

[2015. 국가직 9급 행정법 기출문제]

☆ 기출문제 해설 : 백 영 민

- (현) 원광디지털대학교 경찰행정학과 행정법 교수
- (현) 부산한국고시학원 행정법 강사
- (현) 창원제일공무원학원 행정법 강사
- (현) 울산 중앙공무원학원 행정법 강사
- (현) 노량진 김재규경찰학원 경감승진 행정법 강사
- (현) 교육개발교육원 강사
- (현) 고시고시 행정법 강사

- (전) 노량진 이그잼고시학원 9급 공무원 행정법 강사
- (전) 에듀윌 9급 공무원 행정법 강사
- (전) 노량진 웅진패스원
- (전) 노량진 한교고시학원
- (전) 노량진 남부행정고시학원
- (전) 대전 이그잼고시학원
- (전) 신림동 두로경찰학원
- (전) 종로·강남 한교고시학원 행정법 강사
- (전) 수원행정고시학원 행정법 강사
- (전) 고려대학교, 장안대학교, 안양대학교, 호원대학교 행정법 특강
- (전) 강남구청교육원 특강

[저서]

- 단권화 행정법(서울고시각)
- 문제로 분석·정리하는 행정법 관련법령(도서출판 에이스)
- 경감승진 주관식 행정법(경찰승진 연구회)
- 사례문제 행정법(유비티아)
- 스마트 경찰행정법(경찰승진 연구회)
- All that 행정법 핵심요약정리집(고시 고시)

2015년 국가직 9급 행정법 기출문제 총평

화사한 벚꽃의 계절도 잊은 채 불철주야 노력하신 수험생 여러분 그동안 진심 고생많으셨습니다.

이제 국가직 9급은 과거형 되었습니다. 이제 시험의 시작이고, 우리에게도 또 다른 시험 일정이 남겨져 있습니다.

지나간 시험으로 일희일비하기 보다는 새로운 시험을 위해 평정심을 유지하고 차근차근 준비하시길 바랍니다.

1. 총평

2015년 시험은 2014년 국가직 9급 시험에 비해서는 쉽게 출제되었습니다. 몇 개의 지문이 그 동안 출제되지 않았던 판례에서 출제가 되긴 하였지만 다른 지문에서 명백한 정답을 고를 수 있었기 때문에 큰 틀에서는 기출문제의 범주내에서 출제되었다고 볼 수 있습니다.

2014년 시험에 비해서는 지문길이가 길지 않았고, 익숙한 지문이 많이 출제되었습니다. 출제비중은 판례지문이 90%, 법령 10% 정도가 출제되었습니다.

그동안 꾸준히 이론을 공부하시고 기출문제와 예상문제를 대비해 오신 수험생이면 무난한 출제였다고 생각합니다.

2. 향후 대책

시험이 일정한 수준을 유지하고 예측가능하면 좋겠지만, 어떤 경우는 어렵게 나오고 또 어떤 경우는 너무 쉽게 출제되어서 갈피를 잡을 수 없는 경우가 많습니다.

이번 시험이 평이하게 출제되었다고 해서 지방직과 서울시 또한 그러하리라고 장담할 수는 없기에, 기본이론과 문제를 꼼꼼하게 다시 한번 익히는 시간이 필요합니다.

다만 기출문제와 기본이론만 잘 익히셔도 고득점이 가능하므로 지금 와서 새삼 새로운 내용과 새로운 교재로 공부하시기 보다는 지금까지 공부하신 내용을 되새기고 정리하시는 공부방법이 좋습니다.

항상 시험이 끝나면 좀 더 열심히 하지 못한 것에 대한 후회와 자책감이 생깁니다. 이제 시험의 시작입니다. 이러한 감정 낭비를 할 시간이 없습니다. 지난 시험은 툭툭 털어버리고 단단한 각오로 깨끗하게 다시 시작하시길 바랍니다.

good luck`^^

01 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.

■ 해설 ①② 재량권의 남용이란 재량권의 내적 한계를 벗어나는 것이고, 재량권의 일탈이란 재량권의 외적 한계를 벗어나는 것을 말한다. 이를 구별하는 것은 용이하지 않고 또 구별의 실익도 없는 것이기 때문에 양자를 혼용하여 사용하는 것이 판례의 입장이다(대법원 1996.5.10 96누2903). 다만 학설은 재량권 일탈과 남용을 구분하여 사용하고 있다.

- ③ 재량권을 충분히 행사하지 아니한 경우는 재량권의 불행사로서 재량하자의 원인이 된다.
- ④ 재량행위의 경우 사인(私人)은 행정청에 특정 내용의 행위를 요구할 권리가 인정되지 않고 무하자 재량행사청구권만이 인정될 뿐이다. 그러나 개인의 신체, 생명 등 중요한 법익에 급박하고 현저한 침해의 우려가 있는 경우와 같이 구체적 상황에서 재량이 영으로 수축되는 경우, 행정청은 특정 내용의 행위를 하여야 할 의무가 발생하게 된다.

