

01. 재결취소소송에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 교원징계처분에 대해 취소소송을 제기하는 경우 사립학교 교원이나 국공립학교 교원 모두 원처분주의가 적용된다.
- ② 국공립학교 교원의 경우에는 원처분주의에 따라 원처분만이 소의 대상이 된다.
- ③ 사립학교 교원에 대한 학교법인의 징계는 항고소송의 대상이 되는 처분이 아니다.
- ④ 사립학교 교원의 경우에는 소청심사위원회의 결정이 원처분이 된다.

간단정리 재결취소소송

- ✓ 국·공립·사립학교 교원 징계처분에 대한 항고소송▷원처분주의
- ✓ 원처분주의에서 소의 대상▷원칙:원처분 / 예외: 재결 자체의 고유한 위법시 재결
- ✓ 사립학교 교원에 대한 징계▷처분×
- ✓ 사립학교 교원 징계에 대한 교원소청심사위원회 결정▷(원)처분○

구 분	사립학교 교원	국·공립학교 교원
징계의 성격	처분(×)	처분(○)
소청위원회 결정	처분(○)	행정심판재결
항고소송 대상	소청위원회 결정	징계처분, 예외적 소청위원회 결정

① (○) ② (×) 교원징계처분에 대한 취소소송에 있어서 사립학교 교원의 경우 소청심사위원회의 결정이 (원)처분으로서 소의 대상이 되고, **국·공립학교 교원**의 경우에는 원처분인 징계처분이 원칙적으로 소의 대상이 되지만, **예외적으로 소청심사위원회의 결정 자체에 고유한 하자가 있는 경우에는 소청심사위원회의 결정 자체가 취소소송의 대상이 될 수도 있다(원처분주의).**

■ [1] 국·공립학교 교원에 대한 징계 등 불리한 처분은 행정처분이므로 국·공립학교 교원이 징계 등 불리한 처분에 대하여 불복이 있으면 교원소청심사위원회에 소청심사를 청구하고 위 심사위원회의 소청심사결정에 불복이 있으면 항고소송으로 이를 다투어야 할 것인데, 이 경우 그 소송의 대상이 되는 처분은 원칙적으로 원처분청의 처분이다.

[2] 국립대학교 총장의 국립대학교 교원에 대한 징계 등 불리한 처분은 행정처분이므로 국립대학교 교원이 국립대학교 총장의 징계 등 불리한 처분에 대하여 불복이 있으면 교원소청심사위원회에 소청심사를 청구하고 위 심사위원회의 소청심사결정에 불복이 있으면 항고소송으로 이를 다투어야 할 것인데, 이 경우 그 소송의 대상이 되는 처분은 원칙적으로 원처분인 국립대학교 총장의 처분이고, 국립대학교 총장의 처분이 정당한 것으로 인정되어 소청심사청구를 기각한 소청심사결정 자체에 대한 항고소송은 원처분의 하자를 이유로 주장할 수 없고, 그 소청심사결정 자체에 고유한 주체, 절차, 형식 또는 내용상의 위법이 있는 경우, 즉 원처분에는 없고 소청심사결정에만 있는 교원소청심사위원회의 권한 또는 구성의 위법, 소청심사결정의 절차나 형식의 위법, 내용의 위법 등이 존재하는 때에 한하고, 신청을 기각하는 소청심사결정에 사실오인이나 재량권 남용·일탈 등의 위법이 있다는 사유는 소청심사결정 자체에 고유한 위법을 주장하는 것으로 볼 수 없다(대판 2009.10.15. 2009두11829 ; 대판 1994.2.8. 93누17874).

③ (○) ④ (○)

□ 사립학교 교원은 학교법인 또는 사립학교 경영자에 의하여 임면되는 것으로서 사립학교 교원과 학교법인의 관계를 공법상의 권력관계라고는 볼 수 없으므로 사립학교 교원에 대한 학교법인의 해임처분을 취소소송의 대상이 되는 행정청의 처분으로 볼 수 없고, 따라서 학교 법인을 상대로 한 불복은 행정소송에 의할 수 없고 민사소송절차에 의할 것이다. 다만 사립 학교 교원에 대한 해임처분에 대한 구제방법으로 학교법인을 상대로 한 민사소송 이외에 행정소송(항고소송)을 제기하는 방법도 있다(대판 1993.2.12. 92누13707). 즉 사립학교 교원에 대한 징계처분 등 그 의사에 반한 불리한 처분에 대하여 「교원의 지위 향상 및 교육활동 보호를 위한 특별법」 제9조·제10조의 규정에 따라 교원소청심사위원회에 소청심사를 청구하고 이에 불복하여 행정소송을 제기하는 경우, 소송의 대상이 되는 행정처분은 학교법인의 징계 처분이 아니라 교원소청심사위원회의 결정이므로 그 결정이 행정심판으로서의 재결에 해당하는 것은 아니라 할 것이고, 이 경우 처분청인 교원소청심사위원회가 항고소송의 피고가 되는 것이며, 그러한 법리는 교원소청심사위원회의 결정이 있는 후에 당해 사립학교의 설립자가 국가나 지방자치단체로 변경된다고 하여 달라지지 아니하는 것이다(대판 1994.12.9. 94누 6666).

정답: ②

02. 판례가 그 법적 성질을 다르게 본 것은?

- ① 학교환경위생정화구역의 금지행위해제
- ② 토지거래계약허가
- ③ 사회복지법인의 정관변경허가
- ④ 자동차관리사업자단체의 조합설립인가

간단정리 행정행위의 종류

- ✓ 학교환경위생정화구역의 금지행위해제 ▷ 예외적 승인
- ✓ 토지거래계약허가 ▷ 인가
- ✓ 사회복지법인의 정관변경허가 ▷ 인가
- ✓ 자동차관리사업자단체의 조합설립인가 ▷ 인가

① (예외적 승인)

□ 「학교보건법」 제6조 제1항 단서의 규정에 의하여 시·도교육위원회교육감 또는 교육감이 지정하는 자가 학교환경위생정화구역 안에서의 금지행위 및 시설의 해제신청에 대하여 그 행위 및 시설이 학습과 학교보건에 나쁜 영향을 주지 않는 것인지의 여부를 결정하여 그 금지행위 및 시설을 해제하거나 계속하여 금지(해제거부)하는 조치는 시·도교육위원회교육감 또는 교육감이 지정하는 자의 재량행위에 속하는 것이다(대판 1996.10.29. 96누8253).

② (인가)

□ 구 「국토이용관리법」상의 토지거래허가는 강학상의 허가가 아니라, 허가 전의 유동적 무효상태에 있는 법률행위의 효력을 완성시켜 주는 인가적 성질을 띤 것이다(대판 전합 1991.12.24. 90다12243).

③ (인가) 대법원은 사회복지법인의 정관변경허가의 법적 성격을 법률행위의 효력을 보충하여 주는 인가로 보아, 그 인가 여부는 행정청의 자유재량이라고 보았다.

□ 사회복지사업에 관한 기본적 사항을 규정하여 그 운영의 공정·적절을 기함으로써 사회복지의 증진에 이바지함을 목적으로 하는 구 「사회복지사업법」의 입법취지와 같은 법 제12조, 제25조 등의 규정에 사회복지법인의 설립이나 설립 후의 정관변경의 허가에 관한 구체적인 기준이 정하여져 있지 아니한 점 등에 비추어 보면, 사회복지법인의 정관변경을 허가할 것인지의 여부는 주무관청의 정책적 판단에 따른 재량에 맡겨져 있다고 할 것이고, 주무관청이 정관변경허가를 함에 있어서는 비례의 원칙 및 평등의 원칙에 적합하고 행정처분의 본질적 효력을 해하지 않는 한도 내에서 부관을 붙일 수 있다(대판 2002.9.24. 2000두5661).

④ (인가)

□ 자동차관리법상 자동차관리사업자로 구성하는 사업자단체인 조합 또는 협회의 설립인가 처분은 국토해양부장관 또는 시·도지사가 자동차관리사업자들의 단체결성행위를 보충하여 효력을 완성시키는 처분에 해당한다(대판 2015.5.29. 2013두635).

정답: ①

03. 행정대집행에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 대집행의 대상이 되는 행위는 법률에서 직접 명령된 것이 아니라, 법률에 의거한 행정청의 명령에 의한 행위를 말한다.
- ② 법령에서 정한 부작위의무자체에서 의무위반으로 인해 형성된 현상을 제거할 작위의무가

바로 도출되는 것은 아니다.

- ③ 건물의 용도에 위반되어 장례식장으로 사용하는 것을 중지할 것을 명한 경우, 이 중지의무는 대집행의 대상이 아니다.
- ④ 공익사업을 위해 토지를 협의 매도한 종전 토지소유자가 토지 위의 건물을 철거하겠다는 약정을 하였다고 하더라도 이러한 약정 불이행시 대집행의 대상이 되지 아니한다.

간단정리 행정대집행

- ✓ 대상▷ 법규하명, 법률에 의거한 행정청의 행위
- ✓ 부작위의무자체에서 작위의무 도출 ×
- ✓ 용도위반 장례식장 사용중지의무▷ 대집행 대상 ×
- ✓ 협의취득시 토지소유자의 건물철거의무▷ 대집행 대상 ×

- ① (X) 법률에 의하여 직접 명령된 경우(법규하명)에도 행정대집행을 할 수 있다.

행정대집행법 제2조(대집행과 그 비용징수) 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 제삼자로 하여금 이를 하게 하여 그 비용을 의무자로부터 징수할 수 있다.

- ② (○)

단순한 부작위의무의 위반, 즉 관계 법령에 정하고 있는 절대적 금지나 허가를 유보한 상대적 금지를 위반한 경우에는 당해 법령에서 그 위반자에 대하여 위반에 의하여 생긴 유형적 결과의 시정을 명하는 행정처분의 권한을 인정하는 규정을 두고 있지 아니한 이상, 법치주의의 원리에 비추어 볼 때 위와 같은 부작위의무로부터 그 의무를 위반함으로써 생긴 결과를 시정하기 위한 작위의무를 당연히 끌어낼 수는 없으며, 또 위 금지규정(특히 허가를 유보한 상대적 금지규정)으로부터 작위의무, 즉 위반 결과의 시정을 명하는 권한이 당연히 추론되는 것도 아니다(대판 1996.6.28. 96누4374).

