

## 2021. 4. 17. 국가직9급 행정법총론 나책형 총평

### 1. 난이도

- 전체적으로 평이한 시험이었습니다. 다만 지문별 난이도는 평이하나, 문제 구성의 난이도가 제법 있는 편입니다. 문제 유형별로 사례형 문제가 3문, 박스형 4문, 질의응답형 문제 1문, 옳은 것을 고르는 문제가 6문으로 기존 시험보다 시간소모가 많았을 것입니다.
- 합격가능권 평균 90~85점 예상합니다. 변별력 있는 문제는 9번(행정행위), 14번(개인정보보호법), 15번(취소소송의 제소기간), 18번(거부처분 취소소송) 등입니다. 이 중 9번과 14번은 소거법으로 정답을 고르는 데에는 큰 무리가 없었을 것입니다.
- 그리고 마지막 19번과 20번은 종합사례형 문제이지만 정답 자체는 평이하기 때문에 시간에 쫓긴 수험생과 찬찬히 읽어볼 수 있었던 수험생 간에 편차가 클 것 같습니다.

### 2. 출제영역

2020 국가직9급 단원별 출제경향		
행정법서론	행정법 일반	●●
	행정상 법률관계	
	사인의 공법행위	
행정작용	행정입법	●
	행정행위	●●●
	기타 행정작용	●●
행정과정	행정절차	
	정보공개	●
	개인정보보호	●
행정의 실효성 확보수단	행정강제	●●
	행정조사	
	행정벌	
	종합문제	●
행정구제	국가배상	●
	손실보상	
	행정심판	●
	취소소송	●●●
	기타 행정소송	
	종합문제	●●

### 3. 특징

- 국가배상 1문 그리고 행정쟁송 부분에 종합형 문제를 포함한 6문을 집중시킨 출제였습니다. 행정심판은 이론형으로 평이하였고, 손실보상은 출제되지 않았습니다.

- 나책형 기준 11번(대집행과 이행강제금) 문제는 갑과 을의 대화로 구성된 <질의응답형>으로 기존에 잘 보이지 않던 유형입니다.

그리고 18번 공사중지명령해제신청거부에 대한 사례형 문제는 판례 전반을 이해하고 있는지, 19번 사례형 문제 역시 행정처분에 관한 여러 쟁점을 한꺼번에 물어보는 종합형 문제였습니다.

14번(개인정보보호)과 15번(취소소송의 제소기간)문제 역시 개정된 최신법령의 내용과 기존의 기출에서 잘 다루지 않던 판례지문을 담고 있는 고난도 문제였습니다. 기존의 기출문제를 눈에만 익히는 식의 공부를 넘어서 이해를 동반한 정확한 정리를 요구한다고 보여집니다.

- 시험 자체의 난이도보다는, 시간 분배 여부에 따라 차이가 클 것 같습니다. 판례지문이 여전히 80%이상 많은 비중을 차지하고 있으므로 20년 선고분 최신판례지문을 비롯한 3개년 최신판례는 꼭 준비하셔야 할 것입니다. 특히 쟁점별 대표판례를 꼼꼼히 공부해두시면 사례형 문제를 저절로 대비하는 효과가 있을 것입니다.

수험생 여러분 정말 수고하셨습니다!

**1. 행정법의 법원(法源)에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ① 지방자치단체가 제정한 조례가 헌법에 의하여 체결·공포된 조약에 위반되는 경우 그 조례는 효력이 없다.
- ② 행정소송에 관하여 「행정소송법」에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 「법원조직법」과 「민사소송법」 및 「민사집행법」의 규정을 준용한다.
- ③ 평등원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 차별을 배제하는 상대적 평등을 뜻한다.
- ④ 개정 법령이 기존의 사실 또는 법률관계를 적용대상으로 하면서 국민의 재산권과 관련하여 종전보다 불리한 법률효과를 규정하고 있는 경우, 그러한 사실 또는 법률관계가 개정 법령이 시행되기 이전에 이미 완성 또는 종결된 것이 아니라면 소급입법금지 원칙에 위반된다.

**정답** ④

**해설** [×] 법령의 적용대상인 사실 또는 법률관계가 개정 법령이 시행되기 이전에 이미 완성 또는 종결된 것이 아니라면 이는 진정 소급입법이 아니라 사실 또는 법률관계가 진행 중에 개정된 부진정소급입법의 시유이므로 개정법령의 적용이 원칙적으로 허용된다. 따라서 (진정)소급입법금지원칙에 위반되지 아니한다.

**판례** 행정처분은 그 근거 법령이 개정된 경우에도 경과 규정에서 달리 정함이 없는 한 처분 당시 시행되는 개정 법령과 그에서 정한 기준에 의하는 것이 원칙이고, 개정 법령이 기존의 사실 또는 법률관계를 적용대상으로 하면서 국민의 재산권과 관련하여 종전보다 불리한 법률효과를 규정하고 있는 경우에도 그러한 사실 또는 법률관계가 개정 법령이 시행되기 이전에 이미 완성 또는 종결된 것이 아니라면 이를 헌법상 금지되는 소급입법에 의한 재산권 침해라고 할 수는 없다(대판 2020. 7. 23, 2019두31839).

①:[O] 조약은 국내 법률과 동일한 효력을 지니므로, 상위의 성문법원인 조약에 위반되는 조례는 효력이 없다.

**판례** 특정 지방자치단체의 초·중·고등학교에서 실시하는 학교급식을 위해 위 지방자치단체에서 생산되는 우수 농수축산물과 이를 재료로 사용하는 가공식품(이하 '우수농산물'이라 한다)을 우선적으로 사용하도록 하고 그러한 우수농산물을 사용하는 자를 선별하여 식재료나 식재료 구입비의 일부를 지원하며 지원을 받은 학교는 지원금을 반드시 우수농산물을 구입하는 데 사용하도록 하는 것을 내용으로 하는 위 지방자치단체의 조례안이 내국민대우원칙을 규정한 「1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정(General Agreement on Tariffs and Trade 1994)」에 위반되어 그 효력이 없다(대판 2005. 9. 9, 2004추10)

②:[O] 행정소송법 제8조 제2항 [행정소송의 법원]

**행정소송법 제8조(법적용예)** ① 행정소송에 대하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 의한다.

② 행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용한다.

③:[O] 헌법상 평등원칙은 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게 취급함을 금지하는 것으로서, 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 뜻한 것이 아니라 입법을 하고 법을 적용할 때에 합리적인 근거가 없는 차별을 하여서는 아니된다는 상대적 평등을 뜻하므로, 합리적 근거가 있는 차별 또는 불평등은 평등의 원칙에 반하지 아니한다(대판 2018. 10. 25, 2018두44302).

**2. 행정법의 일반원칙에 관련된 다음의 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ① 국가가 국민의 생명·신체의 안전에 대한 보호의무다하지 않았는지 여부를 헌법재판소가 심사할 때에는 국가가 이를 보호하기 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는가 하는 '과소보호 금지원칙'의 위반 여부를 기준으로 삼는다.
- ② 행정청이 조합설립추진위원회의 설립승인 심사에서 위법한 행정처분을 한 선례가 있는 경우에는, 행정청에 대해 자기구속력을 갖게 되어 이후에도 그러한 기준에 따라야 한다.
- ③ 공무원 임용신청 당시 잘못 기재된 호적상 출생연월일을 생년월일로 기재하고, 임용 후 36년 동안 이를 제기하지 않다가, 정년을 1년 3개월 앞두고 정정된 출생연월일을 기준으로 정년연장을 요구하는 것은 신의성실의 원칙에 반한다.
- ④ 일반적으로 행정청이 폐기물처리업 사업계획에 대한 적정통보를 한 경우 이는 토지에 대한 형질변경신청을 허가하는 취지의 공적 견해표명까지도 포함한다.

**정답** ①

**해설** [O] 국가의 보호의무를 입법자가 어떻게 구체적으로 실현하여야 할 것인가 하는 문제는 입법자의 책임범위에 속하므로, 헌법재판소는 권력분립의 관점에서 소위 과소보호금지원칙을, 즉 국가가 국민의 법익보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가를 기준으로 심사하게 되어, 결국 헌법재판소로서는 국가가 특정조치를 취해야만 당해 법익을 효율적으로 보호

할 수 있는 유일한 수단인 특정조치를 취하지 않은 때에 보호의무의 위반을 확인하게 된다(헌재 1997. 1. 16, 90헌마110·136 병합).

**판례** 국가가 인간다운 생활을 보장하기 위한 헌법적인 의무를 다하였는지의 여부가 사법적 심사의 대상이 된 경우에는, 국가가 생계보호에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다든가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 헌법에 위반된다고 할 수 있다(헌재 1997. 5. 29, 94헌마33).

②:[X] 자기구속의 원칙이 적용되기 위해서는 적법한 관행이 요구되므로, 그 관행(선례)가 위법인 경우에는 자기구속의 원칙이 적용되지 않는다는 것이 판례이다.

**판례** 위법한 행정처분이 수차례에 걸쳐 반복적으로 행하여졌다 하더라도 그러한 처분이 위법한 것인 때에는 행정청에 대하여 자기구속력을 갖게 된다고 할 수 없다(대판 2009. 6. 25, 2008두13132).

③:[X] 공무원의 연령은 호적을 기준으로 하는 바, 정정된 호적을 기준으로 정년연장을 요구하는 것만으로 신의성실의 원칙에 반하는 것은 아니라는 것이 판례의 태도이다.

**판례** 지방공무원 임용신청 당시 잘못 기재된 호적상 출생년월일을 생년월일로 기재하고, 이에 근거한 공무원인사기록카드의 생년월일 기재에 대하여 처음 임용된 때부터 약 36년 동안 전혀 이의를 제기하지 않다가, 정년을 1년 3개월 앞두고 호적상 출생년월일을 정정한 후 그 출생년월일을 기준으로 정년의 연장을 요구하는 것은 신의성실의 원칙에 반하지 않는다(대판 2009. 3. 26, 2008두21300).

④:[X] 폐기물처리업 사업계획에 대한 적정통보에 토지형질변경 내지 국토이용계획변경의 공적인 견해표명이 있는 것은 아니다.

