

## 2017년 국가직 9급

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

2017년 국가 9급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- 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.

해설 ㄹ 출제 영역 및 유형 : 개인적 공권, 이론+판례

① [X] : 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 환경영향평가 대상지역 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 허가 처분과 관련하여 갖고 있는 위와 같은 환경상의 이익은 단순히 환경공익 보호의 결과로 국민 일반이 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 [O] : 대판 1995.8.22. 94누8129.

③ [O] : 상수원보호구역 설정의 근거가 되는 「수도법」 제5조 제1항 및 「같은 법 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 [O] : 벨러(O. Bühler)는 강행법규의 존재, 사익보호성, 청구권능부여성(의사력·법상의 힘)이라는 개인적 공권의 3요소를 주장하였다. 그러나 최근에는 헌법상 재판청구권이 인정되고 행정소송의 개괄주의가 수용됨에 따라 **청구권능부여성은 별도의 성립요건으로 보지 않게 되었다(2요소론)**. 따라서 공권이 인정되기 위해서는 (1) 강행법규에 의해 행정주체(행정청)에게 일정한 행위(즉 직위·부작위)를 하여야 할 의무가 부과되어 있어야 하고 (2) 해당 법규의 입법취지나 목적이 공익의 추구뿐만 아니라 개인의 특정한 법률상 이익도 보호하는 것이어야

한다. 그리고 종래에는 기속행위에 대해서만 개인적 공권의 성립을 인정하였으나, 현재에는 특정의 행위를 요구하지는 못하지만 재량행위를 하자 없이 행사해 줄 것을 청구할 수 있는 권리인 무하자재량행사청구권의 인정과 재량이 0으로 수축되는 경우에 행정개입청구권을 행사할 수 있다고 보아 **재량행위**에 대해서도 개인적 공권의 성립을 인정하고 있다.

[정답] ①

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

2017년 국가 9급 [중요도 ★★, 난이도 下]

- 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 직무수행에 특별한 지장이 없으면 이를 교부하여야 한다.
- ④ 「국가배상법」이 정한 배상청구의 요건인 ‘공무원의 직무’에는 권력적 작용만이 아니라 행정지도와 같은 비권력적 작용도 포함된다.

**해설**  출제 영역 및 유형 : 행정지도, 법령+판례

① [O] : 토지의 매매대금을 허위로 신고하고 계약을 체결하였다면 이는 계약예정금액에 대하여 허위의 신고를 하고 토지 등의 거래계약을 체결한 것으로서 구 「국토이용관리법」 제33조 제4호에 해당한다고 할 것이고, 행정관청이 구 「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 불법행위가 정당화될 수 없다(대판 1994.6.14. 93도3247 ; 대판 1992.4.24. 91도1609). 즉 위법한 행정지도에 따라 행한 사인의 행위도 원칙적으로 위법성이 인정된다.

② [X] : **행정지도의 상대방**은 해당 행정지도의 방식·내용 등에 관하여 행정기관에 의견제출을 할 수 있다(행정절차법 제50조).

③ [O] : 「행정절차법」 제49조 제2항.

④ [O] : 「국가배상법」이 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).

[정답] ②

03. 행정행위의 취소와 철회에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은? 2017년 국가 9급

[중요도 ★★, 난이도 中]

- 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 이익 보호의 필요가 있는 때에 한하여 상대방이 받는 불이익과 비교·교량하여 철회하여야 한다.
- ④ 행정청이 의료법인의 이사에 대한 이사취임승인취소처분을 직권으로 취소하면 이사의 지위가 소급하여 회복된다.

**해설**  출제 영역 및 유형 : 취소와 철회, 판례

- ① [X] : 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 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).
- ② [O] : **변상금 부과처분에 대한 취소소송이 진행 중이라도 그 부과권자로서는 위법한 처분을 스스로 취소하고 그 하자를 보완하여 다시 적법한 부과처분을 할 수도 있는 것이어서 그 권리행사에 법률상의 장애사유가 있는 경우에 해당한다고 할 수 없으므로, 그 처분에 대한 취소소송이 진행되는 동안에도 변상금 부과권의 소멸시효는 중단되지 않는다**(대판 2006.2.10. 2003두5686).
- ③ [O] : 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 ; 대판 2012.3.15. 2011두27322).
- ④ [O] : 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 임사이사들의 지위는 법원의 해임결정이 없더라도 당연히 소멸된다**(대판 1997.1.21. 96누3401).

[정답] ①

04. 「행정절차법」의 내용에 대한 설명으로 옳은 것은? 2017년 국가 9급 [중요도 ★★, 난이도 ↓]

- ① 행정청이 신청 내용을 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.

