

2016. 6. 25, 서울시 행정법 A 책형

남부고시학원 멘토 행정법 김진영 선생

총평

2016 서울시 행정법 총론 시험의 난이도는 중, 상 정도의 난이도이다. 지방직 난이도와 비슷하다고 볼 수 있다. 지방직과는 달리 판례를 위주로 물어보는 것이 아니라 판례, 이론, 조문을 적절히 배분 하였다. 판례의 문제가 절반이 넘는 기존 시험과 달리 다양한 영역에서 출제해서 문제유형이 조금은 익숙하지 않은 문제가 출제되었다. 이런 점이 수험생을 혼란스럽게 해서 실제로 어렵게 느낄 수 있는 문제였다. 판례 문제 7문, 이론 8문, 조문 5문으로 구성되었고, 난이도 상 문제가 약 3문제, 난이도 중 문제 약 4문제, 난이도 하 문제 약 13문제 정도로 배분되었다. 판례 문제가 주된 문제였다면 지문을 바로 보고 답이 나왔을 텐데 종합적인 문제가 출제되어서 지문을 바로 보고는 답이 나오지 않고 자세히 읽어 봐야할 지문이 출제 되었다.

1. 행정법의 법원(法源)에 대한 설명 중 가장 옳은 것은?

- ① 헌법재판소 판례에 의하면 감사원규칙은 헌법에 근거가 없으므로 법규명령으로 인정되지 않는다.
- ② 법원(法源)을 법의 인식근거로 보면 헌법은 행정법의 법원이 될 수 없다.
- ③ 관습법은 성문법령의 흠결을 보충하기 때문에 법률유보 원칙에서 말하는 법률에 해당한다.
- ④ 행정법의 일반원칙은 다른 법원(法源)과의 관계에서 보충적 역할에 그치지 않으며 헌법적 효력을 갖기도 한다

[해설]정답④ 행정법의 일반원칙은 행정법의 법원이 되며 헌법적 효력을 갖는 평등의 원칙, 비례의 원칙등도 존재한다. 옳은 지문이다. ① 감사원규칙은 헌법에 근거가 없으므로 행정규칙으로 보는 견해와 법규명령으로 보는 견해가 대립하지만 헌법의 위임에 관한 규정이 예시적이라는 헌법재판소의 견해에 의하면 감사원규칙은 법규명령으로 평가할 수 있다. ② 법원은 일반적으로 법의 인식근거가 되며 헌법은 성문의 최고 규범으로서 당연히 행정법의 법원이 된다. ③ 법률유보는 행정권의 발동은 법률의 근거를 요하는 것이며 법률유보에서의 법률은 성문의 법규만을 의미하며 관습법은 여기에 해당하지 않는다.

2. 행정행위에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 행정행위는 행정주체가 행하는 구체적 사실에 관한 법집행 작용이므로 공법상 계약, 공법상 합동행위도 행정행위에 포함된다.
- ② 구체적 사실을 규율하는 경우라도 불특정 다수인을 상대방으로 하는 처분이라면 행정행위가 아니다.
- ③ 사전결정(예비결정)은 단계화된 행정절차에서 최종적인 행정 결정을 내리기 전에 이루어지는 행위이지만, 그 자체가 하나의 행정행위이기도 하다.
- ④ 부분허가(부분승인)는 본허가 권한과 분리되는 독자적인 행정행위이기 때문에 부분허가를 위해서는 본허가 이외에 별도의 법적 근거를 필요로 한다.

[해설] 정답 ③ 예비결정은 비록 중간단계에서 행해지는 결정이기는 하지만 최종적인 법적 규율이

행해지는 것이기 때문에 그 자체로서 행정행위의 성질을 갖는다. 옳은 지문이다. ① 행정행위의 범위에 대하여 최협의설이 다수설이므로 비권력적 행위인 공법상 계약등은 행정행위에 포함되지 않는다. ② 구체적 사실을 규율하지만 불특정 다수를 규정하는 것은 일반처분에 해당한다. 이러한 일반처분도 행정행위에 해당한다는 것이 다수설의 입장이다. ④ 본허가의 법적 근거가 있다면 부분허가에 별도의 법적 근거가 있어야 하는 것은 아니다.

