

행정법 기출해설 (A책형)

해설 - 백영민 교수(종로공무원학원)

1. 법치행정의 원칙에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 법률은 원칙적으로 국민의 대표기관인 의회가 제정 하여야 한다는 원칙을 포함한다.
- ② 수신료금액 결정은 수신료에 관한 본질적인 사항이 아니므로 국회가 반드시 스스로 행하여야 할 필요는 없다.
- ③ 수신료 징수업무를 한국방송공사가 직접 수행할지 제3자에게 위탁할지 여부는 국민의 기본권 제한에 관한 본질적인 사항이 아니다.
- ④ 국민의 기본권 실현과 관련된 영역에 있어서는 입법자가 본질적인 사항에 대해서 스스로 결정해야 한다.

정답 ②

해설 ① (○) 법치행정이란 국민의 자유와 권리 보호를 목적으로 행정작용이나 사법작용 등의 국가작용은 국가의 최고법인 헌법과 국민의 대표기관인 의회에서 제정되는 법률에 적합하게 행되어야 한다는 것을 말한다. 우리나라 헌법 제40조도 입법권은 국회에 있음을 규정함으로써 법률은 원칙적으로 국민의 대표기관인 의회가 제정 하여야 한다고 규정하고 있다.

② (×) 수신료 금액의 결정과 납부의무자는 수신료에 관한 본질적인 중요한 사항에 해당 함

수신료 금액의 결정은 납부의무자의 범위 등과 함께 수신료에 관한 본질적인 중요한 사항이므로 국회가 스스로 행하여야 하는 사항에 속하는 것임에도 불구하고 한국방송공사법 제36조 제1항에서 국회의 결정이나 관여를 배제한 채 한국방송공사로 하여금 수신료 금액을 결정해서 문화관광부장관의 승인을 얻도록 한 것은 법률유보원칙에 위반된다(헌재결 1999.5.27, 98헌바70).

③ (○) 수신료 징수업무 위탁은 본질적인 사항이 아님

수신료 징수업무를 한국방송공사가 직접 수행할 것인지 제3자에게 위탁할 것인지, 위탁한다면 누구에게 위탁하도록 할 것인지, 위탁받은 자가 자신의 고유업무와 결합하여 징수업무를 할 수 있는지는 징수업무 처리의 효율성 등을 감안하여 결정할 수 있는 사항으로서 국민의 기본권제한에 관한 본질적인 사항이 아니라 할 것이다. 따라서 방송법 제64조 및 제67조 제2항은 법률유보의 원칙에 위반되지 아니한다(헌재결 2008.2.28, 2006헌바70).

④ (○) 헌재결 1999.5.27. 98헌바70

2. 「행정절차법」에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 징계심의대상자가 선임한 변호사가 징계위원회에 출석하여 징계심의대상자를 위하여 필요한 의견을 진술하는 것은 방어권 행사의 본질적 내용에 해당 하므로, 행정청은 특별한 사정이 없는 한 이를 거부 할 수 없다.
- ② 「행정절차법」의 적용이 제외되는 공무원 인사관계 법령에 의한 처분에 관한 사항이란 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 처분이나 행정절차에 준하는 절차를 거치도록 하고 있는 처분에 관한 사항만을 말하는 것으로 보아야 한다.
- ③ 「국가공무원법」상 직위해제처분은 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 사항 또는 행정절차에 준하는 절차를 거친 사항에 해당하지 않으므로, 처분의 사전통지

및 의견청취 등에 관한 「행정절차법」의 규정이 적용된다.

- ④ 민원사무를 처리하는 행정기관이 민원조정위원회를 개최하면서 민원인에게 그 회의일정 등을 사전에 통지하여야 함에도 불구하고 그러하지 아니한 경우에 이러한 사정만으로 곧바로 그 민원사항에 대한 행정 기관의 장의 거부처분이 위법하다고 볼 수는 없다.

정답 ③

해설 ① (○) 헌법상 법치국가원리와 적법절차원칙에 비추어 징계와 같은 불이익처분절차에서 징계심의대상자에게 변호사를 통한 방어권의 행사를 보장하는 것이 필요하고, 징계심의대상자가 선임한 변호사가 징계위원회에 출석하여 징계심의대상자를 위하여 필요한 의견을 진술하는 것은 방어권 행사의 본질적 내용에 해당하므로, 행정청은 특별한 사정이 없는 한 이를 거부할 수 없다(대법원 2018. 3. 13, 2016두33339).

② (○) 대법원 2007.9.21, 2006두20631

③ (×) 국가공무원법상 직위해제처분은 처분의 사전통지 및 의견청취 등에 관한 행정절차법 규정이 적용되지 아니함

공무원에 대하여 직위해제를 할 때에는 그 처분권자 또는 처분제청권자는 처분사유를 적은 설명서를 교부하도록 하고, 처분사유 설명서를 받은 공무원이 그 처분에 불복할 때에는 그 설명서를 받은 날부터 30일 이내에 소청심사청구를 할 수 있도록 함으로써 임용권자가 직위해제처분을 행함에 있어서 구체적이고도 명확한 사실의 적시가 요구되는 처분사유 설명서를 반드시 교부하도록 하여 해당 공무원에게 방어의 준비 및 불복의 기회를 보장하고 임용권자의 판단에 신중함과 합리성을 담보하게 하고 있고, 직위해제처분을 받은 공무원은 사후적으로 소청이나 행정소송을 통하여 충분한 의견진술 및 자료제출의 기회를 보장하고 있다. 그렇다면 국가공무원법상 직위해제처분은 구 행정절차법 제3조 제2항 제9호, 동법 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 아니한다고 봄이 상당하다(대법원 2014.5.16, 2012두26180).

④ (○) 민원사무를 처리하는 행정기관이 민원 1회방문 처리제를 시행하는 절차의 일환으로 민원사항의 심의·조정 등을 위한 민원조정위원회를 개최하면서 민원인에게 회의일정 등을 사전에 통지하지 아니하였다 하더라도, 이러한 사정만으로 곧바로 민원사항에 대한 행정기관의 장의 거부처분에 취소사유에 이를 정도의 흠이 존재한다고 보기는 어렵다. 다만 행정기관의 장의 거부처분이 재량행위인 경우에, 위와 같은 사전통지의 흠결로 민원인에게 의견진술의 기회를 주지 아니한 결과 민원조정위원회의 심의과정에서 고려대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락하는 등 재량권의 불행사 또는 해태로 볼 수 있는 구체적 사정이 있다면, 거부처분은 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법하다(대법원 2015.8.27. 2013두1560).

