

[14. 국가직 9급 행정법 기출문제 해설]

☆ 기출문제 해설 : 백 영 민

☆ 백영민 약력

(현) 원광디지털대학교 경찰행정학과 행정법 교수
(현) 에듀윌 9급 공무원 행정법 강사
(현) 노량진 김재규경찰학원 경감승진 행정법 강사
(현) 수원행정고시학원 행정법 강사
(현) 부산한국고시학원 행정법 강사
(현) 울산 중앙공무원학원 행정법 강사
(현) 교육개발교육원 강사
(현) 고시고시 행정법 강사

(전) 노량진 웅진패스원
(전) 노량진 한교고시학원
(전) 노량진 남부행정고시학원
(전) 노량진 이그잼고시학원
(전) 대전 이그잼고시학원
(전) 신림동 두로경찰학원
(전) 창원공무원학원 행정법 강사
(전) 종로·강남 한교고시학원 행정법 강사
(전) 대전 국민경찰경찰학원 행정법 강사
(전) 울산 중앙행정고시학원 행정법 강사
(전) 고려대학교, 장안대학교, 안양대학교, 호원대학교 행정법 특강
(전) 강남구청교육원 특강

[저서]

행정법 콘서트(도서출판 에이스)
문제로 분석·정리하는 행정법 관련법령(도서출판 에이스)
경감승진 주관식 행정법(경찰승진 연구회)
사례문제 행정법(유비티아)
비핵 행정법 핵심정리(도서출판 에이스)
스마트 경찰행정법(경찰승진 연구회)
All that 행정법 핵심요약정리집(고시 고시)

01 「행정소송법」에서 규정하고 있는 항고소송은?

- ① 기관소송
- ② 당사자소송
- ③ 예방적 금지소송
- ④ 부작위위법확인소송

■ 해설 ④ 행정소송법은 소송의 내용에 따라 항고소송·당사자소송·민중소송·기관소송으로 구분하고 항고소송을 다시 취소소송·무효등확인소송·부작위위법확인소송으로 나누고 있다(행정소송법 제4조 제1호). 문제 지문 중에서 부작위위법확인소송이 항고소송의 한 종류이다.

■ 정답 ④

02 행정대집행에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정청이 대집행계고처분을 함에 있어 대집행할 내용 및 범위는 반드시 대집행계고서에 의해서만 특정되어야 한다.
- ② 「건축법」상 위반건축물에 대한 행정대집행과 이행강제금은 합리적인 재량에 의해 선택하여 활용하는 이상 중첩적인 제재에 해당한다고 볼 수 없다.
- ③ 행정대집행의 절차가 인정되는 경우에 관리청은 따로 민사소송의 방법으로 공작물의 철거·수거 등을 구할 수는 없다.
- ④ 도시공원시설 점유자의 퇴거 및 토지·건물의 명도의무는 직접강제의 대상이 될 뿐 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 아니다.

■ 해설 ① 대집행계고를 함에 있어 대집행할 행위의 내용 및 범위가 대집행계고서에 의하여서만 특정되어야 하는 것은 아님
행정청이 행정대집행법 제3조 제1항에 의한 대집행계고를 함에 있어서는 의무자가 스스로 이행하지 아니하는 경우에 대집행할 행위의 내용 및 범위가 구체적으로 특정되어야 하나, 그 행위의 내용 및 범위는 반드시 대집행계고서에 의하여서만 특정되어야 하는 것이 아니고 계고처분 전후에 송달된 문서나 기타 사정을 종합하여 행위의 내용이 특정되면 족하다(대법원 1994.10.28. 94누5144).

② 이행강제금은 대체적 작위의무의 위반에 대하여도 부과될 수 있다. 현행 건축법상 위법건축물에 대한 이행강제수단으로 대집행과 이행강제금(제83조 제1항)이 인정되고 있는데, 양 제도는 각각의 장단점이 있으므로 행정청은 개별사건에 있어서 위반내용, 위반자의 시정여지 등을 감안하여 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).

③ 아무런 권원 없이 국유재산에 설치한 시설물에 대하여 행정청이 행정대집행을 할 수 있음에도 민사소송의 방법으로 그 시설물의 철거를 구하는 것은 허용되지 아니 함
피고들이 아무런 권원 없이 이 사건 시설물을 설치함으로써 이 사건 토지를 불법점유 하고 있는 이상, 특별한 사정이 없는 한, 국가로서는 소유권에 기한 방해배제청구권을 행사하여 피고들에 대하여 이 사건 시설물의 철거 및 이 사건 토지의 인도를 구할 수 있다고 할 것이나, 이 사건 토지는 잡종재산인 국유재산으로서, 국유재산법 제52조는 “정당한 사유 없이 국유재산을 점유하거나 이에 시설물을 설치한 때에는 행정대집행법을 준용하여 철거 기타 필요한 조치를 할 수 있다.”고 규정하고 있으므로, 관리권자인 보령시장으로서 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, 대법원 2000. 5. 12. 99다18909).

④ 대법원 1998.10.23 97누157

■ 정답 ①

03 개인정보보호에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 정보주체는 개인정보처리자가 개인정보 보호법을 위반한 행위로 손해를 입으면 개인정보처리자에게 손해배상을 청구 할 수 있으며, 이 경우 그 정보주체는 고의 또는 과실을 입증해야 한다.
- ② 「개인정보 보호법」은 공공기관에 의해 처리되는 정보뿐만 아니라 민간에 의해 처리되는 정보까지 보호대상으로 하고 있다.
- ③ 「개인정보 보호법」상 ‘개인정보’란 살아있는 개인에 관한 정보로서 사자(死者)나 법인의 정보는 포함되지 않는다.

④ 「행정절차법」도 비밀누설금지, 목적 외 사용금지 등 개인의 정보보호에 관한 규정을 두고 있다.

- **해설** ① 정보주체는 개인정보처리자가 이 법을 위반한 행위로 손해를 입으면 개인정보처리자에게 손해배상을 청구할 수 있다. 이 경우 그 개인정보처리자는 고의 또는 과실이 없음을 입증하지 아니하면 책임을 면할 수 없다(개인정보보호법 제39조 제1항). 일반적인 경우는 고의 또는 과실의 입증책임이 피해자에게 있다. 그러나 개인정보보호법은 고의 또는 과실이 없음을 입증책임을 개인정보처리자에게 지우고 있다.
- ② "개인정보처리자"란 업무를 목적으로 개인정보파일을 운영하기 위하여 스스로 또는 다른 사람을 통하여 개인정보를 처리하는 공공기관, 법인, 단체 및 개인 등을 말한다(개인정보 보호법 제2조 제5호).
- ③ "개인정보"란 살아 있는 개인에 관한 정보로서 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보를 말한다(개인정보보호법 제2조 제1호). 따라서 死者나 법인의 정보는 포함되지 않는다.
- ④ 행정절차법 37조 제6항은 "누구든지 청문을 통하여 알게 된 사생활이나 경영상 또는 거래상의 비밀을 정당한 이유 없이 누설하거나 다른 목적으로 사용하여서는 아니 된다."고 하여 비밀누설금지, 목적 외 사용금지 등 개인의 정보보호에 관한 규정을 두고 있다.

■ **정답** ①

04 「행정절차법」에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 행정예고기간은 예고내용의 성격 등을 고려하여 정하되, 특별한 사정이 없으면 14일 이상으로 한다.
- ② 「행정절차법」은 국민의 권익을 보호하기 위하여 모든 행정처분을 문서로 하도록 규정하고 있다.
- ③ 행정청은 전자공청회를 개최하는 경우 공청회와 병행하여 실시할 수 없다.
- ④ 청문주재자는 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 필요한 조사를 할 수 있으며, 당사자등이 주장하지 아니한 사실에 대하여도 조사할 수 있다.

