

2016년도 5급 승진시험 행정법 해설 A책형1)

01. 행정법상 신뢰보호의 원칙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정청의 공적 견해표명이 있었는지 여부의 판단은 반드시 행정조직상의 형식적인 권한분장에 구애될 것은 아니고, 담당자의 조직상의 지위와 임무 등과 그에 관한 상대방의 신뢰가능성에 비추어 실질에 의하여 판단하여야 한다.
- ② 사인의 보호가치 있는 신뢰는 소극적으로 귀책사유 유무로 판단하는바, 이 경우에는 엄격히 상대방에 한정하여 귀책사유 유무를 판단하여야 한다.
- ③ 폐기물관리법령에 의한 폐기물처리업 사업계획에 대하여 적정통보를 한 것만으로 그 사업부지 토지에 대한 국토이용계획변경신청을 승인하여 주겠다는 취지의 공적인 견해표명을 한 것으로 볼 수 없다.
- ④ 보세운송면허세의 부과근거이던 「지방세법 시행령」이 폐지될 때까지 4년 동안 그 면허세를 부과할 수 있는 정을 알면서도 처분청이 '수출확대'라는 공익상 필요에서 한 건도 이를 부과한 일이 없었다면, 납세자는 그것을 믿을 수밖에 없고 그로써 비과세의 관행이 이루어졌다고 보아도 무방하다.
- ⑤ 사회환경이나 경제여건의 변화에 따른 필요성에 의하여 법률 등은 신축적으로 변할 수밖에 없고 변경된 새로운 법질서와 기존 법질서 사이에는 경우에 따라 어느 정도 이해관계의 상충이 생길 수 있으므로 국민들이 공권력행사에 관하여 가지는 모든 기대 내지 신뢰가 헌법상 권리와 같이 보호되는 것은 아니다.

|| 해설 ||

- ① [O] 행정청의 공적 견해표명이 있었는지의 여부를 판단함에 있어서는, 반드시 행정조직상의 형식적인 권한분장에 구애될 것은 아니고, 담당자의 조직상의 지위와 임무, 당해 언동을 하게 된 구체적인 경위 및 그에 대한 상대방의 신뢰가능성에 비추어 실질에 의하여 판단하여야 한다. ^{2018서7, 2017국9하, 2017서7}(대판 2008. 1. 17. 2006두10931)
- ② [X] 귀책사유의 유무는 상대방과 그로부터 신청행위를 위임받은 수입인 등 관계자 모두를 기준으로 판단하여야 한다. ^{2018지9, 2015사복}(대판 2008. 1. 17. 2006두10931)
- ③ [O] 폐기물관리법령에 의한 폐기물처리업 사업계획에 대한 적정통보와 국토이용관리법령에 의한 국토이용계획변경은 각기 그 제도적 취지와 결정단계에서 고려해야 할 사항들이 다르다는 이유로, 폐기물처리업 사업계획에 대하여 적정통보를 한 것만으로 그 사업부지 토지에 대한 국토이용계획변경신청을 승인하여 주겠다는 취지의 공적인 견해표명을 한 것으로 볼 수 없다. ^{2019지9, 2018서7, 2017지9}(대판 2005. 4. 28. 2004두8828)
- ④ [O] 보세운송면허세의 부과근거이던 지방세법시행령이 제정되어 폐지될 때까지 4년 동안 그 면허세를 부과할 수 있는 정을 알면서도 피고가 수출확대라는 공익상 필요에서 한 건도 이를 부과한 일이 없었다면 납세자인 원고는 그것을 믿을 수 밖에 없고 그로써 비과세의 관행이 이루어졌다고 보아도 무방하다. (대판(전) 1980. 6. 10. 80누6)
- ⑤ [O] 법률의 개정 시 구법 질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하며, 법률의 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 당사자의 신뢰의 파괴를 정당화할 수 없다면 새로운 입법은 신뢰보호의 원칙 등에 비추어 허용될 수 없다. 다만 사회환경이나 경제여건의 변화에 따른 필요성에 의하여 법률은 신축적으로 변할 수밖에 없고, 변경된 새로운 법질서와 기존의 법질서 사이에는 이해관계의 상충이 불가피하므로 국민이 가지는 모든 기대 내지 신뢰가 헌법상 권리로서 보호될 것은 아니고, 보호 여부는 기존의 제도를 신뢰한 자의 신뢰를 보호할 필요성과 새로운 제도를 통해 달성하려고 하는 공익을 비교형량하여 판단하여야 한다. (헌재 2008. 10. 30. 2005헌마222,651,755,1188; 대판 2016. 11. 9. 2014두3228)

정답 ②

1) 이 해설은 2019년도 8월 30일 작성된 것으로 해설 현재일의 시행법령을 기준으로 하였습니다.

문 2. 행정입법에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 법규명령의 위임근거가 되는 법률에 대하여 위헌결정이 선고되면 그 위임규정에 근거하여 제정된 법규명령도 원칙적으로 효력을 상실한다.
- ② 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.
- ③ 시행령이나 시행규칙의 규정이 모법 조항의 취지에 근거하여 이를 구체화하기 위한 것인 때에는 모법에 이에 관하여 직접 위임하는 규정을 두지 않았더라도 무효라고 볼 수 없다.
- ④ 헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 예시적으로 보아야 한다.
- ⑤ 상위법령에서 세부사항 등을 부령으로 정하도록 위임하였음에도 불구하고 이를 고시로 정한 경우, 해당 고시는 위임에 토대하고 있으므로 대외적 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력이 인정된다.

|| 해설 ||

- ① [O] 법규명령의 위임의 근거가 되는 법률에 대하여 위헌결정이 선고되면 그 위임규정에 근거하여 제정된 법규명령도 원칙적으로 효력을 상실한다. (대판 1998. 4. 10. 96다52359)
- ② [O] 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.^{2018서9, 2019서7}(대판 1996. 9. 20. 95누8003)
- ③ [O] 법률의 시행령이나 시행규칙은 그 법률에 의한 위임이 없으면 개인의 권리·의무에 관한 내용을 변경·보충하거나 법률에 규정되지 아니한 새로운 내용을 정할 수는 없지만, 법률의 시행령이나 시행규칙의 내용이 모법의 입법 취지 및 관련 조항 전체를 유기적·체계적으로 살펴본다 모법의 해석상 가능한 것을 명시한 것에 지나지 아니하거나 모법 조항의 취지에 근거하여 이를 구체화하기 위한 것인 때에는 모법의 규율 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없으므로, 모법에 이에 관하여 직접 위임하는 규정을 두지 않았다고 하더라도 이를 무효라고 볼 수는 없다.^{2017국9하} (대판 2009. 6. 11. 2008두13637)
- ④ [O] 헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 예시적인 것으로 보아야 할 것이다.^{2018교행, 2016서9, 2015서9} (헌재 2004. 10. 28. 99헌바91)
- ⑤ [X] 행정규칙이나 규정이 상위법령의 위임범위를 벗어난 경우에는 법규명령으로서 대외적 구속력을 인정할 여지는 없다. 이는 행정규칙이나 규정 '내용'이 위임범위를 벗어난 경우뿐 아니라 상위법령의 위임규정에서 특정하여 정한 권한행사의 '절차'나 '방식'에 위배되는 경우도 마찬가지이므로, 상위법령에서 세부사항 등을 시행규칙으로 정하도록 위임하였음에도 이를 고시 등 행정규칙으로 정하였다면 그 역시 대외적 구속력을 가지는 법규명령으로서 효력이 인정될 수 없다.^{2019저9, 2017서7, 2017사복} (대판 2012. 7. 5. 2010다72076)

정답 ⑤

문 3. 하자 있는 행정행위의 치유와 전환에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 하자 있는 행정행위의 치유의 대상에는 취소할 수 있는 행정행위만 해당된다.
- ② 하자 있는 행정행위가 치유되더라도 그 효과가 소급하는 것이 아니라 장래에 대하여 효력을 가지게 된다.
- ③ 경원자관계에 있어서 위법한 수익적 행정행위의 하자의 치유를 인정하면 타방 당사자에게 불이익하게 되는 경우에는 하자의 치유가 인정되지 않는다.
- ④ 하자 있는 행정행위의 전환이 있는 경우에 이는 새로운 행정행위로서 행정절차 규정, 불복기간 등이 적용되어야 한다.
- ⑤ 귀속재산을 불하받은 자가 사망한 후에 그 수불하자에 대하여 한 불하취소처분은 사망자에 대한 행정처분이므로 무효이지만 그 취소처분을 수불하자의 상속인에게 송달한 때에는 송달 시에 상속인에 대하여 다시 그 불하처분을 취소한다는 새로운 행정처분을 한 것이다.

|| 해설 ||

- ① [○] 일반적으로 무효의 행정행위가 아닌 취소할 수 있는 행정행위만 하자의 치유를 인정하고 있다[판례].
[판례] 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 [×] 행정행위의 하자가 치유되면 당해 행정행위는 처분시부터 하자가 없는 적법한 행정행위로 효력을 발생한다(소급효). 2019서7
- ③ [○] 경원자에 대한 허가처분의 하자가 치유되었다는 주장에 대하여는, 하자 있는 행정행위의 치유는 행정행위의 성질이나 법치주의의 관점에서 볼 때 원칙적으로 허용될 수 없는 것이고 예외적으로 행정행위의 무용한 반복을 피하고 당사자의 법적 안정성을 위해 이를 허용^{2019서7}하는 때에도 국민의 권리나 이익을 침해하지 않는 범위에서 구체적 사정에 따라 합목적적으로 인정하여야 할 것인데 이 사건에 있어서는 원고의 적법한 허가신청이 참가인들의 신청과 경합되어 있어 이 사건 처분의 치유를 허용한다면 원고에게 불이익하게 되므로 이를 허용할 수 없다고 판시하였다. (대판 1992. 5. 8. 91누13274)
- ④ [○] 무효의 전환이 인정되면 새로운 행정행위가 발생한다(소급효). 전환된 행정행위에 대하여는 행정쟁송을 제기할 수 있고, 불복기간은 전환행위가 있음을 안 날로부터 90일 이내이다.
- ⑤ [○] 귀속재산을 불하받은 자가 사망한 후에 그 수불하자에 대하여 한 그 불하처분은 사망자에 대한 행정처분이므로 무효이지만 그 취소처분을 수불하자의 상속인에게 송달한 때에는 그 송달시에 그 상속인에 대하여 다시 그 불하처분을 취소한다는 새로운 행정처분을 한 것이라고 할 것이다. (대판 1969. 1. 21. 68누190)

정답 ②

문 4. 행정절차에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「행정절차법」은 국민의 행정 참여를 도모함으로써 행정의 공정성·투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익을 보호하기 위해 제정되었다.
- ② 행정의 절차를 법제화하는 것은 절차면에서의 법치주의를 구현하기 위함이다.
- ③ 공무원 인사기능의 비공개성과 신속성을 확보하기 위해서 공무원 인사관계 법령에 의한 처분에 관한 사항 전부에 대하여 「행정절차법」의 적용을 배제하고 있다.
- ④ 「행정절차법」은 절차적 규정만을 두고 있는 것은 아니고 실체적 규정도 두고 있다.
- ⑤ 당사자가 근거규정 등을 명시하여 신청하는 인·허가 등을 거부하는 처분을 함에 있어 당사자가 그 근거를 알 수 있을 정도로 상당한 이유를 제시한 경우에는 당해 처분의 근거 및 이유를 구체적 조항 및 내용까지 명시하지 않았더라도 그로 말미암아 그 처분이 위법한 것이 된다고 할 수 없다.

|| 해설 || 이하 「행정절차법」

① [O] 제1조

목적	이 법은 행정절차에 관한 공통적인 사항을 규정하여 <u>국민의 행정 참여를 도모함으로써 행정의 공정성·투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익을 보호함을 목적으로 한다.</u>
----	--

② [O] 옳은 지문.

