

[2016. 5. 21. 시행 국회직 8급 행정법 다채형 시험 문제 및 해설]

1. 행정행위의 성격에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법에 따른 친일재산의 국가귀속결정은 당해 재산이 친일재산에 해당한다는 사실을 확인하는 준법률행위적 행정행위에 해당한다. O
- ② 민법에 따른 재단법인의 정관변경 허가는 재단법인의 정관변경에 대한 법률상의 효력을 완성시키는 보충행위로서 그 법적성격은 인가이다. O
- ③ 도시 및 주거환경정비법에 따른 토지등 소유자에 대한 사업시행인가처분은 사업시행계획에 대한 보충행위로서의 성질을 가지는 것이 아니라 정비사업 시행권한을 가지는 행정주체로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 가진다. O
- ④ 여객자동차 운수사업법에 의한 개인택시운송사업면허는 특정인에게 권리나 이익을 부여하는 행정행위로서 법령에 특별한 규정이 없는 한 재량행위이고 그 면허를 위하여 필요한 기준을 정하는 것 역시 행정청의 재량에 속한다. O
- ⑤ 구 표시·광고의 공정화에 관한 법률 위반을 이유로 한 공정거래위원회의 경고의결은 당해 표시·광고의 위법을 확인하되 구체적인 조치까지는 명하지 않은 것이므로 행정처분에 해당하지 않는다. X

1. <정답 및 해설> ⑤

- ① (0) 친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법' 제2조 제2호에 정한 친일재산에 대한 친일반민족 행위자 재산조사위원회의 국가귀속결정은 당해 재산이 친일재산에 해당한다는 사실을 확인하는 이른바 준법률행위적 행정행위이다. (대법원 2008.11.13, 2008두13491) 【친일재산국가귀속처분취소】
- ② (0) 재단법인의 정관변경 허가는 인가의 예에 해당한다.
- ③ (0) ① 도시 및 주거환경정비법상 토지 등 소유자들이 조합을 따로 설립하지 않고 직접 시행하는 도시환경정비사업에서 사업시행인가처분은 정비사업을 시행할 수 있는 권한을 가지는 행정주체로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 가진다. ② 도시환경정비사업을 직접 시행하려는 토지 등 소유자들이 사업시행인가를 받기 전에 작성한 사업시행계획은 항고소송의 대상이 되는 독립된 행정처분에 해당하지 아니한다. (대법원 2013.6.13, 2011두19994) 【관리처분계획취소】

[1] (구)도시 및 주거환경정비법 제8조 제3항, 제28조 제1항에 의하면, 토지 등 소유자들이 그 사업을 위한 조합을 따로 설립하지 아니하고 직접 도시환경정비사업을 시행하고자 하는 경우에는 사업시행계획서에 정관 등과 그 밖에 국토교통부령이 정하는 서류를 첨부하여 시장·군수에게 제출하고 사업시행인가를 받아야 하고, 이러한 절차를 거쳐 사업시행인가를 받은 토지 등 소유자들은 관할 행정청의 감독 아래 정비구역 안에서 구 도시정비법상의 도시환경정비사업을 시행하는 목적 범위 내에서 법령이 정하는 바에 따라 일정한 행정작용을 행

하는 행정주체로서의 지위를 가진다. 그렇다면 토지 등 소유자들이 직접 시행하는 도시환경정비사업에서 토지 등 소유자에 대한 사업시행인가처분은 단순히 사업시행계획에 대한 보충행위로서의 성질을 가지는 것이 아니라 구 도시정비법상 정비사업을 시행할 수 있는 권한을 가지는 행정주체로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 가진다.

[2] 도시환경정비사업을 직접 시행하려는 토지 등 소유자들은 시장·군수로부터 사업시행인가를 받기 전에는 행정주체로서의 지위를 가지지 못한다. 따라서 그가 작성한 사업시행계획은 인가처분의 요건 중 하나에 불과하고 항고소송의 대상이 되는 독립된 행정처분에 해당하지 아니한다고 할 것이다.

- ④ (0) 개인택시운송사업면허는 특정인에게 권리나 이익을 부여하는 행정행위로서 법령에 특별한 규정이 없는 한 재량행위이고, 그 면허에 필요한 기준을 정하는 것 역시 행정청의 재량에 속하는 것이므로 그 기준이 객관적으로 보아 합리적이 아니라든가 타당하지 아니하여 재량권을 남용한 것이라고 인정되지 아니하는 이상 행정청의 의사는 가능한 한 존중되어야 한다. 해당 지역에서 일정기간 거주하여야 한다는 요건 이외에 해당 지역 운수업체에서 일정기간 근무한 경력이 있는 경우에만 개인택시운송사업면허 신청자격을 부여한다는 개인택시운송사업면허 업무규정은 비례의 원칙에 위배되지 않는다. (대법원 2005.4.28, 2004두8910)
- ⑤ (X) 구 표시·광고의 공정화에 관한 법률(2011. 9. 15. 법률 제11050호로 개정되기 전의 것) 위반을 이유로 한 공정거래위원회의 경고의결은 당해 표시·광고의 위법을 확인하되 구체적인 조치까지는 명하지 않는 것으로 사업자가 장래 다시 표시·광고의 공정화에 관한 법률 위반행위를 할 경우 과징금 부과 여부나 그 정도에 영향을 주는 고려사항이 되어 사업자의 자유와 권리를 제한하는 행정처분에 해당한다. (대법원 2013.12.26, 2011두4930) 【경고처분취소청구】

2. 행정심판에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정심판위원회는 심판청구의 대상이 되는 처분 또는 부작위 외의 사항에 대하여는 재결하지 못한다. O
- ② 처분사유의 추가 변경에 관한 법리는 행정심판의 단계에서도 적용된다. O
- ③ 중앙행정심판위원회의 상임위원은 별정직 국가공무원으로 임명하며 중앙행정심판위원회 위원장의 제청으로 국무총리를 거쳐 대통령이 임명한다. X
- ④ 무효확인심판의 경우에는 사정재결이 인정되지 않는다. O
- ⑤ 심판청구에 대한 재결이 있으면 그 재결 및 같은 처분 또는 부작위에 대하여 다시 행정심판을 청구할 수 없다. O

2. <정답 및 해설> ③

- ① (O) 행정심판법 제47조. 행정심판의 심리와 관련한 불고불리의 원칙의 내용으로 맞다.

행정심판법 제47조 【재결의 범위】 ① 위원회는 심판청구의 대상이 되는 처분 또는 부작위 외의 사항에 대하여는 재결하지 못한다.

- ② (O) 행정처분의 취소를 구하는 항고소송에서 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서만 다른 사유를 추가 또는 변경할 수 있고, 이러한 기본적 사실관계의 동일성 유무는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지에 따라 결정되므로, 추가 또는 변경된 사유가 처분 당시에 이미 존재하고 있었다거나 당사자가 그 사실을 알고 있었다고 하여 당초의 처분사유와 동일성이 있다고 할 수 없다. 그리고 이러한 법리는 행정심판 단계에서도 그대로 적용된다. (대법원 2014. 5.16, 2013두26118) 【기타(시장정비사업추진계획)】
- ③ (X) 행정심판법 제8조. 중앙행정심판위원회의 상임위원은 별정직 공무원이 아니라 일반직 공무원에 해당한다.

제8조 (중앙행정심판위원회의 구성)
① 중앙행정심판위원회는 위원장 1명을 포함하여 70명 이내의 위원으로 구성하되, 위원 중 상임위원은 4명 이내로 한다.
② 중앙행정심판위원회의 위원장은 국민권익위원회의 부위원장 중 1명이 되며, 위원장이 없거나 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없거나 위원장이 필요하다고 인정하는 경우에는 상임위원(상임으로 재직한 기간이 긴 위원 순서로, 재직기간이 같은 경우에는 연장자 순서로 한다)이 위원장의 직무를 대행한다.
③ 중앙행정심판위원회의 상임위원은 일반직공무원으로서 「국가공무원법」 제26조의5에 따른 임기제공무원으로 임명하되, 3급 이상 공무원 또는 고위공무원단에 속하는 일반직공무원으로 3년 이상 근무한 사람이나 그 밖에 행정심판에 관한 지식과 경험이 풍부한 사람 중에서 중앙행정심판위원회 위원장의 제청으로 국무총리

를 거쳐 대통령이 임명한다.

- ④ (0) 사정재결은 취소심판과 의무이행심판에만 인정되고, 무효등확인심판에는 인정되지 아니 한다.
- ⑤ (0) 행정심판법 제51조는 심판청구에 대한 재결이 있으면 그 재결 및 같은 처분 또는 부작위에 대하여 다시 행정심판을 청구할 수 없다고 규정하고 있다.

제51조 (행정심판 재청구의 금지)

심판청구에 대한 재결이 있으면 그 재결 및 같은 처분 또는 부작위에 대하여 다시 행정심판을 청구할 수 없다.

3. **현행 지방자치법에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? <각론>**

- ① 지방자치단체는 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 농산물·임산물·축산물·수산물 및 양곡의 수급조절과 수출입 등 전국적 규모의 사무를 처리할 수 없다. 0
- ② 주민은 그 지방자치단체의 장 및 지방의회의원을 소환할 권리가 있으나 비례대표 지방의회의원에 대해서는 그러하지 아니하다. 0
- ③ 지방의회는 매년 2회 정례회를 개최하며 지방의회의장은 지방자치단체의 장이나 재적의원 3분의 1이상의 의원이 요구하면 15일 이내에 임시회를 소집하여야 한다. 0
- ④ 지방자치단체의 장은 주무부장관 또는 시도지사의 직무이행명령에 이의가 있으면, 주무부장관의 이행명령에 대해서는 대법원에, 시도지사의 이행명령에 대해서는 고등법원에 각각 소를 제기할 수 있다. X
- ⑤ 조례가 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다. 0

3. <정답 및 해설> ④

- ① (0) 농산물·임산물·축산물·수산물 및 양곡의 수급조절과 수출입 등 전국적 규모의 사무는 법률에 다른 규정이 없는 한 지방자치단체가 처리할 수 없는 국가사무이다(지방자치법 제11조 제3호).

제11조 (국가사무의 처리제한)
지방자치단체는 다음 각 호에 해당하는 국가사무를 처리할 수 없다. 다만, 법률에 이와 다른 규정이 있는 경우에는 국가사무를 처리할 수 있다.

- 1. 외교, 국방, 사법(司法), 국세 등 국가의 존립에 필요한 사무
- 2. 물가정책, 금융정책, 수출입정책 등 전국적으로 통일적 처리를 요하는 사무
- 3. **농산물·임산물·축산물·수산물 및 양곡의 수급조절과 수출입 등 전국적 규모의 사무**
- 4. 국가종합경제개발계획, 국가하천, 국유림, 국토종합개발계획, 지정항만, 고속국도·일반국도, 국립공원 등 전국적 규모나 이와 비슷한 규모의 사무
- 5. 근로기준, 측량단위 등 전국적으로 기준을 통일하고 조정하여야 할 필요가 있는 사무
- 6. 우편, 철도 등 전국적 규모나 이와 비슷한 규모의 사무
- 7. 고도의 기술을 요하는 검사·시험·연구, 항공관리, 기상행정, 원자력개발 등 지방자치단체의 기술과 재정능력으로 감당하기 어려운 사무

- ② (0) 지방자치법 제20조에 의하면 비례대표 지방의회의원은 주민소환의 대상에서 제외된다.

제20조 (주민소환)
① 주민은 그 지방자치단체의 장 및 지방의회의원(**비례대표 지방의회의원은 제외한다**)을 소환할 권리를 가진다.

- ③ (0) 지방자치법 제44조, 제45조에 의하면 정례회는 매년 2회 개최하고 지방의회의장은 지방자치단체의 장이나 재적의원 3분의 1이상의 의원이 요구하면 15일 이내에 임시회를 소집하여야 한다.

제44조 (정례회)

- ①지방의회는 매년 2회 정례회를 개최한다.
- ②정례회의 집회일, 그 밖에 정례회의 운영에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하는 바에 따라 해당 지방자치단체의 조례로 정한다.

제45조 (임사회)

- ①총선거 후 최초로 집회되는 임사회는 지방의회 사무처장·사무국장·사무과장이 지방의회의원 임기 개시일부터 25일 이내에 소집한다.
- ②지방의회의장은 지방자치단체의 장이나 재적의원 3분의 1 이상의 의원이 요구하면 15일 이내에 임사회를 소집하여야 한다.

- ④ (X) 지방자치법 제170조에 따라 모두 대법원에 소를 제기할 수 있다.

제170조 (지방자치단체의 장에 대한 직무이행명령)

- ①지방자치단체의 장이 법령의 규정에 따라 그 의무에 속하는 국가위임사무나 시·도위임사무의 관리와 집행을 명백히 게을리하고 있다고 인정되면 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 이행할 사항을 명령할 수 있다.
- ②주무부장관이나 시·도지사는 해당 지방자치단체의 장이 제1항의 기간에 이행명령을 이행하지 아니하면 그 지방자치단체의 비용부담으로 대집행하거나 행정상·재정상 필요한 조치를 할 수 있다. 이 경우 행정대집행에 관하여는 「행정대집행법」을 준용한다.
- ③지방자치단체의 장은 제1항의 이행명령에 이의가 있으면 이행명령서를 접수한 날부터 15일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다. 이 경우 지방자치단체의 장은 이행명령의 집행을 정지하게 하는 집행정지결정을 신청할 수 있다.

- ⑤ (0) 지방자치법 제22조에 의하면 조례가 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.

제22조 (조례)

지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.

