

2016년 서울시 7급

01. 행정절차에 대한 판례의 입장으로 가장 옳은 것은?

2016년 서울 7급 [중요도 ★★★★★, 난이도 中]

- ① 상대방의 신청을 거부하는 처분은 「행정절차법」상 당사자의 권익을 제한하는 처분에 해당하는 것으로, 처분의 사전통지 및 의견청취의 대상이 된다.
- ② 법령상 문서에 의하도록 한 행정행위를 문서에 의해 하지 아니한 때, 그 처분은 하자가 중대하고 명백하여 원칙적으로 무효이다.
- ③ 법령상 환경영향평가를 거쳐야 할 대상사업에 대하여 환경영향평가를 거치지 않고 행하여진 승인처분은 위법하지만 당연히 무효는 아니며, 취소의 대상이 될 뿐이다.
- ④ 법령상 환경영향평가 대상사업에 대하여 환경영향평가를 부실하게 거쳐 사업승인을 하였다면, 그러한 부실로 인하여 당연히 승인처분은 위법하게 된다.

해설 출제 영역 및 유형 : 무효사유 · 행정절차, 판례

- ① [X] : 신청에 따른 처분이 이루어지지 아니한 경우에는 아직 당사자에게 권익이 부과되지 아니하였으므로 특별한 사정이 없는 한 신청에 대한 거부처분이라고 하더라도 직접 당사자의 권익을 제한하는 것은 아니어서 **신청에 대한 거부처분을 「행정절차법」 제21조 제1항에서 말하는 ‘당사자의 권익을 제한하는 처분’에 해당한다고 할 수 없는 것이어서 처분의 사전통지대상이 된다고 할 수 없다**(대판 2003.11.28. 2003두674).
- ② [O] : 「행정절차법」 제24조는 규정하고 있는 **처분의 문서주의원칙**은 행정의 공정성 · 투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익을 보호하기 위한 것이므로 위 규정을 위반하여 행하여진 행정처분의 처분은 하자가 중대하고 명백하여 원칙적으로 무효이다(대판 2011.11.10. 2011도11109).
- ③ [X] : **환경영향평가를 거쳐야 할 대상사업에 대하여 환경영향평가를 거치지 아니하였음에도 불구하고 승인 등 처분이 이루어진다면** 사전에 환경영향평가를 함에 있어 평가대상지역 주민들의 의견을 수렴하고 그 결과를 토대로 하여 환경부장관과의 협의내용을 사업계획에 미리 반영시키는 것 자체가 원천적으로 봉쇄되는바, 이렇게 되면 환경파괴를 미연에 방지하고 쾌적한 환경을 유지 · 조성하기 위하여 환경영향평가제도를 둔 입법취지를 달성할 수 없게 되는 결과를 초래할 뿐만 아니라 환경영향평가대상지역 안의 주민들의 직접적이고 개별적인 이익을 근본적으로 침해하게 되므로, 이러한 행정처분의 하자는 **법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것이고 객관적으로도 명백한 것**이라고 하지 않을 수 없어, 이와 같은 행정처분은 당연히 무효이다(대판 2006.6.30. 2005두14363).
- ④ [X] : 환경영향평가법령에서 정한 환경영향평가를 거쳐야 할 대상사업에 대하여 그러한 환경영향평가를 거치지 아니하였음에도 승인 등 처분을 하였다면 그 처분은 위법하다 할 것이나, 그러한 **결치를 거쳤다면, 비록 그 환경영향평가의 내용이 다소 부실하다 하더라도**, 그 부실의 정도가 환경영향평가제도를 둔 입법취지를 달성할 수 없을 정도이어서 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도의 것이 아닌 이상, 그 부실은 당해 승인 등 처분에 재량권 일탈 · 남용의 위법이 있는지 여부를 판단하는 하나의 요소로 뒀에 그칠 뿐, **그 부실로 인하여 당연히 당해 승인 등 처분이 위법하게 되는 것이 아니다**(대판 전합 2006.3.16. 2006두330).

[정답] ②

02. 인 · 허가외제에 대한 설명으로 가장 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따름)

2016년 서울 7급

[중요도 ★★★★★, 난이도 上]

- ① 반드시 법률에 명시적인 근거가 있어야 하는 것은 아니다.
- ② 주된 인 · 허가인 건축불허가처분을 하면서 그 처분사유로 의제되는 인 · 허가에 해당하는 형질변경불허가사유를 들고 있다면, 그 건축불허가처분을 받은 자는 형질변경불허가처분에 관해서도 쟁송을 제기하여 다룰 수 있다.
- ③ 신청된 주된 인 · 허가절차만 거치면 되고, 의제되는 인 · 허가를 위하여 거쳐야 하는 주민의견청취 등의 절차를 거칠 필요는 없다.
- ④ 주된 인 · 허가에 관한 사항을 규정하고 있는 A 법률에서 주된 인 · 허가가 있으면 B 법률에 의한 인 · 허가를 받은 것으로 의제한다는 규정을 둔 경우, B 법률에 의하여 인 · 허가를 받았음을 전제로 하는 B 법률의 모든 규정이 적용된다.

해설 출제 영역 및 유형 : 인 · 허가외제, 이론+판례

- ① [X] : 인·허가의제도는 행정기관의 권한에 변경을 초래한다. 따라서 행정조직법정주의 원리에 비추어 개별 법률의 명시적인 근거가 있는 경우에만 허용된다.
- ② [X] : 구 「건축법」상 건축허가를 받은 경우에는 구 「도시계획법」상 토지의 형질변경허가를 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」의 규정에 적합한지의 여부를 검토하여야 하는 것일 뿐, 건축불허가처분을 하면서 그 처분사유로 건축불허가사유뿐만 아니라 형질변경불허가사유를 들고 있다고 하여 그 건축불허가처분 외에 별개로 형질변경불허가처분이 존재하는 것이 아니므로, 그 건축불허가처분을 받은 사람은 그 건축불허가처분에 관한 쟁송에서 「건축법」상의 건축불허가사유뿐만 아니라 구 「도시계획법」상의 형질변경불허가사유에 관하여도 다룰 수 있는 것이지, 그 건축불허가처분에 관한 쟁송과는 별개로 형질변경불허가처분에 관한 쟁송을 제기하여 이를 다투어야 하는 것은 아니며, 그러한 쟁송을 제기하지 아니하였어도 형질변경불허가사유에 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.
- ③ [O] : 인·허가의제도는 하나의 인·허가를 받으면 다른 인·허가를 받은 것으로 의제하는 제도이므로, 신청된 주된 인·허가절차만 거치면 되고 의제되는 인·허가를 위하여 거쳐야 하는 주민의 의견청취 등의 절차를 거칠 필요는 없다(대판 1992.11.10. 92누1162). ⇨ 절차집중설
- ④ [X] : 주된 인·허가에 관한 사항을 규정하고 있는 甲 법률에서 주된 인·허가가 있으면 乙 법률에 의한 인·허가를 받은 것으로 의제한다는 규정을 둔 경우에는 주된 인·허가가 있으면 乙 법률에 의한 인·허가가 있는 것으로 보는데 그치는 것이고, 그래서 더 나아가 乙 법률에 의하여 인·허가를 받았음을 전제로 한 乙 법률의 모든 규정들까지 적용되는 것은 아니다(대판 2004.7.22. 2004다19715 ; 대판 2015.4.23. 2014두2409).

[정답] ③

03. 행정작용과 그 성격을 연결한 것으로 옳지 않은 것을 모두 고르면?

2016년 서울 7급 [중요도 ★

★, 난이도 中]

- ㄱ. 특허출원의 공고 - 확인
 ㄴ. 운전면허 - 허가
 ㄷ. 국가시험합격자 결정 - 통지
 ㄹ. 한의사면허 - 특허
 ㅁ. 선거당선인 결정 - 확인

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

해설  출제 영역 및 유형 : 허가·확인·통지, 이론

- ㄱ. [X] : 특허출원의 공고는 준법률행위적 행정행위 중 통지에 해당한다.
 ㄴ. [O] : 운전면허는 대인적 허가에 해당한다.
 ㄷ. [X], ㄹ. [O] : 국가시험(공무원시험)합격자 결정, 선거당선인 결정은 준법률행위적 행정행위 중 확인에 해당한다.
 ㅁ. [X] : 한의사 면허는 경찰금지를 해제하는 명령적 행위(즉 강학상 허가)에 해당한다(대판 1998.3.10. 97누4289).

