[17. 교육행정직 9급 행정법 기출문제]

☆ 기출문제 해설 : 백 영 민

- (현) 원광디지털대학교 경찰행정학과 행정법 교수
- (현) 부산한국고시학원 행정법 강사
- (현) 청주 행정고시학원 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) 에듀월 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 법치행정에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 법률우위의 원칙은 침해적 행정에만 적용된다.
- ② 법률유보의 원칙에 반하는 행정작용은 위법하다.
- ③ 기본권제한의 형식이 반드시 법률의 형식일 필요는 없다.
- ④ 한국방송공사의 TV수신료금액 결정은 법률유보(의회유보) 사항이다.

■ 해설 ① 법률우위의 원칙은 법치행정원리의 최소한의 내용으로서 모든 행정작용의 한계로 기능하므로 소극적 의미의 법치행정의 원리라고도 하며 행정의 전 영역에서 적용된다. 행정행위, 공법상 계약, 행정행위의 부관, 법규명령, 조례는 물론 권력적 사실행위, 비권력적 사실행위 등 모든 행정작용은 법률우위의 원칙을 준수하여야 한다.

- ② 법률에 근거하지 않고 행한 행정작용은 위법이다.
- ③ 기본권제한의 형식이 원칙적으로 법률 형식을 요한다. 다만 법규명령에 의하는 경우도 있다.
- ④ 수신료 금액의 결정은 납부의무자의 범위 등과 함께 수신료에 관한 본질적인 중요한 사항이므로 국회가 스스로 행하여야 하는 사항에 속하는 것임에도 불구하고 한국방송공사법 제36조 제1항에서 국회의 결정이나 관여를 배제한 채 한국방송공사로 하여금 수신료 금액을 결정해서 문화관광부장관의 승인을 얻도록 한 것은 법률유보원칙에 위반된다(헌재결 1999.5.27, 98헌바70).

■ 정답 ①

02 행정법의 법원(法源)에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 신뢰보호의 원칙은 실정법상의 근거 규정을 두고 있다.
- ② 대통령의 긴급명령과 긴급재정·경제명령은 행정법의 법원이 된다.
- ③ '1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정'에 위반되는 조례는 무효이다.
- ④ '남북 사이의 화해와 불가침 및 교류협력에 관한 합의서'는 국가 간의 조약이다.

■ 해설 ① 행정절차법 제4조 제2항에 근거가 있다.

- ② 명령도 법원에 해당한다.
- ③ 특정 지방자치단체의 초·중·고등학교에서 실시하는 학교급식을 위해 위 지방자치단체에서 생산되는 우수 농수축산물과 이를 재료로 사용하는 가공식품을 우선적으로 사용하도록 하고 그러한 우수 농산물을 사용하는 자를 선별하여 식재료나 식재료 구입비의 일부를 지원하며 지원을 받은 학교는 지원금을 반드시 우수농산물을 구입하는 데 사용하도록 하는 것을 내용으로 하는 위 지방자치단체의 조례안이 내국민대우원칙을 규정한 '1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정'(General Agreement on Tariffs and Trade 1994)에 위반되어 그 효력이 없다(대법원 2005.9.9, 2004추10).
- ④ 남북사이의 화해와 불가침 및 교류협력에 관한 합의서는 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성질을 가짐에 불과하며, 조약 또는 이에 준하는 것으로 볼 수 없고 국내법과 동일한 효력이 인정되는 것도 아니다(대법원 1999.7.23, 98두14525).

■ 정답 ④

03 공법관계에 해당하는 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 행정재산의 사용·수익에 대한 허가
- ② 국유일반재산에 관한 대부료의 납부고지
- ③ 구 「예산회계법」상 입찰보증금의 국고귀속조치
- ④ 서울특별시 지하철공사 사장의 소속 직원에 대한 징계처분

