

2008년 국가직 행정법총론

[총평]

이번 시험을 보면서 많은 수험생들이 공통으로 느끼는 것은 “어렵다”고 한다. 그 이유를 찾아보면, 첫째는 문제 지문이 길어졌다는 점이다. 이는 판례의 지문들을 문제화하는 과정에서 필연적으로 문제 지문이 길어질 수밖에 없다. 문제공개의 2년차로서 판례문제가 많이 출제될 것이라는 예상은 하였지만, 예상보다 훨씬 많은 부분이 판례의 지문으로 구성되어 수험생이 시험장에서 느끼는 부분은 대단히 어렵게 받아들였을 것이라는 평이다.

또한, 기본 교재에 언급되지 않은 일부 판례지문의 등장이다. 이는 중요한 부분이면서 그동안 9급 시험의 정도에서는 자주 다루어지지 않은 판례들이며, 일부분이지만 역시 수험생에는 부담스러운 부분이다. 물론 문제지문 80개 모두를 파악하고 시험에 응시하는 수험생은 없을 것으로 본다. 그러나 나머지 지문들을 가지고 유추하여 풀어낼 수밖에 없다고 본다. 이번 시험을 계기로 수험생 여러분들은 행정법 공부에 있어서 판례 등 내용에 유의하면서 심도깊은 준비를 하여야 할 것입니다.

1. 행정법의 일반원칙과 관련된 대법원 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 건축설계를 위임받은 건축사가 건축한계선의 제한이 있다는 사실을 간과한 채 건축설계를 하고 이를 토대로 건축물의 신축허가를 받은 경우, 신축허가에 대한 건축주의 신뢰는 보호되어야 한다.
- ② 주택사업계획을 승인하면서 입주민이 이용하는 진입도로의 개설 및 확장 등의 기부채납의무를 부담으로 부과하는 것은 부당결부금지의 원칙에 반한다.
- ③ 청원경찰의 인원감축을 위하여 초등학교 졸업이하 학력소지자 집단과 중학교 중퇴이상 학력소지자 집단으로 나누어 각 집단별로 같은 감원 비율의 인원을 선정한 것은 위법한 재량권 행사이다.
- ④ 법규에 명문의 근거가 없는 경우에 환경보전을 이유로 산림훼손허가를 거부하는 것은 비례원칙에 반한다.

정답 ③

[해설] ① 건축주와 그로부터 건축설계를 위임받은 건축사가 상세계획 지침에 의한 건축한계선의 제한이 있다는 사실을 간과한 채 건축설계를 하고 이를 토대로 건축물의 신축 및 증축허가를 받은 경우, 그 신축 및 증축허가가 정당하다고 신뢰한 데에 귀책사유가 있다(대판 2002.11.8, 2001두1512). ② 65세대의 공동주택을 건설하려는 사업주체(지역주택조합)에게 주택건설촉진법 제33조에 의한 주택건설사업계획의 승인처분을 함에 있어 그 주택단지의 진입도로 부지의 소유권을 확보하여 진입도로 등 간선시설을 설치하고 그 부지 소유권 등을 기부채납하며 그 주택건설 사업 시행에 따라 폐쇄되는 인근 주민들의 기존 통행로를 대체하는 통행로를 설치하고 그 부지 일부를 기부채납하도록 조건을 붙인 경우, 주택건설촉진법과 같은 법 시행령 및 주택건설기준 등에 관한 규정 등 관련 법령의 관계 규정에 의하면 그와 같은 조건을 붙였다 하여도 다른 특별한 사정이 없는 한 필요한 범위를 넘어 과중한 부담을 지우는 것으로서 형평의 원칙 등에 위배되는 위법한 부관이라 할 수 없다(대판 1997.3.14, 96누16698). ③ 행정자치부의 지방조직 개편지침의 일환으로 청원경찰의 인원감축을 위한 면직처분대상자를 선정함에 있어서 초등학교 졸업이하 학력소지자 집단과 중학교 중퇴이상 학력소지자 집단으로 나누어 각 집단별로 같은 감원비율상당의 인원을 선정한 것은 합리성과 공정성을 결여하고, 평등의 원칙에 위배하여 그 하자가 중대하다 할 것이나, 그렇게 한 이유가 시험문제 출제수준이 중학교 학력수준이어서 초등학교 졸업이하 학력소지자에게 상대적으로 불리할 것이라는 판단 아래 이를 보완하기 위한 것이었으므로 그 하자가 객관적으로 명백하다고 보기는 어렵다(대판

2002.2.8, 2000두4057). ④ 산림훼손은 국토 및 자연의 유지와 수질 등 환경의 보전에 직접적으로 영향을 미치는 행위이므로, 법령이 규정하는 산림훼손 금지 또는 제한 지역에 해당하는 경우는 물론 금지 또는 제한 지역에 해당하지 않더라도 허가관청은 산림훼손허가신청 대상토지의 현상과 위치 및 주위의 상황 등을 고려하여 국토 및 자연의 유지와 환경의 보전 등 중대한 공익상 필요가 있다고 인정될 때에는 허가를 거부할 수 있고, 그 경우 법규에 명문의 근거가 없더라도 거부처분을 할 수 있다(대판 2003.3.28, 2002두12113, 대판 2007.5.10, 2005두13315).

2. 행정법의 효력에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 경과규정 등의 특별규정 없이 법령이 변경된 경우, 그 변경 전에 발생한 사항에 대하여 적용할 법령은 변경 전의 구 법령이다.
- ② 건설업면허수첩 대여행위가 그 행위 후 법령 개정으로 취소사유에서 삭제되었다면, 신법을 적용하여 건설업면허취소를 취소하여야 한다.
- ③ 계속된 사실이나 새 법령 시행 후에 발생한 부과요건 사실에 대하여 새 법령을 적용하는 것은 소급입법금지의 원칙에 저촉되지 않는다.
- ④ 법령이 전문 개정된 경우 특별한 사정이 없는 한 종전의 법률 부칙의 경과규정도 모두 실효된다.

