

11년 국가직 7급 행정법 문제(인책형) 및 해설

윌비스고시학원 행정법전임 김 중 석 교수

1. 행정행위의 철회에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 판례는 「행정절차법」의 제정 이전에도 철회에 이유제시를 요구하였다.
- ② 철회권유보의 부관을 붙이는 데 별도의 법적 근거가 필요한 것은 아니다.
- ③ 부담적 행정행위의 철회는 원칙적으로 자유롭지 않다고 본다.
- ④ 판례는 사인(私人)이 적법한 침익적 행위에 대한 철회의 신청권을 갖지 않는다고 본다.

<해설>

① 행정절차법은 1996년 제정되어 1998년 1월 1일부터 시행되고 있다. 그러나 판례는 그 이전에도 철회에 이유제시를 요한다고 보았다. “허가의 취소처분에는 그 근거가 되는 법령과 처분을 받은 자가 어떠한 위반사실에 대하여 당해처분이 있었는지를 알 수 있을 정도의 위 법령에 해당하는 사실의 적시를 요한다고 할 것이고 이러한 사실의 적시를 흠결한 하자는 그 처분후 적시되어도 이에 의하여 치유될 수는 없다.” (대법원 1984.7.10, 82누551)

【복합비료생산업허가취소처분취소】

② 재량행위에는 법령에 부관에 관한 근거가 없다고 하더라도 효과제한적 부관이든, 요건보충적 부관이든 부관을 붙일 수 있다. [김종석행정법총론 12년판 309면 (2) ①, 11년판 451면 (2) ①] 그러나 기속행위의 경우에는 부관을 붙일 수 없다는 것이 종래 통설·판례이고, 최근 다수설은 요건보충적 부관은 기속행위라 하더라도 붙일 수 있다고 본다. [김종석행정법총론 12년판 309~310면, 11년판 451~452] 철회권유보는 효과제한적 부관으로서 재량행위에는 법적 근거가 없어도 붙일 수 있지만, 기속행위에는 법적 근거가 없다면 붙일 수 없다. 다만, 3번 지문이 명백한 답이어서 상대적으로 옳은 지문으로 본다.

③ 수익적 행정행위의 철회와는 달리 부담적(침익적) 행정행위의 경우 그 행정행위의 철회는 상대방의 불이익을 제거하는 것이기 때문에 원칙적으로 자유롭다. [김종석행정법총론 12년판 382면, 11년판 544면]

④ 복효적 행정행위로 인해 침익적 효과를 받는 제3자에게 그 행정행위의 철회를 요구할 신청권이 없다고 본 사례. “국민이 행정청에 대하여 제3자에 대한 건축허가와 준공검사의 취소 및 제3자 소유의 건축물에 대한 철거명령을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상 권리는 인정되지 않는다.” (대법원 1999.12.7, 97누17568) 【건축허가 및 준공검사취소 등에 대한 거부처분취소】 [김종석행정법총론 878면 관련판례 10, 11년판 1107면 관련판례 9]

<답> ③

2. 행정계획에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 판례는 「도시 및 주거환경정비법」상 관리처분계획의 처분성을 인정한다.
- ② 판례는 도시계획시설변경입안제안의 거부를 거부처분으로 본다.
- ③ 헌법재판소는 비구속적 행정계획안도 국민의 기본권에 직접적으로 영향을 끼치고 앞으로 법령의 뒷받침에 의하여 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상될 수 있는 때에는 헌법

소원의 대상이 될 수 있다고 본다.

④ 판례에 의하면, 행정주체가 행정계획을 입안결정함에 있어서 이익형량을 전혀 행하지 아니하거나 이익형량의 고려대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우가 아닌 한, 이익형량에서 정당성과 객관성이 결여된 것만으로는 그 행정계획결정은 위법한 것으로 되지 않는다.

<해설>

① 도시 및 주거환경정비법상의 관리처분계획은 구속적 행정계획으로서 재건축조합이 행하는 독립된 행정처분에 해당한다. (대법원 2009.9.17, 2007다2428 전원합의체) 【총회결의무효확인】 [김종석행정법총론 12년판 관련판례 3 비교판례, 11년판 598면 관련판례 3 비교판례]

② 도시계획구역 내의 토지 소유자가 도시계획 입안권자에게 도시계획입안을 신청한 데 대하여, 이러한 신청을 거부한 행위는 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다. (대법원 2004.4.28, 2003두1806) 【도시계획시설 변경입안의 제안거부처분취소】 [김종석행정법총론 12년판 관련판례 3, 11년판 1102면 관련판례 3]

③ 헌법재판소는 그 자체로서는 법적 구속력이나 외부효과가 발생하지 않는 비구속적 행정계획안의 경우 헌법소원의 대상이 되는 공권력 행사로 보지 아니한다. 그러나 비구속적 행정계획안이나 행정지침이라도 국민의 기본권에 직접적으로 영향을 끼치고, 앞으로 법령의 뒷받침에 의하여 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상될 수 있을 때에는, 예외적으로 공권력 행사로서 헌법소원의 대상이 될 수 있다(헌법재판소 2000.6. 1, 99헌마538). [김종석행정법총론 12년판 440면 5. , 11년판 616면 관련판례 2]

④ 이익형량을 전혀 행하지 아니하거나 이익형량의 고려 대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우 또는 이익형량을 하였으나 정당성과 객관성이 결여된 경우에는 그 행정계획결정은 형량에 하자가 있어 위법하게 된다. (대법원 2007.4.12, 2005두1893) 【원지동 추모 공원사건】 [김종석행정법총론 12년판 436면 관련판례1, 11년판 610면 관련판례1]

<답> ④

3. 공공기관의 정보공개와 관련된 설명으로 옳은 것은?

① 판례에 의하면 사립대학교는 국비의 지원을 받는 범위 내에서만 정보공개의무를 지는 공공기관의 성격을 가진다.

② 판례에 의하면 국가정보원이 직원에게 지급하는 현금급여 및 월초수당에 관한 정보는 공개대상이다.

③ 판례에 의하면 ‘한국증권업협회’는 정보공개의무를 지는 ‘특별법에 의하여 설립된 특수법인’에 해당한다.

④ 공공기관은 전자적 형태로 보유·관리하지 않는 정보에 대하여 청구인이 전자적 형태로 공개하여 줄 것을 요청한 경우 특별한 사정이 없으면 그 정보를 전자적 형태로 변환하여 공개할 수 있다.

