

[16. 사회복지직 9급 행정법 기출문제]

☆ 기출문제 해설 : 백 영 민

- (현) 원광디지털대학교 경찰행정학과 행정법 교수
- (현) 부산한국고시학원 행정법 강사
- (현) 창원제일공무원학원 행정법 강사
- (현) 울산 중앙공무원학원 행정법 강사
- (현) 노량진 김재규경찰학원 경감승진 행정법 강사
- (현) 교육개발교육원 강사
- (현) 고시고시 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

[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 행정행위의 하자의 승계에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 하자의 승계는 통상 선행행위에 존재하는 취소사유에 해당하는 하자를 이유로 후행행위를 다투는 경우에 문제된다.
- ② 원칙적으로 선·후의 행정행위가 결합하여 하나의 법적 효과를 완성하는지 여부를 기준으로 하자의 승계여부를 결정한다.
- ③ 제소기간이 경과하여 선행행위에 불가쟁력이 발생한다면 하자의 승계는 문제되지 않는다.
- ④ 과세처분과 채납처분 사이에는 취소사유인 하자의 승계가 인정되지 않는다.

■ **해설** ① (0) 선행행위가 당연무효이면 불가쟁력이 발생하지 않아 언제든지 다투 수 있고, 선행행위의 하자는 언제나 후행행위에 승계되므로 무효에서는 하자승계 여부를 특별히 논의할 필요가 없다. 따라서 선행행위의 하자가 무효사유가 아닌 취소사유일 경우에 문제된다.

② (0) 통설은 원칙적으로 하자승계가 인정되지 않지만, 선행행위와 후행행위가 동일한 법적 효과를 발생을 목적으로 하는 일련의 절차를 이루는 경우에만 하자의 승계를 인정하고, 양 행위가 별개의 법적 효과발생을 목적으로 하는 경우에는 하자의 승계를 부정한다.

③ (x) 하자승계는 선행행위를 제소기간 내에 다투지 않아 불가쟁력이 발생하였을 경우, 선행행위의 하자가 후행행위에 승계될 수 있는지의 문제이다. 따라서 제소기간이 경과하여 선행행위에 불가쟁력이 발생하였을 경우에 하자의 승계가 문제된다.

④ (0) 조세의 부과처분과 압류 등의 채납처분은 별개의 행정처분으로서 독립성을 가지므로 부과처분에 하자가 있더라도 그 부과처분이 취소되지 아니하는 한, 그 부과처분에 의한 채납처분은 위법이라고 할 수는 없다(대법원 1988.6.28, 87누1009). 즉 과세처분과 채납처분 사이에는 하자승계가 인정되지 않는다.

■ **정답** ③

02 행정행위의 효력에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 구속력이란 행정행위가 적법요건을 구비하면 법률행위적 행정행위의 경우 법령이 정하는 바에 의해, 준법률행위적 행정행위의 경우 행정청이 표시한 의사의 내용에 따라 일정한 법적 효과가 발생하여 당사자를 구속하는 실체법상 효력이다.
- ② 공정력은 행정청의 권력적 행위뿐 아니라 비권력적 행위, 사실행위, 사법행위에도 인정된다.
- ③ 행정행위에 불가변력이 발생한 경우 행정청은 당해 행정행위를 직권으로 취소할 수 없으나 철회는 가능하다.
- ④ 판례에 의하면 사전에 당해 행정처분의 취소판결이 있어야만 그 행정처분의 위법을 이유로 한 손해배상청구를 할 수 있는 것은 아니다.

■ **해설** ① (x) 내용이 바뀌었다. 법률행위적 행정행위는 정신작용 중에서 의사표시가 구성요소이므로 행정청이 표시한 의사의 내용에 따라 일정한 법적 효과가 발생한다. 반면에 준법률행위적 행정행위는 정신작용 중에서 의사표시를 제외한 관념, 판단, 인식이 구성요소이므로 법령이 정하는 바에 의해 효과가 발생한다.

② (x) 공정력은 취소쟁송의 대상이 되는 행정처분에서 인정되기 때문에, 취소쟁송의 대상이 되지 않는 행정입법, 행정계약, 비권력적 공행정작용, 단순한 사실행위, 사법행위 등에는 공정력이 인정되지 않는다.

③ (x) 행정행위에 불가변력이 발생한 경우 행정청은 당해 행정행위를 직권으로 취소할 수 없고, 또한 철회도 할 수 없다.

④ (0) 통설과 판례는 공정력은 유효하다고 통용되는 행위이고, 적법하다고 통용되는 효력은 아니므로 행정행위의 효력을 부인하지 않는 한도에서 그 위법성 여부는 판단할 수 있다고 한다. 따라서 처분이 위법임을 이유로 국가배상을 청구하는 경우에는 미리 그 행정처분의 취소판결이 있어야만 그 행정처분의 위법임을 이유로 국가배상을 청구할 수 있는 것은 아니다(대법원 1972.4.28, 72다

■ 정답 ④

03 행정조사의 한계에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 적법절차의 원칙상 행정조사에 관한 사전통지와 이유제시를 하여야 한다. 다만, 긴급한 경우 또는 사전통지나 이유제시를 하면 조사의 목적을 달성할 수 없는 경우에는 예외를 인정할 수 있다.
- ② 행정절차법은 행정조사에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않으므로 행정조사가 처분에 해당하는 경우에도 행정절차법상의 처분절차에 관한 규정이 적용되지 않는다.
- ③ 우편물 통관검사절차에서 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 수출입품목에 대한 적정한 통관 등을 목적으로 한 행정조사의 성격을 가지는 것으로서 수사기관의 강제처분이라고 할 수 없으므로 영장은 요구되지 않는다.
- ④ 부가가치세부과처분이 종전의 부가가치세 경정조사와 같은 세목 및 같은 과세기간에 대하여 중복하여 실시된 위법한 세무조사에 기초하여 이루어진 경우 위법하다.

■ 해설 ① (0) 행정절차법 제17조

② (x) 행정절차법은 행정조사에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않지만, 행정조사가 행정처분에 해당하는 경우에는 행정절차법상의 처분절차에 관한 규정이 적용된다.

③ (0) 우편물 통관검사절차에서 압수·수색영장 없이 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사가 진행되었더라도 위법하다고 볼 수 없음

우편물 통관검사절차에서 이뤄지는 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 수출입품목에 대한 적정한 통관 등을 목적으로 한 행정조사"이며, "수사기관의 강제처분이 아니므로" 압수·수색영장 없이 검사가 진행됐더라도 이를 위법하다고 볼 수 없다(대법원 2013도7718).

