

1. 다음 중 우리 판례에 따를 때 사법관계의 행위에 해당하지 않는 것은?

- ① 산림청장의 국유임야 무상양여거부행위
- ② 국유재산 관리청의 행정재산의 사용·수익허가에 따른 사용료부과행위
- ③ 산림청장의 국유임야 대부에 따른 대부료부과행위
- ④ 한국조폐공사가 행한 소속 직원 파면행위
- ⑤ 주한미군한국인직원의료보험조합이 행한 소속 직원 징계면직행위

정답 ②

해설

① (○) 산림청장이 산림법 등의 정하는 바에 따라 국유임야를 대부하거나 매각 또는 양여하는 행위는 사경제주체로서 상대방과 대등한 입장에서 하는 사법상의 행위이므로 원고(산림계)의 국유임야무상양여신청서를 반려한 피고의 본건 거부처분도 단순한 사법상의 행위일 뿐 행정행위가 아니므로 행정소송의 대상이 되지 아니한다(대판 1984.12.11. 83누291).

② (×) 국유재산 등의 관리청이 하는 행정재산의 사용에 대한 허가는 순전히 사경제주체로서 행하는 사법상의 행위가 아니라 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는 행정처분으로서 특정인에게 행정재산을 사용할 수 있는 권리를 설정하여 주는 강학상 특허에 해당한다. 예컨대 국립의료원 부설주차장에 관한 위탁관리용역운영계약의 실질은 행정재산에 대한 국유재산법 제30조 제1항의 사용허가이고, 이는 행정처분으로서 강학상 특허에 해당한다. 따라서 원고가 가산금지급채무의 부존재를 주장하여 구제를 받으려면 적절한 행정쟁송절차(즉 항고소송)를 통하여 권리관계를 다투어야 할 것이지, 피고(대한민국)에 대하여 민사소송으로 위 지급의무의 부존재확인을 구할 수는 없는 것이다(대판 2006.3.9, 2004다31074).

③ (○) 산림청장이나 그로부터 권한을 위임받은 행정청이 산림법 등이 정하는 바에 따라 국유임야를 대부하거나 매각하는 행위는 사경제적 주체로서 상대방과 대등한 입장에서 하는 사법상 계약이지 행정청이 공권력의 주체로서 상대방의 의사 여하에 불구하고 일방적으로 행하는 행정처분이라고 볼 수 없으며 이 대부계약에 의한 대부료부과 조치 역시 사법상 채무이행을 구하는 것으로 보아야지 이를 행정처분이라고 할 수 없다(대판 1993.12.07. 91누11612).

④ (○) 한국조폐공사 직원의 근무관계는 사법관계에 속하고 그 직원의 파면행위도 사법상의 행위라고 보아야 한다(대판 1978.04.25. 78다414).

⑤ (○) 주한미군 한국인 직원의료보험조합직원의 근무관계는 사법관계에 속하는 것이므로 동조합 직원에 대한 위 조합의 징계면직처분은 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니고 사법상의 법률행위라고 보아야 한다(대판 1987.12.08. 87누884).

2. 행정의사의 우월적 지위에 관한 설명 중 옳지 않은 것은?

① 행정주체의 의사는 비록 그 성립에 하자가 있을지라도 그 하자가 중대하고 명백하여 무효가 되지 않는 한, 권한 있는 행정기관이나 법원에 의하여 취소될 때까지 유효한 행위로서 통용되는 효력을 공정력이라 한다.

② 법무부장관이 A에게 귀화허가를 준 경우 그 귀화허가가 무효가 아니라면, 귀화허가가 모든 국가기관을 구속하여 각 부 장관이 A를 국민으로 보아야 하는 효력은 행정의사의 존속력에서 나온다.

- ③ 형식적 존속력이 생긴 행위에 대해서도 경우에 따라서는 행정청이 직권으로 취소할 수 있다.
- ④ 실질적 존속력이 발생한 행위라도 형식적 존속력이 발생하지 않은 동안에는 상대방은 그 행위를 다룰 수 있다.
- ⑤ 행정의사의 강제력에는 제재력과 자력집행력이 있는 바, 제재에는 행정형벌과 행정질서 벌이 있다.

정답 ②

해설

- ① (○) 공정력이란 행정행위가 비록 흠이 있더라도 중대하고 명백하여 당연무효가 아닌 한 권한 있는 기관에 의해 취소될 때까지 잠정적으로 유효하게 통용되는 힘을 말한다. 따라서 조세부과처분에 당연 무효사유가 없으므로 세무당국은 공정력에 의해 그 처분이 취소되지 않는 한, 납부금액을 반환하지 않아도 된다.
- ② (×) 구속요건적 효력이란 행정행위가 그 내용에 따라 일정한 법적 효과가 발생하여 관계 행정청을 구속하는 힘을 말하는데, 이는 실체법상의 효력이라는 점에서 절차적 효력인 공정력과 구별된다.
- ③ (○) 불가쟁력(형식적 확정력)이란 행정행위의 '상대방'에 대하여 발생하는 효력으로서, 행정행위에 대한 불복(쟁송제기)기간이 경과한 경우에는 그 행정행위에 하자가 있다 해도 상대방이 쟁송을 통해 더 이상 다룰 수 없게 하는 힘을 말한다. 불가쟁력과 불가변력은 무관하므로 불가쟁력이 발생하여도 불가변력이 인정되는 영역이 아닌 한 직권으로 취소가 가능하다.
- ④ (○) 불가변력(실질적 확정력)이란 '행정청'에 대하여 발생하는 효력으로서, 위법한 행정행위는 행정청이 자유로이 취소·철회 또는 변경할 수 있는 것이 원칙이지만, 일정한 행정행위의 경우에는 그 성질상 행정청 자신도 취소·철회 또는 변경할 수 없게 하는 힘을 말한다.
- ⑤ (○) 강제력이란 행정의사의 실효성을 확보하기 위하여 행정의사에 인정되는 힘으로서, 법원의 판결을 매개하지 않고 당해 행정의사를 강제로 실현시키는 것을 말한다. 이에겐 행정법상 의무를 상대방이 이행하지 않는 경우에 행정청이 직접 실력을 행사하여 그 의무이행을 실현시킬 수 있는 힘을 말하는 자력집행력과, 의무를 위반한 상대방에게 행정청이 행정벌을 과할 수 있는 힘을 말하는 제재력이 있다. 강제력의 종류는 강제집행과 즉시강제, 행정벌, 과징금 등이 있다.

3. 다음 행정청의 행위 중 판례에 의해 처분성이 인정되는 것을 모두 고른 것은?

- | |
|--|
| ㉠ 지적공부 소관청이 지목변경신청을 반려한 행위 |
| ㉡ 건축물대장 소관청이 용도변경신청을 거부한 행위 |
| ㉢ 지적공부 소관청이 토지대장을 직권으로 말소한 행위 |
| ㉣ 소관청이 토지대장상의 소유자명의변경신청을 거부한 행위 |
| ㉤ 건물등재대장 소관청이 무허가건물을 무허가건물관리대장에서 삭제하는 행위 |

① ㉠, ㉡, ㉣

② ㉠, ㉡, ㉢

③ ㉠, ㉣, ㉤

④ ㉡, ㉣, ㉤

⑤ ㉢, ㉣, ㉤

정답 ①

해설

㉠ (○) 구 「지적법」 제20조·제38조 제2항의 규정은 토지소유자에게 지목변경신청권과 지목정정신청권을 부여한 것이고, 한편 지목은 토지에 대한 공법상의 규제, 개발부담금의 부과대상, 지방세의 과세대상, 공시지가의 산정, 손실보상가액의 산정 등 토지행정의 기초로서 공법상의 법률관계에 영향을 미치고, 토지소유자는 지목을 토대로 토지의 사용·수익·처분에 일정한 제한을 받게 되는 점 등을 고려하면, 지목은 토지소유권을 제대로 행사하기 위한 전제요건으로서 토지소유자의 실체적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있으므로 지적공부 소관청의 지목변경신청 반려행위는 국민의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판(전합) 2004.4.22, 2003두9015).