■ 해설

공 법 관 계	사 법 관 계
<p>① 행정재산의 사용·수익허가, 행정재산의 목적의 사용관계 (국립의료원 부설주차장에 관한 위탁관리 용역운영계약 = 특허에 해당하므로 행정소송의 대상)</p> <p>② 손실보상에 있어 보상금증감청구소송은 공법상 형식적 당사자소송의 대상이므로 공법관계</p> <p>③ 하천법부칙에 근거한 손실보상청구소송은 당사자소송의 대상이므로 공법관계(= 당사자소송)</p> <p>④ 부당이득반환청구권 중에서 부가가치세 환급청구는 당사자소송(=당사자소송)</p> <p>⑤ 국립병원의 강제입원관계</p> <p>⑥ 국유재산의 무단점유자에 대한 변상금부과</p> <p>⑦ 국가인권위원회의 성희롱결정 및 시정조치권고</p> <p>⑧ 도시재개발조합과 그 조합원의 법률관계(=당사자소송)</p> <p>⑨ 지방자치단체에 근무하는 청원경찰의 근무관계</p> <p>⑩ 지방자치단체인 수도사업자의 수도료 부과징수</p> <p>⑪ 공무원연금관리공단의 급여결정(처분성 인정)</p> <p>⑫ 농지개량조합과 그 직원의 관계(특별권력관계)</p> <p>⑬ 서울특별시립 무용단 단원의 위촉(공법상 계약=당사자소송)</p> <p>⑭ 광주시립합창단원에 대한 재위촉(공법상 계약=당사자소송)</p> <p>⑮ 국립중앙극장 전속합창단원의 채용(공법상 계약=당사자소송)</p> <p>⑯ 전문직 공무원인 공중보건기사 채용계약(공법상 계약=당사자소송)</p> <p>⑰ 국방일보의 발행책임자인 국방홍보원장으로 채용계약(계약직공무원 채용계약=당사자소송)</p> <p>⑱ 지방전문직공무원인 서울특별시 경찰국산하 서울대공전술연구소 소장 채용계약(공법상 계약=당사자소송)</p> <p>⑲ 무허가건물의 강제철거와 관련하여 이루어지는 지방자치단체의 철거건물 소유자에 대한 시영아파트 분양권부여 및 세입자에 대한 지원대책</p>	<p>① 한국마사회의 조교사 및 기수 면허 부여 또는 취소</p> <p>② 철도·지하철 이용관계</p> <p>③ 시영버스·시영식당 이용관계</p> <p>④ 국유잡종(일반)재산 대부행위 및 그 대부료 납부고지</p> <p>⑤ 입찰보증금의 국고귀속조치</p> <p>⑥ 창덕궁 안내원의 근무관계</p> <p>⑦ 공무원및사립학교교직원의료보험관리공단 직원의 근무관계</p> <p>⑧ 서울특별시지하철공사의 임원과 직원의 근무관계</p> <p>⑨ 한국조폐공사 직원의 근무관계</p> <p>⑩ 수도권매립지관리공사가 갑에게 입찰참가자격을 제 한하는 내용의 부정당업자 제재처분</p> <p>⑪ 교직원의료보험관리공단 직원의 근무관계</p> <p>⑫ 종합유선방송위원회 직원의 근무관계</p> <p>⑬ 주한미군 한국인 직원의료보험조합직원의 근무관계</p> <p>⑭ 조세과오납금환급청구권(부당이득반환청구권)</p> <p>⑮ 국가배상청구권</p> <p>⑯ 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률에 의한 협의취득 ⇨ 판례는 사법상 계약, 다수설은 공법상 계약</p> <p>⑰ 환매권행사 ⇨ 환매권은 사법상 권리이고, 환매금액의 증감을 구하는 소송 역시 민사소송에 해당 함</p> <p>⑱ 예산회계법 또는 지방재정법에 따라 지방자치단체가 당사자가 되어 체결하는 계약은 사법상 계약이므로 행정소송의 대상이 될 수 없음</p> <p>⑲ 지방재정법에 의하여 준용되는 국가계약법(국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률)에 따라 지방자치단체가 당사자가 되는 이른바 공공계약은 사법상의 계약에 해당하므로 사법관계</p> <p>⑳ 지방자치단체가 구 지방재정법시행령 제 71조의 규정에 따라 기부채납받은 공유 재산을 무상으로 기부자에게 사용을 허용하는 행위는 사법상 행위이지 행정청이 공권력의 주체로서 행하는 공법상 행위라고 할 수 없음</p>

<p>㉑ 공립유치원의 임용기간을 정한 전임강사로 임용된 자에 대한 해임처분의 시정 및 수령지체된 보수의 지급을 구하는 소송은 행정소송의 대상이므로 공법관계</p> <p>㉒ 국가의 각 중앙관서의 장 또는 지방자치단체의 장이 한 입찰참가자격제한조치는 행정처분에 해당 함</p>	<p>㉑ 구 정부투자기관 관리기본법의 적용 대상인 정부투자기관이 사경제 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상 계약은 사법의 원리가 적용 됨</p> <p>㉒ 한국전력공사가 정부투자기관회계규정에 의하여 행한 입찰참가자격을 제한하는 내용의 부정당업자제처분은 사법상의 효력을 가지는 통지행위에 불과 함</p>
--	---

정답 ①

04 개인적 공권에 관한 설명으로 옳은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 공법상 계약을 통해서도 개인적 공권이 성립할 수 없다.
- ② 재량권의 영으로의 수축이론은 개인적 공권을 확대하는 이론이다.
- ③ 개인적 공권은 사권처럼 자유롭게 포기할 수 있는 것이 원칙이다.
- ④ 헌법상의 기본권 규정으로부터는 개인적 공권이 바로 도출될 수 없다.