<해설>

① (구)공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령 제2조 제1호가 정보공개의무를 지는 공공기관의 하나로 사립대학교를 들고 있는 것이 모법의 위임 범위를 벗어났다가 사립대학교

가 국비의 지원을 받는 범위 내에서만 공공기관의 성격을 가진다고 볼 수 없다. (대법원 2006.8.24, 2004두2783) 【정보공개 거부처분취소】 [김종석행정법총론 12년판 481면 관련판례 1, 11년판 661면 관련판례 1]

② 국가정보원법 제12조가 국회에 대한 관계에서조차 국가정보원 예산내역의 공개를 제한하고 있는 것은, 정보활동의 비밀보장을 위한 것으로서, 그 밖의 관계에서도 국가정보원의 예산내역을 비공개 사항으로 한다는 것을 전제로 하고 있다고 볼 수 있고, 예산집행내역의 공개는 예산내역의 공개와 다를 바 없어, 비공개 사항으로 되어 있는 ‘예산내역’에는 예산집행내역도 포함된다고 보아야 하며, 국가정보원이 그 직원에게 지급하는 현금급여 및 월초수당에 관한 정보는 국가정보원 예산집행내역의 일부를 구성하는 것이므로, 위 현금급여 및 월초수당에 관한 정보는 국가정보원법 제12조에 의하여 비공개 사항으로 규정된 정보로서 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제1호의 비공개대상정보인 ‘다른 법률에 의하여 비공개 사항으로 규정된 정보’에 해당한다고 보아야 하고, 위 현금급여 및 월초수당이 근로의 대가로서의 성격을 가진다거나 정보공개청구인이 해당 직원의 배우자라고 하여 달리 볼 것은 아니다. (대법원 2010.12.23, 2010두14800) 【정보비공개결정처분취소】

③ 한국증권업협회는 공동체 전체의 이익에 중요한 역할이나 기능을 수행하는 공공기관으로서 정보공개법 시행령 제2조 제4호의 특별법에 의하여 설립된 특수법인에 해당한다고 보기 어렵다. (대법원 2010.4.29, 2008두5643) 【정보비공개결정취소】 [김종석행정법총론 12년판 481면 관련판례 2, 11년판 661면 관련판례 2]

④ 공공기관의 정보공개에 관한 법률의 내용으로 옳다. “공공기관은 전자적 형태로 보유·관리하지 아니하는 정보에 대하여 청구인이 전자적 형태로 공개하여 줄 것을 요청한 경우에는 정상적인 업무수행에 현저한 지장을 초래하거나 당해 정보의 성질이 훼손될 우려가 없는 한 그 정보를 전자적 형태로 변환하여 공개할 수 있다.”(동법 제15조 제2항) [김종석행정법총론 12년판 495면, 11년판 680면]

<답> ④

4. 「행정대집행법」 제2조의 대집행에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 계고처분에 기한 대집행의 실행이 완료되었다면, 대집행의 실행행위에 대해 취소를 구할 법률상 이익은 없다.
- ② 위법건축물의 소유자가 그 건축물에 대한 철거명령 및 계고처분에 불응하자 다시 행한 제2차·제3차 계고처분은 새로운 철거의무를 부과한 것이다.
- ③ 부작위의무 위반의 경우, 그 위반의 결과를 시정하기 위한 작위의무가 그 부작위의무로부터 당연히 도출되지는 않는다.
- ④ 대집행비용의 납부명령은 독립하여 항고소송의 대상이 된다.

<해설>

① 판례의 태도로 옳다(대법원 1993.6.8, 93누6164). [김종석행정법총론 12년판 855면 관련판례 1, 11년판 1078면 관련판례 1]

② 반복된 계고의 경우, 예컨대 행정청이 위법한 건축물에 대한 철거대집행계고처분을 한 후 의무불이행이 있자 다시 제2차, 제3차의 계고서를 발송한 경우 제1차 계고만 처분성을

찾는다. 이 경우 제2차, 제3차의 계고처분은 새로운 철거의무를 부과한 것이 아니고 다만 대집행기한의 연기통지에 불과하다는 것이 관례의 태도이다(대법원 1994.10.28, 94누 5144). [김종석행정법총론 12년판 540면 (5) 1) ② ㉠, 11년판 718면 관련판례2]

③ 단순한 부작위의무의 위반한 경우에는 법령에서 위반으로 생긴 유형적 결과의 시정을 명하는 행정처분의 권한을 인정하는 규정을 두고 있지 않다면, 부작위의무로부터 그 의무를 위반함으로써 생긴 결과를 시정하기 위한 작위의무를 당연히 끌어낼 수는 없다. (대법원 1996.6.28, 96누4374) 【인천시 유원용현아파트 유치원시설물 철거대집행계고처분 취소사건】 [김종석행정법총론 12년판 537면 관련판례 6, 11년판 712면 관련판례 6]

④ 비용납부명령은 금전급부의무를 부과하는 행정행위로서의 하명에 해당한다. 따라서 처분성이 인정되고 항고소송의 대상이 된다. [김종석행정법총론 12년판 543면 4) ②, 11년판 720면 4) ②]

<답> ②

5. 복리행정 내지 사회보장행정에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 사회보장청구권자는 자연인만이 될 수 있으며, 법인은 본질적으로 사회보장청구권자가 될 수 없다.
- ② 사회보험은 사회적 위험을 보험방식으로 대처하여 국민의 건강과 소득을 보장하는 것이다.
- ③ 공공부조는 국가 또는 지방자치단체의 책임하에 생활유지능력이 없거나 생활이 어려운 국민의 최저생활을 보장하고 자립을 지원하는 것이다.
- ④ 공공부조는 사회보험에 대한 보완적 성격을 가지나 양자는 공히 조세수입 등에 의한 일반재원에 주로 의존한다.

<해설>

- ① 모든 국민은 사회보장에 관한 관계 법령에서 정하는 바에 따라 사회보장급여를 받을 권리(사회보장수급권)를 가진다(사회보장기본법 제9조). [김종석행정법각론 292면] 사회보장을 받을 권리는 헌법 제34조의 국민의 인간다운 생활을 할 권리로부터 나오는 권리이므로, 자연인에게만 인정되고, 법인에게는 본질적으로 인정될 수 없다.
- ② 사회보험은 실업·질병·부상·폐질·사망·노령 등과 같은 개인에게 발생할 수 있는 사회적 위험을 국가 등이 개입하여 보험의 형식으로 대처하는 사회정책을 말한다. [김종석행정법각론 282면]
- ③ 공공부조란 국가 및 지방자치단체의 책임하에 근로의 능력이 없거나 생활이 곤궁한 자에게 국가의 책임 아래 최저한의 건강하고 인간다운 생활을 할 권리를 보장하고 자립을 지원하는 제도이다. [김종석행정법각론 285면]
- ④ 공공부조에 드는 비용의 전부 또는 일부는 국가와 지방자치단체가 부담한다(사회보장기본법 제27조 제3항). 반면, 사회보험에 드는 비용은 사용자, 피용자 및 자영업자가 부담하는 것을 원칙으로 하되, 관계 법령에서 정하는 바에 따라 국가가 그 비용의 일부를 부담할 수 있다(동법 제27조 제2항). [김종석행정법각론 295면 (4)] 공공부조는 그 재원을 일반재정에 의존하는데 비하여 사회보험은 피보험자, 그의 사용자, 정부 등으로부터의 보험금 또는 기여금에 의존함이 보통이다.

