

2019년도 공개경쟁채용 필기시험 ②책형 지방직 7급 행정법 완전분석

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

장다훈(지안에듀)

시행일 2019년도 10월 12일 소요시간 점수

시험분석 DATA 및 총평

1. 시험출제 영역

행정법	출제영역	문항수(번호)	주요 논점
총론(14)	행정법총론	2 (4, 19)	신고, 법률유보
	행정작용법	2 (10, 16)	부관, 행정행위의 효력(불가쟁력)
	행정절차법 및 정보공개법	2 (1, 8)	정보공개법(판례), 행정절차법상 의견청취절차
	행정의 실효성 확보수단	2 (2, 11)	행정조사, 강제집행
	국가배상	.	.
	손실보상	1 (18)	잔여지수용청구
	행정쟁송	4 (7, 12, 13, 15)	무효확인소송, 대상적격(확인 · 공증), 대상적격, 경정처분
각론(6)	종합문제	1 (6)	최신판례
	행정조직법	1 (17)	행정기관(개념)
	공무원법	1 (20)	공무원관계의 변동
	지방자치법	1 (14)	지방자치법(판례; 지방자치단체에 대한 통제)
	경찰법	1 (3)	경찰관직무집행법(판례)
	공물법	1 (5)	공물법(판례)
	공용부담법	1 (9)	토지보상법상 환매권

2. 주요 문제분석

문항	특징	분석
9	공용부담법	공용부담법은 각론의 중요 법은 아니지만 그 중에서 환매권이 상대적으로 중요한 주제이기는 합니다. 각론의 5개 중요 법 이외의 개별법은 계류과 같아서 7급을 목표로 공부한 수험생이 아니라면 쉽지 않았을 것입니다.
10	준사례	부관에 관한 준사례 형식의 문제로 기부채납이 부담에 해당한다는 점을 포함해서 매번 나오는 주제입니다. 부담의 불이행을 이유로 한 '취소'는 처분 이후의 사유이므로 강학상 철회에 해당한다는 점, 특히 판례는 직권취소와 철회를 모두 '취소'로 사용하고 있으므로 항상 양자를 구별할 수 있어야 합니다.
19	법률유보	법률유보에서 교수님들은 재량행위에 있어서의 부담을 주목하고 있습니다. 부담은 의무부과를 내용으로 하므로 침익적 성질을 갖고 있음에도 판례는 재량행위의 경우 부담의 부가에 법률유보 원칙을 적용하고 있지 않기 때문입니다. 이는 수익적 행위의 철회에서도 동일하게 문제됩니다. 나름 중요한 주제이니 다시 한번 상기할 필요가 있는 문제입니다.

3. 특징 및 총평

- ① 총론의 경우 중요 주제위주로 출제되었습니다.
- ② 각론의 출제 비중이 높아 아마도 출제자는 7급시험답게 각론으로 변별력을 두려 한 것 같습니다. 인사혁신처로 출제기관이 일원화되면서 아마도 각론이 5(±1)문제 정도 꾸준히 나올 것으로 예상됩니다. 7급만을 위하여 공부하시는 수험생분들은 이를 유념하셔야 할 것입니다.
- ③ 언제나처럼 최신 3년간 판례는 시험전에 반드시 정리하기를 다시 한번 강조합니다.
- ④ 18번의 2번 지문을 어려워하는 수험생들의 질문이 많아 한정된 지면에 자세히 적으려 했습니다.
- ⑤ 마지막으로 해설에 관한 피드백은 네이버 '장다훈의 공무원 행정법 연구소'로 부탁드립니다.

“홀로 씨앗을 가꾸는 시간은 항상 인내가 따릅니다.
그 인내의 결과가 자신의 시간에 활짝 피어나길 바랍니다.”

장다훈 드림

01.

「공공기관의 정보공개에 관한 법률」상 행정정보공개제도에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 정보공개 청구권자의 권리구제 가능성 등은 정보의 공개 여부 결정에 아무런 영향을 미치지 못한다.
- ② 형사재판확정기록의 공개에 관하여는 「형사소송법」의 규정이 적용되므로 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에 의한 공개청구는 허용되지 아니한다.
- ③ 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」상 비공개대상정보인 '진행 중인 재판에 관련된 정보'라 함은 재판에 관련된 일체의 정보를 의미한다.
- ④ 정보의 공개를 청구하는 자가 청구대상정보를 기재함에 있어서는 사회일반인의 관점에서 청구대상정보의 내용과 범위를 확정할 수 있을 정도로 특정하여야 한다.

● 해설 || 이하 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」

- ① [○] 정보공개청구권자의 권리구제 가능성은 정보공개 여부 결정에 영향을 미치지 아니한다.
공공기관의 정보공개에 관한 법률은 비공개대상정보에 해당하지 않는 한 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개 대상이 된다고 규정하고 있을 뿐(제9조 제1항) 정보공개 청구권자가 공개를 청구하는 정보와 어떤 관련성을 가질 것을 요구하거나 정보공개청구의 목적에 특별한 제한을 두고 있지 아니하므로 정보공개 청구권자의 권리구제 가능성 등이 정보의 공개 여부 결정에 영향을 미치지 아니한다. (대판 2017. 9. 7. 2017두44558)
- ② [○] 형사재판확정기록 공개에 관하여 정보공개법에 의한 공개청구가 허용되지 아니한다.
형사소송법은 형사재판확정기록의 공개 여부나 공개 범위, 불복절차 등에 대하여 구 공공기관의 정보공개에 관한 법률(이하 '정보공개법'이라고 한다)과 달리 규정하고 있는 것으로 정보공개법 제4조 제1항에서 정한 '정보의 공개에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우'에 해당한다. 따라서 형사재판확정기록의 공개에 관하여는 정보공개법에 의한 공개청구가 허용되지 아니한다. (대판 2016. 12. 15. 2013두20882)
- ③ [×] 비공개대상정보인 '진행 중인 재판에 관련된 정보'에 재판에 관련된 일체의 정보가 해당하는 것은 아니다.
법원 이외의 공공기관이 정보공개법 제9조 제1항 제4호에서 정한 '진행 중인 재판에 관련된 정보'에 해당한다는 사유로 정보공개를 거부하기 위하여는 반드시 그 정보가 진행 중인 재판의 소송기록 자체에 포함된 내용일 필요는 없다. 그러나 재판에 관련된 일체의 정보가 그에 해당하는 것은 아니고 진행 중인 재판의 심리 또는 재판결과에 구체적으로 영향을 미칠 위험이 있는 정보에 한정된다고 보는 것이 타당하다. (대판 2011. 11. 24. 2009두19021)
- ④ [○] 정보공개청구시 청구대상정보는 사회일반인의 관점에서 내용과 범위를 확정할 수 있도록 특정하여야 한다.
공공기관의 정보공개에 관한 법률 제10조 제1항 제2호는 정보의 공개를 청구하는 자는 정보공개청구서에 '공개할 정보의 내용' 등을 기재할 것을 규정하고 있는바, 청구대상정보를 기재함에 있어서는 사회일반인의 관점에서 청구대상정보의 내용과 범위를 확정할 수 있을 정도로 특정함을 요한다.^{2015국9} (대판 2007. 6. 1. 2007두2555)

정답 ③

◎ 논점분석

- ① 정보공개청구권자의 권리구제 가능성 → 정보공개 여부 결정에 영향×
- ② 형사재판확정기록 → 정보공개법에 의한 공개청구×
- ③ '진행 중인 재판에 관련된 정보'의 범위
· 소송기록 자체에 포함된 것에 한함×
· 재판에 관련된 일체의 정보×
· 재판결과에 구체적 영향을 미칠 위험이 있는 정보○
- ④ 공개청구시 대상정보 특정 정도
일반인의 관점에서 내용·범위 확정 가능할 것

02.

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

- ① 조세부과처분을 위한 과세관청의 세무조사결정은 사실행위로서 납세의무자의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 것은 아니므로 항고소송의 대상이 되지 아니한다.
- ② 부가가치세부과처분이 종전의 부가가치세 경정조사와 같은 세목 및 같은 과세기간에 대하여 중복하여 실시한 위법한 세무조사에 기초하여 이루어진 경우 그 과세처분은 위법하다.
- ③ 「행정조사기본법」에 의하면 행정기관은 행정조사를 통하여 알게 된 정보를 다른 법률에 따라 내부에서 이용하거나 다른 기관에 제공하는 경우를 제외하고는 원래의 조사목적 이외의 용도로 이용하거나 타인에게 제공하여서는 아니 된다.
- ④ 「행정조사기본법」에 의하면 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우에는 법령 등의 근거 없이도 행할 수 있으며, 이러한 행정조사에 대하여 조사대상자가 조사에 응할 것인지에 대한 응답을 하지 아니하는 경우에는 법령 등에 특별한 규정이 없는 한 그 조사를 거부한 것으로 본다.

해설

- ① [×] 세무조사결정은 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다. ^{2017국회8, 2015지7}
부과처분을 위한 과세관청의 질문조사권이 행해지는 세무조사결정이 있는 경우 납세의무자는 세무공무원의 과세자료 수집을 위한 질문에 대답하고 검사를 수인하여야 할 법적 의무를 부담하게 되는 점 ... 등을 종합하면, 세무조사결정은 납세의무자의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 공권력의 행사에 따른 행정작용으로서 항고소송의 대상이 된다. (대판 2011. 3. 10. 2009두23617, 23624)
- ② [○] (중복하여 실시된) 위법한 세무조사에 기초한 조세부과처분은 위법하다.
납세자에 대한 부가가치세부과처분이, 종전의 부가가치세 경정조사와 같은 세목 및 같은 과세기간에 대하여 중복하여 실시된 위법한 세무조사에 기초하여 이루어진 것이어서 위법하다. ^{2016국9, 2016사복, 2015지7} (대판 2006. 6. 2. 2004두12070)
- ③ [○] 「행정조사기본법」

제4조 (행정조사의 기본원칙) ²⁰¹ 4서9	⑥ 행정기관은 행정조사를 통하여 알게 된 정보를 다른 법률에 따라 내부에서 이용하거나 다른 기관에 제공하는 경우를 제외하고는 원래의 조사목적 이외의 용도로 이용하거나 타인에게 제공하여서는 아니 된다.
--	---

- ④ [○] 「행정조사기본법」

제5조 (행정조사의 근거)	행정기관은 법령등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에 한하여 행정조사를 실시할 수 있다. 다만, 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우에는 그러하지 아니하다. ^{2018국9, 2018지9, 2017서9}
----------------------	---

제20조 (자발적인 협조에 따라 실시하는 행정조사)	① 행정기관의 장이 제5조 단서에 따라 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 행정조사를 실시하고자 하는 경우 조사대상자는 문서·전화·구두 등의 방법으로 당해 행정조사를 거부할 수 있다. ^{2018국7} ② 제1항에 따른 행정조사에 대하여 조사대상자가 조사에 응할 것인지에 대한 응답을 하지 아니하는 경우에는 법령등에 특별한 규정이 없는 한 그 조사를 거부한 것으로 본다. ^{2017서9}
--	---