- **해설** ④ 청문주재자는 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 필요한 조사를 할 수 있으며, 당사자등이 주장하지 아니한 사실에 대하여도 조사할 수 있다(행정절차법 제33조 제1항).
- ① 입법예고기간은 예고할 때 정하되, 특별한 사정이 없으면 40일(자치법규는 20일) 이상으로 한다(행정절차법 제43조).
- ② 행정청이 처분을 할 때에는 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 문서로 하여야 하며, 전자문서로 하는 경우에는 당사자등의 동의가 있어야 한다. 다만, 신속히 처리할 필요가 있거나 사안이 경미한 경우에는 말 또는 그 밖의 방법으로 할 수 있다(행정절차법 제24조 제1항).
- ③ 행정청은 제38조에 따른 공청회와 병행하여서만 정보통신망을 이용한 공청회를 실시할 수 있다(행정절차법 제38조의 2).

■ **정답** ④

05 행정의 실효성 확보에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 「경찰관직무집행법」은 직접강제에 관한 일반적 근거를 규정 하고 있다.
- ② 행정대집행을 실행할 때 대집행 상대방이 저항하는 경우에 대집행 책임자가 실력행사를 하여 직접강제를 할 수 있다는 것이 판례의 입장이다.
- ③ 행정조사의 상대방이 조사를 거부하는 경우에 공무원이 실력행사를 하여 강제로 조사할 수 있는지 여부에 대해서는 견해가 대립한다.
- ④ 조세체납자의 관허사업 제한을 명시하고 있는 국세징수법 관련규정은 부당결부금지원칙 에 반하여 위헌이라는 것이 판례의 입장이다.

- **해설** ③ 행정조사에 대하여 상대방이 조사를 거부 또는 방해하는 경우 공무원이 실력을 행사하여 행정조사를 할 수 있는가에 대하여 ㉠ 조사거부에 대한 벌칙규정이 있더라도 비례원칙의 범위 안에서 피조사자측의 신체나 재산에 실력을 가할 수 있다는 긍정설도 있으나 ㉡ 조사거부에 대한 벌칙규정이 있는 경우 그 취지가 조사의 실효성을 간접적으로 확보하려는 것에 있으므로 실력행사가 허용되지 않는다는 부정설이 다수설이다.
- ① 행정상 직접강제도 법률의 근거가 있는 경우에만 인정된다. 일반법적 근거는 존재하지 않으며 개별법에서 예외적으로 인정되고 있다. 「경찰관직무집행법」은 직접강제에 관한 일반법적 근거가 아니라 즉시강제에 대한 일반법이다.
- ② 의무자는 대집행실행에 대하여 수인의무가 있는데, 만일 의무자가 대집행에 관하여 저항을 하는 경우 이를 실력으로 저지할 수 있는가가 문제가 된다. ㉠ 독일과 달리 명문의 규정이 없는 우리의 경우에 있어서는 이를 부정하는 견해와 ㉡ 대집행의 실효성 확보의 측면에서 부득이한 최소한의 실력행사는 대집행에 수반하는 기능으로서 허용된다고 보는 견해가 대립한다. 다만 대집행 책임자가 실력행사를 하여 직접강제를 할 수 있다는 명시적 판례는 없다.
- ④ 국세징수법 제7조는 당해 사업과 직접 관련된 국세뿐만 아니라 전혀 관련 없는 국세체납의 경우에도 확대하고 있으므로 부당결부금지원칙에 반한다는 비판이 있다. 그러나 부당결부금지원칙에 반하여 위헌이라는 명시적 판례는 없다.

■ **정답** ③

06 사인(私人)의 경제활동에 대한 행정청의 규제방식을 설명한 것으로 옳지 않은 것은 (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「행정절차법」 상 신고요건으로는 신고서의 기재사항에 흠이 없고 필요한 구비서류가 첨부되어 있어야 하며, 신고의 기재사항은 그 진실함이 입증되어야 한다.
- ② 유료노인복지주택의 설치신고를 받은 행정관청은 그 유료노인 복지주택의 시설 및 운용기준이 법령에 부합하는지와 설치신고 당시 부적격자들이 입소하고 있는지 여부를 심사할 수 있다.
- ③ 구 체육시설의 설치, 이용에 관한 법률에 의한 골프장이용료 변경신고서는 행정청에 제출하여 접수된 때에 신고가 있었다고 볼 것이고, 행정청의 수리행위가 있어야만 하는 것은 아니다.
- ④ 양도인이 자신의 의사에 따라 양수인에게 영업을 양도하면서 양수인으로 하여금 영업을 하도록 허락하였다면 영업승계신고 및 수리처분이 있기 전에 발생한 양수인의 위반행위에 대한 행정적 책임은 양도인에게 귀속된다.

■ 해설 ① 신고의 요건은 개별법률에서 구체적으로 정하는 바에 의한다. 다만 행정절차법은 자체완성적 사인의 신고와 관련하여 신고의 요건으로 ㉠ 신고서의 기재사항에 하자가 없을 것 ㉡ 필요한 구비서류가 첨부되어 있을 것 ㉢ 기타 법령 등에 규정된 형식상의 요건에 적합할 것을 규정하고 있다(행정절차법 제40조 제2항). 신고의 기재사항이 진실함이 입증될 필요까지는 없다.

② 유료노인복지주택의 설치신고를 받은 행정관청으로서는 그 유료노인복지주택의 시설 및 운용기준이 위 법령에 부합하는지와 아울러 그 유료노인복지주택이 적법한 입소대상자에게 분양되었는지와 설치신고 당시 부적격자들이 입소하고 있는지는 않은지 여부까지 심사하여 그 신고의 수리 여부를 결정할 수 있다(대판 2007.1.11. 2006두14537).

③ 행정청에 대한 신고는 일정한 법률사실 또는 법률관계에 관하여 관계행정청에 일방적으로 통고를 하는 것을 뜻하는 것으로서 법에 별도의 규정이 있거나 다른 특별한 사정이 없는 한 행정청에 대한 통고로서 그치는 것이고 그에 대한 행정청의 반사적 결정을 기다릴 필요가 없는 것이므로, 체육시설의설치·이용에관한법률 제18조에 의한 변경신고서는 그 신고 자체가 위법하거나 그 신고에 무효사유가 없는 한 이것이 도지사에게 제출하여 접수된 때에 신고가 있었다고 볼 것이고, 도지사의 수리행위가 있어야만 신고가 있었다고 볼 것은 아니다(대법원 1993.7.06. 93마635).

④ 대법원 1995.2.24. 94누9146

■ 정답 ①

07 행정처분에 대한 판례의 태도로 옳은 것은?

- ① 지방경찰청장이 횡단보도를 설치하여 보행자의 통행방법을 규제하는 것은 행정처분이 아니다.
- ② 권한 있는 장관이 행한 국립공원지정처분에 따라 공원관리청이 행한 경계측량 및 표지의 설치하는 행정처분이다.
- ③ 교통안전공단이 구 교통안전공단법에 의거하여 교통안전 분담금 납부의무자에게 한 분담금납부통지는 행정처분이 아니다.
- ④ 종합소득세 부과처분을 위한 과세관청의 세무조사결정은 항고소송의 대상이 되는 행정처분이다.

