

[16. 국회사무처 8급 기출문제 해설]

☆ 기출문제 해설 : 백 영 민

(현) 원광디지털대학교 경찰행정학과 행정법 교수
(현) 부산한국고시학원 행정법 강사
(현) 울산 중앙공무원학원 행정법 강사
(현) 노량진 김재규경찰학원 경감승진 행정법 강사
(현) 교육개발교육원 강사
(현) 고시고시 행정법 강사

(전) 노량진 이그잼고시학원 9급 공무원 행정법 강사
(전) 에듀윌 9급 공무원 행정법 강사
(전) 노량진 웅진패스원
(전) 노량진 한교고시학원
(전) 노량진 남부행정고시학원
(전) 대전 이그잼고시학원
(전) 신림동 두로경찰학원
(전) 종로·강남 한교고시학원 행정법 강사
(전) 수원행정고시학원 행정법 강사
(전) 고려대학교, 장안대학교, 안양대학교, 호원대학교 행정법 특강
(전) 강남구청교육원 특강

[저서]

단권화 행정법(서울고시각)
문제로 분석·정리하는 행정법 관련법령(도서출판 에이스)
경감승진 주관식 행정법(경찰승진 연구회)
사례문제 행정법(유비티아)
스마트 경찰행정법(경찰승진 연구회)
All that 행정법 핵심요약정리집(고시 고시)

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

- ① 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에 의하여 국가와 사인 간에 체결된 계약은 특별한 사정이 없는 한 사법상의 계약으로서 그 본질적인 내용은 사인 간의 계약과 다를 바가 없다.
- ② 국·공유 일반재산의 대부·매각·교환·양여행위는 사법상의 행위로서 그에 대해서는 민사소송으로 다투어야 한다.
- 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.
- 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 발생 하는 경우에는 당사자소송의 대상이 된다.

- ⑤ 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에 의하여 국가기관이 특정기업의 입찰참가자격을 제한하는 경우 이것은 사법관계이므로 이에 대해 다투기 위하여서는 민사소송을 제기하여야 한다.

- **해설** ① (○) 지방재정법에 의하여 준용되는 국가계약법(국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률)에 따라 지방자치단체가 당사자가 되는 이른바 공공계약은 사경제의 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상의 계약으로서 그 본질적인 내용은 사인 간의 계약과 다를 바가 없으므로, 그에 관한 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 사적자치와 계약자유의 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용된다 할 것이다(대법원 2001.12.11. 2001다33604).
- ② (○) 대법원 1993.12.21. 93누13735
- ③ (○) 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 하는 전대행위는 통상의 사인간의 임대차와 다를 바가 없고, 그 임대차계약이 임차인의 사용승인신청과 임대인의 사용승인의 형식으로 이루어졌다고 하여 달리 볼 것은 아니다(대법원 2004.01.15. 2001다12638).
- ④ (○) 각종 사회보험, 연금관련법 등에 따른 사회보장급부청구권을 신청할 법규상 신청권이 존재하므로 거부한 것은 거부처분에 해당한다. 따라서 항고소송의 대상이 된다. 그리고 법령에 의해 급부청구권이 발생한 후에는 금전지급을 구할 수 있으므로 공법상 법률관계에 대한 소송에 해당하여 당사자소송의 대상이 된다.
- ⑤ (×) 국가의 각 중앙관서의 장 또는 지방자치단체의 장이 한 입찰참가자격제한조치는 행정처분에 해당 함
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 행정처분에 해당한다(대법원 1999.3.9. 98두18565).

■ **정답** ⑤

02 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.
- ② 고시가 비록 법령에 근거를 둔 것이라고 하더라도 그 규정 내용이 법령의 위임 범위를 벗어난 것일 경우에는 법규명령으로서의 대외적 구속력을 인정할 여지는 없다.
- ③ 제재적 처분기준의 형식이 부령으로 정립된 경우에는 행정조직 내부에 있어서의 행정명령에 지나지 않는 것과는 달리, 대통령령의 경우에는 대외적으로 국민이나 법원을 구속한다.
- ④ 법원에 의한 명령·규칙의 위헌·위법심사는 그 위헌 또는 위법의 여부가 재판의 전제가 된 경우에 비로소 가능하다.
- ⑤ 헌법재판소는 적극적 행정입법은 물론 행정입법의 부작위에 대하여서도 헌법소원심판의 대상성을 인정한다.

- **해설** ① (×) 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 규정한 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. 2011두10584).
- ② (○) 대법원 2006.4.28. 2003마715
- ③ (○) 판례는 행정사무처리기준이 총리령과 부령(시행규칙)에 규정되어 있는 경우에는 주로 법규성을 부인하고 행정규칙에 불과하다고 보면서, 대통령령(시행령)에 규정되어 있는 경우에는 주로 법규명령으로 보고 있다.
- ④ (○) 구체적 규범통제에 대한 설명이다.
- ⑤ (○) 진정입법부작위는 헌법소원의 대상성 인정
헌법소원은 헌법재판소법 제68조 제1항에 규정한 바와 같이 공권력의 불행사에 대하여서도 청구할 수 있지만, 입법부작위에 대한 헌법소원은 원칙적으로 인정될 수 없고, 다만 헌법에서 기본권 보장을 위해 명시적인 입법위임을 하였음에도 입법자가 이를 이행하지 않거나, 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위위무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 입법자가 아무런 입법조치를 취하지 않고 있는 경우에만 예외적으로 인정될 수 있다(헌재결 1989.3.17. 88헌마1).

■ **정답** ①

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

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

- 해설 ① (○) 행정청이 특정 행정행위나 그 밖의 행정작용을 하지 않을 것을 법원에 요구하는 예방적 부작위청구소송은 현행법상 인정되지 않고 있다.
- ② (○) 기판력은 판결의 주문에만 미치고, 판결이유에 설시된 그 전제가 되는 법률관계의 존부에까지 미치는 것은 아님
기판력의 객관적인 범위는 그 판결의 주문에 포함된 것, 즉 소송물로 주장된 법률관계의 존부에 관한 판단의 결론 자체에만 미치고, 판결이유에 설시된 그 전제가 되는 법률관계의 존부에까지 미치는 것은 아니다(대법원 1987.6.9, 86다카2756).
- ③ (×) 취소소송의 소송물은 위법한 처분으로 인하여 자신의 권리가 침해되었거나 침해될 가능성이 있다는 원고의 법적 주장이라는 견해 등이 있다. 그러나 취소소송에서 원고는 특정한 처분이 위법함을 주장하는 것이며, 그 처분의 위법성이 법원의 심리의 대상이 되어 그 주장의 당부가 판결에 의하여 확정된다는 점에서 통설·판례는 처분의 **위법성 일반이라고 본다**. 따라서 “개개의 위법사유”지문이 옳지 않다.
- ④ (○) 민중소송은 객관소송이므로 특별히 법률의 규정이 있을 때에 한하여 예외적으로 인정된다.
- ⑤ (○)

■ 정답 ③

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

- ① 환매권의 존부에 관한 확인을 구하는 소송은 민사소송의 방식으로 제기하여야 한다.
- ② 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법령에 의한 협의취득은 사법상의 법률행위이므로 당사자 사이의 자유로운 의사에 따라 채무불이행책임이나 매매대금 과부족금에 대한 지급의무를 약정할 수 있다.
- ③ 수용재결에 불복하여 이의신청을 거친 후 취소소송을 제기하는 때에는 원칙적으로 지방토지수용위원회 또는 중앙토지수용위원회를 피고로 하여 수용재결의 취소를 구하여야 한다.
- ④ 수용재결에 대한 취소소송의 제기는 사업의 진행 및 토지의 수용 또는 사용을 정지시키지 아니한다.
- 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.