■ **해설** ① 개인적 공권은 성문법, 불문법, 헌법상 기본권 규정, 상계약에 의해서도 성립할 수 있다.
 ② 종전에는 재량에서는 공권성립이 인정되지 않았다. 그러나 현재는 재량의 영역에서도 무하자재량행 사청구권이나 재량권의 영으로의 수축에 의해 행정개입청구권 등이 인정된다.
 ③ 사권은 포기할 수 있다. 그러나 선거권 등과 같은 개인적 공권은 자유롭게 포기할 수 없는 것이 원칙이다.
 ④ 헌법상 기본권 규정에 의해서도 개인적 공권이 성립할 수 있다. 그러나 헌법상 모든 기본권에서 개인적 공권이 도출되는 것은 아니다. 자유권적 기본권과 평등권 등에서는 개인적 공권이 도출될 수 있으나, 사회적 기본권에서는 개인적 공권이 도출될 수 없다.

정답 ②

05 강학상 특허에 해당하는 것을 <보기>에서 고른 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 따름)

< 보기 >
<p>ㄱ. 재개발조합설립인가</p> <p>ㄴ. 「출입국관리법」상 체류자격 변경허가</p> <p>ㄷ. 사립학교법인 임원에 대한 취임승인행위</p> <p>ㄹ. 서울특별시시장의 의료유사업자 자격증 갱신발급행위</p>

- ① ㄱ, ㄴ
- ② ㄱ, ㄷ
- ③ ㄴ, ㄹ
- ④ ㄷ, ㄹ

■ **해설** ㄱ. 재개발조합설립인가 ⇨ 특허
 ㄴ. 「출입국관리법」상 체류자격 변경허가 ⇨ 특허
 ㄷ. 사립학교법인 임원에 대한 취임승인행위 ⇨ 인가
 ㄹ. 서울특별시시장의 의료유사업자 자격증 갱신발급행위 ⇨ 공증

정답 ①

06 강학상 허가에 관한 설명으로 옳은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 구 「도시계획법」상 개발제한구역 내에서의 건축허가는 원칙적으로 기속행위이다.
- ② 허가처분은 원칙적으로 허가신청 당시의 법령과 허가기준에 의하여 처리되어야 한다.
- ③ 유료직업소개사업의 허가갱신 후에도 갱신 전 범위반사실을 근거로 허가를 취소할 수 있다.
- ④ 국가공무원이 「식품위생법」상 영업허가를 받으면 「국가공무원법」상의 영리업무금지까지 해제된다.

■ **해설** ① 개발제한구역 내에서의 건축허가는 예외적 승인으로서 원칙적으로 재량행위이다.
 ② 허가신청 후 법령개정시 원칙적으로 개정법령 적용
 행정행위는 처분 당시에 시행 중인 법령 및 허가기준에 의하여 하는 것이 원칙이고, 인·허가신청 후 처분 전에 관계법령이 개정·시행된 경우, 신법령부칙에서 신법령시행 전에 이미 허가신청이 있는 때에는 종전의 규정에 의한다는 취지의 경과규정을 두지 아니한 이상 당연히 허가신청 당시의 법령에 의하여 허가 여부를 판단하여야 하는 것은 아니며, 소관행정청이 허가신청을 수리하고도 정당한 이유 없이 처리를 늦추어 그 사이에 법령 및 허가기준이 변경된 것이 아닌 한 새로운 법령 및 허가기준에 따라서 한 불허가처분이 위법하다고 할 수 없다(대법원 1992.12.8, 92누13813).
 ③ 유료직업 소개사업의 허가갱신은 허가취득자에게 종전의 지위를 계속 유지시키는 효과를 갖는 것에 불과하고 갱신 후에는 갱신 전의 범위반사함을 불문에 붙이는 효과를 발생하는 것이 아니므로 일단 갱신이 있는 후에도 갱신 전의 범위반사실을 근거로 허가를 취소할 수 있다(대법원 1982.7.27, 81누174).
 ④ 허가로 인하여 특정 행위에 대한 관계법상의 금지를 해제하여 줄 뿐 타법상의 제한까지 모두 해제하여 주는 것은 아니다(공무원이 식품위생법상 음식점영업허가를 받더라도 식품위생법상의 금지는 해제되나, 국가공무원법상의 영리행위금지의무는 해제되지 않는다).

■ **정답** ③

07 행정행위에 관한 설명으로 옳은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 사실을 오인하여 재량권을 행사한 처분은 위법하다.
- ② 어업권면허에 선행하는 우선순위결정은 행정처분이다.
- ③ 납세자가 과세처분의 내용을 미리 알고 있는 경우 납세고지서의 송달은 불필요하다.
- ④ 친일반민족행위자재산조사위원회의 친일재산 국가귀속결정은 법률행위적 행정행위이다.

