

## 2016년 국회직 8급

01. 공법관계와 사법관계의 구별 및 그에 따른 쟁송방식에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2016년 국회 8급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- 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 발생하는 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**  출제 영역 및 유형 : 공·사법관계, 이론+판례

- ① [O] : 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에 따라 **국가가 당사자가 되는 이른바 공공계약**은 **사경제 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상 계약**으로서 본질적인 내용은 사인 간의 계약과 다를 바가 없으므로, 그에 관한 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 사적 자치와 계약자유 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용된다(대결 2012.9.20. 2012마H097).
- ② [O] : 산림청장이 「산림법」 등의 정하는 바에 따라 **국유임야를 대부하거나 매각 또는 양여하는 행위**는 **사경제 주체로서 상대방과 대등한 입장에서 하는 사법상의 행위**이므로 국유임야무상양여신청서를 반려한 산림청장의 거부처분도 단순한 사법상의 행위일 뿐 행정행위가 아니므로 행정소송의 대상이 되지 아니한다(대판 1984.12.11. 83누291).
- ③ [O] : 국유재산 등의 관리청이 하는 **행정재산의 사용·수익에 대한 허가**는 순전히 사경제주체로서 행하는 사법상의 행위가 아니라 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는 **행정처분**으로서 특정인에게 행정재산을 사용할 수 있는 권리를 설정하여 주는 강확상 특허에 해당한다(대판 2006.3.9. 2004다31074). 그러나 한국공항공단이 정부로부터 무상사용허가를 받은 행정재산을 구 「한국공항공단법」 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 국유재산 관리사무의 위임을 받거나 국유재산 관리의 위탁을 받지 않은 이상, 한국공항공단이 **무상 사용허가를 받은 행정재산에 대하여 하는 전대행위는 통상의 사인 간의 임대차와 다를 바가 없고, 그 임대차계약이 임차인의 사용승인신청과 임대인의 사용승인의 형식으로 이루어졌다고 하여 달리 볼 것은 아니다**(대판 2004.1.15. 2001다12638).
- ④ [O] : (1) 기본권 중 자유권적 기본권·평등권·재산권과 같이 헌법에 의해 구체적 내용을 갖고 있어 법률에 의해 따로 구체화되지 않더라도 직접 적용될 수 있는 경우에는 개인적 공권으로 인정될 수 있다. 그러나 **사회권**

적 기본권이나 청구권적 기본권은 법률에 의해 그 기본권의 내용 등이 구체화되어야 비로소 개인적 공권으로 인정된다. 따라서 법률에 따른 사회보장급여청구권 등은 공권으로 인정된다. (2) 국민의 적극적 신청행위에 대하여 행정청이 그 신청에 따른 행위를 하지 않겠다고 거부한 행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는 것이라고 하려면, 그 신청한 행위가 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용이어야 하고, 그 거부행위가 신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는 것이어야 하며, 그 국민에게 그 행위발동을 요구할 법규상 또는 조리상의 신청권이 있어야 한다(대판 2009.9.10. 2007두20638). 따라서 공권인 사회보장급여청구권 등의 행사에 대한 행정청의 거부는 항고소송의 대상이 된다. (3) 당사자소송이란 행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송, 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송을 말한다(행정소송법 제3조 제2호). 따라서 법령에 의해 급여청구권이 발생하여 공법상 급여지급을 청구하는 소송은 당사자소송에 해당한다(대판 2004.7.8. 2004두244 참조).

- ⑤ [X] : 판례는 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 제27조 제1항에 의한 행정청(국방부장관, 산림청장, 조달청장, 서울시장, 구청장 등)이 행한 입찰참가자격 제한행위의 처분성을 인정하여 그 참가자격제한처분 취소소송을 받아들여 본안판단을 하고 있다(대판 2000.10.13. 99두3201 ; 대판 1986.3.11. 85누793 ; 대판 1994.6.24. 94누958 ; 대판 1983.12.27. 81누366 등).

[정답] ⑤

## 02. 행정입법에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?      2016년 국회 8급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- 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      출제 영역 및 유형 : 행정입법, 법령+판례

- 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 규정한 경우에는 그 부령의 규정은 행정청 내부의 사무처리기준 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(대판 2013.9.12. 2011두10584).

- ② [O] : 일반적으로 행정 각부의 장이 정하는 고시라 하더라도 그것이 특히 법령의 규정에서 특정 행정기관에게

법령 내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여함으로써 그 법령 내용을 보충하는 기능을 가질 경우에는 그 형식과 상관없이 근거 법령 규정과 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 가지는 것이나 이는 어디까지나 법령의 위임에 따라 그 법령 규정을 보충하는 기능을 가지는 점에 근거하여 예외적으로 인정되는 효력이므로 **특정 고시가 비록 법령에 근거를 둔 것이라고 하더라도 그 규정 내용이 법령의 위임 범위를 벗어난 것일 경우에는 위와 같은 법규명령으로서의 대외적 구속력을 인정할 여지는 없다**(대판 1999.11.26. 97누13474).

③ [O] : 제재적 행정처분의 기준이 **부령(시행규칙)의 형식으로 정해진 경우에는** 그 기준은 원칙적으로 행정규칙이다(대판 2007.9.20. 2007두6946 등). 그러나 **대통령령(시행령)의 형식으로 정해진 경우에** 그 기준은 **법규명령**이다(대판 1997.12.26. 97누15418 등).

④ [O] : **명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는** 대법원은 이를 **최종적으로 심사할 권한을 가진다**(헌법 제107조 제2항). 즉 우리 「헌법」은 제107조 제2항에 따라 추상적 규범통제를 인정하지 않고 구체적 규범통제만을 인정하고 있다.

⑤ [O] : **명령·규칙(적극적 행정입법) 그 자체에 의하여 직접 기본권이 침해되었을 경우에는** 그것을 대상으로 하여 **헌법소원심판을 청구할 수 있고** 그 경우 제소요건으로서 당해 법령이 구체적 집행행위를 매개로 하지 아니하고 직접적으로 그리고 현재적으로 국민의 기본권을 침해하고 있어야 한다(헌재 1993.5.13. 92헌마80 ; 헌재 1990.10.15. 89헌마178). 그리고 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 인정되어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 허용되는 것이고 이는 **행정권력에 의한 행정입법 부작위의 경우에도 적용되는 법리**이다(헌재 2003.7.24. 2002헌마378). 즉 고용노동부장관의 평균임금 입법부작위, 보건복지부장관의 치과 전문의 입법부작위, 대통령의 군법무관보수 입법부작위 등은 헌법소원의 대상이 되는 입법부작위이다(헌재 1998.7.16. 96헌마246 등).

[정답] ①

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

2016년 국회 8급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- 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** 출제 영역 및 유형 : 행정소송 일반, 법령+이론+판례

① [O] : 「행정소송법」상 **행정청이 일정한 처분을 하지 못하도록 그 부작위를 구하는 청구는 허용되지 않는 부적법한 소송**이다(대판 2006.5.25. 2003두11988 ; 대판 1987.3.24. 86누182).

② [O] : **취소판결의 기판력은** 소송물로 된 행정처분의 위법성 존부에 관한 판단 그 자체에만 미치는 것이므로 전소와 후소가 그 소송물을 달리하는 경우에는 전소 확정판결의 기판력이 후소에 미치지 아니한다(대판 1996.4.26. 95누5820 ; 대판 2009.1.15. 2006두14926).

- ③ [X] : 항고소송은 당사자소송과 함께 주관적 소송이다. 그리고 **취소소송의 소송물**을 해당 처분의 개개의 위법사유로 보는 견해도 있으나, 판례는 그 소송물을 해당 처분의 **취소원인이 되는 위법성 일반**으로 보고 있다(대판 1989.4.11. 87누647 ; 대판 1990.3.23. 89누5386).
- ④ [O] : **민중소송** 및 기관소송은 법률이 정한 경우에 법률에 정한 자에 한하여 제기할 수 있다(행정소송법 제45조).  
⇒ 민중소송 및 기관소송의 법정주의.
- ⑤ [O] : 지방자치단체의 장이 지방의회의 재의결에 대하여 제기하는 무효확인소송은 기관소송으로 보는 것이 통설이다.

