

01 「도시 및 주거환경정비법」에 따른 정비사업에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① 조합설립추진위원회 구성승인처분은 조합설립이라는 종국적 목적을 달성하기 위한 중간단계의 처분에 해당하므로 이 처분에 대한 취소 또는 무효확인판결의 확정으로 이미 조합설립인가를 받은 조합에 의한 정비사업의 진행을 저지할 수 있다.
- ② 조합설립추진위원회의 구성에 동의하지 아니한 정비 구역 내의 토지 등 소유자는 조합설립추진위원회 설립승인처분의 취소 또는 무효확인소송을 제기할 원고적격이 있다.
- ③ 행정주체인 조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 효력을 다투는 소송은 행정처분에 이르는 절차적 요건의 존부나 효력 유무에 관한 소송으로서 이는 「행정소송법」 상의 항고소송에 해당한다.
- ④ 관리처분계획에 대한 관할 행정청의 인가·고시까지 있게 되면 이전고시의 효력이 발생한 이후에도 총회 결의의 하자를 이유로 하여 그 관리처분계획의 취소 또는 무효확인을 구하는 방식으로 정비사업의 진행을 저지할 수 있다.

해설

- ① (x) 구 「도시 및 주거환경정비법」 상 조합설립추진위원회 구성승인처분을 다투는 소송 계속 중 조합설립인가처분이 이뤄진 경우 추진위 구성승인처분에 대한 취소 또는 무효확인을 구할 법률상 이익이 없음(조합설립인가를 다투야 함) : 구 도시 및 주거환경정비법(이하 '구 도시정비법'이라고 함) 제13조 제1항, 제2항, 제14조 제1항, 제15조 제4항, 제5항 등 관계 법령의 내용, 형식, 체제 등에 비추어 보면, 조합설립추진위원회(이하 '추진위원회'라고 한다) 구성승인처분은 조합의 설립을 위한 주체인 추진위원회의 구성행위를 보충하여 그 효력을 부여하는 처분으로서 조합설립이라는 종국적 목적을 달성하기 위한 중간단계의 처분에 해당하지만, 그 법률요건이나 효과가 조합설립인가처분의 그것과는 다른 독립적인 처분이기 때문에, 추진위원회 구성승인처분에 대한 취소 또는 무효확인 판결의 확정만으로는 이미 조합설립인가를 받은 조합에 의한 정비사업의 진행을 저지할 수 없다. 따라서 추진위원회 구성승인처분을 다투는 소송 계속 중에 조합설립인가처분이 이루어진 경우에는, 추진위원회 구성승인처분에 위법이 존재하여 조합설립인가 신청행위가 무효라는 점 등을 들어 직접 조합설립인가처분을 다투으로써 정비사업의 진행을 저지하여야 하고, 이와는 별도로 추진위원회 구성승인처분에 대하여 취소 또는 무효확인을 구할 법률상의 이익은 없다.(대판 2013.1.31. 2011두11112·2011두11129)
- ② (o) 도시 및 주거환경정비법 상 조합설립추진위원회의 구성에 동의하지 아니한 정비구역 내의 토지 등 소유자는 조합설립추진위원회 설립승인처분의 취소를 구할 원고적격이 있음 : 도시 및 주거환경정비법 13조 1항 및 2항의 입법 경위와 취지에 비추어 하나의 정비구역 안에서 복수의 조합설립추진위원회에 대한 승인은 허용되지 않는 점, 조합설립추진위원회가 조합을 설립할 경우 같은 법 15조 4항에 의하여 조합설립추진위원회가 행한 업무와 관련된 권리와 의무는 조합이 포괄승계하며, 주택재개발사업의 경우 정비구역 내의 토지 등 소유자는 같은 법 19조 1항에 의하여 당연히 그 조합원으로 되는 점 등에 비추어 보면, 조합설립추진위원회의 구성에 동의하지 아니한 정비구역 내의 토지 등 소유자도 조합설립추진위원회 설립승인처분에 대하여 같은 법에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익을 향유하므로 그 설립승인처분의 취소소송을 제기할 원고적격이 있다(대판 2007.1.25. 2006두112289).
- ③ (x) 도시 및 주거환경정비법상의 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 효력을 다투는 소송의 법적 성질은 행정소송법상 당사자소송 : 도시 및 주거환경정비법에 따른 주택재건축정비사업조합은 관할 행정청의 감독 아래 위 법상의 주택재건축사업을 시행하는 공법인(법 제18조)으로서, 그 목적 범위 내에서 법령이 정하는 바에 따라 일정한 행정작용을 행하는 행정주체의 지위를 갖는다. 따라서 행정주체인 재건축조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 효력 등을 다투는 소송은 행정처분에 이르는 절차적 요건의 존부나 효력 유무에 관한 소송으로서 그 소송결과에 따라 행정처분의 위법 여부에 직접 영향을 미치는 공법상 법률관계에 관한 것이므로, 이는 행정소송법상의 당사자소송에 해당하고, 재건축조합을 상대로 사업시행계획안에 대한 조합 총회결의의 효력 등을 다투는 소송 또한 행정소송법상의 당사자소송에 해당한다(대판 2009.9.17. 2007다2428, 대판 2009.10.15. 2008다93001).
- ④ (x) 도시 및 주거환경정비법 상 이전고시가 효력을 발생한 이후에도 조합원 등이 관리처분계획의 취소 또는 무효확인을 구할 법률상 이익이 없음 : 이전고시의 효력 발생으로 이미 대다수 조합원 등에 대하여 획일적·일률적으로 처리된 권리귀속 관계를 모두 무효화하고 다시 처음부터 관리처분계획을 수립하여 이전고시 절차를 거치도록 하는 것은 정비사업의 공익적·단체법적 성격에 배치되므로, 이전고시가 효력을 발생하게 된 이후에는 조합원 등이 관리처분계획의 취소 또는 무효확인을 구할 법률상 이익이 없다고 봄이 타당하다(대판 2012.3.22. 2011두6400).

답 ②

02 원고 갑(甲)은 보건소에서 예방접종을 받은 후, 손발림 증상이 발병하여 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」에 따라 피해보상신청을 하였으나 피고 관할 행정청이 기각결정을 하였다. 이에 원고는 이의신청을 하였고 피고는 역시 기각하였다. 원고가 이의기각결정에 대해 취소소송을 제기하였다. 가장 옳지 않은 것은?

- ① 원고의 피해보상신청에 대해 피고는 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우가 아니면 접수를 거부할 수 없다.
- ② 피고의 이의기각결정이 피해보상신청에 대한 기각 결정과 동일한 내용이라면 이의기각결정을 별개의 새로운 처분으로 볼 수 없으므로, 원고의 이의기각 결정의 취소를 구하는 소는 부적법하다.
- ③ 원고의 피해보상신청에 흠결이 있는 경우에 피고가 보완을 요구하지 않고 접수를 거부했다면 위법한 것이 되지만, 보완을 하면 새로운 신청으로 보아야 할 경우에는 접수를 거부해도 위법이 아니다.
- ④ 원고가 이의기각결정을 받은 후에 다시 동일한 피해 보상신청을 하더라도 피고는 인용이든 거부든 응답을 해야 하지 종결처리해서는 안 된다.

해설

- ① (○) 행정절차법 제17조(처분의 신청) ④ 행정청은 신청을 받았을 때에는 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 접수를 보류 또는 거부하거나 부당하게 되돌려 보내서는 아니 되며, 신청을 접수한 경우에는 신청인에게 접수증을 주어야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 경우에는 접수증을 주지 아니할 수 있다.
- ② (×) 감염병예방법령에는 피해보상신청 거부에 대한 **이의신청 절차가 규정되어 있지 않으며** 이 경우 **이의신청에 따른 기각결정을 새로운 거부처분으로 보아 항고소송 대상인 처분성 인정.**
- 수직적 행정행위 신청에 대한 거부처분이 있을 후 당사자가 다시 신청하고 행정청이 이를 다시 거절한 경우, 새로운 거부처분인지 여부(원칙적 적극): 수직적 행정행위 신청에 대한 거부처분은 당사자의 신청에 대하여 관할 행정청이 거절하는 의사를 대외적으로 명백히 표시함으로써 성립되고, 거부처분이 있을 후 당사자가 다시 신청을 한 경우에는 신청의 제목 여하에 불구하고 그 내용이 새로운 신청을 하는 취지라면 관할 행정청이 이를 다시 거절하는 것은 새로운 거부처분으로 봄이 원칙이다. 감염병예방법령은 예방접종 피해보상 기각결정에 대한 이의신청에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않으므로 피고가 원고의 이의신청에 대하여 스스로 다시 심사하였다고 하여 행정심판을 거친 경우에 대한 제소기간의 특례가 적용된다고 볼 수 없다. ... **원고가 제1차 거부통보에 대하여 이의신청 형식으로 불복하였고 제2차 거부통보의 결론이 제1차 거부통보와 같다고 하더라도, 피고는 원고의 이의신청에 따라 추가로 제출된 자료 등을 예방접종피해보상 전문위원회에서 새로 심의하도록 하여 그 의견을 들은 후 제2차 거부통보를 하였으므로, 제2차 거부통보는 실질적으로 새로운 처분에 해당하여 독립한 행정처분으로서 항고소송의 대상이 된다고 볼 수 있다**(대판 2019.4.3. 2017두52764)

<비교판례> 개별법 상 (행정심판에 해당하지 않는) 이의신청 절차 규정시 이의신청 기각결정은 항고소송 대상이 아니라고 판결.

1. 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 제74조의18 제1항이 정한 이의신청을 받아들이지 아니하는 결정은 항고소송의 대상이 아님 : 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률(이하 '국가유공자법'이라 한다) 제4조 제1항 제6호, 제6조 제3항, 제4항, 제74조의18의 문언·취지 등에 비추어 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 국가유공자법 제74조의18 제1항이 정한 이의신청은, 국가유공자 요건에 해당하지 아니하는 등의 사유로 국가유공자 등록신청을 거부한 처분청인 국가보훈처장이 신청 대상자의 신청 사항을 다시 심사하여 잘못이 있는 경우 스스로 시정하도록 한 절차인 점, 이의신청을 받아들이는 것을 내용으로 하는 결정은 당초 국가유공자 등록신청을 받아들이는 새로운 처분으로 볼 수 있으나, 이와 달리 이의신청을 받아들이지 아니하는 내용의 결정은 종전의 결정 내용을 그대로 유지하는 것에 불과한 점, 보훈심사위원회의 심의·의결을 거치는 것도 최초의 국가유공자 등록신청에 대한 결정에서나 이의신청에 대한 결정에서 마찬가지로 거치도록 규정된 절차인 점, 이의신청은 원청에 대한 행정심판이나 행정소송의 제기에도 영향을 주지 아니하는 점 등을 종합하면, 국가유공자법 제74조의18 제1항이 정한 이의신청을 받아들이지 아니하는 결정은 이의신청인의 권리·의무에 새로운 변동을 가져오는 공권력의 행사나 이에 준하는 행정작용이라고 할 수 없으므로 원청결과 별개로 항고소송의 대상이 되지는 않는다.(대판 2016.7.27. 2015두45953).
2. 민원사무처리에 관한 법률 제18조 제1항에서 정한 '거부처분에 대한 이의신청'을 받아들이지 않는 취지의 기각 결정 또는 그 취지의 통지는 항고소송의 대상이 아님 : 민원사무처리에 관한 법률(이하 '민원사무처리법'이라 한다) 제18조 제1항에서 정한 거부처분에 대한 이의신청(이하 '민원 이의신청'이라 한다)은 행정청의 위법 또는 부당한 처분이나 부작위로 침해된 국민의 권리 또는 이익을 구제함을 목적으로 하여 행정청과 별도의 행정심판기관에 대하여 불복할 수 있도록 한 절차인 행정심판과는 달리, 민원사무처리법에 의하여 민원사무처리를 거부한 처분청이 민원인의 신청 사항을 다시 심사하여 잘못이 있는 경우 스스로 시정하도록 한 절차이다. 이에 따라, 민원 이의신청을 받아들이는 경우에는 이의신청 대상인 거부처분을 취소하지 않고 바로 최초의 신청을 받아들이는 새로운 처분을 하여야 하지만, 이의신청을 받아들이지 않는 경우에는 다시 거부처분을 하지 않고 그 결과를 통지함에 그칠 뿐이다. 따라서 이의신청을 받아들이지 않는 취지의 기각 결정 내지는 그 취지의 통지는, 종전의 거부처분을 유지함을 전제로 한 것에 불과하고 또한 거부처분에 대한 행정심판이나 행정소송의 제기에도 영향을 주지 못하므로, 결국 민원 이의신청인의 권리·의무에 새로운 변동을 가져오는 공권력의 행사나 이에 준하는 행정작용이라고 할 수 없어, 독자적인 항고소송의 대상이 된다고 볼 수 없다고 봄이 타당하다.

