제재를 말한다.

나) 법적 근거

행정질서벌의 일반법으로 질서위반행위규제법이 제정되었다(시행일 2008.6.22). 질서위반행위규제법에서 말하는 모든 질서위반행위가 행정질서벌에 해당하는 것은 아니고, 다만 행정법의 영역에서 이루어지는 질서위반행위만이 행정질서벌에 해당한다.

다) 질서위반행위의 성립 등

① 고의 또는 과실이 없는 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다(동법 제7조).

② 14세가 되지 아니한 자의 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다. 다만, 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다(동법 제9조).

③ 법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인·사용인 그 밖의 종업원이 업무에 관하여 법인 또는 그 개인에게 부과된 법률상의 의무를 위반한 때에는 법인 또는 그 개인에게 과태료를 부과한다(동법 제11조제1항).

④ 과태료는 행정청의 과태료 부과처분이나 법원의 과태료 재판이 확정된 후 5년간 징수하지 아니하거나 집행하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다(동법 제15조제1항).

라) 과태료의 부과·징수의 절차

① 행정청이 질서위반행위에 대하여 과태료를 부과하고자 하는 때에는 미리 당사자(제11조제2항에 따른 고용주 등을 포함한다. 이하 같다)에게 대통령령으로 정하는 사항을 통지하고, 10일 이상의 기간을 정하

여 의견을 제출할 기회를 주어야 한다. 이 경우 지정된 기일까지 의견 제출이 없는 경우에는 의견이 없는 것으로 본다(질서법 제16조제1항).

② 행정청은 제16조의 의견 제출 절차를 마친 후에 서면으로 과태료를 부과하여야 한다(질서법 제17조제1항). 제1항에 따른 서면에는 질서위반행위·과태료 금액, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 명시하여야 한다(질서법 제17조제2항).

③ 행정청은 질서위반행위가 종료된 날(다수인이 질서위반행위에 가담한 경우에는 최종행위가 종료된 날을 말한다)부터 5년이 경과한 경우에는 해당 질서위반행위에 대하여 과태료를 부과할 수 없다(질서법 제19조제1항).

④ 행정청의 과태료 부과에 불복하는 당사자는 제17조제1항에 따른 과태료 부과 통지를 받은 날부터 60일 이내에 해당 행정청에 서면으로 이의제기를 할 수 있다(질서법 제20조제1항). 제1항에 따른 이의제기가 있는 경우에는 행정청의 과태료 부과처분은 그 효력을 상실한다(질서법 제20조제2항). 당사자는 행정청으로부터 제21조제3항에 따른 통지를 받기 전까지는 행정청에 대하여 서면으로 이의제기를 철회할 수 있다(질서법 제20조제3항).

참고

질서위반행위규제법 시행 전까지는 행정질서벌의 처벌절차는 비송사건절차법에 따라 범법자의 주소지를 관할하는 지방법원이 부과함이 원칙이었고(비송사건절차법 제247조·제248조), 경우에 따라서는 1차적으로 주무부장관이나 시·도지사 등이 부과하고, 상대방이 이의를 제기하면 2차적으로 관할지방법원이 과태료를 부과토록 한 경우도 적지 아니하였다. 그러나 2008.6.22.부터 행정질서벌의 처벌절차는 질서위반행위규제법이 정하는 바에 의한다.

마) 처벌절차

과태료의 부과·징수, 재판 및 집행 등의 절차는 질서위반행위규제법이 정하는 바에 의한다. 과태료의 부과·징수, 재판 및 집행 등의 절차에 관한 다른 법률의

규정 중 이 법(질서위반행위규제법)의 규정에 저촉되는 것은 이 법으로 정하는 바에 따른다(질서위반행위규제법 제5조).

2. 행정상 강제집행

가. 행정상 강제집행의 의의

1) 행정상 강제집행의 개념

행정상 강제집행이란 행정법상 개별 구체적인 의무의 불이행이 있는 경우에 행정권이 의무자의 신체 또는 재산에 직접 실력을 가하여 그 의무를 이행하거나 또는 그 의무가 이행된 것과 같은 상태를 실현하는 공행정작용을 말한다.

2) 행정상 강제집행의 법적 근거

강제집행 또한 국민의 기본권에 침해를 가져오기 쉬운 것이므로 반드시 법률의 근거를 요한다.

나. 행정상 강제집행의 종류

강제집행은 다시 ① 대집행(예, 철거명령을 따르지 않은 무허가건물의 강제철거), ② 행정상 강제징수(예, 미납된 세금의 강제징수), ③ 강제금, ④ 직접강제(예, 해군 작전구역 내에 정박하는 선박의 작전수역 외로 강제이동) 등으로 구분된다.

1) 대집행

가) 의의

대집행이란 대체적 작위의무, 즉 타인이 대신하여 행할 수 있는 의무의 불이행이 있는 경우 당해 행정청이 불이행된 의무를 스스로 행하거나 제3자로 하여금 이행하게 하고, 그 비용을 의무자로부터 징수하는 것을 말한다.

참고 판례

행정대집행법이 판결 등의 채무명의 없이 행정대집행을 할 수 있다고 규정하였다 하여 헌법에 위반된다 할 수 없다(대판 1968.3.19. 63누172).

나) 법적 근거

대집행에 대한 일반법으로 행정대집행법이 있고, 특별법으로 건축법 제85조, 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제89조 등을 볼 수 있다.

다) 절차

행정대집행법상 대집행은 ① 계고, ② 대집행영장 통지, ③ 대집행의 실행, ④ 비용의 징수 순으로 이루어진다.

라) 권리보호

강제집행에 이의가 있는 자는 법령이 정하는 바에 따라 행정쟁송(행정심판·행정소송)을 제기할 수 있다. 물론 경우에 따라서는 손해배상을 청구할 수도 있다.

참고 판례

본조(행정대집행법 제3조) 제1항의 계고처분은 그 처분 자체만으로는 행정적 법률효과를 발생하는 것은 아니나, 본조제2항의 대집행영장을 발급하고 대집행을 하는데 전제가 되는 것이므로 행정처분이라 할 수 있다(대판 1962.10.18. 62 누117).

2) 행정상 강제징수

가) 의의

행정상 강제징수란 사인이 국가 또는 지방자치단체에 대해 부담하고 있는 공법상 금전급부의무를 불이행한 경우에 행정청이 강제적으로 그 의무가 이행된 것과 같은 상태를 실현하는 작용을 말한다.

나) 법적 근거

국세징수법이 행정상 강제징수에 관한 일반법은 아니지만, 실제상으로는 국세징수법이 일반법으로 기능을 하고 있다.

다) 절차

국세징수법상 강제징수는 독촉·압류·매각·청산의 단계로 이루어진다. 압류와 매각, 그리고 청산을 합하여 체납처분이라 부른다.

라) 권리보호

행정상 강제징수에 관하여 불복이 있을 때에는 개별법령에 특별규정이 있다면 그에 따라 다툴 수 있을 것이고, 만약 특별규정이 없다면 국세기본법·행정심판법·행정소송법이 정하는 바에 따라 행정상 쟁송을 제기할 수 있다. 강제징수로 인해 법률상 이익이 침해된 자만이 불복할 수 있음은 물론이다.

참고 판례

체납자는 국세징수법 제66조에 의하여 직접이든 간접이든 압류재산을 매수하지 못함에도, 국세징수법이 압류재산을 공매할 때 공고와 별도로 체납자 등에게 공매통지를 하도록 한 이유는, 체납자 등에게 공매절차가 유효한 조세부과처분 및 압류처분에 근거하여 적법하게 이루어지는지 여부를 확인하고 이를 다툴 수 있는 기회를 주는 한편, 국세징수법이 정한 바에 따라 체납세액을 납부하고 공매절차를 중지 또는 취소시켜 소유권 또는 기타의 권리를 보존할 수 있는 기회를 갖도록 함으로써, 체납자 등이 감수하여야 하는 강제적인 재산권 상실에 대응한 절차적인 적법성을 확보하기 위한 것이다. 따라서 체납자 등에 대한 공매통지는 국가의 강제력에 의하여 진행되는 공매에서 체납자 등의 권리 내지 재산상의 이익을 보호하기 위하여 법률로 규정한 절차적 요건이라고 보아야 하며, 공매처분을 하면서 체납자 등에게 공매통지를 하지 않았거나 공매통지를 하였더라도 그것이 적법하지 아니한 경우에는 절차상의 흠이 있어 그 공매처분은 위법하다(대판 2008.11.20, 2007두18154).

3) 강제금(집행벌)

가) 의의

이행강제금은 시정명령(예, 광고물 등의 제거 기타 필요한 조치명령, 위법건축물에 대한 시정명령, 부설주차장을 다른 용도로 사용하거나 본래의 기능을 유지하지 아니하는 경우에 하는 원상회복 명령 등)을 받고도 이를 이행하지 아니한

자에 대하여 부과하는 시정명령 이행확보 수단이다.

참고 판례

이 사건 법률조항에서 규정하고 있는 이행강제금은 일정한 기한까지 의무를 이행하지 않을 때에는 일정한 금전적 부담을 과할 뜻을 미리 계고함으로써 의무자에게 심리적 압박을 주어 장래에 그 의무를 이행하게 하려는 행정상 간접적인 강제집행 수단의 하나로서 과거의 일정한 법률위반 행위에 대한 제재로서의 형벌이 아니라 장래의 의무이행의 확보를 위한 강제수단일 뿐이어서 범죄에 대하여 국가가 형벌권을 실행한다고 하는 과벌에 해당하지 아니하므로 헌법 제13조 제1항이 금지하는 이중처벌금지의 원칙이 적용될 여지가 없을 뿐 아니라, 건축법 제108조, 제110조에 의한 형사처벌의 대상이 되는 행위와 이 사건 법률조항에 따라 이행강제금이 부과되는 행위는 기초적 사실관계가 동일한 행위가 아니라 할 것이므로 이런 점에서도 이 사건 법률조항이 헌법 제13조 제1항의 이중처벌금지의 원칙에 위반되지 아니한다(헌재 2011.10.25, 2009헌바140).

나) 법적 근거

현행법상 강제금에 관한 규정은 건축법, 주차장법, 옥외광고물 등 관리법, 농지법, 부동산 실권리자 명의 등기에 관한 법률에서 볼 수 있다. 침익적 행정행위에 속하므로 법령에 근거 없는 강제금제도를 인정할 수 없음은 자명하다.

참고 판례

이행강제금 부과처분은 침익적 행정행위에 속하므로 그 부과요건, 부과대상, 부과금액, 부과회수 등이 법률로써 엄격하게 정해져야 하고, 이행강제금 부과의 전제가 되는 시정명령도 그 요건이 법률로써 엄격하게 정해져야 한다(헌재 2000.3.30. 98헌가8).

다) 절차

① 부과권자는 이행강제금을 부과하기 전에 상당한 이행 기간을 정하여 그 기한까지 이행되지 아니할 때에는 이행강제금을 부과·징수한다는 뜻을 당해 관리자 등에게 미리 문서로써 계고하여야 한다.

② 이행강제금을 부과하는 때에는 이행강제금의 금액·부과사유(위반사실 및 법적 근거)·납부기한·수납기관, 이의제기방법 및 이의제기기간 등을 명시한 문서로써 하여야 한다.

③ 건축법·주차장법·옥외광고물 등 관리법에 의한 이행강제금은 최초의 시정명령이 있은 날을 기준으로 하여 1년에 2회 이내의 범위 안에서 당해 시정명령이 이행될 때까지 반복하여 이행강제금을 부과·징수할 수 있다. 다만, 총 부과 횟수를 제한하고 있는 사례가 있다(건축법 제80조제4항, 주차장법 제32조제4항).

참고 판례

이행강제금은 위법건축물의 원상회복을 궁극적인 목적으로 하고, 그 궁극적인 목적을 달성하기 위해서는 위법건축물이 존재하는 한 계속하여 부과할 수밖에 없으며, 만약 통산부과 횟수나 통산부과상한액의 제한을 두면 위법건축물의 소유자 등에게 위법건축물의 현상을 고착할 수 있는 길을 열어주게 됨으로써 이행강제금의 본래의 취지를 달성할 수 없게 될 수 있으므로, 건축법 제83조제4항이 "허가권자는 최초의 시정명령이 있은 날을 기준으로 하여 1년에 2회의 범위 안에서 당해 시정명령이 이행될 때까지 반복하여 이행강제금을 부과·징수할 수 있다."고 규정하였다고 하여 과잉금지원칙에 반한다고 할 수도 없다(헌재 2004.2.26. 2001헌바80,84,102,103, 2002헌바26 참조).

④ 부과권자는 시정명령을 받은 자가 이를 이행하는 경우에는 새로운 이행강제금의 부과를 즉시 중지하되, 이미 부과된 이행강제금은 이를 징수하여야 한다.

참고 판례

이행강제금 부과처분 후 그 부과처분을 받은 자가 시정명령을 이행한 경우에도 이행강제금의 징수만이 중지될 뿐이고 그 이행이 부과처분의 취소사유가 되는 것은 아니다(대결 1995.7.21. 94마1415 결정).

⑤ 이행강제금 부과처분을 받은 자가 이의를 제기하지 아니하고 이행강제금을 기한 내에 납부하지 아니한 때에는 지방세 체납처분의 예에 따라 이를 징수한다.

라) 권리보호

강제금부과처분에 불복이 있는 자는 개별 법률이 정하는 바에 따라 다툴 수 있다. 개별 법률에 특별히 정하는 바가 없다면, 행정심판법이나 행정소송법이 정하는 바에 따라 다툴 수 있다.

4) 직접강제

가) 의의

직접강제란 의무자가 의무를 불이행할 때, 행정기관이 직접 의무자의 신체·재산에 실력을 가하여 의무자가 직접 의무를 이행한 것과 같은 상태를 실현하는 작용을 말한다. 직접강제는 의무불이행을 전제로 하는 점에서 그것을 전제로 하지 않는 행정상 즉시강제와 다르다(예, 강제예방접종실시, 촬영금지지역에서 촬영한 필름 압수).

나) 법적 근거

권력적작용이므로 반드시 법률에 근거가 있어야 한다. 직접강제에 관한 일반법은 없고, 개별법에서 규정하고 있다(공중위생관리법 제11조, 관광진흥법 제36조, 먹는물관리법 제46조, 식품위생법 제79조, 음악산업 진흥에 관한 법률 제29조, 축산물위생관리법 제38조, 도로교통법 제71조 및 제72조, 방어해면법 제7조 등).

다) 절차

개별법률이 정한 바에 따르면 된다. 여기서는 영업소의 폐쇄조치에 대하여 살펴본다.

① 폐쇄조치는 일반적으로 ㉠ 허가를 받지 않고 영업을 하거나, ㉡ 허가가 취소된 후에 계속하여 영업을 하는 때, ㉢ 영업정지명령을 받고도 계속하여 영업을 하는 때에 당해 영업소를 폐쇄하는 실력행사 조치이다.

② 폐쇄조치를 하고자 하는 경우에는 미리 당해 영업자 또는 그 대리인에게 서면으로 알려주어야 한다. 다만, 법령이 정하는 급박한 사유가

있는 때에는 그러하지 아니하다.

③ 폐쇄조치의 내용은 ㉠ 간판 기타 영업표지물의 제거·삭제, ㉡ 적법한 영업소가 아님을 알리는 게시물의 부착, ㉢ 영업에 필요한 기구 또는 시설물 등을 사용할 수 없게 하는 봉인 등이다.

④ 폐쇄조치는 그 영업을 할 수 없게 함에 필요한 최소한의 범위에 그쳐야 한다(관광진흥법 제36조제4항, 먹는물관리법 제46조제4항, 식품위생법 제79조제4항 등).

⑤ 영업소를 폐쇄하는 관계공무원은 그 권한을 나타내는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다(관광진흥법 제36조제5항, 먹는물관리법 제46조제5항).

⑥ 봉인을 한 후 봉인을 계속할 필요가 없다고 인정되거나 사업자 또는 그 대리인이 정당한 사유로 봉인의 해제를 요청하는 때에는 그 봉인을 해제할 수 있다. 게시물 등의 부착을 제거하는 경우에도 또한 같다(관광진흥법 제36조제2항, 먹는물관리법 제46조제2항).

⑦ 폐쇄명령을 받은 자(법인인 경우에는 그 대표자를 포함)는 그 폐쇄명령을 받은 후 일정기간이 지나지 아니한 때에는 같은 종류의 영업을 할 수 없도록 규정한 경우도 있고, 누구든지 폐쇄명령이 있은 후 일정기간이 지나지 아니한 때에는 동일 장소에서 같은 종류의 영업을 할 수 없도록 규정한 경우도 있다(공중위생관리법 제11조의4).

라) 권리보호

직접강제에 이의가 있는 자는 법령이 정하는 바에 따라 행정쟁송(행정심판·행정소송)을 제기할 수 있다. 물론 경우에 따라서는 손해배상을 청구할 수도 있다.

3. 행정상 즉시강제

가. 즉시강제의 의의

1) 즉시강제의 개념

전통적으로 행정상 즉시강제란 행정상 장해가 존재하거나 장해의 발생이 목전에 급박한 경우에 성질상 개인에게 의무를 명해서는 공행정 목적을 달성할 수 없거나, 또는 미리 의무를 명할 시간적 여유가 없는 경우에, 개인에게 의무를 명함이 없이 행정기관이 직접 개인의 신체나 재산에 실력을 가해 행정상 필요한 상태의 실현을 목적으로 하는 작용으로 이해되고 있다(예, 마약중독자의 강제수용, 감염병 환자의 강제입원, 경찰관의 위험의 방지를 위한 출입 등).

2) 즉시강제의 법적 근거

행정상 즉시강제 역시 국민의 자유나 재산에 침해를 가져오는 것이므로 법적인 근거를 요한다. 말하자면 행정상 즉시강제의 경우에도 법률의 유보의 원칙은 적용된다. 즉시강제에 관한 법률로 경찰관직무집행법·소방기본법(제25조)·감염병의 예방 및 관리에 관한 법률(제42조) 등을 볼 수 있다.

나. 즉시강제의 수단

행정상 즉시강제의 수단으로는 경찰관직무집행법상 보호조치(제4조)·위험발생의 방지(제5조)·범죄의 예방과 제지(제6조)·임시영치(제4조제3항)·위험방지조치(제5조제1항·제6조제1항) 등이 있고, 그 밖의 법률에서 물건의 수거(청소년보호법 제36조제2항)·물건의 제거(소방기본법 제25조) 등을 볼 수 있다.

