

2019년도 5급승진 행정법 ⑤책형 해설

문 1. 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 없었는 등의 부득이한 사정이 없는 한, 그와 같은 시정을 구하지 아니한 사람은 원칙적으로 국가배상에 의한 권리구제를 받을 수 없다.
- ④ 수익적 행정처분이 신청인에 대한 관계에서 「국가배상법」상 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.

|| 해설 ||

- ① [O] 「경찰관 직무집행법」상 긴급구호권한과 같은 경찰관의 조치권한은 일반적으로 경찰관의 전문적 판단에 기한 합리적인 재량에 위임되어 있는 것이나, 그렇다고 하더라도 구체적 상황에서 경찰관에게 그러한 조치권한을 부여한 취지와 목적에 비추어 볼 때 그 불행사가 현저하게 불합리하다고 인정되는 경우에는, 그러한 불행사는 법령에 위반하는 행위에 해당하게 되어 국가배상법상의 다른 요건이 충족되는 한, 국가는 그로 인하여 피해를 입은 자에 대하여 국가배상책임을 부담한다.^{2017국7하, 2017지9하} (대판 1996. 10. 25. 95다45927)
- ② [O] 교육부장관이 기간제교원을 성과상여금 지급대상에서 제외하는 것은 구 공무원수당 등에 관한 규정(법규명령)의 해석에 관한 법리에 따른 것이므로, 국가가 갑 등에 대하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 진다고 볼 수 없다.^{2018지9} (대판 2017. 2. 9. 2013다205778)
- ③ [O] 재판에 대하여 따로 불복절차 또는 시정절차가 마련되어 있는 경우에는 재판의 결과로 불이익 내지 손해를 입었다고 여기는 사람은 그 절차에 따라 자신의 권리 내지 이익을 회복하도록 함이 법이 예정하는 바이므로, 불복에 의한 시정을 구할 수 없었던 것 자체가 법관이나 다른 공무원의 귀책사유로 인한 것이라거나 그와 같은 시정을 구할 수 없었던 부득이한 사정이 있었다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 스스로 그와 같은 시정을 구하지 아니한 결과 권리 내지 이익을 회복하지 못한 사람은 원칙적으로 국가배상에 의한 권리구제를 받을 수 없다. (대판 2003. 7. 11. 99다24218)
- ④ [O] 수익적 행정처분이 신청인에 대한 관계에서 국가배상법 제2조 제1항의 위법성이 있는 것으로 평가되기 위한 요건 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 개연성에 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. (대판 2001. 5. 29. 99다37047)
- ⑤ [X] 국가배상책임을 성립하기 위해서는 공무원의 직무집행이 위법하다는 점만으로는 부족하고, 그로 인해 타인의 권리·이익이 침해되어 구체적 손해가 발생하여야 한다. (대판 2016. 8. 30. 2015두60617)

정답 ⑤

문 2. 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 국가배상책임은 성립하지 아니한다.
- ⑤ 비례의 원칙에 반하는 행정행위는 단지 원칙을 위반한 것일 뿐이므로 위법은 아니다.

|| 해설 ||

- ① [○] 필요성의 원칙(최소침해의 원칙)이란 목적달성을 위한 적합한 수단이 여러 가지가 있는 경우 국민의 권리나 자유를 최소한으로 침해하는 수단을 선택해야 한다는 원칙이다.
- ② [×] 행정행위는 행정쟁송법상 처분으로 항고소송의 대상이 된다.
- ③ [×] 비례의 원칙에 위반하는지 여부는 적합성의 원칙과 필요성의 원칙 그리고 상당성의 원칙 모두 고려하여 판단한다.
- ④ [×] 비례의 원칙에 위반한 경우 위법한 행위로서 국가배상책임이 성립될 수 있다.
- ⑤ [×] 비례의 원칙(불문법규)에 반하는 행정권의 행사는 위헌·위법하게 된다.

정답 ①

문 4. 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 납세의무에 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.

|| 해설 ||

- ① [○] 국방부장관의 인정에 의하여 퇴역연금을 지급받아 오던 중 군인보수법 및 공무원보수규정에 의한 호봉이나 봉급액의 개정 등으로 퇴역연금액이 변경된 경우에는 법령의 개정에 따라 당연히 개정규정에 따른 퇴역연금액이 확정되는 것이지 구 군인연금법 제18조 제1항 및 제2항에 정해진 국방부장관의 퇴역연금액 결정과 통지에 의하여 비로소 그 금액이 확정되는 것이 아니므로, ... 직접 국가를 상대로 정당한 퇴역연금액과 결정, 통지된 퇴역연금액과의 차액의 지급을 구하는 공법상 당사자소송을 제기하는 방법으로 다룰 수 있다.^{2018국9} (대판 2003. 9. 5. 2002두3522)
- ② [×] 한국마사회의 조교사 및 기수 면허 부여 또는 취소가 행정처분인지 여부(소극)^{2017사복, 2015국회8, 2015지9}
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. (대판 2008. 1. 31. 2005두8269)
- ③ [○] (두밀분교폐지)조례가 집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생하는 경우 그 조례는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.^{2018국9, 2017국회8, 2016국9} (대판 1996. 9. 20. 95누8003)
- ④ [○] 과세관청의 소득처분에 따른 (원천징수의무자인 법인에 대한) 소득금액변동통지가 항고소송의 대상이 되는 조세행정처분인지 여부(적극)^{2017서7}
과세관청의 소득처분과 그에 따른 소득금액변동통지가 있는 경우 원천징수하는 소득세의 납세의무가 성립함과 동시에 확정되고, 원천징수의무자인 법인으로서 소득금액변동통지서에 기재된 소득처분의 내용에 따라 원천징수세액을 그 다음달 10일까지 관할 세무서장 등에게 납부하여야 할 의무를 부담하는 점에 비추어 보면, 소득금액변동통지는 원천징수의무자인 법인의 납세의무에 직접 영향을 미치는 과세관청의 행위로서, 항고소송의 대상이 되는 조세행정처분이라고 봄이 상당하다.(원천징수의무자인 법인은 항고소송으로써 소득금액변동통지의 취소를 구할 법률상 이익이 있다.; 대판 2013. 4. 26. 2012두27954) (대판(전) 2006. 4. 20. 2002두1878)
- ⑤ [○] 국가보훈처장의 유족에 대한 서훈취소통보는 상대방 또는 기타 관계자들의 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 일으키지 아니하는 행위로 항고소송의 대상이 될 수 없는 사실상의 통지에 해당하므로 그 취소를 구하는 이 부분 소는 부적법하다. (대판 2015. 4. 23. 2012두26920)

정답 ②

문 5. 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

|| 해설 || 판단여지의 한계

사법심사가 제한되는 행정결정에 있어서도 법원은 법을 위반했는지 [=① [○]합의제 행정기관이 적정하게 구성되었는지 여부(위법한 구성) ⑤ [○]법에 규정된 절차의 준수여부(절차규정) ④ [○] 법의 일반원칙 위반 여부] 와 ③ [○]행정결정이 정확한 사실관계에 기초하고 있는지 여부, 사안과 무관한 고려 내지 자의성의 개입여부에 대한 심사를 하게 된다. 즉, 판단여지가 인정되는 경우에도 사법심사가 전면적으로 배제되는 것이 아니다.

② [×] 판단여지의 적용범위

비대체적 결정	고도의 개인적이고도 인격적인 사안에 관련된 결정(EX. 시험결정, 유급결정, 인사고과 및 승진 결정).
합의제 행정기관의 구속적 가치평가	행정기관은 관련된 사안에 필수적이고도 전문적인 지식을 소유하고 있으며 합의에 따라 다른 행정기관으로부터 독립적인 결정을 내릴 수 있기 때문에 인식에 대한 권한이 주어진다. (EX. 청소년유해성판정, 공연적합성, 문화재판정 등)
미래예측결정	불안정성과 합리성의 결여로 특징되고 있는 예측은 경험칙과 주어진 개연성의 정도에 의존되고 있으며 따라서 행정청의 평가의 특권이 인정될 수 있다.(EX. 주택시장변화에 대한 예측, 환경행정에 있어서 위해의 평가)
고유한 행정정책적 결정	전쟁무기의 생산 및 수출 등의 외교정책, 자금지원대상업체의 결정과 같은 경제정책 기타 사회정책 및 교통정책 등 행정정책적인 결정들이 불확정법개념과 결부될 때 이에 대한 내용적 결정은 행정의 고유한 임무가 된다.

