

## [2015. 지방직 7급 행정법 기출문제 해설]

### ☆ 기출문제 해설 : 백 영 민

- (현) 원광디지털대학교 경찰행정학과 행정법 교수
- (현) 부산한국고시학원 행정법 강사
- (현) 창원제일공무원학원 행정법 강사
- (현) 울산 중앙공무원학원 행정법 강사
- (현) 노량진 김재규경찰학원 경감승진 행정법 강사
- (현) 교육개발교육원 강사
- (현) 고시고시 행정법 강사
  
- (전) 노량진 웅진패스원
- (전) 노량진 한교고시학원
- (전) 노량진 남부행정고시학원
- (전) 노량진 이그잼고시학원
- (전) 에듀윌 9급 공무원 행정법 강사
- (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) 수원행정고시학원 행정법 강사
- (전) 고려대학교, 장안대학교, 안양대학교, 호원대학교 행정법 특강
- (전) 강남구청교육원 특강

### [저서]

- 단권화 행정법(서울고시각)
- 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 특허기업의 법률관계에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 특허기업과 행정주체의 법률관계는 기본적으로 공법관계이므로 행정청은 특허기업에 대하여 감독권을 행사할 수 있다.
- ② 특허기업과 특허기업이용자와의 관계는 사법관계이므로 특허기업자는 특허기업의 이용자를 정당한 사유 없이도 차별적으로 취급할 수 있다.
- ③ 특허기업은 특허 받은 한도 내에서 특허의 대상이 되는 사업을 배타적으로 경영할 수 있는 경영권을 갖는다.
- ④ 특허기업은 사업의 원활한 운영을 위하여 특별한 보호와 특권을 부여받으며, 그와 동시에 공익성의 보장을 위하여 필요한 의무와 부담을 진다.

- **해설** ① (0) 특허기업이란 사인이 행정청으로부터 특허를 받아 경영하는 공익사업을 말한다. 특허기업자는 그의 기업경영에 대하여 행정권에 의한 적극적인 지시·감독을 받을 의무를 진다.
- ② (x) 특허기업과 이용자와의 관계는 원칙적으로 전형적인 사법관계로서 인정된다. 따라서 이용관계에 관한 법적 분쟁은 민사소송에 의해 해결한다. 다만, 평등의 원칙과 같은 행정법의 일반원칙이 적용되므로 특허기업자는 특허기업의 이용자를 정당한 사유 없이 차별적으로 취급할 수 없다.
- ③ (0) 특허기업자는 기업경영권·공용부담특권·공물사용권·경제상의 보호·행정벌에 의한 보호·사업의 독점권 등을 가지며, 대신에 사업개시의무·사업의 계속적 수행의무·이용제공의무·지휘감독을 받을 의무·특별부담·특권료납부의무·매수에 응할 의무 등을 부담한다.
- ④ (0) 특허기업은 국가의 특허를 받아 경영하며, 그 사업의 성패는 공공의 이해와 밀접한 관계가 있으므로 국가 또는 공공단체로부터 각종 보호와 특전을 받는 동시에, 국가 또는 공공단체에 대하여 특별한 공법상의 의무를 지며 특별한 국가적 감독을 받는다.

■ **정답** ②

## 02 행정계획에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 도시관리계획결정은 행정청의 처분이며, 항고소송의 대상이 된다.
- ② 행정계획의 절차에 관한 일반적 규정은 없고, 개별법에 다양하게 규정되어 있다.
- ③ 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 그 신청인에게 국토이용계획변경을 신청할 권리가 인정된다.
- ④ 비구속적 행정계획안이나 행정지침은 비록 그것이 국민의 기본권에 직접적으로 영향을 끼치고, 앞으로 법령의 뒷받침에 의하여 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상될 수 있을 때에도 헌법소원의 대상이 될 수 없다.

- **해설** ① (0) 도시계획법 제12조 소정의 도시계획결정(도시관리계획결정)이 고시되면 도시계획구역안의 토지나 건물 소유자의 토지형질변경, 건축물의 신축, 개축 또는 증축 등 권리행사가 일정한 제한을 받게 되는데 이런 점에서 볼 때 고시된 도시계획결정은 특정 개인의 권리 내지 법률상의 이익을 개별적이고 구체적으로 규제하는 효과를 가져오게 하는 행정청의 처분이라 할 것이고, 이는 행정소송의 대상이 되는 것이라 할 것이다(대법원 1982.3.9, 80누105).
- ② (0) 리나라에는 행정계획수립절차에 관한 일반규정은 없고, 개별법에 단편적으로 규정되어 있을 뿐이다.
- ③ (0) **국토이용계획변경을 거부하게 되면 폐기물처리업허가신청을 불허하는 결과가 되는 경우는 처분성 인정**  
 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 것 인바, 피고로부터 폐기물처리사업계획의 적정통보를 받은 원고가 폐기물처리업허가를 받기 위하여

는 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).

- ④ (x) 비구속적 행정계획안도 기본권에 직접적으로 영향을 끼치고, 그대로 실시될 것이 틀림없다면 헌법소원의 대상이 됨  
비구속적 행정계획안이나 행정지침이라도 국민의 기본권에 직접적으로 영향을 끼치고, 앞으로 법령의 뒷받침에 의하여 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상될 수 있을 때에는, 공권력행위로서 예외적으로 헌법소원의 대상이 될 수 있다(헌재결 2000.6.1, 99헌마538).

■ 정답 ④

### 03 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정권한의 위임에 관한 개별규정이 없는 경우, 정부조직법 등의 일반적 규정이 권한의 위임 및 재위임의 법적 근거가 될 수 있다.
- ② 경찰은 소극적으로 공공의 안녕이나 질서의 유지를 도모할 수 있을 뿐만 아니라, 적극적으로 공공복리의 증진을 도모할 수도 있다.
- ③ 공용수용에 있어서 사업인정의 고시가 있게 되면 수용의 목적물이 확정되는 효과가 발생한다.
- ④ 토지거래허가제에 있어서 토지거래허가는 그 명칭에도 불구하고 인가로서의 법적 성질을 갖는다.

■ 해설 ① (0) 위임은 법령으로 전해진 행정청의 권한을 타 기관에 옮기는 효과를 가지므로 위임에는 법적 근거를 요한다. 따라서 법령의 근거가 없는 권한의 위임은 무효이다. 권한의 위임에 관한 일반적 근거로는 정부조직법 제6조 및 행정권한의위임및위탁에관한규정을 들 수 있다. 대법원도 “권한의 위임 및 재위임에 관하여 규정한 정부조직법 제6조의 규정은 권한위임 및 재위임의 일반원칙을 선언한 것에 불과한 것이 아니라 권한위임 및 재위임의 근거규정이 된다(대판 1990. 2. 27, 89누 5287).”고 규정하고 있다.

- ② (x) 경찰권은 사회공공의 안녕·질서에 대한 위해의 방지·제거라는 소극적 목적으로만 발동될 수 있고, 복리증진이라는 적극적 목적을 위해서는 발동될 수 없다.
- ③ (0) 사업인정의 고시가 있으면, 고시한 날로부터 사업인정의 효과와 수용목적물 확정 효과 발생한다.
- ④ (0) 국토이용관리법상의 규제구역 내의 '토지 등의 거래계약'허가에 관한 규정은 규제지역 내의 모든 국민에게 전반적으로 토지거래의 자유를 금지하고 일정한 요건을 갖춘 경우에만 금지를 해제하여 계약체결의 자유를 회복시켜 주는 성질의 것이라고 보는 것은 위 법의 입법취지를 넘어서 지나친 해석이라고 할 것이고, 규제지역 내에서도 토지거래의 자유가 인정되나 다만 위 허가를 허가 전의 유통적 무효 상태에 있는 법률행위의 효력을 완성시켜 주는 인가적 성질을 띤 것이라고 보는 것이 타당하다(대법원 1991.12.24, 90다12243 전원합의체).

