

2015 국가직 9급 행정법총론

공단기 김종석 교수

1. 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. X
- ② 청구인이 공공기관에 대하여 정보공개를 청구하였다가 거부 처분을 받은 것 자체가 법률상 이익의 침해에 해당한다. O
- ③ 청구대상정보를 기재할 때는 사회일반인의 관점에서 청구대상 정보의 내용과 범위를 확정할 수 있을 정도로 특정하여야 한다. O
- 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. O

<정답> ① <해설>

① (X) (구)공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령 제2조 제1호가 정보공개 의무를 지는 공공기관의 하나로 사립대학교를 들고 있는 것이 모법의 위임 범위를 벗어났다거나 사립대학교가 국비의 지원을 받는 범위 내에서만 공공기관의 성격을 가진다고 볼 수 없다(대법원 2006.8.24, 2004두2783).

② (O) 정보공개청구권은 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. (대법원 2004.9.23, 2003두1370)【부작위위법확인】

③ (O) 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제10조 제1항 제2호는 정보의 공개를 청구하는 자는 정보공개청구서에 '공개할 정보의 내용' 등을 기재할 것을 규정하고 있는바, 청구대상정보를 기재함에 있어서는 사회일반인의 관점에서 청구대상정보의 내용과 범위를 확정할 수 있을 정도로 특정함을 요한다(대법원 2007.6.1, 2007두2555).

④ (O) 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제14조는 공개청구한 정보가 제9조 제1항 각 호에 정한 비공개대상정보에 해당하는 부분과 공개가 가능한 부분이 혼합되어 있는 경우로서 공개청구의 취지에 어긋나지 아니하는 범위 안에서 두 부분을 분리할 수 있는 때에는 비공개대상정보에 해당하는 부분을 제외하고 공개하여야 한다고 규정하고 있는바, 법원이 정보공개거부처분의 위법 여부를 심리한 결과, 공개가 거부된 정보에 비공개대상정보에 해당하는 부분과 공개가 가능한 부분이 혼합되어 있으며, 공개청구의 취지에 어긋나지 아니하는 범위 안에서 두 부분을 분리할 수 있다고 인정할 수 있을 때에는, 공개가 거부된 정보 중 공개가 가능한 부분을 특정하고, 판결의 주문에 정보공개거부처분 중 공개가 가능한 정보에 관한 부분만을 취소한다고 표시하여야 한다.(대법원 2010.2.11, 2009두6001)【정보공개거부처분취소】

2. 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. O
- ② 청문서가 행정절차법 에서 정한 날짜보다 다소 늦게 도달 하였을 경우에도, 당사자에게 대하여 이의하지 아니하고 청문일에 출석하여 의견을 진술하였다면 청문서 도달기간을 준수하지 않은 하자는 치유된다. O
- ③ 행정청은 행정절차법 제38조에 따른 공청회와 병행하여서만 정보통신망을 이용한 공청회(전자공청회)를 실시할 수 있다. O
- 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. X

<정답> ④ <해설>

- ① (○) 행정청이 영업허가취소 등의 처분을 하려면 반드시 사전에 청문절차를 거쳐야 하고 설사 식품위생법 제26조 제1항 소정의 사유가 분명히 존재하는 경우라 할지라도 당해 영업자가 청문을 포기한 경우가 아닌 한 청문절차를 거치지 않고 한 영업소 폐쇄명령은 위법하여 취소사유에 해당된다.(대법원 1983.6.14, 83누14)【영업소폐쇄명령처분취소】
- ② (○) 행정청이 식품위생법상의 청문절차를 이행함에 있어 청문서 도달기간을 다소 어겼지만 영업자가 이의하지 아니한 채 청문일에 출석하여 의견을 진술하고 변명하는 등 방어의 기회를 충분히 가졌다면 청문서 도달기간을 준수하지 아니한 하자는 치유되었다고 봄이 상당하다(대법원 1992.10. 23, 92누2844).【영업허가취소처분취소】
- ③ (○) 행정청은 통상적인 공청회와 병행하여서만 정보통신망을 이용한 전자공청회를 실시할 수 있다(행정절차법 제38조의2 제1항).

행정절차법 제38조의2(전자공청회) ① 행정청은 제38조에 따른 공청회와 병행하여서만 정보통신망을 이용한 공청회(이하 "전자공청회"라 한다)를 실시할 수 있다.

- ② 행정청은 전자공청회를 실시하는 경우 의견제출 및 토론 참여가 가능하도록 적절한 전자적 처리능력을 갖춘 정보통신망을 구축·운영하여야 한다.
- ③ 전자공청회를 실시하는 경우에는 누구든지 정보통신망을 이용하여 의견을 제출하거나 제출된 의견 등에 대한 토론에 참여할 수 있다.
- ④ 제1항부터 제3항까지에서 규정한 사항 외에 전자공청회의 실시 방법 및 절차에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.[전문개정 2012.10.22.]

- ④ (×) 행정절차법 제35조 제2항

행정절차법 제35조(청문의 종결) ① 청문 주재자는 해당 사안에 대하여 당사자등의 의견진술, 증거조사가 충분히 이루어졌다고 인정하는 경우에는 청문을 마칠 수 있다.

② 청문 주재자는 당사자등의 전부 또는 일부가 정당한 사유 없이 청문기일에 출석하지 아니하거나 제31조제3항에 따른 의견서를 제출하지 아니한 경우에는 이들에게 다시 의견진술 및 증거제출의 기회를 주지 아니하고 청문을 마칠 수 있다.

③ 청문 주재자는 당사자등의 전부 또는 일부가 정당한 사유로 청문기일에 출석하지 못하거나 제31조제3항에 따른 의견서를 제출하지 못한 경우에는 상당한 기간을 정하여 이들에게 의견진술 및 증거제출을 요구하여야 하며, 해당 기간이 지났을 때에 청문을 마칠 수 있다.

④ 청문 주재자는 청문을 마쳤을 때에는 청문조서, 청문 주재자의 의견서, 그 밖의 관계 서류 등을 행정청에 지체 없이 제출하여야 한다.[전문개정 2012.10.22.]