3. 강학상 허가·특허·인가 등에 대한 판례의 태도로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 환경의 보전 등 중대한 공익상 필요가 있다고 인정 되더라도 법규에 명문의 근거가 없다면 산림훼손기간 연장허가를 거부할 수 없다.
- ② 건축허가는 수허가자에게 어떤 새로운 권리나 능력을 부여하는 것이 아니다.
- ③ 「출입국관리법」상 체류자격 변경허가는 신청인에게 당초의 체류자격과 다른 체류자격에 해당하는 활동을 할 수 있는 권한을 부여하는 일종의 설권적 처분이다.
- ④ 기본행위인 이사선임결의가 적법·유효하고 보충행위인 승인처분 자체에만 하자가 있다면 그 승인처분의 무효확인이나 그 취소를 주장할 수 있다.

정답 ①

해설 ① (×) 법령이 규정하는 산림훼손 금지 또는 제한지역에 해당하는 경우는 물론 금지 또는 제한지역에 해당하지 않더라도 허가신청은 산림훼손허가신청 대상토지의 현상과 위치 및 주위의 상황 등을 고려하여

국토 및 자연의 유지와 상수원의 수질과 같은 환경의 보전 등 중대한 공익상 필요가 있다고 인정될 때에는 허가를 거부할 수 있고, 그 경우 법규에 명문의 근거가 없더라도 거부처분을 할 수 있다(대법원 1993. 5. 27. 93누4854).

② (○) 건축허가는 행정관청이 건축행정상 목적을 수행하기 위하여 수허가자에게 일반적으로 행정관청의 허가 없이는 건축행위를 하여서는 안된다는 상대적 금지를 관계법규에 적합한 일정한 경우에 해제하여 줌으로써 일정한 건축행위를 하여도 좋다는 자유를 회복시켜 주는 행정처분일 뿐 수허가자에게 어떤 새로운 권리나 능력을 부여하는 것이 아니고, 건축허가서는 허가된 건물에 관한 실체적 권리의 득실변경의 공시방법이 아니며 추정력도 없으므로 건축허가서에 건축주로 기재된 자가 건물의 소유권을 취득하는 것은 아니다(대법원 1997.3.28. 96다10638).

③ (○) 대법원 2016.7.14, 2015두48846

④ (○) 기본행위인 이사선임결의가 적법·유효하고 보충행위인 승인처분 자체에만 하자가 있다면 그 승인처분의 무효확인이나 그 취소를 주장할 수 있지만, 이 사건 임원취임승인처분에 대한 무효확인이나 그 취소의 소처럼 기본행위인 임시이사들에 의한 이사선임결의의 내용 및 그 절차에 하자가 있다는 이유로 이사선임결의의 효력에 관하여 다툼이 있는 경우에는 민사쟁송으로서 그 기본행위에 해당하는 위 이사선임결의의 무효확인을 구하는 등의 방법으로 분쟁을 해결할 것이지 그 이사선임결의에 대한 보충적 행위로서 그 자체만으로는 아무런 효력이 없는 승인처분만의 무효확인이나 그 취소를 구하는 것은 특단의 사정이 없는 한 분쟁해결의 유효적절한 수단이라 할 수 없으므로, 임원취임승인처분의 무효확인이나 그 취소를 구할 법률상 이익이 없다(대법원 2002.5.24. 2000두3641).

4. 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에 대한 설명 으로 가장 옳은 것은?

- ① 국가계약의 본질적인 내용은 사인 간의 계약과 다르므로 법령에 특정한 규정이 있는 경우에만 한하여 사법의 규정 내지 법원리가 적용된다.
- ② 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에 따른 입찰절차에서의 낙찰자의 결정은 「행정소송법」상 처분에 해당한다.
- ③ 국가가 사인과 계약을 체결할 때에는 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에 따른 계약서를 따로 작성 하는 등 그 요건과 절차를 이행하여야 한다.
- ④ 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에 따른 계약서를 따로 작성하는 등 그 요건과 절차를 거치지 않고 체결된 계약이라고 해서 무효가 되는 것은 아니다.

정답 ③

해설 ① (×) 「지방재정법」에 의하여 준용되는 국가계약법에 따라 지방자치단체가 당사자가 되는 이른바 공공 계약은 사정제의 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상의 계약으로서 그 본질적인 내용은 사인 간의 계약과 다를 바가 없으므로, 그에 관한 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 사적자치와 계약자유 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용된다(대법원 1996. 4. 26. 95다11436). 즉 법령에 특정한 규정이 있는 경우에 한하여 예외적으로 사법의 규정 내지 법원리가 적용되는 것이 아니라 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 원칙적으로 사적자치와 계약자유 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용된다.

② (×) 대법원 판례(대법원 2001.12.11. 2001다33604)는 일관되게 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 ‘국가계약법’이라 한다)과 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 ‘지방계약법’이라 한다)에 의해서 만들어진 조달계약은 사법상행위이므로 처분이 아니어서 민사로 다투어야 한다고 한다.

③ (○) 구 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률은 국가가 일방당사자가 되어 체결하는 계약의 내용을 명확히 하고 국가가 사인과 계약을 체결할 때 적법한 절차에 따를 것을 담보하려는 규정의 취지 등에 비추어 보면, 국가가 사인과 계약을 체결할 때에는 국가계약법령에 따른 계약서를 따로 작성하는 등 그 요건과 절차를 이행하여야 할 것이고, 설령 국가와 사인 사이에 계약이 체결되었다고 이러한 법령상 요건과 절

차를 거치지 아니한 계약은 그 효력이 없다고 할 것이다(대법원 2005.5.27. 2004다30811).

④ (×) 구 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률상의 요건과 절차를 거치지 않고 체결한 국가와 사인 간의 사법상 계약의 효력은 무효이다(대법원 2005.5.27. 2004다30811).

5. 직접강제와 즉시강제에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 직접강제와 즉시강제는 권력적 사실행위로서의 성격을 가지고 있다.
- ② 즉시강제의 목적과 침해되는 상대방의 권익 사이에는 비례관계가 유지되어야 한다.
- ③ 행정강제는 행정상 강제집행을 원칙으로 하므로 불법 게임물에 대해서도 관계당사자에게 수거·폐기를 명하고 그 불이행 시 직접강제 등 행정상 강제집행으로 나아가야 한다.
- ④ 즉시강제는 법치국가의 요청인 예측가능성과 법적 안정성에 반하고 기본권 침해의 소지가 큰 권력작용 이라는 비판이 존재한다.

