

2015.04.18 국가직 9급 [행정법총론]

김용철 교수

월비스고시학원

홈페이지: www.yongcheolsam.com

문 1. 재량권의 한계에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 재량권의 일탈이란 재량권의 내적 한계를 벗어난 것을 말하고, 재량권의 남용이란 재량권의 외적 한계를 벗어난 것을 말한다.
- ② 판례는 재량권의 일탈과 재량권의 남용을 명확히 구분하고 있다.
- ③ 재량권의 불행사에는 재량권을 충분히 행사하지 아니한 경우는 포함되지 않는다.
- ④ 개인의 신체, 생명 등 중요한 법익에 급박하고 현저한 침해의 우려가 있는 경우 재량권이 영으로 수축된다.

정답 ④ 행정청에게 행정의 재량이 주어져 있다고 하여도 국민의 신체·생명이나 재산상의 침해가 명백하고 급박하며 현저하다면 행정청에게는 재량이 수축하여 행정을 하여야 하는 기속이 된다(재량의 0으로의 수축)

/① 재량의 일탈은 법적 한계(외적 한계)를 벗어난 것이며, 남용은 조리상의 한계(내적 한계)를 벗어난 것이다.

② 판례는 재량의 일탈과 남용을 구분하지 않는다.

③ 재량이 행정청에게 부여되면 재량을 성실히 행사하여야 한다(해태). 그러하지 않은 재량권행사는 불행사에 해당되어 위법하다.

문 2. 강학상 예외적 승인에 해당하지 않는 것은?

- ① 치료목적의 마약류사용허가
- ② 재단법인의 정관변경허가
- ③ 개발제한구역 내의 용도변경허가
- ④ 사행행위 영업허가

정답 ② 민법 제45조와 제46조에서 말하는 재단법인의 정관변경 "허가"는 법률상의 표현이 허가로 되어 있기는 하나, 그 성질에 있어 법률행위의 효력을 보충해 주는 것이지 일반적 금지를 해제하는 것이 아니므로, 그 법적 성격은 인가라고 보아야 한다. (대판 1996.05.16. 선고 95누4810)

/ 예외적 승인(허가)란 '누구도 할 수 없는' 금지를 공익에 더 부합이 되는 일정한 경우에 행정청이 이를 해제하여 적법하게 할 수 있는 법적 지위를 부여하는 행위(억제적 금지의 해제)로서 허가(잠정적,

예방적 금지의 해제)와는 구분된다.

문 3. 행정법의 일반원칙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 부관이 주된 행정행위와 실질적 관련성을 갖더라도 주된 행정행위의 효과를 무의미하게 만드는 경우라면 그러한 부관은 비례원칙에 반하는 하자 있는 부관이 된다.
- ② 주택사업계획승인을 발령하면서 주택사업계획승인과 무관한 토지를 기부채납 하도록 부관을 붙인 경우는 부당결부금지 원칙에 반해 위법하다.
- ③ 수익적 행정행위를 직권취소하는 경우 그 취소권의 행사로 인하여 공익상의 필요보다 상대방이 받게 되는 불이익 등이 막대한 경우에는 재량권의 한계를 이탈한 것으로서 그 자체가 위법하다.
- ④ 제1종 보통면허로 운전할 수 있는 차량을 음주운전한 경우 제1종 보통면허의 취소 외에 동일인이 소지하고 있는 제1종 대형면허와 원동기장치자전거면허는 취소할 수 없다.

정답 ④ 제1종 보통면허 소지자는 승용자동차만이 아니라 원동기장치 자전거까지 운전할 수 있도록 규정하고 있어 제1종 보통면허의 취소에는 원동기장치 자전거의 운전까지 금지하는 취지가 포함된 것이어서 이들 차량의 운전면허는 서로 관련된 것이라고 할 것이므로 제1종 보통면허로 운전할 수 있는 차량을 운전면허 정지기간 중에 운전한 경우에는 이와 관련된 원동기장치 자전거면허까지 취소할 수 있다.(1997.5.16, 97누2313)

/① 부관이 주된 행정행위와 실질적인 관련성이 없으면 이는 부당결부금지원칙에 위반되나, 실질적 관련성이 있지만 본질적인 내용까지 침해하는 경우라면 이는 비례원칙에 위반된다.

② 지방자치단체장이 사업자에게 주택사업계획승인을 하면서 그 주택사업과는 아무런 관련이 없는 토지를 기부채납 하도록 하는 부관을 주택사업계획승인에 붙인 경우, 그 부관은 부당결부금지의 원칙에 위반되어 위법하다.(대법원 1997.3.11, 96다49650)

③ 수익적 처분의 직권취소의 경우, 중대공익 등의 비례원칙이 충족되지 않으면 위법한 행정처분이다. 따라서 이익형량등이 필요하다.

문 4. 행정입법에 대한 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 행정입법부작위는 부작위위법확인소송의 대상이 된다.
- ② 의료기관의 명칭표시판에 진료과목을 함께 표시하는 경우 진료과목의 글자 크기를 제한하고 있는 구 「의료법 시행규칙」 제31조는 그 자체로서 국민의 구체적인 권리의무나 법률관계에 직접적인 변동을 초래하므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 할 수 있다.
- ③ 법률의 위임에 의하여 효력을 갖는 법규명령의 경우 구법에 위임의 근거가 없

어 무효였더라도 사후에 법개정으로 위임의 근거가 부여되면 그때부터는 유효한 위임명령이 된다.