- 해설 ① (○) 환매권은 일방적으로 사법상 매매를 성립시키는 민법상 형성권으로서 사업시행자의 동의나 승낙은 필요 없다(대법원 1987.4.14, 86다324).
- ② (○) 대법원 2012.2.23. 2010다91206
- ③ (○) 종전 판례는 “토지수용에 관한 중앙 또는 지방토지수용위원회의 수용재결에 대하여 이의가 있는 자는 중앙토지수용위원회에 이의를 신청하여야 하고, 중앙토지수용위원회의 이의신청에 대한 재결에도 불복이 있으면 이의재결의 취소를 구하는 행정소송을 제기하여야 하며, 수용재결에 불복하여 그 취소를 구하는 행정소송은 부적법하다.”라고 하여 재결주의를 취한 것으로 보았다(대법원 1990.6.22, 90누1755 ; 대법원 1989.3.28, 88누5198). 즉 구 토지수용법은 이의신청절차가 필요적이지만 현행 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」은 이의신청절차가 임의적이다. 따라서 원처분인 수용재결에 대해 항고소송으로 제기할 수 있도록 규정하고 있다.
- ④ (○) 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제88조
- ⑤ (×) **잔여지수용청구권의 법적 성질(=형성권)과 그 행사기간의 법적 성질(=제척기간)**
잔여지수용청구권은 그 요건을 구비한 때에는 토지수용위원회의 특별한 조치를 기다릴 것 없이 청구에 의하여 수용의 효과가 발생하는 형성권적 성질을 가지고, 그 행사기간은 제척기간이다(대법원 2001.9.4, 99두11080). 즉 잔여지수용청구권의 법적 성질은 형성권이므로 “청구권”이 옳지 않은 지문이다.

■ 정답 ⑤

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

- ① 이의신청은 그것이 준사법적 절차의 성격을 띠어 실질적으로 행정심판의 성질을 가지더라도 이를 행정심판

으로 볼 수 없다.

- ② 이의신청이 「민원 처리에 관한 법률」의 민원 이의신청과 같이 별도의 행정심판절차가 존재하고 행정심판과는 성질을 달리하는 경우에는 그 이의신청은 행정심판과는 다른 것으로 본다.
- ③ 개별 법률에 이의신청제도를 두면서 행정심판에 대한 명시적인 규정이 없는 경우, 이의신청과는 별도로 행정심판을 제기할 수 없다.
- ④ 진정이라는 표현을 사용하면 그것이 실제로 행정심판의 실체를 가지더라도 행정심판으로 다를 수 없다.
- ⑤ 이의신청을 제기하여야 할 사람이 처분청에 표제를 '행정심판청구서'로 한 서류를 제출한 경우 그 서류의 실질이 이의신청일지라도 이를 행정심판으로 다룬다.

■ 해설 ② (○) 행정소송법 제18조 내지 제20조, 행정심판법 제3조 제1항, 제4조 제1항, 민원사무처리에 관한 법률 제18조, 같은 법 시행령 제29조 등의 규정들과 그 취지를 종합하여 보면, 민원사무처리법에서 정한 민원 이의신청의 대상인 거부처분에 대하여는 민원 이의신청과 상관없이 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있으며, 또한 민원 이의신청은 민원사무처리에 관하여 인정된 기본사항의 하나로 처분청으로 하여금 다시 거부처분에 대하여 심사하도록 한 절차로서 행정심판법에서 정한 행정심판과는 성질을 달리하고 또한 사안의 전문성과 특수성을 살리기 위하여 특별한 필요에 따라 둔 행정심판에 대한 특별 또는 특례 절차라 할 수도 없어 행정소송법에서 정한 행정심판을 거친 경우의 제소기간의 특례가 적용된다고 할 수도 없으므로, 민원 이의신청에 대한 결과를 통지받은 날부터 취소소송의 제소기간이 기산된다고 할 수 없다. 그리고 이와 같이 민원 이의신청 절차와는 별도로 그 대상이 된 거부처분에 대하여 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있도록 보장하고 있는 이상, 민원 이의신청 절차에 의하여 국민의 권익 보호가 소홀하게 된다거나 헌법 제27조에서 정한 재판청구권이 침해된다고 볼 수도 없다.

민원사무처리에 관한 법률 제18조 제1항에서 정한 거부처분에 대한 이의신청은 행정청의 위법 또는 부당한 처분이나 부작위로 침해된 국민의 권리 또는 이익을 구제함을 목적으로 하여 행정청과 별도의 행정심판기관에 대하여 불복할 수 있도록 한 절차인 행정심판과는 달리, 민원사무처리법에 의하여 민원사무처리를 거부한 처분청이 민원인의 신청 사항을 다시 심사하여 잘못이 있는 경우 스스로 시정하도록 한 절차이다. 이에 따라, 민원 이의신청을 받아들이는 경우에는 이의신청 대상인 거부처분을 취소하지 않고 바로 최초의 신청을 받아들이는 새로운 처분을 하여야 하지만, 이의신청을 받아들이지 않는 경우에는 다시 거부처분을 하지 않고 그 결과를 통지함에 그칠 뿐이다. 따라서 이의신청을 받아들이지 않는 취지의 기각 결정 내지는 그 취지의 통지는, 종전의 거부처분을 유지함을 전제로 한 것에 불과하고 또한 거부처분에 대한 행정심판이나 행정소송의 제기에도 영향을 주지 못하므로, 결국 민원 이의신청인의 권리·의무에 새로운 변동을 가져오는 공권력의 행사나 이에 준하는 행정작용이라고 할 수 없어, 독자적인 항고소송의 대상이 된다고 볼 수 없다고 봄이 타당하다(대법원 2012.11.15. 2010두8676).

- ③ (×) 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. 2008두19987).
- ④ (×) 진정의 형식이라도 그 내용이 행정심판을 청구하는 내용이면 행정심판으로 처리 비록 제목이 "진정서"로 되어 있고, 재결청의 표시, 심판청구의 취지 및 이유 처분을 한 행정청의 고지의 유무 및 그 내용 등 행정심판법 제19조 제2항 소정의 사항들을 구분하여 기재하고 있지 아니하여 행정심판청구서로서의 형식을 다 갖추고 있다고 볼 수는 없으나, 피청구인인 처분청과 청구인의 이름·주소가 기재되어 있고, 청구인의 기명이 되어 있으며, 문서의 기재내용에 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 것은 옳다(대법원 2000.6.9. 98두2621).
- ⑤ (×) 이의신청을 제기해야 할 사람이 처분청에 표제를 '행정심판청구서'로 한 서류를 제출한 경우, 서류의 내용에 이의신청 요건에 맞는 불복취지와 사유가 충분히 기재되어 있다면 이를 처분에 대한 이의신청으로 볼 수 있음
이의신청은 행정청의 위법·부당한 처분에 대하여 행정기관이 심판하는 행정심판과는 구별되는 별개의 제도라 할 것이나, 이의신청과 행정심판은 모두 본질에 있어서 행정처분으로 인하여 권리나 이익을 침해당한 상대방의 권리구제에 그 목적이 있고, 행정소송에 앞서 먼저 행정기관의 판단을 받는 데에 목적을 둔 엄격한 형식을 요하지 않는 서면행위라 할 것이므로, 이의신청을 제기하여야 할 사람이 처분청에 표제를 행정심판청구서로 한 서류를 제출한 경우라 할지라도, 서류의 내용에 있어서 이의신청의 요건에 맞는 불복취지와 그 사유가 충분히 기재되어 있다면 그 표제에도 불구하고 이를 그 처분에 대한 이의신청으로 볼 수 있다(대법원 2012.3.29. 2011두26886).