정답 ③

해설 ① (○) 직접강제와 즉시강제는 권력적 사실행위로서의 성질을 갖는다. 따라서 항고소송의 대상이 되는 처분의 성질을 갖는다고 보는 것이 다수설이다.

② (○) 행정상 즉시강제로서의 위해방지수단은 행정기관이 의도하는 목적을 달성함에 있어 적합하고 유용한 수단이어야 한다. 또한 이러한 목적을 달성할 수 있는 여러 수단이 있는 경우에도 행정기관은 관계자에게 최소한 침해를 가져오는 수단을 선택하여야 하고, 침해의 정도는 공익의 정도와 상당한 비례가 유지되어야 한다.

③ (×) 관계행정청이 등급분류를 받지 아니하거나 등급분류를 받은 게임물과 다른 내용의 게임물을 발견한 경우 관계공무원으로 하여금 이를 수거·폐기하게 할 수 있도록 한 구 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률 제24조 제3항 제4호 중 게임물에 관한 규정 부분은 급박한 상황에 대처하기 위한 것으로서 의무부과를 전제로 하지 않는 즉시강제에 해당한다. 따라서 관계당사자에게 수거·폐기를 명하고 그 불이행 시 직접강제를 하는 것이 아니다.

④ (○) 현제결 2002.10.31, 2000헌가12

6. <보기>의 행정행위의 하자에 대한 설명으로 옳은 것을 모두 고르면?

<보기>

- ㄱ. 행정처분의 위법여부는 행정처분이 행하여졌을 때의 법령과 사실 상태를 기준으로 판단해야 한다.
- ㄴ. 행정처분이 당연무효이기 위해서는 그 하자가 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것으로서 객관적으로 명백한 것이어야 한다.
- ㄷ. 명백성은 제3자나 공공의 신뢰를 보호하여야 할 필요가 있는 경우에 보충적으로 요구되는 것으로서 처분 상대방의 권익을 구제하고 위법한 결과를 시정 할 필요가 훨씬 더 큰 경우에는 하자가 명백하지 않더라도 중대한 하자를 가진 행정처분은 당연무효라고 보아야 한다는 의견도 있다.
- ㄹ. 행정처분을 무효로 하더라도 법적안정성을 크게 해치지 않는 반면에 그 하자가 중대하여 구제가 필요한 경우에도 그 예외를 인정하여 이를 당연무효사유로 볼 수는 없다.

① ㄱ

② ㄱ, ㄴ

③ ㄱ, ㄴ, ㄷ

④ ㄱ, ㄴ, ㄷ, ㄹ

정답 ③

해설 ③ ㄱ, ㄴ, ㄷ이 옳다.

ㄱ. (○) 행정소송에서 행정처분의 위법 여부는 행정처분이 있을 때의 법령과 사실상태를 기준으로 하여 판단하여야 하고, 처분 후 법령의 개폐나 사실상태의 변동에 의하여 영향을 받지 않는다고 할 것이다(대법원 2002.7.9, 2001두10684).

ㄴ. (○) 하자있는 행정처분이 당연무효가 되기 위해서는 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 사안자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰함을 요한다(대법원 2007.5.10. 2005다31828).

ㄷ. (○) 대법원 소수의견인 명백성보충요건설은 무효사유인 하자가 되기 위해서는 하자의 중대성은 필수적 요건이 되지만, 하자의 명백성은 보충적 가중요건에 불과한 것으로 법적 안정성이나 제3자의 신뢰보호의 요청이 있는 경우에만 명백성요건은 요구된다고 본다.

ㄹ. (×) 그 처분이 위헌법률에 근거하여 내려진 것이고 그 행정처분의 목적달성을 위하여서는 후행정처분이 필요한데 후행정처분은 아직 이루어지지 않는 경우와 같이 그 행정처분을 무효로 하더라도 법적 안정성을 크게 해치지 않는 반면에, 그 하자가 중대하여 그 구제가 필요할 경우에 대해서는 그 예외를 인정하여 이를 당연무효사유로 보아서 쟁송기간 경과 후에라도 무효확인을 구할 수 있는 것이라고 보아야 할 것이다(헌재결 1994.6.30, 92헌바23).

7. 법규명령에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 예시적인 것으로 보아야 한다.
- ② 법규명령이 위임의 근거가 없어 무효였더라도 나중에 법 개정으로 위임의 근거가 부여되면 그때부터는 유효한 법규명령으로 볼 수 있다.
- ③ 법령의 위임이 없음에도 법령에 규정된 처분 요건에 해당하는 사항을 부령에서 변경하여 규정한 경우에는 그 부령의 규정은 행정청 내부의 사무처리 기준 등을 정한 것으로서 행정조직 내에서 적용되는 행정명령의 성격을 지닌다.
- ④ 법률에서 하위 법령에 위임을 한 경우에 하위 법령이 위임의 한계를 준수하고 있는지 여부의 판단은 일반적으로 의회유보의 원칙과 무관하다.

정답 ④

해설 ① (○) 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(헌재결 2004.10.28, 99헌바91).

② (○) 대법원 1995.6.30, 93추83

③ (○) 법령에서 행정처분의 요건 중 일부 사항을 부령으로 정할 것을 위임한 데 따라 시행규칙 등 부령에서 이를 정한 경우에 그 부령의 규정은 국민에 대해서도 구속력이 있는 법규명령에 해당한다고 할 것이지만, 법령의 위임이 없음에도 법령에 규정된 처분 요건에 해당하는 사항을 부령에서 변경하여 규정한 경우에는 그 부령의 규정은 행정청 내부의 사무처리 기준 등을 정한 것으로서 행정조직 내에서 적용되는 행정명령의 성격을 지닐 뿐 국민에 대한 대외적 구속력은 없다고 보아야 한다(대법원 2013.9.12, 2011두10584).

④ (×) 특정 사안과 관련하여 법률에서 하위 법령에 위임을 한 경우에 모법의 위임범위를 확정하거나 하위 법령이 위임의 한계를 준수하고 있는지 여부를 판단할 때에는, 하위 법령이 규정한 내용이 입법자가 형식

적 법률로 스스로 규율하여야 하는 본질적 사항으로서 의회유보의 원칙이 지켜져야 할 영역인지, 당해 법률 규정의 입법 목적과 규정 내용, 규정의 체계, 다른 규정과의 관계 등을 종합적으로 고려하여야 하고, 위임 규정 자체에서 의미 내용을 정확하게 알 수 있는 용어를 사용하여 위임의 한계를 분명히 하고 있는데도 문언적 의미의 한계를 벗어났는지나, 하위 법령의 내용이 모법 자체로부터 위임된 내용의 대강을 예측할 수 있는 범위 내에 속한 것인지, 수권 규정에서 사용하고 있는 용어의 의미를 넘어 범위를 확장하거나 축소하여서 위임 내용을 구체화하는 단계를 벗어나 새로운 입법을 한 것으로 평가할 수 있는지 등을 구체적으로 따져 보아야 한다(대법원 2015.8.20, 2012두23808, 전원합의체).

