

01. 행정심판의 심리와 재결에 관한 내용으로 옳지 않은 것은?

- ① 법령의 규정에 의하여 공고한 처분이 재결로써 취소된 때에는 처분청은 지체 없이 그 처분이 취소되었음을 공고하여야 한다.
- ② 위원회는 의무이행심판의 청구가 이유 있다고 인정할 때에는 지체 없이 신청에 따른 처분을 하거나 이를 할 것을 명한다.
- ③ 위원회는 직권에 의하여 심판청구의 대상이 되는 처분 또는 부작위 외의 사항에 대하여도 재결할 수 있다.
- ④ 심판청구에 대한 재결이 있는 경우에는 당해 재결 및 동일한 처분 또는 부작위에 대하여 다시 심판청구를 제기 할 수 없다.

정답 ③ 심판청구의 대상이 되는 처분이나 부작위 외의 사항에 대하여서는 행정심판위원회는 재결할 수 없다. 이를 불고불리라고 한다. 불고불리원칙은 심리범위와 재결의 범위를 한정하는 원칙이다. 행정심판법 제36조 제1항은 “위원회는 심판청구의 대상이 되는 처분 또는 부작위외의 사항에 대하여는 재결하지 못 한다”고 규정하고 있다. /

- ① 행정심판법 제37조 제5항 : “법령에 의하여 공고한 처분이 재결로써 취소 또는 변경된 때에는 처분을 행한 행정청은 지체없이 그 처분이 취소 또는 변경되었음을 공고하여야 한다.”
- ② 행정심판법 제37조 제2항 : “당사자의 신청을 거부하거나 부작위로 방치한 처분의 이행을 명하는 재결이 있는 경우에는 행정청은 지체없이 그 재결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다. 이 경우 위원회는 당해 행정청이 처분을 하지 아니하는 때에는 당사자의 신청에 따라 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 그 기간 내에 이행하지 아니하는 경우에는 당해 처분을 할 수 있다”
- ④ 행정심판법 제39조 : “심판청구에 대한 재결이 있는 경우에는 당해 재결 및 동일한 처분 또는 부작위에 대하여 다시 심판청구를 제기할 수 없다”

02. 항고소송에서 판결의 기속력에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 기속력은 일단 판결이 확정된 때에는 동일한 사항이 다시 소송상 문제되었을 때 당사자와 법원은 이에 저촉되는 주장이나 판단을 할 수 없는 효력을 의미한다.
- ② 현행 행정소송법은 취소판결에 대하여 기속력 있음을 규정하고 무효등확인소송과 부작위 위법확인소송 및 당사자소송에 이를 준용하고 있다.
- ③ 기속력은 취소판결 등의 실효성을 도모하기 위하여 인정된 효력이므로, 판결주문 및 그 전제가 된 요건사실의 인정과 효력의 판단에만 미친다.
- ④ 취소판결이 확정된 후에 그 기속력에 위반하여 같은 사유에 의한 동일한 내용의 처분은 그 하자가 중대하고도 명백하여 당연무효이다.

정답 ① 기판력에 대한 설명이다. 확정판결이 있게 되면 동일한 사항에 대하여 당사자는 이에 모순되는 주장을 할 수 없고, 후행 법원도 이에 저촉되는 판단을 할 수 없다. 기속력은 처분 등을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관한 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속하여 동일한 이유로 동일한 상대방에게 동일한 처분을 할 수 없는 것을 말하며, 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 함을 말한다.

03. 국가배상법에 의한 배상책임에 관한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 공무원의 부작위로 인한 국가배상책임을 인정하기 위해서는 법령에 명시적으로 공무원의

2010. 04. 국가직 9급 행정법총론 해설 - 김용철(노량진 남부행정고시학원)

작위의무가 규정되어 있어야 한다.

- ② 국가배상법상의 공무원에는 일시적이고 한정적인 공무를 위탁받아 공무에 종사하는 자도 포함한다.
- ③ 헌법재판소 재판관이 청구기간 내에 제기된 헌법소원심판청구사건의 청구기간을 오인하여 각하결정을 한 경우, 이에 대한 불복절차 내지 시정절차가 없는 때에는 국가배상책임을 인정 할 수 있다.

④ 민법상의 사용자 면책사유는 국가배상법상의 고의·과실의 판단에서는 적용되지 않는다.

