

[14. 사회복지직 9급 행정법총론 기출문제 해설]

☆ 기출문제 해설 : 백 영 민

☆ 백영민 약력

- (현) 원광디지털대학교 경찰행정학과 행정법 교수
- (현) 에듀윌 9급 공무원 행정법 강사
- (현) 노량진 김재규경찰학원 경감승진 행정법 강사
- (현) 수원행정고시학원 행정법 강사
- (현) 부산한국고시학원 행정법 강사
- (현) 울산 중앙공무원학원 행정법 강사
- (현) 교육개발교육원 강사
- (현) 고시고시 행정법 강사

- (전) 노량진 웅진패스원
- (전) 노량진 한교고시학원
- (전) 노량진 남부행정고시학원
- (전) 노량진 이그잼고시학원
- (전) 대전 이그잼고시학원
- (전) 신림동 두로경찰학원
- (전) 창원공무원학원 행정법 강사
- (전) 종로·강남 한교고시학원 행정법 강사
- (전) 대전 국민경찰경찰학원 행정법 강사
- (전) 울산 중앙행정고시학원 행정법 강사
- (전) 고려대학교, 장안대학교, 안양대학교, 호원대학교 행정법 특강
- (전) 강남구청교육원 특강

[저서]

- 행정법 콘서트(도서출판 에이스)
- 문제로 분석·정리하는 행정법 관련법령(도서출판 에이스)
- 경감승진 주관식 행정법(경찰승진 연구회)
- 사례문제 행정법(유비티아)
- 비핵 행정법 핵심정리(도서출판 에이스)
- 스마트 경찰행정법(경찰승진 연구회)
- All that 행정법 핵심요약정리집(고시 고시)

01 준법률행위적 행정행위가 아닌 것은?

- ① 발명특허
- ② 교과서의 검정
- ③ 도로구역의 결정
- ④ 행려병자의 유류품처분

■ 해설 ④ 행려병자의 유류품 처분은 개인보호의 견지에서 이루어지는 대리행위에 해당한다.
①②③는 준법률행위적 행정행위 중 확인에 해당한다.

▶ 확인의 사례

- ㉠ 조직법상의 확인 : 당선인의 결정, 국가시험합격자의 결정
- ㉡ 급부행정법상의 확인 : 도로구역결정, 발명권특허, 교과서검인정(학설은 확인, 헌법재판소 판례는 특허로 본다)
- ㉢ 재정법상의 확인 : 소득금액의 결정
- ㉣ 군정법상의 확인 : 신체검사
- ㉤ 쟁송법상의 확인 : 행정심판의 재결, 이의신청의 결정

■ 정답 ④

02 실질적 법치주의를 구현하기 위한 방법으로 옳지 않은 것은?

- ① 법률의 위임에 의한 법규명령의 제정에 있어서 포괄적 위임금지
- ② 행정의 내부조직이나 특별행정법관계 내부에까지 법률유보 적용확대
- ③ 헌법재판소에 의한 위헌법률심사제
- ④ 행정의 탄력성과 합목적성을 달성하기 위한 행정입법권의 강화

■ 해설 ④ 법치주의란 인권보장을 목적으로 하고 권력분립의 원칙에 기초하여, 모든 국가작용은 국민의 대표기관인 의회가 제정한 법률에 기하여 행하여져야 할 뿐만 아니라, 그러한 법률의 적용을 보장하는 재판제도를 통해 사법적 구제절차를 확보해야 한다는 원리이다. 즉 법치주의는 국민의 권리보장이 목적이 아닌 행정의 효율성 증진이 목적이 아니다. 따라서 행정의 탄력성과 합목적성을 달성하기 위한 행정입법권을 강화할 것이 아니라 국민의 권익침해를 방지하기 위하여 행정입법에 대한 한계와 효율적인 통제를 강조하여야 할 것이다.

- ① 입법권은 원칙적으로 국회에 있으며(헌법 40조), 행정부는 법률의 수권이 있는 경우에만 법규명령을 제정할 수 있다는 점에서 포괄위임금지의 원칙 등 위임입법에 대한 한계와 통제를 강조하는 것은 실질적 법치주의를 구현하기 위한 방법이다.
- ② 종래 행정의 자유영역에 속했던 통치행위·행정재량행위·특별권력관계행위·비권력행정 등에 법의 기속을 확대하는 추세는 실질적 법치주의를 구현하기 위한 방법이다.
- ③ 오늘날은 사전적 구제제도로서 행정절차의 강조, 헌법재판소에 의한 위헌법률심사제 채택, 행정소송에 있어서 개괄주의 채택과 행정순해전보제도 등을 통하여 국가작용으로 인한 국민의 권익침해에 대한 사법적 구제제도가 대폭 확대되었다. 이는 실질적 법치주의를 구현하기 위한 방법이다.

■ 정답 ④

03 무효인 행정처분에 해당되지 않는 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 『행정절차법』 상 문서주의에 위반하여 행해진 행정처분
- ② 『환경영향평가법』 상 환경영향평가의 대상사업임에도 환경영향평가를 거치지 않고 행해진 사업승인처분
- ③ 『주민등록법』 상 최고·공고절차가 생략된 주민등록말소처분
- ④ 취소판결의 기속력에 위반하여 행해진 행정처분

■ 해설 ③ 이 사건 처분이 주민등록법 제17조의2에 규정한 최고·공고의 절차를 거치지 아니하였다 하더라도 그러한 하자는 중대하고 명백한 것이라고 할 수 없어, 처분의 당연무효사유에 해당하는 것이라고는 할 수 없다(대법원 1994.8.26, 94누3233).

- ① 행정청의 처분의 방식을 규정한 행정절차법 제24조를 위반하여 행해진 행정처분은 무효에 해당 함
행정절차법 제24조는, 행정청이 처분을 하는 때에는 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 문서로 하여야 하고 전자문서로 하는 경우에는 당사자 등의 동의가 있어야 하며, 다만 신속을 요하거나 사안이 경미한 경우에는 구술 기타 방법으로 할 수 있다고 규정하고 있는데, 이는 행정의 공정성·투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익을 보호하기 위한 것이므로 위 규정을 위반하여 행하여진 행정청의 처분은 하자가 중대하고 명백하여 원칙적으로 무효이다(대법원 2011.11.10. 2011도11109).
- ② 환경영향평가를 거쳐야 할 대상사업에 대하여 환경영향평가를 거치지 아니하였음에도 불구하고 승인 등 처분이 이루어진다면, 사전에 환경영향평가를 함에 있어 평가대상지역 주민들의 의견을 수렴하고 그 결과를 토대로 하여 환경부장관과의 협의내용을 사업계획에 미리 반영시키는 것 자체가 원칙적으로 봉쇄되는바, 이렇게 되면 환경파괴를 미연에 방지하고 쾌적한 환경을 유지·조성하기 위하여 환경영향평가제도를 둔 입법취지를 달성할 수 없게 되는 결과를 초래할 뿐만 아니라 환경영향평가대상지역 안의 주민들의 직접적이고 개별적인 이익을 근본적으로 침해하게 되므로, 이러한 행정처분의 하자는 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것이고 객관적으로도 명백한 것이라고 할 수 없어, 이와 같은 행정처분은 당연무효이다(대법원2006.6.30. 2005두14363).
- ④ 기속력에 위반하여 행한 행정처분의 효력은 당연무효
확정판결의 당사자인 처분행정청이 그 행정소송은 사실심변론종결 이전의 사유를 내세워 다시 확정판결과 저촉되는 행정처분을 하는 것은 허용되지 않은 것으로서, 이러한 행정처분은 그 하자가 중대하고도 명백한 것이어서 당연무효라 할 것이다(대법원 1990.12.11. 90누3560).

