- 총평-

2017년 4월 8일(토)에 실시된 국가직 행정법총론의 난이도는 최근의 3년여에 비추어 보면 상급이라고 할 수 있습니다.

지문이 길게 출제되었고, 이론적인 내용이 예년에 비해 대폭 증가하여 판례지문과 학설지문이 섞여 있는 문제가 많이 보입니다. 체감난이도가 상당했으리라 생각되지만, 정답은 기출지문 중에서 쉽게 골라지는 경우가 대부분이어서 시간에 쫓긴 수험생과 그렇지 않은 수험생간 격차가 클 것으로 보입니다.

20문제 중 이론 4문, 사례형 2문, 조문문제 1문 그리고 나머지가 판례문제입니다. 변별력을 확보하는 상급문제는 마책형 기준으로 8번 불확정개념과 판단여지 및 재량행위, 16번 종합사례문제, 17번 손실보상 정도 보여집니다. 85점 이상을 합격권 점수로 예상합니다.

출제영역은 행정법서론 2문, 행정작용법 7문, 행정절차 및 정보공개 2문, 행정의 실효성확보수단 3문, 손해전보 2문, 행정소송 3문, 종합문제 1문으로 골고루 출제되었습니다.

단순하고 1차원적인 기출문제확인에 그쳤던 수험생들의 점수하락으로, 조정점수는 하향조정이 예상됩니다.

수험생 여러분, 수고많으셨습니다!

1.

정답 ④

해설 [×] 환경영향평가에 관한 자연공원법령 및 환경영향평가법령의 규정들의 취지는 집단시설지구개발사업이 환경을 해치지 아니하는 방법으로 시행되도록 함으로써 집단시설지구개발사업과 관련된 환경공익을 보호하려는 데에 그치는 것이 아니라 그 사업으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상되는 환경영향평가대상지역 안의 주민들이 개발 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경침해를 받지 아니하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 개별적 이익까지도 이를 보호하려는 데에 **있다** 할 것이므로, 위 주민들이 당해 변경승인 및 허가처분과 관련하여 갖고 있는 위와 같은 환경상의 이익은 단순히 환경공익 보호의 결과로 국민일반이 공통적으로 가지게 되는 추상적·평균적·일반적인 이익에 그치지 아니하고 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적인 이익이라고 보아야 한다(대판 1998. 4. 24, 97누3286).

2.

정답 ②

해설 [×] 행정지도의 상대방은 당해 행정지도의 방식·내용 등에 관하여 행정기관에 의견제출을 할 수 있다. 행정절차법 제50조.

3.

정답 ①

해설 [×] 직권취소를 할 수 있다는 사정만으로 이해관계인에게 처분청에 대하여 그 취소를 요구할 신청권이 부여된 것으로 볼 수는 **없으므로**, 처분청이 취소신청을 거부하더라도, 그 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하지 않는다(대판 2006. 6. 30, 2004두701).

4.

정답 ③

해설 [○] 2014. 1. 28. 행정절차법 개정으로 청문신청권 조항이 신설되어 상대방의 신청에 의한 청문이 인·허가 등의 취소, **신분·자격의 박탈**, 법인이나 조합 등의 설립허가의 취소의 경우 가능하게 되었다. 동법 제22조 참조.

제22조(의견청취) ① 행정청이 처분을 할 때 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 청문을 한다. <개정 2014.1.28.>
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

①:[×] 행정청은 직권 또는 당사자의 신청에 의해 여러 개의 사안을 병합하거나 분리하여 청문을 실시할 수 있다(동법 제32조). 이해관계인은 규정되어 있지 않다.

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

②:[×] 행정절차법 제40조 제2항은 자기완결적 신고에 관하여 규정하고 있다. 이 경우에는 발송이 아니라 접수기관에 도달된 때에 신고가 이행된 것으로 본다.

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 **도달**된 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

④:[×] 신청 내용을 그대로 인정하는 경우에는 이유제시의 예외에 해당한다(동법 제23조 제1항).

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.

5.

정답 ①

해설 [×] 다수설은 행정지도는 비권력적 사실행위에 해당하므로 법적 근거가 없어도 할 수 있다고 본다.

6.

정답 ④

해설 [×] 협약 중 접도구역에 대한 부분은 효력이 소멸되는 것이 아니다 ; 행정처분의 상대방이 수익적 행정처분을 얻기 위하여 행정청과 사이에 행정처분에 부과할 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(대판 2009. 2. 12, 2005다65500).

7.