■ 정답 ②

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

- ① 처분 이전에 개최하도록 되어 있는 민원조정위원회의 경우, 민원조정위원회의 절차요건에 하자가 있을 때에는 그 처분이 재량행위이면 위법하다고 할 수 없으나 그 처분이 기속행위이면 재량권 일탈·남용이라고 볼 수 있는 한 취소의 대상이 되는 위법한 행위이다.
- 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.
- ③ 예산의 편성에 절차적 하자가 있으면 그 예산을 집행하는 처분은 위법하게 된다.
- ④ 난민인정·귀화 등과 같이 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 처분이나 행정절차에 준하는 절차를 거치도록 하고 있는 처분의 경우에는 「행정절차법」의 적용이 배제되는 것으로 보아야 하고, 이러한 법리는 ‘공무원 인사관계 법령에 의한 처분’에 해당하는 별정직 공무원에 대한 직권면직 처분의 경우에도 마찬가지로 적용된다.
- ⑤ 사전통지와 청문 등의 주요절차를 위반하면 위법이 되나 의견제출절차, 타 기관과의 협의절차를 위반한다고 하여 위법이 되는 것은 아니다.

- **해설**
- ① (×) 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 2015.08.27. 2013두1560).
 - ② (×) 구 국유재산법시행령 제56조 제4항은 변상금부과 징수의 주체, 납부고지서에 명시하여야 할 사항, 납부기한 등의 절차적 규정에 관하여 가산금의 부과절차에 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 것이고, 위 시행령 제26조, 제26조의2에 변상금 산정의 기초가 되는 사용료의 산정방법에 관한 규정이 마련되어 있다고 하여 산출근거를 명시할 필요가 없다거나, 부과통지서 등에 위 시행령 제56조를 명기함으로써 간접적으로 산출근거를 명시하였다고는 볼 수 없다(대법원 2001.12.14. 2000두86).
 - ③ (×) 갑 등이 ‘4대강 살리기 사업’ 중 한강 부분에 관한 각 하천공사시행계획 및 각 실시계획승인처분에 보의 설치와 준설 등에 대한 구 국가재정법 제38조 등에서 정한 예비타당성조사를 하지 않은 절차상 하자가 있다는 이유로 각 처분의 취소를 구한 사안에서, 예산이 각 처분 등으로써 이루어지는 ‘4대강 살리기 사업’ 중 한강 부분을 위한 재정 지출을 내용으로 하고 있고 예산의 편성에 절차상 하자가 있다는 사정만으로 곧바로 각 처분에 취소사유에 이를 정도의 하자가 존재한다고 보기 어렵다(대법원 2015.12.10. 2011두32515).
 - ④ (○) 구 행정절차법 제3조 제2항 제9호, 구 행정절차법 시행령 제2조 제3호의 내용을 행정의 공정성, 투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익을 보호함을 목적으로 하는 행정절차법의 입법 목적에 비추어 보면, 공무원 인사관계 법령에 의한 처분에 관한 사항이라 하더라도 전부에 대하여 행정절차법의 적용이 배제되는 것이 아니라, 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 처분이나 행정절차에 준하는 절차를 거치도록 하고 있는 처분의 경우에만 행정절차법의 적용이 배제되는 것으로 보아야 하고, 이러한 법리는 ‘공무원 인사관계 법령에 의한 처분’에 해당하는 별정직 공무원에 대한 직권면직 처분의 경우에도 마찬가지로 적용된다(대법원 2013.01.16. 2011두30687).
 - ⑤ 사전통지와 청문 등의 주요절차를 위반하면 위법이 되나 의견제출절차, 타 기관과의 협의절차를 위반한 경우도 위법이 된다.

■ **정답** ④

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

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

- ① ㄱ, ㄴ
 ② ㄱ, ㄷ
 ③ ㄴ, ㄷ
 ④ ㄱ, ㄴ, ㄷ
 ⑤ ㄱ, ㄷ, ㅁ

■ 해설 ① ㄱ, ㄹ이 옳지 않다.

- ㄱ, (×) 고충심사위원회의 결정은 권고의 성격이 있으므로 기속력은 인정되지 않는다. 또한 고충심사의 결정은 행정상 쟁송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다. - 지방공무원법 제67조의2에서 규정하고 있는 고충심사제도는 공무원으로서의 권익을 보장하고 적절한 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 의하여서는 어떠한 법률관계의 변동이나 이익의 침해가 직접적으로 생기는 것은 아니므로 고충심사의 결정은 행정상 쟁송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다(대법원 1987.12.08. 87누657).
- ㄴ, (○) 각급학교 교원의 징계처분과 그 밖에 그 의사에 반하는 불리한 처분(「교육공무원법」 제11조의4제4항 및 「사립학교법」 제53조의2제6항에 따른 교원에 대한 재임용 거부처분을 포함한다. 이하 같다)에 대한 소청심사를 하기 위하여 교육부에 교원소청심사위원회를 둔다(교원의 지위 향상 및 교육활동 보호를 위한 특별법 제7조 제1항).
- ㄷ, (○) 감사원에서 조사 중인 사건에 대하여는 제3항에 따른 조사개시 통보를 받은 날부터 징계 의결의 요구나 그 밖의 징계절차를 진행하지 못한다(국가공무원법 제83조 제1항).
- ㄹ, (×) 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(국가공무원법 제82조 제1항).
- ㅁ, (○) 국가공무원법 69조

■ 정답 ②

08 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.
- ② 공무원이 준수하여야 할 직무상 의무가 오로지 공공 일반의 전체적인 이익을 도모하기 위한 것이라면 그 의무를 위반하여 국민에게 손해를 가하여도 국가배상책임은 성립하지 아니한다.
- 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.
- 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.
- 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.

- 해설 ① (○) 공무원이 경과실로 손해를 입힌 경우에는 손해배상책임도 전적으로 국가에만 귀속시키고 공무원 개인에게는 그로 인한 책임을 부담시키지 아니하며, 공무원의 위법행위가 고의·중과실에 기한 경우에는 공무원 개인에게도 공무원 개인에게 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담시키되, 다만 이러한 경우에도 그 행위의 외관을 객관적으로 관찰하여 공무원의 직무집행으로 보여질 때에는 피해자인 국민을 두텁게 보호하기 위하여 국가 등이 공무원 개인과 중첩적으로 배상책임을 부담하되 국가 등이 배상책임을 지는 경우에는 공무원 개인에게 구상할 수 있도록 함으로써 궁극적으로 그 책임이 공무원 개인에게 귀속되도록 하려는 것이라고 봄이 합당하다(대법원 1996.2.15. 95다38677 전원합의체).
- ② (○) 공무원에게 부과된 직무상 의무의 내용이 단순히 공공 일반의 이익을 위한 것이거나 행정기관 내부의 질서를 규율하기 위한 것이 아니고 전적으로 또는 부수적으로 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 설정된 것이라면, 공무원이 그와 같은 직무상 의무를 위반함으로써 인하여 피해자가 입은 손해에 대하여는 상당인과관계가 인정되는 범위 내에서 국가가 배상책임을 진다(대법원 2003.4.25. 2001다59842).
- ③ (○) 편의(공익, 합목적) 재량의 경우에 한 처분에 있어 관계공무원이 공익성, 합목적성의 인정, 판단을 잘못하여 그 재량권의 범위를 넘어선 행정행위를 한 경우가 있다 하더라도 공익성 및 합목적성의 적절여부의 판단기준은 구체적 사안에 따라 각각 동일하다 할 수 없을 뿐만 아니라 구체적인 경우 어느 행정처분을 할 것인가에 관하여 행정청 내부에 일응의 기준을 정해 둔 경우 그 기준에 따른 행정처분을 하였다면 이에 관여한 공무원에게 그 직무상의 과실이 있다고 할 수 없다(대법원 1984.07.24. 84다카597).
- ④ (×) 예견가능성과 회피가능성이라는 주관적 요소를 고려한 구체적 판례 ⇨ 손해발생의 예견가능성과 회피가능성이 없는 경우 즉 영조물의 설치관리자의 관리행위가 미칠 수 없는 상황 아래에 있는 경우에는 영조물의 설치·관리상의 하자를 인정할 수 없음
- 국가배상법 제5조 제1항 소정의 '영조물의 설치 또는 관리의 하자'라 함은 영조물이 그 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말하는 것으로서, 영조물이 완전무결한 상태에 있지 아니하고 그 기능상 어떠한 결함이 있다는 것만으로 영조물의 설치 또는 관리에 하자가 있다고 할 수 없고, 위와 같은 안전성의 구비 여부는 당해 영조물의 용도, 그 설치장소의 현황 및 이용 상황 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 설치·관리자가 그 영조물의 위험성에 비례하여 사회통념상 일반적으로 요구되는 정도의 방호조치의무를 다하였는지 여부를 그 기준으로 삼아 판단하여야 하고, 다른 생활필수시설과의 관계나 그것을 설치하고 관리하는 주체의 재정적, 인적, 물적 제약 등을 고려하여 그것을 이용하는 자의 상식적이고 질서 있는 이용 방법을 기대한 상대적인 안전성을 갖추는 것으로 족하며, 객관적으로 보아 시간적·장소적으로 영조물의 기능상 결함으로 인한 손해발생의 예견가능성과 회피가능성이 없는 경우 즉 그 영조물의 결함이 영조물의 설치관리자의 관리행위가 미칠 수 없는 상황 아래에 있는 경우에는 영조물의 설치·관리상의 하자를 인정할 수 없다(대법원 2007.10.25. 2005다62235).
- ⑤ (○) 대법원 2010.8.26. 2010다37479

