

[19. 경찰행정학과 경채 행정법총론 기출문제와 해설]

기출문제 해설 : 백 영 민

(현) 종로공무원학원 행정법 전임
 (현) 부산 한국고시학원, 한국경찰학원 행정법 전임
 (현) 수원공무원학원 행정법 전임
 (현) 청주행정고시학원 행정법 전임
 (현) 창원공무원학원 행정법 전임
 (현) 원광디지털대학교 경찰행정학과 행정법 교수

(전) 노량진 이그잼고시학원 9급 공무원 행정법 전임
 (전) 에듀윌 9급 공무원 행정법 전임
 (전) 노량진 김재규경찰학원 경감승진 행정법 전임
 (전) 종로.강남 한교고시학원 행정법 전임
 (전) 고려대학교, 장안대학교, 안양대학교 행정법 특강
 (전) 강남구청교육원 행정법 특강
 (전) 해양인재개발원 행정법 특강

[저서]

단권화 행정법(도서출판 서울고시각)
 문제로 분석.정리하는 행정법 관련법령(도서출판 에이스)
 경감승진 주관식 행정법(경찰승진 연구회)

1. 법치행정의 원칙에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 텔레비전방송수신료의 금액은 한국방송공사 이사회가 심의 의결한 후 방송통신위원회를 거쳐 국회의 승인을 얻어 확정된다.
- ② 텔레비전방송수신료의 금액은 납부의무자의 범위 등과 함께 수신료에 관한 본질적인 중요한 사항이므로 국가가 스스로 결정•관여하여야 한다.
- ③ 텔레비전방송수신료의 징수업무를 한국방송공사가 직접 수행할 것인지, 제3자에게 위탁할 것인지, 위탁한다면 누구에게 위탁하도록 할 것인지, 위탁받은 자가 자신의 고유업무와 결합하여 징수업무를 할 수 있는지는 국민의 기본권제한에 관한 본질적인 사항이다.
- ④ 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있으나, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.

[해설] ① (○) 방송법 제65조

② (○) 수신료 금액의 결정은 납부의무자의 범위 등과 함께 수신료에 관한 본질적인 중요한 사항이므로 국가가 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).

- ③ (X) 수신료 징수업무를 한국방송공사가 직접 수행할 것인지 제3자에게 위탁할 것인지, 위탁한다면 누구에게 위탁하도록 할 것인지, 위탁받은 자가 자신의 고유업무와 결합하여 징수업무를 할 수 있는지는 징수업무 처리의 효율성 등을 감안하여 결정할 수 있는 사항으로서 국민의 기본권제한에 관한 본질적인 사항이 아니라 할 것이다. 따라서 방송법 제64조 및 제67조 제2항은 법률유보의 원칙에 위반되지 아니한다(헌재결 2008.2.28, 2006헌바70).
- ④ (O) 지방자치법 제22조 단서
- [정답] ③

2. 행정법의 효력에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정처분의 근거 법률이 개정된 경우, 국민의 재산권과 관련하여 종전보다 불리한 법률 효과를 규정하고 있더라도, 당해 사실 또는 법률관계가 이미 완성 또는 종결된 것이 아니라면, 헌법상 금지되는 소급입법에 의한 재산권 침해라고 할 수는 없다.
- ② 개정 법률이 부진정소급입법에 해당하더라도, 개정 전 법률의 존속에 대한 국민의 신뢰가 개정 법률의 적용에 관한 공익상의 요구보다 더 보호가치가 있다고 인정되는 경우, 그러한 국민의 신뢰를 보호하기 위하여 개정 법률의 적용이 제한될 수 있다.
- ③ 개정 법률이 진정소급입법에 해당하더라도, 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나 신뢰 보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우 등에는 소급입법이 허용될 수 있다.
- ④ ‘친일재산은 그 취득 증여 등 원인행위시에 국가의 소유로 한다.’고 정한 친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법 제3조 제1항의 규정은 부진정소급입법에 해당하므로 원칙적으로 허용된다.

- [해설] ① (O) 대법원 2010.3.11, 2008두15169
- ② (O) 현재 진행 중인 사실관계에 작용케 하는 부진정소급입법은 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 교량과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 된다(헌재결 1998.11.26, 97헌바58).
- ③ (O) 기존의 법에 의하여 형성되어 이미 굳어진 개인의 법적 지위를 사후입법을 통하여 박탈하는 것 등을 내용으로 하는 진정소급입법은 개인의 신뢰보호와 법적 안정성을 내용으로 하는 법치국가원리에 의하여 특단의 사정이 없는 한 헌법적으로 허용되지 아니하는 것이 원칙이며, 진정소급입법이 허용되는 예외적인 경우에는 일반적으로 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나 법적 상태가 불확실하고 혼란스러웠거나 하여 보호할만한 신뢰의 이익이 적은 경우와 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우 그리고 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우 등을 들 수 있다(헌재결 1998.9.30, 97헌바38).
- ④ (X) 친일재산은 취득·증여 등 원인행위 시에 국가의 소유로 한다고 정한 ‘친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법’ 제3조 제1항 본문은 진정소급입법에 해당하지만, 진정소급입법이라 하더라도 친일재산의 소급적 박탈은 일반적으로 소급입법을 예상할 수 있었던 예외적인 사안이고, 진정소급입법을 통해 침해되는 법적 신뢰는 심각하다고 볼 수 없는 데 반해 이를 통해 달성되는 공익적 중대성은 압도적이라고 할 수 있으므로 진정소급입법이 허용되는 경우에 해당하고, 따라서 위 귀속조항이 진정소급입법이라는 이유만으로 헌법 제13조 제2항에 위배된다고 할 수 없다(대법원 2011.5.13, 2009다26831)
- [정답] ④

3. 특별권력관계에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 군인이 상관의 지시 및 그 근거 법령에 대해, 법원이나 헌법재판소에 법적 판단을 청구하는 행위 자체만으로도, 상명하복에 의한 지휘통솔체계의 확립이 필수적인 군의 특수성에 비추어, 군인의 복종의무를 위반하였다고 보아야 한다.
- ② 군인은 국가의 존립과 안전을 보장함을 직접적인 존재의 목적으로 하는 군조직의 구성원인 특수한 신분관계에 있으므로, 그 존립목적을 달성하기 위하여 필요한 한도 내에서 일반 국민보다 상대적으로 기본권이 더 제한될 수 있다.
- ③ 신병교육훈련기간 동안 전화사용을 하지 못하도록 정하고 있는 규율은 신병교육훈련생들의 통신의 자유 등 기본권을 과도하게 제한하는 것이라고 보기 어렵다.
- ④ 교정시설의 안전과 질서유지, 수용자의 교화 및 사회복귀를 원활하게 하기 위해 수용자가 밖으로 보내려는 모든 서신에 대해 무봉함 상태의 제출을 강제함으로써 수용자의 발송 서신 모두를 사실상 검열 가능한 상태에 놓이도록 하는 것은 기본권 제한의 최소 침해성 요건을 위반하여 수용자의 통신비밀의 자유를 침해하는 것이다.