정답 ①

해설 [○] 공법상 계약은 비권력적 작용이며, 당사자의 자유로운 의사의 합치에 의하여 성립하는 것이므로 원칙적으로 법적 근거 없이도 가능하다는 것이 다수설의 입장이다.

②:[×] 행정주체 상호간의 공법상 계약도 성립할 수 있다.
예 교육사무위탁, 조합비징수위탁 등
③:[×] 전문직 공무원의 채용계약 해지는 공법상 계약에 관한 내용으로서 행정소송법상 당사자 소송의 대상이 되며 항고소송의 대상인 처분이 아니다.
④:[×] 현행 행정절차법은 공법상 계약에 관하여 명문의 규정을 두고 있지 않다.

8.

정답 ①

해설 [×] 판단여지와 재량에 대한 설명이 바뀌었다. 판단여지를 긍정하는 학설은 판단여지와 재량을 구별하는 입장으로 판단여지는 법률**요건**에 대한 인식의 문제이며, 재량은 법률**효과** 선택의 문제라는 점에 차이가 있으며 결국 양자는 그 인정근거와 내용 등을 달리하는 점에서 구별하는 것이 타당하다고 한다.

9.

정답 ③

해설 [×] 당해 재량준칙을 직접 위반하여 위법이 아니라, 자기구속의 원칙을 위반하여, 즉 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙 위반이 되어 위법한 처분이 된다는 것이 판례이다(재량준칙이 평등원칙이나 신뢰보호를 매개로 간접적으로 대외적 구속력을 띤다는 준법규설).

판례 그 재량준칙이 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이루어지게 되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정청은 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 받게 되므로, 이러한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그에 반하는 처분은 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 어긋나 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이 된다(대법원 2014. 11. 27. 선고 2013두18964).

10.

정답 ①

해설 [○] 무과실책임을 규정했던 예전 양벌규정에 대하여 최근 헌법재판소는 형벌에 관한 과실책임주의에 위반된다는 이유로 위헌결정을 하는 사례가 나타나고 있다. 즉, 사용자책임의 본질은 독자적인 과실책임이라는 것이 판례의 취지이다.

판례 영업주가 고용한 종업원 등의 업무에 관한 범법행위에 대하여 영업주도 함께 처벌하는 청소년보호법 제54조 중 "개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 개인의 업무에 관하여 제51조 제8호의 위반행위를 한 때에는 그 개인에 대하여도 해당 조의 벌금형을 과한다"는 부분이 책임주의에 반하여 헌법에 위반된다(헌재결 2009.7.30, 2008헌가10).

②:[×] 행정벌은 과거의무 위반에 대한 제재수단으로서 처벌이지만, 이행강제금은 장래의무이행을 확보하는 수단으로서 양자는 서로 목적이 다르다.
③:[×] 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(질서위반행위규제법 제10조).
④:[×] 통고처분에 대하여는 형사소송절차로 불복할 수 있는 별도의 절차가 존재하므로 항고소송의 대상이 되지 않는다.

11.

정답 ②

해설 [×] 정보공개를 청구할 수 있는 국민에는 자연인은 물론 법인, 권리능력 없는 사단 · 재단도 포함되고, 법인, 권리능력 없는 사단 · 재단 등의 경우에는 설립목적을 불문한다(대판 2003. 12. 12, 2003두8050).

12.

정답 ②

해설 [○] 처분사유의 추가, 변경은 기본적 사실관계의 동일성이 변경되지 않고 처분의 본질적 내용에 변화를 초래하

지 않는 범위 내, 원고의 권리방어가 침해되지 않는 한도 내에서 처분사유의 추가 · 변경을 인정해야 한다는 제한적 긍정설이 다수설 · 판례의 입장이다.

①:[×] 사실심 변론 종결시까지 처분사유의 추가, 변경이 가능하다 ; 과세관청은 과세처분 이후는 물론 소송 도중이라도 사실심변론종결시까지 처분의 동일성이 유지되는 범위 내에서 처분사유를 추가변경할 수 있다(대판 2001. 10. 30, 2000두5616).
③:[×] 추가 또는 변경된 사유가 당초의 처분 시 그 사유를 명기하지 않았을 뿐 처분 시에 이미 존재하고 있었고 당사자도 그 사실을 알고 있었다 하여 당초의 처분사유와 동일성이 있는 것이라 할 수 없다(대판 2003.12.11, 2003두8395).
④:[×] 설명이 바뀌었다 ; 처분이유의 사후제시가 하자의 치유를 뜻하는 것으로 절차적 위법성을 치유하는 것이다.

13.