■ 해설 ④ 부과처분을 위한 과세관청의 질문조사권이 행해지는 세무조사결정이 있는 경우 납세의무자는 세무공무원의 과세자료 수집을 위한 질문에 대답하고 검사를 수인하여야 할 법적 의무를 부담하게 되는 점, 세무조사는 기본적으로 적정하고 공평한 과세의 실현을 위하여 필요한 최소한의 범위 안에서 행하여져야 하고, 더욱이 동일한 세목 및 과세기간에 대한 재조사는 납세자의 영업의 자유 등 권익을 심각하게 침해할 뿐만 아니라 과세관청에 의한 자의적인 세무조사의 위험마저 있으므로 조세공평의 원칙에 현저히 반하는 예외적인 경우를 제외하고는 금지될 필요가 있는 점, 납세의무자로 하여금 개개의 과태료 처분에 대하여 불복하거나 조사 종료 후의 과세처분에 대하여만 다툴 수 있도록 하는 것보다는 그에 앞서 세무조사결정에 대하여 다툼으로써 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).

① 지방경찰청장이 횡단보도를 설치하여 보행자 통행방법 등을 규제하는 것은 행정청이 특정사항에 대하여 부담을 명하는 행위이고, 이는 국민의 권리·의무에 직접 관계가 있는 행위로서 행정처분이다(대법원 2000.10.27. 98두8964).

② 건설부장관이 행한 국립공원지정처분은 그 결정 및 첨부된 도면의 공고로써 그 경계가 확정되는 것이고, 시장이 행한 경계측량 및 표지의 설치 등은 공원관리청이 공원구역의 효율적인 보호, 관리를 위하여 이미 확정된 경계를 인식, 파악하는 사실상의 행위로 봄이 상당하며, 위와 같은 사실상의 행위를 가리켜 공권력행사로서의 행정처분의 일부라고 볼 수 없고, 이로 인하여 건설부장관이 행한 공원지정처분이나 그 경계에 변동은 가져온다고 할 수 없다(대법원 1992.10.13. 92누2325).

- ③ 교통안전공단이 그 사업목적에 필요한 재원으로 사용할 기금조성을 위하여 같은 법 제13조에 정한 분담금납부의무자에 대하여 한 분담금납부통지는 그 납부의무자의 구체적인 분담금납부의무를 확정시키는 효력을 갖는 행정처분이라고 보아야 할 것이다(대법원 2000.9.8, 2000다12716).

■ 정답 ④

08 <보기 1>의 내용을 근거로 판단할 때 <보기 2> 설명의 옳고 그름이 바르게 나열 된 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

<보기 1>

건강기능식품에 관한 법률 제20조에 따라 식품의약품 안전처장은 위생적 관리 및 영업의 질서유지를 위해 필요하다고 인정하는 때에는 관계 공무원으로 하여금 영업장소 등을 검사하게 할 수 있다. 식품의약품안전처 소속 공무원 갑은 식품회사 을의 영업시설 등을 검사하면서 심각한 주의의무 태만으로 영업시설 등의 일부를 손괴하였다. 갑의 행위에 대하여 정직 3개월의 징계처분이 내려졌다.

<보기 2>

- ㉠ 갑은 징계처분에 대하여 소청심사위원회의 심사결정을 거치지 아니하고 행정소송을 바로 제기할 수 있다.
 ㉡ 국가가 을에 대한 손해배상책임을 부담한 경우, 국가는 갑에 대한 구상권을 행사할 수 있다.
 ㉢ 을이 갑에 대하여 불법행위에 기한 손해배상청구소송을 제기할 경우, 갑의 민사상 책임이 인정될 수 있다.

㉠ ㉡ ㉢

① ○ ○ ○

② × ○ ○

③ ○ × ×

④ × × ×

■ 해설 ㉠ (×) 공무원징계처분에 대한 행정소송은 필요적 행정심판전치주의가 적용되므로 소청심사를 거쳐 행정소송을 제기하여야 한다(국가공무원법 제76조, 제76조의2, 지방공무원법 제67조).

㉡ (○) 공무원 갑은 식품회사 을의 영업시설 등을 검사하면서 심각한 주의의무 태만으로 영업시설 등의 일부를 손괴하였다. 갑에게 심각한 주의의무 태만이 있기 때문에 중과실이 인정된다. 따라서 국가배상법 제2조 제2항에 따라 가해공무원에게 고의 또는 중과실이 있는 경우 국가 등에 대한 대내적 구상책임이 인정된다.

㉢ (○) 대법원 전원합의체판결(대법원 1996.2.15, 95다38677)은 공무원에게 고의·중과실이 있는 경우에는 원칙적으로 가해공무원의 책임이나, 피해자인 국민을 두텁게 보호하기 위하여 국가 등이 공무원 개인과 중첩적으로 배상책임을 부담하는 것이고, 경과실의 경우에는 이러한 공무원의 행위는 여전히 국가기관의 행위이므로 그로 인하여 발생한 손해에 대한 배상책임도 여전히 국가 등에만 귀속시키고 공무원 개인에게는 그 책임이 귀속되지 않는다고 하였다. 따라서 설문의 경우는 공무원에게 중과실이 인정되므로 공무원 갑에게도 선택적 청구를 할 수 있다. 갑은 을에 대하여 민사상 책임을 져야 한다.

■ 정답 ②

09 행정입법에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 구법에 위임의 근거가 없어 법규명령이 무효였다면 사후에 법개정으로 위임의 근거가 부여되었다 할지라도 무효이다.
 ② 처벌법규나 조세법규는 다른 법규보다 구체성과 명확성의 요구가 강화되어야 한다.
 ③ 법률에서 위임받은 사항을 하위법규명령에 다시 위임하기 위해서는 위임받은 사항의 대강을 정하고 그중 특정사항을 범위를 정하여 하위의 법규명령에 다시 위임하는 경우에만 재위임이 허용된다.
 ④ 명령·규칙 그 자체에 의하여 직접 기본권이 침해되었을 경우에는 그것을 대상으로 하여 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

■ 해설 ① 일반적으로 법률의 위임에 의하여 효력을 갖는 법규명령의 경우, 구법에 위임의 근거가 없어 무효였더라도 사후에 법개정으로 위임의 근거가 부여되면 그때부터는 유효한 법규명령이 된다(대판1995.6.30, 93추83).

② 처벌법규나 조세법규 등 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정법규의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 한다(헌재결 1997.9.25, 96헌바18).

- ③ 헌법재판소는 재위임에 의한 부령의 경우에도 위임에 의한 대통령령에 과해지는 헌법상의 제한이 당연히 적용되므로 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 아니하고 그대로 재위임하는 것은 허용되지 않으며, 위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그중의 특정사항을 범위를 정하여 하위법령에 다시 위임하는 경우에만 재위임이 허용된다. (헌재결 1996. 2. 29, 94헌마213).

④ ※ 명령·규칙의 헌법소원의 대상성

㉠ 집행행위를 매개한 경우(재판의 전제성이 인정되는 경우) ▶ 대법원이 최종적으로 심사하고 헌법재판소는 심사 할 수 없음

헌법 제107조 제2항은 “명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.”라고 규정하고 있고, 헌법 제107조 제2항이 규정한 명령·규칙에 대한 대법원의 최종심사권이란 구체적인 소송사건에서 명령·규칙의 위헌여부가 재판의 전제가 되었을 경우 법률의 경우와는 달리 헌법재판소에 제청할 것 없이 대법원의 최종적으로 심사할 수 있다는 의미이다.

