

2010년 국가직 행정법총론 문제

해설 : 김종석 (베리타스M 행정법전임)

1. 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.

<해설>

① 행정대집행법 제2조는 ‘행정청의 명령에 의한 행위로서 타인이 대신하여 행할 수 있는 행위를 의무자가 이행하지 아니하는 경우’에 대집행할 수 있도록 규정하고 있는데, 이 사건 용도위반 부분을 장례식장으로 사용하는 것이 관계 법령에 위반한 것이라는 이유로 장례식장의 사용을 중지할 것과 이를 불이행할 경우 행정대집행법에 의하여 대집행하겠다는 내용의 이 사건 처분은, 이 사건 처분에 따른 ‘장례식장 사용중지 의무’가 원고 이외의 ‘타인이 대신’할 수도 없고, 타인이 대신하여 ‘행할 수 있는 행위’라고도 할 수 없는 비대체적 부작위의무에 대한 것이므로, 그 자체로 위법함이 명백하다고 할 것인데도, 원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 이 사건 처분이 적법하다고 판단하고 말았으니, 거기에는 대집행계고처분의 요건에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다(대법원 2005.9.28, 2005두7464). [김종석행정법총론 648면]

② 의무자가 자신의 신체로 건물이나 토지 등을 점유하고 있는 경우, 당해 건물이나 토지의 인도 의무는 그것을 강제적으로 실현함에 있어 직접적인 실행행사가 필요한 것이므로 직접강제의 방법에 의하는 것은 별론으로 하고, 대체적 작위의무가 아니어서 대집행의 대상이 되지 아니한다는 것이 통설과 판례의 태도이다. [김종석행정법총론 647면]

③ 상당한 의무이행기간을 부여하지 아니한 대집행계고처분 후에 대집행영장으로써 대집행의 시기를 늦춘 경우 그 계고처분은 위법한 처분이라고 할 것이다. (대법원 1990.9.14, 90누2048) [김종석행정법총론 655면]

④ 위법건축물에 대한 철거명령 및 계고처분에 불응하자 행한 제2차, 제3차 계고처분은 새로운 철거의무를 부과한 것이 아니고 대집행기한의 연기통지에 불과하므로 행정처분에 해당하지 아니한다. (대법원 1994.10.28, 94누5144) [김종석행정법총론 654면]

<정답> ①

2. 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 아니하면 지방세 체납처분의 예에 따라 징수한다.
- ④ 판례에 의하면 건축법상 이행강제금 납부의무는 일신전속적인 성질로 본다.

<해설>

- ① 이행강제금은 강제집행에 속하는 것으로서 과거 의무위반에 대한 제재인 행정벌과는 구별된다. 따라서 의무의 이행이 있기까지는 반복적으로 부과할 수 있다. [김종석행정법총론 660면]
- ② 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.(헌법재판소 2004.2.26, 2001헌바80·84·102·103, 2002헌바26 병합) [김종석행정법총론 659면]
- ③ 건축법 제80조 제6항. [김종석행정법총론 662면]
- ④ (구)건축법상의 이행강제금은 (구)건축법의 위반행위에 대하여 시정명령을 받은 후 시정기간 내에 당해 시정명령을 이행하지 아니한 건축주 등에 대하여 부과되는 간접강제의 일종으로서 그 이행강제금 납부의무는 상속인 기타의 사람에게 승계될 수 없는 일신전속적인 성질의 것이므로 이미 사망한 사람에게 이행 강제금을 부과하는 내용의 처분이나 결정은 당연무효이고, 이행강제금을 부과받은 사람의 이의에 의하여 비송사건절차법에 의한 재판절차가 개시된 후에 그 이의한 사람이 사망한 때에는 사건 자체가 목적을 잃고 절차가 종료한다.(대법원 2006.12.8, 2006마470) [김종석행정법총론 660면]

<정답> ②

- 3. 식품위생법은 관할관청이 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 경우는 진정일부취소소송이라 한다.

<해설>

- ① 식품위생법상의 영업허가는 성질상 일반적 금지에 대한 해제에 불과하므로 기속행위이고, 기속행위에는 명문의 규정이 없는 한 지문과 같은 효과제한적 부관은 붙일 수 없다는 것이 다수설, 판례의 태도이다. [김종석행정법총론 350면 1,2번 판례 및 425면]
- ② 유흥주점영업을 허가하면서 일정한 규모의 주차공간을 확보할 것을 조건으로 붙인 것은 부담으로 볼 수도 있고 조건으로 해석할 수도 있다. 부담은 실정법상 조건으로 표시되기 때문에 조건과 부담은 실제에 있어서는 그 구별이 명확하지 않고 그 판단이 용이하지 않기 때문이다. 이와 같이 부담과 조건의 구별이 애매한 경우에는 최소침해의 원칙상 상대방에게 유리한 부담으로 추정해야 한다고 보는 것이 다수의 견해이다. [김종석행정법총론 415면]

③ 식품위생법상 조건부가에 관한 명문규정이 있는 경우이다. 행정행위에 부관을 붙일 수 있다는 것이 개별법령에 명문으로 규정되어 있는 경우에는 기속행위나 재량행위나 또는 법률행위적 행정행위나 준법률행위적 행정행위나 행정행위의 성질을 불문하고 부관을 붙일 수 있다. [김종석행정법총론 425면]

④ 부관이 붙은 행정행위 전체를 대상으로 소를 제기하여 그 중에서 부관만의 취소를 구하는 소송형태는 부진정일부취소소송이다. [김종석행정법총론 433면]

<정답> ③

4. 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 실시된 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.

<해설>

① 판례는 취소소송의 소송물을 처분의 위법성 일반이라고 보고 있다. [김종석행정법총론 1059면] 그러나 지문의 후단, 즉 원고의 권리가 침해되었다는 원고의 '법적 주장'이 취소소송의 소송물이라고 보는 견해도 있으나 판례의 견해는 아니다.

