

memo

*2020년 7월 11일 시행 국가직 9급 행정법총론

7. 행정법의 법원(法源)의 효력에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 학교급식을 위해 국내 우수농산물을 사용하는 자에게 식재료나 구입비의 일부를 지원하는 것 등을 내용으로 하는 지방자치단체의 조례안이 '1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정'을 위반하여 위법한 이상, 그 조례안은 효력이 없다.
- ② 국민의 권리 제한 또는 의무 부과와 직접 관련되는 법률, 대통령령, 총리령 및 부령은 긴급히 시행하여야 할 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 공포일부터 적어도 30일이 경과한 날부터 시행되도록 하여야 한다.
- ③ 진정소급입법이라 하더라도 예외적으로 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우 등에는 허용될 수 있다.
- ④ 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법령의 개정으로 허가나 신고 없이 개발제한구역 내 공작물 설치행위를 할 수 있게 되었다면, 그 법령의 시행 전에 이미 범하여진 위법한 설치행위에 대한 가벌성은 소멸한다.

[영역] 행정법 서론>행정법

[정답] ④

[해설] ① [O]. 상위법에 위반되는 하위법은 무효이다. 조례는 조약보다 하위이다. '1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정'(GATT)은 조약이고 따라서 '1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정'에 위반되는 조례는 무효이다(대판 2005.9.9. 2004추10).

② [O]. 「법령 등 공포에 관한 법률」 제13조의2

③ [O]. 현재 1999.7.22, 97헌바76

④ [X]. 법령의 개정이 법률이념의 변천에 따른 반성적 고려에서 비롯된 경우가 아닌 한, 개정 전의 범법행위에 대한 가벌성은 소멸하지 않는다. <판례> 종전에 허가를 받거나 신고를 하여야만 할 수 있던 행위의 일부를 허가나 신고 없이 할 수 있도록 법령이 개정되었다 하더라도 이는 법률 이념의 변천으로 과거에 범죄로서 처벌하던 일부 행위에 대한 처벌 자체가 부당하다는 반성적 고려에서 비롯된 것이라기보다는 사정의 변천에 따른 규제범위의 합리적 조정의 필요에 따른 것이라고 보이므로, 위 「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법」과 같은 법 시행규칙의 신설 조항들이 시행되기 전에 이미 범하여진 개발제한구역 내 비닐하우스 설치행위에 대한 가벌성이 소멸하는 것은 아니다(대판 2007.9.6, 2007도4197).

memo

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

- ① 관할관청이 폐기물처리업 사업계획에 대하여 적정통보를 한 것만으로도 그 사업부지 토지에 대한 국토이용계획변경신청을 승인하여 주겠다는 취지의 공적인 견해표명을 한 것으로 볼 수 있다.
- ② 행정청의 확약 또는 공적인 의사표명이 있는 후에 사실적·법률적 상태가 변경되었다면, 그와 같은 확약 또는 공적인 의사표명은 행정청의 별다른 의사표시를 기다리지 않고 실효된다.
- ③ 행정청의 공적 견해표명이 있었는지 여부를 판단하는 데 있어 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.
- ④ 입법 예고를 통해 법령안의 내용을 국민에게 예고한 적이 있다고 하더라도 그것이 법령으로 확정되지 아니한 이상 국가가 이해관계자들에게 그 법령안에 관련된 사항을 약속하였다고 볼 수 없으며, 이러한 사정만으로 어떠한 신뢰를 부여하였다고 볼 수도 없다.

[영역] 행정법 서론>행정법

[정답] ①

[해설] ① [X]. 폐기물처리업 사업계획에 대하여 적정통보는 폐기물처리업 자체의 가능성에 대한 공적 견해표명일 뿐, 폐기물처리사업부지 토지에 대한 형질변경이나 국토이용계획변경과는 직접적 관련이 없다. <판례> 폐기물처리업 사업계획에 대하여 적정통보를 한 것만으로도 그 사업부지 토지에 대한 국토이용계획변경신청을 승인하여 주겠다는 취지의 공적인 견해표명을 한 것으로 볼 수 없다(대판 2005.4.28, 2004두8828).

② [O]. 대판 1996.8.20, 95누10877

③ [O]. 대판 1997.9.12, 96누18380

④ [O]. 대판 2018.6.15, 2017다249769

3. 신고에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「건축법」상 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고는 특별한 사정이 없는 한 행정청이 그 실체적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 '수리를 요하는 신고'이다.
- ② 「건축법」상의 착공신고의 경우에는 신고 그 자체로서 법적 절차가 완료되어 행정청의 처분이 개입될 여지가 없으므로, 행정청의 착공신고 반려행위는 항고소송의 대상인 처분에 해당하지 않는다.
- ③ 주민등록의 신고는 행정청에 도달하기만 하면 신고로서의 효력이 발생하는 것이 아니라 행정청이 수리한 경우에

memo

비로소 신고의 효력이 발생한다.

- ④ 행정청이 구 「식품위생법」상의 영업자지위승계신고 수리처분을 하는 경우, 행정청은 종전의 영업자에 대하여 「행정절차법」 소정의 행정절차를 실시하여야 한다.

[영역] 행정법 서론>행정법상의 법률요건과 법률사실

[정답] ②

[해설] ① [O]. 대판 2011.1.20, 2010두14954 전원합의체

② [X]. 판례에 의할 때 건축법상의 신고(건축신고, 착공신고, 건축주명의변경신고)의 반력에 대해 모두 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다. <판례> 건축주 등으로서는 착공신고가 반려될 경우, 당해 건축물의 착공을 개시하면 시정명령, 이행강제금, 벌금의 대상이 되거나 당해 건축물을 사용하여 행할 행위의 허가가 거부될 우려가 있어 불안정한 지위에 놓이게 된다. 따라서 착공신고 반려행위가 이루어진 단계에서 당사자로 하여금 반려행위의 적법성을 다투어 법적 불안을 해소한 다음 건축행위에 나아가도록 함으로써 장차 있을지도 모르는 위험에서 미리 벗어날 수 있도록 길을 열어 주고, 위법한 건축물의 양산과 철거를 둘러싼 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있게 하는 것이 법치행정의 원리에 부합한다. 그러므로 행정청의 착공신고 반려행위는 항고소송의 대상이 된다고 보는 것이 옳다(대판 2011. 6. 10. 2010두7321).

③ [O]. 주민등록전입신고는 수리를 요하는 신고에 해당하는 가장 대표적인 예종의 하나이다(대판 2009.6.18, 2008두10997 전원합의체).