- ④ 국립대학의 대학입학고사 주요요강은 행정쟁송의 대상인 행정처분에 해당되지만 헌법소원의 대상인 공권력의 행사에는 해당되지 않는다.

정답 ③ 일반적으로 법률의 위임에 의하여 효력을 갖는 법규명령의 경우, 구법에 위임의 근거가 없어 무효였더라도 사후에 법개정으로 위임의 근거가 부여되면 그 때부터는 유효한 법규명령이 되나, 반대로 구법의 위임에 의한 유효한 법규명령이 법개정으로 위임의 근거가 없어지게 되면 그 때부터 무효인 법규명령이 되므로, 어떤 법령의 위임 근거 유무에 따른 유효 여부를 심사하려면 법개정의 전·후에 걸쳐 모두 심사하여야만 그 법규명령의 시기에 따른 유효·무효를 판단할 수 있다.(대판 1995. 6. 30, 93추83)

/① 행정소송은 구체적인 사건에 대한 법률상 분쟁을 법에의하여 해결함으로써 법적안정성을 기하자는 것이므로 부작위위법확인소송의 대상이 될 수 있는 것은 구체적 권리의 무에 관한 분쟁이어야 하고 추상적인 법령에 관한 제정의 여부 등은 그 자체로서 국민의 구체적인 권리·의무에 직접적인 변동을 초래하는 것이 아니어서 행정소송의 대상이 될 수 없다.(대판 1992. 5. 8, 91누11261)-헌법재판소의 헌법소원대상과 국가배상은 가능하다.

② 의료기관의 명칭표시판에 진료과목을 함께 표시하는 경우 글자 크기를 제한하고 있는 구 의료법 시행규칙 제31조가 그 자체로서 국민의 구체적인 권리의무나 법률관계에 직접적인 변동을 초래하지 아니하므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다(대판 2007.04.12. 선고 2005두15168)

④ 국립대학인 서울대학교의 "94학년도 대학입학고사주요요강"은 사실상의 준비행위 내지 사전안내로서 행정쟁송의 대상이 될 수 있는 행정처분이나 공권력의 행사는 될 수 없지만 그 내용이 국민의 기본권에 직접 영향을 끼치는 내용이고 앞으로 법령의 뒷받침에 의하여 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상되어 그로 인하여 직접적으로 기본권 침해받게 되는 사람에게는 사실상의 규범작용으로 인한 위험성이 이미 현실적으로 발생하였다고 보아야 할 것이므로 이는 헌법소원의 대상이 되는 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 공권력의 행사에 해당된다고 할 것이며, 이 경우 헌법소원 외에 달리 구제방법이 없다.

문 5. 행정의 실효성 확보수단에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정상 강제집행이 법률에 규정되어 있는 경우에도 민사상 강제집행은 인정된다.
- ② 「건축법」상의 이행강제금은 간접강제의 일종으로서 그 이행강제금 납부의무는 일신전속적인 성질의 것이므로 이미 사망한 사람에게 이행강제금을 부과하는 내용의 처분은 당연히무효이다.
- ③ 이행강제금은 형벌과 병과될 경우 이중처벌금지원칙에 반한다.
- ④ 이행강제금은 비대체적 작위의무 위반에만 부과될 뿐 대체적 작위의무의 위반에는 부과될 수 없다.

정답 ② 구 건축법상 이행강제금을 부과받은 사람이 이행강제금사건의 제1심결정 후 항고심결정이 있기 전에 사망한 경우, 항고심결정은 당연히무효이고, 이미 사망한 사람의 이름으로 제기된 재항고는 보정할 수 없는 흠결이 있는 것으로서 부적법하다.(대결 2006.12.08. 자 2006마470)

- /① 토지에 관한 도로구역 결정이 고시된 후 구 토지수용법 제18조의2 제2항에 위반하여 공작물을 축조하고 물건을 부가한 자에 대하여 관리청은 이러한 위반행위에 의하여 생긴 유형적 결과의 시정을 명하는 행정처분을 하여 이에 따르지 않는 경우에는 행정대집행의 방법으로 그 의무내용을 실현할 수 있는 것이고, 이러한 행정대집행의 절차가 인정되는 경우에는 따로 민사소송의 방법으로 공작물의 철거, 수거 등을 구할 수는 없다.(대판 2000. 5. 12. 선고 99다18909)
- ③ 무허가건축행위에 대한 형사처벌과 시정명령 위반에 대한 이행강제금의 부과는 그 처벌 내지 제재대상이 되는 기본적 사실관계로서의 행위를 달리하며, 또한 그 보호법익과 목적에서도 차이가 있으므로 이중처벌에 해당한다고 할 수 없다.(헌재결2003. 3. 26, 2001헌바80)
- ④ 전통적으로 행정대집행은 대체적 작위의무에 대한 강제집행수단으로, 이행강제금은 부작위의무나 비대체적 작위의무에 대한 강제집행수단으로 이해되어 왔으나, 이는 이행강제금제도의 본질에서 오는 제약은 아니며, 이행강제금은 대체적 작위의무의 위반에 대하여도 부과될 수 있다.(헌재결2004. 2. 26, 2001헌바80)

문 6. 대집행에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 건축물의 철거와 토지의 명도는 대집행의 대상이 된다.
- ② 부작위의무를 규정한 금지규정에서 작위의무명령권이 당연히 도출되지는 않는다.
- ③ 계고는 행정처분으로서 항고소송의 대상이 된다.
- ④ 대집행이 완료되어 취소소송을 제기할 수 없는 경우에도 국가배상청구는 가능하다.

