

2017년 국회직 8급

01. 무효등확인소송에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2017년 국회 8급 [중요도 ★★★, 난이도 中]

- ① 처분 등을 취소하는 확정판결의 기속력 및 행정청의 재처분의무에 관한 「행정소송법」 제30조가 무효확인소송에도 준용되므로 무효확인판결 자체만으로도 실효성이 확보될 수 있다.
- ② 거부처분에 대해서 무효확인판결이 내려진 경우에는 당해 행정청에 판결의 취지에 따른 재처분의무가 인정됨은 물론 간접강제도 허용된다.
- ③ 행정처분의 근거법률에 의하여 보호되는 직접적·구체적인 이익이 있는 경우에는 「행정소송법」 제35조에 규정된 ‘무효확인을 구할 법률상 이익’이 있다고 보아야 하며, 이와 별도로 무효확인소송의 보충성이 요구되는 것은 아니므로 행정처분의 무효를 전제로 한 이행소송 등과 같은 직접적인 구제수단이 있는지 여부를 따질 필요가 없다.
- ④ 행정처분의 당연무효를 주장하여 그 무효확인을 구하는 행정소송에 있어서는 원고에게 그 행정처분이 무효인 사유를 주장·입증할 책임이 있다.
- ⑤ 압류등기가 말소된다고 하여도 압류처분이 외형적으로 효력이 있는 것처럼 존재하는 이상, 압류처분에 기한 압류등기가 경료되어 있는 경우에도 압류처분의 무효확인을 구할 이익이 있다.

해설  출제 영역 및 유형 : 무효등확인소송, 판례

① [O], ③ [O] : 행정소송은 행정청의 위법한 처분 등을 취소·변경하거나 그 효력 유무 또는 존재 여부를 확인함으로써 국민의 권리 또는 이익의 침해를 구제하고 공법상의 권리관계 또는 법 적용에 관한 다툼을 적절하게 해결함을 목적으로 하므로, 대등한 주체 사이의 사법상 생활관계에 관한 분쟁을 심판대상으로 하는 민사소송과는 목적, 취지 및 기능 등을 달리한다. 또한 「행정소송법」 제4조에서는 무효확인소송을 항고소송의 일종으로 규정하고 있고, 「행정소송법」 제38조 제1항에서는 처분 등을 취소하는 확정판결의 기속력 및 행정청의 재처분의무에 관한 「행정소송법」 제30조를 무효확인소송에도 준용하고 있으므로 무효확인판결 자체만으로도 실효성을 확보할 수 있다. 그리고 무효확인소송의 보충성을 규정하고 있는 외국의 일부 입법례와는 달리 우리나라 「행정소송법」에는 명문의 규정이 없어 이로 인한 명시적 제한이 존재하지 않는다. 이와 같은 사정을 비롯하여 행정에 대한 사법통제, 권익구제의 확대와 같은 행정소송의 기능 등을 종합하여 보면, 행정처분의 근거법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우에는 「행정소송법」 제35조에 규정된 ‘무효확인을 구할 법률상 이익’이 있다고 보아야 하고, 이와 별도로 무효확인소송의 보충성이 요구되는 것은 아니므로 행정처분의 무효를 전제로 한 이행소송 등과 같은 직접적인 구제수단이 있는지 여부를 따질 필요가 없다고 해석함이 상당하다(대판 전합 2008.3.20. 2007두6342).

② [X] : 「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).

④ [O] : 행정처분의 당연무효를 주장하여 그 무효확인을 구하는 행정소송에 있어서는 원고에게 그 행정처분이

무효인 사유를 주장·입증할 책임이 있다(대판 2010.5.13. 2009두3460 ; 대판 2000.3.23. 99두11851).

- ⑤ [O] : 체납처분에 기한 압류처분은 행정처분으로서 이에 기하여 이루어진 집행방법인 압류등기와는 구별되므로 압류등기의 말소를 구하는 것을 압류처분 자체의 무효를 구하는 것으로 볼 수 없고, 또한 압류등기가 말소된다고 하여도 압류처분이 외형적으로 효력이 있는 것처럼 존재하는 이상 그 불안과 위험을 제거할 필요가 있다고 할 것이므로, **압류처분에 기한 압류등기가 경료되어 있는 경우에도 압류처분의 무효확인을 구할 이익이 있다**(대판 2003.5.16. 2002두3669).

[정답] ②

02. 통지의 처분성 여부에 대한 관례의 입장으로 옳지 않은 것은? 2017년 국회 8급 [중요도 ★★★, 난이도 中]

- ① 「국가공무원법」상 당연퇴직의 인사발령은 법률상 당연히 발생하는 퇴직사유를 공적으로 확인하여 알려주는 관념의 통지에 불과하여 행정처분이 아니다.
- ② 구 「소득세법 시행령」에 따른 소득귀속자에 대한 소득금액변동 통지는 원천납세의무자인 소득귀속자의 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 가져오므로 행정처분이다.
- ③ 구 「농지법」상 농지처분의무의 통지는 통지를 전제로 농지처분명령 및 이행강제금 부과 등의 일련의 절차가 진행되는 점에서 독립한 행정처분이다.
- ④ 임용기간이 만료된 국·공립대학의 조교수에 대하여 재임용을 거부하는 취지로 한 임용기간 만료의 통지는 행정처분에 해당한다.
- ⑤ 구 「건축법」 및 「지방세법」·「국세징수법」에 의하여 이행강제금 부과처분을 받은 자가 기한 내에 이행강제금을 납부하지 아니한 때에는 그 납부를 독촉할 수 있으며, 이 때 이행강제금 납부의 최초 독촉은 징수처분으로서 행정처분에 해당한다.

해설 < 출제 영역 및 유형 : 통지의 처분성, 관례

- ① [O] : 「국가공무원법」 제69조에 의하면 공무원이 제33조 각 호의 어느 하나에 해당할 때에는 당연히 퇴직한다고 규정하고 있으므로, 「국가공무원법」상 당연퇴직은 **결격사유가 있을 때 법률상 당연히 퇴직하는 것이** 공무원 관례를 소멸시키기 위한 별도의 행정처분을 요하는 것이 아니며, **당연퇴직의 인사발령**은 법률상 당연히 발생하는 퇴직사유를 공적으로 확인하여 알려주는 이른바 관념의 통지에 불과하고 공무원의 신분을 상실시키는 새로운 형성적 행위가 아니므로 **행정소송의 대상이 되는 독립한 행정처분이라고 할 수 없다**(대판 1995.11.14. 95누2036).
- ② [X] : 구 「소득세법 시행령」 제192조 제1항 단서에 따른 **소득의 귀속자에 대한 소득금액변동 통지**는 원천납세의무자인 소득귀속자의 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 가져오는 것이 아니므로, **항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다**(대판 2015.3.26. 2013두9267).
- ③ [O] : 구 「농지법」 제10조 제1항 제7호, 제2항, 제11조에 의하면 농지의 소유자가 정당한 사유 없이 「같은 법」 제8조 제2항의 규정에 의한 농업경영계획서의 내용을 이행하지 아니하였다고 시장 등이 인정한 때에는 그 사유가 발생한 날부터 1년 이내에 당해 농지를 처분하여야 하고, 시장 등은 농지의 처분의무가 생긴 농지의 소유자에게 농림부령이 정하는 비에 의하여 처분대상농지·처분의무기간 등을 명시하여 해당 농지를 처분하여야 함을 통지하여야 하며, 위 통지에서 정한 처분의무기간 내에 처분대상농지를 처분하지 아니한 농지의 소유자에 대하여는 6개월 이내에 당해 농지를 처분할 것을 명할 수 있으며, 시장 등 행정청은 위 제7호에 정한 사유의 유무, 즉 농지의 소유자가 위 농업경영계획서의 내용을 이행하였는지 여부 및 그 불이행에 정당한 사유가 있는지 여부

를 판단하여 그 사유를 인정할 때에는 반드시 농지처분의무 통지를 하여야 하는 점 위 통지를 전제로 농지처분 명령, 「같은 법」 제65조에 의한 이행강제금 부과 등의 일련의 절차가 진행되는 점 등을 종합하여 보면 **농지처분의무 통지**는 단순한 관념의 통지에 불과하다고 볼 수는 없고, 상대방인 농지소유자의 의무에 직접 관계되는 독립한 행정처분으로서 항고소송의 대상이 된다(대판 2003.11.14. 2001두8742).

④ [O] : 기간제로 임용되어 임용기간이 만료된 국·공립대학의 조교수는 교원으로서의 능력과 자질에 관하여 합리적인 기준에 의한 공정한 심사를 받아 위 기준에 부합되면 특별한 사정이 없는 한 재임용되리라는 기대를 가지고 재임용 여부에 관하여 합리적인 기준에 의한 공정한 심사를 요구할 법규상 또는 조리상 신청권을 가진다고 할 것이나, 임용권자가 **임용기간이 만료된 조교수에 대하여 재임용을 거부하는 취지로 한 임용기간 만료의 통지**는 위와 같은 대학교원의 법률관계에 영향을 주는 것으로서 **행정소송의 대상이 되는 처분에 해당한다**(대판 전합 2004.4.22. 2000두7735).

⑤ [O] : 구 「건축법」 제69조의2 제6항, 「지방세법」 제28조, 제82조, 「국세징수법」 제23조의 각 규정에 의하면 이행강제금 부과처분을 받은 자가 이행강제금을 기한 내에 납부하지 아니한 때에는 그 납부를 독촉할 수 있으며, 납부독촉에도 불구하고 이행강제금을 납부하지 않으면 체납절치에 의하여 이행강제금을 징수할 수 있고, 이 때 **이행강제금 납부의 최초 독촉은 징수처분으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 될 수 있다**(대판 2009.12.24. 2009두14507).

[정답] ②

03. 다음 기관의 설치근거에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

2017년 국회 8급 [중요]

도 ★, 난이도 下

- ① 중앙선거관리위원회와 감사원은 「헌법」의 근거에 의하여 설치된다.
- ② 대통령비서실과 대통령경호실은 「정부조직법」에 설치근거를 두고 있다.
- ③ 지방의회는 「헌법」과 법률에 근거하여 설치된다.
- ④ 지방자치단체의 보조기관 중 부군수와 부구청장은 조례에 의하여 설치된다.
- ⑤ 지방자치단체는 조례에 근거하여 합의제 행정기관을 설치할 수 있다.

해설  출제 영역 및 유형 : 지자체·지방의회 등의 설치근거, 법령

- ① [O] : 중앙선거관리위원회는 「헌법」 제114조, 감사원은 「헌법」 제97조에 규정이 있다.
- ② [O] : 「정부조직법」 제14조 제1항에서 “대통령의 직무를 보좌하기 위하여 대통령비서실을 둔다.”고 규정하고 있고, 제16조 제1항에서 “대통령 등의 경호를 담당하기 위하여 대통령경호실을 둔다.”고 규정하고 있다.
- ③ [O] : 「헌법」 제118조 제1항은 “지방자치단체에 의회를 둔다.”고 규정하고 있고, 이에 따라 「지방자치법」 제30조에서 “지방자치단체에 주민의 대의기관인 의회를 둔다.”는 규정을 두었다.
- ④ [X] : 특별시·광역시 및 특별자치시에 부시장, 도와 특별자치도에 부지사, 시에 부시장, 군에 부군수, 자치구에 부구청장을 둔다(지방자치법 제110조 제1항). 따라서 「지방자치법」이 설치의 근거가 된다.
- ⑤ [O] : 지방자치단체는 그 소관 사무의 일부를 독립하여 수행할 필요가 있으면 **법령이나 그 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 합의제 행정기관을 설치할 수 있다**(지방자치법 제116조 제1항).

[정답] ④

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

- ① 행정심판전치주의는 무효확인소송에는 적용되지만 취소소송에는 적용되지 않는다.
- ② 대법원은 무효와 취소의 구별기준에 대해서 중대명백설을 취하고 있으나, 반대의견으로 객관적 명백성설이 제시된 판례도 존재한다.
- ③ 판례는 권한유월의 행위는 무권한의 행위로서 원칙적으로 취소사유로 보면서도 의원면직처분에서의 권한유월은 확인적 행정행위의 성격을 갖고 있기 때문에 원칙적으로 무효사유로 보아야 한다는 입장이다.
- ④ 판례는 민원사무를 처리하는 행정기관이 민원1회방문처리제를 시행하는 절차의 일환으로 민원사항의 심의·조정 등을 위한 민원조정위원회를 개최하면서 민원인에게 회의일정 등을 사전에 통지하지 아니하였다면 취소사유가 존재한다는 입장이다.
- ⑤ 판례는 환경영향평가를 거쳐야 할 대상사업에 대하여 이를 거치지 아니하였음에도 불구하고 승인 등 처분이 이루어졌다면 이는 당연무효라는 입장이다.