<답> ④

6. A도의 도의회가 학교급식을 위해 국내 우수농산물을 사용하는 자에게 식재료나 구입비의 일부를 지원하는 것 등을 내용으로 하는 조례안을 의결하였다. 이와 관련한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① A도의 도지사는 지방의회에서 의결한 조례안이 법령에 위반된다고 인정되면 지방의회에 재의를 요구할 수 있다.
- ② A도의 도지사의 재의요구에 대하여 재의한 결과 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 의결사항은 확정된다.
- ③ A도의 도지사는 재의결된 사항이 공익을 현저히 해친다고 인정되면 대법원에 소를 제기할 수 있다.
- ④ 판례는 위와 같은 조례안이 ‘1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정’(General Agreement on Tariffs and Trade 1994)에 위반되어 그 효력이 없다고 하였다.

<해설>

- ① 지방자치단체의 장은 이송 받은 조례안에 대하여 이의가 있으면 제2항의 기간에 이유를 붙여 지방의회로 환부(還付)하고, 재의(再議)를 요구할 수 있다(지방자치법 제26조 제3항). 조례안에 대한 재의요구의 이유에는 제한이 없다. [김종석행정법각론 79면 및 80면 (7) ① ㉠]
- ② 동법 제26조 제4항 [김종석행정법각론 79면]
- ③ 재의결로 확정된 조례안에 대해서 다수설·판례는 지방자치법 제107조에 의거 지방자치단체의 장은 대법원에 제소할 수 있다고 본다. 단, ‘공익을 현저히 해친다면’이 아니고 ‘재의결된 내용이 법령에 위반된다고 인정’되어야 한다. “지방자치단체의 장은 제2항에 따라 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 인정되면 대법원에 소(訴)를 제기할 수 있다.”(지방자치법 제107조 제3항) [김종석행정법각론 81면]
- ④ 학교급식을 위해 국내 우수농산물을 사용하는 자에게 식재료나 구입비의 일부를 지원하는 것 등을 내용으로 하는 지방자치단체의 조례안은 ‘1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정(GATT)’에 위반되어 그 효력이 없다. (대법원 2005.9.9, 2004추10) 【전라북도 학교급식 조례 재의결무효확인】 [김종석행정법총론 12년판 30면 관련판례1, 11년판 44면 관련판례1]

<답> ③

7. 행정의 실효성확보수단에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공매처분을 하면서 체납자 등에게 공매통지를 하지 않았거나 공매통지를 하였더라도 그것이 적법하지 아니한 경우는 절차상의 흠이 있어 그 공매처분은 위법하다.
- ② 이행강제금은 대체적 작위의무의 위반에 대하여도 부과될 수 있다.
- ③ 「질서위반행위규제법」은 종래의 판례 입장을 반영하여 고의 또는 과실이 있어야 질서위

반행위가 성립하는 것으로 규정하고 있다.

④ 지방자치단체 소속 공무원이 지방자치단체 고유의 자치사무를 수행하면서 위반행위를 한 경우에 해당 지방자치단체는 양벌규정에 따라 처벌받을 수 있다.

<해설>

① 채납자 등에 대한 공매통지는 국가의 강제력에 의하여 진행되는 공매에서 채납자 등의 권리 내지 재산상의 이익을 보호하기 위하여 법률로 규정한 절차적 요건이다. 공매처분을 하면서 채납자 등에게 공매통지를 하지 않았거나 공매통지를 하였더라도 그것이 적법하지 아니한 경우에는 절차상의 흠이 있어 그 공매처분이 위법하게 된다. (대법원 2011.3.24, 2010두25527) 【양도소득세부과처분취소】 [김종석행정법총론 12년판 555면 관련판례 6, 11년판 736면 관련판례 6]

② 최근에는 대체적 작위의무도 이행강제금의 대상이 될 여지가 있다고 보는 것이 일반적이다. 특히 대집행이 곤란한 경우(예:불법건축된 고층건물의 철거)에 이행강제금제도는 의미를 갖는다. 헌법재판소도 대체적 작위의무위반에 대해서 이행강제금이 부과될 수 있음을 인정하고 있다(헌법재판소 2004.2.26, 2001헌바80). [김종석행정법총론 12년판 545면 2. (1)

③, 11년판 723면 관련판례]

③ 종래 통설과 판례는 행정질서벌은 고의·과실 등과 같은 개인에 대한 주관적 요건을 요구하지 않는다고 보았다. 이는 행정질서벌은 단순히 의무를 게을리한 것에 대한 제재로서 부과되는 것으로 보았기 때문이다. 그러나 질서위반행위규제법 제7조는 고의 또는 과실이 없는 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다고 규정하고 있다. [김종석행정법총론 12년판 590면 2. (1), 11년판 780면 2. (1)]

④ 지방자치단체 소속 공무원이 지방자치단체 고유의 자치사무를 수행하던 중 도로법 위반행위를 한 경우 지방자치단체는 양벌규정에 따라 처벌대상이 되는 법인에 해당한다. (대법원 2005.11.10, 2004도2657) 【도로법위반】 [김종석행정법총론 12년판 582면 관련판례 1, 11년판 766면 관련판례]

<답> ③

8. 판례가 하자의 승계를 인정한 것을 모두 고르면?

- | |
|-----------------------------|
| ㄱ. 개별공시지가결정과 과세처분 |
| ㄴ. 표준지공시지가결정과 수용재결처분 |
| ㄷ. 도시계획사업의 실시계획인가고시와 수용재결처분 |
| ㄹ. 보충역편입처분과 공익근무요원소집처분 |
| ㅁ. 건물철거명령과 대집행계고처분 |
| ㅂ. 대집행절차상 계고처분과 대집행영장발부통보처분 |

① ㄱ, ㄴ, ㅂ

② ㄱ, ㄷ, ㅂ

③ ㄱ, ㄹ, ㅁ

④ ㄴ, ㄷ, ㄹ

<해설>

ㄱ. 인정. 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 있다. (대법원 1994.1.25, 93누8542) 【양도소득세 등 부과처분취소】 [김종석 행정법총론 12년판 349면 관련판례1, 11년판 505면 관련판례1]

ㄴ. 인정. 표준지공시지가결정은 이를 기초로 한 수용재결 등과는 별개의 독립된 처분으로서 서로 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 한다. 그러나 표준지공시지가결정이 위법한 경우에는 수용보상금의 증액을 구하는 소송에서 선행처분으로서 그 수용대상 토지 가격 산정의 기초가 된 비교 표준지공시지가결정의 위법을 독립한 사유로 주장할 수 있다. (대법원 2008.8.21, 2007두13845) 【토지보상금】 [김종석 행정법총론 12년판 350면 관련판례2, 11년판 505면 관련판례2]

