

- ① $\neg, \bot$

③ $\bot, \top$

⑤ $\top, \perp$

② $\neg, \top$

④ $\bot, \perp$

다. [이 : 국제노동기구 산하 ‘결사의 자유위원회’의 권고는 국내법과 같은 효력이 있거나 일반적으로 승인된 국제법규라고 볼 수 없고, 이 사건 「노동조합 및 노동관계조정법」 조항들이 국제노동기구의 관련 협약 및 권고와 충돌하지 않는 이유와 마찬가지로 개정 「노동조합 및 노동관계조정법」에서 노조전임자가 사용자로부터 급여를 지급받는 것을 금지함과 동시에 그 절충안으로 근로시간 만제 제도를 도입한 이상 이 사건 「노동조합 및 노동관계조정법」 조항들이 결사의 자유위원회의 권고 내용과 배치된다고 보기도 어렵다(헌재 2014.5.29. 2010헌바606).

[정답] ⑤

2015년 변호사 [중요도 ★★, 난이도 中]

- ① $\neg, \perp$

③ $\neg, \perp, \sqsubset$

⑤ $\neg, \perp, \sqsubset, \sqsubseteq$

② $\sqsubset, \sqsubseteq$

④ $\neg, \perp, \sqsubseteq$

해설

나. [O] : 헌법상의 법치국가원리의 파생원칙인 **신뢰보호의 원칙**은 국민이 법률적 규율이나 제도가 장래에도 지속

할 것이라는 합리적인 신뢰를 바탕으로 이에 적응하여 개인의 법적 지위를 형성해 왔을 때에는 국가로 하여금 그와 같은 국민의 신뢰를 되도록 보호할 것을 요구한다. 따라서 법규나 제도의 존속에 대한 개개인의 신뢰가 그 법규나 제도의 개정으로 침해되는 경우에 상실된 신뢰의 근거 및 종류와 신뢰이익의 상실로 인한 손해의 정도 등과 개정규정이 공헌하는 공공복리의 중요성을 비교교량하여 현존상태의 지속에 대한 신뢰가 우선되어야 한다고 인정될 때에는 규범정립자는 지속적 또는 과도적으로 그 신뢰보호에 필요한 조치를 취하여야 할 의무가 있다. 이 원칙은 법률이나 그 하위법규 뿐만 아니라 국가관리의 입시제도와 같이 국·공립대학의 입시전형을 구속하여 국민의 권리에 직접 영향을 미치는 제도운영지침의 개폐에도 적용되는 것이다(헌재 1997.7.16. 97헌마 38).

㉔. [O] : 2000. 7. 1.부터 시행되는 최고보상제도(산업재해보상보험법 제38조 제6항)를 2000. 7. 1. 전에 장해사유가 발생하여 장해보상연금을 수령하고 있던 수급권자에게도 2년 6월의 유예기간 후 2003. 1. 1.부터 적용하는 「산업재해보상보험법」 부칙 제7조 중 “2002. 12. 31.까지는”부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)은 신뢰보호원칙에 위배하여 재산권을 침해한다. 즉 심판대상조항은 실제 평균임금이 노동부장관이 고시하는 한도금액 이상일 경우 그 한도금액을 실제임금으로 의제하는 최고보상제도를 2003. 1. 1.부터 기존 피재근로자인 청구인들에게도 적용함으로써, 평균임금에 대한 청구인들의 장대한 법적 신뢰를 심각하고 예상하지 못한 방법으로 제약하여 청구인들에게 불이익을 초래하였다. 그리고 장해급여제도에 사회보장수급권으로서의 성격도 있는 이상 소득재분배의 도모나 새로운 산재보상사업의 확대를 위한 자금마련의 목적으로 최고보상제를 도입하는 것 자체는 입법자의 결단으로서 형성적 재량권의 범위 내에 있다고 보더라도, 그러한 입법자의 결단은 최고보상제도 시행 이후에 산재를 입는 근로자들부터 적용될 수 있을 뿐, 제도 시행 이전에 이미 재해를 입고 산재보상수급권이 확정적으로 발생한 청구인들에 대하여 그 수급권의 내용을 일시에 급격히 변경하여 가면서까지 적용할 수 있는 것은 아니라고 보아야 할 것이다. 따라서, 심판대상조항은 신뢰보호의 원칙에 위배하여 청구인들의 재산권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다(헌재 2009.5.28. 2005헌바20).

㉕. [O] : 종전부터 게임물이 사회적 문제를 야기하여 인터넷컴퓨터게임시설제공업을 포함한 게임산업 전반에 대한 제도의 재확립이 요청되고 있었다는 것을 청구인들로서는 충분히 예견할 수 있었고, 인터넷컴퓨터게임시설의 경우 사행성 게임프로그램을 설치함으로써 간단히 사행성 게임물기기로 변환될 수 있으므로 기존의 인터넷컴퓨터게임시설제공업자에게만 특별히 등록에 대한 예외를 부여하는 것에 대하여 이익을 제기하는 공익상의 이유가 존재하며, 청구인들이 현재까지 등록을 하지 못하고 있는 것은 「게임산업진흥에 관한 법률」이 요구하는 시설기준의 불비 때문이 아니라 등록제를 도입하기 전부터 시행되고 있던 「학교보건법」 등 다른 법령상의 규제를 해소하지 못한 것에서 비롯된 것인 점 등을 고려할 때, 「게임산업진흥에 관한 법률」 제26조 제2항 본문 중 ‘인터넷컴퓨터게임시설제공업의 등록에 관한 부분’(이 사건 법률조항)을 시행함에 있어 청구인들에게 주어진 2007. 4. 20.부터 2008. 5. 17.까지 1년 이상의 유예기간은 법개정으로 인한 상황변화에 적절히 대처하기에 지나치게 짧은 것이라고 할 수 없다. 따라서 「게임산업진흥에 관한 법률」은 부칙의 경과규정을 통하여 종전부터 PC방 영업을 영위하여 온 청구인들을 비롯한 인터넷컴퓨터게임시설제공업자의 신뢰이익을 충분히 고려하고 있으므로, 이 사건 법률조항이 신뢰보호의 원칙에 위배된다고 할 수 없다(헌재 2009.9.24. 2009헌바28).

[정답] ⑤

문 18. 위임입법에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2015년 변호사 [중요도 ★★, 난이도 中]

① 법률조항의 위임에 따라 대통령령으로 규정한 내용이 헌법에 위반되는

경우에는 그로 인하여 모법인 해당 수권(授權) 법률조항도 위헌으로 된다.

- ② 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다.
- ③ 헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 예시적인 것으로 보아야 할 것인바, 입법자에게 상세한 규율이 불가능한 것으로 보이는 영역이라면 행정부에 필요한 보충을 할 책임이 인정되고 극히 전문적인 식견에 좌우되는 영역에서는 행정규칙에 대한 위임입법이 제한적으로 인정될 수 있다.
- ④ 위임조항에서 위임의 구체적 범위를 명확히 규정하고 있지 않다고 하더라도 당해 법률의 전반적 체계와 관련 규정에 비추어 위임조항의 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정할 수 있다면 이를 포괄적인 백지위임에 해당하는 것으로 볼 수 없다.
- ⑤ 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 아니하고 그대로 재위임하는 것은 허용되지 않으며, 위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그 중의 특정사항을 범위를 정하여 하위법령에 다시 위임하는 경우에만 재위임이 허용된다.

해설 출제 영역 및 유형 : 위임입법, 관례

- ① [X] : 「헌법재판소법」 제68조 제2항에 의한 헌법소원의 대상은 형식적 의미의 법률이고, **법률의 위임에 따라 대통령령으로 규정한 내용이 헌법에 위반되더라도** 그 대통령령이 위헌으로 되는 것은 별론으로 하고 그로 인하여 바로 수권법률까지 위헌으로 되는 것이 아니므로, 어떤 사항에 관하여 법률조항 자체에서 직접 규정하지 않고 그 구체적 내용을 대통령령에 위임한 경우, 그 법률조항의 위헌 여부는 그 위임을 받은 대통령령의 내용까지 포함한 규범상태의 위헌 여부와는 구별되어야 하므로 그 법률조항의 위헌 여부에 관하여는 그 위임이 합헌적인 것인지만 문제된다(헌재 2004.8.26. 2002헌바13).
- ② [O] : 조례의 제정권자인 지방의회는 선거를 통해서 그 지역적인 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표기관이고, 「헌법」이 지방자치단체에 대해 포괄적인 자치권을 보장하고 있는 취지로 볼 때, 조례제정권에 대한 지나친 제약은 바람직하지 않으므로 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다(헌재 2008.12.26. 2008헌마32 등).
- ③ [O] : 헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 예시적인 것으로 보아야 할 것이고, 그것은 법률이 행정규칙에 위임하더라도 그 행정규칙은 위임된 사항만을 규율할 수 있으므로, 국회입법의 원칙과 상치되지도 않는다. 다만, 형식의 선택에 있어서 규율의 밀도와 규율 영역의 특성이 개별적으로 고찰되어야 할 것이고, 그에 따라 **입법자에게 상세한 규율이 불가능한 것으로 보이는 영역**이라면 행정부에게 필요한 보충을 할 책임이 인정되고 **극히 전문적인 식견에 좌우되는 영역**에서는 행정기관에 의한 구체화의 우위가 불가피하게 있을 수 있다. 그러한 영역에서

행정규칙에 대한 위임입법이 제한적으로 인정될 수 있다(헌재 2004.10.28. 99헌바91).

④ [O] : 위임입법에 있어서 위임의 구체성·명확성의 요구 정도는 그 규제 대상의 종류와 성격에 따라서 달라진다. 즉 급부행정 영역에서는 기본권침해 영역보다는 구체성의 요구가 다소 약화되어도 무방하다고 해석되며, 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화될 것이 예상될 때에는 위임의 명확성의 요건이 완화된다. 뿐만 아니라 위임조항에서 위임의 구체적 범위를 명확히 규정하고 있지 않다고 하더라도 당해 법률의 전반적 체계와 관련 규정에 비추어 위임조항의 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정할 수 있다면 이를 일반적이고 포괄적인 백지위임에 해당하는 것으로 볼 수 없다(헌재 1997.12.24. 95헌마390).

⑤ [O] : 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 않고 채위임하는 것은 복위임금지의 범리에 반할 뿐 아니라 수권법의 내용변경을 초래하는 것이 되므로 허용되지 아니한다 할 것이나, 위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그 중의 특정사항을 범위를 정하여 하위법령에 다시 위임하는 경우에는 채위임이 허용된다 할 것이다(대판 2006.4.14. 2004두14793 ; 헌재 2002.10.31. 2001헌라1).

[정답] ①

문 19. 甲은 2013. 11. 6. 乙로부터 A시 소재 B 유흥주점의 영업시설 일체를 양도받아, 2013. 12. 2. A 시장에게 영업자 지위를 승계하였음을 신고하고 위 주점을 운영하여 왔다. 그런데 甲이 인수하기 전인 2013. 10. 초순, 乙은 청소년인 丙, 丁(당시 각 18세)을 유흥접객원으로 고용하여 유흥행위를 하게 하였다. 이에 A 시장은 2014. 2. 3. 甲에 대하여 「식품위생법」 위반을 이유로 영업허가를 취소하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2015년 변호사 [중요도 ★★, 난이도 中]

- ① A시장이 甲의 지위승계신고를 수리하는 행위는 실질적으로 乙의 영업허가를 취소함과 아울러 甲에게 적법하게 영업을 할 수 있는 권리를 설정하여 주는 행위이다.
- ② A시장의 乙에 대한 영업허가는 대물적 허가이지만, 만일 乙에 대한 영업정지처분이 내려졌다면 그 효과는 甲에게 승계되지 않음이 원칙이다.
- ③ 만일 A시장이 2013. 11. 27. 乙에 대한 허가취소처분을 하였다면, 甲은 지위승계신고 수리 이전이라도 사실상 양수인으로서 이를 소송상 다룰 법률상 이익이 있다.
- ④ A시장은 지위승계신고를 수리할 경우 乙에게 사전통지하여야 한다.
- ⑤ 영업양도가 무효이면 지위승계신고 수리가 있었다라도 그 수리는 무효이므로 乙은 민사쟁송으로 양도·양수행위의 무효를 구함이 없이 막바로 허가관청을 상대로 신고수리처분의 무효확인을 구할 법률상 이익이 있

다.