정답 ②

문 6. 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.

|| 해설 ||

- ① [O] 법원이 서류에 대한 열람·등사를 허용할 것을 명하는 결정을 하였는데도 ... 관련 법령의 해석상 법원의 결정에 따르는 것이 당연하고 그와 달리 해석될 여지가 없는 데도 검사가 관련 법령의 해석에 관하여 대법원판례 등의 선례가 없다는 이유 등으로 일부 서류의 열람·등사를 거부한 사안에서, 열람·등사 거부 행위 당시 검사에게 국가배상법 제2조 제1항에서 정한 과실이 인정된다. (대판 2012. 11. 15. 2011다48452)
- ② [O] 담당공무원이 보통 일반의 공무원을 표준으로 하여 볼 때 객관적 주의의무를 결하여 그 행정처분이 객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 정도에 이른 경우에 국가배상법 제2조 소정의 국가배상책임의 요건을 충족하였다고 봄이 상당할 것이다. (대판 2003. 12. 11. 2001다65236)
- ③ [X] 행정처분이 항고소송에서 취소될지라도 당해 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것이어서 불법행위를 구성하는 것은 아니며, 그 행정처분의 담당공무원이 일반의 공무원을 표준으로 하여 볼 때 객관적 주의의무를 결하여 그 행정처분이 객관적 정당성을 상실하여야 국가배상책임이 인정된다. (대판 2000. 5. 12. 99다70600)
- ④ [O] 구체적인 경우 어느 행정처분을 할 것인가에 관하여 행정청 내부에 일응의 기준을 정해 둔 경우 그 기준에 따른 행정처분을 하였다면 이에 관여한 공무원에게 그 직무상의 과실이 있다고 할 수 없다. (대판 1984. 7. 24. 84다카597)
- ⑤ [O] 법령을 위반하였다 함은 엄격한 의미의 법령 위반뿐 아니라 인권존중, 권력남용금지, 신의성실과 같이 공무원으로서 마땅히 지켜야 할 준칙이나 규범을 지키지 아니하고 위반한 경우를 포함하여 널리 그 행위가 객관적인 정당성을 결여하고 있음을 뜻하는 것^{2017서7, 2016교행}이다. (대판 2008. 6. 12. 2007다64365)

정답 ③

[각론] 문 7. 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.

[총론] 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 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 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.

|| 해설 ||

- ① [X] '순천시 지방공기업단지 조성 및 분양에 관한 조례 일부개정 조례안' 등이 지방자치단체 사무의 민간위탁에 관하여 지방의회의 사전 동의를 받도록 한 것은 지방자치단체장의 민간위탁에 대한 일방적인 독주를 제어하여 민간위탁의 남용을 방지하고 그 효율성과 공정성을 담보하기 위한 장치에 불과하고, 민간위탁 권한을 지방자치단체장으로 부터 박탈하려는 것이 아니므로, 지방자치단체장의 집행권한을 본질적으로 침해하는 것으로 볼 수 없다. ^{2019국회8} (대판 2009. 12. 24. 2009추121)

- ② [O] 지방자치단체의 장이 기관위임된 국가행정사무를 처리하는 경우, 그 지방자치단체가 같은 법 제6조 제1항 소정의 비용부담자로서 배상책임을 지는지 여부(적극)

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. ^{2017지9하, 2017국회8} (대판 1994. 12. 9. 94다38137)

- ③ [O] 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.)

- ④ [O] 「지방자치법」

제169조(위법·부당한 명령·처분의 시정)

- ① 지방자치단체의 사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해친다고 인정되면 시·도에 대하여는 주무부장관이, 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.

- ⑤ [O] 법령상 지방자치단체의 장이 처리하도록 규정하고 있는 사무가 자치사무 또는 기관위임사무에 해당하는지 여부의 판단 방법

법령상 지방자치단체의 장이 처리하도록 규정하고 있는 사무가 자치사무인지 아니면 기관위임사무인지를 판단함에 있어서는 그에 관한 법령의 규정 형식과 취지를 우선 고려하여야 하지만 그 외에도 그 사무의 성질이 전국적으로 통일적인 처리가 요구되는 사무인지 여부나 그에 관한 경비부담과 최종적인 책임귀속의 주체 등도 아울러 고려하여야 한다. (대판 2003. 4. 22. 2002두10483)

정답 ①

문 8. 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 사회통념상 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 민간투자법」상의 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 하였더라도 동일한 심의결과가 나왔을 것으로 보이는 점 등에 비추어 그 인가처분은 당연무효가 아니다.

|| 해설 ||

- ① [O] 대학의 장이 대학인사위원회에서 임용동의안이 부결되었음을 이유로 하여 교수 등의 임용 또는 임용제청을 거부하는 행위는 그것이 사회통념상 현저히 타당성을 잃었다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 이상 재량권을 일탈·남용하였다고 볼 수 없다. (대판 2009. 3. 26. 2008두13705)
- ② [O] 구 학교보건법상 학교환경위생정화구역에서의 금지행위 및 시설의 해제 여부에 관한 행정처분을 함에 있어 학교환경위생정화위원회의 심의절차를 누락한 행정처분은 취소사유이다. ^{2017지9하} (대판 2007. 3. 15. 2006두15806)
- ③ [O] 민간투자심의위원회는 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. (대판 2009. 4. 23. 2007두13159)
- ④ [X] 구 폐기물처리시설 설치촉진 및 주변지역 지원 등에 관한 법률에 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. ^{2019국7, 2018지9, 2017국9} (대판 2007. 4. 12. 2006두20150)
- ⑤ [O] 법학교육위원회는 피고(교육과학기술부장관)의 심의기관에 해당할 뿐 의결기관의 지위를 가진다고 할 수는 없다. 교수위원들이 위원회 제15차 회의에 관여한 것은 소속대학에 대한 관계에서 법 제13조(법학교육위원회의 위원의 제척사유)를 위반한 것이기는 하나, 법 제13조의 적용 범위 등에 관하여 해석상 논의의 여지가 있고, 교수위원이 소속한 전남대학교의 경우 서울외권역 중 2순위의 평가점수를 받아 소속 교수위원이 배제된 상태에서 심의를 하였더라도 동일한 심의결과가 나왔을 것으로 보이는 점 등에 비추어, 그러한 위반은 이 사건 인가처분의 무효사유가 아니라 취소사유에 해당한다. (대판 2009. 12. 10. 2009두8359)

정답 ④

문 9. 영업양도에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 구「액화석유가스의 안전 및 사업관리법」상 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 하였다는 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 현실적으로 발생하여야 하며 그 원인이 되는 사실이 존재하는 것만으로는 부족하다.
- ④ 구「식품위생법」상의 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.

