

[18. 소방공무원 행정법 기출문제와 해설]

기출문제 해설 : 백 영 민

- (현) 원광디지털대학교 경찰행정학과 행정법 교수
- (현) 부산 한국경찰학원 행정법 강사
- (현) 부산 한국고시학원 행정법 강사
- (현) 청주행정고시학원 행정법 강사
- (현) 수원공무원학원 행정법 강사
- (현) 창원공무원학원 행정법 강사
- (현) 교육개발원 강사
- (현) 고시 고시 행정법 강사

- (전) 노량진 이그잼고시학원 9급 공무원 행정법 강사
- (전) 에듀윌 9급 공무원 행정법 강사
- (전) 노량진 웅진패스원
- (전) 노량진 한교고시학원
- (전) 노량진 남부행정고시학원
- (전) 대전 이그잼고시학원
- (전) 신림동 두로경찰학원
- (전) 종로.강남 한교고시학원 행정법 강사
- (전) 수원행정고시학원 행정법 강사
- (전) 고려대학교, 장안대학교, 안양대학교, 호원대학교 행정법 특강
- (전) 강남구청교육원 특강
- (전) 울산 중앙공무원학원 행정법 강사
- (전) 노량진 김재규경찰학원 경감승진 행정법 강사

- [저서]
- 단권화 행정법(서울고시각)
- 문제로 분석·정리하는 행정법 관련법령(도서출판 에이스)
- 경감승진 주관식 행정법(경찰승진 연구회)
- 사례문제 행정법(유비티아)
- 스마트 경찰행정법(경찰승진 연구회)
- All that 행정법 핵심요약정리집(고시 고시)

01 행정쟁송법상의 처분에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공무수탁사인의 공무를 수행하는 공권력 행사도 처분에 해당한다.
- ② 처분성이 있는 법규명령의 효력이 있는 행정규칙은 항고소송의 대상이 된다.
- ③ 구 「청소년보호법」에 따른 청소년유해매체물 결정 및 고시처분은 당해 유해매체물의 소유자 등 특정인만을 대상으로 한 행정처분이 아니라 일반 불특정 다수인을 상대방으로 하여 일률적으로 각종 의무를 발생시키는 행정처분이다.
- ④ 국가인권위원회의 성희롱결정과 이에 따른 시정조치의 권고는 불가분의 일체로 행하여지는 것인데, 이는 비권력적 사실행위로서 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 아니다.

■ 해설 ① 공무수탁사인은 수탁받은 공무를 수행하는 범위 내에서는 행정주체이다. 그러나 행정절차법이나 행정소송법에서는 법령 또는 자치법규에 따라 행정권한을 위임 또는 위탁받은 공공단체 또는 그 기관이나 사인(私人)은 행정청이다. 따라서 공무수탁사인이 공무를 수행하는 공권력 행사도 처분에 해당한다.

② 행정행위는 행정조직 내부의 행위가 아니라 대국민적 관계에서 상대방인 개인에 대하여 권리·의무의 변동을 가져오는 행위이다. 따라서 행정조직 내부에서 행해지는 상급관청의 지시나 상관의 명령, 행정청 내부의 중간처분 등은 행정행위가 아니며, 행정규칙 역시 행정행위에서 제외된다. 그러나 어떠한 처분의 근거가 행정규칙에 규정되어 있다고 하더라도, 그 처분이 상대방에게 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법적인 효과를 발생하게 하는 등으로 그 상대방의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행위라면, 이 경우에도 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.

③ 청소년보호법에 따른 청소년유해매체물 결정 및 고시처분은 행정처분으로서의 성질을 가지며, 특정 인터넷 웹사이트의 운영자에게 제대로 통지하지 아니하였다 하여도 그 효력 자체가 발생하지 않는 것은 아니고, 청소년보호위원회가 효력발생시기를 명시하여 고시하면 효력이 발생한다(대법원 2007.6.14, 2004두619).

④ 국가인권위원회의 성희롱결정 및 시정조치권고는 행정소송의 대상이 되는 행정처분에 해당함

국가인권위원회의 성희롱결정과 이에 따른 시정조치의 권고는 불가분의 일체로 행하여지는 것인데 국가인권위원회의 이러한 결정과 시정조치의 권고는 성희롱 행위자로 결정된 자의 인격권에 영향을 미칠과 동시에 공공기관의 장 또는 사용자에게 일정한 법률상의 의무를 부담시키는 것이므로 국가인권위원회의 성희롱결정 및 시정조치권고는 행정소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 보지 않을 수 없다(대법원 2005.7.8, 2005두487).

■ 정답 ④

02 행정질서벌에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 「질서위반행위규제법」은 고의 또는 과실이 없는 질서위반행위는 과태료를 부과하지 않는다고 규정한다.
- ② 당사자와 검사는 과태료 재판에 대하여 즉시항고를 할 수 있다. 이 경우 항고는 집행정지의 효력이 있다.
- ③ 신분에 의하여 성립하는 질서위반행위에 신분이 없는 자가 가담한 때에는 신분이 없는 자에 대하여는 질서위반행위가 성립하지 않는다.
- ④ 신분에 의하여 과태료를 감경 또는 가중하거나 과태료를 부과하지 아니하는 때에는, 그 신분의 효과는 신분이 없는 자에게는 미치지 아니한다.

