

2015.04.18 국가직 9급 [행정법총론] 사책형

2015, 국가직 행정법 총평

2015 국가직 행정법 총론 시험은 근래의 국가직 시험 중에서 가장 쉽게 출제되었다. 대부분 수험생들의 고득점이 예상된다. 약 50%의 문제가 난이도가 낮게 출제되었다. 50%의 문제는 중급 정도이 문제가 대부분이었다. 판례는 묻는 문제가 3/4정도 이었고 개별 법령을 묻는 문제가 약 4문제 정도 이었다. 대부분의 문제가 이미 노출된 문제이므로 기본서와 기출문제를 정리한 수험생 이었다면 고득점할 수 있었다고 본다.

문 1. 재량권의 한계에 대한 설명으로 옳은 것은? 4

- 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.

[해설] 정답 ④ 행정청의 재량이 인정되는 경우에도 개인의 생명, 신체 등에 급박한 위험이 있는 경우 행정청의 재량은 0으로 수축되어 재량을 행사하여야 할 행정개입청구권이 발생한다. ① 반대로 설명되었다. 재량권의 일탈이 외적한계를 벗어난 것이고 재량권의 남용이 내적한계를 벗어난 것이다. ② 판례는 재량권의 일탈과 남용을 명확히 구별하지 않고 있다. ③ 재량권의 불행사는 일정한 재량을 행사하지 않은 것으로서 위법하게 된다.

문 2. 강학상 예외적 승인에 해당하지 않는 것은? 2

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

[해설] 정답 ② 예외적 승인은 허가의 한 유형으로서 사회적으로 유해한 행위에 대하여 일정한 경우 그 금지의 해제하는 행위이며, 허가 보다는 보호되는 권리가 확대된다. ②는 허가가 아닌 인가에 해당한다.

①③④ 예외적 승인에 해당한다.

문 3. 행정법의 일반원칙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 4

- 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 기부채납하도록 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 일탈한 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.

[해설] 정답 ④ 제1종 보통면허로 운전할 수 있는 차량을 음주운전한 경우에 이와 관련된 면

허인 제1종 대형면허와 원동기장치자전거면허까지 취소할 수 있는 것으로 보아야 한다(대판 1994.11.25, 94누9672). 판례는 특수면허와 2종 소형면허에 대하여는 별개로 취급하여 다른 면허와 같이 취소할 수 없다는 것이 기본적인 입장이다.

① 부관을 부당결부금지의 원칙에 위반되지 않아야 하기 때문에 주된 처분과는 실질적인 관련이 있어야 한다. 이러한 관련성이 있는 경우에도 부관이 상대방에게 너무 과중한 경우에는 비례의 원칙에 위반될 수 있다. ② 주택사업계획승인을 발령하면서 주택사업계획승인과 관련이 없는 토지기부채납하도록 한 부관은 부당결부금지의 원칙에 위반되어 위법하게 된다. ③ 수익적 행정행위를 직권취소하는 경우에는 상대방의 신뢰 때문에 공익과 사익이 비교형량하여야 한다. 공익을 위하여 취소하였지만 침해되는 개인의 사익이 공익보다 큰 경우에는 위법하게 된다.

문 4. 행정입법에 대한 판례의 입장으로 옳은 것은? 3

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

[해설] 정답 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 된다(대판 1995.6.30, 93추83). ① 행정입법부작위는 항고소송 중 부작위위법확인소송의 대상이 되지 않는다는 것이 판례의 입장이다(대판 1992.5.8, 91누11261). ② 의료기관의 명칭표시판에 진료과목을 함께 표시하는 경우 글자 크기를 제한하고 있는 구 의료법 시행규칙 제31조가 그 자체로서 국민의 구체적인 권리·의무나 법률관계에 직접적인 변동을 초래하지 아니하므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다(대판 2007.4.12, 2005두15168). ④ 서울대학교의 '94학년도 대학입학고사 주요요강'은 사실상의 준비행위 내지 사전안내로서 행정쟁송의 대상이 될 수 있는 행정처분이나 공권력의 행사는 될 수 없지만, 헌법소원의 대상이 되는 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 공권력의 행사에 해당된다고 할 것이며, 이 경우 헌법소원 외에 달리 구제방법이 없다(헌재결 1992.10.1, 92헌마68·76).

