

2016년 서울시 9급

01. 행정법의 법원(法源)에 대한 설명 중 가장 옳은 것은? 2016년 서울 9급 [중요도 ★, 난이도 下]

- 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.

해설 출제 영역 및 유형 : 법원, 이론+판례

- ① [X] : 감사원은 감사에 관한 절차, 감사원의 내부규율과 감사사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다(감사원법 제52조). 이 감사원규칙은 헌법에 근거가 있는 것이 아니라 「감사원법」에 근거하고 있으므로 행정규칙이라는 견해도 주장되고 있으나, **헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식을 예시적인 것으로 보는 헌법재판소의 입장**(헌재 2006.12.28. 2005헌바59)에서는 법률에 의한 행정입법권의 부여도 인정되므로 법규명령으로 볼 수 있다.
- ② [X] : 법원이란 행정의 조직과 작용 및 그 구제에 대한 법의 존재형식 또는 무엇이 법인가를 인식하는 근거를 말한다. **헌법은 최고·최상위의 법원**이다.
- ③ [X] : 법률유보원칙에서의 '법률'에는 헌법·법률·법규명령·관습법과 같은 불문법이 포함되나, 원칙적으로 행정규칙은 포함되지 않는다. 그리고 **법률유보의 원칙에서의 '법률'**에는 국회가 제정한 형식적 의미의 법률은 물론 법률의 위임을 받은 법규명령도 포함되나, **행정규칙과 불문법원인 관습법이나 판례는 이에 포함되지 않는다**.
- ④ [O] : 행정법의 일반원칙은 행정법 해석의 기본원리이며, 성문법·관습법 및 판례법이 모두 없는 경우에 적용되는 최후의 보충적 법원으로서 중요한 의미를 갖고 있다. 그런데 **평등원칙·비례원칙 등의 행정법의 일반원칙은 대부분 헌법적 효력을 가지는 원칙**들이다.

[정답] ④

02. 행정행위에 대한 설명으로 옳은 것은? 2016년 서울 9급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- 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 본허가권한과 분리되는 독자적인 행정행위이기 때문에 부분허가를 위해서는 본허가 이외에 별도의 법적 근거를 필요로 한다.

해설 출제 영역 및 유형 : 행정행위의 개념, 이론

- ① [X] : 행정행위란 행정청이 구체적 사실에 대한 법집행으로 대외적 효과를 가지는 권력적 단독행위이다. 따라서 **비권력적이고 또 단독행위도 아닌 공법상 계약 및 공법상 합동행위는 행정행위가 아니다**.
- ② [X] : 불특정 다수인을 상대방으로 하되 구체적 사실을 규율하는 행정청의 단독적·권력적 행위인 **일반처분도 행정행위**이다.
- ③ [O] : 다단계 행정결정에서 행정주체는 사전결정(예비결정) ⇨ 부분허가(부분승인) ⇨ 완전허가라는 3단계를 거쳐 허가를 해주고 있다. 그 중 **사전결정(예비결정)**이란 단계적 행정결정에 있어 최종적인 행정결정을 내리기 전에, 최종적 행정결정의 요건 중 '일부에 관한 확정적 결정' 또는 '일부의 심사에 대한 중국적인 판단'을 말하는 것으로서, 그 자체가 **하나의 행정행위**이다. 행정청은 본행정행위에 대한 법적 근거가 있으면 별도의 법적 근거가 없다 하더라도 사전결정을 할 수 있다.
- ④ [X] : **부분허가권**은 본허가권에 포함되므로, **본허가권을 가진 행정청은 별도의 법적 근거가 없다 하더라도 부분허가를 할 수 있다**.

[정답] ③

03. 다음 중 행정주체가 아닌 것은? 2016년 서울 9급 [중요도 ★, 난이도 下]

