

2023년도 제11회 행정사실무법 기출문제 및 답안해설

박문각 행정사 조장형 행정사

【문제1】 A시의 공공주택난을 해소하기 위한 청년대상 공공아파트 1개동을 건설하기 위하여 甲은 시장 乙에게 주택건설사업계획승인신청을 하였다. 이 신청에 대하여 乙은 관계법령에 따라 아파트 건설이 가능하다고 구술로 답을 하였다. 그러나 乙의 임기 만료 후에 새로 취임한 시장 丙은 공공아파트 신축예정지역 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’라 한다)을 하였다. 다음 물음에 답하시오. (40점)

물음1) 이 사건 취소심판에서 집행정지의 인용 여부를 검토하시오. (20점)

물음2) 丙은 이 사건 취소심판에 대한 인용재결이 있었음에도 불구하고 이 사건 반려처분에 대하여 아무런 조치를 취하지 않았다 이때 甲이 취할 수 있는 행정심판 법상 구제수단에 관하여 설명하시오. (20점)

[문제 1-1]

I. 문제의 소재

본 사안의 쟁점은 민원인(甲)의 주택건설사업계획승인신청을 거부한 시장 丙의 반려처분이 거부처분에 해당되는지 여부와 그 반려처분에 대한 집행정지 인용여부의 문제이다.

II. 시장 丙의 주택건설사업계획승인신청 반려처분이 거부처분에 해당되는지 여부

1. 반려처분의 의미

반려처분은 민원인의 신청행위에 대한 처분을 하지 않겠다는 행정청의 소극적인 의사 표시로서 거부행위이다. 반려처분은 거부처분에 해당되어 행정심판이나 항고소송의 대상이 된다.

2. 거부행위(반려처분)의 처분성 인정여부

판례에 의하면 거부행위(반려처분)가 처분성을 갖기 위해서는 ① 신청한 행위가 공권력의 행사 또는 이에 준하는 작용이어야 하고, ② 거부행위로 인하여 신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는 것이어야 하며, ③ 신청인에게 행정행위를 요구할 수 있는 법규상·조리상의 신청권이 있어야만 한다.

3. 사안의 경우

을의 반려처분은 처분에 해당되고, 을의 반려처분은 甲의 법률관계에 변동을 초래하게 되며, 甲에게는 관계법령에 따라 주택건설사업계획승인신청권이 있다는 점에서 본 사안에서의 丙의 거부행위(반려처분)는 거부처분에 해당한다.

III. 집행정지 허용여부

1. 의의

집행정지는 처분의 집행 등으로 인하여 중대한 손해가 생길 경우에, 처분의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부를 잠정적으로 정지하는 제도이다. 본 사안의 경우에 거부처분(반려처분)에 대한 집행정지가 가능한지 문제된다.

2. 집행정지의 요건

(1) 적극적 요건(법 제30조 제2항)

① 본안심판이 계속되어 있어야 하고, ② 집행정지대상인 처분이 존재하고,¹⁾ ③ 중대한 손해가 생길 우려가 있고, ④ 예방할 필요성이 긴급한 경우이어야 한다.

(2) 소극적 요건(법 제30조 제3항)

① 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 없어야 하며, ② 본안청구의 인용가능성이 있어야 한다.

3. 거부처분에 대한 집행정지

학설은 ① 집행정지가 허용되면 행정청에게 사실상의 구속력을 갖게 된다는 긍정설, ② 집행정지를 인정한다 하여도 신청인의 지위는 거부처분이 없는 상태로 돌아가는 것에 불과하다는 부정설 ③ 원칙적으로 부정이나 사안에 따라서는 거부처분이 행하여지지 아니한 상태로 복귀됨에 따라 신청인에게 어떠한 법적 이익이 있다고 인정되는 경우에 한해 인정하는 제한적 긍정설이 대립한다.

판례는 거부처분에 대한 집행정지는 행정청에게 처분을 명하는 결과가 되고, 신청에 대한 거부처분의 효력을 정지하더라도 거부처분이 없었던 것과 같은 상태, 즉 거부처분이 있기 전의 신청시의 상태로 되돌아가는 데에 불과하여 신청인에게 집행정지를 구할 실익이 없다고 하여 부정설의 입장이다.

4. 사안의 경우

판례의 입장에 따라 丙의 반려처분에 집행정지를 허용하더라도 신청인 甲에게는 승인 신청 이전의 상태가 되는 것에 불과하여 甲의 입장에서는 집행정지를 구할 실익은 없게 된다. 또한 「행정심판법」에는 임시처분이라는 집행정지의 보충적 제도가 존재하므로 거부처분은 집행정지의 대상이 아니라고 보는 점에 비추어 보더라도 거부처분은 집행정지의 대상이 아니다.