ㄷ. 부정. 도시계획사업의 실시계획인가는 그 자체가 행정처분의 성격을 띠는 것으로서 독립하여 행정쟁송의 대상이 되므로 이것이 당연무효가 아닌 한 이 처분이 위법하다고 주장하는 사람은 이 행정처분을 대상으로 하여 그 취소를 구하여야 하고, 이 선행처분을 다투지 아니하고 그 쟁송기간이 도과한 후 수용재결단계에 있어서는 그 처분의 불가쟁력에 의하여 그 도시계획사업의 실시계획인가 고시에 위법이 있음을 들어 수용재결처분의 취소를 구할 수는 없다. (대법원 1991.11.26, 90누9971) 【토지수용재결처분취소】

ㄹ. 부정. 병역법상 보충역편입처분과 공익근무요원 소집처분은 각각 단계적으로 별개의 법률효과를 발생하는 독립된 행정처분이어서, 선행처분인 보충역편입처분의 효력을 다투지 아니하여 불가쟁력이 생긴 경우 선행처분의 하자를 이유로 후행처분인 공익근무요원 소집처분의 효력을 다투 수 없다. (대법원 2002.12.10, 2001두5422) 【공익근무요원 소집처분취소】 [김종석 행정법총론 12년판 348면 관련판례13, 11년판 502면 관련판례13]

ㅁ. 부정. 계고처분의 취소청구에서 그 선행행위인 건물철거명령의 위법함을 주장할 수 없다. (대법원 1982.7.27, 81누293) 【건물철거 대집행계고처분취소】 [김종석 행정법총론 12년판 347면 관련판례1, 11년판 500면 관련판례1]

ㅂ. 인정. 대집행에 있어서 선행처분인 계고처분이 하자가 있는 위법한 처분이라면 후행처분인 대집행영장발부 통보처분도 위법한 것이라고 주장할 수 있다. (대법원 1996.2.9, 95누12507) 【행정대집행 계고처분취소】 [김종석 행정법총론 12년판 346면 관련판례1, 11년판 499면 관련판례1]

<답> ①

9. 공익사업에 필요한 토지 이외의 토지를 수용하는 잔여지수용에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 잔여지가 이용은 가능하지만 그 이용에 많은 비용이 소요되는 경우에는 잔여지수용을 청구할 수 있다.
- ② 구 「토지수용법」에 의한 잔여지수용청구권은 그 요건을 구비한 때에는 청구에 의해 수용의 효과가 발생하는 형성권적 성질을 가진다.
- ③ 잔여지 수용의 청구가 있으면 그 잔여지에 관하여 권리를 가진 자는 사업시행자에게 그 권리의 존속을 청구할 수 없다.

④ 잔여지수용의 청구는 잔여지매수에 관한 협의가 성립되지 않은 경우에 한하되, 해당사업의 공사완료일까지 하여야 한다.

<해설>

① (구)토지수용법 제48조 제1항에서 규정한 '종래의 목적'이라 함은 수용재결 당시에 당해 잔여지가 현실적으로 사용되고 있는 구체적인 용도를 의미하고, '사용하는 것이 현저히 곤란한 때'라고 함은 물리적으로 사용하는 것이 곤란하게 된 경우는 물론 사회적·경제적으로 사용하는 것이 곤란하게 된 경우, 즉 절대적으로 이용 불가능한 경우만이 아니라 이용은 가능하나 많은 비용이 소요되는 경우를 포함한다. (대법원 2005.1. 28, 2002두4679) 【청량리 홍릉근린공원사건】 [김종석행정법총론 12년판 751면 관련판례2, 11년판 958면 관련판례3]

② 잔여지수용청구권은 그 요건을 구비한 때에 형성권의 성질을 가지며, 잔여지수용청구권의 행사기간은 제척기간이다. (대법원 2010.8.19, 2008두822) 【토지수용이의재결처분취소등】 [김종석행정법총론 12년판 751면 관련판례1, 11년판 958면 관련판례2]

③ 매수 또는 수용의 청구가 있는 잔여지 및 잔여지에 있는 물건에 관하여 권리를 가진 자는 사업시행자 또는 관할 토지수용위원회에 그 권리의 존속을 청구할 수 있다(공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제74조 제2항). [김종석행정법총론 12년판 751면, 11년판 957면]

④ 동법 제74조 제1항 단서의 내용으로 옳다. [김종석행정법총론 12년판 751면, 11년판 957면]

<답> ③

10. 도시 및 주거환경정비에 대한 내용으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 주택재건축사업은 조합이 이를 시행하거나 조합이 조합원 과반수의 동의를 얻어 시장·군수 또는 주택공사 등과 공동으로 이를 시행할 수 있다.

② 「도시 및 주거환경정비법」상 조합설립추진위원회의 구성에 동의하지 아니한 정비구역 내의 토지 등 소유자는 조합설립추진위원회 설립승인처분의 취소를 구할 원고적격이 있다.

③ 「도시 및 주거환경정비법」상의 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합총회결의의 효력을 다루기 위해선 항고소송을 제기하여야 한다.

④ 사업시행자(주거환경개선사업은 제외)는 분양신청기간이 종료된 때에는 일정한 사항이 포함된 관리처분계획을 수립하여 시장·군수의 인가를 받아야 한다.

<해설>

① 도시 및 주거환경정비법 제8조 제3항 [김종석행정법각론 400면 ③]

② 도시 및 주거환경정비법 제13조 제1항 및 제2항의 입법 경위와 취지에 비추어 하나의 정비구역 안에서 복수의 조합설립추진위원회에 대한 승인은 허용되지 않는 점, 조합설립추진위원회가 조합을 설립할 경우 같은 법 제15조 제4항에 의하여 조합설립추진위원회가 행한 업무와 관련된 권리와 의무는 조합이 포괄승계하며, 주택재개발사업의 경우 정비구역 내의 토지 등 소유자는 같은 법 제19조 제1항에 의하여 당연히 그 조합원으로 되는 점 등에 비추어 보면, 조합설립추진위원회의 구성에 동의하지 아니한 정비구역 내의 토지 등 소유자

도 조합설립추진위원회 설립승인처분에 대하여 같은 법에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익을 향유하므로 그 설립승인처분의 취소소송을 제기할 원고적격이 있다. (대법원 2007.1.25, 2006두12289) 【추진위원회승인처분취소】 [김종석행정법총론 11년판 192면 관련판례11]

