

본 과목 풀이 시 학설 대립이나 다툼이 있는 경우
헌법재판소 결정 또는 대법원의 판례를 따름

1. 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.

정답 ②

해설 [×] 민법의 법률행위에 관한 규정은 행위의 격식화를 특색으로 하는 공법행위에 당연히 타당하다고 말할 수 없으므로 공법행위인 영업재개신고에 민법 제107조 '비진의 의사표시의 무효'에 관한 규정은 적용될 수 없다(대판 1978. 7. 25, 76누276)

2. 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 사실만으로 그 보상액 산정이 위법한 것은 아니다.
- ③ 공익사업의 시행으로 지가가 상승하여 발생한 개발이익을 손실보상금액에 포함시키지 않더라도 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.

정답 ④

해설 [×] 보상금증액에 관한 소송은 이른바 형식적 당사자소송으로서 토지수용위원회가 아니라 사업시행자를 상대로 제기하여야 한다. 공익사업법 제85조 제2항 참조.

제85조(행정소송의 제기) ② 제1항에 따라 제기하려는 행정소송이 보상금의 증감(增減)에 관한 소송인 경우 그 소송을 제기하는 자가 토지소유자 또는 관계인일 때에는 사업시행자를, 사업시행자일 때에는 토지소유자 또는 관계인을 각각 피고로 한다.

3. 「행정소송법」 제18조 제3항에서 규정하고 있는 '행정심판을 거칠 필요가 없는 경우'가 아닌 것은?

- ① 동종사건에 관하여 이미 행정심판의 기각재결이 있는 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 변경하여 당해 변경된 처분에 관하여 소를 제기하는 때
- ④ 법령의 규정에 의한 행정심판기관이 의결 또는 재결을 하지 못할 사유가 있는 때

정답 ④

해설 [×] "법령의 규정에 의한 행정심판기관이 의결 또는 재결을 하지 못할 사유가 있는 때"는 행정소송법 제18조 제3항의 '행정심판을 거칠 필요가 없는 경우'가 아니라 동조 제2항 제3호의 '행정심판의 재결을 거치지 아니하고' 행정소송을 제기할 수 있는 경우이다.

제18조(행정심판과의 관계) ② 제1항 단서의 경우에도 다음 각 호의 1에 해당하는 사유가 있는 때에는 행정심판의 재결을 거치지 아니하고 취소소송을 제기할 수 있다.

- 1. 행정심판청구가 있는 날로부터 60일이 지나도 재결이 없는 때
- 2. 처분의 집행 또는 절차의 속행으로 생길 중대한 손해를 예방하여야 할 긴급한 필요가 있는 때
- 3. 법령의 규정에 의한 행정심판기관이 의결 또는 재결을 하지 못할 사유가 있는 때
- 4. 그 밖의 정당한 사유가 있는 때

제18조(행정심판과의 관계) ③ 제1항 단서의 경우에 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 때에는 행정심판을 제기함이 없이 취소소송을 제기할 수 있다.

- 1. 동종사건에 관하여 이미 행정심판의 기각재결이 있는 때
- 2. 서로 내용상 관련되는 처분 또는 같은 목적을 위하여 단계적으로 진행되는 처분중 어느 하나가 이미 행정심판의 재결을 거친 때
- 3. 행정청이 사실심의 변론종결후 소송의 대상인 처분을 변경하여 당해 변경된 처분에 관하여 소를 제기하는 때
- 4. 처분을 행한 행정청이 행정심판을 거칠 필요가 없다고 잘못 알린 때

4. 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.

정답 ③

해설 [X] 헌법상 위임입법의 형식은 열거적(한정적)이 아니라 예시적이므로, 법률이 입법사항을 대통령령이나 부령이 아닌 고시와 같은 행정규칙의 형식으로 위임하는 것은 헌법 제40조, 제75조, 제95조 등과의 관계에서 일정한 한계 내에서 허용된다는 것이 헌법재판소의 입장이다.

