

2020년 행정사 제8회 (2020.5.16)

• 해설 : 이승철

01 법치행정원리에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 법률우위의 원칙에서 말하는 법률은 국회가 제정한 형식적 의미의 법률만을 말한다.
- ② 법률우위의 원칙은 사법형식의 행정작용에는 적용되지 않는다.
- ③ 법률우위의 원칙에 위반한 행정행위는 무효이다.
- ④ 법률유보의 원칙에서 말하는 법률에는 법률의 위임에 의해 제정된 법규명령도 포함된다.
- ⑤ 법률유보의 범위와 관련하여 본질성설에 따르는 경우 행정입법에의 위임은 금지된다.

해설

① (×), ④ (○)

- 법률유보원칙에서의 법률 : 국회에서 법률제정의 절차에 따라 만들어진 형식적 의미의 법률(법률의 효력을 갖는 조약 포함)을 의미하며 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 관하여 규정한 법규명령도 포함될 수 있다.
- 법률위임원칙에서의 법률 : 헌법·법률, 법률의 위임에 따른 법규명령, 자치법규, 관습법·판례법 등 불문법, 행정법의 일반원칙 등이 모두 포함된다. 단, 행정규칙은 제외된다.

- ② (×) 법치주의의 소극적 측면으로서 행정의 모든 영역에 적용된다. 공법형식의 국가작용뿐 아니라 사법(私法)형식의 국가작용에도 적용된다.
- ③ (×) 법률우위의 원칙에 위반한 행정행위는 위법이며, 그 위법성의 정도에 따라서 무효사유인 행정 행위와 취소사유인 행정행위로 구분된다.
- ⑤ (×) 본질성설(중요사항유보설)은 행정부문의 본질적 사항에 관한 규율은 법률의 근거를 요한다고 보므로, 본질적 사항이 아닌 경우 행정입법에의 위임이 허용된다.
 - 본질성설에서 법률유보의 범위와 강도
 - ㉠ 1단계 횡적 측면 - 기본권 관련 유보 : 기본권과의 관련성, 입법사항의 문제.
 - ㉡ 2단계 종적 측면 - 법률유보의 강도 : 매우 중요한 사항은 법률로만 정함(위임입법 불가 ; 위임금지를 통해 강화된 법률유보 - 의회유보), 덜 중요한 사항은 행정입법에 위임 가능, 중요하지 않은 사항은 법률의 근거를 요하지 않음 → 입법부와 행정부 간 입법권능 배분 문제 → 법률과 법규명령 규율사항 구분 원리, 위임입법의 한계로 작용

답 ④

02 대물적 허가를 받아 영업을 하는 甲은 자신의 영업을 乙에게 양도하고자 乙과 영업의 양도·양수계약을 체결하고 관련법에 따라 관할 A행정청에 지위승계신고를 하였다. 이에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ㉠ 적법한 지위승계신고를 하였다면 A행정청이 수리를 거부하더라도 乙에게 영업양수의 효과가 발생한다.
- ㉡ 지위승계신고가 있기 전에 A행정청이 위 영업허가를 취소하려는 경우 허가취소의 상대방은 甲이 된다.
- ㉢ 甲과 乙 사이의 영업양도·양수계약이 무효라면 지위승계신고가 수리되더라도 乙에게 영업양수의 효과가 발생하지 않는다.
- ㉣ 영업양도·양수가 유효하더라도 명문의 규정이 없는 한 양도 전 甲의 위반행위를 이유로 乙에 대하여 재제처분을 할 수는 없다.

① ㉠, ㉡

② ㉠, ㉢

③ ㉡, ㉣

④ ㉠, ㉢, ㉣

⑤ ㉡, ㉢, ㉣

해설

- ㉠ (×) 영업자 지위승계신고는 '수리를 요하는 신고'로서 그에 대한 '수리행위'는 영업허가자 변경이라는 법률효과를 발생시키는(양도인의 영업허가취소와 양수인의 권리설정행위) 행정처분에 해당한다(대판 1993.6.8. 91누11544 등).
- ㉡ (○) 사실상 영업이 양도·양수되었지만 아직 승계신고 및 수리처분이 있기 이전의 경우, 행정제재처분사유 유무의 판단기준이 되는 대상자 및 위반행위에 대한 행정책임이 귀속되는 자는 양도인 : 식품위생법 제25조 제3항에 의한 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, 영업허가자의 변경이라는 법률효과를 발생시키는 행위라고 할 것이다. 사실상 영업이 양도·양수되었지만 아직 승계신고 및 그 수리처분이 있기 이전에는 여전히 종전의 영업자인 양도인이 영업허가자이고, 양수인은 영업허가자가 되지 못한다 할 것이어서 행정제재처분의 사유가 있는지 여부 및 그 사유가 있다고 하여 행하는 행정제재처분은 영업허가자인 양도인을 기준으로 판단하여 그 양도인에 대하여 행해야 할 것이고, 한편 양도인이 그의 의사에 따라 양수인에게 영업을 양도하면서 양수인으로 하여금 영업을 하도록 허락하였다면 그 양수인의 영업 중 발생한 위반행위에 대한 행정적인 책임은 영업허가자인 양도인에게 귀속된다고 보아야 할 것이다. 양수인이 양도인으로부터 그 지분을 양수하고도 영업허가 명의를 양도인 앞으로 남겨 둔 채 단독으로 영업을 하던 중 일어난 위반행위 이외에 그 이전에 양도인이 주점에서 지정된 영업시간을 준수하지 않고 영업을 하던 중 적발된 적이 있었다면 위 위반행위로써 양도인은 2차로 위반한 셈이 된다할 것이고, 여기에 영업양도가 있는 경우 종전의 영업자에 대하여 행한 행정제재처분의 효과가 양수인에게 승계되는지 여부에 관한 규정인 식품위생법 제61조의 적용 여부가 문제될 여지는 없다(대판 1995.2.24. 94누9146)
- ㉢ (○) 사업양도·양수에 따른 허가관청의 지위승계신고를 수리는 적법한 사업의 양도·양수가 있었음을 전제로 하는 것이므로 그 수리대상인 사업양도·양수가 존재하지 아니하거나 무효인 때에는 수리를 하였다 하더라도 그 수리는 유효한 대상이 없는 것으로서 당연히 무효라 할 것이고, 사업의 양도행위가 무효라고 주장하는 양도자는 민사쟁송으로 양도·양수행위의 무효를 구함이 없이 막바로 허가관청을 상대로 하여 행정소송으로 위 신고수리처분의 무효확인을

구할 법률상 이익이 있다(대판 2005.12.23. 2005두3554).

㉔ (×) 대물적 허가인 경우 양도·양수 전 양도인의 위법행위시 양도 후 양수인에 대한 제재가 가능하다(제재사유의 승계).

• **석유판매업(주유소)허가는 소위 대물적 허가의 성질을 갖는 것이어서 그 사업의 양도도 가능하고, 이 경우 양수인은 양도인의 지위를 승계하게 됨에 따라 양도인의 위 허가에 따른 권리의무가 양수인에게 이전되는 것이므로 만약 양도인에게 그 허가를 취소할 위법사유가 있다면 허가관청은 이를 이유로 양수인에게 응분의 제재조치를 취할 수 있다 할 것이고, 양수인이 그 양수 후 허가관청으로부터 석유판매업허가를 다시 받았다 하더라도 이는 석유판매업의 양수도를 전제로 한 것이어서 이로써 양도인의 지위승계가 부정되는 것은 아니므로 양도인의 귀책사유는 양수인에게 그 효력이 미친다**(대판 1986.7.22. 86누203).

답 ③

※ 영업양도에 따른 허가관청에의 지위승계 신고 관련 문제

1. 행정청의 영업양도에 따른 지위승계신고 수리행위

㉑ 영업허가자 변경이라는 법률효과 발생(양도인의 영업허가취소와 양수인의 권리설정행위). 지위승계신고 수리행위는 행정처분에 해당

㉒ 수리처분 시 종전 영업자(양도인)는 행정절차법 2조 4호 소정의 '당사자 등'에 해당하므로 행정절차법 소정의 행정절차를 실시해야 함

2. 양수·양도 후 승계 신고 전 상황에서

㉑ 제재처분사유 유무 판단기준인 대상자 및 위반행위에 대한 행정책임 귀속자는 양도인 : 행정제재처분은 영업허가자인 양도인을 기준으로 판단하여 그 양도인에 대하여 행하여야 할 것이고, 한편 양도인이 그의 의사에 따라 양수인에게 영업을 양도하면서 양수인으로 하여금 영업을 하도록 허락하였다면 그 양수인의 영업 중 발생한 위반행위에 대한 행정적인 책임은 영업허가자인 양도인에게 귀속(대판 1995.2.24. 94누9146))

㉒ 양수인은 행정청의 양도인에 대한 허가취소를 다룰 법률상 이익(원고적격) 있음 : 채석행위 허가자의 지위를 양수받아 명의변경신고를 할 수 있는 양수인의 지위는 단순한 반사적 이익이나 사실상의 이익이 아니라 산림법령에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익으로서 법률상 이익(대판 2003.7.11. 2001두6289)

3. 제재사유의 승계 * 대인적 허가는 허가효과(권리의무·위법사유·제재사유·귀책사유)의 승계가 불가능하지만 대물적 효과는 승계 가능

㉑ 제재처분의 효과의 승계 : 양도 전 양도인에게 내려진 제재처분(영업정지, 과징금부과, 허가 취소)의 효과는 당연히 양수인에게 이전

㉒ 제재사유의 승계 : 대물적 허가인 경우 양도·양수 전 양도인의 위법행위시 양도 후 양수인에 대한 제재 가능(예 양도인이 양도 전 불법취발유 판매, 석유판매업 양도 후 양수인에게 영업허가취소처분 가능). 단, 법률에서 선의임을 입증한 양수인을 보호하는 규정을 따로 두기도 함.

4. 수리대상인 사업양도·양수가 존재하지 않거나 무효인 때

㉑ 행정청이 양도신고를 수리 했더라도 그 수리는 당연 무효

㉒ 사업 양도행위의 무효를 주장하는 양도자는 바로 허가관청을 상대로 한 행정소송으로 양도신고수리처분의 무효확인을 구할 법률상 이익이 있음(미리 민사소송으로 그 양도행위의 무효를 구할 필요는 없음)

03 법규명령에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 법률이 자치법적 사항을 공법적 단체의 정관에 위임하는 경우에는 포괄적 위임금지원칙이 적용되지 않는다.
- ② 행정입법부작위는 부작위위법확인소송의 대상이 된다.
- ③ 행정입법이 대법원에 의하여 위법하다는 판정이 있더라도 일반적으로 그 효력이 상실되는 것은 아니다.
- ④ 집행명령은 상위 법령의 수권 없이 제정될 수 있다.
- ⑤ 제재적 처분기준이 부령의 형식으로 규정되어 있는 때에는 국민에게 법적 구속력이 없다.

해설

① (○) 법률이 공법적 단체 등의 정관에 자치법적 사항을 위임한 경우에는 헌법 제75조가 정하는 포괄적인 위임입법의 금지는 원칙적으로 적용되지 않는다고 봄이 상당하고, 그렇다 하더라도 그 사항이 국민의 권리·의무에 관련되는 것일 경우에는 적어도 국민의 권리·의무에 관한 기본적인 사항은 국회가 정하여야 한다(대판 2007.10.12. 2006두14476).

② (×) 행정입법부작위에 대한 부작위위법확인 소송은 불가능, 단, 행정입법부작위가 기본권을 중대하게 침해하는 것이면 헌법소원 대상이 될 수 있음.

