

## [2017. 국가직.사회복지직 9급 행정법 기출문제]

### ☆ 기출문제 해설 : 백 영 민

- (현) 원광디지털대학교 경찰행정학과 행정법 교수
- (현) 부산한국고시학원 행정법 강사
- (현) 울산 중앙공무원학원 행정법 강사
- (현) 노량진 김재규경찰학원 경감승진 행정법 강사
- (현) 교육개발교육원 강사
- (현) 고시고시 행정법 강사
  
- (전) 노량진 이그잼고시학원 9급 공무원 행정법 강사
- (전) 에듀윌 9급 공무원 행정법 강사
- (전) 노량진 웅진패스원
- (전) 노량진 한고고시학원
- (전) 노량진 남부행정고시학원
- (전) 대전 이그잼고시학원
- (전) 신림동 두로경찰학원
- (전) 종로·강남 한고고시학원 행정법 강사
- (전) 수원행정고시학원 행정법 강사
- (전) 고려대학교, 장안대학교, 안양대학교, 호원대학교 행정법 특강
- (전) 강남구청교육원 특강

[저서]

- 단권화 행정법(서울고시각)
- 문제로 분석·정리하는 행정법 관련법령(도서출판 에이스)
- 경감승진 주관식 행정법(경찰승진 연구회)
- 사례문제 행정법(유비티아)
- 스마트 경찰행정법(경찰승진 연구회)
- All that 행정법 핵심요약정리집(고시 고시)

### 1. 들어가며

긴 시간을 준비하였던 시험이 막상 끝나면 항상 후회의 감정과 좀 더 열심히 할 걸 하는 아쉬움이 남는 것 같습니다.

세상일이 내 마음대로는 안되지만 그래도 좋은 결과가 있을 때 까지 단단한 각오로 꿋꿋하게 다시 시작하시길 바랍니다.

그동안 국가직·사회복지직 9급 준비하시느라 고생 많으셨어요~^^

## 2. 이번시험의 특징

### ① 장문의 선택지 지문

이번시험은 지난해들보다 선택지의 지문이 길어졌습니다. 촉박한 시간 내에 정답을 골라야 하는 수험생의 입장에서는 알고 있는 문제도 틀릴 수 있었던 문제로 평가할 수 있습니다. 미리 긴문장의 지문을 통한 모의고사를 통해 익숙해질 필요가 있습니다.

### ② 학설과 기본이론 문제의 출제

판단여지나 손실보상에서의 특별회생설, 행정행위의 개념에 대한 학설과 기본이론이 출제되었습니다. 그동안 기출문제에서 많이 다루었던 문제가 아니었기 때문에 정답을 고르기 어려움이 있었을 것입니다.

다만 시험마다 항상 출제되는 것이 다르기 때문에 다음 시험에서도 이렇게 중요하지 않은 학설을 출제할지는 미지수입니다. 다만 수험생은 기본이론을 빠짐없이 준비하는 자세가 필요합니다.

### ③ 사례문제

부담과 기속력에서 사례문제가 출제되었습니다. 2016년 국가직 문제에서는 사례문제가 3문제 출제되었고, 난이도도 상이지만, 이번시험은 중요한 송유관 매설판례와 기속력의 이론을 이해하는지에 대한 문제로 출제하였고 난이도는 중정도입니다.

### ④ 정제되지 않은 문장

선택지의 지문을 세련되게 표현하지 않고, 판례지문을 그대로 복사해와 붙이 듯이 하여 좀 거친면이 있습니다. 2016년 국가직 9급문제에 비해서는 출제자의 정성이 부족하다는 느낌입니다.

## 3. 향후 대책

시험이 일정한 수준을 유지하고 예측가능하면 좋겠지만, 어떤 경우는 어렵게 나오고 또 어떤 경우는 너무 쉽게 출제되어서 갈피를 잡을 수 없는 경우가 많습니다.

어떤시험은 학설이 많이 나오고, 또 어떤시험은 판례위주의 기출문제로 출제하고, 또 어떤시험은 법령을 많이 출제하고, 시험마다 항상 똑 같이 출제하는 경우는 없었던 것 같습니다.

또한 시험문제는 우리가 알고 있는 A급 지문에서만 출제가 되는 것도 아닙니다. 따라서 요령껏 공부하기보다는 우직하게 기본이론과 문제를 꼼꼼하게 다시 한 번 익히는 시간이 필요합니다.