[해설] ① (X) 상관의 지시나 명령 그 자체를 따르지 않는 행위와 상관의 지시나 명령은 준수하면서도 그것이 위법·위헌이라는 이유로 재판청구권을 행사하는 행위는 구별되어야 한다. 법원이나 헌법재판소에 법적 판단을 청구하는 것 자체로는 상관의 지시나 명령에 직접 위반되는 결과가 초래되지 않으며, 재판절차가 개시되더라도 종국적으로는 사법적 판단에 따라 위법·위헌 여부가 판가를 나므로 재판청구권 행사가 곧바로 군에 대한 심각한 위해나 혼란을 야기한다고 상정하기도 어렵다. 상관의 지시나 명령을 준수하는 이상 그에 대하여 소를 제기하거나 헌법소원을 청구하였다는 사실만으로 상관의 지시나 명령을 따르지 않겠다는 의사를 표명한 것으로 간주할 수도 없다(대법원 2018.3.22. 2012두26401).

② (○) 군인은 국가의 존립과 안전을 보장함을 직접적인 존재의 목적으로 하는 군 조직의 구성원인 특수한 신분관계에 있으므로, 그 존립 목적을 달성하기 위하여 필요한 한도 내에서 일반 국민보다 상대적으로 기본권이 더 제한될 수 있으나, 그러한 경우에도 법률유보원칙, 과잉금지원칙 등 기본권 제한의 헌법상 원칙들을 지켜야 한다(대법원 2018.3.22. 2012두26401).

③ (○) 이 사건 지침은 신병교육훈련을 받고 있는 군인의 통신의 자유를 제한하고 있으나, 신병들을 군인으로 육성하고 교육훈련과 병영생활에 조속히 적응시키기 위하여 신병교육기간에 한하여 신병의 외부전화통화를 통제하는 것이다. 또한 신병훈련기간이 5주의 기간으로서 상대적으로 단기의 기간이라는 점, 긴급한 전화통화의 경우는 지휘관의 통제 하에 허용될 수 있다는 점, 신병들이 부모 및 가족에 대한 편지를 작성하여 우편으로 송부하도록 하고 있는 점 등을 종합하여 고려하여 보면, 이 사건 지침에서 신병교육훈련기간 동안 전화사용을 하지 못하도록 정하고 있는 규율이 청구인을 포함한 신병교육훈련생들의 통신의 자유 등 기본권을 필요한 정도를 넘어 과도하게 제한하는 것이라고 보기 어렵다(헌법재판소 2010.10.28. 2007헌마890).

④ (○) 헌법재판소 2009헌마333

[정답] ①

4. 사인의 공법행위에 대한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 1980년의 공직자숙정계획의 일환으로 일괄사표의 제출과 선별수리의 형식으로 공무원에 대한 의원면직처분이 이루어진 경우, 비진의 의사표시의 무효에 관한 민법 제107조 제1항 단서 규정을 적용하여 그 의원면직처분을 당연무효라고 주장할 수 있다.
- ㉡ 공무원이 한 사직 의사표시의 철회나 취소는 그에 터잡은 의원면직처분이 있을 때까지 할 수 있는 것이고, 일단 면직처분이 있고 난 이후에는 철회나 취소할 여지가 없다.
- ㉢ 사직서의 제출이 감사기관이나 상급관청 등의 강박에 의한 경우, 그 정도가 의사결정의

자유를 제한하는 정도에 그친다면 그 성질에 반하지 아니하는 한 의사표시에 관한 민법 제110조의 사기나 강박에 의한 의사표시 규정을 준용하여 그 효력을 따져보아야 할 것이다.

㉔ 건축법 제14조 제2항에 의한 인 허가의제 효과를 수반하는 건축신고는 특별한 사정이 없는 한 행정청이 그 실제적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 '수리를 요하는 신고'이다.

㉕ 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 상의 개발행위허가로 의제되는 건축신고가 개발행위허가의 기준을 갖추지 못하더라도, 건축법 상 적법한 요건을 갖춘 신고만 하면 건축을 할 수 있고 행정청의 수리 등 별단의 조치를 기다릴 필요는 없다.

- ① ㉔㉕
- ② ㉔㉖
- ③ ㉕㉖
- ④ ㉕㉗

[해설] ③ ㉕㉖이 옳다.

㉔ (X) 1980년의 공직자속정계획의 일환으로 일괄사표의 제출과 선별수리의 형식으로 공무원에 대한 의원면직처분이 이루어진 경우 사직원의 제출행위가 강압에 의하여 의사결정의 자유를 박탈당한 상태에서 이루어진 것이라 할 수 없고, 민법상 비진의 의사표시의 무효에 관한 규정은 사인의 공법행위에 적용되지 않는다는 등의 이유로 그 의원면직처분을 당연무효라 할 수 없다(대법원 2001.8.24, 99두9971).

㉕ (○) 대법원 2001.8.24, 99두9971

㉖ (○) 사직서의 제출이 감사기관이나 상급관청 등의 강박에 의한 경우에는 그 정도가 의사결정의 자유를 박탈할 정도에 이른 것이라면 그 의사표시가 무효로 될 것이고 그렇지 않고 의사결정의 자유를 제한하는 정도에 그친 경우라면 그 성질에 반하지 아니하는 한 의사표시에 관한 민법 제110조의 규정을 준용하여 그 효력을 따져보아야 할 것이다. 감사담당 직원이 당해 공무원에 대한 비리를 조사하는 과정에서 사직하지 아니하면 징계파면이 될 것이고 또한 그렇게 되면 퇴직금 지급상의 불이익을 당하게 될 것이라는 등의 강경한 태도를 취하였다고 할지라도 그 취지가 단지 비리에 따른 객관적 상황을 고지하면서 사직을 권고·총용한 것에 지나지 않고 위 공무원이 그 비리로 인하여 징계파면이 될 경우 퇴직금 지급상의 불이익을 당하게 될 것 등 여러 사정을 고려하여 사직서를 제출한 경우라면 그 의사결정이 의원면직처분의 효력에 영향을 미칠 하자가 있었다고는 볼 수 없다(대법원 1997.12.12, 97누13962).

㉗ (○) 대법원 2011.1.20, 2010두14954 전원합의체

㉘ (X) 국토의 계획 및 이용에 관한 법률상의 개발행위허가로 의제되는 건축신고가 위와 같은 기준을 갖추지 못한 경우 행정청으로서 이를 이유로 그 수리를 거부할 수 있다고 보아야 한다(대법원 2011.1.20, 2010두14954 전원합의체).

[정답] ③

5. 행정입법에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 헌법 제107조는 “명령 규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.”고 규정하고 있는데, 이때 규칙에는 지방자치단체의 조례와 규칙도 포함된다.
- ② 법령보충적 행정규칙은 헌법 제107조의 구체적 규범통제 대상이 되지만, 법규성이 없는 행정규칙은 헌법 제107조의 통제대상이 되지 않는다.
- ③ 헌법 제107조에 따른 구체적 규범통제의 결과 처분의 근거가 된 명령이 위법하다는 대

법원의 판결이 난 경우, 그 명령은 당해사건에 한하여 적용되지 않는 것이 아니라 일반적으로 효력이 상실된다.

- ④ 헌법 제107조에 따른 구체적 규범통제의 결과 처분의 근거가 된 명령이 위법하다는 대법원의 판결이 난 경우, 일반적으로 당해 처분의 하자는 중대명백설에 따라 취소사유에 해당한다고 보아야 한다.

[해설] ①② (○) ㉠ 헌법 제107조 제2항에서 '명령'은 법규명령을 의미하며, '규칙'은 자치입법으로서의 조례와 규칙, 국회규칙, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙 등이 포함된다. 그러나 법규성이 없는 행정규칙은 해당되지 않는다. ㉡ 판례도 헌법 제107조 제2항의 "규칙"에는 지방자치단체의 조례와 규칙이 모두 포함된다(대법원 1995.8.22, 94누5694). 그러나 법규로서의 성질을 가지는 명령 또는 규칙을 의미한다 할 것인바, 법규적 효력이 없는 일반적인 행정규칙은 제외된다고 한다(대법원 1990.2.27, 88재누55).

