

국가직 9급 행정법총론(4/25)

01. 재량권의 한계에 대한 설명으로 옳은 것은? 2015년 국가 9급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- 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.

 출제 영역 및 유형 : 재량권의 남용과 일탈, 이론+판

해설 레

- ① [X] : **재량권의 일탈**이란 재량권의 외적 한계(법적·객관적 한계)를 벗어난 것을 말하고, **재량권의 남용**이란 재량권의 내적 한계(재량권이 부여된 내재적 목적)를 벗어난 것을 말한다.
- ② [X] : 학자들의 일반적 경향은 재량권의 일탈과 재량권의 남용을 구분하고 있다. 그러나 판례는 재량권의 일탈과 재량권의 남용을 명확히 구분하지 않고 있으며, 재량권의 행사에 ‘재량권의 일탈 또는 남용’이 없는지 여부를 판단한다. 또한 재량권의 한계가 재량권의 일탈에 속하는지 재량권의 남용에 속하는지를 판단할 실익도 없다. 어떠한 재량권의 한계이든지 위반하게 되면 그 재량권 행사는 위법하게 된다.
- ③ [X] : **재량권의 불행사**란 행정청이 재량행위를 기속행위로 오인하여 재량권을 전혀 행사하지 않거나 충분히 행사하지 않는 것을 말하는데, 이 재량권의 불행사도 재량권 남용의 한 형태로서 위법하게 된다. 따라서 재량은 반드시 행사해야 하는 의무이며, 이를 행사하지 않으면 안 된다.
- ④ [O] : **재량권이 영(0)으로 수축되기 위한 요건**으로는 (1) 사람의 생명, 신체, 재산 등 중요한 법익에 급박하고 현저한 침해의 우려(위험)가 존재할 것, (2) 그러한 우려(위험)를 행정권의 발동으로 제거할 수 있을 것, (3) 피해자의 개인적 노력으로 권익침해의 방지가 충분히 이루어질 수 없는 경우일 것 등이 있다.

[정답] ④

02. 강학상 예외적 승인에 해당하지 않는 것은? 2015년 국가 9급 [중요도 ★★, 난이도 中]

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

해설  출제 영역 및 유형 : 예외적 승인·인가, 이론+판례

- ① [O], ③ [O], ④ [O] : 예외적 승인(예외적 허가)이란 사회적으로 해악이 큰 관계로 법령이 억제적 금지로 규정해 두고, 예외적으로 그 금지를 해제하여 승인해 주는 것을 말한다. 예컨대 치료목적의 아편·마약류사용허가, 마약류 취급허가(이전 있음), 개발제한구역 내 용도변경(건축)허가, 학교환경위생정화구역 내 유흥음식점 허가, 자연공원 내 단란주점 영업허가 또는 산림훼손토지형질변경허가, 카지노·경마장 등의 사행행위 영업허가 등이 이

에 해당한다.

- ② [X] : 「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 전합 1996.5.16. 95누4810).

[정답] ②

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

2015년 국가 9급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- 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 부당결부금지원칙에 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.

 출제 영역 및 유형 : 부당결부금지 및 비례의 원칙, 이론+판

해설 레

- ① [O] : 부관의 내용은 적법하고 이행 가능하여야 하며 비례의 원칙 및 평등의 원칙, 부당결부금지의 원칙 등에 적합하고 행정처분의 본질적 효력을 해하지 아니하는 한도의 것이어야 한다(대판 1997.3.14. 96누16698 ; 대판 2004.3.25. 2003두12837). 따라서 부관이 부당결부금지원칙에 반하지 않으려면 부관이 주된 행정행위와 실제적 관련성이 있어야 하나, 그러한 실제적 관련성이 인정되는 경우라 해도 그 부관이 주된 행정행위의 효과를 무의미하게 만들 정도라면 그 부관은 비례의 원칙에 위반되는 하자 있는 부관이 된다.
- ② [O] : 지방자치단체장이 사업자에게 주택사업계획승인을 하면서 그 주택사업과는 아무런 관련이 없는 토지를 기부채납하도록 하는 부관을 주택사업계획승인에 붙인 경우, 그 부관은 부당결부금지의 원칙에 위반되어 위법하지만, 지방자치단체장이 승인한 사업자의 주택사업계획은 상당히 큰 규모의 사업임에 반하여, 사업자가 기부채납한 토지 가액은 그 100분의 1 상당의 금액에 불과한 데다가, 사업자가 그 동안 그 부관에 대하여 아무런 이의를 제기하지 아니하다가 지방자치단체장이 업무착오로 기부채납한 토지에 대하여 보상협조요청서를 보내자 그 때서야 비로소 부관의 하자를 들고 나온 사정에 비추어 볼 때, 부관의 하자가 중대하고 명백하여 당연무효라고는 볼 수 없다고 할 것이다(대판 1997.3.11. 96다49650).
- ③ [O] : 수익적 행정처분을 취소하거나 중지시키는 경우에는 이미 부여된 그 국민의 기대권을 침해하는 것이 되므로, 비록 취소 등의 사유가 있다고 하더라도 그 취소권 등의 행사는 기대권의 침해를 정당화 할 만한 중대한 공익상의 필요 또는 제3자의 이익보호의 필요가 있는 때에 한하여 상대방이 받는 불이익과 비교교량하여 결정하여야 하고, 그 처분으로 인하여 공익상의 필요보다 상대방이 받게 되는 불이익 등이 막대한 경우에는 재량권의 한계를 일탈한 것으로서 그 자체가 위법하다(대판 1991.5.14. 90누9780 ; 대판 2004.11.26. 2003두10251).
- ④ [X] : 한 사람이 여러 종류의 자동차운전면허를 취득하는 경우뿐 아니라 이를 취소 또는 정지하는 경우에 있어서