8. 「행정소송법」상 집행정지에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 취소소송이 제기되면 처분의 효력이나 그 집행은 정지되지 않으나 절차의 속행은 정지된다.
- ② 처분의 효력정지는 처분등의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용 되지 아니한다.
- ③ 집행정지는 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 허용되지 아니한다.
- ④ 집행정지의 결정 또는 기각의 결정에 대하여는 즉시 항고할 수 있다.

정답 ①

해설 ① (×) 우리나라 행정소송법 제23조 제1항은 “취소소송의 제기는 처분 등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다”라고 규정하여 집행부정지원칙을 규정하고 있다. 이는 남소를 방지하고 행정의 실효성확보를 위한 것이다.

② (○) 처분의 효력정지는 효과면에서 다른 집행정지결정 내용 중 가장 강력한 것이므로, 처분의 집행정지나 절차의 속행정지를 통하여 그 목적을 달성할 수 있는 경우에는 처분의 효력정지는 허용되지 않는다(행정소송법 제23조 제2항 단서).

③ (○) 처분의 집행정지가 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있는 경우에는 집행정지를 할 수 없다. 이는 당사자의 권리보호보다 공익을 우선하는 것으로서, 이 때에는 공익을 우선해야 할 사정과 당사자의 권리보호의 필요성의 정도를 상호 엄격히 비교衡量하여야 한다.

④ (○) 집행정지의 결정 또는 기각의 결정에 대하여는 즉시항고할 수 있다. 이 경우 집행정지의 결정에 대한 즉시항고에는 결정의 집행을 정지하는 효력이 없다.

9. 항고소송의 대상적격에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 피해자의 의사와 무관하게 주민등록번호가 유출된 경우라고 하더라도 주민등록번호의 변경을 요구할 신청권은 인정되지 않으므로, 구청장의 주민등록번호 변경신청 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정 처분에 해당하지 않는다.
- ② 거부행위의 처분성을 인정하기 위한 전제요건이 되는 신청권의 존부는 구체적인 사건에서 신청인이 누구인 가를 고려하지 말고 관계 법규에서 일반 국민에게 그러한 신청권을 인정하고 있는가를 살펴 추상적으로 결정하여야 한다.
- ③ 도시계획시설결정에 이해관계가 있는 주민으로서는 도시시설계획의 입안권자 내지 결정권자에게 도시 시설계획의 입안 내지 변경을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있고, 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당 한다.
- ④ 제소기간이 이미 도과하여 불가쟁력이 생긴 행정처분에 대하여는 개별 법규에서 그 변경을 요구할 신청권을 규정하고 있거나 관계법령의 해석상 그러한 신청권이 인정될 수 있는 등

특별한 사정이 없는 한 국민에게 그 행정처분의 변경을 구할 신청권이 있다 할 수 없다.

정답 ①

해설 ① (×) 갑 등이 인터넷 포털사이트 등의 개인정보 유출사고로 자신들의 주민등록번호 등 개인정보가 불법 유출되자 이를 이유로 관할 구청장에게 주민등록번호를 변경해 줄 것을 신청하였으나 구청장이 '주민등록번호가 불법 유출된 경우 주민등록법상 변경이 허용되지 않는다'는 이유로 주민등록번호 변경을 거부하는 취지의 통지를 한 사안에서, 피해자의 의사와 무관하게 주민등록번호가 유출된 경우에는 조리상 주민등록번호의 변경을 요구할 신청권을 인정함이 타당하고, 구청장의 주민등록번호 변경신청 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대법원 2017.6.15, 2013두2945).

② (○) 신청권의 존재 여부는 구체적 사건에서 신청인이 누구인가를 고려하지 않고 관계법규의 해석에 의하여 일반국민에게 그러한 신청권을 인정하고 있는지를 살펴보고 추상적으로 결정되는 것이고, 신청인이 그 신청에 따른 단순한 응답을 받을 권리를 넘어서 신청의 인용이라는 만족스러운 결과를 얻을 권리를 의미하는 것은 아니다. 예를 들어, 각종 영업허가 등은 국민의 신청에 의해 발령되는 것이므로 그 신청에 대한 거부는 모두 항고소송의 대상이 되고, 구체적으로 그 신청인이 허가를 받을 수 있는데도 이를 거부하였는지 여부는 본안판단사항이다(대법원 1996.6.11, 95누12460).

③ (○) 대법원 2004.4.28, 2003두1806

④ (○) 대법원 2007.4.26, 2005두11104

10. 손실보상에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 우리 「헌법」상 수용의 주체를 국가로 한정하고 있지 않으므로 민간기업도 수용의 주체가 될 수 있다.
- ② 토지를 종래의 목적으로도 사용할 수 없는 경우에는 토지소유자가 수인해야 할 사회적 제약의 한계를 넘는 것으로 보아야 한다.
- ③ 「헌법」 제23조 제3항의 정당한 보상이란 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상 하는 것이어야 한다는 완전보상을 뜻한다.
- ④ 간접적 영업손실은 특별한 희생이 될 수 없다.

정답 ④

해설 ① (○) 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(헌재결 2009.9.24, 2007헌바114).

② (○) 종래의 지목과 토지현황에 의한 이용방법에 따른 토지의 사용도 할 수 없거나 실질적으로 사용·수익을 전혀 할 수 없는 예외적인 경우에도 아무런 보상 없이 이를 감수하도록 하고 있는 한, 비례의 원칙에 위반되어 당해 토지소유자의 재산권을 과도하게 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다. 위와 같은 기준에 따라 토지재산권의 내재적 한계로서 허용되는 사회적 제약의 범위를 넘어 감수하라고 할 수 없는 특별한 재산적 손해가 발생하였다고 볼 수 있는 구체적 예는 다음과 같은 경우를 들 수 있다(헌재결 1998.12.24, 97헌바78).

③ (○) 헌법재판소는 “헌법이 규정한 정당한 보상이란 손실보상의 원인이 되는 재산권 침해가 기존의 법질서 안에서 개인의 재산권에 대한 개별적인 침해인 경우에는 그 손실보상은 원칙적으로 피수용재산의 객관

적인 재산가치를 완전하게 보상하는 것이어야 한다는 완전보상을 뜻하는 것으로서, 보상금액뿐만 아니라 보상의 시기나 방법 등에 있어서도 어떠한 제한을 두어서는 아니된다는 것을 의미한다(헌재결 1998.3.26, 96헌바12)”라고 판시하였다.