**판례** 폐기물처리업 사업계획에 대한 적정통보 중에 토지에 대한 형질변경신청을 허가하는 취지의 공적 견해표명이 있다고 볼 수 없다(대판 1998. 9. 25, 98두6494).

### 3. 행정행위의 부관에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정처분과 부관 사이에 실제적 관련성이 있다고 볼 수 없는 경우, 공무원이 공법상의 제한을 회피할 목적으로 행정처분의 상대방과 사이에 사법상 계약을 체결하는 형식을 취하였다라도 법치행정의 원리에 반하는 것으로서 위법하다고 볼 수 없다.
- ② 처분 당시 법령을 기준으로 처분에 부가된 부담이 적법하였더라도, 처분 후 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거 법령이 개정됨으로써 행정청이 더 이상 부관을 붙일 수 없게 되었다면 그때부터 부담의 효력은 소멸한다.

③ 부담의 이행으로서 하게 된 사법상 매매 등의 법률행위는 부담을 붙인 행정처분과는 별개의 법률행위이므로, 그 부담의 불가쟁력의 문제와는 별도로 법률행위가 사회질서 위반이나 강행규정에 위반되는지 여부 등을 따져보아 그 법률행위의 유효 여부를 판단하여야 한다.

④ 허가에 붙은 기한이 그 허가된 사업의 성질상 부당하게 짧아서 이 기한이 허가 자체의 존속기간이 아니라 허가조건의 존속기간으로 해석되는 경우에는 허가 여부의 재량권을 가진 행정청은 허가조건의 개정만을 고려할 수 있고, 그 후 당초의 기한이 상당기간 연장되어 그 기한이 부당하게 짧은 경우에 해당하지 않게 된 때라도 더 이상의 기간연장을 불허할 수는 없다.

**정답** ③

**해설** [O] 행정처분에 붙은 부담인 부관이 제소기간의 도과로 확정되어 이미 불가쟁력이 생겼다면 그 하자가 중대하고 명백하여 당연 무효로 보아야 할 경우 외에는 누구나 그 효력을 부인할 수 없을 것이지만, **부담의 이행으로서 하게 된 사법상 매매 등의 법률행위는 부담을 붙인 행정처분과는 어디까지나 별개의 법률행위이므로 그 부담의 불가쟁력의 문제와는 별도로 법률행위가 사회질서 위반이나 강행규정에 위반되는지 여부 등을 따져보아 그 법률행위의 유효 여부를 판단하여야 한다**(대판 2009. 6. 25, 2006다18174).

• **기부채납의 부담을 이행하였다가 그 부담이 위법하여 취소가 되면 기부채납은 별도의 소송 없이 당연히 부당이득이 된다.** [16 서울9판] [X]

①:[X] 행정처분과 부관 사이에 실제적 관련성이 있다고 볼 수 없는 경우, 공무원이 위와 같은 공법상의 제한을 회피할 목적으로 행정처분의 상대방과 사이에 사법상 계약을 체결하는 형식을 취하였다면 이는 법치행정의 원리에 반하는 것으로서 위법하다(대판 2009. 12. 10, 2007다63966).

②:[X] 행정청이 수의적 행정처분을 하면서 부가한 부담의 유효 여부는 처분 당시 법령을 기준으로 판단하여야 하고, 부담이 처분 당시 법령을 기준으로 적법하다면 처분 후 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거 법령이 개정됨으로써 행정청이 더 이상 부관을 붙일 수 없게 되었다 하더라도 곧바로 위법하게 되거나 그 효력이 소멸하게 되는 것은 아니다(대판 2009. 2. 12, 2005다65500).

④:[X] 허가 조건의 존속기간 즉 갱신기간으로 해석해서 기간연장을 고려할 수 있지만, 허가에 붙은 당초의 기한이 상당기간 연장되어 더 이상 부당하게 짧은 경우가 아니라면 기간연장 여부에 재량을 가진

행정청이 갱신을 불허할 수도 있다.

**판례** 일반적으로 행정처분에 효력기간이 정하여져 있는 경우에는 그 기간의 경과로 그 행정처분의 효력은 상실되고, 다만 허가에 붙은 기한이 그 허가된 사업의 성질상 부당하게 짧은 경우에는 이를 그 허가 자체의 존속기간이 아니라 그 허가조건에 존속기간으로 보아 그 기한이 도래함으로써 그 조건의 개정을 고려한다는 뜻으로 해석할 수 있다. 다만, 이 경우라도 허가기간이 연장되기 위해서는 **증기가 도래하기 전에 기간의 연장에 관한 신청이 있어야** 한다(대판 2007. 10. 11. 2005두12404).

**판례** 허가에 붙은 당초의 기한이 **상당기간 연장되어 허가된 사업의 성질상 부당하게 짧은 경우에 해당하지 아니하게 된 경우**, 관계법령의 규정에 따라 허가 여부의 재량권을 가진 행정청이 **기간연장을 불허하는 것이 가능하다**(대판 2004. 3. 25. 2003두12837).

#### 4. 정보공개에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 국민의 알 권리의 내용에는 일반 국민 누구나 국가에 대하여 보유·관리하고 있는 정보의 공개를 청구할 수 있는 이른바 일반적인 정보공개청구권이 포함된다.
- ② 정보공개청구권은 법률상 보호되는 구체적인 권리이므로 청구인이 공공기관에 대하여 정보공개를 청구하였다가 거부처분을 받은 것 자체가 법률상 이익의 침해에 해당한다.
- ③ 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」상 공개청구의 대상이 되는 정보란 공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 현재 보유·관리하고 있는 원본인 문서만을 의미한다.
- ④ 정보공개가 신청된 정보를 공공기관이 보유·관리하고 있지 아니한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 정보공개거부처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다.

**정답** ③

**해설** [X] 공개청구의 대상이 되는 정보는 공공기관이 보유·관리하고 있는 정보에 한정되나 반드시 원본일 필요는 없다는 것이 판례의 입장이다(대판 2006. 5. 25. 2006두3049). 따라서 공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 현재 보유·관리하고 있는 문서라면 **사본도 정보공개 대상이 될 수 있다**. 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제13조 제2항 내지 제4항 참조.

**제13조(정보공개 여부 결정의 통지)** ② 공공기관은 청구인이 사본 또는 복제물의 교부를 원하는 경우에는 이를 교부하여야 한다. <개정 2020. 12. 22.>

③ 공공기관은 **공개 대상 정보의 양이 너무 많아 정상적인 업무수행에 현저한 지장을 초래할 우려가 있는 경우에는 해당 정보를 일정**

**기간별로 나누어 제공하거나 사본·복제물의 교부 또는 열람과 병행하여 제공**할 수 있다. <신설 2020. 12. 22.>

④ 공공기관은 제1항에 따라 정보를 공개하는 경우에 그 정보의 **원본이 더럽혀지거나 파손될 우려가 있거나 그 밖에 상당한 이유가 있다고 인정할 때에는 그 정보의 사본·복제물을 공개**할 수 있다. <개정 2020. 12. 22.>

①:[O] 정보공개청구권은 자기와 직접적인 이해관계가 있는 특정사안에 관한 개별적 정보공개청구권(예 행정절차법상 청문과 관련된 문서열람·복사청구권)과 자기와 직접적인 이해관계가 없는 사안에 관한 일반적 정보공개청구권으로 구분될 수 있다. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」상의 정보공개청구권은 **일반적 정보공개청구권을 포함하는 권리**이다.

②:[O] 정보공개청구권은 법률상 보호되는 구체적인 권리이므로 **정보공개를 청구하였다가 거부처분을 받은 것 자체가 법률상 이익의 침해에 해당**한다.

• 정보공개청구권자가 공공기관에 대하여 정보공개를 청구하였다가 거부처분을 받은 것 자체는 법률상 이익의 침해에 해당하지 않는다. [17 교육행정] [X]

• 정보공개거부처분을 받은 청구인은 그 정보의 열람에 관한 구체적 이익을 입증해야만 행정소송을 통하여 그 공개거부처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 인정된다. [18 교육행정] [13 지방9급] [X]

④:[O] 공공기관이 보유·관리하는 정보는 원칙적으로 공개 대상이 된다(동법 제9조 제1항 본문). 즉, 공개청구의 대상이 되는 정보는 공공기관이 보유·관리하고 있는 정보에 한정된다. 공공기관이 그 정보를 보유·관리하고 있지 아니한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 정보공개거부처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다.

#### 5. 공법상 계약에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정청이 자신과 상대방 사이의 법률관계를 일방적인 의사표시로 종료시켰다고 하더라도 곧바로 그 의사표시가 행정청으로서 공권력을 행사하여 행하는 행정처분이라고 단정할 수는 없고, 관계 법령이 상대방의 법률관계에 관하여 구체적으로 어떻게 규정하고 있는지에 따라 개별적으로 판단하여야 한다.
- ② 채용계약상 특별한 약정이 없는 한, 지방계약직공무원에 대하여 「지방공무원법」, 「지방공무원 징계 및 소청 규정」에 정한 징계절차에 의하지 않고서는 보수를 삭감할 수 없다.

- ③ 중소기업 정보화지원사업에 대한 지원금출연협약의 해지 및 환수통보는 공법상 계약에 따른 의사표시가 아니라 행정청이 우월한 지위에서 행하는 공권력의 행사로서 행정처분이다.
- ④ 계약직공무원 채용계약해지는 국가 또는 지방자치단체가 대등한 지위에서 행하는 의사표시로서 처분이 아니므로 「행정절차법」에 의하여 근거와 이유를 제시하여야 하는 것은 아니다.

정답 ③

해설 [X] 중소기업 정보화지원사업에 대한 지원금출연협약의 해지 및 환수통보는 행정청이 우월한 지위에서 행하는 공권력의 행사로서 행정처분이 아니라 공법상 계약에 따른 대등한 당사자의 지위에서 하는 의사표시로 보아야 한다.

