

2017년 9급 행정법총론(나책형) 정답 및 해설 (김현석)

문 1. 개인적 공권에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 환경영향평가에 관한 자연공원법령 및 환경영향평가법령들의 취지는 환경공익을 보호하려는 데 있으므로 환경영향평가 대상지역 안의 주민들이 수인한도를 넘는 환경침해를 받지 아니하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 개별적 이익까지 보호하는 데 있다고 볼 수는 없다.
- ② 행정처분에 있어서 불이익처분의 상대방은 직접 개인적 이익의 침해를 받은 자로서 취소소송의 원고적격이 인정되지만 수익처분의 상대방은 그의 권리나 법률상 보호되는 이익이 침해되었다고 볼 수 없으므로 달리 특별한 사정이 없는 한 취소를 구할 이익이 없다.
- ③ 상수원보호구역 설정의 근거가 되는 규정은 상수원의 확보와 수질보전일 뿐이고, 그 상수원에서 급수를 받고 있는 지역주민들이 가지는 이익은 상수원의 확보와 수질보호라는 공공의 이익이 달성됨에 따라 반사적으로 얻게 되는 이익에 불과하다.
- ④ 개인적 공권이 성립하려면 공법상 강행법규가 국가 기타 행정주체에게 행위의무를 부과해야 한다. 과거에는 그 의무가 기속행위의 경우에만 인정되었으나, 오늘날에는 재량행위에도 인정된다고 보는 것이 일반적이다.

<정답> ①

- ① × 환경영향평가에 관한 위 자연공원법령 및 환경영향평가법령상의 관련 규정의 취지는 집단시설지구개발사업으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상되는 환경영향평가대상지역 안의 주민들이 개발 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경침해를 받지 아니하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 개별적 이익까지도 이를 보호하려는 데에 있다 할 것이므로, 위 주민들이 위 변경승인처분과 관련하여 갖고 있는 위와 같은 환경상의 이익은 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적인 이익이라고 보아야 할 것이어서, 국립공원 집단시설지구개발사업으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상되는 환경영향평가대상지역 안의 주민들이 누리고 있는 환경상의 이익이 위 변경승인처분으로 인하여 침해되거나 침해될 우려가 있는 경우에는 그 주민들에게 위 변경승인처분과 그 변경승인처분의 취소를 구하는 행정심판청구를 각하한 재결의 취소를 구할 원고적격이 있다고 보아야 한다.(대판 2001.7.27, 99두 2970) <베이지크 행정법 p114>
- ② ○ 행정처분에 있어서 불이익처분의 상대방은 직접 개인적 이익의 침해를 받은 자로서 원고적격이 인정되지만 수익처분의 상대방은 그의 권리나 법률상 보호되는 이익이 침해되었다고 볼 수 없으므로 달리 특별한 사정이 없는 한 취소를 구할 이익이 없다.(대판 1995.8.22, 94누8129) <베이지크 행정법 p791>
- ③ ○ 상수원보호구역 설정의 근거가 되는 수도법 제5조 제1항 및 동 시행령 제7조 제1항이 보호하고자 하는 것은 상수원의 확보와 수질보전일 뿐이고, 그 상수원에서 급수를 받고 있는 지역주민들이 가지는 상수원의 오염을 막아 양질의 급수를 받을 이익은 직접적이고 구체적으로는 보호하고 있지 않음이 명백하여 위 지역주민들이 가지는 이익은 상수원의 확보와 수질보호라는 공공의 이익이 달성됨에 따라 반사적으로 얻게 되는 이익에 불과하므로 지역주민들에 불과한 원고들에게는 위 상수원보호구역변경처분의 취소를

구할 법률상의 이익이 없다(대판 1995.9.26, 94누14544) <베이직 행정법 p801>

- ④ ○ 원칙적으로 공권이 성립하기 위해서는 그 법규에 의거한 행정주체의 의무는 기속행위로서의 성질을 가져야 한다. 그러나 최근에는 공권의 확대화 경향에 따라 일정한 경우에는 기속행위 뿐만 아니라 재량행위에도 공권이 성립할 수 있다고 본다. 다만 행정주체의 의무가 기속행위인 경우에는 특정행위의 발령의무가 되지만, 재량행위의 경우에는 특정행위의 발령이 아니라 하자 없는 재량행사가 의무가 된다.(☞ 무하자재량행사청구권, 재량이 영으로 축소된 경우의 행정개입청구권) <베이직 행정법 p106>

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

- ① 위법한 행정지도에 따라 행한 사인의 행위는 법령에 명시적으로 정함이 없는 한 위법성이 조각된다고 할 수 없다.
- ② 행정지도의 상대방은 행정지도의 내용에 동의하지 않는 경우 이를 따르지 않을 수 있으므로, 행정지도의 내용이나 방식에 대해 의견제출권을 갖지 않는다.
- ③ 행정지도가 말로 이루어지는 경우에 상대방이 행정지도의 취지 및 내용, 행정지도를 하는 자의 신분에 관한 사항을 적은 서면의 교부를 요구하면 그 행정지도를 하는 자는 직무 수행에 특별한 지장이 없으면 이를 교부하여야 한다.
- ④ 국가배상법이 정한 배상청구의 요건인 ‘공무원의 직무’에는 권력적 작용만이 아니라 행정지도와 같은 비권력적 작용도 포함된다.

<정답> ②

- ① ○ 위법한 행정지도에 의하여 상대방이 위법한 행위를 한 경우에 그 행위의 위법성이 조각되는가의 문제가 있는 바, 행정지도의 임의성을 고려할 때 법령의 규정이 없으면 위법성이 조각되지 않는다. <베이직 행정법 p431>
- ② × 행정지도의 상대방은 해당 행정지도의 방식·내용 등에 관하여 행정기관에 의견제출을 할 수 있다(행정절차법 제50조) <베이직 행정법 p430>
- ③ ○ 행정지도는 반드시 문서로 할 필요가 없으며 구두로도 가능하다. 행정지도가 말로 이루어지는 경우에 상대방이 제1항의 사항을 적은 서면의 교부를 요구하면 그 행정지도를 하는 자는 직무 수행에 특별한 지장이 없으면 이를 교부하여야 한다(동법 제49조 제2항) <베이직 행정법 p430>
- ④ ○ 국가배상법이 정한 배상청구의 요건인 ‘공무원의 직무’에는 권력적 작용만이 아니라 행정지도와 같은 비권력적 작용도 포함되며 단지 행정주체가 사경제주체로서 하는 활동만 제외된다(대판 1998.7.10, 96다38971). 따라서 비권력적 공행정작용인 행정지도도 공무원의 직무에 포함된다. <베이직 행정법 p433>

문 3. 행정행위의 취소와 철회에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정처분을 한 처분청은 그 처분에 하자가 있는 경우에는 원칙적으로 별도의 법적 근거가 없더라도 스스로 이를 직권으로 취소할 수 있고, 이러한 경우 이해관계인에게는 처분청에 대하여 그 취소를 요구할 신청권이 부여된 것으로 볼 수 있다.
- ② 변상금 부과처분에 대한 취소소송이 진행 중이라도 그 부과권자는 위법한 처분을 스스로

취소하고 그 하자를 보완하여 다시 적법한 부과처분을 할 수도 있다.

- ③ 행정행위를 한 처분청은 사정변경이 생겼거나 또는 중대한 공익상의 필요가 발생한 경우에는 그 효력을 상실케 하는 별개의 행정행위로 이를 철회할 수 있다고 할 것이나, 기득권을 침해하는 경우에는 기득권의 침해를 정당화할 만한 중대한 공익상의 필요 또는 제3자의 이익보호의 필요가 있는 때에 한하여 상대방이 받는 불이익과 비교교량하여 철회하여야 한다.
- ④ 행정청이 의료법인의 이사에 대한 이사취임승인취소처분을 직권으로 취소하면 이사의 지위가 소급하여 회복된다.