• **입법부작위에 대한 부작위위법확인소송 부정** : 원고는 안동지역 댐 피해대책위원회 위원장으로서 안동댐 건설로 인하여 급격한 이상기후의 발생 등으로 많은 손실을 입어 왔는 바, 특정 다목적댐법 41조에 의하면 다목적댐 건설로 인한 손실보상의무가 국가에게 있고 같은 법 42조에 의하면 손실보상절차와 그 방법 등 필요한 사항은 대통령령으로 규정하도록 되어 있음에도 피고가 이를 제정하지 아니한 것은 행정입법부작위에 해당하는 것이어서 그 부작위위법확인을 구한다고 주장하나, 행정소송은 구체적 사건에 대한 법률상 분쟁을 법에 의하여 해결함으로써 법적 안정을 기하자는 것이므로 **부작위위법확인소송의 대상이 될 수 있는 것은 구체적 권리의무에 관한 분쟁이어야 하고 추상적인 법령에 관하여 제정의 여부 등은 그 자체로서 국민의 구체적인 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 것이 아니어서 행정소송의 대상이 될 수 없으므로** 이 사건 소는 부적법하다(대판 1992.5.8. 91누11261).

③ (○) 규범통제의 유형은 법률의 위헌성 여부에 대한 위헌법률심판과 명령의 위헌·위법성 여부에 대한 위헌위법명령심판이 있는 바, 위헌법률심판권은 헌법재판소에 부여되어 있고 위헌위법명령심판권은 법원에 부여되어 있다. 헌법재판소에 의하여 법률의 위헌성이 인정되면 당해 법률조항은 효력이 소멸되는 일반적 효력이 발생하며, 법원에 의한 명령의 위헌·위법성이 인정되면 심판대상 명령은 당해 사건에서 적용이 제한되는 개별적 효력이 발생한다. 법원에 의해서 무효로 판정된 법규명령은 일반적으로 실효되는 것이 아니라 당해 사건에 대해서만 그 적용이 거부될 뿐이므로 공식절차에 의하여 폐지되지 않는 한 이 규정은 형식적으로는 여전히 유효하다.

④ (○) 집행명령은 법령을 집행하기 위한 세부적인 절차에 관한 사항을 규율하는 것이므로 위임명령과는 달리 상위 법령의 수권 없이 발령할 수 있는 대신, 상위 법령의 집행에 필요한 사항만 규율할 수 있을 뿐 새로운 입법사항은 규율할 수 없다.

⑤ (○) **제재적 행정처분의 기준이 부령의 형식으로 규정되어 있는 경우, 그 기준에 따른 처분의 적법성에 관한 판단 방법 제재적 행정처분의 기준이 부령의 형식으로 규정되어 있더라도 그것은 행정청 내부의 사무처리준칙을 정한 것에 지나지 아니하여 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 효력이 없고** 당해 처분의 적법 여부는 위 처분기준만이 아니라 관계 법령의 규정 내용과 취지에 따라 판단되어야 하므로, 위 처분기준에 적합하다 하여 곧바로 당해 처분이 적법한 것이라고 할 수는 없다(대판 2007.9.20. 2007두6946)

답 ②

04 행정행위의 부관에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 법률의 근거 없이 기속행위에 그 효과를 제한하는 부관을 붙인 경우 그 부관은 무효이다.
- ② 사정변경으로 인하여 당초에 부담을 부가한 목적을 달성할 수 없게 된 경우 그 목적 달성에 필요한 범위 내에서 부담의 사후변경이 허용된다.
- ③ 법률이 예정하는 행정행위의 효과를 일부 배제하는 부관도 인정된다.
- ④ 다른 부관과 달리 부담은 독립하여 행정소송의 대상이 될 수 있다.
- ⑤ 부담의 내용을 미리 협약의 형식으로 정한 다음 처분을 하면서 이를 부담으로 부가하는 것은 허용되지 않는다.

해설

- ① (○) 기속행위에 행정행위의 효과를 제한하는 부관이 법령의 근거 없이 붙여졌다면 그 부관만 무효이다. 오늘날 기속행위라 하더라도 법적 근거가 있는 경우나 법률요건충족적 부관은 가능하다는 것이 다수설이지만, 효과제한적 부관은 불일 수 없다고 본다.

• 부관을 붙일 수 있는 행정행위

행정행위 유형	종래 통설(전통적 견해)	현재 다수설(개발적 판단)
법률행위적 행정행위	○	귀화허가, 공무원임명, 입학허가 등 신분설정행위에는 부관 불가
준법률행위적 행정행위	×	공증(公證)인 여권·인감증명·자동차검사증의 유효기간(종기), 조건부 수리 등 부관 가능
재량행위	○	귀화허가에는 부관 불가
기속행위	×	법적 근거가 있는 경우나 법률요건충족적 부관은 가능, 효과제한적 부관은 불가

- ② (○) 행정처분에 이미 부담이 부가되어 있는 상태에서 그 의무의 범위 또는 내용 등을 변경하는 부관의 사후변경은, 법률에 명문의 규정이 있거나 그 변경이 미리 유보되어 있는 경우 또는 상대방의 동의가 있는 경우에 한하여 허용되는 것이 원칙이지만, 사정변경으로 인하여 당초에 부담을 부가한 목적을 달성할 수 없게 된 경우에도 그 목적달성에 필요한 범위 내에서 예외적으로 허용된다(대판 1997.5.30. 선고 97누2627).
- ③ (○) 부관은 행정행위와 구분되는 것으로 행정행위에 부가된 것인 반면 법률효과의 일부배제는 행정행위의 내용 그 자체를 제한하는 것으로 행정행위의 내용적 제한일 뿐 부관이 아니라는 견해가 있으나, 다수설과 판례는 '법률효과의 일부배제' 역시 부관의 일종으로 보고 있다.
- 행정행위의 부관은 부담의 경우를 제외하고는 독립하여 행정소송의 대상이 될 수 없는 것인바, 지방국토관리청장이 일부 공유수면매립지에 대하여 한 국가 또는 직할시 귀속처분을 매립준공인가를 함에 있어서 매립의 면허를 받은 자의 매립지에 대한 소유권취득을 규정한 **공유수면매립법 제14조의 효과 일부를 배제하는 부관을 붙인 것이고, 이러한 행정행위의 부관은 독립하여 행정소송 대상이 될 수 없다**(대판 1993.10.8. 93누2032 / 대판 1991.12.13. 90누8503)
- ④ (○) 행정행위의 부관 중 '부담'은 그 자체로서 독립하여 행정쟁송의 대상이 될 수 있다.
- 행정행위의 부관은 행정행위의 일반적 효력이나 효과를 제한하기 위하여 의사표시 시의 주된 내용에 부가되는 종된 의사표시이지 그 자체로서 직접 법적 효과를 발생하는 독립된 처분이 아니므로 현행 행정쟁송제도 아래서는 부관 그 자체만을 독립된 쟁송의 대상으로 할 수 없는 것이 원칙이나, 행정행위의 부관 중에서도 행정행위에 부수하여 그 행정행위의 상대방에게 일정한 의무를 부과하는 행정청의 의사표시인 부담의 경우에는 다른 부관과는 달리 행정행위의 불가분적인 요소가 아니고 그 존속이 본체인 행정행위의 존재를 전제로 하는 것일 뿐이므로 부담 그 자체로서 행정쟁송의 대상이 될 수 있다(대판 1992.1.21. 91누1264).
- ⑤ (×) 수익적 행정처분에 있어서는 법령에 특별한 근거규정이 없다고 하더라도 그 부관으로서 부담을 붙일 수 있고, 그와 같은 부담은 행정청이 행정처분을 하면서 일반적으로 부가할 수도 있지만 부담을 부가하기 이전에 상대방과 협의하여 부담의 내용을 협약의 형식으로 미리 정한 다음 행정처분을 하면서 이를 부가할 수도 있다(대판 2009.2.12. 2005다65500).

답 ⑤

05 행정행위의 직권취소에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 직권취소는 별도의 법적 근거가 없어도 가능하다.
- ② 직권취소는 당해 처분의 취소소송 계속 중에도 할 수 있다.
- ③ 수익적 행정행위의 직권취소에 대한 직권취소는 인정되지 않는다.
- ④ 수익적 행정행위의 직권취소는 제한될 수 있다.
- ⑤ 수익적 행정행위의 직권취소의 소급효는 제한될 수 있다.

해설

- ① (○) 원래 행정처분을 한 처분청은 그 행위에 하자가 있는 경우에는 원칙적으로 별도의 법적 근거가 없더라도 스스로 이를 직권으로 취소할 수 있다(대판 1995.9.15. 95누6311).
- ② (○) 취소소송의 진행 중이라도 처분청은 재행정처분을 직권취소 할 수 있다.
- 변상금부과처분에 대한 취소소송이 진행 중이라도 그 부과권자로서는 위법한 처분을 스스로 취소하고 그 하자를 보완하여 다시 적법한 부과처분을 할 수도 있다(대판 2006.2.10. 2003두5686).
- ③ (×) 침익적 처분의 직권취소에 대한 취소는 불가하지만, 수익적 처분의 직권취소에 대한 취소는 제3자의 이해관계를 고려할 필요가 없다면 인정하여 원처분을 소생시킬 수 있으며, 제3자의 이해관계를 고려할 필요가 있다면 인정되지 않는다고 보는 것이 판례의 입장이다.

• 직권취소의 취소

직권취소에 무효사유인 하자	원처분은 아무런 영향을 받지 않고 효력 존속. 상대방은 무효선언적 취소소송이나 무효확인소송 가능, 처분청도 직권으로 무효 확인 가능		
직권취소에 취소사유인 하자	침익적 처분에 대한 직권취소의 취소 가능성		⇒ ㉠ 취소 불가(새로운 처분을 다시 해야 함)
	수익적 처분에 대한 직권취소의 취소 가능성	새롭게 형성된 제3자의 권익 침해 없음	⇒ ㉡ 취소 가능
		새롭게 형성된 제3자의 권익 침해 있음	⇒ ㉢ 취소 불가

- ① **침익적 처분에 대한 직권취소의 취소 불가**
과세관청이 부과 처분을 다시 취소함으로써 원부과처분을 소생시킬 수 없음 : 국세기본법 26조 1호는 부과 처분을 국세납부의무 소멸사유의 하나로 들고 있으나, 그 부과 처분에 하자가 있는 경우의 부과 처분의 취소에 대하여는 법률이 명문으로 그 취소요건이나 그에 대한 불복절차에 대하여 따로 규정을 둔 바도 없으므로, 설사 부과 처분에 위법사유가 있다고 하더라도 당연무효가 아닌 한 일단 유효하게 성립하여 부과처분을 확정적으로 상실시키는 것이므로, 과세관청은 부과 처분을 다시 취소함으로써 원부과처분을 소생시킬 수는 없고 납세의무자에게 중전의 과세대상에 대한 납부의무를 지우려면 다시 법률에서 정한 부과절차에 좇아 동일한 내용의 새로운 처분을 하는 수밖에 없다(대판 1995.3.10. 94누7027).
- ② **수익적 처분의 직권취소의 경우** ⇨ 제3자의 이해관계를 고려할 필요가 없다면 취소의 취소를 인정하여 원처분을 소생시킬 수 있음
행정청이 의료법인의 이사에 대한 이사취임승인취소처분을 직권으로 취소한 경우, 법원에 의하여 선임된 임시이사는 법원의 해임결정이 없더라도 당연히 그 지위가 소멸됨(제3자의 권익 침해 없음 ⇨ 이사취임승인 취소의 취소 가능) : 행정처분이 취소되면 소급효에 의하여 처음부터 그 처분이 없었던 것과 같은 효과를 발생하게 되는바, 행정청이 의료법인의 이사에 대한 이사취임승인취소처분(제1처분)을 직권으로 취소(제2처분)한 경우에는 그로 인하여 이사가 소급하여 이사로서의 지위를 회복하게 되고, 그 결과 위 제1처분과 제2처분 사이에 법원에 의하여 선임결정된 임시이사들의 지위는 법원의 해임결정이 없더라도 당연히 소멸된다(대판 1997.1.21. 96누3401).
- ③ **수익적 처분의 직권취소의 경우** ⇨ 제3자의 이해관계를 고려할 필요가 있다면 취소의 취소 불가
광업권 취소처분 후 광업권 설정의 선출원이 있는 경우의 위 취소처분 취소는 위법(제3자의 권익침해 ⇨ 광업권 취소의 취소 불가) : 피고가 본건 광업권자가 1년 내에 사업에 착수하지 못한 이유가 광구소재지 출입허가를 얻지 못한 때문이라는 점, 또는 위 정리요강에 의한 사전서면 통고를 하지 아니하였다는 점을 참작하여 피고가 광업권취소처분을 하지 아니하였던가, 또는 일단취소처분을 한 후에 새로운 이해관계인이 생기기 전에 취소처분을 취소하여 그 광업권의 회복을 시켰다면 모르되 피고가 본건취소처분을 한 후에 원고가 1966.1.19에 본건 광구에 대하여 선출원을 적법히 함으로써 이해관계인이 생긴 이 사건에 있어서, 피고가 1966.8.24자로 1965.12.30자의 취소처분을 취소하여, 소외인 명의의 광업권을 복구시키는 조처는, 원고의 선출원 권리를 침해하는 위법한 처분이라고 하지 않을 수 없다(대판 1967.10.23. 67누126).
- ④ (○) 수익적 행정행위를 직권취소하는 경우에는 신뢰보호원칙 및 비례원칙 등의 제한을 받는다(대판 1993.5.27. 93누2803).
- ⑤ (○) 취소의 효과는 원칙적으로 소급한다. 다만 수익적 행정행위에 대한 직권취소의 경우 상대방의 귀책사유가 없는 한 원칙적으로 소급효가 인정되지 않는다.