[정답] ③

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

2016년 국회 8급 [중요도 ★★★, 난이도 중]

- 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** ➤ 출제 영역 및 유형 : 공용수용 일반, 법령+판례

- ① [O] : **환매권의 존부에 관한 확인을 구하는 소송**은 민사소송에 해당한다(대판 2013.2.28. 2010두22368).
- ② [O] : 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법령에 의한 **협의취득**은 사법상의 법률행위이므로 당사자 사이의 자유로운 의사에 따라 채무불이행책임이나 매매대금 과부족금에 대한 지급의무를 약정할 수 있다(대판 2012.2.23. 2010다91206).
- ③ [O] : 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」상의 **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).
- ④ [O] : 수용재결에 대한 이의의 신청이나 행정소송의 제기는 사업의 진행 및 토지의 수용 또는 사용을 정지시키지 아니한다(공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제88조).
- ⑤ [X] : 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제74조 제1항에 규정되어 있는 **잔여지 수용청구권**은 손실보상의 일환으로 토지소유자에게 부여되는 권리로서 그 요건을 구비한 때에는 잔여지를 수용하는 토지수용위원회의 재결이 없더라도 그 청구에 의하여 수용의 효과가 발생하는 형성권적 성질을 가지므로, 잔여지

수용청구를 받아들이지 않은 토지수용위원회의 재결에 대하여 토지소유자가 불복하여 제기하는 소송은 위 법 제85조 제2항에 규정되어 있는 ‘보상금의 증감에 관한 소송’에 해당하여 사업시행자를 피고로 하여야 한다(대판 2010.8.19. 2008두822 ; 대판 2015.4.9. 2014두46669).

[정답] ⑤

05. 행정심판에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2016년 국  
회 8급 [중요도 ★, 난이도 中]

- ① 이의신청은 그것이 준사법적 절차의 성격을 띠어 실질적으로 행정심판의 성질을 가지더라도 이를 행정심판으로 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 다룰 수 없다.
- ⑤ 이의신청을 제기하여야 할 사람이 처분청에 표제를 ‘행정심판청구서’로 한 서류를 제출한 경우 그 서류의 실질이 이의신청일지라도 이를 행정심판으로 다룬다.

**해설** 출제 영역 및 유형 : 행정심판과 이의신청 등, 이론+판례

- ① [X] : 토지수용위원회의 수용재결에 대한 이의절차는 실질적으로 행정심판의 성질을 갖는 것이므로 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 특별한 규정이 있는 것을 제외하고는 「행정심판법」의 규정이 적용된다(대판 1992.6.9. 92누565).
- ② [O] : 「민원 처리에 관한 법률」에서 정한 민원 이의신청의 대상인 거부처분에 대하여는 민원 이의신청과 상관없이 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있으며, 또한 민원 이의신청은 민원 처리에 관하여 인정된 기본사항의 하나로 처분청으로 하여금 다시 거부처분에 대하여 심사하도록 한 절차로서 「행정심판법」에서 정한 행정심판과는 성질을 달리하고 또한 사안의 전문성과 특수성을 살리기 위하여 특별한 필요에 따라 둔 행정심판에 대한 특별 또는 특례 절차라 할 수도 없어 「행정소송법」에서 정한 행정심판을 거친 경우의 제소기간의 특례가 적용된다고 할 수도 없다(대판 2012.11.15. 2010두8676).
- ③ [X] : 「부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률」에 행정심판의 제기를 배제하는 명시적인 규정이 없고, 「같은 법」에 따른 이의신청과 행정심판은 그 절차 및 담당기관에 차이가 있다. 따라서 「같은 법」이 이의신청에 관하여 규정하고 있다고 하여 이를 「행정심판법」 제3조 제1항에서 행정심판의 제기를 배제하는 ‘다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 해당한다고 볼 수 없으므로, 개별공시지가에 대하여 이의가 있는 자는 곧바로 행정소송을 제기하거나 같은 법」에 따른 이의신청과 「행정심판법」에 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(대판 2010.1.28. 2008두19987).
- ④ [X] : 비록 제목이 ‘진정서’로 되어 있고, 재결청의 표시, 심판청구의 취지 및 이유, 처분을 한 행정청의 고지의 유무 및 그 내용 등 「행정심판법」 제28조 제2항 소정의 사항들을 구분하여 기재하고 있지 아니하여 행정심판청

구서로서의 형식을 다 갖추고 있다고 볼 수는 없으나, 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(대판 2000.6.9. 98두2621).

- ⑤ [X] : 「지방자치법」 제140조 제3항에서 정한 이의신청은 행정청의 위법·부당한 처분에 대하여 행정기관이 심판하는 행정심판과는 구별되는 별개의 제도이나, 이의신청과 행정심판은 모두 본질에 있어 행정처분으로 인하여 권리나 이익을 침해당한 상대방의 권리구제에 목적이 있고, 행정소송에 앞서 먼저 행정기관의 판단을 받는 데에 목적을 둔 엄격한 형식을 요하지 않는 서면행위이므로, **이의신청을 제기해야 할 사람이 처분청에 표제를 ‘행정심판청구서’로 한 서류를 제출한 경우라 할지라도** 서류의 내용에 이의신청 요건에 맞는 불복취지와 사유가 충분히 기재되어 있다면 표제에도 불구하고 이를 처분에 대한 이의신청으로 볼 수 있다(대판 2012.3.29. 2011두26886).

[정답] ②

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

2016년 국회 8급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- ① 처분 이전에 개최하도록 되어 있는 민원조정위원회의 경우, 민원조정위원회의 절차요건에 하자가 있을 때에는 그 처분이 재량행위이면 위법하다고 할 수 없으나 그 처분이 기속행위이면 재량권의 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 직권면직처분의 경우에도 마찬가지로 적용된다.
- ⑤ 사전통지와 청문 등의 주요절차를 위반하면 위법이 되나 의견제출절차, 타 기관과의 협의절차를 위반한다고 하여 위법이 되는 것은 아니다.

해설 출제 영역 및 유형 : 행정절차, 이론+판례

- ① [X] : 민원사무를 처리하는 행정기관이 민원 1화방문 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(대판 2015.8.27. 2013두1560).

- ② [X] : 구 「국유재산법 시행령」 제56조 제4항은 변상금부과 징수의 주체, 납부고지서에 명시하여야 할 사항, 납부

기한 등의 절차적 규정에 관하여 가산금의 부과절차에 관한 위 시행령 제31조 제2항 내지 제4항을 준용하고 있음이 분명하나, 국유재산 무단점유자에 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 산출 근거를 명시할 필요가 없다거나, 부과통지서 등에 위 시행령 제56조를 명기함으로써 간접적으로 산출근거를 명시하였다고는 볼 수 없다(대판 2001.12.14. 2000두86).

③ [X] : 甲 등은 '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 구하였다. 이 경우, 예산이 각 처분 등으로써 이루어지는 '4대강 살리기 사업' 중 한강 부분을 위한 재정 지출을 내용으로 하고 있고 예산의 편성에 절차상 하자가 있다는 사실만으로 곧바로 각 처분에 취소사유에 이를 정도의 하자가 존재한다고 보기 어렵다(대판 2015.12.10. 2011두32515).

④ [O] : 「행정절차법」 제3조 제2항은 “이 법은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항에 대하여는 적용하지 아니 한다.”고 규정하면서, 그 제9호에서 ‘병역법’에 따른 징집·소집, 외국인의 출입국·난민인정·귀화, 공무원 인사 관계 법령에 따른 징계와 그 밖의 처분, 이해 조정을 목적으로 하는 법령에 따른 앞선·조정·중재·재정 또는 그 밖의 처분 등 해당 행정작용의 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 거칠 필요가 없다고 인정되는 사항과 행정절차에 준하는 절차를 거친 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항’을 「행정절차법」의 적용이 제외 되는 경우로 규정하고 있고, 그 위임에 기한 「행정절차법 시행령」 제2조는 “법 제3조 제2항 제9호에서 ‘대통령령으로 정하는 사항’이라 함은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항을 말한다.”라고 규정하면서 그 제3호에서 ‘공무원 인사관계 법령에 의한 징계 기타 처분에 관한 사항’을 규정하고 있다. 이와 같은 행정절차법령 규정들의 내용을 행정의 공정성, 투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익을 보호함을 목적으로 하는 「행정절차법」의 입법 목적에 비추어 보면, 공무원 인사관계 법령에 의한 처분에 관한 사항이라 하더라도 그 전부에 대하여 「행정절차법」의 적용이 배제되는 것이 아니라, 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 처분이나 행정절차에 준하는 절차를 거치도록 하고 있는 처분의 경우에만 「행정절차법」의 적용이 배제되는 것으로 보아야 하고, 이러한 법리는 ‘공무원 인사관계 법령에 의한 처분’에 해당하는 별정직 공무원에 대한 직권면직처분의 경우에도 마찬가지로 적용된다고 할 것이다(대판 2013.1.16. 2011두30687).