정답 ①

논점분석

- ① 세무조사결정 → 처분○
- ② 위법한 세무조사에 근거한 과세 처분 → 위법
- ③ 행정조사로 얻은 정보 → 원래 조사목적의 이용 및 타인에 제공×(다른 법률 있을 경우 제외)
- ④ ★ 빈출조문
 - 자발적 협조에 의한 세무조사 → 법령근거 불요
 - 조사여부에 대한 무응답 → 조사 거부

03. [각론]

「경찰관 직무집행법」상 경찰관의 직무집행에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 검문하는 사람이 경찰관이고 검문하는 이유가 범죄행위에 관한 것임을 상대방이 충분히 알고 있었다고 보이는 경우에도 신분증을 제시하지 않고 행한 경찰관의 불심검문은 위법한 공무집행이다.
- ② 「행정대집행법」상 적법한 행정대집행을 점유자들이 위력을 행사하여 방해하는 경우, 「행정대집행법」상의 근거가 없으므로 대집행을 하는 행정청은 경찰의 도움을 받을 수 없다.
- ③ 「경찰관 직무집행법」상 범죄행위 예방을 위한 경찰관의 제지 조치가 적법한지 여부는 제지 조치 당시의 구체적 상황을 기초로 판단하여야 할 뿐만 아니라 사후적으로 순수한 객관적 기준에 의해서도 판단되어야 한다.
- ④ 경찰관의 질문을 위한 동행요구가 「형사소송법」의 규율을 받는 수사로 이어지는 경우, 그 동행요구는 피의자의 자발적인 의사에 의하여 수사관서 등에의 동행이 이루어졌음이 객관적인 사실에 의하여 명백하게 입증된 경우에만 그 적법성이 인정된다.

해설

- ① [×] 상대방이 검문하는 사람이 경찰관이고 검문사유를 알고 있었다면 신분증 제시없는 경찰관의 불심검문은 위법한 공무집행이 아니다.
불심검문을 하게 된 경위, 불심검문 당시의 현장상황과 검문을 하는 경찰관들의 복장, 피고인이 공무원증 제시나 신분 확인을 요구하였는지 여부 등을 종합적으로 고려하여, 검문하는 사람이 경찰관이고 검문하는 이유가 범죄행위에 관한 것임을 피고인이 충분히 알고 있었다고 보이는 경우에는 신분증을 제시하지 않았다고 하여 그 불심검문이 위법한 공무집행이라고 할 수 없다. (대판 2014. 12. 11. 2014도7976)

[총론] ② [×] 철거의무자인 점유자들이 행정대집행을 위력으로 방해할 경우 행정청은 경찰의 도움을 받을 수 있다.

행정청이 행정대집행의 방법으로 건물철거의무의 이행을 실현할 수 있는 경우에는 건물철거대집행 과정에서 부수적으로 건물의 점유자들에 대한 퇴거 조치를 할 수 있고^{2019국7, 2019국9, 2019서9}, 점유자들이 적법한 행정대집행을 위력을 행사하여 방해하는 경우 형법상 공무집행방해죄가 성립하므로, 필요한 경우에는 ‘경찰관 직무집행법’에 근거한 위험발생 방지조치 또는 형법상 공무집행방해죄의 범행방지 내지 현행범체포의 차원에서 경찰의 도움을 받을 수도 있다.^{2019서9, 2018지9, 2018국회8} (대판 2017. 4. 28. 2016다213916)

- ③ [×] 경찰관의 제지 조치의 적법여부는 그 당시 구체적 상황을 기준으로 판단한다.
경찰관의 제지 조치가 적법한지 여부는 제지 조치 당시의 구체적 상황을 기초로 판단하여야 하고 사후적으로 순수한 객관적 기준에서 판단할 것은 아니다. (대판 2013. 6. 13. 2012도9937)

- ④ [○] 경찰관의 임의동행은 피의자의 자발적 의사에 의하여졌음이 객관적으로 명백히 입증되어야 적법하다.

수사관이 수사과정에서 당사자의 동의를 받는 형식으로 피의자를 수사관서 등에 동행하는 것은, ... 오로지 피의자의 자발적인 의사에 의하여 수사관서 등에의 동행이 이루어졌음이 객관적인 사실에 의하여 명백하게 입증된 경우에 한하여, 그 적법성이 인정되는 것으로 봄이 상당하다.
한편, 경찰관직무집행법 제3조 제2항 소정의 질문을 위한 동행요구도 형사소송법의 규율을 받는 수사로 이어지는 경우에는 역시 위에서 본 법리가 적용되어야 할 것이다. (대판 2006. 7. 6. 2005도6810)

정답 ④

논점분석

- ① 상대방이 검문자(경찰관)와 검문사유를 알고 있는 경우 → 신분증 제시 없는 불심검문 위법×
- ② 점유자들이 행정대집행을 위력으로 방해 → 경찰도움○
- ③ 경찰관 제지 조치의 적법여부
· 당시 구체적 상황 기준 판단○
· 사후 순수한 객관적 기준 판단×
- ④ 임의동행 → 피의자의 자발적 의사(명백히 입증 필요)에 의한 경우 적법

04.

사인의 공법행위로서 신고에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 「유통산업발전법」상 대규모 점포의 개설 등록은 이른바 '수리를 요하는 신고'로서 행정처분에 해당한다.
- ② 「의료법」에 따라 정신과의원을 개설하려는 자가 법령에 규정되어 있는 요건을 갖추어 개설신고를 한 경우라도 관할 시장·군수·구청장은 법령에서 정한 요건 이외의 사유를 들어 의원급 의료기관 개설신고의 수리를 거부할 수 있다.
- ③ 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고는 일반적인 건축신고와는 달리, 특별한 사정이 없는 한 행정청이 그 실체적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 '수리를 요하는 신고'에 해당한다.
- ④ 가설건축물 존치기간을 연장하려는 건축주 등이 법령에 규정되어 있는 제반 서류와 요건을 갖추어 행정청에 연장신고를 한 경우, 행정청으로서는 법령에서 요구하고 있지도 아니한 '대지사용승낙서' 등의 서류가 제출되지 아니하였거나, 대지소유권자의 사용승낙이 없다는 등의 사유를 들어 가설건축물 존치기간 연장신고의 수리를 거부하여서는 아니 된다.

해설

- ① [○] 대규모점포의 개설 등록은 수리를 요하는 신고에 해당한다.
대규모점포의 개설 등록은 이른바 '수리를 요하는 신고'로서 행정처분에 해당한다. 2019국회8, 2018지7 (대판(전) 2015. 11. 19. 2015두295)
- ② [×] 법령에서 정한 요건외의 사유로 의원급 의료기관 개설신고의 수리를 거부할 수 없다.
정신과의원을 개설하려는 자가 법령에 규정되어 있는 요건을 갖추어 개설신고를 한 때에, 행정청은 원칙적으로 이를 수리하여 신고필증을 교부하여야 하고, 법령에서 정한 요건 이외의 사유를 들어 의원급 의료기관 개설신고의 수리를 거부할 수는 없다. (대판 2018. 10. 25. 2018두44302)
- ③ [○] 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고는 '수리를 요하는 신고'이다. 2019국9, 2019국회8, 2017국9하
 건축법에서 인·허가의제 제도를 둔 취지는, 인·허가의제사항과 관련하여 건축허가 또는 건축신고의 관할 행정청으로 그 창구를 단일화하고 절차를 간소화하며 비용과 시간을 절감함으로써 국민의 권익을 보호하려는 것이지, 인·허가의제사항 관련 법률에 따른 각각의 인·허가 요건에 관한 일체의 심사를 배제하려는 것으로 보기는 어렵다. ... 따라서 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고는 일반적인 건축신고와는 달리, 특별한 사정이 없는 한 행정청이 그 실체적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 '수리를 요하는 신고'로 보는 것이 옳다. (대판(전) 2011. 1. 20. 2010두14954)
- ④ [○] 법령에서 정한 요건외의 사유로 가설건축물 존치기간 연장신고의 수리를 거부할 수 없다.
가설건축물 존치기간을 연장하려는 건축주 등이 법령에 규정되어 있는 제반 서류와 요건을 갖추어 행정청에 연장신고를 한 때에는 행정청은 원칙적으로 이를 수리하여 신고필증을 교부하여야 하고, 법령에서 정한 요건 이외의 사유를 들어 수리를 거부할 수는 없다. 따라서 행정청으로서는 법령에서 요구하고 있지도 아니한 '대지사용승낙서' 등의 서류가 제출되지 아니하였거나, 대지소유권자의 사용승낙이 없다는 등의 사유를 들어 가설건축물 존치기간 연장신고의 수리를 거부하여서는 아니 된다. (대판 2018. 1. 25. 2015두35116)

정답 ②

논점분석

- ① 대규모 점포의 개설 등록
 → 수리를 요하는 신고
- ③ 인·허가의제 효과 수반하는 (건축)신고
 → 수리를 요하는 신고
- ② ④ 수리의무 → 기속행위
 · 적법한 신고가 있는 경우 행정기관은 수리하여야 한다.
 · 법령에서 정한 요건외 사유로 수리거부×

05. [각론]

공물에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 「국유재산법」에 따르면, 기획재정부장관은 국유재산에 관한 사무의 총괄청으로서 「국가재정법」 제4조에 따라 설치된 특별회계 및 같은 법 제5조에 따라 설치된 기금에 속하는 국유재산을 관리·처분할 권한을 갖는다.
- ㄴ. 「공유수면 관리 및 매립에 관한 법률」상 공유수면에 대한 점용·사용허가에 의하여 부여되는 특별사용권은 행정주체에 대하여 공공용물의 배타적, 독점적인 사용을 청구할 수 있는 권리에 해당한다.
- ㄷ. 국유재산의 무단점유자에 대하여 「국유재산법」에 의한 변상금 부과·징수권의 행사와 별도로 민사상 부당이득반환청구의 소를 제기할 수 있다.
- ㄹ. 도로와 같은 인공적 공공용 재산은 법령에 의하여 지정되거나 행정처분으로 공공용으로 사용하기로 결정한 경우에만 행정재산이 되는 것이고 행정재산으로 실제 사용하는 것만으로 행정재산이 되는 것은 아니다.

- ① ㄱ, ㄴ ② ㄱ, ㄹ
③ ㄴ, ㄷ ④ ㄷ, ㄹ

해설

㉠ [×] 「국유재산법」

제2조(정의)	10. "총괄청"이란 기획재정부장관을 말한다.
제8조 (국유재산 사무의 총괄과 관리)	③ 중앙관서의 장은 「국가재정법」 제4조에 따라 설치된 특별회계 및 같은 법 제5조에 따라 설치된 기금에 속하는 국유재산과 제40조제2항 각 호에 따른 재산을 관리·처분한다.

[총론] ㉡ [○] 공유수면의 점용·사용허가(특허, 재량)에 의하여 부여되는 특별사용권은 행정주체에 대하여 공공용물의 배타적, 독점적 사용을 청구할 수 있는 권리이다.