- ③ [X] 행정절차법 제3조 제2항 제9호의 규정 내용 등에 비추어 보면, 공무원 인사관계 법령에 의한 처분에 관한 사항 전부에 대하여 행정절차법의 적용이 배제되는 것이 아니라 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 처분이나 행정절차에 준하는 절차를 거치도록 하고 있는 처분의 경우에만 행정절차법의 적용이 배제된다. 2019서9, 2019국회8, 2018국회8 (대판 2007. 9. 21. 2006두20631)

- ④ [O] 행정절차법은 행정절차에 관한 일반법임에도 불구하고 행정실체법에 해당하는 행정법의 일반원칙인 신의성실원칙, 신뢰보호의 원칙(제4조) 그리고 투명성의 원칙(제5조)에 대하여도 규정하고 있다.

신의성실원칙	① 행정청은 ^{2017서9} 직무를 수행할 때 신의(信義)에 따라 성실히 하여야 한다.
신뢰보호원칙	② 행정청은 법령등의 해석 또는 행정청의 관행이 일반적으로 국민들에게 받아들여졌을 때에는 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우를 제외하고는 새로운 해석 또는 관행에 따라 소급하여 불리하게 처리하여서는 아니 된다.
투명성 원칙	행정청이 행하는 행정작용은 그 내용이 구체적이고 명확하여야 하며...

- ⑤ [O] 행정절차법 제23조 제1항은 행정청은 처분을 하는 때에는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다고 규정하고 있는바, 일반적으로 당사자가 근거규정 등을 명시하여 신청하는 인·허가 등을 거부하는 처분을 함에 있어 당사자가 그 근거를 알 수 있을 정도로 상당한 이유를 제시한 경우에는 당해 처분의 근거 및 이유를 구체적 조항 및 내용까지 명시하지 않았더라도 그로 말미암아 그 처분이 위법한 것이 된다고 할 수 없다. 2018서9, 2016국7, 2015서9 (대판 2002. 5. 17. 2000두8912)

정답 ③

[각론] 문 5. 「지방자치법」상 주민의 권리에 대한 내용으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 주민은 법령으로 정하는 바에 따라 소속 지방자치단체의 재산과 공공시설을 이용할 수 있다.
- ② 주민투표권은 헌법이 보장하는 참정권이라는 것이 헌법재판소의 입장이다.
- ③ 주민은 지방의회에 청원을 할 수 있다.
- ④ 주민감사청구는 사무처리가 있었던 날이나 끝난 날부터 2년이 지나면 제기할 수 없다.
- ⑤ 주민소송제도는 주민으로 하여금 지방자치단체의 위법한 재무회계행위의 방지 또는 시정을 구할 수 있도록 함으로써 지방재무회계에 관한 행정의 적법성을 확보하려는 데 그 목적이 있다.

|| 해설 || 이하 「지방자치법」

① [O]

제13조 (주민의 권리)	① 주민은 법령으로 정하는 바에 따라 소속 지방자치단체의 재산과 공공시설을 이용할 권리와 그 지방자치단체로부터 균등하게 행정의 혜택을 받을 권리를 가진다.
------------------	--

- ② [X] 우리 헌법은 참정권에 관하여 간접적인 참정권으로 공무원선거권(헌법 제24조), 공무담임권(헌법 제25조)을, 직접적인 참정권으로 국민투표권(헌법 제72조, 제130조)을 규정하고 있다. 즉 우리 헌법은 법률이 정하는 바에 따른 '선거권'과 '공무담임권' 및 국가안위에 관한 중요정책과 헌법개정에 대한 '국민투표권'만을 헌법상의 참정권으로 보장하고 있다. 따라서 지방자치법 제13조의2에서 규정한 주민투표권은 그 성질상 위에서 본 선거권, 공무담임권, 국민투표권과는 다른 것이어서 이를 법률이 보장하는 참정권이라고 할 수 있을지언정 헌법이 보장하는 참정권이라고 할 수는 없다. (헌재 2001. 6. 28. 2000헌마735)

③ [O]

제73조 (청원서의 제출)	① 지방의회에 청원을 하려는 자는 지방의회의원의 소개를 받아 청원서를 제출하여야 한다.
-------------------	--

④ [O]

제16조 (주민의 감사청구)	① 지방자치단체의 19세 이상의 주민은 ... 시·도에서는 주무부장관에게, 시·군 및 자치구에서는 시·도지사에게 그 지방자치단체와 그 장의 권한에 속하는 사무의 처리가 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 인정되면 감사를 청구할 수 있다. ② 제1항에 따른 청구는 사무처리가 있었던 날이나 끝난 날부터 2년이 지나면 제기할 수 없다.
-----------------------	---

- ⑤ [O] (지방자치법 제17조) 주민소송 제도는 주민으로 하여금 지방자치단체의 위법한 재무회계행위의 방지 또는 시정을 구할 수 있도록 함으로써 지방재무회계에 관한 행정의 적법성을 확보하려는 데 목적이 있다. (대판 2015. 9. 10. 2013두16746)

정답 ②

문 6. 행정행위의 부관에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 부담은 행정청이 행정처분을 하면서 일방적으로 부가하는 것이며, 부담을 부가하기 전에 상대방과 협의하여 부담의 내용을 협약의 형식으로 미리 정한 다음 행정처분을 하면서 이를 부가하는 것은 허용되지 않는다.
- ② 행정재산에 대한 사용·수익허가에서 공유재산의 관리청이 정한 사용·수익허가의 기간은 그 허가의 효력을 제한하기 위한 행정행위의 부관으로서 이러한 사용·수익허가의 기간에 대해서는 독립하여 행정소송을 제기할 수 없다.
- ③ 원칙적으로 기속행위나 기속적 재량행위에는 부관을 붙일 수 없으나 만일 건축허가를 하면서 일정 토지를 기부채납하도록 하는 내용의 허가조건을 붙였다하더라도 무효라고 할 것은 아니다.
- ④ 행정처분과 실제적 관련성이 없어 부관으로 붙일 수 없는 부담이라도 이를 사법상 계약의 형식으로 행정처분의 상대방에게 부과하는 것은 위법하지 않다.
- ⑤ 부담부 행정행위인지 정지조건부 행정행위인지 여부가 불분명할 경우에는 최소침해의 원칙상 상대방에게 유리한 정지조건부 행정행위로 보는 것이 타당하다.

|| 해설 ||

- ① [×] 부담은 행정청이 행정처분을 하면서 일방적으로 부가할 수도 있지만 부담을 부가하기 이전에 상대방과 협의하여 부담의 내용을 협약의 형식으로 미리 정한 다음 행정처분을 하면서 이를 부가할 수도 있다. ^{2019서9, 2018국7, 2018서9} (대판 2009. 2. 12. 2005다65500)
- ② [○] 사용·수익허가의 기간은 이 사건 허가의 효력을 제한하기 위한 행정행위의 부관으로서 이러한 사용·수익허가의 기간에 대해서는 독립하여 행정소송을 제기할 수 없는 것이다. ^{2019국회8, 2017사복} (대판 2001. 6. 15. 99두509)
- ③ [×] 일반적으로 기속행위나 기속적 재량행위에는 부관을 붙일 수 없고 가사 부관을 붙였다 하더라도 무효이다. ^{2019국9, 2018국7, 2016국7} (대판 1995. 6. 13. 94다56883)
- ④ [×] 행정처분과 부관 사이에 실제적 관련성이 있다고 볼 수 없는 경우 공무원이 위와 같은 공법상의 제한을 회피할 목적으로 행정처분의 상대방과 사이에 사법상 계약을 체결하는 형식을 취하였다면 이는 법치행정의 원리에 반하는 것으로서 위법하다. ^{2019서9, 2017국9하, 2010국9} (대판 2009. 12. 10. 2007다63966)
- ⑤ [×] 부담과 조건의 구별이 모호한 경우 상대방에게 유리한 부담으로 추정하는 것이 타당하다. ^{2015사복}

정답 ②

[각론] 문 7. 행정조직법에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 서울국제우체국장은 우편사업을 담당하는 국가의 일개 기관에 불과할 뿐으로서 법률상 담세능력이 있다거나 책임재산을 가질 수 있다고 볼 수 없어 「관세법」상의 납세의무자가 될 수 없다.
- ② 행정기관은 법령으로 정하는 바에 따라 그 소관사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 위임하거나 다른 행정기관·지방자치단체 또는 그 기관에 위탁 또는 위임할 수 있다.
- ③ 권한의 위임의 경우에는 수임자는 자기의 명의로 권한을 행사할 수 있지만, 내부위임의 경우에는 수임자는 위임관청의 명의로만 이를 할 수 있을 뿐 자기 명의로 이를 할 수 없다.
- ④ 행정관청 내부의 사무처리규정인 전결규정에 위반하여 원래의 전결권자가 아닌 보조기관 등이 처분권자인 행정관청의 이름으로 행정처분을 하였다면 그 처분은 권한 없는 자에 의하여 행하여진 무효의 처분이다.
- ⑤ 행정권한의 위임은 법률이 위임을 허용하고 있는 경우에 한하여 인정된다 할 것이고, 행정권한의 내부위임은 법률이 위임을 허용하고 있지 아니한 경우에도 행정관청의 내부적인 사무처리의 편의를 도모하기 위하여 그의 보조기관 또는 하급행정관청으로 하여금 그의 권한을 사실상 행사하게 하는 것이다.

|| 해설 ||

- ① [O] 서울국제우체국장은 우편사업을 담당하는 국가의 일개 기관에 불과할 뿐으로서 법률상 담세능력이 있다거나 책임재산을 가질 수 있다고 볼 수 없어 관세법상의 납세의무자가 될 수 없으므로 위 우체국장에 대한 이 사건 관세부과처분은 관세의 납세의무자가 될 수 없는 자를 그 납세의무자로 한 위법한 처분으로서 그 하자가 중대하고도 명백하여 당연무효라고 할 것이다. (대판 1987. 4. 28. 86누93)

- ② [O] 「정부조직법」

제6조(권한의 위임 또는 위탁)	① 행정기관은 법령으로 정하는 바에 따라 그 소관사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 위임하거나 다른 행정기관·지방자치단체 또는 그 기관에 위탁 또는 위임할 수 있다. 이 경우 위임 또는 위탁을 받은 기관은 특히 필요한 경우에는 법령으로 정하는 바에 따라 위임 또는 위탁을 받은 사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 재위임할 수 있다.
-------------------	---

- [총론] ③ [O] 권한위임의 경우에는 수임관청이 자기의 이름으로 그 권한행사를 할 수 있지만 내부위임의 경우에는 수임관청은 위임관청의 이름으로만 그 권한을 행사할 수 있을 뿐 자기의 이름으로는 그 권한을 행사할 수 없다. (대판 1995. 11. 28. 94누6475)

- ④ [X] 전결과 같은 행정권한의 내부위임은 법률이 위임을 허용하지 않는 경우에도 인정되는 것이므로, 설사 행정관청 내부의 사무처리규정에 불과한 전결규정에 위반하여 원래의 전결권자 아닌 보조기관 등이 처분권자인 행정관청의 이름으로 행정처분을 하였다 하더라도 그 처분이 권한 없는 자에 의하여 행하여진 무효의 처분이라고는 할 수 없다. (대판 1998. 2. 27. 97누1105)

- [총론] ⑤ [O] 행정권한의 위임은 행정관청이 법률에 따라 특정한 권한을 다른 행정관청에 이전하여 수임관청의 권한으로 행사하도록 하는 것이어서 권한의 법적인 귀속을 변경하는 것이므로 법률이 위임을 허용하고 있는 경우에 한하여 인정된다 할 것이고, 이에 반하여 행정권한의 내부위임은 법률이 위임을 허용하고 있지 아니한 경우에도 행정관청의 내부적인 사무처리의 편의를 도모하기 위하여 그의 보조기관 또는 하급행정관청으로 하여금 그의 권한을 사실상 행사하게 하는 것이므로, 권한위임의 경우에는 수임관청이 자기의 이름으로 그 권한행사를 할 수 있지만 내부위임의 경우에는 수임관청은 위임관청의 이름으로만 그 권한을 행사할 수 있을 뿐 자기의 이름으로는 그 권한을 행사할 수 없다. (대판 1995. 11. 28. 94누6475)