|| 해설 ||

- ① [O] 액화석유가스의 안전 및 사업관리법상 사업양수에 의한 지위승계신고를 수리하는 허가관청의 행위는 단순히 양도, 양수자 사이에 발생한 사법상의 사업양도의 법률효과에 의하여 양수자가 사업을 승계하였다는 사실의 신고를 접수하는 행위에 그치는 것이 아니라 실질에 있어서 양도자의 사업허가를 취소함과 아울러 양수자에게 적법히 사업을 할 수 있는 법규상 권리를 설정하여 주는 행위로서^{2018지9} 사업허가자의 변경이라는 법률효과를 발생시키는 행위이므로 허가관청이 법 제7조 제2항에 의한 사업양수에 의한 지위승계신고를 수리하는 행위는 행정처분에 해당한다. (대판 1993. 6. 8. 91누11544)
- ② [O] 석유판매업 등록은 원칙적으로 대물적 허가의 성격을 갖고, 또 석유판매업자가 받게 되는 사업정지 등의 제재 처분은 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 제재 처분의 승계가 포함되어 그 지위를 승계한 자에 대하여 사업정지 등의 제재처분을 취할 수 있다고 보아야 한다. (대판 2003. 10. 23. 2003두8005)
- ③ [X] 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 취소사유(운전면허 취소사실)가 현실적으로 발생하지 않은 경우라도 그 원인되는 사실이 이미 존재하였다면, 관할관청으로서는 그 후 발생한 운송사업면허 취소사유에 기하여 양수인의 사업면허를 취소할 수 있는 것이다. (대판 2010. 4. 8. 2009두17018)
- ④ [O] 식품위생법 규정에 의하여 영업자지위승계신고를 수리하는 처분은 종전의 영업자의 권익을 제한하는 처분이라 할 것이고 따라서 종전의 영업자는 그 처분에 대하여 직접 그 상대가 되는 자에 해당한다고 봄이 상당하므로, 행정청으로서는 위 신고를 수리하는 처분을 함에 있어서 행정절차법 규정 소정의 당사자에 해당하는 종전의 영업자에 대하여 위 규정 소정의 행정절차를 실시하고 처분을 하여야 한다.^{2018국9, 2018국회8, 2017국9하} (대판 2003. 2. 14. 2001두7015)
- ⑤ [O] 구 식품위생법에 의하여 영업양도에 따른 지위승계신고를 수리하는 허가관청의 행위는, 단순히 양도·양수인 사이에 이미 발생한 사법상의 사업양도의 법률효과에 의하여 양수인이 그 영업을 승계하였다는 사실의 신고를 접수하는 행위에 그치는 것이 아니라, 실질에 있어서 양도자의 사업허가를 취소함과 아울러 양수자에게 적법히 사업을 할 수 있는 권리를 설정하여 주는 행위로서 사업허가자의 변경이라는 법률효과를 발생시키는 행위이다.^{2019지9, 2019서9, 2018국회8} (대판 1996. 10. 25. 96도2165)

정답 ③

[각론] 문 10. 공물의 사용관계에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

[총론] 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.

[총론] ③ 국유재산 등의 관리청이 하는 행정재산의 사용·수익에 대한 허가는 사경제주체로서 행하는 사법상의 행위에 해당한다.

[총론] 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 「국유재산법」에 규정한 것을 제외하고는 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」의 규정을 준용한다.

|| 해설 ||

① [×] 공공용물에 대한 일반사용이 적법한 개발행위로 제한됨으로 인한 불이익이 손실보상의 대상이 되는 특별한 손실인지 여부(소극)^{2018서9}

일반 공중의 이용에 제공되는 공공용물에 대하여 특허 또는 허가를 받지 않고 하는 일반사용은 다른 개인의 자유이용과 국가 또는 지방자치단체 등의 공공목적에 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. (대판 2002. 2. 26. 99다35300)

② [×] 도로의 점용이라 함은, 일반공중의 교통에 공용되는 도로에 대하여 이러한 일반사용과는 별도로 도로의 특정부분을 유형적, 고정적으로 사용하는 이른바 특별사용을 뜻하는 것이고, 그와 같은 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 말할 수 없다.^{2019서7} (대판 1995. 2. 14. 94누5830)

③ [×] 국유재산 등의 관리청이 하는 행정재산의 사용·수익에 대한 허가는 순전히 사경제주체로서 행하는 사법상의 행위가 아니라 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는 행정처분으로서 특정인에게 행정재산을 사용할 수 있는 권리를 설정하여 주는 강학상 특허에 해당한다.^{2018서9, 2017국회8, 2016서7} (대판 2006. 3. 9. 2004다31074)

④ [×] 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 없다. (대판 1992. 9. 22. 91누13212)

⑤ [O] 「국유재산법」

제31조(사용허가의 방법)

③ 행정재산의 사용허가에 관하여는 이 법에서 정한 것을 제외하고는 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」의 규정을 준용한다.

정답 ⑤

[각론] 문 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 법률조항들은 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.

[총론] 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 흉기소지 여부의 조사가 포함되지 않으므로, 흉기소지 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 상당한 보상을 하여야 한다.

|| 해설 || 이하 「경찰관직무집행법」

- ① [O] 경찰청장이 지문정보를 보관하는 행위는 공공기관의개인정보보호에관한법률에 근거한 것으로 볼 수 있고, 그 밖에 주민등록법, 경찰법 제3조 및 경찰관직무집행법 제2조에도 근거하고 있다.
경찰청장이 보관하고 있는 지문정보를 전산화하고 이를 범죄수사목적에 이용하는 행위가 법률의 근거가 있는 것인지 여부에 관하여 보건대, 경찰청장이 지문정보를 보관하는 행위의 법률적 근거로서 거론되는 법률조항들은 모두 경찰청장이 지문정보를 범죄수사목적에 이용하는 행위의 법률적 근거로서 원용될 수 있다. (헌재 2005. 5. 26. 선고 99헌마513, 2004헌마190(병합))

- ② [O] 경찰관직무집행법의 내용 및 체계 등을 종합하면, 경찰관이 ‘불심검문 대상자’ 해당 여부를 판단할 때에는 불심검문 당시의 구체적 상황은 물론 사전에 얻은 정보나 전문적 지식 등에 기초하여 불심검문 대상자인지를 객관적·합리적인 기준에 따라 판단하여야 하나, 반드시 불심검문 대상자에게 형사소송법상 체포나 구속에 이를 정도의 혐의가 있을 것을 요한다고 할 수는 없다.^{2018지7} (대판 2014. 2. 27. 2011도13999)

- ③ [O] 경찰관직무집행법 제6조 제1항의 경찰관의 제지에 관한 부분은 범죄의 예방을 위한 경찰 행정상 즉시강제 즉, ... 권력적 사실행위에 관한 근거조항이다.^{2018지7} (대판 2008. 11. 13. 2007도9794)

- ④ [X]

제3조(불심검문)

- ① 경찰관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람을 정지시켜 질문할 수 있다.
- ③ 경찰관은 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에게 질문을 할 때에 그 사람이 흉기를 가지고 있는지를 조사할 수 있다.

- ⑤ [O]

제11조의2(손실보상)

- ① 국가는 경찰관의 적법한 직무집행으로 인하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 손실을 입은 자에 대하여 정당한 보상을 하여야 한다. <개정 2018. 12. 24.>
- 1. 손실발생의 원인에 대하여 책임이 없는 자가 생명·신체 또는 재산상의 손실을 입은 경우(손실발생의 원인에 대하여 책임이 없는 자가 경찰관의 직무집행에 자발적으로 협조하거나 물건을 제공하여 생명·신체 또는 재산상의 손실을 입은 경우를 포함한다)
- 2. 손실발생의 원인에 대하여 책임이 있는 자가 자신의 책임에 상응하는 정도를 초과하는 생명·신체 또는 재산상의 손실을 입은 경우

정답 ④

문 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 종전의 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 다루는 것도 가능하다.
- ⑤ 무효와 취소의 구분기준에 관한 명백성보충요건설에 의하면 무효판단의 기준에 명백성 요건이 추가되므로 중대명백설보다 무효의 인정 범위가 좁아지게 된다.