정답 ③

04 확약에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 장래 일정한 처분을 할 것을 약속하는 행정청의 확약은 처분이 아니다.
② 행정청의 확약의 불이행으로 인해 손해를 입은 자는 『국가배상법』 상 요건을 충족하는 경우에 한하여 손해배상을 청구할 수 있다.
③ 『행정절차법』 에도 확약에 관한 규정을 두고 있으므로 확약의 가능성을 논할 실익은 없다.
④ 확약이 있는 후 사실적·법률적 상태가 변경된 경우에는 그 확약은 행정청의 별다른 의사 표시를 기다리지 않고 실효된다.

해설 ② 행정청의 확약불이행에 따른 손해는 국가배상법이 허용하는 한 손해배상을 청구할 수 있다. 또한 확약의 철회에 따라 침해된 상대방의 정당한 신뢰는 손실보상을 통해 보상받을 수 있다.

- ① 어업권면허에 선행하는 우선순위결정은 행정청이 우선권자로 결정된 자의 신청이 있으면 어업권면허처분을 하겠다는 것을 약속하는 행위로서 강학상 확약에 불과하고 행정처분은 아니므로, 우선순위결정에 공정력이나 불가쟁력과 같은 효력은 인정되지 아니하며, 수익적 처분이 상대방의 허위 기타 부정한 방법으로 인하여 행하여졌다면 상대방은 그 처분이 그와 같은 사유로 인하여 취소될 것임을 예상할 수 없었다고 할 수 없으므로, 이러한 경우에까지 상대방의 신뢰를 보호하여야 하는 것은 아니라고 할 것이다(대법원 1995. 1. 20. 94누6529).
- ③ 행정절차법은 확약에 관한 명문규정을 두고 있지 않다.
④ 확약은 행정청의 별다른 의사표시를 기다리지 않고 당연 실효
행정청이 상대방에게 장차 어떤 처분을 하겠다고 확약 또는 공적인 의사 표명을 하였다고 하더라도 그 자체에서 상대방으로 하여금 언제까지 처분의 발령을 신청하도록 유효기간을 두었는데도 그 기간 내에 상대방의 신청이 없었다거나 확약 또는 공적인 의사표명이 있는 후에 사실적·법률적 상태가 변경되었다면 그와 같은 확약 또는 공적인 의사표명은 행정청의 별다른 의사표시를 기다리지 않고 실효된다(대법원 1996. 8. 20. 95누10877).

정답 ③

05 『공공기관의 정보공개에 관한 법률』 상 정보공개청구에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 정보공개청구권자를 ‘모든 국민’으로 규정하고 있으므로 외국인의 정보공개청구권은 인정될 여지가 없다.

- ② 국가 또는 지방자치단체로부터 반드시 보조금을 받는 사회복지법인과 사회복지사업을 하는 비영리법인도 공개대상이 되는 공공기관에 포함된다.
- ③ 공개청구의 대상이 되는 문서가 반드시 원본일 필요는 없다.
- ④ 공개청구한 정보에 비공개대상 정보와 공개가능한 정보가 혼합되어 있는 경우, 공개청구의 취지에 어긋나지 아니하는 범위 안에서 두 부분을 분리할 수 있는 때에는 비공개대상에 해당하는 부분을 제외하고 공개하여야 한다.

- **해설** ① ㉠ 국내에 일정한 주소를 두고 거주하거나 학술·연구를 위하여 일시적으로 체류하는 자 ㉡ 국내에 사무소를 두고 있는 법인 또는 단체인 외국인도 정보공개청구를 할 수 있다(공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령 제3조).
- ② 공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령 제2조 제5호
 - ③ 공공기관의 정보공개에 관한 법률상 공개청구의 대상이 되는 정보란 공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 현재 보유·관리하고 있는 문서에 한정되는 것이기는 하나, 그 문서가 반드시 원본일 필요는 없다(대법원 2006.5.25, 2006두3049).
 - ④ 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제4조

■ **정답** ①

06 『국가배상법』 상 손해배상책임에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정처분 이후에 항고소송에서 취소되었다고 할지라도 당해 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 할 수 는 없다.
- ② 동법 제5조의 영조물책임은 국가 또는 지방자치단체가 소유권, 임차권, 그 밖의 권한에 기하여 관리하고 있는 영조물에 대해서만 인정되며, 사실상 관리하고 있을 뿐인 경우에는 인정되지 않는다.
- ③ 공무원이 직무수행 중 불법행위로 타인에게 손해를 입힌 경우 공무원에게 경과실만 인정되는 때에는 공무원 개인은 손해배상책임을 부담하지 않는다.
- ④ 공무원의 선임·감독을 맡은 자와 봉급·급여 기타의 비용을 부담하는 자가 동일하지 아니 할 때에는 그 비용을 부담하는 자도 당해 공무원의 불법행위에 대하여 배상책임을 진다.

- **해설** ② 국가배상법 제5조 제1항 소정의 ‘공공의 영조물’이라 함은 국가 또는 지방자치단체에 의하여 특정 공공의 목적에 공여된 유체물 내지 물적 설비를 지칭하며, 공공용물에 한하지 아니하고, 공용물도 포함하며, 국가 또는 지방자치단체가 소유권·임차권 그 밖의 권한에 기하여 관리하고 있는 경우뿐만 아니라 **사실상의 관리를 하고 있는 경우도 포함**한다(대법원 1995. 1. 24, 94다45302).
- ① 어떠한 행정처분이 위법하다고 할지라도 그 자체만으로 곧바로 그 행정처분이 공무원의 고의 또는 과실로 인한 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없고, 공무원의 고의 또는 과실의 유무에 대하여는 별도의 판단을 요한다고 할 것인바, 그 이유는 행정청이 관계법령의 해석이 확립되기 전에 어느 한 설을 취하여 업무를 처리한 것이 결과적으로 위법하게 되어 그 법령의 부당집행이라는 결과를 빚었다고 하더라도 처분 당시 그와 같은 처리방법 이상의 것을 성실한 평균적 공무원에게 기대하기 어려웠던 경우라면 특별한 사정이 없는 한 이를 두고 공무원의 과실로 인한 것이라고 볼 수는 없기 때문이다(대법원 2004. 6. 11, 2002다31018).
 - ③ 공무원이 고의·중과실인 경우에는 원칙적으로 가해공무원의 책임이나, 피해자인 국민을 두텁게 보호하기 위하여 국가 등이 공무원 개인과 중첩적으로 배상책임을 부담하는 것이고, 경과실의 경우에는 이러한 공무원의 행위는 여전히 국가기관의 행위이므로 그로 인하여 발생한 손해에 대한 배상책임도 여전히 국가 등에만 귀속시키고 공무원 개인에게는 그 책임이 귀속되지 않는다(대법원 1996.2.15, 95다38677).
 - ④ 예컨대, 기관위임사무의 경우 선임·감독자는 그 사무의 귀속주체인 국가 또는 상급지방자치단체이나 당해 사무에 필요한 경비 등을 대외적으로 지출하는 자(비용부담자)는 지방자치단체이기 때문에, 피해자가 누구를 배상책임자로 하여 손해배상을 청구하여야 하는지가 불명확하게 되는 경우가 적지 않다. 그에 따라 국가배상법 제6조 제1항은 사무의 귀속주체 이외에 비용부담자도 배상책임을 지도록 함으로써 피해자의 피고선택의 부담을 완화하여 피해구제를 용이하게 하도록 하고 있다. 따

