

## 서울시 9급

### 01. 행정법령의 적용에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2015년 서울 9급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- ① 과거에 완성된 사실에 대하여 당사자에게 불리하게 제정 또는 개정된 신법을 적용하는 것은 당사자의 법적 안정성을 해치는 것이므로 어떠한 경우에도 허용될 수 없다.
- ② 「소득세법」이 개정되어 세율이 인상된 경우, 법 개정 전부터 개정법이 발효된 후에까지 걸쳐 있는 과세기간(1년)의 전체 소득에 대하여 인상된 세율을 적용하는 것은 재산권에 대한 소급적 박탈이 되므로 위법하다.
- ③ 건설업면허수첩 대여행위가 그 행위 후 법령 개정으로 취소사유에서 삭제되었다면, 신법을 적용하여 건설업면허취소를 취소하여야 한다.
- ④ 행정법규 위반자에 대한 제재처분을 하기 전에 처분의 기준이 행위시보다 불리하게 개정되었고 개정법에 경과규정을 두는 등의 특별한 규정이 없다면, 행위시의 법령을 적용하여야 한다.

해설 ㉠ 출제 영역 및 유형 : 시간적 효력, 판례

- ① [X] : 소급입법은 새로운 입법으로 이미 종료된 사실관계 또는 법률관계에 작용하도록 하는 진정소급입법과 현재 진행 중인 사실관계 또는 법률관계에 작용하도록 하는 부진정소급입법으로 나눌 수 있는바, 부진정소급입법은 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 교량과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 되는 데 반하여, **진정소급입법은 개인의 신뢰보호와 법적 안정성을 내용으로 하는 법치국가원리에 의하여 특단의 사정이 없는 한 헌법적으로 허용되지 아니하는 것이 원칙이나 예외적으로 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나, 법적 상태가 불확실하고 혼란스러웠거나 하여 보호할 만한 신뢰의 이익이 적은 경우와 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우, 그리고 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우에는 허용될 수 있다**(헌재 2011.3.31. 2008헌바141 등).
- ② [X] : 과세단위가 시간적으로 정해지는 조세에 있어 **과세표준기간인 과세연도 진행 중에 세율인상 등 납세의무를 가중하는 세법의 제정이 있는 경우에는 이미 충족되지 아니한 과세요건을 대상으로 하는 강화상 이른바 부진정소급효의 경우이므로 그 과세연도 개시 시에 소급적용이 허용된다**(대판 1983.4.26. 81누423). 따라서 2015년 5월에 세율을 인상하는 법이 개정되어 해당 연도인 2015년(1월-12월)에 적용하는 것은 부진정소급적용이므로 허용된다.
- ③ [X] : **건설업자인 원고가 소외인에게 면허수첩을 대여한 것이 그 당시 시행된 「건설업법」 제38조 제1항 제8호 소정의 건설업면허 취소사유에 해당된다면 그 후 「같은 법 시행령」 제3조 제1항이 개정되어 건설업면허 취소사유에 해당하지 아니하게 되었다 하더라도 국토교통부장관은 그 면허수첩 대여행위 당시 시행된 「건설업법」 제38조 제1항 제8호를 적용하여 원고의 건설업면허를 취소하여야 할 것이다**(대판 1982.12.28. 82누1).
- ④ [O] : 법령이 변경된 경우 신법령이 피작용자에게 유리하여 이를 적용하도록 하는 경과규정을 두는 등의 특별한 규정이 없는 한 「헌법」 제13조 등의 규정에 비추어 볼 때 그 변경 전에 발생한 사항에 대하여는 변경 후의 신법령이 아니라 변경 전의 구 법령이 적용되어야 한다. 따라서 구 「건설업법」 시행 당시에 건설업자가 도급받은

건설공사 중 전문공사를 그 전문공사를 시공할 자격 없는 자에게 하도급한 행위에 대하여 「건설산업기본법」 시행 이후에 과징금 부과처분을 하는 경우, 과징금의 부과상한은 「건설산업기본법」 부칙 제5조 제1항에 의하여 피적용자에게 유리하게 개정된 「건설산업기본법」 제82조 제2항에 따르되, 구체적인 부과기준에 대하여는 처분 시의 시행령이 행위시의 시행령보다 불리하게 개정되었고 어느 시행령을 적용할 것인가에 대하여 특별한 규정이 없으므로, 행위시의 시행령을 적용하여야 한다(대판 2002.12.10. 2001두3228).

[정답] ④

02. 판례에 따른 때, 사법관계에 해당하는 것을 모두 고른 것은? 2015년 서울 9급 [중요도 ★★, 난이도 上]

- ㉠. 국유재산 무단점유자에 대한 변상금 부과처분
- ㉡. 국유(잡종)재산에 관한 대부료의 납부고지
- ㉢. 지방자치단체에 근무하는 청원경찰의 근무관계
- ㉣. 농지개량조합의 직원에 대한 징계처분
- ㉤. 구 「지방재정법 시행령」 제71조의 규정에 따라 기부채납받은 공유재산을 무상으로 기부자에게 사용을 허용하는 행위
- ㉥. 환매권의 행사
- ㉦. 서울특별시지하철공사 임직원의 근무관계

- ① ㉠, ㉡, ㉢, ㉥
- ② ㉠, ㉢, ㉤, ㉥
- ③ ㉡, ㉢, ㉤, ㉦
- ④ ㉡, ㉤, ㉥, ㉦

**해설** 출제 영역 및 유형 : 공·사법관계, 판례

- ㉠. [X] : 국유재산의 관리청이 그 무단점유자에 대하여 하는 변상금 부과처분은 순전히 사경제주체로서 행하는 사법상의 법률행위라 할 수 없고, 이는 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행한 것으로서 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 보아야 한다(대판 1988.2.23. 87누1046 ; 대판 2000.11.24. 2000다28568 등).
- ㉡. [O] : 국유잡종(현 일반)재산에 관한 관리·처분의 권한을 위임받은 기관이 국유잡종재산을 대부하는 행위는 국가가 사경제 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 행하는 사법상의 계약이고, 행정청이 공권력의 주체로서 상대방의 의사 여하에 불구하고 일방적으로 행하는 행정처분이라고 볼 수 없으며, 국유잡종재산에 관한 대부료의 납부고지 역시 사법상의 이행청구에 해당하고, 이를 행정처분이라고 할 수 없다(대판 2000.2.11. 99다61675).
- ㉢. [X] : 국가나 지방자치단체에 근무하는 청원경찰은 「국가공무원법」이나 「지방공무원법」상의 공무원은 아니지만, 다른 청원경찰과는 달리 그 임용권자가 행정기관의 장이고, 국가나 지방자치단체로부터 보수를 받으며, 「산업재해보상보험법」이나 「근로기준법」이 아닌 「공무원연금법」에 따른 재해보상과 퇴직급여를 지급받고, 직무상의 불법행위에 대하여도 「민법」이 아닌 「국가배상법」이 적용되는 등의 특질이 있으며 그 외 임용자격, 직무, 복무의무 내용 등을 종합하여 볼 때, 그 근무관계를 사법상의 고용계약관계로 보기는 어려우므로 그에 대한 징계처분의 시정을 구하는 소는 행정소송의 대상이지 민사소송의 대상이 아니다(대판 1993.7.13. 92다47564).
- ㉣. [X] : 농지개량조합과 그 직원과의 관계는 사법상의 근로계약관계가 아닌 공법상의 특별권력관계이고, 조합의 직원에 대한 징계처분의 취소를 구하는 소송은 행정소송에 속한다(대판 1995.6.9. 94누10870).

