2016년도 서울시 9급 행정법 총론 Ⓐ형

[본 과목 풀이 시 학설 대립이나 다툼이 있는 경우 헌법재판소 결정 또는 대법원의 판례를 따름]

1. 행정법의 법원(法源)에 대한 설명 중 가장 옳은 것은?

① 헌법재판소 판례에 의하면 감사원규칙은 헌법에 근거가 없으므로 법규명령으로 인정되지 않는다.

② 법원(法源)을 법의 인식근거로 보면 헌법은 행정법의 법원이 될 수 없다.

③ 관습법은 성문법령의 흠결을 보충하기 때문에 법률유보 원칙에서 말하는 법률에 해당한다.

④ 행정법의 일반원칙은 다른 법원(法源)과의 관계에서 보충적 역할에 그치지 않으며 헌법적 효력을 갖기도 한다.

① [○] 감사원법

> 제52조(감사원규칙)
> 감사원은 감사에 관한 절차, 감사원의 내부 규율과 감사사무 처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다.

헌법재판소는 헌법이 규정하고 있는 법규명령의 형식을 예시적으로 판단한바 있으므로 감사원법에 의한 감사원규칙도 법규명령으로 인정될 수 있다.

② [○] 법원(法源)을 법의 인식근거로 보면 헌법은 행정법의 최고법원이 된다.

③ [○] 법률유보에 있어서의 '법률'은 국회에서 제정된 형식적 의미의 법률을 의미한다. 따라서 국회의 의결을 거치지 않은 명령이나 불문법(관습법)은 제외되나, 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 관하여 규정한 법규명령은 포함될 수 있다.

④ [×] 행정법의 일반원칙 중 평등의 원칙이나 비례의 원칙은 헌법에 근거가 있어 헌법적 효력을 갖는다.

정답 ④

2. 행정행위에 대한 설명으로 옳은 것은?

① 행정행위는 행정주체가 행하는 구체적 사실에 관한 법집행 작용이므로 공법상 계약, 공법상 합동행위도 행정행위에 포함된다.

② 구체적 사실을 규율하는 경우라도 불특정 다수인을 상대방으로 하는 처분이라면 행정행위가 아니다.

③ 사전결정(예비결정)은 단계화된 행정절차에서 최종적인 행정결정을 내리기 전에 이루어지는 행위이지만, 그 자체가 하나의 행정행위이기도 하다.

④ 부분허가(부분승인)는 본허가 권한과 분리되는 독자적인 행정행위이기 때문에 부분허가를 위해서는 본허가 이외에 별도의 법적 근거를 필요로 한다.

① [×] 행정행위란 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 권력적 단독행위인 공법행위(최협의설; 통설)이므로 공법상 계약, 공법상 합동행위는 행정행위에 포함되지 않는다.

② [×] 일반처분이란 행정청의 일반적 · 구체적 규율, 즉 불특정 다수인을 상대로 구체적인 법적효과를 가져오는 행위를 말한다. 통설 · 판례는 일반처분을 행정행위의 한 유형으로 본다.

③ [○] 사전결정이란 최종적인 행정결정을 내리기 전에 사전적인 단계에서 최종적 결정의 요건 중 일부에 대해 종국적인 판단으로서 내려지는 결정을 말한다. 사전결정은 그 자체가 하나의 행정행위이다.

④ [×] 부분허가처분권은 허가처분권에 포함되는 것이므로 허가에 법적근거만 있다면 별도의 근거 없이 부분허가결정을 할 수 있다.

정답 ③

3. 다음 중 행정주체가 아닌 것은?

① 법무부장관 ② 농지개량조합

③ 서울대학교 ④ 대구광역시

① [×] 법무부장관은 행정주체가 아닌 행정기관 중 행정청에 불과하다.

② [○] 농지개량조합은 특정한 행정목적을 위해 일정 자격을 가진 "사람의 결합체(집합체)"에 법인격이 부여된 공법상 사단법인에 해당한다.

③ [○] 영조물법인이란 일정한 행정목적을 달성하기 위하여 설립된 인적 · 물적 결합체에 공법상의 법인격을 부여한 경우를 말한다(EX. 한국도로공사, 한국전력공사, 한국은행, 산업은행, 서울대학교, 인천대학교, 국립중앙의료원, 한국방송공사 등).

④ [○] 대구광역시는 지방자치단체에 해당하여 행정주체가 된다.

정답 ①

※ 행정주체 정리

<table>
<tr><td rowspan="5">행정주체</td><td>국가</td><td></td><td></td></tr>
<tr><td rowspan="4">공공단체</td><td>지방자치단체</td><td>보통지방자치단체, 지방자치단체조합</td></tr>
<tr><td>공공조합
(=공법상 사단법인)</td><td>농업협동조합, 도시재개발조합, 대한변호사협회, 상공회의소, 농지개량조합, 의료보험조합 등</td></tr>
<tr><td>공법상 재단</td><td>한국연구재단, 인천문화재단, 안양공공예술재단 등</td></tr>
<tr><td>영조물법인</td><td>한국도로공사, 한국전력공사, 한국방송공사, 서울특별시 지하철공사, 한국은행, 서울대학교, 인천대학교, 국립중앙의료원, 과학기술원, 등</td></tr>
<tr><td>공무수탁사인</td><td></td><td>①교정업무를 수행하는 민영교도소
②별정우체국의 지정을 받아 체신업무를 수행하는 사인
③공공사업시행자로서 토지수용권을 행사하는 사인
④선박이나 항공기에서 경찰임무를 수행하는 선장 또는 기장 등</td></tr>
</table>

4. 확약에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

① 「행정절차법」은 확약에 관한 명문규정을 두고 있지 않다.

② 판례는 어업권면허에 선행하는 우선순위결정의 처분성을 인정하고 있다.

③ 확약을 행한 행정청은 확약의 내용인 행위를 하여야 할 자기구속적 의무를 지며, 상대방은 행정청에 그 이행을 청구할 권리를 갖게 된다.

④ 확약이 있은 이후에 사실적 · 법률적 상태가 변경되었다면 그와 같은 확약은 행정청의 별다른 의사표시 없이도 실효된다.

① [○] 행정절차법은 확약에 대한 명문규정을 두고 있지 아니하다. 이에 관하여, 행정청이 확약을 하기 위하여 법적 근거가 필요한지 여부에 대하여 견해의 대립이 있으나 본처분의 근거규정에 의하여 허용된다고 보는 견해가 일반적이다. (본처분권에 확약의 권한도 함께 부여 받고 있다고 보아야 할 것이다.)