판례 국회입법에 의한 수권이 입법기관이 아닌 행정기관에게 법률 등으로 구체적인 범위를 정하여 위임한 사항에 관하여는 당해 행정기관에게 범정립의 권한을 갖게 되고, 입법자가 규율의 형식도 선택할 수 있다 할 것이므로, 헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 예시적인 것으로 보아야 할 것이고, 그것은 법률이 행정규칙에 위임하더라도 그 행정규칙은 위임된 사항만을 규율할 수 있으므로, 국회입법의 원칙과 상치되지도 않는다. 다만 행정규칙은 법규명령과 같은 엄격한 제정 및 개정절차를 요하지 아니하므로, 재산권 등과 같은 기본권을 제한하는 작용을 하는 법률이 입법 위임을 할 때에는 대통령령, 총리령, 부령 등 법규명령에 위임이 바람직하고, 고시와 같은 형식으로 입법위임을 할 때에는 적어도 행정규제기본법 제4조 제2항 단서에서 정한 바와 같이 법령이 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 한정된다 할 것이고, 그러한 사항이라 하더라도 포괄위임금지의 원칙상 법률의 위임은 반드시 구체적·개별적으로 한정된 사항에 대하여 행하여져야 한다(헌재 2006. 12. 28, 2005헌바59).

5. 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.

정답 ③

해설 [O] 계획재량과 일반재량의 관계에 관해서 질적 차이 등 명시적인 입장을 밝히고 있지는 않지만, 양적으로 계획재량에 더 넓은 형성의 자유를 인정하는 것이 판례의 입장이다.

판례 행정청이 행정계획을 수립함에 있어서는 일반 재량행위의 경우에 비하여 더욱 광범위한 판단여지 내지는 형성의 자유, 즉 계획재량이 인정되는바, 이 경우 일반적인 행정행위의 요건을 규정하는 경우보다 추상적이고 불확정적인 개념을 사용하여야 할 필요성이 더욱 커진다(헌재 2007. 10. 4, 2006헌바91 전원재판부).

- ①:[X] 행정계획은 그 본질상 가변성이 내재되어 있으므로 계획보장청구권은 원칙적으로 인정되지 않는다.
- ②:[X] 이익형량의 고려사항을 일부 누락하였거나, 이익형량의 결과가 객관적 정당성을 결여한 경우 형량해태 내지 오형량으로서, 당해 계획재량은 재량의 일탈·남용 또는 형량하자에 해당되어 위법하게 된다.
- ④:[X] 판례는 구속적 행정계획이 그 자체로 국민의 권리의무에 구체적이고 개별적인 영향을 미치게 되는 경우 항고소송의 대상적격을 인정하고 있으므로, 일률적으로 처분성을 부정하는 것은 타당하지 못하다.

6. 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 법률유보원칙에서 말하는 법률에 해당한다.
- ④ 행정법의 일반원칙은 다른 법원(法源)과의 관계에서 보충적 역할에 그치지 않으며 헌법적 효력을 갖기도 한다.

정답 ④

해설 [O] 행정법의 일반원칙은 불문법원이지만, 헌법에서도 출되는 헌법상 원리이기도 하므로 관습법의 보충적 효력설과는 달리 헌법적 효력까지 인정하는 것이 대부분의 견해이다.

- ①:[X] 헌법재판소 판례는 위임입법의 형식을 예시적으로 보므로(헌재 2006. 12. 28, 2005헌바59), 감사원규칙이 헌법에 근거규정을 두지 않고 법률(감사원법)에 근거를 두고 있지만 직무의 특수성과 독립성 등을 근거로 법규명령으로 인정하는 것이 다수설이다.
- ②:[X] 법원(法源)을 법의 인식근거로 보면 헌법은 행정법의 최상위의 법원으로 기능한다.
- ③:[X] 법률유보원칙에서의 '법률'에는 국회가 제정하는 형식적 의미의 법률뿐만 아니라 법률의 위임에 따라 제정된 법규명령도 포함되지만, 불문법 원리나 예산, 행정규칙은 여기서 말하는 법률의 의미에 포함되지 않는다.

7. 행정행위에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 행정행위는 행정주체가 행하는 구체적 사실에 관한 법 집행작용이므로 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.

정답 ③

해설 [○] 예비결정은 최종적인 행정결정을 내리기 이전에 사전적인 단계로서 최종적 행정결정의 요건 중 일부에 대한 중종적 판단을 미리 내리는 것을 의미하며, 확약과는 달리 그 자체가 개개의 요건에 대한 행정청의 중종적·완결적 구속력이 있는 행정행위이다.

