

17국회8급 <출제단원> 무효등 확인소송

난이도 중 출제가능지수 B

01. 무효등확인소송에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

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

풀이

간단정리 무효등 확인소송

- ✓ 무효확인소송에 기속력·재처분의무 준용▷무효확인판결 자체만으로 실효성확보可
- ✓ 재처분의무 준용○ / 간접강제 준용×
- ✓ 보충성不要
- ✓ 무효사유의 입증책임▷원고
- ✓ 압류처분의 외형적 존재▷압류등기 말소되어도 무효확인 구할 이익有

① (○)

□ 행정소송법 제4조에서는 무효확인소송을 항고소송의 일종으로 규정하고 있고, 행정소송법 제38조 제1항에서는 처분 등을 취소하는 확정판결의 기속력 및 행정청의 재처분 의무에 관한 행정소송법 제30조를 무효확인소송에도 준용하고 있으므로 무효확인판결 자체만으로도 실효성을 확보할 수 있다(대판 2008.03.20. 2007두6342(전합)).

② (×)

□ 행정소송법 제38조 제1항이 무효확인 판결에 관하여 취소판결에 관한 규정을 준용함에 있어서 같은 법 제30조 제2항을 준용한다고 규정하면서도 같은 법 제34조는 이를 준용한다는 규정을 두지 않고 있으므로, 행정처분에 대하여 무효확인 판결이 내려진 경우에는 그 행정처분이 거부처분인 경우에도 행정청에 판결의 취지에 따른 재처분의무가 인정될 뿐 그에 대하여 간접강제까지 허용되는 것은 아니라고 할 것이다(대결 1998.12.24. 98무37).

제38조(준용규정) ① 제9조, 제10조, 제13조 내지 제17조, 제19조, 제22조 내지 제26조, 제29조 내지 제31조 및 제33조의 규정은 무효등 확인소송의 경우에 준용한다.

준용 ○		준용 ×	
9	재판의 관할		
10	관련청구 소송의 이송 및 병합		

13	피고적격		
14	피고경정		
15	공동소송	11	선결문제
16	제3자의 소송참가	12	원고적격, 협의의 소의이익
17	행정청의 소송참가	18	행정심판과의 관계
19	취소소송의 대상	20	제소기간
22	처분변경으로 인한 소의 변경	21	원고가 소의 종류를 잘못 선택한 경우 소 종류의 변경(∴ 제37조에서 별도로 규정하고 있음)
23	집행정지		
24	집행정지의 취소		
25	행정심판기록의 제출명령		
26	직권심리	27	재량처분의 취소
29	취소판결등의 효력	28	사정판결
30	취소판결등의 기속력(반복금지, 원상회복, 재처분의무 등)		
31	제3자에 의한 재심청구	34	간접강제

③ (○)

□ 무효확인소송의 보충성을 규정하고 있는 외국의 일부 입법례와는 달리 우리나라 행정소송법에는 명문의 규정이 없어 이로 인한 명시적 제한이 존재하지 않는다. 이와 같은 사정을 비롯하여 행정에 대한 사법통제, 권익구제의 확대와 같은 행정소송의 기능 등을 종합하여 보면, 행정처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우에는 행정소송법 제35조에 규정된 '무효확인을 구할 법률상 이익'이 있다고 보아야 하고, 이와 별도로 무효확인소송의 보충성이 요구되는 것은 아니므로 행정처분의 무효를 전제로 한 이행소송 등과 같은 직접적인 구제수단이 있는지 여부를 따질 필요가 없다고 해석함이 상당하다(대판 2008.3.20. 2007두6342(전합)).

④ (○) 무효등확인소송에 있어서 무효원인사실에 대한 입증책임이 누구에게 있는지에 대하여
i) 취소소송과 마찬가지로 본다는 **일반원칙설**과 ii) 하자의 중대·명백성은 특별한 예외적인 사유라는 점을 고려하여 원고가 무효원인사실에 대한 입증책임을 져야 한다는 **원고책임설**이 대립하고 있으나, 판례는 후설의 입장이다.

□ 행정처분의 당연무효를 주장하여 그 무효확인을 구하는 행정소송에 있어서는 **원고에게** 그 행정처분이 무효인 사유를 주장, 입증할 책임이 있다(대판 1992.3.10. 91누6030).

⑤ (○)

□ 압류등기가 말소된다고 하여도 압류처분이 외형적으로 효력이 있는 것처럼 존재하는 이상 그 불안과 위험을 제거할 필요가 있다고 할 것이므로, 압류처분에 기한 압류등기가 경료되어 있는 경우에도 압류처분의 무효확인을 구할 이익이 있다(대판 2003.5.16. 2002두3669).

정답: ②

17국회8급 <출제단원> 대상적격

난이도 중 출제가능지수 A

02. 통지의 처분성 여부에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

① 「국가공무원법」상 당연퇴직의 인사발령은 법률상 당연히 발생하는 퇴직사유를 공적으로 확

인하여 알려주는 관념의 통지에 불과하여 행정처분이 아니다.

- ② 구 「소득세법시행령」에 따른 소득귀속자에 대한 소득금액변동통지는 원천납세의무자인 소득귀속자의 법률상지위에 직접적인 법률적 변동을 가져오므로 행정처분이다.
- ③ 구 「농지법」상 농지처분의무의 통지는 통지를 전제로 농지처분명령 및 이행강제금 부과등의 일련의 절차가 진행되는 점에서 독립한 행정처분이다.
- ④ 임용기간이 만료된 국공립대학의 조교수에 대하여 재임용을 거부하는 취지로 한 임용기간 만료의 통지는 행정처분에 해당한다.
- ⑤ 구 「건축법」 및 「지방세법」, 「국세징수법」에 의하여 이행강제금 부과처분을 받은 자가 기간 내에 이행강제금을 납부하지 아니한 때에는 그 납부를 독촉할 수 있으며 이때 이행강제금 납부의 최초독촉은 징수처분으로서 행정처분에 해당한다.

풀 이

간단정리 처분성 인정여부

- ✓ 당연퇴직 인사발령 ×
- ✓ 소득귀속자에 대한 소득금액변동통지 ×
- ✓ 농지처분의무통지○
- ✓ 기간제 조교수에 대한 임용만료통지○
- ✓ 이행강제금 납부의 최초독촉○

① (○)

■ 국가공무원법 제69조에 의하면 공무원이 제33조 각호의 1에 해당할 때에는 당연히 퇴직한다고 규정하고 있으므로, 국가공무원법상 당연퇴직은 결격사유가 있을 때 법률상 당연히 퇴직하는 것이지, 공무원관계를 소멸시키기 위한 별도의 행정처분을 요하는 것이 아니며, 당연퇴직의 인사발령은 법률상 당연히 발생하는 퇴직사유를 공적으로 확인하여 알려주는 이른바 관념의 통지에 불과하고 공무원의 신분을 상실시키는 새로운 형성적 행위가 아니므로 행정소송의 대상이 되는 독립한 행정처분이라고 할 수 없다(대판 1995.11.14. 95누2036).

- ② (×) 원천징수의무자에 대한 소득금액변동통지는 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하나, 소득의 귀속자에 대한 소득금액변동통지는 처분성이 부정된다.

■ 구 소득세법 시행령 제192조 제1항 단서의 취지, 소득처분에 따른 원천납세의무의 성립 요건 및 성립시기, 소득의 귀속자는 소득세 부과처분에 대한 취소소송은 물론 구 국세기본법 제45조의2 제1항 등에 따른 경정청구를 통해서도 소득처분에 따른 원천납세의무의 존부나 범위를 충분히 다룰 수 있는 점 등에 비추어 보면, 구 소득세법 시행령 제192조 제1항 단서에 따른 소득의 귀속자에 대한 소득금액변동통지는 원천납세의무자인 소득 귀속자의 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 가져오는 것이 아니므로, 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다(대판 2006.4.20. 2002두1878).

③ (○)

■ 농지처분의무통지는 단순한 관념의 통지에 불과하다고 볼 수는 없고, 상대방인 농지소유자의 의무에 직접 관계되는 독립한 행정처분으로서 항고소송의 대상이 된다(대판 2003.11.14. 2001두8742).

④ (○)

■ 기간제로 임용되어 임용기간이 만료된 국·공립대학의 조교수는 교원으로서의 능력과 자질

에 관하여 합리적인 기준에 의한 공정한 심사를 받아 위 기준에 부합되면 특별한 사정이 없는 한 재임용되리라는 기대를 가지고 재임용 여부에 관하여 합리적인 기준에 의한 공정한 심사를 요구할 법규상 또는 조리상 신청권을 가진다고 할 것이니, 임용권자가 임용기간이 만료된 조교수에 대하여 재임용을 거부하는 취지로 한 임용기간만료의 통지는 위와 같은 대학교원의 법률관계에 영향을 주는 것으로서 행정소송의 대상이 되는 처분에 해당한다(대판 2004.4.22. 2000두7735).

⑤ (○)

이행강제금 부과처분을 받은 자가 이행강제금을 기한 내에 납부하지 아니한 때에는 그 납부를 독촉할 수 있으며, 납부독촉에도 불구하고 이행강제금을 납부하지 않으면 체납절차를 의하여 이행강제금을 징수할 수 있고, 이때 이행강제금 납부의 최초 독촉은 징수처분으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 될 수 있다(대판 2009.12.24. 2009두14507).

정답: ②

17국회8급 <출제단원> 행정주제:

난이도 하 출제가능지수 C

03. 다음 기관의 설치근거에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

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

풀이

간단정리 행정주제

- ✓ 중앙선거위 · 감사원 ▷ 헌법에 근거
- ✓ 대통령비서실 · 대통령경호처 ▷ 정부조직법에 근거
- ✓ 지방의회 ▷ 헌법 · 지방자치법에 근거
- ✓ 부군수 · 부구청장 ▷ 지방자치법에 근거
- ✓ 합의제행정기관 ▷ 법령 · 조례에 의해 설치可

① (○)

대한민국헌법

제114조 ① 선거와 국민투표의 공정한 관리 및 정당에 관한 사무를 처리하기 위하여 선거관리위원회를 둔다.

제97조 국가의 세입·세출의 결산, 국가 및 법률이 정한 단체의 회계검사와 행정기관 및 공무원의 직무에 관한 감찰을 하기 위하여 대통령 소속하에 감사원을 둔다.

② (○) 대통령경호실의 명칭이 2017년 7월에 「정부조직법」 개정을 통해 대통령경호처로 변경되었다.

정부조직법

제14조(대통령비서실) ① 대통령의 직무를 보좌하기 위하여 대통령비서실을 둔다.

제16조(대통령경호처) ① 대통령 등의 경호를 담당하기 위하여 대통령경호처를 둔다.

③ (○)

대한민국헌법

제118조 ① 지방자치단체에 의회를 둔다.

지방자치법

제30조(의회의 설치) 지방자치단체에 주민의 대의기관인 의회를 둔다.

④ (×) 부군수와 부구청장의 설치에 대하여 **지방자치법에서** 규정하고 있다.

지방자치법

제110조(부지사·부시장·부군수·부구청장) ① 특별시·광역시 및 특별자치시에 부시장, 도와 특별자치도에 부지사, 시에 부시장, 군에 부군수, 자치구에 부구청장을 두며, 그 정수는 다음 각 호와 같다.

⑤ (○)

지방자치법

제116조(합의제행정기관) ① 지방자치단체는 그 소관 사무의 일부를 독립하여 수행할 필요가 있으면 법령이나 그 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 합의제행정기관을 설치할 수 있다.

