2015.04.18 국가직 9급 [행정법총론] 사책형

해설 : 임병주 (윌비스공무원학원 행정법교수)

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

해설

④ 결정재량이 인정되는 경우에도 개인의 신체, 생명 등 중요한 법익에 급박하고 현저한 침해의 우려가 있는 경우 재량권이 영으로 수축되어 특정처분을 해야 할 의무가 발생하고 사익보호성이 인정되는 경우 행정개입청구권이 인정된다. ①② 재량권의 일탈이란 재량권의 외적 한계를 벗어난 것을 말하고, 재량권의 남용이란 재량권의 내적 한계를 벗어난 것을 말한다. 다만 판례는 양자를 구별하지 않고 혼용하고 있다. ③ 재량의 불행사란 행정청이 자신에게 부여된 재량권을 고려가능한 모든 관점을 고려하여 행사한 것이 아닌 경우를 말한다. 재량권을 전혀 행사하지 않은 경우와 재량권을 충분히 행사하지 않은 경우가 있다.

문 2. 강학상 예외적 승인에 해당하지 않는 것은?

① 치료목적의 마약류사용허가

② 재단법인의 정관변경허가

③ 개발제한구역 내의 용도변경허가

④ 사행행위 영업허가

정답 ②

해설

② 재단법인의 정관변경허가는 강학상 인가에 해당한다. ①③④는 예외적 허가의 예들이다.

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 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.

정답 ④

해설

④ 제1종 보통면허로 운전할 수 있는 차량을 음주운전한 경우 제1종 보통면허의 취소 외에 동일인이 소지하고 있는 제1종 대형면허와 원동기장치자전거면허까지 취소할 수 있고 부당결부금지의 원칙에 반하지 않는다(대판 94누9672).

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 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.

정답 ③

해설

③ 일반적으로 법률의 위임에 의하여 효력을 갖는 법규명령이 경우 구법에 위임의 근거가 없어 무효였더라도 사후에 법개정으로 위임의 근거가 부여되면 그 때부터 유효한 법규명령이 되나, 반대로 구법의 위임에 의한 유효한 법규명령이 법개정으로 위임의 근거가 없어지게 되면 그 때부터 무효인 법규명령이 된다(대판 1995.6.30.,93추83). ① 부작위위법확인소송의 대상이 될 수 있는 것은 구체적인 권리의무에 관한 분쟁이어야 하고 추상적인 법령에 관하여 제정의 여부 등은 그 자체로서 국민의 구체적인 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 것이 아니어서 행정소송의 대상이 될 수 없다(대판 1992.5.8.,91누11261).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., 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 기본권침해를 받게 되는 사람에게는 사실상의 규범작용으로 인한 위험성이 이미 현실적으로 발생하였다고 보아야 할 것이므로 이느 ㄴ헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 공권력의 행사에 해당된다고 할 것이다(헌재 1992.10.1.,92헌마68·76).

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 당연무효이다.

③ 이행강제금은 형벌과 병과될 경우 이중처벌금지원칙에 반한다.

④ 이행강제금은 비대체적 작위의무 위반에만 부과될 뿐 대체적 작위의무의 위반에는 부과될 수 없다.

정답 ②

해설

② 대판 2006.12.8.,2006마470 ① 행정대집행의 절차가 인정되는 경우에는 따로 미사소송의 방법으로 공작물의 철거, 수거등을 구할 수는 없다(대판 2000.5.12.,99다18909). ③ 이행강제금은 형벌이 아니므로 형사처벌과 이행강제금의 부과는 그 처벌 내지 제재대상이 되는 기본적 사실관계로서의 행위를 달리하며, 또한 그 보호법익과 목적에

서도 차이가 있으므로 헌법 제13조 제1항이 금지하는 이중처벌에 해당한다고 할 수 없다(헌재 2004.2.26.,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(헌재 2004.2.26.,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

해설

① 건축물의 철거는 행정청의 대집행이 가능하지만 토지의 명도는 비대체적 의무로서 대집행의 대상이 되지 않는다. ② 부작위의무로부터 그 의무를 위반함으로써 생긴 결과를 시정하기 위한 작위의무를 당연히 끌어 낼 수는 없으며, 금지규정으로부터 작위의무, 즉 위반결과의 시정을 명하는 권한이 당연히 추론되는 것도 아니다(대판 1996.6.28.,96누4374). ④ 위법한 대집행이 완료되면 그 처분의 무효확인 또는 취소를 구할 소의 이익은 없다 하더라도, 미리 그 행정처분의 취소판결이 있어야만 그 행정처분의 위법임을 이유로 손해배상청구를 할 수 있는 것은 아니다(대판 1972.4.28.,72다337).