[정답] ②

04. 결격사유가 있는 자가 공무원에 임용된 경우, 그 임용의 효력에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 따름) 2016년 서울 7급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- ① 공무원임용결격사유가 있는지의 여부는 채용후보자명부에 등록한 때가 아닌 임용 당시에 시행되던 법률을 기준으로 하여 판단하여야 한다.
 ② 임용 당시 공무원임용결격사유가 있었다 하더라도 국가의 과실에 의하여 임용결격자임을 밝혀내지 못하였다면 그 임용 행위는 당연무효라고 할 수 없다.
 ③ 임용결격자가 공무원으로 임용되어 사실상 근무하여 왔다고 하더라도 적법한 공무원으로서의 신분을 취득하지 못한 자로서는 「공무원연금법」 소정의 퇴직급여 등을 청구할 수 없다.

- ④ 허위의 고등학교 졸업증명서를 제출하는 사위의 방법에 의한 하사관 지원의 하자를 이유로 하사관 임용일로부터 33년이 경과한 후에 행정청이 행한 하사관 및 준사관 임용취소처분은 적법하다.

해설 출제 영역 및 유형 : 임용결격, 판례

- ① [O] : 「국가공무원법」에 규정되어 있는 공무원임용결격사유는 공무원으로 임용되기 위한 절대적인 소극적 요건으로서 공무원관계는 「국가공무원법」 제38조, 「공무원임용령」 제11조의 규정에 의한 채용후보자명부에 등록된 때가 아니라 국가의 임용이 있는 때에 설정되는 것이므로 공무원임용결격사유가 있는지의 여부는 채용후보자명부에 등록된 때가 아닌 임용 당시에 시행되던 법률을 기준으로 하여 판단하여야 한다(대판 1987.4.14. 86누459).
- ② [X], ③ [O] : 「공무원연금법」에 의한 퇴직급여 등은 적법한 공무원으로서의 신분을 취득하여 근무하다가 퇴직하는 경우에 지급되는 것이고, 임용 당시 공무원임용결격사유가 있었다면 비록 국가의 과실에 의하여 임용결격자임을 밝혀내지 못하였다고 하더라도 그 임용행위는 당연무효로 보아야 하고, 당연무효인 임용행위에 의하여 공무원의 신분을 취득할 수는 없으므로, 임용결격자가 공무원으로 임용되어 사실상 근무하여 왔다고 하더라도 적법한 공무원으로서의 신분을 취득하지 못한 자로서는 「공무원연금법」 소정의 퇴직급여 등을 청구할 수 없음, 임용결격사유가 소멸된 후에 계속 근무하여 왔다고 하더라도 그 때부터 무효인 임용행위가 유효로 되어 적법한 공무원의 신분을 회복하고 퇴직급여 등을 청구할 수 있다고 볼 수 없다(대판 1998.1.23. 97누16985).
- ④ [O] : 원고가 허위의 고등학교 졸업증명서를 제출하는 사위의 방법에 의하여 하사관을 지원하여 입대한 이상, 원고로서는 자신에 대한 하사관 임용이 소정의 지원요건을 갖추지 못한 자에 대하여 위법하게 이루어진 것을 알고 있어 그 취소가능성도 예상할 수 있었다 할 것이므로, 피고(국방부장관)가 33년이 경과한 후 뒤늦게 원고에 대한 하사관 및 준사관 임용을 취소함으로써 원고가 입는 불이익이 적지 않다 하더라도 위 취소행위가 신뢰이익을 침해하였다고 할 수 없음은 물론, 비례의 원칙에 위배하거나 재량권을 남용하였다고 볼 수 없어, 결국 원고에 대한 하사관 및 준사관 임용을 취소한 처분은 적법하다(대판 2002.2.5. 2001두5286).

[정답] ②

05. 민사소송이나 형사소송에서 행정행위의 위법 여부, 효력 유무 또는 부인이 선결문제가 되었을 때, 법원이 이를 심리·판단할 수 없는 경우는?(다툼이 있는 경우 판례에 따름) 2016년 서울 7급
[중요도 ★★, 난이도 中]

- ① 甲이 조세부과처분의 무효를 이유로 이미 납부한 세금의 반환을 청구하는 부당이득반환청구소송을 제기하는 경우
- ② 영업허가가 취소되었음에도 불구하고 영업을 계속하던 乙이 무허가영업을 한 죄로 기소되자 그 취소처분에 대해 취소사유가 있음을 들어 무죄를 주장하는 경우
- ③ 丙이 영업허가를 취소당함으로써 손해를 입었다고 주장하면서 국가배상을 청구하는 소송을 제기한 경우
- ④ 丁이 행정청의 조치명령을 이행하지 않음을 이유로 조치명령 위반죄로 기소된 경우

해설 출제 영역 및 유형 : 선결문제, 이론+판례

- ① [O] : 민사소송에 있어서 어느 행정처분의 당연무효 여부가 선결문제로 되는 때에는 이를 판단하여 당연무효임을 전제로 판결할 수 있고, 반드시 행정소송 등의 절차에 의하여 그 취소나 무효확인을 받아야 하는 것은 아니다(대판 2010.4.8. 2009다90092).
- ② [X] : 행정행위(영업허가 취소처분)에 무효사유가 아니라 취소사유가 있는 경우, 권한 있는 기관에 의해 취소될 때까지는 공정력이 인정되므로 형사법원은 그 영업허가 취소처분의 효력을 부인할 수 없다(대판 1982.6.8. 80도2646 ; 대판 1989.3.28. 89도149 등 참조).
- ③ [O] : 공정력 또는 구성요건적 효력은 단지 절차법상의 유효성추정력만 인정될 뿐 실체법상의 적법성추정력은 없다(통설). 따라서 영업허가 취소처분의 위법 여부가 민사소송에서의 선결문제인 경우에는 그 취소처분의 하자의 정도 및 취소 여부와 상관없이 민사법원이 직접 그 위법 여부를 심리·판단하여 손해배상을 명할 수 있다(대판 1972.4.28. 72다337 참조).
- ④ [O] : 조치명령 위반죄는 해당 조치명령이 적법한 것임을 전제로 성립한다. 따라서 형사법원은 조치명령의 위법 여부를 심리·판단하여 당연무효가 아니라 하더라도 위법한 것으로 인정되는 경우에는 조치명령 위반죄로 처벌할 수 없다(대판 2007.7.13. 2007도3918 ; 대판 2009.6.25. 2006도824).

[정답] ②

06. 권한의 위임에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 따름) 2016년 서울 7급
[중요도 ★★, 난이도 中]

- ① 행정권한의 위임은 행정관청이 법률에 따라 특정한 권한을 다른 행정관청에 이전하여 수임관청의 권한을 행사하도록 하는 것이어서 권한의 법적인 귀속을 변경하는 것이므로 법률의 위임을 허용하고 있는 경우에 한하여 인정된다.
- ② 권한의 내부위임에 있어서는 권한이 내부적으로만 이전되며 법률에서 정한 권한분배에 변경이 가해지는 것이 아니므로 법률의 근거가 없어도 가능하다.
- ③ 권한의 위임의 경우에는 수임자가 자기의 명의로 권한을 행사할 수 있으나, 내부위임의 경우에는 수임자는 위임관청의 명의로 이를 할 수 있을 뿐이다.
- ④ 국가사무로서 지방자치단체의 장에게 위임된 기관위임사무의 경우에는 지방자치단체의 조례에 의하여 구청장 등에게 재위임할 수 있다.

