

행정행위의 부관

■ 부관의 개념

행정행위의 효과를 제한 또는 보충하기 위하여 주된 행정행위에 부가된 종된 규율

■ 개념구별

- 행정행위 자체의 내용상 제한(주된 규율내용을 직접 제한하는 것은 부관이 아님)

- 예: 영업구역의 설정 - 행정행위 일부의 내용 자체를 규정하는 것

- 법정 부관 - 법령이 직접 행정행위의 조건, 기한 등을 정하는 경우

행정청의 의사표시로서의 부관이 아닌 법규 그 자체

- 부관에 관한 원칙이 적용되지 않음!

- 법정부관은 법령 그 자체

→ 하자가 있는 경우 헌법 107조에 따라 헌법재판소의 위헌법률심사 또는 법원의 명령규칙심사에 의한 통제 대상이 됨(항고소송대상)

부관의 기능

1. 실체적 기능

- 구체적인 사항에 보다 적합한 조치를 할 수 있는 유연성을 부여
- 허가요건을 충족하지 않은 신청인 경우, 허가거부보다 부관을 붙여 해결 가능

2. 절차적 기능

- 신청을 거부하지 않기 때문에 재신청과 재심사를 생략할 수 있어 절차의 간소화, 경제화 → 동일절차를 반복하기 위한 시간절약

3. 공익 보호기능

- 특히 영업허가나 건축허가에 있어 미풍양속과 환경보호를 위한 수단이 됨

4. 유도적 기능과 분쟁예방적 기능

- 행정청의 의도대로 상대방의 행위를 유도 → 보조금지급결정에 사용 목적을 부관으로 정하는 경우
- 처분으로 인한 분쟁소지를 미연에 방지 → 환경위해시설에 대해 정화 시설 구비를 부관으로

5. 역기능

- 부관을 남용하거나 과중한 부담을 활용하는 경우 오히려 국민의 권익에 장애
- 이를 예방하기 위해 실체법적, 절차법적인 통제가 필요

부관의 종류

: 조건, 기한, 철회권의 유보, 부담, 부담유보, 법률효과의 일부배제

1. 조건

: 행정행위의 효력의 발생 또는 소멸을 장래에 발생 여부가 불확실한 사실에 의존시키는 부관

1) 정지조건 - 행정행위의 효과를 장래의 불확실한 사실에 의존시키는 것

장해시설 완비를 조건으로 한 도로점용허가, 시설완성을 조건으로 하는 학교법인의 설립허가

2) 해제조건 - 조건의 성취로 행정행위의 법적 효과를 소멸케 하는 것

일정기간 내에 공사에 착수하지 않으면 실효한다는 것을 조건으로 한 공기업 특허, 특정기업의 취업을 조건으로 하는 체류허가의 발급

- 조건부 행정행위의 효력은 조건인 사실의 성취여부가 미정인 동안에는 불확정한 상태로 있음
- 조건이 성취됨과 동시에 행정행위의 효력이 발생 또는 소멸하며 별도의 행정청의 행위를 필요로 하지 않음
- 행정행위의 효력을 불확정한 상태로 두는 것은 바람직하지 않기 때문에 조건을 사용하는 경우는 별로 없음
- 조건이라는 용어를 사용한다 하여도 실제로는 부담인 경우가 많음

2. 기한

: 행정행위의 효력의 발생, 소멸을 장래에 발생여부가 확실한 사실에 의존케 하는 부관

시기 - 2010년 9월 1일 부터 도로사용을 허가한다

종기 - 2010년 9월 1일 까지 도로사용을 허가한다

- 종기가 행정행위의 절대적 소멸원인인가?

