

[2017년 서울시 사회복지직 9급 행정법 기출문제]

☆ 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 다음 중 행정주체에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「도시 및 주거환경정비법」상 주택재건축정비사업조합은 공법인으로서 목적 범위 내에서 법령이 정하는 바에 따라 일정한 행정작용을 행하는 행정주체의 지위를 갖는다.
- ② 공무수탁사인은 수탁받은 공무를 수행하는 범위 내에서 행정주체이고, 「행정절차법」이나 「행정소송법」에서는 행정청이다.
- ③ 경찰과의 사법상 용역계약에 의해 주차위반차량을 견인하는 민간사업자는 공무수탁사인 이 아니다.
- ④ 지방자치단체는 행정주체이지 행정권 발동의 상대방인 행정객체는 될 수 없다.

■ 해설 ① 행정청이 도시 및 주거환경정비법 등 관련 법령에 근거하여 행하는 조합설립인가처분은 단순히 사

인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것에 그치는 것이 아니라 법령상 요건을 갖출 경우 도시 및 주거환경정비법상 주택재건축사업을 시행할 수 있는 권한을 갖는 **행정주체(공법인)로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분**의 성격을 갖는다고 보아야 한다(대법원 2009.9.24, 2008다60568).

- ② 공무수탁사인은 수탁받은 공무를 수행하는 범위 내에서 행정주체이다. 그러나 「행정절차법」이나 「행정소송법」에서 법령 또는 자치법규에 따라 행정권한을 위임 또는 위탁받은 공공단체 또는 그 기관이나 사인(私人)은 행정청이다.
- ③ ㉠ 단순히 경영위탁을 받은 사인은 공무수탁사인이 아니다(예 : 쓰레기 수거인 등), ㉡ 행정보조인(예 : 아르바이트로 우편업무를 수행하는 사인, 경찰과의 계약에 의하여 주차위반 차량을 단순히 견인하는 민간사업자, 사고현장에서 경찰의 부탁에 의하여 단순히 경찰을 돕는 자)과 ㉢ 행정대행자(예 : 차량등록의 대행, 자동차 검사의 대행)도 공무수탁사인이 아니다.
- ④ 국가는 고유의 행정주체라고 할 수 있어서 오직 행정주체이지, 행정객체가 될 수 없다. 그러나 지방자치단체는 행정주체지만 국가와의 관계에서는 행정객체도 될 수 있다.

■ 정답 ④

02 국가배상제도에 대한 설명으로 옳은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 사인이 받은 손해란 생명·신체·재산상의 손해는 인정하지만, 정신상의 손해는 인정하지 않는다.
- ② 국가배상책임에 있어서 공무원의 행위는 법령에 위반한 것 이어야 하고, 법령위반이란 함은 엄격한 의미의 법령위반뿐만 아니라 인권존중, 권력남용금지, 신의성실 등의 위반도 포함하여 그 행위가 객관적인 정당성을 결여하고 있음을 의미한다.
- ③ 「국가배상법」이 정한 손해배상청구의 요건인 공무원의 직무 에는 권력적 작용뿐만 아니라 비권력적 작용과 단순한 사경제의 주체로서 하는 작용도 포함된다.
- ④ 부작위로 인한 손해에 대한 국가배상청구는 공무원의 작위의무를 명시한 형식적 의미의 법령에 위배된 경우에 한한다.

- 해설 ① 국가배상에서 사인이 받은 손해란 법익침해에 의한 모든 불이익을 말하며, 이러한 손해는 적극적 손해·소극적 손해, 재산적 손해, 비재산적 손해를 불문한다. 또한 재산적 손해의 배상만으로는 회복할 수 없는 정신적 손해가 있다면 그 위자료를 인정할 수 있다.”고 하여 정신적 손해에 대한 위자료 청구권을 인정한다(대법원 2003.7.25, 2003다22912).
- ② 법령위반의 의미와 관련하여 ㉠ 법령을 헌법, 법률, 명령, 자치법규 등과 같은 엄격한 의미의 법령만을 의미한다고 보는 협의설도 있으나 ㉡ 엄격한 의미에서의 법령뿐만 아니라 인권존중·권력남용금지·신의성실·공서양속도 포함하여 당해 직무행위가 객관적으로 정당성을 결한 경우를 말한다고 보는 광의설이 다수설이다.
- ③ 공무원의 직무집행행위는 “**행정지도와 같은 비권력적 작용도 포함되나, 단지 사경제주체로서 행하는 활동만은 제외된다.**”라고 하여 대체로 광의설을 취한다(대법원 2004.4.9, 2002다1069).
- ④ 부작위가 위법이 되기 위해서는 작위의무가 있음에도 불구하고 부작위를 한 경우이다. 여기서 작위의무는 법령상 작위의무에 한정되지 않고, 법령에 명시적으로 작위의무가 규정되어 있지 않더라도, 일정한 경우에는 **조리**를 통해서 위험방지작위의무를 인정할 수 있다.

■ 정답 ②

03 「행정절차법」에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 특별한 사정이 없는 한 신청에 대한 거부처분은 처분의 사전통지 대상이 아니다.
- ② 대통령에 의한 한국방송공사 사장의 해임에는 「행정절차법」이 적용된다.
- ③ 고시의 방법으로 불특정 다수인을 상대로 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분도 상대방에게 의견제출의 기회를 주어야 한다.
- ④ 불이익처분의 직접 상대방인 당사자도 아니고 행정청이 참여하게 한 이해관계인도 아닌 제3자에 대해서는 사전통지에 관한 규정이 적용되지 않는다.

- **해설** ① 신청에 대한 거부처분을 여기에서 말하는 당사자의 권익을 제한하는 처분에 해당한다고 할 수 없는 것이어서 처분의 사전통지대상이 된다고 할 수 없다(대법원 2003.11.28, 2003두674).
- ② **대통령의 처분은 행정절차법이 적용되므로** 대통령에 의한 한국방송공사 사장의 해임에는 「행정절차법」이 적용된다.
- ③ **‘고시’의 방법으로 불특정 다수인을 상대로 한 처분은 성질상 의견제출의 기회를 주어야 하는 상대방을 특정할 수 없으므로, 구 행정절차법 제22조 제3항에 의하여 그 상대방에게 의견제출의 기회를 주어야 하는 것은 아님**
 구 행정절차법 제22조 제3항에 따라 행정청이 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 할 때 의견제출의 기회를 주어야 하는 ‘당사자’는 ‘행정청의 처분에 대하여 직접 그 상대가 되는 당사자’를 의미한다. 그런데 ‘고시’의 방법으로 불특정 다수인을 상대로 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분은 성질상 의견제출의 기회를 주어야 하는 상대방을 특정할 수 없으므로, 이와 같은 처분에 있어서까지 구 행정절차법 제22조 제3항에 의하여 그 상대방에게 의견제출의 기회를 주어야 한다고 해석할 것은 아니다(대법원 2014.10.27, 2012두7745).
- ④ 행정청은 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 다음 각 호의 사항을 당사자들에게 통지하여야 한다. 여기서 당사자 등이란 ㉠ 행정청의 처분에 대하여 직접 그 상대가 되는 당사자 ㉡ 행정청이 직권으로 또는 신청에 따라 행정절차에 참여하게 한 이해관계인을 말한다. 따라서 불이익처분의 직접 상대방인 당사자도 아니고 행정청이 참여하게 한 이해관계인도 아닌 제3자에 대해서는 사전통지에 관한 규정이 적용되지 않는다.

