

2013년 국회8급 행정법 문제 및 해설 (교재순)
(윌비스 고시학원 김종석 교수)

1. 다음 중 공법관계에 속하는 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- | |
|---|
| ㉠ 국유재산의 무단점유자에 대한 변상금부과
㉡ 미지급된 공무원 퇴직연금의 지급청구
㉢ 시립합창단원의 위촉
㉣ 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에 따른 부정당업자에 대한 입찰참가자격정지
㉤ 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에 따른 입찰보증금 국고귀속조치
㉥ 「공익사업을 위한 토지등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 따른 협의취득 |
|---|

- | | |
|------|------|
| ① 2개 | ② 3개 |
| ③ 4개 | ④ 5개 |
| ⑤ 6개 | |

<해설>

- ㉠ 공법관계. (대법원 1988. 2.23, 87누1046) [김종석행정법총론 82면 재산관계 ①]
㉡ 공법관계. (대법원 2004.7.8, 2004두244) [김종석행정법총론 82면 재산관계 ⑧]
㉢ 공법관계. (대법원 2001.12.11, 2001두7794) [김종석행정법총론 83면 계약관계 ①]
㉣ 공법관계. (대법원 1999.3.9, 98두18565) [김종석행정법총론 83면 기타 ⑫]
㉤ 사법관계. (대법원 1983.12.27, 81누366) [김종석행정법총론 85면 재산관계 ⑧]
㉥ 사법관계. (대법원 2012.2.23, 2010다91206) [김종석행정법총론 753면 상단 관련판례]

<답> ③

2. 법률상 이익에 대한 판례의 태도로 옳지 않은 것은?

- ① 이전고시의 효력 발생으로 이미 대다수 조합원 등에 대하여 획일적·일률적으로 처리된 권리귀속 관계를 모두 무효화하고 다시 처음부터 관리처분계획을 수립하여 이전고시 절차를 거치도록 하는 것은 정비사업의 공익적·단체법적 성격에 배치되므로, 이전고시가 효력을 발생한 후에는 조합원 등이 관리처분계획의 취소 또는 무효확인을 구할 법률상 이익이 없다.
- ② 구 「석탄수급조정에 관한 임시조치법」 소정의 석탄가공업에 관한 허가는 사업경영의 권리를 설정하는 형성적 행정행위이므로 기존에 허가를 받은 원고들이 신규허가로 인하여 영업상 이익이 감소될 수 있다는 이유로 기존의 업자에 대해 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다.
- ③ 면허나 인·허가 등의 수익적 행정처분의 근거가 되는 법률이 해당 업자들 사이의 과당경쟁으로 인한 경영의 불합리를 방지하는 것도 그 목적으로 하고 있는 경우 기존의 업자는 경영자에 대하여 이루어진 면허나 인·허가 등 행정처분의 상대방이 아니라 하더라도 당해 행정처분의 취소를 구할 원고적격이 있다.
- ④ 공장설립승인처분의 근거 법규 및 관련 법규인 구 「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」 등은 공장설립승인처분과 그 후속절차에 따라 공장이 설립되어 가동됨으로써 그 배출수 등으로 인한 수질오염 등으로 직접적이고도 중대한 환경상 피해를 입을 것으로 예상되는 주민들이 환경상 피해를 받지 아니한 채 물을 마시거나 용수를 이용하며 쾌적하고 안전하게 생활할 수 있는 개별적 이익까지도 구체적·직접적으로 보호하려는 데 있다. 따라서 수돗물을 공급받아 이를 마시거나 이용하는 주민들로서는 위 근거 법규 및 관련 법규가 환경상 이익의 침해를 받지 않은 채 깨끗한 수돗물을 마시거나 이용할 수 있는 자신들의 생활환경상의 개별적 이익을 직접적·구체적으로 보호하고 있음을 증명하여 원고적격을 인정받을 수 있다.
- ⑤ 면허받은 장의자동차운송사업구역을 위반하였음을 이유로 한 행정청의 과징금부과처분에 의하여 동종업자의 영업이 보호되는 결과는 사업구역제도의 반사적 이익에 불과하기 때문에 그 과징금부과처분을 취소한 재결에 대하여 처분의 상대방이 아닌 제3자는 그 취소를 구할 법률상 이익이 없다.

<해설>

- ① 판례의 태도로 옳다(대법원 2012.3.22, 2011두6400 전원합의체). [김종석행정법총론 834면 관련판례8]
- ② 석탄수급조정에 관한 임시조치법 소정의 석탄가공업에 관한 허가는 사업경영의 권리를 설정하는 형성적 행정행위가 아니라 질서유지와 공공복리를 위한 금지를 해제하는 명령적 행정행위에서 그 허가를 받은 자는 영업자유를 회복하는 데 불과하고 독점적 영업권을 부여받은 것이 아니기 때문에 기존허가를 받은 원고들이 신규허가로 인하여 영업상 이익이 감소된다 하더라도 이는 원고들의 반사적 이익을 침해하는 것에 지나지 아니하므로 원고들은 신규허가처분에 대하여 행정소송을 제기할 법률상 이익이 없다. (대법원 1980.7.22, 80누33·34) 【석탄가공업허가증 갱신발급처분무효】 [김종석행정법총론 118면 ㉠ 관련판례3]

③ 판례의 태도로 옳다(대법원 2006.7.28, 2004두6716). [김종석행정법총론 OX문제집 99면 26번]

④ 판례의 태도로 옳다(대법원 2010.4.15, 2007두16127). [김종석행정법총론 115면 관련판례9]

⑤ 판례의 태도로 옳다(대법원 1992.12.8, 91누13700). [김종석행정법총론 119면 관련판례10]

<답> ②

3. 사인의 공법행위에 대한 설명으로 옳은 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- | |
|--|
| <p>㉠ 공무원이 제출한 사직원은 그에 따른 면직처분이 있을 때까지는 철회할 수 있지만 일단 면직처분이 있고 난 이후에는 철회할 수 없다.</p> <p>㉡ 「건축법」상 건축주 명의변경신고의 수리를 거부하는 행위는 항고소송의 대상이 되는 처분이다.</p> <p>㉢ 수리를 요하지 않는 신고의 경우 신고의 적법여부나 수리여부와는 관계없이 신고서가 접수기관에 도달하면 신고의무가 이행된 것으로 본다.</p> <p>㉣ 주민등록전입신고 수리여부에 대한 심사는 「주민등록법」의 입법목적과 법률효과 이외에 「지방자치법」 및 지방자치의 이념까지 고려하여 실질적으로 판단해야 한다.</p> <p>㉤ 「건축법」상 건축신고에 대한 수리거부행위는 항고소송의 대상이 되지 않는다.</p> <p>㉥ 「건축법」상 건축신고가 다른 법률에서 정한 인·허가 의제효과를 수반하는 경우에는 일반적인 건축신고와는 달리 수리를 요하는 신고에 해당한다.</p> |
|--|

① 2개

② 3개

③ 4개

④ 5개

⑤ 6개

<해설>

① 판례의 태도로 옳다(대법원 2001.8.24, 99두9971). [김종석행정법총론 114면 관련판례1]

② 건축주명의변경신고의 수리거부는 허가대상건축물의 양수인의 명의변경을 신고할 수 있는 공법상의 권리라는 구체적 법적 이익을 침해하여 양수인의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 것으로서 취소소송의 대상이 되는 처분이다. (대법원 1992.3.31, 91누4911) 【건축주명의변경신고 수리거부 처분취소】 [김종석행정법총론 149면 관련판례1]

③ 적법한 신고가 있으면 행정청의 수리여부에 관계없이 신고서가 접수기관에 도달한 때에 신고의무가 이행된 것으로 본다(행정절차법 제40조 제2항). 따라서 행정절차법이 정하는 신고의 요건을 갖추고 있다면 행정청이 수리를 거부하여도 신고의 법적 효력은 발생한다.[김종석행정법총론 150면 ④ ㉠ ㉡] 그러나 자기완결적 신고라도 요건을 갖추지 못한 부적법한 신고라면 행정청이 이를 수리한 경우에도 신고의 법적 효력은 발생하지 않는다.[김종석행정법총론 151면 ㉢ ㉣]

④ 건축법상 건축신고 반려행위는 항고소송의 대상이 된다(대법원 2010.11.18, 2008두167 전원합의체). [김종석행정법총론 147면 관련판례1]

⑤ 판례의 태도로 옳다(대법원 2011.1.20, 2010두14954). [김종석행정법총론 153면 상단 관련판례2]

<답> ②

4. 법규명령에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 헌법재판소는 국회입법에 의한 수권이 입법기관이 아닌 행정기관에게 법률 등으로 구체적인 범위를 정하여 위임한 사항에 관하여는 당해 행정기관에게 법정립의 권한이 부여된다고 보고 있다.
- ② 긴급명령이나 긴급재정경제명령은 지체 없이 국회의 승인을 받아야 하며 승인을 얻지 못한 때에는 그 명령은 그 때부터 효력을 상실한다.
- ③ 집행명령은 상위법령의 집행을 위하여 필요한 사항을 법률 또는 상위명령의 위임에 의해 직권으로 발하는 명령이다.
- ④ 헌법재판소는 헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식을 예시적인 것으로 보고 있다.
- ⑤ 자치조례에 대한 위임 등 자치법적 사항의 위임에 있어서는 포괄적 위임도 가능하다.

<해설>

①④ 국회입법에 의한 수권이 입법기관이 아닌 행정기관에게 법률 등으로 구체적인 범위를 정하여 위임한 사항에 관하여는 당해 행정기관에게 법정립의 권한을 갖게 되고, 입법자가 규율의 형식도 선택할 수 있다 할 것이므로, 헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 예시적인 것으로 보아야 할 것이고, 그것은 법률이 행정규칙에 위임하더라도 그 행정규칙은 위임된 사항만을 규율할 수 있으므로, 국회입법의 원칙과 상치되지도 않는다. (헌법재판소 2006.12.28, 2005헌바59) 【조세특례제한법 제2조 제3항 위헌소원】 [김종석행정법총론 170면 관련판례]

② 헌법 제76조 제4항 [김종석행정법총론 168면 II 1. (1)]

제76조 ① 대통령은 내우·외환·천재·지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기에 있어서 국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회를 기다릴 여유가 없을 때에 한하여 최소한으로 필요한 재정·경제상의 처분을 하거나 이에 관하여 법률의 효력을 가지는 명령을 발할 수 있다.

② 대통령은 국가의 안위에 관계되는 중대한 교전상태에 있어서 국가를 보위하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회가 불가능한 때에 한하여 법률의 효력을 가지는 명령을 발할 수 있다.

③ 대통령은 제1항과 제2항의 처분 또는 명령을 한 때에는 지체없이 국회에 보고하여 그 승인을 얻어야 한다.

④ 제3항의 승인을 얻지 못한 때에는 그 처분 또는 명령은 그때부터 효력을 상실한다. 이 경우 그 명령에 의하여 개정 또는 폐지되었던 법률은 그 명령이 승인을 얻지 못한 때부터 당연히 효력을 회복한다.

③ 집행명령은 새로운 법규사항을 포함하지 않기 때문에 위임명령과 달리 법률이나 상위명령의 개별적·명시적 수권이 없이도 헌법 제75조와 제95조에 근거해 발령할 수 있다. [김종석행정법총론 172면 3.]