■ 정답 ④

02 강학상 예외적 승인에 해당하지 않는 것은?

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

■ 해설 ② 민법 제45조와 제46조에서 말하는 재단법인의 정관변경 "허가"는 법률상의 표현이 허가로서 되어 있는 하나, 그 성질에 있어 법률행위의 효력을 보충해 주는 것이지 일반적 금지를 해제하는 것이 아니므로, 그 법적 성격은 인가라고 보아야 한다(대법원 1996. 5. 16. 95누4810 전원합의체). 따라서 재단법인의 정관변경허가는 예외적 승인에 해당하지 않는다.

①③④는 사회적으로 유해한 행위의 예외적 허가로서 예외적 승인에 해당한다.

	허가	예외적 승인
의의	예방적·잠정적 금지의 일반적 해제	억제적 금지의 예외적 해제
대상	위험방지	사회적으로 유해한 행위
법적 성질	기속행위	재량행위
구체적인 예	① 대중음식적 영업허가 ② 자동차 운전면허 ③ 주거지역 내의 건축허가 ④ 숙박업허가 ⑤ 통행금지 해제 ⑥ 한의사면허 ⑦ 공중목욕탕허가	① 카지노영업허가 ② 총포 등의 소지허가 ③ 개발제한구역 내에서의 건축허가 (건축물 용도변경허가) ④ 개발제한구역 내에서의 건축물 용도변경허가 ⑤ 학교환경위생정화구역 내에서의 여관·당구장이나 사행행위장 설치 등의 승인 ⑥ 치료목적의 아편사용허가 ⑦ 자연공원법상이 적용되는 지역 내에서의 식품위생법상 단란주점허가

■ 정답 ②

03 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 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** ① 부관이 주된 행정행위와 실질적 관련성이 있어 부당결부금지의 원칙에 위반되지 않더라도 주된 행정행위의 효과를 무의미하게 만드는 경우라면 그러한 부관은 비례원칙에 반하는 하자 있는 부관이 된다.

② 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 2009.05.28, 2007두17427).

- ④ 제1종 보통면허로 운전할 수 있는 차량을 음주운전한 경우에 이와 관련된 면허인 제1종 대형면허와 원동기장치자전거면허까지 취소할 수 있음

제1종 대형면허 소지자는 제1종 보통면허로 운전할 수 있는 자동차와 원동기장치자전거를, 제1종 보통면허 소지자는 원동기장치자전거까지 운전할 수 있도록 규정하고 있어서 제1종 보통면허로 운전할 수 있는 차량의 음주운전은 당해 운전면허뿐만 아니라 제1종 대형면허로도 가능하고, 또한 제1종 대형면허나 제1종 보통면허의 취소에는 당연히 원동기장치자전거의 운전까지 금지하는 취지가 포함된 것이어서 이들 세 종류의 운전면허는 서로 관련된 것이라고 할 것이므로 제1종 보통면허로 운전할 수 있는 차량을 음주운전 한 경우에 이와 관련된 면허인 제1종 대형면허와 원동기장치자전거면허까지 취소할 수 있는 것으로 보아야 한다(대법원 1994. 11. 25, 94누9672).

■ **정답** ④

04 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.
 ④ 국립대학의 대학입학고사 주요요강은 행정쟁송의 대상인 행정처분에 해당되지만 헌법소원의 대상인 공권력의 행사에는 해당되지 않는다.

■ **해설** ① 행정입법부작위에 대한 구제방법으로 부작위위법확인소송이라는 항고소송은 할 수 없음

행정소송은 구체적 사건에 대한 법률상 분쟁을 법에 의하여 해결함으로써 법적 안정을 기하자는 것이므로 부작위위법확인소송의 대상이 될 수 있는 것은 구체적 권리의무에 관한 분쟁이어야 하고 추상적인 법령에 관하여 제정의 여부 등은 그 자체로서 국민의 구체적인 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 것이 아니어서 그 소송의 대상이 될 수 없는 바, 대통령이 대통령령을 제정하지 아니한 행정입법부작위의 위법확인을 구하는 이 사건 소는 부적법하다(대법원 1992.5.8, 91누11261).

② 두밀분교 폐교 조례, 항정신병 치료제의 요양급여 인정기준에 관한 보건복지부 고시, 약제급여·비급여목록 및 급여상한금액표를 규정한 보건복지부 고시는 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 법률관계를 직접 규율하므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당 한다. 그러나 의료기관의 명칭표시판에 진료과목을 함께 표시하는 경우 그 글자의 크기를 의료기관 명칭을 표시하는 글자크기의 2분의 1 이내로 제한하고 있는 규정은 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다(대법원 2007. 4. 12, 2005두15168).