④ (0) 위법한 중복세무조사에 기초하여 이루어진 과세처분은 위법한 처분에 해당 함

납세자에 대한 부가가치세부과처분이, 종전의 부가가치세 경정조사와 같은 세목 및 같은 과세기간에 대하여 중복하여 실시된 위법한 세무조사에 기초하여 이루어진 것이어서 위법하다(대법원 2006.06.02. 2004두12070).

■ 정답 ②

04 신뢰보호원칙과 행정의 자기구속원칙에 대한 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 재량준칙이 일단 공표되었다면 재량준칙이 되풀이 시행되지 않은 경우라도 행정의 자기구속원칙이 적용될 수 있다.
- ② 신뢰보호의 이익과 공익 또는 제3자의 이익이 상호 충돌하는 경우 신뢰보호의 이익이 우선한다.
- ③ 위법한 행정처분이 수차례에 걸쳐 반복적으로 행하여졌다고 하더라도 그러한 처분이 위법한 것인 때에는 행정청에 대하여 자기구속력을 갖게 된다고 할 수 없다.
- ④ 행정청의 공적 견해표명이 있었는지 여부는 담당자의 조직상의 지위와 임무, 당해 언동을 하게 된 구체적인 경위 등을 고려하여 그 실질에 의해 판단할 것이 아니라 행정조직상의 형식적인 권한분배를 기준으로 판단하여야 한다.

■ 해설 ① (x) 행정의 자기구속의 법리는 평등의 원칙을 근거로 하므로 최소한 비교대상이 되는 1회 이상의 선례가 존재하여야 한다는 선례필요설이 다수의 견해이다. 따라서 재량준칙이 되풀이 시행되지 않은 경우라도 행정의 자기구속원칙은 적용될 수 없다.

② (x) 신뢰보호의 이익과 공익 또는 제3자의 이익이 상호 충돌하는 경우에는 신뢰보호의 이익이 우선하는 것이 아니라 이익형량을 하여야 한다.

③ (0) 법한 행정선례가 형성되어 있는 경우 국민이 행정의 자기구속의 법리를 근거로 동일의 위법한 행정작용을 해달라고 할 수 있는가에 대하여, 위법의 평등주장을 인정한다면 국가가 위법행위를 승인하여 법치주의의 붕괴를 방관하는 격이 되므로 불가하다는 것이 통설이다.

- ④ (x) 원칙적으로 선행조치는 권한 있는 행정기관에 의해 이루어진 것이어야 한다. 그러나 행정조직상의 형식적인 권한분장에 구애될 것은 아니고 담당자의 조직상의 지위와 업무, 당해 언동을 하게 된 구체적인 경위 및 그에 대한 상대방의 신뢰가능성에 비추어 실질에 의하여 판단하여야 한다(대법원 1997.9.12, 96누18380).

■ 정답 ③

05 법률유보에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 헌법재판소는 텔레비전방송수신료는 국민의 기본권실현에 관련된 영역에 속하고, 수신료 금액의 결정은 납부의무자의 범위 등과 함께 수신료에 관한 본질적인 중요한 사항이라고 판단한 바 있다.
- ② 헌법재판소는 국민의 헌법상 기본권 및 기본의무와 관련된 중요한 사항 내지 본질적인 내용에 대한 정책형성기능은 원칙적으로 주권자인 국민에 의하여 선출된 대표자들로 구성되는 입법부가 담당하여 법률의 형식으로 이를 수행하는 것이 필요하다는 입장이다.
- ③ 헌법재판소는 구 토지초과이득세법 상의 기준시가는 국민의 납세의무의 성부(成否) 및 범위와 직접적인 관계를 가지고 있는 중요한 사항임에도 불구하고 해당 내용을 법률에 규정하지 않고 하위법령에 위임한 것은 헌법 제75조에 반한다고 판단한 바 있다.
- ④ 법률유보의 적용범위는 행정의 복잡화와 다기화, 재량행위의 확대에 따라 과거에 비해 점차 축소되고 있으며 이러한 경향에 따라 헌법재판소는 행정유보의 입장을 확고히 하고 있다.

■ 해설 ① (0) 헌재 1999.5.27, 98헌바70

② (0) 헌재 2004. 3. 25. 2001헌마882

③ (0) 토지초과이득세법상의 기준시가는 국민의 납세의무의 성부 및 범위와 직접적인 관계를 가지고 있는 중요한 사항이므로 이를 하위법규에 백지위임하지 아니하고 그 대강이라도 토초세법 자체에서 직접 규정해 두어야 함에도 불구하고 토초세법 제11조 제2항이 그 기준시가를 전적으로 대통령령에 맡겨두는 것은 헌법상의 조세법률주의 혹은 위임입법의 범위를 구체적으로 정하도록 한 헌법 제75조의 취지에 위반된다(헌재결 1994.7.29, 92헌바49·62).

④ (x) 법률유보원칙의 적용범위에 관하여는 여러 학설이 주장되어 왔는데, 오늘날의 실질적 법치국가에서는 점차로 법률의 근거를 요하는 행정작용의 범위를 확대해 나가는 추세에 있다. 따라서 법률유보의 범위는 과거에 비해서 점차 확대되고 있으며, 헌법재판소는 의회유보의 입장을 취하고 있으므로 “행정유보의 입장을 확고히 하고 있다”는 표현은 옳지 않다.

■ 정답 ④

06 행정대집행법 상 대집행에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 토지·건물의 인도 의무는 대체성이 없으므로 대집행의 대상이 될 수 없는 의무이다.
- ② 1장의 문서로 위법건축물의 자진철거를 명함과 동시에 소정 기한 내에 철거의무를 이행하지 않을 시 대집행할 것을 예고할 수 있다.
- ③ 한국토지주택공사(국토공사)가 구 대한주택공사법 및 같은법 시행령에 의해 대집행 권한을 위탁받아 대집행을 실시한 경우 그 비용은 민사소송절차에 의해 징수할 수 있다.
- ④ 위법한 건물의 공유자 1인에 대한 계고처분은 다른 공유자에 대하여는 그 효력이 없다.

■ 해설 ① (0) 사람이 점유하고 있는 토지·건물 등의 인도는 실력으로 점유를 풀어 점유이전을 하지 행하지 않으면 목적을 달성할 수 없으므로 대집행에 의한 강제는 할 수 없다(대법원 1998.10.23, 97누157).

② (0) 계고서라는 명칭의 1장의 문서로서 자진철거를 명함과 동시에 계고를 한 경우, 그 계고처분은 적법

원칙적으로 계고는 의무를 명하는 행정행위와 동시에 결합되어 행해질 수 없다. 그러나 의무를 부

과하는 처분을 할 때에 이미 대집행요건이 충족될 것이 확실하고 또는 그 급속한 실시를 위해 긴급한 필요가 있는 경우에는 행정처분과 계고가 결합될 수 있다(대법원 1992.6.12, 91누13564).