정답 ④

[각론] 문 8. 경찰권의 행사에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 불심검문 시 그 대상자에게 반드시 「형사소송법」상 체포나 구속에 이를 정도의 혐의가 있을 것을 요한다고 할 수는 없다.
- ② 경찰관은 불심검문 대상자에 대해 질문에 수반하여 흥기의 소지 여부를 조사할 수 없다.
- ③ 경찰관이 임의동행요구에 응하지 않는다 하여 강제연행하려고 대상자의 양팔을 잡아 끈 행위는 적법한 공무집행이라고 할 수 없으므로 그 대상자가 이러한 불법연행으로부터 벗어나기 위하여 저항한 행위는 정당한 행위라고 할 것이고 이러한 행위에 무슨 과실이 있다고 할 수 없다.
- ④ 검문하는 사람이 경찰관이고 검문하는 이유가 범죄행위에 관한 것임을 피고인이 충분히 알고 있었다고 보이는 경우에는 경찰관이 신분증을 제시하지 않았다고 하여 그 불심검문이 위법한 공무집행이라고 할 수 없다.
- ⑤ 「경찰관 직무집행법」상 경찰관의 제지 조치가 적법한지 여부는 제지 조치 당시의 구체적 상황을 기초로 판단하여야 하고 사후적으로 순수한 객관적 기준에서 판단할 것은 아니다.

|| 해설 ||

- ① [O] 경찰관이 불심검문 대상자 해당 여부를 판단하는 기준

경찰관직무집행법의 내용 및 체계 등을 종합하면, 경찰관이 법 제3조 제1항에 규정된 대상자(이하 '불심검문 대상자'라 한다) 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. (대판 2014. 2. 27. 2011도13999)

- ② [X] 경찰관직무집행법(이하 '법'이라 한다)의 규정 내용 및 체계 등을 종합하면, 경찰관은 질문에 수반하여 흥기의 소지 여부도 조사할 수 있다. (대판 2012. 9. 13. 2010도6203)

- ③ [O] 경찰관이 임의동행요구에 응하지 않는다 하여 강제연행하려고 대상자의 양팔을 잡아 끈 행위는 적법한 공무집행이라고 할 수 없으므로 그 대상자가 이러한 불법연행으로부터 벗어나기 위하여 저항한 행위는 정당한 행위라고 할 것이고 이러한 행위에 무슨 과실이 있다고 할 수 없다. (대판 1992. 5. 26. 91다38334)

- ④ [O] 경찰관직무집행법은 경찰관이 불심검문을 하고자 할 때에는 자신의 신분을 표시하는 증표를 제시하여야 한다고 규정 ... 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)

- ⑤ [O] 경찰관직무집행법에 따른 경찰관의 제지 조치가 적법한지 판단하는 기준

경찰관직무집행법에 따른 경찰관의 제지 조치가 적법한 직무집행으로 평가될 수 있기 위해서는, ... 직접 제지하는 방법 외에는 위와 같은 결과를 막을 수 없는 절박한 사태이어야 한다. 다만, 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)

정답 ②

[각론] 문 9. 공용부담에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공용수용은 공익사업을 위한 필요가 있어야 하고, 그 입증책임은 사업시행자에게 있다.
- ② 구「문화재보호법」 제54조의2제1항에 의하여 지방문화재로 지정된 토지는 수용의 대상이 될 수 없다.
- ③ 의무교육이 아닌 중등교육에 관한 교육재정과 관련하여 재정조달목적의 부담금을 징수할 수 있다고 하더라도 이는 일반적인 재정조달목적의 부담금이 갖추어야 할 요건을 동일하게 갖춘 경우에 한하여 허용될 수 있다.
- ④ 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」상 사업인정은 공익사업의 시행자에게 그 후 일정한 절차를 거칠 것을 조건으로 일정한 내용의 수용권을 설정하여 주는 형성행위이다.
- ⑤ 부담금은 설치목적 달성을 위하여 필요한 최소한의 범위에서 공정성 및 투명성이 확보되도록 부과되어야 하며, 특별한 사유가 없으면 하나의 부과대상에 이중으로 부과되어서는 아니 된다.

|| 해설 ||

[총론] ① [○] 공용수용에 있어서 공익사업을 위한 필요에 대한 증명책임의 소재(=사업시행자)

공용수용은 공익사업을 위하여 특정의 재산권을 법률에 의하여 강제적으로 취득하는 것을 내용으로 하므로 그 공익사업을 위한 필요가 있어야 하고, 그 필요가 있는지에 대하여는 쌍방의 이익의 비교형량의 결과로 입증되어야 하며, 그 입증책임은 사업시행자에게 있다. (대판 2005. 11. 10. 2003두7507)

② [×] 토지수용법은 제5조의 규정에 의한 제한 이외에는 수용의 대상이 되는 토지에 관하여 아무런 제한을 하지 아니하고 있을 뿐만 아니라, ... 구 문화재보호법 제54조의2 제1항에 의하여 지방문화재로 지정된 토지가 수용의 대상이 될 수 없다고 볼 수는 없다. (대판 1996. 4. 26. 95누13241)

③ [○] 의무교육이 아닌 중등교육에 관한 교육재정과 관련하여 재정조달목적의 부담금을 징수할 수 있다고 하더라도 이는 일반적인 재정조달목적의 부담금이 갖추어야 할 요건을 동일하게 갖춘 경우에 한하여 허용될 수 있다. (헌재 2005. 3. 31. 2003헌가20)

[총론] ④ [○] 토지수용법(현 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률) 제14조의 규정에 의한 사업인정은 그 후 일정한 절차를 거칠 것을 조건으로 하여 일정한 내용의 수용권을 설정해 주는 행정처분의 성격을 띠는 것으로서 그 사업인정을 받음으로써 수용할 목적물의 범위가 확정된다.^{2014⁴⁷} (대판 1994. 11. 11. 93누19375)

⑤ [○] 「부담금관리 기본법」

제5조 (부담금 부과 원칙)	① 부담금은 설치목적 달성을 위하여 필요한 최소한의 범위에서 공정성 및 투명성이 확보되도록 부과되어야 하며, 특별한 사유가 없으면 하나의 부과대상에 이중으로 부과되어서는 아니 된다.
-----------------------	---

정답 ②

문 10. 조세의 부과와 징수 및 그에 대한 불복에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 과세처분에 관한 이의신청절차에서 과세관청이 이의신청 사유가 옳다고 인정하여 과세처분을 직권으로 취소한 이상 그 후 특별한 사유 없이 이를 번복하고 종전처분을 되풀이하는 것은 허용되지 아니한다.
- ② 신고납세 방식의 조세에 있어서 납세의무자의 신고행위에 하자가 있는 경우에 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효로 되지 않는 한 납부된 세액이 바로 부당이득에 해당한다고 할 수 없다.
- ③ 과세관청이 조세부과처분을 한 뒤에 그 불복절차과정에서 국세청장이나 국세심판소장(현 조세심판원장)으로부터 그 일부를 취소하도록 하는 결정을 받고 이에 따라 당초 부과처분의 일부를 취소, 감액하는 내용의 경정결정을 한 경우에, 항고소송의 대상이 되는 것은 당초의 부과처분 중 경정결정에 의하여 취소되지 않고 남은 부분이 된다.
- ④ 이의신청 등에 대한 결정의 한 유형으로 실무상 행해지고 있는 재조사결정에 따른 심사청구기간이나 심판청구기간 또는 행정소송의 제소기간은 이의신청인 등이 후속 처분의 통지를 받은 날부터 기산된다.
- ⑤ 「국세기본법」에 따른 국세환급금 결정은 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다.

|| 해설 ||

- ① [O] 과세처분에 관한 이의신청절차에서 과세관청이 이의신청 사유가 옳다고 인정하여 과세처분을 직권으로 취소한 이상 그 후 특별한 사유 없이 이를 번복하고 종전 처분을 되풀이하는 것은 허용되지 않는다.^{2016³⁷} (대판 2010. 9. 30. 2009두1020)

[해설: 이의신청에 따른 취소는 직권취소이다. 한편, 행정심판이 아닌 이의신청 절차에도 불가변력에 준하는 효력이 인정된다는 취지의 판례이다.]

- ② [O] 신고납세 방식의 조세에 있어서는 원칙적으로 납세의무자가 스스로 과세표준과 세액을 정하여 신고하는 행위에 의하여 납세의무가 구체적으로 확정되고(과세관청은 납세의무자로부터 신고가 없는 경우에 한하여 비로소 부과처분에 의하여 이를 확정하게 되는 것이다.), ... 납세의무자의 신고행위가 중대하고 명백한 하자로 인하여 당연무효로 되지 아니하는 한 납부된 세액이 바로 부당이득에 해당한다고 할 수 없다. (대판 2002. 11. 22. 2002다46102)

- ③ [O] 당초 부과처분의 일부를 취소, 감액하는 경정결정을 한 경우 항고소송의 대상이 되는 과세처분
과세관청이 조세부과처분을 한 뒤에 그 불복절차과정에서 국세청장이나 국세심판소장이 그 일부를 취소하도록 하는 결정을 하여 과세관청이 그 결정에 맞추어 당초 부과처분의 일부를 취소, 감액하는 내용의 경정결정을 한 경우 위 경정처분은 ... 세액의 일부 취소라는 납세자에게 유리한 효과를 가져오는 처분이라 할 것이므로 그 경정결정으로도 아직 취소되지 않고 남아있는 부분이 위법하다고 하여 다투는 경우에는 항고소송의 대상이 되는 것은 당초의 부과처분 중 경정결정에 의하여 취소되지 않고 남은 부분이 된다. (대판 1986. 7. 8. 84누50)

- ④ [O] 재결청의 재조사결정에 따른 심사청구기간이나 심판청구기간 또는 행정소송의 제소기간의 기산점(=후속 처분의 통지를 받은 날)
이의신청 등에 대한 결정의 한 유형으로 실무상 행해지고 있는 재조사결정을 통지받은 이의신청인 등은 그에 따른 후속 처분의 통지를 받은 후에야 비로소 다음 단계의 쟁송절차에서 불복할 대상과 범위를 구체적으로 특정할 수 있게 된다. ... 재조사결정에 따른 심사청구기간이나 심판청구기간 또는 행정소송의 제소기간은 이의신청인 등이 후속 처분의 통지를 받은 날부터 기산된다고 봄이 타당하다. (대판(전) 2010. 6. 25. 2007두12514)

- ⑤ [X] 국세기본법 제51조 및 제52조의 국세환급금 및 국세가산금 결정이나 환급 거부 결정이 항고소송의 대상이 되는 처분인지 여부(소극)

국세기본법 제51조 및 제52조의 국세환급금 및 국세가산금결정에 관한 규정에 의한 국세환급금(가산금 포함) 결정에 의하여 비로소 환급청구권이 확정되는 것은 아니므로, 위 국세환급금결정이나 이 결정을 구하는 신청에 대한 환급거부결정 등은 납세의무자가 갖는 환급청구권의 존부나 범위에 구체적인 영향을 미치는 처분이 아니어서 항고소송의 대상이 되는 처분이라고 볼 수 없는 것이다.^{2019⁴⁹} (대판(전) 1989. 6. 15. 88누6436)

[해설: 국세환급청구권은 오납액의 경우에는 처음부터 납부 또는 징수시에 이미 확정되어 있고, 초과납부액의 경우에는 조세채무의 전부 또는 일부가 소멸한 때에 확정되는 것으로 국세환급금 결정과는 아무런 관련이 없다. 따라서 국세환급금 결정은 처분이 아니라는 취지.]