라서 피해자에게는 선택적 청구권이 인정된다.

■ 정답 ②

07 『질서위반행위규제법』 상 과태료에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 자신의 행위가 위법하지 아니한 것으로 오인하고 행한 질서위반행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 과태료를 부과하지 아니한다.
- ② 2인 이상이 질서위반행위에 가담한 때에는 각자가 질서위반 행위를 한 것으로 본다.
- ③ 과태료 부과처분에 불복하는 당사자는 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 과태료 부과처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기할 수 있다.
- ④ 과태료는 당사자가 과태료 부과처분에 대하여 이의를 제기하지 아니한 채 이의제기 기한이 종료한 후 사망한 경우에는 그 상속재산에 대하여 집행할 수 있다.

■ 해설 ③ 행정청의 과태료 부과에 불복하는 당사자는 과태료 부과 통지를 받은 날부터 60일 이내에 해당 행정청에 서면으로 이의제기를 할 수 있다. 이의제기를 받은 행정청은 이의제기를 받은 날부터 14일 이내에 이에 대한 의견 및 증빙서류를 첨부하여 관할 법원에 통보하여 과태료 관할 법원의 결정으로 과태료를 부과한다. 따라서 질서위반행위인 과태료부과에 대한 불복은 60일 이내에 해당 행정청에 서면으로 이의제기하는 것이지, 행정소송을 제기하는 것이 아니다. 대법원도 “건축법에 의하여 부과된 과태료처분은 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다(대법원 1995.7.28. 95누2623).” 고 판시하고 있다.

- ① 질서위반행위규제법 제8조
- ② 질서위반행위규제법 제12조 제1항
- ④ 질서위반행위규제법 제24조의2 제1항

■ 정답 ③

08 행정의 실효성확보수단에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 『부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률』 상 실권리자명의 등기의무에 위반하여 부과된 과징금 채무는 대체적 급부가 가능한 의무이므로 과징금을 부과 받은 자가 사망한 경우 그 상속인에게 포괄승계된다.
- ② 『독점규제 및 공정거래에 관한 법률』 상 부당한 행위에 대한 과징금은 부당지원행위 억제라는 행정목적 실현하기 위한 행정상 제재금으로서의 기본적 성격에 부당이득환수적 요소도 부가되어 있는 것으로서, 행정벌과 병과하더라도 이중처벌금지원칙에 위반되지 않는다.
- ③ 가산세는 과세권의 행사 및 조세채권의 실현을 용이하게 하기 위하여 개별 세법이 정하는 바에 따라 부과되는 행정상의 제재로서, 가산세를 부과하기 위해서는 원칙적으로 조세채무를 이행하지 않은 데 대한 납세자의 고의 또는 과실이 필요하다.
- ④ 『식품위생법』 상 일반음식점영업의 요건을 갖춘 신고라고 하더라도, 그 영업신고를 한 당해 건축물이 『건축법』 상 무허가 건물이라면 그 신고는 적법한 신고라고 할 수 없다.

■ 해설 ③ 세법상 가산세는 과세권의 행사 및 조세채권의 실현을 용이하게 하기 위하여 납세자가 정당한 이유 없이 법에 규정된 신고, 납세 등 각종 의무를 위반한 경우에 법이 정하는 바에 따라 부과하는 행정상 제재로서 납세자의 고의·과실은 고려되지 아니하고 법령의 부지 등은 그 의무위반을 탓할 수 없는 정당한 사유에 해당하지 아니한다(대법원 2004. 2. 26. 2002두10643).

- ① 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」 제5조에 의하여 부과된 과징금 채무는 대체적 급부가 가능한 의무이므로, 위 과징금을 부과받은 자가 사망한 경우 그 상속인에게 포괄승계된다(대법원 1999.5.14. 99두35).
- ② 구 독점규제및공정거래에관한법률 제24조의2에 의한 부당내부거래에 대한 과징금은 그 취지와 기

능, 부과의 주체와 절차 등을 종합할 때 부당내부거래 억지라는 행정목적 실현하기 위하여 그 위반행위에 대하여 제재를 가하는 행정상의 제재금으로서의 기본적 성격에 부당이득환수적요소도 부과되어 있는 것이라 할 것이고, 이를 두고 **헌법 제13조 제1항**에서 금지하는 국가형벌권 행사로서의 '처벌'에 해당한다고는 할 수 없으므로, 공정거래법에서 형사처벌과 아울러 과징금의 병과를 예정하고 있더라도 이중처벌금지원칙에 위반된다고 볼 수 없으며, 이 과징금 부과처분에 대하여 공정력과 집행력을 인정한다고 하여 이를 확정판결 전의 형벌집행과 같은 것으로 보아 무죄추정의 원칙에 위반된다고도 할 수 없다(헌재 2003.7.24, 2001헌가25).

- ④ 식품위생법에 따른 식품접객업의 영업신고 요건을 갖추었으나, 그 영업신고를 한 당해 건축물이 무허가 건물일 경우 영업신고가 적법한지 여부(소극)
 식품위생법과 건축법은 그 입법 목적, 규정사항, 적용범위 등을 서로 달리하고 있어 식품접객업에 관하여 식품위생법이 건축법에 우선하여 배타적으로 적용되는 관계에 있다고는 해석되지 않는다. 그러므로 식품위생법에 따른 식품접객업(일반음식점영업)의 영업신고의 요건을 갖춘 자라고 하더라도, 그 영업신고를 한 당해 건축물이 건축법 소정의 허가를 받지 아니한 무허가 건물이라면 적법한 신고를 할 수 없다(대법원 2009.04.23. 2008도6829).