ㄴ. [O] : 지방자치단체가 구 「지방재정법 시행령」 제71조(현 제83조)의 규정에 따라 **기부채납받은 공유재산을 무상으로 기부자에게 사용을 허용하는 행위**는 사경제 주체로서 상대방과 대등한 입장에서 하는 사법상 행위이지 행정청이 공권력의 주체로서 행하는 공법상 행위라고 할 수 없으므로, 기부자가 기부채납한 부동산을 일정기간 무상 사용한 후에 한 사용허가기간 연장신청을 거부한 행정청의 행위도 단순한 사법상의 행위일 뿐 행정처분 기타 공법상 법률관계에 있어서의 행위는 아니다(대판 1994.1.25. 93누7365).

ㄷ. [O] : **환매권**은 일종의 형성권으로서 그 존속기간은 제척기간으로 보아야 할 것이며, 위 환매권은 재판상이든 재판외이든 그 기간 내에 행사하면 이로써 매매의 효력이 생기고, 위 매매는 **환매권자와 국가 간의 사법상의 매매**라 할 것이다(대판 1992.4.24. 92다4673).

ㄹ. [O] : **서울특별시 지하철공사의 임원과 직원의 근무관계의 성질**은 「지방공기업법」의 모든 규정을 살펴봐도 공법상의 관계라고는 볼 수 없고 사법관계에 속할 뿐만 아니라, 위 지하철공사의 사장이 그 이사회에 결의를 거쳐 제정된 인사규정에 의거하여 소속 직원에 대한 징계처분을 한 경우 위 사장은 「행정소송법」 제13조 제1항 본문과 제2조 제2항 소정의 행정청에 해당되지 않으므로 공권력 발동 주체로서 위 징계처분을 행한 것으로 볼 수 없고, 따라서 이에 대한 불복절차는 민사소송에 의할 것이지 행정소송에 의할 수는 없다(대판 1989.9.12. 89누2103).

[정답] ④

### 03. 행정상 입법에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2015년 서울 9급 [중요도 ★, 난이도 下]

- ① 국민안전처장 · 인사혁신처장과 같은 국무총리 직속기관은 부령제정권을 가진다.
- ② 「헌법」이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 예시적이라는 것이 헌법재판소의 견해이다.
- ③ 상위법령의 시행에 관하여 필요한 절차 및 형식에 관한 사항을 규정하는 집행명령은 상위법령의 명시적 수권이 없는 경우에도 발할 수 있다.
- ④ 위임명령의 경우에는 법률유보원칙이 적용된다.

**해설** ㄹ 출제 영역 및 유형 : 법규명령, 이론+판례

① [X] : 대통령령은 대통령만이, 총리령은 국무총리만이, 부령은 각부장관만이 제정할 수 있다. 따라서 **각처의 장은 부령제정권을 가지지 못한다**.

② [O] : 「헌법」 제40조와 「헌법」 제75조, 제95조의 의미를 살펴보면, 국회입법에 의한 수권이 입법기관이 아닌 행정기관에게 법률 등으로 구체적인 범위를 정하여 위임한 사항에 관하여는 당해 행정기관에게 법정립의 권한을 갖게 되고, 입법자가 규율의 형식도 선택할 수 있다 할 것이므로, 「헌법」이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 **예시적인 것으로 보아야 할 것이고, 그것은 법률이 행정규칙에 위임하더라도 그 행정규칙은 위임된 사항만을 규율할 수 있으므로, 국회입법의 원칙과 상치되지도 않는다**(헌재 2006.12.28. 2005헌비59 ; 헌재 2004.10.28. 99헌바91).

③ [O] : 법규명령 중 **집행명령**은 상위법령의 수권 없이도 제정할 수 있다. 따라서 집행명령에는 법률유보의 원칙이 적용되지 않는다.

④ [O] : 법규명령 중 **위임명령**은 상위법령의 위임이 있어야 하고 또 그 위임받은 범위 내에서 제정할 수 있다. 따라서 위임명령에는 법률유보의 원칙이 적용된다.

[정답] ①

04. 행정행위에 관한 설명으로 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2015년 서울 9급 [중요도 ★★, 난이도 下]

- ㄱ. 행정권한을 위임받은 사인도 행정청으로서 행정행위를 할 수 있다.
- ㄴ. 부하 공무원에 대한 상관의 개별적인 직무명령은 행정행위가 아니다.
- ㄷ. 일정한 불복기간이 경과하거나 재송수단을 다 거친 후에는 더 이상 행정행위를 다룰 수 없게 되는 효력을 행정행위의 불가변력이라 한다.
- ㄹ. 판례에 따르면 행정행위의 집행력은 행정행위의 성질상 당연히 내재하는 효력으로서 별도의 법적 근거를 요하지 않는다.
- ㅁ. 지방경찰청장이 횡단보도를 설치하여 보행자통행방법 등을 규제하는 것은 행정행위에 해당한다.

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

**해설** ㄱ 출제 영역 및 유형 : 행정행위의 개념과 효력, 이론

ㄱ. [O] : 공무원수탁사인은 행정주체인 동시에 행정청이므로 행정행위를 할 수가 있다.  
 ㄴ. [O] : 행정행위는 행정청이 구체적 사실에 대한 법집행으로 대외적 효과를 가지는 권력적 단독행위이다. 따라서 상급자의 **직무명령**은 대외적 효력을 가지는 행위가 아니므로 행정행위가 아니다.  
 ㄷ. [X] : **불가변력**(실질적 확정력)이란 ‘행정청’에 대하여 발생하는 효력으로서, **위법한 행정행위는 행정청이 자유로이 취소·철회 또는 변경할 수 있는 것이 원칙이지만, 일정한 행정행위의 경우에는 그 성질상 행정청 자신도 취소·철회 또는 변경할 수 없게 하는 힘을 말한다.** 지문은 불가쟁력(형식적 확정력)에 관한 내용이다.  
 ㄹ. [X] : 행정행위의 (자력)**집행력**은 의무를 부과하는 행정행위에 추가하여 개인의 자유와 재산을 침해할 수 있기 때문에 **행정행위와는 별도의 법적 근거가 있어야만 인정된다.**  
 ㅁ. [O] : 횡단보도의 설치의 보행자의 통행방법을 규제하는 것으로서 국민의 권리·의무에 직접 관계가 있는 행정처분이다(대판 2000.10.27. 98두8964 ; 광주고법 1998.4.24. 97구3209).

