

총평

전반적으로 평이하게 출제되었다. 생소한 지문도 더러 섞여 있기는 하나, 정답을 고르는 데 지장 없는 정도였고, 총론 및 각론 합격노트만 충실히 소화해도 무난히 다 풀 수 있었을 것으로 생각된다.

(이하의 해설도, 복습의 편의를 위해 가급적이면 총론 및 각론 합격노트의 해당부분을 그대로 인용하는 것을 원칙으로 하였다)

* 시간관계상 오타자가 있을 수도 있사오니 혹시 이상한 부분이 있으면 박문각 교수홈피나 난공불락 사이트의 질문게시판을 통해 질문 부탁드립니다.

이번에 시험 보신 분들 모두 정말 수고 많으셨고, 혹시 원하는 점수가 나오지 않았더라도 실망하지 마시고 더욱 정진하시기 바랍니다. 화이팅입니다^^

1. 행정행위의 부관에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① 공유수면매립준공인가처분 중 매립지 일부에 대하여 한 국가 및 지방자치단체에의 귀속처분은 독립하여 행정소송의 대상이 될 수 있다.
- ② 부담부 행정행위에 있어서 처분의 상대방이 부담을 이행하지 아니한 경우에 당해 부담부 행정행위는 당연히 효력을 상실하게 된다.
- ③ 부담 이외의 부관으로 인하여 권리를 침해당한 자는 부관부 행정행위 전체에 대해 취소소송을 제기하거나, 행정청에 부관이 없는 행정행위로 변경해 줄 것을 청구한 다음 그것이 거부된 경우 거부처분 취소소송을 제기할 수 있다.
- ④ 행정청이 수익적 행정처분을 하면서 부가한 부담이 처분 당시 법령을 기준으로 적법하였지만 처분 후 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거법령이 개정됨으로써 행정청이 더 이상 부관을 붙일 수 없게 되었다면 그 부담은 위법하게 된다.

중

①X

판례

부관은 부담을 제외하고는 독립하여 행정소송 대상이 될 수 없음 / 공유수면매립준공인가 중 매립지 일부에 대한 국가귀속처분은 매립면허를 받은 자의 매립지 소유권취득을 규정한 공유수면매립법의 효과 일부를 배제하는 부관이므로 이러한 부관을 독립하여 행정소송 대상으로 삼을 수 없음(90누8503).

②X 부담 불이행의 효과

- 부담은 독립된 하명의 성격을 가지므로, 부담을 불이행해도 주된 행정행위 효력이 당연히실효되는 것은 아님 / 대신 주된 행정행위를 철회할 수 있음 / 단 철회권 제한법리가 적용(철회로 달성되는 공익과 침해되는 사익 형량)
- 선행조치 관련 부담을 불이행한 경우, 그 이후의 단계적 조치 거부 가능

판례

사도개설허가는 사도개설 권한의 부여 자체에 주안점이 있지 공사기간 제한에 주안점이 있지 않으므로 이 사건 처분에 명시된 공사기간은 그 기간을 준수해 공사를 마치도록 하는 의무를 부과하는 부담이지, 사도개설허가 자체의 존속기간(유효기간)이 아니고, 공사기간 내에 사도로 준공검사를 받지 못했더라도, 이를 이유로 새로운 처분을 하는 것은 별론으로 하고, 사도개설허가가 당연 실효되는 것은 아님 (2004두7023).

③O 부담 이외의 부관

- 독립쟁송 불가: 부담 외의 모든 부관은 주된 행정행위와 별도로, 그 부관만을 독립적으로 다룰 수 없음(대상적격X) / 부담 외 부관만의 취소, 무효확인 소송은 각하
- 부담 외 부관이 부가된 행정행위 전체에 대하여 소를 제기하되, 부관 부분만의 취소를 구하는 소송(부진정 일부취소소송)도 각하
- 부관이 부가된 행정행위 전체에 취소소송을 제기하여 전체의 취소를 구해야 / 법원도 행정행위 전체를 취소하거나 청구를 기각
- 혹은 ‘부관이 부가되지 않은 행정행위로 변경해 줄 것’ 을 신청하고, 거부되면 거부처분취소소송 가능

④X

판례

[1] 수익적 행정처분에 있어서 법령에 특별한 근거규정이 없더라도 부관으로서 부담을 붙일 수 있고, 부담은 일방적으로 부가할 수도 있지만 상대방과 협의하여 부담의 내용을 협약의 형식으로 미리 정한 다음 부가할 수도 있음
[2] 부담의 위법 여부는 처분 당시 법령을 기준으로 판단해야 하고, 부담이 처분시 법령을 기준으로 적법하다면 처분 후 주된 행정처분의 근거법령이 개정되어 더 이상 부관을 붙일 수 없게 되었다고 곧바로 위법하게 되거나 효력이 소멸되는 것은 아님
[3] 고속도로부지와 접도구역에 송유관 매설을 허가하면서 상대방과의 협약에 따라 송유관을 이전하게 될 경우 그 비용을 상대방에게 부담하도록 했고, 그 후 도로법 시행규칙이 개정되어 접도구역에 허가 없이 송유관을 매설할 수 있게 된 경우, 위 협약이 효력상실X, 협약에 포함된 부관이 부당결부X(2005다65500).

답 ③

2. 행정청의 권한의 위임에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 위임기관은 수임기관의 수임사무처리에 대하여 지휘·감독하고, 그 처리가 위법 또는 부당하다고 인정되는 때에는 이를 취소하거나 정지시킬 수 있다.
- ② 행정권한의 위임이 있는 경우에는 수임관청이 자기의 이름으로 그 권한행사를 할 수 있다.
- ③ 행정권한의 위임을 받은 자는 특히 필요한 때, 법령이 정하는 바에 의하여 위임받은 사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관 등에 재위임할 수 있다.
- ④ 행정권한의 위임 또는 위탁이 있는 때 취소소송에서의 피고는 위임청이 된다.

중

①O ②O ③O ④X

권한의 위임

1) 권한이 이전됨

- 권한 위임으로 권한이 수임청으로 넘어간다.
- 따라서 수임청은 자신의 권한과 책임으로, 자신의 명의로 사무를 수행한다.
- 행정심판의 피청구인, 항고소송의 피고도 수임청이다.
- 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제7조 : 수임 및 수탁사무의 처리에 관하여 위임 및 위탁기관은 수임 및 수탁기관에 대하여 사전승인을 받거나 협의를 할 것을 요구할 수 없다.

2) 위임기관의 감독권

- 위임으로 권한이 수임청에게 이전되므로, 그 이전되는 범위에서 위임청은 더 이상 권한을 행사할 수 없다.
- 그러나 위임청은 수임청의 사무 처리에 대하여 지휘·감독하고, 그 처리가 위법하거나 부당하다고 인정될 때에는 취소하거나 정지시킬 수 있다.

행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정

제6조(지휘·감독) 위임 및 위탁기관은 수임 및 수탁기관의 수임 및 수탁사무 처리에 대하여 지휘·감독하고, 그 처리가 위법하거나 부당하다고 인정될 때에는 이를 취소하거나 정지시킬 수 있다.

제9조(권한의 위임 및 위탁에 따른 감사) 위임 및 위탁기관은 위임 및 위탁사무 처리의 적정성을 확보하기 위하여 필요한 경우에는 수임 및 수탁기관의 수임 및 수탁사무 처리 상황을 수시로 감사할 수 있다.

제14조(지휘·감독)

- ① 위탁기관은 민간위탁사무의 처리에 대하여 민간수탁기관을 지휘·감독하며, 필요하다고 인정될 때에는 민간수탁기관에 민간위탁사무에 관하여 필요한 지시를 하거나 조치를 명할 수 있다.
- ② 위탁기관은 민간수탁기관에 대하여 필요한 사항을 보고하게 할 수 있다.
- ③ 위탁기관은 민간수탁기관의 사무 처리가 위법하거나 부당하다고 인정될 때에는 이를 취소하거나 정지시킬 수 있다.

3) 재위임의 허용여부

- 수임청은 위임받은 권한의 일부를 하급청에 재위임할 수 있다.

정부조직법 제6조(권한의 위임 또는 위탁) ① 행정기관은 법령으로 정하는 바에 따라 그 소관사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 위임하거나 다른 행정기관·지방자치단체 또는 그 기관에 위탁 또는 위임할 수 있다. 이 경우 위임 또는 위탁을 받은 기관은 특히 필요한 경우에는 법령으로 정하는 바에 따라 위임 또는 위탁을 받은 사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 재위임할 수 있다.

지방자치법 제104조(사무의 위임 등) ④ 지방자치단체의 장이 위임받거나 위탁받은 사무의 일부를 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 다시 위임하거나 위탁하려면 미리 그 사무를 위임하거나 위탁한 기관의 장의 승인을 받아야 한다.