■ 해설 ① 「질서위반행위규제법」 제7조
② 「질서위반행위규제법」 제38조 제1항
③④ 「질서위반행위규제법」

제12조 (다수인의 질서위반행위 가담)

- ① 2인 이상이 질서위반행위에 가담한 때에는 각자가 질서위반행위를 한 것으로 본다.
- ② 신분에 의하여 성립하는 질서위반행위에 신분이 없는 자가 가담한 때에는 신분이 없는 자에 대하여도 **질서위반행위가 성립한다.**
- ③ 신분에 의하여 과태료를 감경 또는 가중하거나 과태료를 부과하지 아니하는 때에는 그 신분의 효과는 신분이 없는 자에게는 미치지 아니한다.

■ 정답 ③

03 행정상 강제징수에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 국세납부의무의 불이행에 대하여는 「국세징수법」에서 강제징수를 인정하고 있다.
- ② 독촉은 이후에 행해지는 압류의 적법요건이 되며 최고 기간 동안 조세채권의 소멸시효를 중단시키는 법적 효과를 갖는다.
- ③ 「국세징수법」상의 독촉, 압류, 압류해제거부 및 공매 처분에 대하여는 이의신청을 제기할 수 있고, 심사청구와 심판청구의 결정을 모두 거친 후에 행정소송을 제기할 수 있다.
- ④ 과세관청이 체납처분으로서 행하는 공매는 우월한 공권력의 행사로서 행정소송의 대상이 되는 공법상의 행정처분이며 공매에 의하여 재산을 매수한 자는 그 공매처분이 취소된 경우에 그 취소처분의 위법을 주장 하여 행정소송을 제기할 법률상 이익이 있다.

- 해설 ① 국세납부의무의 불이행에 대하여는 국세징수법에서 일반적으로 규정하고 있다.
- ② 독촉은 이후 체납처분의 전제요건을 충족시키고 채권의 소멸시효를 중단시키는 법적 효과가 있다.
- ③ 행정심판에 해당하는 국세청장에게 심사청구와 조세심판원장에 대한 조세심판청구는 필요적 행정심판전치주의이다. 다만 국세청장에게 하는 심사청구와 조세심판원장에 대한 조세심판청구는 중복하여 제기할 수 없고, **둘 중 하나의 절차만 거치면** 행정소송을 제기할 수 있다.
- ④ 대법원 1984.9.25, 84누201

■ 정답 ③

04 행정조사에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 시료채취로 조사대상자에게 손실을 입힌 경우 그 손실 보상에 관한 명문규정이 있다.
- ② 「행정절차법」은 행정조사에 관한 명문의 규정을 마련하고 있다.
- ③ 행정조사의 성격을 가지는 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 압수, 수색영장 없이 가능하다.
- ④ 세무조사결정은 납세의무자의 권리, 의무에 직접 영향을 미치는 공권력의 행사에 따른 행정작용으로서 항고 소송의 대상이 된다.

- 해설 ① 행정기관의 장은 제1항에 따른 시료채취로 조사대상자에게 손실을 입힌 때에는 대통령령으로 정하는 절차와 방법에 따라 그 손실을 보상하여야 한다(행정조사기본법 제12조 제2항).
- ② 확약, 행정계획의 확정절차, 공법상 계약, 행정상 강제집행, 즉시강제, **행정조사절차**, 제3자에 대한 사전통지, 행정절차 하자의 치유와 치유시기, 부당결부금지원칙, 수리를 요하는 신고, 사인의 공법행위에 대한 일반규정은 행정절차법에 명문규정이 없다.
- ③ **우편물 통관검사절차에서 압수·수색영장 없이 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사가 진행되었다더라도 위법하다고 볼 수 없음**
우편물 통관검사절차에서 이뤄지는 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 수출입물품에 대한 적절한 통관 등을 목적으로 한 행정조사이며, “수사기관의 강제처분이 아니므로” 압수·수색영장 없이 검사가 진행됐더라도 이를 위법하다고 볼 수 없다(대법원 2013.9.26, 2013도7718).
- ④ **세무조사결정은 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당함**
부과처분을 위한 과세관청의 질문조사권이 행해지는 세무조사결정이 있는 경우 납세의무자는 세무공무원의 과세자료 수집을 위한 질문에 대답하고 검사를 수인하여야 할 법적 의무를 부담하게 되

는 점, 납세의무자로 하여금 개개의 과태료 처분에 대하여 불복하거나 조사 종료 후의 과세처분에 대하여만 다툴 수 있도록 하는 것보다는 그에 앞서 세무조사결정에 대하여 다투으로써 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있는 점 등을 종합하면, 세무조사결정은 납세의무자의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 공권력의 행사에 따른 행정작용으로서 항고소송의 대상이 된다(대법원 2011.3.10, 2009두23617·23624).

■ 정답 ②

05 국가배상책임의 성립요건에 관한 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 공무원수탁사인도 「국가배상법」 제2조의 공무원으로 보아야 한다.
- ② 판례는 행정기관이 실질적으로 공무를 수행하는 경우에도 「국가배상법」상의 공무원으로 보지 않는다.
- ③ 판례는 입법내용이 헌법의 문언에 명백히 위배됨에도 불구하고 국회가 굳이 당해 입법을 한 것과 같은 특수한 경우에 한하여 위법 및 과실을 인정하고 있다.
- ④ 판례는 기관력이 재판행위로 인한 국가배상책임의 인정을 배제하지 않는다고 본다.

■ 해설 ①② 공무원이라 함은 국가공무원법이나 지방공무원법에 의하여 공무원으로서의 신분을 가진 자에 국한하지 않고, 널리 공무를 위탁받아 실질적으로 공무에 종사하고 있는 일체의 자를 의미한다는 것이 통설·판례의 입장이다. 입법부·사법부소속 공무원(국회의원, 판사, 검사, 헌법재판소 재판관 등)도 포함된다. 공무원은 자연인인 경우가 일반적이거나, 국회, 지방의회 등 기관 그 자체도 공무원 개념에 포함된다. 사인도 공무를 위탁받아 공무를 수행하는 한, 공무원에 해당한다. 판례는 집행관, 소집중인 향도예비군, 통장, 교통정리중이던 교통할아버지 등을 공무원에 포함시킨다. 공무원수탁사인의 경우 그 공무의 위탁이 일시적이고 한정적인 사항에 관한 활동을 위한 것이라도 공무원에 해당한다(대법원 2001.1.5, 98다39060).

