

2019년도 공개경쟁채용 필기시험 ㉠책형 국가직 7급 행정법 완전분석

• 모든 지문에 대한 논점을 분석하였습니다.
• 주요 지문의 관련판례 및 비교판례를 분석하였습니다.

장다훈(지안에듀)

시행일 2019년도 08월 17일 소요시간 점수

시험분석 DATA 및 총평

1. 시험출제 영역

총론	행정법총론	1 (1)	신뢰보호의 원칙
	행정작용법	6 (2 · 4 · 5 · 10 · 13 · 19)	행정규칙, 직권취소, 공법상 계약, 하자의 승계 등, 행정행위의 하자, 예외적 허가 등
	행정절차법 및 정보공개법	2 (3 · 6)	정보공개, 행정절차
	행정의 실효성 확보수단	2 (9 · 12)	행정벌, 실효성 확보수단
	국가배상	1 (14)	국가배상의 요건
	손실보상	1 (20)	토지보상법에 관한 판례 등
	행정쟁송	3 (8 · 11 · 15)	원고적격, 재결의 기속력, 제소기간 등
각론	행정조직법	1 (17)	위임 · 재위임 (준사례)
	공무원법	.	
	지방자치법	1 (16)	지방자치법 종합문제
	경찰법	1 (18)	경찰관직무집행법 조문
	공물법	1 (7)	일반사용 · 특별사용 (준사례)

2. 주요 문제분석

문항	특징	분석
08	최신판례	이번 시험에서 가장 중요한 문제 중 하나이다. 반드시 맞출 수 있도록 하자. 이미 정확히 풀 어내신 수험생이라면 적어도 중급이상의 실력자이므로 조금만 더 노력하면 합격할 것이다.
11	기속력	기속력은 최근 개정된 행정심판법 조문 또는 기본이론 또는 준사례의 형태로 자주 출제된다. 난해한 부분으로 다른 수험생과의 차별성을 위해서 준사례까지 충분히 풀어낼 수 있도록 이 해하고 연습하는 것이 필요하다.
19	종합문제(준사례)	행정행위로서 예외적 허가의 성질, 부관, 처분의 기준시, 기속력까지 행정법의 전 영역을 묻 는 문제이다. 이런 유형의 문제는 각 지문의 논점을 정확히 파악하는 것이 풀이의 출발점이다(무엇을 묻는 지조차 모르면 길을 찾기 힘들다).

3. 특징 및 총평

- ① 빈출판례의 경우 기존 출제되었던 판례 문장을 그대로 활용한 것이 아닌 기존 기출지문과 대비되는 내용 혹은 살짝 벗 어난 내용을 출제하여 기존 키워드만을 공부한 수험생들을 혼란스럽게 하려는 경향이 보입니다.
이로 인하여 시험장에서는 많이 본 판례라고 생각하고 쉽게 풀었던 문제가 채점 시 의외로 틀리지 않았을까 합니다.
- ② 총론의 문제는 정말 중요한 논점 위주로 나왔습니다(유일하게 버릴 수 있는 것은 9번 ④번 지문밖에 없습니다).
특히 기속력이 논점인 문제가 단독으로 출제(11번)되었음에도 19번 종합문제(준사례)에서 ㉠지문으로 다시 출제되어 주목 되었습니다.
- ③ 각론의 문제는 조금 난도가 있었습니다. 그리고 각론의 비중이 작년과 재작년에 비하여 살짝 높았습니다.
그러나 각론의 출제 범위는 기존 출제 영역(5개법)을 벗어나지 않았습니다.
- ④ 최신판례의 비중이 높지 않았습니다. 이는 기존 출제경향과 다르지 않습니다. 그래도 '최신 3년간 판례'는 일독한 후 시 험장에 가셨으면 좋겠습니다.

“끝으로 시험을 치르신 여러분 수고하셨습니다. 항상 최선을 다하는 여러분을 응원하겠습니다.”

장다훈 드림

01.

신뢰보호의 원칙에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 처분청이 착오로 행정서사업 허가처분을 한 후 20년이 다 되어서야 취소사유를 알고 행정서사업 허가를 취소한 경우, 그 허가취소처분은 실권의 법리에 저촉되는 것으로 보아야 한다.
- ② 법령이나 비권력적 사실행위인 행정지도 등은 신뢰의 대상이 되는 선행조치에 포함되지 않는다.
- ③ 신뢰보호원칙의 적용에 있어서 귀책사유의 유무는 상대방을 기준으로 판단하여야 하며, 상대방으로부터 신청행위를 위임받은 수임인 등 관계자까지 포함시켜 판단할 것은 아니다.
- ④ 당초 정구장시설을 설치한다는 도시계획결정을 하였다가 정구장 대신 청소년 수련시설을 설치한다는 도시계획 변경결정 및 지적 승인을 한 경우 당초의 도시계획결정만으로는 도시계획사업의 시행자 지정을 받게 된다는 공적 견해를 표명했다고 할 수 없다.

해설

- ① [×] 실권의 법리는 '권리행사 가능성을 알고 있었을 것'을 요건으로 한다.
원고가 허가 받은 때로부터 20년이 다되어 피고가 그 허가를 취소한 것이기는 하나 피고가 취소사유를 알고서도 그렇게 장기간 취소권을 행사하지 않은 것이 아니고 ... 허가취소처분이 실권의 법리에 저촉된 것이라고 볼 수 있는 것도 아니다. (대판 1988. 4. 27. 87누915)
- ② [×] 선행조치에는 법령·행정계획·행정행위·확약·행정지도 등이 포함된다.
- ③ [×] 신뢰보호의 원칙에서 귀책사유의 유무는 상대방과 그로부터 신청행위를 위임받은 수임인 등 관계자 모두를 기준으로 판단하여야 한다.^{2018지9, 2015사복} (대판 2008. 1. 17. 2006두10931)
- ④ [○] 도시계획의 결정은 도시계획사업의 시행자 지정에 대한 공적 견해표명이 아니다.
당초 정구장 시설을 설치한다는 도시계획결정을 하였다가 정구장 대신 청소년 수련시설을 설치한다는 도시계획 변경결정 및 지적승인을 한 경우, 당초의 도시계획결정만으로는 도시계획사업의 시행자 지정을 받게 된다는 공적인 견해를 표명하였다고 할 수 없다는 이유로 도시계획사업의 시행자로 지정받을 것을 예상하고 정구장 설계 비용 등을 지출한 자의 신뢰이익을 침해한 것으로 볼 수 없다.^{2012지7} (대판 2000. 11. 10. 2000두727)

정답 ④

◎ 논점분석

① 실권의 법리

실권의 법리가 적용되기 위하여는
㉠ 행정청이 취소사유나 철회사유 등을 알으로써 권리행사 가능성을 알고 있었어야 한다. ㉡ 장기간 권리행사를 하지 않았어야 한다. 사안에서는 착오로 취소사유를 알지 못하여 실권의 법리가 적용되지 않는다(㉠요건 흠결).

② 선행행위(공적견해표명)의 의미

③ ④ 신뢰보호의 원칙에 대한 빈출판례

02.

행정규칙에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정규칙인 고시가 법령의 수권에 의해 법령을 보충하는 사항을 정하는 경우에는 법령보충적 고시로서 근거법령규정과 결합하여 대외적으로 구속력을 가진다.
- ② 법령보충적 행정규칙은 법령의 수권에 의하여 인정되고, 그 수권은 포괄위임금지의 원칙상 구체적·개별적으로 한정된 사항에 대하여 행해져야 한다.
- ③ 고시에 담긴 내용이 구체적 규율의 성격을 갖는다고 하더라도, 해당 고시를 행정처분으로 볼 수는 없으며 법령의 수권 여부에 따라 법규명령 또는 행정규칙으로 볼 수 있을 뿐이다.
- ④ 재산권 등의 기본권을 제한하는 작용을 하는 법률이 구체적으로 범위를 정하여 고시와 같은 형식으로 입법위임을 할 수 있는 사항은 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 한정된다.

해설

- ① [○] 법령보충규칙은 근거 법령과 결합하여 대외적 구속력(법규명령의 효력)을 가진다.
행정규칙인 고시가 법령의 수권에 의하여 법령을 보충하는 사항을 정하는 경우에는 그 근거 법령 규정과 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령으로서의 성질과 효력을 가진다. 2019서9, 2016사복 (대판 2007. 5. 10. 2005도591)
- ② [○] 법령보충규칙에 있어서 근거법령의 행정규칙에 대한 위임은 구체적이어야 한다.
법령의 직접적 위임에 따라 수입행정기관이 그 법령을 시행하는데 필요한 구체적 사항을 정한 것 이면, 그 제정형식은 비록 법규명령이 아닌 고시·훈령·예규 등과 같은 행정규칙이더라도 그것이 상위법령의 위임한계를 벗어나지 않는 한 상위법령과 결합하여 대외적인 구속력을 갖는 법규명령으로서 기능하게 된다.
 헌법 제75조는 '법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다'고 규정하고 있는바, 이는 위임입법의 한계를 정한 것이므로, 법률의 위임은 반드시 구체적 개별적으로 한정된 사항에 대하여 행하여져야 할 것이다. (헌재 2002. 7. 18. 2001헌마605)
- ③ [×] 행정규칙인 고시가 구체성을 갖는 경우 행정처분에 해당된다.
 고시 또는 공고의 법적 성질은 일률적으로 판단될 것이 아니라 고시에 담겨진 내용에 따라 구체적인 경우마다 달리 결정된다고 보아야 한다. 즉, 고시가 일반·추상적 성격을 가질 때는 법규명령 또는 행정규칙에 해당하지만, 고시가 구체적인 규율의 성격을 갖는다면 행정처분에 해당한다. (헌재 1998. 4. 30. 97헌마141)
- ④ [○] 법령보충규칙에 있어서 법령의 행정규칙에 대한 위임은 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 한정된다.
 재산권 등과 같은 기본권을 제한하는 작용을 하는 법률이 입법위임을 할 때에는 "대통령령", "총리령", "부령" 등 법규명령에 위임함이 바람직하고, 금융감독위원회의 고시와 같은 형식으로 입법위임을 할 때에는 적어도 행정규제기본법 제4조 제2항 단서에서 정한 바와 같이 법령이 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 한정된다 할 것이다. 2018교행, 2017국7, 2017국9 (헌재 2004. 10. 28. 99헌바91)

정답 ③

◎ 논점분석

- ① 법령보충규칙
- ② 법령보충규칙에 있어서 법령의 위임 한계
- ③ 고시
 고시는 3가지의 성질을 가질 수 있다.
 1. 일반적·추상적인 경우
 ① 단순한 행정규칙
 ④ 법령보충규칙으로서 법규명령
2. 구체성을 갖는 경우
 ⑤ 행정처분
- ④ 행정규제기본법 제4조 제2항
 위 규정은 법령보충규칙의 실정법적 근거가 된다. (따라서 중요조문!!!)

03.