② 일반적으로 기관력은 판결의 주문에 포함된 것에 한하여 인정된다(민사소송법 제216조 제1항). 따라서 판결이유 중에서 판단된 사실인정, 선결적 법률관계 내지 소송물로 주장된 법률관계의 전제가 되는 법률관계의 존부에 대하여는 기관력이 미치지 않음이 원칙이다. (대법원 1996.11.15, 96다31406) [김종석행정법총론 1058면 및 1059면]

③ 행정소송법상 기관력에 대한 명시적 규정은 없다. 다만, 행정소송법 제8조 제2항이 민사소송법을 준용하고 있으므로 기관력에 관한 규정인 민사소송법 제216조와 제218조가 준용된다고 보고 있다. [김종석행정법총론 1058면]

④ 과세처분 취소소송의 피고는 처분청이므로 행정청을 피고로 하는 취소소송에 있어서의 기관력은 당해 처분이 귀속하는 국가 또는 공공단체에 미친다.(대법원 1998.7.24, 98다10854) [김종석행정법총론 1058면]

<정답> ④

5. 다음 사례에서 개인적 공권이 성립할 수 없는 것은?

- ① 서울특별시의 '철거민에 대한 시영아파트특별분양개선지침'에 의한 무허가 건물 소유자의 시영아파트 특별분양신청권
- ② 구 수산업법 제 40조 소정의 관행어업권
- ③ 도시계획구역내 토지소유자의 도시계획시설변경입안 요구 신청권
- ④ 헌법상 변호인접견권

<해설> 개인적 공권이 성립할 수 있는 태양은 ㉠ 법률의 규정에 의한 성립, ㉡ 헌법상 기본권에서 직접 개인적 공권이 성립하는 경우, ㉢ 공법상 계약, ㉣ 관습법, ㉤ 법규명령, ㉥ 행정행위에 의한 성립 등이 있다. 그러나 행정규칙에 의해서는 개인적 공권이 성립하지 않는다. [김종석행정법총론 191면 첫 번째 포스트잇]

① 판례는 서울특별시의 “철거민에 대한 시영아파트 특별분양개선지침”은 행정규칙에 불과하다고 하므로, 이러한 지침에 의해서는 개인적 공권이 성립되지 않는다.

서울특별시의 “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. (대법원 1993.5.11, 93누2247) [김종석행정법총론 999면]

② 구 수산업법 제40조 소정의 관행어업권은 명문규정에 의하여 인정된 민중적 관습법의 하나이다. 따라서 동 권리는 관습법에 의해 성립되는 개인적 공권이다.

(구)수산업법 제40조 소정의 ‘입어의 관행에 따른 권리’(관행어업권)란, 일정한 공유수면에 대한 공동어업권 설정 이전부터 어업의 면허 없이 그 공유수면에서 오랫동안 계속 수산동식물을 포획 또는 채취하여 움으로써 그것이 대다수 사람들에게 일반적으로 시인될 정도에 이른 것을 말한다. (대법원 2001.3.13, 99다57942) [김종석행정법총론 78면]

③ 법률의 규정에 의해 성립되는 개인적 공권이다.

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. (대법원 2004.4.28, 2003두1806) [김종석행정법총론 994면]

④ 헌법상 변호인접견권은 기본권에 의하여 성립되는 개인적 공권이다.

형사소송법 제89조 및 제213조의2가 규정하고 있는 구속된 피고인 또는 피의자의 타인과의 접견권은 위와 같은 헌법상의 기본권을 확인하는 것일 뿐 형사소송법의 규정에 의하여 비로소 피고인 또는 피의자의 접견권이 창설되는 것으로는 볼 수 없다. (대법원 1992.5.8, 91부8) [김종석행정법총론 193면]

<정답> ①

6. 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 체재·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 응시자

에 대하여는 당해 시험을 정지 또는 무효로 하고, 그로부터 5년간 이 영에 의한 시험에 응시할 수 없게 한다.” 라고 규정한 경찰공무원임용령 제 46조 제 1항은 그 수권형식과 내용에 비추어 이는 행정청 내부의 사무처리기준을 정한 재량준칙에 해당한다.

<해설>

① 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 관정하는 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 위배, 당해 행위의 목적 위반이나 동기의 부정 유무 등을 그 판단 대상으로 한다. (대법원 2001.2.9, 98두17593) [김종석행정법총론 345면]

② 행정행위가 기속행위인지 재량행위인지 나아가 재량행위라고 할지라도 기속재량행위인지 또는 자유재량에 속하는 것인지의 여부는 이를 일률적으로 규정지을 수는 없는 것이고, 당해 처분의 근거가 된 규정의 형식이나 체제 또는 문언에 따라 개별적으로 판단하여야 한다.(대법원 1998.4.28, 97누21086) [김종석행정법총론 348면]

③ (구)주택건설촉진법 제33조에 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 포함된다.(대법원 2007.5.10, 2005두13315) [김종석행정법총론 348면]

④ 경찰공무원임용령 제46조 제1항은 경찰공무원의 채용시험 또는 경찰간부후보생 공개경쟁선발시험에서 부정행위를 한 응시자에 대하여는 당해 시험을 정지 또는 무효로 하고, 그로부터 5년간 이 영에 의한 시험에 응시할 수 없도록 규정하고 있는바, 경찰공무원임용령 제46조 제1항의 수권형식과 내용에 비추어 이는 행정청 내부의 사무처리기준을 규정한 재량준칙이 아니라 일반 국민이나 법원을 구속하는 법규명령에 해당하고 따라서 위 규정에 의한 처분은 재량행위가 아닌 기속행위라 할 것이다.(대법원 2008.5.29, 2007두18321) [김종석행정법총론 352면]

<정답> ④

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

- ① 세무당국이 소외 00맥주회사에 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.

