2017년 4월 8일 시행 / 2017년 국가직 9급 공무원 임용시험

행정법총론 기출해설

해설 – 이상헌 교수(해커스)

문 1. 개인적 공권에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 개인적 공권이 성립하려면 공법상 강행법규가 국가 기타 행정주체에게 행위의무를 부과해야 한다. 과거에는 그 의무가 기속행위의 경우에만 인정되었으나, 오늘날에는 재량행위에도 인정된다고 보는 것이 일반적이다.

② 상수원보호구역 설정의 근거가 되는 규정은 상수원의 확보와 수질보전일 뿐이고, 그 상수원에서 급수를 받고 있는 지역 주민들이 가지는 이익은 상수원의 확보와 수질보호라는 공공의 이익이 달성됨에 따라 반사적으로 얻게 되는 이익에 불과하다.

③ 행정처분에 있어서 불이익처분의 상대방은 직접 개인적 이익의 침해를 받은 자로서 취소소송의 원고적격이 인정되지만 수익 처분의 상대방은 그의 권리나 법률상 보호되는 이익이 침해 되었다고 볼 수 없으므로 달리 특별한 사정이 없는 한 취소를 구할 이익이 없다.

④ 환경영향평가에 관한 자연공원법령 및 환경영향평가법령들의 취지는 환경공익을 보호하려는 데 있으므로 환경영향평가 대상지역 안의 주민들이 수인한도를 넘는 환경침해를 받지 아니하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 개별적 이익까지 보호하는 데 있다고 볼 수는 없다.

[정답] ④

④ 환경영향평가에 관한 자연공원법령 및 환경영향평가법령들의 취지는 환경공익만을 보호하기 위한 것이 아니고 환경영향평가 대상지역 안의 주민들이 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 개별적 이익까지 보호하는 데 있다.

문 2. 행정지도에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 위법한 행정지도에 따라 행한 사인의 행위는 법령에 명시적으로 정함이 없는 한 위법성이 조각된다고 할 수 없다.

② 행정지도의 상대방은 행정지도의 내용에 동의하지 않는 경우 이를 따르지 않을 수 있으므로, 행정지도의 내용이나 방식에 대해 의견제출권을 갖지 않는다.

③ 행정지도가 말로 이루어지는 경우에 상대방이 행정지도의 취지 및 내용 , 행정지도를 하는 자의 신분에 관한 사항을 적은 서면의 교부를 요구하면 그 행정지도를 하는 자는 직무 수행에 특별한 지장이 없으면 이를 교부하여야 한다.

④ 국가배상법 이 정한 배상청구의 요건인 '공무원의 직무'에는 권력적 작용만이 아니라 행정지도와 같은 비권력적 작용도 포함된다.

[정답] ②

② 행정지도는 상대방의 임의적 협력이 있어야 효력을 발생하므로 상대방이 행정지도의 내용에 반드시 따라야 하는 것은 아니다. 그러나 「행정절차법」 상 행정지도의 내용이나 방식에 대해 의견제출을 할 수 있다는 규정이 있으므로 의견제출권을 갖는다.

<행정절차법> 제50조(의견제출) 행정지도의 상대방은 해당 행정지도의 방식·내용 등에 관하여 행정기관에 의견제출을 할 수 있다.

문 3. 행정행위의 취소와 철회에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

① 행정처분을 한 처분청은 그 처분에 하자가 있는 경우에는 원칙적으로 별도의 법적 근거가 없더라도 스스로 이를 직권으로 취소할 수 있고 , 이러한 경우 이해관계인에게는 처분청에 대하여 그 취소를 요구할 신청권이 부여된 것으로 볼 수 있다.

② 변상금 부과처분에 대한 취소소송이 진행 중이라도 그 부과권자는 위법한 처분을 스스로 취소하고 그 하자를 보완하여 다시 적법한 부과처분을 할 수도 있다.

③ 행정행위를 한 처분청은 사정변경이 생겼거나 또는 중대한 공익상의 필요가 발생한 경우에는 그 효력을 상실케 하는 별개의 행정행위로 이를 철회할 수 있다고 할 것이나, 기득권을 침해하는 경우에는 기득권의 침해를 정당화할 만한 중대한 공익상의 필요 또는 제3자의 이익보호의 필요가 있는 때에 한하여 상대방이 받는 불이익과 비교·교량하여 철회하여야 한다.

④ 행정청이 의료법인의 이사에 대한 이사취임승인취소처분을 직권으로 취소하면 이사의 지위가 소급하여 회복된다.

[정답] ①

① 행정처분을 한 처분청은 별도의 법적 근거가 없더라도 스스로 위법한 행위를 직권으로 취소할 수 있다. 본처분 권한에 포함된 것으로 파악되기 때문이다. 그러나 행정청에게 취소권이 있다는 것이 바로 상대방이나 이해관계인에게 처분청에 대하여 그 취소를 요구할 신청권이 부여된 것으로 볼 수는 없다. 이러한 신청권이 부여되기 위해서는 공권의 성립요건을 갖추어야만 가능하다.

