

[2019년 5급 일반승진 행정법 기출문제와 해설 : 백영민]

기출문제 해설 : 백 영 민

- (현) 종로공무원학원 행정법 전임
- (현) 부산 한국고시학원, 한국경찰학원 행정법 전임
- (현) 수원공무원학원 행정법 전임
- (현) 청주행정고시학원 행정법 전임

- (전) 노량진 이그잼고시학원 9급 공무원 행정법 전임
- (전) 에듀윌 9급 공무원 행정법 전임
- (전) 노량진 김재규경찰학원 경감승진 행정법 전임
- (전) 종로.강남 한교고시학원 행정법 전임
- (전) 고려대학교, 장안대학교, 안양대학교 행정법 특강
- (전) 강남구청교육원 행정법 특강
- (전) 해양인재개발원 행정법 특강

[저서]

- 단권화 행정법(도서출판 서울고시각)
- 군무원 행정법(도서출판 서울고시각)
- 행정법총론 기출예상문제집(도서출판 유스터디, 종로패스원)
- 문제로 분석.정리하는 행정법 관련법령(도서출판 에이스)
- 경감승진 주관식 행정법(경찰승진 연구회)

7번, 10번, 11번, 16번, 18번 문제는 7급에만 해당하는 문제입니다. 행정법총론이 시험범위인 일반행정직 9급 수험생과 경찰행정학과 소방직, 사회복지직 9급, 교육행정직 9급 수험생은 제외하고 보셔도 됩니다.

다만 7번 문제 중에서 ②③번 지문과 10번 문제 중에서 ①③④번 지문 11번 문제 중에서 ①③⑤번 16번 문제 중에서 ①③⑤번 18번 문제 중에서 ①②③번 지문 정도는 9급 문제와도 연관이 있으니 참조하시길 바랍니다.

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

- ① 경찰관 직무집행법 등에 의하여 경찰관에게 부여된 여러 가지 권한이 일반적으로 경찰관의 합리적인 재량에 위임되어 있다 하더라도, 경찰관이 권한을 행사하여 필요한 조치를 하지 아니하는 것이 현저하게 불합리하다고 인정되는 경우에는 권한의 불행사가 직무상의 의무를 위반한 것이 되어 위법하게 된다.
- ② 교육부장관이 국·공립학교 기간제교원을 구 공무원수당 등에 관한 규정 에 따른 성과상여금 지급대상에서 제외하는 내용의 지침을 발표한 것은 위 규정의 해석에 관한 법리에 따른 것이므로, 국가는 성과금 지급대상에서 제외된 기간제교원에 대해 국가배상책임을 지지 않는다.
- ③ 재판에 대하여 불복절차 또는 시정절차가 마련되어 있는 경우, 법관이나 다른 공무원의 귀책사유로 불복에 의한 시정을 구할 수 없었다는 등의 부득이한 사정이 없는 한, 그와 같은 시정을 구하지 아니한 사람은 원칙적으로 국가배상에 의한 권리구제를 받을 수 없다.
- ④ 수익적 행정처분이 신청인에 대한 관계에서 국가배상법상 위법성이 있는 것으로 평가되기 위하여는, 객관적으로 보아 그 행위로 인하여 신청인이 손해를 입게 될 것이 분명하다고 할 수 있어 신청인을 위하여도 당해 행정처분을 거부할 것이 요구되는 경우이어야 한다.
- ⑤ 공무원의 직무집행이 위법한 이상, 그 직무집행으로 인해 타인의 권리·이익이 침해되어 구체적 손해가 발생하지 않았다고 하더라도 국가배상책임을 성립한다.

정답 ⑤

해설 ① (○) 대법원 2004.9.23. 2003다49009

② (○) 교육부장관이 甲 등을 비롯한 국·공립학교 기간제교원을 구 공무원수당 등에 관한 규정에 따른 성과상여금 지급대상에서 제외하는 내용의 ‘교육공무원 성과상여금 지급 지침’을 발표한 사안에서, 위 지침에서 甲 등을 포함한 기간제교원을 성과상여금 지급대상에서 제외한 것은 구 공무원수당 등에 관한 규정 제7조의2 제1항의 해석에 관한 법리에 따른 것이므로, 국가가 甲 등에 대하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 진다고 볼 수 없다 (대법원 2017.2.9. 2013다205778).

③ (○) 대법원 2003.7.11, 99다24218

④ (○) 수익적 행정처분은 그 성질상 특별한 사정이 없는 한 그 처분이 이루어지는 것이 신청인의 이익에 부합하고, 이에 대한 법규상의 제한은 공공의 이익을 위한 것이어서 그러한 법규상의 제한 사유가 없는 한 원칙적으로 이를 허용할 것이 요청된다고 할 것이므로, 수익적 행정처분이 신청인에 대한 관계에서 국가배상법 제2조 제1항의 위법성이 있는 것으로 평가되기 위하여는 당해 행정처분에 관한 법령의 내용, 그 성질과 법률적 효과, 그로 인하여 신청인이 무익한 비용을 지출할 개인성에 관한 구체적 사정 등을 종합적으로 고려하여 객관적으로 보아 그 행위로 인하여 신청인이 손해를 입게 될 것이 분명하다고 할 수 있어 신청인을 위하여도 당해 행정처분을 거부할 것이 요구되는 경우이어야 할 것이다(대법원 2001.5.29. 99다37047).

⑤ (×) 국가배상책임을 성립하기 위해서는 공무원의 **직무집행이 위법하다는 점만으로는 부족하고, 그로 인해 타인의 권리·이익이 침해되어 구체적 손해가 발생하여야 한다.**

진주의료원 폐업과 관련하여 폐업입원환자 등의 생명과 건강에 대한 어떤 구체적인 손상이나 침해가 있었다고 인정할 증거가 없으므로, 원고 1, 원고 2, 원고 3에게 손해가 발생하였다고 보기 어렵고, 따라서 피고 3이나 그가 소속된 피고 경상남도의 불법행위책임을 성립한다고 볼 수 없다(대법원 2016.8.30, 2015두60617).

02 행정법의 일반원칙 중 비례의 원칙에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 필요성의 원칙은 최소침해의 원칙이라고도 하며 목적달성을 위한 많은 적합한 수단 중 공중이나 개인에게 최소한의 침해를 가져오는 수단의 선택을 요구한다.
- ② 비례의 원칙에 반하는 행정행위는 항고소송의 대상이 되지 아니한다.
- ③ 적합성의 원칙과 필요성의 원칙이 충족된 경우에는 상당성의 원칙은 고려하지 않아도 된다.
- ④ 비례의 원칙을 위반한 경우 국가배상책임을 성립하지 아니한다.
- ⑤ 비례의 원칙에 반하는 행정행위는 단지 원칙을 위반한 것일 뿐이므로 위법은 아니다.

정답 ①

해설 ① (○) 행정목적 달성을 위한 여러 가지의 수단이 있는 경우에 행정기관은 국민에게 가장 부담이 적은 수

단을 선택해야 한다는 원칙이 필요성원칙이다.

- ③ (X) 수단의 적합성 원칙과 필요성의 원칙이 충족된 경우일지라도 그 행정조치를 취함에 따른 공익과 사익을 이익 형량해야 한다는 상당성의 원칙을 다시 한번 검토하여야 한다.
- ②④⑤ (X) 비례의 원칙 역시 헌법적 근거를 가지는 것이기 때문에 이에 반하는 행정작용은 위헌·위법하게 된다. 따라서 비례의 원칙의 위반행위는 행정쟁송, 행정상 손해배상의 대상이 됨은 물론이다.

03 행정심판과 행정소송에 대한 설명으로 옳지 않은 것만을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 행정심판위원회는 심판청구의 대상이 되는 처분보다 청구인에게 불리한 재결을 하지 못한다.
- ㄴ. 행정심판을 제기하였다가 기각재결을 받은 후 무효확인소송을 제기하는 경우에는, 재결서 정본을 송달받은 날부터 90일 이내에 소송을 제기하여야 한다.
- ㄷ. 행정심판청구에 대한 재결이 있으면 그 재결 자체에 고유한 위법이 있는 경우를 제외하고는 같은 처분 또는 부작위에 대하여 다시 행정심판을 청구할 수 없다.
- ㄹ. 당사자의 신청을 거부하는 처분을 취소하는 재결이 있는 경우에는 행정청은 그 재결의 취지에 따라 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다.
- ㅁ. 도로교통법에 따른 운전면허취소처분에 대한 행정소송에 대해서는 필요적 행정심판전치주의가 적용된다.

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

정답 ③

해설 ③ ㄴ, ㄷ이 옳지 않다.

ㄱ. (○) 행정심판법 제47조 제2항

ㄴ. (X) 무효등 확인소송은 제소기간의 제한이 없다. 행정심판의 재결서 정본을 송달받은 날부터 90일 이내에 소송을 제기하여야 하는 것은 취소소송과 부작위위법확인소송이다.

ㄷ. (X) 행정심판청구에 대한 재결이 있으면 그 재결 및 같은 처분 또는 부작위에 대하여 다시 행정심판을 청구할 수 없다(행정심판법 제51조). 그리고 재결 자체에 고유한 위법이 있는 경우에는 재결자체의 취소를 구하는 행정소송을 제기할 수 있는 것이지 행정심판을 제기하는 것이 아니다.

ㄹ. (○) 기속력 중 재처분의무에 대한 설명이다. 행정심판법 제49조 제2항은 “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.”고 규정하고 있다.

ㅁ. (○) 도로교통법에 따른 처분으로서 해당 처분에 대한 행정소송은 행정심판의 재결을 거치지 아니하면 제기할 수 없다(도로교통법 제142조).

04 취소소송을 제기할 수 있는 대상과 관련한 내용으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 국방부장관의 인정에 의하여 퇴역연금을 지급받아 오던 중 법령개정으로 퇴역연금액이 변경됨에 따라 국방부장관이 행한 퇴역연금액 감액조치에 대해 취소소송을 제기할 수 없다.
- ② 한국마사회가 기수의 면허를 부여 또는 취소하는 것은 국가 기타 행정기관으로부터 위탁받은 권한 행사이므로 한국마사회의 기수면허 취소에 대해 취소소송을 제기할 수 있다.
- ③ 학교폐지조례는 집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생시키므로 처분성이 인정되고 있다.
- ④ 과세관청의 소득처분에 따른 원천징수의무자에 대한 소득금액변동통지는 원천징수의무자의 납세의무

에 직접 영향을 미치므로 원천징수의무자는 그것에 대해 취소소송을 제기할 수 있다.

- ⑤ 망인(亡人)에 대한 대통령의 서훈취소결정에 따라 국가보훈처장이 망인의 유족에게 서훈취소통보를 한 경우 이 서훈취소통보에 대해 취소소송을 제기할 수 없다.