- ③ (○) 민원사무처리규정 제6조 제1항, 제2항, 제11조 제1항에 의하면 허가신청서류 등 민원서류는 정당한 사유 없이 접수를 거절하거나 부당하게 반려하여서는 아니되고, 그 서류에 흠결이 있다고 인정할 때에는 보완 또는 보정을 요구하여야 한다고 규정되어 있으나, 위 규정 소정의 보완 또는 보정의 대상이 되는 흠결은 보완 또는 보정할 수 있는 경우이어야 함은 물론이고, 그 내용 또한 형식적, 절차적인 요건에 한하고 실질적인 요건에 대하여까지 보완 또는 보정 요구를 하여야 한다고 볼 수 없다 할 것이며, 또한 **흠결된 서류의 보완 또는 보정을 하면 이미 접수된 주오서류의 대부분을 새로 작성함이 불가피하게 되어 사실상 새로운 신청으로 보아야 할 경우에는 그 흠결서류의 접수를 거부하거나 그것을 반려할 정당한 사유가 있는 경우에 해당하여 이의 접수를 거부하거나 반려하여도 위법이 되지 않는다 할 것이다**.(대판 1991.6.11. 90누8862)
- ④ (○) 위 사례에서 이의기각결정을 받은 후에 다시 동일한 피해 보상신청을 하더라도 행정청은 추가로 제출된 자료 등을 새로 심의하여 인용이든 거부든 응답해야 하며 종결처리해서는 안 된다.
- * 참고로 민원처리에 관한 법률 제23조(반복 및 중복 민원의 처리) 제1항은 "행정기관의 장은 민원인이 동일한 내용의 민원(법정민원을 제외한다.)을 정당한 사유 없이 3회 이상 반복하여 제출한 경우에는 2회 이상 그 처리결과를 통지하고, 그 후에 접수되는 민원에 대하여는 종결처리할 수 있다."는 규정을 두고 있으나 법정민원에는 적용되지 않는다.

답 ②

03 취소소송에서의 판결의 기속력에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

2016 국회8급 문제와 동일

- ① 처분청이 재처분을 하였더라도 기속력에 위반되는 경우에는 간접강제의 대상이 된다.
- ② 기속력은 취소소송의 인용판결은 물론 기각판결에 대하여도 인정된다.
- ③ 원고의 신청을 거부하는 처분에 대해 취소판결이 확정되면 기속력의 결과 행정청은 원고의 신청을 인용하는 처분을 하여야 한다.
- ④ 취소판결의 기속력은 판결의 주문에 대하여서만 발생한다.

해설

- ① (○) 거부처분에 대한 취소의 확정판결이 있음에도 행정청이 아무런 재처분을 하지 아니하거나, 재처분을 하였다 하더라도 그것이 종전 거부처분에 대한 취소의 확정판결의 기속력에 반하는 등으로 당연무효라면 이는 아무런 재처분을 하지 아니한 때와 마찬가지로 할 것이므로 이러한 경우에는 행정소송법 제30조 제2항, 제34조 제1항 등에 의한 간접경제신청에 필요한 요건을 갖춘 것으로 보아야 한다(대결 2002.12.11. 자2002무22).
- ② (×) 기속력은 소송당사자인 행정청과 관계행정청에게 확정판결의 취지에 따라 행동하도록 실체법상의 의무를 지우는 판결의 효력으로 인용판결이 확정된 경우에만 인정되며 기각판결에는 인정되지 않는다.

• 행정소송법 제30조(취소판결등의 기속력)

- ① 처분등을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다.
- ② 판결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 해야 한다.
- ③ 제2항의 규정은 신청에 따른 처분이 절차의 위법을 이유로 취소되는 경우에 준용한다.

- ③ (×) 판결취지에 따른 재처분의무는 원고의 신청대로 재처분한다는 것은 아니다. 따라서 신청을 인용하거나 취소된 거부처분과 다른 사유를 들거나 거부처분사유에 존재하는 위법사유를 보완하여 다시 거부처분을 할 수 있다. 거부처분 취소 확정판결 이후 법령 개정시 개정된 법령을 근거로 다시 거부처분이 가능하다.
- 거부처분 취소의 확정판결을 받은 행정청이 거부처분 후에 법령이 개정·시행된 경우, 새로운 사유로 내세워 다시 거부처분을 한 경우도 행정소송법 제30조 제2항 소정의 재처분에 해당함(기속력 위반 아님) : 행정처분의 적법 여부는 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 30조 2항에 규정된 재처분에 해당된다. 건축불허가처분을 취소하는 판결이 확정된 후 국토이용관리법시행령이 준농림지역 안에서의 행위제한에 관하여 지방자치단체의 조례로서 일정지역에서 숙박업을 영위하기 위한 시설의 설치를 제한할 수 있도록 개정된 경우, 당해 지방자치단체 장이 위 처분 후에 개정된 신법령에서 정한 사유를 들어 새로운 거부처분을 한 것이 행정소송법 30조 2항 소정의 확정판결의 취지에 따라 이전의 신청에 대한 처분을 한 경우에 해당한다(대결 1998.1.7. 97두22).
- ④ (×) 행정소송법 30조 1항에 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**(대판 2001.3.23. 99두5238).

답 ①

04 행정상 손해배상에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 「국가배상법」은 외국인이 피해자인 경우에는 해당 국가와 상호 보증이 있을 때에만 적용한다.
- ② 생명·신체의 침해로 인한 국가배상을 받을 권리는 양도하거나 압류하지 못한다.
- ③ 국가나 지방자치단체가 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 공무원의 선임·감독 또는 영조물의 설치·관리를 맡은 자와 공무원의 봉급·급여, 그 밖의 비용 또는 영조물의 설치·관리 비용을 부담하는 자가 동일하지 아니하면 그 비용을 부담하는 자도 손해를 배상 하여야 한다.
- ④ 군인 등이 직무집행과 관련하여 공상을 입는 등의 이유로 「보훈보상대상자 지원에 관한 법률」이 정한 보훈보상대상자 요건에 해당하여 보상금 등 보훈 급여금을 지급받을 수 있는 경우에도 국가를 상대로 국가배상을 청구할 수 있다.

해설

- ① (○) 국가배상법 제7조(외국인에 대한 책임) 이 법은 외국인이 피해자인 경우에는 해당 국가와 상호 보증이 있을 때에만 적용한다.
- ② (○) 생명·신체의 침해로 인한 국가배상청구권 양도·압류 불가, 재산권 침해로 인한 국가배상청구권 이전·포기 가능
- ③ (○) 국가배상법 제4조(양도 등 금지) 생명·신체의 침해로 인한 국가배상을 받을 권리는 양도하거나 압류하지 못한다.
- ③ (○) 국가배상법 제6조(비용부담자 등의 책임) ① 제2조·제3조 및 제5조에 따라 국가나 지방자치단체가 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 공무원의 선임·감독 또는 영조물의 설치·관리를 맡은 자와 공무원의 봉급·급여, 그 밖의 비용 또는 영조물의 설치·관리 비용을 부담하는 자가 동일하지 아니하면 그 비용을 부담하는 자도 손해를 배상하여야 한다.
- ④ (○) 국가배상법 제2조(배상책임) ① 국가나 지방자치단체는 공무원 또는 공무를 위탁받은 사인(이하 “공무원”이라 한다)이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입히거나, 「자동차손해배상 보장법」에 따라 손해배상의 책임이 있을 때에는 이 법에 따라 그 손해를 배상하여야 한다. 다만, 군인·군무원·경찰공무원 또는 예비군대원이 전투·훈련 등 직무 집행과 관련하여 전사(戰死)·순직(殉職)하거나 공상(公傷)을 입은 경우에 본인이나 그 유족이 다른 법령에 따라 재해보상금·유족연금·상이연금 등의 보상을 지급받을 수 있을 때에는 이 법 및 「민법」에 따른 손해배상을 청구할 수 없다.
 - ┌ 「보훈보상대상자 지원에 관한 법률」 상 보훈급여금을 받을 수 있는 경우 「국가배상법」 상 손해배상청구 불가
 - └ 「국가배상법」 상 손해배상을 받은 후 「보훈보상대상자 지원에 관한 법률」 상 보훈급여금 청구 가능
- d) 직무집행과 관련하여 공상을 입은 군인 등이 먼저 국가배상법에 따라 손해배상금을 지급받은 다음 보훈보상대상자 지원에 관한 법률이 정한 보상금 등 보훈급여금의 지급을 청구하는 경우, 국가배상법에 따라 손해배상을 받았다는 이유로 그 지급을 거부할 수 없음 : 전투·훈련 등 직무집행과 관련하여 공상을 입은 군인·군무원·경찰공무원 또는 향토예비군대원이 먼저 국가배상법에 따라 손해배상금을 지급받은 다음 보훈보상대상자 지원에 관한 법률(이하 ‘보훈보상자법’이라 한다)이 정한 보상금 등 보훈급여금의 지급을 청구하는 경우, 국가배상법 제2조 제1항 단서가 명시적으로 ‘다른 법령에 따라 보상을 지급받을 수 있을 때에는 국가배상법 등에 따른 손해배상을 청구할 수 없다’고 규정하고 있는 것과 달리 보훈보상자법은 국가배상법에 따른 손해배상금을 지급받은 자를 보상금 등 보훈급여금의 지급대상에서 제외하는 규정을 두고 있지 않은 점, 국가배상법 제2조 제1항 단서의 입법 취지 및 보훈보상자법이 정한 보상과 국가배상법이 정한 손해배상의 목적과 산정방식의 차이 등을 고려하면 국가배상법 제2조 제1항 단서가 보훈보상자법 등에 의한 보상을 받을 수 있는 경우 국가배상법에 따른 손해배상청구를 하지 못한다는 것을 넘어 국가배상법상 손해배상금을 받은 경우 보훈보상자법 상 보상금 등 보훈급여금의 지급을 금지하는 것으로 해석하기는 어려운 점 등에 비추어, 국가보훈처장은 국가배상법에 따라 손해배상을 받았다는 사정을 들어 보상금 등 보훈급여금의 지급을 거부할 수 없다(대판 2017.2.3. 2015두60075)

답 ④

05 항고소송의 대상인 처분에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 토지대장은 행정사무집행의 편의와 사실증명의 자료로 삼기 위한 것으로, 이로 인하여 실체상 권리관계에 변동을 가져오는 것은 아니므로, 토지대장을 직권 말소한 행위는 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하지 않는다.
- ② 구 「농지법」상 농지처분의무통지는 상대방인 농지 소유자의 의무에 직접 관계되는 독립한 처분으로서 항고소송의 대상이 된다.
- ③ 기간제로 임용되어 임용기간이 만료된 국·공립대학의 조교수에게 임용권자가 재임용을 거부하는 취지로 한 임용기간만료의 통지는 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다.
- ④ 「친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법」에따른 친일반민족행위자재산조사위원회의 친일재산 국가귀속결정은 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다.