<정답> ①

- ① × 원래 행정처분을 한 처분청은 그 처분에 하자가 있는 경우에는 원칙적으로 별도의 법적 근거가 없더라도 스스로 이를 직권으로 취소할 수 있지만, 그와 같이 직권취소를 할 수 있다는 사정만으로 이해관계인에게 처분청에 대하여 그 취소를 요구할 신청권이 부여된 것으로 볼 수는 없으므로, 처분청이 위와 같이 법규상 또는 조리상의 신청권이 없이 한 이해관계인의 복구준공통보 등의 취소신청을 거부하더라도, 그 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하지 않는다.(대판 2006.6.30. 2004두701) <베이지 행정법 p372/ p374>
- ② ○ 변상금 부과처분에 대한 취소소송이 진행중이라도 그 부과권자로서는 위법한 처분을 스스로 취소하고 그 하자를 보완하여 다시 적법한 부과처분을 할 수도 있는 것이다.(대판 2006.2.10. 2003두5686) <베이지 행정법 p139/ p374>
- ③ ○ 행정행위를 한 처분청은 비록 그 처분 당시에 별다른 하자가 없었고, 또 그 처분 후에 이를 철회할 별도의 법적 근거가 없다 하더라도 원래의 처분을 존속시킬 필요가 없게 된 사정변경이 생겼거나 또는 중대한 공익상의 필요가 발생한 경우에는 그 효력을 상실케 하는 별개의 행정행위로 이를 철회할 수 있다고 할 것이나, 수익적 행정처분을 취소 또는 철회하는 경우에는 이미 부여된 그 국민의 기득권을 침해하는 것이 되므로, 비록 취소 등의 사유가 있다고 하더라도 그 취소권 등의 행사는 기득권의 침해를 정당화할 만한 중대한 공익상의 필요 또는 제3자의 이익보호의 필요가 있는 때에 한하여 상대방이 받는 불이익과 비교·교량하여 결정하여야 하고, 그 처분으로 인하여 공익상의 필요보다 상대방이 받게 되는 불이익 등이 막대한 경우에는 재량권의 한계를 일탈한 것으로서 그 자체가 위법하다.(대판 2004.11.26. 2003두10251) <베이지 행정법 p380/p382>
- ④ ○ 행정처분이 취소되면 그 소급효에 의하여 처음부터 그 처분이 없었던 것과 같은 효과를 발생하게 되는바, 행정청이 의료법인의 이사에 대한 이사취임승인취소처분(제1처분)을 직권으로 취소(제2처분)한 경우에는 그로 인하여 이사가 소급하여 이사로서의 지위를 회복하게 되고, [그 결과 위 제1처분과 제2처분 사이에 법원에 의하여 선임결정된 임시 이사들의 지위는 법원의 해임결정이 없더라도 당연히 소멸된다(대판 1997.1.21. 96누3401) <베이지 행정법 p378>

문 4. 행정절차법의 내용에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 행정청이 신청내용을 모두 그대로 인정하는 처분을 하는 경우 당사자에게 그 근거와 이유

를 제시하여야 한다.

- ② 행정청이 신분·자격의 박탈처분을 할 때 미리 당사자등에게 통지한 의견제출기한 내에 당사자등의 청문신청이 있는 경우에는 청문을 한다.
- ③ 법령 등에서 행정청에 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고를 규정하고 있는 경우 신고가 본법 제40조 제2항 각 호의 요건을 갖춘 경우에는 신고서가 접수기관에 발송된 때에 신고 의무가 이행된 것으로 본다.
- ④ 행정청은 직권으로 또는 당사자 및 이해관계인의 신청에 따라 여러 개의 사안을 병합하거나 분리하여 청문을 할 수 있다.

<정답> ②

- ① × 행정청이 처분을 할 때에 (i) 신청 내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우, (ii) 단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우, (iii) 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우에는 처분의 근거와 이유를 제시하지 않아도 된다. 다만 (ii)와 (iii)의 경우에는 처분 후 당사자가 요청하면 그 근거와 이유를 제시하여야 한다. <베이직 행정법 p449>

행정절차법 제23조 [처분의 이유 제시]

- ① 행정청은 처분을 할 때에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다.
 - 1. 신청 내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우
 - 2. 단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우
 - 3. 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우
- ② 행정청은 제1항 제2호 및 제3호의 경우에 처분 후 당사자가 요청하는 경우에는 그 근거와 이유를 제시하여야 한다.

② ○ 행정절차법 제22조 제3호 나목 <베이직 행정법 p461>

제22조 [의견청취]

- ① 행정청이 처분을 할 때 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 청문을 한다.
 - 1. 다른 법령등에서 공청회를 개최하도록 규정하고 있는 경우
 - 2. 해당 처분의 영향이 광범위하여 널리 의견을 수렴할 필요가 있다고 행정청이 인정하는 경우
 - 3. 다음 각 목의 처분 시 제21조 제1항 제6호에 따른 의견제출기한 내에 당사자등의 신청이 있는 경우
 - 가. 인허가 등의 취소
 - 나. 신분·자격의 박탈
 - 다. 법인이나 조합 등의 설립허가의 취소

- ③ × 접수기관에 발송된 때가 아니고 접수기관에 도달된 때이다.(행정절차법 제40조 제1항 및 제2항) <베이직 행정법 p470>

제40조 [신고]

- ① 법령 등에서 행정청에 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고를 규정하고 있는

경우 신고를 관장하는 행정청은 신고에 필요한 구비서류, 접수기관, 그 밖에 법령등에 따른 신고에 필요한 사항을 게시(인터넷 등을 통한 게시를 포함한다)하거나 이에 대한 편람을 갖추어 두고 누구나 열람할 수 있도록 하여야 한다.

② 제1항에 따른 신고가 다음 각 호의 요건을 갖춘 경우에는 신고서가 접수기관에 도달된 때에 신고 의무가 이행된 것으로 본다.

1. 신고서의 기재사항에 흠이 없을 것
2. 필요한 구비서류가 첨부되어 있을 것
3. 그 밖에 법령등에 규정된 형식상의 요건에 적합할 것

④ × 직권 또는 당사자의 신청에 따라 병합·분리 청문을 할 수 있고 이해관계자의 신청에 따른 것이 아니다.(행정절차법 제32조) <베이직 행정법 p464>

제32조 [청문의 병합·분리]

행정청은 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 여러 개의 사안을 병합하거나 분리하여 청문을 할 수 있다.

문 5. 법률유보의 원칙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 다수설에 따르면 행정지도에 관해서 개별법에 근거규정이 없는 경우 행정지도의 상대방인 국민에게 미치는 효력을 고려하여 행정지도를 할 수 없다고 본다.
- ② 대법원은 지방의회의원에 대하여 유급보좌인력을 두는 것은 지방의회의원의 신분·지위 및 그 처우에 관한 현행 법령상의 제도에 중대한 변경을 초래하는 것으로서, 이는 개별 지방의회의 조례로써 규정할 사항이 아니라 국회의 법률로써 규정하여야 할 입법사항이라고 한다.
- ③ 헌법재판소는 토지등소유자가 도시환경정비사업을 시행하는 경우, 사업시행인가 신청시 필요한 토지등소유자의 동의정족수를 정하는 것은 국민의 권리와 의무의 형성에 관한 기본적인 본질적인 사항으로 법률유보 내지 의회유보의 원칙이 지켜져야 할 영역이라고 한다.
- ④ 헌법재판소는 법률에 근거를 두면서 헌법 제75조가 요구하는 위임의 구체성과 명확성을 구비하는 경우에는 위임입법에 의하여도 기본권을 제한할 수 있다고 한다.

<정답> ①

- ① × 행정지도의 작용법적 근거에 대해서 통설은 행정지도에 따를 것인지의 여부가 상대방인 국민의 임의적 결정에 달려 있으므로 행정지도는 법률의 근거가 없이도 가능하다는 입장이다. <베이직 행정법 p430>
- ② ○ 지방의회의원에 대하여 유급보좌인력을 두는 것은 지방의회의원의 신분·지위 및 그 처우에 관한 현행 법령상의 제도에 중대한 변경을 초래하는 것으로서, 이는 개별 지방의회의 조례로써 규정할 사항이 아니라 국회의 법률로써 규정하여야 할 입법사항이다. 따라서 갑 광역시의회가 '상임(특별)위원회 행정업무보조 기간제근로자 42명에 대한 보수 예산안'을 포함한 2012년도 광역시 예산안을 재의결하여 확정된 사안에서, 위 근로자의 담당 업무, 채용규모 등을 종합해 보면, 지방의회에서 위 근로자를 두어 의정활동을 지원하는 것은 실질적으로 유급보좌인력을 두는 것과 마찬가지로서 개별 지방의회에서

정할 사항이 아니라 국회의 법률로 규정하여야 할 입법사항에 해당하는데, 지방자치법이나 다른 법령에 위 근거자를 지방의회에 둘 수 있는 법적 근거가 없으므로, 위 예산안 중 '상임(특별)위원회 운영 기간제근로자 등 보수' 부분은 법령 및 조례로 정하는 범위에서 지방자치단체의 경비를 산정하여 예산에 계상하도록 한 지방재정법 제36조 제1항의 규정에 반하고, 이에 관하여 한 재의결은 효력이 없다. (대판 2013.1.16. 2012추 84)

