

2021년 국회 8급 행정법 (2021.4.24.)

• 해설 : 이승철

01 공법과 사법의 관계에 대한 설명으로 옳은 것만을 다음 내용에서 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 상 국가가 당사자가 되는 공공계약은 국가가 사경제의 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상의 계약에 해당한다.
- ㉡ 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 상 국가기관에 의한 입찰참가자격제한행위는 사법상 관념의 통지에 해당한다.
- ㉢ 공기업이나 준정부기관의 입찰참가자격제한은 계약에 근거할 수도 있고, 행정처분에 해당할 수도 있다.
- ㉣ 사립학교 교원의 징계는 사립학교의 공적 성격을 고려할 때 행정처분에 해당한다.
- ㉤ 행정재산의 사용·수익 허가는 강학상 특허로서 공법관계의 일종에 해당한다.

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

해설

- ① (○) 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에 따라 국가(지방자치단체)가 당사자가 되는 이른바 '공공계약'은 사경제 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상 계약으로서 본질적인 내용은 사인 간의 계약과 다를 바가 없으므로, 그에 관한 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 사적 가치와 계약자유의 원칙등 사법의 원리가 그대로 적용된다(대판 2017.1.25. 2015다205796).
- ② (×) 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 또는 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에 의하여 국가의 각 중앙관서의 장 또는 지방자치단체의 장이 한 부정당업자의 입찰참가자격제한조치는 제재적 성격의 권력적 사실행위이며 판례는 처분성을 인정하고 있다.

「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」상 (과거엔 예산회계법·지방재정법 등에 규정)	국가·지방자치단체를 당사자로 하는 계약	⇒ 사법상 계약	사법 관계
	낙찰자의 계약 미체결시 중앙관서장·계약담당공무원의 입찰보증금 국고귀속조치	⇒ 관련 분쟁은 민사소송	
	중앙관서장·지방자치단체장의 부정당업자에 대한 입찰참가자격제한(권력적 사실행위)	⇒ 항고소송 가능(처분성 인정)	공법 관계

- ③ (○) 과거 대법원 판례는 행정기관이 아닌 한국전력공사나 토지개발공사 등 공기업이 행한 입찰참가자격 제한처분에 대해 공법상 근거규정이 없어 사법관계로 판결했으나, 구 법령에 근거가 없던 입찰참가자격제한조치가 「공공기관의 운영에 관한 법률」, 「공기업·준정부기관 계약사무규칙」에 규정되어 현재는 판례도 「공공기관의 운영에 관한 법률」상 공기업·준정부기관(「공공기관의 운영에 관한 법률」상 공공기관은 공기업, 준정부기관, 기타 공공기관으로 분류됨)이 법령에 근거하여 행한 입찰참가자격 제한조치에 대해 항고소송 대상인 처분성을 인정하고 있다. 다만 입찰참가자격 제한조치가 법령에 근거한 행정처분이 아니라 계약에 근거한 권리행사인 경우 사법상의 통지에 해당한다.

- 공공기관의 운영에 관한 법률 제39조(회계원칙 등) ② 공기업·준정부기관은 공정한 경쟁이나 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 판단되는 사람·법인 또는 단체 등에 대하여 2년의 범위 내에서 일정기간 입찰참가자격을 제한할 수 있다.
- 공기업·준정부기관 계약사무규칙 제15조(부정당업자의 입찰참가자격 제한) 법 제39조제3항에 따라 기관장은 공정한 경쟁이나 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 판단되는 자에 대해서는 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 제27조에 따라 입찰참가자격을 제한할 수 있다.

• 부정당업자 제재조치인 입찰참가자격 제한의 법적 성격

「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 또는 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에 따라 국가의 각 중앙관서의 장 또는 지방자치단체장이 한 경우		행정처분으로서 항고소송 대상
「공공기관의 운영에 관한 법률」상 공기업·준공공기관이 한 경우	「공공기관의 운영에 관한 법률」 제39조 및 「공기업·준정부기관 계약사무규칙」 15조에 따라 이뤄진 경우	사법상 통지로서 항고소송 대상 아님
	법령이 아닌 계약(사법상 계약)에 근거한 권리행사인 경우	

- 공기업·준정부기관의 계약상대방에 대한 입찰참가자격 제한 조치가 법령에 근거한 행정처분인지 계약에 근거한 권리행사인지 판단하는 방법 : 공기업·준정부기관이 법령 또는 계약에 근거하여 선택적으로 입찰참가자격 제한 조치를 할 수 있는 경우, 계약상대방에 대한 입찰참가자격 제한 조치가 법령에 근거한 행정처분인지 아니면 계약에 근거한 권리행사인지는 원칙적으로 의사표시의 해석 문제이다. 이때에는 공기업·준정부기관이 계약상대방에게 통지한 문서의 내용과 해당 조치가 이르기까지의 과정을 객관적·종합적으로 고찰하여 판단하여야 한다. 그럼에도 불구하고 공기업·준정부기관이 법령에 근거를 둔 행정처분으로서의 입찰참가자격 제한조치를 한 것인지 아니면 계약에 근거한 권리행사로서의 입찰참가자격 제한조치를 한 것인지가 여전히 불분명한 경우에는, 그에 대한 불복방법 선택에 중대한 이해관계를 가지는 그 조치 상대방의 인식가능성 내지 예측가능성을 중요하게 고려하여 규범적으로 이를 확정함이 타당하다(대판 2019.2.14. 2016두33223).
- ④ (×) 사립학교 교원에 대한 학교법인의 해임처분은 행정처분이 아님 : 사립학교 교원은 학교법인 또는 사립학교 경영자에 의하여 임명되는 것으로서 사립학교 교원과 학교법인의 관계를 공법상의 권력관계라고는 볼 수 없으므로 사립학교 교원에 대한 학교법인의 해임처분을 취소소송의 대상이 되는 행정청의 처분으로 볼 수 없고, 따라서 학교법인을 상대로 한 불복은 행정소송에 의할 수 없고 민사소송절차에 의할 것이다(대판 1993.2.12. 92누13707).

구분	국·공립학교 교원 징계	사립학교 교원 징계
징계의 성격	처분 ○(교육감·국립대학교총장이 징계, 공법관계) ⇨ 원처분	처분 ×(사립학교법인이 징계, 사법관계)
징계에 대한 교원소청심사위원회 결정의 성격	재결	행정처분 ⇨ 원처분
취소소송의 대상(원처분주의)과 피고	① 징계처분의 하자 : 징계처분(원처분)을 대상 교육감·국립대학교총장이 피고 ② 위원회 결정(재결)에 고유한 위법 : 위원회 결정을 대상, 위원회가 피고	위원회의 결정(원처분)을 대상 위원회가 피고(* 교원뿐 아니라 학교 법인·경영자도 행정소송 제기 가능)

⑥ (○) 국유재산 등의 관리청이 하는 행정재산의 사용·수익에 대한 허가는 순전히 사경제주체로서 행하는 사법상의 행위가 아니라 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는 행정처분으로서 특정인에게 행정재산을 사용할 수 있는 권리를 설정하여 주는 강학상 특허에 해당한다.(대판 2006.3.9. 2004다31074).

답 ②

02 행정법상 실효성 확보수단에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 대집행계고처분 취소소송의 변론종결 전에 사실행위로서 대집행의 실행이 완료된 경우에는 손해배상이나 원상회복 등을 청구하는 것은 별론으로 하고 대집행계고처분의 취소를 구할 법률상 이익은 없다.
- ② 과세관청이 체납처분으로서 행하는 공매는 우월한 공권력의 행사로서 행정소송의 대상이 되는 공법상의 행정처분이며 공매에 의하여 재산을 매수한 자는 그 공매처분이 취소된 경우에 그 취소 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다.
- ③ 행정청이 위법 건축물에 대한 시정명령을 하고 나서 위반자가 이를 이행하지 아니하여 전기·전화의 공급자에게 그 위법 건축물에 대한 전기·전화공급을 하지 말아 줄 것을 요청한 행위는 권고적 성격의 행위에 불과한 것으로서 전기·전화공급자나 특정인의 법률상 지위에 직접적인 변동을 가져오는 것은 아니므로 이를 항고 소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다.
- ④ 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 공매통지를 하였더라도 그것이 적법하지 아니한 경우에는 절차상의 흠이 있어 그 공매처분이 위법하게 되는 것이므로 위법한 공매통지에 대해서는 처분성이 인정된다.
- ⑤ 전통적으로 행정대집행은 대체적 작위의무에 대한 강제집행수단으로, 이행강제금은 부작위의무나 비대체적 작위의무에 대한 강제집행수단으로 이해되어 왔으나, 이는 이행강제금제도의 본질에서 오는 제약은 아니며, 이행강제금은 대체적 작위의무의 위반에 대하여도 부과될 수 있다.

해설

- ① (○) 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)
- ② (○) **공매처분(매각대상자 결정)은 처분에 해당** : 과세관청이 체납처분으로서 행하는 공매는 우월한 공권력의 행사로서 행정소송의 대상이 되는 공법상의 행정처분이며 공매에 의하여 재산을 매수한 자는 그 공매처분이 취소된 경우에 그 취소처분의 위법을 주장하여 행정소송을 제기할 법률상 이익이 있다(대판 1984.9.25. 84누201).
- ③ (○) 건축법 제69조 제2항·제3항의 규정에 비추어 보면, 행정청이 위법건축물에 대한 시정명령을 하고 나서 위반자가 이를 이행하지 아니하여 전기·전화의 공급자에게 그 위법건축물에 대한 전기·전화공급을 하지 말아 줄 것을 요청한 행위는 권고적 성격의 행위에 불과한 것으로서 전기·전화공급자나 특정인의 법률상 지위에 직접적인 변동을 가져오는 것은 아니므로 이를 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다(대판 1996.3.22. 96누433).
- ④ (×) **공매통지는 공매처분의 절차적 요건이지만 행정처분은 아니므로 공매통지 자체는 항고소송의 대상이 아님, 공매통지의 하자는 공매처분의 절차적 하자로서 공매처분 취소사유** : 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 공매통지를 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).

• **공매처분** : 판례에 의하면 공매는 우월한 공권력의 행사로서 행정소송의 대상이 되는 공법상의 행정처분(다수설은 형성적 행정행위 중 대리로 봄)  
 • **공매하기로 한 결정(매각방법[공매·수의계약] 결정)과 공매계획의 통지(공매통지), 공매공고** : 취소소송의 대상이 되는 처분이 아님

- ⑤ (○) 전통적으로 행정대집행은 대체적 작위의무에 대한 강제집행수단으로, 이행강제금은 부작위의무나 비대체적 작위의무에 대한 강제집행수단으로 이해되어 왔으나, 이는 이행강제금제도의 본질에서 오는 제약은 아니며, 이행강제금은 대체적 작위의무의 위반에 대하여도 부과될 수 있다. 현행 「건축법」상 위법건축물에 대한 이행강제수단으로 대집행과 이행강제금이 인정되고 있는데, 양 제도는 각각의 장·단점이 있으므로 행정청은 개별 사건에 있어서 위반내용, 위반자의 시정요지 등을 감안하여 대집행과 이행강제금을 선택적으로 활용할 수 있으며, 이처럼 그 합리적인 재량에 의해 선택하여 활용하는 이상 중첩적인 제재에 해당한다고 볼 수 없다(헌재 2004.2.26. 2001헌바80).

답 ④

03 [각론 문제] 국·공유재산에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 국유재산법 상의 행정재산이란 공용재산, 공공용재산, 기업용재산 또는 보존용재산을 말한다.
- ② 일반재산의 사용 및 이용에 지장이 없고 재산의 활용가치를 높일 수 있는 경우로서 중앙관서의 장이 필요하다고 인정하는 경우 중앙관서의 장은 일반재산을 보존용재산으로 전환하여 관리할 수 있다.
- ③ 사용·수익 허가 없이 행정재산을 유형적·고정적으로 특정한 목적을 위하여 사용·수익하거나 점유하는 것은 공유재산 및 물품 관리법 에서 정한 변상금 부과대상인 '무단점유'에 해당하는데, 반드시 그 사용이 독점적·배타적일 필요는 없으며, 점유 부분이 동시에 일반 공중의 이용에 제공되고 있다고 하여 점유가 아니라고 할 수는 없다.
- ④ 공용폐지의 의사표시는 묵시적인 방법으로도 가능하나 행정재산이 본래의 용도에 제공되지 않는 상태에 있다는 사정만으로는 묵시적인 공용폐지의 의사표시가 있다고 볼 수 없다.
- ⑤ 중앙관서의 장은 행정재산이 행정목적으로 사용되지 아니하게 된 경우에는 지체 없이 그 용도를 폐지하여야 한다.

해설

① (○) • 국유재산법상 국유재산의 종류와 특성

행정재산(公物) ⇨ 시효취득 불가능		일반재산(私物) ⇨ 시효취득 가능
① 대부·매각·교환·양여·신탁·출자·사권설정 금지(원칙) ② 公法관계		① 대부·매각·교환·양여·신탁·현물출자 가능 ② 私法관계
공용재산	국가가 직접 사무용·사업용·공무원주거용(직무수행에 위해 필요한 경우로 대통령령으로 정하는 경우로 한정)으로 사용하거나 대통령령으로 정하는 기한까지 사용하기로 결정한 재산(예 정부종합청사, 공무원아파트)	행정재산 외의 모든 국유재산
공공용재산	국가가 직접 공공용으로 사용하거나 대통령령으로 정하는 기한까지 사용하기로 결정한 재산(예 도로, 하천, 교량)	
기업용재산	정부가 기업이 직접 사무용·사업용 또는 그 기업에 종사하는 직원의 주거용으로 사용하거나 대통령령으로 정하는 기한까지 사용하기로 결정한 재산	
보존용재산	법령이나 그 밖의 필요에 따라 국가가 보존하는 재산(예 문화재, 보안림)	

- ② (×) 일반재산의 사용 및 이용에 지장이 없고 재산의 활용가치를 높일 수 있는 경우로서 중앙관서의 장이 필요하다고 인정하는 경우 중앙관서의 장은 일반재산에 대하여 사권(私權)을 설정할 수 있다.

• 국유재산법령 관련 규정

- 국유재산법 제8조(국유재산 사무의 총괄과 관리) ① 총괄청은 국유재산에 관한 사무를 총괄하고 그 국유재산(제3항에 따라 중앙관서의 장이 관리·처분하는 국유재산은 제외한다)을 관리·처분한다. ② 총괄청은 일반재산을 보존용재산으로 전환하여 관리할 수 있다.
- 국유재산법 제11조(사권 설정의 제한) ② 국유재산에는 사권을 설정하지 못한다. 다만, 일반재산에 대하여 대통령령으로 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.
- 국유재산법 시행령 제6조(사권 설정) 법 제11조제2항 단서에서 “대통령령으로 정하는 경우”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.
  1. 다른 법률 또는 확정판결(재판상 화해 등 확정판결과 같은 효력을 갖는 것을 포함한다)에 따라 일반재산에 사권(私權)을 설정하는 경우
  2. 일반재산의 사용 및 이용에 지장이 없고 재산의 활용가치를 높일 수 있는 경우로서 중앙관서의 장등이 필요하다고 인정하는 경우

- ③ (○) 사용·수익허가 없이 행정재산을 유형적·고정적으로 특정 목적을 위해 사용·수익·점유시, 「공유재산 및 물품관리법」 제81조 제1항의 변상금 부과대상인 '무단점유'에 해당함 : 공유재산 및 물품관리법(이하 '공유재산법'이라 한다) 제1조, 제6조 제1항, 제20조, 제22조, 제81조 제1항 본문의 내용과 변상금 제도의 입법 취지에 비추어 보면, 사용·수익허가 없이 행정재산을 유형적·고정적으로 특정한 목적을 위하여 사용·수익하거나 점유하는 경우 공유재산법 제81조 제1항에서 정한 변상금 부과대상인 '무단점유'에 해당하고, 반드시 그 사용이 독점적·배타적일 필요는 없으며, 점유 부분이 동시에 일반 공중의 이용에 제공되고 있다고 하여 점유가 아니라고 할 수는 없다(대판 2019.9.9. 2018두48298).
- ④ (○) 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).
- ⑤ (○) 국유재산법 제40조(용도폐지) ① 중앙관서의 장은 행정재산이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 지체 없이 그 용도를 폐지하여야 한다.
  1. 행정목적으로 사용되지 아니하게 된 경우
  2. 행정재산으로 사용하기로 결정한 날부터 5년이 지난 날까지 행정재산으로 사용되지 아니한 경우
  3. 제57조에 따라 개발하기 위하여 필요한 경우

답 ②

04 영조물의 설치·관리의 하자로 인한 손해배상에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 소음 등을 포함한 공해 등의 위험지역으로 이주하여 들어가 거주 하는 경우와 같이 위험의 존재를 과실로 인식하지 못하고 이주한 경우, 이를 손해배상액의 산정에 있어 형평의 원칙상 과실상계에 준하여 감경 또는 면제사유로 고려하여야 한다.
- ② 국가의 철도운행사업은 사경제적 작용이라 할지라도 공공의 영조물인 철도시설물의 설치 또는 관리의 하자로 인한 불법행위를 원인으로 하여 국가에 대하여 손해배상청구를 하는 경우에는 국가배상법이 적용된다.



그것이 도시기본계획의 범위를 벗어나 위법한 것은 아니다.

㉔ (○) 구 도시계획법은 도시계획인안제안과 관련하여서는 주민이 입안권자에게 '1. 도시계획시설의 설치·장비 또는 개량에 관한 사항 2. 지구단위계획구역의 지정 및 변경과 지구단위계획의 수립 및 변경에 관한 사항'에 관하여 '도시계획도서와 계획설명서를 첨부'하여 도시계획의 입안을 제안할 수 있고, 위 입안제안을 받은 입안권자는 그 처리결과를 제안자에게 통보하도록 규정하고 있는 점 등과 헌법상 개인의 재산권 보장의 취지에 비추어 보면, 도시계획구역 내 토지 등을 소유하고 있는 주민으로서 입안권자에게 도시계획인안을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있다고 할 것이고, 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2004.4.28. 2003두1806).