■ 정답 ③

09 허가에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 토지의 형질변경행위를 수반하는 건축허가처럼 기속행위인 허가가 재량행위인 허가를 포함하는 경우에는 재량행위가 된다.
- ② 허가는 행위의 유효요건이므로 허가를 받아야 할 행위를 허가받지 아니하고 행한 경우, 그 행위는 행정강제나 행정벌의 대상은 되지 않고 무효로 되는 것이 원칙이다.
- ③ 『공유수면매립법』에 따른 공유수면매립면허는 강학상 허가의 성질을 가진다.
- ④ 허가로 인하여 받는 이익은 법적으로 보호되는 이익이 아니라 반사적 이익이라는 데 이견이 없다.

- 해설 ① 토지형질변경허가와 토지의 형질변경을 수반하는 건축허가(=재량행위)
 토지의 형질변경허가는 그 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(대법원 2005. 7. 14, 2004두6181).
- ② 무허가행위의 경우 행정상 강제집행이나 행정벌의 대상이 될 뿐 무허가행위 자체의 효력은 원칙적으로 영향을 없다. 다만, 법률이 무허가행위의 무효를 규정하고 있는 경우는 있다.
- ③ 공유수면매립면허는 강학상 특허에 해당한다.
- ④ 오늘날에는 강학상 허가라 하여 제3자가 누리던 이익이 반드시 반사적 이익이라고 단정하지 아니하고, 근거법령의 해석상 사익보호성이 인정되는 경우에는 법률상 이익이 있는 것으로 보고 있다. 판례도 원칙은 반사적 이익으로 보나 예외적으로 법률상 이익을 인정하기도 한다.

■ 정답 ①

10 행정행위의 하자의 치유에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정행위의 하자의 치유는 원칙적으로 허용될 수 없고, 예외적으로 행정행위의 무용한 반복을 피하고 당사자의 법적 안정성을 위해 허용하는 때에도 국민의 권리나 이익을 침해하지 않는 범위에서 인정될 수 있다.
- ② 행정청이 청문서 도달기간을 다소 어겼다고 하더라도 상대방이 이의를 제기하지 아니한 채 스스로 청문일에 출석하여 방어의 기회를 충분히 가졌다면 청문서 도달기간을 준수하지 아니한 하자는 치유된다.
- ③ 당연무효인 징계처분을 받은 자가 이를 용인하였다면 그 징계처분의 하자는 치유된다.
- ④ 하자의 치유는 늦어도 행정처분에 대한 불복 여부의 결정 및 불복신청을 할 수 있는 상당한 기간 내에 해야 하므로 소가 제기된 이후에는 하자의 치유가 인정될 수 없다.

■ 해설 ③ 무효인 행정행위는 하자의 전환이 인정되는 것이고 하자의 치유는 인정되지 않는다. 대법원도 “징계처분이 중대하고 명백한 흠 때문에 당연무효의 것이라면 징계처분을 받은 자가 이를 용인하였다 하여 그 흠이 치유되는 것은 아니다(대법원 1989. 12. 12, 88누8869).”고 판시하였다.

- ① 행정행위가 이루어진 당초에 그 행정행위의 위법사유가 되는 하자가 사후의 추완행위 또는 어떤 사정에 의하여 보완되었을 경우에는 행정행위의 무효한 반복을 피하고 당사자의 법적 생활안정을 기한다는 입장에서는 이 하자는 치유되고, 당초의 위법한 행정행위가 적법·유효한 행정행위로 전환될 수 있다고 할 것이나, 행정행위의 성질이나 법치주의의 관점에서 볼 때 하자 있는 행정행위의 치유는 원칙적으로 허용될 수 없는 것일 뿐만 아니라, 이를 허용하는 경우에도 국민의 권리와 이익을 침해하지 않는 범위에서 구체적 사정에 따라 합목적적으로 가려야 한다고 할 것이다(대법원 1983.7.26, 82누420).
- ② 행정청이 청문서 도달기간을 다소 어겼다하더라도 영업자가 이에 대하여 이의하지 아니한 채 스스로 청문일에 출석하여 그 의견을 진술하고 변명하는 등 방어의 기회를 충분히 가졌다면 청문서 도달기간을 준수하지 아니한 하자는 치유 되었다고 봄이 상당하다(대법원 1992.10.23, 92누2844).
- ④ 다수설과 판례는 하자의 치유를 허용하려면 늦어도 당해 처분에 대한 불복여부의 결정 및 불복신청에 편의를 줄 수 있는 상당한 기간 내 까지만 가능하다는 입장이다(대법원 1983.7.26, 82누420). 따라서 과세관청이 취소소송 계속 중에 납세고지서의 세액산출근거를 밝히는 보정통지를 하였다 하여 이것을 종전에 위법한 부과처분을 스스로 취소하고 새로운 부과처분을 한 것으로 볼 수 없으므로 이미 항고소송이 계속중인 단계에서 위와 같은 보정통지를 하였다 하여 그 위법성이 이로써 치유된다 할 수 없다(대법원 1988.2.9, 83누404).”고 판시하여 소가 제기된 이후에는 하자의 치유가 인정될 수 없다.

■ 정답 ③

11 취소소송제도에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 원칙적으로 임의적 행정심판전치주의를 취하고 있다.
- ② 피고는 행정주체가 된다.
- ③ 집행부정지 원칙을 택하고 있다.
- ④ 원고의 청구가 이유가있다고 인정하는 경우에도 처분등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정하는 때에는 법원은 원고의 청구를 기각할 수 있다.

■ 해설 ② 항고소송의 피고는 행정주체가 아니라 처분을 행한 행정청이다.

- ① 1998년 3월부터 시행된 현행 행정소송법 제18조 제1항 전단은 원칙적으로 행정심판을 거치지 않고도 제기할 수 있도록 하는 임의적 행정심판전치주의를 채택하였다.
- ③ 행정소송법 제23조 제1항은 독일과 달리 원칙적으로 집행부정지원칙을 취하고 있다.
- ④ 사정판결에 대한 설명이다.

■ 정답 ②

12 행정소송과 행정심판의 관계에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 필요적 행정심판전치주의가 적용되는 경우 처분의 집행 또는 절차의 속행으로 생길 중대한 손해를 예방하여야 할 긴급한 필요가 있는 때에는 재결을 거치지 아니하고 취소소송을 제기할 수 있으나, 이 경우에도 행정심판은 제기하여야 한다.
- ② 『부가가치세법』 상 과세처분의 무효선언을 구하는 의미에서 그 취소를 구하는 소송은 전심절차를 거칠 필요가 없다.
- ③ 필요적 행정심판전치주의가 적용되는 경우 그 요건을 구비하였는지 여부는 법원의 직권 조사사항이다.
- ④ 필요적 행정심판주의가 적용되는 경우 행정심판전치요건은 사실심 변론종결시까지 충족하면 된다.

■ 해설 ② 대법원은 “과세처분의 무효선언을 구하는 의미에서 취소를 구하는 소송이라도 전심절차와 그 제소기간의 준수등 취소소송의 제소요건을 갖추어야 한다(대법원 1976. 2. 24, 75누128; 대법원

1990. 8. 28, 90누1892)."라고 하여 무효확인을 구하는 소송이라 하더라도, 취소소송이 갖추어야 할 소송요건인 행정심판전치주의의 요건을 충족하여야 하고 제소기간의 준수 등을 갖추어야 한다고 보고 있다.