- ③ (○)

용도위반 부분을 장례식장으로 사용하는 것이 관계 법령에 위반한 것이라는 이유로 장례식장의 사용을 중지할 것과 이를 불이행할 경우 「행정대집행법」에 의하여 대집행하겠다는 내용의 계고처분은, 그 처분에 따른 ‘장례식장 사용중지의무’가 ‘타인이 대신’ 할 수도 없고, 타인이 대신하여 ‘행할 수 있는 행위’라고도 할 수 없는 비대체적 부작위의무에 대한 것이므로, 그 자체로 위법함이 명백하다(대판 2005.9.28. 2005두7464).

- ④ (○)

구 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법」에 따른 토지 등의 협의취득은 공공사업에 필요한 토지 등을 그 소유자와의 협의에 의하여 취득하는 것으로서 공공기관이 사경제 주체로서 행하는 사법상 매매 내지 사법상 계약의 실질을 가지는 것이므로, 그 협의취득시 건물소유자가 매매 대상 건물에 대한 철거의무를 부담하겠다는 취지의 약정을 하였다고 하더라도 이러한 철거의무는 공법상의 의무가 될 수 없고, 이 경우에도 「행정대집행법」을 준용하여 대집행을 허용하는 별도의 규정이 없는 한 위와 같은 철거의무는 「행정대집행법」에 의한 대집행의 대상이 되지 않는다(대판 2006.10.13. 2006두7096).

정답: ①

04. 행정행위의 직권취소 및 철회에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 한 사람이 여러 종류의 자동차 운전면허를 취득하는 경우뿐 아니라 이를 취소 또는 정지함에 있어서도 서로 별개의 것으로 취급하는 것이 원칙이다.
- ② 처분청은 하자있는 행정행위의 행위자로서 그 하자를 시정할 지위에 있어 그 취소에 관한 법률의 규정이 없어도 행정행위를 취소할 수 있다.
- ③ 수익적 행정행위의 철회는 법령에 명시적인 규정이 있거나 행정행위의 부관으로 그 철회권이 유보되어 있는 경우, 또는 원래의 행정행위를 존속시킬 필요가 없게 된 사정변경이 생겼거나 또는 중대한 공익상의 필요가 발생한 경우 등의 예외적인 경우에만 허용된다.
- ④ 철회 자체가 행정행위의 성질을 가지는 것은 아니어서 「행정절차법」상 처분절차를 적용하여야 하는 것은 아니나, 신뢰보호원칙이나 비례원칙과 같은 행정법의 일반원칙은 준수해야 한다.

간단정리 행정행위의 직권취소 및 철회

- ✓ 한 사람이 여러 종류 운전면허 취득 · 취소 · 정지 ▷ 별개의 것으로 취급
- ✓ 처분청 ▷ 별도의 법적근거 없어도 별개의 행정행위로 취소 · 철회 可
- ✓ 수익적 행정행위 ▷ 철회제한(사정변경 · 중대한 공익상 필요)
- ✓ 수익적 행정행위의 철회(침익적) ▷ 행정절차법상 처분절차 적용 ○, 행정법 일반원칙 준수 要

① (○)

■ 한 사람이 여러 종류의 자동차운전면허를 취득하는 경우뿐 아니라 이를 취소 또는 정지하는 경우에도 서로 별개의 것으로 취급하는 것이 원칙이고, 다만 취소사유가 특정 면허에 관한 것이 아니고 다른 면허와 공통된 것이거나 운전면허를 받은 사람에 관한 것일 경우에는 여러 면허를 전부 취소할 수도 있다(대판 2012.5.24. 2012두1891)

② (○)

■ 행정행위를 한 처분청은 비록 그 처분 당시에 별다른 하자가 없었고, 또 그 처분 후에 이를 철회할 별도의 법적 근거가 없다 하더라도 원래의 처분을 존속시킬 필요가 없게 된 사정변경이 생겼거나 또는 중대한 공익상의 필요가 발생한 경우에는 그 효력을 상실케 하는 별개의 행정행위로 이를 철회할 수 있다(대판 2004.11.26. 2003두10251).

③ (○)

■ 수익적 행정행위의 철회는 그 처분 당시 별다른 하자가 없었음에도 불구하고 사후적으로 그 효력을 상실케 하는 행정행위이므로, 법령에 명시적인 규정이 있거나 행정행위의 부관으로 그 철회권이 유보되어 있는 등의 경우가 아니라면, 원래의 행정행위를 존속시킬 필요가 없게 된 사정변경이 생겼거나 또는 중대한 공익상의 필요가 발생한 경우 등의 예외적인 경우에만 허용된다고 할 것이다(대판 2005.4.29. 2004두11954).

④ (×) 수익적 행정행위의 철회는 침익적 처분이므로 사전통지(행정절차법 제21조), 의견청취(동법 제22조), 이유제시(동법 제23조) 등을 거쳐야 한다. 판례는 「행정절차법」의 제정 이전에도 철회에 이유제시를 요하는 내용의 판시를 한 바 있다(대판 1990.9.11. 90누1786). 또한 철회권 행사도 행정작용인 이상 신뢰보호원칙이나 비례의 원칙 등 행정법의 일반원칙에 위반되어서는 안 된다.

정답: ④

05. 행정법의 대상인 행정에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 행정은 적극적 미래지향적 형성작용이다.
- ② 국가행정과 자치행정은 행정주체를 기준으로 행정을 구분한 것이다.
- ③ 행정법의 대상이 되는 행정은 실질적 행정에 한한다.
- ④ 행정은 그 법 형식을 기준으로 하여 공법형식의 행정과 사법형식의 행정으로 구분할 수 있다.

간단정리 행정

- ✓ 행정의 개념징표▷사회형성작용, 공익실현작용, 적극적·미래지향적 형성작용, 구체적 조치
- ✓ 행정주체에 따른 분류▷국가행정, 자치행정
- ✓ 행정법의 대상으로서의 행정▷실질적○, 형식적○
- ✓ 법적 형식에 따른 분류▷공법행정, 사법행정

- ① (○) 개념징표설에 의하면 행정의 징표로서 ㉠ 사회형성작용, ㉡ 공익실현작용, ㉢ 적극적·미래지향적 형성작용, ㉣ 구체적 조치 등을 들고 있다.
- ② (○) 행정은 행정의 주체에 따라 국가행정과 지방자치행정으로 구분할 수 있다.
- ③ (×) 실질적 의미의 입법에 속하는 행정입법 및 성질상 실질적 의미의 사법에 속하는 행정심판은 행정법의 연구대상이 되는 반면에 실질적 의미의 행정에 속하는 사법행정이나 입법행정은 행정법에서 다루지 않는다. 즉 행정법의 연구대상은 실질적 의미의 행정을 중심으로 하면서도, 아울러 형식적 의미의 행정을 포함한다고 할 것이다.
- ④ (○) 행정은 행정작용의 근거가 되는 법과 관련하여 공법상의 행정과 사법상의 행정으로 구분할 수 있다. 공법행정이란 공법의 규율을 받아 공법의 형식에 따라 이루어지는 행정을 말하고 사법행정은 사법(私法)의 규율을 받아 사법의 형식에 따라 이루어지는 행정을 말한다.

정답: ③

06. 법률유보원칙에 대한 판례의 입장으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 법령의 규정보다 더 침익적인 조례는 법률유보원칙에 위반되어 위법하며 무효이다.
- ② 법률유보원칙에서 요구되는 법적 근거는 작용법적 근거를 의미하며, 조직법적 근거는 모든 행정권 행사에 있어서 당연히 요구된다.
- ③ 지방의회의원에 대하여 유급보좌인력을 두는 것은 개별 지방의회의 조례로써 규정할 사항이 아니라 국회의 법률로서 규정하여야 할 입법사항이다.
- ④ 토지등소유자가 도시환경정비사업을 시행하는 경우 사업시행인가 신청에 필요한 토지등소유자의 동의정족수를 토지등소유자가 자치적으로 정하여 운영하는 규약에 정하도록 한 것은 법률유보원칙에 위반된다.

간단정리 법률유보원칙

- ✓ 법령보다 침익적 조례▷법률위반→위법무효
- ✓ 법률유보원칙에서의 법적근거▷작용규범
- ✓ 지방의회의원 유급보좌인력▷법률유보사항
- ✓ 토지등소유자의 도시환경정비사업시 소유자 동의정족수▷법률유보사항

- ① (×)

□ 지방자치단체의 조례는 그것이 자치조례에 해당하는 것이라도 법령에 위반되지 않는 범위

위 안에서만 제정할 수 있어서 법령에 위반되는 조례는 그 효력이 없지만, 조례가 규율하는 특정사항에 관하여 그것을 규율하는 국가의 법령이 이미 존재하는 경우에도 조례가 법령과 별도의 목적에 기하여 규율함을 의도하는 것으로서 그 적용에 의하여 법령의 규정이 의도하는 목적과 효과를 전혀 저해하는 바가 없는 때 또는 양자가 동일한 목적에서 출발한 것이라고 할지라도 국가의 법령이 반드시 그 규정에 의하여 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용을 규율하려는 취지가 아니고 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하는 취지라고 해석되는 때에는 그 조례가 국가의 법령에 위배되는 것은 아니라고 볼 것이다(대판 2014.2.27. 2012두15005).

차고지확보 대상을 자가용자동차 중 승차정원 16인 미만의 승합자동차와 적재정량 2.5t 미만의 화물자동차까지로 정하여 자동차운수사업법령이 정한 기준보다 확대하고, 차고지확보 입증서류의 미제출을 자동차등록 거부사유로 정하여 자동차관리법령이 정한 자동차 등록기준보다 더 높은 수준의 기준을 부가하고 있는 차고지확보제도에 관한 조례안은 비록 그 법률적 위임근거는 있지만 그 내용이 차고지 확보기준 및 자동차등록기준에 관한 상위법령의 제한 범위를 초과하여 무효이다(대판 1997.4.25. 96추251).