- ③ (×) 법규명령의 위헌·위법성이 확정된 경우에도 공식절차에 의해 폐지되지 않는 한 형식적으로는 유효하다. 다만 당해사건에 대한 적용만 거부될 뿐이다(헌법재판소에서 위헌결정 있으면 위헌인 법률은 일반적 무효이지만, 법원에서 명령규칙에 대한 위헌판결이 있으면 개별적 무효에 해당함).
- ④ (○) 헌법 제107조에 따른 구체적 규범통제의 결과 처분의 근거가 된 명령이 위법하다는 대법원의 판결이 난 경우 그 행정처분의 하자는 중대하기는 하나 위법하다는 법원의 판결이 있기 전에는 객관적으로 명백한 것이라고 할 수는 없으므로, 그 행정처분은 취소소송의 전제가 될 수 있을 뿐 당연무효사유는 아니라고 봄이 상당하다.

[정답] ③

6. 행정계획에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정주체가 행정계획을 입안 결정함에 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.
- ② 도시계획시설결정에 이해관계가 있는 주민이더라도 도시시설계획의 입안권자에게 도시시설계획의 입안을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권을 갖지 않는다.
- ③ 행정계획에는 행정기관 사이에서만 구속력을 가지는 계획뿐만 아니라 대외적으로 구속력을 갖는 계획도 있다.
- ④ 장기미집행 도시군계획시설에 대해서는 일정한 경우에 그 도시군계획시설 부지로 되어 있는 토지의 소유자가 그 토지의 도시군계획시설결정 해제를 위한 도시군관리계획입안을 신청할 수 있다.

[해설] ① (○) 대법원 2007.1.25, 2004두12063

- ② (×) 도시계획입안제안과 관련하여서는 주민이 입안권자에게 도시계획의 입안을 제안할 수 있고, 위 입안제안을 받은 입안권자는 그 처리결과를 제안자에게 통보하도록 규정하고 있는 점 등과 헌법상 개인의 재산권 보장의 취지에 비추어 보면, 도시계획구역 내 토지 등을 소유하고 있는 주민으로서는 입안권자에게 도시계획입안을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있다고 할 것이고, 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대법원 2004.4.28, 2003두1806).
- ③ (○) 도시관리계획, 환권계획, 정비계획, 폐기물처리시설 설치계획 등은 직접 국민의 권리·의무에 영향을 주는 행정계획의 성질을 가진다.
- ④ (○) 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제48조의2

[정답] ②

7. 강학상 인가에 관한 ㉠~㉣의 설명으로 옳고 그름의 표시 (O, X)가 모두 바르게 된 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 강학상 인가에 있어 기본행위에 하자가 있는 경우에는 그 기본행위의 하자를 다투어야 하며, 기본행위의 하자를 이유로 인가처분의 취소 또는 무효확인을 구할 수 없다.
- ㉡ 행정청이 도시 및 주거환경정비법 등 관련 법령에 근거하여 행하는 조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것에 그치는 것이 아니라 법령상 요건을 갖추어 도시 및 주거환경정비법 상 주택재건축사업을 시행할 수 있는 권한을 갖는 행정주체(공법인)로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 갖는다고 보아야 한다.
- ㉢ 토지거래허가제에서의 토지거래허가는 유동적 무효 상태에 있는 법률행위의 효력을 완성시켜 주는 인가적 성질을 띤 것이라고 보는 것이 타당하다.

- ① ㉠(O) ㉡(O) ㉢(O)
- ② ㉠(O) ㉡(X) ㉢(O)
- ③ ㉠(O) ㉡(X) ㉢(X)
- ④ ㉠(X) ㉡(O) ㉢(O)

[해설] ㉠ (O) ㉡(O) ㉢(O)이 옳다.

- ㉠ (O) 기본행위의 하자가 있음을 이유로 하자가 없는 인가를 항고소송의 대상으로 할 수는 없음 ⇨ 기본이 되는 정관변경결의에 하자가 있을 때에는 그에 대한 인가가 있었다 하여도 기본행위인 정관변경결의가 유효한 것으로 될 수 없으므로, 기본행위인 정관변경결의가 적법·유효하고 보충행위인 인가처분 자체에만 하자가 있다면 그 인가처분의 무효나 취소를 주장할 수 있지만, **인가처분에 하자가 없다면 기본행위에 하자가 있다 하더라도 기본행위의 무효를 내세워 바로 그에 대한 행정청의 인가처분의 취소 또는 무효확인을 소구할 법률상의 이익이 없다**(대법원 1996.5.16, 95누4810).
- ㉡ (O) 대법원 2009.9.24, 2008다60568
- ㉢ (O) 국토이용관리법상의 규제구역 내의 '토지 등의 거래계약'허가에 관한 규정은 규제지역 내의 모든 국민에게 전반적으로 토지거래의 자유를 금지하고 일정한 요건을 갖춘 경우에만 금지를 해제하여 계약체결의 자유를 회복시켜 주는 성질의 것이라고 보는 것은 위 법의 입법취지를 넘어서 지나친 해석이라고 할 것이고, 규제지역 내에서도 **토지거래의 자유가 인정되나 다만 위 허가를 허가 전의 유동적 무효 상태에 있는 법률행위의 효력을 완성시켜 주는 인가적 성질을 띤 것이라고 보는 것이 타당하다**(대판 1991.12.24, 90다12243 전원합의체).

[정답] ①

8. 행정행위의 공정력과 선결문제에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 민사소송에 있어서 어느 행정처분의 당연무효 여부가 선결문제로 되는 때에는 이를 판단하여 당연무효임을 전제로 판결할 수 있고 반드시 행정소송 등의 절차에 의하여 그 취소나 무효확인을 받아야 하는 것은 아니다.
- ② 국민이 조세부과처분의 위법을 이유로 이미 납부한 세금의 반환을 청구하는 민사소송을 제기한 경우, 과세처분의 하자가 단지 취소할 수 있는 정도에 불과하더라도, 당해 민사법원은 위법한 과세처분의 효력을 직접 상실시켜 납부된 세금의 반환을 명할 수 있다.

- ③ 연령미달의 결격자 甲이 타인(자신의 형)의 이름으로 운전면허시험에 응시, 합격하여 교부받은 운전면허라 하더라도 당연무효는 아니고, 당해 면허가 취소되지 않는 한 유효하므로, 甲의 운전행위는 무면허운전죄에 해당하지 않는다.
- ④ 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법 에 따라 행정청으로부터 시정명령을 받은 자가 이를 이행하지 않은 경우, 당해 시정명령이 위법한 것으로 인정되는 한 죄가 성립하지 않는다.

[해설] ① (○) 민사소송에 있어서 어느 행정처분의 당연무효 여부가 선결문제로 되는 경우에, 무효는 공정력이 인정되지 않기 때문에 민사법원은 행정처분의 효력을 심사하여 당연무효임을 전제로 판결할 수 있다. 따라서 민사법원은 행정소송 등의 절차에 의하여 그 취소나 무효확인을 받아야 하는 것은 아니다.