정답 ②

[해설] ① 법령이 변경된 경우 신 법령이 피적용자에게 유리하여 이를 적용하도록 하는 경과규정을 두는 등의 특별한 규정이 없는 한 헌법 제13조 등의 규정에 비추어 볼 때 그 변경 전에 발생한 사항에 대하여는 변경 후의 신 법령이 아니라 변경 전의 구 법령이 적용되어야 한다(대판 2002.12.10, 2001두3228, 대판 1994.3.11, 93누19719, 대판 1983.6.28, 82누162). ② 법령이 변경된 경우 명문의 다른 규정이나 특별한 사정이 없는 한 그 변경 전에 발생한 사항에 대하여는 변경 후의 신 법령이 아니라 변경 전의 구 법령이 적용되므로, 건설업자인 원고가 1973.12.31 소외인에게 면허수첩을 대여한 것이 그 당시 시행된 건설업법 제38조 제1항 제8호 소정의 건설업면허 취소사유에 해당된다면 그 후 동법 시행령 제3조 제1항이 개정되어 건설업면허 취소사유에 해당하지 아니하게 되었다 하더라도 건설부장관은 동 면허수첩 대여행위 당시 시행된 건설업법 제38조 제1항 제8호를 적용하여 원고의 건설업면허를 취소하여야 할 것이다(대판 1982.12.28, 82누1). ③ 소급입법금지의 원칙은 각종 조세나 부담금 등을 납부할 의무가 이미 성립한 소득, 수익, 재산, 행위 또는 거래에 대하여 그 성립 후의 새로운 법령에 의하여 소급하여 부과하지 않는다는 원칙을 의미하는 것이므로, 계속된 사실이나 새로운 법령 시행 후에 발생한 부과요건 사실에 대하여 새로운 법령을 적용하는 것은 위 원칙에 저촉되지 않는다(대판 1995.4.25, 93누13728, 대판 1995.3.24, 94누6871). ④ 법률의 개정시에 종전 법률 부칙의 경과규정을 개정하거나 삭제하는 명시적인 조치가 없다면 개정 법률에 다시 경과규정을 두지 않았다고 하여도 부칙의 경과규정이 당연히 실효되는 것은 아니지만, 개정 법률이 전문개정인 경우에는 기존 법률을 폐지하고 새로운 법률을 제정하는 것과 마찬가지로 종전의 본칙은 물론 부칙 규정도 모두 소멸하는 것으로 보아야 할 것이므로 특별한 사정이 없는 한 종전의 법률 부칙의 경과규정도 모두 실효된다고 보아야 한다(대판 2002.7.26, 2001두11168, 대판 2004.12.9, 2003두13076).

3. 재량행위와 사법심사에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 재량행위에 대한 사법심사는 법원이 사실인정과 관련법규의 해석·적용을 통하여 일정한 결론을 도출한 후 그 결론에 비추어 행정청이 한 판단의 적법여부를 독자적인 입장에서 판정하는 방식에 의한다.
- ② 대법원은 주택건설촉진법상의 주택건설사업계획의 승인은 상대방에게 권리나 이익을 부여하는 효과를 수반하는 수익적 행정처분이라는 점에서 재량행위라고 판단하고 있는데 이것은 이른바 요건재량설에 따른 것이다.
- ③ 여객자동차운수사업법에 의한 개인택시운송사업면허는 특정인에게 특정한 권리나 이익을 부여하는 행위로서 법령에 특별한 규정이 없는 한 재량행위이지만, 그 면허를 위하여 필요한 기준을 정하는 것은 행정청의 재량이 아니다.
- ④ 학생에 대한 징계권의 발동이나 징계의 양정(量定)이 징계권자의 교육적 재량에 맡겨져 있다 할지라도 법원이 심리한 결과 그 징계처분에 위법한 사유가 있다고 판단되는 경우에는 이를 취소할 수 있다.

정답 ④

[해설] ① 행정행위를 기속행위와 재량행위로 구분하는 경우 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 방식(완전심사·판단대체방식)에 의하게 되나, 후자의 경우 행정청의 재량에 기한 공익판단의 여지를 감안하여 법원은 독자의 결론을 도출함이 없이 당해 행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만을 심사(제한심사방식)하게 되고, 이러한 재량권의 일탈·남용 여부에 대한 심사는 사실오인, 비례·평등의 원칙 위배 등을 그 판단 대상으로 한다(대판 2005.7.14, 2004두6181, 대판 2007.5.31, 2005두1329). ② 대법원은 "주택건설회법 제33조 소정의 대지조성사업계획의 승인은 상대방에게 권리나 이익을 부여하는 효과를 수반하는 이른바 수익적 행정처분으로서 법령상 그 승인요건에 관하여 일의적으로 규정되어 있지 아니한 이상 행정청의 재량행위에 속한다(대판 1997.12.9, 97누4999)."고 하여 법률의 문언이 불분명할 경우에 행정행위의 성질에 따라서 수익적인 경우에는 재량행위로 보는 효과재량설의 입장이다. ③ 구 여객자동차 운수사업법에 의한 개인택시운송사업면허는 특정인에게 권리나 이익을 부여하는 이른바 수익적 행정행위로서 법령에 특별한 규정이 없는 한 재량행위이고, 그 면허를 위하여 정하여진 순위 내에서 운전경력 인정방법에 관한 기준을 설정하거나 변경하는 것 역시 행정청의 재량에 속하는 것이다(대판 2007.3.15, 2006두15783, 대판 2004.11.12, 2004두9463, 대판 2005.4.28, 2004두8910, 대판 2007.6.1, 2006두17987). ④ 학생에 대한 징계권의 발동이나 징계의 양정이 징계권자의 교육적 재량에 맡겨져 있다 할지라도 법원이 심리한 결과 그 징계처분에 위법사유가 있다고 판단되는 경우에는 이를 취소할 수 있는 것이고, 징계처분이 교육적 재량행위라는 이유만으로 사법심사의 대상에서 당연히 제외되는 것은 아니다(대판 1991.11.22, 91누2144).

4. 행정행위의 부관에 관한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 기속행위의 경우에 실정법상 부관의 부과가능성은 존재하지 않는다.
- ② 부관의 사후변경은 법률에 명문의 규정이 있는 경우에 허용된다.
- ③ 모든 부관은 그 자체로서 독립적인 행정쟁송의 대상이 된다.
- ④ 독일연방행정절차법에 의하면 주된 법률행위의 법률요건을 보충하는 부관은 무효이다.

정답 ②

[해설] ① 다수설에 의하면 기속행위에는 원칙적으로 부관을 부과할 수 없다. 그러나 기속행위의 경우라 하더라도 법률상 근거가 있는 경우나, 요건충족적 부관의 경우에는 부관을 붙일 수 있다. 따라서 기속행위에 실정법상 부관의 부과가능성은 존재한다. 즉, 식품위생법 제22조 제3항에서는 "식품의약품안전청장, 시·도지사, 시장·군수 또는 구청장은 제1항의 규정에 의한 영업허가를 하는 때에는 필요한 조건을 붙일 수 있다."고 규정하고 있다. ② 행정처분에 이미 부담이 부가되어 있는 상태에서 그 의무의 범위 또는 내용 등을 변경하는 부관의 사후변경은 법률에 명문의 규정이 있거나 그 변경이 미리 유보되어 있는 경우 또는 상대방의 동의가 있는 경우에 한하여 허용되는 것이 원칙이지만, 사정변경으로 인하여 당초에 부담을 부가한 목적을 달성할 수 없게 된 경우에도 그 목적달성에 필요한 범위 내에서 예외적으로 허용된다(대판 1997.5.30, 97누2627, 대판 2007.12.28, 2005다72300). ③ 행정행위의 부관은 행정행위의 일반적인 효력이나 효과를 제한하기 위하여 의사표시의 주된 내용에 부가되는 종된 의사표시이지 그 자체로서 직접 법적 효과를 발생하는 독립된 처분이 아니므로 현행 행정쟁송제도 아래서는 부관 그 자체만을 독립된 쟁송의 대상으로 할 수 없는 것이 원칙이나 행정행위의 부관 중에서도 행정행위에 부수하여 그 행정행위의 상대방에게 일정한 의무를 부과하는 행정청의 의사표시인 부담의 경우에는 다른 부관과는 달리 행정행위의 불가분적인 요소가 아니고 그 존속이 본체인 행정행위의 존재를 전제로 하는 것일 뿐이므로 부담 그 자체로서 행정쟁송의 대상이 될 수 있다(대판 1992.1.21, 91누1264). ④ 독일연방행정절차법 제36조는 "기속행위의 경우에 법령에 의하여 허용되거나 그에 의하여 관계법상의 처분요건이 충족되는 경우에는 부관이 가능하다."고 명시하고 있다.