㉡ (○) 「건축법」 제19조 제3항의 규정은 건축물의 소유자에게 건축물대장의 용도변경신청권을 부여한 것이고, 한편 건축물의 용도는 토지의 지목에 대응하는 것으로서 건물의 이용에 대한 공법상의 규제, 건축법상의 시정명령, 지방세 등의 과세대상 등 공법상 법률관계에 영향을 미치고, 건물소유자는 용도를 토대로 건물의 사용·수익·처분에 일정한 영향을 받게 된다. 이러한 점 등을 고려해 보면, 건축물대장의 용도는 건축물의 소유권을 제대로 행사하기 위한 전제요건으로서 건축물 소유자의 실체적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있으므로, 건축물대장 소관청의 용도변경신청 거부행위는 국민의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2009.1.30, 2007두7277).

㉢ (○) 토지대장은 토지에 대한 공법상의 규제, 개발부담금의 부과대상, 지방세의 과세대상, 공시지가의 산정, 손실보상가액의 산정 등 토지행정의 기초자료로서 공법상의 법률관계에 영향을 미칠 뿐만 아니라, 토지에 관한 소유권보존등기 또는 소유권이전등기를 신청하려면 이를 등기소에 제출해야 하는 점 등을 종합해 보면, 토지대장은 토지의 소유권을 제대로 행사하기 위한 전제요건으로서 토지 소유자의 실체적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있으므로, 이러한 토지대장을 직권으로 말소한 행위는 국민의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2013.10.24, 2011두1328).

㉣ (×) 토지대장에 기재된 일정한 사항을 변경하는 행위는, 그것이 지목의 변경이나 정정등과 같이 토지소유권 행사의 전제요건으로서 토지소유자의 실체적 권리관계에 영향을 미치는 사항에 관한 것이 아닌 한 행정사무집행의 편의와 사실증명의 자료로 삼기 위한 것일 뿐이어서, 그 소유자 명의가 변경된다고 하여도 이로 인하여 당해 토지에 대한 실체상의 권리관계에 변동을 가져올 수 없고 토지 소유권이 지적공부의 기재만에 의하여 증명되는 것도 아니다(대법원 1984. 4. 24. 선고 82누308 판결, 대법원 2002. 4. 26. 선고 2000두7612 판결 등 참조). 따라서 소관청이 토지대장상의 소유자명의변경신청을 거부한 행위는 이를 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다(대판 2012.01.12, 2010두1235).

㉤ (×) 무허가건물관리대장은, 행정관청이 지방자치단체의 조례 등에 근거하여 무허가건물 정비에 관한 행정상 사무처리의 편의와 사실증명의 자료로 삼기 위하여 작성, 비치하는 대장으로서 무허가건물을 무허가건물관리대장에 등재하거나 등재된 내용을 변경 또는 삭제하는 행위로 인하여 당해 무허가건물에 대한 실체상의 권리관계에 변동을 가져오는 것이 아니고, 무허가건물의 건축시기, 용도, 면적 등이 무허가건물관리대장의 기재에 의해서만 증명되는 것도 아니므로, 관할관청이 무허가건물의 무허가건물관리대장 등재요건에 관한 오류를 바로잡으면서 당해 무허가건물을 무허가건물관리대장에서 삭제하는 행위는 다른 특별한 사정이 없는 한 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니다(대판 2009.3.12, 2008두11525).

4. 다음 ㉠, ㉡, ㉢에 해당하는 용어가 바르게 나열된 것은?

㉠ 하자 없이 성립한 행정행위에 대해 그의 효력을 존속시킬 수 없는 새로운 사정이 발생하였음을 이유로 장래에 향하여 그의 효력을 소멸시키는 행정행위
㉡ 일단 유효하게 성립한 행정행위를 하자가 있음을 이유로 또는 부당함을 이유로 행정청이 그 효력을 소멸시키는 행정행위
㉢ 하자 없이 적법하게 성립한 행정행위가 일정한 사실의 발생에 의하여 당연히 그 효력이 소멸되는 것

- | | |
|-------------|-------------|
| ㉠ ㉡ ㉢ | ㉠ ㉡ ㉢ |
| ① 철회 실효 취소 | ② 철회 취소 실효 |
| ③ 실효 취소 철회 | ④ 실효 철회 취소 |
| ⑤ 취소 실효 철회 | |

정답 ②

해설

㉠ (철회) 행정행위의 철회란 하자 없이 성립한 행정행위로 사후에 발생한 사유로 행정행위의 효력을 장래에 한해 소멸시키는 행정행위이다.

㉡ (취소) 행정행위의 직권취소란 일단 유효하게 성립한 행정행위를 행정청이 그 성립에 흠이 있다는 이유로 취소하는 것을 뜻한다.

㉢ (실효) 실효란 하자 없이 유효하게 성립한 행정행위가 일정한 사유로 장래에 한해 당연히 효력이 소멸되는 것을 말한다. 따라서 성립상의 중대·명백한 하자가 존재하였다면 당연무효이므로 유효한 성립이 될 수 없어 실효도 인정되지 않는다.

5. 행정행위의 취소에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있을 경우 판례에 의함)

- ① 과세관청의 조세부과처분의 취소에 당연무효사유가 아닌 위법사유가 있는 경우에 이를 다시 취소함으로써 원부과 처분을 소생시킬 수 없다.
- ② 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」은 위임기관 및 위탁기관은 수임기관 및 수탁기관의 수임 및 수탁사무처리에 대하여 지휘·감독하고, 그 처리가 위법 또는 부당하다고 인정되는 때에는 이를 취소하거나 정지시킬 수 있다고 규정하고 있다.
- ③ 선행부과처분에 대한 취소소송이 진행 중이더라도 과세관청인 피고로서는 위법한 선행처분을 스스로 취소하거나 그 절차상의 하자를 보완하여 다시 적법한 부과처분을 할 수 있다.
- ④ 행정청이 의료법인의 이사에 대한 이사취임승인취소처분을 직권으로 취소한 경우에는 이사가 소급하여 이사의 지위를 회복하게 된다.
- ⑤ 광업권 취소처분 후 광업권 설정의 선출원이 있는 경우에도 취소처분을 취소하여 광업권을 복구시키는 조치는 적법하다.

정답 ⑤

해설

① (○) 「국세기본법」 제26조 제1호는 부과의 취소를 국세납부의무 소멸사유의 하나로 들고 있으나, 그 부과의 취소에 하자가 있는 경우의 부과의 취소의 취소에 대하여는 법률이

명문으로 그 취소요건이나 그에 대한 불복절차에 대하여 따로 규정을 둔 바도 없으므로, 설사 부과의 취소에 위법사유가 있다고 하더라도 당연히 무효가 아닌 한 일단 유효하게 성립하여 부과처분을 확정적으로 상실시키는 것이므로, 과세관청은 부과의 취소를 다시 취소함으로써 원부과처분을 소생시킬 수는 없고 납세의무자에게 종전의 과세대상에 대한 납부의무를 지우려면 다시 법률에서 정한 부과절차에 좇아 동일한 내용의 새로운 처분을 하는 수밖에 없다(대판 1995.3.10, 94누7027).

② (○) 위임 및 위탁기관은 수임 및 수탁기관의 수임 및 수탁사무처리에 대하여 지휘·감독하고, 그 처리가 위법하거나 부당하다고 인정될 때에는 이를 취소하거나 정지시킬 수 있다(행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제6조).

③ (○) 소멸시효는 객관적으로 권리가 발생하여 그 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행하고 그 권리를 행사할 수 없는 동안만은 진행하지 아니하는데, 여기서 권리를 행사할 수 없는 경우라 함은 그 권리행사에 법률상의 장애사유가 있는 경우를 말하는데, 변상금부과처분에 대한 취소소송이 진행 중이라도 그 부과권자로서는 위법한 처분을 스스로 취소하고 그 하자를 보완하여 다시 적법한 부과처분을 할 수도 있는 것이어서 그 권리행사에 법률상의 장애사유가 있는 경우에 해당한다고 할 수 없으므로, 그 처분에 대한 취소소송이 진행되는 동안에도 그 부과권의 소멸시효가 진행된다(대판 2006.2.10, 2003두5686).

④ (○) 행정처분이 취소되면 그 소급효에 의하여 처음부터 그 처분이 없었던 것과 같은 효과를 발생하게 되는데, 행정청이 의료법인의 이사에 대한 이사취임승인취소처분(제1처분)을 직권으로 취소(제2처분)한 경우에는 그로 인하여 이사가 소급하여 이사로서의 지위를 회복하게 되고, 그 결과 위 제1처분과 제2처분 사이에 법원에 의하여 선임결정된 임시이사들의 지위는 법원의 해임결정이 없더라도 당연히 소멸된다(대판 1997.1.21, 96누3401).