정보공개에 대한 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 공공기관이 정보공개청구권자가 신청한 공개방법 이외의 방법으로 정보를 공개하기로 하는 결정을 하였다면, 정보공개청구자는 이에 대하여 항고소송으로 다툴 수 있다.
- ② 공개청구된 정보가 이미 인터넷을 통해 공개되어 인터넷검색으로 쉽게 접근할 수 있는 경우는 비공개사유가 된다.
- ③ 공개청구된 정보를 공공기관이 한때 보유·관리하였으나 후에 그 정보가 담긴 문서가 정당하게 폐기되어 존재하지 않게 된 경우, 정보 보유·관리 여부의 입증책임은 정보공개청구자에게 있다.
- ④ 정보공개를 청구한 목적이 손해배상소송에 제출할 증거자료를 획득하기 위한 것이었고 그 소송이 이미 종결되었다면, 그러한 정보공개청구는 권리남용에 해당한다.

해설

- ① [○] 정보공개청구권자가 신청한 공개방법 이외의 방법으로 공개하는 결정은 일부 거부처분으로 항고소송의 대상이 된다.
공공기관이 공개청구의 대상이 된 정보를 공개는 하되, 청구인이 신청한 공개방법 이외의 방법으로 공개하기로 하는 결정을 하였다면, 이는 정보공개청구 중 정보공개방법에 관한 부분에 대하여 일부 거부처분을 한 것^{2018국7}이고, 청구인은 그에 대하여 항고소송으로 다툴 수 있다. (대판 2016. 11. 10. 2016두44674)
- ② [×] 인터넷을 통하여 이미 공개된 경우에도 공개청구된 정보를 공개하여야 한다.
공개청구의 대상이 되는 정보가 이미 다른 사람에게 공개되어 널리 알려져 있거나 인터넷 등을 통하여 공개되어 인터넷검색 등을 통하여 쉽게 알 수 있다는 사정만으로는 소의 이익이 없다거나 비공개결정이 정당화될 수 없다. ^{2019국9, 2019서9, 2018지9} (대판 2010. 12. 23. 2008두13101)
- ③ [×] 공개청구된 정보를 보유하고 있지 않다는 점에 대한 증명책임은 공공기관에게 있다.
공개를 구하는 정보를 공공기관이 한때 보유·관리하였으나 후에 그 정보가 담긴 문서들이 폐기되어 존재하지 않게 된 것이라면 그 정보를 더 이상 보유·관리하고 있지 않다는 점에 대한 증명책임은 공공기관에 있다. ^{2017국회8, 2017국7하} (대판 2013. 1. 24. 2010두18918)
- ④ [×] 정보공개청구권은 청구인의 이해관련성 유무와 상관없이 인정된다.
원고가 이 사건 정보공개를 청구한 목적이 이 사건 손해배상소송에 제출할 증거자료를 획득하기 위한 것이었고 위 소송이 이미 종결되었다고 하더라도, 원고가 오로지 피고를 괴롭힐 목적으로 정보공개를 구하고 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 위와 같은 사정만으로는 원고가 이 사건 소송을 계속하고 있는 것이 권리남용에 해당한다고 볼 수 없다. (대판 2004. 9. 23. 2003두1370)

정답 ①

◎ 논점분석

① ② ③은 모두 빈출판례이다.

④ 정보공개청구권

정보공개법은 '청구인의 특정사안에 대한 이해관련성 유무를 불문하고 정보에 대한 이익을 보호하고 있다.' 따라서 소송이 종료된 경우에도 기존의 정보공개청구가 권리남용에 해당하게 되는 것이 아니다.

04.

행정행위의 직권취소에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 법률에서 직권취소에 대한 근거를 두고 있는 경우에는 이해관계인이 처분청에 대하여 위법을 이유로 행정행위의 취소를 요구할 신청권을 갖는다고 보아야 한다.
- ② 행정행위를 한 행정청은 그 행정행위에 하자가 있는 경우에는 원칙적으로 별도의 법적 근거가 없더라도 스스로 그 행정행위를 직권으로 취소할 수 있다.
- ③ 직권취소는 행정행위의 성립상의 하자를 이유로 하는 것이므로, 개별법에 특별한 규정이 없는 한 「행정절차법」에 따른 절차규정이 적용되지 않는다.
- ④ 행정행위의 위법 여부에 대하여 취소소송이 이미 진행 중인 경우 처분청은 위법을 이유로 그 행정행위를 직권취소할 수 없다.

해설

- ① [×] 직권'취소'의 근거조항은 취소'신청권'의 인정근거가 아니다.
직권취소를 할 수 있다는 사정만으로 이해관계인에게 처분청에 대하여 그 취소를 요구할 신청권이 부여된 것으로 볼 수는 없다. (대판 2006. 6. 30. 2004두701)
- ② [○] 직권취소는 별도의 법적 근거를 요하지 아니한다.
 원래 행정처분을 한 처분청은 그 처분에 하자가 있는 경우에는 원칙적으로 별도의 법적 근거가 없더라도 스스로 이를 직권으로 취소할 수 있다. (대판 2006. 6. 30. 2004두701)
- ③ [×] 직권취소 역시 행정처분이므로 행정절차법에서 정하는 일반적인 처분절차규정을 따라야 한다.
- ④ [×] 직권취소는 항고소송의 진행중에도 가능하다.
 변상금 부과처분에 대한 취소소송이 진행중이라도 그 부과권자로서는 위법한 처분을 스스로 취소하고 그 하자를 보완하여 다시 적법한 부과처분을 할 수도 있는 것이다. (대판 2006. 2. 10. 2003두5686)

정답 ②

◎ 논점분석

① 취소 신청권 인정여부

직권취소의 근거법률 유무와 신청권은 아무런 관련이 없다.

'직권취소'의 근거와 '취소 신청권'의 근거는 구별된다. (혼동하지 말 것!!!)

참고로 판례는 원칙적으로 취소신청권을 인정하지 않는다.

② 빈출판례

③ 직권취소의 성질

직권취소와 직권철회는 독립적인 처분이다. 따라서 처분절차에 관한 행정절차법이 적용된다.

④ 직권취소의 가부

처분에 불가변력이 인정되는 경우 직권취소는 제한된다.

그러나 처분에 불가쟁력이 발생한 경우에도 직권취소는 가능하다.

05.

행정상 법률관계에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 공법상 근무관계의 형성을 목적으로 하는 채용계약의 체결 과정에서 행정청의 일방적인 의사표시로 계약이 성립하지 아니한 경우, 관계 법령이 상대방의 법률관계에 관하여 구체적으로 어떻게 규정하고 있는지에 따라 의사표시가 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하는지 아니면 공법상 계약관계의 일방 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시인지를 개별적으로 판단하여야 한다.
- ② 행정처분과 부관 사이에 실제적 관련성이 있다고 볼 수 없는 경우 공무원이 이와 같은 공법상의 제한을 회피할 목적으로 행정처분의 상대방과 사이에 사법상 계약을 체결하는 형식을 취하였다면 이는 법치행정의 원리에 반하는 것으로서 위법하다.
- ③ 지방전문직공무원 채용계약 해지의 의사표시에 대하여는 공법상 당사자소송으로 그 의사표시의 무효확인을 청구할 수 있다.
- ④ 재단법인 한국연구재단이 A대학교 총장에게 연구개발비의 부당집행을 이유로 과학기술기본법령에 따라 '두뇌한국(BK)21 사업' 협약의 해지를 통보한 것은 공법상 계약을 계약당사자의 지위에서 종료시키는 의사표시에 해당한다.

해설

- ① [○] 공법상 계약관계에서의 행정청의 일방적 계약의 해지가 행정처분인지 여부의 판단기준(=관계법령을 기준으로 개별적 판단)
행정청이 자신과 상대방 사이의 근로관계를 일방적인 의사표시로 종료시켰다고 하더라도 곧바로 그 의사표시가 행정청으로서 공권력을 행사하여 행하는 행정처분이라고 단정할 수는 없고, 관계 법령이 상대방의 근로관계에 관하여 구체적으로 어떻게 규정하고 있는지에 따라 그 의사표시가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는 것인지 아니면 공법상 계약관계의 일방 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시인지 여부를 개별적으로 판단하여야 한다. 이러한 법리는 공법상 근무관계의 형성을 목적으로 하는 채용계약의 체결 과정에서 행정청의 일방적인 의사표시로 계약이 성립하지 아니하게 된 경우에도 마찬가지이다. (대판 2014. 4. 24. 2013두6244)
- ② [○] 부당결부금지원칙에 반하는 위법한 부관을 사법상의 계약의 형식으로 체결한 경우, 역시 위법하다.
행정처분과 부관 사이에 실제적 관련성이 있다고 볼 수 없는 경우 공무원이 위와 같은 공법상의 제한을 회피할 목적으로 행정처분의 상대방과 사이에 사법상 계약을 체결하는 형식을 취하였다면 이는 법치행정의 원리에 반하는 것으로서 위법하다. 2017국회8, 2012지7 (대판 2009. 12. 10. 2007다63966)
- ③ [○] 지방전문직공무원 채용계약의 해지는 당사자소송의 대상이 된다.
지방전문직공무원 채용계약 해지의 의사표시에 대하여는 대등한 당사자간의 소송형식인 공법상 당사자소송으로 그 의사표시의 무효확인을 청구할 수 있다. (대판 1993. 9. 14. 92누4611)
- ④ [x] 과학기술기본법령에 따른 두뇌한국(BK)21 사업 협약의 해지 통보는 행정처분이다.
과학기술기본법령에 따른 두뇌한국(BK)21 사업 협약의 해지 통보는 단순히 대등 당사자의 지위에서 형성된 공법상계약을 계약당사자의 지위에서 종료시키는 의사표시에 불과한 것이 아니라 행정청이 우월적 지위에서 연구개발비의 회수 및 관련자에 대한 국가연구개발사업 참여제한 등의 법률상 효과를 발생시키는 행정처분에 해당한다. (대판 2014. 12. 11. 2012두28704)

정답 ④

◎ 논점분석

① 공법상 계약의 일방적 해지가 행정처분인지 여부

행정청의 일방적 의사로 계약이 종료되거나 성립하지 않은 경우 행정청의 의사가 '처분'인지 문제가 된다.

판례는 일반적으로 법령의 근거유무로 이를 판단하고 있다.

② 빈출판례

③ 지방전문직공무원의 채용계약은 공법상계약이다.

④ 빈출판례의 확장

동 판례의 빈출지문은 "재단법인 한국연구재단이 A대학교 총장에게 B에 대한 대학 자체징계를 요구한 것은 처분이 아니다."라는 것이다.

🔪 ④ 판례연구

재단법인 한국연구재단이 A대학교 총장에 대한

- 과학기술기본법령상 사업 협약의 해지 통보는 행정처분

- B에 대한 대학 자체징계를 요구한 것은 처분 아님

(대판 2014. 12. 11. 2012두28704)

06.