⑤ [X] : 판례는 행정처분이 기속행위인지 재량행위인지를 불문하고, 또 주요 절차인지 여부도 묻지 않고 해당 처분이 실제법상으로는 적법하더라도 절차법상의 하자만으로도 위법하여 독립된 취소사유가 된다고 본다(대판 1984.5.9. 84누116 ; 대판 1991.7.9. 91누971).

[정답] ④

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

2016년 국회 8급 [중요도 ★★, 난이도 中]

<보기>

- ㄱ. 고충심사위원회의 결정에는 기속력이 인정되며, 고충심사의 결정은 항고소송의 대상인 행정처분에 해당한다.
- ㄴ. 징계처분을 받은 사립학교 교원은 교육부에 설치된 교원소청심사위원회에 불이익 처분에 대한 심사청구를 할 수 있다.



를 받은 경우만 해당한다. 그리고 임기제공무원의 근무기간이 만료된 경우에도 당연히 퇴직한다(국가공무원법 제69조).

[정답] ②

08. 국가배상제도에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2016년 국회 8급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- ① 공무원의 불법행위에 고의 또는 중과실이 있는 경우 피해자는 국가·지방자치단체나 가해 공무원 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 결합이 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**  출제 영역 및 유형 : 국가배상 일반, 판례

- ① [O] : 공무원이 직무수행 중 불법행위로 타인에게 손해를 입힌 경우에 국가 등이 국가배상책임을 부담하는 외에 **공무원 개인도 고의 또는 중과실이 있는 경우에는 불법행위로 인한 손해배상책임을 지고**, 공무원에게 경과실이 있을 뿐인 경우에는 공무원 개인은 손해배상책임을 부담하지 아니한다(대판 2014.8.20. 2012다54478).
- ② [O] : 일반적으로 국가 또는 지방자치단체가 권한을 행사할 때에는 국민에 대한 손해를 방지하여야 하고, 국민의 안전을 배려하여야 하며, 소속 공무원이 전적으로 또는 부수적으로라도 국민 개개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 법령에서 정한 직무상 의무를 위반하여 국민에게 손해를 가하면 상당인과관계가 인정되는 범위 안에서 국가 또는 지방자치단체가 배상책임을 부담하는 것이지만, **공무원이 직무를 수행하면서 근거되는 법령의 규정에 따라 구체적으로 의무를 부여받았어도 그것이 국민의 이익과는 관계없이 순전히 행정기관 내부의 질서를 유지하기 위한 것이거나, 또는 국민의 이익과 관련된 것이라도 직접 국민 개개인의 이익을 위한 것이 아니라 전체적으로 공공 일반의 이익을 도모하기 위한 것이라면 그 의무를 위반하여 국민에게 손해를 가하여도 국가 또는 지방자치단체는 배상책임을 부담하지 아니한다**(대판 2015.5.28. 2013다41431).
- ③ [O] : 행정법규가 행정청으로서 지켜야 할 일정한 준칙을 규정함에 불과하고 그 범위 안에서 행정청의 재량에 일임하여 그 법규가 정하는 행정목적의 달성을 위하여 객관적으로 구체적 타당성에 적합하도록 하는 이른바 편의재량(공익재량, 합목적재량)의 경우에는 공익상의 필요, 합목적성의 여부는 행정청의 자유재량에 따라 결정하고 그에 적합하다고 인정되는 처분을 선택하는 것이므로, 그 경우에 한 처분에 있어 관계 공무원이 공익성, 합목적성의 인정·판단을 잘못하여 그 재량권의 범위를 넘어선 행정행위를 한 경우가 있다 하더라도 공익성

및 합목적성의 적절 여부의 판단기준은 구체적 사안에 따라 각각 동일하다 할 수 없을 뿐만 아니라, 구체적인 경우 어느 행정처분을 할 것인가에 관하여 행정청 내부에 일용의 기준을 정해 둔 경우 그 기준에 따른 행정처분을 하였다면 이에 관여한 공무원에게 그 직무상의 과실이 있다고 할 수 없다(대판 2002.5.10. 2001다62312).

- ④ [X] : 「국가배상법」 제5조 제1항 소정의 영조물의 설치 또는 관리의 하자는 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 수는 없다. 그리고 위와 같은 안전성의 구비 여부를 판단함에 있어서는 당해 영조물의 용도, 그 설치 장소의 현황 및 이용 상황 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 설치관리자가 그 영조물의 위험성에 비례하여 사회통념상 일반적으로 요구되는 정도의 방호조치의무를 다하였는지 여부를 그 기준으로 함이 상당하며, **객관적으로 보아 시간적·장소적으로 영조물의 기능상 결함으로 인한 손해발생의 예견가능성과 회피가능성이 없는 경우, 즉 그 영조물의 결함이 영조물의 설치·관리자의 관리행위가 미칠 수 없는 상황 아래에 있는 경우에는 영조물의 설치·관리상의 하자가 인정되지 아니한다**(대판 2014.4.24. 2014다201087).

- ⑤ [O] : 구체적인 직무를 수행하는 경찰관으로서의 제반 상황에 대응하여 자신에게 부여된 여러 가지 권한을 적절하게 행사하여 필요한 조치를 할 수 있고, 그러한 권한은 일반적으로 경찰관의 전문적 판단에 기한 합리적인 재량에 위임되어 있으나, 경찰관에게 권한을 부여한 취지와 목적에 비추어 볼 때 **구체적인 사정에 따라 경찰관이 권한을 행사하여 필요한 조치를 하지 아니하는 것이 현저하게 불합리하다고 인정되는 경우에는 권한의 불행사는 직무상 의무를 위반한 것이 되어 위법하게 된다**(대판 2016.4.15. 2013다20427 ; 대판 2010.8.26. 2010다37479).

[정답] ④

09. <보기>에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2016년 국

회 8급 [중요도 ★★★★★, 난이도 中]

<보기>

甲은 관련 법령에 따라 공장등록을 하기 위하여 등록신청을 乙에게 위임하였고, 수입인 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.

- ① [X] : 행정행위를 한 처분청은 그 행위에 하자가 있는 경우에는 별도의 법적 근거가 없더라도 스스로 이를 취소할 수 있다(대판 2014.11.27. 2013두16111).
- ② [X] : 행정청이 침해적 행정처분을 하면서 당사자에게 사전통지를 하거나 의견제출의 기회를 주지 아니하였다면, 사전통지를 하지 아니하거나 의견제출의 기회를 주지 아니하여도 되는 예외적인 경우에 해당하지 아니하는 한, 그 처분은 위법하여 취소를 면할 수 없다(대판 2013.1.16. 2011두30687 ; 대판 2013.5.23. 2011두25555).
- ③ [O] : 수익적 행정처분의 하자가 당사자의 사실은거나 기타 사위의 방법에 의한 신청행위에 기인한 것이라면, 당사자는 처분에 의한 이익을 위법하게 취득하였음을 알아 취소가능성도 예상하고 있었을 것이므로, 그 자신의 처분에 관한 신뢰이익을 원용할 수 없음은 물론, 행정청이 이를 고려하지 아니하였다고 하여도 재량권의 남용이 되지 아니하고(대판 2014.11.27. 2013두16111), 이 경우 당사자의 사실은거나 기타 사위의 방법에 의한 신청행위가 제3자를 통하여 소극적으로 이루어졌다고 하여 달리 볼 것이 아니다(대판 2013.2.15. 2011두1870).
- ④ [X] : 부담적 행정행위의 경우, 그 부담적 행정행위의 취소를 취소하더라도 원행정행위가 회복되지 아니한다(대판 1995.3.10. 94누7027 ; 대판 2002.5.28. 2001두9653). 그러나 수익적 행정행위의 경우, 그 수익적 행정행위의 취소를 취소하면 원행정행위의 효력이 되살아난다(대판 1997.1.21. 96누3401 ; 대판 1967.10.23. 67누126).
- ⑤ [X] : 처분청은 쟁송기간의 도과로 불가쟁력이 발생하여 상대방이 더 이상 쟁송으로 다룰 수 없는 행정행위라도 불가변력이 발생하지 아니한 이상 직권으로 취소하거나 철회할 수 있다(대판 1995.9.15. 95누6311 참조).