⑤ 조례의 제정권자인 지방의회는 선거를 통해서 그 지역적인 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표기관이고 헌법이 지방자치단체에 포괄적인 자치권을 보장하고 있는 취지로 볼 때, 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다. (헌법재판소 1995.4.20, 92헌마264·279) 【부천시·강남구 담배자동판매기설치금지사건】 [김종석행정법총론 175면 관련판례2]

<답> ③

5. 다음 사례에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따름)

국민건강보험 관련 법령상 보건복지부장관은 제약회사의 신청 또는 직권으로 모든 의약품에 대하여 요양급여대상 또는 비급여대상의 결정을 할 수 있다. 전국의 모든 의료기관·약국이 요양기관으로 강제편입되어 있고 모든 국민이 국민건강보험에 편입되어 있기 때문에 의사의 처방이 필요 없는 일반의약품을 제외한 모든 의약품은 국민건강보험상의 요양급여로 공급되는 것만이 판로라 할 수 있다. ‘국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙’에서 약제의 제조·수입업자에 대해서도 이미 고시된 요양급여대상 또는 비급여대상의 조정신청권을 부여하고 있고, 또 약제의 제조·수입업자 등이 요양급여대상 여부의 결정을 신청하고자 하는 경우 판매예정가 산출근거 및 내역, 동일 또는 유사 약제와의 장·단점 및 판매가의 비교 등 비용효과에 관한 자료를 제출하도록 하고 있다. 이러한 상황에서 A제약회사의 B제품이 보건복지부장관에 의해 비급여대상으로 결정됨에 따라 A제약회사는 경영상 큰 타격을 맞게 될 위험에 처했다.

- ① 어떠한 고시가 일반적·추상적 성격을 가질 때에는 법규명령 또는 행정규칙에 해당될 것이지만, 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로 직접 국민의 구체적인 권리·의무나 법률관계를 규율하는 성격을 가질 때에는 행정처분에 해당한다.
- ② 이 사건 고시는 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 제약회사, 요양기관, 환자 및 국민 건강보험공단 사이의 법률관계를 직접 규율하는 성격을 가진다고 할 것이므로 이는 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로서의 성격을 갖는다.
- ③ 회복하기 어려운 손해발생을 막기 위해서는 집행정지신청을 하는 것이 필요하다. 이 경우 본안소송과 마찬가지로 처분성이 있어야 집행정지신청이 가능하다.
- ④ 고시의 효력발생일을 처분이 있는 날로 보아 그로부터 1년 이내에 취소소송을 제기하면 된다.
- ⑤ A는 그가 공급하는 이 사건 약품에 대하여 국민건강보험 관련 법규 등에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익을 향유한다고 할 것이므로 A에게 이 사건 고시의 효력을 다룰 수 있는 원고적격 또는 신청인 적격을 인정함이 상당하다.

<해설>

- ① 판례의 태도로 옳다(대법원 2003. 10.9, 2003무23). [김종석행정법총론 184면 1. (1) ②]
- ② 판례의 태도로 옳다(대법원 2003.10.9, 2003무23). [김종석행정법총론 205면 관련판례3]
- ③ 집행정지의 요건으로 집행정지의 대상이 되는 처분이 존재하여야 한다. [김종석행정법총론 889면 ③]
- ④ 통상 고시 또는 공고에 의하여 행정처분을 하는 경우에는 그 처분의 상대방이 불특정 다수인이고 그 처분의 효력이 불특정 다수인에게 일률적으로 적용되는 것이므로, 그 행정처분에 이해관계를 갖는 자가 고시 또는 공고가 있었다는 사실을 현실적으로 알았는지 여부에 관계없이 고시가 효력을 발생하는 날 행정처분이 있음을 알았다고 보아야 한다. (대법원 2007.6.14, 2004두619) 【청소년유해매체물결정 및 고시처분무효확인】 [김종석행정법총론 820면 ㉔ 관련판례] 고시의 효력발생일에 처분이 있음을 알았다고 보므로, 고시의 효력발생일로부터 90일 이내에 취소소송을 제기하여야 한다.
- ⑤ 판례의 태도로 옳다(대법원 2003.10.9, 2003무23).

<답> ④

6. 명령적 행정행위에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 위법한 하명으로 권리가 침해된 자는 취소소송이나 무효등확인소송을 제기하여 위법상태를 제거할 수 있고 손해배상청구소송을 제기하여 손해를 배상받을 수 있다.
- ② 허가가 기속행위인지 재량행위인지 여부는 개별법령이 정하는 바에 의한다.
- ③ 허가를 받은 후에 할 수 있는 행위를 허가를 받지 아니하고 행하면 일반적으로 행정상 강제 집행 또는 행정벌이 가해지며 경우에 따라서는 무효가 되기도 한다.
- ④ 예외적 승인은 위험방지를 대상으로 하고 허가는 사회적으로 유해한 행위를 대상으로 한다.
- ⑤ 의무해제라는 점에서 허가과 면제는 같으나 허가는 부작위의무의 해제인 데 반하여 면제는 작위, 급부 및 수인의무의 해제라는 점에서 다르다.

<해설>

- ① 하자 있는 하명에 대한 구제방법으로 옳다. [김종석행정법총론 261면 ⑨]
- ② 통설·판례에 따르면 기속행위와 재량행위의 구별에 관하여 관련 법규정의 문언을 우선 고려하여야 한다. [김종석행정법총론 239면 (2) 도표 및 240면 (3)]
- ③ 허가를 받지 않고 행한 영업행위는 행정상 강제집행이나 처벌의 대상은 되지만, 행위 자체의 법률적 효력은 영향을 받지 않는 것이 원칙이다. 하지만, 때로는 법률(특히 규제법)이 무허가행위를 무효로 규정하고 있는 경우도 있다. [김종석행정법총론 268면 ㉞ ㉠ 및 사이드각주 ①]
- ④ 허가는 공익침해의 우려가 있어 잠정적(상대적·예방적)으로 금지된 행위를 적법하게 수행하도록 하는 행위인 데 반하여, 예외적 승인은 그 자체가 사회적으로 유해하여 법령에 의해 억제적으로 금지된 행위를 예외적으로 적법하게 수행할 수 있도록 하는 것이다. [김종석행정법총론 262면 (2) ③ ㉠ ㉡]
- ⑤ 적극적인 작위·급부·수인의무를 해제한다는 점에서 소극적인 부작위의무를 해제하는 허가과 구별된다. 그러나 ‘의무의 해제’는 허가행위와 면제행위의 공통점이다. [김종석행정법총론 270면 (3) ②]

<답> ④

7. 다음은 주택재개발정비사업조합의 법령상 지위와 권한에 대해 설명한 것이다. 이와 관련한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따름)

구 「도시 및 주거환경정비법」상 주택재개발정비사업조합(이하 ‘재개발조합’이라 한다)은 주택재개발사업의 추진위원회가 정비구역 안에 소재한 토지 또는 건축물의 소유자 또는 그 지상권자로부터 조합설립의 동의를 받은 다음 관계 법령이 정하는 요건과 절차에 따라 행정청에 재개발조합설립인가신청을 하여 행정청으로부터 조합설립의 인가를 받아 등기함으로써 법인으로 성립한다. 이와 같이 하여 설립된 재개발조합은 재개발사업의 사업시행자로서 조합원에 대한 법률관계에서 특수한 존립목적을 부여받은 행정주체로서의 지위를 가지게 되고, 이러한 행정주체의 지위에서 정비구역 안에 있는 토지 등을 수용하거나 관리처분계획, 경비부과처분 등과 같은 행정처분을 할 수 있는 권한을 부여받는다.

- ① 재개발조합설립인가처분은 법률관계의 당사자의 법률행위의 효과를 완성시켜주는 보충행위에 해당한다.
- ② 재개발조합설립인가처분에 하자가 없다면 기본행위인 조합설립동의에 하자가 있다고 하더라도 따로 그 기본행위의 하자를 다투는 것은 별론으로 하고 기본행위의 무효를 내세워 바로 그에 대한 행정청의 인가처분의 취소 또는 무효확인을 구할 법률상의 이익은 없다.
- ③ 재개발조합설립인가신청에 대하여 행정청의 재개발조합설립인가처분이 있는 이후에는 재개발조합설립동의에 하자가 있음을 이유로 재개발조합설립의 효력을 부정하려면 항고소송으로 재개발조합설립인가처분의 효력을 다투어야 한다.
- ④ 관리처분계획에 대한 인가를 받고 난 이후에 관리처분계획을 다투기 위해서는 인가처분 자체를 취소소송으로 다투어야 한다.
- ⑤ 관리처분계획은 민사상의 행위로서 처분성을 갖지 못한다.

<해설>

- ①②③ 「도시 및 주거환경정비법」상 재개발조합설립 인가신청에 대한 행정청의 조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것이 아니라 법령상 일정한 요건을 갖추어 경우 행정주체(공법인)의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분이다. 행정청의 조합설립인가처분이 있는 이후에 조합설립결의에 하자가 있음을 이유로 재개발조합설립의 효력을 부정하기 위해서는 항고소송으로 조합설립인가처분의 효력을 다투어야 한다. (대법원 2009.9.24, 2009마168·169) 【가처분이의·직무집행정지가처분】 [김종석행정법총론 278면 관련판례3 비교판례]
- ④⑤ 「도시 및 주거환경정비법」상 주택재건축정비사업조합이 수립하는 관리처분계획은 구속적 행정계획으로서 재건축조합이 행하는 독립된 행정처분에 해당한다. 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 효력 등을 다투는 소송은 행정처분에 이르는 절차적 요건의 존부나 효력 유무에 관한 소송으로서 그 소송결과에 따라 행정처분의 위법 여부에 직접 영향을 미치는 공법상 법률관계에 관한 것이므로, 이는 행정소송법상의 당사자소송에 해당한다. 그러나 관리처분계획에 대하여 관할 행정청의 인가·고시까지 있게 되면 관리처분계획은 행정처분으로서 효력이 발생하게 되므로, 총회결의의 하자를 이유로 하여 행정처분의 효력을 다투는 항고소송의 방법으로 관리처분계획의 취소 또는 무효확인을 구하여야 하고, 그와 별도로 행정처분에 이르는 절차적 요건 중 하나에 불과한 총회결의의 부분만을 따로 떼어내어 효력 유무를 다투는 확인의 소를 제기하는 것은 특별한 사정이 없는 한 허용되지 않는다. (대법원 2009.9.17, 2007다2428 전원합의체) 【총회결의무효확인】

[김종석 행정법총론 278면 관련판례4]

<답> ③

8. 행정행위의 부관에 관한 내용으로 옳은 것을 모두 고르시오. (다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- | |
|---|
| ㉠ 판례는 부담의 이행으로서 하게 된 사법상 매매 등의 법률행위는 부담을 붙인 행정처분과는 별개의 행정행위로 본다. |
| ㉡ 부담부행정행위의 경우 부담을 불이행하더라도 별도로 철회를 하지 않는 한 당연히 효력이 소멸하는 것은 아니다. |
| ㉢ 기속행위에 붙인 부담은 특별한 불복절차를 거치지 않더라도 이행할 의무가 없다. |
| ㉣ 위법한 부담 이외의 부관으로 인해 권리를 침해받은 자는 형식상 부관부행위 전체를 소송의 대상으로 하면서 부관만의 취소를 구하는 부진정일부취소소송을 제기할 수 있다. |
| ㉤ 판례는 행정처분이 발해진 후 새로운 부담을 부가하거나 이미 부가되어 있는 부담의 범위를 변경하는 것을 허용하지 않는다. |