■ **정답** ③

04 「개인정보 보호법」의 내용으로 옳은 것은?

- ① 개인정보처리자가 「개인정보 보호법」을 위반한 행위로 손해를 입힌 경우 정보주체는 손해배상을 청구할 수 있는데, 이때 개인정보처리자가 고의·과실이 없음에 대한 입증책임을 진다.
- ② 개인정보는 살아있는 개인뿐만 아니라 사망자의 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보도 포함한다.
- ③ 「개인정보 보호법」의 대상정보의 범위에는 공공기관·법인·단체에 의하여 처리되는 정보가 포함되고, 개인에 의해서 처리되는 정보는 포함되지 않는다.
- ④ 개인정보처리자는 개인정보가 유출되었음을 알게 되었을 때에는 지체 없이 방송통신위원회 위원장에게 신고하여야 한다.

- **해설** ① 정보주체는 개인정보처리자가 이 법을 위반한 행위로 손해를 입으면 개인정보처리자에게 손해배상을 청구할 수 있다. 이 경우 그 개인정보처리자는 고의 또는 과실이 없음을 입증하지 아니하면 책임을 면할 수 없다(개인정보보호법 제39조 제1항).
- ② “개인정보”란 살아 있는 개인에 관한 정보이므로 死者나 법인의 정보는 포함되지 않는다. 따라서 사망자의 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보는 제외된다.
- ③ “개인정보처리자”란 업무를 목적으로 개인정보파일을 운영하기 위하여 스스로 또는 다른 사람을 통하여 개인정보를 처리하는 공공기관, 법인, 단체 및 개인을 말한다. 개인에 의해서 처리되는 정보도 포함된다.
- ④ 개인정보처리자는 대통령령으로 정한 규모 이상의 개인정보가 유출된 경우에는 제1항에 따른 통지 및 제2항에 따른 조치 결과를 지체 없이 행정자치부장관 또는 대통령령으로 정하는 전문기관에 신고하여야 한다. 이 경우 행정자치부장관 또는 대통령령으로 정하는 전문기관은 피해 확산방지, 피해 복구 등을 위한 기술을 지원할 수 있다(개인정보보호법 제34조 제3항).

■ **정답** ①

05 다음 <보기> 중 강학상 특허인 것을 모두 고른 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

<보기>

- ㄱ. 공유수면매립면허
- ㄴ. 재건축조합설립인가
- ㄷ. 운전면허
- ㄹ. 여객자동차운수사업법에 따른 개인택시운송사업면허
- ㅁ. 귀화허가
- ㅂ. 재단법인의 정관변경허가
- ㅅ. 사립학교 법인임원취임에 대한 승인

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

■ 해설 ㄱ, ㄴ, ㄹ, ㅁ이 특허에 해당한다.

- ㄱ. 공유수면매립면허 ⇨ 특허
- ㄴ. 재건축조합설립인가 ⇨ 보충행위가 아니라 설권처분인 특허
- ㄷ. 운전면허 ⇨ 허가
- ㄹ. 여객자동차운수사업법에 따른 개인택시운송사업면허 ⇨ 특허
- ㅁ. 귀화허가 ⇨ 특허
- ㅂ. 재단법인의 정관변경허가 ⇨ 인가
- ㅅ. 사립학교 법인임원취임에 대한 승인 ⇨ 인가

■ 정답 ④

06 다음 중 선결문제에 대한 기술로 옳지 않은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 위법한 행정대집행이 완료되면 그 처분의 무효확인 또는 취소를 구할 소의 이익은 없다 하더라도, 미리 그 행정처분의 취소판결이 있어야만 그 처분의 위법임을 이유로 한 손해 배상청구를 할 수 있다.
- ② 조세의 과오납으로 인한 부당이득반환청구소송에서 행정행위가 당연무효가 아닌 경우 민사법원은 그 처분의 효력을 부인할 수 없다.
- ③ 연령 미달의 결격자가 타인의 이름으로 운전면허시험에 응시, 합격하여 교부받은 운전면허는 당연무효가 아니라 취소되지 않는 한 유효하므로 피고인의 운전행위는 무면허운전에 해당하지 않는다.
- ④ 민사소송에 있어서 어느 행정처분의 당연무효여부가 선결문제로 되는 때에는 이를 판단하여 당연무효임을 전제로 판결할 수 있고, 반드시 행정소송 등의 절차에 의하여 그 취소나 무효확인을 받아야 하는 것은 아니다.

■ 해설 ① 공정력은 절차적 효력에 불과하여 그 행위를 실질적으로 적법하게 하는 것은 아니므로 행정행위의 효력을 부인하지 않는 한도에서 민사법원도 그 위법성 여부는 판단할 수 있다. 판례는 “계고처분이 위법임을 이유로 배상을 청구하는 경우에는 미리 그 행정처분의 취소판결이 있어야만 그 행정처분의 위법임을 이유로 청구할 수 있는 것은 아니다(대법원 1972.4.28, 72다337).”라고 하여 일관되게 민사법원이 선결문제로서 행정행위의 위법성 여부를 판단할 수 있다고 한다(대법원 1979.4.11, 79다262).

- ② **조세과오납을 이유로 한 부당이득반환청구소송에서 그 처분을 취소하지 않는 한 민사법원은 조세부과처분의 효력을 선결문제로 심사할 수 없음**

행정처분이 아무리 위법하다고 하여도 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효라고 보아야 할 사유가 있는 경우를 제외하고는 아무도 그 하자를 이유로 무단히 그 효력을 부정하지 못하는 것으로, 이러한 행정행위의 공정력은 판결의 기판력과 같은 효력은 아니지만 그 공정력의 객관적 범위에

속하는 행정행위의 하자가 취소사유에 불과한 때에는 그 처분이 취소되지 않는 한 처분의 효력을 부정하여 그로 인한 이득을 법률상 원인 없는 이득이라고 말할 수 없는 것이다(대법원 1994.11.11, 94다28000).