행정절차에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 당사자가 신청하는 허가 등을 거부하는 처분을 하면서 당사자가 그 근거를 알 수 있을 정도로 이유를 제시한 경우에는 처분의 근거와 이유를 구체적으로 명시하지 않았더라도 그로 말미암아 그 처분이 위법하다고 볼 수는 없다.
- ② 구「폐기물처리시설 설치촉진 및 주변지역 지원 등에 관한 법률」상 입지선정위원회가 동법 시행령의 규정에 위배하여 군수와 주민대표가 선정·추천한 전문가를 포함시키지 않은 채 임의로 구성되어 의결을 한 경우에, 이에 터잡아 이루어진 폐기물처리시설 입지결정처분은 당연히 무효가 된다.
- ③ 「공무원연금법」상 퇴직연금 지급정지 사유기간 중 수급자에게 지급된 퇴직연금의 환수결정은 당사자에게 의무를 과하는 처분으로, 퇴직연금의 환수결정에 앞서 당사자에게 의견진술의 기회를 주지 아니하면 「행정절차법」에 반한다.
- ④ 납세고지서에 세액산출근거 등의 기재사항이 누락되었거나 과세표준과 세액의 계산명세서가 첨부되지 않은 납세고지의 하자는 납세의무자가 그 나름대로 산출근거를 알고 있다거나 사실상 이를 알고서 쟁송에 이르렀다 하더라도 치유되지 않는다.

해설

- ① [○] 당사자의 신청에 대한 거부처분의 경우 (구체적으로 근거와 이유를 명시하지 않았더라도) 그 근거를 알 수 있을 정도로 한 이유제시는 위법하다고 볼 수 없다.
행정청은 처분을 하는 때에는 원칙적으로 당사자에게 근거와 이유를 제시하여야 한다(행정절차법 제23조 제1항). 당사자가 신청하는 허가 등을 거부하는 처분을 하면서 당사자가 그 근거를 알 수 있을 정도로 이유를 제시한 경우에는 처분의 근거와 이유를 구체적으로 명시하지 않았더라도 그로 말미암아 그 처분이 위법하다고 볼 수는 없다. (대판 2017. 8. 29. 2016두44186)
- ② [○] 위법하게 구성된 입지선정위원회의 처분은 무효사유에 해당한다(=주체의 하자).
구「폐기물처리시설 설치촉진 및 주변지역 지원 등에 관한 법률」에 정한 입지선정위원회가 그 구성방법 및 절차에 관한 같은 법 시행령의 규정에 위배하여 군수와 주민대표가 선정·추천한 전문가를 포함시키지 않은 채 임의로 구성되어 의결을 한 경우, 그에 터잡아 이루어진 폐기물처리시설 입지결정처분의 하자는 중대한 것이고 객관적으로도 명백하므로 무효사유에 해당한다. 2018지9. 2017국⁹ (대판 2007. 4. 12. 2006두20150)
- ③ [×] 퇴직연금의 환수결정시 의견진술 기회를 주지 않아도 행정절차법 위반이 아니다.
공무원연금법상 퇴직연금 지급정지 사유기간 중 수급자에게 지급된 퇴직연금의 환수결정은 당사자에게 의무를 과하는 처분이기는 하나, 관련 법령에 따라 당연히 환수금액이 정하여지는 것이므로, 퇴직연금의 환수결정에 앞서 당사자에게 의견진술의 기회를 주지 아니하여도 행정절차법 제22조 제3항이나 신의칙에 어긋나지 아니한다. 2019서7. 2018지7. 2017국⁹하 (대판 2000. 11. 28. 99두5443)
- ④ [○] 납세고지서의 산출근거 누락의 하자는 납세의무자가 그 산출근거를 알고 있다는 것으로 치유되지 않는다.
납세고지서에 세액산출근거 등의 기재사항이 누락되었거나 과세표준과 세액의 계산명세서가 첨부되지 않았다면 적법한 납세의 고지라고 볼 수 없으며, 위와 같은 납세고지의 하자는 납세의무자가 그 나름대로 산출근거를 알고 있다거나 사실상 이를 알고서 쟁송에 이르렀다 하더라도 치유되지 않는다. (대판 2002. 11. 13. 2001두1543)

정답 ③

◎ 논점분석

① 이유제시의 정도

처분의 근거와 이유는 구체적으로 명시되어야 함이 원칙이다. 그러나 그 예외에 해당하는 판례이다.

② 주체의 하자

원칙적으로 무효

③ ★빈출판례

④ 하자치유여부

이유제시의 하자는 이유제시의 사후 보완으로 치유될 수 있다 (행정쟁송제기전설).

🔍 ④ 관련판례연구

세액산출근거가 기재되지 아니한 납세고지서에 의한 부과처분의 하자는 납세의무자가 전심절차에서 이를 주장하지 아니하였거나, 그 후 부과된 세금을 자진납부하였다거나, 또는 조세채권의 소멸시효기간이 만료되었다 하여 치유되는 것이라고는 할 수 없다. (대판 1985. 4. 9. 84누431)

07. [각론]

갑 회사는 사옥을 신축하면서 A지하철역과 사옥을 연결하는 지하연결통로를 설치하여 사용하고 있는데, 그 지하연결통로의 용도와 기능은 종래대로 주로 일반시민의 교통편익을 위한 것이고 이에 곁들여 갑의 사옥에 출입하는 사람들의 통행로로도 이용되고 있다. 이에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 지하연결통로의 주된 용도와 기능이 일반시민의 교통편익을 위한 것이지만 부수적으로 이에 곁들여 갑 회사의 이익을 위하여도 사용되고 있는 이상, 지하연결통로는 특별사용에 제공된 것으로 그 설치·사용행위는 도로의 점용이라고 보아야 한다.
- ② 공물관리주체가 지하연결통로에 대하여 공용폐지를 하는 경우, 일반적인 시민생활에서 지하연결통로를 이용만 하는 사람에게는 그 용도폐지를 다룰 법률상의 이익이 인정되지 않는다.
- ③ 지하연결통로의 인접주민은 그 통로를 사용하지 않고 있는 경우에도 그 통로에 대해 고양된 일반사용권이 인정되므로, 다른 개인에 의하여 지하연결통로의 사용권을 침해당한 경우에 「민법」상 방해배제청구권이나 손해배상청구권이 인정된다.
- ④ 지하연결통로 인근에서 공공목적의 개발행위로 지하연결통로를 일반사용하는 사람들이 지하연결통로를 이용하는 데 불편을 겪는 등 사용을 제한받았다면, 특별한 사정이 없는 한 그로 인한 불이익에 대하여 손실보상이 인정된다.

해설

- ① [×] 지하연결통로의 주된 용도와 기능이 일반시민을 위한 것이라면 그 지하연결통로는 일반사용을 위한 것이다(도로의 점용이 아니다).
지하연결통로의 용도와 기능이 주로 일반시민의 교통편익을 위한 것이고 이에 곁들여 특정건물에 출입하는 사람들의 통행로로도 이용되고 있는 정도라면, 지하연결통로는 도로의 일반사용을 위한 것이고 건물 소유자의 특별사용을 위한 것이라고 보기 어려우므로 이를 설치·사용하는 행위를 도로의 점용이라고 볼 수 없다. (대판 1992. 12. 22. 92누1223)
- ② [○] 일반적으로 도로를 이용만 하는 사람은 그 용도폐지처분을 다룰 법률상 이익이 없다.
일반적으로 도로는 국가나 지방자치단체가 직접 공공의 통행에 제공하는 것으로서 일반국민은 이를 자유로이 이용할 수 있는 것이기는 하나, 그렇다고 하여 그 이용관계로부터 당연히 그 도로에 관하여 특정한 권리나 법령에 의하여 보호되는 이익이 개인에게 부여되는 것이라고까지는 말할 수 없으므로, 일반적인 시민생활에 있어 도로를 이용만 하는 사람은 그 용도폐지를 다룰 법률상의 이익이 있다고 말할 수 없다. (대판 1992. 9. 22. 91누13212)
- ③ [×] 공물의 인접주민이라는 사정만으로는 고양된 일반사용권이 인정될 수 없다.
이러한 고양된 일반사용권이 침해된 경우 다른 개인과의 관계에서 민법상으로도 보호될 수 있으나 ... 구체적으로 공물을 사용하지 않고 있는 이상 그 공물의 인접주민이라는 사정만으로는 공물에 대한 고양된 일반사용권이 인정될 수 없다. (대판 2006. 12. 22. 2004다68311,68328)

[총론] ④ [×] 적법한 개발행위 등으로 일반사용이 제한받게 된 경우의 불이익은 손실보상의 대상이 되지 않는다.

공공용물에 관하여 적법한 개발행위 등이 이루어짐으로 말미암아 이에 대한 일정범위의 사람들의 일반사용이 종전에 비하여 제한받게 되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그로 인한 불이익은 손실보상의 대상이 되는 특별한 손실에 해당한다고 할 수 없다. (대판 2002. 2. 26. 99다35300)

정답 ②

◎ 논점분석

각론 '공물법'

- ① 특별사용(점용)여부
- ② 원고적격
- ③ 고양된 일반사용권
- ④ 손실보상여부

🔪 ① 판례연구

지하연결통로의 주된 용도와 기능이 특정건물에 출입하는 사람들의 통행로로 사용하기 위한 것이고 다만 이에 곁들여 일반인이 통행함을 제한하지 않는 것뿐이어서, 지하연결통로는 특정건물의 사용편익을 위한 특별사용에 제공된 것이어서 이를 설치·사용하는 행위는 도로의 점용이라고 보아야 할 것이다. (대판 1992. 12. 22. 92누1223)

🔪 ② ★판례연구

당해 공공용재산의 성질상 특정 개인의 생활에 개별성이 강한 직접적이고 구체적인 이익을 부여하고 있어서 그에게 그로 인한 이익을 가지게 하는 것이 법률적인 관점으로도 이유가 있다고 인정되는 특별한 사정이 있는 경우에는 ... 이러한 직접적인 이해관계를 가지는 사람이 그와 같은 이익을 현실적으로 침해당한 경우에는 용도폐지처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있다. (대판 1992. 9. 22. 91누13212)

항고소송의 원고적격에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 일반면허를 받은 시외버스운송사업자에 대한 사업계획변경 인가처분으로 인하여 노선 및 운행계통의 일부 중복으로 기존에 한정면허를 받은 시외버스운송사업자의 수익감소가 예상된다면, 기존의 한정면허를 받은 시외버스운송사업자는 일반면허 시외버스운송사업자에 대한 사업계획변경 인가처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있다.
- ② 처분의 근거 법규 또는 관련 법규에 그 처분으로써 이루어지는 행위 등 사업으로 인하여 환경상 침해를 받으리라고 예상되는 영향권의 범위가 구체적으로 규정되어 있는 경우, 그 영향권 내의 주민들에 대하여는 특단의 사정이 없는 한 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있는 것으로 사실상 추정된다.
- ③ 「출입국관리법」상의 체류자격 및 사증발급의 기준과 절차에 관한 규정들은 대한민국의 출입국질서와 국경관리라는 공익을 보호하려는 취지로 해석될 뿐이므로, 동법상 체류자격변경 불허가 처분, 강제퇴거명령 등을 다투는 외국인에게는 해당 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정되지 않는다.
- ④ 법령이 특정한 행정기관으로 하여금 다른 행정기관에 제재적 조치를 취할 수 있도록 하면서, 그에 따르지 않으면 그 행정기관에 과태료 등을 과할 수 있도록 정하는 경우, 권리구제나 권리보호의 필요성이 인정된다면 예외적으로 그 제재적 조치의 상대방인 행정기관에게 항고소송의 원고적격을 인정할 수 있다.