3. 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. X
- ④ 대통령의 긴급재정경제명령은 고도의 정치적 결단에 의하여 발동되는 이른바 통치행위에 속하지만 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 헌법재판소의 심판대상이 된다. ○

<정답> ③ <해설>

① (○) 외국에의 국군의 파견결정은 그 성격상 국방 및 외교에 관련된 고도의 정치적 결단을 요하는 문제로서, 헌법과 법률이 정한 절차를 지켜 이루어진 것임이 명백하므로, 대통령과 국회의 판단은 존중되어야 하고 헌법재판소가 사법적 기준만으로 이를 심판하는 것은 자제되어야 한다. 이에 대하여는 설혹 사법적 심사의 회피로 자의적 결정이 방치될 수도 있다는 우려가 있을 수 있으나 그러한 대통령과 국회의 판단은 궁극적으로는 선거를 통해 국민에 의한 평가와 심판을 받게 될 것이다.(헌법재판소 2004.4.29, 2003헌마814)【일반사병 이라크파병 위헌 확인 - 자이툰부대파병사건】

② (○) [1] 대통령(권한대행)이 그 제반의 객관적 상태에 비추어서 그 재량으로 비상계엄을 선포함이 상당하다는 판단 밑에 이를 선포하였을 경우 그 행위는 고도의 군사적 성격을 띠는 행위라고 할 것이어서 그 선포의 당·부당을 판단할 권한과 같은 것은 헌법상 계엄의 해제요구권이 있는 국회만이 가지고 있다고 할 것이고 그 선포가 당연무효의 경우라면 몰라도 사법기관인 법원이 계엄의 선포요건의 구비여부나 선포의 당·부당을 심사하는 것은 사법권의 내재적인 본질적 한계를 넘어서는 것이 되어 적절치 못하다.

[2] 다만, 비상계엄의 선포나 확대가 국헌문란의 목적을 달성하기 위하여 행하여진 경우에는 법원은 그 자체가 범죄행위에 해당하는지의 여부에 관하여는 심사할 수 있다. 또한 군사반란과 내란을 통하여 폭력으로 헌법에 의하여 설치된 국가기관의 권능행사를 사실상 불가능하게 하고 정권을 장악한 후 국민투표를 거쳐 헌법을 개정하고 개정된 헌법에 따라 국가를 통치하여 왔다고 하더라도 그 군사반란과 내란을 통하여 새로운 법질서를 수립한 것이라고 할 수는 없으며, 우리나라의 헌법질서 아래에서는 헌법에 정한 민주적 절차에 의하지 아니하고 폭력에 의하여 헌법기관의 권능행사를 불가능하게 하거나 정권을 장악하는 행위는 어떠한 경우에도 용인될 수 없다. 따라서 그 군사반란과 내란행위는 처벌의 대상이 된다. (대법원 1981.9.22, 81도1833)【계엄포고위반】

③ (X) [1] 입헌적 법치주의국가의 기본원칙은 어떠한 국가행위나 국가작용도 헌법과 법률에 근거하여 그 테두리 안에서 합헌적·합법적으로 행하여질 것을 요구하며, 이러한 합헌성과 합

법정의 판단은 본질적으로 사법의 권능에 속하는 것이고, 다만 국가행위 중에는 고도의 정치성을 띤 것이 있고, 그러한 고도의 정치행위에 대하여 정치적 책임을 지지 않는 법원이 정치의 합목적성이나 정당성을 도외시킨 채 합법성의 심사를 감행함으로써 정책결정이 좌우되는 일은 결코 바람직한 일이 아니며, 법원이 정치문제에 개입되어 그 중립성과 독립성을 침해할 위험성도 부인할 수 없으므로, 고도의 정치성을 띤 국가행위에 대하여는 이른바 통치행위라 하여 법원 스스로 사법심사권의 행사를 억제하여 그 심사대상에서 제외하는 영역이 있으나, 이와 같이 통치행위의 개념을 인정한다고 하더라도 과도한 사법심사의 자제가 기본권을 보장하고 법치주의 이념을 구현하여야 할 법원의 책무를 태만히 하거나 포기하는 것이 되지 않도록 그 인정을 지극히 신중하게 하여야 하며, 그 판단은 오로지 사법부만에 의하여 이루어져야 한다.

[2] 남북정상회담의 개최는 고도의 정치적 성격을 지니고 있는 행위라 할 것이므로 특별한 사정이 없는 한 그 당부를 심판하는 것은 사법권의 내재적·본질적 한계를 넘어서는 것이 되어 적절하지 못하지만, 남북정상회담의 개최과정에서 재정경제부장관에게 신고하지 아니하거나 통일부장관의 협력사업 승인을 얻지 아니한 채 북한측에 사업권의 대가 명목으로 송금한 행위 자체는 헌법상 법치국가의 원리와 법 앞에 평등원칙 등에 비추어 볼 때 사법심사의 대상이 된다.(대법원 2004.3.26, 2003도7878)【남북정상회담 대북송금사건】

④ (○) 대통령의 긴급재정경제명령은 통치행위에 속한다고 할 수 있으나, 통치행위라 하더라도 그것이 국민의 기본권 침해와 관련되는 것이라면 당연히 헌법재판소의 심판대상이 된다.(헌법재판소 1996.2.29, 93헌마186)【금융실명거래 및 비밀보장에 관한 긴급재정명령사건】

4. 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. X
- ② 원천납세의무자는 원천징수의무자에 대한 납세고지를 다룰 수 있는 원고적격이 없다. O
- ③ 사법시험 제2차 시험 불합격처분 이후 새로 실시된 제2차 및 제3차 시험에 합격한 자는 불합격처분의 취소를 구할 협의의 소익이 없다. O
- ④ 고등학교졸업학력검정고시에 합격하였다 하더라도, 고등학교에서 퇴학처분을 받은 자는 퇴학처분의 취소를 구할 협의의 소익이 있다. O

<정답> ① <해설>

① (X) 학설과 판례는 원칙적으로 강학상 특허(새로운 권리의 설정)를 받은 기존업자의 이익은 법률상 이익으로 파악하여 원고적격을 인정함에 반해, 강학상 허가(자연적 자유의 회복)를 받은 기존업자의 이익은 특허를 받은 업자의 이익에 비해 법률상 보호되는 정도가 약하다고 보아 반사적 이익으로 평가하고 원고적격을 부정하고 있다.

