

[2023년 제11회 행정사 행정사실무법 기출해설]

해설 박문각 행정사 임병주 교수

[문제 1]

A시의 공공주택난을 해소하기 위한 청년대상 공공아파트 1개동을 건설하기 위하여 甲은 시장 乙에게 주택건설사업계획승인신청을 하였다. 이 신청에 대하여 乙은 관계 법령에 따라 아파트 건설이 가능하다고 구술로 답을 하였다. 그러나 乙의 임기 만료 후에 새로 취임한 시장 丙은 공공아파트 신축 예정지역 인근에 시 지정 공원이 있어 아파트 건설로 A시의 환경, 미관 등이 손상될 우려가 있다는 이유로, 주택건설사업계획 승인신청을 반려하는 처분(이하 '이 사건 반려처분'이라 한다)을 하였다. 甲은 이에 불복하여 이 사건 반려처분의 취소를 구하는 행정심판청구 및 집행정지신청(이하 '이 사건 취소심판'이라 한다)을 하였다. 다음 물음에 답하시오. (40점)

물음 1) 이 사건 취소심판에서 집행정지의 인용 여부를 검토하시오. (20점)

I. 사안의 쟁점

병의 집행정지의 인용여부에 대해서는 두가지가 문제가 된다. 거부처분에 대해 집행정지 신청이 가능할 것인가와 가능하다면 집행정지요건에 해당하여 인용이 될 것인지의 문제이다.

II. 거부처분에 대한 집행정지 가능성

1. 집행정지의 의의

집행정지란 심판청구의 대상인 처분의 효력이나 집행 또는 절차의 속행을 정지시키는 것을 말한다.

2. 집행정지의 요건

(1) 적극적 요건

① 집행정지대상인 처분이 존재할 것, ② 심판청구가 계속 중일 것, ③ 중대한 손해가 생기는 것을 예방의 필요성, ④ 긴급성을 적극적 요건으로 한다.

(2) 소극적 요건

집행정지가 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있는 경우에는 허용되지 않는다.

3. 거부처분에 대한 집행정지 가능성

거부처분에 대해서 집행정지가 가능할 것인가 견해대립이 있다.

(1) 학설

① 거부처분을 집행정지하더라도 거부처분이 행해지지 아니한 상태가 될 뿐 신청에 따른 처분을 받는 것은 아니므로 신청인에게 아무런 도움이 되지 않는다는 근거로 부정하는 견해, ② 집행정지결정에도 기속력이 인정되므로 행정청에게 재처분의무가 생길 수 있다는 점에서 긍정하는 견해, ③ 신청인에게 거부처분을 집행정지하여 거부처분이 행하여지지 아

니한 상태로 회복되는 경우 예외적으로 법적 이익이 인정될 수 있는 경우가 있을 수 있다는 점에서 예외적으로 긍정하는 견해의 대립이 있다.

**(2) 판례**

판례는 거부처분의 효력정지는 신청인에게 생길 손해를 방지하는데 아무런 보탬이 되지 아니한다는 이유로 부정하는 입장이다.

**(3) 소결**

가구제의 취지상 원칙적으로 인정되지는 않지만 개별적 사안에 따라 거부를 정지함으로써 신청인에게 일정한 법적 이익이 인정되는 경우도 있을 수 있으므로 예외적 긍정설이 타당하다고 본다.

**Ⅲ. 물음 1 해결**

거부처분의 효력정지를 인정하지 않는 판례에 의하면 이 사건 취소심판에서 집행정지는 인용되지 않는다. 예외적 긍정설이나 긍정설에 의하더라도 회복하기 힘든 손해예방의 필요성이 긴급하다고 보여지지 않으므로 집행정지는 인용되지 않는다.

물음 2) 丙은 이 사건 취소심판에 대한 인용재결이 있었음에도 불구하고 이 사건 반려처분에 대하여 아무런 조치를 취하지 않았다. 이때 甲이 취할 수 있는 행정심판법상 구제수단에 관하여 설명하시오. (20점)

## I. 사안의 쟁점

병은 이 사건 취소심판에 대한 인용재결에 대해 재처분의무가 있음에도 불구하고 아무런 조치를 취하지 않고 있다는 점에서 행정심판법상 구제수단으로 위원회의 간접강제와 위원회의 직접처분이 가능할 것인지 문제된다.

## II. 간접강제

### 1. 의의

행정심판 인용재결에 따른 행정청의 재처분 의무에도 불구하고 행정청이 인용재결에 따른 처분을 하지 아니하는 경우 행정심판위원회가 당사자의 신청에 대하여 결정으로 상당한 기간을 정하고, 행정청이 그 기간 내에 이행하지 아니하는 경우에 지연기간에 따라 일정한 배상을 하도록 명하거나 즉시 배상을 할 것을 명하는 제도이다.

