

# [행정법총론]

해설 위원: 이 석 준 교수

본 문서 내용의 소유권 및 판권은 (주)윌비스공무원학원에 있습니다. 무단복사 판매시 **저작권법**에 의거 경고조치 없이 고발하여 민·형사상 책임을 지게 됩니다.

책형	1번	2번	3번	4번	5번	6번	7번	8번	9번	10번
A	2	4	3	3	2	4	2	1	4	2
	11번	12번	13번	14번	15번	16번	17번	18번	19번	20번
	1	3	1	2	4	1	2	4	3	4

문 1. 행정입법에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 자치조례에 대한 법률의 위임은 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다.
- ② 부령 형식으로 정해진 제재적 행정처분의 기준은 범규성이 있어서 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 효력이 있다.
- ③ 고시가 법령의 수권에 의하여 법령을 보충하는 사항을 정하는 경우 위임의 한계를 벗어나지 않는 한 그 근거 법령과 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 범규명령으로서의 효력을 가진다.
- ④ 법률의 시행령이 형사처벌에 관한 사항을 규정하면서 법률의 명시적인 위임 범위를 벗어나 처벌의 대상을 확장하는 것은 위임입법의 한계를 벗어난 것으로 그 시행령은 무효이다.

정답 ②

해설 [×] 제재적 행정처분의 기준이 부령의 형식으로 규정되어 있더라도 그것은 행정청 내부의 사무처리준칙을 정한 것에 지나지 아니하여 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 효력이 없다(대판 2007. 9. 20. 2007두6946).

문 2. 행정행위의 부관에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정처분에 부가한 부담이 무효인 경우에는 그 부담의 이행으로 이루어진 사법상 법률행위도 무효가 된다.
- ② 부관의 사후변경은 종전의 부관을 변경하지 아니하면 해당 처분의 목적을 달성할 수 없는 경우가 아니라면 인정되지 않는다.
- ③ 행정처분과 실제적 관련성이 없어 부관을 붙일 수 없는 경우에도 사법상 계약의 형식으로 공법상 제한을 회피할 수 있다.
- ④ 행정재산에 대한 기한부 사용·수익허가를 받은 경우, 그 사용·수익허가의 기간에 대하여 독립하여 행정소송을 제기할 수 없다.

정답 ④

해설 [○] 기부채납받은 행정재산에 대한 사용·수익허가에서 사용·수익허가의 기간에 대하여 독립하여 행정소송을 제기할 수 없으며 이러한 청구는 부적법하므로 각하된다(대판 2001. 6. 15. 99두509).

①:[×] 공법관계인 행정행위의 부관과 사법관계인 부관의 이행은 구별된다는 것이 판례이다(독립설). 즉, 부담의 이행으로서 하게 된 사법상 매매 등의 법률행위

는 부담을 붙인 행정처분과는 별개의 행위로 보는 바, 기부채납인 부담이 무효라 하더라도 그 부담의 이행으로 한 사법상 법률행위가 당연히 무효가 되는 것은 아니라고 보았다.

판례 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).

②:[×] 부관의 사후변경은 법률에 근거가 있거나, 당사자의 동의가 있는 경우에도 가능하다.

행정기본법 제17조(부관) ③ 행정청은 부관을 붙일 수 있는 처분이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 처분을 한 후에도 부관을 새로 붙이거나 종전의 부관을 변경할 수 있다.

1. 법률에 근거가 있는 경우
2. 당사자의 동의가 있는 경우
3. 사정이 변경되어 부관을 새로 붙이거나 종전의 부관을 변경하지 아니하면 해당 처분의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우

③:[×] 행정처분과 실제적 관련성이 없어 부관을 붙일 수 없는 경우, 사법상 계약의 형식으로 공법상 제한을 회피할 수 없다.

판례 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).

문 3. 판례상 재량행위에 해당하는 것만을 모두 고르면?

- ㄱ. 「여객자동차 운수사업법」상 개인택시운송사업면허
- ㄴ. 구「수도권대기환경특별법」상 대기오염물질 총량관리사업장 설치허가
- ㄷ. 「국가공무원법」상 휴직 사유 소멸을 이유로 한 신청에 대한 복직명령
- ㄹ. 「출입국관리법」상 체류자격 변경허가

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

정답 ③

해설 ㄱ, ㄴ, ㄹ이 재량행위에 해당한다. ㄷ은 기속행위이다.

ㄱ:[재량행위] 개인택시운송사업면허는 재량행위이며 그 재량권 행사의 자침이 되는 면허기준 설정 역시 행정청의 재량에 속한다(대판 2007. 2. 8. 2006두13886).

ㄴ:[재량행위] 구 수도권 대기환경개선에 관한 특별법 제14조 제1항에서 정한 대기오염물질 총량관리사업장 설치의 허가 또는 변경허가 처분의 여부 및 내용의 결정이 행정청의 재량에 속한다(대판 2013. 5. 9. 2012두22799).

ㄷ:[기속행위] 육아휴직 중 국가공무원법 제73조 제2항에서 정한 복직 요건인 '휴직 사유가 없어진 때' 위 조항에 따른 복직명령의 법적 성질은 기속행위이다.

판례 구 교육공무원법(2011. 5. 19. 법률 제10634호로 개정되기 전의 것) 제44조 제1항 제7호는 '만 6세 이하의 초등학교 취학 전 자녀'를 양육대상으로 하여 '교육공무원이 그 자녀를 양육하기 위하여 필요한 경우'를 육아휴직의 사유로 규정하고 있으므로, 육아휴직 중 그 사유가 소멸하였는지는 해당 자녀가 사망하거나 초등학교에 취학하는 등으로 양육 대상에 관한 요건이 소멸한 경우뿐만 아니라 육아휴직 중인 교육공무원에게 해당 자녀를 더 이상 양육할 수 없거나, 양육을 위하여 휴직할 필요가 없는 사유가 발생하였는지 여부도 함께 고려하여야 하고, 국가공무원법 제73조 제2항의 문언에 비추어 복직명령은 기속행위

이므로 휴직사유가 소멸하였음을 이유로 신청하는 경우 임용권자는 지체 없이 복직명령을 하여야 한다(대판 2014. 6. 12. 2012두4852).

