

2019년 5월 25일 시행 행정사 1차 행정법 A형

26. 통치행위에 해당하지 않는 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 대통령의 서훈취소
- ② 사면
- ③ 이라크 파병결정
- ④ 남북정상회담의 개최
- ⑤ 대통령의 비상계엄선포

| 정답 | ①

* 통치행위, 난이도 하

| 문제해설 |

- ① (통치행위 ×) 대통령의 서훈취소는 통치행위에 해당하지 않는다(대판 2015.4.23. 2012두26920).

관련판례 ‘서훈취소는 서훈수여의 경우와는 달리 이미 발생된 서훈대상자 등의 권리 등에 영향을 미치는 행위로서 관련 당사자에게 미치는 불이익의 내용과 정도 등을 고려하면 사법심사의 필요성이 크다. 따라서 기본권의 보장 및 법치주의의 이념에 비추어 보면, 비록 서훈취소가 대통령이 국가원수로서 행하는 행위라고 하더라도 법원이 사법심사를 자제하여야 할 고도의 정치성을 띤 행위라고 볼 수는 없다(대판 2015.4.23. 2012두26920).

- ② (통치행위 ○) 대통령의 사면권 행사는 대표적인 통치행위에 해당한다(통설, 서울 행정법원 2000.2.2 99구24405).

관련판례 대통령의 사면권은 고도의 정치적 결단에 의하여 발동되는 행위이고 그 결단을 존중하여야 할 필요성이 있는 행위라는 의미에서 이른바 통치행위에 속한다고 할 수 있고, 이러한 대통령의 사면권은 사법심사의 대상이 되지 않는다(서울 행정법원 2000.2.2 99구24405).

- ③ (통치행위 ○) 자이툰부대의 이라크 파병결정은 통치행위에 해당한다(헌재 2004.4.29. 2003헌마814).

관련판례 ‘대통령이 2003. 10. 18. 국군(일반사병)을 이라크에 파견하기로 한 결정’은 그 성격상 국방 및 외교에 관련된 고도의 정치적 결단을 요하는 문제로서, 헌법과 법률이 정한 절차를 지켜 이루어진 것이 명백하므로, 대통령과 국회의 판단은 존중되어야 하고 헌법재판소가 사법적 기준만으로 이를 심판하는 것은 자제되어야 한다(헌재 2004.4.29. 2003헌마814).

- ④ (통치행위 ○) ‘남북정상회담의 개최’는 통치행위에 해당한다. 다만 그 과정에서의 ‘대북송금행위’는 통치행위에 해당하지 않는다(대판 2004.3.26. 2003도7878).

관련판례 ‘남북정상회담의 개최’는 고도의 정치적 성격을 지니고 있는 행위라 할 것이므로 특별한 사정이 없는 한 그 당부를 심판하는 것은 사법권의 내재적·본질적

한계를 넘어서는 것이 되어 적절하지 못하지만, ‘남북정상회담의 개최과정에서 재정경제부장관에게 신고하지 아니하거나 통일부장관의 협력사업 승인을 얻지 아니한 채 북한측에 사업권의 대가 명목으로 송금한 행위’ 자체는 헌법상 법치국가의 원리와 법 앞에 평등원칙 등에 비추어 볼 때 사법심사의 대상이 된다(대판 2004.3.26. 2003도7878).

- ⑤ (통치행위 ○) 일반적인 대통령의 ‘비상계엄의 선포 및 확대행위’는 통치행위에 해당하나, ‘비상계엄의 선포나 확대가 국헌문란의 목적을 달성하기 위하여 행하여진 경우에는 법원은 그 자체가 범죄행위에 해당하는지의 여부’에 관하여는 사법심사가 가능하다(대판 1997.4.17. 96도3376 전원합의체).

관련판례 대통령의 ‘비상계엄의 선포나 확대행위’는 고도의 정치적·군사적 성격을 지니고 있는 행위라 할 것이므로, 그것이 누구에게도 일견하여 헌법이나 법률에 위반되는 것으로서 명백하게 인정될 수 있는 등 특별한 사정이 있는 경우라면 몰라도, 그러하지 아니한 이상 그 계엄선포의 요건 구비 여부나 선포의 당·부당을 판단할 권한이 사법부에는 없다고 할 것이나, ‘비상계엄의 선포나 확대가 국헌문란의 목적을 달성하기 위하여 행하여진 경우’에는 법원은 그 자체가 범죄행위에 해당하는지의 여부에 관하여 심사할 수 있다(대판 1997.4.17. 96도3376 전원합의체).

27. 행정법의 일반원칙에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 행정의 자기구속원칙의 인정 근거는 평등원칙 또는 신뢰보호원칙이다.
- ② 행정관행이 위법한 경우 명문의 규정이 없는 한 행정청은 자기구속을 당하지 않는다.
- ③ 비례의 원칙은 헌법상의 원칙이다.
- ④ 신뢰보호원칙에서 법률에 대한 신뢰는 신뢰보호의 대상이 되지 않는다.
- ⑤ 신뢰보호원칙에서 특정 개인에 대한 공적인 견해표명이 있어야 하는 것은 아니다.

| 정답 | ④

* 행정법의 법원(法源), 난이도 하

| 문제해설 |

- ① (○) 행정의 자기구속의 근거에 대해서는 ① 신의칙에서 구하는 견해, ② 신뢰보호의 원칙에서 구하는 견해, ③ 평등의 원칙에서 구하는 견해 등이 대립하나, 평등의 원칙에서 근거를 구하는 것이 다수설이다. 다만 헌법재판소는 평등의 원칙과 더불어 신뢰보호원칙도 그 근거로 들고 있다(헌재 1990.9.3. 90헌마13).

관련판례 재량권 행사의 준칙인 규칙이 규정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 정착되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되고, 그러한 경우에는 대외적인 구속력을 가지게 된다(헌재 1990.9.3. 90헌마13).

- ② (○) 자기구속의 원칙은 종전 행정선례의 내용이 적법한 경우에만 적용된다. 따라서 행정청은 위법한 행정관행에 구속되지 않는다(대판 2009.6.25. 2008두13132).

관련판례 구 장사 등에 관한 법률 제14조 제1항, 구 장사 등에 관한 법률 시행규칙 제7조 제1항 [별지 제7호 서식] 을 종합하면, 납골당설치 신고는 이른바 ‘수리를 요하는 신고’라 할 것이므로, 납골당설치 신고가 구 장사법 관련 규정의 모든 요건에 맞는 신고라 하더라도 신고인은 곧바로 납골당을 설치할 수는 없고, 이에 대한 행정청의 수리처분이 있어야만 신고한 대로 납골당을 설치할 수 있다. 한편 수리란 신고를 유효한 것으로 판단하고 법령에 의하여 처리할 의사로 이를 수령하는 수동적 행위이므로 수리행위에 신고필증 교부 등 행위가 꼭 필요한 것은 아니다(대판 2011.9.8. 2009두6766).

- ㄴ. (○) 甲에 대해 이행통지를 함으로써 납골당설치 신고수리를 하였다고 보는 것이 타당하고, 이행통지가 새로이 甲 또는 관계자들의 법률상 지위에 변동을 일으키지는 않으므로 이를 수리처분과 별도로 항고소송 대상이 되는 다른 처분으로 볼 수 없다(대판 2011.9.8. 2009두6766).

관련판례 파주시장이 종교단체 납골당설치 신고를 한 갑 교회에, ‘구 장사 등에 관한 법률(‘구 장사법’이라 한다) 등에 따라 필요한 시설을 설치하고 유골을 안전하게 보관할 수 있는 설비를 갖추어야 하며 관계 법령에 따른 허가 및 준수사항을 이행하여야 한다’는 내용의 납골당설치 신고사항 이행통지를 한 사안에서, 이행통지는 납골당설치 신고에 대하여 파주시장이 납골당설치 요건을 구비하였음을 확인하고 구 장사법령상 납골당설치 기준, 관계 법령상 허가 또는 신고 내용을 고지하면서 신고한 대로 납골당 시설을 설치하도록 한 것이므로, 파주시장이 갑 교회에 이행통지를 함으로써 납골당설치 신고수리를 하였다고 보는 것이 타당하고, 이행통지가 새로이 갑 교회 또는 관계자들의 법률상 지위에 변동을 일으키지는 않으므로 이를 수리처분과 별도로 항고소송 대상이 되는 다른 처분으로 볼 수 없다(대판 2011.9.8. 2009두6766).

- ㄷ. (×) 납골당설치 신고는 이른바 ‘수리를 요하는 신고’라 할 것이므로, 납골당설치 신고가 구 장사법 관련규정의 모든 요건에 맞는 신고라 하더라도 신고인은 곧바로 납골당을 설치할 수는 없고, 이에 대한 행정청의 수리처분이 있어야만 신고한 대로 납골당을 설치할 수 있다(대판 2011.9.8. 2009두6766).
- ㄹ. (○) 행정청이 그 신고를 수리하였다고 하더라도, 신고행위 자체가 효력이 없다면, 그 수리행위는 유효한 대상이 없는 것으로서, 수리행위 자체에 중대·명백한 하자가 있는지를 따질 것도 없이 당연히 무효이다(대판 2005.12.23. 2005두3554).

관련판례 이러한 장기요양기관의 폐업신고와 노인의료복지시설의 폐지신고는, 행정청이 관계 법령이 규정한 요건에 맞는지 심사한 후 수리하는 이른바 ‘수리를 필요로 하는 신고’에 해당한다. 그러나 행정청이 그 신고를 수리하였다고 하더라도, 신고서 위조 등의 사유가 있어 신고행위 자체가 효력이 없다면, 그 수리행위는 유효한 대상이 없는 것으로서, 수리행위 자체에 중대·명백한 하자가 있는지를 따질 것도 없이 당연히 무효이다(대판 2005.12.23. 2005두3554).

29. 행정입법에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 헌법이 규정하고 있는 위임입법의 형식은 열거적인 것이다.
- ② 법규명령이 위임의 근거가 없어 무효라면 나중에 법 개정으로 위임의 근거가 부여되더라도 유효한 법규명령이 될 수 없다.

- ③ 법 집행기관의 자의적 법집행이 배제되는지 여부는 법규범의 명확성 판단기준이 될 수 없다.
- ④ 재량준칙의 제정에는 법령상 근거가 필요하다.
- ⑤ 법령의 위임이 없음에도 법령에 규정된 처분 요건에 해당하는 사항을 부령에서 변경하여 규정한 경우에 그 규정은 국민에 대한 대외적 구속력이 없다.

| 정답 | ⑤

* 행정입법, 난이도 중

| 문제해설 |

- ① (X) 헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 ‘예시적’인 것이다. 따라서 법률에서 대통령령·총리령·부령 등이 아닌 행정규칙에 위임하는 것도 허용된다(헌재 2004.10.28. 99헌바91).

관련판례 헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 예시적인 것으로 보아야 할 것이고, 그것은 법률이 행정규칙에 위임하더라도 그 행정규칙은 위임된 사항만을 규율할 수 있으므로, 국회입법의 원칙과 상치되지도 않는다. 다만 형식의 선택에 있어서 규율의 밀도와 규율영역의 특성이 개별적으로 고찰되어야 할 것이고, 그에 따라 입법자에게 상세한 규율이 불가능한 것으로 보이는 영역이라면 행정부에게 필요한 보충을 할 책임이 인정되고 극히 전문적인 식견에 좌우되는 영역에서는 행정기관에 의한 구체화의 우위가 불가피하게 있을 수 있다. 그러한 영역에서 행정규칙에 대한 위임입법이 제한적으로 인정될 수 있다. ... 행정규칙은 법규명령과 같은 엄격한 제정 및 개정절차를 요하지 아니하므로, 재산권 등과 같은 기본권을 제한하는 작용을 하는 법률이 입법위임을 할 때에는 “대통령령”, “총리령”, “부령” 등 법규명령에 위임함이 바람직하고, 금융감독위원회의 고시와 같은 형식으로 입법위임을 할 때에는 적어도 행정규제기본법 제4조 제2항 단서에서 정한 바와 같이 법령이 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 한정된다 할 것이고, 그러한 사항이라 하더라도 포괄위임금지의 원칙상 법률의 위임은 반드시 구체적·개별적으로 한정된 사항에 대하여 행하여져야 한다(헌재 2004.10.28. 99헌바91).

- ② (X) 일반적으로 법률의 위임에 의하여 효력을 갖는 법규명령의 경우 구법에 위임의 근거가 없어 무효였더라도 사후에 법 개정으로 위임의 근거가 부여되면 그때부터는 유효한 법규명령이 된다고 할 것이나(대판 1994.5.24. 93누5666), 반대로 구법의 위임에 의하여 유효한 법규명령이 법 개정으로 위임의 근거가 없어지게 되면 그때부터 무효인 법규명령이 되는 것은 당연하다. 따라서 어떤 법령의 위임근거 유무에 따른 유효 여부를 심사하려면 법 개정의 전·후에 걸쳐 모두 심사하여야만 그 법규명령의 시기에 따른 유효·무효를 판단할 수 있을 것이다(대판 1995.6.30. 93추83).
- ③ (X) 어떠한 법규범이 명확한지 여부는 (1) 수범자에 대한 예측가능성 및 (2) 집행기관에 대한 자의적 법집행 배제가 확보되는지 여부에 따라 이를 판단할 수 있다(대판 2014.1.29. 2013도12939).