④ (×) 공공사업으로 인한 영업의 간접손실에 대하여 관련법령에서 이를 보상하는 규정이 없다하더라도, 공공사업의 시행으로 인하여 영업의 간접손실이 발생하리라는 것을 쉽게 예상할 수 있고, 그 손실의 범위도 구체적으로 이를 특정할 수 있는 경우라면 그 손실의 보상에 관하여 공공용지의취득및손실보상에관한특별실행규칙의 간접보상에 관한 규정들을 유추적용하여 이를 보상할 수 있다고 판시하고 있다(대법원 1999.6.11. 97다56150).

11. <보기>의 행정지도에 대한 설명 중 옳은 것을 모두 고르면?

<보기>

- ㄱ. 행정지도는 그 목적 달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 행정지도의 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요하여서는 아니 된다.
- ㄴ. 행정지도는 비권력적 작용이므로 「국가배상법」이 정한 배상청구의 요건인 공무원의 직무에 포함되지 않는다.
- ㄷ. 행정지도의 상대방은 해당 행정지도의 방식·내용 등에 관하여 행정기관에 의견제출을 할 수 있다.

- ① ㄱ
- ② ㄱ, ㄴ
- ③ ㄱ, ㄷ
- ④ ㄱ, ㄴ, ㄷ

정답 ③

해설 ③ ㄱ, ㄷ이 옳다.

- ㄱ. (○) 행정지도의 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요하여서는 아니 된다(행정절차법 제48조 제1항).
- ㄴ. (×) 공무원의 직무집행행위는 “행정지도와 같은 비권력적 작용도 포함되나, 단지 사경제주체로서 행하는 활동만은 제외된다.”라고 하여 대체로 광의설을 취한다(대법원 2004.4.9, 2002다1069).
- ㄷ. (○) 행정지도의 상대방은 당해 행정지도의 방식·내용 등에 관하여 행정기관에 의견제출을 할 수 있다(행정절차법 제50조).

12. 사인의 공법상의 행위로서 신고에 관한 판례의 내용 으로 옳지 않은 것은?

- ① 「주민등록법」상 주민등록의 신고는 행정청에 도달하기만 하면 신고로서의 효력이 발생하는 것이 아니라 행정청이 수리한 경우에 비로소 신고의 효력이 발생 한다.
- ② 납골당설치 신고가 구 장사법 관련 규정의 모든 요건에 맞는 신고라 하더라도 신고인은 곧 바로 납골당을 설치할 수는 없고, 이에 대한 행정청의 수리처분이 있어야만 신고한 대로 납골당을 설치할 수 있다.
- ③ 수리란 신고를 유효한 것으로 판단하고 법령에 의하여 처리할 의사로 이를 수령하는 적극적 행위이므로 수리행위에는 신고필증의 교부와 같은 행정청의 행위가 수반되어야 한다.
- ④ 「수산업법」상의 어업의 신고는 행정청의 수리에 의하여 비로소 그 효과가 발생하는 이른바 ‘수리를 요하는 신고’에 해당한다.

정답 ③

해설 ① (○) 시장·군수 또는 구청장의 주민등록전입신고는 수리를 요하는 신고에 해당 함 ⇨ 전입신고는 주민등록법의 입법 목적의 범위 내에서 제한적으로 이루어져야 하고, 실질적 의미에서의 거주지인지 여부를 심사하기 위하여 지방자치법 및 지방자치의 이념까지도 고려하여야 하는 것은 아니다(대법원 2009.6.18, 2008두10997 전원합의체).

② (○) 대법원 2011.9.8, 2009두6766

③ (×) 납골당설치 신고는 이른바 ‘수리를 요하는 신고’라 할 것이므로, 납골당설치 신고가 구 장사법 관련 규정의 모든 요건에 맞는 신고라 하더라도 신고인은 곧바로 납골당을 설치할 수는 없고, 이에 대한 행정청의 수리처분이 있어야만 신고한 대로 납골당을 설치할 수 있다. 한편 수리란 신고를 유효한 것으로 판단하고 법령에 의하여 처리할 의사로 이를 수령하는 수동적 행위이므로 수리행위에 신고필증 교부 등 행위가 꼭 필요한 것은 아니다(대법원 2011.9.8, 2009두6766).

④ (○) 수산업법 제44조 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 같은 법 제44조 소정의 적법한 어업신고가 있는 것으로 볼 수 없다(대법원 2000.5.26, 99다37382).

13. 행정재량에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 토지의 형질변경행위를 수반하는 건축허가는 「건축법」에 의한 건축허가와 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 의한 개발행위허가의 성질을 아울러 갖게 되므로 재량행위에 해당한다.
- ② 개발제한구역 내에서는 구역지정의 목적상 건축물의 건축 및 공작물의 설치 등 개발행위가 원칙적으로 금지되고 예외적으로 허가에 의하여 그러한 행위를 할 수 있게 되어 있으므로 그 허가는 재량행위에 속 한다.
- ③ 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」의 규정에 의한 토지의 형질변경허가는 그 금지요건이 불확정개념으로 규정되어 있어 그 금지요건에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 행정청에게 재량권이 부여되어 있다고 할 것이므로 재량행위에 속한다.
- ④ 건축허가권자는 건축허가신청이 「건축법」 등 관계 법규에서 정하는 어떠한 제한에 배치되지 않는 이상 중대한 공익상의 필요가 있더라도 관계 법령에서 정하는 제한사유 이외의 사유를 들어 요건을 갖춘 자에 대한 허가를 거부할 수는 없다.