ㄹ: [자랑행위] 출입국관리법 등 관계법령에 비추어 보면, 체류자격 변경허가는 신청인에게 당초의 체류자격과 다른 체류자격에 해당하는 활동을 할 수 있는 권한을 부여하는 일종의 실권적 처분의 성격을 가지므로, 허가권자는 신청인이 관계 법령에서 정한 요건을 충족하였더라도 신청인의 적격성, 체류 목적, 공익상의 영향 등을 참작하여 허가 여부를 결정할 수 있는 재량을 가진다(대판 2016. 7. 14. 2015두48846).

문 4. 행정절차에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 계약직공무원 채용계약해지의 의사표시는 「행정절차법」에 의하여 근거와 이유를 제시하여야 하는 것은 아니다.
- ② 교육부장관이 부적격사유가 없는 후보자들 사이에서 어떤 후보자를 상대적으로 더욱 적합하다고 판단하여 국립대학교의 총장으로 임용제청을 하였다면, 그러한 임용제청행위 자체로서 이유제시의무를 다한 것이다.
- ③ 「국가공무원법」상 직위해제처분에는 처분의 사전통지 및 의견청취 등에 관한 「행정절차법」의 규정이 적용된다.
- ④ 과세처분 시 납세고지서에 법으로 규정한 과세표준 등의 기재가 누락되면 그 과세처분 자체가 위법한 처분이 되어 취소의 대상이 된다.

정답 ③

해설 [×] 「국가공무원법」상 직위해제처분에는 처분의 사전통지 및 의견청취 등에 관한 「행정절차법」의 규정이 적용되지 않는다.

판례 국가공무원법상 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).

문 5. 행정법의 일반원칙에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 비례의 원칙은 법치국가원리에서 당연히 파생되는 헌법상의 기본원리이다.
- ㄴ. 평등의 원칙은 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게 취급함을 금지하는 것이므로, 위법한 행정처분이 수차례에 걸쳐 반복적으로 행하여졌다면 행정청에 대하여 자기구속력을 갖게 된다.
- ㄷ. 국가가 임용결격사유가 있는 자에 대하여 결격사유가 있는 것을 알지 못하고 공무원으로 임용하였다가 나중에 결격사유가 있음을 발견하고 그 임용행위를 취소하는 경우 신의칙이 적용된다.
- ㄹ. 지방자치단체장이 사업자에게 주택사업계획승인을 하면서 그 주택사업과는 아무런 관련이 없는 토지를 기부채납하도록 하는 부관을 주택사업계획승인에 붙인 경우, 그 부관은 부당결부금지의 원칙에 위반되어 위법하다.

- ① ㄱ, ㄴ
- ③ ㄴ, ㄷ

- ② ㄱ, ㄹ
- ④ ㄷ, ㄹ

정답 ②

해설 ㄱ, ㄹ이 옳다. ㄴ, ㄷ은 타당하지 못하다.

ㄱ: [○] 비례의 원칙 등 행정법의 일반원칙은 법치국가원리에서 파생되는 헌법상의 기본원리이기도 하다.

ㄴ: [×] 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).

ㄷ: [×] 국가가 공무원임용결격사유가 있는 자에 대하여 결격사유가 있는 것을 알지 못하고 공무원으로 임용하였다가 사후에 결격사유가 있는 자임을 발견하고 공무원임용행위를 취소하는 것은 당사자에게 원래의 임용행위가 당초부터 당연무효이었음을 통지하여 확인시켜 주는 행위에 지나지 아니하는 것이므로, 그러한 의미에서 당초의 임용처분을 취소함에 있어서는 신의칙 내지 신뢰의 원칙을 적용할 수 없고 또 그러한 의미의 취소권은 시효로 소멸하는 것도 아니다(대판 1987. 4. 14. 86누459).

ㄹ: [○] 주택사업계획승인을 하면서 주택사업과는 아무런 관련이 없는 토지를 기부채납하도록 하는 부관을 붙인 경우 그 부관은 부당결부금지원칙에 위반되어 위법하다(대판 1997. 3. 11. 96다49650).

문 6. 행정행위에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 건축허가는 대물적 성질을 갖는 것이어서 행정청으로서는 허가를 할 때에 건축주 또는 토지 소유자가 누구인지 등 인적 요소에 관하여는 형식적 심사만 한다.
- ② 시·도경찰청장이 횡단보도를 설치하여 보행자 통행방법 등을 규제하는 것은 국민의 권리·의무에 직접 관계가 있는 행위로서 행정처분이다.
- ③ 국유재산의 무단점유에 대한 변상금 징수의 요건은 「국유재산법」에 명백히 규정되어 있으므로 변상금을 징수할 것인가는 처분청의 재량을 허용하지 않는 지속행위이다.
- ④ 공유수면의 점용·사용허가는 특정인에게 공유수면 이용권이라는 독점적 권리를 설정하여 주는 처분이 아니라 일반적인 상대적 금지를 해제하는 처분이다.

정답 ④

해설 [×] 공유수면의 점용·사용허가는 일반적인 상대적 금지를 해제하는 처분(강학상 허가)에 불과한 것이 아니라, 특정인에게 공유수면 이용권이라는 독점적 권리를 설정하여 주는 처분(강학상 특허)이다.

