

황남기 행정법 1순환 기출유사 모의고사 1회 정답 및 해설

1. [정답] ②

- ① [x]행정기본법 제6조(행정에 관한 기간의 계산) ② 법령등 또는 처분에서 국민의 권익을 제한하거나 의무를 부과하는 경우 권익이 제한되거나 의무가 지속되는 기간의 계산은 다음 각 호의 기준에 따른다. 다만, 다음 각 호의 기준에 따르는 것이 국민에게 불리한 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 기간을 일, 주, 월 또는 연으로 정한 경우에는 기간의 첫날을 산입한다.

- ② 【○】행정기본법 제6조(행정에 관한 기간의 계산) ② 법령등 또는 처분에서 국민의 권익을 제한하거나 의무를 부과하는 경우 권익이 제한되거나 의무가 지속되는 기간의 계산은 다음 각 호의 기준에 따른다. 다만, 다음 각 호의 기준에 따르는 것이 국민에게 불리한 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 기간을 일, 주, 월 또는 연으로 정한 경우에는 기간의 첫날을 산입한다.

2. 기간의 말일이 토요일 또는 공휴일인 경우에도 기간은 그 날로 만료한다.

- ③ [x]수익적 처분을 하는 경우 수익적 처분이 지속되는 기간의 계산은 첫날을 산입하지 않는 것이 상대방에게 유리하므로 행정기본법 제6조 제1항에 따라 민법이 준용되어 첫날을 산입된다.

행정기본법 제6조(행정에 관한 기간의 계산) ① 행정에 관한 기간의 계산에 관하여는 이 법 또는 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 「민법」을 준용한다. ② 법령등 또는 처분에서 국민의 권익을 제한하거나 의무를 부과하는 경우 권익이 제한되거나 의무가 지속되는 기간의 계산은 다음 각 호의 기준에 따른다. 다만, 다음 각 호의 기준에 따르는 것이 국민에게 불리한 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 기간을 일, 주, 월 또는 연으로 정한 경우에는 기간의 첫날을 산입한다.

2. 기간의 말일이 토요일 또는 공휴일인 경우에도 기간은 그 날로 만료한다.

- ④ [x]행정기본법 제7조(법령등 시행일의 기간 계산) 법령등(훈령·예규·고시·지침 등을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 시행일을 정하거나 계산할 때에는 다음 각 호의 기준에 따른다.

1. 법령등을 공포한 날부터 시행하는 경우에는 공포한 날을 시행일로 한다.

2. 법령등을 공포한 날부터 일정 기간이 경과한 날부터 시행하는 경우 법령등을 공포한 날을 첫날에 산입하지 아니한다.

- ⑤ [x]행정기본법 제7조(법령등 시행일의 기간 계산) 법령 등(훈령·예규·고시·지침 등을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 시행일을 정하거나 계산할 때에는 다음 각 호의 기준에 따른다.

3. 법령등을 공포한 날부터 일정 기간이 경과한 날부터 시행하는 경우 그 기간의 말일이 토요일 또는 공휴일인 때에는 그 말일로 기간이 만료한다.

2. [정답] ⑤

- ① [○] : 영미법계는 전통적으로 선례구속성의 원칙이 확립되어 판례의 법원성을 긍정한다. 이에 반하여 전통적으로 선례구속성의 원칙을 인정하지 않는 대륙법계는 성문법주의를 취하고 있는 관계로 판례의 법원성을 인정할 것인가에 대한 논란이 제기된다.

- ② [○] : 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다(헌법 제6조 제1항). 따라서 국내의 행정에 관한 사항일 때에는 그 한도 내에서 행정법의 법원이 된다. 그런데 모든 조약이 국회의 동의를 얻어야 하는 것은 아니다. 즉 「헌법」 제60조에 규정되지 않은 행정조약 등은 국회의 동의를 받지 않는다. 국회의 동의를 받은 조약은 법률과 동일한 효력을 가지나, 국회의 동의를 받지 않은 조약은 법규명령과 동등한 효력을 갖는다.

「헌법」 제60조 ④ 국회는 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, 중요한 국제조직에 관한 조약, 우호통상항해조약, 주권의 제약에 관한 조약, 강화조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약의 체결·비준에 대한 동의권을 가진다.

- ③ [○] : 구 「수산업법」상의 관행어업권은 면허에 의하여 인정되는 어업권과 같이 일정한 공유수면을 전용하면서 그 수면에서 배타적으로 수산동식물을 채포할 수 있는 독점적인 권리라기보다는 단지 타인의 방해받지 않고 일정한 공유수면에 출입하면서 수산동식물을 채포할 수 있는 권리에 지나지 않는 것으로, 일정한 수면을 구획하여 그 수면의 바닥을 이용 또는 기타 시설을 하여 패류·해조류 등 수산동식물을 인위적으로 증식하는 양식어업이나 일정한 수면을 구획하는 어구를 정치하여 수산동물을 채포하는 정치어업에 관하여는 성립될 여지가 없다. '굴 채묘어업'은 바다에 1.5m 가량의 지주목을 세운 다음 지주목의 상단에 가로목을 가로와 세로로 엮어서 고정시키고(이 설비를 '채묘상'이라 한다), 여기에 모패의 산란시기에 맞추어 1.2 내지 1.5m의 줄(연사)에 굴껍질(굴 부착용 채묘기에 해당한다) 50개를 끼운 채묘연을 매달아 놓아 수정 후 2주 내외의 부유기에 있는 굴 유생이 채묘연에 부착되

도록 한 후(이것이 이른바 자연산 치패이다), 일정기간 자라서 종패가 되면 굴 양식업자에게 판매하는 것인데, 채묘상은 3, 4년 간격으로, 채묘연은 매년 7월 하순부터 8월 하순 사이에 각 교체하여 설치하고, 종패의 수확시기는 매년 10월부터 이듬해 4월 사이이며, 이 사건 개발사업 시행 당시 원고의 시설량은 견마도 부근 어장의 경우 면적 120 내지 150ha에 190만 연, 신흥·송정어촌계 지선 어장의 경우 각 면적 70 내지 90ha에 76만 연, 82만 연이었다. 그런데 수산종묘생산업은 「수산업법」 초기에는 면허 양식어업자가 영위하여 왔으나 「수산업법」이 1981. 3. 20. 법률 제3392호로 개정된 이후부터 허가어업의 대상으로 된 것인데, '굴 채묘어업은 그 어업형태로 보아 일정 수면을 구획하여 배타적으로 지배하며, 어업시설을 장기간 정치하는 점에서 양식어업이나 정치어업과 다르지 아니하여 관행어업권의 대상으로 될 수는 없다(대판 2001.12.11. 99다56697).

- ④ [O] : 행정은 그 규율대상이 복잡·다양하고 유동성이 강하며 전문적인 성격을 띠는 경우가 많으므로, 행정법을 구성하는 법의 형식도 매우 다양하다. 따라서 행정법에는 통일적인 단일법전이 없다. 그리고 법원이란 행정의 조직과 작용 및 그 구제에 대한 '법의 존재형식' 또는 무엇이 법이냐에 있어서 '법의 인식근거'를 말한다. 결국 행정법상 법원론은 행정현상을 규율하는 법규범들을 체계화하는 기능을 한다.
- ⑤ [X] : 법원의 개념에 관하여는 법규만을 법원으로 보는 협의설(법규설, 판례)과 널리 행정기준이 되는 모든 법규범을 법원으로 보는 광의설(행정기준설, 다수설)이 대립하고 있다. 이 견해의 대립은 행정규칙에 대한 법원성 인정 여부와 관련하여 논의된다.