■ **해설** ① 행정청이 재량의 전체가 되는 사실관계가 존재하지 않음에도 불구하고 권한을 행사하는 경우(사실의 오인)가 재량권의 일탈에 해당한다. 따라서 사실을 오인하여 재량권을 행사한 처분은 위법하다.
 ② 어업면허우선순위결정은 강학상 확약에 불과하고 행정처분은 아니므로, 우선순위결정에 공정력이나 불가쟁력과 같은 효력은 인정되지 않는다(대법원 1995.1.20, 94누6529).
 ③ 납세고지서의 교부송달 및 우편송달에 있어서는 반드시 납세의무자 또는 그와 일정한 관계에 있는 사람의 현실적인 수령행위를 전제로 하고 있다고 보아야 하며, 납세자가 과세처분의 내용을 이미 알고 있는 경우에도 납세고지서의 송달이 불필요하다고 할 수는 없다(대법원 2004.4.9, 2003두13908).
 ④ 친일반민족행위자재산조사위원회의 국가귀속결정은 친일재산에 해당한다는 사실을 확인하는 준법률행위적 행정행위의 성격을 가진다(대법원 2008.11.13, 2008두13491).

■ **정답** ①

08 행정행위의 하자에 관한 설명으로 옳은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 무효인 행정행위에는 공정력과 불가쟁력이 발생한다.
- ② 당연무효인 징계처분의 하자는 징계를 받은 자의 용인으로 치유된다.

- ③ 적법한 권한 위임 없이 세관출장소장이 한 관세부과처분은 당연무효이다.
- ④ 취소소송의 제기기간을 경과하여 확정력이 발생한 행정처분에는 위헌결정의 소급효가 미치지 않는다.

■ **해설** ① 무효인 행정행위에는 공정력과 불가쟁력이 발생하지 않는다. 공정력과 불가쟁력은 취소인 행정행위에서 인정된다.
 ② 징계처분이 중대하고 명백한 흠 때문에 당연무효의 것이라면 징계처분을 받은 자가 이를 용인하였다 하여 그 흠이 치유되는 것은 아니다(대법원 1989.12.12, 88누8869).
 ③ 적법한 권한 위임 없이 세관출장소장이 한 관세부과처분은 취소사유이다.
 ④ 이미 취소소송의 제기기간을 경과하여 확정력이 발생한 행정처분의 경우에는 위헌결정의 소급효가 미치지 않는다고 보아야 할 것이다(대법원 2002.11.8, 2001두3181).

■ **정답** ④

09 행정계획에 관한 설명으로 옳은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 「행정절차법」은 계획·확정절차에 관한 일반법이다.
- ② ‘4대강 살리기 마스터플랜’은 행정처분에 해당한다.
- ③ 행정주체가 행정계획을 결정할 때 광범위한 형성의 자유가 인정되지 않는다.
- ④ 구 「도시계획법」상 도시계획안의 공고 및 공람절차에 하자가 있는 도시계획결정은 위법하다.

■ **해설** ① 행정계획·확정절차에 대해서는 행정절차법에 규정이 없다.
 ② 4대강 살리기 마스터플랜은 행정처분에 해당하지 아니함
 국토해양부, 환경부, 문화체육관광부, 농림수산부, 식품부가 합동으로 2009. 6. 8. 발표한 ‘4대강 살리기 마스터플랜’ 등은 행정기관 내부에서 사업의 기본방향을 제시하는 계획일 뿐 국민의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 것이 아니어서, 행정처분에 해당하지 않는다(대법원 2011.4.21. 2010무111 전원합의체).
 ③ 구 도시계획법 등 관계법령에는 추상적인 행정목표와 절차만이 규정되어 있을 뿐, 행정계획의 내용에 대하여는 별다른 규정을 두고 있지 아니하므로, 행정주체는 구체적인 행정계획을 입안·결정에 있어서 비교적 광범위한 형성의 자유를 가진다(대법원 1996.11.29, 96누8567).
 ④ 도시계획법의 규정을 종합하여 보면 도시계획의 입안에 있어 해당 도시계획안의 내용을 공고 및 공람하게 한 것은 다수 이해관계자의 이익을 합리적으로 조정하여 국민의 권리·자유에 대한 부당한 침해를 방지하고 행정의 민주화와 신뢰를 확보하기 위하여 국민의 의사를 그 과정에 반영시키는데 있는 것이므로 이러한 공고 및 공람 절차에 하자가 있는 도시계획결정은 위법하다(대법원 2000.3.23, 98두2768).

■ **정답** ④

10 다음 내용 중 괄호 안에 알맞은 것은?

()은/는 공법상의 법률관계의 변경을 가져오는 행정주체를 한쪽 당사자로 하는 양 당사자 사이의 반대방향의 의사표시의 합치를 말한다.

- ① 행정처분
- ② 공법상 계약
- ③ 사법상 계약
- ④ 공법상 합동행위

■ **해설** ② 공법상 계약은 학문상의 관념으로 공법적 효과의 발생을 목적으로 하는 복수당사자 사이의 반대방향의 의사의 합치에 의하여 성립되는 공법행위를 말한다.