해설

- ① [○] 기존의 시외버스운송사업자는 일반면허 시외버스운송사업자에 대한 사업계획변경인가처분으로 수익감소가 예상될 경우 그 취소를 구할 법률상의 이익이 있다.
일반면허를 받은 시외버스운송사업자에 대한 사업계획변경 인가처분으로 인하여 기존에 한정면허를 받은 시외버스운송사업자의 노선 및 운행계통과 일반면허를 받은 시외버스운송사업자의 그것이 일부 중복되게 되고 기존업자의 수익감소가 예상된다면, 기존의 한정면허를 받은 시외버스운송사업자와 일반면허를 받은 시외버스운송사업자는 경업관계에 있는 것으로 보는 것이 타당하고, 따라서 기존의 한정면허를 받은 시외버스운송사업자는 일반면허 시외버스운송사업자에 대한 사업계획변경인가처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있다.^{3년간} (대판 2018. 4. 26. 2015두53824)
- ② [○] 행정처분의 근거·관련법규에 영향권의 범위가 구체적으로 규정된 경우 그 영향권 내의 주민에게는 환경상의 이익에 대한 침해가 사실상 추정되어 원고적격이 인정된다.
행정처분의 근거 법규 또는 관련 법규에 그 처분으로써 이루어지는 행위 등 사업으로 인하여 환경상 침해를 받으리라고 예상되는 영향권의 범위가 구체적으로 규정되어 있는 경우에는 ... 환경상의 이익은 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적 이익으로서 ... 그 영향권 내의 주민들에 대하여는 특단의 사정이 없는 한 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 법률상 보호되는 이익으로 인정됨으로써 원고적격이 인정된다. (대판 2010. 4. 15. 2007두16127)
- ③ [×] 출입국관리법상 체류자격변경 불허가처분, 강제퇴거명령 등을 다투는 외국인은 해당 처분을 다투는 법률상 이익이 있다.
출입국관리법상 체류자격변경 불허가처분, 강제퇴거명령 등을 다투는 외국인은 대한민국에 적법하게 입국하여 상당한 기간을 체류한 사람이므로, 이미 대한민국과의 실질적 관련성 내지 대한민국에서 법적으로 보호받지 있는 이해관계를 형성한 경우이어서, 해당 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정된다고 보아야 한다.^{3년간} (대판 2018. 5. 15. 2014두42506)
- ④ [○] 권리구제나 권리보호의 필요성이 인정되는 경우 예외적으로 행정기관의 원고적격이 인정된다.
법령이 특정한 행정기관 등으로 하여금 다른 행정기관을 상대로 제재적 조치를 취할 수 있도록 하면서, 그에 따르지 않으면 그 행정기관에 대하여 과태료를 부과하거나 형사처벌을 할 수 있도록 정하는 경우, 권리구제나 권리보호의 필요성이 인정된다면 예외적으로 그 제재적 조치의 상대방인 행정기관 등에게 항고소송 원고로서의 당사자능력과 원고적격을 인정할 수 있다.^{3년간} (대판 2018. 8. 1. 2014두35379)

정답 ③

★★★는점분석

① 경업자 소송의 원고적격

경업자소송의 원고적격(법률상 이익) 유무는 특허업인지 허가업인지가 기준이 된다.

사안은 시외버스운송사업자에 대한 것으로 특허업이고 이로 인한 경영상 이익은 법률상 보호되는 이익에 해당한다.

참고로 허가업의 경영상 이익은 반사적 이익에 불과하다.

② '영향권 내'의 주민의 이익

법률상 이익으로 추정되어 원고적격이 인정된다.

참고로, 영향권 밖의 주민은 법률상 이익을 증명하여야 원고적격이 인정된다.

③ 중요판례의 확장

판례연구 참고

④ 행정기관의 원고적격

원칙적으로 행정기관은 당사자 능력이 없어 원고적격을 갖지 않는다. 그러나 다른 권리구제 방법이 없는 경우 부득이 인정하는 경우가 있다 (27지).

① 경기도선관위원회 위원장

② 소방청장

③판례연구

사증발급 거부처분을 다투는 외국인은, 아직 대한민국에 입국하지 않은 상태에서 ... 원고적격 없다.

그러나 국적법상 귀화불허가처분이나 출입국관리법상 체류자격변경 불허가처분, 강제퇴거명령 등을 다투는 외국인은 대한민국에 적법하게 입국하여 상당한 기간을 체류한 사람이므로 ... 원고적격 있다.

(대판 2018. 5. 15. 2014두42506)

09.

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

- ① 지방자치단체가 그 고유의 자치사무를 처리하는 경우 지방자치단체는 양벌규정에 의한 처벌대상이 되지 않는다.
- ② 「관세법」상 통고처분은 상대방의 임의의 승복을 그 발효요건으로 하기 때문에 그 자체만으로는 통고이행을 강제하거나 상대방에게 아무런 권리의무를 형성하지 않는다.
- ③ 질서위반행위 후 법률이 변경되어 그 행위가 질서위반행위에 해당하지 아니하게 된 때에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 변경되기 전의 법률을 적용한다.
- ④ 스스로 심신장애 상태를 일으켜 질서위반행위를 한 자에 대하여는 과태료를 감경한다.

해설

- ① [×] 공무원이 고유사무를 처리하는 경우 양벌규정의 처벌대상은 지방자치단체가 된다.
지방자치단체가 그 고유의 자치사무를 처리하는 경우 지방자치단체는 국가기관의 일부가 아니라 국가기관과는 별도의 독립한 공법인으로서 양벌규정에 의한 처벌대상이 되는 법인에 해당한다. ^{2019 서9, 2017국7하, 2016사복 (대판 2009. 6. 11. 2008도6530)}
- ② [○] 통고처분은 항고소송의 대상(처분)이 아니다.
관세법상 통고처분은 상대방의 임의의 승복을 발효요건으로 하기 때문에 통고처분 그 자체만으로는 통고이행을 강제하거나 상대방에게 아무런 권리의무를 형성하지 않는다. (헌재 1998. 5. 28. 96헌바4)
- ③ [×] 「질서위반행위규제법」

제3조 (법 적용의 시간적 범위)	② 질서위반행위 후 법률이 변경되어 그 행위가 질서위반행위에 해당하지 아니하게 되거나 과태료가 변경되기 전의 법률보다 가볍게 된 때에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 변경된 법률을 적용한다. ^{2019국9, 2019국회8, 2018국9}
--------------------------	---

- ④ [×] 「질서위반행위규제법」

제10조 (심신장애)	① 심신(心神)장애로 인하여 행위의 옳고 그름을 판단할 능력이 없거나 그 판단에 따른 행위를 할 능력이 없는 자의 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다. ② 심신장애로 인하여 제1항에 따른 능력이 미약한 자의 질서위반행위는 과태료를 감경한다. ③ 스스로 심신장애 상태를 일으켜 질서위반행위를 한 자에 대하여는 제1항 및 제2항을 적용하지 아니한다.
----------------	--

정답 ②

◎ 논점분석

- ① 양벌규정
공무원이 지방자치단체의 고유사무를 수행하는 경우 양벌규정에 의한 처벌대상이 되는 사업주(법인)는 지방자치단체가 된다.
그러나 공무원이 기관위임사무를 수행하는 경우에는 지방자치단체가 양벌규정의 처벌대상이 되지 않는다.
- ② 통고처분의 처분성(부정)
- ③ 반출조문
- ④ 조문

10.

갑은 재산세 부과에 근거가 되는 개별공시지가와 그 산정의 기초가 되는 표준지공시지가가 위법하게 산정되었다고 주장한다. 이에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 취소사유에 해당하는 하자가 있는 표준지공시지가결정에 대한 취소소송의 제소기간이 지난 경우, 갑은 개별토지가격결정을 다투는 소송에서 그 개별토지가격 산정의 기초가 된 표준지공시지가의 위법성을 다툴 수 있다.
- ㄴ. 갑은 개별공시지가결정에 대하여 곧바로 행정소송을 제기하거나 「부동산 가격공시에 관한 법률」에 따른 이의신청과 「행정심판법」에 따른 행정심판청구 중 어느 하나만을 거쳐 행정소송을 제기할 수 있을 뿐만 아니라, 이의신청을 하여 그 결과 통지를 받은 후 다시 행정심판을 거쳐 행정소송을 제기할 수도 있다.
- ㄷ. 개별공시지가 산정업무 담당공무원 등이 그 직무상 의무에 위반하여 현저하게 불합리한 개별공시지가가 결정되도록 함으로써 갑의 재산권을 침해한 경우 상당인과관계가 인정되는 범위에서 그 손해에 대하여 그 담당공무원 등이 속한 지방자치단체가 배상책임을 지게 된다.
- ㄹ. 갑이 개별공시지가결정에 따라 부과된 재산세를 납부한 후 이미 납부한 재산세에 대한 부당이득반환을 구하는 민사소송을 제기한 경우, 민사법원은 재산세부과처분에 취소사유의 하자가 있음을 이유로 재산세부과처분의 효력을 부인하고 그 납세액의 반환을 명하는 판결을 내릴 수 있다.