■ 정답 ②

### 04 사인의 공법행위에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 사인의 공법행위에는 행정행위에 인정되는 공정력, 존속력, 집행력 등이 인정되지 않는다.
- ② 민법의 비진의의사표시의 무효에 관한 규정은 그 성질상 영업재개신고나 사직의 의사표시와 같은 사인의 공법행위에는 적용되지 않는다.
- ③ 주민등록의 신고는 행정청이 수리한 경우에 효력이 발생하는 것이 아니라, 행정청에 도달하기만 하면 신고로서의 효력이 발생한다.
- ④ 의료법에 따른 의원개설신고에 대하여 신고필증의 교부가 없더라도 의원개설신고의 효력을 부정할 수는 없다.

- **해설** ① (0) 사인의 공법행위는 공법적 효과를 발생한다는 점에서는 행정행위와 동일하나, 사인의 공법행위에는 공정력, 확정력, 강제력 등은 부인되며, 행정행위에 관한 일반법원칙은 적용되지 않는다.
- ② (0) 판례는 민법상 비진의 의사표시에 관한 규정(민법 제107조 제1항 단서 : 상대방이 표의자의 진의 아님을 알았거나 이를 알 수 있었을 경우에는 무효로 한다)은 사인의 공법행위에는 적용되지 않는 것으로 보았다.
- ③ (x) 주민들의 거주지 이동에 따른 주민등록전입신고는 행정청이 이를 심사하여 그 수리를 하여야 효과가 발생하는 수리를 요하는 신고이다. 따라서 행정청에 도달하기만 하면 신고로서의 효력이 발생하는 것은 아니다(대법원 2009.6.18, 2008두10997 전원합의체).
- ④ (0) 의료법 제30조 제3항에 의하면 의원, 치과의원, 한의원 또는 조산소의 개설은 단순한 신고사항으로만 규정하고 있고 또 그 신고의 수리여부를 심사, 결정할 수 있게 하는 별다른 규정도 두고 있지 아니하므로 의원의 개설신고를 받은 행정관청으로서는 별다른 심사·결정없이 그 신고를 당연히 수리하여야 한다. 즉 수리를 요하지 않는 신고이다.
- 의료법시행규칙 제22조 제3항에 의하면 의원개설 신고서를 수리한 행정관청이 소정의 신고필증을 교부하도록 되어있다 하여도 이는 신고사실의 확인행위로서 신고필증을 교부하도록 규정한 것에 불과하고 그와 같은 신고필증의 교부가 없다 하여 개설신고의 효력을 부정할 수 없다 할 것이다(대법원 1985.4.23, 84도2953).

■ **정답** ③

## 05 실질적 의미의 행정에 해당하는 것으로만 묶인 것은

- ㄱ. 비상계엄의 선포  
 ㄴ. 집회의 금지통고  
 ㄷ. 행정심판의 재결  
 ㄹ. 일반법관의 임명  
 ㅁ. 대통령령의 제정  
 ㅂ. 통고처분

- ① ㄱ, ㄷ ② ㄴ, ㄷ  
 ③ ㄴ, ㄹ ④ ㅁ, ㅂ

■ **해설** ③ ㄴ, ㄹ이 실질적 의미의 행정이다.

- ㄱ. 비상계엄의 선포 : 통치행위  
 ㄴ. 집회의 금지통고 : 실질적 의미의 행정, 형식적 의미의 행정  
 ㄷ. 행정심판의 재결 : 실질적 의미의 사법, 형식적 의미의 행정  
 ㄹ. 일반법관의 임명 : 실질적 의미의 행정, 형식적 의미의 사법  
 ㅁ. 대통령령의 제정 : 실질적 의미의 입법, 형식적 의미의 행정  
 ㅂ. 통고처분 : 실질적 의미의 사법, 형식적 의미의 행정

■ **정답** ③

## 06 경찰권 발동에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 경찰관으로부터 임의동행 요구를 받은 경우 상대방은 이를 거절할 수 있지만, 임의동행 후에는 경찰관서에서 퇴거가 제한된다.
- ② 경찰관은 불심검문 대상자에게 질문을 하기 위하여 목적 달성에 필요한 최소한의 범위 내에서 사회통념상 용인될 수 있는 상당한 방법으로 대상자를 정지시킬 수는 있지만, 질문에 수반하여 흉기의 소지 여부를 조사할 수는 없다.
- ③ 위법한 체포 상태에서 음주측정요구가 이루어진 경우, 그에 불응하면 음주측정거부에 관한 도로교통법 위반죄로 처벌할 수 있다.
- ④ 경찰관이 교통법규 등을 위반하고 도주하는 차량을 순찰차로 추적하는 직무를 집행하는 중에 그 도주차량의 주행에 의하여 제3자가 손해를 입었다고 하더라도 그 추적이 당해 직무목적에 수행하는 데 불필요하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 경찰관의 추적행위

를 위법하다고 할 수는 없다.

- **해설** ① (x) 경찰관은 질문을 위하여 당해인에게 부근의 경찰서·지서·파출소 또는 출장소에 동행할 것을 요구할 수 있다. 동행의 요구는 그 장소에서 질문하는 것이 당해인에게 불리하거나 교통의 방해가 된다고 인정되는 때에 한하여 할 수 있으며, 당해인은 경찰관의 동행요구를 거절할 수 있다(경찰관직무집행법 제3조 제2항). 또한 임의동행을 당한 당해인은 언제든지 경찰관서에서 퇴거할 자유를 가진다(대판 1997. 8. 22. 97도1240).
- ② (x) 경찰관직무집행법 제3조 제3항은 거동수상자에 대하여 질문을 할 때 흉기·소지여부를 조사할 수 있다고 명문으로 규정하고 있다.
- ③ (x) 음주측정을 거절하는 운전자를 음주측정할 목적으로 파출소로 끌고 가려 한 행위는 적법한 공무집행으로 볼 수 없음  
 의경이 피고인을 파출소로 끌고 가려고 한 것은 음주측정을 하기 위한 것일 뿐, 피고인을 음주운전이나 음주측정거부의 현행범으로 체포하려는 의사였는지도 의심스러울 뿐 아니라, 가사 현행범으로 체포하려 하였다거나 현행범을 체포함에 있어서는 체포 당시에 헌법 및 형사소송법에 규정된 바와 같이 피의자에 대하여 범죄사실의 요지, 체포 또는 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주는 등 적법절차를 준수하여야 함에도 현행범으로 체포한다는 사실조차 고지하지 아니한 채 실력으로 연행하려 하였다면 그 의경의 행위는 적법한 공무집행으로 볼 수 없다고 한 사례(대판 1994.10.25. 94도2283).
- ④ (0) 경찰관이 교통법규 등을 위반하고 도주하는 차량을 순찰차로 추적하는 직무를 집행하는 중에 그 도주 차량의 주행에 의하여 제3자가 손해를 입은 경우, 추적의 방법이 상당하지 않다는 등의 특별한 사정이 없는 한 추적행위가 위법한 것은 아님  
 경찰관이 교통법규 등을 위반하고 도주하는 차량을 순찰차로 추적하는 직무를 집행하는 중에 그 도주 차량의 주행에 의하여 제3자가 손해를 입었다고 하더라도 그 추적이 당해 직무 목적을 수행하는 데에 불필요하다거나 또는 도주 차량의 도주의 태양 및 도로교통상황 등으로부터 예측되는 피해 발생의 구체적 위험성의 유무 및 내용에 비추어 추적의 개시·계속 혹은 추적의 방법이 상당하지 않다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 추적행위를 위법하다고 할 수는 없다(대법원 2000.11.10. 2000다26807·26814).