### 2. 취소심판에서 간접강제의 요건

① 행정청의 거부처분에 대한 인용재결이 있을 것, ② 피청구인이 재결에 따른 처분을 하지 아니할 것, ③ 청구인의 신청이 있을 것을 요건으로 한다.

### 3. 간접강제결정에 기초한 강제집행

간접강제 결정서 정본은 「민사집행법」에 따른 강제집행에 관하여는 집행권원과 같은 효력을 가진다.

### 소결

丙은 이 사건 취소심판에 대한 인용재결이 있었음에도 불구하고 이 사건 반려처분에 대하여 아무런 조치를 취하지 않고 있다는 점에서 간접강제로 구제가 가능하다.

## III. 직접처분

### 1. 의의

당사자의 신청을 거부하거나 부작위로 방치한 처분의 이행을 명하는 재결이 있는 경우 피청구인이 이행명령재결에 대해 재처분 의무를 이행하지 않는 경우 위원회의 직접처분이 인정된다.

### 2. 직접처분의 요건

① 행정청의 거부나 부작위에 대한 이행을 명하는 재결이 있을 것, ② 피청구인이 재결에 따른 처분을 하지 아니할 것, ③ 청구인의 신청이 있을 것을 요건으로 한다.

### 3. 소결

사안은 거부처분에 대한 취소심판에 대한 인용재결이 있었다는 점에서 처분의 이행을 명하는 재결이 아님이 명백하다. 따라서 직접처분은 인정되지 않는다.

#### IV. 물음 2 해결

丙의 재처분의무에 대한 부작위에 대해서 위원회의 간접강제를 통한 구제는 가능하지만 위원회의 직접처분은 인정되지 않는다.

**[문제 2] 행정사법상 행정사의 자격취소와 업무정지에 관하여 설명하시오. ( 20점 )**

**I. 행정사법상 행정사의 자격취소**

**1. 의의**

행정사법에 규정된 사유에 해당하는 경우 행정안전부장관이 행정사의 자격을 박탈하는 것을 의미한다.

**2. 자격취소의 사유**

- ① 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 행정사 자격을 취득한 경우
- ② 신고확인증의 대여 등의 금지의무를 위반하여 신고확인증을 양도하거나 대여한 경우
- ③ 업무정지처분을 받고 그 업무정지 기간에 행정사 업무를 한 경우
- ④ 행정사법을 위반하여 징역형이 확정된 경우

**3. 기속행위**

행정안전부장관은 자격취소사유에 해당하는 경우 그 자격을 취소하여야 한다. 행정안전부장관에게는 자격취소에 대한 재량권이 인정되지 않는다.

**II. 행정사법상 행정사의 업무정지**

**1. 의의**

행정사법에 규정된 사유에 해당하는 경우 행정사 사무소의 소재지를 관할하는 시장등이 6개월의 범위에 업무의 정지를 명하는 것을 말한다.

**2. 업무정지 사유**

- ① 행정사가 두 개 이상의 사무실을 설치한 경우
- ② 행정사합동사무소를 구성하는 행정사 또는 법인구성원이 상근하지 아니한 경우
- ③ 행정사 또는 행정사법인이 3개월이 넘도록 휴업할 때 휴업신고를 하지 아니한 경우
- ④ 행정사 또는 행정사법인이 위임인으로부터 보수 외에 금전 또는 재산상 이익이나 그 밖의 반대급부를 받은 경우
- ⑤ 법인소속의 행정사 또는 법인구성원이 따로 사무소를 둔 경우
- ⑥ 행정사 또는 행정사법인이 보고 또는 업무처리부 자료 제출 등의 명령에 따르지 아니하거나 검사 또는 질문을 거부·방해 또는 기피한 경우

**3. 재량행위**

업무정지는 시장등이 6개월의 범위에서 선택재량권을 갖는다.

**4. 업무정지처분효과의 승계**

- ① 폐업신고를 한 후 업무를 다시 시작하는 신고를 한 행정사(행정사법인을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)는 폐업신고 전 행정사의 지위를 승계한다.
- ② 폐업신고 전의 행정사에 대하여 한 행정처분의 효과는 그 처분일부터 1년간 업무를 다시 시작하는 신고를 한 행정사에게 승계된다.

**[문제 3] 비송사건의 토지관할과 이송에 관하여 설명하시오. (20점)**

**I. 비송사건의 토지관할**

**1. 의의**

토지관할은 소재지를 달리하는 동종의 법원 사이에서 소재지에 따라 재판권의 분담을 정한 것이다.

**2. 원칙**

- ① 「비송사건절차법」은 토지관할에 관한 일반적 규정을 두고 있지 않고 있다. 각각의 사건마다 당사자와 법원의 편의를 고려하여 개별적으로 관할을 정하고 있다.
- ② 사람의 주소지, 주된 사무소 소재지, 물건소재지, 채무이행지, 소송계속지 등을 기준으로 사건별로 관할이 규정되어 있다.