다. 즉시강제의 한계

1) 실체법상 한계

행정상 즉시강제는 ① 기존의 장해나 목전에 급박한 장해를 예방하기 위해서만 발동될 수 있고(장해의 현재성), ② 위험의 방지라는 소극목적으로만 발동될 수 있고(목적의 소극성), ③ 다른 적합한 수단이 없어야만 도입될 수 있고(보충성의 원칙), ④ 행정상 즉시강제가 도입된다고 하여도 비례원칙의 적용을 받는다.

2) 절차법상 한계

원칙적으로 행정상 즉시강제에도 영장주의는 적용된다. 다만 불가피한 경우에는 예외적으로 영장주의가 배제될 수도 있겠다. 그러나 예외가 인정되는 경우에도 행정상 즉시강제가 형사책임의 추궁과 관련을 갖는 것으로서 침해가 계속되거나 개인의 신체·재산·가택에 중대한 침해를 가할 수 있는 경우에는 반드시 사후에라도 영장을 요한다고 볼 것이다.

참고 판례

영장주의가 행정상 즉시강제에도 적용되는지에 관하여는 논란이 있으나, 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. 만일 어떤 법률조항이 영장주의를 배제할 만한 합리적인 이유가 없을 정도로 급박성이 인정되지 아니함에도 행정상 즉시강제를 인정하고 있다면, 이러한 법률조항은 이미 그 자체로 과잉금지의 원칙에 위반되는 것으로서 위헌이라고 할 것이다(헌재 2002.10.31, 2000헌가12).

라. 즉시강제와 권리보호

① 적법한 즉시강제로 인해 특별한 희생을 입은 자는 손실보상을 청구할 수 있다고 보아야 한다.

② 위법한 즉시강제가 있는 경우에는 행정상 쟁송의 제기와 행정상 손해배상의 청구가 가능하다. 행정상 손해배상의 청구는 공법상 당사자소송에 해당하지만, 실무상으로는 민사소송으로 다루어지고 있다.

그밖에 사인의 정당방위(자력구제), 공무원에 대한 형사책임·징계책임제도도 사인의 권리보호에 직·간접으로 기능한다고 볼 것이다.

4. 행정조사

가. 행정조사의 개념

행정조사란 행정기관이 정책을 결정하거나 직무를 수행하는 데 필요한 정보나 자료를 수집하기 위하여 현장조사·문서열람·시료채취 등을 하거나 조사대상자에게 보고요구·자료제출요구 및 출석·진술요구를 행하는 활동을 말한다(행정조사기본법 제2조 제1호).

개별법에서는 "검사", "출입·검사", "출입·검사와 수거", "감독" 등으로 표현하고 있다.

나. 행정조사의 법적 근거

행정조사에 관한 일반법으로 행정조사기본법이 있다(동법 제3조제1항).

행정조사는 개별법에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에 한하여 실시할 수 있다. 단, 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우에는 그렇지 않다(동법 제5조). 행정조사를 규정하고 있는 개별법의 예는 다음과 같다. 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률 제37조, 공중위생관리법 제9조, 관광진흥법 제78조, 농약관리법 제24조, 마약류관리에관한법률 제41조, 먹는물관리법 제42조, 비료관리법 제24조제2항, 석유 및 석유대체연료 사업법 제38조, 석탄산업법 제36조, 액화석유가스의 안전관리 및 사업법 제38조제1항, 약사법 제69조, 주차장법 제25조, 폐기물관리법 제39조 등.

다. 행정조사의 기본원칙(행정조사기본법 제4조)

① 행정조사는 조사목적을 달성하는데 필요한 최소한의 범위 안에서 실시하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용하여서는 아니 된다.

② 행정기관은 조사목적에 적합하도록 조사대상자를 선정하여 행정조사를 실시하여야 한다.

③ 행정기관은 유사하거나 동일한 사안에 대하여는 공동조사 등을 실시함으로써 행정조사가 중복되지 아니하도록 하여야 한다.

④ 행정조사는 법령 등의 위반에 대한 처벌보다는 법령 등을 준수하도록 유도하는 데 중점을 두어야 한다.

⑤ 다른 법률에 따르지 아니하고는 행정조사의 대상자 또는 행정조사의 내용을 공표하거나 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니 된다.

⑥ 행정기관은 행정조사를 통하여 알게 된 정보를 다른 법률에 따라 내부에서 이용하거나 다른 기관에 제공하는 경우를 제외하고는 원래의 조사목적 이외의 용도로 이용하거나 타인에게 제공하여서는 아니 된다.

라. 행정조사의 종류

행정조사는 관점에 따라 ① 정기조사·수시조사(행정조사기본법 제7조), ② 공동조사(행정조사기본법 제14조)·단독조사, ③ 권력적 조사·비권력적 조사, ④ 직접조사·간접조사, ⑤ 대인적 조사·대물적 조사·대가택조사, ⑥ 경찰상 조사·경제행정상 조사·교육행정상 조사 등으로 구분할 수 있다.

마. 조사방법(행정조사기본법 제4조)

① 출석·진술 요구 : 행정기관의 장이 조사대상자의 출석·진술을 요구한다.

② 보고요구와 자료제출의 요구 : 행정기관의 장은 조사대상자에게 조사사항에 대하여 보고를 요구하거나, 장부·서류·기타 자료의 제출을 요구한다.

③ 현장조사 : 조사원이 가택·사무실 또는 사업장 등에 출입하여 현장조사를 하는 조사원은 그 권한을 나타내는 증표를 지니고 이를 조사대상자에게 내보여야 한다.

④ 시료채취 : 조사원이 조사목적의 달성을 위하여 시료채취를 하는 경우에는 시료의 소유자 및 관리자의 정상적인 경제활동을 방해하지 아니하는 범위 안에서 최소한도로 하여야 한다. 행정기관의 장은 시료채취로 조사대상자에게 손실을 입힌 때에는 그 손실을 보상하여야 한다.

⑤ 영치 : 조사원이 현장조사 중에 자료 등(자료·서류·물건 등)을 영치하는 때에는 조사대상자 또는 그 대리인을 입회시켜야 한다.

- 자료 등을 영치하는 경우에 조사대상자의 생활이나 영업이 사실상 불가능하게 될 우려가 있는 때에는 조사원은 자료 등을 사진으로 촬영하거나 사본을 작성하는 등의 방법으로 영치에 갈음할 수 있다. 다만, 증

거인멸의 우려가 있는 자료 등을 영치하는 경우에는 그러하지 아니하다.

- 조사원이 영치를 완료한 때에는 영치조서 2부를 작성하여 입회인과 함께 서명날인하고 그 중 1부를 입회인에게 교부하여야 한다.
- 행정기관의 장은 영치한 자료 등이 검토한 결과 당해 행정조사와 관련이 없다고 인정되는 경우와 당해 행정조사의 목적의 달성 등으로 영치의 필요성이 없게 된 경우에는 이를 즉시 반환하여야 한다.

바. 사전통지(행정조사기본법 제17조)

행정조사를 실시하고자 하는 행정기관의 장은 출석요구서, 보고요구서·자료제출요구서 또는 현장출입조사서를 조사개시 7일 전까지 조사대상자에게 서면으로 통지하여야 한다.

다만, ① 증거인멸 등으로 행정조사의 목적을 달성할 수 없다고 판단되는 경우, ②「통계법」 제3조 제2호에 따른 지정통계의 작성을 위하여 조사하는 경우, ③ 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우에는 행정조사의 개시와 동시에 출석요구서 등을 조사대상자에게 제시하거나, 행정조사의 목적 등을 조사대상자에게 구두로 통지할 수 있다.

사. 거부·방해·기피

정당한 행정조사를 거부·방해 또는 기피한 자는 징역·벌금 또는 과태료에 처한다(축산물가공처리법 제45조 제4항 제4호, 하수도법 제80조 제3항 제28호).

아. 행정조사와 권리보호

위법한 조사에 대해서는 행정상 쟁송을 제기할 수도 있고, 경우에 따라서는 손해배상을 청구할 수도 있다.

5. 기타수단

가. 금전상 제재

1) 과징금

가) 의의

과징금 처분은 영업정지를 명하여야 하는 경우에 그 영업의 정지가 당해 사업의 이용자 등에게 심한 불편을 주거나 기타 공익을 해할 우려가 있는 때에는 영업정지 처분 대신에 일정한 금전적 부담을 가함으로써 간접적으로 의무 이행을 확보하려는 제도이다.

나) 법적 근거

과징금부과행위 역시 그 자체 침익적인 행정행위이므로 법률유보의 원리상 법률의 근거를 요한다. 현재로서 과징금에 관한 일반법은 없고, 개별법이 다수 있다(공중위생관리법 제11조의2, 관광진흥법 제37조, 비료관리법 제21조, 석유 및 석유대체연료사업법 제35조, 석탄산업법 제21조제4항, 식품위생법 제82조, 약사법 제81조, 음악산업진흥에 관한 법률 제28조, 자동차관리법 제74조, 주차장법 제24조, 축산물위생관리법 제28조 등). 부과금을 규정하는 법률로 대기환경보전법 제35조·수질 및 수생태계 보전에 관한 법률 제41조 등이 있다.

다) 절차

① 과징금의 산정기준, 부과징수 절차는 개별법령이 정한 바에 따른다.

② 시행령 또는 시행규칙의 별표로 규정하고 있는 “위반행위의 종별에 따른 과징금 부과기준”의 법적 성격은 법규명령이다.

과징금 금액의 의미는 법령에서 감경 규정을 두고 있는 경우에는 그 금액은 정액이 아니고 최고한도액이다. 감경규정이 없더라도 모법의 위임규정의 내용과 취지 및 헌법상의 과잉금지의 원칙과 평등의 원칙 등에 비추어 같은 유형의 위반행위라 하더라도 그 규모나 기간·사회적 비난 정도·위반행위로 인하여 다른 법률에 의하여 처벌받은 다른 사정·행위자의 개인적 사정 및 위반행위로 얻은

불법이익의 규모 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 사안에 따라 적정한 과징금의 액수를 정하여야 할 경우에는 그 금액은 정액이 아니라 최고한도액이다(대판 2001.3.9. 99두5207).

③ 과징금은 분할하여 납부할 수 없다(관광진흥법시행령 제35조 제5항).

④ 과징금을 기한 내에 납부하지 아니한 경우에 대한 조치는 개별법상 여러 가지가 있다. 즉, ㉠ 지방세의 체납처분의 예에 따라 징수하는 경우(주차장법 제24조의2 제2항) ㉡ 과징금부과처분을 취소하고 사업정지처분을 하지만 폐업 등으로 사업정지처분을 할 수 없는 경우에는 국세 또는 지방세 체납처분의 예에 따라 징수하는 경우(석유 및 석유대체연료사업법 제35조 제5항), ㉢ 과징금 부과처분을 취소하고 업무정지처분을 하거나 국세 또는 지방세 체납처분의 예에 따라 징수하지만 다만, 폐업 등으로 영업정지 처분을 할 수 없는 때에는 지방세의 체납처분의 예에 따라 이를 징수하는 경우(약사법 제81조 제4항) 등이 있다.

2) 가산세

가산세란 세법에 규정하는 의무의 성실한 이행을 확보하기 위하여 그 세법에 의하여 산출한 세액에 가산하여 징수하는 금액을 말한다(국세기본법 제2조 제4호). 가산세부과 역시 법률의 근거를 요한다. 가산세제도는 납세의무의 성실한 이행을 확보하기 위한 수단이다.

참고 판례

법인세법상 가산세는 과세의 적정을 기하기 위하여 납세의무자인 법인으로 하여금 성실한 과세표준의 신고 및 세액의 납부의 의무를 부과하면서 그 확보책으로 그 의무이행을 게을리 하였을 경우에 가해지는 일종의 행정상의 제재라고 할 것이다. 이와 같은 제재는 단순한 법률의 부지나 오해의 범위를 넘어 세법의 해석상 이의(異意)로 인한 견해의 대립이 있는 등으로 말미암아 납세의무자가 그 의무를 알지 못하는 것이 무리가 아니라고 할 수 있어서 그를 정당시할 수 있는 사정이 있을 때 또는 그 의무의 이행을 도저히 당사자에게 기대할 수 없다고 평가되는 사정이 있을 때와 같이 그 의무를 게을리 한 점을 탓할 수 없는 정당한 사유가 있는 경우에는 이를 과할 수 없다(대판 2011.2.10, 2008두2330).

나. 제재적 행정처분

행정법상 의무위반자에 대하여 인가·허가 등을 거부·정지·철회함으로써 위반자에게 불이익을 가하고, 이로써 행정법상 의무의 이행을 간접적으로 확보하는 경우가 있는데, 이러한 경우에 나타나는 인가·허가 등의 거부·정지·철회를 제재적 행정처분이라 부른다. 이것 역시 행정의 실효성확보를 위한 것임은 물론이다. 여기서는 영업정지와 허가취소에 대하여 언급한다.

1) 영업정지

영업정지는 허가를 받은 자에게 기간을 정하여 영업의 전부 또는 일부의 정지를 명하는 행정처분이다. 허가의 효력이 일정기간 정지된다.

① 개별법령에서 영업정지 사유, 행정처분기준 등을 규정하고 있다. 행정처분의 기준을 대부분 부령에서 별표로 정하고 있더라도, 그 성질은 행정기관 내부의 사무처리준칙을 규정한 것으로서 장관이 관계행정기관 및 직원에 대하여 직무권한 행사의 지침을 정하여 주기 위하여 발한 행정명령의 성질을 가진다(대판 1993.6.29. 93누5635).

② 업무정지명령 사유가 행정벌의 사유에도 해당될 때는 행정벌도 병과할 수 있다. 예컨대 농약관리법 제20조의 규정에 의한 농약의 표시를 하지 아니하거나 허위의 표시를 한 경우에는 영업정지 사유가 되면서(농약관리법 제7조 제1항 제5호) 동시에 3년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다(농약관리법 제32조 제7호).

③ 허가관청 또는 신고관청은 법 제75조에 따라 영업허가취소, 영업정지 또는 영업소의 폐쇄처분을 한 경우 영업소명, 처분 내용, 처분기간 등을 적은 게시문을 해당 처분을 받은 영업소의 출입구나 그 밖의 잘 보이는 곳에 붙여두어야 한다(식품위생법시행규칙 제90조 등).

④ 영업정지 처분을 받고도 영업을 계속한 때에는 개별법령이 정하는 바에 따라서 ㉠ 허가취소, ㉡ 영업소폐쇄(관광진흥법 제36조, 먹는물관리법 제46조 등), ㉢ 행정벌 부과(공중위생관리법 제20조 제1항 제2호, 비료

관리법 제27조 제9호 및 제10호, 식품위생법 제95조 제5호, 음악산업진흥에 관한 법률 제34조 제3항 제3호, 폐기물관리법 제65조 제5호, 하수도법 제77조 제13호) 등의 조치를 할 수 있다.

⑤ 영업정지처분을 받은 후 그 기간이 종료되지 아니한 자(법인의 경우 그 대표자 또는 임원을 포함한다)가 같은 업종을 다시 영위하고자 하는 때에는 허가를 할 수 없다(음악산업진흥에 관한 법률 제19조 제1호).
영업정지처분을 받은 후 그 기간이 종료되지 아니한 경우에 같은 장소에서 같은 업종을 다시 영위하고자 새로 허가신청을 하는 때에는 허가를 할 수 없다(음악산업진흥에 관한 법률 제19조 제2호).

2) 허가취소

허가취소는 허가의 효력을 소멸시키는 행정처분이다.

① 허가를 취소해야 하는 구체적인 사유는 개별법에서 정하고 있다. 일반적인 허가취소 사유로는 다음과 같은 경우가 많다.
   ㉠ 거짓 그밖에 부정한 방법으로 허가를 받은 때
   ㉡ 결격사유에 해당하게 된 때. 단, 법인의 경우는 임원중에 결격사유에 해당하는 자가 있는 경우에는 일정기간 내에 그 임원을 개임한 때에는 그렇지 않다(관광진흥법 제7조 제2항, 자동차관리법 제54조 제2항, 하수도법 제54조 제1항 제10호).
   ㉢ 영업정지 처분을 받고도 영업정지 기간 중에 영업을 한 때 등

② 허가취소 처분을 받고도 영업을 계속할 때는 무허가 행위로서 행정벌을 과할 수 있다. 또 법령에 규정이 있으면 영업소를 폐쇄할 수 있다.

③ 허가취소 처분을 받은 자는 법정 허가 제한 기간 중에는 다시 허가를 받을 수 없다(고압가스 안전관리법 제6조 제5호, 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률 제10조 제1항 제8호, 관광진흥법 제7조 제1항 제3호, 농약관리법 제4조 제5호, 석유 및 석유대체연료 사업법 제6조 제6호, 석탄산업법 제19조 제4호, 주차장법 제19조의15 제5호, 폐기물관리법 제26조 제5호 등).

④ 허가취소를 한 때에는 영업소명·처분내용·처분기간 등을 기재한 게시문을 붙이도록 한 경우도 있고(식품위생법시행규칙 제90조 등), 다른 허가청에 통보하도록 하고 있는 경우도 있다.

⑤ 행정청이 수익적 행정처분을 취소할 때에는 비록 취소 등의 사유가 있더라도 이를 취소하여야 할 공익상의 필요와 그 취소로 인하여 당사자가 입게 될 기득권과 신뢰보호 및 법률생활의 안정의 침해 등을 비교, 교량한 후 공익상의 필요가 당사자가 입은 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 한하여 취소할 수 있다.

⑥ 취소사유가 있더라도 개선명령이나 영업정지 등으로 행정목적을 달성할 수 있을 때에는 그에 의하여야 한다.

참고 판례

구 국세징수법 제23조 소정의 관허사업은 널리 허가·인가·면허 등을 얻어 경영하는 사업 모두가 포함되며, 건설업면허를 받아 건설업을 경영하는 자도 이에 해당한다(대판 1976.4.27. 74누284).

다. 공급거부

공급거부란 행정법상 의무의 위반·불이행이 있는 경우에 행정상 일정한 재화나 서비스의 공급을 거부하는 행정작용을 말한다. 공급거부는 의무이행을 위한 직접적 수단은 아니고 행정법상 의무위반자·불이행자에게 사업이나 생활상의 어려움을 주어 간접적으로 의무이행의 확보를 도모하려는 제도이다. 과거에 공급거부에 관한 규정의 예로 건축법에 의한 수도의 설치·공급금지가 있었으나(구 건축법 제69조 제2항), 현재는 공급금지에 관한 규정을 찾아보기 어렵다.