㉕ (○) 행정청이 지구단위계획을 수립하면서 그 권장용도를 판매·위락·숙박시설로 결정하여 고시한 행위를 당해 지구 내에서는 공익과 무관하게 언제든지 숙박시설에 대한 건축허가가 가능하리라는 공적 견해를 표명한 것이라고 평가할 수는 없다. : 피고가 위와 같은 계획을 수립하여 고시하고 관련도서를 비치하여 열람하게 한 행위로서 표명한 공적 견해는 숙박시설의 건축허가를 불허해야 할 중대한 공익상의 필요가 없음은 전제로 숙박시설 건축허가도 가능하다는 것이지, 이를 H지구 내에서는 공익과 무관하게 언제든지 숙박시설에 대한 건축허가가 가능하리라는 취지의 공적 견해를 표명한 것이라고 평가할 수는 없을 것이고, 만일 원고들이 위 고시를 보고 H지구 내에서는 숙박시설 건축허가를 받아 줄 것으로 신뢰하였다면 원고들의 그러한 신뢰에 과실이 있다고 할 수 있다(대판 2005.11.25. 2004두6822).

㉖ (○) 관계법령에는 추상적인 행정목표와 절차만이 규정되어 있을 뿐 행정계획의 내용에 관하여는 별다른 규정을 두고 있지 아니하므로(목적프로그램) 행정주체는 구체적인 행정계획을 입안·결정함에 있어서 비교적 광범위한 형성의 자유(계획재량)를 가지는 것이지만, 행정주체가 가지는 이와 같은 형성의 자유는 무제한적인 것이 아니라 그 행정계획에 관련되는 자들의 이익을 공익과 사익 사이에서는 물론이고 공익 상호 간과 사익 상호 간에도 정당하게 비교교량하여야 한다는 제한(형량명령)이 있으므로, 행정주체가 행정계획을 입안·결정함에 있어서 이익형량을 전혀 행하지 아니하거나(형량의 탈락·해태), 이익형량의 고려 대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우(형량의 흥결·주소) 또는 이익형량을 하였으나 정당성과 객관성이 결여된 경우(형량과오·형량불비례)에는 그 행정계획결정은 형량에 하자(형량하자)가 있어 위법하게 된다(대판 2007.4.12. 2005두1893).

㉗ (○) 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」은 장기미집행 도시계획시설사업 부지에 대한 토지소유자의 매수청구권을 규정하고 있으며, 판례는 매수청구에 대한 거부 결정에 대해 항고소송 대상인 처분성을 인정하고 있다(대판 2007.12.28. 2006두4738 [매수거부처분취소소송] 참고).

• 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제47조(도시·군계획시설 부지의 매수 청구) ① 도시·군계획시설에 대한 도시·군관리계획의 결정(이하 "도시·군계획시설결정"이라 한다)의 고시일부터 10년 이내에 그 도시·군계획시설의 설치에 관한 도시·군계획시설사업이 시행되지 아니하는 경우(제88조에 따른 실시계획의 인가나 그에 상당하는 절차가 진행된 경우는 제외한다. 이하 같다) 그 도시·군계획시설의 부지로 되어 있는 토지 중 지목(地目)이 대(垓)인 토지(그 토지에 있는 건축물 및 정착물을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 소유자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수에게 그 토지의 매수를 청구할 수 있다.

답 5

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

- ① 행정청은 국민에게 영향을 미치는 주요 정책 등에 대하여 국민의 다양하고 창의적인 의견을 널리 수렴하기 위하여 정보통신망을 이용하여 국민의 의견을 수렴하거나 정책토론을 실시할 수 있다.
- ② 행정청은 효율적인 전자적 정책토론을 위하여 과제별로 한시적인 토론 패널을 구성하여 해당 토론에 참여시킬 수 있다.
- ③ 행정청이 청문절차를 이행하면서 청문서 도달기간을 다소 어겼다면 상대방이 이의하지 아니한 채 스스로 청문일에 출석하여 그 의견을 진술하고 변명하는 등 방어 기회의 기회를 충분히 가졌더라도 청문서 도달기간을 준수하지 아니한 하자는 치유된다고 볼 수 없다.
- ④ 행정청은 공청회를 마친 후 처분을 할 때까지 새로운 사정이 발견되어 공청회를 다시 개최할 필요가 있다고 인정할 때에는 공청회를 다시 개최할 수 있다.
- ⑤ 행정절차의 하자를 이유로 한 취소판결이 확정된 경우, 판결의 취지에 따라 절차를 보완한 후 종전의 처분과 동일한 내용의 처분을 다시 하더라도 기속력에 위반되지 아니한다.

해설

- ①② (○) 행정절차법 제53조(전자적 정책토론) 정책토론) ① 행정청은 국민에게 영향을 미치는 주요 정책 등에 대하여 국민의 다양하고 창의적인 의견을 널리 수렴하기 위하여 정보통신망을 이용한 정책토론(이하 이 조에서 "전자적 정책토론"이라 한다)을 실시할 수 있다. ② 행정청은 효율적인 전자적 정책토론을 위하여 과제별로 한시적인 토론 패널을 구성하여 해당 토론에 참여시킬 수 있다. 이 경우 패널의 구성에 있어서는 공정성 및 객관성이 확보될 수 있도록 노력하여야 한다.
- ③ (×) 청문서 도달기간을 어겼더라도 영업자가 이의하지 아니한 채 청문일에 출석하여 의견진술·변명 등 방어 기회의 기회를 충분히 가진 경우 하자의 치유 인정 : 행정청이 식품위생법상의 청문절차를 이행함에 있어 소정의 청문서 도달기간을 지키지 아니하였다면 이는 청문의 절차적 요건을 준수하지 아니한 것이므로 이를 바탕으로 한 행정처분은 일단 위법하다고 보아야 할 것이지만 이러한 청문제도의 취지는 처분으로 말미암아 받게 될 영업자에게 미리 변명과 유리한 자료를 제출할 기회를 부여함으로써 부당한 권리침해를 예방하려는 데에 있는 것임을 고려하여 볼 때 가령 행정청이 청문서 도달기간을 다소 어겼더라도, 영업자가 이에 대하여 이의하지 아니한 채 스스로 청문일에 출석하여 그 의견을 진술하고 변명하는 등 방어 기회의 기회를 충분히 가졌다면 청문서 도달기간을 준수하지 아니한 하자는 치유되었다고 봄이 상당하다(대판 1992.10.23. 92누2844)
- ④ (○) 행정절차법 제39조의3(공청회의 재개최) 행정청은 공청회를 마친 후 처분을 할 때까지 새로운 사정이 발견되어 공청회를 다시 개최할 필요가 있다고 인정할 때에는 공청회를 다시 개최할 수 있다.
- ⑤ (○) 행정처분이 실제적 위법사유로 인해 취소판결이 내려져 확정된 경우에는 그 기속력에 의해 행정청은 동일한 사실관계에서 동일한 당사자에 대하여 동일한 내용의 처분을 할 수 없다. 그러나 절차상의 하자(절차위반)를 이유로 취소판결이 내려진 경우, 그 판결의 기속력은 확정판결에 적시된 절차 내지 형식의 위법사유에 한하여 미치는 것이므로 행정청은 그 위법사유를 보완하여 다시 새로운 처분을 할 수 있고 그 새로운 처분은 확정판결에 의하여 취소된 종전의 처분과는 별개의 처분이라 할 것이어서 확정판결의 기속력에 저촉되는 것이 아니다.
- 과세의 절차 내지 형식에 위법이 있어 과세처분을 취소하는 판결이 확정되었을 때는 그 확정판결의 기판력은 거기에 적시된 절차내지 형식의 위법사유에 한하여 미치는 것이므로 과세관청은 그 위법사유를 보완하여 다시 새로운 과세처분을 할 수 있고 그 새로운 과세처분은 확정판결에 의하여 취소된 종전의 과세처분과는 별개의 처분이라 할 것이어서 확정판결의 기판력에 저촉되는 것이 아니다(대판 1987.2.10. 86누91)

답 3

07 **공무원의 법률관계에 대한 설명으로 옳은 것은?**(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 국회 소속 공무원의 인사 사무에 대한 감사는 국회의장의 명을 받아 국회사무총장이 실시한다.
- ② 임용결격자라고 하더라도 공무원으로 임용되어 사실상 근무하여 왔다고 한다면 그 재직기간 동안에 해당하는 「공무원연금법」 상의 퇴직급여를 청구할 수 있다.
- ③ 전문지식·기술이 요구되거나 임용관리에 특수성이 요구되는 업무를 담당하게 하기 위하여 일정기간을 정하여 근무하는 계약직 공무원을 임용할 수 있다.
- ④ 국가공무원으로 임용되기 전의 행위는 원칙적으로 재직 중의 징계 사유로 삼을 수 없다 할 것이므로, 임용전의 행위로 인하여 임용 후 공무원의 체면 또는 위신을 손상하게 된 경우라 하더라도 국가공무원법 상의 징계 사유로 삼을 수 없다.
- ⑤ 감사보고서의 내용이 직무상 비밀에 속하지 않는다면, 그 보고서의 내용이 그대로 신문에 게재되게 한 공무원의 행위가 감사자료의 취급에 관한 내부수칙을 위반하였다 하더라도 국가공무원법 상 징계사유에 해당하는 것으로 볼 수 없다.

**해설**

- ① (○) 국가공무원법 제17조(인사에 관한 감사) ① 인사혁신처장은 대통령령으로 정하는 바에 따라 행정기관의 인사행정 운영의 적정 여부를 정기 또는 수시로 감사할 수 있으며, 필요하면 관계 서류를 제출하도록 요구할 수 있다. ② **국회·법원·헌법재판소 및 선거관리위원회 소속 공무원의 인사 사무에 대한 감사는 국회의장, 대법원장, 헌법재판소장 또는 중앙선거관리위원회위원장의 명을 받아 국회사무총장, 법원행정처장, 헌법재판소사무처장 및 중앙선거관리위원회사무총장이 각각 실시한다.**
- ② (×) **임용결격자가 공무원으로 임용되어 사실상 근무하여 온 경우, 공무원연금법 소정의 퇴직급여 등을 청구할 수 없으며, 당연퇴직 후의 사실상의 근무기간이 공무원연금법상의 재직기간에 합산되지 않음**: 공무원연금법에 의한 퇴직급여 등은 적법한 공무원 신분을 취득하여 근무하다가 퇴직하는 경우 지급되고, 임용 당시 공무원임용결격사유가 있었다면 그 임용행위는 당연무효이며, 당연무효인 임용행위에 의해 공무원 신분을 취득할 수 없으므로 임용결격자가 공무원으로 임용되어 사실상 근무해 왔다 해도 적법한 공무원으로서의 신분을 취득하지 못한 자로서는 공무원연금법 소정의 퇴직급여 등을 청구할 수 없고, 또 당연퇴직사유에 해당되어 공무원 신분을 상실한 자가 그 이후 사실상 공무원으로 계속 근무하여 왔다 하더라도 당연퇴직 후의 사실상의 근무기간은 공무원연금법상의 재직기간에 합산될 수 없다. 당연퇴직으로 공무원 신분을 상실하였으나 사실상 공무원으로 근무하여 온 자가 이후 공사의 직원으로 임용되었다가 퇴직할 경우 공무원으로서의 근무기간을 공사 퇴직금 산정시 합산할 수 없다(대판 2003.5.16. 2001다61012).
- ③ (×) 현행법 상 계약직 공무원이 아니라 임기제 공무원이다. 2013년 계약직 공무원을 폐지하고 임기제 공무원으로 변경.  
• 국가공무원법 제26조의5(근무기간을 정하여 임용하는 공무원) ① 임용권자는 전문지식·기술이 요구되거나 임용관리에 특수성이 요구되는 업무를 담당하게 하기 위하여 경력직공무원을 임용할 때에 일정기간을 정하여 근무하는 공무원(이하 “**임기제공무원**”이라 한다)을 임용할 수 있다.
- ④ (×) **국가공무원으로 임용되기 전의 행위라 하더라도 이로 인하여 임용 후의 공무원의 체면 또는 위신을 손상하게 된 경우에는 징계사유가 됨**: 국가공무원으로 임용되기 전의 행위는 국가공무원법 78조 2·3항의 경우 외에는 원칙적으로 재직 중의 징계사유로 삼을 수 없으나, 비록 **임용 전의 행위라도 이로 인해 임용 후의 공무원의 체면·위신을 손상하게 된 경우에는 위 1항 3호의 징계사유로 삼을 수 있는** 바, 원고가 장학사 또는 공립학교 교사로 임용해 달라는 인사청탁과 함께 금 1,000만원을 제3자를 통해 서울시 교육감에게 전달하여 뇌물을 공여하였고, 그 후 공립학교 교사로 임용되어 재직 중 검찰에 의해 뇌물공여죄로 수사 받다가 기소되었으며 그 사실이 언론기관을 통해 널리 알려졌다면, 비록 뇌물공여 행위는 공립학교 교사 임용 전이었더라도 그 때문에 임용 후의 공립학교 교사로서의 체면·위신이 크게 손상되었으므로 이를 징계사유로 삼은 것은 정당하다(대판 1990.5.22. 89누7368).
- ⑤ (×) **감사보고서의 내용이 직무상 비밀에 속하지 않는다고 할지라도 그 보고서의 내용이 그대로 신문에 게재되게 한 감사원 감사관의 행위는 감사자료의 취급에 관한 내부수칙을 위반한 것이고, 이로 인하여 관련 기업이나 관계 기관의 신용에 적지 않은 피해를 입힌 것으로서 공무원의 성실의무 등 직무상의 의무를 위반한 것으로서 국가공무원법 78조 소정의 징계사유에 해당하나, 그 감사관의 경력, 감사 중단의 경위, 공개된 보고서의 내용과 영향, 법령 위반의 정도 등을 참작하여 볼 때, 그 감사관에 대한 징계의 종류로 가장 무거운 파면을 선택한 징계처분은 감사관이라는 신분을 감안하더라도 지나치게 무거워 재량권을 일탈하였다**(대판 1996.10.11. 94누7171).

답 ①

08 **항고소송에 대한 설명으로 옳은 것만을 다음 내용에서 모두 고르면?**(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 한정면허를 받은 시외버스운송사업자는 일반면허를 받은 시외버스운송사업자에 대한 사업계획변경 인가처분으로 수익감소가 예상되는 경우라 하더라도, 일반면허 시외버스운송사업자에 대한 사업계획변경 인가처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 인정되지 않는다.
- ㉡ 지방법무사회가 법무사의 사무원 채용승인 신청을 거부하거나 채용승인을 얻어 채용 중인 사람에 대한 채용승인을 취소하는 것은 처분에 해당하고, 이러한 처분에 대해서는 처분 상대방인 법무사뿐 아니라 그 때문에 사무원이 될 수 없게 된 사람도 이를 다툼 원고적격이 인정된다.
- ㉢ 조달청이 계약상대자에 대하여 나라장터 종합쇼핑몰에서의 거래를 일정기간 정지하는 조치는, 비록 물품구매계약의 추가특수조건이라는 사법상 계약에 근거한 것이라고 하더라도 행정청인 조달청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사로서 그 상대방 회사의 권리·의무에 직접 영향을 미치므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.

- ㉔ 납세고지서에 공동상속인들이 납부할 총세액 등과 공동상속인들 각자가 납부할 상속세액 등을 기재한 연대납세의 무자별 고지세액 명세서를 첨부하여 공동상속인들 각자에게 고지하였다면, 연대납부의무의 징수처분을 받은 공동상속인들 중 1인은 다른 공동상속인들에 대한 과세처분 자체에 취소사유가 있다는 이유만으로는 그 징수처분의 취소를 구할 수 없다.
- ㉕ 외국인이라고 하더라도 대한민국의 실질적 관련성 내지 법적으로 보호가치가 있는 이해관계를 형성한 경우에는 사증발급 거부처분의 취소를 구할 원고적격이 인정된다.

① ㉑, ㉒                      ② ㉓, ㉔                      ③ ㉑, ㉒, ㉔                      ④ ㉒, ㉓, ㉕                      ⑤ ㉒, ㉓, ㉔, ㉕