- ③ (x) 대한주택공사가 대집행을 실시하기 위하여 지출한 비용은 행정대집행법 절차에 따라 징수할 수 있음에도 민사소송절차에 의하여 그 비용의 상환을 청구한 것은 부적법

대한주택공사가 구 대한주택공사법 및 구 대한주택공사법 시행령에 의하여 대집행권한을 위탁받아 공무인 대집행을 실시하기 위하여 지출한 비용을 행정대집행법 절차에 따라 국세징수법의 예에 의하여 징수할 수 있음에도 민사소송절차에 의하여 그 비용의 상환을 청구한 사안에서, 행정대집행법이 대집행비용의 징수에 관하여 민사소송절차에 의한 소송이 아닌 간이하고 경제적인 특별구제절차를 마련해 놓고 있으므로, 위 청구는 소의 이익이 없어 부적법하다(대법원 2011.9.8, 2010다48240).

- ④ (0) 대집행의 상대방은 대집행의 대상이 되는 의무를 부담하는 자이므로, 예컨대 위법한 건물이 다수의 공유인 경우에는 그 공유자 1인에 대한 계고처분은 다른 공유자에 대하여는 그 효력이 없다(대법원 1994.10.28, 94주5144).

■ 정답 ③

07 행정계획에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 이미 고시된 실시계획에 포함된 상세계획으로 관리되는 토지위의 건물의 용도를 상세계획 승인권자의 변경승인 없이 임의로 판매시설에서 상세계획에 반하는 일반목욕장으로 변경신고한 경우에 그 영업신고를 수리하지 않고 영업소를 폐쇄한 처분은 적법하다.
- ② 행정주체가 행정계획을 입안결정함에 있어서 이익형량을 전혀 행하지 아니하거나 이익형량의 고려 대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우 또는 이익형량을 하였으나 정당성과 객관성이 결여된 경우에는 그 행정계획결정은 형량에 하자가 있어 위법하게 된다.
- ③ 건설부장관이 발표한 ‘개발제한구역제도 개선방안’은 개발제한구역의 해제 내지 조정을 위한 일반적인 기준과 그 운용에 대한 국가의 기본방침을 천명하는 정책계획안으로서 비구속적 행정계획안에 불과하지만 국민의 기본권에 직접적으로 영향을 끼치고, 앞으로 법령의 뒷받침에 의하여 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상되는 때에는 헌법소원의 대상이 될 수 있다.
- ④ 문화재보호구역 내에 있는 토지의 소유자는 그 보호구역의 지정해제를 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있다고 보기 어려우므로 이에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 보기 어렵다.

■ 해설 ① (0) 목욕장 영업을 하기 위한 건물의 부지인 토지가 국토의계획및이용에관한법률에 의하여 일반상업지역으로 용도지역이 되어 있고, 일반상업지역에는 1종 근린생활시설인 일반목욕장을 설치할 수 있다고 하더라도, 당초 상세계획에 위 토지 상에 일반목욕장을 설치할 수 없도록 되어 있다면, 위 토지 위에 건축된 건물의 용도를 판매시설인 슈퍼마켓에서 1종 근린생활시설인 일반목욕장으로 변경할 수는 없다. 따라서 피고가 원고에 대하여 한 목욕장 영업신고 반려처분 및 영업소폐쇄명령처분은 적법한 처분이라 할 것이다(서울행정법원 2005.03.23. 2004구합28532).

- ② (0) 대법원 2007.1.25, 2004두12063

③ (0) 건설부장관이 발표한 ‘개발제한구역제도 개선방안’은 장차 이루어질 개발제한구역의 해제 또는 재지정 등의 처분을 위한 사실상의 준비행위 또는 사전발표로서 행정쟁송의 대상이 될 수 있는 행정처분이나 공권력의 행사는 될 수 없지만, 그 내용이 국민의 기본권에 직접 영향을 끼치는 내용이고 앞으로 구체적 처분의 뒷받침에 의해 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상되어, 그로 인하여 직접적으로 기본권침해를 받게 되는 사람에게는 사실상의 규범작용으로 인한 위험성이 이미 현실적으로 발생하였다고 보아야 할 것이므로 이는 헌법소원의 대상이 되는 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 공권력행사에 해당된다(헌재 2000. 6. 1. 99헌마538).

- ④ (x) 문화재보호구역 내 토지 소유자의 문화재보호구역 지정해제 신청에 대한 행정청의 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당 함

문화재보호법은 문화재보호구역의 지정에 따른 재산권행사의 제한을 줄이기 위하여, 행정청에게

보호구역을 지정한 경우에 일정한 기간마다 적정성 여부를 검토할 의무를 부과하고, 그 검토사항 등에 관한 사항은 문화관광부령으로 정하도록 위임하였으며, 검토 결과 보호구역의 지정이 적정하지 아니하거나 기타 특별한 사유가 있는 때에는 보호구역의 지정을 해제하거나 그 범위를 조정하여야 한다고 규정하고 있는 점 등을 고려하도록 규정하고 있는 점 등과 헌법상 개인의 재산권 보장의 취지에 비추어 보면, 문화재보호구역 내에 있는 토지소유자 등으로서는 위 보호구역의 지정해제를 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있다고 할 것이고, 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대법원 2004.4.27, 2003두8821).

■ 정답 ④

08 행정입법에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 부진정입법부작위에 대해서는 입법부작위 그 자체를 헌법소원의 대상으로 할 수 있다.
- ② 법률이 공법적 단체 등의 정관에 자치법적 사항을 위임한 경우에는 헌법 제75조가 정하는 포괄적인 위임입법의 금지는 원칙적으로 적용되지 않는다.
- ③ 행정규칙인 고시는 법령의 수권에 의하여 법령을 보충하는 사항을 정하는 경우에도 법규명령으로서의 성질과 효력을 갖지 못한다.
- ④ 위임명령이 구법에 위임의 근거가 없어 무효였다면 사후에 법개정으로 위임의 근거가 부여되더라도 유효로 되지 않는다.

■ 해설 ① (x) 입법부작위의 형태 중 기본권보장을 위한 법 규정을 두고 있지만 불완전하게 규정하여 그 보충을 요하는 부진정입법부작위는 그 불완전한 법규 자체를 대상으로 하여 그것이 헌법위반이라는 적극적인 헌법소원이 가능함은 별론으로 하고, 입법부작위로서 헌법소원의 대상으로 삼을 수는 없다(헌재결 1996.6.13, 94헌마118, 95헌바39병합).