5. 행정행위의 공정력과 선결문제에 관한 판례의 태도로 옳지 않은 것은?

- ① 연령미달의 결격자인 피고인이 형의 이름으로 운전면허시험에 응시, 합격하여 교부받은 운전면허는 비록 위법하나 취소되지 않는 한 유효하므로 피고인의 운전행위는 무면허운전에 해당하지 아니한다.
- ② 위법한 행정대집행이 완료되면 그 처분의 무효확인 또는 취소를 구할 소의 이익은 없다 하더라도, 미리 그 행정처분의 취소판결이 있어야만 그 행정처분의 위법임을 이유로 한 손해배상청구를 할 수 있다.
- ③ 부정한 방법으로 받은 수입증인서를 함께 제출하여 수입면허를 받았다고 하더라도, 그 수입면허가 당연무효인 것으로 인정되지 않는 한 관세법 소정의 무면허수입죄가 성립될 수 없는 것이다.
- ④ 과세처분이 당연무효라고 볼 수 없는 한 과세처분에 취소할 수 있는 위법사유가 있다 하더라도 그 과세처분은 행정행위의 공정력 또는 집행력에 의하여 그것이 적법하게 취소되기 전까지는 유효하다 할 것이므로 민사소송절차에서 그 과세처분의 효력을 부인할 수 없다.

정답 ②

[해설] ① 연령미달의 결격자인 피고인이 소외인의 이름으로 운전면허시험에 응시, 합격하여 교부받은 운전면허는 당연무효가 아니고 도로교통법 제65조 제3호의 사유(운전면허취소사유)에 해당함에 불과하여 취소되지 않는 한 유효하므로 피고인의 운전행위는 무면허운전에 해당하지 아니한다(대판 1982.6.8, 80도2646). ② 위법한 행정대집행이 완료되면 그 처분의 무효확인 또는 취소를 구할 소의 이익은 없다 하더라도, 미리 그 행정처분의 취소판결이 있어야만 그 행정처분의 위법임을 이유로 한 손해배상청구를 할 수 있는 것은 아니다(대판 1972.4.28, 72다337). ③ 물품을 수입하고자 하는 자가 일단 세관장에게 수입신고를 하여 그 면허를 받고 물품을 통관한 경우에는, 세관장의 수입면허가 중대하고도 명백한 하자가 있는 행정행위이어서 당연무효가 아닌 한 관세법 제181조 소정의 무면허수입죄가 성립될 수 없다(대판 1989.3.28, 89도149). ④ 과세처분이 당연무효라고 볼 수 없는 한 과세처분에 취소할 수 있는 위법사유가 있다 하더라도 그 과세처분은 행정행위의 공정력 또는 집행력에 의하여 그것이 적법하게 취소되기 전까지는 유효하다 할 것이므로, 민사소송절차에서 그 과세처분의 효력을 부인할 수 없다(대판 1999.8.20, 99다20179).

6. 다음 사례에 관한 설명으로 옳은 것은?

A는 본인 소유의 토지를 을에게 매도하였고, 관할세무서장은 위 토지의 양도당시의 기준시가로서 이 토지의 개별공시지가를 기준으로 양도소득세를 부과하였다. 그런데 양도소득세가 지나치게 많다고 생각한 A는 개별공시지가결정이 있은 지 1년 넘게 지나고 나서야 개별공시지가에 대하여 이의가 있으면 개별공시지가의 결정·공시일부터 30일 이내에 이의를 신청할 수 있었다는 사실과 이 개별공시지가가 자신의 토지에 대하여는 잘못된 사실판단으로 인하여 지나치게 높게 결정되었다는 사실을 알게 되었다.

- ① A는 개별공시지가결정을 대상으로 취소소송을 제기하여 이를 다투면 된다.
- ② 개별공시지가결정이 무효라 하더라도 A는 개별공시지가결정이 잘못되었음을 이유로 양도소득세부과처분의 위법을 주장할 수 없다.
- ③ 개별공시지가의 결정과 이를 기초로 한 과세처분은 동일한 목적을 달성하기 위하여 일련의 절차로 연속하여 행하여지는 것으로서 양 행위는 서로 결합된 처분이라고 보는 것이 다수설의 입장이다.
- ④ 대법원은 관계인의 수인한도를 넘어 불이익을 강요하는 경우에는 과세처분의 위법사유로서 개별공시지가결정의 위법을 주장할 수 있다고 판시한 바 있다.

정답 ④

[해설] ① 개별공시지가결정은 처분성은 인정되지만, 1년이 경과하여 불가쟁력이 발생했기 때문에 A는 개별공시지가결정을 대상으로 취소소송을 제기할 수 없다. ② 선행처분인 개별공시지가결정이 당연무효라면 후행처분인 양도소득세부과처분에 그 하자는 승계되므로 A는 개별공시지가결정의 위법을 이유로 양도소득세부과처분의 위법을 주장할 수 있다. ③④ 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 있었

다고 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 개별공시지가 결정에 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 재산받을 권리를 보장한 헌법의 이념에도 부합하는 것이 아니라고 할 것이므로, 개별공시지가결정에 위법이 있는 경우에는 그 자체를 행정소송의 대상이 되는 행정처분으로 보아 그 위법여부를 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).

7. 행정행위의 철회에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 철회권은 법적근거가 있는 경우에 한하여 인정된다는 것이 다수설·판례의 입장이다.
- ② 명문의 근거규정이 없어도 처분청뿐만 아니라 감독청도 철회권을 가진다.
- ③ 대법원은 외형상 하나의 행정처분이라고 하더라도 가분성이 있는 경우 그 일부만의 철회도 가능하다고 본다.
- ④ 철회의 효과는 소급하여 발생함이 원칙이다.

정답 ③

【해설】 ① 철회권의 행사에는 법적근거를 요하지 않는다는 입장이 다수설·판례이다. 즉, 대법원은 “행정행위를 한 처분청은 비록 그 처분 당시에 별다른 하자가 없었고, 또 그 처분 후에 이를 취소할 별도의 법적근거가 없다 하더라도 원래의 처분을 존속시킬 필요가 없게 된 사정변경이 생겼거나 또는 중대한 공익상의 필요가 발생한 경우에는 그 효력을 상실케 하는 별개의 행정행위로 이를 취소할 수 있다(대판 2004.11.26, 2003두10251, 10268).”라고 판시하고 있다. ② 행정행위의 철회는 처분청만이 할 수 있고 감독청은 법률에 근거가 있는 경우에 한하여 철회권을 갖는 것이 통설이다. ③ 외형상 하나의 행정처분이라 하더라도 가분성이 있거나 그 처분대상의 일부가 특정될 수 있다면 그 일부만의 취소도 가능하고 그 일부의 취소는 당해 취소부분에 관하여 효력이 생긴다고 할 것인바, 이는 한 사람이 여러 종류의 자동차 운전면허를 취득한 경우 그 각 운전면허를 취소하거나 그 운전면허의 효력을 정지함에 있어서도 마찬가지이다(대판 1995.11.16, 95누8850 전원합의체). ④ 철회의 효력은 일반적으로 소급하지 아니하고 장래에 향해서만 발생하는 것이 원칙이다.