■ **정답** ②

11 「행정절차법」상 행정지도에 관한 설명으로 옳은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 행정지도는 반드시 문서로 하여야 한다.
- ② 행정기관은 행정지도에 따르지 아니하였다는 이유로 불이익한 조치를 할 수 있다.
- ③ 행정지도를 하는 자는 그 상대방에게 그 행정지도의 취지 및 내용과 신분을 밝혀야 한다.
- ④ 구 교육인적자원부장관의 국·공립대학총장들에 대한 학칙시정요구는 행정지도이므로 헌법소원의 대상인 공권력의 행사로 볼 수 없다.

■ **해설** ① 행정지도는 문서와 구술 모두 가능하다. 다만 행정지도가 구술로 이루어지는 경우에 상대방이 서면의 교부를 요구하는 때에는 당해 행정지도를 행하는 자는 직무수행에 특별한 지장이 없는 한 이를 교부하여야 한다(동법 제49조 제2항).

② 행정기관은 행정지도의 상대방이 행정지도에 따르지 아니하였다는 것을 이유로 불이익한 조치를 하여서는 아니 된다(행정절차법 제48조 제2항).

③ 행정지도를 행하는 자는 그 상대방에게 행정지도의 취지·내용 및 신분을 밝혀야 한다(행정절차법 제49조 제1항).

④ 교육인적자원부장관의 대학총장들에 대한 이 사건 학칙시정요구는 고등교육법 제6조 제2항, 동법시행령 제4조 제3항에 따른 것으로서 그 법적 성격은 대학총장의 임의적인 협력을 통하여 사실상의 효과를 발생시키는 행정지도의 일종이지만, 그에 따르지 않을 경우 일정한 불이익조치를 예정하고 있어 사실상 상대방에게 그에 따를 의무를 부과하는 것과 다를 바 없으므로 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 상당히 강하게 갖는 것으로서 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라고 볼 수 있다(헌재결 2003.6.26, 2002헌마337, 2003헌마7·8).

■ **정답** ③

12 행정입법에 관한 설명으로 옳은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 행정입법부작위는 행정소송의 대상이 될 수 없다.
- ② 위법한 법규명령은 무효가 아니라 취소할 수 있다.
- ③ 법령의 위임 없이 제정한 2006년 교육공무원 보수업무 등 편람은 법규명령이다.
- ④ 구 「식품위생법 시행규칙」에서 정한 제재적 처분기준은 법규명령의 성질을 가진다.

■ **해설** ① 행정입법부작위에 대해서는 부작위위법확인소송이라는 항고소송은 할 수 없음
 행정소송은 구체적 사건에 대한 법률상 분쟁을 법에 의하여 해결함으로써 법적 안정을 기하자는 것이므로 부작위위법확인소송의 대상이 될 수 있는 것은 구체적 권리의무에 관한 분쟁이어야 하고 추상적인 법령에 관하여 제정의 여부 등은 그 자체로서 국민의 구체적인 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 것이 아니어서 그 소송의 대상이 될 수 없는 바, 대통령이 대통령령을 제정하지 아니한 행정입법부작위의 위법확인을 구하는 이 사건 소는 부적법하다(대법원 1992.5.8, 91누11261).

② 법규명령은 공정력이 인정되지 않기 때문에 하자 있는 법규명령은 무효라 할 것이다.

③ 2006년 교육공무원 보수업무 등 편람은 교육인적자원부(현재는 교육과학기술부)에서 관련 행정기관 및 그 직원을 위한 업무처리지침 내지 참고사항을 정리해 둔 것에 불과하고 법규명령의 성질을 가진 것이라고는 볼 수 없다(대법원 2010. 12. 9. 2010두16349).

④ 식품위생법시행규칙 제53조에서 [별표 15]로 식품위생법 제58조에 따른 행정처분의 기준을 정하였다고 하더라도, 이는 형식은 부령으로 되어 있으나 그 성질은 행정기관 내부의 사무처리준칙을 정한 것에 불과한 것으로서, 행정명령의 성질을 가지는 것이지, 식품위생법 제58조 제1항의 규정에 의하여 보장된 재량권을 기속하는 것이라고 할 수는 없고, 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 힘이 있는 것은 아니다(대법원 1988.12.6, 88누2816).

■ **정답** ①

13 「행정절차법」상 행정절차에 관한 설명으로 옳은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 「행정절차법」은 행정예고와 공법상 계약에 관하여 규정하고 있다.
- ② 신청에 대한 거부처분은 특별한 사정이 없는 한 처분의 사전통지대상이 되지 않는다.
- ③ 행정처분의 상대방이 청문일시에 불출석하였다는 이유로 청문을 실시하지 않은 침해적 행정처분은 적법하다.
- ④ 행정청과 당사자 사이에 협약의 체결로 청문의 실시 등 의견청취절차를 배제한 경우 청문의 실시에 관한 규정의 적용이 배제된다.