③ 대법원 1982.6.8, 80도2646

④ 행정소송법은 처분의 효력의 유무 또는 존재 여부에 대하여 민사소송에서 선결문제로 심리가능하다는 점을 규정하고 있다(동법 제11조 제1항). 따라서 행정행위가 부존재하거나 당연히무효인 경우에는 당연히 민사법원이 선결문제로 심리할 수 있다.

■ 정답 ①

07 행정행위의 부관에 대한 기술로 옳은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 허가에 붙은 기한이 부당하게 짧은 경우에는 허가기간의 연장신청이 없는 상태에서 허가기간이 만료하였더라도 그 후에 허가기간 연장신청을 하였다면 허가의 효력은 상실되지 않는다.
- ② 부관은 주된 행정행위에 부가된 종된 규율로서 독자적인 존재를 인정할 수 없으므로 사정변경으로 인해 당초 부담을 부가한 목적을 달성할 수 없게 된 경우라도 부담의 사후변경은 허용될 수 없다.
- ③ 무효인 부담이 붙은 행정행위의 상대방이 그 부담의 이행으로 사법상 법률행위를 한 경우에 그 사법상 법률행위 자체가 당연히무효로 되는 것은 아니다.
- ④ 행정행위에 부가된 허가기간은 그 자체로서 항고소송의 대상이 될 수 없을 뿐만 아니라 그 기간의 연장신청의 거부에 대하여도 항고소송을 청구할 수 없다.

■ 해설 ① 허가기간을 연장하는 갱신은 허가기간이 경과되기 전에 당사자의 신청이 필요하다. 따라서 연장신청이 없는 상태에서 허가기간이 만료하였다면 허가의 효력은 상실된다.

② 부관의 사후변경은, 법률에 명문의 규정이 있거나 그 변경이 미리 유보되어 있는 경우 또는 상대방의 동의가 있는 경우에 한하여 허용되는 것이 원칙이지만, 사정변경으로 인하여 당초에 부담을 부가한 목적을 달성할 수 없게 된 경우에도 그 목적 달성에 필요한 범위 내에서 예외적으로 허용된다(대법원 1997.5.30, 96누2627).

③ **행정처분에 붙인 부담인 부관이 무효가 되면 그 부담의 이행으로 한 사법상 법률행위도 당연히 무효가 되는 것은 아님**

행정처분에 부담인 부관을 붙인 경우 부관의 무효화에 의하여 본체인 행정처분 자체의 효력에도 영향이 있게 될 수는 있지만, 그 처분을 받은 사람이 부담의 이행으로 사법상 매매 등의 법률행위를 한 경우에는 그 부관은 특별한 사정이 없는 한 법률행위를 하게 된 동기 내지 연유로 작용하였을 뿐이므로 이는 법률행위의 취소사유가 될 수 없음은 별론으로 하고 그 법률행위 자체를 당연히 무효화하는 것은 아니다(대법원 2009.6.25, 2006다18174).

④ 부담의 부관에서 부진정일부취소소송이 인정될 수 있는지 여부에 대하여 학설은 견해가 대립한다. 판례는 부진정일부취소소송의 형식을 인정하지 않는다. 결국 부담 이외의 부관에 대하여 재송상 다툼 경우에는 부관부행정행위 전체의 취소소송을 구하든지(대법원 1985.8.9, 84누604), 아니면 먼저 행정청에 부관이 없는(또는 부관의 내용을 변경하는) 처분으로 변경해 줄 것을 청구한 다음 그것이 거부된 경우에 거부처분취소소송을 제기하는 수밖에 없다(대법원 1990.4.27, 89누6808). 따라서 행정행위에 부가된 허가기간은 그 자체로서 항고소송의 대상이 될 수 없으나, 그 기간의 연장신청의 거부에 대하여는 항고소송을 청구할 수 있다.

■ 정답 ③

08 행정규칙에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 설정된 재량기준이 객관적으로 합리적이 아니라거나 타당하지 않다고 볼 만한 다른 특별한 사정이 없다면 행정청의 의사는 존중되어야 한다.
- ② 「공공기관의 운영에 관한 법률」의 위임에 따라 입찰자격제한 기준을 정하는 부령은 행정내부의 재량준칙에 불과하다.

- ③ 재량준칙이 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이루어지게 되면 행정청은 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 받게 된다.
- ④ 구 「청소년보호법 시행령」상 별표에 따른 과징금처분기준은 단지 상한을 정한 것이 아니라 특정금액을 정한 것이다.

■ **해설** ① 설정된 재량기준이 객관적으로 합리적이 아니라거나 타당하지 않다고 볼 만한 다른 특별한 사정이 없다면 행정청의 의사는 존중되어야 하므로 법원이 재량을 심사하는 경우에도 독자적 결론을 도출하지 않고, 재량권 일탈·남용만 심사한다.

- ② **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 없음** ⇨ 어떤 행정처분이 법규성이 없는 시행규칙 등의 규정에 위배된다고 하더라도 처분이 위법하게 되는 것은 아니고, 또 그 규칙 등에서 정한 요건에 부합한다고 하여도 적법한 것이라고 할 수도 없음. 이 경우 처분의 적법 여부는 일반 국민에 대하여 구속력을 가지는 법률 등 법규성이 있는 관계 법령의 규정을 기준으로 판단

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.

공공기관의 운영에 관한 법률 제39조 제2항, 제3항 및 그 위임에 따라 기획재정부령으로 제정된 '공기업·준정부기관 계약사무규칙' 제15조 제1항(이하 '이 사건 규칙 조항'이라 한다)의 내용을 대비해 보면, 입찰참가자격 제한의 요건을 공공기관법에서는 '공정한 경쟁이나 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백할 것'을 규정하고 있는 반면, 이 사건 규칙 조항에서는 '경쟁의 공정한 집행이나 계약의 적정한 이행을 해칠 우려가 있거나 입찰에 참가시키는 것이 부적합하다고 인정되는 자'라고 규정함으로써, 이 사건 규칙 조항이 법률에 규정된 것보다 한층 완화된 처분요건을 규정하여 그 처분대상을 확대하고 있다. 그러나 공공기관법 제39조 제3항에서 부령에 위임한 것은 '입찰참가자격의 제한기준 등에 관하여 필요한 사항'일 뿐이고, 이는 그 규정의 문언상 입찰참가자격을 제한하면서 그 기간의 정도와 가중·감경 등에 관한 사항을 의미하는 것이지 처분의 요건까지를 위임한 것이라고 볼 수는 없다. 따라서 이 사건 규칙 조항에서 위와 같이 처분의 요건을 완화하여 정한 것은 상위법령의 위임 없이 규정한 것이므로 이는 행정기관 내부의 사무처리준칙을 정한 것에 지나지 않는다(대법원 2013. 9. 12. 2011두10584).