공유수면의 점용·사용은 공유수면에 대하여 일반사용과는 별도로 특정부분을 유형적, 고정적으로 사용하는 이른바 특별사용을 뜻하는 것으로(대판 2010. 11. 25. 2010도12529 참조), 공유수면에 대한 점용·사용허가는 그러한 특별사용권을 설정해 주는 행정행위로서 강학상 특허이며, 재량행위로 볼 수 있다. 점용·사용허가에 의하여 부여되는 특별사용권은 행정주체에 대하여 공공용물의 배타적, 독점적인 사용을 청구할 수 있는 권리로서 공법상의 채권에 해당한다. (헌재 2013. 9. 26. 2012헌바16)

[총론] ㉢ [○] 국유재산법상의 변상금 부과·징수권의 행사와 별도로 민사상 부당이득반환청구의 소를 제기할 수 있다. 2019서7, 2018국7, 2016서7

구 국유재산법에 의한 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(전) 2014. 7. 16. 2011다76402)

㉤ [×] 도로와 같은 인공적 공공용재산은 ①법령에 의한 지정, ②행정처분으로써 공공용으로 사용하기로 결정, ③행정재산으로 실제로 사용하는 경우 행정재산이 된다.

도로, 공원과 같은 인공적 공공용 재산은 법령에 의하여 지정되거나 행정처분으로써 공공용으로 사용하기로 결정한 경우, 또는 행정재산으로 실제로 사용하는 경우의 어느 하나에 해당하면 행정재산이 되는 것이다. (대판 2014. 11. 27. 2014두10769)

정답 ③

논점분석

㉠ 국유재산법 조문(제8조)

총괄청인 기획재정부 장관
· 국유재산에 관한 사무 총괄
· 중앙행정기관이 관리·처분하는 국유재산(제3항)의 국유재산을 관리·처분

㉡ 공유수면 점용·사용허가

강학상 특허(재량) → 공공용물의 배타적·독점적 사용 청구권

㉢ 변상금 부과·징수권 행사와 별도로 민사상 부당이득반환청구 소 제기 가능

㉣ 공공용물의 성립

① 형제적 요건

② 의사적 요건(공용개시행위)

법령에 의한 지정, 행정처분으로 결정(도로법에 의한 도로구역 결정·고시; 판례연구), 실제 사용하는 경우

판례연구

※ 도로법상 공용개시행위(=도로구역 결정·고시)

도로는 도로로서의 형태를 갖추고(형제적 요건), 도로법에 따른 도로구역 결정·고시를 한 때에 공공용물로서 공용개시행위가 있다. (대판 2000. 2. 25. 99다54332)

→ 공용개시행위는 물적행정행위(일반처분)에 해당한다.

06.

판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 「건축법」상 이행강제금은 행정상의 간접강제 수단에 해당하므로, 시정명령을 받은 의무자가 이행강제금이 부과되기 전에 그 의무를 이행한 경우에는 비록 시정명령에서 정한 기간을 지나서 이행한 경우라도 이행강제금을 부과할 수 없다.
- ② 지방자치단체가 체결하는 이른바 ‘공공계약’이 사경제의 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상 계약에 해당하는 경우, 그 계약에는 법령에 특별한 정함이 있는 경우 외에는 사적 자치와 계약자유 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용된다.
- ③ 「교육공무원법」에 따라 승진후보자명부에 포함되어 있던 후보자를 승진심사에 의해 승진임용 인사발령에서 제외하는 행위는 항고소송의 대상인 처분으로 보아야 한다.
- ④ 허가에 타법상의 인·허가가 의제되는 경우, 의제된 인·허가는 통상적인 인·허가와 동일한 효력을 가질 수 없으므로 ‘부분 인·허가 의제’가 허용되는 경우라도 그에 대한 쟁송취소는 허용될 수 없다.

● 해설 || 「3년간 판례특강」 참고

- ① [○] 이행강제금이 부과되기 전에 의무이행을 한 경우 이행강제금을 부과하지 못한다.
건축법상의 이행강제금은 시정명령의 불이행이라는 과거의 위반행위에 대한 제재가 아니라, 의무자에게 시정명령을 받은 의무의 이행을 명하고 그 이행기간 안에 의무를 이행하지 않으면 이행강제금이 부과된다는 사실을 고지함으로써 의무자에게 심리적 압박을 주어 의무의 이행을 간접적으로 강제하는 행정상의 간접강제 수단에 해당한다. 이러한 이행강제금의 본질상 시정명령을 받은 의무자가 이행강제금이 부과되기 전에 그 의무를 이행한 경우에는 비록 시정명령에서 정한 기간을 지나서 이행한 경우라도 이행강제금을 부과할 수 없다. (대판 2018. 1. 25. 2015두35116)
- ② [○] 지방자치단체가 당사자가 되는 공공계약이 사법상 계약에 해당할 경우 사법원리가 그대로 적용된다.
지방자치단체가 일방 당사자가 되는 이른바 ‘공공계약’이 사경제의 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상 계약에 해당하는 경우 그에 관한 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 사적 자치와 계약자유 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용된다. (대판 2018. 2. 13. 2014두11328)
- ③ [○] 승진후보자 명부에 포함된 후보자를 제외하고 승진임용인사발령을 한 것은 처분에 해당한다.
교육공무원법상 승진후보자 명부에 의한 승진심사 방식으로 행해지는 승진임용에서 승진후보자 명부에 포함되어 있던 후보자를 승진임용인사발령에서 제외하는 행위는 불이익처분으로서 항고소송의 대상인 처분에 해당한다고 보아야 한다. ^{2019지9, 2019국회8} (대판 2018. 3. 27. 2015두47492)
- ④ [×] 부분 인·허가 의제가 허용된 경우 의제된 인·허가에 대한 직권 취소·철회, 쟁송취소가 가능 하다.
의제된 인·허가는 통상적인 인·허가와 동일한 효력을 가지므로, 적어도 ‘부분 인허가 의제’가 허용되는 경우에는 그 효력을 제거하기 위한 법적 수단으로 의제된 인·허가의 취소나 철회가 허용될 수 있고(대판 2018. 7. 12. 2017두48734), 이러한 직권 취소·철회가 가능한 이상 그 의제된 인·허가에 대한 쟁송취소 역시 허용된다. (대판 2018. 11. 29. 2016두38792)

정답 ④

◎ 논점분석

※ 최신판례

- ① 이행강제금의 부과기준
이행강제금 부과 전 행정상 의무 이행 → (이행기 도과 여부 불문)
이행강제금 부과×
- ② 공공계약
공공계약이 사법계약에 해당 → 사법원리 적용
- ③ ★★승진후보자 명부상의 후보자를 제외한 승진임용인사발령은 처분○ (명부 삭제행위 처분×; 판례연구 참고)
- ④ ★★의제된 인·허가
통상적인 인가, 허가과 같이 직권 취소, 철회, (취소소송·심판의 대상적격 인정)쟁송취소 가능

🔪 ① 판례연구

출제되지는 않았지만 다음의 내용도 알아두자.

시정명령을 받은 의무자가 그 시정명령의 취지에 부합하는 의무를 이행하기 위한 정당한 방법으로 행정청에 신청 또는 신고를 하였으나 행정청이 위법하게 이를 거부 또는 반려함으로써 결국 그 거부처분이 취소되기에 이르렀다면, 특별한 사정이 없는 한 그 시정명령의 불이행을 이유로 이행강제금을 부과할 수는 없다. (대판 2018. 1. 25. 2015두35116)

🔪 ③ 비교 판례연구

시험승진후보자명부에 등재되어 있던 자가 그 명부에서 삭제됨으로써 승진임용의 대상에서 제외되었다 하더라도, 그와 같은 시험승진후보자명부에서의 삭제행위는 ... 별도의 행정처분이 아니다. ^{2017국9하, 2014지7} (대판 1997. 11. 14. 97누7325)

07.

갑은 단순위법인 취소사유가 있는 A처분에 대하여 「행정소송법」상 무효확인소송을 제기하였다. 이에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 무효확인소송에 A처분의 취소를 구하는 취지도 포함되어 있고 무효확인소송이 「행정소송법」상 취소소송의 적법요건을 갖추었다 하더라도, 법원은 A처분에 대한 취소판결을 할 수 없다.
- ② 무효확인소송이 「행정소송법」상 취소소송의 적법한 제소기간 안에 제기되었더라도, 적법한 제소기간 이후에는 A처분의 취소를 구하는 소를 추가적·예비적으로 병합하여 제기할 수 없다.
- ③ 갑이 무효확인소송의 제기 전에 이미 A처분의 위법을 이유로 국가배상청구소송을 제기하였다면, 무효확인소송의 수소법원은 갑의 무효확인소송을 국가배상청구소송이 계속된 법원으로 이송·병합할 수 있다.
- ④ 갑이 무효확인소송의 제기 당시에 원고적격을 갖추었더라도 상고심 중에 원고적격을 상실하면 그 소는 부적법한 것이 된다.

해설

- ① [×] 행정처분의 무효확인을 구하는 소에는 그 취소를 구하는 취지도 포함되어 있다. ^{2018지7, 2017국7하}
일반적으로 행정처분의 무효확인을 구하는 소에는 원고가 그 처분의 취소를 구하지 아니한다고 밝히지 아니한 이상 그 처분이 만약 당연무효가 아니라면 그 취소를 구하는 취지도 포함되어 있는 것으로 보아야 한다. (대판 1994. 12. 23. 94누477)
- ② [×] 무효확인인 소가 적법한 제소기간 내에 제기된 경우 추가병합된 취소청구의 소도 적법하게 제기된 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. ^{2019국7} (대판 2005. 12. 23. 2005두3554)
- ③ [×] 「행정소송법」 제38조, 제10조에 의하여 수소법원은 국가배상청구소송을 무효확인소송이 계속된 법원으로 이송·병합하여야 한다.

제10조 (관련청구소송의 이송 및 병합)	① 취소소송과 다음 각호의 1에 해당하는 소송(이하 "關聯請求訴訟"이라 한다)이 각각 다른 법원에 계속되고 있는 경우에 관련청구소송이 계속된 법원이 상당하다고 인정하는 때에는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 이를 취소소송이 계속된 법원으로 이송할 수 있다. ^{2017국회8} 1. 당해 처분등과 관련되는 손해배상·부당이득반환·원상회복등 청구소송 2. 당해 처분등과 관련되는 취소소송
제38조 (준용규정)	① 제9조, 제10조, 제13조 내지 제17조, 제19조, 제22조 내지 제26조, 제29조 내지 제31조 및 제33조의 규정은 무효등 확인소송의 경우에 준용한다.