|| 해설 ||

- ① [×] 당연무효인 징계처분의 하자가 피징계자의 인용으로 치료되는지 여부(소극)
징계처분이 중대하고 명백한 흠 때문에 당연무효의 것이라면 징계처분을 받은 자가 이를 용인하였다 하여 그 흠이 치료되는 것은 아니다. 2019지9, 2018교행, 2016지9 (대판 1989. 12. 12. 88누8869)
- ② [○] 절차상 또는 형식상 하자로 인하여 무효인 행정처분이 있는 후 행정청이 관계 법령에서 정한 절차 또는 형식을 갖추어 다시 동일한 행정처분을 하였다면 당해 행정처분은 종전의 무효인 행정처분과 관계없이 새로운 행정처분이라고 보아야 한다. 2019국회8, 2016국7 (대판 2014. 3. 13. 2012두1006)
- ③ [×] 적법한 건축물에 대한 철거명령의 효력(당연무효) 및 그 후행행위인 대집행계고처분의 효력(당연무효) 2019서7, 2017국7하, 2017서7
적법한 건축물에 대한 철거명령은 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효라고 할 것이고, 그 후행행위인 건축물철거대집행계고처분 역시 당연무효라고 할 것이다. (대판 1999. 4. 27. 97누6780)
- ④ [×] 후행행위의 하자를 이유로 선행행위를 다루는 것은 하자의 승계문제가 아닐 뿐더러, 인정될 수도 없다.
[판례] 계고처분의 후속절차인 대집행에 위법이 있다고 하더라도, 그와 같은 후속절차에 위법성이 있다는 점을 들어 선행절차인 계고처분이 부적법하다는 사유로 삼을 수는 없다. (대판 1997. 2. 14. 96누15428)
- ⑤ [×] 무효와 취소의 구별기준

중대명백설 (통설·판례)	행정행위의 하자의 내용이 중대하고, 그 하자가 외관상 명백한 때에는 당해 행정행위는 무효가 되고, 그 중 어느 한 요건 또는 두 요건 전부가 결여한 경우에는 당해 행정행위는 취소할 수 있는 행정행위에 불과하다고 보는 견해.
명백성보충요건설 (예외적 판례의 입장)	하자의 중대성은 항상 요건이 되나 명백성은 항상 요구되는 것이 아니고 행정의 법적 안정성이나 제3자의 신뢰보호의 요청이 있는 경우에만 추가적(가중적)으로 요구되는 요건으로 보는 견해이다. 2015서9 예를 들어, 이해관계가 있는 제3자가 있는 경우 명백성도 요구되나 직접 상대방의 이해에만 관계되는 경우에는 명백성을 요구할 필요가 없다고 한다. 따라서 중대명백설보다 무효의 범위가 넓어지게 된다. 2017지9하

정답 ②

문 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, 수입 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.

|| 해설 ||

- ① [O] 일반적으로 법률의 위임에 의하여 효력을 갖는 법규명령의 경우, 구법에 위임의 근거가 없어 무효였더라도 사후에 법개정으로 위임의 근거가 부여되면 그 때부터는 유효한 법규명령이 된다. ^{2017세7, 2016사복, 2015국9} (대판 1995. 6. 30. 93추83)
- ② [X] 헌법이 지방자치단체에 대해 포괄적인 자치권을 보장하고 있으므로 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다고 할 것이다. (헌재 1995. 4. 20. 92헌마264,279)
- ③ [O] 법령의 규정이 특정 행정기관에게 법령 내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서 권한행사의 절차나 방법을 특정하지 아니한 경우에는 수입 행정기관은 행정규칙이나 규정 형식으로 법령 내용이 될 사항을 구체적으로 정할 수 있다. ^{2017국9하} 이 경우 행정규칙 등은 당해 법령의 위임한계를 벗어나지 않는 한 대외적 구속력이 있는 법규명령으로서 효력을 가지게 된다. (대판 2012. 7. 5. 2010다72076)
- ④ [O] 헌법 제75조는 "구체적으로 범위를 정하여" 위임하도록 하여 위임의 한계를 제시하고 있다... 이와 같은 위임입법의 구체성, 명확성의 요구 정도는 그 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만, 특히 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성, 명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정법규의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면에, 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성, 명확성의 요건이 완화되어야 할 것이다. ^{2017지9} (헌재 1999. 1. 28. 97헌가8)
- ⑤ [O] 법규명령의 근거법률에 대하여 위헌결정이 선고되면 법규명령도 효력을 상실한다. (대판 2001. 6. 12. 2000다18547)

정답 ②

문 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 하였더라도 후속처분이 위법한 경우에는 그 재결에 대한 취소소송을 제기하지 않고도 곧바로 후속처분에 대한 항고소송을 제기하여 다툴 수 있다.
- ④ 건축신고 반려행위가 이루어진 단계에서 당사자로 하여금 반려행위의 적법성을 다툴 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.

|| 해설 ||

- ① [O] 현행 행정쟁송제도 아래서는 부관 그 자체만을 독립된 쟁송의 대상으로 할 수 없는 것이 원칙이나 행정행위의 부관 중에서도 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.^{2019지7, 2018국7, 2018서9} (대판 1992. 1. 21. 91누1264)
- ② [O] 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. (대판 1994. 1. 25. 93누8542)
- ③ [O] 당사자의 신청을 받아들이지 않은 거부처분이 재결에서 취소된 경우, 재결의 취소를 구할 법률상 이익이 있는지 여부(소극)
거부처분을 취소하는 재결이 있더라도 그에 따른 후속처분이 있기까지는 제3자의 권리나 이익에 변동이 있다고 볼 수 없고 후속처분 시에 비로소 제3자의 권리나 이익에 변동이 발생하며, 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. (대판 2017. 10. 31. 2015두45045)
- ④ [X] 행정청의 건축신고 반려행위 또는 수리거부행위가 항고소송의 대상이 되는지 여부(적극)^{2019국9, 2019지9, 2019서7}
건축주 등은 신고제하에서도 건축신고가 반려될 경우 당해 건축물의 건축을 개시하면 시정명령, 이행강제금, 벌금의 대상이 될 우려가 있어 불안정한 지위에 놓이게 된다. 따라서 건축신고 반려행위가 이루어진 단계에서 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 건축신고 반려행위는 항고소송의 대상이 된다고 보는 것이 옳다. (대판(전) 2010. 11. 18. 2008두167)
- ⑤ [O] 위법 건축물에 대한 단전 및 전화통화 단절조치 요청행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분인지 여부(소극)^{2017서9, 2011지7, 2010국9}
건축법의 규정에 비추어 보면, 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·전화공급자나 특정인의 법률상 지위에 직접적인 변동을 가져오는 것은 아니므로 이를 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다. (대판 1996. 3. 22. 96누433)

정답 ④

문 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.

|| 해설 || 이하 「질서위반행위규제법」

① [O]

고의 또는 과실(제7조)	<u>고의 또는 과실이 없는 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다.</u> 2019서7, 2017서9, 2017국회8
---------------	---

② [O]

과태료의 시효(제15조)	① 과태료는 행정청의 과태료 부과처분이나 법원의 과태료 재판이 확정된 후 5년간 징수하지 아니하거나 집행하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다. 2019지9, 2019서9, 2019국회8
---------------	---

③ [O]

제42조 (과태료 재판의 집행)	① 과태료 재판은 검사의 명령으로써 집행한다. 이 경우 그 명령은 집행력 있는 집행권원과 동일한 효력이 있다. 2012지9
제43조 (과태료 재판 집행을 위탁)	① <u>검사는 과태료를 최초 부과한 행정청에 대하여 과태료 재판의 집행을 위탁할 수 있고, 위탁을 받은 행정청은 국세 또는 지방세 체납처분의 예에 따라 집행한다.</u>

④ [X]

다수인의 질서위반행위 가담(제12조)	② <u>신분에 의하여 성립하는 질서위반행위에 신분이 없는 자가 가담한 때에는 신분이 없는 자에 대하여도 질서위반행위가 성립한다.</u> 2018지7, 2016서9, 2015지9
----------------------	---

⑤ [O]

수개의 질서위반행위의 처리(제13조)	① <u>하나의 행위가 2 이상의 질서위반행위에 해당하는 경우에는 각 질서위반행위에 대하여 정한 과태료 중 가장 중한 과태료를 부과한다.</u> 2019서9, 2017서9, 2016서9
----------------------	---

정답 ④

[각론] 문 16. 공물에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

[총론] ① 공유 일반재산의 대부료와 연체료를 납부기한까지 내지 아니한 경우, 특별한 사정이 없는 한 민사소송으로 공유 일반재산의 대부료의 지급을 구하는 것은 허용되지 아니한다.