**해설** ㄹ 출제 영역 및 유형 : 행정절차 일반, 법령

- ① [X] : 행정청은 처분을 할 때에는 (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 경우를 '제외'하고는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다. 그리고 위 (2)와 (3)의 경우 처분 후 당사자가 요청하는 경우에는 행정청은 그 근거와 이유를 제시하여야 한다(행정절차법 제23조 제1항, 제2항). ⇨ 신청 내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우에는 처분 후 당사자가 요청하는 경우에도 그 근거와 이유의 제시를 생략할 수가 있다.
- ② [O] : 행정청이 처분을 할 때 (1) 다른 법령 등에서 청문을 하도록 규정하고 있는 경우, (2) 행정청이 필요하다고 인정하는 경우, (3) 인허가 등의 취소, 신분·자격의 박탈, 법인이나 조합 등의 설립허가의 취소의 처분 시 당사자 등에게 사전통지한 의견제출기한 내에 당사자 등의 신청이 있는 경우에는 청문을 한다(행정절차법 제22조 제1항). 따라서 위 (3)의 경우를 제외하고는 당사자가 청문을 신청하였다고 해서 행정청이 청문을 하는 것이 아니다.
- ③ [X] : 법령 등에서 행정청에 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고를 규정하고 있는 경우 그 신고가 (1) 신고서의 기재사항에 흠이 없을 것 (2) 필요한 구비서류가 첨부되어 있을 것 (3) 그 밖에 법령 등에 규정된 형식상의 요건에 적합할 것이라는 요건을 갖춘 경우에는 신고서가 접수기관에 도달된 때에 신고의무가 이행된 것으로 본다(제40조 제2항). ⇨ 「행정절차법」 제40조의 신고는 '수리를 요하지 않는 신고'이고, 따라서 신고의 형식적 요건만 갖추면 행정청은 수리하여야 하고 실질적 요건(기재사항의 진실함)까지 갖출 필요는 없다.
- ④ [X] : 행정청은 직권으로 또는 당사자(이해관계인 X)의 신청에 따라 여러 개의 사안을 병합하거나 분리하여 청문을 할 수 있다(제32조).

[정답] ②

05. 법률유보의 원칙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? 2017년 국가 9급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- 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, 사업시행인이 신청 시 필요한 토지 등 소유자의 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** ㉞ 출제 영역 및 유형 : 법률유보, 이론+판례

- ① [X] : 행정지도는 비권력적 사실행위이므로 원칙적으로 법률의 근거(작용법적 근거)를 요하지 아니한다. 다만 국민의 권리·의무에 영향을 주는 행정지도는 권력적 성격을 가지므로 예외적으로 법률의 근거가 필요하다. 한편 행정지도도 행정작용의 일종이므로 행정청의 일반적인 존립과 활동의 근거가 되는 조직법적 근거는 있어야 한다.
- ② [O] : 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. 그리고 지방의회에서 보수를 주는 ‘상임(특별)위원회 행정업무보조 기간제근로자’들을 두어 의정활동을 지원하는 것은 실질적으로 유급보좌인력을 두는 것과 마찬가지로 개별 지방의회에서 정할 사항이 아니라 국회의 법률로 규정하여야 할 입법사항에 해당한다(대판 2013.1.16. 2012후84).
- ③ [O] : 토지 등 소유자가 도시환경정비사업을 시행하는 경우 사업시행인가 신청 시 필요한 토지 등 소유자의 동의는 개발사업의 주체 및 정비구역 내 토지 등 소유자를 상대로 수용권을 행사하고 각종 행정처분을 발할 수 있는 행정주체로서의 지위를 가지는 사업시행자를 지정하는 문제로서 그 동의요건을 정하는 것은 토지 등 소유자의 재산권에 중대한 영향을 미치고, 이해관계인 사이의 충돌을 조정하는 중요한 역할을 담당한다. 그렇다면 사업시행인가 신청 시 요구되는 토지 등 소유자의 동의정족수를 정하는 것은 국민의 권리와 의무의 형성에 관한 기본적인 본질적인 사항으로 법률유보 내지 의회유보의 원칙이 지켜져야 할 영역이다(헌재 2012.4.24. 2010헌바). <→ 대법원 판례는 본질적인 사항이라고 볼 수 없다고 한다(대판 2007.10.12. 2006두14476).
- ④ [O] : 국민의 기본권은 「헌법」 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 이를 제한할 수 있으나 그 제한은 원칙적으로 법률로써만 가능하다. 이러한 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」 제75조가 요구하는 위임의 구체성과 명확성을 구비하지만 하면 위임입법에 의하여도 기본권을 제한할 수 있다(헌재 2016.4.28. 2012헌바549).

[정답] ①

06. 다음 사례에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은? 2017년 국가 9급 [중요도 ★★, 난이도 中]

고속국도 관리청이 고속도로 부지와 접도구역에 송유관매설을 허가하면서 상대방인 甲과 체결한 협약에 따라 송유관시설을 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 송유관시설을 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 송유관을 전 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 집도구역에는 관리청의 허가 없이도 송유관을 매설할 수 있게 되었기 때문에 위 협약 중 집도구역에 대한 부분은 효력이 소멸된다.