도 서로 별개의 것으로 취급하는 것이 원칙이기는 하나, 자동차운전면허는 그 성질이 대인적 면허일 뿐만 아니라 「도로교통법 시행규칙」 제26조 [별표 14]에 의하면, 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 음주운전한 경우에** 이와 관련된 면허인 **제1종 대형면허와 원동기장치자전거면허까지 취소할 수 있는 것으로 보아야 한다**(대판 1994.11.25. 94누9672).

[정답] ④

04. 행정입법에 대한 판례의 입장으로 옳은 것은? 2015년 국가 9급 [중요도 ★★★★★, 난이도 中]

- ① 행정입법부작위는 부작위위법확인소송의 대상이 된다.
- ② 의료기관의 명칭표지판에 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 출제 영역 및 유형 : 행정입법, 이론+판례

- ① [X] : 행정소송은 구체적 사건에 대한 법률상 분쟁을 법에 의하여 해결함으로써 법적 안정을 기하지는 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 없다(대판 1992.5.8. 91누11261).
- ② [X] : 의료기관의 명칭표지판에 진료과목을 함께 표시하는 경우 글자 크기를 제한하고 있는 구 「의료법 시행규칙」 제31조는 그 자체로서 국민의 구체적인 권리의무나 법률관계에 직접적인 변동을 초래하지 아니하므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다(대판 2007.4.12. 2005두15168).
- ③ [O] : 일반적으로 법률의 위임에 의하여 효력을 갖는 **법규명령**의 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. 93후83).
- ④ [X] : 국립대학인 서울대학교의 '94학년도 대학입학고사 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」 제68

조 제1항 소정의 공권력의 행사에 해당된다고 할 것이며, 이 경우 헌법소원 외에 달리 구제방법이 없다
(헌재 1992.10.1. 92헌마68).

[정답] ③

05. 행정의 실효성 확보수단에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
2015년 국가 9급 [중요도 ★★★, 난이도 下]

- 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.

해설 출제 영역 및 유형 : 이행강제금, 판례

- ① [X] : 사법상의 강제집행은 사법상 의무의 불이행이 있는 경우에 권리자 스스로 집행할 수 없고 법원의 판결 및 집행기관에 의한 집행에 의해 권리를 실현하는 타력강제(他力強制)이나, 행정상의 강제집행은 행정법상 의무의 불이행이 있는 경우에 법원의 힘을 빌리지 않고 행정주체 스스로 고유의 집행기관의 도움을 받아 강제적으로 권리를 실현시키는 자력강제(自力強制)이다. 따라서 행정상 강제집행이 가능한 경우에는 민사상 강제집행은 허용되지 않는다. 판례도 행정대집행의 절차가 인정되는 경우에는 따로 민사소송의 방법으로 시설물의 철거·수거 등 공법상 의무의 이행을 구하는 것은 허용되지 않는다(대판 2009.6.11. 2009다1122; 대판 2000.5.12. 99다18909).
- ② [O] : 구 「건축법」상의 이행강제금은 구 「건축법」의 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 당연히무효이다(대결 2006.12.8. 2006마470).
- ③ [X] : 「건축법」 제108조에 의한 무허가 건축행위에 대한 형사처벌과 「건축법」 제80조 제1항에 의한 시정명령 위반에 대한 이행강제금의 부과는 그 처벌 내지 제재대상이 되는 기본적 사실관계로서의 행위를 달리하며, 또한 그 보호법익과 목적에서도 차이가 있으므로 「헌법」 제13조 제1항이 금지하는 이중처벌에 해당한다고 할 수 없다 (헌재 2004.2.26. 2001헌마80; 대결 2005.8.19. 2005마30).
- 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(헌재 2004.2.26. 2001헌마80).