② (×) 행정행위의 하자가 취소사유에 불과한 때에는 공정력 때문에 유효하다고 통용되므로, 그 처분이 취소되지 않는 한 처분의 효력을 부정하여 그로 인한 이득을 법률상 원인 없는 이득이라고 말할 수 없는 것이다(대법원 1994.11.11., 94다28000). 따라서 민사법원은 위법한 과세처분의 효력을 직접 상실시켜 납부된 세금의 반환을 명할 수 없다.

③ (○) 대법원 1982.6.8, 80도2646

④ (○) 구 도시계획법 제92조에 따라 허가 없이 토지의 형질을 변경한 경우 행정청은 원상회복 등의 조치명령을 할 수 있는바, 당해 구청장의 이 사건 시정명령은 당연무효가 아니라 하더라도 위법한 처분으로 인정되므로, 행정청으로부터 시정명령을 받은 자가 이를 이행하지 않은 경우, 동법 제92조 위반 죄가 성립될 수 없다(대법원 1992.8.18, 90도1709).

[정답] ②

9. 행정조사기본법 에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 우편물 통관검사절차에서 이루어지는 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 수출입물품에 대한 적정한 통관 등을 목적으로 한 행정조사의 성격을 가지는 것으로서 압수 수색영장 없이 검사가 진행되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 볼 수 없다.
- ② 행정조사기본법 제10조는 보고요구와 자료제출의 요구를 규정하고 있는데, 행정조사기본법은 이러한 요구에 불응한 자에 대해 과태료를 부과할 수 있는 근거를 두고 있다.
- ③ 세무조사가 과세자료의 수집 또는 신고내용의 정확성 검증이라는 본연의 목적이 아니라 부정한 목적을 위하여 행하여진 것이라면 이는 세무조사에 중대한 위법사유가 있는 경우에 해당하고 이러한 세무조사에 의하여 수집된 과세자료를 기초로 한 과세처분 역시 위법하다.
- ④ 세무조사결정은 납세의무자의 권리 의무에 직접 영향을 미치는 공권력의 행사에 따른 행정작용으로서 항고소송의 대상이 된다.

[해설] ① (○) 대법원 2013.9.26, 2013도7718

② (×) 행정조사기본법 제10조는 “행정기관의 장은 조사대상자에게 조사사항에 대하여 보고를 요구하는 때에는 일정한 사항이 포함된 보고요구서와 자료제출요구서를 발송하여야 한다.”고 규정하고 있을 뿐 과태료를 부과할 수 있다는 근거는 없다.

③ (○) 대법원 2006.6.2, 2004두12070

④ (○) 세무조사결정은 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당함 ⇒ 부과처분을 위한 과세관청의 질문조사권이 행해지는 세무조사결정이 있는 경우 납세의무자는 세무공무원의 과세자료 수집을 위한 질문에 대

답하고 검사를 수인하여야 할 법적 의무를 부담하게 되는 점, 납세의무자로 하여금 개개의 과태료 처분에 대하여 불복하거나 조사 종료 후의 과세처분에 대하여만 다룰 수 있도록 하는 것보다는 그에 앞서 세무조사결정에 대하여 다룸으로써 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있는 점 등을 종합하면, 세무조사결정은 납세의무자의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 공권력의 행사에 따른 행정작용으로서 항고소송의 대상이 된다(대법원 2011.3.10, 2009두23617·23624).

[정답] ②

10. 정보공개와 개인정보보호에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공공기관의 정보공개에 관한 법률 상 비공개 대상 정보에는 성명 주민등록번호 등 개인에 관한 사항으로서 공개될 경우 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보도 포함된다.
- ② 불기소처분의 기록 중 피의자신문조서 등에 기재된 피의자 등의 인적사항 이외의 진술내용 역시 개인의 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 인정되는 경우 공공기관의 정보공개에 관한 법률 상 비공개 대상 정보에 해당된다.
- ③ 개인정보보호법 에 따르면, ‘개인정보처리자의 정당한 이익을 달성하기 위하여 필요한 경우로서 명백하게 정보주체의 권리보다 우선하는 경우’라도, 그 개인정보의 수집 이용은 위법한 것으로 평가된다.
- ④ 개인정보보호법 에 따르면, 개인정보처리자의 고의 또는 중대한 과실로 인하여 개인정보가 분실 도난 유출 위조 변조 또는 훼손된 경우로서 정보주체에게 손해가 발생한 때에는 법원은 그 손해액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 손해배상액을 정할 수 있다.

[해설] ① (○) 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제6호

② (○) 공공기관의 정보공개에 관한 법률의 이름·주민등록번호 등 정보 형식이나 유형을 기준으로 비공개대상정보에 해당하는지를 판단하는 ‘개인식별정보’뿐만 아니라 그 외에 정보의 내용을 구체적으로 살펴 ‘개인에 관한 사항의 공개로 개인의 내밀한 내용의 비밀 등이 알려지게 되고, 그 결과 인격적·정신적 내면생활에 지장을 초래하거나 자유로운 사생활을 영위할 수 없게 될 위험성이 있는 정보’도 포함된다고 새겨야 한다. 따라서 불기소처분 기록 중 피의자신문조서 등에 기재된 피의자 등의 인적사항 이외의 진술내용 역시 개인의 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 인정되는 경우 정보공개법 제9조 제1항 제6호 본문 소정의 비공개대상에 해당한다(대법원 2012.6.18, 2011두2361 전원합의체).

③ (×)

개인정보 보호법 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 (○)

개인정보 보호법 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.
- ③ 개인정보처리자의 고의 또는 중대한 과실로 인하여 개인정보가 분실·도난·유출·위조·변조 또는 훼손된 경우로서 정보주체에게 손해가 발생한 때에는 법원은 그 손해액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 손해배상액을 정할 수 있다. 다만, 개인정보처리자가 고의 또는 중대한 과실이 없음을 증명한 경우에는 그러하지 아니하다.

[정답] ③

11. 행정대집행법 상 대집행에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정청의 명령에 의한 행위뿐만 아니라 법률에 의하여 직접 명령된 행위도 행정대집행의 대상이 된다.
- ② 도시공원시설인 매점에 대해서 관리청이 점유자에게 매점으로부터 퇴거하고 이에 부수하여 그 판매 시설물 및 상품을 반출하라고 명한 경우에 행정대집행을 할 수 있다.
- ③ 행정대집행의 절차가 인정되는 경우에 따로 민사소송의 방법으로 공작물의 철거를 구할 수는 없다.
- ④ 건물의 점유자가 철거의무자일 때에 행정청이 행정대집행의 방법으로 건물철거의무의 이행을 실현할 수 있는 경우에 건물철거 대집행 과정에서 부수적으로 그 건물의 점유자들에 대한 퇴거 조치를 할 수 있다.

[해설] ① (○) 대집행의 대상이 되는 의무는 법령에 의하여 직접 명령된 행위 또는 법령에 의거한 처분에 의하여 명하여진 의무이어야 한다. 조례도 대체적 작위의무의 근거가 된다.

② (×) 도시공원시설인 매점의 관리청이 그 공동점유자 중의 1인에 대하여 소정의 기간 내에 위 매점으로부터 퇴거하고 이에 부수하여 그 판매 시설물 및 상품을 반출하지 아니할 때에는 이를 대집행하겠다는 내용의 계고처분은 그 주된 목적이 매점의 원형을 보존하기 위하여 점유자가 설치한 불법 시설물을 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(대법원 1998.10.23, 97누157).