③ 대법원 1997.6.13, 96다56115

④ 통설은 취소소송의 위법성이 국가배상의 위법성보다 작다고 보아 취소소송에서 청구가 기각된 경우는 전소판결의 기관력이 후소에 미치지 않는다고 한다. 즉 취소소송에서 청구기각판결이 확정되었다 하더라도 국가배상청구소송에서도 반드시 그 처분이 적법하다고 단정할 수는 없다. 따라서 취소소송에서 기각된 경우에도 국가배상을 통하여 손해배상을 받을 수 있다.

■ 정답 ②

06 행정계획의 사법적 통제에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정계획에 대한 사법적 통제와 관련하여서는 계획재량이 중요한 의미를 가진다.
- ② 계획재량은 재량행위의 일종이므로 일정한 법치국가적 한계가 있다.
- ③ 형량명령은 계획을 수립함에 있어 관계되는 모든 이익을 정당하게 형량하여야 한다는 행정법의 일반원칙이다.
- ④ 계획재량, 형량명령 및 형량명령의 하자에 관한 이론은 판례에는 반영되고 있지 아니하다.

■ 해설 ① 행정계획에서 계획재량에 대한 사법적 통제가 형량명령의 하자이다.

② 행정계획에 비교적 광범위한 형성의 자유가 인정되더라도, 이 역시 법치주의의 예외일 수는 없다.

① 행정계획의 목표는 근거법에 합치하여야 하며 ㉠ 채택되는 수단은 비례의 원칙에 따라 목표달성에 적합한 것이어야 하고 ㉡ 관계법상 절차가 규정되어 있으며 그 절차를 준수하여야 하고 ㉢ 관계 제이익을 정당하게 고려하여 형량하여야 한다.

③ 형량명령은 이익형량의 대상은 공익과 사익 사이에서는 물론이고 공익 상호 간과 사익 상호 간에도 정당하게 비교교량하여야 한다는 원칙을 말한다.

④ 대법원은 “도시계획사업에 관한 행정계획을 입안·결정함에 있어서 이 사건 토지 전부를 사업부지로 편입한 것은 공익과 사익에 관한 이익형량의 고려 대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락하였거나 정당성 내지 객관성이 결여된 상태에서 이익형량을 하였다고 할 것이므로 이 사건 도시계

획결정은 형량에 하자가 있어 위법하다(대법원 2007.1.25., 2004두12063)."고 판시하여 계획재량, 형량명령 및 형량명령의 하자에 관한 이론은 판례에서 반영하고 있다.

정답 ④

07 통고처분에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 통고처분은 현행법상 조세법, 관세법, 출입국관리사법, 교통사법 등에 대하여 인정되고 있다.
- ② 통고처분에 의해 부과된 금액(범칙금)은 벌금이다.
- ③ 판례는 통고처분을 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 아니라고 보고 있다.
- ④ 판례는 통고처분에 의해 부과된 범칙금을 납부한 경우 다시 처벌받지 아니한다고 규정하고 있는 것은 범칙금의 납부에 확정재판의 효력에 준하는 효력을 인정하는 취지로 해석하고 있다.

- 해설 ① 현행법상 통고처분은 모든 범죄에서 인정되는 것이 아니고, 조세법·관세법·출입국관리사법·도로교통사법·경범죄사법 등에 대하여 인정되고 있다.
- ② 통고처분은 정식의 형사재판 전에 절차의 간이·신속을 목적으로 행정청이 일정한 벌금 또는 과료에 상당하는 금액의 납부를 명하는 준사법적 행위이다. 따라서 형벌인 벌금자체를 부과하는 형사재판은 아니다.
- ③ 통고처분은 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 아님
도로교통법 제118조에서 규정하는 경찰서장의 통고처분은 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 아니므로 그 처분의 취소를 구하는 소송은 부적법하고 도로교통법상의 통고처분을 받은 자가 그 처분에 대하여 이의가 있는 경우에는 통고처분에 따른 범칙금의 납부를 이행하지 아니함으로써 경찰서장의 즉결심판청구에 의하여 법원의 심판을 받을 수 있게 될 뿐이다(대법원 1995.6.29, 95누4674).
- ④ 통고처분을 받은 자가 법정기간 내에 이행하면 동일사건에 대하여 확정판결과 동일한 효력이 발생하게 된다. 즉 일사부재리의 원칙이 적용되므로 다시 소추하지 못한다.

정답 ②

08 「행정절차법」상 행정상 입법예고를 하지 않아도 되는 사유에 해당하지 않는 것은?

- ① 법령 등을 제정·개정 또는 폐지하려는 경우
- ② 상위 법령 등의 단순한 집행을 위한 경우
- ③ 입법내용이 국민의 권리·의무 또는 일상생활과 관련이 없는 경우
- ④ 신속한 국민의 권리 보호 또는 예측 곤란한 특별한 사정의 발생 등으로 입법이 긴급을 요하는 경우

해설 ①②③④

행정절차법 제41조 (행정상 입법예고)

① 법령등을 제정·개정 또는 폐지(이하 "입법"이라 한다)하려는 경우에는 해당 입법안을 마련한 행정청은 이를 예고하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 예고를 하지 아니할 수 있다.

