

<2017 국가직 9급 행정법총론(나 책형) 기출문제>

1. 개인적 공권에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2017 국가직 9급

- ① 환경영향평가에 관한 자연공원법령 및 환경영향평가법령들의 취지는 환경공익을 보호하려는 데 있으므로 환경영향평가대상지역 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

해설

① ×

1. 환경영향평가대상지역 안의 원자로 시설부지 인근주민들이 방사성물질 이외의 원인에 의한 환경침해를 받지 아니하고 생활할 수 있는 이익은 직접적·구체적 이익으로 위 주민들에게 원자로시설부지사전승인처분의 취소를 구할 원고적격이 있다(대판 1998. 9. 4, 97누19588).

2. 국립공원 용화집단지설지구개발사업으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상되는 환경영향평가대상지역 안의 주민에게 환경영향평가대상사업에 관한 변경승인 및 허가처분의 취소를 구할 원고적격이 있다.

환경영향평가에 관한 자연공원법령 및 환경영향평가법령의 규정들의 취지는 집단시설지구개발사업이 환경을 해치지 아니하는 방법으로 시행되도록 함으로써 집단시설지구개발사업과 관련된 환경공익을 보호하려는 데에 그치는 것이 아니라 그 사업으로 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 당해 변경승인 및 허가처분과 관련하여 갖고 있는 위와 같은 환경상의 이익은 단순히 환경공익 보호의 결과로 국민일반이 공통적으로 가지게 되는 추상적·평균적·일반적인 이익에 그치지 아니하고 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적인 이익이라고 보아야 한다(대판 1998. 4. 24, 97누3286).

② ○

수익적 처분 또는 신청대로 이루어진 처분의 경우 처분상대방은 취소를 제기할 이익이 없다.

행정처분이 수익적인 처분이거나 신청에 의하여 신청내용대로 이루어진 처분인 경우에는 처분상대방의 권리나 법률상 보호되는 이익이 침해되었다고 볼 수 없으므로 달리 특별한 사정이 없는 한 처분의 상대방은 그 취소를 구할 이익이 없다고 할 것이다(대판 1995. 5. 26, 94누7324).

③ ○

상수원보호구역의 인근주민은 상수원보호구역지정해제를 다룰 원고적격이 없다.

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).

④ ○ 재량행위에도 적어도 하자 없는 재량행사의무, 즉 무하자재량행사의무는 인정된다.

(검사임용을 받지 못한 사법연수원 수료생이 이를 다룬 사건에서) 행정청에는 적어도 재량권의 한계 일탈이나 남용이 없는 위법하지 않은 응답을 할 의무가 있고, 이에 대해 임용신청자로서도 재량권의 한계일탈이나 남용이 없는 적법한 응답을 요구할 권리가 있다.

검사의 임용 여부는 임용권자의 자유재량에 속하는 사항이나, 임용권자가 동일한 검사신규임용의 기회에 원고를 비롯한 다수의 검사지원자들로부터 임용신청을 받아 전형을 거쳐 자체에서 정한 임용 기준에 따라 이들 중 일부만을 선정하여 검사로 임용하는 경우에 있어서, 법령상 검사임용신청 및 그 처리의 제도에 관한 명문규정이 없다고 하여도 조리상 임용권자는 임용신청자들에게 전형의 결과인 임용 여부의 응답을 해 줄 의무가 있다고 보아야 하고, 원고로서는 그 임용신청에 대하여 임용 여부의 응답을 받을 권리가 있다고 할 것이며, 응답할 것인지 여부조차도 임용권자의 편의재량사항이라고는 할 수 없다. 검사의 임용에 있어서 임용권자가 임용 여부에 관하여 어떠한 내용의 응답을 할 것인지는 임용권자의 자유재량에 속하므로 일단 임용거부라는 응답을 한 이상, 설사 그 응답내용이 부당하다고 하여도 사법심사의 대상으로 삼을 수 없는 것이 원칙이나, 적어도 재량권의 한계일탈이나 남용이 없는 위법하지 않은 응답을 할 의무가 임용권자에게 있고, 이에 대응하여 임용신청자로서도 재량권의 한계일탈이나 남용이 없는 적법한 응답을 요구할 권리가 있다고 할 것이며, 이러한 응답 신청권에 기하여 재량권남용의 위법한 거부처분에 대하여는 항고소송으로서 그 취소를 구할 수 있다고 보아야 하므로 임용신청자가 임용거부처분이 재량권을 남용한 위법한 처분이라고 주장하면서 그 취소를 구하는 경우에는 법원은 재량권남용 여부를 심리하여 본안에 관한 판단으로서 청구의 인용 여부를 가려야 한다(대판 1991. 2. 12, 90누5825).

2. 행정지도에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2017 국가직 9급

- 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 신분 등에 관한 사항을 적은 서면의 교부를 요구하면 그 행정지도를 하는 자는 직무수행에 특별한 지장이 없으면 이를 교부하여야 한다.
- ④ 국가배상법이 정한 배상청구의 요건인 ‘공무원의 직무’에는 권력적 작용만이 아니라 행정지도와 같은 비권력적 작용도 포함된다.

정답 ②

해설

① ○

토지거래계약신고에 관한 행정관청의 위법한 관행에 따라 토지의 매매가격을 허위로 신고한 행위라 하더라도 위법성이 조각되지 않아 형사처벌의 대상이 된다.

행정관청이 토지거래계약신고에 관하여 공시된 기준지를 기준으로 매매가격을 신고하도록 행정지도하여 왔고 그 기준가격 이상으로 매매가격을 신고한 경우에는 거래신고서를 접수하지 않고 반려하는 것이 관행화되어 있다 하더라도 이는 법에 어긋나는 관행이라 할 것이므로 그와 같은 위법한 관행에 따라 허위신고행위에 이르렀다고 하여 그 불법행위가 사회상규에 위배되지 않는 정당한 행위라고는 볼 수 없다(대판 1992. 4. 24, 91도1609).

② ×

행정절차법 제50조(의견제출) 행정지도의 상대방은 해당 행정지도의 방식·내용 등에 관하여 행정기관에 의견제출을 할 수 있다.

③ ○

행정절차법 제49조(행정지도의 방식) ① 행정지도를 하는 자는 그 상대방에게 그 행정지도의 취지 및 내용과 신분을 밝혀야 한다.

② 행정지도가 말로 이루어지는 경우에 상대방이 제1항의 사항을 적은 서면의 교부를 요구하면 그 행정지도를 하는 자는 직무 수행에 특별한 지장이 없으면 이를 교부하여야 한다.

④ ○

1. 국가배상법이 정한 배상청구의 요건인 ‘공무원의 직무’의 범위에는 행정지도와 같은 비권력적 작용도 포함된다.

2. 행정지도로서 행한 공탁행위로 인해 사인에게 피해를 입힌 경우 행정상 손해배상책임이 있다.