① ㉠, ㉡, ㉢

② ㉠, ㉢, ㉤

③ ㉡, ㉢, ㉣

④ ㉡, ㉣, ㉤

⑤ ㉢, ㉣, ㉤

<해설>

㉠ 옳음. 부담의 이행으로서 하게 된 사법상 매매 등의 법률행위는 부담을 붙인 행정처분과는 어디까지나 별개의 법률행위이므로 그 부담의 불가쟁력의 문제와는 별도로 법률행위가 사회질서 위반이나 강행규정에 위반되는지 여부 등을 따져 보아 그 법률행위의 유효여부를 판단하여야 한다 (대법원 2009.6.25, 2006다18174). [김종석 행정법총론 311면 관련판례3]

㉡ 옳음. 부담은 해제조건과 구별된다. 해제조건은 조건이 성취되면 행정행위의 효력이 당연히 소멸하게 되지만, 부담부 행정행위는 부담을 불이행하더라도 당해 행정행위의 효력은 소멸하지 않는다.[김종석 행정법총론 294면 1. (2) ②] 부담불이행시에는 별도의 의사표시로 주된 행정행위를 철회할 수 있을 뿐이다.[김종석 행정법총론 295면 (4) ②]

㉢ 옳음. 일반적으로 기속행위나 기속적 재량행위에는 부관을 붙일 수 없고 가사 부관을 붙였다 하더라도 이는 무효이다(대법원 1988.4.27, 87누1106). [김종석 행정법총론 304면 관련판례1] 따라서 무효인 부관은 처음부터 효력을 발생하지 않으므로 이를 이행할 의무가 없다.

㉣ 틀림. 판례는 부담을 제외한 부관에 대해서 부관만의 취소를 구하는 것은 허용하지 않고 전체 행정행위의 취소를 구하도록 하고 있다. 즉, 부진정일부취소소송을 부정하고 있다. [김종석 행정법총론 309면 2. (3)]

㉤ 틀림. 부관의 사후변경은 법률에 명문 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, 97누2627) 【토지굴착 등 허가처분 중 부담무효확인】 [김종석 행정법총론 307면 상단 관련판례]

<답> ①

9. 공법상 계약에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에 따라 국가가 당사자가 되는 이른바 공공계약은 공법상 계약에 해당한다.
- ② 지방전문직공무원 채용계약은 공법상 계약이다.
- ③ 중대한 하자 있는 공법상 계약은 무효이다.
- ④ 공법상 계약은 구두나 문서로 할 수 있다.
- ⑤ 공법상 계약은 「행정절차법」의 규율대상이 아니다.

<해설>

- ① 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률은 국가를 당사자로 하는 공법상 계약과 사법상 계약을 구별하지 않고 규율하고 있다. 따라서 동법에 따른 계약을 공법상 계약에 해당한다고 단정할 수 없다.[김종석행정법총론 395면 VIII 2. (1) 사이드각주]
- ② 판례는 지방전문직공무원 채용계약을 공법상 계약으로 보아 채용계약해지 의사표시에 대하여 공법상 당사자소송으로 무효확인을 청구할 수 있다(대법원 1993.9.14, 92누4611)고 보았다.[김종석행정법총론 393면 관련판례3]
- ③ 공법상 계약에 하자가 있는 경우 공법상 계약은 행정행위가 아니어서 공정력이 인정되지 않으므로 취소는 존재할 수 없고 무효만이 있을 수 있다는 견해가 다수설이다.[김종석행정법총론 392면 ③ ㉠]
- ④ 특별한 규정은 없으나 합의된 내용을 명백하게 하기 위해서 문서에 의하는 것이 바람직하다는 것이 일반적 견해이다.[김종석행정법총론 388면 IV 3.] 따라서 구두나 문서로 할 수 있다.
- ⑤ 판례는 공법상 계약에는 행정절차법이 적용되지 않는다고 본다.[김종석행정법총론 398면 4.]

계약직공무원 채용계약해지의 의사표시는 일반공무원에 대한 징계처분과는 달라서 항고소송의 대상이 되는 처분 등의 성격을 가진 것으로 인정되지 아니하므로 행정처분과 같이 행정절차법에 의하여 근거와 이유를 제시하여야 하는 것은 아니다. (대법원 2002.11.26, 2002두5948) 【전임 계약해지 무효확인】

<답> ①

10. 행정계획에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 대법원은 후행 도시계획의 결정을 하는 행정청이 선행 도시계획의 결정·변경 등에 관한 권한을 가지고 있지 아니한 경우에 선행 도시계획과 양립할 수 없는 내용이 포함된 후행 도시계획결정을 하는 것은 무효라는 입장이다.
- ② 대법원은 묘지공원과 화장장의 후보지를 선정하는 과정에서 서울특별시, 비영리법인, 일반기업 등이 공동발족한 협의체인 추모공원건설추진협의회가 후보지 주민들의 의견을 청취하기 위하여 그 명의로 개최한 공청회에 대해 「행정절차법」에서 정한 절차를 준수하여야 한다고 보았다.
- ③ 대법원은 계획형량을 하는 과정에서 이익형량을 전혀 하지 않았거나 이익형량의 고려대상에 포함시켜야 할 중요한 사항을 누락한 경우에는 그 행정계획결정은 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법하다는 입장이다.
- ④ 헌법재판소는 비구속적 행정계획안이나 행정지침이라 하더라도 국민의 기본권에 직접적으로 영향을 끼치고 앞으로 법령의 뒷받침에 의하여 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상되는 경우에는 예외적으로 헌법소원의 대상이 될 수 있다는 입장이다.
- ⑤ 대법원은 문화재보호구역 내에 있는 토지소유자 등으로서 보호구역의 지정해제를 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상 신청권이 있다는 입장이다.

<해설>

- ① 판례의 태도로 옳다(대법원 2000.9.8, 99두11257). [김종석행정법총론 422면 관련판례3]
- ② 묘지공원과 화장장의 후보지를 선정하는 과정에서 추모공원건설추진협의회가 후보지 주민들의 의견을 청취하기 위하여 그 명의로 개최한 공청회는 행정청이 도시계획시설결정을 하면서 개최한 공청회가 아니므로, 공청회의 개최에 관하여 행정절차법에서 정한 절차를 준수하여야 하는 것은 아니다. (대법원 2007.4.12, 2005두1893) 【원지동 추모공원사건】 [김종석행정법총론 458면 관련판례]
- ③ 판례의 태도로 옳다(대법원 1997.9.26, 96누10096).[김종석행정법총론 427면 관련판례1 비교판례]
- ④ 헌법재판소는 그 자체로서는 법적 구속력이나 외부효과가 발생하지 않는 비구속적 행정계획안의 경우 원칙적으로 헌법소원의 대상이 되는 공권력 행사로 보지 아니한다. 그러나 비구속적 행정계획안이나 행정지침이라도 국민의 기본권에 직접적으로 영향을 끼치고, 앞으로 법령의 뒷받침에 의하여 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상될 수 있을 때에는, 예외적으로 공권력 행사로서 헌법소원의 대상이 될 수 있다(헌법재판소 2000.6. 1, 99헌마538).[김종석행정법총론 431면 5]
- ⑤ 판례의 태도로 옳다(대법원 2004.4.27, 2003두8821).[김종석행정법총론 429면 관련판례4]

<답> ②

11. 행정절차에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 적법절차의 원칙은 헌법의 기본원리이고 「행정절차법」은 행정절차에 관한 일반법적 성격을 가지기는 하지만 「행정절차법」이 모든 행정작용에 적용되는 것은 아니다.
- ② 개별 세법에 납세고지에 관한 별도의 규정이 없더라도 「국세징수법」이 정한 것과 같은 납세고지의 요건을 갖추어야 한다는 것은 적법절차의 원칙이 과세처분에도 적용됨에 따른 당연한 귀결이다.
- ③ 「행정절차법」에는 행정계획의 확정절차, 행정조사절차에 관한 규정이 없다.
- ④ 계약직공무원의 채용계약해지의 의사표시가 항고소송의 대상이 되는 처분 등의 성격을 가진 것으로 인정되지 않는다고 하더라도 「행정절차법」에 의한 근거와 이유는 제시되어야 한다.
- ⑤ 「행정절차법」 제21조 제1항은 행정청은 당사자에게 의무를 가하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 일정한 사항을 미리 당사자에게 통지하도록 하고 있지만 신청에 대한 거부처분은 특별한 사정이 없는 한 ‘당사자의 권익을 제한하는 처분’에 해당한다고 할 수 없다.

<해설>

- ① 헌법재판소는 헌법 제12조상의 적법절차의 원리는 행정절차에도 적용되는 일반원리라고 판시하고 있다.[김종석행정법총론 437면 (3)] 또한 행정절차에 관한 일반법으로 행정절차법이 제정되어 있다.[김종석행정법총론 437면 2. (1)] 하지만 행정절차법은 모든 행정작용에 적용되는 것은 아니며, 처분, 신고, 행정상 입법예고, 행정예고 및 행정지도의 절차를 그 규율대상으로 하고 있다.[김종석행정법총론 438면 1. (1)]
- ② 국세징수법과 개별 세법의 납세고지에 관한 규정들은 헌법상 적법절차의 원칙과 행정절차법의 기본 원리를 과세처분의 영역에도 그대로 받아들여, 과세관청으로 하여금 자의를 배제한 신중하고도 합리적인 과세처분을 하게 함으로써 조세행정의 공정을 기함과 아울러 납세의무자에게 과세처분의 내용을 자세히 알려주어 이에 대한 불복 여부의 결정과 불복신청의 편의를 주려는 데 그 근본취지가 있으므로, 이 규정들은 강행규정으로 보아야 한다. 따라서 납세고지서에 해당 본세의 과세표준과 세액의 산출근거 등이 제대로 기재되지 않았다면 특별한 사정이 없는 한 그 과세처분은 위법하다. 한발 더 나아가 설령 부가가치세법과 같이 개별 세법에서 납세고지에 관한 별도의 규정을 두지 않은 경우라 하더라도 해당 본세의 납세고지서에 국세징수법 제9조 제1항이 규정한 것과 같은 세액의 산출근거 등이 기재되어 있지 않다면 그 과세처분은 적법하지 않다. 말하자면 개별 세법에 납세고지에 관한 별도의 규정이 없더라도 국세징수법이 정한 것과 같은 납세고지의 요건을 갖추지 않으면 안 된다는 것이고, 이는 적법절차의 원칙이 과세처분에도 적용됨에 따른 당연한 귀결이다. (대법원 2012.10.18, 2010두12347 전원합의체) 【증여세부과처분취소】
- ③ 행정절차법에는 행정계획의 확정절차에 관한 규정이 없다. 또한 행정조사절차에 관해서는 행정절차법에 규정이 없고, 행정조사기본법이 제정되어 있다.[김종석행정법총론 438면 레벨업 ④⑧]
- ④ 계약직공무원에 대한 채용계약해지의 의사표시의 유효여부를 판단함에 있어서 이를 일반직공무원에 대한 징계처분과 같이 행정절차법에 의하여 근거와 이유를 제시하여야 하는 것은 아니다(대법원 2002.11.26, 2002두5948).[김종석행정법총론 447면 관련판례3]
- ⑤ 대법원은 ‘교원임용거부처분 취소청구사건’에서 특별한 사정이 없는 한 신청에 대한 거부처분은 당사자의 권익을 제한하는 것은 아니므로 사전통지대상이 되지 않는다고 보았다(대법원 2003.11.28, 2003두674).[김종석행정법총론 450면 레벨업 2. 판례]

<답> ④

12. 정보공개에 대한 판례의 태도로 옳은 것은?