② (0) 헌재결 2006.3.30, 2005헌바31

③ (x) 법령의 규정이 특정 행정기관에게 그 법령내용의 구체적인 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서도 그 권한행사의 절차나 방법을 특정하지 아니한 관계로, 수입행정기관이 행정규칙의 형식으로 그 법령의 내용을 구체적으로 정하고 있는 경우를 법규적 내용의 행정규칙(행정규칙형식의 법규명령) 또는 법령보충규칙이라고 한다. 이러한 법령보충규칙은 상위법령과 결합하여 법규명령의 성질을 가진다.

④ (x) 일반적으로 법률의 위임에 의하여 효력을 갖는 법규명령의 경우, 구법에 위임의 근거가 없어 무효였다면 사후에 법개정으로 위임의 근거가 부여되면 그 때부터는 유효한 법규명령이 된다(대법원 1995.6.30, 93추83).

■ 정답 ②

09 행정벌에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 판례에 의하면 지방자치단체가 그 고유의 자치사무를 처리하는 경우 지방자치단체가 행정주체인 이상, 행정벌의 양벌규정에 의한 처벌대상이 될 수 없다.
- ② 질서위반행위가 있는 후 법률이 변경되어 그 행위가 질서위반행위에 해당하지 않게 된 경우에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 과태료를 부과할 수 없다.
- ③ 질서위반행위규제법에 의하면 과태료부과의 제척기간은 5년이다.
- ④ 행정청의 과태료부과처분에 대해 당사자가 불복하여 이의제기를 하는 경우에는 그 과태료부과처분은 효력을 상실한다.

■ 해설 ① (x) 지방자치단체가 그 고유의 자치사무를 처리하는 경우에는 지방자치단체는 국가기관의 일부가 아니라 국가기관과는 별도의 독립한 공법인이므로, 지방자치단체 소속 공무원이 지방자치단체 고유의 자치사무를 수행하던 중 도로법 제81조 내지 제85조의 규정에 의한 위반행위를 한 경우에는 지방자치단체는 도로법 제86조의 양벌규정에 따라 처벌대상이 되는 법인에 해당한다(대법원 2005.11.10, 2004도2657).

② (0) 질서위반행위 후 법률이 변경되어 그 행위가 질서위반행위에 해당하지 아니하게 되거나 과태료가 변경되기 전의 법률보다 가볍게 된 때에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 변경된 법률을 적

용한다. 따라서 변경된 법률을 적용하면, 그 행위가 질서위반행위에 해당하지 않게 되었으므로 과태료를 부과할 수 없다.

- ③ (0) 행정청은 질서위반행위가 종료된 날(다수인이 질서위반행위에 가담한 경우에는 최종행위가 종료된 날)부터 5년이 경과한 경우에는 해당 질서위반행위에 대하여 과태료를 부과할 수 없다(질서위반행위규제법 제19조).
- ④ (0) 행정청의 과태료 부과에 불복하는 당사자는 제17조 제1항에 따른 과태료 부과 통지를 받은 날부터 60일 이내에 해당 행정청에 서면으로 이의제기를 할 수 있다. 이의제기가 있는 경우에는 행정청의 과태료 부과처분은 그 효력을 상실한다(질서위반행위규제법 제20조).

■ 정답 ①

10 위법한 부관에 대한 권리구제에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정행위의 부관 중에서도 행정행위에 부수하여 그 행정행위의 상대방에게 일정한 의무를 부과하는 행정청의 의사표시인 부담은 독립하여 행정쟁송의 대상이 될 수 있다.
- ② 부담을 제외한 나머지 부관에 대해서는 부관이 붙은 행정행위 전체의 취소를 통하여 부관을 다룰 수 있을 뿐, 부관만의 취소를 구할 수는 없다.
- ③ 부담 아닌 부관이 위법할 경우 신청인이 부관부행정행위의 변경을 청구하고, 행정청이 이를 거부할 경우 동 거부처분의 취소를 구하는 소송을 제기할 수 없다.
- ④ 기부채납받은 공원시설의 사용·수익허가에서 그 허가기간은 행정행위의 본질적 요소에 해당하므로, 부관인 허가기간에 위법사유가 있다면 이로써 공원시설의 사용·수익허가 전부가 위법하게 된다.

■ 해설 ① (0) 부관 중에서 부담만 독립쟁송가능성이 인정됨

부관은 그 자체로서 직접 법적 효과를 발생하는 독립된 처분이 아니므로, 현행 행정쟁송제도 아래서는 부관 그 자체만을 독립된 쟁송의 대상으로 할 수 없는 것이 원칙이나, 부담의 경우에는 다른 행정행위의 불가분적인 요소가 아니고 그 존속이 본체인 행정행위의 존재를 전제로 하는 것일 뿐이므로, 부담 그 자체로서 행정쟁송의 대상이 될 수 있다고 할 것이다(대법원 1992.1.21, 91누1264).

- ② (0) 부담외의 부관은 부관이 붙은 행정행위 전체의 취소를 통하여 부관을 다룰 수 있을 뿐, 부관만의 취소를 구할 수는 없다.
- ③ (x) 부담외의 부관에서 부진정일부취소소송이 인정될 수 있는지 여부에 대하여 학설은 견해가 대립한다. 판례는 부진정일부취소소송의 형식을 인정하지 않는다. 결국 부담 이외의 부관에 대하여 쟁송상 다룰 경우에는 부관부행정행위 전체의 취소소송을 구하든지(대법원 1985.8.9, 84누604), 아니면 먼저 행정청에 부관이 없는(또는 부관의 내용을 변경하는) 처분으로 변경해 줄 것을 청구한 다음 그것이 거부된 경우에 거부처분취소소송을 제기하는 수밖에 없다(대법원 1990.4.27, 89누6808).
- ④ (0) 허가기간(기한)은 행정행위의 본질적 요소에 해당하므로, 부관인 허가기간에 위법사유가 있다면 전부가 위법하게 된다.

■ 정답 ③

11 행정의 자동결정에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정의 자동결정의 예로는 신호등에 의한 교통신호, 컴퓨터를 통한 중고등학생의 학교배정 등을 들 수 있다.
- ② 행정의 자동결정은 컴퓨터를 통하여 이루어지는 자동적 결정이기 때문에 행정행위의 개념적 요소를 구비하는 경우에도 행정행위로서의 성격을 인정하는 데 어려움이 있다.
- ③ 행정의 자동결정의 기준이 되는 프로그램의 법적 성질은 명령(행정규칙을 포함)이라는 견해가 유력하다.