- ③ ○ 토지등소유자가 도시환경정비사업을 시행하는 경우 사업시행인가 신청시 필요한 토지등소유자의 동의는 개발사업의 주체 및 정비구역 내 토지등소유자를 상대로 수용권을 행사하고 각종 행정처분을 발할 수 있는 행정주체로서의 지위를 가지는 사업시행자를 지정하는 문제로서 그 동의요건을 정하는 것은 국민의 권리와 의무의 형성에 관한 기본적인이고 본질적인 사항이므로 국회가 스스로 행하여야 하는 사항에 속하는 것임에도 불구하고 사업시행인가 신청에 필요한 동의정족수를 토지등소유자가 자치적으로 정하여 운영하는 규약에 정하도록 한 것은 법률유보원칙에 위반된다.(헌재결 2011.8.30, 2009헌 바128) <베이직 행정법 p31>
- ④ ○ 헌법 제37조 제2항은 기본권제한에 관한 일반적 법률유보조항이라고 할 수 있는데 법률유보의 원칙은 '법률에 의한 규율'을 요청하는 것이 아니라 '법률에 근거한 규율'을 요청하는 것이기 때문에 기본권의 제한에는 법률의 근거가 필요할 뿐이고 기본권 제한의 형식이 반드시 법률의 형식일 필요는 없는 것이다. 따라서 위임입법에의 위임이 가능하다. 그러나 비록 그렇다 하더라도 반드시 그에 관한 법률의 위임이 있어야 하고 그 위임은 구체적으로 범위를 정하여 위임하는 것이 아니면 안된다.(2003.11.27, 2002헌 마193)

문 6. 다음 사례에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

고속국도 관리청이 고속도로 부지와 접도구역에 송유관 매설을 허가하면서 상대방인 甲과 체결한 협약에 따라 송유관 시설을 이전하게 될 경우 그 비용을 甲이 부담하도록 하였는데, 그 후 도로법 시행규칙 이 개정되어 접도구역에는 관리청의 허가 없이도 송유관을 매설할 수 있게 되었다.

- ① 협약에 따라 송유관 시설을 이전하게 될 경우 그 비용을 甲이 부담하도록 한 것은 행정행위의 부관 중 부담에 해당한다.
- ② 甲과의 협약이 없더라도 고속국도 관리청은 송유관매설허가를 하면서 일방적으로 송유관 이전 시 그 비용을 甲이 부담한다는 내용의 부관을 부가할 수 있다.
- ③ 도로법 시행규칙 의 개정 이후에도 위 협약에 포함된 부관은 부당결부금지의 원칙에 반하지 않는다.
- ④ 도로법 시행규칙 의 개정으로 접도구역에는 관리청의 허가 없이도 송유관을 매설할 수 있게 되었기 때문에 위 협약 중 접도구역에 대한 부분은 효력이 소멸된다.

<정 답> ④

- ① ○ 도로법상 이 사건 허가는 상대방에게 권리나 이익을 부여하는 효과를 가진 이른바 수익적 행정처분에 속하고, 이 사건 협약은 원고가 고속국도의 관리청으로서 피고에 대하여

향후 고속도로 부지와 접도구역에 송유관을 매설함에 대하여 허가를 할 것을 전제로 주로 피고가 이행하여야 할 의무를 규정한 것으로서 성질상 허가에 붙일 부관안에 대한 협약이라고 보아야 하며, 이 사건 허가는 특성상 도로구역에 관한 부분과 접도구역에 관한 부분으로 나눌 수 없고 그 전체가 효력을 같이 하는 일체불가분의 허가이며, 송유관 이전비용의 부담에 관한 이 사건 협약의 내용은, 피고가 이 사건 허가를 받은 후 도로구역이나 접도구역의 어느 곳에 송유관을 매설하였는지 여부에 관계없이 도로의 확장 등의 사유로 그곳에 매설된 송유관을 이전할 필요가 생기게 되면 도로구역이나 접도구역 모두에 송유관이전공사가 필연적으로 뒤따르게 될 가능성이 높게 되므로 그에 따른 송유관 이전비용 전부를 피고에게 부담시키기로 한 것으로 보인다 할 것이니, 이 사건 협약 역시 도로구역에 관한 부분과 접도구역에 관한 부분으로 나뉘어 효력을 달리할 수 없다 할 것이다.(대판 2009.2.12. 2005다65500)

- ② ○ 수익적 행정처분에 있어서는 법령에 특별한 근거규정이 없다고 하더라도 그 부관으로서 부담을 붙일 수 있고, 그와 같은 부담은 행정청이 행정처분을 하면서 일방적으로 부가할 수도 있지만 부담을 부가하기 이전에 상대방과 협의하여 부담의 내용을 협약의 형식으로 미리 정한 다음 행정처분을 하면서 이를 부가할 수도 있다(대판 2009.2.12, 2005다65500) <베이지크 행정법 p303>
- ③ ○ 고속국도 관리청이 고속도로 부지와 접도구역에 송유관 매설을 허가하면서 상대방과 체결한 협약에 따라 송유관 시설을 이전하게 될 경우 그 비용을 상대방에게 부담하도록 하였고, 그 후 도로법 시행규칙이 개정되어 접도구역에는 관리청의 허가 없이도 송유관을 매설할 수 있게 된 사안에서, 위 협약이 효력을 상실하지 않을 뿐만 아니라 위 협약에 포함된 부관이 부당결부금지의 원칙에도 반하지 않는다.(대판 2009.2.12, 2005다65500) <베이지크 행정법 p71>
- ④ × 행정청이 수익적 행정처분을 하면서 부가한 부담의 위법 여부는 처분 당시 법령을 기준으로 판단하여야 하고, 부담이 처분 당시 법령을 기준으로 적법하다면 처분 후 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거 법령이 개정됨으로써 행정청이 더 이상 부관을 붙일 수 없게 되었다 하더라도 곧바로 위법하게 되거나 그 효력이 소멸하게 되는 것은 아니다. 따라서 행정처분의 상대방이 수익적 행정처분을 얻기 위하여 행정청과 사이에 행정처분에 부가할 부담에 관한 협약을 체결하고 행정청이 수익적 행정처분을 하면서 협약상의 의무를 부담으로 부가하였으나 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거 법령이 개정됨으로써 행정청이 더 이상 부관을 붙일 수 없게 된 경우에도 곧바로 협약의 효력이 소멸하는 것은 아니다(대판 2009.2.12, 2005다65500). <베이지크 행정법 p303>

문 7. 공법상 계약에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 현행 행정절차법은 공법상 계약에 대한 규정을 두고 있다.
- ② 대법원은 구 농어촌 등 보건지료를 위한 특별조치법 및 관계법령에 따른 전문직공무원인 공중보건지사의 채용계약 해지의 의사표시는 일반공무원에 대한 징계처분과 같은 성격을 가지며, 따라서 항고소송의 대상이 된다고 본다.
- ③ 공법상 계약은 행정주체와 사인 간에만 체결 가능하며, 행정주체 상호 간에는 공법상 계약이 성립할 수 없다.
- ④ 다수설에 따르면 공법상 계약은 당사자의 자유로운 의사에 합치하여 함하므로 원칙적으로 법

률유보의 원칙이 적용되지 않는다고 본다.

<정 답> ④

- ① × 공법상 계약에 관한 일반법은 없다. 행정절차법에도 공법상 계약에 관한 규정은 없다. <베이직 행정법 p414>
- ② × 현행 실정법이 전문직공무원인 공중보건의사의 채용계약 해지의 의사표시는 일반공무원에 대한 징계처분과는 달라서 항고소송의 대상이 되는 처분 등의 성격을 가진 것으로 인정되지 아니하고, 일정한 사유가 있을 때에 관할 도지사가 채용계약 관계의 한쪽 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시로 취급하고 있는 것으로 이해되므로, 공중보건의사 채용계약 해지의 의사표시에 대하여는 대등한 당사자간의 소송형식인 공법상의 당사자소송으로 그 의사표시의 무효확인을 청구할 수 있는 것이지, 이를 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라는 전제하에서 그 취소를 구하는 항고소송을 제기할 수는 없다(대판 1996.5.31, 95누10617) <베이직 행정법 p420>
- ③ × 공법상 계약은 주체에 따라 행정주체 간의 공법상 계약, 행정주체와 사인간의 공법상 계약, 사인 상호간의 공법상 계약이 있다. <베이직 행정법 p415>
- ④ ○ 공법상 계약에 법률유보원칙이 적용되는지 즉 법률의 수권이 없어도 공법상 계약을 체결할 수 있는지 견해가 대립하고 있다. 다수설은 공법상 계약은 비권력관계에서의 행위이며 당사자의 자유로운 의사에 합치하여 행한 것이므로 법적 근거가 없어도 자유롭게 체결할 수 있다고 본다. <베이직 행정법 p414>