해설 ㉠ 출제 영역 및 유형 : 신고와 제제사유의 승계, 판례

- ① [O] : 구 「식품위생법」상 영업양도에 따른 지위승계신고를 수리하는 허가관청의 행위는 단순히 양도인과 양수인 사이에 이미 발생한 사법상 사업양도의 법률효과에 의하여 양수인이 영업을 승계하였다는 사실의 신고를 접수하는 행위에 그치는 것이 아니라, 실질적으로 양도자의 사업허가 등을 취소함과 아울러 양수자에게 적법하게 사업을 할 수 있는 권리를 설정하여 주는 행위로서 사업허가자 등의 변경이라는 법률효과를 발생시키는 행위라고 할 것이다(대판 2012.1.12. 2011도6561).
- ② [X] : 소위 대물적 허가의 성질을 갖는 영업허가에 있어서는 그 사업의 양도도 가능하고, 이 경우 양수인은 양도인의 지위를 승계하게 됨에 따라 양도인의 위 허가에 따른 권리의무가 양수인에게 이전되는 것이다(대판 1986.7.22. 86누203).
- ③ [O] : 수허가자의 지위를 양수받아 명의변경신고를 할 수 있는 양수인의 지위는 단순한 반사적 이익이나 사실상의 이익이 아니라 법령에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익으로서 법률상 이익이라고 할 것이고, 허가가 유효하게 존속하고 있다는 것이 양수인의 명의변경신고의 전제가 된다는 의미에서 관할 행정청이 양도인에 대하여 허가를 취소하는 처분을 하였다면 이는 양수인의 지위에 대한 직접적 침해가 된다고 할 것이므로 양수인은 허가를 취소하는 처분의 취소를 구할 법률상 이익을 가진다(대판 2003.7.11. 2001두6289).
- ④ [O] : 행정청이 「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, 행정청으로서는 위 신고를 수리하는 처분을 함에 있어서 「행정절차법」 규정 소정의 당사자에 해당하는 종전의 영업자에 대하여 사전통지를 하고 의견제출의 기회를 주고 처분을 하여야 한다(대판 2003.2.14. 2001두7015).
- ⑤ [O] : 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(대판 2005.12.23. 2005두3554).

[정답] ②

문 20. 甲은 한옥 여관건물을 신축하기 위하여 관할 A 시장에게 건축허가를 신청하였다. 한편 「건축법」 제11조 제4항은 허가권자는 위락시설이나 숙박시설에 해당하는 건축물의 건축을 허가하는 경우 해당 대지에 건축하려는 건축물의 용도·규모 또는 형태가 주거환경이나 교육환경 등 주변 환경을 고려할 때 부적합하다고 인정되는 경우에는 건축위원회의 심의를 거쳐 건축허가를 하지 아니할 수 있다는 취지로 규정하고 있다. 그런데 A 시장은 위 여

관건물이 한옥이 아닌 일반 빌딩의 형태인 것으로 오인하여 위 제4항에 따라 “甲이 건축하고자 하는 여관건물이 주변 한옥마을 사이에 위치하게 되면 그 외관이 주변과 조화되지 않는다.”는 이유로 건축허가를 거부하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2015년 변

호사 [중요도 ★★, 난이도 中]

- ① A 시장의 건축허가거부처분은 사전통지의 대상이 아니므로, 허가거부에 앞서 미리 甲에게 그 내용을 통지하지 않았다고 하더라도 이로써 위 거부처분이 위법하게 되는 것은 아니다.
- ② 甲의 건축허가신청 후 건축허가기준에 관한 관계 법령의 규정이 개정된 경우, A 시장은 새로이 개정된 법령의 경과규정에서 달리 정하는 경우 등을 제외하고는 처분 당시에 시행되는 개정 법령과 그에서 정한 기준에 의하여 허가 여부를 결정하는 것이 원칙이다.
- ③ 만일 A 시장이 甲의 건축허가신청에 대한 거부에 앞서 건축위원회의 심의를 거치지 않았다면 이는 절차상 하자에 해당하므로 법원은 이를 이유로 건축허가거부처분을 취소할 수 있다.
- ④ 주변 환경에 대한 고려는 비대체적 결정영역 또는 예측결정으로서 판단 여지가 인정되는 영역이므로, 주변 환경과 조화되지 않는다는 A 시장의 판단에 대해서 법원은 사법심사를 할 수 없다.
- ⑤ 甲이 A 시장의 건축허가거부처분에 대해 취소소송을 제기하여 인용판결을 받아 확정된 경우에도, A 시장은 위 소송의 계속 중에 개정된 관계 법령에 따라 강화된 건축허가기준의 미비를 이유로 甲에게 재차 건축허가거부처분을 할 수 있다.

해설 출제 영역 및 유형 : 처분의 기준시 등, 이론+판례

① [O] : 「행정절차법」 제21조 제1항은 행정청은 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 처분의 제목 등을 당사자 등에게 통지하도록 하고 있는바, 신청에 따른 처분이 이루어지지 아니한 경우에는 아직 당사자에게 권익이 부과되지 아니하였으므로 특별한 사정이 없는 한 신청에 대한 거부 처분이라고 하더라도 직접 당사자의 권익을 제한하는 것은 아니어서 신청에 대한 거부처분을 여기서 말하는 ‘당사자의 권익을 제한하는 처분’에 해당한다고 할 수 없는 것이어서 처분의 사전 통지대상이 된다고 할 수 없다(대판 2003.11.28. 2003두674).

② [O] : 행정행위는 처분 당시에 시행 중인 법령과 허가기준에 의하여 하는 것이 원칙이고, 인·허가신청 후 처분 전에 관계 법령이 개정 시행된 경우 신법령 부칙에 그 시행 전에 이미 허가신청이 있는 때에는 종전의 규정에 의한다는 취지의 경과규정을 두지 아니한 이상 당연히 허가신청 당시의 법령에 의하여 허가 여부를 판단하여야

하는 것은 아니며, 소관 행정청이 허가신청을 수리하고도 정당한 이유 없이 처리를 늦추어 그 사이에 법령 및 허가기준이 변경된 것이 아닌 한 변경된 법령 및 허가기준에 따라서 한 불허가처분은 위법하다고 할 수 없다(대판 2005.7.29. 2003두3550).

③ [O] : 「건축법」상 반드시 건축위원회의 심의를 거치도록 규정되어 있음에도 그 심의를 거치지 아니한 경우, 이는 하자 있는 행정행위라 할 것이고(대판 2007.10.11. 2007두1316), 이와 같은 심의를 누락한 흠이 있다면 그와 같은 흠을 가리켜 행정처분의 효력에 아무런 영향을 주지 않는다거나 경미한 정도에 불과하다고 볼 수는 없으므로 특별한 사정이 없는 한 이는 행정처분을 위법하게 하는 취소사유가 된다(대판 2007.3.15. 2006두15806).

④ [X] : 판례는 재량과 판단여지를 구별하지 않고 있으며, 판단여지가 인정될 수 있는 경우도 재량으로 보고 있다(대판 2008.12.24. 2008두8970 등 참조). 따라서 재량권의 일탈·남용의 경우에는 법원이 사법심사의 대상으로 삼아 취소할 수 있다(행정소송법 제27조). 설령 학설에 따라 판단여지가 인정되는 영역으로 보더라도 A 사장이 여관건물이 한옥이 아닌 일반 빌딩의 형태인 것으로 오인하여 그 외관이 주변 한옥마을과 조화되지 않는다는 이유로 건축허가를 거부한 것은 사실인정을 잘못된 경우에 해당하여 사법심사가 가능하게 된다.

⑤ [O] : 행정처분의 적법 여부는 그 행정처분이 행하여진 때의 법령과 사실을 기준으로 하여 판단하는 것이므로 거부처분 후에 법령이 개정·시행된 경우에는 개정된 법령 및 허가기준을 새로운 사유로 들어 다시 이전의 신청에 대한 거부처분을 할 수 있으며 그러한 처분도 「행정소송법」 제30조 제2항에 규정된 재처분에 해당된다(대결 1998.1.7. 97두22).

[정답] ④

문 21. 행정소송의 피고에 관한 설명 중 옳은 것은?

2015년 변호사 [중요도 ★★, 난이

도 中]

- ① 합의제행정기관이 한 처분에 대하여는 그 기관 자체가 피고가 되는 것이 원칙이므로 중앙노동위원회의 처분에 대한 소는 중앙노동위원회를 피고로 하여야 한다.
- ② 당사자소송의 원고가 피고를 잘못 지정하여 피고경정신청을 한 경우 법원은 결정으로써 피고의 경정을 허가할 수 있다.
- ③ 「행정소송법」은 취소소송에서 원고가 피고를 잘못 지정한 경우 피고가 본안에서 변론을 한 이후에는 피고의 동의를 얻어야 피고경정이 가능하다고 규정하고 있다.
- ④ 피고경정으로 인한 피고의 변경은 당사자의 동일성을 바꾸는 것이므로 피고를 경정하는 경우 제소기간의 준수 여부는 피고를 경정한 때를 기준으로 한다.
- ⑤ 지방의회의원에 대한 징계의결 취소소송과 지방의회 의장선임의결의 무효확인을 구하는 소송의 피고는 모두 지방의회 의장이다.

- [정답] ②

2015년 변호사 [중요도 ★★, 난이도 中]

- | | |
|---------------------------------|----------------------------|
| ① $\neg, \perp$ | ② $\perp, \sqsubset$ |
| ③ $\sqsubset, \sqsupset$ | ④ $\neg, \perp, \sqsupset$ |
| ⑤ $\perp, \sqsubset, \sqsupset$ | |

- ㄱ. [X] : 대리권을 수여받은 데 불과하여 그 자신의 명의로는 행정처분을 할 권한이 없는 행정청의 경우 **대리관계를 밝힘이 없이 그 자신의 명의로 행정처분을 하였다면** 그에 대하여는 처분명여자인 당해 행정청이 항고소송의 피고가 되어야 하는 것이 원칙이지만, 비록 대리관계를 명시적으로 밝히지는 아니하였다 하더라도 처분명여자가 피대리행정청 신하의 행정기관으로서 실제로 피대리행정청으로부터 대리권한을 수여받아 피대리행정청을 대리한다는 의사로 행정처분을 하였고 처분명여자는 물론 그 상대방도 그 행정처분이 피대리행정청을 대리하여 한 것임을 알고서 이를 받아들인 예외적인 경우에는 피대리행정청이 피고가 되어야 한다(대결 2006.2.23. 2005부4).
- ㄴ. [O] : 권한위임의 경우에는 수임관청이 자기의 이름으로 그 권한행사를 할 수 있지만, **내부위임의 경우에는 수임관청은 위임관청의 이름으로만 그 권한을 행사할 수 있을 뿐 자기의 이름으로는 그 권한을 행사할 수 없다** (대판 1995.11.28. 94누6475 ; 대판 1995.11.28. 94누6475 등).
- ㄷ. [O] : 내부위임의 경우에 수임관청이 그 위임된 바에 따라 위임관청의 이름으로 권한을 행사하였다면 그 처분청은 위임관청이므로 그 처분의 취소나 무효확인을 구하는 소송의 피고는 위임관청으로 삼아야 한다(대판 1991.10.8. 91누520). 참고로 권한 없이 수임청이 자기 명의로 한 처분은 수임청이 피고로 된다(대판 1995.12.22. 95누14688).
- ㄹ. [X] : 전결과 같은 행정권한의 내부위임은 법령상 처분권자인 행정관청이 내부적인 사무처리의 편의를 도모하기 위하여 그의 보조기관 또는 하급행정관청으로 하여금 그의 권한을 사실상 행사하게 하는 것으로서 법률이 위임을 허용하지 않는 경우에도 인정되는 것이므로, 설사 **행정관청 내부의 사무처리규정에 불과한 전결규정에 위반하여 원래의 전결권자 아닌 보조기관 등이 처분권자인 행정관청의 이름으로 행정처분을 하였다**고 하더라도 그 처분이 권한 없는 자에 의하여 행하여진 무효의 처분이라고는 할 수 없다(대판 1998.2.27. 97누1105).

[정답] ②

문 23. 다음 사례에 관한 설명 중 옳은 것은? (단, 담배소매인지정처분의 법적 성격은 강학상 ‘특허’임을 전제로 하며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2015년 변호사 [중요도 ★★, 난이도 中]

- 甲은 건물 1층에서 담배소매인 지정을 받아 담배소매업을 하고 있었는데, 관할 구청장 A는 법령상의 거리제한 규정을 위반하여 그 영업소에서 30미터 떨어진 인접 아파트 상가에서 乙이 담배소매업을 할 수 있도록 담배소매인 신규지정처분을 하였다.
- 丙과 丁은 같은 상가의 1층과 2층에서 각각 담배소매업을 하고자 관할 구청장 B에게 담배소매인 지정신청을 하였으나, B는 丁에게만 담배소매인지정처분을 하였다.

- ① 甲은 乙에게 발령된 담배소매인 신규지정처분에 대한 취소소송을 제기하면서 그 신규지정처분의 위법을 이유로 하는 손해배상청구소송을 그 취

소소송에 병합하여 제기할 수 있다.

- ② 甲이 자신에 대한 담배소매인지정처분을 통하여 기존에 누렸던 이익은 乙 등 제3자에 대한 신규지정처분이 발령되지 않음으로 인한 사실상의 이익에 해당한다.
- ③ 丙이 자신에 대한 담배소매인 지정거부를 취소소송으로 다투면서 집행정지를 신청한다면 법원은 이를 인용하게 될 것이다.
- ④ 丁에 대한 담배소매인지정처분을 대상으로 丙이 제기한 취소소송에서 丁이 「행정소송법」상 소송참가를 하였으나 본안에서 丙이 승소판결을 받아 확정되었다면, 丁은 「행정소송법」 제31조에 의한 재심을 통해 이를 다룰 수 있다.
- ⑤ 丙이 丁에 대한 담배소매인지정처분 취소심판을 제기하여 취소재결을 받은 후 B가 丁에게 담배소매인지정처분의 취소를 통지하였다면, 丁은 취소소송을 제기할 경우 취소재결이 아니라 B가 행한 담배소매인 지정취소처분을 소의 대상으로 하여야 한다.