■ 해설 ① 「행정절차법」은 행정예고에 대한 규정은 있지만 공법상 계약에 관하여는 규정하고 있지 않다.
 ② 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.
 ③ 청문통지서가 반송되었다거나, 행정처분의 상대방이 청문일시에 불출석하였다는 이유로는 청문절차를 생략할 수 없음
 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요한 경우의 판단기준은 당해 행정처분의 성질에 비추어 판단하여야 하는 것이지, 행정처분의 상대방에 대한 청문통지서가 반송되었다거나, 행정처분의 상대방이 청문일시에 불출석하였다는 이유로 청문을 실시하지 아니하고 한 침해적 행정처분은 위법하다(대법원 2001.4.13, 2000두3337).
 ④ 사인과의 협약으로 법령상 요구되는 청문을 배제할 수 없음
 행정청이 당사자와의 사이에 도시계획사업의 시행과 관련한 협약의 체결로 청문의 실시에 관한 규정의 적용을 배제할 수 있다고 볼 만한 법령상의 규정이 없는 한, 이러한 협약이 체결되었다고 하여 청문의 실시에 관한 규정의 적용이 배제된다거나 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당한다고 할 수 없다(대법원 2004.7.8, 2002두8350).

■ 정답 ②

14 공공기관의 정보공개에 관한 설명으로 옳은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 외국인의 정보공개청구권은 인정될 여지가 없다.
- ② 정보공개청구의 대상이 되는 문서는 반드시 원본이어야 한다.
- ③ 권리능력이 없는 사단·재단은 설립 목적을 불문하고 정보공개청구권을 가진다.
- ④ 정보공개청구권자가 공공기관에 대하여 정보공개를 청구하였다가 거부처분을 받은 것 자체는 법률상 이익의 침해에 해당하지 않는다.

■ 해설 ① 외국인은 대통령령이 정하는 바에 따라 ㉠ 국내에 일정한 주소를 두고 거주하거나 학술·연구를 위하여 일시적으로 체류하는 사람 ㉡ 국내에 사무소를 두고 있는 법인 또는 단체는 정보공개청구를 할 수 있다(제5조).
 ② 공공기관의 정보공개에 관한 법률상 공개청구의 대상이 되는 정보란 공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 현재 보유·관리하고 있는 문서에 한정되는 것이기는 하나, 그 문서가 반드시 원본일 필요는 없다(대법원 2006.5.25, 2006두3049).
 ③ 「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 설립목적 불문한다(대법원 2003.12.12, 2003두8050).
 ④ 거부처분을 받은 것 그 자체가 법률상 이익의 침해에 해당함 ⇨ 추가로 어떤 법률상의 이익을 가질 것을 요구하는 것은 아님
 정보공개청구권은 법률상 보호되는 구체적인 권리이므로 청구인이 공공기관에 대하여 정보공개를 청구하였다가 거부처분을 받은 것 자체가 법률상 이익의 침해에 해당한다고 할 것이고, 거부처분을 받은 것 이외에 추가로 어떤 법률상의 이익을 가질 것을 요구하는 것은 아니다(대법원 2004.9.23, 2003두1370).

정답 ③

15 이행강제금에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 형사처벌과 이행강제금의 병과는 이중처벌에 해당하지 않는다.
- ② 이행강제금은 장래에 의무이행을 확보하기 위한 강제수단이다.
- ③ 구 「건축법」상 이행강제금 납부의무는 일신전속적인 성질을 갖는다.
- ④ 장기미등기자가 등기신청의무의 이행기간이 지나서 등기신청을 한 경우에도 이행강제금을 부과할 수 있다.

해설 ① 형사처벌과 별도로 시정명령 위반에 대하여 이행강제금을 부과하는 건축법은 이중처벌에 해당한다고 할 수 없다(대법원 2005.8.19. 2005마30).

② 이행강제금(집행벌)이란 그 의무의 이행을 장래에 간접적·심리적으로 강제하기 위하여 과하는 금전부담을 말한다.

③ 이행강제금은 일신전속 ⇨ 상속인 기타의 사람에게 승계 ×

구 건축법상의 이행강제금은 구 건축법의 위반행위에 대하여 시정명령을 받은 후 시정기간 내에 당해 시정명령을 이행하지 아니한 건축주 등에 대하여 부과되는 간접강제의 일종으로서 그 이행강제금 납부의무는 상속인 기타의 사람에게 승계될 수 없는 일신전속적인 성질의 것이므로 이미 사망한 사람에게 이행강제금을 부과하는 내용의 처분이나 결정은 당연무효이고, 이행강제금을 부과받은 사람의 이의에 의하여 비송사건절차법(현행법은 행정소송에 의함)에 의한 재판절차가 개시된 후에 그 이의한 사람이 사망한 때에는 사건 자체가 목적을 잃고 절차가 종료한다(대법원 2006.12.8. 2006마470).