- ④ [○] 소송요건(원고적격)은 상고심에서도 존속하여야 한다.
원고적격은 소송요건의 하나이므로 사실심 변론종결시는 물론 상고심에서도 존속하여야 하고 이를 흠결하면 부적법한 소가 된다. ^{2018지7} (대판 2007. 4. 12. 2004두7924)

정답 ④

논점분석

- ① 무효확인소송의 청구취지
사안에서 취소판결을 할 수 있을 것인가에 관하여 학설(공정설/부정설)은 대립한다. 다만, 판례가 긍정설을 취하고 있다는 견해가 있다(유력설).
- ② 추가병합된 취소청구의 소의 제소기간 준수여부
무효확인인 소에는 제소기간의 제한이 없다. 따라서 판례의 '무효확인인 소가 적법한 제소기간에 제기되었다'는 것은 무효확인인 소가 취소소송의 제소기간 내에 제기된 것을 의미한다.
이 경우 추가병합된 취소소송의 제소기간 준수 여부는 무효확인인 소의 제소기간을 기준으로 판단하여 적법하다는 것이 판례의 취지이다.
- ③ 관련청구소송의 이송·병합
본체인 항고소송이 계속된 법원으로 이송
- ④ 소송요건
소송요건의 판단기준시는 사실심 변론종결시이다. 그러나 상고심까지 존속되어야 한다.
[판단시와 존속시가 다른 주의]

08.

「행정절차법」상 의견청취절차에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 의견제출제도는 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 경우에 적용되고 수익적 행위나 수익적 행위의 신청에 대한 거부에는 적용이 없으며, 일반처분의 경우에도 적용이 없다.
- ㄴ. 처분의 상대방에게 이익이 되며 제3자의 권익을 침해하는 이중효과적 행정행위는 「행정절차법」상 사전통지·의견제출의 대상이 된다.
- ㄷ. 「공무원연금법」상 퇴직연금의 환수결정은 당사자에게 의무를 과하는 처분이므로, 퇴직연금의 환수결정에 앞서 당사자에게 「행정절차법」상의 의견진술의 기회를 주지 아니한 경우 당해 처분은 「행정절차법」 위반이다.
- ㄹ. 행정청과 당사자 사이에 청문의 실시 등 의견청취절차를 배제하는 협약이 있었다 하더라도, 이와 같은 협약의 체결로 청문의 실시에 관한 규정의 적용을 배제할 수 있다고 볼 만한 법령상의 규정이 없는 한, 청문의 실시에 관한 규정의 적용이 배제되지 않으며 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당하지 아니한다.

- ① ㄱ, ㄴ ② ㄱ, ㄹ
③ ㄴ, ㄷ ④ ㄷ, ㄹ

● 해설 || 이하 「행정절차법」 제22조

- ㉠ [○] 의견제출제도는 침익적 처분에만 적용된다. 그러나 일반처분에는 적용되지 않는다.

의견제출의 기회부여	③ 행정청이 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 할 때 제1항 또는 제2항의 경우 외에는 당사자등에게 의견제출의 기회를 주어야 한다.
------------	---

- ㉡ [×] '당사자(=처분의 상대방)'에게 침익적 처분을 하는 경우 사전통지·의견제출이 요구된다.

사전통지가 요구되는 경우	① 행정청은 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우
의견제출의 기회부여	③ 행정청이 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 할 때 제1항 또는 제2항의 경우 외에는 당사자등에게 의견제출의 기회를 주어야 한다.

- ㉢ [×] 「공무원 연금법」상 퇴직연금 환수결정은 의견진술의 예외사유에 해당한다.

「공무원 연금법」상 퇴직연금의 환수결정은 당사자에게 의무를 과하는 처분이지만, 관련 법령에 따라 당연히 환수금액이 정하여지는 것이므로, 퇴직연금의 환수결정에 앞서 당사자에게 의견진술의 기회를 주지 아니하여도 행정절차법 제22조 제3항이나 신의칙에 어긋나지 아니한다. 2019국7, 2019서7, 2018지7 (대판 2000. 11. 28. 99두5443)

- ㉣ [○] 당사자와의 협약으로 청문절차를 배제할 수 없다.

행정청이 당사자와 사이에 도시계획사업의 시행과 관련한 협약을 체결하면서 관계 법령 및 행정절차법에 규정된 청문의 실시 등 의견청취절차를 배제하는 조항을 둔 경우, 협약의 체결로 청문의 실시에 관한 규정의 적용을 배제할 수 있다고 볼 만한 법령상의 규정이 없는 한, 청문의 실시에 관한 규정의 적용이 배제되거나 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당한다고 할 수 없다. 2019서7, 2017교행, 2016국9 (대판 2004. 7. 8. 2002두8350)

정답 ②

◎ 논점분석

★행정절차법 3대 중요절차★
사전통지 - 의견청취 - 이유제시

① 의견제출제도

행정절차법 제22조 제3항은 '당사자'라고 규정하여 상대방이 불특정적인 경우(일반처분)는 여기에 해당하지 않는다.

또한 '의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분'이라고 명시하여 침익적 처분에만 적용됨을 명시하고 있다.

② 사전통지·의견제출

처분의 상대방, 즉 '당사자'에게 침익적 처분을 하는 경우에 사전통지와 의견제출이 요구된다.

절차법 제2조 '당사자'를 정확히 숙지하자!

③ ★ 퇴직연금 환수결정

의견진술 불요

④ 협약으로 청문 배제불가

09. [각론]

「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」상 환매권에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 협의취득 또는 수용의 목적물이 제3자에게 이전되더라도 협의취득 또는 수용의 등기가 되어 있으면 환매권자는 환매권이 발생한 때부터 제척기간 도과로 소멸할 때까지 사이에 환매권을 행사하고, 이로써 제3자에게 대항할 수 있다.
- ② 환매권 성립의 요건으로서 협의취득 또는 수용된 토지가 필요 없게 되었는지 여부는 사업시행자의 주관적인 의사를 표준으로 할 것은 아니다.
- ③ 환매권 행사로 인한 소유권이전등기 청구소송에서 사업시행자는 환매대금 증액청구권을 내세워 증액된 환매대금과 보상금 상당액의 차액을 지급할 것을 동시이행의 항변으로 주장할 수 있다.
- ④ 환매권은 형성권으로서 환매권자의 일방적인 의사표시에 의해 사업시행자의 의사와 관계없이 법률효과가 발생하므로 환매의 의사표시가 상대방에게 도달한 때에 환매권 행사의 효력이 발생함이 원칙이다.

해설

- ① [○] 협의취득 또는 수용의 등기가 되어 있는 경우 그 목적물이 제3자에게 이전되더라도 환매권자는 환매권을 행사하고 제3자에게 대항할 수 있다.
구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제91조 제5항은 '환매권은 부동산등기법이 정하는 바에 의하여 공익사업에 필요한 토지의 협의취득 또는 수용의 등기가 된 때에는 제3자에게 대항할 수 있다'고 정하고 있다. 이는 협의취득 또는 수용의 목적물이 제3자에게 이전되더라도 협의취득 또는 수용의 등기가 되어 있으면 환매권자의 지위가 그대로 유지되어 환매권자는 환매권을 행사할 수 있고, 제3자에 대해서도 이를 주장할 수 있다는 의미이다. (대판 2017. 3. 15. 2015다238963)
- ② [○] 환매권의 성립요건인 협의취득 또는 수용된 토지가 필요 없게 되었는지 여부는 사업시행자의 주관적 의사가 아닌 당해 사업의 여러 사정을 객관적으로 판단하여야 한다.
환매권의 성립요건으로서 협의취득 또는 수용된 토지가 필요 없게 되었는지 여부는 사업시행자의 주관적인 의사를 표준으로 할 것이 아니라 당해 사업의 목적과 내용, 협의취득의 경위와 범위, 당해 토지와 사업의 관계, 용도 등 여러 사정에 비추어 객관적·합리적으로 판단하여야 한다. (대판 2011. 5. 13. 2010다6567)
- ③ [×] 사업시행자는 환매대금증액청구권을 내세워 그 차액지급을 환매권 행사에 항변으로 주장할 수 없다.
환매권 행사로 인한 소유권이전등기 청구소송에서 환매대금 증액청구권을 내세워 증액된 환매대금과 보상금 상당액의 차액을 지급할 것을 선이행 또는 동시이행의 항변으로 주장할 수 없다. (대판 2006. 12. 21. 2006다49277)
- ④ [○] 환매권은 형성권으로 의사표시를 함으로써 환매가 성립되는 것이다.
환매권은 개별법규가 인정한 민사법상의 권리이며, 환매는 환매기간 내에 환매의 요건이 발생하면 환매권자가 수령한 보상금의 상당액을 사업시행자에게 지급하고 일방적으로 의사표시를 함으로써 사업시행자의 의사에 관계없이 성립되는 것으로서 환매권은 형성권의 일종이라고 할 것이다. (헌재 2006. 11. 30. 2005헌가20)

정답 ③

논점분석

- ① 협의취득 또는 수용의 등기시 환매권 행사 및 제3자에 대항 가능
- ② 환매권 성립요건(토지 불필요 여부) 판단
· 사업시행자 주관적 의사×
· 사업상 사정을 객관으로 판단○
- ③ (이전 토지소유자의)환매권 행사
→ 지급받은 보상금을 사업시행자에게 미리 지급 → 환매권 행사 → 소유권이전등기 청구소송 제기(사업시행자는 증액된 환매대금과 보상금의 차액으로 동시이행의 항변 주장×)
- ④ 환매권의 법적성질
→ 형성권(의사표시가 상대방에게 도달한 때 효력발생)

10.

갑은 개발제한구역 내에서의 건축허가를 관할 행정청인 을에게 신청하였고, 을은 갑에게 일정 토지의 기부채납을 조건으로 이를 허가하였다. 이에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 특별한 규정이 없다면 갑에 대한 건축허가는 기속행위로서 건축허가를 하면서 기부채납조건을 붙인 것은 위법하다.
- ② 갑이 부담인 기부채납조건에 대하여 불복하지 않았고, 이를 이행하지도 않은 채 기부채납조건에서 정한 기부채납기한이 경과하였다면 이로써 갑에 대한 건축허가는 효력을 상실한다.
- ③ 기부채납조건이 중대하고 명백한 하자로 인하여 무효라 하더라도 갑의 기부채납 이행으로 이루어진 토지의 증여는 그 자체로 사회질서 위반이나 강행규정 위반 등의 특별한 사정이 없는 한 유효하다.
- ④ 건축허가 자체는 적법하고 부담인 기부채납조건만이 취소사유에 해당하는 위법성이 있는 경우, 갑은 기부채납조건부 건축허가처분 전체에 대하여 취소소송을 제기할 수 있을 뿐이고 기부채납조건만을 대상으로 취소소송을 제기할 수 없다.