④ [O]. 압류재산 매각절차에 따라 영업시설의 전부를 인수함으로써 그 영업자의 지위를 승계한 자가 관계 행정청에 이를 신고하여 행정청이 식품위생법상의 영업자지위승계신고 수리처분을 하는 경우, 종전의 영업자는 행정절차법 제2조 제4호 소정의 '당사자'에 해당하고 따라서 수리처분시 종전의 영업자에게 행정절차법 소정의 행정절차를 실시하여야 한다(대판 2003. 2. 14. 선고, 2001두7015).

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

- ① 법령의 위임이 없음에도 법령에 규정된 처분 요건에 해당하는 사항을 부령에서 변경하여 규정한 경우에는 그 부령의 규정은 행정명령의 성격을 지닐 뿐 국민에 대한 대외적 구속력은 없다.
- ② 행정관청 내부의 사무처리규정에 불과한 전결규정에 위반하여 원래의 전결권자 아닌 보조기관 등이 처분권자인 행정관청의 이름으로 행정처분을 한 경우, 그 처분은 권한 없는 자에 의하여 행하여진 것으로 무효이다.
- ③ 법령의 규정이 특정 행정기관에게 법령 내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서 권한행사의 절차나 방법을 특정하지 아니한 경우에는 수임 행정기관은 행정규칙으로 법령 내용이 될 사항을 구체적으로 정할 수 있다.

memo

- ④ 재량권행사의 준칙인 행정규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 형성되어 행정기관이 그 상대방에 대한 관계에서 그 행정규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는 경우에는 그 행정규칙은 헌법소원의 심판대상이 될 수도 있다.

[영역] 일반행정작용법>행정입법

[정답] ②

[해설] ① [O]. 대판 2013.9.12., 2011두10584

② [X]. ②에서의 처분은 무효가 아니다. 전결규정은 행정관청 내부의 사무처리규정에 불과한 것이기 때문이다. <판례> 전결과 같은 행정권한의 내부위임은 법령상 처분권자인 행정관청이 내부적인 사무처리의 편의를 도모하기 위하여 그의 보조기관 또는 하급 행정관청으로 하여금 그의 권한을 사실상 행사하게 하는 것으로서 법률이 위임을 허용하지 않는 경우에도 인정되는 것이므로, 설사 행정관청 내부의 사무처리규정에 불과한 전결규정에 위반하여 원래의 전결권자 아닌 보조기관 등이 처분권자인 행정관청의 이름으로 행정처분을 하였다고 하더라도 그 처분이 권한 없는 자에 의하여 행하여진 무효의 처분이라고는 할 수 없다(대판 1998. 2. 27. 97누1105).

③ [O]. 법령보충규칙을 설명하는 문장이다(대판 2008.3.27., 2006두3742,3759).

④ [O]. 헌재 2013.5.28, 2013헌마334

5. 행정행위의 하자에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정청이 「식품위생법」상의 청문절차를 이행함에 있어 청문서 도달기간을 다소 어겼지만 영업자가 이의하지 아니한 채 청문일에 출석하여 의견을 진술하고 변명하는 등 방어외의 기회를 충분히 가졌다면 청문서 도달기간을 준수하지 아니한 하자는 치유되었다고 본다.
- ② 행정처분을 한 처분청은 그 처분의 성립에 하자가 있는 경우 이를 취소할 별도의 법적 근거가 없다고 하더라도 직권으로 이를 취소할 수 있다.
- ③ 행정처분에 있어 여러 개의 처분사유 중 일부가 적법하지 않으면 다른 처분사유로써 그 처분의 정당성이 인정된다고 하더라도, 그 처분은 위법하게 된다.
- ④ 계고처분의 후속절차인 대집행에 위법이 있다고 하더라도 그와 같은 후속절차에 위법성이 있다는 점을 들어 선행절차인 계고처분이 부적법하다는 사유로 삼을 수는 없다.

[영역] 일반행정작용법>행정행위

[정답] ③

[해설] ① [O]. 판례가 하자의 치유를 인정한 대표적인 예이다(대판 1992.10.23., 92누2844).

memo

- ② [O]. 직권취소에 법적 근거가 필요한지를 묻는 문장이다. 처분청의 경우 법적 근거가 필요하지 않다(법률유보 불적용).
- ③ [X]. 행정처분에 있어 수개의 처분사유 중 일부가 적법하지 않다고 하더라도 다른 처분사유로써 그 처분의 정당성이 인정되는 경우에는 그 다른 처분사유가 처분을 정당화시켜 주므로 처분은 위법하다고 할 수 없다(대판 2013. 10. 24. 2013두963).
- ④ [O]. 대집행의 각 행위사이에는 하자가 승계된다(대판 1997.2.14. 96누15428).

6. 행정행위의 부관에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 허가에 붙은 기한이 그 허가된 사업의 성질상 부당하게 짧아 그 기한을 허가조건의 존속기간으로 볼 수 있는 경우에 허가기간이 연장되기 위하여는 그 종기가 도래하기 전에 그 허가기간의 연장에 관한 신청이 있어야 한다.
- ㄴ. 토지소유자가 토지형질변경행위허가에 붙은 기부채납의 부관에 따라 토지를 기부채납(증여)한 경우, 기부채납의 부관이 당연무효이거나 취소되지 않은 상태에서 그 부관으로 인하여 증여계약의 중요 부분에 착오가 있음을 이유로 증여계약을 취소할 수 없다.
- ㄷ. 행정청이 수익적 행정처분을 하면서 사전에 상대방과 체결한 협약상의 의무를 부담으로 부가하였는데, 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거 법령이 개정되어 부관을 붙일 수 없게 된 경우에는 곧바로 협약의 효력이 소멸한다.
- ㄹ. 행정처분과 실제적 관련성이 없어 부관으로 붙일 수 없는 부담이라고 하더라도 행정처분의 상대방에게 사법상 계약의 형식으로 이를 부과할 수 있다.

- ① ㄱ, ㄴ ② ㄴ, ㄷ
③ ㄷ, ㄹ ④ ㄱ, ㄴ, ㄹ

[영역] 일반행정작용법>행정행위

[정답] ①

[해설] ㄱ. [O]. 대판 2007.10.11., 2005두12404

ㄴ. [O]. 대판 1999.5.25., 98다53134

ㄷ. [X]. ㄷ의 경우, 협약의 효력은 소멸하지 않는다. <판례> 행정처분의 상대방이 수익적 행정처분을 얻기 위하여 행정청과 사이에 행정처분에 부가할 부담에 관한 협약을 체결하고 행정청이 수익적 행정처분을 하면서 협약상의 의무를 부담으로 부가하였으나 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거 법령이 개정됨으로써 행정청이 더 이상 부관을 붙일 수 없게 된 경우에도 곧바로 협약의 효력이 소멸하는 것은 아니다(대판 2009. 2. 12., 선고, 2005다65500).