해설 출제 영역 및 유형 : 대상적격인 재결·병합, 법령+판례

- ① [O] : 취소소송에는 사실심의 변론종결 시까지 (1) 당해 처분 등과 관련되는 손해배상·부당이득반환·원상회복 등 청구소송과 (2) 당해 처분 등과 관련되는 취소소송을 취소소송이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 있다(행정소송법 제10조 제2항). 여기서 당해 처분 등과 관련되는 손해배상이란 청구의 내용 또는 발생원인이 행정소송의 대상인 처분 등과 법률상 또는 사실상 공통되는 관계에 있는 청구를 말하며, 처분에 대한 취소소송에 해당 처분으로 인한 손해배상청구소송을 병합하는 경우가 이에 해당한다.
- ② [X] : 담배 일반소매인의 지정기준으로서 일반소매인의 영업소 간에 일정한 거리제한을 두고 있는 것은 담배유통구조의 확립을 통하여 국민의 건강과 관련되고 국가 등의 주요 세원이 되는 담배산업 전반의 건전한 발전도모 및 국민경제에의 이바지라는 공익목적에 달성하고자 함과 동시에 일반소매인 간의 과당경쟁으로 인한 불합리한 경영을 방지함으로써 일반소매인의 경영상 이익을 보호하는 데에도 그 목적이 있다고 보이므로, **일반소매인으로 지정되어 영업을 하고 있는 기존업자의 신규 일반소매인에 대한 이익은 단순한 사실상의 반사적 이익이 아니라 법률상 보호되는 이익이라고 해석함이 상당하다**(대판 2008.3.27. 2007두23811).
- ③ [X] : 신청에 대한 거부처분의 효력을 정지하더라도 거부처분이 없었던 것과 같은 상태, 즉 거부처분이 있기 전의 신청시의 상태로 되돌아가는 데에 불과하고 행정청에게 신청에 따른 처분을 하여야 할 의무가 생기는 것이 아니므로, 거부처분의 효력정지는 그 거부처분으로 인하여 신청인에게 생길 손해를 방지하는 데 아무런 보탬이 되지 아니하여 그 효력정지를 구할 이익이 없다(대결 1995.6.21. 95두26).
- ④ [X] : 처분 등을 취소하는 판결에 의하여 권리 또는 이익의 침해를 받은 제3자는 자기에게 책임 없는 사유로 소송에 참가하지 못함으로써 판결의 결과에 영향을 미칠 공격 또는 방어방법을 제출하지 못한 때에는 이를 이유로 확정된 중국판결에 대하여 재심의 청구를 할 수 있다(행정소송법 제31조). 따라서 소송참가를 한 丁은 재심을 청구할 수가 없다.

⑤ [X] : 행정심판 재결의 내용이 처분청에게 허가처분의 취소를 명하는 것이 아니라 재결청이 스스로 허가처분을 취소하는 것(형성재결)일 때에는 그 재결의 형성력에 의하여 당해 허가처분은 별도의 행정처분을 기다릴 것 없이 당연히 취소되어 소멸되는 것이고, 그 이후에 다시 위 허가처분을 취소한 당해 처분은 당해 취소재결의 당사자가 아니어서 그 재결이 있었음을 모르고 있는 원처분의 상대방에게 위 허가처분이 취소·소멸되었음을 확인하여 알려주는 의미의 사실 또는 관념의 통지에 불과할 뿐 위 허가처분을 취소·소멸시키는 새로운 형성적 행위가 아니므로 항고소송의 대상이 되는 처분이라고 할 수 없다. 이와 같이 원처분의 상대방이 아닌 제3자가 행정심판을 청구하여 재결청이 원처분을 취소하는 형성재결을 한 경우에 그 원처분의 상대방은 그 재결에 대하여 항고소송을 제기할 수밖에 없고, 이 경우 재결은 원처분과 내용을 달리 하는 것이어서 재결의 취소를 구하는 것은 원처분에 없는 재결 고유의 위법을 주장하는 것이 된다(대판 1998.4.24. 97누17131).

[정답] ①

문 24. 행정행위의 공정력과 선결문제에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2015년 변호사 [중요도 ★★★★★, 난이도 中]

- ㄱ. **甲**이 **국세부과처분**이 당연 무효임을 전제로 하여 이미 납부한 세액의 반환을 구하는 부당이득반환청구소송을 제기한 경우, 법원은 부과처분의 하자가 단순한 취소사유에 그칠 때에도 부당이득반환청구를 인용하는 판결을 할 수 있다.
- ㄴ. **乙**이 「주택법」상 공사중지명령을 위반하였다는 이유로 **乙**을 「주택법」 위반죄로 처벌하기 위해서는 「주택법」에 의한 공사중지명령이 적법한 것이어야 하므로 그 공사중지명령이 위법하다고 인정되는 한 **乙**의 「주택법」 위반죄는 성립하지 않는다.
- ㄷ. 연령미달의 결격자인 **丙**이 타인의 이름으로 운전면허를 발급받아 운전을 한 경우 그러한 운전면허에 의한 **丙**의 운전행위는 무면허운전죄가 성립한다.
- ㄹ. **丁**이 자신의 건물에 대한 대집행이 완료된 후 건물철거가 위법임을 이유로 손해배상청구소송을 제기한 경우, 법원은 대집행실행행위에 대한 취소판결이 없어도 손해배상청구를 인용할 수 있다.

- ① $\neg, \perp$

③ $\perp, \neg$

⑤ $\neg, \perp, \neg, \neg$

② $\neg, \neg$

④ $\perp, \neg, \neg$

해설  출제 영역 및 유형 : 공정력과 선결문제, 판례

7. [X]: 과세처분이 당연무효라고 볼 수 없는 한 과세처분에 취소할 수 있는 위법사유가 있다 하더라도 그 과세처분은 행정행위의 공정력 또는 집행력에 의하여 그것이 적법하게 취소되기 전까지는 유효하다 할 것이므로, 민사소송절차에서 그 과세처분의 효력을 부인할 수 없다(대판 1999.8.20. 99다20179). 따라서 행정행위에 대한 취소권이 없는 민사법원이 직접 과세처분을 취소하여 부당이득 반환결정을 할 수는 없다.

나. [O] : 「주택법」 제91조에 의하여 행정청으로부터 공사의 중지, 원상복구, 그 밖의 필요한 조치명령을 받은 자가 이에 위반한 경우 이로 인하여 「주택법」 제98조 제11호에 정한 처벌을 하기 위하여는 그 처분이나 조치명령이 적법한 것이라야 하고, 그 조치명령이 당연무효가 아니라 하더라도 그것이 위법한 것으로 인정되는 한 「주택법」

다. [X] : 연명미달의 결격자이던 피고인이 형의 이름으로 운전면허시험에 응시, 합격하여 교부받은 운전면허는 비록 위법하다 하더라도 「도로교통법」 제152조 제3호의 허위 기타 부정한 수단으로 운전면허를 받은 경우에 해당함에 불과하여 취소되지 않는 한 그 효력이 있는 것이라 할 것이므로, 피고인의 운전행위는 「도로교통법」 제43조의 무면허운전에 해당하지 아니한다(대판 1982.6.8. 80도2646).

르. [O] : 위법한 행정대집행이 완료되면 그 처분의 무효확인 또는 취소를 구할 소의 이익은 없다 하더라도, 미리 그 행정처분의 취소판결이 있어야만 그 행정처분의 위법임을 이유로 한 손해배상청구를 할 수 있는 것은 아니다(대판 1972.4.28. 72다337).

문 25. 「음악산업진흥에 관한 법률」 제30조는 동법 소정의 의무위반을 이유로 노래연습장의 등록을 취소하고자 하는 경우에는 청문을 실시하여야 한다는 취지로 규정하고 있다. 이에 관할 시장은 甲에 대해 동법 소정의 의무위반을 이유로 청문을 실시하고 2014. 8. 4. 등록취소처분을 하였으나, 청문을 실시함에 있어서 「행정절차법」에서 보장하는 10일의 기간을 준수하지 않고 청문 개시일 7일 전에야 비로소 청문에 관한 통지를 하였다. 甲은 청문기일에 출석하여 의견진술을 하였으나 받아들여지지 않았다. 甲은 노래연습장 등록취소처분을 다투는 취소심판을 제기하였으나 2014. 10. 2. 기각재결서정본을 송달받았다. 이에 甲은 2015. 1. 5. 노래연습장 등록취소처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2015년 변호사 [중요도 ★★, 난이도 中]

ㄱ. 甲이 이의를 제기하지 아니하고 청문일에 출석하여 그 의견을 진술하고 변명하는 등 방어의 기회를 충분히 가졌다면 절차상 하자는 치유되었다.

ㄴ. 甲은 노래연습장 등록취소처분취소소송의 제소기간을 준수하였다.

ㄷ. 만일 甲이 제기한 취소심판에서 인용재결이 내려졌다면 처분청은 인용재결을 대상으로 취소소송을 제기할 수 있다.

- | | |
|--------------------------|---------------------|
| ① $\neg$ | ② $\sqsubset$ |
| ③ $\neg, \sqsubset$ | ④ $\neg, \sqsubset$ |
| ⑤ $\sqsubset, \sqsubset$ | |

7. [○] : 행정청이 청문서 도달기간을 다소 어겼다 하더라도 영업자가 이에 대하여 이의하지 아니한 채 스스로

청문일에 출석하여 그 의견을 진술하고 변명하는 등 방어의 기회를 충분히 가졌다면 청문서 도달기간을 준수하지 아니한 하자는 차유되었다고 봄이 상당하다(대판 1992.10.23. 92누2844).

ㄴ. [X] : 취소소송은 처분 등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 하나, 행정심판청구가 있는 때의 기간은 재결서의 정본을 송달받은 날부터 기산한다(행정소송법 제20조 제1항). 따라서 초일불산입의 원칙에 따라 기각 재결서 정본을 송달받은 2014. 10. 3.부터 기산하여 90일이 만료되는 2014. 12. 31.까지 등록취소처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하여야 한다.

ㄷ. [X] : 「행정심판법」 제49조 제1항은 “심판청구를 인용하는 재결은 피청구인과 그 밖의 관계 행정청을 가속한다.”고 규정하고 있고, 이에 따라 처분 행정청은 재결에 가속되어 재결의 취지에 따른 처분무무를 부담하게 되므로 이에 불복하여 행정소송을 제기할 수 없다 할 것이다(대판 1998.5.8. 97누15432).

[정답] ⑤

문 26. 다음 고시에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2015년 변호사 [중요도 ★★, 난이도 中]

여성가족부 고시 제2014-21호

「청소년보호법」 제7조 제1항의 규정에 의거 방송통신심의위원회가 결정한 청소년유해매체물을 같은 법 제21조 제2항에 의거 다음과 같이 고시합니다.

2014년 9월 22일

여성가족부장관

1. 청소년유해매체물 목록 : 아래 목록표와 같음

2. 의무 사항

- 다음 목록의 청소년 유해 정보물을 제공하는 사업자는 「청소년보호법」상 청소년유해표시 의무(법 제13조)를 이행하여야 하며, 누구든지 영리를 목적으로 동 매체물을 청소년을 대상으로 판매·대여·배포하거나 시청·관람·이용에 제공하여서는 아니 됨(법 제16조)

3. 벌칙 내용

- 청소년유해표시 의무(법 제13조) 위반 : 2년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금(법 제59조 제1호)
- 판매 금지 등의 의무(법 제16조) 위반 : 3년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금(법 제58조 제1호)

청소년유해매체물(전기통신정보) 목록표

[인터넷]

일련 번호	제목	정보 위치	정보 제공자	심의 결정 기관	심의 번호	결정 연월일	결정 사유	고시의 효력 발생일
2014-366	www.gay.com (‘게이닷컴’)	인터넷	(주)GD커뮤니케이션	방송통신심의위원회	894127	2014. 9. 15.	청소년유해매체물	2014. 9. 29.
⋮	⋮	⋮	⋮	⋮	⋮	⋮	⋮	⋮

* 위 고시는 가상(假想)으로 구성한 것임

위 고시가 있는 후 (주) GD커뮤니케이션은 자신이 운영하는 동성애자 커뮤니티 ‘게이닷컴’에는 청소년유해매체물로 지정될 만한 내용이 전혀 포함되어 있지 않음에도, 여성가족부 장관이 자신에게 통지하지 않은 채 고시하였다며 2014. 12. 31. 무효확인을 구하는 항고소송을 제기하였다.

- ㄱ. 위 고시일부터 90일이 지난 시점에서 소송을 제기하였으므로 (주) GD커뮤니케이션이 제기한 소송은 제소기간을 도과한 부적법한 소로서 각하되어야 한다.
- ㄴ. 여성가족부 장관은 (주) GD커뮤니케이션에게 반드시 통지를 하여야 하고, 그 통지를 결한 처분은 무효사유에 해당한다.
- ㄷ. 만일 (주) GD커뮤니케이션이 위 고시에 대한 취소소송을 제기한다면, 제소기간의 기산일은 2014년 9월 29일이다.
- ㄹ. 청소년유해매체물 결정·고시는 일반 불특정 다수인을 상대방으로 하여 일률적으로 표시의무, 포장의무, 청소년에 대한 판매·대여 등의 금지의무 등 각종 의무를 발생시키는 행정처분의 성격을 갖는다.