정답 ④

해설 ① (○) 대법원 2012.12.13. 2011두29205

② (○) 대법원 2004.3.25. 2003두12837

③ (○) 대법원 2005.7.14, 2004두6181

④ (×) 건축허가권자는 건축허가신청이 건축법, 도시계획법 등 관계법규에서 정하는 어떠한 제한에 배치되지 않는 이상 당연히 같은 법조 소정의 건축허가를 하여야 하므로 법률상의 근거 없이 그 신청이 관계법규에서 정한 제한에 배치되는지 여부에 대한 심사를 거부할 수 없고, 심사결과 그 신청이 법정요건에 합치하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 이를 허가하여야 하며, 공익상 필요가 없음에도 불구하고 요건을 갖춘 자에 대한 허가를 관계법령에서 정하는 제한사유 이외의 사유를 들어 거부할 수는 없다(대법원 1992.12.11., 92누3038). 즉 공익상 필요가 인정된다면 관계법령에서 정하는 제한사유 이외의 사유를 들어 허가를 거부할 수 있다

14. 거부처분취소판결에 따른 행정청의 재처분의무에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정청의 재처분 내용은 판결의 취지를 존중하는 것이면 되고 반드시 원고가 신청한 내용대로 처분해야 하는 것은 아니다.
- ② 거부처분 후에 법령이 개정·시행된 경우, 거부처분 취소의 확정판결을 받은 행정청이 개정된 법령을 새로운 사유로 들어 다시 거부처분을 한 경우도 재처분에 해당한다.
- ③ 위법판단의 기준시에 관하여 판결시절을 취하면 사실심 변론종결시 이전의 사유를 내세워 다시 거부처분을 할 수 있다.
- ④ 행정처분에 대하여 무효확인 판결이 내려진 경우에는 그 행정처분이 거부처분인 경우에도 행정청에 판결의 취지에 따른 재처분의무가 인정될 뿐 그에 대하여 간접강제까지 허용되는 것은 아니다.

정답 ③

해설 ① (○) 행정청의 처분을 취소하는 인용판결이 확정되면 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하면 되는 것이지, 원고가 신청한 내용대로 재처분을 하여야 하는 것은 아니다. 따라서 행정청은 다른 사유를 들어 다시 거부하거나 신청을 인용할 수 있다.

② (○) 행정처분의 적법 여부는 그 행정처분이 행하여진 때의 법령과 사실을 기준으로 하여 판단하는 것이므로 거부처분 후에 법령이 개정·시행된 경우에는 개정된 법령 및 허가기준을 새로운 사유로 들어 다시 이전의 신청에 대한 거부처분을 할 수 있으며 그러한 처분도 행정소송법 제30조 제2항에 규정된 재처분에 해당된다(대법원 1998.1.7. 97두22).

③ (×) 대법원은 취소소송은 행정청이 내린 특정한 결정을 대상으로 하여 이의 취소를 구하는 소송이라는 점에서 원칙적으로 행정결정시점인 “처분시의 법령 및 사실관계를 기준으로 위법성 여부를 판단하여야 할 것이다(대법원 1984.5.29., 83누692).”라고 하여 처분시절을 취하고 있다. 그러나 거부처분취소소송에서 위법성 판단기준시점을 처분시로 볼 경우 처분당시 거부처분이 위법이라서 취소한 경우에도 처분이후의 새로이 개정된 법령에 근거하여 다시 거부처분을 할 수 있게 된다는 문제점이 있다. 이러한 문제점을 해결하기 위하여 거부처분취소소송에서 만큼은 위법판단 기준시를 판결시인 사실심 변론종결시로 보자는 판결시절이 대두되고 있다. 판결시절을 취할 경우, 사실심 변론종결시 이전의 사유를 내세워 다시 거부처분을 할 수 없다.

④ (○) 대법원 1998.12.24, 98무37

15. 국가배상책임의 요건에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 공무원에는 조직법상 의미의 공무원뿐만 아니라 기능적 의미의 공무원이 포함된다.
- ② 공무원의 직무에는 국가나 지방자치단체의 권력적 작용, 비권력적 작용, 단순한 사경제의 주체로서 하는 작용이 포함된다.
- ③ 과실개념을 객관화하려는 태도는 국가배상책임의 성립을 용이하게 하려는 의도를 지니고 있다.
- ④ 헌법에 의하여 부과되는 국가의 구체적인 입법 의무 자체가 인정되지 않는 경우에는 애당초 부작위로 인한 불법행위가 성립할 여지가 없다.

정답 ②

해설 ① (○) 국가배상법 제2조의 "공무원"의 개념은 조직법상 의미의 공무원뿐만 아니라 기능적 의미의 공무원의 개념으로서 국가공무원법 및 지방공무원법 등에 의하여 공무원의 신분을 가진 자뿐만 아니라 널리 공무를 위탁받아 실질적으로 공무에 종사하는 모든 자를 포함한다는 것이 학설의 일반적인 견해이다.

② (×) 공무원의 직무집행행위는 “행정지도와 같은 비권력적 작용도 포함되나, 단지 사경제주체로서 행하는 활동만은 제외된다.”라고 하여 대체로 광의설을 취한다(대법원 2004.4.9, 2002다1069).

③ (○) 오늘날 국가배상법은 과실주의를 채택하고 있다. 그러나 피해자가 공무원의 고의·과실을 입증하기 어려운 문제가 있다. 이에 국가배상책임의 성립을 용이하게 하기 위하여 과실관념을 객관화하려는 시도가 나타나고 있다. 국가배상법상 과실의 의미를 행위공무원 개개인의 지식과 경험·능력에 따른 주관적 주의력을 기준으로 하지 않고, 동일 직종에 종사하는 성실한 평균적인 공무원의 주의력을 표준으로 판단하는 객관적 과실로 보는 것이 관례와 학설의 일반적 경향이다.

④ (○) 국가가 일정한 사항에 관하여 헌법에 의하여 부과되는 구체적인 입법의를 부담하고 있음에도 불구하고 그 입법에 필요한 상당한 기간이 경과하도록 고의 또는 과실로 이러한 입법의를 이행하지 아니하는 등 극히 예외적인 사정이 인정되는 사안에 한정하여 국가배상법 소정의 배상책임이 인정될 수 있으며, 위와 같은 구체적인 입법의무 자체가 인정되지 않는 경우에는 애당초 부작위로 인한 불법행위가 성립할 여지가 없다. 거창양민학살사건 희생자들의 신원 등을 위하여 원고들이 주장하는 바와 같은 내용의 특별법을 제정할 것인지 여부는 입법정책적인 판단문제로서 이에 관하여 피고 국가가 구체적인 입법의를 부담한다고 보기 어렵기 때문에, 피고 국가가 현재까지 이러한 특별법을 제정하지 아니하였다는 사정만으로는 거창사건 이후 유족들에 대한 관계에서 부작위에 의한 불법행위가 성립한다고 볼 수 없다(대법원 2008.05.29, 2004다33469).