해설 ㉠ 출제 영역 및 유형 : 무효와 취소, 이론+판례

- ① [X] : 취소소송에 관한 규정 중 제18조(행정심판과의 관계)는 무효등확인소송에 준용되지 않는다(행정소송법 제38조 제1항). 따라서 무효확인소송에서는 행정심판전치주의가 적용되지 않는다.
- ② [X] : 판례의 주류는 중대명백설을 취한다(대판 2014.5.16. 2011두27094 등). 다만, 예외적으로 취득세 납세의무자의 신고행위의 하자에 대하여 명백성보충요건을 취한 판례도 있다(대판 2009.2.12. 2008두11716). 참고로 객관적 명백성설(조사의무설)은 원칙적으로 중대명백설을 따르되 하자의 명백성을 판단하는 주체를 일반인뿐만 아니라 관계 공무원으로까지 확대하여 명백성 요건을 완화함으로써 무효사유를 확장시키려는 견해인데, 아직 이 견해를 제시한 판례는 존재하지 않는다.
- ③ [X] : 행정청의 권한에는 사무의 성질 및 내용에 따르는 제약이 있고, 지역적·대인적으로 한계가 있으므로 이러한 권한의 범위를 넘어서는 **권한유월의 행위는 무권한 행위로서 원칙적으로 무효**라고 할 것이나, 행정청의 공무원에 대한 의원면직처분은 공무원의 사직의사를 수리하는 소극적 행정행위에 불과하고, 당해 공무원의 사직의사를 확인하는 확인적 행정행위의 성격이 강하며 재량의 여지가 거의 없기 때문에 **의원면직처분에서의 행정청의 권한유월행위를 다른 일반적인 행정행위에서의 그것과 반드시 같이 보아야 할 것은 아니다**. 따라서 **5급 이상의 국가정보원 직원에 대한 의원면직처분이 임면권자인 대통령이 아닌 국가정보원장에 의해 행해진 것으로 위법**하고, 나아가 국가정보원 직원의 명예퇴직원 내지 사직서제출이 직위해제 후 1년여에 걸친 국가정보원장 측의 중용에 의한 것이었다는 사정을 감안한다 하더라도 그러한 **하자가 중대한 것**이라고 볼 수는 없으므로, 대통령의 내부결재가 있었는지에 관계없이 **당연무효는 아니라고 할 것이다**(대판 2007.7.26. 2005두15748).
- ④ [X] : 민원사무를 처리하는 행정기관이 민원1회방문처리제를 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 심의 과정에서 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).
- ⑤ [O] : **환경영향평가를 거쳐야 할 대상사업에 대하여 환경영향평가를 거치지 아니하였음에도 불구하고 승인 등 처분이 이루어진다면**, 이러한 행정처분의 하지는 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것이고 객관적으로도 명

영향을 미치는 공권력의 행사에 따른 행정작용으로서 항고소송의 대상이 된다(대판 2011.3.10. 2009두23617).

[정답] ③

06. 행정심판에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2017년 국회 8급 [중요도 ★★★, 난이도 上中]

- ① 거부처분에 대하여서는 의무이행심판을 제기하여야 하며, 취소심판을 제기할 수 없다.
- ② 행정심판청구서는 피청구인인 행정청을 거쳐 행정심판위원회에 제출하여야 한다.
- ③ 임시처분은 집행정지로 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.
- ④ 행정심판의 재결에 고유한 위법이 있는 경우에는 재결에 대하여 다시 행정심판을 청구할 수 있다.
- ⑤ 행정청이 재결의 기속력에도 불구하고 처분명령재결의 취지에 따라 이전의 신청에 대한 처분을 하지 아니하는 때에는 행정심판위원회는 손해배상을 명할 수 있다.

해설 출제 영역 및 유형 : 행정심판, 법령+이론+판례

- ① [X] : 거부처분에 대하여서는 의무이행심판뿐만 아니라 취소심판을 제기할 수도 있다. 다만 취소심판의 경우에는 잘못된 거부처분의 효력을 상실하게 하는 효과밖에 없으나, 의무이행심판으로 다투게 되면 적극적인 행위를 재결할 수 있다는 실익이 있다. 따라서 허가신청에 대해 거부처분을 한 경우 취소심판보다는 의무이행심판으로 하는 것이 권리구제에 적합하다.
- ② [X] : 행정심판을 청구하려는 자는 심판청구서를 작성하여 피청구인이나 위원회에 제출하여야 한다(행정심판법 제23조 제1항). 즉 현행 「행정심판법」은 종래의 처분청경유주의(행정심판을 피청구인인 처분청을 거쳐 재결청에 청구하여야 함)를 폐지하고 청구인의 선택에 따라 처분청을 경유하든지 아니면 행정심판위원회에 직접 청구할 수 있도록 하고 있다(행정심판법 제23조 제1항 참조).
- ③ [O] : 「행정심판법」 제31조 제3항.
- ④ [X] : 심판청구에 대한 재결이 있으면 그 재결 및 같은 처분 또는 부작위에 대하여 다시 행정심판을 청구할 수 없다(행정심판법 제51조). 다만, 재결 자체에 고유한 위법이 있는 경우에는 재결에 대해 취소소송을 제기할 수 있다(행정소송법 제19조 단서).
- ⑤ [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 하고(행정소송법 제30조 제2항), 행정청이 그 처분을 하지 아니하는 때에는 제1심 수소법원은 당사자의 신청에 의하여 결정으로써 상당한 기간을 정하고 행정청이 그 기간 내에 이행하지 아니하는 때에는 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 할 것을 명하거나 즉시 손해배상을 할 것을 명할 수 있다(행정소송법 제34조 제1항). 그런데 「행정심판법」은 「행정소송법」과는 달리 의무이행재결의 기속력을 확보하기 위한 간접강제제도를 두고 있지 아니하다. 왜냐하면 처분청이 재결의 내용에 따르지 않을 경우 행정심판위원회는 시정명령권과 직접처분권(제50조)을 가지기 때문이다.

[정답] ③

07. 행정입법에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2017년 국회 8급 [중요도 ★★★, 난이도 中]

- ① 상위법령의 시행을 위하여 제정한 집행명령은 그 상위법령이 개정되더라도 개정법령과 실질상 모순·저촉되지 않는 이상 여전히 그 효력을 가진다.
- ② 행정규칙인 고시가 집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 국민의 구체적인 권리·의무에 직접적인 변동을 초래하는 경우에는 항고소송의 대상이 된다.
- ③ 행정 각부의 장관이 정한 고시가 상위법령의 수권에 의한 것으로 법령 내용을 보충하는 기능을 하는 경우에도 그 규정 형식이 법령의 위임 범위를 벗어난 것이라면 법규명령으로서의 대외적 구속력이 인정되지 않는다.
- ④ 수권법령에 재위임을 허용하는 규정이 없더라도 위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그 중의 특정사항을 범위를 정하여 하위법령에 재위임하는 것은 허용된다.
- ⑤ 상위법령의 시행을 위하여 법규명령을 제정하여야 할 의무가 인정됨에도 불구하고 법규명령을 제정하고 있지 않은 경우, 그러한 부작위는 부작위위법확인소송을 통하여 다룰 수 있다.

해설 ㄷ 출제 영역 및 유형 : 행정입법, 관례

- ① [O] : 상위법령의 시행에 필요한 세부적 사항을 정하기 위하여 행정관청이 일반적 직권에 의하여 제정하는 이른바 집행명령은 근거법령인 상위법령이 폐지되면 특별한 규정이 없는 이상 실효되는 것이나, **상위법령이 개정됨에 그친 경우에는 개정법령과 실질상 모순, 저촉되지 아니하고 개정된 상위법령의 시행에 필요한 사항을 규정하고 있는 이상 그 집행명령은 상위법령의 개정에도 불구하고 당연히 실효되지 아니하고 개정법령의 시행을 위한 집행명령이 제정, 발효될 때까지는 여전히 그 효력을 유지한다**(대판 1989.9.12. 88누6962).
- ② [O] : 일반적으로 행정 각부의 장이 정하는 고시라도 그것이 특히 법령의 규정에서 특정 행정기관에 법령 내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여함으로써 법령 내용을 보충하는 기능을 가질 경우에는 형식과 상관없이 근거법령 규정과 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 가지나, 이는 어디까지나 법령의 위임에 따라 법령 규정을 보충하는 기능을 가지는 점에 근거하여 예외적으로 인정되는 효력이므로 **특정 고시가 비록 법령에 근거를 둔 것이더라도 규정 내용이 법령의 위임 범위를 벗어난 것일 경우에는 법규명령으로서의 대외적 구속력을 인정할 여지는 없다**(대판 2016.8.17. 2015두51132).
- ③ [O] : 일반적으로 행정각부의 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 근거법령 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).
- ④ [O] : 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 않고 재위임하는 것(즉 백지재위임)은 복위임금지원칙에 반할 뿐 아니라 위임명령의 제정 형식에 관한 수권범의 내용을 변경하는 것이 되므로 허용되지 않으나 **위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그 중의 특정사항을 범위를 정하여 하위법령에 다시 위임하는 경우에는 재위임이 허용된다**(대판 2015.1.15. 2013두14238).
- ⑤ [X] : 행정소송은 구체적 사건에 대한 법률상 분쟁을 법에 의하여 해결함으로써 법적 안정을 기하는 것이므로 부작위위법확인소송의 대상이 될 수 있는 것은 구체적 권리의무에 관한 분쟁이어야 하고 **추상적인 법령에 관하여 제정의 여부** 등은 그 자체로서 **국민의 구체적인 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 것이 아니어서 그 소송**

의 대상이 될 수 없다(대판 1992.5.8. 91누11261).

[정답] ⑤

08. 甲은 A 시장의 영업허가 취소처분이 위법함을 이유로 국가배상청구소송을 제기하였다. 이에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2017년 국회 8급 [중요도 ★★★, 난이도 中]

- ① 甲의 국가배상청구소송은 공법상 당사자소송에 해당한다.
- ② 甲의 소송이 인용되려면 미리 영업허가 취소처분에 대한 취소의 인용판결이 있어야 한다.
- ③ 甲이 국가배상청구소송을 제기한 이후에 영업허가 취소처분에 대한 취소소송을 제기한 경우 그 취소소송은 국가배상청구소송에 병합될 수 있다.
- ④ A 시장의 영업허가 취소사무가 국가사무로서 국가가 실질적인 비용을 부담하는 자인 경우에는 甲은 국가를 상대로 국가배상을 청구하여야 한다.
- ⑤ A 시장의 영업허가 취소처분에 대한 취소소송에서 인용판결이 확정된 이후에도 甲의 국가배상청구소송은 기각될 수 있다.

해설  출제 영역 및 유형 : 국가배상, 이론+판례

- ① [X] : 「국가배상법」을 공법으로 보는 통설에 따르면 공법상 당사자소송으로 다루어진다. 그러나 「국가배상법」을 사법으로 보는 판례에 따르면 민사소송으로 다루어진다(대판 1972.10.10. 69다701).
- ② [X] : 미리 그 행정처분의 취소판결이 있어야만 그 행정처분의 위법임을 이유로 한 손해배상청구를 할 수 있는 것은 아니다(대판 1972.4.28. 72다337).
- ③ [X] : 취소소송에는 사실심의 변론종결시까지 관련청구소송(당해 처분 등과 관련되는 손해배상·부당이득반환·원상회복 등 청구소송, 당해 처분 등과 관련되는 취소소송)을 병합하거나 피고 외의 자를 상대로 한 관련청구소송을 취소소송이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 있다(행정소송법 제10조 제2항). 구체적인 관련청구소송의 병합의 요건으로는 (1) 각 청구가 관련청구일 것 (2) 각 청구에 관해 수소법원에 관할권이 있을 것 (3) 각 청구가 소송요건 등의 적법요건을 갖출 것 (4) 주된 청구소송이 사실심 변론종결 전일 것 (5) 주된 청구인 행정사건에 관련청구를 병합할 것(민사사건에 관련 행정사건을 병합할 수는 없음) 등이 있다.
- ④ [X] : 지방자치단체의 장이 기관위임된 국가행정사무를 처리하는 경우 그에 소요되는 경비의 실질적·궁극적 부담자는 국가라고 하더라도 당해 지방자치단체는 국가로부터 내부적으로 교부된 금원으로 그 사무에 필요한 경비를 대외적으로 지출하는 자이므로, 이러한 경우 지방자치단체는 「국가배상법」 제6조 제1항 소정의 비용부담자로서 공무원의 불법행위로 인한 같은 법에 의한 손해를 배상할 책임이 있다(대판 1994.12.9. 94다38137).
- ⑤ [O] : 어떠한 행정처분이 후에 항고소송에서 취소되었다고 할지라도 그 기판력에 의하여 당해 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없다(대판 2012.5.24. 2012다11297). 따라서 영업허가 취소처분에 대한 취소소송에서 인용판결이 확정된 이후에도 국가배상청구소송은 기각될 수 있다.