정답: ④

17국회8급 <출제단원> 행정행위의 하자

난이도 중. 출제가능지수 A

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

- ① 행정심판 전치주의는 무효확인소송에는 적용되지만 취소소송에는 적용되지 않는다.
- ② 법원은 무효와 취소의 구별기준에 대해서 중대명백설을 취하고 있으나, 반대의견으로 객관적 명백성설이 제시된 판례도 존재한다.
- ③ 판례는 권한유월의 행위는 무권한의 행위로서 원칙적으로 취소사유로 보면서도 의원면직처분에서의 권한유월은 확인적 행정행위의 성격을 갖고 있기 때문에 원칙적으로 무효사유로 보아야한다는 입장이다.
- ④ 판례는 민원사무를 처리하는 행정기관이 민원1회 방문처리제를 시행하는 절차의 일환으로 민원사항의 심의 조정 등을 위한 민원조정위원회를 개최하면서 민원인에게 회의일정 등을 사전에 통지하지 아니하였다면 취소사유가 존재한다는 입장이다.
- ⑤ 판례는 환경영향평가를 거쳐야 할 대상사업에 대하여 이를 거치지 아니하였음에도 불구하고 승인등 처분이 이루어졌다면 이는 당연무효라는 입장이다.

풀 이

간단정리 행정행위의 하자

- ✓ 행정심판전치주의 > 취소소송 적용○/무효확인소송 적용 ×
- ✓ 판례 다수의견 > 중대명백설/반대의견 > 명백성보충요건설(객관적 명백성설 ×)
- ✓ 권한유월의 의원면직 > 취소사유
- ✓ 민원조정위원회 회의일정 사전통보 흠결 > 취소사유에 이를 정도 ×
- ✓ 환경영향평가 흠결 > 당연무효

① (×) 「행정소송법」은 제18조에서 취소소송과 행정심판의 관계에 대한 **행정심판 전치주의**를 규정하고 있고, **무효확인소송에서는 이를 준용하지 않고 있다.** 따라서 취소소송에는 행정심

판 전치주의가 적용되나, 무효확인소송에는 행정심판 전치주의가 적용되지 않는다.

준용 ○		준용 ×	
9	재판의 관할		
10	관련청구 소송의 이송 및 병합		
13	피고적격		
14	피고경정		
15	공동소송	11	선결문제
16	제3자의 소송참가	12	원고적격, 협의의 소의이익
17	행정청의 소송참가	18	행정심판과의 관계
19	취소소송의 대상	20	제소기간
22	처분변경으로 인한 소의 변경	21	원고가 소의 종류를 잘못 선택한 경우 소 종류의 변경(∵ 제37조에서 별도로 규정하고 있음)
23	집행정지		
24	집행정지의 취소		
25	행정심판기록의 제출명령		
26	직권심리	27	재량처분의 취소
29	취소판결등의 효력	28	사정판결
30	취소판결등의 기속력(반복금지, 원상회복, 재처분의무 등)		
31	제3자에 의한 재심청구	34	간접강제

② (×) 하자 있는 행정처분이 당연무효인지를 판별하는 기준에 관한 대판 1995.7.11. 94누 4615 전원합의체판결에서 **반대의견은 명백성보충요건설**을 제시하고 있다.

□ [다수의견] 하자 있는 행정처분이 당연무효가 되기 위하여는 그 하자가 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것으로서 객관적으로 명백한 것이어야 하며 하자가 중대하고 명백한 것인지 여부를 판별함에 있어서는 그 법규의 목적, 의미, 기능 등을 목적론적으로 고찰함과 동시에 구체적 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰함을 요한다. [반대의견] 행정행위의 무효사유를 판단하는 기준으로서의 명백성은 행정처분의 법적 안정성 확보를 통하여 행정의 원활한 수행을 도모하는 한편 그 행정처분을 유효한 것으로 믿은 제3자나 공공의 신뢰를 보호하여야 할 필요가 있는 경우에 보충적으로 요구되는 것으로서, 그와 같은 필요가 없거나 하자가 워낙 중대하여 그와 같은 필요에 비하여 처분 상대방의 권익을 구제하고 위법한 결과를 시정할 필요가 훨씬 더 큰 경우라면 그 하자가 명백하지 않더라도 그와 같이 중대한 하자를 가진 행정처분은 당연무효라고 보아야 한다.

③ (×)

□ 행정청의 권한에는 사무의 성질 및 내용에 따르는 제약이 있고, 지역적·대인적으로 한계가 있으므로 이러한 권한의 범위를 넘어서는 권한유월의 행위는 무권한 행위로서 원칙적으로 무효라고 할 것이나, 행정청의 공무원에 대한 의원면직처분은 공무원의 사직의사를 수리하는 소극적 행정행위에 불과하고, 당해 공무원의 사직의사를 확인하는 확인적 행정행위의 성격이 강하며 재량의 여지가 거의 없기 때문에 의원면직처분에서의 행정청의 권한유월 행위를 다른 일반적인 행정행위에서의 그것과 반드시 같이 보아야 할 것은 아니다. 5급 이상의 국가정보원직원에 대한 의원면직처분이 임면권자인 대통령이 아닌 국가정보원장에 의해 행해진 것으로 위법하고, 나아가 국가정보원직원의 명예퇴직원 내지 사직서 제출이 직위해제 후
--

1년여에 걸친 국가정보원장 측의 종용에 의한 것이었다는 사정을 감안한다 하더라도 그러한 하자가 중대한 것이라고 볼 수는 없으므로, 대통령의 내부결재가 있었는지에 관계없이 당연 무효는 아니다(대판 2007.7.26. 2005두15748).

④ (×)

■ 민원사무를 처리하는 행정기관이 민원 1회방문 처리제를 시행하는 절차의 일환으로 민원 사항의 심의·조정 등을 위한 민원조정위원회를 개최하면서 민원인에게 회의일정 등을 사전에 통지하지 아니하였다 하더라도, 이러한 사정만으로 곧바로 민원사항에 대한 행정기관의 장의 거부처분에 취소사유에 이를 정도의 흠이 존재한다고 보기는 어렵다(대판 2015.8.27. 2013두1560).

⑤ (○)

■ 환경영향평가를 거쳐야 할 대상사업에 대하여 환경영향평가를 거치지 아니하였음에도 불구하고 승인 등 처분이 이루어진다면, 사전에 환경영향평가를 함에 있어 평가대상지역 주민들의 의견을 수렴하고 그 결과를 토대로 하여 환경부장관과의 협의내용을 사업계획에 미리 반영시키는 것 자체가 원천적으로 봉쇄되는바, 이렇게 되면 환경파괴를 미연에 방지하고 쾌적한 환경을 유지·조성하기 위하여 환경영향평가제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없게 되는 결과를 초래할 뿐만 아니라 환경영향평가대상지역 안의 주민들의 직접적이고 개별적인 이익을 근본적으로 침해하게 되므로, 이러한 행정처분의 하자는 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것이고 객관적으로도 명백한 것이라고 하지 않을 수 없어, 이와 같은 행정처분은 당연 무효이다(대판 2006.6.30. 2005두14363).

정답: ⑤

17국회8급 <출제답원> 행정조사

난이도 중 출제가능지수 B

05. 행정조사에 대한 설명으로 옳은 것을 <보기>에서 모두 고르면?

<보기>

- ㄱ. 행정조사가 사인에게 미치는 중요한 사항인 경우에는 설령 비권력적 행정조사라고 하더라도 중요사항유보설에 의하면 법률의 근거를 필요로 한다.
- ㄴ. 행정기관의 장은 법령등에서 규정하고 있는 조사사항을 조사대상자로 하여금 스스로 신고하도록 하는 제도를 운영할 의무가 있다.
- ㄷ. 「행정절차법」은 행정조사절차에 관한 명문의 규정을 두고 있다.
- ㄹ. 판례에 의하면 우편물통관검사절차에서 이루어지는 우편물의 개봉·시료채취성분분석 등의 검사는 행정조사의 성격을 가지므로 압수수색영장 없이 진행되어도 특별한 사정이 없는 한 위법하지 않다.
- ㅁ. 판례에 의하면 세무조사결정은 납세의무자의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 것이 아니라 행정내부의 행위로서 항고소송의 대상이 아니다.

① ㄹ ② ㄱ, ㄴ ③ ㄱ, ㄹ ④ ㄱ, ㄴ, ㄹ ⑤ ㄷ, ㄹ, ㅁ

간단정리

- ✓ 중요사항유보설▷비권력적 행정조사의 경우도 중요한 사항은 법률 근거要
- ✓ 조사사항 자율신고제도▷입의적 제도
- ✓ 행정절차법▷행정조사 명문규정無(처분에 해당할 경우 처분절차규정 적용)
- ✓ 우편물 통관절차에서의 검사는 행정조사▷영장주의 적용無
- ✓ 세무조사결정은 권리·의무에 영향▷행정처분○

㉠ (○) **중요사항유보설(본질사항유보설)**에 의하면 본질적 사항은 국민의 대표기관인 의회에서 제정된 법률에 근거가 있어야 하고 위임하는 경우에도 행정부에게 전적으로 위임할 수는 없다고 한다. 즉 공동체에 매우 중요한 사항 및 국민의 권리·의무에 관한 기본적인 본질적인 사항은 국회 스스로 법률로 정하고, 불가피한 경우에만 법률에 근거를 두고 위임의 요건을 갖추어 행정부에게 위임하여야 한다는 견해이다. 따라서 중요사항유보설에 의하면 비권력적 행정조사의 경우라도 **중요한 사항에 관한 것이라면 법률의 근거를 필요로 한다.**

㉡ (×) 운영할 '의무'가 있는 것은 아니다.

행정조사기본법

제25조(자율신고제도) ① 행정기관의 장은 법령등에서 규정하고 있는 조사사항을 조사대상자로 하여금 스스로 신고하도록 하는 제도를 운영할 수 있다.

㉢ (×) 「행정절차법」은 행정조사에 관한 명문의 규정이 없지만, 국민의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 **권력적 행정조사는 처분성이 인정되어 「행정절차법」상의 처분절차에 관한 규정**이 적용된다.

㉣ (○)

□ 우편물 통관검사절차에서 이루어지는 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 수출입물품에 대한 적정한 통관 등을 목적으로 한 행정조사의 성격을 가지는 것으로서 수사기관의 강제처분이라고 할 수 없으므로, **압수·수색영장 없이** 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등 검사가 진행되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 **위법하다고 볼 수 없다**(대판 2013.9.26. 2013도7718).

㉤ (×)

□ 부과처분을 위한 과세관청의 질문조사권이 행해지는 **세무조사결정이** 있는 경우 납세의무자는 세무공무원의 과세자료 수집을 위한 질문에 **대답하고** 검사를 수인하여야 할 법적 의무를 부담하게 되는 점, 세무조사는 기본적으로 적정하고 공평한 과세의 실현을 위하여 필요한 최소한의 범위 안에서 행하여져야 하고, 더욱이 동일한 세목 및 과세기간에 대한 재조사는 납세자의 영업의 자유 등 권익을 심각하게 침해할 뿐만 아니라 과세관청에 의한 자의적인 세무조사의 위험마저 있으므로 조세공평의 원칙에 현저히 반하는 예외적인 경우를 제외하고는 금지될 필요가 있는 점, 납세의무자로 하여금 개개의 과태료 처분에 대하여 불복하거나 조사 종료 후의 과세처분에 대하여만 다룰 수 있도록 하는 것보다는 그에 앞서 세무조사결정에 대하여 **다툼으로써 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있는 점** 등을 종합하면, 세무조사결정은 **납세의무자의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 공권력의 행사에 따른 행정작용**으로서 **항고소송의 대상이 된다**(대판 2011.3.10. 2009두23617).

정답: ㉢

17국회8급 <출제담당> 행정심판

난이도 중 출제가능지수 A

06. 행정심판에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

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

풀 이

간단정리 행정심판

- ✓ 거부처분 ▷ 의무이행심판 · 취소심판 제기可
- ✓ 심판청구서 ▷ 피청구인 또는 행정심판위원회에 제출
- ✓ 임시처분 ▷ 집행정지로 목적 달성 가능한 경우 不可
- ✓ 재결이 있는 경우 재심판청구금지 ▷ 재결 고유의 위법 있는 경우 행정소송
- ✓ 행정심판법 ▷ 간접강제 신설

① (×) 취소심판은 행정청의 위법 또는 부당한 처분을 취소 또는 변경하는 행정심판을 말하며(행정심판법 제5조 제1호), 처분은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부, 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말한다(행정심판법 제2조 제1호). 따라서 거부처분에 대해서는 **의무이행심판** 뿐만 아니라 **취소심판**의 제기도 가능하다.