③ 도시 및 주거환경정비법상 행정주체인 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 효력 등을 다투는 소송은 행정처분에 이르는 절차적 요건의 존부나 효력유무에 관한 소송으로서 그 소송결과에 따라 행정처분의 위법여부에 직접 영향을 미치는 공법상 법률관계에 관한 것이므로, 이는 행정소송법상의 당사자소송에 해당한다. (대법원 2009.9.17, 2007다2428 전원합의체) 【총회결의무효확인】 [김종석행정법총론 12년판 971면 관련판례4, 11년판 1219면 관련판례4]

④ 도시 및 주거환경정비법 제48조 제1항 [김종석행정법각론 402면 ② ㉞]

<답> ③

11. 강학상 허가에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 구 산림형질변경허가의 신청대상지역이 법령상의 금지 또는 제한지역에 해당하지 않더라도 환경의 보전 등을 위한 중대한 공익상의 필요가 있을 경우, 그 허가를 거부할 수 있다.
- ② 허가신청에 대한 결정이 있기 전에 허가기준을 정한 법령이 개정된 경우에는 특별한 사정이 없으면 개정된 허가기준이 적용된다.
- ③ 개축허가신청에 대해 착오로 행한 용도변경허가는 무효가 아니다.
- ④ 구 석유판매업허가는 혼합적 허가의 성질을 갖는 것이므로 양도인의 허가취소사유가 양수인에게 승계되지 않는다.

<해설>

① 판례의 태도로 옳다(대법원 1993.5.27, 93누4854). [김종석행정법총론 12년판 270면 관련판례3, 11년판 400면 관련판례3]

② 허가 등의 행정처분은 원칙적으로 처분시의 법령과 허가기준에 의하여 처리되어야 하고 허가신청 당시의 기준에 따라야 하는 것은 아니며, 비록 허가신청 후 허가기준이 변경되었다 하더라도 그 허가관청이 허가신청을 수리하고도 정당한 이유 없이 그 처리를 늦추어 그 사이에 허가기준이 변경된 것이 아닌 이상 변경된 허가기준에 따라서 처분을 하여야 한다. (대법원 2006.8.25, 2004두2974) 【주택건설사업계획 승인신청 반려처분취소】 [김종석행정법총론 12년판 268면 ④ 관련판례, 11년판 398면 관련판례3]

③ 개축허가신청에 대하여 행정청이 착오로 대수선 및 용도변경허가를 하였다 하더라도 취소 등 적법한 조치없이 그 효력을 부인할 수 없다. (대법원 1985.11.26, 85누382) 【건축허가취소·위법건물자진철거지시처분취소】 [김종석행정법총론 12년판 271면 ⑥ 관련판례, 11년판 401면 ⑥ 관련판례]

④ 대물적 허가의 성질을 갖는 석유판매업이 양도된 경우, 양도인에게 허가를 취소할 위법사유가 있다면 이를 이유로 양수인에게 제재조치를 취할 수 있다. (대법원 1986.7.22, 86누203) 【석유판매업허가취소처분취소】 [김종석행정법총론 12년판 42면 (2) 관련판례3 비교판례1, 11년판 406면 관련판례2]

<답> ④

12. 강학상 인가에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 판례는 인가에 해당하면 부관의 부과가 허용되지 않는다고 본다.
- ② 판례에 의하면 주택재개발조합설립인가는 보충행위가 아니라 설권적 처분의 성격을 갖는다.
- ③ 다수설에 의하면 법령에 명문의 규정이 없는 한 수정인가를 할 수 없다.
- ④ 무효인 기본행위에 대해 인가가 있더라도 그 기본행위가 유효하게 되지 않는다.

<해설>

- ① 판례는 인가에도 부관을 부과할 수 있다고 본다. “주택재건축사업시행 인가는 재량행위이므로 법령상 근거가 없더라도 공익상 필요한 범위 내에서 조건(부담)을 부과할 수 있다.” (대법원 2007.7.12, 2007두6663) 【사업시행 인가처분일부취소】 “공익법인의 기본재산의 처분허가의 법률적 성질이 형성적 행정행위로서의 인가에 해당한다고 하여도 조건으로서의 부관의 부과가 허용된다.” (대법원 2005.9.28, 2004다50044) 【소유권말소등기】 [김종석행정법총론 12년판 310면 ③ ㉠ 및 관련판례, 11년판 452면 ③ ㉠ 및 관련판례]
- ② 도시 및 주거환경정비법상 재개발조합설립 인가신청에 대한 행정청의 조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것이 아니라 법령상 일정한 요건을 갖추 경우 행정주체(공법인)의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분이다. (대법원 2009.9.24, 2009마168·169) 【가처분이의·직무집행정지가처분】 [김종석행정법총론 12년판 283면 관련판례 3 비교판례, 11년판 417면 관련판례 4 비교판례]
- ③ 인가의 보충적 성질과 사적 자치의 원칙상 수정인가는 법적 근거가 없는 한 부정된다. [김종석행정법총론 12년판 281면 ㉡, 11년판 414면 ㉡]
- ④ 인가의 보충적 성질 때문에 적법한 인가가 있어도 당해 인가는 무효가 된다. 적법한 인가가 있더라도 기본적 법률행위가 유효로 되는 것은 아니다. 즉, 인가시 본 행정행위의 하자는 치유되지 않는다. [김종석행정법총론 12년판 281면 ㉢ 도표, 11년판 415면 ㉢ 도표]

<답> ①

13. 현행 행정심판제도에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정심판위원회가 행정심판사건을 심리하여 직접 재결을 내린다.
- ② 처분청이 처분이행명령재결에 따른 처분을 하지 아니한 경우 행정심판위원회는 당사자의 신청이 없더라도 직권으로 직접 처분을 할 수 있다.
- ③ 임시처분은 집행정지로 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.
- ④ 운전면허취소처분에 대해서는 행정심판의 필요적 전치주의가 적용된다.

<해설>

- ① 2008.2.29. 개정 이전의 행정심판법은 심판청구에 대하여 심리·의결하는 기관(행정심판위원회)과 재결만을 행하는 기관(재결청)의 이원적 구조였다. 그러나 현행 법률은 재결청의 제도를 폐지하고 행정심판위원회가 심리·의결과 재결을 모두 하도록 하는 일원적 구조를

취하고 있다. [김종석행정법총론 12년판 999면 사이드, 11년판 1248면 포스트잇]

② 당사자의 신청이 있어야 하고 직권으로 직접 처분을 할 수는 없다. ‘위원회는 피청구인이 제49조 제2항에도 불구하고 처분을 하지 아니하는 경우에는 당사자가 신청하면 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고, 그 기간에 이행하지 아니하면 직접 처분을 할 수 있다. 다만, 그 처분의 성질이나 그 밖의 불가피한 사유로 위원회가 직접 처분을 할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다’(행정심판법 제50조 제1항). [김종석행정법총론 12년판 1037면, 11년판 1287면]

③ 행정심판법 제31조 제3항 [김종석행정법총론 12년판 1027면, 11년판 1276면]

④ 도로교통법상 운전면허 취소·정지처분은 필요적 전치주의의 적용을 받는 처분이다. [김종석행정법총론 12년판 830면 레벨업, 11년판 1046면 레벨업]

<답> ②

14. 「지방자치법」상 주민의 권리에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 조례의 제정 또는 개폐에 관한 주민의 청구는 조례의 제정권을 가진 지방의회에 하여야 한다.
- ② 「지방자치법」이 규정하는 주민투표권은 헌법이 보장하는 기본권 또는 헌법상 제도적으로 보장되는 주관적 공권으로 볼 수 없다.
- ③ 임기개시일부터 1년이 경과하지 아니하였거나 또는 임기만료일부터 1년 미만이 남아 있는 지방자치단체의 장에 대해선 주민소환투표의 실시를 청구할 수 없다.
- ④ 외국인에게도 일정요건하에서 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거권이 인정된다.