<해설>

- ① 항고소송의 대상이 되는 행정처분은 행정청의 공법상의 행위로서 상대방 또는 기타 관계자들의 법률상 지위에 직접적으로 법률적인 변동을 일으키는 행위를 말하는 것이므로 세무당국이 소외 회사에 대하여 원고와의 주류거래를 일정기간 중지하여 줄 것을 요청한 행위는 권고 내지 협조를 요청하는 권고적 성격의 행위로서 소외 회사나 원고의 법률상의 지위에 직접적인 법률상의 변동을 가져오는 행정처분이라고 볼 수 없는 것이므로 항고소송의 대상이 될 수 없다.(대법원 1980.10.27, 80누395) [김종석행정법총론 541면]
- ② 건축법 제69조 제2항·제3항의 규정에 비추어 보면, 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 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다.(대법원 1996.3.22, 96누433) [김종석행정법총론 727면]
- ③ 정부가 국가균형발전 특별법(이하 ‘법’) 제18조와 법시행령 제15조에 근거를 두고 수도권에 있는 공공기관의 지방이전시책을 추진하면서 피고를 포함한 11개 시·도지사과 ‘공공기관 지방이전 기본협약’을 체결하고, ‘혁신도시 입지선정지침’(이하 ‘이 사건 지침’)을 마련하여 협약에 참가한 시·도지사에게 통보한 사실, 피고는 이 사건 지침에 따라 혁신도시입지선정위원회(이하 ‘위원회’)를 구성하여 위원회로 하여금 강원도 내 10개 시·군에 대한 평가를 하게 하였는데, 그 결과 원주시가 최고점수를 받아 건설교통부로부터 협의회신을 받은 후 2006.1.16. 원주시 반곡동 일원 105만 평을 혁신도시 최종입지로 선정하였음을 공표한 사실을 인정한 다음, 법과 법시행령 및 이 사건 지침에는 공공기관의 지방 이전을 위한 정부 등의 조치와 공공기관이 이전할 혁신도시 입지선정을 위한 사항 등을 규정하고 있을 뿐 혁신도시입지 후보지에 관련된 지역 주민 등의 권리의무에 직접 영향을 미치는 규정을 두고 있지 않으므로, 피고가 원주시를 혁신도시 최종입지로 선정한 행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 볼 수 없다. (대법원 2007.11.15, 2007두10198) [김종석행정법총론 1011면 도표]
- ④ 병역법상 신체등위판정은 행정청이라고 볼 수 없는 군의관이 하도록 되어 있으며, 그 자체만으로 바로 병역법상의 권리의무가 정하여지는 것이 아니라 그에 따라 지방병무청장이 병역처분을 함으로써 비로소 병역의무의 종류가 정하여지는 것이므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 보기 어렵다. (대법원 1993.8. 27, 93누3356) [김종석행정법총론 1004면 처분성 부정예 ⑨]

<정답> ③

- 8. 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 부인 될 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 있게되면 처분청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다.

<해설>

- ① 입법예고는 행정절차법상의 행정입법절차의 하나이다. 입법예고를 거치지 않은 것과 같은 행정절차상의 하자에 대하여 최근의 주류적 판례는 취소사유로 보는 경향에 있다. [김종석행정법총론 601면]

1987.5.8. 대통령령 제12154호로 개정되어 1989.8.1. 대통령령 제12767호로 개정되기 전의 소득세법시행령 제115조 제3항이 조세법률주의의 원칙에 위배되는 무효의 규정이라고 볼 수 없고, 이와 같이 개정됨에 있어서 입법예고나 홍보가 없었다고 하여 그 조항이 신의성실의 원칙에 위배되는 무효인 규정이라고 볼 수도 없으므로 그 위임에 따라 제정된 소득세법시행규칙 제56조의5 제7항도 같은 시행령 제115조 제1항이나 제2항에 위배되는 무효인 규정이라고 볼 수 없다.(대법원 1990.6.8. 90누2420)

- ② 공정력은 취소쟁송의 대상이 되지 않는 행정작용에서는 인정되지 않는다.[김종석행정법총론 447면] 일반적·추상적 규율인 법령은 행정행위가 아니며, 공정력이 인정되지 않으므로 취소를 모른다. 따라서 하자 있는 법령은 무효이다. 판례도 법령의 위임근거 없이 과세요건에 관한 사항을 규정한 소득세법 시행규칙의 조항을 무효라고 보고 있다.[김종석행정법총론 282면 1번 판례]
- ③ 명령규칙의 위헌·위법여부를 심사할 수 있는 주체는 원칙적으로 각급 법원이다. 따라서 법규명령이 재판의 선결문제로서 다투어지는 모든 법원은 당해 법규명령의 위헌여부를 판단할 수 있다.[김종석행정법총론 308면] 지문의 시행규칙이 위법하여 무효라는 점은 불허가 처분에 대한 취소소송 또는 무효등확인소송을 제기하여 해당 법원의 규범통제를 통하여 확인할 수 있으므로, 헌법재판소에 의한 위헌무효결정을 거칠 필요가 없다.
- ④ 처분을 취소하는 확정판결은 처분 행정청을 기속한다. 거부처분이 판결로 취소된 경우 행정청은 판결의 취지에 따라 이전의 신청에 대한 처분을 해야 한다(행정소송법 제30조 제2항).[김종석행정법총론 1052면, 1054면]

<정답> ④

9. 다음 중 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 구 도시 및 주거환경정비법상 행정청의 재개발 조합설립인가 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.

- 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.

<해설>

① 구 도시정비법상 재개발조합설립 인가신청에 대하여 행정청의 조합설립인가처분이 있은 이후에 조합설립결의에 하자가 있음을 이유로 재개발조합 설립의 효력을 부정하기 위해서는 항고소송으로 조합설립인가처분의 효력을 다투어야 하고, 특별한 사정이 없는 한 이와는 별도로 민사소송으로 행정청으로부터 조합설립인가처분을 하는 데 필요한 요건 중의 하나에 불과한 조합설립결의에 대하여 무효확인을 구할 확인의 이익은 없다고 보아야 한다. (대법원 2009.9.24, 2009마168,169) [판례특강 118면 (2), OX 문제집 272면 15번, 기출문제강의 최신판례보충자료 제4회 5번]

② 종전의 허가가 기한의 도래로 실효한 이상 원고가 종전 허가의 유효기간이 지나서 신청한 이 사건 기간연장신청은 그에 대한 종전의 허가처분을 전제로 하여 단순히 그 유효기간을 연장하여 주는 행정처분을 구하는 것이라기보다는 종전의 허가처분과는 별도의 새로운 허가를 내용으로 하는 행정처분을 구하는 것이라고 보아야 할 것이어서, 이러한 경우 허가권자는 이를 새로운 허가신청으로 보아 법의 관계 규정에 의하여 허가요건의 적합 여부를 새로이 판단하여 그 허가 여부를 결정하여야 할 것이다. (대법원 1995.11.10, 94누11866) [김종석행정법총론 386면]