② (O) 원천납세의무자는 과세권자가 직접 그에게 원천세액을 부과한 경우가 아닌 한 과세권자의 원천징수의무자에 대한 납세고지로 인하여 자기의 원천세납세의무의 존부나 범위에 아무런 영향을 받지 아니하므로 이에 대하여 항고소송을 제기할 수 없다. (대법원 1994.9.9, 93누22234)【소득세 등 부과처분취소】

③ (O) 사법시험 제1차 시험에 합격하였다고 할지라도 그것은 합격자가 사법시험령 제6조, 제8조 제1항의 각 규정에 의하여 당회의 제2차 시험과 차회의 제2차 시험에 응시할 자격을 부여받을 수 있는 전제요건이 되는 데 불과한 것이고, 그 자체만으로 합격한 자의 법률상의 지위가 달라지게 되는 것이 아니므로, 제1차 시험 불합격 처분 이후에 새로이 실시된 사법시험 제1차 시험에 합격하였을 경우에는 더 이상 위 불합격 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없다.(대법원 1996.2.23, 95누2685)【사법시험 불합격처분취소】

④ (O) 고등학교졸업학력검정고시에 합격하였다 하여 고등학교 학생으로서의 신분과 명예가 회복될 수 없는 것이니 퇴학처분을 받은 자로서는 퇴학처분의 위법을 주장하여 그 취소를 구할 소송상의 이익이 있다. (대법원 1992.7.14, 91누4737)【퇴학처분취소】

5. 항고소송에서 처분과 피고가 옳게 연결된 것은?

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

<정답> ④ <해설>

① (×) 시·도의 교육·학예에 관한 사무의 집행기관은 시·도 교육감이고 시·도 교육감에게 지방 교육에 관한 조례안의 공포권이 있다고 규정되어 있으므로, 교육에 관한 조례의 무효확인소송을 제기함에 있어서는 그 집행기관인 시·도 교육감을 피고로 하여야 한다. (대법원 1996. 9. 20. 95누8003) 【조례무효확인】

② (×) 지방의회 의원에 대한 징계의결이나 지방의회 의장선거, 의장에 대한 불신임의결 등의 행정처분은 지방의회가 의결기관이자 집행기관이 되는 것이므로 이들 처분에 대한 항고소송의 피고는 지방의회가 된다.

③ (×) 행정처분의 취소 또는 무효확인을 구하는 행정소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분을 행한 행정청을 피고로 하여야 하며, 행정처분을 행할 적법한 권한 있는 상급행정청으로부터 내부위임을 받은 데 불과한 하급행정청이 권한 없이 행정처분을 한 경우에도 실제로 그 처분을 행한 하급행정청을 피고로 할 것이지 그 상급행정청을 피고로 할 것은 아니다. (대법원 1989.11.14, 89누4765)【노동조합설립신고서 반려처분취소 등】

④ (○) 중앙노동위원회의 처분에 관한 소는 합의제 행정청인 중앙노동위원회가 아닌 중앙노동위원회 위원장을 피고로 하여 제기하여야 한다(노동위원회법 제27조).

6. 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. X
- ② 공무원의 직무행위로 인한 국가배상책임이 인정되려면 공무원 에게 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. O
- ③ 다수의 검사 임용신청자 중 일부만을 검사로 임용하는 결정을 함에 있어, 임용신청자들에게 전형의 결과인 임용 여부의 응답을 할 것인지는 임용권자의 편의재량사항이다. X
- ④ 일반적인 개인적 공권의 성립요건인 사익보호성은 무하자재량 행사청구권이나 행정개입청구권에는 적용되지 않는다. X

<정답> ② <해설>

① (X) 건축법 및 기타 관계 법령에 국민이 행정청에 대하여 제3자에 대한 건축허가의 취소나 준공검사의 취소 또는 제3자 소유의 건축물에 대한 철거 등의 조치를 요구할 수 있다는 취지의 규정이 없고, 같은 법 제69조 제1항 및 제70조 제1항은 각 조항 소정의 사유가 있는 경우에 시장·군수·구청장에게 건축허가 등을 취소하거나 건축물의 철거 등 필요한 조치를 명할 수 있는 권한 내지 권능을 부여한 것에 불과할 뿐, 시장·군수·구청장에게 그러한 의무가 있음을 규정한 것은 아니므로 위 조항들도 그 근거 규정이 될 수 없으며, 그 밖에 조리상 이러한 권리가 인정된다고 볼 수도 없다(대법원 1999.12.7, 97누17568).

② (O) 공무원의 직무상 의무위반행위에 대해 국가 또는 지방자치단체가 손해배상책임을 지기 위해서는 법령에서 정한 직무상 의무가 전적으로 또는 부수적으로라도 국민 개개인의 안전과 이익을 보호하기 위한 것이어야 한다. (대법원 2006.4.14, 2003다41746)【손해배상(기)】

③ (X) 검사의 임용여부는 임용권자의 자유재량에 속하는 사항이나, 임용권자는 임용신청자들에게 전형의 결과인 임용여부의 응답을 해 줄 조리상 의무가 있다. (대법원 1991. 2.12, 90누5825)【검사임용거부처분취소】

④ (X) 오늘날 개인적 공권의 성립요건으로 사익보호성과 강행법규성을 드는데, 무하자재량행사청구권과 행정개입청구권도 개인적 공권으로서 일반적인 공권의 성립요건이 필요하다고 보므로, 사익보호성은 무하자재량행사청구권과 행정개입청구권에 있어서도 필요하다.