8. 송달에 관한 「행정절차법」의 내용으로 옳은 것은?

- ① 교부에 의한 송달은 필히 수령확인서를 받아야 한다.
- ② 행정절차법에서 규정하지 아니하는 사항은 민사소송법의 송달에 관한 규정을 준용해야 한다.
- ③ 송달이 불가능한 경우에는 송달받을 자가 알기 쉽도록 관보·공보·게시판·일간신문·인터넷 중 하나 이상에 공고하여야 한다.
- ④ 정보통신망을 이용하여 전자문서로 송달하는 경우에는 송달받은 자가 지정한 컴퓨터에서 확인한 때에 도달된 것으로 본다.

정답 ①

【해설】 ① 교부에 의한 송달은 수령확인서를 받고 문서를 교부함으로써 행하며, 송달하는 장소에서 송달받을 자를 만나지 못한 때에는 그 사무원·피용자(被傭者) 또는 동거자로서 사리를 분별할 지능이 있는 자에게 이를 교부할 수 있다(제14조 제2항). ② 행정절차법상 송달에 관하여 민사소송법을 준용하는 규정은 없다. 다만, 행정심판법 제41조에서는 “이 법에 의한 서류의 송달방법에 관하여는 민사소송법 중 송달에 관한 규정을 준용한다.”라는 규정이 있다. ③ 송달받을 자의 주소 등을 통상의 방법으로 확인할 수 없는 경우나 송달이 불가능한 경우에는 송달받을 자가 알기 쉽

도록 관보·공보·게시판·일간신문 중 하나 이상에 공고하고 인터넷에도 공고하여야 한다(제14조 제4항). 따라서 인터넷 공고는 필수적이지 선택적 사항이 아니다. ④ 정보통신망을 이용하여 전자문서로 송달하는 경우에는 송달받을 자가 지정한 컴퓨터 등에 “입력된 때”에 도달된 것으로 본다(제15조 제2항).

9. 「행정절차법」에 규정된 의견청취절차에 관한 사항으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정청은 통상적인 공청회를 대신하여 정보통신망을 이용한 전자공청회를 실시할 수 있다.
- ② 행정청은 처분을 함에 있어서 공청회·전자공청회 및 정보통신망 등을 통하여 제시된 사실 및 의견이 상당한 이유가 있다고 인정하는 경우에는 이를 반영하여야 한다.
- ③ 당사자등은 처분 전에 그 처분의 관할행정청에 서면·구술로 또는 정보통신망을 이용하여 의견제출을 할 수 있다.
- ④ 청문은 당사자의 공개신청이 있거나 청문주재자가 필요하다고 인정하는 경우 이를 공개할 수 있지만 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 경우에는 공개하여서는 아니 된다.

정답 ①

【해설】 ① 동법 제38조의2 제1항에서 “행정청은 제38조에 따른 공청회와 병행하여서만 정보통신망을 이용한 공청회를 실시할 수 있다.”고 규정하고 있다. ② 동법 제39조의2 ③ 동법 제27조 제1항 ④ 동법 제30조

10. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에서 규정하고 있는 내용으로 옳지 않은 것은?

- ① 청구인은 구술로도 정보의 공개를 청구할 수 있다.
- ② 정보공개를 청구한 날부터 20일 이내에 공공기관이 공개여부를 결정하지 아니한 때에는 비공개로 결정이 있는 것으로 본다.
- ③ 공개청구된 공개대상정보의 전부 또는 일부가 제3자와 관련이 있다고 인정되는 때에는 공공기관은 그 사실을 제3자에게 지체없이 통지하여야 하며, 필요한 경우에는 그의 의견을 청취할 수 있다.
- ④ 정보공개에 관한 정책의 수립 및 제도개선에 관한 사항을 심의·조정하기 위하여 대통령 소속하에 정보공개심의위원회를 둔다.

정답 ④

【해설】 ① 정보의 공개를 청구하는 자는 당해 정보를 보유하거나 관리하고 있는 공공기관에 대하여 청구인의 이름·주민등록번호·주소 및 연락처, 공개를 청구하는 정보의 내용 및 공개방법을 기재한 정보공개청구서를 제출하거나 구술로써 정보의 공개를 청구할 수 있다(동법 제10조 제1항). ② 동법 제11조 제5항 ③ 동법 제11조 제3항 ④ 정보공개에 관한 정책의 수립 및 제도개선에 관한 사항을 심의·조정하기 위하여 행정안전부장관 소속하에 정보공개위원회를 둔다(동법 제22조). 국가기관, 지방자치단체 및 정부투자기관관리기본법 제2조의 규정에 의한 정부투자기관은 정보공개여부 등을 심의하기 위하여 정보공개심의회를 설치·운영한다(동법 제12조 제1항).

11. 대집행에 관한 판례의 내용으로 옳지 않은 것은?

- ① 도시공원시설인 매점의 소유자에 대한 매점으로부터의 퇴거와 이에 부수하여 그 판매시설물 및 상품을 반출하는 행위는 대체적 작위의무가 아니다.
- ② 대집행의 계고는 행정소송법 소정의 처분에 포함된다.
- ③ 무허가로 불법건축되어 철거할 의무가 있는 건축물의 경우라도 도시미관, 주거환경, 교통소통에 지장이 없는 경우에는 공익을 해칠 우려가 없다.
- ④ 대집행할 행위의 내용과 범위는 대집행계고서에 의해서만 특정되어야 하는 것이 아니고, 그 처분 전후에 송달된 문서나 기타 사정을 종합하여 이를 특정할 수 있으면 족하다.

정답 ③

【해설】 ① 도시공원시설인 매점의 관리청이 그 공동점유자 중의 1인에 대하여 소정의 기간 내에 위 매점으로부터 퇴거하고 이에 부수하여 그 판매시설물 및 상품을 반출하지 아니할 때에는 이를 대집행하겠다는 내용의