② 「국유재산법」상 행정재산의 종류는 공용재산, 공공용재산, 기업용재산, 보존용재산으로 구분된다.

[총론] ③ 「국유재산법」상의 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.

[총론] ⑤ 국유재산의 무단점유자에 대하여 국가는 변상금 부과·징수권의 행사와 별도로 국유재산의 소유자로서 민사상 부당이득반환청구의 소를 제기할 수 있다.

|| 해설 || 이하 「국유재산법」

① [O] 국유재산법에 따르면, 국유 일반재산의 관리·처분에 관한 사무를 위탁받은 자는 국유 일반재산의 대부료 등이 납부기한까지 납부되지 아니한 경우에는 국세징수법의 체납처분에 관한 규정을 준용하여 대부료 등을 징수할 수 있다. 이와 같이 국유 일반재산의 대부료 등의 징수에 관하여는 국세징수법 규정을 준용한 간이하고 경제적인 특별 구제절차가 마련되어 있으므로, 특별한 사정이 없는 한 민사소송의 방법으로 대부료 등의 지급을 구하는 것은 허용되지 아니한다. ^{2018지9, 2016지7} (대판 2014. 9. 4. 2014다203588)

② [O]

제6조(국유재산의 구분과 종류)

① 국유재산은 그 용도에 따라 행정재산과 일반재산으로 구분한다.

② 행정재산의 종류는 다음 각 호와 같다.

1. 공용재산 2. 공공용재산

3. 기업용재산 4. 보존용재산

③ "일반재산"이란 행정재산 외의 모든 국유재산을 말한다.

③ [O] 국유잡종재산(현 국유일반재산) 대부행위의 법적 성질(=사법상 계약) 및 그 대부료 납부고지의 법적 성질(=사법상 이행청구) ^{2017지9하, 2017사복, 2017교행}

국유잡종재산을 대부하는 행위는 국가가 사경제 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 행하는 사법상의 계약이고, ... 국유잡종재산에 관한 대부료의 납부고지 역시 사법상의 이행청구에 해당하고, 이를 행정처분이라고 할 수 없다. (대판 2000. 2. 11. 99다61675)

④ [X] 하천점용허가권의 성질

하천의 점용허가권은 특허에 의한 공물사용권의 일종으로서 하천의 관리주체에 대하여 일정한 특별사용을 청구할 수 있는 채권에 지나지 아니하고 대세적 효력이 있는 물권이라 할 수 없다. ^{2018지7} (대판 1990. 2. 13. 89다카23022)

[해설: 공물사용권은 법률이 물권으로 규율하고 있는 경우를 제외하고는 원칙적으로 공물관리자에 대한 채권적 성질을 갖는다.]

⑤ [O] 국유재산의 무단점유자에 대하여 구 국유재산법 제51조 제1항, 제4항, 제5항에 의한 변상금 부과·징수권의 행사와 별도로 민사상 부당이득반환청구의 소를 제기할 수 있는지 여부(적극) ^{2019서7, 2018국7, 2016서7}

국유재산의 무단점유자에 대한 변상금 부과는 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는 행정처분이고, 그 부과처분에 의한 변상금 징수권은 공법상의 권리인 반면, 민사상 부당이득반환청구권은 국유재산의 소유자로서 가지는 사법상의 채권이다.

이처럼 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)

정답 ④

문 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 설권적 처분의 성격은 갖지 않는다.
- ④ 구「사립학교법」에 따르면 학교법인의 이사장·이사·감사 등의 임원은 이사회의 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.

|| 해설 ||

- ① [○] 재단법인의 임원취임승인 신청에 대하여 주무관청이 이에 기속되어 이를 당연히 승인(인가)하여야 하는 것은 아니다. ^{2019서7} (대판 2000. 1. 28. 98두16996)
- ② [○] 법무부장관이 법률에서 정한 귀화 요건을 갖춘 귀화신청인에게 귀화를 허가할 것인지 여부에 관하여 재량권을 가지는지 여부(적극)
귀화허가의 근거규정의 형식과 문언, 귀화허가의 내용과 특성 등을 고려해 보면, 법무부장관은 귀화신청인이 귀화요건을 갖추었다 하더라도 귀화를 허가할 것인지 여부에 관하여 재량권을 가진다고 보는 것이 타당하다. (대판 2010. 10. 28. 2010두6496)
- ③ [×] 재개발조합설립인가신청에 대한 행정청의 조합설립인가처분은 단순히 사인(私人)들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 가지는 것이 아니라 법령상 일정한 요건을 갖추는 경우 행정주체(공법인)의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성질을 가진다고 보아야 한다. ^{2017지9, 2015국9, 2013지9} (대판 2010. 1. 28. 2009두4845)
- ④ [○] 구 사립학교법은 학교법인의 이사장·이사·감사 등의 임원은 이사회의 선임을 거쳐 관할청의 승인을 받아 취임하도록 규정하고 있는바, 관할청의 임원취임승인행위는 학교법인의 임원선임행위의 법률상 효력을 완성케 하는 보충적 법률행위이다. ^{2019서9, 2019국회8, 2017서7} (대판 2007. 12. 27. 2005두9651)
- ⑤ [○] 구 수도권 대기환경개선에 관한 특별법 제14조 제1항에서 정한 대기오염물질 총량관리사업장 설치의 허가 또는 변경허가 처분의 여부 및 내용의 결정이 행정청의 재량에 속하는지 여부(적극) ^{2019서9}
구 수도권대기환경특별법 제14조 제1항에서 정한 대기오염물질 총량관리사업장 설치의 허가 또는 변경허가는 특정인에게 수도권 대기관리권역에서 총량관리대상 오염물질을 일정량을 초과하여 배출할 수 있는 특정한 권리를 설정하여 주는 행위로서 그 처분의 여부 및 내용의 결정은 행정청의 재량에 속한다. (대판 2013. 5. 9. 2012두22799)

정답 ③

[각론] 문 18. 행정권한의 위임과 내부위임에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

[총론] ① 시장으로부터 체납취득세에 대한 압류처분권한을 내부위임받은 구청장이 자신의 이름으로 한 압류처분은 권한 없는 자에 의하여 행하여진 위법무효의 처분이다.

[총론] ② 행정권한의 위임의 경우에는 수입자가 자기의 이름으로 그 권한을 행사할 수 있는 반면, 행정권한의 내부 위임의 경우에는 수입자는 위임청의 이름으로 그 권한을 행사할 수 있을 뿐이다.

[총론] 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 규정」에 따라 위임받은 권한을 구청장에게 재위임할 수 있다.

⑤ 구「사립학교법」에 규정된 교육감의 학교법인 임원취임의 승인취소권은 교육감이 「정부조직법」상의 국가행정기관의 일부로서 가지는 권한이므로 조례에 의해서는 교육장에게 위임할 수 없다.

|| 해설 ||

① [○] 시장으로부터 체납취득세에 대한 압류처분권한을 내부위임받은 구청장이 자신의 이름으로 한 압류처분의 효력 유무 (소극)

체납취득세에 대한 압류처분권한은 도지사로부터 시장에게 권한위임된 것이고 시장으로부터 압류처분권한을 내부위임받은 데 불과한 구청장으로서 시장 명의로 압류처분을 대행처리할 수 있을 뿐이고 자신의 명의로 이를 할 수 없다 할 것이므로 구청장이 자신의 명의로 한 압류처분은 권한 없는 자에 의하여 행하여진 위법무효의 처분이다. (대판 1993. 5. 27. 93누6621)

② [○] 권한의 위임 · 내부위임

권한의 위임	행정청이 그의 권한의 일부를 다른 행정기관에 위양하여 수입기관의 권한으로 행사하게 하는 것을 말한다. <u>수입자는 자기의 이름으로 권한(처분)을 행사한다.</u> 따라서 이 경우 수입청이 쟁송법상 피고가 된다.
내부위임	행정청이 보조기관 또는 하급행정기관에게 내부적으로 일정한 사항의 결정권을 위임하여 <u>수입기관이 위임청의 이름으로 그의 권한을 사실상 대행하게 하는 것을 말한다.</u> 따라서 이 경우 여전히 위임청이 쟁송법상 피고가 된다.