정답 ①
해설 [×] 국가배상법상 '공공의 영조물'은 행정주체가 직접 행정목적에 제공하는 유체물, 즉 학문상의 공물을 의미하며, 민법의 공작물보다 넓은 개념으로 법적인 권원을 가진 것에 국한되는 것이 아니라 사실상의 관리를 하고 있는 유체물까지 포함한다.

판례 국가배상법 제5조 제1항 소정의 "공공의 영조물"의 의미는 일반공중의 자유로운 사용에 직접적으로 제공되는 공공용물에 한하지 아니하고, 행정주체 자신의 사용에 제공되는 공용물도 포함하며 국가 또는 지방자치단체가 소유권, 임차권 그밖의 권한에 기하여 관리하고 있는 경우뿐만 아니라 사실상의 관리를 하고 있는 경우도 포함한다(대법원 1995.1.24. 선고 94다45302).

14.

정답 ②
해설 [○] 계고시에 대집행요건이 충족되어야 하므로 '의무의 불이행을 방치하는 것이 심히 공익을 해하는 것으로 인정되는 경우'에 해당하는지는 원칙적으로 계고를 할 때 그 요건이 충족되어 있는지를 판단한다.

①:[×] 대집행의 요건이 충족된 경우 대집행실행 여부에 대하여 재량으로 보는 것이 다수설 · 판례이다.
③:[×] 법치주의의 원리에 비추어 볼 때 위와 같은 부작위의무로부터 그 의무를 위반함으로써 생긴 결과를 시정하기 위한 작위의무를 당연히 끌어낼 수는 없으며, 또 위 금지규정(특히, 허가를 유보한 상대적 금지규정)으로부터 작위의무, 즉 위반결과의 시정을 명하는 권한이 당연히 추론되는 것도 아니다(대판 1996. 6. 28, 96누4374).
④:[×] 행정대집행법은 행정처분의 불가쟁력의 발생을 대집행실행의 전제로 하고 있지 않다. 따라서 불가쟁력이 발생하기 전에도 대집행을 할 수 있는 바, 소제기와 동시에 집행정지가 필요하게 된다.

15.

정답 ①
해설 [×] 세무공무원이 국세의 징수를 위해 납세자의 재산을 압류하는 경우 그 재산의 가액이 징수할 국세액을 초과한다하여 위 압류가 당연무효의 처분이라고는 할 수 없다(대판 1986. 11. 11, 86누479).

16.

정답 ④
해설 [×] 절차상 하자를 이유로 취소된 경우 적법한 절차를 거쳐 **다시** 영업허가 취소처분을 할 수 **있다** ; 행정처분의 절차 또는 형식에 위법이 있어 행정처분을 취소하는 판결이 확정되었을 때에는 그 확정판결의 기판력은 거기에 적시된 절차 및 형식의 위법사유에 한하여 미치는 것이므로 행정관청은 그 위법사유를 보완하여 다시 새로운 행정처분을 할 수 있다(대판 1992. 5. 26, 91누5242). 따라서

17.

정답 ②
해설 [○] 오늘날 공익사업의 범위가 확대되는 경향에 대응하여 재산권의 존속보장과의 조화를 위해서는, '공공필요'의 요건에 관하여, 공익성은 추상적인 공익 일반 또는 국가의 이익 이상의 중대한 공익을 요구하므로 기본권 일반의 제한사유인 '공공복리'보다 좁게 보는 것이 타당하며, 공익성의 정도를 판단함에 있어서는 공용수용을 허용하고 있는 개별법의 입법목적, 사업내용, 사업이 입법목적에 이바지 하는 정도는 물론, 특히 그 사업이 대중을 상대로 하는 영업인 경우에는 그 사업 시설에 대한 대중의 이용·접근가능성도 아울러 고려하여야 한다(헌재 2014. 10. 30. 2011헌바172).

①:[×] 헌법 제23조 제3항을 국민에 대한 직접적인 효력이 있는 규정으로 보는 견해(직접효력설)에 따르면 보상규정이 없어도 헌법을 직접 근거로 보상을 청구할 수 있게 되기 때문에 동조항의 재산권의 수용 · 사용 · 제한 규정과 보상규정을 불가분조항으로 보지 않는다. ※ 헌법 제23조 제3항을 불가분조항으로 보는 견해는 직접 효력설이 아니라 위헌무효설(입법자에 대한 직접효력설)의 입장이다.
③:[×] 손실보상청구권을 발생시키는 침해는 재산권에 대한 것이면 족하며 재산권은 물권인가 채권인가를 가리지 않으며, 공법상의 권리뿐만 아니라 사법상의 권리도 포함된다. 손실보상청구권을 공권으로 보더라도 마찬가지이다.
④:[×] 손실보상의 이론적 근거인 특별희생설의 경우 공공복지와 개인의 재산권 사이에 충돌하는 경우 공공복지가 우선하지만 사회적 제약의 한계를 넘어 수인한도를 넘는 특별한 희생이 강요된 자에게는 보상이 주어져야 한다고 본다. 따라서 개인의 권리가 우선하는 것이 아니다.