3. [정답] ③

- ① [X] 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). 그러나 위법한 행정행위에 대한 신뢰는 성립될 수 있다.
- ② [X] 개인의 신뢰이익에 대한 보호가치는 (1) 법령에 따른 개인의 행위가 국가에 의하여 일정 방향으로 유인된 신뢰의 행사인지, (2) 아니면 단지 법률이 부여한 기회를 활용한 것으로서 원칙적으로 사적 위험부담의 범위에 속하는 것인지 여부에 따라 달라진다. 만일 법률에 따른 개인의 행위가 단지 법률이 반사적으로 부여하는 기회 활용을 넘어서 국가에 의하여 일정 방향으로 유인된 것이라면 특별히 보호가치가 있는 신뢰이익이 인정될 수 있고, 원칙적으로 개인의 신뢰보호가 국가의 법률개정이익에 우선된다고 볼 여지가 있다(헌재 2007.4.26. 2003헌마947).
- ③ [O] 「국세기본법」 제18조 제3항에서 정한 일반적으로

납세자에게 받아들여진 국세행정의 관행이 있으려면 반드시 과세관청이 납세자에 대하여 불과세를 시사하는 명시적인 언동이 있어야만 하는 것은 아니고 묵시적인 언동, 다시 말하면 비과세의 사실상태가 장기간에 걸쳐 계속되는 경우에 그것이 그 사항에 대하여 과세의 대상으로 삼지 아니하는 뜻의 과세관청의 묵시적인 의향표시로 볼 수 있는 경우 등에도 이를 인정할 수 있다(대판 1985.11. 12. 85누549).

- ④ [X] 교통사고가 일어난 지 1년 10개월이 지난 뒤 그 교통사고를 일으킨 택시에 대하여 운송사업면허를 취소하였더라도 택시운송사업자로서는 「자동차운수사업법」의 내용을 잘 알고 있어 교통사고를 낸 택시에 대하여 운송사업면허가 취소될 가능성을 예상할 수도 있었을 터이니, 자신이 별다른 행정조치가 없을 것으로 믿고 있었다 하여 바로 신뢰의 이익을 주장할 수는 없다(대판 1989.6.27. 88누6283).

4. [정답] ④

- ① [X] : 국가보훈처장은 국가유공자 및 그 유족 등의 등록신청을 받으면 국가유공자 또는 지원대상자 및 그 유족 등으로 인정할 수 있는 요건을 확인한 후 그 지위를 정하는 결정을 하여야 한다(구 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제6조 참조). 따라서 처분청으로서의 국가유공자 등록신청에 대하여 단지 본인의 과실이 경합되어 있다는 등의 사유만이 문제가 된다면 등록신청 전체를 단순 배척할 것이 아니라 그 신청을 일부 받아들여 지원대상자로 등록하는 처분을 하여야 한다. 그럼에도 행정청이 등록신청을 전부 배척하는 단순 거부처분을 하였다면 이는 위법한 것이니 그 처분은 전부 취소될 수밖에 없다(대판 2013.7.11. 2013두2402).
- ② [X] : 「수산업법」 제47조 소정의 어업의 신고는 행정청의 수리에 의하여 비로소 그 효과가 발생하는 이른바 '수리를 요하는 신고'라고 할 것이고, 따라서 설사 관할관청이 어업신고를 수리하면서 공유수면매립구역을 조업구역에서 제외한 것이 위법하다고 하더라도, 그 제외된 구역에 관하여 관할관청의 적법한 수리가 없었던 것이 분명한 이상 그 구역에 관하여는 적법한 어업신고가 있는 것으로 볼 수 없다(대판 2000.5.26. 99다37382).
- ③ [X] : 구 「의료법 시행규칙」 제22조 제3항에 의하면 의원개설신고서를 수리한 행정관청이 소정의 신고필증(현 신고증명서)을 교부하도록 되어 있다 하여도 이는 신고사실의 확인행위로서 신고필증을 교부하도록 규정한 것에 불과하고 그와 같은 신고필증의 교부가 없다 하여 개설신고의 효력을 부정할 수 없다 할 것이다(대판 1985.4.23. 84도2953).
- ④ [O] : 불특정 다수인을 대상으로 학습비를 받고 정보통신매체를 이용하여 원격평생교육을 실시하고자 하는

경우에는 누구든지 구 「평생교육법」 제22조 제2항에 따라 이를 신고하여야 하나, 신고서의 기재사항에 흠결이 없고 소정의 서류가 구비된 때에는 이를 수리하여야 하고, 이러한 형식적 요건을 모두 갖추었음에도 그 신고 대상이 된 교육이나 학습이 공익적 기준에 적합하지 않다는 등의 실제적 사유를 들어 신고의 수리를 거부할 수는 없다고 할 것이다(대판 2016.7.22. 2014두42179).

5. [정답] ②

- ㄱ. [O] : 「의료법」이 의료기관의 종류에 따라 허가제와 신고제를 구분하여 규정하고 있는 취지는, 신고 대상인 의원급 의료기관 개설의 경우 행정청이 법령에서 정하고 있는 요건 이외의 사유를 들어 신고 수리를 반려하는 것을 원칙적으로 배제함으로써 개설 주체가 신속하게 해당 의료기관을 개설할 수 있도록 하기 위함이다. 앞서 본 관련 법령의 내용과 이러한 신고제의 취지를 종합하면, 정신과의원을 개설하려는 자가 법령에 규정되어 있는 요건을 갖추어 개설신고를 한 때에, 행정청은 원칙적으로 이를 수리하여 신고필증을 교부하여야 하고, 법령에서 정한 요건 이외의 사유를 들어 의원급 의료기관 개설신고의 수리를 거부할 수는 없다 (대판 2018.10.25. 2018두44302).
- ㄴ. [X] : 건축허가권자는 건축신고가 「건축법」, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 등 관계 법령에서 정하는 명시적인 제한에 배치되지 않는 경우에도 건축을 허용하지 않아야 할 중대한 공익상 필요가 있는 경우에는 건축신고의 수리를 거부할 수 있다(대판 2019.10.31. 2017두74320).
- ㄷ. [X] : 가설건축물은 「건축법」상 '건축물'이 아니므로 건축허가나 건축신고 없이 설치할 수 있는 것이 원칙이지만 일정한 가설건축물에 대하여는 건축물에 준하여 위험을 통제하여야 할 필요가 있으므로 신고 대상으로 규율하고 있다. 이러한 신고제도의 취지에 비추어 보면, 가설건축물 존치기간을 연장하려는 건축주 등이 법령에 규정되어 있는 제반 서류와 요건을 갖추어 행정청에 연장신고를 한 때에는 행정청은 원칙적으로 이를 수리하여 신고필증을 교부하여야 하고, 법령에서 정한 요건 이외의 사유를 들어 수리를 거부할 수는 없다. 따라서 행정청으로서는 법령에서 요구하고 있지도 아니한 '대지사용승낙서' 등의 서류가 제출되지 아니하였거나, 대지소유권자의 사용승낙이 없다는 등의 사유를 들어 가설건축물 존치기간 연장신고의 수리를 거부하여서는 아니 된다(대판 2018.1.25. 2015두35116).
- ㄹ. [X] : 구 「유통산업발전법」 제8조 제1항, 제9조, 구 「유통산업발전법 시행규칙」 제5조 제1항, 구 「재래시장 및 상점가 육성을 위한 특별법」 제67조 제1항, 구 「재래시장 및 상점가 육성을 위한 특별법 시행규칙」 제

14조 제1항, 제2항의 내용과 체계에 비추어 보면, 구 「유통산업발전법」에 따른 대규모점포의 개설등록 및 구 「재래시장 및 상점가 육성을 위한 특별법」에 따른 시장관리자 지정은 행정청이 실제적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 '수리를 요하는 신고'로서 행정처분에 해당한다. 그러므로 이러한 행정처분에 당연무효에 이를 정도의 중대하고도 명백한 하자가 존재하거나 그 처분이 적법한 절차에 의하여 취소되지 않는 한 구 「유통산업발전법」에 따른 대규모점포 개설자의 지위 및 구 「재래시장 및 상점가 육성을 위한 특별법」에 따른 시장관리자의 지위는 공정력을 가진 행정처분에 의하여 유효하게 유지된다고 봄이 타당하다(대판 2019.9.10. 2019다208953).