정답 ① 피수용자 등이 기업자에 대하여 부담하는 수용대상 토지의 인도의무에 관한 구 토지수용법(2002. 2. 4. 법률 제6656호 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지) 제63조, 제64조, 제77조 규정에서의 '인도'에는 명도도 포함되는 것으로 보아야 하고, 이러한 명도의무는 그것을 강제적으로 실현하면서 직접적인 실행행사가 필요한 것이지 대체적 작위의무라고 볼 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 될 수 있는 것이 아니다. (대판 2005.08.19. 선고 2004다2809)

/② '장래식장 사용중지 의무'가 원고 이외의 '타인이 대신'할 수도 없고, 타인이 대신하여 '행할 수 있는행위'라고도 할 수 없는 비대체적 부작위 의무에 대한 것이므로 대집행의 대상이 아니다.(대판 2005.9. 28. 선고 2005두7464)

③ 계고는 준법률행위적 행정행위로서 통지에 해당된다.

④ 국가배상청구소송의 수소법원인 민사법원은 선결문제로서 처분의 위법여부를 심리하여 처분이 취소되지 아니한 경우라고 국가배상을 인용할 수 있다.

문 7. 당사자소송에 해당하지 않는 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 국가를 상대로 하는 납세의무자의 부가가치세 환급세액 지급청구소송
- ② 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에 따른 입찰보증금 국고귀속조치의 취소를 구하는 소송
- ③ 공무원 퇴직자가 미지급 퇴직연금에 대한 지급을 구하는 소송
- ④ 지방자치단체가 보조금 지급결정을 하면서 일정 기한 내에 보조금을 반환하도

록 하는 교부조건을 부가한 경우, 보조금을 교부받은 사업자에 대한 지방자치 단체의 보조금반환청구소송

정답 ② 예산회계법에 따라 체결되는 계약은 사법상의 계약이라고 할 것이고 동법 제70조의5의 입찰보증금은 낙찰자의 계약체결의무이행의 확보를 목적으로 하여 그 불이행시에 이를 국고에 귀속시켜 국가의 손해를 전보하는 사법상의 손해배상 예정으로서의 성질을 갖는 것이라고 할 것이므로 입찰보증금의 국고귀속조치는 국가가 사법상의 재산권의 주체로서 행위하는 것이지 공권력을 행사하는 것이거나 공권력작용과 일체성을 가진 것이 아니라 할 것이므로 이에 관한 분쟁은 행정소송이 아닌 민사소송의 대상이 될 수 밖에 없다고 할 것이다. (대판 1983.12.27. 선고 81누366)

/① 부가가치세 환급세액 지급청구가 당사자소송의 대상인지 여부(적극) (대판 2013.03.21. 선고 2011다 95564)

③ 공무원연금관리공단의 인정에 의하여 퇴직연금을 지급받아 오던 중 공무원연금법령의 개정 등으로 퇴직연금 중 일부 금액의 지급이 정지된 경우에는 당연히 개정된 법령에 따라 퇴직연금이 확정되는 것이지 구 공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정되기 전의 것) 제26조 제1항에 정해진 공무원연금관리공단의 퇴직연금 결정과 통지에 의하여 비로소 그 금액이 확정되는 것이 아니므로, 공무원연금관리공단이 퇴직연금 중 일부 금액에 대하여 지급거부의 의사표시를 하였다고 하더라도 그 의사표시는 퇴직연금 청구권을 형성·확정하는 행정처분이 아니라 공법상의 법률관계의 한 쪽 당사자로서 그 지급의무의 존부 및 범위에 관하여 나름대로의 사실상·법률상 의견을 밝힌 것에 불과하다고 할 것이어서, 이를 행정처분이라고 볼 수는 없고, 그리고 이러한 미지급 퇴직연금에 대한 지급청구권은 공법상 권리로서 그 지급을 구하는 소송은 공법상의 법률관계에 관한 소송인 공법상 당사자소송에 해당한다. (대판 2004.12.24. 선고 2003두15195)

④ ‘보조금의 예산 및 관리에 관한 법률’상의 보조금 지급은 공법상 계약에 해당된다. 따라서 보조금반환에 대한 소송은 당사자소송이 된다.

문 8. 사정판결에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 당연무효의 행정처분을 대상으로 하는 행정소송에서도 사정판결을 할 수 있다.
- ② 당사자의 명백한 주장이 없는 경우에도 직권으로 사정판결을 할 수 있다.
- ③ 처분이 위법하여 청구가 이유 있는 경우이어야 한다.
- ④ 청구의 인용판결이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하여야 한다.

정답 ① 무효의 경우에는 사정판결을 할 수 없다.

/② 사정판결의 경우, 신청이나 법원의 직권에 의해 사정판결이 가능하다.

③, ④ 사정판결의 경우 처분이 위법하여 원고의 주장이 이유가 있으나 인용하게 되면 중대공익이나 현저히 공공복리가 해쳐질 우려가 있어 특수한 기각을 내리는 것이다.