문 4. 「행정절차법」의 내용에 대한 설명으로 옳은 것은?

① 행정청은 직권으로 또는 당사자 및 이해관계인의 신청에 따라 여러 개의 사안을 병합하거나 분리하여 청문을 할 수 있다.

② 법령 등에서 행정청에 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고를 규정하고 있는 경우 신고가 본법 제40조제2항 각 호의 요건을 갖춘 경우에는 신고서가 접수기관에 발송된 때에 신고 의무가 이행된 것으로 본다.

③ 행정청이 신분·자격의 박탈처분을 할 때 미리 당사자등에게 통지한 의견제출기한 내에 당사자등의 청문신청이 있는 경우에는 청문을 한다.

④ 행정청이 신청내용을 모두 그대로 인정하는 처분을 하는 경우 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다.

[정답] ③

① 행정청은 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 여러 개의 사안을 병합하거나 분리하여 청문을 할 수 있으나, '이해관계인'의 신청은 규정하고 있지 않다.

<행정절차법> 제32조(청문의 병합·분리) 행정청은 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 여러 개의 사안을 병합하거나 분리하여 청문을 할 수 있다.

② 「행정절차법」상 신고는 신고의 요건을 갖춘 경우에 그 신고서가 접수기관에 '도달'된 때에 신고 의무가

이행된 것으로 본다. 따라서 '발송'된 때가 아니다.

<행정절차법> 제40조(신고) ① 법령등에서 행정청에 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고를 규정하고 있는 경우 신고를 관장하는 행정청은 신고에 필요한 구비서류, 접수기관, 그 밖에 법령등에 따른 신고에 필요한 사항을 게시(인터넷 등을 통한 게시를 포함한다)하거나 이에 대한 편람을 갖추어 두고 누구나 열람할 수 있도록 하여야 한다.
② 제1항에 따른 신고가 다음 각 호의 요건을 갖춘 경우에는 신고서가 접수기관에 도달된 때에 신고 의무가 이행된 것으로 본다.
1. 신고서의 기재사항에 흠이 없을 것
2. 필요한 구비서류가 첨부되어 있을 것
3. 그 밖에 법령등에 규정된 형식상의 요건에 적합할 것

③ 청문은 당사자의 신청이 있는 경우에도 개최한다고 규정되어 있다.

<행정절차법> 제22조(의견청취) ① 행정청이 처분을 할 때 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 청문을 한다.
1. 다른 법령등에서 청문을 하도록 규정하고 있는 경우
2. 행정청이 필요하다고 인정하는 경우
3. 다음 각 목의 처분 시 제21조제1항제6호에 따른 의견제출기한 내에 당사자등의 신청이 있는 경우
가. 인허가 등의 취소
나. 신분·자격의 박탈
다. 법인이나 조합 등의 설립허가의 취소

④ 행정청은 처분을 할 때에는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 하지만, 신청 내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우에는 제시할 필요가 없다. 뿐만 아니라 이 경우는 상대방의 요청이 있어도 제시할 필요가 없는 경우에 해당한다.

<행정절차법> 제23조(처분의 이유 제시) ① 행정청은 처분을 할 때에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다.
1. 신청 내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우
2. 단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우
3. 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우
② 행정청은 제1항제2호 및 제3호의 경우에 처분 후 당사자가 요청하는 경우에는 그 근거와 이유를 제시하여야 한다.

문 5. 법률유보의 원칙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

① 다수설에 따르면 행정지도에 관해서 개별법에 근거규정이 없는 경우 행정지도의 상대방인 국민에게 미치는 효력을 고려하여 행정지도를 할 수 없다고 본다.
② 대법원은 지방의회의원에 대하여 유급보좌인력을 두는 것은 지방의회의원의 신분·지위 및 그 처우에 관한 현행 법령상의 제도에 중대한 변경을 초래하는 것으로서, 이는 개별 지방의회의 조례로써 규정할 사항이 아니라 국회의 법률로써 규정하여야 할 입법사항이라고 한다.
③ 헌법재판소는 토지등소유자가 도시환경정비사업을 시행하는 경우, 사업시행인가 신청시 필요한 토지등소유자의 동의정족수를 정하는 것은 국민의 권리와 의무의 형성에 관한 기본적이

고 본질적인 사항으로 법률유보 내지 의회유보의 원칙이 지켜져야 할 영역이라고 한다.

④ 헌법재판소는 법률에 근거를 두면서 헌법 제75조가 요구하는 위임의 구체성과 명확성을 구비하는 경우에는 위임입법에 의하여도 기본권을 제한할 수 있다고 한다.

[정답] ①

① 행정지도는 비권력적 사실행위에 불과하므로 개별법에 근거규정이 없어도 가능하다.

