

[2019. 서울시 7급 행정법 기출문제와 해설]

기출문제 해설 : 백 영 민

- (현) 종로공무원학원 행정법 전임
- (현) 부산 한국고시학원, 한국경찰학원 행정법 전임
- (현) 수원공무원학원 행정법 전임
- (현) 청주행정고시학원 행정법 전임
- (현) 창원공무원학원 행정법 전임
- (현) 원광디지털대학교 경찰행정학과 행정법 교수

- (전) 노량진 이그잼고시학원 9급 공무원 행정법 전임
- (전) 에듀윌 9급 공무원 행정법 전임
- (전) 노량진 김재규경찰학원 경감승진 행정법 전임
- (전) 노량진 응진패스원
- (전) 대전 이그잼고시학원 행정법 전임
- (전) 종로.강남 한교고시학원 행정법 전임
- (전) 고려대학교, 장안대학교, 안양대학교 행정법 특강
- (전) 강남구청교육원 특강
- (전) 해양인재개발원 특강

[저서]

- 단권화 행정법(도서출판 서울고시각)
- 문제로 분석·정리하는 행정법 관련법령(도서출판 에이스)
- 경감승진 주관식 행정법(경찰승진 연구회)
- 사례문제 행정법(유비티아)

본 과목 풀이 시 학설 대립이나 다툼이 있는 경우 헌법재판소 결정 또는 대법원의 판례를 따름

01 법치행정의 원리에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① 법우위의 원칙에서 법은 형식적 법률뿐 아니라 법규 명령과 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 관례법도 포함된다.
- ④ 법률유보의 원칙은 행정권의 발동에 있어서 조직규범의 근거가 필요하다는 것을 말한다.

- **해설**
- ① (○) 법률유보원칙에서의 법률의 범위는 형식적 의미의 법률에 한정되지 않고 법규명령, 자치법규, 불문법원인 관습법이나 행정법의 일반원칙 등 모든 성문법규와 불문법규를 포괄한다. 그러나 행정규칙은 포함되지 않는다.
 - ② (×) 법치행정원리는 합법성만 강조하던 형식적 법치주의에서 오늘날 내용상 정당성까지 요구되는 실질적 법치주의로 전환되었다.
 - ③ (×) 법률유보원칙에서의 법률의 범위는 의회가 제정한 형식적 의미의 법률을 의미하는 것이 원칙이다. 그러나 법률의 위임이 있으면 법규명령도 포함한다. 그러나 관습법과 관례법 등 불문법은 포함되지 않는다.
 - ④ (×) 법률유보의 원칙에서 요구되는 법적 근거는 작용법적 근거를 말한다. 조직법적 근거는 모든 행정권 행사에 있어서 당연히 요구된다.

■ **정답** ①

☆ **참고 : 법치행정의 원리와 내용**

1 법률의 법규 창조력	<ul style="list-style-type: none"> ① 법률의 법규창조력이란 국민의 권리의무에 관한 구속력을 가지는 새로운 법규를 정하는 것은 국민의 대표기관인 의회의 전속적 권한이기 때문에 원칙적으로 의회가 제정한 법률만이 법규로서 구속력을 가진다는 것을 의미 ② 법률의 법규창조력에서 법률은 의회가 제정한 형식적 의미의 법률만을 의미하는 것이 원칙
2. 법률 우위 원칙	<ul style="list-style-type: none"> ① 법률우위의 원칙이란 다른 모든 국가의사, 즉 행정의사나 사법의사는 법률의 형식으로 표시된 국가의사에 저촉될 수 없다는 원칙 ② 법률우위의 원칙은 소극적 의미의 법치행정의 원리 ③ 행정의 모든 영역에 적용, 행정행위, 공법상 계약, 행정행위의 부관, 법규명령, 조례는 물론 권력적 사실행위, 비권력적 사실행위 등 모든 행정작용은 법률우위의 원칙을 준수하여야 함 ④ 법률유보원칙에서의 법률의 범위는 형식적 의미의 법률에 한정되지 않고 법규명령, 자치법규, 불문법원인 관습법이나 행정법의 일반원칙 등 모든 성문법규와 불문법규를 포괄한다. 그러나 행정규칙은 포함되지 않음 ⑤ 실질적 법치주의는 합법성 뿐만 아니라, 내용상의 정당성도 보장 된 합헌적 법률만이 우위 ⇨ 합헌적 법률을 위한 헌법재판소의 위헌법률심판제도