판례 폐기물관리법 관계 법령의 규정에 의하면 폐기물처리업의 허가를 받기 위하여는 먼저 사업계획서를 제출하여 허가권자로부터 사업계획에 대한 적정통보를 받아야 하고, 그 적정통보를 받은 자만이 일정기간 내에 시설, 장비, 기술능력, 자본금을 갖추어 허가신청을 할 수 있으므로, 결국 부적정통보는 허가신청 자체를 제한하는 등 개인의 권리 내지 법률상의 이익을 개별적이고 구체적으로 규제하고 있어 행정처분에 해당한다(대판 1998. 4. 28, 97누21086).

- ①:[×] 비권력적 행정작용인 공법상 계약·공법상 합동행위는 행정행위에 포함되지 않는다는 것이 일반적인 견해이다. **[행정행위의 범위에 관한 최협의설].**
- ②:[×] 불특정다수인을 상대방으로 하는 구체적 규율은 이른바 일반처분으로서 행정행위이다.
- ④:[×] 부분허가 내지 예비결정은 별도의 법적 근거 없어도 본행정행위(최종결정)의 법적 근거에 의해 가능하다.

8. 다음 중 행정주체가 아닌 것은?

- ① 법무부장관 ② 농지개발조합
- ③ 서울대학교 ④ 대구광역시

정답 ①

해설 [×] 법무부장관은 행정관청 중 행정청에 해당하고, 행정주체가 아니다.

9. 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.

정답 ②

해설 [×] 어업권면허에 선행하는 우선순위결정은 강학상 확약에 불과하고, 행정행위가 아니므로 처분성을 부정하는 것이 판례의 입장이다.

판례 어업권면허에 선행하는 우선순위결정은 행정청이 우선권자로 결정된 자의 신청이 있으면 어업권면허처분을 하겠다는 것을 약속하는 행위로서 강학상 확약에 불과하고 행정처분은 아니므로, 우선순위결정에 공적력이나 불가쟁력과 같은 효력은 인정되지 아니하며, 따라서 우선순위결정이 잘못되었다는 이유로 종전의 어업권면허처분이 취소되면 행정청은 종전의 우선순위결정을 무시하고 다시 우선순위를 결정한 다음 새로운 우선순위 결정에 기하여 새로운 어업권면허를 할 수 있다(대판 1995. 1. 20, 94누6529).

10. 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 소송 없이 당연히 부당이득이 된다.

정답 ①

해설 [○] 허가의 갱신으로 갱신 전의 위법사유가 치유되는 것은 아니므로 갱신이 있는 후에도 갱신 전의 위법행위를 이유로 허가를 취소할 수 있다.

판례 유료직업소개사업의 갱신이 있는 후에도 갱신 전의 범위반사실을 근거로 허가를 취소할 수 있다(대판 1982. 7. 27, 81누174).

②:[X] 부담의 불이행은 실효사유가 아니라 철회사유이므로, 부담의 불이행을 이유로 별개의 행정행위인 철회를 하는 경우 비례원칙에 따른 이익형량의 결과 철회가 제한될 수도 있다.

판례 철회권을 유보하였더라도 취소(철회)를 필요로 할 만한 공익상의 필요가 있는 경우에만 철회권을 행사할 수 있다(대판 1964. 6. 9, 64누40 등).

③:[X] 판례는 부담만의 취소를 구하는 진정일부취소소송형태를 긍정하지만 그 외 부관에 대해서는 부진정일부취소소송을 인정하지 않는다. 따라서 부담이 아닌 한, 부관이 붙은 행정행위 전체를 소송의 대상으로 하였다가 부관만이 위법하다고 판단되는 경우 부관의 독립적 취소는 허용되지 않는다.

판례 부담 이외의 부관에 대하여 쟁송상 다들 경우에는 부관부행정행위 전체의 취소를 구하든지, 아니면 먼저 행정청에 부관이 없는(또는 부관의 내용을 변경하는) 처분으로 변경해 줄 것을 청구한 다음 그것이 행정청에 의해 거부된 경우에 거부처분취소소송을 제기하는 수밖에 없다(대판 1990. 4. 27, 89누6808).

④:[X] 판례는 행정행위인 부담과 사법행위인 부담의 이행은 별개의 행위라는 입장이다. 따라서 행정처분에 붙인 부담인 부관이 무효가 되더라도 그 부담의 이행으로 한 사법상 법률행위가 당연히 무효가 되는 것은 아니므로, 그 부담이 위법하여 취소가 되었다고 하여 부담의 이행인 기부채납이 별도의 소송 없이 당연히 부담이득이 된다는 지문은 타당하지 못하다.