② 대법원은 지방의회의원에 대하여 유급보좌인력을 두는 것은 지방의회의원의 신분·지위 및 그 처우에 관한 현행 법령상의 제도에 중대한 변경을 초래하는 것으로 보았다. 따라서 서 , 이는 개별 지방의회의 조례로써 규정할 사항이 아니라 국회의 법률로써 규정하여야 할 입법사항이라고 한다.

<관련 판례지> 지방의회의원에 대하여 유급보좌인력을 두는 것은 지방의회의원의 신분·지위 및 그 처우에 관한 현행 법령상의 제도에 중대한 변경을 초래하는 것으로서, 이는 개별 지방의회의 조례로써 규정할 사항이 아니라 국회의 법률로써 규정하여야 할 입법사항이다(국회의원의 입법활동을 지원하기 위한 보좌직원으로서의 보좌관도 국회의원수당 등에 관한 법률 제9조에서 규정하고 있다). ---이 사건 근로자의 담당업무, 채용규모 및 이 사건 예산안 재의결 경위 등을 종합하여 보면, 지방의회에서 이 사건 근로자를 두어 의정활동을 지원하는 것은 지방의회의원이 담당하고 있는 의정 자료의 수집·연구 및 이를 위한 보조활동에 대하여 의정활동비를 지급하는 것에서 더 나아가 실질적으로 유급보좌인력을 두는 것과 마찬가지로 봄이 상당하며, 이 사건 근로자가 기간제근로자라고 하여 달리 볼 것은 아니다(대판 2013.1.16. 2012추84).

③ 헌법재판소는 토지등소유자의 동의는 개발사업의 주체 및 정비구역 내 토지등소유자를 상대로 수용권을 행사하고 각종 행정처분을 발할 수 있는 행정주체로서의 지위를 가지는 사업시행자를 지정하는 문제로서 그 동의요건을 정하는 것은 국민의 권리와 의무의 형성에 관한 기본적이고 본질적인 사항이라고 판시하였다.

<관련 판례> 토지등소유자가 도시환경정비사업을 시행하는 경우 사업시행인가 신청시 필요한 토지등소유자의 동의는 개발사업의 주체 및 정비구역 내 토지등소유자를 상대로 수용권을 행사하고 각종 행정처분을 발할 수 있는 행정주체로서의 지위를 가지는 사업시행자를 지정하는 문제로서 그 동의요건을 정하는 것은 국민의 권리와 의무의 형성에 관한 기본적이고 본질적인 사항이므로 국회가 스스로 행하여야 하는 사항에 속하는 것임에도 불구하고 사업시행인가 신청에 필요한 동의정족수를 토지등소유자가 자치적으로 정하여 운영하는 규약에 정하도록 한 것은 법률유보원칙에 위반된다(헌재 2011.8.30. 2009헌바128).

문 6. 다음 사례에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

고속국도 관리청이 고속도로 부지와 접도구역에 송유관 매설을 허가하면서 상대방인 甲과 체결한 협약에 따라 송유관 시설을 이전하게 될 경우 그 비용을 甲이 부담하도록 하였는데, 그 후 「도로법 시행규칙」이 개정되어 접도구역에는 관리청의 허가 없이도 송유관을 매설할 수 있게 되었다.

① 협약에 따라 송유관 시설을 이전하게 될 경우 그 비용을 甲이 부담하도록 한 것은 행정행위의 부관 중 부담에 해당한다.

② 甲과의 협약이 없더라도 고속국도 관리청은 송유관매설허가를 하면서 일방적으로 송유관 이

전 시 그 비용을 甲이 부담한다는 내용의 부관을 부가할 수 있다.

③ 「도로법 시행규칙」의 개정 이후에도 위 협약에 포함된 부관은 부당결부금지의 원칙에 반하지 않는다.

④ 「도로법 시행규칙」의 개정으로 접도구역에는 관리청의 허가 없이도 송유관을 매설할 수 있게 되었기 때문에 위 협약 중 접도구역에 대한 부분은 효력이 소멸된다.

[정답] ④

④ 부담의 위법 여부는 처분 당시 법령을 기준으로 판단하므로 근거 법령이 개정됨으로써 행정청이 더 이상 부관을 붙일 수 없게 되었다 하더라도 곧바로 위법하게 되거나 그 효력이 소멸하게 되는 것은 아니다.

<관련 판례> 1) 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 행정처분의 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.

2) 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(대판 2009.02.12. 2005다65500).

문 7. 공법상 계약에 대한 설명으로 옳은 것은?

① 다수설에 따르면 공법상 계약은 당사자의 자유로운 의사의 합치에 의하므로 원칙적으로 법률유보의 원칙이 적용되지 않는다고 본다.

② 공법상 계약은 행정주체와 사인 간에만 체결 가능하며, 행정 주체 상호 간에는 공법상 계약이 성립할 수 없다.