답 ④

3. 조례의 통제에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 지방자치단체의 장이 제기하는 조례안의 재의결에 대한 무효확인소송은 조례가 공포된 경우에도 소의 이익이 있으므로 제소기간 내이면 제기될 수 있다.
- ② 지방자치단체의 장에 의해 제기되는 위법한 조례안의 재의결에 대한 무효확인소송은 대법원에 제기된다.
- ③ 조례가 처분성을 갖는 경우 항고소송의 대상이 되며 이 경우 피고는 조례를 의결한 지방의회가 된다.
- ④ 조례 자체에 의해 직접 기본권을 침해받은 자는 조례 자체에 대하여 헌법소원을 제기할 수 있다.

각론

중

①O ②O

(1) 지방자치법 제107조

- 지방자치단체의 장은 지방의회의 의결이 월권이거나 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 인정되면 그 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 이유를 붙여 재의를 요구할 수 있다(지방자치법 제107조 제1항).
- 지방자치법 제107조의 재의요구는 조례안 뿐 아니라 지방의회의 다른 의결사항에도 적용되고, 사유가 규정되어 있다.
- 재의 요구에 대하여 재의한 결과 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 의결사항은 확정된다(지방자치법 제107조 제2항).
- 지방자치단체의 장은 위와 같이 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 인정되면 재의결된 날부터 20일 이내에 대법원에 소(訴)를 제기할 수 있다(기관소송). 소제기 사유는 법령위반으로 한정된다.
- 지자체 장은 소를 제기하는 경우 의결의 집행정지를 신청할 수 있다.

(2) 재의결된 조례안에 대한 소 제기

- 지방자치법 제26조의 조례안 재의요구에 대한 재의결에 관하여는 지방자치법 제107조와 같이 지자체 장이 소를 제기할 수 있다는 규정이 없다.
- 지방자치법 제107조는 재의요구 대상이 되는 의결사항을 제한하고 있지 않으므로, 조례안 재의결의 경우에도 지방자치법 제107조에 따라 법령위반을 이유로 대법원에 제소할 수 있다.(판례)

③X 조례에 대한 항고소송

- 조례가 집행행위의 매개 없이 직접 국민의 권리의무에 영향을 미치는 경우(처분적 조례), 그 조례 자체가 항고소송 대상이 된다.
- 피고는 조례의 공포권자인 지자체 장(교육조례는 시도 교육감)이다.

④O 헌법재판소의 통제

- 조례가 기본권을 직접, 현재 침해하는 경우 자기의 기본권을 침해받은 주민은 조례에 대한 헌법소원을 제기할 수 있다.(헌재)

답 ③

4. 법치행정의 원리에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① 범우위의 원칙에서 법은 형식적 법률뿐 아니라 법규명령과 관습법 등을 포함하는 넓은 의미의 법이다.
- ② 법치행정원리의 현대적 의미는 실질적 법치주의에서 형식적 법치주의로의 전환이다.
- ③ 법률유보원칙에서 ‘법률의 유보’ 라고 하는 경우의 ‘법률’ 에는 국회에서 법률제정의 절차에 따라 만들어진 형식적 의미의 법률뿐만 아니라 국회의 의결을 거치지 않은 명령이나 불문법원으로서의 관습법이나 판례법도 포함된다.
- ④ 법률유보의 원칙은 행정권의 발동에 있어서 조직규범의 근거가 필요하다는 것을 말한다.

중

①O 법률우위(법우위)

- 행정작용은 법률(법)에 위반되어서는 안됨 / 위반되면 ‘안된다’ 는 소극적 원칙
- ‘법률(법)에’ 위반되면 안된다는 것이므로 법률(법)이 존재하는 경우에 문제됨
- 여기서 ‘법률’ (법)은 헌법, 형식적 의미의 법률(국회가 제정), 법규명령, 불문법을 포함한 모든 법규범(행정규칙은 제외 ⇨ 대외적 구속력이 없으므로)

- 행정의 모든 영역에 적용 : 수익적 · 침익적, 공법형식 · 사법형식, 법적행위 · 사실행위, 조달행정 등

②X 형식적 법치주의와 실질적 법치주의

1) 형식적 법치주의

- 법률이라는 형식에 의하기만 하면 그 내용의 정당성은 불문
- 단, 형식적 법치주의에서도 법률의 법규창조력, 법률우위, 법률유보를 인정

2) 실질적 법치주의

- 행정작용은 합헌적인 법률에 근거하여야 함(합헌성을 강조).
- 법률의 법규창조력 : 포괄위임입법을 금지
- 법률우위 : 입법부에 대한 사법부의 우위를 강조(위헌법률에 대한 심사권).
- 법률유보 : 특별행정법관계 내부에까지 법률유보원칙의 적용범위를 확대

③X ④X 법률유보

1) 의의

- 행정작용은 법률에 근거를 가지고 행해야 함 / 근거를 가지고 ‘행해야’ ⇨ 적극적 원칙
- 법률에 ‘근거를 가지고 행해야’ 하므로 작용규범(근거규범, 권한규범)에 관한 것
cf. 조직규범은 당연히 필요하므로 법률유보의 범위가 문제되지 않음(행정조직법정주의)
- ‘법률에 근거를 가지고’ 행해야 하므로 법률이 없는 경우에 문제됨

2) 법률의 범위

- 법률유보의 ‘법률’ : 국가가 제정한 형식적 의미의 법률 및 법규명령 (불문법X)
- ‘법률에 의한 규율’ 만이 아니라 ‘법률에 근거한 규율’ 을 요청하는 것
* 법률의 형식이 아니라도, 법률의 위임 받은 법규명령에 의한 규율도 가능하므로
- 예산은 국가기관만 구속할 뿐 국민을 구속하지 않으므로 법률유보의 ‘법률’ X

답①

5. 행정행위에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 주유소허가의 양수인은 양도인의 지위를 승계하므로 양도인에게 그 허가를 취소할 법적 사유가 있는 경우 이를 이유로 양수인에게 응분의 제재조치를 할 수 있다.
- ② 「자동차운수사업법」에 의한 개인택시운송사업 면허는 법령에 특별한 규정이 없는 한 재량행위이고, 그 면허를 위하여 필요한 기준을 정하는 것도 행정청의 재량에 속한다.
- ③ 특허는 주로 특정인을 대상으로 행해지나 이에 한정되지 않으며 불특정다수인에게 행해지기도 한다.
- ④ 재단법인의 임원 취임이 재단법인의 정관에 근거한다 할지라도 이에 대해 주무관청이 당연히 인가하여야 하는 것은 아니며 인가여부를 재량으로 결정할 수 있다.

중

①O

판례

석유판매업(주유소)허가는 대물적 허가여서 사업양도도 가능하고 이 경우 양수인은 양도인의 지위를 승계함에 따라 양도인의 허가에 따른 권리의무가 양수인에게 이전되므로, 양도인에게 허가를 취소할 위법사유가 있다면 양수인에게 제재조치를 할 수 있음. 양수인이 양수후 허가를 다시 받았더라도 이는 석유판매업 양수도를 전제로 한 것이어서 지위승계가 부정되지 않으므로 양도인의 귀책사유는 양수인에 효력O(86년203).

②O

판례

개인택시운송사업 면허는 재량행위이고 면허에 필요한 기준을 정하는 것도 재량 ⇨ 설정된 기준이 객관적으로 합리적이지 아니거나 타당하지 않다고 볼 특별한 사정이 없으면 행정청의 의사는 가능한 한 존중되어야(2006두17987).

③X

허가	특허
명령적 행위 일반적, 상대적 금지의 해제 / 자연적 자유의 회복	형성적 행위 새로운 권리, 능력 설정
원칙적으로 기속행위	원칙적으로 재량행위
특정인 또는 불특정다수인에게 가능 ex. 통행금지해제	특정인에게만 가능
상대방의 신청 없이 가능한 경우 있음 ex. 통행금지해제	반드시 신청이 필요함(행정행위로서의 특허)
법규허가는 불가능	법규특허 가능(신청 불요)
수정허가 가능	수정특허 불가
공법적 효과 발생(공법상 의무의 해제)	공법상 효과(공권) 또는 사법상 효과(사권)
무허가 행위의 사법적 효력은 인정됨 대신 강제집행, 행정벌 대상이 됨 허가는 적법요건	무특허행위는 무효 따라서 강제집행, 행정벌 불요(원칙) 특허는 효력요건
경영상 이익은 반사적 이익	경영상 이익도 법률상 이익
선원주의 : 원칙적으로 적용	선원주의 : 원칙적으로 적용 안됨
국가의 감독 : 소극적 (원래 있던 자유의 회복이므로)	적극적 감독 (새로운 권리 설정이므로)
공통점 : 법률행위적 행정행위 / 원칙적으로 협력을 요하는(쌍방적) 행정행위	

④O

판례

재단법인의 임원취임이 사법인인 재단법인의 정관에 근거한다 할지라도 이에 대한 행정청의 승인(인가)행위는 법인에 대한 주무관청의 감독권에 연유하는 이상 그 인가행위 또는 인가거부행위는 공법상의 행정처분으로서, 그 임원취임을 인가 또는 거부할 것인지 여부는 주무관청의 권한에 속하는 사항이라고 할 것이고, 재단법인의 임원취임승인 신청에 대하여 주무관청이 이에 기속되어 이를 당연히 승인(인가)하여야 하는 것은 아니다(대법원 2000. 1. 28. 선고 98두 16996 판결).