- ① ‘검찰보존사무규칙’은 행정기관 내부의 사무처리준칙으로서 ‘검찰보존사무규칙’상의 열람, 등사의 제한은 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제9조 제1항 제1호의 ‘다른 법률 또는 법률에 의한 명령에 의하여 비공개사항으로 규정된 경우’에 해당한다.
- ② 공개청구의 대상이 되는 정보가 이미 다른 사람에게 공개되어 널리 알려져 있거나 인터넷 등을 통하여 공개되어 인터넷 검색 등을 통하여 쉽게 알 수 있는 경우에는 비공개결정이 정당화된다.
- ③ 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제9조 제1항 제6호 소정의 ‘당해 정보에 포함되어 있는 이름, 주민등록번호 등 개인에 대한 사항으로서 공개될 경우 개인의 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보’의 의미와 범위는 구법과 마찬가지로 개인식별 정보에 제한된다고 해석해야 한다.
- ④ 공무원이 직무와 관련 없이 개인적인 자격으로 행사에 참석하고 금품을 수령한 정보는 ‘공개하는 것이 공익을 위하여 필요하다고 인정되는 정보’에 해당한다.
- ⑤ 법원 이외의 공공기관이 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제9조 제1항 제4호에서 정한 ‘진행 중인 재판에 관련된 정보’에 해당한다는 사유로 정보공개를 거부하기 위하여는 반드시 그 정보가 진행 중인 재판의 소송기록 자체에 포함된 내용일 필요는 없다.

<해설>

- ① 검찰보존사무규칙(법무부령)은 정보공개법 제9조 제1항 제1호의 ‘다른 법률 또는 법률에 의한 명령’에 해당하지 않는다(대법원 2004.9.23, 2003두1370). <법무부령인 검찰보존사무규칙은 행정규칙에 불과하여, 위 규칙에 의한 열람·등사의 제한이 비공개사유가 되지 못한다고 한 사례>[김종석행정법총론 474면 관련판례5]
 - ② 공개청구의 대상이 되는 정보가 이미 다른 사람에게 공개되어 널리 알려져 있거나 인터넷 등을 통하여 공개되어 인터넷검색 등을 통하여 쉽게 알 수 있다는 사정만으로는 소의 이익이 없거나 비공개결정이 정당화될 수 없다(대법원 2011.12.23, 2008두13101).[김종석행정법총론 473면 관련판례5]
 - ③ 정보공개법 제9조 제1항 제6호 본문의 규정에 따라 비공개대상이 되는 정보에는 공공기관의 정보공개에 관한 법률의 이름·주민등록번호 등 정보 형식이나 유형을 기준으로 비공개대상정보에 해당하는지를 판단하는 ‘개인식별정보’뿐만 아니라 그 외에 정보의 내용을 구체적으로 살펴 ‘개인에 관한 사항의 공개로 개인의 내밀한 내용의 비밀 등이 알려지게 되고, 그 결과 인격적·정신적 내면생활에 지장을 초래하거나 자유로운 사생활을 영위할 수 없게 될 위험성이 있는 정보’도 포함된다(대법원 2012.6.18, 2011두2361 전원합의체).
 - ④ 공무원이 직무와 관련 없이 개인적인 자격으로 간담회·연찬회 등 행사에 참석하고 금품을 수령한 정보는 정보공개법 제9조 제1항 제6호 단서 (다)목 소정의 ‘공개하는 것이 공익을 위하여 필요하다고 인정되는 정보’에 해당하지 않는다(대법원 2003.12.12, 2003두8050).[김종석행정법총론 475면 관련판례5]
 - ⑤ 판례의 태도로 옳다(대법원 2011.11.24, 2009두19021).[김종석행정법총론 473면 관련판례3]
- <답> ⑤

13. 대집행에 관한 내용으로 옳지 않은 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ㉠ 대집행의 원인이 되는 의무불이행은 법령에 의하여 직접 부과된 의무와 법령에 의거한 행정청의 처분에 의해 부과된 의무를 불이행한 경우를 모두 포함한다.
- ㉡ 도로나 공원부지를 불법점용하여 그 위에 공작물을 설치한 경우 불법점용 및 공작물설치는 대집행의 대상이다.
- ㉢ 대법원은 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」상 수용대상물의 인도·이전의무불이행에 대한 지방자치단체장이 대집행권한을 구 한국토지공사에 위탁한 것은 구 한국토지공사를 행정보조자로 고용한 것으로 본다.
- ㉣ 대집행은 다른 수단으로 그 이행확보가 불가능한 경우 부득이한 수단으로서만 발동될 수 있다.
- ㉤ 대집행실행에 대한 항거가 있을 경우 실력에 의한 항거의 배제는 대집행실행권에 포함된 것으로 볼 수 있다.

- ① 1개 ② 2개
③ 3개 ④ 4개
⑤ 5개

<해설>

㉠ 옳음. 공법상 의무는 법령에서 직접 부여될 수도 있고, 법령에 의거한 행정청의 명령에 의해 부여될 수도 있다. [김종석 행정법총론 518면 (4) 1) ①]

행정대집행법 제2조 【대집행과 그 비용징수】 법률(법률의 위임에 의한 명령, 지방자치단체의 조례를 포함한다. 이하 같다)에 의하여 직접 명령되었거나 또는 법률에 의거한 행정청의 명령에 의한 행위로써 타인이 대신하여 행할 수 있는 행위를 의무자가 이행하지 아니하는 경우 다른 수단으로써 그 이행을 확보하기 곤란하고 또한 그 불이행을 방지함이 심히 공익을 해할 것으로 인정될 때에는 당해 행정청은 스스로 의무자가 하여야 할 행위를 하거나 또는 제3자로 하여금 이를 하게 하여 그 비용을 의무자로부터 징수할 수 있다.

㉔ 틀림. 불법점용에 따른 점유이전의무는 대체적 작위의무가 아니므로 대집행의 대상이 되지 않지만, 설치된 공작물의 철거의무는 대체적 작위의무로서 대집행의 대상이 된다.[김종석행정법총론 520면 관련판례1 및 관련판례4]

1. 도시공원시설인 매점의 관리청이 그 점유자로부터 점유이전을 받고자 하는 경우에 대집행이 적절한 수단이 될 수 없다. (대법원 1998.10.23, 97누157) 【관악산매점시설물철거 대집행계고처분취소】 <점유이전의 의무를 강제적으로 실현함에 있어 직접적인 실행행사가 필요한 것이지 대체적 작위의무에 해당하는 것은 아니라고 본 사례>
2. 공유재산 대부계약의 해지에 따른 원상회복으로 행정대집행의 방법에 의하여 그 지상물을 철거시킬 수 있다. (대법원 2001.10.12, 2001두4078) 【대집행계고처분 무효확인】

㉔ 트림. 한국토지공사는 (구)한국토지공사법(2007.4.6. 법률 제8340호로 개정되기 전의 것) 제2조, 제4조에 의하여 정부가 자본금의 전액을 출자하여 설립한 법인이고, 같은 법 제9조 제4호에 규정된 한국토지공사의 사업에 관하여는 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제89조 제1항, 위 한국토지공사법 제22조 제6호 및 같은 법 시행령 제40조의3 제1항의 규정에 의

하여 본래 시·도지사나 시장·군수 또는 구청장의 업무에 속하는 대집행권한을 한국토지공사에게 위탁하도록 되어 있는바, 한국토지공사는 이러한 법령의 위탁에 의하여 대집행을 수권받은 자로서 공무원인 대집행을 실시함에 따르는 권리·의무 및 책임이 귀속되는 행정주체의 지위에 있다고 볼 것이지 지방자치단체 등의 기관으로서 국가배상법 제2조 소정의 공무원에 해당한다고 볼 것은 아니다. (대법원 2010.1.28, 2007다82950·82967) 【손해배상(기)·부당이득금】

㉞ 옳음. 행정대집행을 하기 위해서는 다른 수단으로는 그 이행을 확보하기가 곤란하여야 한다. 여기서 말하는 ‘다른 수단’이란 행정지도나 시정명령 및 의무자의 자발적 이행과 같은 의무자에 대한 침해가 ‘대집행보다 경미’한 수단을 의미한다. 행정지도나 시정명령 등으로도 의무의 이행을 확보할 수 있는 경우에는 대집행이 금지된다.[김종석행정법총론 521면 3)]

㉟ 틀림. 위법건축물의 철거에서처럼 의무자가 대집행의 실행에 대하여 항거하는 경우, 이를 실력으로 배제할 수 있는지가 문제된다. 독일행정집행법에는 우리와 달리 의무자의 저항시 실력으로 이를 배제할 수 있다는 명문의 규정이 있다. 이를 부정하는 견해와 부득이한 경우 필요최소한의 범위 내에서 저항을 배제하는 것은 대집행의 일부로서 인정된다고 보는 견해가 대립하고 있다.[김종석행정법총론 525면 3) ④] 따라서 대집행실행에 대한 항거가 있을 경우 실력에 의한 항거의 배제가 대집행실행권에 포함된 것으로 볼 수 있다고 단정하기 힘들다.

<답> ③

14. 이행강제금에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 대체적 작위의무의 불이행에 대해서도 이행강제금 부과가 허용된다.
- ② 「건축법」상 이행강제금 납부의 최초 독촉은 행정처분에 해당하지 않는다.
- ③ 행정법상 의무를 이행하지 않는다는 사유로 이행강제금을 부과한 뒤 다시 같은 사유로 반복하여 이행강제금을 부과할 수 있다.
- ④ 무허가 건축행위에 대한 형사처벌과 시정명령 위반에 대한 이행강제금 부과는 이중처벌에 해당한다고 볼 수 없다.
- ⑤ 공무원이 위법건축물임을 알지 못하여 공사 도중에 시정명령이 내려지지 않아 건축물이 완공되었다 하더라도 위법건축물 완공 후에도 시정명령을 할 수 있고 그 불이행에 대하여 이행강제금을 부과할 수 있다.