문 9. 행정소송에 대한 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 사립학교 교원에 대한 학교법인의 해임처분을 취소소송의 대상이 되는 행정청의 처분으로 볼 수 있으므로 학교법인을 상대로 한 불복은 행정소송에 의한다.
- ② 취소소송에 당해 처분의 취소를 선결문제로 하는 부당이득반환청구가 병합된 경우 그 청구가 인용되려면 소송절차에서 당해 처분의 취소가 확정되어야 한다.
- ③ 특정 소송사건에서 당사자 일방을 보조하기 위하여 보조참가를 하려면 당해 소

송의 결과에 대하여 사실상, 경제상 또는 감정상의 이해관계가 있으면 충분하며 법률상의 이해관계가 요구되는 것은 아니다.

- ④ 행정처분에 대한 무효확인과 취소청구는 서로 양립할 수 없는 청구로서 주위적·예비적 청구로서만 병합이 가능하고 선택적 청구로서의 병합은 허용되지 않는다.

정답 ④ 행정처분에 대한 무효확인과 취소청구는 서로 양립할 수 없는 청구로서 주위적·예비적 청구로서만 병합이 가능하고 선택적 청구로서의 병합이나 단순 병합은 허용되지 아니한다.(대판 1999. 8. 20. 선고 97누6889)

/① 사립학교교원에 대한 학교법인의 해임처분은 행정청의 처분이 아니다. 교원지위향상특별법에 의해 교원소청심사위원회에 심사청구를 통해 구제가 가능하나, 교원소청심사위원회의 결과에 불복하는 경우에는 재결을 대상으로 항고소송을 청구할 수 있다.

② 행정소송법 제10조는 처분의 취소를 구하는 취소소송에 대해 처분과 관련되는 부당이득반환소송을 관련 청구로 병합할 수 있다고 규정하고 있는바, 이 조항을 둔 취지에 비추어 보면, 취소소송에 병합할 수 있는 당해 처분과 관련되는 부당이득반환소송에는 당해 처분의 취소를 선결문제로 하는 부당이득반환청구가 포함되고, 이러한 부당이득반환청구가 인용되기 위해서는 그 소송절차에서 판결에 의해 당해 처분이 취소되면 충분하고 그 처분의 취소가 확정되어야 하는 것은 아니라고 보아야 한다.(대판 2009.04.09. 선고 2008두23153)

③ 어느 소송사건에서 당사자 일방을 보조하기 위하여 보조참가를 하려면 당해 소송의 결과에 대하여 이해관계가 있어야 하고, 여기서 말하는 이해관계란 사실상·경제상 또는 감정상의 이해관계가 아니라 법률상의 이해관계를 가리킨다. (대판 2014.10.30. 선고 2012두17223)

문 10. 행정상 강제징수에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 「국세징수법」상의 체납처분에서 압류재산의 매각은 공매를 통해서만 이루어지며 수의계약으로 해서는 안 된다.
- ② 세무서장은 한국자산관리공사로 하여금 공매를 대행하게 할 수 있으며, 이 경우 공매는 세무서장이 한 것으로 본다.
- ③ 과세관청의 압류처분에 대해서는 심사청구 또는 심판청구 중 하나에 대한 결정을 거친 후 행정소송을 제기하여야 한다.
- ④ 과세관청이 체납처분으로서 행하는 공매는 우월한 공권력의 행사로서 행정소송의 대상이 되는 행정처분이다.

정답 ① 압류재산의 매각은 공매를 원칙으로 하지만 예외적으로 수의계약도 가능하다.

/ ② 한국자산관리공사는 공무를 수탁받아 행하는 수탁사인으로 이 경우 공매는 세무서장이 한 것으로 볼 수 있다.

③ 국세와 관련된 불복의 경우, 국세기본법령에 의해 심사청구나 심판청구를 거쳐야만 행정소송을 청구할 수 있다.

④ 공매처분은 법률행위적 행정행위인 형성적 행정행위로서 대리에 해당된다.

문 11. 행정정보의 공개에 대한 판례의 입장이 아닌 것은?

- ① 구 「공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령」 제2조 제1호가 정보공개 의무기관으로 사립대학교를 들고 있는 것은 모법의 위임범위를 벗어난 것으로 위법하다.

- ② 청구인이 공공기관에 대하여 정보공개를 청구하였다가 거부처분을 받은 것 자체가 법률상 이익의 침해에 해당한다.
- ③ 청구대상정보를 기재할 때는 사회일반인의 관점에서 청구대상정보의 내용과 범위를 확정할 수 있을 정도로 특정하여야 한다.
- ④ 공개를 거부한 정보에 비공개대상정보에 해당하는 부분과 공개가 가능한 부분이 혼합되어 있고, 공개청구의 취지에 어긋나지 아니하는 범위 안에서 두 부분을 분리할 수 있을 때에는 청구취지의 변경이 없더라도 공개가 가능한 부분만의 일부취소를 명할 수 있다.