해설

- ① [×] 개발제한구역 내 건축허가는 예외적 허가(예외적 승인)로 재량행위에 속하고 부관을 붙일 수 있다.
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 것이고^{2017교행}, 이러한 재량행위에 있어서는 관계 법령에 명시적인 금지규정이 없는 한 행정목적 달성을 위하여 조건이나 기한, 부담 등의 부관을 붙일 수 있다. (대판 2004. 7. 22. 2003두7606)
- ② [×] 부담의 불이행은 철회사유가 된다.
부담부 행정처분에 있어서 처분의 상대방이 부담(의무)을 이행하지 아니한 경우에 처분행정청으로서 이를 들어 당해 처분을 취소(철회)할 수 있는 것이다.^{2019지9, 2019서7, 2015지9} (대판 1989. 10. 24. 89누2431)
- ③ [○] 부담의 무효로 그 부담의 이행으로 한 사법상 법률행위가 당연히 무효화하는 것은 아니다.
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.^{2019국9, 2017사복, 2016국9} (대판 2009. 6. 25. 2006다18174)
- ④ [×] 부담은 독립적으로 소송대상이 된다(독립쟁송가능성○).
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.^{2018국7, 2018서9, 2018지9} (대판 1992. 1. 21. 91누1264)

정답 ③

논점분석

- ① 부관의 부과가능성
예외적 승인 → 재량행위 → 부관 부가 가능
- ② 부담 불이행의 효과
철회사유 → 별개의 철회행위가 있어야 처분 효력 상실
- ③ 부담과 그 이행으로서의 사법행위
부담의 무효 → 이행(사법)행위 당연 무효×
- ④ 부관의 독립쟁송 가능성
· 부담: 궁정
· 부담외 부관: 부정 → 전체취소소송

11.

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

- ① 「건축법」상 이행강제금 납부의무는 상속인 기타의 사람에게 승계될 수 없는 일신전속적인 성질을 갖는다.
- ② 「행정대집행법」상 건물철거 대집행은 다른 방법으로는 이행의 확보가 어렵고 불이행을 방지함이 심히 공익을 해하는 것으로 인정될 때에 한하여 허용되고 이러한 요건의 주장·입증책임은 처분 행정청에 있다.
- ③ 관계 법령상 행정대집행의 절차가 인정되어 행정청이 행정대집행의 방법으로 건물의 철거 등 대체적 작위·의무의 이행을 실현할 수 있는 경우에는 따로 민사소송의 방법으로 그 의무의 이행을 구할 수 없다.
- ④ 「국세징수법」상의 공매통지 자체는 그 상대방인 체납자 등의 법적 지위나 권리·의무에 직접적인 영향을 주는 행정처분에 해당한다고 할 것이므로 공매통지 자체를 항고소송의 대상으로 삼아 그 취소 등을 구할 수 있다.

해설

- ① [O] 이행강제금은 일신전속적 성질로 승계(상속)가 불가능 하다.
구 건축법상의 이행강제금은 구 건축법의 위반행위에 대하여 시정명령을 받은 후 시정기간 내에 당해 시정명령을 이행하지 아니한 건축주 등에 대하여 부과되는 간접강제의 일종으로서 그 이행강제금 납부의무는 상속인 기타의 사람에게 승계될 수 없는 일신전속적인 성질의 것^{2017교행, 2016국9}이다. (대결 2006. 12. 8. 2006마470)
- ② [O] 대집행 요건의 주장·입증책임은 처분 행정청에게 있다.
건축법에 위반하여 건축한 것이어서 철거의무가 있는 건물이라 하더라도 그 철거의무를 대집행하기 위한 계고처분을 하려면 다른 방법으로는 이행의 확보가 어렵고 불이행을 방지함이 심히 공익을 해하는 것으로 인정될 때에 한하여 허용되고 이러한 요건의 주장·입증책임은 처분 행정청에 있다.^{2017국7하, 2016국7} (대판 1996. 10. 11. 96누8086)
- ③ [O] 행정강제(대집행)가 가능할 경우 민사소송의 방법(민사상 강제집행)은 허용되지 아니한다.
지방자치단체장은 행정대집행의 방법으로 공유재산에 설치한 시설물을 철거할 수 있고, 이러한 행정대집행의 절차가 인정되는 경우에는 민사소송의 방법으로 시설물의 철거를 구하는 것은 허용되지 아니한다.^{2017지9하} (대판 2017. 4. 13. 2013다207941)
- ④ [X] 공매통지는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 아니한다.^{2019국7, 2019서7, 2018지9}
공매통지 자체가 그 상대방인 체납자 등의 법적 지위나 권리·의무에 직접적인 영향을 주는 행정처분에 해당한다고 할 것은 아니므로 다른 특별한 사정이 없는 한 체납자 등은 공매통지의 결여나 위법을 들어 공매처분의 취소 등을 구할 수 있는 것이지만 공매통지 자체를 항고소송의 대상으로 삼아 그 취소 등을 구할 수는 없다.^{2019국회8} (대판 2011. 3. 24. 2010두25527)

정답 ④

논점분석

- ① 공의무 승계여부
이행강제금 ×
- ② 대집행 요건의 입증책임
처분 행정청
- ③ 행정강제가 가능한 경우 민사상 강제집행은 허용되지 아니한다.
행정강제가 가능한 경우 일반적으로 동일한 법리 적용
- ④ 공매통지의 처분성
부정 / 공매통지는 공매(처분)의 절차적 요건(판례연구 참고).

판례연구

체납자 등에 대한 공매통지는 ... 절차적 요건이라고 보아야 하며, 공매처분을 하면서 체납자 등에 공매통지를 하지 않았거나 공매통지를 하였더라도 그것이 적법하지 아니한 경우에는 절차상의 흠이 있어 그 공매처분이 위법하게 되는 것이다. (대판 2011. 3. 24. 2010두25527)

12.

판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 건축허가관청은 특단의 사정이 없는 한 건축허가내용대로 완공된 건축물의 준공을 거부할 수 없다.
- ② 지적공부 소관청이 토지대장을 직권으로 말소하는 행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.
- ③ 무허가건물을 무허가건물관리대장에서 삭제하는 행위는 다른 특별한 사정이 없는 한 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.
- ④ 지목은 토지소유권을 제대로 행사하기 위한 전제요건이므로 지적공부 소관청의 지목변경신청 반려행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.

● 해설

- ① [○] 준공검사처분은 기속행위이다.
허가관청은 특단의 사정이 없는 한 건축허가내용대로 완공된 건축물의 준공을 거부할 수 없다. (대판 1992. 4. 10. 91누5358)
- ② [○] 토지대장 직권말소 행위는 행정처분에 해당한다.
토지에 관한 소유권보존등기 또는 소유권이전등기를 신청하려면 이를 등기소에 제출해야 하는 점 등을 종합해 보면, 토지대장은 토지의 소유권을 제대로 행사하기 위한 전제요건으로서 토지 소유자의 실체적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있으므로, 이러한 토지대장을 직권으로 말소하는 행위는 국민의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다. (대판 2013. 10. 24. 2011두13286)
- ③ [×] 무허가건물관리대장 삭제행위는 행정처분이 아니다. ^{2019국회8}
무허가건물을 무허가건물관리대장에 등재하거나 등재된 내용을 변경 또는 삭제하는 행위로 인하여 당해 무허가 건물에 대한 실체상의 권리관계에 변동을 가져오는 것이 아니다. (대판 2009. 3. 12. 2008두11525)
- ④ [○] 지목변경신청 반려행위는 행정처분에 해당한다. ^{2019서7, 2018서7, 2017국9하}
구 지적법 제20조, 제38조 제2항의 규정은 토지소유자에게 지목변경신청권과 지목정정신청권을 부여한 것이고, 한편 토지소유자는 지목을 토대로 토지의 사용·수익·처분에 일정한 제한을 받게 되는 점 등을 고려하면, 지목은 토지소유권을 제대로 행사하기 위한 전제요건으로서 토지소유자의 실체적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있으므로 지적공부 소관청의 지목변경신청 반려행위는 국민의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다. (대판(전) 2004. 4. 22. 2003두9015)

정답 ③

🔍 논점분석

- ① 준공검사처분의 법적성격
강학상 확인(판례연구 참고) → (원칙적) 기속행위
- ② ③ ④ 강학상 공중
· 토지대장 직권말소 → 처분
· 무허가 건물관리대장 삭제 → 처분x
· 지목변경신청 반려 → 처분

🔍 ① 판례연구

준공검사처분은 건축허가를 받아 건축한 건물이 건축허가사항대로 건축행정목적에 적합한가의 여부를 확인하고, 준공검사필증을 교부하여 줌으로써 허가받은 자로 하여금 건축한 건물을 사용, 수익할 수 있게 하는 법률효과를 발생시키는 것이므로, 허가관청은 특단의 사정이 없는 한 건축허가내용대로 완공된 건축물의 준공을 거부할 수 없다. (대판 1992. 4. 10. 91누5358)

13.

판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 공무원연금법령상 급여를 받으려고 하는 자는 우선 급여지급을 신청하여 공무원연금공단에서 이를 거부하거나 일부 금액만 인정하는 급여지급결정을 하는 경우 그 결정을 대상으로 항고소송을 제기하는 등으로 구체적 권리를 인정받아야 한다.
- ② 행정청이 공무원에게 국가공무원법령상 연가보상비를 지급하지 아니한 행위는 공무원의 연가보상비청구권을 제한하는 행위로서 항고소송의 대상이 되는 처분이다.
- ③ 법관이 이미 수령한 명예퇴직수당액이 구「법관 및 법원공무원 명예퇴직수당 등 지급규칙」에서 정한 정당한 명예퇴직수당액에 미치지 못한다고 주장하며 차액의 지급을 신청한 것에 대하여 법원행정처장이 행한 거부의 의사표시는 행정처분에 해당한다.
- ④ 「도시 및 주거환경정비법」상 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합총회결의의 효력 등을 다투는 소송은 관리처분계획의 인가·고시가 있는 이후라도 특별한 사정이 없는 한 허용되어야 한다.