정답 ⑤

문 11. 사인의 공법행위에 대한 판례의 내용으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정청이 구「식품위생법」상의 유통주점영업자지위승계신고 수리처분을 하는 경우 종전의 영업자에게 「행정절차법」 소정의 행정절차를 실시하고 처분을 하여야 한다.
- ② 행정기관은 민원신청서류에 흠이 있는 경우 보완이 가능할 때는 보완요청을 한 다음 그 허가 여부를 판단하여야 하고 보완을 요구하지도 않은 채 곧바로 신청을 거부한 것은 재량권의 범위를 벗어난 것이어서 위법하다.
- ③ 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」에 따른 당구장업의 신고요건을 갖춘 자라 할지라도 구「학교보건법」 제5조 소정의 학교환경 위생정화구역 내에서는 같은 법 제6조에 의한 별도 요건을 충족하지 아니하는 한 적법한 신고를 할 수 없다.
- ④ 의원개설 신고서를 수리한 행정관청이 소정의 신고필증을 교부하도록 되어있는 경우 그와 같은 신고필증의 교부가 없으면 의원개설신고의 효력을 인정할 수 없다.
- ⑤ 주민등록은 주민등록에 따라 공법관계상의 여러 가지 법률상 효과가 나타나게 되는 것으로서, 주민등록의 신고는 행정청이 수리한 경우에 비로소 신고의 효력이 발생한다.

|| 해설 ||

- ① [O] 행정청이 구 식품위생법 규정에 의하여 (유통주점영업) 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. 2017국9하, 2016국9, 2014지9 (대판 2003. 2. 14. 2001두7015)
- ② [O] 민원사무처리에관한법률에 의하면, 민원서류에 흠이 있는 경우에는 보완에 필요한 상당한 기간을 정하여 지체 없이 민원인에게 보완을 요구하고 ... 위 기간 내에 민원서류를 보완하지 아니한 때에 비로소 접수된 민원서류를 되 돌려 보낼 수 있도록 규정되어 있는바, ... 민원서류의 흠이 보완이 가능한 경우, 보완을 요구하지 아니한 채 곧바로 건축허가신청을 거부한 것은 재량권의 범위를 벗어난 것이다. (대판 2004. 10. 15. 2003두6573)
- ③ [O] 체육시설의설치·이용에관한법률에 따른 당구장업의 신고요건을 갖춘 자라 할지라도 학교보건법 제5조 소정의 학교환경 위생정화구역 내에서는 같은 법 제6조에 의한 별도 요건을 충족하지 아니하는 한 적법한 신고를 할 수 없다고 보아야 한다. (대판 1991. 7. 12. 90누8350)
[해설: 판례는 개별법령상의 신고 요건을 충족하고 있는 경우라도 다른 법령에 의해 신고의 대상이 되는 행위가 금지된 경우 부적법한 신고로 보고 있다.]
- ④ [X] 의료법시행규칙 제22조 제3항에 의하면 의원개설 신고서를 수리한 행정관청이 소정의 신고필증을 교부하도록 되어있다 하여도 이는 신고사실의 확인행위로서 신고필증을 교부하도록 규정한 것에 불과하고 그와 같은 신고필증의 교부가 없다 하여 개설신고의 효력을 부정할 수 없다 할 것이다. 2019지9, 2015지7 (대판 1985. 4. 23. 84도2953)
- ⑤ [O] 주민등록 신고의 효력 발생시기(=신고 수리시)
주민등록의 신고는 행정청에 도달하기만 하면 신고로서의 효력이 발생하는 것이 아니라 행정청이 수리한 경우에 비로소 신고의 효력이 발생한다. 2019서9, 2018지7, 2017국9하 (대판 2009. 1. 30. 2006다17850)

정답 ④

문 12. 행정행위에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 강학상 허가과 특허는 자유의 회복과 경영상의 이익 모두를 법률상 이익으로 보호한다는 점에서 공통된다.
- ② 재량권의 행사가 재량권이 주어진 목적과 한계 내의 것이라 하더라도 법원은 당해 재량권 행사가 위법하다고 선언할 수 있다.
- ③ 판단여지설을 취하는 경우 재량은 요건규정뿐만 아니라 효과의 선택에서도 인정될 수 있다.
- ④ 재량은 무엇이 법인지를 판단하는 기속재량과 무엇이 합목적적인가를 판단하는 자유재량으로 나뉘며, 이들 모두 법원의 통제가 배제된다.
- ⑤ 재량행위라도 부주의로 또는 재량행위를 기속행위로 오인하여 재량권을 행사하지 아니하거나 재량을 해태한 경우에 그 행정행위는 재량권을 일탈 또는 남용한 위법한 처분이다.

|| 해설 ||

- ① [×] 강학상 허가과 특허는 자유의 회복은 헌법이 보장하는 이익으로 법적 이익이다. 그러나 허가과 특허는 경영상 이익은 반사적 이익에 불과하다. 이에 반하여 특허는 자유의 회복과 경영상 이익 모두 법률상 이익이다.
- ② [×] 재량이 그 범위 내에서 행사된 경우에는 당 · 부당의 문제는 있어도 위법의 문제는 발생하지 않는다.
- ③ [×] 판단여지론(설)은 효과재량설을 전제로 하는 것이다(판단여지설을 취하는 경우 재량은 요건규정에 있지 아니하고 효과의 선택에 있게 된다).
만일 요건재량설(요건판단에 재량이 존재한다는 견해)을 취한다면 판단여지론은 인정되지 않는다. 요건판단에 있어서 판단여지가 인정되는가 하는 문제도 결국 재량의 문제가 되기 때문이다.
- ④ [×] (전통적 의미의)기속재량이란 무엇이 법인가를 판단하는 재량을 말한다(이른바 법규재량). 이에 대하여 자유재량은 법규의 요건에 전혀 기속됨이 없이 행정청의 편의성 · 합목적성에 따른 판단을 말한다. 양자 모두 현재 사법심사의 대상이 된다는 것이 일반적 견해이다.
[참고: (새로운 의미의)기속재량(=거부재량)이란 원칙적으로 기속행위이지만 예외적으로 중대한 공익을 이유로 인허가 또는 신고수리를 거부할 수 있는 행위를 말한다.]
- ⑤ [○] 재량권의 불행사 또는 재량의 해태는 재량행위의 위법사유이다[판례].
[판례] 위와 같은 감경사유가 있음에도 이를 전혀 고려하지 않거나 그 사유에 해당하지 않는다고 오인한 나머지 영업정지 기간을 감경하지 아니하였다면 그 영업정지 처분은 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이라고 할 수밖에 없다. (대판 2016. 8. 29. 2014두45956)

정답 ⑤

문 13. 「행정절차법」에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 지방병무청장이 「병역법」 규정에 따라 한 산업기능요원 편입취소처분은 「행정절차법」의 적용 제외사항에 해당한다.
- ② 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」에 따라 공정거래위원회의 의결·결정을 거쳐 행하는 사항은 「행정절차법」의 적용 제외사항에 해당한다.
- ③ 특별한 사정이 없는 한 신청에 대한 거부처분은 직접 당사자의 권익을 제한하는 처분이 아니므로 사전통지대상이 되지 않는다.
- ④ 청문통지서가 반송되었거나, 행정처분의 상대방이 청문일시에 불출석했다는 이유로 청문을 실시하지 아니하고 한 침해적 행정처분은 위법하다.
- ⑤ 「공무원연금법」상 퇴직연금의 환수결정에 앞서 당사자에게 의견진술의 기회를 주지 아니하였어도 「행정절차법」이나 신의칙에 어긋나지 아니한다.

|| 해설 ||

- ① [×] 산업기능요원 편입취소처분은, 행정처분을 할 경우 '처분의 사전통지'와 '의견제출 기회의 부여'를 규정한 행정절차법 제21조 제1항, 제22조 제3항에서 말하는 '당사자의 권익을 제한하는 처분'에 해당하는 한편, 행정절차법의 적용이 배제되는 사항인 행정절차법 제3조 제2항 제9호, 같은법시행령 제2조 제1호에서 규정하는 '병역법에 의한 소집에 관한 사항'에는 해당하지 아니하므로, 행정절차법상의 '처분의 사전통지'와 '의견제출 기회의 부여'등의 절차를 거쳐야 한다. (대판 2002. 9. 6. 2002두554)
- ② [O] 행정절차법 제3조 제2항, 같은법시행령 제2조 제6호에 의하면 공정거래위원회의 의결·결정을 거쳐 행하는 사항에는 행정절차법의 적용이 제외되게 되어 있다. (대판 2001. 5. 8. 2000두10212)
- ③ [O] 특별한 사정이 없는 한, 신청에 대한 거부처분이 행정절차법 제21조 제1항 소정의 처분의 사전통지대상이 되는지 여부 (소극)
행정절차법 제21조 제1항은 행정청은 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 ... 당사자 등에게 통지하도록 하고 있는바, 신청에 따른 처분이 이루어지지 아니한 경우에는 아직 당사자에게 권익이 부과되지 아니하였으므로 특별한 사정이 없는 한 신청에 대한 거부처분이라고 하더라도 직접 당사자의 권익을 제한하는 것은 아니어서 신청에 대한 거부처분을 여기에서 말하는 '당사자의 권익을 제한하는 처분'에 해당한다고 할 수 없는 것이어서 처분의 사전통지대상이 된다고 할 수 없다.^{2019국9, 2019서9, 2018서9} (대판 2003. 11. 28. 2003두674)
- ④ [O] '의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는지 여부'는 당해 행정처분의 성질에 비추어 판단하여야 하는 것이지, 청문통지서의 반송 여부, 청문통지의 방법 등에 의하여 판단할 것은 아니며^{2019서7} ... 행정처분의 상대방에 대한 청문통지서가 반송되었다거나, 행정처분의 상대방이 청문일시에 불출석하였다는 이유로 청문을 실시하지 아니하고 한 침해적 행정처분은 위법하다.^{2019지9, 2017교행, 2015서9} (대판 2001. 4. 13. 2000두3337)
- ⑤ [O] 퇴직연금의 환수결정은 당사자에게 의무를 과하는 처분이기는 하나, 관련 법령에 따라 당연히 환수금액이 정하여지는 것이므로, 퇴직연금의 환수결정에 앞서 당사자에게 의견진술의 기회를 주지 아니하여도 행정절차법 제22조 제3항이나 신의칙에 어긋나지 아니한다.^{2019서7, 2018지7, 2017국9하} (대판 2000. 11. 28. 99두5443)

정답 ①

문 14. 다음 중 판례에서 항고소송상 처분성을 인정한 것만을 모두 고른 것은?

- ㄱ. 세무조사결정
- ㄴ. 두밀분교를 폐교하는 경기도조례
- ㄷ. 청소년유해매체물 결정 및 고시처분
- ㄹ. 구「남녀차별금지 및 구제에 관한 법률」상 국가인권위원회의 성희롱결정 및 이에 따른 시정조치권고

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

|| 해설 ||

- ㉠ [처분] 세무조사결정이 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는지 여부(적극)
 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. ^{2017국회8, 2015지7} (대판 2011. 3. 10. 2009두23617, 23624)
- ㉡ [처분] (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. (대판 1996. 9. 20. 95누8003)
- ㉢ [처분] 구 청소년보호법에 따른 청소년유해매체물 결정·고시의 법적 성격(일반처분)
 구 청소년보호법에 따른 청소년유해매체물 결정 및 고시처분은 당해 유해매체물의 소유자 등 특정인만을 대상으로 한 행정처분이 아니라 일반 불특정 다수인을 상대방으로 하여 일률적으로 표시의무, 포장의무, 청소년에 대한 판매·대여 등의 금지의무 등 각종 의무를 발생시키는 행정처분이다. ^{2011지9, 2011지7} (대판 2007. 6. 14. 2004두619)
- ㉣ [처분] 구 남녀차별금지및구제에관한법률상 국가인권위원회의 성희롱결정 및 시정조치권고가 행정소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는지 여부(적극)
 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. ^{2019서7, 2017국9하, 2016서9} (대판 2005. 7. 8. 2005두487)

정답 ⑤

[각론] 문 15. 조례제정권의 범위와 한계에 대한 판례의 내용으로 옳지 않은 것은?