[정답] ⑤

09. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」(이하 ‘정보공개법’이라 함) 에 대한 판례의

설명으로 옳지 않은 것은? 2017년 국회 8급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- ① 정보공개청구를 거부하는 처분이 있는 후 대상 정보가 폐기되었다든가 하여 공공기관이 그 정보를 보유·관리하지 아니하게 된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 정보공개거부처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다.
- ② 「공직자윤리법」상의 등록의무자가 구 「공직자윤리법 시행규칙」 제12조에 따라 제출한 ‘자신의 재산등록사항의 고지를 거부한 직계존비속의 본인과의 관계, 성명, 고지거부사유, 서명’이 기재되어 있는 문서는 정보공개법상의 비공개 대상 정보에 해당한다.
- ③ 정보공개를 구하는 정보를 공공기관이 한때 보유·관리하였으나 후에 그 정보가 담긴 문서들이 폐기되어 존재하지 않게 된 것이라면 그 정보를 더 이상 보유·관리하고 있지 아니하다는 점에 대한 증명책임은 공공기관에 있다.
- ④ 정보공개법 제13조 제2항에서 규정한 정보의 사본 또는 복제물의 교부를 제한할 수 있는 사유에 해당하지 아니하는 한 정보공개청구자가 선택한 공개방법에 따라 공개하여야 하므로 공공기관은 정보공개방법을 선택할 재량권이 없다.
- ⑤ 공공기관은 정보공개청구를 거부할 경우에도 대상이 된 정보의 내용을 구체적으로 확인·검토하여 어느 부분이 어떠한 법의 또는 기본권과 충돌되어 정보공개법 제9조 제1항 몇 호에서 정하고 있는 비공개사유에 해당하는지를 주장·입증하여야 하며, 그에 이르지 아니한 채 개괄적인 사유만 들어 공개를 거부하는 것은 허용되지 아니한다.

해설 ㉠ 출제 영역 및 유형 : 정보공개, 판례

① [O], ③ [O] : 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에서 말하는 공개 대상 정보는 정보 그 자체가 아닌 「같은 법」 제2조 제1호에서 예시하고 있는 매체 등에 기록된 사항을 의미하고, 공개 대상 정보는 원칙적으로 공개를 청구하는 자가 「같은 법」 제10조 제1항 제2호에 따라 작성한 정보공개청구서의 기재 내용에 의하여 특정되며, 만일 공개청구자가 특정한 바와 같은 정보를 공공기관이 보유·관리하고 있지 않은 경우라면 특별한 사정이 없는 한 해당 정보에 대한 공개거부처분에 대하여는 취소를 구할 법률상 이익이 없다. 이와 관련하여 공개청구자는 그가 공개를 구하는 정보를 공공기관이 보유·관리하고 있을 상당한 개연성이 있다는 점에 대하여 입증할 책임이 있으나, 공개를 구하는 정보를 공공기관이 한때 보유·관리하였으나 후에 그 정보가 담긴 문서들이 폐기되어 존재하지 않게 된 것이라면 그 정보를 더 이상 보유·관리하고 있지 않다는 점에 대한 증명책임은 공공기관에 있다(대판 2013.1.24. 2010두18918).

② [X] : 구 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」과 구 「공직자윤리법」의 관련 규정들을 종합하여 보면, 구 「공직자윤리법」에 의한 ‘등록사항’ 중 「같은 법」 제10조 제1항 및 제2항에 의하여 공개하여야 할 등록사항을 제외한 나머지 등록사항은 「같은 법」 제10조 제3항 또는 제14조의 규정에 의한 법령비정보에 해당한다. 그런데 위 규정들의 내용 및 「공직자윤리법」의 목적, 입법 취지 등을 종합하여 보면, 등록의무자 본인 및 그 배우자와 직계존비속이 소유하는 재산의 종류와 가액 및 고지거부사실(직계존비속이 자신의 재산등록사항의 고지를 거부하는 경우 그 고지거부사실 자체는 등록할 재산에 대응하는 것이므로 등록사항으로 보아야 한다)은 구 「공직자윤리법」에 의한 등록사항에 해당하나, 그 밖에 등록의무자의 배우자 및 직계존비속의 존부와 그 인적사항 및 고지거부자의 고지거부사유는 그 등록사항에 해당하지 않는다. 따라서 「공직자윤리법」상의 등록의무자가 제출한 ‘자신의 재산등록사항의 고지를 거부한 직계존비속의 본인과의 관계, 성명, 고지거부사유, 서명(날인)’이 기재되어 있는 구 「공직자윤리법 시행규칙」 제12조 관련 「별지 14호 서식」의 문서는 구 「공직자윤리법」에 의한 등록사항이 아니므로, 「같은 법」 제10조 제3항 및 제14조의 각 규정에 의하여 열람복사가 금지되거나 누설이 금지된 정보가

아니고, 나아가 구 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제9조 제1항 제1호에 정한 법령비정보에도 해당하지 않는다(대판 2007.12.13. 2005두13117).

④ [O] : 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제2조 제2항, 제3조, 제5조, 제8조 제1항, 「같은 법 시행령」 제14조, 「같은 법 시행규칙」 제2조 [별지 제1호 서식] 등의 각 규정을 종합하면, **정보공개를 청구하는 자가 공공기관에 대해 정보의 사본 또는 출력물의 교부의 방법으로 공개방법을 선택하여 정보공개청구를 한 경우에** 공개청구를 받은 공공기관으로서 「같은 법」 제8조 제2항에서 규정한 정보의 사본 또는 복제물의 교부를 제한할 수 있는 사유에 해당하지 않는 한 정보공개청구자가 선택한 공개방법에 따라 정보를 공개하여야 하므로 그 공개방법을 선택할 재량권이 없다고 해석함이 상당하다(대판 2003.12.12. 2003두8050 ; 대판 2004.8.20. 2003두8302).

⑤ [O] : 국민으로부터 보유·관리하는 정보에 대한 공개를 요구받은 공공기관으로서 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제9조 제1항 각 호에서 정하고 있는 비공개사유에 해당하지 않는 한 이를 공개하여야 하고, 이를 거부하는 경우라 할지라도 대상이 된 정보의 내용을 구체적으로 확인·검토하여 어느 부분이 어떠한 법의 또는 기본권과 충돌되어 「같은 법」 제9조 제1항 및 호에서 정하고 있는 비공개사유에 해당하는지를 주장·입증하여야만 하며, 그에 이르지 아니한 채 개괄적인 사유만을 들어 공개를 거부하는 것은 허용되지 아니한다(대판 2007.2.8. 2006두4899).

[정답] ②

10. 항고소송의 대상이 되는 처분에 대한 설명으로 옳은 것을 <보기> 에서 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2017년 국회 8급 [중요도 ★★★, 난이도 中]

<보 기>

- ㄱ. 조례가 집행행위의 개입이 없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생하는 경우 그 조례는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.
- ㄴ. 공정거래위원회의 표준약관 사용권장행위는 비록 그 통지를 받은 해당 사업자 등에게 표준약관을 사용할 경우 표준약관과 다르게 정한 주요 내용을 고객이 알기 쉽게 표시하여야 할 의무를 부과하고 그 불이행에 대해서는 과태료에 처하도록 되어 있으나, 이는 어디까지나 구속력이 없는 행정지도에 불과하므로 행정처분에 해당되지 아니한다.
- ㄷ. 국가인권위원회의 각하 및 기각결정은 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하지 아니하므로 헌법소원의 보충성 요건을 충족하여 헌법소원의 대상이 된다.
- ㄹ. 지방계약직 공무원의 보수삭감행위는 대등한 당사자 간의 계약관계와 관련된 것이므로 처분성은 인정되지 아니하며, 공법상 당사자소송의 대상이 된다.
- ㅁ. 3월의 영업정지처분을 2월의 영업정지처분에 갈음하는 과징금 부과처분으로 변경하는 재결의 경우 취소소송의 대상이 되는 것은 변경된 내용의 당초처분이 변경처분은 아니다.

① ㄱ, ㅁ

② ㄷ, ㄹ

③ ㄱ, ㄹ, ㅁ

④ ㄱ, ㄴ, ㄷ, ㄹ

⑤ ㄱ, ㄴ, ㄷ, ㅁ

- ㉔. [O] : 조례가 집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생하는 경우 그 조례는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하고, 이러한 조례에 대한 무효확인소송을 제기함에 있어서 「행정소송법」 제38조 제1항, 제13조에 의하여 **피고적격**이 있는 처분 등을 행한 행정청은 행정주체인 지방자치단체 또는 지방자치단체의 내부적 의결기관으로서 지방자치단체의 의사를 외부에 표시한 권한이 없는 지방의회가 아니라, 「지방자치법」에 의하여 지방자치단체의 집행기관으로서 조례로서의 효력을 발생시키는 공포권이 있는 지방자치단체의 장이다(대판 1996.9.20. 95누8003).
- ㉕. [X] : **공정거래위원회의 ‘표준약관 사용권장행위’**는 그 통지를 받은 해당 사업자 등에게 표준약관과 다른 약관을 사용할 경우 표준약관과 다르게 정한 주요 내용을 고객이 알기 쉽게 표시하여야 할 의무를 부과하고, 그 불이행에 대해서는 과태료에 처하도록 되어 있으므로, 이는 사업자 등의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 행정처분으로서 항고소송의 대상이 된다(대판 2010.10.14. 2008두23184).
- ㉖. [X] : 국가인권위원회는 법률상의 독립된 국가기관이고, 피해자인 진정인에게는 「국가인권위원회법」이 정하고 있는 구제조치를 신청할 법률상 신청권이 있는데 국가인권위원회가 진정을 각하 및 기각결정을 할 경우 피해자인 진정인으로서 자신의 인격권 등을 침해하는 인권침해 또는 차별행위 등이 시정되고 그에 따른 구제조치를 받을 권리를 박탈당하게 되므로, 진정에 대한 **국가인권위원회의 각하 및 기각결정**은 피해자인 진정인의 권리행사에 중대한 지장을 초래하는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하므로, 그에 대한 다툼은 우선 행정심판이나 행정소송에 의하여야 할 것이다. 따라서 이 사건 헌법소원심판청구는 행정심판이나 행정소송 등의 사전 구제절차를 모두 거친 후 청구된 것이 아니므로 보충성 요건을 충족하지 못하였다(헌재 2015.3.26. 2013헌마214).
- ㉗. [X] : 지방계약직 공무원에 대한 **보수의 삭감**은 이를 당하는 공무원의 입장에서는 징계처분의 일종인 감봉과 다를 바 없으므로, 채용계약상 특별한 약정이 없는 한 징계절차에 의하지 않고서는 보수를 삭감할 수 없다(대판 2008.6.12. 2006두16328). 즉 지방계약직 공무원에 대한 보수의 삭감조치를 처분으로 보고 있다.
- ㉘. [O] : 피고(A 구청장)은 2002. 12. 26. 원고(甲)에 대하여 3월의 영업정지처분이라는 당초처분을 하였고, 이에 대하여 원고가 행정심판청구를 하자 행정심판위원회는 2003. 3. 6. “피고가 2002. 12. 26. 원고에 대하여 한 3월의 영업정지처분을 2월의 영업정지에 갈음하는 과징금 부과처분으로 변경하라.”는 일부 기각(일부 인용)의 재결을 하였으며, 2003. 3. 10. 그 재결서 정본이 원고에게 도달하였고, 피고는 위 재결 취지에 따라 2003. 3. 13. “3월의 영업정지처분을 과징금 560만 원으로 변경한다.”는 취지의 후속 변경처분을 함으로써 당초처분을 원고에게 유리하게 변경하는 처분을 하였으며, 원고는 2003. 6. 12. 과징금 부과처분의 취소를 구하는 소를 제기하였다. 이와 같이 후속 변경처분에 의하여 유리하게 변경된 내용의 행정제재인 과징금 부과가 위법하다 하여 그 취소를 구하는 소송에 있어서, 그 **취소소송의 대상**은 2003. 3. 13.자 과징금 부과처분이 아니라 후속 변경처분에 의하여 당초부터 유리하게 변경되어 존속하는 2002. 12. 26.자 과징금 부과처분이고, 그 **제소기간**도 행정심판재결서 정본을 송달받은 날로부터 90일 이내에 제기되어야 한다(대판 2007.4.27. 2004두9302).

[정답] ①

11. 공법과 사법의 구별에 대한 설명으로 옳지 않은 것을 <보기>에서 모두 고르면?
(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2017년 국회 8급 [중요도 ★★★, 난이도 上中]

<보 기>

- ㉔. 공법과 사법의 구별기준에 대한 신주체설은 국가나 지방자치단체 등의 행정주체가

관련되는 법률관계를 공법관계로 보고 사인 간의 법률관계는 사법관계로 본다.