7. 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. X
- ② 건축불허가처분을 하면서 건축불허가 사유 외에 형질변경 불허가 사유를 들고 있는 경우, 甲은 건축불허가처분취소 청구소송에서 형질변경불허가 사유에 대하여도 다툴 수 있다. O
- ③ 건축불허가처분을 하면서 건축불허가 사유 외에 형질변경 불허가 사유를 들고 있는 경우, 그 건축불허가처분 외에 별개로 형질변경불허가처분이 존재한다. X
- ④ 甲이 건축불허가처분에 관한 쟁송과는 별개로 형질변경불허가 처분취소소송을 제기하지 아니한 경우 형질변경불허가 사유에 관하여 불가쟁력이 발생한다. X

<정답> ② <해설>

① (×) ② (○) ③ (×) ④ (×) 구 건축법(1999. 2. 8. 법률 제5895호로 개정되기 전의 것) 제8조 제1항, 제3항, 제5항에 의하면, 건축허가를 받은 경우에는 구 도시계획법(2000. 1. 28. 법률 제6243호로 전문 개정되기 전의 것) 제4조에 의한 토지의 형질변경허가나 농지법 제36조에 의한 농지전용허가 등을 받은 것으로 보며, 한편 건축허가권자가 건축허가를 하고자 하는 경우 당해 용도·규모 또는 형태의 건축물을 그 건축하고자 하는 대지에 건축하는 것이 건축법 관련 규정이나 같은 도시계획법 제4조, 농지법 제36조 등 관계 법령의 규정에 적합한지의 여부를 검토하여야 하는 것일 뿐, 건축불허가처분을 하면서 그 처분사유로 건축불허가 사유뿐만 아니라 형질변경불허가 사유나 농지전용불허가 사유를 들고 있다고 하여 그 건축불허가처분 외에 별개로 형질변경불허가처분이나 농지전용불허가처분이 존재하는 것이 아니므로, 그 건축불허가처분을 받은 사람은 그 건축불허가처분에 관한 쟁송에서 건축법상의 건축불허가 사유뿐만 아니라 같은 도시계획법상의 형질변경불허가 사유나 농지법상의 농지전용불허가 사유에 관하여도 다툴 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.(대법원 2001.1.16, 99두10988)【건축허가신청서 반려처분취소】

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

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

<정답> ③ <해설>

① (O) 기본행위가 성립하지 않거나 무효인 경우, 인가의 보충적 성질 때문에 적법한 인가가 있어도 당해 인가는 무효가 된다.

② (O) 외자도입법 제19조에 따른 기술도입계약에 대한 인가는 기본행위인 기술도입계약을 보충하여 그 법률상 효력을 완성시키는 보충적 행정행위에 지나지 아니하므로 기본행위인 기술도입계약이 해지로 인하여 소멸되었다면 위 인가처분은 무효선언이나 그 취소처분이 없어도 당연히 실효된다(대법원 1983.12.27, 82누491).

③ (X) 인가는 기본행위인 재단법인의 정관변경에 대한 법률상의 효력을 완성시키는 보충행위로서, 그 기본이 되는 정관변경 결의에 하자가 있을 때에는 그에 대한 인가가 있었다 하여도 기본행위인 정관변경 결의가 유효한 것으로 될 수 없으므로 기본행위인 정관변경 결의가 적법 유효하고 보충행위인 인가처분 자체에만 하자가 있다면 그 인가처분의 무효나 취소를 주장할 수 있지만, 인가처분에 하자가 없다면 기본행위에 하자가 있다 하더라도 따로 그 기본행위의 하자를 다투는 것은 별론으로 하고 기본행위의 무효를 내세워 바로 그에 대한 행정청의 인가처분의 취소 또는 무효확인을 소구할 법률상의 이익이 없다. (대법원 1996.5.16, 95누4810 전원합의체)【법인정관변경허가처분 무효확인】

④ (O) 「도시 및 주거환경정비법」상 재개발조합설립 인가신청에 대한 행정청의 조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것이 아니라 법령상 일정한 요건을 갖추어 행정주체(공법인)의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분이다. 행정청의 조합설립인가처분이 있는 이후에 조합설립결의에 하자가 있음을 이유로 재개발조합설립의 효력을 부정하기 위해서는 항고소송으로 조합설립인가처분의 효력을 다투어야 한다. (대법원 2009.9.24, 2009마168·169)【가처분이의·직무집행정지가처분】

9. 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. X
- ② 거부처분에 대해서는 집행정지가 인정되지 않는다. O
- ③ 자연물인 도롱뇽 또는 그를 포함한 자연 그 자체로서는 소송을 수행할 당사자능력을 인정할 수 없다. O
- ④ 처분등이 있는 뒤에 그 처분등에 관계되는 권한이 다른 행정청에 승계된 때에는 이를 승계한 행정청을 피고로 한다. O

<정답> ① <해설>

① (X) 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, 제재적 행정처분의 가중사유나 전제요건에 관한 규정이 법령이 아니라 규칙의 형식으로 되어 있다고 하더라도, 그러한 규칙이 법령에 근거를 두고 있는 이상 그 법적 성질이 대외적·일반적 구속력을 갖는 법규명령인지 여부와는 상관없이, 관할 행정청이나 담당 공무원은 이를 준수할 의무가 있으므로 이들이 그 규칙에 정해진 바에 따라 행정작용을 할 것이 당연히 예견되고, 그 결과 행정작용의 상대방인 국민으로서는 그 규칙의 영향을 받을 수밖에 없다. 따라서 그러한 규칙이 정한 바에 따라 선행처분을 가중사유 또는 전제요건으로 하는 후행처분을 받을 우려가 현실적으로 존재하는 경우에는, 선행처분을 받은 상대방은 비록 그 처분에서 정한 제재기간이 경과하였다 하더라도 그 처분의 취소소송을 통하여 그러한 불이익을 제거할 권리보호의 필요성이 충분히 인정된다고 할 것이므로, 선행처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 보아야 한다. (대법원 2006.6.22, 2003두1684 전원합의체)【영업정지처분취소】

② (O) 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 데에 아무런 소용이 없어 그 효력정지를 구할 이익이 없다. 투전기업소 허가갱신신청을 거부한 불허처분의 효력을 정지하더라도 이로 인하여 신청인에게 허가의 효력이 회복되거나 또는 행정청에게 허가를 갱신할 의무가 생기는 것은 아니므로 불허처분의 효력정지로서는 신청인이 입게 될 손해를 피하는 데에 아무런 보탬이 되지 아니하여 그 불허처분의 효력정지를 구할 이익이 없다. (대법원 1992.2.13, 91두47)【투전기업소 갱신허가불허처분효력정지】

③ (O) 도롱뇽은 천성산 일원에서 서식하고 있는 도롱뇽목 도롱뇽과에 속하는 양서류로서 자연물인 도롱뇽 또는 그를 포함한 자연 그 자체로서는 소송을 수행할 당사자능력을 인정할 수 없다. (대법원 2006.6.2, 2004마1148·1149)【공사착공금지가처분】

④ (O) 행정소송법 제13조 제1항 단서

행정소송법 제13조 【피고적격】 ① 취소소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분등을 행한 행정청을 피고로 한다. 다만, 처분등이 있는 뒤에 그 처분등에 관계되는 권한이 다른 행정청에 승계된 때에는 이를 승계한 행정청을 피고로 한다.

