

단순고권행정

개념

- 공법의 영역에서 이루어지는 행위형식으로 권력적인 형식 이외의 행위형식
 - 고권적 - 공법상의 작용
 - 단순 - 비권력적
 - 권력적인 행정작용도 아니고 사법적 행정작용에 속하지 않는 상이한 행위유형의 집합

■ 종류

행정법상 의사표시/ 사실행위/ 비정식적 행정작용

행정법상 의사표시/ 사실행위/ 비정식적 행정작용

- 특정한 법적 효과에 향해진 행정법상 의사표현
- 행정행위가 아니라 법률에서 정한 요건에 부합할 때 법률에서 정한 효과 발생
- 사실행위가 아님

행정법상 의사표시/ 사실행위/ 비정식적 행정작용

- '사실상의 효과'를 지향하는 모든 행정작용
 - 폐기물수거, 행정지도, 대집행의 실행, (불법건축물의 철거), 행정상 즉시강제
 - 일정한 행위가 이루어진 **사실 또는 그 결과에 대하여** 법률효과가 부여된 행위
 - 위법한 사실행위로 인하여 국민에게 손해가 발생한 경우 손해배상 의무를 발생시킴
 - 사실행위는 법적 행위에 비하여 법적 문제가 적게 발생하지만 행정기관의 행위의 양적인 면에서는 대부분이 사실행위

종류

- 물적 또는 법적 상황에 대한 단순한 지식 표명
- 권력적 사실행위 - 행정청이 특정의 행정목적 달성을 위하여 국민의 신체, 재산 등에 직접 물리력을 행사하여 행정상 필요한 상태를 실현하는 행위(전염병환자의 격리, 대집행의 실시) <-> 비권력적 사실행위(행정지도)
- 비명령적 영향력행사 - 경고
- 순수사실행위 - 순수히 사실적인 내용
- 내부적 사실행위 - 공문서 정리
- 외부적 사실행위 - 쓰레기수거, 도로건설
- 정신적 사실행위 - 행정지도, 통지, 보고

한계

- 법률의 우위, 법률의 유보
- 조직법상 주어진 범위 내
- 목적의 범위 내
- 행정법의 일반원칙

공법상 사실행위에 대한 권리구제

- 행정쟁송(항고쟁송)
 - 처분성의 인정여부 문제
 - 긍정설
 - 수인하명설
 - 부정설
- 예방적 금지소송
- 결과제거청구권

■ 처분성

■ 항고쟁송이 인정되기 위해서는 공법상 사실행위가 처분개념에 포함되어야 함(사실행위의 처분성에 대해 견해 대립)

- 긍정설 - 권력적 사실행위 및 사실상 강제력을 미치는 비권력적 사실행위는 그 자체가 쟁송법상의 처분에 해당함

• 이유: 현행 소송법은 사실행위에 대해 당사자소송을 인정하고 있지 않기 때문에 사실행위에 대한 실효적인 구제를 위하여

- 수인하명설 - 권력적 사실행위 자체가 아니라 거기에 결합되어 있는 행정행위인 수인하명(수인의무를 부과하는 측면)이 항고쟁송의 대상이 된다고 봄

• 권력적 사실행위 = 사실행위 측면(집행행위) + 수인하명 요소의 합성적 행위

• 수인하명의 제거가 취소소송의 대상이 되고, 수인하명의 취소에도 불구하고 위법상태가 남아있으면 결과제거청구권행사로 공법상 당사자소송을 제기할 수 있다고 봄

- 부정설 - 사실행위는 항고소송의 대상이 되지 않음
 - 권익구제는 당사자소송인 이행소송, 금지소송 또는 공법상 결과제거청구소송으로 해야 한다고 봄
 - 문제- 판례 및 현행법은 사실행위에 대한 당사자소송을 인정하고 있지 않으므로 실효성있는 권익구제가 어렵다
- 판례 - 단수처분, 교도소재소자의 이송조치의 처분성을 인정한 판례가 있긴 함