1. 신속한 국민의 권리 보호 또는 예측 곤란한 특별한 사정의 발생 등으로 입법이 긴급을 요하는 경우
2. 상위 법령등의 단순한 집행을 위한 경우
3. 입법내용이 국민의 권리·의무 또는 일상생활과 관련이 없는 경우
4. 단순한 표현·자구를 변경하는 경우 등 입법내용의 실질상 예고의 필요가 없거나 곤란하다고 판단되는 경우
5. 예고함이 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해칠 우려가 있는 경우

② 삭제

③ 법제처장은 입법예고를 하지 아니한 법령안의 심사 요청을 받은 경우에 입법예고를 하는 것이 적당하다고 판단할 때에는

해당 행정청에 입법예고를 권고하거나 직접 예고할 수 있다.

정답 ①

09 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」상 정보공개에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 공공기관은 제10조에 따라 정보공개 청구서를 받으면 그 청구서를 받은 날부터 30일 이내에 공개 여부를 결정 하여야 한다.
- ② 정보의 공개 및 우송 등에 드는 비용은 실비(實費)의 범위에서 청구인이 부담한다.
- ③ 행정안전부장관은 전년도 정보공개 운영에 관한 보고서를 매년 정기국회 개회 전까지 국회에 제출하 여야 한다.
- ④ 지방자치단체는 그 소관 사무에 관하여 법령의 범위 에서 정보공개에 관한 조례를 정할 수 있다.

해설 ①

「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제11조 (정보공개여부의 결정)

① 공공기관은 제10조에 따라 정보공개 청구서를 받으면 그 청구서를 받은 날부터 10일 이내에 공개 여부를 결정하여야 한다.

② 공공기관은 부득이한 사유로 제1항에 따른 기간 이내에 공개 여부를 결정할 수 없을 때에는 그 기간이 끝나는 날의 다음 날부터 기산(起算)하여 10일의 범위에서 공개 여부 결정기간을 연장할 수 있다. 이 경우 공공기관은 연장된 사실과 연장 사유를 청구인에게 지체 없이 문서로 통지하여야 한다.

- ② 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제17조 제1항
- ③ 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제26조
- ④ 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제4조 제2항

정답 ①

10 통치행위에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 통치행위는 정부에 의해 이루어지는 것이 일반적이며, 국회에 의해 이루어질 수도 있다
- ② 일반사병의 이라크 파견 결정은 성격상 국방 및 외교에 관련된 고도의 정치적 결단을 요하는 문제이다.
- ③ 판례는 대통령의 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 긴급재정경제명령의 발령을 통치행위로 보았다.
- ④ 통치행위를 포함하여 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 한계를 반드시 지켜야 하는 것은 아니다.

해설 ① 통치행위는 정치기관인 대통령과 정부, 국회의 행위에 대하여 인정되고, 중립기관인 사법부의 행위는 통치행위성이 인정되지 않는다.

② 이 사건 일반사병의 이라크 파견결정은 그 성격상 국방 및 외교에 관련된 고도의 정치적 결단을 요하는 문제로서, 헌법과 법률이 정한 절차를 지켜 이루어진 것이 명백하므로, 대통령과 국회의 판단은 존중되어야 하고 헌법재판소가 사법적 기준만으로 이를 심판하는 것은 자제되어야 한다. 이에 대하여는 설혹 사법적 심사의 회피로 자의적 결정이 방지될 수도 있다는 우려가 있을 수 있으나 그러한 대통령과 국회의 판단은 궁극적으로는 선거를 통해 국민에 의한 평가와 심판을 받게 될 것이다(헌재결 2004.4.29, 2003헌마814).

③④ 대통령의 긴급재정경제명령은 통치행위에 속한다고 할 수 있으나, 통치행위를 포함하여 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 한계를 반드시 지켜야 하는 것이고, 헌법재판소는 헌법의 수호와 국민의 기본권보장을 사명으로 하는 국가기관이므로 비록 고도의 정치적 결단에 의하여 행해지는 국가작용이라고 할지라도 그것이 국민의 기본권침해와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 된다(헌재결 1996.2.29, 93헌마189).

정답 ④

11 사인의 공법행위에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 적법한 사인의 공법행위가 있는 경우에 발생하는 효과는 개별법규가 정한 바에 따르며, 행정청에 가해지는 기본적인 효과는 처리기간 내에 특별한 사유가 없는 한 처리 하여야 할 의무가 발생한다.
- ② 수리를 요하지 아니하는 신고의 경우에 신고에 하자가 있다면 보정되기까지는 신고의 효과가 발생하지 않는다.
- ③ 사인의 공법행위로서 신고는 사인이 공법적 효과의 발생을 목적으로 행정주체에 대하여 일정한 사실을 알리는 행위로서 행정청에 의한 실질적 심사가 요구 되는 행위를 말한다.
- ④ 판례는 대물적 영업의 양도의 경우 명시적인 규정이 없는 경우에도 양도 전에 존재하는 영업정지사유를 이유로 양수인에 대해서도 영업정지처분을 할 수 있다고 보고 있다.