[정답] ②

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

2015년 국가 9급 [중요도 ★★★, 난이도 下]

- 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 출제 영역 및 유형 : 대집행, 이론+판례

- ① [X] : **행정대집행의 대상이 되는 의무**는 건축물·불법광고물 등의 철거의무, 건물의 수리의무, 건물의 청소·소독의무 등과 같은 공법상의 대체적 작위의무이어야 한다. 그러나 **토지·건물의 인도(명도)의무 및 점유자의 퇴거의무**는 사람을 실력으로 배제하여야 하는 비대체적 작위의무이므로 대집행을 할 수 없다(대판 1998.10.23. 97누157; 대판 2005.8.19. 2004다2809).
- ② [O] : 단순한 부작위의무의 위반, 즉 관계 법령에 정하고 있는 절대적 금지나 하가를 유보한 상대적 금지를 위반한 경우에는 당해 법령에서 그 위반자에 대하여 위반에 의하여 생긴 유형적 결과의 시정을 명하는 행정처분의 권한을 인정하는 규정을 두고 있지 아니한 이상, 법치주의의 원리에 비추어 볼 때 위와 같은 부작위의무로부터 그 의무를 위반함으로써 생긴 결과를 시정하기 위한 작위의무를 당연히 끌어낼 수는 없으며, 또 위 **금지규정**(특히 하가를 유보한 상대적 금지규정)으로부터 작위의무, 즉 위반 결과의 시정을 명하는 권한이 당연히 추론되는 것도 아니다(대판 1996.6.28. 96누4374).
- ③ [O] : **대집행의 계고**는 행정청이 그의 우월적인 입장에서 의무자에게 대하여 상당한 이행기한을 정하고 그 기한 내에 이행을 하지 않을 경우에는 대집행을 한다는 의사를 통지하는 준법률적 행정행위이며, 「행정소송법」상 처분에 해당하여 항고소송의 대상이 될 수 있다(대판 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(대판 1972.4.28. 72다337).

[정답] ①

07. 당사자소송에 해당하지 않는 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2015년 국가 9급 [중요도 ★★, 난이도 下]

- 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 보조금반환청구소송

해설 출제 영역 및 유형 : 당사자소송, 판례

- ① [O] : 납세의무자에 대한 국가의 부가가치세 환급세액 지급의무에 대응하는 국가에 대한 납세의무자의 부가가치세 환급세액 지급청구는 민사소송이 아니라 「행정소송법」 제3조 제2호에 규정된 당사자소송의 절차에 따라야 한다(대판 전합 2013.3.21. 2011다95564).
- ② [X] : **입찰보증금의 국고귀속조치**는 국가가 사법상의 재산권의 주체로서 행하는 것이지 공권력을 행사하는

것이거나 공권력 작용과 일체성을 가진 것이 아니라 할 것이므로 이에 관한 분쟁은 행정소송이 아닌 민사소송의 대상이 될 수밖에 없다고 할 것이다(대판 1983.12.27. 81누366).

③ [O] : 공무원연금관리공단이 퇴직연금 중 일부 금액에 대하여 지급거부의 의사표시를 하였다고 하더라도 그 의사표시는 퇴직연금청구권을 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 [O] : 지방자치단체가 보조금 지급결정을 하면서 일정 기한 내에 보조금을 반환하도록 하는 교부조건을 부가한 경우, 보조사업자의 지방자치단체에 대한 보조금 반환의무는 행정처분인 위 보조금 지급 결정에 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 대상이라고 할 것이다(대판 2011.6.9. 2011다2951).

[정답] ②

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

2015년 국가 9급 [중요도 ★★, 난이도 下]

- 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.

 출제 영역 및 유형 : 사정판결, 법령++판

해설 레

① [X] : 제28조(사정판결)는 무효등확인소송에 준용되지 않는다(행정소송법 제38조 제1항). 즉 당연무효의 행정처분을 소송목적물로 하는 행정소송에서는 존치시킬 효력이 있는 행정행위가 없기 때문에 「행정소송법」 제28조 소정의 사정판결을 할 수 없다(대판 1996.3.22. 95누5509).

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 것이다(대판 2006.12.21. 2005두16161 ; 대판 2006.9.22. 2005두2506).

③ [O], ④ [O] : 원고의 청구가 이유 있다고 인정하는 경우에도 처분 등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정하는 때에는 법원은 원고의 청구를 기각할 수 있다. 이 경우 법원은 그 판결의 주문에서 그 처분 등이 위법함을 명시하여야 한다(행정소송법 제28조 제1항). 즉 사정판결은 처분이 위법하여 원고의 청구가 이유 있다고 인정하는 경우에도 처분 등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정되어 원고의 청구를 기각하는 것이다.