16. 행정대집행에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 관계 법령상 행정대집행의 절차가 인정되어 행정청이 행정대집행의 방법으로 건물의 철거 등 대체적 작위 의무의 이행을 실현할 수 있는 경우에도 따로 민사 소송의 방법으로 그 의무의 이행을 구할 수 있다.
- ② 건물의 점유자가 철거의무자일 때에는 건물철거의무에 퇴거의무도 포함되어 있는 것이어서 별도로 퇴거를 명하는 집행권원이 필요하지 않다.
- ③ 행정청이 행정대집행의 방법으로 건물철거의무의 이행을 실현할 수 있는 경우에는 건물철거 대집행 과정에서 부수적으로 그 건물의 점유자들에 대한 퇴거 조치를 할 수 있다.
- ④ 적법한 행정대집행을 건물의 점유자들이 위력을 행사 하여 방해하는 경우에 행정청은 「경찰관 직무집행법」에 근거한 위험발생 방지조치 또는 「형법」상 공무집행 방해죄의 범행방지 내지 현행범 체포의 차원에서 경찰의 도움을 받을 수도 있다.

정답 ①

해설 ① (×) 아무런 권원 없이 국유재산에 설치한 시설물에 대하여 행정청이 행정대집행을 할 수 있음에도 민사 소송의 방법으로 그 시설물의 철거를 구하는 것은 허용되지 아니함

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(대법원 2009.6.11, 2009다1122).

② (○) 대법원 2017.4.28. 2016다213916

③④ (○) 행정청이 행정대집행의 방법으로 건물철거의무의 이행을 실현할 수 있는 경우에는 건물철거 대집행 과정에서 부수적으로 건물의 점유자들에 대한 퇴거 조치를 할 수 있고, 점유자들이 적법한 행정대집행을 위력을 행사하여 방해하는 경우 형법상 공무집행방해죄가 성립하므로, 필요한 경우에는 ‘경찰관 직무집행법’에 근거한 위험발생 방지조치 또는 형법상 공무집행방해죄의 범행방지 내지 현행범체포의 차원에서 경찰의 도움을 받을 수도 있다(대법원 2017.4.28. 2016다213916).

17. 위헌·위법인 법령에 근거한 행정처분의 효력에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 행정처분 이후에 처분의 근거법령에 대하여 헌법재판소 또는 대법원이 위헌 또는 위법하다는 결정을 하게 되면, 당해 처분은 법적 근거가 없는 처분으로 하자 있는 처분이고 그 하자는 중대한 것으로 당연 무효이다.
- ② 헌법재판소의 위헌결정의 효력은 위헌제청을 한 당해 사건은 물론 위헌제청신청은 아니하였지만 당해 법률 또는 법률의 조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 사건에도 미친다.
- ③ 처분이 있는 후에 근거법률이 위헌으로 결정된 경우, 그 법률을 적용한 공무원에게 고의 또는 과실이 있었다고 단정할 수 있다.
- ④ 조세 부과에 근거가 되었던 법률규정이 위헌으로 선언된 이후, 조세채권의 집행을 위한 새로운 채납 처분에 착수하거나 이를 속행하더라도 위법하지 않다.

정답 ②

해설 ① (×) 법률에 근거하여 행정처분이 발하여진 후에 헌법재판소에 의해 그 법률이 위헌으로 되었다면 결과적으로 그 행정처분은 법률의 근거가 없이 행하여진 것과 마찬가지가 되어 하자가 있는 것이 되나, 그 하자가 중대하기는 하나 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에는 객관적으로 명백한 것이라고 할 수는 없으므로, 헌법재판소의 위헌결정 전에 행정처분의 근거가 되는 당해 법률이 헌법에 위반된다는 사유는 특별한 사정이 없는 한, 그 행정처분의 취소소송의 전제가 될 수 있을 뿐 당연무효사유는 아니라고 봄이 상당하다(대법원 2000.6.9, 2000다16329).

② (○) 헌법재판소의 위헌결정의 효력은 위헌제청을 한 당해 사건, 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌 여부에 관하여 헌법재판소에 위헌여부심판제청을 하였거나 법원에 위헌여부심판제청신청을 한 경우의 당해 사건과 따로 위헌제청신청은 아니하였지만 당해 법률 또는 법률의 조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 사건뿐만 아니라 위헌결정 이후에 위와 같은 이유로 제소된 일반사건에도 미친다(대법원 1993.1.15, 92다12377 ; 대법원 2003.7.24, 2001다48781).

③ (×) 법령에 근거하여 처분이 행하여진 후 근거법령이 위헌으로 판명된다면 위헌인 법령에 근거하여 행해진 당해 처분으로 발생한 손해에 대하여 국가 등의 배상책임이 인정될 수 있는가와 관련하여 공무원의 고의·과실이 인정될 수 있는가가 문제된다. 공무원에게 법률의 위헌 여부를 심사할 권한이 없기 때문에 당해 처분이 결과적으로 위법한 처분이 되더라도, 그에 이르는 과정에 있어 공무원의 과실은 인정될 수 없다고 보는 것이 통설이다.

④ (×) 위헌법률에 기한 행정처분의 집행이나 집행을 유지하기 위한 행위는 위헌결정의 기속력에 위반되어 허용되지 않는다고 보아야 할 것인데, 그 규정 이외에는 채납부담금을 강제로 징수할 수 있는 다른 법률적 근거가 없으므로, 그 위헌결정 이전에 이미 부담금 부과처분과 압류처분 및 이에 기한 압류등기가 이루어지고 위의 각 처분이 확정되었다고 하여도, 위헌결정 이후에는 별도의 행정처분인 매각처분, 분배처분 등 후속 채납처분절차를 진행할 수 없는 것은 물론이고, 특별한 사정이 없는 한 기존의 압류등기나 교부청구만으로는 다른 사람에 의하여 개시된 경매절차에서 배당을 받을 수도 없다(대법원 2002.8.23, 2001두2959).

18. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① 판례에 따르면 자연인과 법인은 정보공개를 청구할 권리를 갖지만 권리능력 없는 사단은 그러하지 아니 하다.
- ② 비공개 대상 정보의 공개여부에 대한 결정은 공공 기관의 재량행위에 속한다.
- ③ 직무를 수행한 공무원의 성명·직위는 비공개 대상 정보이다.
- ④ 정보공개 청구인은 공공기관의 비공개 결정에 대해 이의신청 절차를 거치지 아니하면 행정

심판을 청구할 수 없다.

정답 ②

해설 ① (×) 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제6조 제1항은 “모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다.”고 규정하고 있는데, 여기에서 말하는 국민에는 자연인은 물론 법인, 권리능력 없는 사단·재단도 포함되고, 법인, 권리능력 없는 사단·재단 등의 경우에는 설립목적에 불문한다(대법원 2003.12.12, 2003두8050).

② (○) 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개 대상이 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보는 공개하지 아니할 수 있다(공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조). 즉 비공개 대상 정보일지라도 공개여부에 대한 결정은 공공기관의 재량행위에 속한다.