판례 [1] 행정처분에 부담인 부관을 붙인 경우 부관의 무효화에 의하여 본체인 행정처분 자체의 효력에도 영향이 있게 될 수는 있지만, 그 처분을 받은 사람이 부담의 이행으로 사법상 매매 등의 법률행위를 한 경우에는 그 부관은 특별한 사정이 없는 한 법률행위를 하게 된 동기 내지 연유로 작용하였을 뿐이므로 이는 법률행위의 취소사유가 될 수 있음은 별론으로 하고 그 법률행위 자체를 당연히 무효화하는 것은 아니다.

[2] 또한, 행정처분에 붙은 부담인 부관이 제소기간의 도과로 확정되어 이미 불가쟁력이 생겼다면 그 하자가 중대하고 명백하여 당연 무효로 보아야 할 경우 외에는 누구나 그 효력을 부인할 수 없을 것이지만, 부담의 이행으로서 하게 된 사법상 매매 등의 법률행위는 부담을 붙인 행정처분과는 어디까지나 별개의 법률행위이므로 그 부담의 불가쟁력의 문제와는 별도로 법률행위가 사회질서 위반이나 강행규정에 위반되는지 여부 등을 따져보아 그 법률행위의 유효 여부를 판단하여야 한다(대판 2009. 6. 25, 2006다18174).

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.

정답 ③

해설 [O] 판례에 따르면 공무원의 행위가 고의·중과실에 의한 경우, 피해자는 국가와 공무원 개인에 대하여 선택청구할 수 있다.

판례 가해공무원의 고의·중과실의 경우에는 공무원 개인의 책임이 면제되지 않는 바, 피해자의 선택적 청구권을 긍정, 경과실의 경우에는 선택적 청구권을 부정한다(대판 1996. 2. 15, 95다38677 전합).

①:[X] 판례는 실무상 국가배상청구를 민사소송으로 다룬다.

판례 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민이 국가 또는 공공단체에 배상을 청구하는 경우 국가 또는 공공단체에 대하여 그의 불법행위를 이유로 손해배상을 구함은 국가배상법이 정한 바에 따른다 하더라도 이 역시 민사상의 손해배상책임을 특별법인 국가배상법이 정한 데 불과하며 …… (대판 1972. 10. 10, 69다701).

②:[X] 외국인에 대하여는 상호보증에 따른 제한이 있으므로 당연히 국가배상청구권이 인정되는 것은 아니다. 국가배상법 제7조 참조.

제7조 (외국인에 대한 책임) 이 법은 외국인이 피해자인 경우에는 해당 국가와 상호 보증이 있을 때에만 적용한다.

④:[X] 사무귀속주체와 비용부담주체가 동일하지 않은 경우 양자 모두 피해자에 대한 배상책임을 지므로, 사무귀속주체가 우선적으로 배상해야 한다는 표현은 타당하지 못하다. 국가배상법 제6조 제1항 참조. * 최종적·궁극적 책임자를 내부관계에서 가리는 구상의 문제와 구별하여야 한다(동조 제2항).

제6조 (비용부담자 등의 책임) ① 제2조·제3조 및 제5조에 따라 국가나 지방자치단체가 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 공무원의 선임·감독 또는 영조물의 설치·관리를 맡은 자와 공무원의 봉급·급여, 그 밖의 비용 또는 영조물의 설치·관리 비용을 부담하는 자가 동일하지 아니하면 그 비용을 부담하는 자도 손해를 배상하여야 한다.

② 제1항의 경우에 손해를 배상한 자는 내부관계에서 그 손해를 배상할 책임이 있는 자에게 구상할 수 있다.

11. 행정상 손해배상(국가배상)에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① 국가배상은 공행정작용을 대상으로 하므로 국가배상청구소송은 당사자소송이다.
- ② 대한민국 구역 내에 있다면 외국인에게도 국가배상청구권은 당연히 인정된다.

12. 다음 중 사정판결에 대한 내용으로 옳지 않은 것은?

- ① 사정판결을 함에 있어서는 그 판결의 주문에서 그 처분 등이 위법함을 명시하여야 한다.
- ② 법원은 처분 등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 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 소송 등이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 없다.