㉡ 집행행위를 매개하지 않고 기본권을 직접 침해한 경우 ▶ 헌법재판소가 헌법소원을 통하여 심사 할 수 있음

헌법 제111조 제1항 제1호에서 법률의 위헌여부심사권을 헌법재판소에 부여한 이상 통일적인 헌법해석과 규범통제를 위하여 공권력에 의한 기본권침해를 이유로 하는 헌법소원심판청구사건에 있어서 법률의 하위법규인 명령·규칙의 위헌 여부심사권이 헌법재판소의 관할에 속함은 당연한 것으로서 헌법 제107조 제2항의 규정이 이를 배제한 것이라고는 볼 수 없다. 명령·규칙 그 자체에 의하여 직접 기본권이 침해되었을 경우에는 그것을 대상으로 하여 헌법소원심판을 청구할 수 있고, 그 경우 제소요건으로서 당해 법령이 구체적 집행행위를 매개로 하지 아니하고 직접적으로 그리고 현재적으로 국민의 기본권을 침해하고 있어야 한다.

■ 정답 ①

10 행정소송에서의 가구제에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 처분의 효력정지는 처분 등의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.
- ② 본안문제인 행정처분 자체의 적법여부는 집행정지 신청의 요건이 되지 아니하는 것이 원칙이지만, 본안소송의 제기 자체는 적법한 것이어야 한다.
- ③ 유흥접객영업허가의 취소처분으로 5,000여만 원의 시설비를 회수하지 못하게 된다면 생계까지 위협받을 수 있다는 등의 사정이 집행정지를 인정하기 위한 회복하기 어려운 손 해가 생길 우려가 있는 경우에 해당하지 아니한다.
- ④ 행정소송법 은 다툼이 있는 법률관계에 대하여 임시의 지위를 정하기 위한 가처분신청 의 경우 현저한 손해나 급박한 위험을 피할 것을 목적으로 한다고 규정하고 있다.

■ 해설 ④ 판례는 “민사소송법상의 보전처분은 민사관절절차에 의하여 보호받을 수 있는 권리에 관한 것이므로, 민사소송법상의 가처분으로써 행정청의 어떠한 행정행위의 금지를 구하는 것은 허용될 수 없다 할 것이다.”라고 하여 가처분규정의 준용을 부정하고 있다(대법원 1992.7.6, 92마54).

- ① 처분의 효력정지는 처분의 내용에 따르는 구속력, 공정력, 집행력 등을 정지함으로써 당사자에 대한 효과에 있어서 당해 처분이 잠정적으로 존재하지 않는 상태로 두는 것을 말한다. 그 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).
- ② 행정처분의 효력정지나 집행정지를 구하는 신청사건에서 집행정지사건 자체에 의하여도 신청인의 본안청구가 적법한 것이어야 한다는 것을 집행정지의 요건에 포함시켜야 함 ⇨ 집행정지를 결정하는데 있어서 처분자체의 적법성 여부는 본안판단의 대상이지만, 신청인의 본안청구의 적법성 여부는 집행정지결정의 요건에 해당함
행정처분의 효력정지나 집행정지를 구하는 신청사건에서는 행정처분 자체의 적법 여부는 원칙적으로 판단의 대상이 아니고, 그 행정처분의 효력이나 집행을 정지할 것인가에 관한 행정소송법 제23조 제2항에서 정한 요건의 존부만이 판단의 대상이 되는 것이다. 다만, 집행정지는 행정처분의 집행부정지원칙의 예외로서 인정되는 것이고, 또 본안에서 원고가 승소할 수 있는 가능성을 전제로 한 권리보호수단이라는 점에 비추어 보면, 집행정지사건 자체에 의하여도 신청인의 본안청구가 적법한 것이어야 한다는 것을 집행정지의 요건에 포함시키는 것이 옳다(대법원 1999.11.26, 99부3).
- ③ 유흥접객영업허가의 취소처분으로 5,000여만 원의 시설비를 회수하지 못하게 된다면 생계까지 위협받게 되는 결과가 초래될 수 있다는 등의 사정은 위 처분의 존속으로 당사자에게 금전으로 보상할 수 없는 손해가 생길 우려가 있는 경우라고 볼 수 없다(대법원 1991.3.2, 91두1).

■ 정답 ④

11 행정벌에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 조세범처벌절차에 의하여 범칙자에 대한 세무관서의 통고처분은 행정소송의 대상이 아니다.
- ② 구 「대기환경보전법」에 따라 배출허용기준을 초과하는 배출가스를 배출하는 자동차를 운행하는 행위를 처벌하는 규정은 과실범의 경우에 적용하지 아니한다.
- ③ 행정청은 질서위반행위가 종료된 날(다수인이 질서위반행위에 가담한 경우에는 최종행위가 종료된 날을 말한다)부터 5년이 경과한 경우에는 해당 질서위반행위에 대하여 과태료를 부과할 수 없다.
- ④ 임시운행허가기간을 벗어난 무등록차량을 운행한 자는 과태료와 별도로 형사처벌의 대상이 된다.

■ **해설** ② 구 대기환경보전법의 입법목적이나 제반 관계 규정의 취지 등을 고려하면, 법정의 배출허용기준을 초과하는 배출가스를 배출하면서 자동차를 운행하는 행위를 처벌하는 위 법 제57조 제6호의 규정은 자동차의 운행자가 그 자동차에서 배출되는 배출가스가 소정의 운행자동차배출허용기준을 초과한다는 점을 실제로 인식하면서 운행한 고의범의 경우는 물론 과실로 인하여 그러한 내용을 인식하지 못한 과실범의 경우도 함께 처벌하는 규정이다(대법원 1993.9.10., 92도1136).

① 통고처분을 받은 자가 당해 처분에 대하여 이의가 있는 때에는 통고처분을 이행하지 아니함으로써 세관장의 고발에 의하여 사법기관의 심판을 받을 수 있는 것이므로 부당한 통고처분의 구제에 관하여는 특별한 규정이 있는 경우라 할 것이요, 행정소송에 의하여 구제를 받을 것이 아니라 할 것이므로 통고처분은 행정소송의 대상이 된다고 할 수 없다(대법원 1955. 8. 14, 4288행상77).

③ 질서위반행위규제법 제19조

④ 자동차관리법 제5조의 규정에 위반하여 등록하지 아니하고 자동차를 운행한 자에 가해지는 제80조의 행정형벌은 자동차등록제도의확보를 목적으로 하는 것이고, 제27조 제3항에 위반하여 임시운행허가기간을 경과한 후의 운행한 자에 가해지는 제84조의 과태료는 자동차운행상의 질서 확보를 목적으로 하는바, 양자는 목적을 달리한다. 따라서 양자는 병과 될 수 있다. 따라서 甲이 자동차관리법 제84조 제1항에 5호에 따라 과태료부과처분을 받은 바 있다고 하여도 甲은 자동차관리법 제80조 제1호 및 제5조에 근거하여 형사처벌을 받을 수 있다(대법원 1996. 4. 12, 96도158).

■ **정답** ②

12 행정법의 효력에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우 등에는 예외적으로 진정소급 입법이 허용된다.
- ② 부진정소급입법은 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 교량 과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 된다.
- ③ 경과규정 등의 특별규정 없이 법령이 변경된 경우, 그 변경 전에 발생한 사항에 대하여적용할 법령은 개정 후의 신법령이다.
- ④ 대통령령, 총리령 및 부령은 특별한 규정이 없으면 공포한 날부터 20일이 경과함으로써 효력을 발생한다.