② (×)

행정심판법

제23조(심판청구서의 제출) ① 행정심판을 청구하려는 자는 제28조에 따라 심판청구서를 작성하여 피청구인이나 위원회에 제출하여야 한다. 이 경우 피청구인의 수만큼 심판청구서 부분을 함께 제출하여야 한다.

③ (○)

행정심판법

제31조(임시처분) ③ 제1항에 따른 임시처분은 제30조 제2항에 따른 집행정지로 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.

④ (×) 심판청구에 대한 재결이 있으면 그 **재결** 및 같은 처분 또는 부작위에 대하여 다시 **행정심판을 청구할 수 없다**(행정심판법 제51조). 따라서 재결 자체에 고유한 위법이 있는 경우라도 다시 행정심판을 청구할 수 없으나 **재결에 대한 행정소송을 통해 구제받을 수 있다**. 재결취소소송의 경우에는 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한한다(행정소송법 제19조 단서).

⑤ (○) 종래 「행정심판법」에서는 행정청이 재처분의무를 이행하지 않는 경우 「행정소송법」과는 달리 간접강제조항을 두지 않아 배상을 명하는 것이 불가능하였으나, 2017년 4월 행정심판법 개정을 통해 위원회에 의한 **간접강제조항이 신설**되었다. 따라서 2017년 10월 19일부터 시행되는 「행정심판법」에 의하게 되면 해당 지문은 옳은 지문이 된다.

행정심판법

제50조의2(위원회의 간접강제) ① 위원회는 피청구인이 제49조제2항(제49조제4항에서 준

용하는 경우를 포함한다) 또는 제3항에 따른 처분을 하지 아니하면 청구인의 신청에 의하여 결정으로 상당한 기간을 정하고 피청구인이 그 기간 내에 이행하지 아니하는 경우에는 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 하도록 명하거나 즉시 배상을 할 것을 명할 수 있다.

직접처분(제50조)	• 의무이행심판에서 처분명령재결(제49조 제3항)
간접강제(제50조의2)	• 거부처분에 대한 취소재결, 무효·부존재확인재결(제49조 제2항) • 의무이행심판에서 처분명령재결(제49조 제3항) • 취소심판에서 절차하자로 인한 인용재결(제49조 제4항)

정답: ③, ⑤

17국회8급 <출제단원> 행정입법:

난이도 중. 출제가능지수 A:

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

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

풀 이

간단정리 행정입법

- ✓ 상위법령의 개정 ▷ 모순 · 저촉 없는 한 집행명령은 효력유지
- ✓ 행정규칙이 그 자체로서 권리·의무 · 법률관계 규율 ▷ 행정처분
- ✓ 법령의 위임범위 벗어난 행정규칙 ▷ 대외적 구속력 無
- ✓ 위임받은 사항 대강을 정하고 특정범위 하위법령에 위임 可
- ✓ 추상적인 법령의 제정 여부 ▷ 부작위위법확인소송의 대상 ×

① (○)

□ 상위법령이 개정됨에 그친 경우에는 개정법령과 성질상 모순, 저촉되지 아니하고 개정된 상위법령의 시행에 필요한 사항을 규정하고 있는 이상 그 집행명령은 상위법령의 개정에도 불구하고 당연히 실효되지 아니하고 개정법령의 시행을 위한 집행명령이 제정, 발효될 때까지는 여전히 그 효력을 유지한다(대판 1989.9.12. 88누6962).

② (○)

□ 어떠한 고시가 일반적·추상적 성격을 가질 때에는 법규명령 또는 행정규칙에 해당할 것이지만, 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법률관계

를 규율하는 성격을 가질 때에는 행정처분에 해당한다(대판 2006.9.22. 2005두2506).

③ (○)

■ 행정규칙이나 규정이 상위법령의 위임범위를 벗어난 경우에는 법규명령으로서 대외적 구속력을 인정할 여지는 없다. 이는 행정규칙이나 규정 '내용'이 위임범위를 벗어난 경우뿐 아니라 상위법령의 위임규정에서 특정하여 정한 권한행사의 '절차'나 '방식'에 위배되는 경우도 마찬가지이므로, 상위법령에서 세부사항 등을 시행규칙으로 정하도록 위임하였음에도 이를 고시 등 행정규칙으로 정하였다면 그 역시 대외적 구속력을 가지는 법규명령으로서 효력이 인정될 수 없다(대판 2012.7.5. 2010다72076).

④ (○)

■ 법령이 위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그 중의 특정사항을 범위를 정하여 다시 하위법령에 위임하는 것은 헌법에 위반되지 않는다(헌재 2007.8.30. 2003헌바51).

⑤ (×)

■ 행정소송은 구체적 사건에 대한 법률상 분쟁을 법에 의하여 해결함으로써 법적 안정을 기하자는 것이므로 부작위위법확인소송의 대상이 될 수 있는 것은 구체적 권리의무에 관한 분쟁이어야 하고 추상적인 법령에 관하여 제정의 여부 등은 그 자체로서 국민의 구체적인 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 것이 아니어서 그 소송의 대상이 될 수 없다(대판 1992.5.8. 91누11261).

정답: ⑤

17국회8급 <출제단원> 국가배상

난이도 상 출제가능지수 8

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

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

풀이

간단정리 국가배상

- ✓ 국가배상청구소송 ▷ 민사소송으로 처리
- ✓ 처분에 대한 취소판결 없이도 배상청구可
- ✓ 소송절차 다르므로 국가배상청구소송에 취소소송 병합不可
- ✓ 형식적 비용부담자와 실질적 비용부담자가 다른 경우 ▷ 선택적 배상청구可
- ✓ 취소소송과 국가배상청구소송은 요건 다름 ▷ 결론 달라질 수 있음

① (×) 판례는 **사법설**에 의해 국가배상청구소송을 **민사소송**으로 처리하고 있다.

■ 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민이 국가 또는 공공단체에 배상을 청구하는 경우 국가 또는 공공단체에 대하여 그의 불법행위를 이유로 손해배상을 구함은 국가배상법이 정한 바에 따른다 하여도 이 역시 민사상의 손해배상책임을 특별법인 국가배상법이 정한 데 불과하다(대판 1972.10.10. 69다701).

② (×)

■ 미리 그 행정처분의 취소판결이 있어야만 그 행정처분의 위법임을 이유로 피고에게 배상을 청구할 수 있는 것은 아니다(대판 1972.04.28. 72다337).

③ (×) 취소소송에는 사실심의 변론종결시까지 관련청구소송을 병합하거나 피고외의 자를 상대로 한 관련청구소송을 취소소송이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 있다(행정소송법 제10조 제2항). 여기의 관련청구소송에는 당해 처분등과 관련되는 손해배상청구소송이 포함되므로(행정소송법 제10조 제1항 제1호) 병합의 요건을 갖춘 경우에는 국가배상청구를 취소소송이 계속된 법원에 병합할 수 있다. 그러나 「민사소송법」 제253조에서는 같은 종류의 소송절차에 따르는 경우에만 병합을 인정함으로써 **민사소송인 국가배상청구와 행정소송인 취소소송**을 민사소송에 병합할 수는 없기 때문에 취소소송을 국가배상청구소송에 병합할 수는 없다.

④ (×) 사무귀속주체(실질적 비용부담자)와 대외적·형식적 비용부담자가 동일하지 않을 때 피해자는 선택적으로 배상을 청구할 수 있다. 이는 피해자가 피고를 잘못 지정함으로써 불이익을 받는 일이 없도록 하기 위한 것이다. 따라서 **甲은 국가(실질적 비용부담자) 또는 A시(대외적 비용부담자)**에 대하여 선택적으로 배상청구가 가능하다.

⑤ (○) 취소소송과 국가배상청구소송은 **각각 요건을 달리하므로** 결론이 달라질 수 있다. 가령, 「국가배상법」은 그 요건으로 고의 또는 과실을 요구하고 있는바 공무원의 고의나 과실이 인정되지 않는다면 설사 처분이 취소소송에 의해 취소되었다고 하더라도 국가배상은 인정되지 않을 수 있다.

■ 어떠한 행정처분이 후에 항고소송에서 취소되었다고 할지라도 그 기판력에 의하여 당해 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수 없다(대판 1999.9.17. 96다53413).

정답: ⑤

17국회8급 <출제단원> 정보공개법

난이도 중 출제가능지수 3

09. 공공기관의 정보공개에 관한 법률(이하 ‘정보공개법’이라 함)에 대한 판례의 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 정보공개청구를 거부하는 처분이 있는 후 대상정보가 폐기되었다든가하여 공공기관이 그 정보를 보유관리하지 아니하게 된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 정보공개거부처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다.
- ② 「공직자윤리법」상의 등록의무자가 구 「공직자윤리법시행규칙」 제12조에 따라 제출한 ‘자신의 재산등록사항의 고지를 거부한 직계존비속의 본인과 관계, 성명, 고지거부사유 서명’이 기재되어있는 문서는 정보공개법상의 비공개대상정보에 해당한다.
- ③ 정보공개를 구하는 정보를 공공기관이 한때 보유관리 하였으나 후에 그 정보가 담긴 문서들이 폐기되어 존재하지 않게 된 것이라면 그 정보를 더 이상 보유관리 하고 있지 아니하다는 점에 대한 증명책임은 공공기관에 있다.

- ④ 정보공개법 제13조 제2항에서 규정한 정보의 사본 또는 복제물의 교부를 제한할 수 있는 사유에 해당하지 아니하는 한 정보공개청구자가 선택한 공개방법에 따라 공개하여야하므로 공공기관은 정보공개방법을 선택할 재량권이 없다.
- ⑤ 공공기관은 정보공개청구를 거부할 경우에도 대상이 된 정보의 내용을 구체적으로 확인·검토하여 어느 부분이 어떠한 법익 또는 기본권과 충돌되어 정보공개법 제9조 제1항 몇 호에서 정하고 있는 비공개사유에 해당하는지를 주장·입증하여야하며 그에 이르지 아니한 채 개괄적인 사유만 들어 공개를 거부하는 것은 허용되지 아니한다.

풀 이

간단정리 정보공개법

- ✓ 공공기관이 정보를 폐기or보유·관리 않게 된 경우▷법률상 이익無
- ✓ 등록의무자가 제출한 고지를 거부한 직계존비속관련서류▷비공개대상정보 x
- ✓ 정보를 보유·관리하고 있지 않다는 점▷공공기관이 증명책임부담
- ✓ 청구자가 선택한 공개방법에 따라야▷공공기관에게 공개방법 선택재량권無
- ✓ 공공기관이 비공개하는 경우 비공개사유 주장입증해야▷개괄적인 사유만으로 비공개 不可

① (○)

■ 정보공개를 거부하는 처분이 있는 후, 대상 정보가 폐기되어 공공기관이 그 정보를 보유·관리하지 않게 된 경우에는 정보공개거부처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다(대판 2010.12.23. 2008두13101, 2010두18918).

② (×)

■ 공직자윤리법상의 등록의무자가 제출한 '자신의 재산등록사항의 고지를 거부한 직계존비속의 본인과 관계, 성명, 고지거부사유, 서명(날인)'이 기재되어 있는 구 공직자윤리법 시행규칙 제12조 관련인 문서는 구 공직자윤리법에 의한 등록사항이 아니므로, 같은 법 제10조 제3항 및 제14조의 각 규정에 의하여 열람복사가 금지되거나 누설이 금지된 정보가 아니고, 나아가 구 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제7조 제1항 제1호에 정한 법령비정보(비공개대상정보)에도 해당하지 않는다(대판 2007.12.13. 2005두13117).