4. 행정처분에 의한 제재를 받을 사유가 있는 영업자가 영업을 양도하거나 이미 행정처분에 의해 제재를 받은 자가 그 제재나 제재의 효과를 피하기 위하여 영업을 양도하는 경우에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 식품위생법 제78조나 먹는물관리법 제49조에서와 같이 개별법상 명문규정으로 책임의 승계를 규정하지 않는 한 양수인에게 양도인의 행위에 따른 제재를 할 수 없다. X
- ② 대법원은 명문규정이 없으면 원칙적으로 양수인의 법적 책임을 부인하지만 대인적 처분의 경우에는 명문규정이 없어도 양수인에게 책임이 승계된다고 판시하고 있다. X
- ③ 대법원은 영업정지 등의 제재처분에 있어서는 양도인에게 발생한 책임이 양수인에게 승계되는 것을 인정하지만 과징금의 부과에 대해서는 이를 인정하지 않고 있다. X
- ④ 대법원은 양도인 양수인 사이에 책임의 승계는 인정하지만 법적 책임을 부과하기 이전 단계에서의 제재사유의 승계는 현재까지 부정하고 있다. X
- ⑤ 식품위생법 제78조나 먹는물관리법 제49조는 명문규정으로 책임의 승계를 인정하고 있는데 양수인이 양수할 때에 양도인에 대한 제재처분이나 위반사실을 알지 못하였음을 입증하였을 때에는 책임의 승계를 부인하고 있다. O

4. <정답 및 해설> ⑤

① (X) ② (X)

판례는 명문의 규정이 없다 하더라도 대물적 또는 혼합적 허가의 경우에는 행정제재 사유도 승계된다고 보고 있다. 그러나 대인적 허가의 경우에는 일신전속적 성질을 가지므로 행정제재의 승계가 인정되지 않는다.

③ (X) 석유사업법 제9조 제3항 및 그 시행령이 규정하는 석유판매업의 적극적 등록요건과 제5조가 규정하는 소극적 결격사유 및 제7조가 석유판매업자의 영업양도, 사망, 합병의 경우뿐만 아니라 경매 등의 절차에 따라 단순히 석유판매시설만의 인수가 이루어진 경우에도 석유판매업자의 지위승계를 인정하고 있는 점을 종합하여 보면 석유판매업 등록은 원칙적으로 대물적 허가의 성격을 갖고 또 석유판매업자가 같은 법 제26조의 유사석유제품 판매금지를 위반함으로써 같은 법 제13조에 따라 받게 되는 사업정지 등의 제재처분은 사업자 개인의 자격에 대한 제재가 아니라 사업의 전부나 일부에 대한 것으로서 대물적 처분의 성격을 갖고 있으므로, 위와 같은 지위승계에는 종전 석유판매업자가 유사석유제품을 판매함으로써 받게 되는 사업정지 등 제재처분의 승계가 포함되어 그 지위를 승계한 자에 대해 사업정지 등의 제재처분을 취할 수 있다고 보아야 하고 같은 법 제14조 제1항 소정의 과징금은 해당 사업자에게 경제적 부담을 주어 행정상의 제재 및 감독의 효과를 달성함과 동시에 그 사업자와 거래관계에 있는 일반 국민의 불편을 해소시

켜 준다는 취지에서 사업정지처분에 갈음하여 부과되는 것일 뿐이므로, 지위승계의 효과에 있어서 과징금부과처분을 사업정지처분과 달리 볼 이유가 없다. (대법원 2003. 10.23. 선고 2003두8005)

- ④ (X) 판례는 석유판매업허가가 대물적 허가임을 전제로 사업양도가 가능하고, 양도 시 제재처분의 사유도 양수인에게 승계된다고 판시한 바 있다. (대법원 1992.2.25, 91누13106) 【석유판매업 영업정지처분취소】
- ⑤ (O) 식품위생법 제78조, 먹는물관리법 제49조에 의하면 제재처분이나 위반사실을 알지 못하였음을 입증하였을 때에는 책임의 승계를 부인하고 있다.

식품위생법 제78조 (행정 제재처분 효과의 승계)

영업자가 영업을 양도하거나 법인이 합병되는 경우에는 제75조제1항 각 호, 같은 조 제2항 또는 제76조제1항 각 호를 위반한 사유로 종전의 영업자에게 행한 행정 제재처분의 효과는 그 처분기간이 끝난 날부터 1년간 양수인이나 합병 후 존속하는 법인에 승계되며, 행정 제재처분 절차가 진행 중인 경우에는 양수인이나 합병 후 존속하는 법인에 대하여 행정 제재처분 절차를 계속할 수 있다. 다만, 양수인이나 합병 후 존속하는 법인이 양수하거나 합병할 때에 그 처분 또는 위반사실을 알지 못하였음을 증명하는 때에는 그러하지 아니하다.

먹는물관리법 제49조 (행정처분 효과의 승계)

먹는물관련영업자가 그 영업을 양도하거나 법인을 합병할 경우에는 제48조제1항 각 호 및 제2항을 위반한 사유로 종전의 먹는물관련영업자에게 행한 행정처분의 효과는 그 처분기간이 끝난 날부터 1년간 양수인이나 합병 후 존속하는 법인에 승계되며, 행정처분의 절차가 진행 중일 때에는 양수인이나 합병 후 존속하는 법인에 대하여 그 절차를 계속할 수 있다. 다만, 양수인이나 합병 후 존속하는 법인이 양수 또는 합병할 때 그 처분이나 위반사실을 알지 못했음을 증명하면 그러하지 아니하다.

5. <보기>에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

<보기>
 甲은 A구청장으로부터 식품위생법의 관련규정에 따라 적법하게 유흥접객업 영업허가를 받아 영업을 시작하였다. 영업을 시작한 지 1년이 지난 후에 甲의 영업장을 포함한 일부지역이 새로이 적법한 절차에 따라 학교환경위생정화구역으로 설정되었다. A구청장은 甲의 영업을 관할 학교환경위생정화위원회의 심의에 따라 금지되는 행위로 결정되었다는 이유로 청문을 거친 후에 甲의 영업허가를 취소하였다. 甲은 A구청장의 취소처분이 위법하다고 주장하면서 영업허가취소처분에 대하여 취소소송을 제기하였다.

- ① 甲에 대한 영업허가를 철회하기 위하여서는 중대한 공익상의 필요가 있어야 한다. O
- ② A구청장은 甲에 대한 영업허가의 허가권자로서 이에 대한 철회권도 갖고 있다. O
- ③ A구청장은 甲의 영업허가를 철회함에 있어 그 근거가 되는 법령이나 취소권 유보의 부관 등을 명시하여야 하나 피처분자가 처분 당시 그 취지를 알고 있었다거나 그 후 알게 된 경우에는 생략할 수 있다. X
- ④ A구청장의 甲에 대한 영업허가 취소는 처분시로 소급하여 효력을 소멸시키는 것이 아니라 장래효를 갖는다. O
- ⑤ 甲이 위 취소소송을 제기하여 기각판결을 받았다고 하더라도 A구청장은 위 영업허가 취소처분을 철회할 수 있다. O

5. <정답 및 해설> ③

- ① (O) 수익적 행정처분을 취소 또는 철회하거나 중지시키는 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 비교교량하여 결정하여야 하고, 그 처분으로 인하여 공익상의 필요보다 상대방이 받게 되는 불이익 등이 막대한 경우에는 재량권의 한계를 일탈한 것으로서 그 자체가 위법하다. (대법원 2004.7.22, 2003두7606) 【형질변경허가반려처분취소】
- ② (O) 처분청이 철회권을 갖는다는 것이 통설·판례의 입장이다.
- ③ (X) 영업허가철회는 부담적 행정행위로서 행정절차법상 이유제시를 해야 하고, 상대방이 처분 당시 그 취지를 알고 있었다거나 그 후 알게 되었다는 사정은 이유제시의 생략사유가 아니다. 판례도 “면허의 취소처분에는 그 근거가 되는 법령이나 취소권 유보의 부관 등을 명시하여야 함은 물론 처분을 받은 자가 어떠한 위반사실에 대하여 당해 처분이 있었는지를 알 수 있을 정도로 사실을 적시할 것을 요하며, 이와 같은 취소처분의 근거와 위반사실의 적시를 빠뜨린 하자는 피처분자가 처분당시 그 취지를 알고 있었다거나 그 후 알게 되었다 하여도 치유될 수 없다.”(대법원 1990.9.11, 90누1786)고 보므로, 위와 같은 사정만으로 이유제시를 생략할 수는 없다.

제23조 (처분의 이유 제시)

① 행정청은 처분을 할 때에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다.

1. 신청 내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우
2. 단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우
3. 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우

② 행정청은 제1항제2호 및 제3호의 경우에 처분 후 당사자가 요청하는 경우에는 그 근거와 이유를 제시하여야 한다.

④ (0) 철회의 효과는 원칙적으로 장래에 향하여만 발생한다.

⑤ (0) 취소소송에서 기속력은 인용판결에 한하여 인정되고 기각판결에 대해서는 인정되지 않기 때문에 행정청은 영업허가 취소처분을 철회할 수 있다.

6. 도시 및 주거환경정비법 상의 조합설립과 동법상의 정비사업추진에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 주택재개발조합설립추진위원회의 구성을 승인하는 처분은 보충행위로서 강학상 인가이다. 0
- ② 주택재개발조합의 설립인가는 설권처분인 특허의 성질을 가지며 조합은 행정주체의 지위를 가진다. 0
- ③ 도시환경정비사업조합이 수립한 사업시행계획을 인가하는 행정청의 행위는 사업시행계획에 대한 법률상의 효력을 완성시키는 보충행위에 해당한다. 0
- ④ 재건축조합이 행하는 관리처분계획은 일종의 행정처분으로서 이를 다투고자 하면 재건축조합을 피고로 하여 항고소송으로 이를 다투어야 한다. 0
- ⑤ 조합설립결의에 하자가 있었으나 조합설립인가처분이 이루어진 경우에는 조합설립결의의 하자를 당사자소송으로 다툴 것이고 조합설립인가처분에 대해 항고소송을 제기할 수 없다. X

6. <정답 및 해설> ⑤

- ① (O) 구 도시 및 주거환경정비법(2009. 2. 6. 법률 제9444호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 도시정비법’이라고 한다) 제13조 제1항, 제2항, 제14조 제1항, 제15조 제4항, 제5항 등 관계 법령의 내용, 형식, 체제 등에 비추어 보면, 조합설립추진위원회(이하 ‘추진위원회’라고 한다) 구성승인처분은 조합의 설립을 위한 주체인 추진위원회의 구성행위를 보충하여 그 효력을 부여하는 처분으로서 조합설립이라는 종국적 목적을 달성하기 위한 중간단계의 처분에 해당 하지만, 그 법률요건이나 효과가 조합설립인가처분의 그것과는 다른 독립적인 처분이기 때문에, 추진위원회 구성승인처분에 대한 취소 또는 무효확인 판결의 확정만으로는 이미 조합설립인가를 받은 조합에 의한 정비사업의 진행을 저지할 수 없다. 따라서 추진위원회 구성승인처분을 다투는 소송 계속 중에 조합설립인가처분이 이루어진 경우에는, 추진위원회 구성승인처분에 위법이 존재하여 조합설립인가 신청행위가 무효라는 점 등을 들어 직접 조합설립인가처분을 다투으로써 정비사업의 진행을 저지하여야 하고, 이와는 별도로 추진위원회 구성승인처분에 대하여 취소 또는 무효확인을 구할 법률상의 이익은 없다고 보아야 한다. (대법원 2013.1.31, 2011두11112, 2011두11129)

【조합설립추진위원회설립승인무효확인】

- ② (O) ① 도시 및 주거환경정비법상 재개발조합설립 인가신청에 대한 행정청의 조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것이 아니라 법령상 일정한 요건을 갖출 경우 행정주체(공법인)의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 갖는 것이다. ② 도시정비법상 재개발조합설립 인가신청에 대하여 행정청의 조합설립인가처분이 있는 이후에 조합설립결의에 하자가 있음을 이유로 재개발조합설립의 효력을 부정하

기 위해서는 항고소송으로 조합설립인가처분의 효력을 다투어야 한다. (대법원 2009.9.24, 2009마168·169) 【가처분이의·직무집행정지가처분】

- ③ (O) 조합이 사업시행계획을 재건축결의에서 결정된 내용과 달리 작성한 경우 이러한 하자는 기본행위인 사업시행계획 작성행위의 하자라고 할 것이고, 이에 대한 보충행위인 행정청의 인가처분이 적법요건을 갖추고 있는 이상은 그 인가처분 자체에 하자가 있는 것이라 할 수 없다. (대법원 2008.1.10, 2007두16691)
- ④ (O) ① 재건축조합이 행정주체의 지위에서 수립하는 관리처분계획은 구속적 행정계획으로서 행정처분에 해당한다. ② 관리처분계획안에 대한 조합총회결의의 효력을 다투는 소송은 행정소송법상의 당사자소송에 해당한다. ③ 관리처분계획에 대한 인가를 받고 난 이후에는 총회결의의 하자를 이유로 항고소송의 방법으로 관리처분계획을 다투어야 한다. (대법원 2009.9.17, 2007다2428 전원합의체) 【총회결의무효확인】
- ⑤ (X) ① 도시 및 주거환경정비법상 재개발조합설립 인가신청에 대한 행정청의 조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것이 아니라 법령상 일정한 요건을 갖추어 행정주체(공법인)의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 갖는 것이다. ② 도시정비법상 재개발조합설립 인가신청에 대하여 행정청의 조합설립인가처분이 있는 이후에 조합설립결의에 하자가 있음을 이유로 재개발조합설립의 효력을 부정하기 위해서는 항고소송으로 조합설립인가처분의 효력을 다투어야 한다. (대법원 2009.9.24, 2009마168·169) 【가처분이의·직무집행정지가처분】