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, 제재적 행정처분의 가중사유나 전제요건에 관한 규정이 법령이 아니라 규칙의 형식으로 되어 있다고 하더라도, 그러한 규칙이 법령에 근거를 두고 있는 이상 그 법적 성질이 대외적·일반적 구속력을 갖는 법규명령인지 여부와는 상관없이, 관할 행정청이나 담당 공무원은 이를 준수할 의무가 있으므로 이들이 그 규칙에 정해진 바에 따라 행정 작용을 할 것이 당연히 예견되고, 그 결과 행정작용의 상대방인 국민으로서는 그 규칙의 영향을 받을 수밖에 없다. 따라서 그러한 규칙이 정한 바에 따라 선행처분을 가중사유 또는 전제요건으로 하는 후행처분을 받을 우려가 현실적으로 존재하는 경우에는, 선행처분을 받은 상대방은 비록 그 처분에서 정한 제재기간이 경과하였다 하더라도 그 처분의 취소소송을 통하여 그러한 불이익을 제거할 권리보호의 필요성이 충분히 인정된다고 할 것이므로, 선행처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 보아야 한다. (대법원 2006.6.22, 2003두1684 전원합의체) [김종석행정법총론 976면]

④ 시청소차운전수(대법원 1980.9.24, 80다1051)나 전입신고서에 확인인을 찍는 통장의 행위(대법원 1991.7.9, 91다5570)에 대한 국가배상청구소송에서 판례는 양자 모두 국가배상법 제2조상의 공무원에 해당한다고 보았다. [김종석행정법총론 788면]

<정답> ③

10. 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 판례에 의하면 공개대상정보는 공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 관리하고 있는 문서에 한정되는 것이기는 하나, 그 문서가 반드시 원본일 필요는 없다.

<해설>

- ① 모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다(정보공개법 제5조 제1항). 판례는 정보공개법의 목적, 규정내용 및 취지에 비추어 정보공개청구의 목적에 특별한 제한이 있다고 할 수 없다는 입장이므로, 비록 개인적인 이해관계가 없는 공익을 위한 경우에도 정보공개청구는 인정된다. [김종석행정법총론 609면]
- ② 법원이 행정청의 정보공개 거부처분의 위법 여부를 심리한 결과 공개를 거부한 정보에 비공개대상정보에 해당하는 부분과 공개가 가능한 부분이 혼합되어 있고 공개청구의 취지에 어긋나지 아니하는 범위 안에서 두 부분을 분리할 수 있음을 인정할 수 있을 때에는, 위 정보 중 공개가 가능한 부분을 특정하고 판결의 주문에 행정청의 위 거부처분 중 공개가 가능한 정보에 관한 부분만을 취소한다고 표시하여야 한다.(대법원 2003.3.11, 2001두6425) [김종석행정법총론 623면]
- ③ 청구인은 정보공개법상 이의신청절차를 거치지 아니하고 행정심판을 청구할 수 있고(동법 제19조 제2항), 동법상 행정소송제기에 있어 필요적으로 행정심판절차를 거치도록 요구하고 있지 않으므로(동법 제20조 참조), 이의신청을 거치지 아니하고 직접 행정소송을 제기할 수 있다. [김종석행정법총론 625면]
- ④ 공공기관의 정보공개에 관한 법률상 공개청구의 대상이 되는 정보란 공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 현재 보유·관리하고 있는 문서에 한정되는 것이기는 하나, 그 문서가 반드시 원본일 필요는 없다.(대법원 2006.5.25, 2006두3049) [김종석행정법총론 623면]

<정답> ②

11. 행정심판의 심리와 재결에 관한 내용으로 옳지 않은 것은?

- ① 법령의 규정에 의하여 공고한 처분이 재결로써 취소된 때에는 처분청은 지체없이 그 처분이 취소되었음을 공고하여야 한다.
- ② 위원회는 의무이행심판의 청구가 이유있다고 인정할 때에는 지체없이 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 심판 청구에 대한 재결이 있는 경우에는 당해 재결 및 동일한 처분 또는 부작위에 대하여 다시 심판청구를 제기할 수 없다.

<해설>

- ① 행정심판법 제37조 제5항 [김종석행정법총론 1131면]
 - ② 동법 제32조 제5항 [김종석행정법총론 1128면]
 - ③ 불고불리의 원칙이란 법원은 소송의 제기가 없으면 재판할 수 없고, 소송의 제기가 있는 경우에도 당사자가 신청한 사항에 대하여 신청의 범위 내에서 심리·판단하여야 한다는 원칙을 말한다.[김종석행정법총론 1015면 포스트잇] 행정심판에는 행정소송에서와 마찬가지로 불고불리의 원칙이 적용되므로, 위원회는 심판청구의 대상이 되는 처분 또는 부작위 외의 사항에 대하여 재결할 수 없다.[김종석행정법총론 1099면]
 - ④ 행정심판법 제39조 [김종석행정법총론 1105면]
- <정답> ③

12. 항고소송에서 판결의 기속력에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 기속력은 일단 판결이 확정된 때에는 동일한 사항이 다시 소송상 문제되었을 때 당사와 법원은 이에 저촉되는 주장이나 판단을 할 수 없는 효력을 의미한다.
- ② 현행 행정소송법은 취소판결에 대하여 기속력 있음을 규정하고 무효등확인소송과 부작위위법확인소송 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.

<해설>

- ① 기속력이 아니라 기판력에 대한 설명이다. [김종석행정법총론 1057면]
- ② 취소판결의 기속력에 대한 규정(행정소송법 제30조)은 무효등확인소송과 부작위위법확인소송에 준용된다(동법 제38조). 당사자소송에 관해서도 동법 제30조 제1항은 준용된다. 다만 판결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다는 재처분의무(동법 제30조 제2항)가 준용되지 아니할 뿐이다. [김종석행정법총론 1087면]
- ③ 행정소송법 제30조 제1항에 의하여 인정되는 취소소송에서 처분 등을 취소하는 확정판결의 기속력은 주로 판결의 실효성 확보를 위하여 인정되는 효력으로서 판결의 주문뿐만 아니라 그 전제가 되는 처분 등의 구체적 위법사유에 관한 이유 중의 판단에 대하여도 인정된다.(대법원 2001.3.23, 99두5238) [김종석행정법총론 1055면]
- ④ 기속력에 반하는 행정청의 행위는 위법하며 판례는 무효원인으로 본다.[김종석행정법총론 1056면]

확정판결의 당사자인 처분행정청이 그 행정소송의 사실심 변론종결 이전의 사유를 내세워 다시 확정판결과 저촉되는 행정처분을 하는 것은 허용되지 않는 것으로서 이러한 행정처분은 그 하자가 중대하고도 명백한 것이어서 당연무효라 할 것이다.(대법원 1990.12.11, 90누3560)

<정답> ①

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

- ① 공무원의 부작위로 인한 국가배상책임을 인정하기 위해서는 법령에 명시적으로 공무원의 작위의무가 규정되어 있어야 한다.
- ② 국가배상법상의 공무원에는 일시적이고 한정적인 공무를 위탁받아 공무에 종사하는 자도 포함된다.
- ③ 헌법재판소 재판관이 청구기간 내에 제기된 헌법소원심판청구사건의 청구기간을 오인하여 각하결정을 한 경우, 이에 대한 불복절차 내지 시정절차가 없는 때에는 국가배상책임을 인정할 수 있다.
- ④ 민법상의 사용자 면책사유는 국가배상법상의 고의·과실의 판단에서는 적용되지 않는다.