3. 다음 중 행정주체가 아닌 것은?

- ① 법무부장관 ② 농지개량조합 ③ 서울대학교 ④ 대구광역시

[해설] 정답 ① 행정주체는 국가, 공공단체, 공무수탁사인을 의미하므로 행정관청인 법무부장관은 행정주체가 아니다.

4. 확약에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 「행정절차법」은 확약에 관한 명문규정을 두고 있지 않다.
 ② 판례는 어업권면허에 선행하는 우선순위결정의 처분성을 인정하고 있다.
 ③ 확약을 행한 행정청은 확약의 내용인 행위를 하여야 할 자기구속적 의무를 지며, 상대방은 행정청에 그 이행을 청구할 권리를 갖게 된다.
 ④ 확약이 있는 이후에 사실적·법률적 상태가 변경되었다면 그와 같은 확약은 행정청의 별다른 의사표시 없이도 실효된다.

[해설] 정답 ② 판례는 확약의 일종인 어업권면허우선순위결정의 처분성을 부정하고 있다(대판 1995.1.20, 94누6529). ① 현행 행정절차법은 확약에 대하여 명문의 규정을 두고 있지 않다. ③ 확약을 한 행정청은 확약에 대한 자기구속적 의무가 발생하며 상대방은 확약의 이행을 요구할 권리를 갖는다. ④ 행정청이 확약 또는 공적인 의사표명을 하였다고 하더라도, 그 기간 내에 상대방의 신청이 없었다거나 확약 또는 공적인 의사표명이 있는 후에 사실적·법률적 상태가 변경되었다면, 그와 같은 확약 또는 공적인 의사표명은 행정청의 별다른 의사표시를 기다리지 않고 실효된다(대판 1996.8.20, 95누10877).

5. 행정행위의 부관에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① 허가가 갱신된 이후라고 하더라도, 갱신 전의 범위반사실을 이유로 허가를 취소할 수 있다.
 ② 부담의 불이행을 이유로 행정행위를 철회하는 경우라면 이익형량에 따른 철회의 제한이 적용되지 않는다.
 ③ 부관이 붙은 행정행위 전체를 소송의 대상으로 하였다가 부관만이 위법하다고 판단되는 경우에는 부관의 독립적 취소가 가능하다.
 ④ 기부채납의 부담을 이행하였다가 그 부담이 위법하여 취소가 되면 기부채납은 별도의 소송없이 당연히 부당이득이 된다.

[해설] 정답 ① 허가의 갱신으로 인하여 갱신전의 위법사유가 치유되는 것은 아니므로 갱신이 있는 후에도 갱신허가를 취소할 수 있다. 옳은 지문이다. ② 부담을 불이행하여 행정청이 주된 행정행위를 철회하면 상대방의 귀책사유에 의한 것이므로 상대방의 신뢰를 이유로 이익형량이 요구되지 않는다. ③ 지문의 내용은 부담이외의 일반부관에 대하여 부진정일부취소를 제기하는 내용이다. 판례는 이러한 부담 이외의 일반부관에 대하여 부진정일부취소를 인정하지 않고 있다. ④ 판례는 행정행위의 부담이 위법한 경우 이러한 부담의 이행으로 인

하여 사법상의 법률행위(기부채납)가 어떠한 효력을 발생하는가에 대하여 판례는 부담의 이행으로 인한 사법상의 법률행위는 별개의 행위라는 입장이다. 따라서 부담이 무효이거나 취소가 되어서 사법상의 기부채납이나 금전납부는 원인 없는 부당이득이 되지 않는다.