[정답] ④

05. 행정행위의 하자에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? 2015년 서울 9급 [중요도 ★, 난이도 下]

- ① 무권한은 중대·명백한 하자이므로 항상 무효사유라는 것이 판례의 입장이다.
- ② 무효선언을 취소소송의 형식으로 주장하는 경우에는 제소기간 등 취소소송의 요건을 갖추어야 한다는 것이 판례의 입장이다.
- ③ 취소사유인 하자가 있는 행정행위에 대해서는 사정재결, 사정판결이 인정된다는 것이 판례의 입장이다.
- ④ 명백성보충요건설에서는 행정행위의 무효의 기준으로 중대성요건만을 요구하지만, 제3자나 공공의 신뢰보호의 필요가 있는 경우에는 보충적으로 명백성요건도 요구한다.

- ① [X] : 행정청의 권한에는 사무의 성질 및 내용에 따르는 제약이 있고, 지역적·대인적으로 한계가 있으므로 이러한 권한의 범위를 넘어서는 권한유월의 행위는 무권한 행위로서 원칙적으로 무효라고 할 것이나, 5급 이상의 국가정보원직원에 대한 의원면직처분이 임면관자인 대통령이 아닌 국가정보원장에 의해 행해진 것으로 위법하고, 나아가 국가정보원직원의 명예퇴직원 내지 사직서 제출이 직위해제 후 1년여에 걸친 국가정보원장 측의 중용에 의한 것이었다는 사정을 감안한다 하더라도 그러한 하자가 중대한 것이라고 볼 수는 없으므로 대통령의 내부결재가 있었는지에 관계없이 당연무효는 아니라고 할 것이다(대판 2007.7.26. 2005두15748). 그리고 적법한 권한위임 없이 세관출장소장에 의하여 행하여진 관세부과처분은 그 하자가 중대하기는 하지만 객관적으로 명백하다고 할 수 없으므로 당연무효는 아니라고 할 것이다(대판 2004.11.26. 2003두2403).
- ② [O] : 행정처분의 당연무효를 선언하는 의미에서 취소를 구하는 행정소송을 제기한 경우에도 제소기간의 준수 등 취소소송의 제소요건을 갖추어야 한다(대판 1993.3.12. 92누11039).
- ③ [O] : 당연무효의 행정처분을 소송목적물로 하는 행정소송에서는 존치시킬 효력이 있는 행정행위가 없기 때문에 「행정소송법」 제28조 소정의 사정판결을 할 수 없다(대판 1996.3.22. 95누5509). 즉 사정제결·사정판결은 취소할 수 있는 행정행위에 대해서는 인정되나, 무효인 행정행위에는 인정되지 않는다.
- ④ [O] : 명백성보충요건설은 하자의 중대성만으로도 행정행위가 무효로 되나, 제3자나 공공의 신뢰보호의 필요가 있는 경우에는 하자의 중대성 외에 명백성도 무효의 요건이 된다는 견해이다.

[정답] ①

06. 「행정절차법」상의 처분절차에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2015년 서울 9급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- ① 행정청은 신청에 구비서류의 미비 등 흠이 있는 경우에는 보완에 필요한 상당한 기간을 정하여 지체 없이 신청인에게 보완을 요구하여야 한다.
- ② 당사자 등은 공표된 처분기준이 명확하지 아니한 경우 해당 행정청에 그 해석 또는 설명을 요청할 수 있으며, 이 경우 해당 행정청은 특별한 사정이 없으면 그 요청에 따라야 한다.
- ③ 퇴직연금의 환수결정과 같이 법령상 확정된 불이익처분의 경우에도 당사자에게 의견진술의 기회를 주지 않았다면 「행정절차법」 위반이 된다.
- ④ 행정처분의 상대방이 통지된 청문일시에 불출석하였다는 이유만으로는 관계 법령상 요구되는 청문절차 없이 침해적 행정처분을 할 수는 없다.

- ① [O] : 「행정절차법」 제17조 제5항.
- ② [O] : 「행정절차법」 제20조 제3항.
- ③ [X] : 퇴직연금의 환수결정은 당사자에게 의무를 과하는 처분이기는 하나, 관련 법령에 따라 당연히 환수금액이 정하여지는 것이므로, 퇴직연금의 환수결정에 앞서 당사자에게 의견진술의 기회를 주지 아니하여도 「행정절차법」 제22조 제3항이나 신의칙에 어긋나지 아니한다(대판 2000.11.28. 99두5443).
- ④ [O] : 행정처분의 상대방이 통지된 청문일시에 불출석하였다는 이유만으로 행정청이 관계 법령상 그 실사가

요구되는 청문을 실시하지 아니한 채 침해적 행정처분을 할 수는 없을 것이므로, 행정처분의 상대방에 대한 청문 통지서가 반송되었다거나, 행정처분의 상대방이 청문일시에 불출석하였다는 이유로 청문을 실시하지 아니하고 한 침해적 행정처분은 위법하다(대판 2001.4.13. 2000두3337).

[정답] ③

07. 행정행위의 철회가 제한되는 경우에 해당하는 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2015년 서울 9급 [중요도 ★★, 난이도 下]

- ① 행정행위에 수반되는 법정 의무 또는 부관에 의한 의무 등을 위반하거나 불이행한 경우
- ② 수익적 행정처분의 경우
- ③ 사실관계나 법적 상황의 변경으로 인한 행정행위의 존속이 공익상 중대한 장애가 된 경우
- ④ 당사자의 신청이나 동의가 있는 경우

해설  출제 영역 및 유형 : 철회사유, 이론+판례

① [X], ③ [X], ④ [X] : 행정행위의 **철회사유**로는 (1) 법령에 규정된 철회사유에 해당하는 경우, (2) 철회권이 유보(부관)된 경우, (3) 상대방의 의무 위반이 있는 경우, (4) 부담 불이행, (5) 사정변경이 있는 경우(사실관계의 변동·근거법령의 개폐와 같은 법적 상황의 변동), (6) 중대한 공익상의 필요가 발생한 경우, (7) 목적 달성 혹은 목적 달성의 불가능, (8) 당사자의 신청이나 동의가 있는 경우(견해 대립 有) 등이 있다.

② [O] : 행정청은 침익적(부담적) 행정처분을 자유롭게 철회할 수 있음이 원칙이나, 수익적 행정처분나 제3자효 행정처분은 그 철회로 법적 안정성과 신뢰보호를 해칠 수 있기 때문에 자유롭게 철회할 수 없다(대판 2004.11.26. 2003두10251).