**해설**

- ① (×) **한정면허를 받은 시외버스운송사업자가 일반면허를 받은 시외버스운송사업자에 대한 사업계획변경 인가처분으로 수익감소가 예상되는 경우, 일반면허 시외버스운송사업자에 대한 사업계획변경인가처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있음** : 일반적으로 면허나 인허가 등의 수익적 행정처분의 근거가 되는 법률이 해당 업자들 사이의 과당경쟁으로 인한 경영의 불합리를 방지하는 것도 목적으로 하고 있는 경우, 다른 업자에 대한 면허나 인허가 등의 수익적 행정처분에 대하여 미리 같은 종류의 면허나 인허가 등의 수익적 행정처분을 받아 영업을 하고 있는 기존의 업자는 경영자에 대하여 이루어진 면허나 인허가 등 행정처분의 상대방이 아니라 하더라도 당해 행정처분의 취소를 구할 당사자적격이 있다. 한정면허를 받은 시외버스운송사업자라고 하더라도 다 같이 운행계통을 정하고 여객을 운송하는 노선여객자동차운송사업을 한다는 점에서 일반면허를 받은 시외버스운송사업자와 본질적인 차이가 없으므로, 일반면허를 받은 시외버스운송사업자에 대한 사업계획변경 인가처분으로 인하여 기존에 한정면허를 받은 시외버스운송사업자의 노선 및 운행계통과 일반면허를 받은 시외버스운송사업자의 그것이 일부 중복되게 되고 기존업자의 수익감소가 예상된다면, 기존의 한정면허를 받은 시외버스운송사업자와 일반면허를 받은 시외버스운송사업자는 경영관계에 있는 것으로 보는 것이 타당하고, 따라서 기존의 한정면허를 받은 시외버스운송사업자는 일반면허 시외버스운송사업자에 대한 사업계획변경인가처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있다. (대판 2018.4.26. 2015두53824).
- ② (○) **지방법무사회가 법무사의 사무원 채용승인 신청을 거부하거나 채용승인을 얻어 채용 중인 사람에 대한 채용승인을 취소한 경우, 그 때문에 사무원이 될 수 없게 된 사람은 항고소송을 제기할 원고적격이 있음** : 지방법무사회가 법무사의 사무원 채용승인 신청을 거부하거나 채용승인을 얻어 채용 중인 사람에 대한 채용승인을 취소하면, 상대방인 법무사로서도 그 사람을 사무원으로 채용할 수 없게 되는 불이익을 입게 될 뿐만 아니라, 그 사람도 법무사 사무원으로 채용되어 근무할 수 없게 되는 불이익을 입게 된다. 법무사규칙 제37조 제4항이 이의신청 절차를 규정한 것은 채용승인을 신청한 법무사뿐만 아니라 사무원이 되려는 사람의 이익도 보호하려는 취지로 볼 수 있다. 따라서 지방법무사회의 사무원 채용승인 거부처분 또는 채용승인 취소처분에 대해서는 처분 상대방인 법무사뿐만 아니라 그 때문에 사무원이 될 수 없게 된 사람도 이를 다룰 원고적격이 인정되어야 한다(대판 2020.4.9. 2015다34444).  
 → 2021년 국가직 9급에도 출제됨
- ③ (○) **甲 갑 주식회사가 조달청과 물품구매계약을 체결하고 국가종합전자조달시스템인 나라장터 종합쇼핑몰 인터넷 홈페이지를 통해 요구받은 제품을 수요기관에 납품하였는데, 조달청이 계약이행내역 점검 결과 일부 제품이 계약 규격과 다르다는 이유로 물품구매계약 추가특수조건 규정에 따라 갑 회사에 대하여 6개월의 나라장터 종합쇼핑몰 거래정지 조치를 한 사안에서, 조달청이 계약상대자에 대하여 나라장터 종합쇼핑몰에서의 거래를 일정기간 정지하는 조치는 전자조달의 이용 및 촉진에 관한 법률, 조달사업에 관한 법률 등에 의하여 보호되는 계약상대자의 직접적이고 구체적인 법률상 이익인 나라장터를 통하여 수요기관의 전자입찰에 참가하거나 나라장터 종합쇼핑몰에서 등록된 물품을 수요기관에 직접 판매할 수 있는 지위를 직접 제한하거나 침해하는 행위에 해당하는 점 등을 종합하면, 위 거래정지 조치는 비록 추가특수조건이라는 사법상 계약에 근거한 것이지만 행정청인 조달청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사로서 그 상대방인 갑 회사의 권리·의무에 직접 영향을 미치므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다**(대판 2018.11.29. 2015두 52395).
- ④ (○) **납세고지서에 공동상속인들이 납부할 총세액 등을 기재함과 아울러 공동상속인들 각자의 상속재산 점유비율과 그 비율에 따라 산정한 각자가 납부할 상속세액 등을 기재한 연대납세의무자별 고지세액 명세서를 첨부하여 공동상속인들 각자에게 고지하였다면 그와 같은 납세고지에 의하여 공동상속인들 중 1인에게 한 다른 공동상속인들의 상속세에 대한 연대납부의무의 징수고지는 다른 공동상속인들 각자에게 대한 과세처분에 따르는 징수절차상의 처분으로서의 성격을 가지는 것이어서, 다른 공동상속인들에 대한 과세처분이 무효 또는 부존재가 아닌 한 그 과세처분에 있어서의 하자는 그 징수처분에 당연히 승계된다고 할 수 없으므로, 연대납부의무의 징수처분을 받은 공동상속인들 중 1인은 다른 공동상속인들에 대한 과세처분 자체에 취소사유가 있다는 이유만으로는 그 징수처분의 취소를 구할 수 없게 된다**(대판 2001.11.27. 98두9530).
- ⑤ (○) **원고(스티브 유)는 대한민국에서 출생하여 오랜 기간 대한민국 국적을 보유하고 거주한 사람이므로 이미 대한민국과 실질적 관련성이 있거나 대한민국에서 법적으로 보호가치 있는 이해관계를 형성하였다고 볼 수 있다. 또한 재외동포의 대한민국 출입국과 대한민국 안에서의 법적 지위를 보장함을 목적으로 「재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률」이 특별히 제정되어 시행 중이다. 따라서 원고는 이 사건 사증발급 거부처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정된다**(대판 2019.7.11. 2017두38874).

외국인이 제기한	사증발급 거부처분 취소소송	원칙	법률상 이익 없음
	국적법상 귀화불허가처분, 출입국관리법상 체류자격 변경 불허가처분, 강제퇴거명령을 다투는 행정소송	예외	대한민국과 실질적 관련성 or 대한민국에서 법적으로 보호가치 있는 이해관계를 형성한 경우에는 법률상 이익 인정
			대한민국과의 실질적 관련성 or 대한민국에서 법적으로 보호가치 있는 이해관계를 형성한 경우이므로 법률상 이익 인정

**[비교판례]** **외국인에게 사증발급 거부처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정되지 않음** : 사증발급 거부처분을 다투는 외국인인, 아직 대한민국에 입국하지 않은 상태에서 대한민국에 입국하게 해달라고 주장하는 것으로, 대한민국의 실질적 관련성 내지 대한민국에서 법적으로 보호가치 있는 이해관계를 형성한 경우는 아니어서, 해당 처분의 취소를 구할 법률상 이익을 인정하여야 할 법정정책 필요성도 크지 않다. 반면, 국적법상 귀화불허가처분이나 출입국관리법상 체류자격변경 불허가처분, 강제퇴거명령 등을 다투는 외국인인 대한민국에 적법하게 입국하여 상당한 기간을 체류한 사람이므로, 이미 대한민국의 실질적 관련성 내지 대한민국에서 법적으로 보호가치 있는 이해관계를 형성한 경우이어서, 해당 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정된다고 보아야 한다(대판 2018.5.15. 2014두42506).

답 ⑤

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

- ① 계속 중인 사실이나 그 이후에 발생한 요건사실에 대한 법률적용을 인정하는 부진정 소급입법의 경우 개인의 신뢰보호와 법적 안정성을 내용으로 하는 법치국가 원리에 의하여 허용되지 않는 것이 원칙이다.
- ② 재건축조합에서 일단 내부 규범이 정립되면 조합원들은 특별한 사정이 없는 한 그것이 존속하리라는 신뢰를 가지게 되므로, 내부 규범을 변경할 경우 내부 규범 변경을 통해 달성하려는 이익이 종전 내부 규범의 존속을 신뢰한 조합원들의 이익보다 우월해야 한다.
- ③ 신뢰보호의 원칙은 행정청이 공적인 견해를 표명할 당시의 사정이 그대로 유지됨을 전제로 적용되는 것이 원칙이므로, 사후에 그와 같은 사정이 변경된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 행정청이 그 견해표명에 반하는 처분을 하더라도 신뢰보호의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.
- ④ 근로복지공단의 요양불승인처분의 적법 여부는 사실상 근로자의휴업급여청구권 발생의 전제가 된다고 볼 수 있는 점 등에 비추어, 근로자가 요양불승인에 대한 취소소송의 판결확정시까지 근로복지공단에 휴업급여를 청구하지 않았던 것에 대한 근로복지공단의 소멸시효 항변은 신의성실의 원칙에 반하여 허용될 수 없다.
- ⑤ 관할관청이 위법한 직업능력개발훈련과정 인정제한처분을 하여 사업주로 하여금 제때 훈련과정 인정신청을 할 수 없도록 하였음에도, 인정제한처분에 대한 취소판결 확정 후 사업주가 인정제한기간 내에 실제로 실시하였던 훈련에 관하여 비용지원신청을 한 경우에, 사전에 훈련과정 인정을 받지 않았다는 이유만을 들어 훈련비용 지원을 거부하는 것은 신의성실의 원칙에 반하여 허용될 수 없다.

해설

- ① (×) 진정소급입법은 개인의 신뢰보호를 위해 원칙적으로 금지된다. 부진정소급입법은 원칙적으로 가능하지만 개인의 신뢰보호를 위해 제한될 수 있다.
  - 기존의 법에 의하여 형성되어 이미 굳어진 개인의 법적 지위를 사후입법을 통하여 박탈하는 것 등을 내용으로 하는 진정소급입법은 개인의 신뢰보호와 법적 안정성을 내용으로 하는 법치국가원리에 의하여 특단의 사정이 없는 한 헌법적으로 허용되지 아니하는 것이 원칙이다(헌재결 1998.9.30. 97헌바38).
  - 현재 진행 중인 사실관계에 작용케 하는 부진정소급입법은 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 교량과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 된다(헌재결 1998.11.26. 97헌바58).

♥ 소급입법금지 원칙 : 종결된 사실·법률관계에 적용하는 것을 내용으로 하는 법령 제정 금지  
 진정소급입법은 원칙적 금지, 예외적 인정. 부진정소급입법은 소급입법이 아니므로 원칙적 인정, 예외적 부정

구분	진정 소급입법	부진정 소급입법
개념	법규 효력 발생일 이전에 이미 완성·종결된 사실·법률관계에 적용	법규효력발생일 이전에 시작했으나 법규효력 발생일까지 계속중인 사실·법률관계에 적용
원칙	부정 : 개인의 신뢰보호와 법적 안정성을 내용으로 하는 법치국가원리때문	인정 : 단, 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 됨
예외	인정되는 경우 ㉠ 일반적으로 국민이 소급입법을 예상 가능했음 ㉡ 법적 상태가 불확실·혼란 - 보호할 만한 신뢰이익이 적음 ㉢ 소급입법으로 당사자의 손실이 없거나 아주 경미 ㉣ 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화	부정되는 경우 : 신뢰보호의 원칙에 의하여 기존의 법률관계를 신뢰하고 행한 재산상·생활상의 조치가 당해 입법에 의하여 추구하는 공익 목적과 비교형량하여 전자가 후자보다 중대하다고 판단되는 경우 - 보통 경과규정을 둠

- ② (×) (○) 재건축조합 내부 규범을 변경하는 총회결의가 신뢰보호의 원칙에 위반되는지 판단하는 방법 : 신뢰보호의 원칙은 행정청이 공적인 견해를 표명할 당시의 사정이 그대로 유지됨을 전제로 적용되는 것이 원칙이므로, 사후에 그와 같은 사정이 변경된 경우에는 그 공적 견해가 더 이상 개인에게 신뢰의 대상이 된다고 보기 어려운 만큼, 특별한 사정이 없는 한 행정청이 그 견해표명에 반하는 처분을 하더라도 신뢰보호의 원칙에 위반된다고 할 수 없다. 한편 재건축조합에서 일단 내부 규범이 정립되면 조합원들은 특별한 사정이 없는 한 그것이 존속하리라는 신뢰를 가지게 되므로, 내부 규범 변경을 통해 달성하려는 이익이 종전 내부 규범의 존속을 신뢰한 조합원들의 이익보다 우월해야 한다. 조합 내부 규범을 변경하는 총회결의가 신뢰보호의 원칙에 위반되는지를 판단하기 위해서는, 종전 내부 규범의 내용을 변경하여야 할 객관적 사정과 필요가 존재하는지, 그래서 조합이 달성하려는 이익은 어떠한 것인지, 내부 규범의 변경에 따라 조합원들이 침해받은 이익은 어느 정도의 보호가치가 있으며 침해 정도는 어떠한지, 조합이 종전 내부 규범의 존속에 대한 조합원들의 신뢰 침해를 최소화하기 위하여 어떤 노력을 기울였는지 등과 같은 여러 사정을 종합적으로 비교·형량해야 한다(대판 2020.6.25. 2018두3473).
- ④ (○) 근로복지공단의 요양불승인 처분 ⇒ 취소소송 제기 ⇒ 승소 ⇒ 휴업급여 신청 ⇒ 소멸시효완성으로 급여청구권 없다고 채무이행 거절 ⇒ 신의성실원칙 위반 : 근로자가 입은 부상이나 질병이 업무상 재해에 해당하는지 여부에 따라 요양급여 신청의 승인 여부 및 휴업급여청구권의 발생 여부가 차례로 결정되고, 따라서 근로복지공단의 요양불승인처분의 적법 여부는 사실상 근로자의 휴업급여청구권 발생의 전제가 된다는 점, 이에 따라 근로복지공단은 요양급여 신청을 승인한 경우에 한하여 휴업급여를 지급해 왔고 요양급여 신청을 승인하지 않은 상태에서는 휴업급여를 지급하지 않은 점, 그러므로 요양급여의 신청이 승인되지 않은 경우에는 휴업급여를 청구하더라도 근로복지공단에 의하여 거절될 것이 명백하여 요양불승인처분을 받은 근로자로서는 근로복지공단을 상대로 휴업급여를 청구하는 것이 무의미한 일이라고 믿을 수밖에 없는 점 등 제반 사정을 종합하여 보면, 이 사건에서 비록 피고가 시효완성 전에 원고의 권리행사나 시효중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 하거나 그러한 조치가 불필요하다고 믿게 하는 행동을 한 바는 없었다고 하더라도, 원고는 요양불승인처분에 대한 취소판결을 받기 전에는 휴업급여를 청구하더라도 휴업급여가 지급되지 않을 것으로 믿고 요양불승인처분 취소소송의 판결확정시까지 별도로 피고에게 휴업급여를 청구하지 않았던 것으로 보이나, 이와 같은 상황은 일반인의 입장에서 보았을 때에도 채권자가 권리행사하는 것을 기대하기 어려운 특별한 사정이 있었던 것으로 평가될 수 있으므로, 원고에게는 객관적으로 이 사건 휴업급여청구권을 행사할 수 없는 사실상의 장애사유가 있었다고 봄이 상당하고, 따라서 이러한 경우까지 피고의 소멸시효 항변을 받아들여 채무이행의 거절을 인정하는 것은 현저히 부당하거나 불공평하여 신의성실의 원칙에 반한다고 할 것이다(대판 2008.9.18. 2007두2173)
- ⑤ (○) 사업주에 대한 직업능력개발훈련과정 인정제한처분과 훈련비용 지원제한처분이 정승철차에서 위법한 것으로 판단되어 취소되거나 당연무효로 확인된 후 사업주가 그 인정제한 기간에 실제로 실시한 직업능력개발훈련과정의 비용에 대하여 사후적으로 지원신청을 하는 경우, 관할관청이 사업주가 해당

훈련과정에 대하여 미리 훈련과정 인정을 받아 두지 않았다는 형식적인 이유만으로 훈련비용 지원을 거부하는 것은 신의성실원칙에 반하여 허용될 수 없음 : 관할관청이 위법한 직업능력개발훈련과정 인정제한처분을 하여 사업주로 하여금 제때 훈련과정 인정신청을 할 수 없도록 하였음에도, 인정제한처분에 대한 취소판결 확정 후 사업주가 인정제한 기간 내에 실제로 실시하였던 훈련에 관하여 비용지원신청을 한 경우에, 관할관청은 단지 해당 훈련과정에 관하여 사전에 훈련과정 인정을 받지 않았다는 이유만을 들어 훈련비용 지원을 거부할 수는 없음이 원칙이다. 이러한 거부행위는 위법한 훈련과정 인정제한처분을 함으로써 사업주로 하여금 제때 훈련과정 인정신청을 할 수 없게 한 장애사유를 만든 행정청이 사업주에 대하여 사전에 훈련과정 인정신청을 하지 않았음을 탓하는 것과 다름없으므로 신의성실의 원칙에 반하여 허용될 수 없다. 따라서 사업주에 대한 훈련과정 인정제한처분과 훈련비용 지원제한처분이 정승철처사에서 위법한 것으로 판단되어 취소되거나 당연무효로 확인된 후에 사업주가 인정제한 기간에 실제로 실시한 직업능력개발훈련과정의 비용에 대하여 사후적으로 지원신청을 하는 경우, 관할관청으로서는 사업주가 해당 훈련과정에 대하여 미리 훈련과정 인정을 받아 두지 않았다는 형식적인 이유만으로 훈련비용 지원을 거부하여서는 아니 된다. 관할관청은 사업주가 인정제한 기간에 실제로 실시한 직업능력개발훈련과정이 구 근로자직업능력 개발법 시행령 제22조 제1항에서 정한 훈련과정 인정의 실체적 요건들을 모두 충족하였는지, 각 훈련생이 구 사업주에 대한 직업능력개발훈련 지원규정 제8조 제1항에서 정한 지원금 지급을 위한 수료기준을 충족하였는지 등을 심사하여 훈련비용 지원 여부와 지원금액의 규모를 결정하여야 한다. 나아가 관할관청은 사업주가 사후적인 훈련비용 지원신청서에 위와 같은 심사에 필요한 서류를 제대로 첨부하지 아니한 경우에는 사업주에게 상당한 기간을 정하여 보완을 요구하여야 한다(행정절차법 제17조 제5항). (대판 2019.1.31. 2016두52019)

답 ①

**10 A 행정청은甲에게 처분을 하면서 법령에 근거 없이 일정 토지를 기부채납하도록 하는 부담을 붙였다. 이에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?**(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① A 행정청이 처분 이전에 甲과 협의하여 기부채납에 관한 내용을 협약의 형식으로 미리 정한 다음에 부담을 붙이는 것도 허용된다.
- ② 처분이 기속행위임에도 甲이 부담의 이행으로 기부채납을 하였다면, 그 기부채납 행위는 당연무효인 행위가 된다.
- ③ 사정변경으로 인하여 당초에 부담을 부가한 목적을 달성할 수 없게 된 경우에는 A 행정청은 甲의 동의가 없더라도 그 목적 달성에 필요한 범위 내에서 부담을 변경할 수 있다.
- ④ 甲은 기부채납을 하도록 하는 부담에 대해서만 취소소송을 제기 하여 다툴 수 있다.
- ⑤ 처분이 기속행위라면 甲은 기부채납 부담을 이행할 의무가 없다.

**해설**

- ① (○) 수직적 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).
- ② (×) 기속행위에 붙은 부담은 무효이지만, 부담의 이행으로서 한 사법상 매매 등의 법률행위가 당연히 무효로 되지는 않음(취소 가능)
  - 행정처분에 부담이 부관을 붙인 경우 부관의 무효화에 의하여 본체인 행정처분 자체의 효력에도 영향이 있게 될 수는 있지만, 그 처분을 받은 사람이 부담의 이행으로 사법상 매매 등의 법률행위를 한 경우에는 그 부관은 특별한 사정이 없는 한 법률행위를 하게 된 동기 내지 연유로 작용하였을 뿐이므로 이는 법률행위의 취소사유가 될 수 없음은 별론으로 하고 그 법률행위 자체를 당연히 무효화하는 것은 아니다(대판 2009.6.25. 2006다18174)
- ③ (○) **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 목적 달성에 필요한 범위 내에서 예외적으로 허용된다**(대판 1997.5.30. 97누2627)
- ④ (○) 부관 중 부담은 독립하여 취소소송 제기 가능.
- ④ (○) 기속행위에 붙은 부담은 무효이므로 그 이행 의무가 없음.
  - 일반적으로 기속행위나 기속적 재량행위에는 부관을 붙일 수 없고 가사 부관을 붙였다 하더라도 이는 무효의 것이다. 건축법 소정의 건축허가권자는 건축허가신청이 건축법, 도시계획법등 관계 법규에서 정하는 어떠한 제한에 배치되지 않는 이상 당연히 같은 법조 소정의 건축허가를 하여야 하므로, 법률상의 근거 없이 그 신청이 관계 법규에서 정한 제한에 배치되는지의 여부에 대한 심사를 거부할 수 없고, 심사 결과 그 신청이 법정요건에 합치하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 이를 허가하여야 하며, 공익상 필요가 없음에도 불구하고 요건을 갖춘 자에 대한 허가를 관계 법령에서 정하는 제한사유 이외의 사유를 들어 거부할 수 없다. 건축허가를 하면서 일정토지를 기부채납하도록 하는 내용의 허가조건은 부관을 붙일 수 없는 기속행위 내지 기속적 재량행위인 건축허가에 붙인 부담이거나 또는 법령상 아무런 근거가 없는 부관이어서 무효이다(대판 1993.7.27. 92누13998; 대판 1995.6.13. 94다56883).