정답 ①공무원의 부작위로 인한 국가배상책임을 인정하기 위하여는 공무원의 작위로 인한 국가배상책임을 인정하는 경우와 마찬가지로 '공무원이 그 직무를 집행함에 당하여 고의 또는 과실로 법령에 위반하여 타인에게 손해를 가한 때'라고 하는 국가배상법 제2조 제1항의 요건이 충족되어야 할 것인바, 여기서 '법령에 위반하여'라고 하는 것이 엄격하게 형식적 의미의 법령에 명시적으로 공무원의 작위의무가 규정되어 있는데도 이를 위반하는 경우만을 의미하는 것은 아니고, 국민의 생명, 신체, 재산 등에 대하여 절박하고 중대한 위험상태가 발생하였거나 발생할 우려가 있어서 국민의 생명, 신체, 재산 등을 보호하는 것을 본래적 사명으로 하는 국가가 초법규적·일차적으로 그 위험 배제에 나서지 아니하면 국민의 생명, 신체, 재산 등을 보호할 수 없는 경우에는 형식적 의미의 법령에 근거가 없더라도 국가나 관련 공무원에 대하여 그러한 위험을 배제할 작위의무를 인정할 수 있을 것이나, 그와 같은 절박하고 중대한 위험상태가 발생하였거나 발생할 우려가 있는 경우가 아닌 한, 원칙적으로 공무원이 관련 법령대로만 직무를 수행하였다면 그와 같은 공무원의 부작위를 가지고 '고의 또는 과실로 법령에 위반'하였다고 할 수는 없을 것이므로, 공무원의 부작위로 인한 국가배상책임을 인정할 것인지 여부가 문제되는 경우에 관련 공무원에 대하여 작위의무를 명하는 법령의 규정이 없다면 공무원의 부작위로 인하여 침해된 국민의 법익 또는 국민에게 발생한 손해가 어느 정도 심각하고 절박한 것인지, 관련 공무원이 그와 같은 결과를 예견하여 그 결과를 회피하기 위한 조치를 취할 수 있는 가능성이 있는지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(출처 : 대법원 2005. 6. 10. 선고 2002다53995 판결【손해배상(기)】 [공보불게재])

04. 대법원 판례에 의할 때 비공개대상정보에 해당하지 않는 것은?

- ① 교육공무원에 대한 근무성적평정의 결과
- ② 재개발사업에 관한 자료
- ③ 보안관찰법상 보안관찰 관련 통계자료
- ④ 문제은행 출제방식을 채택하고 있는 치과의사 국가시험의 문제지와 정답지

정답 ①교육공무원법 제13조, 제14조의 위임에 따라 제정된 교육공무원승진규정은 정보공개에 관한 사항에 관하여 구체적인 법률의 위임에 따라 제정된 명령이라고 할 수 없고, 따라서 교육공무원승진규정 제26조에서 근무성적평정의 결과를 공개하지 아니한다고 규정하고 있다고 하더라도 위 교육공무원승진규정은 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제1호에서 말하는 법률이 위임한 명령에 해당하지 아니하므로 위 규정을 근거로 정보공개청구를 거부하는 것은 잘못이다. (출처 : 대법원 2006.10.26. 선고 2006두11910 판결【정보비공개 결정취소】 [공2006.12.1.(263),2012])

05. 행정상 강제집행에 대한 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 대집행계고처분 취소소송의 변론이 종결되기 전에 대집행의 실행이 완료된 경우라도 그

2010. 04. 국가직 9급 행정법총론 해설 - 김용철(노량진 남부행정고시학원)

계고처분의 취소 또는 무효확인을 구할 법률상 이익이 있다.

- ② 행정청이 대집행의 계고를 함에 있어서 의무자가 이행하여야 할 행위와 그 의무불이행시 대집행할 행위의 내용과 범위가 특정되어야 하지만, 그것은 반드시 대집행계고서에 의하여서만 특정되어야 하는 것은 아니다.
- ③ 대집행영장의 통지는 대집행을 실행하겠다는 단순한 사실의 통지에 불과하여 행정처분이라고 보기 어려우므로 이에 대해서는 취소소송을 제기할 수 없다.
- ④ 의무를 부과하는 처분을 할 때에 이미 대집행 요건이 충족될 것이 확실하고 또한 그 급속한 실시를 요하는 긴급한 필요가 있는 경우에라도 대집행계고는 의무를 명하는 처분과 결합될 수는 없다.

정답 ② 행정청이 건축법 제42조 제1항과 행정대집행법 제2조 및 제3조 제1항에 따라 건축법위반 건축물의 철거를 명하고 그 의무불이행시 행할 대집행의 계고를 함에 있어서는, 의무자가 이행하여야 할 행위와 그 의무불이행시 대집행할 행위의 내용 및 범위가 구체적으로 특정되어야 할 것이지만, 그 행위의 내용과 범위는 반드시 철거명령서나 대집행계고서에 의하여서만 특정되어야 하는 것은 아니고, 그 처분 전후에 송달된 문서나 기타 사정을 종합하여 이를 특정할 수 있으면 족하다. (출처 : 대법원 1992.5.12. 선고 91누8623 판결 【건물철거대집행계고처분취소】 [공1992.7.1.(923),1886])