정답 ① 구 공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령 제2조 제1호가 정보공개 의무를 지는 공공기관의 하나로 사립대학교를 들고 있는 것이 헌법이 정한 대학의 자율성 보장 이념 등에 반하거나 모법의 위임 범위를 벗어나지 않는다.(대판 2013.11.28. 선고 2011두5049)

/② 정보공개청구권은 법률상 보장되는 구체적인 권리이므로 청구권이 공공기관에 대해 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 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제10조 제1항 제2호는 정보의 공개를 청구하는 자는 정보공개청구서에 '공개를 청구하는 정보의 내용' 등을 기재할 것을 규정하고 있는바, 청구대상정보를 기재함에 있어서는 사회일반인의 관점에서 청구대상정보의 내용과 범위를 확정할 수 있을 정도로 특정함을 요한다. (대판 2007.06.01. 선고 2007두2555)

④ 법원이 행정청의 정보공개거부처분의 위법 여부를 심리한 결과 공개를 거부한 정보에 비공개대상정보에 해당하는 부분과 공개가 가능한 부분이 혼합되어 있고 공개청구의 취지에 어긋나지 아니하는 범위 안에서 두 부분을 분리할 수 있음을 인정할 수 있을 때에는, 위 정보 중 공개가 가능한 부분을 특정하고 판결의 주문에 행정청의 위 거부처분 중 공개가 가능한 정보에 관한 부분만을 취소한다고 표시하여야 한다.(대판 2003. 11. 11, 2001두6425)

문 12. 「행정절차법」상 청문 또는 공청회 절차에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정청이 청문을 거쳐야 하는 처분을 하면서 청문절차를 거치지 않는 경우에는 그 처분은 위법하지만 당연무효인 것은 아니다.
- ② 청문서가 「행정절차법」에서 정한 날짜보다 다소 늦게 도달하였을 경우에도, 당사자가 이에 대하여 이의하지 아니하고 청문일에 출석하여 의견을 진술하였다면 청문서 도달기간을 준수하지 않은 하자는 치유된다.
- ③ 행정청은 「행정절차법」 제38조에 따른 공청회와 병행하여서만 정보통신망을 이용한 공청회(전자공청회)를 실시할 수 있다.
- ④ 청문 주재자는 당사자등의 전부 또는 일부가 정당한 사유 없이 청문기일에 출석하지 아니한 경우라도 이들에게 다시 의견진술 및 증거제출의 기회를 주지 아니하고는 청문을 마칠 수 없다.

정답 ④ 행정절차법 제35조 제2항 “청문 주재자는 당사자등의 전부 또는 일부가 정당한 사유 없이 청문기

일에 출석하지 아니하거나 제31조제3항에 따른 의견서를 제출하지 아니한 경우에는 이들에게 다시 의견진술 및 증거제출의 기회를 주지 아니하고 청문을 마칠 수 있다”

- /① 행정청이 특히 침해적 행정처분을 할 때 그 처분의 근거 법령 등에서 청문을 실시하도록 규정하고있다면, 행정절차법 등 관련 법령상 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당하지 않는 한, 반드시 청문을 실시하여야 하는 것이며, 그러한 절차를 결여한 처분은 위법한 처분으로서 취소사유에 해당한다.(대판 2007.11.16. 선고 2005두15700)
- ② 행정청이 청문서 도달기간을 다소 어겼다하더라도 영업자가 이에 대하여 이의하지 아니한 채 스스로 청문일에 출석하여 그 의견을 진술하고 변명하는 등 방어의 기회를 충분히 가졌다면 청문서 도달기간을 준수하지 아니한 하자는 치유되었다고 봄이 상당하다.(대판 1992.10.23. 선고 92누2844)
- ③ 전자공청회는 공청회와 병행하여서만 가능하고 전자공청회만 진행할 수는 없다.

문 13. 통치행위에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 헌법재판소는 대통령의 해외파병 결정은 국방 및 외교와 관련된 고도의 정치적 결단을 요하는 문제로서 헌법과 법률이 정한 절차를 지켜 이루어진 것이 명백한 이상 사법적 기준만으로 이를 심판하는 것은 자제되어야 한다고 판시하였다.
- ② 비상계엄의 선포와 그 확대행위가 국헌문란의 목적을 달성하기 위하여 행하여진 경우에는 법원은 그 자체가 범죄행위에 해당하는지의 여부에 관하여 심사할 수 있다.
- ③ 남북정상회담 개최는 고도의 정치적 성격을 지니고 있는 행위로서 사법심사의 대상으로 하는 것은 적절치 못하므로 그 개최과정에서 당국에 신고하지 아니하거나 승인을 얻지 아니한 채 북한 측에 송금한 행위는 사법심사의 대상이 되지 않는다.
- ④ 대통령의 긴급재정경제명령은 고도의 정치적 결단에 의하여 발동되는 이른바 통치행위에 속하지만 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 헌법재판소의 심판대상이 된다.