라. 공　표

공표란 행정법상 의무위반 또는 의무불이행이 있는 경우, 그 의무위반자 또는 불이행자의 명단과 위반 또는 불이행한 사실을 공중이 알 수 있도록 공표하는 것을 말한다. 그것은 정보화사회에서 여론의 압력을 통해 의무이행의 확보를 도

모하려는 제도이다. 공표제도는 개인의 명예심 내지 수치심을 자극함으로써 개인에게 제재를 가하고 아울러 간접적으로 의무이행을 확보하는 성질을 갖는다. 한편, 공표는 개인의 인권 내지 사적 비밀보호의 관점에서 문제가 없는 것도 아니다. 공표제도는 아직 일반법적 근거가 없으나 실정법상으로는 고액조세체납자의 공표에 관한 국세기본법(제85조의5, 공직자윤리법 제8조의2, 식품위생법 제84조) 등 개별법에서 그 근거를 찾아볼 수 있다.

참고 판례

국가기관이 행정목적 달성을 위하여 언론에 보도자료를 제공하는 등 이른바 행정상 공표의 방법으로 실명을 공개함으로써 타인의 명예를 훼손한 경우, 그 공표된 사람에 관하여 적시된 사실의 내용이 진실이라는 증명이 없더라도 국가기관이 공표 당시 이를 진실이라 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있다면 위법성이 없는 것이고, 이 점은 언론을 포함한 사인에 의한 명예훼손의 경우와 마찬가지이다(대판 1993.11.26. 93다18389).

[연습문제]

1. 통고처분에 관한 설명으로 타당하지 않은 것은?
   ① 도로교통법에서 그 예를 볼 수 있다.
   ② 범칙자가 범칙금을 납부하면 과형절차는 종료된다.
   ③ 통고처분에 불응하면 취소소송을 제기할 수 있다.
   ④ 헌법재판소는 통고처분을 합헌으로 보았다.

   [착안점] 통고처분에 불응하면 형사소송절차로 나아가게 된다. [정답] ③

2. 행정형벌과 행정질서법에 대한 설명으로서 틀린 것은?
   ① 행정형벌에는 형법총칙이 적용되지만, 행정질서벌에는 적용되지 않는다.
   ② 양자의 병과가 불가능하다.
   ③ 행정형벌은 직접적 행정침해 시 가하는 것이고, 행정질서벌은 단순한 위반사항에 한한다.
   ④ 양자 모두 행정벌에 해당한다.

   [착안점] 양자의 병과가 가능하다는 판례가 있었다(대판 1996.4.12, 96도158). [정답] ②

3. 주민등록법상 17세 이상의 자는 주민등록증을 발급받는다. 17세인 A는 이러한 사실을 몰랐던 탓으로 주민등록증의 발급을 신청하지 않았다. 그러다가 18세가 되던 해에 우연히 주민등록증의 발급을 신청하였다. 그러자 관할 구청장은 주민등록증발급신청기간의 경과를 이유로 하여 A에게 5만원의 과태료를 부과하였다. 관할구청장의 A에 대한 과태료부과는 적법한가? 만약 위법하다면, 이의절차는?

   [착안점] 질서위반행위규제법 제7조를 보라. 그리고 과태료 액수의 적정 여부와 관련하여 비례원칙을 검토하라.

   [정답] 질서위반행위규제법 제7조에 비추어 A에게 과실이 없다면 부과처분은 위법하다, A는 질서위반행위규제법 제20조에 따라 이의를 제기할 수 있다.

4. 행정대집행법상 대집행의 요건 등에 관한 설명으로 타당성이 적은 것은?

① 대집행의 대상이 되는 공법상 의무는 법령에서 직접 명해지는 경우도 있다.

② 부작위의무의 불이행도 대집행의 대상이 된다.

③ 불이행된 의무를 다른 수단으로 이행을 확보하기 곤란하여야 한다.

④ 공익상 요청이 있어야 한다.

[착안점] 부작위의무는 행정대집행법의 적용대상과 거리가 멀다. [정답] ②

5. 이행강제금에 대한 설명으로서 타당한 것은?

① 이행강제금은 행정벌의 일종이다.

② 이행강제금은 일신전속적이다(대결 2006.12.8. 2006마470).

③ 헌법에도 이행강제금에 관한 명시적 규정이 있다.

④ 이행강제금에 대한 일반법은 행정대집행법이다.

[정답] ②

6. A는 인천남부교육구청장으로부터 유치원설립인가를 받아 유치원을 경영하고 있다. A는 유치원 남쪽에 접하고 있는 토지(이 토지는 원래 B아파트 주민의 휴식공간으로 사용하기 위해 설치된 조경시설임)의 수목을 임의로 제거하고 어린이놀이시설을 설치한 다음 단지 내 도로와 유치원을 차단하는 철제울타리를 설치하였다. 이 때문에 일부 아파트주민이 위 시설의 철거를 구하는 민원을 제기하였다. 이에 권한을 가진 C행정청은 2005. 4. 13.과 같은 해 6. 8. A에 대하여 주택건설촉진법 제38조제2항 등 위반을 이유로 원상복구를 지시하였고, A가 이에 불응하자 같은 해 7. 10. 동일한 이유로 같은 달 15일까지 원상복구할 것을 명하고, 만일 위 기한까지 이행하지 않을 때에는 B행정청이 이를 집행하거나 제3자로 하여금 집행하게 하고 이에 따른 비용은 원고로부터 징수하겠다는 내용의 계고처분을 문서로 통지하였다. C행정청의 계고처분은 적법한가?

[착안점] 상당한 이행기간을 부여하였는지의 여부를 검토하라.

[정답] 이행기간이 상당하지 않아 위법하다.

7. 행정상 즉시강제에 관한 설명 중 옳지 않은 것은?

① 행정상 즉시강제는 실력행사를 전제로 하기 때문에 공권력발동에 법적 근거가 필요하다.

② 행정상 즉시강제의 발령에는 긴급성과 보충성 및 비례원칙이 요구된다.

③ 행정상 즉시강제에는 사전영장주의가 적용된다는 것이 일반적인 입장이다.

④ 위법한 행정상 즉시강제에 대한 구제수단으로는 행정쟁송이나 국가배상 또는 정당방위가 있다.

[착안점] 사전영장주의는 즉시강제에 장해가 된다. [정답] ③

8. 행정조사에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

① 행정조사는 행정의 실효성확보수단 중의 하나로 볼 수 있다.

② 행정조사에는 비례원칙 등 행정법의 일반원리에 적합하여야 한다.

③ 위법한 행정조사로 인해 손해를 입은 자는 국가배상법에 따라 손해배상을 청구할 수 있다.

④ 조사처분의 취소·변경을 구할 법률상 이익이 있는 자는 행정소송을 제기할 수 없다.

[착안점] 법률상 이익이 있는 자라도 행정소송을 제기할 수 있다(행정소송법 제12조)

[정답] ④

9. 가산세, 가산금, 과징금에 관한 기술로서 타당하지 않은 것은?

① 가산세에는 행정상 금전급부의무를 납부기한까지 납부하지 아니함에 대한 지연이자의 의미를 갖는 것이며, 가산금은 성실한 납세신고와 같은 협력의무를 위반한 경우 부과하는 것이다.

② 가산세는 그 의무해태에 정당한 사유가 있는 경우에는 부과할 수 없다.

③ 가산세를 부과함에 있어서 납세자의 고의나 과실은 고려되지 않는다.

④ 형사처벌과 과징금의 병과는 이중처벌금지원칙에 위반되지 않는다.

[정답] ①

10. A시장은 B가 A로부터 건축허가를 받아 지은 다세대주택이 인접토지를 무단 침범하고, 철거하여야 할 무허가건물을 불법용도로 변경하였으며, 준공검사 전에 위 다세대주택을 사전 사용하고 있음을 이유로, 전기·전화의 공급자에 대하여 B에 대한 단전기 및 단전화를 요청하고 이를 B에게 통보하였다. 이에 B는 전기공급과 전화통화의 단절요청과 단절조치의 취소를 구하는 소송을 제기하려고 한다. 전기공급과 전화통화의 단절요청과 단절조치는 취소소송의 대상이 되는가?

[착안점] 단절요청은 희망의 의사표시에 불과하고, 단절조치는 사인인 기업의 행위이다.

[정답] 대상이 아니다.

V

국가책임(배상과 보상)제도

Ⅴ. 국가책임(배상과 보상)제도

헌법은 우리나라가 법치국가임을 전제로 하고 있고, 법치국가원리는 당연히 기본적 인권을 보장하고 사유재산제도를 인정하고 개인의 재산권을 기본권으로 보장하는 것을 내용으로 한다. 따라서 국가의 행위로 인하여 개인이 침해를 받은 경우에는, 그 개인이 국가에 대하여 그 책임을 물을 수 있는 제도 또한 당연히 법치국가원리의 내용이 될 수밖에 없다. 이와 관련하여 개인이 국가에 책임을 묻는 제도로서 손해배상제도와 손실보상제도가 나타난다. 이하에서 나누어 살펴보기로 한다.

1. 손해배상제도

가. 손해배상제도의 의의

국가나 지방자치단체의 위법한 행위로 인하여 사인이 손해를 입은 경우에 그 사인은 국가에 대하여 손해의 배상을 청구할 수 있는바, 이것이 손해배상제도이다. 손해배상제도는 재산권보장을 내실로 하는 법치국가에서 당연히 요청되는 제도이다. 한편, 손해배상에 관한 일반법이 국가배상법이다. 헌법 규정에 따라 제정된 국가배상법에 따르면, 국가 배상책임은 공무원의 위법한 직무집행행위로 인한 배상책임(동법 제2조제1항)과 영조물의 설치나 관리상의 하자로 인한 배상책임(동법 제5조제1항)의 두 가지를 규정하고 있다.

나. 손해배상청구권의 성립요건

1) 공무원의 위법한 직무집행 행위로 인한 배상책임

국가배상법 제2조 제1항은 “국가나 지방자치단체는 공무원 또는 공무를 위탁받은 사인(이하 “공무원”이라 한다)이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법

령을 위반하여 타인에게 손해를 입히… 그 손해를 배상하여야 한다"고 규정하고 있는바, 나누어서 보기로 한다.

① '공무원'이란 소속을 불문하고 널리 국가나 지방자치단체의 사무를 수행하는 자를 말한다. 공무를 위탁받은 사인도 여기의 공무원에 해당한다.

참고 판례

(1) 강도강간의 피해자가 제출한 팬티에 대한 국립과학수사연구소의 유전자검사결과 그 팬티에서 범인으로 지목되어 기소된 원고나 피해자의 남편과 다른 남자의 유전자형이 검출되었다는 감정결과를 검사가 공판과정에서 입수한 경우 그 감정서는 원고의 무죄를 입증할 수 있는 결정적인 증거에 해당하는데도 검사가 그 감정서를 법원에 제출하지 아니하고 은폐하였다면 검사의 그와 같은 행위는 위법하므로 국가는 배상책임을 진다(대판 2002. 2. 22, 2001다23447).

(2) 지방자치단체(본건에서는 서울특별시 강서구)가 '교통할아버지 봉사활동 계획'을 수립한 후 관할 동장으로 하여금 '교통할아버지'를 선정하게 하여 어린이 보호, 교통안내, 거리질서 확립 등의 공무를 위탁하여 집행하게 하던 중 '교통할아버지'로 선정된 노인이 위탁받은 업무 범위를 넘어 교차로 중앙에서 교통정리를 하다가 교통사고를 발생시킨 경우, 지방자치단체가 국가배상법 제2조 소정의 배상책임을 부담한다(대판 2001.1.5. 98다39060).

② '직무'란 다음에 볼 국가배상법 제5조의 영조물의 설치나 관리와 관련된 직무를 제외한 모든 공법상의 행정작용을 말한다. 그리고 직무는 개인의 안전과 이익의 보호를 위한 것이어야 한다.

참고 판례

(1) 국가배상법이 정한 손해배상청구의 요건인 '공무원의 직무'에는 국가나 지방자치단체의 권력적 작용뿐만 아니라 비권력적 작용도 포함되지만 단순한 사경제의 주체로서 하는 작용은 포함되지 아니한다(대판 1999.11.26. 98다47245; 대판 2004.4.9, 2004다10691).

(2) 공무원에게 부과된 직무상 의무의 내용이 단순히 공공 일반의 이익을 위한 것이거나 행정기관 내부의 질서를 규율하기 위한 것이 아니고 전적으로 또는 부수적으로 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 설정된 것이라면, 공무원이 그와 같은 직무상 의무를 위반함으로 인하여 피해자가 입은 손해에

대하여는 상당인과관계가 인정되는 범위 내에서 국가가 배상책임을 지는 것이다(대판 2008.4.10. 2005다48994).

③ '집행하면서'라는 의미는 직무집행 행위뿐만 아니라 널리 외형상으로 직무집행 행위와 관련 있는 행위를 포함하는 의미로 새긴다. 2009.10.21.에 개정되기 이전의 구 국가배상법에서는 '집행함에 당하여'로 표현되었다.

참고 판례

(1) 국가배상법 제2조제1항의 '직무를 집행함에 당하여'라 함은 직접 공무원의 직무집행 행위이거나 그와 밀접한 관련이 있는 행위를 포함하고, 이를 판단함에 있어서는 행위 자체의 외관을 객관적으로 관찰하여 공무원의 직무행위로 보여질 때에는 비록 그것이 실질적으로 직무행위가 아니거나 또는 행위자로서는 주관적으로 공무집행의 의사가 없었다고 하더라도 그 행위는 공무원이 '직무를 집행함에 당하여' 한 것으로 보아야 한다(대판 2005.1.14, 2004다26805).

(2) 울산세관의 통관지원과에서 인사업무를 담당하면서 울산세관 공무원들의 공무원증 및 재직증명서 발급업무를 하는 공무원인 A가 울산세관의 다른 공무원의 공무원증 등을 위조하는 행위는 비록 그것이 실질적으로는 직무행위에 속하지 아니한다 할지라도 적어도 외관상으로는 공무원증과 재직증명서를 발급하는 행위로서 직무집행으로 보여진다(대판 2005.1.14. 2004다26805).

④ 고의란 어떠한 위법행위의 발생 가능성을 인식하고 그 결과를 인용하는 것을 말하고, 과실이란 부주의로 인하여 어떠한 위법한 결과를 초래하는 것을 말한다.

참고 판례

일반적으로 공무원이 직무를 집행함에 있어서 관계 법규를 알지 못하거나 필요한 지식을 갖추지 못하여 법규의 해석을 그르쳐 잘못된 행정처분을 하였다면 그가 법률전문가가 아닌 행정직 공무원이라고 하여 과실이 없다고 할 수 없으나, 법령에 대한 해석이 그 문언 자체만으로는 명백하지 아니하여 여러 견해가 있을 수 있는데다가 이에 대한 선례나 학설, 판례 등도 귀일된 바 없어 의의(의의)가 없을 수 없는 경우에 관계 공무원이 그 나름대로 신중을 다하여 합리적인 근거를 찾아 그

중 어느 한 견해를 따라 내린 해석이 후에 대법원이 내린 입장과 같지 않아 결과적으로 잘못된 해석에 돌아가고, 이에 따른 처리가 역시 결과적으로 위법하게 되어 그 법령의 부당집행이라는 결과를 가져오게 되었다고 하더라도 그와 같은 처리 방법 이상의 것을 성실한 평균적 공무원에게 기대하기는 어려운 일이고, 따라서 이러한 경우에까지 공무원의 과실을 인정할 수는 없다(대판 2010.4.29, 2009다97925).

⑤ 법령을 위반한다는 것은 법률과 명령의 위반이라는 의미가 아니라 널리 성문법·불문법(행정법의 일반원칙 포함)의 모든 법 위반을 의미한다.

⑥ 타인이란 위법행위를 한 자나 바로 그 행위에 가담한 자를 제외한 모든 피해자를 의미한다. 따라서 타인에는 공무원도 포함될 수 있다.

⑦ 손해란 가해행위로부터 발생한 모든 손해를 의미한다. 재산상의 손해인가 비재산상의 손해인가를 가리지 않는다.

참고 판례

(1) 공무원이 직무상 의무를 위반함으로 인하여 피해자가 입은 손해에 대하여는 상당인과관계가 인정되는 범위 내에서 국가가 배상책임을 지는 것이고, 이때 상당인과관계의 유무를 판단함에 있어서는 일반적인 결과 발생의 개연성은 물론 직무상 의무를 부과하는 법령 기타 행동규범의 목적, 그 수행하는 직무의 목적 내지 기능으로부터 예견 가능한 행위 후의 사정, 가해행위의 태양 및 피해의 정도 등을 종합적으로 고려하여야 한다(대판 2007.12.27. 2005다62747).

(2) 유흥주점에 감금된 채 윤락을 강요받으며 생활하던 여종업원들이 유흥주점에 화재가 났을 때 미처 피신하지 못하고 유독가스에 질식해 사망한 사안에서, 소방공무원이 위 유흥주점에 대하여 화재 발생 전 실시한 소방점검 등에서 구 소방법상 방염 규정 위반에 대한 시정조치 및 화재 발생 시 대피에 장애가 되는 잠금장치의 제거 등 시정조치를 명하지 않은 직무상 의무 위반은 현저히 불합리한 경우에 해당하여 위법하고, 이러한 직무상 의무 위반과 위 사망의 결과 사이에 상당인과관계가 존재한다(대판 2008.4.10. 2005다48994).

2) 영조물 설치나 관리의 하자로 인한 배상책임

국가배상법 제5조제1항은 "도로·하천, 그 밖의 공공의 영조물(營造物)의 설치

나 관리에 하자(瑕疵)가 있기 때문에 타인에게 손해를 발생하게 하였을 때에는 국가나 지방자치단체는 그 손해를 배상하여야 한다"고 규정하고 있는 바, 이를 나누어서 살펴보기로 한다.

① "도로·하천, 그 밖의 영조물"이란 공적 목적에 제공된 물건인 공물을 의미한다. 자연공물인가 인공공물인가를 가리지 않는다.

참고 판례

"공공의 영조물"이라 함은 국가 또는 지방자치단체에 의하여 특정 공공의 목적에 공여된 유체물 내지 물적설비를 지칭하며, 특정 공공의 목적에 공여된 물이라 함은 일반공중의 자유로운 사용에 직접적으로 제공되는 공공용물에 한하지 아니하고, 행정주체 자신의 사용에 제공되는 공용물까지 포함하며 국가 또는 지방자치단체가 소유권, 임차권 그 밖의 권한에 기하여 관리하고 있는 경우뿐만 아니라 사실상 관리를 하고 있는 경우도 포함한다(대판 1995.1.24. 94다45032).