해설

- ① [○] 공무원연금공단의 급여지급결정은 처분이다.
공무원연금법령상 급여를 받으려고 하는 자는 우선 관계 법령에 따라 공무원연금공단에 급여지급을 신청하여 공무원연금공단이 이를 거부하거나 일부 금액만 인정하는 급여지급결정을 하는 경우 그 결정을 대상으로 항고소송을 제기하는 등으로 구체적 권리를 인정받아야 하고, 구체적 인 권리가 발생하지 않은 상태에서 곧바로 공무원연금공단을 상대로 한 당사자소송으로 권리의 확인이나 급여의 지급을 소구하는 것은 허용되지 아니한다(대판 2010. 5. 27. 2008두5636 참조).^{2018서7} (대판 2017. 2. 9. 2014두43264)
- ② [×] 공무원에 대한 연가보상비 부지급행위는 처분이 아니다.
공무원의 연가보상비청구권은 공무원이 연가를 실시하지 아니하는 등 법령상 정해진 요건이 충족되면 그 자체만으로 지급기준일 또는 보수지급기관의 장이 정한 지급일에 구체적으로 발생하고 행정청의 지급결정에 의하여 비로소 발생하는 것은 아니라고 할 것이므로, 행정청이 공무원에게 연가보상비를 지급하지 아니한 행위로 인하여 공무원의 연가보상비청구권 등 법률상 지위에 아무런 영향을 미친다고 할 수는 없으므로 행정청의 연가보상비 부지급 행위는 항고소송의 대상이 되는 처분이라고 볼 수 없다. (대판 1999. 7. 23. 97누10857)
- ③ [×] 법관의 명예퇴직수당 차액(미지급연금)의 지급신청에 대한 거부는 처분이 아니다.
명예퇴직수당 지급대상자로 결정된 법관에 대하여 지급할 수당액은 명예퇴직수당규칙 제4조 [별표 1]에 산정 기준이 정해져 있으므로, 위 법관은 위 규정에서 정한 정당한 산정 기준에 따라 산정된 명예퇴직수당액을 수령할 구체적인 권리를 가진다. 따라서 위 법관이 이미 수령한 수당액이 위 규정에서 정한 정당한 명예퇴직수당액에 미치지 못한다고 주장하며 차액의 지급을 신청함에 대하여 법원행정처장이 거부하는 의사를 표시했더라도, 그 의사표시는 공법상의 법률관계의 한쪽 당사자로서 지급의무의 존부 및 범위에 관하여 자신의 의견을 밝힌 것에 불과하므로 행정처분으로 볼 수 없다. (대판 2016. 5. 24. 2013두14863)
- ④ [×] 관리처분계획에 대한 인가·고시 이후 총회결의의 하자를 다투는 소송은 허용되지 않는다.
관리처분계획에 대한 관할 행정청의 인가·고시까지 있게 되면 관리처분계획은 행정처분으로서 효력이 발생하게 되므로, 총회결의의 하자를 이유로 하여 행정처분의 효력을 다투는 항고소송의 방법으로 관리처분계획의 취소 또는 무효확인을 구하여야 하고^{2016국7}, 그와 별도로 행정처분에 이르는 절차적 요건 중 하나에 불과한 총회결의 부분만을 따로 떼어내어 효력 유무를 다투는 확인의 소를 제기하는 것은 특별한 사정이 없는 한 허용되지 않는다고 보아야 한다. (대판(전) 2009. 9. 17. 2007다2428)

정답 ①

논점분석

- ① 공무원 연금에 관한 쟁송방법
· 급여신청 → 연금공단의 급여결정 → 처분○, 항고소송
· 미지급연금에 대한 소송 → 당사자 소송(지문 ③)
- ② 연가보상비 부지급행위 처분×
③ 명예퇴직 수당은 법령에 의하여 정해 지는것으로 법원행정처장의 거부의 의사표시는 아무런 법적 효과가 없어 처분에 해당하지 아니한다. (지문 ②와 동일 취지)
- ④ 총회결의의 하자를 다투는 소송 관리처분계획에 대한 인가·고시 이후(=관리처분계획이 처분이 된 이후)에는 총회결의의 하자를 다투는 소송은 인정되지 아니한다.
총회결의의 하자는 관리처분계획(처분)을 항고소송의 대상으로 하면서 절차의 하자가 있다는 주장으로써 다투어야 한다.

14. [각론]

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

- ① 도로 등 공물이나 공공용물을 특정 사인이 배타적으로 사용하도록 하는 점용허가가 도로 등의 본래 기능 및 목적과 무관하게 그 사용가치를 실현·활용하기 위한 것으로 평가되는 경우에는 주민소송의 대상이 되는 재산의 관리·처분에 해당한다.
- ② 지방자치단체의 사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해친다고 인정되면 시·도지사나 주무부장관은 시정명령을 내릴 수 있는데, 이때 시정명령의 대상인 처분은 「행정소송법」상 처분에 한정되지 않는다.
- ③ 교육·학예에 관한 사무 중 자치사무에 대한 교육감의 명령이나 처분이 합목적성을 현저히 결하였다면 그러한 사무의 집행은 재량권을 일탈·남용한 경우로서 교육부장관은 그 시정을 명할 수 있다.
- ④ 행정안전부장관이 지방자치단체 상호 간의 사무비용 분담에 관한 다툼에 대하여 「지방자치법」에 따른 분쟁조정결정을 한 경우 분쟁조정결정 자체의 취소를 구하는 소송을 대법원에 제기하는 것은 「지방자치법」상 허용되지 아니한다.

해설

- ① [○] 점용허가가 도로의 본래 기능 및 목적과 무관하게 사용가치를 실현·활용하는 경우 주민소송의 대상이 되는 재산의 관리·처분에 해당한다.
도로 등 공물이나 공공용물을 특정 사인이 배타적으로 사용하도록 하는 점용허가가 도로 등의 본래 기능 및 목적과 무관하게 그 사용가치를 실현·활용하기 위한 것으로 평가되는 경우에는 주민소송의 대상이 되는 재산의 관리·처분에 해당한다. (대판 2016. 5. 27. 2014두8490)
- ② [○] 지방자치단체의 사무에 관한 시정명령이나 처분에 대한 취소 또는 정지의 적용대상은 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 제한되지 않는다.
행정소송법상 항고소송은 ... 국민의 권익을 구제함을 목적으로 하는 것과 달리, 지방자치법 제 169조 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 [×] 자치사무가 법령에 위반된다는 것은 ①명시적 법령위반 ②재량권 일탈·남용의 경우를 의미한다(합목적성을 결한 것은 포함되지 않는다).
교육·학예에 관한 사무 중 '자치사무'에 대한 명령이나 처분에 대하여는 법령 위반 사항이 있어야 한다. 여기서 교육감의 명령이나 처분이 법령에 위반되는 경우란, '명령·처분이 현저히 부당하여 공익을 해하는 경우', 즉 합목적성을 현저히 결하는 경우와 대비되는 개념으로서, 교육감의 사무 집행이 명시적인 법령의 규정을 구체적으로 위반한 경우뿐만 아니라 그러한 사무의 집행이 재량권을 일탈·남용하여 위법하게 되는 경우를 포함한다. (대판 2018. 7. 12. 2014추33)
- ④ [○] 분쟁조정결정 자체의 취소를 구하는 소송을 대법원에 제기할 수 없다.
행정자치부장관이나 시·도지사의 분쟁조정결정에 대하여는 후속의 이행명령을 기다려 대법원에 이행명령을 다투는 소를 제기한 후 그 사건에서 이행의무의 존부와 관련하여 분쟁조정결정의 위법까지 함께 다투는 것이 가능할 뿐, 별도로 분쟁조정결정 자체의 취소를 구하는 소송을 대법원에 제기하는 것은 지방자치법상 허용되지 아니한다. (대판 2015. 9. 24. 2014추613)

정답 ③

논점분석

① 주민소송의 대상(재산의 관리·처분에 관한 사항: 지방자치법 제 17조)

도로의 본래 기능과 무관한 도로점용허가 → 주민소송의 대상○
[판례사안은 도로부지 지하부분에 대한 점용허가로 도로 지하부분은 도로의 통행과 관련이 없어 도로 본래의 기능 및 목적과 무관한 경우이다.]

② 시정명령의 대상

처분에 한하지 아니한다.

③ 자치사무에 대한 시정명령 → '법령위반'

- 명시적 법령위반○
- 재량권 일탈·남용○
- 합목적성을 결한 경우×

④ 지방자치법상 분쟁조정결정 취소를 구하는 소송을 대법원에 제기할 수 없다.

한편, 분쟁조정결정은 항고소송의 대상이 되는 처분이 아니다.

② 조문

제169조(위법·부당한 명령·처분의 시정)

① 지방자치단체의 사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해친다고 인정되면 시·도에 대하여는 주무부장관, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 시정할 것을 명하고, 그 기간에 이행하지 아니하면 이를 취소하거나 정지할 수 있다. 이 경우 자치사무에 관한 명령이나 처분에 대하여는 법령을 위반하는 것에 한한다.

15.

행정청이 종전의 과세처분에 대한 경정처분을 함에 따라 상대방이 제기하는 항고소송에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「국세기본법」에 정한 경정청구기간이 도과한 후 제기된 경정청구에 대하여는 과세관청이 과세표준 및 세액을 결정 또는 경정하거나 거부처분을 할 의무가 없으므로, 과세관청의 경정 거절에 대하여 항고소송을 제기할 수 없다.
- ② 증액경정처분이 있는 경우, 원칙적으로는 당초 신고나 결정에 대한 불복기간의 경과 여부 등에 관계없이 증액경정처분만이 항고소송의 대상이 되고 납세의무자는 그 항고소송에서 당초 신고나 결정에 대한 위법사유를 주장할 수 없다.
- ③ 증액경정처분이 있는 경우, 당초처분은 증액경정처분에 흡수되어 소멸하고, 소멸한 당초처분의 절차적 하자는 존속하는 증액경정처분에 승계되지 아니한다.
- ④ 감액경정처분이 있는 경우, 항고소송의 대상은 당초의 부과처분 중 경정처분에 의하여 아직 취소되지 않고 남은 부분이고, 적법한 전심절차를 거쳤는지 여부도 당초 처분을 기준으로 판단하여야 한다.

● 해설

- ① [○] 과세관청이 경정청구기간이 도과한 후 제기된 경정청구를 거절한 것은 항고소송의 대상이 되는 거부처분이 아니다.
구 국세기본법상 경정청구기간이 도과한 후에 제기된 경정청구는 부적법하여 과세관청이 과세표준 및 세액을 결정 또는 경정하거나 거부처분을 할 의무가 없으므로, 과세관청이 경정을 거절하였다 하더라도 이를 항고소송의 대상이 되는 거부처분으로 볼 수 없다. (대판 2017. 8. 23. 2017두38812)
- ② [×] 증액경정처분만이 항고소송의 대상이 되고 그 소송에서 당초 신고나 결정에 대한 위법사유를 함께 주장할 수 있다.
 증액경정처분이 있는 경우, 당초 신고나 결정은 증액경정처분에 흡수됨으로써 독립한 존재가치를 잃게 된다고 보아야 하므로, 원칙적으로는 당초 신고나 결정에 대한 불복기간의 경과 여부 등에 관계없이 증액경정처분만이 항고소송의 심판대상이 되고, 납세의무자는 그 항고소송에서 당초 신고나 결정에 대한 위법사유도 함께 주장할 수 있다고 해석함이 타당하다. (대판 2009. 5. 14. 2006두17390)
- ③ [○] 증액경정처분이 있는 경우 당초처분은 증액경정처분에 흡수되어 소멸하나, 당초처분의 절차적 하자는 증액경정처분에 승계되지 아니한다.
증액경정처분이 있는 경우 당초처분은 증액경정처분에 흡수되어 소멸하고, 소멸한 당초처분의 절차적 하자는 존속하는 증액경정처분에 승계되지 아니한다. (대판 2010. 6. 24. 2007두16493)
- ④ [○] 감액경정처분이 있는 경우 항고소송의 대상은 감액된 당초처분이고 전심절차 준수여부도 당초 처분을 기준으로 판단한다.
과세표준과 세액을 감액하는 경정처분은 당초의 부과처분과 별개 독립의 과세처분이 아니라 그 실질은 당초의 부과처분의 변경이고, 그 경정처분으로도 아직 취소되지 아니하고 남아 있는 부분이 위법하다 하여 다투는 경우, 항고소송의 대상은 당초의 부과처분 중 경정처분에 의하여 아직 취소되지 않고 남은 부분이고, 그 경정처분이 항고소송의 대상이 되는 것은 아니며, 이 경우 적법한 전심절차를 거쳤는지 여부도 당초 처분을 기준으로 판단하여야 한다. (대판 2009. 5. 28. 2006두16403)

정답 ②

◎ 논점분석

형식적으로 각론(조세행정법)에 속하지만 실질적으로 총론의 중요주제인 '대상적격'에 관한 것이다.