ㄹ. [X]. ㄹ의 경우의 사법상 계약은 법치행정의 원리에 반하는 것으로서 위법하다(대판 2009.12.10, 2007다

63966).

7. 행정절차에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 퇴직연금의 환수결정은 당사자에게 의무를 과하는 처분이라는 하나 관련 법령에 따라 당연히 환수금액이 정하여지는 것이므로, 퇴직연금의 환수결정에 앞서 당사자에게 의견진술의 기회를 주지 아니하여도 「행정절차법」에 어긋나지 아니한다.
- ② 수익적 행정행위의 신청에 대한 거부처분은 직접 당사자의 권익을 제한하는 처분에 해당하므로, 그 거부처분은 「행정절차법」상 처분의 사전통지대상이 된다.
- ③ 절차상의 하자를 이유로 과세처분을 취소하는 판결이 확정된 후 그 위법사유를 보완하여 이루어진 새로운 부과처분은 확정판결의 기판력에 저촉된다.
- ④ 행정청이 당사자와 사이에 도시계획사업의 시행과 관련한 협약을 체결하면서 관련 법령상 요구되는 청문절차를 배제하는 조항을 두었다면, 이는 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당한다.

[영역] 일반행정작용법>행정절차

[정답] ①

- [해설] ① [O]. 법령에 의해 확정된 의무를 부과하는 처분은 침익적 처분이라 하더라도 의견제출의 기회를 주지 않아도 된다. ①에서의 퇴직연금의 환수결정은 법령에 의해 확정된 의무를 부과하는 처분이다(대판 2000.11.28, 99두5443).
- ② [X]. 거부처분은 직접 당사자의 권익을 제한하는 처분이 아니므로 그 거부처분은 「행정절차법」상 처분의 사전통지대상이 아니다(대판 2003.11.28., 2003두674).
- ③ [X]. ③의 경우 절차상의 하자를 보완했으므로 확정판결의 기판력(기속력)에 저촉되지 않는다(대판 1987.2.10., 86누91).
- ④ [X]. 협약에서 청문배제 조항을 두었더라도 이에 의해 청문을 배제할 수 있는 것은 아니다(대판 2004.7.8., 2002두8350).

8. 정보공개에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 정보공개거부처분의 취소를 구하는 소송에서 공공기관이 청구정보를 증거 등으로 법원에 제출하여 법원을 통하여 그 사본을 청구인에게 교부 또는 송달되게 하여 청구인에게 정보를 공개하는 셈이 되었다면, 이러한 우회적인 방법

memo

에 의한 공개는 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에 의한 공개라고 볼 수 있다.

- ② 정보공개청구권자에는 자연인은 물론 법인, 권리능력 없는 사단·재단도 포함되고, 법인, 권리능력 없는 사단·재단 등의 경우에는 설립목적에 불문한다.
- ③ 공개청구의 대상이 되는 정보가 이미 다른 사람에게 공개되어 널리 알려져 있다거나 인터넷 등을 통하여 공개되어 인터넷검색 등을 통하여 쉽게 알 수 있다는 사정만으로는 비공개결정이 정당화될 수 없다.
- ④ 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」은 정보공개청구권자가 공개를 청구하는 정보와 어떤 관련성을 가질 것을 요구하거나 정보공개청구의 목적에 특별한 제한을 두고 있지 아니하므로 정보공개청구권자의 권리구제 가능성 등은 정보의 공개 여부 결정에 아무런 영향을 미치지 못한다.

[영역] 일반행정작용법>정보공개와 개인정보보호

[정답] ①

- [해설] ① [X]. 소송에서 공공기관이 공개청구한 정보를 증거 등으로 법원에 제출하여 법원을 통하여 그 사본을 청구인이 교부받았다 하더라도 이것은 공공기관의 정보공개에 관한 법률에서 규정하는 '공개'로 볼 수 없다. <판례> 청구인이 정보공개거부처분의 취소를 구하는 소송에서 공공기관이 청구정보를 증거 등으로 법원에 제출하여 법원을 통하여 그 사본을 청구인에게 교부 또는 송달되게 하여 결과적으로 청구인에게 정보를 공개하는 셈이 되었다고 하더라도, 이러한 우회적인 방법은 정보공개법이 예정하고 있지 아니한 방법으로서 정보공개법에 의한 공개라고 볼 수는 없으므로, 당해 정보의 비공개결정의 취소를 구할 소의 이익은 소멸되지 않는다(대판 2016. 12. 15. 2012두11409, 11416).
- ② [O]. 대판 2003.12.12., 2003두8050
 - ③ [O]. 대판 2010.12.23., 2008두13101
 - ④ [O]. 대판 2017.9.7. 2017두44558

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

- ① 공유수면매립면허의 공동명여자 사이의 면허로 인한 권리의무양도약정은 면허관청의 인가를 받지 않은 이상 법률상 아무런 효력도 발생할 수 없다.
- ② 재단법인의 임원취임을 인가 또는 거부할 것인지는 주무관청의 권한에 속하는 사항이라고 할 것이고, 재단법인의 임원취임승인 신청에 대하여 주무관청이 이에 기속되어 이를 당연히 승인(인가)하여야 하는 것은 아니다.
- ③ 인가처분에 하자가 없다면 기본행위에 하자가 있다 하더라도 따로 그 기본행위의 하자를 다투는 것은 별론으로 하고 기본행위의 무효를 내세워 바로 그에 대한 행정청의 인가처분의 취소 또는 무효확인을 소구할 법률상의 이익이

memo

없다.

- ④ 공익법인의 기본재산 처분에 대한 허가의 법률적 성질이 형성적 행정행위로서의 인가에 해당하므로, 그 허가에 조건으로서의 부관의 부과가 허용되지 아니한다.