계고처분은 그 주된 목적이 매점의 원형을 보존하기 위하여 점유자가 설치한 불법시설물을 철거하고자 하는 것이 아니라, 매점에 대한 점유자의 점유를 배제하고 그 점유이전을 받는 데 있다고 할 것인데, 이러한 의무는 그것을 강제적으로 실현함에 있어 직접적인 실행행사가 필요한 것이지만 대체적 작위의무에 해당하는 것은 아니어서 직접강제의 방법에 의하는 것은 별론으로 하고 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 되는 것은 아니다(대판 1998.10.23, 97누157). ② 제1차로 철거명령 및 계고처분을 한 데 이어 제2차로 계고서를 송달하였음에도 불응함에 따라 대집행을 일부 실행한 후 철거의무자의 연기원을 받아들여 나머지 부분의 철거를 진행하지 않고 있다가 연기기한이 지나자 다시 제3차로 철거명령 및 대집행계고를 한 경우, 행정대집행법상의 철거의무는 제1차 철거명령 및 계고처분으로써 발생하였다고 할 것이고, 제3차 철거명령 및 대집행계고는 새로운 철거의무를 부과하는 것이라고는 볼 수 없으며, 단지 종전의 계고처분에 의한 건물철거를 독촉하거나 그 대집행기한을 연기한다는 통지에 불과하므로 취소소송의 대상이 되는 독립한 행정처분이라고 할 수 없다(대판 2000.2.22, 98두4665). ③ 무허가로 불법 건축되어 철거할 의무가 있는 건축물을 도시미관, 주거환경, 교통소통에 지장이 없다는 등의 사유만을 들어 그대로 방치한다면 불법 건축물을 단속하는 당국의 권능을 무력화하여 건축행정의 원활한 수행을 위태롭게 하고 건축허가 및 준공검사에 소방시설, 주차시설 기타 건축법 소정의 제한규정을 회피하는 것을 사전 예방한다는 더 큰 공익을 해칠 우려가 있다(대판 1989.3.28, 87누930). ④ 행정청이 행정대집행법 제3조 제1항에 의한 대집행계고를 함에 있어서는 의무자가 스스로 이행하지 아니하는 경우에 대집행할 행위의 내용 및 범위가 구체적으로 특정되어야 하지만, 그 행위의 내용 및 범위는 반드시 대집행계고서에 의하여서만 특정되어야 하는 것이 아니고 계고처분 전후에 송달된 문서나 기타 사정을 종합하여 행위의 내용이 특정되거나 대집행 의무자가 그 이행의무의 범위를 알 수 있으면 족하다(대판 1997.2.14, 96누15428).

12. 통고처분에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 통고처분을 받은 자가 통고처분의 내용을 이행하지 아니하면 권한행정청은 일정기간 내에 고발할 수 있고, 그에 따라 형사소송절차로 이행되게 된다.
- ② 헌법재판소는 통고처분에 대해 행정심판이나 행정소송의 대상에서 제외하고 있는 관세법 제38조 제3항 제2호가 법관에 의해 재판을 받을 권리를 침해한다든가 적법절차의 원칙을 위반하지 않는다고 보았다.
- ③ 범칙자가 범칙금을 납부하면 과형절차는 종료되고, 범칙자는 다시 형사소추되지 아니한다.
- ④ 법률의 규정에 의하여 통고처분을 할 수 있음에도 불구하고 법률이 정한 즉시고발사유 존재를 이유로 통고처분을 하지 않고 고발하였다면 그 고발 및 이에 기한 공소의 제기는 부적법한 것이다.

정답 ④

[해설] ①③ 통고처분을 받은 자가 통고처분의 내용을 이행하지 아니하면 통상의 형사소송절차로 이행하게 되고, 통고처분의 내용을 이행하면 과형절차는 종료되고 일사부재리원칙이 적용되므로 범칙자는 다시 형사소추되지 아니한다. ② 통고처분은 상대방의 임의의 승복을 그 발효요건으로 하기 때문에 그 자체만으로는 통고이행을 강제하거나 상대방에게 아무런 권리의무를 형성하지 않으므로 행정심판이나 행정소송의 대상으로서의 처분성을 부여할 수 없고, 통고처분에 대하여 이의가 있으면 통고내용을 이행하지 않음으로써 고발되어 형사재판절차에서 통고처분의 위법·부당함을 얼마든지 다툴 수 있기 때문에 관세법 제38조 제3항 제2호가 법관에 의한 재판받을 권리를 침해한다든가 적법절차의 원칙에 저촉된다고 볼 수 없다(헌재결 1998.5.28, 96헌바4). ④ 관세법 제284조 제1항, 제311조, 제312조, 제318조의 규정에 의하면, 관세청장 또는 세관장은 관세법에 대하여 통고처분을 할 수 있고, 범죄의 정상이 징역형에 처하여질 것으로 인정되는 때에는 즉시 고발하여야 하며, 관세법인이 통고를 이행할 수 있는 자능능력이 없다고 인정되거나 주소 및 거소의 불명 기타의 사유로 인하여 통고를 하기 곤란하다고 인정되는 때에도 즉시 고발하여야 하는바, 이들 규정을 종합하여 보면, 통고처분을 할 것인지의 여부는 관세청장 또는 세관장의 재량에 맡겨져 있고, 따라서 관세청장 또는 세관장이 관세법에 대하여 통고처분을 하지 아니한 채 고발하였다는 것만으로는 그 고발 및 이에 기한 공소의 제기가 부적법하게 되는 것은 아니다(대판

2007.5.11, 2006도1993).

13. 영조물의 설치 또는 관리상의 하자로 인한 손해배상책임에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 국가배상법 제5조는 점유자의 면책조항을 두고 있는 점에서 민법 제758조의 공작물 등의 배상책임과 동일하며, 다만 그 대상을 공작물에 한정하고 있지 않은 점에서 민법상의 배상책임규정과 차이가 있다.
- ② 다른 자연적 사실이나 제3자의 행위 또는 피해자의 행위와 경합하여 손해가 발생하였더라도 영조물의 설치·관리상의 하자가 공동원인의 하나가 된 이상 그 손해는 영조물의 설치·관리상의 하자에 의하여 발생한 것이라고 보아야 한다.
- ③ 영조물의 설치·관리를 맡은 자와 영조물의 설치·관리의 비용을 부담하는 자가 다른 경우에는 피해자는 어느 쪽에 대하여도 선택적으로 손해배상을 청구할 수 있다.
- ④ 판례에 의하면 영조물의 설치의 하자유무는 객관적 견지에서 본 안전성의 문제이므로 재정사정은 영조물의 안전성의 정도에 관하여 참작사유는 될 수 있을지언정 안전성을 결정지를 절대적 요건은 되지 못한다.

정답 ①

[해설] ① 국가배상법 제5조의 영조물은 민법 제758조의 공작물보다 범위가 더 넓다. 또한 민법 제758조에서는 “점유자가 손해의 방지에 필요한 주의를 해태하지 아니한 때에는 그 소유자가 손해를 배상할 책임이 있다.”라고 하여 점유자의면책조항이 있으나, 국가배상법 제5조에서는 점유자의 면책조항이 없다는 점에서 구별된다. ② 영조물의 설치 또는 관리상의 하자로 인한 사고라 함은 영조물의 설치 또는 관리상의 하자만이 손해발생의 원인이 되는 경우만을 말하는 것이 아니고, 다른 자연적 사실이나 제3자의 행위 또는 피해자의 행위와 경합하여 손해가 발생하더라도 영조물의 설치 또는 관리상의 하자가 공동원인의 하나가 되는 이상 그 손해는 영조물의 설치 또는 관리상의 하자에 의하여 발생한 것이라고 해석함이 상당하다(대판 1994.11.22, 94다32924). ③ 국가배상법은 제6조 제1항에서 “국가 또는 지방자치단체가 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 공무원의 선임·감독 또는 영조물의 설치·관리를 맡은 자와 공무원의 봉급·급여 기타의 비용 또는 영조물의 설치·관리의 비용을 부담하는 자가 동일하지 아니한 경우에는 그 비용을 부담하는 자도 손해를 배상하여야 한다.”라고 규정하고 있기 때문에 피해자는 설치·관리자와 비용부담자에게 선택적 청구가 가능하다. ④ 설치자의 재정사정이나 영조물의 사용목적에 의한 사정은 안전성을 요구하는 데 대한 정도문제로서 참작사유에는 해당할지언정 안전성을 결정지를 절대적 요건에는 해당하지 아니한다 할 것이다(대판 1967.2.21, 66다1723).