**해설** ㉞ 출제 영역 및 유형 : 부담, 관례

- ① [O] : 송유관이전비용의 부담에 관한 위 협약의 내용은, **甲이 송유관매설허가를 받은 후 도로구역이나 집도구역의 어느 곳에 송유관을 매설하였는지 여부에 관계없이** 도로의 확장 등의 사유로 그곳에 매설된 송유관을 이전할 필요가 생기게 되면 도로구역이나 집도구역 모두에 송유관이전공사가 필연적으로 뒤따르게 될 가능성이 높게 되므로 그에 따른 송유관이전비용 전부를 **甲에게 부담시키기로 한 것이다**(대판 2009.2.12. 2005다65500). ⇨ 주된 행정행위인 송유관의 매설허가에 부가하여 송유관시설의 이전 시 그 비용을 **甲이 부담하도록 급부의무를 과한 것**이므로 행정행위의 부담 중 부담에 해당한다.
- ② [O] : 수익적 행정처분에 있어서는 법령에 특별한 근거규정이 없다고 하더라도 그 부관으로서 부담을 붙일 수 있고, 그와 같은 **부담은 행정청이 행정처분을 하면서 일반적으로 부기할 수도 있지만 부담을 부기하기 이전에 상대방과 협의하여 부담의 내용을 협약의 형식으로 미리 정한 다음 행정처분을 하면서 이를 부기할 수도 있다** (대판 2009.2.12. 2005다65500).
- ③ [O] : 부담결부금지의 원칙이란 행정주체가 행정작용을 함에 있어서 이와 실질적인 관련이 없는 상대방의 의무를 부과하거나 그 이행을 강제하여서는 아니 된다는 원칙을 말한다. 이 사건 협약에서, 고속국도의 유지 관리 및 도로 확장 등의 사유로 **집도구역에 매설한 송유시설의 이설이 불가피할 경우 그 이설비용을 甲이 부담하도록 한 것은**, 한국도로공사가 집도구역의 송유관 매설에 대한 허가를 할 것을 전제로 한 것으로, 甲은 송유관 이설이라는 부대공사와 관련하여 공작물설치자로서 특별한 관계가 있다고 볼 수 있고, 甲으로서도 집도구역 부지 소유자와 사이에 별도로 이용계약을 체결하고 그 부지점용에 따른 사용료를 지급하게 되나, 관리청인 한국도로공사로부터 집도구역의 송유관 매설에 관한 허가를 얻게 됨으로써 집도구역이 아닌 사유지를 이용하여 매설하는 경우에 비하여는 공사절차 등의 면에서 이익을 얻는다고 할 수 있으며, 甲의 사업이 수익성을 갖는다고 하더라도 비영리사업이라고 볼 수는 없고, 甲으로서도 처음부터 이러한 경제적 이해관계를 고려하여 이 사건 협약을 체결한 것이라고 할 것이므로, 이 사건 협약 중 집도구역에 매설된 송유관 이설비용을 甲이 부담하도록 한 부분이 **부당결부금지원칙에 위반된 것이라고 할 수는 없다**(대판 2009.2.12. 2005다65500).
- ④ [X] : 행정청이 수익적 행정처분을 하면서 부기한 부담의 위법 여부는 처분 당시 법령을 기준으로 판단하여야 하고, 부담이 처분 당시 법령을 기준으로 적법하다면 처분 후 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거법령이 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 부기할 부담에 관한 협약을 체결하고 행정청이 수익적 행정처분을 하면서 협약상의 의무를 부담으로 부기하였으나 **부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거법령이 개정됨으로써 행정청이 더 이상 부관을 붙일 수 없게 된 경우에도 곧바로 협약의 효력이 소멸하는 것은 아니다**(대판 2009.2.12. 2005다65500).

[정답] ④

07. 공법상 계약에 대한 설명으로 옳은 것은?      2017년 국가 9급 [중요도 ★★, 난이도 ↓]

- ① 현행 「행정절차법」은 공법상 계약에 대한 규정을 두고 있다.
- ② 대법원은 구 「농어촌 등 보건의료를 위한 특별조치법」 및 관계 법령에 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** 📌 출제 영역 및 유형 : 공법상 계약, 이론+판례

- ① [X] : 「행정절차법」은 공법상 계약절차에 관한 일반적 규정을 두고 있지 않다.
- ② [X] : 구 「농어촌 등 보건의료를 위한 특별조치법」, 「같은 법 시행령」, 「전문직공무원규정」, 및 「국가공무원법」 등 관계 법령의 규정 내용에 미루어 보면 현행 실정법이 **전문직공무원인 공중보건의사의 채용계약 해지의 의사 표시는 일반공무원에 대한 징계처분과는 달라서 항고소송의 대상이 되는 처분 등의 성격을 가진 것으로 인정되지 아니하고, 일정한 사유가 있을 때에 관할 도지사가 채용계약관계의 한쪽 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시로 취급하고 있는 것으로 이해되므로, 공중보건의사 채용계약 해지의 의사표시에 대하여는 대등한 당사자 간의 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).**
- ③ [X] : **공법상 계약**에는 (1) 국가와 공공단체 상호간 또는 공공단체 상호간(즉 행정주체 상호간)의 공법상 계약, (2) 행정주체와 사인 상호간의 공법상 계약, (3) 공무원취사인과 다른 사인 상호간의 공법상 계약 등이 있다.
- ④ [O] : 공법상의 계약은 비권력적 행정작용이므로 법령에 명시적인 근거가 없더라도 행정청이 자유롭게 체결할 수 있다(다수설). 즉 법률유보의 원칙은 공법상 계약에 적용되지 않는다.

[정답] ④

08. 불확정개념과 판단여지 및 기속행위와 재량행위에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? 2017년 국가 9급 [중요도 ★★, 난이도 上]

- 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 해당하느냐의 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.