6. 행정상 손해배상(국가배상)에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① 국가배상은 공행정작용을 대상으로 하므로 국가배상청구 소송은 당사자소송이다.
- ② 대한민국 구역 내에 있다면 외국인에게도 국가배상청구권은 당연히 인정된다.
- ③ 공무원이 고의 또는 중과실로 불법행위를 하여 손해를 입힌 경우 피해자는 공무원 개인에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다.
- ④ 사무귀속주체와 비용부담주체가 동일하지 아니한 경우에는 사무귀속주체가 손해를 우선적으로 배상하여야 한다.

[해설] 정답 ③ 판례는 공무원의 행위가 고의, 중과실에 의한 경우 피해자는 국가와 공무원에 대하여 선택청구할 수 있다는 입장이다(대판 1996.2.15, 95다38677 전합). 옳은 지문이다.

① 학설은 국가배상청구를 당사자 소송의 대상으로 하고 있으나 판례는 민사소송의 대상으로 하고 있다. ② 외국인에 대하여는 상호주의에 따른 제한이 있으므로 당연히 국가배상청구권이 인정되지 않는다. ④ 사무귀속주체와 비용부담주체가 동일하지 않은 경우 양자 모두가 배상책임 진다.

7. 다음 중 사인의 공법행위에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 사인의 공법행위에는 행위능력에 관한 「민법」의 규정이 원칙적으로 적용된다.
- ② 판례에 의하면 「민법」상 비진의 의사표시의 무효에 관한 규정은 그 성질상 영업재개신고나 사직의 의사표시와 같은 사인의 공법행위에 적용된다.
- ③ 사인의 공법행위가 행정행위의 단순한 동기에 불과한 경우에는 그 하자는 행정행위의 효력에 아무런 영향을 미치지 않는다는 것이 일반적인 견해이다.
- ④ 공무원이 한 사직의사표시의 철회나 취소는 그에 터잡은 의원면직처분이 있을 때까지 할 수 있는 것이고, 일단 면직처분이 있고 난 이후에는 철회나 취소할 여지가 없다.

[해설] 정답 ② [민법]의 비진의 의사표시에 관한 무효의 규정은 사인의 공법행위에는 적용되지 않는다는 것이 판례의 입장이다. 따라서 표시된 대로 효력이 발생한다는 것이 판례의 입장이다. ① 사인의 공법행위에도 민법상의 행위능력에 관한 규정이 원칙적으로 적용된다. ③ 사인의 공법행위가 행정행위의 단순한 동기에 불과한 경우에는 행정행위의 효력에 아무런 영향을 주지 않는다(신청이 있는 줄 알고 통행금지를 해제하였으나, 신청이 없다는 것이 판명되었어도 통행금지해제는 그대로 유효하다). ④ 공무원이 한 사직의사표시의 철회나 취소는 그에 터잡은 의원면직처분이 있을 때까지 할 수 있는 것이고, 일단 면직처분이 있고 난 이후에는 철회나 취소할 여지가 없다(대판 2001.8.24, 99두9971).

8. 행정상 손실보상에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 민간기업을 토지수용의 주체로 정한 법률조항도 헌법 제23조 제3항에서 정한 공공필요를 충족하면 헌법에 위반되지 아니한다.
- ② 수용대상 토지의 보상가격이 당해 토지의 개별공시지가를 기준으로 하여 산정한 것보다 저렴하게 되었다는 사정만으로 그 보상액 산정이 위법한 것은 아니다.
- ③ 공익사업의 시행으로 지가가 상승하여 발생한 개발이익을 손실보상금액에 포함시키지 않

더라도 헌법이 규정한 정당 보상의 원리에 어긋나는 것은 아니다.

④ 토지소유자가 손실보상금의 액수를 다투고자 할 경우에는 사업시행자가 아니라 토지수용위원회를 상대로 보상금의 증액을 구하는 소송을 제기하여야 한다.