답③

6. 공법상 계약에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 민법의 계약 해지 규정이 그대로 적용될 수 없다.
- ② 「행정절차법」은 공법상 계약의 체결 절차에 대해서는 규율하고 있지 않다.
- ③ 행정주체의 상대방이 계약상 의무를 이행하지 않는 경우라도 법률의 근거가 없으면 행정상 강제집행을 할 수 없다.
- ④ 전문직공무원인 공중보건의사의 채용계약 해지는 관할도지사의 일방적인 의사표시에 의해 그 신분을 박탈하는 불이익 처분으로 항고소송의 대상이 된다.

중

①O ②O

공법상 계약의 적용법규

- 공법상 계약에 관한 일반법은 없음 / 행정절차법에 공법상 계약에 관한 규정 없음
* 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 및 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률은 공법상 계약, 사법상 계약에 모두 적용되므로 공법상 계약에 관한 일반법은 아님
- 개별법을 적용하고, 개별법이 없으면 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 및 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률을 적용하고, 위 법에도 규정이 없으면 민법을 준용(유추적용)

③O 행정상 강제집행의 근거

- 침익적 행위이므로 법적 근거를 요함
- 의무부과의 법적 근거와 별도로, 그 의무의 강제집행에 대한 법적 근거가 있어야
- 대집행에 관한 일반법 : 행정대집행법
- 강제징수에 대한 일반법 : 국세징수법
- 그 밖의 강제집행에 대하여는 일반법은 없고 개별법이 있음
- 대집행과 강제징수만이 일반적 강제집행수단으로 인정 / 다른 강제집행 수단은 개별법에 근거가 있는 경우에 예외적으로 인정

④X

판례

전문직공무원인 공중보건의사 채용계약 해지의 의사표시에 대하여는 대등한 당사자간 소송인 공법상 당사자소송으로 그 의사표시의 무효확인을 청구할 수 있고, 항고소송을 제기할 수는 없음(95누10617).

답 ④

7. 현행 「행정심판법」상 행정심판제도에 관한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① 취소심판의 재결로서 처분취소재결, 처분변경재결, 처분변경명령재결을 할 수 있으며, 처분취소명령재결은 할 수 없다.
- ② 처분청이 처분이행명령재결에 따른 처분을 하지 아니한 경우에는 행정심판위원회는 당사자의 신청 여부를 불문하고 직권으로 직접처분을 할 수 있다.
- ③ 취소재결의 기속력으로서 재처분의무가 없으므로 현행법상 거부처분에 불복할 때에는 취소심판보다 의무이행심판이 더 효과적이다.
- ④ 거부에 대한 의무이행심판에는 청구기간의 제한과 사정재결, 집행정지 규정이 적용되지 않는다

다.

중

① O 행정심판법상 취소심판

- 거부처분에 대하여는 의무이행심판 허용 / 거부처분에 대한 취소심판도 가능
- 심판청구기간 제한 / 사정재결 가능 / 집행부정지
- 취소재결, 변경재결, 변경명령재결 가능

② X 직접처분

- 거부, 부작위에 대해 처분의 이행을 명하는 재결이 있음에도 처분을 하지 않는 경우 위원회는 당사자가 신청하면 기간을 정해 서면으로 시정을 명하고 그 기간에 이행하지 않으면 직접 처분 가능 / 단 처분의 성질이 나 그 밖의 불가피한 사유로 직접 처분을 할 수 없는 경우에는 그러하지 아니함
- 피청구인이 처분을 했다면, 처분이 재결 취지에 반하더라도 위원회가 직접처분 불가
- 직접처분은 재결이 아니라 원처분이므로, 위법할 경우 위원회를 피고로 직접처분에 대한 취소소송 제기 가능
- 행정심판위원회가 직접 처분을 한 경우 해당 행정청에 통보해야 / 통보받은 행정청은 그 직접 처분을 자신의 처분으로 보아 관리, 감독 등 필요한 조치를 해야

③ X 재결의 기속력

- 행정심판의 인용재결은 피청구인과 그 밖의 관계 행정청을 기속

가) 반복금지의무

나) 원상회복의무(결과제거의무)

다) 재처분의무 / 변경의무 및 처분의무

(1) 거부처분 취소, 무효, 부존재확인 재결

- 재결에 의하여 취소되거나 무효 또는 부존재로 확인되는 처분이 신청을 거부하는 내용인 경우 처분청은 재결 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 해야
- 개정 행정심판법은 재처분의무의 실효성 확보를 위해 간접강제를 신설

(2) 거부, 부작위에 대한 이행명령재결

- 당사자의 신청을 거부하거나 부작위로 방치한 처분의 이행을 명하는 재결이 있으면 행정청은 지체 없이 이전의 신청에 대하여 재결의 취지에 따라 처분을 해야 / 반드시 신청 내용대로의 처분만을 의미하는 것은 아님
- 재량행위인 경우 신청 내용대로 처분을 하지 않더라도, 하자 없는 재량행위를 하면 됨(기속행위 및 재량권이 0으로 수축한 경우는 신청대로 처분해야)

(3) 절차 하자를 이유로 한, 신청에 따른 처분의 취소재결

- 신청에 따른 처분이 절차의 위법 또는 부당을 이유로 재결로써 취소된 경우 처분청은 재결 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 해야
- 절차의 위법을 시정해 다시 동일 내용의 처분을 하는 것은 기속력 위반X

(4) 처분 취소심판에서의 변경명령재결

- 변경명령재결의 취지에 따라 처분청은 처분을 변경해야

(5) 공고, 고시의무 / 통지의무

- 법령 규정에 따라 공고하거나 고시한 처분이 재결로 취소되거나 변경되면 처분청은 지체 없이 그 처분이 취소 또는 변경되었다는 것을 공고하거나 고시해야

④ X 행정심판법상 의무이행심판

- 위법 또는 부당한 거부처분이나 부작위에 대해 일정한 처분을 하게 하는 행정심판
- 행정심판위원회는 직접 신청에 따른 처분을 할 수도 있고(처분재결), 원처분청에게 신청에 따른 처분을 할 것을 명할 수도 있음(처분명령재결)
- 소극적 행정작용(거부, 부작위)에 대한 실효성 있는 구제수단
- 행정심판법상 부작위위법확인심판은 없음
- 집행정지X / 사정재결은 가능
- 부작위에 대한 의무이행심판 : 심판청구기간 제한 없음
- 거부처분에 대한 의무이행심판 : 심판청구기간 제한

답 ①

8. 공물법에 대한 설명으로 옳은 것을 모두 고르면?

- 가. 원래 공공용에 제공된 행정재산인 공유수면이 그 이후 매립에 의하여 사실상 공유수면으로서의 성질을 상실하였다면 국유재산법령에 의한 용도폐지를 하지 않더라도 공물로서의 성질이 소멸된다.
- 나. 공공용재산이라고 하여도 당해 공공용재산의 성질상 특정개인의 생활에 개별성이 강한 직접적이고 구체적인 이익을 부여하고 있어서 그에게 그로 인한 이익을 가지게 하는 것이 법률적인 관점으로도 이유가 있다고 인정되는 특별한 사정이 있는 경우에는 그와 같은 이익은 법률상 보호되어야 한다.
- 다. 도로의 점용이라 함은 일반공중의 교통에 고용되는 도로에 대하여 이러한 일반사용과는 별도로 도로의 특정부분을 유형적, 고정적으로 사용하는 이른바 특별사용을 뜻하는 것이고, 그와 같은 도로의 특별사용은 독점적, 배타적일 것을 요한다.
- 라. 행정재산의 목적외 사용에 대한 허가는 강학상 인가에 해당한다.
- 마. 「국유재산법」에 의한 변상금 부과·징수권은 민사상 부당이득반환청구권과 법적 성질을 달리하므로, 국가는 무단점유자를 상대로 변상금 부과·징수권의 행사와 별도로 국유재산의 소유자로서 민사상 부당이득반환청구의 소를 제기할 수 있다.

- ① 가, 나
② 가, 다
③ 나, 마
④ 다, 라

각론

중

가. X

판례

공유수면은 자연공물로서 그 자체가 직접 공공의 사용에 제공되는 것이므로 공유수면의 일부가 사실상 매립되어 대체화되었다고 하더라도 국가가 공유수면으로서의 공용폐지를 하지 아니하는 이상 법률상으로는 여전히 공유수면으로서의 성질을 보유하고 있다(대법원 2013. 6. 13. 선고 판결).