② (○) 행정권의 행사는 모든 경우에 조직법적 근거와 작용법적 근거가 있어야 하는바, 법률유보의 원칙에서 문제되는 것은 조직법적 근거가 아니라 행정의 작용법적 근거이다. 행정은 모든 경우에 소관사무의 범위내에서만 가능하므로, 조직법적 근거는 모든 행정권의 행사에 있어서 당연히 요구되는 것이기 때문이다

③ (○)

□ 지방의회의원에 대하여 유급 보좌 인력을 두는 것은 지방의회의원의 신분·지위 및 처우에 관한 현행 법령상의 제도에 중대한 변경을 초래하는 것으로서 국회의 법률로 규정하여야 할 입법사항이다(대판 2017.3.30. 2016추5087).

④ (○)

□ 토지등소유자가 도시환경정비사업을 시행하는 경우 사업시행인가 신청시 필요한 토지등소유자의 동의는 개발사업의 주체 및 정비구역 내 토지등소유자를 상대로 수용권을 행사하고 각종 행정처분을 발할 수 있는 행정주체로서의 지위를 가지는 사업시행자를 지정하는 문제로서 그 동의요건을 정하는 것은 국민의 권리와 의무의 형성에 관한 기본적이고 본질적인 사항이므로 국회가 스스로 행하여야 하는 사항에 속하는 것임에도 불구하고 사업시행인가 신청에 필요한 동의정족수를 토지등소유자가 자치적으로 정하여 운영하는 규약에 정하도록 한 것은 법률유보원칙에 위반된다(헌재 2011.8.30. 2009헌바128).

정답: ①

07. 행정행위와 이에 대한 분류 또는 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 한의사 면허 : 진료행위를 할 수 있는 능력을 설정하는 설권행위
- ② 행정재산에 대한 사용허가 : 특정인에게 행정재산을 사용할 권리를 설정하여 주는 행위
- ③ 재개발조합설립에 대한 인가 : 공법인의 지위를 부여하는 설권적 처분
- ④ 재개발조합의 사업시행계획 인가 : 조합의 행위에 대한 보충행위

간단정리 행정행위의 분류

- ✓ 한의사 면허 > 강학상 허가
- ✓ 행정재산의 사용허가 > 강학상 특허

- ✓ 재개발조합설립인가▷설권적 처분
- ✓ 재개발조합사업시행계획인가▷인가

① (×) 한의사 면허는 경찰금지를 해제하는 명령적 행위(강학상 허가)이다.

■ 한의사 면허는 경찰금지를 해제하는 명령적 행위(강학상 허가)에 해당하고, 한약조제시험을 통하여 약사에게 한약조제권을 인정함으로써 한의사들의 영업상 이익이 감소되었다고 하더라도 이러한 이익은 사실상의 이익에 불과하고 약사법이나 의료법 등의 법률에 의하여 보호되는 이익이라고는 볼 수 없으므로, 한의사들이 한약조제시험을 통하여 한약조제권을 인정받은 약사들에 대한 합격처분의 무효확인을 구하는 당해 소는 원고적격이 없는 자들이 제기한 소로서 부적법하다(대판 1998.3.10. 97누4289).

② (○)

■ 공유재산의 관리청이 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 1998.2.27. 97누1105).

③ (○)

■ 재개발조합설립인가신청에 대한 행정청의 조합설립인가처분은 단순히 사인(私人)들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 가지는 것이 아니라 법령상 일정한 요건을 갖추는 경우 행정주체(공법인)의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성질을 가진다고 보아야 한다(대판 2010.1.28. 2009두4845).

④ (○)

■ 조합의 사업시행계획도 원칙적으로 재건축결의에서 결정된 내용에 따라 작성되어야 하지만, 조합이 사업시행계획을 재건축결의에서 결정된 내용과 달리 작성한 경우 이러한 하자는 기본행위인 사업시행계획 작성행위의 하자이고, 이에 대한 보충행위인 행정청의 인가처분이 그 근거 조항인 위 법 제28조의 적법요건을 갖추고 있는 이상은 그 인가처분 자체에 하자가 있는 것이라 할 수 없다(대판 2008.1.10. 2007두16691).

정답: ①

08. 행정상 손실보상에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① 헌법재판소는 공용침해로 인한 특별한 손해에 대한 보상규정이 없는 경우에 관련 보상규정을 유추적용하여 보상하려는 경향이 있다.
- ② 공공용물에 관하여 적법한 개발행위 등이 이루어져 일정 범위의 사람들의 일반사용이 종전에 비하여 제한받게 되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 이는 특별한 손실에 해당한다고 할 수 없다.
- ③ 공익사업의 시행으로 토석채취허가를 연장받지 못한 경우 그로 인한 손실은 적법한 공권력의 행사로 가하여진 재산상의 특별한 희생으로서 손실보상의 대상이 된다.
- ④ 개발제한구역 지정으로 인한 지가의 하락은 원칙적으로 토지소유자가 감수해야 하는 사회적 제약의 범주에 속하나, 지가의 하락이 20% 이상으로 과도한 경우에는 특별한 희생에 해당한다.

간단정리 행정상 손실보상

- ✓ 대법원▷보상규정無→관련규정유추해 보상可

- ✓ 공공용물의 적법한 개발행위로 일반사용 제한▷특별한 손실 ×
- ✓ 토석채취허가 미연장으로 인한 손실▷손실보상의 대상 ×
- ✓ 개발제한구역지정으로 인한 지가하락▷사회적 제약의 범주○

① (×) 헌법재판소는 보상규정이 없는 경우 위헌으로 보고 보상입법 후 보상청구가 가능하다는 입장이다. 반면 **대법원**은 제외지(堤外地)에 대하여 「하천법」의 보상규정을 유추적용하거나(대판 1987.7.21. 84누126), 공공사업의 시행으로 발생한 간접손실의 경우에 구 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법시행규칙」을 유추적용한 바 있어(대판 2004.9.23. 2004다25581), 원칙적으로 **개별 법령상의 관련 보상규정을 유추적용하여 보상**하는 입장이다.

② (○)

□ 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).

③ (×)

□ 산림 내에서의 토석채취허가는 산지관리법 소정의 토석채취제한지역에 속하는 경우에 허용되지 아니함은 물론이나 그에 해당하는 지역이 아니라 하여 반드시 허가하여야 하는 것으로 해석할 수는 없고 허가권자는 신청지 내의 임황과 지황 등의 사항 등에 비추어 국토 및 자연의 보전 등의 중대한 공익상 필요가 있을 때에는 재량으로 그 허가를 거부할 수 있는 것이다. 따라서 그 자체로 중대한 공익상의 필요가 있는 공익사업이 시행되어 토석채취허가를 연장받지 못하게 되었다고 하더라도 토석채취허가가 연장되지 않게 됨으로 인한 손실과 공익사업 사이에 상당인과관계가 있다고 할 수 없을 뿐 아니라, 특별한 사정이 없는 한 그러한 손실이 적법한 공권력의 행사로 가하여진 재산상의 특별한 희생으로서 손실보상의 대상이 된다고 볼 수도 없다(대판 2009.6.23. 2009두2672).

④ (×) 헌법재판소는 개발제한구역지정 후 토지를 종래의 목적으로 사용할 수 없거나 또는 토지를 전혀 이용할 수 있는 방법이 없는 예외적인 경우에는 사회적 제약의 한계를 넘는 특별한 희생에 해당한다고 보아 그에 대한 보상규정의 흠결을 위헌으로 보았으나 지가의 하락 자체는 토지소유자가 감수해야 할 사회적 제약의 범주로 보았다.

□ 개발제한구역의 지정으로 인한 개발가능성의 소멸과 그에 따른 지가의 하락이나 지가상승률의 상대적 감소는 토지소유자가 감수해야 하는 사회적 제약의 범주에 속하는 것으로 … 구 「도시계획법」 제21조에 규정된 개발제한구역제도 그 자체는 원칙적으로 합헌적인 규정인데, 다만 개발제한구역의 지정으로 말미암아 일부 토지소유자에게 사회적 제약의 범위를 넘는 가혹한 부담이 발생하는 예외적인 경우에 대하여 보상규정을 두지 않은 것에 위헌성이 있는 것이고, 보상의 구체적 기준과 방법은 헌법재판소가 결정할 성질의 것이 아니라 광범위한 입법형성권을 가진 입법자가 입법정책적으로 정할 사항이므로, 입법자는 되도록 빠른 시일 내에 보상입법을 하여 위헌적 상태를 제거할 의무가 있고, 입법자가 보상입법을 마련함으로써 위헌적인 상태를 제거할 때까지 위 조항을 형식적으로 존속케 하기 위하여 헌법불합치결정을 하는 것이다(헌재 1998.12.24. 89헌마214).

정답: ②

09. 행정심판제도에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

① 행정심판청구는 엄격한 형식을 요하지 않는 서면행위로 해석된다.

- ② 행정처분이 있는 날이라 함은 그 행정처분의 효력이 발생한 날을 의미한다.
- ③ 행정심판의 가구제 제도에는 집행정지제도와 임시처분제도가 있다.
- ④ 행정심판 재결의 기속력은 인용재결뿐만 아니라 각하재결과 기각재결에도 인정되는 효력이다.

간단정리 행정심판제도

- ✓ 행정심판청구 ▷ 서면행위(엄격한 형식 不要)
- ✓ 처분이 있는 날 ▷ 처분이 상대방에 고지되어 효력이 발생한 날
- ✓ 행정심판법상 가구제 ▷ 집행정지, 임시처분
- ✓ 재결의 기속력 ▷ 인용재결○, 각하재결×, 기각재결×

① (○) 행정심판청구는 엄격한 형식을 요하지 않는 서면행위로서 청구서면의 표제와 제출기관의 여하를 불문하고 그 내용이 행정심판을 청구하는 것이면 행정심판청구로 보는 것이 판례의 입장이다.