관련판례 죄형법정주의의 원칙에서 파생되는 명확성의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고,

그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정하는 것을 의미한다. 그러나 처벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다고 하여 모든 구성요건을 단순한 서술적 개념으로 규정하여야 하는 것은 아니고, 다소 광범위하여 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 통상의 해석방법에 의하여 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이면 당해 처벌법규의 보호법익과 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알 수 있도록 규정하였다면 처벌법규의 명확성에 배치되는 것이 아니다. 또한 어떠한 법규범이 명확한지 여부는 그 법규범이 수범자에게 법규의 의미내용을 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 예측가능성을 주고 있는지 여부 및 그 법규범이 법을 해석·집행하는 기관에게 충분한 의미내용을 규율하여 자의적인 법해석이나 법집행이 배제되는지 여부, 다시 말하면 예측가능성 및 자의적 법집행 배제가 확보되는지 여부에 따라 이를 판단할 수 있다. 그런데 법규범의 의미내용은 그 문언뿐만 아니라 입법 목적이나 입법 취지, 입법 연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 해석방법에 의하여 구체화하게 되므로, 결국 법규범이 명확성 원칙에 위반되는지 여부는 위와 같은 해석방법에 의하여 그 의미내용을 합리적으로 파악할 수 있는 해석기준을 얻을 수 있는지 여부에 달려 있다(대판 2014.1.29. 2013도12939).

- ④ (×) 재량준칙은 재량권 행사의 기준을 정하는 행정규칙으로서, 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적인 구속력을 갖는 것은 아니므로 제정함에 있어 법령상의 근거가 필요없다.

관련판례 재량준칙은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적인 구속력을 갖는 것은 아니므로 행정처분이 이를 위반하였다고 하여 그러한 사정만으로 곧바로 위법하게 되는 것은 아니고, 다만 그 재량준칙이 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이루어지게 되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 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.(대판 2013.11.14. 2011두28783).

- ⑤ (○) 법령의 위임이 없음에도 법령에 규정된 처분 요건에 해당하는 사항을 부령에서 변경하여 규정한 경우에는 그 부령의 규정은 형식은 법규명령이나 그 실질은 행정규칙(행정명령)에 해당한다. 따라서 국민에 대한 대외적 구속력이 없다.(대판 2013.9.12. 2011두10584).

관련판례 법령에서 행정처분의 요건 중 일부 사항을 부령으로 정할 것을 위임한 데 따라 시행규칙 등 부령에서 이를 정한 경우에 그 부령의 규정은 국민에 대해서도 구속력이 있는 법규명령에 해당한다고 할 것이지만, 법령의 위임이 없음에도 법령에 규정된 처분 요건에 해당하는 사항을 부령에서 변경하여 규정한 경우에는 그 부령의 규정은 행정청 내부의 사무처리 기준 등을 정한 것으로서 행정조직 내에서 적용되는 행정명령의 성격을 지닐 뿐 국민에 대한 대외적 구속력은 없다고 보아야 한다. 따라서 어떤 행정처분이 그와 같이 법규성이 없는 시행규칙 등의 규정에 위배된다고 하더라도 그 이유만으로 처분이 위법하게 되는 것은 아니라 할 것이고, 또 그 규칙 등에서 정한 요건에 부합한다고 하여 반드시 그 처분이 적법한 것이라고 할 수도 없다. 이 경우 처분의 적법 여부는 그러한 규칙 등에서 정한 요건에 합치하는지 여부가 아니라 일반 국민에 대하여 구속력을 가지는 법률 등 법규성이 있는 관계 법령의 규정을 기준으로 판단하여야 한다(대판

2013.9.12. 2011두10584).

30. 강학상 허가에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 반드시 신청을 전제로 하는 것은 아니다.
- ② 건축허가는 대물적 성질을 갖는 것이어서 그 허가를 할 때에 인적 요소에 관해서는 형식적 심사만 한다.
- ③ 허가에 붙은 기한이 그 허가된 사업의 성질상 부당하게 짧은 경우에는 그 허가조건의 존속기간으로 보아야 한다.
- ④ 허가신청 후 처분 전에 관계법령이 개정되었다면 원칙적으로 개정된 법령에 따라 허가 여부를 결정하여야 한다.
- ⑤ 타법상의 인·허가가 의제되는 허가를 하는 경우, 행정청은 타법상의 인·허가 요건에 대한 심사 없이 허가처분을 할 수 있다.

|정답| ⑤

* 허가, 난이도 하

|문제해설|

- ① (○) 허가는 수익적 행정행위로서 출원(신청)을 요하는 쌍방적 행정행위가 원칙이나, 출원없이 이루어지는 허가도 있다(예: 통행금지해제, 입산금지해제 등 일반처분). 따라서 허가에 있어 출원(신청)은 필요요건이 아니다.
- ② (○) 건축허가는 대물적 성질을 갖는 것으로서 행정청으로서는 허가를 함에 있어 건축주가 누구인가 등 인적 요소에 대하여는 신청서에 기재된 바에 따른 형식적 심사만 한다(대판 1993.6.29. 92누17822).

관련판례 건축허가는 대물적 성질을 갖는 것으로서 행정청으로서는 허가를 함에 있어 건축주가 누구인가 등 인적 요소에 대하여는 형식적 심사만 하고 신청서에 기재된 바에 따르게 되지만, 사후에 허가신청서 등의 건축주 명의를 변조된 것으로 밝혀진 경우 등에는 이해관계인의 신청이나 직권에 의하여 시정할 수 있다고 할 것이나, 건축허가는 허가대상건축물에 대한 권리변동에 수반하여 자유로이 양도할 수 있고 양수인은 신고에 의하여 건축주 명의를 변경할 수 있으므로 건축허가 신청시 진정한 건축주 이외의 자 앞으로 건축허가가 되었다라도 진정한 건축주가 권리를 허가명의인에게 양도하거나 하여 허가명의인을 진정한 권리자로 하기로 합의한 경우 등에는 그 합의 이후에 있어서는 허가명의인이 진정한 건축주가 되고 행정청으로서도 원건축허가신청서의 건축주 명의를 변조되었다는 이유로 건축주 명의를 변경할 수 없다(대판 1993.6.29. 92누17822).

- ③ (○) 댐 건설을 위한 하천점용허가와 같이 내용상 장기계속성이 예정되어 있는 행정행위에 ‘부당히 짧은 중기’를 붙인 경우에는 그것은 ‘행정행위의 효력의 존속기간’이 아니라 ‘그 내용의 갱신기간(조건의 존속기간)’으로 보아야 한다는 견해가 통설·판례이다(대결 2005.1.17, 2004무48).

관련판례 일반적으로 행정처분에 효력기간이 정하여져 있는 경우에는 그 기간의 경

과로 그 행정처분의 효력은 상실되며, 다만 허가에 붙은 기한이 그 허가된 사업의 성질상 부당하게 짧은 경우에는 이를 그 허가자체(효력)의 존속기간이 아니라 그 허가조건의 존속기간(갱신기간)으로 본다(대결 2005.1.17, 2004무48).

- ④ (○) 허가신청 후 처분 전에 관계법령이 개정된 경우에는 ‘개정된 법률’에 따라 처분을 하여야 한다는 것이 통설·판례이다(대판 1996.8.20, 95누10877).

관련판례 허가 등의 행정처분은 원칙적으로 처분시의 법령과 허가기준에 의하여 처리되어야 하고 허가신청 당시의 기준에 따라야 하는 것은 아니며, 비록 허가신청 후 허가기준이 변경되었다 하더라도 그 허가관청이 허가신청을 수리하고도 정당한 이유없이 그 처리를 늦추어 그 사이에 허가기준이 변경된 것이 아닌 이상 변경된 허가기준에 따라서 처분을 하여야 한다(대판 1996.8.20, 95누10877).

- ⑤ (×) ‘주된 인·허가의제제도’에 대해 (1) ‘주된 인·허가’ 요건의 구비여부만 심사하면 족하고 ‘의제되는 인·허가’의 요건을 구비하였는지 여부는 판단할 필요가 없다는 실체집중효설과는 달리 (2) ‘주된 인·허가’ 요건뿐만 아니라 ‘의제되는 인·허가’요건까지 모두 구비된 경우에 ‘주된 인·허가’를 할 수 있다고 보는 절차집중효설이 통설·판례이다. 그 결과 절차집중효설에 의하면 타법상의 인·허가가 의제되는 허가를 하는 경우, 행정청은 타법상의 인·허가 요건에 대한 심사를 하여야 하고, ‘의제되는 인·허가’의 요건이 불비된 경우에는 ‘주된 인·허가’를 거부하여야 한다(대판 2002.10.11. 2001두151).

관련판례 구 광업법 규정에 의하여 채광계획인가를 받으면 공유수면 점용허가를 받은 것으로 의제되고, 이 공유수면 점용허가는 공유수면 관리청이 공공 위해의 예방 경감과 공공복리의 증진에 기여함에 적당하다고 인정하는 경우에 그 자유재량에 의하여 허가의 여부를 결정하여야 할 것이므로, 공유수면 점용허가를 필요로 하는 채광계획 인가신청에 대하여도, 공유수면 관리청이 재량적 판단에 의하여 공유수면 점용을 허가 여부를 결정할 수 있고, 그 결과 공유수면 점용을 허용하지 않기로 결정하였다면, 채광계획 인가관청은 이를 사유로 하여 채광계획을 인가하지 아니할 수 있는 것이다(대판 2002.10.11. 2001두151).

31. 행정행위의 효력에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 내용상 구속력은 행정행위의 실체법상 효력으로 관계인도 구속한다.
- ② 행정행위에 불가쟁력이 발생하면 판결에서와 같은 기판력이 발생하여 그 처분의 기초가 된 사실관계나 법률적 판단은 확정된다.
- ③ 행정행위가 당연무효가 아닌 한 권한 있는 기관에 의해 취소되기 전까지 누구도 그 효력을 부인할 수 없는 것은 공정력 때문이다.
- ④ 행정행위의 위법여부가 민사소송에서 선결문제가 된 경우 민사법원은 그 행정행위의 위법여부를 판단할 수 있다.
- ⑤ 행정행위의 불가변력은 모든 행정행위에서 발생하는 효력은 아니다.

|정답| ②

* 행정행위의 효력, 난이도 하

| 문제해설 |

① (○) 행정행위가 성립요건과 효력발생요건을 갖추어 행하여진 경우에는 그 내용에 따라 상대방·제3자·처분청·관계행정청 등을 구속하는 실체법적 효과가 발생하게 되는데 이를 구속력이라고 한다. 구속력은 행정행위의 다른 효력과는 달리 모든 행정행위에 당연히 인정되는 효력이며 보통 행정행위의 효력이라고 하면 구속력을 의미한다.

② (×) 불가쟁력은 불복기간의 경과 등으로 처분이나 재결의 효력을 더 이상 다룰 수 없다는 의미일 뿐, 판결과 같은 기판력이 발생하는 것은 아니다. 따라서 처분의 기초가 된 사실관계나 법률적 판단이 확정되고 당사자들이나 법원이 이에 기속되어 모순되는 주장이나 판단을 할 수 없게 되는 것은 아니다(대판 1993.4.13, 92누17181).

관련판례 행정처분이나 행정심판 재결이 불복기간의 경과로 인하여 확정될 경우 확정력은 처분으로 인하여 법률상 이익을 침해받은 자가 처분이나 재결의 효력을 더 이상 다룰 수 없다는 의미일 뿐, 판결에 있어서와 같은 기판력이 인정되는 것은 아니어서 처분의 기초가 된 사실관계나 법률적 판단이 확정되고 당사자들이나 법원이 이에 기속되어 모순되는 주장이나 판단을 할 수 없게 되는 것은 아니다(대판 1993.4.13, 92누17181).

③ (○) 공정력은 행정행위에 성립상의 하자가 있어도 그 하자가 중대·명백하여 당연히 무효가 되는 경우를 제외하고는 권한 있는 기관이 취소하기까지는 일응 유효하다는 잠정적인 추정을 받게 되어 상대방은 물론 제3자, 타행정청 및 법원 등 국가기관까지 구속하여 그 효력을 부인할 수 없는 절차상의 효력을 말한다.

④ (○) 행정상 손해배상소송은 실무상 민사소송으로 다루어지고 있는데, 위법한 행정행위에 의하여 손해를 받은 자가 행정행위의 위법함을 이유로 국가배상소송을 제기한 경우에 국가배상소송(민사소송)에서 행정행위의 위법성을 스스로 판단할 수 있는가에 대해, 국가배상청구소송에서는 행정행위가 위법하다고 인정되기만 하면 처분의 효력을 취소시키지 않고도 국가배상청구를 인정할 수 있다는 점에서 수소법원인 민사법원이 직접 그 위법성 여부를 심리·판단할 수 있다고 보는 견해(적극설)가 통설·판례이다(대판 1972.4.28, 72다337).