해설  출제 영역 및 유형 : 권한의 위임과 내부위임, 판례

- ① [이] : 행정권한의 위임은 행정관청이 법률에 따라 특정한 권한을 다른 행정관청에 이전하여 수임관청의 권한으로 행사하도록 하는 것이어서 권한의 법적인 귀속을 변경하는 것이므로 법률이 위임을 허용하고 있는 경우에 한하여 인정된다 할 것이다(대판 1995.11.28. 94누6475).
- ② [이] : 행정권한의 내부위임은 법률이 위임을 허용하고 있지 아니한 경우에도 행정관청의 내부적인 사무처리의 편의를 도모하기 위하여 그의 보조기관 또는 하급행정관청으로 하여금 그의 권한을 사실상 행사하게 하는 것이다(대판 1995.11.28. 94누6475). 즉 내부위임은 법률에서 정한 권한분배에 변경을 가하는 것이 아니므로 법률의 근거를 요하지 않는다.
- ③ [이] : 권한위임의 경우에는 수임관청이 자기의 이름으로 그 권한을 행사할 수 있지만, 내부위임의 경우에는 수임관청은 위임관청의 이름으로만 그 권한을 행사할 수 있을 뿐 자기의 이름으로는 그 권한을 행사할 수 없다(대판 1995.11.28. 94누6475).
- ④ [X] : 구 「건설업법」상 영업정지 등 처분에 관한 사무와 구 「도시재개발법」상 관리처분계획의 인가 등 처분에 관한 사무는 국가사무로서 지방자치단체의 장에게 위임된 이른바 기관위임사무에 해당하므로 시·도지사가 지방자치단체의 조례에 의하여 이를 구청장 등에게 재위임할 수는 없고 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제4조에 의하여 위임기관의 장의 승인을 얻은 후 지방자치단체의 장이 제정한 규칙이 정하는 바에 따라 재위임하는 것만이 가능하다(대판 전합 1995.7.11. 94누4615 ; 대판 전합 1995.8.22. 94누5694).

[정답] ④

07. 공법상 부당이득에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 따름) 2016년 서울 7급

[중요도 ★★, 난이도 中]

- ① 무효인 조세 부과처분에 기하여 납부한 세금의 반환을 구하는 것은 무효확인소송 절차에 따라야만 한다.
- ② 부가가치세 환급세액 지급청구는 당사자소송을 통해 다투어야 한다.
- ③ 국가는 국유재산의 무단점유자에 대하여 변상금 부과·징수권의 행사와는 별도로 민사상 부당이득반환청구의 소를 제기할 수 없다.
- ④ 제3자가 「국세징수법」에 따라 체납자의 명의로 체납액을 완납한 경우 국가에 대하여 부당이득반환을 청구할 수 있다.

해설  출제 영역 및 유형 : 부당이득, 판례

- ① [X] : 조세부과처분이 당연무효임을 전제로 하여 이미 납부한 세금의 반환을 청구하는 것은 민사상의 부당이득반환청구로서 민사소송절차에 따라야 한다(대판 1995.4.28. 94다55019 ; 대판 2001.10.26. 2000두7520).
- ② [이] : 납세의무자에 대한 국가의 부가가치세 환급세액 지급의무는 그 납세의무자로부터 어느 과세기간에 과다하게 거래징수된 세액 상당을 국가가 실제로 납부받았는지와 관계없이 부가가치세법령의 규정에 의하여 직접 발생하는 것으로서, 그 법적 성질은 정의와 공평의 관념에서 수익자와 손실자 사이의 재산상태 조정을 위해 인정되는 부당이득반환의무가 아니라 부가가치세법령에 의하여 그 존부나 범위가 구체적으로 확정되고 조세정책적 관점에서 특별히 인정되는 공법상 의무라고 봄이 타당하다. 그렇다면 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).
- ③ [X] : 「국유재산법」 제72조 제1항, 제73조에 의한 변상금 부과·징수권은 민사상 부당이득반환청구권과 법적 성질을 달리하므로, 국가는 무단점유자를 상대로 변상금 부과·징수권의 행사와 별도로 국유재산의 소유자로서 민사상 부당이득반환청구의 소를 제기할 수 있다(대판 전합 2014.7.16. 2011다76402).
- ④ [X] : 제3자가 체납자가 납부하여야 할 체납액을 체납자의 명의로 납부한 경우에는 원칙적으로 체납자의 조세채무에 대한 유효한 이행이

되고, 이로 인하여 국가의 조세채권은 만족을 얻어 소멸하므로, 국가가 채납액을 납부받은 것에 법률상 원인이 없다고 할 수 없고, 제3자는 국가에 대하여 부당이득반환을 청구할 수 없다. 이는 세무서장 등이 채납액을 징수하기 위하여 실시한 채납처분압류가 무효인 경우에도 다르지 아니하다(대판 2015.11.12. 2013다215263).

[정답] ②

08. 강학상 공물(公物)에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 따름)

2016년 서울 7급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- ① 주유소 영업을 위해 차도와 인도 사이의 경계턱을 없애고 건물 앞 인도 부분에 차량 진출입통로를 개설한 경우, 인도 부분이 일반공중의 통행에 공용되고 있다고 하여도 도로의 특별사용에 해당한다.
- ② 공유수면의 일부가 매립되어 대지화되었다면 공용폐지가 없었더라도 공물로서의 성질을 상실하므로 「민법」상 시효취득의 대상이 된다.
- ③ 행정주체가 사인 소유의 토지를 권원 없이 도로로 점유하고 있는 경우, 해당 도로가 공용개시된 이상 토지 소유권에 기해 도로부지의 반환을 청구하거나 손실보상청구권을 행사할 수 없다.
- ④ 공공용물에 대한 일반사용은 다른 개인의 자유이용과 국가 또는 지방자치단체 등의 공공목적에 위한 개발 또는 관리·보존행위를 방해하지 않는 범위 내에서만 허용된다 할 것이므로, 적법한 개발행위 등이 이루어짐으로 말미암아 발생한 불이익은 특별한 사정이 없는 한 손실보상의 대상이 되는 특별한 손실에 해당한다고 할 수 없다.

해설 풀이 출처 영역 및 유형 : 공물 일반, 판례

- ① [O] : 차도와 인도 사이의 경계턱을 없애고 인도 부분을 차도에서부터 완전한 오르막 경사를 이루도록 시공하는 방법으로 **건물 앞 인도 부분에 차량 진출입통로를 개설하여 건물에 드나드는 차량들의 편의에 제공함으로써, 일반의 보행자들이 인도 부분을 불변을 감수하면서 통행하고 있는 경우, 인도 부분이 일반공중의 통행에 공용되고 있다고 하여도 도로의 특별사용이 아니라고 할 수는 없다**(대판 1999.5.14. 98두17906).
- ② [X] : 공유수면은 소위 자연공물로서 그 자체가 직접 공공의 사용에 제공되는 것이므로 **공유수면의 일부가 사실상 매립되어 대지화되었다고 하더라도 국가가 공유수면으로서의 공용폐지를 하지 아니하는 이상 법률상으로는 여전히 공유수면으로서의 성질을 보유하고 있다**(대판 2013.6.13. 2012두2764).
- ③ [O] : **도로를 구성하는 부지**에 대하여는 사권을 행사할 수 없으므로(도로법 제4조), 그 부지의 소유자는 불법행위를 원인으로 하여 손해배상을 청구함은 별론으로 하고 그 부지에 관하여 그 소유권을 행사하여 **인도(반환)**를 청구할 수 없다(대판 1968.10.22. 68다1317). 그리고 도로의 공용개시행위로 인하여 공물로 성립한 사인 소유의 도로부지 등에 대하여 「도로법」 제4조에 따라 **사권의 행사가 제한됨으로써 그 소유자가 손실을 받았다고 하더라도** 이와 같은 사권의 제한은 국토교통부장관 또는 기타의 행정청이 행한 것이 아니라 「도로법」이 도로의 공물로서의 특성을 유지하기 위하여 필요한 범위 내에서 제한을 가하는 것이므로, 이러한 경우 도로부지 등의 소유자는 국가나 지방자치단체를 상대로 하여 부당이득반환청구나 손해배상청구를 할 수 있음은 별론으로 하고 「도로법」 제99조에 의한 손실보상청구를 할 수는 없다(대판 2006.9.28. 2004두13639).
- ④ [O] : 일반 공중의 이용에 제공되는 공공용물에 대하여 특허 또는 허가를 받지 않고 하는 일반사용은 다른 개인의 자유이용과 국가 또는 지방자치단체 등의 공공목적에 위한 개발 또는 관리·보존행위를 방해하지 않는 범위 내에서만 허용된다 할 것이므로, **공공용물에 관하여 적법한 개발행위 등이 이루어짐으로 말미암아 이에 대한 일정 범위의 사람들의 일반사용이 종전에 비하여 제한받게 되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그로 인한 불이익은 손실보상의 대상이 되는 특별한 손실에 해당한다고 할 수 없다**(대판 2002.2.26. 99다35300).