- ① [X] : **재량과 구별되는 판단여지를 긍정하는 다수설**은 (1) 판단여지는 구성요건과 관련된 개념이지만 재량은 법적 효과와 관련된 개념이고, (2) 행정법규에 있어서 요건사실의 인정은 인식의 문제로서 법원의 전속적 권한에 속하는 법해석의 문제이지 행정청의 효과부분의 결정에 관한 문제가 아니고, (3) 재량은 입법자에 의하여 부여되는 것이지만 판단여지는 법원에 의해 주어지는 것이라는 점 등을 근거로 법률효과 선택의 문제인 재량과 법률요건에 대한 해석(인식)의 문제인 판단여지를 구별하여야 한다는 입장이다.
- ② [O] : 행정행위를 **기속행위와 재량행위로 구분하는 경우** 양자에 대한 사법심사는, 전자의 경우 그 법규에 대한 원칙적인 기속성으로 인하여 법원이 사실인정과 관련 법규의 해석·적용을 통하여 일정한 결론을 도출한 후 그 결론에 비추어 행정청이 한 판단의 적법 여부를 독자의 입장에서 판정하는 방식에 의하게 되나, 후자의 경우 행정청의 재량에 기한 공익판단의 여지를 감안하여 법원은 독자의 결론을 도출함이 없이 당해 행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부를 심사하게 된다(대판 2007.5.31. 2005두1329 ; 대판 2008.11.27. 2008두4985 등).
- ③ [O] : **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 진부를 취소할 수밖에 없고, 법원이 적정하다고 인정하는 부분을 초과한 부분만 취소할 수는 없다(대판 2009.6.23. 2007두18062).
- ④ [O] : 재량과 판단여지를 구별하는 다수설에 따르면, **판단여지론**이란 행정법규의 요건규정에 불확정개념이 사용된 경우 그 불확정개념도 법개념이므로 원칙적으로 일의적인 해석(하나의 정당한 결론)만이 적법(가능)하고 법원에 의한 전면적인 사법심사의 대상이 되는 것이 원칙이다. 다만 예외적으로 고도의 전문적·기술적·정책적 판단이 필요한 경우에는 행정청에 판단여지가 인정되어 법원의 사법심사가 배제 또는 제한된다.

[정답] ①

09. 행정입법에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은? 2017년 국가 9급 [중요도 ★★, 난이도 중]

- 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」 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 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.

- ① [O] : 「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, **명령·규칙 그 자체에 의하여 직접 기본권이 침해되었음을 이유로 하여 헌법소원심판을 청구**하는 것은 위 「헌법」 규정과는 아무런 상관이 없는 문제이다. 따라서 입법부·행정부·사법부에서 제정한 규칙이 별도의 집행행위를 기다리지 않고 직접 기본권을 침해하는 것일 때에는 모두 헌법소원심판의 대상이 될 수 있는 것이다(헌재 1990.10.15. 89헌마178).
- ② [O] : 법규명령 형식의 행정규칙에 대하여 관례는 시행령(대통령령)의 형식은 법규명령으로 보고(대판 1997.12.26. 97누15418 등), 시행규칙(부령)의 형식은 원칙적으로 행정규칙으로 보고 있다(대판 2007.9.20. 2007두6946 등). 다만 예외적으로 「**여객자동차 운수사업법 시행규칙**」은 「여객자동차 운수사업법」의 위임에 따라 시외버스 운송사업의 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).
- ③ [X] : 재량준칙은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적인 구속력을 갖는 것은 아니므로 행정처분이 이를 위반하였다고 하여 그러한 사정만으로 곧바로 위법하게 되는 것은 아니고, 다만 **그 재량준칙이 정한 바에 따라 되돌이 시행되어 행정관행이 이루어지게 되면** 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 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 처분이 된다(대판 2013.11.14. 2011두28783 ; 대판 2014.11.27. 2013두18964). ⇨ 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙을 매개로 하여 위법하게 되는 것인지 재량준칙을 직접 위반하여 위법한 처분이 되는 것이 아니다.
- ④ [O] : 행정규칙은 법규명령과 같은 엄격한 제정 및 개정절차를 요하지 아니하므로, 재산권 등과 같은 **기본권을 제한하는 작용을 하는 법률이 입법위임을 할 때에는** 대통령령, 총리령, 부령 등 법규명령에 위임함이 바람직하고 **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**(헌재 2006.12.28. 2005헌바59).

[정답] ③

10. 행정벌에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2017년 국가 9급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- 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 일반 형사소송절차에 앞선 절차로서의 통고처분은 그 자체로 상대방에게 금전납부의무를 부과하는 행위로서 항고소송의 대상이 된다.

- ① [O] : 법인이 고용한 종업원 등의 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 있는 것은 다른 사람의 범죄에 대하여 그 책임 유무를 묻지 않고 형벌을 부과함으로써 법치국가의 원리 및 죄형법정주의로부터 도출되는 책임주의 원칙에 반한다(헌재 2010.7.29. 2009헌기25 등).
- ② [X] : 행정벌은 과거의 의무위반에 대한 제재이나, 이행강제금은 장래의 의무이행을 확보하기 위한 수단이라는 점에서 양자는 다르다. 그런데 행정벌과 이행강제금은 모두 간접적인 행정작용의 실효성 확보수단이라는 점에서 동일하다.
- ③ [X] : 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(제11조).
- ④ [X] : 통고처분은 상대방의 임의의 승복을 그 발효요건으로 하기 때문에 그 자체만으로는 통고 이행을 강제하거나 상대방에게 아무런 권리·의무를 형성하지 않으므로 행정심판이나 행정소송의 대상으로서의 처분성을 부여할 수 없고, 통고처분에 대하여 이의가 있으면 통고 내용을 이행하지 않음으로써 고발되어 형사재판절차에서 통고처분의 위법·부당함을 알며든지 다룰 수 있기 때문에 「관세법」 제38조 제3항 제2호가 법관에 의한 재판받을 권리를 침해한다든가 적법절차의 원칙에 저촉된다고 볼 수 없다(헌재 1998.5.28. 96헌바4).

[정답] ①

11. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에 따른 정보공개에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2017년 국가 9급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- ① 한국증권업협회는 증권회사 상호간의 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 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 정보공개에 대한 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.

- ① [O] : ‘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 준용하는 점 그 업무가 국가기

관 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).