- ① ㄱ, ㄴ ② ㄱ, ㄷ
- ③ ㄴ, ㄷ ④ ㄷ, ㄹ

해설

- ㉠ [×] 표준지공시지가결정과 개별공시지가결정사이에 하자의 승계는 부정된다.
개별토지가격결정을 다투는 소송에서 그 개별토지가격 산정의 기초가 된 표준지 공시지가의 위법성을 다툴 수는 없다. (대판 1995. 3. 28. 94누12920)
- ㉡ [○] 개별공시지가결정에 대한 권리구제방법
부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률이 이의신청에 관하여 규정하고 있다고 하여 이를 행정심판법 제3조 제1항에서 행정심판의 제기를 배제하는 ‘다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우’에 해당한다고 볼 수 없으므로, 개별공시지가에 대하여 이의가 있는 자는 곧바로 행정소송을 제기하거나 부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률에 따른 이의신청과 행정심판법에 따른 행정심판청구 중 어느 하나만을 거쳐 행정소송을 제기할 수 있을 뿐 아니라, 이의신청을 하여 그 결과 통지를 받은 후 다시 행정심판을 거쳐 행정소송을 제기할 수도 있다. (대판 2010. 1. 28. 2008두19987)
- ㉢ [○] 개별공시지가 산정업무 담당공무원 등이 그 직무상 의무에 위반하여 현저하게 불합리한 개별공시지가가 결정되도록 함으로써 국민 개개인의 재산권을 침해한 경우에는 그 손해에 대하여 상당인과관계 있는 범위 내에서 그 담당공무원 등이 소속된 지방자치단체가 배상책임을 지게 된다. (대판 2010. 7. 22. 2010다13527)
- ㉣ [×] 민사법원은 구성요건적효력으로 인하여 처분의 효력을 부인할 수 없다.
과세처분이 당연무효라고 볼 수 없는 한 과세처분에 취소할 수 있는 위법사유가 있다 하더라도 그 과세처분은 행정행위의 공정력 또는 집행력에 의하여 그것이 적법하게 취소되기 전까지는 유효하다 할 것이므로, 민사소송절차에서 그 과세처분의 효력을 부인할 수 없다. ^{2019서9, 2018국회8} (대판 1999. 8. 20. 99다20179)

정답 ③

◎ 논점분석

- ㉠ ★하자의 승계
- ㉡ ★개별공시지가 결정에 대한 권리구제 방법
- ㉢ ★국가배상
- 판례연구 참고
- ㉣ ★구성요건적 효력과 선결문제

★★◎ 판례연구

지문은 일반론적인 판시내용이다. 그러나 본 판례에서는 다음과 같은 내용도 알아둘 필요가 있다.
개별공시지가 산정업무 담당공무원 등이 잘못 산정·공시한 개별공시지가를 신뢰한 나머지 토지의 담보가치가 충분하다고 믿고 그 토지에 관하여 근저당권설정 등기를 경료한 후 물품을 추가로 공급함으로써 손해를 입었음을 이유로 그 담당공무원이 속한 지방자치단체에 손해배상을 구한 경우, 그 담당공무원 등의 개별공시지가 산정에 관한 직무상 위반행위와 위 손해 사이에 상당인과관계가 있다고 보기 어려워 손해배상책임이 부정된다. (대판 2010. 7. 22. 2010다13527)

11.

행정심판의 재결의 기속력에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 재결이 확정된 경우에는 처분의 기초가 된 사실관계나 법률적 판단이 확정되고 당사자거나 법원은 이에 기속되어 모순되는 주장이나 판단을 할 수 없게 된다.
- ② 재결에 의하여 취소되거나 무효 또는 부존재로 확인되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 한 행정청은 재결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다.
- ③ 재결의 기속력은 재결의 주문 및 그 전제가 된 요건사실의 인정과 판단에 대하여만 미친다.
- ④ 당사자의 신청을 받아들이지 않은 거부처분이 재결에서 취소된 경우, 그 재결의 취지에 따라 이전의 신청에 대하여 다시 어떠한 처분을 하여야 할지는 처분을 할 때의 법령과 사실을 기준으로 판단하여야 하므로, 행정청은 종전 거부처분 또는 재결 후에 발생한 새로운 사유를 내세워 다시 거부처분을 할 수 있다.

해설

- ① [×] 재결은 기판력이 인정되지 아니한다.

재결에 판결에서와 같은 기판력이 인정되는 것은 아니어서 재결이 확정된 경우에도 처분의 기초가 된 사실관계나 법률적 판단이 확정되고 당사자거나 법원이 이에 기속되어 모순되는 주장이나 판단을 할 수 없게 되는 것은 아니다. 2018국9, 2018서7 (대판 2015. 11. 27. 2013다6759)

- ② [○] 「행정심판법」

제49조 (재결의 기속력 등)	② 재결에 의하여 취소되거나 무효 또는 부존재로 확인되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 한 행정청은 재결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다. 2019지9, 2019서7, 2019국회8 <신설 2017.4.18.>
---------------------	---

- ③ [○] 재결의 기속력은 주문과 구체적 위법사유(판단이유)에 미친다.

재결의 기속력은 재결의 주문 및 그 전제가 된 요건사실의 인정과 판단, 즉 처분 등의 구체적 위법사유에 관한 판단에만 미친다. 2016교행, 2015지9 (대판 2005. 12. 9. 2003두7705)

- ④ [○] 재결의 기속력에 있어서 시간적 기준시는 처분시이다.

당사자의 신청을 받아들이지 않은 거부처분이 재결에서 취소된 경우에 행정청은 종전 거부처분 또는 재결 후에 발생한 새로운 사유를 내세워 다시 거부처분을 할 수 있다. 그 재결의 취지에 따라 이전의 신청에 대하여 다시 어떠한 처분을 하여야 할지는 처분을 할 때의 법령과 사실을 기준으로 판단하여야 하기 때문이다. (대판 2017. 10. 31. 2015두45045)

정답 ①

◎ 논점분석

① 재결에는 기판력이 발생하지 않는다.

② 기속력 중 재처분의무 조항

③ 재결의 기속력이 미치는 범위(객관적 범위)

④ 재결의 기속력이 미치는 범위(시간적 범위)

재결의 시간적 기준은 처분시이므로 처분시 이후의 사유에는 기속력이 미치지 아니한다. 따라서 처분시 이후의 새로운 사유를 이유로 동일한 처분을 하는 것은 기속력에 반하지 않게 된다(=동일한 처분을 하는 것이 가능하다).

12.

행정의 실효성 확보수단에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정청이 행정대집행의 방법으로 건물철거의무의 이행을 실현할 수 있는 경우에는 건물철거 대집행 과정에서 부수적으로 건물의 점유자들에 대한 퇴거 조치를 할 수 있고, 점유자들이 적법한 행정대집행을 위력을 행사하여 방해하는 경우 「경찰관직무집행법」에 근거한 위협발생 방지조치 차원에서 경찰의 도움을 받을 수도 있다.
- ② 대집행계고를 하기 위하여는 법령에 의하여 직접 명령되거나 법령에 근거한 행정청의 명령에 의한 의무자의 대체적 작위의무 위반행위가 있어야 하는데, 단순한 부작위의무 위반의 경우에는 당해 법령에서 그 위반자에게 위반에 의해 생긴 유형적 결과의 시정을 명하는 행정처분 권한을 인정하는 규정을 두고 있지 않은 이상, 이와 같은 부작위의무로부터 그 의무를 위반함으로써 생긴 결과를 시정하기 위한 작위의무를 당연히 끌어낼 수는 없다.
- ③ 사용자가 이행하여야 할 행정법상 의무의 내용을 초과하는 것을 '불이행 내용'으로 기재한 이행강제금 부과 예고서에 의하여 이행강제금 부과 예고를 한 다음 이를 이행하지 않았다는 이유로 이행강제금을 부과하였다면, 초과한 정도가 근소하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 이행강제금 부과 예고는 위법하며, 이에 더 잡은 이행강제금 부과처분 역시 위법하다.
- ④ 체납자 등에 대한 공매처분을 하면서 체납자 등에게 공매통지를 하지 않았거나 공매통지를 하였더라도 그것이 적법하지 않은 경우 절차상의 흠이 있어 그 공매처분이 위법하게 되는 것인바, 공매통지는 상대방인 체납자 등의 법적 지위나 권리·의무에 직접적인 영향을 주는 행정처분으로서 항고소송의 대상이 된다.

해설

- ① [○] 대집행(불법건축물에 대한 철거)이 가능한 경우 부수적으로 대집행 대상의 건물로부터 점유자의 퇴거조치가 가능하다.
행정청이 행정대집행의 방법으로 건물철거의무의 이행을 실현할 수 있는 경우에는 건물철거 대집행 과정에서 부수적으로 건물의 점유자들에 대한 퇴거 조치를 할 수 있고^{2019국9, 2019서9, 2018국회8 ...} 「경찰관 직무집행법」에 근거한 위협발생 방지조치 또는 형법상 공무집행방해죄의 범행방지 내지 현행범체포의 차원에서 경찰의 도움을 받을 수도 있다.^{2019서9, 2018지9, 2018국회8 (대판 2017. 4. 28. 2016다213916)}
- ② [○] 부작위의무 규정으로부터는 작위의무가 도출되지 않는다.
대집행계고처분을 하기 위하여는 법령에 의하여 직접 명령되거나 법령에 근거한 행정청의 명령에 의한 의무자의 대체적 작위의무 위반행위가 있어야 한다. 따라서 단순한 부작위의무의 위반의 경우에는 당해 법령에서 그 위반자에 대하여 위반에 의하여 생긴 유형적 결과의 시정을 명하는 행정처분의 권한을 인정하는 규정을 두고 있지 아니한 이상, 위와 같은 부작위의무로부터 그 의무를 위반함으로써 생긴 결과를 시정하기 위한 작위의무를 당연히 끌어낼 수는 없다. (대판 1996. 6. 28. 96누4374)
- ③ [○] 이행강제금 부과 예고가 위법한 경우, 이에 더 잡은 이행강제금 부과처분도 위법하다.
사용자가 이행하여야 할 행정법상 의무의 내용을 초과하는 것을 '불이행 내용'으로 기재한 이행강제금 부과 예고서에 의하여 이행강제금 부과 예고를 한 다음 이를 이행하지 않았다는 이유로 이행강제금을 부과하였다면, 초과한 정도가 근소하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 이행강제금 부과 예고는 이행강제금 제도의 취지에 반하는 것으로서 위법하고, 이에 더 잡은 이행강제금 부과처분 역시 위법하다.^{2017지9하 (대판 2015. 6. 24. 2011두2170)}
- ④ [×] 공매통지는 공매의 절차적 요건이며 처분이 아니다.
체납자 등에 대한 공매통지는 공매에서 ..., 절차적 요건이라고 보아야 하며, 공매처분을 하면서 체납자 등에게 공매통지를 하지 않았거나 공매통지를 하였더라도 그것이 적법하지 아니한 경우에는 절차상의 흠이 있어 그 공매처분이 위법하게 되는 것이지만, 공매통지 자체가 그 상대방인 체납자 등의 법적 지위나 권리·의무에 직접적인 영향을 주는 행정처분에 해당한다고 할 것은 아니다.^{2019서7, 2018지9, 2017국9 (대판 2011. 3. 24. 2010두25527)}

정답 ④

🔍 논점분석

- ① 퇴거조치에 대한 대집행
- ② 대체적 작위의무 인정여부
- ③ 이행강제금 부과 하자
- ④ 공매통지의 성질

🔍 ★★①판례연구

일반적으로 (합법적인 건축물에서의) 퇴거의무는 대집행의 대상이 되지 않음이 원칙이다.
[주의!! 건축물에 대한 대집행이 아니다. 적법한 건축물은 대집행 대상이 될 리가 없다. 여기서는 단지 '퇴거의무'에 대한 대집행을 말하는 것이다.]
이러한 경우에는 민사판결을 얻어서 퇴거를 시켜야 한다.
그러나
판례와 같이 대집행(불법건축물에 대한 철거)이 가능한 경우에는 대집행에 부수하여(민사판결 없이) 퇴거 조치를 할 수 있다.
(대판 2017. 4. 28. 2016다213916)

🔍 ★★④판례연구

공매통지에 대한 판례의 입장이다.
이와 관련하여 2019년도 국회직 4번 문제를 다시 검토해 보자!!!

13.