③ (○) 아무런 권원 없이 국유재산에 설치한 시설물에 대하여 행정청이 행정대집행을 할 수 있음에도 민사소송의 방법으로 그 시설물의 철거를 구하는 것은 허용되지 아니함 ⇨ 이 사건 토지는 잡종재산인 국유재산으로서, 국유재산법 제52조는 “정당한 사유 없이 국유재산을 점유하거나 이에 시설물을 설치한 때에는 행정대집행법을 준용하여 철거 기타 필요한 조치를 할 수 있다.”고 규정하고 있으므로, 관리권자인 보령시장으로서 행정대집행의 방법으로 이 사건 시설물을 철거할 수 있고, 이러한 행정대집행의 절차가 인정되는 경우에는 따로 민사소송의 방법으로 피고들에 대하여 이 사건 시설물의 철거를 구하는 것은 허용되지 않는다고 할 것이다(대법원 2009.6.11, 2009다1122).

④ (○) 건물의 점유자가 철거의무자일 때에는 건물철거의무에 퇴거의무도 포함되어 있어서 별도로 퇴거를 명하는 집행권원이 필요하지 않음 ⇨ 행정청이 행정대집행의 방법으로 건물철거의무의 이행을 실현할 수 있는 경우에는 건물철거 대집행 과정에서 부수적으로 건물의 점유자들에 대한 퇴거 조치를 할 수 있고, 점유자들이 적법한 행정대집행을 위력을 행사하여 방해하는 경우 형법상 공무집행방해죄가 성립하므로, 필요한 경우에는 ‘경찰관 직무집행법’에 근거한 위험발생 방지조치 또는 형법상 공무집행

방해죄의 범행방지 내지 현행범체포의 차원에서 경찰의 도움을 받을 수도 있다(대법원 2017.4.28. 2016다213916).

[정답] ②

12. 행정상 즉시강제에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 경찰관 직무집행법 제4조 제1항 제1호에서 규정하는 “술에 취하여 자신 또는 다른 사람의 생명 신체 재산에 위해를 끼칠 우려가 있는 사람”에 대한 보호조치는 행정상 즉시강제에 해당한다.
- ② 경찰관 직무집행법 제6조 제1항(“경찰관은 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 하고, 그 행위로 인하여 사람의 생명·신체에 위해를 끼치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 긴급한 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다.”) 중 경찰관의 제지에 관한 부분은 범죄의 예방을 위한 행정상 즉시강제에 관한 근거 조항이다.
- ③ 사전영장주의원칙은 인신보호를 위한 헌법상의 기속원리이기 때문에 인신의 자유를 제한하는 행정상 즉시강제에서도 존중되어야 하고, 다만 사전영장주의를 고수하다가는 도저히 그 목적을 달성할 수 없는 지극히 예외적인 경우에만 형사절차에서와 같은 예외가 인정된다.
- ④ 출입국관리법 에 따른 강제퇴거명령을 받은 외국인의 ‘보호’(출국시키기 위하여 외국인 보호실, 외국인보호소 또는 그 밖에 법무부장관이 지정하는 장소에 인치하고 수용하는 집행활동)는 행정상 즉시강제로서 그 기간의 상한을 법률에서 규정하지 않은 것은 헌법에 위반된다.

[해설] ①② (○)

⇄ 행정상 즉시강제의 수단

1. 대인적 강제

(1) 경찰관직무집행

보호조치(제4조), 억류 또는 피난 등의 위험발생방지조치(제5조 제1항), **범죄의 예방 및 제지**(제6조), 장구사용(제10조), 무기사용(제11조) 등

(2) 각 단행법

강제격리·강제건강진단(「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」 제42조), 소방활동종사명령(소방기본법 제24조), 치료보호(「마약류관리에 관한 법률」 제40조), 보호조치(출입국관리법 제51조) 등

2. 대물적 강제

(1) 경찰관직무집행법

무기 등 물건의 임시영치(제4조), 위험발생방지조치(제5조 제1항) 등

(2) 각 단행법

- ① 물건이나 시설의 이전·분산·소개(민방위기본법 제32조)
- ② 물건의 폐기·압수(식품위생법 제72조, 약사법 제71조)
- ③ 물건의 영치·몰수(「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」 제93조)
- ④ 소방대상물건에 대한 강제처분과 물건의 제거 등(소방기본법 제25조, 옥외광고물등관리법 제10조의2)
- ⑤ 교통장애물의 제거와 주차위반에 대한 조치(도로교통법 제35조)
- ⑥ 불법게임물에 대한 수거·폐기(게임산업진흥에 관한 법률 제38조)
- ⑦ 청소년 유해매체물에 대한 수거·폐기(청소년보호법 제44조)

⑧ 급박한 위험이 있는 광고물 등 또는 불법 입간판·현수막·벽보·전단의 제거(옥외광고물 등의 관리와 옥외광고산업 진흥에 관한 법률 제10조의2) 등

- ③ (○) 사전영장주의는 인신보호를 위한 헌법상의 기속원리이기 때문에 인신의 자유를 제한하는 모든 국가작용의 영역에서 존중되어야 하지만, 헌법 제12조 제3항 단서도 사전영장주의의 예외를 인정하고 있는 것처럼 사전영장주의를 고수하다가는 도저히 행정목적 달성을 수 없는 지극히 예외적인 경우에는 형사절차에서와 같은 예외가 인정되므로, 구 사회안전법 제11조 소정의 동행보호규정은 재범의 위험성이 현저한 자를 상대로 긴급히 보호할 필요가 있는 경우에 한하여 단기간의 동행보호를 허용한 것으로서 그 요건을 엄격히 해석하는 한, 동 규정 자체가 사전영장주의를 규정한 헌법규정에 반한다고 볼 수는 없다(대법원 1997.6.13, 96다56115).
- ④ (×) 강제퇴거대상자의 송환이 언제 가능해질 것인지 미리 알 수가 없으므로, **심판대상조항이 보호기간의 상한을 두지 않은 것은 입법목적 달성을 위해 불가피한 측면이 있다.** 보호기간의 상한이 규정될 경우, 그 상한을 초과하면 보호는 해제되어야 하는데, 강제퇴거대상자들이 보호해제 된 후 잠적할 경우 강제퇴거명령의 집행이 현저히 어려워질 수 있고, 그들이 범죄에 연루되거나 범죄의 대상이 될 수도 있다. 강제퇴거대상자는 강제퇴거명령을 집행할 수 있을 때까지 일시적·잠정적으로 신체의 자유를 제한 받는 것이며, 보호의 일시해제, 이의신청, 행정소송 및 집행정지 등 강제퇴거대상자가 보호에서 해제될 수 있는 다양한 제도가 마련되어 있다. 따라서 심판대상조항은 침해의 최소성 및 법익의 균형성 요건도 충족한다(헌법재판소 2018.2.22. 2017헌가29).