판례 공유수면 관리 및 매립에 관한 법률에 따른 공유수면의 점용·사용허가는 특정인에게 공유수면 이용권이라는 독점적 권리를 설정하여 주는 처분으로서 처분 여부 및 내용의 결정은 원칙적으로 행정청의 재량에 속한다(대판 2017. 4. 28. 2017두30139).

문 7. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」상 정보공개에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 정보공개 청구권자의 권리구제 가능성은 정보의 공개 여부 결정에 아무런 영향을 미치지 못한다.
- ② 학교환경위생구역 내 금지행위 해제결정에 관한 학교환경위생정화위원회의 회의록에 기재된 발언내용에 대한 해당 발언자의 인적사항 부분에 관한 정보는 비공개대상에 해당하지 아니한다.
- ③ 공공기관이 정보공개를 거부하는 경우에는 어느 부분이 어떠한 법의 또는 기본권과 충돌되어 비공개사유에 해당하는지를 주장·증명하여야 하고, 그에 이르지 아니한 채 개괄적인 사유만을 들어 공개를 거부하는 것은 허용되지 아니한다.
- ④ 공개를 구하는 정보를 공공기관이 한때 보유·관리하였으나 후에 그 정보가 담긴 문서등이 폐기되어 존재하지 않게 된 것이라면 그 정보를 더 이상 보유·관리하고 있지 아니하다는 점에 대한 증명책임은 공공기관에게 있다.

정답 ②

해설 [X] 학교환경위생구역 내 금지행위 해제결정에 관한 학교환경위생정화위원회의 회의록에 기재된 발언내용에 대한 해당 발언자의 인적사항 부분에 관한 정보는 비공개대상에 해당한다.

판례 학교환경위생구역 내 금지행위(숙박시설)해제결정에 관한 학교환경위생정화위원회의 회의록에 기재된 발언 내용에서 해당 발언자의 인적사항 부분에 관한 정보는 의사결정에 있는 사항에 준하는 사항으로서 비공개대상정보에 포함 될 수 있다(대판 2003. 8. 22. 2002두12946).

문 8. 행정처분의 위법성에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정청이 행정처분을 하면서 상대방에게 불복절차에 관한 고지 의무를 이행하지 않았다면 이는 절차적 하자로서 그 행정처분은 위법하게 된다.
- ② 행정처분이 나중에 항고소송에서 위법하다고 판단되어 취소되더라도 그러한 사실만으로 바로 행정처분이 공무원의 고의나 과실로 인한 불법행위를 구성한다고 할 수 없다.
- ③ 절차상의 하자를 이유로 행정처분을 취소하는 판결이 선고되어 확정된 경우, 그 확정판결의 기속력은 취소사유로 된 절차의 위법에 한하여 미치는 것이므로 행정청은 적법한 절차를 갖추어 동일한 내용의 처분을 다시 할 수 있다.
- ④ 권한 없는 행정청이 한 위법한 행정처분을 취소할 수 있는 권한은 그 행정처분을 한 처분청에게 속하는 것이고, 그 행정처분을 할 수 있는 적법한 권한을 가지는 행정청에게 그 취소권이 귀속되는 것은 아니다.

정답 ①

해설 [X] 「행정절차법」 또는 「행정심판법」상 불고지나 오고지는 처분의 절차상 하자가 아니므로 행정처분의 취소사유도 되지 않는 바, 처분 자체의 효력에 직접 영향을 미치지 않는다.

판례 자동차운수사업법 제7조 제3항의 고지절차에 관한 규정은 행정처분의 상대방이 그 처분에 대한 행정심판의 절차를 밟는데 있어 편의를 제공하려는 데 있으며 처분청이 위규정에 따른 고지 의무를 이행하지 아니하였다 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).

문 9. 영업의 양도와 영업자지위승계에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「식품위생법」상 허가영업자의 지위승계신고수리처분을 하는 경우 「행정절차법」 규정 소정의 당사자에 해당하는 종전의 영업자에게 행정절차를 실시하여야 한다.
- ② 관할 행정청은 여객자동차운송사업의 양도·양수에 대한 인가를 한 후에도 그 양도·양수 이전에 있었던 양도인에 대한 운송사업 면허 취소사유를 들어 양수인의 사업면허를 취소할 수 있다.
- ③ 영업양도행위가 무효임에도 행정청이 승계신고를 수리하였다면 양도자는 민사쟁송이 아닌 행정소송으로 신고수리처분의 무효 확인을 구할 수 있다.
- ④ 사실상 영업이 양도·양수되었지만 승계신고 및 수리처분이 있기 전에 양도인이 허락한 양수인의 영업 중 발생한 위반행위에 대한 행정적 책임은 양수인에게 귀속된다.

정답 ④

해설 [X] 사실상 영업이 양도·양수되었지만 승계신고 및 수리처분이 있기 전에 양도인이 허락한 양수인의 영업 중 발생한 위반행위에 대한 행정적 책임은 여전히 허가명의자인 양도인(종전 영업자)에게 귀속된다.

판례 사실상 영업이 양도·양수되었지만 아직 승계신고 및 수리처분이 있기 이전에는 여전히 종전의 영업자인 양도인이 영업허가자이고, 양수인은 영업허가자가 되지 못한다 할 것이어서 행정제재처분의 사유가 있는지 여부 및 그 사유가 있다고 하여 행하는 행정제재처분은 영업허가자인 양도인을 기준으로 판단하여 그 양도인에 대하여 행하여야 할 것이고, 한편 양도인이 그의 의사에 따라 양수인에게 영업을 양도하면서 양수인으로 하여금 영업을 하도록 허락하였다면 그 양수인의 영업 중 발생한 위반행위에 대한 행정적인 책임은 영업허가자인 양도인에게 귀속된다(대판 1995. 2. 24. 94누9146).