정답 ②

해설 ① (○) 법령의 개정에 따른 국방부장관의 퇴역연금액 감액조치에 대하여 이의가 있는 퇴역연금수급권자는 **항고소송을 제기하는 방법으로 감액조치의 효력을 다룰 것이 아니라** 직접 국가를 상대로 퇴역연금액과의 차액의 지급을 구하는 **공법상 당사자소송을 제기하는 방법**으로 다룰 수 있다(대법원 2003.9.5, 2002두3522).

② (×) **한국마사회가 조교사 또는 기수의 면허를 부여하거나 취소하는 것은 행정처분이 아니라 사법상 법률관계에 해당함** ⇨ 한국마사회가 조교사 또는 기수의 면허를 부여하거나 취소하는 것은 경마를 독점적으로 개최할 수 있는 지위에서 우수한 능력을 갖추었다고 인정되는 사람에게 경마에서의 일정한 기능과 역할을 수행할 수 있는 자격을 부여하거나 이를 박탈하는 것에 지나지 아니하므로, 이는 국가 기타 행정기관으로부터 위탁받은 행정권한의 행사가 아니라 일반 사법상의 법률관계에서 이루어지는 단체 내부에서의 징계 내지 제재처분이다(대법원 2008.1.31, 2005두8269).

③ (○) **두밀분교 폐교 조례는 처분적 법규에 해당하여, 행정처분성이 인정됨** ⇨ 조례가 집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효력을 발생하는 경우 그 조례는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하고, 피고적격이 있는 처분 등을 행한 행정청은, 지방자치단체의 의사를 외부에 표시한 권한이 없는 지방의회가 아니라, 지방자치단체의 집행기관으로서 조례로서의 효력을 발생시키는 공포권이 있는 지방자치단체의 장이다(대법원 1996.9.20, 95누8003). **다만 교육과 학예에 관한 조례에서는 교육감이 피고이다.**

④ (○) 과세관청의 소득처분과 그에 따른 소득금액변동통지가 있는 경우 원천징수의무자인 법인으로서 소득금액 변동통지서에 기재된 소득처분의 내용에 따라 원천징수세액을 그 다음달 10일까지 관할 세무서장 등에게 납부하여야 할 의무를 부담하며, 만일 이를 이행하지 아니하는 경우에는 가산세의 제재를 받게 됨은 물론이고 형사처벌까지 받도록 규정되어 있는 점에 비추어 보면, **소득금액변동통지는 원천징수의무자인 법인의 납세의무에 직접 영향을 미치는 과세관청의 행위로서, 항고소송의 대상이 되는 조세행정처분이라고 봄이 상당하다**(대법원 2006.4.20, 2002두1878 전원합의체).

⑤ (○) 헌법 제11조 제3항과 구 상훈법의 규정 취지에 의하면, 서훈은 서훈대상자의 특별한 공적에 의하여 수여되는 고도의 일신전속적 성격을 가지며, 일반적인 행정행위와 달리 사망한 사람에 대하여도 그의 공적을 영예의 대상으로 삼아 서훈을 수여할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 그러한 경우에도 서훈은 어디까지나 서훈대상자 본인의 공적과 영예를 기리기 위한 것이므로 비록 유족이라고 하더라도 제3자는 서훈수여 처분의 상대방이 될 수 없고, 구 상훈법 등에 따라 망인을 대신하여 단지 사실행위로서 훈장 등을 교부받거나 보관할 수 있는 지위에 있을 뿐이다. 이러한 **서훈의 일신전속적 성격은 서훈취소의 경우에도 마찬가지이므로, 망인에게 수여된 서훈의 취소에서도 유족은 그 처분의 상대방이 되는 것이 아니다.**

이와 같이 망인에 대한 서훈취소는 유족에 대한 것이 아니므로 유족에 대한 통지에 의해서만 성립하여 효력이 발생한다고 볼 수 없고, 그 결정이 처분권자의 의사에 따라 상당한 방법으로 대외적으로 표시됨으로써 행정행위로서 성립하여 효력이 발생한다고 봄이 타당하다.

피고가 행한 이 사건 통보행위 자체는 유족으로서 상훈법에 따라 훈장 등을 보관하고 있는 원고들에 대하여 그 반환 요구의 전제로서 대통령의 서훈취소결정이 있었음을 알리는 것에 불과하므로, 이로써 피고가 그 명의로 서훈취소의 처분을 하였다고 볼 것은 아니다(대법원 2006.11.9. 2006다23503). 즉 **망인의 유족에게 한 서훈취소의 통보는 처분이 아니므로 망인의 유족은 서훈취소통보에 대해서 취소소송을 제기할 수 없다.**

05 불확정개념의 적용과 관련하여 사법심사가 곤란한 행정청의 평가영역·결정영역을 판단여지라 한다. 그러나 판단여지가 인정되는 영역이라 할지라도 한계가 존재한다. 다음 중 판단여지의 한계로 보기 어려운 것은?

- ① 판단기관의 적법한 구성 여부
- ② 환경법영역에서의 미래예측의 적정성 여부
- ③ 사실관계에 대한 정확한 이해 여부
- ④ 행정법의 일반원칙 준수 여부
- ⑤ 판단과정에 있어서 법정 절차의 준수 여부

정답 ②

해설 ①③④⑤ 판단여지가 인정되는 영역일지라도 판단기관이 적법하게 구성되었는지 여부, 당해 결정이 부정확한 사실에 의거한 것인지 여부, 법정 절차의 준수 여부, 판단을 함에 있어서 법의 일반원리를 준수하였는지 여부 등은 법원의 사법심사의 대상이 된다는 점에서 판단여지의 한계에 해당한다.

② 환경법영역에서의 미래예측의 적정성 여부는 판단여지가 인정되므로 사법심사가 곤란한 영역에 해당한다.

▶ 판단여지가 인정되는 영역

1. 비대체적 결정

각종 시험합격결정, 국공립학교 학생의 성적평가, 공무원의 근무평정 등과 같이 개인의 인성 및 능력에 대한 평가자의 판단과 관련된 사안이 이에 속한다.

2. 구속적 가치평가결정

예술·문화 등의 분야에서 어떤 물건이나 작품의 가치 또는 유해성 등에 대한 독립한 합의제기관의 판단을 구속적 가치평가라고 한다. 여기에도 판단의 여지가 인정되는 경우가 있다.

3. 예측결정

미래예측적 성질을 가진 행정결정을 의미하는바, 이러한 예측결정에도 판단여지가 인정될 수 있다. 출입국관리법 제4조에 따른 대한민국의 이익을 해칠 우려가 현저하다고 인정되는 자에 대한 법무부장관의 출국금지명령을 예로 들 수 있다.

4. 형성적 결정

사회형성적 행정의 영역에 있어서도 행정청에 판단여지가 인정된다. 지방자치단체가 그 주민의 복지증진과 관련하여 광범한 형성적 자유를 누리는 것이 그 예이다.

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

- ① 수사서류의 열람·등사에 대해 법원이 열람·등사를 허용할 것을 명하는 판결이 있었고, 관련 법령의 해석상 그러한 법원의 결정에 따르는 것이 당연하고 그와 달리 해석될 여지가 없는 데도 불구하고 검사가 열람·등사를 거부했다면 특별한 사정이 없는 한 직무상 의무를 위반한 과실이 있다고 할 수 있다.
- ② 행정처분의 담당공무원이 일반의 공무원을 표준으로 하여 볼 때 객관적 주의의무를 결하여 그 행정처분이 객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 정도에 이른 경우에는 국가배상책임이 인정된다.
- ③ 행정처분이 뒤에 행정소송에서 취소되었다면, 그 자체만으로 그 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 불법행위를 구성한다.
- ④ 구체적인 경우 어느 행정처분을 할 것인가에 관하여 행정청 내부에 일응의 기준을 정해 둔 경우에 공무원이 그 기준에 따른 행정처분을 하였다면 그에게 직무상의 과실이 있다고 할 수 없다.
- ⑤ 위법성을 인정하게 하는 법령의 범위에는 형식적인 의미의 법령만이 아니라, 인권존중이나 신의성실의 원칙도 포함된다.

정답 ①

해설 ① (×) 법원이 형사소송법 등 관련 법령에 근거하여 검사에게 어떠한 조치를 이행할 것을 명하였고, 관련 법령의 해석상 법원의 결정에 따르는 것이 당연하고 그와 달리 해석될 여지가 없는데도 검사가 관련 법령의 해석에 관하여 대법원판례 등의 선례가 없다는 이유 등으로 법원의 결정에 어긋나는 행위를 한 경우, 당해 검사에게 직무상 의무를 위반한 과실이 있다고 볼 수 있다.

甲 등이 을 지방검찰청 검사에게 수사서류의 열람·등사를 신청하였으나 거부당하자 법원에 형사소송법 제266조의4 제1항에 따라 수사서류의 열람·등사를 허용하도록 해 줄 것을 신청하였고, 이에 대하여 법원이 서류에 대한 열람·등사를 허용할 것을 명하는 결정을 하였는데도 검사가 일부 서류의 열람·등사를 거부한 사안에서, 열람·등사 거부 행위 당시 검사에게 국가배상법 제2조 제1항에서 정한 정한 과실이 인정된다(대법원 2012.11.15, 2011다48452).

② (○) 대법원 2015.11.27. 2013다6759

③ (○) 행정처분이 후에 항고소송에 의해 취소되었을 지라도 그 자체만으로 그 행정처분이 공무원의 고의 또는 과실로 인한 불법행위를 구성한다고 단정할 수 없음 ⇨ 어떠한 행정처분이 위법하다고 할지라도 그 자체만으로 곧바로 그 행정처분이 공무원의 고의 또는 과실로 인한 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없고, 공무원의 고의 또는 과실의 유무에 대하여는 별도의 판단을 요한다고 할 것인바, 그 이유는 행정청이 관계 법령의 해석이 확립

되기 전에 어느 한 실을 취하여 업무를 처리한 것이 결과적으로 위법하게 되어 그 법령의 부당집행이라는 결과를 빚었다고 하더라도 처분 당시 그와 같은 처리방법 이상의 것을 성실한 평균적 공무원에게 기대하기 어려웠던 경우라면 특별한 사정이 없는 한 이를 두고 공무원의 과실로 인한 것이라고 볼 수는 없기 때문이다(대법원 2004.6.11. 2002다31018).