다만 지금 와서 새삼 새로운 내용과 새로운 교재로 공부하시기 보다는 지금까지 공부하

신 내용을 되새기고 정리하시는 공부방법이 좋습니다.

이제 2017년 시험의 시작에 불과합니다. 앞으로 많은 시험이 남아 있으므로 후회없는 시간을 보내시길 부탁드립니다.

파이팅!!!

## 01 개인적 공권에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- 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.

■ **해설** ① 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(대판 1998. 4. 24. 97누3286).

② 대법원 1995.8.22, 94누8129

③ 상수원보호구역 변경처분에 대해 인근 주민은 원고적격이 인정되지 않음(=수도법에 의하여 인정되는 이익은 반사이익)

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(대법원 1995.9.26, 94누14544).

④ 과거에는 기속행위에서만 개인적 공권이 성립하였다. 그러나 오늘날에는 재량의 영역에서도 무허가 재량행사청구권이나 행정개입청구권 등이 인정된다.

■ **정답** ①

## 02 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.

- **해설** ① 행정관청의 행정지도에 따라 매매가격을 허위신고한 것일지라도, 위법한 행정지도에 따라 행한 사인의 범법행위는 정당화 되지 않기 때문에 위법성이 조각되지 아니 함  
 토지의 매매대금을 허위로 신고하고 계약을 체결하였고 행정관청이 국토이용관리법 소정의 토지거래계약신고에 관하여 공시된 기준시가를 기준으로 매매가격을 신고하도록 행정지도를 하여 그에 따라 허위신고를 한 것이라 하더라도 이와 같은 행정지도는 법에 어긋나는 것으로서 그와 같은 행정지도나 관행에 따라 허위신고행위에 이르렀다고 하여도 이것만 가지고서는 그 범법행위가 정당화될 수 없다(대법원 1994.6.14. 93도3247).
- ② 행정지도의 상대방은 당해 행정지도의 방식·내용 등에 관하여 행정기관에 의견제출을 할 수 있다(행정절차법 제50조). 따라서 “행정지도의 내용이나 방식에 대해 의견제출권을 갖지 않는다.”는 지문은 옳지 않다.
  - ③ 행정절차법 제49조 제2항
  - ④ 대법원 1998.7.10. 96다38971

■ **정답** ②

### 03 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 비교·교량하여 철회하여야 한다.
- ④ 행정청이 의료법인의 이사에 대한 이사취임승인취소처분을 직권으로 취소하면 이사의 지위가 소급하여 회복된다.

- **해설** 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(대법원 2006. 6. 30. 2004두701).
- ② 대법원 2006.2.10. 2003두5686
  - ③ 대법원 2004. 7. 22. 2003두7606
  - ④ 수익적 행정행위의 취소처분의 취소를 통하여 원처분을 소생시킬 수 있다는 판례  
 행정처분이 취소되면 그 소급효에 의하여 처음부터 그 처분이 없었던 것과 같은 효과를 발생하게 되는데, 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 임시이사들의 지위는 법원의 해임결정이 없더라

도 당연히 소멸된다(대법원 1997.1.21, 96누3401).

■ 정답 ①

#### 04 행정절차법의 내용에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 행정청이 신청내용을 모두 그대로 인정하는 처분을 하는 경우 당사자에게 그 근거와 이유를 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 제40조제2항 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.

■ 해설 ① ㉠ 행정청은 처분을 할 때에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다.

- ㉠ 신청 내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우
- ㉡ 단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우
- ㉢ 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우

㉠ 행정청은 ㉡ 단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우 ㉢ 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우에 처분 후 당사자가 요청하는 경우에는 그 근거와 이유를 제시하여야 한다. 그러나 ㉠ 신청 내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우는 당사자가 요청하여도 이유를 제시할 의무는 없다(행정절차법 제23조).

② 행정절차법 제22조 제1항 제3호에서 **당사자의 신청이 있는 경우**를 청문사유로 추가하였다.

행정절차법 제22조

① 행정청이 처분을 할 때 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 청문을 한다.

- 1. 다른 법령등에서 청문을 하도록 규정하고 있는 경우
- 2. 행정청이 필요하다고 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 행정절차법 제40조의 수리를 요하지 않는 신고는 신고서가 접수기관에 발송된 때에 신고 의무가 이행된 것이 아니라 도달되었을 경우에 신고 의무가 이행된 것으로 본다.