문 5. 행정의 실효성 확보수단에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2

- 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 당연무효이다.
- ③ 이행강제금은 형벌과 병과될 경우 이중처벌금지원칙에 반한다.
- ④ 이행강제금은 비대체적 작위의무 위반에만 부과될 뿐 대체적 작위의무의 위반에는 부과될 수 없다.

[해설] 정답 ② 판례는 이행강제금은 일신전속적인 것으로서 사망한 자에 대한 이행강제금은 무효이며 승계될 수 없다는 입장이다(대판 2006.12.8, 2006마470). ① 행정상 강제집행이 인정된다면 민사상 강제집행은 인정되지 않는다. ③ 이행강제금은 장래의 의무이행확보수단이며, 형벌은 과거의무

위반에 대한 제재이므로 서로 목적을 달리하여 병과될 수 있다는 것이 다수설이다. ④ 이행 강제금은 본래 비대체적 작위의무 위반에 대하여 부과된 왔으나 건축법상 이행강제금과 같이 현재는 대체적 작위의무 위반에도 부과되고 있다.

문 6. 대집행에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 1

- 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.

[해설] 정답 ① 도시공원시설(매점) 점유자의 퇴거 및 명도의무는 그것을 강제적으로 실현함에 있어 직접적인 실행행사가 필요한 것이지 대체적 작위의무에 해당하는 것은 아니어서 직접강제의 방법에 의하는 것은 별론으로 하고 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 되는 것은 아니다(대판 1998. 10.23, 97누157). ② 판례는 부작위의무 규정으로부터 작위의무의 법적 근거를 도출할 수 없고 별도의 작위의무에 대한 법적 근거를 요한다는 입장이다(대판 1996. 6.28, 96누4374). ③ 계고는 준법률행위적 행정행위인 의사의 통지로서 항고소송의 대상이 된다. ④ 대집행이 완료되어 더 이상 다룰 수 없는 불가쟁력이 발생한 경우에도 처분의 위법성을 이유로 국가배상을 청구할 수 있다.

문 7. 당사자소송에 해당하지 않는 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2

- 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 반환하도록 하는 교부조건을 부가한 경우, 보조금을 교부받은 사업자에 대한 지방자치단체의 보조금반환청구소송

[해설] 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 행하는 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. 81누366).

① 납세의무자에 대한 국가의 부가가치세 환급세액 지급의무에 대응하는 국가에 대한 납세의무자의 부가가치세 환급세액 지급청구는 민사소송이 아니라 행정소송법 제3조 제2호에 규정된 당사자소송의 절차에 따라야 한다(대판 2013.3.21, 2011다95564 : 판례변경). 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 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(대판 2004.12.24. 2003두15195). ④ 지방자치단체가 보조금 지급결정을 하면서 일정 기한 내에 보조금을 반환하도록 하는 교부조건을 부가한 사안에서, 보조사업자에 대한 지방자치단체의 보조금반환청구는 행정소송법 제3조 제2호에 규정한 당사자소송의 대상이다(대판 2011.6.9, 2011다2951).

문 8. 사정판결에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 1

- 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.

[해설] 정답 ① 행정소송에서 사정판결은 취소소송에서만 인정되며 무효확인소송에서는 인정되지 않는다. ② 판례는 직권에 의한 사정판결을 인정하고 있다. ③ 사정판결은 위법한 처분에 대하여 공익을 위하여 부득이하게 패소판결을 하는 것이므로 처분이 위법하여 청구가 이유 있는 경우이어야 한다. ④ 사정판결은 청구인용판결이 현저히 공공복리에 적합하지 않은 경우에 인정될 수 있다.

문 9. 행정소송에 대한 판례의 입장으로 옳은 것은? 4

- 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 소송의 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.