- ① 기관위임사무에 관한 사항은 원칙적으로 조례의 제정범위에 속하지 않는다.
- ② 법률우위의 원칙은 조례에 당연히 적용되므로 법령에 위반한 조례는 무효이다.
- ③ 조례가 규정하고 있는 사항이 자치사무나 단체위임사무에 관한 것이라면 이는 자치조례로서 「지방자치법」이 규정하고 있는 '법령의 범위 안'이라는 사항적 한계가 적용될 뿐, 위임조례와 같이 국가법에 적용되는 일반적인 위임입법의 한계가 적용될 여지는 없다.
- ④ 지방자치단체의 장의 고유권한이 아닌 사항에 대해서는 비록 지방의회가 그 사무 집행에 관한 집행권을 본질적으로 침해하더라도 「지방자치법」의 관련 규정에 위반된다고 할 수 없다.
- ⑤ 조례가 규율하는 특정사항에 관하여 그것을 규율하는 국가의 법령이 이미 존재하는 경우에도 조례가 법령과 별도의 목적에 기하여 규율함을 의도하는 것으로서 그 적용에 의하여 법령의 규정이 의도하는 목적과 효과를 전혀 저해하는 바가 없는 때에는 그 조례가 국가의 법령에 위반되는 것은 아니다.

|| 해설 ||

- ① [O] 조례는 지방자치단체의 사무(고유사무·단체위임사무)에 관하여는 법령의 위임 없이도 제정될 수 있다. 그러나 기관위임사무는 국가사무이므로 법령의 위임이 있는 경우에 한하여 조례가 제정될 수 있다(판례).
[판례] 지방자치법 제22조, 제9조에 따르면, 지방자치단체가 조례를 제정할 수 있는 사항은 지방자치단체의 고유사무인 자치사무와 개별 법령에 따라 지방자치단체에 위임된 단체위임사무에 한정된다. 국가사무가 지방자치단체의 장에게 위임되거나 상위 지방자치단체의 사무가 하위 지방자치단체의 장에게 위임된 기관위임사무에 관한 사항은 원칙적으로 조례의 제정범위에 속하지 않는다. (대판 2017. 12. 5. 2016추5162)

[총론] ② [O] 「지방자치법」

제22조(조례)	지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.
----------	---

[판례] 지방자치법 제22조 본문은 “지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다”고 규정한다. 여기서 ‘법령의 범위 안에서’란 ‘법령에 위반되지 아니하는 범위 내에서’를 말하고, 지방자치단체가 제정한 조례가 법령에 위배되는 경우에는 효력이 없다. (대판 2009. 4. 9. 2007추103)

- ③ [O] 조례가 규정하고 있는 사항이 그 근거 법령 등에 비추어 볼 때 자치사무나 단체위임사무에 관한 것이라면 이는 자치조례로서 구 지방자치법 제15조가 규정하고 있는 '법령의 범위 안'이라는 사항적 한계가 적용될 뿐, 위임조례와 같이 국가법에 적용되는 일반적인 위임입법의 한계가 적용될 여지는 없다. (대판 2000. 11. 24. 2000추29)
[해설: 제22조 본문의 경우 법률유보의 원칙이 적용되지 않기 때문에 위임입법의 한계(포괄위임금지원칙)가 적용되지 않는다는 취지의 판례.]
- ④ [X] 지방자치단체가 그 자치사무에 관하여 조례로 제정할 수 있다고 하더라도 상위 법령에 위배할 수는 없고, 특별한 규정이 없는 한 지방자치법이 규정하고 있는 지방자치단체의 집행기관과 지방의회의 고유권한에 관하여는 조례로 이를 침해할 수 없고, 나아가 지방의회가 지방자치단체장의 고유권한이 아닌 사항에 대하여도 그 사무집행에 관한 집행권을 본질적으로 침해하는 것은 지방자치법의 관련 규정에 위반되어 허용될 수 없다. (대판 2001. 11. 27. 2001추57)
- ⑤ [O] 지방자치단체는 법령에 위반되지 아니하는 범위 내에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있는 것이고, 조례가 규율하는 특정사항에 관하여 그것을 규율하는 국가의 법령이 이미 존재하는 경우에도 조례가 법령과 별도의 목적에 기하여 규율함을 의도하는 것으로서 그 적용에 의하여 법령의 규정이 의도하는 목적과 효과를 전혀 저해하는 바가 없는 때, 또는 양자가 동일한 목적에서 출발한 것이라고 할지라도 국가의 법령이 반드시 그 규정에 의하여 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용을 규율하려는 취지가 아니고 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하는 취지라고 해석되는 때에는 그 조례가 국가의 법령에 위반되는 것은 아니다. (대판 2006. 10. 12. 2006추38)

정답 ④

문 16. 행정상 대집행에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 관계 법령에 위반하여 장례식장 영업을 하고 있는 자의 장례식장 사용 중지 의무는 행정대집행법 제2조의 규정에 의한 대집행의 대상이 아니다.
- ② 「건축법」에 의한 철거명령과 「행정대집행법」에 의한 계고처분을 1장의 문서로 동시에 한 경우라도 양자는 독립하여 있는 것으로서 각 그 요건이 충족되었다고 본다.
- ③ 동일한 내용으로 2차례 계고를 한 경우에 2번째 계고는 대집행기한의 연기 통지에 불과하므로 행정처분이 아니다.
- ④ 도시공원시설인 매점의 관리청이 그 공동점유자 중의 1인에 대하여 소정의 기간 내에 그 매점으로부터 퇴거하고 이에 부수하여 그 판매 시설물 및 상품을 반출하라고 한 의무는 「행정대집행법」에 의한 대집행의 대상이 된다.
- ⑤ 대집행 계고처분 취소소송의 변론이 종결되기 전에 대집행의 실행이 완료된 경우에는 그 계고처분의 취소를 구할 소의 이익이 없어진다.

|| 해설 ||

- ① [O] 관계 법령에 위반하여 장례식장 영업을 하고 있는 자의 장례식장 사용 중지 의무는 행정대집행법 제2조의 규정에 의한 대집행의 대상이 아니라고 한 사례^{2018서9, 2018국회8, 2017국9하}
장례식장의 사용을 중지할 것과 이를 불이행할 경우 행정대집행법에 의하여 대집행하겠다는 내용의 이 사건 처분은, 이 사건 처분에 따른 '장례식장 사용중지 의무'가 원고 이외의 '타인이 대신'할 수도 없고, 타인이 대신하여 '행할 수 있는 행위'라고도 할 수 없는 비대체적 작위 의무에 대한 것이므로, 그 자체로 위법하다. (대판 2005. 9. 28. 2005두7464)
- ② [O] 계고서라는 명칭의 1장의 문서로서 일정기간 내에 위법건축물의 자진철거를 명함과 동시에 그 소정기간 내에 자진철거를 하지 아니할 때에는 대집행할 뜻을 미리 계고한 경우라도 건축법에 의한 철거명령과 행정대집행법에 의한 계고처분은 독립하여 있는 것으로서 각 그 요건이 충족되었다고 볼 것이다.^{2017지9하, 2017국7하, 2016지9}
[해설: 1장의 문서에 철거명령(하명)과 계고처분을 동시에 기재하여 처분할 수 있다.^{2018국회8}]
- ③ [O] 위법건축물에 대한 철거명령 및 계고처분에 불응하자 제2차, 제3차로 행한 계고처분이 행정처분인지 여부(소극)
행정대집행법상의 건물철거의무는 제1차 철거명령 및 계고처분으로서 발생하였고 제2차, 제3차의 계고처분은 새로운 철거의무를 부과한 것이 아니고 다만 대집행기한의 연기통지에 불과하므로 행정처분이 아니다.^{2019국회8, 2018국회8, 2017국9하} (대판 1994. 10. 28. 94누5144)
- ④ [X] 도시공원시설 점유자의 퇴거 및 명도의무가 행정대집행법에 의한 대집행의 대상인지 여부(소극)
도시공원시설인 매점의 관리청이 그 공동점유자 중의 1인에 대하여 소정의 기간 내에 위 매점으로부터 퇴거하고 이에 부수하여 그 판매 시설물 및 상품을 반출하지 아니할 때에는 이를 대집행하겠다는 내용의 계고처분은 그 주된 목적이 매점에 대한 점유자의 점유를 배제하고 그 점유이전을 받는 데 있다고 할 것인데, 이러한 의무는 그것을 강제적으로 실현함에 있어 직접적인 실행행사가 필요한 것이지 대체적 작위의무에 해당하는 것은 아니어서 직접강제의 방법에 의하는 것은 별론으로 하고 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 되는 것은 아니다.^{2018서9, 2018국9, 2016서9} (대판 1998. 10. 23. 97누157)
- ⑤ [O] 행정대집행이 실행완료된 경우 대집행계고처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있는지 여부(소극)
대집행계고처분 취소소송의 변론종결 전에 대집행영장에 의한 통지절차를 거쳐 사실행위로서 대집행의 실행이 완료된 경우에는 행위가 위법한 것이라는 이유로 손해배상이나 원상회복 등을 청구하는 것은 별론으로 하고 처분의 취소를 구할 법률상 이익은 없다. (대판 1993. 6. 8. 93누6164)

정답 ④

문 17. 행정상 새로운 의무이행확보수단에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정상 공표의 방법으로 실명을 공개함으로써 타인의 명예를 훼손한 경우, 그 대상자에 관하여 적시된 사실의 내용이 진실이라는 증명이 없더라도 그 공표의 주체가 공표 당시 이를 진실이라고 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있다면 위법성이 없다.
- ② 행정재산의 사용·수익 허가에 따른 사용료에 대해서는 「국세징수법」에 따라 가산금과 증가산금을 징수할 수 있고, 이는 미납분에 관한 지연이자의 의미로 부과되는 부대세의 일종이다.
- ③ 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」에 의한 시정명령의 내용은 과거의 위반행위에 대한 증지는 물론 가까운 장래에 반복될 우려가 있는 동일한 유형의 행위의 반복금지까지 명할 수 있는 것으로 해석된다.
- ④ 세법상 가산세는 정당한 이유 없이 법에 규정된 신고·납세의무 등을 이행하지 않은 경우에 부과되는 행정상 제재로서 납세자의 고의·과실이 중요한 고려요소가 된다.
- ⑤ 부당지원행위에 대한 공정거래위원회의 과징금부과처분에 있어서 그 구체적인 액수결정은 재량행위적 성격을 가진다.

|| 해설 ||

- ① [O] 일정한 행정목적 달성을 위하여 언론에 보도자료를 제공하는 등 이른바 행정상의 공표의 방법으로 실명을 공개함으로써 타인의 명예를 훼손한 경우, 그 대상자에 관하여 적시된 사실의 내용이 진실이라는 증명이 없더라도 그 공표의 주체가 공표 당시 이를 진실이라고 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있다면 위법성이 없는 것이다. (대판 1998. 5. 22. 97다57689)

- ② [O] 행정재산의 사용·수익 허가에 따른 사용료를 납부기한까지 납부하지 않은 경우에 부과되는 가산금과 증가산금의 법적 성질
가산금과 증가산금은 위 사용료가 납부기한까지 납부되지 않은 경우 미납분에 관한 지연이자의 의미로 부과되는 부대세의 일종이다. (대판 2006. 3. 9. 2004다31074)

※ 법률개정: 국세징수법상 가산금·증가산금 폐지(폐지 이후에도 가산금에 관한 판례는 시험에 출제(2019년 국가직 9급)됨)

국세징수법 [2018.12.31. 일부개정, 시행 2019.1.1.]

제21조(가산금)

- ① 국세를 납부기한까지 완납하지 아니하였을 때에는 그 납부기한이 지난 날부터 체납된 국세의 100분의 3에 상당하는 가산금을 징수한다. <2018. 12. 31. 삭제>

- ② 체납된 국세를 납부하지 아니하였을 때에는 납부기한이 지난 날부터 매 1개월이 지날 때마다 체납된 국세의 1천분의 12에 상당하는 가산금을 제1항에 따른 가산금에 가산하여 징수한다. <2018. 12. 31. 삭제>

부칙

제3조(가산금 폐지에 관한 특례)

제21조의 개정규정에도 불구하고 2019년 12월 31일까지 납세의무가 성립된 분에 대해서는 종전의 규정을 적용한다.