- ③ 현재결 1990.9.3, 90헌바13
- ④ **구 청소년보호법 시행령 제40조 [별표 6]의 위반행위의 종별에 따른 과징금처분기준 ⇨ 수액은 정액이 아니라 최고한도액**

(구) 청소년보호법 제49조 제1항, 제2항에 따른 같은 법 시행령 제40조 [별표 6]의 위반행위의 종별에 따른 과징금처분기준은 법규명령이기는 하나 모법의 위임규정의 내용과 취지 및 헌법상의 과징금지의 원칙과 평등의 원칙 등에 비추어 같은 유형의 위반행위라 하더라도 그 규모나 기간·사회적 비난 정도·위반행위로 인하여 다른 법률에 의하여 처벌받은 다른 사정·행위자의 개인적 사정 및 위반행위로 얻은 불법이익의 규모 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 사안에 따라 적정한 과징금의 액수를 정하여야 할 것이므로 그 수액은 정액이 아니라 최고한도액이다(대법원 2001.3.9, 99두5207).

■ **정답** ④

09 행정상 강제징수에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정상의 금전급부의무를 이행하지 않는 경우를 대상으로 한다.
- ② 독촉만으로는 시효중단의 효과가 발생하지 않는다.

③ 매각은 원칙적으로 공매에 의하나 예외적으로 수의계약에 의할 수도 있다.

④ 판례에 따르면 공매행위는 행정행위에 해당된다.

- **해설**
- ① 행정상 강제징수란 국민이 국가 등 행정주체에 대하여 부담하고 있는 금전급부의무를 이행하지 않은 경우에 행정청이 의무자의 재산에 실력을 가하여 그 의무가 이행된 것과 동일한 상태를 실현하는 행정상 강제집행의 수단이다.
 - ② 독촉은 이후 채납처분의 전제요건을 충족시키고 채권의 소멸시효를 중단시키는 법적 효과가 있다.
 - ③ 압류재산은 통화를 제외하고는 매각하여 금전으로 환가하여야 하는데 원칙적으로 공매에 의하여야 하며(국세징수법 제61조), 예외적으로 수의계약도 허용된다(동법 제62조).
 - ④ 공매는 행정소송의 대상이 되는 행정처분에 해당함
과세관청이 채납처분으로서 행하는 공매는 우월한 공권력의 행사로서 행정소송의 대상이 되는 공법상의 행정처분이며 공매에 의하여 재산을 매수한 자는 그 공매처분이 취소된 경우에 그 취소처분의 위법을 주장하여 행정소송을 제기할 법률상 이익이 있다(대법원 1984.9.25, 84누201).

■ **정답** ②

10 항고소송의 대상적격에 관한 설명으로 옳은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 국유재산의 대부계약에 따른 대부료 부과는 처분성이 있다.
- ② 행정재산의 사용료 부과는 처분성이 없다.
- ③ 농지개량조합의 직원에 대한 징계처분은 처분성이 인정된다.
- ④ 한국마사회가 기수의 면허를 취소하는 것은 처분성이 인정된다.

- **해설**
- ① 잡종재산인 국유림을 대부하는 행위는 국가가 사경제주체로서 상대방과 대등한 위치에서 행하는 사법상의 법률행위라 할 것이고, ... 잡종재산인 국유림에 관한 대부료의 납입고지 역시 사법상의 이행청구에 해당한다고 할 것이어서 행정소송의 대상으로 되지 아니한다(대법원 1993.12.21, 93누13735).
 - ② 국유재산의 관리청이 행정재산의 사용·수익을 허가한 다음 그 사용·수익하는 자에 대하여 하는 사용료 부과는 순전히 사경제주체로서 행하는 사법상의 이행청구라 할 수 없고, 이는 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행한 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 할 것이다(대법원 1996. 2. 13. 95누11023).
 - ③ 농지개량조합이 조합직원에 대하여 징계처분을 한 경우에, 그 징계처분의 취소를 구하는 소송은 행정소송
농지개량조합과 직원과의 관계는 사법상의 근무관계가 아닌 공법상의 특별권력관계로 보고, 농지개량조합이 조합직원에 대하여 징계처분을 한 경우에, 그 징계처분의 취소를 구하는 소송은 행정소송이다(대법원 1995.6.9, 94누10870).
 - ④ 한국마사회가 조교사 또는 기수의 면허를 부여하거나 취소하는 경우는 사법관계
한국마사회가 조교사 또는 기수의 면허를 부여하거나 취소하는 것은 경마를 독점적으로 개최할 수 있는 지위에서 우수한 능력을 갖추었다고 인정되는 사람에게 경마에서의 일정한 기능과 역할을 수행할 수 있는 자격을 부여하거나 이를 박탈하는 것에 지나지 아니하므로, 이는 국가 기타 행정기관으로부터 위탁받은 행정권한의 행사가 아니라 일반 사법상의 법률관계에서 이루어지는 단체 내부에서의 징계 내지 제재처분이다(대법원 2008.1.31, 2005두8269).

■ **정답** ③

11 다음 중 행정입법에 대한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 법령의 직접적인 위임에 따라 위임행정기관이 그 법령을 시행하는 데 필요한 구체적인 사항을 정한 것이라면, 그 제정형식이 고시, 훈령, 예규 등과 같은 행정규칙이더라도 그것이 상위법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 한, 상위법령과 결합하여 대외적 구속력을 가진다.
- ㄴ. 상위법령에서 세부사항 등을 시행규칙으로 정하도록 위임하였는데, 이를 고시로 정한 경우에 대외적 구속력을 가지는 법규명령으로서의 효력이 인정될 수 있다.
- ㄷ. 판례는 종래부터 법령의 위임을 받아 부령으로 정한 제재적 행정처분의 기준을 행정규칙으로 보고, 대통령령으로 정한 제재적 행정처분의 기준은 법규명령으로 보는 경향이 있다.
- ㄹ. 하위법령은 그 규정이 상위법령의 규정에 명백히 저촉되어 무효인 경우를 제외하고는 관련 법령의 내용과 그 입법취지, 연혁 등을 종합적으로 살펴서 그 의미를 상위법령에 합치되는 것으로 해석하여야 한다.