09. 행정소송에 대한 판례의 입장으로 옳은 것은? 2015년 국가 9급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- 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 출제 영역 및 유형 : 소송의 병합·참가 등, 판례

① [X] : 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 1993.2.12. 92누13707). 다만 사립학교 교원에 대한 해임처분에 대한 구제방법으로 학교법인을 상대로 한 민사소송 이외에 행정소송(항고소송)을 제기하는 방법도 있다(대판 1993.2.12. 92누13707). 즉 사립학교 교원에 대한 징계처분 등 그 의사에 반한 불리한 처분에 대하여 「교원지위향상을 위한 특별법」 제9조·제10조의 규정에 따라 교원소청심사위원회에 소청심사를 청구하고 이에 불복하여 행정소송을 제기하는 경우, 소송의 대상이 되는 행정처분은 학교법인의 징계처분이 아니라 교원소청심사위원회의 결정이므로 그 결정이 행정심판으로서의 재결에 해당하는 것은 아니라 할 것이고, 이 경우 처분청인 교원소청심사위원회가 항고소송의 피고가 되는 것이며, 그러한 법리는 교원소청심사위원회의 결정이 있는 후에 당해 사립학교의 설립자가 국가나 지방자치단체로 변경된다고 하여 달라지지 아니하는 것이다(대판 1994.12.9. 94누6666).

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(대판 2009.4.9. 2008두23153).

③ [X] : 「행정소송법」 제16조 소정의 **제3자의 소송참가**가 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 2008.5.29. 2007두23873).

④ [O] : 행정처분에 대한 **무효확인**과 **취소청구**는 서로 양립할 수 없는 청구로서 주위적·예비적 청구로서만 병합이 가능하고 선택적 청구로서의 병합이나 단순병합은 허용되지 아니한다(대판 1999.8.20. 97누6889).

10. 행정상 강제징수의 대한 설명으로 옳지 않은 것은? 2015년 국가 9급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- 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.

출제 영역 및 유형 : 강제징수, 법령++판

해설

- ① [X] : 행정상 강제징수는 크게 독촉과 체납처분으로 이루어지는데, 그 중 체납처분은 압류 ⇨ 매각 ⇨ 청산의 3단계절차로 행해진다. 여기서 매각은 체납자의 압류재산을 금전으로 바꾸는 것(환가)을 말하는데, 이는 공정성을 확보하기 위해 통화를 제외한 압류재산은 원칙적으로 공매(국세징수법 제61조)에 의하되 보통적으로 수의계약(국세징수법 제62조)에 의할 수도 있다. 이 때 공매는 형성적 행정행위 중 대리이나 수의계약은 사법상의 매매계약이다.
- ② [O] : 세무서장은 압류한 재산의 공매에 전문 지식이 필요하거나 그 밖에 특수한 사정이 있어 직접 공매하기에 적당하지 아니하다고 인정할 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 한국자산관리공사로 하여금 공매를 대행하게 할 수 있으며, 이 경우의 공매는 세무서장이 한 것으로 본다(국세징수법 제61조 제5항).
- ③ [O] : 위법한 처분에 대한 행정소송은 「행정소송법」 제18조 제1항 본문·제2항 및 제3항에도 불구하고 「국세기본법」에 따른 심사청구 또는 심판청구와 그에 대한 결정을 거치지 아니하면 제기할 수 없다(국세기본법 제56조 제2항).
- ④ [O] : 과세관청이 체납처분으로서 행하는 공매는 우월한 공권력의 행사로서 행정소송의 대상이 되는 공법상의 행정처분이며 공매에 의하여 재산을 매수한 자는 그 공매처분이 취소된 경우에 그 취소처분의 위법을 주장하여 행정소송을 제기할 법률상 이익이 있다(대판 1984.9.25. 84누201).

[정답] ①

11. 행정정보의 공개에 대한 판례의 입장이 아닌 것은? 2015년 국가 9급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- 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 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 출제 영역 및 유형 : 정보공개, 판례

- ① [X] : 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제2조 제3호 라목은 “그 밖에 대통령령으로 정하는 기관”을 ‘공공기관’으로 규정하고 있고, 「같은 법 시행령」 제2조 제1호는 “대통령령으로 정하는 기관”에 「유아교육법」, 「초·중등교육법」, 「고등교육법」에 따른 각급 학교 또는 그 밖의 다른 법률에 따라 설치된 학교를 포함시키고 있어, 사립대학교는 정보공개 의무가 있는 공공기관에 해당한다. 그리고 「공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령」 제2조 제1호가 정보공개 의무를 지는 공공기관의 하나로 사립대학교를 들고 있는 것이 헌법이 정한 대학의 자율성 보장 이념 등에 반하거나 모법인 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」의 위임 범위를 벗어났다거나 사립대학교가 국비의 지원을 받는 범위 내에서만 공공기관의 성격을 가진다고 볼 수 없다(대판 2013.11.28. 2011두5049 ; 대판 2006.8.24. 2004두2783).
- ② [O] : 정보공개 청구권은 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(대판 2004.9.23. 2003두1370).
- ③ [O] : 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제10조 제1항 제2호는 정보의 공개를 청구하는 자는 정보공개청구서에 ‘공개를 청구하는 정보의 내용’ 등을 기재할 것을 규정하고 있는데, 청구대상정보를 기재함에 있어서는 사회 일반인의 관점에서 청구대상정보의 내용과 범위를 확정할 수 있을 정도로 특정함을 요한다(대판 2007.6.1. 2007두2555).
- ④ [O] : 법원이 정보공개 거부처분의 위법 여부를 심리한 결과, 공개가 거부된 정보에 비공개 대상 정보에 해당하는 부분과 공개가 가능한 부분이 혼합되어 있으며, 공개 청구의 취지에 어긋나지 아니하는 범위 안에서 두 부분을 분리할 수 있다고 인정할 수 있을 때에는, 공개가 거부된 정보 중 공개가 가능한 부분을 특정하고, 판결의 주문에 정보공개 거부처분 중 공개가 가능한 정보에 관한 부분만을 취소한다고 표시하여야 한다(대판 2010.2.11. 2009두6001 등).