[정답] ③

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

2016년 국회 8급 [중요도 ★★, 난이도 중]

- 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 해제 여부에 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 부과의 근거가 되었던 법률규정에 대하여 헌법재판소의 위헌결정이 내려진 경우, 비록 체납처분의 근거법률에 대하여 따로 위헌결정이 내려진 바 없더라도 그 조세채권의 집행을 위한 체납처분은 당연무효이다.

**해설**  출제 영역 및 유형 : 행정행위의 무효와 하자승계, 판례

- ① [X] : 두 개 이상의 행정처분을 연속적으로 하는 경우 선행처분과 후행처분이 서로 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하는 때에는 선행처분에 불가쟁력이 생겨 그 효력을 다룰 수 없게 된 경우에는 선행처분의 하자가 중대하고 명백하여 당연무효인 경우를 제외하고는 선행처분의 하자를 이유로 후행처분의 효력을 다룰 수 없는 것이 원칙이다(대판 2013.3.14. 2012두6964). 즉 선행행위의 하자가 무효사유인 경우에는 후행행위에도 그 영향을 미쳐 후행행위가 무효가 되므로 하자의 승계문제를 논의할 실익이 없다.

- ② [X] : 행정청이 구 「학교보건법」 소정의 학교환경위생정화구역 내에서 금지행위 및 시설의 해제 여부에 관한 행정처분을 하면서 절차상 학교환경위생정화위원회의 심의를 누락한 흠이 있다면 그와 같은 흠을 가리켜 위 행정처분의 효력에 아무런 영향을 주지 않는다고나 경미한 정도에 불과하다고 볼 수는 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 이는 행정처분을 위법하게 하는 취소사유가 된다(대판 2007.3.15. 2006두15806).
- ③ [X] : 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 행정구체절차로 나아가는 데에 별다른 자장이 없었던 것으로 인정되는 경우에는 처분서에 처분의 근거와 이유가 구체적으로 명시되어 있지 않았다고 하더라도 그로 말미암아 그 처분이 위법한 것으로 된다고 할 수는 없다(대판 2013.11.14. 2011두18571).
- ④ [X] : 구 「토지수용법」상 사업인정단계에서의 하자를 다루지 아니하여 이미 경쟁기간이 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 1992.3.13. 91누4324). 즉 선행 사업인정과 후행 수용재결 사이에는 하자의 승계가 인정되지 않는다.
- ⑤ [O] : 조세부과의 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(대판 전합 2012.2.16. 2010두10907).

[정답] ⑤

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

2016년 국회 8급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- 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.

- 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 해당한다(대판 1996.9.20. 95누8003).
- ② [O] : 행정기관 상호간의 내부행위나 중간처분은 국민의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 경우에 한하여 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2008.5.15. 2008두2583), 이에 해당하는 개별공시지가결정은 중간처분이나 그 자체가 행정소송의 대상이 되는 행정처분이다(대판 1996.6.25. 93누17935).
- ③ [O] : 상표원부에 상표권자인 법인에 대한 청산종결등기가 되었음을 이유로 상표권의 말소등록이 이루어졌다고 해도 이는 상표권이 소멸하였음을 확인하는 사실적·확인적 행위에 지나지 않고, 말소등록으로 비로소 상표권 소멸의 효력이 발생하는 것이 아니어서, 상표권의 말소등록은 국민의 권리의무에 직접적으로 영향을 미치는 행위라고 할 수 없다. 한편 「상표법」 제39조 제3항의 위임에 따른 특허권 등의 등록령 제27조는 “말소된 등록의 회복을 신청하는 경우에 등록에 대한 이해관계가 있는 제3자가 있을 때에는 신청서에 그 승낙서나 그에 대항할 수 있는 재판의 등본을 첨부하여야 한다.”고 규정하고 있는데, 상표권 설정등록이 말소된 경우에도 위 등록령 제27조에 따른 회복등록의 신청이 가능하고, 회복신청이 거부된 경우에는 거부처분에 대한 항고소송이 가능하다. 이러한 점들을 종합하면, 상표권자인 법인에 대한 청산종결등기가 되었음을 이유로 한 상표권의 말소등록행위는 항고소송의 대상이 될 수 없다(대판 2015.10.29. 2014두2362).
- ④ [X] : 국·공립대학교원 임용지원자는 임용권자에게 자신의 임용을 요구할 권리가 없을 뿐 아니라 단순한 임용 지원자에 불과하여 임용에 관한 법률상 이익을 가진다고도 볼 수 없어, 임용 여부에 대한 응답을 신청할 법규상 또는 조리상 권리도 없다고 할 것이므로 교원임용을 거부한다는 통보는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 아니한다(대판 2003.10.23. 2002두12489).
- ⑤ [O] : 어업권면허에 선행하는 우선순위결정은 행정청이 우선권자로 결정된 자의 신청이 있으면 어업권면허처분을 하겠다는 것을 약속하는 행위로서 강확상 확약에 불과하고 행정처분은 아니므로, 우선순위결정에 공정력이나 불가쟁력과 같은 효력은 인정되지 아니하며, 따라서 우선순위결정이 잘못되었다는 이유로 종전의 어업권면허처분이 취소되면 행정청은 종전의 우선순위결정을 무시하고 다시 우선순위를 결정한 다음 새로운 우선순위결정에 기하여 새로운 어업권면허를 할 수 있다(대판 1995.1.20. 94누6529). ⇨ 우선순위결정 대상탈락자 결정은 최종적인 법적 효과를 발생하므로 행정처분으로서 취소소송의 대상이 된다.

[정답] ④

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

2016년 국회 8급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- 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.

- ① [X] : 일반적으로 도로는 국가나 지방자치단체가 직접 공중의 통행에 제공하는 것으로서 일반국민은 이를 자유로이 이용할 수 있는 것이기는 하나, 그렇다고 하여 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 수 없다. 다만 도로의 용도폐지 처분에 관하여 직접적인 이해관계를 가지는 사람이 그와 같은 이익을 현실적으로 침해당한 경우에는 그 취소를 구할 법률상의 이익이 있다(대판 1992.9.22. 91누13212).
- ② [X] : 하천의 점용허가권은 특허에 의한 공물사용권의 일종으로서 하천의 관리주체에 대하여 일정한 특별사용을 청구할 수 있는 채권에 지나지 아니하고 대세적 효력이 있는 물건이라 할 수 없다(대판 2015.1.29. 2012두27404).
- ③ [O] : 하천점용권과 같은 공물의 특허사용권은 공물인 하천을 사용하고 점용하는 것을 내용으로 하므로 재산권의 일종이고, 따라서 처분청의 허가를 받아 양도할 수 있는 것이 원칙이다.
- 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 묵시적 의사표시도 무방하다. 그리고 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 공용폐지의사의 존재가 추단될 수 있어야 한다(대판 2009.12.10. 2006다87538).
- ⑤ [X] : 「도로법」상 도로의 점용이라 함은, 일반공중의 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 도로점용부분이 동시에 일반공중의 교통에 공용되고 있다고 하여 도로점용이 아니라고 말할 수 없는 것이다(대판 1998.9.22. 96누7342 ; 대판 1999.5.14. 98두17906).

[정답] ③

13. 행정행위의 성격에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? 2016년 국회 8급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- 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 토지 등 소유자에 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** 출제 영역 및 유형 : 특허·인가·확인 등, 판례