[해설] 정답 ④ 손실보상금의 증액을 구하는 소송은 형식적 당사자 소송으로서 토지수용위원회가 아닌 사업시행자만을 피고로 제기하여야 한다(공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제85조 제2항). ① 민간기업도 수용의 주체가 될 수 있다. 재산권의 수용 등은 행정기관 이외에 사인에 위해서도 인정할 수 있다. ② 관계 법령에 따라 보상액을 산정한 결과 그 보상액이 당해 토지의 개별공시지가를 기준으로 하여 산정한 지가보다 저렴하게 되었다는 사정만으로 그 보상액 산정이 잘못되어 위법한 것이라고 할 수는 없다(대판 2002.3.29, 2000두10106). ③ 대법원과 헌법재판소는 공익사업으로 인한 손실보상액의 산정에 있어서 개발이익을 배제하는 것은 헌법상 정당보상의 원리에 위반되지 않는다는 입장이다.

9. 「행정소송법」 제18조 제3항에서 규정하고 있는 행정심판을 거칠 필요가 없는 경우가 아닌 것은?

- ① 동종사건에 관하여 이미 행정심판의 기각재결이 있을 때
- ② 서로 내용상 관련되는 처분 또는 같은 목적을 위하여 단계적으로 진행되는 처분 중 어느 하나가 이미 행정심판의 재결을 거친 때
- ③ 행정청이 사실심의 변론종결 후 소송의 대상인 처분을 변경 하여 당해 변경된 처분에 관하여 소를 제기하는 때
- ④ 법령의 규정에 의한 행정심판기관이 의결 또는 재결을 하지 못할 사유가 있을 때

[해설] 정답 ④ 지문은 “행정심판을 거칠 필요가 없는 경우”가 아닌 행정심판을 거치지만 심판재결을 거칠 필요가 없는 경우이다.

10. 다음 중 행정규칙에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 대법원 판례에 의하면, 법령보충적 행정규칙은 행정기관에 법령의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여한 상위 법령과 결합하여 대외적 효력을 갖게 된다.
- ② 대법원 판례에 의하면, 법령보충적 행정규칙은 상위 법령에서 위임한 범위 내에서 대외적 효력을 갖는다.
- ③ 헌법재판소 판례에 의하면, 헌법상 위임입법의 형식은 열거적이기 때문에, 국민의 권리·의무에 관한 사항을 고시 등 행정 규칙으로 정하도록 위임한 법률 조항은 위헌이다.
- ④ 헌법재판소 판례에 의하면, 재량준칙인 행정규칙도 행정의 자기구속의 법리에 의거하여 헌법소원심판의 대상이 될 수 있다.

[해설] 정답 ③ 헌법재판소는 행정규칙에 대한 위임입법이 허용되면 헌법상 위임입법에 관한 규정이 열거적인 것이 아니라 예시적인 것으로 보았으며 행정규칙인 고시등에 일정한 사항을 위임하더라도 헌법에 위반되는 것은 아니라는 입장이다. ①② 법령보충적 행정규칙이라도 상위법령과 결합하여 일체가 되는 한도 내에서 상위법령의 일부가 됨으로써 대외적 구속력이 발생하는 것일 뿐 그 행정규칙 자체는 대외적 구속력을 갖는 것은 아니라 할 것이다(헌재결 2004.10.28, 99헌바91). ④ 행정규칙이 재량준칙이 되는 준법규의 효력을 갖는 경우 헌법재판소의 헌법소원 대상이 된다는 것이 헌법재판소의 입장이다(헌재결 2005.5.26, 2004헌마49).

11. 행정계획에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① 행정계획에는 변화가능성이 내재되어 있으므로, 국민의 신뢰보호를 위하여 계획보장청구권이 널리 인정된다.
- ② 이익형량을 전혀 하지 않았다면 위법하다고 볼 수 있으나, 이익형량의 고려사항을 일부 누락하였거나 이익형량에 있어 정당성이 결여된 것만으로는 위법하다고 볼 수 없다.
- ③ 일반적인 행정행위에 비하여 행정청에 폭넓은 재량권이 부여된다.
- ④ 행정계획은 항고소송의 대상이 될 수 없다.