[정답] ④

13. 국가배상법 제2조의 ‘군인 군무원 경찰공무원 또는 예비군 대원이 전투 훈련 등 직무 집행과 관련하여 전사(戰死) 순직(殉職)하거나 공상(公傷)을 입은 경우’에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 현역병으로 입영하여 소정의 군사교육을 마치고 전입되어 법무부장관에 의하여 경비교도로 임용된 자는 국가배상법 제2조제1항 단서에 따라 손해배상청구가 제한되는 군인 군무원 경찰공무원 또는 향토예비군대원에 해당한다고 할 수 없다.
- ② 전투경찰순경은 국가배상법 제2조 제1항 단서에 따라 손해배상청구가 제한되는 군인 군무원 경찰공무원 또는 향토예비군대원에 해당한다고 보아야 한다.
- ③ 전투 훈련 등 직무집행과 관련하여 공상을 입은 군인이 국가배상법에 따라 손해배상금을 지급받은 다음에 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률이 정한 보훈급여금의 지급을 청구하는 경우, 국가는 국가배상법에 따라 손해배상을 받았다는 사정을 들어 보훈급여금의 지급을 거부할 수 있다.
- ④ 경찰공무원이 전투 훈련 등 직무집행과 관련하여 순직을 한 경우에는 전투 훈련 또는 이에 준하는 직무집행뿐만 아니라 일반 직무집행에 관하여도 국가나 지방자치단체의 배상책임이 제한된다.

[해설] ① (○) 대법원 1993.4.9, 92다43395

② (○) 헌재결 1996.6.13, 95헌바39

- ③ (×) 직무집행과 관련하여 공상을 입은 군인 등이 먼저 국가배상법에 따라 손해배상금을 지급받은 다음 보훈보상대상자 지원에 관한 법률이 정한 보상금 등 보훈급여금의 지급을 청구하는 경우, 국가배상법에 따라 손해배상을 받았다는 이유로 그 지급을 거부할 수는 없음 ⇨ 전투·훈련 등 직무집행과 관련하여 공상을 입은 군인·군무원·경찰공무원 또는 향토예비군대원이 먼저 국가배상법에 따라 손해배상금을 지급받은 다음 보훈보상대상자 지원에 관한 법률이 정한 보상금 등 보훈급여금의 지급을 청구하는 경우, 국가배상법 제2조 제1항 단서가 명시적으로 ‘다른 법령에 따라 보상을 지급받을 수 있을 때에는 국가배상법 등에 따른 손해배상을 청구할 수 없다’고 규정하고 있는 것과 달리 보훈보상자법은 국가배상법에 따른 손해

배상금을 지급받은 자를 보상금 등 보훈급여금의 지급대상에서 제외하는 규정을 두고 있지 않은 점 등에 비추어, 국가보훈처장은 국가배상법에 따라 손해배상을 받았다는 사정을 들어 보상금 등 보훈급여금의 지급을 거부할 수 없다(대법원 2017.2.3, 2015두60075).

- ④ (○) 대법원은 “경찰공무원이 낙석사고 현장 주변 교통정리를 위하여 사고현장 부근으로 이동하던 중 대형 낙석이 순찰차를 덮쳐 사망하자, 도로를 관리하는 지방자치단체가 국가배상법 제2조 제1항 단서에 따른 면책을 주장한 사안에서, 경찰공무원 등이 ‘전투·훈련 등 직무집행과 관련하여’ 순직 등을 한 경우 같은 법 및 민법에 의한 손해배상책임을 청구할 수 없다고 정한 국가배상법 제2조 제1항 단서의 면책조항은 구 국가배상법 제2조 제1항 단서의 면책조항과 마찬가지로 전투·훈련 또는 이에 준하는 직무집행뿐만 아니라 ‘일반 직무집행’에 관하여도 국가나 지방자치단체의 배상책임을 제한하는 것이다”라고 해석하여, 일반 직무집행에 관하여도 이중배상을 제한하고 있다(대법원 2011.3.10, 2010다85942).

[정답] ③

14. 국가배상법 제6조(비용부담자 등의 책임)에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 지방자치단체의 장이 기관위임된 국가행정사무를 처리하는 경우 국가로부터 내부적으로 교부된 금원으로 그 사무에 필요한 경비를 대외적으로 지출하는 지방자치단체는 국가배상법 제6조 제1항 소정의 비용부담자로서 손해를 배상할 책임이 있다.
- ② 지방자치단체의 장이 지방자치단체의 사무로서 교통신호기를 설치하고 그 관리권한을 관할 지방경찰청장에게 위임한 경우에, 국가배상법 제5조(공공시설 등의 하자로 인한 책임)에 의한 배상책임을 부담하는 것은 국가라고 할 것이나 지방자치단체도 국가배상법 제6조 제1항 소정의 비용부담자로서 배상책임을 부담한다.
- ③ 국가와 지방자치단체 모두가 도로의 점유자 및 관리자, 비용부담자로서의 책임을 중첩적으로 지는 경우에는 모두가 국가배상법 제6조 제2항에 따라 궁극적으로 손해를 배상할 책임이 있는 자이고 그 내부적인 부담 부분은 분담비용 등 제반 사정을 종합하여 결정한다.
- ④ 국가배상법 제6조 제2항의 규정은 도로의 관리주체와 그 비용을 부담하는 경제주체 상호간에 내부적으로 구상의 범위를 정하는데 적용될 뿐이므로 이를 들어 구상권자인 공동불법행위자에게 대항할 수 없다.

[해설] ① (○)

- ② (×) 지방자치단체장이 교통신호기를 설치하여 그 관리권한이 관할 지방경찰청장에게 위임되어 지방자치단체 소속 공무원과 지방경찰청 소속 공무원이 합동근무하는 교통종합관제센터에서 그 관리업무를 담당하던 중 위 신호기가 고장난 채 방치되어 교통사고가 발생한 경우, 국가배상법 제2조 또는 제5조에 의한 배상책임을 부담하는 것은 지방경찰청장이 소속된 국가가 아니라, 그 권한을 위임한 지방자치단체장이 소속된 지방자치단체라고 할 것이나, 한편 국가 또는 지방자치단체가 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 공무원의 선임·감독 또는 영조물의 설치·관리를 맡은 자와 공무원의 봉급·급여 기타의 비용 또는 영조물의 설치·관리의 비용을 부담하는 자가 동일하지 아니한 경우에는 그 비용을 부담하는 자도 손해를 배상하여야 한다고 규정하고 있으므로 교통신호기를 관리하는 지방경찰청장 산하 경찰관들에 대한 봉급을 부담하는 국가도 국가배상법 제6조 제1항에 의한 배상책임을 부담한다(대법원 1999.6.25, 99다11120).
- ③ (○) 광역시와 국가 모두가 도로의 점유자 및 관리자, 비용부담자로서의 책임을 중첩적으로 지는 경우에는, 광역시와 국가 모두가 국가배상법 제6조 제2항 소정의 궁극적으로 손해를 배상할 책임이 있는 자라고 할 것이고, 결국 광역시와 국가의 내부적인 부담 부분은, 그 도로의 인계·인수 경위, 사고의 발생 경위, 광역시와 국가의 그 도로에 관한 분담비용 등 제반 사정을 종합하여 결정함이 상당하다(대판

1998.7.10. 96다42819).

- ④ (○) 도로법 제22조 제2항에 의하여 지방자치단체의 장인 시장이 국도의 관리청이 되었다 하더라도 이는 시장이 국가로부터 관리업무를 위임받아 국가행정기관의 지위에서 집행하는 것이므로 국가는 도로 관리상 하자로 인한 손해배상책임을 면할 수 없다.
시가 국도의 관리상 비용부담자로서 책임을 지는 것은 국가배상법이 정한 자신의 고유한 배상책임이므로 도로의 하자로 인한 손해에 대하여 시는 부진정연대채무자인 공동불법행위자와의 내부관계에서 배상책임을 부담하는 관계에 있으며
국가배상법 제6조 제2항의 규정은 도로의 관리주체인 국가와 그 비용을 부담하는 경제주체인 시 상호 간에 내부적으로 구상의 범위를 정하는데 적용될 뿐 이를 들어 구상권자인 공동불법행위자에게 대항할 수 없다(대법원 1993. 1. 26., 선고, 92다2684).