- ③ [O] (독점규제및공정거래에관한법률) 시정명령 제도를 둔 취지에 비추어 시정명령의 내용은 과거의 위반행위에 대한 증지는 물론 가까운 장래에 반복될 우려가 있는 동일한 유형의 행위의 반복금지까지 명할 수는 있는 것으로 해석함이 상당하다.^{2018교행} (대판(전) 2003. 2. 20. 2001두5347)
- ④ [X] 세법상 가산세는 과세권의 행사 및 조세채권의 실현을 용이하게 하기 위하여 납세자가 정당한 이유 없이 법에 규정된 신고, 납세 등 각종 의무를 위반한 경우에 개별세법이 정하는 바에 따라 부과되는 행정상의 제재로서 납세자의 고의, 과실은 고려되지 않는 것이다. (대판 2011. 2. 10. 2008두2330)
- ⑤ [O] 공정거래위원회의 법 위반행위자에 대한 과징금 부과처분의 법적 성질(=재량행위)
구 독점규제및공정거래에관한법률의 각 규정을 종합하여 보면, 공정거래위원회는 법 위반행위에 대하여 과징금을 부과할 것인지 여부와 만일 과징금을 부과한다면 일정한 범위 안에서 과징금의 부과액수를 얼마로 정할 것인지에 관하여 재량을 가지고 있다 할 것이므로 공정거래위원회의 법 위반행위자에 대한 과징금 부과처분은 재량행위라 할 것이다. (대판 2002. 5. 28. 2000두6121)

정답 ④

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

- ① 비위가 모두 소송사건에 관련하여 계속적으로 행하여진 일련의 행위라면 설사 그 중에 징계의결 시 2년이 경과한 것이 있다 할지라도 그 징계시효의 기산점은 그 일련의 행위 중 최종의 것을 기준으로 하여야 한다.
- ② 징계면직에는 파면과 해임이 있다.
- ③ 「민법」 제107조제1항 단서의 비진의의사표시의 무효에 관한 규정은 사인에 의한 공법행위에도 적용된다.
- ④ 당연퇴직의 인사발령이 있었다 하여도 이는 퇴직사실을 알리는 이른바 관념의 통지에 불과하여 행정소송의 대상이 되지 아니한다.
- ⑤ 국무위원, 각 부의 차관, 청장 등은 특수경력직공무원에 해당한다.

|| 해설 ||

- ① [○] 비위사실이 계속적으로 행하여진 일련의 행위인 경우의 징계시효의 기산점
원고의 비위가 모두 소송사건에 관련하여 계속적으로 행하여진 일련의 행위라면 설사 그 중에 본건 징계의결시 2년이 경과한 것이 있다 할지라도 그 징계시효의 기산점은 위 일련의 행위중 최종의 것을 기준하여야 한다. (대판 1986. 1. 21. 85누841)
- ② [○] 징계면직이란 공무원이 공무원법상 요구되는 의무를 위반할 때, 그에 대하여 가해지는 제재로서의 징계처분에 의한 파면과 해임을 의미한다.
- ③ [×] 사직원제출자의 내심의 의사가 사직할 뜻이 아니었다 하더라도 ... 민법 제107조 제1항 단서의 비진의 의사표시의 무효에 관한 규정은 그 실질상 사인의 공법행위에 적용되지 아니하므로^{2016서9, 2015재7} 원고의 사직원을 받아들여 원고를 의원면직처분한 것을 당연무효라고 할 수 없다고 판단하였다. (대판 2000. 11. 14. 99두5481)

[총론] ④ [○] 당연퇴직처분이 행정소송의 대상인 행정처분인지 여부(소극)

당연퇴직의 인사발령은 법률상 당연히 발생하는 퇴직사유를 공적으로 확인하여 알려주는 이른바 관념의 통지에 불과하고 공무원의 신분을 상실시키는 새로운 형성적 행위가 아니므로 행정소송의 대상이 되는 독립한 행정처분이라고 할 수 없다.^{2017국회8, 2017서9, 2016국9} (대판 1995. 11. 14. 95누2036)

⑤ [○] 「국가공무원법」

제2조 (공무원의 구분)	③ "특수경력직공무원"이란 경력직공무원 외의 공무원을 말하며, 그 종류는 다음 각 호와 같다. 1. 정무직공무원 가. 선거로 취임하거나 임명할 때 국회의 동의를 필요한 공무원 나. 고도의 정책결정 업무를 담당하거나 이러한 업무를 보조하는 공무원으로서 법률이나 대통령령(대통령비서실 및 국가안보실의 조직에 관한 대통령령만 해당한다)에서 정무직으로 지정하는 공무원 2. 별정직공무원: 비서관·비서 등 보좌업무 등을 수행하거나 특정한 업무 수행을 위하여 법령에서 별정직으로 지정하는 공무원
---------------------	---

정무직공무원의 예로는 국무위원, 각부의 차관, 청장이 있다.

정답 ③

문 19. 「국가배상법」 제2조상 공무원의 위법한 직무집행행위로 인한 배상책임에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공무원에게 직무상 의무를 부과한 법령 규정이 단순히 공익을 위한 것이고, 직접 국민 개개인의 이익을 위한 것이 아니라면 공무원이 그 의무에 위반하여 국민에게 손해를 가하여도 국가배상책임은 성립하지 않는다.
- ② 헌법재판소 재판관이 위법한 직무집행의 결과 잘못된 각하결정을 함으로써 청구인의 본안판단을 받을 기회를 상실케 한 경우, 본안판단을 하였더라도 어차피 청구가 기각되었을 것이라는 사정이 있다면 국가배상청구권은 성립하지 않는다.
- ③ 인사담당공무원이 은행으로부터 대출을 받기 위해 다른 공무원의 공무원증과 재직증명서를 위조한 행위는 실질적으로는 직무행위에 속하지 아니한다 할지라도 외관상으로 직무집행으로 보이므로 「국가배상법」 제2조제1항의 직무집행관련성이 인정된다.
- ④ 국민의 생명·신체·재산 등에 대하여 절박하고 중대한 위험상태가 발생하였거나 발생할 상당한 우려가 있는 경우에는 형식적인 법령에 근거가 없더라도 국가나 관련 공무원에게 그러한 위험을 배제할 작위의무가 인정될 수 있다.
- ⑤ 국회가 일정한 사항에 관하여 헌법에 의하여 부과되는 구체적인 입법의무를 부담하고 있음에도 불구하고 그 입법에 필요한 상당한 기간이 경과하도록 고의 또는 과실로 이러한 입법의무를 이행하지 아니하였다면 입법부작위로 인한 국가배상책임이 인정될 수 있다.

|| 해설 ||

- ① [O] 공무원이 직무를 수행하면서 그 근거되는 법령의 규정에 따라 구체적으로 의무를 부여받았어도 그것이 국민의 이익과는 관계없이 순전히 행정기관 내부의 질서를 유지하기 위한 것이거나, 또는 국민의 이익과 관련된 것이라도 직접 국민 개개인의 이익을 위한 것이 아니라 전체적으로 공공 일반의 이익을 도모하기 위한 것이라면 그 의무에 위반하여 국민에게 손해를 가하여도 국가 또는 지방자치단체는 배상책임을 부담하지 아니한다. (대판 2002. 3. 12. 2000다55225,55232)
- ② [X] 헌법재판소 재판관의 위법한 직무집행의 결과 잘못된 각하결정을 함으로써 청구인으로 하여금 본안판단을 받을 기회를 상실하게 한 이상, 설령 본안판단을 하였더라도 어차피 청구가 기각되었을 것이라는 사정이 있다고 하더라도 잘못된 판단으로 인하여 헌법소원심판 청구인의 위와 같은 합리적인 기대를 침해한 것이고 이러한 기대는 인격적 이익으로서 보호할 가치가 있다고 할 것이므로 그 침해로 인한 정신상 고통에 대하여는 위자료를 지급할 의무가 있다. (대판 2003. 7. 11. 99다24218)
- ③ [O] 인사업무담당(공무원들의 공무원증 및 재직증명서 발급업무) 공무원이 다른 공무원의 공무원증 등을 위조한 행위는 직무집행관련성이 인정된다.
인사업무를 담당하면서 공무원들의 공무원증 및 재직증명서 발급업무를 하는 공무원이 다른 공무원의 공무원증 등을 위조하는 행위는 비록 그것이 실질적으로는 직무행위에 속하지 아니한다 할지라도 적어도 외관상으로는 공무원증과 재직증명서를 발급하는 행위로서 직무집행으로 보여지므로 공무원이 직무를 집행함에 당하여 한 행위로 인정된다.^{2018지7, 2015지7} (대판 2005. 1. 14. 2004다26805)
- ④ [O] '법령에 위반하여'라고 하는 것이 엄격하게 형식적 의미의 법령에 명시적으로 공무원의 작위의무가 규정되어 있는데도 이를 위반하는 경우만을 의미하는 것은 아니고^{2017국7하}, 국민의 생명, 신체, 재산 등에 대하여 절박하고 중대한 위험상태가 발생하였거나 발생할 우려가 있어서 국민의 생명, 신체, 재산 등을 보호하는 것을 본래적 사명으로 하는 국가가 초법규적·일차적으로 그 위험 배제에 나서지 아니하면 국민의 생명, 신체, 재산 등을 보호할 수 없는 경우에는 형식적 의미의 법령에 근거가 없더라도 국가나 관련 공무원에 대하여 그러한 위험을 배제할 작위의무를 인정할 수 있을 것이다.^{2017사복, 2014국회8} (대판 2005. 6. 10. 2002다53995)
- ⑤ [O] 국가가 일정한 사항에 관하여 헌법에 의하여 부과되는 구체적인 입법의무를 부담하고 있음에도 불구하고 그 입법에 필요한 상당한 기간이 경과하도록 고의 또는 과실로 이러한 입법의무를 이행하지 아니하는 등 극히 예외적인 사정이 인정되는 사안에 한정하여 국가배상법 소정의 배상책임이 인정될 수 있다.^{2016사복, 2014지} (대판 2008. 5. 29. 2004다33469)

정답 ②

문 20. 행정상 손실보상에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 헌법 제23조제3항이 규정하는 정당한 보상이란 완전보상을 뜻하지만, 보상금액이나 보상의 시기나 방법 등에 있어 어떠한 제한도 두어서는 아니 된다는 의미는 아니다.
- ② 주거이전비는 당해 공익사업시행지구 안에 거주하는 세입자들을 대상으로 하여 사회보장적인 차원에서 지급하는 금원의 성격을 갖는다.
- ③ 해당 사업으로 인해 지가가 상승하여 발생하는 개발이익은 완전보상의 범위에 포함되는 피수용토지의 객관적 가치 내지 피수용자의 손실이라고는 볼 수 없다.
- ④ 수용재결에 불복하여 이의재결을 거쳐 취소소송을 제기하는 경우, 이의재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우가 아니라면 그 대상은 중앙토지수용위원회의 이의재결이 아니라 관할 토지수용위원회의 수용재결이다.
- ⑤ 수용재결절차에서 정한 보상액과 행정소송절차에서 정한 보상금액의 차액이 수용시기에 지급되지 않은 이상 그에 대한 지연손해금이 당연히 발생한다.

|| 해설 ||

- ① [×] 헌법이 규정한 '정당한 보상'이란 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하는 것이어야 한다는 완전보상을 뜻하는 것^{2019서9}으로서 보상금액 뿐만 아니라 보상의 시기나 방법 등에 있어서도 어떠한 제한을 두어서는 아니된다는 것을 의미한다고 할 것이다. (헌재 1990. 6. 25. 89헌마107)
- ② [○] 공익사업의 시행으로 인하여 이주하는 주거용 건축물의 세입자에게 지급되는 주거이전비와 이사비의 법적 성격 공익사업의 시행에 따라 이주하는 주거용 건축물의 세입자에게 지급하는 주거이전비와 이사비는, 당해 공익사업 시행지구 안에 거주하는 세입자들의 조기이주를 장려하여 사업추진을 원활하게 하려는 정책적인 목적과 주거이전으로 인하여 특별한 어려움을 겪게 될 세입자들을 대상으로 하는 사회보장적인 차원에서 지급하는 금원의 성격을 갖는다고 할 것이다. (대판 2006. 4. 27. 2006두2435)
- ③ [○] 공익사업의 시행으로 지가가 상승하여 발생하는 개발이익은 궁극적으로는 국민 모두에게 귀속되어야 할 성질의 것이므로 이는 완전보상의 범위에 포함되는 피수용토지의 객관적 가치 내지 피수용자의 손실이라고는 볼 수 없다. (대판 1993. 7. 13. 93누2131)
- ④ [○] 토지소유자 등이 수용재결에 불복하여 이의신청을 거친 후 취소소송을 제기하는 경우 피고적격(=수용재결을 한 토지수용위원회) 및 소송대상(=수용재결)^{2017사복, 2016지9} 수용재결에 불복하여 취소소송을 제기하는 때에는 이의신청을 거친 경우에도 수용재결을 한 중앙토지수용위원회 또는 지방토지수용위원회를 피고로 하여 수용재결의 취소를 구하여야 하고^{2016서7}, 다만 이의신청에 대한 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에는 그 이의재결을 한 중앙토지수용위원회를 피고로 하여 이의재결의 취소를 구할 수 있다고 보아야 한다. (대판 2010. 1. 28. 2008두1504)
- ⑤ [○] 수용에 대한 재결절차에서 정한 보상액과 행정소송절차에서 정한 보상금액의 차액에 대한 지연손해금의 발생 여부(적극) 기업자의 토지수용으로 인한 손실보상금 지급의무는 그 수용의 시기로부터 발생하고, 현실적으로 구체적인 손실보상금액이 재결이나 행정소송의 절차에 의하여 확정되어진다 하여 달리 볼 것이 아니며 재결절차에서 정한 보상액과 행정소송절차에서 정한 보상금액의 차액 역시 수용과 대가관계에 있는 손실보상의 일부이므로 동 차액이 수용의 시기에 지급되지 않은 이상 이에 대한 지연손해금이 발생하는 것은 당연하다. (대판 1991. 12. 24. 91누308)