[해설] 정답 ③ 행정계획에서는 계획재량이 인정되므로 일반적인 행정재량보다 재량의 범위가 확대된다. ① 계획보장청구권은 행정계획의 가변성으로 인하여 원칙적으로 인정되지 않는다. ② 이익형량의 고려사항을 일부 누락한 경우에는 형량의 흠결에 해당하여 위법하게 된다. ④ 행정계획 중 구속적 행정계획 처럼 국민에게 영향을 미치는 경우 항고소송의 대상이 될 수 있다.

12. 행정의 실효성 확보수단에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 행정상 의무불이행에 대하여 법령에 의한 행정상 강제집행이 인정되는 경우에도 필요시 민사상 강제집행의 방법을 사용할 수 있다.
- ② 부작위의무 위반이 있는 경우, 별도의 규정이 없더라도 부작위의무의 근거인 금지규정으로부터 위반상태의 시정을 명할 수 있는 권한이 도출된다.
- ③ 건물을 불법점거하고 있는 경우, 건물의 명도의무는 일반적으로 행정대집행의 대상이 된다.
- ④ 「건축법」상 이행강제금 부과처분은 이에 대한 불복방법에 관하여 별도의 규정을 두지 않고 있으므로 이는 행정소송의 대상이 된다.

[해설] 정답 ④ 건축법상 이행강제금에 대하여는 별도의 불복절차를 규정하고 있지 않으므로 행정소송의 대상이 되며 행정소송으로 불복하게 된다. ① 행정상 강제집행이 인정된다면 별도의 민사 강제집행은 허용되지 않는다. ② 부작위의무로부터 그 의무를 위반함으로써 생긴 결과를 시정하기 위한 작위의무를 당연히 끌어낼 수는 없으며, 또 위 금지규정(특히, 허가를 유보한 상대적 금지규정)으로부터 작위의무, 즉 위반결과 시정을 명하는 권한이 당연히 추론되는 것도 아니다(대판 1996. 6.28, 96누4374). ③ 건물의 명도의무를 대체적 작위의무가 아니므로 일반적으로 대집행의 대상이 되지 않는다(대판 1998. 10.23, 97누157).

13. 처분의 신청에 대한 「행정절차법」의 내용으로 옳은 것은?

- ① 행정청은 신청인의 편의를 위하여 다른 행정청에 신청을 접수하게 할 수 있다.
- ② 행정청에 처분을 구하는 신청은 문서로만 가능하다.
- ③ 처분을 신청할 때 전자문서로 하는 경우에는 신청인의 컴퓨터 등에 입력된 때에 신청한 것으로 본다.
- ④ 행정청은 신청에 구비서류의 미비등 흠이 있는 경우에는 그 이유를 구체적으로 밝혀 접수된 신청을 되돌려 보내야 한다.

[해설] 정답 ① 행정청은 신청인의 편의를 위하여 다른 행정청에 신청을 접수하게 할 수 있다. 이 경우 행정청은 다른 행정청에 접수할 수 있는 신청의 종류를 미리 정하여 공시하여야 한다(행정절차법 제17조 7항). 옳은 지문이다. ② 행정청에 처분을 구하는 신청은 문서로 하여야 한다. 다만, 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우와 행정청이 미리 다른 방법을 정하여 공시한 경우에는 그러하지 아니하다(행정절차법 제17조 제1항). 따라서 언제나 문서로만 하는 것은 아니다. ③ 신청할 때 전자문서로 하는 경우에는 행정청의 컴퓨터 등에 입력된 때에 신청한 것으로 본다(행정절차법 제17조 제2항). 신청인의 컴

퓨터가 아니라 행정청의 컴퓨터이다. ④ 행정청은 신청에 구비서류의 미비 등 흠이 있는 경우에는 보완에 필요한 상당한 기간을 정하여 지체 없이 신청인에게 보완을 요구하여야 한다(행정절차법 제17조 제5항).