④ 행정청은 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 여러 개의 사안을 병합하거나 분리하여 청문을 할 수 있다(행정절차법 제32조). “직권으로 또는 당사자의 신청”이고 이해관계인은 신청할 수 없다.

■ 정답 ②

#### 05 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.

■ **해설** ① 행정지도는 조직법적 근거는 필요하다. 그러나 국민과의 관계인 작용법적 근거와 관련하여 다수설은 비권력적 사실행위인 행정지도에 따를 것인지의 여부가 상대방인 국민의 임의적 결정에 달려 있으므로 행정지도에는 법적 근거가 없어도 된다는 입장이다.

② 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 마찬가지로 개별 지방의회에서 정할 사항이 아니라 국회의 법률로 규정하여야 할 입법사항에 해당**하는데, 지방자치법이나 다른 법령에 위 근로자를 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(대법원 2013. 1. 16. 2012후84).

③ 헌재 2012. 4. 24. 2010헌마1

④ 헌재 2016. 4. 28. 2012헌마549, 2013헌마865

■ **정답** ①

## 06 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.

■ **해설** ① 비용을 부담하게 하는 것은 급부의무를 부과하는 것이므로 부담에 해당한다.

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**(대법원 2009.2.12, 2005다65500). 따라서 협약이 없더라도 고속국도 관리청은 송유관매설허가를 하면서 일방적으로 송유관 이전 시 그 비용을 甲이 부담한다는 내용의 부관을 부가할 수 있다.

③ 대법원 2009.2.12, 2005다65500

④ **부담의 위법 여부는 처분 당시 법령을 기준으로 판단** ⇨ 행정청이 수익적 행정처분을 하면서 사전에 상대방과 체결한 협약상의 의무를 부담으로 부가하였는데 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거 법령이 개정되어 부관을 붙일 수 없게 된 경우, 위 협약의 효력이 소멸하지 않음  
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 행정

처분의 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(대법원 2009.2.12, 2005다65500).

정답 ④

## 07 공법상 계약에 대한 설명으로 옳은 것은?

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

해설 ① 현행 행정절차법은 공법상 계약에 관하여 명문의 규정을 두고 있지 않다.

② 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(대법원 1996.5.31, 95누10617).

③ 공법상 계약의 종류에는 ㉠ 행정주체 상호 간의 계약 ㉡ 행정주체와 사인(私人) 간의 계약 ㉢ 사인 상호 간의 계약(공무수탁사인과 일반국민 간의 계약)이 있다. 따라서 공법상 계약은 행정주체 상호 간에서도 성립할 수 있다. 공공단체 상호 간의 사무위탁, 도로 또는 하천의 경비부담에 관한 협의 등이 그 예이다.

④ 공법상 계약은 비권력적인 임의적 협력을 전제로 한 행위로 합의에 의한 행정목적의 실현을 위한 수단이기 때문에 법률의 근거가 필요 없다는 견해가 통설적 입장이다.

정답 ④

## 08 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, 법원으로서의 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.

- **해설** ① 판단여지와 재량에 대한 설명이 바뀌어 있다. 판단여지와 재량을 구별하는 견해에서는 **재량**은 법률 **효과**의 선택에 대해서만 인정되는 것과 달리, **판단여지**는 법률**요건**의 불확정개념에 대한 해석의 문제로 본다.
- ② 대법원 2001.2.9. 98두17593  
③ 대법원 2009. 6. 23. 2007두18062  
④ 행정법규가 행정행위의 요건에 대하여 불확정개념으로 규정하고 있는 경우 행정청이 그 개념을 구체화하게 되는데, 이는 법률요건의 해석문제이므로 원칙적으로 전면적인 사법심사가 가능하나 예외적으로 그것이 전문적·기술적 판단인 경우 법원은 행정청의 판단을 존중하여 그 범위 내에서 사법심사가 제한된다는 것이다.
- **정답** ①

## 09 행정입법에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 헌법재판소는 대법원규칙인 구 법무사법 시행규칙에 대해, 법규명령이 별도의 집행행위를 기다리지 않고 직접 기본권을 침해하는 것일 때에는 헌법 제107조제2항의 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 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.