나. O

판례

[1] 일반적으로 도로는 국가나 지방자치단체가 직접 공중의 통행에 제공하는 것으로서 일반국민은 이를 자유로이 이용할 수 있는 것이기는 하나, 그렇다고 하여 그 이용관계로부터 당연히 그 도로에 관하여 특정한 권리나 법령에 의하여 보호되는 이익이 개인에게 부여되는 것이라고까지는 말할 수 없으므로, 일반적인 시민생활에 있어 도로를 이용만 하는 사람은 그 용도폐지를 다룰 법률상의 이익이 없다.

[2] 공공용재산이라고 하여도 당해 공공용재산의 성질상 특정개인의 생활에 개별성이 강한 직접적이고 구체적인 이익을 부여하고 있어서 그에게 그로 인한 이익을 가지게 하는 것이 법률적인 관점으로도 이유가 있다고 인정되는 특별한 사정이 있는 경우에는 그와 같은 이익은 법률상 보호되어야 할 것이고, 따라서 도로의 용도폐지처분에 관하여 이러한 직접적인 이해관계를 가지는 사람이 그와 같은 이익을 현실적으로 침해당한 경우에는 그 취소를 구할 법률상의 이익이 있다(대법원 1992. 9. 22. 선고 91누13212 판결).

다. X

판례

[1] 도로법 제40조, 제43조, 제80조의2에 규정된 도로의 점용이라 함은, 일반공중의 교통에 공용되는 도로에 대하여 이러한 일반사용과는 별도로 도로의 특정부분을 유형적, 고정적으로 사용하는 이른바 특별사용을 뜻하는 것이다.

[2] 그와 같은 도로의 특별사용은 반드시 독점적, 배타적인 것이 아니라 그 사용목적에 따라서는 도로의 일반사용과 병존이 가능한 경우도 있고, 이러한 경우에는 도로점용부분이 동시에 일반공중의 교통에 공용되고 있다고 하여 도로점용이 아니라고 말할 수 없다.

[3] 한편 당해 도로의 점용을 위와 같은 특별사용으로 볼 것인지 아니면 일반사용으로 볼 것인지는 그 도로점용의 주된 용도와 기능이 무엇인지에 따라 가려져야 한다(대법원 1995. 2. 14. 선고 94누5830 판결).

라. X

- 국유재산 : 행정재산(공용재산, 공공용재산, 기업용재산, 보존용재산)과 일반재산
- 행정재산 : 국공유 공물 / 일반재산(구 잡종재산) : 국공유 사물
- 행정재산의 목적외 이용관계는 공법관계이고, 행정재산 사용허가는 처분(강학상 특허)이며, 사용료징수도 처분 / 행정재산 매각은 무효
- 일반재산의 이용관계는 사법관계 : 매각, 임대, 대부 등
- 국유재산(일반재산 포함) 무단점유자에 대한 변상금부과는 처분, 공법관계

마. O

판례

[1] 국유재산 무단점유자에 대한 변상금 부과는 행정처분이고, 부과처분에 의한 변상금 징수권은 공법상 권리인 반면, 민사상 부당이득반환청구권은 국유재산 소유자로서의 사법상 채권임. 변상금 부과·징수권은 부당이득반환청구권과 법적 성질이 다르므로, 국가는 무단점유자를 상대로 변상금 부과·징수권 행사와 별도로 국유재산 소유자로서 민사상 부당이득반환청구의 소를 제기할 수 있음. / 이러한 법리는 국유재산법령에 의해 집중재산(현 일반재산)의 관리·처분을 위탁받은 한국자산관리공사의 경우도 마찬가지

[2] 부당이득으로 반환할 이득은 손실자의 손해에 한정되고, 손해는 당해재산에서 통상 수익할 것으로 예상되는 이익임. 국가가 집중재산으로부터 통상 수익할 수 있는 이익은 대부계약이 체결되는 경우의 대부료이므로, 집중재산 무단점유자가 반환할 부당이득은 국유재산법령상 대부료 상당액임(2011다76402).

답③

9. 행정행위의 하자에 대한 내용으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 적법한 건축물에 대한 철거명령은 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효이고 그 후행행위인 건축물 철거 대집행계고처분 역시 당연무효이다.
- ② 처분의 하자가 그 내용에 관한 것인 경우, 판례는 소 제기 이후에도 하자의 치유가 가능한 것으로 본다.
- ③ 법치주의 원칙을 강조할 경우 행정행위의 하자의 치유는 원칙적으로 허용될 수 없지만 예외적으로 행정의 무용한 반복을 피하고 당사자의 법적 안정성을 위해 허용될 수 있다.
- ④ 행정행위의 하자가 치유되면 당해 행정행위는 처분 당시부터 하자가 없는 적법한 행정행위로 효력을 발생한다.

중

①O

판례

적법한 건축물에 대한 철거명령은 하자가 중대명백하여 당연무효이고, 그 후행행위인 건축물철거 대집행계고처분 역시 당연무효(97누6780).

②X ④O 하자 있는 행정행위의 치유

- 취소할 수 있는 행정행위에만 인정
- 형식상, 절차상 하자에 대하여만 치유가 인정 / 내용상 하자에 대하여는 불허
- 쟁송제기 전까지만 치유가 가능 / 하자의 치유는 소급효가 있음

③O

판례

[1] 하자의 치유는 행정행위의 성질이나 법치주의의 관점에서 원칙적으로 허용될 수 없고, 행정행위의 무용한 반복을 피하고 법적 안정성을 보호하기 위해 국민 권익을 침해하지 않는 범위에서 예외적으로만 허용

[2] 적법한 절차를 거쳐 공시된 개별공시지가결정이 종전의 위법한 공시지가결정과 그 내용이 동일하다는 사정만으로는 위법한 개별공시지가결정에 기초한 개발부담금 부과처분이 적법하게 되지 않음(99두11592).

* 개별공시지가결정의 하자가 개발부담금 부과처분에 승계

답②

10. 행정규칙에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 행정처분이 법규성이 없는 내부지침 등의 규정에 위배된다고 하더라도 그 이유만으로 처분이 위법하게 되는 것은 아니고, 또 그 내부지침 등에서 정한 요건에 부합한다고 하여 반드시 그 처분이 적법한 것이라고 할 수도 없다.
- ② 법령의 규정이 특정 행정기관에 그 법령 내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서 그 권한 행사의 절차나 방법을 특정하고 있지 아니한 관계로 수입 행정기관이 행정규칙의 형식으로 그 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 정하고 있다면 그와 같은 행정규칙은 행정기관에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 법령 규정의 효력에 의하여 그 내용을 보충하는 기능을 갖게 된다.
- ③ 재량권 행사의 준칙인 행정규칙이 있으면 그에 따른 관행이 없더라도 평등의 원칙에 따라 행정기관은 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 받게 된다.
- ④ 고시가 법령의 규정을 보충하는 기능을 가지면서 그와 결합하여 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 가지는 경우에도 그 자체가 법령은 아니고 행정규칙에 지나지 않으므로 적당한 방법으로 이를 일반인 또는 관계인에게 표시 또는 통보함으로써 그 효력이 발생한다.

중

①O

판례

법령의 위임이 없음에도 법령에 규정된 처분요건에 해당하는 사항을 부령에서 변경해 규정한 경우 그 부령은 행정청 내부 사무처리기준으로서 행정조직 내에서 적용되는 행정명령일 뿐 국민에 대한 대외적 구속력은 없음 / 처분이 법규성 없는 시행규칙에 위배되더라도 그 이유만으로 위법한 것은 아니고, 그 규칙에서 정한 요건에 부합한다고 반드시 적법한 것도 아님 ⇨ 처분의 적법여부는 국민에게 구속력을 갖는 법률 등 법규성 있는 관계법령을 기준으로 판단해야(2011두10584).

②O

판례

[1] 법령이 행정기관에게 법령의 구체적 사항을 정할 권한을 부여하면서 그 권한행사의 절차, 방법을 특정하지 않아 수입행정기관이 행정규칙 형식으로 그 법령내용을 구체적으로 정한 경우 그 행정규칙은 행정기관에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 법령의 효력에 의해 그 내용을 보충하는 기능 ⇨ 당해법령의 위임한계를 벗어나지 않는 한 그것과 결합해 대외적 구속력 있는 법규명령의 효력을 가짐

[2] 그러나 개발제한구역관리규정은 법령보충규칙이 아니라 행정청 내부 사무처리준칙에 불과해 대내적으로 행정청을 기속하나 대외적으로 법원이나 국민을 기속하는 효력은 없음(97누19915).