7. 권한의 위임에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
 <각론>

- ① 내부의 위임전결규정에 위반하여 처분이 이루어진 경우 그 처분은 권한배분질서에 위반된 권한행사에 의해 이루어진 것이어서 권한없는 자에 의하여 행하여진 무효의 처분이다. X
- ② 위임의 개별 근거규정이 없는 경우 정부조직법 제6조 제1항, 행정권한의 위임위탁에 관한 규정 제3조, 제4조 등의 일반규정만을 근거로 권한의 위임을 할 수 있다. O
- ③ 기관위임사무를 재위임할 때에는 조례가 아니라 규칙으로 하여야 한다. O
- ④ 권한의 위임이 있는 경우 뿐만 아니라 내부위임이나 대리권을 수여받은 경우에 불과하여 원행정청의 명이나 대리관계를 밝히지 아니하고는 그의 명의로 처분 등을 할 권한이 없는 행정청이 그의 명의로 한 처분에 대하여도 처분명의자인 행정청이 피고가 되어야 한다. O
- ⑤ 권한의 위임이 이루어지면 수임청이 자기 명의로 권한을 행사한다. O

7. <정답 및 해설> ①

- ① (X) 전결과 같은 행정권한의 내부위임은 법률이 위임을 허용하지 않는 경우에도 인정되는 것이므로 행정관청 내부의 사무처리규정에 불과한 전결규정에 위반하여 원래의 전결권자 아닌 보조기관 등이 처분권자인 행정관청의 이름으로 행정처분을 하였다고 하더라도 그 처분이 무효라고 할 수는 없다. (대법원 1998. 2. 27, 97누1105)
- ② (O) 정부조직법 제5조 제1항(현 제6조 제1항)과 이에 기한 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제4조가 권한의 위임 및 재위임에 관한 일반적인 근거규정이 될 수 있으므로, 시·도지사는 그 재위임에 관한 일반적인 규정에 따라 위임받은 처분권한을 구청장 등에게 재위임할 수 있다. (대법원 1995.7.11, 94누4615 전원합의체) 【난지도웁스설치공사사건】
- ③ (O) 영업정지 등 처분에 관한 사무는 국가사무로서 지방자치단체의 장에게 위임된 이른바 기관위임사무에 해당하므로 시·도지사가 지방자치단체의 조례에 의하여 이를 구청장 등에게 재위임할 수는 없고 행정권한의위임및위탁에관한 규정 제4조에 의하여 위임기관의 장의 승인을 얻은 후 지방자치단체의 장이 제정한 규칙이 정하는 바에 따라 재위임하는 것만이 가능하다.(대법원 1995. 7. 11, 94누4615)
- ④ (O) 권한의 위임이나 위탁을 받아 수임행정청이 정당한 권한에 기하여 그 명의로 한 처분에 대하여는 말할 것도 없고, 내부위임이나 대리권을 수여받은 데 불과하여 원행정청 명이나 대리관계를 밝히지 아니하고 그의 명의로 처분 등을 할 권한이 없는 행정청이 권한 없이 그의 명의로 한 처분에 대하여도 처분명의자인 행정청이 피고가 되어야 할 것이다”(대판 1995. 12. 22, 95누

14688).

- ⑤ (O) 위임의 경우에는 권한 자체가 넘어가므로 수임관청이 자기의 이름으로 그 권한행사를 한다.

8. 과태료부과처분에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 과태료부과에 대해서는 일반적으로 질서위반행위규제법이 적용되므로 그 부과처분에 대해 불복이 있을 때에는 법원에서 비송사건절차법을 준용하여 이에 대해 재판하고 과태료부과처분에 대해 항고소송은 원칙적으로 허용되지 않는다. O
- ② 질서위반행위규제법상의 과태료를 부과하기 위해서는 위반행위자에게 반드시 고의나 과실이 있어야 한다. O
- ③ 지방자치법 제27조 조례위반에 대한 과태료의 경우에는 질서위반행위규제법이 적용되지 않으므로 그에 대한 불복이 있으면 항고소송을 제기할 수 있다. X
- ④ 지방자치법 제139조 제2항 및 제3항에 따라 사기나 그 밖의 부정한 방법으로 사용료, 수수료 또는 분담금의 징수를 명한 자, 그리고 공공시설을 부정사용한 자에 대한 과태료 부과에는 질서위반행위규제법이 적용된다. O
- ⑤ 수도조례 및 하수도사용조례에 기한 과태료의 부과여부 및 그 당부는 최종적으로 질서위반행위규제법에 의한 절차에 의하여 판단되어야 하므로 그 과태료부과처분은 행정청을 피고로 하는 행정소송의 대상이 되는 처분이라고 할 수 없다. O

8. <정답 및 해설> ③

- ① (O) 과태료에 대해서는 질서위반행위규제법에 따른다. 따라서 특별한 불복절차가 규정이 되어있더라도 항고소송에 의할 것이 아니라 질서위반행위규제법 제28조에 의한 비송사건절차법에 따른 과태료재판에 의하게 된다.

제28조 【준용규정】 「비송사건절차법」 제2조부터 제4조까지, 제6조, 제7조, 제10조(인증과 감정을 제외한다) 및 제24조부터 제26조까지의 규정은 이 법에 따른 과태료 재판(이하 “과태료 재판”이라 한다)에 준용한다

- ② (O) 질서위반행위규제법 제7조

제7조 고의 또는 과실이 없는 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다.

- ③ (X) 지방자치법 제27조에 의하면 조례위반에 대해서는 질서위반행위규제법이 적용되므로 그에 대한 불복이 있으면 항고소송을 제기할 것이 아니라 질서위반행위규제법에 의하여야 한다.

질서위반행위규제법 제20조 [이의제기] ① 행정청의 과태료 부과에 불복하는 당사자는 제17조 제1항에 따른 과태료 부과 통지를 받은 날부터 60일 이내에 해당 행정청에 서면으로 이의제기를 할 수 있다.

지방자치법 제27조 (조례위반에 대한 과태료)
 ① 지방자치단체는 조례를 위반한 행위에 대하여 조례로써 1천만원 이하의 과태료를 정할 수 있다.
 ② 제1항에 따른 과태료는 해당 지방자치단체의 장이나 그 관할 구역 안의 지방자치단체의 장이 부과·징수한다. [개정 2009.4.1]

- ④ (O) 지방자치법 제139조

제139조 (사용료의 징수조례 등)

① 사용료·수수료 또는 분담금의 징수에 관한 사항은 조례로 정한다. 다만, 국가가 지방자치단체나 그 기관에 위임한 사무와 자치사무의 수수료 중 전국적으로 통일할 필요가 있는 수수료에 관한 사항은 다른 법령의 규정에도 불구하고 대통령령으로 정하는 표준금액으로 징수하되, 지방자치단체가 다른 금액으로 징수하고자 하는 경우에는 표준금액의 100분의 50의 범위에서 조례로 가감 조정하여 징수할 수 있다.

② 사기나 그 밖의 부정한 방법으로 사용료·수수료 또는 분담금의 징수를 면한 자에 대하여는 그 징수를 면한 금액의 5배 이내의 과태료를, 공공시설을 부정사용한 자에 대하여는 50만원 이하의 과태료를 부과하는 규정을 조례로 정할 수 있다.

③ 제2항에 따른 과태료의 부과·징수, 재판 및 집행 등의 절차에 관한 사항은 「질서위반행위규제법」에 따른다.

- ⑤ (O) 수도조례 및 하수도사용조례에 기한 과태료의 부과 여부 및 그 당부는 최종적으로 질서위반행위규제법에 의한 절차에 의하여 판단되어야 한다고 할 것이므로, 그 과태료 부과처분은 행정청을 피고로 하는 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다. (대법원 2012.10.11, 2011두19369) 【추징금등부과처분취소】

9. 행정계획에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 공유수면 점용허가를 필요로 하는 채광계획 인가신청에 대하여 공유수면 관리청이 공유수면 점용을 허용하지 않기로 결정한 경우, 채광계획 인가신청은 이를 사유로 채광계획 인가신청을 반려할 수 없다. X
- ② 건설부장관이 구 주택건설촉진법에 따라 관계기관의 장과의 협의를 거쳐 사업계획 승인을 한 이상 허가·인가·결정·승인 등이 있는 것으로 볼 것이고 그 절차와 별도로 구 도시계획법 소정의 중앙도시계획위원회의 의결이나 주민의 의견청취 등 절차를 거칠 필요는 없다. O
- ③ 구 도시계획법 제12조 소정의 고시된 도시계획결정은 특정 개인의 권리 내지 법률상의 이익을 개별적이고 구체적으로 규제하는 효과를 가져오게 하는 행정청의 처분이라 할 것이고 이는 행정소송의 대상이 된다. O
- ④ 환지계획은 환지예정지 지정이나 환지처분의 근거가 될 뿐 고유한 법률효과를 수반하는 것이 아니어서 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 할 수가 없다. O
- ⑤ 행정계획은 행정에 관한 전문적 기술적 판단을 기초로 하여 도시의 건설·정비·개발 등과 같은 특정한 행정목표를 달성하기 위하여 서로 관련되는 행정수단을 종합·조정함으로써 장래의 일정한 시점에 있어서 일정한 질서를 실현하기 위한 활동 기준이다. O

9. <정답 및 해설> ①

- ① (X) (구)광업법 제47조의2 제5호에 의하여 채광계획인가를 받으면 공유수면 점용허가를 받은 것으로 의제되고, 이 공유수면 점용허가는 공유수면 관리청이 공공 위해의 예방 경감과 공공복리의 증진에 기여함에 적당하다고 인정하는 경우에 그 자유재량에 의하여 허가의 여부를 결정하여야 할 것이므로, 공유수면 점용허가를 필요로 하는 채광계획 인가신청에 대하여도, 공유수면 관리청이 재량적 판단에 의하여 공유수면 점용의 허가 여부를 결정할 수 있고, 그 결과 공유수면 점용을 허용하지 않기로 결정하였다면, 채광계획 인가신청은 이를 사유로 하여 채광계획을 인가하지 아니할 수 있는 것이다. (대법원 2002.10.11, 2001두151) 【채광계획불인가처분취소】
- ② (O) 건설부장관(현 국토교통부장관)이 (구)주택건설촉진법에 따라 관계기관의 장과의 협의를 거쳐 주택건설사업계획승인을 한 경우 별도로 도시계획법 소정의 중앙도시계획위원회의 의결이나 주민의 의견청취 등 절차를 거칠 필요는 없다. (대법원 1992.11.10, 92누1162) 【주택건설사업계획 승인처분취소】
- ③ (O) (구)도시계획법 제12조 소정의 고시된 도시계획결정은 특정 개인의 권리 내지 법률상의 이익을 개별적이고 구체적으로 규제하는 효과를 가져오게 하는 행정청의 처분으로서 행정소송의 대상이 된다. (대법원 1982.3.9, 80누105) 【도시계획변경처분취소】
- ④ (O) 토지구획정리사업법 제57조, 제62조 등의 규정상 환지예정지 지정이나 환지

처분은 그에 의하여 직접 토지소유자 등의 권리·의무가 변동되므로 이를 항고소송의 대상이 되는 처분이라고 볼 수 있으나, 환지계획은 위와 같은 환지예정지 지정이나 환지처분의 근거가 될 뿐 그 자체가 직접 토지소유자 등의 법률상의 지위를 변동시키거나 또는 환지예정지 지정이나 환지처분과는 다른 고유한 법률효과를 수반하는 것이 아니어서 이를 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 할 수가 없다. (대법원 1999.8.20, 97누6889) 【환지계획 등 무효확인 및 취소】

- ⑤ (O) 행정계획이라 함은 행정에 관한 전문적·기술적 판단을 기초로 하여 도시의 건설·정비·개량 등과 같은 특정한 행정목표를 달성하기 위하여 서로 관련되는 행정수단을 종합·조정함으로써 장래의 일정한 시점에 있어서 일정한 질서를 형성하기 위한 활동기준으로서 설정된 것을 말한다(대법원 1996.11.29, 96누8567)

10. 행정행위의 무효와 취소의 구별에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 취소할 수 있는 행정행위는 민사소송에서 선결문제로서 그 효력을 부인할 수 없지만, 무효인 행정행위는 민사소송에서 그 선결문제로서 무효를 확인할 수 있다. O
- ② 무효인 행정행위에 대하여 취소소송을 제기하는 경우에는 제소기간의 제한이 적용되지 않는다. X
- ③ 행정소송법 제18조 제1항 단서에 따라 행정심판전치주의가 적용되는 경우에도 무효확인 소를 제기함에 있어서는 행정심판을 거쳐야만 하는 것은 아니다. O
- ④ 현행법상 거부처분에 대한 무효확인판결에 대하여서는 간접강제가 인정되지 않는다. O
- ⑤ 하자의 치유는 취소할 수 있는 행정행위에 대하여서만 인정된다. O

10. <정답 및 해설> ②

- ① (O) 취소할 수 있는 행정행위는 공정력이 인정되어 민사소송에서 무효를 확인할 수 없으나 무효인 행정행위의 경우에는 공정력이 인정되지 않기 때문에 민사소송에서 무효를 확인할 수 있다.
- ② (X) 무효선언적 의미의 취소소송 또한 형식적으로는 취소소송의 형태를 취하고 있으므로 취소소송의 제기요건(예외적 행정심판전치, 제소기간 등)을 갖추어야 한다는 것이 판례의 태도이다. (대법원 1993.3.12, 92누11039)
- ③ (O) 무효인 처분은 처음부터 당연히 아무 효력이 없는 것이므로 굳이 행정청에게 반성·시정의 기회를 부여할 필요가 없고, 또한 언제든지 무효임을 주장할 수 있는 것이므로 예외적 행정심판전치(동법 제18조)와 제소기간(동법 제20조) 규정이 준용되지 아니한다. 따라서 무효등확인소송을 제기하는 경우 행정심판을 거치지 않고 바로 소송을 제기할 수 있으며, 제소기간의 제한도 없다.
- ④ (O) 행정처분에 대하여 무효확인판결이 내려진 경우에는 그 행정처분이 거부처분인 경우에도 행정청에 판결의 취지에 따른 재처분의무가 인정될 뿐 그에 대하여 간접강제까지 허용되는 것은 아니다. (대법원 1998.12.24, 98무37)
【건축허가무효확인판결에 기한 간접강제】 <행정소송법 제38조 제1항이 무효확인판결에 관하여 취소판결에 관한 규정을 준용함에 있어서 같은 법 제30조 제2항을 준용한다고 규정하면서도 같은 법 제34조는 이를 준용한다는 규정을 두고 있지 않다는 이유로>
- ⑤ (O) 하자의 치유는 무효인 경우에는 인정할 수 없고 취소사유인 경우에만 인정된다는 것이 통설·판례의 입장이다.