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

정답 ②

해설

② 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에 따른 입찰보증금 국고귀속조치의 취소를

구하는 소송는 민사소송이라는 것이 대법원의 입장이다. ①③④ 당사자소송의 대상이라는 것이 판례이다.

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

해설

①③④ 사정판결은 처분이 위법한 경우라도 이를 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 않는 경우 처분을 취소하지 않고 원고청구를 기각하는 판결이다. 취소소송에서만 인정되고 처분이 무효인 경우 인정되지 않는다. ② 법원이 사정판결을 할 필요가 있다고 인정하는 때에는 당사자의 명백한 주장이 없는 경우에도 일건 기록에 나타난 사실을 기초로 하여 직권으로 사정판결을 할 수 있다(대판 1995.7.28.,95누4629).

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 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.

정답 ④

해설

④ 대판 1999.8.20., 97누6889 ① 사립학교 교원은 학교법인 또는 사립학교 경영자에 의하여 임면되는 것으로서 사립학교 교원과 학교법인의 관계를 공법상의 권력관계라고는 볼 수 없으므로 사립학교 교원에 대한 학교법인의 해임처분을 취소소송의 대상이 되는 행정청의 처분으로 볼 수 없고, 따라서 학교법인을 상대로 한 불복은 행정소송에 의할 수 없고 민사소송절차에 의할 것이다(대판 1993.02.12., 92누13707). ② 행

정소송법 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(대판 2009.04.09., 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., 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

해설

① 압류재산의 매각은 공정성을 확보하기 위하여 원칙적으로 공공기관에 의해 이루어지는 공매에 의하고, 예외적으로 거래상대방을 임의로 선택하는 수의계약이 허용된다. ② 국세징수법 제61조 제6항 제5항에 따라 압류한 재산의 공매를 한국자산관리공사가 대행하는 경우에는 "세무서장"은 "한국자산관리공사"로, "세무공무원"은 "한국자산관리공사의 직원(임원을 포함한다. 이하 같다)"으로, "공매를 집행하는 공무원"은 "공매를 대행하는 한국자산관리공사의 직원"으로, "세무서"는 "한국자산관리공사의 본사·지사 또는 출장소"로 본다. ③ 압류처분에 대한 행정소송은 세무서장에게 이의신청, 국세청장에게 심사청구와 국세심판원에 심판청구를 중복하여 제기할 수 없고, 심사청구와 심판청구의 양자 중 어느 하나는 반드시 거치되 어느 하나만 거치고 바로 행정소송을 제기할 수 있다. ④ 대판 1984.9.25., 84누201

문 11. 행정정보의 공개에 대한 판례의 입장이 아닌 것은?

① 구 「공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령」 제2조 제1호가 정보공개의무기

관으로 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

해설

① 공공기관정보공개에관한법률 시행령 제2조 제1호가 정보공개의무를 지는 공공기관의 하나로 사립대학교를 들고 있는 것이 모법인 구 공공기관의 정보공개에 관한 법률의 위임범위를 벗어났다거나 사립대학교가 국비의 지원을 받는 범위내에서만 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). ④ 대판 2003.3.11.,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

해설

④ 청문 주재자는 당사자등의 전부 또는 일부가 정당한 사유 없이 청문기일에 출석하지 아니하거나 제31조 제3항에 따른 의견서를 제출하지 아니한 경우에는 이들에게

다시 의견진술 및 증거제출의 기회를 주지 아니하고 청문을 마칠 수 있다(행정절차법 제35조 제1항). ① 청문절차 위반에 대해 판례는 주로 취소사유로 보고 있다. 대판 2007.11.16.,2005두15700 ② 대판 1992.10.23.,92누2844 ③ 행정절차법 제38조의 2 제1항

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

해설

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 북한측에 사업권의 대가 명목으로 송금한 행위 자체는 헌법상 법치국가의 원리와 법 앞에 평등원칙 등에 비추어 볼 때 사법심사의 대상이 된다(대판 2004.03.26., 2003도7878). ① 헌재 2004.10.21., 2004헌마554·556 ② 대판 1997.4.17.,96도3376 ④ 헌재 1996.2.29.,93헌바186

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 다툴 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

해설

① 경업자소송을 인정할 것인가에 대해 일반적으로 강학상 허가업은 허가로 인해 얻는 영업상 이익이 반사적 이익에 불과하여 기존업자가 신규허가를 다투는 것이 허용되지 않지만, 강학상 특허업은 특허로 인해 보호받는 경영상의 이익이 있으므로 신규허가를 다툴 수 있다고 본다. ② 대법원은 원천징수의무자의 원천징수행위는 항고소송의 대상되는 처분에 해당하지 않으므로 원천징수를 다툴 법률상 이익을 인정하지 않는다. ③ 대판 1996.2.23.,95누2865 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., 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

해설

④ 노동위원회법 제27조 제1항에 의하여 중앙노동위원회의 처분은 중앙노동위원회위원장을 피고로 소를 제기할 수 있다. ① 교육·학예에 관한 도의회의 조례는 공포권자인 교육감을 피고로 소송을 제기할 수 있다. ② 지방의회의 지방의회의원에 대한 징계의결은 지방의회를 상대로 소송을 제기할 수 있다는 것이 판례이다. ③ 내부위임을 받은 경찰서장의 권한 없는 자동차운전면허정지처분은 무효이며 실제처분청인 경찰서장을 상대로 무효확인소송을 제기할 수 있다.