답 ②

**11 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」(이하 정보공개법)상 정보 공개제도에 대한 설명으로 옳은 것은?**(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 사립대학교는 정보공개 의무기관인 공공기관에 해당하지 않는다.
- ② 정보공개제도는 공공기관이 보유·관리하는 정보를 그 상태대로 공개하는 제도이므로, 전자적 형태로 보유·관리하는 정보를 검색·편집하여야 하는 경우는 새로운 정보의 생산으로서 정보공개 대상이 아니다.
- ③ 예산집행의 내용과 사업평가 결과 등 행정감시를 위하여 필요한 정보 등 공개를 목적으로 작성되고 이미 정보통신망 등을 통하여 공개된 정보는 해당 정보의 소재 안내의 방법으로 공개한다.
- ④ 형사소송법 이 형사재판확정기록의 공개 여부나 공개 범위, 불복 절차 등에 대하여 규정하고 있는 것은 정보공개법 제4조 제1항에서 정한 '정보의 공개에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우'에 해당한다고 볼 수 없으므로 형사재판 확정기록의 공개에 관하여는 정보공개법에 의한 공개청구가 허용된다.
- ⑤ 법원 이외의 공공기관이 정보공개법 제9조제1항 제4호에서 정한 '진행 중인 재판에 관련된 정보'에 해당한다는 사유로 정보공개를 거부하기 위하여는 원칙적으로 그 정보가 진행 중인 재판의 소송기록 자체에 포함된 내용이어야

한다.

**해설**

- ① (×) 사립대학교도 정보공개청구 대상 공공기관에 포함된다(「공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령」 제2조 1호)
  - 공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령 제2조 제1호가 정보공개 의무를 지는 공공기관의 하나로 사립 대학교를 들고 있는 것이 모법의 위임 범위를 벗어났다거나 사립대학교가 국비의 지원을 받는 범위 내에서만 공공 기관의 성격을 가진다고 볼 수 없다(대판 2006.8.24. 2004두2783).
- ② (×) 공공기관의 정보공개에 관한 법률에 의한 정보공개제도는 공공기관이 보유·관리하는 정보를 그 상태대로 공개하는 제도이지만, 전자적 형태로 보유·관리되는 정보의 경우에는, 그 정보가 청구인이 구하는 대로는 되어 있지 않다고 하더라도, 공개청구를 받은 공공기관이 공개청구대상정보의 기초자료를 전자적 형태로 보유·관리하고 있고, 당해 기관에서 통상 사용되는 컴퓨터 하드웨어 및 소프트웨어와 기술적 전문지식을 사용하여 그 기초자료를 검색하여 청구인이 구하는 대로 편집할 수 있으며, 그러한 작업이 당해 기관의 컴퓨터 시스템 운용에 별다른 지장을 초래하지 아니한다면, 그 공공기관이 공개청구대상정보를 보유·관리하고 있는 것으로 볼 수 있고, 이러한 경우에 기초자료를 검색·편집하는 것은 새로운 정보의 생산 또는 가공에 해당한다고 할 수 없다(대판 2010.2.11. 2009두6001)
- ③ (○)

「공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령」 제14조(정보공개 방법) ① 정보는 다음 각 호의 구분에 따른 방법으로 공개한다.

5. 법 제7조제1항에 따른 정보 등 공개를 목적으로 작성되고 이미 정보통신망 등을 통하여 공개된 정보: 해당 정보의 소재(所在) 안내

- 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제7조(행정정보의 공표 등) ① 공공기관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보에 대해서는 공개의 구체적 범위와 공개의 주기·시기 및 방법 등을 미리 정하여 공표하고, 이에 따라 정기적으로 공개하여야 한다. 다만, 제9조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보에 대해서는 그러하지 아니하다.
  1. 국민생활에 매우 큰 영향을 미치는 정책에 관한 정보
  2. 국가의 시책으로 시행하는 공사(工事) 등 대규모 예산이 투입되는 사업에 관한 정보
  3. 예산집행의 내용과 사업평가 결과 등 행정감시를 위하여 필요한 정보
  4. 그 밖에 공공기관의 장이 정하는 정보

- ④ (×) 형사소송법 제59조의2가 구 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제4조 제1항에서 정한 '정보의 공개에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우'에 해당하는지 여부(적극) : 형사소송법 제59조의2는 형사재판확정기록의 공개 여부나 공개 범위, 불복절차 등에 대하여 구 공공기관의 정보공개에 관한 법률(이하 '정보공개법'이라고 한다)과 달리 규정하고 있는 것으로 정보공개법 제4조 제1항에서 정한 '정보의 공개에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우'에 해당한다. 따라서 형사재판확정기록의 공개에 관하여는 정보공개법에 의한 공개청구가 허용되지 아니한다.(대판 2016.12.15. 2013두20882)
- ⑤ (×) 진행 중인 재판에 관련된 정보'는 재판의 소송기록 자체에 포함된 내용일 필요는 없으나, 재판 관련 일체의 정보가 아니라 진행 중인 재판의 심리나 재판결과에 구체적으로 영향을 미칠 위험이 있는 정보에 한정됨 : 정보공개법의 입법 목적, 정보공개 원칙, 위 비공개대상정보의 규정 형식과 취지 등을 고려하면, 법원 이외의 공공기관이 위 규정이 정한 '진행 중인 재판에 관련된 정보'에 해당한다는 사유로 정보공개를 거부하기 위하여는 반드시 그 정보가 진행 중인 재판의 소송기록 그 자체에 포함된 내용의 정보일 필요는 없으나, 재판에 관련된 일체의 정보가 그에 해당하는 것은 아니고 진행 중인 재판의 심리 또는 재판결과에 구체적으로 영향을 미칠 위험이 있는 정보에 한정된다고 할 것이다(대판 2011.11.24. 2009두19021).

답 ③

**12** [각론 문제] 지방자치법에 대한 설명으로 옳은 것만을 다음 내용에서 모두 고르면?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 지방자치단체는 법인격을 가지므로 권리·의무의 주체가 되지만 원칙적으로 기본권의 주체가 될 수 없다.
- ㉡ 국가하천에 관한 사무는 다른 법령에 특별한 정함이 없는 한 국가사무로 보아야 하고, 지방자치단체가 비용 일부를 부담한다고 해서 국가사무의 성격이 자치사무로 바뀌는 것은 아니다.
- ㉢ 지방자치단체가 자치조례를 제정할 수 있는 사항은 지방자치 단체의 고유사무인 자치사무에 한하는 것이고, 개별법령에 의하여 지방자치단체에 위임된 단체위임사무나 국가사무가 지방 자치단체의 장에게 위임된 기관위임 사무는 원칙적으로 자치조례의 제정범위에 속하지 않는다.
- ㉣ 시·군·구의 장의 자치사무의 일종인 당해 지방자치단체 소속공무원에 대한 승진처분이 재량권을 일탈·남용하여 위법하게 된 경우 시·도지사는 그에 대한 시정명령이나 취소 또는 정지를 할 수 있다.
- ㉤ 주민소송의 대상은 주민감사를 청구한 사항과 동일하여야 한다.

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

**해설**

- ① (○) 지방자치단체는 공법인으로서 권리·의의 주체가 된다(권리능력, 행위능력, 불법행위능력을 지님). 그러나 국가나 자치단체는 국민의 기본권을 실현하는 보장자의 지위를 지니므로, 기본권을 향유할 수 없다. 헌법재판소도, 지방자치단체의 재산권침해를 다루는 사건에서, '지방자치단체인 청구인은 기본권의 주체가 될 수 없고 따라서 청구인의 재산권 침해 여부는 더 나아가 살펴볼 필요가 없다'고 하여 자치단체가 기본권주체가 될 수 없음을 확인한 바 있다. 헌법 제117조가 보장하는 자치단체의 자치권은 자치입법이나 자치행정을 보장하는 것으로, 이러한 자치권은 법령에 의하여 형성되며 제한된다. 자치단체는 기본권의 보장자이지 향유자가 아니므로, 자치단체에게 보장되는 자치권을 자치단체에게 허용된 기본권으로 볼 수 없고, 따라서 자치권침해가 문제된 때에는, 헌법소원이 아닌 권한쟁의로 다투어야 한다. 다만, 국가나 지방자치단체가 소송의 일방 당사자인 경우 공정하고 신속 공개재판을 받을 권리는 향유할 수 있다고 본다.
- ② (○) 국가하천에 관한 사무는 원칙적으로 국가사무이며, 지방자치단체가 비용 일부를 부담한다고 하여 국가사무의 성격이 자치사무로 바뀌는 것은 아님 : 헌법 제107조 제1항은 "지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다."라고 정하고 있다. 지방자치법 제9조 제1항은 "지방자치단체는 관할 구역의 자치사무와 법령에 따라 지방자치단체에 속하는 사무를 처리한다."라고 하고 제2항은 지방자치단체의 사무를 예시하고 있다. 지방자치법 제11조는 "지방자치단체는 다음 각호에 해당하는 국가사무를 처리할 수 없다. 다만, 법률에 이와 다른 규정이 있는 경우에는 국가사무를 처리할 수 있다."라고 정하고 있는데, 그 제4호에서 국가하천을 '전국적 규모나 이와 비슷한 규모의 사무'로서

지방자치단체가 처리할 수 없는 국가사무의 예로 정하고 있다. 하천법은 국가하천의 하천관리청은 국토교통부장관이고(제8조 제1항), 하천공사와 하천의 유지·보수는 원칙적으로 하천관리청이 시행한다고 정하고 있다(제27조 제5항). 위와 같은 규정에 따르면, **국가하천에 관한 사무는 다른 법령에 특별한 정함이 없는 한 국가사무로 보아야 한다.** 지방자치단체가 비용 일부를 부담한다고 해서 국가사무의 성격이 자치사무로 바뀌는 것은 아니다.

- ㉔ (×) 지방자치법 제15조, 제9조에 의하면, 지방자치단체가 자치조례를 제정할 수 있는 사항은 지방자치단체의 고유사무인 자치사무와 개별법령에 의하여 지방자치단체에 위임된 단체위임사무에 한하는 것이고, 국가사무가 지방자치단체의 장에게 위임된 기관위임사무는 원칙적으로 자치조례의 제정범위에 속하지 않는다 할 것이고, 다만 기관위임사무에 있어서도 그에 관한 개별법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에는 위임받은 사항에 관하여 개별법령의 취지에 부합하는 범위 내에서 이른바 위임조례를 정할 수 있다(대판 2000.5.30. 99후85; 대판 2008.1.17. 2007다59295; 대판 2014.2.27. 2012후145).
- ㉕ (○) 지방자치법 157조 1항(현행 169조 1항)에서 정한 지방자치단체장의 명령·처분의 취소 요건인 '법령위반'에 '재량권의 일탈·남용'이 포함됨 : 지방자치법 157조 1항 전문 및 후문에 규정된 지방자치단체의 사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되는 경우란 명령·처분이 현저히 부당하여 공익을 해하는 경우, 즉 합목적성을 현저히 결하는 경우와 대비되는 개념으로, 시·군·구의 장의 사무의 집행이 명시적인 법령 규정을 구체적으로 위반한 경우뿐 아니라 그러한 사무의 집행이 재량권을 일탈·남용하여 위법하게 되는 경우를 포함하므로, 시·군·구의 장의 자치사무의 일종인 당해 지방자치단체 소속 공무원에 대한 승진처분이 재량권을 일탈·남용하여 위법하게 된 경우 시·도지사는 지방자치법 157조 1항 후문에 따라 그에 대한 시정명령이나 취소 또는 정지를 할 수 있다.(대판 2007.3.22. 2005후62).
- ㉖ (×) 지방자치법 제17조 제1항에서 정한 주민소송의 대상은 주민감사를 청구한 사항과 반드시 동일할 필요는 없음 : 주민감사청구가 '지방자치단체와 그 장의 권한에 속하는 사무의 처리'를 대상으로 하는 데 반하여, 주민소송은 '그 감사청구한 사항과 관련이 있는 위법한 행위나 업무를 게을리한 사실'에 대하여 제기할 수 있는 것이므로, 주민소송의 대상은 주민감사를 청구한 사항과 관련이 있는 것으로 충분하고, 주민감사를 청구한 사항과 반드시 동일할 필요는 없다. 주민감사를 청구한 사항과 관련성이 있는지는 주민감사청구사항의 기초인 사회적 사실관계와 기본적인 점에서 동일한지에 따라 결정되는 것이며 그로부터 파생되거나 후속하여 발생하는 행위나 사실은 주민감사청구사항과 관련이 있다고 보아야 한다.

답 ②

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

- ① 행정심판법에서는 당사자심판에 관한 규정은 두지 않고 있으며, 개별법에서 행정상 법률관계의 형성 또는 존부에 관하여 다툼이 있는 경우에 대해서 재정 등 분쟁해결절차를 두는 경우가 있다.
- ② 행정심판법에서는 의무이행심판제도를 두고 있지만, 행정소송법에서는 의무이행소송제도를 두고 있지 않다.
- ③ 행정소송법에서는 행정소송 제기기간을 법령보다 긴 기간으로 잘못 알린 경우에 대해 이를 구제할 수 있는 규정을 두고 있지 않으나 행정심판법의 준용을 통해 구제가 가능하다.
- ④ 행정심판법에서는 거부처분에 대한 이행명령재결에 따르지 않을 경우 직접 처분에 관한 규정을 두고 있으나, 행정소송법에서는 이에 관한 규정을 두지 않고 있다.
- ⑤ 행정심판법에서는 거부처분에 대한 취소심판에서 인용재결이 내려진 경우 재결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 해야 할 재처분의무에 관한 규정을 두고 있다.

해설

①② (○) • 행정심판과 행정소송의 종류

행정심판법 상 행정심판의 종류		행정소송법 상 행정소송의 종류	
항고 심판	① 취소심판(형성적 쟁송)	항고 소송	① 취소소송(형성적 쟁송, 처분의 위법성 일반이 소송물)
	② 무효등확인심판(준형성적 쟁송)		② 무효등확인소송(준항고소송, 처분 등의 효력유무·존재여부·실효가 소송물)
	③ 의무이행심판(이행쟁송, 적극적 변경 가능, 처분의 이행의무(작위의무)의 존재가 소송물) ★ 부작위위법확인심판은 인정되지 않음		③ 부작위위법확인소송(확인소송, 부작위의 위법성이 소송물) ★ 의무이행소송은 작위의무의 존재가 소송물로서 부작위의 적법성이 아님. • 소송종류 열거주의 • 행정소송법에 규정이 없는 소송(비법정·무명항고소송) : ① 의무이행소송, ② 예방적 부작위청구소송·취소처분 저지소송, ③ 작위의무확인소송, ④ 불법행위에 대한 위법확인소송,
기타 심판	행정심판법에는 당사자심판·민중심판·기관심판에 관한 규정이 없고 개별법 상에만 존재	기타 소송	행정소송법에는 당사자소송·민중소송·기관소송 규정 존재

- ③ (×) 행정심판법 상 불고지·오고지 규정은 행정소송법에는 적용되지 않는다.
  - 행정심판법 제27조(심판청구의 기간) ① 행정심판은 처분이 있음을 알게 된 날부터 90일 이내에 청구하여야 한다. ⑤ 행정청이 심판청구 기간을 제1항에 규정된 기간보다 긴 기간으로 잘못 알린 경우 그 잘못 알린 기간에 심판청구가 있으면 그 행정심판은 제1항에 규정된 기간에 청구된 것으로 본다. ⑥ 행정청이 심판청구 기간을 알리지 아니한 경우에는 제3항에 규정된 기간(처분이 있었던 날부터 180일)에 심판청구를 할 수 있다.
  - 이미 제소기간이 지남으로써 불가쟁력이 발생하여 불복청구를 할 수 없었던 경우라면 그 이후에 행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알렸다고 하더라도 그 때문에 처분 상대방이 적법한 제소기간 내에 취소소송을 제기할 수 있는 기회를 상실하게 된 것은 아니므로 이러한 경우에 잘못된 안내에 따라 청구된 행정심판 재결서 정본을 송달받은 날부터 다시 취소소송의 제소기간이 기산되는 것은 아니다. 불가쟁력이 발생하여 더 이상 불복청구를 할 수 없는 처분에 대하여 행정청의 잘못된 안내가 있었다고 하여 처분 상대방의 불복청구 권리가 새로이 생겨거나 부활한다고 볼 수는 없기 때문이다(대판 2012.9.27. 2011두27247).
- ④ (○) 행정심판법은 간접강제와 직접처분에 관한 규정이 있으나 행정소송법은 간접강제 규정만 존재할 뿐 직접처분에 관한 규정은 존재하지 않는다.
- ⑤ (○) 판결 또는 재결의 기속력과 관련하여 행정심판법과 행정소송법에 재처분의무를 모두 규정하고 있다.
  - 행정심판법 제49조(재결의 기속력 등) ② 재결에 의하여 취소되거나 무효 또는 부존재로 확인되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 한 행정청은 재결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다.
  - 행정소송법 제30조(취소판결등의 기속력) ② 판결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다.