- ① 법무부장관
- ② 농지개량조합

③ 서울대학교

④ 대구광역시

해설 출제 영역 및 유형 : 행정주체, 이론

- ① [X] : 행정주체에는 국가, 공공단체(지방자치단체, 공공조합, 공법상 재단, 영조물법인), 공무수탁사인이 있다. 즉 공무수탁사인도 행정주체이므로 개인도 행정주체가 될 수 있다. 그러나 **대통령과 각부 장관**은 행정주체가 아니라 행정기관(행정청)에 불과하다.
- ② [O] : **농지개량조합**은 공법인(공공조합)으로서 공공단체에 속하는 행정주체이다. 따라서 헌법소원의 청구인적격을 인정할 수 없고(헌재 2000.11.30. 99헌마190), 또 농지개량조합과 그 직원과의 관계는 사법상의 근로계약관계가 아닌 공법상의 특별권력관계로서 그 조합의 직원에 대한 징계처분은 행정소송(취소소송)의 대상이 된다(대판 1995.6.9. 94누10870).
- ③ [O] : 종래의 판례는 서울대학교의 행정주체성을 부인하였다(대판 2001.6.29. 2001다21991). 그러나 2011년 12월 28일부터 **서울대학교**는 공법인(영조물법인)으로서 행정주체의 지위를 갖게 되었다.
- ④ [O] : **지방자치단체**는 국가의 영토의 일부를 자기 구역으로 해서 구역 내 주민을 국법이 허용하는 범위에서 지배하는 법인으로서, 시원적 행정주체인 **국가로부터 권력을 부여받은 행정주체**이다.

[정답] ①

04. 확약에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은? 2016년 서울 9급 [중요도 ★★, 난이도 下]

- 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 출제 영역 및 유형 : 확약, 이론+판례

- ① [O] : 독일의 행정절차법에는 확약에 관한 규정이 있으나, 우리나라의 「**행정절차법**」에는 **확약에 관한 규정이 없다**. 즉 확약에 관한 일반법은 존재하지 아니한다.
- ② [X] : **어업권면허에 선행하는 우선순위결정**은 행정청이 우선권자로 결정된 자의 신청이 있으면 어업권면허처분을 하겠다는 것을 약속하는 행위로서 **강박상 확약에 불과하고 행정처분은 아니므로**, 우선순위결정에 공정력이나 불가쟁력과 같은 효력은 인정되지 아니한다(대판 1995.1.20. 94누6529).
- ③ [O] : **확약**은 공적 견해표명이므로 행정청은 확약의 내용인 본행정행위를 하여야 할 자기구속적인 의무를 지게 되고, 이에 대응하여 상대방은 행정청에 그 이행을 청구할 권리를 갖게 된다. 이와 같은 확약의 구속력은 행정청이 확약된 행위를 하지 않을 경우에 상대방이 신뢰보호원칙의 위반을 주장할 수 있는 근거가 된다.
- ④ [O] : 행정청이 상대방에게 장차 어떤 처분을 하겠다고 확약 또는 공적인 의사표명을 하였다고 하더라도, 그 자체에서 상대방으로 하여금 언제까지 처분의 발령을 신청하도록 유효기간을 두었는데도 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).

[정답] ②

05. 행정행위의 부관에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 따름) 2016년 서울 9급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- 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.

- ① [O] : 하기의 갹신은 허가취득자에게 다시 종전의 지위를 계속 유지시키는 효과를 갖는 것에 불과하고 갹신 후에는 갹신 전의 법 위반사항을 불문에 붙이는 효과를 발생하는 것이 아니라고 해석함이 상당하므로, 일단 **갹신이 있는 후에도 갹신 전의 법 위반사실에 근거하여 허가를 취소할 수 있다**(대판 1982.7.27. 81누174).
- ② [X] : 부담부 행정처분에 있어서 처분의 상대방이 부담(의무)을 이행하지 아니한 경우에 처분행정청으로서 이를 들어 당해 처분을 철회할 수 있다(대판 1989.10.24. 89누2431). 다만 이 **철회권의 행사에도 이익형량에 따른 철회의 제한이 적용되므로**, 기득권의 침해를 정당화할 만한 중대한 공익상의 필요 또는 제3자의 이익보호의 필요가 있는 때에 한하여 상대방이 받는 불이익과 비교·교량하여 결정하여야 한다(대판 2004.11.26. 2003두10251).
- ③ [X] : 행정행위의 부관은 부담인 경우를 제외하고는 부관에 대해서만 독립하여 소송의 대상으로 삼는 진정일부취소소송을 제기하여 다룰 수 없다(대판 2001.6.15. 99두509). 그리고 **부담 이외의 부관이 불은 행정행위 전부를 대상으로 취소소송을 제기하여 부관만의 취소를 구하는 부진정일부취소소송을 제기하여 다룰 수도 없다**(대판 1985.7.9. 84누604). 따라서 위법한 부담 이외의 부관으로 인하여 권리를 침해당한 자는 부관부 행정행위의 전체의 취소를 구하든지, 아니면 먼저 행정청에 부관이 없는 처분으로 변경해 줄 것을 청구한 다음 그것이 거부된 경우에 ‘거부처분취소소송’을 제기할 수밖에 없다. 다만 다수설은 부진정일부취소소송을 제기하여 다룰 수 있다고 한다.
- ④ [X] : **행정처분에 부담인 부관을 불인 경우 부관의 무효화에 의하여 본체인 행정처분 자체의 효력에도 영향이 있게 될 수는 있지만, 그 처분을 받은 사람이 부담의 이행으로 중여(기부채납)·사법상 매대 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**(대판 2009.6.25. 2006다18174 ; 대판 1996.1.23. 95다3541). 즉 **행정처분에 불인 부관인 부담이 무효이거나 취소되어 무효로 되었다고 해도 그 부담의 이행으로 한 사법상 법률행위는 무효가 아니므로 그 이행행위인 기부채납이나 금전납부는 법률상 원인이 있는 것이고, 따라서 부당이득이 되지 아니한다**.