- ① [O] : 「친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법」 제3조 제1항 본문, 제9조 규정들의 취지와 내용에 비추어 보면 「같은 법」 제2조 제2호에 정한 친일재산은 친일반민족행위자재산조사위원회가 국가귀속결정을 하여야 비로소 국가의 소유로 되는 것이 아니라 특별법의 시행에 따라 그 취득·증여 등 원인행위시에 소급하여 당연히 국가의 소유로 되고, 위 **위원회의 국가귀속결정**은 당해 재산이 친일재산에 해당한다는 사실을 확인하는 이른바 준법률행위적 행정행위의 성격을 가진다(대판 2008.11.13. 2008두13491).
- ② [O] : 「민법」 제45조와 제46조에서 말하는 **재단법인의 정관변경 허가**는 법률상의 표현이 허가로 되어 있기는 하나, 그 성질에 있어 법률행위의 효력을 보충해 주는 것이지 일반적 금지를 해제하는 것이 아니므로, 그 **법적 성격은 인가라고 보아야 한다**(대판 전합 1996.5.16. 95누4810).
- ③ [O] : 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 국토해양부령이 정하는 서류를 첨부하여 시장·군수에게 제출하고 사업시행인가를 받아야 하고, 이러한 절차를 거쳐 사업시행인가를 받은 토지 등 소유자들은 관할 행정청의 감독 아래 정비구역 안에서 같은 법상의 도시환경정비사업을 시행하는 목적 범위 내에서 법령이 정하는 바에 따라 일정한 행정작용을 행하는 행정주체로서의 지위를 가진다. 그렇다면 **토지 등 소유자들이 직접 시행하는 도시환경정비사업에서 토지 등 소유자에 대한 사업시행인가처분**은 단순히 사업시행계획에 대한 보충행위로서의 성질을 가지는 것이 아니라 같은 법상 정비사업을 시행할 수 있는 권한을 가지는 행정주체로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 가진다(대판 2013.6.13. 2011두19994).
- ④ [O] : 「**여객자동차 운수사업법**」에 의한 **개인택시운송사업면허**는 특정인에게 권리나 이익을 부여하는 행정행위로서 법령에 특별한 규정이 없는 한 재량행위이고, 그 면허를 위하여 필요한 기준을 정하는 것도 역시 행정청의 재량에 속하는 것이다(대판 1998.2.13. 97누13061 ; 대판 2010.1.28. 2009두19137).
- ⑤ [X] : 구 「**표시·광고의 공정화에 관한 법률**」 위반을 이유로 한 **공정거래위원회의 경고의결**은 당해 표시·광고의 위법을 확인하되 구체적인 조치까지는 명하지 않는 것으로 사업자가 장래 다시 위 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」 위반행위를 할 경우 과징금 부과 여부나 그 정도에 영향을 주는 고려사항이 되어 사업자의 자유와 권리를 제한하는 **행정처분에 해당한다**(대판 2013.12.26. 2011두4930).

[정답] ⑤

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

2016년 국회 8급 [중요도 ★, 난이도 中]

- 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.

- ① [○] : 「행정심판법」 제47조 제1항에서 규정하고 있는 불고불리의 원칙에 대한 내용이다.
- 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(대판 2014.5.16. 2013두26118).
- ③ [X] : 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 국무총리를 거쳐 대통령이 임명한다(행정심판법 제8조 제3항).
- ④ [○] : 사정재결은 무효등확인심판에는 적용하지 아니한다(행정심판법 제44조 제3항). 이를 취소심판·의무이행심판에만 인정하고 무효등확인심판에는 적용하지 않는 이유는 무효와 부존재는 언제나 무효 또는 부존재이고, 유효와 존재의 경우에는 사정재결이 필요하기 때문이다.
- ⑤ [○] : 「행정심판법」 제51조

[정답] ③

15. 현행 「지방자치법」에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? 2016년 국회 8급 [중요도 ★, 난이도 下]

- 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 재적의원 3분의 1 이상의 의원이 요구하면 15일 이내에 임시회를 소집하여야 한다.
- ④ 지방자치단체의 장은 주무부장관 또는 시·도시자의 직무이행명령에 이의가 있으면, 주무부장관의 이행명령에 대해서는 대법원에, 시·도시자의 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.

- ① [○] : 지방자치단체는 (1) 외교, 국방, 사법, 국제 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 사무에 해당하는 국가사무를 처리할 수 없다. 다만, 법률에 이와 다른 규정이 있는 경우에는 국가사무를 처리할 수 있다(지방자치법 제11조).

② [O] : 주민은 그 지방자치단체의 장 및 지방의회의원(비례대표 지방의회의원은 제외한다)을 소환할 권리를 가진다(지방자치법 제20조 제1항).

③ [O] : 지방의회는 매년 2회 정례회를 개최한다(지방자치법 제44조 제1항). 그리고 지방의회의장은 지방자치단체의 장이나 재적의원 3분의 1 이상의 의원이 요구하면 15일 이내에 임시회를 소집하여야 한다. 다만, 의장과 부의장이 사고로 임시회를 소집할 수 없으면 의원 중 최다선의원이, 최다선의원이 2명 이상인 경우에는 그 중 연장자의 순으로 소집할 수 있다(지방자치법 제45조 제2항).

④ [X] : 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. 지방자치단체의 장은 위 이행명령에 의의가 있으면 이행명령서를 접수한 날부터 15일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다. 이 경우 지방자치단체의 장은 이행명령의 집행을 정지하게 하는 집행정지결정을 신청할 수 있다(지방자치법 제170조 제1항, 제3항).

⑤ [O] : 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(지방자치법 제22조).

[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)

2016년 국회 8급 [중요도 ★★★★★, 난이도 中]

- 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 제재사유인 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 출제 영역 및 유형 : 제재사유인 승계, 법령+이론+판례

① [X], ② [X] : 개별법상 책임의 승계를 인정하는 명문규정이 없다 하더라도 **대물적 처분**은 영업의 양수인에

게 그 책임이 승계되는 것이 원칙이다(대판 2001.6.29. 2001두1611). 따라서 양수인에게 양도인의 행위에 따른 제재를 할 수 있다. 그러나 **대인적 처분**은 일신전속적 성질을 가지므로 **책임의 승계가 인정되지 않는다**.

③ [X] : 「식유사업법」 제9조 제3항 및 그 시행령이 규정하는 식유판매업의 적극적 등록요건과 제9조 제4항, 제5조가 규정하는 소극적 결격사유 및 제9조 제4항, 제7조가 식유판매업자의 영업양도, 사망, 합병의 경우뿐만 아니라 경매 등의 절차에 따라 단순히 식유판매시설만의 인수가 이루어진 경우에도 식유판매업자의 지위승계를 인정하고 있는 점을 종합하여 보면, 식유판매업 등록은 원칙적으로 대물적 하가의 성격을 갖고, 또 식유판매업자가 「같은 법」 제26조의 유사식유제품 판매금지를 위반함으로써 「같은 법」 제13조 제3항 제6호, 제1항 제11호에 따라 받게 되는 **사업정지 등의 제재처분**은 사업자 개인의 자격에 대한 제재가 아니라 사업의 전부나 일부에 대한 것으로서 **대물적 처분**의 성격을 갖고 있으므로, 위와 같은 지위승계에는 종전 식유판매업자가 유사식유제품을 판매함으로써 받게 되는 사업정지 등 제재처분의 승계가 포함되어 그 지위를 승계한 자에 대하여 사업정지 등의 제재처분을 취할 수 있다고 보아야 하고, 「같은 법」 제14조 제1항 소정의 **과징금**은 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 뿐**이므로, 지위승계의 효과에 있어서 **과징금부과처분**을 사업정지처분과 달리 볼 이유가 없다(대판 2003.10.23. 2003두8005).

④ [X] : 판례는 대물적 처분의 성격을 갖는 영업이 양도된 경우, 그 책임의 승계가 인정되는 것은 물론이고 제재사유의 승계도 인정하고 있다(대판 1986.7.22. 86누203 ; 대판 2003.10.23. 2003두8005).

⑤ [O] : (1) 「식품위생법」 제78조(행정 제재처분 효과의 승계) 영업자가 영업을 양도하거나 법인이 합병되는 경우에는 제75조 제항 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**. (2) 「먹는물관리법」 제49조(행정처분 효과의 승계) 먹는물 관련 영업자가 그 영업을 양도하거나 법인을 합병할 경우에는 제48조 제1항 각 호 및 제2항을 위반한 사유로 종전의 먹는물 관련 영업자에게 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 못하였음을 증명하면 그러하지 아니하다**.

[정답] ⑤

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

2016년 국회 8급 [중요도 ★★, 난이도 中]

<보기>

甲은 A 구청장으로부터 「식품위생법」의 관련 규정에 따라 적법하게 유흥접객업 영업허가를 받아 영업을 시작하였다. 영업을 시작한 지 1년이 지난 후에 甲의 영업장을 포함한 일부 지역이 새로이 적법한 절차에 따라 학교환경위생정화구역으로 설정되었다. A 구청장은 甲의 영업을 관할 학교환경위생정화위원회의 심의에 따라 금지되는 행위로 결정되었다는 이유로 청문을 거친 후에 甲의 영업허가를 취소하였다. 甲은 A 구청장의 취소처분이 위법하다고 주장하면서 영업허가 취소처분에 대하여 취소소송을 제

기하였다.