정답 ④

해설 [X] 원고는 피고인 행정청이 속하는 국가 또는 공공단체를 상대로 손해배상, 제해시설의 설치 그 밖에 적당한 구제방법의 청구를 당해 취소소송등이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 있다. 행정소송법 제28조 제3항.

제28조(사정판결) ① 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.
 ② 법원이 제1항의 규정에 의한 판결을 함에 있어서는 미리 원고가 그로 인하여 입게 될 손해의 정도와 배상방법 그 밖의 사정을 조사하여야 한다.
 ③ 원고는 피고인 행정청이 속하는 국가 또는 공공단체를 상대로 손해배상, 제해시설의 설치 그 밖에 적당한 구제방법의 청구를 당해 취소소송등이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 있다.

13. 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 「산업집적활성화 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 속하면 그 행정기관의 장과 미리 협의하여야 하며, <이하 생략>
- ⑦ 내지 ① <생략>

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

정답 ②

해설 [O] 보기의 건축법 제11조 제5항 제7호에 따라 건축법상 건축허가를 받으면 농지법상 농지전용허가가 의제되는 바, '인·허가 의제제도'에 관한 사례형 문제이다. 동법 제6항에 의해 주된 허가청은 의제되는 인·허가청과 미리 협의하여야 하는 바, 의제되는 농지전용허가요건이 결여된 경우 주된 건축허가처분을 할 수 없다. 인·허가의제의 경우 절차의 집중을 의미하고, 실체집중효는 부정하는 것이 판례의 태도이다.

판례 건축법에서 인·허가의제 제도를 둔 취지는, 인·허가의제사항과 관련하여 건축허가 또는 건축신고의 관할 행정청으로 그 장구를 단일화하고 절차를 간소화하며 비용과 시간을 절감함으로써 국민의 권익을 보호하려는 것이지, 인·허가의제사항 관련 법률에 따른 각각의 인·허가 요건에 관한 일체의 심사를 배제하려는 것으로 보기는 어렵다. 왜냐하면, 건축법과 인·허가의제사항 관련 법률은 각기 고유한 목적이 있고, 건축신고와 인·허가의제사항도 각각 별개의 제도적 취지가 있으며 그 요건 또한 달리하기 때문이다 (대판 2011. 1. 20, 2010두14954 전합[다수의견]).

- ①:[X] 신청인의 편의를 위해 절차의 집중효를 긍정하는 인·허가의제제도에 따르면, 의제되는 농지법상 농지전용허가에 대한 절차를 별도로 거칠 필요는 없다.
- ③:[X] 인·허가 의제의 경우 신청인에 대하여 주된 건축허가 불허가처분만 존재하는 바, 주된 행위를 쟁송의 대상으로 삼아야 하고, 농지전용허가거부처분에 대한 취소소송은 허용되지 않는다.
- ④:[X] 인·허가 등의 절차적 요건에는 구속되지 않지만 실체적 요건에는 전면적으로 구속된다고 보아 의제되는 인·허가의 실체적 요건은 모두 구비하여야 한다는 절차집중설이 판례의 태도이다.

14. 「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.

정답 ②

해설 [X] 본안소송이 취하된 경우, 기존의 집행정지결정에 대한 별도의 취소조치를 필요로 하지 않고 당연히 효력이 소멸한다는 것이 판례의 태도이다.

판례 집행정지결정 후에도 본안소송이 취하되어 소송의 계속이 인정되지 않으면 집행정지결정은 당연히 그 효력이 소멸한다(대판 1975. 11. 11, 75누97).

①:[O] 행정소송법 제23조 제2항.

제23조(집행정지) ① 취소소송의 제기나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다.
 ② 취소소송이 제기된 경우에 처분등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 처분 등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지(이하 "집행정지"라 한다)를 결정할 수 있다. 다만, 처분의 효력정지는 처분등의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.

③:[O] 행정소송법 제24조 제1항.

제24조(집행정지의 취소) ① 집행정지의 결정이 확정된 후 집행정지가 공공복리에 중대한 영향을 미치거나 그 정지사유가 없어진 때에는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 집행정지의 결정을 취소할 수 있다.
 ② 제1항의 규정에 의한 집행정지결정의 취소결과에 이에 대한 불복의 경우에는 제23조제4항 및 제5항의 규정을 준용한다.