② "설치나 관리에 하자"란 공물 자체가 항상 갖추어야 할 객관적인 안전성을 결여한 것을 말한다. 불가항력에 의한 행위는 설치나 관리에 하자가 아니다.

참고 판례

(1) 국가배상법 제5조제1항 소정의 '영조물 설치 관리상의 하자'라 함은 공공의 목적에 공여된 영조물이 그 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말하고, 영조물의 설치 및 관리에 있어서 항상 완전무결한 상태를 유지할 정도의 고도의 안전성을 갖추지 아니하였다고 하여 영조물의 설치 또는 관리에 하자가 있는 것으로는 할 수 없는 것으로서, 영조물의 설치자 또는 관리자에게 부과되는 방호조치 의무의 정도는 영조물의 위험성에 비례하여 사회통념상 일반적으로 요구되는 정도의 것을 말하므로, 영조물인 도로의 경우도 다른 생활필수시설과의 관계나 그것을 설치하고 관리하는 주체의 재정적, 인적, 물적 제약 등을 고려하여 그것을 이용하는 자의 상식적이고 질서 있는 이용 방법을 기대한 상대적인 안전성을 갖추는 것으로 족하다(대판 2000.4.25. 99다54998).

(2) 산비탈부분이 1991.7.25. 내린 약 308.5mm의 집중호우에 견디지 못하고 위 도로 위로 무너져 내려 통행을 방해함으로써 이 사건 사고가 일어난 사실을 인

정할 수 있으므로, 이 사건 사고는 피고(대한민국)가위 도로의 설치 또는 관리상의 하자로 인하여 일어난 것으로 보아야 한다. 매년 비가 많이 오는 장마철을 겪고 있는 우리나라와 같은 기후의 여건 하에서 이와 같은 집중호우가 내렸다고 하여 전혀 예측할 수 없는 천재지변이라고 보기는 어렵다(대판 1993.6.8. 93다11678).

(3) 100년 발생빈도의 강우량을 기준으로 책정된 계획홍수위를 초과하여 600년 또는 1,000년 발생빈도의 강우량에 의한 하천의 범람은 예측가능성 및 회피가능성이 없는 불가항력적인 재해로서 그 영조물의 관리청에게 책임을 물을 수 없다(대판 2003.10.23. 2001다48057).

③ '타인'과 '손해'의 의미는 직무상 불법행위로 인한 배상책임의 경우와 같다.

다. 손해배상의 내용

1) 정당한 배상

헌법은 정당한 배상을 지급할 것을 규정하고 있다. 국가배상법은 생명·신체에 대한 침해와 물건의 멸실·훼손으로 인한 손해에 관해서는 배상금액의 기준을 정해놓고 있다(국가배상법 제3조). 그 밖의 손해에 대해서는 불법행위와 상당인과관계가 있는 범위 내의 손해를 기준으로 하고 있다. 그런데 이러한 기준이 배상액을 한정하는 것인가 아니면 단순한 기준에 불과한 것인가의 문제가 있으나, 우리 대법원은 이것을 기준액으로 보고 있다.

참고 판례

구 국가배상법 제3조 제1항과 제3항의 손해배상의 기준은 배상심의회의 배상금지급기준을 정함에 있어서의 하나의 기준을 정한 것에 지나지 아니하는 것이고, 이로써 배상액의 상한을 제한한 것으로 볼 수 없다 할 것이며, 따라서 법원이 국가배상법에 의한 손해배상액을 산정함에 있어서 그 기준에 구애되는 것이 아니라 할 것이니 이 규정은 국가 또는 공공단체에 대한 손해배상청구권을 규정한 구 헌법 제26조에 위반된다고 볼 수 없다(대판 1970.1.29. 69다1203).

2) 양도의 금지

생명·신체의 침해로 인한 국가배상을 받을 권리는 이를 양도하거나 압류하지 못한다. 이것은 사회보장적 견지에서 피해자 또는 피해자의 유족의 보호를 위한 것이다(국가배상법 제4조).

3) 이중배상의 금지

다만, 군인·군무원·경찰공무원 또는 향토예비군대원이 전투·훈련 등 직무 집행과 관련하여 전사(戰死)·순직(殉職)하거나 공상(公傷)을 입은 경우에 본인이나 그 유족이 다른 법령에 따라 재해보상금·유족연금·상이연금 등의 보상을 지급받을 수 있을 때에는 이 법 및 「민법」에 따른 손해배상을 청구할 수 없다(국가배상법 제2조제1항 단서).

라. 배상금 청구절차

1) 행정절차

배상금을 지급받으려는 자는 그 주소지·소재지 또는 배상원인 발생지를 관할하는 지구심의회에 배상신청을 하여야 한다(국가배상법 제12조제1항). 손해배상의 원인을 발생하게 한 공무원의 소속기관의 장은 피해자나 유족을 위하여 제1항의 신청을 권장하여야 한다(국가배상법 제12조제2항).

2) 사법절차

국가배상법에 따른 손해배상의 소송은 배상심의회에 배상신청을 하지 아니하고도 제기할 수 있다(국가배상법 제9조). 2000년까지의 구 국가배상법은 결정전치주의(배상심의회에 배상신청을 거친 후에 소송을 제기하여야 한다는 원칙)를 채택하였으나, 현행법은 임의적 결정전치를 채택하고 있다. 손해배상청구소송은 국가배상법을 공법으로 보는 한, 행정소송법상 당사자 소송절차에 따라야 할 것이다. 그러나 대법원은 국가배상사건을 민사사건으로 다룬다.

마. 기타

1) 선택적 청구의 문제

피해자는 국가나 지방자치단체뿐 아니라 가해 공무원에 대해서도 직접 청구할 수 있는가의 문제가 있다. 판례에 따르면, 공무원에게 고의 또는 중대한 과실이 있으면 선택적 청구가 가능하지만, 공무원에게 경과실만 있는 경우에는 피해자는 국가나 지방자치단체에만 청구할 수 있고 공무원에게는 청구할 수 없다고 한다(대판 1996.2.15. 95다38677).

2) 구상권의 행사

국가나 지방자치단체가 배상을 하였을 경우에, 그리고 가해 공무원에게 고의 또는 중대한 과실이 있는 경우에는 국가나 지방자치단체는 그 공무원에게 구상할 수 있다. 국가배상법이 경과실의 경우에 구상권을 인정하지 아니한 것은 공무원으로 하여금 공무에만 전념하게 하기 위한 입법정책적인 고려의 결과이다. 하여튼, 국가책임원칙과 공무원 개인의 구상의무 인정은 효과적인 국가작용의 요구, 공무수행자의 개인적인 책임, 그리고 소속 공직자에 대한 국가의 배려의무의 타협의 결과이다.

3) 소멸시효

국가배상청구권에는 단기 소멸시효가 인정된다. 그 시효기간은 민법 이외의 법률에 다른 규정이 없는 한 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년, 불법행위를 한 날로부터 10년이다(국가배상법 제8조, 민법 제766조).

2. 손실보상제도

가. 손실보상제도의 의의

1) 개념

손실보상제도란 국가나 지방자치단체가 공공의 필요에 의한 적법한 권력행사를 통하여 사인의 재산권에 특별한 희생을 가한 경우(예, 정부나 지방자치단체의 청사 건설을 위하여 사인의 토지를 수용하는 경우)에 재산권의 보장과 공적 부담 앞의 평등이라는 견지에서 사인에게 조절적인 보상을 해주는 제도를 말한다.

2) 법적 근거

현재로서 손실보상에 관한 단일의 통일 법전은 없다. 다만, 단행 법률(예, 도로법·하천법·수산업법·소방기본법 등)에서 손실보상에 관한 규정이 발견되고 있을 뿐이다. 공익사업에 필요한 토지 등의 수용과 사용 시 및 협의에 의한 취득·사용시의 손실보상에 관해서는 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률이 일반법으로 기능하고 있다.

3) 유사제도와 비교

손실보상제도와 유사한 몇몇 제도를 구분해 보기로 한다.

① 앞에서 본 손해배상제도는 국가나 지방자치단체의 '위법한' 행위로 인한 손해의 배상제도임에 반하여, 손실보상제도는 '적법한' 공권력의 행사로 인한 피해의 보상인 점에서 서로 다르다. 손해배상은 행정결과의 시정이나 손실보상은 시정이 아니라 상실된 가치의 보전이다.

② 행정상 손실보상은 공공필요에 의하여 공법적 근거에서 이루어지는 작용에서 문제되나 사법상 손해배상은 위법한 사법작용에 관한 것인 점에서 양자는 구분된다.

나. 손실보상청구권의 성립요건

1) 헌법규정의 성질

헌법은 제23조 제3항에서 "공공 필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다."고 규정하고 있다. 이러한 헌법 규정이 사인에게 손실보상청구권을 발생시키는 근거인가와 관련하여 견해가 갈린다. 생각건대 상기의 규정만으로 사인에게 손실보상청구권이 인정된다고 보기는 곤란하고, 상기의 규정과 헌법 제23조 제1항(재산권의 보장) 및 헌법 제11조(평등원칙) 등을 근거로 하여 사인에게 손실보상청구권이 인정된다고 볼 것이다(간접효력규정설).

2) 요건의 검토

손실보상은 개별 법령상의 보상규정의 유무를 불문하고 인정되어야 하는 것이므로, 이와 관련하여 손실보상청구권의 발생요건을 정리할 필요가 생긴다. 상기의 헌법 규정 등을 고려한다면, 손실보상청구권이 인정되기 위해서는 공공필요를 위한 재산권에 대한 적법한 침해가 있고, 그것이 피침해자에게 특별한 희생을 가하는 것이어야 한다. 이를 나누어서 간략히 보기로 한다.

① 손실보상청구권이 인정되는 침해는 공공필요를 위한 것이어야 한다. 공공필요란 도로·항만건설 등 반드시 일정한 사업만을 의미하는 것은 아니다. 순수 국고목적은 여기의 공공필요에 해당하지 않는다.

② 손실보상청구권을 가져오는 침해는 재산권에 대한 것이어야 한다. 재산권의 종류는 가리지 아니한다. 물권일 수도 있고 채권일 수도 있다. 공법상의 권리인가 사법상의 권리인가도 문제되지 아니한다. 비재산권에 대한 적법한 침해로 인한 보상(예, 강제 예방접종으로 인해서 신체상 피해가 발생한 경우의 보상)에 관한 일반적인 제도는 현재로서 없다. 제도의 보완이 필요하다.

③ 침해는 적법한 것이어야 한다. 위법한 침해라면 기본적으로 손해배상청구권의 문제가 된다. 침해에는 재산권을 박탈하는 좁은 의미의 수용(收用), 일시사용을 의미하는 사용(使用), 개인의 사용·수익을 한정하는 제한(制限)이 있다. 이 세 가지를 합하여 넓은 의미의 수용 또는 공용침해라고도 한다.

한편, 침해는 법률의 규정에 의해 이루어지기도 하고(예, 하천법상 수몰로 인한 사유지의 하천 편입), 법률에 근거한 행정행위를 통하여 이루어지기도 한다(공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률에 따른 사유지의 수용). 전자를 법률수용, 후자를 행정수용이라 부른다.

④ 손실보상이 주어지기 위해서는 피해자에게 가해진 피해가 특별한 희생에 해당하는 것이어야 한다. 말하자면 정의와 공평의 원리에 의거하여 인정되는 손실보상제도의 본질상 재산권에 대한 모든 침해에 보상이 주

어지는 것은 아니다. 사실 재산권의 내용과 제한의 구체화 및 재산권의 사회적 구속성의 구체화는 보상이 주어지는 침해가 아니다(예, 식품위생법상 검사를 위한 수거 또는 건축법상 각종의 건축규제). 재산권에 내재하는 제약, 즉 재산권에 당연히 따라다니는 제약(예, 도로변의 주택의 소유자에게는 도로상의 교통소음을 어느 정도 참아야 할 제약이 따른다)은 특별한 희생이 아닌 까닭에 보상이 주어지지 아니한다. 문제는 어떠한 경우에 특별한 희생이 있다고 볼 것인가이다. 이와 관련하여 학자들은 여러 종류의 견해를 제시하나(예, 개별행위설·특별희생설·중대설 등) 그 어느 하나의 견해만으로 문제가 해결되는 것은 아니다. 그것은 관련 법령과 침해되는 사건의 구체적인 상황을 고려하여 판단될 수밖에 없다.

참고 판례

(1) 구 도시계획법 제21조에 의한 재산권의 제한은 개발제한구역으로 지정된 토지를 원칙적으로 지정 당시의 지목과 토지현황에 의한 이용방법에 따라 사용할 수 있는 한, 재산권에 내재하는 사회적 제약을 비례의 원칙에 합치하게 합헌적으로 구체화한 것이라고 할 것이나, 사용·수익을 전혀 할 수 없는 예외적인 경우에도 아무런 보상 없이 이를 감수하도록 하고 있는 것은, 비례의 원칙에 위반되어 당해 토지소유자의 재산권을 과도하게 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다(헌재 1998.12.24. 89헌마214, 90헌바16, 97헌바78).

(2) 구 도시계획법 제21조의 규정에 의하여 개발제한구역 안에 있는 토지의 소유자는 재산상의 권리 행사에 많은 제한을 받게 되고 그 한도 내에서 일반 토지소유자에 비하여 불이익을 받게 됨은 명백하지만, '도시의 무질서한 확산을 방지하고 도시주변의 자연환경을 보전하여 도시민의 건전한 생활환경을 확보하기 위하여 또는 국방부장관의 요청이 있어 보안상 도시의 개발을 제한할 필요가 있다고 인정되는 때'(도시계획법 제21조 제1항)에 한하여 가하여지는 그와 같은 제한으로 인한 토지소유자의 불이익은 공공의 복리를 위하여 감수하지 아니하면 안 될 정도의 것이라고 인정되므로, 그에 대하여 손실보상의 규정을 두지 아니하였다 하여 도시계획법 제21조의 규정을 헌법 제23조 제3항, 제11조 제1항 및 제37조 제2항에 위배되는 것으로 볼 수 없다(대판 1996.6.28. 94다54511).

다. 손실보상의 내용

1) 완전보상

보상의 범위는 완전보상이 원칙적이다. 헌법은 재산권의 수용·사용 또는 제한은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다고 규정하고 있다(헌법 제23조 제3항). 여기서 정당한 보상의 의미를 둘러싸고 완전보상설과 상당보상설의 대립이 있다. 사회국가원리와 관련하여 고려할 때에, 완전보상을 원칙으로 하고 합리적인 이유가 있는 경우에는 완전보상이 아닐 수도 있다는 상당보상설이 타당하다고 본다. 대법원은 완전보상설을 택한다.

2) 공시지가제

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률은 시가보상원칙(완전보상)을 따른다. 동시에 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률은 수용의 경우와 관련하여 지가의 앙등, 효과적인 공익사업의 시행 등을 고려하여 공시지가제를 도입하고 있다.

3) 대물보상·생활보상

보상의 대상은 수용 목적물의 객관적인 교환가치인 것이 원칙적이다. 그러나 헌법이 규정하고 있는 인간다운 생활의 보장을 위하여 개별 법령에서는 이주대책비·세입자에 대한 주거대책비·실직보상 등의 생활보상이 주어지기도 한다.

4) 보상방법

각 법령에 따르면 보상은 현금보상(채권보상 또는 현물보상이 주어지는 경우도 있다)·개별급(개인별로 지급하는 것을 말한다. 경우에 따라서는 일괄급으로 지급되기도 한다)·선급(경우에 따라서는 후급이 주어지기도 한다)·일시급(경우에 따라서는 분할급로 지급되기도 한다)이 원칙적이다.

5) 개발이익의 환수

정당한 대가 없이 이루어지는 개발이익이 사인에게 귀속되는 것은 배제되어야 한다. 개발은 국민전체의 부담으로 이루어지는 것인데, 개발의 결과인 개발이익을 특정의 토지소유자 등이 독점한다는 것은 분명히 불공평하고 형평의 원칙에 반하는 것이기 때문이다. 이 때문에 개발이익환수에 관한 법률은 개발이익의 환수제를 규정하고 있다.

라. 손실보상절차와 권리보호

1) 행정절차

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률에 의하면, 기업자는 먼저 법령이 정하는 바에 따라 토지 소유자 및 관계인과 협의하여야 한다. 협의가 성립되지 않거나 협의를 할 수 없는 경우에는 관할 토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있다. 재결에 대하여 이의가 있는 자는 다시 중앙토지수용위원회에 이의를 신청할 수 있다.

2) 소송절차

사업시행자, 토지소유자 또는 관계인은 재결에 불복할 때에는 재결서를 받은 날부터 60일 이내에, 이의신청을 거쳤을 때에는 이의신청에 대한 재결서를 받은 날부터 30일 이내에 각각 행정소송을 제기할 수 있다(공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제85조 제1항 본문). 보상금증감 청구소송은 당해 소송을 제기하는 자가 토지소유자 또는 관계인인 경우에는 사업시행자를, 사업시행자인 경우에는 토지소유자 또는 관계인을 각각 피고로 한다(공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제85조 제2항 본문).

참고 판례

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제85조 제1항 전문의 문언 내용과 같은 법 제83조, 제85조가 중앙토지수용위원회에 대한 이의신청을 임의적

절차로 규정하고 있는 점, 행정소송법 제19조 단서가 행정심판에 대한 재결은 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한하여 취소소송의 대상으로 삼을 수 있도록 규정하고 있는 점 등을 종합하여 보면, 수용재결에 불복하여 취소소송을 제기하는 때에는 이의신청을 거친 경우에도 수용재결을 한 중앙토지수용위원회 또는 지방토지수용위원회를 피고로 하여 수용재결의 취소를 구하여야 하고, 다만 이의신청에 대한 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에는 그 이의재결을 한 중앙토지수용위원회를 피고로 하여 이의재결의 취소를 구할 수 있다고 보아야 한다(대판 2010.1.28, 2008두1504).