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

■ **해설** ㄱ, ㄷ, ㄹ이 옳은 지문이다.

- ㄱ. 상위법령보충규칙에 대한 설명이다. 법령보충규칙은 상위법령과 결합하여 법규명령의 성질을 가진다.
- ㄴ. **상위법령에서 세부사항 등을 시행규칙으로 정하도록 위임하였음에도 이를 고시 등 행정규칙으로 정한 경우, 대외적 구속력을 가지는 법규명령으로서 효력을 인정할 수는 없음**
 법령의 규정이 특정 행정기관에게 법령 내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서 권한행사의 절차나 방법을 특정하지 아니한 경우에는 수입 행정기관은 행정규칙이나 규정 형식으로 법령 내용이 될 사항을 구체적으로 정할 수 있다. 이 경우 행정규칙 등은 당해 법령의 위임한계를 벗어나지 않는 한 대외적 구속력이 있는 법규명령으로서 효력을 가지게 되지만, 이는 행정규칙이 갖는 일반적 효력이 아니라 행정기관에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 법령 규정의 효력에 근거하여 예외적으로 인정되는 것이다. 따라서 그 행정규칙이나 규정이 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 2012.07.05. 2010다72076).
- ㄷ. 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.
- ㄹ. **하위법령의 규정이 상위법령의 규정에 저촉되는지 명백하지 않지만 하위법령의 의미를 상위법령에 합치되는 것으로 해석하는 것이 가능한 경우, 하위법령이 상위법령에 위반된다는 이유로 무효를 선언할 수 없음**
 국가의 법체계는 그 자체로 통일체를 이루고 있으므로 상·하규범 사이의 충돌은 최대한 배제되어야 하며 또한 규범이 무효라고 선언될 경우에 생길 수 있는 법적 혼란과 불안정 및 새로운 규범이 제정될 때까지의 법적 공백 등으로 인한 피해를 회피할 필요성이 있음에 비추어 보면, 하위법령의 규정이 상위법령의 규정에 저촉되는지가 명백하지 아니한 경우에, 관련 법령의 내용과 입법 취지 및 연혁 등을 종합적으로 살펴 하위법령의 의미를 상위법령에 합치되는 것으로 해석하는 것도 가능한 경우라면, 하위법령이 상위법령에 위반된다는 이유로 쉽게 무효를 선언할 것은 아니다(대법원 2016. 12. 15. 2014두44502).

■ **정답** ④

12 행정의 실효성 확보수단에 대한 기술로 옳은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」상의 수용대상 토지의 명도의무는 강제적으로 실현할 필요가 인정되므로 대체적 작위의무에 해당한다.
- ② 철거명령과 철거대집행 계고처분을 이미 했음에도 그 후에 제2차, 제3차 계고처분을 하였다면, 최종적인 제3차 계고처분에 대하여 항고소송을 제기해야 한다.
- ③ 구 「건축법」상 이행강제금을 부과받은 자의 이의에 의해 「비송사건절차법」에 의한 재판절차가 개시된 후에 그 이의한 자가 사망했다면 그 재판절차는 종료된다.
- ④ 「국세징수법」상 공매처분을 하면서 체납자에게 공매통지를 하였다면 공매통지가 적법하지 않다 하더라도 공매처분에 절차상 하자가 있다고 할 수는 없다.

- **해설**
- ① 구 토지수용법상 피수용자 등이 기업자(현재는 사업시행자)에 대하여 부담하는 수용대상 토지의 인도의무는 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 될 수 있는 것이 아니다(대법원 2005.8.19, 2004다2809).
 - ② 제1차 즉 최초의 계고가 행정처분에 해당함, 그러나 제2차, 제3차로 행한 계고처분은 새로운 철거의무를 부과한 것이 아니고 다만 대집행기한의 연기통지에 불과하므로 행정처분이 아니다(대법원 1994.10.28, 94누5144).
 - ③ 구 건축법상의 이행강제금은 구 건축법의 위반행위에 대하여 시정명령을 받은 후 시정기간 내에 당해 시정명령을 이행하지 아니한 건축주 등에 대하여 부과되는 간접강제의 일종으로서 그 이행강제금 납부의무는 상속인 기타의 사람에게 승계될 수 없는 일신전속적인 성질의 것이므로 이미 사망한 사람에게 이행강제금을 부과하는 내용의 처분이나 결정은 당연히무효이고, 이행강제금을 부과받은 사람의 이의에 의하여 비송사건절차법(현행법은 행정소송에 의함)에 의한 재판절차가 개시된 후에 그 이의한 사람이 사망한 때에는 사건 자체가 목적을 잃고 절차가 종료한다(대법원 2006.12.8, 2006마470).
 - ④ 체납자 등에 대한 공매통지는 공매의 절차적 요건에 해당하므로, 체납자 등에게 공매통지를 하지 않았거나 적법하지 않은 공매통지를 한 경우 그 공매처분은 위법하다(대법원 2008.11.20, 2007두18154 전원합의체).

■ **정답** ③

13 행정행위의 종류에 관한 설명 중 옳은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 한약조제시험을 통하여 약사에게 한약조제권을 인정함으로써 한의사들의 영업상 이익이 감소되었다고 하더라도 이러한 이익은 사실상의 이익에 불과하다.
- ② 개인택시운송사업면허는 성질상 일반적 금지에 대한 해제에 불과하다.
- ③ 사회복지법인의 정관변경허가에 대해서는 부관을 붙일 수 없다.
- ④ 친일반민족행위자재산조사위원회의 국가귀속결정은 친일재산을 국가의 소유로 귀속시키는 형성행위이다.