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(대법원 1995.6.30. 93추83).

④ 국립대학인 서울대학교의 "94학년도 대학입학고사주요요강"은 사실상의 준비행위 내지 사전안대로서 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 틀림 없을 것으로 예상되어 그로 인하여 직접적으로 기본권 침해될 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 헌법소원외에 달리 구제방법이 없다(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68).

■ 정답 ③

05 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 이행 강제금 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 ① 경제적이고 신속한 행정상 강제집행수단이 법률에 규정되어 있는 경우 민사상 강제집행으로의 도피는 허용되지 않는다. 대법원도 행정대집행의 절차가 인정되는 경우에는 따로 민사소송의 방법으로 피고들에 대하여 이 사건 시설물의 철거를 구하는 것은 허용되지 않는다고 한다(대법원 2009.6.11, 2009다1122).

② 대법원 2006.12.8, 2006마470

③ 이행강제금은 의무위반에 대한 제재가 아니라 장래의 의무이행을 확보하기 위한 수단이라는 점에서 의무위반에 대한 제재로써 과하는 행정벌과는 구별된다. 따라서 이행강제금은 행정벌과 그 성질·목적 달리하므로 병과해서 행할 수 있으며 의무를 이행할 때까지 계속 부과할 수 있다(대법원 2005.08.19, 2005마30).

④ 전통적 견해는 이행강제금은 비대체적 작위의무와 부작위의무 위반에 한정되고, 대체적 작위의무에는 부과할 수 없다고 한다. 그러나 헌법재판소는 행정강제금은 대체적 작위의무의 위반에 대하여도 부과될 수 있고, 대집행과 이행강제금을 선택적으로 활용하는 것은 중첩적인 제재에 해당한다고 볼 수 없다는 입장이다(헌재 2004.2.26, 2001헌바80).

■ 정답 ②

06 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.

■ 해설 ① 사람이 점유하고 있는 토지·건물 등의 인도는 실력으로 점유를 풀어 점유이전을 하지 행하지 않으면 목적을 달성할 수 없으므로 대집행에 의한 강제할 수 없다(대법원 1998. 10. 23, 97누157).

② 부작위의무의 위반에 대하여는 유형적 결과의 시정을 명하는 방법(철거명령 등)을 통해 작위의무로 전환시킨 뒤 그 작위의무위반을 이유로 대집행을 할 수 있다. 그러나 작위의무를 부과하는 법적 근거가 있어야 한다(대법원 1996.6.28, 96누4374). 그런데 이러한 작위의무로의 전환을 근거법령에서 규정하고 있는 경우에는 문제가 없으나, 그러한 근거규정이 없는 경우에도 부작위의무로부터 작위의무가 당연히 도출되지는 않는다.

③ 행정대집행법 제3조 제1항의 계고처분은 그 계고처분 자체만으로는 행정적 법률효과를 발생하는 것은 아니나, 같은 법 제3조 제2항의 대집행명령을 발급하고 대집행을 하는데 전제가 되는 것이므로 행정처분이라 할 수 있고 따라서 행정소송의 대상이 될 수 있다(대법원 1962.10.18, 62누117). 그러나 제2차, 제3차로 행한 계고처분은 새로운 철거의무를 부과한 것이 아니고 다만 대집행기한의 연기통지에 불과하므로 행정처분이 아니다(대법원 1994.10.28, 94누5144).

④ 위법한 행정대집행이 완료되면 그 처분의 무효확인 또는 취소를 구할 소의 이익은 없다 하더라도, 미리 그 행정처분의 취소판결이 있어야만, 그 행정처분의 위법임을 이유로 한 손해배상 청구를 할 수 있는 것은 아니다(대법원 1972.4.28 72다337).

07 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
- 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 보조금반환 청구소송

■ **해설** ② 입찰보증금의 국고귀속조치는 국가가 사법상의 재산권의 주체로서 행위하는 것이지 공권력을 행사하는 것이거나 공권력 작용과 일체성을 가진 것이 아니라 할 것이므로 이에 관한 분쟁은 행정소송이 아닌 민사소송의 대상이 될 수밖에 없다고 할 것이다(대법원 1983. 12. 27, 81누336).

①③④는 당사자소송에 해당한다.