[연습문제]

1. 국가배상제도에 관한 설명으로 틀린 것은?
   ① 판례는 국가배상소송을 민사소송으로 제기하여야 한다는 입장이다.
   ② 국가배상법은 외국인이 피해자인 경우에도 상호의 보증이 있는 때에 한하여 적용한다.
   ③ 피해자는 배상심의회의 결정을 거치지 아니하고는 국가배상소송을 제기할 수 없다.
   ④ 생명, 신체의 침해에 대한 배상청구권은 이를 양도하거나 압류할 수 없다.

   [착안점] 손해배상의 소송은 배상심의회에 배상신청을 하지 아니하고도 제기할 수 있다(국가배상법 제9조).

   [정답] ③

2. 공무원의 직무상 불법행위로 인한 손해배상에 관한 설명으로 틀린 것은?
   ① 공무원에게 중대한 과실이 있어야 한다.
   ② 상대방에게 손해가 발생하여야 한다.
   ③ 지방자치단체의 공무원의 행위로 인한 손해배상책임자는 지방자치단체이다.
   ④ 공무원의 직무를 집행하면서 행한 행위이어야 한다.

   [착안점] 공무원에게 고의 또는 과실이 있어야 한다.

   [정답] ①

3. A구청장은 '유흥음식점업을 경영하는 B가 손님에게 음란행위를 알선하였다'는 단속공무원의 보고를 근거로 하여 B에 대한 유흥음식점업의 허가를 취소하였다. 이에 대하여 B가 행정심판을 제기하였고, 서울특별시행정심판위원회는 B의 청구를 인용하였다. 인용이유는 B가 음란행위를 한 것이 아니라 음란예비행위를 하였음에도 불구하고 영업허가를 취소한 것은 비례원칙에 어

긋나는 것이라 하였다. B는 A구에 손해배상을 청구하려고 한다. A구청장의 직무집행행위는 과실에 의한 위법한 행위인가?
단, 식품위생법시행규칙의 제재적 처분기준에서는 '손님에게 윤락행위, 음란행위를 알선 또는 제공하거나 이에 대한 손님의 요청에 응한 때'에는 1차 위반이라고 하여도 영업허가를 취소하도록 규정하는 것으로 한다.

[착안점] 비례원칙에 어긋난다면 위법한 것이 된다.

[정답] 비례원칙에 어긋나므로 위법하다고 볼 것이다.

4. B 등 농민들이 농산물시장개방확대를 반대하는 시위를 하자, A경찰서 소속 경찰관들은 해질 무렵에 이들을 해산시켰다. 그러나 경찰관들은 농민들이 도로에 세워 둔 대형트랙터 1대는 치우지 않고 그대로 철수하였다. 그 트랙터는 고장이 났고 너무 무거웠기 때문이었다. 심야에 그 도로를 달리던 C는 뒤늦게 트랙터를 발견하고 이를 피하려다가 도로를 이탈하면서 전복하는 사고를 당하였다. 이 사고로 C는 중상을 입었다. C는 국가배상청구권을 갖는가?

[착안점] 경찰의 행위는 부작위에 의한 위법행위임을 상기하라.

[정답] 갖는다.

5. ○○시의 한 도로의 지하에 매설되어 있는 상수도관에 균열이 생겨 그 틈으로 새어 나온 물이 도로 위까지 유출되었으나 낮은 기온으로 인하여 노면이 결빙되었다. 이러한 사정을 모른 채 A가 택시운행 중 미끄러지면서 반대차선에서 오던 화물차와 충돌하여 사망하였다. 원고인 A의 유족은 국가배상청구권을 갖는가?

[착안점] 도로관리에 하자가 있다고 볼 것이다.

[정답] 갖는다.

6. 행정상 손실보상의 요건에 대한 설명으로 가장 타당하지 않은 것은?

① 재산적 가치가 있는 모든 공권과 사권이 침해의 대상이 된다.

② 침해로 인하여 개인에게 특별한 의생이 발생하여야 한다.

③ 공공필요를 위하여 재산권에 공권적 침해가 있어야 한다.

④ 현존하는 구체적인 재산가치는 물론이고 기대이익도 보호된다.

[착안점] 기대이익은 보상의 대상이 아니다.

[정답] ④

7. X행정청은 자연공원법의 규정에 의하여 국립공원 내 A의 사유지에 대해서 사용 및 수익을 제한하면서, 자연공원법에는 보상에 관한 규정이 없다는 이유로 이에 대한 보상을 하지 않았다. A는 국립공원 내 사유지의 보상을 구할 수 있는가?

[착안점] 수용유사침해보상의 원리를 생각하라.

[정답] 간접효력규정설을 취하면, 보상을 구할 수 있다.

Ⅵ

행정쟁송제도

Ⅵ. 행정쟁송제도

질서의 유지와 복지의 실현을 목적으로 하는 행정은 법치주의 내지 법치행정의 원리상 법에 적합한 것이어야 함은 재론을 요하지 아니한다. 법치행정의 원리는 행정권의 발동과정 뿐만 아니라 행정권의 발동의 결과에도 적용되는 원리인 것은 물론이다. 정당하고 적법한 행정권의 행사의 보장뿐만 아니라 부당하거나 위법한 행정권의 행사와 그러한 행사로 인해 야기되는 결과의 시정은 또한 법치행정의 내용이 된다. 이러한 시정이 바로 국민 개개인의 권리와 이익의 보호로 직결되는 것임은 두말할 필요가 없다. 그릇된 행정권의 행사를 시정하는 방법에는 여러 가지가 있겠으나(예, 청원·진정·민원사무처리제도·감독청의 감독권행사·행정심판·행정소송 등), 이 중에서도 행정심판과 행정소송이 중심이 된다. 이하에서 나누어서 살펴보기로 한다.

1. 행정심판제도

가. 행정심판의 의의

넓은 의미로 행정심판이란 행정상 법률관계의 분쟁을 행정기관이 심리·재결하는 쟁송절차를 말한다. 행정심판은 어느 누구도 자기의 행위의 심판관이 될 수 없다는 자연적 정의의 원칙에 반하는 제도이나, 행정심판에 불복하는 경우에는 행정소송을 제기할 수 있으므로 그 가치를 과소평가할 수만은 없다. 행정심판은 행정의 자기통제와 사법기능의 보충을 그 존재이유로 한다. 이하에서는 행정심판법이 규정하는 바를 중심으로 하여 살피기로 한다.

나. 행정심판제도의 활용(고지제도)

고지제도는 행정의 민주화, 행정의 신중·적정·합리화를 도모하기 위한 제도이다. 고지제도는 개인의 권익보호의 강화에 기여한다. 고지제도는 불복고지라 불리기도 한다. 고지에는 직권고지와 신청에 의한 고지의 두 종류가 있다.

1) 직권고지

행정심판법은 사인이 행정심판제도를 활용할 수 있도록 하기 위하여 고지제도를 두고 있다. 말하자면 행정청이 처분을 할 때에는 처분의 상대방에게 다음 각 호(1. 해당 처분에 대하여 행정심판을 청구할 수 있는지, 2. 행정심판을 청구하는 경우의 심판청구 절차 및 심판청구 기간)의 사항을 알려야 한다(행정심판법 제58조제1항).

2) 신청에 의한 고지

행정청은 이해관계인이 요구하면 다음 각 호(1. 해당 처분이 행정심판의 대상이 되는 처분인지, 2. 행정심판의 대상이 되는 경우 소관 위원회 및 심판청구 기간)의 사항을 지체 없이 알려 주어야 한다. 이 경우 서면으로 알려 줄 것을 요구받으면 서면으로 알려 주어야 한다(행정심판법 제58조제2항).

다. 행정심판의 종류

행정심판법상 행정심판에는 취소심판·무효등확인심판·의무이행심판이 있다.

① 취소심판이란 행정청의 위법 또는 부당한 처분을 취소하거나 변경하는 행정심판을 말한다(행정심판법 제5조제1호).

② 무효등확인심판이란 행정청의 처분의 효력 유무 또는 존재 여부를 확인하는 행정심판을 말한다(행정심판법 제5조제2호).

③ 의무이행심판이란 당사자의 신청에 대한 행정청의 위법 또는 부당한 거부처분이나 부작위에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 행정심판 할 것을 구하는 심판을 말한다(행정심판법 제5조제3호).

라. 행정심판의 심판기관(행정심판위원회)

1) 제도의 변화

2008년 2월 29일에 개정되기 전의 구 행정심판법상 행정심판기관으로 심판청구사건에 대하여 심리·의결하는 권한을 가진 행정심판위원회와 행정심판위원회

의 심리·의결에 따라 재결만을 행하는 재결청이 있었다(2원적 구조). 그러나 현행 행정심판법은 재결청의 제도를 폐지하고 행정심판위원회가 심리·의결과 재결을 모두 하도록 하는 1원적 구조를 취하고 있다.

2) 행정심판위원회

행정심판위원회란 심판청구사항에 대하여 심리한 후, 그 심판청구사건에 대하여 각하나 기각 또는 인용을 결정하는 작용인 재결을 행하는 권한을 가진 기관을 말한다. 행정심판위원회는 합의제행정청의 성격을 갖는다. 말하자면 행정심판위원회는 복수의 위원의 구성되면서 위원의 합의로 의사를 정한다는 점에서 합의제기관이고, 또한 국가의사를 행정심판위원회 스스로 결정하고 외부에 표시하는 권한을 갖는다는 점에서 행정청의 성격을 갖는다.

마. 행정심판의 참가자

행정심판절차에 참가하는 자는 당사자로서 심판을 청구하는 청구인, 심판청구의 상대방인 피청구인, 그리고 심판청구에 이해관계 있는 자가 있다.

1) 심판청구인

심판청구인이란 심판청구의 대상이 되는 처분 등에 불복하여 심판청구를 제기하는 자를 말한다. 어느 누구도 심판청구인이 될 수 있는 것은 아니다. 취소심판의 경우는 처분의 취소 또는 변경을 구할 “법률상 이익”이 있는 자이어야 하고(행정심판법 제13조제1항), 확인심판의 경우에는 처분의 효력 유무 또는 존재여부의 확인을 구할 “법률상 이익”이 있는 자이어야 하고(행정심판법 제13조 제2항), 의무이행심판의 경우에는 처분을 신청한 자로서 행정청의 거부처분 또는 부작위에 대하여 일정한 처분을 구할 “법률상 이익”이 있는 자이어야 한다(행정심판법 제13조제3항).

여기서 법률상 이익이란 관련법규 등에서 일정한 이익을 특정인을 위하여 보호하고 있는 것으로 판단되는 경우를 말한다. 단순히 일정한 제도를 둠으로써 얻는 이익(예, 국가가 의사에게 이유 없는 진료거부를 금하는 제도를 두는 결과

사인이 갖는 진료상의 이익)은 반사적 이익이고, 이러한 이익의 침해에 대해서는 행정심판을 청구할 수 없다.

2) 심판피청구인

행정심판 청구인의 상대방인 피청구인은 처분을 한 행정청(의무이행심판의 경우에는 청구인의 신청을 받은 행정청)이다(행정심판법 제17조 제1항 본문). 국가배상법을 적용함에 있어서 행정청이란 행정에 관한 의사를 결정하여 표시하는 국가 또는 지방자치단체의 기관, 그 밖에 법령 또는 자치법규에 따라 행정권한을 가지고 있거나 위탁을 받은 공공단체나 그 기관 또는 사인(私人)을 말한다(행정심판법 제2조제4호).

3) 이해관계인

심판결과에 이해관계가 있는 제3자와 행정청은 행정심판위원회의 허가를 받아 그 사건에 참가할 수 있다.

바. 행정심판의 청구방식

심판청구는 서면으로 하여야 한다(행정심판법 제28조 제1항). 서면청구주의를 택한 것은 청구의 내용을 명백히 하여 법적 안정을 도모하고자 함에 있다. 처분에 대한 심판청구의 경우에는 심판청구서에 다음 각 호의 사항(1. 청구인의 이름과 주소 또는 사무소(주소 또는 사무소 외의 장소에서 송달받기를 원하면 송달장소를 추가로 적어야 한다), 2. 피청구인과 위원회, 3. 심판청구의 대상이 되는 처분의 내용, 4. 처분이 있음을 알게 된 날, 5. 심판청구의 취지와 이유, 6. 피청구인의 행정심판 고지 유무와 그 내용)이 포함되어야 한다(행정심판법 제28조 제2항). 그리고 부작위에 대한 심판청구의 경우에는 제2항 제1호·제2호·제5호의 사항과 그 부작위의 전제가 되는 신청의 내용과 날짜를 적어야 한다(행정심판법 제28조 제3항). 심판청구서에는 청구인·대표자·관리인·선정대표자 또는 대리인이 서명하거나 날인하여야 한다(행정심판법 제28조제5항).

사. 행정심판의 청구기간

취소심판청구나 거부처분에 대한 의무이행심판청구의 경우에는 심판청구에 기간상의 제한이 따른다. 무효확인심판청구와 부작위에 대한 의무이행심판청구의 경우에는 청구기간에 제한이 없다.

1) 원칙

원칙적으로 행정심판은 처분이 있음을 알게 된 날부터 90일 이내에 청구하여야 한다(행정심판법 제27조제1항). 그러나 이것도 정당한 사유가 없는 한, 처분이 있었던 날부터 180일이 지나면 청구하지 못한다(행정심판법 제27조제3항 본문). 여기서 처분이 있음을 안 날이란 처분이 있음을 현실적으로 안 날을 말한다. 상기의 90일과 180일 중 어느 것이라도 먼저 경과하면 심판제기는 불가능하게 된다. 제3자효 있는 행위의 경우에는 제3자에게도 상대방의 경우와 동일한 심판청구기간상의 제한을 받는다.

참고 판례

구 행정심판법 제18조(현행법 제27조) 제1항 소정의 심판청구기간 기산점인 '처분이 있음을 안 날'이라 함은 당사자가 통지·공고 기타의 방법에 의하여 당해 처분이 있었다는 사실을 현실적으로 안 날을 의미하고, 추상적으로 알 수 있었던 날을 의미하는 것은 아니라 할 것이며, 다만 처분을 기재한 서류가 당사자의 주소에 송달되는 등으로 사회통념상 처분이 있음을 당사자가 알 수 있는 상태에 놓여진 때에는 반증이 없는 한 그 처분이 있음을 알았다고 추정할 수는 있다. … 아파트 경비원이 관례에 따라 부재중인 납부의무자에게 배달되는 택지초과소유부담금 납부고지서를 수령한 경우 납부의무자가 아파트경비원에게 단순한 등기우편물 등의 수령권한을 위임한 것으로 볼 수는 있을지언정, 택지초과소유부담금 부과처분의 대상으로 된 사항에 관하여 납부의무자를 대신하여 처리할 권한까지 위임한 것으로 볼 수는 없고, 설사 위 경비원이 위 납부고지서를 수령한 때에 위 부과처분이 있음을 알았다고 하더라도 이로써 납부의무자 자신이 그 부과처분이 있음을 안 것과 동일하게 볼 수는 없다(대판 1995.11.24. 95누11535).

2) 예외

예외적으로 정당한 사유가 있는 경우에는 처분이 있었던 날부터 180일이 지나도 행정심판을 청구할 수 있다(행정심판법 제27조제3항 단서). 그러나 개별 법률에서 특별규정을 두면 그에 따르게 된다(예, 지방공무원법 제67조제2항).

참고 판례

행정처분의 상대방이 아닌 제3자는 행정심판법 제18조제3항의 청구기간 내에 심판청구를 제기하지 아니하였다 하더라도 그 심판청구기간 내에 심판청구가 가능하였다는 특별한 사정이 있지 않는 한 동 조항 단서에서 규정하고 있는 기간을 지키지 못한 정당한 사유가 있는 때에 해당한다고 보아 심판청구기간의 제한을 받지 않는다고 풀이하여야 할 것이다(대판 1991.5.28. 90누1359).

아. 행정심판청구서의 제출 등

1) 심판청구서의 제출

행정심판을 청구하려는 자는 제28조에 따라 심판청구서를 작성하여 피청구인이나 위원회에 제출하여야 한다. 이 경우 피청구인의 수만큼 심판청구서 부본을 함께 제출하여야 한다.(행정심판법 제23조제1항). 행정청이 제58조에 따른 고지를 하지 아니하거나 잘못 고지하여 청구인이 심판청구서를 다른 행정기관에 제출한 경우에는 그 행정기관은 그 심판청구서를 지체 없이 정당한 권한이 있는 피청구인에게 보내야 한다(행정심판법 제23조제2항). 제2항에 따라 심판청구서를 보낸 행정기관은 지체 없이 그 사실을 청구인에게 알려야 한다(행정심판법 제23조제3항).

2) 취지에 따르는 처분 등

제23조제1항·제2항 또는 제26조제1항에 따라 심판청구서를 받은 피청구인은 그 심판청구가 이유 있다고 인정하면 심판청구의 취지에 따라 직권으로 처분을 취소·변경하거나 확인을 하거나 신청에 따른 처분(이하 이 조에서 "직권취소등"이라 한다)을 할 수 있다. 이 경우 서면으로 청구인에게 알려야 한다(행정심판법 제25조제

1항). 청구인이 이에 만족한다면 심판청구인은 심판청구를 취하하게 될 것이다.

자. 행정심판의 재결

1) 재결기간

재결은 제23조에 따라 피청구인 또는 위원회가 심판청구서를 받은 날부터 60일 이내에 하여야 한다. 다만, 부득이한 사정이 있는 경우에는 위원장이 직권으로 30일을 연장할 수 있다(행정심판법 제45조제1항 본문). (심판법 제34조제1항 단서).

2) 서면재결

재결은 서면으로 하여야 한다(행정심판법 제46조제1항). 재결을 서면으로 하도록 한 것은 법적 안정성을 위한 것이다. 구두에 의한 재결은 무효이다.

3) 재결의 범위

위원회는 심판청구의 대상이 되는 처분 또는 부작위 외의 사항에 대하여는 재결하지 못한다(불고불리의 원칙, 행정심판법 제47조제1항). 그리고 위원회는 심판청구의 대상이 되는 처분 또는 부작위 외의 사항에 대하여는 재결하지 못한다(불이익변경 금지의 원칙, 행정심판법 제47조제2항).

4) 재결의 종류

재결에는 심판청구가 적법하지 아니한 경우에 이루어지는 각하재결(행정심판법 제43조제1항), 심판청구가 이유 없을 때에 이루어지는 기각재결(행정심판법 제43조제2항), 심판청구가 이유 있을 때에 이루어지는 인용재결(행정심판법 제43조제3항, 제4항, 제5항)이 있다. 한편, 특기할 것은 청구인의 청구가 이유 있다고 하여도 공공복리를 이유로 청구가 기각되는 사정재결이 있다는 점이다(행정심판법 제44조제1항). 사정재결의 경우에는 청구인에 대하여 상당한 구제방법을 취하거나 상당한 구제방법을 취할 것을 피청구인에게 명할 수 있다(행정심판법 제44조제3항).