③ (×) 직무를 수행한 공무원의 성명·직위는 비공개대상정보가 아니다(공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제6호 라목).

• 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제6호

해당 정보에 포함되어 있는 성명·주민등록번호 등 개인에 관한 사항으로서 공개될 경우 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보. 다만, 다음 각 목에 열거한 개인에 관한 정보는 제외한다.
가. 법령에서 정하는 바에 따라 열람할 수 있는 정보

나. 공공기관이 공표를 목적으로 작성하거나 취득한 정보로서 사생활의 비밀 또는 자유를 부당하게 침해하지 아니하는 정보

다. 공공기관이 작성하거나 취득한 정보로서 공개하는 것이 공익이나 개인의 권리 구제를 위하여 필요하다고 인정되는 정보

라. 직무를 수행한 공무원의 성명·직위

마. 공개하는 것이 공익을 위하여 필요한 경우로서 법령에 따라 국가 또는 지방자치단체가 업무의 일부를 위탁 또는 위촉한 개인의 성명·직업

④ (×) 청구인은 제18조에 따른 이의신청 절차를 거치지 아니하고 행정심판을 청구할 수 있다(공공기관의 정보공개에 관한 법률 제19조 제2항).

19. 음식점을 운영하는 갑(甲)은 미성년자인 을(乙)에게 음주를 제공한 사실이 적발되어, 관련 법령에 따라 A자치구의 구청장인 병(丙)으로부터 영업정지 2개월의 처분을 받았다. 이에 갑은 A자치구를 관할로 하는 B광역시 산하의 행정심판위원회(이하, ‘C’라 한다)에 행정심판을 제기하고자 한다. 이와 관련된 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

① 갑은 병의 영업정지처분에 대하여 C에 취소심판청구 및 집행정지 신청을 할 수 있다.

② C는 필요하면 갑이 주장하지 아니한 사실에 대해서도 심리할 수 있다.

③ C는 갑의 취소심판청구가 이유 있다고 인정하면 2개월의 영업정지처분을 1개월의 영업정지처분으로 변경하는 재결을 할 수 있다.

④ C는 갑의 심판청구를 받은 날로부터 90일 이내에 재결을 하여야 한다.

정답 ④

해설 ① (○) 갑은 병의 영업정지처분에 대하여 C에게 취소심판을 청구할 수 있고, 청구인에게 중대한 손해가 생기는 것을 예방할 필요성이 긴급하다고 인정할 때에는 집행정지를 신청할 수 있다.

② (○) 행정심판법은 “위원회는 사건을 심리하기 위하여 필요하면 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 다음 각 호의 방법에 따라 증거조사를 할 수 있고(법 제36조 제1항), 위원회는 필요하면 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 심리할 수 있다(법 제39조).”고 하여 직권심리주의를 취하고 있다.

③ (○) 취소심판의 인용재결에는 취소재결, 변경재결, 변경명령재결이 있다. 구법에서 존재하였던 취소명령재결은 국민의 권리구제를 위하여 삭제되어 현행 행정심판법에는 존재하지 않는다. 2개월의 영업정지처분을 1개월의 영업정지처분으로 변경하는 것은 변경재결에 해당한다.

④ (×) 재결은 행정심판위원회 또는 피청구인인 행정청이 심판청구서를 받은 날부터 60일 이내에 하여야 한다. 다만, 부득이한 사정이 있을 때에는 위원장이 직권으로 30일을 연장할 수 있다(법 제45조 제1항). 즉 원칙은 60일 이내이다.

20. <보기>의 공법상 계약에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고르면?

<보기>

- ㄱ. 행정주체가 체결하는 계약은 모두 공법상 계약이다.
- ㄴ. 광주광역시문화예술회관장의 단원 위촉은 공법상 근로계약이 아니라 행정청으로서 공권력을 행사하여 행하는 행정처분이다.
- ㄷ. 계약직 공무원에 대한 채용계약 해지의 의사표시는 국가 또는 지방자치단체가 대등한 지위에서 행하는 의사표시로 이해된다.
- ㄹ. 공법상 계약에 관한 통칙적 규정은 없다.

- ① ㄱ, ㄴ
- ② ㄱ, ㄷ
- ③ ㄴ, ㄷ
- ④ ㄷ, ㄹ

정답 ④

해설 ④ ㄷ, ㄹ이 옳다.

ㄱ. (×) 행정주체가 체결하는 행정계약은 계약의 목적이 공법적 효과의 발생에 있는 것인지의 여부에 관계 없이 행정주체가 계약의 당사자이면 무조건 행정계약에 해당된다. 따라서 행정주체가 체결하는 계약은 사법적 효과를 목적으로 하는 계약도 있으므로 모두 공법상 계약에 해당하는 것은 아니다.

ㄴ. (×) 시립합창단원에 대한 재위촉 거부는 항고소송의 대상인 처분에 해당하지 아니함
광주광역시문화예술회관장의 단원 위촉은 광주광역시문화예술회관장이 행정청으로서 공권력을 행사하여 행하는 행정처분이 아니라 공법상 근로계약에 해당한다고 보아야 할 것이므로, 광주광역시립합창단원으로서 위촉기간이 만료되는 자들의 재위촉 신청에 대하여 광주광역시문화예술회관장이 실기와 근무성적에 대한 평정을 실시하여 재위촉을 하지 아니한 것을 항고소송의 대상이 되는 불합격처분이라고 할 수는 없다(대법원 2001.12.11, 2001두7794).

ㄷ. (○) 계약직공무원에 관한 현행 법령의 규정에 비추어 볼 때, 계약직공무원 채용계약해지의 의사표시는 일반공무원에 대한 징계처분과는 달라서 항고소송의 대상이 되는 처분 등의 성격을 가진 것으로 인정되지 아니하고, 일정한 사유가 있을 때에 국가 또는 지방자치단체가 채용계약 관계의 한쪽 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시로 취급되는 것으로 이해되므로, 이를 징계해고 등에서와 같이 그 징계사유에 한하여 효력 유무를 판단하여야 하거나, 행정처분과 같이 행정절차법에 의하여 근거와 이유를 제시하여야 하는 것은 아니다(대법원 2002.11.26, 2002두5948).

ㄹ. (○) 현행 행정절차법은 공법상 계약에 대한 규정을 두고 있지 않아서 공법상 계약에 관한 통칙적 규정은 없다. 공법상 계약에 관하여 개별법에 특별한 규정이 없으면 민법의 규정을 유추적용할 수 있다.