<해설>

- ① 국가배상법 제2조 제1항의 요건상 ‘법령에 위반하여’라고 하는 것은 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 것이다. (대법원 2004.6.25, 2003다69652) [김종석행정법총론 790면]
- ② 국가배상법 제2조 소정의 ‘공무원’이라 함은 국가공무원법이나 지방공무원법에 의하여 공무원으로서의 신분을 가진 자에 국한하지 않고, 널리 공무를 위탁받아 실질적으로 공무에 종사하고 있는 일체의 자를 가리키는 것으로서, 공무의 위탁이 일시적이고 한정적인 사항에 관한 활동을 위한 것이어도 달리 볼 것은 아니라고 할 것이다. (대법원 2001.1.5, 98다39060) [김종석행정법총론 787면]
- ③ 헌법재판소 재판관이 청구기간 내에 제기된 헌법소원심판청구 사건에서 청구기간을 오인하여 각하결정을 한 경우, 이에 대한 불복절차 내지 시정절차가 없는 때에는 국가배상책임(위법성)을 인정할 수 있다. (대법원 2003.7.11, 99다24218) [김종석행정법총론 804, 805면]
- ④ 민법상 사용자책임에 있어서 사용자는 피사용자의 선임감독상의 주의의무를 다하였다는 사실을 입증하면 면책된다(민법 제756조). 그러나 국가배상법 제2조의 고의·과실은 공무원의 고의·과실을 말하는 것이지 국가 등의 당해 공무원에 대한 선임·감독상의 고의·과실, 즉 배상책임자의 고의·과실을 의미하는 것이 아니다. 따라서 공무원에게 고의·과실이 없으면 배상책임이 없고, 국가 등은 공무원의 불법행위책임이 인정되는 경우에 공무원의 선임감독을 게을리 함이 없어도 배상책임을 진다.[김종석행정법총론 796]

국가배상법은 민법상의 사용자책임을 규정한 민법 제756조 제1항 단서에서 사용자가 피용자의 선임감독에 무과실인 경우에는 면책되도록 규정한 것과는 달리 이러한 면책규정을 두지 아니함으로써 국가배상책임이 용이하게 인정되도록 하고 있다.(대법원 1996.2.15, 95다38677 전원합의체)

<정답> ①

14. 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

<해설>

- ① 교육공무원법 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. (대법원 2006.10.26, 2006두11910) [김종석행정법총론 614면]
- ② 재개발사업에 관한 이해관계인이 공개를 청구한 자료 중 일부는 개인의 인적사항, 재산에 관한 내용이 포함되어 있어서 공개될 경우에는 타인의 사생활의 비밀과 자유를 침해할 우려가 있으며, 그 자료의 분량이 합계 9,029매에 달하기 때문에 이를 공개하기 위하여는 행정업무에 상당한 지장을 초래할 가능성이 있고, 그 자료의 공개로 공익이 실현된다고 볼 수도 없다.(대법원 1997.5.23, 96누2439) [김종석행정법총론 617면]
- ③ 보안관찰법상의 보안관찰 관련 통계자료는 (구)공공기관의 정보공개에 관한 법률 제7조 제1항 제2호· 제3호에서 규정하는 비공개대상정보에 해당한다. (대법원 2004.3.26, 2002두6583) [김종석행정법총론 619면]
- ④ 문제은행 출제방식을 채택하고 있는 치과의사 국가시험의 문제지와 정답지는 공공기관의 정보공개에 관한 법률상 비공개대상정보에 해당한다. (대법원 2007.6.15, 2006두15936) [김종석행정법총론 619면]

<정답> ①

15. 행정상 강제집행에 대한 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 대집행계고처분 취소소송의 변론이 종결되기 전에 대집행의 실행이 완료된 경우라도 그 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 경우에도 대집행계고는 의무를 명하는 처분과 결합될 수는 없다

<해설>

- ① 대집행계고처분 취소소송의 변론종결 전에 대집행영장에 의한 통지절차를 거쳐 사실행위로서 대집행의 실행이 완료된 경우에는 행위가 위법한 것이라는 이유로 손해배상이나 원상

회복 등을 청구하는 것은 별론으로 하고 처분의 취소를 구할 법률상 이익은 없다.(대법원 1993.6.8, 93누6164) [김종석행정법총론 977면]

② 행정청이 행정대집행법 제3조 제1항에 의한 대집행계고를 함에 있어서는 의무자가 스스로 이행하지 아니하는 경우에 대집행할 행위의 내용과 범위가 구체적으로 특정되어야 하지만 그 행위의 범위 및 내용은 반드시 대집행계고서에 의하여서만 특정되어야 하는 것이 아니고 계고처분 전후에 송달된 문서나 기타 사정을 종합하여 행위의 내용이 특정되면 족하다.(대법원 1994.10.28, 94누5144) [김종석행정법총론 655면]

③ 대집행영장에 의한 통지는 준법률행위적 행정행위이고 처분성이 있으며, 항고소송의 대상이 된다.[김종석행정법총론 656면]

④ 계고서라는 명칭의 1장의 문서로서 일정기간 내에 위법건축물의 자진철거를 명함과 동시에 그 소정기한 내에 자진철거를 하지 아니할 때에는 대집행할 뜻을 미리 계고한 경우라도 건축법에 의한 철거명령과 행정대집행법에 의한 계고처분은 독립하여 있는 것으로서 각 그 요건이 충족되었다고 볼 것이다. (대법원 1992.6.12, 91누13564)[김종석행정법총론 655면]

<정답> ②

16. 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 임명 행위 등과 같은 신분설정행위에는 부관을 붙일 수 있다.
- ㅁ. 조건과 부담은 독립하여 행정쟁송의 대상이 될 수 없다.
- ㅂ. 행정처분과 부관사이에 실제적 관련성이 없는 경우, 공법상 제한을 회피하고자 사법상 계약을 체결하는 형식을 취한 것은 위법하다.