[영역] 일반행정작용법>행정행위

[정답] ④

- [해설] ① [O]. 인가(강학상의 인가를 말함. 이하 같음)의 법적 성질을 묻는 문장이다. 인가는 기본행위의 효력요건이고, 따라서 인가가 없는 기본행위는 효력을 발생할 수 없다는 점을 말하고 있다. 올바른 문장이다. ①에서 권리의무양도약정은 기본행위이고, 면허관청의 인가는 인가(*강학상의 인가)에 해당한다(대판 1991. 6. 25. 90누5184).
- ② [O]. 인가의 재량성 여부를 묻는 문장이다. 인가는 기속행위에 해당하는 경우도 재량행위에 해당하는 경우도 있다. ②의 재단법인의 임원 취임승인은 인가에 해당하고 재량행위이다. <판례> 재단법인의 임원취임이 사법인인 재단법인의 정관에 근거한다 할지라도 이에 대한 행정청의 승인(인가)행위는 법인에 대한 주무관청의 감독권에 연유하는 이상 그 인가행위 또는 인가거부행위는 공법상의 행정처분으로서, 그 임원취임을 인가 또는 거부할 것인지 여부는 주무관청의 권한에 속하는 사항이라고 할 것이고, 재단법인의 임원취임승인 신청에 대하여 주무관청이 이에 기속되어 이를 당연히 승인(인가)하여야 하는 것은 아니다(대판 2000. 1. 28. 98두16996).
- ③ [O]. 기본행위의 하자과 인가에 대한 쟁송가능성을 묻는 문장이다. 기본행위의 하자를 이유로 한 인가에 대한 쟁송은 불가하다(대판 1996.5.16., 95누4810).
- ④ [X]. 인가와 부관의 가능성에 대한 문장이다. 재량행위인 인가에는 부관을 붙일 수 있지만, 기속행위인 인가에는 법령에 규정이 없는 한 부관을 붙일 수 없다. 공익법인의 기본재산 처분에 대한 허가는 인가에 해당하고 재량행위이다. 따라서 부관을 붙일 수 있다. <판례> 공익법인의 기본재산의 처분에 관한 공익법인의 설립·운영에 관한 법률 제11조 제3항의 규정은 강행규정으로서 이에 위반하여 주무관청의 허가를 받지 않고 기본재산을 처분하는 것은 무효라 할 것인데, 위 처분허가에 부관을 붙인 경우 그 처분허가의 법률적 성질이 형성적 행정행위로서의 인가에 해당한다고 하여 조건으로서의 부관의 부과가 허용되지 아니한다고 볼 수는 없고, 다만 구체적인 경우에 그것이 조건, 기한, 부담, 철회권의 유보 중 어느 종류의 부관에 해당하는지는 당해 부관의 내용, 경위 기타 제반 사정을 종합하여 판단하여야 할 것이다(대판 2005. 9. 28. 2004다50044).

10. 「행정심판법」에 의해 행정청이 행정심판위원회의 재결의 취지에 따라 재처분을 할 의무가 있음에도 그 의무를 이행하지 않은 경우에 행정심판위원회가 직접 처분을 할 수 있는 재결은?

- ① 당사자의 신청에 따른 처분을 절차가 부당함을 이유로 취소하는 재결
- ② 당사자의 신청을 거부한 처분의 이행을 명하는 재결

memo

- ③ 당사자의 신청을 거부하는 처분을 취소하는 재결
 ④ 당사자의 신청을 거부하는 처분을 부존재로 확인하는 재결

[영역] 행정구제법>행정쟁송

[정답] ②

[해설] 재결의 기속력확보수단으로서의 간접강제는 모든 행정심판에서 가능하지만, 직접처분은 의무이행심판에서의 처분의 이행을 명하는 재결 즉, 처분명령재결의 경우만 가능하다.

77. 「질서위반행위 규제법」의 내용으로 옳은 것만을 모두 고르면?

- ㄱ. 행정청이 질서위반행위에 대하여 과태료를 부과하고자 하는 때에는 미리 당사자에게 대통령령으로 정하는 사항을 통지하고, 10일 이상의 기간을 정하여 의견을 제출할 기회를 주어야 한다.
 ㄴ. 행정청에 의해 부과된 과태료는 질서위반행위가 종료된 날(다수인이 질서위반행위에 가담한 경우에는 최종행위가 종료된 날을 말한다)부터 5년간 징수하지 아니하거나 집행하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.
 ㄷ. 과태료 사건은 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 과태료 부과관청의 소재지의 지방법원 또는 그 지원의 관할로 한다.
 ㄹ. 다른 법률에 특별한 규정이 없는 경우, 14세가 되지 아니한 자의 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다.

- ① ㄱ, ㄷ ② ㄴ, ㄹ
 ③ ㄱ, ㄴ, ㄷ ④ ㄱ, ㄷ, ㄹ

[영역] 행정의 실효성확보수단>행정벌

[정답] ①

[해설] ㄱ. [O]. 「질서위반행위 규제법」 제16조제1항

ㄴ. [X]. 과태료부과의 제척기간과 과태료의 시효(특히, 기산점)를 묻는 문장이다. ㄴ에서 질서위반행위가 종료된 날(다수인이 질서위반행위에 가담한 경우에는 최종행위가 종료된 날을 말한다)을 과태료부과처분이 확정된 날로 바꾸어야 맞는 문장이 된다. 「질서위반행위 규제법」은 “행정청은 질서위반행위가 종료된 날(다수인이 질서위반행위에 가담한 경우에는 최종행위가 종료된 날)부터 5년이 경과한 경우에는 해당 질서위반행위에 대하여 과태료를 부과할 수 없다.”(제19조), “과태료는 행정청의 과태료 부과처분이나 법원의 과태료 재판이 확정된 후 5년간 징수하지 아니하거나 집행하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.”(제15조제1항) 라고 규정하고 있다. 따라서 과태료부과의 제척기간의 기산점은 질서위반행위가 종료된 날(다수인이 질서위반행위에 가담한 경우에는 최종행위가 종료된 날)이고, 과태료시효의 기산점은 과태료 부과처분이나 법원의 과태료 재판이 확정된 날이다.

memo

ㄷ. [X]. 과태료사건의 관할은 행정소송(항고소송)의 관할과 다르다. 과태료 사건은 과태료 부과관청(행정청)이 아니라 당사자(질서위반행위자)의 주소지의 지방법원 또는 그 지원의 관할로 한다(「질서위반행위 규제법」 제25조).