국가배상법이 정한 배상청구의 요건인 ‘공무원의 직무’에는 권력적 작용만이 아니라 행정지도와 같은 비권력적 작용도 포함되며, 단지 행정주체가 사경제주체로서 하는 활동만 제외되는 것이고(대판 1994. 9. 30, 94다11767 등 참조), 기록에 의하여 살펴보면, 피고 및 그 산하의 강남구청은 이 사건 도시계획사업의 주무관청으로서 그 사업을 적극적으로 대행·지원하여 왔고 이 사건 공탁도 행정지도의 일환으로 직무수행으로서 행하였다고 할 것이므로, 비권력적 작용인 공탁으로 인한 피고의 손해배상책임은 성립할 수 없다는 상고이유의 주장은 이유가 없다(대판 1998. 7. 10, 96다38971).

3. 행정행위의 취소와 철회에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은? 2017 국가직 9급

- 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 효

력을 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 비교·교량하여 철회하여야 한다.

- ④ 행정청이 의료법인의 이사에 대한 이사취임승인취소처분을 직권으로 취소하면 이사의 지위가 소급하여 회복된다.

정답 ①

해설

① ×

1. 처분청은 별도의 법적 근거가 없더라도 처분을 직권으로 취소할 수 있다.

개별토지에 대한 가격결정도 행정처분에 해당하며, 원래 행정처분을 한 처분청은 그 행위에 하자가 있는 경우에는 원칙적으로 별도의 법적 근거가 없더라도 스스로 이를 직권으로 취소할 수 있는 것이다(대판 1995. 9. 15, 95누6311).

2. 행정청이 직권취소를 할 수 있다는 사정만으로 이해관계인인 제3자에게 행정청에 대한 직권취소 청구권이 부여된 것으로 볼 수 없다.

산림법령에는 채석허가처분을 한 처분청이 산림을 복구한 자에 대하여 복구설계서승인 및 복구준공통보를 한 경우 그 취소신청과 관련하여 아무런 규정을 두고 있지 않고, 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 없다(대판 2006. 6. 30, 2004두701).

② ○

처분에 대한 취소소송이 진행 중이라도 부과권자는 처분을 직권취소할 수 있다.

변상금부과처분에 대한 취소소송이 진행 중이라도 그 부과권자로서는 위법한 처분을 스스로 취소하고 그 하자를 보완하여 다시 적법한 부과처분을 할 수도 있다(대판 2006. 2. 10, 2003두5686).

③ ○

1. 처분청은 별도의 법적 근거가 없더라도 행정행위를 철회하거나 변경할 수 있다.

행정행위를 한 처분청은 그 처분 당시에 그 행정처분에 별다른 하자가 없었고 또 그 처분 후에 이를 취소할 별도의 법적 근거가 없다 하더라도 원래의 처분을 그대로 존속시킬 필요가 없게 된 사정변경이 생겼거나 또는 중대한 공익상의 필요가 발생한 경우에는 별개의 행정행위로 이를 철회하거나 변경할 수 있다(대판 1992. 1. 17, 91누3130 ; 대판 1995. 2. 28, 94누7713 ; 대판 1995. 6. 9, 95누1194).

2. 수익적 행정처분을 취소 또는 철회하는 경우, 그 처분으로 인하여 공익상의 필요보다 상대방이 받게 되는 불이익 등이 막대한 경우에는 재량권의 한계를 일탈한 것으로서 그 자체가 위법하다.

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 정당화할만한 중대한 공익상의 필요 또는 제3자의 이익보호의 필요가 있는 때에 한

하여 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).

④ ○

행정청이 의료법인의 이사에 대한 이사취임승인취소처분을 직권으로 취소한 경우, 그로 인하여 이사가 소급하여 지위를 회복하게 되고 법원에 의하여 선임된 임시이사는 법원의 해임결정이 없더라도 당연히 그 지위가 소멸된다. - 수익적 행정행위의 철회(이사취임승인을 취소한 것)의 직권취소를 인정한 판례

행정처분이 취소되면 그 소급효에 의하여 처음부터 그 처분이 없었던 것과 같은 효과를 발생하게 되는바, 행정청이 의료법인의 이사에 대한 이사취임승인취소(편저자 주: 철회에 해당하는 사인이었음)처분(제1처분)을 직권으로 취소(제2처분)한 경우에는 그로 인하여 이사가 소급하여 이사의 지위를 회복하게 되고, 그 결과 위 제1처분과 제2처분 사이에 법원에 의하여 선임결정된 임시이사들의 지위는 법원의 해임결정이 없더라도 당연히 소멸된다(대판 1997. 1. 21, 96누3401).

4. 행정절차법의 내용에 대한 설명으로 옳은 것은? 2017 국가직 9급

- ① 행정청이 신청내용을 모두 그대로 인정하는 처분을 하는 경우 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다.
- ② 행정청이 신분·자격의 박탈처분을 할 때 미리 당사자 등에게 통지한 의견제출기한 내에 당사자 등의 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 신고의무가 이행된 것으로 본다.
- ④ 행정청은 직권으로 또는 당사자 및 이해관계인의 신청에 따라 여러 개의 사안을 병합하거나 분리하여 청문을 할 수 있다.

정답 ②

해설

① ×

행정절차법 제23조(처분의 이유제시) 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(의견청취) ① 행정청이 처분을 할 때 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에

는 청문을 한다.

1. 다른 법령 등에서 청문을 하도록 규정하고 있는 경우
2. 행정청이 필요하다고 인정하는 경우
3. 다음 각 목의 처분시 제21조 제1항 제6호에 따른 의견제출기한 내에 당사자 등의 신청이 있는 경우
 - 가. 인·허가 등의 취소
 - 나. 신분·자격의 박탈
 - 다. 법인이나 조합 등의 설립허가의 취소

③ ×

행정절차법 제40조(신고) ① 법령 등에서 행정청에 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고를 규정하고 있는 경우 신고를 관장하는 행정청은 신고에 필요한 구비서류, 접수기관, 그 밖에 법령 등에 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.

④ ×

행정절차법 제32조(청문의 병합·분리) 행정청은 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 여러 개의 사건을 병합하거나 분리하여 청문을 할 수 있다.

5. 법률유보의 원칙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? 2017 국가직 9급

- 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 토지 등 소유자가 도시환경정비사업을 시행하는 경우, 사업시행인가 신청시 필요한 토지 등 소유자의 동의정족수를 정하는 것은 국민의 권리와 의무의 형성에 관한 기본적이고 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

해설

① × 행정지도는 행정지도에 따를 것인가 상대방의 임의적 결정에 달려 있는 비권력적 사실행위이므로 작용법적 근거는 필요 없다는 것이 통설적 입장이다.

② ○

지방의회의원에 대하여 유급보좌인력을 두는 것은 지방의회의 조례로써 규정할 사항이 아니라 국회

의 법률로써 규정하여야 할 입법사항이다(대판 2013. 1. 16, 2012추84).