11. 행정소송의 제소기간에 대한 설명으로 옳지 않은 것을 <보기>에서 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 당사자소송은 취소소송의 제소기간이 적용되지 않으나 법령에 제소기간이 정해져 있는 경우에 그 기간은 불변기간이다. O
- ㉡ 행정심판 등 전심절차를 거친 경우에도 부작위위법확인소송은 부작위상태가 계속되는 한 그 위법의 확인을 구할 이익이 있으므로 제소기간의 제한을 받지 않는다. X
- ㉢ 행정소송법 제20조 (제소기간) 제2항의 규정상 소정의 정당한 사유란 민사소송법 제173조(소송행위의 추후보완)의 당사자가 책임질 수 없는 사유나 행정심판법 제27조(심판청구의 기간) 제2항의 불가항력적인 사유보다는 넓은 개념이다. O
- ㉣ 조세심판에서 재결정의 재조사결정에 따른 행정소송의 기산점은 후속처분의 통지를 받은 날이다. O

- ① ㉠
- ② ㉡ O
- ③ ㉠㉡
- ④ ㉡㉢
- ⑤ ㉠㉡㉣

11. <정답 및 해설> ②

- ㉠ (O) 당사자소송에서는 취소소송에서의 제소기간규정이 준용되지 않는다. 그러나 행정소송법 제41조에 의해 당사자소송에 관하여 법령에 제소기간이 정하여져 있는 때에는 이를 불변기간으로 한다.

행정소송법 제41조 (제소기간)
당사자소송에 관하여 법령에 제소기간이 정하여져 있는 때에는 그 기간은 불변기간으로 한다.

- ㉡ (X) 부작위위법확인소는 부작위상태가 계속되는 한 그 위법의 확인을 구할 이익이 있다고 보아야 하므로 원칙적으로 제소기간의 제한을 받지 않으나, 행정소송법 제38조 제2항이 제소기간을 규정한 같은 법 제20조를 부작위위법확인소송에 준용하고 있는 점에 비추어 보면, 행정심판 등 전심절차를 거친 경우에는 행정소송법 제20조가 정한 제소기간 내에 부작위위법확인소를 제기하여야 할 것이다. (대법원 2009.7.23, 2008두10560)
- ㉢ (O) 행정소송법 제20조 제2항 소정의 '정당한 사유'란 불확정 개념으로서 그 존부는 사안에 따라 개별적·구체적으로 판단하여야 하나 민사소송법 제160조의 "당사자가 그 책임을 질 수 없는 사유"나 행정심판법 제18조(현 제27조) 제2항 소정의 "천재·지변·전쟁, 사변 그 밖에 불가항력적인 사유"보다는 넓은 개념이라고 풀이되므로, 제소기간 도과의 원인 등 여러 사정을 종합하여 지연된 제소를 허용하는 것이 사회통념상 상당하다고 할 수 있는가에 의하여 판

단하여야 한다. (대법원 1991.6.28, 90누6521) 【개별용달운송사업면허취소】

- ㉔ (O) 재조사결정은 해당 결정에서 지적된 사항에 관해서는 처분청의 재조사결과를 기다려 그에 따른 후속 처분의 내용을 이의신청 등에 대한 결정의 일부분으로 삼겠다는 의사가 내포된 변형결정에 해당한다고 볼 수밖에 없다. 그렇다면 재조사결정은 처분청의 후속 처분에 의하여 그 내용이 보완됨으로써 이의신청 등에 대한 결정으로서의 효력이 발생한다고 할 것이므로, 재조사결정에 따른 심사청구기간이나 심판청구기간 또는 행정소송의 제소기간은 이의신청인 등이 후속 처분의 통지를 받은 날부터 기산된다고 봄이 타당하다. (대법원 2010.6.25, 2007두12514 전원합의체) 【부가가치세부과처분취소】

12. 甲이 관할 행정청으로부터 영업허가취소처분을 받았고 이에 대해 취소소송을 제기하여 취소판결이 확정된 경우 이에 대한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 위 취소판결에는 기판력은 발생하지만 형성력은 발생하지 않는다. X
- ② 취소판결을 통해 위 영업허가취소처분은 국가배상법상 공무원의 고의 또는 과실에 의한 불법행위로 인정된다. X
- ③ 위 영업허가취소처분에 대한 취소판결은 사실심변론종결시까지의 법령의 개폐 및 사실상태의 변동을 고려하여 내려진 것이다. X
- ④ 甲이 영업허가취소처분이 있는 후 취소판결 이전에 영업행위를 하였더라도 이는 무허가영업에 해당하지 않는다. O
- ⑤ 취소판결이 확정된 이후에는 다른 사유를 근거로 하더라도 다시 영업허가를 취소하는 처분을 할 수 없다. X

12. <정답 및 해설> ④

- ① (X) 인용판결의 경우 기속력 뿐만 아니라 형성력도 인정되고 있다.

행정소송법 제29조 (취소판결등의 효력)
 ① 처분등을 취소하는 확정판결은 제3자에 대하여도 효력이 있다.
 ② 제1항의 규정은 제23조의 규정에 의한 집행정지의 결정 또는 제24조의 규정에 의한 그 집행정지결정의 취소결정에 준용한다.

- ② (X) 어떠한 행정처분이 후에 항고소송에서 취소된 사실만으로 당해 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없다(대법원 2000.5.12, 99다70600).
- ③ (X) 행정처분의 적법 여부는 그 행정처분이 행하여진 때, 즉 처분시의 법령과 사실을 기준으로 하여 판단하는 것이다.
- ④ (O) 영업정지기간 중 영업을 하였다는 이유로 영업의 금지를 명한 영업허가취소 처분 자체가 나중에 행정쟁송절차에 의하여 취소되었다면 그 영업허가취소 처분은 그 처분시에 소급하여 효력을 잃게 되며, 그 영업허가취소처분에 복종할 의무가 원래부터 없었음이 확정되었다고 봄이 타당하고, 영업허가취소 처분이 장래에 향하여서만 효력을 잃게 된다고 볼 것은 아니므로 그 영업허가취소 처분 이후의 영업행위를 무허가영업이라고 볼 수는 없다. (대법원 1993.6.25, 93도277) 【식품위생법위반】
- ⑤ (X) 행정처분의 적법 여부는 그 행정처분이 행하여진 때의 법령과 사실을 기준으로 하여 판단하는 것이므로 확정판결의 당사자인 처분 행정청은 종전 처분 후에 발생한 새로운 사유를 내세워 다시 거부처분을 할 수 있고, 그러한 처분도 행정소송법 제30조 제2항 소정의 재처분에 해당한다. 여기에서 새로운 사유인지는, 종전 처분에 관하여 위법한 것으로 판결에서 판단된 사유와, 기본적 사실관계의 동일성이 인정되는 사유인지 여부에 따라 판단되어야 하고, 기

본적 사실관계의 동일성 유무는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지 여부에 따라 결정되며, 추가 또는 변경된 사유가 처분 당시에 그 사유를 명기하지 않았을 뿐 이미 존재하고 있었고 당사자도 그 사실을 알고 있었다 하여 당초의 처분사유와 동일성이 있는 것이라고 할 수는 없다. (대법원 2011.10.27, 2011두14401) <원고가 아파트 건설사업계획 승인신청을 하였으나 미디어밸리의 시가화 예정지역이라는 이유로 거부되자 그 취소소송에서 처분사유가 구체적이고 합리적이지 못하여 재량권 남용이라는 이유로 그 처분의 취소판결이 확정된 후 피고가 종전 처분 후이지만 종전 소송의 사실심 변론종결 이전에 발생한 개발제한지역지정의 새로운 사실을 이유로 한 거부 처분이 위 취소 확정판결의 기속력에 반하지 않는다는 원심을 수긍한 사례>

13. 취소소송에서의 기속력에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 처분청이 재처분을 하였다라도 기속력에 위반되는 경우에는 간접강제의 대상이 된다. 0
- ② 기속력은 취소소송의 인용판결은 물론 기각판결에 대하여서도 인정된다. X
- ③ 원고의 신청을 거부하는 처분에 대해 취소판결이 확정되면 기속력의 결과 행정청은 원고의 신청을 인용하는 처분을 하여야 한다. X
- ④ 제3자효행정처분에서 절차의 하자를 이유로 원고가 취소확정판결을 받은 경우 당해 처분청은 원처분과 동일한 처분을 할 수 없다. X
- ⑤ 취소판결의 기속력은 판결의 주문에 대하여서만 발생한다. X

13. <정답 및 해설> ①

- ① (O) [1] 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. [2] 주택건설사업 승인신청 거부처분의 취소를 명하는 판결이 확정되었음에도 행정청이 그에 따른 재처분을 하지 않은 채 위 취소소송 계속 중에 도시계획법령이 개정되었다는 이유를 들어 다시 거부처분을 한 경우, 개정된 도시계획법령에 그 시행 당시 이미 개발행위허가를 신청 중인 경우에는 종전 규정에 따른다는 경과규정을 두고 있으므로 위 사업승인신청에 대하여는 종전 규정에 따른 재처분을 하여야 함에도 불구하고 개정 법령을 적용하여 새로운 거부처분을 한 것은 확정된 종전 거부처분 취소판결의 기속력에 저촉되어 당연무효이다. (대법원 2002.12.11, 2002무22) 【간접강제】

- ② (X) 기속력은 인용판결에 한하여 인정되고 기각판결에는 인정되지 않는다.

행정소송법 제30조 (취소판결등의 기속력)

① 처분등을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다.

② 판결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다.

③ 제2항의 규정은 신청에 따른 처분이 절차의 위법을 이유로 취소되는 경우에 준용한다.

- ③ (X) 거부처분취소의 확정판결을 받은 행정청이 거부처분 후에 법령이 개정·시행된 경우, 신법상의 새로운 사유를 내세워 다시 거부처분을 한 경우도 행정소송법 제30조 제2항 소정의 재처분에 해당한다. (대법원 1998.1.7, 97두22) 【간접강제】

- ④ (X) 절차 내지 형식의 위법을 이유로 과세처분을 취소하는 판결이 확정된 경우에 과세처분취소소송의 확정판결에 적시된 위법사유를 보완하여 새로이 행한 과세처분은 확정판결의 기판력에 저촉되지 않는다. (대법원 1986.11.11, 85누231) 【법인세 등 부과처분취소】 <실제로는 기속력에 관한 사례로 봐야 함>
- ⑤ (X) 행정소송법 제30조 제1항에 의하여 인정되는 취소소송에서 처분 등을 취소하는 확정판결의 기속력은 주로 판결의 실효성 확보를 위하여 인정되는 효력으로서 판결의 주문뿐만 아니라 그 전제가 되는 처분 등의 구체적 위법사유에 관한 이유 중의 판단에 대하여도 인정된다. (대법원 2001.3.23, 99두5238)

14. 공법관계와 사법관계의 구별 및 그에 따른 쟁송방식에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률에 의하여 국가와 사인 간에 체결된 계약은 특별한 사정이 없는 한 사법상의 계약으로서 그 본질적인 내용은 사인 간의 계약과 다를 바가 없다.O
- ② 국.공유일반재산의 대부. 매각. 교환. 양여행위는 사법상의 행위로서 그에 대해서는 민사소송으로 다루어야 한다.O
- ③ 행정재산을 원래의 목적 외로 사용할 경우 그에 대한 사용.수익허가는 행정처분으로서 항고소송의 대상이 된다. 그러나 사용허가를 받은 행정재산을 전대하는 경우 그 전대행위는 사법상의 임대차에 해당한다.O
- ④ 각종 사회보험, 연금관련법 등에 따른 사회보장급부청구권 등은 공권으로 본다. 다만 이러한 공권을 행사한 경우 당해 행정청이 이를 거부하였다면 항고소송의 대상성이 인정되고 법령에 의해 바로 급부청구권이 발생하는 경우에는 당사자소송의 대상이 된다.O
- ⑤ 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률에 의하여 국가기관이 특정기업의 입찰참가자격을 제한하는 경우 이것은 사법관계이므로 이에 대해 다투기 위하여서는 민사소송을 제기하여야한다.X

14.<정답 및 해설> ⑤

- ① (O) 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률에 의하여 국가와 사인 간에 체결된 계약은 특별한 사정이 없는 한 사법상의 계약에 해당한다.
- ② (O) 국유임야를 대부하거나 매각 또는 양여하는 행위는 사경제주체로서 상대방과 대등한 입장에서 하는 사법상의 행위이므로 국유임야무상양여신청서를 반려한 거부처분도 단순한 사법상의 행위일 뿐 행정행위가 아니므로 행정소송의 대상이 되지 아니한다. (대법원 1983.8.23, 83누239) 【대부국유임야양여거부처분취소】
- ③ (O) 국유재산 등의 관리청이 하는 행정재산의 사용·수익에 대한 허가는 순전히 사경제주체로서 행하는 사법상의 행위가 아니라 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는 행정처분으로서 특정인에게 행정재산을 사용할 수 있는 권리를 설정하여 주는 강학상 특허에 해당한다. (대법원 2006.3.9, 2004다31074) 【국립의료원부설주차장 위탁관리용역운영계약사건】 한국공항공단이 정부로부터 무상사용허가를 받은 행정재산을 구 한국공항공단법(2002. 1. 4. 법률 제6607호로 폐지) 제17조에서 정한 바에 따라 전대하는 경우에 미리 그 계획을 작성하여 건설교통부장관에게 제출하고 승인을 얻어야 하는 등 일부 공법적 규율을 받고 있다고 하더라도, 한국공항공단이 그 행정재산의 관리청으로부터 국유재산관리사무의 위임을 받거나 국유재산관리의 위탁을 받지 않은 이상, 한국공항공단이 무상사용허가를 받은 행정재산에 대하여 하

는 전대행위는 통상의 사인간의 임대차와 다를 바가 없고, 그 임대차계약이 임차인의 사용승인신청과 임대인의 사용승인의 형식으로 이루어졌다고 하여 달리 볼 것은 아니다. (대법원 2004. 1. 15. 선고 2001다12638 판결)

- ④ (O) 판례는 공무원연금법령 개정으로 퇴직연금 중 일부금액의 지급이 정지되어서 미지급된 퇴직연금의 지급을 구하는 소송(대법원 2004.12.24, 2003두15195)과 같이 금전급부청구권에 대해 당사자소송의 대상으로 보고 있다.
- ⑤ (X) 대법원은 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 또는 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률에 의하여 국가의 각 중앙관서의 장 또는 지방자치단체의 장이 한 부정당업자의 입찰참가자격제한조치는 제재적 성격의 권력적 행위로서 처분으로 보고 있다(대법원 1999.3.9, 98두18565).