③X 자기구속 원칙

- 개념 : 행정청은 재량행위 영역에서 자신이 만든 선례에 스스로 구속됨
- 근거 : 헌재와 대법원은 평등원칙과 신뢰보호원칙에서 찾음
- 요건 : ① 재량영역에서(수익적·침익적 모두) / ② 동일 행정청에게 / ③ 동종 사안에서 적용 /
- ④ 행정선례(행정관행)이 있어야 적용(선례필요설; 통설, 판례)
- 한계 : 선례가 위법한 경우 자기구속X (불법의 평등은 인정되지 않으므로)
- 효과 : 자기구속 원칙에 위반한 행정작용은 위헌, 위법
- 평등 원칙(자기구속 원칙)은 재량준칙(행정규칙)을 법규로 전환시킴 : 재량준칙은 행정규칙이지 법규가 아니므로(국민에 대한, 대외적 구속력X) 재량준칙 위반이라고 위법한 것은 아님이 원칙이나, 재량준칙에 따라 행정작용이 되풀이되어 관행이 형성되면, 그 재량준칙에 따라야 할 자기구속을 받게 되어 (자기구속원칙을 매개로) 재량준칙은 법규가 되어 대외적 구속력을 가짐(자기구속은 주로 재량준칙에서 문제됨)

④O

판례

수입선다변화품목의 지정 및 그 수입절차 등에 관한 상공부 고시는 그 근거가 되는 대외무역법시행령을 보충하면서 그와 결합해 대외적 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 가지는 것으로서 그 자체가 법령은 아니고 행정규칙에 지나지 않으므로 적당한 방법으로 일반인·관계인에게 표시·통보함으로써 효력 발생(93도662).

답 ③

11. 「행정절차법」에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 「국가공무원법」상 직위해제처분의 경우 사후적으로 소청이나 행정소송을 통하여 충분한 의견진술 및 자료제출의 기회를 보장하고 있다고 보기 어려우므로 처분의 사전통지 및 의견청취에 관한 「행정절차법」의 규정이 적용된다고 보아야 한다.
- ② 「행정절차법」의 청문배제사유인 ‘당해 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우’는 당해 행정처분의 성질에 의하여 판단하여야 하는 것이지, 청문통지서의 반송여부, 청문통지의 방법 등에 의하여 판단할 것은 아니다.
- ③ 공무원연금관리공단의 퇴직연금의 환수결정은 관련법령에 따라 당연히 환수금액이 정해지는 것이므로, 퇴직연금의 환수결정에 앞서 당사자에게 의견진술의 기회를 주지 아니하여도 「행정절차법」에 위반되지 않는다.
- ④ 협약이 체결되었다고 하여 청문의 실시에 관한 규정의 적용이 배제된다거나 청문을 실시하지

않아도 되는 예외적인 경우에 해당한다고 할 수 없다.

중

①X

판례

국가공무원법상 직위해제처분은 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요한 사항 또는 행정절차에 준하는 절차를 거친 사항에 해당하므로, 사전통지 및 의견청취에 관한 행정절차법 규정이 적용되지 않음(2012두26180).

* 직위해제도 국가공무원법상 절차를 거치므로 행정절차법 적용 안 됨

②O

판례

행정절차법은 침해적 처분을 할 경우 청문을 실시하지 않을 수 있는 사유로서 “당해 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우”를 규정하나, 이는 처분의 성질에 비추어 판단해야 하므로, 상대방에 대한 청문통지서가 반송되었거나 상대방이 청문일시에 불출석했다는 이유로 청문을 실시하지 않고 한 침해적 처분은 위법(2000두3337).

③O

판례

퇴직연금 환수결정은 의무를 과하는 처분이나, 법령에 따라 당연히 환수금액이 정해지므로, 의견진술 기회를 주지 않아도 위법X(99두5443).

④O

판례

행정청이 당사자와 사이에 도시계획사업 관련 협약을 체결하면서 청문 등 의견청취절차를 배제하는 조항을 두었더라도, 법령규정이 없는 한, 이러한 협약으로 청문에 관한 규정의 적용이 배제되거나 청문을 실시하지 않아도 되는 예외에 해당하지 않음(2002두8350).

답①

12. <보기>에서 당사자소송의 대상을 모두 고른 것은?

〈보기〉

- ㄱ. 구 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 의한 주거이전비 보상 청구
- ㄴ. 재개발조합 조합원의 자격 인정 여부에 관한 다툼
- ㄷ. 폐광대책비의 일종으로 폐광된 광산에서 업무상 재해를 입은 근로자에게 지급하는 재해위로금의 지급 청구
- ㄹ. 부가가치세법령상 확정된 부가가치세의 환급세액의 지급 청구

① ㄱ ② ㄱ, ㄴ

③ ㄱ, ㄴ, ㄷ ④ ㄱ, ㄴ, ㄷ, ㄹ

중

㉠ 손실보상청구소송의 성질

- 중래의 판례 : 사권설에 따라 민사소송으로 처리
- 최근 행정소송 내지 당사자소송으로 본 판례들이 나옴

ex. 하천법상 하천구역 편입토지에 대한 손실보상 / 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률에 의한 농업손실, 영업손실, 사업폐지 보상, 세입자 주거이전비 보상 / 공유수면매립법상 관행어업권 상실에 대한 손실보상

㉡

판례

- [1] 재개발조합과 조합원의 법률관계는 공법상 권리의무관계[공법관계] / 조합원 자격인정 여부에 다툼이 있는 경우 아직 조합의 처분이 개입될 여지는 없으므로 당사자소송으로 조합원 자격확인
- [2] 관리처분계획의 내용에 다툼이 있는 경우 관리처분계획은 조합이 행한 처분이므로 항고소송이 관리처분계획 또는 그 내용인 분양거부처분 취소소송]
- [3] 대지·건축시설에 대한 수분양권 취득을 희망하는 토지소유자의 분양신청에 대하여 조합이 분양대상자가 아니라고 관리처분계획에 의해 이를 제외시키거나 원하는 내용의 분양대상자로 결정하지 않은 경우, 토지소유자에게 원하는 내용의 구체적 수분양권이 직접 발생한 것[곧바로 조합을 상대로 민사소송이나 공법상 당사자소송으로 수분양권 확인X](94다31235).

㉢

판례

- [1] 석탄산업법상 폐광된 광산에서 업무상 재해를 입은 근로자에게 지급하는 재해위로금은 사회보장차원에서 통상적인 재해보상금에 추가해 지급하는 위로금이고, 재해위로금에 대한 지급청구권은 공법상 권리로서 당사자소송에 의함
- [2] 석탄산업법상 재해위로금 지급청구권은 규정이 정하는 지급요건이 충족되면 당연발생하므로 사업단이 재해위로금 지급거부 의사표시를 했더라도 이는 처분이 아니라 의견을 밝힌 것에 불과해, 항고소송이 아니라 직접 당사자소송을 제기해야(98두12598).

㉣

판례

부가가치세 환급세액 지급의무는 부당이득 반환의무가 아니라 부가가치세법령에 의하여 그 존부·범위가 구체적으로 확정되고 조세정책적 관점에서 특별히 인정되는 공법상 의무임. 국가에 대한 납세의무자의 부가가치세 환급세액 지급청구는 민사소송이 아니라 당사자소송(2011다95564).

답 ④

13. 공무원법관계에 관한 내용으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 지방자치단체의 장은 다른 지방자치단체의 장의 동의를 얻어 그 소속 공무원이 전입하도록 할 수 있는데, 공무원 본인의 동의가 반드시 있어야 한다.
- ② 여성 교육공무원은 육아휴직과 별도로 출산휴가를 신청할 수 있으나, 육아휴직 중인 여성 교육공무원이 출산휴가를 받기 위해서는 복직이 선행되어야 한다.
- ③ 행정청이 공무원에 대하여 새로운 직위해제 사유에 의한 직위해제처분을 한 경우 그 이전에 한 직위해제처분의 취소를 구하는 것은 소의 이익이 없어 부적법하다.
- ④ 퇴직사유가 발생하면 공무원법관계는 당연 소멸하는 것이 원칙이나 임용권자의 면직의 의사표시가 있어야 하며 이를 위한 별도의 통지를 갖추어야 한다.

각론

중

①O

판례

[1] 지방공무원법 제29조의3은 지방자치단체의 장은 다른 지방자치단체의 장의 동의를 얻어 그 소속공무원을 전입할 수 있다고 규정하고 있는바, 위 규정에 의하여 동의를 한 지방자치단체의 장이 소속 공무원을 전출하는 것은 임명권자를 달리하는 지방자치단체로의 이동인 점에 비추어 반드시 당해 공무원 본인의 동의를 전제로 하는 것이고, 위 법규정도 본인의 동의를 배제하는 취지의 규정은 아니어서 위헌·무효의 규정은 아니다.