① ㄱ, ㄴ, ㄹ

② ㄴ, ㄹ, ㅁ

③ ㄴ, ㄷ, ㄹ, ㅂ

④ ㄷ, ㄹ, ㅁ, ㅂ

<해설>

ㄱ. 옳음. 부담이 조건보다 상대방에게 유리하다. 부담은 실정법상 조건으로 표시되기 때문에 조건과 부담은 실제에 있어서는 그 구별이 명확하지 않고 그 판단이 용이하지 않다. 부담과 조건의 구별이 애매한 경우에는 최소침해의 원칙상 상대방에게 유리한(덜 불리한) 부담으로 추정해야 한다고 보는 것이 다수의 견해이다.[김종석행정법총론 415면]

ㄴ. 틀림. 부담은 정지조건과 구별된다. 정지조건은 조건이 성취되어야 비로소 행정행위의 효력이 발생하는 반면에, 부담부 행정행위는 즉시 효력을 발생한다. 예컨대, 위생시설을 설치하는 부관하에 음식점영업허가를 하는 경우에 부관이 부담이라면 음식점영업허가는 즉시 효력이 발생하지만, 정지조건인 경우에는 위생시설이 완비될 때까지 음식점영업허가는 효력

이 발생하지 않는다. [김종석행정법총론 415면]

ㄷ. 옳음. 행정청이 행정행위를 발함에 있어 일정한 사실의 발생시에 행정행위를 철회할 수 있는 권한을 유보하는 부관을 철회권의 유보라고 한다. [김종석행정법총론 421면]

ㄹ. 틀림. 법률행위적 행정행위란 행정청이 표시한 의사의 내용대로 그 법적 효과가 발생하는 것을 말한다. 따라서 법률행위적 행정행위에는 행정청이 그 내용을 정하는 부관을 당연히 붙일 수 있다. 그러나 법률행위적 행정행위도 그 성질상 부관을 붙일 수 없는 경우가 있다. 예컨대 귀화허가나 공무원 임명행위와 같은 신분설정행위에는 부관을 붙이는 것이 가장 부적당하다. 왜냐하면 이러한 행위에 부관을 붙일 수 있다고 한다면 당사자의 법적 지위가 지나치게 불안정하게 되기 때문이다. [김종석행정법총론 426면]

ㅁ. 틀림. 부담은 독자적 규율로서의 성격이 있으므로, 부담에 하자가 있는 경우 부담만을 독립하여 항고소송의 대상으로 삼을 수 있다. 그러나 부담 이외의 부관은 주된 행정행위와 따로 분리되어 항고소송의 대상으로 될 수 없다는 것이 통설, 판례의 입장이다. [김종석행정법총론 431면]

ㅂ. 옳음. 기부금품모집규제법 제5조는 국가 또는 지방자치단체 및 그 소속기관과 공무원은 기부금품의 모집을 할 수 없고, 비록 자발적으로 기탁하는 금품이라도 원칙적으로 이를 접수할 수 없다고 규정하고 있는데, 이러한 규정들은 기부행위가 공무원의 직무와 사이에 외관상 대가관계가 없는 것으로 보이더라도 사실상 공권력의 영향력에 의한 것이거나 또는 그러한 의심을 자아내는 경우가 있음을 경계하여 직무 관련 여부를 묻지 아니하고 이를 금지함으로써 공무의 순수성과 연결성이 훼손되지 않도록 함에 그 취지가 있는바, 하물며 직무와 사이에 대가관계가 인정되는 기부행위라면 이는 결코 허용되어서는 아니 된다 할 것이다. 뿐만 아니라, 공무원이 인·허가 등 수익적 행정처분을 하면서 상대방에게 그 처분과 관련하여 이른바 부관으로서 부담을 붙일 수 있다 하더라도, 그러한 부담은 법치주의와 사유재산 존중, 조세법률주의 등 헌법의 기본원리에 비추어 비례의 원칙이나 부당결부의 원칙에 위반되지 않아야만 적법한 것인바, 행정처분과 부관 사이에 실제적 관련성이 있다고 볼 수 없는 경우 공무원이 위와 같은 공법상의 제한을 회피할 목적으로 행정처분의 상대방과 사이에 사법상 계약을 체결하는 형식을 취하였다면 이는 법치행정의 원리에 반하는 것으로서 위법하다고 보지 않을 수 없다. 지방자치단체인 원고가 피고에게 골프장업 사업계획승인을 해주면서 피고로부터 기부금을 지급받기로 한 이 사건 증여계약은 공무수행과 결부된 금전적 대가에 관한 것으로서 그 조건이나 동기가 사회질서에 반하는 것이므로 민법 제103조에 의하여 무효이다. (대법원 2009.12.10, 2007다63966) 【약정금】 [기출문제집강의 단원별최신판례문제 제5회 1번 ③, OX문제집 10년판 298면 35번]

<정답> ②

17. 행정계획에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 판례에 의하면 장래 일정한 기간 내에 일정한 처분을 구하는 신청을 할 법률상 지위에 있는 자의 국토이용계획변경신청에 대한 거부 행위는 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.