해설

- ① (×) 지적공부 소관청이 토지대장을 직권으로 말소한 행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당함 : 토지대장은 토지에 대한 공법상의 규제, 개발부담금의 부과대상, 지방세의 과세대상, 공시지가의 산정, 손실보상금액의 산정 등 토지행정의 기초자료로서 공법상의 법률관계에 영향을 미칠 뿐만 아니라, 토지에 관한 소유권보존등기 또는 소유권이전등기를 신청하려면 이를 등기소에 제출해야 하는 점 등을 종합해 보면, 토지대장은 토지의 소유권을 제대로 행사하기 위한 전제요건으로서 토지 소유자의 실제적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있으므로, 이러한 토지대장을 직권으로 말소한 행위는 국민의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2013.10.24. 2011두13286)
- ② (○) 구 농지법 상 농지처분의무의 통지는 행정처분 : 구 「농지법」 제10조 제1항 제7호, 제2항, 제11조에 의하면, 농지의 소유자가 정당한 사유 없이 「같은 법」 제8조 제2항의 규정에 의한 농업경영계획서의 내용을 이행하지 아니하였다고 시장 등이 인정할 때에는 그 사유가 발생한 날부터 1년 이내에 당해 농지를 처분하여야 하고, 시장 등은 농지의 처분의무가 생긴 농지의 소유자에게 농림부령이 정하는 바에 의하여 처분대상농지·처분의무기간 등을 명시하여 해당 농지를 처분하여야 함을 통지하여야 하며, 위 통지에서 정한 처분의무기간 내에 처분대상농지를 처분하지 아니한 농지의 소유자에 대하여는 6개월 이내에 당해 농지를 처분할 것을 명할 수 있는바, 시장 등 행정청은 위 제7호에 정한 사유의 유무, 즉 농지의 소유자가 위 농업경영계획서의 내용을 이행하였는지 여부 및 그 불이행에 정당한 사유가 있는지 여부를 판단하여 그 사유를 인정할 때에는 반드시 농지처분의무 통지를 하여야 하는 점, 위 통지를 전제로 농지처분 명령, 「같은 법」 제65조에 의한 이행강제금 부과 등의 일련의 절차가 진행되는 점 등을 종합하여 보면, 농지처분 의무 통지는 단순한 관념의 통지에 불과하다고 볼 수는 없고, 상대방인 농지소유자의 의무에 직접 관계되는 독립한 행정처분으로서 항고소송의 대상이 된다(대판 2003.11.14. 2001두8742).
- ③ (○) 대학교원의 임용권자가 기간제로 임용되어 임용기간이 만료된 조교수에 대하여 재임용을 거부하는 취지로 한 임용기간만료의 통지는 행정처분 : 기간제로 임용되어 임용기간이 만료된 국·공립대학의 조교수는 교원으로서의 능력과 자질에 관하여 합리적인 기준에 의한 공정한 심사를 받아 위 기준에 부합되면 특별한 사정이 없는 한 재임용되리라는 기대를 가지고 재임용 여부에 관하여 합리적인 기준에 의한 공정한 심사를 요구할 법규상 또는 조리상 신청권을 가진다고 할 것이니, 임용권자가 임용기간이 만료된 조교수에 대하여 재임용을 거부하는 취지로 한 임용기간만료의 통지는 위와 같은 대학교원의 법률관계에 영향을 주는 것으로서 행정소송의 대상이 되는 처분에 해당한다(대판 2004.4.22. 2000두7735).
- ④ (○) 친일반민족행위자재산조사위원회의 친일재산 국가귀속결정의 법적 성질은 준법률행위적 행정행위 중 확인행위(항고소송 대상이 됨) : 「친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법」 2조 2호에 정한 친일재산은 친일반민족행위자 재산조사위원회가 국가귀속결정을 해야 비로소 국가의 소유로 되는 것이 아니라 특별법의 시행에 따라 그 취득·증여 등 원인행위시에 소급하여 당연히 국가의 소유로 되는 것이고, 위원회의 국가귀속결정은 당해 재산이 친일재산에 해당한다는 사실을 확인하는 이른바 준법률행위적 행정행위의 성격을 가지는 것이다(대판 2008.11.13. 2008두13491).

답 ①

06 행정정보의 공개에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에 따라 정보의 공개를 청구할 권리를 가지는 국민에는 자연인뿐만 아니라 법인, 권리능력 없는 사단·재단도 포함된다.
- ② 공개를 구하는 정보를 공공기관이 한때 보유·관리하였으나 후에 그 정보가 담긴 문서 등이 폐기되어 그 정보를 더 이상 보유·관리하고 있지 않다는 점에 대한 입증책임은 공공기관에 있다.
- ③ 전자적 형태로 보유·관리하지 않는 정보에 대해 청구인이 전자적 형태로 공개해 줄 것을 요청한 경우에는 공공기관은 정상적 업무수행에 현저한 지장을 초래하거나 해당 정보의 성질이 훼손될 우려가 없으면 그 정보를 전자적 형태로 변환하여 공개할 수 있다.
- ④ 공개 청구된 공개대상 정보의 전부 또는 일부와 관련 있는 제3자가 자신과 관련된 정보를 공개하지 않을 것을 요청한 경우 공공기관은 해당 정보를 비공개하여야 한다.

해설

- ① (○) 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제6조 제1항은 "모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다."고 규정하고 있는 데, 여기에서 말하는 국민에는 자연인은 물론 법인, 권리능력 없는 사단·재단도 포함되고, 법인, 권리능력 없는 사단·재단 등의 경우에는 설립목적 불분명하며, 헌법 정보공개청구권은 법률상 보호되는 구체적인 권리이므로 청구인이 공공기관에 대하여 정보공개를 청구하였다가 거부처분을 받은 것 자체가 법률상 이익의 침해에 해당한다(대판 2003.12.12. 2003두8050).
- ② (○) 공개청구자는 그가 공개를 구하는 정보를 공공기관이 보유·관리하고 있을 상당한 개연성이 있다는 점에 대하여 입증할 책임이 있으나, 공개를 구하는 정보를 공공기관이 한때 보유·관리하였으나 후에 그 정보가 담긴 문서들이 폐기 되어 존재하지 않게 된 것이라면 그 정보를 더 이상 보유·관리하고 있지 않다는 점에 대한 증명책임은 공공기관에 있다(대판 2013.1.24. 2010두18918).
- ③ (○) 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제15조(정보의 전자적 공개) ① 공공기관은 전자적 형태로 보유·관리하는 정보에 대하여 청구인이 전자적 형태로 공개하여 줄 것을 요청하는 경우에는 그 정보의 성질상 현저히 곤란한 경우를 제외하고는 청구인의 요청에 따라야 한다. ② 공공기관은 전자적 형태로 보유·관리하지 아니하는 정보에 대하여 청구인이 전자적 형태로 공개하여 줄 것을 요청한 경우에는 정상적인 업무수행에 현저한 지장을 초래하거나

그 정보의 성질이 훼손될 우려가 없으면 그 정보를 전자적 형태로 변환하여 공개할 수 있다.

- ④ (x) 제3자와 관련이 있는 정보라고 하더라도 해당 공공기관이 이를 보유·관리하고 있는 이상 정보공개법 제9조 제1항 단서 각 호의 비공개사유에 해당하지 아니하면 정보공개 대상이 되는 정보에 해당한다. 따라서 정보공개법 제11조 제3항 및 제21조 제1항 규정은 공공기관이 보유·관리하고 있는 정보가 제3자와 관련이 있는 경우 그 정보공개 여부를 결정함에 있어 공공기관이 제3자와의 관계에서 거쳐야 할 절차를 규정한 것에 불과할 뿐, 제3자의 비공개 요청이 있다는 사유만으로 정보공개법상 정보의 비공개사유에 해당한다고 볼 수 없다(대판 2008.9.25. 2008두8680)

- 정보공개법 제11조(정보공개 여부의 결정) ③ 공공기관은 공개 청구된 공개 대상 정보의 전부 또는 일부가 제3자와 관련이 있다고 인정할 때에는 그 사실을 제3자에게 지체 없이 통지하여야 하며, 필요한 경우에는 그의 의견을 들을 수 있다.
- 정보공개법 제21조(제3자의 비공개 요청 등) ① 제11조제3항에 따라 공개 청구된 사실을 통지받은 제3자는 그 통지를 받은 날부터 3일 이내에 해당 공공기관에 대하여 자신과 관련된 정보를 공개하지 아니할 것을 요청할 수 있다. ② 제1항에 따른 비공개 요청에도 불구하고 공공기관이 공개 결정을 할 때에는 공개 결정 이유와 공개 실시일을 분명히 밝혀 지체 없이 문서로 통지하여야 하며, 제3자는 해당 공공기관에 문서로 이의신청을 하거나 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다. 이 경우 이의신청은 통지를 받은 날부터 7일 이내에 하여야 한다.

답 ④

07 「지방자치법」상의 소송과 분쟁에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 행정안전부장관의 공유수면매립지 구역결정에 이의가 있는 관계 지방자치단체의 장은 그 결과를 통보받은 날부터 15일 이내에 대법원에 소송을 제기할 수 있다.
- ② 주무부장관은 시·도의회에서 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단됨에도 불구하고 해당 지방자치단체의 장이 소를 제기하지 아니하면 직접 대법원에 제소 및 집행정지결정을 신청할 수 있다.
- ③ 자치사무에 관한 주무부장관의 명령이나 처분의 취소 또는 정지에 대해 시·도지사가 제기하는 소송의 관할은 헌법재판소에 있으며, 대법원은 관할권이 없다.
- ④ 행정안전부장관이나 시·도지사는 지방자치단체 상호 간의 분쟁이 공익을 현저히 저해하여 조속한 조정이 필요하다고 인정되면 당사자의 신청이 없어도 직권으로 조정할 수 있다.

해설

① (○)

• 제5조(지방자치단체의 명칭과 구역)

④ 제1항 및 제2항에도 불구하고 다음 각 호의 지역이 속할 지방자치단체는 제5항부터 제8항까지의 규정에 따라 행정안전부장관이 결정한다.

1. 「공유수면 관리 및 매립에 관한 법률」에 따른 매립지

⑨ 관계 지방자치단체의 장은 제4항부터 제7항까지의 규정에 따른 행정안전부장관의 결정에 이의가 있으면 그 결과를 통보받은 날부터 15일 이내에 대법원에 소송을 제기할 수 있다.

② (○)

• 제192조(지방의회 의결의 재의와 제소)

① 지방의회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 판단되면 시·도에 대해서는 주무부장관, 시·군 및 자치구에 대해서는 시·도지사가 해당 지방자치단체의 장에게 재의를 요구하게 할 수 있고, 재의 요구 지시를 받은 지방자치단체의 장은 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 지방의회에 이유를 붙여 재의를 요구하여야 한다.

② 시·군 및 자치구의회의 의결이 법령에 위반된다고 판단됨에도 불구하고 시·도지사가 제1항에 따라 재의를 요구하게 하지 아니한 경우 주무부장관이 직접 시장·군수 및 자치구의 구청장에게 재의를 요구하게 할 수 있고, 재의 요구 지시를 받은 시장·군수 및 자치구의 구청장은 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 지방의회에 이유를 붙여 재의를 요구하여야 한다.

③ 제1항 또는 제2항의 요구에 대하여 재의한 결과 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 의결사항은 확정된다.

④ 지방자치단체의 장은 제3항에 따라 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단되면 재의결된 날부터 20일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다. 이 경우 필요하다고 인정되면 그 의결의 집행을 정지하게 하는 집행정지결정을 신청할 수 있다.

⑤ 주무부장관이나 시·도지사는 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단됨에도 불구하고 해당 지방자치단체의 장이 소를 제기하지 아니하면 시·도에 대해서는 주무부장관, 시·군 및 자치구에 대해서는 시·도지사(제2항에 따라 주무부장관이 직접 재의 요구 지시를 한 경우에는 주무부장관을 말한다. 이하 이 조에서 같다)가 그 지방자치단체의 장에게 제소를 지시하거나 직접 제소 및 집행정지결정을 신청할 수 있다.

③ (x) 소송관할은 대법원.

• 제188조(위법·부당한 명령이나 처분의 시정)

① 지방자치단체의 사무에 관한 지방자치단체의 장(제103조제2항에 따른 사무의 경우에는 지방의회의 의장을 말한다. 이하 이 조에서 같다)의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해친다고 인정되면 시·도에 대해서는 주무부장관, 시·군 및 자치구에 대해서는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 시정할 것을 명하고, 그 기간에 이행하지 아니하면 이를 취소하거나 정지할 수 있다.

⑥ 지방자치단체의 장은 제1항, 제3항 또는 제4항에 따른 자치사무에 관한 명령이나 처분의 취소 또는 정지에 대하여 이의가 있으면 그 취소처분 또는 정지처분을 통보받은 날부터 15일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다.

위임 사무	관리·집행을 명백히 게을리 한 때	⇨	직무 이행명령	⇨	기간 내 미이행시 대집행 or 행정상·재정상 조치	⇨	직무이행명령에 이의가 있으면 15일 이내에 대법원에 제소 가능(집행정지신청 가능)
	명령·처분이 법령 위반 또는 현저히 부당하여 공익 해침	⇨	시정명령	⇨	기간 내 미이행시 취소·정지	⇨	취소·정지에 이의가 있어도 대법원에 제소 불가능
자치 사무	명령·처분이 법령 위반	⇨	시정명령	⇨	기간 내 미이행시 취소·정지	⇨	취소·정지(시정명령x)에 이의가 있으면 15일 이내에 대법원에 제소 가능

④ (○)

• 제165조(지방자치단체 상호 간의 분쟁조정) ① 지방자치단체 상호 간 또는 지방자치단체의 장 상호 간에 사무를 처리할 때 의견이 달라 다툼이 생기면 다른 법률에 특별한 규정이 없으면 행정안전부장관이나 시·도지사가 당사자의 신청을 받아 조정할 수 있다. 다만, 그 분쟁이 공익을 현저히 해쳐 조속한 조정이 필요하다고 인정되면 당사자의 신청이 없어도 직권으로 조정할 수 있다.

답 ③

08 행정절차에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① 행정청은 신청 내용을 그대로 인정하는 처분을 하는 경우에도 처분의 이유를 제시하여야 한다.
- ② 납세고지서에 세액산출근거 등의 기재사항이 누락된 경우 납세의무자가 산출근거를 알았다고 하더라도 하자가 치유되지는 않는다.
- ③ 침익적 행정처분에서 법령상 규정된 청문절차를 결여한 경우 절차상 하자있는 위법한 처분으로 무효사유가 된다.
- ④ 개발행위허가 신청에 대한 불허가 처분에서 도시계획위원회 심의를 거치지 않았다는 사정이 있는 경우 이러한 사정만으로 취소사유가 된다.