[정답] ①

06. 행정상 손해배상(국가배상)에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 따름)

2016년 서울 9급 [중요도 ★★, 난이도 下]

- ① 국가배상은 공행정작용을 대상으로 하므로 국가배상청구소송은 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.

- ① [X] : 「국가배상법」을 공법으로 보는 통설에 의하면 국가배상청구소송은 공법상 당사자소송으로 다루어야 한다. 그러나 대법원 판례는 「국가배상법」을 「민법」의 특별법으로서 사법에 해당한다고 보아 **국가배상청구소송은 민사소송으로 제기하여야 된다는 입장이다**(대판 1972.10.10. 69다701).
- ② [X] : 이 법은 **외국인이 피해자인 경우에는** 해당 국가와 상호 보증이 있을 때에만 적용한다(국가배상법 제7조). 즉 외국인에 대해서는 상호주의에 따른 제한이 있다.
- ③ [O] : 공무원이 직무수행 중 불법행위로 타인에게 손해를 입힌 경우에 국가 등이 국가배상책임을 부담하는 외에 **공무원 개인도 고의 또는 중과실이 있는 경우에는 불법행위로 인한 손해배상책임을 지고**, 공무원에게 경과실이 있을 뿐인 경우에는 공무원 개인은 손해배상책임을 부담하지 아니한다(대판 2014.8.20. 2012다54478 ; 대판 전합 1996.2.15. 95다38677).
- ④ [X] : 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·관리비용을 부담하는 자가 동일하지 아니하면 그 비용을 부담하는 자도 손해를 배상하여야 한다(국가배상법 제6조 제1항). 따라서 **피해자는 양자에 대하여 손해배상을 선택적으로 청구할 수 있으며**(대판 1999.6.25. 99다11120 참조), 사무귀속주체가 우선적으로 손해배상을 하여야 하는 것은 아니다.

[정답] ③

07. 다음 중 사인의 공법행위에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은? 2016년 서울 9급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- 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 사직 의사표시의 철회나 취소는 그에 터잡은 의원면직처분이 있을 때까지 할 수 있는 것이고, 일단 면직처분이 있고 난 이후에는 철회나 취소할 여지가 없다.

해설 출제 영역 및 유형 : 사인의 공법행위, 이론+판례

- ① [O] : 「우편법」 제10조 등 명문의 규정이 있는 경우를 제외하고는 적어도 재산상의 행위에 관한 것이면 **행위능력에 관한 「민법」의 규정을 유추적용하여야 한다**(통설).
- ② [X] : 「민법」의 법률행위에 관한 규정은 행위의 격식화를 특색으로 하는 공법행위에 당연히 타당하다고 말할 수 없으므로 **공법행위인 영업재개신고나 공무원의 사직의 의사표시에 비진의 의사표시의 무효에 관한 「민법」 제107조는 적용될 수 없다**(대판 1978.7.25. 76누 276 ; 대판 1992.8.14. 92누909).
- ③ [O] : 사인의 공법행위가 **행정행위의 단순한 동기에 불과한 경우에는 그 하자는 행정행위에 영향을 미치지 않으므로 유효하나**, 그 전제조건인 경우에는 행정행위의 효력에 영향을 미친다.
- ④ [O] : 공무원이 한 **사직 의사표시의 철회나 취소**는 그에 터잡은 **의원면직처분이 있을 때까지 할 수 있는 것이고**, 일단 면직처분이 있고 난 이후에는 철회나 취소할 여지가 없다(대판 2001.8.24. 99두9971).

[정답] ②

08. 행정상 손실보상에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 따름) 2016년 서울 9급 [중요도 ★★★, 난이도 中]

- 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 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.