- ㄴ. 대법원은 국가나 지방자치단체가 당사자가 되는 공공계약(조달계약)은 상대방과 대등한 관계에서 체결하는 공법상의 계약으로 본다.
- ㄷ. 대법원은 행정재산의 목적 외 사용에 해당하는 사인에 대한 행정재산의 사용·수익허가를 강학상 특허로 보고 있다.
- ㄹ. 대법원은 석탄가격안정지원금지급청구권은 석탄산업법령에 의하여 정책적으로 당연히 부여되는 공법상 권리이므로, 지원금의 지급을 구하는 소송은 공법상 당사자 소송의 대상이 된다고 본다.
- ㅁ. 대법원은 지방자치단체가 공공조달계약 입찰을 일정기간 동안 제한하는 부정당업자 제재는 사법상의 통지행위에 불과하다고 본다.

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

해설  출제 영역 및 유형 : 개인적 공권, 법령+이론+판례

ㄱ. [X] : 공법과 사법의 구별기준에 대한 주체설은 법률관계의 당사자 중 일방이 국가나 지방자치단체 등의 행정주체인 경우에는 공법관계로, 그 당사자가 모두 사인인 경우에는 사법관계로 보는 견해이다. 이에 대해 **신주체설**은 공권력의 담당자인 행정주체에 대해서만 권리·권한을 부여하거나 의무를 부과하는 법은 공법이고, 모든 권리주체에 권리를 부여하고 의무를 부과하는 법은 사법으로 보는 견해이다. 이 견해는 Wolff가 주체설을 보완하여 주장한 것으로서, 특별법설 또는 귀속설이라고도 한다.

ㄴ. [X] : 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에 따라 **국가(지방자치단체)가 당사자가 되는 이른바 ‘공공계약’**은 사경제 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상 계약으로서 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. 2012마0097 ; 대판 2017.1.25. 2015다205796).

ㄷ. [O] : 국유재산 등의 관리청이 하는 **행정재산의 사용·수익에 대한 허가**는 순전히 사경제주체로서 행하는 사법상의 행위가 아니라 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는 행정처분으로서 특정인에게 행정재산을 사용할 수 있는 권리를 설정하여 주는 **강학상 특허에 해당한다**(대판 2006.3.9. 2004다31074).

ㄹ. [O] : 석탄가격안정지원금은 석탄의 수요 감소와 열악한 사업환경 등으로 점차 경영이 어려워지고 있는 석탄광업의 안정 및 육성을 위하여 국가정책적 차원에서 지급하는 지원금의 성격을 갖는 것이고, 석탄광업자가 석탄산업합리화사업단에 대하여 가지는 이와 같은 **지원금지급청구권**은 석탄산업법령에 의하여 정책적으로 당연히 부여되는 **공법상의 권리**이므로, 석탄광업자가 석탄산업합리화사업단을 상대로 석탄산업법령 및 석탄가격안정지원금지급요령에 의하여 **지원금의 지급을 구하는 소송**은 공법상의 법률관계에 관한 소송인 **공법상의 당사자소송**에 해당한다(대판 1997.5.30. 95다28960).

ㅁ. [X] : 도지사 2010. 7. 12. 부정당업자 입찰참가자격의 제한처분을 하면서 입찰참가자격의 제한기간을 처분 다음 날부터 5개월간으로 정하였다 하더라도 상대방에게 고지되어야 그 효력이 발생하며, 고지되기 이전의 제한기간에 대하여는 그 효력이 미치지 아니한다(대판 2012.11.15. 2011두31635). ⇨ 지방자치단체가 계약 입찰을 일정기간 동안 제한하는 부정당업자 제재는 사법상의 통지행위에 불과한 것이 아니라 처분성이 인정된다.

[정답] ③

12. 공법상 법률관계에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2017년 국회 8급 [중요도 ★★, 난이도 上]

- ① 행정청이 특정 개발사업의 시행자를 지정하는 처분을 하면서 상대방에게 지정처분의 취소에 대한 소권을 포기하도록 하는 내용의 부관을 붙이는 것은 단지 부제소특약만을 덧붙이는 것이어서 허용된다.
- ② 공무원연금수급권은 헌법 규정만으로는 이를 실현할 수 없고 그 수급요건, 수급권자의 범위 및 급여금액은 법률에 의하여 비로소 확정된다.
- ③ 환경영향평가 대상지역 밖에 거주하는 주민은 관계 법령의 내용과는 상관없이 「헌법」상의 환경권에 근거하여 제3자에 대한 공유수면매립면허처분을 취소할 것을 청구할 수 있는 공권을 가진다.
- ④ 국유재산의 무단점유자에 대한 변상금 부과·징수권과 민사상 부당이득반환청구권은 양자 중 어느 한 쪽만 성립하여 존재할 수 있을 뿐 양자가 경합하여 병존할 수는 없다.
- ⑤ 「보조금 관리에 관한 법률」에 따라 중앙관서의 장이 보조사업자에게 보조금반환을 명하였음에도 보조사업자가 이를 반환하지 아니하는 경우, 중앙관서의 장은 강제징수의 방법과 민사소송의 방법을 합리적 재량에 의하여 선택적으로 활용할 수 있다.

해설 출제 영역 및 유형 : 공·사법관계, 판례

- ① [X] : 지방자치단체장이 도매시장법인의 대표이사에 대하여 위 지방자치단체장이 개설한 농수산물도매시장의 도매시장법인으로 다시 지정함에 있어서 그 지정조건으로 “지정기간 중이라도 개설자가 농수산물 유통정책의 방침에 따라 도매시장법인 이전 및 지정취소 또는 폐쇄 지시에도 일체 소송이나 손실보상을 청구할 수 없다.”라는 부관을 붙였으나, 그 중 **부제소특약에 관한 부분은 당사자가 임의로 처분할 수 없는 공법상의 권리관계를 대상으로 하여 사인의 국가에 대한 공권인 소권을 당사자의 합의로 포기하는 것으로서 허용될 수 없다**(대판 1998.8.21. 98두8919).
- ② [O] : 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 **사회권적 기본권**이나 청구권적 기본권은 **법률에 의해 그 기본권의 내용 등이 구체화되어야 비로소 개인적 공권으로 인정된다**.
- ③ [X] : 「헌법」 제35조 제1항에서 정하고 있는 환경권에 관한 규정만으로는 그 권리의 주체·대상·내용·행시방법 등이 구체적으로 정립되어 있다고 볼 수 없고, 「환경정책기본법」 제6조도 그 규정 내용 등에 비추어 국민에게 구체적인 권리를 부여한 것으로 볼 수 없으므로, **환경영향평가 대상지역 밖에 거주하는 주민에게 「헌법」상의 환경권 또는 「환경정책기본법」에 근거하여 공유수면매립면허처분과 농지개발사업 시행인가처분의 무효확인을 구할 원고적격은 없다**(대판 전합 2006.3.16. 2006두330).
- ④ [X] : 「국유재산법」에 의한 **변상금 부과·징수권과 민사상 부당이득반환청구권**은 동일한 금액 범위 내에서 **경합하여 병존하게 되고**, 민사상 부당이득반환청구권이 만족을 얻어 소멸하면 그 범위 내에서 변상금 부과·징수권도 소멸하는 관계에 있다(대판 2014.9.4. 2012두5688).
- ⑤ [X] : 구 「보조금의 예산 및 관리에 관한 법률」은 제30조 제1항에서 중앙관서의 장은 보조사업자가 허위의 신청이나 기타 부정한 방법으로 보조금의 교부를 받은 때 등의 경우 보조금 교부결정의 전부 또는 일부를 취소할 수 있도록 규정하고, 제31조 제1항에서 중앙관서의 장은 보조금의 교부결정을 취소한 경우에 취소된 부분의 보조사업에 대하여 이미 교부된 보조금의 반환을 명하여야 한다고 규정하고 있으며, 제33조 제1항에서 위와 같이

반환하여야 할 보조금에 대하여는 국세징수의 예에 따라 이를 징수할 수 있도록 규정하고 있으므로, **중앙관서의 장으로서**는 반환하여야 할 보조금을 국세채납처분의 예에 의하여 강제징수할 수 있고, 위와 같은 중앙관서의 장이 가지는 반환하여야 할 보조금에 대한 징수권은 공법상 권리로서 사법상 채권과는 성질을 달리하므로, 중앙관서의 장으로서 보조금을 반환하여야 할 자에 대하여 민사소송의 방법으로는 반환청구를 할 수 없다고 보아야 한다(대판 2012.3.15. 2011다17328).

[정답] ②

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

2017년 국회 8급 [중요도 ★★★, 난이도 中]

<보 기>

행정청 A는 甲에 대하여 주택건설사업계획 승인처분을 하면서 사업부지 중 일부를 공공시설용 토지로 기부채납할 것을 부관으로 하였고, 甲은 그 부관의 이행으로 토지에 대한 소유권이전등기를 마쳤다.

- ① 행정청 A는 법령에 특별한 근거가 없더라도 甲에 대하여 부관을 붙일 수 있다.
- ② 甲은 기부채납 부관에 대하여서 독립하여 취소소송을 제기할 수 있다.
- ③ 甲에 대한 기부채납 부관이 무효가 되더라도 그 부담의 이행으로 한 소유권이전등기가 당연히 무효가 되는 것은 아니다.
- ④ 甲에 대한 기부채납 부관이 제소기간의 도과로 불가쟁력이 발생한 이후에는 그 부담의 이행으로 한 소유권이전등기의 효력을 다툴 수 없다.
- ⑤ 위 기부채납 부관이 처분과 실체적 관련성이 없어 부관으로 붙일 수 없는 경우, 사법상 계약의 형식으로 甲에게 토지이전 의무를 부과할 수는 없다.

해설 ㄹ 출제 영역 및 유형 : 부관 일반, 판례

- ① [O] : 구 「주택건설촉진법」 제33조에 의한 **주택건설사업계획의 승인**은 상대방에게 권리나 이익을 부여하는 효과를 수반하는 이른바 수의적 행정처분으로서 법령에 행정처분의 요건에 관하여 일의적으로 규정되어 있지 아니한 이상 행정청의 재량행위에 속한다(대판 2007.5.10. 2005두13315). 그런데 **재량행위**에 있어서는 법령상의 근거가 없다고 하더라도 부관을 붙일 수 있다(대판 1997.3.14. 96누16698).
- ② [O] : 주택건설사업계획승인처분을 하면서 사업부지 중 일부를 공공시설용 토지로 기부채납할 것을 부관으로 붙인 경우 그 부관은 일반적으로 부담에 해당한다. 그런데 **부담의 경우**에는 다른 부관과는 달리 행정행위의 불가분적인 요소가 아니고 그 존속이 본체인 행정행위의 존재를 전제로 하는 것일 뿐이므로 부담 그 자체로서 행정쟁송의 대상이 될 수 있다(대판 1992.1.21. 91누1264).
- ③ [O] : **행정처분에 붙인 부담인 부관이 무효가 되었다고 하여 그 부담의 이행으로 한 사법상 법률행위도 당연히 무효가 되는 것은 아니다.** 즉 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 있음은 별론으로 하고 그 법률행위 자체를 당연히 무효화하는 것은 아니다(대판 2009.6.25. 2006다18174).
- ④ [X] : 행정처분에 붙인 부담인 부관이 제소기간 도과로 불가쟁력이 생긴 경우에도 그 부담의 이행으로 한 사법상

법률행위의 효력을 다룰 수 있다. 즉 행정처분에 붙은 부담인 부관이 제소기간의 도과로 확정되어 이미 불가쟁력이 생겼다면 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효로 보아야 할 경우 외에는 누구나 그 효력을 부인할 수 없을 것이지만, **부담의 이행으로서 하게 된 사법상 매대 등의 법률행위는 부담을 붙인 행정처분과는 어디까지나 별개의 법률행위**이므로 그 부담의 불가쟁력의 문제와는 별도로 법률행위가 사회질서 위반이나 강행규정에 위반되는지 여부 등을 따져보아 그 법률행위의 유효 여부를 판단하여야 한다(대판 2009.6.25. 2006다18174).

- ⑤ [O] : 공무원이 인·허가 등 수직적 행정처분을 하면서 상대방에게 그 처분과 관련하여 이른바 부관으로서 부담을 붙일 수 있다 하더라도, 그러한 부담은 법치주의와 사유재산 존중, 조세법률주의 등 헌법의 기본원리에 비추어 비례의 원칙이나 부당결부금지의 원칙에 위배되지 않아야만 적법한 것인바, **행정처분과 부관 사이에 실제적 관련성이 있다고 볼 수 없는 경우** 공무원이 위와 같은 공법상의 제한을 회피할 목적으로 행정처분의 상대방과 사이에 사법상 계약을 체결하는 행식을 취하였다면 이는 법치행정의 원리에 반하는 것으로서 위법하다고 보지 않을 수 없다(대판 2010.1.28. 2007도9331 ; 대판 2009.12.10. 2007다63966).