- ④ 행정의 자동결정도 행정작용의 하나이므로 행정의 법률적합성과 행정법의 일반원칙에 의한 법적 한계를 준수하여야 한다.

■ 해설 ① (0) ② (x) ③ (0) 자동화된 행정결정은 공무원이 입력한 프로그램에 따라 행해지는 것 역시 본질적으로 공무원이 직접 행하는 행정결과와 다르지 않다는 점에서, 행정행위의 일반적 징표를 갖추는 한 행정행위라고 보는 것이 일반적 견해이다. 이때 행정자동결정의 기준이 되는 프로그램의 법적 성질은 행정규칙으로 볼 수 있다.
④ (0) 행정자동결정이 행정행위로 인정되는 이상, 적법·유효하게 성립하기 위해서는 보통의 행정행위와 마찬가지로 행정행위발령의 요건이 충족되어야 한다. 따라서 법률적합성과 행정법의 일반원칙에 의한 법적 한계를 준수하여야 한다.

■ 정답 ②

12 행정소송법 상 취소소송에 대한 사항으로 무효등 확인소송의 경우에 준용되는 것은?

- ① 행정심판전치주의의 적용
② 취소소송의 대상
③ 제소기간
④ 사정판결

■ 해설 ② (0) 무효확인소송도 취소소송과 마찬가지로 행정소송의 대상은 처분이다.
① (x) ③ (x) ④ (x) 취소소송에 관한 행정심판전치주의에 관한 규정(법 제18조), 제소기간에 관한 규정(법 제20조), 사정판결(법 제28조)은 무효등확인소송에 적용되지 않는다.

■ 정답 ②

13 항고소송의 대상인 처분에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정청의 지침에 의해 내린 행위가 상대방에게 권리의 설정이나 의무의 부담을 명하거나 기타 법적 효과에 직접적 영향을 미치는 경우에는 처분성을 긍정한다.
② 취소소송에서 처분의 위법성은 소송요건이 아니다.
③ 병역법에 따른 군의관의 신체등위판정은 처분이 아니지만 그에 따른 지방병무청장의 병역처분은 처분이다.
④ 행정청이 식품위생법령에 따라 영업자에게 행정제재처분을 한 후 당초 처분을 영업자에게 유리하게 변경하는 처분을 한 경우, 취소소송의 대상 및 제소기간 판단기준이 되는 처분은 유리하게 변경된 처분이다.

■ 해설 ① (0) 어떠한 처분의 근거가 행정규칙에 규정되어 있다고 하더라도, 그 처분이 상대방에게 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법적인 효과를 발생하게 하는 등으로 그 상대방의 권리의 무에 직접 영향을 미치는 행위라면, 이 경우에도 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대법원 2004.11.26, 2003두10251·10268).
② (0) 취소소송에서 소송요건의 문제는 행정소송의 대상인 처분성 여부이고, 처분의 적법성과 위법성은 본안심사의 문제이다.
③ (0) 징병검사의 신체등위판정은 행정처분에 해당하지 않음
병역법상 신체등위판정은 행정청이라고 볼 수 없는 군의관이 하도록 되어 있으며, 그 자체만으로 바로 병역법상의 권리의무가 정하여지는 것이 아니라 그에 따라 지방병무청장이 병역처분을 함으로써 비로소 병역의무의 종류가 정하여지는 것이므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 보기 어렵다(대법원 1993.8.27, 93누3356).
④ (x) 행정청이 식품위생법령에 따라 영업자에게 행정제재처분을 한 후 당초 처분을 영업자에게 유리하게 변경하는 처분을 한 경우, 취소소송의 대상 및 제소기간 판단 기준이 되는 처분(=당초 처분)
행정청이 식품위생법령에 따라 영업자에게 행정제재처분을 한 후 그 처분을 영업자에게 유리하게 변경하는 처분을 한 경우, 변경처분에 의하여 당초 처분은 소멸하는 것이 아니고 당초부터 유리하

게 변경된 내용의 처분으로 존재하는 것이므로, 변경처분에 의하여 유리하게 변경된 내용의 행정재제가 위법하다 하여 그 취소를 구하는 경우 그 취소소송의 대상은 변경된 내용의 당초 처분이 아닌 변경처분은 아니고, 제소기간의 준수 여부도 변경처분이 아닌 변경된 내용의 당초 처분을 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2007.04.27. 2004두9302).

■ 정답 ④

14 다음 중 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 구 청소년 보호법 시행령 별표로 정한 [위반행위의 중별에 따른 과징금처분기준]에 규정된 과징금 수액은 최고한도액이 아니라 정액이다.
- ② 개발제한구역지정처분은 그 입안결정에 관하여 광범위한 형성의 자유를 가지는 계획재량처분이다.
- ③ 보통우편의 방법으로 발송되었다는 사실만으로는 그 우편물이 상당한 기간 내에 도달하였다고 추정할 수 없다.
- ④ 일반소매인으로 지정되어 영업을 하고 있는 기존업자의 신규 일반소매인에 대한 이익은 법률상 보호되는 이익이다.

■ 해설 ① (x) 구 청소년보호법 시행령 제40조 [별표 6]의 위반행위의 중별에 따른 과징금처분기준 ⇨ 수액은 정액이 아니라 최고한도액

(구) 청소년보호법 제49조 제1항, 제2항에 따른 같은 법 시행령 제40조 [별표 6]의 위반행위의 중별에 따른 과징금처분기준은 범규명령이기는 하나 모법의 위임규정의 내용과 취지 및 헌법상의 과잉금지의 원칙과 평등의 원칙 등에 비추어 같은 유형의 위반행위라 하더라도 그 규모나 기간·사회적 비난 정도·위반행위로 인하여 다른 법률에 의하여 처벌받은 다른 사정·행위자의 개인적 사정 및 위반행위로 얻은 불법이익의 규모 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 사안에 따라 적절한 과징금의 액수를 정하여야 할 것이므로 그 수액은 정액이 아니라 최고한도액이다(대법원 2001.3.9. 99두5207).

② (0) 대법원 1997. 6. 24. 96누1313

③ (0) 내용증명우편이나 등기우편과는 달리, 보통우편의 방법으로 발송되었다는 사실만으로는 그 우편물이 상당기간 내에 도달하였다고 추정할 수 없고 송달의 효력을 주장하는 측에서 증거에 의하여 도달사실을 입증하여야 한다(대법원 2002.7.26. 2000다25002).

④ (0) 기존 담배일반소매인의 신규 일반소매인은 대한 이익은 법률상 보호되는 이익이고, 기존 담배 일반소매인의 신규 구내소매인은 대한 이익은 반사적 이익이다(대법원 2008.3.27. 2007두23811, 대법원 2008.4.10. 2008두402).