■ **해설** ① 적법한 사인의 공법행위가 있는 경우에 행정청은 이를 심사하여 처리할 의무를 가짐 처리의무가 있다. 그러나 신청된 대로 처리해야 할 의무를 의미하는 것은 아니다.
 ② 행정청은 신청에 구비서류의 미비 등 흠이 있는 경우에는 보완에 필요한 상당한 기간을 정하여 지체 없이 신청인에게 보완을 요구하여야 한다(행정절차법 제17조 제5조·제6항). 보정되기까지는 신고의 효과가 발생하지 않는다.
 ③ 자체완성적 사인의 공법행위로서의 신고는 형식적 요건의 심사는 필요하지 않다는 견해와 최소한의 형식적 요건을 갖추었는지는 심사할 수 있다는 견해가 대립한다. 행위요건적 신고는 형식적 요건에 대한 심사는 하지만 경우에 따라서는 실질적 요건을 신고요건으로 하는 경우도 있다. 따라서 “행정청에 의한 실질적 심사가 요구 되는 행위를 말한다.”는 지문은 옳지 않다.
 ④ 사업이 양도된 경우에 양도인에게 있는 제재사유를 이유로 양수인에게 제재를 가할 수 있는지가 문제된다. 양도인에게 발생한 사유로 양수인에게 제재를 가하는 것은 너무 가혹하며 예측가능성을 해한다는 측면에서 부정하는 견해가 있지만, 판례는 행정법규에 마련된 제재수단이 무력화되는 것을 막고 행정법규의 실효성을 확보하기 위해 긍정한다.

■ **정답** ③

12 행정소송에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정처분에 대한 무효확인과 취소청구는 서로 양립할 수 없는 청구로서 주위적·예비적 청구로서만 병합이 가능하고 선택적 청구로서의 병합이나 단순병합은 허용되지 않는다.
- ② 판례는 항고소송에 있어서 행정청은 피고적격이 인정되며, 국가기관인 시도 선거관리위원회 위원장과 충북대학교 총장의 당사자능력을 인정하였다.
- ③ 지방의회가 의결한 조례가 그 자체로서 직접 주민의 권리·의무에 영향을 미쳐 항고소송의 대상이 되는 경우에도 그 피고는 조례를 공포한 지방자치단체의 장이 된다.
- ④ 처분은 행정청이 행한 구체적 사실에 관한 법집행 행위 이므로 일반적·추상적 행위는 처분이 아니나, 그 효력이 다른 집행 행위의 매개 없이 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리와 의무나 법률관계를 규율하는 성격을 가지는 처분법규는 처분이 된다.

■ **해설** ① 대법원 1999.8.20, 97누6889
 ② 피고 위원회의 이 사건 시도 선거관리위원회 위원장에 대한 조치요구의 처분성이 인정되는 이 사건에서 이에 불복하고자 하는 원고(시도 선거관리위원회 위원장)로서는 이 사건 조치요구의 취소를 구하는 항고소송을 제기하는 것이 유효·적절한 수단이라고 할 것이므로, 비록 원고가 국가기관에 불과하더라도 이 사건에서는 당사자능력 및 원고적격을 가진다고 봄이 상당하다(대법원 2013. 7. 25., 2011두1214).
 충북대학교 총장의 소는, 원고 충북대학교 총장이 원고 대한민국이 설치한 충북대학교의 대표자일 뿐 항고소송의 원고가 될 수 있는 당사자능력이 없어 부적법하다(대법원 2007. 9. 20. 2005두

69350.

- ③④ 조례가 집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생하는 경우 그 조례는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하고, 이러한 조례에 대한 무효확인소송을 제기함에 있어서 피고적격이 있는 처분 등을 행한 행정청은, 행정주체인 지방자치단체 또는 지방자치단체의 내부적 의결기관으로서 지방자치단체의 의사를 외부에 표시한 권한이 없는 지방의회가 아니라, 지방자치단체의 집행기관으로서 조례로서의 효력을 발생시키는 공포권이 있는 지방자치단체의 장이다(대법원 1996.9.20, 95누8003). 다만 교육과 학예에 관한 조례에서는 교육감이 피고이다.

정답 ②

13 <보기>에서 관례가 취소소송의 원고적격을 부정한 것을 모두 고른 것은?

<보 기>

ㄱ. 목욕탕영업허가에 대하여 기존 목욕탕업자
 ㄴ. 부교수임용처분에 대하여 같은 학과의 기존교수
 ㄷ. 당초 병원설치가 불가능한 용도에서 병원설치가 가능한 용도로 건축물 용도를 변경하여 준 처분에 대하여 인근의 기존 병원경영자
 ㄹ. 교도소장의 접견허가거부처분에 대하여 그 접견 신청의 대상자였던 미결수

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

해설 ② ㄱ, ㄴ, ㄷ이 원고적격이 인정되지 않는다.

- ㄱ : 원고가 이 사건허가처분에 의하여 목욕장업에 의한 이익이 사실상 감소된다 하여도 이 불이익은 본 건 허가처분의 단순한 사실상의 반사적 결과에 불과하고 이로 말미암아 원고의 권리를 침해하는 것이라고는 할 수 없으므로, 원고는 목욕장업허가처분에 대하여 그 취소를 구할 법률상 이익이 없다(대법원 1963.8.31, 63누101).
- ㄴ : 소외인을 서울대학교 인문대학 언어학과 부교수로 신규임용한 피고의 이 사건 처분에 대하여, 원고가 같은 학과 교수로서 교수회의의 구성원이라는 사정만으로는 원고에게 그 취소를 구할 구체적인 법률상의 이익이 있다고 할 수 없다(대법원 1995. 12. 12., 선고, 95누11856).
- ㄷ : 의료법상 의료인은 신고만으로 의원이나 치과의원을 개설할 수 있고 건축법 기타 건축관계법령상 의원 상호 간의 거리나 개소에 아무런 제한을 두고 있지 아니하므로 치과의원을 경영하는 원고로서는 그 치과의원과 같은 아파트단지내에서 30미터 정도의 거리에 있는 건물에 대하여 당초에 상품매도점포로서의 근린생활시설로 되어 있던 용도를 원고와 경합관계에 있는 치과의원을 개설할 수 있도록 의원으로서의 근린생활시설로 변경한 서울특별시장의 용도변경처분으로 인하여 받게 될 불이익은 간접적이거나 사실적, 경제적인 불이익에 지나지 아니하여 그것만으로는 원고에게 위 용도변경처분의 취소를 구할 소익이 있다고 할 수 없다(대법원 1990.5.22, 90누813).
- ㄹ : 교도소에 미결수용된 자는 소장의 허가를 받아 타인과 접견할 수 있으므로(이와 같은 접견권은 헌법상 기본권의 범주에 속하는 것이다) 구속된 피고인이 사전에 접견신청한 자와의 접견을 원하지 않는다는 의사표시를 하였다 등의 특별한 사정이 없는 한 구속된 피고인은 교도소장의 접견허가거부처분으로 인하여 자신의 접견권이 침해되었음을 주장하여 위 거부처분의 취소를 구할 원고적격을 가진다(대법원 1992. 5. 8., 선고, 91누7552).