문 10. 여객자동차운송사업을 하는 甲은 관련법규 위반을 이유로 사업정지 처분에 갈음하는 과징금부과처분을 받았다. 이에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲이 현실적인 위반행위자가 아닌 법령상 책임자인 경우에도 甲에게 과징금을 부과할 수 있다.
- ② 甲에게 고의·과실이 없는 경우에는 과징금을 부과할 수 없다.
- ③ 과징금부과처분에 대해 甲은 취소소송을 제기하여 다툴 수 있다.
- ④ 甲에게 부과된 과징금이 법이 정한 한도액을 초과하여 위법한 경우, 법원은 그 초과부분에 대하여 일부 취소할 수 없고 그 전부를 취소하여야 한다.

정답 ②

해설 [X] 甲에게 고과과실이 없는 경우라도 과징금을 부과할 수 있다. 과징금 부과 역시 행정상 제재이므로 고의 또는 과실을 요하지 않는다.

①:[O] 과징금 역시 행정상 제재이므로 현실적인 위반행위자가 아닌 법령상 책임자에게 부과될 수 있다.

③:[O] 과징금부과처분 역시 금전급부하명의 성질을 가진 제재처분으로서 항고소송의 대상인 행정처분에 해당한다.

④:[O] 과징금부과처분은 특별한 경우가 아닌 한 재량행위이므로 법원은 독자의 결론을 도출함이 없이 전부취소판결을 해야하고, 일부취소판결은 허용되지 않음 이 원칙이다.

판례 과징금 부과처분이 법이 정한 한도액을 초과하여 위법할 경우 법원으로서 그 전부를 취소할 수밖에 없고, 그 한도액을 초과한 부분이나 법원이 적정하다고 인정되는 부분을 초과한 부분만을 취소할 수 없다(대판 1998. 4. 10. 98두2270).



문 11. 국가배상제도에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공무원에게 부과된 직무상 의무가 단순히 공공일반의 이익만을 위한 경우라면 그러한 직무상 의무 위반에 대해서는 국가배상 책임이 인정되지 않는다.
- ② 국가의 비권력적 작용은 국가배상청구의 요건인 직무에 포함되지 않는다.
- ③ 경과실로 불법행위를 한 공무원이 피해자에게 손해를 배상하였다면 이는 타인의 채무를 변제한 경우에 해당하므로 피해자는 공무원에게 이를 반환할 의무가 있다.
- ④ 지방자치단체가 권원 없이 사실상 관리하고 있는 도로는 국가배상책임의 대상이 되는 영조물에 해당하지 않는다.

정답 ①

해설 [O] 공무원에게 부과된 직무상 의무가 단순히 공공일반의 이익만을 위한 경우라면 사회구성원 개개인의 이익은 법률상 이익이 아니어서 이른바 사익보호성이 인정되지 않아 직무 또는 상당인과관계의 요건이 충족되지 않아 국가배상책임이 성립하지 않는다.

판례 공무원이 고의 또는 과실로 그에게 부과된 직무상 의무를 위반하였을 경우라고 하더라도 국가는 그러한 직무상의 의무 위반과 피해자가 입은 손해 사이에 상당인과관계가 인정되는 범위 내에서만 배상책임을 지는 것이고, 이 경우 상당인과관계가 인정되기 위하여는 공무원에게 부과된 직무상 의무의 내용이 단순히 공공일반의 이익을 위한 것이거나 행정기관 내부의 질서를 규율하기 위한 것이 아니고 전적으로 또는 부수적으로 사회구성원 개개인의 안전과 이익을 보호하기 위해 설정한 것이어야 한다(대판 2006. 4. 14. 2003다41746).

②:[X] 국가배상법이 정한 배상청구의 요건인 공무원의 직무에는 권력적 작용만이 아니라 행정지도와 같은 비권력적 작용도 포함되며, 단지 행정주체가 사경제 주체로서 하는 활동만이 제외된다(대판 1998. 7. 10. 96다38971).

③:[X] 공무원이 직무수행 중 불법행위로 타인에게 손해를 입힌 경우에 국가 등이 국가배상책임을 부담하는 외에 공무원 개인도 고의 또는 중과실이 있는 경우에는 불법행위로 인한 손해배상책임을 지고, 공무원에게 경과실이 있을 뿐인 경우에는 공무원 개인은 손해배상책임을 부담하지 아니한다. 이처럼 <경과실이 있는 공무원이 피해자에 대하여 손해배상책임을 부담하지 아니함에도 피해자에게 손해를 배상하였다면> 그것은 채무자 아닌 사람이 타인의 채무를 변제한 경우에 해당하고 이는 민법 제469조의 '제3자의 변제' 또는 민법 제744조의 '도의 관념에 적합한 비채변제'에 해당하여 피해자는 공무원에 대하여 이를 반환할 의무가 없고 그에 따라 피해자의 국가에 대한 손해배상청구권이 소멸하여 국가는 자신의 출연 없이 채무를 면하게 되므로, 피해자에게 손해를 직접 배상한 경과실이 있는 공무원은 특별한 사정이 없는 한 국가에 대하여 국가의 피해자에 대한 손해배상책임의 범위 내에서 공무원이 변제한 금액에 관하여 구상권을 취득한다(대판 2014. 8. 20. 2012다54478).