③ 대법원은 구 농어촌 등 보건의료를 위한 특별조치법 및 관계법령에 따른 전문직공무원인 공중보건의사의 채용계약 해지의 의사표시는 일반공무원에 대한 징계처분과 같은 성격을 가지며, 따라서 항고소송의 대상이 된다고 본다.

④ 현행 행정절차법 은 공법상 계약에 대한 규정을 두고 있다.

[정답] ①

① 법률유보 원칙이 적용되는 것은 주로 침익적, 권력적 행위인 경우이다. 공법상 계약은 비권력적 법률행위이므로 다수설에 따르면 특별한 규정이 없는 한 법률유보의 원칙이 적용되지 않는다고 본다.

문 8. 불확정개념과 판단여지 및 기속행위와 재량행위에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

① 판단여지를 긍정하는 학설은 판단여지는 법률효과 선택의 문제이고 재량은 법률요건에 대한 인식의 문제라는 점, 양자는 그 인정근거와 내용 등을 달리하는 점에서 구별하는 것이 타당하다고 한다.
② 대법원은 재량행위에 대한 사법심사를 하는 경우에 법원은 행정청의 재량에 기한 공익판단의 여지를 감안하여 독자적인 판단을 하여 결론을 도출하지 않고, 당해 처분이 재량권의 일탈·남용에 해당하는지의 여부만을 심사하여야 한다고 한다.
③ 대법원은 처분을 할 것인지 여부와 처분의 정도에 관하여 재량이 인정되는 과징금 납부명령에 대하여 그 명령이 재량권을 일탈하였을 경우, 법원으로서는 재량권의 일탈 여부만 판단할 수 있을 뿐이지 재량권의 범위 내에서 어느 정도가 적정한 것인지에 관하여는 판단할 수 없어 그 전부를 취소할 수밖에 없고, 법원이 적정하다고 인정하는 부분을 초과한 부분만 취소할 수는 없다고 한다.
④ 다수설에 따르면 불확정개념의 해석은 법적 문제이기 때문에 일반적으로 전면적인 사법심사의 대상이 되고, 특정한 사실 관계와 관련하여서는 원칙적으로 일의적인 해석(하나의 정당한 결론)만이 가능하다고 본다.

[정답] ①

① 판단여지를 재량행위와 구별하는 경우에는 판단여지는 법률요건에 대한 인식의 문제이고, 재량은 법률효과 선택의 문제라는 점에서 구별된다.

문 9. 행정입법에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

① 헌법재판소는 대법원규칙인 구 「법무사법 시행규칙」에 대해, 법규명령이 별도의 집행행위를 기다리지 않고 직접 기본권을 침해하는 것일 때에는 헌법 제107조 제2항의 명령·규칙에 대한 대법원의 최종심사권에도 불구하고 헌법소원심판의 대상이 된다고 한다.
② 대법원은 구 「여객자동차 운수사업법 시행규칙」 제31조 제2항 제1호, 제2호, 제6호는 구 「여객자동차 운수사업법」 제11조 제4항의 위임에 따라 시외버스운송사업의 사업계획변경에 관한 절차, 인가기준 등을 구체적으로 규정한 것으로서 행정청 내부의 사무 처리준칙을 규정한 행정규칙에 불과하다고 할 수는 없다고 한다.
③ 대법원은 재량준칙이 되풀이 시행되어 행정관행이 성립된 경우에는 당해 재량준칙에 자기구속력을 인정한다. 따라서 당해 재량준칙에 반하는 처분은 법규범인 당해 재량준칙을 직접 위반한 것으로서 위법한 처분이 된다고 한다.
④ 헌법재판소는 법률이 일정한 사항을 행정규칙에 위임하더라도 그 위임은 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 한정된다고 한다.

[정답] ③

③ 논란은 있으나 대법원은 내용적으로 자기구속의 원칙을 인정하고 있으므로 자기구속력을 직접 인정한 것은 아니고, 자기구속을 내용적으로 인정하더라도 재량준칙을 위반했기 때문에 직접 위법한 것은 아니고 자기구속의 원칙이라는 행정법의 일반원칙을 위반했기 때문에 위법한 처분이 되는 것으로 파악된다.

문 10. 행정벌에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 종업원 등의 범죄에 대해 법인에게 어떠한 잘못이 있는지를 전혀 묻지 않고, 곧바로 그 종업

원 등을 고용한 법인에게도 종업원 등에 대한 처벌조항에 규정된 벌금형을 과하도록 규정하는 것은 책임주의에 반한다.

② 행정벌과 이행강제금은 장래에 의무의 이행을 강제하기 위한 제재로서 직접적으로 행정작용의 실효성을 확보하기 위한 수단이라는 점에서는 동일하다.

③ 「질서위반행위규제법」 상 개인의 대리인이 업무에 관하여 그 개인에게 부과된 법률상의 의무를 위반한 때에는 행위자인 대리인에게 과태료를 부과한다.