→ 통상적으로 종기의 도래는 행정행위의 효력을 소멸시킴

다수설 & 판례 - 그 내용상 장기계속성이 예정되는 행정행위에 부당하게 짧은 기한이 붙여진 경우에는 그것은 행정행위의 존속기간이 아니라 그 내용의 갱신기간으로 보고 있음

3. 철회권의 유보

: 일정한 경우에 행정행위를 철회하여 그 효력을 소멸하게 할 수 있음을
정한 부관

cf) 해제조건도 행정행위의 효력의 소멸이지만, 철회권의 유보는 유보된
사실이 발생한다고 당연히 소멸되는 것이 아니라 ‘철회’라는 행정청의
별도의 의사표시를 필요로 함

- 행사의 제한

- 법적 근거 없어도 철회권을 유보할 수 있지만 의무에 합당한 재량행사 해야 함
 - 원행정행위의 실효여부가 행정청의 의사표시에 좌우되므로 상대방의 권익을 침해할 가능성이 높음
 - 철회사유는 구체적이어야 하며, 유보된 경우에도 철회의 제한에 관한 일반원리에 따라야함
- 손실보상가능성?

4. 부담

: 수익적 행정행위에 부가된 부관으로 상대방에게 작위·부작위·급부·수인 등의 의무를 명하는 것

예) 도로점용허가시 도로점용료납부명령, 단란주점영업허가시 각종 행위제한

- 다른 부관과는 달리 행정행위의 효과 발생 또는 소멸과 직결되지 않음
- 즉, 주된 행정행위의 일반적인 효과를 제한하는 것이 X
- 하나의 행정행위를 이루면서 그 존속만이 주된 행정행위에 의존!
- 부담에 의해 주어진 의무는 주된 행정행위와 별도로 다룰 수 있음(쟁송 가능)
- 그 자체가 독립적으로 강제집행의 대상이 됨

■ 부담과 조건과의 구별

■ 구별실익

- 1) 정지조건부행정행위는 조건의 성취여부가 정해지지 않는 동안에 그 효력이 불확정적;
 - 부담은 처음부터 완전한 효력이 발생, 다만 특별한 의무가 부과될 뿐
- 2) 해제조건부행정행위는 조건성취에 의해 효력상실;
 - 부담은 상대방이 의무를 이행하지 않는다고 당연히 효력이 소멸되는 것은 아님, 만일 상대방이 부담의무를 이행하지 않으면 당해처분을 철회할 수 있는 것(!)
- 3) 강제집행상 차이 – 조건은 의무를 부과하지 않기 때문에 강제집행의 대상이 될 수 없음;
 - 부담은 독립하여 강제집행의 대상이 됨
- 4) 쟁송상 차이 – 정지조건은 독립하여 취소소송의 대상이 되지 못하므로 행정행위 자체를 대상으로 효력을 다투야 함
 - 부담은 부담만의 독립쟁송 및 취소가 가능

- 구별기준

- ① 행정청의 객관적 의사 - 구체적으로 행정청이 어떤 법효과를 의욕하고 있는지가 제1차적 구별기준
- ① 의사가 불분명하면 - 상대방에게 침해가 적은 부담으로 추정하여야 함 → 부담이 조건에 비해 상대방 권익구체 측면에서 이익, 법적안정성을 줌

- 부담의 불이행

이를 이유로 원행정행위의 철회 가능, 후행행정처분의 발령거부사유도 되며, 강제이행 사유가 되기도 함

4. 부담유보

- 행정행위를 발령하면서 사후적으로 부담을 설정, 변경, 보완할 수 있는 권리를 미리 유보해 두는 경우
- 급속한 사회, 기술변화 때문에 행정행위의 발령시점에 그 행위의 효과를 예견할 수 없는 경우 탄력성부여
- 철회권의 유보라고 보는 견해도 있으나, 새로운 내용의 부관으로 보아야 함

4. 수정부담

- (행정행위에 새로운 의무를 부과하는 것이 아니라)
- 사인이 신청한 내용과 다르게 전부 또는 부분적으로 허가 또는 승인하는 것
 - 甲이 행정청에 A국으로의 물품수입허가를 신청하였는데 B국으로부터의 허가를 부여하는 경우
 - 상대방이 수정된 내용을 받아들이면 완전한 효력을 발생함
 - !