④ (○) 대법원 1984. 7. 24., 선고, 84다카597

⑤ (○) 법령위반의 의미와 관련하여 ㉠ 법령을 헌법, 법률, 명령, 자치법규 등과 같은 엄격한 의미의 법령만을 의미한다고 보는 협의설도 있으나 ㉡ **엄격한 의미에서의 법령뿐만 아니라 인권존중·권력남용금지·신의성실·공서양속도 포함하여 당해 직무행위가 객관적으로 정당성을 결한 경우를 말한다고 보는 광의설이 다수설과 판례이다.**

07 지방자치단체의 사무에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 지방자치단체사무의 민간위탁에 관하여 지방의회의 사전 동의를 받도록 하는 조례안은 지방자치단체장의 집행권한을 본질적으로 침해하는 것이다.
- ② 지방자치단체의 장이 기관위임된 국가행정사무를 처리하면서 불법행위를 저지른 경우 당해 지방자치단체는 국가배상법 제6조제1항 소정의 비용부담자로서 공무원의 불법행위로 인한 같은 법에 의한 손해를 배상할 책임이 있다.
- ③ 국가사무가 지방자치단체의 장에게 위임된 기관위임사무는 원칙적으로 자치조례의 제정범위에 속하지 않는다.
- ④ 지방자치단체의 자치사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되면 사도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시도지사가 기간을 정하여 서면으로 시정할 것을 명하고, 그 기간에 이행하지 아니하면 이를 취소하거나 정지할 수 있다.
- ⑤ 법령상 지방자치단체의 장이 처리하도록 하고 있는 사무가 자치사무인지 아니면 기관위임사무인지를 판단하기 위해서는 그에 관한 법령의 규정형식과 취지를 우선 고려하여야 하지만, 그 밖에 그 사무의 성질이 전국적으로 통일적인 처리가 요구되는 사무인지, 그에 관한 경비부담과 최종적인 책임귀속의 주체가 누구인지 등도 함께 고려하여야 한다.

정답 ①

해설 ① (×) '서울특별시 중구 사무의 민간위탁에 관한 조례안' 제4조 제3항 등이 **지방자치단체 사무의 민간위탁에 관하여 지방의회의 사전 동의를 받도록 한 것과 지방자치단체장이 동일 수탁자에게 위탁사무를 재위탁하거나 기간연장 등 기존 위탁계약의 중요한 사항을 변경하고자 할 때 지방의회의 동의를 받도록 한 것은, 지방자치단체장의 집행권한을 본질적으로 침해하는 것으로 볼 수 없다**(대법원 2011.2.10. 2010추11)

② (○) 국가배상법 제6조 제1항 소정의 '공무원의 봉급·급여 기타의 비용'이란 공무원의 인건비만을 가리키는 것이 아니라 당해사무에 필요한 일체의 경비를 의미한다고 할 것이고, 적어도 대외적으로 그러한 경비를 지출하는 자는 경비의 실질적·궁극적 부담자가 아니더라도 그러한 경비를 부담하는 자에 포함된다.

구 지방자치법, 구 지방재정법의 규정상, 지방자치단체의 장이 기관위임된 국가행정사무를 처리하는 경우 그에 소요되는 경비의 실질적·궁극적 부담자는 국가라고 하더라도 당해 지방자치단체는 국가로부터 내부적으로 교부된 금원으로 그 사무에 필요한 경비를 대외적으로 지출하는 자이므로, 이러한 경우 지방자치단체는 국가배상법 제6조 제1항 소정의 비용부담자로서 공무원의 불법행위로 인한 같은 법에 의한 손해를 배상할 책임이 있다(대법원 1994.12.9. 94다38137).

③ (○) 국가사무가 지방자치단체의 장에게 위임된 기관위임사무는 원칙적으로 자치조례가 아니라 위임조례의 제정 범위에 속한다.

④ (○) 지방자치법 제169조 제1항

⑤ (○) 대법원 2017. 12. 5., 선고, 2016추5162

08 행정처분이 위원회의 사전 심의나 의결을 거치는 것에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 대학인사위원회에서 임용동의안이 부결되었음을 이유로 국립대학총장이 교수임용을 거부한 경우 사회 통념상 현저히 타당성을 잃었다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 이상 재량권의 일탈·남용이 있다고 볼

수 없다.

- ② 학교환경위생정화구역(현 교육환경보호구역) 내에서 금지행위를 해제하면서 학교환경위생정화위원회(현 지역교육환경보호위원회)의 심의절차를 누락하였다면, 특별한 사정이 없는 한 이는 행정처분을 위법하게 하는 취소사유가 된다.
- ③ 구 사회간접자본시설에 대한 민간투자법상의 민간투자심의위원회가 절차규정을 위반하여 의결을 한 경우 그 의결에 터 잡은 사업시행자지정처분은 당연무효가 아니다.
- ④ 구 폐기물처리시설 설치촉진 및 주변지역지원 등에 관한 법률 상의 입지선정위원회가 그 구성방법 및 절차에 관한 같은 법 시행령의 규정에 위배하여 군수와 주민대표가 선정·추천한 전문가를 포함시키지 않은 채 임의로 구성되어 의결을 한 경우, 그 하자는 무효사유가 아니다.
- ⑤ 제척사유가 있는 위원이 관여한 법학교육위원회의 심의결과에 따라 법학전문대학원인가처분이 내려진 경우, 그러한 위원이 배제된 상태에서 심의를 하였다더라도 동일한 심의결과가 나왔을 것으로 보이는 점 등에 비추어 그 인가처분은 당연무효가 아니다.

정답 ④

해설 ① (○) 대학교수의 임용 여부는 임용권자가 교육법상 대학교수 등에게 요구되는 고도의 전문적인 학식과 교수 능력 및 인격 등을 고려하여 합목적적으로 판단할 자유재량에 속하고, 특히 교육공무원법 제25조에서 대학의 장이 교수를 임용 또는 임용제청함에 있어 대학 인사위원회의 동의를 얻도록 한 것은 교수 임용권자 또는 임용제청권자의 자의를 억제하고 객관적인 기준에 따른 인사절서를 확립함으로써 우수한 교원을 확보함과 동시에 대학의 자치 및 자율권과 교원의 신분보장을 도모하고자 하는 데 있으므로, **대학의 장이 대학 인사위원회에서 임용동의안이 부결되었음을 이유로 하여 교수의 임용 또는 임용제청을 거부하는 행위는 그것이 사회통념상 현저히 타당성을 잃었다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 이상 재량권을 일탈·남용하였다고 볼 수 없다**(대법원 2006.9.28. 2004두7818).

② (○) 대법원 2007.3.15, 2006두15806

③ (○) 구 사회간접자본시설에 대한 민간투자법상의 민간투자심의위원회가 절차규정을 위반하여 의결을 한 경우 그 의결에 터 잡은 사업시행자지정처분은 당연무효가 아님 ⇨ 민간투자심의위원회는 2002. 4. 30. 이 사건 사업의 제3차공고(안)에 대한 심의회에 일부 위원은 불출석, 일부 위원은 대리출석을 하여 심의의결을 하였고, 이 사건 실시협약(안)에 대해서는 2004. 2. 23. 서면심의 상정을 하여 같은 해 3. 13. 서면의결을 함으로써 그 절차규정을 위반하였음을 알 수 있다. 그러나 **심의위원회는 스스로 민간제안사업의 민간투자사업 추진 여부나 사업시행자 지정 여부를 결정하는 것이 아니고 의사결정권자의 자문에 응하여 심의하는 기관에 불과하므로, 위와 같은 절차규정 위반은 이 사건 사업시행자지정처분을 무효로 할 만한 중대하고 명백한 하자라고 볼 수 없다**(대법원 2009.4.23. 2007두13159).

④ (×) 폐기물처리시설 입지선정위원회가 규정에 위배하여 **군수와 주민대표가 선정·추천한 전문가를 포함시키지 않은 채 임의로 구성되어 의결한 경우, 그에 터잡아 이루어진 폐기물처리시설 입지결정처분의 하자는 중대한 것이고 객관적으로도 명백하므로 무효사유에 해당한다**(대법원 2007.4.12., 2006두20150).

⑤ (○) 제척사유가 있는 위원이 관여한 법학교육위원회의 심의결과에 따라 이루어진 법학전문대학원인가처분은 **하자가 있다 할 것이나, 이 사건 제척조항의 해석에 논의의 여지가 있는 점, 교수위원들도 나름대로 제척조항을 준수하려고 노력하였던 점, 전남대는 서울의 권역 대학 중 2순위로 평가받아 어차피 설치인가를 받을 수 있었다고 보이는 점 등에 비추어 보면, 위와 같은 하자가 중대하고 명백한 하자라고는 할 수 없어 이 사건 처분 중 전남대에 대한 부분이 당연무효라고 할 수는 없고, 취소사유에 불과하다고 할 것이다**(서울고등법원 2009.4.30. 2008누26857, 대법원 2009. 12. 10. 선고 2009두8359).

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

- ① 구 액화석유가스의 안전 및 사업관리법상 사업양수에 의한 지위승계신고를 수리하는 행위는 행정처분에 해당한다.
- ② 구 석유사업법 상의 석유판매업 등록의 경우 양도인의 지위를 승계한 양수인에 대하여, 양도인이 영업양도 전에 유사석유제품을 판매하는 위법행위를 하였다든 이유로 사업정지 등의 제재처분을 할 수 있다.
- ③ 구 여객자동차 운수사업법 상의 개인택시 운송사업의 양수인에 대하여 양도·양수 이전에 있었던 양도인에 대한 운송사업면허 취소사유를 들어 면허를 취소하려면, 양도·양수 당시에 취소사유가 현실적으

로 발생하여야 하며 그 원인이 되는 사실이 존재하는 것만으로는 부족하다.

- ④ 구 식품위생법상의 영업자지위승계신고를 수리하는 처분은 종전의 영업자의 권익을 제한하는 처분이라 할 것이고 따라서 종전의 영업자는 그 처분에 대하여 직접 그 상대가 되는 자에 해당한다.
- ⑤ 구 식품위생법 에 의하여 영업양도에 따른 지위승계신고를 수리하는 허가관청의 행위는, 실질에 있어서 양도자의 사업허가를 취소함과 아울러 양수자에게 적법히 사업을 할 수 있는 권리를 설정하여 주는 행위로서 사업허가자의 변경이라는 법률효과를 발생시키는 행위이다.

정답 ③

해설 ① (○) 대법원 1993.6.8, 91누11544

② (○) **석유판매업 등록은 원칙적으로 대물적 허가의 성격을** 갖고 또 석유판매업자가 같은 법 제26조의 유사석유제품 판매금지를 위반함으로써 같은 법 제13조에 따라 받게 되는 사업정지 등의 제재처분은 사업자 개인의 자격에 대한 제재가 아니라 사업의 전부나 일부에 대한 것으로서 대물적 처분의 성격을 갖고 있으므로, 위와 같은 지위승계에는 **종전 석유판매업자가 유사석유제품을 판매함으로써 받게 되는 사업정지 등 제재처분의 승계가 포함되어 그 지위를 승계한 자에 대해 사업정지 등의 제재처분을 취할 수 있다고 보아야 한다.**

③ (×) 구 여객자동차 운수사업법에 의하면 개인택시 운송사업을 양수한 사람은 양도인의 운송사업자로서의 지위를 승계하는 것이므로, 관할관청은 개인택시 운송사업의 양도·양수에 대한 인가를 한 후에도 그 양도·양수 이전에 있었던 양도인에 대한 운송사업면허 취소사유를 들어 양수인의 사업면허를 취소할 수 있는 것이고, 가사 **양도·양수 당시에는 양도인에 대한 운송사업면허 취소사유가 현실적으로 발생하지 않은 경우라도 그 원인되는 사실이 이미 존재하였다면, 관할관청으로서는 그 후 발생한 운송사업면허 취소사유에 기하여 양수인의 사업면허를 취소할 수 있는 것이다**(대법원 2004.7.22. 2003두7606).