답 ③

14 행정권한의 위임과 대리에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정권한의 위임은 개별 법률에 근거가 있는 경우뿐만 아니라 정부조직법 등 일반법적 근거가 있는 경우에도 허용된다.
- ② 수입사무의 처리에 관하여 위임기관은 수입기관에 대하여 사전승인을 받거나 협의를 할 것을 요구할 수 있다.
- ③ 행정권한을 내부위임 받은 행정청은 위임행정청의 이름으로 권한을 행사하여야 하며 자신의 이름으로 한 처분은 위법한 것이 된다.
- ④ 행정권한을 내부위임 받은 하급행정청이 자신의 명의로 처분을 한 경우, 그에 대한 항고소송의 피고는 수입기관인 하급행정청이 된다.
- ⑤ 행정권한을 대리하는 대리기관이 대리관계를 표시하고 피대리행정청을 대리하여 처분을 한 경우, 그에 대한 항고소송의 피고는 피대리행정청이 된다.

해설

- ① (○) 행정권한의 위임은 법령으로 규정된 권한의 법적 귀속을 변경하는 것으로 법률이 허용하는 경우에만 인정되며 개별 법률뿐 아니라 일반법적 근거가 있는 경우에도 허용된다. 일반법적 근거로는 정부조직법 제6조와 이에 근거한 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제4조, 지방자치법 제102·104조, 「지방교육자치에 관한 법률」 제26조 등을 들 수 있다.
- ② (×) 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제7조(사전승인 등의 제한) 수입 및 수탁사무의 처리에 관하여 위임 및 위탁기관은 수입 및 수탁기관에 대하여 사전승인을 받거나 협의를 할 것을 요구할 수 없다.
- ③ (○) 내부위임 받은 수입자의 명의로 권한행사가 이루어진 경우 무권한자의 행위로 위법 무효이다.
  - 행정권한의 위임은 행정관청이 법률에 따라 특정 권한을 다른 행정관청에 이전하여 수입관청의 권한으로 행사하도록 하는 것이어서 권한의 법적인 귀속을 변경하지만, 행정권한의 내부위임은 행정관청의 내부적인 사무처리의 편의를 도모하기 위하여 그의 보조기관 또는 하급행정관청에게 그의 권한을 사실상 행하도록 하는 데 그치는 것이므로, 권한위임의 경우 수입관청이 자기의 이름으로 그 권한을 행사할 수 있지만, **내부위임의 경우 수입관청은 위임관청의 이름으로만 그 권한을 행사할 수 있을 뿐 자기 이름으로는 그 권한을 행사할 수 없다**(대판 1989.9.12. 89누671).
  - 채납취득세에 대한 압류처분권한은 도시사로부터 시장에게 권한위임된 것이고 시장으로부터 압류처분권한을 내부위임 받은 데 불과한 구성장으로서 시장 명의로 압류처분을 대행처리할 수 있을 뿐이고 자신의 명의로 이를 할 수 없다 할 것이므로 구청장이 자신의 명의로 한 압류처분은 권한 없는 자에 의하여 행하여진 위법무효의 처분이다.(대판 1993.5.27. 93누6621)
- ④ (○) 내부위임의 경우
  - ┌ 위임청의 이름으로 처분시 그에 대한 항고소송 피고는 위임청
  - └ 수입청의 이름으로 처분시 그에 대한 항고소송 피고는 수입청
  - 항고소송은 원칙적으로 소송의 대상인 행정처분 등을 외부적으로 그의 명의로 행한 행정청을 피고로 해야 하는 것으로서, 그 행정처분을 하게 된 연유가 상급행정청이나 타 행정청의 지시나 통보에 의한 것이라 하여 다르지 않으며, 권한의 위임이나 위탁을 받아 수입행정청이 정당한 권한에 기하여 수입행정청 명의로 한 처분에 대하여는 말할 것도 없고, **내부위임이나 대리권을 수여 받은 데 불과하여 원행정청 명이나 대리관계를 밝히지 않고는 그의 명의로 처분 등을 할 권한이 없는 행정청이 권한 없이 그의 명의로 한 처분에 대하여도 처분명의로인 행정청이 피고가 되어야 한다**(대판 1994.6.14. 94누1197).
- ⑤ (○) 행정권한을 대리하는 대리기관이
  - ┌ 대리관계를 표시하고 피대리행정청을 대리하여 처분시 피고는 피대리행정청
  - └ 대리관계를 표시않고 대리기관 명의로 처분시 피고는 대리기관
  - **대리권을 수여받은 데 불과하여 그 자신의 명의로는 행정처분을 할 권한이 없는 행정청의 경우 대리관계를 밝힘이 없이 그 자신의 명의로 행정처분을 하였다면 그에 대하여는 처분명의로인 당해 행정청이 항고소송의 피고가 되어야 하는 것이 원칙이지만, 비록 대리관계를 명시적으로 밝히지는 아니하였다 하더라도 처분명의로가 피대리 행정청 산하의 행정기관으로서 실제로 피대리 행정청으로부터 대리권을 수여받아 피대리 행정청을 대리한다는 의사로 행정처분을 하였고 처분명의로는 물론 그 상대방도 그 행정처분이 피대리 행정청을 대리하여 한 것임을 알고서 이를 받아들인 예외적인 경우에는 피대리 행정청이 피고가 되어야 한다**(대판 2006.2.23. 2005부4).

답 ②

15 항고소송의 판결에 대한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 취소소송에서 법원은 사실심변론 종결 당시에 존재하는 사실 및 법률상태를 기준으로 처분의 위법 여부를 판단하여야 한다.
- ② 행정소송법 제4조 제1호에서 취소소송을 행정청의 위법한 처분 등을 취소 또는 변경하는 소송으로 정의하고 있는데, 여기에서 '변경'은 소극적 변경뿐만 아니라 적극적 변경까지 포함하는 의미로 본다.
- ③ 처분의 취소소송에서 청구를 기각하는 확정판결의 기판력은 다시 그 처분에 대해 무효확인을 구하는 소송에 대해서는 미치지 않는다.
- ④ 소청심사결정의 취소를 구하는 소송에서 소청심사단계에서 이미 주장된 사유만을 행정소송에서 판단대상으로 삼을 것은 아니고 소청심사결정 후에 생긴 사유가 아닌 이상 소청심사단계에서 주장하지 않은 사유도 행정소송에서 주장하는 것이 가능하다.
- ⑤ 거부처분의 무효확인판결에 따른 재처분의무를 이행하지 않는 경우에는 법원은 간접강제결정을 할 수 있다.

해설

- ① (x) 행정처분의 위법 여부를 판단하는 기준 시점이 처분이라는 의미 : 항고소송에 있어서 행정처분의 위법 여부를 판단하는 기준 시점에 대하여 판결시가 아니라 처분이라고 하는 의미는 행정처분이 있을 때의 법령과 사실상태를 기준으로 하여 위법 여부를 판단할 것이며 처분 후 법령의 개편이나 사실상태의 변동에 영향을 받지 않는다는 뜻이고 처분 당시 존재하였던 자료나 행정청에 제출되었던 자료만으로 위법 여부를 판단한다는 의미는 아니므로, 처분 당시의 사실상태 등에 대한 입증은 사실심 변론종결 당시까지 할 수 있고, 법원은 행정처분 당시 행정청이 알고 있었던 자료뿐만 아니라 사실심 변론종결 당시까지 제출된 모든 자료를 종합하여 처분 당시 존재하였던 객관적 사실을 확정하고 그 사실에 기초하여 처분의 위법 여부를 판단할 수 있다(대판 1993.5.27. 92누19033)
- ② (x) 행정심판의 경우 행정청의 위법 또는 부당한 처분을 취소하거나 변경하는 취소심판(행정심판법 제5조 제1호)에서, "변경"은 소극적 변경뿐 아니라 적극적 변경(예 면허취소처분을 면허정지처분으로 변경)도 포함된다. 반면, 행정소송의 경우 권력분립원칙상 취소소송에서는 처분을 취소하는 소극적 변경만 가능하다.
- ③ (x)
  - ㄱ 취소청구 기각판결의 기판력(처분이 적법함에 대한 기판력)은 무효확인소송에도 미치므로 다시 무효확인소송 제기 불가.
  - ㄴ 무효확인소송에서 기각판결 확정시 처분이 무효가 아니고 유효라는 점만 기판력이 미치므로 당해 처분에 대한 취소소송 다시 제기 가능.

• **과세처분 취소소송에서 청구가 기각된 확정판결의 기판력은 그 과세처분 무효확인소송에도 미침** : 과세처분의 취소소송은 과세처분의 실제적, 절차적 위법을 그 취소원인으로 하는 것으로서 그 심리의 대상은 과세관청의 과세처분에 의하여 인정된 조세채무인 과세표준 및 세액의 객관적 존부, 즉 당해 과세처분의 적부가 심리의 대상이 되는 것이며, 과세처분 취소청구를 기각하는 판결이 확정되면 그 처분이 적법하다는 점에 관하여 기판력이 생기고 그 후 원고가 이를 무효라 하여 무효확인을 소구할 수 없는 것이어서 **과세처분의 취소소송에서 청구가 기각된 확정판결의 기판력은 그 과세처분의 무효확인을 구하는 소송에도 미친다**(대판 1998.7.24. 98타10854).

- ④ (o) **전심절차에서 주장하지 않은 공격방어방법을 행정소송절차에서 주장 가능** : 행정소송이 전심절차를 거쳤는지 여부를 판단함에 있어서 전심절차에서의 주장과 행정소송에서의 주장이 전혀 별개의 것이 아닌 한 그 주장이 반드시 일치하여야 하는 것은 아니고, 당사자는 전심절차에서 미처 주장하지 아니한 사유를 공격방어방법으로 제출할 수 있다(대판 1999.11.26. 99두9407).

• 행정심판과 행정소송의 관련성

인적 관련성	행정심판전치의 취지는 해당 처분에 대해 행정청에 의한 재심사를 구하는 것이므로 특정 처분에 대해 행정심판이 제기되어 재결이 있었으면 전치요건을 충족했다고 볼 수 있으므로, <b>행정심판의 청구인과 행정소송의 원고가 동일인일 필요는 없음.</b> ㉠ 행정소송 원고가 행정심판 청구인과 동일 지위에 있거나 지위를 승계한 경우 원고 자신이 행정심판을 안 거친 경우에도 행정소송은 적법. ㉡ 동일한 행정처분에 의하여 공동의 법률적 이해관계를 갖는 공동권리자의 1인이 이미 적법한 행정심판을 거친 경우 다른 공동권리자는 행정심판을 경유함이 없이 행정소송 제기 가능 ㉢ '동종사건에 관해 이미 행정심판 기각재결이 있을 때'에는 누구든 행정심판을 거치지 않고 행정소송 가능(행정소송법 제18조 3항 1호)
사물적 관련성	행정심판 대상인 행정처분과 행정소송 대상인 행정처분은 원칙적으로 동일한 것(단, 청구원인이 반드시 일치할 필요는 없음) 단, 서로 내용상 관련되는 처분 또는 동일한 목적을 위해 단계적으로 진행되는 처분 중 어느 하나가 이미 행정심판의 재결을 거친 때에는 행정심판을 제기하지 않고 취소소송 제기 가능(행정소송법 제18조 3항 2호)
주장사유	양자의 주장이 전혀 별개의 것이 아닌 한 반드시 일치하는 것은 아니므로, <b>행정심판에서 주장하지 않은 위법사항도 행정소송에서 주장 가능</b>

- ⑤ (x) 취소소송 판결의 간접강제 규정(§34)은 무효확인소송에 준용되지 않는다.
  - **행정소송법 제34조 소정의 간접강제의 대상은 거부처분 취소판결이며, 거부처분에 대한 무효확인 판결은 간접강제의 대상이 되지 않음** : 행정소송법 제34조는 취소판결의 간접강제에 관하여 규정하면서 제1항에서 행정청이 같은 법 제30조 제2항의 규정에 의한 처분을 하지 아니한 때에 간접강제를 할 수 있도록 규정하고 있고, 같은 법 제30조 제2항은 "판결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다."라고 규정함으로써 취소판결에 따라 취소된 행정처분이 거부처분인 경우에 행정청에 다시 처분을 할 의무가 있음을 명시하고 있으므로, 결국 같은 법상 간접강제가 허용되는 것은 취소판결에 의하여 취소된 행정처분이 거부처분인 경우라야 할 것이다. 행정소송법 제38조 제1항이 무효확인판결에 관하여 취소판결에 관한 규정을 준용함에 있어서 같은 법 제30조 제2항을 준용한다고 규정하면서도 같은 법 제34조는 이를 준용한다는 규정을 두지 않고 있으므로, 행정처분에 대하여 무효확인 판결이 내려진 경우에는 그 행정처분이 거부처분인 경우에도 행정청에 판결의 취지에 따른 재처분의무가 인정될 뿐 그에 대하여 간접강제까지 허용되는 것은 아니라고 할 것이다.

답 ④

16 항고소송의 처분 등에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 어떠한 처분에 법령상 근거가 있는지, 행정절차법 에서 정한 처분절차를 준수하였는지는 본안에서 당해 처분이 적법한가를 판단하는 단계에서 고려할 요소이지, 소송요건 심사단계에서 고려할 요소가 아니다.
- ② 방위사업법령 및 '국방전력발전업무훈령'에 따른 연구개발확인서 발급은 사업관리기관이 개발업체에게 해당 품목의 양산과 관련하여 수의계약의 방식으로 국방조달계약을 체결할 수 있는 지위가 있음을 인정해 주는 확인적 행정행위로서 처분에 해당한다.
- ③ 근로복지공단 이 사업주에 대하여 하는 개별 사업장의 사업종류변경결정은 사업종류 결정의 주체, 내용과 결정기준을 고려할 때 확인적 행정행위로서 처분에 해당한다.
- ④ 甲 시장이 감사원으로부터 감사원법 에 따라 乙에 대하여 징계의 종류를 정직으로 정한 징계 요구를 받게 되자 감사원에 징계 요구에 대한 재심의를 청구하였는데 감사원이 재심의청구를 기각한 사안에서, 감사원의 징계 요구와 재심의청구 기각결정은 항고소송의 대상이 되는 행정처분이다.
- ⑤ 교육공무원법 상 승진후보자 명부에 의한 승진심사 방식으로 행해지는 승진임용에서 승진후보자 명부에 포함되어 있던 후보자를 승진임용인사발령에서 제외하는 행위는 불이익처분으로서 항고소송의 대상인 처분에 해당한다.

해설

- ① (○) 어떠한 처분에 법령상 근거가 있는지, 행정절차법에서 정한 처분절차를 준수하였는지는 본안에서 당해 처분이 적법한가를 판단하는 단계에서 고려할 요소이지, 소송요건 심사단계에서 고려할 요소가 아니다(대판 2020.1.16. 2019다264700).
- ② (○) **국방전력발전업무훈령에 따른 연구개발확인서 발급 및 그 거부의 법적 성질은 행정처분** : 국방전력발전업무훈령 제113조의5 제1항에 의한 연구개발확인서 발급은 개발업체가 '업체투자연구개발' 방식 또는 '정부·업체공동투자연구개발' 방식으로 전력지원체계 연구개발사업을 성공적으로 수행하여 군사용 적합판정을 받고 국방규격이 제·개정된 경우에 사업관리기관이 개발업체에게 해당 품목의 양산과 관련하여 경쟁입찰에 부치지 않고 수의계약의 방식으로 국방조달계약을 체결할 수 있는 자위(경쟁입찰의 예외사유)가 있음을 인정해 주는 '확정적 행정행위'로서 공권력의 행사인 '처분'에 해당하고, 연구개발확인서 발급 거부는 신청에 따른 처분 발급을 거부하는 '거부처분'에 해당한다(대판 2020.1.16. 2019다264700).
- ③ (○) **근로복지공단이 사업주에 대하여 하는 '개별 사업장의 사업종류 변경결정'은 '처분'에 해당함** : 항고소송의 대상인 처분에 관한 법리에 비추어 고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률(이하 '고용산재보험료징수법'이라 한다) 제11조 제1항, 제12조 제1항, 제13조 제5항, 제14조 제3항, 제16조의2, 제16조의6 제1항, 제16조의9 제2항, 제3항, 제19조의2, 고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률 시행령 제9조 제3호, 고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률 시행규칙 제12조 및 근로복지공단이 고용산재보험료징수법령 등에서 위임된 사항과 그 시행을 위하여 필요한 사항을 규정할 목적으로 제정한 '적용 및 부과업무 처리 규정' 등 관련 규정들의 내용과 체계 등을 살펴보면, 근로복지공단이 사업주에 대하여 하는 '개별 사업장의 사업종류 변경결정'은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사인 '처분'에 해당한다(대판 2020.4.9. 2019두61137).
- ④ (×) **감사원의 징계요구와 그에 대한 재심의결정은 항고소송 대상인 행정처분이 아님** : 갑 시장이 감사원으로부터 감사원법 제32조에 따라 을에 대하여 징계의 종류를 정적으로 정한 징계 요구를 받게 되자 감사원법 제36조 제2항에 따라 감사원에 징계 요구에 대한 재심을 청구하였고, 감사원이 재심의청구를 기각하자 을이 감사원의 징계 요구와 그에 대한 재심의결정의 취소를 구하고 갑 시장이 감사원의 재심의결정 취소를 구하는 소를 제기한 사안에서, 징계 요구는 징계 요구를 받은 기관의 장이 요구받은 내용대로 처분하지 않더라도 불이익을 받는 규정도 없고, 징계 요구 내용대로 효과가 발생하는 것도 아니며, 징계 요구에 의하여 행정청이 일정한 행정처분을 하였을 때 비로소 이해관계인의 권리관계에 영향을 미칠 뿐, **징계 요구 자체만으로는 징계 요구 대상 공무원의 권리·의무에 직접적인 변동을 초래하지도 아니하므로, 행정청 사이의 내부적인 의사결정의 경로로서 '징계 요구, 징계 절차 회부, 징계'로 이어지는 과정에서의 중간처분에 불과하여, 감사원의 징계 요구와 재심의결정이 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없고, 감사원법 제40조 제2항을 갑 시장에게 감사원을 상대로 한 기관소송을 허용하는 규정으로 볼 수는 없고 그 밖에 행정소송법을 비롯한 어떠한 법률에도 갑 시장에게 '감사원의 재심의 판결'에 대하여 기관소송을 허용하는 규정을 두고 있지 않으므로, 갑 시장이 제기한 소송이 기관소송으로서 감사원법 제40조 제2항에 따라 허용된다고 볼 수 없다고 한 사례(대판 2016.12.27. 2014두5637).**  
**[비교판례]** 감사원의 변상판정처분(원처분)에 대하여서는 행정소송을 제기할 수 없고, 재결에 해당하는 (변상판정에 대한) 재심의 판정에 대하여서만 감사원을 피고로 하여 행정소송을 제기할 수 있다(대판 1984.4.10. 84누91)
- ⑤ (○) **교육공무원법상 승진후보자 명부에 의한 승진심사 방식으로 행해지는 승진임용에서 승진후보자 명부에 포함되어 있던 후보자를 승진임용인사발령에서 제외하는 행위(교장임용거부처분)는 항고소송의 대상인 처분에 해당** : 교육공무원법 제29조의2 제1항, 제13조, 제14조 제1항, 제2항, 교육공무원 승진규정 제1조, 제2조 제1항 제1호, 제40조 제1항, 교육공무원임용령 제14조 제1항, 제16조 제1항에 따르면 임용권자는 3배수의 범위 안에 들어간 후보자들을 대상으로 승진임용 여부를 심사하여야 하고, 이에 따라 승진후보자 명부에 포함된 후보자는 임용권자로부터 정당한 심사를 받게 될 것에 관한 절차적 기대를 하게 된다. 그런데 임용권자 등이 자의적인 이유로 승진후보자 명부에 포함된 후보자를 승진임용에서 제외하는 처분을 한 경우에, 이러한 승진임용제외처분을 항고소송의 대상이 되는 처분으로 보지 않는다면, 달리 이에 대하여는 불복하여 침해된 권리 또는 법률상 이익을 구제받을 방법이 없다. 따라서 교육공무원법상 승진후보자 명부에 의한 승진심사 방식으로 행해지는 승진임용에서 승진후보자 명부에 포함되어 있던 후보자를 승진임용인사발령에서 제외하는 행위는 불이익처분으로서 항고소송의 대상인 처분에 해당한다고 보아야 한다(대판 2018.3.27. 2015두47492)  
**[비교 판례]** 임용권자가 특정인을 경찰공무원시험승진후보자명부에서 삭제한 행위는 행정처분이 아님 : 경찰공무원법령에 의하면 승진시험에 합격한 자는 시험승진후보자명부에 등재하여 그 등재순위에 따라 승진하도록 되어 있으며, 시험승진후보자명부에 등재된 자가 승진임용되기 전에 감봉 이상의 징계처분을 받은 경우에는 임용권자 또는 임용제청권자가 위 징계처분을 받은 자를 시험승진후보자명부에서 삭제하도록 되어 있는바, 이처럼 시험승진후보자명부에 등재되어 있던 자가 그 명부에서 삭제됨으로써 승진임용의 대상에서 제외되었다 하더라도, 그와 같은 시험승진후보자명부에서의 삭제행위는 결국 그 명부에 등재된 자에 대한 승진 여부를 결정하기 위한 행정청 내부의 준비과정에 불과하고, 그 자체가 어떠한 권리나 의무를 설정하거나 법률상 이익에 직접적인 변동을 초래하는 별도의 행정처분이 된다고 할 수 없다(대판 1997.11.14. 97누7325).