[2] 당해 공무원의 동의 없는 지방공무원법 제29조의3의 규정에 의한 전출명령은 위법하여 취소되어야 하므로, 그 전출명령이 적법함을 전제로 내린 징계처분은 그 전출명령이 공정력에 의하여 취소되기 전까지는 유효하다고 하더라도 징계양정에 있어 재량권을 일탈하여 위법하다고 한 사례(대법원 2001. 12. 11. 선고 99두1823 판결).

②O

판례

자녀양육을 위한 육아휴직 기간 중 다른 자녀를 출산하거나 또는 출산이 예정되어 있어 구 국가공무원 복무규정 제20조 제2항에 따른 출산휴가 요건을 갖춘 경우에는 더 이상 기존 자녀의 양육을 위하여 휴직할 필요가 없는 사유가 발생한 때에 해당한다. 따라서 육아휴직 중인 여성 교육공무원이 출산휴가 요건을 갖추어 복직신청을 하는 경우는 물론 그 이전에 미리 출산을 이유로 복직신청을 하는 경우에도 임용권자는 출산휴가 개시 시점에 휴직사유가 없어졌다고 보아 복직명령과 동시에 출산휴가를 허가하여야 한다(대법원 2014. 6. 12. 선고 2012두4852 판결).

③O

판례

[1] 구 국가공무원법상 직위해제는 일반적으로 공무원이 직무수행능력이 부족하거나 근무성적이 극히 불량한 경우, 공무원에 대한 징계절차가 진행중인 경우, 공무원이 형사사건으로 기소된 경우 등에 있어서 당해 공무원이 장래에 있어서 계속 직무를 담당하게 될 경우 예상되는 업무상의 장애 등을 예방하기 위하여 일시적으로 당해 공무원에게 직위를 부여하지 아니함으로써 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적인 조치로서의 보직의 해제를 의미하므로 과거의 공무원의 비위행위에 대하여 기업질서 유지를 목적으로 행하여지는 징벌적 제재로서의 징계와는 그 성질이 다르다.

[2] 철도차량의 중수선업무를 담당하는 공무원이 정비창 내에서 직원에게 주류를 판매한 행위는 구 국가공무원법상의 징계사유에 해당함은 별문제로 하고 직위해제사유에 해당한다고는 볼 수 없다.

[3] 행정청이 공무원에 대하여 새로운 직위해제사유에 기한 직위해제처분을 한 경우 그 이전에 한 직위해제처분은 묵시적으로 철회하였다고 봄이 상당하므로, 그 이전 처분의 취소를 구하는 부분은 존재하지 않는 행정처분을 대상으로 한 것으로서 그 소의 이익이 없어 부적법하다(대법원 2003. 10. 10. 선고 2003두5945 판결).

④X 당연퇴직

- 법이 정한 사유의 발생으로 당연히 공무원관계가 소멸하는 것이다.
- 따라서 당연퇴직 발령통보는 처분이 아니다.(당연퇴직을 다투려면 공법상 당사자소송으로)
- 임용결격사유는 원칙적으로 당연퇴직사유이나, 임용결격사유가 모두 당연퇴직사유가 되는 것은 아니다.

판례

[1] 구 국가공무원법(2002. 12. 18. 법률 제678호로 개정되기 전의 것) 제69조는 “공무원이 제 33조 각 호의 1에 해당할 때에는 당연히 퇴직한다.”고 규정하고, 같은 법 제33조 제1항 제4호는 결격사유 중의 하나로 ‘금고 이상의 형을 받고 그 집행유예의 기간이 완료된 날로부터 2년을 경과하지 아니한 자’를 들고 있다. 같은 법 제69조에서 규정하고 있는 당연퇴직제도는 같은 법 제33조 제1항 각 호에 규정되어 있는 결격사유가 발생하는 것 자체에 의하여 임용권자의 의사 표시 없이 결격사유에 해당하게 된 시점에 당연히 공무원 신분을 상실하게 하는 것이고, 당연퇴직의 효력이 생긴 후에 당연퇴직사유가 소멸한다는 것은 있을 수 없으므로, 국가공무원이 금고 이상의 형의 집행유예를 받은 경우에는 그 이후 형법 제65조에 따라 형의 선고가 효력을 잃게 되었다 하더라도 이미 발생한 당연퇴직의 효력에는 영향이 없다(대법원 2011. 3. 24. 선고 2008다92022 판결).

답④

14. 조세과오납환급소송에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 조세의 과오납이 부당이득이 되기 위하여는 납세 또는 조세의 징수가 실체법적으로나 절차법적으로 전혀 법률상의 근거가 없거나 과세처분의 하자가 중대하고 명백하여 당연히무효이어야하고, 과세처분의 하자가 단지 취소할 수 있는 정도에 불과할 때에는 과세관청이 이를 스스로 취소하거나 항고소송절차에 의하여 취소되지 않는 한 그로 인한 조세의 납부가 부당이득이 된다고 할 수 없다.
- ② 국세환급금결정이나 이 결정을 구하는 신청에 대한 환급거부결정 등은 납세의무자가 갖는 환급청구권의 존부나 범위에 구체적이고 직접적인 영향을 미치는 처분으로 항고소송의 대상이 되

는 처분이다.

③ 이미 존재와 범위가 확정되어 있는 과오납부액은 납세자가 부당이득의 반환을 구하는 민사소송으로 환급을 청구할 수 있다.

④ 원천징수의 경우 국가 등에 대한 환급청구권자는 원천납세의무자가 아니라 원천징수의무자이다.

중

①O

판례

조세 과오납이 부당이득이 되기 위하여는 과세처분의 하자가 중대명백하여 당연무효여야 하고, 과세처분의 하자가 단지 취소할 수 있는 정도에 불과할 때에는 과세관청이 스스로 취소하거나 항고소송절차에 의해 취소되지 않는 한 그로 인한 조세 납부가 부당이득이 되지 않음(94다28000).

②X

판례

[1] 국세환급금(국세환급가산금 포함)에 대한 결정은 이미 환급청구권이 확정된 국세환급금에 대한 내부 사무처리절차 ⇨ 국세환급금 결정으로 비로소 환급청구권이 확정되는 것 아님 ⇨ 국세환급금결정이나 환급거부결정은 처분 아님

[2] 국세환급금의 총당 ⇨ 납세의무자는 총당의 효력없음을 주장해 민사소송으로 이미 결정된 국세환급금 반환을 청구할 수 있으므로, 처분 아님(92누14250).

③O

판례

국세환급금에 관한 국세기본법 및 구 국세기본법 제51조 제1항은 이미 부당이득으로서 존재와 범위가 확정되어 있는 과오납부액이 있는 때에는 국가가 납세자의 환급신청을 기다리지 않고 즉시 반환하는 것이 정의와 공평에 합당하다는 법리를 선언하고 있는 것이므로, 이미 존재와 범위가 확정되어 있는 과오납부액은 납세자가 부당이득의 반환을 구하는 민사소송으로 환급을 청구할 수 있다(대법원 2015. 8. 27. 선고 2013다212639 판결).

④O 원천징수에 있어서 환급청구권자는 원천납세의무자(ex. 근로자)가 아니라 원천징수의무자(ex. 고용주)이다.(판례)

답②

15. 「행정소송법」상 ‘처분’에 해당하지 않는 것은?

- ① 지적공부 소관청의 지목변경신청 반려행위
- ② 공정거래위원회의 고발조치
- ③ 국가인권위원회의 성희롱결정 및 시정조치권고
- ④ 개발부담금 산정을 위한 개별공시지가결정

중

①O

판례

지적법은 토지소유자에게 지목변경신청권과 지목정정신청권을 부여 / 지목을 토대로 토지의 사용·수익·처분에 영향을 받으므로 지적공부 소관청의 지목변경신청 반려행위는 항고소송 대상인 행정처분(2003두9015).

②X

판례

고발은 수사의 단서에 불과할 뿐 권리의무에 영향을 미치지 않고, 공정거래위원회의 고발조치는 행정기관 상호간 행위에 불과하여 처분 아님(94누13794).

③O

판례

국가인권위원회의 성희롱결정과 시정조치권고는 성희롱 행위자로 결정된 자의 인격권에 영향을 미치고 공공기관장, 사용자에게 일정한 법률상 의무를 부담시키므로 처분(2005두487).

④O

판례

[1] 선행처분과 후행처분이 서로 독립하여 별개의 효과를 목적으로 하는 경우에도 선행처분의 불가쟁력이나 구속력이 그로 인하여 불이익을 입게 되는 자에게 수인한도를 넘는 가혹함을 가져오며, 그 결과가 당사자에게 예측가능한 것이 아닌 경우에는 선행처분의 후행처분에 대한 구속력은 인정될 수 없음

[2] 과세처분 등 후행 행정처분에서 개별공시지가결정의 위법을 주장할 수 없도록 하는 것은 수인한도를 넘는 불이익을 강요하는 것이므로, 개별공시지가결정에 위법이 있는 경우 그 자체를 행정소송 대상인 처분으로 보아 위법여부를 다룰 수 있음은 물론 이를 기초로 한 과세처분의 취소를 구하는 행정소송에서도 선행처분인 개별공시지가결정의 위법을 독립된 위법사유로 주장할 수 있음(93누8542).

cf. 개별공시지가 결정에 대하여 한 재조사청구에 따른 조정결정을 통지받고 더 이상 다투지 않은 경우까지 선행처분인 개별공시지가결정의 불가쟁력이나 구속력이 수인한도를 넘어 가혹하거나 예측불가능하다고 볼 수 없어, 개별공시지가 결정의 위법을 과세처분의 위법사유로 주장할 수 없음(96누6059).