② [×] 어업권면허에 선행하는 우선순위결정은 행정청이 우선권자로 결정된 자의 신청이 있으면 어업권면허처분을 하겠다는 것을 약속하는 행위로서 강학상 확약에 불과하고 행정처분은 아니다. (대판 1995. 1. 20. 94누6529)

③ [○] 확약이 행해지면 행정청은 확약의 내용인 행위를 하여야할 법적 의무를 지며 상대방에게는 행정청에 대한 확약내용의 이행청구권이 발생한다. 확약의 대상이 위법한 경우 확약의 구속력은 인정되지 않는다.

④ [○] **행정청의 확약 또는 공적인 의사표명이 그 자체에서 정한 유효기간을 경과한 경우 또는 이후 사실적·법률적 상태가 변경되었다면, 당연 실효되는지 여부(적극)**

행정청이 상대방에게 장차 어떤 처분을 하겠다고 확약 또는 공적인 의사표명을 하였다고 하더라도, 그 자체에서 상대방으로 하여금 언제까지 처분의 발령을 신청을 하도록 유효기간을 두었는데도 그 기간 내에 상대방의 신청이 없었다거나 확약 또는 공적인 의사표명이 있은 후에 사실적·법률적 상태가 변경되었다면, 그와 같은 확약 또는 공적인 의사표명은 행정청의 별다른 의사표시를 기다리지 않고 실효된다. (대판 1996. 8. 20. 95누1087)

정답 ②

5. 행정행위의 부관에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

① 허가가 갱신된 이후라고 하더라도, 갱신 전의 법위반사실을 이유로 허가를 취소할 수 있다.

② 부담의 불이행을 이유로 행정행위를 철회하는 경우라면 이익형량에 따른 철회의 제한이 적용되지 않는다.

③ 부관이 붙은 행정행위 전체를 소송의 대상으로 하였다가 부관만이 위법하다고 판단되는 경우에는 부관의 독립적 취소가 가능하다.

④ 기부채납의 부담을 이행하였다가 그 부담이 위법하여 취소가 되면 기부채납은 별도의 소송없이 당연히 부당이득이 된다.

① [○] **유료 직업소개사업의 허가갱신 후에 갱신 전의 법위반을 이유로 한 허가취소 가부(적극)**

유료직업 소개사업의 허가갱신은 허가취득자에게 종전의 지위를 계속 유지시키는 효과를 갖는 것에 불과하고 갱신 후에는 갱신 전의 법위반사항을 불문에 붙이는 효과를 발생하는 것이 아니므로 일단 갱신이 있은 후에도 갱신 전의 법위반사실을 근거로 허가를 취소할 수 있다. (대판 1982. 7. 27. 81누174)

② [×] 상대방이 부담을 통해 부과된 의무를 불이행하는 경우, 의무불이행은 행정행위의 철회사유가 되어 행정청은 주된 행정행위를 철회 할 수 있다. 이 경우 철회의 일반이론에 따라 이익형량의 원칙이 적용된다.

③ [×] 판례는 독립쟁송가능성이 인정되는 부담의 경우에만 독립취소를 인정한다. 부담외 부관에 대하여는 독립쟁송가능성 자체를 인정하지 않으므로 독립취소가능성의 문제는 제기되지 않는다. (즉, 부담의 독립취소가능성은 인정하나, 부진정 일부취소소송을 인정하지 않기에 부담 이외의 나머지 부관의 독립취소가능성은 부정한다.)

④ [×] 판례는 독립설의 입장에서 부담은 사법상 매매 등 법률행위의 동기 내지 연유에 그친다고 보는 것을 전제로 부담이 무효라 하더라도 그 부담의 이행으로 한 사법상 법률행위가 당연히 무효가 되는 것은 아니고 단지 법률행위의 취소사유가 될 뿐이라고 한다. 따라서 사법상 법률행위가 취소되지 않는 한 부당이득의 문제는 생기지 아니한다.

[판례] 행정처분에 붙인 부담인 부관이 무효가 되면 그 부담의 이행으로 한 사법상 법률행위도 당연히 무효가 되는지 여부(소극)

행정처분에 부담인 부관을 붙인 경우 부관의 무효화에 의하여 본체인 행정처분 자체의 효력에도 영향이 있게 될 수는 있지만, 그 처분을 받은 사람이 부담의 이행으로 사법상 매매 등의 법률행위를 한 경우에는 그 부관은 특별한 사정이 없는 한 법률행위를 하게 된 동기 내지 연유로 작용하였을 뿐이므로 이는 법률행위의 취소사유가 될 수 있음은 별론으로 하고 그 법률행위 자체를 당연히 무효화하는 것은 아니다. (대판 2009. 6. 25. 2006다18174)

정답 ①

6. 행정상 손해배상(국가배상)에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

① 국가배상은 공행정작용을 대상으로 하므로 국가배상청구 소송은 당사자소송이다.

② 대한민국 구역 내에 있다면 외국인에게도 국가배상청구권은 당연히 인정된다.

③ 공무원이 고의 또는 중과실로 불법행위를 하여 손해를 입힌 경우 피해자는 공무원 개인에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다.

④ 사무귀속주체와 비용부담주체가 동일하지 아니한 경우에는 사무귀속주체가 손해를 우선적으로 배상하여야 한다.

① [×] 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민이 국가 또는 공공단체에 배상을 청구하는 경우 국가 또는 공공단체에 대하여 그의 불법행위를 이유로 손해배상을 구함은 국가배상법이 정한 바에 따른다 하여도 이 역시 민사상의 손해배상책임을 특별법인 국가배상법이 정한데 불과하다. (대판 1972. 10. 10. 69다701)

② [×]

제7조 (외국인에 대한 책임)	이 법은 외국인이 피해자인 경우에는 해당 국가와 상호 보증이 있을 때에만 적용한다.

③ [○] 공무원의 위법행위가 고의·중과실에 기한 경우에는 비록 그 행위가 그의 직무와 관련된 것이라고 하더라도 그와 같은 행위는 그 본질에 있어서 기관행위로서의 품격을 상실하여 국가 등에게 그 책임을 귀속시킬 수 없으므로 공무원 개인에게 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담시키되, 다만 이러한 경우에도 그 행위의 외관을 객관적으로 관찰하여 공무원의 직무집행으로 보여질 때에는 피해자인 국민을 두텁게 보호하기 위하여 국가 등이 공무원 개인과 중첩적으로 배상책임을 부담하되 국가 등이 배상책임을 지는 경우에는 공무원 개인에게 구상할 수 있도록 함으로써 궁극적으로 그 책임이 공무원 개인에게 귀속되도록 하려는 것이라고 봄이 합당하다. (대판 (전원합의체) 1996. 2. 15. 95다38677)

④ [×]

국가배상법 제6조 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. ② 제1항의 경우에 손해를 배상한 자는 내부관계에서 그 손해를 배상할 책임이 있는 자에게 구상할 수 있다.