- ② [O] : 청구인이 정보공개와 관련한 공공기관의 결정에 대하여 불복이 있거나 정보공개 청구 후 20일이 경과하도록 정보공개결정이 없는 때에는 「행정심판법」에서 정하는 비에 따라 행정심판을 청구할 수 있고, 이 경우 청구인은 의의신청절차를 거치지 아니하고 행정심판을 청구할 수 있다(공공기관의 정보공개에 관한 법률 제19조 제1항, 제2항).
- ③ [X] : 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제6조 제1항은 “**모든 국민**은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다.”고 규정하고 있는데, 여기에서 말하는 국민에는 자연인은 물론 법인, 권리능력 없는 사단·재단도 포함되고(대판 2004.8.20. 2003두8302), 법인, 권리능력 없는 사단·재단 등의 경우에는 설립목적 불분한다(대판 2003.12.12. 2003두8050).
- ④ [O] : 공공기관은 정보공개에의 청구를 받으면 그 청구를 받은 날부터 10일 이내에 공개 여부를 결정하여야 하나, 부득이한 사유로 그 기간 이내에 공개 여부를 결정할 수 없을 때에는 그 기간이 끝나는 날의 다음 날부터 기산하여 10일의 범위에서 공개 여부 결정기간을 연장할 수 있다. 이 경우 공공기관은 연장된 사실과 연장사유를 청구인에게 지체 없이 문서로 통지하여야 한다(공공기관의 정보공개에 관한 법률 제11조 제1항, 제2항).

[정답] ③

12. 취소소송에서의 처분사유의 추가·변경에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2017년 국가 9급 [중요도 ★★, 난이도 중]

- 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.

**해설** 출제 영역 및 유형 : 처분사유의 추가·변경, 이론+판례

- ① [X] : 행정청은 행정처분 이후는 물론 소송 도중이라도 **사실심 변론종결시까지** 처분의 동일성이 유지되는 범위 내에서 처분사유를 추가·변경할 수 있다(대판 2001.10.30. 2000두5616). 즉 처분사유의 추가·변경은 사실심 변론종결시까지만 허용된다(대판 1999.2.9. 98두16675).
- ② [O], ③ [X] : 행정처분의 취소를 구하는 항고소송에서, 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서만 다른 사유를 추가 혹은 변경할 수 있고, 여기서 **기본적 사실관계의 동일성 유무**는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지 여부에 따라 결정되며(대판 2014.12.24. 2012두13412), 추가 또는 변경된 사유가 처분 당시에 그 사유를 명기하지 않았을 뿐 이미 존재하고 있었고 당사자도 그 사실을 알고 있었다 하여 당초의 처분사유와 동일성이 있는 것이라고 할 수는 없다(대판 2009.11.26. 2009두15586).

④ [X] : 처분이유의 사후제시(이유제시의 하자 치유)는 처분시에 존재하는 하자(예컨대 처분시에 이유제시가 전혀 이루어지지 않았거나 법령상 요구되는 정도로 이루어지지 않은 경우)가 사후에 보완되어 없어지는 것이나, 처분 사유의 추가·변경은 처분시에 이미 존재하였지만 처분이유로 기재되지 않았던 사유를 소송계속 중에 처분이유로 주장하는 것이다. 따라서 **처분이유의 사후제시**는 절차의 하자에 관한 문제로서 행정작용법상의 문제이나, **처분사유의 추가·변경**은 계쟁처분의 실체법상 적법성의 주장에 관한 소송법상 문제이다.

[정답] ②

13. 공공의 영조물의 설치·관리의 하자로 인한 국가배상책임에 대한 관례의 입장으로 옳지 않은 것은? 2017년 국가 9급 [중요도 ★★★, 난이도 中]

- 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 이용상태 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.

**해설** ㄹ 출제 영역 및 유형 : 영조물의 설치·관리상 하자로 인한 배상책임, 관례

① [X] : 「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 물**’이라 함은 일반 공공의 자유로운 사용에 직접적으로 제공되는 공공용물에 한하지 아니하고 행정주체 자신의 사용에 제공되는 공공용물도 포함하며, 국가 또는 지방자치단체가 소유권·임차권 그 밖의 권한에 기하여 관리하고 있는 경우뿐만 아니라 사실상의 관리를 하고 있는 경우도 포함한다(대판 1995.1.24. 94다45302).

② [O] : 「국가배상법」 제5조 제1항에 정한 ‘영조물의 설치나 관리의 하자란 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 상태란 그 영조물을 구성하는 물적 시설 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(참을 수 없는) 피해를 입히는 경우까지 포함한다**고 보아야 할 것이다(대판 2015.10.15. 2013다23914 ; 대판 2004.3.12. 2002다14242).

③ [O] : 「국가배상법」 제5조 제1항에 정하여진 ‘영조물의 설치·관리상의 하자’라 함은 공공의 목적에 공여된 영조물이 그 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말하는바, **영조물의 설치 및 관리에 있어서 항상 완전무결한 상태를 유지할 정도의 고도의 안전성을 갖추지 아니하였다고 하여 영조물의 설치 또는 관리에 하자가 있다고 단정할 수 없는 것**이고, 영조물의 설치자 또는 관리자에게 부과되는 방호조치의무는 영조물의 위험성에 비례하여 사회통념상 일반적으로 요구되는 정도의 것을 의미하므로 영조물인 도로의 경우도 다른 생활필수시설과의 관계나 그것을 설치하고 관리하는 주체의 재정적, 인적, 물적 제약 등을 고려하여 그것을 이용하는 자의 상식적이고 질서 있는 이용방법을 기대한 상대적인 안전성을 갖추는 것으로 족하다(대판

2002.8.23. 2002다9158).