■ **정답** ④

## 07 국·공유재산에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정재산의 사용·수익에 대한 허가는 순전히 사경제주체로서 행하는 사법상의 행위가 아니라 특정인에게 행정재산을 사용할 수 있는 권리를 설정하여 주는 강학상 특허에 해당한다.
- ② 일반재산은 사경제적 거래의 대상으로 사적 자치의 원칙이 지배하므로 그의 운용, 관리 등에 관하여는 공법적 규율이 전적으로 배제된다.
- ③ 공유재산에 대한 취득시효가 완성되기 위해서는 그 공유재산이 취득시효기간 동안 계속하여 시효취득의 대상이 될 수 있는 일반재산이어야 한다.
- ④ 국가가 토지를 점유할 수 있는 일정한 권원 없이 사유토지를 도로부지에 편입시킨 경우에는, 국가가 그 권원 없음을 잘 알면서 토지를 무단점유한 것임이 증명되었다고 보기 어려운 사정이 있는 경우에 해당하지 아니하는 이상, 자주점유의 추정은 깨어진다.

- **해설** ① (0) 행정재산의 사용·수익에 대한 허가의 법적성질은 특허  
 국유재산 등의 관리청이 하는 행정재산의 사용·수익에 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(대법원 2006.3.9. 2004다31074).
- ② (x) 국유재산법 제47조 제1항은 “일반재산의 대부의 제한, 대부료, 대부료의 면제 및 대부계약의 해제나 해지 등에 관하여는 제30조제2항, 제31조제1항·제2항, 제32조, 제33조, 제34조제1항제2호·제3호, 같은 조 제2항, 제36조 및 제38조를 준용한다.”고 규정하여 일정한 경우 행정재산에 대한 규정을 준용하므로, “공법적 규율이 전적으로 배제된다.”는 지문은 옳지 않다.
- ③ (0) 구 지방재정법 제74조 제2항은 “공유재산은 민법 제245조의 규정에 불구하고 시효취득의 대상이 되지 아니한다. 다만, 잡종재산(현재는 일반재산)의 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있으므로, 구 지방재정법상 공유재산에 대한 취득시효가 완성되기 위하여는 그 공유재산이 취득시

효기간 동안 계속하여 시효취득의 대상이 될 수 있는 잡종재산이어야 하고, 이러한 점에 대한 증명 책임은 시효취득을 주장하는 자에게 있다(대법원 2009.12.10. 2006다19177).

- ④ (0) 지방자치단체나 국가가 권원 없이 사유토지를 도로부지에 편입시킨 경우, 자주점유의 추정이 깨어지는지 여부(적극)

점유자가 점유 개시 당시에 소유권 취득의 원인이 될 수 있는 법률행위 기타 법률요건이 없이 그와 같은 법률요건이 없다는 사실을 잘 알면서 타인 소유의 부동산을 무단점유한 것임이 입증된 경우, 특별한 사정이 없는 한 점유자는 타인의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있지 않다고 보아야 하므로, 이로써 소유의 의사가 있는 점유라는 추정은 깨어지고, 또한 지방자치단체나 국가가 자신의 부담이나 기부의 채납 등 지방재정법 또는 국유재산법 등에 정한 공공용 재산의 취득절차를 밟거나 그 소유자들의 사용승낙을 받는 등 토지를 점유할 수 있는 일정한 권원 없이 사유토지를 도로부지에 편입시킨 경우에도 자주점유의 추정은 깨어진다고 보아야 할 것이다(대법원 2001.03.27. 2000다64472).

■ 정답 ②

## 08 지방자치단체의 조례에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 조례안재의결 무효확인소송에서의 심리대상은 지방의회에 재의를 요구할 당시 이의사항으로 지적되어 재의결에서 심의의 대상이 된 것에 국한된다.
- ② 특정사항에 관하여 국가법령이 이미 존재하지만 그 규정의 취지가 반드시 전국에 걸쳐 일률적인 규율을 하려는 것이 아니라 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하고 있다고 해석될 경우, 조례가 국가법령에서 정하지 아니하는 사항을 규정하고 있다면 법령에 위반되는 것이라고 할 수 있다.
- ③ 조례에 위입할 사항은 헌법 제75조 소정의 행정입법에 위입할 사항보다 더 포괄적이어도 헌법에 반하지 않는다.
- ④ 조례가 집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생하는 경우 그 조례는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.

■ 해설 ① (0) 대법원 2015.5.14. 2013추98

- ② (x) 지방자치법 제15조에서 말하는 '법령의 범위 안'이라는 의미는 '법령에 위반되지 아니하는 범위 안'이라는 의미이며, 특정 사항에 관하여 국가 법령이 이미 존재할 경우에도 그 규정의 취지가 반드시 전국에 걸쳐 일률적인 규율 하려는 것이 아닌 한 조례가 국가 법령에서 정하지 아니하는 사항을 규정하고 있다고 하더라도 이를 법령에 위반되는 것이라고 할 수 없다(대판 2000. 11. 24. 2000추29).

생활보호법상 자활보호대상자에게는 생계비를 지원하지 아니하도록 규정하고 있더라도 광주시 동구의회가 이들 중 65세 이상의 노쇠자에게 생계비를 지원하는 조례안을 제정한 것이 생활보호법과 모순저촉되는 것이라고는 할 수 없다(대판 1997. 4. 25. 96추244).

- ③ (0) 조례는 법령의 위입사항에 관하여 규율할 수 있다. 조례의 제정에 반드시 법률의 개별적·구체적 위임이 있어야만 하는 것은 아니고, 다만 주민의 권리의무에 관한 사항이나 벌칙을 규정할 때에는 법률의 위임이 있어야 조례로서 정할 수 있다(지방자치법 제15조 단서). 다만 이 경우에는 포괄적 위임이 허용될 수 있다는 것이 판례의 태도이다.

- ④ (0) **두밀분교 폐교 조례는 처분적 법규에 해당하여, 행정처분성이 인정됨**

조례가 집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생하는 경우 그 조례는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하고, 이러한 조례에 대한 무효확인소송을 제기함에 있어서 피고적격이 있는 처분 등을 행한 행정청은, 행정주체인 지방자치단체 또는 지방자치단체의 내부적 의결기관으로서 지방자치단체의 의사를 외부에 표시한 권한이 없는 지방의회가 아니라, 지방자치단체의 집행기관으로서 조례로서의 효력을 발생시키는 공포권이 있는 지방자치단체의 장이다(대법원 1996.9.20. 95누8003).