해설

- ① (×) 행정절차법 제23조(처분의 이유 제시) ① 행정청은 처분을 할 때에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다.
 1. 신청 내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우
 2. 단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우
 3. 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우
- ② (○) 이유제시의 하자는 하자의 경중에 따라 무효나 취소사유가 되며, 제시된 사례는 하자의 치유 부정 사례
 납세고지서에 과세연도, 세목, 세액 및 그 산출근거, 납부기한과 납부장소 등의 명시를 요구한 국세징수법 9조나 과세표준과 세액계산명세서의 첨부를 명한 구 법인세법 37조, 59조의5, 구 법인세법시행령 99조 등의 규정이 단순한 세무행정상의 편의를 위한 훈시규정이 아니라, 헌법과 국제기본법에 규정된 조세법률주의의 원칙에 따라 과세관청의 자의를 배제하고 신중하고도 합리적인 과세처분을 하게 함으로써 조세행정의 공정성을 기함과 아울러 납세의무자에게 부과처분의 내용을 자세히 알려주어 이에 대한 불복 여부의 결정과 불복신청의 편의를 주려는데 그 근본취지가 있으므로, 이 규정들은 강행규정으로 보아야 하고, 따라서 납세고지서에 세액산출근거 등의 기재사항이 누락되었거나 과세표준과 세액의 계산명세서가 첨부되지 않았다면 적법한 납세의 고지라고 볼 수 없으며, 위와 같은 납세고지의 하자는 납세의무자가 그 나름대로 산출근거를 알고 있거나 사실상 이를 알고서 쟁송에 이르렀다 하더라도 치유되지 않는다(대판 2002.11.13. 2001두1543).
- ③ (×) 행정청이 침해적 행정처분을 함에 즈음하여 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당하지 않는 한 반드시 청문을 실시하여야 하고, 그 절차를 결여한 처분은 위법한 처분으로서 취소사유에 해당한다(대판 2004.7.8. 2002두8350)
- ④ (○) 개발행위허가 사무를 처리하는 행정기관의 장이 개발행위허가신청을 불허가한 경우, 도시계획위원회의 심의를 거치지 않았다는 사정만으로 곧바로 불허가처분에 취소사유에 이를 정도의 절차상 하자가 있다고 볼 수 없음 : 국토계획법령의 입법 목적과 규정내용, 국토계획법 제56조 제1항 제2호의 규정에 따른 토지의 형질변경허가는 재량행위에 속하므로 행정기관의 장이 반드시 도시계획위원회의 심의 결과대로 개발행위허가 여부를 결정하여야 한다고 볼 수 없는 점 등에 비추어 보면, 국토계획법 제59조 제1항이 일정한 개발행위의 허가에 대하여 사전에 도시계획위원회의 심의를 거치도록 하고 있는 것은 행정기관의 장으로 하여금 개발행위허가를 신중하게 결정하도록 함으로써 난개발을 방지하고자 하는 데에 주된 취지가 있다고 할 것이다. 위와 같은 사정들을 종합하여 볼 때, 개발행위허가에 관한 사무를 처리하는 행정기관의 장이 일정한 개발행위를 허가하는 경우에는 국토계획법 제59조 제1항에 따라 도시계획위원회의 심의를 거쳐야 할 것이나, 개발행위허가의 신청 내용이 허가 기준에 맞지 않는다고 판단하여 개발행위허가신청을 불허가하였다면 이에 앞서 도시계획위원회의 심의를 거치지 않았다고 하여 이러한 사정만으로 곧바로 그 불허가처분에 취소사유에 이를 정도의 절차상 하자가 있다고 보기는 어렵다. 다만 행정기관의 장이 도시계획위원회의 심의를 거치지 아니한 결과 개발행위 불허가처분을 함에 있어 마땅히 고려하여야 할 사정을 참작하지 아니하였다면 그 불허가처분은 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법하다고 평가할 수 있을 것이다.

답 ②

09 법규명령에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 조례가 규정하고 있는 사항이 자치사무나 단체위임 사무에 관한 것이라면 위임조례와 같이 국가법에 적용되는 일반적인 위임입법의 한계가 적용될 여지는 없다.
- ② 행정입법부작위는 성질상 부작위위법확인소송의 대상이 되지 않는다는 것이 대법원 판례의 입장이다.
- ③ 시행령의 내용이 모법의 입법 취지와 관련 조항 전체를 유기적·체계적으로 살펴본다 모법의 해석상 가능한 것을 명시한 것에 지나지 아니하거나 모법 조항의 취지에 근거하여 이를 구체화하기 위한 것인 때에는 모법의 규율 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없으므로 모법에 이에 관하여 직접 위임하는 규정을 두지 않았다고 하더라도 이를 무효라고 볼 수 없다.
- ④ 의료기관의 명칭표시판에 진료과목을 함께 표시하는 경우 글자 크기를 제한하고 있는 구 「의료법 시행규칙」 제31조는 그 자체로서 국민의 구체적인 권리의무나 법률관계에 직접적인 변동을 초래하므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.

해설

- ① (○) ▽ 자치사무·단체위임사무 → **법령의 범위에서**(법률우위원칙) 조례 제정 가능 - 자치조례. 단, 벌칙·권리제한·의무부과 사항은 법률의 위임 필요
↳ 기관위임사무 → 원칙적으로 조례로 제정 불가, 예외적으로 **법령의 위임이 있으면 제정 가능**(법률유보) - 위임조례
- 지방자치법 9조 1항과 15조 등의 관련규정에 의하면 지방자치단체는 원칙적으로 그 고유사무인 자치사무와 법령에 의하여 위임된 단체위임사무에 관하여 이른바 자치조례를 제정할 수 있는 외에, 개별법령에서 특별히 위임하고 있을 경우 그러한 사무에 속하지 아니하는 기관위임사무에 관하여도 그 위임의 범위 내에서 이른바 위임조례를 제정할 수 있지만, 조례가 규정하고 있는 사항이 그 근거법령 등에 비추어 볼 때 **자치사무나 단체위임사무에 관한 것이라면 이는 자치조례로서 지방자치법 15조가 규정하고 있는 '법령의 범위 안'이라는 사항적 한계가 적용될 뿐, 위임조례와 같이 국가법에 적용되는 일반적인 위임입법의 한계가 적용될 여지는 없다**(대판 2000.11.24. 2000후29).
- ② (○) 부작위위법확인소송의 대상인 부작위는 처분의 부작위이지, 입법의 부작위가 아니므로 추상적인 법령의 제정 여부는 부작위위법확인소송의 대상이 아님.
- 추상적인 법령의 제정 여부 등은 부작위위법확인소송의 대상이 될 수 없음 : 행정소송은 구체적 사건에 대한 법률상 분쟁을 법에 의하여 해결함으로써 법적 안정을 기하자는 것이므로 부작위위법확인소송의 대상이 될 수 있는 것은 구체적 권리·의무에 관한 분쟁이어야 하고 추상적인 법령에 관하여 제정의 여부 등은 그 자체로서 국민의 구체적인 권리·의무에 직접적 변동을 초래하는 것이 아니어서 그 소송의 대상이 될 수 없다(대판 1992.5.8. 91누11261).
- ③ (○) 법률의 시행령이나 시행규칙은 법률에 의한 위임이 없으면 개인의 권리·의무에 관한 내용을 변경·보충하거나 법률이 규정하지 아니한 새로운 내용을 정할 수는 없지만, **법률의 시행령이나 시행규칙의 내용이 모법의 입법 취지와 관련 조항 전체를 유기적·체계적으로 살펴본다 모법의 해석상 가능한 것을 명시한 것에 지나지 아니하거나 모법 조항의 취지에 근거하여 이를 구체화하기 위한 것인 때에는 모법의 규율 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없으므로, 모법에 이에 관하여 직접 위임하는 규정을 두지 아니하였다고 하더라도 이를 무효라고 볼 수는 없다**(대판 2014.8.20. 2012두19526).
- ④ (×) 일반·추상적 법규범인 행정입법은 원칙적으로 처분성이 부정됨.
- 의료기관의 명칭표시판에 진료과목을 함께 표시하는 경우 글자 크기를 제한하는 구 의료법 시행규칙 제31조는 그 자체로서 국민의 구체적인 권리의무나 법률관계에 직접적인 변동을 초래하지 않으므로 항고소송 대상인 행정처분이 아님 : 항고소송의 대상이 되는 행정처분은 행정청의 공법상의 행위로서 특정사항에 대하여 법률에 의하여 권리를 설정하고 의무를 명하며, 기타 법률상 효과를 발생케 하는 등 국민의 권리·의무에 직접 관계가 있는 행위이어야 하고, 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 국민의 구체적인 권리·의무나 법률관계에 직접적인 변동을 초래케 하는 것이 아닌 일반적, 추상적인 법령 등은 그 대상이 될 수 없다. (구)의료법 시행규칙 제31조가 의료기관의 명칭표시판에 진료과목을 함께 표시하는 경우 그 글자의 크기를 의료기관 명칭을 표시하는 글자 크기의 2분의 1 이내로 제한하고 있지만, 위 규정은 그 위반자에 대하여 과태료를 부과하는 등의 별도의 집행행위 매개 없이 그 자체로서 국민의 구체적인 권리·의무나 법률관계에 직접적인 변동을 초래하지 아니하므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다(대판 2007.4.12. 2005두15168).

답 ④

10 행정조사에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① 행정조사를 통하여 획득한 정보가 정확하지 않은 경우에 그 정보에 기초한 행정처분의 효력은 행정조사의 위법 여부에 따라 결정된다.
- ② 수출입물품에 대한 통관 등을 목적으로 한 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등과 같이 강제적 행정조사를 하는 경우 압수·수색영장이 요구된다는 것이 판례의 태도이다.
- ③ 조사원이 조사목적의 달성을 위하여 시료채취를 하는 경우에는 그 시료의 소유자 및 관리자의 정상적인 경제활동을 방해하지 아니하는 범위 안에서 최소한도로 하여야 하며, 그로 인한 손실을 보상할 필요가 없다.
- ④ 「행정조사기본법」 제5조 단서에서 정한 '조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사'는 개별 법령 등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에도 실시할 수 있다.

해설

- ① (×) 위법한 행정조사를 통해 얻은 정확한 정보나 자료를 기초로 하여 행해진 행정행위도 위법하게 되는가, 즉 행정조사의 하자가 행정행위에 승계되는가(예컨대 위법한 세무조사에 기초한 과세처분도 위법인가)에 대해서는 긍정설, 부정설, 절충설이 대립하며 대법원은 긍정설의 입장(위법한 행정조사에 근거한 행정처분은 위법)이다.
- 납세자에 대한 부가가치세부과처분, 종전의 부가가치세 경정조사와 같은 세목 및 같은 과세기간에 대하여 중복하여 실시된 위법한 세무조사에 기초하여 이루어진 것이어서 위법하다(대판 2006.6.2. 2004두12070)
- ② (×) 우편물 통관검사절차에서 압수·수색영장 없이 진행된 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등 검사는 위법이 아님(수사기관의 강제처분이 아니므로) : 관세법 제246조 제1항, 제2항, 제257조, '국제우편물 수입통관 사무처리' (2011. 9. 30. 관세청고시 제2011-40호) 제1-2조 제2항, 제1-3조, 제3-6조, 구 '수출입물품 등의 분석사무 처리에 관한 시행세칙' (2013.1.4. 관세청훈령 제1507호로 개정되기 전의 것) 등과 관세법이 관세의 부과·징수와 아울러 수출입물품의 통관을 적정하게 함을 목적으로 한다는 점(관세법 제1조)에 비추어 보면, **우편물 통관검사절차에서 이루어지는 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 수출입물품에 대한 적정한 통관 등을 목적으로 한 행정조사의 성격을 가지는 것으로서 수사기관의 강제처분이라고 할 수 없으므로, 압수·수색영장 없이 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등 검사가 진행되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 볼 수 없다**(대판 2013.9.26. 2013도7718).
- ③ (×) 행정조사기본법 제12조(시료채취) ① 조사원이 조사목적의 달성을 위하여 시료채취를 하는 경우에는 그 시료의 소유자 및 관리자의 정상적인 경제활동을 방해하지 아니하는 범위 안에서 최소한도로 하여야 한다. ② 행정기관의 장은 제1항에 따른 시료채취로 조사대상자에게 손실을 입힌 때에는 **대통령령으로 정하는 절차와 방법에 따라 그 손실을 보상하여야 한다.**
- ④ (○) 개별 법령 등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우, 행정기관은 행정조사기본법 제5조 단서에서 정한 '조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사'를 실시 할 수 있음 : 행정조사기본법 제5조에 의하면 행정기관은 법령 등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에 한하여 행정조사를 실시할 수 있으나(본문), 한편 '조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사'의 경우에는 그러한 제한이 없이 실시가 허용된다(단서). 행정조사기본법 제5조는 행정기관이 정책을 결정하거나 직무를 수행하는 데에 필요한 정보나 자료를 수집하기 위하여 행정조사를 실시할 수 있는 근거에 관하여 정한 것으로서, 이러한 규정의 취지와 아울러 문언에 비추어 보면, 단서에서 정한 '조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사'는 개별 법령 등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에도 실시할 수 있다(대판 2016.10.27. 2016두41811).