3. 법률 규범 원칙	<p>① 법률유보의 원칙이란 행정권 발동은 반드시 법률의 근거(법률의 수권)를 요한다는 원칙 ⇨ 법률유보의 원칙에서 요구되는 법적 근거는 작용법적 근거를 말한다. 조직법적 근거는 모든 행정권 행사에 있어서 당연히 요구된다. 행정권 행사의 근거가 되는 법(근거규범)은 행정권 행사</p> <p>⇨ 법률유보의 원칙상 행정권 행사에 요구되는 법적 근거는 개별적 근거를 말하는데, 예외적으로 포괄적 근거도 가능하다(예 : 경찰권의 발동 등).</p> <p>② 행정의 모든 영역이 아니라 일정영역에만 적용되며, 법치행정의 적극적 측면을 나타냄</p> <p>③ 법률유보원칙에서의 법률의 범위는 의회가 제정한 형식적 의미의 법률을 의미하는 것이 원칙이다. 그러나 법률의 위임이 있으면 법규명령도 포함한다. 그러나 관습법과 판례법 등 불문법은 포함되지 아니 함</p> <p>④ 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라 국가 공동체와 그 구성원에게 기본적으로고도 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권 실현과 관련된 영역에 있어서는 국민의 대표자인 입법자가 그 본질적 사항에 대해서 스스로 결정하여야 한다는 요구까지 내포하고 있다.</p> <p>⑤ 헌법은 법치주의를 그 기본원리의 하나로 하고 있으며, 법치주의는 행정작용에 국회가 제정한 형식적 법률의 근거가 요청된다는 법률유보를 그 핵심적 내용의 하나로 하고 있다. 헌법 제37조 제2항은 기본권제한에 관한 일반적 법률유보조항이라고 할 수 있는데, 법률유보의 원칙은 '법률에 의한 규율'만을 요청하는 것이 아니라 '법률에 근거한 규율'을 요청하는 것이기 때문에 기본권의 제한에는 법률의 근거가 필요할 뿐이고 기본권제한의 형식이 반드시 법률의 형식일 필요는 없다. 법률에 근거를 두면서도 헌법 제75조가 요구하는 위임의 구체성과 명확성을 구비하기만 하면 위임입법에 의하여도 기본권을 제한 할 수 있다(헌재 2016.4.28., 2012헌마549, 2005. 3. 31. 2003헌마87).</p> <p>⑥ 법률유보원칙의 적용범위에 관하여는 여러 학설이 주장되어 왔는데, 오늘날의 실질적 법치국가에서는 점차로 법률유보원칙을 확대해 나가는 추세에 있다. 따라서 법률유보의 범위는 과거에 비해서 점차 확대되고 있으며, 헌법재판소는 의회유보의 입장을 취하고 있고, 행정유보의 입장을 채택하고 있는 것은 아니다.</p> <p>⑦ 법률유보의 원칙은 법률이 있는 경우에 문제되는 것인데, 법률유보의 원칙은 법률이 없는 경우에 문제된다.</p>
-------------------	---

02 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 한정 되지 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.
- 해설 ① (○) 석유판매업허가는 대물적 허가로서 양도인의 귀책사유는 양수인에게 효력이 미침
 석유판매업허가는 소위 대물적 허가의 성질을 갖는 것이어서 양수인이 그 양수 후 허가관청으로부터 석유판매업허가를 다시 받았다 하더라도 이는 석유판매업의 양수도를 전제로 한 것이어서 이로써 양도인의 지위승계가 부정되는 것은 아니므로 양도인의 귀책사유는 양수인에게 그 효력이 미친다(대법원 1986.7.22, 86누203).
- ② (○) 대법원 1996.10.11, 96누6172
 - ③ (×) 특허는 특정인에게 행하여지며 불특정 다수인에게는 행하여지지 않는 것이 일반이다.
 - ④ (○) 재단법인의 임원취임이 사법법인인 재단법인의 정관에 근거한다 할지라도 이에 대한 행정청의 승인(인가)행위는 법인에 대한 주무관청의 감독권에 연유하는 이상 그 인가행위 또는 인가거부행

위는 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(출처 : 대법원 2000.1.28. 98두16996).

■ 정답 ③

03 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.

■ 해설 ① (○) 공법상 계약에 대하여는 민법상의 계약해제에 관한 규정이 그대로 적용되지는 않는다. 행정주체는 공익상 필요가 있을 때에는 언제나 계약을 해제·해지할 수 있다. 그러나 사인은 공익상 영향이 없는 경우에 한하여 계약을 해제·해지할 수 있다.

② (○) 현행행정절차법은 공법상 계약에 대한 규정을 두고 있지 않다. 따라서 계약직공무원에 대한 채용계약해지의 의사표시에서 행정처분과 같이 행정절차법에 의하여 근거와 이유를 제시하여야 하는 것은 아니다(대법원 2002.11.26, 2002두5948).

③ (○) 공법상 계약의 당사자인 행정주체는 그 상대방인 사인과 대등한 지위에 있으므로 상대방의 의무불이행에 대하여는 판결에 의하지 아니하고는 자력집행을 할 수 없음이 원칙이다. 그러나 예외적으로 명문의 규정이 있다면 법원의 판결 없이도 행정청이 자력집행을 할 수 있는 경우도 있다(「보조금의 예산 및 관리에 관한 법률」 제33조 제1항, 토지보상법 제29조 제4항).

④ (×) 공중보건의사의 채용계약의 해지는 항고소송이 아닌 당사자소송의 대상 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 채용계약 관계의 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(대법원 1996.5.31, 95누10617).

■ 정답 ④

04 행정행위의 부관에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① 공유수면매립준공인가처분 중 매립지 일부에 대하여 한 국가 및 지방자치단체에의 귀속 처분은 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 하는 적법하였지만 처분 후 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거법령이 개정 됨으로써 행정청이 더 이상 부관을 붙일 수 없게 되었 다면 그 부담은 위법하게 된다.

■ 해설 ① (×) 행정청이 한 공유수면매립준공인가 중 매립지 일부에 대하여 한 국가귀속처분은 매립준공인가를 함에 있어서 매립의 면허를 받은 자의 매립지에 대한 소유권취득을 규정한 공유수면매립법

제14조의 효과 일부를 배제하는 부관을 붙인 것이므로 이러한 행정행위의 부관에 대하여는 독립하여 행정소송의 대상으로 삼을 수 없다(대법원 1993.10.8, 90누8503).

- ② (×) 해제조건부 행정행위는 조건성취에 의해 그 효력을 상실하지만 부담부 행정행위는 상대방이 의무를 이행하지 않은 경우에도 당연히 그 효력이 소멸되지 않는다. 다만, 부담이 붙은 행정행위는 법령이나 부관 자체에 부담인 의무의 위반을 그 행정행위의 철회사유로 정하지 않는 한 행정상 강제집행이나 제재의 대상이 될 뿐이다.
- ③ (○) 부담외의 부관에서 부진정일부취소소송이 인정될 수 있는지 여부에 대하여 학설은 견해가 대립한다. 판례는 부진정일부취소소송의 형식을 인정하지 않는다. 결국 부담 이외의 부관에 대하여 행정상 다툼 경우에는 부관부행정행위 전체의 취소소송을 구하든지(대법원 1985.8.9, 84누604), 아니면 먼저 행정청에 부관이 없는(또는 부관의 내용을 변경하는) 처분으로 변경해 줄 것을 청구한 다음 그것이 거부된 경우에 거부처분취소소송을 제기하는 수밖에 없다(대법원 1990.4.27, 89누6808).
- ④ (×) 행정청이 수익적 행정처분을 하면서 부가한 부담의 위법 여부는 처분 당시 법령을 기준으로 판단 ⇨ 행정청이 수익적 행정처분을 하면서 사전에 상대방과 체결한 협약상의 의무를 부담으로 부가하였는데 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거 법령이 개정되어 부관을 붙일 수 없게 된 경우에도 곧바로 협약의 효력이 소멸하는 것은 아니다(대법원 2009.2.12, 2005다65500).