- ① 계고처분에 대한 대집행의 실행이 이미 사실행위로서 완료되었다면, 계고처분이나 대집행의 실행행위 자체의 무효 확인 또는 취소를 구할 법률상 이익은 없다.(대판 1995. 7. 28, 95누2623)
- ③ 대집행영장 통지는 행정행위이다.
- ④ 계고서라는 명칭의 한 장의 문서로서 일정기간 내에 위법건축물의 자진철거를 명함과 동시에 그 소정기간 내에 자진철거를 하지 아니할 때에는 대집행 할 뜻을 미리 계고한 경우라도 건축법에 의한 철거명령과 행정대집행법에 의한 계고처분은 독립하여 있는 것으로서 각 그 요건이 충족되었다고 볼 것이다.(대판 1992. 6. 12, 91누13564)

06. 다음 행정행위의 부관에 대한 설명 중 옳지 않은 것으로만 묶은 것은?

- ㄱ. 부담과 조건의 구별이 애매한 경우 조건으로 보는 것보다 부담으로 해석하는 것이 상대방에게 유리하다.
- ㄴ. 부담부 행정행위의 경우에는 부담을 이행해야 주된 행정행위의 효력이 발생한다.
- ㄷ. 숙박영업허가를 함에 있어 윤락행위를 알선하면 허가를 취소한다는 부관을 붙인 경우에는 철회권의 유보이다.
- ㄹ. 법률행위적 행정행위에는 부관을 붙일 수 있는 것이 원칙이므로 귀화허가 및 공무원의 임명행위 등과 같은 신분설정행위에는 부관을 붙일 수 있다.
- ㅁ. 조건과 부담은 독립하여 행정쟁송의 대상이 될 수 없다.
- ㅂ. 행정처분과 부관 사이에 실체적 관련성이 없는 경우, 공법상 제한을 회피하고자 사법상 계약을 체결하는 형식을 취한 것은 위법하다.

- ① ㄱ, ㄴ, ㄷ
- ② ㄴ, ㄷ, ㅁ
- ③ ㄴ, ㄷ, ㄷ, ㅂ
- ④ ㄷ, ㄷ, ㅁ, ㅂ

정답 ② ㄴ: 부담부 행정행위에서 부담은 행정행위 효력을 발생시키는 부관이 아니고, 행정행위에 일정한 의무를 부과하는 부관이다. 따라서 부담을 이행하지 않아도 본체의 효력은 발생한다. ㄷ: 포괄적인 법률상의 지위를 부여하는 귀화허가나, 공무원 임명 등에는 부관을 붙일 수 없다는 것이 일반적인 견해이다. ㄹ: 부담은 독립하여 재송제기가 가능하다.

07. 행정계획에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 판례에 의하면 장래 일정한 기간 내에 일정한 처분을 구하는 신청을 할 법률상 지위에 있는 자의 국토이용계획변경신청에 대한 거부행위는 예외적으로 행정소송의 대상이 된다.
- ② 일반적인 계획보장청구권은 인정되지 않는다.
- ③ 행정계획은 그 본질상 변경가능성과 신뢰보호의 긴장관계에 있다.
- ④ 판례는 도시계획의 변경 또는 폐지를 신청할 조리상의 권리를 원칙적으로 인정하고 있다.

정답 ④ 구 도시계획법상 주민이 행정청에 대하여 도시계획 및 그 변경에 대하여 어떤 신청을 할 수 있음에 관한 규정이 없고, 도시계획과 같이 장기성·종합성이 요구되는 행정계획에 있어서 그 계획이 일단 확정된 후에 어떤 사정의 변동이 있다고 하여 지역주민에게 일일이 그 계획의 변경을 청구할 권리를 인정해 줄 수도 없는 것이므로, 원고들에게 그 주장과 같은 사유만으로는 이 사건 도시계획의 변경을 신청할 조리상의 권리가 있다고 볼 수 없다.(대판 1994. 1. 28, 93누22029)

08. 다음 중 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 친일반민족행위자재산조사위원회가 행한 친일재산의 국가 귀속결정은 준법률행위적 행정행위의 성격을 가진다.
- ② 헌법재판소가 법률의 위헌 여부를 판단하기 위하여 한 법률해석에 대법원이나 각급 법원이 구속되는 것은 아니다.
- ③ 개발제한구역 중 일부 취락을 개발제한구역에서 해제하는 내용의 도시관리계획변경결정에 대하여, 개발제한구역 해제 대상에서 누락된 토지의 소유자는 위 결정의 취소를 구할 법률상 이익이 있다.
- ④ 개발이익환수에 관한 법률에 정한 개발사업을 시행하기 전에, 행정청이 민원예비심사에 대하여 관련부서 의견으로 '저촉사항없음'이라고 기재하였다는 사정만으로 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해표명을 한 것이라고는 보기 어렵다.