⑤ (×) 구 광업법(73.2.7. 법률 제2492호) 제36조 제1호에 의한 광업권설정의 선출원이 있는 경우에 다시 그 취소처분을 취소함은 위법이다(대판 1967.10.23. 67누126).

6. 공법상 계약에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있을 경우 판례에 의함)

① 계약직 공무원 채용계약해지의 의사표시는 일반 공무원에 대한 징계처분과는 달라서 항고소송이 되는 처분 등의 성격을 가진 것으로 인정되지는 않지만, 행정처분과 마찬가지로 「행정절차법」에 의하여 근거와 이유는 제시하여야 한다.

② 공법상 계약도 공행정작용이므로 역시 법률우위의 원칙하에 놓인다.

③ 공중보건의사 채용계약은 공법상 계약으로 볼 수 있다.

④ 공법상 계약에 관한 분쟁은 「행정소송법」 제3조 제2호가 정하는 당사자소송의 대상이 된다.

⑤ 공법상 계약의 내용은 당사자 간에 합의에 의하여 정해지기도 하지만, 행정주체가 일방적으로 내용을 정하고 상대방은 체결 여부만을 선택해야 하는 경우도 인정될 수 있다.

정답 ①

해설

① (×) 계약직공무원에 관한 현행 법령의 규정에 비추어 볼 때, 계약직공무원 채용계약해지의 의사표시는 일반공무원에 대한 징계처분과는 달라서 항고소송의 대상이 되는 처분 등의 성격을 가진 것으로 인정되지 아니하고, 일정한 사유가 있을 때에 국가 또는 지방자치단체가 채용계약관계의 한쪽 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시로 취급되는 것으로 이해되므로, 이를 징계하고 등에서와 같이 그 징계사유에 한하여 효력 유무를 판단하여야 하거나, 행정처분과 같이 「행정절차법」에 의하여 근거와

이유를 제시하여야 하는 것은 아니다(대판 2002.11.26, 2002두5948).

② (○) 법률유보의 원칙은 공법상 계약에 적용되지 않는다. 그러나 법률우위의 원칙은 적용된다.

③ (○) 관계 법령의 규정내용에 미루어 보면 현행 실정법이 전문직공무원인 공중보건의사의 채용계약 해지의 의사표시는 일반공무원에 대한 징계처분과는 달라서 항고소송의 대상이 되는 처분 등의 성격을 가진 것으로 인정되지 아니하고, 일정한 사유가 있을 때에 관할 도지사가 채용계약관계의 한쪽 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시로 취급하고 있는 것으로 이해되므로, 공중보건의사 채용계약 해지의 의사표시에 대하여는 대등한 당사자간의 소송형식인 공법상의 당사자소송으로 그 의사표시의 무효확인을 청구할 수 있는 것이지, 이를 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라는 전제하에서 그 취소를 구하는 항고소송을 제기할 수는 없다(대판 1996.5.31, 95누10617).

④ (○) 서울특별시립무용단 단원의 위촉은 공법상의 계약이라고 할 것이고, 따라서 그 단원의 해촉에 대하여는 공법상의 당사자소송으로 그 무효확인을 청구할 수 있다(대판 1995.12.22, 95누4636). 즉 공법상 계약에 관한 소송은 공법상 당사자소송에 의한다.

⑤ (○) 공법상 계약은 행정주체가 일방적으로 미리 정해 놓은 내용(약관)에 따라 체결되는 부합계약성을 띄는 경우(예컨대 국립박물관이용계약)가 많다.

7. 행정행위의 부관에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있을 경우 판례에 의함)

① 재량행위나 기속재량행위에는 부관을 붙인다면 이는 무효이다.

② 조건은 행정행위의 효력의 발생·소멸을 장래에 발생 여부가 객관적으로 확실한 사실에 의존시키는 부관이다.

③ 기부채납 받은 행정재산에 대한 사용·수익허가 중 고유재산의 관리청이 정한 사용·수익허가의 기간에 대하여 독립하여 행정소송을 제기할 수 있다.

④ 공유수면매립준공인가처분 중 매립지 일부에 대하여 한 국가 및 지방자치단체에의 귀속처분은 「공유수면매립법」 제14조의 효과 일부를 배제하는 부관을 붙인 것으로 볼 것이고 이를 독립하여 행정소송의 대상으로 삼을 수 없다.

⑤ 수익적 행정처분에 있어서도 원칙적으로 법령에 특별한 근거규정이 있어야만 그 부관으로서 부담을 붙일 수 있다.

정답 ④

해설

① (×) 재량행위에 있어서는 법령상의 근거가 없다고 하더라도 부관을 붙일 수 있다(대판 1997.3.14, 96누16698). 그러나 일반적으로 기속행위나 기속적 재량행위에는 부관을 붙일 수 없고 가사 부관을 붙였다 하더라도 무효이다(대판 1995.6.13, 94다56883).

② (×) 조건은 행정행위의 효력의 발생·소멸을 장래에 발생 여부가 불확실한 사실에 의존시키는 부관이다. 조건의 종류로는 정지조건과 해제조건이 있다. 정지조건은 행정행위의 효력을 조건성취 때까지 정지하는 부관이고, 해제조건은 조건이 성취되면 행정행위의 효력을 해제(소멸)시키는 부관이다.

③ (×) 행정행위의 부관은 부담인 경우를 제외하고는 독립하여 행정소송의 대상이 될 수 없는바, 기부채납 받은 행정재산에 대한 사용·수익허가에서 공유재산의 관리청이 정한 사용·수익허가의 기간은 그 허가의 효력을 제한하기 위한 행정행위의 부관으로서 이러한 사용·수익허가의 기간에 대해서는 독립하여 행정소송을 제기할 수 없다(대판 2001.6.15, 99두509).

④ (○) 법률효과의 일부배제란 법률이 예정하고 있는 효과의 일부를 행정청이 배제하는 행정행위의 부관을 말한다. 예컨대 행정기관이 공유수면매립준공인가를 하면서 매립지 일부를 국가에 귀속시키는 처분을 하거나 택시의 영업허가에 격일제운행을 부관으로 붙이는 경우가 이에 해당한다.

⑤ (×) 부담이란 수익적 행정행위에서 부가된 부관으로 상대방에게 작위·부작위·수인·급부의무를 명하는 것을 말한다. 예컨대 도로·하천의 점용허가를 부여하면서 점용료납부의무를 부과하는 것, 음식점영업허가를 부여하면서 위생설비설치의무·심야영업금지의무를 부과하는 것, 공장건축허가(행정행위)를 부여하면서 근로자의 정기건강진단의무를 부과(부담)하는 것 등이 이에 해당한다. 수익적 행정행위에 부가되는 부담의 경우는 법률에 별도의 근거가 없어도 실질적 관련성이 있으면 부담을 붙일 수 있다.

8. 행정계획에 관한 아래의 설명 중 옳지 않은 것은?

① 적법한 행정계획의 시행으로 국민 또는 주민의 재산권 행사가 제한된다면, 법령이 손실보상의 근거규정을 두고 있는 경우에는 손실보상을 청구할 수 있다.

② 행정계획이 행정활동의 지침으로서 만의 성격에 그치거나 행정조직 내부에서의 효력만을 가질 때는 항고소송의 대상으로서의 처분성을 갖지는 않는다.

③ 형량 시에 여러 이익 간의 형량을 행하기는 하였으나 그것이 객관성·비례성을 결한 경우를 형량의 해태라고 한다.

④ 행정계획에서 행정기관이 가지는 계획재량의 통제를 위한 법리로는 형량명령이 있다.

⑤ 형량의 대상 중 당연히 포함되어야 할 사항을 빠뜨린 경우를 형량의 흠결 이라고 한다.