정답 ②

14 행정의 실효성 확보수단에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 관례에 의함)

- ① 건물의 명도의무는 대집행의 대상이 될 수 없다.

- ② 위법건축물에 대한 철거 대집행계고처분에 불응하여 제2차 계고를 한 경우 제2차 계고는 행정처분이 아니므로 행정쟁송의 대상이 될 수 없다.
- ③ 이행강제금은 대체적 작위의무에 대해서도 부과할 수 있다.
- ④ 이행강제금은 형벌과 병과할 수 없다.

■ **해설** ① 사람이 점유하고 있는 토지·건물 등의 인도는 실력으로 점유를 풀어 점유이전을 하지 않으면 목적을 달성할 수 없으므로 대집행에 의한 강제는 할 수 없다.

② 제2차, 제3차로 행한 계고처분은 새로운 철거의무를 부과한 것이 아니고 다만 대집행기한의 연기통지에 불과하므로 행정처분이 아님
 건물의 소유자에게 위법건축물을 일정기간까지 철거할 것을 명함과 아울러 불이행할 때에는 대집행한다는 내용의 철거대집행 계고처분을 고지한 후 이에 불응하자 다시 제2차, 제3차 계고서를 발송하여 일정기간까지의 자진철거를 촉구하고 불이행하면 대집행을 한다는 뜻을 고지하였다면 행정대집행법상의 건물철거의무는 제1차 철거명령 및 계고처분으로서 발생하였고 제2차, 제3차의 계고처분은 새로운 철거의무를 부과한 것이 아니고 다만 대집행기한의 연기통지에 불과하므로 행정처분이 아니다(대법원 1994.10.28, 94누5144).

③ 이행강제금은 대체적 작위의무의 위반에 대하여도 부과될 수 있고, 대집행과 이행강제금을 선택적으로 활용하는 것은 중첩적인 제재에 해당한다고 볼 수 없음
 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. 현행 건축법상 위법건축물에 대한 이행강제수단으로 대집행과 이행강제금이 인정되고 있는데, 양 제도는 각각의 장단점이 있으므로 행정청은 개별사건에 있어서 위반내용, 위반자의 시정 의지 등을 감안하여 대집행과 이행강제금을 선택적으로 활용할 수 있으며, 이처럼 그 합리적인 제량에 의해 선택하여 활용하는 이상 중첩적인 제재에 해당한다고 볼 수 없다(헌재결 2004.2.26, 2001헌바80).

④ 형사처벌과 별도로 시정명령 위반에 대하여 이행강제금을 부과하는 건축법은 이중처벌에 해당한다고 할 수 없음
 개발제한구역 내의 건축물에 대하여 허가를 받지 않고 한 용도변경행위에 대한 형사처벌과 건축법 제83조 제1항에 의한 시정명령 위반에 대한 이행강제금의 부과는 그 처벌 내지 제재대상이 되는 기본적 사실관계로서의 행위를 달리하며, 또한 그 보호법익과 목적에서도 차이가 있으므로 이중처벌에 해당한다고 할 수 없다(대법원 2005.8.19, 2005마30).

■ **정답** ④

15 행정행위의 효력에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정행위의 불가쟁력은 형식적 존속력이라고도 한다.
- ② 행정심판위원회의 재결에는 불가변력이 인정된다.
- ③ 불가변력은 행정행위의 상대방 및 이해관계인에 대한 구속력이고, 불가쟁력은 처분청 등 행정기관에 대한 구속력이다.
- ④ 불가쟁력이 발생한 행정행위일지라도 불가변력이 없는 경우에는 행정청 등 권한 있는 기관은 이를 직권으로 취소할 수 있다.

■ **해설** ① 행정행위의 불가쟁력은 형식적 존속력이라고도 하고, 실질적 존속력은 불가변력이라고 한다.

② 준사법적 행정행위(예: 행정심판 재결, 징계처분에 대한 소청심사위원회의 결정)는 그 행위의 성질상 법원의 재판행위에서처럼 법률상 인정된 별도의 불복절차를 통하지 않고는 취소 또는 변경할 수 없는 불가변력이 인정된다고 본다.

③ 불가변력은 처분청 등 행정기관에 대한 구속력이고, 불가쟁력은 행정행위의 상대방 및 이해관계인에 대한 구속력이다.

④ 불가쟁력이 발생한 행정행위도 행정청의 직권취소는 가능
 행정처분을 한 처분청은 그 행위에 하자가 있는 경우에는 원칙적으로 별도의 법적 근거가 없더라도 스스로 이를 직권으로 취소할 수 있는 것이고, 행정처분에 대한 법정의 불복기간이 지나면 직권으로도 취소할 수 없게 되는 것은 아니므로, 처분청은 토지에 대한 개별토지가격의 산정에 명백한 잘못이 있다면 이를 직권으로 취소할 수 있다(대법원 1995.9.15, 95누6311).