[정답] ④

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

2017년 국회 8급 [중요도 ★★★, 난이도 上]

<보 기>

甲은 녹지지역의 용적률 제한을 충족하지 못한다는 점을 숨기고 마치 그 제한을 충족하는 것처럼 가장하여 관할 행정청 A에게 건축허가를 신청하였고, A는 사실관계에 대하여 명확한 확인을 하지 아니한 채 甲에게 건축허가를 하였다. 그 후 A는 甲의 건축허가신청이 위와 같은 제한을 충족하지 못한다는 사실을 알게 되자 甲에 대한 건축허가를 직권으로 취소하였다.

- ① A의 건축허가취소는 강학상 철회가 아니라 직권취소에 해당한다.
- ② 甲이 건축허가에 관한 자신의 신뢰이익을 원용하는 것은 허용되지 아니한다.
- ③ 건축 관계 법령상 명문의 취소근거규정이 없다고 하더라도 그 점만을 이유로 A의 건축허가 취소가 위법하게 되는 것은 아니다.
- ④ 만약 甲으로부터 건축허가신청을 위임받은 乙이 건축허가를 신청한 경우라면, 사실은페나 기타 사위의 방법에 의한 건축허가 신청행위가 있었는지 여부는 甲과 乙 모두를 기준으로 판단하여야 한다.
- ⑤ A는 甲의 신청 내용에 구애받지 아니하고 조사 및 검토를 거쳐 관련 법령에 정한 기준에 따라 허가조건의 충족 여부를 제대로 따져 허가 여부를 결정하여야 함에도 불구하고 자신의 잘못으로 건축허가를 한 것이므로 A의 건축허가취소는 위법하다.

해설  출제 영역 및 유형 : 취소 일반, 판례

① [O] : 행정행위의 취소는 일단 유효하게 성립한 행정행위를 그 행위에 위법 또는 부당한 하자가 있음을 이유로 소급하여 그 효력을 소멸시키는 별도의 행정처분이고, 행정행위의 철회는 적법요건을 구비하여 완전히 효력을 발하고 있는 행정행위를 사후적으로 그 행위의 효력의 전부 또는 일부를 장래에 향해 소멸시키는 행정처분이다. 그러므로 행정행위의 취소사유는 행정행위의 성립 당시에 존재하였던 하자(원시적 사유)를 말하고, 철회사유는 행정행위가 성립된 이후에 새로이 발생한 것으로서 행정행위의 효력을 존속시킬 수 없는 사유(후발적 사유)를

말한다(대판 2014.10.27. 2012두11959). 따라서 위 건축허가의 취소는 강학상 '취소'에 해당한다.

- ② [O] : 수익적 행정처분의 하자가 당사자의 사실은예나 기타 사유의 방법에 의한 신청행위에 기인한 것이라면 당사자는 처분에 의한 이익이 위법하게 취득되었음을 알아 취소가능성도 예상하고 있었다 할 것이므로, 그 자신이 처분에 관한 신뢰이익을 원용할 수 없음은 물론 행정청이 이를 고려하지 아니하였더라도 재량권의 남용이 되지 아니한다(대판 2014.11.27. 2013두16111).
- ③ [O] : 행정행위를 한 처분청은 그 행위에 하자가 있는 경우에는 별도의 법적 근거가 없더라도 스스로 이를 취소할 수 있고, 다만 수익적 행정처분을 취소할 때에는 이를 취소하여야 할 공익상의 필요와 취소로 인하여 당사자가 입게 될 기득권과 신뢰보호 및 법률생활 안정의 침해 등 불이익을 비교·교량한 후 공익상의 필요가 당사자가 입을 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 한하여 취소할 수 있다(대판 2014.11.27. 2013두16111).
- ④ [O] : 당사자의 사실은예나 기타 사유의 방법에 의한 신청행위가 있었는지 여부는 행정청의 상대방과 그로부터 신청행위를 위압받은 수임인 등 관계자 모두를 기준으로 판단하여야 한다(대판 2014.11.27. 2013두16111).
- ⑤ [X] : 허가권자가 신청 내용에 구애받지 아니하고 조사 및 검토를 거쳐 관련 법령에 정한 기준에 따라 허가조건 의 충족 여부를 제대로 따져 허가 여부를 결정하여야 하는 것은 맞지만, 그렇다고 신청인 측에서 의도적으로 법령에 정한 각종 규제를 탈법적인 방법으로 회피하려고 하는 것을 정당화할 수는 없다(대판 2014.11.27. 2013두 16111).

[정답] ⑤

15. 취소소송의 판결 효력에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2017년 국회 8급 [중요도 ★★★, 난이도 中]

- ① 재량행위인 과징금 납부명령이 재량권을 일탈하였을 경우, 법원이 적정하다고 인정하는 부분을 초과한 부분만 취소할 수 있다.
- ② 사정판결을 할 사정에 관한 주장·입증책임은 피고 처분청에 있지만 처분청의 명백한 주장이 없는 경우에도 사건 기록에 나타난 사실을 기초로 법원이 직권으로 석명권을 행사하거나 증거조사를 통해 사정판결을 할 수도 있다.
- ③ 취소확정판결의 기판력은 판결에 적시된 위법사유에 한하여 미치므로 행정청이 그 확정판결에 적시된 위법사유를 보완하여 행한 새로운 행정처분은 확정판결에 의하여 취소된 종전 처분과는 별개의 처분으로서 확정판결의 기판력에 저촉되지 않는다.
- ④ 징계처분의 취소를 구하는 소에서 징계사유가 될 수 없다고 취소확정판결을 한 사유와 동일한 사유를 내세워 다시 징계처분을 하는 것은 확정판결에 저촉되는 행정처분으로 허용될 수 없다.
- ⑤ 취소소송에서 소송의 대상이 된 거부처분을 실제법상의 위법사유에 기초하여 취소하는 확정판결이 있는 경우에는 당해 거부 처분을 한 행정청은 원칙적으로 신청을 인용하는 처분을 하여야 하고, 사실심 변론종결 이전의 사유를 내세워 다시 거부처분을 하는 것은 기속력에 반하여 허용되지 아니한다.

해설 ㄹ 출제 영역 및 유형 : 사정판결·기판력·기속력 등, 판례

- ① [X] : 처분을 할 것인지 여부와 처분의 정도에 관하여 재량이 인정되는 **과징금 납부명령에 대하여 그 명령이 재량권을 일탈하였을 경우, 법원으로서**는 재량권의 일탈 여부만 판단할 수 있을 뿐이지 재량권의 범위 내에서

어느 정도가 적절한 것인지에 관하여는 판단할 수 없어 그 전부를 취소할 수밖에 없고, 법원이 적정하다고 인정하는 부분을 초과한 부분만 취소할 수는 없다(대판 2009.6.23. 2007두18062).

- ② [O] : 사정판결의 필요성에 관한 주장·입증책임은 피고인 처분청에게 있다. 그런데 행정처분이 위법한 경우에는 이를 취소하는 것이 원칙이고, 예외적으로 그 위법한 처분을 취소·변경하는 것이 도리어 현저히 공공복리에 적합하지 아니하는 경우에는 그 취소를 허용하지 아니하는 사정판결을 할 수 있고, 이러한 **사정판결**에 관하여는 당사자의 명백한 주장이 없는 경우에도 기록에 나타난 여러 사정을 기초로 직권으로 판단할 수 있는 것이다(대판 2006.12.21. 2005두16161 ; 대판 2006.9.22. 2005두2506).
- ③ [O] : 행정처분에 위법이 있어 행정처분을 취소하는 판결이 확정된 경우 그 확정판결의 기판력은 거기에 적시된 위법사유에 한하여 미치는 것이므로, **행정관청이 그 확정판결에 적시된 위법사유를 보완하여 행한 새로운 행정처분**은 확정판결에 의하여 취소된 종전의 처분과는 별개의 처분으로서 **확정판결의 기판력에 저촉된다고 할 수 없다**(대판 1997.2.11. 96누13057).
- ④ [O] : 징계처분의 취소를 구하는 소에서 **징계사유가 될 수 없다고 판결한 사유와 동일한 사유를 내세워 행정청이 다시 징계처분을 한 것은 확정판결에 저촉되는 행정처분을 한 것으로서**, 위 취소판결의 기속력이나 확정판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다(대판 1992.7.14. 92누2912).
- ⑤ [O] : 「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 인정되고, 같은 조 제2항의 규정상 특히 거부처분에 대한 취소판결이 확정된 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 처분을 하여야 할 의무를 부담하게 되므로, 취소소송에서 소송의 대상이 된 **거부처분을 실제법상의 위법사유에 기하여 취소하는 판결이 확정된 경우에는** 당해 거부처분을 한 행정청은 원칙적으로 신청을 인용하는 처분을 하여야 하고, **사실심 변론종결 이전의 사유를 내세워 다시 거부처분을 하는 것은 확정판결의 기속력에 저촉되어 허용되지 아니한다**(대판 2001.3.23. 99두5238).

[정답] ①

16. 지방자치에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2017년 국 회 8급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- ① 「공유수면 관리 및 매립에 관한 법률」에 따른 매립지의 지방자치단체 귀속과 관련된 분쟁이 있는 경우 지방자치단체중앙분쟁조정위원회의 심의의결에 따라 행정자치부장관이 그 귀속 여부를 정하고, 이에 대하여서 관계 지방자치단체의 장이 이의가 있을 때에는 헌법재판소에 제소할 수 있다.
- ② 「지방자치법」상 주민소송의 대상으로서 ‘공급의 지출에 관한 사항’이란 지출원인행위, 즉 지방자치단체의 지출원인이 되는 계약 그 밖의 행위로서 당해 행위에 의하여 지방자치단체가 지출의무를 부담하는 예산집행의 최초 행위와 그에 따른 지급명령 및 지출뿐만 아니라 이러한 지출원인행위를 수반하게 되는 당해 지방자치단체의 장 및 직원, 지방의회의원의 결정과 같은 행위도 원칙적으로 포함된다.
- ③ 주민소송의 원고는 주민이 되며, 주민소송은 감사청구를 반드시 거칠 필요가 없다.
- ④ 지방자치단체의 장이 조례안으로써 제안한 행정기구를 지방의회의원이 그 종류 및 업무가 다른 행정기구로 전환하는 수정안을 발의하여 지방의회가 의결 및 재의결하는 것은, 지방자

치단체의 장의 고유권한에 속하는 사항의 행사에 관하여 사전에 적극적으로 개입하는 것으로서 허용되지 아니한다.

- ⑤ 지방자치단체는 원칙적으로 그 고유사무인 자치사무와 법령에 의하여 위임된 단체위임사무에 관하여서만 자치조례를 제정할 수 있으며, 개별 법령의 위임이 있다고 하더라도 그러한 사무에 속하지 아니하는 기관위임사무에 대하여는 조례를 제정할 수 없다.

해설 ㉔ 출제 영역 및 유형 : 주민소송·조례 등, 법령+판례

- ① [X] : 「공유수면 관리 및 매립에 관한 법률」에 따른 매립지, 「공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률」 제2조 제19호의 지적공부에 등록이 누락되어 있는 토지가 속할 지방자치단체는 행정자치부장관이 지방자치단체중앙분쟁조정위원회의 심의·의결에 따라 결정하고, 관계 지방자치단체의 장은 행정자치부장관의 결정에 이의가 있으면 그 결과를 통보받은 날부터 15일 이내에 대법원에 소송을 제기할 수 있다(지방자치법 제4조 제3항, 제6항, 제8항).
- ② [X] : 「지방자치법」 제17조 제항에 규정된 주민소송의 대상으로서 **‘공금의 지출에 관한 사항’이란 지출인행위, 즉 지방자치단체의 지출원인이 되는 계약 그 밖의 행위로서 당해 행위에 의하여 지방자치단체가 지출의무를 부담하는 예산집행의 최초 행위와 그에 따른 지급명령 및 지출 등에 한정되고, 특별한 사정이 없는 한 이러한 지출인행위 등에 선행하여 그러한 지출원인행위를 수반하게 하는 당해 지방자치단체의 장 및 직원, 지방의회 의원의 결정 등과 같은 행위는 포함되지 않는다**고 보아야 한다(대판 2011.12.22. 2009두14309).
- ③ [X] : 주민소송은 감사청구한 주민만이 제기할 수 있으므로 감사청구권을 전제로 한다(지방자치법 제17조 제1항 참조). 즉 주민소송은 감사청구를 필요적 전제절차로 한다(**감사청구전치주의**).
- ④ [O] : 지방자치법령은 지방자치단체의 장으로 하여금 지방자치단체의 대표자로서 당해 지방자치단체의 사무와 법령에 의하여 위임된 사무를 관리·집행하는 데 필요한 행정기구를 설치할 고유한 권한과 이를 위한 조례안의 제안권을 가지도록 하는 반면 지방의회로 하여금 지방자치단체의 장의 행정기구의 설치권한을 견제하도록 하기 위하여 지방자치단체의 장이 조례안으로서 제안한 행정기구의 축소, 통폐합의 권한을 가지는 것으로 하고 있으므로, **지방의회의원이 지방자치단체의 장이 조례안으로서 제안한 행정기구를 종류 및 업무가 다른 행정기구로 전환하는 수정안을 발의하여 지방의회가 의결 및 재의결하는 것은 지방자치단체의 장의 고유권한에 속하는 사항의 행사에 관하여 사전에 적극적으로 개입하는 것으로서 허용되지 아니한다**(대판 2005.8.19. 2005추48).
- ⑤ [X] : 「지방자치법」 제22조·제9조에 의하면, 지방자치단체가 자치조례를 제정할 수 있는 사항은 지방자치단체의 고유사무인 자치사무와 개별 법령에 의하여 지방자치단체에 위임된 단체위임사무에 한하는 것이고, 국가사무가 지방자치단체의 장에게 위임되거나 상위 지방자치단체의 사무가 하위 지방자치단체의 장에게 위임된 **기관 위임사무는 원칙적으로 자치조례의 제정범위에 속하지 않는다** 할 것이고, 다만 기관위임사무에 있어서도 그에 관한 **개별 법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에는** 위임받은 사항에 관하여 개별 법령의 취지에 부합하는 범위 내에서 이른바 위임조례를 정할 수 있다(대판 2008.1.17. 2007다59295 ; 대판 2014.2.27. 2012추145).