<해설>

- ① 지방자치단체의 장에 하여야 한다(지방자치법 제15조 제1항). [김종석행정법각론 49면]
- ② 지방자치법 제14조에서 규정한 주민투표권은 헌법이 아닌 법률이 보장하는 참정권이라는 것이 헌법재판소의 입장이다. [김종석행정법각론 44면 5. (1) ②]
- ③ 선출직 지방공직자의 임기개시일부터 1년이 경과하지 아니한 때, 선출직 지방공직자의 임기만료일부터 1년 미만일 때, 해당선출직 지방공직자에 대한 주민소환투표를 실시한 날부터 1년 이내인 때에는 주민소환투표청구를 할 수 없다(주민소환에 관한 법률 제8조). [김종석행정법각론 56면 ③]
- ④ 19세 이상으로서 제37조 제1항에 따른 선거인명부작성기준일 현재 「출입국관리법」 제10조(체류자격)에 따른 영주의 체류자격 취득일 후 3년이 경과한 외국인으로서 같은 법 제34조(외국인등록표 등의 작성 및 관리)에 따라 해당 지방자치단체의 외국인등록대장에 올라 있는 사람은 그 구역에서 선거하는 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거권이 있다(공직선거법 제15조 제2항 제3호). [김종석행정법각론 43면 3. (1)]

<답> ①

15. 행정절차에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 판례는 절차하자의 치유는 행정쟁송제기 이후에도 가능하다고 본다.
- ② 판례는 공무원임용신청에 대한 거부는 특별한 사정이 없는 한 「행정절차법」 제21조의

처분의 사전통지대상이 되지 않는 것으로 본다.

③ 판례는 행정절차가 결여되었더라도 그 행정행위가 실체적으로는 적법하고 기속행위에 해당하면 그 절차상의 하자를 독립적 취소사유로 보지 않는다.

④ 행정청은 급박한 사정이 있으면 통상의 공청회에 갈음하여 전자공청회를 실시할 수 있다.

<해설>

① 판례는 “이유제시의 하자의 추완이나 보완은 처분에 대한 불복여부의 결정 및 불복신청에 편의를 줄 수 있는 상당한 기간 내에 하여야 한다.”(대법원 1983.7. 26, 82누420)는 입장이다. 이와 같은 판례의 태도에 대해 행정심판도 불복절차의 한 종류이므로 하자의 추완이나 보완은 행정심판(행정쟁송)의 제기 이전에 가능하다는 입장(쟁송제기이전시설)으로 보는 것이 지배적이다. [김종석행정법총론 12년판 475면 (2) ③, 11년판 655면 (2) ③]

② 대법원은 ‘교원임용거부처분 취소청구사건’에서 신청에 대한 거부처분은 사전통지대상이 되지 않는다고 보았다(대법원 2003.11.28, 2003두674). [김종석행정법총론 12년판 460면 레벨업, 11년판 637면 레벨업]

③ 행정처분이 기속행위인지 재량행위인지를 불문하고, 당해 처분이 실체법상으로 적법하더라도 절차법상의 하자만으로 독립된 취소사유가 된다는 것이 대법원 판례의 입장이다. [김종석행정법총론 12년판 473면 (2) ① ㉞, 11년판 653면 ㉞]

④ 행정청은 제38조에 따른 공청회와 병행하여서만 정보통신망을 이용한 공청회(전자공청회)를 실시할 수 있다(행정절차법 제38조의2 제1항). [김종석행정법총론 12년판 468면 ㉞, 11년판 647면 ㉞]

<답> ②

16. 택배업을 하는 갑(甲)이 관련 법규에 대한 이해가 부족한 경찰관의 법리오인으로 인하여 30일의 운전면허정지처분을 받아 생업에 상당한 지장을 받게 되었다. 갑(甲)의 권리구제와 관련한 설명으로 옳지 않은 것은? (단, 행정심판은 고려하지 않음)

① 갑(甲)이 면허정지기간 중에 생업유지를 위해 계속하여 운전하고자 한다면, 면허정지처분에 대한 취소소송의 제기와 함께 그 처분에 대한 효력정지를 구하여야 한다.

② 갑(甲)은 면허정지기간이 지난 후에도 소의 이익이 존재하면 면허정지처분의 취소를 구할 수 있다.

③ 면허정지처분에 대한 제소기간이 지났다고 하더라도 갑(甲)은 경찰관의 직무상의 과실을 들어 면허정지에 따른 손해를 국가배상으로 청구할 수 있다.

④ 만약 갑(甲)이 면허정지기간 중에 운전하다가 무면허운전으로 처벌받았을 경우, 그 후에 면허정지처분에 대해 취소판결이 내려졌다 하더라도 그 면허정지기간 중의 운전은 여전히 무면허운전에 해당한다.

<해설>

① 집행정지결정 중 효력정지결정은 효력 그 자체를 잠정적으로 정지시키는 것이므로 행정

처분이 없었던 원래상태와 같은 상태를 가져온다. [김종석행정법총론 12년판 922면 3) ① ㉠, 11년판 1165면 ㉠] 따라서 취소소송의 제기와 함께 처분효력정지결정을 신청하여 효력정지결정을 받으면 운전면허정지처분이 없었던 상태처럼 되므로 운전을 계속할 수 있다.