③ ○

도시환경정비사업의 시행자인 ‘토지 등 소유자’가 사업시행인가를 신청하기 전에 얻어야 하는 토지 등 소유자의 동의요건은 국민의 권리와 의무의 형성에 관한 기본적이고 본질적인 사항이므로 국가가 스스로 행하여야 하는 사항에 속하는 것이다

토지 등 소유자가 도시환경정비사업을 시행하는 경우 …… 사업시행인가 신청시 요구되는 토지 등 소유자의 동의정족수를 정하는 것은 국민의 권리와 의무의 형성에 관한 기본적이고 본질적인 사항으로 법률유보 내지 의회유보의 원칙이 지켜져야 할 영역이다(헌재 2011. 8. 30, 2009헌바128).

④ ○

법률유보의 원칙은 ‘법률에 근거한’ 규율을 요청하는 것이다.

법률유보의 원칙은 ‘법률에 의한’ 규율만을 뜻하는 것이 아니라 ‘법률에 근거한’ 규율을 요청하는 것이므로 기본권 제한의 형식이 반드시 법률의 형식일 필요는 없고 법률에 근거를 두면서 헌법 제75 조가 요구하는 위임의 구체성과 명확성을 구비하기만 하면 위임입법에 의하여도 기본권 제한을 할 수 있다 할 것이다(헌재 전원재판부 2005. 2. 24, 2003헌마289).

6. 다음 사례에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은? 2017 국가직 9급

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 시행규칙이 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 이전시 그 비용을 甲이 부담한다는 내용의 부관을 부가할 수 있다.
- ③ 도로법 시행규칙의 개정 이후에도 위 협약에 포함된 부관은 부당결부금지의 원칙에 반하지 않는다.
- ④ 도로법 시행규칙의 개정으로 접도구역에는 관리청의 허가 없이도 송유관을 매설할 수 있게 되었기 때문에 위 협약 중 접도구역에 대한 부분은 효력이 소멸된다.

정답 ④

해설

① ○ ② ○ ③ ○ ④ ×

1-1. 부담은 행정청이 행정처분을 하면서 일방적으로 부가할 수도 있지만(②) 부담을 부가하기 이전에 상대방과 협의하여 부담의 내용을 협약의 형식으로 미리 정한 다음 행정처분을 하면서 이를 부가할 수도 있다.

1-2. 행정청이 수익적 행정처분을 하면서 사전에 상대방과 체결한 협약상의 의무를 부담으로 부가하였는데 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거법령이 개정되어 부관을 붙일 수 없게 된 경우라도 위 협약의 효력이 소멸하는 것은 아니다(대판 2009. 2. 12, 2005다65500).

2. 고속국도 관리청이 고속도로 부지와 접도구역에 송유관 매설을 허가하면서 상대방과 체결한 협약에 따라 송유관 시설을 이전하게 될 경우 그 비용을 상대방에게 부담하도록 한 경우 위 협약에 포함된 부관이 부당결부금지의 원칙에 반하지 않는다.

부당결부금지의 원칙이란 행정주체가 행정작용을 함에 있어서 상대방에게 이와 실질적인 관련이 없는 의무를 부과하거나 그 이행을 강제하여서는 아니 된다는 원칙을 말한다. 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).

7. 공법상 계약에 대한 설명으로 옳은 것은? 2017 국가직 9급

- ① 현행 행정절차법은 공법상 계약에 대한 규정을 두고 있다.
- ② 대법원은 구 「농어촌 등 보건의료를 위한 특별조치법」 및 관계법령에 따른 전문직 공무원인 공중보건의사의 채용계약해지의 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 의사의 합치에 의하므로 원칙적으로 법률유보의 원칙이 적용되지 않는다고 본다.

정답 ④

해설

① × 현행 행정절차법은 처분절차만 규정하고 있는 것이 아니라 신고, 행정상 입법예고, 행정예고 및 행정지도 등에 관한 것도 규정하고 있으나, 확약, 공법상 계약, 행정계획의 확정절차, 행정조사절차 등에 대해서는 규정하지 않고 있으며, 행정행위의 하자치유와 절차하자의 효과 등에 대해서도 규정하지 않고 있다. 공법상 계약을 일반적으로 규율하는 법은 없으므로 개별법에 규정된 사항을 적용하여야 한다. 개별법에도 규정이 없는 것은 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(국가가 당사자인 이상 공법상 계약, 사법상 계약 모두 적용된다)을 적용하고, 여기에서도 규정하지 않은 사항에 대해서는 민법규정을 적용할 수 있다. 다만, 공법과 사법의 차이점을 고려할 때 민법규정이 그대로 적용될 수는 없고 유추적용되어야 한다고 봄이 일반적이다.

② × 공법상 계약에 관한 분쟁은 이론상 당사자소송으로 해결해야 한다. 판례도 공법상 계약에 관한 소송을 공법상 당사자소송으로 해결해야 한다고 판시하여 학설과 동일한 태도를 보이고 있다.

공중보건의사 채용계약해지의 의사표시는 행정처분이 아니므로 공법상 당사자소송의 방식으로 무효 확인을 구하여야 한다(대판 1996. 5. 31, 95누10617).

- ③ × 공공단체 상호 간의 사무위탁(지방자치단체 간의 교육사무위탁 등)이나 지방자치단체 상호 간의 도로 또는 하천의 경비분담협약과 같이 행정주체 상호 간의 공법상 계약도 가능하다.
- ④ ○ 다수설에 따르면 공법상 계약을 체결함에 있어서 법률의 근거가 필요한 것은 아니다.

8. 불확정개념과 판단여지 및 기속행위와 재량행위에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? 2017 국가직 9급

- 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.

정답 ①

해설

① × 판단여지를 재량과는 구별되는 독자적 개념으로 인정하는 긍정설의 경우, 판단여지는 법인식의 문제로서 법률요건의 포섭단계에서 관련되는 개념이며 재량은 법률효과의 결정 내지 선택과 관련되는 문제라는 점에서 양자는 구별된다고 한다.

② ○

기속행위의 경우 법원이 일정한 결론을 도출한 후 그 결론에 비추어 행정청이 한 판단의 적법 여부를 독자의 입장에서 판정하는 방식에 의한다. 재량행위의 경우 법원은 독자의 결론을 도출함이 없이 당해 행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만을 심사하게 된다.