판례 중소기업 정보화지원사업에 따른 지원금 출연을 위하여 중소기업청장이 체결하는 협약은 공법상 대등한 당사자 사이의 의사표시의 합치로 성립하는 공법상 계약에 해당하는 점 달리 지원금 환수에 관한 구체적인 법령상 근거가 없는 점 등을 종합하면, 협약의 해지 및 그에 따른 환수통보는 공법상 계약에 따라 행정청이 대등한 당사자의 지위에서 하는 의사표시로 보아야 하고, 이를 행정청이 우월한 지위에서 행하는 공권력의 행사로서 행정처분에 해당한다고 볼 수는 없다(대판 2015. 8. 27, 2015두41449).

①:[O] 행정청이 자신과 상대방 사이의 법률관계를 일방적인 의사표시로 종료시켰다고 하더라도 곧바로 의사표시가 행정청으로서 공권력을 행사하여 행하는 행정처분이라고 단정할 수는 없고, 관계 법령이 상대방의 법률관계에 관하여 구체적으로 어떻게 규정하고 있는지에 따라 의사표시가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는지 아니면 공법상 계약관계의 일방 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시인지를 개별적으로 판단하여야 한다(대판 2015. 8. 27, 2015두41449).

②:[O] 지방계약직공무원에 대하여 특별한 약정이 없는 한 지방공무원법 등에 정한 징계절차에 의하지 않고 보수를 삭감할 수 없다. 따라서 서울시가 지방계약직공무원에 대해 근무실적평가결과에 따라 보수를 삭감한 조치는 채용계약이나 법령상의 근거가 없는 경우로서 위법하다(대판 2008. 6. 12, 2006두16328).

판례 채용계약상 특별한 약정이 없는 한 지방계약직공무원에 대하여 지방공무원법, 지방공무원징계및소청규정에 정한 징계절차에 의하지 않고서는 보수를 삭감할 수 없다. 보수의 삭감은 이를 당하는 공무원의 입장에서는 징계처분의 일종인 감봉과 다를 바 없다(대판 2008. 6. 12, 2006두16328).

④:[O] 계약직 공무원에 대한 채용계약해지의 의사표시는 행정처분이 아니므로 행정처분과 같이 행정절차법에 의하여 근거

와 이유를 제시하여야 하는 것은 아니다(대판 2002. 11. 26, 2002두5948).

• 공법상 계약의 해지의 의사표시에 있어서는 특별한 규정이 없는 한 「행정절차법」에 의하여 근거와 이유를 제시하여야 한다.[20 소방공제 [18 국가9급] [17 지방7급] [X]]

## 6. 인허가 의제에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 주택건설사업계획 승인권자가 구「주택법」에 따라 도시·군관리계획 결정권자와 협의를 거쳐 관계 주택건설사업계획을 승인하면 도시·군관리계획결정이 이루어진 것으로 의제되고, 이러한 협의 절차와 별도로 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 등에서 정한 도시·군관리계획 입안을 위한 주민 의견청취 절차를 거칠 필요는 없다.
- ② 건축물의 건축이 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상 개발행위에 해당할 경우 그 건축의 허가권자는 국토계획법령의 개발행위허가기준을 확인하여야 하므로, 국토계획법상 건축물의 건축에 관한 개발행위허가가 의제되는 건축허가신청이 국토계획법령이 정한 개발행위허가기준에 부합하지 아니하면 허가권자로서는 이를 거부할 수 있다.
- ③ 「건축법」에서 관련 인허가 의제 제도를 둔 취지는 인허가 의제사항 관련 법률에 따른 각각의 인허가 요건에 관한 일체의 심사를 배제하려는 것이 아니다.
- ④ 주택건설사업계획 승인처분에 따라 의제된 인허가가 위법함을 다투고자 하는 이해관계인은, 주택건설사업계획 승인처분의 취소를 구해야지 의제된 인허가의 취소를 구해서는 아니되며, 의제된 인허가는 주택건설사업계획 승인처분과 별도로 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하지 않는다.

정답 ④

해설 [X] 주택건설사업계획 승인처분에 따라 의제된 인허가가 위법함을 다투고자 하는 이해관계인은, 주택건설사업계획 승인처분의 취소를 구할 것이 아니라 의제된 인허가의 취소를 구하여야 하며, 의제된 인허가는 주택건설사업계획 승인처분과 별도로 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다(대판 2018. 11. 29, 2016두38792).

①③:[O] 판례는 인허가 의제에 있어서 절차의 집중을 인정하나, 실제의 집중은 부정한다.

**판례** 구 주택법 제17조 제1항에 인허가 의제 규정을 둔 입법 취지는, 주택건설사업을 시행하는 데 필요한 각종 인허가 사항과 관련하여 주택건설사업계획 승인권자로 그 창구를 단일화하고 절차를 간소화함으로써 각종 인허가에 드는 비용과 시간을 절감하여 주택의 건설·공급을 활성화하려는 데에 있다. 주택건설사업계획 승인권자가 도시·군관리계획 결정권자와 협의를 거쳐 관계 주택건설사업계획을 승인하면 같은 조 제1항 제5호에 따라 도시·군관리계획결정이 이루어진 것으로 의제되고, 이러한 협의 절차와 별도로 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제28조 등에서 정한 도시·군관리계획 입안을 위한 주민 의견청취 절차를 거칠 필요는 없다(대판 2018. 7. 12, 2017두48734). ※ 절차집중 긍정

**비교판례** 건축법에서 인허가의제 제도를 둔 취지는, 인허가의제사항과 관련하여 건축허가의 관할 행정청으로 창구를 단일화하고 절차를 간소화하며 비용과 시간을 절감함으로써 국민의 권익을 보호하려는 것이지, 인허가의제사항 관련 법률에 따른 각각의 인허가 요건에 관한 일체의 심사를 배제하려는 것으로 보기는 어려우므로, 도시계획시설인 주차장에 대한 건축허가신청을 받은 행정청으로서 건축법상 허가 요건뿐 아니라 국토의 계획 및 이용에 관한 법령이 정한 도시계획시설사업에 관한 실시계획인가 요건도 충족하는 경우에 한하여 이를 허가해야 한다(대판 2015. 7. 9, 2015두39590). ※ 실제집중 부정.

• 타법상의 인·허가가 의제되는 허가를 하는 경우, 행정청은 타법상의 인·허가 요건에 대한 심사 없이 허가처분을 할 수 있다. [19 행정사] [X]

②:[O] 건축물의 건축이 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상 개발행위에 해당할 경우 그 건축의 허가권자는 국토계획법령의 개발행위허가기준을 확인하여야 하므로, 국토계획법상 건축물의 건축에 관한 개발행위허가가 의제되는 건축허가신청이 국토계획법령이 정한 개발행위허가기준에 부합하지 아니하면 허가권자로서는 이를 거부할 수 있다(대판 2016. 8. 24, 2016두35762).

**7. 「행정심판법」상 행정심판위원회가 취소심판의 청구가 이유가 있다고 인정하는 경우에 행할 수 있는 재결에 해당하지 않는 것은?**

- ① 처분을 취소하는 재결
- ② 처분을 할 것을 명하는 재결
- ③ 처분을 다른 처분으로 변경하는 재결
- ④ 처분을 다른 처분으로 변경할 것을 명하는 재결

**정답** ②

**해설** [X] 취소심판청구가 이유 있다고 인정되면, 재결청은 처분청

에 대하여 당해 처분의 변경을 명할 수도 있고(명령재결), 재결청이 스스로 당해 처분을 취소하거나 변경할 수도 있다(형성재결). 단 처분을 할 것을 명하는 재결은 의무이행심판에서 가능하고 취소심판에서는 허용되지 않는다. 청구인이 처분의 이행을 청구한 적은 없는 바, 이를 취소심판에서 허용한다면 불고불리의 원칙에 위반되기 때문이다.

①③④:[O] 취소심판의 인용재결은 취소재결, 변경재결, 변경명령재결이 인정된다. 취소명령재결은 현행법상 부정된다. 행정심판법 제43조 제3항.

**제43조(재결의 구분)** ③ 위원회는 취소심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 처분을 취소 또는 다른 처분으로 변경하거나 처분을 다른 처분으로 변경할 것을 피청구인에게 명한다.

**8. 「국가배상법」상 공무원의 위법한 직무행위로 인한 손해배상에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ① 일반적으로 공무원이 필요한 지식을 갖추지 못하고 법규의 해석을 그르쳐 행정처분을 하였다면 그가 법률전문가가 아닌 행정직공무원이라고 하여 과실이 없다고는 할 수 없다.
- ② 국가배상의 요건인 ‘공무원의 직무’에는 국가나 지방자치단체의 비권력적 작용과 사경제 주체로서 하는 작용이 포함된다.
- ③ 손해배상책임을 묻기 위해서는 가해 공무원을 특정하여야 한다.
- ④ 국가가 가해 공무원에 대하여 구상권을 행사하는 경우 국가가 배상한 배상액 전액에 대하여 구상권을 행사하여야 한다.

**정답** ①

**해설** [O] 일반적으로 공무원이 관계법규를 알지 못하거나 필요한 지식을 갖추지 못하고 법규의 해석을 그르쳐 행정처분을 하였다면 그가 법률전문가가 아닌 행정직 공무원이라도 과실이 있다(대판 1981. 8. 25, 80다1598).

• 공무원이 관계법규를 알지 못하거나 법규의 해석을 그르쳐 행정처분을 한 경우라고 할지라도 법률전문가가 아닌 행정직 공무원인 경우에는 과실을 인정할 수 없다. [14 서울9급] [X]

②:[X] 판례는 「국가배상법」이 정한 손해배상청구의 요건인 ‘공무원의 직무’에는 국가나 지방자치단체의 권력적 작용뿐만 아니라 비권

력적 작용도 포함되지만 단순한 사경제의 주체로서 하는 작용은 포함되지 않는다. 고 하여 물자조달행위 등과 같은 사경제작용은 직무행위에서 제외한다. 따라서 위법한 사경제작용으로 인한 손해에 대해서는 국가 또는 지방자치단체는 민법에 의한 손해배상책임을 질 뿐 국가배상책임을 지지 않는다. 예) 시영버스 운행, 철도운행사업, 토지매매계약(협약취득).