정답 ③ 이 사건 토지는 이 사건 도시관리계획변경결정 전후를 통하여 개발제한구역으로 지정된 상태에 있으므로 이 사건 도시관리계획변경결정으로 인하여 그 소유자인 원고가 위 토지를 사용·수익·처분하는 데 새로운 공법상의 제한을 받거나 종전과 비교하여 더 불이익한 지위에 있게 되는 것은 아니다. 또한, 원고의 청구취지와 같이 이 사건 도시관리계획변경결정 중 중리취락 부분이 취소된다 하더라도 그 결과 이 사건 도시관리계획변경결정으로 개발제한구역에서 해제된 제3자 소유의 토지들이 종전과 같이 개발제한구역으로 남게 되는 결과가 될 뿐, 원고 소유의 이 사건 토지가 개발제한구역에서 해제되는 것도 아니다. 따라서 원고에게 제3자 소유의 토지에 관한 이 사건 도시관리계획변경결정의 취소를 구할 직접적이고 구체적인 이익이 있다고 할 수 없다.(출처: 대법원 2008.7.10. 선고 2007두10242 판결【도시관리계획변경결정취소의소】 [공2008하,1159])

09. 다음 사례에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

국립 ○○교육대학 교수회는 학칙에 의거해 징계권자인 학장(피고)의 요구에 따라 교내·외의 과격시위 등에 가담한 갑(원고) 외 학생들에게 무기정학과 퇴학처분 등의 징계의결을 하였다. 피고가 위 징계의결의 내용이 미흡하다는 이유로 재심을 요청하여 다시 교수회가 개최되었는데, 그 자리에서 피고는 자신에게 위 징계의결내용을 직권으로 조정할 권한을 위임하여 줄 것을 요청하여 찬반토론은 거쳤으나 표결은 하지 않았다. 이에 피고는 같은 일자로 원고에 대한 위 교수회의 징계의결내용을 변경하여 원고에 대하여 퇴학처분을 하였다.

- ① 오늘날 특별권력관계의 특수성은 여전히 인정되므로, 특별권력관계의 목적달성을 위하여는 법률의 근거가 없는 경우에도 당연히 기본권이 제한된다.
- ② 학생에 대한 징계권의 발동이나 징계의 양정은 징계권자인 ○○교육대학 학장의 교육적 재량에 맡겨져 있지만, 교수회의 의결을 요건으로 하므로 위 징계처분은 기속행위로 보아야 한다.
- ③ 효과재량설의 입장에서 보면 징계처분은 재량행위라고 보게 되므로, 관계 법령 또는 학칙상 징계사유가 존재하더라도 반드시 징계를 하여야 하는 것은 아니다.
- ④ ○○교육대학 학생에 대한 퇴학처분은 국립대학교의 내부질서유지를 위해 학칙 위반자인 재학생에 대한 구체적 법집행으로서 행정소송법상의 처분에 해당한다.

정답 ④ 교육대학 학생과 국립대학과의 관계는 특별권력관계에 해당한다. 따라서 퇴학처분인 징계는 행정처분에 해당되어 재송제기가 가능하다. / ① 종래와 달리, 오늘날에는 특별권력관계 구성원에 대한 기본권 제한도, 헌법과 법률에 의하여 상대적 기본권만이 제한 될 뿐이다. ② 징계처분은 재량이다. ③ 효과재량설은 재량과 기속을 구분하는 기준이 성질에 의한다. 따라서 징계의 경우에는 침익적 처분이므로 효과재량설에 의하면 기속이다.

10. 그 식품위생법은 보건사회부장관(현 보건복지부장관)이 지정하여 고시(告示)하는 영업 또는 품목의 경우는 영업허가를 제한할 수 있다고 규정하였고, 이에 따라 보건사회부장관은 “그 전량을 수출하거나 주한 외국인에게만 판매한다는 요건을 갖춘 경우에만 보존음료수제조업의 허가를 할 수 있다.”라는 고시를 발한 바 있었다. 이 고시에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 위 고시의 법적 성질을 행정규칙이라고 보는 것인 대법원의 입장이다.
- ② 위 고시에 정한 허가기준에 따라 보존음료수제조업허가에 붙여진 전량수출 또는 주한 외국인에 대한 판매에 한한다는 내용의 조건에 대해서는 행정행위에 부관을 붙일 수 있는 한계에 관한 일반원칙이 적용되지 않는다.
- ③ 위 고시상의 조건을 위반한 행위에 대하여 행정청이 과징금을 부과한 제재적 행정처분은 위법하지 아니하다.
- ④ 대법원은 행정청이 갑에 대하여 보존음료수제조업허가를 하면서 붙인 위 허가조건이 갑의 영업의 자유의 본질적 내용을 침해한다고 볼 수 없다고 하였다.