■ **해설** ③ 법령이 변경된 경우 특별한 사정이 없는 한 변경 전에 발생한 사항은 변경 후의 신법령이 아니라 변경 전의 구 법령이 적용됨

건설업자인 원고가 1973.12.31 소외인에게 면허수첩을 대여한 것이 그 당시 시행된 건설업법 제38조 제1항 제8호 소정의 건설업면허 취소사유에 해당된다면 그 후 동법시행령 제3조 제1항이 개정되어 건설업면허 취소사유에 해당하지 아니하게 되었다 하더라도 건설부장관은 동 면허수첩 대여행위 당시 시행된 건설업법 제38조 제1항 제8호를 적용하여 원고의 건설업면허를 취소하여야 할 것이다(대법원 1982.12.28. 82누1).

① 기존의 법에 의하여 형성되어 이미 굳어진 개인의 법적 지위를 사후입법을 통하여 박탈하는 것 등을 내용으로 하는 진정소급입법은 개인의 신뢰보호와 법적 안정성을 내용으로 하는 법치국가원리에 의하여 특단의 사정이 없는 한 헌법적으로 허용되지 아니하는 것이 원칙이며, 진정소급입법이 허용되는 예외적인 경우로는 일반적으로 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나 법적 상태가 불확실하고 혼란스러웠거나 하여 보호할만한 신뢰의 이익이 적은 경우와 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우 그리고 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우 등을 들 수 있다(헌재결 1998. 9. 30. 97헌바38).

② 현재 진행 중인 사실관계에 작용케 하는 부진정소급입법은 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 교량과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 된다(헌재 1998.11.26. 97헌바58).

④ 법령과 조례규칙은 그 시행일에 관하여 특별한 규정이 없으면 공포한 날부터 20일이 경과함으로써 효력이 발생한다(법령 등 공포에 관한 법률 제13조, 지방자치법 제26조 제7항).

■ **정답** ③

13 갑은 자신이 운영하는 사회복지시설의 재정이 어려워지자 관할 행정청에 보조금을 신청하였으나 거부되었다. 이와 관련한 법률관계에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 갑이 위 거부행위에 대해 취소소송으로 다투기 위해서는 갑에게 보조금을 신청할 수 있는 권리가 성문법령에 규정되어 있어야만 한다.
- ② 갑이 위 거부행위에 대하여 취소소송을 제기하여 다투는 경우에 집행정지를 통한 권리구제는 허용되지 않는다.
- ③ 위 거부행위는 불이익처분이므로 관할 행정청이 갑의 신청을 거부하는 경우에는 「행정절차법」 상 사전통지 절차를 거쳐야 한다.
- ④ 위 거부행위가 있는 후에 갑은 보조금지급을 요구하는 의무이행소송을 제기할 수 있다.

■ 해설 ② 항고소송이라도 부작위위법확인소송과 거부처분 취소소송에서는 집행정지는 허용되지 않는다. 취소소송이더라도 거부처분에 대한 취소소송에 있어서는 그 효력을 정지하여도 신청인의 법적 지위는 거부처분이 없는 상태, 즉 신청시의 상태로 돌아가는 것에 그치고 만다. 따라서 거부처분에 대한 집행정지신청은 신청의 이익이 없어 부적법한 것이 된다. 판례도 이와 같이 보아 국립학교불합격처분(대법원 1963.6.29, 62두9), 투전기업소허가갱신불허가처분(대법원 1991.5.2, 91두15), 교도소장의 접견허가거부처분(대법원 1992.2.13, 91두47) 등 불허가처분에 대한 집행정지신청을 부적법하다고 판시하였다.

① 판례는 일관되게 항고소송의 대상이 되는 거부처분이 되기 위해서는 법규상조리상 신청권이 존재해야 한다고 판시하고 있다(대법원 1991.8.9, 90누8428 등). 따라서 갑에게 보조금을 신청할 수 있는 권리가 성문법령에 규정되어 있지 않아도 조리상 신청권이 인정된다면 거부처분은 처분성이 인정된다.

③ 신청에 대한 거부처분은 사전통지 대상이 아님
신청에 따른 처분이 이루어지지 아니한 경우에는 아직 당사자에게 권익이 부과되지 아니하였으므로 특별한 사정이 없는 한 신청에 대한 거부처분이라고 하더라도 직접 당사자의 권익을 제한하는 것은 아니어서 신청에 대한 거부처분을 여기에서 말하는 '당사자의 권익을 제한하는 처분'에 해당한다고 할 수 없는 것이어서 처분의 사전통지대상이 된다고 할 수 없다(대법원 2003. 11. 28, 2003두674).

④ 행정소송은 의무이행소송이 인정되지 않기 때문에 거부처분은 의무이행소송이 아니라 거부처분 취소소송을 제기하여야 한다.

■ 정답 ②

14 행정처분에 대한 판례의 태도로 옳지 않은 것은?

- ① 과세처분이 있는 후 조세부과의 근거가 되었던 법률규정에 대해 위헌결정이 내려진 경우 그 조세채권의 집행을 위한 체납처분은 그 하자가 중대명백하여 당연무효이다.
- ② 부당한 공동행위의 자진신고자가 한 감면신청에 대해 공정거래위원회가 감면불인정 통지를 한 것은 항고소송의 대상인 행정처분으로 볼 수 없다.
- ③ 행정주체가 구체적인 행정계획을 입안결정할 때 가지는 형성의 자유의 한계에 관한 법리는 주민의 입안제한 또는 변경신청을 받아들여 도시관리계획결정을 할 때에도 동일하게 적용된다.
- ④ 한국방송공사 사장에 대한 해임처분의 무효확인 또는 취소소송 계속 중 임기가 만료되어 그 해임처분의 무효확인 또는 취소를 그 지위를 회복할 수는 없더라도 해임처분일 부터 임기만료일까지 기간에 대한 보수 지급을 구할 수 있는 경우에는 해임 처분의 무효확인 또는 취소를 구할 법률상 이익이 있다.

■ 해설 ② 구 부당한 공동행위 자진신고자 등에 대한 시정조치 등 감면제도 운영고시 제14조 제1항에 따른 시정조치 등 감면신청에 대한 감면불인정 통지는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당

독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제22조의2 제1항, 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령 등 관련 법령의 내용, 형식, 체제 및 취지를 종합하면, 부당한 공동행위 자진신고자 등에 대한 시정조치 또는 과징금 감면 신청인이 고시 제11조 제1항에 따라 자진신고자 등 지위확인을 받는 경우에는 시정조치 및 과징금 감경 또는 면제, 형사고발 면제 등의 법률상 이익을 누리게 되지만, 그 지위확인을 받지 못하고 고시 제14조 제1항에 따라 감면불인정 통지를 받는 경우에는 위와 같은 법률상 이익을 누릴 수 없게 되므로, 감면불인정 통지가 이루어진 단계에서 신청인에게 그 적법성을 다투어 법적 불안을 해소한 다음 조사협조행위에 나아가도록 함으로써 장차 있을지도 모르는 위험에서 벗어날 수 있도록 하는 것이 법치행정의 원리에도 부합한다. 따라서 부당한 공동행위 자진신고자 등의 시정조치 또는 과징금 감면신청에 대한 감면불인정 통지는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 보아야 한다(대법원 2012.09.27, 2010두3541).

① 위헌결정 이후에 별도의 행정처분으로서 다른 재산에 대한 압류처분, 징수처분 등 체납처분절차를 진행하였다면 이는 근거되는 법률이 없는 것이어서 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효라고 하지 않을 수 없다(대판 2002.6.28., 2001다60873).