문 8. 불확정개념과 판단여지 및 기속행위와 재량행위에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 판단여지를 긍정하는 학설은 판단여지는 법률효과 선택의 문제이고 재량은 법률요건에 대한 인식의 문제라는 점, 양자는 그 인정근거와 내용 등을 달리하는 점에서 구별하는 것이 타당하다고 한다.
- ② 대법원은 재량행위에 대한 사법심사를 하는 경우에 법원은 행정청의 재량에 기한 공익판단의 여지를 감안하여 독자적인 판단을 하여 결론을 도출하지 않고, 당해 처분이 재량권의 일탈·남용에 해당하는지의 여부만을 심사하여야 한다고 한다.
- ③ 대법원은 처분을 할 것인지 여부와 처분의 정도에 관하여 재량이 인정되는 과징금 납부명령에 대하여 그 명령이 재량권을 일탈하였을 경우, 법원으로서 재량권의 일탈 여부만 판단할 수 있을 뿐이지 재량권의 범위 내에서 어느 정도가 적정한 것인지에 관하여는 판단할 수 없어 그 전부를 취소할 수밖에 없고, 법원이 적정하다고 인정하는 부분을 초과한 부분만 취소할 수는 없다고 한다.
- ④ 다수설에 따르면 불확정개념의 해석은 법적 문제이기 때문에 일반적으로 전면적인 사법심사의 대상이 되고, 특정한 사실관계와 관련하여서는 원칙적으로 일의적인 해석(하나의 정당한 결론)만이 가능하다고 본다.

<정 답> ①

- ① × 판단여지는 법률요건에 대한 인식의 문제이지만 재량은 법률효과 선택의 문제라는 점, 양자는 그 인정근거와 내용 등을 달리하는 점에서 구별하는 것이 타당하다고 한다. <베이직 행정법 p255>

- ② ○ 판례는 판단여지 긍정설이 판단여지의 적용영역이라고 보는 시험평가유사결정, 독립위원회 결정 등을 재량의 문제로 보고 있다. 즉, 판례는 재량과 판단여지를 구분하여 사용하지 아니하면서 당해 처분이 재량권의 일탈·남용에 해당하는지의 여부만을 심사하고 있다. <베이지 행정법 p256>
- ③ ○ 처분을 할 것인지 여부와 처분의 정도에 관하여 재량이 인정되는 과징금 납부명령에 대하여 그 명령이 재량권을 일탈하였을 경우 법원으로서 재량권의 일탈 여부만 판단할 수 있을 뿐이지 재량권의 범위 내에서 어느 정도가 적정한 것인지에 관하여 판단할 수 없으므로 그 전부를 취소할 수밖에 없고, 법원이 적정하다고 인정되는 부분을 초과한 부분만 취소할 수는 없는 것이며, 또한 수개의 위반행위에 대하여 하나의 과징금 납부명령을 하였으나 수 개의 위반행위 중 일부의 위반행위만이 위법하지만, 소송상 그 일부의 위반행위를 기초로 한 과징금액을 산정할 수 있는 자료가 없는 경우에는 하나의 과징금 납부명령 전부를 취소할 수밖에 없다(대판 2007.10.26, 2005두3172). <베이지 행정법 p596>
- ④ ○ 다수설에 의하면 불확정개념의 해석·적용은 특정한 사실관계가 요건에 해당하는가 여부에 대한 인식의 문제로서 법적 문제이기 때문에 원칙적으로 사법심사의 대상이 되어야 하며, 행정기관은 불확정개념으로 된 행위의 요건을 판단함에 있어서 재량권을 가질 수 없다고 한다. 왜냐하면 입법자가 불확정개념을 사용하여 구성요건을 정하였을 때, 구체적 상황에서 그 의미는 다의적인 것이 아니라 하나의 정당한 의미만이 있을 뿐이기 때문이다. <베이지 행정법 p254>

문 9. 행정입법에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 헌법재판소는 대법원규칙인 구 법무사법 시행규칙 에 대해, 법규명령이 별도의 집행행위를 기다리지 않고 직접 기본권을 침해하는 것일 때에는 헌법 제107조 제2항의 명령·규칙에 대한 대법원의 최종심사권에도 불구하고 헌법소원심판의 대상이 된다고 한다.
- ② 대법원은 구 여객자동차 운수사업법 시행규칙 제31조제2항 제1호, 제2호, 제6호는 구 여객자동차 운수사업법 제11조제4항의 위임에 따라 시외버스운송사업의 사업계획변경에 관한 절차, 인가기준 등을 구체적으로 규정한 것으로서 행정청 내부의 사무처리준칙을 규정한 행정규칙에 불과하다고 할 수는 없다고 한다.
- ③ 대법원은 재량준칙이 되풀이 시행되어 행정관행이 성립된 경우에는 당해 재량준칙에 자기 구속력을 인정한다. 따라서 당해 재량준칙에 반하는 처분은 법규범인 당해 재량준칙을 직접 위반한 것으로서 위법한 처분이 된다고 한다.
- ④ 헌법재판소는 법률이 일정한 사항을 행정규칙에 위임하더라도 그 위임은 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 한정된다고 한다.

<정 답> ③

- ① ○ 헌법 제107조 제2항이 규정한 명령·규칙에 대한 대법원의 최종심사권이란 구체적인 소송사건에서 명령·규칙의 위헌여부가 재판의 전제 되었을 경우 법률의 경우와는 달리 헌법재판소에 제청할 것 없이 대법원이 최종적으로 심사할 수 있다는 의미이며, 명령·규칙 그 자체)에 의하여 직접 기본권이 침해되었음을 이유로 하여 헌법소원심판을 청구하는 것은 위 헌법규정과는 아무런 상관이 없는 문제이다. 따라서 입법부·행정부·사법부에

서 제정한 규칙이 별도의 집행행위를 기다리지 않고 직접 기본권을 침해하는 것일 때에는 모두 헌법소원심판의 대상이 될 수 있는 것이다.(헌재결 1990.10.5. 89헌마178)

<베이지 행정법 p220>

- ② ○ 구 여객자동차 운수사업법 시행규칙 등은 구 여객자동차 운수사업법의 위임에 따라 시외버스운송사업의 사업계획변경에 관한 절차, 인가기준 등을 구체적으로 규정한 것으로서, 대외적인 구속력이 있는 법규명령이라고 할 것이고, 그것을 행정청 내부의 사무처리준칙을 규정한 행정규칙에 불과하다고 할 수는 없다(대판 2006.6.27, 2003두4355)

<베이지 행정법 p205>

- ③ × 재량준칙을 직접 위반하여 위법한 처분이 되는 것이 아니라 평등원칙이나 신뢰보호원칙에 위배되어 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이 된다.

상급행정기관이 하급행정기관에 대하여 업무처리지침이나 법령의 해석적용에 관한 기준을 정하여 발하는 이른바 ‘행정규칙이나 내부지침’은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적인 구속력을 갖는 것은 아니므로 행정처분이 그에 위반하였다고 하여 그러한 사정만으로 곧바로 위법하게 되는 것은 아니다. 다만, 재량권 행사의 준칙인 행정규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이루어지게 되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 받게 되므로, 이러한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그를 위반하는 처분은 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 위배되어 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이 된다.(대판 2009.12.24., 2009두7967)

<베이지 행정법 p68>

- ④ ○ 법률이 입법위임을 할 때에는 ‘대통령령’, ‘총리령’, ‘부령’ 등 법규명령에 위임함이 바람직하고, 금융감독위원회의 고시와 같은 형식으로 입법위임을 할 때에는 적어도 행정규제기본법 제4조 제2항 단서에서 정한 바와 같이 법령이 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 한정된다. 할 것이고, 그러한 사항이라 하더라도 포괄위임금지의 원칙상 법률의 위임은 반드시 구체적·개별적으로 한정된 사항에 대하여 행하여져야 한다(헌재결 2004.10.28, 99헌바91). <베이지 행정법 p211>

문 10. 행정벌에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 종업원 등의 범죄에 대해 법인에게 어떠한 잘못이 있는지를 전혀 묻지 않고, 곧바로 그 종업원 등을 고용한 법인에게도 종업원 등에 대한 처벌조항에 규정된 벌금형을 과하도록 규정하는 것은 책임주의에 반한다.
- ② 행정벌과 이행강제금은 장래에 의무의 이행을 강제하기 위한 제재로서 직접적으로 행정작용의 실효성을 확보하기 위한 수단이라는 점에서는 동일하다.
- ③ 질서위반행위규제법 상 개인의 대리인이 업무에 관하여 그 개인에게 부과된 법률상의 의무를 위반한 때에는 행위자인 대리인에게 과태료를 부과한다.
- ④ 일반형사소송절차에 앞선 절차로서의 통고처분은 그 자체로 상대방에게 금전납부의무를 부과하는 행위로서 항고소송의 대상이 된다.