**판례** 국가배상법이 정한 배상청구의 요건인 공무원의 직무에는 권력적 작용만이 아니라 행정지도와 같은 비권력적 작용도 포함되며, 단지 행정주체가 사경제주체로서 하는 활동만이 제외된다(대판 1998. 7. 10, 96다38971).

③:[X] **공무원의 과실을 입증함에 있어서 가해공무원의 특성은 필수적인 것이 아니다.** 판례 역시 “집회 중 사망한 사건에서 가해공무원인 전투경찰공무원을 특정하지 않더라도 국가배상책임을 인정한다(대판 1995. 11. 10, 95다23897).

④:[X] 국가가 가해 공무원에 대하여 구상권을 행사하는 경우 국가가 배상한 배상액 전액에 대하여 구상권을 행사하여야 하는 것이 아니라, 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서만 당해 공무원에 대하여 구상권을 행사할 수 있다

**판례** 국가 또는 지방자치단체의 산하 공무원이 그 직무를 집행함에 당하여 중대한 과실로 인하여 법령에 위반하여 타인에게 손해를 가함으로써 국가 또는 지방자치단체가 손해배상책임을 부담하고, 그 결과로 손해를 입게된 경우에는 국가 등은 당해 공무원의 직무내용, 당해 불법행위의 상황, 손해발생에 대한 당해 공무원의 기여정도, 당해 공무원의 평소 근무태도, 불법행위의 예방이나 손실분산에 관한 국가 또는 지방자치단체의 배려의 정도 등 제반사정을 참작하여 손해의 공평한 부담이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서만 당해 공무원에 대하여 구상권을 행사할 수 있다고 봄이 상당하다(대판 1991. 5. 10, 91다6764).

**9. 행정행위에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ㄱ. 행정의사가 외부에 표시되어 행정청이 자유롭게 취소·철회할 수 없는 구속을 받게 되는 시점에 처분이 성립하고, 그 성립 여부는 행정청이 행정의사를 공식적인 방법으로 외부에 표시하였는지를 기준으로 판단해야 한다.
- ㄴ. 구 「공중위생관리법」상 공중위생영업에 대하여 영업을 정지할 위법사유가 있다면, 관할 행정청은 그 영업을 양도·양수되었다 하더라도 양수인에 대하여 영업정지처분을 할 수 있다.
- ㄷ. 「도시 및 주거환경정비법」상 주택재건축조합에 대해 조합설립 인가처분이 행하여진 후에는, 조합설

립결의의 하자를 이유로 조합설립의 무효를 주장하려면 조합설립 인가처분의 취소 또는 무효확인을 구하는 소송으로 다투어야 하며, 따로 조합설립결의의 하자를 다투는 확인의 소를 제기할 수 없다.

ㄹ. 공정거래위원회가 부당한 공동행위를 한 사업자들 중 자진신고자에 대하여 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법령에 따라 과징금 부과처분(선행처분)을 한 뒤, 다시 자진신고자에 대한 사건을 분리하여 자진신고를 이유로 과징금 감면처분(후행처분)을 한 경우라도 선행처분의 취소를 구하는 소는 적법하다.

- ① ㄴ, ㄷ
- ② ㄱ, ㄴ, ㄷ
- ③ ㄱ, ㄴ, ㄹ
- ④ ㄱ, ㄷ, ㄹ

**정답** ②  
**해설** ㄱ, ㄴ, ㄷ은 타당하다. ㄹ은 옳지 못하다.

ㄱ:[O] 일반적으로 행정처분이 주체·내용·절차와 형식이라는 내부적 성립요건과 외부에 대한 표시라는 외부적 성립요건을 모두 갖춘 경우에는 행정처분이 존재한다고 할 수 있다. 행정처분의 외부적 성립은 행정의사가 외부에 표시되어 행정청이 자유롭게 취소·철회할 수 없는 구속을 받게 되는 시점을 확정하는 의미를 가지므로 어떠한 처분의 외부적 성립 여부는 행정청에 의해 행정의사가 공식적인 방법으로 외부에 표시되었는지를 기준으로 판단하여야 한다(대판 2017. 7. 11, 2016두35120).

• 행정청의 의사가 외부에 표시되어 행정청이 자유롭게 취소·철회할 수 없는 구속을 받게 되는 시점에 행정행위가 성립하는 것은 아니며, 행정행위의 성립 여부는 행정청의 의사를 공식적인 방법으로 외부에 표시하였는지 여부를 기준으로 판단해야 한다. [21 소방공제 [X]]

ㄴ:[O] 구 공중위생관리법상 영업정지나 영업정지명령 모두 대물적 처분으로 보아야 할 이치이고, 만일 어떠한 공중위생영업에 대하여 그 영업을 정지할 위법사유가 있다면, 관할 행정청은 그 영업을 양도·양수되었다 하더라도 그 업소의 양수인에 대하여 영업정지처분을 할 수 있다고 봄이 상당하다(대판 2001. 6. 29, 2001두1611).

• 공중위생관리법령에 따라 공중위생영업이 양도·양수된 후 양수인이 그 후 행정청에 새로운 영업소개설통보를 하였다면 양도인에 관한 사유로 양수인에 대하여 영업정지처분을 할 수 없다.[19 소방간부 [X]]

ㄷ:[O] 행정청이 도시 및 주거환경정비법 등 관련 법령에 근거하여 행하는 조합설립인가처분을 행정주체(공법인)로서의 지위를 부여

하는 일종의 **실권적 처분의 성격**을 갖는다고 보는 이상 조합설립결의는 조합설립인가처분이라는 행정처분을 하는 데 필요한 요건 중 하나에 불과한 것이어서, **조합설립결의에 하자가 있다면 그 하자를 이유로 직접 항고소송의 방법으로 조합설립인가처분의 취소 또는 무효확인을 구하여야 하고** 이와는 별도로 조합설립결의 부분만을 따로 떼어내어 그 효력 유무를 다투는 확인의 소를 제기하는 것은 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안·위험을 제거하는데 가장 유효·적절한 수단이라 할 수 없어 특별한 사정이 없는 한 **확인의 이익은 인정되지 아니한다**(대판 2009. 9. 24. 2008다60568).

• 행정청이 「도시 및 주거환경정비법」 등 관련법령에 근거하여 행하는 조합설립인가처분은 **강학상 인가처분으로서 그 조합설립결의에 하자가 있다면 조합설립결의에 대한 무효확인을 구하여야 한다.** [17 국가직9급] [X]

ㄹ:[X] 공정거래위원회가 부당한 공동행위를 한 사업자에게 과징금 부과처분(선행처분)을 한 뒤 다시 자진신고 등을 이유로 과징금 감면처분(후행처분)을 한 경우, 선행처분의 취소를 구하는 소는 소의 이익이 없어 부적법하다.

☐ 판례 공정거래위원회가 부당한 공동행위를 행한 사업자로서 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제22조의2에서 정한 자진신고자나 조사협조자에 대하여 과징금 부과처분(이하 '선행처분'이라 한다)을 한 뒤, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령 제35조 제3항에 따라 다시 자진신고자 등에 대한 사건을 분리하여 자진신고 등을 이유로 한 과징금 감면처분(이하 '후행처분'이라 한다)을 하였다면, 후행처분은 자진신고 감면까지 포함하여 처분 상대방이 실제로 납부하여야 할 최종적인 과징금액을 결정하는 종국적 처분이고, 선행처분은 이러한 종국적 처분을 예정하고 있는 일종의 잠정적 처분으로서 후행처분이 있을 경우 선행처분은 후행처분에 흡수되어 소멸한다. 따라서 위와 같은 경우에 선행처분의 취소를 구하는 소는 이미 효력을 잃은 처분의 취소를 구하는 것으로 부적법하다(대판 2015. 2. 12. 2013두987).

☐ 비교판례 공정거래위원회가 시정명령 및 과징금 부과와 감면 여부를 분리 심리하여 별개로 의결한 다음 과징금 등 처분과 별도의 처분서로 감면기각처분을 하였다면, 원칙적으로 2개의 처분, 즉 과징금 등 처분과 감면기각처분이 각각 성립한 것이고, 처분의 상대방으로서 각각의 처분에 대하여 함께 또는 별도로 불복할 수 있다. 그러므로 사업자인 원고가 과징금 등 처분과 감면기각처분의 취소를 구하는 소를 함께 제기한 경우에도 특별한 사정이 없는 한 **감면기각처분의 취소를 구할 소의 이익이 인정된다**(대판 2017. 1. 12. 2016두35199).

### 10. 행정계획에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 구 「도시계획법」상 도시기본계획은 도시의 기본적인 공간구조와 장기발전방향을 제시하는 종합계획으로서 도시계획입안의 지침이 되므로 일반 국민에 대

한 직접적인 구속력은 없다.

- ② 장래 일정한 기간 내에 관계 법령이 규정하는 시설 등을 갖추어 일정한 행정처분을 구하는 신청을 할 수 있는 법률상 지위에 있는 자의 국토이용계획변경신청을 거부하는 것이 실질적으로 당해 행정처분 자체를 거부하는 결과가 되는 경우라도, 구「국토이용관리법」상 주민이 국토이용계획의 변경에 대하여 신청을 할 수 있다는 규정이 없으므로 그 신청인에게 국토이용계획변경을 신청할 권리가 인정된다고 볼 수 없다.
- ③ 구속력 없는 행정계획안이나 행정지침이라도 국민의 기본권에 직접적으로 영향을 끼치고 법령의 뒷받침에 의하여 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상되는 때에는 예외적으로 헌법소원의 대상이 된다.
- ④ 도시계획의 결정·변경 등에 대한 권한행정청은 이미 도시계획이 결정·고시된 지역에 대하여도 다른 내용의 도시계획을 결정·고시할 수 있고, 이 때에 후행 도시계획에 선행 도시계획과 양립할 수 없는 내용이 포함되어 있다면 특별한 사정이 없는 한 선행 도시계획은 후행 도시계획과 같은 내용으로 변경된다.