- ① ㄱ(○), ㄴ(○), ㄷ(×), ㄹ(×)
- ② ㄱ(○), ㄴ(×), ㄷ(×), ㄹ(○)
- ③ ㄱ(×), ㄴ(×), ㄷ(○), ㄹ(○)
- ④ ㄱ(×), ㄴ(○), ㄷ(○), ㄹ(×)
- ⑤ ㄱ(×), ㄴ(×), ㄷ(×), ㄹ(○)

해설  출제 영역 및 유형 : 제소기간 등, 법령+판례

ㄱ. [X] : 무효등확인소송에는 취소소송의 제20조(제소기간)가 준용되지 않는다(행정소송법 제38조 제

1항). 따라서 무효등확인소송은 제소기간의 제한이 없다.

나. [X], 르. [O] : 구 「청소년보호법」에 따른 **청소년유해매체물 결정 및 고시처분**은 당해 유해매체물의 소유자 등 특정인만을 대상으로 한 행정처분이 아니라 일반 불특정 다수인을 상대방으로 하여 일률적으로 표시의무, 포장의무, 청소년에 대한 판매·대여 등의 금지의무 등 각종 의무를 발생시키는 행정처분으로서, 정보통신윤리위원회가 특정 인터넷 웹사이트를 청소년유해매체물로 결정하고 청소년보호위원회가 효력발생시기를 명시하여 고시함으로써 그 명시된 시점에 효력이 발생하였다고 봄이 상당하고, 정보통신윤리위원회와 청소년보호위원회가 위 처분이 있었음을 위 웹사이트 운영자에게 제대로 통지하지 아니하였다고 하여 그 효력 자체가 발생하지 아니한 것으로 볼 수는 없다(대판 2007.6.14. 2004두619).

다. [O] : 통상 고시 또는 공고에 의하여 행정처분을 하는 경우에는 그 처분의 상대방이 불특정 다수인이고 그 처분의 효력이 불특정 다수인에게 일률적으로 적용되는 것이므로, 그 행정처분에 이해관계를 갖는 자가 고시 또는 공고가 있었다는 사실을 현실적으로 알았는지 여부에 관계없이 고시가 효력을 발생하는 날 행정처분이 있음을 알았다고 보아야 한다(대판 2007.6.14. 2004두619). 그런데 취소소송은 처분 등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 하므로(행정소송법 제20조 제1항), 위 청소년유해매체물 목록표상 고시의 효력발생일인 2014. 9. 20. 이 그 기산일이다.

[정답] ③

문 27. 행정쟁송에서 일부취소가 허용되는 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2015년 변호사 [중요도 ★★, 난이도 中]

- ㄱ. 정당한 세액을 초과하여 부과된 과세처분에 대한 취소소송에서 당사자가 제출한 자료에 의하여 적법하게 부과된 정당한 세액이 산출되는 경우
- ㄴ. 「공중위생관리법」을 위반한 공중위생영업자에 대한 과징금 부과처분 취소심판에서 부과처분에 재량하자의 위법이 있고 적정한 과징금의 산정이 가능한 경우
- ㄷ. 개발부담금 부과처분 취소소송에서 당사자가 제출한 자료에 의하여 적법하게 부과된 정당한 부과금액을 산출할 수 있는 경우
- ㄹ. 공무원에 대한 3개월의 정직처분의 취소를 구하는 소청에서 정직처분이 재량권 남용에 해당하고 그 3분의 1에 해당하는 1개월의 정직처분이 정당하다고 판단되는 경우

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

해설  출제 영역 및 유형 : 일부취소, 법령+이론+판례

ㄱ. [O] : 과세처분 취소소송에 있어 처분의 적법 여부는 정당한 세액을 초과하는지의 여부에 따라 판단되는 것으로서, 당사자는 사실심 변론종결 시까지 객관적인 과세표준과 세액을 뒷받침하는 주장과 자료를 제출할 수 있고, 이러한 자료에 의하여 적법하게 부과된 정당한 세액이 산출되는 때에는 그 정당한 세액을 초과하는 부분만 취소

하여야 하나, 그렇지 아니한 경우에는 과세처분 전부를 취소할 수밖에 없으며, 그 경우 법원이 직권에 의하여 적극적으로 합리적이고 타당성 있는 면제대상토지의 산장방법을 찾아내어 부과할 정당한 세액을 계산할 의무까지 지는 것은 아니다(대판 1995.4.28. 94누13527).

나. [O] : 재량이 인정되는 과징금납부명령에 대하여 그 명령이 재량권을 일탈하였을 경우, 법원으로서 재량권의 일탈 여부만 판단할 수 있을 뿐이지 재량권의 범위 내에서 어느 정도가 적정한 것인지에 관하여는 판단할 수 없어 그 전부를 취소할 수밖에 없고, 법원이 적정하다고 인정하는 부분을 초과한 부분만 취소할 수는 없다(대판 2009.6.23. 2007두18062 ; 대판 2010.7.15. 2010두7031). 그러나 행정심판위원회는 취소심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 처분을 취소 또는 다른 처분으로 변경하거나 처분을 다른 처분으로 변경할 것을 피청구인에게 명하는데(행정심판법 제43조 제3항), 여기서 '취소'란 전부취소와 일부취소를 포함하고, '변경'이란 일부취소가 아니라 처분 내용의 적극적인 변경(예컨대 건설업면허취소처분을 영업정지처분으로 변경)을 의미한다.

다. [O] : 개발부담금 부과처분 취소소송에 있어 당사자가 제출한 자료에 의하여 적법하게 부과될 정당한 부담금액이 산출되는 때에는 그 정당한 금액을 초과하는 부분만 취소하여야 하고, 그렇지 않은 경우에는 부과처분 전부를 취소할 수밖에 없다(대판 2000.6.9. 99두5542).

르. [O] : 소청심사위원회는 처분의 취소 또는 변경을 구하는 심사 청구가 이유 있다고 인정되면 처분을 취소 또는 변경하거나 처분 행정청에 취소 또는 '변경'할 것을 명한다(국가공무원법 제14조 제5항, 지방공무원법 제19조 제5항). 여기서 말하는 '변경'에는 적극적 변경(예컨대 파면처분을 정직처분으로)은 물론이고 소극적 변경(예컨대 일부취소)도 포함된다. (박균성 행정법강의 1044면)

[정답] ⑤

문 28. 행정소송상 집행정지에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2015년 변호사 [중요도 ★★, 난이도 中]

- ① 행정처분의 무효란 행정처분이 처음부터 아무런 효력도 발생하지 아니한다는 의미이므로 무효등확인소송에서는 집행정지가 인정되지 아니한다.
- ② 집행정지결정을 한 후에라도 본안소송이 취하되어 소송이 계속되지 않게 되면 이에 따라 집행정지결정의 효력은 당연히 소멸되는 것이고 별도의 취소조치가 필요한 것은 아니다.
- ③ 집행정지결정 또는 기각결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있고, 집행정지결정에 대한 즉시항고에는 결정의 집행을 정지하는 효력이 없다.
- ④ 집행정지의 소극적 요건으로서 '공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려'에 대한 주장·소명책임은 행정청에게 있다.
- ⑤ 법원이 집행정지결정을 하면서 그 주문에서 당해 법원에 계속 중인 본안소송의 판결선고시까지 효력을 정지한 경우, 원고패소판결이 선고되면 그 본안판결의 선고시에 집행정지결정의 효력은 별도의 취소조치 없이

소멸하고 처분의 효력이 부활한다.

해설 출제 영역 및 유형 : 집행정지, 법령+판례

- ① [X] : 제23조(집행정지), 제24조(집행정지의 취소)의 규정은 무효등확인소송의 경우에 준용한다(행정소송법 제38조 제1항).
- ② [O] : 행정처분의 집행정지는 행정처분 집행부정지의 원칙에 대한 예외로서 인정되는 일시적인 응급처분이라 할 것이므로 집행정지결정을 하려면 이에 대한 본안소송이 법원에 제기되어 계속 중임을 요건으로 하는 것이므로, 집행정지결정을 한 후이라도 본안소송이 취하되어 소송이 계속하지 아니한 것으로 되면 집행정지결정은 당연히 그 효력이 소멸되는 것이고 별도의 취소조치를 필요로 하는 것이 아니다(대결 2007.6.28. 2005무75).
- ③ [O] : 집행정지의 결정 또는 기각의 결정에 대하여는 즉시항고할 수 있다. 이 경우 집행정지의 결정에 대한 즉시항고에는 결정의 집행을 정지하는 효력이 없다(행정소송법 제23조 제5항).
- ④ [O] : 「행정소송법」 제23조 제3항에서 집행정지의 요건으로 규정하고 있는 '공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 없을 것이라고 할 때의 '공공복리'는 그 처분의 집행과 관련된 구체적이고도 개별적인 공익을 말하는 것으로서, 이러한 집행정지의 소극적 요건에 대한 주장·소명 책임은 행정청에게 있다(대결 1999.12.20. 99무42 ; 대결 2008.5.6. 2007무147 등).
- ⑤ [O] : 「행정소송법」 제23조에 의한 집행정지결정의 효력은 결정주문에서 정한 시기까지 존속하였다가 그 시기의 도래와 동시에 당연히 실효하는 것이므로, 일정기간 동안 업무를 정지할 것을 명한 행정청의 업무정지처분에 대하여 법원이 집행정지결정을 하면서 주문에서 당해 법원에 계속 중인 본안소송의 판결선고시까지 처분의 효력을 정지한다고 선언하였을 경우에는 당초 처분에서 정한 업무정지기간의 진행은 그때까지 지지되다가 본안소송의 판결선고에 의하여 위 정지결정의 효력이 소멸함과 동시에 당초 처분의 효력이 당연히 부활되어 그 처분에서 정하였던 정지기간(정지결정 당시 이미 일부 진행되었다면 나머지 기간)은 이때부터 다시 진행한다 할 것이다(대판 2005.6.10. 2005두1190 등).

[정답] ①

문 29. 판례에 의할 때 선행처분의 위법을 이유로 적법한 후행처분의 위법을 주장할 수 있는 경우에 관한 설명 중 옳지 않은 것은?

2015년 변호사 [중요도

★★, 난이도 中]

- ① 연속적으로 행하여진 선행처분과 후행처분이 서로 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하고 선행처분에 불가쟁력이 생겨 그 효력을 다룰 수 없게 된 경우에는 선행처분이 당연무효가 아닌 한 원칙적으로 선행처분의 하자를 이유로 후행처분의 효력을 다룰 수 없다.
- ② 선행처분과 후행처분이 서로 독립하여 별개의 효과를 목적으로 하는 경우에도 선행처분의 불가쟁력이나 구속력이 그로 인하여 불이익을 입게 되는 자에게 수인한도를 넘는 가혹함을 가져오며, 그 결과가 당사자에게

예측가능한 것이 아닌 경우에는 국민의 재판받을 권리를 보장하고 있는 헌법의 이념에 비추어 선행처분의 후행처분에 대한 구속력은 인정될 수 없다.

- ③ 구 「토지수용법」상 사업인정과 수용재결은 서로 결합하여 하나의 효과를 발생시키는 것이므로 선행처분인 사업인정의 하자가 후행처분인 수용재결에 승계되어 사업인정의 위법을 이유로 수용재결의 위법을 주장할 수 있다.
- ④ 甲을 「일제강점하 반민족행위 진상규명에 관한 특별법」에 의하여 친일반민족행위자로 결정한 친일반민족행위진상규명위원회의 최종발표(선행처분)에 따라 지방보훈지청장이 「독립유공자예우에 관한 법률」의 적용대상자로 보상금 등의 예우를 받던 甲의 유가족에 대하여 위 법률의 적용배제자결정(후행처분)을 한 경우, 유가족이 통지를 받지 못하여 그 존재를 알지 못한 선행처분에 대하여 위 특별법에 의한 이의신청절차를 밟거나 후행처분에 대한 것과 별개로 행정심판이나 행정소송을 제기하지 않았다고 하더라도, 이 경우 선행처분의 후행처분에 대한 구속력을 인정할 수 없으므로 선행처분의 위법을 이유로 후행처분의 효력을 다툴 수 있다.
- ⑤ 표준지로 선정된 토지의 공시지가에 대하여 불복하기 위하여는 처분청을 상대로 그 공시지가결정의 취소를 구하는 행정소송을 제기하여야 하고, 그러한 소송절차를 밟지 아니한 채 개별토지가격결정을 다투는 소송에서 그 개별토지가격 산정의 기초가 된 표준지공시지가의 위법성을 다툴 수 없다.