[정답] ①

12. 「행정절차법」상 청문 또는 공청회 절차에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2015년 국가 9급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- 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 있다.

해설 출제 영역 및 유형 : 청문·공청회, 법령+판례

- ① [O] : 행정청이 특히 침해적 행정처분을 할 때 그 **처분의 근거 법령 등에서 청문을 실시하도록 규정하고 있다면** 「행정절차법」 등 관련 법령상 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당하지 않는 한 반드시 청문을 실시하여야 하며, 그러한 **절차를 결여한 처분은 위법한 처분으로서 취소사유에 해당한다**(대판 2007.11.16. 2005두15700).
- ② [O] : 행정청이 **청문서 도달기간을 다소 어겼다 하더라도** 영업자가 이에 대하여 **이의하지 아니한 채 스스로 청문일에 출석하여 그 의견을 진술하고 변명하는 등 방어의 기회를 충분히 가졌다**면 청문서 도달기간을 준수하지 아니한 하지는 치유되었다고 봄이 상당하다(대판 1992.10.23. 92누2844).
- ③ [O] : 행정청은 제38조에 따른 공청회와 병행하여서만 정보통신망을 이용한 공청회(이하 “전자공청회”라 한다)를 실시할 수 있다(제38조의2 제1항).
- ④ [X] : 청문 주재자는 당사자 등의 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(제35조 제2항).

[정답] ④

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

2015년 국가 9급 [중요도 ★★, 난이도 下]

- 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 비상재엄의 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 긴급재경제명령은 고도의 정치적 결단에 의하여 발동되는 이른바 통치행위에 속하지만 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 헌법재판소의 심판대상이 된다.

해설 출제 영역 및 유형 : 통치행위, 판례

- ① [O] : 일반사법 이라크파병결정은 대통령이 파병의 정당성뿐만 아니라 북한 핵 사태의 완만한 해결을 위한 동맹국과의 관계, 우리나라의 안보문제, 국·내외 정치관계 등 국익과 관련한 여러 가지 사정을 고려하여 파병부대의 성격과 규모, 파병기간을 국가안전보장회의의 자문을 거쳐 결정한 것으로, 그 후 국무회의의 심의·의결을

거쳐 국회의 동의를 얻음으로써 헌법과 법률에 따른 절차적 정당성을 확보했음을 알 수 있다. 그렇다면 위 파견 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 헌법재판소가 사법적 기준만으로 이를 심판하는 것은 자제되어야 한다(헌재 2004.4.29. 2003헌마814).

- ② [O] : **대통령의 비상계엄의 선포나 확대 행위**는 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 경우**에는 법원은 그 자체가 범죄행위에 해당하는지의 여부에 관하여 심사할 수 있다(대판 전합 1997.4.17. 96도3376).
- ③ [X] : 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 기획재정부장관에게 신고하지 아니하거나 통일부장관의 협력사업 승인을 얻지 아니한 채 북한 측에 사업권의 대가 명목으로 송금한 행위 자체는 헌법상 범죄국가의 원리와 법 앞에 평등원칙 등에 비추어 볼 때 **사법심사의 대상이 된다**(대판 2004.3.26. 2003도7878).
- ④ [O] : 대통령의 긴급재정·경제명령은 국가긴급권의 일종으로서 고도의 정치적 결단에 의하여 발동되는 행위이고 그 결단을 존중하여야 할 필요성이 있는 행위라는 의미에서 이른바 통치행위에 속한다고 할 수 있으나, 통치행위를 포함하여 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 한계를 반드시 지켜야 하는 것이고, 헌법재판소는 헌법의 수호와 국민의 기본권 보장을 사명으로 하는 국가기관이므로 비록 고도의 정치적 결단에 의하여 행해지는 국가작용이라고 할지라도 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 된다(헌재 1996.2.29. 93헌마186).