① 행정소송법 제18조 제2항 제2호

③④ 필요적 행정심판전치주의가 적용되는 사건에서 전심절차를 거쳤는지 여부는 소송요건이므로, 다른 소송요건과 마찬가지로 법원의 직권조사사항이다. 법원은 당사자의 이의가 없더라도 직권으로 조사하여야 하고, 그 경우 여부가 불분명한 경우에는 석명권을 행사하여 이를 밝혀야 한다. 소송요건의 충족 여부는 변론종결시를 기준으로 하는 것이므로, 변론종결시까지 전치의 요건이 충족되면 부적법 각하하여서는 아니된다.

■ 정답 ②

13 다음 중 판례에 의할 경우 처분성이 인정되는 것은 몇 개인가?

- ㉠ 형사사건에 대한 검사의 기소 결정
- ㉡ 『국가공무원법』 상 결격사유에 근거한 당연퇴직의 인사발령통보
- ㉢ 한국마사회의 기수면허 부여 및 그 취소 결정
- ㉣ 급수공사 신청자에 대한 수도사업자의 급수공사비 납부통지
- ㉤ 지방의회 의장에 대한 지방의회의 불신임의결

① 1개

② 2개

③ 3개

④ 4개

■ 해설 ㉠만이 행정처분성이 인정된다.

㉡ 지방의회를 대표하고 의사를 정리하며 회의장 내의 질서를 유지하고 의회의 사무를 감독하며 위원회에 출석하여 발언할 수 있는 등의 직무권한을 가지는 지방의회 의장에 대한 불신임 의결은 의장으로서의 권한을 박탈하는 행정처분의 일종으로서 항고소송의 대상이 된다(대법원 1994. 10. 11, 94두23).

㉢ 형사사건에 대한 검사의 기소결정과 불기소처분은 헌법재판소법과 형사소송법상 별도의 구제방법이 존재하므로 행정소송의 대상인 처분성은 인정되지 않는다.

㉣ 국가공무원법 제69조에 의하면 공무원이 제33조 각 호의 1에 해당할 때에는 당연히 퇴직한다고 규정하고 있으므로, 국가공무원법상 당연퇴직은 결격사유가 있을 때 법률상 당연히 퇴직하는 것이지, 공무원관계를 소멸시키기 위한 별도의 행정처분을 요하는 것이 아니며, 당연퇴직의 인사발령은 법률상 당연히 발생하는 퇴직사유를 공적으로 확인하여 알려주는 이른바 관념의 통지에 불과하고 공무원의 신분을 상실시키는 새로운 형성적 행위가 아니므로 행정소송의 대상이 되는 독립한 행정처분이라고 할 수 없다(대법원 1995.11.14. 95누2036).

㉤ 한국마사회가 조교사 또는 기수의 면허를 부여하거나 취소하는 것은 경마를 독점적으로 개최할 수 있는 지위에서 우수한 능력을 갖추었다고 인정되는 사람에게 경마에서의 일정한 기능과 역할을 수행할 수 있는 자격을 부여하거나 이를 박탈하는 것에 지나지 아니하므로, 이는 국가 기타 행정기관으로부터 위탁받은 행정권한의 행사가 아니라 일반 사법상의 법률관계에서 이루어지는 단체 내부에서의 징계 내지 제재처분이다(대법원 2008.1.31. 2005두8269). 즉 사법상 법률관계이기 때문에 행정처분성은 인정되지 않는다.

㉥ 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 함은 행정청의 공법상 행위로서 특정사항에 대하여 범규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하며 기타 법률상 효과를 발생케 하는 등 국민의 구체적 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 행위를 말하고 행정권 내부에서의 행위나 알선, 권유, 사실상의 통지 등과 같이 상대방 또는 기타 관계자들의 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 일으키지 아니하는 행위는 항고소송의 대상이 될 수 없다.

수도사업자가 급수공사 신청자에 대하여 급수공사비 내역과 이를 지정기일 내에 선납하라는 취지로 한 납부통지는 수도사업자가 급수공사를 승인하면서 급수공사비를 계산하여 급수공사 신청자에게 이를 알려 주고 위 신청자가 이에 따라 공사비를 납부하면 급수공사를 하여 주겠다는 취지의 강제성이 없는 의사 또는 사실상의 통지행위라고 풀이함이 상당하고, 이를 가리켜 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다(대법원 1993.10.26. 93누6331).

■ 정답 ①

14 하자의 승계되지 않는 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 직위해제처분과 직권면직처분
- ② 행정대집행 절차에서의 계고처분과 비용납부명령
- ③ 표준지공시지가결정과 수용재결
- ④ 개별공시지가결정과 과세처분

■ 해설 ①만이 하자승계가 인정되지 않는다.

※ 하자승계 여부

하자의 승계를 인정한 판례	① 납세독촉과 체납처분 ② 대집행에 있어서 계고·통지·실행·비용납부명령 사이 ③ 기준지가고시처분과 토지수용처분 ④ 귀속재산의 임대처분과 후행매각처분 ⑤ 암매장분묘개장명령과 계고처분 ⑥ 한지의사시험자격인정과 한지의사면허처분 ⑦ 독촉과 가산금·증가산금징수처분 ⑧ 안경사시험합격취소처분과 안경사면허취소처분 ⑨ 무효인 조례와 그에 근거한 지방세부과처분 ⑩ 토지구획정리사업에 있어서 환지에정지지정처분과 공작물이전명령
하자의 승계를 부정한 판례	① 과세처분과 체납처분 ② 건물철거명령과 대집행계고처분 ③ 사업인정과 수용재결처분 ④ 표준공시지가결정과 개별토지가격결정 ⑤ 표준공시지가결정과 과세처분 ⑥ 토지등급의 설정 또는 수정처분과 과세처분 ⑦ 수강거부처분과 수료처분 ⑧ 재개발사업인가처분과 토지수용재결처분 ⑨ 도시계획결정과 수용재결 ⑩ 직위해제처분과 면직처분 ⑪ 병역법상 보충역면입처분과 공익근무요원소집처분 ⑫ 변상판정과 변상명령 ⑬ 사업계획승인처분과 도시계획시설변경·지적승인고시처분 ⑭ 석유액화가스판매업허가처분과 사업개시신고반려처분 ⑮ 하천복구처분과 계고처분 ⑯ 국제항공노선 운수권배분 실효처분 및 노선면허거부처분과 후행처분인 노선면허처분 ⑰ 전직처분 또는 전직거부처분과 직권면직처분 ⑱ 택지개발예정지구 지정과 택지개발계획 승인처분 ⑲ 도시계획사업의 실시계획인가와 수용재결 ⑳ 도시계획시설변경·지적승인고시처분과 사업계획승인처분 ㉑ 토지구획정리사업시행인가처분과 환지청산금부과처분 ㉒ 택지개발사업계획의 승인과 수용재결 ㉓ 관리처분계획과 청산금부과처분
별개의 효과를 목적으로 하는 경우에도 예측가능성과 수인가능성이 없는 경우에는 하자승계가 인정된다는 판례	① 개별공시지가와 양도소득세 부과 ② 표준지공시지가 결정의 하자와 수용재결 ③ 친일반민족행위자로 결정한 친일반민족행위진상규명위원회의 최종발표(선행처분)에 따라 지방보훈지청장이 독립유공자 예우에 관한 법률 적용 대상으로 보상금 등의 예우를 받던 갑의 유가족 을 등에 대하여 독립유공자법 적용배제자 결정
별개의 효과를 목적으로 하는 경우에도 예측가능성이 있는 경우에는 하자승계가 부정된다는 판례	원고가 이 사건 토지를 매도한 이후에 그 양도소득세 산정의 기초가 되는 1993년도 개별공시지가 결정에 대하여 한 재조사청구에 따른 (감액)조정결정을 통지받고서도 더 이상 다투지 아니한 경우까지, 선행처분인 개별공시지가 결정의 불가쟁력이나 구속력이 수인한도를 넘는 가혹한 것이거나 예측불가능하다고 볼 수 없어, 위 개별공시지가결정의 위법을 이 사건 과세처분의 위법 사유로 주장할 수 없다(대판 1998. 3. 13, 96누6059).