1) 처분이 소멸되어 집행을 정지할 대상자체가 없게 된 경우, 처음부터 집행정지의 목적물이 없었던 부작위의 경우에는 집행정지의 실익이 없다.

Ⅳ. 소결

丙의 주택건설사업계획승인신청에 대한 반려처분은 행정심판의 대상에 해당하는 거부처분에는 해당되나, 丙의 이 사건 반려처분에는 집행정지가 허용되지 않는다. 따라서 이 사건 취소심판에서 집행정지는 인용되지 않는다.

[문제 1-2]

I. 문제의 소재

처분에 대한 취소심판에서 인용재결이 있었음에도 불구하고 행정청이 인용재결의 취지에 따른 아무런 후속조치가 없는 경우, 재결의 실효성 확보수단으로서 「행정심판법」상 간접강제신청을 할 수 있는지 여부가 문제된다.

II. 간접강제

행정심판의 인용재결에 따른 행정청의 재처분의무에도 불구하고 행정청이 이에 따른 처분을 하지 아니하면 행정심판위원회는 청구인의 신청에 의하여 결정으로 상당한 기간을 정하고 피청구인이 그 기간 내에 이행하지 아니하는 경우에는 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 하도록 명하거나 즉시배상을 할 것을 명할 수 있다. 간접강제는 인용의 실효성을 확보하기 위한 행정심판 작용이며 동시에 직접처분의 한계를 보완한다.

III. 간접강제의 요건 및 절차

1. 요건

- (1) 인용재결(거부처분에 대한 취소재결, 무효등 확인심판 인용재결, 의무이행심판 인용재결)이 있을 것
- (2) 행정청이 재처분의무를 불이행할 것²⁾
- (3) 청구인이 행정심판위원회에 간접강제를 신청할 것
- (4) 행정심판위원회가 결정으로 상당한 기간을 정할 것
- (5) 행정청이 그 기간내에 이행하지 아니할 것

2. 절차

- (1) 청구인의 간접강제의 신청이 있어야 한다.
- (2) 행정심판위원회는 간접강제결정을 하기 전에 신청 상대방의 의견을 들어야 한다.
- (3) 행정심판위원회는 간접강제 신청에 대한 심리·결정을 하면 지체 없이 당사자에게 결정서 정본을 송달하여야 한다.
- (4) 행정심판위원회는 사정의 변경이 있는 경우에는 당사자의 신청에 따라 간접강제 결정의 내용을 변경할 수 있다.

2) 판례에 의하면 재처분의무의 불이행은 아무런 재처분을 하지 않는 경우 뿐만 아니라 재처분을 하였더라도 기속력에 반하는 거부처분에 해당하여 당연무효인 경우도 포함된다. 기속력에 반하는 처분은 하자가 중대·명백하여 당연무효라고 보아야 한다. 판례도 무효로 보고 있다.

Ⅳ. 사안의 해결

丙의 반려처분을 취소하는 인용재결이 있으면 피청구인 丙은 인용재결의 취지에 따라 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다. 본 사안의 경우에서 丙이 인용재결에 따른 재처분의무에도 불구하고 반려처분에 대하여 아무런 조치를 취하지 않고 있으므로 丙은 행정심판위원회에 간접강제신청을 할 수 있다.

【문제2】 행정사법상 행정사의 자격취소와 업무정지에 관하여 설명하시오. (20점)

1. 자격의 취소

(1) 절차

행정안전부장관은 행정사가 자격 취소사유에 해당하는 경우에는 그 자격을 취소하여야 하며, 자격을 취소하려는 경우에는 청문을 하여야 한다.

(2) 취소사유

- ① 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 행정사 자격을 취득한 경우
- ② 신고확인증을 양도하거나 대여한 경우
- ③ 업무정지처분을 받고 그 업무정지 기간에 행정사 업무를 한 경우
- ④ 「행정사법」을 위반하여 징역형이 확정된 경우

2. 업무의 정지

(1) 절차

행정사 사무소(행정사합동사무소 또는 행정사법인의 경우에는 주사무소)의 소재지를 관할하는 시장등은 행정사 또는 행정사법인이 업무정지사유에 해당하는 경우에는 6개월의 범위에서 기간을 정하여 업무의 정지를 명할 수 있다.

(2) 정지사유 **[두상휴외/따보]**

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

(3) 제척기간

업무정지처분은 그 사유가 발생한 날부터 3년이 지나면 할 수 없다.