[정답] ④

17. 행정계획에 대한 설명으로 옳은 것을 <보기>에서 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2017년 국회 8급 [중요도 ★★, 난이도 中]

<보 기>

- ㄱ. 장래 일정한 기간 내에 관계 법령이 규정하는 시설 등을 갖추어 일정한 행정처분을 구하는 신청을 할 수 있는 법률상 지위에 있는 자의 국토이용계획변경신청을 거부하는 것이 실질적으로 당해 행정처분 자체를 거부하는 결과가 되는 경우에는 그 신청인에게 국토이용계획을 신청할 권리가 인정된다고 보아야 하므로, 이러한 신청에 대한 거부행위는 행정처분에 해당한다.
- ㄴ. 구 「도시계획법」 제12조의 도시관리계획(현 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제30조의 도시·군관리계획) 결정의 경우 도시관리계획구역 안의 토지나 건물 소유자의 토지형질변경, 건축물의 신축·개축 또는 증축 등 권리행사가 일정한 제한을 받게 되므로 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다.
- ㄷ. 인·허가의제에서 계획확정기관이 의제되는 인·허가의 실제적 및 절차적 요건에 기속되는지 여부가 문제되는데, 인·허가의 실제적 요건 및 절차적 요건 모두에 기속된다고 보는 것이 일반적이다.
- ㄹ. 도시계획의 결정·변경 등에 관한 권한을 가진 행정청은 이미 도시계획이 결정·고시된 지역에 대하여도 다른 내용의 도시계획을 결정·고시할 수 있고, 이 때에 후행 도시계획에 선행 도시계획과 서로 양립할 수 없는 내용이 포함되어 있다면, 특별한 사정이 없는 한 선행 도시계획은 후행 도시계획과 같은 내용으로 변경되는 것이나, 후행 도시계획의 결정을 하는 행정청이 선행 도시계획의 결정·변경 등에 관한 권한을 가지고 있지 아니한 경우에 선행 도시계획과 서로 양립할 수 없는 내용이 포함된 후행 도시계획결정을 하는 것은 취소사유에 해당한다.

① ㄱ, ㄴ

② ㄱ, ㄷ

③ ㄴ, ㄷ

④ ㄱ, ㄴ, ㄷ

⑤ ㄱ, ㄴ, ㄷ

해설 출제 영역 및 유형 : 행정계획, 이론+판례

ㄱ. [O] : 구 「국토이용관리법」(현 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」)상 주민이 국토이용계획의 변경에 대하여 신청을 할 수 있다는 규정이 없을 뿐만 아니라, 국토건설종합계획의 효율적인 추진과 국토이용질서를 확립하기 위한 국토이용계획은 장기성·종합성이 요구되는 행정계획이어서 원칙적으로는 그 계획이 일단 확정된 후에 어떤 사정의 변동이 있다고 하여 그러한 사유만으로는 지역주민이나 일반 이해관계인에게 일일이 그 계획의 변경을 신청할 권리를 인정하여 줄 수는 없을 것이지만, 장래 일정한 기간 내에 관계 법령이 규정하는 시설 등을 갖추어 일정한 행정처분을 구하는 신청을 할 수 있는 법률상 지위에 있는 자의 국토이용계획변경신청을 거부하는 것이 실질적으로 당해 행정처분 자체를 거부하는 결과가 되는 경우에는 예외적으로 그 신청인에게 국토이용계획변경을 신청할 권리가 인정된다고 봄이 상당하므로, 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2003.9.23. 2001두10936).

ㄴ. [O] : 구 「도시계획법」 제12조 소정의 도시관리계획(현 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제30조의 도시·군관리계획) 결정이 고시되면 도시관리계획구역 안의 토지나 건물 소유자의 토지형질변경, 건축물의 신축·개축 또는 증축 등 권리행사가 일정한 제한을 받게 되는데, 이런 점에서 볼 때 고시된 도시관리계획결정은 특정 개인의 권리 내지 법률상의 이익을 개별적으로 구체적으로 규제하는 효과를 가져오게 하는 행정청의 처분이라 할 것이고, 이는 행정소송의 대상이 된다(대판 1982.3.9. 80누105).

ㄷ. [X] : 행정계획의 집중효력 계획확정 행정기관이 사업계획을 확정하면 그 사업을 수행하는 데 필요한 다른 법령에 의한 인·허가를 받은 것으로 의제하는 효력을 말하는 것으로서, 계획확정절차를 통해 인·허가를 받은 것은

로 대체된다는 점에서 대체효라고도 한다. 이 집중효가 다른 행정청(대체행정청)의 관할권에만 미치거나 아니면 의제되는 인·허가와 관련된 절차법상 또는 실체법상의 요건에까지 미치거나에 대해서는 견해의 대립이 있다. 즉 (1) 집중효는 대체행정청의 관할에만 미친다는 관할집중설 (2) 집중효는 대체행정청의 관할만이 아니라 의제되는 인·허가의 절차법상 요건규정에까지 미친다는 절차집중설(다수설), (3) 집중효가 절차뿐만 아니라 실체법상의 요건에까지 미치나 실체법적 요건은 완화될 수 있다는 제한적 실체집중설 등이 그것이다. 관할집중설에 의하면 계획확정행정기관은 의제되는 인·허가와 관련된 절차법·실체법상의 요건규정에 구속되어 그 모두를 준수해야 하나, 절차집중설에 의하면 계획확정행정기관은 의제되는 인·허가와 관련된 절차규정을 따를 필요가 없으나 실체법상의 요건규정에는 집중효가 미치지 못하므로 실체법상의 요건에는 구속된다. 판례도 “국토교통부장관이 구 「주택건설촉진법」 제33조에 따라 관계 기관의 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.”고 판시하여 절차집중설의 입장을 취하고 있다(대판 1992.11.10. 92누1162).

ㄹ. [X] : 도시계획의 결정·변경 등에 관한 권한을 가진 행정청은 이미 도시계획이 결정·고시된 지역에 대하여도 다른 내용의 도시계획을 결정·고시할 수 있고, 이 때에 후행 도시계획에 선행 도시계획과 서로 양립할 수 없는 내용이 포함되어 있다면 특별한 사정이 없는 한 선행 도시계획은 후행 도시계획과 같은 내용으로 변경되는 것이나, **후행 도시계획의 결정을 하는 행정청이 선행 도시계획의 결정·변경 등에 관한 권한을 가지고 있지 아니한 경우에** 선행 도시계획과 서로 양립할 수 없는 내용이 포함된 후행 도시계획결정을 하는 것은 아무런 권한 없이 선행 도시계획결정을 폐지하고, 양립할 수 없는 새로운 내용이 포함된 후행 도시계획결정을 하는 것으로서, 선행 도시계획결정의 폐지 부분은 권한 없는 자에 의하여 행해진 것으로서 무효이고, 같은 대상지역에 대하여 선행 도시계획결정이 적법하게 폐지되지 아니한 상태에서 그 위에 다시 한 후행 도시계획결정 역시 위법하고, 그 하자는 중대하고도 명백하여 다른 특별한 사정이 없는 한 무효라고 보아야 한다(대판 2000.9.8. 99두11257).

[정답] ①

18. 행정벌에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2017년 국회 8급 [중요도 ★★, 난이도 下]

- ① 행정형벌의 과벌절차로서의 통고처분은 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 아니다.
- ② 고의 또는 과실이 없는 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다.
- ③ 과태료의 부과는 서면으로 하여야 한다. 이때 당사자가 동의하는 경우에는 전자문서도 여기서의 서면에 포함된다.
- ④ 과태료의 부과·징수의 절차에 관해 「질서위반행위규제법」의 규정에 저촉되는 다른 법률의 규정이 있는 경우에는 그 다른 법률의 규정이 정하는 바에 따른다.
- ⑤ 자신의 행위가 위법하지 아니한 것으로 오인하고 행한 질서위반행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 과태료를 부과하지 아니한다.

해설 ㄹ 출제 영역 및 유형 : 통고처분·과태료, 법령+판례

① [O] : **통고처분**은 상대방의 임의의 승복을 그 발효요건으로 하기 때문에 그 자체만으로는 통고이행을 강제하거나 상대방에게 아무런 권리의무를 형성하지 않으므로 행정심판이나 행정소송의 대상으로서의 처분성을 부여할 수 없다(헌재 1998.5.28. 96헌바4). 즉 통고처분은 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 아니므로 그 처분의 취소를 구하는 소송은 부적법하다(대판 1995.6.29. 95누4674).

② [O] : 「질서위반행위규제법」 제7조

③ [O] : 행정청은 의견제출절차를 마친 후에 서면(당사자가 동의하는 경우에는 전자문서를 포함한다)으로 과태료를 부과하여야 한다(질서위반행위규제법 제17조 제1항).

④ [X] : 「질서위반행위규제법」 제5조(다른 법률과의 관계) 과태료의 부과·징수, 재판 및 집행 등의 절차에 관한 다른 법률의 규정 중 이 법의 규정에 저촉되는 것은 이 법으로 정하는 바에 따른다.

⑤ [O] : 「질서위반행위규제법」 제8조

[정답] ④

19. 항고소송의 원고적격에 대한 설명으로 옳은 것을 <보기>에서 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2017년 국회 8급 [중요도 ★★, 난이도 중]

<보 기>

- ㄱ. 「행정소송법」 제12조 전단의 ‘법률상 이익’의 개념과 관련 하여서는 권리구제설, 법률상 보호된 이익구제설, 보호가치 있는 이익구제설, 적법성보장설 등으로 나누어지며, 이 중에서 보호가치 있는 이익구제설이 통설·판례의 입장이다.
- ㄴ. 법률상 보호되는 이익이라 함은 당해 처분의 근거법규에 의하여 보호되는 개별적·구체적 이익을 의미하며, 관련 법규에 의하여 보호되는 개별적·구체적 이익까지 포함하는 것은 아니라는 것이 판례의 입장이다.
- ㄷ. 기존 업자가 특허기업인 경우에는 그 특허로 인하여 받는 영업상 이익은 반사적 이익 내지 사실상 이익에 불과한 것으로 보는 것이 일반적이나, 허가기업인 경우에는 기존 업자가 그 허가로 인하여 받은 영업상 이익은 법률상 이익으로 본다.
- ㄹ. 인·허가 등의 수익적 행정처분을 신청한 수인이 서로 경쟁관계에 있어서 일방에 대한 허가 등의 처분이 타방에 대한 불허가 등으로 귀결될 수밖에 없는 때 허가 등의 처분을 받지 못한 자는 비록 경원자에 대하여 이루어진 허가 등 처분의 상대방이 아니라 하더라도 당해 처분의 취소를 구할 원고적격이 있다. 다만, 명백한 법적 장애로 인하여 원고 자신의 신청이 인용될 가능성이 처음부터 배제되어 있는 경우에는 법률상 보호되는 이익이 인정되지 않는다.
- ㅁ. 환경영향평가 대상지역 밖의 주민들은 공유수면매립면허처분으로 인하여 그 처분 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있다는 점을 입증할 경우 법률상 보호되는 이익이 인정된다.