■ 정답 ①

15 행정절차에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 『행정절차법』은 공법상 계약에 관하여는 규정하고 있지 않다.
- ② 지방의회의 동의를 얻어 행하는 처분에 대해서는 『행정절차법』이 적용되지 아니한다.
- ③ 행정청은 처분에 오기, 오산 또는 그 밖에 이에 준하는 명백한 잘못이 있을 때에는 직권으로 또는 신청에 따라 지체 없이 정정하고 그 사실을 당사자에게 통지하여야 한다.
- ④ 헌법 제12조 제1항과 제3항은 형사사건의 적법절차에 관한 규정이므로 행정절차에는 적용되지 아니한다.

■ 해설 ④ 헌법 제12조 제3항 본문은 동조 제1항과 함께 적법절차원리의 일반조항에 해당하는 것으로서, **형사절차상의 영역에 한정하지 않고, 입법·행정 등 국가의 모든 공권력의 작용에 적용된다**(헌재 1992. 12. 24, 92헌마78).

- ① 확약, 행정계획의 확정절차, 공법상 계약, 행정상 강제집행, 즉시강제, 행정조사절차, 제3자에 대한 사전통지, 행정절차 하자의 치유와 치유시기, 부당결부금지원칙, 수리를 요하는 신고, 사인의 공법 행위에 대한 일반규정 등은 행정절차법에 명문규정이 없다.
- ② 행정절차법 제3조 제2항 제1호
- ③ 행정절차법 제25조

■ 정답 ④

16 甲은 『식품위생법』상 영업허가를 받아 영업을 하는 자로서 자신의 영업을 乙에게 양도하였고, 乙은 관련법령에 따라 관할 행정청에 영업자 지위승계신고를 하였다. 이에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 관할 행정청이 乙의 신고를 수리하려면 행정절차법에 따라 甲에 대해 처분의 사전통지를 하고 의견제출의 기회를 주어야 한다.
- ② 관할 행정청은 乙의 신고가 수리된 후에는 위해식품 판매를 이유로 甲에 대해 진행 중이던 제재처분 절차를 乙에 대해 계속할 수 없다
- ③ 영업양도계약이 적법하게 이루어졌더라도 아직 乙의 신고가 수리되기 전이라면 관할 행정청의 영업허가 취소처분의 상대방은 甲이 된다.
- ④ 영업양도계약이 무효임에도 불구하고 관할 행정청이 乙의 신고를 수리하였다면 甲은 영업양도의 무효를 이유로 신고수리에 대해 무효확인소송을 제기할 수 있다.

■ 해설 ② 乙의 신고가 수리되면 영업자의 지위는 乙에게 승계되고 위반사유도 승계되므로 甲에 대해 진행 중이던 제재처분 절차를 乙에 대해 계속할 수 있다.

- ① 행정청이 구 식품위생법상의 영업자지위승계신고 수리처분을 하는 경우, 종전의 영업자에게 행정절차법 소정의 행정절차를 실시하여야 함
구 식품위생법의 규정들을 종합하면 위 행정청이 구 식품위생법 규정에 의하여 영업자지위승계신고를 수리하는 처분은 종전의 영업자의 권익을 제한하는 처분이라 할 것이고 따라서 종전의 영업자는 그 처분에 대하여 직접 그 상대가 되는 자에 해당한다고 봄이 상당하므로, 행정청으로서 위 신고를 수리하는 처분을 함에 있어서 행정절차법 규정 소정의 당사자에 해당하는 종전의 영업자에 대하여 위 규정 소정의 행정절차를 실시하고 처분을 하여야 한다(2001두7015). 따라서 종전의 영업자 甲에게 사전통지나 의견제출의 기회를 주어야 한다.

- ③ 사실상 영업을 양도·양수되었지만 아직 승계신고 및 수리처분이 있기 이전의 경우, 행정제재처분사유 유무의 판단기준이 되는 대상자 및 위반행위에 대한 행정책임이 귀속되는 자
사실상 영업을 양도·양수되었지만 아직 승계신고 및 그 수리처분이 있기 이전에는 여전히 종전의 영업자인 양도인이 영업허가자이고, 양수인은 영업허가자가 되지 못한다 할 것이어서 행정제재처분의 사유가 있는지 여부 및 그 사유가 있다고 하여 행하는 행정제재처분은 영업허가자인 양도인을 기준으로 판단하여 그 양도인에 대하여 행하여야 할 것이고, 한편 양도인이 그의 의사에 따라 양수인에게 영업을 양도하면서 양수인으로 하여금 영업을 하도록 허락하였다면 그 양수인의 영업 중 발생한 위반행위에 대한 행정적인 책임은 영업허가자인 양도인에게 귀속된다고 보아야 할 것이다(대법원 1995.02.24. 94누9146).

- ④ 사업의 양도행위가 무효라고 주장하는 양도자가 양도·양수행위의 무효를 구함이 없이 사업양도·양수에 따른 허가관청의 지위승계 신고수리처분의 무효확인을 구할 법률상 이익이 있는지 여부(적극)
- 사업양도·양수에 따른 허가관청의 지위승계신고의 수리는 적법한 사업의 양도·양수가 있었음을 전제로 하는 것이므로 그 수리대상인 사업양도·양수가 존재하지 아니하거나 무효인 때에는 수리를 하였다 하더라도 그 수리는 유효한 대상이 없는 것으로서 당연히 무효라 할 것이고, 사업의 양도행위가 무효라고 주장하는 양도자는 민사쟁송으로 양도·양수행위의 무효를 구함이 없이 막바로 허가관청을 상대로 하여 행정소송으로 위 신고수리처분의 무효확인을 구할 법률상 이익이 있다(대법원 2005.12.23. 2005두3554).