정답 ② 위 고시는 상위법과 결합하여 법규로서 기능한다. 따라서 위 고시에 부관이 붙어있 경우에는 법정부관에 해당되어 부관의 한계가 위 고시의 부관에 동일하게 적용될 수 없다. 위 “가”항의 고시에 정한 허가기준에 따라 보존음료수 제조업의 허가에 붙여진 전량수출 또

는 주한외국인에 대한 판매에 한한다는 내용의 조건은 이른바 법정부관으로서 행정청의 의사에 기하여 붙여지는 본래의 의미에서의 행정행위의 부관은 아니므로, 이와 같은 법정부관에 대하여는 행정행위에 부관을 붙일 수 있는 한계에 관한 일반적인 원칙이 적용되지는 않는다. (출처 : 대법원 1994.3.8. 선고 92누1728 판결【과징금부과처분취소】 [공1994.5.1.(967),1195])

/① 식품제조영업허가기준이라는 고시는 공익상의 이유로 허가를 할 수 없는 영업의 종류를 지정할 권한을 부여한 구 식품위생법 제23조의3 제4호에 따라 보건사회부장관이 발한 것으로서, 실질적으로 법의 규정내용을 보충하는 기능을 지니면서 그것과 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령의 성질을 가진 것이다.(출처 : 대법원 1994.3.8. 선고 92누1728 판결【과징금부과처분취소】 [공1994.5.1.(967),1195])

③ 위 고시가 헌법상 보장된 기본권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반될 때에는 위 고시는 효력이 없는 것으로 볼 수밖에 없으므로, 원고들이 위 고시에 따라서 지게 되는 의무를 이행하지 아니하였다는 이유로 원고들에 대하여 과징금을 부과하는 제재적 행정처분을 하는 것은 위법하다 할 것이다.(대법원 1994.3.8. 선고 92누1728 판결【과징금부과처분취소】)

④보존음료수의 국내판매를 금지함으로써 잠재적인 판매시장의 거의 대부분을 폐쇄한다는 것은 실질적으로 보존음료수제조업의 허가를 전면적으로 허용하면서 그 허가의 요건을 한정하는 것(이는 직업선택의 자유를 제한하는 경우에 해당한다)에 못지 않는 큰 제한으로서, 직업선택의 자유를 제한하는 것과 다를 바 없는 영업의 자유에 대한 중대한 제한이고, 영업의 자유를 제한하는 내용에 있어서도 국내판매를 완전히 금지하여 어느 경우에도 예외를 인정하지 않고 있으므로, 그 제한의 정도가 절대적인 것이어서 직업의 자유를 심하게 제한하고 있다고 하지 않을 수 없다.(출처 : 대법원 1994.3.8. 선고 92누1728 판결【과징금부과처분취소】 [공1994.5.1.(967),1195])

11. 행정대집행에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 판례에 의하면 용도위반 부분을 장례식장으로 사용하는 것을 중지할 것과 이를 불이행할 경우 행정대집행을 하겠다는 내용의 계고처분은 적법하다고 본다.
- ② 토지나 가옥 등의 인도는 행정대집행의 대상이 되지 않는 것이 원칙이다.
- ③ 판례에 의하면 상당한 이행기간을 정하여 계고하지 않고 행한 행정대집행은 적법절차에 위반된 위법한 처분으로 본다.
- ④ 반복된 계고의 경우는 1차 계고가 처분성을 가지며, 2차, 3차의 계고처분은 대집행기한의 연기통지에 불과하므로 독립한 처분으로 보지 않는다.

정답 ① “관계 법령에 위반하여 장례식장 영업을 하고 있는 자의 장례식장 사용 중지 의무는 행정대집행법 제2조의 규정에 의한 대집행의 대상이 아니다.”(출처 : 대법원 2005. 9. 28. 선고 2005두7464 판결【장례예식장사용중지계고처분취소】 [공보불게재]) - 부작위의무는 대집행대상이 아니다. 대체적 작위의무만이 대집행의 대상일뿐이다.

12. 이행강제금(집행벌)에 관한 설명으로 옳지 않은 것은/

- ① 이행강제금은 처벌이 아니므로 반복하여 부과·징수할 수 있다.
- ② 판례에 의하면 이행강제금은 비대체적 작위의무에 대한 불이행을 제재하기 위한 것이기 때문에 대체적 작위의무의 불이행에 대해서는 인정할 수 없다고 본다.
- ③ 건축법상 허가권자는 이행강제금 부과처분을 받은 자가 이행강제금을 납부기한까지 내지

2010. 04. 국가직 9급 행정법총론 해설 - 김용철(노량진 남부행정고시학원)

아니하면 지방세 체납처분의 예에 따라 징수한다.