③ (○)

■ 정보공개제도는 공공기관이 보유·관리하는 정보를 그 상태대로 공개하는 제도로서 공개를 구하는 정보를 공공기관이 보유·관리하고 있을 상당한 개연성이 있다는 점에 대하여 원칙적으로 공개청구자에게 증명책임이 있다고 할 것이지만, 공개를 구하는 정보를 공공기관이 한 때 보유·관리하였으나 후에 그 정보가 담긴 문서등이 폐기되어 존재하지 않게 된 것이라면 그 정보를 더 이상 보유·관리하고 있지 아니하다는 점에 대한 증명책임은 공공기관에게 있다(대판 2004.12.9. 2003두12707).

④ (○)

■ 정보공개를 청구하는 자가 공공기관에 대해 정보의 사본 또는 출력물의 교부의 방법으로 공개방법을 선택하여 정보공개청구를 한 경우에 공개청구를 받은 공공기관으로서는 같은 법 제8조 제2항에서 규정한 정보의 사본 또는 복제물의 교부를 제한할 수 있는 사유에 해당하지 않는 한 정보공개청구자가 선택한 공개방법에 따라 정보를 공개하여야 하므로 그 공개방법을 선택할 재량권이 없다(대판 2003.12.12, 2003두8050, 2003두8302).

⑤ (○)

■ 국민으로부터 보유·관리하는 정보에 대한 공개를 요구받은 공공기관으로서 같은 법 제 7조 제1항 각 호에서 정하고 있는 비공개사유에 해당하지 않는 한 이를 공개하여야 할 것이고, 만일 이를 거부하는 경우라 할지라도 대상이 된 정보의 내용을 구체적으로 확인·검토하여 어느 부분이 어떠한 법익 또는 기본권과 충돌되어 같은 법 제7조 제1항 몇 호에서 정하고 있는 비공개사유에 해당하는지를 주장·입증하여야만 할 것이며, 그에 이르지 아니한 채 개괄적인 사유만을 들어 공개를 거부하는 것은 허용되지 아니한다(대판 2003.12.11. 2001두 8827).

정답: ②

17국회8급 <출제담당> 대상적격

난이도 중 출제가능지수 A

10. 항고소송의 대상이 되는 처분에 대한 설명으로 옳은 것을 <보기>에서 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

<보기>

- ㄱ. 조례가 집행행위의 개입이 없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생하는 경우 그 조례는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.
- ㄴ. 공정거래위원회의표준약관 사용권장행위는 비록 그 통지를 받은 해당 사업자등에게 표준약관을 사용할 경우 표준약관과 다르게 정한 주요내용을 고객이 알기 쉽게 표시하여야 할 의무를 부과하고 그 불이행에 대해서는 과태료에 처하도록 되어있으나, 이는 어디까지나 구속력이 없는 행정지도에 불과하므로 행정처분에 해당되지 아니한다.
- ㄷ. 국가인권위원회의 각하 및 기각결정은 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하지 아니하므로 헌법소원의 보충성요건을 충족하여 헌법소원의 대상이 된다.
- ㄹ. 지방계약직공무원의 보수삭감행위는 대등한 당사자간의 계약관계와 관련된 것이므로 처분성은 인정되지 아니하며 공법상 당사자소송의 대상이 된다.
- ㅁ. 3월의 영업정지 처분을 2월의 영업정지처분에 갈음하는 과징금 부과처분으로 변경하는 재결의 경우 취소소송의 대상이 되는 것은 변경된 내용의 당초 처분이지 변경처분은 아니다.

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

풀이

간단정리 대상적격

- ✓ 집행행위 개입 없이 직접 법률상 효과를 발생시키는 조례▷행정처분
- ✓ 공정거래위원회의 표준약관 사용권장행위▷행정처분
- ✓ 국가인권위원회의 진정 각하·기각결정▷행정처분
- ✓ 지방계약직공무원의 보수삭감▷행정처분
- ✓ 유리하게 변경된 제재처분의 취소소송대상▷유리하게 변경된 당초처분

㉠ (○)

■ 조례가 집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법적 이익

에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생하는 경우 그 조례는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 1996.9.20. 95누8003).

㉠ (×)

■ 공정거래위원회의 '표준약관 사용권장행위'는 그 통지를 받은 해당 사업자 등에게 표준약관과 다른 약관을 사용할 경우 표준약관과 다르게 정한 주요내용을 고객이 알기 쉽게 표시하여야 할 의무를 부과하고, 그 불이행에 대해서는 과태료에 처하도록 되어 있으므로, 이는 사업자 등의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 행정처분으로서 항고소송의 대상이 된다(대판 2010.10.14. 2008두23184).

㉡ (×)

■ 진정에 대한 국가인권위원회의 각하 및 기각결정은 피해자인 진정인의 권리행사에 중대한 지장을 초래하는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하므로, 그에 대한 다툼은 우선 행정심판이나 행정소송에 의하여야 할 것이다. 따라서 이 사건 심판청구는 행정심판이나 행정소송 등의 사전 구제절차를 모두 거친 후 청구된 것이 아니므로 보충성 요건을 충족하지 못하였다(2015.3.26. 2013헌마214).

㉢ (×)

■ 보수의 삭감은 이를 당하는 당해 공무원의 입장에서는 징계처분의 일종인 감봉과 다를 바 없다 할 것임에도 ... 지방계약직공무원에 대하여 지방공무원법, 지방공무원징계및소청규정에 정한 징계절차에 의하지 않고서는 보수를 삭감할 수 없다고 봄이 상당하다(대판 2008.06.12. 2006두16328).

㉣ (○)

■ 행정청이 식품위생법령에 따라 영업자에게 행정제재처분을 한 후 그 처분을 영업자에게 유리하게 변경하는 처분을 한 경우, 변경처분에 의하여 당초 처분은 소멸하는 것이 아니고 당초부터 유리하게 변경된 내용의 처분으로 존재하는 것이므로, 변경처분에 의하여 유리하게 변경된 내용의 행정제재가 위법하다 하여 그 취소를 구하는 경우 그 취소소송의 대상은 변경된 당초 처분이지 변경처분은 아니고, 제소기간의 준수 여부도 변경처분이 아닌 변경된 내용의 당초 처분을 기준으로 판단하여야 한다(대판 2007.04.27. 2004두9302).

정답: ㉠

17국회8급 <출제단원> 공법과 사법의 구별

단년도 중 출제가능지수

11. 공법과 사법의 구별에 대한 설명으로 옳지 않은 것을 <보기>에서 모두 고르면?
(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 공법과 사법의 구별기준에 대한 신주체설은 국가나 지방자치단체등의 행정주체가 관련되는 법률관계를 공법관계로 보고 사인간의 법률관계는 사법관계로 본다.
- ㄴ. 대법원은 국가나 지방자치단체가 당사자가 되는 공공계약(조달계약)은 상대방과 대등한 관계에서 체결하는 공법상의 계약으로 본다.
- ㄷ. 대법원은 행정재산의 목적외사용에 해당하는 사인에 대한 행정재산의 사용수익허가를 강학상 특허로 보고 있다.

- ㄹ. 대법원은 석탄가격안정지원금 지급청구권은 석탄산업법령에 의하여 정책적으로 당연히 부여되는 공법상 권리이므로 지원금의 지급을 구하는 소송은 공법상 당사자소송의 대상이 된다고 본다.
- ㅁ. 대법원은 지방자치단체가 공공조달계약 입찰을 일정기간동안 제한하는 부정당업자제재는 사법상의 통지행위에 불과하다고 본다.

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

풀이

간단정리 공법과 사법의 구별

- ✓ 신주체설 ▷ 행정주체에게만 권리·의무 종속시키는 것이 공법관계
- ✓ 지방자치단체의 공공계약 ▷ 사법상 계약
- ✓ 행정재산 사용·수익허가 ▷ 행정처분(특허)
- ✓ 석탄가격안정지원금 지급청구 ▷ 공법상 권리로 당사자소송 대상
- ✓ 지자체의 부정당업자에 대한 입찰참가제한 ▷ 행정처분

㉠ (X) **신주체설(귀속설)**은 공권력 주체로서의 행정주체에게만 배타적으로 권리·의무를 종속시키는 경우에는 공법관계, 모든 권리주체에게 권리·의무를 귀속시키는 것을 사법관계라고 하는 견해이다. 지문은 **구주체설**에 대한 설명에 해당한다.

이익설	법이 규율하는 목적에 기준을 두어 전적으로 또는 우선적으로 공익에 봉사하는 법을 공법이라 하고 사익에 봉사하는 법을 사법이라 한다. 그러나 공익과 사익의 구별기준이 모호하고 상당수의 공법규정들이 공익뿐만 아니라 사익보호를 목적으로 하고 있으며, 사법규정 중에서도 공익보호를 목적으로 하는 규정이 있을 수 있다는 비판을 받고 있다.
종속설 (복종설, 성질설)	법률관계의 당사자들의 관계가 상하관계(지배복종관계)인가 대등관계인가에 따라 공·사법을 구별하는데 <u>상하관계에 적용되는 법을 공법이라 하고 대등관계에 적용되는 법을 사법이라고 한다.</u> 그러나 사법관계에서도 친자관계나 사용자관계 같은 복종관계가 있고 공법관계에도 공법상의 계약과 같이 대등관계가 있다는 비판을 받고 있다.
구주체설	법률관계의 주체를 기준으로 하여 적어도 한 당사자가 국가 또는 기타의 행정주체로 되어 있는 법률관계를 규율하는 법이 공법이고 <u>사인 상호간의 법률관계를 규율하는 법이 사법이라고 한다.</u> 그러나 행정주체도 사인의 지위(국고적 지위)에서 활동할 때에는 사법의 적용을 받으며 사인도 공권을 부여받으면 행정주체의 지위에서 활동할 수 있다는 비판을 받는다.
귀속설 (신주체설)	공권력 주체로서의 행정주체에게만 배타적으로 권리·의무를 종속시키는 경우에는 공법관계, 모든 권리주체에게 권리·의무를 귀속시키는 것을 사법관계라고 하는 견해로서 <u>볼프(Wolff)</u> 에 의해 주장되었다. 그러나 귀속설 역시 국가의 행정작용이 법집행작용이 아닌 사실행위인 경우 공·사법의 구별에 어려움이 있다.
생활관계설	<u>국민으로서의 생활관계와 사인으로서의 생활관계로 나누어 전자를 규율하는 것을 공법, 후자를 규율하는 것을 사법이라 한다.</u> 그러나 그 구별기준이 불명확하고 국민과 사인의 구별을 위하여 다시 논의가 필요하여 논리의 순환에 빠지게 된다는 비판을 받고 있다.

㉡ (X)

- ㄱ. 지방재정법에 의하여 준용되는 국가계약법(국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률)에 따라 지방자치단체가 당사자가 되는 이른바 공공계약은 사경제의 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상의 계약으로서 그 본질적인 내용은 사인 간의 계약과 다를 바가 없으므로, 그에 관한 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 사적자치와 계약자유의 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용된다 할 것이다(대판 2001.12.11. 2001다33604).

㉢ (O)

- ㄱ. 공유재산의 관리청이 행정재산의 사용·수익에 대한 허가는 순전히 사경제주체로서 행하는

사법상의 행위가 아니라 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는 행정처분으로서 특정인에게 행정재산을 사용할 수 있는 권리를 설정하여 주는 강학상 특허에 해당한다(대판 1998.2.27. 97누1105).

㉞ (○)

■ 석탄가격안정지원금은 석탄의 수요 감소와 열악한 사업환경 등으로 점차 경영이 어려워지고 있는 석탄광업의 안정 및 육성을 위하여 국가정책적 차원에서 지급하는 지원비의 성격을 갖는 것이고, 석탄광업자가 석탄산업합리화사업단에 대하여 가지는 이와 같은 지원금지급 청구권은 석탄사업법령에 의하여 정책적으로 당연히 부여되는 공법상의 권리이므로, 석탄광업자가 석탄산업합리화사업단을 상대로 석탄산업법령 및 석탄가격안정지원금 지급요령에 의하여 지원금의 지급을 구하는 소송은 공법상의 법률관계에 관한 소송인 공법상의 당사자소송에 해당한다(대판 1997.5.30. 95다28960).