- **해설**
- ① 한의사 면허는 경찰금지를 해제하는 명령적 행위(강학상 허가)에 해당하고, 한약조제시험을 통하여 약사에게 한약조제권을 인정함으로써 한의사들의 영업상 이익이 감소되었다고 하더라도, 이러한 이익은 사실상의 이익에 불과하고 약사법이나 의료법 등의 법률에 의하여 보호되는 이익이라고는 볼 수 없으므로, 한의사들이 한약조제시험을 통하여 한약조제권을 인정받은 약사들에 대한 합격처분의 무효확인을 구하는 당해 소는 원고적격이 없는 자들이 제기한 소로서 부적법하다(대법원 1998.3.10, 97누4289).
 - ② 자동차운수사업법에 의한 개인택시운송사업면허는 특정인에게 권리나 이익을 부여하는 행정행위로서 법령에 특별한 규정이 없는 한 재량행위이다(대법원 1993.10.12, 93누4243).
 - ③ 사회복지사업에 관한 기본적 사항을 규정하여 그 운영의 공정·적절을 기함으로써 사회복지의 증진에 이바지함을 목적으로 하는 구 사회복지사업법의 입법 취지와 같은 법 제12조, 제25조 등의 규정에 사회복지법인의 설립이나 설립 후의 정관변경의 허가에 관한 구체적인 기준이 정하여져 있지 아니한 점 등에 비추어 보면, 사회복지법인의 정관변경을 허가할 것인지의 여부는 주무관청의 정책적 판단에 따른 재량에 맡겨져 있다고 할 것이고, 주무관청이 정관변경허가를 함에 있어서는 비례의 원칙 및 평등의 원칙에 적합하고 행정처분의 본질적 효력을 해하지 않는 한도 내에서 부관을

붙일 수 있다(대법원 2002. 9. 24. 2000두5661).

- ④ 친일반민족행위자재산조사위원회의 국가귀속결정은 당해 재산이 친일재산에 해당한다는 사실을 확인하는 이른바 준법률행위적 행정행위의 성격을 가진다(대법원 2008.11.13, 2008두13491).

■ 정답 ①

14 당사자소송의 대상이 아닌 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 구 「도시재개발법」상 재개발조합의 조합원 자격 확인
② 구 「석탄산업법」상 석탄가격안정지원금의 지급청구
③ 납세의무자의 부가가치세 환급세액 지급청구
④ 구 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」상 환매금액의 증감청구

■ 해설 ①②③은 실질적 당사자소송에 해당한다.

- ④ **환매권은 사법상 권리이고, 환매금액의 증감을 구하는 소송 역시 민사소송에 해당 함**

구 공익사업법 제91조에 규정된 환매권은 상대방에 대한 의사표시를 요하는 형성권의 일종으로 재관상이든 재관외이든 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).

■ 정답 ④

15 행정행위 또는 처분에 대한 기술로 옳은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 상급행정기관의 하급행정기관에 대한 승인·동의·지시 등은 행정기관 상호 간의 내부행위로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 볼 수 없다.
② 통상 고시 또는 공고에 의하여 행정처분을 하는 경우에 행정처분이 있었음을 안 날이란 행정처분의 이해관계를 갖는 자가 고시 또는 공고가 있었다는 사실을 현실적으로 안 날이 된다.
③ 지방경찰청장의 횡단보도 설치행위는 국민의 구체적인 권리·의무에 직접적인 변동을 초래하지 않으므로 행정소송법상 처분에 해당하지 않는다.
④ 「도로법」상 도로구역의 결정·변경고시는 행정처분으로서 「행정절차법」제21조 제1항의 사전통지나 제22조 제3항의 의견청취의 절차를 거쳐야 한다.

■ 해설 ① 항고소송의 대상이 되는 행정처분은 행정청의 공법상의 행위로서 특정 사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상의 효과를 직접 발생케 하는 등 국민의 구체적인 권리·의무에 직접 관계가 있는 행위를 말하는데, **상급행정기관의 하급행정기관에 대한 승인·동의·지시 등은 행정기관 상호 간의 내부행위로서 국민의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 것이 아니므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 볼 수 없다**(대법원 2008.5.15, 2008두2583).

- ② 통상 고시 또는 공고에 의하여 행정처분을 하는 경우에는 그 처분의 상대방이 불특정 다수인이고 그 처분의 효력이 불특정 다수인에게 일률적으로 적용되는 것이므로, 그 행정처분에 이해관계를 갖는 자가 고시 또는 공고가 있었다는 사실을 **현실적으로 알았는지 여부에 관계없이 고시가 효력을 발생하는 날 행정처분이 있음을 알았다고 보아야 한다**(대법원 2007.6.14, 2004두619).

- ③ 도로교통법 제10조 제1항의 취지에 비추어 볼 때, 지방경찰청장이 **횡단보도를 설치하여 보행자의 통행방법 등을 규제하는 것은** 행정청이 특정사항에 대하여 의무의 부담을 명하는 행위이고 이는 국민의 권리의무에 직접 관계가 있는 행위로서 **행정처분이라고 보아야 할 것이다**(대법원 2000.10.27, 98두8964).

- ④ 행정절차법 제2조 제4호가 행정절차법의 당사자를 행정청의 처분에 대하여 직접 그 상대가 되는 당사자로 규정하고, 도로법 제25조 제3항이 도로구역을 결정하거나 변경할 경우 이를 고시에 의하도록 하면서, 그 도면을 일반인이 열람할 수 있도록 한 점 등을 종합하여 보면, **도로구역을 변경한 이 사건 처분은 행정절차법 제21조 제1항의 사전통지나 제22조 제3항의 의견청취의 대상이 되는 처분은 아니라고 할 것이다**(대법원 2008.6.12, 2007두1767).

■ 정답 ①

16 사인의 공법행위로서의 신고에 대한 기술로 옳은 것은 (단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정청은 전입신고자가 거주 목적 이외에 다른 이해관계를 가지고 있는지 여부를 심사하여 주민등록법상 주민등록전입신고의 수리를 거부할 수 있다.
- ② 타법상의 인·허가 의제가 수반되는 건축법상의 건축신고는 특별한 사정이 없는 한 행정청이 그 실체적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 한다.
- ③ 사업양도·양수에 따른 지위승계신고가 수리된 경우 사업의 양도·양수가 무효라도 허가관청을 상대로 신고수리처분의 무효확인을 구할 수는 없다.
- ④ 「식품위생법」에 의해 영업양도에 따른 지위승계신고를 수리하는 행정청의 행위는 단순히 양수인이 그 영업을 승계하였다는 사실의 신고를 접수한 행위에 그친다.

■ 해설 ① 시장·군수 또는 구청장의 주민등록전입신고 수리 여부에 관한 심사의 범위와 대상 ▷ 주민등록법의 입법 목적의 범위 내에서 제한적으로 이루어져야 하고, 실질적 의미에서의 거주지인지 여부를 심사하기 위하여 지방자치법 및 지방자치의 이념까지도 고려하여야 하는 것은 아니다. 따라서 행정청은 전입신고자가 거주 목적 이외에 다른 이해관계를 가지고 있는지 여부를 심사하여 주민등록법상 주민등록전입신고의 수리를 거부할 수 없다(대법원 2009.6.18, 2008두10997 전원합의체).