- ㄴ. [O] : 구 「노인장기요양보험법」 제36조 제1항은, 장기요양기관의 장은 폐업하거나 휴업하고자 하는 경우 폐업이나 휴업 예정일 전 30일까지 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다고 규정하고 있다. 한편 구 「노인복지법」 제40조 제1항은, 제35조 제2항의 규정에 의하여 노인의료복지시설을 설치한 자가 그 설치신고사항 중 보건복지부령이 정하는 사항을 변경하거나 그 시설을 폐지 또는 휴업하고자 할 때에는, 대통령령이 정하는 바에 의하여 시장·군수·구청장에게 미리 신고하여야 한다고 규정하고 있다. 이러한 장기요양기관의 폐업신고와 노인의료복지시설의 폐지신고는, 행정청이 관계 법령이 규정한 요건에 맞는지 심사한 후 수리하는 이른바 '수리를 필요로 하는 신고'에 해당한다. 그러나 행정청이 그 신고를 수리하였다고 하더라도, 신고서 위조 등의 사유가 있어 신고행위 자체가 효력이 없다면, 그 수리행위는 유효한 대상이 없는 것으로서, 수리행위 자체에 중대·명백한 하자가 있는지를 따질 것도 없이 당연히 무효이다(대판 2018.6.12. 2018두33593).

6. [정답] ①

- ① [X] : 국무총리 또는 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다(헌법 제95조).
- ② [O] : 대통령령은 대통령만이, 총리령은 국무총리만이, 부령은 각부 장관만이 제정할 수 있다. 따라서 각처의 장은 부령제정권을 가지지 못한다.
- ③ [O] : 중앙선거관리위원회는 법령의 범위 안에서 선거관리·국민투표관리 또는 정당사무에 관한 규칙을 제정할 수 있으며, 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 내부규율에 관한 규칙을 제정할 수 있다(헌법 제114조 제6항). 여기서 앞 부분의 규칙은 법규명령으로서의 성질을 갖고, 뒷 부분의 규칙은 행정규칙으로서의 성질을 갖는다.
- ④ [O] : 감사원은 감사에 관한 절차, 감사원의 내부규율과 감사사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다(감사

원법 제52조). 이 감사원규칙은 헌법에 근거가 있는 것이 아니라 「감사원법」에 근거하고 있으나, 헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식을 예시적인 것으로 보는 헌법재판소의 입장(헌재 2019.11.28. 2017헌바449 등)에서는 법률에 의한 행정입법권의 부여도 인정되므로 법규명령으로 볼 수 있다.

- ⑤ [O] : 대통령령 중 '○○법(법률) 시행령'의 예로는 「국민건강보험법 시행령」·「독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령」 등이 있고, '○○규정(規程)'의 예로는 「보안업무규정」·「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 등이 있고, '○○령(令)'의 예로는 「군예식령」·「국가공무원총정원령」 등이 있다. 대통령령 중 '○○규정'은 원칙적으로 조직법규에 관한 사항을, '○○령'은 적용법규에 관한 사항을 규정한다.

7. [정답] ①

- ① [O] 일반적인 행정규칙과 달리 법령보충적 행정규칙은 법령의 수권이 있어야 인정되고, 그 수권에도 포괄위임금지의 원칙이 적용되므로 법률이나 상위명령에서 구체적으로 범위를 정하고 개별적으로 한정된 사항에 대하여 행해져야 한다.
- ② [x] 행정규칙이나 규정이 상위법령의 위임범위를 벗어난 경우에는 법규명령으로서 대외적 구속력을 인정할 여지는 없다. 이는 행정규칙이나 규정 '내용'이 위임범위를 벗어난 경우뿐 아니라 상위법령의 위임규정에서 특정하여 정한 권한행사의 '절차'나 '방식'에 위배되는 경우도 마찬가지이므로, 상위법령에서 세부사항 등을 시행규칙으로 정하도록 위임하였음에도 이를 고시 등 행정규칙으로 정하였다면 그 역시 대외적 구속력을 가지는 법규명령으로서 효력이 인정될 수 없다(대판 2012.7.5. 2010다72076).
- ③ [x] 고시 또는 공고의 법적 성질은 일률적으로 판단될 것이 아니라 고시에 담겨진 내용에 따라 구체적인 경우마다 달리 결정된다고 보아야 한다. 즉, 고시가 일반·추상적 성격을 가질 때는 법규명령 또는 행정규칙에 해당하지만, 고시가 구체적인 규율의 성격을 갖는다면 행정처분에 해당한다(헌재 1998.4.30. 97헌마141 ; 헌재 2009.4.30. 2007헌마103).
- ④ [x] 경기도교육청의 1999. 6. 2.자 「학교장·교사 초빙제 실시」는 학교장·교사 초빙제의 실시에 따른 구체적 시행을 위해 제정한 사무처리지침으로서 행정조직 내부에서만 효력을 가지는 행정상의 운영지침을 정한 것이어서, 국민이나 법원을 구속하는 효력이 없는 행정규칙에 해당하므로 헌법소원의 대상이 되지 않는다(헌재 2001.5.31. 99헌마413).

8. [정답] ④

- ① [X] : 공정력의 이론적 근거에 대해서는 행정의 실효성 보장, 행정법관계의 안정성 유지 및 상대방의 신뢰

보호의 필요성을 이유로 하는 법적 안정성설이 통설이다. 그러나 구성요건적 효력의 경우 국가기관은 권한과 직무 또는 관할을 달리하므로 그들 상호간의 권한분배체계와 권한존중의 원칙에서 그 근거를 찾을 수 있다.

- ② [X] : 행정행위와 처분의 관계에 관해서는, 강학(실체법)상의 행정행위와 쟁송법상의 처분을 동일한 개념으로 이해하는 일원설(실체법적 개념설)과 쟁송법상의 처분을 강학상의 행정행위뿐만 아니라 공권력 행사의 거부까지 포함하는 개념으로 보아 양자가 다르다고 보는 이원설(쟁송법적 개념설, 다수설)의 대립이 있다. 따라서 이원설에 따르면 쟁송법상의 처분이 실체법상의 행정행위보다 넓은 개념이다(행정처분 > 행정행위).
- ③ [X] : 형식적 행정행위론에 의하면 권력작용인 행정행위뿐 아니라 비권력작용인 행정지도·보조금지급 등의 행위도 행정행위이다. 이와 같이 형식적 행정행위 개념을 인정하는 견해는 비권력작용까지 행정행위에 포함시켜 항고소송의 대상인 처분성을 확대하려는 것이다. 다수설과 판례는 모두, 형식적 행정행위 개념에 대해 부정적이다.
- ④ [O] : 건축신고 반려행위는 행정행위로서 항고소송의 대상이 된다(대판 전합 2010.11.18. 2008두167).
- ⑤ [X] : 행정행위의 (자력)집행력은 의무를 부과하는 행정행위에 추가하여 개인의 자유와 재산을 침해할 수 있기 때문에 행정행위와는 별도의 법적 근거가 있어야만 인정된다.