[정답] ②

09. 「개인정보 보호법」에 대한 설명으로 가장 옳은 것은? 2016년 서울 7급 [중요도 ★, 난이도 中]

- ① 개인정보처리자는 법령에서 민감정보의 처리를 요구 또는 허용하는 경우에도 정보주체의 동의를 받지 못하면 민감 정보를 처리할 수 없다.
- ② 개인정보처리자가 이 법에 따라 최소한의 개인정보를 수집한 경우, 최소 필요성 요건의 충족 여부에 대한 입증책임은 정보주체에게 있다.
- ③ 개인정보 분쟁조정위원회의 조정을 분쟁당사자가 수락하는 경우, 조정의 내용은 재판상 화해와 동일한 효력을 갖는다.

- ④ 공공기관의 장이 개인정보파일을 운용하는 경우에는 개인 정보파일의 명칭, 운용목적, 처리 방법, 보유기간 등을 미래창조과학부장관에게 등록하여야 한다.

해설 출제 영역 및 유형 : 개인정보 보호 일반, 법령

- ① [X] : 개인정보처리자는 사상·신념, 노동조합·정당의 가입·탈퇴, 정치적 견해, 건강, 성생활 등에 관한 정보, 그 밖에 정보주체의 사생활을 현저히 침해할 우려가 있는 개인정보로서 대통령령으로 정하는 정보(이하 “**민감정보**”라 한다)를 처리하여서는 아니 된다. 다만 (1) 정보주체에게 제15조 제2항 각 호(1. 정보주체에게 개인정보의 수집·이용 목적, 2. 수집하려는 개인정보의 항목, 3. 개인정보의 보유 및 이용 기간, 동의를 거부할 권리가 있다는 사실 및 동의 거부에 따른 불이익이 있는 경우에는 그 불이익의 내용 또는 제17조 제2항 각 호(1. 개인정보를 제공받는 자, 2. 개인정보를 제공받는 자의 개인정보 이용 목적, 3. 제공하는 개인정보의 항목, 4. 개인정보를 제공받는 자의 개인정보 보유 및 이용 기간, 5. 동의를 거부할 권리가 있다는 사실 및 동의 거부에 따른 불이익이 있는 경우에는 그 불이익의 내용)의 사항을 알리고 다른 개인정보의 처리에 대한 동의와 별도로 동의를 받은 경우, (2) **법령에서 민감정보의 처리를 요구하거나 허용하는 경우에는 그러하지 아니하다**(제23조 제1항). ⇨ 법령에서 민감정보의 처리를 요구하거나 허용하는 경우에는 정보주체의 별도의 동의와 관계없이 그 민감정보를 처리할 수 있다.
- ② [X] : 개인정보처리자는 정보주체의 동의를 받은 경우, 법률에 특별한 규정이 있거나 법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우, 공공기관이 법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우 등에는 개인정보를 수집할 수 있으며 그 수집 목적의 범위에서 이용할 수 있다(제15조 제1항). 이에 따라 개인정보처리자가 개인정보를 수집하는 경우에는 그 목적에 필요한 최소한의 개인정보를 수집하여야 하고, 이 경우 **최소한의 개인정보 수집이라는 입증책임**은 개인정보처리자가 부담한다(제16조 제1항).
- ③ [O] : ‘개인정보 분쟁조정위원회’는 (1) 조사 대상 침해행위의 중지, (2) 원상회복, 손해배상, 그 밖에 필요한 구제조치, (3) 같거나 비슷한 침해의 재발을 방지하기 위하여 필요한 조치 중 어느 하나의 사항을 포함하여 조정안을 작성할 수 있고, 조정안을 작성하면 자체 없이 각 당사자에게 제시하여야 한다. 이에 따라 조정안을 제시받은 당사자가 제시받은 날부터 15일 이내에 수락 여부를 알리지 아니하면 조정을 거부한 것으로 본다. **당사자가 조정내용을 수락한 경우** 분쟁조정위원회는 조정서를 작성하고 분쟁조정위원회의 위원장과 각 당사자가 기명날인하여야 하고, 이에 따른 조정의 내용은 재판상 화해와 동일한 효력을 갖는다(제47조 제1항~제5항).
- ④ [X] : 공공기관의 장이 개인정보파일을 운용하는 경우에는 (1) 개인정보파일의 명칭, (2) 개인정보파일의 운영 근거 및 목적, (3) 개인정보 파일에 기록되는 개인정보의 항목, (4) 개인정보의 처리방법, (5) 개인정보의 보유기간, (6) 개인정보를 통상적 또는 반복적으로 제공하는 경우에는 그 제공받는 자, (7) 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 행정자치부장관에게 등록하여야 한다. 등록된 사항이 변경된 경우에도 또한 같다(제32조 제1항).

[정답] ③

10. 항고소송의 피고에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 따름) 2016년 서울 7급
[중요도 ★★★★★, 난이도 中]

- ① 항고소송에서 원고가 피고를 잘못 지정하였다면 법원은 석명권을 행사하여 피고를 경정하게 하여 소송을 진행하여야 한다.
- ② 행정심판위원회가 1,000만원의 과징금 부과처분에 대한 취소심판에서 500만원의 과징금 부과처분으로 변경하는 내용의 재결을 하였고 청구인인 처분의 상대방이 관할 법원에 취소소송을 제기하였다면 재결에 의한 감액처분을 항고소송의 대상으로 하여야 한다.
- ③ 초등학교의 공용폐지를 내용으로 하는 조례를 대상으로 관할 법원에 취소소송을 제기하였다면, 피고는 조례안을 의결한 지방의회가 되어야 한다.
- ④ 중앙노동위원회의 재심판정에 대한 취소소송에 있어서 그 피고는 중앙노동위원회가 되어야 한다.

해설 출제 영역 및 유형 : 피고적격, 판례

- ① [O] : 원고가 피고를 잘못 지정하였다면 법원으로는 당연히 석명권을 행사하여 원고로 하여금 피고를 경정하게 하여 소송을 진행케 하였어야 할 것임에도 불구하고 이러한 조치를 취하지 아니한 채 피고의 지정이 잘못되었다는 이유로 소를 각하한 것은 위법하다(대판 2004.7.8. 2002두7852 ; 대판 2006.11.9. 2006다23503).
- ② [X] : 과징금 부과처분에서 행정청이 납부의무자에 대하여 부과처분을 한 후 그 부과처분의 하자를 이유로 과징금의 액수를 감액하는 경우에 그 감액처분은 감액된 과징금 부분에 관하여만 법적 효과가 미치는 것으로서 처음의 부과처분과 별개 독립의 과징금 부과처분이 아니라 그 실질은 당초 부과처분의 변경이고, 그에 의하여 과징금의 일부취소라는 납부의무자에게 유리한 결과를 가져오는 처분이므로 처음의 부과처분이 전부 실효되는 것은 아니며, 그 **감액처분으로도 아직 취소되지 않고 남아 있는 부분이 위법하다고 하여 다투는 경우**

항고소송의 대상은 처음의 부과처분 중 감액처분에 의하여 취소되지 않고 남은 부분이고 감액처분이 항고소송의 대상이 되는 것은 아니다(대판 2008.2.15. 2006두3957).

- ③ [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, 항고소송의 피고적격은 지방의회가 아니라 지방자치단체의 장이다. 그런데 초등학교의 공용폐지를 내용으로 하는 조례는 **교육에 관한 조례**이므로 그 항고소송은 시·도 교육감을 피고로 하여야 한다(대판 1996.9.20. 95누8003).
- ④ [X] : 「노동위원회법」 제19조의2 제1항의 규정은 행정처분의 성질을 가지는 지방노동위원회의 처분에 대하여 중앙노동위원장을 상대로 행정소송을 제기할 경우의 전치요건에 관한 규정이라 할 것이므로 **당사자가 지방노동위원회의 처분에 대하여 불복하기 위하여는** 처분 송달일로부터 10일 이내에 **중앙노동위원회에 재심을 신청**하고 중앙노동위원회의 재심판정서 송달일로부터 15일 이내에 **중앙노동위원회 위원장을 피고로 하여 재심판정 취소의 소를 제기**하여야 할 것이다(대판 1995.9.15. 95누6724 ; 대판 1995.6.30. 94누9955).