<해설>

- ① 헌법재판소는 대체적 작위의무 위반에 대해서 이행강제금이 부과될 수 있음을 인정한 바 있다(헌법재판소 2004.2.26, 2001헌바80 등).[김종석행정법총론 528면 (1) ③]
- ② 이행강제금 부과처분을 받은 자가 이행강제금을 기한 내에 납부하지 아니한 때에는 그 납부를 독촉할 수 있으며, 납부독촉에도 불구하고 이행강제금을 납부하지 않으면 체납절차에 의하여 이행강제금을 징수할 수 있고, 이때 이행강제금 납부의 최초 독촉은 징수처분으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 될 수 있다(대법원 2009.12.24, 2009두14507).[김종석행정법총론 531면 관련판례2 및 863면 관련판례2]
- ③ 이행강제금은 처벌이 아니므로 의무의 이행이 있기까지는 반복적으로 부과할 수 있다.[김종석행정법총론 529면 상단 도표]
- ④ 무허가 건축행위에 대한 형사처벌과 시정명령 위반에 대한 이행강제금의 부과는 그 처벌 내지 제재대상이 되는 기본적 사실관계로서의 행위를 달리하며, 그 보호법익과 목적에서도 차이가 있으므로 양자를 병과하더라도 이중처벌에 해당한다고 할 수 없다(헌법재판소 2004.2.26, 2001헌바80; 대법원 2005.8.19, 2005마30).[김종석행정법총론 529면 관련판례2]
- ⑤ 공무원들이 위법건축물임을 알지 못하여 공사 도중에 시정명령이 내려지지 않아 위법건축물이 완공되었다 하더라도, 공공복리의 증진이라는 목적의 달성을 위해서는 완공 후에도 위법건축물임을 알게 된 이상 시정명령을 할 수 있다고 보아야 할 것이며, 만약 완공 후에는 시정명령을 할 수 없다면 위법건축물을 축조한 자가 일단 건물이 완공되었다는 이유만으로 그 시정을 거부할 수 있는 결과를 초래하게 될 것이므로, 공사기간 중에 위법건축물임을 알지 못하여 시정명령을 하지 않고 있다가 완공 후에 이러한 사실을 알고 시정명령을 하였다고 하여 부당하다고 볼 수는 없고, 시정명령을 내릴 수 있는 시점을 공사 도중이나 특정 시점까지만 할 수 있다고 정해두지 아니하였다고 하여 그 침해의 필요성이 없음에도 국민의 자유와 권리를 침해하고 있다거나, 국민의 자유와 권리에 대한 본질적인 내용을 침해한 것이라고 볼 수는 없다 할 것이므로, 건축법 제83조 제1항 및 제69조 제1항에서 시정명령을 내리도록 규정하면서 그 발령 시기를 규정하지 아니한 것이 헌법 제37조 제2항에 위반된다고도 볼 수 없다. (대법원 2002.8.16, 2002마1022) 【건축법위반】

<답> ②

15. 「공익사업을 위한 토지등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 의한 토지수용위원회의 수용재결에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 수용재결에 대해 취소소송으로 다투는 경우에 「행정소송법」 제20조의 제소기간 규정이 적용되지 않는다.
- ② 중앙토지수용위원회의 이의재결을 거쳐 취소소송을 제기하는 경우에는 수용재결이 아닌 이의재결을 소의 대상으로 하여야 한다.
- ③ 수용재결에 대해 취소소송으로 다투기 위해서는 중앙토지수용위원회의 이의재결을 거쳐야 한다.
- ④ 수용재결에서 결정된 손실보상금의 증액을 위해 제기하는 보상금증감청구소송은 항고소송의 일종이다.
- ⑤ 사업시행자가 사업인정을 받은 이후 수용재결 당시 사업을 수행할 능력을 상실한 상태에서 수용재결을 신청하여 그 재결을 받았다 하더라도 수용권의 남용에 해당한다고 볼 수 없다.

<해설>

① 사업시행자, 토지소유자 또는 관계인은 수용재결(원처분)에 불복할 때에는 재결서를 받은 날부터 60일 이내에, 이의신청을 거쳤을 때에는 이의신청에 대한 재결서를 받은 날부터 30일 이내에 각각 행정소송을 제기할 수 있다(행정소송법 제85조 제1항).[김종석행정법총론 760면 3. (2) ①] 이 규정은 행정소송에 대하여 특별한 규정이 있는 경우이므로, 행정소송법이 적용되지 않는다(동법 제8조 제1항).

제8조(법적용예) ① 행정소송에 대하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 의한다.

(구)토지수용법 제73조 내지 제75조의2의 각 규정을 종합하면 관할 토지수용위원회의 원재결에 대하여 불복이 있을 때에는 그 재결서의 정본이 송달된 날로부터 1월 이내에 중앙토지수용위원회에 이의를 신청하여야 하고, 중앙토지수용위원회의 이의신청에 대한 재결에도 불복이 있으면 그 재결서의 정본이 송달된 날로부터 1월 이내에 비로소 그 이의재결의 취소를 구하는 행정소송을 제기하여야 하며 이 경우에는 행정심판법 제18조, 행정소송법 제20조의 규정은 적용될 수 없다. (대법원 1989.3.28, 88누5198) 【토지수용재결처분 등 취소】

② 수용재결에 불복하여 취소소송을 제기하는 때에는 이의신청을 거친 경우에도 수용재결을 한 중앙토지수용위원회 또는 지방토지수용위원회를 피고로 하여 수용재결의 취소를 구하여야 한다. 다만 이의신청에 대한 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에는 그 이의재결을 한 중앙토지수용위원회를 피고로 하여 이의재결의 취소를 구할 수 있다고 보아야 한다. (대법원 2010.1.28, 2008두1504) 【수용재결취소 등】 [김종석행정법총론 761면 관련판례]

③ (구)토지수용법은 이의신청전치주의가 채택되어 있었으나, 현행 토지취득보상법은 임의적 전치주의를 취하고 있어 이의신청을 거쳐 행정소송을 제기할 수도 있고, 이의신청을 거치지 않고 바로 행정소송을 제기할 수도 있다(토지취득보상법 제85조).[김종석행정법총론 760면 3. (1)]

④ 토지취득보상법은 보상금증감소송의 경우에 처분청(재결청)인 토지수용위원회를 피고로 하지 아니하고, 대등한 당사자인 토지소유자 또는 관계인과 사업시행자를 당사자로 하고 있는바, 보상금증감소송의 법적 성격을 ‘형식적 당사자소송’으로 보는 것이 일반적 견해이다.[김종석행정법총론 761면 (3) ③ ㉠]

⑤ 공용수용은 헌법상의 재산권 보장의 요청상 불가피한 최소한에 그쳐야 한다는 헌법 제23조의 근본취지에 비추어 볼 때, 사업시행자가 사업인정을 받은 후 그 사업이 공용수용을 할 만한 공익성을 상실하거나 사업인정에 관련된 자들의 이익이 현저히 비례의 원칙에 어긋나게 된 경우 또는 사업시행자가 해당 공익사업을 수행할 의사나 능력을 상실하였음에도 여전히 그 사업인정에 기하여 수용권을 행사하는 것은 수용권의 공익 목적에 반하는 수용권의 남용에 해당하여 허용되지 않는다. (대법원 2011.1.27, 2009두1051) 【토지수용재결처분취소】 <사업시행자가 사업인정을 받은 이후 재정상황이 악화되어 수용재결 당시 이미 사업을 수행할 능력을 상실한 상태에 있었다면 수용재결이 위법하다고 본 사례>[김종석행정법총론 OX문제집 611면 64번]

<답> ①

16. 항고소송에서의 원고적격에 대한 판례의 태도로 옳은 것을 모두 고르시오.

- ㉠ 「행정소송법」 제12조의 ‘법률상 이익’에 관해서는 권리구제설, 법률상 보호된 이익구제설, 소송상 보호가치 있는 이익구제설, 적법성 보장설 등이 대립되고 있는데 판례는 이 중 법률상 보호된 이익구제설을 취하고 있는 것으로 이해하는 것이 일반적이다.
- ㉡ 행정처분으로써 이루어지는 사업으로 환경상 침해를 받으리라고 예상되는 영향권의 범위가 그 처분의 근거 법규 등에 구체적으로 규정되어 있는 경우 영향권 내의 주민에게는 원고적격이 인정되나, 영향권 밖의 주민에게는 원고적격이 인정되지 않는다는 것이 대법원의 태도이다.
- ㉢ 인·허가 등의 수익적 행정처분을 신청한 수인이 서로 경쟁관계에 있어서 일방에 대한 허가 등의 처분이 타방에 대한 불허가 등으로 귀결될 수밖에 없는 때 허가 등의 처분을 받지 못한 자는 비록 경원자에 대하여 이루어진 허가 등 처분의 상대방이 아니라 하더라도 당해 처분의 취소를 구할 원고적격이 있다. 따라서 명백한 법적 장애로 인해 원고 자신의 신청이 인용될 가능성이 처음부터 배제되어 있다고 하더라도 이는 본안의 문제로 다루어야 하고 일단 원고적격은 인정해야 한다는 것이 대법원의 태도이다.
- ㉣ 대법원은 대한의사협회는 「국민건강보험법」상 요양급여행위, 요양급여비용의 청구 및 지급과 관련하여 직접적인 법률관계를 갖지 않고 있으므로 보건복지부 고시인 ‘건강보험요양급여행위 및 그 상대방지점수’ 개정으로 인하여 자신의 법률상 이익을 침해당하였다고 할 수 없다는 이유로 위 고시의 취소를 구할 원고적격이 없다고 보고 있다.

- ① ㄅ ② ㄆ, ㄇ
- ③ ㄑ, ㄒ ④ ㄑ, ㄓ, ㄔ
- ⑤ ㄌ, ㄍ, ㄎ

<해설>

㉠ 옳음. 다수설과 판례는 법률상 보호되는 이익구제설을 취하고 있다. [김종석 행정법총론 827면 2)]

㉠ 틀림. 행정처분의 근거 법규 등에 그 처분으로 환경상 침해를 받으리라고 예상되는 영향권의 범위가 구체적으로 규정된 경우, 영향권 내의 주민들에 대하여는 당해 처분으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상할 수 있고, 이와 같은 환경상의 이익은 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적 이익으로서 그들에 대하여는 특단의 사정이 없는 한 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 법률상 보호되는 이익으로 인정됨으로써 원고적격이 인정되며, 그 영향권 밖의 주민들은 당해 처분으로 인하여 그 처분 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있다는 자신의 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해우려가 있음을 입증하여야만 법률상 보호되는 이익으로 인정되어 원고적격이 인정된다. (대법원 2009.9.24, 2009두2825) 【개발사업시행승인처분취소】 【김종석행정법총론 829면 4) ① 관련판례】

㉡ 틀림. 경원관계에 있어서 허가 등의 처분을 받지 못한 자는 비록 경원자에 대하여 이루어진 허가 등 처분의 상대방이 아니라 하더라도 해당 처분의 취소를 구할 당사자적격이 있다. 다만 구체적인 경우에 있어서 그 처분이 취소된다 하더라도 허가 등의 처분을 받지 못한 불이익이 회복된다고 볼 수 없을 때에는 해당 처분의 취소를 구할 정당한 이익이 없다. (대법원 1992.5.8, 91누13274) 【LPG충전소허가처분취소】 【김종석행정법총론 120면 상단 관련판례1】

② 옳음. (대법원 2006.5.25. 2003두11988) [김종석 행정법총론 785면 관련판례]

<답> ③

17. 국민건강보험공단은 甲에게 보험료부과처분을 하였다. 이에 甲은 그 전액을 납부하였으나 나중에 위 보험료부과처분에 하자가 있다는 사실을 알게 되었다. 이와 관련된 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 甲이 취소소송을 제기하여 인용판결이 확정되면 甲은 부당이득반환청구권을 가지게 된다.
- ② 甲이 취소소송을 제기하지 않고 부당이득반환청구소송을 제기한 경우 민사소송절차에 따라야 한다.
- ③ 甲이 취소소송을 제기하지 않고 부당이득반환청구소송을 제기한 경우 보험료부과처분이 비록 위법하더라도 당연무효의 것이 아니라면 그 공정력 또는 구성요건적 효력으로 인하여 민사법원은 그 효력을 부정할 수 없게 된다.
- ④ 甲이 취소소송과 부당이득반환청구소송을 병합하여 제기한 경우 법원은 보험료부과처분의 취소가 확정되지 않은 이상 그 효력을 부정할 수 없으므로 甲의 부당이득반환청구를 인용할 수 없게 된다.
- ⑤ 甲이 보험료를 이미 납부한 경우에는 비록 부당이득반환청구소송과 같은 직접적인 구제수단이 있다 하더라도 부당이득반환청구소송을 제기하지 않고 바로 무효확인소송을 제기할 수 있다.