답 ③

06 행정행위 하자승계론의 전제요건에 해당하지 않는 것은?

- ① 선행행위와 후행행위가 모두 처분일 것
- ② 선행행위에 무효가 아닌 취소사유의 하자가 존재할 것
- ③ 선행행위에 불가쟁력이 발생하였을 것
- ④ 후행행위는 하자가 없는 적법한 행위일 것
- ⑤ 후행행위가 선행행위에 대하여 내용적 구속력이 있을 것

해설

- ⑤ (×) 행정행위의 내용적 구속력은 행정행위의 내용에 따라 관계행정청, 상대방, 관계인을 구속하는 힘을 말하며 하자승계론의 전제요건이 아니다. 하자의 승계를 선행행위의 후행행위에 대한 구속력(규준력, 기결력)으로 설명하는 견해에 따르면 선행행위의 후행행위에 대한 구속력의 한계 내에서는 선행행위의 위법을 이유로 후행행위의 취소를 구할 수 없지만, 그 결과가 개인에게 지나치게 가혹하며 수인 또는 기대(예측)가능한 것이 아닌 경우에는 규준력의 효과를 차단할 필요가 있다고 본다. 즉 선행행위의 후행행위에 대한 구속력의 예외가 인정되는 경우에는 선행행위의 후행행위에 대한 구속력이 미치지 않는 결과 선행행위의 위법을 후행행위에 대한 취소소송에서 주장할 수 있으므로 결과적으로 하자가 승계되는 것과 같은 결과를 가져오게 된다. 이 견해에 따르면 ⑤는 하자승계론과는 관련이 없다.

■ 하자의 승계 논의의 전제 조건

선행행위에 관한 요건	당연무효가 아닐 것 (하자가 취소사유일 것)	행정행위가 당연무효인 경우 불가쟁력이 인정되지 않아 후행행위단계에서 선행행위의 하자를 언제나 다룰 수 있고, 선행행위의 하자가 후행행위에 당연히 승계되거나, 당연히 위법(무효)이 되기 때문에 선행행위의 하자가 취소사유일 경우에만 하자의 승계가 문제된다.
	불가쟁력이 발생했을 것	불가쟁력이 발생하지 않은 경우 선행행위를 다룰 수 있어 하자의 승계를 논할 실익이 없다. 제소기간이 경과하지 않았다면 선행행위를 대상으로 다투면 되기 때문이다.
후행행위는 적법할 것	후행행위에 별도의 위법사유가 있으면 후행행위 자체를 다룰 수 있으므로 후행행위에 별도의 위법사유가 없을 때 논의됨	
선행행위와 후행행위 모두 항고소송 대상인 처분일 것	선행행위에 대해 다룰 수 있었음에도 불구하고 불가쟁력이 생겨 후행행위를 상대로 다투는 경우이므로 양 행위 모두 대상적격이 인정되지 않으면 항고소송으로 다룰 실익이 없다.	

답 ⑤

07 행정지도에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 행정지도는 상대방의 협력을 전제로 법적 효과의 발생을 목적으로 하는 행정청의 의사표시이다.
- ② 행정지도의 상대방은 해당 행정지도의 방식·내용에 관하여 행정기관에 의견제출을 할 수 있다.
- ③ 행정기관은 상대방이 행정지도에 따르지 않았다는 이유로 불이익한 조치를 하여서는 아니 된다.
- ④ 행정지도는 하는 자는 상대방에게 행정지도의 취지 및 내용과 신분을 밝혀야 한다.
- ⑤ 행정지도는 국가배상법 제2조의 직무행위에 해당된다.

해설

- ① (×) 행정지도는 법적 효과 발생을 목적으로 하는 의사표시가 아니라 상대방의 임의적 협력을 통해 사실상의 효과를 기대하는 사실행위이다.
②③④ (○)

• 행정절차법

제50조(의견제출) 행정지도의 상대방은 해당 행정지도의 방식·내용 등에 관하여 행정기관에 의견제출을 할 수 있다.

제48조(행정지도의 원칙)

- ③ 행정기관은 행정지도의 상대방이 행정지도에 따르지 아니하였다는 것을 이유로 불이익한 조치를 하여서는 아니 된다.

제49조(행정지도의 방식)

- ① 행정지도를 하는 자는 그 상대방에게 그 행정지도의 취지 및 내용과 신분을 밝혀야 한다.

- ⑤ (○) 국가배상법이 정한 손해배상청구의 요건인 '공무원의 직무'에는 국가나 지방자치단체의 권력적 작용뿐만 아니라 비권력적 작용도 포함되지만 단순한 사경제의 주체로서 하는 작용은 포함되지 않는다(대판 2004.4.9. 2002다10691). 따라서 행정지도는 비권력적 행정작용이지만, 국가배상법 제2조상의 공무원의 직무행위에 해당한다. 다만 대부분의 경우 위법한 행정지도로 인하여 손해를 입은 경우에도 피해자는 임의적인 의사에 따라 행정지도에 따른 것이므로 인과관계가 단절되어 국가배상이 인정되기 어려운 경우가 많다.

답 ①

08 행정대집행법상 대집행의 요건이 아닌 것은?

- ① 공법상 의무의 불이행이 있을 것
② 불이행된 의무를 타인이 대신하여 행할 수 있을 것
③ 의무를 명하는 처분에 불가쟁력이 발생하였을 것
④ 다른 수단으로써 의무 이행의 확보가 곤란할 것
⑤ 의무불이행을 방지하는 것이 심히 공익을 해할 것

해설

- ③ (×) 불가쟁력과 대집행실행과는 무관하다. 대집행의 요건을 갖추면 대집행을 할 수 있다. 불가쟁력이 발생하기 전에도 대집행이 가능하므로 의무자는 취소·생송 단계에서 집행정지결정을 신청할 필요가 있다.

• 대집행 요건: ㉠ 대체적 작위의무의 불이행, ㉡ 보충성(다른 수단으로 이행 확보 곤란), ㉢ 불이행의 방치가 심히 공익을 해할 것

• 「행정대집행법」 제2조 제2호(대집행과 그비용징수) 법률(법률의 위임에 의한 명령, 지방자치단체의 조례를 포함한다. 이하 같다)에 의하여 직접 명령되었거나 또는 법률에 의거한 행정청의 명령에 의한 행위로서 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 당해 행정청은 스스로 의무자가 하여야 할 행위를 하거나 또는 제3자로 하여금 이를 하게 하여 그 비용을 의무자로부터 징수할 수 있다.

답 ③

* 행정대집행법 2조(대집행과 그비용징수)

법률(법률의 위임에 의한 명령, 지방자치단체의 조례 포함)에 의하여 직접 명령되었거나(법규하명)

또는 법률에 의거한 행정청의 명령에 의한 행위(행정행위로서의 하명처분)로서

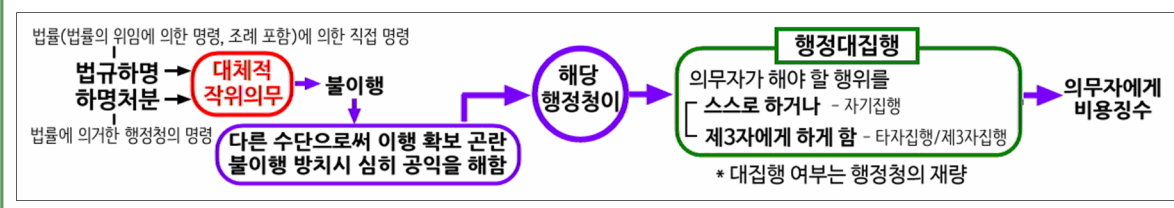
타인이 대신하여 행할 수 있는 행위를(대체적 작위의무) 의무자가 이행하지 아니하는 경우(의무의 불이행을 전제로 하고 있다는 점에서 즉시강제와 다름) 다른 수단으로써 그 이행을 확보하기 곤란하고(필요성, 보충성, 최후수단성 원칙)

또한 그 불이행을 방지함이 심히 공익을 해할 것으로 인정될 때(비례의 원칙 중 상당성의 원칙, 판단여지 인정)에는

당해 행정청(감독청·상급청·제3자·법원·집행관 ×)은 스스로 의무자가 해야 할 행위를 하거나[자기집행, 독일은 이 경우를 직접강제로 분류]

또는 제3자로 하여금 이를 하게 하여[타자집행, 제3자집행]

그 비용을 의무자(국가·지방자치단체·행정청×)로부터 징수할 수 있다.(대집행 비용 징수 여부는 재량행위)



09 질서위반행위규제법의 내용으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정청이 부과한 과태료는 부과처분이 확정된 후 5년간 징수하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.
② 질서위반행위의 성립과 과태료 처분은 처분 시의 법률에 따른다.
③ 고의 또는 과실이 없는 질서위반행위는 과태료를 부과하지 않는다.
④ 2인 이상이 질서위반행위에 가담한 때에는 각자가 질서위반행위를 한 것으로 본다.
⑤ 행정청의 과태료 부과에 대해 당사자의 이의제기가 있는 경우에는 행정청의 과태료 부과 처분은 효력을 상실한다.

해설

- ① (○) 제15조(과태료의 시효) ① 과태료는 행정청의 과태료 부과처분이나 법원의 과태료 재판이 확정된 후 5년간 징수하지 아니하거나 집행하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.
- ② (×) 제3조(범 적용의 시간적 범위) ① 질서위반행위의 성립과 과태료 처분은 **행위 시의 법률에 따른다**.
- ③ (○) 제7조(고의 또는 과실) 고의 또는 과실이 없는 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다.
- ④ (○) 제12조(다수인의 질서위반행위 가담) ① 2인 이상이 질서위반행위에 가담한 때에는 각자가 질서위반행위를 한 것으로 본다.
- ⑤ (○) 제20조(이의제기) ① 행정청의 과태료 부과에 불복하는 당사자는 제17조제1항에 따른 과태료 부과 통지를 받은 날부터 60일 이내에 해당 행정청에 서면으로 이의제기를 할 수 있다. ③ 제1항에 따른 이의제기가 있는 경우에는 행정청의 과태료 부과처분은 그 효력을 상실한다.

답 ②

10 행정절차법이 규율 대상으로 명시하고 있는 것은?

- ① 행정지도절차
② 공법상 계약체결절차
③ 행정계획확정절차
④ 행정조사절차
⑤ 학약절차

해설

행정절차법에는 총칙, 처분절차, 신고절차, 행정입법예고절차, 행정예고절차, **행정지도절차**, 국민참여의 확대, 보칙 등이 규정되어 있다. ②③④⑤는 행정절차법에 규정이 없다. 행정절차법에 '행정계획 확정절차'에 관한 규정은 없고, 행정예고절차에 '계획' 관련 규정을 두고 있을 뿐이다.