④⑤ (○) 대법원 1995.2.24., 94누9146

10 공물의 사용관계에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 일반공중의 이용에 제공된 공공용물에 관하여 적법한 개발행위 등이 이루어짐으로 말미암아 이에 대한 일정범위의 사람들의 일반사용이 종전에 비하여 제한받게 되었다면 특별한 사정이 없는 한 그로 인한 불이익은 손실보상의 대상이 되는 특별한 손실에 해당된다.
- ② 도로의 특별사용은 도로의 일반사용과 병존이 가능하지 않으므로, 도로점용부분이 동시에 일반공중의 교통에 공용되고 있으면 도로점용이 아니라고 말할 수 있다.
- ③ 국유재산 등의 관리청이 하는 행정재산의 사용·수익에 대한 허가는 사경제주체로서 행하는 사법상의 행위에 해당한다.
- ④ 일반시민에게는 도로의 이용관계로부터 당연히 그 도로에 관하여 특정한 권리나 법령에 의하여 보호되는 이익이 부여되는 것이므로, 일반적인 시민생활에 있어 도로를 이용하는 사람은 그 용도폐지를 다룰 법률상의 이익이 있다.
- ⑤ 행정재산의 사용허가에 관하여는 국유재산법에 규정한 것을 제외하고는 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률의 규정을 준용한다.

정답 ⑤

해설 ① (×) **공공용물에 대하여 적법한 개발행위가 이루어짐으로서 일반사용이 종전에 비하여 제한되는 것은 손실보상의 대상이 되는 특별한 손실에 해당한다고 할 수 없음** ⇨ 일반 공중의 이용에 제공되는 공공용물에 대하여 특허 또는 허가를 받지 않고 하는 일반사용은 다른 개인의 자유이용과 국가 또는 지방자치단체 등의 공공목적을 위한 개발 또는 관리·보존행위를 방해하지 않는 범위 내에서만 허용된다 할 것이므로, 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(대법원 2002.2.26, 99다35300).

② (×) **도로의 특별사용은 반드시 독점적, 배타적인 것이 아니라 그 사용목적에 따라서는 도로의 일반사용과 병존이 가능한 경우도 있고 이러한 경우에는 도로점용부분이 동시에 일반공중의 교통에 공용되고 있다고 하여 도로점용이 아니라고 할 수 없다**(대법원 1992.9.8, 91누8173).

③ (×) **국·공유재산의 관리청이 행정재산의 사용·수익을 허가한 다음, 그 사용·수익하는 자에 대하여 하는 사용·수익허가취소는 공권력을 가진 우월적 지위에서 행한 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분이다**(대법원 1997.4.11, 96누17325).

- ④ (X) 일반적으로 도로는 국가나 지방자치단체가 직접 공중의 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 없지만**, 공공용재산이라고 하여도 당해 공공용재산의 성질상 특정개인의 생활에 개별성이 강한 직접적이고 구체적인 이익을 부여하고 있어서 그에게 그로 인한 이익을 가지게 하는 것이 법률적인 관점으로도 이유가 있다고 인정되는 특별한 사정이 있는 경우에는 그와 같은 이익은 법률상 보호되어야 할 것이고, 따라서 도로의 용도폐지처분에 관하여 이러한 직접적인 이해관계를 가지는 사람이 그와 같은 이익을 현실적으로 침해당한 경우에는 그 취소를 구할 법률상의 이익이 있다(대법원 1992.9.22. 91누13212.).
- ⑤ (O) 행정재산의 사용허가는 행정처분이다. 다만, 허가 대상자 선정의 공정성을 확보하기 위해 행정재산의 사용허가에 대해 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」을 준용하도록 하고 있다(국유재산법 제31조 제3항).

11 경찰관 직무집행법 에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 경찰청장이 지문정보를 보관하는 행위의 법률적 근거로 거론되는 경찰관 직무집행법 제2조 등의 법률 조항들은 경찰청장이 지문정보를 범죄수사목적에 이용하는 행위의 법률적 근거로도 원용될 수 있다.
- ② 경찰관이 불심검문 대상자 해당 여부를 판단할 때에는 불심검문 당시의 구체적 상황은 물론 사전에 얻은 정보나 전문적 지식 등에 기초하여 객관적·합리적 기준에 따라 판단하여야 하나, 반드시 불심검문 대상자에게 형사소송법 상 체포나 구속에 이를 정도의 혐의가 있을 것을 요한다고 할 수는 없다.
- ③ 경찰관 직무집행법 제6조제1항에 따라 범죄를 예방하기 위해 행해지는 경찰관의 제지조치는 범죄의 예방을 위한 경찰 행정상 즉시강제로서 권력적 사실행위에 해당한다.
- ④ 경찰관 직무집행법 제3조의 불심검문에는 흥기소지 여부의 조사가 포함되지 않으므로, 흥기소지 여부의 조사는 영장을 필요로 한다.
- ⑤ 경찰관의 적법한 직무집행으로 인하여 손실발생의 원인에 대하여 책임이 없는 자가 생명·신체 또는 재산상의 손실을 입은 경우에 국가는 그 손실을 입은 자에 대하여 정당한 보상을 하여야 한다.

정답 ④

해설 ① (O) 헌법재판소 2005.5.26, 99헌마513,

② (O) 대법원 2014. 2. 27., 선고, 2011도13999

③ (O) 대법원 2018.12.27, 2016도19371

④ (X) 경찰관 직무집행법 제3조 제3항은 거동수상자에 대하여 질문을 할 때 흥기소지여부를 조사할 수 있다고 명문으로 규정하고 있다.

⑤ (O) 경찰관 직무집행법 제11조의2 제1항

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

- ① 징계처분이 중대하고 명백한 하자로 인하여 당연무효인 경우라도 징계처분을 받은 자가 이를 용인하면 그 하자가 치유된다.
- ② 절차상 또는 형식상 하자로 인하여 무효인 행정처분이 있는 후 행정청이 관계 법령에서 정한 절차 또는 형식을 갖추어 다시 동일한 행정처분을 하였다면, 당해 행정처분은 중전의 무효인 행정처분과 관계없이 새로운 행정처분이라고 보아야 한다.
- ③ 적법한 건축물에 대해 하자가 중대·명백한 철거명령이 행해진 경우, 이를 전제로 행하여진 후행행위인 건축물 철거대집행 계고처분은 당연무효라 할 수 없다.
- ④ 하자승계의 차원에서 선행행위의 하자를 이유로 후행행위를 다룰 수 있을 뿐만 아니라, 후행행위의 하자를 이유로 선행행위를 다투는 것도 가능하다.
- ⑤ 무효와 취소의 구분기준에 관한 명백성보충요건설에 의하면 무효판단의 기준에 명백성 요건이 추가되므로 중대명백설보다 무효의 인정 범위가 좁아지게 된다.

정답 ②

해설 ① (X) 무효인 처분은 하자치유가 인정되지 아니함 ⇨ 징계처분이 중대하고 명백한 흠 때문에 당연무효의 것이

라면 정계처분을 받은 자가 이를 용인하였다 하여 그 흠이 치유되는 것은 아니다(대법원 1989.12.12, 88누8869).

- ② (○) 대법원 2014.3.13, 2012두1006
- ③ (×) **적법한 건축물에 대한 철거명령**은 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효라고 할 것이고, 그 후행행위인 건축물철거 대집행계고처분 역시 **당연무효**라고 할 것이다(대법원 1999.4.27, 97누6780).
- ④ (×) **후행행위의 하자를 이유로 선행행위를 다룰 수 없음** ⇨ 계고처분의 후속절차인 대집행에 위법이 있다고 하더라도, 후속절차인 대집행에 위법성이 있다는 점을 들어 선행절차인 계고처분이 부적법하다는 사유로 삼을 수는 없다(대법원 1997.2.14., 96누15428).
- ⑤ (×) 무효사유인 하자가 되기 위해서는 하자의 중대성은 필수적 요건이 되지만, 하자의 명백성은 보충적 가중요건에 불과한 것으로 법적 안정성이나 제3자의 신뢰보호의 요청이 있는 경우에만 명백성요건은 요구된다고 본다. 명백성보충설에 의하면 무효판단의 기준에 명백성이 항상 요구되지는 아니하므로 중대명백설보다 무효의 범위가 넓어지게 된다.

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

- ① 일반적으로 법률의 위임에 의하여 효력을 갖는 법규명령의 경우, 구법에 위임의 근거가 없어 무효였더라도 사후에 법개정으로 위임의 근거가 부여되면 그때부터는 유효한 법규명령이 된다.
- ② 자치조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여서 해야 한다.
- ③ 법령의 규정이 특정 행정기관에 법령 내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서 권한행사의 절차나 방법을 특정하지 아니한 경우에는, 수임 행정기관은 행정규칙이나 규정 형식으로 법령내용이 될 사항을 구체적으로 정할 수 있으며, 이 경우 행정규칙 등은 당해 법령의 위임한계를 벗어나지 않는 한 대외적 구속력이 있는 법규명령으로서 효력을 가지게 된다.
- ④ 포괄적 위임금지의 원칙을 규정한 헌법 제75조에서 말하는 위임의 구체성·명확성의 요구 정도는 각종 법률이 규제하고자 하는 대상의 종류와 성질에 따라 달라지는데, 특히 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성·명확성의 요건이 완화된다.
- ⑤ 법규명령의 위임의 근거가 되는 법률에 대하여 위헌결정이 선고되면 그 위임규정에 근거하여 제정된 법규명령도 원칙적으로 효력을 상실한다.