<해설>

- ① 취소소송을 제기하여 인용판결이 확정되면 조세부과처분은 소급적으로 효력이 소멸하여 공정력이 제거되므로, 비록 취소사유의 하자가 있었다고 하더라도 인용판결이 확정되면 부당이득반환청구소송을 제기할 수 있다.[김종석행정법총론 324면 ㉠]
- ② 조세부과처분이 당연무효임을 전제로 하여 이미 납부한 세금의 반환을 청구하는 것은 민사상의 부당이득반환청구로서 민사소송절차에 따라야 한다(대법원 1995.4.28, 94다55019).[김종석행정법총론 138면 관련판례]
- ③ 과세처분이 당연무효라고 볼 수 없는 한 과세처분에 취소할 수 있는 위법사유가 있다 하더라도 그 과세처분은 행정행위의 공정력 또는 집행력에 의하여 그것이 적법하게 취소되기 전까지는 유효하다 할 것이므로, 민사소송절차에서 그 과세처분의 효력을 부인할 수 없다(대법원 1999.8.20, 99다20179).[김종석행정법총론 324면 관련판례2]
- ④ 행정처분의 취소를 구하는 취소소송에 당해 처분의 취소를 선결문제로 하는 부당이득반환청구가 병합된 경우, 부당이득반환청구가 인용되기 위해 그 소송절차에서 판결에 의해 당해 처분이 취소되면 충분하고 그 처분의 취소가 확정되어야 하는 것은 아니다(대법원 2009.4.9, 2008두23153).[김종석행정법총론 812면 ④]
- ⑤ 행정처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우에는 행정소송법 제35조에 규정된 ‘무효확인을 구할 법률상 이익’이 있다고 보아야 하고, 이와 별도로 무효확인소송의 보충성이 요구되는 것은 아니므로 행정처분의 무효를 전제로 한 이행소송 등과 같은 직접적인 구제수단이 있는지 여부를 따질 필요가 없다고 해석함이 상당하다. (대법원 2008.3.20, 2007두6342 전원합의체) 【하수도원인자부담금 부과처분취소】[김종석행정법총론 925면 관련판례]

<답> ④

18. 부작위위법확인소송에 관한 내용으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 부작위의 직접 상대방이 아닌 제3자는 당해 행정처분의 부작위위법확인을 구할 법률상의 이익이 있는 경우 원고적격이 인정된다.
- ② 행정청이 행한 공사중지명령의 상대방이 그 명령 이후에 그 원인사유가 소멸하였음을 들어 공사중지명령의 철회를 신청하였으나 행정청이 아무런 응답을 하지 않고 있는 경우 행정청의 부작위는 그 자체로 위법하다.
- ③ 위법판단의 기준시점은 처분시가 아니라 사실심변론종결시로 보아야 한다.
- ④ 부작위가 성립하기 위해서는 당사자의 신청이 있어야 하며 여기서 신청이란 법규상 또는 조리상 신청권의 행사로서의 신청을 말한다.
- ⑤ 부작위위법확인소송에 대해서는 「행정소송법」상 처분변경으로 인한 소의 변경에 관한 규정이 준용된다.

<해설>

- ① 부작위의 직접 상대방이 아닌 제3자라 하여도 당해 행정처분의 부작위위법확인을 구할 법률상의 이익이 있는 경우에는 역시 원고적격이 인정된다(대법원 1989.5.23, 88누8135).[김종석행정법총론 934면 2. (1)]
- ② 판례는 위와 같은 사안에서 공사중지명령의 철회를 요구할 수 있는 권리가 있다고 보았다(대법원 2007.5.11, 2007두1811).[김종석행정법총론 123면 3. (1) ① 관련판례] 따라서 신청권이 인정되는 위와 같은 신청에 대한 부작위는 위법하다고 볼 수 있다.

행정청이 행한 공사중지명령의 상대방은 그 명령 이후에 그 원인사유가 소멸하였음을 들어 행정청에게 공사중지명령의 철회를 요구할 수 있는 조리상의 신청권이 있다 할 것이고, 상대방으로부터 그 신청을 받은 행정청으로서는 상당한 기간 내에 그 신청을 인용하는 적극적 처분을 하거나 각하 또는 기각하는 등의 소극적 처분을 하여야 할 법률상의 응답의무가 있다고 할 것이며, 행정청이 상대방의 신청에 대하여 아무런 적극적 또는 소극적 처분을 하지 않고 있는 이상 행정청의 부작위는 그 자체로 위법하다고 할 것이고, 구체적으로 그 신청이 인용될 수 있는지 여부는 소극적 처분에 대한 항고소송의 본안에서 판단하여야 할 사항이라고 할 것이다. (대법원 2005.4.14, 2003두7590) 【공사중지명령철회신청거부처분위법확인】

- ③ 취소소송이나 무효등확인소송은 처분시를 기준으로 하지만, 부작위위법확인소송은 엄격한 의미의 처분이 존재하지 않으므로 성질상 위법성 판단의 기준시점을 판결시(사실심 변론종결시)로 할 수밖에 없다.[김종석행정법총론 938면 4.]
- ④ 판례는 부작위가 성립하기 위하여는 국민이 행정청에 대하여 그 신청에 따른 행정행위를 해 줄 것을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상 신청권이 있어야 한다는 입장이다.[김종석행정법총론 932면 (3) ① ㉞ ㉟]
- ⑤ 부작위위법확인소송의 경우 행정소송법 제21조(소의 종류의 변경)는 준용규정이 있으나(동법 제37조), 동법 제22조(처분변경으로 인한 소의 변경)는 준용규정이 없다.[김종석행정법총론 938면 5. (2) ②]

<답> ⑤

19. 「행정심판법」에 대한 내용으로 옳지 않은 것은?

- ① 대통령의 처분 또는 부작위에 대하여는 다른 법률에서 행정심판을 청구할 수 있도록 정한 경우 외에는 행정심판을 청구할 수 없다.
- ② 관계 행정기관의 장이 특별행정심판 또는 「행정심판법」에 따른 행정심판 절차에 대한 특례를 신설하거나 변경하는 법령을 제정·개정할 때에는 미리 중앙행정심판위원회의 동의를 구하여야 한다.
- ③ 사안(事案)의 전문성과 특수성을 살리기 위하여 특히 필요한 경우 외에는 「행정심판법」에 따른 행정심판을 갈음하는 특별한 행정불복절차나 「행정심판법」에 따른 행정심판 절차에 대한 특례를 다른 법률로 정할 수 없다.
- ④ 다른 법률에서 특별행정심판이나 「행정심판법」에 따른 행정심판 절차에 대한 특례를 정한 경우에도 그 법률에서 규정하지 아니한 사항에 대해서는 「행정심판법」에서 정하는 바에 따른다.
- ⑤ 행정청의 처분 또는 부작위에 대하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 「행정심판법」에 따라 행정심판을 청구할 수 있다.

<해설>

- ① 동법 제3조 제2항 [김종석행정법총론 973면 II 2. (1)]

제3조 【행정심판의 대상】 ① 행정청의 처분 또는 부작위에 대하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 이 법에 따라 행정심판을 청구할 수 있다.
 ② 대통령의 처분 또는 부작위에 대하여는 다른 법률에서 행정심판을 청구할 수 있도록 정한 경우 외에는 행정심판을 청구할 수 없다.

- ② 중앙행정심판위원회와 협의하여야 한다(동법 제4조 제3항).[김종석행정법총론 962면 2. 조문]

제4조 【특별행정심판 등】 ① 사안의 전문성과 특수성을 살리기 위하여 특히 필요한 경우 외에는 이 법에 따른 행정심판을 갈음하는 특별한 행정불복절차(이하 “특별행정심판”이라 한다)나 이 법에 따른 행정심판절차에 대한 특례를 다른 법률로 정할 수 없다.
 ② 다른 법률에서 특별행정심판이나 이 법에 따른 행정심판절차에 대한 특례를 정한 경우에도 그 법률에서 규정하지 아니한 사항에 관하여는 이 법에서 정하는 바에 따른다.
 ③ 관계 행정기관의 장이 특별행정심판 또는 이 법에 따른 행정심판절차에 대한 특례를 신설하거나 변경하는 법령을 제정·개정할 때에는 미리 중앙행정심판위원회와 협의하여야 한다.

- ③ 동법 제4조 제1항[김종석행정법총론 962면 2. 조문]
- ④ 동법 제4조 제2항[김종석행정법총론 962면 2. 조문]
- ⑤ 동법 제3조 제1항[김종석행정법총론 973면 II 2. (1)]

<답> ②

20. 행정권한의 위임에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 행정권한의 위임은 위임관청이 법률에 따라 하는 특정권한에 대한 법정귀속의 변경임에 대하여 내부위임은 행정관청의 내부적인 사무처리의 편의를 도모하기 위하여 그 보조기관 또는 하급행정관청으로 하여금 그 권한을 사실상 행하게 하는 데 그치는 것이다.
- ② 권한위임의 경우에는 수임자가 자기의 명의로 권한을 행사할 수 있으나 내부위임의 경우에는 위임관청의 명의로 권한을 행사해야 한다.
- ③ 판례에 의하면 권한위임과 내부위임 모두 법률의 위임이 있는 경우에만 할 수 있다.
- ④ 대법원은 법령상 규칙으로 위임해야 함에도 조례로 한 위법한 위임에 따라 행해진 수임기관의 처분은 취소사유가 있는 것에 불과하다고 본다.
- ⑤ 대법원은 내부위임을 받은 수임기관이 자신의 이름으로 처분을 한 경우 당해 처분을 무권한의 행위로서 무효로 보고 있다.