④:[X] 국가배상법 제5조 제1항 소정의 '공공의 영조물'이라 함은 국가 또는 지방자치단체에 의하여 특정 공공의 목적에 공여된 유체물 내지 물적 설비를 말하며, **강화상 공물**을 의미한다. 그리고 자연공물·인공공물을 가리지 않으며, 국가의 소유물에 한정하지 않고 국가나 지방자치단체가 소유권·임차권 그 밖의 권한에 기하여 관리하고 있는 경우뿐만 아니라 **사실상 관리하는 경우도 포함한다**(대판 1998. 10. 23. 98다17381).

문 12. 행정법에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 양벌규정에 의한 영업주의 처벌은 금지위반행위자인 종업원의 처벌에 종속되는 것이므로 영업주만 따로 처벌할 수는 없다.
- ② 통고처분은 법정기간 내에 납부하지 않는 것을 해제조건으로 하는 행정처분이므로 행정소송의 대상이 된다.
- ③ 행정청의 과태료 부과에 대해 서면으로 이의가 제기된 경우 과태료 부과처분은 그 효력을 상실한다.
- ④ 법원이 하는 과태료재판에는 원칙적으로 행정소송에서와 같은 신뢰보호의 원칙이 적용된다.

정답 ③

해설 [O] 질서위반행위규제법 제20조 제1항 및 제2항.

제20조(이의제기) ① 행정청의 과태료 부과에 불복하는 당사자는 제17조 제1항에 따른 과태료 부과 통지를 받은 날부터 60일 이내에 해당 행정청에 서면으로 이의제기를 할 수 있다.

② 제1항에 따른 이의제기가 있는 경우에는 행정청의 과태료 부과처분은 그 효력을 상실한다.

③ 당사자는 행정청으로부터 제21조 제3항에 따른 통지를 받기 전까지는 행정청에 대하여 서면으로 이의제기를 철회할 수 있다.

①:[X] 양벌규정에 의한 영업주의 처벌은 금지위반행위자인 종업원의 처벌에 종속되는 것이 아니라 영업주의 독자적인 과실책임이므로 영업주만 따로 처벌할 수 있다.

②:[X] 통고처분에 따른 범칙금을 납부하지 않으면 통고처분은 그 효력을 상실하며 행정청의 즉결심판의 청구 또는 고발에 의한 정식의 형사소송절차가 개시되는 것으로 불복절차에 관하여 특별규정을 두고 있다. 따라서 **통고처분은 항고소송의 대상인 처분이 아니라는 것이 판례의 입장이다.**

④:[X] 과태료 재판에서 정한 액수가 행정청의 과태료처분보다 많다는 것은 재항고이유 못된다. 왜냐하면 과태료 재판은 행정청의 과태료부과의 당부를 판단하는 항고소송이 아니라 비송사건으로 법원의 재량이므로 신뢰보호 원칙 위반여부가 문제되지 않음이 원칙이다.

판례 법원이 비송사건절차법에 따라서 하는 과태료 재판은 관할 관청이 부과한 과태료처분에 대한 당부를 심판하는 행정소송절차가 아니라 법원이 직권으로 개시·결정하는 것이므로, **원칙적으로 과태료 재판에서는 행정소송에서와 같은 신뢰보호의 원칙 위반 여부가 문제로 되지 아니하고**, 다만 위반자가 그 의무를 알지 못하는 것이 무리가 아니었다고 할 수 있어 그것을 정당시킬 수 있는 사정이 있을 때 또는 그 의무의 이행을 그 당사자에게 기대하는 것이 무리라고 하는 사정이 있을 때 등 그 의무 해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있는 때에는 이를 부과할 수 없다(대결 2006. 4. 28.자, 2003마715).

**판례** 관계법령을 위반하여 장제시장 영업을 하고 있는 자의 장제시장 사용중지의무는 부작위의무로서 행정대집행법 제2조의 규정에 의한 대집행의 대상이 되지 않는다. 따라서 용도위반 부분을 장제시장으로 사용하는 것을 중지할 것과 이를 불이행할 경우 행정대집행을 하겠다는 내용의 계고처분은 위법하다(대판 2005. 9. 28. 2005도7464).

행정재산인 위 부설주차장에 대한 국유재산법 제24조 제1항에 의한 사용·수익 허가(강박상 특허)로서 이루어진 것임을 알 수 있으므로, 이는 위 국립의료원이 원고의 신청에 의하여 공권력을 가진 우월적 지위에서 행한 행정처분으로서 특정인에게 행정재산을 사용할 수 있는 권리를 설정하여 주는 강박상 특허에 해당한다 할 것이고 순전히 사경제주체로서 원고와 대등한 위치에서 행한 사법상의 계약으로 보기 어렵다고 할 것이다(대판 2006. 3. 9. 2004다31074).

③: [×] 공법상 계약의 한쪽 당사자가 다른 당사자를 상대로 계약의 이행을 청구하는 소송은 민사소송이 아니라 행정소송인 당사자소송으로 제기하여야 한다.

위법사유에 관한 판단에도 미치지. 종전 처분이 판결에 의하여 취소되었다고 종전 처분과 다른 사유를 들어서 새로이 처분을 하는 것은 기속력에 저촉되지 않는다.

[2] 여기에서 동일 사유인지 다른 사유인지는 확정판결에서 위법한 것으로 판단된 종전 처분사유와 기본적인 사실관계에서 동일성이 인정되는지 여부에 따라 판단되어야 하고, 기본적인 사실관계의 동일성 유무는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지에 따라 결정된다.

[3] 또한 행정처분의 위법 여부는 행정처분이 행하여진 때의 법령과 사실을 기준으로 판단하므로, 확정판결의 당사자인 처분 행정청은 종전 처분 후에 발생한 새로운 사유를 내세워 다시 처분을 할 수 있고 새로운 처분의 처분사유가 종전 처분의 처분사유와 기본적인 사실관계에서 동일하지 않은 다른 사유에 해당하는 이상, 처분사유가 종전 처분 당시 이미 존재하고 있었고 당사자가 이를 알고 있었다더라도 이를 내세워 새로이 처분을 하는 것은 확정판결의 기속력에 저촉되지 않는다(대판 2016. 3. 24. 2015두48235).