실질적 당사자소송	① 대립되는 당사자 사이의 공법상의 법률관계에 관한 다툼으로서, 그 일방당사자를 피고로 하는 소송 ② 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 총회결의의 효력을 다투는 소송은 공법상 당사자소송에 해당 함 ⇨ [비교판례] 구 도시 및 주거환경정비법에 따른 주택재건축정비사업조합이 수립한 사업시행계획이 인가고시를 통해 확정된 후의 쟁송 방법은 항고소송 ⇨ [비교판례] 주택재개발정비사업조합과 조합장 또는 조합임원 사이의 선임, 해임 등을 둘러싼 법률관계에 대한 소송은 민사소송 ③ 한국전력공사가 한국방송공사로부터 수신료징수업무를 위탁받아 자신의 고유업무와 관련된 고지행위와 결합하여 수신료를 징수할 권한이 있는지 여부를 다투는 소송 ④ 광주민주화운동관련보상등에관한법률에 의한 보상금청구 ⇨ [비교판례] 민주화운동관련자 명예회복 및 보상 심의위원회의 보상금 등의 지급 대상자에 관한 결정은 행정처분에 해당하고, '민주화운동관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률'에 따른 보상금 등의 지급을 구하는 소송의 형태는 항고소송 ⑤ 하천법 중 개정법률 부칙 제2조의 규정에 의한 보상청구권의 소멸시효가 만료된 하천구역 편입토지 보상에 관한 특별조치법' 제2조 제1항의 규정에 의한 손실보상금의 지급을 구하거나 손실보상청구권의 확인을 구하는 소송 ⑥ 이주대책에서 세입자의 주거이전비 보상청구권 ⑦ 사업시행자가 환매권자를 상대로 하는 환매가격의 증감에 관한 소송 ⑧ 구 도시재개발법에 의한 재개발조합에 대하여 조합원 자격확인을 구하는 소송 ⑨ 태극무공훈장을 수여받은 자임을 확인을 구하는 소송 ⑩ 영관생계보조기금의 권리자임을 확인을 구하는 소송 ⑪ 광주시립합창단원에 대한 재위촉 거부 ⑫ 서울특별시립무용단 단원의 해촉에 대한 다툼 ⑬ 전문직공무원인 공중보건의사의 채용계약해지의 의사표시에 관한 다툼 ⑭ 지방전문직공무원인 서울특별시 경찰국 산하 서울대공전술연구소 소장 채용계약채용계약해지 등에 관한 소송 ⑮ 공무원연금관리공단의 퇴직연금 일부의 지급거부에 대한 소송 ⇨ [비교판례] 공무원연금관리공단의 급여에 관한 결정은 행정처분으로서 항고소송의 대상이 됨 ⑯ 공무원연금관리공단이 퇴직연금 중 일부금액에 대하여 지급거부의 의사표
----------------------	---

	시를 한 경우 미지급 퇴직연금의 지급을 구하는 소송 ⑰ 석탄산업법시행령 소정의 재해위로금 지급청구소송 ⑱ 석탄산업법에 의한 석탄가격안정지원금청구소송 ⑲ 보조사업자에 대한 지방자치단체의 보조금반환청구소송 ㉔ 부가가치세법상 환급청구 ㉔ 지방소방공무원이 자신이 소속된 지방자치단체를 상대로 초과근무수당의 지급을 구하는 청구에 관한 소송은 당사자소송의 절차에 따라야 함
형식적 당사자소송	① 실질적으로는 행정청의 처분 등을 다투는 것이나, 형식적으로는 처분 등의 효력을 다투지 않고 처분청을 피고로 하지도 않고, 그 대신 처분 등으로 인해 형성된 법률관계를 다투기 위해 관련 법률관계의 일방 당사자를 피고로 하여 제기하는 소송 ② 공익사업을위한토지등의취득및손실보상에관한법률에 의하면 보상금재결에 불복하는 경우 보상금청구소송을 제기하는 자가 토지소유자 또는 관계인인 경우 사업시행자를, 사업시행자인 경우에는 토지소유자 또는 관계인을 피고로 하여 제기하도록 하고 있다(법 제85조 제2항). ③ 지적재산권에 관한 소송 특허법 제191조, 실용신안법 제35조, 상표법 제86조, 디자인보호법 제75조 등

정답 ②

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

- ① 당연무효의 행정처분을 대상으로 하는 행정소송에서도 사정 판결을 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 ① 사정판결은 취소소송에서만 인정된다. 무효등확인소송에서 사정판결이 인정되지 않는 이유는 처분의 하자가 중대하고 명백한 경우까지 법적 안정성과 공공복리를 우선시하는 것은 법치국가원리와 국민의 권익구제에 반하기 때문이다(대법원 1996. 3. 22, 95누5509).

② 대법원 2001.1.19, 99두9674

③ 사정판결은 본안심리를 통하여 원고의 청구가 이유 있을 것, 즉 처분이 위법하여야 한다. 처분이 적법한 경우에는 당연히 청구기각판결을 할 것이기 때문에 사정판결의 문제는 일어날 여지가 없다.