답 ④

11 행정상 손실보상에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 사업시행자는 법령에서 정한 일정한 경우 이주대책을 수립·실시할 의무를 지므로 이주대책의 내용결정에 있어서 재량권이 인정되지 않는다.
- ② 개발이익을 보상액 산정에서 배제하는 것이 헌법상 정당보상의 원칙에 위배되는 것은 아니라는 것이 헌법재판소의 입장이다.
- ③ 잔여지수용청구권은 그 요건을 구비한 때에는 토지 수용위원회의 특별한 조치를 기다릴 것 없이 청구에 의하여 수용의 효과가 발생하는 형성권적 성질을 가진다.
- ④ 법률의 근거가 있다 하더라도 공공의 필요가 없으면 수용은 인정될 수 없다.

해설

- ① (×) 사업시행자는 법령이 정한 일정한 경우 이주대책 수립 의무가 있지만, 이주대책의 '내용 결정'에 있어서는 법령에 정해진 것(통상적인 수준의 생활기본시설)을 제외하고는 재량권을 가진다.
 - 사업시행자는 이주대책기준을 정하여 이주대책대상자 중에서 이주대책을 수립·실시해야 할 자를 선정하여 그들에게 공급할 택지 또는 주택의 내용이나 수량을 정할 수 있고, 이를 정하는 데 재량을 가지므로, 이를 위해 사업시행자가 설정한 기준은 그것이 객관적으로 합리적이 아니라고 타당하지 않다고 볼 만한 다른 특별한 사정이 없는 한 존중되어야 한다(대판 2009.3.12. 2008두12610)
 - 구 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특별법 8조 1항 및 같은 법 시행령 5조 5항에 의해 실시되는 이주대책은 공공사업의 시행으로 생활근거를 상실하게 되는 이주자에게 이주정착지의 택지를 분양하도록 하는 것이고, 사업시행자는 특별공급주택의 수량, 특별공급대상자의 선정 등에 있어 재량을 가진다(대판 2007.2.22. 2004두7481).

• 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제78조(이주대책의 수립 등) ④ 이주대책의 내용에는 이주정착지(이주대책의 실시로 건설하는 주택단지를 포함한다)에 대한 도로, 급수시설, 배수시설, 그 밖의 공공시설 등 통상적인 수준의 생활기본시설이 포함되어야 하며, 이에 필요한 비용은 사업시행자가 부담한다. 다만, 행정청이 아닌 사업시행자가 이주대책을 수립·실시하는 경우에 지방자치단체는 비용의 일부를 보조할 수 있다.

- ② (○) 공익사업법 제67조 제2항은 보상액을 산정함에 있어 당해 공익사업으로 인한 개발이익을 배제하는 조항인데, 공익사업의 시행으로 지가가 상승하여 발생하는 개발이익은 사업시행자의 투자에 의한 것으로서 피수용자인 토지소유자의 노력이나 자본에 의하여 발생하는 것이 아니므로, 이러한 개발이익은 형평의 관념에 비추어 볼 때 토지소유자에게 당연히 귀속되어야 할 성질의 것이 아니고, 또한 개발이익은 공공사업의 시행에 의하여 비로소 발생하는 것이므로, 그것이 피수용 토지가 수용 당시 갖는 객관적 가치에 포함된다고 볼 수도 없다. 따라서 개발이익은 그 성질상 완전보상의 범위에 포함되는 피수용자의 손실이라고 볼 수 없으므로, 이러한 개발이익을 배제하고 손실보상액을 산정한다 하여 헌법이 규정한 정당보상의 원리에 어긋나는 것이라고 할 수 없다(헌재 2009.9.24. 2008헌바112).
- ③ (○) 토지수용법에 의한 잔여지수용청구권은 그 요건을 구비한 때에는 토지수용위원회의 특별한 조치를 기다릴 것 없이 청구에 의하여 수용의 효과가 발생하는 형성권적 성질을 가지고, 그 행사기간은 제척기간으로서, 토지소유자가 그 행사기간 내에 잔여지수용청구권을 행사하지 아니하면 그 권리가 소멸한다(대판 2001.9.4. 99두11080).
- ④ (○) 재산권에 대한 수용·사용·제한은 공공필요가 있는 경우에 한하여 인정된다.(헌법 제23조 제3항). 즉, 공공필요는 수용의 정당화사유가 된다. 공공필요라는 개념은 공익이라는 개념과 비례의 원칙을 포함하는 개념이다. 공익사업에 공익성이 있어야 하고, 수용으로 인하여 발생하는 공익이 수용으로 인하여 침해되는 이익보다 커야 한다. 공공의 필요만으로 수용이 가능한 것은 아니며 법률의 근거가 있어야 하고, 법률의 근거가 있다 하더라도 공공의 필요가 없으면 수용은 인정될 수 없다.

답 ①

12 행정권한의 위임에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① 위임기관은 수임사무의 처리가 위법하거나 부당하다고 인정될 때에는 수임기관에 대하여 이를 취소하거나 정지할 것을 요구할 수 있을 뿐, 이를 직접 취소하거나 정지시킬 수 없다.
- ② 수임관청이 내부위임에 따라 위임관청의 이름으로 권한을 행사하여 처분을 한 경우 그 처분의 취소나 무효확인을 구하는 소송의 피고는 위임관청으로 삼아야 한다.
- ③ 행정관청 내부의 사무처리규정인 전결규정에 위반하여 원래의 전결권자가 아닌 보조기관이 처분권자인 행정관청의 이름으로 행정처분을 하였다면 그 처분은 권한 없는 자에 의하여 행하여진 것으로서 무효이다.
- ④ 「정부조직법」 제6조와 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」은 행정권한의 위임 및 재위임에 관한 일반적인 근거 규정이므로 개별 법령에서 특정사항을 재위임할 때는 별도의 법적 근거를 요한다.

해설

- ① (×) 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제6조(지휘·감독) 위임 및 위탁기관은 수임 및 수탁기관의 수임 및 수탁사무 처리에 대하여 지휘·감독하고, 그 처리가 위법하거나 부당하다고 인정될 때에는 이를 취소하거나 정지시킬 수 있다.
- ② (○) 내부위임시 위임청이 피고. 단, 수임청 명의로 처분시 수임청이 피고.
 - ① 내부위임의 경우 위임청 명의로 처분시 위임청이 피고 : 행정관청이 특정한 권한을 법률에 따라 다른 행정관청에 이관한 경우와 달리 내부적인 사무처리의 편의를 도모하기 위하여 그의 보조기관 또는 하급행정관청으로 하여금 그의 권한을 사실상 행하도록 하는 내부위임의 경우에는 수임관청이 그 위임된 바에 따라 위임관청의 이름으로 권한을 행사하였다면 그 처분청은 위임관청이므로 그 처분의 취소나 무효확인을 구하는 소송의 피고는 위임관청으로 삼아야 한다(대판 1991.10.8. 91누520).
 - ② 내부위임의 경우 수임청 명의로 처분시 수임청이 피고 : 행정처분의 취소 또는 무효확인을 구하는 행정소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분을 행한 행정청을 피고로 해야 하며, 행정처분을 행할 적법한 권한 있는 상급행정청으로부터 내부위임을 받은 데 불과한 하급행정청이 권한 없이 행정처분을 한 경우에도 실제로 그 처분을 행한 하급행정청(수임청)을 피고로 해야 할 것이지 그 처분을 행할 적법한 권한 있는 상급행정청을

피고로 할 것이 아니다(대판 1991.2.22. 90누5641).

- ③ (×) 전결규정에 위반하여 원래의 전결권자가 아닌 보조기관이 처분권자인 행정관청 이름으로 행정처분시 무효는 아님 : 전결과 같은 행정권한의 내부위임은 법령상 처분권자인 행정관청이 내부적인 사무처리의 편의를 도모하기 위하여 그의 보조기관 또는 하급행정관청으로 하여금 그의 권한을 사실상 행사하게 하는 것으로서 법률이 위임을 허용하지 않는 경우에도 인정되는 것이므로, 설사 행정관청 내부의 사무처리규정에 불과한 전결규정에 위반하여 원래의 전결권자 아닌 보조기관 등이 처분권자인 행정관청의 이름으로 행정처분을 하였다고 하더라도 그 처분이 권한 없는 자에 의하여 행하여진 무효의 처분이라고는 할 수 없다(대판 1998.2.27. 97누1105).
- ④ (×) 권한의 위임은 법령으로 규정된 권한의 법적 귀속을 변경하는 것으로 법률이 허용하는 경우에만 인정된다. 다만, 권한의 위임에 관한 개별규정이 없는 경우에도 포괄적 위임 및 재위임의 근거를 정하고 있는 정부조직법 6조 1항과 「행정 권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 3조·4조, 지방자치법 115조·117조가 권한 위임·재위임의 근거가 될 수 있다.
 - 구 건설업법 제57조 제1항, 같은법 시행령 제53조 제1항 제1호에 의하면 건설부장관의 권한에 속하는 같은 법 제50조 제 2항 제3호 소정의 영업정지 등 처분권한은 서울특별시·직할시장 또는 도지사에게 위임되었을 뿐 시·도지사에게 이를 구청장·시장·군수에게 재위임할 수 있는 근거규정은 없으나, **정부조직법 제5조 제1항과 이에 기한 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제4조에 재위임에 관한 일반적인 근거규정이 있으므로 시·도지사는 그 재위임에 관한 일반적인 규정에 따라 위임받은 위 처분권한을 구청장 등에게 재위임할 수 있다**(대판 1995.7.11. 94누4615).

답 ②

13 평등의 원칙에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 행정규칙의 일종인 재량준칙이 되풀이 시행되어 행정관행이 이루어지게 되면 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 받게 된다.
- ② 중앙부처 지방조직 개편지침의 일환으로 청원경찰의 인원감축을 위한 면직처분대상자를 선정함에 있어서 초등학교 졸업 이하 학력소지자 집단과 중학교 중퇴 이상 학력소지자 집단으로 나누어 각 집단별로 같은 감원비율 상당의 인원을 선정한 것은 평등의 원칙에 위배되어 무효사유에 해당한다.
- ③ 개인택시운송사업면허의 우선순위 기준으로 무사고운전 등의 성실의무를 반드시 동일회사에서 이행하였을 것을 정하고 있는 지방자치단체의 개인택시운송사업 면허 사무처리규정은 평등의 원칙에 반한다.
- ④ 법령이 정신병원 등의 개설에 관하여는 허가제로, 정신과의원 개설에 관하여는 신고제로 각각 규정하고 있는 것은 각 의료기관의 개설 목적 및 규모 등 차이를 반영한 합리적 차별로서 평등의 원칙에 반하지 않는다.