10. 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. O
- ② 허가에 붙은 기한이 그 허가된 사업의 성질상 부당하게 짧은 경우에는 이를 그 허가 자체의 존속기간이 아니라 그 허가 조건의 존속기간으로 보고 그 기한이 도래함으로써 그 조건의 개정을 고려한다. O
- ③ 건설업자가 시공자격 없는 자에게 전문공사를 하도급한 행위에 대하여 과징금부과처분을 하는 경우, 구체적인 부과기준에 대하여 처분시의 법령이 행위시의 법령보다 불리하게 개정 되었고 어느 법령을 적용할 것인지에 대하여 특별한 규정이 없다면 행위시의 법령을 적용하여야 한다. O
- ④ 헌법재판소가 법률을 위헌으로 결정하였다면 이러한 결정이 있는 후 그 법률을 근거로 한 행정처분은 중대한 하자이기는 하나 명백한 하자는 아니므로 당연무효는 아니다. X

<정답> ④ <해설>

- ① (○) 개별토지에 대한 가격결정도 행정처분에 해당하며, 원래 행정처분을 한 처분청은 그 행위에 하자가 있는 경우에는 원칙적으로 별도의 법적 근거가 없더라도 스스로 이를 직권으로 취소할 수 있는 것이고, 행정처분에 대한 법정의 불복기간이 지나면 직권으로도 취소할 수 없게 되는 것은 아니므로, 처분청은 토지에 대한 개별토지가격의 산정에 명백한 잘못이 있다면 이를 직권으로 취소할 수 있다.(대법원 1995.9.15, 95누6311)【개별토지가격 경정처분취소】
- ② (○) 일반적으로 행정처분에 효력기간이 정해져 있는 경우에는 그 기간의 경과로 그 행정처분의 효력은 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 위하여는 그 종기가 도래하기 전에 그 허가기간의 연장에 관한 신청이 있어야 하며, 만일 그러한 연장신청이 없는 상태에서 허가기간이 만료하였다면 그 허가의 효력은 상실된다. (대법원 2007.10.11, 2005두12404)【보전임지전용허가 취소처분무효확인】
- ③ (○) 구 건설업법(1996. 12. 30. 법률 제5230호 건설산업기본법으로 전문 개정되기 전의 것) 시행 당시에 건설업자가 도급받은 건설공사 중 전문공사를 그 전문공사를 시공할 자격 없는 자에게 하도급한 행위에 대하여 건설산업기본법(1999. 4. 15. 법률 제5965호로 개정된 것) 시행 이후에 과징금 부과처분을 하는 경우, 과징금의 부과상한은 건설산업기본법 부칙(1999. 4. 15.) 제5조 제1항에 의하여 피적용자에게 유리하게 개정된 건설산업기본법 제82조 제2항에 따르되, 구체적인 부과기준에 대하여는 처분시의 시행령이 행위시의 시행령보다 불리하게 개정되었고 어느 시행령을 적용할 것인지에 대하여 특별한 규정이 없으므로, 행위시의 시행령을 적용하여야 한다.(대법원 2002.12.10, 2001두3228)【과징금부과처분취소】
- ④ (×) 법률이 위헌으로 결정된 후 그 법률에 근거하여 발령되는 행정처분은 위헌결정의 기속

력에 반하므로 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효가 된다.

11. 재량권의 한계에 대한 설명으로 옳은 것은?

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

<정답> ④ <해설>

- ① (X) 재량권의 외적 한계를 넘어 재량권을 행사한 것을 재권권 일탈이라고 하고, 재량권의 내적 한계를 넘어 재량권이 행사된 경우를 재량권의 남용이라고 한다.
- ② (X) 재량의 일탈·남용을 구분하는 것은 학설의 입장이고, 판례는 각각을 명확히 구분하여 판시하지 않는다.
- ③ (X) 재량권을 충분히 행사하지 않는 것 역시 재량권 불행사의 한 형태로 본다.
- ④ (O) 재량행위의 경우에는 무하자재량행사청구권이 인정되고 행정개입청구권은 원칙상 인정되지 않지만, 개인의 신체, 생명 등 중요한 법익에 급박하고 현저한 침해의 우려가 있는 경우 등과 같이 재량권이 영(0)으로 수축하는 경우에는 행정청은 특정한 처분을 하여야 할 의무가 인정되므로, 무하자재량행사청구권은 행정개입청구권으로 전환되어 행정개입청구권이 인정된다.

12. 강학상 예외적 승인에 해당하지 않는 것은?

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

<정답> ② <해설>

② (X) 주무관청의 공법인의 정관변경허가는 인가에 해당한다. “도시 및 주거환경정비법 제20조 제3항은 ‘조합이 정관을 변경하고자 하는 경우에는 조합원 과반수의 동의를 얻어 시장·군수의 인가를 받아야 한다.’고 규정하고 있는바, 여기서 관할 시장 등의 인가는 그 대상이 되는 기본행위를 보충하여 법률상 효력을 완성시키는 행위로서, 이러한 인가를 받지 못한 경우 변경된 정관은 효력이 없다고 할 것이다.” (대법원 2007.7.24, 2006마635)【조합해산결의효력정지가처분】

③ (○) (구)도시계획법상의 개발제한구역 내의 건축물의 용도변경에 대한 예외적인 허가는 그 상대방에게 수익적이므로 재량행위 내지 자유재량행위에 속하는 것이다. (대법원 2001.2.9, 98두17593)【건축물용도변경신청 거부처분취소】

① (○) ④ (○)