[정답] ②

15. 헌법 제23조 제3항(“공공필요에 의한 재산권의 수용 사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.”)과 관련하여 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률에 따라서 사업시행자가 토지를 수용하려면 국토교통부 장관의 사업인정을 받아야 하고, 국토교통부 장관은 사업인정을 하려면 중앙토지수용위원회와 협의하여야 한다.
- ② 사업시행자가 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률에 따른 사업인정을 받은 후 해당 공익사업을 수행할 의사나 능력을 상실하였음에도 수용권을 행사하는 것은 수용권의 공익목적에 반하는 수용권의 남용에 해당하므로 허용되지 않는다.
- ③ 헌법 제23조 제3항이 규정하는 ‘정당한 보상’이란 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하는 완전보상을 의미하므로, 공시지가를 기준으로 수용된 토지에 대한 보상액을 산정하는 것은 헌법에 위반된다.
- ④ 도시 및 주거환경정비법에 따른 관리처분계획의 인가 고시를 통해 임차인이 임차물을 사용 수익할 권능을 제한받게 되는 손실을 입는 경우에는 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률을 유추적용하여 임차인에게 손실을 보상하여야 한다는 것이 판례이다.

[해설] ① (○) 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제20조, 제21조 제1·2항

- ② (○) 공용수용은 헌법상의 재산권 보장의 요청상 불가피한 최소한에 그쳐야 한다는 헌법 제23조의 근본취지에 비추어 볼 때, 사업시행자가 사업인정을 받은 후 그 사업이 공용수용을 할 만한 공익성을 상실하거나 사업인정에 관련된 자들의 이익이 현저히 비례의 원칙에 어긋나게 된 경우 또는 사업시행자가 해당 공익사업을 수행할 의사나 능력을 상실하였음에도 여전히 그 사업인정에 기하여 수용권을 행사하는 것은 수용권의 공익 목적에 반하는 수용권의 남용에 해당하여 허용되지 않는다(대법원 2011.1.27. 2009두1051).
- ③ (×) 헌법재판소는 “토지수용으로 인한 손실보상액의 산정을 공시지가를 기준으로 하되, 개발이익을 배제하도록 규정한 것은 당시의 표준지의 객관적 가치를 정당하게 반영하는 것이므로, 헌법상의 정당보상의 원칙에 위배되는 것이 아니다(헌재결 1995.4.20, 93헌바20).”라고 판시하였다.
- ④ (○) 구 도시 및 주거환경정비법규정에 따라 관리처분계획의 인가·고시가 있으면 목적물에 대한 종전 소유자 등의 사용·수익이 정지되므로 사업시행자는 목적물에 대한 별도의 수용 또는 사용의 절차 없이 이를 사용·수익할 수 있게 되는 반면, 임차인은 도시정비법 제49조 제6항 본문에 의하여 자신의 의사에 의하지 아니하고 임차물을 사용·수익할 권능을 제한받게 되는 손실을 입는다. 그렇다면 사업시행자는 도시정비법 제49조 제6항 본문에 의하여 사용·수익권을 제한받는 임차인에게 구 공익사업을 위한

토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률을 유추적용하여 그 해당 요건이 충족되는 경우라면 손실을 보상할 의무가 있다(대법원 2011.11.24. 2009다28394.)

[정답] ③

16. 행정심판법 상 의무이행심판에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 당사자의 신청에 대한 행정청의 위법 또는 부당한 거부처분이나 부작위에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 행정심판을 말한다.
- ② 당사자의 신청을 거부하거나 부작위로 방치한 처분의 이행을 명하는 재결이 있으면 행정청은 지체 없이 이전의 신청에 대하여 재결의 취지에 따라 처분을 하여야 한다.
- ③ 행정심판위원회는 처분의 이행을 명하는 재결에도 불구하고 처분을 하지 아니하는 피청구인에게 배상을 할 것을 명할 수 있다.
- ④ 피청구인이 처분의 이행을 명하는 재결에도 불구하고 처분을 하지 않는다고 해서 행정심판위원회가 직접 처분을 할 수는 없다.

[해설] ① (○) 의무이행심판: 당사자의 신청에 대한 행정청의 위법 또는 부당한 거부처분이나 부작위에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 행정심판(행정심판법 제5조 제3호)

② (○) 당사자의 신청을 거부하거나 부작위로 방치한 처분의 이행을 명하는 재결이 있는 경우에는 행정청은 지체없이 그 재결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다(행정심판법 제49조 제2항).

③ (○) 위원회는 처분의 이행을 명하는 재결에도 불구하고 처분을 하지 아니하는 경우에는 청구인의 신청에 의하여(직권×) 결정으로 상당한 기간을 정하고 피청구인이 그 기간 내에 이행하지 아니하는 경우에는 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 하도록 명하거나 즉시 배상을 할 것을 명할 수 있다(행정심판법 제50조의2 제1항).

④ (×) 행정심판법 제50조 위원회의 직접처분은 제49조 제3항이 적용되므로 의무이행심판에서만 직접처분권이 가능하고 거부처분 취소심판은 직접처분권이 인정되지 않는다. 따라서 피청구인이 처분의 이행을 명하는 재결에도 불구하고 처분을 하지 않으면 행정심판위원회는 당사자의 신청으로 직접처분을 할 수 있다.

[정답] ④

17. 행정심판법 상 행정심판청구의 기간에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정심판은 처분이 있음을 알게 된 날부터 90일 이내에 청구하여야 한다. 다만, 청구인이 불가항력으로 인하여 심판청구를 할 수 없었을 때에는 그 사유가 소멸한 날부터 14일 이내에 행정심판을 청구할 수 있다.
- ② 행정심판은 처분이 있었던 날부터 180일이 지나면 청구하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ③ 행정청이 심판청구의 기간을 알리지 아니한 경우에는 처분이 있었던 날부터 180일 이내에 행정심판을 청구할 수 있다.
- ④ 취소심판의 경우와 달리 무효등확인심판과 의무이행심판의 경우에는 심판청구의 기간에 제한이 없다.

[해설] ① (○) 행정심판법 제27조 제1항

- ② (○) 행정심판법 제27조 제2항
 - ③ (○) 행정청이 심판청구의 기간을 알리지 아니한 경우에는 처분이 있었던 날부터 180일 이내에 행정심판을 청구할 수 있다(행정심판법 제27조 제6항). 즉 불고지의 경우에는 180일 이내에 청구할 수 있다.
 - ④ (×) 심판청구기간의 제한은 성질상 취소심판과 거부처분에 대한 의무이행심판에만 적용되고, 무효등확인심판과 부작위에 대한 의무이행심판에는 적용되지 않는다. 즉 의무이행심판 중에서 거부처분에 대한 의무이행심판에는 심판청구의 기간에 제한이 있다.
- [정답] ④

18. 행정소송법 상 항고소송의 대상에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 징계혐의자에 대한 감봉 1월의 징계처분을 견책으로 변경한 소청 결정 중 그를 견책에 처한 조치가 재량권의 남용 또는 일탈로서 위법하다는 사유는 소청 결정 자체에 고유한 위법을 주장하는 것으로 볼 수 없어 소청 결정의 취소사유가 될 수 없다.
- ② 변경처분에 의하여 유리하게 변경된 내용의 행정제재가 위법하다는 이유로 그 취소를 구하는 경우 취소소송의 대상은 변경된 내용의 당초처분이지 변경처분은 아니고, 제소기간의 준수 여부도 변경처분이 아닌 변경된 내용의 당초처분을 기준으로 판단하여야 한다.
- ③ 선행처분의 주요 부분을 실질적으로 변경하는 내용으로 후행처분을 한 경우에 선행처분은 특별한 사정이 없는 한 그 효력을 상실하지만, 후행처분이 있었다고 하여 일률적으로 선행처분이 존재하지 않게 되는 것은 아니다.
- ④ 후속처분이 종전처분의 유효를 전제로 그 내용 중 일부만을 추가 철회 변경하는 것이고 그 추가 철회 변경된 부분이 나머지 부분과 불가분적인 것인 경우에는 후속처분에도 불구하고 종전처분이 여전히 항고소송의 대상이 된다고 보아야 한다.