해설 출제 영역 및 유형 : 손실보상, 법령+판례

- ① [O] : **민간기업을 수용의 주체로 규정한 「산업입지 및 개발에 관한 법률」 제22조 제1항의 “사업시행자” 부분 중 “제16조 제1항 제3호”에 관한 부분**(이하 ‘이 사건 수용조항’이라 한다)은 「헌법」 제23조 제3항에 위반되지 않는다. 즉 「헌법」 제23조 제3항은 장당한 보상을 전제로 하여 재산권의 수용 등에 관한 가능성을 규정하고 있지만, 재산권 수용의 주체를 한정하지 않고 있다. 위 「헌법」 조항의 핵심은 당해 수용이 공공필요에 부합하는가, 장당한 보상이 지급되고 있는가 여부 등에 있는 것이지, 그 수용의 주체가 국가인지 민간기업인지 여부에 달려 있다고 볼 수 없다. 또한 국가 등의 공적 기관이 직접 수용의 주체가 되는 것이든 그러한 공적 기관의 최종적인 허부판단과 승인결정 하에 민간기업이 수용의 주체가 되는 것이든, 양자 사이에 공공필요에 대한 판단과 수용의 범위에 있어서 본질적인 차이를 가져올 것으로 보이지 않는다. 따라서 위 수용 등의 주체를 국가 등의 공적 기관에 한정하여 해석할 이유가 없다(헌재 2009.9.24. 2007헌바114).
- ② [O] : **토지수용보상액은 구 「토지수용법」 제46조 제2항 등 관계 법령에서 규정한 바에 따라 산정하여야 하는 것으로서, 「지가공시 및 토지 등의 평가에 관한 법률」 제10조의2 규정에 따라 결정·공시된 개별공시지가를 기준으로 하여 산정하여야 하는 것은 아니며, 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 [O] : **개발이익은 그 성질상 완전보상의 범위에 포함되는 파수용자의 손실이라고 볼 수 없으므로, 이러한 개발이익을 배제하고 손실보상액**

을 산정한다 하여 「헌법」이 규정한 정당보상의 원리에 어긋나는 것이라고 할 수 없다(헌재 2010.12.28. 2008헌바57 ; 헌재 2010.3.25. 2008헌바102 ; 대판 1993.7.13. 93누227 등).

- ④ [X] : 행정소송이 **보상금의 증감에 관한 소송인 경우 그 소송을 제기하는 자가 토지소유자 또는 관계인일 때에는 사업시행자를, 사업시행자일 때에는 토지소유자 또는 관계인을 각각 피고로 한다**(공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제85조 제2항).

[정답] ④

09. 「행정소송법」 제18조 제3항에서 규정하고 있는 행정심판을 거칠 필요가 없는 경우가 아닌 것은? 2016년 서울 9급 [중요도 ★★, 난이도 下]

- 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 변경하여 당해 변경된 처분에 관하여 소를 제기하는 때
- ④ 법령의 규정에 의한 행정심판기관이 의결 또는 재결을 하지 못할 사유가 있을 때

해설 출제 영역 및 유형 : 행정심판전치주의, 법령

① [O], ② [O], ③ [O] : 다른 법률에 당해 처분에 대한 행정심판의 재결을 거치지 아니하면 취소소송을 제기할 수 없다는 규정이 있는 때에도 (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 변경하여 당해 변경된 처분에 관하여 소를 제기하는 때, (4) 처분을 행한 행정청이 행정심판을 거칠 필요가 없다고 잘못 알린 때에는 행정심판을 제기할 수 있다(행정소송법 제18조 제3항).

④ [X] : 다른 법률에 당해 처분에 대한 행정심판의 재결을 거치지 아니하면 취소소송을 제기할 수 없다는 규정이 있는 경우에도 (1) 행정심판 청구가 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 있을 때, (4) 그 밖의 정당한 사유가 있는 때에는 행정심판의 재결을 거치지 아니하고 취소소송을 제기할 수 있다(행정소송법 제18조 제2항). ⇒ 행정심판은 제기하여야 하나 재결까지 거칠 필요 없이 제소

[정답] ④

10. 다음 중 행정규칙에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은? 2016년 서울 9급 [중요도 ★★, 난이도 中]

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

해설 출제 영역 및 유형 : 법령보충적 행정규칙·재량준칙 등, 판례

① [O] : **법령보충적 행정규칙**은 행정규칙이 갖는 일반적 효력으로서가 아니라 행정기관에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 법령 규정의 효력에 의하여 그 내용을 보충하는 기능을 갖게 되고, 따라서 이와 같은 행정규칙은 상위법령의 위임한계를 벗어나지 않는 한 그것들과 결합하여 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 가진다(대판 2008.3.27. 2006두3742 ; 대판 2012.7.5. 2010다72076 등).