■ 정답 ②

## 09 공법상 계약에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정청이 자신과 상대방 사이의 근로관계를 일방적인 의사표시로 종료시켰다면, 곧바로 그 의사표시는 행정청으로서 공권력을 행사하여 행하는 행정처분에 해당한다.
- ② 공공사업에 필요한 토지 등의 협의취득에 기한 손실보상금의 환수통보는 사법상의 이행 청구에 해당하는 것으로서 항고소송의 대상이 될 수 없다.
- ③ 서울특별시립무용단원의 위촉은 공법상 계약에 해당하며, 따라서 그 단원의 해촉에 대하여는 공법상의 당사자소송으로 무효확인을 청구할 수 있다.
- ④ 지방계약직공무원에 대해서도, 채용계약상 특별한 약정이 없는 한, 지방공무원법, 지방공무원 징계 및 소청규정에 정한 징계절차에 의하지 않고서는 보수를 삭감할 수는 없다.

■ **해설** ① (x) 행정청이 일방적인 의사표시로 근로관계를 종료시킨 경우나 계약이 성립하지 않게 된 경우에, 그 의사표시가 행정처분인지 공법상 계약의 의사표시인지 판단하는 방법 ⇨ 관계 법령이 상대방의 근로관계에 관하여 구체적으로 어떻게 규정하고 있는지에 따라 그 의사표시가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는 것인지 아니면 공법상 계약관계의 일방 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시인지 여부를 개별적으로 판단 ⇨ 지방계약직공무원인 읍무즈만 채용행위는 공법상 대등한 당사자 사이의 의사표시의 합치로 성립하는 공법상 계약에 해당

행정청이 자신과 상대방 사이의 근로관계를 일방적인 의사표시로 종료시켰다고 하더라도 곧바로 그 의사표시가 행정청으로서 공권력을 행사하여 행하는 행정처분이라고 단정할 수는 없고, 관계 법령이 상대방의 근로관계에 관하여 구체적으로 어떻게 규정하고 있는지에 따라 그 의사표시가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는 것인지 아니면 공법상 계약관계의 일방 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시인지 여부를 개별적으로 판단하여야 한다. 이러한 법리는 공법상 근로관계의 형성을 목적으로 하는 채용계약의 체결 과정에서 행정청의 일방적인 의사표시로 계약이 성립하지 아니하게 된 경우에도 마찬가지이다.

이 사건 조례에 의하면 이 사건 읍무즈만은 토목분야와 건축분야 각 1인을 포함하여 5인 이내의 '지방계약직공무원'으로 구성하도록 되어 있는데, 위 조례와 이 사건 통보 당시 관련 법령의 규정에 비추어 보면, 지방계약직공무원인 이 사건 읍무즈만 채용행위는 공법상 대등한 당사자 사이의 의사표시의 합치로 성립하는 공법상 계약에 해당한다. 이와 같이 이 사건 읍무즈만 채용행위가 공법상 계약에 해당하는 이상 원고의 채용계약 청약에 대응한 피고의 '승낙의 의사표시'가 대등한 당사자로서의 의사표시인 것과 마찬가지로 그 청약에 대하여 '승낙을 거절하는 의사표시' 역시 행정청이 대등한 당사자의 지위에서 하는 의사표시라고 보는 것이 타당하고, 그 채용계약에 따라 담당할 직무의 내용에 고도의 공공성이 있거나 원고가 그 채용과정에서 최종합격자로 공고되어 채용계약 성립에 관한 강한 기대나 신뢰를 가지게 되었다는 사정만으로 이를 행정청이 우월한 지위에서 행하는 공권력의 행사로서 행정처분에 해당한다고 볼 수는 없다.

그럼에도 원심이 채용계약에 관한 승낙을 거절하는 의사표시에 불과한 이 사건 통보가 행정처분에 해당한다고 보고 그 취소를 구하는 본안에 나아가 판단한 조치에는 항고소송의 대상이 되는 처분에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다(대법원 2014.4.24. 2013두6244).

- ② (0) 구 '공공용지취득및손실보상에 관한 특례법'에 의한 토지의 협의취득이 사법상의 계약에 의해 이루어진 것이어서 이에 따른 손실보상금의 환수통보도 사법상의 이행청구에 해당하는 것으로서 항고소송대상인 처분이 될 수 없다는 것이 판례의 입장이다.
- ③ (0) 서울특별시립무용단원의 해촉에 대하여는 공법상 당사자소송으로 무효확인을 청구할 수 있음  
서울특별시립무용단 단원의 위촉은 공법상의 계약이라고 할 것이고, 따라서 그 단원의 해촉에 대하여는 공법상의 당사자소송으로 그 무효확인을 청구할 수 있다(대법원 1995.12.22. 95누4636).
- ④ (0) 근로기준법 등의 입법 취지, 지방공무원법과 지방공무원징계및소청규정의 여러 규정에 비추어 볼 때, 채용계약상 특별한 약정이 없는 한, 지방계약직공무원에 대하여 지방공무원법, 지방공무원징계및소청규정에 정한 징계절차에 의하지 않고서는 보수를 삭감할 수 없다고 봄이 상당하다(대판 2008.6.12. 2006두16328).

■ **정답** ①

## 10 공무원의 신분에 대한 판례의 내용으로 옳지 않은 것은?

- ① 인사규정 등에서 직위해제처분에 따른 효과로 승진·승급에 제한을 가하는 등의 법률상 불이익을 규정하고 있는 경우에는 직위해제처분을 받은 근로자는 이러한 법률상 불이익을 제거하기 위하여 그 실효된 직위해제처분에 대한 구제를 신청할 이익이 있다.

- ② 당연퇴직의 통보는 법률상 당연히 발생하는 퇴직사유를 공적으로 확인하여 알려주는 사실의 통보에 불과한 것이지 그 통보자체가 징계과면이나 직권면직과 같이 공무원의 신분을 상실시키는 새로운 형성적 행위는 아니므로 항고소송의 대상이 되는 독립한 행정처분이 될 수는 없다.
- ③ 학교법인 또는 사립학교 경영자는 교원소청심사위원회의 결정에 대하여 행정소송을 제기할 수 없다.
- ④ 직위해제처분은 당해 공무원에게 직위를 부여하지 아니함으로써 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적이고 가처분적인 성격을 갖는 조치이므로, 징벌적 제재로서의 징계 등에서 요구되는 것과 같은 동일한 절차적 보장을 요구할 수는 없다.

■ **해설** ① (0) 인사규정 등에서 직위해제처분에 따른 효과로 승진·승급에 제한을 가하는 등의 법률상 불이익을 규정하고 있는 경우에는 이미 실효된 직위해제처분에 대하여 구제를 신청할 소의 이익이 인정됨

직위해제처분은 근로자로서의 지위를 그대로 존속시키면서 다만 그 직위만을 부여하지 아니하는 처분이므로 만일 어떤 사유에 의하여 근로자를 직위해제한 후 그 직위해제 사유와 동일한 사유를 이유로 징계처분을 하였다면 뒤에 이루어진 징계처분에 의하여 그 전에 있었던 직위해제처분은 그 효력을 상실한다. 여기서 직위해제처분이 효력을 상실한다는 것은 직위해제처분이 소급적으로 소멸하여 처음부터 직위해제처분이 없었던 것과 같은 상태로 되는 것이 아니라 사후적으로 그 효력이 소멸한다는 의미이다. 따라서 직위해제처분에 기하여 발생한 효과는 당해 직위해제처분이 실효되더라도 소급하여 소멸하는 것이 아니므로, 인사규정 등에서 직위해제처분에 따른 효과로 승진·승급에 제한을 가하는 등의 법률상 불이익을 규정하고 있는 경우에는 직위해제처분을 받은 근로자는 이러한 법률상 불이익을 제거하기 위하여 그 실효된 직위해제처분에 대한 구제를 신청할 이익이 있다(대법원 2010.7.29. 2007두18406).