행정행위가 그 재량성의 유무 및 범위와 관련하여 이른바 기속행위 내지 기속재량행위와 재량행위 내지 자유재량행위로 구분된다고 할 때, 그 구분은 당해 행위의 근거가 된 법규의 체재·형식과 그 문언, 당해 행위가 속하는 행정 분야의 주된 목적과 특성, 당해 행위 자체의 개별적 성질과 유형 등을 모두 고려하여 판단하여야 하고, 이렇게 구분되는 양자에 대한 사법심사는, 전자(편저자 주 : 기속행위)의 경우 그 법규에 대한 원칙적인 기속성으로 인하여 법원이 사실인정과 관련법규의 해석·적용을 통하여 일정한 결론을 도출한 후 그 결론에 비추어 행정청이 한 판단의 적법 여부를 독자의 입장에서 판정하는 방식에 의하게 되나, 후자(편저자 주 : 재량행위)의 경우 행정청의 재량에 기한 공익판단의 여지를 감안하여 법원은 독자의 결론을 도출함이 없이 당해 행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만을 심사하게 되고, 이러한 재량권의 일탈·남용 여부에 대한 심사는 사실오인, 비례·평등의 원칙 위배, 당해 행위의 목적 위반이나 동기의 부정 유무 등을 그 판단대상으로 한다(대판 2001. 2. 9, 98두17593).

③ ○

자동차운수사업면허조건 등을 위반한 사업자에 대하여 행정청이 행정제재수단으로 사업정지를 명할 것인지, 과징금을 부과할 것인지, 과징금을 부과하기로 한다면 그 금액은 얼마로 할 것인지에 관하여 재량권이 부여되었다 할 것이므로 과징금부과처분이 법이 정한 한도액을 초과하여 위법할 경우 법원으로서 그 전부를 취소할 수밖에 없고, 그 한도액을 초과한 부분이나 법원이 적정하다고 인정되는 부분을 초과한 부분만을 취소할 수 없다(대판 1998. 4. 10, 98두2270).

④ ○ 비록 법률에 불확정개념이 사용된 경우라 하더라도 이는 법개념으로서 구체적 상황과 관련하여서는 하나의 정당한 해석·적용만이 있을 뿐이고 법을 해석하는 것은 법원의 권한에 속하므로 당연히 법원의 심사대상이 되어야 한다는 것이 다수설의 입장이다.

9. 행정입법에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은? 2017 국가직 9급

- ① 헌법재판소는 대법원규칙인 구 법무사법 시행규칙에 대해, 법규명령이 별도의 집행행위를 기다리지 않고 직접 기본권을 침해하는 것일 때에는 헌법 제107조 제2항의 명령·규칙에 대한 대법원의 최종 심사권에도 불구하고 헌법소원심판의 대상이 된다고 한다.
- ② 대법원은 구 「여객자동차 운수사업법 시행규칙」 제31조 제2항 제1호, 제2호, 제6호는 구 「여객자동차 운수사업법」 제11조 제4항의 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 자기구속력을 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.

정답 ③

해설

① ○

(구 법무사법 시행규칙 제3조 제1항 “법원행정처장은 법무사를 보충할 필요가 있다고 인정되는 경우에는 대법원장의 승인을 얻어 법무사시험을 실시할 수 있다.”에 대한 헌법소원 사건에서 동 규칙은 헌법소원의 대상이 된다고 판시하면서) **법규명령 등이 별도의 집행행위를 기다리지 않고 직접 기본권을 침해하는 것인 때에는 헌법소원심판의 대상이 될 수 있다.**

헌법 제107조 제2항이 규정한 명령·규칙에 대한 대법원의 최종심사권이란 구체적인 소송사건에서 명령·규칙의 위헌 여부가 재판의 전제가 되었을 경우 법률의 경우와는 달리 헌법재판소에 제청할 것 없이 대법원이 최종적으로 심사할 수 있다는 의미이며, 동법 제111조 제1항 제1호에서 법률의 위헌 여부심사권을 헌법재판소에 부여한 이상 통일적인 헌법해석과 규범통제를 위하여 공권력에 의한 기본권침해를 이유로 하는 헌법소원심판청구사건에 있어서 법률의 하위규범인 명령·규칙의 위헌여부심사권이 헌법재판소의 관할에 속함은 당연한 것으로서 동법 제107조 제2항의 규정이 이를 배제한 것이라고는 볼 수 없다. …… 헌법재판소법 제68조 제1항이 규정하고 있는 헌법소원심판의 대상으로서의 ‘공권력’이란 입법·사법·행정 등 모든 공권력을 말하는 것이므로 입법부에서 제정한 법률, 행정부에서 제정한 시행령이나 시행규칙 및 사법부에서 제정한 규칙 등은 그것들이 별도의 집행행위를 기다리지 않고 직접 기본권을 침해하는 것일 때에는 모두 헌법소원심판의 대상이 될 수 있는 것이다(헌재 1990. 1. 15, 89헌마178).

- ② ○ 판례는 특허의 인가기준을 법령의 위임을 받아 부령으로 정한 경우 이를 법규명령으로 보고 있다.

구 「여객자동차 운수사업법」 제11조 제4항의 위임에 따라 시외버스운송사업의 사업계획변경에 관한

절차, 인가기준 등을 구체적으로 규정한 구 「여객자동차 운수사업법 시행규칙」 제31조 제2항 제1호, 제2호, 제6호는 대외적인 구속력이 있는 법규명령이라고 할 것이고, 그것을 행정청 내부의 사무처리 준칙을 규정한 행정규칙에 불과하다고 할 수는 없다.

구 「여객자동차 운수사업법 시행규칙」 제31조 제2항 제1호, 제2호, 제6호(이하 ‘이 사건 각 규정’이라 한다)는 법 제11조 제4항의 위임에 따라 시외버스운송사업의 사업계획변경에 관한 절차, 인가기준 등을 구체적으로 규정한 것으로서, 대외적인 구속력이 있는 법규명령이라고 할 것이고(대판 1996. 6. 14, 95누17823 ; 대판 1997. 5. 16, 97누2313 참조), 그것을 행정청 내부의 사무처리준칙을 규정한 행정규칙에 불과하다고 할 수는 없는 것이다. 따라서 원심이 인정하는 바와 같이 피고가 이 사건 시외버스운송사업계획변경인가처분(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다)을 함에 있어서 이 사건 각 규정에서 정한 절차나 인가기준 등을 위배하였다면, 이 사건 처분은 위법함을 면하지 못한다고 할 것이다(대판 2006. 6. 27, 2003두4355).

③ × 재량준칙은 그 자체가 직접적으로 법규성이 있는 것은 아니나 재량준칙이 되풀이 시행되어 행정관행이 성립한 경우, 평등의 원칙, 자기구속의 원칙을 매개로 하여 간접적으로 대외적인 구속력을 갖는다는 것이 일반적 견해이다.

재량권행사의 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).

④ ○

1. 법률이 입법사항을 대통령령이나 부령이 아닌 고시와 같은 행정규칙의 형식으로 위임하는 것은 헌법 제40조, 제75조, 제95조 등과의 관계에서 일정한 한계 내에서 허용된다.
2. 고시와 같은 형식으로 입법위임을 할 때에는 적어도 법령이 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 한정된다 할 것이고, 그러한 사항이라 하더라도 포괄 위임금지의 원칙상 법률의 위임은 반드시 구체적·개별적으로 한정된 사항에 대하여 행하여져야 한다(헌재 2006. 12. 28, 2005헌바59).