■ 정답 ③

05 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 보조 기관 또는 하급행정기관 등에 재위임할 수 있다.
- ④ 행정권한의 위임 또는 위탁이 있는 때 취소소송에서의 피고는 위임청이 된다.

- 해설
- ① (○) 위임기관 및 위탁기관은 수임기관 및 수탁기관의 수임 및 수탁사무처리에 대하여 지휘·감독하고, 그 처리가 위법 또는 부당하다고 인정되는 때에는 이를 취소하거나 정지시킬 수 있다(행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제6조).
 - ② (○) 권한의 위임이 있으면 당해 사무에 관한 권한은 위임청으로부터 수임청에 이전되고, 위임청은 그에 관한 권한을 상실한다. 따라서 수임청은 자기의 이름으로 권한을 행사하며, 그 행위의 효과도 수임청에 대해 발생한다.
 - ③ (○) 권한의 위임에 대한 일반법으로는 정부조직법 제6조와 그에 의거한 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정, 그리고 지방자치법 제95조와 그에 의거한 조례가 있는데, 개별법상 권한위임에 관한 명시적 규정이 없는 경우 위의 일반적 근거에 바탕하여 권한의 위임이 가능한지에 대하여 학설의 대립이 있으나, 판례는 개별법상 근거 없이도 일반적 근거규정을 통하여 권한의 위임 및 재위임이 가능하다고 보고 있다(대판 1990. 2. 27, 89누5287).
 - ④ (×) 권한의 위임에 의해 행하여진 처분에 대하여 다툼이 있는 경우에는 수임청을 피고로 하여 소송을 제기하여야 한다.

■ 정답 ④

06 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.

- **해설** ① (○) 현행법상 위법한 조례안의 재의결에 대한 무효확인소송은 위법한 행정처분에 대한 항고소송과는 다른 기관소송을 통해 조례(안)에 대한 위법 또는 무효확인을 판단 받는다. 조례가 공포된 경우에도 소의 이익이 있으므로 제소기간 이내에 제기하면 된다. 지방자치단체장은 재의결된 사항(조례)이 법령에 위반된다고 인정되면 재의결된 날로부터 20일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다(지방자치법 제107조 3항 및 제172조 3항).
- ② (○) 지방자치법 제107조 제3항
- ③ (×) 처분적 조례가 항고소송의 대상이 됨에는 문제가 없으나, 조례의 경우 지방의회에서 의사결정을 하는 반면, 공포를 통하여 지방자치단체의 의사를 외부에 나타내는 기관은 지방자치단체장이라는 점에서 피고적격이 누구에게 있는가가 문제된다. 이러한 문제에 대하여 판례는 조례의 공포권자인 지방자치단체의 장이 피고적격이 있다고 보고 있다(대법원 1996.9.20, 95누8003). 다만 교육과 학예에 대한 조례는 교육감이 피고가 된다.
- ④ (○) 주민은 조례에 근거한 처분에 대하여 또는 조례 그 자체로 직접 기본권을 침해하는 경우에는 조례 자체에 대하여 헌법소원을 제기하여 이를 다룰 수 있다(헌재 1994.12.29, 92헌마216).

■ **정답** ③

참고 : 지방자치법 제107조(지방의회의 의결에 대한 재의요구와 제소)

① 지방자치단체의 장은 지방의회의 의결이 월권이거나 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 인정되면 그 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 이유를 붙여 재의를 요구할 수 있다.

② 제1항의 요구에 대하여 재의한 결과 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 의결사항은 확정된다.

③ 지방자치단체의 장은 제2항에 따라 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 인정되면 대법원에 소(소)를 제기할 수 있다. 이 경우에는 제172조제3항을 준용한다.

지방자치법제172조

③ 지방자치단체의 장은 제2항에 따라 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단되면 재의결된 날부터 20일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다. 이 경우 필요하다고 인정되면 그 의결의 집행을 정지하게 하는 집행정지결정을 신청할 수 있다.

07 행정행위의 하자에 대한 내용으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 적법한 건축물에 대한 철거명령은 그 하자가 중대 하고 명백하여 당연무효이고 그 후행 행위인 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.

- **해설** ① (○) 적법한 건축물에 대한 철거명령 불이행을 이유로 행해진 대집행계고처분은 당연무효에 해당함
적법한 건축물에 대한 철거명령은 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효라고 할 것이고, 그 후행 행위인 건축물철거 대집행계고처분 역시 당연무효라고 할 것이다(대법원 1999.4.27, 97누6780).
- ② (×) 치유의 대상이 되는 하자는 절차상 하자(형식의 하자 포함)뿐만 아니라 실체상의 하자도 포함하지만 하자의 치유가 주로 인정되는 것은 절차와 형식의 하자의 경우이다. 내용상의 하자에 대해서는 치유를 인정하지 않는다(대법원 1991.5.28, 90누1359).
- ③ (○) 행정행위가 이루어진 당초에 그 행정행위의 위법사유가 되는 하자가 사후의 추완행위 또는 어떤 사정에 의하여 보완되었을 경우에는 행정행위의 무용한 반복을 피하고 당사자의 법적 생활안정

을 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).