- ③ 행정주체가 구체적인 행정계획을 입안·결정할 때 가지는 형성의 자유의 한계에 관한 법리가 주민의 입안 제안 또는 변경신청을 받아들여 도시관리계획결정을 하거나 도시계획시설을 변경할 것인지를 결정할 때에도 동일하게 적용되는지 여부(적극)

행정주체가 구체적인 행정계획을 입안·결정할 때에 가지는 비교적 광범위한 형성의 자유는 무제한적인 것이 아니라 행정계획에 관련되는 자들의 이익을 공익과 사익 사이에서는 물론이고 공익 상호 간과 사익 상호 간에도 정당하게 비교교량하여야 한다는 제한이 있는 것이므로, 행정주체가 행정계획을 입안·결정하면서 이익형량을 전혀 행하지 않거나 이익형량의 고려 대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 빠뜨린 경우 또는 이익형량을 하였으나 정당성과 객관성이 결여된 경우에는 행정계획결정은 형량에 하자가 있어 위법하게 된다. 이러한 법리는 행정주체가 구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제26조에 의한 주민의 도시관리계획 입안 제안을 받아들여 도시관리계획결정을 할 것인지를 결정할 때에도 마찬가지이고, 나아가 도시계획시설구역 내 토지 등을 소유하고 있는 주민이 장기간 집행되지 아니한 도시계획시설의 결정권자에게 도시계획시설의 변경을 신청하고, 결정권자가 이러한 신청을 받아들여 도시계획시설을 변경할 것인지를 결정하는 경우에도 동일하게 적용된다고 보아야 한다(대법원 2012.01.12. 2010두5806).

- ④ 해임처분 무효확인 또는 취소소송 계속 중 임기가 만료되어 해임처분의 무효확인 또는 취소를 지위를 회복할 수는 없다고 할지라도, 그 무효확인 또는 취소를 해임처분일로부터 임기만료일까지 기간에 대한 보수 지급을 구할 수 있는 경우에는 해임처분의 무효확인 또는 취소를 구할 법률상 이익이 있다(대법원 2012.2.23. 2011두5001).

■ 정답 ②

15 행정행위의 부관에 대한 판례의 태도로 옳지 않은 것은?

- ① 재량행위에 있어서는 법령상의 근거가 없다고 하더라도 부관을 붙일 수 있다.
- ② 기부채납 받은 행정재산에 대한 사용·수익허가에서 공유재산의 관리청이 정한 사용·수익허가의 기간은 그 허가의 효력을 제한하기 위한 행정행위의 부관으로서 독립하여 행정소송의 대상으로 삼을 수 있다.
- ③ 공무원이 인허가 등 수익적 행정처분을 하면서 그 처분과 부관 사이에 실제적 관련성이 있다고 볼 수 없는 경우 공법상의 제한을 회피할 목적으로 행정처분의 상대방과 사법상 계약을 체결하는 형식을 취하였다면 이는 법치행정의 원리에 반하는 것으로서 위법하다.
- ④ 행정청이 수익적 행정처분을 하면서 부가한 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.

■ 해설 ② 행정행위의 부관은 부담인 경우를 제외하고는 독립하여 행정소송의 대상이 될 수 없는바, 기부채납받은 행정재산에 대한 사용·수익허가에서 공유재산의 관리청이 정한 사용·수익허가의 기간은 그 허가의 효력을 제한하기 위한 행정행위의 부관으로서 이러한 사용·수익허가의 기간에 대해서는 독립하여 행정소송을 제기할 수 없다(대법원 2001. 6. 15. 99두509).

- ① 재량행위에 있어서는 관계법령에 명시적인 금지규정이 없는 한 행정목적 달성을 위하여 조건이나 기한, 부담 등의 부관을 붙일 수 있고, 그 부관의 내용이 이행 가능하고 비례의 원칙 및 평등의 원칙에 적합하며 행정처분의 본질적 효력을 저해하지 아니하는 이상 위법하다고 할 수 없다(대법원 2004. 3. 25. 2003두12837).

- ③ 행정처분과 부관 사이에 실제적 관련성이 있다고 볼 수 없는 경우 공법상의 제한을 회피할 목적으로 사법상 계약을 체결하는 형식을 취하였다면 위법

공무원이 인·허가 등 수익적 행정처분을 하면서 상대방에게 그 처분과 관련하여 이른바 부관으로서 부담을 붙일 수 있다 하더라도, 그러한 부담은 법치주의와 사유재산 존중, 조세법률주의 등 헌법의 기본원리에 비추어 비례의 원칙이나 부당결부의 원칙에 위반되지 않아야만 적법한 것인바, 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.

지방자치단체가 골프장사업계획승인과 관련하여 사업자로부터 기부금을 지급받기로 한 증여계약은 공무수행과 결부된 금전적 대가로서 그 조건이나 동기가 사회질서에 반하므로 민법 제103조에 의해 무효이다(대법원 2009.12.10. 2007다63966).

- ④ ㉠ 행정청이 수익적 행정처분을 하면서 부관으로 부담을 붙이는 방법 ⇨ 행정청이 수익적 행정처분을 하면서 부담을 일방적으로 부가할 수도 있지만 상대방과 협의하여 협약의 형식으로 할 수 있음

수익적 행정처분에 있어서는 법령에 특별한 근거규정이 없다고 하더라도 그 부관으로서 부담을 붙일 수 있고, 그와 같은 부담은 행정청이 행정처분을 하면서 일방적으로 부가할 수도 있지만 부담을 부가하기 이전에 상대방과 협의하여 부담의 내용을 협약의 형식으로 미리 정한 다음 행정처분을 하면서 이를 부가할 수도 있다(대법원 2009.2.12. 2005다65500).

- ㉡ 행정청이 수익적 행정처분을 하면서 사전에 상대방과 체결한 협약상의 의무를 부담으로 부가하였는데 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거 법령이 개정되어 부관을 붙일 수 없게 된 경우, 위 협약의 효력이 소멸하지 않음

행정청이 수익적 행정처분을 하면서 부가한 부담의 위법 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. 따라서 행정처

본의 상대방이 수익적 행정처분을 얻기 위하여 행정청과 사이에 행정처분에 부가할 부담에 관한 협약을 체결하고 행정청이 수익적 행정처분을 하면서 협약상의 의무를 부담으로 부가하였으나 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거 법령이 개정됨으로써 행정청이 더 이상 부관을 붙일 수 없게 된 경우에도 곧바로 협약의 효력이 소멸하는 것은 아니다(대법원 2009.2.12. 2005다65500).

㉔ 고속국도 관리청이 고속도로 부지와 접도구역에 송유관 매설을 허가하면서 상대방과 체결한 협약에 따라 송유관 시설을 이전하게 될 경우 그 비용을 상대방에게 부담하도록 하였고, 그 후 도로법 시행규칙이 개정되어 접도구역에는 관리청의 허가 없이도 송유관을 매설할 수 있게 된 사안에서, 위 협약이 효력을 상실하지 않을 뿐만 아니라 위 협약에 포함된 부관이 부당결부금지의 원칙에도 반하지 않는다(대법원 2009.2.12. 2005다65500).

■ 정답 ②

16 행정소송의 심리에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 소송요건의 존부는 사실심변론종결시를 기준으로 판단한다.
- ② 「행정소송법」은 법원이 직권으로 관계행정청에 자료제출을 요구할 수 있음을 규정하고 있다.
- ③ 법원은 소송제기가 없는 사건에 대하여 심리·재판할 수 없다.
- ④ 법원은 행정소송에서 기록상 자료가 나타나 있다면 당사자가 주장하지 않았더라도 판단할 수 있다.