정답 ③

해설

① (○) 구 「토지수용법」(2002. 2. 4. 법률 제6656호 ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’ 부칙 제2조로 폐지) 제51조(현 공토법 제77조 제1항)가 규정하고 있는 ‘영업상의 손실’이란 수용의 대상이 된 토지·건물 등을 이용하여 영업을 하다가 그 토지·건물 등이 수용됨으로 인하여 영업을 할 수 없거나 제한을 받게 됨으로 인하여 생기는 직접적인 손실을 말하는 것이므로 위 규정은 영업을 하기 위하여 투자한 비용이나 그 영업을 통하여 얻을 것으로 기대되는 이익에 대한 손실보상의 근거규정이 될 수 없고, 그 외 구 토지수용법이나 구 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특별법」, 그 시행령 및 시행규칙 등 관계 법령에도 영업을 하기 위하여 투자한 비용이나 그 영업을 통하여 얻을 것으로 기대되는 이익에 대한 손실보상의 근거규정이나 그 보상의 기준과 방법 등에 관한 규정이 없으므로, 이러한 손실은 그 보상의 대상이 된다고 할 수 없다(대판 2006.1.27, 2003두13106). ‘손실보상법’이라는 법명은 존재하지 않으며, 따라서 손실보상에 관한 일반법은 없다. 따라서 헌법 제23조 제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.”고 규정하고 있다. 따라서 법률이 아닌 규칙으로 이를 규정할 수는 없다. 이와 같이 손실보상에 관한 규정이 있는 경우에 규정을 근거로 청구 할 수 있다.

② (○) 구 도시계획법 제10조의2·제16조의2, 같은 법 시행령 제7조·제14조의2의 각 규정을 종합하면, 도시기본계획은 도시의 기본적인 공간구조와 장기발전방향을 제시하는 종합계획으로서 그 계획에는 토지이용계획, 환경계획, 공원녹지계획 등 장래의 도시개발의 일반적인 방향이 제시되지만, 그 계획은 도시계획입안의 지침이 되는 것에 불과하여 일반 국민에 대한 직접적인 구속력은 없는 것이므로, 도시기본계획을 입안함에 있어 토지이용계획에는 세부적인 내용을 기재하

지 아니하고 다소 포괄적으로 기재하였다 하더라도 기본구상도상에 분명하게 그 내용을 표시한 이상 도시기본계획으로서 입안된 것이라고 봄이 상당하고, 또 공청회 등 절차에서 다른 자료에 의하여 그 내용이 제시된 다음 관계 법령이 정하는 절차에 따라 국토해양부장관의 승인을 받아 공람공고까지 되었다면 도시기본계획으로서 적법한 효력이 있는 것이다(대판 2002.10.11, 2000두8226).

③ (×),④ (○),⑤ (○) 행정주체가 행정계획을 입안·결정함에 있어서 이익형량을 전혀 행하지 아니하거나(형량해태) 이익형량의 고려 대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우(형량흡결) 또는 이익형량을 하였으나 정당성과 객관성이 결여되거나 비례의 원칙에 어긋나게 된 경우(오형량 내지 형량불비례), 그 행정계획결정은 형량에 하자가 있어 위법하게 된다(대판 2011.2.24, 2010두21464 ; 대판 1997.9.26, 96누10096).

9. 행정상 강제집행에 대한 다음 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 행정상 강제집행을 위해서는 의무부과의 근거법규 외에 별도의 법적 근거를 요한다.
- ② 대집행의 대상이 되는 대체적 작위의무는 공법상 의무여야 한다.
- ③ 공공재산의 무단점유에 대해 점유자의 퇴거를 강제하기 위해 대집행을 사용할 수는 없다.
- ④ 대집행이 가능한 경우에도 민사상 강제집행은 허용된다.
- ⑤ 대집행에 대해 상대방이 저항할 경우 그 저항을 배제하기 위하여 최소한의 실력행사는 허용된다고 보는 견해가 있다.

정답 ④

해설

① (○),④ (×) 「행정대집행법」상 대집행의 대상이 되는 대체적 작위의무는 공법상 의무이어야 할 것인데, 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(구 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법)에 따른 토지 등의 협의취득은 공공사업에 필요한 토지 등을 그 소유자와의 협의에 의하여 취득하는 것으로서 공공기관이 사경제주체로서 행하는 사법상 매매 내지 사법상 계약의 실질을 가지는 것이므로, 그 협의취득시 건물소유자가 매매대상 건물에 대한 철거의무를 부담하겠다는 취지의 약정을 하였다고 하더라도 이러한 철거의무는 공법상의 의무가 될 수 없고, 이 경우에도 「행정대집행법」을 준용하여 대집행을 허용하는 별도의 규정이 없는 한 위와 같은 철거의무는 「행정대집행법」에 의한 대집행의 대상이 되지 않는다(대판 2006.10.13, 2006두7096).

② (○) 토지에 관한 도로구역 결정이 고시된 후 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제25조 제2항에 위반하여 공작물을 축조하고 물건을 부가한 자에 대하여 관리는 이러한 위반행위에 의하여 생긴 유형적 결과의 시정을 명하는 행정처분을 하여 이에 따르지 않는 경우에는 행정대집행의 방법으로 그 의무내용을 실현할 수 있는 것이고, 이러한 행정대집행의 절차가 인정되는 경우에는 따로 민사소송의 방법으로 공작물의 철거·수거 등을 구할 수는 없다(대판 2000.5.12, 99다18909 ; 대판 2009.6.11, 2009다1122).

③ (○) 토지·건물의 인도 의무(점유 이전 의무) 및 퇴거 의무는 사람을 실력으로 배제하여야 하는 비대체적 작위의무이므로 대집행을 할 수 없다(대판 2005.8.19, 2004다2809; 대판 1998.10.23, 97누157).

⑤ (○) 독일은 실력으로 배제할 수 있다는 명문의 규정이 있으나 우리나라는 명문의 규정

이 없어서 학설이 대립된다. 실무상으로는 대집행의 실행에 의하여 의무자가 수인하지 아니하고 저항할 때에는 형법상 공무집행방해죄에 해당하여 경찰력을 동원하는 것이 일반적이다.

10. 「행정절차법」상 처분의 이유제시에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정청은 처분을 하는 때에는 원칙적으로 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다.
- ② 신청내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우 처분의 이유제시를 생략할 수 있다.
- ③ 단순·반복적인 처분 또는 중대한 처분이지만 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우 처분의 이유제시를 생략할 수 있다.
- ④ 처분의 이유제시를 생략한 때에도 처분 후 당사자가 요청하는 경우에 그 근거와 이유를 제시하여야 할 경우가 있다.
- ⑤ 긴급을 요하는 경우 처분의 이유제시를 생략할 수 있다.

정답 ③

해설

③ (X) 행정청은 처분을 하는 때에는 i) 신청내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우, ii) 단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우, iii) 긴급을 요하는 경우를 제외하고는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다(행정절차법 제23조 제1항). 그런데 행정청은 위 ii) 및 iii)의 경우에 처분 후 당사자가 요청하는 경우에는 그 근거와 이유를 제시하여야 한다(행정절차법 제23조 제2항). 따라서 신청내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우에는 처분 후 당사자가 요청하는 경우에도 그 근거와 이유의 제시를 생략할 수가 있다.

11. 「국가배상법」제5조에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 영조물은 국가 또는 지방자치단체가 소유권, 임차권 그 밖의 권한에 기하여 관리하고 있는 경우에는 포함되지만 사실상 관리하고 있는 경우에는 해당되지 않는다.
- ② 「민법」제758조와는 달리 동조는 점유자의 면책규정을 두고 있지 아니하다.
- ③ 동조의 영조물은 「민법」제758조의 공작물의 개념보다 넓다.
- ④ 하자의 해석과 관련하여 객관설이 주관설보다 피해자의 구제에 유리하다.
- ⑤ 영조물의 설치관리자와 비용부담자가 다른 경우 피해자는 선택하여 손해배상을 청구할 수 있다.

정답 ①

해설

① (X) 국가배상법 제5조 제1항 소정의 “공공의 영조물”이라 함은 국가 또는 지방자치단체에 의하여 특정 공공의 목적에 공여된 유체물 내지 물적 설비를 지칭하며, ‘특정 공공의 목적에 공여된 물’이라 함은 일반공중의 자유로운 사용에 직접적으로 제공되는 공공용물에 한하지 아니하고, 행정주체 자신의 사용에 제공되는 공용물도 포함하며 국가 또는 지방자치단체가 소유권, 임차권 그 밖의 권한에 기하여 관리하고 있는 경우뿐만 아니라 사실상의 관리를 하고 있는 경우도 포함한다(대판 1995.1.24, 94다

45302 ; 대판 1998.10.23, 98다17381).