[정답] ①

11. 다음 중 행정대집행에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 따름)

2016년 서울 7급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- ① 법률상 시설설치금지의무를 위반하여 시설을 설치한 경우 별다른 규정이 없어도 대집행요건이 충족된다.
- ② 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제43조에 의한 토지소유자의 토지인도의무는 동법 제89조에 의하여 「행정대집행법」에 의한 대집행의 대상이 된다.
- ③ 공유재산 대부계약의 적법한 해지에 따라 원상회복을 위하여 실시하는 지상물 철거의무는 대집행의 대상이 되지 않는다.
- ④ 대집행절차상 계고, 대집행영장통지, 대집행비용납부명령 상호 간에는 선행행위의 하자가 후행행위에 승계된다.

해설  출제 영역 및 유형 : 대집행, 판례

- ① [X] : **부작위의무인 시설설치 금지의무를 위반하여 금지된 건축물·옥외광고물·도로장애물 등을 시설한 경우** 그 시설에 대하여 곧바로 대집행을 할 수는 없고, 법령의 근거(예컨대 건축법 제79조, 옥외광고물 등 관리법 제10조, 도로법 제83조, 하천법 제69조 등)에 따라 작위의무를 부과(예컨대 철거명령)하여 그 부작위의무를 작위의무로 전환한 후에 그 작위의무의 불이행에 대해 대집행을 할 수가 있다(대판 1996.6.28. 96누4374 참조).
- ② [X] : 피수용자 등이 사업시행자에 대하여 부담하는 수용 대상 토지의 인도의무에 관한 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제43조·제44조 규정에서의 ‘인도’에는 명도도 포함되는 것으로 보아야 하고, 이러한 **명도의무**는 그것을 강제적으로 실현하면서 직접적인 실행행사가 필요한 것이지 대체적 작위의무라고 볼 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한 「행정대집행법」에 의한 대집행의 대상이 될 수 있는 것이 아니다(대판 2005.8.19. 2004다2809).
- ③ [X] : 공유재산 대부계약의 해지에 따른 원상회복으로 행정대집행의 방법에 의하여 그 지상물을 철거시킬 수 있다. 공유재산의 점유자가 그 공유재산에 관하여 대부계약 외 달리 장당한 권원이 있다는 자료가 없는 경우 그 **대부계약이 적법하게 해지된 이상** 그 점유자의 공유재산에 대한 점유는 장당한 이유 없는 점유라 할 것이고, 따라서 지방자치단체의 장은 「공유재산 및 물품관리법」 제83조에 의하여 행정대집행의 방법으로 그 지상물을 철거시킬 수 있다(대판 2001.10.12. 2001두4078).
- ④ [O] : 대집행절차는 **계고** ⇒ **대집행영장의 통지** ⇒ **대집행의 실행** ⇒ **대집행에 요한 비용의 납부명령**의 4단계로 이루어지는데, 이 4단계의 행위는 각각 독립된 것이 아니고 상호 결합하여 대집행이라는 효과를 완성하는 것이기 때문에, **선행행위의 하자(흠)는 후행행위에 승계된다**(대판 1993.11.9. 93누14271 ; 대판 1996.2.9. 95누12507).

[정답] ④

12. 「행정심판법」에 대한 설명으로 가장 옳은 것은? 2016년 서울 7급 [중요도 ★★, 난이도 下]

- ① 임시처분은 의무이행심판을 인정하면서도 가처분제도를 인정하지 않아 제한된 재결의 실효성을 제고하기 위한 것이므로 집행정지로 그 목적을 달성할 수 있는 경우에도 허용된다.
- ② 심판청구에 대한 재결에는 기판력이 인정되지 않으므로 그 재결 및 같은 처분 또는 부작위에 대하여 다시 행정심판을 청구할 수 있다.
- ③ 행정심판의 심리는 당사자가 구술심리를 신청한 경우를 제외하고는 서면심리주의를 원칙으로 하고 있다.

- ④ 의무이행심판의 재결에서 처분재결은 형성재결의 성질을, 처분명령재결은 이행재결의 성격을 가지고 있다.

해설 출제 영역 및 유형 : 심리·재결, 법령+이론

- ① [X] : 행정심판위원회는 처분 또는 부작위가 위법·부당하다고 상당히 의심되는 경우로서 처분 또는 부작위 때문에 당사자가 받을 우려가 있는 중대한 불이익이나 당사자에게 생길 급박한 위험을 막기 위하여 임시지위를 정하여야 할 필요가 있는 경우에는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 임시처분을 결정할 수 있으나, 이 **임시처분**은 집행정지로 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다(제31조 제1항, 제3항).
- ② [X] : 행정심판의 재결에는 판결에서와 같은 기판력이 인정되지 않는다(대판 2015.11.27. 2013다6759). 그러나 행정심판청구에 대한 **재결이 있으면** 그 재결 및 같은 처분 또는 부작위에 대하여 다시 행정심판을 청구할 수 없다(제51조).
- ③ [X] : **행정심판의 심리는 구술심리나 서면심리로 한다.** 다만, 당사자가 구술심리를 신청한 경우에는 서면심리만으로 결정할 수 있다고 인정되는 경우 외에는 구술심리를 하여야 한다(제40조 제1항). ⇨ 「행정심판법」은 구술심리를 원칙으로 하는 것도 아니고 서면심리를 원칙으로 하는 것도 아니다. 이는 구술심리주의를 원칙으로 하는 행정소송과 구별해야 한다.
- ④ [O] : 행정심판위원회는 의무이행심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 지체 없이 신청에 따른 처분을 하거나 처분을 할 것을 피청구인에게 명한다(제43조 제5항). 따라서 의무이행심판의 인용재결인 의무이행재결에는 형성재결의 성질을 가지는 처분재결과 이행재결의 성질을 가지는 처분명령재결이 있다.

[정답] ④

13. 갑(甲)은 A 법률에 근거하여 부담금 부과처분을 받았으나, 처분 이후에 처분의 근거가 되었던 A 법률의 규정이 헌법재판소에 의해 위헌으로 결정되었다. 이에 대한 설명으로 가장 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따름) 2016년 서울 7급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- ①甲이 부담금을 납부하였고, 부담금 부과처분에 불가쟁력이 발생하였다면 이미 납부한 부담금의 반환 청구는 인정되지 않는다.
- ②甲에 대한 부담금 부과처분은 법적 근거가 없는 것이 되어 일반적으로 당연히 무효이다.
- ③甲이 아직 부담금을 납부하지 않은 상태에서 부담금 부과처분에 불가쟁력이 발생한 경우에는 부담금에 대한 강제집행이 허용된다.
- ④甲이 위헌결정을 이유로 부담금 부과처분에 대해 취소소송을 제기하는 경우에는 제소기간의 제한이 적용되지 않는다.

해설 출제 영역 및 유형 : 처분의 근거법률의 위헌결정, 판례

- ① [O] : 당해 법률에 근거하여 행정처분이 발하여진 후에 헌법재판소가 그 행정처분의 근거가 된 법률을 위헌으로 결정하였다면 결과적으로 행정처분은 법률의 근거가 없이 행하여진 것과 마찬가지가 되어 하자가 있는 것이 되나, 이미 **취소소송의 제기기간을 경과하여 확정력이 발생한 행정처분의 경우에는 위헌결정의 소급효가 미치지 않는다**(대판 2002.11.8. 2001두3181 ; 대판 2014.3.27. 2011두24057). 따라서 부과처분에 따라 부담금을 납부하였고 그 부과처분에 불가쟁력이 발생한 경우에는 부과처분의 근거법률이 나중에 위헌으로 결정되었다고 하더라도 이미 납부한 부담금의 반환청구는 허용되지 않는다.
- ② [X] : **법률에 근거하여 행정처분이 발하여진 후에 헌법재판소가 그 행정처분의 근거가 된 법률을 위헌으로 결정하였다면** 결과적으로 위 행정처분은 법률의 근거가 없이 행하여진 것과 마찬가지가 되어 하자가 있는 것이 되나, 일반적으로 법률이 헌법에 위반된다는 사정이 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에는 객관적으로 명백한 것이라고 할 수는 없으므로 **헌법재판소의 위헌결정 전에 행정처분의 근거되는 당해 법률이 헌법에 위반된다는 사유는 특별한 사정이 없는 한 그 행정처분의 취소소송의 전제가 될 수 있을 뿐 당연히 무효사유는 아니다**(대판 2014.3.27. 2011두24057 ; 헌재 2010.2.25. 2007헌바131 등).
- ③ [X] : **법률에 근거하여 행정처분이 발하여진 후에 헌법재판소가 그 행정처분의 근거가 된 법률을 위헌으로 결정한 경우, 그 위헌법률에 기한 행정처분의 집행이나 집행을 유지하기 위한 행위는 위헌결정의 기속력에 위반되어 허용되지 않는다**(대판 2002.8.23. 2001두2959).
- ④ [X] : 취소소송에는 제소기간의 제한이 적용되고, 만약 이미 **취소소송의 제기기간을 경과하여 확정력이 발생한 행정처분의 경우에는 위헌결정의 소급효가 미치지 않는다**(대판 2014.3.27. 2011두24057).