④ (○) 하자치유의 효과는 소급적이다. 처음부터 적법한 행위와 같은 효과를 가진다.

■ 정답 ②

08 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 행정 규칙은 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 자기 구속을 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.

■ 해설 ① (○) 대법원 2018.6.15. 2015두40248

② (○) 법령의 규정이 특정 행정기관에 그 법령 내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서 권한 행사의 절차나 방법을 특정하고 있지 않아 수입행정기관이 행정규칙의 형식으로 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 정한 경우 그 효력 ⇨ 법규명령

상급행정기관이 하급행정기관에 대하여 업무처리지침이나 법령의 해석적용에 관한 기준을 정하여 발하는 이른바 행정규칙은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적인 구속력을 갖지 않지만, 법령의 규정이 특정 행정기관에게 그 법령 내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서 그 권한 행사의 절차나 방법을 특정하고 있지 않아 수입행정기관이 행정규칙의 형식으로 그 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 정하고 있다면, 그와 같은 행정규칙은 위에서 본 행정규칙이 갖는 일반적 효력으로서가 아니라 행정기관에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 법령 규정의 효력에 의하여 그 내용을 보충하는 기능을 갖게 되고, 따라서 이와 같은 행정규칙은 당해 법령의 위임 한계를 벗어나지 않는 한 그것들과 결합하여 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 가진다(대법원 2008.3.27, 2006두3742·3759).

③ (×) 행정규칙이 일반적으로 대외적인 구속력을 갖는 것은 아니지만 법령의 규정에 의하여 행정관청에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여할 경우, 재량권 행사의 준칙이 되풀이 됨으로 행정관행이 이룩되어 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관이 그 상대방(행정조직 내부×)에 대한 관계에서 그 규칙(법률에 따른 구속×)에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는 경우에는 대외적인 구속력(대내적 구속력×)을 가지게 된다(헌재결 1990.9.3, 90헌바13).

④ (○) 법령보충적 행정규칙은 국민을 구속하는 법규명령의 효력을 갖게 되므로 예측가능성을 보호하기 위해서 공포되어야 한다는 것이 다수설이지만, 판례는 법령보충규칙은 그 형식상 법규명령이 아니므로 공포를 요하지 않음은 물론이고, 공포하지 아니하였다고 하여 그 효력을 부인할 수는 없다는 입장이다(대법원 1990.2.9, 89누3731).

■ 정답 ③

09 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.

■ **해설** ① (○) 취소심판의 인용재결에는 취소재결, 변경재결, 변경명령재결이 있다. 구법에서 존재하였던 취소명령재결은 국민의 권리구제를 위하여 삭제되어 현행 행정심판법에는 존재하지 않는다.

② (×) 이행재결의 실효성을 확보하기 위하여 거부처분이나 부작위에 대하여 이행명령재결이 있는 경우, 위원회는 당해 행정청이 처분을 하지 아니하는 경우에는 당사자가 신청(직권 ×)하면 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 그 기간에 이행하지 아니하면 직접 처분을 할 수 있다(법 제50조).

③ (×) 행정심판법에는 “당사자의 신청을 거부하거나 부작위로 방치한 처분의 이행을 명하는 재결이 있는 경우에는 행정청은 지체없이 그 재결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다(법 제49조 제2항).”고 하여 재처분에 대한 규정이 있다. 현행법상 거부처분에 불복할 때에는 취소심판보다 의무이행심판이 더 효과적이다.

④ (×) 거부에 대한 의무이행심판에는 청구기간의 제한과 사정재결은 적용되나 거부처분과 부작위에 대해서는 집행정지 규정이 적용되지 않는다. 따라서 임시처분이 가구제로서 효과적이다.

■ **정답** ①

10 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 특별 사용은 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 부당이득반환 청구의 소를 제기할 수 있다.

- ① 가, 나
- ② 가, 다
- ③ 나, 마
- ④ 다, 라

■ **해설** ③ 나, 마가 옳다.

가. (×) 갯벌로서의 성질을 상실하더라도 당연히 일반재산(구법은 잡종재산)이 되는 것은 아니고 공용폐지의 의사표시는 필요함

공유수면인 갯벌은 자연의 상태 그대로 공공용에 제공될 수 있는 실체를 갖추고 있는, 이른바 자연공물로서 간척에 의하여 사실상 갯벌로서의 성질을 상실하였다더라도, 당시 시행되던 국유재산법령에 의한 용도폐지를 하지 않는 이상 당연히 잡종재산으로 된다고는 할 수 없다(대판 1995. 11. 14, 94다42877).

- 나. (○) 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 있다고 말할 수 없지만, 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. 91누13212).
- 다. (×) 특허사용이 일반사용을 감수하는 경우에는 특허사용과 일반사용의 병존이 가능하다. 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 할 수 없다(대법원 1992. 9. 8. 91누8173).
- 라. (×) 행정재산의 목적의 사용에 대한 허가는 사용·수익하는 자의 사적 이익을 도모한다고 보는 사법상 계약설도 있다. 그러나 허가·취소라는 행정처분의 형식에 의한다는 점, 사용료의 징수에는 행정상 강제징수규정이 적용된다는 점을 이유로 행정행위의 성질을 갖는다고 보는 견해가 다수설이다. 판례도 행정행위로 보고 있다. 국립의료원 부설 주차장에 관한 위탁관리용역운영계약은 사법상 계약이 아니라 강학상 특허에 해당한다(대판 2006. 3. 9, 2004다31074).
- 마. (○) 국유재산법에 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(대법원 2014.7.16, 2011다76402 전원합의체 판결).

정답 ③

11 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 당연 무효이어야하고, 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 되는 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 원천징수의 무자이다.