답 ④

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

- ① 개인정보처리자가 주민등록번호를 처리하기 위해서는 정보주체에게 다른 개인정보의 처리에 대한 동의와 별도로 동의를 받아야 한다.
- ② 가명처리란 개인정보의 일부를 삭제하거나 일부 또는 전부를 대체하는 등의 방법으로 추가 정보가 없이는 특정 개인을 알아볼 수 없도록 처리하는 것을 말한다.
- ③ 개인정보처리자는 당초 수집 목적과 합리적으로 관련된 범위에서 정보주체에게 불이익이 발생하는지 여부, 암호화 등 안전성 확보에 필요한 조치를 하였는지 여부 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 정보주체의 동의 없이 개인정보를 제공할 수 있다.
- ④ 개인정보처리자는 개인정보처리자의 정당한 이익을 달성하기 위하여 필요한 경우로서 명백하게 정보주체의 권리보다 우선하는 경우에는 개인정보처리자의 정당한 이익과 상당한 관련이 있고 합리적인 범위를 초과하지 않는다면 정보주체의 동의가 없더라도 개인정보를 수집할 수 있다.
- ⑤ 살아 있는 개인에 관한 정보로서 해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 정보는 개인정보에 해당한다.

해설

① (×) 주민등록번호는 고유식별정보이며, 개인정보처리자는 개인정보처리에 대한 동의와 별도로 동의를 받으면 고유식별정보를 처리할 수 있지만 주민등록번호의 경우는 별도로 동의만으로 처리할 수 없고 일정한 경우에 한하여 처리할 수 있도록 제한을 두고 있다.

• 제24조(고유식별정보의 처리 제한) ① 개인정보처리자는 다음 각 호의 경우를 제외하고는 법령에 따라 개인을 고유하게 구별하기 위하여 부여된 식별정보로서 대통령령으로 정하는 정보(고유식별정보)를 처리할 수 없다.

1. 정보주체에게 제15조제2항 각 호 또는 제17조제2항 각 호의 사항을 알리고 다른 개인정보의 처리에 대한 동의와 별도로 동의를 받은 경우
2. 법령에서 구체적으로 고유식별정보의 처리를 요구하거나 허용하는 경우

• 개인정보보호법시행령 제19조(고유식별정보의 범위) 법 제24조 제1항 각 호 외의 부분에서 "대통령령으로 정하는 정보"란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보를 말한다. 다만, 공공기관이 법 제18조제2항제5호부터 제9호까지의 규정에 따라 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보를 처리하는 경우의 해당 정보는 제외한다.

1. 「주민등록법」 제7조의제1항에 따른 주민등록번호
2. 「여권법」 제7조제1항제1호에 따른 여권번호
3. 「도로교통법」 제80조에 따른 운전면허의 면허번호
4. 「출입국관리법」 제31조제5항에 따른 외국인등록번호

• 제24조의2(주민등록번호 처리의 제한) ① 제24조 제1항에도 불구하고 개인정보처리자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 주민등록번호를 처리할 수 없다.

1. 법률·대통령령·국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙 및 감사원규칙에서 구체적으로 주민등록번호의 처리를 요구하거나 허용한 경우
2. 정보주체 또는 제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익을 위하여 명백히 필요하다고 인정되는 경우
3. 제1호 및 제2호에 준하여 주민등록번호 처리가 불가피한 경우로서 개인정보보호위원회가 고시로 정하는 경우

- ② (○) 제2조 1의2호(신설 2020. 2. 4.)
- ③ (○) 제15조 제3항(신설 2020. 2. 4.)
- ④ (○)

제15조(개인정보의 수집·이용) ① 개인정보처리자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 개인정보를 수집할 수 있으며 그 수집 목적의 범위에서 이용할 수 있다.

1. 정보주체의 동의를 받은 경우
2. 법률에 특별한 규정이 있거나 법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우
3. 공공기관이 법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우
4. 정보주체와의 계약의 체결 및 이행을 위하여 불가피하게 필요한 경우
5. 정보주체 또는 그 법정대리인이 의사표시를 할 수 없는 상태에 있거나 주소불명 등으로 사전 동의를 받을 수 없는 경우로서 명백히 정보주체 또는 제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 경우
6. 개인정보처리자의 정당한 이익을 달성하기 위하여 필요한 경우로서 명백하게 정보주체의 권리보다 우선하는 경우. 이 경우 개인정보처리자의 정당한 이익과 상당한 관련이 있고 합리적인 범위를 초과하지 아니하는 경우에 한한다.

⑤ (○) 제2조(정의) 1. "개인정보"란 살아 있는 개인에 관한 정보로서 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함한다)를 말한다.

답 ①

18 행정작용의 성질에 대한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 지방자치단체의 장이 공유재산 및 물품 관리법 에 근거하여 기부채납 및 사용·수익 허가 방식으로 민간투자사업을 추진하는 과정에서 이미 선정된 우선협상대상자를 그 지위에서 배제하는 행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.
- ② 지방자치단체가 일반재산인 부동산을 무상으로 기부자에게 사용을 허용하는 행위는 사경제주체로서 상대방과 대등한 입장에서 하는 사법상 행위이지만 기부자가 그 부동산을 일정기간 무상사용한 후에 한 사용허가기간 연장신청을 지방자치단체가 거부한 경우, 당해 거부행위는 단순한 사법상의 행위가 아니라 행정처분에 해당한다.
- ③ 전문직공무원인 공중보건의사의 채용계약 해지의 경우 관할 도지사의 일방적인 의사표시에 의하여 그 신분을 박탈하는 불이익 처분이므로 당해 채용계약은 공법상 계약이 아니라 항고소송의 대상이 되는 처분의 성질을 가진다.
- ④ 과학기술기본법 및 하위 법령상 사업 협약의 해지 통보는 단순히 대등 당사자의 지위에서 형성된 공법상 계약을 계약당사자의 지위에서 종료시키는 의사표시에 불과하다.
- ⑤ 계약직공무원 채용계약해지의 의사표시는 일정한 사유가 있을 때에 국가 또는 지방자치단체가 채용계약 관계의 한쪽 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시로 볼 수 없으므로, 행정절차법에 의하여 근거와 이유를 제시하여야 한다.

해설

① (○) 지방자치단체장이 기부채납 및 사용·수익허가 방식의 민간투자사업 추진 과정에서 사업시행자 지정 전 단계에서 공모제안을 받아 일정 심사를 거쳐 우선협상대상자 선정행위 및 선정된 우선협상대상자를 그 지위에서 배제하는 행위는 항고소송 대상인 행정처분임 : 공유재산 및 물품관리법(이하 '공유재산법'이라 한다) 제2조 제1호, 제7조 제1항, 제20조 제1항, 제2항 제2호의 내용과 체계에 관련 법리를 종합하면, 지방자치단체의 장이 공유재산법에 근거하여 기부채납 및 사용·수익허가 방식으로 민간투자사업을 추진하는 과정에서 사업시행자를 지정하기 위한 전 단계에서 공모제안을 받아 일정한 심사를 거쳐 우선협상대상자를 선정하는 행위와 이미 선정된 우선협상대상자를 그 지위에서 배제하는 행위는 민간투자사업의 세부내용에 관한 협상을 거쳐 공유재산법에 따른 공유재산의 사용·수익허가를 우선적으로 부여받을 수 있는 지위를 설정하거나 또는 이미 설정한 지위를 박탈하는 조치이므로

모두 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 보아야 한다(대판 2020.4.29. 2017두31064).

- ② (×) 지방자치단체가 구 지방재정법시행령(1988.5.7. 대통령령 제12445호로 전면 개정되기 전의 것) 제71조(현행 지방재정법시행령 제83조)의 규정에 따라 기부채납받은 공유재산을 무상으로 기부자에게 사용을 허용하는 행위는 사경제주체로서 상대방과 대등한 입장에서 하는 사법상 행위이지 행정청이 공권력의 주체로서 행하는 공법상 행위라고 할 수 없으므로, 기부자가 기부채납한 부동산을 일정기간 무상사용한 후에 한 사용허가기간 연장신청을 거부한 행정청의 행위도 단순한 사법상의 행위일 뿐 행정처분 기타 공법상 법률관계에 있어서의 행위는 아니다(대판 1994.1.25. 93누7365).

㉠ 사인이 공공시설 건설 후 국가에 기부채납 ⇨ 공물 지정 ⇨ 기부자에 대한 일정기간 무상 사용 허가는 행정처분(특허에 의한 공물사용권 부여)  
 ㉡ 기부채납받은 행정재산에 대한 사용·수익 허가 : 행정처분(특허)  
 ㉢ 기부채납받은 공유재산을 무상으로 기부자에게 사용을 허용하는 행위 및 그 사용기간 연장 신청의 거부행위 : 사법상 행위

- ③ (×) 실정법이 전문직공무원인 공중보건의사의 채용계약 해지의 의사표시는 일반공무원에 대한 징계처분과는 달라서 항고소송의 대상이 되는 처분등의 성격을 가진 것으로 인정되지 않고, 일정한 사유가 있을 때에 관할 도지사가 채용계약 관계의 한쪽 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시로 취급하고 있는 것으로 이해되므로, 공중보건의사 채용계약 해지의 의사표시에 대하여는 대등한 당사자간의 소송형식인 공법상의 당사자소송으로 그 의사표시의 무효확인을 청구할 수 있는 것이지, 이를 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라는 전제 하에서 그 취소를 구하는 항고소송을 제기할 수는 없다(대판 1996.5.31. 95누10617).
- ④ (×) 한국연구재단의 사업협약해지 통보 ⇨ 행정처분 : 학술진흥법 등과 과학기술기본법령의 해석상 국가가 두뇌한국(BK)21 사업의 주관연구기관인 대학에 연구개발비를 출연하는 것은, '연구 중심 대학'의 육성은 물론 그와 별도로 대학에 소속된 연구인력의 역량 강화에도 그 목적이 있다고 보이는 점, 기본적으로 국가연구개발사업에 대한 연구개발비의 지원은 대학에 소속된 일정한 연구단위(이하 '연구팀'이라고 한다)별로 신청한 연구개발과제에 대한 것이지, 그 소속 대학을 기준으로 한 것은 아닌 점, 대학은 학술진흥법 등에 정한 연구개발비의 공식적 지원 대상이자 그 관리·집행의 대외적 주체로서 협약 당사자로 되어 있을 뿐, 협약으로 인한 실질적 이해관계는 해당 연구개발과제의 수행주체인 연구팀에 귀속된다고 볼 수 있는 점, 나아가 과학기술기본법령상 사업 협약의 해지 통보는 단순히 대등 당사자의 지위에서 형성된 공법상 계약을 계약당사자의 지위에서 종료시키는 의사표시에 불과한 것이 아니라 행정청이 우월적 지위에서 연구개발비의 회수 및 관련자에 대한 국가연구개발사업 참여제한 등의 법률상 효과를 발생시키는 행정처분에 해당하므로, 이로 인하여 자신의 법률상 지위에 영향을 받는 연구자 등은 적어도 그 이해관계를 대변하는 연구팀장을 통해서 협약 해지 통보의 효력을 다룰 개별적·직접적·구체적 이해관계가 있다고 보이는 점 등 제반 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 사업의 연구팀장인 원고는 이 사건 사업에 관한 협약의 해지 통보의 효력을 다룰 법률상 이익이 있다(대판 2014.12.11. 2012두28704).
- ⑤ (×) 계약직공무원에 관한 현행 법령의 규정에 비추어 볼 때, 계약직공무원 채용계약해지의 의사표시는 일반공무원에 대한 징계처분과는 달라서 항고소송의 대상이 되는 처분 등의 성격을 가진 것으로 인정되지 아니하고, 일정한 사유가 있을 때에 국가 또는 지방자치단체가 채용계약 관계의 한쪽 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시로 취급되는 것으로 이해되므로, 이를 징계하고 등에서와 같이 그 징계사유에 한하여 효력 유무를 판단하여야 하거나, 행정처분과 같이 행정절차법에 의하여 근거와 이유를 제시하여야 하는 것은 아니다(대판 2002.11.26. 2002두5948).

답 ①

19 행정입법에 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 행정청 내부의 사무처리 기준 등을 정한 것으로서 행정조직 내에서 적용되는 행정명령의 성격을 지닐 뿐 국민에 대한 대외적 구속력은 없다.
- ② 중앙행정기관의 장은 법률에서 위임한 사항이나 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항을 규정한 훈령이나 예규가 폐지되었을 때에는 10일 이내에 이를 국회 소관 상임위원회에 제출하여야 한다.
- ③ 고시가 위법하게 제정된 경우라도 고시의 제정행위는 일반·추상적인 규범의 정립행위이므로 국가배상책임의 대상이 되는 직무행위에 해당한다고 볼 수 없다.
- ④ 시행령의 규정을 위헌 또는 위법하여 무효라고 선언한 대법원의 판결이 선고되지 아니한 상태에서는, 그 시행령 규정의 위헌 내지 위법 여부가 해석상 다툼의 여지가 없을 정도로 명백하였다고 인정되지 아니하는 이상 그 시행령에 근거한 행정처분의 하자는 취소사유에 해당할 뿐 무효사유가 되지 아니한다.
- ⑤ 행정입법부작위가 위헌 또는 위법이라고 하기 위해서는 행정청에게 행정입법을 하여야 할 작위의무를 진제로 하는 것이므로, 만일 하위 행정입법의 제정 없이 상위 법령의 규정만으로도 집행이 이루어질 수 있는 경우라면 행정청에게 하위 행정입법을 제정 하여야 할 작위의무가 인정되지 않는다.

해설

- ① (○) 법령에서 행정처분의 요건 중 일부 사항을 부령으로 정할 것을 위임한 데 따라 시행 규칙 등 부령에서 이를 정한 경우에 그 부령의 규정은 국민에 대해서도 구속력이 있는 법규 명령에 해당한다고 할 것이지만, 법령의 위임이 없음에도 법령에 규정된 처분 요건에 해당 하는 사항을 부령에서 변경하여 규정한 경우에는 그 부령의 규정은 행정청 내부의 사무처리 기준 등을 정한 것으로서 행정조직 내에서 적용되는 행정명령의 성격을 지닐 뿐 국민에 대한 대외적 구속력은 없다고 보아야 한다(대판 2013.9.12. 2011누10584).
- ② (○) 국회법 제98조의2(대통령령등의 제출등) ① 중앙행정기관의 장은 법률에서 위임한 사항이나 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항을 규정한 대통령령·총리령·부령·훈령·예규·고시 등이 제정·개정 또는 폐지된 때에는 10일 이내에 이를 국회 소관상임위원회에 제출해야 한다. 다만, 대통령령의 경우에는 입법예고를 하는 때(입법예고를 생략하는 경우에는 법제처장에게 심사를 요청하는 때를 말한다)에도 그 입법예고안을 10일 이내에 제출해야 한다.
- ③ (×) 고시는 행정기관이 법령이 정하는 바에 따라 일정 사항을 불특정 다수의 일반인에게 알리는 행위로서 그 법적 성질은 다양하다. 어떠한 고시가 일반적·추상적 성격을 가질 때에는 법규명령 또는 행정규칙에 해당할 것이지만, 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리·의무나 법률관계를 규율하는 성격을 가질 때에는 행정처분에 해당한다(대판 2006.9.22. 2005두2506 참고). 따라서 처분적 법규의 성격을 지닌 고시가 위법하게 제정되어 그 자체로서 국민에게 직접 손해를 발생시킨 경우 국가배상책임의 대상이 되는 직무행위에 해당된다.
- ④ (○) 하자 있는 행정처분이 당연무효로 되려면 그 하자가 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것이어야 할 뿐 아니라 객관적으로 명백한 것이어야

하고, 행정청이 위헌이거나 위법하여 무효인 시행령을 적용하여 한 행정처분이 당연무효로 되려면 그 규정이 행정처분의 중요한 부분에 관한 것이어서 결과적으로 그에 따른 행정처분의 중요한 부분에 하자가 있는 것으로 귀착되고, 또한 그 규정의 위헌성 또는 위법성이 객관적으로 명백하여 그에 따른 행정처분의 하자가 객관적으로 명백한 것으로 귀착되어야 하는바, 일반적으로 시행령이 헌법이나 법률에 위반된다는 사정은 그 **시행령의 규정을 위헌 또는 위법하여 무효라고 선언한 대법원의 판결이 선고되지 아니한 상태에서는 그 시행령 규정의 위헌 내지 위법 여부가 해석상 다툼의 여지가 없을 정도로 명백하였다고 인정되지 아니하는 이상 객관적으로 명백한 것이라 할 수 없으므로, 이러한 시행령에 근거한 행정처분의 하자는 취소사유에 해당할 뿐 무효사유가 되지 아니한다**(대판 2007.6.14. 2004두619).