③ [○] 행정처분을 행할 적법한 권한 있는 상급행정청으로부터 내부위임을 받은 데 불과한 하급행정청이 권한 없이 행정처분을 한 경우에도 실제로 그 처분을 행한 하급행정청을 피고로 하여야 할 것^{2017국9하, 2017사복}이지 그 처분을 행할 적법한 권한 있는 상급행정청을 피고로 할 것은 아니다. (대판 1994. 8. 12. 94누2763)

④ [○] 건설부장관의 권한에 속하는 건설업법 소정의 영업정지 등 처분권한은 서울특별시장 · 직할시장 또는 도지사에게 위임되었을 뿐 시 · 도지사가 이를 구청장 · 시장 · 군수에게 재위임할 수 있는 근거규정은 없으나, 정부조직법 제5조 제1항과 이에 기한 행정권한의위임및위탁에관한규정 제4조에 재위임에 관한 일반적인 근거규정이 있으므로 시 · 도지사는 그 재위임에 관한 일반적인 규정에 따라 위임받은 위 처분권한을 구청장 등에게 재위임할 수 있다. (대판 (전) 1995. 7. 11. 94누4615)

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 지방교육자치에관한 법률에 의하여 조례에 의하여서만 교육장에게 권한위임이 가능하다 할 것이므로, 행정권한의위임및위탁에관한규정 제4조에 근거하여 교육감의 학교법인 임원취임의 승인취소권을 교육장에게 위임함을 규정한 대전직할시교육감소관 행정권한의위임에관한규칙 제6조 제4호는 조례로 정하여야 할 사항을 규칙으로 정한 것이어서 무효이다. (대판(전) 1997. 6. 19. 95누8669)

정답 ⑤

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

- ① 「국가공무원법」상 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 나아가는 데 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「공무원연금법」에 따른 퇴직연금의 환수결정은 당사자에게 의무를 과하는 처분이기에는 하나 관련 법령에 따라 당연히 환수금액이 정하여지는 것이므로, 퇴직연금의 환수결정에 앞서 당사자에게 의견진술의 기회를 주지 아니하여도 「행정절차법」이나 신의칙에 어긋나지 아니한다.

|| 해설 ||

① [O] 「국가공무원법」

제13조(소청인의 진술권)

- ① 소청심사위원회가 소청 사건을 심사할 때에는 대통령령등으로 정하는 바에 따라 소청인 또는 제76조제1항 후단에 따른 대리인에게 진술 기회를 주어야 한다.
- ② 제1항에 따른 진술 기회를 주지 아니한 결정은 무효로 한다.

② [O] 행정절차법 제23조 제1항의 규정 취지 및 처분서에 처분의 근거와 이유가 구체적으로 명시되어 있지 않은 처분이라도 절차상 위법하지 않은 경우

행정절차법 제23조 제1항은 행정청이 처분을 하는 때에는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하도록 규정하고 있고, 이는 행정청의 자의적 결정을 배제하고 당사자로 하여금 행정구제절차에서 적절히 대처할 수 있도록 하는 데 그 취지가 있다. 따라서 처분 당시 당사자가 어떠한 근거와 이유로 처분이 이루어진 것인지를 충분히 알 수 있어서 그에 불복하여 행정구제절차로 나아가는 데에 별다른 지장이 없었던 것으로 인정되는 경우에는 처분서에 처분의 근거와 이유가 구체적으로 명시되어 있지 않았다고 하더라도 그로 말미암아 그 처분이 위법한 것으로 된다고 할 수는 없다. (대판 2013. 11. 14. 2011두18571)

③ [X] 행정처분의 취소를 구하는 항고소송에 있어서, 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서만 다른 사유를 추가하거나 변경할 수 있다.^{2015사복} (대판 2003. 12. 11. 2001두8827)

④ [O] 행정청이 식품위생법상의 청문절차를 이행함에 있어 청문서 도달기간을 다소 어겼지만 영업자가 이의하지 아니한 채 청문일에 출석하여 의견을 진술하고 변명하는 등 방어의 기회를 충분히 가진 경우 하자의 치유 여부(적극)^{2017국9하, 2016지9, 2016사복}

청문제도의 취지는 처분으로 말미암아 받게 될 영업자에게 미리 변명과 유리한 자료를 제출할 기회를 부여함으로써 부당한 권리침해를 예방하려는 데에 있는 것임을 고려하여 볼 때, 가령 행정청이 청문서 도달기간을 다소 어겼더라도 영업자가 이에 대하여 이의하지 아니한 채 스스로 청문일에 출석하여 그 의견을 진술하고 변명하는 등 방어의 기회를 충분히 가졌다면 청문서 도달기간을 준수하지 아니한 하자는 치유되었다고 봄이 상당하다. (대판 1992. 10. 23. 92누2844)

⑤ [O] 퇴직연금의 환수결정은 당사자에게 의무를 과하는 처분이기에는 하나, 관련 법령에 따라 당연히 환수금액이 정하여지는 것이므로, 퇴직연금의 환수결정에 앞서 당사자에게 의견진술의 기회를 주지 아니하여도 행정절차법 제22조 제3항이나 신의칙에 어긋나지 아니한다.^{2019국7, 2019지7, 2019사7} (대판 2000. 11. 28. 99두5443)

정답 ③

문 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 건물철거 대집행 과정에서 부수적으로 그 건물의 점유자들에 대한 퇴거조치를 할 수 있는 것이고, 건물의 점유자가 철거 의무자일 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.

|| 해설 ||

① [O] 중요판례

[1] 관계 법령상 행정대집행의 절차가 인정되어 행정청이 행정대집행의 방법으로 건물의 철거 등 대체적 작위의무의 이행을 실현할 수 있는 경우에는 따로 민사소송의 방법으로 그 의무의 이행을 구할 수 없다. ^{2019서9, 2019국회8, 2018지9} 한편 건물의 점유자가 철거의무자일 때에는 건물철거의무에 퇴거의무도 포함되어 있는 것이어서 별도로 퇴거를 명하는 집행권원이 필요하지 않다. ^{2019국9, 2019지9, 2019서9}

[2] 행정청이 행정대집행의 방법으로 건물철거의무의 이행을 실현할 수 있는 경우에는 건물철거 대집행 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 경찰의 도움을 받을 수도 있다. ^{2019서9, 2018지9, 2018국회8} (대판 2017. 4. 28. 2016다213916)

- ② [O] 과세관청이 체납처분으로서 행하는 공매는 우월한 공권력의 행사로서 행정소송의 대상이 되는 공법상의 행정처분 ^{2017사복, 2015국9}이며 공매에 의하여 재산을 매수한 자는 그 공매처분이 취소된 경우에 그 취소처분의 위법을 주장하여 행정소송을 제기할 법률상 이익이 있다. ^{2016지9, 2016국7} (대판 1984. 9. 25. 84누201)
- ③ [X] 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. ... 대집행과 이행강제금을 선택적으로 활용할 수 있으며 ^{2017국7하, 2015국7}, 이처럼 그 합리적인 재량에 의해 선택하여 활용하는 이상 중첩적인 제재에 해당한다고 볼 수 없다. ^{2019국회8} (헌재 2004. 2. 26. 2001헌바80,84,102,103,2002헌바26)
- ④ [O] 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 아니고 예정가격을 낮추었기 때문에 부당하게 저렴한 가격으로 공매가 되었다는 사정이 있을때에만 그 공매를 위법하다고 보아야 할 것이다. (대판 1990. 2. 9. 89누5553)
- ⑤ [O] 체납자 등에 대한 공매통지는 공매에서 체납자 등의 권리 내지 재산상의 이익을 보호하기 위하여 법률로 규정한 절차적 요건이라고 보아야 하며, 공매처분을 하면서 체납자 등에게 공매통지를 하지 않았거나 공매통지를 하였더라도 그것이 적법하지 아니한 경우에는 절차상의 흠이 있어 그 공매처분은 위법하다. 다만, 체납자 등은 자신에 대한 공매통지의 하자만을 공매처분의 위법사유로 주장할 수 있을 뿐 다른 권리자에 대한 공매통지의 하자를 들어 공매처분의 위법사유로 주장하는 것은 허용되지 않는다. (대판(전) 2008. 11. 20. 2007두18154)