④ 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률상 장기미등기자가 같은 법 제6조 제2항에 규정된 기간이 지나서 등기신청의무를 이행한 경우, 이행강제금을 부과할 수 없음

부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제10조 제1항, 제4항, 제6조 제2항의 내용, 체계 및 취지 등을 종합하면, 부동산의 소유권이전을 내용으로 하는 계약을 체결하고 반대급부의 이행을 완료한 날로부터 3년 이내에 소유권이전등기를 신청하지 아니한 등기권리자 등(이하 '장기미등기자'라 한다)에 대하여 부과되는 이행강제금은 소유권이전등기신청의무 불이행이라는 과거의 사실에 대한 제재인 과징금과 달리, 장기미등기자에게 등기신청의무를 이행하지 아니하면 이행강제금이 부과된다는 심리적 압박을 주어 의무의 이행을 간접적으로 강제하는 행정상의 간접강제 수단에 해당한다. 따라서 장기미등기자가 이행강제금 부과 전에 등기신청의무를 이행하였다면 이행강제금의 부과써 이행을 확보하고자 하는 목적은 이미 실현된 것이므로 부동산실명법 제6조 제2항에 규정된 기간이 지나서 등기신청의무를 이행한 경우라 하더라도 이행강제금을 부과할 수 없다(대법원 2016. 6. 23. 2015두36454).

정답 ④

16 「질서위반행위규제법」상 과태료에 관한 내용으로 옳지 않은 것은?

- ① 2인 이상이 질서위반행위에 가담한 때에는 각자가 질서위반행위를 한 것으로 본다.
- ② 법률에 따르지 아니하고는 어떤 행위도 질서위반행위로 과태료를 부과하지 아니한다.
- ③ 당사자는 과태료 재판에 대하여 즉시항고할 수 있으나 이 경우의 항고는 집행정지의 효력이 없다.
- ④ 과태료는 행정청의 과태료 부과처분이 확정된 후 5년간 징수하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.

해설 ① 질서위반행위규제법 제12조

② 질서위반행위규제법 제6조

③ 과태료 재판은 이유를 붙인 결정으로써 한다. 당사자와 검사는 과태료 재판에 대하여 즉시항고를 할 수 있다. 이 경우 항고는 집행정지의 효력이 있다(질서위반행위규제법 제36조).

④ 질서위반행위규제법 제15조

정답 ③

17 「국가배상법」상 국가배상에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 공무원에는 공무를 위탁받은 사인이 포함된다.
- ② 국가배상청구소송은 행정소송으로 제기하여야 한다.
- ③ 공무원의 직무에는 행정주체가 사경제주체로서 하는 활동은 제외된다.
- ④ 공무원의 직무상 의무 위반과 피해자가 입은 손해 사이에는 상당인과관계가 요구된다.

■ 해설 ① 국가배상법상 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. 사인도 공무를 위탁받아 공무를 수행하는 한, 공무원에 해당한다. 판례는 집행관, 소집중인 향토예비군, 통장, 교통정리중이던 교통할아버지 등을 공무원에 포함시킨다. 공무수탁사인의 경우 그 공무의 위탁이 일시적이고 한정적인 사항에 관한 활동을 위한 것이더라도 공무원에 해당한다(대법원 2001.1.5, 98다39060).

② 판례는 “국가 또는 공공단체에 대하여 그의 불법행위를 이유로 손해배상을 구함은 국가배상법이 정하는 바에 따른다 하여도, 이 역시 민사상 손해배상책임을 특별법인 국가배상법이 정한 것에 불과하다”라고 하여 국가배상법을 사법으로 보고 민사소송으로 다루고 있다(대법원 1971.4.6, 70다2955).

③ 공무원의 직무집행행위는 “행정지도와 같은 비권력적 작용도 포함되나, 단지 사경제주체로서 행하는 활동만은 제외된다.”라고 하여 대체로 광의설을 취한다(대법원 2004.4.9, 2002다1069).

④ 국가배상청구권이 인정되기 위해서는 가해행위인 직무집행행위와 손해의 발생 사이에는 상당인과관계가 있어야 한다.

■ 정답 ②

18 「행정심판법」상 행정심판에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 무효등확인심판에는 사정재결이 인정되지 아니한다.
- ② 임시처분은 집행정지로 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 않는다.
- ③ 행정심판의 재결에 불복하는 경우 그 재결 및 같은 처분 또는 부작위에 대하여 다시 행정심판을 청구할 수 있다.
- ④ 행정심판위원회는 처분이행명령재결이 있음에도 피청구인이 처분을 하지 않은 경우 당사자의 신청에 의해 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 그 기간 안에 이행하지 않으면 원칙적으로 직접처분을 할 수 있다.