- ㉔ (○) 삼권분립의 원칙, 법치행정의 원칙을 당연한 전제로 하고 있는 우리 헌법 하에서 행정권의 행정입법 등 법집행의무는 헌법적 의무라고 보아야 할 것이다. 그런데 이는 행정입법의 제정이 법률의 집행에 필수불가결한 경우로서 행정입법을 제정하지 아니하는 것이 곧 행정권에 의한 입법권 침해의 결과를 초래하는 경우를 말하는 것이므로, 만일 **하위 행정입법의 제정 없이 상위 법률의 규정만으로도 집행이 이루어질 수 있는 경우라면 하위 행정입법을 하여야 할 헌법적 작위의무는 인정되지 아니한다**(헌재결 2005.12.22. 2004헌마66)

답 ③

20 국가배상법 에 대한 설명으로 옳은 것만을 다음 내용에서 모두 고르면?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉑ 경과실이 있는 공무원이 피해자에 대하여 손해배상책임을 부담하지 아니함에도 피해자에게 손해를 배상하였다면 이는 법률상 원인이 없는 것으로 피해자는 공무원에 대하여 이를 반환할 의무가 있다.
- ㉒ 공무원이 직무수행 중 불법행위로 타인에게 손해를 입힌 경우에 국가 등이 국가배상책임을 부담하는 것 외에 공무원 개인도 고의 또는 중과실이 있는 경우에는 불법행위로 인한 손해배상 책임을 진다.
- ㉓ 본래 시·도지사나 시장·군수 또는 구청장의 업무에 속하는 대집행권한이 LH공사에게 위탁된 경우에 LH공사는 지방자치단체 등의 기관으로서 국가배상법 제2조 소정의 공무원에 해당한다.
- ㉔ 입법자가 법률로써 특정한 사항을 시행령으로 정하도록 위임했음에도 불구하고 행정부가 정당한 이유 없이 이를 이행하지 않는다면 권력분립의 원칙과 법치국가 내지 법치행정의 원칙에 위배되는 것으로서 위헌성이 인정되나 이는 헌법소원을 통한 구제의 대상이 될 뿐이고 국가배상의 대상이 되는 것은 아니다.

- ① ㉑                      ② ㉒                      ③ ㉑, ㉓                      ④ ㉒, ㉔                      ⑤ ㉒, ㉓, ㉔

해설

- ㉑ (×), ㉒ (○) 공무원이 직무수행 중 불법행위로 타인에게 손해를 입힌 경우에 국가 등이 국가배상책임을 부담하는 외에 공무원 개인도 고의 또는 중과실이 있는 경우에는 불법행위로 인한 손해배상책임을 지고, 공무원에게 경과실이 있을 뿐인 경우에는 공무원 개인은 손해배상책임을 부담하지 아니한다. 이처럼 경과실이 있는 공무원이 피해자에 대하여 손해배상책임을 부담하지 아니함에도 피해자에게 손해를 배상하였다면 그것은 **채무자 아닌 사람이 타인의 채무를 변제한 경우**에 해당하고, 이는 민법 제469조의 '제3자의 변제' 또는 민법 제744조의 '도의관념에 적합한 비채변제(非債辨濟)'에 해당하여 피해자는 공무원에 대하여 이를 반환할 의무가 없고, 그에 따라 피해자의 국가에 대한 손해배상청구권이 소멸하여 국가는 자신의 출원 없이 채무를 면하게 되므로, 피해자에게 손해를 직접 배상한 경과실이 있는 공무원은 특별한 사정이 없는 한 국가에 대하여 국가의 피해자에 대한 손해배상책임을 범위 내에서 공무원이 변제한 금액에 관하여 구상권을 취득한다고 봄이 타당하다(대판 2014.8.20. 2012다54478).
- ㉓ (×) **법령에 의해 대집행권을 위탁받은 한국토지공사(현 LH공사)는 국가공무원법 제2조에서 말하는 공무원에 해당하지 않음**: 한국토지공사는 구 한국토지공사법 제2조, 제4조에 의하여 정부가 자본금의 전액을 출자하여 설립한 법인이고, 같은 법 제9조 제4호에 규정된 한국토지공사의 사업에 관여하는 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제89조 제1항, 위 한국토지공사법 제22조 제6호 및 같은 법 시행령 제40조의3 제1항의 규정에 의하여 본래 시·도지사나 시장·군수 또는 구청장의 업무에 속하는 대집행권한을 한국토지공사에게 위탁하도록 되어 있는바, **한국토지공사는 이러한 법령의 위탁에 의하여 대집행을 수권받은 자로서 공무원 대집행을 실시함에 따르는 권리·의무 및 책임이 귀속되는 행정주체의 지위에 있다고 볼 것이지 지방자치단체 등의 기관으로서 국가배상법 제2조 소정의 공무원에 해당한다고 볼 것은 아니다**(대판 2010.1.28. 2007다82950)
- ㉔ (×) 행정입법부작위로 인해 손해 발생시 손해배상청구 요건을 갖추면 손해배상 청구가 가능하다.
  - **구 군법무관임용법 제5조 제3항과 군법무관임용 등에 관한 법률 제6조는 군법무관의 보수의 구체적 내용을 시행령에 위임했음에도 불구하고 행정부가 정당한 이유 없이 시행령을 제정하지 않은 것은 불법행위에 해당함**: 입법부가 법률로써 행정부에게 특정한 사항을 위임했음에도 불구하고 행정부가 정당한 이유 없이 이를 이행하지 않는다면 권력분립의 원칙과 법치국가 내지 법치행정의 원칙에 위배되는 것으로서 위법함과 동시에 위헌적인 것이 되는데, 구 군법무관임용법 제5조 제3항과 군법무관임용 등에 관한 법률 제6조가 군법무관의 보수를 법관 및 감사의 예에 준하도록 규정하면서 그 구체적 내용을 시행령에 위임하고 있는 이상, 위 법률의 규정들은 군법무관의 보수의 내용을 법률로써 일차적으로 형성한 것이고, 위 법률들에 의해 상당한 수준의 보수청구권이 인정되는 것이므로, 위 보수청구권은 단순한 기대이익을 넘어서는 것으로서 법률의 규정에 의해 인정된 재산권의 한 내용이 되는 것으로 봄이 상당하고, 따라서 행정부가 정당한 이유 없이 시행령을 제정하지 않은 것은 위 보수청구권을 침해하는 불법행위에 해당한다.(대판 2007.11.29. 2006다3561)

답 ②

21 행정조사기본법에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정기관은 조사목적에 적합하도록 조사대상자를 선정하여 행정조사를 실시하는 것을 원칙으로 하나 필요한 경우 제3자에 대하여도 조사할 수 있다.
- ② 행정기관은 법령 등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우가 아니라도 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 행정조사를 실시할 수 있다.
- ③ 행정기관은 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사인 경우 행정조사기본법 제17조제1항 본문에 따른 사전통지를 하지 않을 수 있다.

- ④ 당해 행정기관 내의 2 이상의 부서가 동일하거나 유사한 업무분야에 대하여 동일한 조사대상자에게 행정조사를 실시하는 경우에는 공동조사를 할 수 있다.
- ⑤ 행정기관의 장은 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 행정조사의 결과를 확정된 날부터 7일 이내에 그 결과를 조사대상자에게 통지하여야 한다.

**해설**

① (○)

**제4조(행정조사의 기본원칙)** ② 행정기관은 조사목적에 적합하도록 조사대상자를 선정하여 행정조사를 실시하여야 한다.  
**제19조(제3자에 대한 보충조사)** ① 행정기관의 장은 조사대상자에 대한 조사만으로는 당해 행정조사의 목적을 달성할 수 없거나 조사대상이 되는 행위에 대한 사실 여부 등을 입증하는 데 과도한 비용 등이 소요되는 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 **제3자에 대하여 보충조사를 할 수 있다.**  
 1. 다른 법률에서 제3자에 대한 조사를 허용하고 있는 경우  
 2. 제3자의 동의가 있는 경우

- ② (○) **제5조(행정조사의 근거)** 행정기관은 법령등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에 한하여 행정조사를 실시할 수 있다. 다만, 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우에는 그러하지 아니하다.
- ③ (○) **제17조(조사의 사전통지)** ① 행정조사를 실시하고자 하는 행정기관의 장은 제9조에 따른 출석요구서, 제10조에 따른 보고요구서·자료제출요구서 및 제11조에 따른 현장출입조사서(이하 "출석요구서등"이라 한다)를 조사개시 7일 전까지 조사대상자에게 서면으로 통지하여야 한다. 다만, **다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 행정조사의 개시와 동시에 출석요구서등을 조사대상자에게 제시하거나 행정조사의 목적 등을 조사대상자에게 구두로 통지할 수 있다.**  
 1. 행정조사를 실시하기 전에 관련 사항을 미리 통지하는 때에는 증거인멸 등으로 행정조사의 목적을 달성할 수 없다고 판단되는 경우  
 2. 「통계법」 제33조제2호에 따른 지경통계의 작성을 위하여 조사하는 경우  
 3. 제5조 단서에 따라 **조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우**
- ④ (×) **제14조(공동조사)** ① 행정기관의 장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행정조사를 하는 경우에는 **공동조사를 하여야 한다(할 수 있다 x).**  
 1. **당해 행정기관 내의 2 이상의 부서가 동일하거나 유사한 업무분야에 대하여 동일한 조사대상자에게 행정조사를 실시하는 경우**  
 2. 서로 다른 행정기관이 대통령령으로 정하는 분야에 대하여 동일한 조사대상자에게 행정조사를 실시하는 경우
- ⑤ (○) 제24조(조사결과와 통지) 행정기관의 장은 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 **행정조사의 결과를 확정된 날부터(확정된 다음 날부터x) 7일 이내에 그 결과를 조사대상자 에게 통지하여야 한다.**

답 ④

**22** 기속행위와 재량행위에 대한 설명으로 옳은 것만을 다음 내용에서 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 주택법 상 주택건설사업계획의 승인은 재량행위에 해당하므로, 처분권자는 주택건설사업계획이 법령이 정하는 제한사유에 배치되지 않는 경우에도 공익상 필요가 있으면 사업계획승인신청에 대하여 불허가 결정을 할 수 있다.
- ㉡ 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 시행령 제3조의2 단서는 조세를 포탈하거나 법령에 의한 제한을 회피할 목적이 아닌 경우에 과징금의 100분의 50을 감경할 수 있다고 규정하고 있으므로 감경사유가 존재하더라도 과징금을 감경할 것인지 여부는 과징금 부과관청의 재량에 속한다.
- ㉢ 재량행위이더라도 수익적 행위에 부관을 붙이기 위해서는 특별한 법적 근거가 있어야 한다.
- ㉣ 의료법 상 신의료기술의 안전성·유효성 평가나 신의료기술의 시술로 국민보건에 중대한 위해가 발생하거나 발생할 우려가 있는지 여부에 대한 판단과, 그 경우 행정청이 어떠한 종류와 내용의 지도나 명령을 할 것인지의 판단에 관해서는 행정청에 재량권이 부여되어 있다.
- ㉤ 재량행위에 대한 사법심사에 있어서 법원은 사실인정과 관련법규의 해석·적용을 통하여 일정한 결론을 도출한 후 그 결론에 비추어 행정청이 한 판단의 적법 여부를 독자의 입장에서 판정하는 방식에 의한다.

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

**해설**

- ① (○) **주택건설사업계획의 승인은 재량행위** : 구 주택건설촉진법 33조에 의한 주택건설사업계획의 승인은 상대방에게 권리나 이익을 부여하는 효과를 수반하는 이른바 수익적 행정처분으로서 법령에 행정처분의 요건에 관하여 일의적으로 규정되어 있지 아니한 이상 행정청의 재량행위에 속하므로, 이러한 승인을 받으려는 주택건설사업계획이 관계 법령이 정하는 제한에 배치되는 경우는 물론이고 그러한 제한사유가 없는 경우에도 공익상 필요가 있으면 처분권자는 그 승인신청에 대하여 불허가 결정을 할 수 있으며, 여기에서 말하는 '공익상 필요'에는 자연환경보전의 필요도 포함되는 것이다(대판 2005.4.15. 2004두10883)
- ② (○) 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 시행령 제4조의2 단서 명의신탁이 조세를 포탈하거나 법령에 의한 제한을 회피할 목적이 아닌 경우에 한하여 그 과징금의 100분의 50을 감경할 수 있다는 규정은 임의적 감경규정이 명백하므로, 감경사유가 존재하더라도 과징금 부과관청이 감경사유까지 고려하고도 과징금을 감경하지 않은 채 과징금 전액을 부과하는 처분을 한 경우에는 이를 위법하다고 단정할 수는 없으나, 행정행위를 함에 있어 이익형량을 전혀 하지 아니하거나 이익형량의 고려대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우 또는 이익형량을 하였으나 정당성·객관성이 결여된 경우에는 그 행정행위는 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이라고 할 수밖에 없다.(대판 2005.9.15. 2005두3257)
- ③ (×) 주택재건축사업시행의 인가는 상대방에게 권리나 이익을 부여하는 효과를 가진 이른바 **수익적 행정처분으로서 법령에 행정처분의 요건에 관하여 일의적으로 규정되어 있지 아니한 이상 행정청의 재량행위에 속하므로, 처분청으로서의 법령상의 제한에 근거한 것이 아니라 하더라도 공익상 필요**

등에 의하여 필요한 범위 내에서 여러 조건(부담)을 부과할 수 있다(대판 2007.7.12. 2007두6663).

- ㉔ (○) 의료법 제53조 제1항, 제2항, 제59조 제1항의 문언과 체제, 형식, 모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받을 수 있도록 국민의료에 필요한 사항을 규정함으로써 국민의 건강을 보호하고 증진하려는 의료법의 목적 등을 종합하면, 불확정개념으로 규정되어 있는 의료법 제59조 제1항에서 정한 지도와 명령의 요건에 해당하지, 나아가 요건에 해당하는 경우 행정청이 어떠한 종류와 내용의 지도나 명령을 할 것인지의 판단에 관해서는 행정청에 재량권이 부여되어 있다(대판 2016.1.28. 2013두21120).
- ㉕ (×) **기속행위와 재량행위에 대한 사법심사 방식** : 행정행위가 그 재량성의 유무 및 범위와 관련하여 이른바 기속행위 내지 기속재량행위와 재량행위 내지 자유재량행위로 구분된다고 할 때, 그 구분은 당해 행위의 근거가 된 법규의 체제·형식과 그 문언, 당해 행위가 속하는 행정 분야의 주된 목적과 특성, 당해 행위 자체의 개별적 성질과 유형 등을 모두 고려하여 판단하여야 하고, 이렇게 구분되는 양자에 대한 사법심사는, 전자의 경우 그 법규에 대한 원칙적인 기속성으로 인하여 법원이 사실인정과 관련 법규의 해석·적용을 통하여 일정한 결론을 도출한 후 그 결론에 비추어 행정청이 한 판단의 적법 여부를 독자의 입장에서 판정하는 방식에 의하게 되나, 후자의 경우 행정청의 재량에 기한 공익판단의 여지를 감안하여 법원은 독자의 결론을 도출함이 없이 당해 행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만을 심사하게 되고, 이러한 재량권의 일탈·남용 여부에 대한 심사는 사실오인, 비례·평등의 원칙 위반, 당해 행위의 목적 위반이나 동기의 부정 유무 등을 그 판단 대상으로 한다(대판 2001.2.9. 98두17593, 대판 2005.7.14. 2004두6181).

기속행위 : 완전심사방식	법원이 사실인정과 관련 법규의 해석·적용을 통하여 일정한 결론을 도출한 후 그 결론에 비추어 행정청이 한 판단의 적법 여부를 독자의 입장에서 판정. 위법성이 인정되면, 법원은 일부취소도 가능.
재량행위 : 제한심사방식	행정청의 재량에 기한 공익판단의 여지를 감안하여 법원은 독자의 결론을 도출함이 없이 당해 행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만 판단. 위법성이 인정되면, 법원은 처분청의 재량권을 존중하는 차원에서 전부취소만 가능. 예) 영업정지처분이 적절한 영업정지기간을 초과하여서 위법한 경우 그 초과부분만을 취소할 수 없음.

답 ㉔

### 23 행정심판위원회에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 국회사무총장의 처분에 대한 행정심판의 청구에 대해서는 국민권익위원회에 두는 중앙행정심판위원회에서 심리·재결한다.
- ② 행정심판위원회의 임시처분 결정은 당사자의 신청이 있어야 하며 직권으로 할 수는 없다.
- ③ 중앙행정심판위원회의 위원장은 그 행정심판위원회가 소속된 행정청이 되며, 위원장이 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없거나 위원장이 필요하다고 인정하는 경우에는 위원장이 사전에 지명한 위원이 있는 경우 그 위원이 위원장의 직무를 대행한다.
- ④ 행정심판위원회는 당사자의 권리 및 권한의 범위에서 직권으로 심판청구의 신속하고 공정한 해결을 위하여 조정을 할 수 있지만, 그 조정이 공공복리에 적합하지 아니하거나 해당 처분의 성질에 반하는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ⑤ 중앙행정심판위원회는 심판청구를 심리·재결할 때에 처분 또는 부작위의 근거가 되는 명령 등이 상위 법령에 위반되면 관계 행정 기관에 그 명령 등의 개정·폐지 등 적절한 시정조치를 요청할 수 있고, 그 사실을 법제처장에게 통보하여야 한다.