- **해설** ① 헌법재판소 1990.10.15. 89헌마178  
② 대법원 2006.6.27. 선고 2003두4355  
③ 대법원은 “재량준칙이 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이루어지게 되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정청은 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 받게 되므로, 이러한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그에 반하는 처분은 **평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 어긋나 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분**이 된다(대법원 2014. 11. 27. 선고 2013두18964).”고 한다. 즉 재량준칙에 반하는 처분은 법규범인 당해 재량준칙을 **직접 위반한 것으로서 위법한 처분**이 되는 것이 아니라 **평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙을 매개하여 간접적으로 위법**이 된다.
- 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(헌재 2004.10.28. 99헌바91).

■ **정답** ③

## 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 행정

작용의 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.

- **해설** ① 구 도로교통법 제116조 중 ‘법인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인의 업무에 관하여 제113조 제1호 중 제35조 제1항을 위반한 때에는 그 법인에 대하여도 해당 조항의 벌금 또는 과료의 형을 과한다.’ 부분은 책임주의원칙에 반하므로 헌법에 위반됨
- 이 사건 법률조항은 법인의 대리인, 사용인, 기타의 종업원의 범죄행위에 관하여 비난할 근거가 되는 법인의 의사결정 및 행위구조, 즉 종업원 등이 저지른 행위의 결과에 대한 법인의 독자적인 책임에 관하여 전혀 규정하지 않은 채, 단순히 법인이 고용한 종업원 등이 업무에 관하여 범죄행위를 하였다든 이유만으로 법인에 대하여 형사처벌을 과하고 있는바, 이는 다른 사람의 범죄에 대하여 그 책임 유무를 묻지 않고 형벌을 부과하는 것으로서, 헌법상 법치국가의 원리 및 죄형법정주의로부터 도출되는 책임주의원칙에 위배된다(헌재결 2014.11.27, 2014헌가14).
- ② 행정벌은 **과거**의 의무위반에 대한 제재인 반면에, 이행강제금은 **장래**에 의무의 이행을 강제하기 위한 제재란 점에 차이가 있다. 그러나 행정벌과 이행강제금은 둘 다 **직접적이 아니라 간접적으로** 행정작용의 실효성을 확보하기 위한 수단이라는 점에서는 동일하다.
  - 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 부과**한다(질서위반행위규제법 제11조 제1항).
  - ④ 통고처분에 불복하는 경우에는 이를 이행하지 않음으로써 행정기관의 고발에 의하여 형사소송절차로 이행되므로, 통고처분은 행정소송의 대상이 되지 않는다고 보는 것이 통설·판례의 입장이다.

■ **정답** ①

## 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 이의신청 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 정보공개에의 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.

- **해설** ① ‘한국증권업협회’는 공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령 제2조 제4호의 ‘특별법에 의하여 설립된 특수법인’에 해당한다고 보기 어렵다(대법원 2010.4.29, 2008두5643).
- ② 청구인은 제18조에 따른 **이의신청 절차를 거치지 아니하고 행정심판을 청구할 수 있다**(공공기관의 정보공개에 관한 법률 제19조 제2항).
  - ③ 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제6조 제1항은 “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 불분명하다**(대법원 2003.12.12, 2003두8050).

④ 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제11조

■ 정답 ③

12 취소소송에서의 처분사유의 추가변경에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 처분청은 원고의 권리방어가 침해되지 않는 한도 내에서 당해 취소소송의 대법원 확정 판결이 있기 전까지 처분사유의 추가변경을 할 수 있다.
- ② 처분사유의 추가변경이 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 추가변경이 절차적 위법성을 치유하는 것인데 반해, 처분이유의 사후제시는 처분의 실체법상의 적법성을 확보하기 위한 것이다.

■ 해설 ① 처분이유의 추가변경은 사실심변론종결시까지만 허용되는 시간적 한계가 있다(대법원 1999.8.20, 98두17045). 따라서 법률심인 대법원에서는 인정되지 않는다.

② **항고소송 계속 중 처분청이 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일한 범위 내에서 그 처분의 근거 법령만을 추가·변경하거나 당초의 처분사유를 구체적으로 표시하는 것은 새로운 처분사유를 추가하거나 변경하는 것이라고 볼 수 없어 허용됨**

행정처분의 취소를 구하는 항고소송에서 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서는 다른 사유를 추가하거나 변경할 수도 있으나, **기본적 사실관계가 동일하다는 것은 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초적인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한 것을 말하며, 처분청이 처분 당시에 적시한 구체적 사실을 변경하지 아니하는 범위 내에서 단지 그 처분의 근거 법령만을 추가·변경하거나 당초의 처분사유를 구체적으로 표시하는 것에 불과한 경우에는 새로운 처분사유를 추가하거나 변경하는 것이라고 볼 수 없다**(대법원 2008.2.28, 2007두13791).