[정답] ②

08. 다음 중 행정대집행에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2015년 서울 9급 [중요도 ★★★, 난이도 中]

- ① 법률상 시설설치 금지의무를 위반하여 시설을 설치한 경우 별다른 규정이 없어도 대집행요건이 충족된다.
- ② 공원매점에서 퇴거할 의무는 비대체적 작위의무이기 때문에 「행정대집행법」에 의한 대집행의 대상이 되는 것은 아니다.
- ③ 행정대집행이 가능함에도 불구하고 「민사집행법」상 강제집행의 방법으로 시설물의 철거를 구하는 것은 허용되지 않는다.
- ④ 「행정대집행법」에 의하면 법령에 의해 직접 성립하는 의무도 행정대집행의 대상이 될 수 있다.

해설  출제 영역 및 유형 : 대집행, 법령+판례

① [X] : **부작위의무인 시설설치 금지의무를 위반하여 금지된 건축물·옥외광고물·도로장애물 등을 시설한 경우** 그 시설에 대하여 곧바로 대집행을 할 수는 없고, 법령의 근거(예컨대 건축법 제79조, 옥외광고물 등 관리법 제10조, 도로법 제83조, 하천법 제69조 등)에 따라 작위의무를 부과(예컨대 철거명령)하여 그 부작위의무를 작위의무

로 전환한 후에 그 직무의 불이행에 대해 대집행을 할 수가 있다(대판 1996.6.28. 96누4374 참조).

- ② [O] : 도시공원시설인 매점의 관리청이 그 공동점유자 중의 1인에 대하여 소정의 기간 내에 위 매점으로부터 퇴거하고 이에 부수하여 그 판매시설물 및 상품을 반출하지 아니할 때에는 이를 대집행하겠다는 내용의 예고처분은 그 주된 목적이 매점의 원형을 보존하기 위하여 점유자가 설치한 불법시설물을 철거하고자 하는 것이 아니라, 매점에 대한 점유자의 점유를 배제하고 그 점유이전을 받는 데 있다고 할 것인데, 이러한 의무는 그것을 강제적으로 실현함에 있어 직접적인 실행행사가 필요한 것이지 대체적 직무의무에 해당하는 것은 아니어서 직접강제의 방법에 의하는 것은 별론으로 하고 「행정대집행법」에 의한 대집행의 대상이 되는 것은 아니다(대판 1998.10.23. 97누157).
- ③ [O] : 행정상 강제집행이 가능한 경우에는 민사상 강제집행은 허용되지 않는다. 행정대집행의 절차가 인정되는 경우에는 따로 민사소송의 방법으로 시설물의 철거·수거 등 공법상 의무의 이행을 구하는 것은 허용되지 않는다(대판 2009.6.11. 2009다1122 ; 대판 2000.5.12. 99다18909).
- ④ [O] : 법률(법률의 위임에 의한 명령, 지방자치단체의 조례를 포함한다)에 의하여 직접 명령되었거나(법규하명) 또는 법률에 의거한 행정청의 명령에 의한 행위(행정행위로서의 하명처분)로서 타인이 대신하여 행할 수 있는 행위를 의무자가 이행하지 아니하는 경우 다른 수단으로써 그 이행을 확보하기 곤란하고 또한 그 불이행을 방지함이 심히 공익을 해할 것으로 인정될 때에는 당해 행정청은 스스로 의무자가 하여야 할 행위를 하거나 또는 제3자로 하여금 이를 하게 하여 그 비용을 의무자로부터 징수할 수 있다(행정대집행법 제2조).

[정답] ①

09. 「국가배상법」 내지 국가배상책임에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? 2015년 서울 9급 [중요도 ★★, 난이도 下]

- ① 행정상 손해배상에 관하여는 「국가배상법」이 일반법적 지위를 갖는다고 본다.
- ② 「국가배상법」은 직무행위로 인한 행정상 손해배상에 대하여 무과실책임을 명시하고 있다.
- ③ 「국가배상법」은 외국인이 피해자인 경우에는 해당 국가와 상호 보증이 있을 때에만 적용한다.
- ④ 국가배상책임을 공법적 책임으로 보는 견해는 국가배상청구소송은 당사자소송으로 제기되어야 한다고 보나, 재판실무에서는 민사소송으로 다루고 있다.

해설 출제 영역 및 유형 : 손해배상, 법령+이론+판례

- ① [O] : 「국가배상법」은 행정상 손해배상에 관한 일반법이라 할 수 있다.
- ② [X] : 「국가배상법」 제2조는 공무원의 고의·과실을 요건으로 규정하고 있다. 이에 반해 「국가배상법」 제5조에 의한 배상책임은 공공의 영조물의 설치·관리상 하자가 있다고 하는 객관적 사실만으로도 성립하고, 또 「국가배상법」 제2조와 달리 공무원의 고의·과실을 요건으로 규정하고 있지 않으므로 무과실책임이다.
- ③ [O] : 「국가배상법」 제7조
- ④ [O] : 「국가배상법」을 공법으로 보는 통설에 의하면 국가배상소송은 공법상 당사자소송으로 제기하여야 한다. 그러나 대법원 판례는 「국가배상법」을 「민법」의 특별법으로서 사법에 해당한다고 보아 국가배상청구소송을 민사소송으로 제기하여야 된다는 입장이다(대판 1972.10.10. 69다701).

[정답] ②

10. 행정심판과 행정소송의 관계에 관한 설명으로 가장 타당한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2015년 서울 9급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- ① 양자는 행정권에 대한 국민의 권리구제 기능을 한다는 점에서는 공통되지만, 행정소송이 제3자 기관인 법원에 의해 심판되므로 당사자가 청구한 범위 내에서만 심리·판단하는 데 대하여, 행정심판은 행정조직 내에서 자기통제 기능을 겸하기 때문에 심판청구의 대상이 되는 처분 또는 부작위 외의 사항에 대하여도 재결할 수 있다.
- ② 행정소송은 철저한 대심주의를 관철하여 당사자가 제출한 공격·방어방법에 한정하여서만 심리·판단하지만, 행정심판에서는 직권탐지주의를 원칙으로 한다.
- ③ 행정심판에서는 변경재결과 같이 원처분을 적극적으로 변경하는 것도 가능하다.
- ④ 행정심판과 행정소송이 동시에 제기되어 진행 중 행정심판의 인용재결이 행해지면 동일한 처분 등을 다투는 행정소송에 영향이 없지만, 기각재결이 있으면 행정소송은 소의 이익을 상실한다.