예방적 금지소송

- 권력적 사실행위로 권익이 침해된 경우 취소소송으로 구제받기 어려움 → 예방적 금지소송 도입하자는 논의중
- 위법한 처분이 행하여질 개연성이 매우 높고 사후구제방법으로는 회복하기 어려운 손해가 발생할 것이 예상되는 경우 그 처분을 금지하는 소송 → 현행법상 인정 안됨

결과제거청구권

- 위법한 공법상 사실행위에 대해 위법한 결과가 발생한 경우, 위법한 상태를 제거하고 적법한 상태로의 원상회복을 위한 결과제거청구권이 인정될 수 있음

그러나 아직 공법상 결과제거청구권은 인정되지 않고 있음

행정법상 의사표시/ 사실행위/ 비정식적 행정작용

■ 의의

- 법적 성격이나 법적 효과 등이 파악되지 않으면서 행정실제에
서 많이 활용되고 있는 행정작용
- 협상, 조정, 협동, 타협, 화해 비공식적인 접촉, 묵인 등
- 법적 구속력이 없기 때문에 사실행위로 분류

- **정식적 행정작용** - 절차, 형식, 효과 등이 법에 규정되어
있는 행위형식(행정입법, 공법상 계약, 행정행위 등)

필요성과 문제점

- 1) 협의에 의한 행정, 탄력적인 행정을 위해 요구됨 - 행정의 실효성과 실용성 도모
 - 2) 의사소통을 통해 장차의 법적 불확실성을 제거
 - 3) 반면에, 규율의 완화로 법치행정의 원칙을 후퇴시킬 수 있음
 - 4) 국민의 권익구제가 어려움(행정에 대한 효과적인 통제 곤란- 대부분 취소소송 내지 항고소송의 대상에서 제외되므로)
 - 5) 외부에 노출되지 않으므로 이해관계 있는 제3자에게 불리하게 작용될 위험성이 있다
- 허용성 - 법률에 반대규정이 없는 한 행정의 전영역에서 이루어질 수 있음. 행정수요에 맞추어 다양한 행위형식이 요구되므로 조장되어야 한다는 견해도 있음

한계 및 권익구제

■ 한계

- 법적 구속력은 없지만 일정한 한계는 가짐
- 법치행정의 원칙하에서 인정, 특히 일반원칙(비례, 평등, 부당결부금지 등)에 구속됨

■ 권익구제

- 비권력적 사실행위이므로 이행청구권을 가지지 못함
- 그러나 사실상 강제력이 있는 경우 항고소송의 대상인 처분으로 보는 견해도 있음(이설있음)
- 위법, 과실의 경고, 정보제공 등으로 손해를 입은 경우에는 국가배상을 청구할 수 있을 것

행정지도

- 의의 - 개념정의를 명확하게 내려진 바 없음
 - 일정한 행정목적을 실현하기 위하여 상대방인 국민에게 임의적인 협력을 요청하는 비권력적 사실행위
 - 행정절차법 - “행정기관이 그 소관사무의 범위 안에서 일정한 행정 목적을 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 지도, 권고, 조언 등을 하는 행정작용” (제2조제3호)
 - 비정식적 행정작용의 일종 - 그 자체만으로 법적 효과를 가져오는 것은 아님
 - 권고, 설득의 방법으로 상대방의 임의적 협력을 기대하여 행하는 비권력적 행위
 - 그러나 현실에 있어 사실상 강제력을 가지는 경우가 많음(행정지도 안 따르면 보조금지급 거부하거나 세무조사, 명단의 공표와 같은 불이익조치를 취하는 경우)

개념구별

		행정지도
행정행위	일정한 법적 효과의 발생을 목적으로	사실행위
행정강제	강제적 사실행위	비권력적 행위
행정감독	상급행정기관→ 하급행정기관에 대한 지휘, 감독권의 발동	상대방의 임의적 협력을 요 개인, 법인, 기타 단체를 상 대방으로