□ 행정심판청구는 엄격한 형식을 요하지 아니하는 서면행위로 해석되므로, 위법·부당한 행정처분으로 인하여 권리나 이익을 침해당한 자로부터 그 처분의 취소나 변경을 구하는 서면이 제출되었을 때에는 그 표제와 제출기관의 여하를 불문하고 행정심판청구로 보아야 한다 (대판 2000.6.9. 98두2621 ; 대판 2007.6.1. 2005두11500).

② (○)

□ 행정심판을 제기하지 아니하거나 그 재결을 거치지 아니하는 사건에 대한 제소기간을 규정한 행정소송법 제20조 제2항에서 “처분이 있는 날”이라 함은 상대방이 있는 행정처분의 경우는 특별한 규정이 없는 한 의사표시의 일반적 법리에 따라 그 행정처분이 상대방에게 고지되어 효력이 발생한 날을 말한다고 할 것이다(대판 1990.7.13. 90누2284).

③ (○) 행정심판법은 가구제를 위한 제도로서 집행정지결정과 임시처분을 규정하고 있다

행정심판법

제30조(집행정지) ② 위원회는 처분, 처분의 집행 또는 절차의 속행 때문에 중대한 손해가 생기는 것을 예방할 필요성이 긴급하다고 인정할 때에는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 처분의 효력, 처분의 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지를 결정할 수 있다. 다만, 처분의 효력정지는 처분의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 그 목적을 달성할 수 있을 때에는 허용되지 아니한다.

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.

④ (×) 기속력이란 피청구인인 행정청이나 관계행정청이 인용재결의 취지에 따르도록 구속하는 효력을 말한다. 따라서 각하재결이나 기각재결에는 기속력이 발생하지 않는다.

행정심판법

제49조(재결의 기속력 등) ① 심판청구를 인용하는 재결은 피청구인과 그 밖의 관계 행정청을 기속(羈束)한다.

정답: ④

10. A시장은 새로 확장한 시청 청사 1층의 휴게공간을 갑(甲)에게 커피 전문점 공간으로 임대하였다. 임대기간이 만료되었으나 갑(甲)은 투자금보전 등을 요구하면서

휴게공간을 불법적으로 점유하고 있다. 이에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① A시장은 휴게공간을 종합민원실로 사용하기 위해서는 즉시강제 형태로 공간을 확보할 수 있다.
- ② A시장은 갑(甲)에게 퇴거와 공간반환을 독촉한 후 강제징수절차를 밟을 수 있다.
- ③ A시장은 갑(甲)에게 퇴거를 명하고 갑(甲)이 불응하면 행정대집행에 의한 대집행을 실시할 수 있다.
- ④ A시장은 갑(甲)에 대하여 변상금을 부과징수 할 수 있으며 원상회복명령을 하거나 갑(甲)을 상대로 점유의 이전을 구하는 민사소송을 제기할 수 있다.

간단정리 행정의 실효성 확보수단

- ✓ 행정상 즉시강제 ▷보충적 수단
- ✓ 행정상 강제징수 ▷금전급부 의무 불이행 전제
- ✓ 퇴거의무·점유인도의무 불이행 ▷대집행 대상 ✕
- ✓ 공유재산 퇴거의무·점유인도의무 불이행 ▷변상금부과(or 부당이익반환청구), 원상회복명령, 민사상 점유물반환청구소송 可

- ① (X) 행정상 즉시강제는 다른 수단으로는 목적달성이 불가능하거나 시간적인 여유가 없는 경우에 미리 의무를 명하지 않고 직접 개인의 신체나 재산에 실력을 가함으로써 필요한 상태를 실현하는 작용을 의미한다. 따라서 **미리 의무를 명하는 행정상 강제집행이 가능한 경우라면 즉시강제는 인정될 수 없다.** 사안의 경우는 별도의 법적 근거가 있다면 퇴거의무·인도의무 불이행에 대해 직접강제가 가능하다.
- ② (X) 행정상 강제징수라 함은 행정법상의 금전급부 의무가 이행되지 않고 있는 경우에, 행정청이 의무자의 재산에 실력을 가하여, 의무가 이행된 것과 동일한 상태를 직접적으로 실현하는 작용을 말한다. 따라서 사안의 경우는 **비금전상의 의무** 불이행이므로 강제징수절차를 밟을 수는 없다.
- ③ (X) 퇴거의무·인도의무는 대체적 작위의무가 아니므로(**비대체적 작위의무**) 공유재산이지만 대집행의 대상이 되지 않는다. 사안의 경우 직접적인 실행행사가 요구되어 직접강제가 적합한 수단이나 직접강제는 다른 강제집행 수단과 마찬가지로 법률의 근거가 필요하다.

행정대집행법

제2조(대집행과 그 비용징수) 법률(법률의 위임에 의한 명령, 지방자치단체의 조례를 포함한다. 이하 같다)에 의하여 직접명령되었거나 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 방치함이 심히 공익을 해할 것으로 인정될 때에는 당해 행정청은 스스로 의무자가 하여야 할 행위를 하거나 또는 제삼자로 하여금 이를 하게 하여 그 비용을 의무자로부터 징수할 수 있다.

- 도시공원시설인 매점의 관리청이 그 공동점유자 중의 1인에 대하여 소정의 기간 내에 위 매점으로부터 퇴거하고 이에 부수하여 그 판매 시설물 및 상품을 반출하지 아니할 때에는 이를 대집행하겠다는 내용의 계고처분은 …, 매점에 대한 점유자의 점유를 배제하고 그 점유이전을 받는 데 있다고 할 것인데, 이러한 의무는 그것을 강제적으로 실현함에 있어 직접적인 실행행사가 필요한 것이지 대체적 작위의무에 해당하는 것은 아니어서 직접강제의 방법에 의하는 것은 별론으로 하고 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 되는 것은 아니다(대판 1998.10.23. 97누157).
- 피수용자 등이 기업자에 대하여 부담하는 수용대상 토지의 인도의무에 관한 구 토지수용법 제63조, 제64조, 제77조 규정에서의 '인도'에는 명도도 포함되는 것으로 보아야 하고, 이러한 명도의무는 그것을 강제적으로 실현하면서 직접적인 실행행사가 필요한 것이지 대체적 작위의무라고 볼 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 될 수 있는 것이 아니다(대판 2005.8.19. 2004다2809).

④ (○) 행정상 직접강제는 대집행이나 이행강제금 등으로 그 이행을 확보하기가 어려운 경우에 마지막 수단으로 행사되는 가장 강력한 강제집행수단이다. 또한 개인의 자유·권리를 침해하는 성격이 매우 강하므로 하명의 근거와는 별도로 엄격한 집행상의 법적 근거를 요한다. 그러나 **현행 공유재산 및 물품관리법에는 그에 대한 법적 근거가 마련되어 있지 않다.** 따라서 **직접강제에 관한 별도의 법적근거가 존재하지 않는 사안의 경우** A시장은 무단점유자인 甲에 대하여 변상금을 부과·징수하거나(또는 부당이득반환청구소송 제기도 가능) 원상회복의 명령 또는 민사상 명도소송을 제기할 수 있다.

- 공유재산의 무단점유자에 대한 변상금 부과는 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는 행정처분이고, 그 부과처분에 의한 변상금 징수권은 공법상의 권리인 반면, 민사상 부당이득반환청구권은 공유재산의 소유자로서 가지는 사법상의 채권이다. … 구 공유재산법 제51조 제1항, 제4항, 제5항에 의한 변상금 부과·징수권은 민사상 부당이득반환청구권과 법적 성질을 달리하므로, 국가는 무단점유자를 상대로 변상금 부과·징수권의 행사와 별도로 공유재산의 소유자로서 민사상 부당이득반환청구의 소를 제기할 수 있다(대판 2014.7.16. 2011다76402(전합)).

정답: ④

11. 판례가 행정소송의 대상이 아니라 민사소송의 대상이라고 판단한 것만을 <보기>에서 모두 고른 것은?

- ㄱ. 개발부담금 부과처분 취소로 인한 그 과오납금의 반환을 청구하는 소송
 ㄴ. 공립유치원 전임강사에 대한 해임처분의 시정 및 수령지체된 보수의 지급을 구하는 소송
 ㄷ. 「도시 및 주거환경정비법」상 관리처분계획안에 대한 조합총회결의의 효력을 다투는 소송
 ㄹ. 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민이 국가 또는 공공단체에 배상을 청구하는 소송
 ㅁ. 「하천구역 편입토지 보상에 관한 특별조치법」 제2조 제1항의 규정에 의한 손실보상금의 지급을 구하거나 손실보상청구권의 확인을 구하는 소송

① ㄱ, ㄷ

② ㄱ, ㄹ

③ ㄴ, ㄹ

④ ㄱ, ㄴ, ㄹ

간단정리 민사소송의 대상

- ✓ 개발부담금 부과처분 취소후 과오납금반환▷ 민사소송(사법관계)
- ✓ 공립유치원 강사 보수지급청구소송▷ 당사자소송(공법관계)
- ✓ 관리처분계획안에 대한 조합총회결의를 다투는 소송▷ 당사자소송(공법관계)
- ✓ 국가배상청구소송▷ 민사소송(사법관계)
- ✓ 하천구역 편입토지 손실보상청구 · 손실보상청구권 확인소송▷ 당사자소송(공법관계)

㉠ (○)

□ 개발부담금 부과처분이 취소된 이상 그 후의 부당이득으로서의 과오납금 반환에 관한 법률관계는 단순한 민사 관계에 불과한 것이고, 행정소송 절차에 따라야 하는 관계로 볼 수 없다(대판 1995.12.22. 94다51253).

㉡ (×)

□ 교육부장관(당시 문교부장관)의 권한을 재위임 받은 공립교육기관의 장에 의하여 공립유치원의 임용기간을 정한 전임강사로 임용되어 지방자치단체로부터 보수를 지급받으면서 공무원복무규정을 적용받고 사실상 유치원 교사의 업무를 담당하여 온 유치원 교사의 자격이 있는 자는 교육공무원에 준하여 신분보장을 받는 정원 외의 임시직 공무원으로 봄이 상당하므로 그에 대한 해임처분의 시정 및 수령지체된 보수의 지급을 구하는 소송은 행정소송의 대상이지 민사소송의 대상이 아니다(대판 1991.5.10. 90다10766).