답 ②

16. 행정의 실효성 확보수단에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① 이행강제금은 장래의 의무이행을 심리적으로 강제하기 위한 것으로서 의무이행이 있을 때까지 반복하여 부과할 수 있다.
- ② 비상시 또는 위험이 절박한 경우에 있어서 계고·대집행영장의 통지규정에서 정하는 수속을 취할 여유가 없을 경우라도 위의 두 수속 모두를 거치지 아니하고는 대집행을 할 수 없다.
- ③ 「행정대집행법」절차에 따라 국세징수의 대집행비용을 징수할 수 있음에도 불구하고 민사소송

절차에 의하여 그 비용의 상환을 청구할 수 있다.

④ 공매통지 자체가 그 상대방인 채납자 등의 법적 지위나 권리·의무에 직접적인 영향을 주는 행정처분에 해당한다고 할 것이므로 다른 특별한 사정이 없는 한 채납자 등은 공매통지 자체를 항고소송의 대상으로 삼아 그 취소 등을 구할 수 있다.

중

①O

이행강제금(집행법)	행정벌
행정상 강제집행 수단 장래 의무이행 확보를 위함	과거 의무위반에 대한 제재
처벌이 아니므로 의무이행시까지 반복부과 가능 단 법령상 회수 제한 있음(건축법상 이행강제금은 연 2회)	과거 위반행위의 제재이므로 반복부과 불가(일사부재리)
기간 내에 이행하면 원칙적으로 납부면제	추후에 의무 이행해도 면제되지 않음
이행강제금과 행정벌은 목적이 다르므로 병과 가능	

②X

- 법률에 다른 규정이 있거나, 비상사·위험이 절박해 대집행의 급속한 실시를 요해 계고할 여유가 없을 때 계고 없이 대집행 가능(행정대집행법 제3조)
- 법률에 다른 규정이 있거나, 비상사·위험이 절박해 대집행의 급속한 실시를 요해 통지할 여유가 없을 때 통지 없이 대집행 가능(행정대집행법 제3조)
- 계고와 통지를 함께 생략할 수도 있음

③X

판례
[1] 대한주택공사가 대집행권한을 위탁받아 대집행 실시에 지출한 비용은 행정대집행법에 따라 국세징수법의 예에 의해 징수
[2] 행정대집행법에 따라 국세징수법의 예에 의해 징수할 수 있음에도 민사소송으로 비용상환을 청구한 경우 소의 이익이 없어 부적법(2010다48240).

④X 공매

- 공매 자체는 공법상 대리(항고소송 대상이 되는 처분) / 공매취소도 처분 / 공매결정, 공매통지, 공매 공고는 처분X(내부행위 내지 사실행위)
- 공매통지를 하지 않거나 하더라도 적법하지 않은 경우 : 공매처분은 위법하나, 절차의 하자이므로 무효는 아님
- 부당하게 낮은 가격으로 공매(감정평가나 매각예정가격결정이 잘못된 경우) : 공매처분은 위법하나, 취소사유 / 취소 전까지는 공매처분이 유효해 매수인의 부당이득이 성립X
- 10일의 공매공고기간이 경과하지 않은 공매 : 위법
- 세무서장은 자산관리공사로 하여금 공매를 대행하게 할 수 있음 / 이 경우 공매는 세무서장이 한 것으로 봄

답 ①

17. 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」상 잔여지 수용에 대한 설명으로 가

장 옳은 것은?

- ① 잔여지에 현실적 이용상황 변경 또는 사용가치 및 교환가치의 하락 등이 발생하였더라도 그 손실이 토지가 공익사업에 취득·사용됨으로써 발생한 것이 아닌 경우에는 손실보상의 대상이 되지 않는다.
- ② 잔여지 수용의 청구는 사업시행자가 관할 토지수용위원회에 하여야 하고, 토지소유자는 사업시행자에게 잔여지 수용을 청구해 줄 것을 요청할 수 있다.
- ③ 잔여지 수용 청구가 있으면 그 잔여지에 있는 물건에 대한 권리를 가진 자는 사업시행자에게 그 권리의 존속을 주장할 수 없게 된다.
- ④ 토지소유자는 사업시행자에게 잔여지 매수 청구를 할 수 있는데, 이 매수 청구는 토지수용위원회의 잔여지수용재결 전 또는 후에 할 수 있다.

중

①O

판례

공토법은 ‘...잔여지 가격이 감소하거나 손실이 있을 때 보상해야 한다’고 규정 / 여기서 사업시행자가 보상해야 할 손실은, 동일 소유자에게 속하는 일단의 토지 중 일부를 사업시행자가 공익사업을 위해 취득·사용함으로써 잔여지에 발생하는 것을 전제로 함 / 잔여지에 이용상황 변경, 사용가치·교환가치 하락이 발생했더라도, 그 손실이 토지 일부가 취득·사용됨으로 인한 것이 아니라면 잔여지 손실보상 대상이 아님^[이 사건에서 잔여지의 사용가치·교환가치 하락은, 고속도로를 건설하는 공익사업에 토지 일부가 취득·사용됨으로 인해 발생한 것이 아니라, 그와 별도로 잔여지 일부를 접도구역으로 지정·고시한 조치에 기인한 것이므로, 잔여지 손실보상 대상 아님](2017두40860).

②X ③X ④X 잔여지 / 잔여건축물 매수·수용청구권

- 동일 소유자에게 속하는 일단의 토지의 일부가 협의매수나 수용됨으로 인해 잔여지를 종래 목적(수용재결 당시 현실적·구체적 용도)에 사용하는 것이 현저히 곤란(절대적 이용 불가능 뿐 아니라 많은 비용이 요구되는 경우도 포함; 물리적 곤란 뿐 아니라 사회, 경제적 곤란도 포함)할 때에는 토지소유자는 사업시행자에게 잔여지 매수를 청구할 수 있고, 사업인정 이후에는 토지수용위원회에 수용을 청구할 수 있음
- 수용청구는 매수협의를 성립되지 않은 경우만 가능 / 공사완료일까지 청구해야(제척기간)
- 잔여지 수용청구권은 청구함으로써 (수용위원회의 조치없이 바로) 수용 효과 발생(형성권)
- 잔여 건축물도 잔여지와 유사하게 매수청구권, 수용청구권 인정
- 불복 : 잔여지수용청구권은 형성권으로서 청구에 의해 이미 수용의 효과가 발생하므로 보상금 증감문제만 남아, 사업시행자를 상대로 보상금 증감소송을 해야(토지수용위원회 상대로 수용거부재결 취소소송X)
- 매수 또는 수용의 청구가 있는 잔여지 및 잔여지에 있는 물건에 관하여 권리를 가진 자는 사업시행자나 관할 토지수용위원회에 그 권리의 존속을 청구할 수 있다.

답 ①

18. 건축허가와 건축신고에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 건축허가는 원칙상 기속행위이지만 중대한 공익상 필요가 있는 경우 예외적으로 건축허가를 거부할 수 있다.
- ② 건축신고는 자기완결적 신고이므로 신고반려행위 또는 수리거부행위는 항고소송의 대상이 되지 않는다.

③ 신고대상인 건축물의 건축행위를 하고자 할 경우에는 관계 법령에 정해진 적법한 요건을 갖춘 신고만을 하면 그와 같은 건축행위를 할 수 있고, 행정청의 수리처분 등 별도의 조치를 기다릴 필요가 없다.

④ 토지의 형질변경허가는 금지요건이 불확정개념으로 규정되어 있어 그 금지요건에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 행정청에게 재량권이 부여되어 있다고 할 것이므로, 같은 법에 의하여 지정된 도시지역 안에서 토지의 형질변경행위를 수반하는 건축허가는 결국 재량행위에 속한다.

중

①O

판례

건축허가신청이 관계법규상의 제한에 배치되지 않는 이상 건축허가를 해야 하고, 중대한 공익상 필요가 없는데도 법령상 제한사유 외의 사유로 요건을 갖춘 자에 대한 허가를 거부할 수 없음(2009두8946).

②X

판례

건축신고가 반려될 경우 건축을 개시하면 시정명령, 이행강제금, 벌금의 대상이 되거나 건축물을 사용하여 행할 행위의 허가가 거부될 우려가 있어 불안정한 지위에 놓이게 되므로, 반려행위의 적법성을 다투 법적 불안을 해소한 후 건축하도록 하여 위험에서 미리 벗어날 수 있도록 하고, 위법건축물 양산과 그 철거를 둘러싼 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있도록, 건축신고 반려행위는 항고소송 대상으로 봄(2008두167).