[정답] ③

14. 취소소송의 원고적격 및 협의의 소익에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2015년 국가 9급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- ① 허가를 받은 영업자에게는 원고적격이 인정되나, 특허사업의 영업자는 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.

출제 영역 및 유형 : 원고적격·소익, 이론+판

해설 레

- ① [X] : 허가로 인해 누리는 경영상 이익은 원칙적으로 반사적 이익이나, 특허로 인해 누리는 이익은 법률상 이익(권리)의 성질을 갖는다. 즉 「식품위생법」상 영업허가는 강학상 허가로 그 상대방에게 적극적으로 배타적 권리를 설정하여 주는 것이 아니고 자연적 자유를 회복시키는 것에 불과하여 그 자는 반사적 이익을 가질 뿐이다. 그러나 「하천법」상 점용허가는 강학상 특허에 해당하는 것으로 그 상대방에게 적극적으로 배타적 권리를 설정

하여 주는 것으로 그 상대방에게 직접 일정한 법적 효과, 즉 권리를 발생시킨다.

② [O] : 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 1994.9.9. 93누22234).

③ [O] : 「사법시험법」 제1조 내지 제12조, 「법원조직법」 제72조의 각 규정을 종합하여 보면, 사법시험에 최종합격한 것은 합격자가 사법연수생으로 임명될 수 있는 전제조건이 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(대판 2007.9.21. 2007두12057).

④ [O] : 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 1992.7.14. 91누4737).

[정답] ①

15. 항고소송에서 처분과 피고가 옳게 연결된 것은?

2015년 국가 9급 [중요도 ★★, 난

이도 中]

- 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 출제 영역 및 유형 : 피고적격, 법령+판례

① [X] : 조례가 집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생하는 경우 그 조례는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하고, 이러한 조례에 대한 항고소송의 피고는 지방의회가 아니라 지방자치단체의 집행기관으로서 공포권이 있는 지방자치단체의 장(교육·학예에 관한 조례인 경우 시·도 교육감)이 된다. 예컨대 공립초등학교 분교를 폐지하는 것과 같은 교육에 관한 조례에 대한 취소소송(대판 1996.9.20. 95누7994)과 무효확인소송(대판 1996.9.20. 95누8003)은 그 집행기관인 시·도 교육감을 피고로 하여야 한다.

② [X] : 지방의회는 지방자치단체 내부의 의결기관일 뿐 지방자치단체의 의사를 외부에 표시하는 기관이 아니므로 원칙적으로 항고소송의 피고가 될 수 없다. 그러나 예외적으로 지방의회의 의장선출(대판 1995.1.12. 94누2602), 지방의회 의장에 대한 불신임의결(대결 1994.10.11. 94두23), 지방의회의 의원징계(제명)의결(대판 1993.11.26. 93누7341) 등을 다루는 소송의 피고는 모두 지방의회이다.

③ [X] : 내부위임의 경우에 수임관청이 그 위임된 바에 따라 위임관청의 이름으로 권한을 행사하였다면 그 처분청은 위임관청이므로 그 처분의 취소나 무효확인을 구하는 소송의 피고는 위임관청으로 삼아야 한다(대판 1991.10.8. 91누520). 그러나 내부위임을 받은 자에 불과하여 원행정청명의를 밝히지 아니하고는 그의 명의로 처분 등을 할 권한이 없는 행정청이 권한 없이 그의 명의로 한 처분에 대하여도 처분명목자인 행정청이 피고가 되어야 할 것이다(대판 1995.12.22. 95누14688 ; 대판 1994.8.12. 94누2763). 즉 내부위임

의 경우에는 누구 명의로 하였는가에 따라서 피고가 결정된다.

- ④ [O] : 토지수용위원회, 한국저작권위원회, 국민권익위원회, 교원소청심사위원회, 공정거래위원회 등 합의제 행정기관의 처분에 대한 소는 그 합의제 행정기관의 장이 아니라 합의제 행정기관을 피고로 한다. 그러나 중앙노동위원회의 처분에 대한 소는 중앙노동위원회위원장을 피고로 하여 제기하여야 한다(노동위원회법 제27조 제1항).

[정답] ④

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

2015년 국가 9급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- 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.

 출제 영역 및 유형 : 개인적 공권, 이론+

해설 판례

- ① [X] : 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 관능을 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 1999.12.7. 97누17568).
- ② [O] : 국가배상책임에 있어서 상당인과관계가 인정되기 위하여는 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(대판 2010.9.9. 2008다77795 ; 대판 2011.9.8. 2011다34521 등).
- ③ [X] : 검사의 임용 여부는 임용권자의 자유재량에 속하는 사항이나, 임용권자가 동일한 검사신규임용의 기회에 원고를 비롯한 다수의 검사지원자들로부터 임용신청을 받아 전형을 거쳐 자체에서 정한 임용기준에 따라 이들 일부만을 선정하여 검사로 임용하는 경우에 있어서 법령상 검사임용신청 및 그 처리의 제도에 관한 명문 규정이 없다고 하여도 조리상 임용권자는 임용신청자들에게 전형의 결과인 임용 여부의 응답을 해 줄 의무가

있다고 할 것이며, 응답할 것인지 여부조차도 임용권자의 편의재량사항이라고는 할 수 없다(대판 1991.2.12. 90누 5825).