② 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고는 일반적인 건축신고와는 달리, 특별한 사정이 없는 한 행정청이 그 실체적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 '수리를 요하는 신고'로 보는 것이 옳다(대법원 2011.1.20, 2010두14954 전원합의체).

③ 사업의 양도행위가 무효라고 주장하는 양도자는 양도·양수행위의 무효를 구함이 없이 사업양도·양수에 따른 허가관청의 지위승계 신고수리처분의 무효확인을 구할 법률상 이익이 있다(대법원 2005.12.23, 2005두3554).

④ 식품위생법 제25조 제3항에 의한 영업양도에 따른 지위승계신고를 수리하는 허가관청의 행위는 단순히 양도·양수인 사이에 이미 발생한 사업상의 사업양도의 법률효과에 의하여 양수인이 그 영업을 승계하였다는 사실의 신고를 접수하는 행위에 그치는 것이 아니라, 영업허가자의 변경이라는 법률효과를 발생시키는 행위라고 할 것이다(대법원 1995.2.24, 94누9146).

■ 정답 ②

17 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」상 토지수용에 따른 권리구제에 대한 기술로 옳은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 사업폐지에 대한 손실보상청구권은 사법상 권리로서 민사소송 절차에 의해야 한다.
- ② 농업손실에 대한 보상청구권은 「행정소송법」상 당사자소송에 의해야 한다.
- ③ 수용재결에 불복하여 이의신청을 거쳐 취소소송을 제기하는 때에는 이의재결을 한 중앙토지수용위원회를 피고로 해야 한다.
- ④ 잔여지 수용청구를 받아들이지 않는 토지수용위원회의 재결에 대해서는 취소소송을 제기할 수 있다.

■ 해설 ① 구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제79조 제2항, 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행규칙 제57조에 따른 사업폐지 등에 대한 보상청구권은 공익사업의 시행 등 적법한 공권력의 행사에 의한 재산상 특별한 희생에 대하여 전체적인 공평부담의 견지에서 공익사업의 주체가 손해를 보상하여 주는 손실보상의 일종으로 공법상 권리임이 분명하므로 그에 관한 쟁송은 민사소송이 아닌 행정소송절차에 의하여야 한다. 또한 위 규정들과 구 공익사업법 제26조, 제28조, 제30조, 제34조, 제50조, 제61조, 제83조 내지 제85조의 규정 내용·체계 및 입법 취지 등을 종합하여 보면, 공익사업으로 인한 사업폐지 등으로 손실을 입게 된 자는 구 공익사업법 제34조, 제50조 등에 규정된 재결절차를 거친 다음 재결에 대하여 불복이 있는 때에 비로소 구 공익사업법 제83조 내지 제85조에 따라 권리구제를 받을 수 있다고 보아야 한다(대법원 2012. 10. 11. 2010다23210).

② 구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률의 규정들에 따른 농업손실보상청구권은

공익사업의 시행 등 적법한 공권력의 행사에 의한 재산상의 특별한 희생에 대하여 전체적인 공평 부담의 견지에서 공익사업의 주체가 그 손해를 보상하여 주는 손실보상의 일종으로 공법상의 권리임이 분명하므로 그에 관한 쟁송은 민사소송이 아닌 행정소송절차에 의하여야 할 것이고, 위 규정들과 구 공익사업법의 규정 내용 및 입법 취지 등을 종합하여 보면, 공익사업으로 인하여 농업의 손실을 입게 된 자가 사업시행자로부터 구 공익사업법 제77조 제2항에 따라 농업손실에 대한 보상을 받기 위해서는 구 공익사업법 제34조, 제50조 등에 규정된 재결절차를 거친 다음 그 재결에 대하여 불복이 있는 때에 비로소 구 공익사업법 제83조 내지 제85조에 따라 권리구제를 받을 수 있다(대법원 2011. 10. 13. 2009다43461).

- 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). 그러나 **현행 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」**은 이의신청절차가 임의적이고, 원칙상 원처분주의인 수용재결이 행정소송의 대상이다. 따라서 이의재결을 한 중앙토지수용위원회를 피고로 하여야 하는 것이 아니라 원처분인 수용재결을 한 중앙 또는 지방토지수용위원회를 피고로 하여야 한다.

- ④ 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률」은 토지수용위원회의 재결에 대하여 불복이 있는 경우에 재결취소등의 항고소송을 보상금에 대하여 불복이 있는 경우에는 보상금증감청구소송을 마련하고있다. 그러나 **잔여지에 대한 수용이나 사용토지에 대한 수용청구등과 같이 확장수용의 경우에는 보상관련근거는 마련되어 있지만 재결의 불복절차에 대하여 아무런 규정이 없어 어떠한 불복방법을 취해야 하는지 문제가 되어 왔다.** 이러한 현실에서 대상 판결은 토지수용위원회의 거부재결에 대하여 불복하는 소송방식에 관한 최초의 판례라는 점에서 그 의의가 있다. **대상판결은 이 사건 토지수용청구를 보상금증감청구소송으로 제기하여야 한다고 하여 항고소송으로 제기한 이 사건 소를 각하하였다.**

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제72조의 문언, 연혁 및 취지 등에 비추어 보면, 위 규정이 정한 수용청구권은 토지보상법 제74조 제1항이 정한 잔여지 수용청구권과 같이 손실보상의 일환으로 토지소유자에게 부여되는 권리로서 그 청구에 의하여 수용효과가 생기는 형성권의 성질을 지니므로, 토지소유자의 토지수용청구를 받아들이지 아니한 토지수용위원회의 재결에 대하여 토지소유자가 불복하여 제기하는 소송은 토지보상법 제85조 제2항에 규정되어 있는 ‘보상금의 증감에 관한 소송’에 해당하고, 피고는 토지수용위원회가 아니라 사업시행자로 하여야 한다(대법원 2015. 4. 9. 2014두46669).

■ 정답 ②

18 행정심판에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 판례에 따르면, 처분의 절차적 위법사유로 인용재결이 있었으나 행정청이 절차적 위법사유를 시정한 후 행정청이 종전과 같은 처분을 하는 것은 재결의 기속력에 반한다.
- ② 사정재결은 무효등확인심판에는 적용되지 아니한다.
- ③ 당사자의 신청을 거부하거나 부작위로 방치한 처분의 이행을 명하는 재결이 있으면 행정청은 지체 없이 이전의 신청에 대하여 재결의 취지에 따라 처분을 하여야 한다.
- ④ 행정심판위원회는 필요하면 당사자가 주장하지 않은 사실에 대하여도 심리할 수 있다.