<정답> ①

- ① ○ 헌법재판소는 “종업원 등의 범죄행위에 대해 영업주가 비난받을 만한 행위가 있었는지

여부와는 전혀 관계없이 종업원 등의 범죄행위가 있으면 자동적으로 영업주도 처벌하도록 규정하는 것은 다른 사람의 범죄행위를 이유로 처벌하는 것으로서 형벌에 관한 책임주의에 반하므로 헌법에 위반된다”고 판시하고 있다(헌재결 2009.7.30., 2008헌가 10) <베이지 행정법 p577>

- ② × 이행강제금은 행정상 강제수단을 통한 장래에 의무이행의 확보를 목적으로 하지만, 행정벌은 과거의 위반에 대한 제재를 목적으로 한다. 따라서 이행강제금은 의무이행이 있으면 원칙적으로 강제금의 급부가 면제되나, 행정벌은 의무를 이행하더라도 납부하여야 한다. <베이지 행정법 p542>
- ③ × 법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인.사용인 및 그 밖의 종업원이 업무에 관하여 법인 또는 그 개인에게 부과된 법률상의 의무를 위반한 때에는 법인 또는 그 개인에게 과태료를 부과한다.(질서위반행위규제법 제11조 제1항) <베이지 행정법 p584>
- ④ × 통고처분의 법적 성질에 관하여 행정행위로 보는 견해도 있으나, 통설은 통고처분은 과벌절차의 하나로서 하나의 독자적인 행위가 아니라고 본다. 대법원과 헌법재판소도 모두 통고처분을 행정소송법상 처분으로 보지 않는다. <베이지 행정법 p579>

도로교통법 제118조에서 규정하는 경찰서장의 통고처분은 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 아니므로 그 처분의 취소를 구하는 소송은 부적법하고, 도로교통법상의 통고처분을 받은 자가 그 처분에 대하여 이의가 있는 경우에는 통고처분에 따른 범칙금의 납부를 이행하지 아니함으로써 경찰서장의 즉결심판청구에 의하여 법원의 심판을 받을 수 있게 될 뿐이다(대판 1995.6.29, 95누4674)

**문 11. 공공기관의 정보공개에 관한 법률 에 따른 정보공개에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?
(다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ① 한국증권업협회는 증권회사 상호 간의 업무질서를 유지하고 유가증권의 공정한 매매거래 및 투자자보호를 위하여 구성된 회원조직으로, 증권거래법 또는 그 법에 의한 명령에 대하여 특별한 규정이 있는 것을 제외하고는 민법 중 사단법인에 관한 규정을 적용받으므로 구 공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령 상의 ‘특별법에 의하여 설립된 특수법인’에 해당하지 않는다.
- ② 정보공개청구에 대하여 공공기관이 비공개결정을 한 경우 청구인이 이에 불복한다면 이의 신청 절차를 거치지 않고 행정심판을 청구할 수 있다.
- ③ 모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다고 규정하고 있고, 여기의 국민에는 자연인과 법인이 포함되지만 권리능력 없는 사단은 포함되지 않는다.
- ④ 공공기관은 정보공개에 청구를 받으면 그 청구를 받은 날부터 10일 이내에 공개 여부를 결정하여야 하나 부득이한 사유로 이 기간 이내에 공개 여부를 결정할 수 없는 때에는 그 기간이 끝나는 날의 다음 날부터 기산하여 10일의 범위에서 공개 여부 결정기간을 연장할 수 있다.

<정 답> ③

- ① ○ ‘한국증권업협회’는 증권회사 상호간의 업무질서를 유지하고 유가증권의 공정한 매매거래 및 투자자보호를 위하여 일정 규모 이상인 증권회사 등으로 구성된 회원조직으로서,

증권거래법 또는 그 법에 의한 명령에 대하여 특별한 규정이 있는 것을 제외하고는 민법 중 사단법인에 관한 규정을 준용 받는 점, 그 업무가 국가기관 등에 준할 정도로 공동체 전체의 이익에 중요한 역할이나 기능에 해당하는 공공성을 갖는다고 볼 수 없는 점 등에 비추어, 공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령 제2조 제4호의 ‘특별법에 의하여 설립된 특수법인’에 해당한다고 보기 어렵다.(대판 2010.4.29, 2008두5643).<베이지 행정법 p492>

② ○ 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제19조 제2항 <베이지 행정법 p504>

제19조 [행정심판]

- ① 청구인이 정보공개와 관련한 공공기관의 결정에 대하여 불복이 있거나 정보공개 청구 후 20일이 경과하도록 정보공개 결정이 없는 때에는 「행정심판법」에서 정하는 바에 따라 행정심판을 청구할 수 있다. 이 경우 국가기관 및 지방자치단체 외의 공공기관의 결정에 대한 감독행정기관은 관계 중앙행정기관의 장 또는 지방자치단체의 장으로 한다.
- ② 청구인은 제18조에 따른 이의신청 절차를 거치지 아니하고 행정심판을 청구할 수 있다.
<베이지 행정법 p504>

- ③ × 공공기관의정보공개에관한법률은 “모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다.”고 규정하고 있는데, 여기에서 말하는 국민에는 자연인은 물론 법인, 권리능력 없는 사단.재단도 포함되고, 법인, 권리능력 없는 사단.재단 등의 경우에는 설립목적 불문한다(대판 2003.12.12, 2003두8050) <베이지 행정법 p489>

④ ○ 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제11조 제2항 <베이지 행정법 p500>

제11조 [정보공개 여부의 결정]

- ① 공공기관은 제10조에 따라 정보공개에의 청구를 받으면 그 청구를 받은 날부터 10일 이내에 공개 여부를 결정하여야 한다.
- ② 공공기관은 부득이한 사유로 제1항에 따른 기간 이내에 공개 여부를 결정할 수 없을 때에는 그 기간이 끝나는 날의 다음 날부터 기산(起算)하여 10일의 범위에서 공개 여부 결정기간을 연장할 수 있다. 이 경우 공공기관은 연장된 사실과 연장 사유를 청구인에게 지체 없이 문서로 통지하여야 한다. <베이지 행정법 p500>

문 12. 취소소송에서의 처분사유의 추가·변경에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 처분청은 원고의 권리방어가 침해되지 않는 한도 내에서 당해 취소소송의 대법원 확정판결이 있기 전까지 처분사유의 추가·변경을 할 수 있다.
- ② 처분사유의 추가·변경이 인정되기 위한 요건으로서의 기본적 사실관계의 동일성 유무는, 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초적인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지 여부에 따라 결정된다.
- ③ 추가 또는 변경된 사유가 당초의 처분시 그 사유를 명기하지 않았을 뿐 처분시에 이미 존재하고 있었고 당사자도 그 사실을 알고 있었다면 당초의 처분사유와 동일성이 인정된다.
- ④ 처분사유의 추가·변경이 절차적 위법성을 치유하는 것인데 반해, 처분이유의 사후제시는 처분의 실체법상의 적법성을 확보하기 위한 것이다.

<정 답> ②

- ① × 처분사유의 추가·변경은 사실심변론종결시까지만 허용된다. <베이직 행정법 p906>
- 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(대판 2011.11.24, 2009두19021) <베이직 행정법 p904>
- ③ × 대판 2011.11.24, 2009두19021) - ②번해설 참조 <베이직 행정법 p904>
- ④ × 처분사유의 추가·변경은 행정처분의 실제적 위법성을 치유하는 것인데 반해, 처분이유 의 사후제시는 처분의 절차법상의 적법성을 확보하기 위한 것이다.

문 13. 공공의 영조물의 설치·관리의 하자로 인한 국가배상책임에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① ‘공공의 영조물’이라 함은 강학상 공물을 뜻하므로 국가 또는 지방자치단체가 사실상의 관리를 하고 있는 유체물은 포함되지 않는다.
- ② ‘공공의 영조물의 설치·관리의 하자’에는 영조물이 공공의 목적에 이용됨에 있어 그 이용 상태 및 정도가 일정한 한도를 초과하여 제3자에게 사회통념상 참을 수 없는 피해를 입히고 있는 경우가 포함된다.
- ③ 영조물의 설치 및 관리에 있어서 항상 완전무결한 상태를 유지할 정도의 고도의 안전성을 갖추지 아니하였다고 하여 영조물의 설치 또는 관리에 하자가 있다고 단정할 수 없다.
- ④ 국가배상청구소송에서 공공의 영조물에 하자가 있다는 입증책임은 피해자가 지지만, 관리주체에게 손해발생의 예견가능성과 회피가능성이 없다는 입증책임은 관리주체가 진다.