문 16. 취소소송의 판결에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 원고의 청구가 이유있다고 인정하는 경우에도 이를 인용하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 않다고 판단되면 법원은 피고 행정청의 주장이나 신청이 없더라도 사정판결을 할 수 있다.
- ② 영업정지처분에 대한 취소소송에서 취소판결이 확정되면 처분청은 영업정지처분의 효력을 소멸시키기 위하여 영업정지처분을 취소하는 처분을 하여야 할 의무를 진다.
- ③ 공사중지명령의 상대방이 제기한 공사중지명령취소소송에서 기각판결이 확정된 경우 특별한 사정변경이 없더라도 그 후 상대방이 제기한 공사중지명령해제신청 거부처분취소소송에서는 그 공사중지명령의 적법성을 다시 다룰 수 있다.
- ④ 행정청은 취소판결에서 위법하다고 판단된 처분사유와 기본적인 사실관계의 동일성이 없는 사유이더라도 처분시에 존재한 사유를 들어 종전의 처분과 같은 처분을 다시 할 수 없다.

문 17. A 행정청이 甲에게 한 처분에 대하여 甲은 B 행정심판위원회에 행정심판을 청구하였다. 이에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① B 행정심판위원회의 기각재결이 있는 후에는 A 행정청은 원처분을 직권으로 취소할 수 없다.
- ② 甲이 취소심판을 제기한 경우, B 행정심판위원회는 심판청구가 이유가 있다고 인정하면 처분변경명령재결을 할 수 있다.
- ③ 甲이 무효확인심판을 제기한 경우, B 행정심판위원회는 심판청구가 이유있다고 인정하면서도 이를 인용하는 것이 공공복리에 크게 위배된다고 인정하면 甲의 심판청구를 기각할 수 있다.
- ④ B 행정심판위원회의 재결에 고유한 위법이 있는 경우에는 甲은 다시 행정심판을 청구할 수 있다.

정답 ①

해설 [O] 사정판결을 할 사정에 관한 주장·입증책임은 피고(처분청)에게 있다고 할 것이지만, 당사자의 명백한 주장이 없더라도 변론에 나타난 사실을 기초로 하여 사정판결을 할 필요가 있다고 인정하는 때에는 당사자의 명백한 주장이 없는 경우에도 일견 기록에 나타난 사실을 기초로 하여 법원이 직권으로 사정판결을 할 수 있다(대판 1995. 7. 28. 95누4629).

②: [×] 영업정지처분에 대한 취소소송에서 취소판결이 확정되면 처분청의 직권 취소 없이도 인용판결의 형성력에 의해 영업정지처분은 소급하여 소멸한다. 따라서 처분청은 영업정지처분의 효력을 소멸시키기 위하여 영업정지처분을 취소하는 처분을 하여야 하는 것은 아니다.

판례 행정처분을 취소한다는 확정판결이 있으면 당해 처분은 행정청이 다시 취소하거나 취소통지 등의 별도의 절차를 요하지 아니하고 당연히 효력을 상실하는데, 이를 형성력이라 한다(대판 1991. 10. 11. 90누5443).

③: [×] 공사중지명령의 상대방이 제기한 공사중지명령취소소송에서 기각판결이 확정된 경우 공사중지명령의 적법성에 관하여 기판력이 발생한다. 따라서 특별한 사정변경이 없는 경우 그 후 상대방이 제기한 공사중지명령해제신청 거부처분취소소송에서는 그 공사중지명령의 적법성을 다시 다룰 수 없다.

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

④: [×] 행정청은 취소판결에서 위법하다고 판단된 처분사유와 기본적인 사실관계의 동일성이 없는 사유는 전혀 별개의 사유로서 인용판결의 기속력에 저촉되는 것이 아니다. 따라서 처분시에 존재한 (기본적 사실관계의 동일성이 없는) 사유를 들어 종전의 처분과 같은 처분을 다시 할 수 있다.

판례 [1] 취소 확정판결의 기속력은 판결의 주문 및 전제가 되는 처분 등의 구체적

정답 ②

해설 [O] 취소심판의 인용재결은 처분의 취소재결, 변경재결, 변경명령재결이 있으므로, 사안의 경우 처분의 변경명령재결로서 가능하다. ※ 단, 처분취소명령재결은 허용되지 않음을 주의한다!

제43조(재결의 구분) ① 위원회는 심판청구가 적법하지 아니하면 그 심판청구를 각하(却下)한다.

② 위원회는 심판청구가 이유가 없다고 인정하면 그 심판청구를 기각(棄却)한다.

③ 위원회는 취소심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 처분을 취소 또는 다른 처분으로 변경하거나 처분을 다른 처분으로 변경할 것을 피청구인에게 명한다.

④ 위원회는 무효등확인심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 처분의 효력 유무 또는 처분의 존재 여부를 확인한다.

⑤ 위원회는 의무이행심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 지체 없이 신청에 따른 처분을 하거나 처분을 할 것을 피청구인에게 명한다.

①: [×] B 행정심판위원회의 기각재결이 있는 후에도 A 행정청은 원처분을 직권으로 취소할 수 있다. 기각재결은 기속력이 발생하지 않기 때문이다.