④:[O] 집행정지의 적극적 요건에 대한 주장·소명책임은 신청인에게 있고, 소극적 요건에 대한 주장·소명책임은 행정청에 있다. 행정소송법 제23조 제3항 및 제4항 참조.

제23조(집행정지) ③ 집행정지는 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 허용되지 아니한다.
 ④ 제2항의 규정에 의한 집행정지의 결정을 신청함에 있어서는 그 이유에 대한 소명이 있어야 한다.

15. 갑(甲)은 A행정청에 허가 신청을 하였으나 거부되었고, 이에 대해 거부처분 취소소송을 제기하여 인용판결이 확정되었다. 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 당연무효이다.
- ④ A행정청이 재처분을 하였더라도 기속력에 위반된 경우에는 간접강제의 대상이 된다.

정답 ②

해설 [X] 실체적 위법을 이유로 취소된 경우 거부처분이 불가능하다는 표현은 타당하지 못하다. 즉, 거부처분이 취소된 경우 처분청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 하는 재처분의무를 부담하는데(행정소송법 제30조 제2항), 이 때 재처분의 내용이 반드시 원고의 신청을 만족시켜주어야 하는 것은 아니고 '판례의 취지'에 따르면 된다. 따라서 원래의 거부처분이 실체상의 위법을 이유로 취소되었더라도, 심리의 대상이 아닌 다른 이유로 하는 거부는 기속력에 위반되지 않는 별개의 새로운 거부처분이므로 가능하다는 것이 판례의 입장이다.

판례 거부처분 취소의 확정판결을 받은 행정청이 사실심변론종결 이후 발생한 새로운 사유를 내세워 다시 이전의 신청에 대하여 거부처분을 한 경우 이러한 처분은 행정소송법 제30조 제2항에 규정된 재처분에 해당한다(대판 1999.12.29, 98두1895).

①:[O] 절차상 하자나 보완이 가능하므로, 처분청은 적법한 절차를 거쳐 다시 거부처분을 할 수 있다. 절차상 하자가 있던 종전 처분과는 다른 별개의 것이므로 기속력 위반의 문제는 발생하지 않는다는 것이 판례의 태도이다.

판례 과세처분취소소송의 확정판결에 적시된 위법사유를 보완하여 새로이 행한 과세처분은 동 판결의 기판력(기속력)에 저촉되지 않는다(대판 1986. 11. 11, 85누231).

③:[O] 인용판결의 기속력에 반하는 처분은 취소사유에 불과한 것이 아니라 당연무효이다.

판례 확정판결을 받은 처분행정청이 사실심변론종결 이전의 사유를 내세워 다시 확정판결과 저촉되는 행정처분을 하는 것은 무효이다(대판 1990. 12. 11, 90누3560).

④:[O] 재처분을 하였더라도 기속력 위반 등 당연무효의 경우에는 재처분을 하지 않은 것과 마찬가지로 간접강제의 대상이 된다는 것이 판례이다.

판례 거부처분에 대한 취소의 확정판결이 있음에도 행정청이 아무런 재처분을 하지 아니하거나, 재처분을 하였다 하더라도 그것이 종전 거부처분에 대한 취소의 확정판결의 기속력에 반하는 등 당연무효라면 이는 아무런 재처분을 하지 아니한 때와 마찬가지로, 이러한 경우에는 행정소송법 제30조 제2항, 제34조 제1항 등에 의한 간접강제신청에 필요한 요건을 갖춘 것으로 보아야 한다(대판 2002.12.11, 2002우22).

16. 행정의 실효성확보수단에 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.

정답 ④

해설 [○] 개정 전과 달리 현행 건축법 제80조에서 이행강제금에 대한 불복절차와 관련하여 과태료 불복절차의 준용 규정을 삭제하였으므로 건축법상 이행강제금 부과는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이다.

판례 위반 건축물이 개정 건축법 시행 이전에 건축된 것일지라도 행정청이 개정된 건축법시행 이후에 시정명령을 하고, 건축물의 소유자 등이 시정명령에 응하지 않은 경우에는 행정청은 현행 건축법에 따라 이행강제금을 부과할 수 있다(대판 2012. 3. 29, 2011두27919).

①:[×] 아무런 권원 없이 국유재산에 설치한 시설물에 대하여 행정청이 행정대집행을 할 수 있음에도 민사소송의 방법으로 그 시설물의 철거를 구하는 것은 허용되지 않는다(대판 2009. 6. 11, 2009다1122).