- ① **경정청구에 대한 거부처분여부**
 경정청구기간 도과후 경정신청에 대한 거절 → 거부처분 ×
- ② **증액경정처분**
 · 항고소송의 대상 → 증액경정처분
 · 당초 신고나 결정에 대한 위법사유 주장가능
- ③ **증액경정처분**
 당초 처분의 절차적 하자 승계 ×
- ④ **감액경정처분**
 · 당초처분의 일부에 대한 취소
 · 항고소송의 대상 → 감액된 당초처분

16.

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

- ① 확약에는 공정력이나 불가쟁력과 같은 효력이 인정되는 것은 아니라고 하더라도, 일단 확약이 있는 후에 사실적·법률적 상태가 변경되었다고 하여 행정청의 별다른 의사표시 없이 확약이 실효된다고 할 수 없다.
- ② 영업허가를 취소하는 처분에 대해 불가쟁력이 발생하였더라도 이후 사정변경을 이유로 그 허가취소의 변경을 요구하였으나 행정청이 이를 거부한 경우라면, 그 거부는 원칙적으로 항고소송의 대상이 되는 처분이다.
- ③ 영업허가취소처분이 나중에 항고소송을 통해 취소되었다면 그 영업허가취소처분 이후의 영업행위를 무허가영업이라 할 수 없다.
- ④ 행정처분에 대해 불가쟁력이 발생한 경우 이로 인해 그 처분의 기초가 된 사실관계나 법률적 판단이 확정되는 것이므로 처분의 당사자는 당초 처분의 기초가 된 사실관계나 법률관계와 모순되는 주장을 할 수 없다.

해설

① [×]

[판례1] 확약은 행정처분이 아니므로 공정력과 불가쟁력이 인정되지 않는다.

어업권면허에 선행하는 우선순위결정은 ... 강학상 확약에 불과하고 행정처분은 아니므로 2018국9, 2016서9, 2016국회8 우선순위결정에 공정력이나 불가쟁력과 같은 효력은 인정되지 아니한다. 2018국9 (대판 1995. 1. 20. 94누6529)

[판례2] 확약은 사실적·법률적 상태의 변경으로 실효된다. 2018국7, 2018국4, 2016서9

확약 또는 공적인 의사표명이 있는 후에 사실적·법률적 상태가 변경되었다면, 그와 같은 확약 또는 공적인 의사표명은 행정청의 별다른 의사표시를 기다리지 않고 실효된다. (대판 1996. 8. 20. 95누10877)

② [×] 불가쟁력이 생긴 처분에 대하여는 그 변경을 구할 신청권이 인정되지 않는다. 2019서9, 2018국회8, 2017국7하

제소기간이 이미 도과하여 불가쟁력이 생긴 행정처분에 대하여는 개별 법규에서 그 변경을 요구할 신청권을 규정하고 있거나 관계 법령의 해석상 그러한 신청권이 인정될 수 있는 등 특별한 사정이 없는 한 국민에게 그 행정처분의 변경을 구할 신청권이 있다 할 수 없다. 그러한 이상 그 거부행위인 이 사건 통지는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 될 수 없다. (대판 2007. 4. 26. 2005두11104)

③ [○] 영업허가취소처분이 쟁송취소된 경우, 허가취소 이후의 영업은 무허가영업이 되지 아니한다. 019국9

영업의 금지를 명한 영업허가취소처분 자체가 나중에 행정쟁송절차에 의하여 취소되었다면 그 영업허가취소처분은 그 처분시에 소급하여 효력을 잃게 되며, 그 영업허가취소처분에 복종할 의무가 원래부터 없었음이 확정되었다고 봄이 타당하고, 영업허가취소처분이 장래에 향하여서만 효력을 잃게 된다고 볼 것은 아니므로 그 영업허가취소처분 이후의 영업행위를 무허가영업이라고 볼 수는 없다. (대판 1993. 6. 25. 93도277)

④ [×] 불가쟁력이 발생한 경우에도 당사자나 법원은 모순되는 주장이나 판단을 할 수 있다.

행정처분이나 행정심판 재결이 불복기간의 경과로 인하여 확정될 경우 확정력(불가쟁력)은 처분으로 인하여 법률상 이익을 침해받은 자가 처분이나 재결의 효력을 더 이상 다룰 수 없다는 의미일 뿐 판결에 있어서와 같은 기판력이 인정되는 것은 아니어서 2019서9, 2018서7 처분의 기초가 된 사실관계나 법률적 판단이 확정되고 당사자들이나 법원이 이에 기속되어 모순되는 주장이나 판단을 할 수 없게 되는 것은 아니다. (대판 1993. 4. 13. 92누17181)

정답 ③

논점분석

① **확약의 법적성질 및 실효사유**

- 행정행위 ×
- 사정변경(=사실적·법률적 상태 변경)으로 실효

② **불가쟁력이 생긴 처분에는 변경신청권이 인정되지 아니한다.**

처분에 불가쟁력이 생겼을 경우, 변경 신청권을 인정한다면 변경신청에 대한 거부처분은 처분이 된다. 결과적으로 불가쟁력이 발생한 처분에 대하여 여전히 소송을 제기할 수 있게 되는 것이다. 이렇게 불가쟁력을 무의미하게 하는 결과를 방지하기 위해 판례는 신청권을 부정하는 것이다.

③ **쟁송취소의 효력**

소급효○

④ **불가쟁력과 기판력**

불가쟁력이 인정된다고 하여 기판력이 인정되는 것은 아니므로, 여전히 당사자 및 법원은 모순되는 주장 및 판단을 할 수 있다는 취지의 판례 (양자는 완전 별개의 것이다. 각각의 개념을 이해한다면 매우 쉬운 지문이다.)

17. [각론]

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

- ① 「정부조직법」상 중앙행정기관에는 소관 사무를 수행하기 위하여 필요한 때에는 특히 법률로 정한 경우를 제외하고는 대통령령으로 정하는 바에 따라 지방행정기관을 둘 수 있다.
- ② 일정한 관할 구역 내에서 널리 일반국가사무를 수행하는 행정기관을 국가의 보통지방행정기관이라 하고 세무서장이나 경찰서장이 이에 속한다.
- ③ 국가사무가 지방자치단체의 장에게 위임되어 수행되는 경우, 지방자치단체의 장은 국가사무를 처리하는 범위 내에서 국가의 보통지방행정기관의 지위에 있다.
- ④ 법령상 주어진 권한의 범위 내에서 행정주체의 행정에 관한 의사를 결정할 뿐 이를 외부에 표시하는 권한을 갖지 못하는 합의제 행정기관을 의결기관이라 한다.

해설

- ① [O] 「정부조직법」

제3조(특별지방행정기관의 설치)	① 중앙행정기관에는 소관사무를 수행하기 위하여 필요한 때에는 특히 법률로 정한 경우를 제외하고는 대통령령으로 정하는 바에 따라 지방행정기관을 둘 수 있다.
-------------------	--

- ② [X] 국가지방행정기관은 ①보통지방행정기관과 ②특별지방행정기관으로 나뉜다.

① 보통지방행정기관

관할구역 내에서 수행되는 국가의 행정사무를 일반적으로 관장하는 지방행정기관을 말한다. 우리나라에서는 국가의 보통지방행정기관을 별도로 설치하지 아니하고 지방자치단체의 장에게 국가사무를 기관위임하여 처리하도록 하고 있다.

② 특별지방행정기관

특정 국가사무를 시행하기 위하여 지방에 설치된 국가행정기관을 말한다. 지방국토관리청, 지방경찰청, 경찰서, 세관 등이 이에 해당한다.

- ③ [O] 지방자치단체의 장은 기관위임사무를 처리하는 한도 내에서는 국가기관, 즉 국가의 보통지방행정기관의 지위를 갖는다.
- ④ [O] 의결기관이란 행정주체의 의사를 결정하는 권한만을 가지고 이를 외부에 표시할 권한은 가지지 못하는 기관을 말한다. 의결기관은 외부에 표시할 권한이 없는 점에서 그러한 권한이 있는 합의제 행정청과 구별된다.

정답 ②

논점분석

① 정부조직법상 지방행정기관

중앙행정기관에 대통령령으로 지방행정기관을 둘 수 있음

② 국가지방행정기관(개념)

① 보통지방행정기관

- 일반 국가사무 수행
- 기관위임을 처리하는 자치단체의 장(지문 ③)

② 특별지방행정기관

- 특정 국가사무 수행
- 세무서, 경찰청, 경찰서, 세관 등

③ 기관위임사무를 처리하는 자치체의 장은 보통지방행정기관의 지위를 갖는다.

④ 의결기관(의사결정기관)

- 의사결정 권한○
- 표시할 권한×

18.

「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」상 잔여지 수용청구 및 손실보상에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 동일한 토지소유자에 속하는 일단의 토지의 일부가 취득됨으로써 잔여지의 가격이 감소한 때에는 잔여지를 종래의 목적으로 사용하는 것이 가능한 경우라도 그 잔여지는 손실보상의 대상이 된다.
- ② 토지소유자가 잔여지 수용청구에 대한 재결절차를 거친 경우에는 곧바로 사업시행자를 상대로 잔여지 가격감소 등으로 인한 손실보상을 청구할 수 있다.
- ③ 잔여지 수용청구는 당해 공익사업의 공사완료일까지 해야 하지만, 토지소유자가 그 기간 내에 잔여지 수용청구권을 행사하지 않았더라도 그 권리가 소멸하는 것은 아니다.
- ④ 토지소유자가 사업시행자에게 잔여지 매수청구의 의사표시를 하였다면, 그 의사표시는 특별한 사정이 없는 한 관할 토지수용위원회에 한 잔여지 수용청구의 의사표시로 볼 수 있다.