5. 법률효과의 일부배제

: 법률이 예정하고 있는 행정행위의 효과의 일부를 행정청이 배제하는 부관

- 택시영업허가를 부여하면서 격일제 운영을 부관으로 정하는 경우
 - 원칙적으로 법령에 의한 경우에만 붙일 수 있음
- 행정청의 의사에 기해 부가하는 부관과 구별

부관의 적법성(부관의 한계)

■ 부관의 가능성

■ 명문규정이 있는 경우

- 통칙적인 규정 X
- 개별법에서 부관에 관한 규정을 두고 있음(식품위생법)

■ 명문규정이 없는 경우 (→)

- 수익적 행정행위에 있어서는 법령에 특별한 근거규정이 없다고 하더라도 그 부관으로서 부담을 붙일 수 있으나, 그러한 부담은 비례의 원칙, 부당결부금지의 원칙에 위반되지 않아야만 적법하다.(대법원 1997. 3. 11. 선고 96다49650 판결 【소유권이전등기말소】 [공 1997.4.15.(32),1064])

■ 명문규정이 없는 경우

- 특허와 같은 수익적 행정행위에는 부관을 붙일 수 있음 (판례, 학설)
- **준법률행위** - 종래의 통설과 판례는 의사표시를 요소로 하지 않는 준법률행위적 행정행위에는 부관을 붙일 수 없다고 봄 → 새로운 견해는 개별적인 행정행위의 성질에 따라서 고려. 가능하다고 봄!
- **기속행위** - 기속행위인 경우에는 행정청은 법규에 기속되므로 종래에는 부관은 재량행위에만 붙일 수 있다고 봄 → 기속행위더라도 법률상 규정이 있거나, 부관이 법률상의 전제요건을 충족시키는 요건충족적 부관인 경우에는 가능
 - 따라서, 개별적인 행정행위의 성질에 따라서 부관의 가능성을 정함이 있음

부관의 한계

1. 내용적 한계

- ① 주된 행위와 사항적 통일성을 가져야 함 → 부당결부금지
- ② 부관의 내용은 가능한 명확해야 하고 실행가능한 것이어야 함
- ③ 법령에 위반하여서는 안됨
- ④ 평등원칙, 비례원칙 등 법의 일반원칙에 반해서는 안됨
- ⑤ 이행 가능해야 함
- ⑥ 주된 행정행위의 본질적 효력을 해하지 않는 한도의 것이어야 함

- 지방자치단체장이 사업자에게 주택사업계획승인을 하면서 그 주택사업과는 아무런 관련이 없는 토지를 기부채납하도록 하는 부관을 주택사업계획승인에 붙인 경우, **그 부관은 부당결부금지의 원칙에 위반되어 위법하지만**, 지방자치단체장이 승인한 사업자의 주택사업계획은 상당히 큰 규모의 사업임에 반하여, 사업자가 기부채납한 토지 가액은 그 100분의 1 상당의 금액에 불과한 데다가, 사업자가 그 동안 그 부관에 대하여 아무런 이의를 제기하지 아니하다가 지방자치단체장이 업무착오로 기부채납한 토지에 대하여 보상협조요청서를 보내자 그 때서야 비로소 부관의 하자를 들고 나온 사정에 비추어 볼 때 부관의 하자가 중대하고 명백하여 당연무효라고는 볼 수 없다고 한 사례.
(대법원 1997. 3. 11. 선고 96다49650 판결 【소유권이전등기말소】 [공 1997.4.15.(32),1064])

2. 목적상 한계

- 행정행위가 추구하는 본질적 목적에 위배해서는 안됨
(성질상 소음이 발생하는 영업을 허가하면서 부관으로 소음발생방지를 명하는 경우)

3. 성질상 한계

- 신분설정행위와 같이(귀화허가에 조건) 성질에 비추어 부관을 붙일 수 없는 경우도 있음(개명허가에 기한 설정)

4. 일반원칙상의 한계

- 부관도 행정행위의 한 부분이므로 행정행위로서의 적법요건을 구비하여야 함
- 평등원칙, 비례원칙

5. 시간적 한계(사후부관!)