- ② (0) 대법원 1987.4.14. 86누459
- ③ (x) 교원소청심사위원회 결정에 대하여 학교법인, 사립학교 경영자뿐만 아니라 소청심사의 피청구인이 된 학교의 장도 행정소송을 제기할 수 있음  
교원만이 교원소청심사위원회의 결정에 대하여 행정소송을 제기할 수 있도록 한 구 교원지위 향상을 위한 특별법 제10조 제3항이 헌법재판소의 위헌결정(헌법재판소 2006.2.23, 2005헌가7·2005헌마1163)에 따라 학교법인 및 사립학교 경영자뿐 아니라 소청심사의 피청구인이 된 학교의 장 등도 행정소송을 제기할 수 있도록 현재와 같이 개정된 경위, 학교의 장은 학교법인의 위임 등을 받아 교원에 대한 징계처분, 인사발령 등 각종 업무를 수행하는 등 독자적 기능을 수행하고 있어 이러한 경우 하나의 활동단위로 특정될 수 있는 점까지 아울러 고려하여 보면, 교원소청심사위원회의 결정에 대하여 행정소송을 제기할 수 있는 자에는 교원지위 향상을 위한 특별법 제10조 제3항에서 명시하고 있는 교원, 사립학교법 제2조에 의한 학교법인, 사립학교 경영자뿐 아니라 소청심사의 피청구인이 된 학교의 장도 포함한다고 보는 것이 타당하다(대법원 2011.6.24. 2008두9317).
- ④ (0) 직위해제처분은 당해 공무원에게 직위를 부여하지 아니함으로써 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적이고 가처분적인 성격을 갖는 조치이므로, 징벌적 제재로서의 징계 등에서 요구되는 것과 같은 동일한 절차적 보장을 요구할 수는 없다. 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).

■ **정답** ③

## 11 행정조사에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 위법한 중복세무조사에 기초하여 이루어진 과세처분은 위법한 처분이다.
- ② 세무조사결정은 납세의무자의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 공권력의 행사에 따른 행정작용이 아니므로 항고소송의 대상이 될 수 없다.
- ③ 우편물 통관검사절차에서 압수수색영장 없이 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사가 진행되었다면 특별한 사정이 없는 한 위법하다.
- ④ 행정기관이 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우에도 법령 등

에서 행정조사를 규정하고 있지 아니한 경우에는 행정조사를 실시할 수 없다.

- **해설** ① (0) 납세자에 대한 부가가치세부과처분이, 종전의 부가가치세 경정조사와 같은 세목 및 같은 과세 기간에 대하여 중복하여 실시된 위법한 세무조사에 기초하여 이루어진 것이어서 위법하다(대법원 2006.06.02. 2004두12070).
- ② (x) 세무조사결정은 납세의무자의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 공권력의 행사에 따른 행정작용으로서 항고소송의 대상이 된다(대법원 2011.3.10. 2009두23617·23624).
- ③ (x) 우편물 통관검사절차에서 이뤄지는 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 수출입물품에 대한 적정한 통관 등을 목적으로 한 행정조사"이며, "수사기관의 강제처분이 아니므로" 압수·수색영장 없이 검사가 진행됐더라도 이를 위법하다고 볼 수 없다(대법원 2013도7718).
- ④ (x) 행정기관은 법령등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에 한하여 행정조사를 실시할 수 있다. 다만, 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우에는 그러하지 아니하다(행정조사기본법 제5조).

■ **정답** ①

## 12 행정절차법 의 내용에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 입법예고기간은 예고할 때 정하되, 특별한 사정이 없으면 40일(자치법규는 20일) 이상으로 한다.
- ② 당사자 등이 정당한 이유 없이 의견제출기한까지 의견제출을 하지 아니한 경우에는 의견이 없는 것으로 본다.
- ③ 침해적 행정처분을 함에 있어서 행정처분의 상대방이 청문일시에 불출석하였다는 이유로 청문을 실시하지 아니하고 처분을 한 경우 당해 처분은 적법하다는 것이 판례의 입장이다.
- ④ 행정청은 행정절차법 제38조에 따른 공청회와 병행하여서만 정보통신망을 이용한 공청회를 실시할 수 있다.

- **해설** ① (0) 행정절차법 제43조
- ② (0) 행정절차법 제27조 제4항
- ③ (x) 청문통지서가 반송되었다거나, 행정처분의 상대방이 청문일시에 불출석하였다는 이유로는 청문절차를 생략할 수 없음  
처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요한 경우의 판단기준은 당해 행정처분의 성질에 비추어 판단하여야 하는 것이지, 행정처분의 상대방에 대한 청문통지서가 반송되었다거나, 행정처분의 상대방이 청문일시에 불출석하였다는 이유로 청문을 실시하지 아니하고 한 침해적 행정처분은 위법하다(대법원 2001.4.13. 2000두3337).
- ④ (0) 행정절차법 제38조의2

■ **정답** ③

## 13 행정대집행에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 구 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법 에 의한 협의취득시 건물소유자가 매매 대상 건물에 대한 철거의무를 부담하겠다는 취지의 약정을 한 경우, 그 철거의무는 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 된다.
- ② 관계 법령에 위반하여 장례식장 영업을 하고 있는 자의 장례식장 사용중지의무는 비대체적 부작위의무이므로 행정대집행법 에 의한 대집행의 대상이 아니다.
- ③ 도시공원시설 점유자의 퇴거 및 명도의무는 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 되지 않는다.
- ④ 대집행의 계고와 대집행영장에 의한 통지는 그 자체가 독립하여 취소소송의 대상이 된다.

- **해설** ① (x) 구 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법에 의한 협의취득시 건물소유자가 매매대상 건물에 대한 철거의무를 부담하겠다는 취지의 약정을 한 경우는 사법상 계약의 성질을 가지기에, 그

**철거의무는 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 되지 않음**

행정대집행법상 대집행의 대상이 되는 대체적 작위의무는 공법상 의무이어야 할 것인데, 구 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법에 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 행정대집행법을 준용하여 대집행을 허용하는 별도의 규정이 없는 한 위와 같은 철거의무는 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 되지 않는다(대법원 2006.10.13, 2006두7096).

- ② (0) 대법원 2005.9.28, 2005두7464
- ③ (0) 대법원 1998.10.23, 97누157
- ④ (0) 대집행의 계고와 대집행영장에 의한 통지는 준법률행위적 행정행위로서의 통지라는 것이 통설·판례의 입장이다(대법원 1962.10.28, 62누117).

■ 정답 ①

**14 행정의 실효성 확보수단에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ① 질서위반행위규제법에 의하면 고의 또는 과실이 없는 질서위반행위에 대해서도 과태료를 부과할 수 있다.
- ② 이행강제금이란 행정법상 의무를 불이행하였거나 위반한 자에 대하여 당해 위반행위로 얻은 경제적 이익을 박탈하기 위하여 부과하거나 또는 사업의 취소·정지에 갈음하여 부과되는 금전상의 제재를 말한다.
- ③ 무허가 건축행위에 대한 형사처벌과 시정명령 위반에 대한 이행강제금의 부과는 그 처벌 내지 제재대상이 되는 기본적 사실관계로서의 행위를 달리하며, 또한 그 보호법익과 목적에서도 차이가 있으므로 이중처벌이 아니다.
- ④ 감염병환자의 강제입원, 불법게임물의 폐기는 행정상 직접강제의 예이다.

■ 해설 ① (x) 고의 또는 과실이 없는 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다(질서위반행위규제법 제7조).