[해설] 정답 ④ 행정처분에 대한 무효확인과 취소청구는 서로 양립할 수 없는 청구로서 주위적·예비적 청구로서만 병합이 가능하고, 선택적 청구로서의 병합이나 단순병합은 허용되지 아니한다(대판 1999.8.20, 97누6889). ① 사립학교 교원에 대한 학교법인의 해임처분은 사법관례로서 민사소송의 대상이 된다. ② 행정처분의 취소를 구하는 취소소송에 당해 처분의 취소를 선결문제로 하는 부당이득반환청구가 병합된 경우, 그 청구가 인용되려면 소송절차에서 당해 처분의 취소가 확정되어야 하는 것은 아니다(대판 2009.4.9, 2008두23153). ③ 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 않는다(대판 2008.05.29. 2007두23873).

문 10. 행정상 강제징수에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? 1

- ① 「국세징수법」상의 체납처분에서 압류재산의 매각은 공매를 통해서만 이루어지며 수익계약으로 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.

[해설] 정답 ① 공매는 입찰 또는 경매의 방법에 의하나(국세징벌법 제67조 제1항), 보충적으로 수의계약이 가능한 경우도 있다(국세징수법 제62조). ② 세무서장은 압류한 재산의 공매에 전문지식이 필요하거나 기타 특수한 사정이 있어 직접 공매하기에 적당하지 아니하다고 인정되는 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 한국자산관리공사로 하여금 이를 대행하게 할 수 있으며 이 경우의 공매는 세무서장이 한 것으로 본다(동법 제61조 제5항). ③ 과세관청의 압류처분에 대하여는 국세청장에게 심사청구 또는 조세심판원에 심판청구를 제기하되, 심사청구와 심판청구 중 어느 하나를 거쳐야만 행정소송을 제기할 수 있다. ④ 공매는 공법상 대리로서 우월한 공권력의 행사인 행정처분에 해당한다(대판 1984.9.25, 84누201).

문 11. 행정정보의 공개에 대한 판례의 입장이 아닌 것은? 1

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.

[해설] 정답 ① 사립대학교를 정보공개 의무 있는 공공기관의 하나로 지정한 대통령령의 효력은 유효하며 사립대학교에 대한 국비지원이 한정적·일시적·국부적이라는 점을 고려하더라도 ‘정보공개법 시행령’ 제2조 제1호가 정보공개 의무를 지는 공공기관의 하나로 사립대학교를 들고 있는 것이 모법의 위임범위를 벗어났거나 사립대학교가 국비의 지원을 받는 범위 내에서만 공공기관의 성격을 가진다고 볼 수 없다(대판 2006.8.24, 2004두2783). ② 정보공개청구권은 법률상 보호되는 구체적인 권리이므로 청구인이 공공기관에 대하여 정보공개를 청구하였다가 거부처분을 받은 것 자체가 법률상 이익의 침해에 해당한다(대판 2003.12.12, 2003두8050). ③ 청구대상정보를 기재함에 있어서는 사회일반인의 관점에서 청구대상정보의 내용과 범위를 확정할 수 있을 정도로 특정함을 요한다. 따라서 ‘대한주택공사의 특정 공공택지에 관한 수용가, 택지조성원가, 분양가, 건설원가 등 및 관련자료 일체’인 경우, ‘관련자료 일체’ 부분은 그 내용과 범위가 정보공개청구 대상정보로서 특정되지 않았다(대판 2007. 6.1, 2007두2555). ④ 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 2003.3.11, 2001두6425).

문 12. 「행정절차법」상 청문 또는 공청회 절차에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 4

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.

[해설] 정답 ④ 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(동법 제35조 제2항). ① 청문을 거치지 않은 경우 그 처분은 위법하지만 그 사유는 무효가 아닌 취소사유로 보고 있는 것이 판례의 입장이다. ② 행정청이 식품위생법상의 청문절차를 이행함에 있어 청문서 도달기간을 다소 어겼지만 영업자가 이의하지 아니한 채 청문일에 출석하여 의견을 진술하고 변명하는 등 방어의 기회를 충분히 가진 경우 하자의 치유가 가능하다(대판 2001.4.13, 2000두3337). ③ 행정청은 공청회와 병행하여서만 정보통신망을 이용한 전자공청회를 실시할 수 있다(동법 제38조의2 제1항).