해설 출제 영역 및 유형 : , 이론+판례

① [O], ② [O] : 두 개 이상의 행정처분을 연속적으로 하는 경우 **선행처분과 후행처분이 서로 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하는 때에는 선행처분에 불가쟁력이 생겨 그 효력을 다툴 수 없게 된 경우에는 선행처분의 하자가 중대하고 명백하여 당연무효인 경우를 제외하고는 선행처분의 하자를 이유로 후행처분의 효력을 다툴 수 없는 것이 원칙**이다. 그러나 선행처분과 후행처분이 서로 독립하여 별개의 효과를 목적으로 하는 경우에도 **선행처분의 불가쟁력이나 구속력이 그로 인하여 불이익을 입게 되는 자에게 수인한도를 넘는 가혹함을 가져오며, 그 결과가 당사자에게 예측가능한 것이 아닌 경우에는 국민의 재판받을 권리를 보장하고 있는 헌법의 이념에 비추어 선행처분의 후행처분에 대한 구속력은 인정될 수 없다**(대판 2013.3.14. 2012두6964).

③ [X] : 구 「토지수용법」상 **사업인정단계에서의 하자를 다투지 아니하여 이미 정송기간이 도과한 수용재결단계에 있어서는** 위 사업인정처분에 중대하고 명백한 하자가 있어 당연무효라고 볼 만한 특단의 사정이 없다면 그 처분의 불가쟁력에 의하여 사업인정처분의 위법, 부당함을 이유로 수용재결처분의 취소를 구할 수 없다(대판

1987.9.8. 87누395 ; 대판 1992.3.13. 91누4324).

④ [○] : 甲을 친일반민족행위자로 결정한 친일반민족행위진상규명위원회(이하 '진상규명위원회'라 한다)의 최종발표(선행처분)에 따라 지방보훈지청장이 「독립유공자 예우에 관한 법률」 적용대상자로 보상금 등의 예우를 받던 甲의 유가족 乙 등에 대하여 「독립유공자 예우에 관한 법률」 적용배제자결정(후행처분)을 한 사안에서, 진상규명위원회가 甲의 친일반민족행위자 결정 사실을 통지하지 않아 乙은 후행처분이 있기 전까지 선행처분의 사실을 알지 못하였고, 후행처분인 지방보훈지청장의 「독립유공자 예우에 관한 법률」 적용배제결정이 자신의 법률상 지위에 직접적인 영향을 미치는 행정처분이라고 생각했을 뿐, 통지를 받지도 않은 진상규명위원회의 친일반민족행위자 결정처분이 자신의 법률상 지위에 영향을 주는 독립된 행정처분이라고 생각하기는 쉽지 않았을 것으로 보여, 乙이 선행처분에 대하여 「일제강점기 반민족행위 진상규명에 관한 특별법」에 의한 이의신청절차를 밟거나 후행처분에 대한 것과 별개로 행정심판이나 행정소송을 제기하지 않았다고 하여 선행처분의 하자를 이유로 후행처분의 효력을 다룰 수 없게 하는 것은 乙에게 수인한도를 넘는 불이익을 주고 그 결과가 乙에게 예측 가능한 것이라고 할 수 없어 선행처분의 후행처분에 대한 구속력을 인정할 수 없으므로 선행처분의 위법을 이유로 후행처분의 효력을 다룰 수 있다고 판시하였다(대판 2013.3.14. 2012두6964).

⑤ [○] : 표준지로 선정된 토지의 공시지가에 대하여 불복하기 위하여는 구 「지가공시 및 토지 등의 평가에 관한 법률」 제8조 제1항 소정의 이의절차를 거쳐 처분청을 상대로 그 공시지가결정의 취소를 구하는 행정소송을 제기하여야 하고, 그러한 절차를 밟지 아니한 채 개별토지가격결정의 효력을 다투는 소송에서 그 개별토지가격산정의 기초가 된 표준지 공시지가의 위법성을 다투 수는 없다(대판 1996.9.20. 95누11931).

[정답] ③

문 30. 환경부는 전국에 유통 중인 생수 7개 제품에서 기준치를 초과하는 발암 우려물질이 검출됐다고 발표했다. 그러나 환경부는 신용훼손 등을 이유로 제조사 丙 등의 명단은 발표하지 않았다. 이에 대하여 甲은 환경부장관 乙에게 제조사 명단에 대한 정보공개를 청구하였다. 甲의 정보공개청구에 대하여 乙은 명단의 공개가 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제9조 제1항 제7호의 '법인·단체 또는 개인의 경영상·영업상 비밀에 관한 사항으로서 공개될 경우 법인 등의 정당한 이익을 현저히 해칠 우려가 있다고 인정되는 정보'에 해당된다는 이유로 공개를 거부하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은?

2015년 변호사 [중요도 ★★★★★, 난이도 下]

- ① 甲은 乙의 거부처분에 대하여 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」상의 이의신청절차를 거치지 아니하고 행정심판을 청구할 수 있다.
- ② 정보공개청구권은 법률상 보호되는 구체적인 권리이므로 甲이 乙에게 정보공개를 청구하였다가 거부처분을 받은 것 자체가 법률상 이익의 침해에 해당한다.
- ③ 乙은 甲이 공개 청구한 대상정보와 관련이 있는 제3자인 丙에게 그 사

실을 지체 없이 통지하여야 한다.

- ④ 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」은 제3자의 권리구제수단에 대해서는 별도의 규정을 두고 있지 않으나, 만일 丙의 비공개 요청에도 불구하고 乙이 공개결정을 하였다면 丙은 그 공개결정에 대한 행정소송을 제기할 수 있다.
- ⑤ 甲이 공개 청구한 정보가 비공개 대상정보에 해당하는 부분과 공개 가능한 부분이 혼합되어 있는 경우로서 공개 청구의 취지에 어긋나지 않는 범위에서 두 부분을 분리할 수 있는 경우에는 乙은 비공개정보에 해당하는 부분을 제외하고 공개하여야 한다.

 출제 영역 및 유형 : 정보비공개결정에 대한 구제 등, 법령+관

해설
례

- ① [○] : 정보공개 청구인은 이의신청절차를 거치지 아니하고 행정심판을 청구할 수 있다(공공기관의 정보공개에 관한 법률 제19조 제2항).
- ② [○] : 정보공개 청구권은 법률상 보호되는 구체적인 권리이므로 청구인이 공공기관에 대하여 정보공개를 청구하였다가 거부처분을 받은 것 자체가 법률상 이익의 침해에 해당한다고 할 것이고, 거부처분을 받은 것 이외에 추가로 어떤 법률상의 이익을 가질 것을 요구하는 것은 아니다(대판 2004.9.23. 2003두1370).
- ③ [○] : 공공기관은 공개 청구된 공개 대상 정보의 전부 또는 일부가 제3자와 관련이 있다고 인정할 때에는 그 사실을 제3자에게 지체 없이 통지하여야 하며, 필요한 경우에는 그의 의견을 들을 수 있다(공공기관의 정보공개에 관한 법률 제11조 제3항).
- ④ [X] : 제11조 제3항에 따라 공개 청구된 사실을 통지받은 제3자는 그 통지를 받은 날부터 3일 이내에 해당 공공기관에 대하여 자신과 관련된 정보를 공개하지 아니할 것을 요청할 수 있고, 그 비공개 요청에도 불구하고 공공기관이 공개 결정을 할 때에는 공개 결정 이유와 공개 실시일을 분명히 밝혀 지체 없이 문서로 통지하여야 하며, 제3자는 해당 공공기관에 문서로 이의신청을 하거나 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다. 이 경우 이의신청은 통지를 받은 날부터 7일 이내에 하여야 한다(공공기관의 정보공개에 관한 법률 제21조 제1항, 제2항). 즉 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」은 제3자의 권리구제수단에 대한 규정을 두고 있다.
- ⑤ [○] : 공개 청구한 정보가 비공개 대상 정보에 해당하는 부분과 공개 가능한 부분이 혼합되어 있는 경우로서 공개 청구의 취지에 어긋나지 아니하는 범위에서 두 부분을 분리할 수 있는 때에는 비공개 대상 정보에 해당하는 부분을 제외하고 공개하여야 한다(공공기관의 정보공개에 관한 법률 제14조).

[정답] ④

문 31. 판례에 의할 때 취소소송에서 기본적 사실관계의 동일성이 인정되어 처분사유의 추가·변경이 허용되는 것을 모두 고른 것은?

2015년 변호사 [중요도

★★, 난이도 上]

- ㄱ. A 시민단체가 금융위원회위원장에 대하여 외국금융기관인 B의 국내은행 주식취득 관련 심사정보의 공개를 구한 것에 대하여, 금융위원회위원장이 거부처분을 하면서 위 정보가 대법원에 계속 중인 사건의 관련 정보라는 사유를 들었다가, 취소소송에서 다시 위 정보가 서울중앙지방법원에 계속 중인 별개의 사건의 관련 정보라는 처분사유를 추가한 경우
- ㄴ. 주택 신축을 위한 산림형질변경허가신청에 대하여 행정청이 거부처분을 하면서 당초 준농림지역에서의 행위제한이라는 사유를 들었다가, 취소소송에서 자연경관 및 생태계의 교란, 국토 및 자연의 유지와 환경보전 등 중대한 공익상의 필요라는 처분사유를 추가한 경우
- ㄷ. 과세관청이 종합소득세 부과처분을 하면서 종합소득세 과세대상 소득 중 특정소득을 이자소득으로 보았다가 취소소송에서 이를 이자소득이 아니라 대금업에 의한 사업소득에 해당한다고 처분사유를 변경한 경우
- ㄹ. 원고를 비롯한 동종업체들이 「국가를 당사자로 한 계약에 관한 법률」에 기한 입찰 실시 과정에서 입찰에 참가하지 않거나 소외 1개 업체만이 단독 응찰하도록 하는 등 담합행위를 한 사안에서, 원고에게 부정당업자제재처분을 하면서 위 행위가 위법률 시행령 제76조 제1항 제12호(‘담합을 주도하거나 담합하여 입찰을 방해하였다’)에 해당한다는 것을 처분사유로 하였다가, 취소소송 중 그 법률적 평가를 달리 하여 같은 항 제7호(‘특정인의 낙찰을 위하여 담합한 자’)에 해당한다는 것으로 처분사유를 변경한 경우

- | | |
|--------------------------|------------------------|
| ① $\neg, \vdash$ | ② $\neg, \vdash$ |
| ③ $\neg, \vdash$ | ④ $\neg, \neg, \vdash$ |
| ⑤ $\neg, \vdash, \vdash$ | |

해설 출제 영역 및 유형 : 처분사유의 추가·변경, 판례

7. [X] : 경제개혁연대와 소속 연구원 ㅁ이 금융위원회위원장 등에게 금융위원회의 룡스타에 대한 외환은행 발행 주식의 동일인 주식보유한도 초과보유 승인과 룡스타의 외환은행 발행주식 초과보유에 대한 반기별 적격성 심사 와 관련된 정보 등의 공개를 청구하였으나, 금융위원회위원장 등이 ‘현재 대법원에 재판 진행 중인 사안이 포함되어 있다’는 이유로 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제9조 제1항 제4호에 따라 공개를 거부한 사안에서, 금융위원회위원장 등이 위 정보가 대법원 재판과 별개 사건인 ‘서울중앙지방법원에 진행 중인 재판에 관련된 정보에도 해당한다’며 처분사유를 추가로 주장하는 것은 당초의 처분사유와 기본적 사실관계가 동일하다고 할 수 없는 사유를 추가하는 것이어서 허용될 수 없다고 보았다(대판 2011.11.24. 2009두19021).

나. [O] : 주택 신축을 위한 산림형질변경허가신청에 대하여 행정청이 거부처분을 하면서 당초 거부처분의 근거로 삼은 ‘준농림지역에서의 행위제한’이라는 사유와 나중에 거부처분의 근거로 추가한 ‘자연경관 및 생태계의 교란, 국토 및 자연의 유지와 환경보전 등 중대한 공익상의 필요’라는 사유는 기본적 사실관계에 있어서 동일성이 인정된다(대판 2004.11.26. 2004두4482).

㉔. [○] : 과세처분취소소송에서의 소송물은 과세관청의 처분에 의하여 인정된 과세표준 및 세액의 객관적 존부이

고, 과세관청으로서는 소송 도중이라도 사실심 변론종결 시까지 그 처분에서 인정한 과세표준 또는 세액의 정당성을 뒷받침하기 위하여 처분의 동일성이 유지되는 범위 내에서 처분사유를 교환·변경할 수 있으며, 과세관청이 종합소득세 부과처분의 정당성을 뒷받침하기 위하여 합산과세되는 종합소득의 범위 안에서 그 소득의 원천만을 달리 주장하는 것은 처분의 동일성이 유지되는 범위 내의 처분사유의 변경에 해당하여 허용된다. 따라서 과세관청이 과세대상 소득에 대하여 ‘이자소득’이 아니라 ‘대금업에 의한 사업소득’에 해당한다고 처분사유를 변경한 것은 처분의 동일성이 유지되는 범위 내에서의 처분사유의 변경에 해당하여 허용된다(대판 2002.3.12. 2000두2181).

ㄴ. [O] : 피고가 원심 심리 중에 당초의 처분사유인 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령」 제76조 제1항 제12호 소정의 ‘담합을 주도하거나 담합하여 입찰을 방해하였다’는 것으로부터 같은 항 제7호 소정의 ‘특정인의 낙찰을 위하여 담합한 자’로 이 사건 처분의 사유를 변경한 것은, 그 변경 전후에 있어서 같은 행위에 대한 법률적 평가만 달라지는 것일 뿐 기본적 사실관계를 같이 하는 것이므로 허용된다(대판 2008.2.28. 2007두13791).