㉢ (×)

□ 도시 및 주거환경정비법에 따른 주택재건축정비사업조합은 관할 행정청의 감독 아래 위법상의 주택재건축사업을 시행하는 공법인으로서, 그 목적 범위 내에서 법령이 정하는 바에 따라 일정한 행정작용을 행하는 행정주체의 지위를 갖는다. 따라서 행정주체인 재건축조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 효력 등을 다투는 소송은 행정처분에 이르는 절차적 요건의 존부나 효력 유무에 관한 소송으로서 그 소송결과에 따라 행정처분의 위법 여부에 직접 영향을 미치는 공법상 법률관계에 관한 것이므로, 이는 행정소송법상의 당사자소송에 해당하고, 재건축조합을 상대로 사업시행계획안에 대한 조합총회결의의 효력 등을 다투는 소송 또한 행정소송법상의 당사자소송에 해당한다(대판 2009.10.15. 2008다93001).

㉣ (○) 공법상 계약의 체결·집행상의 불법행위로 인한 손해배상책임은 공법상 당사자소송에 의하도록 하는 것이 이론상 타당하나, 실무상으로는 국가배상청구소송을 민사소송으로 처리하고 있다.

㉤ (×)

□ 하천구역 편입토지 보상에 관한 특별조치법에서는 소멸시효의 만료 등으로 보상청구권이 소멸되어 보상을 받지 못한 토지에 대하여 시·도지사가 그 손실을 보상하도록 규정하고 있는 바, 위 손실보상청구권 의 법적 성질은 공법상의 권리임이 분명하므로 그에 관한 쟁송은 민사소송이 아닌 행정소송절차에 의하여야 할 것이고, 위 손실보상청구권은 개정 특조법 제2조 소정의 토지가 하천구역으로 된 경우에 당연히 발생하는 것이지, 관리청의 보상금지급결정에 의하여 비로소 발생하는 것이 아니므로, 위 손실보상금의 지급을 구하거나 손실보상청구권의 확인을 구하는 소송은 행정소송법 제3조 제2호 소정의 당사자소송에 의하여야 할 것이다(대판 2006.11.9. 2006다23503).

정답: ②

12. 행정소송의 피고적격에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 조례가 항고소송의 대상이 되는 경우 피고는 지방자치단체의 의결기관으로서 조례를 제정한 지방의회이다.
- ② 대리권을 수여받은 데 불과하여 그 자신의 명의로는 행정처분을 할 권한이 없는 행정청의 경우 대리관계를 밝힘이 없이 그 자신의 명의로 행정처분을 하였다면 그에 대하여는 처분명 의자인 당해 행정청이 항고소송의 피고가 되어야 하는 것이 원칙이다.
- ③ 취소소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분 등을 행한 행정청을 피고로 하며, 당사자소송은 국가·공공단체 그 밖의 권리주체를 피고로 한다.
- ④ 「국가공무원법」에 의한 처분, 기타 본인의 의사에 반한 불리한 처분이나 부작위에 관한 행정소송을 제기할 때에 대통령의 처분 또는 부작위의 경우에는 소속 장관을 피고로 한다.

간단정리 피고적격

- ✓ 처분적 조례에 대한 항고소송 ▷ 지방자치단체의 장(지방의회 ×)
- ✓ 대리관계 밝힘 없이 대리청이 자신명의로 처분 ▷ 대리청
- ✓ 취소소송 ▷ 처분청 / 당사자소송 ▷ 국가 · 공공단체 그 밖의 권리주체
- ✓ 대통령의 공무원에 대한 불이익 처분 ▷ 소속 장관

① (×)

□ 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 제기함에 있어서 행정소송법 제38조 제1항, 제13조에 의하여 피고적격이 있는 처분 등을 행한 행정청은, 행정주체인 지방자치단체 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).

- ② (○) 대리기관이 **대리관계를 밝힘이 없이 자신의 명의로 처분**을 하였다면 **대리기관**이 피고가 된다. 다만, 그 상대방이 그 행정처분이 피대리청을 대리하여 한 것임을 알고서 이를 받아들인 예외적인 경우에는 피대리청이 피고가 된다.

□ [1] 항고소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 원칙적으로 소송의 대상인 행정처분을 외부적으로 행한 행정청을 피고로 하여야 하는 것이고, 다만 **대리기관이 대리관계를 표시하고 피대리행정청을 대리하여 행정처분을 한 때에는 피대리 행정청이 피고로 되어야 할 것**이다.

[2] 따라서 **대리권을 수여받은 데 불과하여 그 자신의 명의로는 행정처분을 할 권한이 없는 행정청의 경우 대리관계를 밝힘이 없이 그 자신의 명의로 행정처분을 하였다면 그에 대하여는 처분명의자인 당해 행정청이 항고소송의 피고가 되어야 하는 것이 원칙이다.**

[3] **비록 대리관계를 명시적으로 밝히지는 아니하였다 하더라도 처분명의자가 피대리 행정청 산하의 행정기관으로서 실제로 피대리 행정청으로부터 대리권한을 수여받아 피대리행정청을**

대리한다는 의사로 행정처분을 하였고 처분명의자는 물론 그 상대방도 그 행정처분이 피대리행정청을 대리하여 한 것임을 알고서 이를 받아들인 예외적인 경우에는 피대리행정청이 피고가 되어야 한다고 할 것이다(대결 2006.2.23. 2005부4).

③ (○)

행정소송법

제13조(피고적격) ① 취소소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분 등을 행한 행정청을 피고로 한다. 다만, 처분등이 있는 뒤에 그 처분등에 관계되는 권한이 다른 행정청에 승계된 때에는 이를 승계한 행정청을 피고로 한다.

제39조(피고적격) 당사자소송은 국가·공공단체 그 밖의 권리주체를 피고로 한다.

④ (○) 국가공무원법에 의한 처분 기타 본인의 의사에 반한 불리한 처분으로 대통령이 행한 처분에 대한 행정소송의 피고는 소속장관이 된다.

국가공무원법

제16조(행정소송과의 관계) ② 제1항에 따른 행정소송을 제기할 때에는 대통령의 처분 또는 부작위의 경우에는 소속 장관(대통령령으로 정하는 기관의 장을 포함한다. 이하 같다)을, 중앙선거관리위원회위원장의 처분 또는 부작위의 경우에는 중앙선거관리위원회사무총장을 각각 피고로 한다.

정답: ①

13. 「행정절차법」상 처분절차에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 행정청이 법인이나 조합 등의 설립허가 취소처분을 할 때에는 청문을 해야 한다.
- ② 행정청에 처분을 구하는 신청을 전자문서로 하는 경우에는 행정청의 컴퓨터 등에 입력된 때에 신청한 것으로 본다.
- ③ 행정청이 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우에는 의견청취를 하지 아니할 수 있다.
- ④ 처분의 전제가 되는 사실이 법원의 재판 등에 의하여 객관적으로 증명된 경우에는 행정청이 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에도 사전통지를 하지 아니할 수 있다.

간단정리 처분절차

- ✓ 법인이나 조합 등의 설립허가 취소▷당사자 등의 청문 신청 要
- ✓ 전자문서 신청▷행정청의 컴퓨터 등에 입력된 때에 신청 간주
- ✓ 긴급히 처분을 할 필요▷의견청취 생략사유
- ✓ 처분 전제 사실 법원의 재판 등에 의하여 객관적으로 증명▷사전통지 생략사유

① (X) 행정청이 법인이나 조합 등의 설립허가 취소처분을 할 때 미리 당사자 등에게 통지한 의견제출기한 내에 당사자들의 청문신청이 있는 경우에는 청문을 한다.

행정절차법

제22조(의견청취) ① 행정청이 처분을 할 때 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 청문을 한다.

1. 다른 법령등에서 청문을 하도록 규정하고 있는 경우
2. 행정청이 필요하다고 인정하는 경우
3. 다음 각 목의 처분 시 제21조 제1항 제6호에 따른 의견제출기한 내에 당사자 등의 신청이 있는 경우

- 가. 인허가 등의 취소
- 나. 신분·자격의 박탈
- 다. 법인이나 조합 등의 설립허가의 취소

② (○)

행정절차법

제17조(처분의 신청) ① 행정청에 처분을 구하는 신청은 문서로 하여야 한다. 다만, 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우와 행정청이 미리 다른 방법을 정하여 공시한 경우에는 그러하지 아니하다.

② 제1항에 따라 처분을 신청할 때 전자문서로 하는 경우에는 행정청의 컴퓨터 등에 입력된 때에 신청한 것으로 본다.

③ (○), ④ (○)

행정절차법

제21조(처분의 사전 통지) ① 행정청은 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 다음 각 호의 사항을 당사자등에게 통지하여야 한다.

④ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제1항에 따른 통지를 하지 아니할 수 있다.

1. 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우
2. 법령등에서 요구된 자격이 없거나 없어지게 되면 반드시 일정한 처분을 하여야 하는 경우에 그 자격이 없거나 없어지게 된 사실이 법원의 재판 등에 의하여 객관적으로 증명된 경우
3. 해당 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우

제22조(의견청취) ④ 제1항부터 제3항까지의 규정에도 불구하고 제21조 제4항 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우와 당사자가 의견진술의 기회를 포기한다는 뜻을 명백히 표시한 경우에는 의견청취를 하지 아니할 수 있다.

정답: ①

14. 행정규칙에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① 행정각부의 장이 정하는 고시라도 법령 내용을 보충하는 기능을 가지는 경우에는 형식과 상관없이 근거 법령 규정과 결합하여 법규명령의 효력을 가진다.
- ② 구 「지방공무원보수업무 등 처리지침」은 안전행정부 예규로서 행정규칙의 성질을 가진다.
- ③ 법령에 근거를 둔 고시는 상위 법령의 위임범위를 벗어난 경우에도 법규명령으로서 기능한다.
- ④ 2014년도 건물 및 기타물건 시가표준액 조정기준은 「건축법」 및 지방세법령의 위임에 따른 것이지만 행정규칙의 성격을 가진다.