9. [정답] ⑤

- ① [O] : 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상 개발행위 허가는 허가기준 및 금지요건이 불확정개념으로 규정된 부분이 많아 그 요건에 해당하는지 여부는 행정청의 재량판단의 영역에 속한다. 그러므로 그에 대한 사법심사는 행정청의 공익판단에 관한 재량의 여지를 감안하여 원칙적으로 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만을 대상으로 하고, 사실오인과 비례·평등원칙 위반 여부 등이 판단 기준이 된다(대판 2020.7.23. 2019두31839).
- ② [O] : 「지방공무원법」과 「지방전문직공무원규정」 등 관계 법령의 규정 내용에 비추어 보면, 지방전문직공무원 채용계약에서 정한 채용기간이 만료한 경우 채용계약을 갱신하거나 채용기간을 연장할 것인지 여부는 지방자치단체장의 재량에 맡겨져 있는 것으로 보아야 할 것이므로 지방전문직공무원 채용계약에서 정한 기간이 형식적인 것에 불과하고 그 채용계약은 기간의 약정이 없는 것이라고 볼 수 없다(대판 1993.9.14. 92누4611).
- ③ [O] : 공무원 임용을 위한 면접전형에 있어서 임용신청자의 능력이나 적격성 등에 관한 판단은 면접위원의 고도의 교양과 학식, 경험에 기초한 자율적 판단에 의

존하는 것으로서 오로지 면접위원의 자유재량에 속하고, 그와 같은 판단이 현저하게 재량권을 일탈·남용하지 않은 한 이를 위법하다고 할 수 없다(대판 2008.12.24. 2008두8970 ; 대판 1997.11.28. 97누11911).

- ④ [O] : 검사의 임용 여부는 임용권자의 자유재량에 속하는 사항이나, 임용권자가 동일한 검사신규임용의 기회에 원고를 비롯한 다수의 검사 지원자들로부터 임용신청을 받아 전형을 거쳐 자체에서 정한 임용기준에 따라 이들 일부만을 선정하여 검사로 임용하는 경우에 있어서 법령상 검사임용 신청 및 그 처리의 제도에 관한 명문규정이 없다고 하여도 조리상 임용권자는 임용신청자들에게 전형의 결과인 임용 여부의 응답을 해 줄 의무가 있다고 할 것이며, 응답할 것인지 여부조차도 임용권자의 편의재량사항이라고는 할 수 없다(대판 1991.2.12. 90누5825).
- ⑤ [X] : 「경찰공무원임용령」 제46조 제1항은 경찰공무원의 채용시험 또는 경찰간부후보생 공개경쟁선발시험에서 부정행위를 한 응시자에 대하여는 당해 시험을 정지 또는 무효로 하고, 그로부터 5년간 이 영에 의한 시험에 응시할 수 없도록 규정하고 있는바, 「경찰공무원임용령」 제46조 제1항의 수권형식과 내용에 비추어 이는 행정청 내부의 사무처리기준을 규정한 재량준칙이 아니라 일반국민이나 법원을 구속하는 법규명령에 해당하고 따라서 위 규정에 의한 처분은 재량행위가 아닌 기속행위라 할 것이다(대판 2008.5.29. 2007두18321).

10. [정답] ③

- ① [O] : 구 「도시 및 주거환경정비법」에 기초하여 도시환경정비사업조합(주택재개발정비사업조합)이 수립한 사업시행계획은 그것이 인가·고시를 통해 확정되면 이해관계인에 대한 구속적 행정계획으로서 독립된 행정처분에 해당하므로, 사업시행계획을 인가하는 행정청의 행위는 도시환경정비사업조합(주택재개발정비사업조합)의 사업시행계획에 대한 법률상의 효력을 완성시키는 보충행위에 해당한다(대판 2010.12.9. 2010두1248 ; 대판 2010.12.9. 2009두4913).
- ② [O] : 구 「도시 및 주거환경정비법」상 여러 규정들의 체계, 내용 및 취지에 비추어 보면, 조합설립추진위원회의 구성을 승인하는 처분은 조합의 설립을 위한 주체에 해당하는 비법인사단인 추진위원회를 구성하는 행위를 보충하여 그 효력을 부여하는 처분인 데 반하여, 조합설립인가처분은 법령상 요건을 갖추 경우 구 「도시 및 주거환경정비법」상 주택재개발사업을 시행할 수 있는 권한을 가지는 행정주체(공법인)로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분이므로, 양자는 그 목적과 성격을 달리한다(대판 2013.12.26. 2011두8291).
- ③ [X] : 「도시 및 주거환경정비법」에 따라 조합이 수립

한 관리처분계획에 대하여 관할 행정청의 인가·고시까지 있게 되면 관리처분계획은 행정처분으로서 효력이 발생하게 되므로, 총회결의의 하자를 이유로 하여 행정처분의 효력을 다투는 항고소송의 방법으로 관리처분계획의 취소 또는 무효확인을 구하여야 하고, 그와 별도로 행정처분에 이르는 절차적 요건 중 하나에 불과한 총회결의 부분만을 따로 떼어내어 효력 유무를 다투는 확인의 소를 제기하는 것은 특별한 사정이 없는 한 허용되지 않는다(대판 전합 2009.9.17. 2007다2428 ; 대판 2012.3.29. 2010두7765 등).

- ④ [O] : 「도시 및 주거환경정비법」상 재개발조합설립인가신청에 대하여 행정청의 조합설립인가처분이 있은 이후에는, 조합설립동의를 하자 있음이 이유로 재개발조합 설립의 효력을 부정하려면 항고소송으로 조합설립인가처분의 효력을 다투어야 하고(대판 2010.1.28. 2009두4845), 특별한 사정이 없는 한 이와는 별도로 민사소송으로 행정청으로부터 조합설립인가처분을 하는 데 필요한 요건 중의 하나에 불과한 조합설립결의에 대하여 무효확인을 구할 확인의 이익은 없다고 보아야 한다(대결 2009.9.24. 2009마168).

11. [정답] ⑤

- ⑤ [x].....위법하다. 다만 종전의 분양신청 현황을 기초로 했더라도 새로운 관리처분계획 수립 당시 토지 등 소유자의 분양신청 현황을 기초로 관리처분계획을 수립했다고 평가할 수 있는 예외적인 경우, 즉 '분양의 대상이 되는 대지 또는 건축물의 내역', '개략적인 분담금의 내역' 등 법령이 분양신청 통지에 포함시키도록 한 사항 등에 관하여 새로운 사업시행계획과 종전 사업시행계획 사이에 실질적으로 변경된 내용이 없고, 사업의 성격이나 규모 등에 비추어 두 사업시행계획 인가일 사이의 시간적 간격이 지나치게 크지 않으며, 분양신청 대상자들 중 종전 분양신청을 철회·변경하겠다는 사람이 실제 있지 않은 경우 등에는, 종전의 분양신청 현황을 기초로 새로운 관리처분계획을 수립하는 것도 허용된다(대판 2016.12.15. 2015두51309).

12. [정답] ①

- ① [X]어떤 개발사업의 시행과 관련하여 여러 개별 법령에서 각각 고유한 목적과 취지를 가지고 요건과 효과를 달리하는 인허가 제도를 각각 규정하고 있다면, 그 개발사업을 시행하기 위해서는 개별 법령에 따른 여러 인허가 절차를 각각 거치는 것이 원칙이다. 다만 어떤 인허가의 근거 법령에서 절차간소화를 위하여 관련 인허가를 의제 처리할 수 있는 근거 규정을 둔 경우에는, 사업시행자가 인허가를 신청하면서 하나의 절차 내에서 관련 인허가를 의제 처리해줄 것을 신청할 수 있다. 관련 인허가 의제 제도는 사업시행자의 이익을

위하여 만들어진 것이므로, 사업시행자가 반드시 관련 인허가 의제 처리를 신청할 의무가 있는 것은 아니다(대판 2020.7.23, 2019두31839 [건축허가취소처분취소]).