<해설>

① (구)국토이용관리법상 주민이 국토이용계획의 변경에 대하여 신청을 할 수 있다는 규정이 없을 뿐만 아니라, 국토건설종합계획의 효율적인 추진과 국토이용질서를 확립하기 위한 국토이용계획은 장기성·종합성이 요구되는 행정계획이어서 원칙적으로는 그 계획이 일단 확정된 후에 어떤 사정의 변동이 있다고 하여 그러한 사유만으로는 지역주민이나 일반 이해관계인에게 일일이 그 계획의 변경을 신청할 권리를 인정하여 줄 수는 없을 것이지만, 장래 일정한 기간 내에 관계 법령이 규정하는 시설 등을 갖추어 일정한 행정처분을 구하는 신청을 할 수 있는 법률상 지위에 있는 자의 국토이용계획변경신청을 거부하는 것이 실질적으로 당해 행정처분 자체를 거부하는 결과가 되는 경우에는 예외적으로 그 신청인에게 국토이용계획변경을 신청할 권리가 인정된다고 봄이 상당하므로, 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.(대법원 2003.9.23, 2001두10936) [김종석행정법총론 565면]

② 일반적 계획보장청구권은 인정되지 않는다고 보는 것이 일반적 견해이다. [김종석행정법총론 563면]

③ 행정계획은 장기성·종합성·가변성을 그 특징으로 한다. 이는 행정계획이 장래 사정변경 등이 있으면 언제든지 변경 또는 폐지될 수 있다는 것을 의미한다. 그런데 행정계획의 존속을 신뢰하여 많은 경제적 투자를 한 상대방은 당해 행정계획의 변경 또는 폐지로 큰 불이익을 받게 되고, 이 경우 상대방의 불이익을 구제해 줄 필요성이 제기된다(예 상업지구에서 토지를 매입하여 상가를 짓고 있는데 주거지역으로 변경된 경우). 이렇듯 행정계획의 변경가능성과 상대방의 신뢰보호가 상호 충돌하고 있는 바, 이를 해결하기 위해서 제기된 이론이 바로 계획보장청구권이론이다. 결국 계획보장청구권은 '계획주체와 계획의 수범자 간의 위험의 분배에 관한 것' 또는 '행정계획의 변경가능성을 중시하느냐 아니면 상대방의 신뢰보호(법적 안정성)를 중시하느냐'의 선택의 문제라고도 할 수 있다.[김종석행정법총론 563면]

④ 국민의 신청에 대한 행정청의 거부가 행정처분이 되기 위하여는 국민이 그 신청에 따른 행정행위를 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 권리가 있어야 할 것인바, 도시계획법상 주민이 도시계획 및 그 변경에 대하여 어떤 신청을 할 수 있다는 규정이 없을 뿐만 아니라 도시계획과 같이 장기성·종합성이 요구되는 행정계획에 있어서는 그 계획이 일단 확정된 후에 어떤 사정의 변경이 있다 하여 지역주민에게 일일이 그 계획의 변경을 청구할 권리를 인정해 줄 수도 없는 이치이므로 도시계획시설인 공원조성계획취소신청을 거부한 행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다.(대법원 1989.10. 24, 89누725) [김종석행정법총론 564면]

<정답> ④

18. 다음 중 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 친일반민족행위자 재산조사위원회가 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 대

하여, 개발제한구역 해제대상에서 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.

<해설>

① 친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법 제3조 제1항 본문, 제9조 규정들의 취지와 내용에 비추어 보면, 같은 법 제2조 제2호에 정한 친일재산은 친일반민족행위자 재산조사위원회가 국가귀속결정을 하여야 비로소 국가의 소유로 되는 것이 아니라 특별법의 시행에 따라 그 취득·증여 등 원인행위시에 소급하여 당연히 국가의 소유로 되고, 위 위원회의 국가귀속결정은 당해 재산이 친일재산에 해당한다는 사실을 확인하는 이른바 준법률행위적 행정행위의 성격을 가진다.(대법원 2008.11.13, 2008두13491) [김종석행정법총론 399면]

② 헌법재판소의 위헌결정은 법원 기타 국가기관이나 지방자치단체를 기속한다(헌법재판소법 제47조).[김종석행정법총론 79면] 그러나 헌법재판소의 법률에 대한 해석은 법원을 구속하지 않는다는 것이 대법원의 입장이다.

구체적 분쟁사건의 재판에 즈음하여 법률 또는 법률조항의 의미·내용과 적용 범위가 어떠한 것인지를 정하는 권한, 곧 법령의 해석·적용 권한은 사법권의 본질적 내용을 이루는 것이고, 법률이 헌법규범과 조화되도록 해석하는 것은 법령의 해석·적용상 대원칙이므로, 합헌적 법률해석을 포함하는 법령의 해석·적용 권한은 대법원을 최고법원으로 하는 법원에 전속한다. 따라서 헌법재판소가 법률의 위헌 여부를 판단하기 위하여 불가피하게 법원의 최종적인 법률해석에 앞서 법령을 해석하거나 그 적용 범위를 판단하더라도 헌법재판소의 법률해석에 대법원이나 각급 법원이 구속되는 것은 아니다.(대법원 2008.10.23, 2006다66272) 【부당이득금】

③ 원고 소유의 토지가 속한 취락 부분이 개발제한구역으로 지정되어 있다가 원고 소유 토지를 제외한 나머지 취락 지역을 개발제한구역에서 해제하기로 하는 도시관리계획변경결정이 이루어지자, 원고가 그 도시관리계획변경결정이 위법하다며 취소를 구하는 사안에서, 원고 소유 토지는 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 아니고, 원고의 청구취지와 같이 이 사건 도시관리계획변경결정 중 원고 소유 토지가 속한 취락 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 아니므로, 원고에게는 제3자 소유의 토지에 관한 이 사건 도시관리계획변경결정의 취소를 구할 직접적이고 구체적인 이익이 있다고 할 수 없다. (대법원 2008.7.10, 2007두10242) [김종석행정법총론 204면]

④ 개발이익환수에 관한 법률에 정한 개발사업을 시행하기 전에, 행정청이 민원예비심사에 대하여 관련부서 의견으로 '저촉사항 없음'이라고 기재하였다고 하더라도, 이후의 개발부담금 부과처분에 관하여 신뢰보호의 원칙을 적용하기 위한 요건인, 신뢰의 대상이 되는 공적

인 견해표명을 한 것이라고는 보기 어렵다. (대법원 2006.6.9, 2004두46) [김종석행정법총론 125면]

<정답> ③

19. 다음 사례에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

국립 oo 교육대학 교수회는 학칙에 의거해 징계권자인 학장(피고)의 요구에 따라 교내, 외의 과격시위 등에 가담한 갑(원고)의 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 변화하여 원고에 대하여 퇴학처분을 하였다.