• 제46조(행정예고) ① 행정청은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항에 대한 **정책, 제도 및 계획을 수립·시행하거나 변경하려는 경우에는 이를 예고**해야 한다.

• 행정절차법 구성과 특징

구성	행정절차법에 규정이 없는 사항
1장 총칙 제1절 목적·정의 및 적용범위 *신뢰보호원칙·신의성실원칙 제2절 행정의 관할 및 협조(행정응원) 제3절 당사자 등 제4절 송달 및 기간·기한의 특례	① 학약 / 공법상 계약(행정계약) / 행정계획수립절차 (단, 처분절차와 행정예고를 통한 간접적 규정 존재) ② 행정입법확정절차(행정상 입법예고절차는 존재) ③ 부당결부금지원칙 ④ 선례구속성의 원칙(영미법계와 달리 우리나라는 원칙 자체가 부정됨) ⑤ 행정개입청구권 / 손실보상청구권
2장 처분 제1절 통칙 제2절 의견제출 및 청문 제3절 공청회	⑥ 행정강제·행정집행절차 / 행정조사절차 ⑦ 절차상 하자 있는 행정행위의 일반적 효력 / 행정행위 하자의 치유와 전환 ⑧ 제3자호 행정행위에 있어 제3자에 대한 사전통지제도
3장 신고	⑨ 불가쟁력이 발생한 행정행위의 재심사
4장 행정상 입법예고	⑩ 행정행위의 개념, 부관, 재량, 행정행위의 효력과 무효 사유, 행정행위의 취소·철회
5장 행정예고	⑪ 대량절차, 기계에 의한 처리에 관한 절차
6장 행정지도	
7장 국민참여의 확대	

답 ①

11 행정절차에 관한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 행정청은 신청 내용을 모두 그대로 인정하는 처분을 하는 경우에도 당사자에게 이유제시를 하여야 한다.
- ② 행정청과 당사자가 청문절차를 배제하기로 협약을 체결하였다면 청문절차를 거치지 않아도 되는 예외적 경우에 해당한다.
- ③ 행정처분에 실제적 위법이 없는 한 절차적 하자만으로 독립된 취소사유가 되지 못한다.
- ④ 이유제시의 하자는 치유의 대상이 될 수 없다.
- ⑤ 행정절차법상 불복방법에 대한 고지절차에 관한 규정을 위반하였다고 하여 그러한 이유만으로 처분이 위법하게 되는 것은 아니다.

해설

- ① (×) 신청 내용을 모두 그대로 인정하는 처분을 하는 경우 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하지 않아도 된다.

• 행정절차법 제23조(처분의 이유 제시)

① 행정청은 처분을 할 때에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다.

1. 신청 내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우
2. 단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우
3. 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우

② 행정청은 제1항 제2호 및 제3호의 경우에 처분 후 당사자가 요청하는 경우에는 그 근거와 이유를 제시하여야 한다.

- ② (×) **법령 규정이 없는 한 의견청취절차 배제 협약은 효력이 없음** : 행정청이 당사자와 사이에 도시계획사업의 시행과 관련한 협약을 체결하면서 관계법령 및 행정절차법에 규정된 청문의 실시 등 의견청취절차를 배제하는 조항을 두었다고 하더라도, 국민의 행정참여를 도모함으로써 행정의 공정성·투명성

및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익을 보호한다는 행정절차법의 목적 및 청문제도의 취지 등에 비추어 볼 때, 위와 같은 협약의 체결로 청문의 실시에 관한 규정의 적용을 배제할 수 있다고 볼 만한 법령상의 규정이 없는 한, 이러한 협약이 체결되었다고 하여 청문의 실시에 관한 규정의 적용이 배제된다거나 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당한다고 할 수 없다(대판 2004.7.8. 2002두8350).

- ③ (×) 해당 처분이 실제법상으로는 적법하더라도 절차상의 하자만으로 독립된 취소사유가 된다는 것이 판례의 입장이다.
- ④ (×) 판례에 따르면 이유제시의 하자의 추완이나 보완은 처분에 대한 불복여부의 결정 및 불복신청에 편의를 줄 수 있는 상당한 기간 내에 하여야 한다고 본다(행정쟁송 제기 이전에 가능).
- 과세처분시 납세고지서에 과세표준, 세율, 세액의 산출근거 등이 누락된 경우에는 늦어도 과세처분에 대한 불복여부의 결정 및 불복신청에 편의를 줄 수 있는 상당한 기간내에 보정행위를 해야 그 하자가 치유된다 할 것이므로, 과세처분이 있은지 4년이 지나서 그 취소소송이 제기된 때에 보정된 납세고지서를 송달하였다는 사실이나 오랜 기간(4년)의 경과로써 과세처분의 하자가 치유되었다고 볼 수는 없다(대판 1983.7.26. 82누420)
- ⑤ (○) 처분청이 행정절차법 제26조에 따른 고지의무를 이행하지 않았다는 이유만으로 행정심판의 대상이 되는 행정처분이 위법한 것은 아님 : 행정절차법 제26조는 “행정청이 처분을 할 때에는 당사자에게 그 처분에 관하여 행정심판 및 행정소송을 제기할 수 있는지 여부, 그 밖에 불복을 할 수 있는지 여부, 청구절차 및 청구기간 그밖에 필요한 사항을 알려야 한다.”라고 규정하고 있다. 이러한 고지절차에 관한 규정은 행정처분의 상대방이 그 처분에 대한 행정심판의 절차를 밟는 데 편의를 제공하려는 것이어서 처분청이 위 규정에 따른 고지의무를 이행하지 아니하였다고 하더라도 경우에 따라 행정심판의 제기기간이 연장될 수 있음에 그칠 뿐, 그 때문에 심판의 대상이 되는 행정처분이 위법하다고 할 수는 없다(대판 2018.2.8. 2017두66633).

답 ⑤

12 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에 따른 정보공개제도에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 공개를 청구하는 정보는 사회일반인의 관점에서 청구대상정보의 내용과 범위를 알 수 있을 정도로 특정되어야 한다.
- ② 공개청구한 정보를 공공기관이 보유·관리하고 있지 않은 경우에는 특별한 사정이 없는 한 해당 정보에 대한 공개거부처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다.
- ③ 정보공개청구의 목적이 오로지 담당공무원을 괴롭힐 목적인 경우처럼 권리의 남용이 명백한 경우에는 정보공개청구권의 행사가 허용되지 않는다.
- ④ 비공개결정에 대해 이의신청을 거친 경우에는 행정심판을 제기할 수 없다.
- ⑤ 청구인이 신청한 공개방법 이외의 방법으로 정보를 공개하기로 결정한 경우 청구인은 그에 대하여 항고소송으로 다툴 수 있다.

해설

- ① (○) 공공기관의 정보공개에 관한 법률에 따른 정보공개청구시 요구되는 대상정보 특정의 정도 : 정보공개법 10조 1항 2호는 정보의 공개를 청구하는 자는 정보공개청구서에 ‘공개할 정보의 내용’ 등을 기재할 것을 규정하고 있는바, 청구대상정보를 기재함에 있어서는 **사회일반인의 관점에서 청구대상정보의 내용과 범위를 확정할 수 있을 정도로 특정함을 요한다**. 공개를 청구한 정보의 내용이 ‘대한주택공사의 특정 공공택지에 관한 수용가, 택지조성원가, 분양가, 건설원가 등 및 관련 자료 일체’인 경우, ‘관련 자료 일체’ 부분은 그 내용과 범위가 정보공개청구 대상정보로서 특정되지 않았다(대판 2007.6.1. 2007두2555).
- ② (○) 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에서 말하는 공개 대상 정보는 정보 그 자체가 아닌 「같은 법」 제2조 제1호에서 예시하고 있는 매체 등에 기록된 사항을 의미하고, 공개 대상 정보는 원칙적으로 공개를 청구하는 자가 「같은 법」 제10조 제1항 제2호에 따라 작성한 정보공개청구서의 기재 내용에 의하여 특정되며, 만일 **공개청구자가 특정한 바와 같은 정보를 공공기관이 보유·관리하고 있지 않은 경우라면 특별한 사정이 없는 한 해당 정보에 대한 공개거부처분에 대하여는 취소를 구할 법률상 이익이 없다**. 이와 관련하여 공개청구자는 그가 공개를 구하는 정보를 공공기관이 보유·관리하고 있을 상당한 개연성이 있다는 점에 대하여 입증할 책임이 있으나, 공개를 구하는 정보를 공공기관이 한때 보유·관리하였으나 후에 그 정보가 담긴 문서들이 폐기되어 존재하지 않게 된 것이라면 그 정보를 더 이상 보유·관리하고 있지 않다는 점에 대한 증명책임은 공공기관에 있다(대판 2013.1.24. 2010두18918).
- ③ (○) 일반적인 정보공개청구권의 의미와 성질, 「정보공개법」 제3조, 제5조 제1항, 제6조의 규정 내용과 입법 목적, 「정보공개법」이 정보공개청구권의 행사와 관련하여 정보의 사용 목적이나 정보에 접근하려는 이유에 관한 어떠한 제한을 두고 있지 아니한 점 등을 고려하면, 국민의 정보공개청구는 「정보공개법」 제9조에 정한 비공개 대상 정보에 해당하지 아니하는 한 원칙적으로 폭넓게 허용되어야 하지만, 실제로는 해당 정보를 취득 또는 활용할 의사가 전혀 없이 정보공개제도를 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**(대판 2014.12.24. 2014두9349).
- ④ (×) 정보공개 청구인은 이의신청절차를 거치지 아니하고 행정심판을 청구할 수 있으며(동법 제19 조 제2항), 이의신청절차를 거친 경우에도 행정심판 청구 및 행정소송 제기가 가능하다.
- ⑤ (○) 구 공공기관의 정보공개에 관한 법률은, 정보의 공개를 청구하는 이(이하 ‘청구인’이라고 한다)가 정보공개방법도 아울러 지정하여 정보공개를 청구할 수 있도록 하고 있고, 전자적 형태의 정보를 전자적으로 공개하여 줄 것을 요청한 경우에는 공공기관은 원칙적으로 요청에 응할 의무가 있고, 나아가 비전자적 형태의 정보에 관해서도 전자적 형태로 공개하여 줄 것을 요청하면 재량판단에 따라 전자적 형태로 변환하여 공개할 수 있도록 하고 있다. 이는 정보의 효율적 활용을 도모하고 청구인의 편의를 제고함으로써 구 정보공개법의 목적인 국민의 알 권리를 충실하게 보장하려는 것이므로, 청구인에게는 특정한 공개방법을 지정하여 정보공개를 청구할 수 있는 법령상 신청권이 있다. **따라서 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 것이고, 청구인은 그에 대하여 항고소송으로 다툴 수 있다**(대판 2016.11.10. 2016두44674).

답 ④

13 국가배상에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따른)

- ① 국가가 국가배상책임을 이행한 경우 공무원에게 경과실이 있으면 국가는 그 공무원에게 구상할 수 없다.
- ② 국가배상법 제5조에는 점유자에게 과실이 없는 경우 점유자의 책임이 면책되는 규정이 없다.
- ③ 국가배상청구소송은 배상심의회에 배상신청을 하지 아니하고도 제기할 수 있다.
- ④ 부작위에 의한 국가배상책임은 조리상 작위의무를 위반한 경우에는 성립하지 않는다.
- ⑤ 공무원의 고의·중과실에 의한 불법행위로 국가배상책임이 성립하는 경우 가해 공무원 개인은 그로 인한 손해배상책임을 부담한다.