■ 정답 ④

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

<보 기>

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 행정청 A는 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.
- ② 甲에 대한 공장등록 취소는 상대방의 귀책사유에 의한 것이므로 관할 행정청 A는 「행정절차법」상 사전통지 및 의견제출절차를 거치지 않아도 된다.
- ③ 관할 행정청 A는 甲에 대해 공장등록을 취소하면서 甲의 신뢰이익을 고려하지 아니할 수 있다.
- ④ 甲에 대한 공장등록을 취소하면 공장등록이 확정적으로 효력을 상실하게 되므로, 공장등록 취소처분이 위법함을 이유로 그 취소처분을 직권취소하더라도 공장등록이 다시 효력을 발생할 수는 없다.
- ⑤ 甲의 공장등록을 취소하는 처분에 대해 제소기간이 경과하여 불가쟁력이 발생한 이후에는 관할 행정청 A도 그 취소처분을 직권취소할 수 없다.

- 해설 ① (×) 행정행위를 한 처분청은 그 행위에 하자가 있는 경우에는 별도의 법적 근거가 없더라도 스스로 이를 취소할 수 있다(대법원 1986.2.25. 85누664). 따라서 관할 행정청 A가 甲에 대해 공장등록을 취소하려면 별도의 법적 근거는 필요없다.
- ② (×) 甲에 대한 공장등록 취소는 권익제한에 해당하므로 「행정절차법」상 사전통지 및 의견제출절차를 거쳐야 된다.
- ③ (○) 관계인의 신뢰는 선행조치의 정당성 또는 존속성에 대한 보호가치 있는 것이어야 한다. 따라서 관계인이 행정기관의

선행조치를 사실상 신뢰하여야 하고, 그 신뢰가 보호받을 가치가 있어야 한다. 일반적으로 수익자가 사기·강박 등 부정한 방법에 기해 수익적 행정행위가 발하여진 경우 혹은 수익자가 행정행위의 위법성을 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 경우 등, 귀책사유가 있는 경우에는 상대방의 신뢰를 보호할 필요가 없다.

여기서 귀책사유라 함은 행정청의 견해표명의 하자가 상대방 등 관계자의 사실은페나 기타 사위의 방법에 의한 신청행위 등 부정행위에 기인한 것이거나 그러한 부정행위가 없다고 하더라도 하자가 있음을 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 경우 등을 의미한다고 해석함이 상당하고, 귀책사유의 유무는 상대방과 그로부터 신청행위를 위임받은 수입인 등 관계자 모두를 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2002.11.8, 2001두1512).

사안에서 수입인 乙이 등록서류를 위조하여 공장등록을 한 것은 귀책사유가 존재한 경우에 해당하고, 수입인 乙의 귀책사유는 甲의 귀책사유로 볼 수 있으므로 甲의 신뢰는 보호가치가 없다. 따라서 관할 행정청 A는 甲에 대해 공장등록을 취소하면서 甲의 신뢰이익을 고려하지 아니할 수 있다.

- ④ (×) 판례는 부담적 행정행위의 취소의 취소에 대해 소극설의 입장에서 부담적 행정행위를 취소한 뒤 재차 취소함으로써 원행정행위를 소생시킬 수 없다고 하였고(대법원 1995.3.10, 94누7027), 수익적 행정행위의 취소의 취소에 있어서는 처음의 취소처분을 한 후 새로운 이해관계인이 생기기 전까지는 다시 직권 취소하여 수익적 행정행위의 효력을 회복시킬 수 있다고 하여 절충설의 입장을 취하는 것으로 보인다(대법원 1967.10.23, 67누126). 사안에서 甲에 대한 공장등록 취소처분을 취소하면 하면 공장등록이 다시 효력을 발생할 수 있으므로 직권취소의 취소가 인정된다.

- ⑤ (×) 불가쟁력이 발생한 행정행위도 행정청의 직권취소는 가능하다(대법원 1995.9.15, 95누6311).

■ 정답 ③

10 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.
- ② 「학교보건법」에 따른 학교환경위생정화구역 내에서의 금지행위 및 해제여부에 관한 행정처분을 하면서 학교환경위생정화위원회의 심의절차를 누락한 것은 당연무효사유이다.
- 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.
- ④ 선행 사업인정과 후행 수용재결 사이에는 하자가 승계된다.
- ⑤ 과세처분 이후 조세 부과에 대한 근거가 되었던 법률규정에 대하여 헌법재판소의 위헌결정이 내려진 경우, 비록 체납처분의 근거법률에 대하여 따로 위헌결정이 내려진 바 없더라도 그 조세채권의 집행을 위한 체납처분은 당연무효이다.

■ 해설 ① (×) 선행 행정행위가 당연무효이면 양자가 서로 독립하여 별개의 효과를 목적으로 하는 경우에도 후행 행정행위는 항상 당연무효가 된다.

- ② (×) 행정청이 구 학교보건법 소정의 학교환경위생정화구역 내에서 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(대법원 2007.3.15, 2006두15806).

- ③ (×) 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 이르기까지 전체적인 과정 등을 종합적으로 고려하여, 처분 당시 당사자가 어떠한 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 않았다고 하더라도 그로 말미암아 그 처분이 위법한 것으로 된다고 할 수는 없다(대법원 2013.11.14, 2011두18571).

- ④ (×) 사업인정과 수용재결 사이에는 서로 별개의 효과로서 하자가 승계되지 않는다(대법원 1987.9.8, 87누395).

- ⑤ (○) 조세 부과에 대한 근거가 되었던 법률규정이 위헌으로 선언된 경우, 비록 그에 기한 과세처분이 위헌결정 전에 이루어졌고, 과세처분에 대한 제소기간이 이미 경과하여 조세채권이 확정되었으며, 조세채권의 집행을 위한 체납처분의 근거규정 자체에 대하여는 따로 위헌결정이 내려진 바 없다고 하더라도, 위와 같은 위헌결정 이후에 조세채권의 집행을 위한 새로운 체납처분에 착수하거나 이를 속행하는 것은 더 이상 허용되지 않고, 나아가 이러한 위헌결정의 효력에 위배하여 이루어진 체납처분은 그 사유만으로 하자가 중대하고 객관적으로 명백하여 당연무효라고 보아야 한다(대법원 2012.2.16, 2010두10907 전원합의체).