② [O] : **법령보충적인 행정규칙**은 상위법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 범위 내에서만 그것들과 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령의 성질을 가진다(대판 1996.4.12. 95누7727).

③ [X] : 「헌법」이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 예시적인 것으로 보아야 할 것이고, 그것은 법률이 행정규칙에 위임하더라도 그 행정규

칙은 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 입법위임을 할 때에는 대통령령, 총리령, 부령 등 법규명령에 위임함이 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).

- ④ [O] : 행정규칙은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가지는 것이나, **행정규칙이 법령의 규정에 의하여 행정관청에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 경우나 재량권 행사의 준칙인 규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관청이 이속되게 되면, 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는 경우에는 대외적인 구속력을 가지게 되느바, 이러한 경우에는 헌법소원의 대상이 될 수도 있다**(헌재 2001.5.31. 99헌마413).

[정답] ③

11. 행정계획에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 따름) 2016년 서울 9급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- 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 출제 영역 및 유형 : 행정계획 일반, 이론+판례

- ① [X] : 행정계획에는 본질상 가변성이 내재되어 있으므로 **계획보장청구권**은 인정되지 않는 것이 원칙이다.
- ② [X] : 행정주체가 행정계획을 입안·결정할 때 **이익형량을 전혀 행하지 않거나(형량해태) 이익형량의 고려 대상에 미땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우(형량흡결)** 또는 이익형량을 하였으나 정당성과 객관성이 결여된 경우(오형량)에는 그 행정계획결정은 이익형량에 하자가 있어(재량권을 일탈·남용한 것으로서) **위법하게 될 수 있다**(대판 2016.2.18. 2015두53640 ; 대판 1996.11.29. 96누8567 등).
- ③ [O] : **계획재량**은 일반적인 행정재량에 비하여 상대적으로 행정청에 더 많은 재량권이 부여되어 있다(헌재 2007.10.4. 2006헌바91 참조).
- ④ [X] : 행정계획의 법적 성질에 관하여는 입법행위설, 행정행위설, 독자성설 등이 주장되고 있다. 그러나 행정계획의 법적 성질을 일률적으로 단정지을 수는 없으며 개별적으로 검토하여 법적 구속력이 있는지, 항고소송의 대상이 되는 처분인지 여부를 판단해야 한다는 개별검토설이 통설이다. 판례도 **국민의 권리·의무에 구체적·개별적인 영향을 미치는 행정계획**(예컨대 도시관리계획)에 대해서는 **처분성을 인정하나**(대판 1982.3.9. 80누105), **그렇지 않은 행정계획**(예컨대 도시기본계획, 한지계획)에 대해서는 **처분성을 부정한다**(대판 1999.8.20. 97누6889).

[정답] ③

12. 행정의 실효성확보수단에 대한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 따름) 2016년 서울 9급 [중요도 ★★★★★, 난이도 中]

- 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 출제 영역 및 유형 : 대집행·이행강제금, 이론+판례

- ① [X] : 행정상 강제집행이 가능한 경우에는 민사상 강제집행은 허용되지 않는다. 즉 **행정대집행의 절차가 인정되는 경우에는 따로 민사소송**

의 방법으로 시설물의 철거·수거 등 공법상 의무의 이행을 구하는 것은 허용되지 않는다(대판 2009.6.11. 2009다1122 ; 대판 2000.5.12. 99다18909).

② [X] : 단순한 부작위위무의 위반, 즉 관계 법령에 정하고 있는 절대적 금지나 하기를 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 부작위위무로부터 그 의무를 위반함으로써 생긴 결과를 시정하기 위한 작위위무를 당연히 끌어낼 수는 없으며, 또 위 **금지규정**(특히 하기를 유보한 상대적 금지규정)으로부터 **작위위무**, 즉 위반 결과의 시정을 명하는 권한이 당연히 추론되는 것도 아니다(대판 1996.6.28. 96누4374).

③ [X] : **토지·건물의 인도(명도)의무 및 점유자의 퇴거의무**는 사람을 실력으로 배제하여야 하는 **비대체적 작위위무**이므로 대집행을 할 수 없다(대판 1998.10.23. 97누157 ; 대판 2005.8.19. 2004다2809).