해설

- ① (○) 상급행정기관이 하급행정기관에 대하여 업무처리지침이나 법령의 해석적용에 관한 기준을 정하여 발하는 이른바 '행정규칙이나 내부지침'은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적인 구속력을 갖는 것은 아니므로 행정처분이 그에 위반하였다고 하여 그러한 사정만으로 곧바로 위법하게 되는 것은 아니다. 다만, **재량권 행사의 준칙인 행정규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이루어지게 되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 받게 되므로**, 이러한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그를 위반하는 처분은 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 위배되어 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이 된다(대판 2009.12.24. 2009두7967)
- ② (×) 청원경찰의 인원감축을 위한 면직처분대상자를 선정함에 있어서 초등학교 졸업 이하 학력소지자 집단과 중학교 중퇴 이상 학력소지자 집단으로 나누어 각 집단별로 같은 감원비율 상당의 인원을 선정한 것은 평등원칙 위반이지만 취소사유: ① 청원경찰법 제5조 제1항, 제3항, 제11조, 구 청원경찰비행령 제16조 제1항 등의 규정을 종합하면, 청원주는 청원경찰이 인원의 감축으로 과원이 되었을 때에는 직권으로 면직시킬 수 있는바, 지방자치단체의 장이 청원주인 경우 그 면직처분은 재량행위라 할 것이므로, 지방자치단체의 장이 합리적이고 공정한 기준에 의하여 면직대상자를 선정하고 그에 따라 면직처분을 하였다면 일응 적법한 재량행사라 할 것이다. 그 기준이 평등의 원칙에 위배되는 등 비합리적이고 불공정하다면 그에 따른 면직처분은 재량권의 일탈·남용으로서 위법하다. ② 행정자치부의 지방조직 개편지침의 일환으로 청원경찰의 인원감축을 위한 면직처분대상자를 선정함에 있어서 초등학교 졸업 이하 학력소지자 집단과 중학교 중퇴 이상 학력소지자 집단으로 나누어 각 집단별로 같은 감원비율상당의 인원을 선정한 것은 합리성과 공정성을 결여하고, 평등의 원칙에 위배하여 그 하자가 중대하다 할 것이다. 그렇게 한 이유가 시험문제 출제 수준이 중학교 학력수준이어서 초등학교 졸업 이하 학력소지자에게 상대적으로 불리할 것이라는 판단 아래 이를 보완하기 위한 것이었으므로 그 하자가 객관적으로 명백하다고 보기는 어렵다(대판 2002.2.8. 2000두4057).
- ③ (○) 개인택시운송사업면허는 특정인에게 권리나 이익을 부여하는 행정행위로서 법령에 특별한 규정이 없는 한 재량행위이고 그 면허에 필요한 기준을 정하는 것 역시 법령에 규정이 없는 한 행정청의 재량에 속하나, 이 경우에도 이는 객관적으로 타당하여야 하며 그 설정된 우선순위 결정방법이나 기준이 객관적으로 합리성을 잃은 것이라면 이에 따라 면허 여부를 결정하는 것은 재량권의 한계를 일탈한 것이 되어 위법하다. **개인택시운송사업면허의 우선순위 기준으로 무사고운전 등의 성실의무를 반드시 동일회사에서 이행하였을 것을 정하고 있는 지방자치단체의 개인택시운송사업면허 사무처리규정은, 평등의 원칙에 반하고 직장선택의 자유를 침해하는 것으로서 재량권의 한계를 일탈한 것이다**(대판 2007.2.8. 2006두13886).
- ④ (○) 헌법상 평등원칙은 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게 취급함을 금지하는 것으로서, 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 뜻하는 것이 아니라 입법을 하고 법을 적용할 때에 합리적인 근거가 없는 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 평등을 뜻하므로, 합리적 근거가 있는 차별 또는 불평등은 평등의 원칙에 반하지 아니한다. 또한 헌법상 기본권 보호의무란 기본권적 법익을 기본권 주체인 사인에 의한 위법한 침해 또는 침해의 위험으로부터 보호하여야 하는 국가의 의무를 말하며, 주로 사인인 제3자에 의한 개인의 생명이나 신체의 훼손에서 문제 되는 것이다. 이러한 법리에 비추어 살펴보면, **관련 법령이 정신병원 등의 개설에 관하여는 허가제로, 정신과의원 개설에 관하여는 신고제로 각 규정하고 있는 것은 각 의료기관의 개설 목적 및 규모 등 차이를 반영한 합리적 차별로서 평등의 원칙에 반한다고 볼 수 없다.** 또한 신고제 규정으로 사인인 제3자에 의한 개인의 생명이나 신체 훼손의 위험성이 증가한다고 할 수 없어 기본권 보호의무에 위반된다고 볼 수도 없다(대판 2018.10.25. 2018두44302).

답 ②

14 행정심판의 고지제도에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① 고지는 행정청이 처분을 함에 있어서 상대방에게 그 처분에 대하여 행정심판을 제기할 수 있는지 여부, 심판절차, 청구기간 등 행정심판의 제기에 필요한 사항을 미리 알려주는 행위로서 준법률행위적 행정행위인 통지에 해당한다.
- ② 행정청이 처분을 함에 있어서 개별법령상의 고지의무를 이행하지 않은 경우 그 처분은 절차상 하자를 가진 위법한 것이 되고 처분 자체의 효력에도 직접 영향을 미친다.
- ③ 행정청이 심판청구기간을 고지하지 아니한 때에는 심판청구기간은 처분이 있음을 안 경우에도 당해 처분이 있는 날로부터 180일이 되고, 다른 법률에서 행정심판청구기간을 「행정심판법」보다 짧게 정한 경우에도 처분시에 행정청이 행정심판청구기간을 알리지 아니한 때에는 이 기준이 동일하게 적용된다.
- ④ 행정청이 심판청구기간을 ‘처분이 있음을 안 날로부터 90일 이내’보다 더 긴 기간으로 잘못 알린 경우에 그 잘못 알린 기간에 행정심판청구나 행정소송제기가 있으면 그 행정쟁송은 적법한 기간 내에 제기된 것으로 본다.

해설

- ① (×) 고지는 단순히 행정심판의 절차와 내용을 알려주는 비권력적 사실행위(통지)이며, 자체로는 아무런 법적 효과도 발생하지 않으므로 행정심판법상 고지를 하지 않아도 행정처분 자체의 효력에는 아무 영향이 없다. 고지 자체는 처분이 아니므로 행정쟁송 대상이 아니지만, 고지 신청에 대한 거부는 처분성이 인정된다.
- ② (×) 고지의무 위반(불고지·오고지)은 처분 자체의 효력에 직접 영향을 미치지 않는다. 행정심판법에서 일정한 제재를 규정하고 있을 뿐이다(통설·판례).
 • 고지의무 불이행은 면허취소처분 자체의 효력에 직접 영향 없음 : 자동차운수사업법 31조 등의 규정에 의한 사업면허의 취소 등의 처분에 관한 규칙(교통부령) 위 3항의 고지절차에 관한 규정은 행정처분의 상대방이 그 처분에 대한 행정심판의 절차를 밟는 데 있어 편의를 제공하려는 데 있으며 처분청이 위 규정에 따른 고지의무를 이행하지 아니하였다고 하더라도 경우에 따라서는 행정심판의 제기기간이 연장될 수 있는 것에 그치고 이로 인하여 심판의 대상이 되는 행정처분에 어떤 하자가 수반된다고 할 수 없다(대판 1987.11.24. 87누529).
- ③ (○) • 오고지·불고지의 효과(제재)

구분	불고지(不告知)	오고지(誤告知)
심판청구서 제출(23조)	행정청이 58조에 따른 고지를 알거나 잘못 고지하여 청구인이 심판청구서를 다른 행정기관에 제출한 경우 그 행정기관은 그 심판청구서를 지체 없이 정당한 권한이 있는 피청구인에게 보내야 하며 심판청구서를 보낸 행정기관은 지체 없이 그 사실을 청구인에게 알려야 한다. 심판청구 기간을 계산할 때에는 최초로 행정기관에 심판청구서가 제출되었을 때에 행정심판이 청구된 것으로 본다.	
심판청구기간 (27조)	심판청구 기간을 알리지 않은 경우 처분이 있는 날로부터 180일 이내(상대방이 처분이 있음을 알았는지 여부는 불문) 청구 가능	법정기간보다 긴 기간으로 고지시 그 기간 내 심판청구가 있으면 법정기간 내 청구된 것으로 봄. 법정기간보다 짧은 기간으로 고지시 법정기간 내 청구 가능.

- 개별법률에서 정한 심판청구기간이 「행정심판법」이 정한 심판청구기간보다 짧은 경우, 행정청이 행정처분을 하면서 그 개별법률상 심판청구기간을 고지하지 아니하였다면 그 개별법률에서 정한 심판청구기간 규정이 적용되지 않고 행정심판법상의 심판청구기간 내에 심판청구가 가능함 : 행정심판법 제18조(현27조) 제6항의 규정에 의하면 행정청이 심판청구기간을 알리지 아니한 때에는 당사자는 제3항의 기간 즉 처분이 있는 날로부터 180일 이내에 심판청구를 할 수 있도록 되어 있으므로, 다른 법률에서 그 처분에 대한 이의 또는 재결신청등 행정심판청구의 기간을 위 제3항 소정기간보다 짧게 정하였다고 하여도 행정청이 그 처분시에 행정심판청구기간을 알리지 아니한 때에는 당사자는 이 기간에 구애됨이 없이 위 제3항 소정기간 내에 적법하게 행정심판청구를 할 수 있다고 보아야 한다. ⇨ 도로점용료 상당 부당이득금의 징수 및 이의절차를 규정한 지방자치법에서 이의제출기간을 행정심판법 제18조 제3항 소정기간 보다 짧게 정하였다고 하여도 같은법 제42조 제1항 소정의 고지의무에 관하여 달리 정하고 있지 아니한 이상 도로관리청인 피고가 이 사건 도로점용료 상당 부당이득금의 징수고지서를 발부함에 있어서 원고들에게 이의제출기간 등을 알려주지 아니하였다면 원고들은 지방자치법상의 이의제출기간에 구애됨이 없이 행정심판법 제18조 제6항, 제3항의 규정에 의하여 징수고지처분이 있는 날로부터 180일 이내에 이의를 제출할 수 있다고 보아야 할 것이다(대판 1990.7.10. 89누6839).
- ④ (×) 행정심판청구기간의 오고지·불고지의 경우 청구기간 규정은 행정심판법에만 있고 행정소송법에는 오고지·불고지 효과규정이 없으며 행정심판법상 불고지·오고지 규정은 행정소송법에는 적용되지 않는다.
 • 행정청이 법정 심판청구기간보다 긴 기간으로 잘못 알린 경우에 그 잘못 알린 기간 내에 심판청구가 있으면 그 심판청구는 법정 심판청구기간 내에 제기된 것으로 본다라는 취지의 행정심판법 제18조 제5항의 규정은 행정심판 제기에 관하여 적용되는 규정이지, 행정소송 제기에도 당연히 적용되는 규정이라고 할 수는 없다. 행정심판과 행정소송은 그 성질, 불복사유, 제기기간, 판단기관 등에서 본질적인 차이점이 있고, 임의적 전치주의는 당사자가 행정심판과 행정소송의 유·불리를 스스로 판단하여 행정심판을 거칠지 여부를 선택할 수 있도록 한 취지에 불과하므로 어느 쟁송 형태를 취한 이상 그 쟁송에는 그에 관련된 법률 규정만이 적용될 것이지 두 쟁송 형태에 관련된 규정을 통틀어 당사자에게 유리한 규정만이 적용된다고 할 수는 없으며, 행정처분이나 그 이후 행정청으로부터 행정심판 제기기간에 관하여 법정 심판청구기간보다 긴 기간으로 잘못 통지받은 경우에 보호할 신뢰 이익은 그 통지받은 기간 내에 행정심판을 제기한 경우에 한하는 것이지 행정소송을 제기한 경우에만 확대된다고 할 수 없으므로, 당사자가 행정처분이나 그 이후 행정청으로부터 행정심판 제기기간에 관하여 법정 심판청구기간보다 긴 기간으로 잘못 통지받아 행정소송법상 법정 제소기간을 도과하였다고 하더라도, 그것이 당사자가 책임질 수 없는 사유로 인한 것이라고 할 수는 없다(대판 2001.5.8. 2000두6916).

• 행정심판법 제27조(심판청구의 기간)

- ① 행정심판은 처분이 있음을 알게 된 날부터 90일 이내에 청구하여야 한다.
- ② 청구인이 천재지변, 전쟁, 사변(事變), 그 밖의 불가항력으로 인하여 제1항에서 정한 기간에 심판청구를 할 수 없었을 때에는 그 사유가 소멸한 날부터 14일 이내에 행정심판을 청구할 수 있다. 다만, 국외에서 행정심판을 청구하는 경우에는 그 기간을 30일로 한다.
- ③ 행정심판은 처분이 있었던 날부터 180일이 지나면 청구하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ④ 제1항과 제2항의 기간은 불변기간(不變期間)으로 한다.
- ⑤ 행정청이 심판청구 기간을 제1항에 규정된 기간보다 긴 기간으로 잘못 알린 경우 그 잘못 알린 기간에 심판청구가 있으면 그 행정심판은 제1항에 규정된 기간에 청구된 것으로 본다.
- ⑥ 행정청이 심판청구 기간을 알리지 아니한 경우에는 제3항에 규정된 기간에 심판청구를 할 수 있다.
- ⑦ 제1항부터 제6항까지의 규정은 무효등확인심판청구와 부작위에 대한 의무이행심판청구에는 적용하지 아니한다.

15 갑(甲)은 「택지개발촉진법」상 택지개발사업계획승인(이하 '사업계획승인'이라 함)을 받았는데, 이 법에 따르면 사업계획승인을 받으면 「도로법」상 도로점용 허가를 받은 것으로 본다. 이에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 갑(甲)은 택지개발사업이 완료된 후에도 사업을 위해 지하에 매설한 전력관을 유지·관리하기 위해 도로를 계속 점용할 수 있다.
- ② 도로점용허가 요건을 갖추지 못한 경우 사업계획승인을 할 수 없다.
- ③ 도로점용허가를 받은 것으로 의제되었으나 도로 관리청이 도로점용료를 부과하지 않은 경우에는 점용료납부의무가 발생하지 않는다.
- ④ 만일 행정청이 사업계획승인을 불허가한 경우에 사업 계획승인의 불허가 사유 외에 도로점용허가 불허가 사유가 있는 경우라도 갑(甲)은 사업계획승인불허 가처분만을 소송의 대상으로 삼으면 된다.