■ 정답 ⑤

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

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

■ 해설 ① (○) 대법원 1996.9.20. 95누8003

② (○) 개별공시지가결정은 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당함

판례는 시장·군수 또는 구청장의 개별토지가격결정은 관계법령에 의한 구 토지초과이득세, 구 택지초과소유부담금 또는 개발부담금산정의 기준이 되어 국민의 권리나 의무 또는 법률상 이익에 직접적으로 관계되는 것으로서 행정소송법 제2조 제1항 제1호 소정의 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 공권력의 행사에 해당한다(대법원 1994.2.8. 93누111).

③ (○) 대법원 2015.10.29. 2014두2362

④ (×) 국·공립 대학교원 임용지원자는 임용권자에게 임용 여부에 대한 응답을 신청할 법규상 또는 조리상 권리가 없음

신규교원으로 임용되기 위하여는 이 사건 임용규정 등이 정하는 바에 따라 대학교공채조정위원회를 통과하여 면접대상자로 결정된 다음, 면접심사에 합격하여 임용예정자로 결정되고, 나아가 교육공무원법 제26조 제2항에 의한 대학인사위원회의 동의를 얻어 임용후보자가 되는 절차를 거쳐야 하는 사실을 알 수 있는바, 그렇다면 원고로서는 피고에게 자신의 임용을 요구할 권리가 없을 뿐 아니라 단순한 임용지원자에 불과하여 임용에 관한 법률상 이익을 가진다고도 볼 수 없어, 임용 여부에 대한 응답을 신청할 법규상 또는 조리상 권리도 없다고 할 것이므로 이 사건 통보는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 아니한다(대법원 2003.10.23. 2002두12489).

⑤ (○) 대법원은 우선순위결정의 경우에는 확약에 불과하고 처분이 아니지만, 우선순위탈락결정은 상대방을 우선순위결정의 대상으로조차 삼지 않음으로써 상대방에게는 어업면허를 부여하지 않겠다는 종국적인 법률효과를 발생시키는 것이므로, 우선순위결정과 달리 독립한 행정처분으로 보아야 할 것이다.

■ 정답 ④

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

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

■ 해설 ① (×) 도로의 자유이용은 반사적 이익에 해당함

일반적으로 도로는 국가나 지방자치단체가 직접 공중의 통행에 제공하는 것으로서 일반국민은 이를 자유로이 이용할 수 있는 것이기는 하나, 그 이용관계로부터 당연히 그 도로에 관하여 특정한 권리나 법령에 의하여 보호되는 이익이 개인에게 부여되는 것이라고까지는 말할 수 없으므로, 일반적인 시민생활에 있어 도로를 이용만 하는 사람은 그 용도폐지를 다룰 법률상의 이익이 있다고 말할 수는 없다(대법원 1992.9.22. 91누13212).

② (×) 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 (○) 하천점용권은 재산권으로서 성격이 있으므로 행정청의 인가 등으로 양도할 수 있다.

④ (×) 공유수면으로서 자연공물인 바다의 일부가 매립에 의하여 토지로 변경된 경우에 다른 공물과 마찬가지로 공용폐지가 가능하다고 할 것이며, 이 경우 공용폐지의 의사표시는 명시적 의사표시뿐만 아니라 묵시적 의사표시도 무방하다(대법원

2009.12.10. 2006다87538). 공물의 공용폐지에 관하여 국가의 묵시적인 의사표시가 있다고 인정되려면 공물이 사실상 본래의 용도에 사용되고 있지 않거나 행정주체가 점유를 상실하였다는 정도의 사정만으로는 부족하고, 주위의 사정을 종합하여 객관적으로 공용폐지 의사의 존재가 추단될 수 있어야 할 것이다. 토지가 해면에 포락됨으로써 사권이 소멸하여 해면 아래의 지반이 되었다가 매립면허를 초과한 매립으로 새로 생성된 사안에서, 국가가 그 토지에 대하여 자연공물임을 전제로 한 아무런 조치를 취하지 않았거나 새로 형성된 지형이 기재된 지적도에 그 토지를 포함시켜 지목을 답 또는 잡종지로 기재하고 토지대장상 지목을 답으로 변경하였다 하더라도, 그러한 사정만으로는 공용폐지에 관한 국가의 의사가 객관적으로 추단된다고 보기에 부족하다(대법원 2009.12.10. 2006다87538). 즉 묵시적 의사표시로 볼 수 없다.

- ⑤ (×) 도로의 특별사용은 반드시 독점적·배타적인 것이 아니라 그 사용목적에 따라서는 도로의 일반사용과 병존이 가능한 경우도 있다(대법원 1995.2.14, 94누5830).

■ 정답 ③

13 행정행위의 성격에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 「친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법」에 따른 친일재산의 국가귀속결정은 당해 재산이 친일재산에 해당한다는 사실을 확인하는 준법률행위적 행정행위에 해당한다.
- ② 「민법」에 따른 재단법인의 정관변경 허가는 재단법인의 정관변경에 대한 법률상의 효력을 완성시키는 보충행위로서 그 법적 성격은 인가에 해당한다.
- ③ 「도시 및 주거환경정비법」에 따른 토지등소유자에 대한 사업시행인가처분은 사업시행계획에 대한 보충행위로서의 성질을 가지는 것이 아니라 정비사업 시행권한을 가지는 행정주체로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 가진다.
- ④ 「여객자동차 운수사업법」에 의한 개인택시운송사업면허는 특정인에게 권리나 이익을 부여하는 행정행위로서 법령에 특별한 규정이 없는 한 재량행위이고, 그 면허를 위하여 필요한 기준을 정하는 것 역시 행정청의 재량에 속한다.
- 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.

■ 해설 ① (○) 대법원 2008.11.13, 2008두13491

② (○) 대법원 1996.5.16, 95누4810 전원합의체

③ (○) 도시 및 주거환경정비법상 토지 등 소유자들이 조합을 따로 설립하지 않고 직접 시행하는 도시환경정비사업에서 사업시행인가처분은 정비사업을 시행할 수 있는 권한을 가지는 행정주체로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적처분의 성격을 가진다(대법원 2013.6.13, 2011두19994).

④ (○) 개인택시운송사업면허는 재량행위

자동차운수사업법에 의한 개인택시운송사업면허는 특정인에게 권리나 이익을 부여하는 행정행위로서 법령에 특별한 규정이 없는 한 재량행위이고, 그 면허기준을 정하는 것도 역시 행정청의 재량에 속하는 것이므로, 행정청이 정한 면허발급의 우선순위 등에 관한 기준을 해석 적용함에 있어서도 그 기준이 객관적으로 보아 합리적이 아니라거나 타당하지 아니하여 재량권을 남용한 위법한 것이라고 인정되지 아니하는 이상 행정청의 의사는 가능한 한 존중되어야 한다(대법원 1993.10.12, 93누4243).

⑤ (×) 구 표시·광고의 공정화에 관한 법률 위반을 이유로 한 공정거래위원회의 경고의결은 행정처분에 해당함

구 표시·광고의 공정화에 관한 법률 위반을 이유로 한 공정거래위원회의 경고의결은 당해 표시·광고의 위법을 확인하되 구체적인 조치까지는 명하지 않은 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).

■ 정답 ⑤

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

- ① 행정심판위원회는 심판청구의 대상이 되는 처분 또는 부작위 외의 사항에 대하여는 재결하지 못한다.
- ② 처분사유의 추가·변경에 관한 법리는 행정심판의 단계에서도 적용된다.
- ③ 중앙행정심판위원회의 상임위원은 별정직 국가공무원으로 임명하며, 중앙행정심판위원회 위원장의 제청으로 국무총리를 거쳐 대통령이 임명한다.
- ④ 무효확인심판의 경우에는 사정재결이 인정되지 않는다.