<해설>

- ①③ 행정권한의 위임은 권한의 법적인 귀속을 변경하는 것이므로 법률이 위임을 허용하고 있는 경우에 한하여 인정되지만, 행정권한의 내부위임은 법률이 위임을 허용하지 아니한 경우에도 행정관청의 내부적인 사무처리의 편의를 도모하기 위하여 그의 보조기관 또는 하급행정관청으로 하여금 행정관청의 권한을 사실상 행사하게 하는 것이다. (대법원 1989.3.14, 88누10985) 【석유판매업허가취소처분취소】 [김종석행정법각론 13면 관련판례1]
- ② 임의 경우에는 수임관청이 자기의 이름으로 그 권한행사를 할 수 있지만, 내부위임의 경우에는 수임관청은 위임관청의 이름으로만 그 권한을 행사할 수 있을 뿐 자기의 이름으로는 그 권한을 행사할 수 없다(대법원 1989.3.14, 88누10985).[김종석행정법각론 13면 2. (2) ②]
- ④ 판례의 태도로 옳다(대법원 1995.8.22, 94누5694 전원합의체) 【관리처분계획인가처분취소】 [김종석행정법각론 16면 관련판례]

- | |
|--|
| <p>[1] 관리처분계획의 인가 등에 관한 사무는 국가사무로서 지방자치단체의 장에게 위임된 이른바 기관위임사무에 해당하므로, 시·도지사가 지방자치단체의 조례에 의하여 이를 구청장 등에게 재위임할 수는 없고, <u>행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제4조에 의하여 위임기관의 장의 승인을 얻은 후 지방자치단체의 장이 제정한 규칙이 정하는 바에 따라 재위임하는 것만이 가능하다.</u></p> <p>[2] 서울특별시장이 건설부장관으로부터 위임받은 관리처분계획의 인가 등 처분권한을 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제4조에 의하여 규칙을 제정해서 구청장에게 재위임하지 아니하고, <u>서울특별시행정권한위임조례 제5조 제1항 [별표]에 의하여 구청장에게 재위임하였다면, 서울특별시행정권한위임조례 중 위 처분권한의 재위임에 관한 부분은 조례제정권의 범위를 벗어난 국가사무(기관위임사무)를 대상으로 한 것이어서 무효이다.</u></p> <p>[3] 무효인 서울특별시행정권한위임조례의 규정에 근거한 관리처분계획의 인가 등 처분은 결과적으로 적법한 위임 없이 권한 없는 자에 의하여 행하여진 것과 마찬가지가 되어 <u>그 하자가 중대하나, 지방자치단체의 사무에 관한 조례와 규칙은 조례가 보다 상위규범이라고 할 수 있고, 또한 헌법 제107조 제2항의 “규칙”에는 지방자치단체의 조례와 규칙이 모두 포함되는 등 이른바 규칙의 개념이 경우에 따라 상이하게 해석되는 점 등에 비추어 보면, 위 처분의 위임과정의 하자가 객관적으로 명백한 것이라고 할 수 없으므로 결국 당연무효 사유는 아니라고 봄이 상당하다.</u></p> |
|--|

- ⑤ 판례의 태도로 옳다(대법원 1993.5.27, 93누6621).[김종석행정법각론 13면 2. (2) ④]

<답> ③

21. 「지방자치법」상 지방자치단체에 대한 내용으로 옳지 않은 것은?

- ① 지방자치단체는 법인으로 한다.
- ② 특별시, 광역시, 특별자치시, 도, 특별자치도는 정부의 직할(直轄)로 두고, 시는 도의 관할 구역 안에, 군은 광역시, 특별자치시나 도의 관할 구역 안에 두며, 자치구는 특별시와 광역시, 특별자치시의 관할 구역 안에 둔다.
- ③ 특별시·광역시 및 특별자치시가 아닌 인구 50만 이상의 시에는 자치구가 아닌 구를 둘 수 있고, 군에는 읍·면을 두며, 시와 구(자치구를 포함한다)에는 동을, 읍·면에는 리를 둔다.
- ④ 지방자치단체의 명칭과 구역은 종전과 같이 하고, 명칭과 구역을 바꾸거나 지방자치단체를 폐지하거나 설치하거나 나누거나 합칠 때에는 대통령령으로 정한다.
- ⑤ 자치구가 아닌 구와 읍·면·동의 명칭과 구역은 종전과 같이 하고, 이를 폐지하거나 설치하거나 나누거나 합칠 때에는 안전행정부장관의 승인을 받아 그 지방자치단체의 조례로 정한다.

<해설>

① 동법 제3조 제1항 [김종석행정법각론 37면 I]

제3조 【지방자치단체의 법인격과 관할】 ① 지방자치단체는 법인으로 한다.

② 특별시, 광역시, 특별자치시, 도, 특별자치도(이하 "시·도"라 한다)는 정부의 직할(直轄)로 두고, 시는 도의 관할 구역 안에, 군은 광역시, 특별자치시나 도의 관할 구역 안에 두며, 자치구는 특별시와 광역시, 특별자치시의 관할 구역 안에 둔다.

③ 특별시·광역시 및 특별자치시가 아닌 인구 50만 이상의 시에는 자치구가 아닌 구를 둘 수 있고, 군에는 읍·면을 두며, 시와 구(자치구를 포함한다)에는 동을, 읍·면에는 리를 둔다.

② 동법 제3조 제2항 [김종석행정법각론 37면 II 1. (2)]

③ 동법 제3조 제3항 [김종석행정법각론 38면 도표 참고]

④ 대통령령이 아니라 법률로 정한다(동법 제4조 제1항 본문).[김종석행정법각론 60면 3. 조문]

제4조 【지방자치단체의 명칭과 구역】 ① 지방자치단체의 명칭과 구역은 종전과 같이 하고, 명칭과 구역을 바꾸거나 지방자치단체를 폐지하거나 설치하거나 나누거나 합칠 때에는 법률로 정한다. 다만, 지방자치단체의 관할 구역 경계변경과 한자 명칭의 변경은 대통령령으로 정한다.

⑤ 동법 제4조의2 제1항 본문[김종석행정법각론 61면 상단 조문]

제4조 【자치구가 아닌 구와 읍·면·동 등의 명칭과 구역】 ① 자치구가 아닌 구와 읍·면·동의 명칭과 구역은 종전과 같이 하고, 이를 폐지하거나 설치하거나 나누거나 합칠 때에는 안전행정부장관의 승인을 받아 그 지방자치단체의 조례로 정한다. 다만, 명칭과 구역의 변경은 그 지방자치단체의 조례로 정하고, 그 결과를 특별시장·광역시장·도지사에게 보고하여야 한다.

<답> ④

22. 지방의회와 지방자치단체장의 관계에 대한 판례의 태도로 옳지 않은 것은?

- ① 지방의회와 지방자치단체장은 상호 독립되어 있고 상호 견제와 균형을 이루는 관계에 있는 것이므로 법률에 특별한 규정이 없는 한 조례로써 견제의 범위를 넘어서 상대방의 고유권한을 침해하는 규정을 제정할 수 없다.
- ② 조례안 규정에서 민간위탁적격자 심사위원회의 위원 중 2명을 시의원 중에서 위촉하도록 정한 것은 법령상 근거 없는 새로운 견제장치에 해당한다고 볼 수 없다.
- ③ 조례안에 주민들의 행정심판청구에 대한 지원여부를 결정하기 위한 전제로서 당해 행정처분의 정당성 여부를 지방의회에서 판단하도록 규정하고 있다면 법률에 근거가 없는 새로운 견제장치를 만드는 것이 된다.
- ④ 지방의회가 합의제 행정기관의 설치에 관한 조례안을 발의하여 이를 그대로 의결, 재의결하는 것은 지방자치단체의 장의 고유권한에 속하는 사항의 행사에 관하여 지방의회가 사전에 적극적으로 개입하는 것으로서 관련 법령에 위반되어 허용되지 않는다.
- ⑤ 지방자치단체 사무의 민간위탁에 관하여 지방의회의 사전동의를 받도록 한 것은 지방자치단체장의 집행권한을 본질적으로 침해하는 것으로 보아야 한다.

<해설>

- ① 지방자치법은 지방의회와 지방자치단체의 장에게 독자적 권한을 부여하고 상호견제와 균형을 이루도록 하고 있으므로, 법률에 특별한 규정이 없는 한 조례로써 견제의 범위를 넘어서 고유권한을 침해하는 규정을 할 수 없고, 일방의 고유권한을 타방이 행사하게 하는 내용의 조례는 지방자치법에 위배된다(대법원 1996.5.14, 96추15).[김종석행정법각론 92면 관련판례]
- ② 지방자치단체가 합의제 행정기관의 일종인 민간위탁적격자심사위원회의 공평한 구성 및 운영에 대한 적절한 통제를 위하여 민간위탁적격자심사위원회 위원의 정수 및 위원의 구성비를 어떻게 정할 것인지는 해당 지방의회가 조례로써 정할 수 있는 입법재량에 속하는 문제로서 조례제정권의 범위 내라고 보는 것이 타당하다. (대법원 2012.11.29, 2011추87) 【조례안재의결무효확인】 <지방자치법 제116조 제2항에서 합의제 행정기관의 설치·운영에 관하여 필요한 사항을 조례로 정하도록 위임한 취지는 각 지방자치단체의 특수성을 고려하여 그 실정에 맞게 합의제 행정기관을 조직하도록 한 것>[김종석행정법각론 72면 관련판례5 비교판례]
- ③ 당해 지방자치단체의 주민을 상대로 한 모든 행정기관의 행정처분에 대한 행정심판청구를 지원 하는 것을 내용으로 하는 조례안은 지방자치단체의 사무에 관한 조례제정권의 한계를 벗어난 것일 뿐 아니라, 가사 그 조례안이 당해 지방자치단체의 행정처분에 대한 행정심판청구만을 지원한다는 의미로 이해한다고 하더라도, 그 지원 여부를 결정하기 위한 전제로서 당해 행정처분의 정당성 여부를 지방의회에서 판단하도록 규정하고 있다면 이는 결국 지방의회가 스스로 행정처분의 정당성 판단을 함으로써 자치단체의 장을 견제하려는 것으로서 이는 법률에 규정이 없는 새로운 견제장치를 만드는 것이 되어 지방자치단체의 장의 고유권한을 침해하는 것이 되어 효력이 없다. (대법원 1997.3.28, 96추60) 【행정심판청구지원조례안 재의결무효확인】 [김종석행정법각론 71면 관련판례 1]
- ④ 지방의회가 합의제 행정기관의 설치에 관한 조례안을 발의하여 이를 의결·재의결하는 것은 허용되지 않는다. (대법원 2009.9.24, 2009추53) 【조례안재의결무효확인】 <지방자치단체의 장은 합의제 행정기관을 설치할 고유의 권한을 가지며 이러한 고유권한에는 그 설치를 위한 조례안의 제

안권이 포함되므로, 지방의회가 합의제 행정기관의 설치에 관한 조례안을 발의하여 이를 그대로 의결·재의결하는 것은 지방자치단체장의 고유권한에 속하는 사항의 행사에 관하여 지방의회가 사전에 적극적으로 개입하는 것이라는 이유로>[김종석행정법각론 72면 관련판례5]

⑤ 조례안이 지방자치단체 사무의 민간위탁에 관하여 지방의회의 사전 동의를 받도록 한 것은 지방자치단체장의 민간위탁에 대한 일방적인 독주를 제어하여 민간위탁의 남용을 방지하고 그 효율성과 공정성을 담보하기 위한 장치에 불과하고, 민간위탁의 권한을 지방자치단체장으로부터 박탈하려는 것이 아니므로, 지방자치단체장의 집행권한을 본질적으로 침해하는 것으로 볼 수 없다. (대법원 2011.2.10, 2010추11) 【조례안재의결무효확인】

<답> ⑤

23. 공무원에 대한 징계처분 등 불이익처분에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 징계의결 등을 요구한 기관의 장은 징계위원회의 의결이 가법다고 인정하면 징계의결을 통보받은 날부터 30일 이내에 심사나 재심사를 청구할 수 있다.
- ② 소청심사위원회의 결정에 불복하여 행정소송을 제기하는 경우 행정소송은 원징계처분과 소청결정 중 원징계처분을 다투는 것이 원칙이다.
- ③ 공무원이 그에 불리한 처분을 다투는 경우에는 소청전치주의가 적용되어 소청심사위원회의 심사·결정을 거치지 아니하면 행정소송을 제기할 수 없다.
- ④ 교육공무원의 경우 교원소청심사위원회의 소청결정을 거쳐 행정소송을 제기하여야 하며 항고소송의 대상은 일반공무원의 경우와 동일하다.
- ⑤ 사립학교교원의 경우 교원소청심사위원회의 결정에 불복하는 경우 교원소청심사위원회를 피고로 하여 항고소송을 제기할 수 있다.