해설 ① (○) 대법원 1994.11.11, 94다28000

② (×) 국세환급금 결정이나 이 결정을 구하는 신청에 대한 환급거부결정 등은 납세의무자가 갖는 환급청구권의 존부나 범위에 구체적이고 직접적인 영향을 미치는 처분이 아니어서 항고소송의 대상이 되는 처분이라고 볼 수 없다(대법원 2002.11.8. 2001두8780).

③ (○) “조세부과처분이 당연무효임을 전제로 하여 이미 납부한 세금의 반환을 청구하는 것은 민사상의 부당이득반환청구로서 민사소송절차에 따라야 한다(대법원 1995.4.28, 94다55019; 대법원 1995.12.22, 94다51253).”라고 하여 공법상 부당이득반환청구권의 성질을 사권으로서 민사소송

으로 다루어야 한다고 보고 있다. 다만 납세의무자에 대한 국가의 부가가치세 환급세액 지급의무에 대응하는 국가에 대한 납세의무자의 부가가치세 환급세액 지급청구는 민사소송이 아니라 행정소송법 제3조 제2호에 규정된 당사자소송의 절차에 따라야 한다고 보고 있다(대법원 2013.3.21, 2011다95564 전원합의체).

- ④ (○) 환급청구권은 원천납세의무자가 아닌 원천징수의무자에게 귀속되는 것이므로, 원천납세의무자들이 한 원천징수세액의 환급신청을 과세관청이 거부하였다고 하더라도, 이는 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하지 아니한다(대법원 2002.11.8. 2001두8780).

정답 ②

12 「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

해설 ① (○) 지목은 토지소유권을 제대로 행사하기 위한 전제요건으로서 토지소유자의 실제적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있으므로 지적공부 소관청의 지목변경신청 반려행위는 국민의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대법원 2004.4.22, 2003두9015).

② (×) 공정거래위원회의 고발조치는 사적 당국에 대하여 형벌권 행사를 요구하는 행정기관 상호 간의 행위에 불과하여 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 할 수 없으며, 더욱이 공정거래위원회의 고발 의결은 행정청 내부의 의사결정에 불과할 뿐 최종적인 처분은 아닌 것이므로 이 역시 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 되지 못한다(대법원 1995.5.12, 94누13794).

③ (○) 국가인권위원회의 성희롱결정과 이에 따른 시정조치의 권고는 불가분의 일체로 행하여지는 것인데 국가인권위원회의 이러한 결정과 시정조치의 권고는 성희롱 행위자로 결정된 자의 인격권에 영향을 미치고 동시에 공공기관의 장 또는 사용자에게 일정한 법률상의 의무를 부담시키는 것이므로 국가인권위원회의 성희롱결정 및 시정조치권고는 행정소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 보지 않을 수 없다(대법원 2005.7.8, 2005두487).

④ (○) 시장·군수 또는 구청장의 개별토지가격결정은 관계법령에 의한 구 토지초과이득세, 구 택지초과소유부담금 또는 개발부담금산정의 기준이 되어 국민의 권리나 의무 또는 법률상 이익에 직접적으로 관계되는 것으로서 행정소송법 제2조 제1항 제1호 소정의 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 공권력의 행사에 해당한다(대법원 1994.2.8, 93누111).

정답 ②

13 행정의 실효성 확보수단에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① 이행강제금은 장래의 의무이행을 심리적으로 강제하기 위한 것으로서 의무이행이 있을 때까지 반복 하여 부과할 수 있다.
- ② 비상시 또는 위험이 절박한 경우에 있어서 계고·대집행 영장의 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 민사소송절차에 의하여 그 비용의 상환을 청구할 수 있다.
- ④ 공매통지 자체가 그 상대방인 채납자 등의 법적 지위나 권리·의무에 직접적인 영향을 주는 행정처분에 해당 한다고 할 것이므로 다른 특별한 사정이 없는 한 채납자 등은 공매통지 자체를 항고소송의 대상으로 삼아 그 취소 등을 구할 수 있다.

해설 ① (○) 이행강제금은 장래의 의무이행을 심리적으로 강제하기 위한 것으로서 의무이행이 있기까지 반복적으로 부과할 수 있다. 다만 횡수상의 제한은 따른다.

② (×) 대집행을 위해서는 원칙적으로 미리 계고를 해야 하지만, 비상시 또는 위험이 절박한 경우에

있어서 당해 행위의 급속한 실시를 위하여 계고절차를 취할 여유가 없을 때에는 계고 없이 대집행을 할 수 있다(행정대집행법 제3조 제3항).

- ③ (×) 대한주택공사가 대집행을 실시하기 위하여 지출한 비용을 행정대집행법 절차에 따라 국세징수법의 예에 의하여 징수할 수 있음에도 민사소송절차에 의하여 그 비용의 상환을 청구한 사안에서, 행정대집행법이 대집행비용의 징수에 관하여 민사소송절차에 의한 소송이 아닌 간이하고 경제적인 특별구제절차를 마련해 놓고 있으므로, 위 청구는 소의 이익이 없어 부적법하다(대법원 2011.9.8, 2010다48240).
- ④ (×) 성업공사가 당해 부동산을 공매하기로 한 결정 자체는 내부적인 의사결정에 불과하여 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없고, 또한 위 공사가 한 공매통지는 공매의 요건이 아니고 공매사실 그 자체를 체납자에게 알려주는 데 불과한 것으로서 통지의 상대방인 골프장업자의 법적 지위나 권리의무에 직접 영향을 주는 것이 아니라고 할 것이므로 이것 역시 행정처분에 해당한다고 할 수 없다(대법원 1998.6.26, 96누12030).

■ 정답 ①

14 「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 행정 처분의 성질에 의하여 판단하여야 하는 것이지, 청문 통지서의 반송여부, 청문통지의 방법 등에 의하여 판단할 것은 아니다.
- ③ 공무원연금관리공단의 퇴직연금의 환수결정은 관련 법령에 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.