- ④ [X] : 빌러(O. Bühler)는 강행법규의 존재, 사익보호성, 청구권능부여성(의사력·법상의 힘)이라는 개인적 공권의 3요소를 주장하였다. 그러나 최근에는 헌법상 재판청구권이 인정되고 행정소송의 개괄주의가 수용됨에 따라 청구권능부여성은 별도의 성립요건으로 보지 않게 되었다(2요소론). 따라서 공권이 인정되기 위해서는 첫째, 강행법규에 의해 행정주체(행정청)에게 일정한 행위(즉 작위·부작위)를 하여야 할 의무가 부과되어 있어야 하고, 둘째, 당해 법규의 입법취지나 목적이 공익의 추구뿐만 아니라 개인의 특정한 법률상 이익도 보호하는 것이어야 한다. 그런데 무하자재량행사청구권이나 행정개입청구권도 개인적 공권으로서 그 성립요건에 사익보호성이 요구된다.

[정답] ②

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) 2015년 국가 9급 [중요도★★, 난이도中]

- ① 甲은 건축허가절차 외에 형질변경허가절차를 별도로 거쳐야 한다.
- ② 건축불허가처분을 하면서 건축불허가 사유 외에 형질변경 불허가 사유를 들고 있는 경우, 甲은 건축불허가처분취소청구소송에서 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 형질변경불허가처분취소소송을 제기하지 아니한 경우 형질변경불허가 사유에 관하여 불가쟁력이 발생한다.

해설 출제 영역 및 유형 : 인·허가의제, 판례

- ① [X] : 인·허가의제제도는 하나의 인·허가를 받으면 다른 허가, 인가, 특허, 신고 또는 등록 등을 받은 것으로 보는 제도를 말한다. 따라서 개별 법률에 의해 인·허가의제제도가 인정되는 경우, 민원인은 주된 하나의 인·허가 담당기관에 신청하면 되고 의제를 완하는 인·허가 절차를 별도로 거칠 필요가 없다.
- ② [O], ③ [X], ④ [X] : 구 「건축법」상 건축허가를 받은 경우에는 구 「도시계획법」상 토지의 형질변경허가나 「농지법」상 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 구 「도시계획법」, 「농지법」 등 관계 법령의 규정에 적합한지의 여부를 검토하여야 하는 것일 뿐, 건축불허가처분을 하면서 그 처분 사유로 건축불허가사유뿐만 아니라 형질변경불허가사유나 농지전용불허가사유를 들고 있다고 하여 그 건축불허가처분 외에 별개로 형질변경불허가처분이나 농지전용불허가처분이 존재하는 것이 아니므로, 그 건축불허가처분을 받은 사람은 그 건축불허가처분에 관한 쟁송에서 「건축법」상의 건축불허가사유뿐만 아니라 같은 구 「도시계획법」상의 형질변경불허가사유나 「농지법」상의 농지전용불허가사유에 관하여도 다툴 수 있는 것이지, 그 건축불허가처분에 관한 쟁송과는 별개로 형질변경불허가처분이나

농지전용불허가처분에 관한 쟁송을 제기하여 이를 다투어야 하는 것은 아니며, 그러한 쟁송을 제기하지 아니하였어도 형질변경불허가사유나 농지전용불허가사유에 관하여 불가쟁력이 생기지 아니한다(대판 2001.1.16. 99두10988). ⇨ 인·허가를 거부하면서 의제되는 인·허가요건이 충족되지 않았다고 한 경우, 쟁송의 대상은 주된 인·허가에 대한 거부처분이다.

[정답 ②]

18. 인가에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2015년 국가 9급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- 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 출제 영역 및 유형 : 인가, 이론+판례