- ⑤ 심판청구에 대한 재결이 있으면 그 재결 및 같은 처분 또는 부작위에 대하여 다시 행정심판을 청구할 수 없다.

■ 해설 ① (○) 행정심판법 제47조 : 불고불리 원칙

② (○) 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).

③ (×) 중앙행정심판위원회의 상임위원은 과거에는 별정직이었지만 현행 행정심판법은 일반직 공무원으로 변경되었다. - 중앙행정심판위원회의 상임위원은 **일반직공무원**으로서 「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 국무총리를 거쳐 대통령이 임명한다(행정심판법 제8조 제3항).

④ (○) 사정재결은 취소심판과 의무이행심판에서 인정되고, 무효확인심판의 경우에는 사정재결이 인정되지 않는다.

⑤ (○) 행정심판법 제51조

■ 정답 ③

15 현행 「지방자치법」에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

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

■ 해설 ① (○) 지방자치법 제11조 제3호

② (○) 지방자치법 제20조에 의하면 지방자치단체 주민은 지방자치단체의 장 및 지방의회의원은 소환할 권리를 가지나, 비례대표 지방의회의원은 주민소환의 대상에서 제외된다.

③ (○) 지방자치법 제44조, 제45조

④ (×)

제170조 (지방자치단체의 장에 대한 직무이행명령)

- ① 지방자치단체의 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.
- ② 주무부장관이나 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.
- ③ 지방자치단체의 장은 제1항의 이행명령에 이의가 있으면 이행명령서를 접수한 날부터 15일 이내에 **대법원**에 소를 제기할 수 있다. 이 경우 지방자치단체의 장은 이행명령의 집행을 정지하게 하는 집행정지결정을 신청할 수 있다.

⑤ (○) 지방자치법 제22조 단서

■ 정답 ④

16 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.
- ② 대법원은 명문규정이 없으면 원칙적으로 양수인의 법적 책임을 부인하지만 대인적 처분의 경우에는 명문규정이 없어도 양수인에게 책임이 승계된다고 판시하고 있다.
- ③ 대법원은 영업정지 등의 제재처분에 있어서는 양도인에게 발생한 책임이 양수인에게 승계되는 것을 인정하지만 과징금의 부과에 대해서는 이를 인정하지 않고 있다.
- ④ 대법원은 양도인 양수인 사이에 책임의 승계는 인정하지만 법적 책임을 부과하기 이전 단계에서의 제재사유는 승계는 현재까지 부정하고 있다.
- 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.

- 해설 ①② (×) 사업이 양도된 경우에 양도인에게 있는 제재사유를 이유로 양수인에게 제재를 가할 수 있는지가 문제된다. 양도인에게 발생한 사유로 양수인에게 제재를 가하는 것은 너무 가혹하며 예측가능성을 해한다는 측면에서 부정하는 견해가 있지만, 판례는 행정법규에 마련된 제재수단이 무력화되는 것을 막고 행정법규의 실효성을 확보하기 위해 명문의 규정이 없다 하더라도 대물적 허가의 경우에는 긍정한다. 그러나 대인적 처분의 경우에는 일신전속적 성질상 양수인에게 책임이 승계되지 않는다.
- ③ (×) 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 제재 처분을 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 해소시켜 준다는 취지에서 사업정지처분에 갈음하여 부과되는 것일 뿐이므로, 지위승계의 효과에 있어서 과징금부과처분을 사업정지처분과 달리 볼 이유가 없다(대법원 2003.10.23. 2003두8005).
- ④ (×) 구 여객자동차 운수사업법 제14조 제4항에 의하면 개인택시운송사업을 양수한 사람은 양도인의 운송사업자로서의 지위를 승계하므로, 관할 관청은 개인택시 운송사업의 양도·양수에 대한 인가를 한 후에도 그 양도·양수 이전에 있었던 양도인에 대한 운송사업면허 취소사유를 들어 양수인의 사업면허를 취소할 수 있다(대법원 2010.4.8. 2009두17018).
- ⑤ (○) 「식품위생법」 제78조, 「먹는물관리법」 제49조

식품위생법 제78조 (행정 제재처분 효과의 승계)

영업자가 영업을 양도하거나 법인이 합병되는 경우에는 제75조 제1항 각 호, 같은 조 제2항 또는 제76조 제1항 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 처분 기간이 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.

■ 정답 ⑤

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

<보 기>

甲은 A구청장으로부터 「식품위생법」의 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.
- ② A구청장은 甲에 대한 영업허가의 허가권자로서 이에 대한 철회권도 갖고 있다.
- 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.
- ④ A구청장의 甲에 대한 영업허가 취소는 처분시로 소급하여 효력을 소멸시키는 것이 아니라 장래효를 갖는다.
- ⑤ 甲이 위 취소소송을 제기하여 기각판결을 받았다고 하더라도 A구청장은 위 영업허가 취소처분을 철회할 수 있다.

- 해설 ① (○) 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(대법원 2004.7.22. 2003두7607). 甲의 영업장을 포함한 일부지역이 새로이 적법한 절차에 따라 학교환경위생정화구역으로 설정된 것은 공익상 필요가 있는 경우에 해당한다.
- ② (○) 철회권자는 원칙적으로 철회의 대상인 행정행위의 권한을 가진 처분청에 한한다. A구청장은 甲에 대한 영업허가의 허가권자로서 처분청에 해당하므로 이에 대한 철회권도 갖고 있다.
- ③ (×) 취소처분의 근거와 위반사실의 적시를 빠뜨린 경우, 피처분자가 처분 당시 그 취지를 알고 있었다거나 그 후 알게 되었다 하여도 치유될 수 없음
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 처분 당시 그 취지를 알고 있었다거나 그 후 알게 되었다 하여도 치유될 수 없다(대법원 1990.9.11. 90누1786).
- ④ (○) A구청장의 甲에 대한 영업허가 취소는 강화상 철회에 해당하므로 장래효를 갖는다.
- ⑤ (○) 甲이 위 취소소송을 제기하여 기각판결을 받았다고 하더라도 인용판결에서만 기속력이 인정되므로 A구청장은 위 영업허가 취소처분을 철회할 수 있다.

■ 정답 ③

18 「도시 및 주거환경정비법」상의 조합 설립과 동법상의 정비사업 추진에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

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

- 해설 ① (○) 구 도시 및 주거환경정비법상 조합설립추진위원회 구성승인처분은 조합의 설립을 위한 주체인 추진위원회의 구성행위를 보충하여 그 효력을 부여하는 처분으로서 조합설립이라는 종국적 목적을 달성하기 위한 중간단계의 처분에 해당한다고 보아야 한다(대법원 2013.01.31. 2011두11112).