③ **당초의 처분시 이미 존재하고 있었고 당사자도 그 사실을 알고 있었다 하여도 동일성은 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지 여부에 따라 결정됨**

행정처분의 취소를 구하는 항고소송에 있어서, 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서만 다른 사유를 추가하거나 변경할 수 있고, 여기서 기본적 사실관계의 동일성 유무는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초적인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지 여부에 따라 결정되며, 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 것이라 할 수 없다**(대법원 2003.12.11, 2003두8395).

④ 설명이 바뀌었다. 처분사유의 추가·변경은 실체법상 적법성의 확보하기 위한 소송법상 문제이고, 처분이유의 사후제시는 절차적 위법성 치유에 대한 문제이다.

■ 정답 ②

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 입

하고 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.

■ **해설** ① 국가배상법 제5조 제1항 소정의 ‘공공의 영조물’이라 함은 국가 또는 지방자치단체에 의하여 특정 공공의 목적에 공여된 유체물 내지 물적 설비를 지칭하며, 공공용물에 한하지 아니하고, 공용물도 포함하며, 국가 또는 지방자치단체가 소유권·임차권 그 밖의 권한에 기하여 관리하고 있는 경우뿐만 아니라 **사실상의 관리를 하고 있는 경우도 포함한다**(대법원 1995.1.24, 94다45302).

② 영조물설치·관리상의 하자는 물리적·외형적 흠결이나 불비로 인하여 그 이용자에게 위해를 끼칠 위험성이 있는 경우(물리적 하자)뿐만 아니라, 그 영조물이 공공의 목적에 이용됨에 있어 그 이용상태 및 정도가 일정한 한도를 초과하여 제3자에게 사회통념상 수인할 것이 기대되는 한도를 넘는 피해를 입히는 경우(기능적 하자 ⇨ **대항리 사격장의 소음 등**)까지 포함된다.

③ 국가배상법 제5조 제1항 소정의 ‘영조물의 설치 또는 관리의 하자’라 함은 영조물이 그 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말하는 것으로서, **영조물이 완전무결한 상태에 있지 아니하고 그 기능상 어떠한 결함이 있다는 것만으로 영조물의 설치 또는 관리에 하자가 있다고 할 수 없고**, 위와 같은 안전성의 구비 여부는 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 삼아 판단하여야 하고, 다른 생활필수시설과의 관계나 그것을 설치하고 관리하는 주체의 재정적, 인적, 물적 제약 등을 고려하여 **그것을 이용하는 자의 상식적이고 질서 있는 이용 방법을 기대한 상대적인 안전성을 갖추는 것으로 족하며**, 객관적으로 보아 시간적·장소적으로 영조물의 기능상 결함으로 인한 손해발생의 예견가능성과 회피가능성이 없는 경우 즉 **그 영조물의 결함이 영조물의 설치관리자의 관리행위가 미칠 수 없는 상황 아래에 있는 경우에는 영조물의 설치·관리상의 하자를 인정할 수 없다**(대법원 2007.10.25, 2005다62235).

④ 대법원 1998.2. 10. 97다32536

■ **정답** ①

## 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 방치하는 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.

■ **해설** ① 불가쟁력의 발생은 하자승계와 관련이 있고, 대집행과는 무관하다. 대집행의 요건이 충족되었다면 불가쟁력이 발생하지 않은 경우에도 대집행이 가능하다.

② 부작위의무의 위반에 대하여는 유형적 결과의 시정을 명하는 방법(철거명령 등)을 통해 작위의무로 전환시킨 뒤 그 작위의무위반을 이유로 대집행을 할 수 있다. 그러나 작위의무를 부과하는 법적 근거가 있어야 한다(대법원 1996.6.28, 96누4374). 따라서 부작위 의무의 불이행에 대하여는 별도의 법적 근거 없이 대집행을 할 수 없다.

③ 계고는 원칙적으로 대집행의 요건이 충족된 경우에 할 수 있다. ‘의무의 불이행을 방치하는 것이 심히 공익을 해하는 것으로 인정되는 경우’는 대집행의 요건이므로 계고를 할 때에 충족되어 있어야 한다.

④ 대집행의 요건이 충족된 경우에 대집행실행 여부는 재량으로 보는 것이 다수설과 판례이다.