이 조항의 취지는 피해자가 피고를 잘못 지정함으로써 불이익을 받는 일이 없도록 하기 위한 것이다. 따라서 피해자는 사무귀속자 또는 비용부담자 중에서 선택적으로 청구권을 행사할 수 있다. 다만 사무귀속자와 비용부담자간에 누가 최종적인 배상책임자인가에 관한 문제가 발생한다.

정답 ③

7. 다음 중 사인의 공법행위에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

① 사인의 공법행위에는 행위능력에 관한 「민법」의 규정이 원칙적으로 적용된다.

② 판례에 의하면 「민법」상 비진의 의사표시의 무효에 관한 규정은 그 성질상 영업재개신고나 사직의 의사표시와 같은 사인의 공법행위에 적용된다.

③ 사인의 공법행위가 행정행위의 단순한 동기에 불과한 경우에는 그 하자는 행정행위의 효력에 아무런 영향을 미치지 않는다는 것이 일반적인 견해이다.

④ 공무원이 한 사직의사표시의 철회나 취소는 그에 터잡은 의원면직처분이 있을 때까지 할 수 있는 것이고, 일단 면직처분이 있고 난 이후에는 철회나 취소할 여지가 없다.

① [○] 행위능력에 관하여는 공법상 특별한 규정을 두어 민법의 행위능력규정을 배제하는 경우가 많다. 그러나 특별한 규정이 없는 경우 재산상 행위에 대하여는 민법규정이 유추적용된다는 것이 통설이다.

② [×] 사인의 공법행위중 정형적 · 단체적 성질이 강한 경우 민법규정은 적용되지 않거나 수정하여 적용된다. 예를 들어 민법상 비진의 의사표시의 무효에 관한 규정(민법 제107조 제1항 단서)은 그 성질상 영업재개신고나 일관사직의 의사표시와 같은 사인의 공법행위에 적용되지 않는다.

[판례] 공무원들이 임용권자 앞으로 일괄사표를 제출한 경우 그 사직원의 제출은 제출 당시 임용권자에 의하여 수리 또는 반려 중 어느 하나의 방법으로 처리되리라는 예측이 가능한 상태에서 이루어 진 것으로서 그 사직원에 따른 의원면직은 그 의사에 반하지 아니하고, 비록 사직원제출자의 내심의 의사가 사직할 뜻이 아니었다 하더라도 그 의사가 외부에 객관적으로 표시된 이상 그 의사는 표시된 대로 효력을 발하는 것이며, 민법 제107조 제1항 단서의 비진의 의사표시의 무효에 관한 규정은 그 성질상 사인의 공법행위에 적용되지 아니하므로 원고의 사직원을 받아들여 원고를 의원면직처분한 것을 당연무효라고 할 수 없다고 판단하였다. (대판 2000. 11. 14. 99두5481)

③ [○] 사인의 공법행위가 행정행위를 행하기 위한 단순한 동기인 경우에는 공법행위의 흠결은 행정행위의 효력에 아무런 영향을 미치지 않는다는 것이 통설이다.

④ [○] **공무원의 사직 의사표시의 철회 또는 취소가 허용되는 시한(=의원면직처분시)**

공무원이 한 사직 의사표시의 철회나 취소는 그에 터잡은 의원면직처분이 있을 때까지 할 수 있는 것이고, 일단 면직처분이 있고 난 이후에는 철회나 취소할 여지가 없다. (대판 2001. 8. 24. 99두9971)

정답 ②

8. 행정상 손실보상에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

① 민간기업을 토지수용의 주체로 정한 법률조항도 헌법 제23조 제3항에서 정한 공공필요를 충족하면 헌법에 위반되지 아니한다.

② 수용대상 토지의 보상가격이 당해 토지의 개별공시지가를 기준으로 하여 산정한 것보다 저렴하게 되었다는 사정만으로 그 보상액 산정이 위법한 것은 아니다.

③ 공익사업의 시행으로 지가가 상승하여 발생한 개발이익을 손실보상금액에 포함시키지 않더라도 헌법이 규정한 정당보상의 원리에 어긋나는 것은 아니다.

④ 토지소유자가 손실보상금의 액수를 다투고자 할 경우에는 사업시행자가 아니라 토지수용위원회를 상대로 보상금의 증액을 구하는 소송을 제기하여야 한다.

① [○] **민간기업에 의한 수용 자체의 위헌 여부(소극)**

헌법 제23조 제3항은 정당한 보상을 전제로 하여 재산권의 수용 등에 관한 가능성을 규정하고 있지만, 재산권 수용의 주체를 한정하지 않고 있다. 위 헌법조항의 핵심은 당해 수용이 공공필요에 부합하는가, 정당한 보상이 지급되고 있는가 여부 등에 있는 것이지, 그 수용의 주체가 국가인지 민간기업인지 여부에 달려 있다고 볼 수 없다. 또한 국가 등의 공적 기관이 직접 수용의 주체가 되는 것이든 그러한 공적 기관의 최종적인 허부판단과 승인결정하에 민간기업이 수용의 주체가 되는 것이든, 양자 사이에 공공필요에 대한 판단과 수용의 범위에 있어서 본질적인 차이를 가져올 것으로 보이지 않는다. 따라서 위 수용 등의 주체를 국가 등의 공적 기관에 한정하여 해석할 이유가 없다. (헌재 2009. 9. 24. 2007헌바114)

② [○] **토지수용보상액이 당해 토지의 개별공시지가를 기준으로 하여 산정한 지가보다 저렴하게 되었다는 사정만으로 그 보상액 산정이 위법한 것인지 여부(소극)**

토지수용보상액은 토지수용법 제46조 제2항 등 관계 법령에서 규정한 바에 따라 산정하여야 하는 것으로서, 지가공시및토지등의평가에관한법률 제10조의2 규정에 따라 결정·공시된 개별공시지가를 기준으로 하여 산정하여야 하는 것은 아니며, 관계 법령에 따라 보상액을 산정한 결과 그 보상액이 당해 토지의 개별공시지가를 기준으로 하여 산정한 지가보다 저렴하게 되었다는 사정만으로 그 보상액 산정이 잘못되어 위법한 것이라고 할 수는 없다. (대판 2002. 3. 29. 2000두10106)

③ [○]

토지보상법 제67조(보상액의 가격시점 등) ② 보상액을 산정할 경우에 해당 공익사업으로 인하여 토지등의 가격이 변동되었을 때에는 이를 고려하지 아니한다.