정답 ①

문 21. 사회복지법인인 甲은 모자복지시설과 영유아보육시설 등을 설치·운영하여 오다가, 수익사업으로서 A유치원을 설치·운영하기로 하여, 甲의 정관 중 사업의 종류에 관한 규정을 신설하여 수익용 기본재산의 임대사업 및 교육기관 A유치원 설치·운영의 수익사업을 사업의 종류에 포함시키는 내용을 추가하는 취지의 정관변경허가를 관할 행정청 乙에게 신청하였다. 이에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲의 정관변경행위를 허가할 것인지의 여부는 乙의 정책적 판단에 따른 재량에 맡겨져 있다.
- ② 乙은 정관변경허가를 함에 있어서 비례의 원칙 및 평등의 원칙에 적합하고 행정처분의 본질적 효력을 해하지 않는 한도 내에서 부관을 붙일 수 있다.
- ③ 乙의 정관변경허가 없이 한 甲의 정관변경행위는 강제집행이나 행정벌의 대상이 된다.
- ④ 甲의 정관변경행위가 무효인 경우에 유효한 乙의 정관변경허가가 있어도 甲의 정관변경행위가 유효한 것으로 될 수 없다.
- ⑤ 甲의 정관변경행위에 하자가 있는 경우에 해당 정관변경행위의 하자를 이유로 乙의 정관변경허가의 취소 또는 무효확인을 소구할 법률상 이익이 없다.

|| 해설 ||

[초심자 분들을 위한 문제풀이 방법]

준사례문제 풀이에서 가장 중요한 것은 항상 행정청의 행위입니다.

준사례문제 풀이가 어렵게 느껴지신다면 행정청의 행위를 정확히 파악하는 것부터 시작해보세요!

(물론 아는 판례사안이라면 더 쉽게 풀어낼 수 있을 것입니다.)

이번 문제에서는 정관변경허가가 강학상 인가임을 아는 것부터 시작해야 합니다.

또 하나 강학상 인가는 대부분 재량입니다. 기속행위인 경우를 암기하셔야 합니다.

(최후수단) '나는 행정청의 행위가 무엇인지 모르겠다' 이런 경우라면???

지문1과 지문2는 동일취지입니다.

지문1의 재량행위가 맞다면 지문2의 부관의 부가가능성도 인정되나, 지문1에서 재량행위가 틀린 것이라면 즉, 기속행위라면 지문2의 부관도 부가할 수 없으므로 틀리게 됩니다.

지문1과 지문2는 모두 맞는 것 아니면 모두 틀린 것입니다.

그런데 문제는 틀린 것을 하나 고르는 것이므로 모두 맞는 것입니다.

결론적으로 지문1과 지문2 중 답을 선택했다면 문제풀이의 요령이 부족한 것입니다.

덧붙여, 문제를 많이 풀다 보면 지문에서 역으로 논점을 뽑아낼 수 있습니다.

지문4정도에서 인가임을 알아챌 수 있다면 너무 좋겠습니다.

- ① [O] ② [O] 구 사회복지사업법의 입법 취지와 같은 법 제12조, 제25조 등의 규정에 사회복지법인의 설립이나 설립 후의 정관변경의 허가(강학상 인가)에 관한 구체적인 기준이 정하여져 있지 아니한 점 등에 비추어 보면, 사회복지법인의 정관변경을 허가할 것인지의 여부는 주무관청의 정책적 판단에 따른 재량에 맡겨져 있다^{2018㉗7}고 할 것이고, 주무관청이 정관변경허가를 함에 있어서는 비례의 원칙 및 평등의 원칙에 적합하고 행정처분의 본질적 효력을 해하지 않는 한도 내에서 부관을 붙일 수 있다.^{2017사복} (대판 2002. 9. 24. 2000두5661)
- ③ [X] 인가는 법률행위가 효력을 발생하기 위한 효력발생요건이다. 따라서 인가를 받지 않은 경우, 그 행위는 무효가 된다. 그러나 강제집행이나 처벌의 대상이 되지 않는다(허가와 비교해보자!).
- ④ [O] 사립학교법 제20조 제2항에 의한 학교법인의 임원에 대한 감독청의 취임승인은 학교법인의 임원선임행위를 보충하여 그 법률상의 효력을 완성케하는 보충적 행정행위^{2016㉗9}로서 기본행위인 학교법인의 임원선임행위가 불성립 또는 무효인 경우에는 비록 그에 대한 감독청의 취임승인이 있었다 하여도 이로써 무효인 그 선임행위가 유효한 것으로 될 수는 없다.^{2016㉗9} (대판 1987. 8. 18. 86누152)
[해설: 기본행위가 불성립되거나 무효인 경우에 인가 자체가 적법하다 하더라도 기본행위가 유효로 되는 것은 아니며, 인가는 무효가 된다(판례).^{2017㉗9하, 2015㉗9}]
- ⑤ [O] 기본행위의 불성립 또는 무효를 내세워 바로 그에 대한 감독청의 취임승인처분의 취소 또는 무효확인을 구하는 것은 특단의 사정이 없는 한 소구할 법률상의 이익이 있다고 할 수 없다.^{2016㉗9} (대판 1987. 8. 18. 86누152)

정답 ③

[각론] 문 22. 공물에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 인공공물의 경우 명시적 혹은 묵시적 공용폐지 행위에 의하여 소멸하나, 자연공물의 경우 형체적 요소의 소멸만으로 공물로서의 성질을 상실한다.
- ② 공공용물에 관하여 적법한 개발행위 등이 이루어짐으로 말미암아 이에 대한 일정 범위의 사람들의 일반사용이 종전에 비하여 제한받게 되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그로 인한 불이익은 손실보상의 대상이 되지 않는다.
- ③ 공유수면에 대한 점용·사용허가는 특별사용권을 설정해 주는 행정행위로서 강학상 특허이다.
- ④ 국유재산의 관리청이 행정재산의 사용·수익을 허가한 다음 그 사용·수익하는 자에 대하여 하는 사용료 부과는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이다.
- ⑤ 도로관리청은 도로의 기능 발휘에 장애가 되는 시설물을 정당한 사유 없이 설치하는 것을 제지할 수 있다.

|| 해설 ||

① [×]

[판례1] 공용폐지의 의사표시는 묵시적인 방법으로도 가능하나 행정재산이 본래의 용도에 제공되지 않는 상태에 있다는 사정만으로는 묵시적인 공용폐지의 의사표시가 있다고 볼 수 없으며, 또한 공용폐지의 의사표시는 적법한 것이어야 하는바, 행정재산은 공용폐지가 되지 아니한 상태에서는 사법상 거래의 대상이 될 수 없으므로 관재당국이 착오로 행정재산을 다른 재산과 교환하였다 하여 그러한 사정만으로 적법한 공용폐지의 의사표시가 있다고 볼 수도 없다. (대판 1998. 11. 10. 98다42974)

[판례2] 공유수면은 소위 자연공물로서 그 자체가 직접 공공의 사용에 제공되는 것이므로 공유수면의 일부가 사실상 매립되어 대지화되었다고 하더라도 국가가 공유수면으로서의 공용폐지를 하지 아니하는 이상 법률상으로는 여전히 공유수면으로서의 성질을 보유하고 있다. (대판 2013. 6. 13. 2012두2764)

[공물의 소멸: 판례는 자연공물, 인공공물 모두 공용폐지(권한을 가진 기관의 의사적 행위)가 없는 한 공물로서의 성질을 유지한다고 본다. 즉, 형체적 요소의 소멸 + 공용폐지(의사적 요소; 명시 또는 묵시) = 공물의 소멸]

[총론] ② [○] 공공용물에 대한 일반사용이 적법한 개발행위로 제한됨으로 인한 불이익이 손실보상의 대상이 되는 특별한 손실인지 여부(소극)

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.^{2018서9, 2011국9} (대판 2002. 2. 26. 99다35300)

[총론] ③ [○] 구 공유수면관리법상 공유수면의 점·사용허가의 법적 성질(=특허·재량)

구 공유수면관리법에 따른 공유수면의 점·사용허가는 특권인에게 공유수면 이용권이라는 독점적 권리를 설정하여 주는 처분으로서 그 처분의 여부 및 내용의 결정은 원칙적으로 행정청의 재량에 속한다고 할 것이다.^{2015서7} (대판 2004. 5. 28. 2002두5016)

[총론] ④ [○] 국유재산의 관리청이 행정재산의 사용·수익을 허가한 다음 그 사용·수익하는 자에 대하여 하는 사용료 부과는 순전히 사경제주체로서 행하는 사법상의 이행청구라 할 수 없고, 이는 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행한 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 할 것이다.^{2018국회8, 2017사복, 2015국회8} (대판 1996. 2. 13. 95누11023)

⑤ [○] 도로관리청이 도로의 기능 발휘에 장애가 되는 시설물을 정당한 사유 없이 설치하는 것을 제지할 수 있는지 여부(적극)
구 도로법에 따르면 누구든지 정당한 사유 없이 도로에 장애물을 쌓거나 교통에 지장을 끼치는 행위를 하여서는 안 되며, 그러한 행위를 하는 사람에 대하여는 도로관리청이 필요한 처분을 하거나 조치를 명할 수 있다. 따라서 도로를 설치하고 그 존립을 유지하여 이를 일반 교통에 제공함으로써 도로의 본래 목적을 발휘하도록 하기 위한 포괄적 관리권을 가지는 도로관리청으로서는 도로의 기능 발휘에 장애가 되는 시설물을 정당한 사유 없이 설치하는 것을 제지할 수 있다. (대판 2014. 2. 27. 2013도5356)

정답 ①

문 23. 판례의 내용으로 옳지 않은 것은?

- ① 개인택시운송사업자가 음주운전을 하다가 사망한 경우 그 망인에 대하여 음주운전을 이유로 운전면허 취소처분을 하는 것은 불가능하고, 음주운전은 운전면허의 취소사유에 불과할 뿐 개인택시운송사업면허의 취소사유가 될 수는 없으므로, 음주운전을 이유로 한 개인택시운송사업면허의 취소처분은 위법하다.
- ② 적법하게 공무원임용이 된 이후, 당연퇴직사유가 발생한 뒤에도 사실상 계속 근무해왔다 하더라도 당연퇴직사유 발생 이후의 사실상의 근무기간은 「공무원연금법」상의 재직기간에 합산될 수 없다.
- ③ 처분의 근거나 법적인 효과가 행정규칙에 규정되어 있다고 하더라도, 그 처분이 행정규칙의 내부적 구속력에 의하여 상대방에게 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법적인 효과를 발생하게 하는 등으로 그 상대방의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행위라면, 이 경우에도 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.
- ④ 서울특별시 수도조례 및 서울특별시 하수도사용조례에 기한 과태료부과처분은 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다.
- ⑤ 기존의 행정처분을 변경하는 내용의 행정처분이 뒤따르는 경우, 후속처분의 내용이 종전처분의 유효를 전제로 그 내용 중 일부만을 추가·철회·변경하는 것이고 그 추가·철회·변경된 부분이 그 내용과 성질상 나머지 부분과 불가분적인 것이 아닌 경우에는 종전처분이 아닌 후속처분만이 항고소송의 대상이 된다고 보아야 한다.

|| 해설 ||

- ① [O] 개인택시운송사업자가 음주운전을 하다가 사망한 경우 그 망인에 대하여 음주운전을 이유로 운전면허 취소처분을 하는 것은 불가능하고, 음주운전은 운전면허의 취소사유에 불과할 뿐 개인택시운송사업면허의 취소사유가 될 수는 없으므로, 음주운전을 이유로 한 개인택시운송사업면허의 취소처분은 위법하다. (대판 2008. 5. 15. 2007두26001)

- ② [O] 당연퇴직사유에 해당되어 공무원으로서의 신분을 상실한 자가 그 이후 사실상 공무원으로 계속 근무하여 왔다고 하더라도 당연퇴직 후의 사실상의 근무기간은 공무원연금법상의 재직기간에 합산될 수 없다. (대판 2003. 5. 16. 2001다61012)

※ 관련판례: 임용이 무효인 공무원에게 「공무원연금법」상 연금청구권 부정 그러나 「근로기준법」상 퇴직금(액)은 지급해야 함.