- ② [O] 인허가 의제 제도는 목적사업의 원활한 수행을 위해 창구를 단일화하여 행정절차를 간소화하는 데 입법 취지가 있고 목적사업이 관계 법령상 인허가의 실제적 요건을 충족하였는지에 관한 심사를 배제하려는 취지는 아니다. 따라서 시장 등이 사업계획을 승인하기 전에 관계 행정청과 미리 협의한 사항에 한하여 사업계획승인처분을 할 때에 관련 인허가가 의제되는 효과가 발생할 뿐이다(대판 2021.3.11, 2020두42569).
- ③ [O] 관련 인허가 사항에 관한 사전 협의가 이루어지지 않은 채 중소기업창업법 제33조 제3항에서 정한 20일의 처리기간이 지난 날의 다음 날에 사업계획승인처분이 이루어진 것으로 의제된다고 하더라도, 창업자는 중소기업창업법에 따른 사업계획승인처분을 받은 지위를 가지게 될 뿐이고 관련 인허가까지 받은 지위를 가지는 것은 아니다. 따라서 창업자는 공장을 설립하기 위해 필요한 관련 인허가를 관계 행정청에 별도로 신청하는 절차를 거쳐야 한다(대판 2021.3.11, 2020두42569).
- ④ [O] 관련 인허가 사항에 관한 사전 협의가 이루어지지 않은 채 중소기업창업법 제33조 제3항에서 정한 20일의 처리기간이 지난 날의 다음 날에 사업계획승인처분이 이루어진 것으로 의제된다고 하더라도, 창업자는 중소기업창업법에 따른 사업계획승인처분을 받은 지위를 가지게 될 뿐이고 관련 인허가까지 받은 지위를 가지는 것은 아니다(대판 2021.3.11., 2020두42569)
- ⑤ [O] 창업자는 공장을 설립하기 위해 필요한 관련 인허가를 관계 행정청에 별도로 신청하는 절차를 거쳐야 한다. 만일 창업자가 공장을 설립하기 위해 필요한 국토의 계획 및 이용에 관한 법률에 따른 개발행위허가를 신청하였다가 거부처분이 이루어지고 그에 대하여 제소기간이 도과하는 등의 사유로 더 이상 다룰 수 없는 효력이 발생한다면, 시장 등은 공장설립이 객관적으로 불가능함을 이유로 중소기업창업법에 따른 사업계획승인처분을 직권으로 철회하는 것도 가능하다(대판 2021.3.11., 2020두42569).

13. [정답] ①

① [x] : 구 「주택법」 제17조 제1항에 인허가 의제 규정을 둔 입법취지는, 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. 이러한 인허가 의제 규정의 입법취지를 고려하면, 주택건설사업계획 승인권자가 주택법 제19조 제3항에 따라 도시·

군관리계획 결정권자와 협의를 거쳐 관계 주택건설사업계획을 승인하면 같은 조 제1항 제5호에 따라 도시·군관리계획결정이 이루어진 것으로 의제되고, 이러한 협의절차와 별도로 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제28조 등에서 정한 도시·군관리계획 입안을 위한 주민의견청취절차를 거칠 필요는 없다(대판 2018.11.29. 2016두38792).

- ② [O] : 구 「주택법」 제17조 제1항에 의하면, 주택건설사업계획 승인권자가 관계 행정기관의 장과 미리 협의한 사항에 한하여 승인처분을 할 때에 인·허가 등이 의제될 뿐이고, 각 호에 열거된 모든 인·허가 등에 관하여 일괄하여 사전협의를 거칠 것을 승인처분의 요건으로 하고 있지는 않다. 따라서 인·허가 의제 대상이 되는 처분의 공시방법에 관한 하자가 있더라도, 그로써 해당 인·허가 등 의제의 효과가 발생하지 않을 여지가 있게 될 뿐이고, 그러한 사정이 주택건설사업계획 승인처분 자체의 위법사유가 될 수는 없다(대판 2017.9.12. 2017두45131).
- ③ [O] : 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제54조는 “지구단위계획구역에서 건축물을 건축 또는 용도변경하거나 공작물을 설치하려면 그 지구단위계획에 맞게 하여야 한다. 다만 지구단위계획이 수립되어 있지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있다. 이처럼 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 자체에서 이미 도시·군관리계획의 수립이 건축물의 건축에 반드시 선행하여야 하는 것은 아님을 예정하고 있고, 주택건설사업계획 승인처분의 근거 법령은 사업부지에 관하여 도시·군관리계획결정이 먼저 발효되어 있을 것을 주택건설사업계획 승인처분의 요건으로 규정하고 있지 않다. 나아가 구 「주택법」 제17조 제1항에 의하면, 관계 행정기관과 협의를 거쳐 주택건설사업계획 승인처분이 있게 되면 협의의 대상이 된 지구단위계획결정 등 도시·군관리계획결정이 있었던 것으로 의제되므로, 선행 도시·군관리계획결정이 존재하고 있더라도 그 선행 결정은 그 범위 내에서 변경된 것으로 볼 수 있다. 따라서 사업부지에 관한 선행 도시·군관리계획결정이 존재하지 않거나 또는 그 결정에 관하여 하자가 있더라도, 특별한 사정이 없는 한 그것만으로는 곧바로 주택건설사업계획 승인처분의 위법사유를 구성한다고 볼 수는 없다(대판 2017.9.12. 2017두45131).

④ [O], ⑤ [O] : 구 「주택법」 제17조 제1항에 따르면, 주택건설사업계획 승인권자가 관계 행정청의 장과 미리 협의한 사항에 한하여 승인처분을 할 때에 인·허가 등이 의제될 뿐이고, 각 호에 열거된 모든 인·허가 등에 관하여 일괄하여 사전협의를 거칠 것을 주택건설사업계획 승인처분의 요건으로 규정하고 있지 않다. 따라서 인·허가 의제 대상이 되는 처분에 어떤 하자가 있더라도, 그로써 해당 인·허가 의제의 효과

가 발생하지 않을 여지가 있게 될 뿐이고, 그러한 사정이 주택건설사업계획 승인처분 자체의 위법사유가 될 수는 없다. 또한 의제된 인·허가는 통상적인 인·허가와 동일한 효력을 가지므로, 적어도 '부분 인·허가 의제'가 허용되는 경우에는 그 효력을 제거하기 위한 법적 수단으로 의제된 인·허가의 취소나 철회가 허용될 수 있고, 이러한 직권취소·철회가 가능한 이상 그 의제된 인·허가에 대한 쟁송취소 역시 허용된다. 따라서 주택건설사업계획 승인처분에 따라 의제된 인·허가가 위법함을 다투고자 하는 이해관계인은, 주택건설사업계획 승인처분의 취소를 구할 것이 아니라 의제된 인·허가의 취소를 구하여야 하며, 의제된 인·허가는 주택건설사업계획 승인처분과 별도로 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다(대판 2018.11.29. 2016두38792).