해설

- ① (○) 국가배상법 제2조(배상책임) ① 국가나 지방자치단체는 공무원 또는 공무를 위탁받은 사인(이하 "공무원"이라 한다)이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입히거나, 「자동차손해배상 보장법」에 따라 손해배상의 책임이 있을 때에는 이 법에 따라 그 손해를 배상하여야 한다. 다만, 군인·군무원·경찰공무원 또는 예비군대원이 전투·훈련 등 직무 집행과 관련하여 전사(戰死)·순직(殉職)하거나 공상(公傷)을 입은 경우에 본인이나 그 유족이 다른 법령에 따라 재해보상금·유족연금·상이연금 등의 보상을 지급받을 수 있을 때에는 이 법 및 「민법」에 따른 손해배상을 청구할 수 없다. ③ 제1항 본문의 경우에 **공무원에게 고의 또는 중대한 과실이 있으면 국가나 지방자치단체는 그 공무원에게 구상(求償)할 수 있다.**
- ② (○) 국가배상법 제5조 소정의 영조물의 설치·관리상의 하자로 인한 책임은 무과실책임이고 나아가 민법 제758조 소정의 공작물의 점유자의 책임과는 달리 면책사유도 규정되어 있지 않으므로, 국가 또는 지방자치단체는 영조물의 설치·관리상의 하자로 인하여 타인에게 손해를 가한 경우에 그 손해의 방지에 필요한 주의를 해태하지 아니하였다 하여 면책을 주장할 수 없다(대판 1994.11.22. 94다32924).
- ③ (○) 국가배상법 제9조(소송과 배상신청의 관계) 이 법에 따른 손해배상의 소송은 배상심의회(이하 "심의회"라 한다)에 배상신청을 하지 아니하고도 제기할 수 있다.
- ④ (×) 국가배상책임 요건과 관련하여 행정청의 부작위의 위법성 판단에 있어서 형식적 의미의 법령에 명시적으로 작위의무가 규정되어 있지 않더라도 조리에 의한 작위의무를 인정하는 것이 판례의 입장이다.
 • 관련 공무원에게 작위의무를 명하는 법령 규정이 없는 경우 공무원의 부작위로 인한 국가배상책임을 인정하기 위한 요건 및 그 판단 기준 : 공무원의 부작위로 인한 국가배상책임을 인정하기 위하여는 공무원의 작위로 인한 국가배상책임을 인정하는 경우와 마찬가지로 "공무원이 그 직무를 집행함에 당하여 고의 또는 과실로 법령에 위반하여 타인에게 손해를 가한 때"라고 하는 국가배상법 제2조 제1항의 요건이 충족되어야 할 것이다. 여기서 '법령에 위반하여'라고 함은 엄격하게 형식적 의미의 법령에 명시적으로 공무원의 작위의무가 정하여져 있음에도 이를 위반하는 경우만을 의미하는 것은 아니고, 인권존중·권력남용금지·신의성실과 같이 공무원으로서 마땅히 지켜야 할 원칙이나 규범을 지키지 않고 위반한 경우를 포함하여 널리 그 행위가 객관적인 정당성을 결여하고 있는 경우도 포함한다. 따라서 국민의 생명·신체·재산 등에 대하여 절박하고 중대한 위험상태가 발생하였거나 발생할 상당한 우려가 있어서 국민의 생명 등을 보호하는 것을 본래적 사명으로 하는 국가가 초법규칙·일차적으로 그 위험의 배제에 나서지 아니하면 국민의 생명 등을 보호할 수 없는 경우에는 형식적 의미의 법령에 근거가 없더라도 국가나 관련 공무원에 대하여 그러한 위험을 배제할 작위의무를 인정할 수 있을 것이다(대판 2012.7.26. 2010다95666 / 대판 1998.10.13. 98다18520).
- ⑤ (○) 공무원이 직무수행 중 불법행위로 타인에게 손해를 입힌 경우에 국가 등이 국가배상책임을 부담하는 외에 공무원 개인도 고의 또는 중과실이 있는 경우에는 불법행위로 인한 손해배상책임을 진다고 할 것이지만, 공무원에게 경과실뿐인 경우에는 공무원 개인은 손해배상책임을 부담하지 아니한다고 해석하는 것이 헌법 제29조 제1항 본문과 단서 및 국가배상법 제2조의 입법취지에 조화되는 올바른 해석이다(대판 1996.2.15. 95다38677).

답 ④

14 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」의 내용에 관한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따른)

- ① 수용재결 신청 전 협의에 의한 취득은 사법상의 법률행위에 해당한다.
- ② 사업인정은 고시된 날부터 7일이 경과한 날에 효력을 발생한다.
- ③ 수용재결은 행정심판 재결의 일종으로서 행정심판법상 재결의 기속력 규정이 준용된다.
- ④ 수용재결에 대해 이의재결을 거쳐 취소소송을 제기하는 경우 이의재결을 소송의 대상으로 하여야 한다.
- ⑤ 보상금액에 불복하여 사업시행자가 제기하는 보상금감액청구소송은 민사소송에 해당하므로 토지소유자 또는 관계인을 피고로 한다.

해설

- ① (○) 공공사업의 시행자가 구 토지수용법에 의하여 그 사업에 필요한 토지를 취득하는 경우 그것이 협의에 의한 취득이고 토지수용법 제25조의2의 규정에 의한 협의 성립의 확인이 없는 이상, 그 취득행위는 어디까지나 사경제 주체로서 행하는 사법상의 취득으로서 승계취득한 것으로 보아야 할 것이고, 재결에 의한 취득과 같이 원시취득한 것으로 볼 수는 없다(대판 1996.2.13. 95다3510).
- ② (×) 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제22조(사업인정의 고시) ① 국토교통부장관은 제20조에 따른 사업인정을 하였을 때에는 지체 없이 그 뜻을 사업시행자, 토지소유자 및 관계인, 관계 시·도지사에게 통지하고 사업시행자의 성명이나 명칭, 사업의 종류, 사업지역 및 수용하거나 사용할 토지의 세목을 관보에 고시하여야 한다. ③ 제1항에 따라 사업인정의 사실을 통지받은 시·도지사(특별자치도지사는 제외한다)는 관계 시장·군수 및 구청장에게 이를 통지하여야 한다. ③ 사업인정은 제1항에 따라 고시한 날부터 그 효력이 발생한다.
- ③ (×) 수용재결은 원처분이고, 이의재결이 행정심판 재결에 해당한다. 토지수용위원회의 수용재결은 협의의 불성립 또는 협의의 불능시에 행하여지는 공용수용의 종국적 절차인바, 이러한 재결은 수용권 자체의 행사가 아니라, 사업시행자에게 부여된 수용권의 구체적인 내용을 결정하고 그 실행을 완성시키는 형성적 행정처분이다. 즉 재결은 사업시행자가 보상금을 지급할 것을 조건으로 하여 토지 등에 대한 권리를 취득하고, 피수용자는 그 권리를 상실하게 되는 것을 결정하는 형성적 행정처분이다. 이는 행정심판의 재결과 구별되며, 원행정행위에 속한다. 행정심판법 상의 행정심판 재결에 해당하는 것은 토지수용위원회의 이의재결이며, 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 상 이의신청에 관한 규정은 행정심판법에 대한 특별법규정이다.
- ④ (×) 토지소유자 등이 수용재결에 불복하여 이의신청을 거친 후 취소소송을 제기하는 경우 소송대상(=수용재결) 및 피고적격(=수용재결을 한 토지수용위원회) : 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제85조 제1항 전문의 문언 내용과 같은 법 제83조, 제85조가 중앙토지수용위원회에 대한 이의신청을 임의적 절차로 규정하고 있는 점, 행정소송법 제19조 단서가 행정심판에 대한 재결은 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는

경우에 한하여 취소소송의 대상으로 삼을 수 있도록 규정하고 있는 점 등을 종합하여 보면, **수용재결에 불복하여 취소소송을 제기하는 때에는 이의신청을 거친 경우에도 수용재결을 한 중앙토지수용위원회 또는 지방토지수용위원회를 피고로 하여 수용재결의 취소를 구하여야 하고, 다만 이의신청에 대한 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에는 그 이의재결을 한 중앙토지수용위원회를 피고로 하여 이의재결의 취소를 구할 수 있다.**(대판 2010.1.28. 2008두1504).

수용재결에 불복시	수용재결 취소소송(이의신청 없이 가능 - 임의적 전치주의)
수용재결(원처분)에 불복하여 이의신청을 거친 경우(이의재결이 행정심판재결에 해당)	① 수용재결을 한 중앙토지수용위원회 또는 지방토지수용위원회를 피고로 하여 수용재결 취소소송(원처분주의) ③ 예외적으로 이의신청에 대한 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우 이의재결을 한 중앙토지수용위원회를 피고로 하여 이의재결 취소소송

- ⑤ (×) 보상금 증감소송의 경우 공법상 당사자소송(형식적 당사자소송)에 해당한다.
• 동법 제85조(행정소송의 제기) ③ 제1항에 따라 제기하려는 행정소송이 보상금의 증감(増減)에 관한 소송인 경우 그 소송을 제기하는 자가 토지소유자 또는 관계인일 때에는 사업시행자를, 사업시행자일 때에는 토지소유자 또는 관계인을 각각 피고로 한다.

재결 취소소송 재결 무효등확인소송	신청에 대한 재결에 대해 제소한 경우(90일 이내) 이의신청에 따른 재결에 대해 제소한 경우(60일 이내)] 해당 토지수용위원회를 피고로 하여 제기
보상금 증감소송 (형식적 당사자소송)	소송 제기자가 토지소유자나 관계인일 경우 사업시행자를 사업시행자일 경우 토지소유자나 관계인을] 피고로 하여 제기(토지수용위원회는 피고×)

답 ①

15 행정심판에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 행정심판 재결에는 특별한 사유가 없는 한 불가변력이 발생하지 않는다.
- ② 취소심판에는 처분사유의 추가·변경이 허용되지 않는다.
- ③ 행정심판법은 무효등확인심판에서는 사정재결을 할 수 없음을 명문으로 규정하고 있다.
- ④ 청구인은 행정심판청구서를 피청구인인 행정청에 제출할 수 없다.
- ⑤ 행정심판법상 처분의 부존재확인심판은 허용되지 않는다.

해설

- ① (×) 행정심판 재결도 재결도 행정행위의 일종이므로 행정행위가 가지는 일반적 효력으로서의 공정력, 불가쟁력, 불가변력 등의 효력을 가지며, 또한 판단작용이라는 점에서 기속력, 형성력과 같은 특수한 효력도 갖는다.
- ② (×) **항고소송에서 행정청이 처분의 근거 사유를 추가하거나 변경하기 위한 요건인 '기본적 사실관계의 동일성' 유무의 판단 방법 및 이러한 법리는 행정심판 단계에서도 적용됨**: 행정처분의 취소를 구하는 항고소송에서 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서만 다른 사유를 추가 또는 변경할 수 있고, 이러한 기본적 사실관계의 동일성 유무는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일함에 따라 결정되므로, 추가 또는 변경된 사유가 처분 당시에 이미 존재하고 있었다거나 당사자가 그 사실을 알고 있었다고 하여 당초의 처분사유와 동일성이 있다고 할 수 없다. 그리고 이러한 법리는 행정심판 단계에서도 그대로 적용된다(대판 2014.5.16. 2013두26118)
- ③ (○) 사정재결은 취소심판과 의무이행심판에 인정된다. 행정심판법 제44조 ③항은 사정재결을 무효등확인심판에는 적용하지 않는다고 규정하고 있다.
- ④ (×) 행정심판법 제23조(심판청구서의 제출) ① 행정심판을 청구하려는 자는 제28조에 따라 심판청구서를 작성하여 **피청구인이나 행정심판위원회에 제출**하여야 한다. 이 경우 피청구인의 수만큼 심판청구서 부분을 함께 제출하여야 한다.
- ⑤ (×) 행정심판법상 무효등확인심판으로서 효력 유무에 관한 무효확인심판·유효확인심판·실효확인심판, 존재여부에 관한 존재확인심판·부존재확인심판이 가능하다.
• 행정심판법 제5조(행정심판의 종류) 행정심판의 종류는 다음 각 호와 같다.
2. 무효등확인심판: 행정청의 처분의 효력 유무 또는 **존재 여부를 확인하는 행정심판**

답 ③

16 행정쟁송에 있어 가구제에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 행정심판법상 임시처분은 집행정지로 목적을 달성할 수 없는 경우에 허용된다.
- ② 행정심판법상 임시처분은 당사자의 신청이 있는 경우에만 할 수 있다.
- ③ 취소소송에서는 민사집행법상의 가처분이 인정되지 않는다.
- ④ 취소소송상 집행정지의 신청은 적법한 본안소송이 계속 중일 것을 요한다.
- ⑤ 당사자소송에서는 행정소송법상의 집행정지가 인정되지 않는다.