■ 정답 ①

15 행정정보공개에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 방송법에 의하여 설립·운영되는 한국방송공사는 공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령 제2조 제4호의 '특별법에 따라 설립된 특수법인'으로서 정보공개 의무가 있는 공공기관에 해당한다.
- ② 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제5조 제1항은 "모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다." 라고 규정하고 있는데, 여기에서 말하는 국민에는 권리능력 없는 사단인 시민단체도 포함된다.
- ③ '2002학년도부터 2005학년도까지의 대학수학능력시험 원데이터'는 연구목적으로 그 정보의 공개를 청구하는 경우라도 공개로 인하여 초래될 부작용이 공개로 얻을 수 있는 이익보다 더 클 것이므로, 그 공개로 대학수학능력시험 업무의 공정한 수행이 객관적으로 현저하게 지장을 받을 것이라는 개연성이 있어 비공개대상정보에 해당한다.
- ④ 학교환경위생구역 내 금지행위(숙박시설) 해제결정에 관한 학교환경위생정화위원회의

회의록에 기재된 발언내용에 대한 해당 발언자의 인적사항 부분에 관한 정보는 공공기관의 정보공개에 관한 법률 상 비공개대상에 해당한다.

■ **해설** ① (0) 대법원 2010.12.23, 2008두13101

② (0) 「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).

③ (x) ‘2002학년도부터 2005학년도까지의 대학수학능력시험 원데이터’는 연구 목적으로 그 정보의 공개를 청구하는 경우, 비공개대상정보에 해당하지 아니함
‘2002학년도부터 2005학년도까지의 대학수학능력시험 원데이터’는 연구 목적으로 그 정보의 공개를 청구하는 경우, 공개로 인하여 초래될 부작용이 공개로 얻을 수 있는 이익보다 더 클 것이라고 단정하기 어려우므로 그 공개로 대학수학능력시험 업무의 공정한 수행이 객관적으로 현저하게 지장을 받을 것이라는 고도의 개연성이 존재한다고 볼 수 없어 위 조항의 비공개대상정보에 해당하지 않는다(대법원 2010.2.25, 2007두9877).

④ (0) 대법원 2003.8.22, 2002두12946

■ **정답** ③

16 다음 사례에 대한 갑, 을, 병, 정의 대화 중 옳은 것은?

임용권자는 정규공무원으로 임용된 A가 정규임용 시에는 아무런 임용결격사유가 없었지만 그 이전에 시보로 임용될 당시 국가공무원법 에서 정한 임용결격사유가 있었다는 사실을 알게 되었다. 이에 해당 임용권자는 이러한 사실을 이유로 A의 시보임용처분을 취소하고 그 후 정규임용 처분도 취소하였다.

① 갑 : 시보임용처분은 당연무효이다.

② 을 : 시보임용처분에 근거한 정규임용처분은 무효이다.

③ 병 : 시보임용취소처분과 정규임용취소처분은 별개의 처분이 아니라 단계적으로 이루어지는 하나의 처분이다.

④ 정 : 정규임용취소처분은 성질상 행정절차를 거치는 것이 불필요하여 행정절차법의 적용이 배제된다.

■ **해설** ① (0) 시보로 임용될 당시 국가공무원법 에서 정한 임용결격사유가 있었다면 시보임용은 당연무효이다.

② (x) ③ (x) 시보임용처분과 정규임용처분은 별개의 처분이다. 따라서 시보임용처분이 무효일지라도 이는 신규임용을 한 하자에 불과하여 취소사유가 된다고 함은 별론으로 하고, 그 하자가 중대·명백하여 당연무효로 된다고 할 수는 없다(대법원 1998. 10. 23, 98두12932).

④ (x) 정규공무원으로 임용된 사람에게 시보임용처분 당시 지방공무원법 제31조 제4호에 정한 공무원임용 결격사유가 있어 시보임용처분을 취소하고 그에 따라 정규임용처분을 취소한 사안에서, 정규임용처분을 취소하는 처분은 성질상 행정절차를 거치는 것이 불필요하여 행정절차법의 적용이 배제되는 경우에 해당하지 않으므로, 그 처분을 하면서 사전통지를 하거나 의견제출의 기회를 부여하지 않은 것은 위법하다(대법원 2009.1.30, 2008두16155).

■ **정답** ①

비교문제 다음 사례에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) • 13. 국가직 7급

A가 지방공무원 시보로 임용될 당시 「지방공무원법」 제31조 제4호 소정의 '금고 이상의 형을 선고받고 그 집행유예기간이 끝난 날부터 2년이 지나지 아니한 사람'에 해당하여 임용결격자임에도 불구하고, 임용권자 B는 과실로 그러한 사정을 밝혀내지 못하였다. A의 공무원 임용결격사유는 시보로 근무하던 중 해소되었으며, 해소된 이후에 정규공무원으로 임용되었다. 이러한 사실을 알게 된 B는 A의 시보임용처분을 취소하고 그에 따라 정규임용처분도 취소하였다.

- ① 시보임용처분과 정규임용처분은 별개의 처분이다.
- ② 시보임용처분은 당연무효이다.
- ③ 시보임용취소처분과 정규임용취소처분은 침익적 처분이지만, 임용결격사유가 있다는 것이 법원의 재판 등에 의하여 객관적으로 증명되었기 때문에 사전통지나 의견청취가 필요 없다.
- ④ 정규임용취소처분은 시보공무원으로서의 경력을 갖추지 못한 자에 대한 처분이지만 당연무효는 아니다.

■ **해설** ③ 정규공무원으로 임용된 사람에게 시보임용처분 당시 지방공무원법 제31조 제4호에 정한 공무원임용결격사유가 있어 시보임용처분을 취소하고 그에 따라 정규임용처분을 취소한 사안에서, 정규임용처분을 취소하는 처분은 성질상 행정절차를 거치는 것이 불필요하여 행정절차법의 적용이 배제되는 경우에 해당하지 않으므로, 그 처분을 하면서 사전통지를 하거나 의견제출의 기회를 부여하지 않은 것은 위법하다(대법원 2009.1.30, 2008두16155).

② 임용당시 공무원임용결격사유가 있었다면 비록 국가의 과실에 의하여 임용결격자임을 밝혀내지 못하였다 하더라도 그 임용행위는 당연무효로 보아야 한다(대법원 1987.4.14, 86누459).