14. [정답] ⑤

- ① [O] : 부관은 주된 행정행위와 실질적 관련성을 가져야 하며, 실질적 관련성이 없는 내용의 부관은 부당결부금지원칙에 위반되어 위법하다(대판 1997.3.11. 96다49650). 그리고 주된 행정행위의 목적에 반하는 부관도 허용되지 아니하므로, 그 목적과 무관한 다른 목적을 위하여 부관을 붙일 수는 없다.
- ② [O] : 부관은 주된 행정행위의 목적에 반하거나 본질적 효력을 해하지 아니하는 것이어야 한다. 따라서 주택건축허가를 하면서 영업목적으로만 사용할 것을 부관으로 정하는 것은 '주택'에 대한 건축허가의 목적에 위배된다.
- ③ [O] : 식품제조영업허가기준이라는 고시에 정한 허가 기준에 따라 보존음료수제조업의 허가에 붙여진 전량 수출 또는 주한외국인에 대한 판매에 한한다는 내용의 조건은 이른바 법정부관으로서 행정청의 의사에 기하여 붙여지는 본래의 의미에서의 행정행위의 부관은 아니므로, 이와 같은 법정부관에 대하여는 행정행위에 부관을 붙일 수 있는 한계에 관한 일반적인 원칙이 적용되지는 않는다(대판 1994.3.8. 92누1728 ; 대판 1995.11.14. 92도496).
- ④ [O] : 행정처분에 이미 부담이 부가되어 있는 상태에서 그 의무의 범위 또는 내용 등을 변경하는 부관의 사후변경은, 법률에 명문의 규정이 있거나 그 변경이 미리 유보되어 있는 경우 또는 상대방의 동의가 있는 경우에 한하여 허용되는 것이 원칙이지만, 사정변경으로 인하여 당초에 부담을 부가한 목적을 달성할 수 없게 된 경우에도 그 목적달성에 필요한 범위 내에서 예외적으로 허용된다(대판 2007.9.21. 2006두7973).
- ⑤ [X] : A는 B로부터 여객자동차운송사업면허권을 양수 받은 자이다. 행정청은 양도인인 B의 세금을 부담한다는 조건으로 인가를 해 주었다. 행정청이 부관에 의해 납세의무를 부담시킬 수 없다. 국가에 대한 납세의무

는 각 세법에 의하여 정하여질 성질의 것이지 행정청의 부관에 의하여 납세의무 없는 자에게 납세의무를 부담시킬 수 없으므로 시장이 자동차운송사업 양도·양수 인가 시에 양수인이 양도인의 체납국세 등을 청산할 것을 인가조건으로 하였다고 하더라도 그로써 양수인에게 세금을 납부해야 할 의무가 생기는 것은 아니다(대판 1989.2.14. 88누1653).

15. [정답] ④

- ① [O] 「소방시설 설치·유지 및 안전관리에 관한 법률」 제9조에 의한 소방시설 등의 설치 또는 유지·관리에 대한 명령을 정당한 사유 없이 위반한 자는 「같은 법」 제48조의2 제1호에 의하여 행정형벌에 처해지는데, 위 명령이 행정처분으로서 하자가 있어 무효인 경우에는 명령에 따른 의무 위반이 생기지 아니하므로 행정형벌을 부과할 수 없다(대판 2011.11.10. 2011도11109).
- ② [O] 「행정소송법」 제10조는 처분의 취소를 구하는 취소소송에 당해 처분과 관련되는 부당이득반환소송을 관련 청구로 병합할 수 있다고 규정하고 있는바, 이 조항을 둔 취지에 비추어 보면 취소소송에 병합할 수 있는 당해 처분과 관련되는 부당이득반환소송에는 당해 처분의 취소를 선결문제로 하는 부당이득반환청구가 포함되고, 이러한 부당이득반환청구가 인용되기 위해서는 그 소송절차에서 판결에 의해 당해 처분이 취소되면 충분하고 그 처분의 취소가 확정되어야 하는 것은 아니라고 보아야 한다(대판 2009.4.9. 2008두23153).
- ③ [O] 해당 공무원의 동의 없는 「지방공무원법」 제29조의3의 규정에 의한 전출명령은 위법하여 취소되어야 하므로, 이를 이유로 들어 출근을 거부하는 그 공무원에게 전출명령이 적법함을 전제로 내린 감봉 3월의 징계처분은 비록 그 전출명령이 공정력에 의하여 취소되기 전까지는 유효한 것으로 취급되어야 한다고 하더라도 징계양정에 있어서는 결과적으로 재량권을 일탈한 위법이 있다고 할 것이다(대판 2001.12.11. 99두1823).
- ④ [X] 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 있다고 할 수 없다(대판 2007.4.26. 2005두11104 ; 대판 2017.2.9. 2014두43264). 이러한 신청권이 없음에도 이루어진 국민의 신청을 행정청이 받아들이지 아니한 경우 거부로 인하여 신청인의 권리나 법적 이익에 어떤 영향을 미친다고 볼 수 없으므로 이를 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 할 수 없다(대판 2016.7.14. 2014두47426).

16. [정답] ③

- ① [O] 특수임무와 관련하여 국가를 위하여 특별한 희생을 한 특수임무수행자와 유족에 대하여 필요한 보상을 함으로써 특수임무수행자와 유족의 생활안정을 도모하고 국민화합에 이바지함을 목적으로 제정된 「특수임무수행자 보상에 관한 법률」 및 구 「특수임무수행자 보상에 관한 법률 시행령」의 각 규정 취지와 내용에 비추어 보면, 특임자보상법 제2조 및 개정 전 시행령 제2조, 제3조, 제4조 등의 규정들만으로는 바로 특임자보상법상의 보상금 등 지급대상자가 확정된다고 볼 수 없고, '특수임무수행자 보상심의위원회'의 심의.의결을 거쳐 특수임무수행자로 인정되어야만 비로소 보상금 등 지급대상자로 확정될 수 있다. 이러한 심의.의결에 의하여 특수임무수행자로 인정되기 전에는 특임자보상법에 의한 보상금수급권은 헌법이 보장하는 재산권이라고 할 수 없고, 심의.의결이 있기 전의 신청인의 지위는 보상금수급권 취득에 대한 기대이익을 가지고 있는 것에 불과하다. 따라서 2010. 10. 27. 대통령령 제22460호로 개정된 「특수임무수행자 보상에 관한 법률 시행령」 제4조 제1항 제2호가 시행령 개정 전에 이미 보상금을 신청한 자들의 이러한 기대이익을 보장하기 위한 경과규정을 두지 아니함으로써 보상금 수급 요건을 엄격히 정한 개정 시행령 조항이 그들에 대하여도 적용되게 하였다고 하더라도 헌법상 보장된 재산권을 소급입법에 의하여 박탈하는 것이라고 볼 수는 없다(대판 2014.7.24, 2012두23501).
- ② [O] 헌법재판소의 헌법불합치결정(국가유공자 자녀 가산점 10%)에 따라 개정된 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제31조 제1항. 제2항 등의 적용 시기인 2007.7.1. 전에 실시한 공립 중등학교 교사 임용후보자 선정 경쟁시험에서, 위 법률 등의 개정 규정을 소급 적용하지 않고 개정 전 규정에 따른 가산점 제도를 적용하여 한 불합격처분은 적법하다(대판 2009.1.15, 2008두15596).
- ③ [X] 제1심 판결 이후 이 사건 정비구역 내 토지 등 소유자 318명 중 그 4분의 3을 초과하는 247명으로부터 새로 조합설립동의서를 받았으니 이 사건 처분의 흠은 치유되었다는 피고 및 참가인의 주장에 대하여, 구 도시정비법 제16조 제1항에서 정하는 조합설립인가처분은 설권적 처분의 성질을 갖고 있고, 흠의 치유를 인정하더라도 원고들을 비롯한 토지 등 소유자들에게 아무런 손해가 발생하지 않는다고 단정할 수 없다는 점 등을 이유로 하자치유를 배척하였다(대판 2010.8.26, 2010두2579).
- ④ [O] 헌법재판소의 1989. 12. 28.자 「국가보위입법회의법」 부칙 제4항 후단에 관한 위헌결정의 효력은 그 이후에 제소된 이 사건에도 미친다고 할 것이다. 따라서 위헌결정의 소급효가 이 사건에 미치는 이상, 위헌 결정된 「국가보위입법회의법」 부칙 제4항 후단의 규

정에 의하여 이루어진 원고에 대한 1980.11.16.자 면직 처분은 당연무효의 처분이 되는 것이다(대판 1993.2.26, 92누12247).