- ① 甲에 대한 영업허가를 철회하기 위하여서는 중대한 공익상의 필요가 있어야 한다.
- ② A 구청장은 甲에 대한 영업허가의 허가권자로서 이에 대한 철회권도 갖고 있다.
- ③ A 구청장은 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 A 구청장의 甲에 대한 영업허가 취소는 처분시로 소급하여 효력을 소멸시키는 것이 아니라 장래효를 갖는다.
- ⑤ 甲이 위 취소소송을 제기하여 기각판결을 받았다고 하더라도 A 구청장은 위 영업허가 취소 처분을 철회할 수 있다.

**해설** 출제 영역 및 유형 : 철회, 이론+판례

- ① [O] : 행정행위의 철회는 적법요건을 구비하여 완전히 효력을 발하고 있는 행정행위를 사후적으로 그 행위의 효력의 전부 또는 일부를 장래에 향해 소멸시키는 행정처분이므로, 철회사유는 행정행위가 성립된 이후에 새로이 발생한 것으로서 행정행위의 효력을 존속시킬 수 없는 사유를 말한다(대판 2014.10.27. 2012두11959). 따라서 사례에서의 영업허가의 취소는 강학상 철회에 해당한다. 그런데 수익적 행정처분을 취소 또는 철회하거나 중지시키는 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 하고, 그 처분으로 인하여 공익상의 필요보다 상대방이 받게 되는 불이익 등이 막대한 경우에는 재량권의 한계를 일탈한 것으로서 그 자체가 위법하다(대판 2004.7.22. 2003두7606 ; 대판 2004.11.26. 2003두10251).
- ② [O] : 철회는 특별한 규정이 없는 한 처분청만이 행할 수 있는 것이 원칙이다(대판 2004.11.26. 2003두10251).
- ③ [X] : 허가의 취소(강학상 철회)처분에는 그 근거가 되는 법령이나 취소권 유보의 부관 등을 명시하여야 함은 물론 처분을 받은 자가 어떠한 위반사실에 대하여 당해 처분이 있었는지를 알 수 있을 정도의 사실의 적시를 요한다고 할 것이므로, 이와 같은 취소처분의 근거와 위반사실의 적시를 빠뜨린 하자는 피처분자가 처분 당시 그 취지를 알고 있었다거나 그 후 알게 되었다고 하여도 이로써 치유될 수는 없다(대판 1987.5.26. 86누788).
- ④ [O] : 철회는 장래효를 원칙으로 한다(대판 2014.10.27. 2012두11959). 다만 소급효를 인정하지 않으면 철회의 의미가 없게 되는 경우(예컨대 행정행위에 의하여 보조금이 지급된 경우에 상대방의 부담 또는 법령상의 의무 불이행을 이유로 그 지급결정을 철회하는 경우)에는 예외적으로 소급효가 인정된다.
- ⑤ [O] : 판결의 기속력은 인용판결에 한하여 인정되고 기각판결에는 인정되지 않는다. 왜냐하면 기각판결을 받았다는 것은 계쟁처분이 적법하다는 것이고, 그 결과 피고 행정청에게 판결의 취지에 따른 행위의무가 발생하지 않기 때문이다. 따라서 취소소송을 제기하여 기각판결을 받았다고 하더라도 처분청은 해당 처분(영업허가취소 처분)을 직권으로 취소하거나 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) 2016년 국회 8급 [중요도 ★★★★★, 난이도 上]

- ① 주택재개발조합 설립추진위원회의 구성을 승인하는 처분은 보충행위로서 강학상 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 조합설립 인가처분이 이루어진 경우에는 조합설립결의의 하자를 당사자소송으로 다퉴 것이고 조합설립 인가처분에 대해 항고소송을 제기할 수 없다.

**해설** 출제 영역 및 유형 : 재개발(재건축)조합, 판례

- ① [O] : 구 「도시 및 주거환경정비법」상 **주택재개발조합 설립추진위원회의 구성을 승인하는 처분**은 조합의 설립을 위한 주체에 해당하는 비법인사단인 **추진위원회를 구성하는 행위**를 보충하여 그 효력을 부여하는 처분인 데 반하여, 조합설립 인가처분은 법령상 요건을 갖춘 경우 같은 법상 주택재개발사업을 시행할 수 있는 권한을 가지는 행정주체(공법인)로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분이므로, 양자는 그 목적과 성격을 달리한다(대판 2013.12.26. 2011두8291).
- ② [O] : 재개발조합설립 인가신청에 대한 행정청의 **조합설립 인가처분**은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 가지는 것이 아니라 법령상 일정한 요건을 갖추는 경우 행정주체(공법인)의 지위를 부여하는 **일종의 설권적 처분의 성질(즉 특허)을 가진다고** 보아야 한다(대판 2010.1.28. 2009두4845).
- ③ [O] : 구 「도시 및 주거환경정비법」에 기초하여 도시환경정비사업조합(주택재개발정비사업조합)이 수립한 사업시행계획은 그것이 인가·고시를 통해 확정되면 이해관계인에 대한 구속적 행정계획으로서 독립된 행정처분에 해당하므로, **사업시행계획을 인가하는 행정청의 행위는 도시환경정비사업조합(주택재개발정비사업조합)의 사업시행계획에 대한 법률상의 효력을 완성시키는 보충행위에 해당한다**(대판 2010.12.9. 2010두1248 ; 대판 2010.12.9. 2009두4913).
- ④ [O] : 주택재건축정비사업조합이 행정주체의 지위에서 「도시 및 주거환경정비법」 제48조에 따라 수립하는 **관리처분계획**은 정비사업의 시행 결과 조성되는 대지 또는 건축물의 관리귀속에 관한 사항과 조합원의 비용분담에 관한 사항 등을 정함으로써 조합원의 재산상 권리·의무 등에 구체적이고 직접적인 영향을 미치게 되므로, 이는 **구속적 행정계획으로서 재건축조합이 행하는 독립된 행정처분에 해당한다**(대판 2009.11.26. 2008다41383). 따라서 관리처분계획의 내용에 관하여 다툼이 있는 경우에는 항고소송의 방법으로 그 무효확인이나 취소를 구할 수 있다(대판 2002.12.10. 2001두6333). 이에 반하여 「도시 및 주거환경정비법」상 행정주체인 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 효력 등을 다투는 소송은 「행정소송법」상의 당사자소송에 해당한다(대판 전합 2009.9.17. 2007다2428).
- ⑤ [X] : 도시환경정비사업조합 설립인가신청에 대한 행정청의 조합설립 인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 가지는 것이 아니라 법령상 일정한 요건을 갖추는 경우 행정주체(공법인)의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성질을 가진다고 봄이 상당하다. 그리고 그와 같이 보는 이상, 일단 조합설립 인가처분이 있는 경우 조합설립결의는 위 인가처분이라는 행정처분을 하는 데 필요한 요건 중 하나에 불과한 것이어서, **조합설립 인가처분이 있는 이후에는 조합설립결의의 하자를 이유로 조합설립의 무효를 주장하는 것은 조합설립 인가처분의 취소 또는 무효확인을 구하는 항고소송의 방법에 의하여야 할 것이고, 이와는 별도로 조합설립결의만을 대상으로 그 효력 유무를 다투는 확인의 소를 제기하는 것은 확인의 이익이 없어 허용되지 아니한다**(대결 2010.4.8. 2009마1026).

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

2016년 국회 8급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- ① 내부의 위임전결규정에 위반하여 처분이 이루어진 경우 그 처분은 권한배분질서에 위반된 권한행사에 의해 이루어진 것이어서 권한 없는 자에 의하여 행하여진 무효의 처분이다.
- ② 위임의 개별 근거규정이 없는 경우 「정부조직법」 제6조 제1항, 「행정권한의 위임 및 위탁에 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 원 행정청의 명이나 대리관계를 밝히지 아니하고는 그의 명의로 처분 등을 할 권한이 없는 행정청이 그의 명의로 한 처분에 대하여도 처분명의자인 행정청이 피고가 되어야 한다.
- ⑤ 권한의 위임이 이루어지면 수임청이 자기 명의로 권한을 행사한다.

해설 출제 영역 및 유형 : 권한의 위임, 이론+판례

- ① [X] : 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(대판 1998.2.27. 97누1105).
- ② [O] : 「정부조직법」 제6조 제1항과 이에 기한 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제3조·제4조에 위임·재위임에 관한 일반적인 근거규정이 있으므로 개별 법령에 근거규정이 없는 경우에도 위임·재위임을 할 수 있다(대판 전합 1995.7.11. 94누4615).
- ③ [O] : 기관위임사무는 조례에 의하여 재위임할 수 없고, 위임기관의 장의 승인을 받은 후 지방자치단체장이 제정한 규칙이 정하는 바에 따라 재위임하는 것만이 가능하다(대판 전합 1995.7.11. 94누4615 ; 대판 전합 1995.8.22. 94누5694).
- 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 아니하고는 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. 95누14688).
- ⑤ [O] : 권한의 위임이 있으면 위임청의 권한은 상실되고 수임청의 권한으로 이전되어 수임청이 자기의 명의로 권한을 행사하게 된다(대판 2007.8.23. 2005두3776).