④ 처분 등의 취소가 현저히 공공복리에 적합하지 않을 것이 사정판결의 요건 중에 하나이다. 판례는 처분 등의 취소가 현저히 공공복리에 적합하지 않을 것에 대하여 “사정판결을 극히 엄격한 요건 아래 제한적으로 하여야 하고, 그 요건인 현저히 공공복리에 적합하지 아니한가의 여부를 판단함에 있어서는 위법·부당한 행정처분을 취소·변경하여야 할 필요와 그 취소·변경으로 인하여 발생할 수 있는 공공복리에 반하는 사태 등을 비교衡量하여 그 적용 여부를 판단하여야 한다(대법원 1999.3.9, 98두18565).”라고 하여 이익衡量을 기준으로 판단한다.

정답 ①

09 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 부당이득 반환청구가 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 ① 사립학교 교원에 대한 학교법인의 해임처분은 행정소송에 의할 수 없고 민사소송절차에 의함
사립학교 교원은 학교법인 또는 사립학교 경영자에 의하여 임면되는 것으로서 사립학교 교원과 학교법인의 관계를 공법상의 권력관계라고는 볼 수 없으므로 사립학교 교원에 대한 학교법인의 해임 처분을 취소소송의 대상이 되는 행정처분의 처분으로 볼 수 없고, 따라서 학교법인을 상대로 한 불복은 행정소송에 의할 수 없고 민사소송절차에 의할 것이다(대법원 1993.2.12. 92누14707).
- ② 행정처분의 취소를 구하는 취소소송에 당해 처분의 취소를 선결문제로 하는 부당이득반환청구가 병합된 경우, 그 청구가 인용되려면 소송절차에서 당해 처분의 취소가 확정되어야 하는 것은 아님
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. 대법원 2008두23153).
- ③ 신설되는 항만의 명칭결정 등의 취소를 구하는 소송에 대하여 지방자치단체들이 제3자 소송참가신청을 한 사안에서, 그 소송 결과에 따라 침해되는 법률상 이익이 없어 위 신청은 부적법
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 항만을 어떻게 호칭하고 다른 항만과 구별하여 특정할 것인가의 문제에 불과할 뿐이고 그 항만에 부여되는 지리적 명칭에 따라 그 항만의 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 2008.05.29. 2007두23873).
- ④ 대법원 판례는 “행정처분에 대한 무효확인과 취소청구는 서로 양립할 수 없는 청구로서 주위적·예비적 청구로서만 병합이 가능하고 선택적 청구로서의 병합이나 단순 병합은 허용되지 아니한다(대법원 1999.8.20. 97누6889).”고 판시하고 있다.

■ 정답 ④

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.

- 해설 ① 압류재산은 통화를 제외하고는 매각하여 금전으로 환가하여야 하는데 원칙적으로 공매에 의하여야 하며(국세징수법 제61조), 예외적으로 수의계약이 허용된다(동법 제62조).
- ② 세무서장은 압류한 재산의 공매에 전문지식이 필요하거나 그 밖에 특수한 사정이 있어 직접 공매하기에 적당하지 아니하다고 인정할 때에는 한국자산관리공사(구 성업공사)로 하여금 공매를 대행하게 할 수 있으며 이 경우의 공매는 세무서장이 한 것으로 본다(국세징수법 제61조 제5항).
- ③ 국세의 경우 강제징수에 대한 불복은 행정심판법의 규정을 적용하지 아니하므로 중앙행정심판위원회에 행정심판을 제기하는 것이 아니라, 개별법령에 특별한 규정이 없는 한 국세기본법이 적용된다. 국세기본법상 당해 세무서장 또는 소관 지방국세청장에게 이의신청, 국세청장에게 심사청구 또는 조세심판원장에게 심판청구를 제기한다. 당해 세무서장 또는 소관 지방국세청장에게 하는 이의신청은 임의적 절차이다. 행정심판에 해당하는 국세청장에게 심사청구와 조세심판원장에게 대한 조세심판청구는 필요적 행정심판전치주의이다. 다만 국세청장에게 하는 심사청구와 조세심판원장에게 대한 조세심판청구는 중복하여 제기할 수 없고, 둘 중 하나의 절차만 거치면 행정소송을 제기할 수

있다.

④ 대법원 1984.09.25 84누201

■ 정답 ①

11 행정정보의 공개에 대한 판례의 입장이 아닌 것은?

- ① 구 공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령 제2조 제1호가 정보공개 의무기관으로 사립 대학교를 들고 있는 것은 모법의 위임범위를 벗어난 것으로 위법하다.
- ② 청구인이 공공기관에 대하여 정보공개를 청구하였다가 거부 처분을 받은 것 자체가 법률상 이익의 침해에 해당한다.
- ③ 청구대상정보를 기재할 때는 사회일반인의 관점에서 청구대상 정보의 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 ① 사립대학교는 국비의 지원을 받는 않는 범위에서도 정보공개 의무가 있는 공공기관에 해당 함

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

② 거부처분을 받은 것 그 자체가 법률상 이익의 침해에 해당 함 ⇒ 추가로 어떤 법률상의 이익을 가 질 것을 요구하는 것은 아님

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).