5) 재결의 효력

재결은 청구인에게 제1항 전단에 따라 송달되었을 때에 그 효력이 생긴다(행정심판법 제48조제2항). 한편, 재결이 갖는 효력의 내용은 다음과 같다.

① 재결도 행정행위의 일종인바, 재결은 행정행위의 효력인 내용상 구속력·공정력·구성요건적 효력·존속력(형식적 존속력·실질적 존속력) 등을 갖는다.

② 재결은 피청구인인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속하는 효력(기속력)을 갖는다. 기속력에는 행정청에 대한 소극적 의무로서 반복금지효와 행정청에 대한 적극적 의무로서 재처분의무가 있다.

참고 판례 반복금지효

양도소득세 및 방위세부과처분이 국세청장에 대한 불복심사에 의하여 그 불복사유가 이유 있다고 인정되어 취소되었음에도 처분청이 동일한 사실에 관하여 부과처분을 되풀이 한 것이라면 설령 그 부과처분이 감사원이 시정요구에 의한 것이라 하더라도 위법하다(대판 1986.5.27. 86누127).

참고 판례 재처분의무

당사자의 신청을 거부하는 처분을 취소하는 재결이 있는 경우에는 행정청은 그 재결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 하는 것이므로 행정청이 그 재결의 취지에 따른 처분을 하지 아니하고 그 처분과는 양립할 수 없는 다른 처분을 하는 것은 위법한 것이라 할 것이고, 이 경우 그 재결의 신청인은 위법한 다른 처분의 취소를 소구할 이익이 있다 할 것이다(대판 1988.12.12. 88누7880).

2. 행정소송제도

가. 행정소송의 의의

행정소송이란 행정법규의 적용과 관련하여 위법하게 권리나 이익이 침해된 자가 소송을 제기하고 법원이 이에 대하여 심리·판단을 행하는 정식의 행정쟁송을 말한다. 행정소송은 행정사건에 대하여 법원에 의해 이루어지는 정식절차를 말

한다. 행정소송은 관련 사인의 권리를 보호·구제하고 행정법질서를 확보하고 행정의 효율성을 확보하는 것을 목적으로 한다. 행정소송은 공법상의 분쟁을 대상으로 하는 소송이므로 사법상의 권리관계에 관한 소송인 민사소송과 구별된다. 현행 법제상 행정소송에 관한 일반법으로 행정소송법이 있다. 이하에서는 동법의 주요 내용을 보기로 한다.

참고 판례

행정청의 행위가 행정소송의 대상인가, 민사소송의 대상인가의 구별의 표준은 그 행위의 내용과 방법 및 분쟁이 일어났을 때에 그 해결에 관한 특별규정이 있느냐 없느냐 하는 점 등을 고려하여 결정한다(대판 1961.10.5. 4292행상125).

나. 행정소송의 한계

행정소송의 대상에는 제한이 없는 것이 아니다. 행정소송은 행정법상 분쟁을 대상으로 하는 소송의 한 종류인바, 일정한 한계를 갖는다. 말하자면 행정소송도 법률상 쟁송이고, 법률상 쟁송은 구체적인 사건에 대한 법적용상의 분쟁이므로, 구체적인 사건에 대한 법적용상의 분쟁이 아니라면 행정소송의 대상이 될 수 없다. 이와 관련하여 다음을 행정소송의 한계로 지적할 수 있다.

1) 구체적 사건성에 따른 한계

단순한 사실행위, 단순한 법령의 해석, 개인의 권리와 무관한 사항, 반사적 이익 등은 구체적 사건에 관한 법률상의 분쟁이 아니어서 행정소송의 대상이 아니다.

참고 판례

행정소송의 대상이 될 수 있는 것은 구체적인 권리·의무에 관한 분쟁이어야 하고 일반적·추상적인 법령 그 자체로서 국민의 구체적인 권리·의무에 직접적인 변동을 초래하는 것이 아닌 것은 그 대상이 될 수 없으므로 구체적인 권리·의무에 관한 분쟁을 떠나서 재무부령 자체의 무효확인을 구하는 청구는 행정소송의 대상이 아닌 사항에 대한 것으로서 부적합하다(대판 1987.3.24. 86누656).

2) 법적용상의 한계

방침규정(훈시규정)·재량행위·통치행위 등은 원칙적으로 법 적용상의 문제가 아니기 때문에 또한 행정소송에서 다툴 수 없다.

다. 행정소송의 종류

현행 행정소송법상 행정소송의 종류에는 항고소송·당사자소송·기관소송·민중소송의 네 가지가 규정되고 있다. 이중에서도 항고소송이 행정소송의 중심적인 지위에 놓인다. 항고소송에는 다시 취소소송·무효등확인소송·부작위위법확인소송의 세 가지가 있다.

1) 취소소송

가) 의의

취소소송이란 행정청의 위법한 처분 등을 취소 또는 변경하는 소송을 말한다(행정소송법 제4조제1호). 그 예로, 위법한 과세처분의 취소를 구하는 소송 또는 위법한 자동차운전면허취소처분의 취소를 구하는 소송 등을 들 수 있다. 위법한 취소소송은 항고소송의 중심적인 위치에 놓인다.

참고 판례

위법한 행정처분의 취소를 구하는 소는 위법한 처분에 의하여 발생한 위법상태를 배제하여 원상으로 회복시키고, 그 처분으로 침해되거나 방해받은 권리와 이익을 보호·구제하고자 하는 소송이다(대판 2005.5.13. 2004두4369).

나) 제소요건

소(訴) 없으면 재판없다는 원칙은 취소소송의 경우에도 당연히 적용된다. 취소소송을 제기하여 법원으로부터 본안에 관한 승소판결을 받기 위해서는 본안판단의 전제요건(소송요건)과 본안요건을 갖추어야 한다. 본안판단의 전제요건으로는 처분 등이 존재하고, 관할법원에, 원고가 피고를 상대로, 일정한 기간 내에, 소장을 제출하여야 하고, 일정한 경우에는 행정심판전치를 거쳐야 하되, 원고에

게는 처분 등의 취소 또는 변경을 구할 이익(권리보호의 필요)이 있어야 하며, 아울러 당사자 사이의 소송대상에 대하여 기판력 있는 판결이 없어야 하고 또한 중복제소도 아니어야 한다.

2) 무효등확인소송

무효등확인소송이란 행정청의 처분 등의 효력유무 또는 존재여부를 확인하는 소송을 말한다(행정소송법 제4조 제2호). 그 예로 과세처분무효확인소송을 들 수 있다. 제소요건은 취소소송과 유사하다.

3) 부작위위법확인소송

부작위위법확인소송이란 행정청이 당사자의 신청에 대해 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상의 의무가 있음에도 불구하고 이를 행하지 않는 경우, 그 부작위가 위법함의 확인을 구하는 소송을 말한다(행정소송법 제4조제3호). 제소요건은 취소소송과 유사하다.

라. 행정소송의 관할법원

행정소송법에서 정한 행정사건과 다른 법률에 의하여 행정법원의 권한에 속하는 사건의 제1심 관할법원은 행정법원이다(법원조직법 제40조의4). 행정법원이 설치되지 아니한 지역은 지방법원본원에서 관할한다(법원조직법 부칙 제2조). 제1심 판결에 대한 항소사건은 고등법원이 심판하고, 상고사건은 대법원이 관할하는 바, 행정소송은 3심제로 되어 있다.

1998년 2월 28일까지 행정소송의 제1심 관할법원은 고등법원이었고, 고등법원의 재판에 대하여는 대법원에 상고할 수 있었다. 과거에 행정심판제기의 여부를 불문하고 행정소송을 2심제로 한 것은 행정법관계의 신속한 해결과 안정을 위한 것으로 이해되었으나, 현행법은 국민의 권리보호의 확대를 위한다는 취지에서 3심제를 채택하고 있다.

마. 행정소송의 참가자

1) 원고

원고는 자기의 권익을 주장하면서 소송을 제기한 자이다. 원고가 될 수 있는 자격을 원고적격이라 부른다. 취소소송의 경우에는 처분 등의 취소를 구할 '법률상의 이익'이 있는 자(행정소송법 제12조 전단), 무효등확인소송의 경우에는 행정청의 처분 등의 효력유무 또는 존재여부의 확인을 구할 '법률상 이익'이 있는 자(행정소송법 제35조), 부작위위법확인소송의 경우에는 처분의 신청을 한 자로서 부작위의 위법을 구할 '법률상의 이익'이 있는 자(행정소송법 제36조)가 원고적격을 갖는다. 여기서 법률상 이익이란 행정심판의 경우와 별로 다를 바가 없다.

법률상 이익은 넓은 의미에서 권리에 해당한다. 반사적 이익이 이에 포함되지 아니함은 물론이다.

참고 판례

(1) 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라 하더라도 당해 행정처분으로 인하여 법률상 보호되는 이익을 침해당한 경우에는 그 처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하여 그 당부의 판단을 받을 자격이 있고, 여기에서 말하는 법률상 보호되는 이익이라 함은 당해 처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익이 있는 경우를 말하고, 공익 보호의 결과로 국민 일반이 공통적으로 가지는 일반적·간접적·추상적 이익이 생기는 경우에는 법률상 보호되는 이익이 있다고 할 수 없다(대판 2008.9.11. 2006두7577).

(2) 구 장사 등에 관한 법률(2007. 5. 25. 법률 제8489호로 전부 개정되기 전의 것) 제14조 제3항, 구 장사 등에 관한 법률 시행령(2008. 5. 26. 대통령령 제20791호로 전부 개정되기 전의 것) 제13조 제1항 [별표 3]에서 납골묘, 납골탑, 가족 또는 종중·문중 납골당 등 사설납골시설의 설치장소에 제한을 둔 것은, 이러한 사설납골시설을 인가가 밀집한 지역 인근에 설치하지 못하게 함으로써 주민들의 쾌적한 주거, 경관, 보건위생 등 생활환경상의 개별적 이익을 직접적·구체적으로 보호하려는 데 취지가 있으므로, 이러한 납골시설 설치장소에서 500m 내에 20호 이상의 인가가 밀집한 지역에 거주하는 주민들은 납골당 설치에 대하여 환경 상 이익 침해를 받거나 받을 우려가 있는 것으로 사실상 추정된다. 다

만 사설납골시설 중 종교단체 및 재단법인이 설치하는 납골당에 대하여는 그와 같은 설치 장소를 제한하는 규정을 명시적으로 두고 있지 않지만, 종교단체나 재단법인이 설치한 납골당이라 하여 납골당으로서 성질이 가족 또는 종중, 문중 납골당과 다르다고 할 수 없고, 인근 주민들이 납골당에 대하여 가지는 쾌적한 주거, 경관, 보건위생 등 생활환경상의 이익에 차이가 난다고 볼 수 없다. 따라서 납골당 설치장소에서 500m 내에 20호 이상의 인가가 밀집한 지역에 거주하는 주민들에게는 납골당이 누구에 의하여 설치되는지를 따질 필요 없이 납골당 설치에 대하여 환경 이익 침해 또는 침해 우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 원고적격이 인정된다고 보는 것이 타당하다(대판 2011.9.8, 2009두6766).

2) 피고

다른 법률에 특별한 규정이 없는 한, 취소소송이나 무효등확인소송의 경우에는 그 처분 등을 행한 행정청이 피고가 되고(행정소송법 제13조, 제38조제1항), 부작위위법확인소송의 경우에는 부작위청이 피고가 된다(행정소송법 제38조제2항). 그리고 당사자소송의 경우에는 국가·공공단체 그 밖의 권리주체가 피고가 된다(행정소송법 제39조).

참고 판례

행정처분의 취소 또는 무효확인을 구하는 행정소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분을 행한 행정청을 피고로 하여야 하고, 행정처분을 행할 적법한 권한 있는 상급행정청으로부터 내부위임을 받은데 불과한 하급행정청이 권한 없이 행정처분을 한 경우에도 실제로 그 처분을 행한 하급행정청을 피고로 할 것이지 그 처분을 행할 적법한 권한 있는 상급행정청을 피고로 할 것은 아니다(대판 1994.8.12. 94누2763).

3) 이해관계 있는 자

소송과 이해관계 있는 제3자나 다른 행정청은 소송에 참가할 수 있다(행정소송법 제16조, 제17조).

참고 판례

(1) 특정 소송사건에서 당사자 일방을 보조하기 위하여 보조참가를 하려면 당해

소송의 결과에 대하여 이해관계가 있어야 하고, 여기서 말하는 이해관계라 함은 사실상, 경제상 또는 감정상의 이해관계가 아니라 법률상의 이해관계를 가리킨다(대판 2000. 9. 8, 99다26924).

(2) 원고들은 광구로부터 상당한 거리를 보유한 경계선에 동종의 광업권을 갖고 있던 피고 보조참가인이 원고들에 대한 광업권 증구허가처분으로 인하여 동 증구허가의 대상구역에 해당하는 보안구역이 폐지됨으로 말미암아 원고들의 광구로부터 상당한 거리를 상실하는 결과가 되어 보안구역존치의 이익을 침해당하였다면 위 증구허가처분에 대하여 구 광업법 제71조 소정의 이의신청을 할 자격이 있고, 위 증구허가처분에 취소를 구하는 소송에 이해관계 있는 자로서 보조 참가할 수 있다(대판 1982.7.27. 81누271).

바. 행정심판의 전치

1) 의의

① 행정심판의 전치(前置)란 행정소송의 제기에 앞서서 피해자가 행정권에 대하여 먼저 행정심판의 제기를 통해 처분의 시정을 구하고, 그 시정에 불복이 있을 때 소송을 제기하는 것을 말한다. 구법 하에서는 행정심판의 전치가 원칙적이었으나, 즉 필요적 행정심판전치주의가 도입되었으나, 현행 행정소송법은 '취소소송은 법령의 규정에 의하여 당해 처분에 대한 행정심판을 제기할 수 있는 경우에도 이를 거치지 아니하고 제기할 수 있다'(동법 제18조 제1항 본문)고 하여 행정심판의 전치를 원칙적으로 임의적인 절차로 규정하고 있다.

② 행정심판의 전치는 행정소송과 행정심판의 제도적 결합을 의미한다. 행정심판의 전치는 헌법(제107조 제3항) 및 행정소송법(제18조)에 의해 규정되고 있다.

2) 문제점

예외적으로 필요적 행정심판전치가 적용되는 경우에도(행정소송법 제18조 제1항 단서) 그것의 전면적인 적용은 오히려 국민의 권익을 침해할 수도 있을 것이다. 이 때문에 행정심판전치주의가 적용되는 경우에도 ① 행정심판은 제기하되

재결을 거치지 아니하고 소송을 제기할 수 있는 경우(예, 행정심판청구가 있은 날로부터 60일이 지나도 재결이 없는 때)와 ② 행정심판조차 제기하지 않고 소송을 제기할 수 있는 경우(예, 동종 사건에 관하여 이미 행정심판의 기각결정이 있은 때)의 예외가 있다.

사. 행정소송의 심리

행정소송의 심리절차상으로는 ① 분쟁대상의 처분권, 즉 절차의 개시와 종료, 재판의 대상의 결정권은 당사자만이 갖는다는 처분권주의, ② 법원이 판결에 중요한 사실을 직접 조사할 수 있는 직권탐지주의, ③ 직권으로 소송절차를 진행시키는 직권주의, ④ 사건내용의 용이한 파악을 위하여 특별한 규정이 없는 한, 소송절차가 구두로 진행되어야 한다는 구두변론주의, ⑤ 증거에 대한 평가는 절차의 전 과정을 통하여 법관이 획득한 확신에 따른다는 자유심증주의, ⑥ 공중을 통한 재판의 통제라는 의미에서 소송절차는 공개적으로 진행되어야 한다는 공개주의 등이 적용된다.

아. 집행정지제도

1) 집행정지제도의 의의

집행정지제도란 취소소송이 제기된 경우에 처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에 본안이 계속되고 있는 법원이 당사자의 신청을 받아서 또는 직권으로 처분 등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지를 명하는 제도를 말한다(행정소송법 제23조제2항).

2) 집행정지의 요건

집행정지의 요건은 적극적 요건과 소극적 요건으로 구분할 수 있다. 적극적 요건으로는 ① 본안이 계속 중이어야 하고, ② 처분이 존재하여야 하고, ③ 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위한 것이어야 하고, ④ 긴급한 필요가 있어야 한다.

참고 판례

(1) 행정처분의 효력정지나 집행정지를 구하는 신청사건에서는 행정처분 자체의 적법 여부는 원칙적으로 판단의 대상이 아니고, 그 행정처분의 효력이나 집행을 정지할 것인가에 관한 행정소송법 제23조 제2항에서 정한 요건의 존부만이 판단의 대상이 되는 것이다. 다만, 집행정지는 행정처분의 집행부정지원칙의 예외로서 인정되는 것이고, 또 본안에서 원고가 승소할 수 있는 가능성을 전제로 한 권리보호수단이라는 점에 비추어 보면, 집행정지사건 자체에 의하여도 신청인의 본안청구가 적법한 것이어야 한다는 것을 집행정지의 요건에 포함시키는 것이 옳다(대결 2010.11.26, 2010무137).

(2) 본안소송에서 승소판결을 받을 경우에는 재항고인이 특례보충역으로 해당전문분야에서 2개월 남짓만 더 종사하여 5년의 의무종사기간을 마침으로써 그 병역법 제46조제1항에 의하여 방위소집복무를 마친 것으로 볼 것이나, 만일 위 처분의 효력이 정지되지 아니한 채 본안소송이 진행된다면 재항고인은 1992.2.24.부터 입영하여 다시 현역병으로 복무하지 않을 수 없는 결과 병역의무를 중복하여 이행한 셈이 되어 불이익을 입게 되고 상당한 정신적 고통을 받게 될 것임을 짐작하기 어렵지 아니하며, 이와 같은 손해는 쉽게 금전으로 보상할 수 있는 성질의 것이 아니어서 사회통념상 회복하기 어려운 손해에 해당한다(대판 1992.4.29. 92두7).

한편, 소극적 요건으로는 ① 공공복리에 중대한 영향이 없어야 하고, ② 본안청구의 이유 없음이 명백하지 않아야 한다.