■ **정답** ③

15 국세징수법 상 강제징수절차에 대한 관례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 세무 공무원이 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 채납처분은 당연무효이다.
- ④ 공매통지가 적법하지 아니하다면 특별한 사정이 없는 한, 공매통지를 직접 항고소송의 대상으로 삼아 다룰 수 없고 통지 후에 이루어진 공매처분에 대하여 다투어야 한다.

- **해설** ① 세무공무원이 국세의 징수를 위해 납세자의 재산을 압류하는 경우 그 재산의 가액이 징수할 국세액을 초과한다 하여 위 압류가 당연무효의 처분이라고는 할 수 없다(대법원 1986. 11. 11. 86누479).
- ② 가산금 및 증가산금은 국세를 납부기한까지 납부하지 않는 경우, 미납분에 관한 지연이자 의미로 부가되는 부대세의 일종으로서, 과세권자의 가산금 확정절차 없이 국세를 납부기한까지 납부하지 아니하면 위 법규정에 의하여 가산금이 당연히 발생하여 그 액수도 확정되나 그 징수절차는 독촉장에 의하여 납부를 독촉함으로써 개시되며 납부독촉이 부당하거나 절차에 하자가 있는 경우에는 그 징수처분에 대하여 취소소송에 의한 불복이 가능할 뿐이다(대법원 1993.10.8. 93누10521).
- ③ 대법원 2012.2.16, 2010두10907
- ④ 공매통지 자체가 그 상대방인 채납자 등의 법적 지위나 권리의무에 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(대법원 2011.3.24, 2010두25527).

■ **정답** ①

16 다음 사례에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

유흥주점영업허가를 받아 주점을 운영하는 甲은 A시장으로부터 연령을 확인하지 않고 청소년을 주점에 출입시켜 청소년보호법을 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.

■ **해설** ① 기속력은 동일한 사실관계 아래에서 동일한 당사자에게 동일한 내용의 처분을 반복하여서는 안 된

다는 것을 의미하므로 처분시에 존재하는 **다른 사유를 들어 동일한 내용의 처분을 하는 것은 기속력에 위반되지 않는다**. 사안의 경우에 연령을 확인하지 않고 청소년을 주접에 출입시킨 것과 청소년을 유흥접객원으로 고용한 것은 다른 사유이다.

- ② 영업허가취소처분이 비례의 원칙에 위반되어 위법이므로 또 다시 허가를 취소하면 기속력에 반하여 위법이겠지만 행정상 제재를 감경하여 영업허가정지처분은 할 수 있다.
- ③ 취소소송의 인용판결이 확정되면 관계행정청은 동일한 사실관계 아래에서 동일한 당사자에게 동일한 내용의 처분을 반복하여서는 아니된다.
- ④ 이유부기나 청문절차의 흠결 등 절차상의 하자를 이유로 인용판결이 난 경우, 행정청이 그 **절차상의 하자를 시정하여 동일한 내용의 처분을 하는 것은 취소된 종전 처분과는 별개의 처분**으로 볼 것이기 때문에 판결의 기속력에 반하지 않는다는 것이 통설·판례의 입장이다(대법원 1987.2.10, 86누91). A시장은 적법한 청문절차를 거쳐 **절차를 보완하면** 甲에게 연령을 확인하지 않고 청소년을 출입시켰다는 이유로 영업허가취소처분을 할 수 있다.

정답 ④

### 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 제23조제3항을 국민에 대한 직접적인 효력이 있는 규정으로 보는 견해는 동조항의 재산권의 수용·사용·제한 규정과 보상규정을 불가분조항으로 본다.

해설 ① 특별희생설에 의하면, 공공복지와 개인의 권리 사이에 충돌이 있는 경우에는 개인의 권리가 항상 우선하는 것이 아니라 이익형량을 하여야 하지만, 공익을 위하여 특별한 희생을 강요하는 재산권 제한 행위가 행해질 때에는 보상을 요한다고 본다.