■ 해설 ① (×) 국가공무원법상 직위해제처분은 처분의 사전통지 및 의견청취 등에 관한 행정절차법 규정이 적용되지 아니함

직위해제에 관한 법 제73조의3 제1항 제2호 및 제3항은 임용권자는 직무수행 능력이 부족하거나 근무성적이 극히 나쁜 자에게 직위해제 처분을 할 수 있고, 직위해제된 자에게는 3개월의 범위에서 대기를 명한다고 규정하면서, 법 제75조 및 제76조 제1항에서 공무원에 대하여 직위해제를 할 때에는 그 처분권자 또는 처분제청권자는 처분사유를 적은 설명서를 교부하도록 하고, 처분사유 설명서를 받은 공무원이 그 처분에 불복할 때에는 그 설명서를 받은 날부터 30일 이내에 소청심사청구를 할 수 있도록 함으로써 임용권자가 직위해제처분을 행함에 있어서 구체적이고도 명확한 사실의 적시가 요구되는 처분사유 설명서를 반드시 교부하도록 하여 해당 공무원에게 방어 준비 및 불복의 기회를 보장하고 임용권자의 판단에 신중함과 합리성을 담보하게 하고 있고, 직위해제처분을 받은 공무원은 사후적으로 소청이나 행정소송을 통하여 충분한 의견진술 및 자료제출의 기회를 보장하고 있다.

그렇다면 국가공무원법상 직위해제처분은 구 행정절차법 제3조 제2항 제9호, 동법 시행령 제2조 제3호에 의하여 당해 행정작용의 성질상 행정절차를 거치지 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 사항 또는 행정절차에 준하는 절차를 거친 사항에 해당하므로, 처분의 사전통지 및 의견청취 등에 관한 행정절차법의 규정이 별도로 적용되지 아니한다고 봄이 상당하다(대법원 2014.5.16, 2012두26180).

- ② (○) 대법원 2001.4.13. 2000두3337
- ③ (○) 대법원 2000.11.28, 99두5443
- ④ (○) 사인과의 협약으로 법령상 요구되는 청문을 배제할 수 없음
행정청이 당사자와의 사이에 도시계획사업의 시행과 관련한 협약의 체결로 청문의 실시에 관한 규정의 적용을 배제할 수 있다고 볼 만한 법령상의 규정이 없는 한, 이러한 협약이 체결되었다고 하여 청문의 실시에 관한 규정의 적용이 배제된다거나 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우

에 해당한다고 할 수 없다(대법원 2004.7.8, 2002두8350).

정답 ①

15 <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 재해 위로금의 지급 청구

ㄹ. 부가가치세법령상 확정된 부가가치세의 환급세액의 지급 청구

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

해설 ④ ㄱ, ㄴ, ㄷ, ㄹ 모두 당사자소송의 대상이다.

- ㄱ. (○) 구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률의 각 조문을 종합하여 보면, 세입자의 주거이전비 보상청구권은 그 요건을 충족하는 경우에 당연히 발생하는 것이므로, 주거이전비 보상청구소송은 행정소송법 제3조 제2호에 규정된 당사자소송에 의하여야 한다(대법원 2008.5.29, 2007다8129).
- ㄴ. (○) 구 도시재개발법에 의한 재개발조합은 조합원에 대한 법률관계에서 적어도 특수한 존립목적 부여받은 특수한 행정주체로서 국가의 감독하에 그 존립 목적인 특정한 공공사무를 행하고 있다고 볼 수 있는 범위 내에서는 공법상의 권리의무 관계에서 있다. 따라서 조합을 상대로 한 쟁송에 있어서 강제가입제를 특색으로 한 조합원의 자격 인정 여부에 관하여 다툼이 있는 경우에는 그 단계에서는 아직 조합의 어떠한 처분 등이 개입될 여지는 없으므로 공법상의 당사자소송에 의하여 그 조합원 자격의 확인을 구할 수 있다(대법원 1996.2.15, 94다31235 전원합의체).
- ㄷ. (○) 대법원 1999. 1.26, 98두12598
- ㄹ. (○) 대법원 2013.3.21, 2011다95564 전원합의체

정답 ④

16 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 직위해제 처분의 취소를 구하는 것은 소의 이익이 없어 부적법 하다.
- ④ 퇴직사유가 발생하면 공무원법관계는 당연 소멸하는 것이 원칙이나 임용권자의 면직의 의사표시가 있어야 하며 이를 위한 별도의 통지를 갖추어야 한다.

해설 ① (○) 지방공무원법 제30조의2 제2항에 정한 인사교류에 따라 지방자치단체의 장이 소속 공무원을 전출하는 것은 임명권자를 달리하는 지방자치단체로의 이동인 점에 비추어 반드시 당해 공무원 본인의 동의를 전제로 하는 것이고, 따라서 위 법 규정의 위임에 따른 지방공무원 임용령 제27조의5 제1항도 본인의 동의를 배제하는 취지의 규정은 아니라고 해석하여야 한다(대법원 2008.9.25, 2008두5759).

② (○) 구 교육공무원법 제44조 제1항 제7호는 ‘만 6세 이하의 초등학교 취학 전 자녀’를 양육대상으

로 하여 '교육공무원이 그 자녀를 양육하기 위하여 필요한 경우'를 육아휴직의 사유로 규정하고 있으므로, 육아휴직 중 그 사유가 소멸하였는지는 해당 자녀가 사망하거나 초등학교에 취학하는 등으로 양육대상에 관한 요건이 소멸한 경우뿐만 아니라 육아휴직 중인 교육공무원에게 해당 자녀를 더 이상 양육할 수 없거나, 양육을 위하여 휴직할 필요가 없는 사유가 발생하였는지 여부도 함께 고려하여야 하고, 국가공무원법 제73조 제2항의 문언에 비추어 복직명령은 기속행위이므로 휴직사유가 소멸하였음을 이유로 신청하는 경우 임용권자는 지체 없이 복직명령을 하여야 한다(대법원 2014.6.12. 2012두4852).