<정 답> ①

- ① × 국가배상법 제5조 제1항 소정의 “공공의 영조물”이라 함은 국가 또는 지방자치단체에 의하여 특정 공공의 목적에 공여된 유체물 내지 물적 설비를 지칭하며, 특정 공공의 목적에 공여된 물이라 함은 일반공중의 자유로운 사용에 직접적으로 제공되는 공공용물에 한하지 아니하고, 행정주체 자신의 사용에 제공되는 공용물도 포함하며 국가 또는 지방자치단체가 소유권, 임차권 그밖의 권한에 기하여 관리하고 있는 경우뿐만 아니라 사실상의 관리를 하고 있는 경우도 포함한다.(대판 1995.1.24, 94다45302)<베이직 행정법 p667>
- ② ○ 국가배상법 제5조 제1항에 정하여진 ‘영조물의 설치 또는 관리의 하자’라 함은 공공의 목적에 공여된 영조물이 그 용도에 따라 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말하고, 여기서 안전성을 갖추지 못한 상태, 즉 타인에게 위해를 끼칠 위험성이 있는 상태라 함은 당해 영조물을 구성하는 물적 시설 그 자체에 있는 물리적·외형적 흠결이나 불비로 인하여 그 이용자에게 위해를 끼칠 위험성이 있는 경우뿐만 아니라 그 영조물이 공공의 목적에 이용됨에 있어 그 이용상태 및 정도가 일정한 한도를 초과하

여 제3자에게 사회통념상 참을 수 없는 피해를 입히는 경우까지 포함된다고 보아야 할 것이다.(대판 2005.1.27, 2003다49566) <베이직 행정법 p671>

- ③ ○ 국가배상법 제5조 제1항에 정해진 영조물의 설치 또는 관리의 하자라 함은 영조물이 그 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말하는 것이며, 다만 영조물이 완전무결한 상태에 있지 아니하고 그 기능상 어떠한 결함이 있다는 것만으로 영조물의 설치 또는 관리에 하자가 있다고 할 수 없는 것이고, 위와 같은 안전성의 구비 여부를 판단함에 있어서는 당해 영조물의 용도, 그 설치장소의 현황 및 이용 상황 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 설치·관리자가 그 영조물의 위험성에 비례하여 사회통념상 일반적으로 요구되는 정도의 방호조치의무를 다하였는지 여부를 그 기준으로 삼아야 하며, 만일 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 경우임이 입증되는 경우라면 영조물의 설치·관리상의 하자를 인정할 수 없다.(대판 2001.7.27., 2000다56822) <베이직 행정법 p670>
- ④ ○ 설치 또는 관리의 하자는 피해자가 지고, 불가항력 등의 면책사유의 입증책임은 관리주체가 진다. <베이직 행정법 p674>

문 14. 행정대집행법 상 행정대집행에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 의무를 명하는 행정행위가 불가쟁력이 발생하지 않은 경우에는 그 행정행위에 따른 의무의 불이행에 대하여 대집행을 할 수 없다.
- ② 부작위하명에는 행정행위의 강제력의 효력이 있으므로 당해 하명에 따른 부작위 의무의 불이행에 대하여는 별도의 법적 근거 없이 대집행이 가능하다.
- ③ 원칙적으로 '의무의 불이행을 방지하는 것이 심히 공익을 해하는 것으로 인정되는 경우'의 요건은 계고를 할 때에 충족되어 있어야 한다.
- ④ 행정대집행법 제2조에 따른 대집행의 실시여부는 행정청의 재량에 속하지 않는다.

<정 답> ③

- ① × 행정처분의 불가쟁력은 행정대집행법상의 대집행 요건이 아니다.<베이직 행정법 p530>
- ② × 대집행의 대상이 되는 의무는 대체적 작위의무이다. 대체적 작위의무란 그 의무의 이행을 타인이 대신할 수 있는 작위의무이다(예 건물철거, 물건파기). 따라서 일신전속적 성질이 강하거나 전문·기술을 요하는 비대체적 작위의무(예 의사의 진료의무), 부작위의무(예 야간통행금지, 야간소음금지)와 수인의무(예 전염병 예방접종)는 대체성이 없으므로 불이행의 경우에는 대집행을 할 수 없다. <베이직 행정법 p532>
- ③ ○ 대집행의 요건은 계고할 때 이미 충족되어야 한다. <베이직 행정법 p530>
- ④ × 요건이 구비된 후 대집행을 할 것인가 여부는 행정대집행법 제2조의 표현상(~할 수 있다) 재량적이다. <베이직 행정법 p535>

문 15. 국세징수법 상 강제징수절차에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 세무공무원이 국세의 징수를 위해 납세자의 재산을 압류하는 경우 그 재산의 가액이 징수할 국세액을 초과한다면 당해 압류처분은 무효이다.
- ② 국세를 납부기한까지 납부하지 아니하면 과세권자의 가산금 확정절차 없이 국세징수법 제 21조에 의하여 가산금이 당연히 발생하고 그 액수도 확정된다.
- ③ 조세부과처분의 근거규정이 위헌으로 선언된 경우, 그에 기한 조세부과처분이 위헌결정 전에 이루어졌다 하더라도 위헌결정 이후에 조세채권의 집행을 위해 새로이 착수된 체납처분은 당연무효이다.
- ④ 공매통지가 적법하지 아니하다면 특별한 사정이 없는 한, 공매통지를 직접 항고소송의 대상으로 삼아 다툴 수 없고 통지 후에 이루어진 공매처분에 대하여 다투어야 한다.

<정답> ①

- ① × 세무공무원이 국세의 징수를 위해 납세자의 재산을 압류하는 경우 그 재산의 가액이 징수할 국세액을 초과한다 하여 위 압류가 당연무효의 처분이라고는 할 수 없다(대판 1986.11.11, 86누479) <베이지 행정법 p551>
- ② ○ 가산금은 납부기한까지 납부하지 않으면 과세관청에 의한 별도의 절차없이 법률규정에 의하여 당연히 발생하고 그 액수도 확정되어 있으므로 납세자가 의무를 이행하지 아니한 데 대한 정당한 사유가 있는 때에도 가산금을 부과할 수 있다.(대판 2010.12.9. 2010다70605) <베이지 행정법 p599>
- ③ ○ 조세 부과와 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 2012.2.16, 2010두10907 전원합의체) <베이지 행정법 p353>
- ④ ○ 체납자 등에 대한 공매통지는 국가의 강제력에 의하여 진행되는 공매에서 체납자 등의 권리 내지 재산상의 이익을 보호하기 위하여 법률로 규정한 절차적 요건이라고 보아야 하며, 공매처분을 하면서 체납자 등에게 공매통지를 하지 않았거나 공매통지를 하였더라도 그것이 적법하지 아니한 경우에는 절차상의 흠이 있어 그 공매처분이 위법하게 되는 것이지만, 공매통지 자체가 그 상대방인 체납자 등의 법적 지위나 권리·의무에 직접적인 영향을 주는 행정처분에 해당한다고 할 것은 아니므로 다른 특별한 사정이 없는 한 체납자 등은 공매통지의 결여나 위법을 들어 공매처분의 취소 등을 구할 수 있는 것이지 공매통지 자체를 항고소송의 대상으로 삼아 그 취소 등을 구할 수는 없다(대판 2011.3.24, 2010두25527) <베이지 행정법 p553>

문 16. 다음 사례에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

유흥주점영업허가를 받아 주점을 운영하는 甲은 A시장 으로부터 연령을 확인하지 않고 청소년

년을 주점에 출입시켜 청소년보호법 을 위반하였다는 사실을 이유로 한 영업허가 취소처분을 받았다. 甲은 이에 불복하여 취소소송을 제기하였고 취소확정판결을 받았다.

- ① A시장은 甲이 청소년을 유흥접객원으로 고용하여 유흥행위를 하게 하였다는 이유로 다시 영업허가취소처분을 할 수는 있다.
- ② 영업허가취소처분은 지나치게 가혹하다는 이유로 취소확정판결이 내려졌다면, A시장은 甲에게 연령을 확인하지 않고 청소년을 출입시켰다는 이유로 영업허가정지처분을 할 수는 있다.
- ③ 청소년들을 주점에 출입시킨 사실이 없다는 이유로 취소확정판결이 내려졌다면, A시장은 甲에게 연령을 확인하지 않고 청소년을 출입시켰다는 이유로 영업허가취소처분을 할 수는 없다.
- ④ 청문절차를 거치지 않았다는 이유로 취소확정판결이 내려졌다면, A시장은 적법한 청문절차를 거치더라도 甲에게 연령을 확인하지 않고 청소년을 출입시켰다는 이유로 영업허가취소처분을 할 수는 없다.