[판례] 헌법 제23조 제3항에서 규정한 "정당한 보상"이란 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하여야 한다는 완전보상을 뜻하는 것이지만, 공익사업의 시행으로 인한 개발이익은 완전보상의 범위에 포함되는 피수용토지의 객관적 가치 내지 피수용자의 손실이라고는 볼 수 없다. (헌재 1990. 6. 25. 89헌마107)

④ [×]

제85조 (행정소송의 제기)	② 제1항에 따라 제기하려는 행정소송이 보상금의 증감(增減)에 관한 소송인 경우 그 소송을 제기하는 자가 토지소유자 또는 관계인일 때에는 사업시행자를, 사업시행자일 때에는 토지소유자 또는 관계인을 각각 피고로 한다.

소송을 제기하는 자가 토지소유자 또는 관계인일 때에는 사업시행자를, 사업시행자일 때에는 토지소유자 또는 관계인을 각각 피고로 한다.

[판례] 토지수용법 제75조의2 제2항이 규정하는 보상금의 증감에 관한 소송의 소송종류(=공법상 당사자소송)

토지수용법 제75조의2 제2항의 규정은 그 제1항에 의하여 이의재결에 대하여 불복하는 행정소송을 제기하는 경우, 이것이 보상금의 증감에 관한 소송인 때에는 이의재결에서 정한 보상금이 증액 변경될 것을 전제로 하여 기업자를 상대로 보상금의 지급을 구하는 공법상의 당사자소송을 규정한 것으로 볼 것이다. (대판 1991. 11. 26. 91누285)

정답 ④

9.「행정소송법」 제18조 제3항에서 규정하고 있는 행정심판을 거칠 필요가 없는 경우가 아닌 것은?

① 동종사건에 관하여 이미 행정심판의 기각재결이 있은 때

② 서로 내용상 관련되는 처분 또는 같은 목적을 위하여 단계적으로 진행되는 처분 중 어느 하나가 이미 행정심판의 재결을 거친 때

③ 행정청이 사실심의 변론종결후 소송의 대상인 처분을 변경하여 당해 변경된 처분에 관하여 소를 제기하는 때

④ 법령의 규정에 의한 행정심판기관이 의결 또는 재결을 하지 못할 사유가 있는 때

행정심판을 거치지 않고, 직접 취소소송을 제기할 수 있는 경우(제18조 제3항)

③ 제1항 단서의 경우에 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 때에는 행정심판을 제기함이 없이 취소소송을 제기할 수 있다.

1. ① [○] 동종사건에 관하여 이미 행정심판의 기각재결이 있은 때
2. ② [○] 서로 내용상 관련되는 처분 또는 같은 목적을 위하여 단계적으로 진행되는 처분중 어느 하나가 이미 행정심판의 재결을 거친 때
3. ③ [○] 행정청이 사실심의 변론종결후 소송의 대상인 처분을 변경하여 당해 변경된 처분에 관하여 소를 제기하는 때
4. 처분을 행한 행정청이 행정심판을 거칠 필요가 없다고 잘못 알린 때

※ 행정심판 제기한 뒤 그 재결을 기다리지 않고 직접제소 할 수 있는 경우(제18조 제2항)

1. 행정심판청구가 있은 날로부터 60일이 지나도 재결이 없는 때
2. 처분의 집행 또는 절차의 속행으로 생길 중대한 손해를 예방하여야 할 긴급한 필요가 있는 때
3. ④ [×] 법령의 규정에 의한 행정심판기관이 의결 또는 재결을 하지 못할 사유가 있는 때
4. 그 밖의 정당한 사유가 있는 때

정답 ④

10. 다음 중 행정규칙에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

① 대법원 판례에 의하면, 법령보충적 행정규칙은 행정기관에 법령의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여한 상위 법령과 결합하여 대외적 효력을 갖게 된다.

② 대법원 판례에 의하면, 법령보충적 행정규칙은 상위 법령에서 위임한 범위 내에서 대외적 효력을 갖는다.

③ 헌법재판소 판례에 의하면, 헌법상 위임입법의 형식은 열거적이기 때문에, 국민의 권리 · 의무에 관한 사항을 고시 등 행정 규칙으로 정하도록 위임한 법률 조항은 위헌이다.

④ 헌법재판소 판례에 의하면, 재량준칙인 행정규칙도 행정의 자기구속의 법리에 의거하여 헌법소원심판의 대상이 될 수 있다.

① [○] ② [○] 법령의 규정이 특정 행정기관에 그 법령 내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서 그 권한 행사의 절차나 방법을 특정하고 있지 아니하여 수임행정기관이 행정규칙의 형식으로 그 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 정하고 있는 경우에는 그 행정규칙은 그것이 당해 법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 한 당해 법령과 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령으로서 효력을 가진다. (대판 2012. 2. 9. 2011두24101)

③ [×] **법률이 입법사항을 대통령령이나 부령이 아닌 고시와 같은 행정규칙의 형식으로 위임하는 것이 헌법 제40조, 제75조와 제95조 등과의 관계에서 허용되는지 여부(한정적극)**

오늘날 의회의 입법독점주의에서 입법중심주의로 전환하여 일정한 범위 내에서 행정입법을 허용하게 된 동기가 사회적 변화에 대응한 입법수요의 급증과 종래의 형식적 권력분립주의로는 현대사회에 대응할 수 없다는 기능적 권력분립론에 있다는 점 등을 감안하여 헌법 제40조와 헌법 제75조, 제95조의 의미를 살펴보면, 국회입법에 의한 수권이 입법기관이 아닌 행정기관에게 법률 등으로 구체적인 범위를 정하여 위임한 사항에 관하여는 당해 행정기관에게 법정립의 권한을 갖게 되고, 입법자가 규율의 형식도 선택할 수도 있다 할 것이므로, 헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 예시적인 것으로 보아야 할 것이고, 그것은 법률이 행정규칙에 위임하더라도 그 행정규칙은 위임된 사항만을 규율할 수 있으므로, 국회입법의 원칙과 상치되지도 않는다. 다만, 형식의 선택에 있어서 규율의 밀도와 규율영역의 특성이 개별적으로 고찰되어야 할 것이고, 그에 따라 입법자에게 상세한 규율이 불가능한 것으로 보이는 영역이라면 행정부에게 필요한 보충을 할 책임이 인정되고 극히 전문적인 식견에 좌우되는 영역에서는 행정기관에 의한 구체화의 우위가 불가피하게 있을 수 있다. 그러한 영역에서 행정규칙에 대한 위임입법이 제한적으로 인정될 수 있다. (헌재 2004. 10. 28. 99헌바91)

④ [○] 행정규칙이 재량권행사의 준칙으로서 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행을 이루게 되어 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관이 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는 경우에는 대외적인 구속력을 갖게 되어 헌법소원의 대상이 된다. (헌재 2011. 10. 25. 2009헌마588)

정답 ③

11. 행정계획에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

① 행정계획에는 변화가능성이 내재되어 있으므로, 국민의 신뢰보호를 위하여 계획보장청구권이 널리 인정된다.