행정청의 침익적 행위에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 「국민연금법」상 연금 지급결정을 취소하는 처분과 그 처분에 기초하여 잘못 지급된 급여액에 해당하는 금액을 환수하는 처분이 적법한지를 판단하는 경우 비교·교량할 각 사정이 상이하다고는 할 수 없으므로, 연금 지급결정을 취소하는 처분이 적법하다면 환수처분도 적법하다고 판단하여야 한다.
- ② 세무조사가 과세자료의 수집 등의 본연의 목적이 아니라 부정한 목적을 위하여 행하여진 것이라면 세무조사에 중대한 위법사유가 있는 경우에 해당하고, 이러한 세무조사에 의하여 수집된 과세자료를 기초로 한 과세처분 역시 위법하다.
- ③ 과세관청이 과세예고 통지 후 과세전적부심사 청구나 그에 대한 결정이 있기 전에 과세처분을 한 경우, 특별한 사정이 없는 한 그 과세처분은 절차상 하자가 중대·명백하여 당연무효이다.
- ④ 건축주 등이 장기간 시정명령을 이행하지 아니하였으나 그 기간 중에 시정명령의 이행 기회가 제공되지 아니하였다가 뒤늦게 이행 기회가 제공된 경우, 이행 기회가 제공되지 아니한 과거의 기간에 대한 이행강제금까지 한꺼번에 부과하였다면 그러한 이행강제금 부과처분은 하자가 중대·명백하여 당연무효이다.

해설

- ① [×] 연금지급결정의 취소와 기존 지급된 연금의 환수처분은 서로 독립적으로 판단한다(지급결정의 취소가 적법한 경우 환수처분도 반드시 적법한 것이 되는 것이 아니다).
「국민연금법」상 연금지급결정을 취소하는 처분과 그 처분에 기초하여 잘못 지급된 급여액에 해당하는 금액을 환수하는 처분이 적법한지를 판단함에 있어 비교·교량할 각 사정이 동일하다고는 할 수 없으므로, 연금지급결정을 취소하는 처분이 적법하다고 하여 환수처분도 반드시 적법하다고 판단하여야 하는 것은 아니다.^{3년간} (대판 2017. 3. 30. 2015두43971)
- ② [○] 세무조사가 위법한 경우 그에 따른 과세처분도 위법하다.
세무조사가 과세자료의 수집 또는 신고내용의 정확성 검증이라는 본연의 목적이 아니라 부정한 목적을 위하여 행하여진 것이라면 이는 세무조사에 중대한 위법사유가 있는 경우에 해당하고 이러한 세무조사에 의하여 수집된 과세자료를 기초로 한 과세처분 역시 위법하다.^{3년간} (대판 2016. 12. 15. 2016두47659)
- ③ [○] 과세전적부심사의 결여는 무효사유에 해당한다.
과세예고 통지 후 과세전적부심사 청구나 그에 대한 결정이 있기도 전에 과세처분을 하는 것은 원칙적으로 과세전적부심사 이후에 이루어져야 하는 과세처분을 그보다 앞서 함으로써 과세전적부심사 제도 자체를 형해화시킬 뿐이므로, 그와 같은 과세처분은 납세자의 절차적 권리를 침해하는 것으로서 그 절차상 하자가 중대하고도 명백하여 무효라고 할 것이다.^{2018국7, 2018지7} (대판 2016. 12. 27. 2016두49228)
- ④ [○] 시정명령의 이행 기회가 제공되지 아니한 이행강제금부과 처분은 무효사유에 해당한다.
비록 건축주등이 장기간 시정명령을 이행하지 아니하였다 하더라도, 그 기간 중에는 시정명령의 이행 기회가 제공되지 아니하였다가 뒤늦게 시정명령의 이행 기회가 제공된 경우라면, 그 시정명령의 이행 기회 제공을 전제로 한 1회분의 이행강제금만을 부과할 수 있고, 시정명령의 이행 기회가 제공되지 아니한 과거의 기간에 대한 이행강제금까지 한꺼번에 부과할 수는 없다고 보아야 한다.^{2018국9, 2017지9하} 그리고 이를 위반하여 이루어진 이행강제금 부과처분은 ... 구 건축법 제80조 제1항, 제4항 등 법규의 중요한 부분을 위반한 것으로서, 그러한 하자는 중대할 뿐만 아니라 객관적으로도 명백하다고 할 것이다.^{2017국7하} (대판 2016. 7. 14. 2015두46598)

정답 ①

◎ 논점분석

- ① 중요판례
- ② 기존 대법원판례 입장과 동일 취지
- ③ 과세전적부심사의 결여는 절차의 하지이나 무효사유가 된다는 점에서 중요하다.
- ④ 빈출판례
이행강제금 부과의 하자

14.

행정상 손해배상에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 「국가배상법」 제2조에 따른 공무원은 「국가공무원법」 등에 의해 공무원의 신분을 가진 자에 국한하지 않고, 널리 공무를 위탁받아 실질적으로 공무에 종사하고 있는 일체의 자를 가리킨다.
- ② 공무원이 직무를 수행하면서 그 근거법령에 따라 구체적으로 의무를 부여받았어도 그것이 국민 개개인의 이익을 위한 것이 아니라 전체적으로 공공 일반의 이익을 도모하기 위한 것이라면 그 의무에 위반하여 국민에게 손해를 가하여도 국가 또는 지방자치단체는 배상책임을 지지 않는다.
- ③ 어떠한 행정처분이 항고소송에서 취소되었을지라도 그 기판력에 의하여 당해 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 국가배상책임이 성립한다고 단정할 수는 없다.
- ④ 「공직선거법」이 후보자가 되고자 하는 자와 그 소속 정당에게 전과기록을 조회할 권리를 부여하고 수사기관에 회보의무를 부과한 것은 공공의 이익만을 위한 것이지 후보자가 되고자 하는 자나 그 소속 정당의 개별적 이익까지 보호하기 위한 것은 아니다.

해설

- ① [○] 국가배상법상의 공무원은 기능적 개념(=실질적으로 공무를 수행하는 자)의 공무원이다.
국가배상법 제2조 소정의 '공무원'이라 함은 국가공무원법이나 지방공무원법에 의하여 공무원으로서의 신분을 가진 자에 국한하지 않고, 널리 공무를 위탁받아 실질적으로 공무에 종사하고 있는 일체의 자를 가리키는 것이다. 2019국회8, 2017교행 (대판 2001. 1. 5. 98다39060)
- ② [○] 사익보호성이 결여된 경우 상당인과관계가 부정되어 국가배상책임이 부정된다.
공무원이 직무를 수행하면서 그 근거되는 법령의 규정에 따라 구체적으로 의무를 부여받았어도 그것이 국민의 이익과는 관계없이 순전히 행정기관 내부의 질서를 유지하기 위한 것이거나, 또는 국민의 이익과 관련된 것이라도 직접 국민 개개인의 이익을 위한 것이 아니라 전체적으로 공공 일반의 이익을 도모하기 위한 것이라면 그 의무에 위반하여 국민에게 손해를 가하여도 국가 또는 지방자치단체는 배상책임을 부담하지 아니한다. (대판 2002. 3. 12. 2000다55225, 55232)
- ③ [○] 취소판결의 기판력은 국가배상요건 중 고의 또는 과실에는 미치지 아니한다.
어떠한 행정처분이 후에 항고소송에서 취소되었다고 할지라도 그 기판력에 의하여 당해 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없는 것이다. 2019지9, 2017국9, 2017서7 (대판 2000. 5. 12. 99다70600)
- ④ [×] 공직선거법 제49조는 후보자가 되고자 하는 자와 정당의 개별적 이익을 보호하기 위한 것이다 (=사익보호성이 인정되어 위반행위와 손해사이에 상당인과관계가 인정된다).
공직선거법이 위와 같이 후보자가 되고자 하는 자와 그 소속 정당에게 전과기록을 조회할 권리를 부여하고 수사기관에 회보의무를 부과한 것은 단순히 유권자의 알권리 보호 등 공공 일반의 이익만을 위한 것이 아니라, 그와 함께 후보자가 되고자 하는 자가 자신의 피선거권 유무를 정확하게 확인할 수 있게 하고, 정당이 후보자가 되고자 하는 자의 범죄경력을 파악함으로써 부적격자를 공천함으로써 인하여 생길 수 있는 정당의 신뢰도 하락을 방지할 수 있게 하는 등 개별적인 이익도 보호하기 위한 것이다. (대판 2011. 9. 8. 2011다34521)

정답 ④

◎ 논점분석

- ① 국가배상법상 공무원의 요건
- ② 국가배상책임을 요건 중 상당인
과관계
- ③ 항고소송 기판력의 범위
- ④ 상당인과관계가 인정되는 판례
사안

15.

갑에 대한 과세처분 이후 조세부과의 근거가 되었던 법률에 대해 헌법재판소의 위헌결정이 있었고, 위헌결정 이후에 그 조세채권의 집행을 위해 갑의 재산에 대해 압류처분이 있었다. 이에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 갑은 압류처분에 대해 무효확인소송을 제기하려면 무효확인심판을 거쳐야 한다.
- ② 위헌결정 당시 이미 과세처분에 불가쟁력이 발생하여 조세채권이 확정된 경우에도 갑의 재산에 대한 압류처분은 무효이다.
- ③ 갑이 압류처분에 대해 무효확인소송을 제기하였다가 압류처분에 대한 취소소송을 추가로 병합하는 경우, 무효확인의 소가 취소소송 제소기간 내에 제기됐더라도 취소청구의 소의 추가 병합이 제소기간을 초과했다면 병합된 취소청구의 소는 부적법하다.
- ④ 갑이 압류처분에 대해 무효확인소송을 제기하였다가 취소소송으로 소의 종류를 변경하는 경우, 제소기간의 준수 여부는 취소소송으로 변경되는 때를 기준으로 한다.

해설 || 이하 「행정소송법」

- ① [×] 무효등확인소송에서는 관계법에서 행정심판전치주의를 정하고 있는 경우에도 그 적용을 받지 아니한다.
- ② [○] 조세부과 근거조항에 대한 위헌결정 후의 체납처분(압류처분)은 당연무효이다.
조세 부과의 근거가 되었던 법률규정이 위헌으로 선언된 경우, 비록 그에 기한 과세처분이 위헌결정 전에 이루어졌고, 과세처분에 대한 제소기간이 이미 경과하여 조세채권이 확정되었다고 하더라도, 위와 같은 위헌결정 이후에 조세채권의 집행을 위한 새로운 체납처분에 착수하거나 이를 속행하는 것은 더 이상 허용되지 않고, 나아가 이러한 위헌결정의 효력에 위배하여 이루어진 체납처분은 그 사유만으로 하자가 중대하고 객관적으로 명백하여 당연무효라고 보아야 한다. (대판(전) 2012. 2. 16. 2010두10907)
- ③ [×] 무효확인인 소가 취소소송의 제소기간 내 제기된 경우, 이후 추가병합된 취소소송은 제소기간을 준수한 것이다.
행정처분의 무효확인을 구하는 소에는 특단의 사정이 없는 한 그 취소를 구하는 취지도 포함되어 있다고 보아야 하는 점 등에 비추어 볼 때, 동일한 행정처분에 대하여 무효확인인 소를 제기하였다가 그 후 그 처분의 취소를 구하는 소를 추가적으로 병합한 경우, 주된 청구인 무효확인인 소가 적법한 제소기간 내에 제기되었다면 추가로 병합된 취소청구의 소도 적법하게 제기된 것으로 봄이 상당하다. (대판 2005. 12. 23. 2005두3554)
- ④ [×] 제37조는 무효등확인소송이나 부작위위법확인소송을 취소소송으로 변경함을 인정하고 있다.