- ② (x) 이행강제금이 아니라 과징금에 대한 설명이다.
- ③ (0) 건축법 제78조에 의한 무허가 건축행위에 대한 형사처벌과 건축법 제83조 제1항에 의한 시정명령 위반에 대한 이행강제금의 부과는 그 처벌 내지 제재대상이 되는 기본적 사실관계로서의 행위를 달리하며, 또한 그 보호법익과 목적에서도 차이가 있으므로 헌법 제13조 제1항이 금지하는 이중처벌에 해당한다고 할 수 없다(헌재결 2004.2.26, 2001헌바80).
- ④ (x) 감염병환자의 강제입원, 불법게임물의 폐기는 행정상 즉시강제의 예이다.

■ 정답 ③

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

- ① 납세의무는 법률이 정한 과세요건이 충족되면 과세관청의 특별한 행위를 기다리지 아니하고 당연히 성립한다.
- ② 조세법률주의는 과세요건법정주의와 과세요건명확주의를 그 핵심적 내용으로 하고 있다.
- ③ 국세의 부과처분에 불복하여 행정소송을 제기하고자 하는 경우에는 행정소송 제기 전에 국세청장에 대한 심사청구 또는 조세심판원에 대한 심판청구를 택일하여 청구하여야 한다.
- ④ 원천징수의 경우 국가 등에 대한 환급청구권자는 원천징수의무자가 아니라 원천납세의무자이다.

■ 해설 ② (0) 조세법률주의는 과세요건법정주의·과세요건명확주의·소급과세금지의 원칙 등을 핵심내용으로 한다(헌재 1999. 7. 22, 97헌바16).

- ③ (0) ㉠ 국세의 경우 불복절차는 개별법령에 특별한 규정이 없는 한 국세기본법이 적용된다.

- ㉞ 독촉, 압류, 공매처분에 대하여는 행정쟁송을 제기할 수 있다. 다만, 행정심판에 있어서는 행정심판법의 규정을 적용하지 아니하므로 중앙행정심판위원회에 행정심판을 제기하는 것이 아니라, 국세기본법상 당해 세무서장 또는 소관 지방국세청장에게 이의신청, 국세청장에게 심사청구 또는 조세심판원장에게 심판청구를 제기한다.
- ㉟ 당해 세무서장 또는 소관 지방국세청장에게 하는 이의신청은 임의적 절차이다.
- ㊱ 행정심판에 해당하는 국세청장에게 심사청구와 조세심판원장에 대한 조세심판청구는 필요적 행정심판전치주의이다. 다만 국세청장에게 하는 심사청구와 조세심판원장에 대한 조세심판청구는 중복하여 제기할 수 없고, 둘 중 하나의 절차만 거치면 행정소송을 제기할 수 있다.
- ④ (x) 국세환급금 결정이나 이 결정을 구하는 신청에 대한 환급거부결정 등은 납세의무자가 갖는 환급청구권의 존부나 범위에 구체적인 영향을 미치는 처분이 아니어서 항고소송의 대상이 되는 처분이라고 볼 수 없으며, 한편 위와 같은 환급청구권은 원천납세의무자가 아닌 원천징수의무자에게 귀속되는 것이므로, 원천납세의무자들이 한 원천징수세액의 환급신청을 과세관청이 거부하였다고 하더라도, 이는 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하지 아니한다(대법원 2002.11.08. 2001두8780).

정답 ④

## 16 행정입법에 대한 판례의 내용으로 옳지 않은 것은?

- ① 처분의 근거가 행정규칙에 규정되어 있다고 하더라도, 그 처분이 상대방에게 권리 설정 또는 의무 부담을 명하거나 기타 법적인 효과를 발생하게 하는 등으로 상대방의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행위인 경우에는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.
- ② 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.
- ③ 행정규칙에서 사용하는 개념이 달리 해석될 여지가 있다 하더라도 행정청이 수권의 범위 내에서 법령이 위임한 취지 및 형평과 비례의 원칙에 기초하여 합목적적으로 기준을 설정하여 그 개념을 해석·적용하고 있다면, 개념이 달리 해석될 여지가 있다는 것만으로 이를 사용한 행정규칙이 법령의 위임 한계를 벗어났다고는 할 수 없다.
- ④ 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 및 같은 법 시행령이 정한 이행강제금의 부과기준은 단지 상한을 정한 것에 불과한 것이므로 행정청에 이와 다른 이행강제금액을 결정할 재량권이 있다.

해설 ① (0) 행정행위는 행정조직 내부의 행위가 아니라 대국민적 관계에서 상대방인 개인에 대하여 권리·의무의 변동을 가져오는 행위이다. 따라서 행정조직 내부에서 행해지는 상급관청의 지시나 상관의 명령, 행정청 내부의 중간처분 등은 행정행위가 아니며, 행정규칙 역시 행정행위에서 제외된다. 그러나 어떠한 처분의 근거가 행정규칙에 규정되어 있다고 하더라도, 그 처분이 상대방에게 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법적인 효과를 발생하게 하는 등으로 그 상대방의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행위라면, 이 경우에도 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대법원 2002.7.26. 2001두3532).

② (0) 현재결 1990.9.3, 90헌바13

③ (0) 법령상의 어떤 용어가 별도의 법률상의 의미를 가지지 않으면서 일반적으로 통용되는 의미를 가지고 있다면, 상위규범에 그 용어의 의미에 관한 별도의 정의규정을 두고 있지 않고 권한을 위임 받은 하위규범에서 그 용어의 사용기준을 정하고 있다 하더라도 하위규범이 상위규범에서 위임한 한계를 벗어났다고 볼 수 없으며, 행정규칙에서 사용하는 개념이 달리 해석할 여지가 있다 하더라도 행정청이 수권의 범위 내에서 법령이 위임한 취지 및 형평과 비례의 원칙에 기초하여 합목적적으로 기준을 설정하여 그 개념을 해석·적용하고 있다면, 개념이 달리 해석할 여지가 있다는 것만으로 이를 사용한 행정규칙이 법령의 위임 한계를 벗어났다고는 할 수 없다(대법원 2008.04.10. 2007두4841).

- ④ (x) 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(이하 '국토계획법'이라 한다) 제124조의2 제1항, 제2항 및 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령 제124조의3 제3항이 토지이용에 관한 이행명령의 불이행에 대하여 법령 자체에서 토지이용의무 위반을 유형별로 구분하여 이행강제금을 차별하여 규정하고 있는 등 규정의 체계, 형식 및 내용에 비추어 보면, 국토계획법 및 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령이 정한 이행강제금의 부과기준은 단지 상한을 정한 것에 불과한 것이 아니라, 위반행위 유형별로 계산된 특정 금액을 규정한 것이므로 행정청에 이와 다른 이행강제금액을 결정할 재량권이 없다고 보아야 한다(대법원 2014.11.27. 2013두8653).

정답 ④

## 17 공법상 당사자소송에 해당하는 것만을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 과세처분의 무효를 원인으로 하는 조세환급청구소송  
 ㄴ. 부가가치세 환급청구소송  
 ㄷ. 재개발조합의 관리처분계획의 취소를 구하는 소송  
 ㄹ. 민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률에 따른 보상심의위원회의 결정을 다투는 소송  
 ㅁ. 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 상의 주거이전비 보상청구소송

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

해설 ③ ㄴ, ㅁ이 당사자소송의 대상이다.