해설

- ① (○), ② (×) 행정심판법 상 임시처분은 집행정지와 보충관계에 있으므로 집행정지로 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 않으며, 임시처분은 당사자의 신청 또는 행정심판위원회의 직권에 의해서도 가능하다.

• 행정심판법 제31조(임시처분)

- ① 위원회는 처분 또는 부작위가 위법·부당하다고 상당히 의심되는 경우로서 처분 또는 부작위 때문에 당사자가 받을 우려가 있는 중대한 불이익이나 당사자에게 생길 급박한 위험을 막기 위하여 임시처분을 정하여야 할 필요가 있는 경우에는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 임시처분을 결정할 수 있다.
- ③ 제1항에 따른 임시처분에 관하여는 제30조제3항부터 제7항까지를 준용한다. 이 경우 같은 조 제6항 전단 중 "중대한 손해가 생길 우려"는 "중대한 불이익이나 급박한 위험이 생길 우려"로 본다.
- ③ 제1항에 따른 임시처분은 제30조제2항에 따른 집행정지로 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.

- ③ (○) 행정심판법과 달리 행정소송법은 임시처분제도에 해당하는 가처분 규정이 없으며, 판례도 민사집행법상 가처분 규정의 적용을 부정한다.
• 행정소송법이 정한 소송 중 특히 행정처분의 취소 또는 변경에 관한 소송, 소위 항고소송에 있어서는 민사소송법 중 가처분에 관한 규정이 적용되지 않는다(대결 1961.11.20. 4292행항2).
- ④ (○) 행정처분의 집행정지는 행정처분집행 부정지의 원칙에 대한 예외로서 인정되는 일시적인 응급처분이라 할 것이므로 집행정지결정을 하려면 이에 대한 **본안소송이 법원에 제기되어 계속중임을 요건으로 하는 것이므로 집행정지 결정을 한 후에도 본안소송이 취하되어 소송이 계속하지 아니한 것으로 되면 집행정지결정은 당연히 그 효력이 소멸 되는 것이고 별도의 취소조치를 필요로 하는 것이 아니다**(대판 1975.11.11. 75누97).
- ⑤ (○) 행정소송법 상 집행정지는 부작위위법확인소송과 당사자소송에서 인정되지 않는다(행정소송법 제38조 2항 및 제44조 1항).

답 ②

17

항고소송의 피고에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 처분이 있는 뒤에 그 처분에 관계되는 권한이 다른 행정청에 승계된 때에는 이를 승계한 행정청을 피고로 한다.
- ② 공정거래위원회의 처분에 대한 항고소송의 피고는 공정거래위원회가 된다.
- ③ 조례에 대한 무효확인소송의 경우 해당 지방의회의 의장이 피고가 된다.
- ④ 원고가 피고를 잘못 지정한 때에는 법원은 원고의 신청에 의하여 결정으로써 피고의 경정을 허가할 수 있다.
- ⑤ 소의 종류의 변경 시에도 피고의 경정이 인정된다.

해설

- ① (○) 행정소송법 제13조(피고적격) ① 취소소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분등을 행한 행정청을 피고로 한다. 다만, 처분등이 있는 뒤에 그 처분등에 관계되는 권한이 다른 행정청에 승계된 때에는 이를 승계한 행정청을 피고로 한다.
- ② (○) 합의제 행정청의 처분에 대한 항고소송의 피고는 원칙적으로 합의제 행정청이므로 공정거래위원회가 피고이다.

• 합의제 행정청의 처분에 대한 항고소송의 피고

원칙	합의제 행정청(위원회)	
예외	중앙노동위원회의 처분	중앙노동위원회 위원장
	중앙해양안전심판원의 재결	중앙해양안전심판원장
	지방공무원 신규임용시험합격결정	시·도 인사위원회 위원장

- ③ (×) 조례가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당되는 경우 및 그 경우 조례무효확인 소송의 피고적격(지방자치단체의 장) : 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 해당하고, 이러한 조례에 대한 무효확인소송을 제기 함에 있어서 행정소송법 제38조 제1항, 제13조에 의하여 피고적격이 있는 처분 등을 행한 행정청은, 행정주체인 지방자치 단체 또는 지방자치단체의 내부적 의결기관으로서 지방자치단체의 의사를 외부에 표시한 권한이 없는 지방의회가 아니라, 구 지방자치법 제19조 제2항; 제92조에 의하여 지방자치단체의 집행기관으로서 조례로서의 효력을 발생시키는 공포권이 있는 지방자치단체의 장이다(대판 1996.9.20. 95누8003). * 교육·학예에 관한 조례인 경우 교육감이 피고
- ④ (○) 행정소송법 제14조(피고경정) ① 원고가 피고를 잘못 지정한 때에는 법원은 원고의 신청에 의하여 결정으로써 피고의 경정을 허가할 수 있다.
- ⑤ (○) 소의 변경과 당사자의 변경으로서 피고경정은 성질이 다르긴 하나 소의 변경시에도 피고의 경정이 인정되고 있다(행정소송법 제21조 제2·4항). 예컨대, 취소소송의 경우 행정청이 피고가 되지만 당사자소송의 경우 국가 등이 피고가 되므로 소의 변경시 피고경정이 필요하다.

• 행정소송법 제21조(소의 변경)

- ① 법원은 취소소송을 당해 처분등에 관계되는 사무가 귀속하는 국가 또는 공공단체에 대한 당사자소송 또는 취소소송외의 항고소송으로 변경하는 것이 상당하다고 인정할 때에는 청구의 기초에 변경이 없는 한 사실심의 변론종결시까지 원고의 신청에 의하여 결정으로써 소의 변경을 허가할 수 있다.
- ③ 제1항의 규정에 의한 허가를 하는 경우 피고를 달리하게 될 때에는 법원은 새로이 피고로 될 자의 의견을 들어야 한다.
- ③ 제1항의 규정에 의한 허가결정에 대하여는 즉시항고할 수 있다.
- ④ 제1항의 규정에 의한 허가결정에 대하여는 제14조(피고경정) 제2항·제4항 및 제5항의 규정을 준용한다.

ㄱ 원고가 피고를 잘못 지정시 → 원고의 신청에 의해 피고 경정

ㄴ 소 제기 후 행정청 권한 승계 또는 소의 변경시 → 원고의 신청 또는 법원 직권으로 피고 경정

답 ③

18 甲의 도로점용허가 신청에 대하여 처분청 X는 거부처분을 하였다. 이에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼)

이 있으면 판례에 따름)

- ㉠ 甲은 거부처분취소소심판이나 의무이행심판을 제기할 수 있다.
- ㉡ 만약, X가 거부처분에 앞서 사전통지를 하지 않았다면 그 거부처분에는 절차상 하자가 있다.
- ㉢ 甲이 거부처분취소소송을 제기하여 인용판결이 확정되었다면 X는 도로점용허가를 발령하여야 한다.
- ㉣ 甲이 거부처분취소소송을 제기하여 인용판결이 상고심에서 확정되었음에도 X가 아무런 조치를 취하지 아니하면 상고심 법원은 甲의 신청에 의해 간접강제 결정을 할 수 있다.

- ① ㄱ ② ㄱ, ㄷ ③ ㄱ, ㄷ
④ ㄴ, ㄷ ⑤ ㄴ, ㄷ

해설

- ㉠ (○) 거부처분에 대한 행정소송단 : 취소심판·취소소송, 무효등확인심판·무효등확인소송, 의무이행심판.
거부처분에 대하여서는 의무이행심판뿐만 아니라 취소심판을 제기할 수도 있다. 다만 취소심판의 경우에는 잘못된 거부처분의 효력을 상실하게 하는 효과밖에 없으나, 의무이행심판으로 다투게 되면 적극적인 행위를 재결할 수 있다는 실익이 있다. 따라서 허가신청에 대해 거부처분을 한 경우 취소심판보다는 의무이행심판으로 하는 것이 권리구제에 적합하다.
- ㉡ (×) 행정절차법 제21조 제1항은 행정청은 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 처분의 제목, 당사자의 성명 또는 명칭과 주소, 처분하고자 하는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거, 그에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리방법, 의견제출기관의 명칭과 주소, 의견제출기한 등을 당사자 등에게 통지하도록 하고 있는 바, 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(대판 2003.11.28. 2003도674). ⇨ 공무원임용신청에 대한 거부는 특별한 사정이 없는 한 '행정절차법' 제21조의 처분의 사전통지대상이 되지 않는 것으로 본 사례
- ㉢ (×) 거부처분이 취소된 경우 처분청은 재처분의무를 지게 되어 그에 따른 처분을 하여야 하나, 반드시 원고가 신청한 대로 할 필요는 없다. 따라서 신청을 인용하거나 취소된 거부처분과 다른 사유를 들거나 거부처분사유가 존재하는 위법사유를 보완하여 다시 거부처분을 할 수 있다. 거부처분 취소 확정판결 이후 법령 개정시 개정된 법령을 근거로 다시 거부처분을 하는 것도 가능하다.
- ㉣ (○) 간접감제결정은 상고심판권이 아닌 제1심 소수법원원에서 행한다.
- 행정소송법 제34조(거부처분취소판결의 간접감제) ① 행정청이 제30조제2항의 규정에 의한 처분(거부처분 취소판결시 판결취지에 따른 재처분)을 하지 아니하는 때에는 **제1심소수법원**은 당사자의 신청에 의하여 결정으로써 상당한 기간을 정하고 행정청이 그 기간내에 이행하지 아니하는 때에는 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 할 것을 명하거나 즉시 손해배상을 할 것을 명할 수 있다.

1

19 취소소송에 적용되는 행정소송법 규정 중 무효등확인소송에 준용되지 않는 것은?

- ① 행정심판기록의 제출명령
- ② 관련청구소송의 병합
- ③ 집행정지
- ④ 처분변경으로 인한 소의 변경
- ⑤ 간접강제

해설

취소소송 판결의 간접강제 규정(§34)은 무효등확인소송에 준용되지 않는다.

- 취소소송에 관한 규정 중 무효등확인소송에 준용되지 않는 것 : 선결문제 (§11), 제소기간 (§20), 사건판결 (§28), 예외적 행정심판전치주의 (§18), 판결의 간접강제 (§34)

20 행정권한의 대리·위임에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 임의대리에서 대리관청이 대리관계를 밝히고 처분을 한 경우 피대리관청이 처분청으로서 항고소송의 피고가 된다.
- ② 법정대리는 특별한 규정이 없는 한 피대리관청의 권한 전부에 미친다.
- ③ 권한을 내부위임 받은 수임행정청은 위임행정청의 이름으로 권한을 행사하여야 한다.
- ④ 권한의 내부위임은 법률의 근거가 없어도 가능하다.
- ⑤ 권한의 일부에 대한 위임뿐만 아니라 권한 전부의 위임도 가능하다.

해설

- ① (○) 대리권을 수여받은 데 불과하여 그 자신의 명의로는 행정처분을 할 권한이 없는 행정청의 경우 대리관계를 밝힘이 없이 그 자신의 명의로 행정처분을 하였다면 그에 대하여는 처분명목자인 당해 행정청이 항고소송의 피고가 되어야 하는 것이 원칙이다. (대결 2006.2.23, 2005부4)
- ② (○) 임의대리의 범위는 피대리청의 권한의 일부에 한정되나, 법정대리에 있어서의 대리권은 법령에서 특별한 규정이 없는 한 피대리청의 권한 전부에 미친다.
- ③ (○) 권한의 대리나 내부위임의 경우에는 처분권한이 이전된 것이 아니므로, 대리기관이나 수임청은 피대리청이나 원행정청의 명의로 처분을 하여야 한다. 다만 내부위임을 받은 수임청이 자신의 명의로 처분을 행한 경우에는 무효이며, 이 무효확인소송의 피고는 수임청이 된다.
- ④ (○) 내부위임은 권한이 이전되지 않으므로, 권한이 이전되는 권한 위임과 달리 법적 근거를 요하지 않는다.
- ⑤ (×) 권한의 위임은 행정청이 그의 권한의 일부를 다른 행정기관에 위임하여 수임기관의 권한으로 행사하게 하는 것을 의미하므로 전부를 위임하는 것은 허용되지 않는다.