참고 판례

처분의 취소가능성이 없음에도 처분의 효력이나 집행의 정지를 인정한다는 것은 제도의 취지에 반하므로 집행정지사건 자체에 의하여도 신청인의 본안청구가 이유 없음이 명백하지 않아야 한다는 것도 집행정지의 요건에 포함시켜야 한다(대판 1992.6.8. 92두14).

3) 집행정지의 효과

집행정지의 결정이 있게 되면 행정처분이 없었던 원래상태와 같은 상태가 된다. 정지결정에 위배된 후속행위들은 무효가 된다. 집행정지결정의 효력은 그 주문에 특별한 규정이 없는 한 본안판결이 확정될 때까지 그 효력이 존속한다.

참고 판례

행정처분의 집행정지결정에 위배한 행정처분은 그 하자가 중대하고 명백하여 무효이다(대판 1961.11.23. 4294행상3).

자. 행정소송의 판결

행정소송의 경우에도 민사소송의 경우와 마찬가지로 중간판결과 종국판결의 구분이 가능하고, 종국판결은 다시 각하판결·기각판결·인용판결의 세 가지로 구분된다. 종국판결에 관해 몇 가지 살펴보기로 한다.

1) 각하판결

각하판결이란 소송의 제기요건의 결여로 인하여 본안의 심리를 거부하는 판결을 말한다. 각하판결은 訴의 대상인 처분 등의 위법성에 대한 판단은 아니므로 원고는 결여된 요건을 보완하여 다시 소를 제기할 수 있고, 아울러 법원은 새로운 소에 대하여 판단하여야 한다.

2) 기각판결

기각판결이란 원고의 청구를 배척하는 판결을 말한다. 그런데 취소 소송의 경우에는 기각판결에도 두 종류가 있다. 하나는 원고의 청구에 합리적인 이유가 없기 때문에 배척하는 경우이고, 또 하나는 원고의 청구에 이유가 있으나 배척하는 사정판결의 경우이다.

3) 사정판결

① 사정판결이란 원고의 청구가 이유 있다고 인정하는 경우에도, 즉 처분 등이 위법한 경우에 처분 등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정하여 법원이 원고의 청구를 기각하는 판결을 말한다(행정소송법 제28조).

② 사정판결을 할 것인가 아닌가는 법원의 재량에 놓인다. 그러나 사정판결은 공공복리의 유지를 위해 극히 예외적으로 인정된 제도인 만큼 그

적용은 극히 엄격한 요건 아래 제한적으로 하여야 한다는 것이 우리 대법원의 입장이다.

③ 사정판결시 법원은 그 판결의 주문에서 그 처분들이 위법함을 명시하여야 한다. 사정판결을 함에 있어 미리 원고가 그로 인하여 입게 될 손해의 정도와 배상방법, 그 밖의 사정을 조사한 법원은 사정판결을 행할 것임을 사전에 원고에게 알려주어야 할 것이고, 이에 따라 원고는 피고나 행정청이 속하는 국가 또는 지방자치단체를 상대로 손해배상, 제해시설의 설치 그 밖에 적당한 구제방법의 청구를 법원에 병합하여 제기할 수 있다.

참고 판례

행정처분이 위법한 경우에는 이를 취소하는 것이 원칙이나, 예외적으로 그 위법한 처분을 취소·변경하는 것이 도리어 현저히 공공복리에 적합하지 아니하는 경우에는 그 취소를 허용하지 아니하는 사정판결을 할 수 있다. 이러한 사정판결은 당사자의 명백한 주장이 없는 경우에도 기록에 나타난 여러 사정을 기초로 직권으로 할 수 있는 것이나, 그 요건인 현저히 공공복리에 적합하지 아니한지 여부는 위법한 행정처분을 취소·변경하여야 할 필요와 그 취소·변경으로 인하여 발생할 수 있는 공공복리에 반하는 사태 등을 비교·교량하여 판단하여야 한다(대판 2006.9.22. 2005두2506).

4) 인용판결

인용판결이란 원고의 청구가 이유 있음을 인정하여 처분 등의 취소·변경을 행하거나(취소소송의 경우), 무효 등을 확인하거나(무효 등 확인 소송의 경우), 부작위의 위법을 확인하는 판결(부작위위법확인소송의 경우)을 의미한다. 취소소송에서 인용판결은 형성판결이 되고, 무효 등 확인소송이나 부작위위법확인소송에서 인용판결은 확인판결에 속한다.

차. 행정소송의 불복과 재심

1) 불복

행정법원의 판결에 불복하는 자는 고등법원에, 고등법원의 판결에 불복하는 자는 대법원에 상고할 수 있다. 문제는 상고심절차에 관한 특례법에서 심리불속행제도를 채택하였다는 점이다. 심리불속행제도란 상고이유에 관한 주장에 일정한 사유를 포함하지 아니한다고 인정할 때에는 더 나아가 심리를 하지 아니하고 판결로 상고를 기각하는 제도를 말한다. “원심판결이 헌법에 위반되거나 헌법을 부당하게 해석한 때” 등 구체적인 사유는 동법 제4조제1항에서 규정되어 있다.

2) 재심

취소소송의 확정판결은 제3자에 대하여도 효력이 있으므로 판결에 의하여 권리 또는 이익의 침해를 받은 제3자는 자기에게 책임 없는 사유로 소송에 참가하지 못함으로써 판결의 결과에 영향을 미칠 공격 또는 방어방법을 제출하지 못한 때에는 이를 이유로 확정된 종국판결에 대하여 재심을 청구할 수 있다(행정소송법 제8조제2항, 민사소송법 제422조 이하). 제3자에 의한 재심청구는 제3자의 권익보호를 목적으로 한다.

카. 소송비용

행정소송의 비용은 민사소송법상의 일반원칙에 따라 패소자가 부담하고, 일부패소의 경우에는 각 당사자가 분담하는 것이 원칙이다(민소법 제98조·제92조; 행소법 제8조제2항). 그러나 취소청구가 행정소송법 제28조의 규정(사정판결)에 의하여 기각되거나 행정청이 처분 등을 취소 또는 변경함으로 인하여 청구가 각하 또는 기각된 경우에는 소송비용은 피고의 부담이 된다(행소법 제32조). 왜냐하면 이러한 경우는 실질적으로 보아 원고의 승소에 해당하기 때문이다. 한편 소를 취하한 경우에는 취하한 자가 부담하고, 재판상 화해의 경우에는 합의가 없는 한 반반씩 부담하여야 한다.

[연습문제]

1. 다음 중에서 행정심판에 관련된 설명으로 타당성이 가장 적은 것은?

① 대통령의 처분이나 부작위에 대하여는 특별한 규정이 없는 한 행정심판을 제기할 수 없다.

② 서울특별시장의 처분의 경우 행정심판기관은 서울특별시행정심판위원회이다.

③ 취소심판의 제기에는 기간상의 제한이 있다.

④ 인용재결에는 기속력이 인정된다.

[착안점] 안 날부터 90일 등의 제한이 있다(행정심판법 제18조). [정답] ②

2. 다음의 사례에서 행정심판은 적법한 기간 내에 청구된 것인가?

(1) 2010. 9. 6에 서울특별시 서초구청장은 A에게 대집행영장발부통보처분의 통보서를 등기우편으로 송달하였고, A는 그 송달일로부터 90일간의 행정심판 청구기간이 지난 같은 해 12월 6일에 행정심판을 청구하였다. 그런데 A는 같은 해 9월 6일에 미국에 있는 자신의 아들집에 가 있었으며, 자기 집에 돌아온 것은 9월 10일이었다. 주소지에는 그 동안 아무도 살지 아니하였다.

(2) C는 2010년 2월 1일에 B시장으로부터 건축허가를 받았다. C에 이웃하여 주택을 갖고 있는 D는 그동안 미국에 머무르다가 2010년 8월 2일 돌아와 이러한 사실을 알게 되었다. D는 C에 대한 건축허가로 자신의 일조권·환경권이 침해된다고 보아 같은 해 9월 1일에 건축허가의 취소를 구하는 행정심판을 청구하였다. 주소지에는 그 동안 아무도 살지 아니하였다.

[착안점] 안 날이란 현실적으로 알 수 있는 날을 의미한다.

[정답] (1) 9월 10일을 안 날로 보아야 하므로 12월 6일은 안 날부터 90일이 지난 것이 아니어서 행정심판청구는 적법한 기간 내에 제기되었다.

(2) 8월 2일을 안 날로 보아야 하므로 9월 1일은 안 날부터 90일이 지난 것이 아니어서 행정심판청구는 적법한 기간 내에 제기되었다.

3. 실무상 행정소송이 아닌 것은?

① 공법상 권리관계에 관한 소송

② 불법행위로 인한 국가배상청구소송

③ 민중소송

④ 위법한 행정처분에 대한 항고소송

[착안점] 판례는 국가배상소송을 민사소송으로 다룬다. [정답] ②

4. 취소소송의 성질에 관한 설명으로 타당성이 없는 것은?

① 주관적 소송이다.

② 복심적 소송이다.

③ 형성소송이다.

④ 당사자소송이다.

[착안점] 취소소송은 당사자소송이 아니라 항고소송이다. [정답] ④

5. 본안판단의 전제요건(소송요건)에 관한 기술로서 타당성이 없는 것은?

① 본안판단의 전제요건의 구비여부는 법원의 직권조사사항이다.

② 본안판단의 전제요건이 결여되면, 법원은 소송판결(각하판결)을 한다.

③ 본안판단의 전제요건이 결여되면 본안심사가 배제된다.

④ 행정소송법은 본안판단의 전제요건과 소송요건을 구별하고 있다.

[착안점] 본안판단의 전제요건과 소송요건은 같은 의미이다. [정답] ④

6. 판례상 항고소송의 대상인 처분에 해당하는 것은?

① 지방자치단체의 일반재산의 대부행위

② 공무원에 대한 당연퇴직통보

③ 개별공시지가결정

④ 기상통보

[착안점] 기상통보는 사실작용일 뿐이다. [정답] ③

7. 사정판결이 허용되는 것은?

① 취소소송

② 무효등확인소송

③ 부작위위법확인소송

④ 기관소송

[착안점] 행정소송법에서는 취소소송에만 사정판결이 규정되고 있다. [정답] ①

8. 부작위위법확인소송의 인용판결이 있는 경우, 그 인용판결의 실효성을 확보하기 위해 도입된 제도는?

① 간접강제제도

② 이행강제금제도

③ 과태료제도

④ 가산금제도

[착안점] 행정소송법 제34조 참고 [정답] ①

9. 당사자소송에 해당하는 것은?

① 공무원의 징계처분에 대한 소송

② 재량권의 남용이 있는 처분에 대한 소송

③ 보상금증감청구소송

④ 조세처분의 무효확인을 구하는 소송

[착안점] 보상금증감청구소송은 형식적 당사자소송으로 이해되고 있다. 나머지는 모두 항고소송이다.

[정답] ③

10. 2010. 3.21. : 보건복지부장관은 A제약에 대하여 B의약품제조품목허가처분을 하였다.
2010. 5.21. : 제3자인 C제약이 위의 허가처분은 이미 자신에게 허가한 의약품과 동일·유사한 명칭을 사용하는 의약품에 대한 허가이어서, 위법함을 이유로 중앙행정심판위원회에 행정심판을 제기하였다.
2010. 9.11. : 중앙행정심판위원회의 의결을 거쳐 위 처분을 취소하는 내용의 취소재결을 하였다.
2010.11.23. : 보건복지부장관은 다시 A제약에 대하여 의약품제조품목허가처분을 취소하였다.

위의 9. 11자 처분과 11. 23자 처분은 모두 취소소송의 대상이 되는가?

[착안점] 취소명령재결과 취소재결을 구별하라. 취소재결 후에 이루어지는 취소처분은 사실작용일 뿐이다.

[정답] 9.11자 처분이 취소소송의 대상이고, 11.23자 분은 취소소송의 대상이 아니다.

11. A시는 시설노후와 인근에의 주택밀집 등을 이유로 기존의 공설화장장을 폐쇄하고, 대체화장장을 설치하기 위해 A시가 소유자로서 운영하고 있는 공설묘지인 B공원 내에서 부지를 선정하였다. 이 부지는 A시의 C구·D구의 일부지역에 급수되는 E수원지에 인접한 곳으로서 수도법 제5조에 의거 상수원보호구역으로 지정되어 있는 곳이다. 부산광역시는 일련의 법정절차를 거쳐 그 부지를 상수원보호구역에서 제외시키는 상수원보호구역변경처분을 하고 이어서 그 부지 상에 기반시설의 하나인 화장장을 설치하기로 하는 도시관리계획을 결정하였다. B공원으로부터 300미터의 거리에 살고 있는 주민 F등은 이러한 A시의 처분을 다툴 수 있는 법률상 이익을 가지는가?

[착안점] 화장장설치로 인해 침해되는 주민의 생활환경상의 이익은 법으로 보호되는 이익으로 볼 수 있을 것이다.

[정답] 법률상 이익을 갖는다.

12. 다음을 읽고 물음에 답하라.

2010. 6. 27. : 신청인 A는 B시의회 의원으로 당선되었다.

2012. 4. 14. : B시의회는 지방자치법이 정한 바에 따라 A의 제명을 의결하였다.

2012. 4. 15. : B시의회는 4월 14일자 의결내용을 A에게 통지하였다.

2012. 4. 17. : A는 C법원에 의원제명의결무효확인청구의 소를 제기한 후, 본안이 계속 중인 동 법원에 이유소명과 함께 제명의결의 효력정지를 구하는 신청을 제기하였다.

이 경우에 광주고등법원은 A인의 신청을 기각하여야 하는가?

[착안점] 행정소송법 제23조가 정하는 요건을 모두 구비하는가?

[정답] 행정소송법 제23조가 정한 요건을 모두 구비한 것으로 보아 기각이 아니라 인용하여야 한다.

Ⅶ

공무원법

Ⅶ. 공무원법

1. 공무원법관계의 변동

가. 공무원법관계의 발생

1) 임용과 임명

임용이란 ① 넓게는 신규채용·승진임용·전직·전보·겸임·파견·강임·휴직·직위해제·정직·복직·면직·해임 및 파면을 의미하기도 하고, ② 좁게는 신규채용·승진임용·강임·전직·전보를 의미하기도 하며, ③ 가장 좁게는 공무원관계를 처음으로 발생시키는 신규채용행위로서의 임명행위를 뜻하기도 한다. 한편 임명이란 좁게는 공무원신분의 신규설정행위를 뜻하나, 넓게는 면직을 포함하는 의미로 사용되기도 한다. ④ 이하에서는 임용은 넓은 의미로, 임명은 좁은 의미로 사용하기로 한다.

2) 보직과 임명

임명은 공무원신분의 설정행위이나, 보직은 공무원의 신분을 가진 자에게 일정한 직위를 부여하여 일정한 직무를 담당하도록 명하는 행위를 말한다. 임명과 보직은 논리상 동시에 이루어지는 경우도 있고 그러하지 않은 경우도 있다. 전자는 임관과 직위부여가 결합되어 있는 경우이고(예, 법제처장에 임하는 경우), 후자는 임관(예, 서기관에 임하는 행위, 임명)과 직위부여(예, ○○과장에 보하는 행위, 보직)가 분리된 경우이다(예, 서기관 임명 후 ○○과장에 보직하는 경우).

나. 공무원법관계의 변경

1) 하위직급에서 상위직급으로 변경

하위직급에서 바로 상위직급으로 임용되는 것을 승진이라 한다.

2) 동위직급 내에서 변경

① 같은 직급 내에서 직렬을 달리하는 임명을 전직이라 하고(국가공무원법 제5조 제5호, 지방공무원법 제5조 제5호)(예, 행정사무관을 외무사무관으로 임용하는 경우), ② 동일한 직급 내에서 보직변경을 전보라 하고(국가공무원법 제5조 제6호, 지방공무원법 제5조 제6호)(예, 세무1과장 서기관 갑을 세무 2 과장으로 보하는 경우), ③ 휴직·직위해제 및 정직 중에 있는 공무원을 직위에 복귀시키는 것을 복직이라 한다(공무원임용령 제2조 제3호, 지방공무원임용령 제2조 제2호). 전직과 구별할 것으로 전입이 있다. 전입이란 국가공무원법상으로는 국회·법원·헌법재판소·선거관리위원회 및 행정부 사이에서 다른 기관소속의 공무원을 받아들이는 것을 말한다.

3) 하위직급으로의 변경

가) 강임

동일한 직렬 내에서 하위의 직급에 임명하거나, 하위직급이 없어 다른 직렬의 하위직급으로 임명하는 것을 강임이라 한다(국가공무원법 제5조 제4호, 지방공무원법 제5조 제4호). 임용권자는 직제 또는 정원의 변경이나 예산의 감소 등으로 인하여 직위가 폐지되거나 강등되어 과원(過員)이 된 때 또는 본인이 동의한 경우에는 소속공무원을 강임할 수 있다. 이때 강임된 공무원은 상위직급에 결원이 생긴 때 우선 임용된다(국가공무원법 제73조의4제2항, 지방공무원법 제65조의4제2항).

나) 강등

강등은 징계처분의 하나로서 1계급 아래로 직급을 내리는 것(고위공무원단에 속하는 공무원은 3급으로 임용하고, 연구관 및 지도관은 연구사 및 지도사로 한다)을 말한다(국공법 제80조 제1항 ; 지공법 제71조 제1항 본문). 「고등교육법」 제14조에 해당하는 교원 및 조교에 대하여는 강등을 적용하지 아니한다(지공법 제71조 제1항 단서). 공무원신분은 보유하나 3개월간 직무에 종사하지 못하며 그 기간 중 보수의 3분의 2를 감한다(국공법 제80조 ; 지공법 제70조 제1항 본문).

4) 무직위로의 변경

가) 휴직

공무원의 신분은 보유하게 하나 직무에는 종사하지 못하게 하는 것을 휴직이라 한다(국가공무원법 제73조 제1항, 지방공무원법 제65조 제1항). 휴직에는 공무원 의사 여하에 불구하고 임용권자가 행하는 직권휴직(국가공무원법 제71조 제1항, 지방공무원법 제63조 제1항)과 공무원 본인의 원에 의하여 임용권자가 행하는 의원휴직(국가공무원법 제71조 제2항 본문, 지방공무원법 제63조 제2항)이 있다.