정답 ③ 남북정상회담의 개최과정에서 재정경제부장관에게 신고하지 아니하거나 통일부장관의 협력사업 승인을 얻지 아니한 채, 북한 측에 사업권의 대가 명목으로 송금한 행위 자체는 헌법상 법치국가의 원리와 법 앞에 평등원칙 등에 비추어 볼 때 사법심사의 대상이 된다.(대판 2004.3.26, 2003도7878)

- /① 헌법재판소는 국군(자이툰부대)을 이라크에 파병하기로 한 결정의 위헌 확인 사건에서 국군의 외국에의 파병 결정은 그 성격상 국방 및 외교에 관련된 고도의 정치적 결단을 요하는 문제로서, 헌법과 법률이 정한 절차를 지켜 이루어진 것이 명백하므로, 대통령과 국회의 판단은 존중되어야 하고 ..(후략)(헌재결2004. 4.29, 2003헌마814)
- ② 군인들이 군사반란과 내란을 통하여 폭력으로 정권을 장악한 것은 통치행위에 해당하지 아니하고, 따라서 그 군사반란과 내란행위는 처벌의 대상이 된다.(대판 1997.4.17, 96도3376)
- ④ 헌법재판소는 헌법의 수호와 국민의 기본권보장을 사명으로 하는 국가기관이므로 비록 고도의 정치적 결단에 의하여 행해지는 국가작용이라고 할지라도 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 된다.(헌재결 1996.2.29, 93헌마186)

문 14. 취소소송의 원고적격 및 협의의 소익에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 허가를 받은 경업자에게는 원고적격이 인정되나, 특허사업의 경업자는 특별한 사정이 없는 한 원고적격이 부인된다.
- ② 원천납세의무자는 원천징수의무자에 대한 납세고지를 다룰 수 있는 원고적격이 없다.
- ③ 사법시험 제2차 시험 불합격처분 이후 새로 실시된 제2차 및 제3차 시험에 합격한 자는 불합격처분의 취소를 구할 협의의 소익이 없다.
- ④ 고등학교졸업학력검정고시에 합격하였다 하더라도, 고등학교에서 퇴학처분을 받은 자는 퇴학처분의 취소를 구할 협의의 소익이 있다.

정답 ① 일반적으로 허가로부터 얻어지는 이익은 반사적 이익에 해당하여 이익이 침해되더라도 원고적격이 인정되지 못하지만, 특허로부터의 이익은 권리에 해당되어 침해를 받게 되면 원고적격이 인정된다.

/ ② 과세관청의 소득처분과 그에 따른 소득금액변동통지가 있는 경우 법인은 소득금액변동통지서를 받은 날에 그 통지서에 기재된 소득의 귀속자에게 당해 소득금액을 지급한 것으로 의제되고 그 때 원천징수하는 소득세 등의 납세의무가 성립함과 동시에 확정되어 원천징수세액을 납부할 의무를 부담하게 되므로 원천징수의무자인 법인은 항고소송으로써 소득금액변동통지의 취소를 구할 법률상 이익이 있다(대법원 2006. 4. 20. 선고 2002두1878 전원합의체 판결 참조). 그러나 소득처분에 따른 소득의 귀속자의 원천납세의무는 법인에 대한 소득금액변동통지와 상관없이 국세기본법 제21조 제1항 제1호, 소득세법 제39조 제1항, 소득세법 시행령 제49조 제1항 제3호 등에 의하여 당해 소득이 귀속된 과세기간의 종료시에 성립하는 점, 과세관청이 원천납세의무자에게 소득세 등을 부과할 경우 원천납세의무자는 이에 대한 항고소송으로써 직접 불복할 수 있는 기회가 별도로 보장되어 있는 점 등에 비추어 보면, 원천징수의무자에 대한 소득금액변동통지는 원천납세의무의 존부나 범위와 같은 원천납세의무자의 권리나 법률상 지위에 어떠한 영향을 준다고 할 수 없으므로 소득처분에 따른 소득의 귀속자는 법인에 대한 소득금액변동통지의 취소를 구할 법률상 이익이 없다.(대판 2013.04.26. 선고 2012두27954)

- ③ 사법시험 제2차 시험 불합격처분 이후에 새로이 실시된 제2차와 제3차 시험에 합격한 사람이 불합격처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없다.(대판 2007.09.21. 선고 2007두12057)
- ④ 고등학교졸업이 대학입학자격이나 학력인정으로서의 의미밖에 없다고 할 수 없으므로 고등학교졸업학력검정고시에 합격하였다 하여 고등학교 학생으로서의 신분과 명예가 회복될 수 없는 것이니 퇴학처분을 받은 자로서는 퇴학처분의 위법을 주장하여 그 취소를 구할 소송상의 이익이 있다.(대판 1992.07.14. 선고 91누4737)

문 15. 항고소송에서 처분과 피고가 옳게 연결된 것은?

- ① 교육·학예에 관한 도의회의 조례 - 도의회
- ② 지방의회의 지방의회의원에 대한 징계의결 - 지방의회의장
- ③ 내부위임을 받은 경찰서장의 권한 없는 자동차운전면허정지처분 - 지방경찰청장
- ④ 중앙노동위원회의 처분 - 중앙노동위원회 위원장

정답 ④ 합의제 행정청의 처분이나 부작위는 합의제 행정청자체가 피고가 된다. 다만 중앙노동위원회의 처분이나 부작위는 중앙노동위원장이 피고가 된다,

/① 교육 · 학예에 관한 도의회의 조례에 대한 피고는 시·도교육감이다.

② 지방의회의 지방의회의원에 대한 징계의결에 불복하는 경우에는 지방의회이다.

③ 명의자가 피고가 된다. 경찰서장이다.

문 16. 개인적 공권에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 규제권한발동에 관해 행정청의 재량을 인정하는 「건축법」의 규정은 소정의 사유가 있는 경우 행정청에 건축물의 철거 등을 명할 수 있는 권한을 부여한 것일 뿐만 아니라, 행정청에 그러한 의무가 있음을 규정한 것이다.