관련판례 계고처분이 위법임을 이유로 배상을 청구하는 취지가 인정될 수 있는 사건에 있어 미리 그 행정처분의 취소판결이 있어야만 그 위법임을 이유로 피고에게 배상을 청구할 수 있는 것은 아니다(대판 1972.4.28, 72다337).

⑤ (○) 행정청은 행정행위에 하자가 있거나 사후에 사정변경을 이유로 행정행위를 취소·변경할 수 있으나, 예외적으로 일정한 경우에는 법적 안정성을 이유로 행정청이 직권으로 취소·변경할 수 없는 효력을 갖는데, 이를 불가변력(실질적 확정력)이라 한다. 불가변력은 불가쟁력과 달리 모든 행정행위에 인정되는 것이 아니라, (1) 준사법적(準司法的) 행정행위(징계위원회의 징계의결, 소청심사위원회의 결정, 국가배상심위원회의 배상결정 등)나 (2) 확인행위(발명특허, 당선자결정, 국가시험 합격자결정 등)와 같은 특별한 경우에만 예외적으로 인정된다.

32. 행정행위의 무효와 취소에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 하자의 치유는 무효인 행정행위에서만 인정된다.
- ② 행정심판의 필요적 전치주의가 적용되는 경우 무효확인소송을 제기하려면 무효확인심판의 재결을 거쳐야 한다.
- ③ 당연무효를 선언하는 의미에서의 취소소송을 제기할 때에는 취소소송의 제소기간을 준수해야 한다.
- ④ 헌법재판소에 의해 위헌으로 결정된 법률에 근거한 행정행위는 위헌결정이 있기 전에 발령된 행정행위라도 무효이다.
- ⑤ 불가쟁력이 발생한 과세처분의 근거법률이 후에 위헌으로 결정되었다고 위헌결정 이후에 행한 그 과세처분에 따른 채납처분은 효력이 있다.

| 정답 | ③

* 행정행위의 하자, 난이도 중

| 문제해설 |

- ① (×) 하자의 치유는 취소할 수 있는 행정행위에서만 인정된다(다수설·판례). 무효인 행정행위는 하자가 중대·명백하므로 (1) '전환'은 인정할 수는 있으나, (2) '치유'를 인정하는 것은 오히려 법치주의에 반한다는 이유로 이를 부정하는 것이 다수설·판례이다(대판 1989.12.12. 88누8869).

관련판례 징계처분이 중대하고 명백한 흠 때문에 당연무효의 것이라면 징계처분을 받은 자가 이를 용인하였다 하여 그 흠이 치료(치유)되는 것은 아니다(대판 1989.12.12. 88누8869).

- ② (×) 예외적 행정심판전치주의는 (1) 취소소송과 부작위위법확인소송에는 적용되나(제18조 제1항 단서, 제38조 제2항), (2) 무효등확인소송과 당사자소송에는 적용되지 않는다(행정소송법 제38조, 제44조).

행정소송법 제18조(행정심판과의 관계) ① 취소소송은 법령의 규정에 의하여 당해 처분에 대한 행정심판을 제기할 수 있는 경우에도 이를 거치지 아니하고 제기할 수 있다. 다만, 다른 법률에 당해 처분에 대한 행정심판의 재결을 거치지 아니하면 취소소송을 제기할 수 없다는 규정이 있는 때에는 그러하지 아니하다.

행정소송법 제38조(준용규정) ① 제9조, 제10조, 제13조 내지 제17조, 제19조, 제22조 내지 제26조, 제29조 내지 제31조 및 제33조의 규정은 무효등 확인소송의 경우에 준용한다.

② 제9조, 제10조, 제13조 내지 제19조, 제20조, 제25조 내지 제27조, 제29조 내지 제31조, 제33조 및 제34조의 규정은 부작위위법확인소송의 경우에 준용한다.

제44조(준용규정) ① 제14조 내지 제17조, 제22조, 제25조, 제26조, 제30조 제1항, 제32조 및 제33조의 규정은 당사자소송의 경우에 준용한다.

관련판례 행정처분의 당연무효를 구하는 소송에 있어서는 소원(행정심판)전치의 요건을 구비할 필요가 없다(대판 1962.9.27. 62누29).

- ③ (○) ‘무효선언을 구하는 의미의 취소소송’의 경우에는 그 소송의 형식이 취소소송이므로 행정심판전치주의나, 제소기간에 대한 제한이 적용된다는 것이 통설·판례이다(대판 1994.4.29. 93누12626 등).

관련판례 행정처분의 당연무효를 선언하는 의미에서 취소를 구하는 행정소송을 제기한 경우에도 제소기간의 준수 등 취소소송의 제소요건을 갖추어야 한다(대판 1993.3.12. 92누11039).

- ④ (×) 사후적으로 위헌결정된 법률에 근거한 행정행위는 원칙적으로 취소사유에 해당한다고 보는 것이 통설·판례이다(대판 2000.6.9. 2000다16329).

관련판례 ㉠ 원칙 : 취소사유

행정청이 어느 법률에 근거하여 행정처분을 한 후에 헌법재판소가 그 법률을 위헌으로 결정하였다면 결과적으로 그 행정처분은 법률상 근거없이 행하여진 것과 마찬가지가 되어 하자있는 것이 된다고 할 것이나, 하자있는 행정처분이 당연무효가 되기 위하여는 그 하자가 중대할 뿐만 아니라 명백한 것이어야 하는데 일반적으로 법률이 헌법에 위반된다는 사정은 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에는 객관적으로 명백한 것이라고 할 수는 없으므로 특별한 사정이 없는 한 이러한 하자는 위 행정처분의 취소사유에 해당할 뿐 당연무효사유는 아니다(대판 2000.6.9. 2000다16329).

㉡ 예외 : 무효사유

행정처분의 집행이 이미 종료되었고, 그것이 반복될 경우 법적 안정성을 크게 해치게 되는 경우에는 후에 행정처분의 근거가 된 법규가 헌법재판소에서 위헌으로 선고된다고 하더라도 그 행정처분이 당연무효가 되지는 않음이 원칙이라고 할 것이나, 행정처분 자체의 효력이 쟁송기간 경과 후에도 존속 중인 경우, 특히 그 처분이 위헌법률에 근거하여 내려진 것이고 그 행정처분의 목적달성을 위하여서는 후행 행정처분이 필요한데 후행 행정처분은 아직 이루어지지 않는 경우와 같이 그 행정처분을 무효로 하더라도 법적 안정성을 크게 해치지 않는 반면에 그 하자가 중대하여 그 구제가 필요할 경우에 대해서는 그 예외를 인정하여 이를 당연무효사유로 보아서 쟁송기간 경과 후에도 무효확인을 구할 수 있는 것이라고 보아야 할 것이다(헌재 1994.6.30. 92헌바23).

- ⑤ (×) 처분 이후에 처분의 근거법률이 위헌으로 결정되었다면 처분으로 부과된 의무를 이행하지 않고 있는 경우 위헌결정 후에도 강제집행이 가능한지에 대해 위헌결정 후 처분의 집행이나 집행력을 유지하기 위한 행위는 허용될 수 없고, 만약 이러한 행위가 행하여진다면 이는 당연무효사유에 해당한다고 보는 것이 통설·판례이다(대판 2002.6.28. 2001다60873).

관련판례 구 택지소유상한에 관한 법률 전부에 대한 위헌결정 이전에 이미 택지초과소유부담금 부과처분과 압류처분 및 이에 기한 압류등기가 이루어지고 위 각 처분이 확정되었다고 하여도, 위헌결정 이후에 별도의 행정처분으로서 다른 재산에 대한 압류처분, 징수처분 등 채납처분절차를 진행하였다면 이는 근거되는 법률이 없는 것이어서 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효이다(대판 2002.6.28. 2001다60873).

33. 2019. 2. 1. 행정청 甲은 乙에 대하여 2019. 3. 1.부터 2020. 4. 30까지의 기간을 정하여 도로점용허가처분을 하면서, 매달 100만원의 점용료를 납부할 의무를 명하는 부관을 부가하였다. 그리고 2019. 5. 1. 乙의 도로점용이 교통혼잡을 초래할 경우 도로점용허가를 취소할 수 있다는 부관을 부가하였다. 이 사례에 관한 설명으로 옳은 것은? (취소소송을 제기하는 경우 제소기간은 준수한 것으로 보며, 다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 매달 100만원의 점용료를 납부하도록 하는 부관은 조건에 해당한다.
- ② 도로점용허가는 2020. 4. 30.이후 행정청이 허가취소의 의사표시를 함으로써 효력이 소멸된다.
- ③ 2019. 3. 1.부터 2020. 4. 30.까지의 기간만의 취소를 구하는 乙의 소송에 대하여 법원은 기각판결을 해야 한다.
- ④ 매달 100만원의 점용료를 납부하도록 하는 부관이 비례의 원칙에 위배되어 乙이 취소소송을 제기한 경우 법원은 이 부관만을 취소할 수 있다.
- ⑤ 2019. 5. 1. 甲이 부가한 부관은 乙의 동의가 있더라도 법령의 근거가 없으면 위법하다.

|정답| ④

* 부관, 난이도 상

|문제해설|

- ① (×), ④ (○) 매달 100만원의 점용료를 납부하도록 하는 부관은 ‘급부하명’이 부관으로 활용된 것으로서 ‘부담’에 해당한다. 행정행위의 부관 중 부담은 주된 행정행위와 독립된 행정행위이므로 독립하여 행정쟁송의 대상이 될 수 있으며, 나아가 부담부 행정행위 전체에 대해 소송이 제기된 경우에도 법원은 문제가 된 부담이 주된 행정행위의 중요요소 또는 본질요소(부관이 없었더라면 행정청이 그 행정행위를 하지 않았을 것이라고 인정되는 경우)가 아닌 경우에는 부담만을 취소할 수 있다.
- ② (×) 乙에 대한 행한 도로점용허가처분은 종기(終期)가 2020. 4. 30.이므로 종기가 도래함으로써 당연 실효된다. 즉 종기의 도래는 행정행위의 실효사유로서 행정청의 허가취소의 의사표시와는 관계없이 2020. 4. 30. 당연히 장래를 향하여 도로점용허가처분의 효력은 소멸되게 된다.
- ③ (×) 기한과 같은 ‘부담 이외의 부관’이 붙은 경우에 ‘부관부 행정행위’의 전체를 대상으로 소를 제기하되 그 중 부관만의 취소를 구하는 ‘부진정일부취소소송’의 허용여부가 문제된다. 다수설은 긍정하나, 판례는 부정한다. 따라서 판례는 부관부 행정행위 전체의 취소를 청구하든지(대판 1985.7.9. 84누604), 아니면 행정청에 부관이 없는 처분으로 변경해 줄 것을 청구하고 그 청구가 거부된 경우 거부처분취소소송을 제기해야 한다고 본다(대판 1990.4.27. 89누6308).

사안의 경우 판례에 의하면 기간만의 취소를 구하는 乙의 소송(부진정일부취소소송)에 대하여 법원은 기각판결이 아닌 각하판결을 하여야 한다.

- ⑤ (×) 2019. 5. 1. 乙의 도로점용이 교통혼잡을 초래할 경우 도로점용허가를 취소할

수 있다는 부관의 법적 성질은 ‘철회권의 유보’로서 처음 도로점용허가 당시에는 없었던 부관을 사후에 별도로 붙일 수 있는가가 문제된다. 사후부관의 인정여부에 대해서는 학설이 대립하나, 원칙적으로 사후부관을 붙일 수 없지만, 예외적으로 (1) 사후부관을 명문으로 규정하고 있는 경우, (2) 행정행위 당시에 유보할 경우, (3) 본인의 동의가 있는 경우에는 사후부관이 가능하다는 견해가 다수설이다. 다만 판례는 일정한 요건하에 (4) 사정변경의 경우에도 가능하다고 본다(대판 1997.5.30. 97누2627).

사안의 경우 2019. 5. 1. 甲이 부가한 사후부관은 乙의 동의가 있다면 설사 법령의 근거가 없더라도 적법하다.

관련판례 행정처분에 이미 부담이 부가되어 있는 상태에서 그 의무의 범위 또는 내용 등을 변경하는 부관의 사후변경은, 법률에 명문의 규정이 있거나 그 변경이 미리 유보되어 있는 경우 또는 상대방의 동의가 있는 경우에 한하여 허용되는 것이 원칙이지만, 사정변경으로 인하여 당초에 부담을 부가한 목적을 달성할 수 없게 된 경우에도 그 목적달성에 필요한 범위 내에서 예외적으로 허용된다(대판 1997.5.30. 97누2627).

34. 형성적 행정행위에 해당하는 것을 모두 고른 것은?