① ㄷ, ㅁ

② ㄹ, ㅁ

③ ㄱ, ㄴ, ㄷ

④ ㄴ, ㄷ, ㅁ

⑤ ㄷ, ㄹ, ㅁ

해설 ㄹ 출제 영역 및 유형 : 법률상 이익·원고적격, 판례

ㄱ. [X] : 법률상 이익의 의미에 대해서는 권리구제설(권리회복설), 법률상 보호이익설(법률상 이익구제설), 보호가치이익구제설, 적법성보장설 등이 대립하고 있으나, 법률상 보호이익설이 통설·판례(대판 전합 2006.3.16. 2006두330 ; 대판 2008.3.27. 2007두23811 등)이다.

ㄴ. [X] : 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라 하더라도 당해 행정처분으로 인하여 법률상 보호되는 이익을

침해당한 경우에는 그 처분의 취소나 무효확인을 구하는 행정소송을 제기하여 그 당부의 판단을 받을 자격이 있다 할 것이며, 여기에서 말하는 ‘**법률상 보호되는 이익**’이라 함은 당해 처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익이 있는 경우를 말하고, 공익보호의 결과로 국민 일반이 공통적으로 가지는 일반적·간접적·추상적 이익이 생기는 경우에는 법률상 보호되는 이익이 있다고 할 수 없다(대판 전합 2006.3.16. 2006두330 등).

㉔. [X] : 기존 업자가 특하기업인 경우에는 그 특화로 인하여 받는 영업상 이익은 법률상 이익으로 보는 것이 일반적이나(대판 2010.11.11. 2010두4179 등), 허가기업인 경우에는 기존 업자가 그 허가로 인하여 받은 영업상 이익은 반사적 이익 내지 사실상 이익에 불과한 것이 일반적이다(대판 1998.3.10. 97누4289 등).

㉕. [O] : 인·허가 등의 **수익적 행정처분을 신청한 수인이 서로 경쟁관계에 있어서 일방에 대한 허가 등의 처분이 타방에 대한 불허가 등으로 귀결될 수밖에 없는 때**(이른바 경원관계에 있는 경우) 허가 등의 처분을 받지 못한 자는 비록 경원자에 대하여 이루어진 허가 등 처분의 상대방이 아니라 하더라도 당해 처분의 취소를 구할 당사자적격이 있다. 다만, **명백한 법적 장애로 인하여 원고 자신의 신청이 인용될 가능성이 처음부터 배제되어 있는 경우에는** 당해 처분의 취소를 구할 정당한 이익이 없다(대판 2009.12.10. 2009두8359).

㉖. [O] : 환경영향평가 대상지역 안의 주민들이 공유수면매립면허처분 등과 관련하여 갖고 있는 환경상의 이익은 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적 이익으로서 그들에 대하여는 특단의 사정이 없는 한 환경상의 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 공유수면매립면허처분 등의 무효확인을 구할 원고적격이 인정된다. 한편 **환경영향평가 대상지역 밖의 주민**이라 할지라도 **공유수면매립면허처분 등으로 인하여 그 처분 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있는 경우에는**, 공유수면매립면허처분 등으로 인하여 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해우려가 있다는 것을 입증함으로써 그 처분 등의 무효확인을 구할 원고적격을 인정받을 수 있다(대판 전합 2006.3.16. 2006두330).

[정답 ②]

20. 행정지도에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2017년 국 회 8급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- ① 「국가배상법」이 정하는 손해배상청구의 요건인 ‘공무원의 직무’에는 비권력작용인 행정지도는 포함되지 아니한다.
- ② 강제성을 띠지 아니한 행정지도로 인하여 손해가 발생한 경우에 행정청은 손해배상책임이 있다.
- ③ 행정지도는 비권력적 사실행위이므로 행정지도가 그 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 강하게 갖는 경우라 하여 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다고 볼 수는 없다.
- ④ 「행정절차법」에 따르면 행정지도의 상대방은 해당 행정지도의 내용에 관하여서 뿐만 아니라 그 방식에 관하여도 행정기관에 의견을 제출할 수 있다.
- ⑤ 「행정절차법」은 행정지도는 반드시 서면으로 하여야 하고 그 서면에는 행정지도의 취지·내용을 기재하도록 규정함으로써 행정지도의 명확성을 요구하고 있다.

해설 📖 출제 영역 및 유형 : 행정지도, 법령+판례

① [X] : 「국가배상법」이 정한 배상청구의 요건인 ‘**공무원의 직무**’에는 권력적 작용만이 아니라 행정지도와 같은 비권력적 작용도 포함되며, 단지 행정주체가 사경제주체로서 하는 활동만이 제외된다(대판 1998.7.10. 96다

38971).

- ② [X] : 행정지도가 강제성을 띠지 않은 비권력적 작용으로서 행정지도의 한계를 일탈하지 아니하였다면 그로 인하여 상대방에게 어떤 손해가 발생하였다 하더라도 행정기관은 그에 대한 손해배상책임이 없다(대판 2008.9.25. 2006다18228).
- ③ [X] : 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 상당히 강하게 갖는 경우, 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라고 볼 수 있다(헌재 2003.6.26. 2002헌마337).
- ④ [O] : 행정지도의 상대방은 해당 행정지도의 방식·내용 등에 관하여 행정기관에 의견제출을 할 수 있다(행정절차법 제50조).
- ⑤ [X] : 행정지도를 하는 자는 그 상대방에게 그 행정지도의 취지 및 내용과 신분을 밝혀야 한다. 그리고 행정지도는 말로 할 수도 있되, 이 경우 상대방이 위 사항을 적은 서면의 교부를 요구하면 그 행정지도를 하는 자는 직무수행에 특별한 지장이 없으면 이를 교부하여야 한다(행정절차법 제49조 제1항, 제2항).

[정답] ④

21. 행정절차에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2017년 국회 8급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- ① 행정절차에는 당사자주의가 적용되므로 행정청은 당사자가 제출한 증거나 당사자의 증거신청에 구속된다.
- ② 환경영향평가법령에서 요구하는 환경영향평가절차를 거쳤더라도 그 내용이 부실한 경우, 부실의 정도가 환경영향평가를 하지 아니한 것과 마찬가지로인 정도가 아니라면 이는 취소사유에 해당한다.
- ③ 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라도 법적 보호이익이 있는 자는 당연히 「행정절차법」상 당사자에 해당한다.
- ④ 기속행위의 경우에도 행정처분의 절차상 하자만으로 독자적인 취소사유가 된다.
- ⑤ 행정처분이 절차의 하자를 이유로 취소된 경우, 적법한 절차를 갖추더라도 이전의 처분과 동일한 내용의 처분을 다시 하는 것은 기속력에 위반되어 허용되지 않는다.

해설  출제 영역 및 유형 : 행정절차 일반, 법령+판례

- ① [X] : 청문 주재자는 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 필요한 조사를 할 수 있으며, 당사자 등이 주장하지 아니한 사실에 대하여도 조사할 수 있다(제33조 제1항).
- ② [X] : 환경영향평가법령에서 정한 환경영향평가를 거쳐야 할 대상사업에 대하여 그러한 환경영향평가를 거치지 아니하였음에도 승인 등 처분을 하였다면 그 처분은 위법하다 할 것이나, 그러한 절차를 거쳤다면, 비록 그 환경영향평가의 내용이 다소 부실하다 하더라도, 그 부실의 정도가 환경영향평가제도를 둔 입법취지를 달성할 수 없을 정도이어서 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도의 것이 아닌 이상, 그 부실은 당해 승인 등 처분에 재량권 일탈·남용의 위법이 있는지 여부를 판단하는 하나의 요소로 뒀어 그칠 뿐, 그 부실로 인하여 당연히 당해 승인 등 처분이 위법하게 되는 것이 아니다(대판 전합 2006.3.16. 2006두330).
- ③ [X] : 「행정절차법」 제2조 제4호에 의하면 “당사자 등”이란 행정청의 처분에 대하여 직접 그 상대가 되는 당사자, 행정청이 직권으로 또는 신청에 따라 행정절차에 참여하게 한 이해관계인을 말한다.

④ [O] : 판례는 가속행위인 「국세징수법」상의 과세처분(대판 1984.5.9. 84누116)과 재량행위인 「식품위생법」상의 영업정지처분(대판 1991.7.9. 91누971)에 대하여 절차상의 하자를 이유로 취소를 인정하였다. 즉 행정처분이 가속 행위인지 재량행위인지를 불문하고 **해당 처분이 실제법상으로는 적법하더라도 절차법상의 하자만으로 독립된 취소사유가 된다고 본다.**

⑤ [X] : 행정처분이 실제적 위법사유로 인해 취소판결이 내려져 확정된 경우에는 그 기속력에 의해 행정청은 동일한 사실관계에서 동일한 당사자에 대하여 동일한 내용의 처분을 할 수 없다. 그러나 **절차상의 하자(절차위반)를 이유로 취소판결이 내려진 경우**, 그 판결의 기속력은 확정판결에 적시된 절차 내지 형식의 위법사유에 한하여 미치는 것이므로 행정청은 그 위법사유를 보완하여 다시 새로운 처분을 할 수 있고 그 새로운 처분은 확정판결에 의하여 취소된 종전의 처분과는 별개의 처분이라 할 것이어서 확정판결의 기속력에 저촉되는 것이 아니다(대판 1987.2.10. 86누91 참조).

[정답] ④

22. 「행정심판법」 및 「행정소송법」상의 집행정지에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

2017년 국회 8급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- ① 행정심판청구와 취소소송의 제기는 모두 처분의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다.
- ② 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 「행정심판법」 및 「행정소송법」상의 집행정지가 모두 허용되지 아니한다.
- ③ 「행정소송법」은 집행정지결정에 대한 즉시항고에 관하여 규정하고 있는 반면, 「행정심판법」에는 집행정지결정에 대한 즉시항고에 관하여 규정하고 있지 아니하다.
- ④ 「행정심판법」은 위원회의 심리·결정을 갈음하는 위원장의 직권결정에 관한 규정을 두고 있는 반면, 「행정소송법」은 법원의 결정에 갈음하는 재판장의 직권결정에 관한 규정을 두고 있지 아니하다.
- ⑤ 「행정소송법」이 집행정지의 요건 중 하나로 ‘중대한 손해’가 생기는 것을 예방할 필요성에 관하여 규정하고 있는 반면, 「행정심판법」은 집행정지의 요건 중 하나로 ‘회복하기 어려운 손해’를 예방할 필요성에 관하여 규정하고 있다.

해설 ➤ 출제 영역 및 유형 : 집행정지, 법령

① [O] : 심판청구는 처분의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다(행정심판법 제30조 제1항). 그리고 취소소송의 제기는 처분 등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다(행정소송법 제23조 제1항). ⇒ 집행부정지 원칙

② [O] : 「행정심판법」 제30조 제3항과 「행정소송법」 제23조 제3항은 모두 “집행정지는 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 허용되지 아니한다.”고 규정하고 있다.

③ [O] : 제2항의 규정에 의한 집행정지의 결정 또는 기각의 결정에 대하여는 즉시항고할 수 있다. 이 경우 집행정지의 결정에 대한 즉시항고에는 결정의 집행을 정지하는 효력이 없다(행정소송법 제23조 제5항). 그러나 「행정심판법」에는 집행정지결정에 대한 즉시항고규정이 없다.

④ [O] : 제2항과 제4항에도 불구하고 위원회의 심리·결정을 기다릴 경우 중대한 손해가 생길 우려가 있다고 인정 되면 위원장은 직권으로 위원회의 심리·결정을 갈음하는 결정을 할 수 있다. 이 경우 위원장은 지체 없이 위원

회에 그 사실을 보고하고 추인을 받아야 하며, 위원회의 추인을 받지 못하면 위원장은 집행정지 또는 집행정지 취소에 관한 결정을 취소하여야 한다(행정심판법 제30조 제6항). 그러나 「행정소송법」은 법원의 결정에 갈음하는 재판장의 직권결정에 관한 규정이 없다.

- ⑤ [X] : 「행정소송법」이 집행정지의 요건 중 하나로 ‘회복하기 어려운 손해가 생기는 것을 예방할 필요성에 관하여 규정하고 있는 반면 「행정심판법」은 집행정지의 요건 중 하나로 ‘중대한 손해를 예방할 필요성에 관하여 규정하고 있다.

「행정소송법」 제23조(집행정지) ② 취소소송이 제기된 경우에 처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 처분 등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지(이하 “집행정지”라 한다)를 결정할 수 있다. 다만, 처분의 효력정지는 처분 등의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.

「행정심판법」 제30조(집행정지) ② 위원회는 처분, 처분의 집행 또는 절차의 속행 때문에 중대한 손해가 생기는 것을 예방할 필요성이 긴급하다고 인정할 때에는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 처분의 효력, 처분의 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지(이하 “집행정지”라 한다)를 결정할 수 있다. 다만, 처분의 효력정지는 처분의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 그 목적을 달성할 수 있을 때에는 허용되지 아니한다.