[판례1] 임용 결정자가 공무원으로 임용되어 사실상 근무하여 온 경우, 공무원연금법 소정의 퇴직급여 등을 청구할 수 있는지 여부(소극) 임용 당시 공무원임용결격사유가 있었다면 그 임용행위는 당연무효이며, 당연무효인 임용행위에 의하여 공무원의 신분을 취득할 수는 없으므로 임용결격자가 공무원으로 임용되어 사실상 근무하여 왔다고 하더라도 적법한 공무원으로서의 신분을 취득하지 못한 자로서는 공무원연금법 소정의 퇴직급여 등을 청구할 수 없다. (대판 2003. 5. 16. 2001다61012) [판례2] 임용행위가 구 국가공무원법에 위배되어 당연무효임에도 계속 근무하여 온 경우, 임용시부터 퇴직시까지의 근로는 법률상 원인 없이 제공된 부당이득이므로 임금을 목적으로 계속하여 근로를 제공하여 온 퇴직자에 대하여 퇴직급여 중 적어도 근로기준법상 퇴직금에 상당하는 금액은 그가 재직기간 중 제공한 근로에 대한 대가로써 지급되어야 한다. (대판 2004. 7. 22. 2004다10350)

- ③ [O] 어떠한 처분의 근거나 법적인 효과가 행정규칙에 규정되어 있다고 하더라도, 그 처분이 행정규칙의 내부적 구속력에 의하여 상대방에게 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법적인 효과를 발생하게 하는 등으로 그 상대방의 권리 의무에 직접 영향을 미치는 행위라면, 이 경우에도 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다. (대판 2002. 7. 26. 2001두3532)
- ④ [O] 수도조례 및 하수도사용조례에 기한 과태료의 부과 여부 및 그 당부는 최종적으로 질서위반행위규제법에 의한 절차에 의하여 판단되어야 한다고 할 것이므로, 그 과태료 부과처분은 행정청을 피고로 하는 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다. (대판 2012. 10. 11. 2011두19369)
- ⑤ [X] 기존의 행정처분을 변경하는 내용의 행정처분이 뒤따르는 경우, 후속처분이 종전 처분을 완전히 대체하는 것이거나 주요 부분을 실질적으로 변경하는 내용인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 종전처분은 효력을 상실하고 후속처분만이 항고소송의 대상이 되지만, 후속처분의 내용이 종전처분의 유효를 전제로 내용 중 일부만을 추가·철회·변경하는 것이고 추가·철회·변경된 부분이 내용과 성질상 나머지 부분과 불가분적인 것이 아닌 경우에는, 후속처분에도 불구하고 종전처분이 여전히 항고소송의 대상이 된다. (대판(선) 2015. 11. 19. 2015두295)

정답 ⑤

문 24. 甲은 서울 강남역 사거리에서 승용자동차를 운행하다가 강남경찰서 소속의 경찰관 乙로부터 음주운전자로 적발당하였다. 甲은 운전면허취소에 해당하는 음주상태였으며, 제2종 원동기장치자전거 면허만 가지고 있었다. 그 후 甲은 서울지방경찰청장으로부터 제2종 원동기장치자전거 면허에 대한 취소처분(이하 '이 사건 처분')을 받았다. 甲은 이 처분에 불복하려고 한다. 이에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 서울지방경찰청장의 이 사건 처분은 침익적 행정행위이다.
- ② 甲은 취소소송을 제기하기 전에 행정심판을 거쳐야 한다.
- ③ 甲이 이 사건 처분에 대한 취소소송을 제기하는 경우 서울지방경찰청장을 피고로 하여야 한다.
- ④ 甲은 이 사건 처분을 받은 날부터 60일 이내에 서울지방경찰청장에게 이의를 신청할 수 있다.
- ⑤ 甲이 승용자동차의 음주운전행위를 하였음에도 제2종 원동기장치자전거 면허를 취소하는 것은 위법하다는 것이 판례의 입장이다.

|| 해설 ||

① [O] 운전면허취소처분은 법적 불이익을 내용으로 하는 것으로 침익적 행정행위에 해당한다.

② [O] 「도로교통법」

제93조(운전면허의 취소·정지)

① 지방경찰청장은 운전면허를 받은 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 행정안전부령으로 정하는 기준에 따라 운전면허를 취소하거나 1년 이내의 범위에서 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있다.

제142조(행정소송과의 관계)

이 법에 따른 처분으로서 해당 처분에 대한 행정소송은 행정심판의 재결(裁決)을 거치지 아니하면 제기할 수 없다.

③ [O] 처분청인 서울지방경찰청장이 항고소송의 피고가 된다.

④ [O] 「도로교통법」

제94조(운전면허 처분에 대한 이의신청)

① 제93조제1항 또는 제2항에 따른 운전면허의 취소처분 또는 정지처분이나 같은 조 제3항에 따른 연습운전면허 취소처분에 대하여 이의(異議)가 있는 사람은 그 처분을 받은 날부터 60일 이내에 행정안전부령으로 정하는 바에 따라 지방경찰청장에게 이의를 신청할 수 있다.

⑤ [X] 승용자동차를 운전할 수 있는 각 면허와 제2종 원동기장치자전거면허를 소지하고 이 사건 승용자동차를 음주운전한 경우라면 승용자동차를 운전할 수 있는 위 각 면허의 취소에는 당연히 원동기장치자전거의 운전까지 금지하는 취지가 포함된 것이어서 이와 관련된 면허인 원동기장치자전거면허까지 취소할 수 있는 점(대법원 1994. 11. 25. 선고 94누9672 판결 참조)에 비추어 보면, 원고에게 승용자동차를 운전할 수 있는 위 각 면허가 없었다 하더라도 원고의 이 사건 승용자동차의 음주운전행위는 제2종 원동기장치자전거의 운전을 금지시킬 사유에 해당하므로 그 면허를 취소할 수 있다고 봄이 마땅하다. (대판 2012. 6. 28. 2011두358)

정답 ⑤

문 25. 판례의 내용으로 옳은 것은?

- ① 토지 등 소유자들이 조합을 따로 설립하지 않고 직접 시행하는 도시환경정비사업에서 사업시행인가처분은 사업시행계획에 대한 법률상 효력을 완성시키는 보충행위에 해당한다.
- ② 어느 사유로 인하여 징계를 받았으나 그것이 직위해제사유로 평가될 수 있는 경우 이를 이유로 새로이 직위해제를 하는 것은 일사부재리나 이중처벌금지의 원칙에 저촉된다.
- ③ 묘지공원과 화장장의 후보지를 선정하는 과정에서 서울특별시, 비영리법인, 일반기업 등이 공동발족한 협의체인 추모공원건설추진협의회가 후보지 주민들의 의견을 청취하기 위하여 그 명의로 개최한 공청회는 「행정절차법」에서 정한 절차를 준수하여야 한다.
- ④ 환경영향평가법령에서 정한 환경영향평가를 거쳐야 할 대상사업에 대하여 그러한 절차를 거쳤더라도 그 환경영향평가의 내용이 조금이라도 부실하다면 당연히 당해 승인 등 처분이 위법하게 된다.
- ⑤ 토지수용위원회는 행정쟁송에 의하여 사업인정이 취소되지 않는 한 그 기능상 사업인정 자체를 무의미하게 하는, 즉 사업의 시행이 불가능하게 되는 것과 같은 재결을 행할 수는 없다.

|| 해설 ||

- ① [×] 토지 등 소유자들이 조합을 따로 설립하지 않고 직접 시행하는 도시환경정비사업에서 사업시행인가처분의 법적 성격
토지 등 소유자들이 그 사업을 위한 조합을 따로 설립하지 아니하고 직접 도시환경정비사업을 시행하고자 하는 경우에 ... 사업시행인가를 받은 토지 등 소유자들은 구 도시정비법상의 도시환경정비사업을 시행하는 목적 범위 내에서 법령이 정하는 바에 따라 일정한 행정작용을 행하는 행정주체로서의 지위를 가진다. 그렇다면 토지 등 소유자들이 직접 시행하는 도시환경정비사업에서 토지 등 소유자에 대한 사업시행인가처분은 단순히 사업시행계획에 대한 보충행위로서의 성질을 가지는 것이 아니라 구 도시정비법상 정비사업을 시행할 수 있는 권한을 가지는 행정주체로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 가진다. (대판 2013. 6. 13. 2011두19994)
- [각론] ② [×] 직위해제는 징벌적 제재인 징계와는 그 성질을 달리하는 것이어서 어느 사유로 인하여 징계를 받았다 하더라도 그것이 직위해제사유로 평가될 수 있다면 이를 이유로 새로이 직위해제를 할 수도 있는 것이고, 이는 일사부재리나 이중처벌금지의 원칙에 저촉되는 것이 아니다. (대판 1992. 7. 28. 91다30729)
- ③ [×] 묘지공원과 화장장의 후보지를 선정하는 과정에서 서울특별시, 비영리법인, 일반 기업 등이 공동발족한 협의체인 추모공원건설추진협의회가 후보지 주민들의 의견을 청취하기 위하여 그 명의로 개최한 공청회는 행정청이 도시계획시설결정을 하면서 개최한 공청회가 아니므로, 위 공청회의 개최에 관하여 행정절차법에서 정한 절차를 준수하여야 하는 것은 아니라고 한 사례. ^{2019지9} (대판 2007. 4. 12. 2005두1893)
- ④ [×] 환경영향평가법령에서 정한 환경영향평가 절차를 거쳤으나 그 환경영향평가의 내용이 부실한 경우, 그 부실로 인하여 환경영향평가 대상사업에 대한 승인 등 처분이 위법하게 되는지 여부(한정 소극)
환경영향평가의 내용이 다소 부실하다 하더라도, 그 부실의 정도가 환경영향평가제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없을 정도이어서 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도의 것이 아닌 이상, 그 부실은 당해 승인 등 처분에 재량권 일탈·남용의 위법이 있는지 여부를 판단하는 하나의 요소로 뒀을 뿐, 그 부실로 인하여 당연히 당해 승인 등 처분이 위법하게 되는 것이 아니다. ^{2017국회8, 2016서7} (대판(전) 2006. 3. 16. 2006두330)
[비교판례] 환경영향평가법상 환경영향평가를 실시하여야 할 사업에 대하여 환경영향평가를 거치지 아니하였음에도 승인 등 처분을 한 경우, 그 처분의 하자가 행정처분의 당연무효사유에 해당하는지 여부(적극)
환경영향평가를 거쳐야 할 대상사업에 대하여 환경영향평가를 거치지 아니하였음에도 불구하고 승인 등 처분이 이루어진 경우... 이러한 행정처분의 하지는 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것이고 객관적으로도 명백한 것이라고 하지 않을 수 없어, 이와 같은 행정처분은 당연무효이다. ^{2019지9, 2017국회8, 2017서7} (대판 2006. 6. 30. 2005두14363)
- ⑤ [○] 토지수용위원회는 수용의 필요성이 약하다고 하더라도 수용인정을 무의미하게 하고 이 사건 수용목적사업인 광업개발이 불가능하도록 토지수용신청 자체를 기각할 수 있는지 여부(소극)
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)

정답 ⑤