②:[×] 부작위의무 위반의 경우 작위의무로 전환하기 위해서는 별도의 명문규정이 있어야 한다.

판례 구 주택건설촉진법 제38조 제2항은 공동주택 및 부대시설·복리시설의 소유자·입주자·사용자 등을 부대시설 등에 대하여 도시사의 허가를 받지 않고 사업계획에 따른 용도 이외의 용도에 사용하는 행위 등을 금지하고, 그 위반행위에 대하여 위 주택건설촉진법 제52조의2 제1호에서 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 하는 벌칙규정만을 두고 있을 뿐, 구 건축법 제69조(현행법 제79조) 등과 같은 부작위의무 위반행위에 대하여 대체적 작위의무로 전환하는 규정을 두고 있지 아니하므로 위 금지규정으로부터 그 위반경과의 시정을 명하는 원상복구명령을 할 수 있는 권한이 도출되는 것은 아니다(대판 1996. 6. 28, 96누4374).

③:[×] 건물의 명도 등 부동산인도의무는 점유자가 퇴거하여야 하는 바, 대체적 작위의무가 아니므로 대집행의 대상이 되지 않는다(대판 1998. 10. 22, 97누157).

17. 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 미비 등 흠이 있는 경우에는 그 이유를 구체적으로 밝혀 접수된 신청을 되돌려 보내야 한다.

정답 ①

해설 [○] 행정절차법 제17조 제7항.

제17조(처분의 신청) ⑦ 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.

②:[×] 원칙적으로 문서로 하나, 반드시 문서로만 해야 하는 것은 아니다. 동법 제17조 제1항 참조.

제17조(처분의 신청) ① 행정청에 처분을 구하는 신청은 문서로 하여야 한다. 다만, 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우와 행정청이 미리 다른 방법을 정하여 공시한 경우에는 그러하지 아니하다.

③:[×] 신청인의 컴퓨터가 아니라 행정청의 컴퓨터 등에 입력된 때에 신청한 것으로 본다. 동법 제17조 제2항 참조.

제17조(처분의 신청) ② 제1항에 따라 처분을 신청할 때 전자문서로 하는 경우에는 행정청의 컴퓨터 등에 입력된 때에 신청한 것으로 본다.

④:[×] 먼저 상당한 기간을 정하여 지체 없이 보완을 요구하여야 하며, 보완 요구 없이 곧바로 신청을 반려하게 되면 위법한 거부라는 것이 판례의 입장이다. 보완요구시에 정한 기간 내 보정이 이루어지지 않는 경우 접수된 신청을 되돌려 보낼 수 있다. 동법 제17조 제5항 및 제6항 참조.

제17조(처분의 신청) ⑤ 행정청은 신청에 구비서류의 미비 등 흠이 있는 경우에는 보완에 필요한 상당한 기간을 정하여 지체 없이 신청인에게 보완을 요구하여야 한다.

⑥ 행정청은 신청인이 제5항에 따른 기간 내에 보완을 하지 아니하였을 때에는 그 이유를 구체적으로 밝혀 접수된 신청을 되돌려 보낼 수 있다.

18. 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 확대와 경향에 따라 이에 대한 취소 또는 변경을 구할 신청권을 적극적으로 인정하고 있다.

정답 ②

해설 [○] 철회권 유보의 부관이 붙여진 경우, 상대방의 의무위반 등 철회사유가 발생할 경우 철회가 있을 것임을 미리 알려주므로 예측가능성을 해치는 문제는 발생하지 않아 신뢰보호원칙을 주장할 수 없게 된다. 타당한 설명이다.

- ①:[×] 부담적 행정행위의 취소는 그 자체가 국민에게 득이 되므로 원칙적으로 자유롭다. 반면 수익적 행정행위의 취소는 주로 직권취소에 의해 이루어지는데, 신뢰보호에 따른 제한이 있게 되는 것이 일반적이다.
- ③:[×] 직권취소나 철회는 별도의 법적 근거 없이도 가능하다는 것이 판례이다.
- ④:[×] 불가쟁력이 발생한 경우 예외적으로 법규상 또는 조리상 신청권이 인정되는 특별한 경우를 제외하고는 원칙적으로 직권취소 신청권은 인정되지 않는다는 것이 판례이다. 따라서 적극적으로 인정하고 있다는 표현은 타당하지 못하다.