**해설** 출제 영역 및 유형 : 행정심판과 행정소송, 법령+이론+판례

- ① [X] : 행정소송에 있어서 법원은 당사자가 청구한 범위를 넘어서까지 심리·판단할 수 없고(대판 1999.5.25. 99두1052), 행정심판위원회는 심판청구의 대상이 되는 처분 또는 부작위 외의 사항에 대하여는 재결하지 못한다(행정심판법 제47조 제1항). 즉 불고불리의 원칙은 행정심판과 행정소송에 모두 적용된다.
- ② [X] : (1) 대심주의란 대립하는 분쟁당사자들의 서로 대등한 입장에서 공격·방어를 하고 이를 바탕으로 심리를 진행하는 제도를 말하고, 직권탐지(심리)주의란 심리의 진행을 심리기관의 직권으로 함과 동시에 필요한 자료를 당사자에게만 의존하지 않고 직권으로 수집하는 제도를 말한다. 「행정심판법」은 대심주의를 원칙으로 하면서(제17조 제1항 참조), 직권탐지주의를 보충적으로 인정(제39조)하고 있다. (2) 법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다(행정소송법 제26조). 즉 행정소송의 경우에도 변론주의를 원칙으로 하면서, 직권탐지주의를 보충적으로 인정(제39조)하고 있다.
- ③ [O] : 행정청의 위법 또는 부당한 처분을 취소하거나 변경하는 취소심판(행정심판법 제5조 제1호)에서, “**변경**”이란 취소소송에서와는 달리 적극적 변경(예컨대 허가취소처분을 영업정지처분으로 변경)을 의미한다.
- ④ [X] : 행정심판과 행정소송이 동시에 제기되어 진행 중 행정심판의 인용재결이 행해지면 동일한 처분 등을 다투는 행정소송은 더 이상 해당 처분의 효력을 다룰 법률상의 이익이 없게 된다(대판 1997.5.30. 96누18632). 그러나 기각재결이 있는 경우에는 행정소송에 영향을 미치지 못한다.

[정답] ③

11. 신뢰보호원칙에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2015년 서울 9급 [중요도 ★★, 난이도 下]

- ① 헌법재판소와 대법원은 이론적 근거를 사회국가원리에서 찾고 있다.
- ② 제3자의 정당한 이익까지 희생시키면서 신뢰보호원칙이 관철되어야 한다.
- ③ 신뢰보호원칙의 요건은 행정청의 적법한 선행조치, 보호가치가 있는 사인의 신뢰, 신뢰에 기한 사인의 처리, 인과관계, 선행행위에 반하는 후행처분이다.

- ④ 행정청의 확약 또는 공적 견해표명이 있는 후에 사실적·법률적 상태가 변경되었다면, 그와 같은 확약 또는 공적 의사표명은 행정청의 별다른 의사표시를 기다리지 않고 실효된다.

**해설** ㉞ 출제 영역 및 유형 : 신뢰보호, 이론+판례

- ① [X] : 신뢰보호원칙의 이론적 근거에 대해서는 신의칙설, 법적 안정성설(통설), 사회국가원리설 등이 대립하고 있다. 대법원은 종래 신의칙설을 취한 것으로 이해되었으나(대판 1996.1.23. 95누13746), 그 후에는 “법령의 개정에서 신뢰보호원칙이 적용되어야 하는 이유는……법적 안정성이 크게 저해되기 때문”이라고 판시하여 법적 안정성설의 입장에 있다(대판 전합 2007.10.29. 2005두4649). 그리고 헌법재판소는 “신뢰보호원칙은 헌법상 법치국가의 원칙으로부터 파생되는 것”으로 보고 있다(헌재 2011.7.28. 2009헌바311).
- ② [X] : 일반적으로 행정상의 법률관계에 있어서 행정청의 행위에 대하여 **신뢰보호의 원칙이 적용**되기 위하여는, 행정청이 공적인 견해표명에 따른 행정처분을 할 경우 이로 인하여 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 경우가 아니어야 한다(대판 2001.9.28. 2000두8684 ; 대판 2008.1.17. 2006두10931).
- ③ [X] : 신뢰보호원칙의 성립요건으로는, (1) 행정기관(행정청)의 선행조치(공적 견해표명), (2) 보호가치 있는 사인의 신뢰(귀책사유)의 부존재와 그 신뢰에 의한 사인의 처리행위, (3) 행정기관(행정청)의 선행조치와 사인의 신뢰에 의한 처리행위 사이의 인과관계, (4) 행정기관(행정청)의 선행조치에 반하는 처분, (5) 공익이나 제3자의 이익을 현저히 해할 우려가 없을 것 등을 들 수 있다(대판 2006.6.9. 2004두46 ; 대판 2008.1.17. 2006두10931 등 참조). 그런데 선행조치의 적법성은 요건이 아니다. 즉 위법한 행위도 당연무효가 아닌 한 선행조치에 포함될 수 있다.
- ④ [O] : 행정청이 상대방에게 장차 어떤 처분을 하겠다고 확약 또는 공적인 의사표명을 하였다고 하더라도, 그 자체에서 상대방으로 하여금 언제까지 처분의 발령을 신청을 하도록 유효기간을 두었는데도 그 기간 내에 상대방의 신청이 없었다거나 **확약 또는 공적인 의사표명이 있는 후에 사실적·법률적 상태가 변경되었다면**, 그와 같은 확약 또는 공적인 의사표명은 행정청의 별다른 의사표시를 기다리지 않고 실효된다(대판 1996.8.20. 95누10877).

[정답] ④

12. 다음은 「식품위생법」 조문의 일부이다. 이에 대한 설명으로 옳은 것은? 2015년 서울 9급 [중요도 ★★, 난이도 中]

제79조(폐쇄조치 등) ① 식품의약품안전처장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제37조 제1항, 제4항 또는 제5항을 위반하여 허가받지 아니하거나 신고 또는 등록하지 아니하고 영업을 하는 경우 또는 제75조 제1항 또는 제2항에 따라 허가 또는 등록이 취소되거나 영업소 폐쇄명령을 받은 후에도 계속하여 영업을 하는 경우에는 해당 영업소를 폐쇄하기 위하여 관계 공무원에게 다음 각 호의 조치를 하게 할 수 있다.

1. 해당 영업소의 간판 등 영업 표시물의 제거나 삭제
2. 해당 영업소가 적법한 영업소가 아님을 알리는 게시문 등의 부착
3. 해당 영업소의 시설물과 영업에 사용하는 기구 등을 사용할 수 없게 하는 봉인(封印)

...

④ 제1항에 따른 조치는 그 영업을 할 수 없게 하는 데에 필요한 최소한의 범위에 그쳐야 한다.