해설

- ① [○] 토지가 일부 취득됨으로써 잔여지의 가격이 감소한다면 종래 목적대로 사용하는 것이 가능한 경우에도 손실보상의 대상이 된다.
사업시행자가 동일한 토지소유자에 속하는 일단의 토지 일부를 취득함으로써 잔여지의 가격이 감소하거나 그 밖의 손실이 있을 때 등에는 잔여지를 종래의 목적으로 사용하는 것이 가능한 경우라도 잔여지 손실보상의 대상이 되며, 잔여지를 종래의 목적에 사용하는 것이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우이어야만 잔여지 손실보상청구를 할 수 있는 것이 아니다. (대판 2018. 7. 20. 2015두4044)
- ② [×] 관할 토지수용위원회에 대한 잔여지 수용청구는 형성권적 성질을 가진다.
잔여지 수용청구권은 손실보상의 일환으로 토지소유자에게 부여되는 권리로서 그 요건을 구비한 때에는 잔여지를 수용하는 토지수용위원회의 재결이 없더라도 그 청구에 의하여 수용의 효과가 발생하는 형성권적 성질을 가진다. (대판 2010. 8. 19. 2008두822)
- ③ [×] 잔여지 수용청구권의 행사기간은 제척기간이다.
구 ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’ 제74조 제1항에 의하면, 잔여지 수용청구는 사업시행자와 사이에 매수에 관한 협의가 성립되지 아니한 경우 (구법: 일단의 토지의 일부에 대한 관할 토지수용위원회의 수용재결이 있기 전) ‘그 사업의 공사완료일’까지 관할 토지수용위원회에 하여야 하고, 잔여지 수용청구권의 행사기간은 제척기간으로서, 토지소유자가 그 행사기간 내에 잔여지 수용청구권을 행사하지 아니하면 그 권리가 소멸한다. (대판 2010. 8. 19. 2008두822)
- ④ [×] 잔여지 수용청구 의사표시는 관할 토지수용위원회에 하여야 한다.
잔여지 수용청구의 의사표시는 관할 토지수용위원회에 하여야 하는 것으로서, 관할 토지수용위원회가 사업시행자에게 잔여지 수용청구의 의사표시를 수령할 권한을 부여하였다고 인정할 만한 사정이 없는 한, 사업시행자에게 한 잔여지 매수청구의 의사표시를 관할 토지수용위원회에 한 잔여지 수용청구의 의사표시로 볼 수는 없다. ^{2019국회8, 2016지7} (대판 2010. 8. 19. 2008두822)

정답 ①

논점분석

① 잔여지 손실보상

잔여지 가격감소 → 손실보상○

② 잔여지 수용청구는 형성권으로 그 청구에 의하여 잔여지는 수용된다. 따라서 잔여지의 ‘가격감소’에 대한 손실보상이 아니라 잔여지 ‘수용’에 대한 손실보상(액)이 문제될 뿐이다.

만일 수용청구에 대한 거부재결이 있는 경우 보상금증감소송에 의하게 된다(판례연구 참고).

③ 잔여지 수용청구권의 행사기간

잔여지 수용청구권 → 형성권

형성권의 행사기간 → 제척기간

④ 잔여지 수용청구의 상대방

법 제74조 제1항 참고

② 판례연구

잔여지 수용청구시 잔여지수용거부 재결에 대한 불복방법

잔여지 수용청구를 받아들이지 않은 토지수용위원회의 재결에 대하여 토지소유자가 불복하여 제기하는 소송은 위 법 제85조 제2항에 규정되어 있는 ‘보상금의 증감에 관한 소송’에 해당하여 사업시행자를 피고로 하여야 한다. ^{2019지9, 2017사복, 2017지9하} (대판 2010. 8. 19. 2008두822)

③④ 조문

제74조(잔여지 등의 매수 및 수용청구)

① 동일한 소유자에게 속하는 일단의 토지의 일부가 협의에 의하여 매수되거나 수용됨으로 인하여 잔여지를 종래의 목적에 사용하는 것이 현저히 곤란할 때에는 해당 토지소유자는 사업시행자에게 잔여지를 매수하여 줄 것을 청구할 수 있으며, 사업인정 이후에는 관할 토지수용위원회에 수용을 청구할 수 있다. 이 경우 수용의 청구는 매수에 관한 협의가 성립되지 아니한 경우에만 할 수 있으며, 그 사업의 공사완료일까지 하여야 한다.

19.

행정청이 별도의 법령상의 근거 없이도 할 수 있는 행위를 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 수익적 행정처분인 재량행위를 하면서 침익적 성격의 부관을 부가하는 행위
- ㄴ. 부관인 부담의 불이행을 이유로 수익적 행정행위를 철회하는 행위
- ㄷ. 부작위의무를 위반함으로써 생긴 결과를 시정하기 위한 작위의무를 명하는 행위
- ㄹ. 철거명령의 위반을 이유로 행정대집행을 하면서 철거의무자인 점유자에 대해 퇴거명령을 하는 행위

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

해설

- ㉠ [가능] 재량행위에는 법령상 근거없이 부관(부담)을 부가할 수 있다.
주택재건축사업시행의 인가는 상대방에게 권리나 이익을 부여하는 효과를 가진 이른바 수익적 행정처분으로서 법령에 행정처분의 요건에 관하여 일의적으로 규정되어 있지 아니한 이상 행정청의 재량행위에 속하므로, 처분청으로서 법령상의 제한에 근거한 것이 아니라 하더라도 공익상 필요 등에 의하여 필요한 범위 내에서 여러 조건(부담)을 부과할 수 있다. (대판 2007. 7. 12. 2007두6663)
- ㉡ [가능] 부담부 행정처분에 있어서 부담의 불이행을 이유로 행정청은 법령상 근거없이 당해 처분을 취소(강학상 철회) 할 수 있다.
[판례1] 부담부 행정처분에 있어서 처분의 상대방이 부담(의무)을 이행하지 아니한 경우에 처분 행정청으로서 이를 들어 당해 처분을 취소(철회)할 수 있는 것이다. 2019지9, 2019서7, 2015지9 (대판 1989. 10. 24. 89누2431)
[판례2] 행정행위를 한 처분청은 그 처분 당시에 그 행정처분에 별다른 하자가 없었고 또 그 처분 후에 이를 취소할 별도의 법적 근거가 없다 하더라도 원래의 처분을 그대로 존속시킬 필요가 없게 된 사정변경이 생겼거나 또는 중대한 공익상의 필요가 발생한 경우에는 별개의 행정행위로 이를 철회하거나 변경할 수 있다. 2018국9, 2018지9, 2018서7 (대판 1992. 1. 17. 91누3130)
- ㉢ [불가능] 금지규정(부작위의무규정)으로 부터 작위의무 명령권이 도출되지 아니한다. 2019국7, 2018서9, 2018국9
법치주의의 원리에 비추어 볼 때 위와 같은 부작위의무로부터 그 의무를 위반함으로써 생긴 결과를 시정하기 위한 작위의무를 당연히 끌어낼 수는 없으며, 또 위 금지규정(특히 허가를 유보한 상대적 금지규정)으로부터 작위의무, 즉 위반결과의 시정을 명하는 권한이 당연히 추론(推論)되는 것도 아니다. (대판 1996. 6. 28. 96누4374)
- ㉣ [가능] 점유자가 철거의무자인 경우 건물철거의무에 퇴거의무가 포함되어 퇴거명령에 별도의 권원이 필요하지 않다.
건물의 점유자가 철거의무자일 때에는 건물철거의무에 퇴거의무도 포함되어 있는 것이어서 별도로 퇴거를 명하는 집행권원이 필요하지 않다. 2019국9, 2019지9, 2019서9 (대판 2017. 4. 28. 2016다213916)

정답 ④

논점분석

※ 법률유보

- ① 재량행위 → 법령상 근거없이 부관(특히, 부담) 부가 가능
- ② 강학상 철회의 근거
법령상 근거 불요
- ③ 금지규정으로 부터 작위의무 명령권이 도출×
- ④ 점유자가 철거의무자인 경우
퇴거명령에 별도의 권원 필요×

20. [각론]

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

- ① 「국가공무원법」상 직위해제처분에 대해서는 처분의 사전통지 및 의견청취 등에 관한 「행정절차법」 규정이 적용된다.
- ② 공무원임용결격사유가 있는지의 여부는 채용후보자 명부에 등록한 때의 법률을 기준으로 하여 판단하여야 한다.
- ③ 지방자치단체의 장이 소속 공무원을 다른 지방자치단체로 전출하는 것은 임명권자를 달리하는 지방자치단체로의 이동인 점에 비추어 이 경우에는 반드시 당해 공무원의 동의를 전제로 하므로, 당해 공무원의 동의 없는 전출명령은 무효이다.
- ④ 「지방공무원법」에 따르면, 임용권자는 직제와 정원이 개정되거나 폐지되어 과원이 됨에 따라 소속 공무원을 면직시킬 때에는 임용형태, 업무실적, 직무수행능력, 징계처분 사실 등을 고려하여 면직 기준을 정하여야 하며, 이 경우 미리 해당 인사위원회의 의결을 거쳐야 한다.

해설

[총론] ① [×] 국가공무원법상 직위해제처분에는 처분의 사전통지 및 의견청취 등에 관한 행정절차법 규정이 적용되지 아니한다. 2019서9, 2019서7, 2018지7

국가공무원법상 직위해제처분은 구 행정절차법 제3조 제2항 제9호, 구 행정절차법 시행령 제2조 제3호에 의하여 당해 행정작용의 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 사항 또는 행정절차에 준하는 절차를 거친 사항에 해당하므로, 처분의 사전통지 및 의견청취 등에 관한 행정절차법의 규정이 별도로 적용되지 않는다. (대판 2014. 5. 16. 2012두26180)

② [×] 공무원임용결격사유의 판단 기준은 임용당시 법률이다.

공무원임용결격사유가 있는지의 여부는 채용후보자 명부에 등록한 때가 아닌 임용당시에 시행되던 법률을 기준으로 하여 판단하여야 한다. (대판 1987. 4. 14. 86누459)

③ [×] 공무원의 동의 없는 전출명령은 취소사유이다.

지방공무원법 제29조의3은 지방자치단체의 장은 다른 지방자치단체의 장의 동의를 얻어 그 소속공무원을 전입할 수 있다고 규정하고 있는바, 위 규정에 의하여 동의를 한 지방자치단체의 장이 소속 공무원을 전출하는 것은 임명권자를 달리하는 지방자치단체로의 이동인 점에 비추어 반드시 당해 공무원 본인의 동의를 전제로 하는 것이고, 당해 공무원의 동의 없는 지방공무원법 제29조의3의 규정에 의한 전출명령은 위법하여 취소되어야 한다. (대판 2001. 12. 11. 99두1823)

④ [○] 「지방공무원법」

제62조 (직권면직)	① 임용권자는 공무원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 때에는 직권으로 면직시킬 수 있다. 1. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우로서 직위가 없어지거나 과원이 된 때 가. 지방자치단체를 폐지하거나 설치하거나 나누거나 합친 경우 나. 직제와 정원이 개정되거나 폐지된 경우 다. 예산이 감소된 경우 ③ 임용권자는 제1항제1호에 따라 소속 공무원을 면직시킬 때에는 임용형태, 업무실적, 직무수행능력, 징계처분 사실 등을 고려하여 면직 기준을 정하여야 한다. ④ 제3항의 면직 기준을 정하거나 제1항제1호에 따라 면직 대상자를 결정할 때에는 미리 해당 인사위원회의 의결을 거쳐야 한다.
----------------	---

논점분석

① ★행정절차법의 적용예외(기출)

- 공무원 직위해제
- 군인사법상 보직해임
- 공정거래위원회의 의결·결정을 거친 사항

② 임용결격사유의 판단 기준

임용당시 법률

③ 당사자 동의 없는 전출명령

취소사유

④ 지방공무원의 직권면직 사유와 절차

직위가 없어지거나 과원이 될 경우

→ 인사위원회의 의결

정답 ④