나) 직위해제

공무원 본인에게 직위를 계속 보유하게 할 수 없는 일정한 귀책사유가 있어서 그 공무원에게 직위를 부여하지 아니하는 것을 직위해제라 한다(국가공무원법 제73조의3제1항, 지방공무원법 제65조의3제1항 참조). 직위해제는 휴직과 달리 본인에게 귀책사유가 있을 때에 행하는 것이므로 재제적인 성격을 갖는다. 직위해제의 사유가 있는 공무원으로는 ① 직무수행능력이 부족하거나 근무성적이 극히 나쁜 자, ② 파면·해임·정직에 해당하는 징계 의결이 요구중인 자, ③ 형사사건으로 기소된 자(약식명령이 청구된 자는 제외한다) 등이다(국가공무원법 제73조의3제1항, 지방공무원법 제65조의3제1항).

다) 정직

정직은 공무원의 신분을 유지하되 직무에는 종사하지 못하는 것을 말한다. 정직기간은 1월 이상 3월 이하의 기간으로 하고 보수의 3분의 2를 감한다(국가공무원법 제80조제1항, 지방공무원법 제71조제1항). 정직은 징계처분의 하나인 점에서 휴직이나 직위해제와 성질을 달리한다.

다. 공무원법관계의 소멸

1) 당연퇴직

당연퇴직이란 임용권자의 의사와 관계없이 법이 정한 일정한 사유의 발생으로 당연히 공무원관계가 소멸되는 것을 말한다. 퇴직발령통지서의 발부는 퇴직의 유효요건이 아니며 사실상의 확인행위에 불과할 뿐이다. 당연퇴직의 사유로는 ① 결격사유의 하나에 해당하게 된 때, ② 사망·임기만료·정년에 달한 때, ③ 국적상실이 있다, 다만 국적상실 후에도 국가와 계약에 의해 특수직에 종사할 수 있다.

참고 판례

(1) 지방공무원법 제61조의 규정에 의하면 공무원에게 같은 법 제31조 소정의 결격사유가 있을 때에는 당연히 퇴직한다고 되어 있으므로 이러한 당연퇴직의 경우에는 결격사유가 있어 법률상 당연퇴직되는 것이지 공무원관계를 소멸시키기 위한 별도의 행정처분을 요하지 아니한다 할 것이며 위와 같은 사유의 발생으로 당연퇴직의 인사발령이 있었다 하여도 이는 퇴직사실을 알리는 이른바 관념의 통지에 불과하여 행정소송의 대상이 되지 아니한다(대판 1992.1.21. 91누2687).

(2) 과거에 법률에 의하여 당연퇴직된 공무원이 자신을 복직 또는 재임용시켜 줄 것을 요구하는 신청에 대하여 그와 같은 조치가 불가능하다는 행정청의 거부행위는 당연퇴직의 효과가 계속하여 존재한다는 것을 알려주는 일종의 안내에 불과하므로 당연퇴직된 공무원의 실체상의 권리관계에 직접적인 변동을 일으키는 것으로 볼 수 없고, 당연퇴직의 근거 법률이 헌법재판소의 위헌결정으로 효력을 잃게 되었다고 하더라도 당연퇴직된 이후 헌법소원 등의 청구기간이 도과한 경우에는 당연퇴직의 내용과 상반되는 처분을 요구할 수 있는 조리 상의 신청권을 인정할 수도 없다고 할 것이어서, 이와 같은 경우 행정청의 복직 또는 재임용거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 할 수 없다(대판 2005.11.25. 2004두12421).

2) 면직

가) 의원면직

의원면직이란 공무원 자신의 사의표시에 의거, 임용권자가 공무원관계를 소멸시키는 처분을 말한다. 그 법적 성질은 상대방의 신청을 요하는 행정행위(협력을 요하는 행정행위 또는 쌍방적 행정행위)이다. 사직의 의사표시는 정상적인

의사 작용에 의한 것이어야 한다.

한편, 직업선택의 자유와 관련하여 원칙적으로 공무원은 사임의 자유를 가진다. 사임의 자유와 관련하여 임용권자에게 수리의무가 있는가의 문제가 있다. 공무담임은 권리이고 자유이지 의무만은 아닌 것이므로 임용권자에게 수리의무가 있다고 볼 것이다. 다만 사임의 의사표시가 있어도 임용권자가 수리할 때까지는 사임의 의사표시를 한 자는 여전히 공무원이다. 따라서 그 자는 여전히 공무원으로서 각종의 의무를 부담하며, 이에 위반하면 책임이 추궁될 수 있다.

참고 판례

공무원이 사직의 의사표시를 하여 의원면직처분을 하는 경우 그 사직의 의사표시는 그 법률관계의 특수성에 비추어 외부적·객관적으로 표시된 바를 존중하여야 할 것이므로, 비록 사직원제출자의 내심의 의사가 사직할 뜻이 아니었다고 하더라도 진의 아닌 의사표시에 관한 민법 제107조는 그 성질상 사직의 의사표시와 같은 사인의 공법행위에는 준용되지 아니하므로 그 의사가 외부에 표시된 이상 그 의사는 표시된 대로 효력을 발한다. 사직서의 제출이 감사기관이나 상급관청 등의 강박에 의한 경우에는 그 정도가 의사결정의 자유를 박탈할 정도에 이른 것이라면 그 의사표시가 무효로 될 것이고 그렇지 않고 의사결정의 자유를 제한하는 정도에 그친 경우라면 그 성질에 반하지 아니하는 한 의사표시에 관한 민법 제110조의 규정을 준용하여 그 효력을 따져보아야 할 것이나, 감사담당 직원이 당해 공무원에 대한 비리를 조사하는 과정에서 사직하지 아니하면 징계파면이 될 것이고 또한 그렇게 되면 퇴직금 지급상의 불이익을 당하게 될 것이라는 등의 강경한 태도를 취하였다고 할지라도 그 취지가 단지 비리에 따른 객관적 상황을 고지하면서 사직을 권고·종용한 것에 지나지 않고 위 공무원이 그 비리로 인하여 징계파면이 될 경우 퇴직금 지급상의 불이익을 당하게 될 것 등 여러 사정을 고려하여 사직서를 제출한 경우라면 그 의사결정이 의원면직처분의 효력에 영향을 미칠 하자가 있었다고는 볼 수 없다(대판 1997.12.12. 97누13962).

나) 강제면직

강제면직이란 공무원 본인의 의사에 관계없이 임용권자가 일방적으로 공무원관계를 소멸시키는 처분이다. 강제면직에도 징계면직과 직권면직이 있다.

2. 공무원법관계의 내용

가. 공무원의 권리

공무원은 신분상 신분보유권, 직위보유권, 고충심사청구권(고충심사처리제도), 소청권·행정소송제기권, 직장협의회설립·운영권, 노동운동의 권리(사실상 노무에 종사하는 공무원의 경우)를 가지며, 재산상 보수청구권, 실비변상청구권, 연금청구권을 갖는다.

참고 판례

(1) 구 공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정되기 전의 것) 소정의 퇴직연금 등의 급여는 급여를 받을 권리를 가진 자가 당해 공무원이 소속하였던 기관장의 확인을 얻어 신청하는 바에 따라 공무원연금관리공단이 그 지급결정을 함으로써 그 구체적인 권리가 발생하는 것이므로, 공무원연금관리공단의 급여에 관한 결정은 국민의 권리에 직접 영향을 미치는 것이어서 행정처분에 해당할 것이지만, 공무원연금관리공단의 인정에 의하여 퇴직연금을 지급받아 오던 중 구 공무원연금법령의 개정 등으로 퇴직연금 중 일부 금액의 지급이 정지된 경우에는 당연히 개정된 법령에 따라 퇴직연금이 확정되는 것이지 같은 법 제26조 제1항에 정해진 공무원연금관리공단의 퇴직연금 결정과 통지에 의하여 비로소 그 금액이 확정되는 것이 아니므로, 공무원연금관리공단이 퇴직연금 중 일부 금액에 대하여 지급거부의 의사표시를 하였다고 하더라도 그 의사표시는 퇴직연금 청구권을 형성·확정하는 행정처분이 아니라 공법상의 법률관계의 한쪽 당사자로서 그 지급의무의 존부 및 범위에 관하여 나름대로의 사실상·법률상 의견을 밝힌 것일 뿐이어서, 이를 행정처분이라고 볼 수는 없고, 이 경우 미지급퇴직연금에 대한 지급청구권은 공법상 권리로서 그의 지급을 구하는 소송은 공법상의 법률관계에 관한 소송인 공법상 당사자소송에 해당한다(대판 2004. 7. 8, 2004두244).

(2) 교육부장관(당시 문교부장관)의 권한을 재위임 받은 공립교육기관의 장에 의하여 공립유치원의 임용기간을 정한 전임강사로 임용되어 지방자치단체로부터 보수를 지급받으면서 공무원복무규정을 적용받고 사실상 유치원 교사의 업무를 담당하여 온 유치원 교사의 자격이 있는 자는 교육공무원에 준하여 신분보장을 받는 정원 외의 임시직 공무원으로 봄이 상당하므로 그에 대한 해임처분의 시정 및 수령지체 된 보수의 지급을 구하는 소송은 행정소송의 대상이지 민사소송의 대상이 아니다(대판 1991.5.10. 90다10766).

나. 공무원의 의무

공무원은 국가공무원법 또는 지방공무원법상 성실의무, 법령준수의무, 품위유지의무, 청렴의무, 비밀엄수의무, 친절공정의무, 복종의무, 직장이탈금지의무, 영리업무금지의무 및 겸직금지의무, 영예의 제한, 정치운동금지의무, 집단행위의 금지, 선서의무 등의 의무를 진다. 그리고 공직자윤리법상 재산등록의무, 선물신고의무, 취업금지의무를 지고, 공직자 등의 병역사항 신고 및 공개에 관한 법률상 병역사항신고의무를 진다.

참고 판례

(1) 국민으로부터 널리 공무를 수탁하여 국민 전체를 위해 근무하는 공무원의 지위를 고려할 때 공무원의 품위손상행위는 본인은 물론 공직사회에 대한 국민의 신뢰를 실추시킬 우려가 있으므로 지방공무원법 제55조는 국가공무원법 제63조와 함께 공무원에게 직무와 관련된 부분은 물론 사적인 부분에 있어서도 건실한 생활을 할 것을 요구하는 '품위유지의무'를 규정하고 있고, 여기에서 '품위'라 함은 주권자인 국민의 수임자로서의 직책을 맡아 수행해 나가기에 손색이 없는 인품을 말한다. 출장근무 중 근무 장소를 벗어나 인근 유원지에 가서 동료 여직원의 의사에 반하여 성관계를 요구하다가 그 직원에게 상해를 입히고 강간치상죄로 형사소추까지 당하게 된 경우, 당해 공무원의 이러한 행위는 사회통념상 비난받을 만한 행위로서 공직의 신용을 손상시키는 것이므로 지방공무원법 제69조 제1항 제3호 소정의 품위손상행위에 해당한다(대판 1998.2.27. 97누18172).

(2) 지방공무원법 제48조 소정의 성실의무는 공무원에게 부과된 가장 기본적인 중요한 의무로서 최대한으로 공공의 이익을 도모하고 그 불이익을 방지하기 위하여 전인격과 양심을 바쳐서 성실히 직무를 수행하여야 하는 것을 그 내용으로 한다(대판 1989.5.23. 88누3161).

(3) 상급자가 하급자에게 발하는 직무상의 명령이 유효하게 성립하기 위해서는 상급자가 하급자의 직무범위 내에 속하는 사항에 대하여 발하는 명령이어야 하는 것인바, 검찰총장이 검사에 대한 비리혐의를 내사하는 과정에서 해당 검사에게 참고인과 대질신문을 받도록 담당부서에 출석할 것을 지시한 경우, 검찰총장의 위 출석명령은 "검찰총장은 대검찰청의 사무를 맡아 처리하고 검찰사무를 통할하며 검찰청의 공무원을 지휘·감독한다."고 규정한 검찰청법 제12조 제2항을 근거로 하고 있으나, 위 규정은 검찰총장이 직무상의 명령을 발할 수 있는 일반적인 근거규정에 불과하고, 구체적으로 그러한 직무상의 명령이 유

효하게 성립하기 위해서는 하급자인 그 검사의 직무범위 내에 속하는 사항을 대상으로 하여야 할 것인데, 그 검사가 대질신문을 받기 위하여 대검찰청에 출석하는 행위는 검찰청법 제4조 제1항에서 규정하고 있는 검사의 고유한 직무인 검찰사무에 속하지 아니할 뿐만 아니라, 또한 그 검사가 소속 검찰청의 구성원으로서 맡아 처리하는 이른바 검찰행정사무에 속한다고 볼 수도 없는 것이고, 따라서 위 출석명령은 그 검사의 직무범위 내에 속하지 아니하는 사항을 대상으로 한 것이므로 그 검사에게 복종의무를 발생시키는 직무상의 명령이라고 볼 수는 없다(대판 2000.11.10. 2000추36).

(4) 경찰서 수사과 형사계 반장인 원고의 부하직원에 대한 뇌물수수사건의 검찰수사과정에서 뇌물을 받은 사람이 원고라는 제공자의 진술에 따라 원고에게까지 수사가 확대되자, 원고가 수사를 피하기 위하여 사직원을 제출하였으나 수리도 되지 아니한 상태에서 소속 상관의 허가 없이 3개월여 동안 직장을 이탈하고 출근하지 아니하여 뇌물수수 등의 죄로 지명수배된 경우, 원고의 위와 같은 행위는 국가공무원법상의 직장이탈이어서 같은 법 제78조 제1항 제1호에 해당한다는 이유로 원고에 대하여 한 파면처분에 재량권을 남용 또는 일탈한 위법이 없다(대판 1991.11.22. 91누3666).

다. 공무원의 책임

1) 징계책임

징계란 공무원이 공무원으로서 부담하는 의무를 위반하였을 때, 공무원관계의 질서유지를 위해 공무원법에 따라 당해 공무원에게 법적 제재, 즉 벌을 가하는 것을 말한다. 용례 상 의무위반에 대하여 가해지는 처벌이 징계벌이고, 처벌을 받게 되는 지위를 징계책임이라고 한다. 국가공무원법과 이 법에 따른 명령위반(지방공무원법과 조례·규칙위반), 직무상 의무(다른 법령에서 공무원의 신분으로 인하여 부과된 의무포함. 예, 공직자윤리법 제22조)의 위반 또는 직무태만, 직무의 내외를 불문하고 그 체면 또는 위신을 손상하는 행위 등(국가공무원법 제78조 제1항, 지방공무원법 제69조 제1항)이 징계의 원인이 된다. 징계의 종류는 법률에 따라 상이하나, 국가공무원법과 지방공무원법은 일반직공무원에 대한 징계로 파면·해임·강등·정직·감봉·견책의 여섯 가지를 규정하고 있다(국가공무원법 제79조, 지방공무원법 제70조). 공무원은 징계처분 기타 그 의사에 반한 불리한

처분(예, 의원면직·전보·복직청구·강임·휴직·면직처분)에 대하여 불복신청을 할 수 있다(국가공무원법 제9조 제1항, 지방공무원법 제13조). 이를 소청이라 한다.

2) 변상책임

변상책임이란 공무원이 의무위반행위를 함으로써 국가나 지방자치단체에 재산상의 손해를 발생케 한 경우, 그에 대하여 공무원이 부담하는 재산상의 책임을 말한다. 변상책임에는 회계관계직원 등의 책임에 관한법률에 따른 회계관계직원 등의 변상책임과 국가배상법상에 따른 변상책임의 두 가지 경우가 있다.

[연습문제]

1. 공원제도와 관련하여 헌법상 명시적으로 규정되지 않은 것은?

① 공무원의 정치적 중립성

② 국민전체에 대한 봉사자

③ 국민에 대한 책임

④ 성적주의에 따른 인사

[착안점] 성적주의는 국가공무원법과 지방공무원법에서 규정되고 있다. [정답] ④

2. 지방공무원법상 당연퇴직사유가 아닌 것은?

① 사망

② 임기만료

③ 제1종 법정전염병 감염

④ 정년

[착안점] ③은 휴직사유일 수 있다. [정답] ③

3. 공무원의 징계책임에 관한 설명으로 타당하지 않은 것은?

① 법률상 근거 없이도 징계할 수 있다.

② 동일한 징계원인으로 거듭 징계될 수 없다.

③ 파면이 가장 강한 징계수단이다.

④ 위법한 징계처분은 행정소송으로 다툴 수 있다.

[착안점] 징계처분은 침익적 처분이므로 반드시 법률의 근거가 필요하다(헌법 제37조 제2항)

[정답] ①

4. 소청제도에 관한 설명으로 틀린 것은?

① 행정심판의 일종이다.

② 소청심사위원회의 결정은 처분 행정청을 기속하지 아니한다.

③ 소청사항을 심사하는 소청심사위원회는 합의제행정기관이다.

④ 소청인에게 진술 기회를 주지 아니한 결정은 무효이다.

[착안점] 소청심사위원회의 결정은 처분 행정청을 기속한다(국가공무원법 제15조)

[정답] ②

5. 다음을 읽고 물음에 답하라

2007.1.19.: A는 징역 8월에 집행유예 2년을 선고받았다.

2008.9.7.: A는 행정안전부 소속 공무원으로 임용되었다.

2010.3.31.: A는 '귀하가 집행유예기간 중에 공무원으로 임용된 것은, 임용결격자가 공무원으로 임용된 것으로서 당연무효이므로 2008. 9. 7자로 임용취소되었음'이라는 통지를 받았다. A는 취소소송을 통해 임용취소처분을 다툴 수 있는가?

[착안점] 국가공무원법 제33조가 정하는 능력요건이 미비된 자의 공무원은 당연무효이다. 당연무효의 통지는 단순한 사실행위일 뿐이다.

[정답] 다투면 패소한다.


Memo


Memo


Memo


Memo

행 정 법

2013년 2월 일 인쇄
2013년 2월 일 발행

편 집 : 지방행정연수원 기획지원부
집 필 : 연세대학교 법학전문대학원 교수 홍 정 선
검 토 : 조선대학교 교수 오 태 곤
교 정 : 경기도 곽 은 진
인 쇄 : (사) 한국장애인문화협회 인쇄사업본부
TEL : (042) 627-0789
FAX : (042) 626-3690

※ 이 책자의 전문(全文)은 지방행정연수원 홈페이지 (www.logodi.go.kr)에 게재되어 있습니다.

☎ 문의 : 031-250-5244 지방행정연수원 기획협력과 과 장 박 연 병
사무관 엄 지 호
담 당 김 재 홍

〈비매품〉