정답 ②

해설 [X] 폐기물처리사업계획의 적정통보를 받은 원고가 폐기물 처리업허가를 받기 위하여는 문제된 부동산에 대한 용도지역을 '농림지역' 또는 '준농림지역'에서 '준도시지역(시설용지지구)'으로 변경하는 국토이용계획변경이 선행되어야 하는데 피고가 용도지역 변경, 즉 국토이용계획변경을 거부하자 이를 다투는 사건에서, 예외적으로 조리상 행정계획 변경신청권을 인정하였다.

☐ 판례 일정한 행정처분을 구하는 신청을 할 수 있는 법률상 지위에 있는 자의 국토이용계획변경신청을 거부하는 것이 **실질적으로 당해 행정처분 자체를 거부하는 결과가 되는 경우에는 예외적으로 그 신청인에게 국토이용계획변경을 신청할 권리가 인정된다**(대판 2003. 9. 23. 2001두10936).

• 대법원에 의하면, 장래 일정한 기간 내에 관계 법령이 규정하는 시설 등을 갖추어 일정한 행정처분을 구하는 신청을 할 수 있는 법률상 지위에 있는 자에게도 구 국토이용관리법 상의 국토이용계획의 변경을 신청할 권리는 인정되지 않는다. [15 사법] [X]

①:[O] 구 도시계획법(현 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」) 제10조의2 소정의 도시기본계획은 도시계획입안의 지침이 되는 것에 불과할 뿐 일반국민에 대한 직접적인 구속력은 없는 것이다(대판 2002. 10. 11. 2000두8226).

- 구 도시계획법 상 도시기본계획은 일반 국민에 대한 직접적 구속력을 가진다.[14 국가9급] [X]
- 도시계획법령상 도시기본계획은 도시의 장기적 개발 방향과 미래상을 제시하는 도시계획 입안의 지침이 되는 장기적·종합적인 개발계획으로서 행정청뿐만 아니라 대외적으로도 구속력을 갖는다.[19 서울시 추가7급] [X]

**관련판례** 구 도시계획법(2002. 2. 4. 법률 제6655호 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지) 제19조 제1항 및 도시계획시설결정 당시의 지방자치단체의 도시계획조례에서는, 도시계획이 도시기본계획에 부합되어야 한다고 규정하고 있으나, 도시기본계획은 도시의 장기적 개발방향과 미래상을 제시하는 도시계획 입안의 지침이 되는 장기적·종합적인 개발계획으로서 행정청에 대한 직접적인 구속력은 없다(대판 2007. 4. 12. 2005두1893).

- 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 따른 도시기본계획은 일반 국민에 대한 직접적인 구속력은 인정되지 않지만, 도시의 장기적 개발방향과 미래상을 제시하는 도시계획 입안의 지침이 되기에 행정청에 대한 직접적인 구속력은 인정된다.[18 국가7급] [X]

③: [O] 국민적 구속력을 갖는 행정계획은 공권력의 행사로 볼 수 있지만, 구속력을 갖지 않고 사실상의 준비행위나 사전안내 또는 행정기관 내부의 지침에 지나지 않는 행정계획은 원칙적으로 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라 할 수 없다. 하지만, 비구속적 행정계획확안이나 행정지침이라도 국민의 기본권에 직접적으로 영향을 끼치고, 앞으로 법령의 뒷받침에 의하여 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상될 수 있을 때에는, 공권력행위로서 예외적으로 헌법소원의 대상이 된다(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68 등).

- 비구속적인 행정계획은 헌법소원의 대상이 될 수 없다.[13 지방9급] [X]
- 국민의 기본권에 직접적으로 영향을 끼치고 법령의 뒷받침에 의해 실시될 것이라고 예상될 수 있다 하더라도 비구속적 행정계획안의 경우 헌법소원의 대상이 될 수 없다.[18 서울시7급 추가] [X]

④: [O] '권한 있는' 행정청이 수립한 후행 도시계획에 선행 도시계획과 서로 양립할 수 없는 내용이 포함되어 있다면 특별한 사정이 없는 한 선행 도시계획은 후행 도시계획과 같은 내용으로 변경된 것으로 볼 수 있다(대판 2000. 9. 8. 99두11257).

- 도시계획의 결정·변경 등에 관한 권한을 가진 행정청이 이미 도시계획이 결정·고시된 지역에 대하여 행한 다른 내용의 도시계획의 결정·고시는 무효이다.[16 지방7급] [X]
- 행정계획은 현재의 사회·경제적 모든 상황의 조사를 바탕으로 장래를 예측하여 수립되고 장기간에 걸쳐 있으므로, 행정계획의 변경은 인정되지 않는다.[21 소방공제] [X]

## 11. 「행정대집행법」상 대집행과 이행강제금에 대한 甲과 乙의 대화 중 乙의 답변이 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲: 행정대집행의 절차가 인정되는 경우에도 행정청이 민사상 강제집행수단을 이용할 수 있나요?  
乙: 행정대집행의 절차가 인정되어 실현할 수 있는 경우에는 따로 민사소송의 방법을 이용할 수 없습니다.
- ② 甲: 대집행의 적용대상은 무엇인가요?  
乙: 대집행은 공법상 대체적 작위의무의 불이행이 있는 경우에 행할 수 있습니다.
- ③ 甲: 행정청은 대집행의 대상이 될 수 있는 것에 대하여 이행강제금을 부과할 수도 있나요?  
乙: 행정청은 개별사건에 있어서 위법건축물에 대하여 대집행과 이행강제금을 선택적으로 활용할 수 있습니다.
- ④ 甲: 만약 이행강제금을 부과받은 사람이 사망하였다면 이행강제금의 납부의무는 상속인에게 승계되나요?  
乙: 이행강제금의 납부의무는 상속의 대상이 되므로, 상속인이 납부의무를 승계합니다.

**정답** ④

**해설** [X] 판례는 「건축법」상 이행강제금 납부의무는 상속인 기타의 사람에게 승계될 수 없는 일신자속적 성질의 것이라고 본다. 따라서 이행강제금을 부과받은 사람이 재판절차가 개시된 이후에 사망한 경우, 절차가 종료된다(대결 2006. 12. 8. 2006마470).

①: [O] 대법원은 행정상 강제집행이 가능한 경우에는 민사상 강제집행은 허용될 수 없다는 입장이다.

**판례** 아무런 권원 없이 국유재산에 설치한 시설물에 대하여 행정청이 행정대집행을 할 수 있음에도 민사소송의 방법으로 그 시설물의 철거를 구하는 것은 허용되지 않는다(대판 2009. 6. 11. 2009다1122).

- 행정상 강제집행이 법률에 규정되어 있는 경우에도 민사상 강제집행은 인정된다.[15 국가9급] [X]
- 행정상 의무불이행에 대하여 법령에 의한 행정상 강제집행이 인정되는 경우에도 필요시 민사상 강제집행의 방법을 사용할 수 있다.[16 서울9급] [X]

②:[O] 행정대집행의 적용대상은 공법상 대체적 작위의무의 불이행이다. 대집행의 대상이 되는 공법상의 의무는 보통의 경우 행정처분에 의하여 부과되는 것이 원칙이지만, 법령에 의해 직접 부과될 수도 있다.

③:[O] 이행강제금은 비대체적 작위의무, 부작위의무 위반에 국한되는 것이 아니라 대체적 작위의무의 위반에도 부과될 수 있다. 헌법재판소는 현행 건축법상 위법건축물에 대한 이행강제수단으로 대집행(건축법 제85조)과 이행강제금(건축법 제80조)을 선택적으로 활용할 수 있도록 한 규정을 합헌으로 파악하였다.

**판례** 전통적으로 행정대집행은 대체적 작위의무에 대한 강제집행수단으로, 이행강제금은 부작위의무나 비대체적 작위의무에 대한 강제집행수단으로 이해되어 왔으나, 이는 이행강제금제도의 본질에서 오는 제약은 아니며, 이행강제금은 대체적 작위의무의 위반에 대하여도 부과될 수 있다. 행정청은 개별사건에 있어서 대집행과 이행강제금을 선택적으로 활용할 수 있으며, 이처럼 그 합리적인 재량에 의해 선택하여 활용하는 이상, 중첩적인 제재에 해당한다고 볼 수 없다 (헌재 2004. 2. 26. 2001헌바80·84·102·103, 2002헌바26(병합))

• 대체적 작위의무 위반에 대해서는 이행강제금이 부과될 수 없다. [20 지방직9급] [X]

**12. 행정의 실효성 확보수단의 예와 그 법적 성질의 연결이 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ① 「건축법」에 따른 이행강제금의 부과 - 집행벌
- ② 「식품위생법」에 따른 영업소 폐쇄 - 직접강제
- ③ 「공유재산 및 물품 관리법」에 따른 공유재산 원상 복구명령의 강제적 이행 - 즉시강제
- ④ 「부동산등기 특별조치법」에 따른 과태료의 부과 - 행정벌

**정답** ③

**해설** [X] 「공유재산 및 물품 관리법」에 따른 공유재산 원상복구명령의 강제적 이행을 위해서는 즉시강제가 아니라 행정대집행에 의하여 할 것이다. 즉시강제는 구체적 의무이행을 명할 수 없는 경우에 보충적으로만 활용되어야 하며, 행정상 강제집행이 가능한 경우에는 허용되지 않는 것이 일반적이다.

①:[O] 이행강제금의 부과는 간접적인 강제집행수단으로서 집행벌이라고도 불린다.

②:[O] 영업소 폐쇄, 강제퇴거 등이 직접강제의 대표적 예이다.

④:[O] 과태료의 부과는 행정질서벌로서 행정벌에 해당한다.

**13. 행정상 즉시강제에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ① 행정상 즉시강제는 국민의 권리침해를 필연적으로 수반하므로, 이에 대해서는 항상 영장주의가 적용된다.
- ② 행정상 즉시강제는 직접강제와는 달리 행정상 강제집행에 해당하지 않는다.
- ③ 구 「음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률」상 불법 게임물에 대한 수거 및 폐기 조치는 행정상 즉시강제에 해당한다.
- ④ 다른 수단으로는 행정목적 달성을 수 없는 경우에만 허용되며, 이 경우에도 최소한으로만 실시하여야 한다.