- ㄱ. 과세처분의 무효를 원인으로 하는 조세환급청구소송은 관례상 사법관계에 해당하며, 민사소송의 대상이다.  
 ㄷ. 관리처분계획은 항고소송의 대상인 행정처분에 해당 함  
 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 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).  
 ㄹ. '민주화운동관련자 명예회복 및 보상 심의위원회'의 보상금 등의 지급 대상자에 관한 결정은 행정처분이고, '민주화운동관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률'에 따른 보상금 등의 지급을 구하는 소송의 형태 (=항고소송)  
 '민주화운동관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률'의 취지와 내용에 비추어 보면, 같은 법 제2조 제2호 각 목은 민주화운동과 관련한 피해 유형을 추상적으로 규정한 것에 불과하여 제2조 제1호에서 정의하고 있는 민주화운동의 내용을 함께 고려하더라도 그 규정들만으로는 바로 법상의 보상금 등의 지급 대상자가 확정된다고 볼 수 없고, '민주화운동관련자 명예회복 및 보상 심의위원회'에서 심의·결정을 받아야만 비로소 보상금 등의 지급 대상자로 확정될 수 있다. 따라서 그와 같은 심의위원회의 결정은 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행정처분에 해당하므로, 관련자 등으로서 보상금 등을 지급받고자 하는 신청에 대하여 심의위원회가 관련자 해당 요건의 전부 또는 일부를 인정하지 아니하여 보상금 등의 지급을 기각하는 결정을 한 경우에는 신청인은 심의위원회를 상대로 그 결정의 취소를 구하는 소송을 제기하여 보상금 등의 지급대상자가 될 수 있다(대법원 2008.4.17. 2005두16185 전원합의체).

### ☆ 실질적 당사자소송의 대상

실질적 당사자소송	① 대립되는 당사자 사이의 공법상의 법률관계에 관한 다툼으로서, 그 일방당사자를 피고로 하는 소송 ② 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 총회결의의 효력을 다투
-----------	---

	<p>는 소송은 공법상 당사자소송에 해당함</p> <p>↳ [비교판례] 구 도시 및 주거환경정비법에 따른 주택재건축정비사업조합이 수립한 사업시행계획이 인가·고시를 통해 확정된 후의 쟁송 방법은 항고소송</p> <p>↳ [비교판례] 주택재개발정비사업조합과 조합장 또는 조합임원 사이의 선임, 해임 등을 둘러싼 법률관계에 대한 소송은 민사소송</p> <p>③ 한국전력공사가 한국방송공사로부터 수신료징수업무를 위탁받아 자신의 고유업무와 관련된 고지행위와 결합하여 수신료를 징수할 권한이 있는지 여부를 다투는 소송</p> <p>④ 광주민주화운동관련보상등에관한법률에 의한 보상금청구</p> <p>↳ [비교판례] 민주화운동관련자 명예회복 및 보상 심의위원회의 보상금 등의 지급 대상자에 관한 결정은 행정처분에 해당하고, '민주화운동관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률'에 따른 보상금 등의 지급을 구하는 소송의 형태는 항고소송</p> <p>⑤ 하천법 중 개정법률 부칙 제2조의 규정에 의한 보상청구권의 소멸시효가 만료된 하천구역 편입토지 보상에 관한 특별조치법 제2조 제1항의 규정에 의한 손실보상금의 지급을 구하거나 손실보상청구권의 확인을 구하는 소송</p> <p>⑥ 이주대책에서 세입자의 주거이전비 보상청구권</p> <p>⑦ 사업시행자가 환매권자를 상대로 하는 환매가격의 증감에 관한 소송</p> <p>⑧ 구 도시재개발법에 의한 재개발조합에 대하여 조합원 자격확인을 구하는 소송</p> <p>⑨ 태극무공훈장을 수여받은 자임의 확인을 구하는 소송</p> <p>⑩ 영관생계보조기금의 권리자임의 확인을 구하는 소송</p> <p>⑪ 광주시립합창단원에 대한 재위촉 거부</p> <p>⑫ 서울특별시립무용단 단원의 해촉에 대한 다툼</p> <p>⑬ 전문직공무원인 공중보건의사의 채용계약해지의 의사표시에 관한 다툼</p> <p>⑭ 지방전문직공무원인 서울특별시 경찰국 산하 서울대공전술연구소 소장 채용계약해지 등에 관한 소송</p> <p>⑮ 공무원연금관리공단의 퇴직연금 일부의 지급거부에 대한 소송</p> <p>↳ [비교판례] 공무원연금관리공단의 급여에 관한 결정은 행정처분으로서 항고소송의 대상이 됨</p> <p>⑯ 공무원연금관리공단이 퇴직연금 중 일부금액에 대하여 지급거부의 의사표시를 한 경우 미지급 퇴직연금의 지급을 구하는 소송</p> <p>⑰ 석탄산업법시행령 소정의 재해위로금 지급청구소송</p> <p>⑱ 석탄산업법에 의한 석탄가격안정지원금청구소송</p> <p>⑲ 보조사업자에 대한 지방자치단체의 보조금반환청구소송</p> <p>⑳ 공립유치원의 임용기간을 정한 전임강사로 임용되어 온 유치원 교사의 자격이 있는 자에 대한 해임처분의 시정 및 수령지체된 보수의 지급을 구하는 소송</p> <p>㉑ 지방소방공무원이 소속 지방자치단체를 상대로 초과근무수당의 지급을 구하는 소송</p> <p>㉒ 부가가치세 환급세액 지급청구</p>
--	---

정답 ③

## 18 국가배상에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 인사업무담당 공무원이 다른 공무원의 공무원증 등을 위조한 행위는 국가배상법 제2조 제1항 소정의 '공무원이 직무를 집행하면서 행한 행위'로 인정되지 않는다.
- ② 법령에 의해 대집행권한을 위탁받은 한국토지공사는 대집행을 수권 받은 자로서 국가배상법 제2조 소정의 공무원에 해당한다.
- ③ 헌법재판소 재판관의 위법한 직무집행의 결과 잘못된 각하결정을 함으로써 청구인으로 하여금 본안판단을 받을 기회를 상실하게 한 이상, 설령 본안판단을 하였다더라도 어차피 청구가 기각되었을 것이라는 사정이 있다고 하더라도 청구인의 합리적인 기대를 침해한

것이고, 그 침해로 인한 정신상의 고통에 대하여는 위자료를 지급할 의무가 있다.

- ④ 어떠한 행정처분이 후에 항고소송에서 취소되면, 그 기판력에 의하여 당해 행정처분은 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 불법행위를 구성한다.