■ 해설 ① 이유부기나 청문절차의 흠결 등 절차상의 하자를 이유로 인용판결이 난 경우, 행정청이 그 절차상의 하자를 시정하여 동일한 내용의 처분을 하는 것이 반복금지효에 반하지 않는가에 대하여 확정판결에 적시된 위법사유를 보완하여 행한 새로운 처분은 확정판결에 의해 취소된 종전 처분과는 별개의 처분으로 볼 것이기 때문에 판결의 기속력에 반하지 않는다는 것이 통설·판례의 입장이다(대법원 1987.2.10, 86누91).

- ② 사정판결은 취소소송에서만 인정되며 무효등확인소송, 부작위위법확인소송, 당사자소송, 기관소송에서 인정되지 않는다.
- ③ 재결의 기속력 중 재처분의무에 대한 규정이다(행정심판법 제49조 제2항).
- ④ 위원회는 필요하면 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 심리할 수 있다(행정심판법 제39조).”고 하여 직권심리주의를 취하고 있다.

■ 정답 ①

19 「행정소송법」 제8조 제2항은 행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용한다. 고 규정한다. 이에 관한 다음의 설명 중 옳지 않은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정소송 사건에서 「민사소송법」상 보조참가가 허용된다.
- ② 「민사소송법」상 가처분은 항고소송에서 허용된다.
- ③ 「(민사집행법)상 가처분은 당사자소송에서 허용된다.
- ④ 행정소송으로 제기해야 할 사건을 민사소송으로 잘못 제기한 경우에 수소법원이 행정소송에 대한 관할이 없다면 특별한 사정이 없는 한 관할법원에 이송하여야 한다.

■ 해설 ① 행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용한다. 따라서 행정소송 사건에서 「민사소송법」상 보조참가가 허용된다.
 ② 판례는 “민사소송법상의 보전처분은 민사판결절차에 의하여 보호받을 수 있는 권리에 관한 것이므로, 민사소송법상의 가처분으로써 행정청의 어떠한 행정행위의 금지를 구하는 것은 허용될 수 없다 할 것이다.”라고 하여 가처분규정의 준용을 부정하고 있다(대법원 1992.7.6, 92마54).
 ③ 당사자소송에 대하여는 행정소송법 제23조 제2항의 **집행정지에 관한 규정이 준용되지 아니하므로** (행정소송법 제44조 제1항 참조), 이를 본안으로 하는 가처분에 대하여는 행정소송법 제8조 제2항에 따라 **민사집행법상 가처분에 관한 규정이 준용**되어야 한다(대법원 2015.08.21. 2015무26).
 ④ 행정사건을 민사사건으로 오해하여 민사소송을 제기한 경우, 민사법원은 부적법한 소라고 하여 **각하할 것이 아니라 관할 행정법원에 이송**하여야 한다(대법원 1997.6.30, 95다28960).

■ 정답 ②

20 취소소송에 대한 기술로 옳은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 과세처분취소소송에서 과세처분의 위법성 판단시점은 처분시이므로 과세행정청은 처분 당시의 자료만에 의하여 처분의 적법여부를 판단하고 처분 당시의 처분사유만을 주장할 수 있다.
- ② 시행규칙에 법 위반 횟수에 따라 가중처분하게 되어 있는 제재적 처분 기준이 규정되어 있다 하더라도, 기간의 경과로 효력이 소멸한 제재적 처분을 취소소송으로 다툴 법률상 이익은 없다.
- ③ 상급행정청으로부터 내부위임을 받은 데 불과한 하급행정청이 권한 없이 행정처분을 한 경우에는 실제로 그 처분을 행한 하급행정청을 피고로 취소소송을 제기해야 한다.
- ④ 취소소송을 제기하기 위해서는 처분등이 존재하여야 하며, 거부처분이 성립하기 위해서는 개인의 신청권이 존재하여야 하고, 여기서 신청권이란 신청인이 신청의 인용이라는 만족적 결과를 얻을 권리를 의미하는 것이다.

■ 해설 ① 항고소송에서 행정처분의 적법 여부는 특별한 사정이 없는 한 행정처분 당시를 기준으로 하여 판단해야 하는바, 여기서 행정처분의 위법 여부를 판단하는 기준 시점에 관하여 판결 시가 아니라 처분 시라고 하는 의미는 행정처분의 위법 여부를 판단할 때 처분 후 법령의 개폐나 사실상태의 변동에 영향을 받지 않는다는 뜻이지 처분 당시 존재하였던 자료나 행정청에 제출되었던 자료만으로 위법 여부를 판단한다는 의미는 아니므로, 처분 당시의 사실상태 등에 관한 증명은 사실심 변론종결 당시까지 할 수 있고, **법원은 행정처분 당시 행정청이 알고 있었던 자료뿐만 아니라 사실심 변론종결 당시까지 제출된 모든 자료를 종합하여** 처분 당시 존재하였던 객관적 사실을 확정하고 그 사실에 기초하여 처분의 위법 여부를 판단할 수 있다(대법원 2014.10.30, 2012두25552).
 ② 규칙이 정한 바에 따라 선행처분을 가중사유 또는 전제요건으로 하는 **후행처분을 받을 우려가 현실적으로 존재하는 경우에는**, 선행처분을 받은 상대방은 비록 그 처분에서 정한 제재기간이 경과하였다 하더라도 그 처분의 취소소송을 통하여 그러한 불이익을 제거할 권리보호의 필요성이 충분히 인정된다고 할 것이므로, 선행처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 보아야 한다(대법원 2006.6.22, 2003두1684 전원합의체).

- ③ 상급행정청으로부터 내부위임을 받은 데 불과한 하급행정청이 권한없이 한 행정처분에 대한 행정소송의 피고는 **실제로 처분을 행한 하급행정청을 피고**로 하여야 한다(대법원 1991.2.22, 90누5641).
- ④ 신청권의 존재 여부는 구체적 사건에서 신청인이 누구인가를 고려하지 않고 관계법규의 해석에 의하여 일반국민에게 그러한 신청권을 인정하고 있는지를 살펴보고 추상적으로 결정되는 것이고, 신청인이 그 신청에 따른 단순한 응답을 받을 권리를 넘어서 **신청의 인용이라는 만족스러운 결과를 얻을 권리를 의미하는 것은 아니다**. 예를 들어, 각종 영업허가 등은 국민의 신청에 의해 발령되는 것이므로 그 신청에 대한 거부는 모두 항고소송의 대상이 되고, 구체적으로 그 신청인이 허가를 받을 수 있는데도 이를 거부하였는지 여부는 본안판단사항이다(대법원 1996.6.11, 95누12460).

■ 정답 ③