15. 행정입법에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 상위법령의 위임이 없음에도 상위법령에 규정된 처분 요건을 부령에서 변경하여 규정하였다면 그 부령은 무효이며 따라서 그 부령에 따른 처분 역시 위법하다.X
- ② 고시가 비록 법령에 근거를 둔 것이라고 하더라도 그 규정 내용이 법령의 위임 범위를 벗어난 것일 경우에는 법규명령으로서의 대외적 구속력을 인정할 여지는 없다.O
- ③ 제재적 처분기준의 형식이 부령으로 정립된 경우에는 행정조직 내부에 있어서의 행정명령에 지나지 않는 것과는 달리 대통령령의 경우에는 대외적으로 국민이나 법원을 구속한다. O
- ④ 법원에 의한 명령 규칙의 위헌 위법심사는 그 위헌 또는 위법의 여부가 재판의 전제가 된 경우에 비로소 가능하다.O
- ⑤ 헌법재판소는 적극적 행정입법은 물론 행정입법의 부작위에 대하여서도 헌법소원 심판의 대상성을 인정한다. O

15. <정답 및 해설> ①

- ① (X) 법령에서 행정처분의 요건 중 일부 사항을 부령으로 정할 것을 위임한 데 따라 시행규칙 등 부령에서 이를 정한 경우에 그 부령의 규정은 국민에 대해서도 구속력이 있는 법규명령에 해당한다고 할 것이지만, 법령의 위임이 없음에도 법령에 규정된 처분 요건에 해당하는 사항을 부령에서 변경하여 규정할 경우에는 그 부령의 규정은 행정청 내부의 사무처리 기준 등을 정한 것으로서 행정조직 내에서 적용되는 행정명령의 성격을 지닐 뿐 국민에 대한 대외적 구속력은 없다고 보아야 한다. 따라서 어떤 행정처분이 그와 같이 법규성이 없는 시행규칙 등의 규정에 위배된다고 하더라도 그 이유만으로 처분이 위법하게 되는 것은 아니라 할 것이고, 또 그 규칙 등에서 정한 요건에 부합한다고 하여 반드시 그 처분이 적법한 것이라고 할 수도 없다. 이 경우 처분의 적법 여부는 그러한 규칙 등에서 정한 요건에 합치하는지 여부가 아니라 일반 국민에 대하여 구속력을 가지는 법률 등 법규성이 있는 관계 법령의 규정을 기준으로 판단하여야 한다.(대법원 2013.9.12. 선고 2011두10584 판결)
- ② (O) 법령보충규칙이 상위법령의 위임범위를 벗어난 경우에는 법규명령으로서 대외적 구속력을 인정할 여지는 없다. 이는 행정규칙이나 규정 '내용'이 위임범위를 벗어난 경우뿐 아니라 상위법령의 위임규정에서 특정하여 정한 권한행사의 '절차'나 '방식'에 위배되는 경우도 마찬가지이므로, 상위법령에서 세부사항 등을 시행규칙으로 정하도록 위임하였음에도 이를 고시 등 행정규칙으로 정하였다면 그 역시 대외적 구속력을 가지는 법규명령으로서 효력이 인정될 수 없다. (대법원 2012.7.5, 2010다72076)
- ③ (O) 주택건설촉진법시행령 제10조의3 제1항 [별표 1]은 주택건설촉진법 제7조

제2항의 위임규정에 터잡은 규정형식상 대통령령이므로 그 성질이 부령인 시행규칙이나 또는 지방자치단체의 규칙과 같이 통상적으로 행정조직 내부에 있어서의 행정명령에 지나지 않는 것이 아니라 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 힘이 있는 법규명령에 해당한다. (대법원 1997.12.26, 97누 15418) 【주택건설사업영업정지처분취소】

④ (O) 헌법 제107조 제2항

<p>제107조</p> <p>①법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다.</p> <p>②명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.</p>

⑤ (O) 적극적 행정입법에 대해서 헌법재판소는 법규명령 등이 국민의 기본권을 침해하는 경우 헌법재판소 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판을 통해 명령규칙심사권을 인정하고 있다.

그리고 삼권분립의 원칙, 법치행정의 원칙을 당연한 전제로 하고 있는 우리 헌법하에서 행정권의 행정입법 등 법집행의무는 헌법적 의무라고 보아야 한다. 왜냐하면 행정입법이나 처분의 개입 없이도 법률이 집행될 수 있거나 법률의 시행 여부나 시행 시기까지 행정권에 위임된 경우는 별론으로 하고, 이 사건과 같이 치과전문의제도의 실시를 법률 및 대통령령이 규정하고 있고 그 실시를 위하여 시행규칙의 개정 등이 행해져야 함에도 불구하고 행정권이 법률의 시행에 필요한 행정입법을 하지 아니하는 경우에는 행정권에 의하여 입법권이 침해되는 결과가 되기 때문이다. 따라서 보건복지부장관에게는 헌법에서 유래하는 행정입법의 작위의무가 있다. (헌법재판소 1998.7.16, 96헌마 246) 【치과전문의자격시험 불실시위헌확인 등】 <대법원이 행정입법부작위를 행정소송의 대상에서 배제하므로 다른 구제절차가 없는 경우(보충성의 예외)에 해당한다고 하여 행정입법부작위에 대한 헌법소원 인정>

16. 행정소송에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정소송법에서 행정청이 일정한 처분을 하지 못하도록 그 부작위를 구하는 청구는 허용되지 않는다. O
- ② 취소판결의 기판력은 소송물로 된 행정처분의 위법성 존부에 관한 판단 그 자체에만 미친다. O
- ③ 항고소송은 주관소송으로 보는 것이 통설이며 취소소송의 소송물은 당해 처분의 개개의 위법사유이다. X
- ④ 민중소송은 특별히 법률이 규정이 있을 때에 한하여 예외적으로 인정된다. O
- ⑤ 지방자치단체의 장이 지방의회의 재의결에 대하여 제기하는 무효확인소송은 기관소송이다. O

16. <정답 및 해설> ③

- ① (O) 권익침해가 명백히 예견되는 부담적 처분의 경우, 미리 그 예상되는 부담적 처분을 저지하는 것을 목적으로 청구하는 소송과 같은 예방적 부작위 청구소송은 허용되지 않는다.

- ② (O) ③ (X)

원래 과세처분이란 법률에 규정된 과세요건이 충족됨으로써 객관적·추상적으로 성립한 조세채권의 내용을 구체적으로 확인하여 확정하는 절차로서, 과세처분 취소소송의 소송물은 그 취소원인이 되는 위법성일반이고 그 심판의 대상은 과세처분에 의하여 확인된 조세채무인 과세표준 및 세액의 객관적 존부이다. (대법원 1990.3.23, 89누5386) 그리고 항고소송과 당사자소송은 주관소송에 속한다.

- ④ (O) 행정소송법 제45조에서 규정하는 바와 같이 민중소송의 경우는 법률에 규정이 있는 경우에 인정이 된다.

제45조 (소의 제기)
민중소송 및 기관소송은 법률이 정한 경우에 법률에 정한 자에 한하여 제기할 수 있다.

- ⑤ (O) 지방자치법 제107조의 지방의회재의결에 대한 무효확인소송은 기관소송의 한 예이다.

지방자치법 제107조 【지방의회의 의결에 대한 재의요구와 제소】 ① 지방자치단체의 장은 지방의회의 의결이 월권이거나 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 인정되면 그 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 이유를 붙여 재의를 요구할 수 있다.
② 제1항의 요구에 대하여 재의한 결과 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 의결사항은 확정된다.
③ 지방자치단체의 장은 제2항에 따라 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 인정되면 대법원에 소(訴)를 제기할 수 있다. 이 경우에는 제172조 제3항을 준용한다.

17. 공용수용에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 환매권의 존부에 관한 확인을 구하는 소송은 민사소송의 방식으로 제기하여야 한다. O
- ② 공익사업을 위한 토지등의 취득 및 보상에 관한 법령에 의한 협의취득은 사법상의 법률행위이므로 당사자 사이의 자유로운 의사에 따라 채무불이행책임이나 매매대금 과부족금에 대한 지급의무를 확정할 수 있다. O
- ③ 수용재결에 불복하여 이의신청을 거친 후 취소소송을 제기하는 때에는 원칙적으로 지방토지수용위원회 또는 중앙토지수용위원회를 피고로 하여 수용재결의 취소를 구하여야 한다. O
- ④ 수용재결에 대한 취소소송의 제기는 사업의 진행 및 토지의 수용 또는 사용을 정지시키지 아니한다. O
- ⑤ 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법령에 의한 잔여지 수용청구권은 토지수용위원회의 재결이 없더라도 그 청구에 의하여 수용의 효과가 발생하는 청구권적 성질을 가진다. X

17. <정답 및 해설> ⑤

- ① (O) 구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제91조에 규정된 환매권은 상대방에 대한 의사표시를 요하는 형성권의 일종으로서 재판상이든 재판 외이든 위 규정에 따른 기간 내에 행사하면 매매의 효력이 생기는 바, 이러한 환매권의 존부에 관한 확인을 구하는 소송 및 구 공익사업법 제91조 제4항에 따라 환매금액의 증감을 구하는 소송 역시 민사소송에 해당한다. (대법원 2013.2.28, 2010두22368) 【환매대금증감】
- ② (O) (구)공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법에 따른 토지 등의 협의취득은 공공사업에 필요한 토지 등을 그 소유자와의 협의에 의하여 취득하는 것으로서 공공기관이 사경제주체로서 행하는 사법상 매매 내지 사법상 계약의 실질을 가지는 것이지 행정청이 공권력의 주체로서 상대방의 의사 여하에 불구하고 일방적으로 행하는 행정처분이라 볼 수 없는 것이고, 위 협의취득에 기한 손실보상금의 환수통보 역시 사법상의 이행청구에 해당하는 것으로서 이를 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다. (대법원 2010.11.11, 2010두14367)
- ③ (O) 수용재결에 불복하여 취소소송을 제기하는 때에는 이의신청을 거친 경우에도 수용재결을 한 중앙토지수용위원회 또는 지방토지수용위원회를 피고로 하여 수용재결의 취소를 구하여야 한다. 다만 이의신청에 대한 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에는 그 이의재결을 한 중앙토지수용위원회를 피고로 하여 이의재결의 취소를 구할 수 있다고 보아야 한다. (대법원 2010.1.28, 2008두1504) 【수용재결취소 등】
- ④ (O) 공익사업을 위한 토지등의 취득 및 보상에 관한 법률 제88조

제88조 (처분효력의 부정지)

제83조에 따른 이의의 신청이나 제85조에 따른 행정소송의 제기는 사업의 진행 및 토지의 수용 또는 사용을 정지시키지 아니한다.

- ⑤ (X) ① 잔여지수용청구권은 그 요건을 구비한 때에 형성권의 성질을 가지며, 잔여지수용청구권의 행사기간은 제척기간이다. ② 잔여지수용청구의 의사표시는 관할 토지수용위원회에 하여야 하는 것으로서, 관할 토지수용위원회가 사업시행자에게 잔여지 수용청구의 의사표시를 수령할 권한을 부여하였다고 인정할 만한 사정이 없는 한, 사업시행자에게 한 잔여지 매수청구의 의사표시를 관할 토지수용위원회에 한 잔여지수용청구의 의사표시로 볼 수는 없다. ③ 잔여지수용청구를 받아들이지 않은 토지수용위원회의 재결에 대하여 토지소유자가 불복하여 제기하는 소송은 '보상금의 증감에 관한 소송'에 해당하여 사업시행자를 피고로 하여야 한다. (대법원 2010.8.19, 2008두822) **【토지수용이의재결처분취소 등】** 라고 하여 잔여지수용청구권의 경우 청구권으로 되어 있지만 형성권의 성질을 갖는다고 판시하고 있다.