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

해설

② 국가배상책임이 인정되는 공무원의 직무행위는 사인의 사익보호성이 인정되는 직무가 되어야 한다는 것이 판례이다. 즉 공무원에게 부과된 직무상의 의무가 부수적이라도 개개 국민의 이익을 위해 부과된 것이어야 한다. 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 것은 아니다. 규제권발동여부는 행정청의 재량이기 때문이다. ③ 검사임용여부는 임용권자의 자유재량이지만 조리사 임용권자는 임용신청자들에게 전형이 결과인 임용여부의 응답을 해줄 의무가 있다고 보아야 하고, 원고로서는 그 임용신청에 대해 임용여부의 응답을 받을 권리가 있다고 할 것이며 응답할 것인지 여부조차 임용권자의 편의재량사항이라고는 할 수 없다(대판 1991.2.12.,90누5825). ④ 무하자재량행사청구권이나 행정개입청구권도 사익보호성이 인정되어야 성립된다.

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 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.

정답 ②

해설

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**(대판 2001.01.16., 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 다툴 수 있고, 기본행위의 하자를 이유로 인가처분의 취소 또는 무효확인도 소구할 수 있다.

④ 「도시 및 주거환경정비법」상의 조합설립인가처분은 특허의 성질을 가진다.

정답 ③

해설

③① 강학상 인가는 기본행위의 효력을 보충적 완성하는 행위로 기본행위가 불성립 또는 무효로 되는 경우에는 설혹 인가를 받더라도 그 기본행위가 유효로 되는 것은 아니며 인가도 무효로 된다. 따라서 기본행위에 하자가 있는 경우 기본행위의 하자를 다투어야지 이를 이유로 적법한 이가처분의 무효확인이나 취소를 구할 법률상 이익 없다는 것이 판례이다. ② 인가 당시에는 유효하게 성립된 인가라 하더라도 뒤에 그 기본행위가 취소되거나 실효되면 별도의 무효선언이나 취소처분이 없더라도 인가는 그 효력을 잃는다 할 것이다. ④ 대판 2009.9.24.,2008다60568

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 있은 뒤에 그 처분등에 관계되는 권한이 다른 행정청에 승계된 때에는 이를 승계한 행정청을 피고로 한다.

정답 ①

해설

① 제재적 처분기준이 부령인 시행규칙에 규정되어 있더라도 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 수 밖에 없으므로 제재적 행정처분이 제재기간의 경과로 소멸되었다고 하더라도 제재적 행정처분을 받은 것을 가중사유로 삼아 장래의 제재적 행정처분을 하도록 시행규칙에 규정된 경우 제재처분의 취소를 구할 이익이 있다(대판 2006.6.22.,2003두1684). ② 거부처분이나 부작위는 집행정지로 인해 얻을 실익이 없다는 점에서 집행정지신청을 인정하지 않는 것이 판례이다. ③ 소송의 당사자능력은 인격체가 되어야 하므로 자연물은 당사자능력이 인정되지 않는다. ④ 행정소송법 제13조 제1항

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 있은 후 그 법률을 근거로 한 행정처분은 중대한 하자이기는 하나 명백한 하자는 아니므로 당연무효는 아니다.

정답 ④

해설

④ 위헌결정 전 법률에 근거한 처분은 취소사유이지만 이미 위헌결정난 법률을 근거로 행정처분한 경우 근거되는 법률이 없는 것이어서 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효라는 것이 판례이다(대판 2002.6.28.,2001다60873).① 행정청의 직권취소의 경우 별도의 법적 근거를 요하지 않는다는 것이 판례이다. ② 허가에 붙은 기한이 부당하게 단기인 경우 이를 종기로 보지 않고 갱신기간으로 봐서 그 기한이 도래함으로써 조건의 개정을 고려한다는 것이 판례이다. ③ 법령이 변경된 경우 특별한 규정이 없는 한 그 변경전에 발생한 사항에 대하여는 변경 후의 신 법령이 아니라 변경 전의 구 법령이 적용되어야 한다. 이를 행위시법주의라 한다.