**정답** ①

**해설** [X] 모든 즉시강제에 반드시 영장이 요구되는 것은 아니다. 대법원은 원칙적으로 즉시강제에도 영장주의가 적용되나 사안이 긴급한 경우 등 예외적으로 영장 없는 즉시강제가 허용된다고 한다. 한편 헌법재판소는 급박성을 본질로 하는 즉시강제에는 원칙적으로 영장주의가 적용되지 않는다는 입장이다.

**판례** 사전영장주의는 인신보호를 위한 헌법상의 기속원리이기 때문에 인신의 자유를 제한하는 모든 국가작용의 영역에서 존중되어야 하지만, 헌법 제12조제3항 단서도 사전영장주의의 예외를 인정하고 있는 것처럼 사전영장주의를 고수하다가는 도저히 행정목적 달성이 수 없는 지극히 예외적인 경우에는 형사절차에서와 같은 예외가 인정된다(대판 1997. 6. 13. 96다56115).

**관련판례** 불법게임물의 수거·폐기는 즉시강제로서 영장 없는 수거를 인정하고 있는 이 사건 법률조항은 헌법상 영장주의에 위배되는 것으로는 볼 수 없다(헌재 2002. 10. 31. 2000헌가12).

②:[O] 즉시강제는 행정강제로서 강제집행의 하나인 직접강제와 구별된다.

③:[O] 식품위생법상 위해식품의 수거·압류 및 폐기, 약사법상 물건의 폐기, 구 「음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률」상 불법게임물의 수거·삭제·폐기, 도로교통법상 주차위반차량의 견인 등이 즉시강제의 대표적인 예이다.

- 행정강제는 행정상 강제집행을 원칙으로 하므로 불법게임물에 대해서도 관계당사자에게 수가 폐기를 명하고 그 불이행 시 직접강제 등 행정상 강제집행으로 나아가야 한다.[19 서울시 추가규] [X]

④:[O] 행정상 즉시강제는 침익적 수단이기 때문에 급박한 장애의 제거 등이 다른 수단으로 달성될 수 없는 경우에 마지막 수단으로서만 도입되어야 한다는 보충성의 원칙이 가장 강하게 요구된다. 또한 행정상 즉시강제는 행정목적의 달성하기 위해 적합한 수단일 것이 요구되며, 또한 여러 수단이 있는 경우에는 최소한의 침해로 가져오는 수단일 것 등 비례원칙의 한계와 기타 행정법의 일반원칙 등을 준수하여야 함은 당연하다. 따라서 행정상 강제집행이 가능한 경우에는 행정상 즉시강제가 인정되지 않는다(헌재 2002. 10. 31, 2000헌가 12).

#### 14. 개인정보의 보호에 대한 판례의 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면?

- ㄱ. 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 반드시 개인의 내밀한 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함한다.
- ㄴ. 이미 공개된 개인정보를 정보주체의 동의가 있었다고 객관적으로 인정되는 범위 내에서 처리할 때는 정보주체의 별도의 동의는 불필요하다고 보아야 하고, 별도의 동의를 받지 아니하였다고 하여 「개인정보 보호법」을 위반한 것으로 볼 수 없다.
- ㄷ. 개인정보 처리위탁에 있어 수탁자는 정보제공자의 관리·감독 아래 위탁받은 범위 내에서만 개인정보를 처리하게 되지만, 위탁자로부터 위탁사무 처리에 따른 대가를 지급받는 이상 개인정보 처리에 관하여 독자적인 이익을 가지므로, 그러한 수탁자는 「개인정보 보호법」 제17조에 의해 개인정보처리자가 정보주체의 개인정보를 제공할 수 있는 '제3자'에 해당한다.
- ㄹ. 인터넷 포털사이트 등의 개인정보 유출사고로 주민등록번호가 불법 유출 되어 그 피해자가 주민등록번호 변경을 신청했으나 구청장이 거부 통지를 한 사안에서, 피해자의 의사와 무관하게 주민등록번호가 유출된 경우에는 조리상 주민등록번호의 변경요구신청권을 인정함이 타당하다.

- ① ㄱ, ㄷ                      ② ㄴ, ㄹ  
 ③ ㄱ, ㄴ, ㄷ                ④ ㄱ, ㄴ, ㄹ

정답 ④

해설 ㄱ, ㄴ, ㄹ은 타당하다. ㄷ은 옳지 못하다.

ㄱ:[O] 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 **개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보로서 개인의 내밀한 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활에서 이미 형성되었거나 이미 공개된 정보까지 포함한다**(헌재 2001. 1. 21, 2003헌마282·425(병합), 대판 2015. 6. 25, 2007두4995 전합 등).

- 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있는 일체의 정보이고, 이미 공개된 개인정보는 포함하지 않는다.[18 지방규] [X]

ㄴ:[O] 개인정보처리자는 **당초 수집 목적과 합리적으로 관련된 범위 내에서 정보주체에게 불이익이 발생하는지 여부, 안전성 확보에 필요한 조치를 하였는지 여부** 등을 고려하여 **정보주체의 동의 없이 개인정보를 이용하거나 제공할 수 있다**(제15조 제3항 및 제17조 제4항 신설).

판례 이미 공개된 개인정보를 정보주체의 동의가 있었다고 객관적으로 인정되는 범위 내에서 수집·이용·제공 등 처리를 할 때는 정보주체의 별도의 동의는 불필요하다고 보아야 하고 별도의 동의를 받지 아니하였다고 하여 개인정보 보호법 제15조나 제17조를 위반한 것으로 볼 수 없다. 그리고 정보주체의 동의가 있었다고 인정되는 범위 내에서는 공개된 개인정보의 성격, 공개의 형태와 대상 범위, 그로부터 추단되는 정보주체의 공개 의도 내지 목적뿐만 아니라, 정보처리자의 정보제공 등 처리의 형태와 정보제공으로 공개의 대상 범위가 원래의 것과 달라졌는지, 정보제공이 정보주체의 원래의 공개 목적과 상당한 관련성이 있는지 등을 검토하여 객관적으로 판단하여야 한다(대판 2016. 8. 17, 2014다235080).

ㄷ:[X] 개인정보 처리위탁에 있어 '수탁자'는 개인정보 처리에 관하여 독자적인 이익을 가지지 않으므로 제3자 제공의 '제3자'에 해당하지 않는다.

판례 「개인정보 보호법」 제17조에서 말하는 개인정보의 '제3자 제공'은 본래의 개인정보 수집·이용 목적의 범위를 넘어 정보를 제공받는 자의 업무처리와 이익을 위하여 개인정보가 이전되는 경우 인 반면, 「개인정보 보호법」 제26조에서 말하는 개인정보의 '처리위탁'은 본래의 개인정보 수집·이용 목적과 관련된 위탁자 본인의 업무 처리와 이익을 위하여 개인정보가 이전되는 경우를 의미한다. 개인정보 처리위탁에 있어 수탁자는 위탁자로부터 위탁사무 처리에 따른 대가를 지급받는 것 외에는 개인정보 처리에 관하여 독자적인 이익을 가지지 않고, 정보제공자의 관리·감독 아래 위탁받은 범위 내에서만 개인정보를 처리하게 되므로, 「개인정보 보호법」 제17조에 정한 '제3자'

에 해당하지 않는다(대판 2017. 4. 7. 2016도13263).

ㄹ:[O] 피해자의 의사와 무관하게 주민등록번호가 유출된 경우에는 조리상 주민등록번호의 변경을 요구할 신청권을 인정함이 타당하고 구청장의 주민등록번호 변경신청 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2017. 6. 15. 2013두2945).

- 인터넷 포털사이트의 개인정보 유출사고로 주민등록번호가 불법 유출되었음을 이유로 주민등록번호 변경신청을 하였으나 관할 구청장이 이를 거부한 경우, 그 거부행위는 처분에 해당하지 않는다. [19 국자책 9급] [19 서울시 추가9급] [X]

**15. 취소소송의 제소기간에 대한 설명으로 옳은 것(O)과 옳지 않은 것(X)을 바르게 연결한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ㄱ. 행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알려 행정심판을 청구한 경우에는 재결서 정보를 송달받은 날이 아닌 처분이 있음을 안 날로부터 제소기간이 기산된다.
- ㄴ. 행정심판을 청구하였으나 심판청구기간을 초과하여 각하된 후 제기하는 취소소송은 재결서를 송달받은 날부터 90일 이내에 제기하면 된다.
- ㄷ. '처분이 있음을 안 날'은 처분이 있었다는 사실을 현실적으로 안 날을 의미하므로, 처분서를 송달받기 전 정보공개청구를 통하여 처분을 하는 내용의 일체의 서류를 교부받았다면 그 서류를 교부받은 날부터 제소기간이 기산된다.
- ㄹ. 동일한 처분에 대하여 무효확인 소를 제기하였다가 그 처분의 취소를 구하는 소를 추가적으로 병합한 경우, 주된 청구인 무효확인 소가 적법한 제소기간 내에 제기되었다면 추가로 병합된 취소청구의 소도 적법하게 제기된 것으로 볼 수 있다.

	ㄱ	ㄴ	ㄷ	ㄹ
①	X	X	O	X
②	O	O	X	O
③	O	X	O	X
④	X	X	X	O

**정답** ④  
**해설** ㄱ, ㄴ, ㄷ은 옳지 못하다. X ㄹ은 타당하다. O

ㄱ:[X] 행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알려 행정심판을 청구한 경우에도 적법한 행정심판을 가진 경우이므로, 재결서의 정보를 송달받은 날부터 제소기간을 기산한다. 행정소송법 제20조 제1항 단서

**제20조(제소기간)** ① 취소소송은 처분등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다. 다만, 제18조 제1항 단서에 규정한 경우와 그 밖에 행정심판청구를 할 수 있는 경우 또는 행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알린 경우에 행정심판청구가 있을 때의 기간은 재결서의 정보를 송달받은 날부터 기산한다.