18. 행정심판에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 이의신청은 그것이 준사법적 절차의 성격을 띠어 실질적으로 행정심판의 성질을 가지더라도 이를 행정심판으로 볼 수 없다. X
- ② 이의신청이 민원 처리에 관한 법률의 민원 이의신청과 같이 별도의 행정심판절차가 존재하고 행정심판과는 성질을 달리하는 경우에는 그 이의신청은 행정심판과는 다른 것으로 본다. O
- ③ 개별 법률에 이의신청제도를 두면서 행정심판에 대한 명시적인 규정이 없는 경우 이의신청과는 별도로 행정심판을 제기할 수 없다. X
- ④ 진정이라는 표현을 사용하면 그것이 실제로 행정심판의 실체를 가지더라도 행정심판으로 다룰 수 없다. X
- ⑤ 이의신청을 제기하여야 할 사람이 처분청에 표제를 행정심판청구서로 한 서류를 제출한 경우 그 서류의 실질이 이의신청일지라도 이를 행정심판으로 다룬다. X

18. <정답 및 해설> ②

- ① (X) ② (O)

특별행정심판이란 행정심판법에 따른 행정심판이 아니라 개별법에서 정한 다른 기관에서 심리·재결하는 행정심판을 말한다. 각 개별법률에서는 행정심판에 대하여 이의신청, 심사청구, 심판청구, 재심청구 등의 용어를 사용하고 있다. 그러나 이의신청이 민원 처리에 관한 법률의 민원 이의신청과 같이 별도의 행정심판절차가 존재하고 행정심판과는 성질을 달리하는 경우에는 그 이의신청은 행정심판과는 다른 것으로 본다.

- ③ (X) 부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률 제12조, 행정소송법 제20조 제1항, 행정심판법 제3조 제1항의 규정 내용 및 취지와 아울러 부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률에 행정심판의 제기를 배제하는 명시적인 규정이 없고 부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률에 따른 이의신청과 행정심판은 그 절차 및 담당 기관에 차이가 있는 점을 종합하면, 부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률이 이의신청에 관하여 규정하고 있다고 하여 이를 행정심판법 제3조 제1항에서 행정심판의 제기를 배제하는 '다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우'에 해당한다고 볼 수 없으므로, 개별공시지가에 대하여 이의가 있는 자는 곧바로 행정소송을 제기하거나 부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률에 따른 이의신청과 행정심판법에 따른 행정심판청구 중 어느 하나만을 거쳐 행정소송을 제기할 수 있을 뿐 아니라, 이의신청을 하여 그 결과 통지를 받은 후 다시 행정심판을 거쳐 행정소송을 제기할 수도 있다고 보아야 하고, 이 경우 행정소송의 제소기간은 그 행정심판 재결서 정본을 송달받은 날부터 기산한다. (대법원 2010.1.28. 선고 2008두19987 판결)
- ④ (X) 비록 제목은 '진정서'로 되어 있지만, 재결청의 표시, 심판청구의 취지 및 이유, 처분을 한 행정청의 고지의 유무 및 그 내용 등 행정심판법 제19조 제2

항 소정의 사항들을 구분하여 기재하고 있지 아니하여 행정심판청구서로서의 형식을 다 갖추고 있다고 볼 수는 없다. 그러나 피청구인인 처분청과 청구인의 이름과 주소가 기재되어 있고, 청구인의 기명이 되어 있으며, 문서의 기재 내용에 의하여 심판청구의 대상이 되는 행정처분의 내용과 심판청구의 취지 및 이유, 처분이 있는 것을 안 날을 알 수 있는 경우, 위 문서에 기재되어 있지 않은 재결청, 처분을 한 행정청의 고지의 유무 등의 내용과 날인 등의 불비한 점은 보정이 가능하므로 위 문서를 행정처분에 대한 행정심판청구로 보는 것이 옳다. (대법원 2000.6.9, 98두2621) 【건축불허가처분취소】

- ⑤ (X) 이의신청을 제기하여야 할 자가 처분청에 표제를 행정심판청구서로 한 서류를 제출했다라도 서류의 내용에 이의신청의 요건에 맞는 불복취지와 그 사유가 충분히 기재가 돼있다면 그 표제에도 불구하고 이를 그 처분에 대한 이의신청으로 볼 수 있다. (대법원 2012. 3. 29, 2011두26886)

19. 행정절차의 하자에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 처분 이전에 개최하도록 되어 있는 민원조정위원회의 경우 민원조정위원회의 절차 요건에 하자가 있을 때에는 그 처분이 재량행위이면 위법하다고 할 수 없으나 그 처분이 기속행위이면 재량권 일탈남용이라고 볼 수 있는 한 취소의 대상이 되는 위법한 행위이다. X
- ② 변상금부과처분을 하면서 그 납부고지서 또는 적어도 사전통지서에 그 산출근거를 제시하지 아니하였다면 위법이지만 그 산출근거가 법령상 규정되어 있거나 부과통지서 등에 산출근거가 되는 법령을 명기하였다면 이유제시의 요건을 충족한 것이다. X
- ③ 예산의 편성에 절차적 하자가 있으면 그 예산을 집행하는 처분은 위법하게 된다. X
- ④ 난민인정, 귀화 등과 같이 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 처분이나 행정절차에 준하는 절차를 거치도록 하고 있는 처분의 경우에는 행정절차법의 적용이 배제되는 것으로 보아야 하고 이러한 법리는 공무원 인사관계 법령에 의한 처분에 해당하는 별정직 공무원에 대한 직권면직처분의 경우에도 마찬가지로 적용된다. O
- ⑤ 사전통지와 청문 등의 주요절차를 위반하면 위법이 되나 의견제출절차, 타 기관과의 협의절차를 위반한다고 하여 위법이 되는 것은 아니다. X

19. <정답 및 해설> ④

- ① (X) 민원사무를 처리하는 행정기관이 민원 1회방문 처리제를 시행하는 절차의 일환으로 민원사항의 심의·조정 등을 위한 민원조정위원회를 개최하면서 민원인에게 회의일정 등을 사전에 통지하지 아니하였다 하더라도, 이러한 사정만으로 곧바로 민원사항에 대한 행정기관의 장의 거부처분에 취소사유에 이를 정도의 흠이 존재한다고 보기는 어렵다. 다만 행정기관의 장의 거부처분이 재량행위인 경우에, 위와 같은 사전통지의 흠결로 민원인에게 의견진술의 기회를 주지 아니한 결과 민원조정위원회의 심의과정에서 고려대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락하는 등 재량권의 불행사 또는 해태로 볼 수 있는 구체적 사정이 있다면, 거부처분은 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법하다.(대법원 2015. 8. 27. 선고 2013두1560)
- ② (X) (구)국유재산법 시행령 제56조 제4항은 변상금부과 징수의 주체, 납부고지서에 명시하여야 할 사항, 납부기한 등의 절차적 규정에 관하여 가산금의 부과 절차에 관한 위 시행령 제31조 제2항 내지 제4항을 준용하고 있음이 분명한바, 국유재산 무단 점유자에 대하여 변상금을 부과함에 있어서 그 납부고지서에 일정한 사항을 명시하도록 요구한 위 시행령의 취지와 그 규정의 강행성 등에 비추어 볼 때, 처분청이 변상금 부과처분을 함에 있어서 그 납부고지서 또는 적어도 사전통지서에 그 산출근거를 밝히지 아니하였다면 위법한 것이

고, 위 시행령 제26조, 제26조의2에 변상금 산정의 기초가 되는 사용료의 산정방법에 관한 규정이 마련되어 있다고 하여 산출근거를 명시할 필요가 없거나, 부과통지서 등에 위 시행령 제56조를 명기함으로써 간접적으로 산출근거를 명시하였다고는 볼 수 없다. (대법원 2001.12.14, 2000두86) 【변상금 부과처분취소】

- ③ (X) 갑 등이 국토해양부, 환경부, 문화체육관광부, 농림수산식품부가 합동으로 2009. 6. 8. 발표한 ‘4대강 살리기 마스터플랜’에 따른 ‘4대강 살리기 사업’ 중 한강 부분에 관한 각 하천공사시행계획 및 각 실시계획승인처분(이하 ‘각 처분’이라 한다)에 보의 설치와 준설 등에 대한 구 국가재정법(2010. 5. 17. 법률 제10288호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제38조 및 구 국가재정법 시행령(2011. 12. 30. 대통령령 제23433호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제13조에서 정한 예비타당성조사를 하지 않은 절차상 하자가 있다는 이유로 각 처분의 취소를 구한 사안에서, 구 하천법(2012. 1. 17. 법률 제11194호로 개정되기 전의 것) 제27조 제1항, 제3항, 구 국가재정법 제38조 및 구 국가재정법 시행령 제13조의 내용과 형식, 입법 취지와 아울러, 예산은 1회계연도에 대한 국가의 향후 재원 마련 및 지출 예정 내역에 관하여 정한 계획으로 매년 국회의 심의·의결을 거쳐 확정되는 것으로서, 각 처분과 비교할 때 수립절차, 효과, 목적이 서로 다른 점 등을 종합하면, 구 국가재정법 제38조 및 구 국가재정법 시행령 제13조에 규정된 예비타당성조사는 각 처분과 형식상 전혀 별개의 행정계획인 예산의 편성을 위한 절차일 뿐 각 처분에 앞서 거쳐야 하거나 근거 법규 자체에서 규정한 절차가 아니므로, 예비타당성조사를 실시하지 아니한 하자는 원칙적으로 예산 자체의 하자일 뿐, 그로써 곧바로 각 처분의 하자가 된다고 할 수 없어, 예산이 각 처분 등으로써 이루어지는 ‘4대강 살리기 사업’ 중 한강 부분을 위한 재정 지출을 내용으로 하고 있고 예산의 편성에 절차상 하자가 있다는 사정만으로 각 처분에 취소사유에 이를 정도의 하자가 존재한다고 보기 어렵다고 한 사례.(대법원 2015.12.10. 선고 2011두32515 판결[하천공사시행계획취소청구등])

④ (O) 행정절차법 시행령 제2조

시행령 제2조 【적용제외】 법 제3조 제2항 제9호에서 “대통령령으로 정하는 사항”이라 함은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항을 말한다.

1. 「병역법」, 「향토예비군 설치법」, 「민방위기본법」, 「비상대비자원 관리법」에 따른 징집·소집·동원·훈련에 관한 사항
2. **외국인의 출입국·난민인정·귀화·국적회복에 관한 사항**
3. 공무원 인사관계법령에 의한 징계 기타 처분에 관한 사항
4. 이해조정을 목적으로 법령에 의한 알선·조정·중재·재정 기타 처분에 관한 사항
5. 조세관계법령에 의한 조세의 부과·징수에 관한 사항
6. 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」, 「하도급거래 공정화에 관한 법률」, 「약관의 규제에 관한 법률」에 따라 공정거래위원회의 의결·결정을 거쳐 행하는 사항
7. 「국가배상법」, 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 따른 재결·결정에 관한 사항

8. 학교·연수원등에서 교육·훈련의 목적을 달성하기 위하여 학생·연수생등을 대상으로 행하는 사항
9. 사람의 학식·기능에 관한 시험·검정의 결과에 따라 행하는 사항
10. 「배타적 경제수역에서의 외국인어업 등에 대한 주권적 권리의 행사에 관한 법률」에 따라 행하는 사항
11. 「특허법」, 「실용신안법」, 「디자인보호법」, 「상표법」에 따른 사정·결정·심결, 그 밖의 처분에 관한 사항

별정직 공무원에 대한 직권면직의 경우에는 징계처분과 달리 행정절차에 준하는 절차를 거치도록 하는 규정이 없어서 별정직 공무원에 대하여 직권면직 처분을 하면서 행정절차법상 사전통지나 의견제출의 기회를 부여하지 않았다면 그 직권면직 처분은 위법하다. (대법원 2013.1.16, 2011두30687) 【직권면직처분취소】 <5년 임기의 별정직 공무원인 대통령기록관장으로 근무하던 원고가 노무현 전 대통령의 사저로의 대통령 기록유출 혐의를 이유로 직권면직 처분을 받는 과정에서 행정절차법이 규정한 사전통지나 의견제출 기회 부여 등의 절차를 따르지 않았다는 이유로 직권면직 처분을 취소한 원심의 판단을 수긍한 사안>

- ⑤ (X) 행정청이 침해적 행정처분을 함에 있어서 당사자에게 위와 같은 사전통지를 하거나 의견제출의 기회를 주지 아니하였다면 사전통지를 하지 않거나 의견제출의 기회를 주지 아니하여도 되는 예외적인 경우에 해당하지 아니하는 한 그 처분은 위법하여 취소를 면할 수 없다. (대법원 2000.11.14, 99두5870)

20. 공무원법에 대한 설명으로 옳지 않은 것을 <보기>에서 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <각론>

- ㉠ 고충심사위원회의 결정에는 기속력이 인정되며 고충심사의 결정은 항고소송의 대상인 행정처분에 해당한다. X
- ㉡ 징계처분을 받은 사립학교 교원은 교육부에 설치된 교원소청심사위원회에 불이익처분에 대한 심사청구를 할 수 있다. O
- ㉢ 감사원에서 조사 중인 사건에 대하여는 조사개시 통보를 받은 날부터 징계의결의 요구나 그 밖의 징계절차를 진행하지 못한다. O
- ㉣ 국가공무원법 제82조(징계등 절차)에 따른 공무원의 파면과 해임은 징계위원회의 의결을 거쳐 징계위원회가 설치된 소속 기관의 장이 한다. X
- ㉤ 국가공무원이 파산선고를 받았다고 하여도 채무자 회생 및 파산에 관한 법률에 따라 신청기한 내에 면책신청을 하지 아니하였거나 면책불허가 결정 또는 면책 취소가 확정된 때에만 당연퇴직된다. O