② (○) 「국가배상법」은 민법상의 사용자책임을 규정한 민법 제756조 제1항 단서에서 사용자가 피용자의 선임감독에 무과실인 경우에는 면책되도록 규정한 것과는 달리 이러한 면책규정을 두지 아니함으로써 국가배상책임이 용이하게 인정되도록 하고 있다(대판 전합 1996.2.15, 95다38677).

③ (○) 영조물은 관리가능성 여부로 판단하므로 일반적으로 민법상 공작물의 범위보다 넓다.

영조물에 해당하지 않는 것	영조물로 인정받은 사례
i) 일반재산(구 잡종재산) ii) 국유림, 국유임야, 현금 iii) 사고지점 도로가 군민의 통행에 제공되었다 하여도 피고 군에 의하여 노선인정 기타 공용 개시가 없었던 경우(80다2478) iv) 언덕의 붕괴를 예방하기 위해 도급회사가 설치한 옹벽 v) 한국모터스포츠연맹이 설치한 자동차 경주에 필요한 방호벽 vi) 한국철도공사가 관리하는 철도시설	i) 여의도 광장 ii) 매향리 사격장 iii) 철도건설목 자동경보기 iv) 공중변소 v) 도로의 맨홀 vi) 댐, 육교, 도로, 지하차도, 전신주, 방파제 vii) 저수지, 제방과 하천부지 viii) 경찰관의 권총 ix) 경찰견

④ (○) 객관설에 의하면 영조물이 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 경우에는 그 과실유무를 묻지 않고 하자가 인정된다. 반면 주관설(의무위반설)에 의하면 관리자가 안전관리의무에 위반하면 하자가 인정된다. 따라서 관리자의 고의·과실이 요구된다. 따라서 객관설에 따를 경우 과실의 인정범위가 넓어진다. 판례의 주류는 객관설의 입장이다(대판 2010.11.25, 2007다74560 등). 그러나 일부 판례는 “영조물의 안전성의 구비 여부는 설치·관리자가 그 영조물의 위험성에 비례하여 사회통념상 일반적으로 요구되는 정도의 방호조치의무를 다하였는지 여부를 그 기준으로 삼아야 할 것이며, 객관적으로 보아 시간적·장소적으로 영조물의 기능상 결함으로 인한 손해발생의 예견가능성과 회피가능성이 없는 경우, 즉 그 영조물의 결함이 영조물의 설치·관리자의 관리행위가 미칠 수 없는 상황 아래에 있는 경우에는 영조물의 설치·관리상의 하자를 인정할 수 없다”고 판시하여(대판 2010.7.22, 2010다33354·33361 등), 주관설 내지 절충설의 입장으로 볼 수 있는 것도 있다.

⑤ (○) 국가나 지방자치단체가 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 공무원의 선임·감독 또는 영조물의 설치·관리를 맡은 자와 공무원의 봉급·급여, 그 밖의 비용 또는 영조물의 설치·관리비용을 부담하는 자가 동일하지 아니하면 그 비용을 부담하는 자도 손해를 배상하여야 한다(국가배상법 제6조 제1항).

12. 행정상 손실보상에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있을 경우 판례에 의함)

① 판례는 손실보상의 원인이 공법적이라면 손실의 내용이 사권이라도, 손실보상은 공법적인 것이라고 보고 있다.

② 손실보상청구권을 발생시키는 침해는 재산권이나 신체에 대한 것이어야 한다.

③ 판례는 구「하천법」상 하천구역 편입토지에 대한 손실보상청구를 공법상의 권리라고 보아 항고소송에 의하여야 한다고 보고 있다.

④ 헌법재판소는 공익사업의 시행으로 인한 개발이익은 완전보상의 범위에 포함되는 피수용토지의 객관적 가치내지 피수용자의 손실이라고 본다.

⑤ 원칙적으로 적법한 공권력 행사로 인한 손해의 전보제도로써 위법한 공권력행사로 인한 침해에 대한 보상인 국가배상제도와는 다르다.

정답 ⑤

해설

① (×), ③ (×) 손실보상청구권 민사소송에 의하도록 하는 실정법은 존재하지 않는다. 그 결과 손실보상청구권에 대해서는 공권설(통설)과 사권설의 대립이 있고, 판례(대판 1998.2.27, 97다46450 등)는 원칙적으로 공법분야에서 발생된 경우라도 사권설을 취하여 민사소송절차에 의하면서도, 공유수면 매립사업으로 인하여 관행어업권을 상실하게 된 자의 손실보상청구권(대판 2001.6.29, 99다56468)과 하천법 부칙규정에 의한 손실보상청구권(대판 전합 2006.5.18, 2004다6207)에 대해서는 공권설에 입각하여 당사자소송에 의하고 있다.

② (×), ⑤ (○) 손해배상과 손실보상의 구별

구분	손해배상	손실보상
원리	• 개인주의적 사상 • 책임주의	• 단체주의적 사상 • 사회적 공평부담주의
위법성 요건	○ (위법한 행위로 인한 손해)	× (적법한 행위로 인한 손실)
공법영역	○	○
사법영역	○	×
헌법	제29조 제1항	제23조 제3항
일반법	국가배상법	일반법은 없으나, 개별법은 다수 존재
고의·과실 요건	○ (위법, 유책)	× (적법, 무책)
재산적 침해	○ (양도나 압류가 된다)	○ (재산권의 종류는 불문)
생명·신체 등의 비재산적(정신적) 침해	○ (양도나 압류가 안된다)	재산상 피해만을 대상으로 한다(×)

④ (×) 토지수용에 의하여 그 소유자가 입은 손실과 공익사업의 시행으로 발생하는 이익은 별개의 문제이므로, 공익사업이 시행되기도 전에 미리 그 시행으로 기대되는 이용가치의 상승을 감안한 지가의 상승분을 보상액에 포함시킨다는 것은 피수용 토지에 대한 사업시행 당시의 객관적 가치를 초과하여 보상액을 산정하는 셈이 된다. 따라서 개발이익은 그 성질상 완전보상의 범위에 포함되는 피수용자의 손실이라고 볼 수 없으므로, 이러한 개발이익을 배제하고 손실보상액을 산정한다 하여 「헌법」이 규정한 정당보상의 원리에 어긋나는 것이라고 할 수 없다(헌재 2010.12.28, 2008헌바57 ; 헌재 2010.3.25, 2008헌바102 ; 헌재 2009.12.29, 2009헌바142 ; 헌재 2009.9.24, 2008헌바112 등).

13. 공무원의 직무활동에 관한 다음의 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있을 경우 판례에 의함)

- ① 공무원이 직무에 관하여 알게 된 사실에 관하여 증인으로 심문을 받을 경우 소속기관장의 승인을 받은 사항에 관해서만 진술할 수 있다.
- ② 상관의 직무상 단순위법인 명령에 대해서 공무원이 복종하지 않더라도 징계는 받지 않는다.
- ③ 공무원의 징계사유가 공금의 횡령인 경우 횡령액의 5배이내의 징계부가금의 부과처분을 할 수 있다.

- ④ 공무원은 상관의 직무상 명령이 위법·부당하다고 판단되면 자기의 의견을 진술할 수 있다.
- ⑤ 공무원의 품위유지의무는 직무집행중일 때뿐만 아니라 사생활에서의 행동에도 적용된다.