문 13. 통치행위에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 3

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.

[해설] 정답 ③ 남북정상회담의 개최과정에서 재정경제부장관에게 신고하지 아니하거나 통일부장관의 협력사업승인을 얻지 아니한 채 북한 측에 사업권의 대가명목으로 송금한 행위 자체는 헌법상 범죄행위의 원리와 법 앞의 평등원칙 등에 비추어 볼 때 사법심사의 대상이 된다(대판 2004.3.26, 2003도7878). ① 헌법재판소는 이라크 파병결정 사건에서 사법부 자체설의 입장을 취하였다(헌재결 2004.4.29, 2003헌마814). ② 비상계엄의 선포나 확대가 국헌문란의 목적을 달성하기 위하여 행하여진 경우에는 법원은 그 자체가 범죄행위에 해당하는지의 여부에 관하여 사법심사할 수 있다(대판 1997.4.17, 96도3376). ④ 대통령의 긴급재정·경제명령은 국가긴급권의 일종으로서 이른바 통치행위에 속한다고 할 수 있으나, 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 소의에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 1

① 허가를 받은 경영자에게는 원고적격이 인정되나, 특허사업의 경영자는 특별한 사정이 없는 한 원고적격

이 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.

[해설] 정답 ① 반대로 설명되었다. 허가로 얻는 이익은 반사적 이익이 일반적이므로 허가의 경업자는 원고적격이 부정되지만 특허사업의 경업자는 법률상 이익으로서 원고적격이 인정된다. ② 원천징수에 있어서 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(대판 1994.09.09. 93누22234). ③ 사법시험 제2차 시험 불합격처분 이후에 새로이 실시된 제2차와 제3차 시험에 합격한 사람은 불합격처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없다(대판 2007.9.21. 2007두12057). ④ 퇴학처분을 받은 후 고등학교 졸업학력검정고시에 합격한 경우에도 소의 이익이 있다(대판 1992.7.14, 91누4737).

문 15. 항고소송에서 처분과 피고가 옳게 연결된 것은? 4

- 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

[해설] 정답 ④ 합의제 행정관청의 경우에는 합의제 행정관청 자체가 피고가 되지만 중앙노동위원회의 처분에 대하여는 중앙노동위원회 위원장이 피고가 된다(노동위원회법 제27조). ① 교육, 학예에 관한 도의회의 조례는 교육감이 피고가 된다. ② 지방의회의원에 대한 징계의결에 대해서는 지방의회가 피고가 된다. ③ 내부위임은 권한의 변경을 가져오는 것이 아니므로 위임행정청이 피고가 되어야 한다. 하지만 내부위임을 받은 기관이 자신명의로 처분을 한 경우에는 내부위임을 받은 행정기관이 피고가 되어야 한다는 것이 판례의 입장이다(대판 1994.8.12, 94누2763).

문 16. 개인적 공권에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2

- 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.

[해설] 정답 ② 공무원이 직무를 수행하면서 그 근거되는 법령의 규정에 따라 구체적으로 의무를 부여받았어도 그것이 국민의 이익과는 관계없이 순전히 행정기관 내부의 질서를 유지

하기 위한 것이거나, 또는 국민의 이익과 관련된 것이라도 직접 국민 개개인의 이익을 위한 것이 아니라 전체적으로 공공 일반의 이익을 도모하기 위한 것이라면 그 의무에 위반하여 국민에게 손해를 가하여도 국가 또는 지방자치단체는 배상책임을 부담하지 아니한다(대판 2001.10.23, 99다36280). ① 구 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(대판 1999.12.07. 97누17568). ③ 다수의 검사지원자들로부터 임용신청을 받아 전형을 거쳐 자체에서 정한 임용기준에 따라 이들 중 일부만을 선정하여 검사로 임용하는 경우에 있어서 법령상 검사임용신청 및 그 처리의 제도에 관한 명문규정이 없다고 하여도 조리상 임용권자는 임용신청자들에게 전형의 결과인 임용 여부의 응답을 해 줄 의무가 있다고 보아야 하고, 원고로서는 그 임용신청에 대하여 임용 여부의 응답을 받을 권리가 있다고 할 것이며, 응답할 것인지 여부조차도 임용권자의 편의재량사항이라고는 할 수 없다(대판 1991. 2.12, 90누5825). ④ 공권성립의 2요소론에 의할 경우 강행법규성과 사익보호성을 요구하므로 무하자재량행사청구권이나 행정개입청구권에서는 사익보호성이 요구된다.