- ② 손실보상은 재산권의 수용·사용·제한에 대한 보상이다. 여기서 재산권이란 모든 재산적 가치가 있는 권리를 말하며, 그 권리가 사법상의 권리인지 공법상의 권리인지도 불문한다.
- ③ 오늘날 공익사업의 범위가 확대되는 경향에 대응하여 재산권의 존속보장과의 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 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 직접효력설은 헌법 제23조 제3항에서 법률에 유보한 것은 보상의 구체적 내용이나 방법만이지 보상 여부까지 법률에 유보한 것이 아니라는 점 등을 근거로 손실보상에 관한 헌법규정은 국민에 대하여 직접적 효력을 갖는 규범으로 보아 관계법률에 보상규정이 없는 경우에는 직접 헌법 제23조 제3항에 기하여 보상을 청구할 수 있다고 본다. 즉 헌법에 근거하여 직접적으로 손실보상을 청구할 수 있으므로 법률의 보상규정이 반드시 필요한 것은 아니다. 따라서 동조항의 재산권의 수용·사용·제한 규정과 보상규정을 불가분조항으로 보지 않는다.

정답 ③

### 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.

■ **해설** ① 행정행위를 '행정청이 법아래서 구체적 사실에 대한 법집행으로서 행하는 공법행위'로 정의하면, 공법행위이기만 하면 행정행위이고 권력적 행위인지 비권력적 행위인지 불문하므로 공법상 계약과 공법상 합동행위도 행정행위의 개념에 포함된다.

② 강학상 허가와 특허는 법률행위적 행정행위이므로 의사표시를 요소로 한다는 점에서는 동일하다. 그러나 허가는 원칙적으로 신청을 요하고 예외적으로 신청이 없이도 가능하다. 반면에 특허는 신청을 요하지만 법규특허의 경우에는 신청을 요하지 않는다.

③ 구성요건적 효력설에 따른 경우 공정력과 구성요건적 효력의 차이점

구 분	공정력	구성요건적 효력
인정근거	법적 안정성	직무관할을 달리하는 권력분립의 원칙상 기관상호 간의 권한존중
구속의 대상	상대방과 이해관계있는 제3자	처분청과 행정법원 등 취소권자를 제외한 다른 행정청과 법원(민사법원, 형사법원 등)

④ 통설과 판례는 항고소송의 대상이 되는 처분의 개념을 강학상의 행정행위를 중심으로 하면서도 강학상의 행정행위에 포함되지 않는 행위라 할지라도, 국민의 권리·의무에 직접적 영향을 미치는 공권력적 작용은 처분에 포함시키고 있다(예 : 권력적 사실행위). 따라서 처분개념이 보다 넓다

■ **정답** ④

## 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 등재여부는 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 기관력에 의하여 당해 행정처분은 곧바로 국가배상법 제2조의 공무원의 고의 또는 과실로 인한 불법행위를 구성한다.

■ **해설** ① 행정청이 도시 및 주거환경정비법 등 관련 법령에 근거하여 행하는 조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것에 그치는 것이 아니라 법령상 요건을 갖춘 경우 도시 및 주거환경정비법상 주택재건축사업을 시행할 수 있는 권한을 갖는 행정주체(공법인)로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 갖는다고 보아야 한다(대법원 2009.9.24, 2008다60568). 조합설립결의는 조합설립인가처분이라는 행정처분을 하는 데 필요한 조건 중 하나에 불과한 것이어서, 조합설립결의에 하자가 있다면 그 하자를 이유로 직접 항고소송의 방법으로 조합설립인가처분의 취소 또는 무효확인을 구하여야 하고, 이와는 별도로 조합설립결의 부분만을 따로 떼어내어 그 효력 유무를 다투는 확인의 소를 제기하는 것은 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안·위험을 제거하는 데 가장 유효·적절한 수단이라 할 수 없어 특별한 사정이 없는 한 확인의 이익은 인정되지 아니한다(대법원 2009.9.24, 2008다60568).

② 지목은 토지 소유권을 제대로 행사하기 위한 전제조건으로서 토지 소유자의 실제적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있으므로 지적공부 소관청의 지목변경신청 반려행위는 국민의 권리관계에 영향을

미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대법원 2004.4.22, 2003두9015 전원합의체).

③ 대법원 2005.9.9, 2004추10

④ 어떠한 행정처분이 후에 항고소송에서 취소된 사실만으로 당해 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없다(대법원 2007.5.10, 2005다31828).

■ 정답 ③

## 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 변경된 행정제재가 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 다툴 수는 없고 후에 발령되는 건설허가처분에 대한 항고소송에서 다투어야 한다.
- ④ 구 폐기물관리법 관계 법령상의 폐기물처리업허가를 받기 위한 사업계획에 대한 부적정 통보는 허가신청 자체를 제한하는 등 개인의 권리 내지 법률상의 이익을 개별적이고 구체적으로 규제하고 있어 행정처분에 해당한다.