④ 일반형사소송절차에 앞선 절차로서의 통고처분은 그 자체로 상대방에게 금전납부의무를 부과하는 행위로서 항고소송의 대상이 된다.

[정답] ①

① 종업원 등의 범죄행위에 대해서 법인이 책임을 지는 것은 법인 자신의 과실책임에 해당하므로 법인의 과실유무를 따져서 책임을 물을 수 있다. 따라서 법인에게 어떠한 잘못이 있는지를 전혀 묻지 않고, 곧바로 법인에 대해서 벌금형을 부과하는 것은 책임주의의 원칙에 위반된다.

② 행정벌은 과거의 위반사실에 대한 간접적 의무이행 확보수단이고, 이행강제금은 장래에 향하여 직접적으로 의무 이행을 확보하는 수단이라는 점에서 구별된다.

③ 「질서위반행위규제법」 상 개인의 대리인이 업무에 관하여 그 개인에게 부과된 법률상의 의무를 위반한 때에는 현실적 행위자가 아니라 법령상 책임자인 법인이나 개인에게 과태료를 부과하도록 규정되어 있다.

<질서위반행위규제법> 제11조(법인의 처리 등) ① 법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인·사용인 및 그 밖의 종업원이 업무에 관하여 법인 또는 그 개인에게 부과된 법률상의 의무를 위반한 때에는 법인 또는 그 개인에게 과태료를 부과한다.

④ 통고처분은 상대방이 불복하면 당연 소멸하므로 항고소송의 대상이 될 수 없다.

문 11. 공공기관의 정보공개에 관한 법률 에 따른 정보공개에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 공공기관은 정보공개의 청구를 받으면 그 청구를 받은 날부터 10일 이내에 공개 여부를 결정하여야 하나 부득이한 사유로 이 기간 이내에 공개 여부를 결정할 수 없는 때에는 그 기간이 끝나는 날의 다음 날부터 기산하여 10일의 범위에서 공개 여부 결정기간을 연장할 수 있다.

② 모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다고 규정하고 있고, 여기의 국민에는 자연인과 법인이 포함되지만 권리능력 없는 사단은 포함되지 않는다.

③ 정보공개청구에 대하여 공공기관이 비공개결정을 한 경우 청구인이 이에 불복한다면 이의신청 절차를 거치지 않고 행정심판을 청구할 수 있다.

④ 한국증권업협회는 증권회사 상호 간의 업무질서를 유지하고 유가증권의 공정한 매매거래 및 투자자보호를 위하여 구성된 회원조직으로, 증권거래법 또는 그 법에 의한 명령에 대하여 특별한 규정이 있는 것을 제외하고는 민법 중 사단법인에 관한 규정을 적용받으므로 구 공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령 상의 '특별법에 의하여 설립된 특수법인 '에 해당하지 않는다.

[정답] ②

② 대법원은 모든 국민에는 자연인과 법인 뿐만 아니라 권리능력 없는 사단도 포함되며 그 설립목적도 묻지 않는다고 판시하였다.

<관련 판례> 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 설립목적을 불문하며, 한편 정보공개청구권은 법률상 보호되는 구체적인 권리이므로 청구인이 공공기관에 대하여 정보공개를 청구하였다가 거부처분을 받은 것 자체가 법률상 이익의 침해에 해당한다(대판 2003.12.12, 2003두8050).

문 12. 취소소송에서의 처분사유의 추가·변경에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 처분청은 원고의 권리방어가 침해되지 않는 한도 내에서 당해 취소소송의 대법원 확정판결이 있기 전까지 처분사유의 추가·변경을 할 수 있다.

② 처분사유의 추가·변경이 인정되기 위한 요건으로서의 기본적 사실관계의 동일성 유무는, 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초적인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지 여부에 따라 결정된다.

③ 추가 또는 변경된 사유가 당초의 처분시 그 사유를 명기하지 않았을 뿐 처분시에 이미 존재하고 있었고 당사자도 그 사실을 알고 있었다면 당초의 처분사유와 동일성이 인정된다.

④ 처분사유의 추가·변경이 절차적 위법성을 치유하는 것인데 반해, 처분이유의 사후제시는 처분의 실체법상의 적법성을 확보하기 위한 것이다.

[정답] ②

① 처분사유의 추가·변경은 사실심변론종결시까지 기본적 사실관계가 동일한 경우에 가능하다. 국민의 권리와 이익을 침해하지 않는 범위에서 가능하다는 것은 하자의 치유에 해당한다. 다수설과 판례는 양자를 구별한다.

③ 기본적 사실관계의 동일성 유무는, 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초적인 사회적 사실 관계가 기본적인 점에서 동일한지 여부에 따라 결정되므로 처분시에 이미 존재하고 있었다거나 당사자가 그 사실을 알고 있었다는 사실은 처분사유와 동일성과는 무관하다.

④ 처분사유의 추가·변경이나 처분이유의 사후제시는 모두 절차상의 하자를 치유하는 것이므로 절차적 위법성을 치유하는 것이다.