③ 대법원 2007.6.1, 2007두2555

④ 대법원 2010.2.11, 2009두6001

■ 정답 ①

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 처분 은 위법하지만 당연무효인 것은 아니다.
- ② 청문서가 행정절차법 에서 정한 날짜보다 다소 늦게 도달 하였을 경우에도, 당사자가 이 에 대하여 이의하지 아니하고 청문일에 출석하여 의견을 진술하였다면 청문서 도달기간 을 준수하지 않은 하자는 치유된다.
- ③ 행정청은 행정절차법 제38조에 따른 공청회와 병행하여서만 정보통신망을 이용한 공청 회(전자공청회)를 실시할 수 있다.
- ④ 청문 주재자는 당사자등의 전부 또는 일부가 정당한 사유 없이 청문기일에 출석하지 아 니한 경우라도 이들에게 다시 의견진술 및 증거제출의 기회를 주지 아니하고는 청문을 마칠 수 없다.

■ 해설 ① 판례는 재량행위는 물론이고, 기속행위의 경우에도 청문·이유제시 등 절차의 하자를 이유로 행정행 위의 취소를 구할 수 있다고 판시하여 절차상의 하자가 행정행위의 독자적 위법사유가 된다고 보 고 있다. 또한 다수 판례는 행정절차의 하자를 취소사유로 보고 있다.

② 청문서 도달기간을 다소 어겼지만 영업자가 이의하지 아니한 채 청문일에 방어의 기회를 충분히 가 진 경우라면 하자는 치유 됨

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 치유 되었다고 봄이 상당하다(대법원 1992.10.23, 92누2844).

③ 전자공청회 ⇒ 반드시 통상의 공청회와 병행하여서만 실시

행정청은 공청회와 병행하여서만 정보통신망을 이용한 공청회(전자공청회)를 실시할 수 있다(제38조의2).

④ 청문주재자는 당사자등의 전부 또는 일부가 정당한 사유없이 청문기일에 출석하지 아니하거나 의견서를 제출하지 아니한 경우에는 이들에게 다시 의견진술 및 증거제출의 기회를 주지 아니하고 청문을 마칠 수 있다.

그러나 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(행정절차법 제35조).

■ 정답 ④

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 기준만 으로 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 개최과정 에서 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 심판 대상이 된다.

■ 해설 ① 헌재결 2004.4.29, 32003헌마814

② 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.

대통령의 비상계엄의 선포나 확대 행위는 고도의 정치적·군사적 성격을 지니고 있는 행위라 할 것이므로, 그것이 누구에게도 일견하여 헌법이나 법률에 위반되는 것으로서 명백하게 인정될 수 있는 등 특별한 사정이 있는 경우라면 몰라도, 그러하지 아니한 이상 그 계엄선포의 요건 구비 여부나 선포의 당·부당을 판단할 권한이 사법부에는 없다고 할 것이나, 비상계엄의 선포나 확대가 국헌문란의 목적을 달성하기 위하여 행하여진 경우에는 법원은 그 자체가 범죄행위에 해당하는지의 여부에 관하여 심사할 수 있다(대법원 1997. 4. 17, 96도3376).

③ 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 북한 측에 사업권의 대가 명목으로 송금한 행위 자체는 헌법상 법치국가의 원리와 법 앞에 평등원칙 등에 비추어 볼 때 사법심사의 대상이 된다(대법원 2004. 3. 26, 2003도7878).

④ 헌재결 1996.2.29, 93헌마189

■ 정답 ③

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 없

는 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.

■ 해설 ① 경업자소송에서 허가를 통해 얻은 기존업자의 이익은 주로 반사적 이익이고, 특허를 통해서 얻은 기존업자의 이익은 주로 법률상 이익에 해당한다. 따라서 허가를 받은 경업자에게는 원고적격이 부정되나, 특허사업의 경업자는 특별한 사정이 없는 한 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(대법원 1994.09.09. 93누22234).

③ 사법시험 제2차 시험 불합격처분 이후에 새로이 실시된 제2차와 제3차 시험에 합격한 사람은 불합격처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없음
사법시험에 최종합격한 것은 합격자가 사법연수생으로 임명될 수 있는 전제요건이 되는 것일 뿐이고, 그 자체만으로 합격한 자의 법률상의 지위가 달라지게 되는 것이 아니므로, 사법시험 제2차 시험에 관한 불합격처분 이후에 새로이 실시된 제2차 및 제3차 시험에 합격하였을 경우에는 더 이상 위 불합격처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없다고 보아야 할 것이다(대법원 2007.09.21. 2007두12057).

④ 고등학교에서 퇴학처분을 당한 후 고등학교졸업학력검정고시에 합격한 경우라도 퇴학처분의 취소를 구할 소의 이익이 인정 됨

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(대법원 1992.07.14. 91누4737).