- ③ (○) 행정청이 공무원에 대하여 새로운 직위해제사유에 기한 직위해제처분을 한 경우 그 이전에 한 직위해제처분은 이를 묵시적으로 철회하였다고 봄이 상당하고, 그렇다면 직위해제처분무효확인 및 정직처분취소 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).
- ④ (×) 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).

정답 ④

17 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.

- 해설 ① (×) 도시기본계획은 일반 국민에 대한 직접적인 구속력이 없어 행정처분에 해당하지 아니함
 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 것이다(대법원 2002.10.11, 2000두8226).
- ② (○) 도시재개발법에 의한 재개발조합은 조합원에 대한 법률관계에서 적어도 특수한 존립목적을 부여받은 특수한 행정주체로서 국가의 감독하에 그 존립 목적인 특정한 공공사무를 행하고 있다고 볼 수 있는 범위 내에서는 공법상의 권리의무 관계에서 있는 것이므로 분양신청 후에 정하여진 관리처분계획의 내용에 관하여 다툼이 있는 경우에는 그 관리처분계획은 토지 등의 소유자에게 구체적이고 결정적인 영향을 미치는 것으로서 조합이 행한 처분에 해당하므로 항고소송의 방법으로 그 무효확인이나 취소를 구할 수 있다(대법원 2002.12.10, 2001두6333).
 - ③ (○) 행정주체는 구체적인 행정계획을 입안·결정함에 있어서 비교적 광범위한 형성의 자유를 가지는 것이지만, 행정주체가 가지는 이와 같은 형성의 자유는 무제한적인 것이 아니라 그 행정계획에 관련되는 자들의 이익을 공익과 사익 사이에서는 물론이고 공익 상호 간과 사익 상호 간에도 정당하게 비교교량하여야 한다는 제한이 있으므로, 행정주체가 행정계획을 입안·결정함에 있어서 이익형량을 전혀 행하지 아니하거나 이익형량의 고려 대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우 또는 이익형량을 하였으나 정당성과 객관성이 결여된 경우에는 위법하다(대법원 2006.9.8, 2003두5426).
 - ④ (○) 장래 일정한 기간 내에 관계 법령이 규정하는 시설 등을 갖추어 일정한 행정처분을 구하는 신청을 할 수 있는 법률상 지위에 있는 자의 국토이용계획변경신청을 거부하는 것이 실질적으로 당해 행정처분 자체를 거부하는 결과가 되는 경우에는 예외적으로 그 신청인에게 국토이용계획변경을 신청할 권리가 인정된다고 봄이 상당하므로, 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이

되는 행정처분에 해당한다. 폐기물처리사업계획의 적정통보를 받은 자는 장래 일정한 기간 내에 관계 법령이 규정하는 시설 등을 갖추어 폐기물처리업허가신청을 할 수 있는 법률상 지위에 있다고 할 것인바, 피고로부터 폐기물처리사업계획의 적정통보를 받은 원고가 폐기물처리업허가를 받기 위하여는 이 사건 부동산에 대한 용도지역을 '농림지역 또는 준농림지역'에서 '준도시지역'으로 변경하는 국토이용계획변경이 선행되어야 하고, 원고의 위 계획변경신청을 피고가 거부한다면 이는 실질적으로 원고에 대한 폐기물처리업허가신청을 불허하는 결과가 되므로, 원고는 위 국토이용계획변경의 입안 및 결정권자인 피고에 대하여 그 계획변경을 신청할 법규상 또는 조리상 권리를 가진다고 할 것이다(대법원 2003.9.23, 2001두10936).

■ 정답 ①

18 「국가배상법」 제2조에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

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

■ 해설 ① (×) 법령에 의해 대집행권한을 위탁받은 한국토지공사는 국가공무원법 제2조에서 말하는 공무원에 해당하지 않음

한국토지공사는 이러한 법령의 위탁에 의하여 대집행을 수권받은 자로서 공무원 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).

② (○) 공익근무요원은 병역법에 의하면 보충역에 편입되어 있는 자이기 때문에, 소집되어 군에 복무하지 않는 한 군인이라고 말할 수 없으므로, 공익근무요원이 국가배상법 제2조 제1항 단서의 규정에 의하여 국가배상법상 손해배상청구가 제한되는 군인·군무원·경찰공무원 또는 향토예비군대원에 해당한다고 할 수 없다(대법원 1997.3.28, 97다4036).

③ (×) 공무원에게 부과된 직무상 의무의 내용이 단순히 공공 일반의 이익을 위한 것이거나 행정기관 내부의 질서를 규율하기 위한 것이 아니고 전적으로 또는 부수적으로 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 설정된 것이라면, 공무원이 그와 같은 직무상 의무를 위반함으로써 인하여 피해자가 입은 손해에 대하여는 상당인과관계가 인정되는 범위 내에서 국가가 배상책임을 지는 것이다(대법원 2003.4.25., 2001다59842). 즉 공무원의 직무행위는 공익뿐만 아니라 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위한 사익보호성이 인정될 때 국가배상책임이 인정된다. 따라서 공무원의 직무상 의무위반에 대한 법령의 취지가 전체적으로 공공일반의 이익을 도모하기 위한 것이라면 반사적 이익에 해당하므로 「국가배상법」 제2조의 배상책임이 인정되지 않는다.

④ (×) 공무원의 직무집행행위는 “행정지도와 같은 비권력적 작용도 포함되나, 단지 사경제주체로서 행하는 활동만은 제외된다.”라고 하여 대체로 광의설을 취한다(대법원 2004.4.9, 2002다1069).

■ 정답 ②

19 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 상 잔여지 수용에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① 잔여지에 현실적 이용상황 변경 또는 사용가치 및 교환가치의 하락 등이 발생하였다라도 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 잔여지 수용재결 전 또는 후에 할 수 있다.