④ 당초 임용 이래 공무원으로 근무하여 온 경력에 바탕을 두고 구 지방공무원법 제27조 제2항 제3호 등을 근거로 하여 특별임용 방식으로 임용이 이루어졌다면 이는 당초 임용과는 별도로 그 자체가 하나의 신규임용이라고 할 것이므로, 그 효력도 특별임용이 이루어질 당시를 기준으로 판단하여야 할 것인데, 당초 임용 당시에는 집행유예 기간중에 있었으나 특별임용 당시 이미 집행유예 기간 만료일로부터 2년이 경과하였다면 같은 법 제31조 제4호에서 정하는 공무원 결격사유에 해당할 수 없고, 다만 당초 임용과의 관계에서는 공무원 결격사유에 해당하여 당초 처분 이후 공무원으로 근무하였다고 하더라도 그것이 적법한 공무원 경력으로 되지 아니하는 점에서 특별임용의 효력에 영향을 미친다고 할 수 있으나, 위 특별임용의 하자는 결국 소정의 경력을 갖추지 못한 자에 대하여 특별임용시험의 방식으로 신규임용을 한 하자에 불과하여 취소사유가 된다고 함은 별론으로 하고, 그 하자가 중대·명백하여 특별임용이 당연무효로 된다고 할 수는 없다(대법원 1998. 10. 23, 98두12932).

■ **정답** ③

17 위헌·위법인 법령에 근거한 행정처분의 효력에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 대법원은 위헌인 법률에 근거한 행정처분에 불가쟁력이 발생한 경우에는 위헌결정의 소급효를 인정하지 않는다.
- ② 대법원은 조세 부과의 근거가 되었던 법률규정이 그 후 위헌으로 선언된 경우라도 위헌 법률의 집행력을 배제하는 명문의 규정이 없는 이상 위헌결정 이후에 조세채권의 집행을 위한 새로운 채납처분에 착수하거나 이를 속행하더라도 이를 위법하다고 볼 수 없다는 입장이다.
- ③ 대법원은 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 것이지만, 위헌 또는 위법하다는 결정이 있기 전에는 객관적으로 명백하다고 보기 어려우므로 취소사유에 그치는 것으로 본다.
- ④ 헌법재판소는 처분의 근거가 된 법률이 처분 이후에 위헌으로 선고된 경우라도 행정처

분이 근거 법규의 위헌의 정도가 심각하여 그 하자가 중대하다고 보여지고 또 그 때문에 국민의 기본권 구제의 필요성이 큰 반면에 법적 안정성의 요구는 비교적 적은 경우에는 당연무효사유가 될 수 있다고 본다.

- **해설** ① (0) 이미 취소소송의 제기기간을 경과하여 확정력(불가쟁력)이 발생한 행정처분의 경우에는 위헌 결정의 소급효가 미치지 않는다(대법원 2002.11.8, 2001두3181).
- ② (x) 위헌결정 이전에 이미 부담금 부과처분과 압류처분 및 이에 기한 압류등기가 이루어지고 위 의 각 처분이 확정되었다고 하여도, 위헌결정 이후에는 별도의 행정처분인 매각처분, 분배처분 등 후 속 채납처분절차를 진행할 수 없는 것은 물론이고, 특별한 사정이 없는 한 기존의 압류등기나 교부 청구만으로는 다른 사람에 의하여 개시된 경매절차에서 배당을 받을 수도 없다(대법원 2002.8.23, 2001두2959).
- ③ (0) 대법원 2000.6.9, 2000다16329
- ④ (0) 헌법재판소는 처분의 근거가 된 법률이 처분 이후에 위헌으로 선고된 경우 원칙은 취소사유이 지만, 행정처분을 무효로 하더라도 법적 안정성을 크게 해치지 않는 반면에, 그 하자가 중대하여 그 구제가 필요할 경우에 대해서는 그 예외를 인정하여 이를 당연무효사유로 본다(헌재결 1994.6.30, 92헌바23).

■ **정답** ②

18 행정절차에 대한 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 행정청이 침해적 행정처분을 하면서 당사자에게 행정절차법 상의 사전통지를 하지 않거나 의견제출의 기회를 주지 아니한 경우, 그 처분은 당연무효이다.
- ② 행정청이 당사자와의 사이에 도시계획사업의 시행과 관련된 협약을 체결하면서 관계 법령 및 행정절차법 에 규정된 청문의 실시 등 의견청취절차를 배제하는 조항을 둔 경우, 청문의 실시에 관한 규정의 적용이 배제되거나 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당한다.
- ③ 행정청이 식품위생법 상 청문절차를 이행함에 있어 청문서 도달기간을 다소 어겼지만 영업자가 이의하지 아니한 채 청문일에 출석하여 의견을 진술하고 변명하는 등 방어의 기회를 충분히 가진 경우 하자는 치유된 것으로 본다.
- ④ 국가공무원법 상 직위해제처분에도 처분의 사전통지 및 의견청취 등에 관한 행정절차법 의 규정이 별도로 적용된다.

- **해설** ① (x) 행정절차법 상의 사전통지를 하지 않거나 의견제출의 기회를 주지 아니한 경우, 그 처분은 당 연무효가 아니라 다수 판례는 취소사유로 본다.
- ② (x) **사인과의 협약으로 법령상 요구되는 청문을 배제할 수 없음**
행정청이 당사자와의 사이에 도시계획사업의 시행과 관련한 협약의 체결로 청문의 실시에 관한 규 정의 적용을 배제할 수 있다고 볼 만한 법령상의 규정이 없는 한, 이러한 협약이 체결되었다고 하 여 청문의 실시에 관한 규정의 적용이 배제된다거나 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경 우에 해당한다고 할 수 없다(대법원 2004.7.8, 2002두8350).
- ③ (0) 대법원 1992.10.23, 92누2844
- ④ (x) **국가공무원법상 직위해제처분은 처분의 사전통지 및 의견청취 등에 관한 행정절차법 규정이 적용되지 아니 함**
국가공무원법상 직위해제처분은 구 행정절차법 제3조 제2항 제9호, 동법 시행령 제2조 제3호에 의하여 당해 행정작용의 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 사항 또는 행정절차에 준하는 절차를 거친 사항에 해당하므로, 처분의 사전통지 및 의견청취 등에 관한 행정 절차법의 규정이 별도로 적용되지 아니한다고 봄이 상당하다(대법원 2014.5.16, 2012두26180).