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

<해설>

가. 행정소송의 대상이 되는 행정처분이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말하는 것인바, 국립 교육대학 학생에 대한 퇴학처분은, 국가가 설립·경영하는 교육기관인 동 대학의 교무를 통할하고 학생을 지도하는 지위에 있는 학장이 교육목적실현과 학교의 내부질서유지를 위해 학칙 위반자인 재학생에 대한 구체적 법집행으로서 국가공권력의 하나인 징계권을 발동하여 학생으로서의 신분을 일방적으로 박탈하는 국가의 교육행정에 관한 의사를 외부에 표시한 것이므로, 행정처분임이 명백하다.

나. 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.

다. 국립 교육대학의 학칙에 학장이 학생에 대한 징계처분을 하고자 할 때에는 교수회의 심의·의결을 먼저 거쳐야 하도록 규정되어 있는 경우, 교수회의 학생에 대한 무기정학처분의 징계의결에 대하여 학장이 징계의 재심을 요청하여 다시 개최된 교수회에서 학장이 교수회의 징계의결내용에 대한 직권 조정권한을 위임하여 줄 것을 요청한 후 일부 교수들의 찬반토론은 거쳤으나 표결은 거치지 아니한 채 자신의 책임 아래 직권으로 위 교수회의 징계의결내용을 변경하여 퇴학처분을 하였다면, 위 퇴학처분은 교수회의 심의·의결을 거침이 없이 학장이 독자적으로 행한 것에 지나지 아니하여 위법하다. (대법원 1991.11.22, 91누2144) 【퇴학처분취소】

- ① 종래 특별권력관계론에 따르면 법적 근거 없이도 특별권력주체는 그 구성원의 기본권을 제한할 수 있는

것으로 보았으나, 오늘날은 원칙적으로 법률에 의해서만 기본권제한이 가능하다(헌법 제37조 제2항).[김중석행정법총론 172면]

② 국립대학 학생의 관계, 공무원관계 등 특별행정법관계 내부에서의 징계처분에 대해 판례는 재량행위로 보아 그 일탈·남용여부를 심사하고 있다. 사안에서 학생에 대한 징계권의 발동이나 징계의 양정은 징계권자의 교육적 재량에 맡겨져 있으므로 재량행위에 해당한다. 비록 교수회의 의결을 요건으로 한다고 하더라도 이는 재량행위를 함에 있어서 내부적 의결 과정에 불과하므로, 이로 인해 재량행위의 속성이 바뀌는 것은 아니다.

공무원인 피징계자에게 징계사유가 있어서 징계처분을 하는 경우 어떠한 처분을 할 것인가는 징계권자의 재량에 맡겨진 것이므로, 그 징계처분이 위법하다고 하기 위해서는 징계권자가 재량권의 행사로서 한 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계권자에게 맡겨진 재량권을 남용한 것이라고 인정되는 경우에 한한다. 그리고 공무원에 대한 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃었는지 여부는 구체적인 사례에 따라 직무의 특성, 징계의 원인이 된 비위사실의 내용과 성질, 징계에 의하여 달성하려고 하는 행정목적, 징계 양정의 기준 등 여러 요소를 종합하여 판단하여야 하고, 특히 금품수수의 경우는 수수액수, 수수경위, 수수시기, 수수 이후 직무에 영향을 미쳤는지 여부 등이 고려되어야 한다.(대법원 2006.12.21, 2006두16274) [김중석행정법총론 364면]

③ 효과재량설의 입장에서는 부담적 행정행위는 기속행위가 되고 수익적 행정행위는 재량행위가 된다.[김중석행정법총론 347면] 징계처분은 부담적 행정행위이므로, 효과재량설의 입장에서는 기속행위로 보게 된다.

④ 판례는 동 사안에서 국립대학의 학생에 대한 퇴학처분을 행정소송법상의 처분에 해당한다고 보았다.[김중석행정법총론 173 및 1006면]

<정답> ④

20. 구 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 보존음료수 제조업의 허가를 할 수 있다.”라는 고시를 발한 바 있었다. 이 고시에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 위 고시의 법적 성질을 행정규칙이라고 보는 것이 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 볼수 없다고 하였다.

<해설>

①② 공익상의 이유로 허가를 할 수 없는 영업의 종류를 지정할 권한을 부여한 (구)식품위

생법 제23조의3 제4호에 따라 보건사회부장관이 발한 고시인 식품영업허가기준은 실질적으로 법의 규정내용을 보충하는 기능을 지니면서 그것과 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령의 성질을 가진 것이므로, 위 고시에 정한 허가기준에 따라 보존음료수 제조업 허가에 붙여진 전량수출 또는 주한 외국인에 대한 판매에 한한다는 내용의 조건은 이른바 법정부관으로서 행정청의 의사에 기하여 붙여지는 본래의 의미에서의 행정행위의 부관은 아니다. 따라서 이와 같은 법정부관에 대하여는 행정행위에 부관을 붙일 수 있는 한계에 관한 일반적인 원칙이 적용되지는 않지만, 위 고시가 헌법상 보장된 기본권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반될 때에는 그 효력이 없는 것으로 볼 수밖에 없다.(대법원 1995.11.14, 92도 496) [김종석행정법총론 302면 및 414면]

③④ 보존음료수의 국내판매를 금지하는 것은, 보존음료수제조업의 허가를 받은 자의 헌법상 보장된 기본권인 직업의 자유를 침해하는 것으로서 헌법에 위반될 뿐 아니라 식품위생법의 목적(제1조)에 비추어 보더라도, 보건사회부장관이 구 식품위생법(1986.5.10. 법률 제 3823호로 전문 개정되기 전의 것) 제23조의3 제4호나 현행 식품위생법 제24조 제1항 제4호에 따라 보존음료수제조업의 허가를 받는 자의 직업의 자유를 제한하는 고시를 발한 것이, 질서유지나 공공복리를 위하여 꼭 필요하고 합리적인 것이라고 볼 수도 없으므로, 위 고시는 효력이 없다. 따라서 위 고시가 보존음료수제조업의 허가를 받은 원고들이 보존음료수를 국내판매하지 못하도록 금지하고 있는 것은, 헌법상 보장된 직업의 자유와 국민의 행복추구권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반되어 효력이 없는 것이라고 할 수밖에 없고, 따라서 피고가 무효인 위 고시가 효력이 있는 것임을 전제로 원고들에 대하여 과징금을 부과한 이 사건 과징금부과처분은 위법하다고 할 것이다.(대법원 1994.3.8, 92누1728) [김종석 행정법총론 84면]

<정답> ②