- ① 관계 공무원이 계고 등 사전조치 이후 행한 영업 표시물의 제거나 삭제는 즉시강제에 해당한다.
- ② 적법한 영업소가 아님을 알리는 게시문 등의 부착에 대해서는 취소소송이 적절한 구제수단이 된다.
- ③ 공무원이 적법하게 영업소의 간판을 제거하더라도 영업주에게 간판에 대한 손해배상을 해야 한다.
- ④ 위 「식품위생법」 제79조 제4항은 비례의 원칙 중에서 필요성의 원칙을 입법화한 것이다.

**해설** 출제 영역 및 유형 : 직접강제, 이론

- ① [X] : 즉시강제는 구체적인 의무의 불이행이 전제되지 않고 또는 구체적인 의무의 불이행이 있어도 일정한 절차를 거침이 없이 이루어지는 실력행사라는 점에서, 의무자가 의무를 이행하지 않는 경우에 행정기관이 직접 의무자의 신체 또는 재산에 실력을 가하여 의무자가 직접 의무를 이행한 것과 같은 상태를 실현하는 작용인 직접강제와 구별된다. **직접강제의 대표적인 예**로는 무허가나 무신고로 영업을 하거나 허가의 취소나 영업소 폐쇄명령을 받은 후에도 계속하여 영업을 하는 경우 영업소폐쇄조치(식품위생법 제79조, 공중위생관리법 제11조 등)가 있다.
- ② [X] : 직접강제는 권력적 사실행위로서 처분성이 인정되므로 항고소송의 대상이 된다. 다만 직접강제는 통상 단기간에 종료되므로 소의 이익이 없게 되는 경우가 많고, 따라서 취소소송은 적절한 구제수단이라 할 수 없다.
- ③ [X] : 직접강제가 **‘위법’한 경우**에만 그로 인해 손해를 입은 자는 국가배상을 청구할 수 있다.
- ④ [O] : 비례의 원칙(과잉금지의 원칙)이란 어떤 행정목적 달성을 위한 수단은 그 목적 달성에 유효·적절하고 (적합성의 원칙), 또한 가능한 한 최소침해를 가져오는 것이어야 하며(**필요성의 원칙**), 아울러 그 수단의 도입으로 인한 침해가 의도하는 공익을 능가하여서는 아니 된다(상당성의 원칙)는 헌법상의 원칙을 말하는 것이다(대판 1997.9.26. 96누10096).

[정답] ④

13. 행정행위의 부관에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2015년 서울 9급 [중요도 ★★, 난이도 下]

- ① 기속행위의 경우에도 법률의 규정이 있으면 부관을 붙일 수 있다.
- ② 행정행위의 부관 중 부담은 그 자체를 독립하여 행정쟁송의 대상으로 할 수 있다.
- ③ 부담부 행정행위는 부담을 이행하여야 주된 행정행위의 효력이 발생한다.
- ④ 재량행위의 경우에는 법에 근거가 없는 경우에도 부관을 붙일 수 있다.

**해설** 출제 영역 및 유형 : 부관, 이론+판례

- ① [O] : 일반적으로 **기속행위**나 기속적 재량행위에는 부관을 붙일 수 없고 가사 부관을 붙였다 하더라도 무효이다 (대판 1995.6.13. 94다56883 ; 대판 2012.10.11. 2011두8277). 기속행위의 경우에도 법률의 규정이 있으면 예외적으

로 부관이 허용된다.

- ② [O] : 부관 그 자체만을 독립된 쟁송의 대상으로 할 수 없는 것이 원칙이나, 행정행위의 부관 중에서도 **부담의 경우에는** 다른 부관과는 달리 부담 그 자체로서 행정쟁송의 대상이 될 수 있다(대판 1992.1.21. 91누1264 ; 대판 2001.6.15. 99두509).
- ③ [X] : **부담부 행정행위**는 조건성취로 인하여 효력이 발생하거나 소멸하는 조건과 달리 처음부터 효력이 발생한다.
- ④ [O] : **재량행위**에 있어서는 법령상의 근거가 없다고 하더라도 부관을 붙일 수 있는데, 그 부관의 내용은 적법하고 이행 가능하여야 하며 비례의 원칙 및 평등의 원칙에 적합하고 행정처분의 본질적 효력을 해하지 아니하는 한도의 것이어야 한다(대판 1997.3.14. 96누16698).

[정답] ③

14. 여름철 식중독예방을 위해 A구의 보건행정담당 공무원 甲이 관내 일반·휴게·계절음식점 업주에 대해 위생지도를 실시하고 있다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? 2015년 서울 9급 [중요도 ★★, 난이도 下]

- ① 관례에 따르면 법령의 수권(授權)없이 행정지도를 할 수 없다.
- ② 위생지도의 상대방인 일반·휴게·계절음식점 업주가 甲의 위생지도에 불응한 경우, 그 사유만으로 당해 업주에게 불이익한 조치를 해서는 아니 된다.
- ③ 甲의 위생지도는 구속력을 갖지 않는 행정지도에 속하지만 「행정절차법」상의 비례원칙이 적용된다.
- ④ 甲의 위생지도가 다수인을 대상으로 하는 것이라면 특별한 사정이 없는 한 위생지도에 관한 공통적인 내용과 사항을 공표해야 한다.

해설 ㄹ 출제 영역 및 유형 : 행정지도, 법령+이론

- ① [X] : **행정지도**는 비권력적 사실행위이므로 원칙적으로 법률의 근거(작용법적 근거)를 요하지 아니하고, 다만 국민의 권리·의무에 영향을 주는 행정지도는 권력적 성격을 가지므로 예외적으로 법률의 근거가 필요하다. 물론 행정지도도 행정작용의 일종이므로 행정청의 일반적인 존립과 활동의 근거가 되는 조직법적 근거는 있어야 한다.
- ② [O] : 행정기관은 행정지도의 **상대방이 행정지도에 따르지 아니하였다**는 것을 이유로 불이익한 조치를 하여서는 아니 된다(행정절차법 제48조 제2항).
- ③ [O] : **행정지도**는 그 목적 달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 행정지도의 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요하여서는 아니 된다(행정절차법 제48조 제1항). 즉 행정지도에는 비례원칙이 적용된다.
- ④ [O] : 행정기관이 **같은 행정목적**을 실현하기 위하여 **많은 상대방에게 행정지도를 하려는 경우에는** 특별한 사정이 없으면 행정지도에 공통적인 내용이 되는 사항을 공표하여야 한다(행정절차법 제51조).