허 가	예외적 승인
상대적(예방적) 금지의 해제[12 국가9급]	억제적 금지의 해제[10 국가7급, 12 국가9급]
원칙적으로 지속행위[12 국가9급·서울9급]	원칙적으로 재량행위[12 국가9급·서울9급]
자연적 자유의 회복	권리의 범위 확대
1. 자동차운전면허[05 관세사·대구7급·경북9급, 07 서울9급·광주9급, 09 국회속기] 2. 자동차검사(확인으로 보는 견해도 有)[07 광주9급] 3. 의사면허[05 대구7급·경북9급], 한의사면허[11 사복9급], 약사면허[01 입법고시] 4. 통행금지의 해제[07 광주9급], 입산금지의 해제[02 행정고시], 수렵금지의 해제 5. 상가지역 내의 유흥주점영업허가[12 국가9급, 13 변호사] 6. 주택지역의 건축허가[05 경북9급, 12 국가9급] 7. 양곡가공업허가[04 행정고시] 8. 수렵면허 9. 화약제조허가[05 대구7급] 10. 일반음식점영업허가[07 서울9급·강원교행]	1. 토지수용법상의 타인의 토지에 대한 출입허가 2. 학교보건법상의 학교환경위생정화구역 내의 유흥주점영업허가[05 부산9급, 12 국가9급] 3. 개발제한구역 내의 건축허가[12 국가9급] 4. 도시계획법상 도시계획구역 내 건물의 증·개축, 형질변경허가 5. 자연공원법이 적용되는 지역 내에서의 단란주점영업허가(또는 산림훼손허가) [06 국회8급] 6. <u>치료목적의 마약류사용허가(①)</u> 7. <u>카지노영업허가(④)</u>

13. 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. O
- ② 주택사업계획승인을 발령하면서 주택사업계획승인과 무관한 토지를 기부채납하도록 부관을 붙인 경우는 부당결부금지 원칙에 반해 위법하다. O
- ③ 수익적 행정행위를 직권취소하는 경우 그 취소권의 행사로 인하여 공익상의 필요보다 상대방이 받게 되는 불이익 등이 막대한 경우에는 재량권의 한계를 일탈한 것으로서 그 자체가 위법하다. O
- ④ 제1종 보통면허로 운전할 수 있는 차량을 음주운전한 경우 제1종 보통면허의 취소 외에 동일인이 소지하고 있는 제1종 대형면허와 원동기장치자전거면허는 취소할 수 없다. X

<정답> ④ <해설>

- ① (○) 부관이 부당결부금지원칙에 반하지 않기 위해서는 부관이 주된 행정행위와 실체적 관련성이 있어야 하나, 그러한 실체적 관련성을 갖춘 경우라고 해도 결부된 부관이 본행정행위의 효과를 무의미하게 만들 정도라면 그러한 부관은 비례원칙에 반하여 하자 있는 부관이라고 할 수 있다.
- ② (○) 지방자치단체장이 사업자에게 주택사업계획승인을 하면서 그 주택사업과는 아무런 관련이 없는 토지를 기부채납하도록 하는 부관을 주택사업계획승인에 붙인 경우, 그 부관은 부당결부금지의 원칙에 위반되어 위법하다. (대법원 1997.3.11, 96다49650).
- ③ (○) 수익적 행정처분을 취소하는 경우에는 이미 부여된 그 국민의 기득권을 침해하는 것이 되므로, 비록 취소사유가 있다고 하더라도 그 취소권의 행사는 기득권의 침해를 정당화할 만한 중대한 공익상의 필요 또는 제3자의 이익보호의 필요가 있는 때에 한하여 상대방이 받는 불이익과 비교·교량하여 결정하여야 하고, 그 처분으로 인하여 공익상의 필요보다 상대방이 받게 되는 불이익 등이 막대한 경우에는 재량권의 한계를 일탈한 것으로서 그 자체가 위법하다(대법원 1993. 8. 24, 92누17723).
- ④ (×) 원고가 운전한 승합자동차는 1종 보통, 1종 대형면허로 모두 운전할 수 있는 자동차이므로 원고의 주취운전으로 인하여 위 운전면허 전부가 취소의 대상이 되며, 원고에 대한 이 사건 처분 중 1종 대형 운전면허의 취소만이 재량권을 일탈한 것으로 위법하다면 원고는 위 운전면허로 다시 승용 및 승합자동차를 운전할 수 있게 되어 위 주취운전에도 불구하고 아무런 불이익을 받지 아니하게 되는 점에서도 현저히 형평을 잃게 되는 결과를 초래하고 있으므로, 이 사건 처분이 재량권의 한계를 일탈하였거나 남용한 위법한 처분이라고 할 수 없다(대법원 1997.3.11, 96누15176).

14. 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 없어 무효였더라도 사후에 법개정으로 위임의 근거가 부여되면 그때부터는 유효한 위임명령이 된다. X
- ④ 국립대학의 대학입학교사 주요요강은 행정쟁송의 대상인 행정처분에 해당되지만 헌법소원의 대상인 공권력의 행사에는 해당되지 않는다. ○

<정답> ③ <해설>

① (X) 행정소송은 구체적 사건에 대한 법률상 분쟁을 법에 의하여 해결함으로써 법적 안정을 기하자는 것이므로 부작위위법확인소송의 대상이 될 수 있는 것은 구체적 권리·의무에 관한 분쟁이어야 하고 추상적인 법령에 관하여 제정의 여부 등은 그 자체로서 국민의 구체적인 권리·의무에 직접적 변동을 초래하는 것이 아니어서 행정소송의 대상이 될 수 없으므로 이 사건 소는 부적법하다.(대법원 1992.5.8, 91누11261)【행정입법부작위처분 위법확인】

② (X) 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(대법원 2007.4.12, 선고, 2005두15168) 【의료법시행규칙제31조무효확인등】

③ (○) 일반적으로 법률의 위임에 의하여 효력을 갖는 법규명령의 경우, 구법에 위임의 근거가 없어 무효였더라도 사후에 법개정으로 위임의 근거가 부여되면 그때부터는 유효한 법규명령이 되나, 반대로 구법의 위임에 의한 유효한 법규명령이 법개정으로 위임의 근거가 없어지게 되면 그때부터 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. (대법원 1995.6.30, 93추83)【경상북도의회에서의 증언·감정 등에 관한 조례(안)무효확인 청구의 소】

④ (X) 국립대학인 서울대학교의 ‘1994학년도 대학입학교사 주요요강’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 침해를 받게 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. (헌법재판소 1992.10.1, 92헌마68·76)【1994학년도 신입생모집 선발입시안에 대한 헌법소원】

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

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

<정답> ② <해설>

① (X) 행정상 강제집행은 의무를 이행시키거나 이행된 것과 같은 상태를 실현시키는 행정작용으로서, 민사상 강제집행과 구별된다. 즉, 민사상의 강제집행은 법원이 실현하는데, 행정상의 강제집행은 행정청이 직접 실현한다. 행정상 강제집행이 법률에 규정되어 있는 경우에는 민사상 강제집행이 인정되지 않는다.