ㄹ. [O]. 「질서위반행위 규제법」 제9조

12. 행정의 실효성확보수단에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 대집행과 이행강제금 중 어떠한 강제수단을 선택할 것인지에 대하여 행정청의 재량이 인정된다.
- ② 「건축법」상 시정명령을 받은 의무자가 이행강제금이 부과되기 전에 그 의무를 이행한 경우에는 비록 시정명령에서 정한 기간을 지나서 이행한 경우라도 이행강제금을 부과할 수 없다.
- ③ 「여객자동차 운수사업법」상 과징금부과처분은 원칙적으로 위반자의 고의·과실을 요하지 않는다.
- ④ 「국세징수법」상 공매통지에 하자가 있는 경우, 다른 특별한 사정이 없는 한 체납자는 공매통지 자체를 항고소송의 대상으로 삼아 그 취소 등을 구할 수 있다.

[영역] 행정의 실효성확보수단>행정상 강제집행

[정답] ④

[해설] ① [O]. 대체적 작위의무의 불이행에 대해서는 대집행뿐만 아니라 이행강제금도 가능하다. 따라서 행정청은 재량으로 대집행과 이행강제금을 선택적으로 활용할 수 있다. 합리적인 재량에 의해 양자를 선택하여 활용하는 이상 중첩적인 제재에 해당한다고 볼 수도 없다(헌재 2004.2.26., 2001헌바80)

② [O]. 대판 2018. 1. 25. 2015두35116

③ [O]. 행정제재처분(<예> 과징금 등)은 원칙적으로 위반자의 고의·과실을 요하지 않는다. <판례> 과징금부과처분은 제재적 행정처분으로서 여객자동차 운수사업에 관한 질서를 확립하고 여객의 원활한 운송과 여객자동차 운수사업의 종합적인 발달을 도모하여 공공복리를 증진한다는 행정목적의 달성을 위하여 행정법규위반이라는 객관적 사실에 착안하여 가하는 제재이므로 반드시 현실적인 행위자가 아니라도 법령상 책임자로 규정된 자에게 부과되고 원칙적으로 위반자의 고의·과실을 요하지 아니하나, 위반자의 의무 해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 이를 부과할 수 없다(대법원 2014.10.15., 2013두5005).

④ [X]. 공매통지는 행정쟁송의 대상이 되는 처분이 아니다. 공매통지는 공매의 절차적 요건일 뿐이다. 따라서 공매통지에 존재하는 하자는 공매에 대한 항고소송에서 주장하고 다투어야 한다. <판례> 체납자 등에 대한 공매통지는 국가의 강제력에 의하여 진행되는 공매에서 체납자 등의 권리 내지 재산상의 이익을 보호하기 위하여 법률로 규정한 절차적 요건이라고 보아야 하며, 공매처분을 하면서 체납자 등에게 공매통지를 하지 않았거나 공

memo

매통지를 하였더라도 그것이 적법하지 아니한 경우에는 절차상의 흠이 있어 그 공매처분이 위법하게 되는 것이지만, 공매통지 자체가 그 상대방인 체납자 등의 법적 지위나 권리·의무에 직접적인 영향을 주는 행정처분에 해당한다고 할 것은 아니므로 다른 특별한 사정이 없는 한 체납자 등은 공매통지의 결여나 위법을 들어 공매처분의 취소 등을 구할 수 있는 것이지 공매통지 자체를 항고소송의 대상으로 삼아 그 취소 등을 구할 수는 없다 (대판 2011. 3. 24. 2010두25527).

13. 「행정대집행법」상 대집행에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」상의 협의취득시에 매매대상 건물에 대한 철거의무를 부담하겠다는 취지의 약정을 건물소유자가 하였다고 하더라도, 그 철거의무는 대집행의 대상이 되지 않는다.
- ② 공유수면에 설치한 건물을 철거하여 공유수면을 원상회복하여야 할 의무는 대체적 작위의무에 해당하므로 행정대집행의 대상이 된다.
- ③ 행정청이 건물 철거의무를 행정대집행의 방법으로 실현하는 과정에서, 건물을 점유하고 있는 철거의무자들에 대하여 제기한 건물퇴거를 구하는 소송은 적법하다.
- ④ 철거대상건물의 점유자들이 적법한 행정대집행을 위력을 행사하여 방해하는 경우, 행정청은 필요하다면 「경찰관 직무집행법」에 근거한 위험발생 방지조치 차원에서 경찰의 도움을 받을 수 있다.

[영역] 행정의 실효성확보수단>행정상 강제집행

[정답] ③

[해설] ① [O]. 행정대집행의 대상이 되는 의무는 공법상의 대체적 작위의무이다. 따라서 특별한 규정이 있는 경우가 아닌 한, 사법상의 의무는 대체적 작위의무라 하더라도 대집행의 대상이 아니다. <판례> 행정대집행법상 대집행의 대상이 되는 대체적 작위의무는 공법상 의무이어야 할 것인데, 구 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특별법에 따른 토지 등의 협의취득은 …… 사법상 매매 내지 사법상 계약의 실질을 가지는 것이므로, 그 협의취득시 건물소유자가 매매대상 건물에 대한 철거의무를 부담하겠다는 취지의 약정을 하였다고 하더라도 이러한 철거의무는 공법상의 의무가 될 수 없고, 이 경우에도 행정대집행법을 준용하여 대집행을 허용하는 별도의 규정이 없는 한 위와 같은 철거의무는 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 되지 않는다(대판 2006. 10. 13. 2006두7096).

② [O]. 대판 2017. 4. 28. 2016다213916.

③ [X]. ③의 경우, 건물퇴거를 구하는 소송은 부적법하다. <판례> 행정청이 행정대집행의 방법으로 건물철거의무의 이행을 실현할 수 있는 경우에는 건물철거 대집행 과정에서 부수적으로 그 건물의 점유자들에 대한 퇴거

memo

조치를 할 수 있다. 건물의 점유자가 철거의무자일 때에는 건물철거의무에 퇴거의무도 포함되어 있는 것이어서 별도로 퇴거를 명하는 집행권원이 필요하지 않다(대판 2017. 4. 28. 2016다213916).

④ [O]. 대판 2017. 4. 28. 2016다213916

14. 甲은 A지방자치단체가 관리하는 도로를 운행하던 중 도로에 방치된 낙하물로 인하여 손해를 입었고, 이를 이유로 「국가배상법」상 손해배상을 청구하려고 한다. 이에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① A지방자치단체가 위 도로를 권원 없이 사실상 관리하고 있는 경우에는 A지방자치단체의 배상책임은 인정될 수 없다.
- ② 위 도로의 설치·관리상의 하자가 있는지 여부는 위 도로가 그 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추었는지 여부에 따라 결정된다.
- ③ 위 도로가 국도이며 그 관리권이 A지방자치단체의 장에게 위임되었다면, A지방자치단체가 도로의 관리에 필요한 일체의 경비를 대외적으로 지출하는 자에 불과하다더라도 甲은 A지방자치단체에 대해 국가배상을 청구할 수 있다.
- ④ 甲이 배상을 받기 위하여 소송을 제기하는 경우에는 민사소송을 제기하여야 한다.