17. [정답] ⑤

- ① [O] : 행정처분이 당연무효라고 하기 위해서는 처분에 위법사유가 있다는 것만으로는 부족하고 그 하자가 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것으로서 객관적으로 명백한 것이어야 한다. 특히 법령 규정의 문언만으로는 처분 요건의 의미가 분명하지 아니하여 그 해석에 다툼의 여지가 있었다라도 해당 법령 규정의 위헌 여부 및 그 범위, 법령이 정한 처분 요건의 구체적 의미 등에 관하여 법원이나 헌법재판소의 분명한 판단이 있고, 행정청이 그러한 판단 내용에 따라 법령 규정을 해석·적용하는 데에 아무런 법률상 장애가 없는데도 합리적 근거 없이 사법적 판단과 어긋나게 행정처분을 하였다면 그 하자는 객관적으로 명백하다고 봄이 타당하다(대판 2017.12.28. 2017두30122).
- ② [O] : 과세처분이 당연무효라고 하기 위하여는 그 처분에 위법사유가 있다는 것만으로는 부족하고 그 하자가 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것으로서 객관적으로 명백한 것이어야 하며, 하자가 중대하고 명백한지를 판별할 때에는 과세처분의 근거가 되는 법규의 목적·의미·기능 등을 목적론적으로 고찰함과 동시에 구체적 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰하여야 한다. 그리고 어느 법률관계나 사실관계에 대하여 어느 법령의 규정을 적용하여 과세처분을 한 경우에 그 법률관계나 사실관계에 대하여는 그 법령의 규정을 적용할 수 없다는 법리가 명백히 밝혀져서 해석에 다툼의 여지가 없음에도 과세관청이 그 법령의 규정을 적용하여 과세처분을 하였다면 그 하자는 중대하고도 명백하다고 할 것이나, 그 법률관계나 사실관계에 대하여 그 법령의 규정을 적용할 수 없다는 법리가 명백히 밝혀지지 아니하여 해석에 다툼의 여지가 있는 때에는 과세관청이 이를 잘못 해석하여 과세처분을 하였다라도 이는 과세요건사실을 오인한 것에 불과하여 그 하자가 명백하다고 할 수 없다(대판 전합 2018.7.19. 2017다242409 ; 대판 2019.4.23. 2018다287287 ; 대판 2019.5.16. 2018두34848).
- ③ [O] : 도시·군계획시설사업은 도시 형성이나 주민 생활에 필수적인 기반시설 중 도시관리계획으로 체계적인 배치가 결정된 시설을 설치하는 사업으로서 공공복리의 실현과 밀접한 관련이 있다. 구 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」이 도시·군계획시설사업을 토지 등을 수용할 수 있는 사업으로 규정한 것도 그 사업으로 설치되는 기반시설의 기능에 공공성이 인정되기 때문이다. 그런데 사인(私人)이 도시·군계획시설사업을 시행하는 때에는 그 도시·군계획시설이 구 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」이 정한 '공공시설'에 해당하

는 등 특별한 사정이 없는 한, 설치된 도시·군계획시설의 소유·관리·처분권은 사업시행자인 사인에게 귀속되고, 구 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」은 그 권리의 행사에 관하여 별다른 규율을 하고 있지 않다. 따라서 도시·군계획시설사업이 시행하는 때에는 행정청이나 공공단체가 시행하는 때와 비교하여 시설의 공공적 기능 유지라는 측면이나 시설의 운영·처분 과정에서 발생하는 이익의 공적 귀속이라는 측면에서 상대적으로 공공성이 약하다고 볼 수 있다. 나아가 해당 시설이 민간의 이윤 동기에 맡겨도 공급에 문제가 없을 정도로 영리성이 강한 시설이라면 도시·군계획시설사업이 공익사업을 가장한 사인을 위한 영리사업으로 변질될 우려도 있다. 결국 구 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」이 사인을 도시·군계획시설사업의 시행자로 지정하기 위한 요건으로 소유 요건과 동의 요건을 둔 취지는 사인이 시행하는 도시·군계획시설사업의 공공성을 보완하고 사인에 의한 일방적인 수용을 제어하기 위한 것이다. 그러므로 만일 국토의 계획 및 이용에 관한 법령이 정한 도시계획시설사업의 대상 토지의 소유와 동의 요건을 갖추지 못하였는데도 사업시행자로 지정하였다면, 이는 위 법령이 정한 법규의 중요한 부분을 위반한 것으로서 특별한 사정이 없는 한 그 하자가 중대하다고 보아야 한다(대판 2017.7.11. 2016두35120).

- ④ [O] : 구 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제86조 제5항, 제98조 제1항, 제101조, 제133조 제1항 제14호의 규정 내용에 따르면, 사업시행자인 사인(私人)은 그 책임으로 도시·군계획시설사업의 공사를 마쳐야 하고, 사업시행자 지정을 받지 않은 사인은 도시·군계획시설사업을 시행할 수 없다. 사업시행기간 중에 사업 대상인 토지를 제3자에게 매각하고 제3자에게 도시·군계획시설을 설치하도록 한다면 그와 같은 내용의 도시·군계획시설사업은 사실상 토지를 개발·분양하는 사업으로 변질될 수 있는 데다가 개발이익이 배제된 가격으로 수용한 토지를 처분상대방이나 처분조건 등에 관한 아무런 제한도 받지 않고 매각하여 차익을 얻을 수 있게 됨으로써 도시·군계획시설사업의 공공성을 현저히 훼손한다. 또한 「산업입지 및 개발에 관한 법률」 등에서 일정한 요건과 절차에 따라 공익사업의 대행을 허용하고 있는 것과 달리, 구 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」은 도시·군계획시설사업의 대행을 허용하는 명시적 규정을 두고 있지 않다. 따라서 사인인 사업시행자가 도시·군계획시설사업의 대상인 토지를 사업시행기간 중에 제3자에게 매각하고 제3자로 하여금 해당 시설을 설치하도록 하는 내용이 포함된 실시계획은 구 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상 도시·군계획시설사업의 기본원칙에 반하여 허용되지 않고, 특별한 사정이 없는 한 그와 같은 실시계획을 인가하는 처분은 그 하자가 중대하다고 보아야

한다(대판 2017.7.11. 2016두35120).

- ⑤ [X] : 행정처분이 당연무효라고 하기 위하여는 처분에 위법사유가 있다는 것만으로는 부족하고 그 하자가 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것으로서 객관적으로 명백한 것이어야 하며, 하자가 중대하고 명백한 것인지 여부를 판별함에 있어서는 그 법규의 목적, 의미, 기능 등을 목적론적으로 고찰함과 동시에 구체적 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰함을 요한다(대판 2008.9.25. 2007다24640 ; 대판 2016.12.29. 2014두2980 등).