② 이익형량을 전혀 하지 않았다면 위법하다고 볼 수 있으나, 이익형량의 고려사항을 일부 누락하였거나 이익형량에 있어 정당성이 결여된 것만으로는 위법하다고 볼 수 없다.

③ 일반적인 행정행위에 비하여 행정청에 폭넓은 재량권이 부여된다.

④ 행정계획은 항고소송의 대상이 될 수 없다.

① [×] 행정계획은 기존의 행정여건에 대한 분석이나 장래의 예측에 기초하여 수립되므로 행정계획은 변경가능성이 크다. 따라서 계획보장청구권은 일반적으로는 인정되기 힘들다고 보아야 할 것이다.

② [×] 행정주체는 구체적인 행정계획을 입안·결정함에 있어서 비교적 광범위한 형성의 자유를 가지는 것이지만, 행정주체가 가지는 이와 같은 형성의 자유는 무제한적인 것이 아니라 그 행정계획에 관련되는 자들의 이익을 공익과 사익 사이에서는 물론이고 공익 상호간과 사익 상호간에도 정당하게 비교교량하여야 한다는 제한이 있으므로, 행정주체가 행정계획을 입안·결정함에 있어서 ①이익형량을 전혀 행하지 아니하거나 ②이익형량의 고려 대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우 또는 ③이익형량을 하였으나 정당성과 객관성이 결여된 경우에는 그 행정계획결정은 형량에 하자가 있어 위법하게 된다. (대판 2007. 4. 12. 2005두1893)

③ [○] 계획재량에는 일반적인 행정재량에 비하여 넓은 범위의 폭넓은 재량이 부여되고 있다는 점에서는 이견이 없다.

④ [×] 국민에 대하여 구속력을 갖는 계획(협의의 구속적 행정계획)은 항고소송의 대상이 된다.

정답 ③

12. 행정의 실효성확보수단에 대한 설명으로 옳은 것은?

① 행정상 의무불이행에 대하여 법령에 의한 행정상 강제집행이 인정되는 경우에도 필요시 민사상 강제집행의 방법을 사용할 수 있다.

② 부작위의무 위반이 있는 경우, 별도의 규정이 없더라도 부작위의무의 근거인 금지규정으로부터 위반상태의 시정을 명할 수 있는 권한이 도출된다.

③ 건물을 불법점거하고 있는 경우, 건물의 명도의무는 일반적으로 행정대집행의 대상이 된다.

④ 「건축법」상 이행강제금 부과처분은 이에 대한 불복방법에 관하여 별도의 규정을 두지 않고 있으므로 이는 행정소송의 대상이 된다.

① [×] **아무런 권원 없이 국유재산에 설치한 시설물에 대하여 행정청이 행정대집행을 할 수 있음에도 민사소송의 방법으로 그 시설물의 철거를 구하는 것이 허용되는지 여부(소극)**[2017국9하]

이 사건 토지는 잡종재산인 국유재산으로서, 국유재산법 제52조는 "정당한 사유 없이 국유재산을 점유하거나 이에 시설물을 설치한 때에는 행정대집행법을 준용하여 철거 기타 필요한 조치를 할 수 있다."고 규정하고 있으므로, 관리권자인 보령시장으로서는 행정대집행의 방법으로 이 사건 시설물을 철거할 수 있고, 이러한 행정대집행의 절차가 인정되는 경우에는 따로 민사소송의 방법으로 피고들에 대하여 이 사건 시설물의 철거를 구하는 것은 허용되지 않는다고 할 것이다. (대판 2009. 6. 11. 2009다1122)

② [×] 부작위의무와 수인의무는 성질상 대체적 작위의무가 아니다. 또한 금지규정으로부터 작위의무명령권이 도출되는 것도 아니다.

[판례] 금지규정에서 작위의무 명령권이 당연히 도출되는지 여부(소극)[2017국9하]

행정대집행법 제2조는 대집행의 대상이 되는 의무를 "법률(법률의 위임에 의한 명령, 지방자치단체의 조례를 포함한다. 이하 같다)에 의하여 직접 명령되었거나 또는 법률에 의거한 행정청의 명령에 의한 행위로서 타인이 대신하여 행할 수 있는 행위"라고 규정하고 있으므로, 대집행계고처분을 하기 위하여는 법령에 의하여 직접 명령되거나 법령에 근거한 행정청의 명령에 의한 의무자의 대체적 작위의무 위반행위가 있어야 한다. 따라서 단순한 부작위의무의 위반, 즉 관계 법령에 정하고 있는 절대적 금지나 허가를 유보한 상대적 금지를 위반한 경우에는 당해 법령에서 그 위반자에 대하여 위반에 의하여 생긴 유형적 결과의 시정을 명하는 행정처분의 권한을 인정하는 규정(예컨대, 건축법 제69조, 도로법 제74조, 하천법 제67조, 도시공원법 제20조, 옥외광고물등관리법 제10조 등)을 두고 있지 아니한 이상, 법치주의의 원리에 비추어 볼 때 위와 같은 부작위의무로부터 그 의무를 위반함으로써 생긴 결과를 시정하기 위한 작위의무를 당연히 끌어낼 수는 없으며, 또 위 금지규정(특히 허가를 유보한 상대적 금지규정)으로부터 작위의무, 즉 위반결과의 시정을 명하는 권한이 당연히 추론(推論)되는 것도 아니다. (대판 1996. 6. 28. 96누4374)

③ [×] **도시공원시설 점유자의 퇴거 및 명도의무가 행정대집행법에 의한 대집행의 대상인지 여부(소극)**

도시공원시설인 매점의 관리청이 그 공동점유자 중의 1인에 대하여 소정의 기간 내에 위 매점으로부터 퇴거하고 이에 부수하여 그 판매 시설물 및 상품을 반출하지 아니할 때에는 이를 대집행하겠다는 내용의 계고처분은 그 주된 목적이 매점의 원형을 보존하기 위하여 점유자가 설치한 불법 시설물을 철거하고자 하는 것이 아니라, 매점에 대한 점유자의 점유를 배제하고 그 점유이전을 받는 데 있다고 할 것인데, 이러한 의무는 그것을 강제적으로 실현함에 있어 직접적인 실력행사가 필요한 것이지 대체적 작위의무에 해당하는 것은 아니어서 직접강제의 방법에 의하는 것은 별론으로 하고 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 되는 것은 아니다. (대판 1998. 10. 23. 97누157)

④ [○] 이행강제금 부과처분은 행정행위이므로 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다. 구법인 건축법 제82조 제3항의 이의제기를 청구 할 수 있다는 규정(과태료 불복절차 준용규정)은 삭제되었다. 따라서 행정심판과 행정소송을 제기 할 수 있다.