③: [×] 행정심판위원회가 심판청구가 이유있다고 인정하면서도 이를 인용하는 것이 공공복리에 크게 위배된다고 인정하면 심판청구를 기각할 수 있는 사정재결은 취소심판과 의무이행심판에서 가능하고 무효확인심판에서는 허용되지 않는다. 따라서 甲이 무효확인심판을 제기한 경우, B 행정심판위원회는 심판청구가 이유있다고 인정하면서도 이를 인용하는 것이 공공복리에 크게 위배된다고 인정하면 甲의 심판청구를 기각할 수 없다.

제44조(사정재결) ① 위원회는 심판청구가 이유가 있다고 인정하는 경우에도 이를 인용(認容)하는 것이 공공복리에 크게 위배된다고 인정하면 그 심판청구를 기각하는 재결을 할 수 있다. 이 경우 위원회는 재결의 주문(主文)에서 그 처분 또는 부작위가 위법하거나 부당하다는 것을 구체적으로 밝혀야 한다.

② 위원회는 제1항에 따른 재결을 할 때에는 청구인에 대하여 상당한 구제방법을 취하거나 상당한 구제방법을 취할 것을 피청구인에게 명할 수 있다.

③ 제1항과 제2항은 무효등확인심판에는 적용하지 아니한다.

④: [×] B 행정심판위원회의 재결에 고유한 위법이 있는 경우라도 甲은 다시 행



정심판을 청구할 수 없다.[행정심판 재청구 금지의 원칙] ※ 단, 행정심판위원회의 재결에 고유의 위법이 있는 경우 행정소송을 제기할 수 있는 것과 구별한다!

**제51조(행정심판 재청구의 금지)** 심판청구에 대한 재결이 있으면 그 재결 및 같은 처분 또는 부작위에 대하여 다시 행정심판을 청구할 수 없다.

문 18. 다음 각 사례에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- A 시장으로부터 3월의 영업정지처분을 받은 숙박업자甲은 이에 불복하여 행정쟁송을 제기하고자 한다.
- B 시장으로부터 건축허가거부처분을 받은 乙은 이에 불복하여 행정쟁송을 제기하고자 한다.

- ① 甲이 취소소송을 제기하면서 집행정지신청을 한 경우 법원이 집행정지결정을 하는 데 있어 甲의 본안청구의 적법 여부는 집행정지의 요건에 포함되지 않는다.
- ② 甲이 2022. 1. 5. 영업정지처분을 통지받았고, 행정심판을 제기하여 2022. 3. 29. 1월의 영업정지처분으로 변경하는 재결이 있었고 그 재결서 정본을 2022. 4. 2. 송달받은 경우 취소소송의 기산점은 2022. 1. 5.이다.
- ③ 乙이 의무이행심판을 제기하여 처분명령재결이 있었음에도 B 시장이 허가를 하지 않는 경우 행정심판위원회는 직권으로 시정을 명하고 이를 이행하지 아니하면 직접 건축허가처분을 할 수 있다.
- ④ 乙이 건축허가거부처분에 대해 제기한 취소소송에서 인용판결이 확정되었으나 B 시장이 기속력에 위반하여 다시 거부처분을 한 경우 乙은 간접강제신청을 할 수 있다.

**정답** ④

**해설** [○] 인용판결의 기속력에 위반되는 재처분은 당연무효이므로, 재처분을 이행하지 않은 경우와 동일하게 간접강제의 대상이 된다.

**판례** 기속력에 위반되는 재처분은 당연무효이므로, 재처분의무를 이행하지 않은 것과 동일하게 간접강제의 대상이 된다(대결 2002. 12. 11, 2002무22). ※ 단, 판결의 취지에 따른 재처분은 간접강제의 대상이 아니다.

①:[×] 행정소송법상 집행정지는 적법한 소송계속을 요건으로 하는 바, 甲의 취소소송 제기 즉 본안청구가 각하가 아닌 적법한 청구여야 함은 집행정지의 당연한 요건이다. 따라서 甲이 취소소송을 제기하면서 집행정지신청을 한 경우 법원이 집행정지결정을 하는 데 있어 甲의 본안청구의 적법 여부는 집행정지의 요건에 포함된다.

②:[×] 적법한 행정심판을 거친 경우 취소소송의 제소기간은 재결서 정본을 송달받은 날부터 90일 이내이다. 따라서 甲이 그 재결서 정본을 2022. 4. 2. 이 취소소송의 기산점이다.

③:[×] 의무이행심판 인용재결의 실효성을 확보하는 직접처분은 청구인의 신청에 의해서만 가능하고 행정심판위원회의 직권으로는 불가하다. 따라서 乙이 의무이행심판을 제기하여 처분명령재결이 있었음에도 B 시장이 허가를 하지 않는 경우 행정심판위원회는 직권으로 시정을 명하고 이를 이행하지 아니하면 직접 건축허가처분을 할 수 없다.

문 19. 다음 사례에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

도시 및 주거환경정비법에 따라 설립된 A 주택재건축정비사업조합은 관할 B 구청장으로부터 ㉠ 조합설립인가를 받은 후, 조합총회에서 재건축 관련 ㉡ 관리처분계획에 대한 의결을 하였고, 관할 B 구청장으로부터 위 ㉢ 관리처분계획에 대한 인가를 받았다. 이후 조합원 甲은 위 관리처분계획의 의결에는 조합원 전체의 4/5 이상의 결의가 있어야 함에도 불구하고, 이를 위반하여 위법한 것임을 이유로 ㉣ 관리처분계획의 무효를 주장하며 소송으로 다투려고 한다.

- ① ㉠과 ㉢의 인가의 강학상 법적 성격은 동일하다.
- ② 甲이 ㉡에 대해 소송으로 다투려면 A 주택재건축정비사업조합을 상대로 민사소송을 제기하여야 한다.
- ③ 甲이 ㉣에 대해 소송으로 다투려면 항고소송을 제기하여야 한다.
- ④ 甲이 ㉣에 대해 소송으로 다투려면 B 구청장을 피고로 하여야 한다.