㉞ (×) 대법원은 국가나 지자체의 **부정당업자에 대한 입찰 참가 제한**에 대하여 처분에 해당한다는 점을 전제로 판단하고 있다(대판 2012.2.23. 2011두16117, 대판 2017.4.7. 2015두50313). **한국전력공사**의 입찰 참가 제한은 행정청의 행위가 아니므로 처분이 아니라는 것과 비교를 요한다.

정답: ㉜

17국회8급 <출제단원> 공법상 법률관계

난이도 중 출제가능지수 B

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

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

풀이

간단정리 공법상 법률관계

- ✓ 소권 ▷ 당사자의 합의로 포기不可
- ✓ 공무원연금수급권 ▷ 법률에 의한 형성要
- ✓ 환경영향평가대상지역밖 주민 ▷ 헌법상 환경권규정만으로 원고적격 인정不可
- ✓ 변상금 징수권과 부당이득반환청구권 양립可

✓ 보조사업자가 반환해야 할 보조금 미반환시 > 강제징수可/민사소송不可

① (×)

□ 지방자치단체장이 도매시장법인의 대표이사에 대하여 위 지방자치단체장이 개설한 농수산물도매시장의 도매시장법인으로 다시 지정함에 있어서 그 지정조건으로 '지정기간 중이라도 개설자가 농수산물 유통정책의 방침에 따라 도매시장법인 이전 및 지정취소 또는 폐쇄 지시에도 일체 소송이나 손실보상을 청구할 수 없다.'라는 부관을 붙였으나, 그 중 부제소특약에 관한 부분은 당사자가 임의로 처분할 수 없는 공법상의 권리관계를 대상으로 하여 사인의 국가에 대한 공권인 소권을 당사자의 합의로 포기하는 것으로서 허용될 수 없다(대판 1998.8.21. 98두8919).

② (○)

□ 공무원연금수급권과 같은 사회보장수급권은 사회적 기본권의 하나로서 국가에 대하여 적극적으로 급부를 요구하는 것이므로 헌법규정만으로는 이를 실현할 수 없고 법률에 의한 형성을 필요로 하며, 그 구체적 내용, 즉 수급요건, 수급권자의 범위, 급여금액 등은 법률에 의하여 비로소 확정된다(헌재 2012.5.31. 2009헌마553).

③ (×)

□ 헌법 제35조 제1항에서 정하고 있는 환경권에 관한 규정만으로는 그 권리의 주체·대상·내용·행사방법 등이 구체적으로 정립되어 있다고 볼 수 없고, 환경정책기본법 제6조도 그 규정 내용 등에 비추어 국민에게 구체적인 권리를 부여한 것으로 볼 수 없다는 이유로, 환경영향평가 대상지역 밖에 거주하는 주민에게 헌법상의 환경권 또는 환경정책기본법에 근거하여 공유수면매립면허처분과 농지개량사업 시행인가처분의 무효확인을 구할 원고적격이 없다(대판 2006.3.16. 2006두330(전합)).

④ (×)

□ 국유재산의 무단점유자에 대한 변상금 부과는 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는 행정처분이고, 그 부과처분에 의한 변상금 징수권은 공법상의 권리인 반면, 민사상 부당이득반환청구권은 국유재산의 소유자로서 가지는 사법상의 채권이다 ..중략.. 변상금 부과·징수권은 민사상 부당이득반환청구권과 법적 성질을 달리하므로, 국가는 무단점유자를 상대로 변상금 부과·징수권의 행사와 별도로 국유재산의 소유자로서 민사상 부당이득반환청구의 소를 제기할 수 있다(대판 2014.7.16. 2011다76402(전합)).

⑤ (×)

□ 「보조금의 예산 및 관리에 관한 법률」은 제33조 제1항에서 반환하여야 할 보조금에 대하여는 국세징수의 예에 따라 이를 징수할 수 있도록 규정하고 있으므로, 중앙관서의 장으로서는 반환하여야 할 보조금을 국세채납처분의 예에 의하여 강제징수할 수 있고, 위와 같은 중앙관서의 장이 가지는 반환하여야 할 보조금에 대한 징수권은 공법상 권리로서 사법상 채권과는 성질을 달리하므로, 중앙관서의 장으로서는 보조금을 반환하여야 할 자에 대하여 민사소송의 방법으로는 반환청구를 할 수 없다고 보아야 한다(대판 2012.3.15. 2011다17328).

정답: ②

17국회8급 <출제단원> 행정행위의 부관

난이도 상 출제가능지수 A

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

<모기>

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

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

풀 이

간단정리 행정행위의 부관

- ✓ 주택건설사업계획승인은 재량행위▷법령상 근거 없이도 부관 부가可
- ✓ 부관 중 부담▷그 자체로서 행정소송의 대상○
- ✓ 부관은 법률행위의 동기·연유▷법률행위의 취소사유일 뿐 무효사유×
- ✓ 부담에 불가쟁력 발생▷부담의 이행인 법률행위 유효여부 별도로 판단
- ✓ 행정처분과 부관사이 실질적 관련성無▷사법상 계약 형식으로도 의무부과 不可

① (○)

□ 주택건설촉진법 제33조에 의한 주택건설사업계획의 승인은 상대방에게 권리나 이익을 부여하는 효과를 수반하는 이른바 수익적 행정처분으로서 법령에 행정처분의 요건에 관하여 일의적으로 규정되어 있지 아니한 이상 행정청의 재량행위에 속한다 할 것이고, 재량행위에 있어서는 법령상의 근거가 없다고 하더라도 부관을 붙일 수 있다(대판 1997.3.14. 96누 16698).

② (○)

□ 행정행위의 부관은 행정행위의 일반적인 효력이나 효과를 제한하기 위하여 의사표시의 주된 내용에 부가되는 종된 의사표시이지 그 자체로서 직접 법적 효과를 발생하는 독립된 처분이 아니므로 현행 행정쟁송제도 아래서는 부관 그 자체만을 독립된 쟁송의 대상으로 할 수 없는 것이 원칙이나 행정행위의 부관 중에서도 행정행위에 부수하여 그 행정행위의 상대방에게 일정한 의무를 부과하는 행정청의 의사표시인 부담의 경우에는 다른 부관과는 달리 행정행위의 불가분적인 요소가 아니고 그 존속이 본체인 행정행위의 존재를 전제로 하는 것일 뿐이므로 부담 그 자체로서 행정쟁송의 대상이 될 수 있다(대판 1992.1.21. 91누1264).

③ (○)

□ 행정처분에 부담인 부관을 붙인 경우 부관의 무효화에 의하여 본체인 행정처분 자체의 효력에도 영향이 있게 될 수는 있지만, 그 처분을 받은 사람이 부담의 이행으로 사법상 매매 등의 법률행위를 한 경우에는 그 부관은 특별한 사정이 없는 한 법률행위를 하게 된 동기

내지 연유로 작용하였을 뿐이므로 이는 법률행위의 취소사유가 될 수 있음은 별론으로 하고 그 법률행위 자체를 당연히 무효화하는 것은 아니다(대판 2009.02.12. 2005다65500, 2006다18174 등).

④ (×)

■ 행정처분에 붙은 부담인 부관이 제소기간의 도과로 확정되어 이미 불가쟁력이 생겼다면 그 하자가 중대하고 명백하여 당연히 무효로 보아야 할 경우 외에는 누구나 그 효력을 부인할 수 없을 것이지만, 부담의 이행으로서 하게 된 사법상 매매 등의 법률행위는 부담을 붙인 행정처분과는 어디까지나 별개의 법률행위이므로 그 부담의 불가쟁력의 문제와는 별도로 법률행위가 사회질서 위반이나 강행규정에 위반되는지 여부 등을 따져보아 그 법률행위의 유효 여부를 판단하여야 한다(대판 2009.02.12. 2005다65500).

⑤ (○)

■ 행정처분과 부관 사이에 실제적 관련성이 있다고 볼 수 없는 경우 공무원이 공법상의 제한을 회피할 목적으로 행정처분의 상대방과 사이에 사법상 계약을 체결하는 형식을 취하였다면 이는 법치행정의 원리에 반하는 것으로서 위법하다고 보지 않을 수 없다(대판 2010.1.28. 2007도9331, 2007다63966).

정답: ④

17국회8급 <출제단원> 행정행위의 취소

난이도 중 출제가능지수 A

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

<보기>

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

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

풀 이

간단정리 행정행위의 취소

- ✓ 건축허가 받을 당시의 하자▷직권취소 사유
- ✓ 당사자의 은폐·사위에 의한 신청행위에 기인한 하자▷신뢰이익 원용不可
- ✓ 행정의 법률적합성원칙▷위법한 행정행위 명문규정 없이도 취소可
- ✓ 신뢰보호원칙에서 귀책사유의 판단▷관계자 모두를 기준으로 판단
- ✓ 신청인측의 규제를 회피하려는 시도로 건축허가취소▷적법

① (○) 甲이 건축허가를 받을 당시 녹지지역의 용적률 제한을 충족하지 못하는 하자가 존재하였으므로 A의 건축허가취소는 직권취소에 해당한다.

□ 행정행위의 취소는 일단 유효하게 성립한 행정행위를 그 행위에 위법 또는 부당한 하자가 있음을 이유로 소급하여 그 효력을 소멸시키는 별도의 행정처분이고, 행정행위의 철회는 적법요건을 구비하여 완전히 효력을 발하고 있는 행정행위를 사후적으로 그 행위의 효력의 전부 또는 일부를 장래에 향해 소멸시키는 행정처분이므로, 행정행위의 취소사유는 행정행위의 성립 당시에 존재하였던 하자를 말하고, 철회사유는 행정행위가 성립된 이후에 새로이 발생한 것으로서 행정행위의 효력을 존속시킬 수 없는 사유를 말한다(대판 2003.5.30. 2003다6422).

② (○)

□ 수익적 행정처분의 하자가 당사자의 사실은폐나 기타 사위의 방법에 의한 신청행위에 기인한 것이라면, 당사자는 처분에 의한 이익을 위법하게 취득하였음을 알아 취소가능성도 예상하고 있었을 것이므로, 그 자신이 처분에 관한 신뢰이익을 원용할 수 없다(대판 2013.2.15. 2011두1870, 2008두8628).

③ (○) 행정의 법률적합성 원칙에 따라 처분청은 위법한 행정행위에 대해 명문의 근거가 없이도 직권취소를 할 수 있다.

□ 행정처분을 한 처분청은 그 처분에 하자가 있는 경우에는 원칙적으로 별도의 법적 근거가 없더라도 스스로 이를 직권으로 취소할 수 있다(대판 2006.6.30. 2004두701).

④ (○)

□ 행정청의 견해표명이 정당하다고 신뢰한 데에 대하여 그 개인에게 귀책사유가 없을 것도 신뢰보호의 원칙이 적용되기 위한 요건 중의 하나인데, 그 귀책사유의 유무는 상대방과 그로부터 신청행위를 위임받은 수임인 등 관계자 모두를 기준으로 판단하여야 한다. 개인의 귀책사유라 함은 행정청의 견해표명의 하자가 상대방 등 관계자의 사실은폐나 기타 사위의 방법에 의한 신청행위 등 부정행위에 기인한 것이거나 그러한 부정행위가 없더라도 하자가 있음을 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 경우 등을 의미한다(대판 2008.1.17. 2006두10931).