[정답] ①

15. 다음 중 선행행위와 후행행위 간 하자의 승계가 인정되는 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2015년 서울 9급 [중요도 ★★★, 난이도 中]

- ㄱ. 개별공시지가 결정과 이에 근거한 개발부담금 부과처분
- ㄴ. 신고납세방식의 취득세의 신고행위와 징수처분
- ㄷ. 계고처분과 대집행비용납부명령
- ㄹ. 표준지공시지가결정과 수용재결

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

**해설** 📌 출제 영역 및 유형 : 하자승계, 관례

- ㄱ. [○] : 선행처분인 개별공시지가결정이 위법하면 그에 기초한 개발부담금 부과처분도 위법하게 된다(대판 2001.6.26. 99두11592).
- ㄴ. [X] : 신고납세방식을 채택하고 있는 취득세에 있어서 과세관청이 납세의무자의 신고에 의하여 취득세의 납세의무가 확정된 것으로 보고 그 이행을 명하는 징수처분으로 나아간 경우, **납세의무자의 신고행위에 하자가 존재 하더라도** 그 하자가 당연무효사유에 해당하지 않는 한 **그 하자가 후행처분인 징수처분에 그대로 승계되지는 않는 것**이다(대판 2006.9.8. 2005두14394).
- ㄷ. [○] : 대집행비용납부명령 자체에는 아무런 하자가 없다 하더라도, 후행처분인 대집행비용납부명령의 취소를 청구하는 소송에서 청구원인으로 선행처분인 계고처분이 위법한 것이기 때문에 그 계고처분을 전제로 행하여진 대집행비용납부명령도 위법한 것이라는 주장을 할 수 있다(대판 1993.11.9. 93누14271).
- ㄹ. [○] : **위법한 표준지공시지가를 기초로 한 수용재결 등 후행 행정처분에서 표준지공시지가결정의 위법을 주장 할 수 있다**(대판 2008.8.21. 2007두13845).

[정답] ③

16. 행정청은 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 처분의 제목, 당사자의 성명 또는 명칭과 주소 등의 일정한 사항을 당사자 등에게 통지하여야 함이 원칙이지만, 예외적으로 이러한 사전통지가 생략될 수 있다. 다음 중 「행정절차법」이 규정하고 있는 사전통지 생략사유가 아닌 것은?

2015년 서울 9급 [중요도 ★★★, 난이도 下]

- ① 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우
- ② 단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우
- ③ 해당 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우
- ④ 법령 등에서 요구된 자격이 없거나 없어지게 되면 반드시 일정한 처분을 하여야 하는 경우에 그 자격이 없거나 없어지게 된 사실이 법원의 재판 등에 의하여 객관적으로 증명된 경우

**해설** 📌 출제 영역 및 유형 : 사전통지, 법령

- ① [○], ③ [○], ④ [○] : 행정청은 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 당사자

등에게 사전통지하여야 하는 것이 원칙이나, (1) 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우, (2) 법령 등에서 요구된 자격이 없거나 없어지게 되면 반드시 일정한 처분을 하여야 하는 경우에 그 자격이 없거나 없어지게 된 사실이 법원의 재판 등에 의하여 객관적으로 증명된 경우, (3) 해당 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 예외적으로 사전통지를 하지 아니할 수 있다(행정절차법 제21조 제4항).

② [X] : 단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우는 처분의 이유 제시의무가 면제되는 사유이다(행정절차법 제23조 제1항 제2호).

[정답] ②

17. 「질서위반행위규제법」의 내용에 대한 설명 중 옳지 않은 것은? 2015년 서울 9급 [중요도 ★★, 난이도 下]

- ① 과태료 사건은 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 과태료를 부과한 행정청의 소재지를 관할하는 행정법원의 관할로 한다.
- ② 행정청의 과태료 부과에 불복하는 당사자는 과태료 부과 통지를 받은 날부터 60일 이내에 해당 행정청에 서면으로 이의제기를 할 수 있는바, 이의제기가 있는 경우에는 행정청의 과태료 부과처분은 그 효력을 상실한다.
- ③ 이의제기를 받은 행정청은 이의제기를 받은 날부터 14일 이내에 이에 대한 의견 및 증빙서류를 첨부하여 관할 법원에 통보하여야 하는 것이 원칙이다.
- ④ 질서위반행위가 종료된 날부터 5년이 경과한 경우에는 해당 질서위반행위에 대하여 과태료를 부과할 수 없는바, 다수인이 질서위반행위에 가담한 경우에는 질서위반행위가 종료된 날은 최종행위가 종료된 날을 말한다.

해설  출제 영역 및 유형 : 과태료, 법령

① [X] : 과태료 사건은 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 당사자의 주소지의 지방법원 또는 그 지원의 관할로 한다(제25조).

② [O] : 행정청의 과태료 부과에 불복하는 당사자는 과태료 부과 통지를 받은 날부터 60일 이내에 해당 행정청에 서면으로 이의제기를 할 수 있고, 이에 따른 이의제기가 있는 경우에는 행정청의 과태료 부과처분은 그 효력을 상실한다(제20조).

③ [O] : 이의제기를 받은 행정청은 이의제기를 받은 날부터 14일 이내에 이에 대한 의견 및 증빙서류를 첨부하여 관할 법원에 통보하여야 한다. 다만, (1) 당사자가 이의제기를 철회한 경우, (2) 당사자의 이의제기에 이유가 있어 과태료를 부과할 필요가 없는 것으로 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다(제21조 제1항).

④ [O] : 행정청은 질서위반행위가 종료된 날(다수인이 질서위반행위에 가담한 경우에는 최종행위가 종료된 날을 말한다)부터 5년이 경과한 경우에는 해당 질서위반행위에 대하여 과태료를 부과할 수 없다(제19조 제1항).

[정답] ①

18. 「국가배상법」 제2조 제1항에서 규정하는 공무원의 과실에 관한 판례의 입장과 가장 부합하는 설명은? 2015년 서울 9급 [중요도 ★★, 난이도 中]

- ① 당해 직무를 담당하는 평균적 공무원의 주의능력을 기준으로 판단한다.
- ② 직무행위가 위법하다고 판단되면 과실의 존재도 추정된다.
- ③ 행정소송에서 행정처분이 위법한 것으로 확정되었고 그 이유가 법령해석의 잘못이었다면 그 행정처분을 한 공무원의 과실은 당연히 인정된다.
- ④ 과실의 입증책임은 원고가 아니라 피고인 국가 또는 지방자치단체로 전환된다.