④ [○] : 판례는 영조물의 설치 또는 관리상의 하지의 입증책임을 피해지(원고)에게 지우고 있다. 그러나 관리주체에게 관리가능성(손해발생의 예견가능성과 회피가능성)이 없었다는 것은 관리주체(피고)가 입증해야 한다(대판 1998.2.10. 97다32536). ⇨ 「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 없고, 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 할 것이며, 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 하지를 인정할 수 없다고 할 것이다(대판 2007.10.26. 2005다51235).

[정답] ①

14. 「행정대집행법」상 행정대집행에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2017년 국가 9급 [중요도 ★★★, 난이도 中]

- 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 방지하는 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.

해설 ㉠ 출제 영역 및 유형 : 대집행, 이론+판례

- ① [X] : 불가쟁력이란 제소기간의 도과 등으로 상대방이 더 이상 행정행위의 효력을 다툴 수 없다는 행정행위의 효력을 말하는데, 불가쟁력의 발생 여부는 대집행의 요건과는 관계가 없다.
- ② [X] : 부작위의무를 위반하여 금지된 건축물·광고물·도로장애물 등을 시설한 경우 그 시설에 대하여 곧바로 대집행을 할 수는 없고, 법령의 근거(예컨대 건축법 제79조, 도로법 제96조, 하천법 제69조, 옥외광고물 등 관리법 제10조 등)에 따라 작위의무를 부과(예컨대 철거명령)하여 그 부작위의무를 작위의무로 전환한 후에 그 작위의무의 불이행에 대해 대집행을 할 수가 있다(대판 1996.6.28. 96누4374).
- ③ [○] : 대집행의 요건은 원칙적으로 계고할 때에 이미 충족되어야 한다.
- ④ [X] : 통설 및 판례(대판 1996.10.11. 96누8086)는 대집행의 요건이 충족된 경우에도 대집행을 실시할 것인지 여부는 행정청의 재량에 속한다. 그러나 이를 기속행위로 보는 견해도 있다(김남진, 김연태).

[정답] ③

15. 「국세징수법」상 강제징수절차에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은? 2017년 국가 9급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- 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 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**  출제 영역 및 유형 : 강제징수, 관례

- ① [X] : 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 [O] : 「국세징수법」상의 **가산금과 증가산금**은 국세가 납부기한까지 납부되지 않은 경우 미납분에 관한 지연자의 의미로 부과되는 부대세의 일종으로서, **과세권자의 확정절차 없이 국세를 납부기한까지 납부하지 아니하면 「같은 법」 제21조·제22조의 규정에 의하여 당연히 발생하고 그 액수도 확정되는 것이다**(대판 2000.9.22. 2000두2013 ; 대판 2010.12.9. 2010다70605). ⇨ 가산금은 가산세와 달리, 납세의무자에게 의무해태를 탈탈 수 없는 정당한 사유가 있는 경우에도 부과할 수 있다.
- ③ [O] : **조세부과의 근거가 되었던 법률규정이 위헌으로 선언된 경우**, 비록 그에 기한 과세처분이 위헌결정 전에 이루어졌고, 과세처분에 대한 제소기간이 이미 경과하여 조세채권이 확정되었으며, 조세채권의 집행을 위한 채납처분의 근거규정 자체에 대하여는 따로 위헌결정이 내려진 바 없다고 하더라도, 위와 같은 **위헌결정 이후에 조세채권의 집행을 위한 새로운 채납처분에 착수하거나 이를 속행하는 것은 더 이상 허용되지 않고**, 나아가 이러한 위헌결정의 효력에 위배하여 이루어진 채납처분은 그 사유만으로 하자가 중대하고 객관적으로 명백하여 당연무효라고 보아야 한다(대판 전합 2012.2.16. 2010두10907).
- ④ [O] : 채납자 등에 대한 공매통지는 국가의 강제력에 의하여 진행되는 공매에서 채납자 등의 권리 내지 재산상의 이익을 보호하기 위하여 법률로 규정한 절차적 요건이라고 보아야 하며, 공매처분을 하면서 채납자 등에게 공매통지를 하지 않았거나 **공매통지를 하였더라도 그것이 적법하지 아니한 경우에는** 절차상의 흠이 있어 그 공매처분이 위법하게 되는 것이지만, 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).

[정답] ①

16. 다음 사례에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? 2017년 국가 9급 [중요도 ★★, 난이도 上]

유흥주점영업허가를 받아 주점을 운영하는 甲은 A 시장으로부터 연령을 확인하지 않고 청소년을 주점에 출입시켜 「청소년보호법」을 위반하였다는 사실을 이유로 한 영업허가취소처분을 받았다. 甲은 이에 불복하여 취소소송을 제기하였고 취소확정판결을 받았다.