② 면허정지기간이 지나면 면허정지처분의 효력이 기간의 경과로 소멸하게 된다. 그러나 처분 등의 효과가 기간의 경과, 처분 등의 집행 그 밖의 사유로 인하여 소멸된 뒤에도 그 처분 등의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자는 처분 등의 취소를 구하는 소송을 제기할 수 있다(행정소송법 제12조 후문). [김종석행정법총론 12년판 851면 2), 11년판 1071면 2)]

③ 면허정지처분에 대한 제소기간이 지나면 불가쟁력이 발생한다. 불가쟁력이 발생한 행정행위도 배상청구권이 시효로 소멸하지 않는 한 국가배상청구를 할 수 있다. 불가쟁력이 발생하였다 하더라도 위법한 행정행위의 위법성이 치유되어 적법하게 되는 것은 아니기 때문이다. [김종석행정법총론 12년판 335면 (5), 11년판 484면 (5)]

④ 취소판결의 형성력은 처분시에 소급한다. 즉, 취소판결은 처음부터 처분이 없었던 것과 같은 효과를 가져온다. [김종석행정법총론 12년판 937면 ③ ㉠, 11년판 1183면 ③ ㉠] 따라서 사안에서 취소판결이 내려지면 처음부터 운전면허정지처분이 없었던 것과 같이 되므로, 운전면허정지처분 이후에 한 운전이 무면허운전이라고 볼 수는 없다.

<답> ④

17. 「환경정책기본법」상 사전환경성검토 제도에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

① 관계 행정기관의 장은 사전환경성검토협의를 하고자 하는 때에는 사전환경성검토서를 작성하여 협의기관의 장에게 제출하여야 한다. 다만, 개발사업에 대한 사전환경성검토협의를 하고자 하는 때에는 개발사업의 시행자가 작성한 검토서를 제출할 수 있다.

② 사전환경성검토는 환경영향평가대상사업을 내용으로 하는 행정계획과 보전이 필요한 지역 안에서 시행되는 개발사업을 대상으로 한다.

③ 판례는 환경영향평가의 결여를 중대한 하자로 보지만 사전환경성검토협의를 결여는 중대한 하자로 보지 않는다.

④ 관계 행정기관의 장은 행정계획에 대한 사전환경성검토협의를 해당 계획을 수립·확정하기 전까지 요청하여야 한다.

<해설>

① 환경정책기본법 25조의4

② 동법 제25조의2

③ 환경영향평가의 실시대상사업에 대하여 환경영향평가를 거치지 않고 행한 처분은 중대명백한 하자가 있어 무효이다(대법원 2006.6.30, 2005두14363). [김종석행정법총론 12년판 361면 도표, 11년판 520면 도표] 반면, 행정청이 사전환경성검토협의를 거쳐야 할 대상사업에 관하여 법의 해석을 잘못된 나머지 세부용도지역이 지정되지 않은 개발사업부지에 대하여 사전환경성검토협의를 할지 여부를 결정하는 절차를 생략한 채 한 사업승인처분의 하자가 중대하지만 객관적으로 명백하다고 할 수 없다고 보았다(대법원 2009.9.24, 2009두2825). [김종석행정법총론 12년판 369면 관련판례 12, 11년판 529면 관련판례 13]

④ 동법 제25조의3

<답> ③

18. 행정법상의 시효와 관련한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 「국유재산법」상 변상금부과처분에 대한 취소소송이 진행되는 동안에도 그 부과권의 소멸시효가 진행된다.
- ② 법령의 규정에 의한 납입고지에 의한 시효중단의 효력은 그 납입고지에 의한 부과처분이 취소되면 상실된다.
- ③ 사법(私法)상의 원인에 기한 국가채권의 경우에 납입고지에 있어 민법상 최고보다 더 강한 시효중단의 효력을 인정한 것은 평등권을 침해하지 않는다.
- ④ 조세채권의 소멸시효기간이 완성된 후에 부과된 과세처분은 무효이다.

<해설>

- ① 변상금부과처분에 대한 취소소송이 진행 중이라도 그 부과권자로서는 위법한 처분을 스스로 취소하고 그 하자를 보완하여 다시 적법한 부과처분을 할 수도 있는 것이어서, 그 처분에 대한 취소소송이 진행되는 동안에도 그 부과권의 소멸시효가 진행된다. (대법원 2006.2.10, 2003두5686) 【변상금부과처분취소】 [김종석행정법총론 12년판 139면 관련판례3, 11년판 227면 관련판례7]
- ② (구)예산회계법 제98조에 의하여 법령의 규정에 의한 납입고지는 시효의 중단사유가 되고, 이러한 납입고지에 의한 시효의 중단은 그 납입고지에 의한 부과처분이 추후 취소되더라도 그 효력이 상실되지 않는다. (대법원 1999.4.9, 98두6982) 【개발부담금 부과처분취소】 [김종석행정법총론 12년판 139면 관련판례4, 11년판 227면 관련판례8]
- ③ 입법자가 소멸시효의 중단 문제를 어떻게 정할 것인가 하는 점은 상당한 정도로 입법재량이 허용된다. 예산회계법 제98조상 국가채권에 대한 납입의 고지는 "법령의 규정에 의하여" 하는 것이므로, 절차와 형식이 명확하게 정하여져 있어 채무이행을 구하는 국가의 의사가 그 절차에서 명확히 드러나며, 이 점에서 민법상 사인간에 행해지는 최고가 아무런 형식을 요하지 않는 점과 차이가 있고, 국가채권의 정당한 회수는 공공복리의 증진을 위한 사항이다. 만일 국가채권의 납부의 고지에서도 일정 기간(6개월) 내에 재판상의 청구나 가압류, 가처분 등을 행하여만 시효중단 효력을 받을 수 있다면, 법령에 따라 적법절차에 의하여 명확하게 이루어지는 국가채권의 납입의 고지에 추가하여 불필요한 추가적 국가재정의 손실과 국가업무의 낭비를 초래할 수 있다. 또한 공법과 사법의 구분이 명확한 것은 아니고, 입법기술상 그러한 구분을 행하기는 쉽지 않다. 따라서 입법자가 비록 사법상의 원인에 기한 국가채권의 경우에도 납입의 고지에 있어 민법상의 최고의 경우보다 더 강한 시효중단 효력을 인정한 것은 합리적 이유가 있어 평등권을 침해하지 않는다. (헌법재판소 2004.3.25, 2003헌바22 전원재판부) 【예산회계법제98조위헌소원】
- ④ 조세채권의 소멸시효가 완성되어 부과권이 소멸된 후에 부과한 과세처분은 위법한 처분으로 그 하자가 중대하고도 명백하여 무효라 할 것이다. (대법원 1988.3.22, 87누1018) 【양도소득세등부과처분취소】

<답> ②

19. 「국가배상법」상 손해배상에 대한 내용으로 옳은 것은?

- ① 판례에 의하면 규제권한을 행사하지 아니한 것이 직무상 의무를 위반하여 위법한 것으로 되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 과실도 인정된다.
- ② 한국수자원공사는 「국가배상법」상 손해배상의 책임자가 될 수 있다.
- ③ 신체·생명의 침해로 인한 손해배상청구권은 양도할 수는 있지만 압류하지는 못한다.
- ④ 판례는 지방자치단체장 간의 기관위임이 있을 때 위임받은 하위 지방자치단체 소속 공무원이 위임사무를 처리하면서 고의로 타인에게 손해를 가한 경우에는 상위 지방자치단체는 손해배상책임을 지지 않는다고 본다.