<정답> ④

- ① ○ 기속력은 판결의 주문과 이유에서 적시된 개개의 위법사유에만 미치므로 처분시에 존재한 다른 사유를 들어 동일한 내용의 처분을 하더라도 반복금지의무에 위반되지 않는다.

<베이직 행정법 p920>

- ② ○ 처분의 위법성 판단기준시점은 처분시이므로 처분청은 처분시 이후의 사유(예 법령 또는 사실관계의 변경)를 내세워 새로이 처분을 하는 경우에는 반복의무금지에 위반되지 않는다. <베이직 행정법 p920>
- ③ ○ 취소판결이 확정되면 관계행정청은 확정판결에 저촉되는 행위를 할 수 없다. 즉, 행정청은 동일한 사실관계 아래에서 동일한 당사자에게 동일한 내용의 처분을 반복하여서는 안된다. <베이직 행정법 p920>
- ④ × 처분이 절차나 형식상의 하자를 이유로 취소된 후 처분청이 스스로 적시된 위법사유를 보완한 후 동일한 내용의 처분을 하더라도 반복금지의무에 위반되지 않는다. <베이직 행정법 p920>

문 17. 행정상 손실보상에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 손실보상의 이론적 근거로서 특별희생설에 의하면, 공공복지와 개인의 권리 사이에 충돌이 있는 경우에는 개인의 권리가 우선한다.
- ② 손실보상청구권을 공권으로 보게 되면 손실보상청구권을 발생시키는 침해의 대상이 되는 재산권에는 공법상의 권리만이 포함될 뿐 사법상의 권리는 포함되지 않는다.
- ③ 헌법재판소는 헌법 제23조제3항의 ‘공공필요’는 ‘국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성’을 의미하고, 이 요건 중 공익성은 기본권 일반의 제한사유인 ‘공공복리’보다 좁은 것으로 보고 있다.
- ④ 헌법 제23조 제3항을 국민에 대한 직접적인 효력이 있는 규정으로 보는 견해는 동조항의 재산권의 수용·사용·제한 규정과 보상규정을 불가분조항으로 본다.

<정답> ③

- ① × 특별희생설은 공익을 위하여 특정인 또는 특정 다수인에 대하여 다른 개인이나 집단에 요구되지 않는 희생을 강요하는 재산권 제한행위가 행해질 때에는 보상을 요한다는 것이다. <베이직 행정법 p691>
- ② × 손실보상청구권을 공권으로 보는 견해에 의하더라도 헌법상 보장되는 재산권에는 물건인가 채권인가를 가리지 않고, 공법상의 권리(예 공유수면매립권 등)뿐만 아니라 사법상의 권리도 포함된다. <베이직 행정법 p687>
- ③ ○ 헌법재판소는 『헌법 제23조 제3항에서 규정하고 있는 ‘공공필요’의 의미를 “국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성”으로 해석하면서 ‘공공필요’의 개념은 ‘공익성’과 ‘필요성’이라는 요소로 구성되어 있다고 하면서 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.』고 하였다.(헌재결 2014.10.30, 2011헌바129)
- ④ × 헌법 제23조 제3항을 국민에 대해 직접적인 효력이 있는 규정으로 보고 보상규정이 없는 경우 헌법규정을 근거로 직접 손실보상청구를 할 수 있다고 본다. 직접효력설은 헌법 제23조 제3항을 불가분조항으로 보지 않는다.

문 18. 행정행위에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 행정행위를 ‘행정청이 법아래서 구체적 사실에 대한 법집행으로서 행하는 공법행위’로 정의하면, 공법상 계약과 공법상 합동행위는 행정행위의 개념에서 제외된다.
- ② 강학상 허가와 특허는 의사표시를 요소로 한다는 점과 반드시 신청을 전제로 한다는 점에서 공통점이 있다.
- ③ 행정행위의 효력으로서 구성요건적 효력과 공정력은 이론적 근거를 법적 안정성에서 찾고 있다는 공통점이 있다.
- ④ 행정소송법 상 처분의 개념과 강학상 행정행위의 개념이 다르다고 보는 견해는 처분의 개념을 강학상 행정행위의 개념보다 넓게 본다.

<정답> ④

- ① × 행정행위를 ‘행정청이 법아래서 구체적 사실에 대한 법집행으로서 행하는 공법행위’로 정의하는 협의설에 의하면 입법행위와 통치행위는 행정행위의 개념에서 제외되지만 공법상 계약이나 합동행위는 행정행위의 개념에 포함된다. <베이직 행정법 p226>

<행정행위의 개념>

	의의	행정행위로 인정되는 범위
최광의	행정청이 행하는 일체의 행위	공법행위, 사법행위, 법정립행위, 법집행행위, 법률행위, 사실행위 모두 포함
광의	행정청이 행하는 행정작용 중 공법행위만을 의미	최광의의 행정행위에서 사법행위와 사실행위를 제외. 즉 행정입법, 공법상 계약, 합동행위, 행정계획, 통치행위까지만 포함
협의	행정청의 구체적 사실에 대한 법집행행위로서 공법행위를 의미	광의의 행정행위에서 입법행위(행정입법)와 통치행위를 제외. 공법상계약이나 합동행위는 포함
최협의 (다수설)	행정청의 구체적 사실에 대한 법집행행위로서 공법상의 단독행위	협의의 행정행위에서 공법상 계약과 공법상 합동행위를 제외

② × 허가는 예외적으로 신청없이 행하여지는 경우도 있으나, 특허는 반드시 신청을 필요로 한다는 점에서 차이가 있다. <베이직 행정법 p278 도표>

<특허와 허가의 차이점>

구분	허가	특허
의의	• 금지의 해제 · 자연적 권리 회복	• 새로운 권리 형성(부여)
목적	• 경찰목적(소극적 질서유지)	• 복리목적(적극적 공공복리)
성질	• 명령적 행위 • 기속행위의 성격이 강함	• 형성적 행위 • 재량행위의 성격이 강함
상대방	• 특정인 • 불특정인도 가능(일반처분)	• 특정인만 가능
신청	• 원칙적 신청 要 • 예외적으로 신청없이도 가능(일반처분) • 선원주의 적용 ○	• 반드시 신청 要 • 예외적으로 법규신청은 신청 不要 • 선원주의 적용 ×
요건	• 비교적 확정적	• 비교적 불확정적
효과	• 공법적 효과(사법적 효과 X)	• 공법적 효과 • 광업권, 어업권 등 일부 사법적 효과
기존업자의 이익	• 영업허가(자유회복) - 법률상 이익	• 법률상 이익
	• 경영상 이익 - 반사적 이익	
기존업자의 원고적격	• 원칙적 부정 • 예외적 인정	• 인정
국가의 감독	소극적	• 적극적
예	• 일반음식점영업허가 • 의사 · 한의사면허 • 운전면허 • 주유소허가	• 공익성이 강한 특허기업 (전기 · 가스 · 버스운송사업 등) • 개인택시운송사업 • 공물사용권 • 토지수용권 • 어업면허 • 광업허가 • 귀화허가

③ × 행정주체의 의사는 비록 그 성립에 하자가 있을지라도 그 하자가 중대하고 명백하여 무효가 되지 않는 한, 권한 있는 기관에 의하여 취소되기까지 유효한 행위로서 통용되는 효력을 의미하는 공정력은 행정법관계의 안정성, 행정의 원활한 운영, 상대방의 신뢰보호와 같은 정책적 고려에 의해 인정되는 것이라고 보는 견해가 다수설이다. 한편 하자있는 행정행위라도 무효가 아닌 한 제3의 국가기관(처분청이외의 행정청과 수소법원 이외의 민사·형사법원)은 그 행정행위의 존재 및 내용을 존중하며, 스스로의 판단의 기초 내지 구성요건으로 삼아야 하는 구속력(다른 국가기관에 대한 행정행위의 구속력)을 의미하는 구성요건적 효력은 권력분립적이고 기능배분적인 권한법질서에 근거를 두고 있다.

<베이직 행정법 p332 도표>

<공정력과 구성요건적 효력의 차이점>

구분	공정력	구성요건적 효력
인적 범위	상대방 또는 이해관계인	제3의 국가기관(처분청이외의 행정청과 수소법원 이외의 민사·형사법원)
인정근거	법적안정설	권력분립, 기관간 권한존중
선결문제	공정력과 관계	구성요건적 효력과 관계
법적 성질	절차적 구속력(잠정적 효력)	실체적 구속력(내용적 효력)

- ④ ○ 행정소송법 상 처분의 개념과 강학상 행정행위의 개념이 다르다고 보는 견해는 처분의 개념을 강학상 행정행위의 개념보다 넓게 본다. <베이직 행정법 p227>

	행정행위	처분
공통점	행정청이 법 아래에서 구체적 사실에 관한 법집행행위	행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행
다른점	권력적 단독행위인 공법행위	권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용
비교	행정쟁송법상 처분의 개념이 더 넓다.	