■ 해설 ② 법원은 당사자의 신청이 있는 때(직권×)에는 결정으로써 재결을 행한 행정청에 대하여 행정심판에 관한 기록의 제출을 명할 수 있다(법 제25조 제1항). 그러나 관계 행정청에게는 기록제출을 요구할 수 있는 규정을 두고 있지 않다.

- ① 소송요건의 충족 여부를 판단하는 기준시점은 사실심변론종결시이다.
- ③ 법원은 소송의 제기가 없는 사건이나 당사자의 청구범위를 넘어서 심리·재판할 수 없다(불고불리원칙).
- ④ 법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다(행정소송법 제26조).

■ 정답 ②

17 행정규칙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 훈령, 지시, 예규, 일일명령 등 행정기관이 그 하급기관이나 소속 공무원에 대하여 일정한 사항을 지시하는 문서는 지시문서이다.
- ② 대법원은 교육부장관이 내신성적산정지침을 시·도 교육감에게 통보한 것은 행정조직 내부에서 내신성적평가에 관한 심사기준을 시달한 것에 불과하다고 보아 위 지침을 행정처분으로 볼 수 없다고 판단하였다.
- ③ 대법원은 제재적 처분의 기준이 부령 형식으로 규정되어 있더라도 그것은 행정청 내부의 사무처리준칙을 정한 것에 지나지 아니하여 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 효력이 없고, 당해 처분의 적법여부는 위 처분기준뿐만 아니라 관계 법령의 규정내용과 취지에 따라야 한다고 판단하였다.
- ④ 대법원은 행정적 편의를 도모하기 위해 법령의 위임을 받아 제정된 절차적 규정을 법령보충적 행정규칙으로 본다.

■ 해설 ④ 구 법인세법에 의하면, 법인은 법인세 신고시 세무조정사항을 기입한 소득금액조정합계표와 유보소득 계산서류인 적정유보 초과소득조정명세서(을) 등을 신고서에 첨부하여 제출하여야 하는데, 위 소득금액조정합계표 작성요령 제4호 단서는 잉여금 증감에 따른 익금산입 및 손금산입 사항의 처분인 경우 익금산입은 기타 사외유출로, 손금산입은 기타로 구분하여 기입한다고 규정하고 있고, 위 적정유보초과소득조정명세서(을) 작성요령 제6호는 각 사업연도 소득금액계산상 배당·상여·기타 소득 및 기타 사외유출란은 소득금액조정합계표의 배당·상여·기타소득 및 기타 사외유출 처분액을 기입한다고 규정하고 있는바, 위와 같은 작성요령은 법률의 위임을 받은 것이기는 하나 법인세의 부과정수라는 행정적 편의를 도모하기 위한 절차적 규정으로서 단순히 행정규칙의 성질을 가지는 데 불과하여 과세관청이나 일반국민을 기속하는 것이 아니므로, 비록 납세의무자가 소득금액조정합계표 작성요령 제4호 단서에 의하여 잉여금 증감에 따라 익금산입된 금액을 기타 사외유출로 처분하였다고 하더라도 그 금액이 사외에 유출된 것이 분명하지 아니한 경우에는 이를 기타 사외유출로 보아 유보소득을 계산함에 있어 공제할 수 없다(대법원 2003.09.05. 2001두403).

- ① 지시문서는 훈령, 지시, 예규, 일일명령 등 행정기관이 그 하급기관 또는 소속 공무원에 대하여 일정 사항을 지시하는 문서이다. 지시문서는 행정규칙의 일종이다.
- ② 교육부장관이 내신성적산정기준의 통일을 기하기 위해 대학입시기본계획의 내용에서 내신성적산정기준에 관한 시행지침을 마련하여 시·도교육감에게 통보한 것은 행정조직 내부에서 내신성적 평가에 관한 내부적 심사기준을 시달한 것에 불과하며, 특정인의 구체적인 권리·의무에 직접적으로 변동을 초래해 하는 것은 아니라 할 것이어서 내신성적산정지침을 학교송의 대상이 되는 행정처분으로 볼 수 없다(대법원 1994.9.10. 94두33).
- ③ 판례는 행정사무처리기준이 총리령과 부령(시행규칙)에 규정되어 있는 경우에는 주로 법규성을 부인하고 행정규칙에 불과

하다고 보면서, 대통령령(시행령)에 규정되어 있는 경우에는 주로 법규명령으로 보고 있다.

■ 정답 ④

18 국민권익위원회에 두는 중앙행정심판위원회가 심리. 재결하는 행정처분이 아닌 것은?

- ① 국가정보원장의 행정처분
- ② 서울특별시 의회의 행정처분
- ③ 대구광역시 교육감의 행정처분
- ④ 해양경찰청장의 행정처분

■ 해설 ① 감사원, 국가정보원장, 그 밖에 대통령령으로 정하는 대통령 소속기관 장("대통령령으로 정하는 대통령 소속기관의 장"이란 대통령비서실장, 국가안보실장, 대통령경호실장 및 방송통신위원회 등)은 당해 행정청에 두는 행정심판위원회에서 심리·재결한다. 즉 국가정보원장의 행정처분은 국가정보원장 소속하에 행정심판위원회를 두는 것이지 중앙행정심판위원회가 심리·재결하는 행정처분이 아니다.

★ 행정심판위원회의 설치(행정심판법 제6조)

당해 행정청 소속의 행정심판위원회	다음 각 호의 행정청 또는 그 소속 행정청(행정기관의 계층구조와 관계없이 그 감독을 받거나 위탁을 받은 모든 행정청을 말하되, 위탁을 받은 행정청은 그 위탁받은 사무에 관하여는 위탁한 행정청의 소속 행정청으로 본다)의 처분 또는 부작위에 대한 행정심판의 청구에 대하여는 다음 각 호의 행정청에 두는 행정심판위원회에서 심리·재결한다. ① 감사원, 국가정보원장, 그 밖에 대통령령으로 정하는 대통령 소속기관 장("대통령령으로 정하는 대통령 소속기관의 장"이란 대통령비서실장, 국가안보실장, 대통령경호실장 및 방송통신위원회를 말한다.) ② 국회사무총장·법원행정처장·헌법재판소사무처장 및 중앙선거관리위원회사무총장 ③ 국가인권위원회, 진실·화해를 위한 과거사 정리위원회, 그 밖에 지위·성격의 독립성과 특수성 등이 인정되어 대통령령으로 정하는 행정청
국민권익위원회에 소속의 중앙행정심판위원회	다음 각 호의 행정청의 처분 또는 부작위에 대한 심판청구에 대하여는 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」에 따른 국민권익위원회에 두는 중앙행정심판위원회에서 심리·재결한다. ① 제1항에 따른 행정청 외의 국가행정기관의 장 또는 그 소속 행정청(예 : 국무총리, 각부장관, 청장, 중앙행정기관소속 지방행정기관 장의 처분) ② 특별시장·광역시장·도지사·특별자치도지사(특별시장·광역시장 또는 특별자치도의 교육감 포함) 또는 특별시·광역시·도·특별자치도의회의(의장, 위원회의 위원장, 사무처장 등 의회 소속 모든 행정청 포함) ③ 「지방자치법」에 따른 지방자치단체조합 등 관계 법률에 따라 국가지방자치단체·공공법인 등이 공동으로 설립한 행정청. 다만, 제3항 제3호에 해당하는 행정청은 제외한다.
시·도지사 소속으로 두는 행정심판위원회	다음 각 호의 행정청의 처분 또는 부작위에 대한 심판청구에 대하여는 시·도지사 소속으로 두는 행정심판위원회에서 심리·재결한다. ① 시·도 소속 행정청 ② 시·도의 관할구역에 있는 시·군·자치구의 장, 소속 행정청 또는 시·군·자치구의 의회(의장, 위원회의 위원장, 사무국장, 사무과장 등 의회 소속 모든 행정청을 포함) ③ 시·도의 관할구역에 있는 둘 이상의 지방자치단체(시·군·자치구)·공공법인 등이 공동으로 설립한 행정청
직근 상급행정기관 소속의 행정심판위원회	제2항 제1호에도 불구하고 대통령령으로 정하는 국가행정기관 소속 특별지방행정기관의 장의 처분 또는 부작위에 대한 심판청구에 대하여는 해당 행정청의 직근 상급행정기관에 두는 행정심판위원회에서 심리·재결한다. ⇒ "대통령령으로 정하는 국가행정기관 소속 특별지방행정기관"은 법무부 및 대검찰청 소속 특별지방행정기관을 말한다. 예를 들면 교도소장의 처분에 대하여는 지방교정청에 행정심판위원회를 둔다.
독립한 제3의 행정심판기관	① 개별법에서 당해 행정청이나 감독행정기관이 아닌 특별한 제3의 행정기관을 행정심판기관으로 하는 경우이다. ② 제3의 기관에 두는 행정심판위원회의 예로는 국세기본법상의 조세심판원이나 국가공무원법상의 소정심사위원회, 교원지위향상을 위한 특별법상 교원소청심사위원회, 특허법상 특허심판원 등을 들 수 있다.