[정답] ①

20. 과태료 부과처분에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? 2016년 국회 8급 [중요도 ★★★, 난이도 上中下]

- ① 과태료 부과에 대해서는 일반적으로 「질서위반행위규제법」이 적용되므로 그 부과처분에 대해 불복이 있을 때에는 법원에서 「비송사건절차법」을 준용하여 이에 대해 재판하고 과태료 부과처분에 대해 항고소송은 원칙적으로 허용되지 않는다.

- ② 「질서위반행위규제법」상의 과태료를 부과하기 위해서는 위반행위자에게 반드시 고의나 과실이 있어야 한다.
- ③ 「지방자치법」 제27조의 조례 위반에 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 부과 여부 및 그 당부는 최종적으로 「질서위반행위규제법」에 의한 절차에 의하여 판단되어야 하므로 그 과태료 부과처분은 행정청을 피고로 하는 행정소송의 대상이 되는 처분이라고 할 수 없다.

**해설**  출제 영역 및 유형 : 행정법결, 법령+이론+판례

- ① [O] : 과태료의 부과·징수, 재판 및 집행 등의 절차에 관한 다른 법률의 규정 중 이 법의 규정에 저촉되는 것은 이 법으로 정하는 바에 따른다(질서위반행위규제법 제5조). 즉 「질서위반행위규제법」은 과태료의 과별절차에 관한 일반법이다. 그리고 「비송사건절차법」 제2조부터 제4조까지, 제6조, 제7조, 제10조(인증과 감정을 제외한다) 및 제24조부터 제26조까지의 규정은 이 법에 따른 과태료 재판에 준용한다(질서위반행위규제법 제28조). 따라서 과태료 부과처분에 대해 불복이 있을 때에는 항고소송에 의할 것이 아니라 「비송사건절차법」에 따른 과태료 재판에 의하게 된다.
- ② [O] : 고의 또는 과실이 없는 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다(질서위반행위규제법 제7조).
- ③ [X] : 종전에는 과태료처분에 불복하는 경우 「지방자치법」 제27조 제3항-제5항에서 별도로 그 이의제기와 「비송사건절차법」에 따른 과태료 재판을 받도록 규정하고 있었으나, 「질서위반행위규제법」이 제정되면서 위 규정이 삭제되었다. 그런데 「지방자치법」 제139조 제3항과 달리 「지방자치법」 제27조에서 명시적으로 「질서위반행위규제법」에 따른다는 규정을 두고 있지는 않으나, 현재는 「지방자치법」 제27조 제1항·제2항의 조례 위반에 대한 과태료의 부과·징수, 재판 및 집행 등의 절차는 「질서위반행위규제법」이 정하는 바에 따라야 할 것이다. 따라서 과태료 부과에 불복하는 당사자가 이의제기를 하면 그 과태료 부과처분은 효력을 상실하므로(질서위반행위규제법 제20조), 과태료 부과처분은 항고소송의 대상인 처분성을 인정할 수 없다.
- ④ [O] : 「지방자치법」 제139조(사용료의 징수조례 등) 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 ‘하수도사용조례’에 기한 과태료의 부과 여부 및 그 당부는 최종적으로 「질서위반행위규제법」에 의한 절차에 의하여 판단되어야 한다고 할 것이므로, 그 과태료 부과처분은 행정청을 피고로 하는 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다(대판 2012.10.11. 2011두19369).

[정답] ③

21. 행정계획에 대한 관례의 입장으로 옳지 않은 것은? 2016년 국회 8급 [중요도 ★★, 난이도 중]

- ① 공유수면 점용허가를 필요로 하는 채광계획 인가신청에 대하여, 공유수면 관리청이 공유수면 점용을 허용하지 않기로 결정한 경우, 채광계획 인가신청은 이를 사유로 채광계획 인가신청

청을 반려했을 수 없다.

- ② 건설부장관이 구「주택건설촉진법」에 따라 관계기관의 장과의 협의를 거쳐 사업계획승인을 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.
- 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·정비·개발 등과 같은 특정한 행정목표를 달성하기 위하여 서로 관련되는 행정수단을 종합·조정함으로써 장래의 일정한 시점에 있어서 일정한 질서를 실현하기 위한 활동기준이다.

**해설** 출제 영역 및 유형 : 행정계획, 판례

- ① [X] : 채광계획이 중대한 공익에 배치된다고 할 때에는 인가를 거부할 수 있고, 채광계획을 불인가하는 경우에는 정당한 사유가 제시되어야 하며 자의적으로 불인가를 하여서는 아니 될 것이므로 채광계획인가는 계속채광행위에 속하는 것으로 보아야 할 것이다. 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 점용을 허가 여부를 결정할 수 있고, 그 결과 공유수면 점용을 허용하지 않기로 결정하였다면, 채광계획 인가관청은 이를 사유로 하여 채광계획을 인가하지 아니할 수 있는 것이다(대판 2002.10.11. 2001두151).
- ② [O] : 건설부장관이 구「주택건설촉진법」 제33조에 따라 관계기관의 장과의 협의를 거쳐 사업계획승인을 한 이상 같은 조 제4항의 허가·인가·결정·승인 등이 있는 것으로 볼 것이고, 그 절차와 별도로 구「도시계획법」 제12조 등 소정의 중앙도시계획위원회의 의결이나 주민의 의견청취 등 절차를 거칠 필요는 없다(대판 1992.11.10. 92누1162).
- ③ [O] : 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(대판 1982.3.9. 80누105).
- ④ [O] : 구「토지구획정리사업법」 제57조, 제62조 등의 규정상 환지에정지 지정이나 환지처분은 그에 의하여 직접 토지소유자 등의 권리의무가 변동되므로 이를 항고소송의 대상이 되는 처분이라고 볼 수 있으나, 환지계획은 위와 같은 환지에정지 지정이나 환지처분의 근거가 될 뿐 그 자체가 직접 토지소유자 등의 법률상의 지위를 변동시키거나 또는 환지에정지 지정이나 환지처분과는 다른 고유한 법률효과를 수반하는 것이 아니어서 이를 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 할 수가 없다(대판 1999.8.20. 97누6889).
- ⑤ [O] : 행정계획이라 함은 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 활동기준으로 설정된 것이다(대판 2007.4.12. 2005두1893).

[정답] ①

22. 행정행위의 무효와 취소의 구별에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2016년 국회 8급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- 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 의 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 출제 영역 및 유형 : 무효와 취소, 법령+이론+판례

- ① [O] : 행정처분이 **당연무효임을 전제로 하여 민사소송을 제기한 때에는** 그 행정처분의 **당연무효인지의 여부가 선결문제**이므로 법원은 이를 심사하여 그 행정처분의 하자가 중대하고 명백하여 **당연무효라고 인정될 경우에는 이를 전제로 하여 판단할 수 있으나**, 그 하자가 단순한 취소사유에 그칠 때에는 법원은 그 효력을 부인할 수 없다(대판 1973.7.10. 70다1439).
- ② [X] : 행정처분의 **당연무효를 선언하는 의미에서 그 취소를 청구하는 행정소송을 제기한 경우에도 전심절차와 제소기간의 준수 등 취소소송의 제소요건을 갖추어야 한다**(대판 1990.12.26. 90누6279 ; 대판 1993.3.12. 92누11039).
- ③ [O] : 취소소송에 관한 규정 중 제18조(**행정심판과의 관계**)는 **무효등확인소송에 준용되지 않는다**(행정소송법 제38조 제1항).
- ④ [O] : 「행정소송법」 제38조 제1항이 무효확인판결에 관하여 취소판결에 관한 규정을 준용함에 있어서 「같은 법」 제30조 제2항을 준용한다고 규정하면서도 「같은 법」 제34조는 이를 준용한다는 규정을 두지 않고 있으므로 **행정처분에 대하여 무효확인판결이 내려진 경우에는 그 행정처분이 거부처분인 경우에도 행정청에 판결의 취지에 따른 재처분의무가 인정될 뿐 그에 대하여 간접강제까지 허용되는 것은 아니라고 할 것이다**(대결 1998.12.24. 98무37).
- ⑤ [O] : **하자 있는 행정행위의 치유**는 무효인 행정행위에서는 인정되지 않고 취소할 수 있는 행정행위에만 인정된다.