정답 ②

해설

- ① (○) 국회에서의 증언·감정 등에 관한 법률 제4조(공무상 비밀에 관한 증언·서류 등의 제출) **제1항** 국회로부터 공무원 또는 공무원이었던 자가 증언의 요구를 받거나, 국가기관이 서류 등의 제출을 요구받은 경우에 증언할 사실이나 제출할 서류 등의 내용이 직무상 비밀에 속한다는 이유로 증언이나 서류 등의 제출을 거부할 수 없다. 다만, 군사·외교·대북관계의 국가기밀에 관한 사항으로서 그 발표로 말미암아 국가안위에 중대한 영향을 미친다는 주무부장관(대통령 및 국무총리의 소속기관에서는 당해 관서의 장)의 소명이 증언 등의 요구를 받은 날로부터 5일 이내에 있는 경우에는 그러하지 아니하다. 따라서 직무상 관련 있는 사실만이 증언의 대상이 된다.
- ② (×) 모든 공무원은 법령을 준수하며 성실히 직무를 수행하여야 하고(국가공무원법 제56조), 공무원은 직무를 수행할 때 소속 상관의 직무상 명령에 복종하여야 한다(국가공무원법 제57조). 만약 법령준수의무와 직무상 명령복종의무가 충돌하는 경우, 상관의 직무명령의 위법성이 명백하지 않은 단순위법과 부당한 경우에는 공무원은 그 명령에 복종해야 한다. 그러나 직무명령의 위법성이 명백한 경우에는 법치주의적 관점에서 법령준수의무가 우선하게 되므로 그 명령에 대한 복종을 거부하여야 하며(대판 1999.4.23, 99도636 참조),
- ③ (○) 국가공무원법 제78조의2(징계부가금) **제1항** 제78조에 따라 공무원의 징계 의결을 요구하는 경우 그 징계 사유가 금품 및 향응 수수(授受), 공금의 횡령(橫領)·유용(流用)인 경우에는 해당 징계 외에 금품 및 향응 수수액, 공금의 횡령액·유용액의 5배 내의 징계부가금 부과 의결을 징계위원회에 요구하여야 한다.
- ④ (○) 지방공무원법 제49조(복종의 의무) 공무원은 직무를 수행할 때 소속 상사의 직무상 명령에 복종하여야 한다. 다만, 이에 대한 의견을 진술할 수 있다. 따라서 상관의 직무상 명령이 위법·부당하다고 판단되면 자기의 의견을 진술할 수 있다.
- ⑤ (○) 공무원은 직무의 내외를 불문하고 그 품위가 손상되는 행위를 하여서는 아니된다(국가공무원법 제63조).

14. 취소소송의 원고적격 및 협의의 소익에 대한 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있을 경우 판례에 의함)

- ① 고등학교졸업학력검정고시에 합격하였다 하더라도, 고등학교에서 퇴학처분을 받은 자는 퇴학처분의 취소를 구할 협의의 소익이 있다.
- ② 원천납세의무자는 원천징수의무자에 대한 납세고지를 다룰 수 있는 원고적격이 없다.
- ③ 협의의 소익은 상고심 계속 중에도 존속해야 한다.
- ④ 건축공사 완료 후에는 건물준공처분의 취소를 구할 협의의 소익이 없다.
- ⑤ 경찰허가를 받은 경업자에게는 원고적격이 인정되나, 특허사업의 경업자는 특별한 사정이 없는 한 원고적격이 부인된다.

정답 ⑤

해설

① (○) 고등학교졸업이 대학입학자격이나 학력인정으로서의 의미밖에 없다고 할 수 없으므로 고등학교졸업학력검정고시에 합격하였다 하여 고등학교 학생으로서의 신분과 명예가 회복될 수 없는 것이니 퇴학처분을 받은 자로서는 퇴학처분의 위법을 주장하여 그 취소를 구할 소송상의 이익이 있다(대판 1992.7.14, 91누4737).

② (○) 원천징수에 있어서 원천납세의무자는 과세권자가 직접 그에게 원천세액을 부과한 경우가 아닌 한 과세권자의 원천징수의무자에 대한 납세고지로 인하여 자기의 원천세납세의무의 존부나 범위에 아무런 영향을 받지 아니하므로 이에 대하여 항고소송을 제기할 수 없다(대판 1994.09.09. 93누22234).

③ (○) 협의의 소의 이익은 소송요건이므로 소송계속 중 소의 이익이 없게 되면 부적법하여 각하된다. 따라서 소송요건은 사실심변론종결시인 소송종료시 까지 유지되어야 한다.

④ (○) 처분의 무효 등 확인소송이나 취소소송은 처분의 무효 등 확인이나 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자만이 제기할 수 있다고 할 것이어서 신축한 건물이 무단증평, 이격거리위반, 배란다돌출, 무단구조변경 등 건축법에 위반하여 시공됨으로써 인접주택 소유자의 사생활과 일조권을 침해하고 있다고 하더라도, 인접건물 소유자들로서는 위 건물준공처분의 무효확인이나 취소를 구할 법률상 이익이 없다(대판 1993.11.9, 93누13988).

⑤ (×) 특허의 경우 경업자는 원고적격을 인정받으나, 일반적인 경찰행정상의 허가의 경우 새로운 영업자에 대한 허가로 기존 경업자가 침해받는 것은 법률상 이익이 아니라 단순히 반사적 이익에 불과하므로 경업자는 원고적격을 인정받지 못한다.

15. 사정판결에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

① 원고는 피고 행정청이 속하는 국가 또는 공공단체를 상대로 손해배상 등 적당한 구제방법의 청구를 당해 취소소송 등이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 있다.

② 판례는 당연 무효의 처분은 존치시킬 효력이 있는 행정행위가 없기 때문에 사정판결을 할 수 없다고 하여 부정적이다.

③ 판례는 직권으로 사정판결을 할 수 있다는 입장이다.

④ 사정판결의 대상이 되는 처분의 위법 여부에 대한 판단은 처분시를 기준으로 하고, 사정판결의 필요성 판단은 판결시를 기준으로 하는 것이 일반적 견해이다.

⑤ 원고의 청구가 이유가 있다고 인정하는 경우에도, 즉 처분 등이 위법한 경우에도 처분등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정하는 때에는 법원은 원고의 청구를 각하할 수 있다.

정답 ⑤

해설

① (○) 원고는 피고인 행정청이 속하는 국가 또는 공공단체를 상대로 손해배상, 제해시설의 설치 그 밖에 적당한 구제방법의 청구를 당해 취소소송 등이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 있다(행정소송법 제28조 제3항).

② (○) 제9조(재판관할), 제10조(관련청구소송의 이송 및 병합), 제13조(피고적격), 제14조(피고경정), 제15조(공동소송), 제16조(제3자의 소송참가), 제17조(행정청의 소송참가), 제

19조(취소소송의 대상), 제22조(처분변경으로 인한 소의 변경), 제23조(집행정지), 제24조(집행정지의 취소), 제25조(행정심판기록의 제출명령), 제26조(직권심리), 제29조(취소판결 등의 효력), 제30조(취소판결 등의 기속력), 제31조(제3자에 의한 재심청구), 제33조(소송비용에 관한 재판의 효력)의 규정은 무효등확인소송의 경우에 준용한다(행정소송법 제38조 제1항). 따라서 사정판결에 관한 제28조는 무효등확인소송에 준용되지 않는다.

③ (○) 행정처분이 위법한 경우에는 이를 취소하는 것이 원칙이고, 예외적으로 그 위법한 처분을 취소·변경하는 것이 도리어 현저히 공공복리에 적합하지 아니하는 경우에는 그 취소를 허용하지 아니하는 사정판결을 할 수 있고, 이러한 사정판결에 관하여는 당사자의 명백한 주장이 없는 경우에도 기록에 나타난 여러 사정을 기초로 직권으로 판단할 수 있는 것이다(대판 2006.12.21, 2005두16161 ; 대판 2006.9.22, 2005두2506).

④ (○) 사정판결에 있어서, 위법 판단의 기준시점은 처분시이다. 반면 사정판결은 처분 이후의 사정변경을 고려하는 취지에서 인정되는 것이므로 사정판결의 필요성 판단의 기준시점은 변론종결시(판결시)이다(대판 1970.3.24, 69누29).

⑤ (×) 원고의 청구가 이유 있다고 인정하는 경우에도 처분 등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정하는 때에는 법원은 원고의 청구를 기각할 수 있다. 이 경우 법원은 그 판결의 주문에서 그 처분 등이 위법함을 명시하여야 한다(행정소송법 제28조 제1항). 즉 사정판결은 처분이 위법하여 원고의 청구가 이유 있다고 인정하는 경우에도 처분 등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정되어 원고의 청구를 기각하는 것이다.

16. 권한의 위임에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 권한의 위임은 위임의 해제, 종기의 도래 및 근거법령의 소멸 등에 의해 종료된다.
- ② 수임청은 그 권한을 위임청의 이름으로 행사하며 그에 관한 소송의 피고는 위임청이 된다.
- ③ 권한의 위임은 위임청의 권한의 일부에 한해서만 가능하다.
- ④ 법령의 근거가 없는 권한의 위임은 무효이다.
- ⑤ 수임청은 위임받은 권한의 일부를 하급행정청에 재위임 할 수 있다.