[정답] ⑤

문 32. A시의 시장 甲이 교통난 해소를 위하여 도로확장공사계획을 수립한 후 건설회사와 공사도급계약을 체결하여 공사를 마쳤으나, 해당 도로가 「군사기지 및 군사시설 보호법」상 공작물의 설치가 금지되는 비행안전구역에 개설되어 개통을 못하게 되었다. 그러자 A시 주민 乙 등은 시장 甲이 도로개설사업을 강행함으로써 예산을 낭비하였다는 이유로 시장 甲을 피고로 하여 「지방자치법」 제17조 제2항 제4호에 따라 손해배상청구를 할 것을 요구하는 소송을 제기하려 한다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2015년 변호사 [중요도 ★★, 난이도 中]

- ① 乙 등은 위 소송을 제기하기 전에 A시 조례로 정하는 주민 수 이상의 연서(連署)로 감사청구를 하여야 한다.
- ② 감사청구는 甲의 권한에 속하는 사무의 처리가 법령에 위반된다고 인정되면 가능하지만, 손해배상청구를 할 것을 요구하는 소송은 법률이 정하는 사항에 한한다.
- ③ 감사청구한 乙 등은 감사기관이 법률이 정한 기간 내에 감사를 끝내지 아니한 경우 바로 소송을 제기할 수 있다.
- ④ 손해배상청구를 할 것을 요구하는 소송이 진행 중이더라도 乙 등을 제외한 다른 주민은 같은 사항에 대하여 별도의 소송을 제기할 수 있다.
- ⑤ 손해배상청구를 명하는 판결이 확정되면 지방의회의장은 이 사업의 강행으로 예산을 낭비한 시장 甲에게 그 판결에 따라 결정된 손해배상금의 지불을 청구하여야 한다.

① [O] : 주민소송은 감사청구한 주민만이 제기할 수 있으므로 주민감사청구권을 전제로 한다(지방자치법 제17조 제1항). 즉 주민소송에는 감사청구전치주의가 적용된다. 따라서 주민 B 등은 주민소송을 제기하려면 먼저 A시 조례로 정하는 주민 수 이상의 연서(連署)로 감사청구를 하여야 한다(지방자치법 제16조 제1항).

※ <주민소송의 유형>

- (1) 해당 행위를 계속하면 회복하기 곤란한 손해를 발생시킬 우려가 있는 경우에는 그 행위의 전부나 일부를 중지할 것을 요구하는 소송
- (2) 행정처분인 해당 행위의 취소 또는 변경을 요구하거나 그 행위의 효력 유무 또는 존재 여부의 확인을 요구하는 소송
- (3) 게을리한 사실의 위법 확인을 요구하는 소송
- (4) 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 소송을 말한다.
- ② [O] : 주민감사청구는 지방자치단체와 그 장의 권한에 속하는 사무의 처리가 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해한다고 인정되면 할 수 있고(지방자치법 제16조 제1항), 손해배상청구를 할 것을 요구하는 소송과 같은 주민소송은 공금의 지출에 관한 사항, 재산의 취득·관리·처분에 관한 사항, 해당 지방자치단체를 당사자로 하는 매매·임차·도급계약이나 그 밖의 계약의 체결·이행에 관한 사항 또는 지방세·사용료·수수료·과태료 등 공금의 부과·징수를 게을리한 사항에 대한 감사청구 사항과 관련이 있는 위법한 행위나 업무를 게을리 한 사실에 대하여 제기할 수 있다(지방자치법 제17조 제1항).
- ③ [O] : 감사청구한 주민은 (1) 주무부장관이나 시·도지사가 감사청구를 수리한 날부터 60일(감사기간이 연장된 경우에는 연장기간이 끝난 날을 말함)이 지나도 감사를 끝내지 아니한 경우, (2) 감사결과 또는 주무부장관이나 시·도지사가 해당 지방자치단체의 장에게 한 필요한 조치요구에 불복하는 경우, (3) 주무부장관이나 시·도지사의 조치요구를 지방자치단체의 장이 이행하지 아니한 경우, (4) 지방자치단체의 장의 이행조치에 불복하는 경우에 해당 지방자치단체의 장을 상대방으로 하여 주민소송을 제기할 수 있다(지방자치법 제17조 제1항).
- ④ [X] : 주민소송이 진행 중이면 다른 주민은 같은 사항에 대하여 별도의 소송을 제기할 수 없다(지방자치법 제17조 제5항).
- ⑤ [O] : 지방자치단체의 장은 제17조 제2항 제4호 본문에 따른 소송에 대하여 손해배상청구나 부당이득반환청구를 명하는 판결이 확정되면 그 판결이 확정된 날부터 60일 이내를 기한으로 하여 당사자에게 그 판결에 따라 결정된 손해배상금이나 부당이득반환금의 지불을 청구하여야 한다. 다만, 손해배상금이나 부당이득반환금을 지불하여야 할 당사자가 지방자치단체의 장이면 지방의회 의장이 지불을 청구하여야 한다(지방자치법 제18조 제1항).

[정답] ④

문 33. 甲이 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상 용도지역이 농림지역인 토지에 건설폐기물처리업을 영위할 목적으로 군수 A에게 폐기물처리업 사업계

2015년 변호사 [중요도 ★★, 난이도 下]

- ① $\neg, \sqsubset$
 - ② $\neg, \sqsubset$
 - ③ $\sqsubset, \sqsubset$
 - ④ $\sqsubset, \sqsubset$
 - ⑤ $\sqsubset, \sqsubset, \sqsubset$

해설

다. [O] : 이 사건 토지 일대는 섬진강수계 발원지 인근에 위치한 농촌지역으로서 자연환경을 보전해야 할 필요성이 적지 아니할 뿐만 아니라, 이 사건 토지에 폐기물최종처리시설이 들어설 경우 수질오염 등으로 인근 주민의 생활 환경에 악영향을 끼칠 가능성이 없지 아니하므로, 피고로서는 농림지역 또는 준농림지역으로 지정되어 있는 이 사건 토지에 대한 국토이용계획을 변경하지 않고 그대로 유지할 필요성이 있다 할 것이고, 비록 이 사건 처분으로 원고가 폐기물최종처리사업을 준비하는 과정에서 들인 비용의 회수가 어렵다는 사정을 감안하더라도, 이 사건 처분으로 원고가 입게 될 불이익보다는 이 사건 처분에 의하여 달성하려고 하는 공익상 필요의 정도가 더 크다고 할 것이므로, 이 사건 처분이 공익과 사익을 비교衡量함에 있어 비례의 원칙에 반하여 재량권을 일탈·남용한 것으로 볼 수 없다. 즉 **폐기물처리업을 위한 국토이용계획변경신청을 폐기물처리시설이 들어설 경우 수질오염 등으로 인근 주민들의 생활환경에 피해를 줄 우려가 있다는 등의 공익상의 이유를 들어 거부한 경우, 그 거부처분은 재량권의 일탈·남용이 아니라고 하였다**(대판 2005.4.28. 2004두8828).

문 34. 구청장 A는 허가 없이 건축물을 불법으로 축조한 甲에게 시정명령을 내렸으나, 甲이 이에 응하지 않자 「건축법」 제80조 제1항 본문에 근거하여 이행강제금을 부과하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2015년 변호사 [중요도 ★★★, 난이도 中]

- ① 甲의 무허가 건축행위에 대하여 1천만 원의 벌금 부과와 별개로 시정명령의 불이행을 이유로 이행강제금을 부과하더라도 이중처벌에 해당하지 않는다.
- ② 甲이 이행강제금을 부과받은 후 사망한 경우 이행강제금의 납부의무는 甲의 상속인에게 승계되지 않는다.
- ③ A는 이행강제금 대신 행정대집행을 선택적으로 활용하여 행정목적 달성을 할 수 있다.
- ④ A는 이행강제금을 징수한 후에도 甲이 시정명령을 이행하지 않는 경우 이행할 때까지 법정 한도에서 반복하여 부과할 수 있다.
- ⑤ A의 이행강제금 부과 후 甲이 시정명령을 이행하면 A는 이행강제금의 부과를 즉시 중지해야 하며, 이미 부과된 이행강제금을 징수할 수 없다.

해설 출제 영역 및 유형 : 이행강제금, 법령+판례

- ① [O] : 「건축법」 제108조에 의한 무허가 건축행위에 대한 형사처벌과 「건축법」 제80조 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(헌재 2004.2.26. 2001헌바80).
- ② [O] : 「건축법」상의 이행강제금은 「건축법」의 위반행위에 대하여 시정명령을 받은 후 시정기간 내에 당해 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 당연무효이다(대결 2006.12.8. 2006마470).
- ③ [O] : 현행 「건축법」상 위법건축물에 대한 이행강제수단으로 대집행과 이행강제금이 인정되고 있는데, 양 제도는 각각의 장·단점이 있으므로 행정청은 개별 사건에 있어서 위반내용, 위반자의 시정여지 등을 감안하여 대집행과 이행강제금을 선택적으로 활용할 수 있으며, 이처럼 그 합리적인 재량에 의해 선택하여 활용하는 이상 중립적인 제재에 해당한다고 볼 수 없다(헌재 2004.2.26. 2001헌바80).
- ④ [O] : 허가권자는 최초의 시정명령이 있었던 날을 기준으로 하여 1년에 2회 이내의 범위에서 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 횟수만큼 그 시정명령이 이행될 때까지 반복하여 이행강제금을 부과·

징수할 수 있다(건축법 제80조 제4항 본문).

- ⑤ [X] : 허가권자는 시정명령을 받은 자가 이를 이행하면 새로운 이행강제금의 부과를 즉시 중지하되, 이미 부과된 이행강제금은 징수하여야 한다(건축법 제80조 제5항).

[정답] ⑤

문 35. 다음 사례에서 甲, 乙, 丙의 권리구제에 관한 설명 중 옳지 않은 것은?
(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2015년 변호사 [중요도 ★★★, 난이도 中]

- 군인 甲은 영외작업 후 부대복귀 중 작업병의 차출을 둘러싸고 언쟁을 하다가 소속 부대 선임하사 A로부터 구타당하여 부상을 입었다.
- 乙은 경찰청 소속의 의무경찰대원으로서 순찰업무를 수행하기 위하여 동료 의무경찰대원 B가 운전하던 오토바이 뒷좌석에 타고 가던 중 B의 오토바이와 민간인 C가 운전하던 트럭이 쌍방의 과실로 충돌하는 사고가 발생하여 상해를 입었다. 한편, C가 운전하던 트럭의 보험자인 D 보험회사가 상해를 입은 의무경찰대원 乙의 손해를 전부 배상하였다.
- 주민자치센터에 근무하는 사회복지무원(구 공익근무요원) 丙은 공무수행 중 차량 전복사고로 상해를 입었다.

- ① 甲은 「군인연금법」 또는 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」에 의하여 별도의 보상을 받을 수 없는 경우에도 「국가배상법」에 따른 배상을 청구할 수 없다.
- ② 乙은 「국가배상법」상 직무집행 중인 경찰공무원에 해당한다.
- ③ 헌법재판소는 D가 C의 귀책부분을 넘는 B의 부담부분에 관하여 국가를 상대로 구상권을 행사하는 것이 부인되는 경우, 이는 헌법상 평등원칙, 재산권보장규정 및 「헌법」 제37조 제2항 등의 헌법규정에 반한다고 보았다.
- ④ 대법원 판례에 의하면 D는 국가를 상대로 C의 귀책부분을 넘는 B의 부담부분에 대한 구상을 청구할 수 없다.
- ⑤ 丙은 「국가배상법」상 손해배상청구가 제한되는 군인 등에 해당하지 않는다.

 출제 영역 및 유형 : 이종배상의 제한 및 구상문제, 판

해설 레

- ① [X] : 군인·군무원·경찰공무원 또는 향토예비군대원이 전투·훈련 등 직무집행과 관련하여 전사·순직하거나 공상을 입은 경우에 본인이나 그 유족이 다른 법령에 따라 재해보상금·유족연금·상이연금 등의 보상을 지급

받을 수 있을 때에는 「국가배상법」 및 「민법」에 따른 손해배상을 청구할 수 없다(국가배상법 제2조 제1항 단서). 따라서 군인·군무원 등 「국가배상법」 제2조 제1항에 열거된 자가 전투, 훈련 기타 직무집행과 관련하는 등으로 공상을 입은 경우라고 하더라도 「**군인연금법**」 또는 「**국가유공자예우 등에 관한 법률**」에 의하여 **재해보상금·유족연금·상이연금 등 별도의 보상을 받을 수 없는 경우에는 「국가배상법」 제2조 제1항 단서의 적용 대상에서 제외하여야 한다**(대판 1997.2.14. 96다28066).

② [O] : 의무경찰대원은 「국가배상법」 제2조 제1항 단서에 열거된 경찰공무원에 해당한다(대판 전합 2001.2.15. 96다42420 참조).