18.

정답 ④
해설 [○] 실체법상의 행정행위와 쟁송법상의 처분을 구분하는 견해에 따르면 쟁송법상의 처분 개념을 강학상 행정행

위의 개념보다 더 넓게 보게 된다.

①:[×] 행정행위의 개념을 행정청이 구체적 사실에 대한 법집행으로서 행하는 공법행위로 보는 견해는 (최협의설에 비해 권력적 · 단독적 요소가 개념정의에서 제외하는) 협의설의 입장이다. 이 견해에 따르면 비권력적 행위를 포함시킨다. 따라서 공법상 계약과 같은 비권력적 행위도 행정행위 개념에 포함되게 된다.
②:[×] 특허는 반드시 신청이 요구되지만, 허가는 통행금지의 해제와 같이 일반처분의 형식인 경우 신청이 요구되지 않는 경우가 있어 반드시 신청을 요하는 것이 아니다.
③:[×] 공정력은 법적 안정성에서 이론적 근거를 찾지만 구성요건적 효력은 행정기관 상호간 권한 존중에서 그 근거를 찾는다.

19.

정답 ③
해설 [○] 학교급식을 위해 위 지방자치단체에서 생산되는 우수 농수축산물과 이를 재료로 사용하는 가공식품을 우선적으로 사용하도록 하고 그러한 우수농산물을 사용하는 자를 선별하여 식재료나 식재료 구입비의 일부를 지원하며 지원을 받은 학교는 지원금을 반드시 우수농산물을 구입하는데 사용하도록 하는 것을 내용으로 하는 위 지방자치단체의 조례안이 내국민대우원칙을 규정한 '1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정'(GATT 1994)에 위반되어 그 효력이 없다(대판 2005.9.9, 2004추10).

①:[×] 「도시 및 주거환경정비법」상 조합설립인가처분은 강학상 인가가 아니라 특허이므로, 종전처럼 조합설립결의를 민사소송으로 다투는 것은 허용되지 않는다 ; 재개발조합설립인가신청에 대한 행정청의 조합설립인가처분은 단순히 사인(사인)들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 가지는 것이 아니라 법령상 일정한 요건을 갖추는 경우 행정주체(공법인)의 지위를 부여하는 일종의 **설권적 처분**의 성질을 가진다고 보아야 한다. 그러므로 구 도시 및 주거환경정비법상 재개발조합설립인가신청에 대하여 행정청의 조합설립인가처분이 있은 이후에는, 조합설립동의에 하자가 있음을 이유로 재개발조합 설립의 효력을 부정하려면 **항고소송**으로 조합설립인가**처분**의 효력을 다투어야 한다(대판 2010. 1. 28, 2009두4845).
②:[×] 지적공부소관청의 지목변경신청반려행위는 국민의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2004. 4. 22, 2003두9015 전합).
④:[×] 어떠한 행정처분이 항고소송에서 취소되었다고 하여도 곧바로 「국가배상법」 제2조의 공무원의 고의 또는 과실로 인한 불법행위를 구성한다고 할 수는 없다(대판 2012. 5. 24, 2012다11297).

20.

정답 ③
해설 [×] 원자로 및 관계시설의 부지사전승인처분은 그 자체로서 건설부지를 확정하고 사전공사를 허용하는 법률효과를 지닌 독립한 행정처분이기는 하지만, 건설허가 전에 신청자의 편의를 위하여 미리 그 건설허가의 일부요건을 심사하여 행하는 사전적 부분건설허가처분의 성격을 갖고 있는 것이어서 나중에 건설허가처분이 있게 되면 그 건설허가처분에 흡수되어 독립된 존재가치를 상실함으로써 그 건설허가처분만이 쟁송의 대상이 되는 것이므로, 부지사전승인처분의 취소를 구하는 소는 소의 이익을 잃게 되고, 따라서 부지사전승인처분의 위법성은 나중에 내려진 건설허가처분의 취소를 구하는 소송에서 이를 다투면 된다(대판 1998. 9. 4, 97누19588).