- 제한적 긍정설 (판례, 다수설) - 명문의 규정, 사후부관의 가능성을 미리 유보했거나, 본인의 동의가 있는 경우 가능 (→)
 - 상대방에게 불이익을 주는 새로운 법적 효과를 가져오므로
- 긍정설 - 부관 중에 부담은 독립된 처분으로 사후부관은 가능
- 부정설 - 부관은 주된 행정행위에 부가된 종된 의사표시이므로 독자적인 존재는 인정 안함

- 행정처분에 이미 부담이 부가되어 있는 상태에서 그 의무의 범위 또는 내용 등을 변경하는 부관의 사후변경은, 법률에 명문의 규정이 있거나 그 변경이 미리 유보되어 있는 경우 또는 상대방의 동의가 있는 경우에 한하여 허용되는 것이 원칙이지만, 사정변경으로 인하여 당초에 부담을 부가한 목적을 달성할 수 없게 된 경우에도 그 목적달성에 필요한 범위 내에서 예외적으로 허용된다.
(대법원 1997. 5. 30. 선고 97누2627 판결 【토지굴착등허가 처분중부담무효확인】 [공1997.7.1.(37),1911])

위법부관과 직권취소

- 하자있는 부관의 효력
 - 부관의 적법성의 범위를 벗어난 것은 위법한 부관
 - 중대명백한 하자 - 무효
 - 단순위법 - 취소
- 당연무효인 부관
 - 하자있는 부관만 무효 or 행정행위 전체의 무효?
 - 취소할 수 있는 부관 (→)

■ 당연무효인 부관



- 원칙적으로 주된 행위에 영향을 미치지 아니하므로 부관만을 무효로, 다만 그 부관이 본질적인 요소가 되는 경우에는 주된 행위도 무효
- 기속행위에 행정행위의 효과를 제한하는 부관이 법령에 근거없이 붙여졌다면 부관만 무효

■ 취소할 수 있는 부관 - 취소될 때까지 유효

- 분리될 수 없는 부관인 경우 전부 취소

- 침익적인 부관만을

- 1) 독립하여 취소쟁송으로 다룰 수 있는지
- 2) 쟁송형태는 무엇인지
- 3) 법원이 부관의 위법성을 인정한 경우 부관만을 독립하여 취소할 수 있는지의 문제

- 부관의 독립쟁송가능성
- 부관에 대한 소송형태
- 부관의 독립취소가능성

부관의 독립쟁송가능성

1. 학설 -

- ① 종래의 다수설은 부관 중 부담은 그 자체가 독립된 행정행위이므로 독립하여 쟁송의 대상이 되지만, 그 이외의 부관은 그 자체가 독립된 행정행위가 아니므로 행정쟁송의 대상이 될 수 없다고 함
- ② 최근의 유력설은 법원이 본안심리를 통해 당해 부관을 취소하는 경우에 주된 행정행위가 여전히 그 자체로서 존속할 수 있을 정도의 독자성이 있다면, 부관의 처분성 인정여부와 무관하게 행정쟁송을 통하여 독자적으로 다룰 수 있다고 함(분리가능성을 기준으로)

2. 판례

- 부담만 독립하여 취소소송의 대상이 될 수 있다 봄
- 부담 이외의 부관은 독자적으로 취소소송의 대상이 될 수 없다고 함! →

부관 중 부담이 독립하여 행정쟁송이 대상이 될 수 있는가의 여부

행정행위의 부관은 행정행위의 일반적인 효력이나 효과를 제한하기 위하여 의사표시의 주된 내용에 부가되는 종된 의사표시이지 그 자체로서 직접 법적 효과를 발생하는 독립된 처분이 아니므로 현행 행정쟁송제도 아래서는 **부관 그 자체만을 독립된 쟁송의 대상으로 할 수 없는 것이 원칙**이나 행정행위의 부관 중에서도 행정행위에 부수하여 그 행정행위의 상대방에게 일정한 의무를 부과하는 행정청의 의사표시인 **부담의 경우에는 다른 부관과는 달리 행정행위의 불가분적인 요소가 아니고 그 존속이 본체인 행정행위의 존재를 전제로 하는 것일 뿐이므로 부담 그 자체로서 행정쟁송의 대상이 될 수 있다**(대판 1992. 1. 2, 91누1264).