문 19. 대법원 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 행정청이 도시 및 주거환경정비법 등 관련법령에 근거하여 행하는 조합설립인가처분은 강학상 인가처분으로서 그 조합설립결의에 하자가 있다면 조합설립결의에 대한 무효확인을 구하여야 한다.
- ② 지적공부 소관청의 지목변경신청 반려행위는 행정사무의 편의와 사실증명의 자료로 삼기 위한 것이지 그 대장에 등재 여부는 어떠한 권리의 변동이나 상실효력이 생기지 않으므로 이를 항고소송의 대상으로 할 수 없다.
- ③ 지방자치단체가 제정한 조례가 1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정(General Agreement on Tariffs and Trade 1994)이나 정부조달에 관한 협정(Agreement on Government Procurement)에 위반되는 경우, 그 조례는 무효이다.
- ④ 어떠한 행정처분이 후에 항고소송에서 취소되었다면 그 기판력에 의하여 당해 행정처분은 곧바로 국가배상법 제2조의 공무원의 고의 또는 과실로 인한 불법행위를 구성한다.

<정답> ③

- ① × 재개발조합설립인가신청에 대한 행정청의 조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 가지는 것이 아니라 법령상 일정한 요건을 갖추는 경우 행정주체(공법인)의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성질을 가진다고 보아야 한다. 그러므로 구 도시 및 주거환경정비법상 재개발조합설립인가신청에 대하여

행정청의 조합설립인가처분이 있는 이후에는, 조합설립동의를 하자가 있음을 이유로 재개발조합 설립의 효력을 부정하려면 항고소송으로 조합설립인가처분의 효력을 다투어야 한다(대판 2010.1.28, 2009두4845) <베이지 행정법 p275>

- ② × 구 지적법은 토지소유자에게 지목변경신청권과 지목정정신청권을 부여한 것이고, 한편 지목은 토지에 대한 공법상의 규제, 개발부담금의 부과대상, 지방세의 과세대상, 공시지가의 산정, 손실보상가액의 산정 등 토지행정의 기초로서 공법상의 법률관계에 영향을 미치고, 토지소유자는 지목을 토대로 토지의 사용·수익·처분에 일정한 제한을 받게 되는 점 등을 고려하면, 지목은 토지소유권을 제대로 행사하기 위한 전제조건으로서 토지소유자의 실제적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있으므로 지적공부 소관청의 지목변경신청 반려행위는 국민의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2004.4.22, 2003두9015 전원합의체) <베이지 행정법 p293>
- ③ ○ ‘1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정’은 국회의 동의를 얻어 대통령의 비준을 거쳐 공포되고 시행된 조약인 ‘세계무역기구(WTO) 설립을 위한 마라케쉬협정’의 부속 협정이고, ‘정부조달에 관한 협정’은 국회의 동의를 얻어 공포 시행된 조약으로서 각 헌법 제6조 제1항에 의하여 국내법령과 동일한 효력을 가지므로 지방자치단체가 제정한 조례가 GATT나 AGP에 위반되는 경우에는 그 효력이 없다. 특정 지방자치단체의 초·중·고등학교에서 실시하는 학교급식을 위해 위 지방자치단체에서 생산되는 우수 농수축산물과 이를 재료로 사용하는 가공식품(이하 ‘우수농산물’이라고 한다)을 우선적으로 사용하도록 하고 그러한 우수농산물을 사용하는 자를 선별하여 식재료나 식재료 구입비의 일부를 지원하며 지원을 받은 학교는 지원금을 반드시 우수농산물을 구입하는 데 사용하도록 하는 것을 내용으로 하는 위 지방자치단체의 조례안이 내국민대우원칙을 규정한 ‘1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정’에 위반되어 그 효력이 없다.(대판 2005.9.9, 2004추10) <베이지 행정법 p34>
- ④ × 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 비로소 국가배상법 제2조 소정의 국가배상책임의 요건을 충족하였다고 봄이 상당할 것이며, 이 때에 객관적 정당성을 상실하였는지 여부는 피침해이익의 종류 및 성질, 침해행위가 되는 행정처분의 태양 및 그 원인, 행정처분의 발동에 대한 피해자측의 관여의 유무, 정도 및 손해의 정도 등 제반 사정을 종합하여 손해의 전보책임을 국가 또는 지방자치단체에게 부담시켜야 할 실질적인 이유가 있는지 여부에 의하여 판단하여야 한다.(대판 2003.11.27, 2001다33789) <베이지 행정법 p634>

문 20. 대법원 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정소송법 제26조는 행정소송에서 직권심리주의가 적용되도록 하고 있지만, 행정소송에서도 당사자주의나 변론주의의 기본구도는 여전히 유지된다.
- ② 영업자에 대한 행정제재처분에 대하여 행정심판위원회가 영업자에게 유리한 적극적 변경명령재결을 하고 이에 따라 처분청이 변경처분을 한 경우, 그 변경처분에 의해 유리하게 변

경된 행정제제가 위법하다는 이유로 그 취소를 구하려면 변경된 내용의 당초처분을 취소소송의 대상으로 하여야 한다.

- ③ 원자로 및 관계시설의 부지사전승인처분은 그 자체로서 독립한 행정처분은 아니므로 이의 위법성을 직접 항고소송으로 다룰 수는 없고 후에 발령되는 건설허가처분에 대한 항고소송에서 다투어야 한다.
- ④ 구 폐기물관리법 관계 법령상의 폐기물처리업허가를 받기 위한 사업계획에 대한 부적정통보는 허가신청 자체를 제한하는 등 개인의 권리 내지 법률상의 이익을 개별적이고 구체적으로 규제하고 있어 행정처분에 해당한다.

<정답> ③

- ① ○ 행정소송법 제26조가 법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다고 규정하고 있지만, 이는 행정소송의 특수성에 연유하는 당사자주의, 변론주의에 대한 일부 예외 규정일 뿐 법원이 아무런 제한 없이 당사자가 주장하지 아니한 사실을 판단할 수 있는 것은 아니고, 일건 기록에 현출되어 있는 사항에 관하여서만 직권으로 증거조사를 하고 이를 기초로 하여 판단할 수 있을 따름이고, 그것도 법원이 필요하다고 인정할 때에 한하여 청구의 범위내에서 증거조사를 하고 판단할 수 있을 뿐이다(대판 1994.10.11, 94누4820).

<베이지 행정법 p898>

- ② ○ 행정청이 식품위생법령에 따라 영업자에게 행정제재처분을 한 후 그 처분을 영업자에게 유리하게 변경하는 처분을 한 경우, 변경처분에 의하여 당초 처분은 소멸하는 것이 아니고 당초부터 유리하게 변경된 내용의 처분으로 존재하는 것이므로, 변경처분에 의하여 유리하게 변경된 내용의 행정제제가 위법하다 하여 그 취소를 구하는 경우 그 취소소송의 대상은 변경된 내용의 당초 처분이지 변경처분은 아니고, 제소기간의 준수 여부도 변경처분이 아닌 변경된 내용의 당초 처분을 기준으로 판단하여야 한다(대판 2007.4.27, 2004두9302) <베이지 행정법 p866>
- ③ × 원자로 및 관계 시설의 부지사전승인처분은 그 자체로서 건설부지를 확정하고 사전공사를 허용하는 법률효과를 지닌 독립한 행정처분이므로 항고소송으로 다룰 수 있다. 다만 나중에 건설허가처분이 있게 되면 그 건설허가처분에 흡수되어 독립된 존재가치를 상실함으로써 그 건설허가처분만이 쟁송의 대상이 된다(대판 1998.9.4., 97누19588) <베이지 행정법 p400·391·812>
- ④ ○ 폐기물관리법 관계 법령의 규정에 의하면 폐기물처리업의 허가를 받기 위하여는 먼저 사업계획서를 제출하여 허가권자로부터 사업계획에 대한 적정통보를 받아야 하고, 그 적정통보를 받은 자만이 일정기간 내에 시설, 장비, 기술능력, 자본금을 갖추어 허가신청을 할 수 있으므로, 결국 부적정통보는 허가신청 자체를 제한하는 등 개인의 권리 내지 법률상의 이익을 개별적이고 구체적으로 규제하고 있어 행정처분에 해당한다(대판 1998.4.28, 97누21086) <베이지 행정법 p389>