<해설>

- ① 구 식품위생법(2005. 1. 27. 법률 제7374호로 개정되기 전의 것) 제7조, 제9조, 제10조, 제16조 등 관련 규정이 식품의약품안전청장 및 관련 공무원에게 합리적인 재량에 따른 직무수행 권한을 부여한 것으로 해석된다고 하더라도, 식품의약품안전청장 등에게 그러한 권한을 부여한 취지와 목적에 비추어 볼 때 구체적인 상황 아래에서 식품의약품안전청장 등이 그 권한을 행사하지 아니한 것이 현저하게 합리성을 잃어 사회적 타당성이 없는 경우에는 직무상 의무를 위반한 것이 되어 위법하게 된다. 그리고 위와 같이 식약청장등이 그 권한을 행사하지 아니한 것이 직무상 의무를 위반하여 위법한 것으로 되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 과실도 인정된다. (대법원 2010.9.9, 2008다77795) 【손해배상(기)】
- ② 국가배상법은 배상책임자를 ‘국가 또는 지방자치단체’로 한정하고 있다. [김종석행정법총론 12년판 698면 3. (1) ①, 11년판 901면 3. (1) ①] 따라서 한국수자원공사와 같은 공공단체는 국가배상법상 손해배상의 책임자가 될 수 없다.
- ③ 공무원의 직무상 불법행위로 인한 손해배상청구권 중 생명·신체상의 손해로 인한 것은 양도하거나 압류하지 못한다(국가배상법 제4조). [김종석행정법총론 12년판 704면 (4), 11년판 906면 (4)]
- ④ 하위 지방자치단체장을 보조하는 하위 지방자치단체 소속 공무원이 위임사무처리에 있어 고의 또는 과실로 타인에게 손해를 가하였더라도 상위 지방자치단체는 여전히 그 사무귀속 주체로서 손해배상책임을 진다. (대법원 1996.11.8, 96다21331) 【구상금】 [김종석행정법총론 12년판 699면 관련판례, 11년판 901면 (2)]

<답> ①

20. 국가를 당사자로 하는 계약에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 각 중앙관서의 장은 계약을 체결하고자 하는 경우, 계약의 목적·성질·규모 등을 고려하여 필요하다고 인정될 때에는 참가자의 자격을 제한하거나 참가자를 지명하여 경쟁에 부치거나 수의계약에 의할 수 있다.
- ② 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 및 그 시행령상의 입찰절차나 낙찰자 결정기준에 관한 규정은 법규로서의 성질을 갖기에, 이 기준에 어긋나게 적격심사를 하였다면 그 사유만으로 당연히 낙찰자결정이나 그에 기한 계약은 무효가 된다.

③ 낙찰자결정의 법적 성질은 본계약을 따로 체결한다는 취지로서 계약의 편무예약에 해당한다.

④ 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」상 부정당업자에 대한 입찰참가자격제한조치는 취소소송의 대상이 된다.

<해설>

① 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 계약을 체결하고자 하는 경우에는 일반경쟁에 부쳐야 한다. 다만, 계약의 목적·성질·규모등을 고려하여 필요하다고 인정될 때에는 대통령이 정하는 바에 의하여 참가자의 자격을 제한하거나 참가자를 지명하여 경쟁에 부치거나 수의계약에 의할 수 있다(국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제7조).

② 국가를당사자로하는계약에관한법률은 국가가 계약을 체결하는 경우 원칙적으로 경쟁입찰에 의하여야 하고(제7조), 국고의 부담이 되는 경쟁입찰에 있어서 입찰공고 또는 입찰설명서에 명기된 평가기준에 따라 국가에 가장 유리하게 입찰한 자를 낙찰자로 정하도록(제10조 제2항 제2호) 규정하고 있고, 같은법시행령에서 당해 입찰자의 이행실적, 기술능력, 재무상태, 과거 계약이행 성실도, 자재 및 인력조달가격의 적정성, 계약질서의 준수정도, 과거공사의 품질정도 및 입찰가격 등을 종합적으로 고려하여 재정경제부장관이 정하는 심사기준에 따라 세부심사기준을 정하여 결정하도록 규정하고 있으나, 이러한 규정은 국가가 사인과의 사이의 계약관계를 공정하고 합리적·효율적으로 처리할 수 있도록 관계 공무원이 지켜야 할 계약사무처리에 관한 필요한 사항을 규정한 것으로, 국가의 내부규정에 불과하다 할 것이다. 계약담당공무원이 입찰절차에서 국가를당사자로하는계약에관한법률 및 그 시행령이나 그 세부심사기준에 어긋나게 적격심사를 하였다 하더라도 그 사유만으로 당연히 낙찰자 결정이나 그에 기한 계약이 무효가 되는 것은 아니고, 이를 위배한 하자가 입찰절차의 공공성과 공정성이 현저히 침해될 정도로 중대할 뿐 아니라 상대방도 이러한 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우 또는 누가 보더라도 낙찰자의 결정 및 계약체결이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 행위에 의하여 이루어진 것이 분명한 경우 등 이를 무효로 하지 않으면 그 절차에 관하여 규정한 국가를당사자로하는계약에관한법률의 취지를 몰각하는 결과가 되는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 무효가 된다고 해석함이 타당하다. (대법원 2001.12.11, 2001다33604) 【지위보전가처분】

③ 구 지방재정법(2005. 8. 4. 법률 제7663호로 전문 개정되기 전의 것) 제63조가 준용하는 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제11조는 지방자치단체가 당사자로서 계약을 체결하고자 할 때에는 계약서를 작성하여야 하고 그 경우 담당공무원과 계약당사자가 계약서에 기명날인 또는 서명함으로써 계약이 확정된다고 규정함으로써, 지방자치단체가 당사자가 되는 계약의 체결은 계약서의 작성을 성립요건으로 하는 요식행위로 정하고 있으므로, 이 경우 낙찰자의 결정으로 바로 계약이 성립된다고 볼 수는 없어 낙찰자는 지방자치단체에 대하여 계약을 체결하여 줄 것을 청구할 수 있는 권리를 갖는 데 그치고, 이러한 점에서 위 법률에 따른 낙찰자 결정의 법적 성질은 입찰과 낙찰행위가 있는 후에 더 나아가 본계약을 따로 체결한다는 취지로서 계약의 편무예약에 해당한다. (대법원 2006.6.29, 2005다41603)

【소유권이전등기】

④ 판례는 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 또는 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률에 의하여 국가의 각 중앙관서의 장 또는 지방자치단체의 장이 한 부정당업자의 입찰참가자격제한조치는 제재적 성격의 권력적 행위로서 처분으로 보고 있다(대법원

1999.3.9, 98두18565). [김종석행정법총론 12년판 403면 3. (1), 11년판 572면 3. (1)]
<답> ②