④ [O] : 종래 이행강제금제도를 둔 법률들은 이행강제금 부과처분에 대한 불복절차와 관련하여 「비송사건절차법」에 의한 과태료재판에 의하도록 규정하고 있었고, 따라서 이행강제금 부과처분은 행정소송의 대상이 되는 처분성이 인정될 수 없었다(대판 2000.9.22. 2000두 5722 참조). 그러나 현재는 「건축법」·「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 등과 같은 **대부분의 법률들이 「비송사건절차법」에 의한 불복절차규정을 삭제**하고 있고(농지법 제62조 제7항만은 아직 종전의 비송사건절차법에 의한 재판제도를 그대로 두고 있음), 그 결과 **이행강제금 부과처분이 행정행위로서의 성질을 가지게 되어** 행정쟁송에 의해 구제를 받을 수 있게 되었다.

[정답] ④

13. 처분의 신청에 대한 「행정절차법」의 내용으로 옳은 것은? 2016년 서울 9급 [중요도 ★★, 난이도 下]

- 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.

해설 출제 영역 및 유형 : 처분의 신청, 법령

① [O] : 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(제17조 제7항).

② [X] : 행정청에 처분을 구하는 신청은 문서로 하여야 한다. 다만, **다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우와 행정청이 미리 다른 방법을 정하여 공시한 경우에는 그러하지 아니하다**(제17조 제1항).

③ [X] : 처분을 신청할 때 **전자문서로 하는 경우에는** ‘행정청’의 컴퓨터 등에 입력된 때에 신청한 것으로 본다(제17조 제2항).

④ [X] : 행정청은 **신청에 구비서류의 미비 등 흠이 있는 경우에는** 보완에 필요한 상당한 기간을 정하여 자체 없이 신청인에게 보완을 요구하여야 하고, 신청인이 그 기간 내에 **보완을 하지 아니하였을 때에는** 그 이유를 구체적으로 밝혀 접수된 신청을 되돌려 보낼 수 있다(제17조 제5항, 제6항).

[정답] ①

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

2016년 서울 9급 [중요도 ★

★, 난이도 中]

- 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 법적 근거가 필요하다.
- ④ 판례는 불가쟁력이 생긴 행정처분이라도 공권의 확대와 경향에 따라 이에 대한 취소 또는 변경을 구할 신청권을 적극적으로 인정하고 있다.

해설 출제 영역 및 유형 : 취소와 철회, 이론+판례

① [X] : **부담적 행정행위**는 취소하더라도 신뢰보호문제가 생기지 않으므로 자유롭게 취소할 수 있다. 그러나 수익적 행정행위의 취소는 신뢰보호를 침해할 우려 때문에 제한을 받는다.

- ② [○]: 수의적 행정행위에도 철회권유보의 부관을 붙일 수 있다. 철회권의 유보는 일정 요건하에서 행정행위를 철회하여 그 효력을 소멸케 할 수 있음을 정한 부관으로서, 철회로 인한 상대방의 신뢰보호원칙의 주장을 배제하는 기능을 한다. 즉 철회권이 유보된 경우 상대방은 이후의 철회가능성을 예견하고 있으므로 원칙적으로 신뢰보호의 원칙에 근거하여 철회의 제한을 주장할 수 없다.
- ③ [×]: 철회권유보의 경우에도 철회의 일반원칙은 통용되는 것이고, 처분청의 철회에는 별도의 법적 근거가 없더라도 철회가 가능하다는 것이 다수설과 판례(대판 2004.11.26. 2003두10251)이다.
- ④ [×]: 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).

[정답] ②

15. 다음 중 항고소송의 대상이 되는 행정처분을 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 따름)

2016년 서울 9급 [중요도 ★★, 난이도 中]

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

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

해설  출제 영역 및 유형 : 대상적격, 판례

- ㄱ. [○]: 국가인권위원회의 성희롱결정과 이에 따른 시정조치의 권고는 불가분의 일체로 행하여지는 것인데 국가인권위원회의 이러한 결정과 시정조치의 권고는 성희롱 행위자로 결정된 자의 인격권에 영향을 미침과 동시에 공공기관의 장 또는 사용자에게 일정한 법률상의 의무를 부담시키는 것이므로 국가인권위원회의 성희롱결정 및 시정조치권고는 행정소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 보지 않을 수 없다(대판 2005.7.8. 2005두487).
- ㄴ. [○]: 토지소유자는 지목을 토대로 토지의 사용·수익·처분에 일정한 제한을 받게 되는 점 등을 고려하면, 지목은 토지소유권을 제대로 행사하기 위한 전제요건으로서 토지소유자의 실제적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있으므로 지적공부 소관청의 지목변경신청 반려행위는 국민의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 전합 2004.4.22. 2003두9015).
- ㄷ. [×]: 대집행을 위한 계고가 동일한 내용으로 수회 반복된 경우에는 제1차 계고만이 처분성을 가지며 제2차, 제3차의 계고는 대집행기한의 연기통지에 불과하여 행정처분이 아니다(대판 1994.10.28. 94누5144 ; 대판 2000.2.22. 98두4665).
- ㄹ. [×]: 구 「국세기본법」상 국세환급금결정이나 이 결정을 구하는 신청에 대한 환급거부결정은 납세의무자가 갖는 환급청구권의 존부나 범위에 구체적이고 직접적인 영향을 미치는 처분이 아니어서 항고소송의 대상이 되는 처분이라고 볼 수 없다(대판 2009.11.26. 2007두4018 ; 대판 2010.2.25. 2007두18284).
- ㅁ. [○]: 지방계약직공무원에 대한 보수의 삭감은 이를 당하는 공무원의 입장에서는 징계처분의 일종인 감봉과 다를 바 없으므로, 채용계약상 특별한 약정이 없는 한 징계절차에 의하지 않고서는 보수를 삭감할 수 없다(대판 2008.6.12. 2006두16328). 즉 지방계약직공무원에 대한 보수의 삭감조치를 처분으로 보고 있다.