④ 판례에 의하면 건축법상 이행강제금 납부의무는 일신전속적인 성질로 본다.

정답 ② “전통적으로 행정대집행은 대체적 작위의무에 대한 강제집행수단으로, 이행강제금은 부작위의무나 비대체적 작위의무에 대한 강제집행수단으로 이해되어 왔으나, 이는 이행강제금 제도의 본질에서 오는 제약은 아니며, 이행강제금은 대체적 작위의무의 위반에 대하여도 부과될 수 있다. 현행 건축법상 위법건축물에 대한 이행강제수단으로 대집행과 이행강제금이 인정되고 있는데, 양 제도는 각각의 장·단점이 있으므로 행정청은 개별사건에 있어서 위반 내용, 위반자의 시정의지 등을 감안하여 대집행과 이행강제금을 선택적으로 활용할 수 있으며, 이처럼 그 합리적인 재량에 의해 선택하여 활용하는 이상 중첩적인 제재에 해당한다고 볼 수 없다”(헌재결 2004. 2. 26, 2001헌바80)

13. 식품위생법은 관할 관청이 영업허가를 하는 때에는 필요한 조건을 붙일 수 있다고 규정하고 있다. 이에 군수 A는 유흥주점영업을 허가하면서 일정한 규모의 주차공간을 확보할 것을 조건으로 붙였다. 이에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 식품위생법상의 영업허가는 재량행위이므로 이러한 조건을 붙일 수 있는 것이다.
- ② 여기에서 조건은 강학상 법률효과의 일부배제라고 부른다.
- ③ 식품위생법상의 근거규정이 있기 때문에 유흥주점영업허가에 조건을 붙일 수 있다.
- ④ 취소소송을 통하여 조건을 다투는 경우에 조건을 포함한 유흥주점영업허가를 취소소송의 대상으로 하면서 조건만을 취소해달라고 청구하는 경우를 진정일부취소송이라 한다.

정답 ③ 식품위생법상의 영업허가는 강학상 허가로서 기속에 해당하는 것이라, 일반적인 견해나 판례에 의하면 부관을 붙일 수 없다. 그러나 법령에 근거를 두고 있으므로 부관이 가능하다. / ① 식품위생법상의 영업허가는 강학상의 허가로서 기속이다. ② 일정한 주차공간의 확보에 관한 부관은 부담에 해당된다. ④ 조건과 유흥주점영업허가 전체의 취소소송을 청구한 후 부관만의 취소를 주장한다면 이는 부진정일부취소쟁송에 해당된다.

14. 다음 취소판결의 효력에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 판례는 취소소송의 소송물을 처분의 위법성과 그로 인해 원고의 권리가 침해되었다는 원고의 ‘법적 주장’이라고 보고 있다.
- ② 대법원은 기관력의 객관적 범위가 판결의 주문 이외에 판결이유에 설치된 그 전제가 되는 법률관계의 존부에도 미친다고 판시하고 있다.
- ③ 행정소송법은 기관력에 관한 명문의 규정을 두고 있다는 것이 통설, 판례의 입장이다.
- ④ 취소소송의 피고는 처분청이므로 행정청을 피고로 하는 취소소송에 있어서의 기관력은 당해 처분이 귀속하는 국가 또는 공공단체에 미친다.

정답 ④ 기관력은 소송당사자와 그와 동일시 할 수 있는 자에 효력이 미친다. “과세처분 취소소송의 피고는 처분청이므로 행정청을 피고로 하는 취소소송에 있어서의 기관력은 당해 처분이 귀속하는 국가 또는 공공단체에 미친다”(출처 : 대법원 1998. 7. 24. 선고 98다10854 판결【부당이득금반환】 [공1998.9.1.(65),2213])

① 판례는 소송물을 행정행위의 위법성 그 자체로 보는 견해에 따른다. “취소판결의 기관력은 소송물로 된 행정처분의 위법성 존부에 관한 판단 그 자체에만 미치는 것이므로 전소와 후소가 그 소송물을 달리하는 경우에는 전소 확정판결의 기관력이 후소에 미치지 아니하는 것인바, 원심이 확정된 바에 의하더라도 전 소송은 이 사건에서의 피고 보조참가인이 원고가