- **해설** ① (x) **인사업무담당공무원이 다른 공무원의 공무원증을 위조한 것은 직무집행 관련성이 인정됨**  
 울산세관 공무원들의 공무원증 및 재직증명서 발급업무를 하는 공무원이 울산세관의 다른 공무원의 공무원증 등을 위조하는 행위는 비록 그것이 실질적으로는 직무행위에 속하지 아니한다 할지라도 적어도 외관상으로는 공무원증과 재직증명서를 발급하는 행위로서 직무집행으로 보여지므로 결국 소외인의 공무원증 등 위조행위는 국가배상법 제2조 제1항 소정의 공무원이 직무를 집행함에 당하여 한 행위로 인정된다(대법원 2005.1.14. 2004다26805).
- ② (x) **법령에 의해 대집행권한을 위탁받은 한국토지공사는 국가공무원법 제2조에서 말하는 공무원에 해당하지 않음**  
 한국토지공사는 구 한국토지공사법 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 의하여 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.
- ③ (○) **헌법재판소 재판관이 청구기간 내에 제기된 헌법소원심판청구 사건에서 청구기간을 오인하여 각하결정을 한 경우에는 국가배상책임을 인정할 수 있음**  
 헌법재판소 재판관의 위법한 직무집행의 결과 잘못된 각하결정을 함으로써 청구인으로 하여금 본안판단을 받을 기회를 상실하게 한 이상, 설령 본안판단을 하였더라도 어차피 청구가 기각되었을 것이라는 사정이 있다고 하더라도 잘못된 판단으로 인하여 헌법소원심판 청구인의 위와 같은 합리적인 기대를 침해한 것이고 이러한 기대는 인격적 이익으로서 보호할 가치가 있다고 할 것이므로 그 침해로 인한 정신상 고통에 대하여는 위자료를 지급할 의무가 있다(대법원 2003.7.11. 99다24218).
- ④ (x) **행정처분이 후에 항고소송에 의해 취소되었을 지라도 그 자체만으로 그 행정처분이 공무원의 고의 또는 과실로 인한 불법행위를 구성한다고 단정할 수 없음**  
 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 관계 법령의 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).

■ **정답** ③

## 19 행정소송의 심리에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① “법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다.”라고 규정하고 있는 행정소송법 제26조는 당사자소송에도 준용된다.
- ② 취소소송의 직권심리주의를 규정하고 있는 행정소송법 제26조의 규정을 고려할 때, 행정소송에 있어서 법원은 원고의 청구범위를 초월하여 그 이상의 청구를 인용할 수 있다.
- ③ 사실심에서 변론 종결시까지 당사자가 주장하지 않던 직권조사 사항에 해당하는 사항을 상고심에서 비로소 주장하는 경우 그 직권조사사항에 해당하는 사항은 상고심의 심판범위에 해당하지 않는다.
- ④ 행정소송에서 기록상 자료가 나타나 있다 하더라도 당사자가 주장하지 않았다면 행정소송의 특수성에 비추어 법원은 이를 판단할 수 없다.

■ **해설** ① (○) 행정소송법 제 26조는 “법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다.”고 규정하고 있고, 이 규정을 당사자

소송인 행정소송법 제44조에서 준용하고 있다.

↳ 제14조 내지 제17조, 제22조, 제25조, 제26조, 제30조제1항, 제32조 및 제33조의 규정은 당사자소송의 경우에 준용한다(행정소송법 제44조).

- ② (x) 행정소송의 경우에도 법원은 소송의 제기가 없는 사건이나 당사자의 청구범위를 넘어서 심리·재판할 수 없다는 불고불리원칙은 적용된다. 즉 불고불리의 원칙상 법원은 원고의 청구범위를 초월하여 그 이상의 청구를 인용할 수 없다.
- ③ (x) 행정소송에서 쟁송의 대상이 되는 행정처분의 존부는 소송요건으로서 직권조사사항이고, 자백의 대상이 될 수 없는 것이므로, 설사 그 존재를 당사자들이 다투지 아니한다 하더라도 그 존부에 관하여 의심이 있는 경우에는 이를 직권으로 밝혀 보아야 할 것이고, 사실심에서 변론종결시까지 당사자가 주장하지 않던 직권조사사항에 해당하는 사항을 상고심에서 비로소 주장하는 경우 그 직권조사사항에 해당하는 사항은 상고심의 심판범위에 해당한다(대법원 2004.12.24. 2003두15195).
- ④ (x) 행정소송법 제26조가 “법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다”라고 규정하고 있지만, 이는 행정소송의 특수성에 연유하는 당사자주의, 변론주의에 대한 일부 예외규정일 뿐 법원이 아무런 제한 없이 당사자가 주장하지 아니한 사실을 판단할 수 있는 것은 아니고, 일견 기록에 현출되어 있는 사항에 관하여서만 직권으로 증거조사를 하고 이를 기초로 하여 판단할 수 있을 따름이고, 그것도 법원이 필요하다고 인정할 때에 한하여 청구의 범위 내에서 증거조사를 하고 판단할 수 있을 뿐이다(대법원 1995.2.24. 94누9146).

정답 ①

## 20 행정행위의 하자에 대한 판례의 내용으로 옳은 것은?

- ① 임면권자가 아닌 행정청이 소속 공무원에 대하여 행한 의원면직처분은 권한유월의 행위로서 무권한의 행위이므로 당연무효이다.
- ② 적법한 건축물에 대한 철거명령의 불이행을 이유로 후행행위로 행해진 건축물철거 대집행계고처분은 당연무효이다.
- ③ 처분 이후에 처분의 근거가 된 법률이 헌법재판소에 의해 위헌으로 결정되었다면 그 처분은 법률상 근거 없는 처분이 되어 당연무효임이 원칙이다.
- ④ 국방·군사시설 사업에 관한 법률 및 구 산림법에서 보전임지를 다른 용도로 이용하기 위한 사업에 대하여 승인 등 처분을 하기 전에 미리 산림청장과 협의를 하라고 규정한 의미는 그 의견에 따라 처분을 하라는 것이므로, 이러한 협의를 거치지 아니하고서 행해진 승인처분은 당연무효이다.

해설 ① (x) 5급 이상의 국가정보원직원에 대한 의원면직처분이 임면권자인 대통령이 아닌 국가정보원장에 의해 행해진 것으로 위법하고, 나아가 국가정보원직원의 명예퇴직원 내지 사직서 제출이 직위해제 후 1년여에 걸친 국가정보원장 측의 중용에 의한 것이었다는 사정을 감안한다 하더라도 그러한 하자가 중대한 것이라고 볼 수는 없으므로, 대통령의 내부결재가 있었는지에 관계없이 당연무효는 아니다(대판 2007.7.26. 2005두15748).

② (o) 적법한 건축물에 대한 철거명령은 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효라고 할 것이고, 그 후행행위인 건축물철거 대집행계고처분 역시 당연무효라고 할 것이다(대법원 1999.4.27. 97누6780).

③ (x) 법률에 근거하여 행정처분이 발하여진 후에 헌법재판소에 의해 그 법률이 위헌으로 되었다면 결과적으로 그 행정처분은 법률의 근거가 없이 행하여진 것과 마찬가지로 되어 하자가 있는 것이 되나, 그 하자가 중대하기는 하나 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에는 객관적으로 명백한 것이라고 할 수는 없으므로, 헌법재판소의 위헌결정 전에 행정처분의 근거가 되는 당해 법률이 헌법에 위반된다는 사유는 특별한 사정이 없는 한, 그 행정처분의 취소소송의 전제가 될 수 있을 뿐 당연무효사유는 아니라고 봄이 상당하다(대법원 2000.6.9. 2000다16329).

④ (x) 국방·군사시설 사업에 관한 법률 및 구 산림법(2002. 12. 30. 법률 제6841호로 개정되기 전의 것)에서 보전임지를 다른 용도로 이용하기 위한 사업에 대하여 승인 등 처분을 하기 전에 미리 산림청장과 협의를 하라고 규정한 의미는 그의 자문을 구하라는 것이지 그 의견을 따라 처분을 하라는 의미는 아니라 할 것이므로, 이러한 협의를 거치지 아니하였다고 하더라도 이는 당해 승인처분을 취소할 수 있는 원인이 되는 하자 정도에 불과하고 그 승인처분이 당연무효가 되는 하자에 해당하는 것은 아니라고 봄이 상당하다(대법원 2006.06.30. 2005두14363).

정답 ②