③O

- 자기완결적 신고: 적법 신고가 도달하면 효력 발생
- 건축신고는 원칙적으로 자기완결적 신고 ⇨ 적법하게 신고 하면 건축 가능(수리 불요)

④O

판례

토지 형질변경행위를 수반하는 건축허가는 토지 형질변경허가의 성질도 갖고, 형질변경허가는 금지요건이 불확정개념으로 규정되어 재량권이 있으므로, 형질변경행위를 수반하는 건축허가는 재량행위(2004두6181).

답②

19. 행정계획에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 도시계획법령상 도시기본계획은 도시의 장기적 개발 방향과 미래상을 제시하는 도시계획 입안의 지침이 되는 장기적·종합적인 개발계획으로서 행정청뿐만 아니라 대외적으로도 구속력을 갖는다.
- ② 「도시재개발법」에 의한 재개발조합의 관리처분계획은 토지 등의 소유자에게 구체적이고 결정적인 영향을 미치는 것으로서 조합이 행한 처분에 해당한다.
- ③ 행정주체가 행정계획을 입안·결정하는 데에는 일반적으로 광범위한 계획재량이 인정된다.

④ 일정한 기간 내에 요건을 갖추어 일정한 행정처분을 신청할 수 있는 법률상 지위에 있는 자에 대해 국토이용계획변경신청을 거부하는 것이 실질적으로 당해 행정처분 자체를 거부하는 결과가 되는 경우에는 그 신청인은 계획변경을 신청할 권리가 있다.

중

①X

판례

1. 도시기본계획은 도시의 장기적 개발방향과 미래상을 제시하는 도시계획 입안의 지침이 되는 장기적·종합적인 개발계획으로서 행정청에 대한 직접적인 구속력은 없음(2005두1893).
2. 도시기본계획은 국민에 대한 직접적 구속력은 없으므로 다소 포괄적으로 기재했어도 기본구상도상에 분명히 내용을 표시한 이상 도시기본계획으로서 입안된 것(2000두8226).

②O

판례

1. [1] 재개발조합과 조합원의 법률관계는 공법상 권리의무관계[공법관계] / 조합원 자격인정 여부에 다툼이 있는 경우 아직 조합의 처분이 개입될 여지는 없으므로 당사자소송으로 조합원 자격확인
[2] 관리처분계획의 내용에 다툼이 있는 경우 관리처분계획은 조합이 행한 처분이므로 항고소송[관리처분계획 또는 그 내용인 분양거부처분 취소소송]
[3] 대지·건축시설에 대한 수분양권 취득을 희망하는 토지소유자의 분양신청에 대하여 조합이 분양대상자가 아니라고 관리처분계획에 의해 이를 제외시키거나 원하는 내용의 분양대상자로 결정하지 않은 경우, 토지소유자에게 원하는 내용의 구체적 수분양권이 직접 발생한 것[곧바로 조합을 상대로 민사소송이나 공법상 당사자소송으로 수분양권 확인X](94다31235).
2. [1] 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 효력을 다투는 소송은 당사자소송
[2] 관리처분계획에 대해 인가·고시까지 있게 되면 관리처분계획은 행정처분으로서 효력이 발생하므로 총회결의 하자를 이유로 처분의 효력을 다투는 항고소송으로 관리처분계획의 취소, 무효확인을 구해야 / 별도로 처분에 이르는 절차적 요건에 불과한 총회결의 부분만 따로 떼어 효력유무를 다투는 확인의 소는 불허(2007다2428).

③O 계획재량

- 일반적인 법률은 조건프로그램(요건-효과 구조) / 반면 계획법률은 목적프로그램이고(‘어떠한 목표를 위해 행위를 한다’), 수단은 구체적으로 제시하지 않음
- 따라서 행정계획의 입안·결정에 있어 광범위한 형성의 자유가 인정됨(계획재량)

④O

판례

원칙적으로 국토이용계획이 확정된 후 사정변동이 있어도 그 계획의 변경신청권은 인정되지 않으나, 장래 일정기간 내에 관계법령상 시설을 갖춰 일정한 처분을 구하는 신청을 할 수 있는 자의 국토이용계획변경신청을 거부하는 것이 실질적으로 당해 처분 자체를 거부하는 결과가 되는 경우 예외적으로 그 신청인에게 국토이용계획변경 신청권이 인정되므로, 이러한 신청에 대한 거부는 처분(2001두10936). [폐기물처리업 적정통보를 받은 자가 폐기물처리업 허가를 받으려면 국토이용계획 변경이 선행되어야 하므로 그 변경의 거부는 처분]

답①

20. 「국가배상법」제2조에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① 시·도지사 등의 업무에 속하는 대집행권한을 위탁받은 한국토지공사가 대집행을 실시하는 과정에서 국민에게 손해가 발생할 경우 한국토지공사는 공무원수탁사인에 해당하므로, 「국가배상법」제2조의 공무원과 같은 지위를 갖게 된다.
- ② 공익근무요원은 「국가배상법」제2조 제1항 단서의 군인·군무원·경찰공무원 또는 향토예비군대원에 해당하지 않으므로 이중배상청구가 제한되지 않는다.
- ③ 공무원의 직무상 의무위반에 대한 법령의 취지가 전체적으로 공공 일반의 이익을 도모하기 위한 것이라면 「국가배상법」제2조의 배상책임이 인정된다.
- ④ 「국가배상법」제2조의 직무행위에는 국가나 지방자치단체의 권력적 작용만이 포함되며 비권력적 작용은 포함되지 않는다.

중

①X

판례

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률, 한국토지공사법에 의해 본래 시·도지사, 시장·군수·구청장의 업무에 속하는 대집행권한을 한국토지공사에게 위탁하도록 되어 있어 한국토지공사는 법령의 위탁에 의해 대집행을 수권받은 자로서 대집행을 실시함에 따르는 권리·의무, 책임이 귀속되는 행정주체이지, 지자체의 기관으로서 국가배상법 제2조의 공무원이 아님(2007다82950).

②O

판례

공익근무요원은 군인이 아니므로, 국가배상법 제2조 제1항 단서에 의해 국가배상청구가 제한되는 군인·군무원·경찰공무원, 향토예비군대원에 해당하지 않음(97다4036).

③X

판례

1. [1] 시장 등은 토지형질변경허가를 함에 있어 허가지 인근에 토사붕괴나 낙석으로 인한 피해가 발생하지 않도록 허가받은 자에게 옹벽이나 방책을 설치하게 하거나 스스로 조치를 취하는 직무상 의무가 있고 이는 단순히 공공일반의 이익을 위한 것이 아니라 전적으로 또는 부수적으로 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위한 것이므로, 공무원이 그와 같은 위험관리의무를 다하지 않아 보통 일반의 공무원을 표준으로 객관적 정당성을 상실한 경우 국가배상법 제2조의 위법 요건을 충족 / 형식상 허가권자에게 재량에 의한 직무수행권한이 있더라도 구체적 사정에 따라 권한을 행사해 필요한 조치를 취하지 않는 것이 현저히 불합리한 경우 권한 불행사는 직무상 의무위반으로서 위법
[2] 토석채취공사중 경사지를 굴러 내린 암석이 가스저장시설을 충격해 화재가 발생한 경우, 위해방지시설을 설치하게 할 의무를 다하지 않은 위법과 작업중지 등 사고예방조치를 취하지 않은 위법이 있음(99다64278).
2. 국가에게 상수원수 수질 유지의무를 부과한 법령은 국민일반의 건강을 보호해 공공일반의 전체이익을 도모하는 것이지, 국민 개개인의 안전·이익을 직접 보호하는 것이 아님 / 상수원 수질기준 미달로 건강상 위해에 대한 염려에 따른 정신적 고통을 받았더라도 국가는 손해배상책임 없음 / 3급 이하 하천수를 취수해 고도의 정수처리가 아닌 일반 정수처리를 했어도 음용수 기준에 적합한 이상, 불법행위 아님(99다36280).

④X

판례

- [1] 국가배상청구의 요건인 ‘공무원의 직무’에는 권력적 작용만이 아니라 비권력적 작용도 포함되며 단지 행정주체가 사경제주체로서 하는 활동만 제외
- [2] 국가배상법 제2조 제1항 소정의 ‘직무를 집행함에 당하여’란 직접 공무원의 직무집행행위이거나 그와 밀접한 관계에 있는 행위를 포함하고, 외관을 객관적으로 관찰해 공무원의 직무행위로 보이면 비록 실질적으로 직무행위에 속하지 않더라도 ‘직무를 집행함에 당하여’한 것으로 보아야(98다39060).

답 ②