해설

- ① (×) 주된 인·허가에 의해 의제되는 인·허가는 원칙적으로 주된 인·허가로 인한 사업을 시행 하는 데 필요한 범위 내에서만 그 효력이 유지된다.
 - 구 택지개발촉진법 제11조 제1항 제9호에서는 사업시행자가 택지개발사업 실시계획승인을 받은 때 도로법에 의한 도로공사시행허가 및 도로점용허가를 받은 것으로 본다. 이 규정은, 이러한 인허가 의제제도는 목적사업의 원활한 수행을 위해 행정절차를 간소화하고자 하는 데 그 취지가 있는 것이므로 위와 같은 실시계획승인에 의해 의제되는 도로공사시행허가 및 도로점용허가는 원칙적으로 당해 택지개발사업을 시행하는 데 필요한 범위 내에서만 그 효력이 유지된다고 보아야 한다. 따라서 원고가 이 사건 택지개발사업과 관련하여 그 사업시행의 일환으로 이 사건 도로예정지 또는 도로에 전력관을 매설하였다고 하더라도 사업시행완료 후 이를 계속 유지·관리하기 위해 도로를 점용하는 것에 대한 도로점용허가까지 그 실시계획 승인에 의해 의제된다고 볼 수는 없다(대판 2010.4.29. 2009두18547).
- ② (○) 주된 인허가는 의제되는 인허가의 요건에 엄격히 구속되며 그 요건을 모두 충족해야 주된 인·허가 가능(실체중중호 부정)
- ③ (○) 주된 인허가를 받으면 의제되는 다른 인허가를 받은 것으로 의제된다. 다만, 인허가의제효과만 인정되는 것이지, 인허가의제를 전제로 한 다른 규정까지 의제되는 것은 아니다. 사례에서 도로점용허가가 의제될 뿐 도로점용료 납부의무는 별도의 점용료 부과처분이 있어야 발생한다.
 - 관리청으로부터 도로의 점용허가를 받았다고 하더라도 관리청이 도로점용에 관하여 점용료를 부과하기 전에는 점용료를 납부할 의무를 부담한다고 볼 수 없고, 항상 관리청으로부터 점용료가 부과되는 것도 아니라고 할 것이다. 사업시행자가 주택건설사업계획 승인을 받음으로써 도로점용허가가 의제된 경우에 관리청이 도로점용료를 부과하지 않아 그 점용료를 납부할 의무를 부담하지 않게 되었다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 사업시행자가 그 점용료 상당액을 법률상 원인 없이 부담이득하였다고 볼 수는 없다고 할 것이다(대판 2013.6.13. 2012다87010).
- ④ (○) 주된 인·허가거부처분을 하면서 주된 인·허가거부사유뿐만 아니라 의제되는 인·허가거부사유를 들고 있다고 하여 그 주된 인·허가거부처분 외에 별개로 의제되는 인·허가거부처분이 존재하는 것이 아니므로, 그 주된 인·허가거부처분을 받은 사람은 그 주된 인·허가거부처분에 관한 쟁송에서 주된 인·허가거부사유뿐만 아니라 의제되는 인·허가거부사유에 관하여도 다툴 수 있는 것이지, 그 주된 인·허가거부처분에 관한 쟁송과는 별개로 의제되는 인·허가거부처분에 관한 쟁송을 제기하여 이를 다투어야 하는 것은 아니다.
 - 건축불허가처분을 하면서 그 처분사유로 건축불허가 사유뿐만 아니라 형질변경불허가 사유나 농지전용불허가 사유를 들고 있다고 하여 그 건축불허가처분 외에 별개로 형질변경불허가처분이나 농지전용불허가처분이 존재하는 것이 아니므로, 그 건축불허가처분을 받은 사람은 그 건축불허가처분에 관한 쟁송에서 건축법상의 건축불허가 사유뿐만 아니라 같은 도시계획법상의 형질변경불허가 사유나 농지법상의 농지전용불허가 사유에 관하여도 다툴 수 있는 것이지, 그 건축불허가처분에 관한 쟁송과는 별개로 형질변경불허가처분이나 농지전용불허가처분에 관한 쟁송을 제기하여 이를 다투어야 하는 것은 아니며, 그러한 쟁송을 제기하지 아니하였어도 형질변경불허가 사유나 농지전용불허가 사유에 관하여 불가쟁력이 생기지 아니한다(대판 2001.1.16. 99두10988).

답 ①

16 무효등 확인소송에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 환경영향평가 대상지역 밖에 거주하는 주민에게 헌법 상의 환경권 또는 환경정책기본법에 근거하여 공유 수면매립면허 처분과 농지개발사업 시행인가처분의 무효확인을 구할 법률상 이익은 인정되지 않는다.
- ② 무효등 확인소송에는 취소소송의 행정심판과의 관계에 관한 규정이 준용되지 않는다.
- ③ 무효등 확인소송에는 취소판결의 기속력과 재처분의무 및 간접강제에 관한 규정이 준용된다.
- ④ 행정처분의 무효확인을 구하는 청구에는 특별한 사정이 없는 한 그 처분의 취소를 구하는 취지까지도 포함되어 있다고 볼 수는 있으나 취소청구를 인용하기 위해서는 취소소송으로서의 제소요건을 구비하여야 한다.

해설

① (○)

환경영향평가 대상지역	안의 주민	원고적격이 사실상 추정됨
	밖의 주민	㉠ 원적 : 원고적격 없음 ㉡ 예외 : 수인한도 넘는 침해나 침해우려가 있음을 입증시 원고적격 인정

• 새만금간척사업(대판 2006.3.16. 2006두330)

- ① 환경영향평가대상지역 안의 주민들이 개발 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경침해를 받지 않고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 이익은 침해 또는 침해우려가 있는 것으로 사실상 추정됨 : 공유수면매립면허처분과 농지개발사업 시행인가처분의 근거법규 또는 관련법규가 되는 구 공유수면매립법, 구 농촌근대화촉진법, 구환경보전법, 구 환경보전법 시행령, 구 환경정책기본법, 구 환경정책기본법 시행령의 각 관련규정의 취지는, 공유수면매립과 농지개발사업시행으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 일으키라고 예상되는 환경영향평가대상지역 안의 주민들이 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경침해를 받지 않고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 개별적 이익까지도 이를 보호하려는 데에 있다고 할 것이므로, 위 주민들이 공유수면매립면허

처분 등과 관련하여 갖고 있는 위와 같은 환경상의 이익은 주민 개인에게 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적 이익으로서 그들에 대하여는 특단의 사정이 없는 한 환경상의 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 공유수면매립면허처분 등의 무효확인을 구할 원고적격이 인정된다고 할 것이다.

- ㉠ 헌법 제35조 제1항에서 정하고 있는 환경권에 관한 규정만으로는 그 권리의 주체·대상·내용·행사방법 등이 구체적으로 정립되어 있다고 볼 수 없고, 환경정책기본법 제6조도 그 규정 내용 등에 비추어 국민에게 구체적인 권리를 부여한 것으로 볼 수 없으므로, **환경영향평가 대상지역 밖에 거주하는 주민에게 헌법상의 환경권 또는 환경정책기본법에 근거하여 공유수면매립면허처분과 농지개발사업 시행인가처분의 무효확인을 구할 원고적격이 없다.**
- ㉡ **환경영향평가 대상지역 밖의 주민이라 할지라도 공유수면매립면허처분 등으로 인하여 그 처분 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있는 경우에는, 공유수면매립면허처분 등으로 인하여 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해우려가 있다는 것을 입증함으로써 그 처분의 등의 취소(무효확인)를 구할 원고적격을 인정받을 수 있다.**

- ② (○) 무효등확인소송에는 취소소송의 행정심판과의 관계에 관한 규정(제18조 행정심판전치주의)이 적용되지 않는다.
 - 행정소송법 제38조(준용규정) ① 제9조, 제10조, 제13조 내지 제17조, 제19조, 제22조 내지 제26조, 제29조 내지 제31조 및 제33조의 규정은 무효등 확인소송의 경우에 준용한다.
- ③ (×) 무효등확인소송에는 취소판결의 기속력과 재처분의무 규정(제29조)은 준용되지만 판결의 간접강제(제34조)에 관한 규정은 준용되지 않는다.
 - 취소소송에 관한 규정 중 무효등확인소송에 준용되지 않는 것 : 예외적 행정심판전치주의(§18), 제소기간(§20), 사정판결(§28), 판결의 간접강제(§34)
- ④ (○) 행정처분의 무효확인청구를 취소청구로 인용하기 위한 요건 : 행정처분의 무효확인을 구하는 청구에는 특별한 사정이 없는 한 그 처분의 취소를 구하는 취지까지도 포함되어 있다고 볼 수는 있으나 위와 같은 경우에 취소청구를 인용하려면 먼저 취소를 구하는 항고소송으로서의 제소요건을 구비한 경우에 한한다(대판 1986.9.23. 85누838).

답 ③

17 행정계획에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 관계법령에 행정계획의 내용에 관한 별도의 규정이 없는 경우, 행정주체는 행정계획의 입안·결정에 있어서 광범위한 형성의 자유를 갖는다.
- ② 구 「도시계획법」상 도시기본계획은 도시계획입안의 지침이 되는 것에 불과하여 일반 국민에 대한 직접적인 구속력은 없다.
- ③ 행정주체가 행정계획을 입안·결정할 때 이익형량을 하였으나 정당성과 객관성이 결여된 경우 이익형량에 하자가 있는 것은 아니므로 이를 이유로 행정계획이 위법하게 될 수는 없다.
- ④ 정부가 발표한 4대강 살리기 마스터플랜은 국민의 권리·의무에 직접 영향을 미치지 않는 행정계획으로 행정처분에 해당하지 않는다.

해설

- ① (○) 행정계획이라 함은 행정에 관한 전문적·기술적 판단을 기초로 하여 도시의 건설·정비·개발 등과 같은 특정한 행정목표를 달성하기 위하여 서로 관련되는 행정수단을 종합·조정함으로써 장래의 일정한 시점에 있어서 일정한 질서를 실현하기 위한 활동기준으로 설정된 것으로서, 관계 법령에는 추상적인 행정목표와 절차만이 규정되어 있을 뿐 행정계획의 내용에 관하여는 별다른 규정을 두고 있지 아니하므로 행정주체는 구체적인 행정계획을 입안·결정함에 있어서 비교적 광범위한 형성의 자유를 갖는다(대판 2007.4.12. 2005두1893).
- ② (○) **도시기본계획(현 도시·군기본계획)**은 도시의 기본적인 공간구조와 장기발전방향을 제시하는 종합계획으로서 그 계획에는 토지이용계획, 환경계획, 공원녹지계획 등 장래의 도시개발의 일반적인 방향이 제시되지만, 그 계획은 **도시계획입안의 지침이 되는 것에 불과하여 일반국민에 대한 직접적인 구속력은 없는 것이다**(대판 2002.10.11. 2000두8226).
- ③ (×) 행정주체가 구체적인 행정계획을 입안·결정할 때에 가지는 비교적 광범위한 형성의 자유는 무제한적인 것이 아니라 행정계획에 관련되는 자들의 이익을 공익과 사익 사이에서는 물론이고 공익 상호 간과 사익 상호 간에도 정당하게 비교교량하여야 한다는 제한이 있는 것이므로, 행정주체가 행정계획을 입안·결정하면서 이익형량을 전혀 행하지 않거나 이익형량의 고려 대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 빠뜨린 경우 또는 이익형량을 하였으나 정당성과 객관성이 결여된 경우에는 행정계획결정은 형량에 하자가 있어 위법하게 된다(대판 2012.1.12. 2010두5806).
- ④ (○) 국토해양부, 환경부, 문화체육관광부, 농림수산부, 식품부가 합동으로 2009.6.8. 발표한 **‘4대강 살리기 마스터플랜’** 등은 **4대강 정비사업과 주변 지역의 관련 사업을 체계적으로 추진하기 위하여 수립한 종합계획이자 ‘4대강 살리기 사업’의 기본방향을 제시하는 계획으로서, 행정기관 내부에서 사업의 기본방향을 제시하는 것일 뿐, 국민의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 것이 아니어서 행정처분에 해당하지 않는다**(대판 2011.4.21. 2010무1111).

답 ③

18 공무원 관계에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① 「국가공무원법」상 직위해제처분에 대해서는 처분의 사전통지 및 의견청취 등에 관한 「행정절차법」의 규정이 적용된다.
- ② 임용 당시 구 「군인사법」에 따른 임용결격사유가 있는데도 장교·준사관 또는 하사관으로 임용된 경우 그러한 임용행위는 취소할 수 있는 행위가 된다.
- ③ 당연퇴직의 인사발령통지는 「행정소송법」상 처분에 해당하므로, 당연퇴직을 다투기 위해서는 항고소송을 제기하여야 한다.
- ④ 「교육공무원법」상 승진후보자 명부에 의한 승진심사 방식으로 행해지는 승진임용에서 승진후보자 명부에 포함되어 있던 후보자를 승진임용인사발령에서 제외하는 행위는 항고소송의 대상인 처분에 해당한다.