- ① [O] : 인가의 대상이 되는 기본행위가 불성립이거나 무효일 때에는 그 보충행위인 인가도 별도의 취소조치를 기다릴 필요 없이 당연무효이다. 즉 행정청의 인가가 있다고 하여 무효인 기본행위가 치유되어 유효로 되는 것은 아니다(대판 1987.8.18. 86누152 참조).
- ② [O] : 기본행위에 취소원인이 있더라도 인가가 있으면 일단 기본행위와 인가의 효력은 유지된다. 즉 기본행위를 취소할 때까지는 인가가 유효하고, 후에 기본행위가 취소되면 인가도 실효된다. ⇨ 인가 후 기본행위가 취소·해지 등으로 인하여 소멸되었다면 위 인가처분은 무효선언이나 그 취소처분이 없어도 당연히 실효된다(대판 1983.12.27. 82누491).
- ③ [X] : 인가는 제3자의 법률행위(기본행위)에 대한 법률상의 효력을 완성시키는 보충행위에 해당한다. 따라서 기본행위가 적법·유효하고 보충행위인 인가처분 자체에만 하자가 있다면 그 인가처분의 무효나 취소를 주장할 수 있다고 할 것이지만, 인가처분에 하자가 없다면 기본행위에 하자가 있다 하더라도 따로 그 기본행위의 하자를 다투는 것은 별론으로 하고 기본행위의 하자를 내세워 바로 그에 대한 인가처분의 취소 또는 무효확인을 구할 수 없다(대판 2005.10.14. 2005두1046 ; 대판 2010.12.9. 2010두1248 등).
- ④ [O] : 행정청이 「도시 및 주거환경정비법」 등 관련 법령에 근거하여 행하는 조합설립 인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것에 그치는 것이 아니라, 재건축조합에 대하여 「도시 및 주거환경정비법」상 주택재건축사업을 시행할 수 있는 권한을 갖는 행정주체(공법인)로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 갖는다고 보아야 한다(대판 2010.2.25. 2007다73598 ; 대판 2012.4.12. 2010다10986 등).

[정답 ③]

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

2015년 국가 9급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- ① 제재적 행정처분이 제재기간의 경과로 인하여 그 효과가 소멸되었고, 제재적 행정처분을 받은 것을 가중사유로 삼아 장래의 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 처분 등이 있는 뒤에 그 처분 등에 관계되는 권한이 다른 행정청에 승계된 때에는 이를 승계한 행정청을 피고로 한다.

 출제 영역 및 유형 : 원·피고적격과 소의 이익 등, 법령+판

해설 레

- ① [X] : 제재적 행정처분이 그 처분에서 정한 제재기간의 경과로 인하여 그 효과가 소멸되었으나, **부령인 시행규칙 또는 지방자치단체의 규칙(이하 ‘규칙’이라 함)의 형식으로 정한 처분기준에서 제재적 행정처분(이하 ‘선행처분’이라 함)을 받은 것을 가중사유나 전제요건으로 삼아 장래의 제재적 행정처분(이하 ‘후행처분’이라 함)을 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 담당공무원은 이를 준수할 의무가 있으므로 이들이 그 규칙에 정해진 바에 따라 행정작용을 할 것이 당연히 예견되고, 그 결과 행정작용의 상대방인 국민으로서 그 규칙의 영향을 받을 수밖에 없다. …… 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(대판 2006.6.22. 2003두1684).
- 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 데 아무런 보탬이 되지 아니하여 그 효력정지를 구할 이익이 없다(대결 1995.6.21. 95두26 ; 대결 2005.1.17. 2004무48).
- ③ [O] : 도롱뇽은 천성산 일원에 서식하고 있는 도롱뇽목 노루농과에 속하는 양서류로서 자연물인 도롱뇽 또는 그를 포함한 자연 그 자체로서는 소송을 수행할 당사자능력을 인정할 수 없다(대판 2006.6.2. 2004마1148).
- ④ [O] : 취소소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분 등을 행한 행정청을 피고로 한다. 다만, 처분 등이 있는 뒤에 그 처분 등에 관계되는 권한이 다른 행정청에 승계된 때에는 이를 승계한 행정청을 피고로 한다(행정소송법 제13조 제1항).

[정답] ①

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

2015년 국가 9급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- 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 행위 시의 법령보다 불리하게 개정되었고 어느 법령을 적용할 것인지에 대하여 특별한 규정이 없다면 행위 시의 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  출제 영역 및 유형 : 무효와 취소·허가 등, 판례

- ① [O] : 행정행위를 한 처분청은 그 행위에 흠(하자)이 있는 경우 별도의 법적 근거가 없더라도 스스로 이를 취소할 수 있고, 다만 수익적 행정처분을 취소할 때에는 이를 취소하여야 할 공익상의 필요와 그 취소로 인하여 당사자가 입게 될 기득권과 신뢰보호 및 법률생활 안정의 침해 등 불이익을 비교·교량한 후 공익상의 필요가 당사자가 입을 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 한하여 취소할 수 있다(대판 2010.11.11. 2009두14934 ; 대판 2006.5.25. 2003두4669 등).
- ② [O] : 일반적으로 행정처분에 효력기간이 정하여져 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 중기가 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 [O] : 구 「건설업법」(건설산업기본법으로 전문 개정되기 전의 것) 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」 부칙 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 없다면 행위시의 시행령을 적용하여야 한다(대판 2002.12.10. 2001두3228).
- ④ [X] : 법률이 위헌으로 결정된 후 그 법률에 근거하여 발령되는 행정처분은 위헌결정의 기속력에 반하므로 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효가 된다(대판 2002.6.28. 2001두1925).

[정답] ④