**3. 특칙**

**(1) 주소가 없거나 알지 못할 때**

거소지(居所地)의 지방법원이 사건을 관할한다.

**(2) 거소가 없거나 알지 못할 때**

마지막 주소지의 지방법원이 사건을 관할한다.

**(3) 마지막 주소지가 없거나 알지 못할 때**

재산이 있는 곳 또는 대법원이 있는 곳을 관할하는 지방법원이 사건을 관할한다.

**II. 이송**

**1. 관할의 경합과 우선관할**

관할법원이 여러 개인 경우에는 최초로 사건을 신청받은 법원이 그 사건을 관할한다. 이를 우선관할이라 한다.

**2. 이송**

**(1) 적당한 법원으로 이송**

우선관할을 갖는 법원은 신청에 의하여 또는 직권으로 적당하다고 인정하는 다른 관할법원에 그 사건을 이송할 수 있다.

**(2) 관할권이 없는 법원의 이송**

우선관할로 인해 다른 법원은 해당 비송사건에 대한 관할권을 잃게 된다. 다른 법원은 「민사소송법」 제34조 제1항을 준용하여 해당 사건을 최초로 신청을 받은 관할법원에 이송해야 한다는 것이 일반적 견해이다.

**(3) 이송의 효력**

- ① 이송받은 법원은 이송결정에 따라야 한다. 소송을 이송받은 법원은 사건을 다시 다른 법원에 이송하지 못한다.
- ② 이송결정이 확정된 때에는 소송은 처음부터 이송받은 법원에 계속(係屬)된 것으로 본다.

(4) 불복

이송의 재판으로 인하여 권리를 침해당한 자는 그 재판에 대하여 항고할 수 있다.

## [문제 4] 비송사건 재판에 대한 항고의 종류와 효과를 설명하시오. (20점)

### I. 항고의 종류

#### 1. 항고의 의의

비송사건에서의 항고는 하급법원의 재판이 아직 확정되기 전에 재판으로 인하여 권리를 침해당한 자가 상급법원에 대하여 그 취소·변경을 구하는 불복신청을 말한다.

#### 2. 항고의 종류

##### (1) 보통항고

보통항고는 항고제기의 기간에 제한이 없는 항고로서 항고의 이익이 있는 한 어느 때나 제기할 수 있는 항고이다. 비송사건에서 항고는 원칙적 보통항고를 뜻한다.

##### (2) 즉시항고

즉시항고는 신속한 해결의 필요상 그 제기에 있어 기간의 정함이 있는 항고로서 재판이 고지된 날부터 1주 이내에 하여야 한다. 즉시항고는 법률에 명문의 규정이 있는 때에 한하여 허용된다.

##### (3) 재항고

최초의 항고에 대한 항고법원 또는 고등법원의 결정에 대한 항고이다. 재항고에는 상고에 관한 규정이 준용된다.

##### (4) 특별항고

특별항고는 불복할 수 없는 결정이나 명령에 대하여 재판에 영향을 미친 헌법위반이 있거나 재판의 전제가 된 명령·규칙·처분의 헌법 또는 법률의 위반 여부에 대한 판단이 부당하다는 것을 이유로 하는 때에만 대법원에 하는 항고이다.

### II. 항고의 효과

#### 1. 확정차단의 효력

##### (1) 통상항고

통상항고로 불복하는 비송사건재판은 확정력이 없으므로 통상항고의 제기는 확정차단의 효력이 문제되지 않는다.

##### (2) 즉시항고

즉시항고를 허용하는 재판에서는 즉시항고의 제기에 의하여 원재판의 확정이 차단된다.

#### 2. 이심의 효력

원심법원에 항고의 제기가 있으면 원재판의 대상인 사건은 항고심으로 이심된다.

#### 3. 집행정지의 효력

##### (1) 원칙

비송사건의 재판은 고지에 의하여 즉시 효력이 생기므로 재판의 확정을 기다리지 않고 집행력 및 형성력이 생긴다. 항고를 하더라도 형성력, 집행력에는 아무런 영향을 미치지 않는 것이 원칙이다.



## (2) 예외

### 1) 재판에 의한 집행정지

「민사소송법」 제448조가 준용되어 항고법원 또는 원심법원이나 판사는 항고에 대한 결정이 있을 때까지 원심재판의 집행을 정지하거나 그 밖에 필요한 처분을 명할 수 있다.

### 2) 법률의 특별한 규정

즉시항고의 경우에는 「비송사건절차법」에서 집행정지의 효력을 부여하여 항고법원의 재판의 확정시까지 원재판에 기한 집행을 할 수 없고, 그 원재판으로 인한 권리관계형성이 되지 않는 경우가 있다.