14. 수용유사침해보상에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 적법한 공행정작용의 비전형적이고 비의도적인 부수적 효과로써 발생한 개인의 재산권에 대한 손해를 전보하는 것을 말한다.
- ② 분리이론보다는 경계이론과 밀접한 관련이 있다.
- ③ 통상적인 공용침해가 적법·무책인데 비하여, 수용유사침해는 위법·유책이다.
- ④ 수용유사침해는 우리 대법원의 판례를 통해서 발전된 이론으로 그에 관한 명시적인 법률규정은 없다.

정답 ②

[해설] ①은 수용적 침해에 관한 설명이다. ② 경계이론은 재산권의 제약이 일정한 경계선을 넘어서면 보상을 요하는 공용침해가 되고, 경계선을 넘지 않으면 보상이 필요없는 재산권 제약으로 보는 견해로서, 재산권에 내재하는 사회적 제약과 구별되는 특별한 희생의 판단에 관한 이론이다. 따라서 수용유사침해이론은 보상규정이 없는 경우에도 특별한 희생에 해당할 경우 손실보상을 요한다는 견해로서 경계이론과 밀접한 관련이 있다. 그러나 분리이론에 의하면, 예외적으로 보상의무가 있는 내용규정의 문제로서 내용규정이 구체적인 경우에 헌법상의 한계 즉, 평등원칙·비례원칙·신뢰보호원칙 등을 위반한 경우에는 그 내용규정은 위헌무효가 된다. 이는 독일 헌법재판소의 자갈채취판결에서 취한 태도이다. ③ 수용유사침해는 위법·무책의 침해에 대한 손해전보제도이다. ④ 수용유사침해보상은 손해전보에 대한 실정법상의 흠결을 보완하기 위해 독일의 판례를 통해 형성되었다. 우리 대법원은 문화방송주식 강제증여 사건에서 수용유사침

해법리에 대한 명시적 판단을 유보한 바 있다. “수용유사적 침해의 이론은 국가 기타 공권력의 주체가 위법하게 공권력을 행사하여 국민의 재산권을 침해하였고 그 효과가 실제로 있어서 수용과 다름없을 때에는 적법한 수용이 있는 것과 마찬가지로 국민이 그로 인한 손실의 보상을 청구할 수 있다는 내용으로 이해되는데, 과연 우리 법제하에서 그와 같은 이론을 채택할 수 있는 것인가는 별론으로 하더라도, 피고 대한민국의 이 사건 주식취득이 그러한 공권력의 행사에 의한 수용유사적 침해에 해당한다고 볼 수는 없다(대판 1993.10.26, 93다6409).”

15. 「행정소송법」의 피고적격에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 대법원은 처분청과 통지한 자가 다른 경우에는 통지한 자가 피고가 된다고 보았다.
- ② 중앙노동위원회의 처분에 대한 행정소송의 피고는 중앙노동위원회가 된다.
- ③ 조례가 항고소송의 대상이 되는 경우 조례를 제정한 지방의회가 피고가 된다.
- ④ 공무수탁사인은 당사자소송의 피고가 될 수 있다.

정답 ④

[해설] ① 피고인 인천직할시 북구청장이 인천직할시장으로부터 환경보전법상의 위법시설에 대한 폐쇄 등 명령권한의 사무처리에 관한 내부위원을 받아, 원고들이 공동으로 경영하는 공장에서 같은 법 제15조의 규정에 의한 허가를 받지 아니하고 배출시설을 설치하여 조업하고 있는 것을 적발하고, 인천직할시장 명의의 폐쇄명령서를 발부받아 "환경보전법 위반사업장 고발 및 폐쇄명령"이란 제목으로 위 폐쇄명령서를 첨부하여 위 무허가 배출시설에 대한 폐쇄명령통지를 하였다면 위 폐쇄명령처분을 한 행정청은 어디까지나 인천직할시장이고, 피고는 인천직할시장의 위 폐쇄명령처분에 관한 사무처리를 대행하면서 이를 통지하였음에 지나지 않으며, 위 폐쇄명령서나 그 통지서가 정부공문서규정이 정하는 문서양식에 맞지 않는다는 이유만으로 피고를 처분청으로 볼 수는 없으므로, 피고를 위 폐쇄명령처분을 한 행정청으로 보고 제기한 이 사건 소는 피고적격이 없는 자를 상대로 한 것이어서 부적법하다(대판 1990.4.27, 90누233). ② 노동위원회법 제27조 제1항에서는 “중앙노동위원회의 처분에 대한 소는 중앙노동위원회위원장을 피고로 하여 처분의 통지를 받은 날부터 15일이내에 이를 제기하여야 한다.”고 규정하고 있다. ③ 조례에 대한 무효확인소송을 제기함에 있어서 피고적격이 있는 처분 등을 행한 행정청은, 행정주체인 지방자치단체 또는 지방자치단체의 내부적 의결기관으로서 지방자치단체의 의사를 외부에 표시할 권한이 없는 지방의회가 아니라, 지방자치단체의 집행기관으로서 조례로서의 효력을 발생시키는 공포권이 있는 지방자치단체의 장이다. 교육에 관한 조례의 무효확인소송을 제기함에 있어서는 그 집행기관인 시·도 교육감을 피고로 하여야 한다(대판 1996.9.20, 95누8003). ④ 행정소송법 제39조에서 “당사자소송의 피고는 국가 또는 공공단체 그 밖의 권리주체가 된다.”고 규정하고 있다. 여기서 그 밖의 권리주체는 공권력을 수여받은 행정주체인 사인, 즉 공무수탁사인을 의미한다.

16. 거부행위의 항고소송 대상적격에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정청이 사인의 신청을 받고 그 신청에 따른 행위를 하지 않겠다고 거부한 행위가 항고소송의 대상이 되는 처분이 되기 위한 요건은 사인이 행정청에 대하여 그 신청에 따른 행정행위를 해줄 것을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있어야 한다.
- ② 거부처분의 처분성을 인정하기 위한 전제조건인 신청권의 존부는 신청의 인용이라는 만족적 결과를 얻을 권리가 있는지 여부에 따라 결정된다.
- ③ 대법원은 소관관청의 지목변경신청반려행위의 처분성을 인정하고 있다.
- ④ 대법원은 도시계획구역 내의 토지소유자가 도시계획 입안권자에게 도시계획입안을 신청한 데 대하여, 이러한 신청을 거부한 행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 하였다.