[정답] ②

23. 행정소송의 제소기간에 대한 설명으로 옳지 않은 것을 <보기>에서 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2016년 국회 8급 [중요도 ★★, 난이도 中]

<보기>

- ㄱ. 당사자소송은 취소소송의 제소기간이 적용되지 않으나, 법령에 제소기간이 정해져 있는 경우에 그 기간은 불변기간이다.
- ㄴ. 행정심판 등 전심절차를 거친 경우에도 부작위위법확인소송은 부작위상태가 계속

㉔. 「행정소송법」 제20조(제소기간) 제2항의 규정상 소장의 “정당한 사유”란 「민사소송법」 제173조(소송행위의 추후보완)의 “당사자가 책임질 수 없는 사유”나 「행정심판법」 제27조(심판청구의 기간) 제2항의 “불가항력적인 사유”보다는 넓은 개념이다.

㉕. 조세심판에서 재결청의 재조사결정에 따른 행정소송의 기산점은 후속처분의 통지를 받은 날이다.

- ①  $\neg$   
②  $\perp$   
③  $\neg, \perp$   
④  $\perp, \sqsubset$   
⑤  $\neg, \perp, \sqsubset$

ㄱ. [O] : 취소소송의 제소기간에 관한 제20조의 규정은 당사자소송에 준용되지 않는다(행정소송법 제44조 제1항).  
그러나 당사자소송에 관하여 법령에 제소기간이 정하여져 있는 때에는 그 기간은 불변기간으로 한다(제41조).

ㄴ. [X] : 취소소송의 제소기간에 관한 제20조의 규정은 부작위위법확인소송의 경우에 준용한다(행정소송법 제38조 제2항). 따라서 **행정심판 등 전심절차를 거친 경우에는** 재결서의 정보를 송달받은 날부터 90일 이내에 부작위위법확인소송을 제기하여야 한다(대판 2009.7.23. 2008두10560). 한편 부작위는 외관상 명시적인 처분이 없고 또 부작위상태가 계속되는 한 언제든지 소를 제기할 수 있는 것이므로, **행정심판을 거치지 않고 부작위위법확인소송을 제기하는 경우에는 제소기간의 제한을 받지 않는다**.

ㄷ. [O] : 「행정소송법」 제20조 제2항 소정의 “**정당한 사유**”란 불확정개념으로서 그 존부는 사안에 따라 개별적·구체적으로 판단하여야 하나 「민사소송법」 제173조(소송행위의 추후보완)의 “당사자가 그 책임을 질 수 없는 사유”나 「행정심판법」 제27조(심판청구의 기간) 제2항 소정의 “천재지변, 전쟁, 사변 그 밖의 불가항력적인 사유”보다는 넓은 개념이라고 풀이되므로, 제소기간도과의 원인 등 여러 사정을 종합하여 지연된 제소를 허용하는 것이 사회통념상 상당하다고 할 수 있는가에 의하여 판단하여야 한다(대판 1991.6.28. 90누6521).

ㄹ. [O] : 재조사결정은 처분청의 후속처분에 의하여 그 내용이 보완됨으로써 이의신청 등에 대한 결정으로서의 효력이 발생한다고 할 것이므로, **재조사결정에 따른 심사청구기간이나 심판청구기간 또는 행정소송의 제소기간**은 이의신청인 등이 후속처분의 통지를 받은 날부터 기산된다(대판 전합 2010.6.25. 2007두12514).

24. 甲이 관할 행정청으로부터 영업허가취소처분을 받았고, 이에 대해 취소소송을 제기하여 취소판결이 확정된 경우, 이에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)      2016년 국회 8급 [중요도 ★★★★★, 난이도 中]

- 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 하였더라도 이는 무허가영업에 해당하지 않는다.
- ⑤ 취소판결이 확정된 이후에는 다른 사유를 근거로 하더라도 다시 영업허가를 취소하는 처분을 할 수 없다.

**해설** 출제 영역 및 유형 : 판결의 효력, 이론+판례

- ① [X] : 취소판결이 확정된 경우에는 기판력, 기속력은 물론이고 형성력도 인정된다.
- ② [X] : 어떠한 행정처분이 후에 항고소송에서 취소되었다고 할지라도 그 기판력에 의하여 당해 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없는 것이고, 그 행정처분의 담당공무원이 보통 일반의 공무원을 표준으로 하여 볼 때 객관적 주의의무를 결하여 그 행정처분이 객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 정도에 이른 경우에 「국가배상법」 제2조가 정한 국가배상책임의 요건을 충족하였다고 봄이 상당할 것이다(대판 2012.5.24. 2012다11297).
- ③ [X] : 행정처분의 위법 여부는 행정처분이 행하여졌을 때의 법령과 사실상태를 기준으로 하여 판단해야 하고, 처분 후 법령의 개폐나 사실상태의 변동에 의하여 영향을 받지 않는다(대판 2012.10.11. 2011두8277).
- ④ [O] : 영업의 금지를 명한 영업허가취소처분 자체가 나중에 행정쟁송결자에 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(대판 1993.6.25. 93도277).
- ⑤ [X] : 판결의 기속력은 판결의 주문뿐만 아니라 그 전제가 되는 처분 등의 구체적 위법사유에 관한 이유 중의 판단에 대하여도 인정된다(대판 2001.3.23. 99두5238). 따라서 다른 사유로 동일한 처분을 하더라도 기속력에 반하지 않는다.

[정답] ④

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

2016년 국회 8급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- ① 처분청이 재처분을 하였더라도 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 제3자효 행정처분에서 절차의 하자를 이유로 원고가 취소확정판결을 받은 경우 당해 처분청은 원처분과 동일한 처분을 할 수 없다.
- ⑤ 취소판결의 기속력은 판결의 주문(主文)에 대하여서만 발생한다.

**해설** 출제 영역 및 유형 : 기속력, 이론+판례

- ① [O] : 거부처분에 대한 취소의 확정판결이 있음에도 행정청이 아무런 재처분을 하지 아니하거나, 재처분을 하였다 하더라도 그것이 종전 거부처분에 대한 취소의 확정판결의 기속력에 반하는 등으로 당연히무효라면 이는 아무런 재처분을 하지 아니한 때와 마찬가지로 할 것이므로 이러한 경우에는 「행정소송법」 제30조 제2항, 제34조 제1항 등에 의한 간접강제신청에 필요한 요건을 갖춘 것으로 보아야 한다(대결 2002.12.11. 2002무22).

- ② [X] : 판결의 기속력은 인용판결에 한하여 인정되고 기각판결에는 인정되지 않는다. 왜냐하면 기각판결을 받았다는 것은 계쟁처분이 적법하다는 것이고, 그 결과 피고 행정청에게 판결의 취지에 따른 행위의무가 발생하지 않기 때문이다. 따라서 취소소송을 제기하여 기각판결을 받았다고 하더라도 처분청은 해당 처분(영업허가취소 처분)을 직권으로 취소하거나 철회할 수 있다.
- ③ [X] : 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(행정소송법 제30조 제2항). 그러나 반드시 원고의 신청을 인용하는 재처분을 하여야 하는 것은 아니다. 따라서 처분 행정청은 종전 처분 후에 발생한 새로운 사유를 내세워 다시 거부처분을 할 수 있고, 그러한 처분도 「행정소송법」 제30조 제2항에 규정된 재처분에 해당한다(대판 2011.10.27. 2011두14401).
- ④ [X] : 어떤 행정처분에 위법한 하자가 있다는 이유로 그 행정처분을 취소하는 판결이 선고되어 확정된 경우에 처분행정청은 그 행정소송의 사실심 변론종결 이전의 사유를 내세워 다시 확정판결에 저촉되는 행정처분을 하는 것은 허용될 수 없는 것이지만, 그 확정판결의 취소사유가 행정처분의 절차나 형식상의 하자에 있었던 경우에는 그 확정판결이 행정청을 기속하는 효력은 취소사유로 된 절차 내지 형식의 위법에 한하여 미친다 할 것이므로 행정청은 적법한 절차나 형식을 갖추어 동일 내용의 처분을 할 수 있다 할 것이다(대판 1985.5.28. 84누408).
- 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(대판 2001.3.23. 99두5238 ; 대판 2016.3.24. 2015두48235).

[정답] ①