간단정리 행정규칙

- ✓ 법령보충규칙▷상위법령과 결합하여 대외적 구속력有
- ✓ 구 「지방공무원보수업무 등 처리지침」▷법령보충규칙
- ✓ 법령보충규칙이 위임의 한계일탈▷대외적 구속력無
- ✓ 2014년도 건물 및 기타물건 시가표준액 조정기준▷법령보충규칙

① (○)

☐ 행정규칙인 부령이나 고시가 법령의 수권에 의하여 법령을 보충하는 사항을 정하는 경우에는 그 근거 법령규정과 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령으로서의 성질과 효력

을 가진다 할 것이다(대판 2007.5.10. 2005도591).

② (×)

□ 구 지방공무원보수업무 등 처리지침 [별표 1] '직종별 경력환산율표 해설'이 정한 민간근무경력의 호봉 산정에 관한 부분은 지방공무원법 제45조 제1항과 구 지방공무원 보수규정 제8조 제2항, 제9조의2 제2항, [별표 3]의 단계적 위임에 따라 행정자치부장관이 행정규칙의 형식으로 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 정한 것이고, ... 위 지침은 상위법령과 결합하여 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 갖게 된다(대판 2016.1.28. 2015두53121).

③ (×)

□ 행정규칙이나 규정이 상위법령의 위임범위를 벗어난 경우에는 법규명령으로서 대외적 구속력을 인정할 여지는 없다. 이는 행정규칙이나 규정 '내용'이 위임범위를 벗어난 경우뿐 아니라 상위법령의 위임규정에서 특정하여 정한 권한행사의 '절차'나 '방식'에 위배되는 경우도 마찬가지이므로, 상위법령에서 세부사항 등을 시행규칙으로 정하도록 위임하였음에도 이를 고시 등 행정규칙으로 정하였다면 그 역시 대외적 구속력을 가지는 법규명령으로서 효력이 인정될 수 없다(대판 2012.7.5. 2010다72076).

④ (×)

□ 건축법 제80조 제1항 제2호, 지방세법 제4조 제2항, 지방세법 시행령 제4조 제1항 제1호의 내용, 형식 및 취지 등을 종합하면, '2014년도 건물 및 기타물건 시가표준액 조정기준'의 각 규정들은 일정한 유형의 위반 건축물에 대한 이행강제금의 산정기준이 되는 시가표준액에 관하여 행정자치부장관으로 하여금 정하도록 한 위 건축법 및 지방세법령의 위임에 따른 것으로서 그 법령 규정의 내용을 보충하고 있으므로, 그 법령 규정과 결합하여 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 가지고, 그 중 증·개축 건물과 대수선 건물에 관한 특례를 정한 '증·개축 건물 등에 대한 시가표준액 산출요령'의 규정들도 마찬가지라고 보아야 한다(대판 2017.5.31. 2017두30764).

정답: ①

15. 행정행위의 부관에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 부담은 행정청이 행정처분을 하면서 일방적으로 부가할 수도 있지만 부담을 부가하기 이전에 상대방과 협의하여 부담의 내용을 협약의 형식으로 미리 정한 다음 행정처분을 하면서 이를 부가할 수도 있다.
- ② 행정청이 수익적 행정처분을 하면서 사전에 상대방과 체결한 협약상의 의무를 부담으로 부가하였는데 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거 법령이 개정되어 부관을 붙일 수 없게 된 경우, 위 협약의 효력이 소멸한다.
- ③ 부관은 행정의 탄력성을 보장하는 기능을 갖는다.
- ④ 행정행위의 부관은 부담인 경우를 제외하고는 독립하여 행정소송의 대상이 될 수 없다.

간단정리 부관

- ✓ 일방적 부가 · 협약 형식可
- ✓ 위법성▷처분시 법령기준
- ✓ 행정의 탄력성 보장
- ✓ 부담외 부관▷독립쟁송 不可

① (○)

■ 수익적 행정처분에 있어서는 법령에 특별한 근거규정이 없다고 하더라도 그 부관으로서 부담을 붙일 수 있고, 그와 같은 부담은 행정청이 행정처분을 하면서 일방적으로 부가할 수도 있지만 부담을 부가하기 이전에 상대방과 협의하여 부담의 내용을 협약의 형식으로 미리 정한 다음 행정처분을 하면서 이를 부가할 수도 있다(대판 2009.2.12. 2005다65500).

② (×)

■ 행정청이 수익적 행정처분을 하면서 부가한 부담의 위법 여부는 처분 당시 법령을 기준으로 판단하여야 하고, 부담이 처분 당시 법령을 기준으로 적법하다면 처분 후 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거 법령이 개정됨으로써 행정청이 더 이상 부관을 붙일 수 없게 되었다 하더라도 곧바로 위법하게 되거나 그 효력이 소멸하게 되는 것은 아니다(대판 2009.2.12. 2005다65500).

③ (○) 예컨대 건축허가신청에 필요한 중요한 요건을 모두 갖추었으나 경미한 요건을 결한 경우 당해 요건을 일정기간 내에 갖추 것을 조건으로 허가를 내준다면 행정의 신속성에 기여할 수 있다.

④ (○)

■ 행정행위의 부관은 부담인 경우를 제외하고는 독립하여 행정소송의 대상이 될 수 없는바, 이 사건 허가에서 피고가 정한 사용·수익허가의 기간은 이 사건 허가의 효력을 제한하기 위한 행정행위의 부관으로서 이러한 사용·수익허가의 기간에 대해서는 독립하여 행정소송을 제기할 수 없는 것이다(대판 2001.6.15. 99두509).

정답: ②

16. 정보공개에 관한 설명으로 판례의 입장과 일치하지 않는 것은?

- ① 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」상 공개대상이 되는 정보는 공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 현재 보유, 관리하고 있는 문서에 한정되기는 하지만, 반드시 원본일 필요는 없다.
- ② 지방자치단체의 업무추진비 세부항목별 집행내역 및 그에 관한 증빙서류에 포함된 개인에 관한 정보는 비공개대상정보에 해당한다.
- ③ 지방자치단체 또한 법인격을 가지므로 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제5조에서 정한 정보공개청구권자인 '국민'에 해당한다.
- ④ 이미 다른 사람에게 공개하여 널리 알려져 있거나 인터넷이나 관보 등을 통하여 공개하여 인터넷 검색이나 도서관에서의 열람 등을 통하여 쉽게 알 수 있다는 사정만으로는 소의 이익이 없다고 할 수 없다.

간단정리 정보공개

- ✓ 공개대상정보▷반드시 원본문서 不要
- ✓ 업무추진비 집행내역 및 증빙서류에 포함된 개인에 관한 정보▷비공개정보○
- ✓ 지방자치단체▷정보공개청구권자×(기본권의 수범자)
- ✓ 이미 다른 사람에게 널리 알려져 있거나 쉽게 알 수 있는 정보▷비공개정보×

① (○)

■ 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」상 공개청구의 대상이 되는 정보란 공공기관이 직무

상 작성 또는 취득하여 현재 보유·관리하고 있는 문서에 한정되는 것이기는 하나, 그 문서가 반드시 원본일 필요는 없다(대판 2006.5.25. 2006두3049).

② (○)

□ 지방자치단체의 업무추진비 세부항목별 집행내역 및 그에 관한 증빙서류에 포함된 개인에 관한 정보는 '공개하는 것이 공익을 위하여 필요하다고 인정되는 정보'에 해당하지 않는다(대판 2003.3.11. 2001두6425).

③ (×)

□ 지방자치단체에게는 알권리로서의 정보공개청구권이 인정된다고 보기는 어렵고, 나아가 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제4조, 제5조, 제6조의 각 규정의 취지를 종합하면, 공공기관의 정보공개에 관한 법률은 국민을 정보공개청구권자로, 지방자치단체를 국민에 대응하는 정보공개 의무자로 상정하고 있다고 할 것이므로, 지방자치단체는 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제5조에서 정한 정보공개청구권자인 '국민'에 해당되지 아니한다(서울행법 2005.10.12. 2005구합10484).

④ (○)

□ 정보공개청구의 대상이 이미 널리 알려진 사항이라 하더라도 그 공개의 방법만을 제한할 수 있도록 규정하고 있을 뿐 공개 자체를 제한하고 있지는 아니하므로, 공개청구의 대상이 되는 정보가 이미 다른 사람에게 공개하여 널리 알려져 있다거나 인터넷이나 관보 등을 통하여 공개하여 인터넷검색이나 도서관에서의 열람 등을 통하여 쉽게 알 수 있다는 사정만으로는 소의 이익이 없다거나 비공개결정이 정당화될 수는 없다(대판 2008.11.27. 2005두15694).

정답: ③

17. 「행정소송법」상 소의 종류의 변경에 대한 설명으로 옳은 것을 <보기>에서 모두 고른 것은?

- ㄱ. 소의 종류의 변경은 직권으로도 가능하다.
- ㄴ. 항소심에서도 소의 종류의 변경은 가능하다.
- ㄷ. 당사자소송을 항고소송으로 변경하는 것은 허용되지 않는다.
- ㄹ. 소의 종류의 변경의 요건을 갖춘 경우 면직처분취소소송을 공무원보수지급청구소송으로 변경하는 것은 가능하다.

① ㄱ, ㄴ

② ㄱ, ㄷ

③ ㄴ, ㄷ

④ ㄴ, ㄹ

간단정리 소 종류의 변경

- ✓ 직권 × (반드시 신청 要)
- ✓ 사실심변론종결시까지 可
- ✓ 당사자소송에서 항고소송으로 소변경 可(제42조에서 제21조 준용○)
- ✓ 취소소송에서 당사자소송(공무원보수지급청구소송)으로 소변경 可

⑦ (×) 소 변경은 직권으로 행해질 수 없다. 반드시 당사자의 신청이 필요하다.