**정답** ③

**해설** [○] 관리처분계획안에 대한 인가고시가 이루어지면 관리처분계획으로 확정되어 그 자체가 행정처분이므로 ㉣ 관리처분계획을 항고소송으로 다투어야 한다는 것이 판례이다.

①:[×] 「도시 및 주거환경정비법」에 따른 ㉠조합설립인가는 강학상 특허로서 설권적 처분, ㉢ 관리처분계획에 대한 인가는 보충행위로서 강학상 인가이므로 양자의 법적 성격은 다르다.

②:[×] 「도시 및 주거환경정비법」에 따른 조합설립인가를 받으면 A 주택재건축정비사업조합은 행정주체의 지위를 부여받은 공법인이 되므로 조합총회에서 재건축 관련 ㉡ 관리처분계획에 대한 의결은 공법관계로서 민사소송이 아니라 당사자소송의 대상이다.

④:[×] 甲이 ㉣ 관리처분계획에 대해 항고소송으로 다투려면 처분명의자인 A 주택재건축정비사업조합을 피고로 하여야 하고, B 구청장을 피고로 하는 것이 아니다. 보충행위인 인가 자체가 아니라 확정된 관리처분계획 자체가 항고소송의 대상이라는 것이 판례이다.

문 20. 행정쟁송에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정심판의 재결에도 판결에서와 같은 기판력이 인정되는 것이어서 재결이 확정되면 처분의 기초가 된 사실관계나 법률적 판단이 확정되는 것이므로 당사자는 이와 모순되는 주장을 할 수 없게 된다.
- ② 무효인 처분에 대해 무효선언을 구하는 취소소송을 제기하는 경우에는 제소기간의 제한이 없다.
- ③ 거부행위가 항고소송의 대상인 처분이 되기 위해서는 그 거부행위가 신청인의 실체상의 권리관계에 직접적인 변동을 일으키는 것이어야 하며, 신청인이 실체상의 권리자로서 권리를 행사함에 중대한 지장을 초래하는 것만으로는 부족하다.
- ④ 처분시에 행정청으로부터 행정심판 제기기간에 관하여 법정 심판청구기간보다 긴 기간으로 잘못 통지받은 경우에 보호할 신의 이익은 그 통지받은 기간 내에 행정소송을 제기한 경우에까지 확대되지 않는다.

정답 ④

**해설** [O] 처분시에 행정청으로부터 행정심판 제기기간에 관하여 법정 심판청구 기간보다 긴 기간으로 잘못 통지받은 경우 그 긴 기간내에 행정심판을 청구하면 적법한 심판청구로 인정하므로 행정심판을 제기한 경우에 보호가치 있는 신뢰이익으로 인정되는 것이지, 심판청구기간의 오고지를 이유로 취소소송 제기까지 적법한 소제기로 인정하는 것은 아니다.

**판례** 「행정심판법」 상 청구기간의 오고지 1 [1] 행정청이 법정 심판청구기간보다 긴 기간으로 잘못 알린 경우에 그 잘못 알린 기간 내에 심판청구가 있으면 그 심판청구는 법정 심판청구기간 내에 제기된 것으로 본다는 취지의 행정심판법 제18조 제5항의 규정은 행정심판 제기에 관하여 적용되는 규정이지, 행정소송 제기에도 당연히 적용되는 규정이라고 할 수는 없다.

[2] 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).

①:[X] 행정심판의 재결에 형성력과 기속력이 발생하나, 판결에서와 같은 기판력은 인정되지 않는다. 따라서 재결이 확정되어도 처분의 기초가 된 사실관계나 법률적 판단이 확정되는 것이어서 당사자가 이와 모순되는 주장을 할 수 없게 되는 것은 아니다. ※ 단, 행정심판법에 중복청구를 방지하기 위해 동법 제51조에 재청구 금지규정이 있다.

**판례** 일반적으로 행정심판 재결이 불복기간의 경과로 확정될 경우에 처분의 기초가 되는 사실관계나 법률적 판단이 확정되고 당사자들이나 법원이 이에 기속되어 모순되는 주장이나 판단을 할 수 없는 것은 아니다(대판 2015. 11.27. 2013다6759).

②:[X] 무효인 처분에 대해 무효선언을 구하는 취소소송을 제기하는 경우 제소기간의 제한이 있다. ※ 처분의 무효를 구하는 무효확인소송을 제기하는 경우 제소기간의 제한이 없다.

③:[X] 거부행위가 항고소송의 대상인 처분이 되기 위해서는 그 거부행위가 신청인의 실체상의 권리관계에 직접적인 변동을 일으키는 것이어야 하며, 신청인이 실체상의 권리자로서 권리를 행사함에 중대한 지장을 초래하는 것 역시 포함된다.

**판례** 법규상 또는 조리상의 신청권 1 국민의 적극적 행위 신청에 대하여 행정청이 그 신청에 따른 행위를 하지 않겠다고 거부한 행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당 하는 것이라고 하려면, 그 신청한 행위가 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용이어야 하고, 그 거부행위가 신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는 것이어야 하며, 그 국민에게 그 행위발동을 요구할 법규상 또는 조리상의 신청권이 있어야 하는바, 여기에서 '신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는 것'이라는 의미는 신청인의 실체상의 권리관계에 직접적인 변동을 일으키는 것은 물론, 그렇지 않다 하더라도 신청인이 실체상의 권리자로서 권리를 행사함에 중대한 지장을 초래하는 것도 포함한다(대판 2007. 10. 11. 2007두1316).