해설

- ① (X) 국가공무원법상 직위해제처분에 처분의 사전통지 및 의견청취 등에 관한 행정절차법 규정이 적용되지 않음 : 국가공무원법 상 직위해제처분은 구 행정절차법 제3조 제2항 제9호, 구 행정절차법 시행령 제2조 제3호에 의하여 당해 행정작용의 성질상 행정절차를 거치지 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 사항 또는 행정절차에 준하는 절차를 거친 사항에 해당하므로, 처분의 사전통지 및 의견청취 등에 관한 행정절차법의 규정이 별도로 적용되지 않는다.(대판 2014.5.16. 2012두26180)
- ② (X) 구 군인사법 제10조 제2항 제5호는 금고 이상의 형을 받고 집행유예 중에 있거나 그 집행유예기간이 종료된 날부터 2년이 지나지 않은 자가 장교·준사관 및 하사관으로 임용될 수 없도록 정하고 있다. 임용 당시 구 군인사법 제10조 제2항 제5호에 따른 임용결격사유가 있는데도 장교·준사관 또는 하사관으로 임용된 경우 그러한 임용행위는 당연무효가 된다(대판 2019.2.14. 2017두62587).
- ③ (X) 국가공무원법상 당연퇴직 인사발령의 처분성 부정 : 국가공무원법 69조에 의하면 공무원이 제33조 각 호 해당시 당연히 퇴직한다고 규정하고 있으므로, 당연퇴직은 결격사유가 있을 때 법률상 당연히 퇴직하는 것이지 공무원관계를 소멸시키기 위한 별도의 행정처분을 요하는 것이 아니며, 당연퇴직의 인사발령은 법률상 당연히 발생하는 퇴직사유를 공적으로 확인하여 알려주는 이른바 관념의 통지에 불과하고 공무원의 신분을 상실시키는 새로운 형성적 행위가 아니므로 행정소송의 대상이 되는 독립한 행정처분이 아니다.(대판 1985.7.23. 84누374 ; 대판 1995.11.14. 95누2036)
- ④ (O) 교육공무원법상 승진후보자 명부에 의한 승진심사 방식으로 행해지는 승진임용에서 승진후보자 명부에 포함되어 있던 후보자를 승진임용인사발령에서 제외하는 행위(교장임용거부처분)는 불이익처분으로서 항고소송 대상인 처분에 해당 : 교육공무원법 제29조의2 제1항, 제13조, 제14조 제1항, 제2항, 교육공무원 승진규정 제1조, 제2조 제1항 제1호, 제40조 제1항, 교육공무원임용령 제14조 제1항, 제16조 제1항에 따르면 임용권자는 3배수의 범위 안에 들어간 후보자들을 대상으로 승진임용 여부를 심사하여야 하고, 이에 따라 승진후보자 명부에 포함된 후보자는 임용권자로부터 정당한 심사를 받게 될 것에 관한 절차적 기대를 하게 된다. 그런데 임용권자 등이 자의적인 이유로 승진후보자 명부에 포함된 후보자를 승진임용에서 제외하는 처분을 한 경우에, 이러한 승진임용제외처분을 항고소송의 대상이 되는 처분으로 보지 않는다면, 달리 이에 대하여는 불복하여 침해된 권리 또는 법률상 이익을 구제받을 방법이 없다. 따라서 교육공무원법상 승진후보자 명부에 의한 승진심사 방식으로 행해지는 승진임용에서 승진후보자 명부에 포함되어 있던 후보자를 승진임용인사발령에서 제외하는 행위는 불이익처분으로서 항고소송의 대상인 처분에 해당한다고 보아야 한다(대판 2018.3.27. 2015두47492)

답 ④

19 행정법의 법원에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회 규칙, 감사원규칙은 각각 헌법에 근거를 두고 있다.
- ② 콩고민주화운동의 주동자라는 이유로 강제징집을 당하게 된 콩고 국민 갑(甲)이 대한민국정부에 난민 인정을 신청하였으나 거부당하자 이에 대해 제기한 취소소송에서 법원은 「난민의 지위에 관한 협약」, 「난민의 지위에 관한 의정서」 등의 국제법을 직접 원용할 수 없다는 이유로 갑(甲)의 난민 지위를 인정하지 않았다.
- ③ 대법원은 국토지리정보원이 발간한 국가기본도상 해상경계선은 「수산업법」 상 조업구역의 경계선이 될 수 없다고 하였다.
- ④ 헌법재판소는 「수산업법」 상 조업구역 위반에 관한 형사사건에서 해상경계에 관한 행정관습법은 처벌의 근거조항이 아니라 조업구역을 확인하는 고려요소에 불과하므로 행정관습법은 조업구역 위반 사건에 적용되는 법률이 아니라고 하였다.

해설

- ① (X) 대법원규칙, 국회규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙은 헌법에 근거를 둔 법규명령이다. 감사원규칙은 감사원법에 근거를 두고 있다.
 - 감사원법 제52조 감사원은 감사에 관한 절차, 감사원의 내부규율과 감사사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다.
 - 감사원규칙은 헌법이 아닌 「감사원법」에 근거하고 있으므로 행정규칙이라는 주장도 있으나, 헌법이 인정하고 있는 위임법제의 형식을 예시적인 것으로 보는 헌법재판소의 입장(헌재 2006.12.28. 2005헌바59)에서는 법률에 의한 행정위임권의 부여도 인정되므로 감사원규칙도 법규명령으로 보며 법원성을 인정하는 것이 다수설이다.
- ② (X) 콩고민주화운동 주동자라는 이유로 강제징집을 당하게 된 콩고 국민이 대한민국정부에 난민 인정을 신청했으나 거부당하자 제기한 난민인정불허가결정 취소소송에서 인용판결을 하면서 「난민의 지위에 관한 협약」, 「난민의 지위에 관한 의정서」에서 정한 난민 요건에 해당시 출입국관리법상 난민으로 인정해야 한다고 판결함.
 - 출입국관리법 제2조 제2의2호, 제76조의2 제1항, 난민의 지위에 관한 협약(이하 '난민 협약'이라 한다) 제1조, 난민의 지위에 관한 의정서 제1조의 규정을 종합하여 보면, 법무부장관은 인종, 종교, 국적, 특정 사회집단의 구성원 신분 또는 정치적 의견을 이유로 박해를 받을 충분한 근거 있는 공포로 인해 국적국의 보호를 받을 수 없거나 국적국의 보호를 원하지 않는 대한민국 안에 있는 외국인에 대하여 그 신청이 있는 경우 난민협약이 정하는 난민으로 인정하여야 한다(대판 2008.7.24. 2007두3930). - [원심판결 내용 중] 외국인에 의한 난민인정신청이 있을 경우 먼저 난민협약 등에서 정한 난민으로서 요건을 갖추었는지 여부를 확정 후, 그 요건을 갖춘 것으로 인정되는 경우에는 이를 기초로 그를 출입국관리법 제76조의2 제1항의 난민으로 인정하여 적법한 국내체재자격 부여 등 일정한 보호를 부여할 것인지, 아니면 난민으로 인정됨에도 불구하고 제3국으로 강제 퇴거시키거나 보호상태를 계속할 것인지 여부에 관한 적정한 재량을 행사하여야 한다.
- ③ (X) 구 수산업법 제61조 제1항 제2호, 제2항, 제98조 제8호, 수산업법 시행령 제40조 제1항 [별표 3]을 종합하면, 기선권현명어업의 조업구역의 경계가 되는 '경상남도과 전라남도의 도 경계선'은 지방자치법 제4조 제1항에 따라 결정되는 경상남도와 전라남도의 관할구역의 경계선을 의미한다. 한편 지방자치법 제4조 제1항은 지방자치단체의 관할구역 경계를 결정할 때 '중전'에 의하도록 하고 있고, 지방자치법 제4조 제1항 등의 개정 연혁에 비추어 보면 '중전'이라는 기준은 최초로 제정된 법률조항까지 순차 거슬러 올라가게 되므로, 1948.8.15. 당시 존재하던 관할구역의 경계가 원칙적인 기준이 되며, 공유수면에 대한 지방자치단체의 관할구역 경계 역시 같은 기준에 따라 1948.8.15. 당시 존재하던 경계가 먼저 확인되어야 하는데, 이는 결국 당시 해상경계선의 존재와 형태를 확인하는 사실인정의 문제이다. 원심은, 그 판시와 같은 이유에서 국토지리정보원이 발행한 국가기본도(지형도) 중 1948. 8. 15에 가장 근접한 1973년 지형도상의 해상경계선이 이 사건 허가 조업구역의 경계선인 '경상남도과 전라남도의 도 경계선(해상경계선)'이 되고 피고인들은 직접 또는 그 사용인이 모두 위 해양경계선을 넘어가 조업을 하였으므로 이 사건 공소사실이 모두 유죄로 인정된다고 판단하였다. 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고 거기에 상고이유 주장과 같은 좌회법정주의 위반, 수산업법령상 조업구역 확정 및 도계선의 결정에 관한 법리오해 등의 위법이 없다(대판 2015.6.11. 2013도14334).
- ④ (O) 어업허가구역의 범위를 판단할 때 고려되는 해상경계에 대한 행정관습법은 형벌의 구성요건을 정하고 그에 상응하는 형벌의 종류와 범위를 규정하는 처벌의 근거조항이 아니라 청구인의 조업구역을 확인하는 고려요소에 불과하므로, 당해 사건(수산업법 상 허가어업과 관련하여 허가구역 외에서의 조업행위를 기소한 형사재판)에서 적용되는 법률이라고 보기 어렵다(헌재 2016.12.29. 2013헌바436).

답 ④

20

A시장은 갑(甲)의 토지에 대해 표준지 공시지가를 적용하여 2억원의 개발부담금부과처분(1차 처분)을 하였다. 갑(甲)은 이 처분에 대해 행정심판을 청구하였고 행정심판위원회는 '표준지 공시지가를 적용한 것이 위법하다.'는 이유로 처분을 취소하는 재결을 하였다. 이에 따라 A시장은 갑(甲)의 동일한 토지에 대해 개별 토지가격을 적용하여 3억원의 개발부담금부과처분(2차 처분)을 하였다. 이에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① 행정심판위원회는 1차 개발부담금부과처분을 취소하는 재결을 하였으나 취소하지 않고 취소할 것을 명하는 재결을 할 수도 있다.
- ② 행정심판위원회의 취소재결이 있어도 1차 처분을 취소하는 A시장의 처분이 있어야 1차 처분의 효력이 소멸한다.
- ③ 2차 처분은 1차 처분에 대한 증액변경처분이 아니고 별도의 새로운 처분이므로 갑(甲)이 개발부담금부과 처분에 대해 취소소송을 제기할 경우 대상 처분은 2차 처분이다.
- ④ A시장의 2차 처분은 재결의 기속력에 반하는 것으로 위법하다.

해설

- ① (×) 행정심판 중 취소심판 재결로는 취소재결, 변경재결, 변경명령재결이 있으면 취소명령재결은 할 수 없다.
 - 행정심판법 제43조(재결의 구분) ③ 위원회는 취소심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 처분을 취소 또는 다른 처분으로 변경하거나 처분을 다른 처분으로 변경할 것을 피청구인에게 명한다.
 - 행정심판의 인용재결 유형

인용재결 유형	형성재결	이행재결	확인재결
취소심판 인용재결	취소재결, 변경재결	변경명령재결(취소명령재결은 없음)	
무효등확인심판 인용재결			처분 무효·유효·존재·부존재·실효확인재결
의무이행심판 인용재결	처분재결	처분명령재결	

- ② (×) 형성재결인 취소재결시 재결의 형성력에 의해 해당 행정처분은 별도의 행정처분을 기다릴 것 없이 당연히 취소되어 소멸된다.
 - 행정심판 재결의 내용이 처분을 취소하는 것일 때에는 그 재결의 형성력에 의하여 당해 처분은 별도의 행정처분을 기다릴 것 없이 당연히 취소되어 소멸되는 것이다. (대판 1998.4.24. 97누17131)
- ③ (○) 1차 처분은 취소재결로 소멸되었고 재결 후 이뤄진 2차 처분은 증액변경처분이 아니라 새로운 처분으로서 취소소송의 대상이 된다.
- ④ (×) 1차 처분에 대한 취소심판 인용재결에서의 위법 사유를 시정하여 2차 처분이 이뤄진 것이므로 재결의 기속력에 반한 것이 아니다.

답 ③