[영역] 행정구제법>행정상 손해배상제도

[정답] ①

[해설] ① [X]. ①의 경우에도 A지방자치단체의 배상책임이 인정될 수 있다. 설문은 국가배상법 제5조에 의한 배상책임과 관련되는데 국가배상법 제5조에서 말하는 영조물에는 국가나 지방자치단체가 소유권·임차권 등의 정당한 권원에 기하여 관리하고 있는 물건·시설뿐만 아니라 사실상 관리하고 있는 물건·시설도 포함된다(대판 1998.10.23., 98다17381). 따라서 ①의 경우에 국가배상법 제5조에 의한 A지방자치단체의 배상책임이 성립할 수 있다.

② [O]. 국가배상법 제5조의 하자란 영조물이 그 용도에 따라 통상적으로 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태, 즉 타인에게 위해를 끼칠 위험성이 있는 상태를 말한다.

③ [O]. ③의 경우, 국가는 국가배상법 제5조에 의한 배상책임을 부담할 수 있고 A지방자치단체는 국가배상법 제6조에 의한 배상책임(비용부담자로서의 배상책임)을 부담할 수 있다.

④ [O]. 판례에 의하면 행정상 손해배상소송(국가배상소송)도 민사소송이다.

memo

15. 「행정소송법」상 피고 및 피고의 경정에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 취소소송에서 원고가 처분청 아닌 행정관청을 피고로 잘못 지정한 경우, 법원은 석명권의 행사 없이 소송요건의 불비를 이유로 소를 각하할 수 있다.
- ② 소의 종류의 변경에 따른 피고의 변경은 교환적 변경에 한 한다고 봄이 상당하므로 예비적 청구만이 있는 피고의 추가경정신청은 예외적 규정이 있는 경우를 제외하고는 원칙적으로 허용되지 않는다.
- ③ 상급행정청의 지시에 의해 하급행정청이 자신의 명의로 처분을 하였다면, 당해 처분에 대한 취소소송에서는 지시를 내린 상급행정청이 피고가 된다.
- ④ 취소소송에서 피고가 될 수 있는 행정청에는 대외적으로 의사를 표시할 수 있는 기관이 아니더라도 국가나 공공단체의 의사를 실질적으로 결정하는 기관이 포함된다.

[영역] 행정구제법>행정쟁송

[정답] ②

- [해설] ① [×]. ①의 경우 법원은 석명권을 행사하여 원고로 하여금 피고를 경정하게 하여 소송을 진행케 하였어야 한다. 만약 이러한 조치를 취하지 아니한 채 피고의 지정이 잘못되었다는 이유로 소를 각하하면 이는 위법하다(대판 2004.7.8. 2002두7852)
- ② [○]. <판례> 소위 주관적, 예비적 병합은 행정소송법 제28조 제3항과 같은 예외적 규정이 있는 경우를 제외하고는 원칙적으로 허용되지 않는 것이고, 또 행정소송법상 소의 종류의 변경에 따른 당사자(피고)의 변경은 교환적 변경에 한 한다고 봄이 상당하므로 예비적 청구만이 있는 피고의 추가경정신청은 허용되지 않는다(대결 1989. 10. 27. 89두1).
- ③ [×]. ③의 경우 피고는 지시를 한 상급행정청이 아니라 자신의 명의로 처분을 한 하급행정청이 된다. <판례> 행정처분의 취소 또는 무효확인을 구하는 행정소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 소송의 대상인 행정처분 등을 외부적으로 그의 명의로 행한 행정청을 피고로 하여야 하는 것으로서 그 행정처분을 하게 된 연유가 상급행정청이나 타행정청의 지시나 통보에 의한 것이라 하여 다르지 않다(대판 1995.12.22. 95누14688).
- ④ [×]. 취소소송에서의 피고는 처분을 한 행정청이 되는데 여기서 '행정청'이란 국가나 공공단체의 의사를 결정하여 외부에 표시하는 기관을 말한다. 대외적인 의사표시기관이 아닌 내부기관은 실질적인 의사가 그 기관에 의해 결정된다 하더라도 피고적격을 갖지 못한다.

memo

16. 「행정소송법」상 취소소송에서 확정된 청구인용판결의 효력에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 취소판결의 효력은 원칙적으로 소급적이므로, 취소판결에 의해 취소된 영업허가취소처분 이후의 영업행위는 무허가 영업에 해당하지 않는다.
- ② 취소된 행정처분을 기초로 하여 새로 형성된 제3자의 권리가 취소판결 자체의 효력에 의해 당연히 그 행정처분 전의 상태로 환원되는 것은 아니다.
- ③ 취소판결의 기속력은 주로 판결의 실효성 확보를 위하여 인정되는 효력으로서 판결의 주문뿐만 아니라 그 전제가 되는 처분 등의 구체적 위법사유에 관한 이유 중의 판단에 대하여도 인정된다.
- ④ 행정처분이 판결에 의해 취소된 경우, 취소된 처분의 사유와 기본적 사실관계에서 동일성이 인정되지 않는 다른 사유를 들어 새로이 처분을 하는 것은 기속력에 반한다.

[영역] 행정구제법>행정쟁송

[정답] ④

[해설] ① [O]. <판례> 영업의 금지를 명한 영업허가취소처분 자체가 나중에 행정쟁송절차에 의하여 취소되었다면 그 영업허가취소처분은 그 처분시에 소급하여 효력을 잃게 되며, 그 영업허가취소처분에 복종할 의무가 원래부터 없었음이 확정되었다고 봄이 타당하고, 영업허가취소처분이 장래에 향하여서만 효력을 잃게 된다고 볼 것은 아니므로 그 영업허가취소처분 이후의 영업행위를 무허가영업이라고 볼 수는 없다(대법원 1993.6.25, 93도277)

② [O]. <판례> 행정처분을 취소하는 확정판결이 제3자에 대하여도 효력이 있다고 하더라도 일반적으로 판결의 효력은 주문에 포함한 것에 한하여 미치는 것이니 그 취소판결 자체의 효력으로써 그 행정처분을 기초로 하여 새로 형성된 제3자의 권리까지 당연히 그 행정처분 전의 상태로 환원되는 것이라고는 할 수 없고, 단지 취소판결의 존재와 취소판결에 의하여 형성되는 법률관계를 소송당사자가 아니었던 제3자라 할지라도 이를 용인하지 않으면 아니된다는 것을 의미하는 것에 불과하다 할 것이다(대판 1986. 8. 19. 83다카2022).