정답 ②

해설

① (○), ④ (○) 권한의 위임은 법령으로 정하여진 권한분배를 실질적으로 변경하는 것이므로 정부조직법 제6조 반드시 법적 근거를 요한다. 따라서 위임의 해제, 종기의 도래 및 근거법령의 소멸 등에 의해 종료된다.

② (×) 권한의 위임이 있으면 위임청의 권한은 상실되고 수임청의 권한으로 이전되어 수임청이 자기의 이름으로 권한을 행사하게 되므로, 취소소송 등 항고소송의 피고도 수임청이 된다. 예컨대 에스에이치(SH)공사가 택지개발사업시행자인 서울특별시장으로부터 이주대책 수립권한을 포함한 택지개발사업에 따른 권한을 위임 또는 위탁받은 경우, 이주대책 대상자들이 에스에이치(SH)공사 명의로 이루어진 이주대책에 관한 처분에 대한 취소소송을 제기함에 있어 정당한 피고는 에스에이치(SH)공사가 된다(대판 2007.8.23, 2005두3776).

③ (○) 권한의 위임은 위임청의 권한의 일부에 한하여 허용될 뿐이고 그 전부의 위임은 인정되지 않는다. 왜냐하면 행정청의 권한은 법령에 의해 부여되는데, 권한의 전부를 위임하

게 되면 위임청의 권한을 완전히 소멸시키게 되어 권한분배의 원칙에 위배되기 때문이다. 마찬가지로 이유로 위임청의 존립근거를 위태롭게 하는 주요부분의 위임도 인정되지 않는다.

⑤ (○) 위임을 받은 기관은 특히 필요한 경우에는 법령으로 정하는 바에 따라 위임을 받은 사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 재위임할 수 있다(정부조직법 제6조 제1항). 다만 특별시장·광역시장·도지사 또는 특별자치도지사나 시장·군수 또는 구청장이 수임사무의 일부를 규칙으로 정하는 바에 따라 재위임하려면 그 위임기관의 장의 승인을 받아야 하고(행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제4조), 지방자치단체의 장이 위임받은 사무의 일부를 재위임하려면 미리 그 사무를 위임한 기관의 장의 승인을 받아야 한다(지방자치법 제104조 제4항).

17. 다음 중 민중소송에 해당하는 것을 모두 고르면?

- | |
|--------------------------------------|
| ㉠ 「지방자치법」에 따른 지방의회의원 징계의결에 대한 무효확인소송 |
| ㉡ 「지방자치법」에 따른 주민소송의 유형으로서 부당이득반환청구소송 |
| ㉢ 「지방자치법」에 따른 주민소송의 유형으로서 중지청구소송 |
| ㉣ 「공직선거법」상의 당선소송 |
| ㉤ 「공직선거법」상의 선거소송 |

- ① ㉠, ㉡, ㉢, ㉣, ㉤ ② ㉠, ㉡, ㉢, ㉣
 ③ ㉠, ㉢, ㉣, ㉤ ④ ㉡, ㉢, ㉣, ㉤
 ⑤ ㉢, ㉣, ㉤

정답 ④

해설

㉠ (X) 지방의회를 대표하고 의사를 정리하며 회의장 내의 질서를 유지하고 의회의 사무를 감독하며 위원회에 출석하여 발언할 수 있는 등의 직무권한을 가지는 지방의회 의장에 대한 불신임의결은 의장으로서의 권한을 박탈하는 행정처분의 일종으로서 항고소송의 대상이 된다(대결 1994.10.11, 94두23). 그리고 「지방자치법」 제86조 내지 제89조의 규정에 의거한 지방의회의 의원징계의결은 그로 인해 의원의 권리에 직접 법률효과를 미치는 행정처분의 일종으로서 행정소송의 대상이 되고, 그와 같은 의원징계의결의 당부를 다투는 소송의 관할법원에 관하여는 동법에 특별한 규정이 없으므로 일반법인 「행정소송법」의 규정에 따라 지방의회의 소재지를 관할하는 고등법원이 그 소송의 제1심 관할법원이 된다(대판 1993.11.26, 93누7341). 양자 모두 지방의회를 피고로 한다.

㉡ (○), ㉢ (○) 주민소송의 유형으로는 i) 해당 행위를 계속하면 회복하기 곤란한 손해를 발생시킬 우려가 있는 경우에는 그 행위의 전부나 일부를 중지할 것을 요구하는 소송(중지청구소송), ii) 행정처분인 해당 행위의 취소 또는 변경을 요구하거나 그 행위의 효력 유무 또는 존재 여부의 확인을 요구하는 소송(취소소송 및 무효등확인소송), iii) 게을리한 사실의 위법확인을 요구하는 소송(부작위위법확인소송), iv) 해당 지방자치단체의 장 및 직원, 지방의회의원, 해당 행위와 관련이 있는 상대방에게 손해배상청구 또는 부당이득반환청구를 할 것을 요구하는 소송. 다만, 그 지방자치단체의 직원이 「지방재정법」 제94조나 「회계관계직원 등의 책임에 관한 법률」 제4조에 따른 변상책임을 져야 하는 경우에는 변상명령을 할 것을 요구하는

소송(손해배상청구 등의 이행소송) 등이 있다(지방자치법 제17조 제2항). 따라서 이러한 소송은 단체소송으로서 법률의 규정이 있는 경우 민중소송에 해당한다.

㉔ (○),㉕ (○) 민중소송이란 국가 또는 공공단체의 기관이 법률에 위반되는 행위를 한 때에 직접 자기의 법률상의 이익과 관계없이 그 시정을 구하기 위하여 제기하는 소송을 말한다(행정소송법 제3조 제3호). 예컨대 선거소송과 당선소송(공직선거법 제222조·제223조), 국민투표무효소송(국민투표법 제92조), 주민투표소송(주민투표법 제25조), 주민소송(지방자치법 제17조)은 민중소송의 예에 속한다.

18. 공무원관계의 변동에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있을 경우 판례에 의함)

- ① 관할 도지사의 공중보건의사 채용계약 해지의 의사표시에 대하여는 공법상의 당사자소송으로 그 의사표시의 무효확인을 청구할 수 있다.
- ② 4급 공무원이 당해 지방자치단체 인사위원회의 심의를 거쳐 3급 승진대상자로 결정되고 임용권자가 그 사실을 대내외에 공표한 경우 그 공무원에게 승진임용신청권이 있다.
- ③ 공무원의 사직의 의사표시는 사인의 공법행위이므로 「민법」상의 비진의의사표시의 무효에 관한 규정은 적용되지 않는다.
- ④ 당연퇴직 사유에 해당되어 공무원으로서의 신분을 상실한 자가 그 이후 사실상 공무원으로 계속 근무한 경우 당연퇴직 후의 사실상의 근무기간은 「공무원연금법」상의 재직기간에 합산된다.
- ⑤ 기간제로 임용되어 임용기간이 만료된 국립대학의 교원은 재임용 여부에 관하여 심사를 요구할 법규상 또는 조리상의 신청권을 가진다.

정답 ④

해설

① (○) 관계 법령의 규정내용에 미루어 보면 현행 실정법이 전문직공무원인 공중보건의사의 채용계약 해지의 의사표시는 일반공무원에 대한 징계처분과는 달라서 항고소송의 대상이 되는 처분 등의 성격을 가진 것으로 인정되지 아니하고, 일정한 사유가 있을 때에 관할 도지사가 채용계약관계의 한쪽 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시로 취급하고 있는 것으로 이해되므로, 공중보건의사 채용계약 해지의 의사표시에 대하여는 대등한 당사자간의 소송형식인 공법상의 당사자소송으로 그 의사표시의 무효확인을 청구할 수 있는 것이지, 이를 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라는 전제하에서 그 취소를 구하는 항고소송을 제기할 수는 없다(대판 1996.5.31, 95누10617).

② (○) 4급 공무원이 당해 지방자치단체 인사위원회의 심의를 거쳐 3급 승진대상자로 결정되고 임용권자가 그 사실을 대내외에 공표까지 하였다면, 그 공무원은 승진임용에 관한 법률상 이익을 가진 자로서 임용권자에 대하여 3급 승진임용을 신청할 조리상의 권리가 있고, 이러한 공무원으로부터 소청심사청구를 통해 승진임용신청을 받은 행정청으로서의 상당한 기간 내에 그 신청을 인용하는 적극적 처분을 하거나 각하 또는 기각하는 등의 소극적 처분을 하여야 할 법률상의 응답의무가 있다. 그럼에도, 행정청이 위와 같은 권리자의 신청에 대해 아무런 적극적 또는 소극적 처분을 하지 않고 있다면 그러한 행정청의 부작위는 그 자체로 위법하다(대판 2009.07.23. 2008두10560).