⑤ (×)

□ 허가권자가 신청내용에 구애받지 아니하고 조사 및 검토를 거쳐 관련 법령에 정한 기준에 따라 허가조건의 충족 여부를 제대로 따져 허가 여부를 결정하여야 하는 것은 맞지만, 그렇다고 신청인 측에서 의도적으로 법령에 정한 각종 규제를 탈법적인 방법으로 회피하려고 하는 것을 정당화할 수는 없다(대판 2014.11.27. 2013두16111).

정답: ⑤

17국회8급 <출제단원> 판결의 효력

난이도 상 출제가능지수 A

15. 취소소송의 판결 효력에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판

례에 의함)

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

풀 이

간단정리 판결의 효력

- ✓ 과징금납부명령은 재량행위▷법원은 일부취소不可
- ✓ 사정판결▷주장 없는 경우도 직권으로 사정판결可
- ✓ 취소판결 후 위법사유 보완하여 새로운 과세처분可▷기판력 저촉 x
- ✓ 취소판결과 동일한 이유로 다시 징계처분▷기판력 저촉
- ✓ 취소판결 후 사실심 변론종결 전 사유로 다시 거부처분▷당연무효의 행정처분

① (×)

□ 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 없다(대판 2009.06.23. 2007두18062).

② (○)

□ 행정소송에 있어서 법원이 행정소송법 제28조 소정의 사정판결을 할 필요가 있다고 인정하는 때에는 당사자의 명백한 주장이 없는 경우에도 일건 기록에 나타난 사실을 기초로 하여 직권으로 사정판결을 할 수 있다고 풀이함이 상당하다 할 것이다(대판 1992.02.14. 90누9032, 2005두2506).

③ (○)

□ 과세의 절차 내지 형식에 위법이 있어 과세처분을 취소하는 판결이 확정되었을 때는 그 확정판결의 기판력은 거기에 적시된 절차 내지 형식의 위법사유에 한하여 미치는 것이므로 과세관청은 그 위법사유를 보완하여 다시 새로운 과세처분을 할 수 있고, 그 새로운 과세처분은 확정판결에 의하여 취소된 종전의 과세처분과는 별개의 처분이라 할 것이어서 확정판

결의 기판력에 저촉되는 것이 아니다(대판 1987.2.10. 86누91, 대판 1986. 11. 11, 85누231).

④ (○)

□ 징계처분의 취소를 구하는 소에서 징계사유가 될 수 없다고 판결한 사유와 동일한 사유를 내세워 행정청이 다시 징계처분을 한 것은 확정판결에 저촉되는 행정처분을 한 것으로서, 위 취소판결의 기속력이나 확정판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다(대판 1992.7.14. 92누2912).

⑤ (○)

□ 행정소송법 제30조 제1항, 제2항의 규정에 의하면 행정처분을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청을 기속하고 판결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하도록 되어 있으므로, 확정판결의 당사자인 처분행정청이 그 행정소송의 사실심 변론종결 이전의 사유를 내세워 다시 확정판결과 저촉되는 행정처분을 하는 것은 허용되지 않는 것으로서 이러한 행정처분은 그 하자가 중대하고도 명백한 것이어서 당연무효라 할 것이다(대판 1990.12.11. 90누3560).

정답: ①

17국회8급 <출제단원> 지방자치법

난이도 중 출제가능지수 A

16. 지방자치에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「공유수면관리 및 매립에 관한 법률」에 따른 매립지의 지방자치단체 귀속과 관련된 분쟁이 있는 경우 지방자치단체 중앙분쟁조정위원회의 심의·의결에 따라 행정자치부장관이 그 귀속 여부를 정하고 이에 대하여서 관계 지방자치단체의 장이 이의가 있을 때에는 헌법재판소에 제소할 수 있다.
- ② 「지방자치법」상 주민소송의 대상으로서 ‘공금의 지출에 관한 사항’이란 지출원인행위 즉 지방자치단체의 지출원인이 되는 계약 그 밖의 행위로서 당해 행위에 의하여 지방자치단체가 지출의무를 부담하는 예산집행의 최초행위와 그에 따른 지급명령 및 지출뿐만 아니라 이러한 지출원인행위를 수반하게 되는 당해 지방자치단체의 장 및 직원 지방의회의원의 결정과 같은 행위도 원칙적으로 포함된다.
- ③ 주민소송의 원고는 주민이 되며 주민소송은 감사청구를 반드시 거칠 필요가 없다.
- ④ 지방자치단체의 장이 조례안으로써 제안한 행정기구를 지방의회의원이 그 종류 및 업무가 다른 행정기구로 전환하는 수정안을 발의하여 지방의회가 의결 및 재의결하는 것은 지방자치단체의 장의 고유권한에 속하는 사항의 행사에 관하여 사전에 적극적으로 개입하는 것으로서 허용되지 아니한다.
- ⑤ 지방자치단체는 원칙적으로 그 고유사무인 자치사무와 법령에 의하여 위임된 단체위임사무에 관하여서만 자치조례를 제정할 수 있으며 개별법령의 위임이 있다고 하더라도 그러한 사무에 속하지 아니하는 기관위임사무에 대하여는 조례를 제정할 수 없다.

간단정리 지방자치법

- ✓ 행정안전부장관의 매립지 지자체 귀속여부 결정▷15일내 대법원에 소제기可
- ✓ 공금의 지출에 관한 사항▷예산집행 최초행위와 그에 따른 지급명령·지출에 한정
- ✓ 주민소송▷감사청구 전치주의
- ✓ 행정기구에 관한 지자체장의 조례안 제안에 대해 수정안발의의결▷사전적·적극적개입으로 불허
- ✓ 기관위임사무▷개별법령에서 위임하는 경우 위임조례 제정可

① (×) 헌법재판소가 아닌 **대법원에 소송을 제기**할 수 있다. 「지방자치법」 제4조에 의하면 「공유수면 관리 및 매립에 관한 법률」에 따른 매립지의 지방자치단체 귀속과 관련된 분쟁이 있는 경우 지방자치단체중앙분쟁조정위원회의 심의·의결에 따라 행정자치부장관이 그 귀속여부를 정하고, 관계 지방자치단체의 장은 행정자치부장관의 결정에 이의가 있으면 그 결과를 통보받은 날부터 15일 이내에 대법원에 소송을 제기할 수 있다. 참고로 「정부조직법」의 개정 에 따라 **행정자치부가 행정안전부로 변경**되었다. 따라서 현행법에 의하면 행정안전부장관이 귀속여부를 결정하게 된다.

② (×)

□ 주민소송의 대상으로서 ‘공금의 지출에 관한 사항’이란 지출원인행위 즉, 지방자치단체의 지출원인이 되는 계약 그 밖의 행위로서 당해 행위에 의하여 지방자치단체가 지출의무를 부담하는 예산집행의 최초 행위와 그에 따른 지급명령 및 지출 등에 한정되고, 특별한 사정이 없는 한 이러한 지출원인행위 등에 선행하여 그러한 지출원인행위를 수반하게 하는 당해 지방자치단체의 장 및 직원, 지방의회 의원의 결정 등과 같은 행위는 포함되지 않는다고 보아야 한다(대판 2011.12.22. 2009두14309).

③ (×) 「지방자치법」 제17조 제1항에 의하면 **감사청구한 주민은** 일정한 경우에 그 감사청구한 사항과 관련이 있는 위법한 행위나 업무를 게을리 한 사실에 대하여 해당 지방자치단체의 장을 상대방으로 하여 **소송을 제기할 수 있다**고 규정하여 감사청구를 거칠 것을 전제로 하고 있다.

④ (○)

□ 지방의회의원이 지방자치단체의 장이 조례안으로서 제안한 행정기구를 종류 및 업무가 다른 행정기구로 전환하는 수정안을 발의하여 지방의회가 의결 및 재의결하는 것은 지방자치단체의 장의 고유 권한에 속하는 사항의 행사에 관하여 **사전에 적극적으로 개입하는 것으로서 허용되지 아니한다**(대판 2005.8.19. 2005추48).

⑤ (×)

□ 지방자치단체가 자치조례를 제정할 수 있는 사항은 지방자치단체의 고유사무인 **자치사무**와 개별법령에 의하여 지방자치단체에 위임된 단체위임사무에 한하는 것이고, 국가사무가 지방자치단체의 장에게 위임된 기관위임사무는 원칙적으로 자치조례의 제정범위에 속하지 않는다 할 것이고, 다만 **기관위임사무에 있어서도 그에 관한 개별법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에는** 위임받은 사항에 관하여 개별법령의 취지에 부합하는 범위 내에서 이른바 위임조례를 정할 수 있다(대판 2008.1.17. 2007다59295).

정답: ④

17국회8급 <출제단원> 행정계획:

난이도 중 출제가능지수 5

17. 행정계획에 대한 설명으로 옳은 것을 <보기>에서 모두 고르면? (다툼이 있는 경

우 판례에 의함)

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

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

풀 이

간단정리 행정계획

- ✓ 국토이용 계획변경신청 거부가 당해 행정처분자체를 거부하게 되는 경우▷ 거부행위는 행정처분
- ✓ 도시계획결정은 권리·법률상 이익을 개별적·구체적으로 규제▷ 행정처분
- ✓ 인·허가의제▷ 의제되는 인·허가의 실체적 요건에만 기속
- ✓ 권한 없이 후행 도시계획결정▷ 당연무효

㉠ (○)

■ 국토이용관리법상 주민이 국토이용계획의 변경에 대하여 신청을 할 수 있다는 규정이 없을 뿐만 아니라, 국토건설종합계획의 효율적인 추진과 국토이용질서를 확립하기 위한 국토이용계획은 장기성, 종합성이 요구되는 행정계획이어서 원칙적으로는 그 계획이 일단 확정된 후에 어떤 사정의 변동이 있다고 하여 그러한 사유만으로는 지역주민이나 일반 이해관계인에게 일일이 그 계획의 변경을 신청할 권리를 인정하여 줄 수는 없을 것이지만, 장래 일정한 기간 내에 관계 법령이 규정하는 시설 등을 갖추어 일정한 행정처분을 구하는 신청을 할 수 있는 법률상 지위에 있는 자의 국토이용계획변경신청을 거부하는 것이 실질적으로 당해 행정처분 자체를 거부하는 결과가 되는 경우에는 예외적으로 그 신청인에게 국토이용계획변경을 신청할 권리가 인정된다고 봄이 상당하므로, 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대

상이 되는 행정처분에 해당한다고 할 것이다(대판 2003.9.23. 2001두10936).

㉠ (○)

■ 구 「도시계획법」 제12조 소정의 고시된 도시계획(현 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제30조의 도시·군관리계획)결정은 특정 개인의 권리 내지 법률상의 이익을 개별적이고 구체적으로 규제하는 효과를 가져오게 하는 행정청의 처분이라 할 것이고, 이는 행정소송의 대상이 된다(대판 1982.3.9. 80누105).

㉡ (×) 인·허가의제제도에서 주무행정청에게 인정되는 인·허가의제의 범위에 대해 i) 주무행정청에게 의제되는 인·허가의 관할이 집중될 뿐, 주무행정청은 주된 인·허가를 규율하는 법규뿐만 아니라 관계행정청이 준수해야 하는 절차적 요건, 실체적 요건까지 모두 준수해야 한다는 **관할집중설**과 ii) 주무행정청은 의제된 인·허가의 실체법적 요건만 준수하면 족하고 절차법적 요건까지 심사할 필요는 없다는 **절차집중설**이 대립한다. 절차집중설이 다수의 견해이며, 판례 역시 절차집중설의 입장이다.

■ 건설부장관이 구 주택건설촉진법 제33조에 따라 관계기관의 장과의 협의를 거쳐 사업계획승인을 한 이상 같은 조 제4항의 허가·인가·결정·승인 등이 있는 것으로 볼 것이고, 그 절차와 별도로 도시계획법 제12조 등 소정의 중앙도시계획위원회의 의결이나 주민의 의견청취 등 절차를 거칠 필요는 없다(대판 1992.11.10. 92누1162).