[정답] ①

16. 다음 중 행정질서벌에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? 2016년 서울 9급 [중요도 ★★, 난이도 下]

- 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 출제 영역 및 유형 : 과태료, 법령+이론

- ① [O] : 행정질서법은 행정법규 위반에 대한 제재로서 형법에 형명으로 규정되어 있지 아니한 과태료가 과하여지는 행정벌이다.
 ② [X] : 하나의 행위가 2 이상의 질서위반행위에 해당하는 경우에는 각 질서위반행위에 대하여 정한 과태료 중 가장 중한 과태료를 부과한다 (질서위반행위규제법 제13조 제1항).
 ③ [O] : 「질서위반행위규제법」 제8조.
 ④ [O] : 「질서위반행위규제법」 제12조 제2항.

[정답] ②

17. 다음 중 사정판결에 대한 내용으로 옳지 않은 것은? 2016년 서울 9급 [중요도 ★★, 난이도 下]

- 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 취소소송 등이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 없다.

해설 출제 영역 및 유형 : 사정판결, 법령

- ① [O], ② [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).
 ③ [O] : 법원이 사정판결을 함에 있어서는 미리 원고가 그로 인하여 입게 될 손해의 정도와 배상방법, 그 밖의 사정을 조사하여야 한다(행정소송법 제28조 제2항).
 ④ [X] : 원고는 피고인 행정청이 속하는 국가 또는 공공단체를 상대로 손해배상, 제해시설의 설치, 그 밖에 적당한 구제방법의 청구를 당해 취소소송 등이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 있다(행정소송법 제28조 제3항).

[정답] ④

18. 다음은 「건축법」 제11조의 일부이다. 이 법의 적용에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 따름) 2016년 서울 9급 [중요도 ★★, 난이도 上]

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·허가 등이나 허가 등을 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 ⑩ <생략>

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

해설 출제 영역 및 유형 : 인·허가의제, 이론+판례

- ① [X] : 인·허가의제도는 하나의 인·허가를 받으면 다른 허가, 인가, 특허, 신고 또는 등록 등을 받은 것으로 의제하는 제도를 말한다. 따라서 주된 건축허가를 함에 있어서 의제되는 농지전용허가에 대한 절차를 별도로 거칠 필요는 없다.
- ② [O] : 「건축법」상 건축허가신청을 받은 행정청으로서 「건축법」상 허가 요건뿐 아니라 「농지법」이 정한 농지전용허가의 요건도 충족하는 경우에 한하여 허가해야 한다(대판 2015.7.9. 2015두39590 참조). 따라서 법령에서 주된 인·허가권자와 의제되는 인·허가권자가 서로 협의하도록 규정하고 있는 경우, 그 협의에서 의제되는 인·허가권자가 농지전용허가를 하지 않기로 결정하였다면 건축허가를 할 수가 없다.
- ③ [X] : 건축허가권자가 건축불허가처분을 하면서 그 처분사유로 건축불허가사유뿐만 아니라 농지전용불허가사유를 들고 있다고 하여 그 건축불허가처분 외에 별개로 농지전용불허가처분이 존재하는 것이 아니므로, 그 건축불허가처분을 받은 사람은 그 건축불허가처분에 관한 쟁송에서 「건축법」상의 건축불허가사유뿐만 아니라 「농지법」상의 농지전용불허가사유에 관하여도 다룰 수 있는 것이지, 그 건축불허가처분에 관한 쟁송과는 별개로 농지전용불허가처분에 관한 쟁송을 제기하여 이를 다투어야 하는 것은 아니며, 그러한 쟁송을 제기하지 아니하였어도 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.
- ④ [X] : 의제되는 인·허가의 절차적 요건에는 구속되지 않으므로 그 절차를 거칠 필요가 없으나, 실제적 요건에는 전면적으로 구속되므로 의제되는 인·허가의 실제적 요건을 모두 구비하여야 주된 인·허가를 한다는 절차집중설이 다수설 판례(대판 2000.11.24. 2000두2341)의 입장이다.