[정답] ⑤

23. 甲은 「국가공무원법」상 임용결격사유가 있는 자임에도 불구하고 국가공무원으로 임용되었다. 이에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2017년 국회 8급 [중요도 ★★★, 난이도 中]

- ① 공무원 임용결격사유가 있는지의 여부는 임용 당시가 아니라 甲이 채용후보자명부에 등록된 때를 기준으로 판단하여야 한다.
- ② 국가가 중대한 과실에 의하여 임용결격자임을 밝혀내지 못한 경우라면 甲에 대한 임용행위는 당연무효가 아닌 취소사유가 있는 행위가 된다.
- ③ 국가가 사후에 甲이 임용결격자임을 발견하고 甲에 대하여 임용행위를 취소하는 통지를 한 경우 그러한 임용취소 통지는 항고소송의 대상이 되는 처분이다.
- ④ 甲은 공무원관계가 종료된 경우 임용 이후 사실상 공무원으로 근무하여 온 기간 동안에 대하여 퇴직금을 청구할 수 있다.
- ⑤ 甲이 공무원관계가 종료된 이후 자신의 임용결격사유가 해소되었음을 이유로 재임용을 신청하였으나 거부된 경우, 그러한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니다.

해설 ➤ 출제 영역 및 유형 : 임용결격자의 임용, 판례

① [X] : 「국가공무원법」에 규정되어 있는 공무원임용결격사유는 공무원으로 임용되기 위한 절대적인 소극적 요건으로서 공무원관계는 「국가공무원법」 제38조 「공무원임용령」 제11조의 규정에 의한 채용후보자명부에 등록된 때가 아니라 국가의 임용이 있는 때에 설정되는 것이므로 **공무원임용결격사유가 있는지의 여부는 채용후보자명부에 등록된 때가 아닌 임용 당시에 시행되던 법률을 기준으로 하여 판단하여야 한다**(대판 1987.4.14. 86누459).

② [X] : 임용 당시 공무원임용결격사유가 있었다면 비록 국가(임용권자)의 과실에 의하여 임용결격자임을 밝혀내지 못하였다 하더라도 그 임용행위는 **당연무효**로 보아야 한다(대판 1987.4.14. 86누459 ; 대판 2005.7.28. 2003두

469).

- ③ [X] : 국가가 공무원임용결격사유가 있는 자에 대하여 결격사유가 있는 것을 알지 못하고 공무원으로 임용하였다가 사후에 결격사유가 있는 지임을 발견하고 **공무원임용행위를 취소하는 것은 당사자에게 원래의 임용행위가 당초부터 당연무효이었음을 통지하여 확인시켜 주는 행위에 지나지 아니한다**(대판 1987.4.14. 86누459). 따라서 임용결격자에 대한 임용취소처분은 항고소송의 대상이 되지 않는다.
- ④ [X] : 「공무원연금법」이나 「근로기준법」에 의한 퇴직금은 직법한 공무원으로서의 신분취득 또는 근로고용관계가 성립되어 근무하다가 퇴직하는 경우에 지급되는 것이고, 당연무효인 임용결격자에 대한 임용행위에 의하여서는 공무원의 신분을 취득하거나 근로고용관계가 성립될 수 없는 것이므로 **임용결격자가 공무원으로 임용되어 사실상 근무하여 왔다고 하더라도 그러한 피임용자는 위 법률 소정의 퇴직금청구를 할 수 없다**(대판 1987.4.14. 86누459 ; 대판 1995.10.12. 95누5905). 그러나 「근로기준법」에 따른 퇴직금에 상당하는 금액에 대하여 「민법」상 부당이득변환을 청구할 수는 있다(대판 2004.7.22. 2004다10350).
- ⑤ [O] : 과거에 법률에 의하여 당연퇴직된 공무원이 자신을 복직 또는 재임용시켜 줄 것을 요구하는 신청에 대하여 그와 같은 조치가 불가능하다는 행정청의 거부행위는 당연퇴직의 효과가 계속하여 존재한다는 것을 알려주는 일종의 안내에 불과하므로 당연퇴직된 공무원의 실제상의 권리관계에 직접적인 변동을 일으키는 것으로 볼 수 없고, 당연퇴직의 근거 법률이 헌법재판소의 위헌결정으로 효력을 잃게 되었다고 하더라도 당연퇴직된 이후 헌법소원 등의 청구기간이 도과한 경우에는 당연퇴직의 내용과 상반되는 처분을 요구할 수 있는 조라상의 신청권을 인정할 수도 없다고 할 것이어서, 이와 같은 경우 **행정청의 복직 또는 재임용거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 할 수 없다**(대판 2005.11.25. 2004두12421 ; 대판 2006.3.10. 2005두562).

[정답] ⑤

24. 「헌법」 제23조 제3항의 공용수용의 요건에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 결정에 의함) 2017년 국회 8급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- ① 「헌법」 제23조의 근본적 취지는 원칙적으로 모든 국민의 구체적 재산권의 자유로운 이용·수익·처분을 보장하면서 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한은 「헌법」이 규정하는 요건을 갖춘 경우에만 예외적으로 허용되는 것으로 해석된다.
- ② 공용수용이 허용될 수 있는 공익사업의 범위는 법률유보 원칙에 따라 법률에서 명확히 규정되어야 한다. 따라서 공공의 이익에 도움이 되는 사업이라도 ‘공익사업’으로 실정법에 열거되어 있지 아니한 사업은 공용수용이 허용될 수 없다.
- ③ 재산권의 존속보장과의 조화를 위하여서는 ‘공공필요’의 요건에 관하여 공익성은 추상적인 공익 일반 또는 국가의 이익 이상의 중대한 공익을 요구하므로 기본권 일반의 제한사유인 ‘공공복리’보다 넓게 보는 것이 타당하다.
- ④ 헌법적 요청에 의한 수용이라 하더라도 국민의 재산을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득하여야 할 정도의 필요성이 인정되어야 하고, 그 필요성이 인정되기 위하여서는 사인의 재산권침해를 정당화할 정도의 공익의 우월성이 인정되어야 한다.
- ⑤ 사업시행자가 사인인 경우에는 공익의 우월성이 인정되는 것 외에 그 사업시행으로 획득할 수 있는 공익이 현저히 해태되지 아니하도록 보장하는 제도적 규율도 갖추어져 있어야 한다.

- ① [O] : 「헌법」 제23조의 근본취지는 우리 헌법이 사유재산제도의 보장이라는 기초 위에서 원칙적으로 모든 국민의 구체적 재산권의 자유로운 이용·수익·처분을 보장하면서 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한은 헌법이 규정하는 요건을 갖춘 경우에만 예외적으로 허용한다는 것으로 해석된다(헌재 2014.10.30. 2011헌바172).
- ② [O] : 공용수용이 허용될 수 있는 공익성을 가진 사업, 즉 **공익사업의 범위**는 사업시행지와 토지소유자 등의 이해가 상반되는 중요한 사항으로서, 공용수용에 대한 법률유보의 원칙에 따라 법률에서 명확히 규정되어야 한다. 공공의 이익에 도움이 되는 사업이라도 ‘공익사업’으로 실정법에 열거되어 있지 않은 사업은 공용수용이 허용될 수 없다(헌재 2014.10.30. 2011헌바172).
- ③ [X] : 오늘날 공익사업의 범위가 확대되는 경향에 대응하여 재산권의 존속보장과의 조화를 위해서는, **‘공공필요’의 요건**에 관하여, 공익성은 추상적인 공익 일반 또는 국가의 이익 이상의 중대한 공익을 요구하므로 기본권 일반의 제한사유인 ‘공공복리’보다 좁게 보는 것이 타당하며, 공익성의 정도를 판단함에 있어서는 공용수용을 허용하고 있는 개별법의 입법목적, 사업내용, 사업이 입법목적에 이바지 하는 정도는 물론, 특히 그 사업이 대중을 상대로 하는 영업인 경우에는 그 사업 시설에 대한 대중의 이용·접근가능성도 아울러 고려하여야 한다(헌재 2014.10.30. 2011헌바172).
- ④ [O] : 공용수용을 허용하고 있는 개별법은 대부분 공익사업을 시행하기 위하여 ‘필요한 경우’에 토지 등을 수용할 수 있다고 규정하고 있다. 수용은 타인의 재산권을 직접적으로 박탈하는 것일 뿐 아니라, 「헌법」 제10조로부터 도출되는 계약의 자유 내지 파수용자의 거주이전 자유까지 문제될 수 있는 등 사실상 많은 헌법상 가치들의 제약을 초래할 수 있으므로, **헌법적 요청에 의한 수용이라 하더라도** 국민의 재산을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 정도의 필요성이 인정되어야 하고, 그 필요성이 인정되기 위해서는 공용수용을 통하여 달성하려는 공익과 그로 인하여 재산권을 침해당하는 사인의 이익 사이의 행량에서 **사인의 재산권침해를 정당화할 정도의 공익의 우월성이 인정되어야 한다**(헌재 2014.10.30. 2011헌바172).
- ⑤ [O] : **사업시행자가 사인인 경우**에는 위와 같은 공익의 우월성이 인정되는 것 외에도 사인은 경제활동의 근본적인 목적이 이윤을 추구하는 일에 있으므로, 그 사업 시행으로 획득할 수 있는 공익이 현저히 해태되지 않도록 보장하는 제도적 규율도 갖추어져 있어야 한다(헌재 2014.10.30. 2011헌바172).

[정답] ③

25. 행정법의 일반원칙에 대한 설명으로 옳은 것을 <보기>에서 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2017년 국회 8급 [중요도 ★★, 난이도 중]

<보기>

- ㄱ. 비례원칙은 적합성의 원칙, 필요성의 원칙, 상당성의 원칙(협의의 비례원칙)으로 구성된다고 보는 것이 일반적이며, 헌법재판소는 과잉금지원칙과 관련하여 위 세 가지에 목적의 정당성을 더하여 판단하고 있다.
- ㄴ. 행정청의 공적 견해표명이 있는 후에 사실적·법률적 상태가 변경되었을 때, 그와 같은 공적 견해표명이 실효되기 위하여서는 행정청의 의사표시가 있어야 한다.
- ㄷ. 대법원은 행정청의 공적 견해표명이 있었는지 여부를 판단함에 있어서 행정조직상의 형식적 권한분장에 따른 권한을 갖고 있는지 여부를 중시하고 있다.
- ㄹ. 우리나라 「행정절차법」에서는 취소권을 1년 이상 행사하지 아니하면 실권되는 것으로 명문의 규정을 두고 있다.

① ㄱ

② ㄴ

③ ㄱ, ㄴ

④ ㄱ, ㄹ

⑤ ㄱ, ㄷ, ㄹ

해설 ㄷ 출제 영역 및 유형 : 비례·신뢰보호·실권, 법령+판례

ㄱ. [O] : 비례원칙은 적합성의 원칙, 필요성의 원칙(최소성의 원칙), 상당성의 원칙(협약의 비례원칙, 법익균형성의 원칙)으로 구성된다. 그리고 「헌법」 제37조 제2항에 의하면 국민의 기본권을 법률로써 제한하는 것이 가능하다고 하더라도 그 본질적인 내용을 침해할 수 없고 또한 과잉금지의 원칙에도 위배되어서는 아니 되는데, **과잉금지의 원칙**이라 함은 국민의 기본권을 제한함에 있어서 국가작용의 한계를 명시한 것으로서 목적의 정당성·방법의 적정성·피해의 최소화·법익의 균형성 등을 의미하며 그 어느 하나이라도 저촉이 되면 위헌이 된다는 헌법상의 원칙을 말한다(헌재 1997.3.27. 95헌가17).

ㄴ. [X] : 행정청이 상대방에게 장차 어떤 처분을 하겠다고 확약 또는 공적인 의사표명을 하였다고 하더라도, 그 자체에서 상대방으로 하여금 언제까지 처분의 발령을 신청을 하도록 유효기간을 두었는데도 그 기간 내에 상대방의 신청이 없었다거나 **확약 또는 공적인 의사표명이 있는 후에 사실적·법률적 상태가 변경되었다면**, 그와 같은 확약 또는 공적인 의사표명은 행정청의 별다른 의사표시를 기다리지 않고 실효된다(대판 1996.8.20. 95누10877).

ㄷ. [X] : 행정청의 공적 견해표명이 있었는지의 여부를 판단함에 있어서는, 반드시 행정조직상의 형식적인 권한분장에 구애될 것은 아니고, 담당자의 조직상의 지위와 임무, 당해 안동을 하게 된 구체적인 경위 및 그에 대한 상대방의 신뢰가능성에 비추어 실질에 의하여 판단하여야 한다(대판 2008.1.17. 2006두10931).

ㄹ. [X] : 독일의 행정절차법에서는 1년의 직권취소기간을 두고 있으나, 우리의 「행정절차법」에는 취소권의 행사기간에 관한 규정이 없다.

[정답] ①