③ [O] : 「국가배상법」 제2조 제1항 단서 중 군인에 관련되는 부분을, **일반국민이 직무집행 중인 군인과의 공동불법행위로 직무집행 중인 다른 군인에게 공상을 입혀 그 피해자에게 공동의 불법행위로 인한 손해를 배상한 다음 공동불법행위자인 군인의 부담부분에 관하여 국가에 대하여 구상권을 행사하는 것을 허용하지 않는다고 해석한다면**, 이는 위 단서 규정의 헌법상 근거규정인 「헌법」 제29조가 구상권의 행사를 배제하지 아니하는 데도 이를 배제하는 것으로 해석하는 것으로서 합리적인 이유 없이 일반국민을 국가에 대하여 지나치게 차별하는 경우에 해당하므로 「헌법」 제11조, 제29조에 위반되며, 또한 국가에 대한 구상권은 「헌법」 제23조 제1항에 의하여 보장되는 재산권이고 위와 같은 해석은 그러한 재산권의 제한에 해당하며 재산권의 제한은 「헌법」 제37조 제2항에 의한 기본권제한의 한계 내에서만 가능한데, 위와 같은 해석은 「헌법」 제37조 제2항에 의하여 기본권을 제한할 때 요구되는 비례의 원칙에 위배하여 일반국민의 재산권을 과잉제한하는 경우에 해당하여 「헌법」 제23조 제1항 및 제37조 제2항에도 위반된다(헌재 1994.12.29. 93헌바21).

④ [O] : 공동불법행위자 등이 부진정연대책무자로서 각자 피해자의 손해 전부를 배상할 의무를 부담하는 공동불법행위의 일반적인 경우와 달리 예외적으로 민간인은 피해 군인 등에 대하여 그 손해 중 국가 등이 민간인에 대한 구상의무를 부담한다면 그 내부적인 관계에서 부담하여야 할 부분을 제외한 나머지 자신의 부담부분에 한하여 손해배상 의무를 부담하고, 한편 국가 등에 대하여는 그 귀책부분의 구상을 청구할 수 없다(대판 전합 2001.2.15. 96다42420).

⑤ [O] : 공익근무요원(현 사회복무요원)은 보충역에 편입되어 있는 자이기 때문에, 소집되어 군에 복무하지 않는 한 군인이라고 말할 수 없으므로, 비록 「병역법」 제75조 제2항이 공익근무요원으로 복무 중 순직한 사람의 유족에 대하여 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」에 따른 보상을 하도록 규정하고 있다고 하여도, 공익근무요원이 「국가배상법」 제2조 제1항 단서의 규정에 의하여 「국가배상법」상 손해배상청구가 제한되는 군인·군무원·경찰공무원 또는 향토예비군대원에 해당한다고 할 수 없다(대판 1997.3.28. 97다4036).

[정답] ①

문 36. 공법관계와 사법관계의 구별과 관련된 판례의 내용 중 옳지 않은 것은?

2015년 변호사 [중요도 ★★★★★, 난이도 上中下]

- ① 국가나 지방자치단체에 근무하는 청원경찰에 대한 징계처분의 시정을 구하는 소송은 행정소송에 해당한다.
- ② 일반재산(구 잡종재산)인 국유림을 대부하는 행위는 법률이 대부계약의 취소사유나 대부료의 산정방법 등을 정하고 있고, 대부료의 징수에 관

하여 「국세징수법」 중 체납처분에 관한 규정을 준용하도록 정하고 있더라도 사법관계로 파악된다.

- ③ 구 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」상 환매권의 존부에 관한 확인을 구하는 소송 및 환매금액의 증감을 구하는 소송은 민사소송이다.
- ④ 국세환급금결정이나 이 결정을 구하는 신청에 대한 환급거부결정은 행정청의 공행정작용으로서 항고소송의 대상이 된다.
- ⑤ 서울특별시 지하철공사 임원 및 직원에 대한 징계처분은 위 공사 사장이 공권력 발동주체로서 행정처분을 행한 것으로 볼 수 없으므로 이에 대한 불복절차는 민사소송절차에 의하여야 할 것이지 행정소송에 의할 수는 없는 것이다.

해설 출제 영역 및 유형 : 공·사법관계, 판례

- ① [O] : 국가나 지방자치단체에 근무하는 청원경찰은 「국가공무원법」이나 「지방공무원법」상의 공무원이 아니지만, 다른 청원경찰과는 달리 그 임용권자가 행정기관의 장이고, 국가나 지방자치단체로부터 보수를 받으며, 「산업재해보상보험법」이나 「근로기준법」이 아닌 「공무원연금법」에 따른 재해보상과 퇴직급여를 지급받고, 직무상의 불법행위에 대하여도 「민법」이 아닌 「국가배상법」이 적용되는 등의 특질이 있으며 그 외 임용자격, 직무, 복무의무 내용 등을 종합하여 볼 때, 그 근무관계를 사법상의 고용계약관계로 보기는 어려우므로 그에 대한 징계처분의 시정을 구하는 소는 행정소송의 대상이지 민사소송의 대상이 아니다(대판 1993.7.13. 92다47564).
- ② [O] : 일반재산(구 잡종재산)인 국유림을 대부하는 행위는 국가가 사경제 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 행하는 사법상의 법률행위라 할 것이고, 행정청이 공권력의 주체로서 행하는 공법상의 행위라 할 수 없으며, 이 대부계약의 취소사유나 대부료의 산정방법 등을 법정하고, 또 대부료의 징수에 관하여 「국세징수법」 중 체납처분에 관한 규정을 준용하는 규정(국유재산법 제73조 제2항)들이 있다고 하더라도 위 규정들은 국유재산관리상의 공정과 편의를 꾀하기 위한 규정들에 불과하여 위 규정들로 인하여 일반재산인 국유림 대부행위의 본질이 사법상의 법률행위에서 공법상의 행위로 변환되는 것은 아니라 할 것이므로, 일반재산인 국유림에 관한 대부료의 납입고지 역시 사법상의 이행청구에 해당한다고 할 것이어서 행정소송의 대상으로 되지 아니한다(대판 1993.12.21. 93누13735 ; 대판 1993.12.7. 91누11612 등).
- ③ [O] : 구 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제91조에 규정된 환매권은 상대방에 대한 의사표시를 요하는 형성권의 일종으로서 재판상이든 재판 외이든 위 규정에 따른 기간 내에 행사하면 매매의 효력이 생기는데, 이러한 환매권의 존부에 관한 확인을 구하는 소송 및 같은 법 제91조 제4항에 따라 환매금액의 증감을 구하는 소송 역시 민사소송에 해당한다(대판 2013.2.28. 2010두22368).
- ④ [X] : 국세환급금결정이나 이 결정을 구하는 신청에 대한 환급거부결정은 납세의무자가 갖는 환급청구권의 존부나 범위에 구체적이고 직접적인 영향을 미치는 처분이 아니어서 항고소송의 대상이 되는 처분이라고 볼 수 없다(대판 2009.11.26. 2007두4018 ; 대판 2010.2.25. 2007두18284 등).
- ⑤ [O] : 서울특별시 지하철공사의 임원과 직원의 근무관계의 성질은 「지방공기업법」의 모든 규정을 살펴보

아도 공법상의 관계라고는 볼 수 없고 사법관계에 속할 뿐만 아니라, 위 지하철공사의 사장이 그 이사회 결의를 거쳐 제정된 인사규정에 의거하여 소속 직원에 대한 징계처분을 한 경우 위 사장은 「행정소송법」 제13조 제1항 본문과 제2조 제2항 소정의 행정청에 해당되지 않으므로 공권력 발동주체로서 위 징계처분을 행한 것으로 볼 수 없고, 따라서 이에 대한 불복절차는 민사소송에 의할 것이지 행정소송에 의할 수는 없다(대판 1989.9.12. 89누2103).

[정답] ④

문 37. 헌법소원심판에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2015년 변호사 [중요도 ★★, 난이도 上中下]

- ㄱ. 비구속적 행정계획안이나 행정지침이라도 국민의 기본권에 직접적으로 영향을 끼치고, 앞으로 법령의 뒷받침에 의하여 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상될 수 있을 때에는, 공권력 행사로서 예외적으로 헌법소원의 대상이 된다.
- ㄴ. 행정지도가 이를 따르지 않을 경우 일정한 불이익조치를 예정하고 있어 사실상 상대방에게 그에 따를 의무를 부과하는 것과 다를 바 없어 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 상당히 강하게 갖게 되는 경우에는 이를 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사로 볼 수 있다.
- ㄷ. 법원의 재판을 거쳐 확정된 행정처분인 경우, 당해 행정처분을 심판의 대상으로 삼았던 법원의 재판이 예외적으로 헌법소원심판의 대상이 되어 그 재판 자체가 취소되는 경우에는 그 당해 행정처분 역시 헌법소원심판의 대상이 된다.
- ㄹ. 검사로부터 기소유예처분을 받은 피의자는 「검찰청법」 소정의 항고를 거쳐 그 검사 소속의 지방검찰청 소재지를 관할하는 고등법원에 그 당부에 관한 재정을 신청할 수 있으므로 그와 같은 구제절차를 모두 거치지 않은 채 기소유예처분의 취소를 구하는 헌법소원심판 청구는 부적법하다.

- ① ㄱ(×), ㄴ(○), ㄷ(×), ㄹ(×)
- ② ㄱ(×), ㄴ(○), ㄷ(○), ㄹ(○)
- ③ ㄱ(○), ㄴ(×), ㄷ(×), ㄹ(○)
- ④ ㄱ(○), ㄴ(○), ㄷ(○), ㄹ(×)
- ⑤ ㄱ(○), ㄴ(○), ㄷ(○), ㄹ(○)

해설 ㄱ 출제 영역 및 유형 : , 이론+판례

ㄱ. [이] : 국민적 구속력을 갖는 행정계획은 공권력의 행사로 볼 수 있지만, 구속력을 갖지 않고 사실상의 준비행위나 사전안내 또는 행정기관 내부의 지침에 지나지 않는 행정계획은 원칙적으로 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라 할 수 없다. 하지만, 비구속적 행정계획안이나 행정지침이라도 국민의 기본권에 직접적으로 영향을 끼치고, 앞으로 법령의 뒷받침에 의하여 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상될 수 있을 때에는, 공권력행

위로서 예외적으로 헌법소원의 대상이 된다(헌재 2012.4.3. 2012헌마164 ; 헌재 2011.12.29. 2009헌마330).

ㄴ. [○] : 교육인적자원부(현 교육과학기술부)장관의 대학총장들에 대한 학칙시정요구는 「고등교육법」 제6조 제2항, 「동법 시행령」 제4조 제3항에 따른 것으로서 그 법적 성격은 대학총장의 임의적인 협력을 통하여 사실상의 효과를 발생시키는 행정지도의 일종이지만, 그에 따르지 않을 경우 일정한 불이익조치를 예정하고 있어 사실상 상대방에게 그에 따를 의무를 부과하는 것과 다를 바 없으므로 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 상당히 강하게 갖는 것으로서 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라고 볼 수 있다(헌재 2003.6.26. 2002헌마337).

ㄷ. [○] : 법원의 재판을 거쳐 확정된 행정처분(원행정처분)에 대한 헌법소원심판은 당해 행정처분을 심판의 대상으로 삼았던 법원의 재판이 예외적으로 헌법소원의 심판대상이 되어 그 재판 자체가 취소되는 경우에 한하여 청구할 수 있는 것이고 법원의 재판이 취소될 수 없는 경우에는 당해 행정처분에 대한 헌법소원심판은 허용되지 아니한다(헌재 1999.5.27. 98헌마357).

ㄹ. [×] : 검사의 불기소처분에 대한 「검찰청법」 소정의 항고 및 재항고는 그 피의사건의 고소인 또는 고발인만이 할 수 있을 뿐, 기소유예처분을 받은 피의자가 범죄현의를 부인하면서 무고함을 주장하는 경우에는 「검찰청법」이나 다른 법률에 이에 대한 권리구제절차가 마련되어 있지 아니하므로, 검사의 기소유예처분의 취소를 구하는 헌법소원심판을 청구하는 경우에는 보충성원칙의 예외에 해당한다(헌재 2010.6.24. 2008헌마716). 즉 기소유예처분을 받은 피의자는 항고나 재항고를 제기할 수 있는 법률의 규정이 없고, 검사에 재기신청(再起申請)을 낸다든지 또는 진정서를 제출하여 검사의 작권발동을 촉구하는 등의 절차는 기소유예처분에 대한 법률이 정한 직접적인 구제절차가 아닐 뿐더러 그 밖에도 달리 다른 법률에 정한 구제절차가 없으므로 기소유예처분에 대하여 직접 헌법소원심판을 청구한 심판청구는 적법하다(헌재 1992.10.1. 91헌마169).

[정답] ④

문 38. 조례에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2015년 변호사 [중요도 ★★★, 난이도 ↓]

- ㄱ. 조례에 대한 항고소송에서는 조례의 의결기관인 지방의회가 피고적격을 가진다.
ㄴ. 「생활보호법」 소정의 자활보호대상자 중에서 사실상 생계유지가 어려운 자에게 「생활보호법」과는 별도로 생계비를 지원하는 것을 내용으로 하는 조례안은 「생활보호법」에 저촉된다.
ㄷ. 도지사 소속 행정불만처리조정위원회 위원 위촉·해촉에 도의회의 동의를 받도록 한 조례안은 사후에 소극적으로 개입하는 것으로서 적법하나, 위원 일부가 도의회 의장이 위촉하도록 한 조례안은 위법하다.