답 ⑤

21

국가공무원의 법률관계에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 공무원임용에 결격사유가 있는지의 여부는 임용 당시에 시행되던 법률을 기준으로 판단하여야 한다.
- ② 공무원은 임용장이나 임용통지서에 적힌 날짜에 임용된 것으로 본다.
- ③ 공무원임용 결격사유가 있는 자를 공무원에 임명하는 행위는 당연히무효이다.
- ④ 국가공무원법상의 직위해제처분에는 사전통지에 관한 행정절차법 규정이 적용된다.
- ⑤ 당연퇴직의 사실을 알리는 통지행위는 행정소송법상 처분에 해당하지 않는다.

해설

- ①③ (○) 국가공무원법에 규정되어 있는 공무원임용결격사유는 공무원으로 임용되기 위한 절대적인 소극적 요건으로서 공무원관계는 국가공무원법 제38조, 공무원임용령 제11조의 규정에 의한 채용후보자 명부에 등록한 때가 아니라 국가의 임용이 있는 때에 설정되는 것이므로 공무원임용결격사유가 있는지의 여부는 채용후보자 명부에 등록한 때가 아닌 임용 당시에 시행되던 법률을 기준으로 하여 판단하여야 한다. 임용당시 공무원임용결격사유가 있었다면 비록 국가의 과실에 의하여 임용결격자임을 밝혀내지 못하였다 하더라도 그 임용행위는 당연히무효로 보아야 한다. (대판 1987.4.14. 86누459).
- ② (○) • 공무원임용령(대통령령) 제6조(임용 시기) ① 공무원은 임용장이나 임용통지서에 적힌 날짜에 임용된 것으로 보며, 임용일자를 소급해서 아니 된다. ③ 사망으로 인한 면직은 사망한 다음 날에 면직된 것으로 본다. ③ 임용할 때에는 임용일자까지 그 임용장 또는 임용통지서가 임용될 사람에게 도달할 수 있도록 발령하여야 한다.
- ④ (×) 국가공무원법상 직위해제처분은 구 행정절차법 제3조 제2항 제9호, 구 행정절차법 시행령 제2조 제3호에 의하여 당해 행정작용의 성질상 행정절차를 거치지 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 사항 또는 행정절차에 준하는 절차를 거친 사항에 해당하므로, 처분의 사전통지 및 의견청취 등에 관한 행정절차법의 규정이 별도로 적용되지 않는다. (대판 2014.5.16. 2012두26180)
- ⑤ (○) 국가공무원법 69조에 의하면 공무원이 제33조 각 호 해당시 당연히 퇴직한다고 규정하고 있으므로, 당연퇴직은 결격사유가 있을 때 법률상 당연히 퇴직하는 것이지 공무원관계를 소멸시키기 위한 별도의 행정처분을 요하는 것이 아니며, 당연퇴직의 인사발령은 법률상 당연히 발생하는 퇴직사유를 공적으로 확인하여 알려주는 이른바 관념의 통지에 불과하고 공무원의 신분을 상실시키는 새로운 형성적 행위가 아니므로 행정소송의 대상이 되는 독립한 행정처분이 아니다. (대판 1985.7.23. 84누374; 대판 1995.11.14. 95누2036)

답 ④

22

국가공무원법상 소청에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 소청을 통해 위법한 거부처분에 대하여 의무이행을 구하는 심사청구를 할 수 없다.
- ② 징계처분에 대해 소청심사위원회의 심사·결정을 거치지 아니하면 행정소송을 제기할 수 없다.
- ③ 소청심사위원회가 소청인에게 진술 기회를 주지 아니하고 내린 결정은 취소사유의 하자가 있다.
- ④ 징계처분에 대한 소청에 대하여는 불이익변정금지원칙이 적용되지 아니한다.
- ⑤ 행정기관소속 공무원의 소청을 심사하는 소청심사위원회는 법제처에 둔다.

해설

이하 국가공무원법 규정

- ① (×) 제14조(소청심사위원회의 결정) ⑤ 소청심사위원회의 결정은 다음과 같이 구분한다.
1. 심사 청구가 이 법이나 다른 법률에 적합하지 아니한 것이면 그 청구를 각하(却下)한다.
 2. 심사 청구가 이유 없다고 인정되면 그 청구를 기각(棄却)한다.
 3. 처분의 취소 또는 변경을 구하는 심사 청구가 이유 있다고 인정되면 처분을 취소 또는 변경하거나 처분 행정청에 취소 또는 변경할 것을 명한다.
 4. 처분의 효력 유무 또는 존재 여부에 대한 확인을 구하는 심사 청구가 이유 있다고 인정되면 처분의 효력 유무 또는 존재 여부를 확인한다.
 5. 위법 또는 부당한 거부처분이나 부작위에 대하여 의무 이행을 구하는 심사 청구가 이유 있다고 인정되면 지체 없이 청구에 따른 처분을 하거나 이를 할 것을 명한다.
- ② (○) 제16조(행정소송과의 관계) ① 제75조에 따른 처분, 그 밖에 본인의 의사에 반한 불리한 처분이나 부작위(不作爲)에 관한 행정소송은 소청심사위원회의 심사·결정을 거치지 아니하면 제기할 수 없다. ⇨ '예외적 행정심판전치주의'에 해당.
- ③ (×) 제13조(소청인의 진술권) ① 소청심사위원회가 소청 사건을 심사할 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 소청인 또는 제76조제1항 후단에 따른 대리인에게 진술 기회를 주어야 한다. ③ 제1항에 따른 진술 기회를 주지 아니한 결정은 무효로 한다.
- ④ (×) 제14조(소청심사위원회의 결정) ⑦ 소청심사위원회가 징계처분 또는 징계부가금 부과처분(이하 "징계처분등"이라 한다)을 받은 자의 청구에 따라 소청을 심사할 경우에는 원징계처분보다 무거운 징계 또는 원징계부가금 부과처분보다 무거운 징계부가금을 부과하는 결정을 하지 못한다.
- ⑤ (×) 제9조(소청심사위원회의 설치) ① 행정기관 소속 공무원의 징계처분, 그 밖에 그 의사에 반하는 불리한 처분이나 부작위에 대한 소청을 심사·결정하게 하기 위하여 인사혁신처에 소청심사위원회를 둔다.

답 ②

23 지방자치제도에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 제주특별자치도와 세종특별자치시는 지방자치법상 특별지방자치단체에 해당한다.
- ② 외국인도 지방자치단체의 주민의 지위를 가질 수 있다.
- ③ 지방자치법상 주민소송은 객관적 소송으로서 민중소송에 해당한다.
- ④ 비례대표 지방의회의원에 대해서는 주민소환을 할 수 없다.
- ⑤ 이행강제금의 부과·징수를 게을리 한 행위는 주민소송의 대상이 되는 공금의 부과·징수를 게을리 한 행위에 해당한다.

해설

① (×) 제주특별자치도와 세종특별자치시는 보통지방자치단체이다. 지방자치법 상 보통지방자치단체라는 명칭은 없지만 제2조 1항의 경우를 보통지방자치단체로 본다. 특별지방자치단체는 제2조 3·4항에 규정하고 있고 제3절(제159조~164조)에 규정된 지방자치단체조합은 특별지방자치단체에 해당한다.

• 지방자치법 제2조(지방자치단체의 종류)

- ① 지방자치단체는 다음의 두 가지 종류로 구분한다.
 1. 특별시, 광역시, 특별자치시, 도, 특별자치도
 2. 시, 군, 구
- ③ 지방자치단체인 구(이하 '자치구'라 한다)는 특별시와 광역시의 관할 구역 안의 구만을 말하며, 자치구의 자치권의 범위는 법령으로 정하는 바에 따라 시·군과 다르게 할 수 있다.
- ③ 제1항의 지방자치단체 외에 특정한 목적을 수행하기 위하여 필요하면 따로 특별지방자치단체를 설치할 수 있다.
- ④ 특별지방자치단체의 설치·운영에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.
- ② (○) 법률이 정한 일정 조건의 외국인의 경우 지방선거선거권, 주민소환권, 조례제정·개폐청구권, 주민감사 및 주민소송청구권을 갖는다(지방선거 피선거권은 없음).
 - └ 주민투표청구권: 대한민국에 계속 거주할 수 있는 자격을 갖춘 외국인으로서 조례로 정한 사람
 - └ 지방선거 선거권, 주민소환청구 및 주민소환투표권, 조례제정·개폐청구권, 주민감사 및 주민소송청구권: 영주 체류자격 취득일 후 3년이 경과한 외국인으로서 해당 지방자치단체의 외국인등록대장에 올라있는 사람
- * 19세 이상의 주민이라는 요건도 추가되나, 지방선거 선거권은 공직선거법상 18세 이상이고, 주민소환권은 법률이 일괄적으로 개정되지 못해 「주민소환에 관한 법률」 상 19세 이상으로 되어 있으나 개정될 것으로 보임.
- ③ (○) 지방자치법상 주민소송은 소개인의 권리구제를 직접 목적으로 하는 것이 아니라 행정의 적법성 등 객관적 법익을 목적으로 하는 객관적 소송이며, 「행정소송법」 제3조에서 규정된 민중소송에 해당한다.
- ④ (○) 지방자치법 제20조(주민소환) ① 주민은 그 지방자치단체의 장 및 지방의회의원(비례대표 지방의회의원은 제외한다)을 소환할 권리를 가진다.
- ⑤ (○) 이행강제금은 지방자치단체의 재정수입을 구성하는 재원 중 하나로서 「지방세외수입금의 징수 등에 관한 법률」에서 이행강제금의 효율적인 징수 등에 필요한 사항을 특별히 규정하는 등 그 부과·징수를 재무회계 관점에서도 규율하고 있으므로, 이행강제금의 부과·징수를 게을리한 행위는 주민소송의 대상이 되는 공금의 부과·징수를 게을리한 사항에 해당한다(대판 2015.9.10. 2013두16746).

답 ①

24 A장관을 주무부장관으로 하는 국가사무인 X사무가 법령에 의해 B지방자치단체의 장에게 위임되었다. X사무의 처리에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 법령이 X사무에 대해 조례에 위임하는 경우 포괄적 위임도 가능하다.
- ② A장관은 X사무의 처리가 위법한 경우에 한하여 B지방자치단체의 장을 감독할 수 있다.
- ③ A장관이 X사무의 처리에 관하여 시정명령을 발한 경우 B지방자치단체의 장은 이에 대해 대법원에 제소할 수 있다.
- ④ B지방자치단체의 장이 X사무를 처리하면서 불법행위를 하여 국가배상책임이 성립하는 경우 B지방자치단체도 배상책임이 있다.
- ⑤ A장관이 X사무의 해태를 이유로 직무이행명령을 발한 경우 B지방자치단체의 장은 이에 대해 대법원에 제소할 수 없다.

해설

제시된 사안은 국가사무가 지방자치단체장에게 위임된 것이므로 기관위임사무에 관한 것이다.

① (×) 기관위임사무는 원칙적으로 규칙에 의해 규정되나, 개별 법령의 위임이 있는 경우 위임조례로 제정될 수 있다. 이 경우 개별 법령에 의한 포괄적 위임은 불가하며 구체적 위임이 필요하다. 단, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙은 법률의 위임에 의해 조례로 정할 수 있고, 이 경우 법률의 위임은 포괄적 위임도 가능하다.

- 헌법 제117조 ① 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.
- 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.