문 17. 「건축법」에는 건축허가를 받으면 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 의한 토지의 형질변경 허가도 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) 2

- 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 다툴 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.

[해설] 정답 ② 건축불허가처분을 하면서 건축불허가 사유 외에 형질변경불허가 사유나 농지전용불허가 사유를 들고 있는 경우, 그 건축불허가처분에 관한 쟁송에서 형질변경불허가 사유나 농지전용불허가 사유에 관하여도 다툴 수 있다(대판 2001.01.16. 99두10988). ①③④ 구 건축법 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(대판 2001.01.16. 99두10988)

문 18. 인가에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 3

- 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.

[해설] 정답 ③ 기본행위에 하자가 있는 경우 다투어야 할 것은 기본행위이지 인가가 아니다. 또한 기본행위의 하자를 이유로 인가를 다룰 이익이 없다(대판 2005.12.23, 2005두4823). ① 인가는 기본행위가 유효함을 전제로 하는 것이므로 기본행위가 성립하지 않거나 무효인 경우 인가도 무효가 된다. ② 인가는 기본행위를 전제로 하는 것이므로 기본행위가 취소되거나 실효된 경우에는 인가도 실효된다. ④ 구 도시 및 주거환경정비법상 재개발조합설립인가신청에 대한 행정청의 재개발조합설립인가처분의 성질은 행정주체(공법인)의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분(특허)의 성질을 가진다고 보아야 한다(대판 2014.2.27, 2011두11570).

문 19. 취소소송에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 1

- 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.

[해설] 정답 ① 부령인 시행규칙 또는 지방자치단체의 규칙의 형식으로 정한 처분기준에서 제재적 행정처분을 받은 것을 가중사유나 전제요건으로 삼아 장래의 제재적 행정처분을 하도록 정하고 있는 경우, 제재적 행정처분의 제재기간 경과 후 그 취소를 구할 법률상 이익이 있다(대판 2006.6.22, 2003두1684 전합). ② 불허가처분·거부처분 등과 같은 소극적 처분에 대해서는 효력을 정지하여도 불허가처분·거부처분이 없었던 것과 같은 상태로 돌아갈 뿐이지 신청이 허가된 것과 같은 상태가 형성되는 것은 아니기 때문에 집행정지할 수 없다는 것이 다수설·판례이다. ③ 도롱뇽은 천성산 일원에 서식하고 있는 도롱뇽목 도롱뇽과에 속하는 양서류로서 자연물인 도롱뇽 또는 그를 포함한 자연 그 자체로서는 소송을 수행할 당사자능력을 인정할 수 없다(대판 2006.6.2, 2004마1148·1149). ④ 처분 등이 있는 뒤에 그 처분 등에 관계되는 권한이 다른 행정청에 승계된 때에는 이를 승계한 행정청을 피고로 한다(행정소송법 제13조 제1항).

문 20. 행정행위에 대한 판례의 내용으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 4

- 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 존속기간

이 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.

[해설] 정답 ④ 헌법재판소가 법률을 위헌으로 결정한 이후에는 근거법령이 소멸된 이후이므로 이에 의한 행정처분은 중대하고 명백하여 무효가 된다는 것이 판례의 입장이다(대판 2002.6.28, 2001다60873). ① 직권취소의 경우 판례는 별도의 법적 근거가 없는 경우에도 할 수 있다는 입장이다. ② 일반적으로 행정처분에 효력기간이 정하여져 있는 경우에는 그 기간의 경과로 그 행정처분의 효력은 상실되며, 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 수 있을 것이다(대판 2004.11.25, 2004두7023). 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(대판 2002.12.10, 2001두3228).