③ [O]. 대판 2001.3.23., 99두5238

④ [X]. ④의 경우는 기속력에 반하지 않는다.

17. 행정계획에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정주체가 구체적인 행정계획을 입안·결정할 때 가지는 형성의 자유의 한계에 관한 법리는 주민의 입안 제안 또는 변경신청을 받아들여 도시관리계획결정을 하거나 도시계획시설을 변경할 것인지를 결정할 때에도 동일하게 적용된다.

memo

- ② 「도시 및 주거환경정비법」에 기초하여 주택재건축정비사업조합이 수립한 사업시행계획은 인가·고시를 통해 확정되어도 이해관계인에 대한 직접적인 구속력이 없는 행정계획으로서 독립된 행정처분에 해당하지 아니한다.
- ③ 장래 일정한 기간 내에 관계 법령이 규정하는 시설 등을 갖추어 일정한 행정처분을 구하는 신청을 할 수 있는 법률상 지위에 있는 자의 국토이용계획변경신청을 거부하는 것이 실질적으로 당해 행정처분 자체를 거부하는 결과가 되는 경우에는 예외적으로 그 신청인에게 국토이용계획변경을 신청할 권리가 인정된다.
- ④ 장기미집행 도시계획시설결정의 실효제도에 의해 개인의 재산권이 보호되는 것은 입법자가 새로운 제도를 마련함에 따라 얻게 되는 법률에 기한 권리일 뿐 헌법상 재산권으로부터 당연히 도출되는 권리는 아니다.

[영역] 일반행정작용법>그 밖의 행정의 주요행위형식

[정답] ②

[해설] ① [O]. 대판 2012. 1. 12. 2010두5806

② [X]. <판례> 재건축정비사업조합이 수립한 사업시행계획은 인가·고시를 통해 확정되면 이해관계인에 대한 구속적 행정계획으로서 독립된 행정처분에 해당하고, 이와 같은 사업시행계획안에 대한 조합 총회결의는 그 행정처분에 이르는 절차적 요건 중 하나에 불과한 것으로서, 그 계획이 확정된 후에는 항고소송의 방법으로 계획의 취소 또는 무효확인을 구할 수 있을 뿐, 절차적 요건에 불과한 총회결의 부분만을 대상으로 그 효력 유무를 다투는 확인의 소를 제기하는 것은 허용되지 아니한다(대결 2009. 11. 2. 2009마596).

③ [O]. 대판 2003. 9. 23. 2001두10936

④ [O]. 헌재 2005. 9. 29. 2002헌바84

18. 다음 사례에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- 2020. 1. 6. 인기 아이돌 가수인 甲의 노래가 수록된 음반이 청소년 유해 매체물로 결정 및 고시되었는데, 여성가족부장관은 이 고시를 하면서 그 효력발생 시기를 구체적으로 밝히지 않았다.
- A시의 시장이 「식품위생법」 위반을 이유로 B에 대해 영업허가를 취소하는 처분을 하고자 하나 송달이 불가능하다.

- ① 「행정 효율과 협업 촉진에 관한 규정」에 따르면 여성가족부장관의 고시의 효력은 2020. 1. 20.부터 발생한다.
- ② 甲의 노래가 수록된 음반을 청소년 유해 매체물로 지정하는 결정 및 고시는 항고소송의 대상이 될 수 없다.
- ③ A시의 시장이 영업허가취소처분을 송달하려면 B이 알기 쉽도록 관보, 공보, 게시판, 일간신문 중 하나 이상에 공고하고 인터넷에도 공고하여야 한다.
- ④ B의 영업허가취소처분이 공보에 공고된 경우, B이 자신에 대한 영업허가취소처분이 있음을 알고 있지 못하더라도

memo

영업허가취소처분에 대한 취소소송을 제기하려면 공고가 효력을 발생한 날부터 90일 안에 제기해야 한다.

[영역] 일반행정작용법>행정행위

[정답] ③

[해설] 해설의 편의를 위해 본 문제의 첫 번째 사례를 <가>, 두 번째 사례를 <나>로 칭한다. 본 문제를 해결하기 위해 서는 다음의 3가지 점을 분명히 구별하여 인식해야 한다. ❶<가>의 청소년 유해매체물 결정·고시는 불특정 다수인에 대한 처분이고 <나>의 영업허가 취소처분은 특정인에 대한 처분이다. ❷공고문서(고시·공고)에 의해 불특정다수인에 대한 처분이 행해진 경우, 행정청이 처분의 효력발생시기를 정해놓지 않았다면 처분의 효력발생시점은 「행정 효율과 협업 촉진에 관한 규정」에 따르고(단, 논란이 있음), 특정인에 대한 처분이 송달이 불가능한 경우여서 공고된 경우, 그 처분의 효력발생시점은 행정절차법에 따른다. 그리고 ❸「행정 효율과 협업 촉진에 관한 규정」은 원칙적으로 5일 후에, 행정절차법은 원칙적으로 14일이 경과한 후에 효력이 발생한다고 각각 규정하고 있다(「행정 효율과 협업 촉진에 관한 규정」 제6조제3항, 행정절차법 제15조제3항).

① [X]. 위에서 설명한 바에 의할 때 <가>의 경우 「행정 효율과 협업 촉진에 관한 규정」에 따르면 5일 후 즉, 2020. 1. 12.(초일불산입원칙에 따라 기산일이 7일임)부터 효력이 발생한다.

② [X]. <가>의 청소년 유해 매체물 결정 및 고시는 항고소송의 대상이 되는 처분이다. 판례는 게이웹사이트 사건에서 청소년 유해 매체물 결정 및 고시를 항고소송의 대상이 되는 처분으로 보았다.

③ [O]. 행정절차법이 규정하고 있는 올바른 공고(공시송달) 방법이다(행정절차법 제14조제4항).

④ [X]. 특정인에 대한 처분이 송달 불가능으로 공고된 경우, 제소기간의 기산점은 공고의 효력발생일이 아니라 상대방(乙)이 현실적으로 처분이 있음을 안 날이고 따라서 상대방(乙)은 처분이 있음을 현실적으로 안 날로부터 90일 안에 취소소송을 제기해야 한다. <참고> ④번 문장의 처분이 만약 <나>의 영업허가취소처분이 아니라 <가>의 청소년 유해 매체물 결정 및 고시였다면 ④번 문장은 맞는 문장이 된다.