ㄴ:[X] 행정처분이 있음을 안 날부터 90일을 넘겨 행정심판을 청구하였다가 부적법하다는 이유로 각하재결을 받은 후 재결서를 송달받은 날부터 90일 이내에 원래의 처분에 대하여 취소소송을 제기한 경우, 취소소송의 제소기간을 준수한 것으로 볼 수 없다.

**판례** 처분이 있음을 안 날부터 90일 이내에 행정심판을 청구하지도 않고 취소소송을 제기하지도 않은 경우에는 그 후 제기된 취소소송은 제소기간을 경과한 것으로서 부적법하고, 처분이 있음을 안 날부터 90일을 넘겨 청구한 부적법한 행정심판청구에 대한 재결이 있을 후 재결서를 송달받은 날부터 90일 이내에 원래의 처분에 대하여 취소소송을 제기하였다고 하여 취소소송이 다시 제소기간을 준수한 것으로 되는 것은 아니다(대판 2011. 11. 24. 2011두18786).

ㄷ:[X] 상대방이 있는 행정처분의 경우에는 특별한 규정이 없는 한 의사표시의 일반적 법리에 따라 행정처분이 상대방에게 고지되어야 효력을 발생하게 되므로, 행정처분이 상대방에게 고지되어 상대방이 이러한 사실을 인식함으로써 행정처분이 있다는 사실을 현실적으로 알았을 때 행정소송법 제20조 제1항이 정한 제소기간이 진행된다.

**판례** 처분이 갑에게 고지되어 처분이 있다는 사실을 현실적으로 알았을 때 행정소송법 제20조 제1항에서 정한 제소기간이 진행된다고 보아야 할 예도, 갑이 통보서를 송달받기 전에 자신의 의무기록에 관한 정보공개를 청구하여 위 처분을 하는 내용의 통보서를 비롯한 일체의 서류를 교부받은 날부터 제소기간을 기산하여 위 소는 90일이 지난 후 제기한 것으로서 부적법하다고 본 원심판결에 법리를 오해한 위법이 있다고 한 사례(대판 2014. 9. 25. 2014두8254).

ㄹ:[O] 행정처분의 무효확인을 구하는 소에는 특단의 사정이 없는 한 그 취소를 구하는 취지도 포함되어 있다고 보아야 하는 점 등에 비추어 볼 때, 동일한 행정처분에 대하여 무효확인 소를 제기하였다가 그 후 그 처분의 취소를 구하는 소를 추가적으로 병합한 경우, 주된 청구인 무효확인 소가 적법한 제소기간 내에 제기되었다면 추가로 병합된 취소청구의 소도 적법하게 제기된 것으로 봄이 상당하다(대판 2005. 12. 23. 2005두3554).

- 갑이 위헌법령에 근거한 압류처분에 대해 무효확인소송을 제기하였다가 압류처분에 대한 취소소송을 추가로 병합하는 경우, 무효확인 소가 취소소송 제소기간 내에 제기됐더라도 취소청구의 소의 추가 병합이 제소기간을 초과했다면 병합된 취소청구의 소는 부적법하다. [19 국자책 7급] [X]

**16. 위임명령의 한계에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ① 법률이 공법적 단체 등의 정관에 자치법적 사항을 위임한 경우에는 헌법 제75조가 정하는 포괄적인 위임입법의 금지는 원칙적으로 적용되지 않지만, 그 사항이 국민의 권리의무에 관련되는 것일 경우에는 적어도 국민의 권리의무에 관한 기본적인 본질적인 사항은 국회가 정하여야 한다.
- ② 헌법에서 채택하고 있는 조세법률주의의 원칙상 과세요건과 징수절차에 관한 사항을 명령·규칙 등 하위법령에 구체적·개별적으로 위임하여 규정할 수 없다.
- ③ 법률에서 위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그 중의 특정사항을 범위를 정하여 하위법령에 다시 위임하는 경우에는 재위임이 허용된다. 이러한 법리는 조례가 「지방자치법」에 따라 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항을 법률로부터 위임받은 후, 이를 다시 지방자치단체장이 정하는 ‘규칙’ 이나 ‘고시’ 등에 재위임하는 경우에도 마찬가지이다.
- ④ 법률의 시행령이나 시행규칙의 내용이 모법 조항의 취지에 근거하여 이를 구체화하기 위한 것인 때에는 모법의 규율 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없다. 이러한 경우에는 모법에 이에 관하여 직접 위임하는 규정을 두지 않았다고 하여도 이를 무효라고 볼 수 없다.

**정답** ②

**해설** [X] 조세법률주의의 원칙상 조세의 종목과 세율은 법률로 정하는 것이 원칙이지만, 구체적으로 범위를 정하여 위임하는 것은 가능하다(대판 2009. 8. 20. 2008두11372).

**17. 판례상 항고소송의 원고적격이 인정되는 경우만을 모두 고르면?**

- ㄱ. 중국 국적자인 외국인이 사증발급 거부처분의 취소를 구하는 경우
- ㄴ. 소방청장이 처분성이 인정되는 국민권익위원회의 조치요구에 불복하여 조치요구의 취소를 구하는 경우

- ㄷ. 지방법무사회가 법무사의 사무원 채용승인 신청을 거부하여 사무원이 될 수 없게 된 자가 지방법무사회를 상대로 거부처분의 취소를 구하는 경우
- ㄹ. 개발제한구역 중 일부 취락을 개발제한구역에서 해제하는 내용의 도시관리계획변경결정에 대하여 개발제한구역 해제대상에서 누락된 토지의 소유자가 위 결정의 취소를 구하는 경우

- ① ㄱ, ㄴ
- ② ㄴ, ㄷ
- ③ ㄷ, ㄹ
- ④ ㄱ, ㄷ, ㄹ

**정답** ②

**해설** ㄴ, ㄷ은 원고적격이 인정된 사안이다. ㄱ, ㄹ은 원고적격이 부정된다.

ㄱ:[부정] 사증발급 거부처분을 다투는 외국인인 ㉓ 아직 대한민국에 입국하지 않은 상태에서 대한민국에 입국하게 해달라고 주장하는 것으로, 대한민국과의 실질적 관련성 내지 대한민국에서 법적으로 보호가치 있는 이해관계를 형성한 경우는 아니어서, 해당 사증발급 거부처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정되지 않는다. 반면 ㉔ 국적법상 귀화불허가처분이나 출입국관리법상 체류자격변경 불허가처분, 강제퇴거명령 등을 다투는 외국인인 대한민국에 적법하게 입국하여 상당한 기간을 체류한 사람이므로 이미 대한민국과의 실질적 관련성 내지 대한민국에서 법적으로 보호가치 있는 이해관계를 형성한 경우이어서, 해당 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정된다고 보아야 한다(대판 2018. 5. 15. 2014두42506).

• 사증 발급의 법적 성질과 출입국관리법의 입법 목적을 고려할 때 외국인인 사증발급 거부처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다. [20 군무원7급] [X]

ㄴ:[인정] 처분성이 인정되는 국민권익위원회의 조치요구에 불복한 고자 하는 소방청장으로서의 조치요구의 취소를 구하는 항고소송을 제기하는 것이 유효·적절한 수단으로 볼 수 있으므로 소방청장은 예외적으로 당사자능력과 원고적격을 가진다(대판 2018. 8. 1. 2014두35379).

• 국가기관인 소방청장은 국민권익위원회를 상대로 조치요구의 취소를 구할 당사자능력이 없기 때문에 항고소송의 원고적격이 인정되지 않는다. [20 소방공채] [X]

ㄷ:[인정] 지방법무사회의 사무원 채용승인 거부처분 또는 채용승인 취소처분에 대해서는 처분 상대방인 법무사뿐만 아니라 그 때문에 사무원이 될 수 없게 된 사람도 이를 다룰 원고적격이 인정되어야 한다(대판 2020. 4. 9. 2015다34444).

ㄹ:[부정] 개발제한구역 중 일부취락을 개발제한구역에서 해제하는

내용의 도시관리계획변경결정에 대하여, 개발제한구역 해제대상에서 누락된 토지의 소유자는 위 결정의 취소를 구할 법률상 이익이 없다(대판 2008. 7. 10, 2007두10242).

• 개발제한구역 중 일부 취락을 개발제한구역에서 해제하는 내용의 도시관리계획변경결정에 대하여 개발제한구역 해제 대상에서 누락된 토지의 소유자는 그 결정의 취소를 구할 법률상 이익이 있다.[18 지방9급] [13 국가9급] [10 국가9급] [X]

**18. 甲 회사는 ‘토석채취허가지 진입도로와 관련 우회도로 개설 등은 인근 주민들과의 충분한 협의를 통해 민원발생에 따른 분쟁이 생기지 않도록 조치 후 사업을 추진할 것’ 이란 조건으로 토석채취허가를 받았다. 그러나 甲은 위 조건이 법령에 근거가 없다는 이유로 이행하지 아니하였고, 인근 주민이 민원을 제기하자 관할 행정청은 甲에게 공사중지명령을 하였다. 甲은 공사중지명령의 해제를 신청하였으나 거부되자 거부처분 취소소송을 제기하였다. 이에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ① 일반적으로 기속행위의 경우 법령의 근거 없이 위와 같은 조건을 부가하는 것은 위법하다.
- ② 공사중지명령의 원인사유가 해소되었다면 甲은 공사중지명령의 해제를 신청할 수 있고, 이에 대한 거부는 처분성이 인정된다.
- ③ 甲에게는 공사중지명령 해제신청 거부처분에 대한 집행정지를 구할 이익이 인정되지 아니한다.
- ④ 甲이 앞서 공사중지명령 취소소송에서 패소하여 그 판결이 확정되었다고, 甲은 그 후 공사중지명령의 해제를 신청한 후 해제신청 거부처분 취소소송에서 다시 그 공사중지명령의 적법성을 다툴 수 있다.

정답 ④

**해설** [X] 공사중지명령 취소소송에서의 기각판결(원고패소)의 기판력에 의해 당해 공사중지명령의 적법성은 확정되었다. 따라서 당사자는 거부처분 취소소송에서 다시 공사중지명령의 적법성을 주장할 수 없고, 법원은 판단하여서는 아니된다.