제37조 (소의 변경)	제21조의 규정은 무효등 확인소송이나 부작위위법확인소송을 취소소송 또는 당사자소송으로 변경하는 경우에 준용한다.
제21조 (소의 변경)	④ 제1항의 규정에 의한 허가결정에 대하여는 제14조제2항·제4항 및 제5항의 규정을 준용한다.
제14조 (피고경정)	④ 제1항의 규정에 의한 결정이 있는 때에는 새로운 피고에 대한 소송은 처음에 소를 제기한 때에 제기된 것으로 본다. ^{2017지9하}

정답 ②

◎ 논점분석

- ① 행정심판전치주의는 무효등확인소송에는 적용되지 않는다.
- ② 조세부과의 근거 법률이 위헌으로 판단된 경우 위헌결정전 이미 확정된 조세채권이더라도 그 체납처분은 허용되지 않는다.
- ③ 제소기간 준수여부
소의 추가 병합의 경우 추가 병합시를 기준으로 제소기간을 판단하는 것이 원칙이다.
그러나 예외적으로 무효등확인소송이 취소소송의 제소기간내 제기된 경우 추가 병합된 취소소송의 제소기간은 무효등확인소송이 제기된 때를 기준으로 판단하게 된다.
- ④ 소종류의 변경

16. [각론]

지방자치제도에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 기관위임사무는 법령에 의하여 특별히 위임받은 경우를 제외하고는 조례로 이를 규율할 수 없다.
- ② 「지방자치법」 제169조제1항에 따라 주무부장관이 시·도에 대하여 법령위반을 이유로 행하는 직권취소의 대상은 항고소송의 대상이 되는 처분으로 제한된다.
- ③ 「지방자치법」 제172조제4항, 제6항에서 지방의회 재의결에 대하여 직접 제소할 수 있는 주체로 규정된 '주무부장관이나 시·도지사'는 시·도에 대하여는 주무부장관을, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사를 각 의미한다.
- ④ 지방자치단체는 법령이나 상급 지방자치단체의 조례를 위반하여 그 사무를 처리할 수 없다.

해설

- ① [O] 원칙적으로 기관위임사무에 대한 조례의 제정은 인정되지 않는다(예외적으로 법령의 수권이 있는 경우에 가능하다).
기관위임사무는 지방자치단체의 사무가 아니라 국가의 사무이므로 명문의 규정이 없는 한 조례제정의 대상이 되지 않는다. (기관위임사무에 관한 조례는 법령의 수권이 있는 경우에만 가능하며 그 조례는 위임조례가 된다.)
- ② [X] 주무부장관이 시·도에 대하여 법령위반을 이유로 행하는 직권취소의 대상은 처분에 제한되지 않는다.
행정소송법상 항고소송은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 대상으로 하여 위법상태를 배제함으로써 국민의 권익을 구제함을 목적으로 하는 것과 달리, 지방자치법 제169조 제1항은 지방자치단체의 자치행정 사무처리가 법령 및 공익의 범위 내에서 행해지도록 감독하기 위한 규정이므로 적용대상을 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 제한할 이유가 없다. (대판 2017. 3. 30. 2016추5087)
- ③ [O] 지방자치법 제172조 제4항, 제6항에서 지방의회 재의결에 대하여 제소를 지시하거나 직접 제소할 수 있는 주체로 규정된 '주무부장관이나 시·도지사'는 시·도에 대하여는 주무부장관을, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사를 각 의미한다. (대판(전) 2016. 9. 22. 2014추521)
- ④ [O] 「지방자치법」
제8조(사무처리의 기본원칙)
③ 지방자치단체는 법령이나 상급 지방자치단체의 조례를 위반하여 그 사무를 처리할 수 없다.

정답 ②

◎ 논점분석

- ① 기관위임사무는 국가의 사무이므로 이에 대한 조례는 법령의 근거없이 불가능하다.
- ② 주무부장관의 직권취소의 대상
- ③ ★★중요판례
- ④ 조문
법률우위의 원칙에 반하여서는 안 된다.

17. [각론]

국토교통부장관은 X국도 중 A도에 속한 X1, X2, X3 구간의 유지·관리에 관한 권한을 A도지사에게 위임하였고, A도지사는 그중 A도 B군에 속한 X1 구간의 유지·관리에 관한 권한을 B군수에게 재위임하였다. 이에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 국토교통부장관의 A도지사에게 권한위임은 법률이 위임을 허용하는 경우에 한하여 인정된다.
- ② A도지사가 B군수에게 권한을 재위임하기 위해서는 국토교통부장관의 승인이 필요하다.
- ③ 권한의 위임과 재위임이 적법하게 이루어진 경우 X국도의 X1구간에 대하여 B군수가 유지·관리 권한을 갖고 국토교통부장관은 그 권한을 잃는다.
- ④ 권한의 위임과 재위임이 적법하게 이루어진 경우 X국도 X1구간의 유지·관리 사무의 귀속주체는 B군이다.

해설

[총론] ① [O] 행정권한의 위임에는 법률적 근거가 필요하다.

행정권한의 위임은 행정관청이 법률에 따라 특정한 권한을 다른 행정관청에 이전하여 수임관청의 권한으로 행사하도록 하는 것이어서 권한의 법적인 귀속을 변경하는 것이므로 법률이 위임을 허용하고 있는 경우에 한하여 인정된다. (대판 1992. 4. 24. 91누5792)

② [O] 기관위임사무의 재위임에는 위임기관의 장의 승인이 필요하다.

국가사무로서 지방자치단체의 장에게 위임된 이른바 기관위임사무에 해당하므로 시·도지사가 지방자치단체의 조례에 의하여 이를 구청장 등에게 재위임할 수는 없고 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제4조에 의하여 위임기관의 장의 승인을 얻은 후 지방자치단체의 장이 제정한 규칙이 정하는 바에 따라 재위임하는 것만이 가능하다. (대판(전) 1995. 7. 11. 94누4615)

「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」

제4조(재위임)

특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사 또는 특별자치도지사나 시장·군수 또는 구청장은 행정의 능률향상과 주민의 편의를 위하여 필요하다고 인정될 때에는 수임사무의 일부를 그 위임기관의 장의 승인을 받아 규칙으로 정하는 바에 따라 시장·군수·구청장 또는 읍·면·동장, 그 밖의 소속기관의 장에게 다시 위임할 수 있다.

「지방자치법」

제104조(사무의 위임 등)

④ 지방자치단체의 장이 위임받거나 위탁받은 사무의 일부를 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 다시 위임하거나 위탁하려면 미리 그 사무를 위임하거나 위탁한 기관의 장의 승인을 받아야 한다.

③ [O] 권한이 위임되면 위임기관은 그 사무를 처리할 권한을 잃고 그 권한은 수임기관의 권한이 된다. 수임기관은 자기의 이름과 책임하에 그 권한을 행사한다.

④ [x] 기관위임의 경우 수임기관은 위임청이 속한 행정주체의 기관의 지위를 가지며 수임기관의 기관위임사무 처리의 법적 효과는 관리주체인 위임청이 속한 행정주체에 귀속된다.

정답 ④

◎ 논점분석

- ① ★행정권한의 위임요건(법률적 근거)
 - ② 기관위임사무에 대한 재위임의 요건
 - ③ 권한이 위임된 경우 위임기관은 권한을 잃는다.
 - ④ 기관위임의 경우 위임사무의 법적 효과는 위임기관의 속한 행정주체에 귀속한다.
- (지문 ③·④를 비교하여 알아들 것!!!)

18. [각론]

「경찰관 직무집행법」상 경찰작용에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 국가는 경찰관의 적법한 직무집행으로 인하여 손실발생의 원인에 대하여 책임이 있는 자가 자신의 책임에 상응하는 정도의 재산상의 손실을 입은 경우 그 손실을 입은 자에게 정당한 보상을 하여야 한다.
- ② 경찰관은 공무집행에 대한 항거 제지의 직무를 수행하기 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 그 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 한도에서 경찰장구와 경찰무기로 수갑과 포승, 권총 등을 사용할 수 있다.
- ③ 술에 취한 상태로 인하여 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산에 위해를 미칠 우려가 있는 피구호자에 대한 보호조치는 경찰 행정상 즉시강제에 해당하므로, 그 조치가 불가피한 최소한도 내에서만 행사되도록 발동·행사 요건을 신중하고 엄격하게 해석하여야 한다.
- ④ 경찰관이 살수차, 분사기, 최루탄 또는 무기를 사용하는 경우 그 책임자는 사용 일시·장소·대상, 현장책임자, 종류, 수량 등을 기록하여 보관하여야 한다.

해설 || 이하 「경찰관 직무집행법」

① [×]

제11조의2(손실보상) <개정 2018. 12. 24.>

- ① 국가는 경찰관의 적법한 직무집행으로 인하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 손실을 입은 자에 대하여 정당한 보상을 하여야 한다.
2. 손실발생의 원인에 대하여 책임이 있는 자가 자신의 책임에 상응하는 정도를 초과하는 생명·신체 또는 재산상의 손실을 입은 경우

② [○]

제10조의2(경찰장구의 사용)

- ① 경찰관은 다음 각 호의 직무를 수행하기 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 그 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 한도에서 경찰장구를 사용할 수 있다.
3. 공무집행에 대한 항거(抗拒) 제지
- ② 제1항에서 "경찰장구"란 경찰관이 휴대하여 범인 검거와 범죄 진압 등의 직무 수행에 사용하는 수갑, 포승(捕繩), 경찰봉, 방패 등을 말한다.

제10조의4(무기의 사용)

- ① 경찰관은 범인의 체포, 범인의 도주 방지, 자신이나 다른 사람의 생명·신체의 방어 및 보호, 공무집행에 대한 항거의 제지를 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 그 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 한도에서 무기를 사용할 수 있다.
- ② 제1항에서 "무기"란 사람의 생명이나 신체에 위해를 끼칠 수 있도록 제작된 권총·소총·도검 등을 말한다.

③ [○] 경찰관직무집행법상 제4조 제1항 제1호의 피구호자에 대한 구호조치는 행정상 즉시강제로 필요·최소한으로 행사되어야 한다.