② 공무원의 직무행위로 인한 국가배상책임이 인정되려면 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 것이어야 한다.

③ 다수의 검사 임용신청자 중 일부만을 검사로 임용하는 결정을 함에 있어, 임용신청자들에게 전형의 결과인 임용 여부의 응답을 할 것인지는 임용권자의 편의재량사항이다.

④ 일반적인 개인적 공권의 성립요건인 사익보호성은 무하자재량행사청구권이나 행정개입청구권에는 적용되지 않는다.

정답 ② 공무원에게 부과된 직무상 의무의 내용이 단순히 공공일반의 이익을 위한 것이거나 행정기관 내부의 질서를 규율하기 위한 것이 아니고 전적으로 또는 부수적으로 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 설정된 것이어야 한다.(대법원 2010.9.9, 선고, 2008다77795)

/① 국민이 행정청에 대하여 제3자에 대한 건축허가와 준공검사취소 및 제3자 소유의 건축물에 대한 철거명령을 요구할 수 있는 법규상 조리상 권리가 없다.(대법원 1999. 12. 7. 선고 97누17568 판결)

③ 검사의 임용에 있어서 임용권자가 임용 여부에 관하여 어떠한 내용의 응답을 할 것인지는 임용권자의 자유재량에 속하므로 일단 임용거부라는 응답을 한 이상 설사 그 응답내용이 부당하다고 하여도 사법심사의 대상으로 삼을 수 없는 것이 원칙이나, 적어도 재량권의 한계일탈이나 남용이 없는위법하지 않은 응답을 할 의무가 임용권자에게 있고 (후략)(대판 1991.2.12, 90누5825)

④ 무하자재량행사청구권이나 행정개입청구권에도 개인적 공권의 성립요건이 필요하다.

문 17. 「건축법」에는 건축허가를 받으면 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 의한 토지의 형질변경허가도 받은 것으로 보는 조항이 있다. 이 조항의 적용을 받는 甲이 토지의 형질을 변경하여 건축물을 건축하고자 건축허가신청을 하였다. 이에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 甲은 건축허가절차 외에 형질변경허가절차를 별도로 거쳐야 한다.

- ② 건축불허가처분을 하면서 건축불허가 사유 외에 형질변경불허가 사유를 들고 있는 경우, 甲은 건축불허가처분취소청구소송에서 형질변경불허가 사유에 대하여도 다룰 수 있다.
- ③ 건축불허가처분을 하면서 건축불허가 사유 외에 형질변경불허가 사유를 들고 있는 경우, 그 건축불허가처분 외에 별개로 형질변경불허가처분이 존재한다.
- ④ 甲이 건축불허가처분에 관한 쟁송과는 별개로 형질변경불허가처분취소소송을 제기하지 아니한 경우 형질변경불허가 사유에 관하여 불가쟁력이 발생한다.

정답 ② 건축불허가처분을 하면서 건축불허가 사유 외에 형질변경불허가 사유나 농지전용불허가 사유를 들고 있는 경우, 그 건축불허가처분에 관한 쟁송에서 형질변경불허가 사유나 농지전용불허가 사유에 관하여도 다룰 수 있다.(대판 2001.01.16. 선고 99두10988)

/① 문제는 인허가의제제도(집중효)에 대한 설명이다. 따라서 건축허가를 받게 되면 형질변경허가가 의제되어 별도로 형질변경허가를 받을 필요가 없다.

③, ④ 그 건축불허가처분을 받은 사람은 그 건축불허가처분에 관한 쟁송에서 건축법상의 건축불허가 사유뿐만 아니라 같은 도시계획법상의 형질변경불허가 사유나 농지법상의 농지전용불허가 사유에 관하여도 다룰 수 있는 것이지, 그 건축불허가처분에 관한 쟁송과는 별개로 형질변경불허가처분이나 농지전용불허가처분에 관한 쟁송을 제기하여 이를 다투어야 하는 것은 아니며, 그러한 쟁송을 제기하지 아니하였어도 형질변경불허가 사유나 농지전용불허가 사유에 관하여 불가쟁력이 생기지 아니한다.(대판 2001.01.16. 선고 99두10988)

문 18. 인가에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 기본행위가 성립하지 않거나 무효인 경우에 인가가 있어도 당해 인가는 무효가 된다.
- ② 유효한 기본행위를 대상으로 인가가 행해진 후에 기본행위가 취소되거나 실효된 경우에는 인가도 실효된다.
- ③ 기본행위에 하자가 있는 경우에 그 기본행위의 하자를 다룰 수 있고, 기본행위의 하자를 이유로 인가처분의 취소 또는 무효확인도 소구할 수 있다.
- ④ 「도시 및 주거환경정비법」상의 조합설립인가처분은 특허의 성질을 가진다.

정답 ③ 기본행위의 하자를 이유로 인가행위의 취소·무효확인을 구할 법률상 이익이 없다.(대판 1994.10.14, 93누22753)

/① 기본행위가 무효인 경우 보충행위도 당연무효이다.(대판 1980.5.27, 79누196)

② 기본행위가 취소되거나 실효되면 보충행위에 불과한 인가역시 실효된다.