10. 행정벌에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2017 국가직 9급

- 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 질서위반행위규제법상 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

해설

① ○

<심판대상조문>

「가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률」 제52조(양벌규정) 법인의 대표자 또는 법인이나 개인의 대리인, 사용인, 그 밖에 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제49조 내지 제51조의 규정에 따른 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당조의 벌금형을 과한다.

이 사건 심판대상 법률조항들에 의할 경우, 법인이 종업원 등의 위반행위와 관련하여 선임·감독상의 주의의무를 다하여 아무런 잘못이 없는 경우까지도 법인에게 형벌을 부과될 수밖에 없게 되며 …… 단순히 법인이 고용한 종업원 등이 업무에 관하여 범죄행위를 하였다는 이유만으로 법인에 대하여 형사처벌을 과하고 있는바, 이는 다른 사람의 범죄에 대하여 그 책임 유무를 묻지 않고 형벌을 부과하는 것이므로 헌법상 법치국가의 원리 및 죄형법정주의로부터 도출되는 책임주의원칙에 반한다고 할 것이다(헌재 2010. 9. 30, 2010헌가10).

② × 이행강제금(집행벌)은 행정상 강제집행의 수단으로서 장래를 향한 의무이행을 확보하기 위한 것인데 반해, 행정벌은 과거의 위반에 대한 제재를 주된 목적으로 한다는 점에서 구별된다.

③ × 과태료의 부과대상자는 원칙상 질서위반행위를 한 자이다. 법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 업무에 관하여 법인 또는 그 개인에게 부과된 법률상의 의무를 위반한 때에는 법인 또는 그 개인에게 과태료를 부과한다.

질서위반행위규제법 제11조(법인의 처리 등) ① 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.

④ × 통고처분은 취소소송의 대상이 되는 행정처분이 아니다.

1. 통고처분은 법원에 의하여 자유형 또는 재산형에 처하는 형사절차에 갈음하여 과세관청이 조세법칙자에 대하여 금전적 제재를 통고하고 이를 이행한 조세법칙자에 대하여는 고발하지 아니하고 조세법칙사건을 신속·간이하게 처리하는 절차로서, 형사절차의 사전절차로서의 성격을 가진다(대판 2016. 9. 28, 2014도10748).

2. 통고처분은 그 자체만으로는 상대방에게 아무런 권리·의무를 형성하지 않으므로 행정소송대상의 처분성을 부정하더라도 재판받을 권리를 침해하거나 적법절차원칙에 위배되지 않는다(헌재 1998. 5. 28, 96헌바4).

3. 도로교통법상 통고처분의 취소를 구하는 행정소송은 허용되지 않는다(대판 1995. 6. 29, 95누4674).

11. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에 따른 정보공개에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2017 국가직 9급

① 한국증권업협회는 증권회사 상호 간의 업무질서를 유지하고 유가증권의 공정한 매매거래 및 투자자 보호를 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 이의신청절차를 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 정보공개청구를 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.

정답 ③

해설

① ○

‘한국증권업협회(현 금융투자협회)’는 「공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령」 제2조 제4호의 ‘특별법에 의하여 설립된 특수법인’에 해당한다고 보기 어렵다(한국증권업협회는 정보공개법상의 공공기관이 아니다).

어느 법인이 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제2조 제3호 등에 따라 정보를 공개할 의무가 있는 ‘특별법에 의하여 설립된 특수법인’에 해당하는가는, 국민의 알권리를 보장하고 국정에 대한 국민의 참여와 국정운영의 투명성을 확보하고자 하는 위 법의 입법목적을 염두에 두고, 당해 법인에게 부여된 업무가 국가행정업무이거나, 이에 해당하지 않더라도 그 업무수행으로써 추구하는 이익이 당해 법인 내부의 이익에 그치지 않고 공동체 전체의 이익에 해당하는 공익적 성격을 갖는지 여부를 중심으로 개별적으로 판단하되 …… 당해 법인에 대하여 직접 정보공개청구를 구할 필요성이 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여야 한다.

‘한국증권업협회’는 증권회사 상호간의 업무질서를 유지하고 유가증권의 공정한 매매거래 및 투자자 보호를 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 어렵다고 한 사례(대판 2010. 4. 29, 2008두5643).

② ○

「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제18조(이의신청) ① 청구인이 정보공개와 관련한 공공기관의 비공개 결정 또는 부분 공개 결정에 대하여 불복이 있거나 정보공개 청구 후 20일이 경과하도록 정보공개 결정이 없는 때에는 공공기관으로부터 정보공개 여부의 결정 통지를 받은 날 또는 정보공개 청구 후 20일이 경과한 날부터 30일 이내에 해당 공공기관에 문서로 이의신청을 할 수 있다.

제19조(행정심판) ② 청구인은 제18조에 따른 이의신청 절차를 거치지 아니하고 행정심판을 청구할 수 있다.

- ③ × 모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가지며(「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제5조 제1항), 국민에는 자연인뿐만 아니라 법인, 법인격(권리능력) 없는 사단·재단도 포함된다는 것이 판례의 입장이다.

(환경운동연합이, 행정청이 주최한 간담회 등 각종 행사관련지출 자료에 포함된 행사참석자정보 등의 공개를 청구한 것에 대해 정보공개청구할 능력이 있다고 판시하면서) 자연인, 법인, 법인격 없는 사단 등이 모두 국민에 포함되며 법인, 법인격 없는 사단 등의 경우에는 설립목적 불문한다(대판 2003. 12. 12, 2003두8050).

④ ○

「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제11조(정보공개 여부의 결정) ① 공공기관은 제10조에 따라 정보공개청구를 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.

12. 취소소송에서의 처분사유의 추가·변경에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
2017 국가직 9급

- 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 실체 법상의 적법성을 확보하기 위한 것이다.

정답 ②

해설

① ×

취소소송에서 행정청의 처분사유의 추가·변경은 사실심변론종결시까지 허용된다(대판 1999. 8. 20, 98두17043).

② ○ ‘기본적인 사실관계의 동일성’은 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지 여부에 따라 결정해야 한다는 것이 판례의 입장이다(대판 2003. 12. 11, 2001두8827).

③ ×

추가 또는 변경된 사유가 당초의 처분시 그 사유를 명기하지 않았을 뿐 처분시에 이미 존재하고 있었고 당사자도 그 사실을 알고 있었다 하여 당초의 처분사유와 동일성이 있는 것으로 볼 수는 없다(대판 2003. 12. 11, 2001두8827).