[정답] ②

19. 「행정소송법」상 집행정지에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 따름)

2016년 서울 9급 [중요도 ★★★★★, 난이도 中]

- ① 집행정지는 본안사건이 법원에 계속되어 있을 것을 요건으로 한다.
- ② 집행정지결정을 한 후에 본안소송이 취하되더라도 그 집행정지결정의 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 출제 영역 및 유형 : 집행정지, 법령+판례

- ① [O], ② [X] : 행정처분의 집행정지는 행정처분 집행부정지의 원칙에 대한 예외로서 인정되는 일시적인 응급처분이라 할 것이므로 집행정지결정을 하려면 이에 대한 본안소송이 법원에 제기되어 계속 중임을 요건으로 하는 것이므로, 집행정지결정을 한 후에라도 본안소송이 취하되어 소송이 계속하지 아니한 것으로 되면 집행정지결정은 당연히 그 효력이 소멸되는 것이고 별도의 취소조치를 필요로 하는 것이 아니다(대결 2007.6.28. 2005무75).
- ③ [O] : 집행정지의 결정이 확정된 후 집행정지가 공공복리에 중대한 영향을 미치거나 그 정지사유가 없어진 때에는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 집행정지의 결정을 취소할 수 있다(행정소송법 제24조 제1항).
- ④ [O] : 집행정지의 적극적 요건에 관한 주장·소명책임은 원칙적으로 신청인 측에 있다(대결 1999.12.20. 99무42). 그러나 집행정지의 소극적 요건에 대한 주장·소명책임은 행정청에게 있다(대결 1999.12.20. 99무42 ; 대결 2008.5.6. 2007무147 등).

[정답] ②

20. 갑(甲)은 A 행정청에 허가 신청을 하였으나 거부되었고, 이에 대해 거부처분 취소소송을 제기하여 인용판결이 확정되었다. 이에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 따름)

2016년 서울 9급 [중요도 ★★★★★, 난이도 ↑]

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

해설  출제 영역 및 유형 : 기속력, 판례

- ① [O] : 「행정소송법」 제30조 제2항의 규정에 의하면 행정청의 거부처분을 취소하는 판결이 확정된 경우에는 그 처분을 행한 행정청이 판결의 취지에 따라 이전의 신청에 대하여 재처분할 의무가 있다고 할 것이나, 그 취소사유가 행정처분의 절차, 방법의 위법으로 인한 것이라면 그 처분행정청은 그 확정판결의 취지에 따라 그 위법사유를 보완하여 다시 종전의 신청에 대한 거부처분을 할 수 있고, 그러한 처분도 위 조항에 규정된 재처분에 해당한다(대판 2005.1.14. 2003두13045).
- ② [X] : 취소소송에서 소송의 대상이 된 거부처분을 실체법상의 위법사유에 기하여 취소하는 판결이 확정된 경우에는 당해 거부처분을 한 행정청은 원칙적으로 신청을 인용하는 처분을 하여야 한다(대판 2001.3.23. 99두5238). 그러나 반드시 원고의 신청을 인용하는 재처분을 하여야 하는 것은 아니다. 따라서 처분 행정청은 종전 처분 후에 발생한 새로운 사유를 내세워 다시 거부처분을 할 수 있고, 그러한 처분도 「행정소송법」 제30조 제2항에 규정된 재처분에 해당한다(대판 2011.10.27. 2011두14401).
- ③ [O] : 확정판결의 당사자인 처분행정청이 그 행정소송의 사실심 변론종결 이전의 사유를 내세워 다시 확정판결과 저촉되는 행정처분을 하는 것은 허용되지 않는 것으로서, 이러한 행정처분은 그 하자가 중대하고도 명백한 것이어서 당연무효라 할 것이다(대판 1990.12.11. 90누3560). 즉 새로운 거부처분을 한 것이 확정된 종전 거부처분 취소판결의 기속력에 저촉되는 경우에는 당연무효이다(대결 2002.12.11. 2002무22).
- ④ [O] : 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(대결 2002.12.11. 2002무22).

[정답] ②