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

**해설**  출제 영역 및 유형 : 기속력, 이론+판례

- ① [O], ③ [O] : 처분 등을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청은 기속한다(행정소송법 제30조 제1항). 따라서 인용판결이 내려지면 처분행정청과 그 밖의 행정청도 동일한 내용을 다시 반복할 수 없다. 즉 법원이 밝힌 위법사유를 반복하여 처분한 경우 기속력에 반한다. 그러나 판결의 주문과 이유에 실시된 개개 사유가 위법하다는 부분에 기속력이 인정되므로 ‘다른 사유’로 ‘동일한 처분’을 하더라도 기속력에 반하지 않는다(대판 2011.10.27. 2011두14401 참조).
- ② [O] : 행정법규 위반을 이유로 한 처분행정청의 영업허가취소처분에 불복하여 제기된 취소소송에서 법원이 그 취소처분이 비례원칙에 위반된다고 하여 취소판결을 선고하여 확정된 경우, 동일한 행정법규 위반을 이유로 영업허가정지처분을 내리는 것은 기속력에 반하지 않는다. 즉 처분행정청은 법원의 인용판결이 확정된 이후에도 ‘동일한 사유’로 ‘다른 처분’을 할 수는 있다.
- ④ [X] : 행정처분이 실제적 위법사유로 인해 취소판결이 내려져 확정된 경우에는 그 기속력에 의해 행정청은 동일한 사실관계에서 동일한 당사자에 대하여 동일한 내용의 처분을 할 수 없다. 그러나 **절차상의 하자(절차위반)를 이유로 취소판결이 내려진 경우**, 그 판결의 기속력은 확정판결에 적시된 절차 내지 형식의 위법사유에 한하여 미치는 것이므로 행정청은 그 위법사유를 보완하여 다시 새로운 처분을 할 수 있고 그 새로운 처분은 확정판결에 의하여 취소된 종전의 처분과는 별개의 처분이라 할 것이어서 확정판결의 기속력에 저촉되는 것이 아니다(대판 1987.2.10. 86누91 ; 대판 1997.2.11. 96누13057 등).

[정답] ④

17. 행정상 손실보상에 대한 설명으로 옳은 것은? 2017년 국가 9급 [중요도 ★★, 난이도 중]

- 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·제한규정과 보상규정을 불가분조항으로 본다.

**해설** ㉞ 출제 영역 및 유형 : 손실보상의 요건, 이론+판례

- ① [X] : 행정상 손실보상의 이론적 근거에 대한 통설인 **‘특별희생설’**은 행정주체가 공공목적을 위하여 재산권 자체의 내재적 한계를 넘어서 특정인의 재산권에 가한 특별한 희생을 사회공동체 전체의 공동부담으로 보상하는 것이 정의·공평의 요구에 부합하므로 손실보상이 인정되는 것이라고 한다. 따라서 특별희생설에 의하면 공공복지와 개인의 권리 사이에 충돌이 있는 경우, 개인의 권리보다 공공복지가 우선하게 된다.
- ② [X] : 손실보상청구권은 공권력 행사인 공용침해로 인하여 발생한 것이므로 공권이라는 견해(다수설)에 따르면, 손실보상청구권을 발생시키는 침해가 재산권에 대한 것이지만 하면 그 재산권이 공법상 권리인 사법상 권리(물권, 채권, 공유수면매립권, 저작권, 특허권 등)이건 묻지 않는다.
- ③ [O] : 「헌법」 제23조 제3항에서 규정하고 있는 **‘공공필요’**는 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성을 의미하고(헌재 2011.4.28. 2010헌바114 등), 따라서 ‘공공필요’의 개념은 ‘공익상’과 ‘필요성’이라는 요소로 구성되어 있다. 그 중 **‘공익상’**은 추상적인 공익 일반 또는 국가의 이익 이상의 중대한 공익을 요구하므로 기본권 일반의 제한사유인 ‘공공복리’보다 좁게 보는 것이 타당하며, 나아가 헌법적 요청에 의한 수용이라 하더라도 국민의 재산을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 정도의 **‘필요성’**이 인정되어야 하고, 그 필요성이 인정되기 위해서는 공용수용을 통하여 달성하려는 공익과 그로 인하여 재산권을 침해당하는 사인의 이익 사이의 형량에서 사인의 재산권 침해를 정당화할 정도의 공익의 우월성이 인정되어야 한다 (헌재 2014.10.30. 2011헌바172 ).
- ④ [X] : 직접효력설에 따르면 법률에 보상규정이 없더라도 「헌법」 제23조 제3항에 기하여 직접 보상을 청구할 수 있으므로, 같은 조항의 **재산권의 수용·사용·제한규정과 보상규정을 불가분조항(결부조항)**으로 보지 않는다. ⇒ 위헌무효설은 불가분조항으로 본다.

[정답] ③

18. 행정행위에 대한 설명으로 옳은 것은? 2017년 국가 9급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- 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 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** ㉞ 출제 영역 및 유형 : 행정행위의 개념, 이론

- ① [X] : 지문은 행정행위의 개념에 대한 ‘협의설’이므로, 공법상 계약과 공법상 합동행위도 행정행위의 개념에 포함된다.

<행정행위의 개념에 관한 학설>

학 설	개 념	범 위
최광의설	행정청이 행하는 모든 행위	사실행위, 통치행위, 사법행위, 행정입법 포함
광의설	행정청이 행하는 공법행위	사실행위, 통치행위, 사법행위 제외
협의설	행정청이 구체적 사실에 관한 법집행으로 행하는 공법행위	행정입법도 제외, 비권력적 행위(공법상 계약·합동행위, 행정지도 등) 포함
최협의설 (통설)	행정청이 구체적 사실에 관한 법집행으로 행하는 권력적·단독적 공법행위	비권력적 행위 제외

② [X] : 허가와 특허는 모두 **법률행위적 행정행위**로서 행정청의 '의사표시'에 따라 법률적 효과가 발생하는 점에서 동일하다. 그리고 **허가**는 원칙적으로 신청(출원)이 필요하나 불특정인에 대한 허가과 같이 신청을 필요로 하지 않는 경우도 있다. 이에 반해 **특허**는 반드시 신청을 필요로 한다.