- ② (○) 도시 및 주거환경정비법상 재개발조합설립 인가신청에 대한 행정청의 조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합설립 행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것이 아니라 법령상 일정한 요건을 갖추 경우 행정주체의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분이다(대법원 2009.9.24. 2009마168·169).
- ③ (○) 도시 및 주거환경정비법에 기초하여 주택재개발정비사업조합이 수립한 사업시행계획은 그것이 인가·고시를 통해 확정 되면 이해관계인에 대한 구속적 행정계획으로서 독립된 행정처분에 해당하므로, 사업시행계획을 인가하는 행정청의 행위는 주택재개발정비사업조합의 사업시행계획에 대한 법률상의 효력을 완성시키는 보충행위에 해당한다(대법원 2010.12.09. 2009두4913).
- ④ (○) 도시재개발법에 의한 재개발조합은 조합원에 대한 법률관계에서 적어도 특수한 존립목적에 부여받은 특수한 행정주체로서 국가의 감독하에 그 존립 목적인 특정한 공공사무를 행하고 있다고 볼 수 있는 범위 내에서는 공법상의 권리의무 관계에 서 있는 것이므로 분양신청 후에 정하여진 관리처분계획의 내용에 관하여 다툼이 있는 경우에는 그 관리처분계획은 토지 등의 소유자에게 구체적이고 결정적인 영향을 미치는 것으로서 조합이 행한 처분에 해당하므로 항고소송의 방법으로 그 무효확인이나 취소를 구할 수 있다(대법원 2002.12.10. 2001두6333).
- ⑤ (×) 조합설립인가처분이 있는 후에 조합설립결의의 하자를 이유로 그 결의 부분만을 따로 떼어내어 무효 등 확인의 소를 제기하는 것은 허용되지 아니함
조합설립결의는 조합설립인가처분이라는 행정처분을 하는 데 필요한 요건 중 하나에 불과한 것이어서, 조합설립결의에 하자가 있다면 그 하자를 이유로 직접 항고소송의 방법으로 조합설립인가처분의 취소 또는 무효확인을 구하여야 하고, 이와는 별도로 조합설립결의 부분만을 따로 떼어내어 그 효력 유무를 다투는 확인의 소를 제기하는 것은 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안·위험을 제거하는 데 가장 유효·적절한 수단이라 할 수 없어 특별한 사정이 없는 한 확인의 이익은 인정되지 아니한다(대법원 2009.9.24. 2008다60568).

■ 정답 ⑤

19 권한의 위임에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

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

■ 해설 ① (×) 원고는 이 사건 거부처분은 태안군사무전결처리규칙에 의한 전결권자인 부군수가 아닌 재무과장이 피고의 이름으로 한 것이어서 무권한자에 의한 무효의 행정처분이라는 이유로 그 무효확인을 구하고 있다.
그러나, 전결과 같은 행정권한의 내부위임은 법령상 처분권자인 행정관청이 내부적인 사무처리의 편의를 도모하기 위하여 그의 보조기관 또는 하급 행정관청으로 하여금 그의 권한을 사실상 행사하게 하는 것으로서 법률이 위임을 허용하지 않는 경우에도 인정되는 것이므로, 설사 행정관청 내부의 사무처리규정에 불과한 전결규정에 위반하여 원래의 전결권자 아닌 보조기관 등이 처분권자인 행정관청의 이름으로 행정처분을 하였다고 하더라도 그 처분이 권한 없는 자에 의하여 행하여진 무효의 처분이라고는 할 수 없다(대법원 1998.02.27. 97누1105).

- ② (○) 대법원 1995.7.11. 94누4615 전원합의체
- ③ (○) 도시재개발법에 의한 사업시행변경인가, 관리처분계획인가 및 각 고시에 관한 사무는 국가사무로서 지방자치단체의 장에게 위임된 이른바 기관위임사무에 해당하므로, 시·도지사가 지방자치단체의 조례에 의하여 이를 구청장 등에게 재위임할 수는 없고, 정부조직법 제5조 제1항 및 이에 기한 행정권한의 위임및위탁에관한규정 제4조에 의하여 위임기관의 장의 승인을 얻은 후 지방자치단체의 장이 제정한 규칙이 정하는 바에 따라 재위임하는 것만이 가능하다(대법원 1995.11.14. 94누13572).
- ④ (○) 대리권을 수여받은 데 불과하여 그 자신의 명의로는 행정처분을 할 권한이 없는 행정청의 경우 대리관계를 밝힘이 없이 그 자신의 명의로 행정처분을 하였다면 그에 대하여는 처분명자의인 당해 행정청이 항고소송의 피고가 되어야 하는 것이 원칙이다.
그러나 비록 대리관계를 명시적으로 밝히지는 아니하였다 하더라도 처분명자의가 피대리 행정청 산하의 행정기관으로서 실제로 피대리 행정청으로부터 대리권한을 수여받아 피대리 행정청을 대리한다는 의사로 행정처분을 하였고 처분명자의는 물론 그 상대방도 그 행정처분이 피대리 행정청을 대리하여 한 것임을 알고서 이를 받아들인 예외적인 경우에는 피대리 행정청이 피고가 되어야 한다(대법원 2006.2.23. 2005부4).
- ⑤ (○) 권한의 위임이 있으면 위임청은 위임사무의 처리에 대한 권한을 잃고 그 사무에 관한 권한은 수임청의 권한이 된다(대법원 1992.9.22. 91누11292). 따라서 수임행정청이 정당한 권한에 기하여 자신의 명의로 한 처분에 대해서는 당연

히 수입행정청이 정당한 피고가 된다.

■ 정답 ①

20 과태료부과처분에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

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

■ 해설 ① (○) 과태료는 행정처분이 아니므로 항고소송은 제기할 수 없다. 과태료부과에 대해서는 일반적으로 「질서위반행위규제법」이 적용된다. 또한 과태료재판은 「비송사건절차법」 제2조부터 제4조까지, 제6조, 제7조, 제10조(인증과 감정을 제외한다) 및 제24조부터 제26조까지의 규정이 이 법에 따른 과태료 재판에 준용된다(질서위반행위규제법 제28조).

② (○) 질서위반행위규제법 제7조

③ (×) “지방자치단체는 조례를 위반한 행위에 대하여 조례로써 1천만원 이하의 과태료를 정할 수 있다”는 「지방자치법」 제27조도 행정절서별인 과태료에 대한 규정이므로 「질서위반행위규제법」이 적용된다. 따라서 항고소송을 제기할 수 없다.

④ (○) 지방자치법 제139조 제3항

⑤ (○) 대법원 2012.10.11, 2011두19369

■ 정답 ③

21 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.
- ② 건설부장관이 구 「주택건설촉진법」에 따라 관계기관의 장과의 협의를 거쳐 사업계획승인을 한 이상 허가인 가결정·승인 등이 있는 것으로 볼 것이고, 그 절차와 별도로 구 「도시계획법」 소정의 중앙도시계획위원회의 의결이나 주민의 의견청취 등 절차를 거칠 필요는 없다.
- ③ 구 「도시계획법」 제12조 소정의 고시된 도시계획결정은 특정 개인의 권리 내지 법률상의 이익을 개별적이고 구체적으로 규제하는 효과를 가져 오게 하는 행정청의 처분이라 할 것이고, 이는 행정소송의 대상이 된다.
- ④ 환지계획은 환지에정지 지정이나 환지처분의 근거가 될 뿐, 고유한 법률효과를 수반하는 것이 아니어서 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 할 수가 없다.
- ⑤ 행정계획은 행정에 관한 전문적·기술적 판단을 기초로 하여 도시의 건설·정바·개량 등과 같은 특정한 행정목표를 달성하기 위하여 서로 관련되는 행정수단을 종합·조정함으로써 장래의 일정한 시점에 있어서 일정한 질서를 실현하기 위한 활동기준이다.

■ 해설 ① (×) 구 광업법 제47조의2 제5호에 의하여 채광계획인가를 받으면 공유수면 점용허가를 받은 것으로 의제되고, 이 공유수면 점용허가는 공유수면 관리청이 공공 위해의 예방 경감과 공공 복리의 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 점용을 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).

② (○) 대법원 1992.11.10, 92누1162

- ③ (○) 대법원 1982.3.9, 80누105
 ④ (○) 대법원 1999.8.20, 97누6889

■ 정답 ①

22 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.
- ② 무효인 행정행위에 대하여 취소소송을 제기하는 경우에는 제소기간의 제한이 적용되지 않는다.
- ③ 「행정소송법」 제18조 제1항 단서에 따라 행정심판전치주의가 적용되는 경우에도 무효확인 소를 제기함에 있어서는 행정심판을 거쳐야만 하는 것은 아니다.
- ④ 현행법상 거부처분에 대한 무효확인판결에 대하여서는 간접강제가 인정되지 않는다.
- ⑤ 하자의 치유는 취소할 수 있는 행정행위에 대하여서만 인정된다.