#### 해설

- ① (×) 국회사무총장의 처분에 대한 행정심판의 청구에 대해서는 국회사무총장 소속의 행정심판위원회에서 심리·재결한다.  
 • 행정심판법 제6조(행정심판위원회의 설치) ① 다음 각 호의 행정청 또는 그 소속 행정청(행정기관의 계층구조와 관계없이 그 감독을 받거나 위탁을 받은 모든 행정청을 말하되, 위탁을 받은 행정청은 그 위탁받은 사무에 관하여는 위탁한 행정청의 소속 행정청으로 본다. 이하 같다)의 처분 또는 부작위에 대한 행정심판의 청구(이하 "심판청구"라 한다)에 대하여는 다음 각 호의 행정청에 두는 행정심판위원회에서 심리·재결한다.
  1. 감사원, 국가정보원장, 그 밖에 대통령령으로 정하는 대통령 소속기관의 장
  2. 국회사무총장·법원행정처장·헌법재판소사무처장 및 중앙선거관리위원회사무총장
  3. 국가인권위원회, 그 밖에 지위·성격의 독립성과 특수성 등이 인정되어 대통령령으로 정하는 행정청
- ② (×) 동법 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 임시지위를 정하여야 할 필요가 있는 경우에는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 임시처분을 결정할 수 있다.
- ③ (×) 동법 제8조(중앙행정심판위원회의 구성) ② 중앙행정심판위원회의 위원장은 국민권익위원회의 부위원장 중 1명이 되며, 위원장이 없거나 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없거나 위원장이 필요하다고 인정하는 경우에는 상임위원(상임으로 재직할 기간이 긴 위원 순서로, 재직기간이 같은 경우에는 연장자 순서로 한다)이 위원장의 직무를 대행한다.
- ④ (×) 동법 제43조의2(조정) ① 행정심판위원회는 당사자의 권리 및 권한의 범위에서 당사자의 동의를 받아 심판청구의 신속하고 공정한 해결을 위하여 조정을 할 수 있다. 다만, 그 조정이 공공복리에 적합하지 아니하거나 해당 처분의 성질에 반하는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ⑤ (○) 동법 제59조(불합리한 법령 등의 개선) ① 중앙행정심판위원회는 심판청구를 심리·재결할 때에 처분 또는 부작위의 근거가 되는 명령 등(대통령령·총리령·부령·훈령·예규·고시·조례·규칙 등을 말한다. 이하 같다)이 법령에 근거가 없거나 상위 법령에 위배되거나 국민에게 과도한 부담을 주는 등 크게 불합리하면 관계 행정기관에 그 명령 등의 개정·폐지 등 적절한 시정조치를 요청할 수 있다. 이 경우 중앙행정심판위원회는 시정조치를 요청한 사실을 법제처장에게 통보하여야 한다.

답 ㉕

甲은 중대명백한 하자가 있어 무효인 A 처분에 대해 소송을 제기 하려고 한다. 이에 대한 설명으로 옳은 것은?<sup>(다툼이 있는 경우 판례에 의함)</sup>

- ① 甲은 A 처분에 대한 무효확인소송과 취소소송을 선택적 청구로서 병합하여 제기할 수 있다.
- ② 甲이 A 처분에 대해 취소소송을 제기하는 경우 제소기간의 제한을 받지 않는다.
- ③ 甲이 취소소송을 제기하였다더라도 A 처분에 중대명백한 하자가 있다면 법원은 무효확인판결을 하여야 한다.
- ④ 甲이 A 처분에 대해 무효확인소송을 제기하려면 확인소송의 일반적 요건인 즉시확정의 이익이 있어야 한다.
- ⑤ 甲이 A 처분에 대해 무효확인소송을 제기하였다가 그 후 그 처분에 대한 취소소송을 추가적으로 병합한 경우, 주된 청구인 무효확인소송이 적법한 제소기간 내에 제기되었다면 추가로 병합된 취소소송도 제소기간을 준수한 것으로 보아야 한다.

**해설**

- ① (×) 행정처분에 대한 무효확인과 취소청구는 서로 양립할 수 없는 청구(처분의 위법성 일반과 처분의 무효인 위법성 여부로 소송물 중복)이므로 **주위적·예비적 청구로서만 병합이 가능하고 선택적 청구로서의 병합이나 단순 병합은 허용되지 않는다**(대판 1999.8.20. 97누6889).
- ②③ (×) 취소소송을 제기했으나 심리결과 처분의 하자가 중대하고 명백하여 당연무효에 해당함이 밝혀진 경우(취소소송에 무효확인을 구하는 취지까지 포함된 것임으로) **법원은 청구를 기각하면 안 되고, 처분을 취소하는 원고소송의 판결(무효선언을 의미하는 취소판결)을 해야 한다.** 단 제소기간 등 **취소소송 제기요건은 갖춰야 한다.**
  - 행정처분의 당연무효를 선언하는 의미에서 취소를 구하는 행정소송을 제기한 경우에도 제소기간의 준수 등 취소소송의 제소요건을 갖추어야 한다.(대판 1993.3.12. 92누11039)
- ④ (×) 무효등확인소송에 있어서 민사소송에서의 '확인 이익'(즉시확정의 이익, 보충성)이 요구되는지에 관하여 긍정설과 부정설의 대립이 있다. 판례는 부정설(법적보호이익설)을 취한다. 종래 대법원은 무효확인소송의 보충성을 요구하여 왔으나, 견해를 변경하여 무효인 행정처분이 이미 집행된 경우(예 무효인 조세부과처분에 따라 세금이 이미 납부된 경우)에 그에 의해 형성된 위법상태의 제거를 위한 직접적인 소송방법(예 납부된 조세의 반환을 위한 부당이득반환청구소송)이 있더라도 행정처분의 무효확인을 독립한 소송으로 구할 법률상 이익이 있다고 판시하였다.
  - 행정소송은 행정청의 위법한 처분 등을 취소·변경하거나 그 효력 유무 또는 존재 여부를 확인함으로써 국민의 권리 또는 이익의 침해를 구제하고, 공법상의 권리관계 또는 법적용에 관한 다툼을 적정하게 해결함을 목적으로 하는 것이므로, 대등한 주체 사이의 사법상 생활관계에 관한 분쟁을 심판대상으로 하는 민사소송과는 그 목적, 취지 및 기능 등을 달리한다. 또한, 행정소송법 4조에서는 무효확인소송을 항고소송의 일종으로 규정하고 있고, 행정소송법 38조 1항에서는 처분등을 취소하는 확정판결의 기속력 및 행정청의 재처분 의무에 관한 행정소송법 30조를 무효확인소송에도 **준용하고 있으므로 무효확인판결 자체만으로도 실효성을 확보할 수 있다.** 그리고 무효확인소송의 보충성을 규정하고 있는 외국의 일부 입법례와는 달리 우리나라 행정소송법에는 명문의 규정이 없어 이로 인한 명시적 제한이 존재하지 않는다. 이와 같은 사정을 비록하여 행정에 대한 사법통제, 권익구제의 확대와 같은 행정소송의 기능 등을 종합하여 보면, 행정처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우에는 행정소송법 35조에 규정된 '무효확인을 구할 법률상 이익'이 있다고 보아야 하고, 이와 별도로 무효확인소송의 보충성(다른 구제수단으로 구제되지 않을 경우 활용)이 요구되는 것은 아니므로 행정처분의 무효를 전제로 한 이행소송 등과 같은 직접적인 구제수단이 있는지 여부를 따질 필요가 없다고 해석함이 상당하다(대판 2008.3.20. 2007두6342).
- ⑤ (○) 하자 있는 행정처분을 놓고 이를 무효로 볼 것인지 아니면 단순히 취소할 수 있는 처분으로 볼 것인지는 동일한 사실관계를 토대로 한 법률적 평가의 문제에 불과하고, 행정처분의 무효확인을 구하는 소에는 특단의 사정이 없는 한 그 취소를 구하는 취지도 포함되어 있다고 보아야 하는 점 등에 비추어 볼 때, 동일한 행정처분에 대하여 무효확인의 소를 제기 하였다가 그 후 그 처분의 취소를 구하는 소를 추가적으로 병합한 경우, 주된 청구인 무효확인의 소가 적법한 제소기간 내에 제기되었다면 추가로 병합된 취소청구의 소도 적법하게 제기된 것으로 봄이 상당하다(대판 2005.12.23. 2005두3554).

답 ⑤

**☞ 관련청구소송 병합의 형태**

<p><b>같은 원고가 같은 피고에 대하여 하나의 소송절차에서 수 개의 청구를 하는 경우</b>                  민사소송법은 수개의 청구가 동종의 소송절차에 의하는 경우에만 인정하지만, 행정소송법은 관련청구이면 같은 종류의 소송절차뿐 아니라 <b>다른 종류의 소송절차(예 행정소송과 민사소송)에도 인정되며 당사자소송의 취소소송에의 병합도 가능.</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>┌ 원시적 병합 : 취소소송 제기시 취소소송 등과 관련청구소송을 병합하게 제기하는 것</li> <li>└ 추가적 병합 : 계속 중인 취소소송에 사후적으로 관련청구소송을 병합하는 것(사실심본론종결시까지)</li> </ul> <p>단, 제3자에 의한 관련청구의 병합은 소송관계를 복잡하게 할 수 있으므로 인정되지 않음.</p>	
객관적 병합	<p><b>단순병합</b> 양립하는 복수의 청구를 단순히 병렬적으로 병합해 전부에 대한 판결을 구하는 형태.                  아무런 관련성이 없는 청구도 병합 가능. 법원은 원고가 병합시킨 모든 청구에 대하여 심판을 해야 함</p>
	<p><b>선택적병합</b> 원고가 여러 개의 <b>택일관계</b>에 있는 청구 중 어느 하나가 택일적으로 인용될 것을 해제조건으로 하여 다른 청구에 대해 심판을 구하는 형태. 법원으로서의 이유 있는 청구 중 어느 하나를 선택하여 인용하면 나머지 청구는 심판할 필요가 없음</p>
	<p><b>예비적병합</b> 양립되지 않는 수개의 청구를 하면서 1차적 청구(주위적[主位的] 청구)가 배척(기각, 각하)될 때를 대비하여 제2차적 청구(예비적 청구)에 대하여 심판을 구하는 형태, 즉 양립 불가능한 여러 개의 청구에 심판순위를 붙여 1차적 청구가 인용될 것을 해제조건으로 하여 제2차적 청구에 대하여 심판을 구하는 형태. 법원은 원고가 정한 순위에 구속되어 심판을 해야 하고, 1차적 청구를 인용할 경우에는 제2차적 청구에 대한 심판을 하지 않음. 서로 양립 불가능한 청구(예 무효확인소와 취소청구)는 주위적·예비적 청구로서만 병합이 가능하고 단순병합, 선택적 병합은 안 됨.</p>
주관적 병합	<p><b>원고·피고의 어느 일방 또는 쌍방의 당사자가 다수인 경우</b>                  행정소송법은 <b>관련청구소송을 병합하는 주관적 병합(10조)과 공동소송으로서 주관적 병합(15조)</b>을 인정. 따라서 취소소송의 원고는 공동원고로 관련청구를 병합하여 제기할 수 있고, 피고 이외의 자를 상대로 한 관련청구소송을 병합하여 제기할 수 있으며 취소소송이 계속된 법원에 추가로 병합하여 제기할 수도 있다.</p> <p>주관적·예비적 병합의 인정문제(예 행정청을 피고로 하여 처분의 취소를 청구함과 동시에 예비적으로 국가를 피고로 하여 손해배상이나 원상회복을 청구하는 경우) : 민사소송법 70조에서는 주관적·예비적 병합을 인정하고 있고, 판례도 인정</p>

25 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 (이하 토지보상법)상 손실보상에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 토지보상법 상 재결에 대하여 불복절차를 취하지 아니함으로써 그 재결에 대하여 더 이상 다툴 수 없게 된 경우에는, 기업자는 그 재결이 당연무효이거나 취소되지 않는 한 이미 보상금을 지급받은 자에 대하여 민사소송으로 그 보상금을 부당이득이라 하여 반환을 구할 수 없다.
- ② 이주대책대상자 선정에서 배제되어 수분양권을 취득하지 못한 이주자가 사업시행자를 상대로 공법상 당사자소송으로 이주대책상의 수분양권의 확인을 구하는 것은 허용될 수 없다.
- ③ 하나의 재결에서 피보상자별로 여러 가지의 토지, 물건, 권리 또는 영업의 손실에 관하여 심리·판단이 이루어졌을 때, 피보상자 또는 사업시행자가 반드시 재결 전부에 관하여 불복하여야 하는 것은 아니다.
- ④ 사업시행자가 이주대책에 관한 구체적인 계획을 수립하여 이를 해당자에게 통지 내지 공고하게 되면 이주대책대상자에게 구체적인 수분양권이 발생하게 된다.
- ⑤ 토지보상법 에 의한 보상을 하면서 손실보상금에 관한 당사자간의 합의가 성립하면 그 합의 내용이 토지보상법에서 정하는 손실보상 기준에 맞지 않는다고 하더라도 합의가 적법하게 취소되는 등의 특별한 사정이 없는 한 추가로 토지보상법 상 기준에 따른 손실보상금 청구를 할 수는 없다.

해설

- ① (○) 기업자가 토지보상법 상 재결에 대하여 불복절차를 취하지 아니함으로써 그 재결에 대하여 더 이상 다툴 수 없게 된 경우에는 기업자는 그 재결이 당연무효이거나 취소되지 않는 한, 이미 보상금을 지급받은 자에 대하여 민사소송으로 그 보상금을 부당이득이라 하여 반환을 구할 수 없다(대판 2001.4.27. 2000다50237).
- ② (○) 수분양권은 이주자가 이주대책을 수립·실시하는 사업시행자로부터 이주대책대상자로 확인·결정을 받음으로써 취득하게 되는 택지나 아파트 등을 분양받을 수 있는 공법상의 권리라고 할 것이므로, 이주자가 사업시행자에 대한 이주대책대상자 선정신청 및 이에 따른 확인·결정 등 절차를 밟지 아니하여 구체적인 수분양권을 아직 취득하지도 못한 상태에서 곧바로 분양의무의 주체를 상대방으로 하여 민사소송이나 공법상 당사자소송으로 이주대책상의 수분양권의 확인 등을 구하는 것은 허용될 수 없고, 나아가 그 공급대상인 택지나 아파트 등의 특정부분에 관하여 그 수분양권의 확인을 소구하는 것은 더더욱 불가능하다고 보아야 한다(대판 1994.5.24. 92다35783).
- ③ (○) **공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률상 피보상자 또는 사업시행자가 여러 보상항목들 중 일부에 대해서만 개별적으로 불복의 사유를 주장하여 행정소송 제기 가능** : 하나의 재결에서 피보상자별로 여러 가지의 토지, 물건, 권리 또는 영업(이처럼 손실 보상 대상에 해당하는지, 나아가 그 보상금액이 얼마인지를 심리·판단하는 기초 단위를 이하 '보상항목'이라고 한다)의 손실에 관하여 심리·판단이 이루어졌을 때, 피보상자 또는 사업시행자가 반드시 **재결 전부에 관하여 불복하여야 하는 것은 아니며, 여러 보상항목들 중 일부에 관해서만 불복하는 경우에는 그 부분에 관해서만 개별적으로 불복의 사유를 주장하여 행정소송을 제기할 수 있다.** 이러한 보상금 증감 소송에서 법원의 심판범위는 하나의 재결 내에서 소송당사자가 구체적으로 불복신청을 한 보상항목들로 제한된다. 법원이 구체적인 불복신청이 있는 보상항목들에 관해서 감정을 실시하는 등 심리한 결과, 재결에서 정한 보상금액이 일부 보상항목의 경우 과소하고 다른 보상항목의 경우 과다한 것으로 판명되었다면, 법원은 보상항목 상호 간의 유용을 허용하여 항목별로 과다 부분과 과소 부분을 합산하여 보상금의 합계액을 정당한 보상금으로 결정할 수 있다(대판 2018.5.15. 2017두41221)
- ④ (×) 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제78조 제1항이 사업시행자에게 이주대책의 수립·실시 의무를 부과하고 있다고 하더라도 그 규정 자체만에 의하여 이주자에게 사업시행자가 수립한 이주대책상의 택지분양권이나 아파트 입주권 등을 받을 수 있는 구체적인 권리(수분양권)가 직접 발생하는 것이라고는 볼 수 없고, **사업시행자가 이주대책에 관한 구체적인 계획을 수립하여 이를 해당자에게 통지 내지 공고한 후, 이주자가 수분양권을 취득하기를 희망하여 이주대책에 정한 절차에 따라 사업시행자에게 이주대책대상자 선정신청을 하고 사업시행자가 이를 받아들여 이주대책대상자로 확인·결정하여야만 비로소 구체적인 수분양권이 발생하게 된다**(대판 1995.10.12. 94누11279).
- ⑤ (○) **공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률에 의한 보상을 하면서 손실보상금에 관한 당사자 간의 합의가 성립한 경우, 그 합의 내용이 같은 법에서 정하는 손실보상 기준에 맞지 않는다는 이유로 그 기준에 따른 손실보상금 청구를 추가로 할 수 있는지 여부(원칙적 소극)** : 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률에 의한 보상합의는 공공기관이 사경제주체로서 행하는 사법상 계약의 실질을 가지는 것으로서, 당사자 간의 합의로 같은 법 소정의 손실보상의 기준에 의하지 아니한 손실보상금을 정할 수 있으며, 이와 같이 같은 법이 정하는 기준에 따르지 아니하고 손실보상액에 관한 합의를 하였다고 하더라도 그 합의가 착오 등을 이유로 적법하게 취소되지 않는 한 유효하다. 따라서 공익사업법에 의한 보상을 하면서 손실보상금에 관한 당사자 간의 합의가 성립하면 그 합의 내용대로 구속력이 있고, **손실보상금에 관한 합의 내용이 공익사업법에서 정하는 손실보상 기준에 맞지 않는다고 하더라도 합의가 적법하게 취소되는 등의 특별한 사정이 없는 한 추가로 공익사업법상 기준에 따른 손실보상금 청구를 할 수는 없다**(대판 2013.8.22. 2012다3517)

답 ④