- ㄱ. 사인에게 권리를 설정해 주는 행위
- ㄴ. 작위의무를 명하는 행위
- ㄷ. 포괄적 법률관계를 설정하는 행위
- ㄹ. 행정청이 타인의 법률행위를 보충하여 그 효력을 완성시켜 주는 행위
- ㅁ. 제3자가 해야 할 행위를 행정기관이 대신하여 행함으로써 제3자가 행한 것과 같은 효과를 발생시키는 행위

- ① ㄱ, ㄴ, ㄷ
- ② ㄱ, ㄷ, ㄹ
- ③ ㄱ, ㄷ, ㄹ, ㅁ
- ④ ㄴ, ㄷ, ㄹ, ㅁ
- ⑤ ㄱ, ㄴ, ㄷ, ㄹ, ㅁ

| 정답 | ③

* 형성적 행정행위, 난이도 하

| 문제해설 |

※ 행정행위의 내용에 따른 분류

	ㄱ 하명
ㄴ 명령적 행정행위	+ 허가
ㄷ 법률행위적 행정행위	+ 면제
ㅁ	ㄱ 특허

| L 형성적 행정행위 + 인가

| 대리

^L 준법률행위적 행정행위 : 공증, 통지, 수리, 확인

형성적 행정행위란 특정한 상대방에게 일정한 권리·능력·포괄적 법률관계 기타 법률상의 힘이나 지위를 발생·변경·소멸시키는 행정행위를 말한다.

형성적 행정행위는 (1) 직접 상대방을 위해 새로운 법률상의 힘을 설정하는 ‘특허’와 (2) 제3자의 법률행위를 보충하여 그 법률상 효력을 완성시켜 주는 ‘인가’, 그리고 (3) 행정주체가 타 법률관계의 당사자를 대신하여 행하는 행정행위로서 그 행위의 법률적 효과가 당해 당사자에게 귀속하는 ‘대리’가 있다.

7. (형성적 행정행위 ○) ‘특허’로서 형성적 행정행위에 해당한다.

판례 공유재산의 관리청이 행하는 행정재산의 사용·수익에 대한 허가는 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는 행정처분으로서 특정인에게 행정재산을 사용할 수 있는 권리를 설정해 주는 강학상의 특허에 해당된다(대판 1998.2.27, 97누1105).

ㄴ. (형성적 행정행위 X) '작위하명'으로서 명령적 행정행위에 해당한다.

㉔. (형성적 행정행위 ○) 포괄적 법률관계를 설정하는 행위(예: 공무원임명, 귀화허가 등)는 ‘특허’로서 형성적 행정행위에 해당한다.

ㄷ. (형성적 행정행위 ○) ‘인가’로서 형성적 행정행위에 해당한다.

㉔. (형성적 행정행위 ○) ‘대리’로서 형성적 행정행위에 해당한다.

35. ‘개인정보보호법’에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 법인의 정보는 이 법의 보호대상이다.
- ② 사자(死者)의 정보는 이 법의 보호대상이다.
- ③ 정보처리자는 정보주체와의 계약의 체결을 위하여 불가피한 경우에는 정보주체의 동의 없이 개인정보를 제3자에게 제공할 수 있다.
- ④ 개인정보처리자가 이 법에 위반한 행위로 정보주체에게 손해를 입힌 경우, 개인정보처리자의 손해배상책임은 무과실책임이다.
- ⑤ 정보주체의 권리침해행위의 금지·중지를 구하는 단체소송을 제기하려면 법원의 허가를 받아야 한다.

| 정답 | ⑤

* 개인정보보호, 난이도 하

| 문제해설 |

- ① (X) ② (X) ‘개인정보보호법’상의 보호대상이 되는 정보는 ‘살아 있는 개인에 관

한 정보'로서 '법인'이나 '사자(死者)'는 여기에 해당하지 않는다.

개인정보보호법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "개인정보"란 살아 있는 개인에 관한 정보로서 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함한다)를 말한다.

- ③ (×) 정보주체의 동의없이 개인정보를 제3자에게 제공할 수 있는 경우는 (1) 법률에 특별한 규정이 있거나 법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우, (2) 공공기관이 법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우 (3) 정보주체 또는 그 법정대리인이 의사표시를 할 수 없는 상태에 있거나 주소불명 등으로 사전 동의를 받을 수 없는 경우로서 명백히 정보주체 또는 제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 경우에만 가능하고, 정보주체와의 계약 체결을 위해 불가피한 경우는 이에 해당하지 않는다(개인정보보호법 제17조 제1항 제2호).

개인정보보호법 제17조(개인정보의 제공) ① 개인정보처리자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우에는 정보주체의 개인정보를 제3자에게 제공(공유를 포함한다)할 수 있다.

1. 정보주체의 동의를 받은 경우
2. 제15조 제1항 제2호(법률에 특별한 규정이 있거나 법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우) · 제3호(공공기관이 법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우) 및 제5호(정보주체 또는 그 법정대리인이 의사표시를 할 수 없는 상태에 있거나 주소불명 등으로 사전 동의를 받을 수 없는 경우로서 명백히 정보주체 또는 제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 경우)에 따라 개인정보를 수집한 목적 범위에서 개인정보를 제공하는 경우

[비교조문] 개인정보보호법 제15조(개인정보의 수집·이용) ① 개인정보처리자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 개인정보를 수집할 수 있으며 그 수집 목적의 범위에서 이용할 수 있다.

1. 정보주체의 동의를 받은 경우
2. 법률에 특별한 규정이 있거나 법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우
3. 공공기관이 법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우
4. 정보주체와의 계약의 체결 및 이행을 위하여 불가피하게 필요한 경우
5. 정보주체 또는 그 법정대리인이 의사표시를 할 수 없는 상태에 있거나 주소불명 등으로 사전 동의를 받을 수 없는 경우로서 명백히 정보주체 또는 제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 경우
6. 개인정보처리자의 정당한 이익을 달성하기 위하여 필요한 경우로서 명백하게 정보주체의 권리보다 우선하는 경우. 이 경우 개인정보처리자의 정당한 이익과 상당한 관련이 있고 합리적인 범위를 초과하지 아니하는 경우에 한한다.

- ④ (×) 개인정보처리자가 이 법에 위반한 행위로 정보주체에게 손해를 입힌 경우, 개인정보처리자의 손해배상책임은 과실책임이다. 다만 손해배상책임을 인정하기 위한 '가해자의 고의 또는 과실'에 대해서 피해자가 입증해야 하는 일반 불법행위와는 달리, 개인정보보호법은 가해자인 개인정보처리자가 자신의 고의 또는 과실이 없음을

입증하지 아니하면 책임을 면할 수 없다고 규정하여 입증책임을 전환하고 있다(개인정보보호법 제39조 제1항).

개인정보보호법 제39조(손해배상책임) ① 정보주체는 개인정보처리자가 이 법을 위반한 행위로 손해를 입으면 개인정보처리자에게 손해배상을 청구할 수 있다. 이 경우 그 개인정보처리자는 고의 또는 과실이 없음을 입증하지 아니하면 책임을 면할 수 없다.

- ⑤ (○) 단체소송을 제기하는 단체는 법원의 허가를 받아야 한다(개인정보보호법 제54조 및 제55조).

개인정보보호법 제54조(소송허가신청) ① 단체소송을 제기하는 단체는 소장과 함께 다음 각 호의 사항을 기재한 소송허가신청서를 법원에 제출하여야 한다.

1. 원고 및 그 소송대리인

2. 피고

3. 정보주체의 침해된 권리의 내용

② 제1항에 따른 소송허가신청서에는 다음 각 호의 자료를 첨부하여야 한다.

1. 소제기단체가 제51조 각 호의 어느 하나에 해당하는 요건을 갖추고 있음을 소명하는 자료

2. 개인정보처리자가 조정을 거부하였거나 조정결과를 수락하지 아니하였음을 증명하는 서류

제55조(소송허가요건 등) ① 법원은 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 경우에 한하여 결정으로 단체소송을 허가한다.

1. 개인정보처리자가 분쟁조정위원회의 조정을 거부하거나 조정결과를 수락하지 아니하였을 것

2. 제54조에 따른 소송허가신청서의 기재사항에 흠결이 없을 것

② 단체소송을 허가하거나 불허가하는 결정에 대하여는 즉시항고할 수 있다.

36. ‘공공기관의 정보공개에 관한 법률’에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 정보공개청구의 대상이 되는 문서는 원본이어야 한다.
② 권리능력이 없는 사단은 그 설립목적에 불문하고 이 법에 의한 정보공개청구권을 갖는다.
③ 이미 다른 사람에게 공개되어 널리 알려져 있는 정보도 공개청구의 대상이 될 수 있다.
④ 공공기관이 정보공개청구인이 신청한 공개방법 이외의 방법으로 정보를 공개하기로 결정한다면, 그 결정에 대하여 항고소송으로 다툴 수 있다.
⑤ 고등교육법에 따른 대학은 정보공개 의무를 지는 공공기관이다.

|정답| ①

* 정보공개, 난이도 하

|문제해설|

- ① (×) 정보공개청구의 대상이 되는 문서는 원본이어야 하는 것은 아니고, 사본이나 복제물도 그 대상이 된다(공공기관의 정보공개에 관한 법률 제2조 제2호). 나아가 원본에 대한 정보공개청구가 있는 경우에도 원본이 더럽혀지거나 파손될 우려가 있거나 그 밖에 상당한 이유가 있다고 인정할 때에는 그 정보의 사본·복제물을 공개

할 수 있다(같은 법 제13조 제2항).

공공기관의 정보공개에 관한 법률 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "정보"란 공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 관리하고 있는 문서(전자문서를 포함한다)·도면·사진·필름·테이프·슬라이드 및 그 밖에 이에 준하는 매체 등에 기록된 사항을 말한다.

2. "공개"란 공공기관이 이 법에 따라 정보를 열람하게 하거나 그 사본·복제물을 제공하는 것 또는 「전자정부법」 제2조 제10호에 따른 정보통신망(이하 "정보통신망"이라 한다)을 통하여 정보를 제공하는 것 등을 말한다.

제13조(정보공개 여부 결정의 통지) ① 공공기관은 제11조에 따라 정보의 공개를 결정한 경우에는 공개의 일시 및 장소 등을 분명히 밝혀 청구인에게 통지하여야 한다.

③ 공공기관은 제1항에 따라 정보를 공개하는 경우에 그 정보의 원본이 더럽혀지거나 파손될 우려가 있거나 그 밖에 상당한 이유가 있다고 인정할 때에는 그 정보의 사본·복제물을 공개할 수 있다.

- ② (○) ‘공공기관의 정보공개에 관한 법률’상의 정보공개청구권자는 모든 국민이므로(제5조 제1항) 여기서의 국민은 반드시 이해관계인에 한정하지 않으며, 자연인은 물론 법인과 권리능력 없는 사단·재단도 포함되고, 법인, 권리능력 없는 사단·재단 등의 경우에는 설립목적 불문한다(대판 2003.12.12. 2003두8050).

관련판례 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제5조 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(대판 2003.3.11. 2001두6425).

- ③ (○) ‘공공기관의 정보공개에 관한 법률’이 해석상 정보공개청구인에게는 특정한 공개방법을 지정하여 정보공개를 청구할 수 있는 법령상 신청권이 있다. 따라서 공공기관이 공개청구의 대상이 된 정보를 공개는 하되, 청구인이 신청한 공개방법 이외의 방법으로 공개하기로 하는 결정을 하였다면, 이는 정보공개청구 중 정보공개방법에 관한 부분에 대하여 일부 거부처분을 한 것이고, 청구인은 그에 대하여 항고소송으로 다툴 수 있다(대판 2016.11.10. 2016두44674).

관련판례 구 ‘공공기관의 정보공개에 관한 법률’은, 정보의 공개를 청구하는 이가 정보공개방법도 아울러 지정하여 정보공개를 청구할 수 있도록 하고 있고, 전자적 형태의 정보를 전자적으로 공개하여 줄 것을 요청한 경우에는 공공기관은 원칙적으로 요청에 응할 의무가 있고, 나아가 비전자적 형태의 정보에 관해서도 전자적 형태로 공개하여 줄 것을 요청하면 재량판단에 따라 전자적 형태로 변환하여 공개할 수 있도록 하고 있다. 이는 정보의 효율적 활용을 도모하고 청구인의 편의를 제고함으로써 구 정보공개법의 목적인 국민의 알 권리를 충실하게 보장하려는 것이므로, 청구인에게는 특정한 공개방법을 지정하여 정보공개를 청구할 수 있는 법령상 신청권이 있다. 따라서 공공기관이 공개청구의 대상이 된 정보를 공개는 하되, 청구인이 신청한 공개방법 이외의 방법으로 공개하기로 하는 결정을 하였다면, 이는 정보공개청구 중 정보공개방법에 관한 부분에 대하여 일부 거부처분을 한 것이고, 청구인은 그에 대하여 항고소송으로 다툴 수 있다(대판 2016.11.10. 2016두44674).