② (O) (구)건축법상의 이행강제금은 (구)건축법의 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 당연히무효이고, 이행강제금을 부과받은 사람의 이의에 의하여 재판절차가 개시된 후에 그 이의한 사람이 사망한 때에는 사건 자체가 목적을 잃고 절차가 종료한다(대법원 2006.12.8, 2006마470).

③ (X) 건축법에 따른 무허가 건축행위에 대한 형사처벌과 시정명령 위반에 대한 이행강제금의 부과는 그 처벌 내지 제재대상이 되는 기본적 사실관계로서의 행위를 달리하며, 그 보호법익과 목적에서도 차이가 있으므로 양자를 병과하더라도 이중처벌에 해당한다고 할 수 없다. (헌법재판소 2004.2.26, 2001헌바80 ; 대법원 2005.8.19, 2005마30)【개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법 제11조 제1항 등 위헌소원】

④ (X) 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(헌법재판소 2004.2.26, 2001헌바80·84·102·103, 2002헌바26 병합).

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

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

<정답> ① <해설>

- ① (X) 건축물 철거는 대집행의 대상이 되나, 토지의 명도는 대집행의 대상이 되지 않는다. “피수용자 등이 기업자에 대하여 부담하는 수용대상 토지의 인도 의무에 관한 구 토지수용법 제63조, 제64조, 제77조 규정에서의 '인도'에는 명도도 포함되는 것으로 보아야 하고, 이러한 명도 의무는 그것을 강제적으로 실현하면서 직접적인 실행행사가 필요한 것이지 대체적 작위의 무라고 볼 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 될 수 있는 것이 아니다(대법원 2005.8.19, 2004다2809).”
- ② (O) 금지규정(특히 허가를 유보한 상대적 금지규정)으로부터 작위의무, 즉 위반결과의 시정을 명하는 권한이 당연히 추론되는 것은 아니다(대법원 1996.6.28, 96누4374).
- ③ (O) 계고는 준법률행위적 행정행위로서 통지행위이다. 즉, 계고는 단순한 사실상의 통지행위가 아니고 대집행영장교부의 기초가 되는 법적 행위인 점에서 독자적 의미가 있으므로 항고소송의 대상이 될 수 있다는 것이 통설·판례의 입장이다(대법원 1966.10.31, 66누25).
- ④ (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(대법원 1972.4.28, 72다337).

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

- ① 국가를 상대로 하는 납세의무자의 부가가치세 환급세액 지급 청구소송 ○
- ② 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 에 따른 입찰보증금 국고귀속조치의 취소를 구하는 소송 X
- ③ 공무원 퇴직자가 미지급 퇴직연금에 대한 지급을 구하는 소송 ○
- ④ 지방자치단체가 보조금 지급결정을 하면서 일정 기한 내에 보조금을 반환하도록 하는 교부조건을 부가한 경우, 보조금을 교부받은 사업자에 대한 지방자치단체의 보조금반환청구소송 ○

<정답> ② <해설>

① (○) 납세의무자에 대한 국가의 부가가치세 환급세액 지급의무에 대응하는 국가에 대한 납세의무자의 부가가치세 환급세액 지급청구는 민사소송이 아니라 행정소송법 제3조 제2호에 규정된 당사자소송의 절차에 따라야 한다. (대법원 2013.3.21, 2011다95564)【양수금】

② (X) 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(대법원 1983.12.27, 81누366).

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 한쪽 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. (대법원 2004.12.24. 2003두15195)

④ (○) 지방자치단체가 보조금 지급결정을 하면서 일정 기한 내에 보조금을 반환하도록 하는 교부조건을 부가한 사안에서, 보조사업자의 지방자치단체에 대한 보조금 반환의무는 행정처분인 위 보조금 지급결정에 부가된 부관상 의무이고, 이러한 부관상 의무는 보조사업자가 지방자치단체에 부담하는 공법상 의무이므로, 보조사업자에 대한 지방자치단체의 보조금반환청구는 공법상 권리관계의 일방 당사자를 상대로 하여 공법상 의무이행을 구하는 청구로서 행정소송법 제3조 제2호에 규정한 당사자소송의 대상이다.(대법원 2011.6.9, 2011다2951)【】

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

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

<정답> ① <해설>

① (X) 당연무효의 행정처분을 소송목적물로 하는 행정소송에서는 존치시킬 효력이 있는 행정행위가 없기 때문에 행정소송법 제28조 소정의 사정판결을 할 수 없다(대법원 1985.2.26, 84누380).

② (O) 행정처분이 위법한 경우에는 이를 취소하는 것이 원칙이고, 예외적으로 그 위법한 처분을 취소·변경하는 것이 도리어 현저히 공공복리에 적합하지 아니하는 경우에는 그 취소를 허용하지 아니하는 사정판결을 할 수 있고, 이러한 사정판결에 관하여는 당사자의 명백한 주장이 없는 경우에도 기록에 나타난 여러 사정을 기초로 직권으로 판단할 수 있는 것이나, 그 요건인 현저히 공공복리에 적합하지 아니한지 여부는 위법한 행정처분을 취소·변경하여야 할 필요와 그 취소·변경으로 인하여 발생할 수 있는 공공복리에 반하는 사태 등을 비교·교량하여 판단하여야 한다(대법원 2001.1.19, 99두9674).

③ (O) 사정판결은 원고의 청구가 이유 있다고 인정되어야 한다. 적법한 행정처분에 대하여 현저히 공공복리에 부적합하다 하여 사정판결로 취소할 수는 없다(대법원 1982.11.9, 81누176).