- ① (○) 감봉 1월의 징계처분을 견책으로 변경한 소청결정이 있는 경우, 재결자체에 고유한 위법을 주장하는 것으로 볼 수 없어서 행정소송 대상은 원처분 ⇨ 항고소송은 원칙적으로 당해 처분을 대상으로 하나, 당해 처분에 대한 재결 자체에 고유한 주제, 절차, 형식 또는 내용상의 위법이 있는 경우에 한하여 그 재결을 대상으로 할 수 있다고 해석되므로, 징계혐의자에 대한 감봉 1월의 징계처분을 견책으로 변경한 소청결정 중 그를 견책에 처한 조치는 재량권의 남용 또는 일탈로서 위법하다는 사유는 소청결정 자체에 고유한 위법을 주장하는 것으로 볼 수 없어 소청결정의 취소사유가 될 수 없다(대법원 1993.8.24. 93누5673).
- ② (○) 행정청이 식품위생법령에 따라 영업자에게 행정제재처분을 한 후 그 처분을 영업자에게 유리하게 변경하는 처분을 한 경우, 변경처분에 의하여 당초 처분은 소멸하는 것이 아니고 당초부터 유리하게 변경된내용의 처분으로 존재하는 것이므로, 변경처분에 의하여 유리하게 변경된내용의 행정제재가 위법하다 하여 그 취소를 구하는 경우 그 취소소송의 대상은 변경된 내용의 당초 처분이지 변경처분은 아니고, 제소기간의 준수 여부도 변경처분이 아닌 변경된 내용의 당초 처분을 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2007.4.27. 2004두9302).
- ③ (○) 종전처분을 변경하는 내용의 후속처분이 있는 경우 법원으로서, 후속처분의 내용이 종전처분 전체를 대체하거나 주요 부분을 실질적으로 변경하는 것인지, 후속처분에서 추가·철회·변경된 부분의 내용과 성질상 나머지 부분과 가분적인지 등을 살펴 항고소송의 대상이 되는 행정처분을 확정하여야 한다(대법원 2015.11.19. 2015두295 전원합의체).
- ④ (×) 후속처분의 내용이 종전처분의 유효를 전제로 내용 중 일부만을 추가·철회·변경하는 것이고 추가·철회·변경된 부분이 내용과 성질상 나머지 부분과 불가분적인 것이 아닌 경우에는, 후속처분에도 불구하고 종전처분이 여전히 항고소송의 대상이 된다(대법원 2015.11.19. 2015두295 전원합의체).

[정답] ④

19. 행정소송법 상 가구제에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 집행정지를 결정하기 위해서는 본안으로 취소소송 무효등확인소송 부작위위법확인소송이 계속 중이어야 한다.
- ② 거부처분은 그 효력이 정지되더라도 그 처분이 없었던 것과 같은 상태를 만드는 것이지 아니하는 것이므로 정지할 필요성이 없다.
- ③ 항고소송의 대상이 되는 행정처분의 효력이나 집행 혹은 절차속행 등의 정지를 구하는 신청은 행정소송법 상 집행정지신청의 방법으로만 가능할 뿐 민사소송법 상 가처분의 방법으로는 허용될 수 없다.
- ④ 당사자소송에 대하여는 행정소송법 제23조 제2항의 집행정지에 관한 규정이 준용되지 아니하므로, 이를 본안으로 하는 가처분에 대하여는 민사집행법 상의 가처분에 관한 규정이 준용되어야 한다.

[해설] ① (×) 집행정지는 취소소송과 무효등확인소송이 제기된 경우에 가능하다(법 제23조 제2항, 제38조 제1항). 항고소송이라도 부작위위법확인소송과 거부처분 취소소송에서는 집행정지는 허용되지 않는다.

② (○) 취소소송이더라도 거부처분에 대한 취소소송에 있어서는 그 효력을 정지하여도 신청인의 법적 지위는 거부처분이 없는 상태, 즉 신청시의 상태로 돌아가는 것에 그치고 만다. 따라서 거부처분에 대한 집행정지신청은 신청의 이익이 없어 부적법한 것이 된다. 판례도 이와 같이 보아 투전기업소허가갱신 불허가처분(대법원 1991.5.2, 91두15), 교도소장의 접견허가거부처분(대법원 1992.2.13, 91두47) 등 불허가처분에 대한 집행정지신청을 부적법하다고 판시하였다.

③ (○) 행정소송법은 항고소송에서 집행정지에 대한 규정은 있지만, 가처분에 대한 명문 규정이 없고 판례도 가처분을 부정하고 있다(대법원 1992.7.6., 92마54).

④ (○) 당사자소송에 대하여는 행정소송법 제23조 제2항의 집행정지에 관한 규정이 준용되지 아니하므로(행정소송법 제44조 제1항 참조), 이를 본안으로 하는 가처분에 대하여는 행정소송법 제8조 제2항에 따라 민사집행법상 가처분에 관한 규정이 준용되어야 한다(대법원 2015.8.21, 2015무26).

[정답] ①

20. 행정소송법 상 기관소송에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 국가 또는 공공단체의 기관 상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송을 말한다.
- ② 헌법재판소법에 따라 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 제외한다.
- ③ 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 권한이 침해되었거나 침해될 현저한 위험이 있는 자가 제기할 수 있다.
- ④ 국민권익위원회가 부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률 소정의 조치를 요구한 경우에 그 요구에 불응하면 제재를 받을 수 있는데도 불구하고 기관소송을 제기할 수 없는 시도선거관리위원회 위원장으로서 그 요구에 대해 항고소송을 제기할 수 있다.

[해설] ① (○) 행정소송법 제3조 제4호

- ② (○) 헌법재판소법 제62조는 국가기관 상호 간의 권한쟁의심판, 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판, 지방자치단체 상호 간의 권한쟁의심판은 헌법재판소의 관장사항으로 규정하고 있다. 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 기관소송에서 제외된다.
- ③ (X) 객관적 소송(민중소송과 기관소송)은 개인적·주관적 권리의 보호를 목적으로 하는 것이 아니고, 법률이 공익적 견지에서 행정법규의 적절한 적용, 즉 행정작용의 적법성을 보장하기 위한 소송을 말한다. 기관소송은 국가 또는 공공단체의 기관 상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송을 말하기 때문에 “권한이 침해되었거나 침해될 현저한 위험이 있는 자가 제기할 수 있다.”는 지문은 기관소송과 맞지 않다.
- ④ (○) 대법원 2013.7.25, 2011두1214)

[정답] ③