■ **정답** ③

16 행정법의 일반원칙에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 비례의 원칙에 의할 때 공무원이 단지 1회 훈령에 위반 하여 요정 출입을 하였다든 사유만으로 한 파면처분은 위법하다.
- ② 행정의 자기구속의 원칙은 평등원칙 및 신뢰보호의 원칙과 밀접한 관련을 지니고 있다.
- ③ 부당결부금지의 원칙은 행정작용을 함에 있어서 그와 실제적 관련이 없는 상대방의 반대급부를 조건으로 하여서는 안 된다는 원칙을 말한다.
- ④ 신뢰보호의 원칙에서 행정기관의 공적인 견해표명은 명시적이어야 하고 묵시적인 경우에는 인정되지 아니 한다.

- **해설**
- ① 단지 1회 훈령에 위반하여 요정 출입을 하다가 적발된 것만으로는 공무원의 신분을 보유케 할 수 없을 정도로 공무원의 품위를 손상케 한 것이라 단정하기 어려운 점 등에 비추어 총리훈령에 위반하여 요정에서 음주한 공무원을 파면한 것은 비례의 원칙에 위반한 것이다(대법원 1967.5.2, 67누 24).
 - ② 헌법재판소와 대법원은 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙을 종합하여 행정의 자기구속의 법리를 명시적으로 인정한다.
 - ③ 부당결부금지의 원칙이란 행정기관이 행정작용을 행함에 있어 이와 실질적으로 관련이 없는 상대방의 반대급부와 결부시켜서는 안 된다는 것을 말한다(예 : 건축허가를 발령함에 있어 자동차세를 완납할 것을 조건으로 부관을 부과하는 경우, 교통법규위반을 이유로 건축허가를 거부하는 것, 식품위생법상 유흥주점영업허가를 식품위생법과 무관한 주차장 확보 부담을 부과하는 것). 독일 행정절차법은 공법상 계약과 관련하여 부당결부금지원칙을 명시하고 있으나 우리 행정절차법은 명문규정이 없다.
 - ④ 신뢰보호원칙이 성립하기 위해서는 개인의 신뢰보호의 대상이 되는 행정기관의 선행조치가 있어야 한다. 이에 법령·행정규칙·처분·확약·행정지도를 비롯한 국가의 모든 행정작용이 이에 해당한다. 명시적·적극적 언동에 국한되지 않고, 묵시적·소극적 언동도 선행조치에 포함된다.

■ **정답** ④

17 신청에 관한 기술 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정청에 대하여 처분을 구하는 신청은 문서로 하여야 하지만, 일반민원의 신청은 구술이나 전화로 할 수 있다.
- ② 신청에 대해 서류 등이 미비할 경우, 바로 접수를 거부할 수 있다.
- ③ 흠결된 서류의 보완이 주요서류의 대부분을 새로 작성함이 불가피하게 되어 사실상 새로운 신청으로 보아야 할 경우, 접수를 거부하거나 반려할 수 있다.
- ④ 신청인은 신청서가 일단 접수되면, 신청한 내용을 보완하거나 변경 또는 취하할 수 없다.

- **해설**
- ① 행정청에 처분을 구하는 신청은 문서로 하여야 한다. 다만, 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우와 행정청이 미리 다른 방법을 정하여 공시한 경우에는 그러하지 아니하다(행정절차법 제17조 제1항). 민원의 신청은 문서(「전자정부법」 제2조제7호에 따른 전자문서를 포함한다. 이하 같다)로 하여야 한다. 다만, 기타민원은 구술(口述) 또는 전화로 할 수 있다(민원 처리에 관한 법률 제8조).
 - ② 행정청은 신청에 구비서류의 미비 등 흠이 있는 경우에는 보완에 필요한 상당한 기간을 정하여 지체 없이 신청인에게 보완을 요구하여야 한다(행정절차법 제17조 제5항).
 - ③ 민원사무처리규정 제11조 제1항 소정의 보완 또는 보정의 대상이 되는 흠결은 보완 또는 보정할 수 있는 경우이어야 함은 물론이고, 그 내용 또한 형식적, 절차적인 요건에 한하고 실질적인 요건에 대하여까지 보완 또는 보정요구를 하여야 한다고 볼 수 없으며, 또한 흠결된 서류의 보완 또는 보정을 하면 이미 접수된 주요서류의 대부분을 새로 작성함이 불가피하게 되어 사실상 새로운 신청으로 보아야 할 경우에는 그 흠결서류의 접수를 거부하거나 그것을 반려할 정당한 사유가 있는

경우에 해당하여 이의 접수를 거부하거나 반려하여도 위법이 되지 않는다(대법원 1991. 6. 11. 90
누8862).

- ④ 신청인은 처분이 있기 전에는 그 신청의 내용을 보완·변경하거나 취하(取下)할 수 있다. 다만, 다른 법령등에 특별한 규정이 있거나 그 신청의 성질상 보완·변경하거나 취하할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다(행정절차법 제17조 제8항).

정답 ③

18 법령 등에서 행정청에 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고를 규정하고 있는 경우에 행정청이 신고인에게 보완을 요구하고 상당한 기간 내에 보완을 하지 않을 경우 되돌려 보낼 수 있는 경우가 아닌 것은?