행정소송법 제12조는 행정소송에서 다투어지고 있는 행정처분이 위법하여 그 취소를 구하는 원고의 청구가 이유 있는 경우에도 이를 취소하거나 변경함이 현저히 공공의 복리에 적합하지 아니하다고 인정하는 때에는 이를 취소하지 아니하고 그 청구를 기각할 수 있다는 규정이고, 취소를 구하는 행정 처분이 적법한 경우에도 그 행정처분이 현저히 공공의 복리에 적합하지 아니하다고 인정되는 경우에 그 취소를 할 수 있다는 규정은 아니므로, 설사 원고가 이 사건 행정소송에 의하여 취소를 구하고 있는 피고의 재결취소처분이 현저히 공공의 복리에 적합하지 아니한 것이었다 하더라도 법원이 위 행정소송법 제12조를 근거로 하여 이를 취소하는 판결을 할 수는 없다(대법원 1982.11.9, 81누176).

④ (O) 사정판결은 원고의 청구가 이유 있다고 인정되는 경우임에도 불구하고 처분 등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 않은 경우에 인정된다. 판례는 당해 처분의 취소가 현저히 공공복리에 적합하지 않음을 판단하는 기준은 이익형량이라고 판시하고 있다. 즉, 사정판결은 사익과 공공복리를 비교(이익)형량하여 불가피한 경우에만 예외적으로 인정된다.

19. 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. X
- ② 취소소송에 당해 처분의 취소를 선결문제로 하는 부당이득 반환청구가 병합된 경우 그 청구가 인용되려면 소송절차에서 당해 처분의 취소가 확정되어야 한다. X
- ③ 특정 소송사건에서 당사자 일방을 보조하기 위하여 보조참가를 하려면 당해 소송의 결과에 대하여 사실상, 경제상 또는 감정상의 이해관계가 있으면 충분하며 법률상의 이해관계가 요구되는 것은 아니다. X
- ④ 행정처분에 대한 무효확인과 취소청구는 서로 양립할 수 없는 청구로서 주위적·예비적 청구로서만 병합이 가능하고 선택적 청구로서의 병합은 허용되지 않는다. O

<정답> ④ <해설>

① (X) 사립학교 교원에 대한 학교법인의 해임처분을 취소소송의 대상이 되는 행정청의 처분으로 볼 수 없고, 따라서 학교법인을 상대로 한 불복은 행정소송에 의할 수 없고 민사소송절차에 의한다(대법원 1993.2.12, 92누13707).

② (X) 행정소송법 제10조는 처분의 취소를 구하는 취소소송에 당해 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. (대법원 2009.4.9, 2008두23153)

③ (X) 행정소송법 제16조 소정의 제3자의 소송참가가 허용되기 위하여는 당해 소송의 결과에 따라 제3자의 권리 또는 이익이 침해되어야 하고, 이 때의 이익은 법률상 이익을 말하며 단순한 사실상의 이익이나 경제상의 이익은 포함되지 않는데, 원고들이 참가를 구하는 제3자들은 원고들이 속한 관련 지방자치단체들로서 이 사건의 쟁점은 단순히 신설되는 향만을 어떻게 호칭하고 다른 향만과 구별하여 특정할 것인가의 문제에 불과할 뿐이고 그 향만에 부여되는 지리적 명칭에 따라 그 향만의 배후부지가 관련 자치단체의 관할구역에 편입되는 법적 효력이 생긴다거나 관련 자치단체인 참가인들이 그 지리적 명칭으로 인하여 권리관계나 법적 지위에 어떠한 영향을 받는다고 인정되지도 아니하므로 이 사건 소송의 결과에 의하여 위 제3자들의 법률상 이익이 침해된다고 할 수 없고, 따라서 원고들의 이 사건 제3자 소송참가신청은 부적법하다.(대법원 2008.5.29, 2007두23873)【향만명칭결정처분등취소】

④ (O) 행정처분에 대한 무효확인과 취소청구는 서로 양립할 수 없는 청구로서 주위적·예비적 청구로서만 병합이 가능하고 선택적 청구로서의 병합이나 단순병합은 허용되지 아니한다(대법원 1999.8.20, 97누6889).

20. 행정상 강제징수에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

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

<정답> ① <해설>

① (X) 세무서장은 통화를 제외한 모든 재산을 원칙적으로 공매를 통해 매각하여야 한다(국세징수법 제61조 제1항). 그러나 수의계약에 의하지 않으면 매각대금이 체납처분비에 충당하고 잔여가 생길 여지가 없을 때 등의 경우 예외적으로 수의계약에 의하여 이를 매각할 수 있다(동법 제62조)

② (O) 세무서장은 한국자산관리공사에게 공매업무를 위임시킬 수 있다.

③ (O) 조세소송을 하기 위해서는 국세기본법상 심사청구 또는 심판청구, 둘 중 하나를 필요적으로 거쳐야 한다.

국세기본법 제56조(다른 법률과의 관계) ① 제55조에 규정된 처분에 대해서는 「행정심판법」의 규정을 적용하지 아니한다. 다만, 심사청구 또는 심판청구에 관하여는 「행정심판법」 제15조, 제16조, 제20조부터 제22조까지, 제29조, 제36조제1항, 제39조, 제40조, 제42조 및 제51조를 준용하며, 이 경우 "위원회"는 "국세심사위원회", "조세심판관회의" 또는 "조세심판관합동회의"로 본다. <개정 2013.1.1.>

② 제55조에 규정된 위법한 처분에 대한 행정소송은 「행정소송법」 제18조제1항 본문, 제2항 및 제3항에도 불구하고 이 법에 따른 심사청구 또는 심판청구와 그에 대한 결정을 거치지 아니하면 제기할 수 없다.

③ 제2항에 따른 행정소송은 「행정소송법」 제20조에도 불구하고 심사청구 또는 심판청구에 대한 결정의 통지를 받은 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다. 다만, 제65조제2항 또는 제81조에 따른 결정기간에 결정의 통지를 받지 못한 경우에는 결정의 통지를 받기 전이라도 그 결정기간이 지난 날부터 행정소송을 제기할 수 있다.

④ 제55조 제5항 제3호(감사원)의 심사청구를 거친 경우에는 이 법에 따른 심사청구 또는 심판청구를 거친 것으로 보고 제2항을 준용한다.

④ (O) 과세관청이 체납처분으로서 행하는 공매는 우월한 공권력의 행사로서 행정소송의 대상이 되는 공법상의 행정처분이다(대법원 1984.9.25. 84누201).