④ × 처분이유의 사후제시, 즉 이유제시의 하자의 치유란 이유제시가 아예 결여되어 있거나 이유제시가 행정절차법 제23조 제1항의 요건을 충족시키지 못하는 불충분한 이유제시가 있는 경우에 이를 사후적

으로 추완하거나 보완함으로써 절차상의 하자를 제거하는 것을 의미한다. 반면, 처분사유의 추가·변경은 이유제시가 행정절차법 제23조 제1항의 형식적 요건을 충족시켜 절차상의 하자는 없으나 그것이 잘못된 사실인정이나 또는 법적 견해에 기초하는 경우, 즉 내용상의 하자가 있는 경우에 이를 추가하거나 변경하는 것을 말한다.

13. 공공의 영조물의 설치·관리의 하자로 인한 국가배상책임에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?
2017 국가직 9급

- 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.

정답 ①

해설

① × 국가배상법 제5조에서 말하는 공공의 영조물이란 본래적 의미의 영조물이 아니라 강학상 공물, 즉 직접 행정목적에 제공된 유체물 내지 물적 설비를 의미한다는 것이 통설 및 판례의 입장이다. 이러한 공물은 국가나 지방자치단체가 관리하는 물건을 의미하는데, 이때 ‘관리’라 함은 소유권 등 권원에 의한 것뿐 아니라 사실상 관리하는 것도 포함한다는 것이 통설 및 판례의 태도이다.

- 1. ‘공공의 영조물’이라 함은 국가 또는 지방자치단체에 의하여 특정 공공의 목적에 공여된 유체물 내지 물적 설비를 말한다.
- 2. 또한 이러한 영조물에는 국가 또는 지방자치단체가 소유권, 임차권, 그 밖의 권한에 기하여 관리하고 있는 경우뿐만 아니라 사실상의 관리를 하고 있는 경우도 포함된다(대판 1998. 10. 23, 98다 17381).

② ○

(김포공항에서 발생하는 소음 등으로 인근주민들이 입은 피해는 사회통념상 수인한도를 넘는 것으로서 김포공항의 설치·관리에 하자가 있다고 판시하면서) **하자란 이용상태 및 정도가 제3자에게 사회통념상 수인한도를 넘는 피해를 입히는 경우까지 포함한다.**

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 초과하여 제3자에게 사회통념상 수인할 것이 기대되는 한도를 넘는 피해를 입히는 경우까지 포함된다고 보아야 한다(대판 2005. 1. 27, 2003다49566).

③ ○ 영조물의 설치 및 보존에 있어서의 안전성은 완전무결한 상태를 유지할 정도의 고도의 안전성을 의미하는 것이 아니라 영조물의 위험성에 비례하여 사회통념상 일반적으로 요구되는 정도의 것을 말한다. 이는 일반적 견해 및 판례의 입장이다.

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 …… (대판 2001. 7. 27, 2000다56822)

④ ○ 판례는 하자의 입증책임을 피해자에게 지우고 있다. 다만, 판례는 예견가능성과 회피가능성의 존재에 대한 입증책임을 국가나 지방자치단체 등 관리자에게 부담시키고 있으므로 불가항력에 대해서는 관리주체가 입증하여야 한다.

14. 행정대집행법상 행정대집행에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2017 국가직 9급

- 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 부작위의무의 불이행에 대하여는 별도의 법적 근거 없이 대집행이 가능하다.
- ③ 원칙적으로 ‘의무의 불이행을 방치하는 것이 심히 공익을 해하는 것으로 인정되는 경우’의 요건은 계고를 할 때에 충족되어 있어야 한다.
- ④ 행정대집행법 제2조에 따른 대집행의 실시 여부는 행정청의 재량에 속하지 않는다.

정답 ③

해설

- ① × 행정대집행법은 불가쟁력의 발생을 대집행실행의 전제로 하지 않고 있다. 따라서 의무를 명한 행정행위에 불가쟁력이 발생하기 전이라도 그 행정행위에 따른 의무의 불이행에 대하여 대집행을 할 수 있다.
- ② × 부작위의무(금지의무)는 그 자체로는 대집행의 대상이 되지 않으며, 작위의무로 전환된 후 그 작위의무의 불이행시 대집행을 할 수 있다. 다만, 법치행정의 원리상 부작위의무를 작위의무로 전환하기 위해서는 별도로 법률의 명시적 근거가 있어야 한다. 또한 행정행위의 강제력(자력집행력 및 제재력)은 별도의 법적 근거가 있어야 인정된다는 것이 통설의 입장이다.

부작위의무 위반의 경우 작위의무를 끌어내기 위해서는(작위의무로 전환하기 위해서는) 별도의 명문 규정이 있어야 한다.

구 주택건설촉진법 제38조 제2항은 공동주택 및 부대시설·복리시설의 소유자·입주자·사용자 등을 부대시설 등에 대하여 도지사의 허가를 받지 않고 사업계획에 따른 용도 이외의 용도에 사용하는 행위 등을 금지하고, 그 위반행위에 대하여 위 주택건설촉진법 제52조의2 제1호에서 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 하는 벌칙규정만을 두고 있을 뿐, 구 건축법 제69조(현행법 제79조) 등과 같은 부작위의무 위반행위에 대하여 대체적 작위의무로 전환하는 규정을 두고 있지 아니하므로 위 금지규정으로부터 그 위반결과의 시정을 명하는 원상복구명령을 할 수 있는 권한이 도출되는 것은 아니다 (대판 1996. 6. 28, 96누4374).

- ③ ○ 행정대집행법은 제2조에서 대집행의 요건에 관해 규정하고 있는데 ㉠ 공법상의 대체적 작위의무의 불이행이 있는 경우에, ㉡ 다른 수단으로써 그 이행을 확보하기 곤란하고, ㉢ 또한 그 불이행을 방치함이 심히 공익을 해할 것으로 인정되어야 한다. 이러한 대집행의 요건은 계고를 할 때 충족되어 있어야 함이 원칙이다.

④ × 대집행의 요건이 충족되는 경우에 대집행권을 발동할 것인지는 조문의 표현방식상 행정청의 재량에 속한다는 것이 다수설의 입장이다.

15. 국세징수법상 강제징수절차에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은? 2017 국가직 9급

- 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 제21조에 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 다룰 수 없고 통지 후에 이루어진 공매처분에 대하여 다투어야 한다.

정답 ①

해설

① ×

압류재산이 징수할 국세액을 초과하는 경우 위 압류처분의 효력은 당연무효가 아니다.

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).

② ○

국세징수법상 가산금 또는 증가산금의 고지는 항고소송의 대상이 되는 처분이 아니다.

국세징수법 제21조, 제22조가 규정하는 가산금 또는 증가산금은 국세를 납부기한까지 납부하지 아니하면 과세청의 확정절차 없이도 법률 규정에 의하여 당연히 발생하는 것이므로 가산금 또는 증가산금의 고지가 항고소송의 대상이 되는 처분이라고 볼 수 없다(대판 2005. 6. 10, 2005다15482).

③ ○

과세처분 이후 조세 부과에 근거가 되었던 법률규정에 대하여 위헌결정이 내려진 경우, 그 조세채권의 집행을 위한 체납처분은 당연무효가 된다.

조세 부과에 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 전합).