경찰관직무집행법 제4조 제1항 제1호에서 규정하는 술에 취한 상태로 인하여 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산에 위해를 미칠 우려가 있는 피구호자에 대한 보호조치는 경찰 행정상 즉시강제에 해당하므로, 그 조치가 불가피한 최소한도 내에서만 행사되도록 발동·행사 요건을 신중하고 엄격하게 해석하여야 한다. (대판 2012. 12. 13. 2012도11162)

④ [○]

제11조(사용기록의 보관)

제10조제2항에 따른 살수차, 제10조의3에 따른 분사기, 최루탄 또는 제10조의4에 따른 무기를 사용하는 경우 그 책임자는 사용 일시·장소·대상, 현장책임자, 종류, 수량 등을 기록하여 보관하여야 한다.

◎ 논점분석

- ① 중요한 개정조문이지만 개정된 부분이 기출되지는 않았다. 앞으로의 시험을 위해서 개정조문의 내용을 확인해 보자!!!
- ② 경찰관직무집행법 조문
- ③ 비록 각론으로 출제되었으나 총론의 즉시강제의 대표적인 예에 해당한다.
- ④ 경찰관직무집행법 조문

정답 ①

19.

갑은 개발제한구역 내의 토지에 건축물을 건축하기 위하여 건축허가를 신청하였다. 이에 대한 설명으로 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 바르게 연결한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 갑의 허가신청이 관련 법령의 요건을 모두 충족한 경우에는 관할 행정청은 허가를 하여야 하며, 관련 법령상 제한사유 이외의 사유를 들어 허가를 거부할 수 없다.
- ㄴ. 갑에게 허가를 하면서 일방적으로 부담을 부가할 수도 있지만, 부담을 부가하기 이전에 갑과 협의하여 부담의 내용을 협약의 형식으로 미리 정한 다음 허가를 하면서 이를 부가할 수도 있다.
- ㄷ. 갑이 허가를 신청한 이후 관계 법령이 개정되어 허가기준이 변경되었다면, 허가 여부에 대해서는 신청 당시의 법령을 적용하여야 하며 허가 당시의 법령을 적용할 수 없다.
- ㄹ. 허가가 거부되자 갑이 이에 대해 취소소송을 제기하여 승소하였고 판결이 확정되었다면, 관할 행정청은 갑에게 허가를 하여야 하며 이전 처분사유와 다른 사유를 들어 다시 허가를 거부할 수 없다.

ㄱ ㄴ ㄷ ㄹ

- ① ○ ○ × ×
- ② × × ○ ○
- ③ × ○ × ×
- ④ ○ × ○ ○

해설

- ㉠ [×] 개발제한구역 내에서의 건축물의 건축 등에 대한 예외적 허가의 법적 성질(=재량행위)
구 도시계획법상 ... 개발제한구역 내에서는 구역 지정의 목적상 건축물의 건축, 공작물의 설치, 토지의 형질변경 등의 행위는 원칙적으로 금지되고, 다만 구체적인 경우에 위와 같은 구역 지정의 목적에 위배되지 아니할 경우 예외적으로 허가에 의하여 그러한 행위를 할 수 있게 되며, 한편 개발제한구역 내에서의 건축물의 건축 등에 대한 예외적 허가는 그 상대방에게 수익적인 것으로서 재량행위에 속하는 것이라고 할 것이다. ^{2017교행} (대판 2004. 7. 22. 2003두7606)
- ㉡ [○] 협의에 의하여 부담을 부가하는 것도 가능하다.
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. ^{2019서9, 2018국7, 2018서9} (대판 2009. 2. 12. 2005다65500)
- ㉢ [×] 행정처분은 처분시의 법령 등을 기준으로 한다.
행정처분은 원칙적으로 처분시의 법령과 허가기준에 의하여 처리되어야 하고 허가신청 당시의 기준에 따라야 하는 것은 아니라 할 것이며, 허가신청 후 허가기준이 변경되었다 하더라도 소관 행정청이 허가신청을 수리하고도 이유 없이 처리를 늦추어 그 사이에 허가기준이 변경된 것이 아닌 이상 새로운 허가기준에 따라서 처분을 하여야 한다. (대판 1993. 2. 12. 92누4390)
- ㉣ [×] 기본적 사실의 동일성이 없는 사실에는 기속력이 미치지 않는다.
거부처분사유도 기본적 사실관계의 동일성이 인정되는 한도에서만 처분사유의 추가·변경이 인정된다는 판례의 입장을 취하면 거부처분 이전에 존재하던 사유 중 처분사유와 다른 사유(기본적 사실관계에 동일성이 없는 사유)를 근거로 다시 거부처분을 하는 것이 가능하다.

정답 ③

◎ 논점분석

① 예외적 허가(승인)

판례는 예외적 허가의 법적성질을 재량행위로 본다.

② 부담의 부과 방법

행정청의 일방적인 경우가 대부분이나 협의에 의한 경우도 인정된다.

③ 처분은 처분시의 법령을 기준으로 한다.

④ 취소판결에도 불구하고 동일처분이 가능한 경우

★★@지문연구

취소판결에 의하여 위법으로 판단된 사안과 기본적 사실관계가 다른 경우 기속력은 미치지 아니한다. 따라서 처분시 전후를 따지지 아니하고 기본적 사실관계가 다른 사유(판례는 '다른 사유'로 표현함)로 동일처분하는 것은 기속력에 반하지 않게 된다.

20.

손실보상에 대한 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 이주대책은 이른바 생활보상에 해당하는 것으로서 헌법 제23조 제3항이 규정하는 손실보상의 한 형태로 보아야 하므로, 법률이 사업시행자에게 이주대책의 수립·실시의무를 부과하였다면 이로부터 사업시행자가 수립한 이주대책상의 택지분양권 등의 구체적 권리가 이주자에게 직접 발생한다.
- ② 공공사업 시행으로 사업시행지 밖에서 발생한 간접손실은 손실 발생을 쉽게 예견할 수 있고 손실 범위도 구체적으로 특정할 수 있더라도, 사업시행자와 협의가 이루어지지 않고 그 보상 에 관한 명문의 근거 법령이 없는 경우에는 보상의 대상이 아니다.
- ③ 공익사업으로 인해 농업손실을 입은 자가 사업시행자에게서 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 따른 보상을 받으려면 재결절차를 거쳐야 하고, 이를 거치지 않고 곧 바로 민사소송으로 보상금을 청구하는 것은 허용되지 않는다.
- ④ 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」상 주거용 건축물 세입자의 주거이전 비 보상청구권은 사법상의 권리이고, 주거이전비 보상청구소송은 민사소송에 의해야 한다.

해설

- ① [×] 이주대책은 생활보상에 해당하는 것으로서 정책적 배려에 의한 것이며(생존권설), 사업시행자에 대한 이주대책 실시 의무규정만으로 이주자에게 구체적 권리가 직접발생하지 않는다(사업시행자의 확인·결정시 발생).
[1] 공공용지의취득및손실보상에관한특례법상의 이주대책은 ... 이른바 생활보상의 일환으로 국가의 적극적이고 정책적인 배려에 의하여 마련된 제도이다.
[2] 같은 법 제8조 제1항이 사업시행자에게 이주대책의 수립·실시의무를 부과하고 있다고 하여 그 규정 자체만에 의하여 이주자에게 사업시행자가 수립한 이주대책상의 택지분양권이나 아파트 입주권 등을 받을 수 있는 구체적인 권리(수분양권)가 직접 발생하는 것이라고 볼 수 없으며 사업시행자가 이주대책대상자로 확인·결정하여야만 비로소 구체적인 수분양권이 발생하게 된다. (대판(전) 1994. 5. 24. 92다35783)
- ② [×] 간접손실은 손실에 대한 예견가능성과 특정가능성을 요건으로 하며 직접적인 보상규정이 없는 경우 관련규정을 유추하여 보상한다.
공공사업의 시행 결과 그 공공사업의 시행이 기업지 밖에 미치는 간접손실에 관하여 그 피해자와 사업시행자 사이에 협의가 이루어지지 아니하고 그 보상에 관한 명문의 근거 법령이 없는 경우라고 하더라도, ... 시행으로 인하여 그러한 손실이 발생하리라는 것을 쉽게 예견할 수 있고 그 손실의 범위도 구체적으로 이를 특정할 수 있는 경우라면 그 손실의 보상에 관하여 공공용지의취득및손실보상에관한특례법시행규칙의 관련 규정 등을 유추적용할 수 있다고 해석함이 상당하다. (대판 1999. 10. 8. 99다27231)
- ③ [○] 농업손실보상을 받기 위하여는 토지보상법상 재결절차를 거쳐야 한다(재결전치주의).
공익사업으로 인하여 농업의 손실을 입게 된 자가 사업시행자로부터 구 공익사업법에 따라 농업손실에 대한 보상을 받기 위해서는 구 공익사업법에 규정된 재결절차를 거친 다음 그 재결에 대하여 불복이 있는 때에 비로소 구 공익사업법 제83조 내지 제85조에 따라 권리구제를 받을 수 있다. 따라서 농업손실보상금 청구를 민사소송절차에 의하여 처리한 원심판결에는 농업손실보상금 청구의 소송형태에 관한 법리오해의 위법이 있다. (대판 2011. 10. 13. 2009다43461)
- ④ [×] 주거이전비 보상청구권은 공법상 권리로서 행정소송에 의하여야 한다.
구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(약칭 토지보상법)상 주거이전비는 ... 주거이전으로 인하여 특별한 어려움을 겪게 될 세입자들을 대상으로 하는 사회보장적인 차원에서 지급되는 금원의 성격을 가지므로, ... 주거이전비 보상청구권은 공법상의 권리이고, 따라서 그 보상을 둘러싼 쟁송은 행정소송에 의하여야 한다. (대판 2008. 5. 29. 2007다8129)

정답 ③

◎ 논점분석

- ① 생활보상(이주대책)의 법적성질
판례연구 참고
- ② 명문규정이 없는 경우의 손실보상·간접손실의 보상요건
- ③ 간접손실보상의 요건
예견가능성·특정가능성
- ④ 손실보상의 직접적 규정이 없는 경우 보상의 방법
대법원은 유추적용설의 입장이다.
- ⑤ 토지보상법은 재결전치주의를 원칙으로 한다. 여기서의 재결은 행정심판이 아닌 원처분임을 주의하자.
- ⑥ 공권과 사권의 구분
사회보장적 차원의 금원은 공법상의 권리이므로 행정소송에 의하여야 한다.

★1 비교판례연구

[비교판례: 정당보상설]
공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률은 ... 사업시행자 스스로 내부규정에 따라 생활대책을 수립·실시하는 경우에는, 이러한 생활대책 역시 헌법 제23조 제3항에 따른 정당한 보상에 포함되는 것으로 보아야 한다. (대판 2011. 10. 13. 2008두17905)

대법원은 생활보상에 대하여 모순된 판결을 한 바 있다.
즉, 생존권설을 취한 판례와 정당보상설(제23조 제3항설)을 취한 판례가 각각 존재한다.
따라서 시험을 위해서 모순된 두가지 판례를 확실히 구분하여야 한다.
이 중 제23조 제3항을 취한 판례의 핵심키워드는 '생활대책'이 된다.
(나머지는 생존권설이다.)