③ (○) 이른바 1980년의 공직자숙정계획의 일환으로 일괄사표의 제출과 선별수리의 형식

으로 공무원에 대한 의원면직처분이 이루어진 경우, 사직원 제출행위가 강압에 의하여 의사결정의 자유를 박탈당한 상태에서 이루어진 것이라고 할 수 없고 민법상 비진의 의사표시의 무효에 관한 규정은 사인의 공법행위에 적용되지 않는다는 등의 이유로 그 의원면직처분을 당연무효라고 할 수 없다고 한 사례(대판 2000.11.14. 99두548).

④ (X) 「공무원연금법」에 의한 퇴직급여 등은 적법한 공무원으로서의 신분을 취득하여 근무하다가 퇴직하는 경우에 지급되는 것이고, 임용 당시 공무원임용결격사유가 있었다면 그 임용행위는 당연무효이며, 당연무효인 임용행위에 의하여 공무원의 신분을 취득할 수는 없으므로 임용결격자가 공무원으로 임용되어 사실상 근무하여 왔다고 하더라도 적법한 공무원으로서의 신분을 취득하지 못한 자로서는 「공무원연금법」 소정의 퇴직급여 등을 청구할 수 없고, 또 당연퇴직사유에 해당되어 공무원으로서의 신분을 상실한 자가 그 이후 사실상 공무원으로 계속 근무하여 왔다고 하더라도 당연퇴직 후의 사실상의 근무기간은 「공무원연금법」상의 재직기간에 합산될 수 없다(대판 2003.5.16, 2001다61012; 대판 2002.7.26, 2001두205).

⑤ (O) 기간제로 임용되어 임용기간이 만료된 국·공립대학의 조교수는 교원으로서의 능력과 자질에 관하여 합리적인 기준에 의한 공정한 심사를 받아 위 기준에 부합되면 특별한 사정이 없는 한 재임용되리라는 기대를 가지고 재임용 여부에 관하여 합리적인 기준에 의한 공정한 심사를 요구할 법규상 또는 조리상 신청권을 가진다고 할 것이니, 임용권자가 임용기간이 만료된 조교수에 대하여 재임용을 거부하는 취지로 한 임용기간만료의 통지는 위와 같은 대학교원의 법률관계에 영향을 주는 것으로서 행정소송의 대상이 되는 처분에 해당한다(대판 전합 2004.4.22, 2000두7735).

19. 「경찰관직무집행법」상 보호조치에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

① 경찰관은 수상한 행동이나 그 밖의 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 자살을 기도함이 명백하며 응급의 구호를 요한다고 믿을만한 상당한 이유가 있는 자를 발견한 때에는 보건의료기관 또는 공공구호기관에 긴급구호를 요청하거나 경찰관서에 보호하는 등 적당한 조치를 할 수 있다.

② 경찰관의 긴급구호요청을 받은 보건의료기관이나 공공구호기관은 정당한 이유 없이 긴급구호를 거절할 수 없다.

③ 미아·병자·부상자 등으로서 적당한 보호자가 없으며 응급의 구호를 요한다고 인정되는 자는 임의보호조치의 대상자이다.

④ 경찰관이 보호조치를 취하는 경우 피구호자가 휴대하고 있는 무기·흉기 등 위험을 야기할 수 있는 것으로 인정되는 물건은 경찰관서에 임시영치할 수 있으나 10일을 초과할 수 없다.

⑤ 피구호자를 공중보건의료기관 또는 공공구호기관에 인계한 경찰관은 즉시 그 사실을 당해 공중보건의료기관·공공구호기관의 장 및 그 감독행정청에 통보하여야 한다.

정답 ⑤

해설

① (O), ③ (O) 경찰관은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 i) 정신착란 또는 술취한 상태로 인하여 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산에 위해를 미칠 우려가 있는 자와 자살을 기도

하는 자나 ii) 미아·병자·부상자 등으로서 적당한 보호자가 없으며 응급의 구호를 요한다고 인정되는 자(다만 당해인이 이를 거절하는 경우에는 예외로 함)에 해당함이 명백하며 응급의 구호를 요한다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 자를 발견한 때에는 보건의료기관 또는 공공구호기관에 긴급구호를 요청하거나 경찰관서에 보호하는 등 적당한 조치를 할 수 있다(제4조 제1항).

② (○) 제1항의 긴급구호요청을 받은 보건의료기관이나 공공구호기관은 정당한 이유 없이 긴급구호를 거절할 수 없다(경찰관직무집행법 제4조 제2항).

④ (○) 경찰관은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 i) 정신착란 또는 술취한 상태로 인하여 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산에 위해를 미칠 우려가 있는 자와 자살을 기도하는 자, ii) 미아·병자·부상자 등으로서 적당한 보호자가 없으며 응급의 구호를 요한다고 인정되는 자(다만, 당해인이 이를 거절하는 경우에는 예외로 함)에 해당함이 명백하며 응급의 구호를 요한다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 자를 발견한 때에는 보건의료기관 또는 공공구호기관에 긴급구호를 요청하거나 경찰관서에 보호하는 등 적당한 조치를 할 수 있고(경찰관직무집행법 제4조 제1항), 피구호자가 휴대하고 있는 무기·흉기 등 위험을 야기할 수 있는 것으로 인정되는 물건은 경찰관서에 임시영치할 수 있다(같은 법조 제3항). 이에 의한 경찰관서에서의 보호는 24시간을, 임시영치는 10일을 초과할 수 없다(같은 법조 제7항).

⑤ (×) 경찰관직무집행법 **제4항** 경찰관은 제1항의 조치를 하였을 때에는 지체 없이 구호대상자의 가족, 친지 또는 그 밖의 연고자에게 그 사실을 알려야 하며, 연고자가 발견되지 아니할 때에는 구호대상자를 적당한 공공보건의료기관이나 공공구호기관에 즉시 인계하여야 한다.

제5항 경찰관은 제4항에 따라 구호대상자를 공공보건의료기관이나 공공구호기관에 인계하였을 때에는 즉시 그 사실을 소속 경찰서장이나 지방해양경찰관서의 장에게 보고하여야 한다.

제6항 제5항에 따라 보고를 받은 소속 경찰서장이나 지방해양경찰관서의 장은 대통령령으로 정하는 바에 따라 구호대상자를 인계한 사실을 지체 없이 해당 공공보건의료기관 또는 공공구호기관의 장 및 그 감독행정청에 통보하여야 한다.

20. 「행정소송법」상 취소소송의 규정이 무효확인소송에는 준용되나 부작위위법확인소송에는 준용되지 않는 것은?

- ① 제3자에 의한 재심청구
- ② 행정심판기록의 제출명령
- ③ 처분변경으로 인한 소의 변경
- ④ 거부처분취소판결의 간접강제
- ⑤ 관련청구소송의 이송 및 병합

정답 ③

해설

③ (○) 제9조(재판관할), 제10조(관련청구소송의 이송 및 병합), 제13조(피고적격), 제14조(피고경정), 제15조(공동소송), 제16조(제3자의 소송참가), 제17조(행정청의 소송참가), 제18조(행정심판과의 관계), 제19조(취소소송의 대상), 제20조(제소기간), 제25조(행정심판기록의 제출명령), 제26조(직권심리), 제27조(재량처분의 취소), 제29조(취소판결 등의 효력), 제30

조(취소판결 등의 기속력), 제31조(제3자에 의한 재심청구), 제33조(소송비용에 관한 재판의 효력), 제34조(거부처분취소판결의 간접강제)의 규정은 부작위위법확인소송의 경우에 준용한다(행정소송법 제38조 제2항). 따라서 집행정지(제23조), 사정판결에 관한 규정(제28조), 처분변경으로 인한 소의 변경(제22조)등은 준용되지 않는다.

취소소송과 부작위위법확인소송의 비교

	취소소송	부작위위법확인소송
처분변경으로 인한 소의 변경(제22조)	○	×
집행정지(제23조)	○	×
사정판결(제28조)	○	×