자치사무 단체위임사무	⇒	개별 법령의 위임이 없이도 '법령의 범위(법령을 위반하지 않은 범위) 내에서 제정 가능' ⇒ 자치조례	단, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙은 법률의 위임 필요 ⇒ 법률의 위임은 포괄적 위임도 가능(판례)
기관위임사무	⇒	개별 법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임 한 경우에 한하여 제정 가능 ⇒ 위임조례	개별 법령에 의한 포괄적 위임은 불가. 단, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙에 대해 법률의 위임시 포괄적 위임도 가능.

- ① 「지방자치법」 제9조, 제22조에서는 지방자치단체는 관할 구역의 자치사무와 법령에 따라 지방자치단체에 속하는 사무를 처리하고, 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있지만, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다고 규정하고 있다. 따라서 지방자치단체는 그 고유사무인 자치사무와 개별법령에 따라 지방자치단체에 위임된 단체위임사무에 관하여 자치조례를 제정할 수 있고, 기관위임사무에 관하여 제정되는 이른바 위임조례는 개별법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에 한하여 제정할 수 있으나, **주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙에 해당하는 조례를 제정할 경우에는 그 조례의 성질을 묻지 아니하고 법률의 위임이 있어야 하고** 그러한 위임 없이 제정된 조례는 효력이 없다(대판 2007.12.13. 2006후52).
- ② 조례는 주민의 대표기관인 지방의회가 제정하는 법규인 점에서 지방자치단체의 자치법규이며 법률에 준하는 성질을 가지므로 **조례에 대한 법률의 위임은** 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없고 **포괄적인 것으로 족하다고** 할 것이다(헌재결 1995.4.20. 92헌마264,279).
- ③ 헌법 제117조 제1항은 지방자치단체에 포괄적인 자치권을 보장하고 있으므로, **자치사무와 관련한 조례에 대한 법률의 위임은** 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 구체적으로 범위를 정하여서 할 엄격성이 반드시 요구되지는 않는다. **법률이 주민의 권리의무에 관한 사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하지 않은 채 조례로 정하도록 포괄적으로 위임한 경우**에도 지방자치단체는 법령에 위반되지 않는 범위 내에서 각 지역의 실정에 맞게 주민의 권리의무에 관한 사항을 조례로 제정할 수 있다(대판 2019.10.17. 2018두40744)
- ④ 지방자치법 9조 1항과 15조 등의 관련규정에 의하면 지방자치단체는 원칙적으로 그 고유사무인 자치사무와 법령에 의하여 위임된 단체위임사무에 관하여 이른바 자치조례를 제정할 수 있는 외에, 개별법령에서 특별히 위임하고 있을 경우 그러한 사무에 속하지 아니하는 기관위임사무에 관하여도 그 위임의 범위 내에서 이른바 위임조례를 제정할 수 있지만, 조례가 규정하고 있는 사항이 그 근거법령 등에 비추어 볼 때 **자치사무나 단체위임사무에 관한 것이라면 이는 자치조례로서 지방자치법 15조가 규정하고 있는 '법령의 범위 안'이라는 사항적 한계가 적용될 뿐, 위임조례와 같이 국가법에 적용되는 일반적인 위임입법의 한계가 적용될 여지는 없다**(대판 2000.11.24. 2000후29)
- ⑤ 국가사무가 지방자치단체장에게 위임된 기관위임사무와 같이 지방자치단체장이 국가기관의 지휘에서 수행하는 사무일 뿐 지방자치단체 자체의 사무라고 할 수 없는 것은 원칙적으로 자치조례의 제정범위에 속하지 않는다. 다만, 기관위임사무에 있어서도 그에 관한 개별법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에는 위와 같은 지방자치단체의 자치조례 제정권과 무관하게 이른바 위임조례를 정할 수 있다고 하겠으나 이 때에도 그 내용은 개별 법령이 위임하고 있는 사항에 관한 것으로서 개별 법령의 취지에 부합하는 것이라야만 하고, 그 범위를 벗어난 경우에는 위임조례로서의 효력도 인정할 수 없다(대판 1999.9.17. 99후30).
- ⑥ (○) 기관위임사무의 경우 지방자치법 제169조 1항에 따라 자치단체장의 처분·명령이 **법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해친다고 인정되면** 감독기관은 시정명령과 시행명령 불이행시 명령·처분의 취소·정지가 가능하다(자치사무인 경우 법령 위반인 경우에 한함). 또한 기관위임사무는 정부조직법 제6조 제1항 등에 따른 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제6조(위임 및 위탁기관은 수임 및 수탁기관의 수임 및 수탁사무 처리에 대하여 지휘·감독하고, 그 처리가 **위법하거나 부당하다고 인정될 때에는 이를 취소하거나 정지시킬 수 있다.**)도 적용된다.

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.**
- ③ 지방자치단체의 장은 제1항에 따른 자치사무에 관한 명령이나 처분의 취소 또는 정지에 대하여 **이의가 있으면 그 취소처분 또는 정지처분을 통보받은 날부터 15일 이내에 대법원에 소(訴)를 제기할 수 있다.**

- ③ (×) 지방자치법은 자치사무에 대한 시정명령 불이행에 따른 처분 취소·정지에 대해서 지방자치단체장이 대법원에 제소할 수 있다고 규정하고 있다. 시정명령 자체에 대해서는 제소할 수 없으며, 또한 기관위임사무의 경우에는 시정명령 불이행에 따른 처분 취소·정지에 대한 제소 규정도 없다.
- 지방자치법 제169조 제2항은 '시·군 및 자치구의 자치사무에 관한 지방자치단체의 장의 명령이나 처분에 대하여 시·도지사가 행한 취소 또는 정지'에 대하여 해당 지방자치단체의 장이 대법원에 소를 제기할 수 있다고 규정하고 있을 뿐 '시·도지사가 지방자치법 제169조 제1항에 따라 시·군 및 자치구에 대하여 행한 시정명령에 대하여도 대법원에 소를 제기할 수 있다고 규정하고 있지 않으므로, 이러한 시정명령의 취소를 구하는 소송은 허용되지 않는다.(대판 2017.10.12. 2016후5148).

대응조치 사무유형	감독기관(주무부장관/광역자치단체장)의 지방자치단체장에 대한 시정명령(지방자치법 제169조 ①)	감독기관의 시정명령에 대한 제소	시행명령 불이행시 자치단체장의 처분·명령을 감독기관이 취소·정지한 경우 이에 대한 제소(지방자치법 제169조 ②)
기관위임사무	자치단체장의 명령·처분이 법령에 위반되거나 현저히	불가능	불가능
단체위임사무	부당하여 공익을 해친다고 인정되는 경우		불가능
자치사무	자치단체장의 명령·처분이 법령에 위반되는 경우		가능

- ④ (○) 기관위임사무는 국가사무이므로 사무귀속주체(선임·감독자)인 국가가 원칙적으로 배상책임자가 된다. 그러나 선임·감독자와 비용부담자가 다를 경우 비용부담자도 배상책임이 있다. 지방자치단체는 자치사무는 물론 위임받은 사무를 집행할 때에도 그 비용을 지출할 법적 의무가 있으므로 자치사무·위임사무의 형식적 비용부담자이고, 국가는 위임사무의 집행비용 전부를 당해 지방자치단체에 교부해야 하므로 실질적 비용부담자이다. 이 경우 **형식적 비용부담자와 실질적 비용부담자는 모두 배상책임**을 지므로 **기관위임사무에 대해서는 국가와 지방자치단체가 모두 배상책임이 있다.**
- 지방자치단체장이 기관위임된 국가행정사무 처리시, 그 지방자치단체는 국가배상법 제6조 1항 소정의 비용부담자로서 배상책임은 짐 : 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 제131조(현행 제132조), 구 지방재정법 제16조 제2항(현행 제18조 제2항)의 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(대판 1994.12.9. 94다38137)
- ⑤ (×) • 지방자치법 제170조(지방자치단체의 장에 대한 직무이행명령) ① 지방자치단체의 장이 법령의 규정에 따라 그 의무에 속하는 국가위임사무나 시·도위임 사무의 권리와 집행을 명백히 게을리하고 있다고 인정되면 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 이행할 사항을 명령할 수 있다. ③ **지방자치단체의 장은 제1항의 이행명령에 이의가 있으면 이행명령서를 접수한 날부터 15일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다.**

공물에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 어떤 토지의 지목이 도로이고 국유재산대장에 등재되어 있다면 그 토지는 도로로서 행정 재산에 해당한다고 보아야 한다.
- ② 공용폐지의 의사표시는 묵시적인 방법으로도 가능하므로 행정재산이 본래의 용도에 제공 되지 않는 상태에 있다면 묵시적인 공용폐지가 있다고 보아야 한다.
- ③ 행정재산은 사법상 거래의 대상이 되지 아니하는 불용통물이므로 관제 당국이 이를 모르고 매각하였더라도 그 매매는 당연히무효이다.
- ④ 적법한 개발행위로 인하여 공공용물의 일반사용이 종전에 비하여 제한을 받게 되었다면 특별한 사정이 없는 한 그로 인한 불이익은 손실보상의 대상이 된다.
- ⑤ 특허에 의한 공물사용권은 공물의 관리주체에 대해 특별사용을 청구할 수 있는 채권에 그치는 것이 아니라 대세적 효력이 있는 물권이다.

해설

- ① (×) 국유재산법상의 행정재산이란 국가가 소유하는 재산으로서 직접 공용, 공공용 또는 기업용으로 사용하거나 사용하기로 결정한 재산을 말하고(국유재산법 제6조 제2항 참조), 그중 도로와 같은 인공적 공공용 재산은 법령에 의하여 지정되거나 행정처분으로써 공공용으로 사용하기로 결정한 경우 또는 행정재산으로 실제로 사용하는 경우의 어느 하나에 해당하여야 비로소 행정재산이 되는데, 특히 도로는 도로로서의 형태를 갖추고 도로법에 따른 노선의 지정 또는 인정의 공고 및 도로 구역 결정·고시를 한 때 또는 도시계획법 또는 도시재개발법에서 정한 절차를 거쳐 도로를 설치하였을 때에 공공용물로서 공용개시행위가 있으므로 **토지의 지목이 도로이고 국유재산대장에 등재되어 있다는 사정만으로 바로 토지가 도로로서 행정재산에 해당한다고 할 수는 없다.** 이는 국유재산대장에 행정재산으로 등재되어 있다가 용도폐지된 바가 있더라도 마찬가지이다. 그러므로 택지개발사업 시행지구 내에 있는 토지가 지목이 도로이고 국유재산대장에 행정재산으로 등재되었다가 용도폐지되었다는 사정만으로는 당연히 무상귀속 대상인 종래의 공공시설에 해당한다고 할 수 없고, 대상 시설에 해당한다는 점은 사업시행자가 증명하여야 한다(대판 2016.5.12. 2015다255524).
- ② (×) 공용폐지의 의사표시는 명시적 의사표시뿐 아니라 묵시적 의사표시이어도 무방하나 적법한 의사표시이어야 하고, **행정재산이 본래의 용도에 제공되지 않는 상태에 놓여 있다는 사실만으로 관리청의 이에 대한 공용폐지의 의사표시가 있었다고 볼 수 없으며**, 행정재산에 관하여 체결된 것이기 때문에 무효인 매매계약을 가지고 적법한 공용폐지의 의사표시가 있었다고 볼 수도 없다(대판 1996.5.28. 95다52383).
- ③ (○) 행정재산은 공용물로서 이른바 사법상의 거래의 대상이 되지 아니하는 불용통물이므로 이러한 행정재산을 관제당국이 모르고 매각처분하였다 할지라도 그 매각처분은 무효이다(대판 1967.6.27. 67다806).
- ④ (×) 공공용물에 대한 일반사용이 적법한 개발행위로 제한됨으로 인한 불이익은 손실보상의 대상이 되는 특별한 손실이 아님 : 일반 공공의 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).
- ⑤ (×) 하천점용허가권의 성질은 채권 : 하천의 점용허가권은 특허에 의한 '공물사용권'의 일종으로서 하천의 관리주체에 대하여 일정한 특별사용을 청구할 수 있는 채권에 지나지 아니하고 대세적 효력이 있는 물권이라 할 수 없다(대판 1990.2.13. 89다카23022).

답 ③