정답 ②

해설 ① (○) 대법원 1995.6.30, 93추83

- ② (×) **자치법인 조례에 대하여는 포괄적 위임도 가능함** ⇨ 법률이 주민의 권리·의무에 관한 사항에 관하여 구체적으로 아무런 범위도 정하지 아니한 채 조례로 정하도록 포괄적으로 위임하였다고 하더라도, 행정관청의 명령과는 달리, 조례도 주민의 대표기관인 지방의회의 의결로 제정되는 지방자치단체의 자주법인 만큼, 지방자치단체가 법령에 위반되지 않는 범위 내에서 주민의 권리·의무에 관한 사항을 조례로 제정할 수 있는 것이다(대법원 1991.8.27, 90누6613).
- ③ (○) 상급행정기관이 하급행정기관에 대하여 업무처리지침이나 법령의 해석적용에 관한 기준을 정하여 발하는 이른바 행정규칙은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적인 구속력을 갖지 않지만, **법령의 규정이 특정 행정기관에게 그 법령 내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서 그 권한 행사의 절차나 방법을 특정하고 있지 않아 수임행정기관이 행정규칙의 형식으로 그 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 정하고 있다면, 그와 같은 행정규칙은 위에서 본 행정규칙이 갖는 일반적 효력으로서가 아니라 행정기관에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 법령 규정의 효력에 의하여 그 내용을 보충하는 기능을 갖게 되고, 따라서 이와 같은 행정규칙은 당해 법령의 위임 한계를 벗어나지 않는 한 그것들과 결합하여 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 가진다**(대법원 2008.3.27, 2006두3742·3759).
- ④ (○) 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 사항은 위임의 구체성·명확성이 완화된다.
- ⑤ (○) 법규명령의 위임의 근거가 되는 법률에 대하여 위헌결정이 선고되면 그 위임규정에 근거하여 제정된 법규명령도 원칙적으로 효력을 상실한다(대법원 1998.4.10, 96다52359).

14 행정작용 및 권리구제에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정행위의 부관 중 부담만이 독립하여 행정쟁송의 대상이 될 수 있다.
- ② 선행행위와 후행행위가 서로 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하는 경우라도, 선행처분의 불가쟁력이나 구속력이 그로 인하여 불이익을 입게 되는 자에게 수인한도를 넘는 가혹함을 가져오며, 그 결과가 예측가능한 것이 아닌 경우 선행처분의 후행처분에 대한 구속력은 인정될 수 없다.
- ③ 행정청이 행정심판의 재결에 따라 이전(以前)의 신청을 받아들이는 후속처분을 하였다더라도 후속처분이 위법한 경우에는 그 재결에 대한 취소소송을 제기하지 않고도 곧바로 후속처분에 대한 항고소송을 제기하여 다룰 수 있다.
- ④ 건축신고 반려행위가 이루어진 단계에서 당사자로 하여금 반려행위의 적법성을 다룰 수 있도록 허용하는 것은 단지 장차 있을지도 모르는 위험에서 벗어날 수 있도록 길을 열어 주는 것에 불과하여, 건축신고 반려행위는 항고소송의 대상이 될 수 없다.
- ⑤ 행정청이 위법 건축물에 대한 시정명령을 하고 나서 위반자가 이를 이행하지 아니하여 전기·전화의 공급자에게 그 위법 건축물에 대한 전기·전화공급을 하지 말아 줄 것을 요청한 행위는 권고적 성격의 행위에 불과한 것으로서, 전기·전화의 공급자나 특정인의 법률상 지위에 직접적인 변동을 가져오는 것은 아니므로 이를 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다.

정답 ④

해설 ① (○) 부관 중에서 부담만 독립쟁송가능성이 인정됨 ⇨ 부관은 그 자체로서 직접 법적 효과를 발생하는 독립된 처분이 아니므로, 현행 행정쟁송제도 아래서는 부관 그 자체만을 독립된 쟁송의 대상으로 할 수 없는 것이 원칙이나, 부담의 경우에는 다른 행정행위의 불가분적인 요소가 아니고 그 존속이 본체인 행정행위의 존재를 전제로 하는 것일 뿐이므로, 부담 그 자체로서 행정쟁송의 대상이 될 수 있다고 할 것이다(대법원 1992.1.21, 91누1264).

② (○) 두 개 이상의 행정처분을 연속적으로 하는 경우 선행처분과 후행처분이 서로 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하는 때에는 선행처분에 불가쟁력이 생겨 그 효력을 다룰 수 없게 된 경우에는 선행처분의 하자가 중대하고 명백하여 당연무효인 경우를 제외하고는 선행처분의 하자를 이유로 후행처분의 효력을 다룰 수 없는 것이 원칙이다. 그러나 선행처분과 후행처분이 서로 독립하여 별개의 효과를 목적으로 하는 경우에도 선행처분의 불가쟁력이나 구속력이 그로 인하여 불이익을 입게 되는 자에게 수인한도를 넘는 가혹함을 가져오며, 그 결과가 당사자에게 예측가능한 것이 아닌 경우에는 국민의 재판받을 권리를 보장하고 있는 헌법의 이념에 비추어 선행처분의 후행처분에 대한 구속력은 인정될 수 없다(대법원 2013.3.14., 2012두6964).

(해설) 구속력을 인정할 수 없다는 표현은 하자승계가 인정된다는 의미이다. 구속력을 인정한다는 표현은 하자승계가 인정되지 않는다는 의미이다.

③ (○) 당사자의 신청을 받아들이지 않은 거부처분이 재결에서 취소된 경우, 처분 등의 취소를 구하는 것보다 실효적이고 직접적인 구제수단이 있음에도 처분 등의 취소를 구하는 것은 특별한 사정이 없는 한 분쟁해결의 유효적절한 수단이라고 할 수 없어 재결의 취소를 구할 법률상 이익은 없음 ⇨ 당사자의 신청을 받아들이지 않은 거부처분이 재결에서 취소된 경우에 행정청은 종전 거부처분 또는 재결 후에 발생한 새로운 사유를 내세워 다시 거부처분을 할 수 있다. 또한 행정청이 재결에 따라 이전의 신청을 받아들이는 후속처분을 하였다더라도 후속처분이 위법한 경우에는 재결에 대한 취소소송을 제기하지 않고도 곧바로 후속처분에 대한 항고소송을 제기하여 다룰 수 있다. 나아가 재결에 대한 항고소송을 제기하여 재결을 취소하는 판결이 확정되더라도 그와 별도로 후속처분이 취소되지 않는 이상 후속처분으로 인한 제3자의 권리나 이익에 대한 침해 상태는 여전히 유지된다. 이러한 점들을 종합하면, 거부처분이 재결에서 취소된 경우 재결에 따른 후속처분이 아니라 그 재결의 취소를 구하는 것은 실효적이고 직접적인 권리구제수단이 될 수 없어 분쟁해결의 유효적절한 수단이라고 할 수 없으므로 법률상 이익이 없다(대법원 2017.10.31, 2015두45045).

④ (×) 건축주 등으로서는 신고제하에서도 건축신고가 반려될 경우 당해 건축물의 건축을 개시하면 시정명령, 이행강제금, 벌금의 대상이 되거나 당해 건축물을 사용하여 행할 행위의 허가가 거부될 우려가 있어 불안정한 지위에 놓이게 된다. 따라서 건축신고 반려행위가 이루어진 단계에서 당사자로 하여금 반려행위의 적법성을 다투어 그 법적 불안을 해소한 다음 건축행위에 나아가도록 함으로써 장차 있을지도 모르는 위험에서 미리 벗어날 수 있도록 길을 열어 주고, 위법한 건축물의 양산과 그 철거를 둘러싼 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있게 하는 것이 법치행정의 원리에 부합한다. 그러므로 이 사건 건축신고 반려행위는 항고소송의 대상이 된다고 보는 것이 옳다(대법원 2010.11.18, 2008두167 전원합의체).

15 질서위반행위규제법 상 행정질서벌에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 고의 또는 과실이 없는 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다.
- ② 과태료는 행정청의 과태료 부과처분이나 법원의 과태료 재판이 확정된 후 5년간 징수하지 아니하거나 집행하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.
- ③ 과태료 재판은 검사의 명령으로써 집행하나, 검사는 과태료를 최초 부과한 행정청에 대하여 과태료 재판의 집행을 위탁할 수 있고, 위탁을 받은 행정청은 국세 또는 지방세 체납처분의 예에 따라 집행한다.
- ④ 신분에 의하여 성립하는 질서위반행위에 신분이 없는 자가 가담한 경우 신분이 없는 자에 대하여는 질서위반행위가 성립하지 않는다.
- ⑤ 하나의 행위가 2 이상의 질서위반행위에 해당하는 경우에는 각 질서위반행위에 대하여 정한 과태료 중 가장 중한 과태료를 부과한다.

정답 ④

해설 ① (○) 질서위반행위규제법 제7조

② (○) 질서위반행위규제법 제15조

③ (○) 질서위반행위규제법 제42·43조

④ (×) 신분에 의하여 성립하는 질서위반행위에 신분이 없는 자가 가담한 때에는 **신분이 없는 자에 대하여도 질서위반행위가 성립한다**(질서위반행위규제법 제12조 제2항). 신분에 의하여 과태료를 감경 또는 가중하거나 과태료를 부과하지 아니하는 때에는 그 신분의 효과는 신분이 없는 자에게는 미치지 아니한다(질서위반행위규제법 제12조 제3항).

⑤ (○) 하나의 행위가 2 이상의 질서위반행위에 해당하는 경우에는 각 질서위반행위에 대하여 정한 과태료 중 가장 중한 과태료를 부과한다(질서위반행위규제법 제13조 제1항). ⇨ **가장 중한 과태료를 부과하는 것이며, 합산하거나 2분의 1 등을 가중해서 부과하는 것이 아님**

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

- ① 공유 일반재산의 대부료와 연체료를 납부기한까지 내지 아니한 경우, 특별한 사정이 없는 한 민사소송으로 공유 일반재산의 대부료의 지급을 구하는 것은 허용되지 아니한다.
- ② 국유재산법상 행정재산의 종류는 공용재산, 공공용재산, 기업용재산, 보존용재산으로 구분된다.
- ③ 국유재산법상의 일반재산을 대부하는 행위는 사법상의 계약이다.
- ④ 하천의 점용허가를 받은 자가 취득하는 특허에 의한 공물사용권은 단순히 사용을 청구할 수 있는 채권적 성격을 가지는 데 그치는 것이 아니라, 대세적 효력이 있는 물권적 성격을 갖는다.
- ⑤ 국유재산의 무단점유자에 대하여 국가는 변상금 부과징수권의 행사와 별도로 국유재산의 소유자로서 민사상 부당이득반환청구의 소를 제기할 수 있다.

정답 ④

해설 ① (○) **국유 일반재산의 대부료 등의 징수는 국세징수법 규정을 준용하고, 민사소송의 방법으로 대부료 등의 지급을 구하는 것은 허용되지 아니함** ⇨ 국유 일반재산의 관리·처분에 관한 사무를 위탁받은 자는 국유 일반재산의 대부료 등이 납부기한까지 납부되지 아니한 경우에는 국세징수법 제23조와 같은 법의 체납처분에 관한 규정을 준용하여 대부료 등을 징수할 수 있다. 이와 같이 국유 일반재산의 대부료 등의 징수에 관하여는 국세징수법 규정을 준용한 간이하고 경제적인 특별구제절차가 마련되어 있으므로, 특별한 사정이 없는 한 민사소송의 방법으로 대부료 등의 지급을 구하는 것은 허용되지 아니한다(대법원 2014.9.4, 2014다203588).