■ 정답 ①

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 자동차운전면허정지 처분-지방경찰청장
- ④ 중앙노동위원회의 처분-중앙노동위원회 위원장

■ 해설 ① 교육·학예에 관한 도의회의 조례 - 교육감

② 지방의회의 지방의회의원에 대한 징계의결 - 지방의회

③ 내부위임을 받은 경찰서장의 권한 없는 자동차운전면허정지 처분 - 경찰서장

상급행정청으로부터 내부위임을 받은 데 불과한 하급행정청이 권한없이 한 행정처분에 대한 행정소송의 피고는 실제로 처분을 행한 수입청인 하급행정청을 피고로 하여야 한다(대법원 1991.2.22. 90누5641).

④ 중앙노동위원회의 처분 - 중앙노동위원회 위원장

합의제행정기관이 한 처분에 대하여는 그 합의제의 대표가 아닌 합의제행정청 자체가 피고가 된다. 다만, 특별한 규정이 있는 경우, 예를 들어 중앙노동위원회의 처분에 대한 소는 중앙노동위원회 위원장을 피고로 한다(노동위원회법 제27조).

■ 정답 ④

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 무하자재량 행사청구권이나 행정개입청구권에는 적용되지 않는다.

■ 해설 ① 구 건축법 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 1999.12.07. 97누17568).

- ② 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 것이라면, 공무원이 그와 같은 직무상 의무를 위반함으로써 인하여 피해자가 입은 손해에 대하여는 상당인과관계가 인정되는 범위 내에서 국가가 배상책임을 지는 것이다(대법원 2003.04.25. 2001다59842).

즉 공무원의 직무행위는 공익뿐만 아니라 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위한 사익보호성이 인정될 때 국가배상책임이 인정된다.

- ③ 임용 여부의 응답은 인용권자의 재량사항이 아닌
원고로서는 그 임용신청에 대하여 임용 여부의 응답을 받을 권리가 있다고 할 것이며, 응답할 것인지 여부조차 임용권자의 편의재량사항이라고는 할 수 없다(대법원 1991. 2. 12. 90누5825).
- ④ 개인적 공권이 성립하기 위해서는 사익보호성도 그 요건 중에 하나이다. 일반적인 개인적 공권의 성립요건인 사익보호성은 무하자재량 행사청구권이나 행정개입청구권에도 적용된다.

■ 정답 ②

17 건축법에는 건축허가를 받으면 국토의 계획 및 이용에 관한 법률에 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 형질변경 불허가 사유를 들고 있는 경우, 甲은 건축불허가처분취소 청구소송에서 형질변경불허가 사유에 대하여도 다툴 수 있다.
- ③ 건축불허가처분을 하면서 건축불허가 사유 외에 형질변경 불허가 사유를 들고 있는 경우, 그 건축불허가처분 외에 별개로 형질변경불허가처분이 존재한다.
- ④ 甲이 건축불허가처분에 관한 쟁송과는 별개로 형질변경불허가 처분취소소송을 제기하지 아니한 경우 형질변경불허가 사유에 관하여 불가쟁력이 발생한다.

■ 해설 ① 인·허가가 의제되는 경우 주된 인허가인 건축허가절차를 거치면 형질변경허가절차를 별도로 거치지 않아도 된다.

- ②③ 건축불허가처분에 관한 쟁송과는 별개로 형질변경불허가처분이나 농지전용불허가처분에 대하여 독립하여 행정소송을 제기 할 수는 없음 ⇒ 건축불허가처분에 관한 쟁송에서 건축법상의 건축불허가 사유뿐만 아니라 같은 도시계획법상의 형질변경불허가 사유나 농지법상의 농지전용불허가 사유에 관하여도 다툴 수 있음
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 건축불허가처분

에 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 아니다(대법원 2001.1.16. 99두10988).

- ④ 건축불허가처분 외에 별개로 형질변경불허가처분이나 농지전용불허가처분이 존재하는 것이 아니므로 형질변경불허가 사유에 관하여 불가쟁력이 발생하지 않는다.

■ 정답 ②

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 하자로 인하여 인가처분의 취소 또는 무효 확인도 소구할 수 있다.
- ④ 도시 및 주거환경정비법 상의 조합설립인가처분은 특허의 성질을 가진다.

■ 해설 ① 기본행위가 부존재하거나 무효인 경우에는 인가 자체는 적법하다 할지라도 그 대상을 결여하므로 보충성에 비추어 인가도 무효이며, 기본행위는 당연히 효력을 발생할 수 없다(대법원 1987. 8. 18. 86누152).

- ② 유효하게 성립된 인가일지라도 기본행위가 적법하게 취소되거나 실효되면 인가도 당연히 효력을 상실한다(대법원 1983. 12. 27. 82누491).