<해설>

- ① 징계의결 등을 요구한 기관의 장은 징계위원회의 의결이 가법다고 인정하면 그 처분을 하기 전에 직근 상급기관에 설치된 징계위원회(국무총리 소속으로 설치된 징계위원회의 의결에 대하여는 그 징계위원회)에 심사나 재심사를 청구할 수 있다(국가공무원법 제82조 제2항). 재심사청구는 징계의결을 통보받은 날로부터 15일 이내에 하여야 한다(공무원징계령 제24조).[김종석행정법각론 170면 ④]
- ② 소청심사위원회의 결정에 불복하는 경우 행정소송을 제기할 수 있다. 이 경우 행정소송은 원징계처분과 소청결정 중 어느 것을 대상으로 하여야 하는가. 이에 관하여 특별한 규정이 없으므로 행정소송법 제19조에 따라 원처분(불이익처분)을 대상으로 하여야 하고, 다만 소청심사위원회의 결정에 고유한 위법이 있는 경우에는 위원회의 결정을 대상으로 하여야 한다(원처분주의).[김종석행정법각론 142면 2. (2) ①]
- ③ 징계처분, 그 밖에 본인의 의사에 반한 불리한 처분이나 부작위에 관한 행정소송은 소청심사위원회의 심사·결정을 거치지 아니하면 제기할 수 없다(국가공무원법 제16조 제1항). [김종석행정법각론 142면 2. (1)]
- ④ 국공립학교 교원의 경우에는 징계처분이 원처분이고 교원소청심사위원회의 결정은 일반공무원에 대한 소청결정에 대응하는 행정심판이므로, 일반공무원의 경우와 마찬가지로 항고소송의 대상이 되는 것은 원처분인 징계처분이고 교원소청심사위원회의 결정은 고유한 위법이 있는 경우에만 항고소송의 대상이 될 수 있다. [김종석행정법각론 143면 레벨업 2.]
- ⑤ 사립학교 교원과 학교법인과의 근무관계는 사법관계이다. 따라서 학교법인의 불이익처분에 대한 불복은 민사소송절차에 의한다. 다만, 사립학교 교원이 학교법인의 징계처분 등 불이익처분에 대해 교원소청심사위원회에 소청심사를 청구하여 재심결정이 있었던 경우, 징계처분 등은 행정처분이 아니고 교원소청심사위원회의 재심결정이 원처분으로서 행정소송의 대상이다. [김종석행정법각론 143면 레벨업 3.]

<답> ①

24. 경찰책임에 관한 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 상태책임을 지는 자가 경찰위반상태를 야기한 물건·동물 등에 대한 정당한 권한을 가진 자일 필요는 없다.
- ② 행위자에게 고의·과실이 없는 경우에도 경찰책임이 인정된다.
- ③ 사법상 권리능력 없는 사단도 경찰책임의 주체가 될 수 있다.
- ④ 행위자의 행위와 위해 사이의 인과관계 유무를 판단하는 경우에는 형법상의 인과관계론을 기준으로 하되 경찰상 위험의 특징도 고려해야 한다.
- ⑤ 가게 상품진열장에 TV를 설치하고 월드컵 축구경기를 방영함으로써 군중이 모여들어 교통의 혼잡을 초래한 경우 그 가게 경영자에게 경찰책임을 지우지 않고는 교통장애를 제거할 수 없는 때에는 그 경영자에게도 행위책임을 인정할 수 있다.

<해설>

- ① 상태책임의 주체는 경찰상 위해를 야기하고 있는 물건의 소유자, 당해 물건에 대하여 사실상 지배력을 미치고 있는 자이다. 점유자뿐만 아니라 물건에 대한 권원의 유무나 적법여부와 관계없이 물건을 현실적으로 지배하고 있는 자에게 상태책임이 인정된다. [김종석행정법각론 199면 ㉔]
- ② 경찰책임은 책임자의 고의·과실을 묻지 않는다. 왜냐하면 경찰책임은 위법행위에 대한 처벌이 아니라 사회공공의 질서를 유지하기 위하여 과해지는 것이기 때문이다. [김종석행정법각론 195면 (3) 1) ③]
- ③ 경찰책임의 주체란 경찰책임을 부담하고 경찰권발동의 대상이 되는 자를 말하는데 자연인, 사법인, 권리능력 없는 사단이 경찰책임의 주체가 될 수 있다고 보는 것에는 이견이 없다. [김종석행정법각론 196면 2) ①]
- ④ 행위책임에 있어서의 인과관계에 관해서는 민형사책임에서의 상당인과관계와 달리 직접원인설이 다수설이다. [김종석행정법각론 197면 3) ① ㉔ ⑥ 및 198면 ㉔ 도표]
- ⑤ 간접적인 원인제공자에 의한 간접적인 원인제공행위와 구체적인 위해행위 사이에 내부적인 밀접한 관계가 인정될 수 없거나, 간접적인 원인제공행위가 목적지향적이 아닐 경우에는 직접적인 인과관계를 인정할 수 없다. 예컨대 옷가게 내의 TV에서 방영되는 축구시합을 보려고 모여든 군중이 도로통행을 방해한 경우 경찰책임은 그 군중에게 귀속되는 것이 원칙이다. 그러나 상품진열장(Show Window)에 통행인의 흥미를 자극할 만한 내용을 전시함으로써 구경꾼이 모이고 교통의 혼잡을 초래한 경우는 군중은 직접적인 원인자로서 경찰권의 발동대상이 되며, 전시자에게도 목적적 야기자(의도성)로서 행위책임을 인정할 수 있다. [김종석행정법각론 198면 Tip 2.]

<답> ④

25. 공물에 관한 판례의 태도로 옳은 것은?

- ① 「특정건축물정리에 관한 특별조치법」에서 정한 절차에 따라 준공검사필증이 교부되어 건축물관리대장 등에 등재됨으로써 대상 건축물의 점유 면적에 해당하는 국·공유지 부분에 관하여 사용승낙을 하였다고 볼 수 있는 건축물에 변상금을 부과한 경우 그 사용승낙을 철회한 것으로 볼 수 있다.
- ② 재래시장 내 점포의 소유자에게는 점포 앞의 도로에 좌판을 설치·이용할 수 있는 권리가 있다.
- ③ 국유하천부지는 자연상태 그대로 공공용에 제공될 수 있는 실체를 갖추고 있다고 볼 수 없는바 행정재산이 되기 위해서는 별도의 공용개시행위가 있어야 한다.
- ④ 하천의 점용허가권은 특허에 의한 공물 사용권의 일종으로서 공법상 채권으로서의 성질을 가진다.
- ⑤ 토지에 대하여 도로로서의 도시계획시설결정 및 지적승인이 있었다면 그 토지가 행정재산이 되었다고 할 수 있다.

<해설>

① 판례의 태도로 옳다. (대법원 2007.11.29, 2005두8375) 【변상금부과처분취소】

- [1] 특정건축물 정리에 관한 특별조치법 제7조 제1호는 대상건축물이 타인 소유의 토지 위에 건축된 건축물일 경우, 그 토지가 사유지인 때에는 그 소유자의 사용승낙을 받은 경우에 한하여 준공검사필증을 교부하도록 규정하면서도 그 토지가 국·공유지인 때에는 그 소유자의 사용승낙을 요구하고 있지 아니한바, 이에 의하면 국·공유지에 대하여는 국가나 지방자치단체가 위 법의 시행으로써 대상건축물의 부지로 사용되는 토지의 사용을 승낙하였다고 간주함이 상당하다. 따라서 국·공유지 위에 건축된 무허가건물에 관하여 위 법에서 정한 절차에 따라 준공검사필증이 교부되어 건축물관리대장 등에 등재되었다면 건물의 부지로 사용되는 토지 부분에 관하여 그 사용을 승낙하였다고 보아야 한다.
- [2] 특정건축물 정리에 관한 특별조치법에서 정한 절차에 따라 준공검사필증이 교부되어 건축물관리대장 등에 등재됨으로써 대상건축물의 점유면적에 해당하는 토지 부분에 관하여 사용을 승낙하였다고 보는 경우에도, 위 법의 입법목적 및 국유재산법과 지방재정법이 국·공유지의 사용·수익허가기간이나 대부기간을 일정기간으로 제한하고 있는 점 등에 비추어 기간의 제한 없이 그 사용을 승낙하였다고 볼 수는 없으므로, 그 후 지방자치단체장이 점유면적에 해당하는 토지 부분에 대하여 변상금을 부과하였다면 이로써 그 사용승낙을 철회하였다고 보아야 한다.

- ② 재래시장 내 점포의 소유자가 점포 앞의 도로에 대하여 일반사용을 넘어 특별한 이해관계를 인정할 만한 사용을 하고 있었다는 사정을 인정할 수 없으므로 위 소유자는 도로에 좌판을 설치·이용할 수 있는 권리가 없다(대법원 2006.12.22, 2004다68311·68328). [김종석행정법각론 230면 관련판례]
- ③ 국유 하천부지는 자연의 상태 그대로 공공용에 제공될 수 있는 실체를 갖추고 있는 이른바 자연공물로서 별도의 공용개시행위가 없더라도 행정재산이 된다(대법원 2007.6.1, 2005도7523). [김종석행정법각론 210면 관련판례1]
- ④ 하천의 점용허가권은 특허에 의한 공물사용권의 일종으로서 하천의 관리주체에 대하여 일정한 특별사용을 청구할 수 있는 채권에 지나지 아니하고 대세적 효력이 있는 물권이라 할 수 없다(대법원 1990.2.13, 89다카23022).[김종석행정법각론 234면 ① ㉞ 관련판례]
- ⑤ 토지에 대하여 도로로서의 도시계획시설결정 및 지적승인만 있었을 뿐 그 도시계획사업이 실시되었거나 그 토지가 자연공물로 이용된 적이 없는 경우에는 도시계획결정 및 지적승인의 고시만으로는 아직 공용개시행위가 있었다고 할 수 없어 그 토지가 행정재산이 되었다고 할 수 없다(대법

원 2000.4.25, 2000다348).[김종석 행정법각론 212면 상단 관련판례2]
<답> ①④