부관에 대한 소송형태

- 진정일부취소쟁송 - 부관만 독립하여 다툼
- 부진정일부취소쟁송 - 부관부 행정행위 전체를 대상으로 , 실질적으로는 부관만의 취소를 구함

	쟁송의 대상	소송물	법원의 판결
진정일부취소 쟁송	부관	부관의 위법성	전부취소 판결
부진정일부취소 쟁송	부관부 행정행위 전체	부관만의 위법성	일부취소 판결

■ 학설

- 부담과 기타 부관을 구분 (종래 다수설)

- 부담은 진정일부취소소송이 가능
- 그 외의 부관은 부진정일부취소소송으로

- 최근의 유력설

- 부관을 취소하면 주된 행정행위의 존속가치가 없는 경우(분리가능성이 없는)는 부관만의 독립쟁송가능성을 부인 → 전체를 쟁송대상으로
- 분리가능성이 인정되는 부관은 둘로 나누어
 - i) 처분성을 갖는 부관은 부관만을 대상으로 하여 취소쟁송을 제기 可!
 - ii) 처분성이 인정되지 않는 부관의 경우에는 부관부 행정행위 전체를 대상으로 소송을 제기하고 이 가운데 부관만의 취소를 구하는 형태(**부진정일부취소소송**)로 다룰 수 있다고 함

■ 판례

- 부담의 경우에는 부담만을 대상으로 진정일부취소소송 형태로 다룰 수 있지만;
- 부담 이외의 부관에 대해서는 진정일부소송도 인정하지 아니하고 부진정일부소송도 인정하지 않음
- 판례는 위법한 부담 이외의 부관으로 인해 권리를 침해 받은 자는 **부관부 행정행위 전체의 취소를 청구하든지,** 아니면 행정청에 부관이 없는 처분으로의 변경을 청구한 다음 그것이 거부된 경우에 **거부처분취소소송을 제기하여야 한다는 입장**

부관의 독립취소가능성

: 법원이 부관만을 독립하여 취소할 수 있는지?

- 기속행위, 재량행위 구분설(법구속정도 기준설)
- 일부취소법리준용설
- 중요성설
- 판례

- 기속행위, 재량행위 구분설(법구속정도 기준설)

- 주된 행정행위가 기속행위인 경우

- 상대방은 부관없는 행정행위에 대한 청구권이 있으므로 부관의 종류에 관계없이 부관만을 취소할 수 있음
 - But 요건충족적 부관의 경우 부관만의 취소는 인정X

- 재량행위는 행정청의 의사가 존중되어야 하므로 부관이 없이는 주된 행정행위를 하지 않았을 것이라고 판단되는 경우에는 부관의 취소는 인정되지 X

■ 일부취소법리준용설

- 원칙적으로 부관부분만 취소 가능
- 행정청이 부관없이 주된 행정행위를 발하지 않았을 것이라고 인정되는 경우 부관만의 취소 불가
- 일부취소의 요건으로
 - ① 가분적일 것
 - ② 나머지 부분이 독자적인 의미를 지닐 것
 - ③ 문제의 부관없이도 주된 행정행위를 발령하였을 것

■ 중요성설

- 위법한 행정행위의 부관이 중요한 요소가 아닌 경우 - 가능
- 부관의 내용이 중요한 본질적인 요소인 경우
 - 전부취소의 형식이 되어야 한다는 견해

■ 판례

- 판례는 부담만은 독립취소가능성을 인정하지만, 부담 이외의 부관은 부관부 행정행위 전체를 취소하여야지 부담만의 취소는 인정되지 않는다고 함