㉢ (×)

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

정답: ㉠

17국회8급 <출제단원> 행정법

난이도 중 출제가능지수 5

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

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

이유가 있는 때에 한하여 과태료를 부과하지 아니한다.

풀 이

간단정리 행정법

- ✓ 통고처분 ▷ 행정처분 ✕
- ✓ 질서위반행위 ▷ 고의 · 과실 要
- ✓ 과태료의 부과 방식 ▷ 서면(전자문서포함)
- ✓ 과태료 부과절차에 다른 규정이 있는 경우 ▷ 질서위반행위규제법 적용
- ✓ 위법성의 착오 ▷ 오인에 정당한 이유 있으면 부과 ✕

① (○)

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

② (○)

질서위반행위규제법

제7조(고의 또는 과실) 고의 또는 과실이 없는 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다.

③ (○)

질서위반행위규제법

제17조(과태료의 부과) ① 행정청은 제16조의 의견 제출 절차를 마친 후에 서면(당사자가 동의하는 경우에는 전자문서를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)으로 과태료를 부과하여야 한다.

④ (×)

질서위반행위규제법

제5조(다른 법률과의 관계) 과태료의 부과·징수, 재판 및 집행 등의 절차에 관한 다른 법률의 규정 중 이 법의 규정에 저촉되는 것은 이 법으로 정하는 바에 따른다.

⑤ (○)

질서위반행위규제법

제8조(위법성의 착오) 자신의 행위가 위법하지 아니한 것으로 오인하고 행한 질서위반행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 과태료를 부과하지 아니한다.

정답: ④

17국회8급 <출제단원> 원고적격

난이도 중 출제가능지수 A

19. 항고소송의 원고적격에 대한 설명으로 옳은 것을 <보기>에서 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 「행정소송법」 제12조 전단의 ‘법률상이익’의 개념과 관련하여서는 ‘권리구제설’, ‘법률상 보호된 이익구제설’, ‘보호가치 있는 이익구제설’, ‘적법성 보장설’ 등으로 나누어지며 이 중에서 ‘보호가치 있는 이익구제설’이 통설·판례의 입장이다.
- ㄴ. ‘법률상 보호되는 이익’이라 함은 당해 처분의 근거법규에 의하여 보호되는 개별적·구체적 이익을 의미하며 관련 법규에 의하여 보호되는 개별적·구체적 이익까지 포함하는 것은 아니라는 것이 판례의 입장이다.
- ㄷ. 기존업자가 특허기업인 경우에는 그 특허로 인하여 받는 영업상이익은 반사적이익 내지 사실상이익에 불과한 것으로 보는 것이 일반적이나, 허가기업인 경우에는 기존업자가 그 허가로 인하여 받은 영업상이익은 법률상이익으로 본다.
- ㄹ. 인·허가등의 수익적 행정처분을 신청한 수인이 서로 경쟁관계에 있어서 일방에 대한 허가 등의 처분이 타방에 대한 불허가 등으로 귀결될 수밖에 없는 때 허가 등의 처분을 받지 못한 자는 비록 경원자에 대하여 이루어진 허가 등 처분의 상대방이 아니라 하더라도 당해 처분의 취소를 구할 원고적격이 있다. 다만 명백한 법적장애로 인하여 원고자신의 신청이 인용될 가능성이 처음부터 배제되어 있는 경우에는 법률상 보호되는 이익이 인정되지 않는다.
- ㅁ. 환경영향평가대상지역 밖의 주민들은 공유수면매립면허처분으로 인하여 그 처분 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있다는 점을 입증할 경우 법률상 보호되는 이익이 인정된다.

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

풀 이

간단정리 항고소송 원고적격

- ✓ 법률상 보호된 이익구제설 ▷ 통설 · 판례
- ✓ 법률상 보호된 이익 ▷ 관련법규에 의해 보호되는 이익 포함
- ✓ 특허기업인 기존업자의 이익 ▷ 법률상이익 / 허가기업인 기존업자의 이익 ▷ 반사적 이익
- ✓ 경원자 ▷ 원칙적으로 타방에 대한 수익적 행정처분의 취소를 구할 이익 **有**
- ✓ 환경영향평가대상지역 밖 주민 ▷ 수인한도 넘는 피해 or 우려 입증하면 법률상 이익 인정

㉦ (X) ‘법률상 보호된 이익구제설’이 통설과 판례의 입장이다.

권리구제설	위법한 처분으로 인해 권리를 침해당한 자가 원고적격을 가진다는 견해
법률상 보호이익설	권리뿐 아니라 법률상 보호이익을 침해받은 자도 원고적격을 가진다는 견해
보호가치 있는 이익설	소송법적 관점에서 재판에 의하여 보호할 만한 가치, 즉 법률상의 이익, 사실상의 이익 여부를 불문하고 이익이 침해된 자는 항고소송의 원고적격이 있다는 견해
적법성보장설	당해 처분을 다룰 가장 적합한 이익상태에 있는 자에게 원고적격을 인정한다는 견해

㉧ (X) 법률상 보호되는 이익에서 ‘법률’에는 근거법규와 관련법규가 모두 포함된다는 것이 판례의 입장이다.

❑ 법률상 보호되는 이익은 당해 처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익을 말한다(대판 2006.7.28. 2004두6716).

㉡ (X) 판례는 일반적으로 기존업자가 특허기업인 경우에는 그 기존업자가 그 특허로 인하여 받은 이익은 법률상 이익이라고 보아 원고적격을 인정하고, 기존업자가 허가를 받아 영업하는

경우에 그 기존업자가 그 허가로 인하여 받는 이익은 반사적 이익에 불과한 것으로 원고적격을 부정하는 경향이 있다. 특허는 공익을 위하여 특정인에게 새로운 권리를 설정하여 주는 것이므로 기존업자의 독점적 이익을 법으로 보호할 필요가 있기 때문인 것으로 해석한다. 다만, 앞서 본바와 같이 허가의 경우에도 허가의 요건 규정이 공익뿐만 아니라 개인의 이익도 보호하는 것으로 해석되는 경우에는 기존 허가권자의 원고적격을 인정할 수 있다고 본다.

㉞ (○)

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

㉞ (○)

□ 환경영향평가 대상지역 밖의 주민이라 할지라도 공유수면매립면허처분등으로 인하여 그 처분 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있는 경우에는, 공유수면매립면허처분 등으로 인하여 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해우려가 있다는 것을 입증함으로써 그 처분 등의 무효확인을 구할 원고적격을 인정받을 수 있다(대판 2006.3.16. 2006두330(전합)).

정답: ㉞

17국회8급 <출제단원> 행정지도

난이도 중 출제가능지수 B

20. 행정지도에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

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

풀이

간단정리 행정지도

- ✓ 국가배상법상 공무원의 직무▷행정지도 포함
- ✓ 한계 이탈하지 않은 행정지도로 인한 손해▷국가배상책임無
- ✓ 한계를 넘어 규제적·구속적 성격강한 행정지도▷헌법소원대상
- ✓ 상대방▷해당 행정지도의 내용&방식 행정기관에 의견제출可

✓ 서면 or 말로 可

① (×)

■ 국가배상법이 정한 배상청구의 요건인 공무원의 직무에는 권력적 작용만이 아니라 행정지도와 같은 비권력적 작용도 포함되며, 단지 행정주체가 사경제주체로서 하는 활동만이 제외된다(대판 1998.7.10. 96다38971).

② (×)

■ 행정지도가 강제성을 띠지 않은 비권력적 작용으로서 행정지도의 한계를 일탈하지 아니하였다면, 그로 인하여 상대방에게 어떤 손해가 발생하였다 하더라도 행정기관은 그에 대한 손해배상책임이 없다(대판2008.9.25. 2006다18228).

③ (×)

■ 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 상당히 강하게 갖는 경우, 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라고 볼 수 있다(헌재 2003.6.26. 2002헌마337).

④ (○)

행정절차법

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

⑤ (×)

행정절차법

제49조(행정지도의 방식) ② 행정지도가 말로 이루어지는 경우에 상대방이 제1항의 사항을 적은 서면의 교부를 요구하면 그 행정지도를 하는 자는 직무 수행에 특별한 지장이 없으면 이를 교부하여야 한다.

정답: ④

17국회8급 <출제단원> 행정절차

난이도 중 출제가능지수 B

2/. 행정절차에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

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

풀 이

간단정리 행정절차

- ✓ 행정절차에서 행정청▷당사자의 증거or증거신청에 구속 x
- ✓ 환경영향평가 부실(미실시의 정도 x)▷위법 x
- ✓ 행정절차에 참여하지 않은 행정처분의 제3자▷행정절차법상 당사자 x
- ✓ 절차상 하자의 독자적 취소사유▷기속&재량행위 모두○
- ✓ 절차하자 이유로 취소▷적법한 절차거치면→동일처분이라도 기속력 위반 x

① (X) 당사자가 제출한 증거나 당사자의 증거신청에 구속되는 것은 아니다.

행정절차법

제33조(증거조사) ① 청문 주재자는 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 필요한 조사를 할 수 있으며, 당사자등이 주장하지 아니한 사실에 대하여도 조사할 수 있다.

② (X)

□ 환경영향평가의 내용이 다소 부실하다 하더라도, 그 부실의 정도가 환경영향평가제도를 둔 입법취지를 달성할 수 없을 정도이어서 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도의 것이 아닌 이상, 그 부실은 당해 승인등 처분에 재량권 일탈·남용의 위법이 있는지 여부를 판단하는 하나의 요소로 됨에 그칠 뿐, 그 부실로 인하여 당연히 당해 승인 등 처분이 위법하게 되는 것이 아니다(대판 2006.3.16. 2006두330(전합)).

③ (X) 이해관계인이라도 행정청이 직권으로 또는 신청에 따라 행정절차에 참여하게 한 경우에만 「행정절차법」상 당사자에 해당한다.

행정절차법

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

4. "당사자등"이란 다음 각 목의 자를 말한다.

가. 행정청의 처분에 대하여 직접 그 상대가 되는 당사자

나. 행정청이 직권으로 또는 신청에 따라 행정절차에 참여하게 한 이해관계인

④ (○) 판례는 재량행위인 「식품위생법」상 영업정지처분뿐만 아니라 기속행위인 「국세징수법」상의 과세처분에 대해서도 절차상의 하자를 이유로 취소를 인정하였다. 즉 행정처분이 기속행위인지 재량행위인지를 불문하고 당해 처분이 실제적으로는 적법하더라도 절차법상의 하자만으로 독립된 취소사유가 된다고 본다.

⑤ (X)

□ 과세의 절차 내지 형식에 위법이 있어 과세처분을 취소하는 판결이 확정되었을 때는 그 확정판결의 기판력은 거기에 적시된 절차내지 형식의 위법사유에 한하여 미치는 것이므로 과세관청은 그 위법사유를 보완하여 다시 새로운 과세처분을 할 수 있고 그 새로운 과세처분은 확정판결에 의하여 취소된 종전의 과세처분과는 별개의 처분이라 할 것이어서 확정판결의 기판력에 저촉되는 것이 아니다(대판 1987.2.10. 86누91).

정답: ④

17국회8급 <출제단원> 집행정지

난이도 상 출제가능지수 B

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

- ① 행정심판청구와 취소소송의 제기는 모두 처분의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다.
- ② 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 「행정심판법」 및 「행정소송법」상의 집

행정지가 모두 허용되지 아니한다.

- ③ 「행정소송법」은 집행정지결정에 대한 즉시항고에 관하여 규정하고 있는 반면, 「행정심판법」에는 집행정지결정에 대한 즉시항고에 관하여 규정하고 있지 아니하다.
- ④ 「행정심판법」은 위원회의 심리결정을 갈음하는 위원장의 직권결정에 관한 규정을 두고 있는 반면, 「행정소송법」은 법원의 결정에 갈음하는 재판장의 직권결정에 관한 규정을 두고 있지 아니하다.
- ⑤ 「행정소송법」이 집행정지의 요건 중 하나로 '중대한 손해'가 생기는 것을 예방할 필요성에 관하여 규정하고 있는 반면, 「행정심판법」은 집행정지의 요건 중 하나로 '회복하기 어려운 손해'를 예방할 필요성에 관하여 규정하고 있다.