정답 ③

문 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 권리·의무에 직접 영향을 미친다 하더라도 행정처분에 해당하지 않는다.
- ⑤ 금융감독원장이 종합금융주식회사의 전 대표이사에게 재직 중 위법·부당행위 사례를 첨부하여 금융 관련 법규를 위반하고 신용질서를 심히 문란하게 한 사실이 있다는 내용으로 '문책경고장(상당)'을 보낸 행위는 행정처분에 해당한다.

|| 해설 ||

- ① [×] 징병검사시의 신체등위판정이 행정처분인지 여부(소극)^{2017서9, 2016사복}

병역법상 신체등위판정은 행정청이라고 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. (대판 1993. 8. 27. 93누3356)

- ② [○] 교육부장관이 자의적으로 대학에서 추천한 복수의 총장 후보자들 전부 또는 일부를 임용제청하지 않는다면 대통령으로부터 임용을 받을 기회를 박탈하는 효과가 있다. 따라서 교육부장관이 대학에서 추천한 복수의 총장 후보자들 전부 또는 일부를 임용제청에서 제외하는 행위는 제외된 후보자들에 대한 불이익처분으로서 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 보아야 한다.^{2019카9} (대판 2018. 6. 15. 2016두57564)

- ③ [×] 지방의회 의장에 대한 불신임의결이 행정처분의 일종인지 여부(적극)^{2010국회8}

지방의회 의장에 대한 불신임의결은 의장으로서의 권한을 박탈하는 행정처분의 일종으로서 항고소송의 대상이 된다.[피고는 지방의회가 된다.] (대결 1994. 10. 11. 94두23)

- ④ [×] 국가종합전자조달시스템인 나라장터(나라장터 종합쇼핑몰에서 등록된 물품을 수요기관에 직접 판매)거래정지 조치는 비록 물품구매계약 추가특수조건이라는 사법상 계약에 근거한 것이기는 하지만 행정청인 피고가 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사로서 그 상대방인 원고의 권리·의무에 직접 영향을 미치므로 항고소송의 대상에 해당한다고 봄이 타당하다. (대판 2018. 11. 29. 2015두52395)

- ⑤ [×] '문책경고장(상당)'이라는 제목하에 위법·부당행위 사례를 첨부하여 원고가 소외 주식회사의 대표이사로 근무할 당시 금융관련 법규를 위반하고 신용질서를 심히 문란하게 한 사실이 있었다고 하여 이를 통보하는 내용의 서면 통보행위는 어떠한 법적 근거에 기하여 발하여진 것이 아니고, 단지 위법·부당행위 사례에 관한 단순한 사실의 통지에 불과한 것으로서, 다만 금융기관감사및제재에관한규정의 문책경고의 제재에 해당하는 사례라는 취지로 '문책경고장(상당)'이라는 제목을 붙인 것일 뿐 금융업 관련 법규에 근거한 문책경고의 제재처분 자체와는 다르고, 달리 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. (대판 2005. 2. 17. 2003두10312)

[비교판례] 금융기관의 임원에 대한 금융감독원장의 문책경고가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 한 사례
2018지9, 2016국9, 2014국회8

은행업감독규정 제18조 제1호는 제재규정에 따라 문책경고를 받은 자로서 문책경고일로부터 3년이 경과하지 아니한 자는 은행장, 상근감사위원, 상임이사, 외국은행지점 대표자가 될 수 없다고 규정하고 있어서, 금융기관의 임원에 대한 금융감독원장의 문책경고는 그 상대방에 대한 직업선택의 자유를 직접 제한하는 효과를 발생하게 하는 등 상대방의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행위로서 행정처분에 해당한다. (대판 2005. 2. 17. 2003두14765)

정답 ②

문 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 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 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 불이익 조치를 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.

|| 해설 ||

- ① [×] 국가의 공권력이 헌법과 법률에 근거하지 아니하고 통상의 행정지도의 한계를 넘어 부실기업의 정리라는 명목 하에 사기업의 매각을 지시하거나 그 해체에 개입하는 것은 허용되지 아니하나, 원래 재무부장관은 금융기관의 불건전채권 정리에 관한 행정지도를 할 권한과 책임이 있고, 이를 위하여 중요한 사항은 대통령에게 보고하고 지시를 받을 수도 있으므로, 재무부장관이 부실채권의 정리에 관하여 금융기관에 대하여 행정지도를 함에 있어 사전에 대통령에게 보고하여 지시를 받는다고 하여 위법하다고 할 수는 없다. (대판 1999. 7. 23. 96다21706)

- ② [×] 구 남부차별금지및구제에관한법률상 국가인권위원회의 성희롱결정 및 시정조치권고가 행정소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는지 여부(적극)^{2019서7, 2017국9하, 2016서9}
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. (대판 2005. 7. 8. 2005두487)

- ③ [×] 「행정절차법」

행정지도의 원칙(제48조)	① 행정지도는 그 목적 달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 하며(=비례의 원칙)^{2015교행, 2015서9}, 행정지도의 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요하여서는 아니 된다(=임의성의 원칙).^{2019국9, 2019서9} ② 행정기관은 행정지도의 상대방이 행정지도에 따르지 아니하였다는 것을 이유로 불이익한 조치를 하여서는 아니 된다(=불이익조치금지원칙).^{2017지9, 2017교행, 2015서9}
----------------	--

- ④ [○] 교육인적자원부장관의 국·공립대학총장들에 대한 학칙시정요구가 헌법소원의 대상이 되는 공권력행사인지 여부(적극)^{2019국9, 2017지9하, 2017국회8}
교육인적자원부장관의 대학총장들에 대한 이 사건 학칙시정요구의 법적 성격은 대학총장의 임의적인 협력을 통하여 사실상의 효과를 발생시키는 행정지도의 일종이지만, 그에 따르지 않을 경우 일정한 불이익조치를 예정하고 있어 사실상 상대방에게 그에 따를 의무를 부과하는 것과 다를 바 없으므로 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 상당히 강하게 갖는 것으로서 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라고 볼 수 있다. (헌재 2003. 6. 26. 2002헌마337)
- ⑤ [×] 행정지도가 강제성을 띠지 않은 비권력적 작용으로서 행정지도의 한계를 일탈하지 아니하였다면, 그로 인하여 상대방에게 어떤 손해가 발생하였다 하더라도 행정기관은 그에 대한 손해배상책임이 없다.^{2013지9} (대판 2008. 9. 25. 2006다18228)

정답 ④

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

- ① 공공기관이 공개청구의 대상이 된 정보를 공개하였다면, 설령 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 발생 하는 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.