정답 ④

13. 처분의 신청에 대한 「행정절차법」의 내용으로 옳은 것은?

① 행정청은 신청인의 편의를 위하여 다른 행정청에 신청을 접수하게 할 수 있다.

② 행정청에 처분을 구하는 신청은 문서로만 가능하다.

③ 처분을 신청할 때 전자문서로 하는 경우에는 신청인의 컴퓨터 등에 입력된 때에 신청한 것으로 본다.

④ 행정청은 신청에 구비서류의 미비등 흠이 있는 경우에는 그 이유를 구체적으로 밝혀 접수된 신청을 되돌려 보내야 한다.

처분의 신청(제17조)

신 청 의 방법	② [×]	① 행정청에 처분을 구하는 신청은 문서로 하여야 한다. 다만, 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우와 행정청이 미리 다른 방법을 정하여 공시한 경우에는 그러하지 아니하다.
	③ [×]	② 제1항에 따라 처분을 신청할 때 전자문서로 하는 경우에는 행정청의 컴퓨터 등에 입력된 때에 신청한 것으로 본다.
신 청 에 대한 행 정 청 의 처리	④ [×]	⑤ 행정청은 신청에 구비서류의 미비 등 흠이 있는 경우에는 보완에 필요한 상당한 기간을 정하여 지체 없이 신청인에게 보완을 요구하여야 한다.
	① [○]	⑦ 행정청은 신청인의 편의를 위하여 다른 행정청에 신청을 접수하게 할 수 있다. 이 경우 행정청은 다른 행정청에 접수할 수 있는 신청의 종류를 미리 정하여 공시하여야 한다.

정답 ①

14. 다음 중 행정행위의 취소와 철회에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

① 특별한 사정이 없는 한 부담적 행정행위의 취소는 원칙적으로 자유롭지 않다.

② 수익적 행정행위에 대한 철회권유보의 부관은 그 유보된 사유가 발생하여 철회권이 행사된 경우 상대방이 신뢰보호원칙을 원용하는 것을 제한한다는 데 실익이 있다.

③ 철회권이 유보된 경우라도 수익적 행정행위의 철회에 있어서는 반드시 법적근거가 필요하다.

④ 판례는 불가쟁력이 생긴 행정처분이라도 공권의 확대화 경향에 따라 이에 대한 취소 또는 변경을 구할 신청권을 적극적으로 인정하고 있다.

① [×] 부담적 행정행위의 직권취소는 이익형량없이 행정청의 재량으로 직권으로 판단하며 일반적으로 자유롭다.

② [○] 수익적 행정행위에 대한 철회권유보의 부관은 그 유보된 사유가 발생하여 철회권이 행사된 경우 상대방이 유보사유를 미리 예측하고 있으므로 신뢰보호원칙을 원용하는 것을 제한한다는데 실익이 있다.

③ [×] 학설은 부담적 행정행위의 철회에 대하여 법적근거가 불요하다는 것이 통설이다. 다만 수익적 행정행위의 경우 법적근거요부에 대하여 필요설과 불요설이 대립하고 있다.[2015교행9] 이에 대하여 판례는 불요설의 입장이다.

[판례] 행정행위를 한 처분청은 그 처분 당시에 그 행정처분에 별다른 하자가 없었고 또 그 처분 후에 이를 취소할 별도의 법적 근거가 없다 하더라도 원래의 처분을 그대로 존속시킬 필요가 없게 된 사정변경이 생겼거나 또는 중대한 공익상의 필요가 발생한 경우에는 별개의 행정행위로 이를 철회하거나 변경할 수 있다. (대판 1992. 1. 17. 91누3130)

④ [×] **제소기간이 도과하여 불가쟁력이 생긴 행정처분에 대하여 국민에게 그 변경을 구할 신청권이 있는지 여부(원칙적 소극)**

제소기간이 이미 도과하여 불가쟁력이 생긴 행정처분에 대하여는 개별 법규에서 그 변경을 요구할 신청권을 규정하고 있거나 관계 법령의 해석상 그러한 신청권이 인정될 수 있는 등 특별한 사정이 없는 한 국민에게 그 행정처분의 변경을 구할 신청권이 있다 할 수 없다. (대판 2007. 4. 26. 2005두11104)

정답 ②

15. 다음 중 항고소송의 대상이 되는 행정처분을 모두 고른 것은?

ㄱ. 국가인권위원회의 성희롱결정 및 시정조치권고
ㄴ. 지목변경신청 반려행위
ㄷ. 반복된 제2차 대집행계고
ㄹ. 국세환급금결정 신청에 대한 환급거부결정
ㅁ. 지방계약직공무원에 대한 보수삭감 조치

① ㄱ, ㄴ, ㅁ

② ㄱ, ㄹ, ㅁ

③ ㄴ, ㄹ, ㅁ

④ ㄱ, ㄴ, ㄷ, ㄹ

ㄱ. [○] **구 남녀차별금지및구제에관한법률상 국가인권위원회의 성희롱결정 및 시정조치권고가 행정소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는지 여부(적극)**

국가인권위원회의 성희롱결정과 이에 따른 시정조치의 권고는 불가분의 일체로 행하여지는 것인데 국가인권위원회의 이러한 결정과 시정조치의 권고는 성희롱 행위자로 결정된 자의 인격권에 영향을 미침과 동시에 공공기관의 장 또는 사용자에게 일정한 법률상의 의무를 부담시키는 것이므로 국가인권위원회의 성희롱결정 및 시정조치권고는 행정소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 보지 않을 수 없다. (대판 2005. 7. 8. 2005두487)

ㄴ. [○] **지적공부 소관청의 지목변경신청 반려행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는지 여부(적극)**

지목은 토지에 대한 공법상의 규제, 개발부담금의 부과대상, 지방세의 과세대상, 공시지가의 산정, 손실보상가액의 산정 등 토지행정의 기초로서 공법상의 법률관계에 영향을 미치고, 토지소유자는 지목을 토대로 토지의 사용·수익·처분에 일정한 제한을 받게 되는 점 등을 고려하면, 지목은 토지소유권을 제대로 행사하기 위한 전제요건으로서 토지소유자의 실체적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있으므로 지적공부 소관청의 지목변경신청 반려행위는 국민의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다. (대판 (전원합의체) 2004. 4. 22. 2003두9015)