④ ○ 공매하기로 한 결정(공매결정)과 공매의 통지는 내부행위 또는 사실행위로서 처분이 아니라는 것이 학설과 판례의 태도이다.

국세징수법상 공매통지 자체는 원칙적으로 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니다

공매통지 자체가 그 상대방인 채납자 등의 법적 지위나 권리·의무에 직접적인 영향을 주는 행정처분에 해당한다고 할 것은 아니므로 다른 특별한 사정이 없는 한 채납자 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).

16. 다음 사례에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? 2017 국가직 9급

유흥주점영업허가를 받아 주점을 운영하는 甲은 A시장으로부터 연령을 확인하지 않고 청소년을 주점에 출입시켜 청소년보호법을 위반하였다는 사실을 이유로 한 영업허가취소처분을 받았다. 甲은 이에 불복하여 취소소송을 제기하였고 취소확정판결을 받았다.

- ① A시장은 甲이 청소년을 유흥接客원으로 고용하여 유흥행위를 하게 하였다는 이유로 다시 영업허가 취소처분을 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

해설

취소확정판결의 기속력에 관한 사례이다.

- ① ○ 기속력은 판결의 주문과 이유에서 적시된 개개의 위법사유에만 미치므로 종전 처분과 기본적인 사실관계에 동일성이 없는 다른 사유를 들어 동일한 처분을 하더라도 기속력에 위반되지 않는다. 따라서 A시장은 甲이 청소년을 유흥接客원으로 고용하여 유흥행위를 하게 하였다는 이유로 다시 영업허가취소처분을 할 수 있다.
- ② ○ 종전 처분의 위법사유를 보완한 후 동일 내용의 처분을 하는 것은 기속력에 반하지 않는다. 따라서 영업허가취소처분이 지나치게 가혹하다는 사유(비례의 원칙 위반)로 취소판결이 내려졌다면, A시장은 영업허가정지처분을 할 수는 있다.
- ③ ○ 청소년들을 주점에 출입시킨 사실이 없다는 이유로 취소확정판결이 내려진 경우 A시장이 甲에게 연령을 확인하지 않고 청소년을 출입시켰다는 이유로 영업허가취소처분을 하는 것은 취소된 처분과 동일한 이유를 들어 처분을 반복하는 것이므로 기속력에 반하여 허용되지 않는다.
- ④ × 처분이 절차나 형식의 하자를 이유로 취소된 경우에도 처분청 스스로 판결에 적시된 위법사유를 보완한 후 동일 내용의 처분을 하는 것은 기속력에 반하지 않는다. 따라서 A시장은 적법한 청문절차를 거쳐 甲에게 동일한 이유로 영업허가취소처분을 할 수 있다.

17. 행정상 손실보상에 대한 설명으로 옳은 것은? 2017 국가직 9급

- 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 제23조 제3항의 ‘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 동 조항의 재산권의 수용·사용·제한 규정과 보상규정을 불가분조항으로 본다.

정답 ③

해설

- ① × 특별희생설이란, 사유재산권의 보장을 전제로 하여 공익을 위해 특정인에게 다른 사람이 받지 않는 특별한 희생 내지 불평등한 희생이 있는 경우, 이를 공동체 전체에 부담을 하여 보상하는 것이 정의·공평의 요구에 합치하는 것이라는 견해로서, 통설이다. 특별희생설에 따르면 공공복리와 개인의 권리 사이에 충돌이 있는 경우 공공복리가 우선하고, 이로 인해 자신의 권리를 희생하도록 강요된 자에게는 보상이 주어져야 한다고 본다.
- ② × 손실보상청구권의 성질을 공권으로 볼 것인지 아니면 사권으로 볼 것인지에 대하여 견해의 대립이 있다. 그러나 이와 무관하게 손실보상청구권을 발생시키는 침해의 대상이 되는 재산권이란, 일체의 재산적 가치 있는 권리를 의미하며 사법상의 권리와 공법상의 권리가 모두 포함된다.
- ③ ○

헌법재판소는 헌법 제23조 제3항에서 규정하고 있는 ‘공공필요’의 의미를 “국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성”으로 해석하여 왔다(헌재 1995. 2. 23. 92헌바14; 헌재 2000. 4. 27. 99헌바58; 헌재 2011. 4. 28. 2010헌바114 등 참조). 즉 ‘공공필요’의 개념은 ‘공익성’과 ‘필요성’이라는 요소로 구성되어 있다. … (중략) …

오늘날 공익사업의 범위가 확대되는 경향에 대응하여 재산권의 존속보장과 조화를 위해서는, ‘공공필요’의 요건에 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 이바지하는 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 × 헌법 제23조 제3항을 국민에 대한 직접적인 효력이 있는 규정으로 보는 견해는 직접효력설이다. 직접효력설은 헌법 제23조 제3항의 재산권의 수용·사용·제한 규정과 보상규정을 불가분조항으로 보지 않는다.

헌법 제23조 ① 모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.

② 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.

③ 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.

18. 행정행위에 대한 설명으로 옳은 것은? 2017 국가직 9급

- ① 행정행위를 ‘행정청이 법 아래서 구체적 사실에 대한 법집행으로서 행하는 공법행위’로 정의하면, 공법상 계약과 공법상 합동행위는 행정행위의 개념에서 제외된다.
- ② 강학상 허가과 특허는 의사표시를 요소로 한다는 점과 반드시 신청을 전제로 한다는 점에서 공통점

이 있다.

- ③ 행정행위의 효력으로서 구성요건적 효력과 공정력은 이론적 근거를 법적 안정성에서 찾고 있다는 공통점이 있다.
- ④ 행정소송법상 처분의 개념과 강학상 행정행위의 개념이 다르다고 보는 견해는 처분의 개념을 강학상 행정행위의 개념보다 넓게 본다.

정답 ④

해설

- ① × 행정행위를 ‘행정청이 법 아래서 구체적 사실에 대한 법집행으로서 행하는 공법행위’로 정의하는 것은 협의의 개념으로 행정행위를 파악하는 것이다. 협의의 개념에 의하면 행정행위에는 공법상 계약과 공법상 합동행위가 포함된다. 한편, 통설의 개념에 따르면 행정행위란 ‘행정청이 법 아래에서 구체적 사실에 관한 법집행으로 행하는 권력적 단독행위로서 공법행위’를 말한다. 따라서 이 설에 따르면 행정청이 우월한 지위에서 일방적 의사로 행하는 공법상의 행위가 아닌, 물품을 구매하는 등의 사법(私法)행위는 물론 공법상 계약, 공법상 합동행위 등도 행정행위가 아니라고 본다.
- ② × 허가과 특허는 모두 행정청의 의사표시를 구성요소로 하는 법률행위적 행정행위이다. 그러나 허가는 원칙적으로 신청을 요하지만 신청이 없는 경우도 가능(예 : 통행금지해제)한 반면, 특허는 반드시 신청을 전제로 한다.
- ③ × 공정력의 이론적 근거는 법적 안정성에서 찾으나, 구성요건적 효력의 이론적 근거는 권력분립에 따른 기관 간 권한준중의 원칙에서 찾는다.
- ④ ○ 행정소송법상 처분의 개념과 강학상 행정행위의 개념이 다르다고 보는 견해는 이원설(二元說)이다. 이원설은 처분은 ‘그 밖에 이에 준하는 작용’을 포함하는 것으로서 강학상 행정행위보다 더 넓은 개념이라고 본다.