[정답] ①

14. 복효적 행정행위 또는 제3자효 행정행위에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 따름) 2016년 서울 7급 [중요도 ★★★★★, 난이도 中]

- ① 「행정절차법」 소정의 사전통지의 대상에서 규정하는 당사자 등에는 행정청이 직권으로 또는 신청에 따라 행정절차에 참여하게 된 이해관계인이 포함된다.
- ② 수익적 행정행위의 직권취소와 철회는 행위의 상대방의 신뢰보호뿐만 아니라 필요시 제3자의 이익도 함께 고려되어야 한다.
- ③ 「행정소송법」상 취소소송의 결과에 대하여 이해관계 있는 제3자는 취소소송에 참가할 수 있으나, 그 소송에 참가하지 못한 것이 자신에게 책임 없는 사유인 경우에는 그 확정판결에 대하여 재심을 청구할 수 없다.
- ④ 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자는 「행정심판법」 제27조 제3항 소정의 심판청구의 제척기간 내에 처분이 있었음을 알았다는 특별한 사정이 없는 한 그 제척기간의 적용을 배제할 같은 조항 단서 소정의 정당한 사유가 있는 때에 해당한다.

해설 출제 영역 및 유형 : 제3자효 행정행위, 법령+판례

- ① [O] : 행정청은 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 처분의 제목, 처분하려는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거 등을 “당사자 등”에게 통지하여야 하는데(행정절차법 제21조 제1항), 「행정절차법」상 “당사자 등”이란 (가) 행정청의 처분에 대하여 직접 그 대상이 되는 당사자와 (나) 행정청이 직권으로 또는 신청에 따라 행정절차에 참여하게 한 이해관계인을 말한다(행정절차법 제2조 제4호).
- ② [O] : 수익적 행정처분을 취소 또는 철회하는 경우에는 이미 부여된 그 국민의 기대권을 침해하는 것이 되므로, 비록 취소 등의 사유가 있다고 하더라도 그 취소권 등의 행사는 기대권의 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). ⇒ 수익적 행정행위의 취소와 철회에도 이익형량의 원칙이 적용되므로 상대방의 신뢰보호와 제3자의 이익을 고려하여야 한다.
- ③ [X] : 법원은 소송의 결과에 따라 권리 또는 이익의 침해를 받을 제3자가 있는 경우에는 당사자 또는 제3자의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 그 제3자를 소송에 참가시킬 수 있다(행정소송법 제16조 제1항). 그리고 처분 등을 취소하는 판결에 의하여 권리 또는 이익의 침해를 받은 제3자는 자기에게 책임 없는 사유로 소송에 참가하지 못함으로써 판결의 결과에 영향을 미칠 공격 또는 방어방법을 제출하지 못한 때에는 이를 이유로 확정된 중구판결에 대하여 재심의 청구를 할 수 있다(행정소송법 제31조 제1항).
- ④ [O] : 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자는 행정처분이 있음을 곧 알 수 없는 처사이므로 「행정심판법」 제27조 제3항 소정의 심판청구의 제척기간 내에 처분이 있었음을 알았다는 특별한 사정이 없는 한 그 제척기간의 적용을 배제할 같은 조항 단서 소정의 정당한 사유가 있는 때에 해당한다(대판 1989.5.9. 88누5150).

[정답] ③

15. 서울지방국토관리청이 기획재정부장관으로부터 관할 행정재산 관리사무를 법률에 따라 위임받아 특정 행정재산의 사용허가를 한 경우, 이에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 따름) 2016년 서울 7급 [중요도 ★★★★★, 난이도 中]

- ① 서울지방국토관리청이 행하는 행정재산의 사용허가는 순전히 사경제 주체로서 행하는 사법상의 행위가 아니라 국가행정기관이 공권력을 보유한 우월적 지위에서 행하는 행정처분이다.
- ② 서울지방국토관리청의 사용허가는 특정인에게 행정재산을 사용할 수 있는 권리를 설정해 주는 강학상 특허에 해당하므로 그 취소나 철회에 대하여는 항고소송을 통해 다룰 수 있으며, 이때 피고는 해당 사무를 위임한 기획재정부장관이다.
- ③ 서울지방국토관리청의 행정재산 사용허가에 있어서 해당 행정청이 정한 사용허가기간은 그 허가의 효력을 제한하기 위한 행정행위의 부관이므로 이는 독립하여 행정소송의 대상이 될 수 있다.
- ④ 서울지방국토관리청의 그 효력을 제한한 사용허가로 인하여 사용허가의 일부거부를 취소하는 소송을 제기할 때 그 소송의 제1심 관할법원은 피고의 소재지를 관할하는 행정법원이 아니라 해당 행정재산의 소재지를 관할하는 행정법원이다.

해설 출제 영역 및 유형 : 관할법원·피고적격·부관 등, 법령+판례

- ① [O] : 국유재산 등의 관리청이 하는 행정재산의 사용·수익에 대한 허가는 순전히 사경제 주체로서 행하는 사법상의 행위가 아니라 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는 행정처분으로서 특정인에게 행정재산을 사용할 수 있는 권리를 설정하여 주는 강화상 특허에 해당한다(대판 2006.3.9. 2004다31074).
- ② [X] : 국·공유재산의 관리청이 행정재산의 사용·수익을 허가한 다음 그 사용·수익하는 자에 대하여 하는 사용·수익허가 취소는 순전히 사경제주체로서 행하는 사법상의 행위라 할 수 없고, 이는 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행한 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분이다(대판 1997.4.11. 96누17325). 그런데 권한의 위임이 있으면 위임청의 권한은 상실되고 수임청의 권한으로 이전되어 수임청이 자기의 이름으로 권한을 행사하게 되므로, 취소소송 등 항고소송의 피고도 수임청이 된다(대판 2007.8.23. 2005두3776).
- ③ [X] : 행정행위의 부관은 부담인 경우를 제외하고는 독립하여 행정소송의 대상이 될 수 없으나, 기부채납받은 행정재산에 대한 사용·수익허가에서 공유재산의 관리청이 정한 사용·수익허가의 기간은 그 허가의 효력을 제한하기 위한 행정행위의 부관으로서 이러한 사용·수익허가의 기간에 대해서는 독립하여 행정소송을 제기할 수 없다(대판 2001.6.15. 99두509).
- ④ [X] : 취소소송의 제1심 관할법원은 피고의 소재지를 관할하는 행정법원으로 한다. 그러나 (1) 중앙행정기관, 중앙행정기관의 부속기관과 합의제 행정기관 또는 그 장, (2) 국가의 사무를 위임 또는 위탁받은 공공단체 또는 그 장을 피고로 하여 취소소송을 제기하는 경우에는 대법원 소재지를 관할하는 행정법원에 제기할 수 있다(행정소송법 제9조 제1항, 제2항). ⇨ 서울지방국토관리청은 중앙행정기관인 국토교통부의 부속기관이므로 취소소송의 제1심 관할법원은 피고의 소재지를 관할하는 행정법원 또는 대법원 소재지를 관할하는 행정법원이다.

[정답] ①

16. 다음 중 조례에 대한 내용으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 따름)

2016년 서울 7급

[중요도 ★★, 난이도 중]

- ① 조례는 행정입법의 성격을 갖기 때문에 법률우위의 원칙은 적용되지 않는다.
- ② 지방자치단체가 제정한 조례가 법령에 위반되는 경우에도 그 조례가 취소되기 전까지는 유효하다.
- ③ 헌법재판소는 법률이 주민의 권리의무에 관한 사항을 조례에 위임하는 경우 그 위임의 정도는 구체적 위임이어야 한다고 본다.
- ④ 기관위임사무에 있어서도 그에 관한 개별법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에는 그 범위 내에서 조례를 정할 수 있다.