④ 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것에 그치는 것이 아니라 법령상 요건을 갖출 경우 도시정비법상 주택재건축사업을 시행할 수 있는 권한을 갖는 행정주체(공법인)로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 갖는다고 보아야 한다.(대판 2009.10.15. 선고 2009다30427)

문 19. 취소소송에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 제재적 행정처분이 제재기간의 경과로 인하여 그 효과가 소멸되었고, 제재적 행정처분을 받은 것을 가중사유로 삼아 장래의 제재적 행정처분을 하도록 정한 처분기준이 부령인 시행규칙이라면 처분의 취소를 구할 이익이 없다.
- ② 거부처분에 대해서는 집행정지가 인정되지 않는다.
- ③ 자연물인 도롱뇽 또는 그를 포함한 자연 그 자체로서는 소송을 수행할 당사자능력을 인정할 수 없다.
- ④ 처분등이 있는 뒤에 그 처분등에 관계되는 권한이 다른 행정청에 승계된 때에는 이를 승계한 행정청을 피고로 한다.

정답 ① 제재적 행정처분이 그 처분에서 정한 제재기간의 경과로 인하여 그 효과가 소멸되었으나, 부령인 시행규칙 또는 지방자치단체의 규칙의 형식으로 정한 처분기준에서 제재적 행정처분을 받은 것을 가중사유나 전제요건으로 삼아 장래의 제재적 행정처분을 하도록 정하고 있는 경우, 선행처분인 제재적 행정처분을 받은 상대방이 그 처분에서 정한 제재기간이 경과하였다 하더라도 그 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있는지 여부 - 인정(대판 2006.6.22, 2003두1684).

/② 신청에 대한 거부처분의 효력을 정지하더라도 거부처분이 없었던 것과 같은 상태, 즉 거부처분이 있기전의 신청시의 태도로 되돌아가는 데에 불과하고, 행정청에게 신청에 따른 처분을 하여야 할 의무가 생기는 것이 아니므로, 거부처분의 효력정지는 그 거부처분으로 인하여 신청인에게 생길 손해를 방지하는데 아무런 보탬이 되지 아니하여 그 효력정지를 구할 이익이 없다.(대판 1995.6.21, 95두26)

③ 도롱뇽은 천성산 일원에 서식하고 있는 도롱뇽목 도롱뇽과에 속하는 양서류로서 자연물인 도롱뇽 또는 그를 포함한 자연 그 자체로서는 소송을 수행할 당사자능력을 인정할 수 없다. (대결 2006.06.02. 자 2004마1148)

④ 처분 후 행정청의 권한이 승계되면 승계된 행정청이 피고가 된다.

문 20. 행정행위에 대한 판례의 내용으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 침익적 행정행위를 한 처분청은 그 행위에 하자가 있는 경우에 별도의 법적 근거가 없더라도 스스로 이를 취소할 수 있다.
- ② 허가에 붙은 기한이 그 허가된 사업의 성질상 부당하게 짧은 경우에는 이를 그 허가 자체의 존속기간이 아니라 그 허가조건의 존속기간으로 보고 그 기한이 도래함으로써 그 조건의 개정을 고려한다.
- ③ 건설업자가 시공자격 없는 자에게 전문공사를 하도급한 행위에 대하여 과징금부과처분을 하는 경우, 구체적인 부과기준에 대하여 처분시의 법령이 행위시의 법령보다 불리하게 개정되었고 어느 법령을 적용할 것인지에 대하여 특별한 규정이 없다면 행위시의 법령을 적용하여야 한다.

- ④ 헌법재판소가 법률을 위헌으로 결정하였다면 이러한 결정이 있는 후 그 법률을 근거로 한 행정처분은 중대한 하자이기는 하나 명백한 하자는 아니므로 당연무효는 아니다.

정답 ④ 위헌결정된 이후 이에 근거한 행정처분은 중대하고 명백한 하자에 해당되어 무효이다.

/① 취소는 대상이 수익적 행정처분이거나 침익적 처분이거나 위법·부당한 처분을 적법으로 시정하는 것이라서 별도의 법적 근거가 필요없다.

② 일반적으로 행정처분에 효력기간이 정하여져 있는 경우에는 그 기간의 경과로 그 행정처분효력은 상실되고, 다만 허가에 붙은 기한이 그 허가된 사업의 성질상 부당하게 짧은 경우에는 이를 그 허가 자체의 존속기간이 아니라 그 허가조건의 존속기간으로 보아 그 기한이 도래함으로써 그 조건의 개정을 고려한다는 뜻으로 해석할 수는 있지만, 그와 같은 경우라 하더라도 그 허가기간이 연장되기 위해서는 그 종기가 도래하기 전에 그 허가기간의 연장에 관한 신청이 있어야 하며, 만일 그러한 연장신청이 없는 상태에서 허가기간이 만료하였다면 그 허가의 효력은 상실된다.(대판 2007. 10.11, 2005두12404)

③ 건설업자가 시공자격 없는 자에게 전문공사를 하도급한 행위에 대하여 과징금 부과처분을 하는 경우, 구체적인 부과기준에 대하여 처분시의 법령이 행위시의 법령보다 불리하게 개정되었고 어느 법령을 적용할 것인지에 대하여 특별한 규정이 없다면 행위시의 법령을 적용하여야 한다.(대판2002. 12. 10. 선고 2001두3228)