18. [정답] ⑤

- ① [O] : 헌법재판소의 헌법불합치결정에 따라 개정된 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제31조 제1항, 제2항 등의 적용시기인 2007. 7. 1. 전에 실시한 공립중등학교 교사 임용후보자 선정 경쟁시험에서, 위 법률 등의 개정 규정을 소급 적용하지 않고 개정 전 규정에 따른 가산점제도를 적용하여 한 불합격처분은 적법하다(대판 2009.1.15. 2008두15596).
- ② [O] : 건설업자가 시공자격 없는 자에게 전문공사를 하도급한 행위에 대하여 과징금 부과처분을 하는 경우, 구체적인 부과기준에 대하여 처분시의 법령이 행위시의 법령보다 불리하게 개정되었고 어느 법령을 적용할 것인지에 대하여 특별한 규정이 없다면 행위시의 법령을 적용하여야 한다(대판 2002.12.10. 2001두3228).
- ③ [O] : 행정소송에서 행정처분의 위법 여부는 행정처분이 행하여졌을 때의 법령과 사실상태를 기준으로 판단함이 원칙이고, 이는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」에 따른 공정거래위원회의 과징금 납부명령 등에서도 마찬가지이다. 따라서 공정거래위원회의 과징금 납부명령 등이 재량권의 일탈·남용으로 위법한지는 다른 특별한 사정이 없는 한 과징금 납부명령 등이 행하여진 '의결일' 당시의 사실상태를 기준으로 판단하여야 한다(대판 2017.4.26. 2016두32688).
- ④ [O] : 「산업재해보상보험법」상 장애급여는 근로자가 업무상의 사유로 부상을 당하거나 질병에 걸려 치료를 종결한 후 신체 등에 장애가 있는 경우 그 지급사유가 발생하고, 그 때 근로자는 장애급여지급청구권을 취득하므로, 장애급여지급을 위한 장애등급결정 역시 장애급여지급청구권을 취득할 당시, 즉 그 지급사유 발생 당시의 법령에 따르는 것이 원칙이다(대판 2007.2.22. 2004두12957).
- ⑤ [X] : 구 「국민연금법」 제49조 제2호, 제54조 제1항, 제67조 제1항, 제5항, 구 「국민연금법 시행령」 제46조, [별표 2] 등의 규정 내용 및 취지에 비추어 보면, 「국민연금법」상 장애연금은 국민연금 가입 중에 생긴 질병이나 부상으로 완치된 후에도 신체상 또는 정신상의 장애가 있는 자에 대하여 그 장애가 계속되는 동안 장

에 정도에 따라 지급되는 것으로서, 치료종결 후에도 신체 등에 장애가 있을 때 지급사유가 발생하고 그때 가입자는 장애연금지급청구권을 취득한다. 따라서 장애연금지급을 위한 장애등급결정은 장애연금지급청구권을 취득할 당시, 즉 치료종결 후 신체 등에 장애가 있게 된 당시의 법령에 따르는 것이 원칙이다. 나아가 이러한 법리는 기존의 장애등급이 변경되어 장애연금액을 변경하여 지급하는 경우에도 마찬가지이므로, 장애등급 변경결정 역시 변경사유 발생 당시, 즉 장애등급을 다시 평가하는 기준일인 '질병이나 부상이 완치되는 날의 법령에 따르는 것이 원칙이다'(대판 2014.10.15. 2012두15135).

19. [정답] ③

- ① [O] : 일정한 행정처분으로 국민이 일정한 이익과 권리를 취득하였을 경우에 종전 행정처분에 하자가 있음을 전제로 직권으로 이를 취소하는 행정처분은 이미 취득한 국민의 기존 이익과 권리를 박탈하는 별개의 행정처분으로, 취소될 행정처분에 하자가 있어야 하고, 나아가 행정처분에 하자가 있다고 하더라도 취소해야 할 공익상 필요와 취소로 당사자가 입게 될 기득권과 신뢰보호 및 법률생활 안정의 침해 등 불이익을 비교·교량한 후 공익상 필요가 당사자가 입을 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 한하여 취소할 수 있는 것이며, 하자나 취소해야 할 필요성에 관한 증명책임은 기존 이익과 권리를 침해하는 처분을 한 행정청에 있다(대판 2017.6.15. 2014두46843).
- ② [O] : 부담적 행정행위는 취소하더라도 신뢰보호문제가 생기지 않으므로 자유롭게 취소할 수 있다. 수익적 행정행위 취소는 신뢰보호를 침해할 우려 때문에 제한을 받는다. 그리고 취소해야 할 필요성에 관한 증명책임은 기존 이익과 권리를 침해하는 처분을 한 행정청에 있다(대판 2017.6.15. 2014두46843).
- ③ [X] : 직권취소는 일단 유효하게 성립한 행정행위를 그 행위에 위법 또는 부당한 하자가 있음을 이유로 소급하여 그 효력을 소멸시키는 별도의 행정처분이므로(대판 2014.10.27. 2012두11959), 「행정절차법」상 처분절차가 적용된다. 한편 「행정절차법」 제23조의 이유제시는 침익적·수익적 행정처분에 모두 적용되는 절차이고, 제21조의 사전통지와 제22조의 의견청취(의견제출·청문·공청회)는 침익적 행정처분에만 적용되는 절차이다. 그런데 수익적 행정행위의 직권취소는 침익적 처분이므로 사전통지 및 의견청취 등의 절차를 거쳐야 한다.
- ④ [O] : 수익적 행정처분의 하자가 당사자의 사실은폐나 기타 사위의 방법에 의한 신청행위에 기인한 것이라면, 당사자는 처분에 의한 이익을 위법하게 취득하였음을 알아 취소가능성도 예상하고 있었을 것이므로, 그 자신이 처분에 관한 신뢰이익을 원용할 수 없음은

물론, 행정청이 이를 고려하지 아니하였다고 하여도 재량권의 남용이 되지 아니하고, 이 경우 당사자의 사실은폐나 기타 사위의 방법에 의한 신청행위가 제3자를 통하여 소극적으로 이루어졌다고 하여 달리 볼 것이 아니다(대판 2008.11.13. 2008두8628 ; 대판 2013.2.15. 2011두1870).

20. [정답] ④

- ㉠ [X] <지방자치단체(경기도)가 설립·운영하는 고등학교에 채용된 영상음악 과목을 가르치는 산학겸임교사가 고용계약을 갱신하면서 근무해 오던 중 지방자치단체가 고용계약의 갱신을 거절한 사안> ... 「지방자치법」 제9조 제2항 제5호 (가)목의 규정에 의하면, 경기도에 의하여 설립된 고등학교의 활동은 지방자치단체인 경기도의 사무로서 그 공공적 업무수행의 일환으로 이루어진다고 해석되고, 형식적으로는 고등학교장과 원고가 근로계약을 체결하였다 하더라도 위 근로계약은 공법상의 근무관계의 설정을 목적으로 하여 경기도와 원고 사이에 대등한 지위에서 의사가 합치되어 성립하는 공법상 근로계약에 해당하므로, 그 갱신거절의 무효확인을 구하는 소(➡ 당사자소송)의 피고적격은 경기도에 있다(대판 2015.4.9. 2013두11499). 2020년 변호사
- ㉡ [O] 「근로기준법」 등의 입법취지, 「지방공무원법」과 「지방공무원 징계 및 소청 규정」의 여러 규정에 비추어 볼 때, 채용계약상 특별한 약정이 없는 한, 지방계약직 공무원에 대하여 「지방공무원법」, 「지방공무원 징계 및 소청 규정」에 정한 징계절차에 의하지 않고서는 보수를 삭감할 수 없다고 봄이 상당하다(대판 2008.6.12. 2006두16328). 2015년 지방 7급
- ㉢ [O] 공법상의 계약은 비권력적 행정작용이므로 법령에 명시적인 근거가 없더라도 자유롭게 체결할 수 있다. 즉, 법률유보의 원칙은 공법상 계약에 적용되지 않는다. 그러나 법률우위의 원칙은 공법상 계약에도 적용되므로 행정법규에 위반해서는 아니 된다(「행정기본법」 제27조 제1항). 2017년 서울 7급
- ㉣ [X] 2013년 국회 8급 병형

「행정기본법」 제27조 【공법상 계약의 체결】 ① 행정청은 법령등을 위반하지 아니하는 범위에서 행정목적 달성을 위하여 필요한 경우에는 공법상 법률관계에 관한 계약(이하 '공법상 계약'이라 한다)을 체결할 수 있다. 이 경우 계약의 목적 및 내용을 명확하게 적은 계약서를 작성하여야 한다.