해설

출제 영역 및 유형 : 조례 일반, 이론+판례

- ① [X] : 법률우위의 원칙은 법규명령은 물론이고 행정규칙에도 적용되는데, 조례도 법규명령으로서 행정입법에 해당하므로 당연히 법률우위의 원칙이 적용된다.
- ② [X] : 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있는데(지방자치법 제22조 본문), 여기서 '법령의 범위 안에서'란 법령에 위배되지 아니하는 범위 내에서를 말하고, 지방자치단체가 제정한 조례가 법령에 위배되는 경우에는 효력이 없다(대판 2013.9.27. 2011추94). ⇨ 조례는 행정행위가 아니라 행정입법에 해당하므로 공정력이 인정되지 않는다.
- ③ [X] : 조례의 제정권자인 지방의회는 선거를 통해서 그 지역적인 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표기관이고, 「헌법」이 지방자치단체에 대해 포괄적인 자치권을 보장하고 있는 취지로 볼 때, 조례제정권에 대한 지나친 제약은 바람직하지 않으므로 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다(헌재 2008.12.26. 2008헌마32).
- ④ [O] : 「지방자치법」 제22조·제9조에 의하면, 지방자치단체가 자치조례를 제정할 수 있는 사항은 지방자치단체의 고유사무인 자치사무와 개별 법령에 의하여 지방자치단체에 위임된 단체위임사무에 한하는 것이고, 국가사무가 지방자치단체의 장에게 위임되거나 상위 지방자치단체의 사무가 하위 지방자치단체의 장에게 위임된 기관위임사무는 원칙적으로 자치조례의 제정범위에 속하지 않는다 할 것이고, 다만 기관위임사무에 있어서도 그에 관한 개별 법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에는 위임받은 사항에 관하여 개별 법령의 취지에 부합하는 범위 내에서 이른바 위임조례를 정할 수 있다(대판 2008.1.17. 2007다59295 ; 대판 2014.2.27. 2012추145).

[정답] ④

17. 행정행위의 취소와 철회에 대한 판례의 태도로 가장 옳지 않은 것은?

2016년 서울 7급 [중요도 ★

★, 난이도 중]

- ① 행정행위를 한 처분청은 별도의 법적 근거가 없다 하더라도 사정변경이 생겼거나 또는 중대한 공익상의 필요가 발생한 경우 그 효력을 상실케 하는 별개의 행정행위로 이를 철회할 수 있다.

- ② 여러 종류의 자동차운전면허는 서로 별개의 것으로 취급하는 것이 원칙이나, 취소사유가 특정 면허에 관한 것이 아니고 다른 면허와 공통된 것이거나 운전면허를 받은 사람에 관한 것일 경우에는 여러 면허를 전부 취소할 수도 있다.
- ③ 수익적 행정처분을 취소 또는 철회하는 경우에는 이미 부여된 그 국민의 기득권을 침해하는 것이 되므로 그 처분으로 인하여 공익상의 필요보다 상대방이 받게 되는 불이익 등이 막대한 경우에는 재량권의 한계를 일탈한 것으로서 그 자체가 위법하다.
- ④ 지방병무청장이 재신체검사 등을 거쳐 보충역편입처분을 제2국민역편입처분으로 변경한 경우, 그 후 새로운 병역처분의 성립에 하자가 있었음을 이유로 하여 이를 취소하게 되면 종전의 병역처분의 효력이 되살아난다.

해설  출제 영역 및 유형 : 취소와 철회, 판례

- ① [O] : 행정행위를 한 처분청은 비록 그 처분 당시에 별다른 하자가 없었고, 또 그 처분 후에 이를 철회할 **별도의 법적 근거가 없다 하더라도** 원래의 처분을 존속시킬 필요가 없게 된 사정변경이 생겼거나 또는 중대한 공익상의 필요가 발생한 경우에는 그 효력을 상실케 하는 별개의 행정행위로 이를 철회할 수 있다(대판 2004.11.26. 2003두10251).
- ② [O] : 한 사람이 여러 종류의 자동차운전면허를 취득하는 경우뿐 아니라 이를 취소 또는 정지하는 경우에도 서로 별개의 것으로 취급하는 것이 원칙이고, 다만 **취소사유가 특정 면허에 관한 것이 아니고 다른 면허와 공통된 것이거나 운전면허를 받은 사람에 관한 것일 경우에는 여러 면허를 전부 취소할 수도 있다**(대판 2012.5.24. 2012두1891).
- ③ [O] : **수익적 행정처분을 취소 또는 철회하는 경우에는 이미 부여된 그 국민의 기득권을 침해하는 것이 되므로**, 비록 취소 등의 사유가 있다고 하더라도 그 취소권 등의 행사는 기득권의 침해를 정당화할 만한 중대한 공익상의 필요 또는 제3자의 이익보호의 필요가 있는 때에 한하여 상대방이 받는 불이익과 비교·교량하여 결정하여야 하고, 그 처분으로 인하여 공익상의 필요보다 상대방이 받게 되는 불이익 등이 막대한 경우에는 **재량권의 한계를 일탈한 것으로서 그 자체가 위법하다**(대판 2004.11.26. 2003두10251).
- ④ [X] : 구 「병역법」의 여러 규정을 종합하면, **지방병무청장이 재신체검사 등을 거쳐 현역병입영대상편입처분을 보충역편입처분이나 제2국민역편입처분으로 변경하거나 보충역편입처분을 제2국민역편입처분으로 변경하는 경우** 비록 새로운 병역처분의 성립에 하자가 있다고 하더라도 그것이 당면무효가 아닌 한 일단 유효하게 성립하고 제소기간의 경과 등 형식적 존속력이 생김과 동시에 종전의 병역처분의 효력은 취소 또는 철회되어 확정적으로 상실된다고 보아야 할 것이므로 **그 후 새로운 병역처분의 성립에 하자가 있었음을 이유로 하여 이를 취소한다고 하더라도 종전의 병역처분의 효력이 되살아난다고 할 수 없다**(대판 2002.5.28. 2001두9653).

[정답] ④

18. 다음 사례에서 갑(甲)이 취소소송을 제기할 때, 그 취소소송의 제소기간은?(다툼이 있는 경우 판례에 따름) 2016년 서울 7급 [중요도 ★★, 난이도 上]

A 구청장은 법령 위반을 이유로 甲에 대하여 3월의 영업정지처분을 하였고, 甲은 2015년 12월 26일 처분서를 송달받았다. 이에 대하여 甲이 행정심판을 청구하자, 행정심판위원회는 2016년 3월 6일 “A 구청장은 甲에 대하여 한 3월의 영업정지처분을 과징금 부과처분으로 변경하라.”라는 일부 기각(일부 인용)의 재결을 하였고, 그 재결서 정본은 2016년 3월 10일 甲에게 도달하였다. A 구청장은 이 재결 취지에 따라 2016년 3월 13일 甲에 대하여 과징금 부과처분을 하였다. 甲은 A 구청장을 상대로 과징금 부과처분의 취소를 구하는 취소소송을 제기하려고 한다.