문 13. 공공의 영조물의 설치·관리의 하자로 인한 국가배상책임에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

① ‘공공의 영조물’이라 함은 강학상 공물을 뜻하므로 국가 또는 지방자치단체가 사실상의 관리를 하고 있는 유체물은 포함되지 않는다.

② ‘공공의 영조물의 설치·관리의 하자’에는 영조물이 공공의 목적에 이용됨에 있어 그 이용 상태 및 정도가 일정한 한도를 초과하여 제3자에게 사회통념상 참을 수 없는 피해를 입히고 있는 경우가 포함된다.

③ 영조물의 설치 및 관리에 있어서 항상 완전무결한 상태를 유지할 정도의 고도의 안전성을 갖추지 아니하였다고 하여 영조물의 설치 또는 관리에 하자가 있다고 단정할 수 없다.

④ 국가배상청구소송에서 공공의 영조물에 하자가 있다는 입증책임은 피해자가 지지만, 관리주

체에게 손해발생의 예견가능성과 회피가능성이 없다는 입증책임은 관리주체가 진다.

[정답] ①

① '공공의 영조물'이라 함은 강학상 공물을 뜻하므로 공공용물과 공용물을 모두 포함하며, 국가 또는 지방자치단체가 적법한 권한에 기하여 관리하고 있는 경우 뿐만 아니라 사실상의 관리를 하고 있는 경우도 포함된다.

문 14. 「행정대집행법」 상 행정대집행에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 「행정대집행법」 제2조에 따른 대집행의 실시여부는 행정청의 재량에 속하지 않는다.
② 원칙적으로 '의무의 불이행을 방치하는 것이 심히 공익을 해하는 것으로 인정되는 경우'의 요건은 계고를 할 때에 충족되어 있어야 한다.
③ 부작위하명에는 행정행위의 강제력의 효력이 있으므로 당해 하명에 따른 부작위 의무의 불이행에 대하여는 별도의 법적 근거 없이 대집행이 가능하다.
④ 의무를 명하는 행정행위가 불가쟁력이 발생하지 않은 경우에는 그 행정행위에 따른 의무의 불이행에 대하여 대집행을 할 수 없다.

[정답] ②

① 「행정대집행법」 제2조에 따른 대집행의 요건을 모두 충족한 경우에 대집행의 실시여부에 대해서 기속행위라는 견해와 재량행위라는 견해가 대립한다. 다수설은 관계법률의 규정형식상 '할 수 있다'라고 규정되어 있으므로 재량에 속하는 것으로 파악한다.
② '의무의 불이행을 방치하는 것이 심히 공익을 해하는 것으로 인정되는 경우'는 대집행을 실행하기 위한 요건에 해당하고 계고는 대집행 요건을 모두 충족한 경우에 실행을 위한 절차이므로 대집행 요건은 계고를 할 때에 충족되어 있어야 한다.
③ 대집행은 강제집행 절차이므로 의무를 부여하는 행위와는 별개의 행위이므로 별도의 법적 근거가 필요하다.
④ 불가쟁력이란 제소기간의 경과로 국민이 더 이상 쟁송을 제기하지 못하게 되는 것이므로 행정청은 불가쟁력과 무관하게 대집행을 할 수 있다.

문 15. 「국세징수법」 상 강제징수절차에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

① 세무 공무원이 국세의 징수를 위해 납세자의 재산을 압류하는 경우 그 재산의 가액이 징수할 국세액을 초과한다면 당해 압류처분은 무효이다.
② 국세를 납부기한까지 납부하지 아니하면 과세권자의 가산금 확정절차 없이 「국세징수법」 제21조에 의하여 가산금이 당연히 발생하고 그 액수도 확정된다.
③ 조세부과처분의 근거규정이 위헌으로 선언된 경우, 그에 기한 조세부과처분이 위헌결정 전에 이루어졌다 하더라도 위헌결정 이후에 조세채권의 집행을 위해 새로이 착수된 체납처분은 당연무효이다.
④ 공매통지가 적법하지 아니하다면 특별한 사정이 없는 한, 공매통지를 직접 항고소송의 대상으로 삼아 다툴 수 없고 통지 후에 이루어진 공매처분에 대하여 다투어야 한다.

[정답] ①

① 압류한 재산의 가액이 징수할 국세액을 초과한다면 공매한 이후에 청산하면 되므로 당해 압류처분 자체가 당연 무효는 아니다.

문 16. 다음 사례에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

유흥주점영업허가를 받아 주점을 운영하는 甲은 A시장 으로부터 연령을 확인하지 않고 청소년을 주점에 출입시켜 청소년보호법 을 위반하였다는 사실을 이유로 한 영업허가 취소처분을 받았다. 甲은 이에 불복하여 취소소송을 제기 하였고 취소확정판결을 받았다.