14. 다음 중 행정행위의 취소와 철회에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① 특별한 사정이 없는 한 부담적 행정행위의 취소는 원칙적으로 자유롭지 않다.
- ② 수익적 행정행위에 대한 철회권유보의 부관은 그 유보된 사유가 발생하여 철회권이 행사된 경우 상대방이 신뢰보호원칙을 원용하는 것을 제한한다는 데 실익이 있다.
- ③ 철회권이 유보된 경우라도 수익적 행정행위의 철회에 있어서는 반드시 법적근거가 필요하다.
- ④ 판례는 불가쟁력이 생긴 행정처분이라도 공권의 확대화 경향에 따라 이에 대한 취소 또는 변경을 구할 신청권을 적극적으로 인정하고 있다.

[해설] 정답 ② 철회권 유보의 부관이 붙여진 경우 상대방의 의무위반에 대하여 철회행위를 하게 되므로 상대방은 신뢰보호를 주장할 수 없다. 따라서 상대방의 신뢰보호를 제한하게 된다. ① 수익적 행정행위를 철회하는 경우 제한을 받지만 부담적 행정행위를 철회하는 경우에는 제한받지 않고 자유롭다. ③ 부관은 재량행위에 붙일 수 있으므로 법적 근거를 요하지 않으며 철회권유보를 이유로 철회하는 경우에도 법적 근거를 요하지 않는다. ④ 불가쟁력이 발생한 경우 상대방의 변경 신청은 제한적으로 인정되므로 적극적으로 인정된다는 지문은 틀린 지문이다. 제소기간이 이미 도과하여 불가쟁력이 생긴 행정처분에 대하여는 개별 법규에서 그 변경을 요구할 신청권을 규정하고 있거나 관계 법령의 해석상 그러한 신청권이 인정될 수 있는 등 특별한 사정이 없는 한 국민에게 그 행정처분의 변경을 구할 신청권이 있다고 할 수 없다(대판 2007.4.26, 2005두11104).

15. 다음 중 항고소송의 대상이 되는 행정처분을 모두 고른 것은?

ㄱ. 국가인권위원회의 성희롱결정 및 시정조치권고
ㄴ. 지목변경신청 반려행위
ㄷ. 반복된 제2차 대집행게고
ㄹ. 국세환급금결정 신청에 대한 환급거부결정
ㅁ. 지방계약직공무원에 대한 보수삭감 조치

- ① ㄱ, ㄴ, ㅁ ② ㄱ, ㄷ, ㅁ
- ③ ㄴ, ㄷ, ㅁ ④ ㄱ, ㄴ, ㄷ, ㄹ

[해설] 정답 ① 행정처분에 해당하는 것은 ㉠㉡㉢이다.

㉠ 구 남녀차별금지 및 구제에 관한 법률상 국가인권위원회의 성희롱결정 및 시정조치권고는 행정소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2005.7.8, 2005두487).

㉡ 지적공부소관청의 지목변경신청반려행위는 국민의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2004.4.22, 2003두9015 전합).

㉢ 1차 게고에 대한 의무불이행을 이유로 23차 게고가 행하여진 경우 반복된 게고는 처분성이 인정되지 않고 기한연기통지에 불과하므로 취소소송의 대상이 되는 독립한 행정처분이라고 할 수 없고, 최초의 게고만이 처분이 된다(대판 2000.2.22, 98두4665).

㉣ 국세환급금결정이나 환급신청에 대한 거부결정은 항고소송의 대상이 되는 처분이 아니다(대판 1994.12.2, 92누14250). - 이미 납세의무자의 환급청구권이 확정된 국세환급금의 환급절차를 규정한 것에 지나지 않고 그 규정에 의한 국세환급금의 결정에 의하여 비로소 환급청구권이 확정되는 것이 아니다.