③ **기본행위의 하자가 있음을 이유로 하자가 없는 인가를 항고소송의 대상으로 할 수 없음**
기본이 되는 정관변경결의에 하자가 있을 때에는 그에 대한 인가가 있었다 하더라도 기본행위인 정관변경결의가 유효한 것으로 될 수 없으므로, 기본행위인 정관변경결의가 적법·유효하고 보충행위인 인가처분 자체에만 하자가 있다면 그 인가처분의 무효나 취소를 주장할 수 있지만, 인가처분에 하자가 없다면 기본행위에 하자가 있다 하더라도 기본행위의 무효를 내세워 바로 그에 대한 행정청의 인가처분의 취소 또는 무효확인을 소구할 법률상의 이익이 없다(대법원 1996. 5. 16. 95누4810).

- ④ 재개발조합설립인가신청에 대한 행정청의 조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 가지는 것이 아니라 법령상 일정한 요건을 갖추는 경우 행정주체(공법인)의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성질을 가진다고 보아야 한다(대법원 2010.1.28. 2009두4845).

■ 정답 ③

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.

■ 해설 ① 부령인 시행규칙 또는 지방자치단체의 규칙의 형식으로 정한 처분기준에서 제재적 행정처분을 받은 것을 가중사유나 전제요건으로 삼아 장래의 제재적 행정처분을 하도록 정하고 있는 경우, 선행 처분인 제재적 행정처분을 받은 상대방이 그 처분에서 정한 제재기간이 경과하였다 하더라도 그 처분의 취소를 구할 법률상 이익은 인정 된다(대법원 2006. 6. 22. 2003두1684).

(해설) 종전 대법원의 다수의견은 당해 불이익처분이 법규명령형식의 행정규칙에 규정되어 있는 경우에는 이 규정의 법적 성질을 행정규칙으로 보고, 소의 이익이 없다고 보았다(대법원 1995.10.7,

94누14148). 그러나 2003두1684 전원합의체 판결은 가중처벌을 받을 위험이 현실적으로 존재하는 경우에는, 선행처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 보아야 한다(대법원 2006. 6. 22, 2003두1684)."고 판시하여 종전의 견해를 변경하였다.

- ② 집행정지는 취소소송과 무효등확인소송이 제기된 경우에 가능하다(행정소송법 제23조 제2항, 제38조 제1항). 항고소송이라도 부작위위법확인소송과 거부처분 취소소송에서는 집행정지는 허용되지 않는다. 취소소송이더라도 거부처분에 대한 취소소송에 있어서는 그 효력을 정지하여도 신청인의 법적 지위는 거부처분이 없는 상태, 즉 신청시의 상태로 돌아가는 것에 그치고 만다. 따라서 거부처분에 대한 집행정지신청은 신청의 이익이 없어 부적법한 것이 된다.
- ③ 대결 2006.6.2, 2004마1148,1149
- ④ 행정소송법 제13조 제1항

■ 정답 ①

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 허가 조건의 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 개정 되었고 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 ① 수익적 행정행위의 직권취소의 경우에 별도의 법적 근거가 필요하다고 주장하는 법적 근거필요설도 있으나 법률적합성의 원칙 또는 처분청의 처분권에는 취소권이 당연히 포함되어 있다는 점을 등한으로 볼 때 처분청은 자신의 위법·부당한 처분을 법적 근거 없이도 취소할 수 있는 것으로 보는 법적 근거불요설이 통설적 견해이다.

판례도 "행정행위를 한 처분청은 그 행위에 하자가 있는 경우에는 별도의 법적 근거가 없더라도 스스로 이를 취소할 수 있다(대법원 1986. 2. 25, 85누664)."라고 하여 통설과 같은 견해를 취하고 있다.

- ② 대법원 1995.11.10, 94누 11866
- ③ 구 건설업법 시행 당시에 건설업자가 도급받은 건설공사 중 전문공사를 그 전문공사를 시공할 자격 없는 자에게 하도급한 행위에 대하여 건설산업기본법 시행 이후에 과징금 부과처분을 하는 경우, 과징금의 부과상한은 건설산업기본법 부clr 제5조 제1항에 의하여 피적용자에게 유리하게 개정된 **건설산업기본법 제82조 제2항**에 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).
- ④ 조세 부과에 근거가 되었던 법률규정이 위헌으로 선언된 경우, 위와 같은 위헌결정 이후에 조세채권의 집행을 위한 새로운 채납처분에 착수하거나 이를 속행하는 것은 더 이상 허용되지 않고, 나아가 이러한 위헌결정의 효력에 위배하여 이루어진 채납처분은 그 사유만으로 하자가 중대하고 객관적으로 명백하여 당연무효라고 보아야 한다(대법원 2012.2.16, 2010두10907 전원합의체).

■ 정답 ④