① A시장은 甲이 청소년을 유흥접객원으로 고용하여 유흥행위를 하게 하였다는 이유로 다시 영업허가취소처분을 할 수는 있다.
② 영업허가취소처분은 지나치게 가혹하다는 이유로 취소확정판결이 내려졌다면, A시장은 甲에게 연령을 확인하지 않고 청소년을 출입시켰다는 이유로 영업허가정지처분을 할 수는 있다.
③ 청소년들을 주점에 출입시킨 사실이 없다는 이유로 취소확정 판결이 내려졌다면, A시장은 甲에게 연령을 확인하지 않고 청소년을 출입시켰다는 이유로 영업허가취소처분을 할 수는 없다.
④ 청문절차를 거치지 않았다는 이유로 취소확정판결이 내려졌다면, A시장은 적법한 청문절차를 거치더라도 甲에게 연령을 확인 하지 않고 청소년을 출입시켰다는 이유로 영업허가취소처분을 할 수는 없다.

[정답] ④

① 취소판결이 확정된 경우에도 다른 이유로 동일한 처분을 하는 것은 취소판결의 기속력에 반하지 않는다. 연령을 확인하지 않고 청소년을 출입시켰다는 이유와 청소년을 유흥접객원으로 고용하였다는 이유는 서로 다른 이유이므로 취소처분에 대한 취소판결이 확정되더라도 다시 취소처분을 할 수 있다.
② 영업허가취소처분이 지나치게 가혹하다는 이유로 취소확정판결이 내려진 경우에는 취소처분이 위법하다는 것에 대해서 기판력이 생긴 것이므로 다른 처분인 영업허가정지처분을 발동할 수는 있다.
③ 취소판결이 확정되면 동일한 이유로 동일한 처분을 다시 할 수 없다. 따라서 동일한 이유로 다시 영업허가취소처분을 할 수는 없다.
④ 취소판결이 절차나 형식상의 하자를 이유로 하는 경우에는 취소판결 확정된 경우에도 다시 절차상의 하자를 시정하여 동일한 처분을 할 수 있다. 따라서 청문절차를 거치지 않았다는 이유로 취소확정판결이 내려졌다면, 다시 적법한 청문절차를 거친 경우에는 영업허가취소처분을 할 수 있다.

문 17. 행정상 손실보상에 대한 설명으로 옳은 것은?

① 헌법 제23조 제3항을 국민에 대한 직접적인 효력이 있는 규정으로 보는 견해는 동조항의 재산권의 수용·사용·제한 규정과 보상규정을 불가분조항으로 본다.
② 헌법재판소는 헌법 제23조 제3항의 '공공필요'는 '국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성'을 의미하고, 이 요건 중 공익성은 기본권 일반의 제한 사유인 '공공복리'보다 좁은 것으로 보고 있다.
③ 손실보상청구권을 공권으로 보게 되면 손실보상청구권을 발생시키는 침해의 대상이 되는 재산권에는 공법상의 권리만이 포함될 뿐 사법상의 권리는 포함되지 않는다.
④ 손실보상의 이론적 근거로서 특별희생설에 의하면, 공공복지와 개인의 권리 사이에 충돌이 있는 경우에는 개인의 권리가 우선한다.

[정답] ②

① 헌법 제23조 제3항을 국민에 대한 직접적인 효력이 있는 규정으로 보는 견해는 보상규정이 없으면 직접 헌법에 근거하여 손실보상을 청구할 수 있으므로 보상규정이 반드시 필요한 것은 아니므로 동조항의 재산권의 수용·사용·제한 규정과 보상규정을 불가분조항으로 보지 않는다.

③ 손실보상청구권을 공권으로 보게 되면 그 구제방법이 행정소송이 될 것이나, 손실보상청구권을 발생시키는 침해의 대상이 되는 재산권의 범위와는 직접 관련성이 없으며, 이에는 공법상의 권리 뿐만 아니라 사법상의 권리도 포함된다.

④ 손실보상의 이론적 근거로서 특별희생설에 의하면, 공공복지와 개인의 권리 사이에 충돌이 있는 경우에는 개인의 권리가 우선하는 것이 아니라 비교형량에 따라 판단할 것이다.

문 18. 행정행위에 대한 설명으로 옳은 것은?

① 행정행위를 '행정청이 법아래서 구체적 사실에 대한 법집행으로서 행하는 공법행위'로 정의하면, 공법상 계약과 공법상 합동행위는 행정행위의 개념에서 제외된다.

② 강학상 허가와 특허는 의사표시를 요소로 한다는 점과 반드시 신청을 전제로 한다는 점에서 공통점이 있다.

③ 행정행위의 효력으로서 구성요건적 효력과 공정력은 이론적 근거를 법적 안정성에서 찾고 있다는 공통점이 있다.

④ 「행정소송법」 상 처분의 개념과 강학상 행정행위의 개념이 다르다고 보는 견해는 처분의 개념을 강학상 행정행위의 개념보다 넓게 본다.