19. 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 변상금부과처분이 당연무효인 경우, 당해 변상금부과처분에 의하여 납부한 오납금에 대한 납부자의 부당이득반환청구권의 소멸시효는 변상금부과처분의 부과시부터 진행한다.
- ② 행정소송에서 쟁송의 대상이 되는 행정처분의 존부에 관한 사항이 상고심에서 비로소 주장된 경우에 행정처분의 존부에 관한 사항은 상고심의 심판범위에 해당한다.
- ③ 어떠한 처분의 근거나 법적인 효과가 행정규칙에 규정되어 있다면, 그 처분이 행정규칙의 내부적 구속력에 의하여 상대방의 권리 의무에 직접 영향을 미치는 행위라도 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 볼 수 없다.

memo

- ④ 어떠한 허가처분에 대하여 타법상의 인·허가가 의제된 경우, 의제된 인·허가는 통상적인 인·허가와 동일한 효력을 갖는 것은 아니므로 '부분 인·허가 의제'가 허용되는 경우에도 의제된 인·허가에 대한 쟁송취소는 허용되지 않는다.

[영역] 행정구제법>행정쟁송

[정답] ②

- [해설] ① [X]. 부당이득반환청구권은 부당이득 발생시점부터 행사할 수 있으니, 부당이득반환청구권의 소멸시효는 부당이득 발생시점부터 진행한다. ①의 경우, 부당이득이 발생한 시점은 처분시(부과시)가 아니라 오납시(= 납부 또는 징수시)이고 따라서 처분시(부과시)가 아니라 오납시(= 납부 또는 징수시)부터 소멸시효가 진행한다.
- ② [O]. 소송요건은 상고심을 포함한 소송의 전 과정 중에 유지되어야 한다(단, 행정심판전치요건은 사실심 변론종결시까지 구비하면 됨). 따라서 처분의 존부에 관한 사항이 상고심에서 비로소 주장된 경우라 하여도 상고심은 이에 대해 심판한다. <판례> 행정소송에서 쟁송의 대상이 되는 행정처분의 존부는 소송요건으로서 직권조사사항이고, 자백의 대상이 될 수 없는 것이므로, 설사 그 존재를 당사자들이 다투지 아니한다 하더라도 그 존부에 관하여 의심이 있는 경우에는 이를 직권으로 밝혀 보아야 할 것이고, 사실심에서 변론종결시까지 당사자가 주장하지 않던 직권조사사항에 해당하는 사항을 상고심에서 비로소 주장하는 경우 그 직권조사사항에 해당하는 사항은 상고심의 심판범위에 해당한다(대판 2004. 12. 24. 2003두15195).
- ③ [X]. ③의 경우에는 처분의 근거나 법적인 효과가 행정규칙에 규정되어 있다 하더라도 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2002.7.26. 2001두3532)
- ④ [X]. 인·허가가 의제된 경우, 의제된 인·허가는 통상적인 인·허가와 동일한 효력을 따라서 의제된 인·허가에 대한 쟁송취소도 가능하다 <판례> 의제된 인허가는 통상적인 인허가와 동일한 효력을 가지므로, 적어도 '부분 인허가 의제'가 허용되는 경우에는 그 효력을 제거하기 위한 법적 수단으로 의제된 인허가의 취소나 철회가 허용될 수 있고, 이러한 직권 취소·철회가 가능한 이상 그 의제된 인허가에 대한 쟁송취소 역시 허용된다(대법원 2018.11.29. 2016두38792).

20. 「행정소송법」상 부작위위법확인소송에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 어떠한 처분에 대하여 그 근거 법률에서 행정소송 이외의 다른 절차에 의하여 불복할 것을 예정하고 있는 경우, 그 처분이 「행정소송법」상 처분의 개념에 해당한다고 하더라도 그 처분의 부작위는 부작위위법확인소송의 대상이 될 수 없다.
- ② 어떠한 행정처분에 대한 법규상 또는 조리상의 신청권이 인정되지 않는 경우, 그 처분의 신청에 대한 행정청의 무응답이 위법하다고 하여 제기된 부작위위법확인소송은 적법하지 않다.

memo

- ③ 취소소송의 제소기간에 관한 규정은 부작위위법확인소송에 준용되지 않으므로 행정심판 등 전심절차를 거친 경우에도 부작위위법확인소송에 있어서는 제소기간의 제한을 받지 않는다.
- ④ 처분의 신청 후에 원고에게 생긴 사정의 변화로 인하여, 그 처분에 대한 부작위가 위법하다는 확인을 받아도 종국적으로 침해되거나 방해받은 원고의 권리·이익을 보호·구제받는 것이 불가능하게 되었다면, 법원은 각하판결을 내려야 한다.

[영역] 행정구제법>행정쟁송

[정답] ③

- [해설] ① [O]. 부작위위법확인소송의 대상이 되는 부작위는 처분의 부작위이다. 그리고 이때 처분은 행정소송의 대상이 되는 처분을 말한다. 그런데 어떤 처분에 대해 그 근거 법률에서 행정소송 이외의 다른 절차에 의하여 불복할 것을 예정하고 있는 경우에는 그 처분은 행정소송의 대상이 되는 처분은 아니다(<예> 감사의 불기소결정). 따라서 어떤 처분의 근거 법률에서 행정소송 이외의 다른 절차에 의하여 불복할 것을 예정하고 있는 경우에는 그 처분의 부작위는 부작위위법확인소송의 대상이 되는 부작위가 아니다(같은 취지 대판 2018. 9. 28. 2017두47465).
- ② [O]. 신청권이 없는 자의 신청에 대한 무응답에 대해 제기한 부작위위법확인소송은 대상적격 또는 원고적격이 인정되지 않아 부적법하다(대판 2000.2.25. 99두11455).
- ③ [X]. 부작위위법확인소송은 ❶ 행정심판을 거치지 않은 경우는 제소기간의 제한이 없지만 ❷ 행정심판을 거친 경우는 제소기간의 제한이 있다(재결서 정본을 송달받은 날로부터 90일, 재결이 있는 날로부터 1년, 정당한 사유).
- ④ [O]. ④의 경우 소익이 소멸하고, 따라서 각하판결을 하여야 한다(대판 2002. 6. 28. 2000두4750).

- 끝 -