풀 이

간단정리 집행정지

- ✓ 집행부정지 원칙▷행정소송&행정심판 모두○
- ✓ 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려 없을 것 ▷행정소송&행정심판 모두要
- ✓ 집행정지결정에 대한 즉시항고▷행정소송○/행정심판×
- ✓ 위원장의 직권결정▷행정심판○/행정소송×
- ✓ 행정심판 집행정지 요건▷중대한 손해 / 행정소송 집행정지 요건▷회복하기 어려운 손해

① (○)

행정심판법

제30조(집행정지) ① 심판청구는 처분의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행(續行)에 영향을 주지 아니한다.

행정소송법

제23조(집행정지) ① 취소소송의 제기는 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다.

② (○)

행정심판법

제30조(집행정지) ③ 집행정지는 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 허용되지 아니한다.

행정소송법

제23조(집행정지) ③ 집행정지는 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 허용되지 아니한다.

③ (○)

행정소송법

제23조(집행정지) ⑤ 제2항의 규정에 의한 집행정지의 결정 또는 기각의 결정에 대하여는 즉시항고할 수 있다. 이 경우 집행정지의 결정에 대한 즉시항고에는 결정의 집행을 정지하는 효력이 없다.

④ (○) 「행정심판법」 제30조 제6항과 달리 「행정소송법」은 법원의 결정에 갈음하는 재판장의 직권결정에 관한 규정을 두고 있지 않다.

행정심판법

제30조(집행정지) ⑥ 제2항과 제4항에도 불구하고 위원회의 심리·결정을 기다릴 경우 중대한 손해가 생길 우려가 있다고 인정되면 위원장은 직권으로 위원회의 심리·결정을 갈음하

는 결정을 할 수 있다. 이 경우 위원장은 지체 없이 위원회에 그 사실을 보고하고 추인(追認)을 받아야 하며, 위원회의 추인을 받지 못하면 위원장은 집행정지 또는 집행정지 취소에 관한 결정을 취소하여야 한다.

⑤ (×)

행정심판법

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

행정소송법

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

정답: ⑤

17국회8급 <출제단원> 국가공무원법

난이도 중 출제가능지수 B

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

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

풀이

간단정리 임용결격자

- ✓ 임용결격사유▷임용당시 시행법률 기준
- ✓ 국가가 중대한 과실로 임용행위▷당연무효○
- ✓ 국가가 사후에 임용취소통지▷처분×
- ✓ 공무원 관계 종료▷사실상 공무원 기간 동안의 퇴직금 청구×

① (×)

■ 국가공무원법에 규정되어 있는 공무원임용결격사유는 공무원으로 임용되기 위한 절대적인 소극적 요건으로서 공무원관계는 국가공무원법 제38조, 공무원임용령 제11조의 규정에 의한 채용후보자 명부에 등록한 때가 아니라 국가의 임용이 있는 때에 설정되는 것이므로 공무원임용결격사유가 있는지의 여부는 채용후보자 명부에 등록한 때가 아닌 임용당시에 시행되던 법률을 기준으로 하여 판단하여야 한다(대판 1987.4.14. 86누459).

② (×)

■ 임용당시 공무원임용결격사유가 있었다면 비록 국가의 과실에 의하여 임용결격자임을 밝혀내지 못하였다 하더라도 그 임용행위는 당연무효로 보아야 한다(대판 1987.4.14. 86누459).

③ (×)

■ 국가가 공무원임용결격사유가 있는 자에 대하여 결격사유가 있는 것을 알지 못하고 공무원으로 임용하였다가 사후에 결격사유가 있는 자임을 발견하고 공무원임용행위를 취소함은 당사자에게 원래의 임용행위가 당초부터 당연무효이었음을 통지하여 확인시켜 주는 행위에 지나지 아니한다(대판 1987.4.14. 86누459).

④ (×)

■ 공무원연금법이나 근로기준법에 의한 퇴직금은 적법한 공무원으로서의 신분취득 또는 근로고용관계가 성립되어 근무하다가 퇴직하는 경우에 지급되는 것이고, 당연무효인 임용결격자에 대한 임용행위에 의하여서는 공무원의 신분을 취득하거나 근로고용관계가 성립될 수 없는 것이므로 임용결격자가 공무원으로 임용되어 사실상 근무하여 왔다고 하더라도 그러한 피임용자는 위 법률소정의 퇴직금청구를 할 수 없다(대판 1987.4.14. 86누459).

⑤ (○)

■ 과거에 법률에 의하여 당연퇴직된 공무원이 자신을 복직 또는 재임용시켜 줄 것을 요구하는 신청에 대하여 그와 같은 조치가 불가능하다는 행정청의 거부행위는 당연퇴직의 효과가 계속하여 존재한다는 것을 알려주는 일종의 안내에 불과하므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 할 수 없다(대판 2005.11.25. 2004두12421).

정답: ⑤

17국회8급 <출제단원> 공용수용

난이도 상 출제가능지수 A

24. 「헌법」 제23조 제3항의 공용수용의 요건에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?
(다툼이 있는 경우 헌법재판소 결정에 의함)

- ① 「헌법」 제23조의 근본적 취지는 원칙적으로 모든 국민의 구체적 재산권의 자유로운 이용·수익·처분을 보장하면서 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한은 「헌법」이 규정하는 요건을 갖춘 경우에만 예외적으로 허용되는 것으로 해석된다.
- ② 공용수용이 허용될 수 있는 공익사업의 범위는 법률유보원칙에 따라 법률에서 명확히 규정되어야 한다. 따라서 공공의 이익에 도움이 되는 사업이라도 ‘공익사업’으로 실정법에 열거되어있지 아니한 사업은 공용수용이 허용될 수 없다.
- ③ 재산권의 존속보장과 조화를 위하여서는 ‘공공필요’의 요건에 관하여 공익성은 추상적인

공익일반 또는 국가의 이익이상의 중대한 공익을 요구하므로 기본권 일반의 제한사유인 '공공복리'보다 넓게 보는 것이 타당하다.

- ④ 헌법적 요청에 의한 수용이라 하더라도 국민의 재산을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득하여야 할 정도의 필요성이 인정되어야 하고 그 필요성이 인정되기 위하여서는 사인의 재산권 침해를 정당화 할 정도의 공익의 우월성이 인정되어야한다.
- ⑤ 사업시행자가 사인인 경우에는 공익의 우월성이 인정되는 것 외에 그 사업 시행으로 획득 할 수 있는 공익이 현저히 해태되지 아니하도록 보장하는 제도적 규율도 갖추어져 있어야한다.

풀 이

간단정리 공용수용

- ✓ 헌법 제23조 근본취지▷재산권의 수용·사용·제한의 예외적 허용
- ✓ 공익사업으로 실정법에 열거되어있지 아니한 사업▷공용수용 허용 x
- ✓ 헌법 제23조 제3항 '공공필요' ▷헌법 제37조 제2항 '공공복리' 보다 좁은개념
- ✓ 재산권침해 정당화할 공익우월성要
- ✓ 사업시행자가 사인▷공익 보장 제도적 규율要

① (○)

□ 헌법 제23조는 “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”라고 규정하고 있다. 이 규정의 근본취지는 우리 헌법이 사유재산제도의 보장이라는 기조 위에서 원칙적으로 모든 국민의 구체적 재산권의 자유로운 이용·수익·처분을 보장하면서 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한은 헌법이 규정하는 요건을 갖춘 경우에만 예외적으로 허용한다는 것으로 해석된다(헌재 2014.10.30. 2011헌바172).

② (○)

□ 공익사업의 범위는 사업시행자와 토지소유자 등의 이해가 상반되는 중요한 사항으로서, 공용수용에 대한 법률유보의 원칙에 따라 법률에서 명확히 규정되어야 한다. 공공의 이익에 도움이 되는 사업이라도 ‘공익사업’으로 실정법에 열거되어 있지 않은 사업은 공용수용이 허용될 수 없다(헌재 2014.10.30. 2011헌바172).

- ③ (×) **헌법재판소**는 「헌법」 제37조 제2항의 공공복리와 「헌법」 제23조 제3항의 공공필요의 관계에 대하여, 공공필요의 의미를 “국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성”으로 해석하여 **기본권 일반의 제한사유인 공공복리보다 좁게 보고 있다**(헌재 2014.10.30. 2011헌바172).

④ (○)

□ 수용은 타인의 재산권을 직접적으로 박탈하는 것일 뿐 아니라, 헌법 제10조로부터 도출되는 계약의 자유 내지 피수용자의 거주이전 자유까지 문제될 수 있는 등 사실상 많은 헌법상 가치들의 제약을 초래할 수 있으므로, 헌법적 요청에 의한 수용이라 하더라도 국민의 재산을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 정도의 필요성이 인정되어야 하고, 그 필요성이 인정되기 위해서는 공용수용을 통하여 달성하려는 공익과 그로 인하여 재산권을 침해당하는 사인의 이익 사이의 형량에서 사인의 재산권침해를 정당화할 정도의 공익의 우월성

이 인정되어야 한다(헌재 2014.10.30. 2011헌바172).

⑤ (○)

■ 사업시행자가 사인인 경우에는 그 사업 시행으로 획득할 수 있는 공익이 현저히 해태되지 않도록 보장하는 제도적 규율도 갖추어져 있어야 한다(헌재 2014.10.30. 2011헌바172).

정답: ③

17국회8급 <출제단원> 행정법의 일반원칙

난이도 중 출제가능지수 5

25. 행정법의 일반원칙에 대한 설명으로 옳은 것을 <보기>에서 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

<보기>

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

① ㄱ ② ㄴ ③ ㄱ, ㄴ ④ ㄱ, ㄹ ⑤ ㄱ, ㄷ, ㄹ

풀 이

간단정리 행정법 일반원칙

- ✓ 비례원칙▷적합성원칙+필요성원칙+상당성원칙/과잉금지원칙▷적+필+상+목적의 정당성
- ✓ 사실적·법률적 상태변경▷공적 견해표명 당연실효
- ✓ 공적견해표명▷실질에 의해 판단
- ✓ 행정절차법상 취소권 제척기간無

㉠ (○) 비례의 원칙이란 행정목적과 그 수단 사이에 합리적 비례관계가 유지되어야 한다는 것으로서, 그 수단은 행정목적 실현하는 데 적합해야하고(적합성의 원칙), 최소침해를 가져 오는 것이어야 하며(필요성의 원칙), 행정목적의 실현으로 얻는 공익이 그로 인한 침해보다 커야한다(상당성의 원칙)는 원칙을 말한다. 헌법재판소는 기본권 제한의 한계로 작용하는 과잉금지원칙과 관련하여 위 세가지에 목적의 정당성을 더하여 판단한다.

㉡ (×)

■ 행정청이 상대방에게 장차 어떤 처분을 하겠다고 확약 또는 공적인 의사표명을 하였다고 하더라도, 확약 또는 공적인 의사표명이 있는 후에 사실적·법률적 상태가 변경되었다면 그와 같은 확약 또는 공적인 의사표명은 행정청의 별다른 의사표시를 기다리지 않고 실효된다고 할 것이다(대판 1996.8.20. 95누10877).

㉔ (×)

□ 공적 견해표명이 있었는지의 여부를 판단하는 데 있어 반드시 행정조직상의 형식적인 권한분장에 구애될 것은 아니고 담당자의 조직상의 지위와 임무, 당해 언동을 하게 된 구체적 인 경위 및 그에 대한 상대방의 신뢰가능성에 비추어 실질에 의하여 판단하여야 한다(대판 1996.1.23. 95누13746).

㉔ (×) 「행정절차법」에는 취소권의 행사기간에 관한 규정이 존재하지 않는다.

정답: ㉑