- ① 신고서의 기재사항에 흠이 있는 경우
- ② 신고의 내용이 현저히 공익을 해친다고 판단되는 경우
- ③ 필요한 구비서류가 첨부되어 있지 아니한 경우
- ④ 그 밖에 법령 등에 규정된 형식상의 요건에 부합하지 아니한 경우

해설 ①②③④

행정절차법 제40조 (신고)

- ① 법령등에서 행정청에 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고를 규정하고 있는 경우 신고를 관장하는 행정청은 신고에 필요한 구비서류, 접수기관, 그 밖에 법령등에 따른 신고에 필요한 사항을 게시(인터넷 등을 통한 게시를 포함한다)하거나 이에 대한 편람을 갖추어 두고 누구나 열람할 수 있도록 하여야 한다.
- ② 제1항에 따른 신고가 다음 각 호의 요건을 갖춘 경우에는 신고서가 접수기관에 **도달**된 때에 신고 의무가 이행된 것으로 본다.
 - 1. 신고서의 기재사항에 **흠이 없을 것**
 - 2. **필요한 구비서류가 첨부되어 있을 것**
 - 3. **그 밖에 법령등에 규정된 형식상의 요건에 적합할 것**
- ③ 행정청은 제2항 각 호의 요건을 갖추지 못한 신고서가 제출된 경우에는 지체 없이 상당한 기간을 정하여 신고인에게 **보완을 요구하여야 한다**.

정답 ②

19 행정법의 법원(法源)으로서 헌법이 직접 규정하고 있지 않은 것은?

- ① 감사원규칙
- ② 중앙선거관리위원회규칙
- ③ 지방자치단체의 자치에 관한 규정
- ④ 대통령령, 총리령, 부령

- 해설
- ① 감사원이 감사원법(제52조)에 근거하여 감사절차·감사원의 내부규율 등에 관하여 정한 규칙이 감사원규칙이다. 헌법에는 감사원에게 규칙제정권을 인정하는 명문의 규정이 없어, 그의 법적 성질에 관하여 학설이 대립하고 있다. 헌법이 인정하고 있는 행정입법의 법 형식은 예시적인 것이므로 감사원규칙도 법규명령의 일종이라는 견해가 다수설이다.
 - ② 중앙선거관리위원회는 법령의 범위 안에서 선거관리·국민투표관리 및 정당사무에 관한 규칙을 제정할 수 있다(헌법 제114조 제6항).
 - ③ 헌법 제117조
 - ④ 헌법 제75조, 헌법 제95조

정답 ①

20 법규명령의 통제에 관한 기술 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 헌법은 대법원이 명령에 대한 심사권한이 있음을 직접 규정하고 있다.
- ② 대법원은 유신헌법상 긴급조치가 법률이 아니므로 대법원이 심사권을 가진다고 판시하였다.
- ③ 명령 등이 헌법이나 법률에 위반되어 대법원에서 무효라고 선언하여도 당해 사건에만 적용이 배제될 뿐 형식적으로는 존재하므로 판결확정 후 대법원은 행정안전부장관에게 통보하도록 하고 있다.
- ④ 행정처분 후, 대법원에서 처분의 근거 명령 등이 무효라고 선언된 경우 당해 행정처분은 무효사유에 해당한다.

- **해설**
- ① 명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다(헌법 제107조 제2항).
 - ② 긴급조치에 대한 위헌심사기관에 대하여 대법원은 “유신헌법에 근거한 긴급조치는 **국회의 입법권 행사라는 실질을 전혀 가지지 못한 것으로서, 헌법재판소의 위헌심판대상이 되는 ‘법률’에 해당한다고 할 수 없고**, 긴급조치의 위헌 여부에 대한 심사권은 최종적으로 대법원에 속한다(대법원 2013.5.16, 2011도2631 ; 대법원 2010.12.16., 2010도5986).”고 판시하였다. 그러나 헌법재판소는 “이 사건 긴급조치들은 유신헌법 제53조에 근거한 것으로서 그에 정해진 요건과 한계를 준수해야 한다는 점에서 헌법과 동일한 효력을 갖는 것으로 보기는 어렵지만, 표현의 자유 등 기본권을 제한하고, 형별로 처벌하는 규정을 두고 있으며, 영장주어나 법원의 권한에 대한 특별한 규정 등을 두고 있는 점에 비추어 보면, 이 사건 긴급조치들은 최소한 **법률과 동일한 효력을 가지는 것으로 보아야 하므로, 그 위헌 여부 심사권한은 헌법재판소에 전속한다.**”는 근거하에 긴급조치에 대한 위헌 심사권이 헌법재판소에 전속한다고 본다. 즉 긴급조치에 대하여는 대법원과 헌법재판소 모두 위헌 심사를 하였고 위헌이라고 판단하였다. 다만 수험생은 어떠한 근거하에 위헌심사를 하였는지를 주의 깊게 살펴보아야 한다.
 - ③ ㉠ 법규명령의 위헌·위법성이 확정된 경우에도 공식질차에 의해 폐지되지 않는 한 형식적으로는 유효하다. 다만 당해사건에 대한 적용만 거부될 뿐이다(일반적 무효가 아니라 개별적 무효). ㉡ 행정소송에 대한 대법원 판결에 의하여 명령·규칙이 헌법 또는 법률에 위반된다는 것이 확정된 경우에는 대법원(각급 법원×)은 지체 없이 그 사유를 행정안전부장관(법제처장×, 법무부장관×)에게 통보하고 통보를 받은 행정안전부장관은 지체 없이 관보에 게재하여야 한다(행정소송법 제6조).
 - ④ 법률에 근거하여 행정처분이 발하여진 후에 헌법재판소에 의해 그 법률이 위헌으로 되었다면 결과적으로 그 행정처분은 법률의 근거가 없이 행하여진 것과 마찬가지로 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).

■ **정답** ④