ㄷ. [×] **위법건축물에 대한 철거명령 및 계고처분에 불응하자 제2차, 제3차로 행한 계고처분이 행정처분인지 여부**

건물의 소유자에게 위법건축물을 일정기간까지 철거할 것을 명함과 아울러 불이행할 때에는 대집행한다는 내용의 철거대집행 계고처분을 고지한 후 이에 불응하자 다시 제2차, 제3차 계고서를 발송하여 일정기간까지의 자진철거를 촉구하고 불이행하면 대집행을 한다는 뜻을 고지하였다면 행정대집행법상의 건물철거의무는 제1차 철거명령 및 계고처분으로서 발생하였고 제2차, 제3차의 계고처분은 새로운 철거의무를 부과한 것이 아니고 다만 대집행기한의 연기통지에 불과하므로 행정처분이 아니다. (대판 1994. 10. 28. 94누5144)

ㄹ. [×] **국세의 환급결정 또는 환급신청에 대한 거부결정이 항고소송의 대상인 행정처분인지 여부(소극)**

조세의 오납액, 초과납부액 또는 환급세액에 대한 납세의무자의 환급청구권은 오납액의 경우에는 납부 또는 징수시에, 초과납부세액의 경우에는 신고 또는 과세처분의 취소 또는 경정에 의하여 조세채무의 전부 또는 일부가 소멸한 때에, 환급세액의 경우에는 각 개별세법에서 규정한 환급요건이 충족된 때에 각 확정되는 것으로서 과세관청의 환급결정에 의하여 비로소 확정되는 것은 아니므로 국세기본법이나 개별세법에서 위와 같은 과오납액이나 환급세액의 환급에 관한 절차를 규정하고 있다고 하여도 이는 과세관청의 내부적 사무처리절차에 지나지 않을 뿐이고 이러한 환급절차에 따른 환급결정 또는 환급신청에 대한 거부결정은 납세자가 갖는 환급청구권의 존부나 범위에 구체적이고 직접적인 영향을 미치는 처분이 아니므로 항고소송의 대상이 되는 처분이라고 볼 수 없다. (대판 1990. 2. 13. 88누6610)

ㅁ. [○] 보수의 삭감은 이를 당하는 공무원의 입장에서는 징계처분의 일종인 감봉과 다를 바 없다.[2017국회8](대판 2008. 6. 12. 2006두16328)

정답 ①

16. 다음 중 행정질서벌에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

① 행정질서벌이란 행정법규 위반에 대한 제재로서 과태료가 과하여지는 행정벌을 말한다.

② 하나의 행위가 둘 이상의 질서위반행위에 해당하는 경우에는 각 질서위반행위에 대하여 정한 과태료를 각각 부과한다.

③ 자신의 행위가 위법하지 아니한 것으로 오인하고 행한 질서위반행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 과태료를 부과하지 아니한다.

④ 신분에 의하여 성립하는 질서위반행위에 신분이 없는 자가 가담한 때에는 신분이 없는 자에 대하여도 질서위반행위가 성립한다.

① [○] 행정질서벌이란 과태료가 과해지는 행정벌을 의미한다.

② [×] 질서위반행위규제법

제13조 (수개의 질서위반행위의 처리)	① 하나의 행위가 2 이상의 질서위반행위에 해당하는 경우에는 각 질서위반행위에 대하여 정한 과태료 중 가장 중한 과태료를 부과한다.

③ [○]

제8조 (위법성의 착오)	자신의 행위가 위법하지 아니한 것으로 오인하고 행한 질서위반행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 과태료를 부과하지 아니한다.

④ [○]

제12조 (다수인의 질서위반행위 가담)	① 2인 이상이 질서위반행위에 가담한 때에는 각자가 질서위반행위를 한 것으로 본다.[2017교행9] ② 신분에 의하여 성립하는 질서위반행위에 신분이 없는 자가 가담한 때에는 신분이 없는 자에 대하여도 질서위반행위가 성립한다.

정답 ②

17. 다음 중 사정판결에 대한 내용으로 옳지 않은 것은?

① 사정판결을 함에 있어서는 그 판결의 주문에서 그 처분 등이 위법함을 명시하여야 한다.

② 법원은 처분등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정하는 때에는 원고의 청구가 이유있다고 인정하는 경우에도 원고의 청구를 기각할 수 있다.

③ 법원이 사정판결을 함에 있어서는 미리 원고가 그로 인하여 입게 될 손해의 정도와 배상방법, 그 밖의 사정을 조사하여야 한다.

④ 사정판결이 있는 경우 원고는 피고인 행정청이 속하는 국가 또는 공공단체를 상대로 손해배상청구를 당해 취소소송등이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 없다.

제28조 (사정판결)	①원고의 청구가 이유있다고 인정하는 경우에도 ② [○] 처분등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정하는 때에는 법원은 원고의 청구를 기각할 수 있다. ① [○] 이 경우 법원은 그 판결의 주문에서 그 처분등이 위법함을 명시하여야 한다. ② ③ [○] 법원이 제1항의 규정에 의한 판결을 함에 있어서는 미리 원고가 그로 인하여 입게 될 손해의 정도와 배상방법 그 밖의 사정을 조사하여야 한다. ③ ④ [×] 원고는 피고인 행정청이 속하는 국가 또는 공공단체를 상대로 손해배상, 제해시설의 설치 그 밖에 적당한 구제방법의 청구를 당해 취소소송등이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 있다.

정답 ④

18. 다음은「건축법」제11조의 일부이다. 이 법의 적용에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

> 제11조(건축허가) ① 건축물을 건축하거나 대수선하려는 자는 특별자치시장 · 특별자치도지사 또는 시장 · 군수 · 구청장의 허가를 받아야 한다. 〈이하 생략〉
> ② 내지 ④ 〈생략〉
> ⑤ 제1항에 따른 건축허가를 받으면 다음 각 호의 허가 등을 받거나 신고를 한 것으로 보며, 공장건축물의 경우에는「산업 집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」제13조의2와 제14조에 따라 관련 법률의 인 · 허가등이나 허가등을 받은 것으로 본다.
> 1. 내지 6. 〈생략〉
> 7.「농지법」제34조, 제35조 및 제43조에 따른 농지전용허가 · 신고 및 협의
> 8. 내지 21. 〈생략〉
> ⑥ 허가권자는 제5항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항이 다른 행정기관의 권한에 속하면 그 행정기관의 장과 미리 협의하여야 하며, 〈이하 생략〉
> ⑦ 내지 ⑩ 〈생략〉

① 서울시장은 건축허가를 하는 경우「농지법」상 농지전용허가에 대한 절차도 준수하여야 한다.