- ① ㄱ(○), ㄴ(×), ㄷ(×) ② ㄱ(○), ㄴ(×), ㄷ(○)
③ ㄱ(×), ㄴ(○), ㄷ(×) ④ ㄱ(×), ㄴ(×), ㄷ(○)
⑤ ㄱ(○), ㄴ(○), ㄷ(○)

해설 출제 영역 및 유형 : 조례, 이론+판례

ㄱ. [×] : 조례가 집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법적 이익에 영향을 미치

는 등의 법률상 효과를 발생하는 경우 그 조례는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하고, 이러한 조례에 대한 무효확인소송의 피고는 지방의회가 아니라 지방자치단체의 집행기관으로서 공포권이 있는 지방자치단체의 장이 된다(대판 1996.9.20. 95누8003).

ㄴ. [X] : 지방의회가 2년 이상 당해 지방자치단체의 관내에 거주하는 자로서 법률상 부양의무자가 있으나 부양의무를 이행할 수 없는 자로 인정되어 사실상 생활에 어려움이 있는 자활보호대상자 중 65세 이상의 노쇠자 18세 미만의 아동임상부폐질 또는 심신장애로 인하여 근로능력이 없는 자를 보호대상자로 결정하여 그들에게 구 「생활보호법」(현 국민기초생활보장법) 소정의 생계비 수준에 준하여 당해 지방자치단체 예산의 범위 내에서 생계비를 지원하도록 하는 내용의 「저소득주민생계보호지원조례안」을 의결한 경우, 그 조례안의 내용은 생활유지의 능력이 없거나 생활이 어려운 자에게 보호를 행하여 이들의 최저생활을 보장하고 자활을 조성함으로써 국민의 사회복지의 향상에 기여함을 목적으로 하는 것으로서 구 「생활보호법」과 그 목적 및 취지를 같이 하는 것이나, 보호대상자 선정의 기준 및 방법, 보호의 내용을 구 「생활보호법」의 그것과는 다르게 규정함과 동시에 구 「생활보호법」 소정의 자활보호대상자 중에서 사실상 생계유지가 어려운 자에게 구 「생활보호법」과는 별도로 생계비를 지원하는 것을 그 내용으로 하는 것이라는 점에서 구 「생활보호법」과는 다른 점이 있고, 당해 조례안에 의하여 구 「생활보호법」 소정의 자활보호대상자 중 일부에 대하여 생계비를 지원한다고 하여 구 「생활보호법」이 의도하는 목적과 효과를 저해할 우려는 없다고 보여지며, 비록 구 「생활보호법」이 자활보호대상자에게는 생계비를 지원하지 아니하도록 규정하고 있다고 할지라도 그 규정에 의한 자활보호대상자에게는 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용의 보호만을 실시하여야 한다는 취지로는 보이지 아니하고, 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도의 생활보호를 실시하는 것을 용인하는 취지라고 보아야 할 것이므로, 당해 조례안의 내용이 구 「생활보호법」의 규정과 모순·저촉되는 것이라고 할 수 없다(대판 1997.4.25. 96주244).

ㄷ. [O] : 지방의회가 집행기관의 인사권에 관하여 소극적·사후적으로 개입하는 것은 그것이 견제의 범위 안에 드는 경우에는 허용되나, 집행기관의 인사권을 독자적으로 행사하거나 동등한 지위에서 합의하여 행사할 수는 없으며, 사전에 적극적으로 개입하는 것도 원칙적으로 허용되지 아니하므로 **조례안에 규정된 행정불만처리 조정위원회 위원의 위촉·해촉에 지방의회의 동의를 받도록 한 것은 사후에 소극적으로 개입하는 것으로서 지방의회의 집행기관에 대한 견제권의 범위에 드는 적법한 규정**이라고 보아야 될 것이나, 그 일부를 지방의회 의장이 위촉하도록 한 것은 지방의회가 집행기관의 인사권에 사전에 적극적으로 개입하는 것으로서 「지방자치법」이 정한 의결기관과 집행기관 사이의 권한분리 및 배분의 취지에 배치되는 위법한 규정이며, 또 집행기관의 인사권에 의장 개인의 자격으로는 관여할 수 있는 권한이 없고 조례로써 이를 허용할 수도 없으며, 따라서 **의장 개인이 위원의 일부를 위촉하도록 한 조례안의 규정**은 그 점에서도 위법하다(대판 1994.4.26. 93주175).

[정답] ④

문 39. 행정처분 이후 근거법률이 위헌결정된 경우, 당해 처분의 효력 등에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2015년 변호사 [중요도 ★★★★★, 난이도 중]

ㄱ. 행정처분 이후 근거법률이 위헌으로 결정된 경우, 당해 행정처분은 원칙적으로 당연무효가 되므로 이미 취소소송의 제소기간이 경과하여 확정력이 발생한 행정처분에도 위헌결정의 소급효가 미친다.

나. 과세처분에 따라 세금을 납부하였고 그 처분에 불가쟁력이 발생한 경우에는 과세처분의 근거법률이 나중에 위헌으로 결정되었다고 하더라도 이미 납부한 세금의 반환청구는 허용되지 않는다.

㉔. 조세 부과에 근거가 되었던 법률규정이 위헌으로 결정된 경우, 비록 그에 기한 과세처분이 위헌결정 전에 이루어졌고, 과세처분에 대한 제소기간이 이미 경과하여 조세채권이 확정되었으며, 조세채권의 집행을 위한 체납처분의 근거규정 자체에 대하여는 따로 위헌결정이 내려진 바 없다고 하더라도, 위와 같은 위헌결정 이후에 조세채권의 집행을 위한 새로운 체납처분에 착수하거나 이를 속행하는 것은 더 이상 허용되지 않는다.

- ① $\neg$

③ $\sqsubset$

⑤ $\sqsubset, \sqsubset$

② $\sqsubset$

④ $\neg, \sqsubset$

 출제 영역 및 유형 : 근거법률에 대한 위헌결정과 행정처분의 효력.

해설 판례

7. [X], L. [O] : 법률에 근거하여 행정처분이 발하여진 후에 헌법재판소가 그 행정처분의 근거가 된 법률을 위헌으로 결정하였다면 결과적으로 위 행정처분은 법률의 근거가 없이 행하여진 것과 마찬가지로 되어 하자가 있는 것이 된다고 할 것이다. 그러나 하자 있는 행정처분이 당연무효가 되기 위하여는 그 하자가 중대한 뿐만 아니라 명백한 것이어야 하는데, 일반적으로 법률이 헌법에 위반된다는 사정이 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에는 객관적으로 명백한 것이라고 할 수는 없으므로 헌법재판소의 위헌결정 전에 행정처분의 근거되는 당해 법률이 헌법에 위반된다는 사유는 특별한 사정이 없는 한 그 행정처분의 취소소송의 전제가 될 수 있을 뿐 당연무효사유는 아니라고 봄이 상당하다. 그리고 이처럼 위헌인 법률에 근거한 행정처분이 당연무효인지의 여부는 위헌결정의 소급효와는 별개의 문제로서, 위헌결정의 소급효가 인정된다고 하여 위헌인 법률에 근거한 행정처분이 당연무효가 된다고는 할 수 없고 오히려 이미 취소소송의 제기기간을 경과하여 확정력이 발생한 행정처분에는 위헌결정의 소급효가 미치지 않는다고 보아야 할 것이다(대판 2014.3.27. 2011두24057). 따라서 과세처분에 불가쟁력이 발생한 후 과세처분의 근거법률에 대한 위헌결정이 있었다 해도 이미 납부한 세금의 반환청구는 허용되지 않는다.

다. [O] : 조세부과의 근거가 되었던 법률규정이 위헌으로 선언된 경우, 비록 그에 기한 과세처분이 위헌결정 전에 이루어졌고, 과세처분에 대한 제소기간이 이미 경과하여 조세채권이 확정되었으며, 조세채권의 집행을 위한 체납처분의 근거규정 자체에 대하여는 따로 위헌결정이 내려진 바 없다고 하더라도, 위와 같은 위헌결정 이후에 조세채권의 집행을 위한 새로운 체납처분에 착수하거나 이를 속행하는 것은 더 이상 허용되지 않고, 나아가 이러한 위헌결정의 효력에 위배하여 이루어진 체납처분은 그 사유만으로 하자가 중대하고 객관적으로 명백하여 당연무효라고 보아야 한다(대판 전합 2012.2.16. 2010두10907).

[정답] ⑤

- ㉑. 이른바 ‘분리이론’은 재산권의 가치보장보다는 존속보장을 강화하려는 입장에서 접근하는 견해이다.
- ㉒. 대법원은 「하천법」 부칙(1984. 12. 31.) 제2조 제1항과 「법률 제3782호 하천법 중 개정법률 부칙 제2조의 규정에 의한 보상청구권의 소멸시효가 만료된 하천구역 편입토지 보상에 관한 특별조치법」 제2조 제1항의 규정에 의한 손실보상청구권의 확인을 구하는 소송을 당사자소송으로 보았다.
- ㉓. 대법원 판례에 의하면 공공사업의 시행으로 사업시행지 밖에서 발생한 간접손실은 손실 발생을 쉽게 예견할 수 있고 손실 범위도 구체적으로 특정할 수 있더라도, 사업시행자와 협의가 이루어지지 아니하고 그 보상에 관한 명문의 근거 법령이 없는 경우에는 보상의 대상이 아니다.
- ㉔. 토지소유자가 손실보상금의 증액을 쟁송상 구하는 경우에는 전심절차로서 이의신청에 대한 재결을 거친 후 관할 토지수용위원회를 피고로 하여 보상금증액청구소송을 제기하여야 한다.
- ㉕. 생활보상의 일종인 이주대책은 입법자의 입법정책적 재량영역이 아니라 「헌법」 제23조 제3항의 정당한 보상에 포함된다고 함이 헌법재판소의 입장이다.

- ① $\neg$, $\wedge$
 ② $\wedge$, $\vee$
 ③ $\exists$, $\forall$
 ④ $\neg$, $\wedge$, $\forall$
 ⑤ $\neg$, $\vee$, $\exists$

해설 출제 영역 및 유형 : 손실보상 일반, 이론+판례

7. [O] : 사회적 제약을 벗어나는 무보상의 공용침해에 대하여, 분리이론은 해당 침해행위의 폐지를 주장함으로써 위험적 침해의 억제에 중점을 두어 가치보장보다는 손속보장을 강화하려는 이론이고, 경제이론은 보상을 통한 가치의 보장에 중점을 두고 있는 이론이다.
- 나. [O] : 개정 「하천법」 부칙(1984. 12. 31.) 제2조와 ‘법률 제3782호 하천법 중 개정법을 부칙 제2조의 규정에 의한 보상청구권의 소멸시효가 만료된 하천구역 편입토지 보상에 관한 특별조치법’ 제2조, 제6조의 각 규정들을 종합하면, 위 규정들에 의한 손실보상청구권은 1984. 12. 31. 전에 토지가 하천구역으로 된 경우에는 당연히 발생되는 것이지, 관리청의 보상금지급결정에 의하여 비로소 발생하는 것은 아니므로, 위 규정들에 의한 손실보상금의 지급을 구하거나 손실보상청구권의 확인을 구하는 소송은 「행정소송법」 제3조 제2호 소정의 당사자소송에 의하여야 한다(대판 전합 2006.5.18. 2004다6207).
- 다. [X] : 공공사업의 시행 결과 그로 인하여 사업시행자 밖에 서 발생한 간접손실에 관하여 피해자와 사업시행자 사이에 협약이 이루어지지 아니하고 그 보상에 관한 명문의 근거 법령이 없는 경우라고 하더라도, 공공사업의 시행으로 인하여 그러한 손실이 발생하리라는 것을 쉽게 예견할 수 있고 그 손실의 범위도 구체적으로 이를 특정할 수 있는 경우라면, 피해자는 구 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특별법 시행규칙」상의 손실보상에 관한 규정을 유추적용하여 사업시행자에게 보상을 청구할 수 있다(대판 2002.11.26. 2001다44352).
- 르. [X] : 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제83조에서는 “~의의를 신청할 수 있다.”고 규정

하고 있으므로 이의신청의 임의적 전치주의를 채택하고 있다. 따라서 이의신청을 거치지 아니하고 바로 행정소송을 제기할 수 있다. 그리고 보상금증감소송의 경우 그 소송을 제기하는 자가 토지소유자 또는 관계인일 때에는 사업시행자를, 사업시행자일 때에는 토지소유자 또는 관계인을 각각 피고로 한다(공토법 제85조 제2항).

㉡. [X] : **이주대책**은 「헌법」 제23조 제3항에 규정된 정당한 보상에 포함되는 것이라기보다는 이에 부가하여 이주자들에게 종전의 생활상태를 회복시키기 위한 생활보상의 일환으로서 국가의 정책적인 배려에 의하여 마련된 제 도라고 볼 것이다. 따라서 이주대책의 실시 여부는 입법자의 입법정책적 재량의 영역에 속하므로 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행령」 제40조 제3항 제3호가 이주대책의 대상자에서 세입자를 제외하고 있는 것이 세입자의 재산권을 침해하는 것이라 볼 수 없다(헌재 2006.2.23. 2004헌마19).

[정답] ①