② (○) 국유재산법상 국유재산에는 행정재산과 일반재산이 있고, 행정재산의 종류는 공용재산, 공공용재산, 기업용재산, 보존용 재산으로 구분된다.

③ (○) 대법원 1993.12.21, 93누13735

④ (×) 하천의 점용허가권은 특허에 의한 공물사용권의 일종으로서 하천의 관리주체에 대하여 일정한 특별사용을 청구할 수 있는 **채권에 지나지 아니하고 대세적 효력이 있는 물권이라고 할 수 없다**(대판 1990.2.13., 89다카

23022).

⑤ (○) 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(대법원 2014.9.4, 2012두5688 전원합의체).

17 강학상 특허와 인가에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 재단법인의 임원취임승인 신청에 대하여 임원취임을 승인 또는 거부할 것인지 여부는 주무관청의 권한에 속하는 사항으로, 주무관청이 당사자의 신청에 기속되어 이를 당연히 승인하여야 하는 것은 아니다.
- ② 귀화허가의 근거 규정의 형식과 문언, 귀화허가의 내용과 특성 등을 고려하여 보면, 법무부장관은 귀화신청인이 법률이 정하는 귀화요건을 갖추었다고 하더라도 귀화를 허가할 것인지 여부에 관하여 재량권을 가진다.
- ③ 도시 및 주거환경정비법 등 관련 법령에 근거하여 행하는 조합설립인가처분은 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질만을 가질 뿐 일종의 설권적처분의 성격은 갖지 않는다.
- ④ 구 사립학교법 에 따르면 학교법인의 이사장·이사감사 등의 임원은 이사회에 선임을 거쳐 관할청의 승인을 받아 취임하도록 규정하고 있는바, 관할청의 임원취임승인행위는 학교법인의 임원선임행위의 법률상 효력을 완성케 하는 보충행위이다.
- ⑤ 구 수도권 대기환경개선에 관한 특별법 제14조제1항에서 정한 대기오염물질 총량관리사업장 설치의 허가 또는 변경허가는, 특정인에게 인구가 밀집되고 대기오염이 심각하다고 인정되는 수도권 대기관리권역에서 총량관리대상 오염물질을 일정량을 초과하여 배출할 수 있는 특정한 권리를 설정하여 주는 행위로서 그 처분의 여부 및 내용의 결정은 행정청의 재량에 속한다.

정답 ③

해설 ① (○) 재단법인의 임원취임이 사법인인 재단법인의 정관에 근거한다 할지라도 이에 대한 행정청의 승인(인가)행위는 법인에 대한 주무관청의 감독권에 연유하는 이상 그 **인가행위 또는 인가거부행위는 공법상의 행정처분으로서, 그 임원취임을 인가 또는 거부할 것인지 여부는 주무관청의 권한에 속하는 사항**이라고 할 것이고, 재단법인의 임원취임승인 신청에 대하여 주무관청이 이에 기속되어 이를 당연히 승인(인가)하여야 하는 것은 아니다(대법원 2000.1.28, 98두16996).

② (○) 대법원 2010.10.28, 2010두6496

③ (×) 행정청이 도시 및 주거환경정비법 등 관련 법령에 의하여 행하는 조합설립인가처분의 법적 성격은 보충행위인 인가가 아니라, 설권처분인 특허의 성질을 가지며 조합은 행정주체의 지위를 가짐 ⇨ 행정청이 도시 및 주거환경정비법 등 관련 법령에 근거하여 행하는 **조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것에 그치는 것이 아니라 법령상 요건을 갖출 경우 도시 및 주거환경정비법상 주택재건축 사업을 시행할 수 있는 권한을 갖는 행정주체(공법인)로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 갖는다고 보아야 한다**(대법원 2009.9.24, 2008다60568).

④ (○) 대법원 2007.12.27., 2005두9651

⑤ (○) 대법원 2013.5.9, 2012두22799

18 행정권한의 위임과 내부위임에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 시장으로부터 체납취득세에 대한 압류처분권한을 내부위임받은 구청장이 자신의 이름으로 한 압류처분은 권한 없는 자에 의하여 행하여진 위법무효의 처분이다.
- ② 행정권한의 위임의 경우에는 수임자가 자기의 이름으로 그 권한을 행사할 수 있는 반면, 행정권한의 내부위임의 경우에는 수임자는 위임청의 이름으로 그 권한을 행사할 수 있을 뿐이다.
- ③ 행정권한의 내부위임을 받은 하급행정청이 권한 없이 위임청이 아닌 자기의 명의로 행정처분을 한 경우, 이에 대한 항고소송에서 그 하급행정청이 피고가 된다.
- ④ 국가사무의 권한을 위임받은 서울특별시장은 위임받은 권한의 재위임에 관한 개별 법령상의 근거규정이 없더라도 정부조직법 및 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정에 따라 위임받은 권한을 구청장에

게 재위임할 수 있다.

- ⑤ 구 사립학교법에 규정된 교육감의 학교법인 임원취임의 승인취소권은 교육감이 정부조직법상의 국가행정기관의 일부로서 가지는 권한이므로 조례에 의해서는 교육장에게 위임할 수 없다.

정답 ⑤

- 해설** ① (○) 압류처분권한을 시장으로부터 내부위임을 받는데 불과한 자가 자신의 명의로 한 압류처분은 대리권 없는 자의 행위로서 무효이다(대법원 1993.5.27, 93누6621).
- ② (○) 권한의 위임이 있으면 위임청은 위임사무의 처리에 대한 권한을 잃고 그 사무에 관한 권한은 수임청의 권한이 된다(대법원 1992.9.22, 91누11292). 따라서 수임행정청이 정당한 권한에 기하여 자신의 명의로 한 처분에 대해서는 당연히 수임행정청이 정당한 피고가 된다. 그러나 내부위임의 경우에는 권한의 귀속이 변경되는 것이 아니므로, 수임기관이 그 권한을 행사할 때에는 자신의 명의로 행사할 수 없고 위임관청의 명의로 행사하여야 하며, 그 행위는 위임관청 스스로 행한 행위로 인정된다. 따라서 그 행위에 대한 항고소송의 피고는 위임관청이 된다(대법원 1989.3.14, 88누10985).
- ③ (○) 내부위임에도 불구하고 수임관청 자신의 명의로 행정처분을 하였다면 그 행정처분은 권한 없는 자에 의한 처분이 되므로 위법하다. 이때 그 처분을 다투고자 하는 자는 위임관청을 피고로 하여야 하는 것이 아니라 수임관청을 피고로 하여야 한다(대법원 1994.6.14, 94누1197).
- ④ (○) 도시재개발법 제8조, 같은법시행령 제58조 제1항 제12호에 의하면 건설부장관의 권한에 속하는 도시재개발법 제41조의 규정에 의한 관리처분계획의 인가 등 처분권한은 시·도지사에게 위임되었을 뿐 시·도지사가 이를 구청장, 시장, 군수에게 재위임할 수 있는 근거규정은 없으나, 정부조직법 제5조 제1항과 이에 기한 행정권한의 위임및위탁에관한규정 제4조에 재위임에 관한일반적인 근거규정이 있으므로, 시·도지사는 그 재위임에 관한 일반적인 규정에 따라 위임받은 위 처분권한을 구청장 등에게 재위임할 수 있다(대법원 1995.8.22, 94누5694 전원합의체).
- ⑤ (×) 사립학교법에 규정된 **교육감의 학교법인 임원취임의 승인취소권은 교육감이 지방자치단체의 교육·학예에 관한 사무의 특별집행기관으로서 가지는 권한이고 정부조직법상의 국가행정기관의 일부로서 가지는 권한이라고 할 수 없으므로** 국가행정기관의 사무나 지방자치단체의 기관위임사무 등에 관한 권한위임의 근거규정인 정부조직법 제5조 제1항, 행정권한의위임및위탁에관한규정 제4조에 의하여 교육장에게 권한위임을 할 수 없고, 구 지방교육자치에관한법률에 의하여 **조례에 의하여서만 교육장에게 권한위임이 가능하다 할 것**이므로, 행정권한의위임및위탁에관한규정 제4조에 근거하여 교육감의 학교법인 임원취임의 승인취소권을 교육장에게 위임함을 규정한 대전직할시교육감소관행정권한의위임에관한규칙 제6조 제4호는 **조례로 정하여야 할 사항을 규칙으로 정한 것이어서 무효이다.**

19 행정절차상 하자에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 국가공무원법상 소청심사위원회가 소청심사를 하면서 대통령령 등으로 정하는 바에 따라 소청인 또는 대리인에게 진술의 기회를 부여하지 아니하고 한 결정은 무효이다.
- ② 행정청이 거부처분을 하면서 처분 당시 당사자가 어떠한 근거와 이유로 처분이 이루어진 것인지를 충분히 알 수 있어서 그에 불복하여 행정구제절차로 나아가는데 별다른 지장이 없을 정도로 이유를 제시한 경우에는, 처분의 근거와 이유를 구체적으로 명시하지 않았더라도 그로 말미암아 그 처분이 위법하다고 볼 수는 없다.
- ③ 취소소송의 계속 중에 행정청은 당초 행정처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계에 있어서 동일성이 없는 별개의 사실을 들어 처분사유를 추가하거나 변경할 수 있다.
- ④ 행정청이 청문서 도달기간을 다소 어겼다 하더라도 영업자가 이에 대하여 이의하지 아니한 채 스스로 청문일에 출석하여 그 의견을 진술하고 변명하는 등 방어의 기회를 충분히 가졌다면 청문서 도달기간을 준수하지 아니한 하자는 치유된다.
- ⑤ 구 공무원연금법에 따른 퇴직연금의 환수결정은 당사자에게 의무를 과하는 처분이지는 하나 관련 법령에 따라 당연히 환수금액이 정하여지는 것이므로, 퇴직연금의 환수결정에 앞서 당사자에게 의견진술의 기회를 주지 아니하여도 행정절차법이나 신의칙에 어긋나지 아니한다.