- ① ㉠㉡
- ② ㉠㉢ O
- ③ ㉡㉣
- ④ ㉠㉡㉣
- ⑤ ㉠㉣㉤

20. <정답 및 해설> ②

- ㉠ (X) 지방공무원법 제67조의2에서 규정하고 있는 고충심사제도는 공무원으로서의 권익을 보장하고 적정한 근무환경을 조성하여 주기 위하여 근무조건 또는 인사관리 기타 신상문제에 대하여 법률적인 쟁송의 절차에 의하여서가 아니라 사실상의 절차에 의하여 그 시정과 개선책을 청구하여 줄 것을 임용권자에게 청구할 수 있도록 한 제도로서, 고충심사결정 자체에 의하여는 어떠한 법률관계의 변동이나 이익의 침해가 직접적으로 생기는 것은 아니므로 고충심사의 결정은 행정상 쟁송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다. (대법원 1987.12.8, 87누657·658) 【해임처분취소, 고충심사결정취소】
- ㉡ (O) 사립학교 교원과 학교법인과의 근무관계는 사법관계이다. 따라서 학교법인의 불이익처분에 대한 불복은 민사소송절차에 의한다. 다만, 사립학교 교원이 학교법인의 징계처분 등 불이익처분에 대해 교원소청심사위원회에 소청심사를 청구하여 재심결정이 있었던 경우, 징계처분 등은 행정처분이 아니고 교원소청심사위원회의 재심결정이 원처분으로서 행정소송의 대상이다.
- ㉢ (O) 감사원에서 조사 중인 사건에 대하여는 조사개시 통보를 받은 날부터 징계의결의 요구나 그 밖의 징계절차를 진행하지 못하는 것(국가공무원법 제83조 제1항)과는 달리, 검찰·경찰, 그 밖의 수사기관에서 수사 중인 사건에 대하여는 제3항에 따른 수사개시 통보를 받은 날부터 징계의결의 요구나 그 밖의 징계절차를 진행하지 아니할 수 있다(동조 제2항)고 하여 반드시 중지되어야

하는 것은 아니다.

㉞ (X) 국가공무원법 제82조 (징계 등 절차)

제82조 ① 공무원의 징계처분등은 징계위원회의 의결을 거쳐 징계위원회가 설치된 소속 기관의 장이 하되, 국무총리 소속으로 설치된 징계위원회(국회·법원·헌법재판소·선거관리위원회에 있어서는 해당 중앙인사관장기관에 설치된 상급 징계위원회를 말한다. 이하 같다)에서 한 징계의결등에 대하여는 중앙행정기관의 장이 한다. 다만, 파면과 해임은 징계위원회의 의결을 거쳐 각 임용권자 또는 임용권을 위임한 상급 감독기관의 장이 한다.

② 징계의결등을 요구한 기관의 장은 징계위원회의 의결이 가법다고 인정하면 그 처분을 하기 전에 직근 상급기관에 설치된 징계위원회(직근 상급기관이 없는 징계위원회의 의결에 대하여는 그 징계위원회)에 심사나 재심사를 청구할 수 있다. 이 경우 소속 공무원을 대리인으로 지정할 수 있다.

㉟ (O) 국가공무원법 제69조

제69조 (당연퇴직)

공무원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 때에는 당연히 퇴직한다.

1. 제33조 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우. 다만, 제33조제2호는 **파산선고를 받은 사람으로서 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에 따라 신청기한 내에 면책신청을 하지 아니하였거나 면책불허가 결정 또는 면책 취소가 확정된 경우만 해당**하고, 제33조제5호는 「형법」 제129조 부터 제132조까지, 제303조 또는 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제10조 및 직무와 관련하여 「형법」 제355조 또는 제356조에 규정된 죄를 범한 사람으로서 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우만 해당한다.

21. 국가배상제도에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공무원의 불법행위에 고의 또는 중과실이 있는 경우 피해자는 국가·지방자치단체나 가해공무원 어느 쪽이든 선택적 청구가 가능하다. O
- ② 공무원이 준수하여야 할 직무상 의무가 오로지 공공일반의 전체적인 이익을 도모하기 위한 것이라면 그 의무를 위반하여 국민에게 손해를 가하여도 국가배상책임은 성립하지 아니한다. O
- ③ 재량권의 행사에 관하여 행정청 내부에 일응의 기준을 정해 둔 경우 그 기준에 따른 행정처분을 하였다면 이에 관여한 공무원에게 그 직무상의 과실이 있다고 할 수 없다. O
- ④ 주관적 요소를 고려하는 최근의 판례에 따르면 영조물의 결함이 영조물의 설치관리자의 관리행위가 미칠 수 없는 상황 아래에 있는 것이 입증되는 경우 영조물의 설치·관리상의 하자를 인정할 수 있다. X
- ⑤ 직무수행에 재량이 인정되는 경우라도 그 권한을 부여한 취지와 목적에 비추어 볼 때 구체적 사정에 따라 그 권한을 행사하여 필요한 조치를 취하지 아니하는 것이 현저하게 불합리하다고 인정되는 때에는 그러한 권한의 불행사는 직무상의 의무를 위반한 것이 되어 위법하게 된다. O

21. <정답 및 해설> ④

- ① (O) 공무원이 직무상 불법행위를 한 경우에 국가 또는 지방자치단체가 배상책임을 부담하는 외에 공무원 개인도 고의 또는 중과실이 있는 경우에는 불법행위로 인한 손해배상책임을 지지만, 공무원에게 경과실뿐인 경우에는 공무원 개인은 손해배상책임을 부담하지 않는다. (대법원 1996.8.23, 96다19833)
- ② (O) 공무원에게 부과된 직무상의 의무의 내용이 단순히 공공 일반의 이익을 위한 것이거나 행정기관 내부의 질서를 유지하기 위한 것이라면 그 직무위반에 대하여 배상책임이 없다. (대법원 2001.4.13, 2000다34891) 【손해배상】 <공무원에게 직무상 의무를 부과한 법령의 보호목적이 사회구성원 개인의 이익과 안전을 보호하기 위한 것이 아니고 단순히 공공 일반의 이익이나 행정기관 내부의 질서를 규율하기 위한 것이라면, 가사 공무원이 그 직무상 의무를 위반한 것을 계기로 하여 제3자가 손해를 입었다 하더라도 공무원이 직무상 의무를 위반한 행위와 제3자가 입은 손해 사이에는 법리상 상당인과관계가 있다고 할 수 없다.>
- ③ (O) 영업허가취소처분이 나중에 행정심판에 의하여 재량권을 일탈한 위법한 처분이 판명되어 취소되었다고 하더라도 그 처분이 당시 시행되던 공중위생법 시행규칙에 정해진 행정처분의 기준에 따른 것인 이상 그 영업허가취소처분을 한 행정청 공무원에게 그와 같은 위법한 처분을 한 데 있어 어떤 직무집행상의 과실이 있다고 할 수는 없다. (대법원 1994.11.8, 94다26141) 【손해배상(기)】

- ④ (X) ① 국가배상법 제5조 제1항에 정해진 영조물의 설치 또는 관리의 하자라 함은 영조물이 그 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말하는 것이며, 다만 영조물이 완전무결한 상태에 있지 아니하고 그 기능상 어떠한 결함이 있다는 것만으로 영조물의 설치 또는 관리에 하자가 있다고 할 수 없다. ② 안전성의 구비여부는 설치·관리자가 그 영조물의 위험성에 비례하여 사회통념상 일반적으로 요구되는 정도의 방호조치의무를 다하였는지 여부를 기준으로 삼아야 한다. ③ 손해발생의 예견가능성과 회피가능성이 없는 경우, 즉 영조물의 결함이 영조물의 설치·관리자의 관리행위가 미칠 수 없는 상황 아래에 있는 경우 그 하자를 인정할 수 없다. ④ 가변차로에 설치된 2개의 신호등에서 적정전압보다 낮은 저전압이 원인이 되어 서로 모순된 신호가 들어오는 오작동이 발생하였는데, 그 고장이 현재의 기술수준상 부득이하다는 사정만으로 영조물의 하자를 인정할 수 없는 것은 아니다. (대법원 2001.7.27, 2000다56822) 【손해배상(자)】
- ⑤ (O) 법령에 의한 행정청의 재량행사 권한도 구체적 사정에 따라 그 불행사가 현저하게 불합리하다고 인정되는 경우에는 직무상 의무위반이 되어 위법하게 된다. (대법원 1998.8.25, 98다16890) 【손해배상】 <경찰관이 농민들의 시위를 진압하고 시위과정에 도로상에 방치된 트랙터 1대에 대하여 이를 도로 밖으로 옮기거나 후방에 안전표지판을 설치하는 것과 같은 위험발생 방지조치를 취하지 아니한 채 그대로 방치하고 철수하여 버린 결과, 야간에 그 도로를 진행하던 운전자가 위 방치된 트랙터를 피하려다가 다른 트랙터에 부딪혀 상해를 입은 경우 국가배상책임이 인정된다.>

22. <보기>에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

<보기>
 甲은 관련법령에 따라 공장등록을 하기 위하여 등록신청을 乙에게 위임하였고 수임인 乙은 등록서류를 위조하여 공장등록을 하였으나 甲은 그 사실을 알지 못하였다. 이후 관할 행정청A는 위조된 서류에 의한 공장등록임을 이유로 甲에 대해 공장등록을 취소하는 처분을 하였다.

- ① 관할 행정청 A가 甲에 대해 공장등록을 취소하려면 법적 근거가 있어야 한다.X
- ② 甲에 대한 공장등록 취소는 상대방의 귀책사유에 의한 것이므로 관할 행정청A는 행정절차법상 사전통지 및 의견제출절차를 거치지 않아도 된다.X
- ③ 관할 행정청A는 甲에 대해 공장등록을 취소하면서 甲의 신뢰이익을 고려하지 아니할 수 있다.O
- ④ 甲에 대한 공장등록을 취소하면 공장등록이 확정적으로 효력을 상실하게 되므로 공장등록 취소처분이 위법함을 이유로 그 취소처분을 직권취소하더라도 공장등록이 다시 효력을 발생할 수는 없다.X
- ⑤ 甲의 공장등록을 취소하는 처분에 대해 제소기간이 경과하여 불가쟁력이 발생한 이후에는 관할 행정청A도 그 취소처분을 직권취소할 수 없다.X

22. <정답 및 해설> ③

- ① (X) 행정행위를 한 처분청은 그 행위에 하자가 있는 경우에는 별도의 법적 근거가 없더라도 스스로 이를 취소할 수 있다.
- ② (X) 행정절차법 제21조에 의해 사전통지를 하여야 한다.

제21조 (처분의 사전 통지)
 ① 행정청은 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 다음 각 호의 사항을 당사자들에게 통지하여야 한다.

- ③ (O) 위법한 신고라서 귀책사유가 있으므로 신뢰보호의 원칙이 적용되지 않는다.
- ④ (X) 판례에 의하면 행정행위가 취소되면 당해 행정행위는 확정적으로 효력을 상실하므로 취소의 취소는 원칙상 불가능하다. 그러나 수익적 행정행위의 취소의 경우에는 위법한 취소처분을 취소하여 원상을 회복할 필요가 있으므로 취소의 취소를 인정하여야 한다. 따라서 사안의 경우 취소처분을 직권취소함으로써 공장등록은 다시 효력이 발생하게 된다.
- ⑤ (X) 불가쟁력이 발생한 행정행위도 위법이 확인되면 행정청은 직권으로 취소할 수 있다.

23. 행정행위의 하자에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 선행 행정행위가 당연무효이더라도 양자가 서로 독립하여 별개의 효과를 목적으로 하는 경우에는 후행 행정행위가 당연무효가 되는 것은 아니다.X
- ② 학교보건법에 따른 학교환경위생정화구역 내에서의 금지행위 및 해제여부에 관한 행정처분을 하면서 학교환경위생정화위원회의 심의절차를 누락한 것은 당연무효사유이다.X
- ③ 처분 당시 당사자가 어떠한 근거와 이유로 처분이 이루어진 것인지를 충분히 알 수 있어서 그에 불복하여 행정구제절차로 나아가는 데에 별다른 지장이 없었던 것으로 인정되는 경우에도 처분서에 처분의 근거와 이유가 구체적으로 명시되어 있지 않았다면 그 처분은 위법한 것으로 된다.X
- ④ 선행 사업인정과 후행 수용재결 사이에는 하자가 승계된다.X
- ⑤ 과세처분 이후 조세부과의 근거가 되었던 법률규정에 대하여 헌법재판소의 위헌결정이 내려진 경우 비록 체납처분의 근거법률에 대하여 따로 위헌결정이 내려진 바 없더라도 그 조세채권의 집행을 위한 체납처분은 당연무효이다.O

23. <정답 및 해설> ⑤

- ① (X) 무효인 행정행위는 행정청의 별도의 의사표시가 없어도 처음부터 효력을 발생하지 않는다. 따라서 선행행위가 당연무효이면 후행행위도 당연무효이다.
- ② (X) 행정청이 구 학교보건법(2005. 12. 7. 법률 제7700호로 개정되기 전의 것) 소정의 학교환경위생정화구역 내에서 금지행위 및 시설의 해제 여부에 관한 행정처분을 함에 있어 학교환경위생정화위원회의 심의를 거치도록 한 취지는 그에 관한 전문가 내지 이해관계인의 의견과 주민의 의사를 행정청의 의사결정에 반영함으로써 공익에 가장 부합하는 민주적 의사를 도출하고 행정처분의 공정성과 투명성을 확보하려는 데 있고, 나아가 그 심의의 요구가 법률에 근거하고 있을 뿐 아니라 심의에 따른 의결내용도 단순히 절차의 형식에 관련된 사항에 그치지 않고 금지행위 및 시설의 해제 여부에 관한 행정처분에 영향을 미칠 수 있는 사항에 관한 것임을 종합해 보면, 금지행위 및 시설의 해제 여부에 관한 행정처분을 하면서 절차상 위와 같은 심의를 누락한 흠이 있다면 그와 같은 흠을 가리켜 위 행정처분의 효력에 아무런 영향을 주지 않는 다거나 경미한 정도에 불과하다고 볼 수는 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 이는 행정처분을 위법하게 하는 취소사유가 된다. (2007. 3. 15. 선고 2006두15806 판결)
- ③ (X) 행정절차법 제23조 제1항은 행정청이 처분을 하는 때에는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하도록 규정하고 있고, 이는 행정청의 자의적 결정을 배제하고 당사자로 하여금 행정구제절차에서 적절히 대처할 수 있도록 하는 데 그 취지가 있다. 따라서, 처분서에 기재된 내용과 관계 법령 및 당해 처분에 이르기까지의 전체적인 과정 등을 종합적으로 고려하여, 처분 당시 당사자가 어

떠한 근거와 이유로 처분이 이루어진 것인지를 충분히 알 수 있어서 그에 불복하여 행정구제절차로 나아가는 데에 별다른 지장이 없었던 것으로 인정되는 경우에는 처분서에 처분의 근거와 이유가 구체적으로 명시되어 있지 않았다 하더라도 그로 말미암아 그 처분이 위법한 것으로 된다고 할 수는 없다 (대법원 2009. 12. 10. 선고 2007두20348 판결 참조).