■ 정답 ①

19 행정계획에 대한 판례의 태도로 옳은 것은?

- ① 구 「도시계획법」 상 도시기본계획은 일반 국민에 대한 직접적 구속력을 가진다.
- ② 구 「국토이용관리법」 상 국토이용계획이 확정된 후 일정한 사정의 변동이 있다면 지역주민에게 일반적으로 계획의 변경 또는 폐지를 청구할 권리가 있다.

③ 국토이용계획변경신청을 거부하는 것이 실질적으로 당해 행정처분 자체를 거부하는 결과가 되는 경우에 그 신청인은 국토이용계획변경을 신청할 권리가 있다.

④ 도시계획 구역 내에 토지 등을 소유하고 있는 주민이라 하더라도 도시계획시설변경 입안권자에게 도시계획 입안을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상 신청권이 발생하는 것은 아니다.

■ **해설** ③ 용도변경신청을 부정하게 되면 최종허가를 거부하는 결과가 되는 경우는 처분성 인정

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 경우에는 예외적으로 그 신청인에게 국토이용계획변경을 신청할 권리가 인정된다고 봄이 상당하므로, 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다. 폐기물처리사업계획의 적정통보를 받은 자는 장래 일정한 기간 내에 관계 법령이 규정하는 시설 등을 갖추어 폐기물처리업허가신청을 할 수 있는 법률상 지위에 있다고 할 것인바, 피고로부터 폐기물처리사업계획의 적정통보를 받은 원고가 폐기물처리업허가를 받기 위하여는 이 사건 부동산에 대한 용도지역을 '농림지역 또는 준농림지역'에서 '준도시지역(시설용지지구)'으로 변경하는 국토이용계획변경이 선행되어야 하고, 원고의 위 계획변경신청을 피고가 거부한다면 이는 실질적으로 원고에 대한 폐기물처리업허가신청을 불허하는 결과가 되므로, 원고는 위 국토이용계획변경의 입안 및 결정권자인 피고에 대하여 그 계획변경을 신청할 법규상 또는 조리상 권리를 가진다고 할 것이다(대법원 2001두10936).

- ① 도시기본계획은 도시의 기본적인 공간구조와 장기발전방향을 제시하는 종합계획으로서 그 계획에는 토지이용계획, 환경계획, 공원녹지계획 등 장래의 도시개발의 일반적인 방향이 제시되지만, 그 계획은 도시계획입안의 지침이 되는 것에 불과하여 일반 국민에 대한 직접적인 구속력은 없는 것이다(대법원 2002. 10. 11, 2000두8226).
- ② 도시계획과 같이 장기성·종합성이 요구되는 행정계획에 있어서는 그 계획이 일단 확정된 후에 어떤 사정의 변동이 있다고 하여 지역주민에게 일일이 그 계획의 변경을 청구할 권리를 인정해 줄 수도 없는 것이 이치이므로, 피고가 원고의 도시계획시설변경신청을 불허한 행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다(대법원 1984. 10. 24, 84누227; 대법원 1994. 12. 9, 94누8433).
- ④ 도시계획입안제안과 관련하여서는 주민이 입안권자에게 도시계획의 입안을 제안할 수 있고, 위 입안제안을 받은 입안권자는 그 처리결과를 제안자에게 통보하도록 규정하고 있는 점 등과 헌법상 개인의 재산권 보장의 취지에 비추어 보면, 도시계획구역 내 토지 등을 소유하고 있는 주민으로서는 입안권자에게 도시계획입안을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리의 상의 신청권이 있다고 할 것이고, 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대법원 2004. 4. 28, 2003두1806).

■ **정답** ③

20 행정법상 기본원칙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① (가)원칙에 따라 노후된 건축물을 개수하여 붕괴위험을 충분히 방지할 수 있다면 스스로 원하지 않는다는 한도에서 철거 명령을 내려서는 안 되는데, (가)원칙 중 필요성원칙이 적용된 결과이다.
- ② (나)원칙의 요건 중 귀책사유라 함은 행정청의 견해표명의 하자가 상대방 등 관계자의사실은폐 등 부정행위에 기인한 것이거나 그러한 부정행위가 없다고 하더라도 하자가 있음을 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 경우 등을 의미한다.
- ③ 재량권행사의 준칙인 규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이루어지면 평등의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되고, 그러한 경우에는 대외적인 구속력을 가지게 된다는 것이 판례의 입장이며, (다)원칙은 신뢰보호의 원칙과는 무관하다고 한다.
- ④ (라)원칙은 신의성실원칙에서 파생된 원칙으로서 공법관계 가운데 권력관계뿐 아니라 관리관계에도 적용되어야 함을 배제할 수는 없다.

■ **해설** ③ (다)원칙은 자기구속의 원칙과 관련된 내용이다. 행정규칙이 일반적으로 대외적인 구속력을 갖는 것은 아니지만 법령의 규정에 의하여 행정관청에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여할 경우, 재량권 행사의 준칙이 되풀이 됨으로 행정관행이 이룩되어 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관이 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는 경우에는 대외적인 구속력을 가지게 된다(헌재 1990. 9. 3, 90헌바13). 즉 자기구속의 원칙은 **평등의 원칙 내지 신뢰보호원칙**을 근거로 인정된다.

- ① (가)원칙은 비례의 원칙에 대한 설명이다. 노후된 건축물을 개수하여 붕괴위험을 충분히 방지할 수 있다면 스스로 원하지 않는다는 한도에서 철거 명령을 내려서는 안 된다는 것은 비례의 원칙 중에서 필요성(=최소침해원칙)의 원칙에 관한 설명이다.
- ② (나)원칙은 신뢰보호원칙의 요건 중에서 귀책사유가 없을 것, 즉 보호가치 있는 신뢰에 대한 설명이다.
- ④ (라)원칙은 실권의 법리에 대한 설명이다. 실권 또는 실효의 법리는 법의 일반원리인 신의성실원칙에 바탕을 둔 파생원칙적인 것이므로 공법관계 가운데 관리관계는 물론이고 권력관계도 적용되어야 한다(대법원 1988. 6. 14, 80다3231).

■ **정답** ③