㉔ 보수삭감조치는 감봉처분이라 할 수 있다(대판 2008.6.12, 2006두16328)

16. 다음 중 행정질서벌에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정질서벌이란 행정법규 위반에 대한 제재로서 과태료가 과하여지는 행정벌을 말한다.
- ② 하나의 행위가 둘 이상의 질서위반행위에 해당하는 경우에는 각 질서위반행위에 대하여 정한 과태료를 각각 부과한다.
- ③ 자신의 행위가 위법하지 아니한 것으로 오인하고 행한 질서위반행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 과태료를 부과하지 아니한다.
- ④ 신분에 의하여 성립하는 질서위반행위에 신분이 없는 자가 가담한 때에는 신분이 없는 자에 대하여도 질서위반행위가 성립한다.

[해설] 정답 ② 하나의 행위가 2 이상의 질서위반행위에 해당하는 경우에는 각 질서위반행위에 대하여 정한 과태료 중 가장 중한 과태료를 부과한다(질서위반행위규제법 제13조 제1항). ① 행정질서벌은 신고나 보고의무를 위반한 행위에 대하여 과태료를 부과하는 제재수단이다. ③ 질서위반행위규제법 제8조 ④ 질서위반행위규제법 제12조 제2항

17. 다음 중 사정판결에 대한 내용으로 옳지 않은 것은?

- ① 사정판결을 함에 있어서는 그 판결의 주문에서 그 처분 등이 위법함을 명시하여야 한다.
- ② 법원은 처분등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합 하지 아니하다고 인정하는 때에는 원고의 청구가 이유 있다고 인정하는 경우에도 원고의 청구를 기각할 수 있다.
- ③ 법원이 사정판결을 함에 있어서는 미리 원고가 그로 인하여 입게 될 손해의 정도와 배상방법, 그 밖의 사정을 조사하여야 한다.
- ④ 사정판결이 있는 경우 원고는 피고인 행정청이 속하는 국가 또는 공공단체를 상대로 손해배상청구를 당해 취소 소송등이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 없다.

[해설] 정답 ④ 사정판결이 있는 경우 원고는 피고인 행정청이 속하는 국가 또는 공공단체를 상대로 손해배상, 재해시설의 설치 그 밖에 적당한 구제방법의 청구를 당해 취소소송 등이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 있다(행정소송법 제28조 제3항). ① 당해 처분의 위법성이 치유되는 것은 아니므로 법원은 판결주문에 처분이 위법함을 명시하여야 하며(제28조 제1항 후문), 그 위법성에 대하여 기판력이 발생한다. ② 행정소송법 제28조 제1항 ③ 행정소송법 제28조 제2항

18. 다음은 「건축법」 제11조의 일부이다. 이 법의 적용에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

제11조(건축허가) ① 건축물을 건축하거나 대수선하려는 자는 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다. <이하 생략>
② 내지 ④ <생략>
⑤ 제1항에 따른 건축허가를 받으면 다음 각 호의 허가 등을 받거나 신고를 한 것으로 보며, 공장건축물의 경우에는 「산업 집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」 제13조의2와 제14조에 따라 관련 법률의 인·허가등이나 허가등을 받은 것으로 본다.
1. 내지 6. <생략>
7. 「농지법」 제34조, 제35조 및 제43조에 따른 농지전용허가 ·신고 및 협의
8. 내지 21. <생략>
⑥ 허가권자는 제5항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항이 다른 행정기관의 권한에 속

하면 그 행정기관의 장과 미리 협의하여야 하며, <이하 생략>

⑦ 내지 ⑩ <생략>

- ① 서울시장은 건축허가를 하는 경우 「농지법」상 농지전용 허가에 대한 절차도 준수하여야 한다.
- ② 서울시장은 농림축산식품부장관이 제6항의 규정에 의한 협의에서 농지전용허가를 하지 않기로 결정한 경우 건축 허가를 할 수 없다.
- ③ 서울시장이 농지전용허가 요건 불비를 이유로 건축불허가를 한 때에는 농지전용허가 거부처분에 대한 취소소송을 제기 하여야 한다.
- ④ 판례는 주무행정기관에 신청되거나 의제되는 인·허가 요건의 판단방식에 관하여 실체집중설을 취하고 있다.