되어 피고를 상대로 피고가 1990. 2. 3.에 한 이 사건 변경승인취소처분의 취소를 구하는 소송에서 이 사건에서의 원고가 피고 보조참가인이 되어 원고(이 사건에서의 피고 보조참가인)의 청구를 다투는 형식이었는데 반하여, 이 사건 소송은 원고가 피고를 상대로 1988. 9. 6.자 피고의 이 사건 변경승인의 무효확인(주위적으로) 또는 취소(예비적으로)를 구하는 소송에서 피고 보조참가인이 피고를 보조하여 원고의 청구를 다투는 것이어서, 전 소송과 이 사건 소송은 그 청구취지를 달리하는 것이므로 전 소송의 판결의 기판력은 그 소송물이었던 1990. 2. 3.자 변경승인취소처분의 위법성 존부에 관한 판단 그 자체에만 미치는 것이고 그 소송물을 달리하는 이 사건 소에는 미치지 아니한다고 보아야 할 것이다”(출처 : 대법원 1996. 4. 26. 선고 95누5820 판결【주택건설사업계획승인처분무효】 [공1996.6.15.(12),1741])

② “확정판결의 기판력은 그 판결의 주문에 포함된 것, 즉 소송물로 주장된 법률관계의 존부에 관한 판단의 결론 그 자체에만 미치는 것이고 판결이유에서 실시된 그 전제가 되는 법률관계의 존부에까지 미치는 것은 아니다”(출처 : 대법원 2000. 2. 25. 선고 99다55472 판결【소유권이전등기】 [공2000.4.15.(104),835])

③기판력에 대한 명문의 규정이 없으나 법치주의원칙상 당연히 인정되는 원칙이다.

15. 다음 사례에서 개인적 공권이 성립할 수 없는 것은?

- ① 서울특별시의 ‘철거민에 대한 시영아파트특별분양개선지침’에 의한 무허가 건물 소유자의 시영아파트 특별분양신청권
- ② 구 수산업법 제40조 소정의 관행어업권
- ③ 도시계획구역내 토지소유자의 도시계획시설변경입안 요구신청권
- ④ 헌법상 변호인접견권

정답 ①서울특별시의 “철거민에 대한 시영아파트 특별분양개선지침”은 서울특별시 내부에 있어서의 행정지침에 불과하고 지침 소정의 사람에게 공법상의 분양신청권이 부여되는 것이 아니라 할 것이므로 서울특별시의 시영아파트에 대한 분양불허의 의사표시는 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 볼 수 없다.(출처 :대법원 1993. 5. 11, 93누2247)

16. 기속행위와 재량행위에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 재량행위에 대한 사법심사의 경우 법원은 행정청의 재량에 기한 공익판단의 여지를 감안하여 독자의 결론을 도출함이 없이 당해 행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만을 심사한다.
- ② 기속행위와 재량행위의 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 한다.
- ③ 주택재건축사업시행의 인가는 상대방에게 권리나 이익을 부여하는 효과를 가진 이른바 수익적 행정처분으로서 법령에 행정처분의 요건에 관하여 일의적으로 규정되어 있지 아니한 이상 행정청의 재량행위에 속한다.
- ④ “경찰공무원의 채용시험 또는 경찰간부후보생공개경쟁선발시험에서 부정행위를 한 응시자에 대하여는 당해 시험을 정지 또는 무효로 하고, 그로부터 5년간 이 영에 의한 시험에 응시 할 수 없게 한다.”라고 규정한 경찰공무원임용령 제46조 제1항은 그 수권형식과 내용에 비추어 이는 행정청 내부의 사무처리기준을 정한 재량준칙에 해당한다.

정답 ④“경찰공무원임용령 제46조 제1항은 행정청 내부의 사무처리기준을 규정한 재량준칙이

2010. 04. 국가직 9급 행정법총론 해설 - 김용철(노량진 남부행정고시학원)

아니라 일반 국민이나 법원을 구속하는 법규명령에 해당하므로, 그에 의한 처분은 재량행위가 아니라 기속행위라고 한 사례” (출처 : 대법원 2008.5.29. 선고 2007두18321 판결 【합격결정취소및응시자격제한처분】 [공보불게재])

17. 행정쟁송의 대상이 되는 처분에 관한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 세무당국이 소외 ○○맥주회사에 대해 갑과의 주류거래를 일정기간 정지하여 줄 것을 요청한 행위는 행정처분이라 볼 수 없다.
- ② 행정청이 전기공급자에게 위법건축물에 대한 단전을 요청한 행위는 행정처분이 아니다.
- ③ 혁신도시의 최종입지 선정행위는 상대방 또는 관계자들의 법률상 지위에 직접적인 영향을 미치는 행정처분이다.
- ④ 병역법상 신체등위판정은 행정처분이 아니다.