공공기관의 정보공개에 관한 법률 제15조(정보의 전자적 공개) ① 공공기관은 전자적 형태로 보유·관리하는 정보에 대하여 청구인이 전자적 형태로 공개하여 줄 것을 요청하는 경우에는 그 정보의 성질상 현저히 곤란한 경우를 제외하고는 청구인의 요청에 따라야 한다.

② 공공기관은 전자적 형태로 보유·관리하지 아니하는 정보에 대하여 청구인이 전자적 형태로 공개하여 줄 것을 요청한 경우에는 정상적인 업무수행에 현저한 지장을 초래하거나 그 정보의 성질이 훼손될 우려가 없으면 그 정보를 전자적 형태로 변환하여 공개할 수 있다.

- ④ (○) 공개청구의 대상이 되는 정보가 이미 다른 사람에게 공개되어 널리 알려져 있다하더라도 해당 정보의 공개를 청구하였다가 공개거부처분을 받은 국민은 공개거부처분의 취소소송을 제기할 수 있다(대판 2010.12.23. 2008두13101).)

관련판례 국민의 정보공개청구권은 법률상 보호되는 구체적인 권리이므로, 공공기관에 대하여 정보의 공개를 청구하였다가 공개거부처분을 받은 청구인은 행정소송을 통하여 그 공개거부처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있고, 공개청구의 대상이 되는 정보가 이미 다른 사람에게 공개되어 널리 알려져 있다거나 인터넷 등을 통하여 공개되어 인터넷검색 등을 통하여 쉽게 알 수 있다는 사정만으로는 소의 이익이 없다거나 비공개결정이 정당화될 수 없다(대판 2010.12.23. 2008두13101).

- ⑤ (○) 고등교육법에 따른 대학은 국공립대학 외에 사립대학도 공공기관의 ‘정보공개에 관한 법률’상 정보공개 의무를 지는 공공기관이다(같은 법 제2조 제3호 라목, 같은 법 시행령 제2조 제1호).

관련판례 구 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제2조 제3호는 ‘공공기관’이라 함은 국가, 지방자치단체, 공공기관의 운영에 관한 법률 제2조에 따른 공공기관 기타 대통령령이 정하는 기관을 말한다고 규정하고 있고, 같은 법 시행령 제2조 제1호는 대통령령이 정하는 기관에 초·중등교육법 및 고등교육법 기타 다른 법률에 의하여 설치된 각급 학교를 포함시키고 있어, 사립대학교는 정보공개 의무기관인 공공기관에 해당하게 되었다(대판 2006.8.24. 2004두2783).

공공기관의 정보공개에 관한 법률 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

3. "공공기관"이란 다음 각 목의 기관을 말한다.

가. 국가기관

나. 지방자치단체

다. ‘공공기관의 운영에 관한 법률’ 제2조에 따른 공공기관

라. 그 밖에 대통령령으로 정하는 기관

공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령 제2조(공공기관의 범위) 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」(이하 "법"이라 한다) 제2조 제3호 라목에서 "대통령령으로 정하는 기관"이란 다음 각 호의 기관 또는 단체를 말한다.

1. 「유아교육법」, 「초·중등교육법」, 「고등교육법」에 따른 각급 학교 또는 그 밖의 다른 법률에 따라 설치된 학교

37. 행정대집행상의 대집행에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 대집행을 할 수 있는 권한을 가진 행정청은 대집행권한을 타인에게 위탁할 수 있다.
- ② 대집행을 하려는 경우 상당한 이행기한을 정하여 그 기한까지 이행되지 아니할 때에는 대집행을 한다는 뜻을 미리 문서로써 계고하여야 한다.
- ③ 관계 법령에 위반하여 장례식장 영업을 하고 있는 자의 장례식장 사용중지의무는 대집행의 대상이 아니다.
- ④ 토지·건물의 명도의무는 대집행의 대상이 될 수 있다.
- ⑤ 대집행에 요한 비용은 국세징수법의 예에 의하여 징수할 수 있다.

| 정답 | ④

* 행정상 대집행, 난이도 하

| 문제해설 |

- ① (○) 독일에서는 제3자가 대행하는 경우만을 대집행으로 보고 행정청 스스로 집행하는 경우에는 직접강제의 일종으로 보는 반면, 우리나라에서는 제3자가 하는 경우 뿐만 아니라 행정청 자신이 행하는 경우까지 대집행으로 인정하고 있다.

행정대집행법 제2조(대집행과 그 비용징수) 법률에 의하여 직접 명령되었거나 또는 법률에 의거한 행정청의 명령에 의한 행위로서 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.이

- ② (○) 행정대집행법 제3조 제1항

행정대집행법 제3조(대집행의 절차) ① 전조의 규정에 의한 처분을 하려함에 있어서는 상당한 이행기한을 정하여 그 기한까지 이행되지 아니할 때에는 대집행을 한다는 뜻을 미리 문서로써 계고하여야 한다. 이 경우 행정청은 상당한 이행기한을 정함에 있어 의무의 성질·내용 등을 고려하여 사회통념상 해당 의무를 이행하는 데 필요한 기간이 확보되도록 하여야 한다.

- ③ (○) 장례식장 사용중지의무는 '비대체적 부작위의무'로서 행정대집행법상의 대집행의 대상이 아니다(대판 2005.9.28. 2005두7464).

관련판례 행정대집행법 제2조는 '행정청의 명령에 의한 행위로서 타인이 대신하여 행할 수 있는 행위를 의무자가 이행하지 아니하는 경우'에 대집행할 수 있도록 규정하고 있는데, 이 사건 용도위반 부분을 장례식장으로 사용하는 것이 관계 법령에 위반한 것이라는 이유로 장례식장의 사용을 중지할 것과 이를 불이행할 경우 행정대집행법에 의하여 대집행하겠다는 내용의 이 사건 처분은, 이 사건 처분에 따른 '장례식장 사용중지의무'가 원고 이외의 '타인이 대신'할 수도 없고, 타인이 대신하여 '행할 수 있는 행위'라고도 할 수 없는 비대체적 부작위의무에 대한 것이므로, 그 자체로 위법함이 명백하다(대판 2005.9.28. 2005두7464).

- ④ (×) '토지·물건의 인도(명도)의무의 불이행'에 대해 대집행이 가능한지에 대해서는

학설이 대립하나, 대체적 작위의무에 해당하는 것이 아니므로 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 되지 않고 직접강제에 의하여야 한다는 것이 통설·판례이다(대판 1998.10.23, 97누157).

판례판례 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 계고처분은 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 작위의무에 해당하는 것은 아니어서 직접강제의 방법에 의하는 것은 별론으로 하고 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 되는 것은 아니다(대판 1998.10.23, 97누157).

⑤ (○) 행정대집행법 제6조 제1항

행정대집행법 제6조(비용징수) ① 대집행에 요한 비용은 국세징수법의 예에 의하여 징수할 수 있다.

38. 행정질서벌에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정청이 질서위반행위에 대하여 과태료를 부과하고자 하는 때에는 당사자에게 사전통지하고, 의견을 제출할 기회를 주어야 한다.
- ② 질서위반행위의 성립과 과태료 처분은 행위시의 법률에 따른다.
- ③ 고의 또는 과실이 없는 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다.
- ④ 행정청의 과태료부과행위는 행정소송법상 항고소송의 대상이 된다.
- ⑤ 법률에 따르지 아니하고는 어떤 행위도 질서위반행위로 과태료를 부과하지 아니한다.

|정답| ④

* 행정질서벌, 난이도 하

|문제해설|

① (○) 질서위반행위규제법 제16조 제1항

질서위반행위규제법 제16조(사전통지 및 의견 제출 등) ① 행정청이 질서위반행위에 대하여 과태료를 부과하고자 하는 때에는 미리 당사자에게 대통령령으로 정하는 사항을 통지하고, 10일 이상의 기간을 정하여 의견을 제출할 기회를 주어야 한다. 이 경우 지정된 기일까지 의견 제출이 없는 경우에는 의견이 없는 것으로 본다.

② (○) 질서위반행위규제법 제3조

질서위반행위규제법 제3조(법 적용의 시간적 범위) ① 질서위반행위의 성립과 과태료 처분은 행위시의 법률에 따른다.

③ (○) 질서위반행위규제법 제7조

질서위반행위규제법 제7조(고의 또는 과실) 고의 또는 과실이 없는 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다.

- ④ (×) 질서위반행위규제법에 따른 과태료부과처분은 성질상 행정행위로 볼 수 있으나, 이에 대해서는 질서위반행위규제법에 따른 과태료재판을 하도록 특별절차가 마련되어 있으므로(질서위반행위규제법 제5조 및 제20조, 제21조), 일반법인 행정소송법이 적용되지 않아 결국 행정소송법상 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하지 않는다.

질서위반행위규제법 제5조(다른 법률과의 관계) 과태료의 부과·징수, 재판 및 집행 등의 절차에 관한 다른 법률의 규정 중 이 법의 규정에 저촉되는 것은 이 법으로 정하는 바에 따른다.

제20조(이의제기) ① 행정청의 과태료 부과에 불복하는 당사자는 제17조 제1항에 따른 과태료 부과 통지를 받은 날부터 60일 이내에 해당 행정청에 서면으로 이의제기를 할 수 있다.

② 제1항에 따른 이의제기가 있는 경우에는 행정청의 과태료 부과처분은 그 효력을 상실한다.

제21조(법원에의 통보) ① 제20조제1항에 따른 이의제기를 받은 행정청은 이의제기를 받은 날부터 14일 이내에 이에 대한 의견 및 증빙서류를 첨부하여 관할 법원에 통보하여야 한다.

제36조(재판) ① 과태료 재판은 이유를 붙인 결정으로써 한다.

- ⑤ (○) 질서위반행위에 해당함을 이유로 과태료를 부과하기 위해서는 법률에 근거가 있어야 한다(질서위반행위법정주의). 다만 질서위반행위규제법과 지방자치법에서는 법률 이외에 조례도 근거가 될 수 있음을 규정하고 있다(질서위반행위규제법 제2조 및 지방자치법 제27조 제1항 등).

질서위반행위규제법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
1. "질서위반행위"란 법률(지방자치단체의 조례를 포함한다)상의 의무를 위반하여 과태료를 부과하는 행위를 말한다.

지방자치법 제27조(조례위반에 대한 과태료) ① 지방자치단체는 조례를 위반한 행위에 대하여 조례로써 1천만원 이하의 과태료를 정할 수 있다.

39. 행정심판법상 재결에 해당하지 않는 것은?

- ① 취소심판에서의 처분취소명령재결
- ② 취소심판에서의 처분변경명령재결
- ③ 의무이행심판에서의 처분재결
- ④ 의무이행심판에서의 처분명령재결
- ⑤ 무효등확인심판에서의 무효등확인재결

|정답| ①

* 행정심판의 재결, 난이도 하

| 문제해설 |

- ① (행정심판법상 재결 ×), ② (행정심판법상 재결 ○) 취소심판에서의 인용재결에는 (1) 처분취소재결과 (2) 처분변경재결, 그리고 (3) 처분변경명령재결이 있다. 종래 같이 규정되었던 ‘취소명령재결’은 2010. 1. 25. 법 개정을 통해 삭제되었다(행정심판법 제43조 제3항).

행정심판법 제43조(재결의 구분) ① 위원회는 심판청구가 적법하지 아니하면 그 심판청구를 각하한다.

② 위원회는 심판청구가 이유가 없다고 인정하면 그 심판청구를 기각한다.

③ 위원회는 취소심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 처분을 취소 또는 다른 처분으로 변경하거나 처분을 다른 처분으로 변경할 것을 피청구인에게 명한다.

④ 위원회는 무효등확인심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 처분의 효력 유무 또는 처분의 존재 여부를 확인한다.

⑤ 위원회는 의무이행심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 지체 없이 신청에 따른 처분을 하거나 처분을 할 것을 피청구인에게 명한다.

- ③ (행정심판법상 재결 ○), ④ (행정심판법상 재결 ○) 의무이행심판에서의 인용재결은 (1) 행정심판위원회가 신청에 따른 처분을 직접하는 ‘처분재결’(형성재결)과 (2) 행정청(부작위청)에 이를 하도록 명하는 ‘처분명령재결’(이행재결)이 있다(행정심판법 제43조 제5항).

- ⑤ (행정심판법상 재결 ○) 무효등확인심판의 인용재결에는 (1) 처분무효확인재결, (2) 처분유효확인재결, (3) 처분존재확인재결, (4) 처분부존재확인재결, (5) 처분실효확인재결 등이 있다.

40. 행정소송법상 가구제에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정심판법에서 인정되는 임시처분제도가 행정소송법에는 없다.
② 집행정지는 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 허용되지 아니한다.
③ 집행정지신청이 인용되려면 취소소송이 제기된 경우에 처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 중대한 손해를 예방하기 위한 경우이어야 한다.
④ 집행정지의 결정을 신청함에 있어서는 그 이유에 대한 소명이 있어야 한다.
⑤ 처분의 효력정지는 처분 등의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.

| 정답 | ③

* 행정소송법상 가구제, 난이도 하

| 문제해설 |

- ① (○) 행정심판법과 달리 행정소송법은 임시처분제도에 해당하는 가처분을 규정하고 있지 않으며 해석상 그 인정여부에 대해 학설이 대립하나, 판례는 부정하는 입장이다(대결 1959.11.20. 4292행항2).