- ④ (X) 사업인정과 토지수용재결 사이에는 하자의 승계가 인정되지 않는다. 따라서 취소사유에 해당하는 사업인정의 하자는 수용재결단계에서 다룰 수 없다. “사업인정단계에서의 하자를 다루지 아니하여 이미 쟁송기간이 도과한 수용재결단계에 있어서는 위 사업인정처분에 중대하고 명백한 하자가 있어 당연무효라고 볼만한 특단의 사정이 없다면 그 처분의 불가쟁력에 의하여 사업인정처분의 위법, 부당함을 이유로 수용재결처분의 취소를 구할 수 없다.” (대법원 1987.9.8, 87누395) **【토지수용재결처분취소】**
- ⑤ (O) 과세처분 이후 조세 부과에 대한 근거가 되었던 법률규정에 대하여 위헌결정이 내려진 경우, 그 조세채권의 집행을 위한 체납처분은 당연무효이다. (대법원 2012.2.16, 2010두10907 전원합의체) **【압류등처분 무효확인】** <과세관청이 (구)국세기본법 제39조 제1항 제2호 (다)목에 따라 과세처분을 하였는데, 이후 위 규정에 대해 헌법재판소의 위헌결정이 있었으나 과세관청이 조세채권의 집행을 위해 예금채권에 한 압류처분이 당연무효라고 본 사례>

24. 항고소송의 대상이 되는 처분에 대한 대법원 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 조례가 집행행위의 개입없이도 그 자체로써 국민의 구체적인 권리 의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등 법률상 효과를 발생시키는 경우 그 조례는 항고소송의 대상이 되는 처분이다. O
- ② 내부행위나 중간처분이라도 그로써 실질적으로 국민의 권리가 제한되거나 의무가 부과되면 항고소송의 대상이 되는 처분이다. 따라서 개별공시지가결정은 처분이다. O
- ③ 상표권의 말소등록이 이루어져도 법령에 따라 회복등록이 가능하고 회복신청이 거부된 경우에는 그에 대한 항고소송이 가능하므로 상표권의 말소등록행위 자체는 항고소송의 대상이 될 수 없다. O
- ④ 국공립대학교원 임용지원자가 임용권자로부터 임용거부를 당하였다면 이는 거부처분으로서 항고소송의 대상이 된다. X
- ⑤ 어업면허에 선행하는 우선순위결정은 최종적인 법적 효과를 가져오는 것이 아니므로 처분은 아니지만 어업면허우선순위결정대상탈락자 결정은 최종적인 법적 효과를 가져오므로 처분이다. O

24. <정답 및 해설> ④

- ① (O) 조례가 집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리·의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생하는 경우 그 조례는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하고, 이러한 조례에 대한 무효확인소송을 제기함에 있어서 행정소송법 제38조 제1항, 제13조에 의하여 피고적격이 있는 처분 등을 행한 행정청은, 행정주체인 지방자치단체 또는 지방자치단체의 내부적 의결기관으로서 지방자치단체의 의사를 외부에 표시할 권한이 없는 지방의회가 아니라, (구)지방자치법 제19조 제2항, 제92조에 의하여 지방자치단체의 집행기관으로서 조례로서의 효력을 발생시키는 공포권이 있는 지방자치단체의 장이다. (대법원 1996. 9. 20, 95누8003)
- ② (O) 내부행위나 중간처분이더라도 국민의 권리가 제한되거나 의무가 부과되면 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다. 따라서 개별공시지가결정은 판례에 의하면 처분성이 인정된다.

처분성 인정	처분성 부정
<ul style="list-style-type: none"> ① 표준공시지가결정 ② 개별공시지가결정(개별토지가격결정) ③ 공무원의 징계처분(견책, 감봉, 정직, 강등, 해입, 파면) ④ 행정규칙에 의한 불문경고조치 ⑤ 과세관청이 체납처분으로서 행하는 공매처분 ⑥ 감사원의 재심의판정(재결에 해당함) <i>cf.</i> 감사원의 변상판정은 소의 대상 × <i>cf.</i> 소속장관의 변상명령은 소의 대상 0 ⑦ 산업재해보상보험법상 장해보상금 결정의 기준이 되는 장애등급결정, 산업재해보상보험법상 근로복지공단의 보험급여에 관한 결정 ⑧ 근로기준법상 평균임금결정 ⑨ 지방의회의 <ul style="list-style-type: none"> ㉠ 의장선거 ㉡ 의장에 대한 불신임의결 ㉢ 의원에 대한 징계의결 ⑩ 공무원연금관리공단의 퇴직금결정 ⑪ 공무원면접시험의 면접불합격결정행위 ⑫ 지방노동위원회가 노동쟁의에 대하여 행한 중재회부결정 <i>cf.</i> 재결주의 : 지방노동위원회의 결정은 원처분으로서 그 불복은 중앙노동위원회에 재심을 신청하고, 그 재심에 대해 행정소송을 제기하여야 함 ⑬ 국가인권위원회의 성희롱결정 및 시정조치권고 ⑭ 금융감독원장의 금융기관임원에 대한 문책경고 <i>cf.</i> 금융감독원장이 종합금융주식회사의 전 대표이사에게 보낸 문책경고장(상당)은 사실상 통지에 불과 ⑮ 공무원연금법상 재직기간합산처분 	<ul style="list-style-type: none"> ① 공무원에 대한 법정징계처분에 속하지 않는 단순 서면경고 ② 성업공사의 공매결정, 한국자산관리공사의 재공매결정, 공매통지 ③ 수입허가기간연장에 관한 행정청 간의 협의 ④ 과세표준결정 ⑤ 징계위원회의 징계의결 ⑥ 국가보훈처 보훈심사위원회의 의결 ⑦ 국가유공자 부상여부 및 정도를 판정받기 위하여 하는 신체검사판정, 상이등급 재분류(변경)과정 중에 있는 보훈병원장의 상이등급재분류판정 ⑧ 군의관의 신체등위판정 ⑨ 경찰관의 교통사고조사서 작성행위 ⑩ 상급행정기관의 하급행정기관에 대한 승인·지시·동의 행정기관 상호간의 협의나 동의 ⑪ 공정거래위원회의 고발조치 및 고발의건, 사직당국에 대하여 형벌권 행사를 요구하는 행정기관의 고발 ⑫ 대학입시기본계획 내의 내신성적산정지침 ⑬ 교통법규위반에 대한 벌점부과행위, 운전면허 행정처분처리대장에의 벌점기재행위 ⑭ (구)재정경제부장관의 정부투자기관에 대한 예산편성지침통보 ⑮ 국세기본법상의 국세환급금결정, 국세환급 거부결정, 과세관청의 물납재산에 대한 환급 결정이나 그 환급결정을 구하는 신청에 대한 환급거부결정 ⑯ 교육공무원법상 총·학장의 교수 등 임용제청이나 그 철회 ⑰ 수입하려고 하는 외국영화에 대한 공연윤리위원회의 수입불가심의 ⑱ 추첨방식에 의해 운수사업면허대상자를 선정하는 경우에 있어서의 추첨행위 ⑲ 임용권자가 시험승진후보자명부에서의 등재자 성명을 삭제한 행위

③ (O) 특허청에서 회사법인의 청산종결등기일로부터 6개월이 지난 후 청산종결등기되었다는 이유로 회사법인 명의의 각 상표권을 말소등록하였고, 그 말소등록행위는 상표권 소멸의 효력을 발생시키는 행위가 아니라 할 것이어서, 국민의 권리의무에 직접적으로 영향을 미치는 행위가 아니므로 행정소송의 항고소송 대상이 된다고 볼 수 없다. (대법원 2015. 10. 29. 선고 2014두2362)

④ (X) 국·공립 대학교원에 대한 임용권자가 임용지원자를 대학교원으로 임용할 것

인지 여부는 임용권자의 판단에 따른 자유재량에 속하는 것이어서, 임용지원자로서는 임용권자에게 자신의 임용을 요구할 권리가 없을 뿐 아니라, 임용에 관한 법률상 이익을 가진다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한, 임용 여부에 대한 응답을 신청할 법규상 또는 조리상 권리가 있다고도 할 수 없다. (대법원 2003. 10. 23, 2002두12489)

- ⑤ (O) 어업권면허에 선행하는 우선순위결정은 강학상 확약에 불과하고 행정처분으로 볼 수 없으므로, 공정력이나 불가쟁력은 인정될 수 없다. (대법원 1995.1.20, 94누6529) 그러나 어업면허우선순위결정대상탈락자 결정은 최종적인 법적 효과를 가져오므로 처분에 해당한다.

25. 공물의 사용관계에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

<각론>

- ① 도로의 일반사용의 경우 도로사용자가 원칙적으로 도로의 폐지를 다룰 법률상 이익이 있다. X
- ② 하천의 점용허가권은 특허에 의한 공물사용권의 일종으로서 하천의 관리주체에 대하여 일정한 특별사용을 청구할 수 있는 채권이 아니다. X
- ③ 하천점용권은 일종의 재산권으로서 처분청의 허가를 받아 양도할 수 있음이 원칙이다. O
- ④ 공유수면으로서 자연공물인 바다의 일부가 매립에 의하여 토지로 변경된 경우에 목시적 공용폐지가 된 것으로 본다. X
- ⑤ 도로의 특별사용은 배타적 사용이므로 일반사용과 병행하여 이루어질 수는 없다. X

25. <정답 및 해설> ③

- ① (X) 일반적인 시민생활에 있어 도로를 이용만 하는 사람은 그 용도폐지를 다룰 법률상 이익이 없고, 문화재의 지정이나 그 보호구역지정으로 인한 이익이 일반 국민이나 인근 주민의 문화재를 향유할 구체적이고도 법률적인 이익이라고 할 수는 없다. (대법원 1992. 9.22, 91누13212) 【국유도로의 공용폐지 처분 무효확인 등】
- ② (X) 하천의 점용허가권은 특허에 의한 공물사용권의 일종으로서 하천의 관리주체에 대하여 일정한 특별사용을 청구할 수 있는 채권에 지나지 아니하고 대세적 효력이 있는 물권이라 할 수 없다(대법원 1990.2.13, 89다카23022).
- ③ (O) 공물사용권은 공권이기는 하지만 당해 공물을 사용하는 재산상의 가치를 가지는 것이므로 재산권과 같은 성질을 갖는다. 공물사용권이 행정권에 의하여 침해된 경우 행정쟁송 및 국가배상청구소송 등을 제기할 수 있고 제3자에 의한 침해는 민법상의 불법행위에 해당하므로 손해배상 또는 방해배제 및 원상회복청구를 할 수 있으며 행정청의 인가를 받거나 신고를 한 후에 양도나 상속 등의 이전이 허용된다.
- ④ (X) 공유수면으로서 자연공물인 바다의 일부가 매립에 의하여 토지로 변경된 경우에 다른 공물과 마찬가지로 공용폐지가 가능하다고 할 것이며, 이 경우 공용폐지의 의사표시는 명시적 의사표시뿐만 아니라 목시적 의사표시도 무방하다.(대법원 2009. 12. 10. 선고 2006다87538 판결 [소유권이전등기])
- ⑤ (X) 도로법 제40조, 제43조, 제80조의2(현행 도로법 제38조, 제41조, 제94조)에 규정된 도로의 점용이라 함은, 일반 공중의 교통에 공용되는 도로에 대하여 이러한 일반사용과는 별도로 도로의 특정부분을 유형적·고정적으로 사용하는 이른바 특별사용을 뜻하는 것이고, 그와 같은 도로의 특별사용은 반드시 독점적·배타적인 것이 아니라 그 사용목적에 따라서는 도로의 일반사용과 병존이 가능한 경우도 있고, 이러한 경우에는 도로점용 부분이 동시에 일반

공중의 교통에 공용되고 있다고 하여 도로점용이 아니라고 말할 수 없는 것이며, 한편 당해 도로의 점용을 위와 같은 특별사용으로 볼 것인지 아니면 일반사용으로 볼 것인지는 그 도로점용의 주된 용도와 기능이 무엇인지에 따라 가려져야 한다. (대법원 1995.2.14, 94누5830) 【도로점용료부과처분취소】