|| 해설 ||

- ① [×] 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.^{2019국7, 2019서7} (대판 2016. 11. 10. 2016두44674)
- ② [○] 공개청구의 대상이 되는 정보가 이미 다른 사람에게 공개되어 널리 알려져 있거나 인터넷 등을 통하여 공개되어 인터넷검색 등을 통하여 쉽게 알 수 있다는 사정만으로는 비공개결정이 정당화될 수 없다.^{2019국7, 2019국9, 2019서9} (대판 2010. 12. 23. 2008두13101)
- ③ [○] 방송프로그램의 기획·편성·제작 등에 관한 정보로서 방송사가 공개하지 아니한 것은, 사업활동에 의하여 발생 하는 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 제9조 제1항 제7호에 정한 '법인 등의 경영·영업상 비밀에 관한 사항'에 해당할 뿐만 아니라 그 공개를 거부할 만한 정당한 이익도 있다고 보아야 한다. (대판 2010. 12. 23. 2008두13101)
- ④ [○] 실제로는 해당 정보를 취득 또는 활용할 의사가 전혀 없이 정보공개 제도를 이용하여 사회통념상 용인될 수 없는 부당한 이득을 얻으려 하거나, 오로지 공공기관의 담당공무원을 괴롭힐 목적으로 정보공개청구를 하는 경우처럼 권리의 남용에 해당하는 것이 명백한 경우에는 정보공개청구권의 행사를 허용하지 아니하는 것이 옳다.^{2019서9, 2019국회8, 2018교행} (대판 2014. 12. 24. 2014두9349)
- ⑤ [○] 정보공개청구권은 법률상 보호되는 구체적인 권리이므로 청구인이 공공기관에 대하여 정보공개를 청구하였다가 거부처분을 받은 것 자체가 법률상 이익의 침해에 해당한다.^{2017교행, 2015국9} (대판 2003. 12. 12. 2003두8050)

정답 ①

문 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 방지함이 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.

|| 해설 ||

- ① [O] 임대차계약관계는 사법상의 법률관계에 불과하여 원고에게 공법상의 행위의무가 생하는 것이 아니므로 이 건물의 철거는 민사소송의 방법으로 구함은 모르되 행정대집행법에 의한 철거계고처분을 한 조치는 법에 근거없는 처분으로써 그 하자가 중대하고 명백한 것이어서 당연무효라 할 것이다. (대판 1975. 4. 22. 73누215)

- ② [X] 대집행의 주체(「행정대집행법」 제2조)

대집행의 주체는 당해 행정청이 된다. 당해 행정청이란 대집행의 대상이 되는 의무를 명하는 처분을 한 행정청을 의미한다. 행정청은 대집행을 ㉠스스로 하거나(자기집행) ㉡제3자에게 대집행을 위탁할 수 있다(제3자에 의한 타자집행).

제2조 (대집행과 그 비용징수)	법률(법률의 위임에 의한 명령, 지방자치단체의 조례를 포함한다. 이하 같다)에 의하여 직접명령되었거나 또는 법률에 의거한 <u>행정청의 명령에 의한 행위</u> 로서 타인이 대신하여 행할 수 있는 행위를 의무자가 이행하지 아니하는 경우 다른 수단으로써 그 이행을 확보하기 곤란하고 또한 그 불이행을 방지함이 심히 공익을 해할 것으로 인정될 때에는 <u>당해 행정청은 스스로 의무자가 하여야 할 행위를 하거나 또는 제삼자로 하여금 이를 하게 하여 그 비용을 의무자로부터 징수할 수 있다.</u> 2018서9, 2017국9, 2015지9
-------------------------	---

- ③ [X] 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. 2019지7, 2017국7하, 2016국7 (대판 1996. 10. 11. 96누8086)

- ④ [X] 관계 법령상 행정대집행의 절차가 인정되어 행정청이 행정대집행의 방법으로 건물의 철거 등 대체적 작위의무의 이행을 실현할 수 있는 경우에는 따로 민사소송의 방법으로 그 의무의 이행을 구할 수 없다. 2019서9, 2019국회8, 2018지9 (대판 2017. 4. 28. 2016다213916)

- ⑤ [X] 행정쟁송 대상여부(모두 긍정)

- ㉠ 계고 : 준법률적 행정행위(통지)
- ㉡ 대집행영장에 의한 통지 : 준법률적 행정행위(통지)
- ㉢ 대집행의 실행 : 권력적 사실행위(통설, 판례)
- ㉣ 비용납부명령 : 행정행위(처분)로서 하명

정답 ①

문 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 도시계획시설 결정을 한 경우 이는 개발제한구역의 지정목적에 위배된 것으로 위법하다.
- ④ 토지수용위원회는 행정쟁송에 의하여 사업인정이 취소되지 아니하더라도 사업인정 자체를 무의미하게 하는, 즉 사업의 시행이 불가능하게 되는 것과 같은 재결을 행할 수 있다.
- ⑤ 구「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」상의 환매는 환매기간 내에 환매의 요건이 발생하고, 사업시행자가 성립에 동의함으로써 성립한다.

|| 해설 || 공용부담이란 국가, 지방자치단체 등 공익사업자가 일정한 공공복리를 적극적으로 증진하기 위하여 개인에게 부과되는 공법상의 경제적 부담을 말한다. ㉠인적공용부담에는 부담금, 노역 등이 있으며 ㉡물적공용부담에는 공용제한, 공용사용, 공용수용, 공용환지·공용환권 등이 있다.

① [○] 주거이전비 보상청구의 법적 성질(=공법상 권리)

주거이전비는 세입자들을 대상으로 하는 사회보장적인 차원에서 지급되는 금원의 성격을 가지므로, 적법하게 시행된 공익사업으로 인하여 이주하게 된 주거용 건축물 세입자의 주거이전비 보상청구권은 공법상의 권리이고, 따라서 그 보상을 둘러싼 쟁송은 민사소송이 아니라 공법상의 법률관계를 대상으로 하는 행정소송에 의하여야 한다.^{2019국7} (대판 2008. 5. 29. 2007다8129)

② [×] 문화재보호구역 내 토지 소유자의 문화재보호구역 지정해제 신청에 대한 행정청의 거부행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는지 여부(적극)

문화재보호구역 내에 있는 토지소유자 등으로서는 위 보호구역의 지정해제를 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있다고 할 것이고, 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.^{2018지7}
^{2016사복} (대판 2004. 4. 27. 2003두8821)

③ [×] 원칙적으로 개발제한구역에서의 개발행위는 제한되는 것이기는 하지만 위와 같은 개발제한구역의 지정목적에 위배되지 않는다면 허용될 수 있는 것인바, 도시계획시설인 묘지공원과 화장장 시설의 설치가 위와 같은 개발제한구역의 지정목적에 위배된다고 보이지 않으므로, 시장이 이미 개발제한구역으로 지정되어 있는 부지에 묘지공원과 화장장 시설들을 설치하기로 하는 내용의 도시계획시설결정을 하였다 하더라도 이를 두고 위법하다고 할 수 없다. (대판 2007. 4. 12. 2005두1893)

④ [×] 토지수용위원회는 행정쟁송에 의하여 사업인정이 취소되지 않는 한 그 기능상 사업인정 자체를 무의미하게 하는, 즉 사업의 시행이 불가능하게 되는 것과 같은 재결을 행할 수는 없다.^{2014국7} (대판 1994. 11. 11. 93누19375)

⑤ [×] 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제91조에 의한 환매는 환매기간 내에 환매의 요건이 발생하면 환매권자가 지급 받은 보상금에 상당한 금액을 사업시행자에게 미리 지급하고 일방적으로 의사표시를 함으로써 사업시행자의 의사와 관계없이 환매가 성립한다. (대판 2012. 8. 30. 2011다74109)

제91조 (환매권)	① 토지의 협의취득일 또는 수용의 개시일(이하 이 조에서 "취득일"이라 한다)부터 10년 이내에 해당 사업의 폐지·변경 또는 그 밖의 사유로 취득한 토지의 전부 또는 일부가 필요 없게 된 경우 취득일 당시의 토지소유자 또는 그 포괄승계인(이하 "환매권자"라 한다)은 그 토지의 전부 또는 일부가 필요 없게 된 때부터 <u>1년 또는 그 취득일부터 10년 이내에</u> 그 토지에 대하여 받은 <u>보상금에 상당하는 금액을 사업시행자에게 지급하고 그 토지를 환매할 수 있다.</u>
---------------	---

정답 ①