정답 ③

- 해설** ① (○) 국가공무원법 제13조 제2항
- ② (○) 대법원 2013.11.14, 2011두18571

- ③ (×) 행정처분의 취소를 구하는 항고소송에서 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 **기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서는 다른 사유를 추가하거나 변경할 수도 있다**(대법원 2008.2.28., 2007두13791). 즉 처분사유의 추가변경은 기본적 사실관계의 동일성이 인정되어야 한다. 당초 행정처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계에 있어서 동일성이 없는 별개의 사실을 들어 처분사유를 추가하거나 변경할 수는 없다.
- ④ (○) 대법원 1992.10.23., 92누2844
- ⑤ (○) 대법원 2000.11.28, 99두5443

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

- ① 행정청이 행정대집행의 방법으로 건물의 철거 등 대체적 작위의무의 이행을 실현할 수 있는 경우에는 건물철거대집행 과정에서 부수적으로 그 건물의 점유자들에 대한 퇴거조치를 할 수 있는 것이고, 건물의 점유자가 철거의무자일 때에는 건물철거의무에 퇴거의무도 포함되어 있는 것이어서 별도로 퇴거를 명하는 집행권원이 필요하지 않다.
- ② 과세관청이 체납처분으로서 행하는 공매는 우월한 공권력의 행사로서 행정소송의 대상이 되는 공법상의 행정처분이며, 공매에 의하여 재산을 매수한 자는 그 공매처분이 취소된 경우에 그 취소처분의 위법을 주장하여 행정소송을 제기할 법률상 이익이 있다.
- ③ 전통적으로 행정대집행은 대체적 작위의무에 대한 강제집행수단으로, 이행강제금은 부작위의무나 비대체적 작위의무에 대한 강제집행수단으로 이해되어 왔으며, 이는 이행강제금제도의 본질에서 오는 제약이므로, 이행강제금은 대체적 작위의무의 위반에 대하여는 부과될 수 없다.
- ④ 공매예정가격이란 본시 최저공매가격을 나타내는 것일 뿐 원매자가 많을 경우 가격을 경쟁하는 데는 지장이 있을 리 없으므로, 그것이 실세보다 저렴하다 하여 바로 공매처분이 위법하게 되는 것은 아니다.
- ⑤ 공매통지의 목적이나 취지 등에 비추어 보면, 체납자 등은 자신에 대한 공매통지의 하자만을 공매처분의 위법사유로 주장할 수 있을 뿐 다른 권리자에 대한 공매통지의 하자를 들어 공매처분의 위법사유로 주장하는 것은 허용되지 않는다.

정답 ③

해설 ① (○) 건물의 점유자가 철거의무자일 때에는 건물철거의무에 퇴거의무도 포함되어 있어서 별도로 퇴거를 명하는 집행권원이 필요하지 않음 ⇨ 건물의 점유자들이 적법한 행정대집행을 위력을 행사하여 방해하는 경우 형법상 공무집행방해죄가 성립하므로, 필요한 경우에는 '경찰관 직무집행법'에 근거한 위험발생 방지조치 또는 형법상 공무집행방해죄의 범행방지 내지 현행법체포의 차원에서 경찰의 도움을 받을 수도 있다(대법원 2017.4.28, 2016다213916).

② (○) 대법원 1984.9.25, 84누201

③ (×) **이행강제금은 대체적 작위의무의 위반에 대하여도 부과될 수 있고, 대집행과 이행강제금을 선택적으로 활용하는 것은 중첩적인 제재에 해당한다고 볼 수 없음** ⇨ 전통적으로 행정대집행은 대체적 작위의무에 대한 강제집행수단으로, 이행강제금은 부작위의무나 비대체적 작위의무에 대한 강제집행수단으로 이해되어 왔으나, 이는 이행강제금제도의 본질에서 오는 제약은 아니며, 이행강제금은 대체적 작위의무의 위반에 대하여도 부과될 수 있다. 현행 건축법상 위법건축물에 대한 이행강제수단으로 대집행과 이행강제금이 인정되고 있는데, 양 제도는 각각의 장단점이 있으므로 행정청은 개별사건에 있어서 위반내용, 위반자의 시정여지 등을 감안하여 대집행과 이행강제금을 선택적으로 활용할 수 있으며, 이처럼 그 합리적인 재량에 의해 선택하여 활용하는 이상 중첩적인 제재에 해당한다고 볼 수 없다(헌재결 2004.2.26, 2001헌바80).

④ (○) 공매예정가격이란 본시 최저공매가격을 나타내는 것일 뿐 원매자가 많을 경우 가격을 경쟁하는 데는 지장이 있을 리 없으므로 그것이 실세보다 저렴한 가격으로 공매가 되었다는 사정이 있을 때에만 그 공매를 위법하다고 보아야 할 것이다(대법원 1990.2.9. 89누5553).

⑤ (○) 대법원 1998.6.26, 96누12030

21 취소소송의 대상이 되는 행정처분에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 군의관의 신체등위판정 자체만으로 권리의무가 정하여지는 것이 아니지만 그것에 전적으로 의거하여 병역처분이 행해지기에 군의관의 신체등위판정은 행정처분에 해당한다.
- ② 교육부장관이 대학에서 추천한 복수의 총장 후보자들 전부 또는 일부를 임용제청에서 제외하는 행위는 행정처분에 해당한다.
- ③ 지방의회 의장에 대한 불신임의결은 지방의회의 내부적 결정에 불과하므로 행정처분에 해당하지 않는다.
- ④ 조달청장의 나라장터 종합쇼핑몰 거래정지조치는 사법상 계약에 해당하는 물품구매계약 추가특수조건에 근거하여 내려진 것이므로, 이는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사로서 상대방의 권리의무에 직접 영향을 미친다하더라도 행정처분에 해당하지 않는다.
- ⑤ 금융감독원장이 종합금융주식회사의 전 대표이사에게 재직 중 위법·부당행위 사례를 첨부하여 금융관련 법규를 위반하고 신용질서를 심히 문란하게 한 사실이 있다는 내용으로 '문책경고장(상당)'을 보낸 행위는 행정처분에 해당한다.

정답 ②

- 해설** ① (×) 병역법상 신체등위판정은 행정처분이라고 볼 수 없는 군의관이 하도록 되어 있으며, 그 자체만으로 바로 병역법상의 권리의무가 정하여지는 것이 아니라 그에 따라 지방병무청장이 병역처분을 함으로써 비로소 병역의무의 종류가 정하여지는 것이므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 보기 어렵다(대법원 1993.8.27, 93누3356).
- ② (○) **교육부장관이 대학에서 추천한 복수의 총장 후보자들 전부 또는 일부를 임용제청에서 제외하는 행위는 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당함** ⇨ 교육부장관이 특정 후보자를 임용제청에서 제외하고 다른 후보자를 임용제청함으로써 대통령이 임용제청된 다른 후보자를 총장으로 임용한 경우, 임용제청에서 제외된 후보자가 행정소송으로 다툰 처분은 대통령의 임용 제외처분이고 교육부장관의 임용제청 제외처분을 별도로 다툰 소의 이익은 교육부장관의 임용제청 제외처분을 별도로 다툰 소의 이익이 없어진다(대법원 2018.6.15, 2016두57564).
- ③ (×) 지방의회를 대표하고 의사를 정리하며 회의장 내의 질서를 유지하고 의회의 사무를 감독하며 위원회에 출석하여 발언할 수 있는 등의 직무권한을 가지는 지방의회 의장에 대한 불신임의결은 의장으로서의 권한을 박탈하는 행정처분의 일종으로서 항고소송의 대상이 된다(대법원 1994.10.11, 94두23).
- ④ (×) 甲 주식회사가 조달청과 물품구매계약을 체결하고 국가종합전자조달시스템인 나라장터 종합쇼핑몰 인터넷 홈페이지를 통해 요구받은 제품을 수요기관에 납품하였는데, 조달청이 계약이행내역 점검 결과 일부 제품이 계약 규격과 다르다는 이유로 물품구매계약 추가특수조건 규정에 따라 甲 회사에 대하여 6개월의 나라장터 종합쇼핑몰 거래정지 조치를 한 사안에서, 위 **거래정지 조치는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다**(대법원 2018.11.29, 2015두52395).
- ⑤ (×) 이 사건 서면 통보행위는 어떠한 법적 근거에 기하여 발하여진 것이 아니고, 단지 종합금융회사의 업무와 재산상황에 대한 일반적인 검사권한을 가진 피고가 소외 주식회사에 대하여 검사를 실시한 결과, 원고가 소외 주식회사의 대표이사로 근무할 당시 행한 것으로 인정된 위법·부당행위 사례에 관한 단순한 사실의 통지에 불과한 것으로서, 다만 원고가 재직중인 임원이었다고 한다면 이는 금융기관검사및제제에관한규정 제18조 제1항 제3호 소정의 문책경고의 제재에 해당하는 사례라는 취지로 '문책경고장(상당)'이라는 제목을 붙인 것일 뿐 금융업 관련 법규에 근거한 문책경고의 제재처분 자체와는 다르고, 위 통보행위로 인하여 이미 소외 주식회사로부터 퇴직한 후의 원고의 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 하등의 법률상의 효과가 발생하거나 그러한 법적 불안이 존재한다고 할 수 없으므로, 이 사건 서면 통보행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 않는다(대법원 2005.2.17, 2003두10312).

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

- ① 기업의 도산과 같이 국민경제에 심대한 영향을 미치는 중요한 사안에 대하여 재무부장관(현 기획재정부장관)이 부실채권의 정리에 관하여 금융기관을 행정지도함에 있어 사전에 대통령에게 보고하여 지시를 받는다면 이는 위법하다.
- ② 국가인권위원회의 성희롱결과와 이에 따른 시정조치의 권고는 불가분의 일체로 행하여지는 것인데, 국가인권위원회의 이러한 결정과 시정조치의 권고는 성희롱 행위자로 결정된 자의 인격권에 영향을

미침과 동시에 공공기관의 장 또는 사용자에게 일정한 법률상의 의무를 부담시킨다고 할지라도 이는 행정소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고는 볼 수 없다.

- ③ 행정지도는 그 목적달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 행정지도의 상대방이 행정지도에 따르지 아니하는 경우에는 이를 이유로 불이익한 조치를 할 수 있다.
- ④ 교육인적자원부장관(현 교육부장관)의 대학총장들에 대한 학칙시정요구는 그 법적 성격이 대학총장의 임의적인 협력을 통하여 사실상의 효과를 발생시키는 행정지도의 일종이지만, 이에 따르지 아니하는 경우 일정한 불이익조치를 예정하고 있어 사실상 상대방에게 그에 따를 의무를 부과하는 것과 다를 바 없다면, 이는 규제적·구속적 성격을 갖는 것으로서 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라 할 것이다.
- ⑤ 행정지도가 강제성을 띠지 않은 비권력적 작용으로서 행정지도의 한계를 일탈하지 아니하였더라도 그로 인하여 상대방에게 어떤 손해가 발생하였다면 이에 대하여 행정상 손해배상책임이 성립한다.

정답 ④

해설 ① (X) 기업의 도산과 같이 국민경제에 심대한 영향을 미치는 중요한 사안에 대하여 재무부장관이 부실채권의 정리에 관하여 금융기관에 대하여 행정지도를 함에 있어 사전에 대통령에게 보고하여 지시를 받는다고 하여 위법하다고 할 수는 없으며, 다만 재무부장관이 대통령의 지시에 따라 정해진 정부의 방침을 행정지도라는 방법으로 금융기관에 전달함에 있어 실제에 있어서는 통상의 행정지도의 방법과는 달리 사실상 지시하는 방법으로 행한 경우에 그것이 헌법상의 법치주의 원리, 시장경제의 원리에 반하게 되는 것일 뿐이다(대법원 1999.7.23, 96다21706).