■ **해설** ① (○) 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제73조 제1항 본문은 “사업시행자는 동일한 소유자에게 속하는 일단의 토지의 일부가 취득되거나 사용됨으로 인하여 잔여지의 가격이 감소하거나 그 밖의 손실이 있을 때 또는 잔여지에 통로·도랑·담장 등의 신설이나 그 밖의 공사가 필요할 때에는 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 그 손실이나 공사의 비용을 보상하여야 한다.” 라고 규정하고 있다.

여기서 특정한 공익사업의 사업시행자가 보상하여야 하는 손실은, 동일한 소유자에게 속하는 일단의 토지 중 일부를 사업시행자가 그 공익사업을 위하여 취득하거나 사용함으로 인하여 잔여지에 발생하는 것임을 전제로 한다. 따라서 이러한 잔여지에 대하여 현실적 이용상황 변경 또는 사용가치 및 교환가치의 하락 등이 발생하였다더라도, 그 손실이 토지의 일부가 공익사업에 취득되거나 사용됨으로 인하여 발생하는 것이 아니라면 특별한 사정이 없는 한 토지보상법 제73조 제1항 본문에 따른 잔여지 손실보상 대상에 해당한다고 볼 수 없다(대법원 2017.7.11. 2017두40860).

- ② (×) 잔여지 수용의 청구는 토지소유자가 사업시행자에게 한다(공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제74조 제1항).
- ③ (×) 제1항에 따라 매수 또는 수용의 청구가 있는 잔여지 및 잔여지에 있는 물건에 관하여 권리를 가진 자는 사업시행자나 관할 토지수용위원회에 그 권리의 존속을 청구할 수 있다(공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제74조 제2항).
- ④ (×) 잔여지 매수 청구를 할 수 있는데, 이 매수 청구는 토지수용위원회의 잔여지 수용재결 전에 할 수 있다.

■ **정답** ①

참고 : 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제74조(잔여지 등의 매수 및 수용 청구)

- ① 동일한 소유자에게 속하는 일단의 토지의 일부가 협의에 의하여 매수되거나 수용됨으로 인하여 잔여지를 종래의 목적에 사용하는 것이 현저히 곤란할 때에는 해당 토지소유자는 사업시행자에게 잔여지를 매수하여 줄 것을 청구할 수 있으며, 사업인정 이후에는 관할 토지수용위원회에 수용을 청구할 수 있다. 이 경우 수용의 청구는 매수에 관한 협의가 성립되지 아니한 경우에만 할 수 있으며, 그 사업의 공사완료일까지 하여야 한다.
- ② 제1항에 따라 매수 또는 수용의 청구가 있는 잔여지 및 잔여지에 있는 물건에 관하여 권리를 가진 자는 사업시행자나 관할 토지수용위원회에 그 권리의 존속을 청구할 수 있다.

20 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 판단 함에 있어서 행정청에게 재량권이 부여되어 있다고 할 것이므로, 같은 법에 의하여 지정된 도시지역 안에서 토지의 형질변경행위를 수반하는 건축허가는 결국 재량행위에 속한다.

■ **해설** ① (○) 건축허가권자는 건축허가신청이 건축법, 도시계획법 등 관계법규에서 정하는 어떠한 제한에

배치되지 않는 이상 당연히 같은 법조 소정의 건축허가를 하여야 하므로 법률상의 근거 없이 그 신청이 관계법규에서 정한 제한에 배치되는지 여부에 대한 심사를 거부할 수 없고, 심사결과 그 신청이 법정요건에 합치하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 이를 허가하여야 하며, 공익상 필요가 없음에도 불구하고 요건을 갖춘 자에 대한 허가를 관계법령에서 정하는 제한사유 이외의 사유를 들어 거부할 수는 없다(대법원 1992.12.11., 92누3038). 즉 공익상 필요가 있다면 건축허가를 거부할 수 있다.

- ② (×) 건축신고 반려행위 또는 거부행위는 수리를 요하지 않는 신고이지만 행정처분성이 인정됨
 건축주 등으로서는 신고제하에서도 건축신고가 반려행위 경우 당해 건축물의 건축을 개시하면 시정명령, 이행강제금, 벌금의 대상이 되거나 당해 건축물을 사용하여 행할 행위의 허가가 거부될 우려가 있어 불안정한 지위에 놓이게 된다. 따라서 건축신고 반려행위가 이루어진 단계에서 당사자로 하여금 반려행위의 적법성을 다투어 그 법적 불안을 해소한 다음 건축행위에 나아가도록 함으로써 장차 있을지도 모르는 위험에서 미리 벗어날 수 있도록 길을 열어 주고, 위법한 건축물의 양산과 그 철거를 둘러싼 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있게 하는 것이 법치행정의 원리에 부합한다. 그러므로 이 사건 건축신고 반려행위는 항고소송의 대상이 된다고 보는 것이 옳다(대법원 2010.11.18. 2008두167 전원합의체).
- ③ (○) 신고대상인 건축물의 건축행위를 하고자 할 경우에는 그 관계 법령에 정해진 적법한 요건을 갖춘 신고만을 하면 그와 같은 건축행위를 할 수 있고, 행정청의 수리처분 등 별단의 조치를 기다릴 필요가 없다고 할 것이며, 또한 이와 같은 신고를 받은 행정청으로서도 그 신고가 같은 법 및 그 시행령 등 관계 법령에 신고만으로 건축할 수 있는 경우에 해당하는 여부 및 그 구비서류 등이 갖추어져 있는지 여부 등을 심사하여 그것이 법규정에 부합하는 이상 이를 수리하여야 하고, 같은 법 규정에 정하지 아니한 사유를 심사하여 이를 이유로 신고수리를 거부할 수는 없다(대법원 1999.4.27. 97누6780).
- ④ (○) 대법원 2005.7.14. 2004두6181

정답 ②