행정소송법

제21조(소의 변경) ① 법원은 취소소송을 당해 처분등에 관계되는 사무가 귀속하는 국가 또는 공공단체에 대한 당사자소송 또는 취소소송 외의 항고소송으로 변경하는 것이 상당하다고 인정할 때에는 청구의 기초에 변경이 없는 한 사실심의 변론종결시까지 원고의 신청에 의하여 결정으로써 소의 변경을 허가할 수 있다.

㉠ (○)

행정소송법

제21조(소의 변경) ① 법원은 취소소송을 당해 처분등에 관계되는 사무가 귀속하는 국가 또는 공공단체에 대한 당사자소송 또는 취소소송 외의 항고소송으로 변경하는 것이 상당하다고 인정할 때에는 청구의 기초에 변경이 없는 한 사실심의 변론종결시까지 원고의 신청에 의하여 결정으로써 소의 변경을 허가할 수 있다.

㉡ (×)

행정소송법

제42조(소의 변경) 제21조의 규정은 당사자소송을 항고소송으로 변경하는 경우에 준용한다.

㉢ (○)

행정소송법

제21조(소의 변경) ① 법원은 취소소송을 당해 처분등에 관계되는 사무가 귀속하는 국가 또는 공공단체에 대한 당사자소송 또는 취소소송 외의 항고소송으로 변경하는 것이 상당하다고 인정할 때에는 청구의 기초에 변경이 없는 한 사실심의 변론종결시까지 원고의 신청에 의하여 결정으로써 소의 변경을 허가할 수 있다.

정답: ㉣

18. 행정행위의 하자승계에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 위법한 개별공시지가결정에 대하여 그 정해진 시정절차를 통하여 시정하도록 요구하지 아니하였다는 이유로 위법한 개별공시지가를 기초로 한 과세처분 등 후행 행정처분에서 개별공시지가결정의 위법을 주장할 수 없도록 하는 것은 수인한도를 넘는 불이익을 강요하는 것이다.
- ② 사업시행계획과 관리처분계획은 서로 독립하여 별개의 법적 효과를 발생시키는 것으로서 사업시행계획의 수립에 관한 취소사유인 하자가 관리처분계획에 승계되지 아니한다.
- ③ 대집행의 계고, 대집행영장에 의한 통지, 대집행의 실행, 대집행비용의 납부명령은 동일한 행정목적의 달성을 위하여 일련의 절차로 연속하여 행하여지는 것으로서, 서로 결합하여 하나의 법률효과를 발생시키는 것이다.
- ④ 선행처분과 후행처분이 서로 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하는 경우에 선행처분이 당연무효의 하자가 있다는 이유로 후행처분의 효력을 다룰 수 없다.

간단정리 하자승계

- ✓ 개별공시지가와 과세처분▷예외적 하자승계○
- ✓ 사업시행계획과 관리처분계획▷하자승계×
- ✓ 대집행 절차들 상호간▷하자승계○
- ✓ 선행행위가 무효▷후행처분에 당연히 하자 승계○

① (○)

■ 개별공시지가결정은 이를 기초로 한 과세처분 등과는 별개의 독립된 처분으로서 서로 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하는 것이나, 개별공시지가는 이를 토지소유자나 이해관계인에게 개별적으로 고지하도록 되어 있는 것이 아니어서 토지소유자 등이 개별공시지가결정 내용을 알고 있었다고 전제하기도 곤란할 뿐만 아니라 결정된 개별공시지가가 자신에게 유리하게 작용될 것인지 또는 불이익하게 작용될 것인지 여부를 쉽사리 예견할 수 있는 것도 아니며, 더욱이 장차 어떠한 과세처분 등 구체적인 불이익이 현실적으로 나타나게 되었을 경우에 비로소 권리구제의 길을 찾는 것이 우리 국민의 권리의식임을 감안하여 볼 때 토지소유자 등으로 하여금 결정된 개별공시지가를 기초로 하여 장차 과세처분 등이 이루어질 것에 대비하여 항상 토지의 가격을 주시하고 개별공시지가결정이 잘못된 경우 정해진 시정절차를 통하여 이를 시정하도록 요구하는 것은 부당하게 높은 주의의무를 지우는 것이라고 아니할 수 없고, 위법한 개별공시지가결정에 대하여 그 정해진 시정절차를 통하여 시정하도록 요구하지 아니하였다는 이유로 위법한 개별공시지가를 기초로 한 과세처분 등 후행 행정처분에서 개별공시지가결정의 위법을 주장할 수 없도록 하는 것은 수인한도를 넘는 불이익을 강요하는 것으로서 국민의 재산권과 재판받을 권리를 보장한 헌법의 이념에도 부합하는 것이 아니라고 할 것이므로, 개별공시지가결정에 위법이 있는 경우에는 그 자체를 행정소송의 대상이 되는 행정처분으로 보아 그 위법 여부를 다룰 수 있음은 물론 이를 기초로 한 과세처분 등 행정처분의 취소를 구하는 행정소송에서도 선행처분인 개별공시지가결정의 위법을 독립된 위법사유로 주장할 수 있다고 해석함이 타당하다(대판 1994.1.25. 93누8542).

② (○)

■ 사업시행계획 수립에 조합원 3분의 2 이상의 동의를 얻지 못한 하자가 있다고 하더라도 그 하자가 객관적으로 명백하다고 보기 어려워 무효사유가 아니라 취소사유에 불과하고, 사업시행계획에 관한 취소사유인 하자는 관리처분계획에 승계되지 아니하여 그 하자를 들어 관리처분계획의 적법 여부를 다룰 수 없다(대판 2012.8.23. 2010두13463).

③ (○)

■ 대집행의 계고, 대집행영장에 의한 통지, 대집행의 실행, 대집행에 요한 비용의 납부명령 등은 타인이 대신하여 행할 수 있는 행정의무의 이행을 의무자의 비용부담 하에 확보하고자 하는, 동일한 행정목적을 달성하기 위하여 단계적인 일련의 절차로 연속하여 행하여지는 것으로서 서로 결합하여 하나의 법률효과를 발생시키는 것이므로, 선행처분인 계고처분이 하자가 있는 위법한 처분이라면, ... 후행처분인 대집행영장발부통보처분의 취소를 청구하는 소송에서 청구원인으로 선행처분인 계고처분이 위법한 것이기 때문에 그 계고처분을 전제로 행하여진 대집행영장발부통보처분도 위법한 것이라는 주장을 할 수 있다(대판 1996.2.9. 95누12507).

④ (×)

■ 적법한 건축물에 대한 철거명령은 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효라고 할 것이고, 그 후행행위인 건축물철거 대집행계고처분 역시 당연무효라고 할 것이다(대판 1999.4.27. 97누6780).

■ 조세의 부과처분과 압류 등의 체납처분은 별개의 행정처분으로서 독립성을 가지므로 부과처분에 하자가 있더라도 그 부과처분이 취소되지 아니하는 한 그 부과처분에 의한 체납처분은 위법이라고 할 수는 없지만, 체납처분은 부과처분의 집행을 위한 절차에 불과하므로 그 부과처분에 중대하고도 명백한 하자가 있어 무효인 경우에는 그 부과처분의 집행을 위한 체납처분도 무효라 할 것이다(대판 1987.9.22. 87누383).

19. 「행정절차법」상 처분의 사전통지 혹은 의견제출의 기회를 부여할 사항이 아닌 것은?

- ① 공무원시보임용이 무효임을 이유로 정규임용을 취소하는 경우
- ② 공사중지명령을 하기 전에 사전 통지를 하게 되면 많은 액수의 보상금을 기대하여 공사를 강행할 우려가 있는 경우
- ③ 수익적 처분을 바라는 신청에 대한 거부처분
- ④ 무단으로 용도변경된 건물에 대해 건물주에게 시정명령이 있을 것과 불이행시 이행강제금이 부과될 것이라는 점을 설명한 후, 다음날 시정명령을 한 경우

간단정리 사전통지, 청문절차

- ✓ 시보임용당시 결격사유를 이유로 한 정규임용처분취소▷필요
- ✓ 많은 액수 보상금 기대하여 공사 강행 우려▷필요
- ✓ 수익적 처분에 대한 거부▷불요
- ✓ 시정명령▷필요 / 현장조사시 시정명령에 대한 구두통지 후 다음날 시정명령▷위법

① (○)

■ 정규공무원으로 임용된 사람에게 시보임용처분 당시 지방공무원법 제31조 제4호에 정한 공무원임용 결격사유가 있어 시보임용처분을 취소하고 그에 따라 정규임용처분을 취소한 사안에서, 정규임용처분을 취소하는 처분은 성질상 행정절차를 거치는 것이 불필요하여 행정절차법의 적용이 배제되는 경우에 해당하지 않으므로, 그 처분을 하면서 사전통지를 하거나 의견제출의 기회를 부여하지 않은 것은 위법하다고 한 사례(대판 2009.1.30. 2008두16155).

② (○)

■ 건축법상의 공사중지명령에 대한 사전통지를 하고 의견제출의 기회를 준다면 많은 액수의 손실보상금을 기대하여 공사를 강행할 우려가 있다는 사정이 사전통지 및 의견제출절차의 예외사유에 해당하지 아니한다(대판 2004.5.28. 2004두1254).

③ (×)

■ 「행정절차법」 제21조 제1항은 행정청은 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 처분의 제목 등을 당사자 등에게 통지하도록 하고 있는바, 신청에 따른 처분이 이루어지지 아니한 경우에는 아직 당사자에게 권익이 부과되지 아니하였으므로 특별한 사정이 없는 한 신청에 대한 거부처분이라고 하더라도 직접 당사자의 권익을 제한하는 것은 아니어서 신청에 대한 거부처분을 여기에서 말하는 '당사자의 권익을 제한하는 처분'에 해당한다고 할 수 없는 것이어서 처분의 사전통지대상이 된다고 할 수 없다(대판 2003.11.28. 2003두674).