■ 해설 ① 행정소송법 제26조는 행정소송에서 직권심리주의가 적용되도록 하고 있지만, 행정소송에서의 심리는 원칙이 당사자주의나 변론주의이다.

② **[사실관계]** 피고(전주시 완산구청장)는 2002. 12. 26. 원고에 대하여 3월의 영업정지처분이라는 이 사건 당초처분을 하였고, 이에 대하여 원고가 행정심판청구를 하자 재결청은 2003. 3. 6. “피고가 2002. 12. 26. 원고에 대하여 한 3월의 영업정지처분을 2월의 영업정지에 갈음하는 과징금부과처분으로 변경하라”는 일부기각(일부인용)의 이행재결을 하였으며, 피고는 위 재결취지에 따라 2003. 3. 13.에 “3월의 영업정지처분을 과징금 560만 원으로 변경한다”는 취지의 이 사건 후속 변경처분을 함으로써 이 사건 당초처분을 원고에게 유리하게 변경하는 처분을 하였으며, 원고는 2003. 6. 12. 이 사건 소를 제기하면서 청구취지로써 2003. 3. 13.자 과징금부과처분의 취소를 구하고 있음을 알 수 있다.

**[판례]** ⇨ 행정청이 식품위생법령에 따라 영업자에게 행정제재처분을 한 후 그 처분을 영업자에게 유리하게 변경하는 처분을 한 경우, 변경처분에 의하여 당초 처분은 소멸하는 것이 아니고 당초부터 유리하게 변경된내용의 처분으로 존재하는 것이므로, 변경처분에 의하여 유리하게 변경된내용의 행정제재가 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(대법원 2007. 4. 27. 2004두9302).

**[결론]** ⇨ 이 사건 후속 변경처분에 의하여 당초부터 유리하게 변경되어 존속하는 2002. 12. 26.자 과징금부과처분의 취소를 구하고 있는 것으로 보아야 할 것이고, 후속 변경처분에 의하여 유리하게 변경된 내용의 행정제재인 과징금부과가 위법하다 하여 그 취소를 구하는 이 사건 소송은 제소기간을 도과하여 위법이다.

③ 부지사전승인처분도 독립한 행정처분이다(대법원 1998.9.4, 97누19588)

㉠ **부지사전승인은 행정처분에 해당함**

원자로 및 관계 시설의 부지사전승인처분은 그 자체로서 건설부지를 확정하고 사전공사를 허용하는 법률효과를 지닌 독립한 행정처분이다(대법원 1998.9.4, 97누19588)

㉡ **부지사전승인처분 후 건설허가가 있게 되면 건설허가처분만이 쟁송의 대상**

원자로 및 관계 시설의 부지사전승인처분은 건설허가 전에 신청자의 편의를 위하여 미리 그 건설허가의 일부 요건을 심사하여 행하는 사전적 부분 건설허가처분의 성격을 갖고 있는 것이어서 나중에 건설허가처분이 있게 되면 그 건설허가처분에 흡수되어 독립된 존재가치를 상실함으로써 그 건설허가처분만이 쟁송의 대상이 되는 것이므로, 부지사전승인처분의 취소를 구하는 소는 소의 이익을 잃게 되고, 따라서 부지사전승인처분의 위법성은 나중에 내려진 건설허가처분의 취소를 구하는 소송에서 이를 다투면 된다(대법원 1998.9.4, 97누19588).

**해설**

- ▶ 부지사전승인은 사전적 부분 건설허가처분으로서 행정쟁송의 대상인 처분성 인정
- ▶ 종국처분인 건설허가가 있기 전 ⇨ 부지사전승인처분의 취소를 구하는 쟁송 인정
- ▶ 종국처분인 건설허가가 있을 후 ⇨ 건설허가에 대하여 쟁송하여야 하며 부지사전승인처분의 취소를 구하는 쟁송은 소의 이익이 없어 인정되지 않음

④ **폐기물처리업허가 전의 사업계획에 대한 부적정통보는 행정처분**

폐기물처리허가 전의 사업계획에 대한 부적정통보는 허가신청 자체를 제한하는 등 개인의 권리 내지 법률상 이익을 개별적이고 구체적으로 규제하고 있어 행정처분에 해당하며, 사업계획 전에 행해지는 사업계획에 대한 적정통보가 있게 되면 나중에 허가단계에서는 나머지 허가요건만을 심사한다(대법원 1998.4.28, 97누21086).

정답 ③