정답 ②

[해설] ① 행정청이 국민의 신청에 대하여 한 거부행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 된다고 하기 위하여는 국민이 그 신청에 따른 행정행위를 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 권리가 있어야 하고 이러한 권리에 의하지 아니한 국민의 신청을 행정관청이 받아들이지 아니하고 거

부한 경우에는 이로 인하여 신청인의 권리나 법적이익에 어떤 영향을 주는 것이 아니므로 그 거부행위를 가리켜 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다(대판 2006.6.30, 2004두701). ② 거부처분의 처분성을 인정하기 위한 전제조건이 되는 신청권의 존부는 구체적 사건에서 신청인이 누구인가를 고려하지 않고 관계법규의 해석에 의하여 일반국민에게 그러한 신청권을 인정하고 있는가를 살펴 추상적으로 결정되는 것이고, 신청인이 그 신청에 따른 단순한 응답을 받을 권리를 넘어서 신청의 인용이라는 만족적 결과를 얻을 권리를 의미하는 것은 아니다. 따라서 국민이 어떤 신청을 한 경우에 그 신청의 근거가 된 조항의 해석상 행정발동에 대한 개인의 신청권을 인정하고 있다고 보여지면 그 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 처분으로 보아야 할 것이고, 구체적으로 그 신청이 인용될 수 있는가 하는 점은 본안에서 판단하여야 할 사항인 것이다(대판 1996.6.11, 95누12460). ③ 구 지적법 제20조, 제38조 제2항의 규정은 토지소유자에게 지목변경신청권과 지목정정신청권을 부여한 것이고, 한편 지목은 토지에 대한 공법상의 규제, 개발부담금의 부과대상, 지방세의 과세대상, 공시지가의 산정, 손실보상가액의 산정 등 토지행정의 기초로서 공법상의 법률관계에 영향을 미치고, 토지소유자는 지목을 토대로 토지의 사용·수익·처분에 일정한 제한을 받게 되는 점 등을 고려하면, 지목은 토지소유권을 제대로 행사하기 위한 전제조건으로서 토지소유자의 실체적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있으므로 지적공부 소관청의 지목변경신청반려행위는 국민의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2004.4.22, 2003두9015 전원합의체). ④ 구 도시계획법은 도시계획입안제안과 관련하여서는 주민이 입안권자에게 “도시계획시설의 설치·정비 또는 개량에 관한 사항, 지구단위계획구역의 지정 및 변경과 지구단위계획의 수립 및 변경에 관한 사항”에 관하여 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 주민으로서는 입안권자에게 도시계획입안을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있다고 할 것이고, 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2004.4.28, 2003두1806).

17. 취소소송 판결의 효력에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 확정된 청구기각판결의 형성력은 소송당사자인 원고와 피고 행정청 사이에 발생할 뿐 아니라 제3자에게도 미친다.
- ② 청구기각판결이 확정되면 처분의 적법함에 관하여 기판력이 발생하므로 무효확인청구도 할 수 없다.
- ③ 판례에 의하면 처분의 위법함을 인정하는 청구인용판결이 확정된 경우에도 처분시점 이후에 생긴 새로운 사유나 사실관계를 들어 동일한 내용의 처분을 하는 것은 무방하다.
- ④ 기속력에 반하는 행정청의 행위는 위법하며 판례는 무효원인으로 본다.

정답 ①

[해설] ① 형성력은 기각판결에는 인정되지 않고 인용판결에만 인정된다. ② 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 2003.5.16, 2002두3669). ③ 행정처분의 적법여부는 그 행정처분이 행하여진 때의 법령과 사실을 기준으로 하여 판단하는 것이므로 거부처분 후에 법령이 개정·시행된 경우에는 개정된 법령 및 허가기준을 새로운 사유로 들어 다시 이전의 신청에 대한 거부처분을 할 수 있으며 그러한 처분도 행정소송법 제30조 제2항에 규정된 재처분에 해당된다. 건축불허가처분을 취소하는 판결이 확정된 후 국토이용관리법시행령이 준농림지역 안에서의 행위제한에 관하여 지방자치단체의 조례로써 일정지역에서 숙박업을 영위하기 위한 시설의 설치를 제한할 수 있도록 개정된 경우, 당해 지방자치단체장이 위 처분 후에 개정된 신법령에서 정한 사유를 들어 새로운 거부처분을 한 것은 행정소송법 제30조 제2항 소정의 확정판결의 취지에 따라 이전의 신청에 대한 처분을 한 경우에 해당한다(대판 1998.1.7, 97두22). ④ 주택건설사업 승인신청 거부처분의 취소를 명하는 판결이 확정되었음에도 행정청이 그에 따른 재처분을 하지 않은 채 취소소송 계속 중에 도시계획법령이 개정되었다는 이유를 들어 다시 거부처분

을 한 사안에서, 개정된 도시계획법령에 그 시행 당시 이미 개발행위허가를 신청 중인 경우에는 종전 규정에 따른다는 경과규정을 두고 있으므로 위 사업승인신청에 대하여는 종전 규정에 따른 재처분을 하여야 함에도 불구하고 개정 법령을 적용하여 새로운 거부처분을 한 것은 확정된 종전 거부처분 취소판결의 기속력에 저촉되어 당연무효이다(대판 2002.12.11, 자 2002무22).

18. 다음 판례의 내용으로 옳지 않은 것은?

- ① 공법상 당사자소송에서 재산권의 청구를 인용하는 판결을 하는 경우에는 가집행선고를 할 수 없다.
- ② 국가인권위원회의 성희롱결정 및 시정권고조치는 행정소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.
- ③ 지방자치단체가 ‘교통할아버지 봉사활동 계획’을 수립한 후 관할 동장으로 하여금 ‘교통할아버지’를 선정하게 하여 어린이 보호, 교통안내, 거리질서 확립 등의 공무를 위탁하여 이를 집행하게 하였다면 ‘교통할아버지’ 활동을 하는 범위 내에서는 국가배상법 제2조에 규정된 지방자치단체의 ‘공무원’이라고 봄이 상당하다.
- ④ 군인사법령에 의하여 진급예정자명단에 포함된 자에 대하여 의견제출의 기회를 부여하지 아니한 채 진급선발을 취소하는 처분을 한 것은 절차상 하자로 위법하다.