- 해설 ① (○) 공정력은 취소에서 인정되고 무효에서는 인정되지 않는다. 취소할 수 있는 행정행위는 유효하다고 통용되어 민사소송에서 선결문제로서 그 효력을 부인할 수 없지만, 무효인 행정행위는 유효하다고 통용되지 않으므로 민사소송에서 그 선결문제로서 무효를 확인할 수 있다.
- ② (×) 대법원은 “무효선언을 구하는 의미에서 취소를 구하는 소송이라도 전심절차와 그 제소기간의 준수 등 취소소송의 제소요건을 갖추어야 한다.”라고 하여 무효선언을 구하는 의미에서 취소소송에서도 필요적 행정심판전치주의의 요건을 충족하여야 하고 제소기간의 준수 등을 갖추어야 한다고 보고 있다(대법원 1976.2.24, 75누128; 대법원 1990.8.28, 90누1892).
- ③ (○) 필요적 행정심판 전치주의는 무효등확인소송에는 적용되지 않는다(법 제18조, 제38조 제2항).
- ④ (○) 현행법상 간접강제는 거부처분에 대한 취소소송과 부작위위법확인소송에서 인정된다. 거부처분에 대한 무효확인판결에 대하여서는 간접강제가 인정되지 않는다. 대법원도 “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)“고 판시하고 있다.
- ⑤ (○) 하자의 치유는 취소할 수 있는 행정행위에 대하여서만 인정된다. 무효인 행정행위에서는 하자의 치유가 아니라 전환이 인정된다.

■ 정답 ②

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

<보 기>

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

- ① ㄱ
- ② ㄴ
- ③ ㄱ, ㄴ
- ④ ㄴ, ㄷ
- ⑤ ㄱ, ㄴ, ㄹ

■ 해설 ① 나이 옳지 않다.

ㄱ, (○) 당사자소송은 민사소송과 같이 특별한 제소기간이 없으므로, 취소소송의 제소기간이 적용되지 않는다. 그러나 법령에 제소기간이 정하여져 있는 경우에는 그 기간은 불변기간으로 한다(법 제41조).

ㄴ, (×) 부작위위법확인 소는 행정심판을 거친 경우는 제소기간의 제한이 있고, 행정심판을 거치지 않은 경우는 제소기간의 제한이 없음

부작위위법확인 소는 부작위상태가 계속되는 한 그 위법의 확인을 구할 이익이 있다고 보아야 하므로 원칙적으로 제소기간의 제한을 받지 않는다. 그러나 행정소송법 제38조 제2항이 제소기간을 규정한 같은 법 제20조를 부작위위법확인소송에 준용하고 있는 점에 비추어 보면, 행정심판 등 전심절차를 거친 경우에는 행정소송법 제20조가 정한 제소기간 내에 부작위위법확인 소를 제기하여야 한다(대법원 2009.7.23, 2008두10560).

ㄷ, (○) 대법원 1991.6.28, 90누6521

ㄹ, (○) 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).

■ 정답 ②

24 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 기관력은 발생하지만 형성력은 발생하지 않는다.
- ② 취소판결을 통해 위 영업허가취소처분은 「국가배상법」상 공무원의 고의 또는 과실에 의한 불법행위로 인정된다.
- ③ 위 영업허가취소처분에 대한 취소판결은 사실심 변론종결시까지의 법령의 개폐 및 사실상태의 변동을 고려하여 내려진 것이다.
- ④ 甲이 영업허가취소처분이 있는 후 취소판결 이전에 영업행위를 하였다라도 이는 무허가영업에 해당하지 않는다.
- ⑤ 취소판결이 확정된 이후에는 다른 사유를 근거로 하더라도 다시 영업허가를 취소하는 처분을 할 수 없다.

■ 해설 ① (×) 기관력은 인용판결과 기각판결에서 인정되고, 형성력은 인용판결에서만 인정된다. 사안의 경우는 인용판결이므로 기관력과 형성력 모두 발생한다.

② (×) 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 (×) 취소소송에서 위법성 판단시점은 처분시가 기준이다. 따라서 처분당시의 법령과 사실상태를 기초로 평가하는 것이고, 사실심 변론종결시까지의 법령의 개폐 및 사실상태의 변동은 고려하지 않는다.

④ (○) 영업허가취소처분이 행정쟁송절차에 의하여 취소된 경우, 그 영업허가취소처분 이후의 영업행위를 무허가영업이라고 볼 수는 없음

영업의 금지를 명한 영업허가취소처분 자체가 나중에 행정쟁송절차에 의하여 취소되었다면 그 영업허가취소처분은 그 처분시에 소급하여 효력을 잃게 되며, 그 영업허가취소처분에 복종할 의무가 원래부터 없었음이 확정되었다고 봄이 타당하고, 영업허가취소처분이 장래에 향하여서만 효력을 잃게 된다고 볼 것은 아니므로 그 영업허가취소처분 이후의 영업행위를 무허가영업이라고 볼 수는 없다(대법원 1993.6.25, 93도277).

⑤ (×) 기속력은 동일한 사실관계 아래에서 동일한 당사자에게 동일한 내용의 처분을 반복하여서는 안 된다는 것을 의미하므로 처분시에 존재하는 다른 사유를 들어 동일한 내용의 처분을 하는 것은 기속력에 위반되지 않는다.

■ 정답 ④

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

- ① 처분청이 재처분을 하였다라도 기속력에 위반되는 경우에는 간접강제의 대상이 된다.
- ② 기속력은 취소소송의 인용판결은 물론 기각판결에 대하여서도 인정된다.
- ③ 원고의 신청을 거부하는 처분에 대해 취소판결이 확정되면 기속력의 결과 행정청은 원고의 신청을 인용하는 처분을 하여야 한다.
- ④ 제3자효행정처분에서 절차의 하자를 이유로 원고가 취소확정판결을 받은 경우 당해 처분청은 원처분과 동일

한 처분을 할 수 없다.

⑤ 취소판결의 기속력은 판결의 주문(主文)에 대하여서만 발생한다.

- 해설 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(대법원 2002.12.11, 2002무22).
- ② (×) 기속력은 인용판결에서만 인정되고 기각판결과 각하에서는 인정되지 않는다.
- ③ (×) 행정소송법 제30조 제2항에 의하면, 행정청의 거부처분을 취소하는 판결이 확정된 경우에는 처분을 행한 행정청이 판결의 취지에 따라 이전 신청에 대하여 재처분을 할 의무가 있다. 행정처분의 적법 여부는 행정처분이 행하여진 때의 법령과 사실을 기준으로 판단하는 것이므로 확정판결의 당사자인 처분 행정청은 종전 처분 후에 발생한 새로운 사유를 내세워 다시 거부처분을 할 수 있고, 그러한 처분도 위 조항에 규정된 재처분에 해당한다.
- ④ (×) 절차상의 하자는 보완하여 종전과 동일한 처분을 할 수 있음
과세의 절차 내지 형식에 위법이 있어 과세처분을 취소하는 판결이 확정되었을 때는 그 확정판결의 기판력은 거기에 적시된 절차 내지 형식의 위법사유에 한하여 미치는 것이므로, 과세판청은 그 위법사유를 보완하여 다시 새로운 과세처분을 할 수 있고, 그 새로운 과세처분은 확정판결에 의하여 취소된 종전의 과세처분과는 별개의 처분이라 할 것이어서, 확정판결의 기판력에 저촉되는 것이 아니다(대법원 1987.2.10, 86누91).
- ⑤ (×) 기속력의 객관적 범위 ⇨ 판결의 주문 + 처분의 구체적 위법사유에 관한 이유중의 판단
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).

■ 정답 ①