**해설**  출제 영역 및 유형 : 공무원의 과실, 판례

- ① [O] : 공무원의 직무집행상의 과실이라 함은 공무원이 그 직무를 수행함에 있어 당해 직무를 담당하는 평균인이 보통 갖추어야 할 주의의무를 게을리 한 것을 말한다(대판 1987.9.22. 87다카1164). 즉 추상적 과실이다.
- ② [X] : 공무원의 행위가 법을 위반했느냐와 과실이 있느냐는 별개의 문제라는 것이 통설·판례(대판 2000.5.12. 99다70600 등)이고, 이에 따르면 위법성 요건 외에 과실 요건을 입증해야 배상책임 인정할 수 있게 된다.
- ③ [X] : 어떠한 행정처분이 후에 항고소송에서 위법한 것으로서 취소되었다고 하더라도 그래서 곧 당해 행정처분이 공무원의 고의 또는 과실에 의한 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없다(대판 2011.1.27. 2008다30703). 왜냐하면 행정청이 관계 법령의 해석이 확립되기 전에 어느 한 설을 취하여 업무를 처리한 것이 결과적으로 위법하게 되어 그 법령의 부당집행이라는 결과를 빚었다고 하더라도 처분 당시 그와 같은 처리방법 이상의 것을 성실한 평균적 공무원에게 기대하기 어려웠던 경우라면 특별한 사정이 없는 한 이를 두고 공무원의 과실로 인한 것이라고 볼 수는 없기 때문이다(대판 2004.6.11. 2002다31018 등).
- ④ [X] : 국가배상책임에서 공무원의 고의·과실에 대한 입증책임은 원고인 피해자에게 있다. 그런데 피해자가 가해 공무원의 고의·과실을 입증한다는 것은 쉬운 일이 아니므로 피해자가 손해배상을 용이하게 받을 수 있도록 그 입증책임을 완화해 줄 필요가 있는데, 과실의 객관화 경향이 그 대표적인 예이다.

[정답] ①

19. 판례에 따라 볼 때, 다음 중 당사자소송에 해당하는 것은? 2015년 서울 9급 [중요도 ★★, 난이도 중]

- ① 「민주화운동관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률」에 의한 보상금지급청구소송
- ② 「광주민중화운동관련자 보상 등에 관한 법률」에 의거한 손실보상청구소송
- ③ 「도시 및 주거환경정비법」상의 주택재건축정비사업조합이 수립한 관리처분계획에 대하여 관할 행정청의 인가·고시가 있는 후에 제기하는 관리처분계획에 대한 소송
- ④ 공무원연금관리공단의 퇴직급여결정에 대한 소송

**해설**  출제 영역 및 유형 : 당사자소송, 판례

- ① [X] : 「민주화운동관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률」 제17조는 보상금 등의 지급에 관한 소송의 형태를 규정하고 있지 않지만, 위 규정 전단에서 말하는 보상금 등의 지급에 관한 소송은 ‘민주화운동관련자 명예회복 및 보상심의위원회의 보상금 등의 지급신청에 관하여 전부 또는 일부를 기각하는 결정에 대한 불복을 구하는 소송’이므로 취소소송을 의미한다고 보아야 한다(대판 전합 2008.4.17. 2005두16185).
- ② [O] : 「광주민중화운동관련자 보상 등에 관한 법률」에 의거하여 관련자 및 유족들이 갖게 되는 보상 등에 관한 권리는 「헌법」 제23조 제3항에 따른 재산권침해에 대한 손실보상청구나 「국가배상법」에 따른 손해배상청

구와는 그 성질을 달리하는 것으로서 법률이 특별히 인정하고 있는 공법상의 권리라고 하여야 할 것이므로 그에 관한 소송은 「행정소송법」 제3조 제2호 소정의 당사자소송에 의하여야 할 것이며, 보상금 등의 지급에 관한 법률 관계의 주체는 대한민국이다(대판 1992.12.24. 92누3335).

③ [X] : 「도시 및 주거환경정비법」상 주택재건축정비사업조합이 「같은 법」 제48조에 따라 수립한 관리처분계획에 대하여 관할 행정청의 인가·고시가 있게 되면 관리처분계획은 행정처분으로서 효력이 발생하게 되므로, 총회 결의의 하지를 이유로 하여 행정처분의 효력을 다투는 항고소송의 방법으로 관리처분계획의 취소 또는 무효화 인을 구하여야 하고, 그와 별도로 행정처분에 이르는 절차적 요건 중 하나에 불리한 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 [X] : 구 공무원연금법령상 퇴직급여 등의 급여를 받으려고 하는 자는 우선 관계 법령에 따라 공단에 급여지급을 신청하여 공무원연금관리공단이 이를 거부하거나 일부 금액만 인정하는 급여지급결정을 하는 경우 그 결정을 대상으로 항고소송을 제기하는 등으로 구체적 권리를 인정받은 다음 비로소 당사자소송으로 그 급여의 지급을 구하여야 하고, 구체적인 권리가 발생하지 않은 상태에서 곧바로 공무원연금관리공단 등을 상대로 한 당사자소송으로 급여의 지급을 소구하는 것은 허용되지 않는다(대판 2010.5.27. 2008두5636).

[정답] ②

20. 행정심판에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2015년 서울 9급 [중요도 ★, 난이도 下]

- ① 법인이 아닌 사단 또는 재단으로서 대표자나 관리인이 정하여져 있는 경우에는 그 사단이나 재단의 이름으로 심판청구를 할 수 있다.
- ② 행정심판청구는 엄격한 형식을 요하지 아니하는 서면행위이다.
- ③ 행정심판을 청구하려는 자는 심판청구서를 작성하여 피청구인이나 위원회에 제출하여야 하며 피청구인의 수만큼 심판청구서 부분을 함께 제출하여야 한다.
- ④ 개별 법률에서 정한 심판청구기간이 「행정심판법」이 정한 심판청구기간보다 짧은 경우, 행정청이 행정처분을 하면서 그 개별 법률상 심판청구기간을 고지하지 아니하였다면 그 개별 법률에서 정한 심판청구기간 내에 한하여 심판청구가 가능하다.

**해설** 출제 영역 및 유형 : 행정심판 일반, 법령+판례

① [O] : 「행정심판법」 제14조

② [O] : 「행정심판법」 제28조, 제32조의 규정취지와 행정심판제도의 목적에 비추어 보면, 행정심판청구는 엄격한 형식을 요하지 아니하는 서면행위로 해석되므로, 위법·부당한 행정처분으로 인하여 권리나 이익을 침해당한 자로부터 그 처분의 취소나 변경을 구하는 서면이 제출되었을 때에는 그 표제와 제출기관의 여부를 불문하고 행정심판청구로 본다(대판 2000.6.9. 98두2621).

③ [O] : 행정심판을 청구하려는 자는 심판청구서를 작성하여 피청구인이나 위원회에 제출하여야 한다. 이 경우 피청구인의 수만큼 심판청구서 부분을 함께 제출하여야 한다(행정심판법 제23조 제1항).

④ [X] : 개별 법률에서 행정심판청구기간에 대한 특칙을 규정하고 있으면 일반법인 「행정심판법」이 아니라 그 개별 법률이 우선 적용된다. 그러나 행정청이 행정처분을 하면서 그 개별 법률상의 심판청구기간을 고지하지

**아니하였다면** 그 개별 법률에서 정한 심판청구기간이 아니라 「행정심판법」 제27조 제6항에 따라 처분이 있었던 날부터 180일 이내에 행정심판을 청구할 수 있다고 보아야 할 것이다(대판 1992.6.9. 92누565).

[정답] ④