② (X) 국가인권위원회의 성희롱결정과 이에 따른 시정조치의 권고는 불가분의 일체로 행하여지는 것인데 국가인권위원회의 이러한 결정과 시정조치의 권고는 성희롱 행위자로 결정된 자의 인격권에 영향을 미침과 동시에 공공기관의 장 또는 사용자에게 일정한 법률상의 의무를 부담시키는 것이므로 국가인권위원회의 성희롱결정 및 시정조치권고는 행정소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 보지 않을 수 없다(대법원 2005.7.8, 2005두487).

③ (X) 행정지도의 상대방이 행정지도에 따르지 아니하는 경우에는 이를 이유로 불이익한 조치를 할 수 없다(행정절차법 제48조).

④ (O) 헌재결 2003.6.26, 2002헌마337, 2003헌마7·8

⑤ (X) **행정지도에 따르지 여부에 관해 상대방에 완전한 자유가 보장되어 있는 경우에는, 손해배상이 인정되지 않을 것이다.** 왜냐하면 행정지도와 손해 사이에는 인과관계가 부정되거나, 상대방의 동의는 위법성을 조각시키기 때문이다. 다만, 행정지도의 한계를 일탈하여 상대방이 행정지도를 따를 수밖에 없는 부득이한 경우에는 행정지도를 실질적으로 권력적 사실행위로 보아 손해배상이 인정될 수 있을 것이다.

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

- ① 공공기관이 공개청구의 대상이 된 정보를 공개하였다면, 실령 청구인이 신청한 공개방법 이외의 방법으로 공개하기로 하는 결정을 하였더라도, 청구인은 그에 대하여 항고소송으로 다툴 수 없다.
- ② 공개청구의 대상이 되는 정보가 인터넷 등을 통하여 공개되어 인터넷검색 등을 통하여 쉽게 알 수 있다는 사정만으로는 비공개결정이 정당화될 수 없다.
- ③ 방송프로그램의 기획·편성·제작 등에 관한 정보로서 방송사가 공개하지 아니한 것은, 사업활동에 의하여 발생하는 위해로부터 사람의 생명·신체 또는 건강을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보나 위법·부당한 사업활동으로부터 국민의 재산 또는 생활을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보를 제외하고는, 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조제1항제7호에 정한 ‘법인 등의 경영·영업상 비밀에 관한 사항’에 해당한다.
- ④ 실제로는 해당 정보를 취득 또는 활용할 의사가 전혀 없이, 정보공개제도를 이용하여 사회통념상 용인될 수 없는 부당한 이득을 얻으려는 목적으로 정보공개청구를 하는 경우처럼 권리의 남용에 해당하는 것이 명백한 경우에는 정보공개청구권의 행사가 허용되지 않는다.
- ⑤ 정보공개청구권은 법률상 보호되는 구체적인 권리이므로 청구인이 공공기관에 대하여 정보공개를 청구하였다가 거부처분을 받은 것 자체가 법률상 이익의 침해에 해당한다.

정답 ①

해설 ① (X) 정보공개 청구인에게는 특정한 정보공개방법을 지정하여 청구할 수 있는 법령상 신청권이 있음 ⇨ **공공**

기관이 공개청구의 대상이 된 정보를 청구인이 신청한 공개방법 이외의 방법으로 공개하기로 하는 결정을 한 경우, 정보공개방법에 관한 부분에 대하여 일부 거부처분을 한 것에 해당하고, 이에 대하여 항고소송으로 다툴 수 있다. 원고가 신청한 정보공개방법인 전자과일의 형태로 정보통신망을 통하여 송신하는 방법을 취하지 아니하고 직접 방문하여 수령하거나 열람하라는 것이므로, 이는 원고의 정보공개청구 중 일부를 거부한 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 보아야 한다(대법원 2016.11.10, 2016두44674).

- ② (○) 대법원 2010.12.23, 2008두13101
- ③ (○) 대법원 2010.12.23, 2008두13101
- ④ (○) 대법원 2014.12.24., 2014두9349
- ⑤ (○) 대법원 2004.9.23, 2003두1370

24 행정상 대집행에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 사법(私法)상 적법한 임대차계약관계에 의해 국유지상에 건물을 소유하는 자에 대하여 한 건물철거계고처분은 법에 근거 없는 처분으로서 그 하자가 중대하고 명백한 것이어서 당연무효라 할 것이다.
- ② 대집행을 결정하고 이를 실행할 수 있는 권한을 가진 대집행주체는 의무를 부과한 당해 행정청이다. 이때 대집행을 현실로 수행하는 자도 반드시 당해 행정청이어야 한다.
- ③ 건축법 에 위반하여 건축한 것이어서 철거의무가 있는 건물이라 하더라도 그 철거의무를 대집행하기 위한 계고처분을 하려면, 다른 방법으로는 이행의 확보가 어렵고 불이행을 방치함이 심히 공익을 해하는 것으로 인정될 때에 한하여 허용되고, 이러한 요건의 주장·입증책임은 의무위반자에게 있다.
- ④ 관계 법령상 행정대집행의 절차가 인정되어 행정청이 행정대집행의 방법으로 건물의 철거 등 대체적 작위의무의 이행을 실현할 수 있는 경우에 따로 민사소송의 방법으로 그 의무의 이행을 구할 수도 있다.
- ⑤ 대집행에 대하여는 행정심판을 제기할 수 없다.

정답 ①

해설 ① (○) 임대국유대지상의 사인소유의 건물에 대한 철거계고처분은 법에 근거 없는 처분으로써 그 하자가 중대하고 명백한 것이어서 당연무효라 할 것이고 당연무효인 행정처분의 취소를 소구하였을 경우에 법원으로서 무효확인을 구하는 취지로 취소를 구하고 있는가의 여부를 석명하여 무효확인을 구하는 취지로 취소를 구하고 있다면 소원 등 제소전 절차를 밟을 필요가 없다(대법원 1975.4.22. 73누215).

- ② (×) 대집행주체는 의무를 부과한 당해 처분행정청이다. 다만 대집행을 현실로 수행하는 자는 제3자인 경우도 있다.
- ③ (×) 건축법에 위반하여 건축한 것이어서 철거의무가 있는 건물이라 하더라도 그 철거의무를 대집행하기 위한 계고처분을 하려면 다른 방법으로는 이행의 확보가 어렵고 불이행을 방치함이 심히 공익을 해하는 것으로 인정될 때에 한하여 허용되고 이러한 요건의 주장·입증책임은 처분 행정청에게 있다(대법원 1993.9.14, 92누16690).
- ④ (×) 아무런 권원 없이 국유재산에 설치한 시설물에 대하여 행정청이 행정대집행을 할 수 있음에도 민사소송의 방법으로 그 시설물의 철거를 구하는 것은 허용되지 않는다(대법원 2009.6.11., 2009다1122).
- ⑤ (×) 행정대집행절차에서 계고, 대집행영장통지, 대집행 실행, 비용부과는 모두 행정처분성이 인정되므로 행정심판과 행정소송을 제기할 수 있다.

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

- ① 적법하게 시행된 공익사업으로 인하여 이주하게 된 주거용 건축물 세입자의 주거이전비 보상청구권은 공법상의 권리이므로 그 보상을 둘러싼 소송은 공법상의 법률관계를 대상으로 하는 행정소송에 의하여야 한다.
- ② 문화재보호구역 내에 있는 토지소유자는 보호구역의 지정해제를 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있다고 할 수 없으므로 이러한 신청에 대한 거부행위에 대해서 행정소송을 제기할 수 없다.
- ③ 이미 개발제한구역으로 지정되어 있는 부지에 묘지공원과 화장장 시설을 설치하기로 하는 내용의 도시계획시설결정을 한 경우 이는 개발제한구역의 지정목적에 위배된 것으로 위법하다.

- ④ 토지수용위원회는 행정쟁송에 의하여 사업인정이 취소되지 아니하더라도 사업인정자체를 무의미하게 하는, 즉 사업의 시행이 불가능하게 되는 것과 같은 재결을 행할 수 있다.
- ⑤ 구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률상의 환매는 환매기간 내에 환매의 요건이 발생하고, 사업시행자가 성립에 동의함으로써 성립한다.

정답 ①

해설 ① (○) 세입자의 주거이전비 보상청구권은 그 요건을 충족하는 경우에 당연히 발생하는 것이므로, **주거이전비 보상청구소송은 행정소송법 제3조 제2호에 규정된 당사자소송에 의하여야 한다**(대법원 2008.5.29. 2007다 8129).

② (×) 문화재보호구역 내에 있는 토지소유자 등으로서는 위 보호구역의 지정해제를 요구할 수 있는 법규상 또는 조 리상의 신청권이 있다고 할 것이고, 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한 다(대법원 2004.4.27. 2003두8821).

③ (×) 개발제한구역은 도시의 무질서한 확산을 방지하고 도시 주변의 자연환경을 보전하여 도시민의 건전한 생활환 경을 확보하기 위하여 도시의 개발을 제한할 필요에 의하여 지정되는 것이어서 원칙적으로 개발제한구역에서의 개발행위는 제한되는 것이기는 하지만 위와 같은 개발제한구역의 지정목적에 위배되지 않는다면 허용될 수 있는 것인바, **도시계획시설인 묘지공원과 화장장 시설의 설치**가 위와 같은 개발제한구역의 지정목적에 위배된다고 보 이지 않으므로, 시장이 이미 개발제한구역으로 지정되어 있는 부지에 묘지공원과 화장장 시설들을 설치하기로 하는 내용의 도시계획시설결정을 하였다 하더라도 이를 두고 위법하다고 할 수 없다(대법원 2007.4.12. 2005두 1893).

④ (×) 토지수용법은 수용·사용의 일차 단계인 사업인정에 속하는 부분은 사업의 공익성 판단으로 사업인정기관에 일임하고, 그 이후의 구체적인 수용·사용의 결정은 토지수용위원회에 맡기고 있는바, 이와 같은 토지수용절차의 2분화 및 사업인정의 성격과 토지수용위원회의 재결사항을 열거하고 있는 같은 법 제29조 제2항의 규정 내용에 비추어 볼 때, **토지수용위원회는 행정쟁송에 의하여 사업인정이 취소되지 않는 한 그 기능상 사업인정 자체를 무의미하게 하는, 즉 사업의 시행이 불가능하게 되는 것과 같은 재결을 행할 수는 없다**(대법원 1994.11.11. 93 누19375).

⑤ (×) 환매권은 형성권이므로 사업시행자의 동의나 승낙은 필요 없다.