행정심판법 제31조(임시처분) ① 위원회는 처분 또는 부작위가 위법·부당하다

고 상당히 의심되는 경우로서 처분 또는 부작위 때문에 당사자가 받을 우려가 있는 중대한 불이익이나 당사자에게 생길 급박한 위험을 막기 위하여 임시지위를 정하여야 할 필요가 있는 경우에는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 임시처분을 결정할 수 있다.

② 제1항에 따른 임시처분에 관하여는 제30조 제3항부터 제7항까지를 준용한다. 이 경우 같은 조 제6항 전단 중 "중대한 손해가 생길 우려"는 "중대한 불이익이나 급박한 위험이 생길 우려"로 본다.

③ 제1항에 따른 임시처분은 제30조 제2항에 따른 집행정지로 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.

② (○) 행정소송법 제23조 제3항

행정소송법 제23조(집행정지) ① 취소소송의 제기는 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다.

② 취소소송이 제기된 경우에 처분등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지를 결정할 수 있다. 다만, 처분의 효력정지는 처분등의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.

③ 집행정지는 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 허용되지 아니한다.

④ 제2항의 규정에 의한 집행정지의 결정을 신청함에 있어서는 그 이유에 대한 소명이 있어야 한다.

⑤ 제2항의 규정에 의한 집행정지의 결정 또는 기각의 결정에 대하여는 즉시항고할 수 있다. 이 경우 집행정지의 결정에 대한 즉시항고에는 결정의 집행을 정지하는 효력이 없다.

⑥ 제30조 제1항의 규정(취소판결의 기속력)은 제2항의 규정에 의한 집행정지의 결정에 이를 준용한다.

③ (×) 「행정심판법」 상 ‘중대한 손해’가 생기는 것을 예방하기 위한 경우로 규정하는 것(행정심판법 제30조 제2항)과는 달리, 「행정소송법」은 ‘회복하기 어려운 손해’를 예방하기 위한 경우로 규정하고 있다(행정소송법 제23조 제2항).

행정소송법 제30조(집행정지) ② 취소소송이 제기된 경우에 처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 처분 등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지를 결정할 수 있다. 다만, 처분의 효력정지는 처분 등의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.

행정심판법 제30조(집행정지) ② 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 정지를 결정할 수 있다. 다만, 처분의 효력정지는 처분의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 그 목적을 달성할 수 있을 때에는 허

용되지 아니한다.

- ④ (○) 행정소송법 제23조 제4항
- ⑤ (○) 행정소송법 제23조 제2항 단서

41. 행정소송법상 항고소송에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 취소소송은 처분등의 취소를 구할 정당한 이익이 있는 자가 제기할 수 있다.
- ② 취소소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 국가·공공단체 그 밖의 권리주체를 피고로 한다.
- ③ 행정소송법상 항고소송의 종류로는 취소소송, 무효등확인소송, 의무이행소송이 있다.
- ④ 처분등을 취소하는 확정판결은 당사자 간에 효력이 있고, 제3자에 대하여는 효력이 미치지 아니한다.
- ⑤ 법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다.

|정답| ⑤

* 항고소송, 난이도 하

|문제해설|

- ① (×) 취소소송은 처분등의 취소를 구할 ‘법률상 이익’이 있는 자가 제기할 수 있다 (행정소송법 제12조).

행정소송법 제12조(원고적격) 취소소송은 처분등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다.

- ② (×) 항고소송에서는 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 국가·공공단체 등 행정주체를 피고로 하지 않고, 그 처분 등을 행한 행정청을 피고로 인정한다(행정소송법 제13조 제1항).

행정소송법 제13조(피고적격) ① 취소소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분등을 행한 행정청을 피고로 한다. 다만, 처분등이 있는 뒤에 그 처분등에 관계되는 권한이 다른 행정청에 승계된 때에는 이를 승계한 행정청을 피고로 한다.
② 제1항의 규정에 의한 행정청이 없게 된 때에는 그 처분등에 관한 사무가 귀속되는 국가 또는 공공단체를 피고로 한다.

- ③ (×) 우리나라 행정소송법은 행정심판법과 달리 의무이행소송에 대하여 명문규정을 두고 있지 않아(행정소송법 제4조), 그 인정여부에 대해 학설의 대립이 있으나 판례는 부정한다(대판 1992.2.11. 91누4126).

행정소송법 제4조(항고소송) 항고소송은 다음과 같이 구분한다.
1. 취소소송: 행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송
2. 무효등 확인소송: 행정청의 처분등의 효력 유무 또는 존재여부를 확인하는 소송
3. 부작위위법확인소송: 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송

관련판례 현행 행정소송법상 의무이행소송이나 의무확인소송은 인정되지 않으며, 행정심판법이 의무이행심판청구를 할 수 있도록 규정하고 있다고 하여 행정소송에서 의무이행청구를 할 수 있는 근거가 되지 못한다(대판 1992.2.11. 91누4126).

- ④ (×) 취소판결의 형성력은 당해 소송당사자뿐만 아니라 그 밖의 제3자에 대해서도 미치는데, 이를 대세효 또는 취소판결의 제3자효라고 한다(행정소송법 제29조 제1항).

행정소송법 제29조(취소판결등의 효력) ① 처분등을 취소하는 확정판결은 제3자에 대하여도 효력이 있다.

- ⑤ (○) 법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다(행정소송법 제26조). 다만 이러한 특례규정에 대해 직권탐지주의설, 변론주의보충설의 대립이 있으나, 당사자가 주장하는 사실에 대한 당사자의 입증활동이 불충분하여 심증을 얻기 어려운 경우에 당사자의 증거신청에 의하지 아니하고 직권으로 증거를 조사할 수 있는 것으로 해석하는 변론주의보충설이 다수설·판례이다.(대판 1994.10.11, 94누4820).

행정소송법 제26조(직권심리) 법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다.

관련판례 행정소송법 제26조가 ‘법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다’라고 규정하고 있지만, 이는 행정소송의 특수성에 연유하는 당사자주의·변론주의에 대한 일부 예외규정일 뿐 법원이 아무런 제한없이 당사자가 주장하지 아니한 사실을 판단할 수 있는 것은 아니고, 기록에 현출되어 있는 사항에 관하여서만 직권으로 증거조사를 하고 이를 기초로 하여 판단할 수 있을 따름이고(대판 1991.11.8, 91누2854), 그것도 법원이 필요하다고 인정할 때에 한하여 청구의 범위 내에서 증거조사를 하고 판단할 수 있을 뿐이다(대판 1994.10.11, 94누4820).

42. 국가배상법에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 국가배상법 제2조의 공무원이란 국가공무원법이나 지방공무원법에 의해 공무원으로서의 신분을 가진 자에 국한한다.
② 국가배상책임에 있어서 공무원에게 중과실이 있는 경우 국가나 지방자치단체는 그 공무원에게 구상할 수 없다.
③ 공공의 영조물의 설치·관리의 하자에는 물적 하자만이 아니라 기능적 하자 또는 이용상 하자도 포함된다.
④ 국가배상책임이 있는 경우에 공무원의 선임·감독을 맡은 자와 공무원의 봉급·급여를 부담하는 자가 동일하지 아니하면 선임·감독을 맡은 자만이 손해를 배상한다.
⑤ 생명·신체의 침해로 인한 국가배상을 받을 권리는 양도할 수 있지만, 압류할 수는 없다.

| 정답 | ③

* 국가배상, 난이도 하

| 문제해설 |

- ① (X) 국가배상에서의 공무원은 ‘최광의의 공무원’으로서 국가·지방공무원으로서의 행정부 공무원뿐만 아니라 입법부 및 사법부 소속 공무원은 물론이고, 널리 공무를 위탁받아 실질적으로 그에 종사하는 공무수탁사인 등 모든 자를 포함한다고 보는 것이 통설·판례이다(대판 2001.1.5, 98다39060). 다만 공무수탁사인은 종래 공무원에 포함되는 해석을 하였으나, 최근 국가배상법 개정에 의해 공무수탁사인을 별도로 규정함으로서 입법적으로 해결되었다(국가배상법 개정 2009.10.21). 한편 기관 자체(예: 지방의회, 선거관리위원회)도 국가배상법상의 공무원에 포함한다. 또한 임용결격자가 공무원으로 행한 사실이 사후에 발견되어도 공무원에 해당한다고 본다.

관련판례 지방자치단체가 ‘교통할아버지 봉사활동계획’을 수립한 후 관할동장으로 하여금 선정하게 하여 어린이 보호, 교통안내, 거리질서확립 등의 공무를 위탁하여 집행하게 하던 중 ‘교통할아버지’로 선정된 노인이 위탁받은 업무 범위를 넘어 교차로 중앙에서 교통정리를 하다가 교통사고를 발생시킨 경우, 지방자치단체는 국가배상법 제2조 소정의 배상책임を負担한다(대판 2001.1.5. 98다39060).

- ② (X) 국가 또는 지방자치단체가 공무원의 위법한 직무집행으로 발생한 손해에 대해 국가배상법에 따라 배상한 경우에는 당해 공무원에게 고의 또는 중과실이 인정될 경우 구상권을 행사할 수 있다(국가배상법 제2조 제2항).

국가배상법 제2조(배상책임) ① 국가나 지방자치단체는 공무원 또는 공무를 위탁받은 사인이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입히거나, 「자동차손해배상보장법」에 따라 손해배상의 책임이 있을 때에는 이 법에 따라 그 손해를 배상하여야 한다. 다만, 군인·군무원·경찰공무원 또는 예비군대원이 전투·훈련 등 직무 집행과 관련하여 전사·순직하거나 공상을 입은 경우에 본인이나 그 유족이 다른 법령에 따라 재해보상금·유족연금·상이연금 등의 보상을 지급받을 수 있을 때에는 이 법 및 「민법」에 따른 손해배상을 청구할 수 없다.

② 제1항 본문의 경우에 공무원에게 고의 또는 중대한 과실이 있으면 국가나 지방자치단체는 그 공무원에게 구상할 수 있다.

- ③ (○) 영조물의 설치나 관리의 하자는 영조물을 구성하는 물적 시설 자체에 있는 물리적·외형적인 흠결이나 불비로 인한 물적 하자만이 아니라, 영조물의 이용이 일정한 한도를 초과하여 제3자에게 사회통념상 참을 수 없는 피해를 입히는 경우인 기능상 하자까지 포함한다(대판 2005.1.27. 2003다49566).

관련판례 국가배상법 제5조 제1항에 정하여진 '영조물의 설치 또는 관리의 하자'라 함은 공공의 목적에 공여된 영조물이 그 용도에 따라 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말하고, 안전성을 갖추지 못한 상태, 즉 타인에게 위해를 끼칠 위험성이 있는 상태라 함은 당해 영조물을 구성하는 물적 시설 그 자체에 있는 물리적·외형적 흠결이나 불비로 인하여 그 이용자에게 위해를 끼칠 위험성이 있는 경우(물적 하자)뿐만 아니라, 그 영조물이 공공의 목적에 이용됨에 있어 그 이용상태 및 정도가 일정한 한도를 초과하여 제3자에게 사회통념상 수인할 것이 기대되는 한도를 넘는 피해를 입히는 경우(기능적 하자)까지 포함된다고 보아야 한다(대판 2005.1.27. 2003다49566).

- ④ (×) 국가나 지방자치단체가 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 공무원의 선임·감독 또는 영조물의 설치·관리를 맡은 자와 공무원의 봉급·급여, 그 밖의 비용 또는 영조물의 설치·관리비용을 부담하는 자가 동일하지 아니하면 그 비용을 부담하는 자도 손해를 배상하여야 한다(국가배상법 제6조 제1항).

국가배상법 제6조(비용부담자 등의 책임) ① 제2조·제3조 및 제5조에 따라 국가나 지방자치단체가 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 공무원의 선임·감독 또는 영조물의 설치·관리를 맡은 자와 공무원의 봉급·급여, 그 밖의 비용 또는 영조물의 설치·관리 비용을 부담하는 자가 동일하지 아니하면 그 비용을 부담하는 자도 손해를 배상하여야 한다.

② 제1항의 경우에 손해를 배상한 자는 내부관계에서 그 손해를 배상할 책임이 있는 자에게 구상할 수 있다.

- ⑤ (×) 생명·신체의 침해로 인한 국가배상을 받을 권리는 압류뿐만 아니라 양도도 할 수 없다(국가배상법 제4조).

국가배상법 제4조(양도 등 금지) 생명·신체의 침해로 인한 국가배상을 받을 권리는 양도하거나 압류하지 못한다.

43. ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’에 따른 손실보상에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 손실보상은 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 현금지급을 원칙으로 한다.
② 토지소유자가 토지수용위원회의 재결에 불복하여 제기하려는 행정소송이 보상금의 증감(增減)에 관한 소송인 경우 토지수용위원회를 피고로 한다.
③ 공익사업에 필요한 토지등의 취득으로 인하여 토지소유자가 입은 손실은 사업시행자가 보상하여야 한다.
④ 지방토지수용위원회의 재결에 이의가 있는 자는 해당 지방토지수용위원회를 거쳐 중앙토지수용위원회에 이의를 신청할 수 있다.
⑤ 보상액의 산정은 협의에 의한 경우에는 협의 성립 당시의 가격을, 재결에 의한 경우에는 수용 또는 사용의 재결 당시의 가격을 기준으로 한다.

| 정답 | ②

* 손실보상, 난이도 중

| 문제해설 |

- ① (○) 손실보상은 특별한 경우를 제외하고는 현금보상을 원칙으로 한다(같은 법 제63조). 다만 예외적으로 현물보상·매수보상·채권보상 등이 있다.

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제63조(현금보상 등) ① 손실보상은 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 현금으로 지급하여야 한다.

- ② (×) 토지소유자가 토지수용위원회의 재결에 불복하여 제기하려는 행정소송이 보

되는 부담적 처분을 하지 않도록 명하거나 또는 부담적 처분을 하지 말아야 할 작위의무가 있음을 확인하는 판결을 구하는 소송으로서, 그 인정여부에 대해 학설은 대립하고 있으나, 판례는 의무이행소송(소극적 형태의 의무이행소송)과 같은 성질이므로 부정한다(대판 1987.3.27. 86누182).

판례 신축건물의 준공처분을 하여서는 아니된다는 내용의 부작위를 구하는 원고의 예비적 청구는 행정소송에서 허용되지 아니하는 것이므로 부적법하다(대판 1987.3.27. 86누182).

* 행정소송의 종류(행정소송법 제3조 및 제4조)

- └ (1) 주관적 소송
 - |└ ㉠ 취소소송
 - |└ ㉡ 항고소송└ ㉢ 무효등확인소송
 - |└└ ㉣ 부작위위법확인소송
 - |└ ㉤ 당사자소송
 - |└└ ㉥ 민중소송
- └ (2) 객관적 소송
 - └└ ㉦ 기관소송

행정소송법 제3조(행정소송의 종류) 행정소송은 다음의 네가지로 구분한다.

1. 항고소송: 행정청의 처분등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송
2. 당사자소송: 행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송
3. 민중소송: 국가 또는 공공단체의 기관이 법률에 위반되는 행위를 한 때에 직접 자기의 법률상 이익과 관계없이 그 시정을 구하기 위하여 제기하는 소송
4. 기관소송: 국가 또는 공공단체의 기관상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송. 다만, 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 제외한다.

제4조(항고소송) 항고소송은 다음과 같이 구분한다.

1. 취소소송: 행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송
2. 무효등확인소송: 행정청의 처분등의 효력 유무 또는 존재여부를 확인하는 소송
3. 부작위위법확인소송: 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송

45. 행정기관 중 합의제 행정기관 혹은 위원회에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 중앙행정기관인 위원회의 설치와 직무범위는 법률로 정한다.

- ② 지방자치단체는 그 소관사무의 범위에서 조례로 위원회 등의 자문기관을 설치·운영할 수 있다.
- ③ 심의기관의 결정에는 특별한 규정이 없는 한 법적 구속력이 없다.
- ④ 헌법에 따라 설치되는 위원회에 대하여는 '행정기관 소속 위원회의 설치·운영에 관한 법률'을 적용한다.
- ⑤ 의결권만을 갖는 의결기관인 위원회는 결정된 의사에 대외적 표시권한을 갖지 못한다.

| 정답 | ④

* 행정기관, 난이도 상

| 문제해설 |

- ① (○) 행정조직법정주의(정부조직법 제2조 제1항)

정부조직법 제2조(중앙행정기관의 설치와 조직 등) ① 중앙행정기관의 설치와 직무범위는 법률로 정한다.

- ② (○) 지방자치법 제116조의2 제1항

지방자치법 제116조의2(자문기관의 설치 등) ① 지방자치단체는 그 소관 사무의 범위에서 법령이나 그 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 심의회·위원회 등의 자문기관을 설치·운영할 수 있다.

- ③ (○) 심의기관은 반드시 심의를 거쳐야 한다는 점에서 자문기관과 구별된다. 다만 심의를 거친 이상 그 결과에는 구속되지 않는다는 점에서 의결기관과 구별된다(통설). 대표적인 심의기관으로는 국무회의가 있다(헌법 제89조).

헌법 제89조 다음 사항은 국무회의의 심의를 거쳐야 한다.

- ④ (×) 「헌법」에 따라 설치되는 위원회(예; 중앙선거관리위원회 등)는 행정기관 소속이라 볼 수 없거나 특수성이 인정되므로 이에 대하여는 「행정기관 소속 위원회의 설치·운영에 관한 법률」을 적용하지 아니한다(행정기관 소속 위원회의 설치·운영에 관한 법률 제3조 제2항).

행정기관 소속 위원회의 설치·운영에 관한 법률 제3조(적용범위) ① 이 법은 다음 각 호의 행정기관 소속 위원회에 대하여 적용한다.

1. 대통령과 그 소속 기관
 2. 국무총리와 그 소속 기관
 3. 「정부조직법」 제2조 제2항에 따른 중앙행정기관과 그 소속 기관
- ② 제1항에도 불구하고 「헌법」에 따라 설치되는 위원회 및 「정부조직법」 제2조 제2항에 따라 다른 법률에 의하여 중앙행정기관으로 설치되는 위원회에 대하여는 이 법을 적용하지 아니한다. 다만, 중앙행정기관으로 설치되는 위원회 내에 위원회를 설치·운영하는 경우에는 그러하지 아니하다.

- ⑤ (○) 의결기관은 행정에 관한 의사를 결정할 수 있는 권한을 가지는 합의제 행정기관이다. 의결기관 중 '의결권만 갖는 의결기관'은 행정에 관한 의사를 결정할 수 있는 권한만을 가지고 이를 외부에 표시할 권한을 갖지 않는 점에서 행정청과 구별된다.

46. 행정관청 간의 관계에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 상급관청의 훈령권에는 법령상 근거가 요구된다.
- ② 대외적 구속력이 없는 훈령을 위반한 조치는 위법하다.
- ③ 하급행정관청의 권한행사에 대한 상급행정관청의 내부적인 승인·인가는 행정처분이 아니다.
- ④ '동의'를 의미하는 관계기관의 '협의'의견은 주무관청을 구속하지 않는다.
- ⑤ 상급관청의 하급관청에 대한 감시권에는 개별적인 법령상 근거를 요한다.

| 정답 | ③

* 행정관청 간의 관계, 난이도 하

| 문제해설 |

- ① (×) 훈령권이란 「상급관청이 하급관청의 권한행사를 일반적으로 지휘하는 것을 내용으로 하는 권한」을 말하며, 이를 위하여 발하는 명령을 훈령이라 한다. 훈령권은 상급관청의 감독권에 당연히 내포된 것으로 특별한 법적 근거를 요하지 않는다.
- ② (×) 훈령은 행정조직 내부관계에서 상급관청이 하급관청에 대하여 발하는 명령에 그치고, 일반 국민을 구속하는 것은 아니라고 보는 것이 통설·판례의 입장이다(대판 1979.7.10. 79누99). 즉, 훈령은 하급관청을 구속함에 그치고 일반 국민에게는 구속력이 없으므로, 훈령에 위반된 행위는 하급관청을 구성하는 공무원의 직무상 의무위반에 그치며, 설사 훈령에 위반된 행위라 하더라도 그것만으로 위법이 되는 것은 아니라고 본다.

관련판례 보건사회부장관 훈령 제236호 식품등의 위생관리업무처리규정은 법규의 성질을 가지는 것이라 하기보다는 상급행정기관인 보건사회부장관이 관계 하급기관 및 직원에 대하여 직무권한의 행사를 지휘하고 직무에 관하여 명령하기 위하여 발한 것으로서 행정조직 내부에 있어서의 명령에 지나지 않으므로 그 규정이 결코 그 상위법인 식품위생법 제25조의 규정에 의하여 보장된 행정청의 재량권을 기속하는 것이라 할 수 없음은 물론 법원 또한 그 보사부훈령의 기속을 받는 것이 아니다(대판 1979.7.10. 79누99).

- ③ (○) 상급행정기관의 하급행정기관에 대한 승인·동의·지시 등은 행정기관 상호 간의 내부행위로서, 국민의 권리 의무에 직접 영향을 미치는 것이 아니므로 행정처분이 아니다(대판 1997.9.26 97누8540).

관련판례 상급행정기관의 하급행정기관에 대한 승인·동의·지시 등은 행정기관 상호간의 내부행위로서 국민의 권리 의무에 직접 영향을 미치는 것이 아니므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 볼 수 없다(대판 1997.9.26 97누8540).

- ④ (○) 관계기관의 '협의'의견은 주무관청을 구속하지 않는다. 그러나 '동의'의견은 주무관청을 구속한다. 사안은 동의의견에 대해 묻는 문제이다.

* 대등행정청 간의 관계

	협 의	동 의
의 의	행정업무가 여러 행정청의 권한과 관련 된 경우에 하나의 행정청이 주된 지위에 있고 다른 행정청은 부차적인 지위에 있는 경우에 주된 지위에 있는 행정청은 주무행정청이 되고, 부차적인 지위에 있는 행정청은 관계행정청이 된다. 이 경우에 주무행정청이 업무처리에 관한 결정권을 갖게 되며, 관계행정청은 협의권을 가지게 된다.	행정업무가 여러 행정청의 권한과 관련 된 경우에 모든 행정청이 주된 지위에 있는 경우에 업무와 보다 깊은 관계가 있는 행정청을 주무행정청으로 하고, 다른 행정청은 관계행정청이 된다. 이 경우에 주무행정청은 업무처리에 관한 결정을 함에 있어 주된 지위에 있는 다른 행정청의 동의를 받아야 한다.
구 속 력	관계행정청의 협의의견은 주무행정청을 구속하지 않는다.	관계행정청의 동의를견은 주무행정청을 구속한다.

- ⑤ (×) 감시권은 상급관청이 하급관청의 권한행사의 상황을 파악하기 위하여 보고를 받고 서류장부를 검사하며 실제로 사무감사를 하는 등의 권한이다. 감시권의 발동에는 개별적인 법적 근거가 필요없다.

47. 경찰책임에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 경찰위험에 책임이 없는 제3자에게 경찰권을 발동하려면 경찰긴급상태의 요건을 갖추어야 한다.
- ② 물건으로 인한 위험이나 장애로부터 발생하는 경찰책임을 행위책임이라고 한다.
- ③ 행위책임을 공법적 책임이므로 고의나 과실을 요한다.
- ④ 사법상 범인은 경찰책임을 부담하지 아니한다.
- ⑤ 외국인은 경찰책임을 부담하지 아니한다.

| 정답 | ①

* 경찰책임, 난이도 하

| 문제해설 |

- ① (○) 경찰권은 원칙적으로 경찰책임자에게 발동되어야 하지만, 예외적으로 공공의 안녕과 질서유지를 위해 긴급한 필요가 있는 경우에는 경찰책임이 없는 제3자(비책임자)에 대해서도 경찰권이 발동될 수 있다. 다만 경찰책임이 없는 제3자에 대한 경찰권 발동은 그 남용의 위험성 때문에 매우 제한적인 범위 내에서만 엄격한 요건 하에서 적용된다.
- ② (×), ③ (×), ④ (×), ⑤ (×) 물건으로 인한 위험이나 장애로부터 발생하는 경찰책임을 ‘상태책임’이다. ‘행위책임’은 자신의 행위 또는 자신의 보호·감독하에 있는 자의 행위로 인하여 공공의 안녕과 질서에 대한 위해가 발생한 경우에 있어서의 책임이다. 행위책임을 행위자 자신과 타인의 행위에 대해 지배자가 지는 책임을 포함한다. 행위책임을 고의·과실 여부를 묻지 않으며, 그 행위자가 자연인·법인, 내국인·외국인을 불문하고, 성년·미성년자인지도 가리지 않는다.

48. 공무원의 권리와 의무에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 지방공무원법에 따라 공무원은 직무수행시 소속 상사의 직무상 명령에 복종하여야 하지만, 이에 대한 의견을 진술할 수 있다.
- ② 공무원이 보수에 해당하는 금원지급을 구할 경우 해당 보수항목이 국가예산에 계상되어 있어야만 하는 것은 아니다.
- ③ 지방공무원법에 따른 고충심사의 결정은 행정처분이 아니다.
- ④ 지급결정된 연금의 지급청구소송은 공법상 당사자소송으로 제기되어야 한다.
- ⑤ 공무원연금법상 연금수급권은 사회보장수급권과 재산권의 성격을 함께 가진다.

|정답| ②

* 공무원의 권리와 의무, 난이도 중

|문제해설|

- ① (○) 지방공무원법 제49조

지방공무원법 제49조(복종의 의무) 공무원은 직무를 수행할 때 소속 상사의 직무상 명령에 복종하여야 한다. 다만, 이에 대한 의견을 진술할 수 있다.