정답 ③정부의 수도권 소재 공공기관의 지방이전시책을 추진하는 과정에서 도지사가 도 내 특정시를 공공기관이 이전할 혁신도시 최종입지로 선정한 행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니라고 본 사례(출처 : 대법원 2007.11.15. 선고 2007두10198 판결 【혁신도시최종입지확정처분취소】 [공2007하,1935])

18. 법률이 위임하지 아니한 사항을 허가요건으로 추가하고 입법예고도 거치지도 아니한 시행규칙에 근거하여 허가청이 갑의 허가신청에 대하여 시행규칙이 정한 요건을 갖추지 못하였다는 이유로 불허가 처분한 경우에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 위 시행규칙은 행정절차법 제41조에 의한 입법예고를 거치지 아니한 것으로 무효인 법령으로 보는 것이 변함없는 판례의 일관된 입장이다.
- ② 위임한계를 벗어난 법령도 공정력을 갖는 결과 권한이 있는 국가기관에 의해 그 효력이 부인될 때까지는 유효한 효력을 보유한다는 것이 판례의 일관된 입장이다.
- ③ 위 불허가 처분에 대하여는 헌법재판소에 의한 위헌무효결정을 거쳐 행정소송을 통한 권리구제가 가능하다.
- ④ 위 불허가 처분에 대한 취소판결이 있게 되면 처분청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다.

정답④ 불허가처분에 대한 취소판결이 있게 되면, 판결의 기속력에 의하여 처분청은 다시 신청에 대한 처분을 해야 한다. / ① 입법예고를 거치지 아니한 행정입법에 대한 규정이 현행 행정절차법에 없다. ② 법령에는 공정력이 없다. ③ 이에 대한 권리구제는 불허가처분의 취소를 구하는 소송을 법원에 제기하여 위 법령의 위헌·위법여부를 선결문제로서 심리하는 방식의 구체적 규범통제제도에 의하여야 한다. 헌법재판소에 의한 권리구제는 행정의 개입없이 법령자체로 권익침해를 받을 경우에 생각해 볼 수 있다.

19. 다음 중 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 구 도시 및 주거환경정비법상 행정청의 재개발조합설립인가 처분이 있는 이후에 조합설립결의의 하자를 이유로 민사소송으로 조합설립결의에 대한 무효확인을 구할 확인의 이익은 없다.
- ② 종전의 허가의 유효기간이 지난 후의 기간연장신청은 새로운 허가신청으로 보아 법의 관계규정에 의하여 허가요건의 적합여부를 새로이 판단하여 허가여부를 결정해야 한다.

2010. 04. 국가직 9급 행정법총론 해설 - 김용철(노량진 남부행정고시학원)

- ③ 제재적 행정처분의 가중요건이 부령형식의 행정규칙으로 규정되어 있는 경우에 선행 제재처분의 제재기간이 경과한 후에는 그 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없다.
- ④ 시 청소차 운전수나 전입신고서에 확인인을 찍는 통장은 국가배상법 제2조의 공무원에 해당한다.

정답 ③ 제재적 행정처분이 그 처분에서 정한 제재기간의 경과로 인하여 그 효과가 소멸되었으나, 부령인 시행규칙 또는 지방자치단체의 규칙의 형식으로 정한 처분기준에서 제재적 행정처분을 받은 것을 가중사유나 전제요건으로 삼아 장래의 제재적 행정처분을 하도록 정하고 있는 경우, 선행처분인 제재적 행정처분을 받은 상대방이 그 처분에서 정한 제재기간이 경과하였다 하더라도 그 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다.(출처 : 대법원 2006.6.22. 선고 2003두1684 전원합의체 판결【영업정지처분취소】 [집 5 4 (1) 특 , 7 2 0 ; 공 2006.8.1.(255),1363])

20. 공공기관의 정보공개에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 정보공개청구는 시민단체의 정보공개청구와 같이 개인적인 이해관계가 없는 공익을 위한 경우에도 인정된다.
- ② 공개를 거부한 정보에 비공개대상정보에 해당하는 부분과 공개가 가능한 부분이 혼합되어 있는 경우라면 법원은 정보공개거부처분 전부를 취소해야 한다.
- ③ 공개거부결정에 대하여 공공기관의 정보공개에 관한 법률상의 이의신청을 거치지 아니하고 직접 행정소송을 제기할 수 있다.
- ④ 관례에 의하면 공개대상정보는 공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 관리하고 있는 문서에 한정되는 것이기는 하나, 그 문서가 반드시 원본일 필요는 없다.

정답 ② 법원이 행정기관의 정보공개거부처분의 위법 여부를 심리한 결과 공개를 거부한 정보에 비공개대상 정보에 해당하는 부분과 공개가 가능한 부분이 혼합되어 있고 공개청구의 취지에 어긋나지 아니하는 범위 안에서 두 부분을 분리할 수 있음을 인정할 수 있을 때에는 청구취지의 변경이 없더라도 공개가 가능한 정보에 관한 부분만의 일부취소를 명할 수 있다.(출처 : 대법원 2004. 12. 9. 선고 2003두12707 판결【정보공개거부처분취소】 [공2005.1.15.(218),119])