④ (○) 행정청이 시정명령과 같은 침해적 행정처분을 하면서 당사자에게 행정절차법에서 정한 사전통지를 하거나 의견제출의 기회를 주지 않은 경우, 당해 처분은 위법하게 된다. 판례는 현장조사 과정에서 무단으로 용도변경된 건물에 대해 건물주에게 시정명령이 있을 것과 그 불이행시 이행강제금이 부과될 것이라는 점을 구두로 설명한 후, 그 밖에 별도의 사전통지나 의견진술기회 부여하지 아니한 채, 바로 다음날 시정명령을 한 사안에서 의견제출에 필요한 상당한 기간을 고려하여 의견제출기한이 부여되었다고 보기 어려우므로 당해 시정명령은 위법하다(취소)고 판시하였다(처분상대방이 이미 행정청에 위반사실을 시인하였다거나 처분의

사전통지 이전에 의견을 진술할 기회가 있었다는 사정만으로 사전통지 및 의견청취의 생략사유가 되지 않는다고 한 판례의 사실관계임).

- 1. 원심판결 이유와 적법하게 채택된 증거들에 의하면, 아래와 같은 사실들을 알 수 있다.
- (1) 가평소방서장은 관내 특정소방대상물에 대한 특별조사 결과 이 사건 각 건물이 무단 용도변경된 사실을 확인하고, 2014. 4. 25. 피고에게 이를 통보하였다.
- (2) 피고 소속 공무원 소외인은 전화로 원고에게 이 사건 각 건물에 대한 현장조사가 필요하다는 사실을 알리고 현장조사 일시를 약속한 다음, 2014. 5. 14. 오후 원고가 참석한 가운데 이 사건 각 건물에 대한 현장조사를 실시하였다.
- (3) 현장조사 과정에서 소외인은 무단증축면적과 무단용도변경 사실을 확인하고 이를 확인서 양식에 기재한 후, 원고에게 위 각 행위는 건축법 제14조 또는 제19조를 위반한 것이어서 시정명령이 나갈 것이고 이를 이행하지 않으면 이행강제금이 부과될 것이라고 설명하고, 위반경위를 질문하여 답변을 들은 다음 원고로부터 확인서명을 받았는데, 위 양식에는 “상기 본인은 관계 법령에 의한 제반허가를 득하지 아니하고 아래와 같이 불법건축(증축, 용도변경) 행위를 하였음을 확인합니다.”라고 기재되어 있었다.
- (4) 피고는 별도의 사전통지나 의견진술기회 부여 절차를 거치지 아니한 채, 현장조사 다음 날인 2014. 5. 15. 이 사건 처분(시정명령)을 하였다.
2. 이러한 사실관계를 위 법리에 비추어 살펴보면, 다음과 같이 판단된다.
- (1) 피고 소속 공무원 소외인이 위 현장조사에 앞서 원고에게 전화로 통지한 것은 행정조사의 통지이지 이 사건 처분(시정명령)에 대한 사전통지로 볼 수 없다. 그리고 위 소외인이 현장조사 당시 위반경위에 관하여 원고에게 의견진술기회를 부여하였다 하더라도, 이 사건 처분(시정명령)이 현장조사 바로 다음 날 이루어진 사정에 비추어 보면, 의견제출에 필요한 상당한 기간을 고려하여 의견제출기한이 부여되었다고 보기도 어렵다.
- (2) 그리고 현장조사에서 원고가 위반사실을 시인하였다거나 위반경위를 진술하였다는 사정만으로는 행정절차법 제21조 제4항 제3호가 정한 ‘의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우’로서 처분의 사전통지를 하지 아니하여도 되는 경우에 해당한다고 볼 수도 없다.
- (3) 따라서 행정청인 피고가 침해적 행정처분인 이 사건 처분(시정명령)을 하면서 원고에게 행정절차법에 따른 적법한 사전통지를 하거나 의견제출의 기회를 부여하였다고 볼 수 없다 (대판 2016.10.27. 2016두41811).

정답: ㉓

20. 국가배상책임에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 국가배상책임에서의 법령위반에는 널리 그 행위가 객관적인 정당성을 결여하고 있는 경우도 포함된다.
- ② 담당공무원이 주택구입대부제도와 관련하여 지급보증서제도에 관해 알려주지 않은 조치는 법령위반에 해당하지 않는다.
- ③ 공무원의 직무집행이 법령이 정한 요건과 절차에 따라 이루어진 것이라도, 그 과정에서 개인의 권리가 침해되면 법령위반에 해당한다.
- ④ 교육공무원 성과상여금 지급지침에서 기간제 교원을 성과상여금 지급대상에서 제외하여도 이에 대해 국가배상책임 있다고 할 수 없다.

간단정리 국가배상

- ✓ 법령위반▷인권존중·권력남용금지·신의성실위반 등 객관적 정당성 결여 포함
- ✓ 공무원이 주택구입대부제도 관련 지급보증서제도에 관해 알려주지 않은 부작위▷법령위반×
- ✓ 법령에 따른 직무집행▷법령적합성○
- ✓ 성과상여금 지급지침에서 기간제 교원을 성과상여금 지급대상에서 제외▷법령위반×

① (○)

■ 국가배상책임에 있어서 공무원의 가해행위는 '법령에 위반한' 것이어야 하고, 법령 위반이라 함은 엄격한 의미의 법령 위반뿐만 아니라 인권존중, 권력남용금지, 신의성실, 공서양속 등의 위반도 포함하여 널리 그 행위가 객관적인 정당성을 결여하고 있음을 의미한다고 할 것이다(대판 2009.12.24. 2009다70180).

② (○)

■ 갑이 경주보훈지청에 국가유공자에 대한 주택구입대부제도에 관하여 전화로 문의하고 대부신청서까지 제출하였으나, 담당 공무원에게서 주택구입대부금 지급을 보증하는 지급보증서제도에 관한 안내를 받지 못하여 대부제도 이용을 포기하고 시중은행에서 대출을 받아 주택을 구입함으로써 결과적으로 더 많은 이자를 부담하게 되었다고 주장하며 국가를 상대로 정신적 손해의 배상을 구한 사안에서, 주택구입대부제도에 있어서 지급보증서를 교부하는 취지와 성격, 관련 법령 등의 규정 내용, 지급보증서제도를 안내받지 못함으로 인하여 침해된 갑의 법익 내지 갑이 입은 손해의 내용과 정도, 관련 공무원이 갑이 입은 손해를 예견하거나 그 결과를 회피하기 위한 조치를 취할 수 있는 가능성의 정도 등 여러 사정을 종합하여 볼 때, 담당 공무원이 갑에게 주택구입대부제도에 관한 전화상 문의에 응답하거나 대부신청서의 제출에 따른 대부금지급신청안내문을 통지하면서 지급보증서제도에 관하여 알려주지 아니한 조치가 객관적 정당성을 결여하여 현저하게 불합리한 것으로서 고의 또는 과실로 법령을 위반하였다고 볼 수 없음에도, 담당 공무원에게 지급보증서제도를 안내하거나 설명할 의무가 있음을 전제로 그 위반에 대한 국가배상책임을 인정한 원심판결에 법리오해의 위법이 있다(대판 2012.7.26. 2010다95666).

③ (×)

■ 공무원의 직무집행이 법령이 정한 요건과 절차에 따라 이루어진 것이라면 특별한 사정이 없는 한 이는 법령에 적합한 것이고 그 과정에서 개인의 권리가 침해되는 일이 생긴다고 하여 그 법령적합성이 곧바로 부정되는 것은 아니다(대판 2000.11.10. 2000다26807).

④ (○)

■ [1] 구 공무원수당 등에 관한 규정 제7조의2 제1항 [별표 2의2]는 성과상여금 지급대상인 교육공무원으로 '공무원보수규정 [별표 11]을 적용받는 공무원'을 규정하고, 구 공무원보수규정 [별표 11]의 비고란에서 기간제교원에 관한 사항을 언급하고 있기는 하나, 구 교육공무원법 제32조 제1항, 구 교육공무원임용령 제13조 제3항, 국가공무원법 제47조 제1항, 교육공무원법 제34조 제2항, 제35조 제2호, 구 공무원수당 등에 관한 규정 제7조의2 제1항 [별표 2의2], 제6항, 구 공무원보수규정 제5조 [별표 11], 제33조 [별표 31], 제36조 제3항, 제4항, 제5항, 제39조, 구 국가공무원법 제2조 제2항, 제3항의 문언·체제·취지 등에 비추어 알 수 있는 제반 사정에 비추어 보면, 구 공무원수당 등에 관한 규정 제7조의2 제1항이 정한 성과상여금 지급대상 교육공무원으로서 '공무원보수규정 [별표 11]을 적용받는 교원'이란 호봉 승급에 따른 급여체계의 적용을 받는 정규 교원만을 의미하고 기간제교원은 포함되지 아니한다.

[2] 성과상여금은 원칙적으로 전년도에 근무성과를 평가하여 그 평가 결과에 따라 다음 연도에 차등하여 지급하는 급여로서 공무원들의 근무의욕을 고취시켜 업무수행능력의 지속적 향상을 유도하려는 데 그 지급 취지가 있는데, 기간제교원은 1년 이내의 단기간 채용되어 임용기간이 만료하면 당연퇴직하도록 정하고 있으므로 이러한 기간제교원에 대하여 성과상여금을 지급하는 것은 위 제도의 취지에 부합한다고 보기 어렵고, 성과상여금은 그 성격에 비추어 지급대상, 지급액 등에 관하여 광범위한 형성의 재량이 인정된다고 할 것인데, 교육부장관이 그 지침에서 기간제교원을 제외했다 하여 평등원칙에 반한다고 보기도 어렵다.

[3] 교육부장관이 甲 등을 비롯한 국·공립학교 기간제교원을 구 공무원수당 등에 관한 규정에 따른 성과상여금 지급대상에서 제외하는 내용의 ‘교육공무원 성과상여금 지급 지침’을 발표한 사안에서, 위 지침에서 甲 등을 포함한 기간제교원을 성과상여금 지급대상에서 제외한 것은 구 공무원수당 등에 관한 규정 제7조의2 제1항의 해석에 관한 법리에 따른 것이므로, 국가가 甲 등에 대하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 진다고 볼 수 없다(대판 2017.2.9. 2013다205778).

정답: ㉓