- ① 2015년 12월 26일로부터 90일
- ② 2016년 3월 6일로부터 90일
- ③ 2016년 3월 10일로부터 90일
- ④ 2016년 3월 13일로부터 90일

해설  출제 영역 및 유형 : 제소기간, 판례

- ③ [O] : 행정청이 식품위생법령에 기하여 영업자에 대하여 **행정재제처분(3월의 영업정지처분)**을 한 후 그 처분을 영업자에게 유리하게 변경하는 처분(과징금 부과처분)을 한 경우(이하 처음의 처분을 ‘당초처분’, 나중의 처분을 ‘변경처분’이라 한다), 변경처분에 의하여 당초처분은 소멸하는 것이 아니고 당초부터 유리하게 변경된 내용의 처분으로 존재하는 것이므로, **변경처분에 의하여 유리하게 변경된 내용의 행정재제가 위법하다 하여 그 취소를 구하는 경우 그 취소소송의 대상은 변경된 내용의 당초처분이 아닌 변경처분**은 아니고, **제소기간의**

준수 여부도 변경처분이 아닌 변경된 내용의 당초처분을 기준으로 판단하여야 한다(대판 2007.4.27. 2004두9302). ⇨ 피고(A 구청장)은 2002. 12. 26. 원고(甲)에 대하여 3월의 영업정지처분이라는 당초처분을 하였고, 이에 대하여 원고가 행정심판청구를 하자 행정심판위원회는 2003. 3. 6. “피고가 2002. 12. 26. 원고에 대하여 한 3월의 영업정지처분을 2월의 영업정지에 갈음하는 과징금 부과처분으로 변경하라.”는 일부 기각(일부 인용)의 재결을 하였으며, 2003. 3. 10. 그 재결서 정본이 원고에게 도달하였고, 피고는 위 재결 취지에 따라 2003. 3. 13. “3월의 영업정지처분을 과징금 560만 원으로 변경한다.”는 취지의 후속 변경처분을 함으로써 당초처분을 원고에게 유리하게 변경하는 처분을 하였으며, 원고는 2003. 6. 12. 과징금 부과처분의 취소를 구하는 소를 제기하였다. 이와 같이 후속 변경처분에 의하여 유리하게 변경된 내용의 행정제재인 과징금 부과가 위법하다 하여 그 취소를 구하는 소송에 있어서, 그 **취소소송의 대상은 2003. 3. 13.자 과징금 부과처분이 아니라 후속 변경처분에 의하여 당초부터 유리하게 변경되어 존속하는 2002. 12. 26.자 과징금 부과처분**이고, 그 **제소기간**도 행정심판 재결서 정본을 송달받은 날로부터 90일 이내에 제기되어야 한다.

「행정소송법」 제20조(제소기간) ① 취소소송은 처분 등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다. 다만, 제18조 제1항 단서에 규정한 경우와 그 밖에 행정심판청구를 할 수 있는 경우 또는 행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알린 경우에 **행정심판청구가 있는 때의 기간은 재결서의 정본을 송달받은 날부터** 기산한다.

[정답] ③

19. 갑(甲)의 토지는 공익사업의 대상지역으로 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 따라 사업인정절차를 거쳐 甲의 토지에 대한 수용재결이 있었다. 이에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 따름) 2016년 서울 7급 [중요도 ★★★★★, 난이도 中]

- ① 위 사업인정에 취소사유인 위법이 있는 경우 사업인정의 하자는 후행처분인 수용재결에 승계되지 않는다.
- ② 甲이 수용재결에서 정해진 보상금에 불복하여 보상금의 증액을 청구하려면 수용재결에 대한 취소소송을 제기하여야 한다.
- ③ 甲이 수용재결에 대해 항고소송으로 다투려면 우선적으로 이의재결을 거쳐야만 한다.
- ④ 甲이 수용재결에 대해 이의재결을 거친 경우 항고소송의 대상은 이의재결이 된다.

해설 출제 영역 및 유형 : 수용재결에 대한 불복, 이론+판례

- ① [이] : **사업인정단계에서의 하자를 다투지 아니하여 이미 재송기간이 도과한 수용재결단계에 있어서는** 위 사업인정처분에 중대하고 명백한 하자가 있어 당연무효라고 볼 만한 특단의 사정이 없다면 그 처분의 불가쟁력에 의하여 사업인정처분의 위법·부당함을 이유로 수용재결처분의 취소를 구할 수 없다(대판 1987.9.8. 87누395 ; 대판 1996.4.26. 95누13241). ⇨ 사업인정과 수용재결 간 이의제도의 부정
- ② [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). 즉 과거의 구 「토지수용법」 아래에서는 재결청인 토지수용위원회와 사업시행자 또는 재결청과 토지소유자(관계인)를 보상금증감청구소송의 공동피고로 하고 있었으나, 현재는 를 피고에서 제외하였다. 따라서 **보상금증감청구소송은 형식적 당사자소송이다.**
- ③ [X] : 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제83조에서는 “~의의를 신청할 수 있다.”고 규정하여 **이의신청의 임의적 전치주의**를 채택하고 있다. 따라서 **이의신청을 거치지 아니하고 바로 행정소송을 제기할 수도 있다.**
- ④ [X] : **수용재결에 불복하여 취소소송을 제기하는 때에는 이의신청을 거친 경우에도** 수용재결을 한 중앙토지수용위원회 또는 지방토지수용위원회를 피고로 하여 수용재결의 취소를 구하여야 하고, 다만 이의신청에 대한 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에는 그 이의재결을 한 중앙토지수용위원회를 피고로 하여 이의재결의 취소를 구할 수 있다고 보아야 한다(대판 2010.1.28. 2008두1504).

[정답] ①

20. 부작위위법확인소송에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 따름)

2016년 서울 7급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- ① 집행정지결정은 부작위위법확인소송에 준용되지 않는다.
- ② 부작위위법확인소송에서 예외적으로 행정심판전치가 인정될 경우 그 전치되는 행정심판은 의무이행심판이다.
- ③ 당사자의 신청에 대한 행정청의 거부처분이 있는 경우에는 행정청이 당사자의 신청에 대하여 일정한 처분을 이행하지 아니함으로써 위법상태가 야기된 것이므로 이를 제거하기 위하여 부작위위법확인소송도 허용된다.

- ④ 부작위위법확인소송은 부작위의 위법함을 확인함으로써 행정청의 응답을 신속하게 하여 부작위 내지 무응답이라고 하는 소극적인 위법상태를 제거하는 것을 목적으로 한다.

해설 출제 영역 및 유형 : 부작위위법확인소송 일반, 법령+판례

- ① [○] : 제9조(재판관할), 제10조(관련청구소송의 이송 및 병합), 제13조(피고적격), 제14조(피고경정), 제15조(공동소송), 제16조(제3자의 소송참가), 제17조(행정청의 소송참가), 제18조(행정심판과의 관계), 제19조(취소소송의 대상), 제20조(제소기간), 제25조(행정심판기록의 제출명령), 제26조(직권심리), 제27조(재량처분의 취소), 제29조(취소판결 등의 효력), 제30조(취소판결 등의 기속력), 제31조(제3자에 의한 재심청구), 제33조(소송비용에 관한 재판의 효력), 제34조(거부처분취소판결의 간접강제)의 규정은 부작위위법확인소송의 경우에 준용한다(행정소송법 제38조 제2항). 따라서 취소소송에 관한 규정 중 제22조(처분변경으로 인한 소의 변경), 제23조(집행정지), 제28조(사정판결) 등은 부작위위법확인소송에 준용되지 않는다.
- ② [○] : 「행정심판법」상 부작위위법확인심판은 인정되지 않는다. 따라서 예외적으로 행정심판전치가 인정될 경우 예는 의무이행심판을 거쳐야 한다.
- ③ [×] : 행정청이 당사자의 신청에 대하여 거부처분을 한 경우에는 항고소송의 대상인 위법한 부작위가 있다고 볼 수 없어 그 부작위위법확인 소는 부적법하다(대판 1998.1.23. 96누12641). 따라서 당사자의 신청에 대한 행정청의 거부처분이 있는 경우에는 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상의 응답의무를 이행하지 아니함으로써 야기된 부작위라는 위법상태를 제거하기 위하여 제기하는 부작위위법확인소송은 허용되지 아니한다(대판 1991.11.8. 90누9391). 즉 부작위위법확인 소는 당사자의 신청에 대한 행정청의 처분이 존재하지 아니하는 경우에 허용되는 것이고, 행정청이 당사자의 신청에 대하여 거부처분을 한 것으로 보여질 때에는 그 거부처분에 대하여 취소소송을 제기하여야 하는 것이지 행정처분의 부존재를 전제로 한 부작위위법확인 소는 제기할 수 없다(대판 1992.9.14. 91누8807).
- ④ [○] : 부작위위법확인 소는 행정청이 당사자의 법규상 또는 조리상의 권리에 기한 신청에 대하여 상당한 기간 내에 신청을 인용하는 적극적 처분 또는 각하하거나 기각하는 등의 소극적 처분을 하여야 할 법률상 응답의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 경우, 그 부작위가 위법하다는 것을 확인함으로써 행정청의 응답을 신속하게 하여 부작위 또는 무응답이라고 하는 소극적 위법상태를 제거하는 것을 목적으로 하는 제도이다(대판 2000.2.25. 99두11455).

[정답] ③