정답 ②

17 행정법의 일반원칙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 신뢰보호원칙에서 행정청의 공적 견해표명의 존부에 대한 판단은 행정조직상 형식적인 권한 분장의 체계에 국한되지 않으며, 구체적 경위 및 상대방의 신뢰가능성 등을 고려한다.
- ② 재량권 행사의 기준인 행정규칙이 반복적으로 시행되어 행정관행이 성립된 경우라도 그 행정규칙은 내부적 기준에 불과하므로, 이를 위반 시 재량권의 일탈·남용에 해당되지 않는다.
- ③ 고속국도 관리청이 고속도로 부지와 접도구역에 송유관 매설을 허가하면서, 상대방과 체결한 협약에 따라 송유관 시설을 이전하게 될 경우 그 비용을 상대방에게 부담하도록 한 부관은 부당결부금지의 원칙에 반하지 않는다.
- ④ 같은 정도의 비위를 저지른 자들 사이에 있어서도 그 직무의 특성 등에 비추어 개선의 정이 있는지 여부에 따라 징계 종류의 선택과 양정에서 차별적으로 취급하는 것은 평등 원칙에 반하지 아니한다.

해설 ② 상급행정기관이 하급행정기관에 대하여 업무처리지침이나 법령의 해석적용에 관한 기준을 정하여 발하는 이른바 ‘행정규칙이나 내부지침’은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적인 구속력을 갖는 것은 아니므로 행정처분이 그에 위반하였다고 하여 그러한 사정만으로 곧바로 위법하게 되는 것은 아니다. 다만, 재량권 행사의 준칙인 행정규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이루어지게 되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 받게 되므로, 이러한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그를 위반하는 처분은 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 위배되어 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이 된다(대법원 2009.12.24. 2009두7967).

- ① 과세관청의 공적 견해표명이 있었는지의 여부를 판단하는 데 있어 반드시 행정조직상의 형식적인 권한분장에 구애될 것은 아니고 담당자의 조직상의 지위와 임무, 당해 언동을 하게 된 구체적인 경위 및 그에 대한 납세자의 신뢰가능성에 비추어 실질에 의하여 판단하여야 한다. 보건사회부장관이 "의료취약지 병원설립운영자 신청공고"를 하면서 국세 및 지방세를 비과세하겠다고 발표하였고, 그 후 내부부장관이나 시·도지사가 도 또는 시·군에 대하여 지방세 감면조례제정을 지시하여 그 조례에 대한 승인의 의사를 미리 표명하였다면, 보건사회부장관에 의하여 이루어진 위 비과세의 견해표명은 당해 과세관청의 그것과 마찬가지로 볼 여지가 충분하다고 할 것이다(대법원 1996.1.23. 95누13746).
- ③ 고속국도 관리청이 고속도로 부지와 접도구역에 송유관 매설을 허가하면서 상대방과 체결한 협약에 따라 송유관 시설을 이전하게 될 경우 그 비용을 상대방에게 부담하도록 하였고, 그 후 도로법 시행규칙이 개정되어 접도구역에는 관리청의 허가 없이도 송유관을 매설할 수 있게 된 사안에서, 위 협약이 효력을 상실하지 않을 뿐만 아니라 위 협약에 포함된 부관이 부당결부금지의 원칙에도 반하지 않는다(대판 2009.2.12. 2005다65500).
- ④ 금품을 수수한 경우 그 액수와 횟수 등에 따라 징계의 종류 선택과 양정에서 차별적으로 취급하는 것이 평등의 원칙에 반하는지 여부(소극)
- 공무원인 피징계자에게 징계사유가 있어서 징계처분을 하는 경우 어떠한 처분을 할 것인가는 징계권자의 재량에 맡겨져 있으므로, 징계권자가 재량권의 행사로서 한 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계권자에게 맡겨진 재량권을 남용하였다고 인정되는 경우에 한하여 그 처분을 위법하다고 할 수 있다. 그리고 공무원에 대한 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃었는지

여부는 구체적인 사례에 따라 직무의 특성, 징계의 원인이 된 비위사실의 내용과 성질, 징계에 의하여 달성하려고 하는 행정목적, 징계 양정의 기준, 특히 금품수수의 경우는 수수액수, 수수경위, 수수시기, 수수 이후 직무에 영향을 미쳤는지 여부 등 여러 요소를 종합하여 판단할 때 그 징계내용이 객관적으로 명백히 부당하다고 인정할 수 있는 경우라야 한다. 한편, **대략 같은 정도의 비위를 저지른 자들에 대하여 그 구체적인 직무의 특성, 금전 수수의 경우에는 그 액수와 횟수, 의도적·적극적 행위인지 여부, 개전의 정이 있는지 여부 등에 따라 징계의 종류의 선택과 양정에 있어서 차별적으로 취급하는 것은 사안의 성질에 따른 합리적 차별로서 이를 자의적 취급이라고 할 수 없어 평등의 원칙 내지 형평에 반하지 아니한다**(대법원 2008.06.26. 2008두6387).

■ 정답 ②

18 공공수용 및 손실보상에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 헌법재판소는 『산업입지 및 개발에 관한 법률』에서 민간기업에게 산업단지개발사업에 필요한 토지 등을 수용할 수 있도록 규정한 조항이 헌법 제23조 제3항에 위반되지 않는다고 판시하였다.
- ② 『공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률』상 이주대책은 이주대책 대상자들에 대하여 종전의 생활상태를 원상으로 회복시키면서 동시에 인간다운 생활을 보장하여 주기위한 생활보상의 일환이다.
- ③ 『공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률』상 토지소유자가 보상금의 증감에 관한 소송을 제기하고자 하는 경우에는 지방토지수용위원회 또는 중앙토지수용위원회를 피고로 행정소송을 제기하여야 한다.
- ④ 『공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률』상 보상액의 산정은 협의에 의한 경우에는 협의성립 당시의 가격을, 재결에 의한 경우에는 수용 또는 사용의 재결 당시의 가격을 기준으로 한다.

■ 해설 ③ 재결의 내용 중 보상금만의 증액 또는 감액을 행정소송을 통하여 청구할 수 있다. 이러한 경우 소송의 제기자가 토지소유자나 관계인인 경우에는 사업시행자를, 소송제기자가 사업시행자인 경우에는 토지소유자나 관계인을 각각 피고로 하여 제기하여야 한다(동법 제85조 제2항). 즉 보상금의 증감청구소송은 형식적 당사자소송이므로 행정청을 피고로 하지 않는다. 따라서 지방토지수용위원회와 중앙토지수용위원회는 피고가 아니다.