[해설] 정답 ② 행정청이 다른 행정기관과 미리 협의를 거쳐 행정처분을 하도록 법령에서 규정하고 있는 경우 다른 행정청이 허가를 하지 않기로 결정한 경우 허가를 할 수 없다. 옳은 지문이다. ① 건축허가를 받으면 다른 허가를 받은 것으로 보는 인, 허가 의제제도에서는 의제되는 허가에 대한 절차를 별도로 거칠 필요가 없다. ③ 인허가 의제제도의 경우 의제되는 것이 아닌 주된 행위를 쟁송으로 다투어야 한다. ④ 인·허가 등의 절차적 요건에는 구속되지 않지만 실체적 요건에는 전면적으로 구속된다고 보는 절차집중효설이 다수설·판례의 입장이다.

19. 「행정소송법」상 집행정지에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 집행정지는 본안사건이 법원에 계속되어 있을 것을 요건으로 한다.
- ② 집행정지결정을 한 후에 본안소송이 취하되더라도 그 집행 정지 결정의 효력이 당연히 소멸하는 것은 아니고, 별도의 취소조치를 필요로 한다.
- ③ 집행정지의 결정이 확정된 후라도 집행정지가 공공복리에 중대한 영향을 미치는 경우 당사자의 신청 또는 직권에 의해 집행정지결정을 취소할 수 있다.
- ④ 집행정지의 소극적 요건에 대한 주장·소명책임은 행정청에 있다.

[해설] 정답 ② 행정사건의 본안소송이 취하되면 집행정지결정은 당연히 소멸된다(대판 1975.11.11, 75누97). 따라서 별도의 조치 없이 당연히 소멸한다. ① 집행정지는 적법한 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지를 결정할 수 있다(행정소송법 제23조 제2항). ③ 행정소송법 제24조 제1항 ④ 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 없을 것(소극적 요건)에 대한 입증은 행정청에게 있다.

20. 갑(甲)은 A행정청에 허가 신청을 하였으나 거부되었고, 이에 대해 거부처분 취소소송을 제기하여 인용판결이 확정 되었다. 이에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 위 거부처분이 절차의 위법을 이유로 취소된 경우에는 A행정청은 적법한 절차를 거쳐 다시 거부처분을 할 수 있다.
- ② 위 거부처분이 실체적 위법을 이유로 취소된 경우에는 A행정청은 취소판결의 기속력에 의해 다시 거부처분을 할 수 없고, 갑에게 허가처분을 하여야 한다.
- ③ A행정청이 기속력에 반하는 재처분을 한 경우, 그 처분은 당연히무효이다.
- ④ A행정청이 재처분을 하였더라도 기속력에 위반된 경우에는 간접강제의 대상이 된다.

[해설] 정답 ② 거부처분이 실체적 위법을 이유로 취소된 경우에는 처분을 할 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다. 재처분의 내용은 원고의 신청내용이 아니라 판결의 취지에 따라야 한다. 따라서 원래의 거부처분의 이유와 다른 이유로 원고

의 신청을 거부할 수도 있다. ① 거부처분의 취소를 내용으로 하는 판결이 확정된 경우에는 처분청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다(제30조 제2항). 이는 신청에 따른 처분이 절차의 위법을 이유로 취소되는 경우에 준용한다(제30조 제3항). 하여야 한다이지, 할 수 있다가 아니다. ③ 법원의 판결에 위반된 행정행위는 당연히 무효이다. ④ 거부처분에 대한 취소의 확정판결이 있음에도 행정청이 아무런 재처분을 하지 아니하거나, 재처분을 하였다 하더라도 그것이 종전 거부처분에 대한 취소의 확정판결의 기속력에 반하는 등으로 당연무효라면 이는 아무런 재처분을 하지 아니한 때와 마찬가지로 할 것이므로 이러한 경우에는 행정소송법 제30조 제2항, 제34조 제1항 등에 의한 간접강제신청에 필요한 요건을 갖춘 것으로 보아야 한다(대판 2002.12.11, 2002무22).

[정답]

43121 32443 34121 24222