필요성

- 행정기능의 효율성확보(법령불비의 보완) - 입법이 불비되었거나 행정환경이 변화한 경우라도 행정주체는 적절한 조치를 취할 책임이 있는데 이때 유용한 행위형식이 됨
- 상대방에 대하여 합의에 유사한 의미를 주어 분쟁을 미연에 방지 : 상대방의 협력을 바탕으로 하는 임의적 수단, 공권력의 발동으로 야기될 저항을 피할 수 있음
- 국민에게 정보제공 - 새로운 과학기술이나 경제지식을 제공하여 일정한 방향으로 국민을 유도(중소기업의 경영개선지도, 영농기술 지도)

문제점

- 사실상의 강제를 통한 법치주의의 붕괴 - 사실상 강제 되기 쉽고, 반드시 법령에 근거하여 일어나는 것이 아니기 때문에 기분의 불명확성에서 오는 위험이 있음
- 권익침해의 가능성 - 법적 근거도 없고, 자의적으로 발동될 수 있음
- 책임행정의 이탈 - 잘못된 지도, 위법한 경우라도 사실 행위이기 때문에 행정구제수단이 적절하지 못하다

종류

- 규제적 지도
 - 사적 활동에 대한 제한의 효과를 갖는 행정지도
 - 일정한 행정목적의 달성이나 공익에 장애가 될 일정한 행위를 예방, 억제하기 위한 행정지도(물가의 억제 위한 행정지도)
- 조정적 지도
 - 이행관계자 사이의 분쟁이나 지나친 경쟁의 조정을 내용으로 (구조조정을 위한 행정지도)
 - 사인 상호간 이해대립의 조정이 공익목적상 필요한 경우 (노사간의 쟁의지도)
- 조성적 지도
 - 국민이나 기업활동이 일정한 방향으로 행해지도록 유도하기 위한 정보, 기술 제공(영농지도, 생활개선지도)

법적 근거!

- 법적 근거 불요설 (다수설, 판례) →
 - 행정지도에 따를 것인지의 여부는 국민의 임의적 결정에 달려 있으므로 근거 불요
 - 행정지도 그 자체로서는 아무런 직접적인 법적 효과를 발생하지 않기 때문에
- 제한적 법적 근거필요설
 - 행정지도가 사실상 강제력을 갖는 경우에는 법률의 근거를 필요로

- 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. (대법원 1993.10.26. 선고 93누6331 판결【급수공사비등부과처분 취소】 [공1993.12.15.(958),3192])

한계

- 행정지도의 명확성을 담보하고 자의적인 행정지도를 억제할 필요성이 강하게 요구됨
 - 작용법상 한계 - 주어진 권한 내에서만 행정지도 가능(위반하면 위법한 행정지도)
 - 행정법의 일반원칙에 따른 한계(과잉금지- 목적달성에 필요한 최소한의 한도 내에 그쳐야 함)
 - 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요하는 행정지도는 위법
 - 행정지도에 따르지 아니하였다는 것을 이유로 인한 불이익 조치금지

- 절차법상의 한계 (행정절차법에 의해)

- 실명 - 그 상대방에게 당해 행정지도의 취지·내용 및 신분을 밝혀야 한다.
- 서면교부청구권 - 행정지도가 구술로 이루어지는 경우에 상대방이 제1항의 사항을 기재한 서면의 교부를 요구하는 때에는 당해 행정지도를 행하는 자는 직무수행에 특별한 지장이 없는 한 이를 교부하여야 한다.
- 의견제출 - 상대방은 당해 행정지도의 방식·내용등에 관하여 행정기관에 의견제출 가능
- 다수인에 대한 행정지도의 공통사항의 공표 - 행정기관이 같은 목적을 실현하기 위해 다수의 상대방에게 행정지도를 하는 경우, 특별한 사정이 없는 한 행정지도에 공통적인 내용이 되는 사항을 공표하여야 함

권리보호(행정구제)

■ 항고쟁송에 의한 구제!