[정답] ④

① 행정행위를 '행정청이 법아래서 구체적 사실에 대한 법집행으로서 행하는 공법행위'로 정의하는 견해는 협의설에 해당한다. 이 견해는 권력적, 단독적 행위를 개념요소에 포함시키지 않으므로 비권력적인 공법상 계약이나 단독적 행위가 아닌 공법상 합동행위도 행정행위의 개념에 포함된다. 그러나 통설은 최협의설로서 권력적, 단독적 행위를 추가하므로 이러한 행위는 행정행위의 개념에서 제외된다.

② 강학상 허가와 특허는 모두 법률행위적 행정행위이므로 의사표시를 요소로 한다는 점에서 공통된다. 그러나 허가는 원칙적으로 신청이 필요하고, 특허는 항상 신청이 필요하다는 점에서 구별된다.

③ 구성요건적 효력과 공정력을 구별하는 경우에는 전자는 국가기관의 권한 존중에서 그 근거를 찾고 있으나, 후자는 법적 안정성에서 찾고 있다는 구별된다.

④ 「행정소송법」 상 처분의 개념과 강학상 행정행위의 개념이 다르다고 보는 쟁송법적 견해에 따르면 처분은 행정행위와 이에 준하는 행정작용으로 파악하므로 처분의 개념을 강학상 행정행위의 개념보다 넓게 본다.

문 19. 대법원 판례의 입장으로 옳은 것은?

① 행정청이 도시 및 주거환경정비법 등 관련법령에 근거하여 행하는 조합설립인가처분은 강학상 인가처분으로서 그 조합 설립결의에 하자가 있다면 조합설립결의에 대한 무효확인을 구하여야 한다.

② 지적공부 소관청의 지목변경신청 반려행위는 행정사무의 편의와 사실증명의 자료로 삼기 위한 것이지 그 대장에 등재 여부는 어떠한 권리의 변동이나 상실효력이 생기지 않으므로 이를 항고소송의 대상으로 할 수 없다.

③ 지방자치단체가 제정한 조례가 1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정(General Agreement

on Tariffs and Trade 1994) 이나 정부조달에 관한 협정(Agreement on Government Procurement)에 위반되는 경우, 그 조례는 무효이다.

④ 어떠한 행정처분이 후에 항고소송에서 취소되었다면 그 기판력에 의하여 당해 행정처분은 곧바로 국가배상법 제2조의 공무원의 고의 또는 과실로 인한 불법행위를 구성한다.

[정답] ③

① 조합설립인가처분은 강학상 특허처분으로서 그 조합 설립결의에 하자가 있다면 조합설립결의에 대한 무효확인을 구할 것이 아니라 조합설립인가처분을 항고소송으로 다투어야 한다.

② 지적공부 소관청의 지목변경신청 반려행위는 국민의 실체적 권리관계에 변동을 가져오므로 항고소송의 대상으로 할 수 있는 것으로 판례를 변경하였다.

③ 국제법을 국내법과 동일한 법체계로 보는 경우에 그 효력에 대해서는 국회의 동의를 얻은 조약은 법률과 같은 효력이고, 동의를 받지 않은 조약은 명령과 같은 효력이 있다는 것이 통설이다. 따라서 조례는 법률 또는 명령보다 아래에 있으므로 조약에 위반되는 조례는 무효가 된다.

④ 어떠한 행정처분이 후에 항고소송에서 취소되었다면 그 처분이 위법하다는 것에 기판력이 생긴 것이므로 곧바로 국가배상법 제2조의 공무원의 고의 또는 과실로 인한 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없다.

문 20. 대법원 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

① 「행정소송법」 제26조는 행정소송에서 직권심리주의가 적용되도록 하고 있지만, 행정소송에서도 당사자주의나 변론주의의 기본 구도는 여전히 유지된다.

② 영업자에 대한 행정제재처분에 대하여 행정심판위원회가 영업자에게 유리한 적극적 변경명령재결을 하고 이에 따라 처분청이 변경처분을 한 경우, 그 변경처분에 의해 유리하게 변경된 행정제재가 위법하다는 이유로 그 취소를 구하려면 변경된 내용의 당초처분을 취소소송의 대상으로 하여야 한다.

③ 원자로 및 관계시설의 부지사전승인처분은 그 자체로서 독립한 행정처분은 아니므로 이의 위법성을 직접 항고소송으로 다툴 수는 없고 후에 발령되는 건설허가처분에 대한 항고소송에서 다투어야 한다.

④ 구 폐기물관리법 관계 법령상의 폐기물처리업허가를 받기 위한 사업계획에 대한 부적정통보는 허가신청 자체를 제한 하는 등 개인의 권리 내지 법률상의 이익을 개별적이고 구체적 으로 규제하고 있어 행정처분에 해당한다.

[정답] ③

③ 원자로 및 관계시설의 부지사전승인처분은 강학상 예비결정으로서 그 자체 독립한 행정처분에 해당한다.