판례 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 있다 할 수 없다(대판 2007. 4. 26, 2005두11104).

19. 다음 중 항고소송의 대상이 되는 행정처분을 모두 고른 것은?

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

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

정답 ①

해설 [○] ㄱ, ㄴ, ㅁ이 항고소송의 대상적격, 즉 처분성이 긍정된 사례들이다.

ㄱ:[**긍정**] 구 「남녀차별금지 및 구제에 관한 법률」상 국가인권위원회의 성희롱결정 및 시정조치권고는 행정소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2005. 7. 8, 2005두487).

ㄴ:[**긍정**] 지적공부 소관청의 지목변경신청 반려행위는 국민의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2004. 4. 12, 2003두9015).

ㄷ:[**부정**] 위법건축물에 대한 철거명령 및 계고처분에 불응하자 행한 제2차·3차의 계고처분은 새로운 철거의무를 부과한 것이 아니고 대집행기한의 연기통지에 불과하므로 행정처분에 해당하지 아니한다(대판 1994. 10. 28, 94누5144).

ㄹ:[**부정**] 구 국세기본법 제51조 제1항, 제52조의 국제환급금 결정이나 환급거부결정이 항고소송의 대상이 되는 처분이 아니다(대판 2002. 11. 8, 2001두8780).

ㅁ:[**긍정**] 보수의 삭감은 이를 당하는 당해 공무원의 입장에서는 징계처분의 일종인 감봉과 다를 바 없으므로, 지방계약직공무원에 대하여 특별한 약정이 없는 한 지방공무원법에 정한 징계절차에 의하지 않고 보수를 삭감할 수 없다(대판 2008. 6. 12, 2006두16328).

20. 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.

정답 ②

해설 [×] ‘하나의 행위’이므로 과태료는 각 질서위반행위에 대하여 정한 과태료 중 가장 중한 과태료가 한 번 부과된다.[**상상적 경합**] 질서위반행위규제법 제13조 제1항 참조.

제13조(수개의 질서위반행위의 처리) ① 하나의 행위가 2 이상의 질서위반행위에 해당하는 경우에는 각 질서위반행위에 대하여 정한 과태료 중 가장 중한 과태료를 부과한다.
② 제1항의 경우를 제외하고 2 이상의 질서위반행위가 경합하는 경우에는 각 질서위반행위에 대하여 정한 과태료를 각각 부과한다. 다만, 다른 법령(지방자치단체의 조례를 포함한다. 이하 같다)에 특별한 규정이 있는 경우에는 그 법령으로 정하는 바에 따른다.

①:[○] 타당하다. 행정질서벌이란 행정법상의 의무위반에 대하여 형법상의 벌이 아닌 과태료를 과하는 경우를 말한다.

③:[○] 질서위반행위규제법 제8조.

제8조(위법성의 착오) 자신의 행위가 위법하지 아니한 것으로 오인하고 행한 질서위반행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 과태료를 부과하지 아니한다.

④:[○] 질서위반행위규제법 제12조 제2항.

제12조(다수인의 질서위반행위 가담) ① 2인 이상이 질서위반행위에 가담한 때에는 각자가 질서위반행위를 한 것으로 본다.

② 신분에 의하여 성립하는 질서위반행위에 신분이 없는 자가 가담한 때에는 신분이 없는 자에 대하여도 질서위반행위가 성립한다.

③ 신분에 의하여 과태료를 감경 또는 가중하거나 과태료를 부과하지 아니하는 때에는 그 신분의 효과는 신분이 없는 자에게는 미치지 아니한다.

<총평>

전체 난이도는 중상 정도인데, 판례가 대부분이던 지방직 시험과는 달리, 조문과 이론지문의 비중이 늘어나면서 약간의 생소함을 주고, 옳은 것을 묻는 문제가 절반이어서 시간소요를 생각하면 만만치 않았을 것입니다.

90이상의 고득점자와 80이하의 중위권과의 조정점수차이가 제법 클 것 같다는 것이 개인적인 생각입니다.

B책형 기준 13번, 15번, 17번 문제가 변별력을 가르는 문제로 보여지고, 11번, 12번, 16번, 18번 정도가 중급난이도로 출제되었습니다.

모두 수고많으셨습니다. 여러분의 합격을 진심으로 기원합니다. - 월비스 행정법 이석준 올림 -