정답 ①

[해설] ① 행정소송법 제8조 제2항에 의하면 행정소송에도 민사소송법의 규정이 일반적으로 준용되므로 법원로서는 공법상 당사자소송에서 재산권의 청구를 인용하는 판결을 하는 경우 가집행선고를 할 수 있다(대판 2000.11.28, 99두3416). ② 구 남녀차별금지 및 구제에 관한 법률 제28조에 의하면, 국가인권위원회의 성희롱결정과 이에 따른 시정조치의 권고는 불가분의 일체로 행하여지는 것인데 국가인권위원회의 이러한 결정과 시정조치의 권고는 성희롱 행위자로 결정된 자의 인격권에 영향을 미침과 동시에 공공기관의 장 또는 사용자에게 일정한 법률상의 의무를 부담시키는 것이므로 국가인권위원회의 성희롱결정 및 시정조치권고는 행정소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 보지 않을 수 없다(대판 2005.7.8, 2005두487). ③ 지방자치단체가 ‘교통할아버지 봉사활동계획’을 수립한 후 관할 동장으로 하여금 ‘교통할아버지’를 선정하게 하여 어린이 보호, 교통안내, 거리질서 확립 등의 공무를 위탁하여 집행하게 하던 중 ‘교통할아버지’로 선정된 노인이 위탁받은 업무범위를 넘어 교차로 중앙에서 교통정리를 하다가 교통사고를 발생시킨 경우, 지방자치단체가 국가배상법 제2조 소정의 배상책임을 부담한다(대판 2001.1.5, 98다39060). ④ 행정과정에 대한 국민의 참여와 행정의 공정성, 투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익을 보호함을 목적으로 하는 행정절차법의 입법목적과 행정절차법 제3조 제2항 제9호의 규정 내용 등에 비추어 보면, 공무원 인사관계 법령에 의한 처분에 관한 사항 전부에 대하여 행정절차법의 적용이 배제되는 것이 아니라 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 처분이나 행정절차에 준하는 절차를 거치도록 하고 있는 처분의 경우에만 행정절차법의 적용이 배제된다. 군인사법령에 의하여 진급예정자명단에 포함된 자에 대하여 의견제출의 기회를 부여하지 아니한 채 진급선발을 취소하는 처분을 한 것이 절차상 하자가 있어 위법하다(대판 2007.9.21, 2006두20631).

19. 다음 판례의 내용으로 옳지 않은 것은?

- ① 소득세법에 의한 원천징수의무자의 원천징수행위는 법령에서 규정된 징수 및 납부의무를 이행하기 위한 것에 불과한 것이지, 공권력의 행사로서의 행정처분을 한 경우에 해당되지 아니한다.
- ② 농지개량조합과 그 직원과의 관계는 공법상 특별권력관계이다.
- ③ 행정재산은 공용폐지가 되지 않더라도 사법상 거래의 대상이 될 수 있다.
- ④ 공무원이 한 사직의 의사표시는 그에 기한 의원면직처분이 있을 때까지 원칙적으로 철회할 수 있다.

정답 ③

[해설] ① 원천징수하는 소득세에 있어서는 납세의무자의 신고나 과세관청의 부과결정이 없이 법령이 정하는 바에 따라 그 세액이 자동적으로 확정되고, 원천징수의무자는 소득세법 제142조 및 제143조의 규정에 의하여 이와 같이 자동적으로 확정되는 세액을 수급자로부터 징수하여 과세관

청에 납부하여야 할 의무를 부담하고 있으므로, 원천징수의무자가 비록 과세관청과 같은 행정청이더라도 그의 원천징수행위는 법령에서 규정된 징수 및 납부의무를 이행하기 위한 것에 불과한 것이지, 공권력의 행사로서의 행정처분을 한 경우에 해당되지 아니한다(대판 1990.3.23, 89누4789). ② 농지개량조합과 그 직원과의 관계는 사법상의 근로계약관계가 아닌 공법상의 특별권력관계이고, 그 조합의 직원에 대한 징계처분의 취소를 구하는 소송은 행정소송사항에 속한다(대판 1995.6.9, 94누10870). ③ 행정목적을 위하여 공용되는 행정재산은 공용폐지가 되지 않는 한 사법상 거래의 대상이 될 수 없으므로 취득시효의 대상도 될 수 없다(대판 1983.6.14, 83다카181, 대판 1996.5.28, 95다52383). ④ 공무원이 한 사직의 의사표시는 그에 터잡은 의원면직처분이 있을 때까지는 원칙적으로 이를 철회할 수 있는 것이지만, 다만 의원면직처분이 있기 전이라도 사직의 의사표시를 철회하는 것이 신의칙에 반한다고 인정되는 특별한 사정이 있는 경우에는 그 철회는 허용되지 아니한다(대판 1993.7.27, 92누16942, 대판 2001.8.24, 99두9971).

20. 다음 중 판례의 태도로 옳지 않은 것은?

- ① 국민의 정보공개청구권은 법률상 보호되는 구체적인 권리이다.
- ② 건설교통부 내부지침에 의한 항공노선에 대한 운수권배분처분은 행정처분에 해당한다.
- ③ 다단계판매원은 구 방문판매 등에 관한 법률의 양벌규정의 적용에 있어서 다단계판매업자의 사용인의 지위에 있다.
- ④ 국립의료원 부설주차장에 관한 위탁관리용역운영계약과 관련한 가산금 지급채무부존재를 소송상 다투는 경우 소송형태는 민사소송으로 하여야 한다.

정답 ④

[해설] ① 국민의 정보공개청구권은 법률상 보호되는 구체적인 권리라 할 것이므로, 공공기관에 대하여 정보의 공개를 청구하였다가 공개거부처분을 받은 청구인은 행정소송을 통하여 그 공개거부처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있다(대판 2006.1.13, 2003두9459). ② 정부 간 항공노선의 개설에 관한 잠정협정 및 비밀양해각서와 행정규칙인 건설교통부 내부지침에 근거한 항공노선에 대한 운수권배분처분은 상대방에게 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법적효과를 발생하게 하는 등으로 원고의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행위로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2004.11.26, 2003두10251, 10268). ③ 다단계판매업의 영업태양 및 다단계판매업자와 다단계판매원 사이의 관계에 비추어 볼 때, 다단계판매원이 하위판매원의 모집 및 후원활동을 하는 것은 실질적으로 다단계판매업자의 관리아래 그 업무를 위탁받아 행하는 것으로 볼 수 있어, 다단계판매업자가 상품의 판매 또는 용역의 제공에 의한 이익의 귀속주체가 된다고 할 것이므로, 다단계판매원은 다단계판매업자의 통제·감독을 받으면서 다단계판매업자의 업무를 직접 또는 간접으로 수행하는 자로서, 적어도 구 방문판매 등에 관한 법률(2002.3.30. 법률 제6688호로 전문 개정되기 전의 것)의 양벌규정의 적용에 있어서는 다단계판매업자의 사용인의 지위에 있다고 봄이 상당하다(대판 2006.2.24, 2003도4966). ④ 원고는 피고 산하의 국립의료원 부설주차장에 관한 이 사건 위탁관리용역운영계약에 대하여 관리청이 순전히 사경제주체로서 행한 사법상 계약임을 전제로, 가산금에 관한 별도의 약정이 없는 이상 원고에게 가산금을 지급할 의무가 없다고 주장하여 그 부존재의 확인을 구한다는 것이다. 그러나 기록에 의하면, 위 운영계약의 실질은 행정재산인 위 부설주차장에 대한 국유재산법 제24조 제1항에 의한 사용·수익 허가로서 이루어진 것임을 알 수 있으므로, 이는 위 국립의료원이 원고의 신청에 의하여 공권력을 가진 우월적 지위에서 행한 행정처분으로서 특정인에게 행정재산을 사용할 수 있는 권리를 설정하여 주는 강박상 특허에 해당한다 할 것이고 순전히 사경제주체로서 원고와 대등한 위치에서 행한 사법상의 계약으로 보기 어렵다고 할 것이다(대판 2006.3.9, 2004다31074).