- ① 민간기업이 수용의 주체로 규정한 '산업입지 및 개발에 관한 법률' 제22조 제1항이 헌법 제23조 제3항에 위반되는지 여부(소극)
헌법 제23조 제3항은 정당한 보상을 전제로 하여 재산권의 수용 등에 관한 가능성을 규정하고 있지만, 재산권 수용의 주체를 한정하지 않고 있다. 위 헌법조항의 핵심은 당해 수용이 공공필요에 부합하는가, 정당한 보상이 지급되고 있는가 여부 등에 있는 것이지, 그 수용의 주체가 국가인지 민간기업인지 여부에 달려 있다고 볼 수 없다. 또한 국가 등의 공적 기관이 직접 수용의 주체가 되는 것이든 그러한 공적 기관의 최종적인 허부판단과 승인결정하에 민간기업이 수용의 주체가 되는 것이든, 양자 사이에 공공필요에 대한 판단과 수용의 범위에 있어서 본질적인 차이를 가져올 것으로 보이지 않는다. 따라서 위 수용 등의 주체를 국가 등의 공적 기관에 한정하여 해석할 이유가 없다.

오늘날 산업단지의 개발에 투입되는 자본은 대규모로 요구될 수 있는데, 이러한 경우 산업단지개발의 사업시행자를 국가나 지방자치단체로 제한한다면 예산상의 제약으로 인해 개발사업의 추진에 어려움이 있을 수 있고, 만약 이른바 공영개발방식만을 고수할 경우에는 수요에 맞지 않는 산업단지가 개발되어 자원이 비효율적으로 소모될 개연성도 있다. 또한 기업으로 하여금 산업단지를 직접 개발하도록 한다면, 기업들의 참여를 유도할 수 있는 측면도 있을 것이다. 그렇다면 **민간기업은 수용의 주체로 규정한 자체를 두고 위헌이라고 할 수 없으며**, 나아가 이 사건 수용조항을 통해 민간기업에게 사업시행에 필요한 토지를 수용할 수 있도록 규정할 필요가 있다는 입법자의 인식에도 합리적인 이유가 있다 할 것이다(헌재 2009. 9. 24. 2007헌바114).

- ② 이주대책은 공공사업의 시행에 필요한 토지 등을 제공함으로써 생활의 근거를 상실하게 되는 이주자들을 위하여 사업시행자가 기본적인 생활시설이 포함된 택지를 조성하거나 그 지상에 주택을 건설하여 이주자들에게 이를 그 투입비용 원가만의 부담하에 개별 공급하는 것으로서, 그 본래의 취지에 있어 이주자들에 대하여 종전의 생활상태를 원상으로 회복시키면서 동시에 인간다운 생

활을 보장하여 주기 위한 이른바 생활보상의 일환으로 국가의 적극적이고 정책적인 배려에 의하여 마련된 제도이다(대법원 1994. 5.24. 92다35783).

④ 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제67조 제1항

■ 정답 ③

19 취소소송의 소의 이익에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정처분의 효력기간이 경과한 후에는 그 처분이 외형상 잔존함으로 인하여 어떠한 법률상 이익이 침해되고 있다고 볼 사정이 없는 한 그 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없다.
- ② 사법시험 제2차 시험 불합격처분 이후 새로이 실시된 제2차와 제3차 시험에 합격한 자는 이전의 제2차 시험 불합격처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없다.
- ③ 현역병 입영대상으로 병역처분을 받은 자가 그 취소소송 중 모병에 응하여 현역병으로 자진 입대한 경우 현역병 입영처분의 취소를 구하는 소송은 소의 이익이 없다.
- ④ 행정청이 공무원에 대하여 직위해제처분을 하였다가 그 후에 새로운 직위해제사유에 기하여 다시 직위해제처분을 한 경우에도, 당해 공무원이 제기한 원래의 직위해제처분의 취소를 구하는 소송은 소의 이익이 있다.

■ 해설 ④ 행정청이 공무원에 대하여 새로운 직위해제사유에 기한 직위해제처분을 한 경우 그 이전에 한 직위해제처분은 이를 목시적으로 철회하였다고 봄이 상당하고, 그렇다면 직위해제처분무효확인및정직처분취소 소송 중 이미 철회되어 그 효력이 상실된 직위해제처분의 취소를 구하는 부분은 존재하지 않는 행정처분을 대상으로 한 것으로서, 그 소의 이익이 없다(대법원 1996.10.15. 95누8119).

① 대법원 2004.7.8, 2002두1948

② 대법원 1996.2.23, 95누2685

③ 대법원 1998.9.8, 98두9165

■ 정답

20 이행강제금에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 대체적 작위의무 불이행에 대하여는 대집행이 가능하므로 이행강제금은 대체적 작위의무 불이행에 대하여는 부과할 수 없다.
- ② 『건축법』 상 이행강제금 납부의무는 상속인 기타의 사람에게 승계될 수 없는 일신전속적 성질의 것이다.
- ③ 『건축법』 상 시정명령 불이행에 대한 이행강제금 부과에 경우 허가권자는 부과하기 전에 이행강제금을 부과징수한다는 뜻을 미리 문서로써 계고하여야 한다.
- ④ 『건축법』 상 시정명령 불이행에 대한 이행강제금 부과에 경우 허가권자는 최초의 시정명령이 있었던 날을 기준으로 하여 1년에 2회 이내의 범위에서 그 시정명령이 이행될 때까지 반복하여 이행강제금을 부과징수할 수 있다.

■ 해설 ① 전통적으로 행정대집행은 대체적 작위의무에 대한 강제집행수단으로, 이행강제금은 부작위의무나 비대체적 작위의무에 대한 강제집행수단으로 이해되어 왔으나, 이는 이행강제금제도의 본질에서 오는 제약은 아니며, 이행강제금은 대체적 작위의무의 위반에 대하여도 부과될 수 있다. 현행 건축법상 위법건축물에 대한 이행강제수단으로 대집행과 이행강제금(제83조 제1항)이 인정되고 있는데, 양 제도는 각각의 장단점이 있으므로 행정청은 개별사건에 있어서 위반내용, 위반자의 시정명령 등 을 감안하여 대집행과 이행강제금을 선택적으로 활용할 수 있으며, 이처럼 그 합리적인 재량에 의해 선택하여 활용하는 이상 중첩적인 제재에 해당한다고 볼 수 없다(헌재 2004. 2. 26, 2001헌바80).

② 구 건축법상의 이행강제금은 구 건축법의 위반행위에 대하여 시정명령을 받은 후 시정기간 내에 당

해 시정명령을 이행하지 아니한 건축주 등에 대하여 부과되는 간접강제의 일종으로서 그 이행강제금 납부의무는 상속인 기타의 사람에게 승계될 수 없는 일신전속적인 성질의 것이므로 이미 사망한 사람에게 이행강제금을 부과하는 내용의 처분이나 결정은 당연무효이고, 이행강제금을 부과받은 사람의 이의에 의하여 비송사건절차법에 의한 재판절차가 개시된 후에 그 이의한 사람이 사망한 때에는 사건 자체가 목적을 잃고 절차가 종료한다(대법원 2006. 12. 8, 2006마470).

③ 건축법 제80조 제2항

④ 건축법 제80조 제4항

■ 정답 ①