【문제3】 비송사건의 토지관할과 이송에 관하여 설명하시오. (20점)

1. 토지관할

(1) 의의

토지관할이란 소재지를 달리하는 동종 심급의 법원 간의 사건의 분담 관계를 정해 놓은 것으로, 전국에 설치되어 있는 같은 심급의 법원 상호간의 지역에 따른 사건의 관할 문제를 말한다.

(2) 원칙

「비송사건절차법」은 비송사건의 토지관할에 관한 일반적 규정을 두지 않고, 개별적으로 토지관할을 규정하고 있다.

(3) 특칙

- ① 대한민국에 주소가 없을 때 또는 대한민국 내의 주소를 알지 못할 때에는 거소지의 지방법원이 사건을 관할한다.
- ② 거소가 없을 때 또는 거소를 알지 못할 때에는 마지막 주소지의 지방법원이 관할한다.
- ③ 마지막 주소가 없을 때 또는 그 주소를 알지 못할 때에는 재산이 있는 곳 또는 대법원이 있는 곳을 관할하는 지방법원이 관할한다.

2. 이송

(1) 의의

우선관할에 의하여 정해진 법원이 사건을 심리하는 것이 부적당한 경우 그 법원은 신청 또는 직권으로 적당하다고 인정하는 다른 법원에 이송할 수 있다. 신청에 의한 이송은 신청이송이고 직권에 의한 이송은 재량이송이라 한다.

(2) 이송(재판)의 효력

- ① 사건을 이송받은 법원은 이송결정에 따라야 하고, 사건을 다시 다른 법원에 이송하지 못한다.
- ② 이송결정이 확정되면 사건은 처음부터 이송받은 법원에 계속된 것으로 본다.
- ③ 이송결정이 확정되면 결정의 정본을 소송기록에 붙여 이송받은 법원 등에게 보내야 한다.

(3) 불복

이송재판으로 권리를 침해받은 자는 항고할 수 있다.

(4) 관할위반의 이송

「비송사건절차법」에는 이에 대한 명문의 규정은 없으나, 판례는 민사소송으로 소를 제기하여야 할 것을 비송사건으로 신청하였다면 부적합한 신청으로 각하한다는 입장

이다.

【문제4】 비송사건 재판에 대한 항고의 종류와 효과를 설명하시오. (20점)

1. 항고의 의의

비송사건의 항고란 상급법원에 하급 법원의 원재판의 취소·변경을 구하는 불복신청을 말한다. 비송사건의 재판에 대한 불복은 항고 이외의 방법은 인정되지 않는다.

2. 항고의 종류

(1) 보통항고(=통상항고)

- ① 기간의 제한이 없는 항고로서 별도의 법률 규정이 없어도 신청의 이익이 있는 한 어느 때나 제기할 수 있다.
- ② 비송사건에서의 항고는 보통항고가 원칙이다.
- ③ 항고법원의 재판은 이유를 붙인 결정으로써 하여야 한다.

(2) 즉시항고

- ① 기간의 제한이 있는 항고로 재판의 고지일로부터 1주일 이내에 하여야 하며, 그 기간은 불변기간이다.
- ② 즉시항고는 법률에 즉시항고 할 수 있다는 명문규정이 있어야만 제기할 수 있다.
- ③ 항고법원의 재판은 이유를 붙인 결정으로써 하여야 한다.

(3) 재항고

- ① 재항고는 항고법원의 결정 등에 대한 항고이다.
- ② 재항고는 재판에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반을 이유로 드는 때에만 대법원에 제기할 수 있다.

(4) 특별항고

- ① 불복할 수 없는 결정 등에 대하여 재판에 영향을 미친 헌법 등의 위반을 이유로 대법원에 제기하는 항고이다.
- ② 특별항고는 재판이 고지된 날로부터 1주일 이내에 하여야 하며, 그 기간은 불변기간이다.

3. 항고의 효과

(1) 확정차단의 효력

① 보통항고의 경우

보통항고는 항고기간의 제한이 없고 따라서 확정력이 없다. 그러므로 재판의 확정차단이라는 문제도 생기지 않는다. 이 경우 사건은 원심재판에 의하여 당연히 종료된 것이며, 항고사건은 새로운 사건이 된다.

② 즉시항고의 경우

즉시항고를 허용하는 재판에 있어서는 즉시항고의 제기에 의하여 원심재판의 확정을 차단하는 효력이 발생하며, 즉시항고로써 불복을 할 수 있는 재판은 이를 취소하거나 변경할 수 없다.

(2) 이심의 효력

원심법원에 항고의 제기가 있으면 원심재판의 대상인 사건은 항고심에 이심된다.

(3) 집행정지의 효력

항고는 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 집행정지의 효력이 없다.