**판례** 행정청이 관련 법령에 근거하여 행한 공사중지명령의 상대방이 명령의 취소를 구한 소송에서 패소함으로써 그 명령이 적법한 것으로 이미 확정되었다면, 이후 이러한 공사중지명령의 상대방은 그 명령의 해제신청을 거부한 처분의 취소를 구하는 소송에서 그 명령의 적법성을 다툴 수 없다(대판 2014. 11. 27, 2014두37665).

①:[O] 일반적으로 기속행위의 경우 법령의 근거가 있어야 조건 등

의 부관이 허용된다. 법령의 근거 없이 기속행위 내지 기속적 재량행위에 부관을 붙이면 당해 부관은 위법 무효라는 것이 판례이다.

**판례** 건축허가를 하면서 일정 토지를 기부채납하도록 한 허가조건은 기속행위 내지 기속적 재량행위인 건축허가에 붙인 부담이거나 또는 법령상 아무런 근거가 없는 부관이어서 무효이다(대판 1995. 6. 13, 94다56883).

• 건축허가를 하면서 일정 토지를 기부채납하도록 하는 내용의 허가조건을 붙였다면 원척상 취소사유로 보아야 한다. [20 소방공채] [X]

②:[O] 판례는 공사중지명령의 원인사유가 해소되었다면 공사중지명령의 해제를 요구할 수 있는 조리상 신청권이 인정된다고 본다. 따라서 신청에 대한 거부 또는 부작위를 항고소송의 대상으로 삼아 본안 심리가 가능하다.

**판례** 공사중지명령에 대하여 그 명령의 상대방이 해제를 구하기 위해서는 명령의 내용 자체로 또는 성질상으로 명령 이후에 원인사유가 해소되었음이 인정되어야 한다(대판 2014. 11. 27, 2014두37665).

**유사판례** 행정청이 행한 공사중지명령의 상대방은 그 명령 이후에 그 원인사유가 소멸하였음을 들어 행정청에 대하여 공사중지명령의 철회를 요구할 수 있는 조리상의 신청권이 있다(대판 2005.4.14, 2003두7590).

③:[O] 거부처분 등과 같은 소극적 처분, 부작위에 대해서는 집행정지가 허용되지 않는다.

**판례** 신청에 대한 거부처분의 효력을 정지하더라도 거부처분이 없었던 것과 같은 상태, 즉 거부처분이 있기 전의 신청상태로 되돌아가는데 불과하고 행정청에게 신청에 따른 처분을 하여야 할 의무가 생기는 것이 아니므로 거부처분의 효력정지는 그 거부처분으로 인하여 신청인에게 생길 손해를 방지하는 데 아무런 보탬이 되지 아니하여 그 효력정지를 구할 이익이 없다(대결 1995. 6. 21, 95두26).

• 거부처분에 대해서도 그 효력정지를 구할 이익이 인정된다. [18 서울7급] [X]

**19. 다음 사례에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- 甲은 자신의 토지에 대한 개별공시지가결정을 통지 받은 후 90일이 넘어 과세처분을 받았는데, 과세처분이 위법한 개별공시지가결정에 기초하였다는 이유로 과세처분의 취소를 구하고자 한다.
- 甲은 토지대장에 전(田)으로 기재되어 있는 지목을 대(垓)로 변경하고자 지목변경신청을 하였다.

○ 乙은 甲의 토지가 사실은 자신 소유라고 주장하면서 토지대장상의 소유자명의변경을 신청하였으나 거부되었다.

- ① 甲은 과세처분이 있기 전에는 개별공시지가결정에 대해서 취소소송을 제기할 수 없다.
- ② 甲은 과세처분의 위법성이 인정되지 않더라도 과세처분 취소소송에서 개별공시지가결정의 위법을 독립된 위법사유로 주장할 수 있다.
- ③ 토지대장에 등재된 사항을 변경하는 행위는 행정사 무집행의 편익과 사실증명의 자료로 삼기 위한 것이므로, 甲은 지목변경신청이 거부되더라도 이에 대하여 취소소송으로 다툴 수 없다.
- ④ 乙에 대한 토지대장상의 소유자명의변경신청 거부는 처분성이 인정된다.

**정답** ②

**해설** [○] 개별공시지가결정은 이를 기초로 한 과세처분 등과는 별개의 독립된 처분으로서 서로 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하는 것이나, 위법한 개별공시지가결정에 대하여 그 정해진 시정절차를 통하여 시정하도록 요구하지 아니하였다는 이유로 위법한 개별공시지가를 기초로 한 과세처분 등 후행 행정처분에서 개별공시지가결정의 위법을 주장할 수 없도록 하는 것은 수인한도를 넘는 불이익을 강요하는 것으로서 개별공시지가결정에 위법이 있는 경우에는 그 자체를 행정소송의 대상이 되는 행정처분으로 보아 그 위법 여부를 다툴 수 있음은 물론 이를 기초로 한 과세처분 등 행정처분의 취소를 구하는 행정소송에서도 선행처분인 개별공시지가결정의 위법을 독립된 위법사유로 주장할 수 있다(대판 1994. 1. 25. 93누8542).

• 선행처분인 개별공시지가결정의 하자가 과세처분 등 후행하는 처분에 승계될 수 있는지 여부에 관해 판례는 서로 결합하여 하나의 법률효과를 발생시킨다는 관점에서 하자승계를 인정하였다.[17 서울사7급] [×]

①:[×] 개별공시지가결정 자체도 항고소송의 대상인 행정처분이다.

**판례** 표주지 공시지가 결정 및 개별공시지가의 결정은 항고소송의 대상이 되는 행정처분이다(대판 1994. 3. 8. 93누10828).

• 개별공시지가결정은 행정청의 중간행위에 불과하여 항고소송의 대상이 되는 처분이 아니다. [09 지방직9급] [×]

③:[×] 지적공부 소관청의 지목변경신청 반려행위는 토지소유자의 권리행사에 직접 영향을 미치므로 항고소송의 대상인 행정처분에 해당한다(대판 2004. 4. 12. 2003두9015).

• 지적공부 소관청의 지목변경신청 반려행위는 행정사무의 편의

와 사실증명의 자료로 삼기 위한 것이지 그 대장에 등재 여부는 어떠한 권리의 변동이나 상실효력이 생겨지 않으므로 이를 항고소송의 대상으로 할 수 없다. [17 국가직9급] [×]

④:[×] 토지대장상의 소유자명의변경신청을 거부하는 행위는 실제적 권리관계에 영향을 미치는 사항이 아니므로 항고소송의 대상인 행정처분이 아니다.

**비고판례** 토지대장을 직권으로 말소한 행위는 항고소송의 대상인 행정처분에 해당한다(대판 2013. 10. 24. 2011두13286).

## 20. 다음 사례에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

A도(道) B군(郡)에서 식품접객업을 하는 甲은 청소년에게 술을 팔다가 적발되었다. 「식품위생법」은 위법하게 청소년에게 주류를 제공한 영업자에게 “6개월 이내의 기간을 정하여 그 영업의 전부 또는 일부를 정지할 수 있다.” 라고 규정하고, 「식품위생법 시행규칙」 [별표 23]은 청소년 주류제공(1차 위반)시 행정처분기준을 ‘영업정지 2개월’로 정하고 있다. B군수는 甲에게 2개월의 영업정지처분을 하였다.

- ① 甲은 영업정지처분에 불복하여 A도 행정심판위원회에 행정심판을 청구할 수 있다.
- ② 甲은 행정심판을 청구하지 않고 영업정지처분에 대한 취소소송을 제기할 수 있다.
- ③ 「식품위생법 시행규칙」의 행정처분기준은 행정규칙의 형식이나, 「식품위생법」의 내용을 보충하면서 「식품위생법」의 규정과 결합하여 위임의 범위 내에서 대외적인 구속력을 가진다.
- ④ 甲이 취소소송을 제기하는 경우 법원은 재량권의 일탈·남용이 인정되면 영업정지처분을 취소할 수 있다.

**정답** ③

**해설** [×] 「식품위생법 시행규칙」의 (제재적) 행정처분기준은 행정규칙의 성질에 불과하여 대외적인 구속력을 갖지 못한다. ※ 판례는 시행령상의 행정처분기준에 대하여는 대외적 구속력을 인정한다.

**판례** 식품위생법시행규칙 제53조에서 별표 15로 식품위생법 제58조에 따른 행정처분의 기준을 정하였다고 하더라도, 이는 형식은 부령으로 되어 있으나 그 성질은 행정기관 내부의 사무처리준칙을 정한 것에 불과한 것으로서, 보건사회부장관이 관계행정기관 및 직원에 대하여 그 직무권한행사의 지침을 정하여 주기 위하여 발한 행정명령의

성질을 가지는 것이지 식품위생법 제58조 제1항의 규정에 의하여 보장된 재량권을 가속하는 것이라고 할 수는 없고, 대외적으로 국민이나 법원을 가속하는 힘이 있는 것은 아니므로 **식품위생법 제58조 제1항에 의한 처분의 적법 여부는 같은 법 시행규칙에 따라 판단할 것이 아니라 같은 법의 규정 및 그 취지에 적합한 것인가의 여부에 따라 판단하여야 한다**(대판 1991. 5. 14, 90누9780).

**유사판례** 식품위생법 제58조 제1항에 의한 처분의 기준을 정한 같은 법 시행규칙 제53조는 행정규칙에 불과하므로 행정처분이 이에 위반되었다고 하여 곧바로 위법한 것으로 되지는 않는다(대판 1995. 3. 28, 94누6925).

- 구 「식품위생법 시행규칙」에서 정한 제재적 처분 기준은 법규명령의 성질을 가진다.<sup>[17 교육행정]</sup> [×]
- 구 「식품위생법 시행규칙」 제53조가 정한 [별표 15]의 행정처분기준은 구 「식품위생법」 제58조에 따른 영업허가의 취소 등에 관한 행정처분의 기준을 정한 것으로 대외적 구속력이 있다.<sup>[14 지방9급]</sup> [×]