■ **정답** ③

19 국가배상법 제2조에 따른 배상책임에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경 우 판례에 의함)

- ① 공무를 위탁받은 사인의 위법행위로 인한 손해도 국가배상법에 따라 배상하여야 한다.
- ② 국가에게 일정한 사항에 관하여 헌법에 의하여 부과되는 구체적인 입법 의무 자체가 인정되지 아니하는 경우에는 애당초 입법부작위로 인한 불법행위가 성립할 여지가 없다.
- ③ 직무행위인지 여부는 당해 행위가 현실적으로 정당한 권한 내의 것인지를 묻지 않는다.
- ④ 헌법재판소 재판관의 위법한 직무집행의 결과 잘못된 각하결정을 함으로써 청구인으로 하여금 본안판단을 받을 기회를 상실하게 한 경우, 만약 본안판단을 하였더라도 어차피 청구가 기각되었을 것이라는 사정이 있다면 국가배상책임이 인정되지 아니한다.

- **해설** ① (0) 공무를 위탁받은 사인도 공무원에 해당하므로 국가배상법에 따라 손해를 배상하여야 한다.
- ② (0) 국회의 입법행위 또는 입법부작위가 국가배상법 제2조 제1항의 위법행위에 해당하는 경우 ⇨ 구체적인 입법 의무 자체가 인정되지 않는 경우에는 입법부작위로 인한 불법행위가 성립할 여지가 없음
- 국회의원의 입법행위는 그 입법 내용이 헌법의 문언에 명백히 위배됨에도 불구하고 국가가 굳이 당해 입법을 한 것과 같은 특수한 경우가 아닌 한 국가배상법 제2조 제1항 소정의 위법행위에 해당한다고 볼 수 없고, 같은 맥락에서 국가가 일정한 사항에 관하여 헌법에 의하여 부과되는 구체적인 입법 의무를 부담하고 있음에도 불구하고 그 입법에 필요한 상당한 기간이 경과하도록 고의 또는 과실로 이러한 입법 의무를 이행하지 아니하는 등 극히 예외적인 사정이 인정되는 사안에 한정하여 국가배상법 소정의 배상책임이 인정될 수 있으며, 위와 같은 구체적인 입법 의무 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 입법 의무를 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).
- ③ (0) 직무행위인지 여부의 판단은 현실적으로 정당한 권한 내의 것인지 또는 행위자인 공무원이 주관적으로 직무집행의 의사를 가지고 있는지와 관계없이 객관적으로 직무행위의 외형을 갖추었는지의 여부에 따라 결정한다는 외형설이 통설·판례의 입장이다. 또한 그 행위가 실질적으로 공무집행행위가 아니라는 사실을 피해자가 알았다 하더라도 외관상 직무처럼 보이면 공무원의 직무행위에 포함된다(대법원 1966.6.28, 66다781).
- ④ (x) 헌법재판소 재판관이 청구기간 내에 제기된 헌법소원심판청구 사건에서 청구기간을 오인하여 각하결정을 한 경우에는 국가배상책임을 인정할 수 있음
- 헌법소원심판을 청구한 자로서는 헌법재판소 재판관이 일자 계산을 정확하게 하여 본안판단을 할 것으로 기대하는 것이 당연하고, 따라서 헌법재판소 재판관의 위법한 직무집행의 결과 잘못된 각하결정을 함으로써 청구인으로 하여금 본안판단을 받을 기회를 상실하게 한 이상, 설령 본안판단을 하였더라도 어차피 청구가 기각되었을 것이라는 사정이 있다고 하더라도 잘못된 판단으로 인하여 헌법소원심판 청구인의 위와 같은 합리적인 기대를 침해한 것이고 이러한 기대는 인격적 이익으로서 보호할 가치가 있다고 할 것이므로 그 침해로 인한 정신상 고통에 대하여는 위자료를 지급할 의무가 있다(대법원 2003.7.11, 99다24218).

■ **정답** ④

20 행정쟁송의 가구제(임시구제)에 대한 설명으로 옳지 않은 것은 (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정심판법 과 행정소송법 은 모두 집행정지의 적극적 요건으로 '회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때'를 요구하고 있다.
- ② 집행정지는 본안소송이 법원에 적법하게 계속중인 것을 요건으로 한다.
- ③ 집행정지결정의 효력은 결정 주문에서 정한 시기까지 존속하며 그 시기의 도래와 동시에 효력이 당연히 소멸한다.
- ④ 집행정지결정에 대한 즉시항고에는 결정의 집행을 정지하는 효력이 없다.

- **해설** ① (x) 행정소송법 제23조 제2항 "취소소송이 제기된 경우에 처분등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 본

안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지(이하 "집행정지"라 한다)를 결정할 수 있다. 다만, 처분의 효력정지는 처분등의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다."고 규정하고 있다.

행정심판법 제30조 제2항 “위원회는 처분, 처분의 집행 또는 절차의 속행 때문에 **중대한 손해가 생기는 것을 예방할 필요성이 긴급하다고 인정할 때에는** 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 처분의 효력, 처분의 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지(이하 "집행정지"라 한다)를 결정할 수 있다. 다만, 처분의 효력정지는 처분의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 그 목적을 달성할 수 있을 때에는 허용되지 아니한다.”고 규정하고 있다.

‘회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때’를 요구하는 것은 행정소송법이다.

- ② (0) 집행정지는 민사소송에서의 가처분과는 달리 적법한 본안소송이 먼저 제기되었음을 요한다. 따라서 집행정지 신청은 본안소송 제기 후 또는 본안소송의 제기와 동시에 하여야 한다. 적법한 본안소송이 계속되는 한 집행정지는 항소심과 상고심에서도 가능하다. 따라서 본안소송과 별도로 집행정지를 신청하거나 본안소송이 제기되기 전에 집행정지를 신청하는 것은 허용되지 않는다.
- ③ (0) 행정소송법 제23조에 의한 집행정지결정의 효력은 결정주문에서 정한 시기까지 존속하며 그 시기의 도래와 동시에 효력이 당연히 소멸하는 것이므로, 일정기간 동안 영업을 정지할 것을 명한 행정청의 영업정지처분에 대하여 법원이 집행정지결정을 하면서 주문에서 당해 법원에 계속중인 본안소송의 판결선고시까지 처분의 효력을 정지한다고 선언하였을 경우에는 처분에서 정한 영업정지기간의 진행은 그 때까지 저지되는 것이고 본안소송의 판결선고에 의하여 당해 정지결정의 효력은 소멸하고 이와 동시에 당초의 영업정지처분의 효력이 당연히 부활되어 처분에서 정하였던 정지기간(정지결정 당시 이미 일부 진행되었다면 나머지 기간)은 이 때부터 다시 진행한다(대법원 1999.02.23. 98두14471).
- ④ (0) 집행정지의 결정 또는 기각의 결정에 대하여는 즉시항고할 수 있다. 이 경우 집행정지의 결정에 대한 즉시항고에는 결정의 집행을 정지하는 효력이 없다.