■ 해설 ① 사정재결은 취소심판이나 의무이행심판에서 인정되고, 무효등확인심판에서는 인정되지 않는다.

② 임시처분의 보충성

임시처분은 집행정지로 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다. 따라서 집행정지로 구제될 수 없는 거부처분이나 부작위에 대하여 대해서 임시처분이 인정된다.

③ 심판청구에 대한 재결이 있는 경우에는 당해 재결뿐만 아니라 동일한 처분 또는 부작위에 대하여 다시 심판청구를 할 수 없다(행정심판법 제51조).

④ 이행재결의 실효성을 확보하기 위하여 거부처분이나 부작위에 대하여 이행명령재결이 있는 경우, 위원회는 당해 행정청이 처분을 하지 아니하는 경우에는 당사자가 신청(직권 ×)하면 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 그 기간에 이행하지 아니하면 직접 처분을 할 수 있다(행정심판법 제50조).

■ 정답 ③

19 행정소송에 관한 설명으로 옳은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 국세부과처분 취소소송에는 임의적 행정심판전치주의가 적용된다.

- ② 당사자소송 계속 중 법원의 허가를 얻어도 취소소송으로 변경할 수 없다.
- ③ 취소소송에는 대세효(제3자효)가 있으나 당사자소송에는 인정되지 않는다.
- ④ 취소소송에서 행정처분의 위법 여부는 판결 선고 당시의 법령과 사실상태를 기준으로 판단한다.

- **해설**
- ① 국세부과처분 취소소송은 필요적 행정심판전치주의가 적용된다. 국세의 대한 불복절차는 먼저 당해 처분을 하였거나 하였어야 할 세무서장을 거쳐 국세청장에게 심사청구를 하거나 또는 조세심판원장에게 심사청구를 하여 결정을 받은 후, 행정소송를 제기함이 원칙이다(국세기본법 제56조). 동일한 처분에 대하여 심사청구와 심판청구를 중복하여 제기할 수 없다.
 - ② 취소소송·무효등확인소송을 당해 처분 등에 관계되는 사무가 귀속되는 국가 또는 공공단체에 대한 당사자소송으로 변경하거나(법 제21조 제1항, 제37조) 당사자소송을 행정청 상대의 항고소송으로 변경하는 것이 가능하다(법 제42조).
 - ③ 취소소송에서의 형성력은 당사자뿐만 아니라 소송에 관여하지 않은 제3자에게도 미친다(제3자효). 제3자에 대한 효력은 집행정지결정과 그 취소결정, 그리고 무효확인소송이나 부작위위법확인소송 등에도 준용된다(법 제38조). 당사자소송도 판결을 통해 확정되면 자박력·확정력 및 기속력을 갖는다. 그러나 취소판결에 있어서 인정되는 효력 중 판결의 제3자효, 재처분의무, 간접강제 등은 당사자소송에는 적용되지 않는다.
 - ④ 취소소송에서 행정처분의 위법 여부는 판결 선고 당시가 아니라 처분당시의 법령과 사실상태를 기준으로 판단한다.

■ **정답** ③

20 행정소송에서의 제소기간에 관한 설명으로 옳은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 부작위위법확인소송에는 제소기간의 제한이 있다.
- ② 제소기간은 불변기간이므로 소송행위의 보완은 허용되지 않는다.
- ③ 제소기간의 준수 여부는 법원의 직권조사사항에 해당하지 않는다.
- ④ 행정심판을 거친 경우의 제소기간은 행정심판 재결서 정본을 송달받은 날로부터 90일 이내이다.

- **해설**
- ① 부작위위법확인소송에 대해서는 부작위의 성질상 **원칙적으로 제소기간이 인정될 수 없다**. 따라서 행정심판을 거치지 않은 경우에는 제소기간의 제한을 받지 않는다. 그러나 부작위에 대해서도 행정심판으로서 의무이행심판을 제기할 수 있으므로, 행정심판을 전치한 경우에는 행정심판의 재결서의 정본을 송달받은 날로부터 90일 이내에 소송을 제기하여야 한다. 이 경우에는 제소기간의 제한이 있다.
 - ② 처분 등이 있음을 안 날로부터 90일은 불변기간이고, 처분 등이 있는 날로부터 1년은 불변기간이 아니다.
 - ③ 제소기간의 준수 여부는 소송요건의 문제이므로 법원의 직권조사사항에 해당한다.
 - ④ 제18조 제1항 단서에 규정한 경우(필요적 행정심판전치주의인 경우)와 그 밖에 행정심판청구를 할 수 있는 경우 또는 행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알린 경우에는 행정심판재결서 정본을 송달받은 날로부터 90일 이내에 제기하여야 한다(법 제20조 제1항).

■ **정답** ④