19. 대법원 판례의 입장으로 옳은 것은? 2017 국가직 9급

- ① 행정청이 「도시 및 주거환경정비법」 등 관련법령에 근거하여 행하는 조합설립인가처분은 강학상 인가처분으로서 그 조합설립결의에 하자가 있다면 조합설립결의에 대한 무효확인을 구하여야 한다.
- ② 지적공부 소관청의 지목변경신청반려행위는 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

해설

① ×

1. 「도시 및 주거환경정비법」 등 관련법령에 근거하여 행하는 조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것에 그치는 것이 아니라 법령상 요건을 갖출 경우 「도시 및 주거환경정비법」상 주택재건축사업을 시행할 수 있는 권한을 갖는 행정주체(공법인)로

서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 갖는다.

2. 행정청의 조합설립인가처분이 있는 후에 조합설립결의에 하자가 있음을 이유로 소송을 제기하는 경우라면 조합설립인가처분에 대한 항고소송을 제기하여야 한다.

3. 조합설립인가처분이 있는 후에 조합설립결의의 하자를 이유로 그 결의부분만을 따로 떼어내어 무효등확인의 소를 제기하는 것은 허용될 수 없다(대판 2009. 9. 24, 2008다60568).

② ×

지적공부 소관청의 지목변경신청반려행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이다.

구 지적법 규정은 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 실체적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있으므로 지적공부 소관청의 지목변경신청반려행위는 국민의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2004. 4. 22, 2003두9015).

③ ○

1. 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.

2. 학교급식을 위해 국내 우수농산물을 사용하는 자에게 식재료나 구입비의 일부를 지원하는 것 등을 내용으로 하는 지방자치단체의 조례안은 「1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정(General Agreement on Tariffs and Trade 1994)」에 위반되어 그 효력이 없다(대판 2005. 9. 9, 2004추10).

④ × 어떠한 처분이 취소소송에서 취소되었다 하더라도 그 판결의 기판력은 처분이 위법하다는 점에 미치는 것일 뿐 그것만으로 공무원의 고의 또는 과실을 인정할 수는 없다는 것이 판례의 입장이다.

어떠한 행정처분이 후에 항고소송에서 취소된 사실만으로 당해 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수 없다(대판 2000. 5. 12, 99다70600).

20. 대법원 판례의 입장으로 옳지 않은 것은? 2017 국가직 9급

- 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 변경된 행정제재가 위법하다는 이유로 그 취소를 구하려면 변경된 내용의 당초처분을 취소소송의 대상으로 하여야 한다.
- ③ 원자로 및 관계시설의 부지사전송인처분은 그 자체로서 독립한 행정처분은 아니므로 이의 위법성을 직접 항고소송으로 다룰 수는 없고 후에 발령되는 건설허가처분에 대한 항고소송에서 다투어야 한다.
- ④ 구 폐기물관리법 관계법령상의 폐기물처리업허가를 받기 위한 사업계획에 대한 부적정통보는 허가신청 자체를 제한하는 등 개인의 권리 내지 법률상의 이익을 개별적이고 구체적으로 규제하고 있어 행정처분에 해당한다.

정답 ③

해설

① ○

법원이 아무런 제한 없이 당사자가 주장하지 아니한 사실을 판단할 수 있는 것은 아니고, 일견 기록에 현출되어 있는 사항에 관하여서만 직권으로 증거조사를 하고 이를 기초로 하여 판단할 수 있을 따름이다.

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, 일견 기록에 현출되어 있는 사항에 관하여서만 직권으로 증거조사를 하고 이를 기초로 하여 판단할 수 있을 따름이고, 그것도 법원이 필요하다고 인정할 때에 한하여 청구의 범위 내에서 증거조사를 하고 판단할 수 있을 뿐이다(대판 1994. 10. 11, 94누4820).

② ○ 판례는 일부인용의 처분명령재결에 따라 당초처분을 영업자에게 유리하게 변경하는 처분을, 그 취소소송의 대상은 변경된 내용의 당초처분이지 변경처분은 아니며, 제소기간의 준수 여부도 변경처분이 아닌 변경된 내용의 당초처분(단, 행정심판을 거친 경우이므로 재결서의 정본을 송달받은 날부터 90일, 재결이 있는 날부터 1년이 됨)을 기준으로 판단하여야 한다고 본다.

1. 처분변경명령재결에 따른 변경처분의 경우 취소소송의 대상은 변경된 내용의 당초처분이며 제소기간은 재결서의 정본을 송달받은 날로부터 90일 이내이다.
2. 행정청이 식품위생법령에 따라 영업자에게 행정제재처분을 한 후 당초처분을 영업자에게 유리하게 변경하는 처분을 한 경우, 취소소송의 대상 및 제소기간의 판단기준이 되는 처분은 변경된 내용의 당초처분이다(대판 2007. 4. 27, 2004두9302).

③ ×

1. 원자력법(현 원자력안전법) 제11조 제3항 소정의 부지사전승인처분은 그 자체로서 독립한 행정처분이다.
2. 그러나 부지사전승인처분 후 건설허가처분이 있게 되면 부지사전승인처분은 건설허가처분에 흡수되어 독립된 존재가치를 상실함으로써 건설허가처분만이 소송의 대상이 된다.

원자력법 제11조 제3항 소정의 부지사전승인제도는 …… 독립한 행정처분이기는 하지만 …… 나중에 건설허가처분이 있게 되면 그 건설허가처분에 흡수되어 독립된 존재가치를 상실함으로써 그 건설허가처분만이 쟁송의 대상이 되는 것이므로, 부지사전승인처분의 취소를 구하는 소는 소의 이익을 잃게 된다고 할 것이다(따라서 부지사전승인처분의 위법성은 나중에 내려진 건설허가처분의 취소를 구하는 소송에서 이를 다투면 될 것이다)(대판 1998. 9. 4, 97누19588).

④ ○ 판례는 폐기물처리업 부적정통보에 대해 처분성을 긍정하고 있다. 왜냐하면 관련법령의 규정에 따르면 폐기물처리업에 대한 적정통보를 받은 자만이 일정기간 내에 그 요건을 갖추어 폐기물처리업허가신청을 할 수 있기 때문이다.

폐기물관리법 관계법령에 의한 폐기물처리업 허가권자의 부적정통보는 행정처분이다(대판 1998. 4. 28, 97누21086).