③ [X] : **공권력**의 이론적 근거에 대해서는 행정의 실효성 보장, 행정법관계의 안정성 유지 및 상대방의 신뢰보호의 필요성을 이유로 하는 **법적 안정성설**이 통설이다. 그러나 **구성요건적 효력**의 경우 국가기관은 권한과 직무 또는 권한을 달리하므로 그들 상호간의 **권한분배체계**와 **권한준중의 원칙**에서 그 근거를 찾을 수 있다.

④ [O] : 행정행위와 처분의 관계에 관해서는 강학(실체법)상의 행정행위와 쟁송법상의 처분을 동일한 개념으로 이해하는 **일원설(실체법적 개념설)**과 쟁송법상의 처분을 강학상의 행정행위뿐만 아니라 공권력 행사의 거부까지 포함하는 개념으로 보아 양자가 다르다고 보는 **이원설(쟁송법적 개념설, 다수설)**의 대립이 있다. 따라서 **이원설**에 따르면 쟁송법상의 처분이 실체법상의 행정행위보다 넓은 개념이다(행정처분>행정행위).

[정답] ④

19. 대법원 판례의 입장으로 옳은 것은? 2017년 국가 9급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- ① 행정청이 「도시 및 주거환경정비법」 등 관련 법령에 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 상실 효력이 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** 출제 영역 및 유형 : 종합문제, 판례

① [X] : 행정청이 「도시 및 주거환경정비법」 등 관련 법령에 근거하여 행하는 **조합설립인가처분**은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것에 그치는 것이 아니라 법령상 요건을 갖춘 경우 「도시 및 주거환경정비법」상 주택재건축사업을 시행할 수 있는 권한을 갖는 행정주체(공법인)로서의 지위를 부여하는

일종의 설권적 처분의 성격을 갖는다고 보아야 한다. 그리고 그와 같이 보는 이상 조합설립결의는 조합설립인가 처분이라는 행정처분을 하는 데 필요한 요건 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 **확인**의 이익은 인정되지 아니한다(대판 2009.9.24. 2008다60568 ; 대판 2010.4.8. 2009다27636).

- ② [X] : 토지소유자는 지목을 토대로 토지의 사용·수익·처분에 일정한 제한을 받게 되는 점 등을 고려하면 지목은 토지소유권을 제대로 행사하기 위한 전제요건으로서 토지소유자의 실제적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있으므로 **지적공부 소관청의 지목변경신청 반려행위**는 국민의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 **행정처분에 해당한다**(대판 전합 2004.4.22. 2003두9015).
- ③ [O] : **‘1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정’**(General Agreement on Tariffs and Trade 1994, 이하 ‘GATT’라 한다)은 1994. 12. 16. 국회의 동의를 얻어 같은 달 23. 대통령의 비준을 거쳐 같은 달 30. 공포되고 1995. 1. 1. 시행된 조약인 ‘세계무역기구(WTO) 설립을 위한 마라케쉬협정’(Agreement Establishing the WTO)의 부속 협정(다자간 무역협정)이고, **‘정부조달에 관한 협정’**(Agreement on Government Procurement, 이하 ‘AGP’라 한다)은 1994. 12. 16. 국회의 동의를 얻어 1997. 1. 3. 공포 시행된 조약(복수국가 간 무역협정)으로서 각 「헌법」 제6조 제1항에 의하여 국내법령과 동일한 효력을 가지므로 지방자치단체가 제정한 조례가 GATT나 AGP에 위반되는 경우에는 그 효력이 없다(대판 2005.9.9. 2004추10).
- ④ [X] : 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 「국가배상법」 제2조가 정한 국가배상책임의 요건을 충족하였다고 봄이 상당할 것이다(대판 2012.5.24. 2012다11297).

[정답] ③

20. 대법원 판례의 입장으로 옳지 않은 것은? 2017년 국가 9급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- 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 다퉴 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 구체적인 것으로 규제하고 있어 행정처분에 해당한다.

- ① [O] : 「행정소송법」 제26조가 “법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다.”고 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, 일진 기록에 현출되어 있는 사정에 관하여서만 직권으로 증거조사를 하고 이를 기초로 하여 판단할 수 있을 따름이고, 그것도 법원이 필요하다고 인정할 때에 한하여 청구의 범위 내에서 증거 조사를 하고 판단할 수 있을 뿐이다(대판 1994.10.11. 94누4820).
- ② [O] : 행정청이 식품위생법령에 기하여 영업자에 대하여 **행정제재처분(3월의 영업정지처분)을 한 후 그 처분을 영업자에게 유리하게 변경하는 처분(과징금 부과처분)을 한 경우**(이하 처음의 처분을 ‘당초처분’, 나중의 처분을 ‘변경처분’이라 한다), 변경처분에 의하여 당초처분은 소멸하는 것이 아니고 당초부터 유리하게 변경된 내용의 처분으로 존재하는 것이므로, **변경처분에 의하여 유리하게 변경된 내용의 행정제재가 위법하다 하여 그 취소를 구하는 경우 그 취소소송의 대상은 변경된 내용의 당초처분이 아닌 변경처분은 아니고, 제소기간의 준수 여부도 변경처분이 아닌 변경된 내용의 당초처분을 기준으로 판단하여야 한다(대판 2007.4.27. 2004두9302).**
- ③ [X] : 원자로 및 관계시설의 부지사전승인처분은 그 자체로서 건설부지를 확정하고 사전공사를 허용하는 법률효과를 지닌 독립한 행정처분이기는 하지만, 건설허가 전에 신청자의 편의를 위하여 미리 그 건설허가의 일부 요건을 심사하여 행하는 사전적 부분건설허가처분의 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(대판 1998.9.4. 97누19588).
- ④ [O] : 구 「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).**

[정답] ③