- ② (×) 공무원이 보수에 해당하는 금원지급을 구할 경우에는 (1) 법률에 그 지급근거가 되는 명시적 규정이 존재하여야 하고, 나아가 (2) 해당 보수항목이 국가예산에 계상되어 있어야만 한다(대판 2018.2.28. 2017두64606).

관련판례 공무원이 국가를 상대로 실질이 보수에 해당하는 금원의 지급을 구하려면 공무원의 ‘근무조건 법정주의’에 따라 국가공무원법령 등 공무원의 보수에 관한 법률에 그 지급근거가 되는 명시적 규정이 존재하여야 하고, 나아가 해당 보수항목이 국가예산에도 계상되어 있어야만 한다(대판 2018.2.28. 2017두64606).

- ③ (○) 지방공무원법에 따른 고충심사의 결정은 행정상 쟁송의 대상이 되는 행정처분이 아니다(대판 1987.12.8. 87누657).

관련판례 지방공무원법 제67조의2에서 규정하고 있는 고충심사제도는 공무원으로서의 권익을 보장하고 적정한 근무환경을 조성하여 주기 위하여 근무조건 또는 인사관리 기타 신상문제에 대하여 법률적인 쟁송의 절차에 의하여서가 아니라 사실상의 절차에 의하여 그 시정과 개선책을 청구하여 줄 것을 임용권자에게 청구할 수 있도록 한 제도로서, 고충심사결정 자체에 의하여는 어떠한 법률관계의 변동이나 이익의 침해가 직접적으로 생기는 것은 아니므로 고충심사의 결정은 행정상 쟁송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다(대판 1987.12.8. 87누657).

- ④ (○) 공무원연금관리공단(현 공무원연금공단)의 급여지급결정은 행정처분으로서 급여지급결정에 의해 발생된 권리는 공권이므로 지급결정된 대로 지급이 이루어지지 않을 경우에는 당사자소송으로 그 급여의 지급을 구하여야 한다(대판 2010.5.27. 2008두5636).

관련판례 공무원연금법 시행령 등의 각 규정을 종합하면, 구 공무원연금법에 의한

퇴직수당 등의 급여를 받을 권리는 법령의 규정에 의하여 직접 발생하는 것이 아니라 위와 같은 급여를 받으려고 하는 자가 소속하였던 기관장의 확인을 얻어 신청함에 따라 공무원연금관리공단이 그 지급결정을 함으로써 구체적인 권리가 발생한다. 여기서 공무원연금관리공단이 하는 급여지급결정의 의미는 단순히 급여수급 대상자를 확인·결정하는 것에 그치는 것이 아니라 구체적인 급여수급액을 확인·결정하는 것까지 포함한다. 따라서 구 공무원연금법령상 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).

⑤ (○) 현재 1999.4.29. 97헌마333

관련판례 .공무원연금법상의 퇴직급여, 유족급여 등 각종 급여를 받을 권리, 즉 연금수급권에는 사회적 기본권의 하나인 사회보장수급권의 성격과 재산권의 성격이 불가분적으로 혼재되어 있으므로, 입법자로서는 연금수급권의 구체적 내용을 정함에 있어 반드시 민법상 상속의 법리와 순위에 따라야 하는 것이 아니라 공무원연금제도의 목적 달성에 알맞도록 독자적으로 규율할 수 있고, 여기에 필요한 정책판단·결정에 관하여는 입법자에게 상당한 정도로 형성의 자유가 인정된다(현재 1999.4.29. 97헌마333).

49. 공물에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 행정재산은 시효취득의 대상이 된다.
- ② 국유재산법상 행정재산의 사용허가는 사법상 계약의 성질을 가진다.
- ③ 국유공물은 민사집행법에 의한 강제집행의 대상이 될 수 있다.
- ④ 국유재산의 무단점유에 대한 변상금의 징수는 재량행위이다.
- ⑤ 도로부지에는 저당권을 설정할 수 있다.

| 정답 | ⑤

* 공물, 난이도 상

| 문제해설 |

- ① (×) 헌법재판소는 사물(私物)과 같은 구 잡종재산(현 일반재산)에 대하여 취득시효를 배제하는 것은 국가와 사인을 차별하는 것으로서 평등의 원칙에 위반된다는 이유로 위헌결정을 하였다(현재 1991.5.13. 89헌가97). 이에 따라 국유재산법의 개정으로 '행정재산'에 대해서만 취득시효의 대상에서 제외되었다(국유재산법 제7조 제2항).

관련판례 국유 잡종재산은 사경제적 거래의 대상으로서 사적 자치의 원칙이 지배되고 있으므로 시효제도의 적용에 있어서도 동일하게 보아야 하고, 국유 잡종재산에 대한 시효취득을 부인하는 동규정은 합리적 근거없이 국가만을 우대하는 불평등한 규정으로서 헌법상의 평등의 원칙과 사유재산권 보장의 이념 및 과잉금지 원칙에 반한다(현재 1991.5.13. 89헌가97).

국유재산법 제7조(국유재산의 보호) ② 행정재산은 「민법」 제245조에도 불구하고 시효취득의 대상이 되지 아니한다.

민법 제245조(점유로 인한 부동산소유권의 취득기간) ① 20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 부동산을 점유하는 자는 등기함으로써 그 소유권을 취득한다.
② 부동산의 소유자로 등기한 자가 10년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 선의이며 과실없이 그 부동산을 점유한 때에는 소유권을 취득한다.

- ② (X) 국유재산법상 ‘행정재산의 사용허가’는 ‘사법상(私法上) 계약’이 아니라 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는 행정처분으로서 특정인에게 행정재산을 사용할 수 있는 권리를 설정하여 주는 강학상 ‘특허’에 해당한다(대판 2006.3.9. 2004다31074).

관련판례 국유재산 등의 관리청이 하는 행정재산의 사용·수익에 대한 허가는 순전히 사경제주체로서 행하는 사법상(私法上)의 행위가 아니라 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는 행정처분으로서 특정인에게 행정재산을 사용할 수 있는 권리를 설정하여 주는 강학상 ‘특허’에 해당한다(대판 2006.3.9. 2004다31074).

- ③ (X) ‘사유공물’에 대해서는 강제집행이 가능하나, ‘국유공물’에 대해서는 강제집행이 불가능하다.

공물에 대하여 강제집행이 가능한가의 문제는 공물에 대한 사권설정(유통성)이 인정되는지에 따라 판단해야 한다. 따라서 그 유통성이 인정되는 한도 안에서는 ‘국유 또는 공유’공물이든지 ‘사유’공물이든지 막론하고 강제집행은 가능하다. 그러나 국유재산은 사권설정이 인정되지 않으므로(법 제11조) 강제집행의 대상이 될 수 없다 할 것이다. 다만 사유공물의 경우에는 강제집행이 가능하지만, 강제집행에 의한 소유권 취득 이후에도 공물로서의 제한은 여전히 존속한다.

국유재산법 제11조(사권 설정의 제한) ② 국유재산에는 사권을 설정하지 못한다. 다만, 일반재산에 대하여 대통령령으로 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

- ④ (X) 국유재산의 무단점유에 대한 변상금의 징수는 ‘기속행위’이다(대판 2014.7.16. 2011다76402 전원합의체).

관련판례 구 국유재산법 제51조 제1항에 의하여 국유재산의 무단점유자에게 변상금을 부과하는 것은 행정주체의 재량이 허용되지 않는 기속행위로서, 행정주체의 선택에 의하여 부과 여부가 결정될 수 있는 성질의 것도 아니다(대판 2014.7.16. 2011다76402 전원합의체).

- ⑤ (O) 도로를 구성하는 부지에 대해서는 원칙적으로 사권(私權)을 행사할 수 없다. 다만, 예외적으로 도로부지에 대한 (1) 소유권이 이전되거나 (2) 저당권을 설정하면 도로 사용료를 받는 등의 사권은 행사할 수 있다(도로법 제4조). 즉 도로부지에 대한 ‘소유권 이전’과 ‘저당권 설정’은 가능하다.

도로법 제4조(사권의 제한) 도로를 구성하는 부지, 옹벽, 그 밖의 시설물에 대해서는 사권(私權)을 행사할 수 없다. 다만, 소유권을 이전하거나 저당권을 설정하는 경우에는 사권을 행사할 수 있다.

관련판례 원고가 이 사건 토지가 사실상 도로부지로 제공되어 사권행사에 제한이 있는 토지라는 점을 알고서 이를 취득하였다 하더라도 그러한 사정만으로는 피고에게 그 점유로 인한 부당이득의 반환청구를 함에 있어서 무슨 장애가 된다고 할 수 없다(대판 1990.12.21. 90다5528).

50. 지방자치단체의 사무에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 자치사무에 대한 국가의 감독은 적법상 통제에 그친다.
- ② 조례안으로 지방자치단체 사무의 민간위탁에 관하여 지방의회의 사전 동의를 받도록 하는 것은 위법하지 않다.
- ③ 자치사무에 있어서 시·도와 시·군·자치구의 사무가 경합하는 경우 시·군·자치구가 먼저 처리한다.
- ④ 호적사무는 사법적(司法的) 성격이 강한 국가의 사무이다.
- ⑤ 개별법령에서 조례로 정하도록 위임한 경우 기관위임사무에 대해서도 조례를 정할 수 있다.

|정답| ④

* 지방자치단체, 난이도 상

| 문제해설 |

- ① (○) 지방자치단체의 ‘자치사무’에 대한 감독권 행사에 있어서 국가는 합법성의 통제를 할 수 있음에 그치고, 합목적성의 통제는 할 수 없다(지방자치법 제169조 제1항).

지방자치법 제169조(위법·부당한 명령·처분의 시정) ① 지방자치단체의 사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해친다고 인정되면 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 시정할 것을 명하고, 그 기간에 이행하지 아니하면 이를 취소하거나 정지할 수 있다. 이 경우 자치사무에 관한 명령이나 처분에 대하여는 법령을 위반하는 것에 한한다.

- ② (○) 지방자치단체 사무의 민간위탁에 관하여 지방의회의 사전 동의를 받도록 한 것은 지방자치단체장의 집행권한을 본질적으로 침해하는 것으로 볼 수 없다(대판 2011.2.10. 2010추11).

관련판례 ‘서울특별시 중구 사무의 민간위탁에 관한 조례안’ 제4조 제3항 등이 지방자치단체 사무의 민간위탁에 관하여 지방의회의 사전 동의를 받도록 한 것과 지방자치단체장이 동일 수탁자에게 위탁사무를 재위탁하거나 기간연장 등 기존 위탁계약의 중요한 사항을 변경하고자 할 때 지방의회의 동의를 받도록 한 것은, 지방자치단체장의 집행권한을 본질적으로 침해하는 것으로 볼 수 없다(대판 2011.2.10. 2010추11).

- ③ (○) 지방자치법 제10조 제3항

지방자치법 제10조(지방자치단체의 종류별 사무배분기준) ③ 시·도와 시·군 및 자치구는 사무를 처리할 때 서로 경합하지 아니하도록 하여야 하며, 사무가

서로 경합하면 시·군 및 자치구에서 먼저 처리한다.

- ④ (×) 호적법은 국가사무가 아니라 지방자치단체의 사무라는 것이 판례의 입장이다 (대판 1995.3.28. 94다45654). 다만 호적법은 호주제가 헌법재판소의 헌법불합치 결정을 받게 됨에 따라(헌재 2005.2.3. 2001헌가9) 2008년 1월 1일부터 ‘가족관계의 등록 등에 관한 법률’로 대체되었다.

관련판례 호적법 및 지방자치법의 제규정에 비추어 보면 호적사무는 국가의 사무로서 국가의 기관위임에 의하여 수행되는 사무가 아니고 지방자치법 제9조가 정하는 지방자치단체의 사무라고 할 것이고, 단지 일반 행정사무와는 달리 사법적(司法的) 성질이 강하여 법원의 감독을 받게 하는 데 지나지 아니한다고 할 것이다 (대판 1995.3.28. 94다45654).

- ⑤ (○) 기관위임사무에 대해서는 원칙적으로 조례를 정할 수 없으나, 개별법령에서 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에는 예외적으로 위임조례를 정할 수 있다(대판 2000.5.30. 99추85).

관련판례 지방자치법 제15조, 제9조에 의하면, 지방자치단체가 자치조례를 제정할 수 있는 사항은 지방자치단체의 고유사무인 자치사무와 개별법령에 의하여 지방자치단체에 위임된 단체위임사무에 한하는 것이고, 국가사무가 지방자치단체의 장에게 위임된 기관위임사무는 원칙적으로 자치조례의 제정범위에 속하지 않는다 할 것이고, 다만 기관위임사무에 있어서도 그에 관한 개별법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에는 위임받은 사항에 관하여 개별법령의 취지에 부합하는 범위 내에서 이른바 위임조례를 정할 수 있다(대판 2000.5.30. 99추85).