② 서울시장은 농림축산식품부장관이 제6항의 규정에 의한 협의에서 농지전용허가를 하지 않기로 결정한 경우 건축허가를 할 수 없다.

③ 서울시장이 농지전용허가 요건 불비를 이유로 건축불허가를 한 때에는 농지전용허가 거부처분에 대한 취소소송을 제기하여야 한다.

④ 판례는 주무행정기관에 신청되거나 의제되는 인 · 허가 요건의 판단방식에 관하여 실체집중설을 취하고 있다.

① [×] 주무행정기관은 주된 허가에 규정된 절차만 거치면 되는지 혹은 인·허가가 의제되는 법률에서 요구하는 절차까지 거쳐야 하는지 문제된다. 이에 대해 판례는 신청된 주된 허가에 요구되는 절차만 거치면 되고, 의제되는 인·허가에 규정된 절차는 거칠 필요가 없다고 본다(절차집중설).

② [○] ④ [×]

다수설과 판례는 주무 행정기관은 의제되는 인 · 허가 요건까지 모두 구비한 경우에 주된 신청에 대한 허가를 할 수 있다고 본다.(실체집중부정설)

③ [×] 판례는 주무행정기관이 주된 인·허가의 신청에 대하여 의제되는 인·허가와 관련된 사유로 거부처분을 한 경우, 행정쟁송의 대상은 의제되는 인·허가가 아닌 주된 인·허가의 거부처분을 대상으로 행정쟁송을 제기하여야 한다는 입장이다.

정답 ②

19. 「행정소송법」상 집행정지에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

① 집행정지는 본안사건이 법원에 계속되어 있을 것을 요건으로 한다.

② 집행정지결정을 한 후에 본안소송이 취하되더라도 그 집행정지 결정의 효력이 당연히 소멸하는 것은 아니고, 별도의 취소조치를 필요로 한다.

③ 집행정지의 결정이 확정된 후라도 집행정지가 공공복리에 중대한 영향을 미치는 경우 당사자의 신청 또는 직권에 의해 집행정지결정을 취소할 수 있다.

④ 집행정지의 소극적 요건에 대한 주장 · 소명책임은 행정청에 있다.

① [○] ② [×]

제23조 (집행정지)	②취소소송이 제기된 경우에 처분등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지(이하 "執行停止"라 한다)를 결정할 수 있다.

[판례] 행정사건의 본안소송의 취하가 행정처분집행정지결정에 미치는 영향

행정처분의 집행정지는 행정처분집행 부정지의 원칙에 대한 예외로서 인정되는 일시적인 응급처분이라 할 것이므로 집행정지결정을 하려면 이에 대한 본안소송이 법원에 제기되어 계속중임을 요건으로 하는 것이므로 집행정지결정을 한 후에라도 본안소송이 취하되어 소송이 계속하지 아니한 것으로 되면 집행정지결정은 당연히 그 효력이 소멸되는 것이고 별도의 취소조치를 필요로 하는 것이 아니다. (대판 1975. 11. 11. 75누97)

③ [○]

제24조 (집행정지의 취소)	①집행정지의 결정이 확정된 후 집행정지가 공공복리에 중대한 영향을 미치거나 그 정지사유가 없어진 때에는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 집행정지의 결정을 취소할 수 있다.

④ [○] 제23조 제3항에서 규정하고 있는 집행정지의 장애사유로서의 '공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려'라 함은 일반적·추상적인 공익에 대한 침해의 가능성이 아니라 당해 처분의 집행과 관련된 구체적·개별적인 공익에 중대한 해를 입힐 개연성을 말하는 것으로서 이러한 집행정지의 소극적 요건에 대한 주장·소명책임은 행정청에게 있다. (대결 2004. 5. 17. 2004무6)

정답 ②

20. 갑(甲)은 A행정청에 허가 신청을 하였으나 거부되었고, 이에 대해 거부처분 취소소송을 제기하여 인용판결이 확정되었다. 이에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

① 위 거부처분이 절차의 위법을 이유로 취소된 경우에는 A행정청은 적법한 절차를 거쳐 다시 거부처분을 할 수 있다.

② 위 거부처분이 실체적 위법을 이유로 취소된 경우에는 A행정청은 취소판결의 기속력에 의해 다시 거부처분을 할 수 없고, 갑에게 허가처분을 하여야 한다.

③ A행정청이 기속력에 반하는 재처분을 한 경우, 그 처분은 당연무효이다.

④ A행정청이 재처분을 하였더라도 기속력에 위반된 경우에는 간접강제의 대상이 된다.

① [○] ② [×]

제30조 (취소판결등의 기속력)	②판결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다.

거부처분이 취소된 경우(제30조 제2항)

절차상의 이유로 취소된 경우	행정청은 적법한 절차에 따라 실체적 요건을 검토하여 다시 거부처분을 할 수도 있다(반드시 인용처분을 해야 하는 것이 아니다.).
실체법상의 위법을 이유로 취소된 경우 2017지9	〈원칙〉 이 경우 판례의 취지는 상대방의 신청을 인용하지 않는 것이 위법이라는 것이므로 원칙적으로 행정청은 인용처분을 하여야 한다. 재량행위의 경우에도 재량이 '0'으로 수축된 경우에는 인용처분을 하여야 한다. 〈예외〉 ①기속력은 처분시의 위법사유를 기준으로 하므로 거부처분 이후의 사유(법령의 개정 또는 사실관계의 변경)를 이유로 다시 거부처분을 할 수 있다. ②처분시의 위법사유와 기본적 사실의 동일성이 없는 사유를 근거로 다시 거부처분을 할 수 있다. ③재량행위의 경우 재량이 '0'으로 수축되지 않는 경우에는 새롭게 재량을 행사하여 동일한 처분을 할 수 있다.

③ [○] 행정소송법 제30조 제1항, 제2항의 규정에 의하면 행정처분을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청을 기속하고 판결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하도록 되어 있으므로, 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. (대판 1990. 12. 11. 90누3560)

④ [○]

제34조 (거부처분취소판결의 간접강제)	①행정청이 제30조제2항의 규정에 의한 처분을 하지 아니하는 때에는 제1심수소법원은 당사자의 신청에 의하여 결정으로써 상당한 기간을 정하고 행정청이 그 기간내에 이행하지 아니하는 때에는 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 할 것을 명하거나 즉시 손해배상을 할 것을 명할 수 있다.

[판례] 거부처분취소판결의 간접강제신청에 필요한 요건

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 마찬가지라 할 것이므로 이러한 경우에는 행정소송법 제30조 제2항, 제34조 제1항 등에 의한 간접강제신청에 필요한 요건을 갖춘 것으로 보아야 한다. (대결 2002. 12. 11. 2002무22)

정답 ②