- 부정설 : 행정지도는 비권력적 행정행위, 그 자체로는 어떤 법적 효과도 발생x
 - 따를 것인지의 여부는 상대방이 임의로 결정
 - 그러나 이 견해도 행정지도에 불응한 것을 이유로 부담적 내용의 처분을 한 경우에는 그 처분을 대상으로 취소소송을 제기할 수 있다고 봄
- 제한적 긍정설 : 예외적으로 사실상 강제력을 갖고 국민의 권익을 침해하는 것은 “그 밖에 이에 준하는 행정작용”으로 보아 인정
 - 비판 - 굳이 취소소송으로 다투지 않아도 공법상 당사자소송이나 손해 전보제도를 통해 권리구제가 가능한데 무리하게 행정지도를 취소소송의 대상으로 삼아 취소쟁송의 성질을 불명확하게 함
- 판례 - 처분성 부인/ 현재는 사실상 강제력이 인정되는 경우 처분에 해당될 수 있다 봄
- 행정지도도 그 한계를 넘으면 위법함

손해배상

- ① 행정지도가 국가배상법상의 직무행위에 해당하는지?
- ② 행정지도의 위법성
- ③ 행정지도와 손해사이의 인과관계가 문제
 - 위법한 행정지도로 손해가 발생한 경우 국가배상책임의 요건을 충족하는 한 국가배상책임이 인정된다는 것이 다수설과 판례
 - 즉, 국가배상법상 직무행위의 범위에 관하여 공행정작용이면 권력행위뿐만 아니라 비권력행위도 **직무행위**에 포함된다고 보는 것이 통설과 판례

국가배상책임의 성립요건

“公務員이 그 職務를 執行함에 당하여 故意 또는 過失로 法令에 違反하여 他人에게 損害를 加하거나...”

1. 공무원 - 공무를 위탁 받아 그에 종사하는 모든 자
2. 직무를 집행함에 당하여
3. 고의, 과실
4. 위법성
5. 타인
6. 손해의 발생

- 위법성과 과실

- 위법성 - 행정지도는 일반적으로 작용법적 근거를 요하지는 않으나, 규제적 행정지도의 경우에는 법률유보원칙에 위배되어 위법할 수 있다
- 비단, 작용법적 근거가 있다 하더라도 행정지도가 통상의 한계를 넘어 사실상 강제력을 갖고 국민의 권익을 침해하는 경우 위법하다고 보고 이 경우 과실도 인정함

- **인과관계**

- 통상 행정지도는 손해의 직접적 원인이 되기 어렵다
 - 또, 임의적인 동의라고 보는 경우에는 '동의를 불법행위성립을 조각시킨다'는 논리에 따라 불법행위의 성립을 조각시킨다고 볼 수도 있으나,
 - 행정지도에 동의한 것은 불법행위성립에 관한 것이 아니므로, 통상의 한계를 넘어 국민의 권익을 침해하는 경우에는 행정지도를 위법한 것으로 봐야 함

- 판례의 태도 - 행정지도가 사실상 강제성을 띠고 있어 상대방이 따를 수밖에 없는 경우에는 행정지도와 손해발생 사이의 인과관계를 인정하여야 한다고 봄 →

문화공보부 및 경찰 등 관계기관 소속 공무원들이 법령상의 근거도 없이 특정 서적에 허위의 사실이 수록되어 있어 유포될 경우 국가나 사회의 안녕질서를 해칠 우려가 있다는 등의 이유로 출판업자나 시중서점에 위 서적을 판매하지 말 것을 종용한 행위는 법적인 구속력을 갖는 것은 아니지만 이는 출판업자 또는 시중서점에 대하여 단순히 협조를 구하는 데 불과한 행위라고는 볼 수 없고 사실상의 강제력이 있어 출판업자의 권리행사에 영향을 미친 위법한 행위라고 보아야 한다.(서울고법 1990.4.6. 선고 89나43571 제10민사부판결 : 상고【손해배상(기)】 [하집1990(1),109])

손실보상

예) 정부의 통일벼 재배장려로 농민이 입은 손실의 보상여부?

- 강제성을 띠지 않으면 손실보상 인정 X
- 강제성 O, 특별한 희생이 발생한 경우 보상 가능할 것