

[2019년 소방간부후보생 행정법 기출문제와 해설 : 백영민]

기출문제 해설 : 백 영 민

- (현) 종로공무원학원 행정법 전임
- (현) 부산 한국고시학원, 한국경찰학원 행정법 전임
- (현) 수원공무원학원 행정법 전임
- (현) 청주행정고시학원 행정법 전임

- (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)
- 군무원 행정법(도서출판 서울고시각)
- 행정법총론 기출예상문제집(도서출판 유스터디, 종로패스원)
- 문제로 분석 정리하는 행정법 관련법령(도서출판 에이스)
- 경감승진 주관식 행정법(경찰승진 연구회)

21번, 22번, 23번, 24번, 25번 문제는 7급에만 해당하는 문제입니다. 행정법총론이 시험범위인 일반 행정직 9급 수험생과 경찰행정학과 소방직, 사회복지직 9급, 교육행정직 9급 수험생은 제외하고 보셔도 됩니다.

다만 21번 문제 중에서 ②번 지문과 22번 문제 중에서 ①②③④번 지문 정도는 9급 문제와도 연관이 있으니 참조하시길 바랍니다.

01 이행강제금에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 이행강제금의 부과에 관한 일반법은 존재하지 않으며 「건축법, 「농지법」 등 개별법에서 인정되고 있다.
- ② 현행 「건축법」 상 시정명령을 위반한 자와 관련하여 이행강제금은 대체적 작위의무위반으로 인한 행정대집행과 선택적 관계이다.
- ③ 이행강제금은 의무위반에 대한 제재보다 의무이행확보에 주안점이 있으므로 의무자가 의무를 이행하지 않으면 이행강제금의 부과를 반복할 수 있다.
- ④ 현행 「건축법」 상의 이행강제금에 대한 불복은 「비송사건절차법」에 의하도록 규정하고 있으므로 이행강제금부과처분은 항고소송의 대상이 될 수 없다.
- ⑤ 사용자가 이행하여야 할 행정법상 의무의 내용을 초과하는 것을 ‘불이행 내용’으로 기재한 이행강제금 부과예고서에 의하여 이행강제금 부과예고를 한 다음 이행강제금을 부과한 경우 초과한 정도가, 근소하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 이 이행강제금 부과예고 및 이행강제금부과처분은 위법하다.

정답 ④

해설 ① 이행강제금도 행정상 강제집행의 수단이므로 법적 근거가 요구된다. 일반법은 없고 개별법으로 건축법 등에 이행강제금제도(1년에 2회 범위 내), 농지법(매년 1회), 「대덕연구개발특구 등의 육성에 관한 특별법」, 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」, 「장사(葬事) 등에 관한 법률」 등이 있다.

② 전통적 견해는 이행강제금은 비대체적 작위의무와 부작위의무 위반에 한정되고, 대체적 작위의무에는 부과할 수 없다고 한다. 그러나 헌법재판소는 대체적 작위의무 위반에도 이행강제금의 부과가 가능하다고 한다. ⇨ 현행 건축법상 위법건축물에 대한 이행강제수단으로 대집행과 이행강제금이 인정되고 있는데, 양 제도는 각각의 장단점이 있으므로 행정청은 개별사건에 있어서 위반내용, 위반자의 시정여지 등을 감안하여 대집행과 이행강제금을 선택적으로 활용할 수 있으며, 이처럼 그 합리적인 재량에 의해 선택하여 활용하는 이상 중첩적인 제재에 해당한다고 볼 수 없다(헌재결 2004.2.26, 2001헌바80).

③ 이행강제금은 장래의 의무이행을 심리적으로 강제하기 위한 것으로서 의무이행이 있기까지 반복적으로 부과할 수 있다. 다만 횡수상의 제한은 따른다. 건축법의 이행강제금은 1년에 2회 범위 내에서(건축법 제80조 제5항), 농지법은 매년 1회 부과할 수 있다(농지법 제62조 제4항).

④ 건축법상 이행강제금에 대하여 종전에는 비송사건절차법에 의한 절차에 의하여 판단되어야 한다고 보아야 할 것이므로, 건축법상 이행강제금 부과처분은 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다고 판시하였다(대법원 2000.9.22, 2000두5722). 그러나 2005년 10월 19일 건축법 개정으로 비송사건절차법에 의한 절차를 준용하는 규정을 삭제하였으므로, 현재는 건축법상 이행강제금 부과처분은 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.

⑤ 대법원 2015.6.24, 2011두2170

02 「행정대집행법」 상 대집행의 대상이 되는 의무는? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 관계 법령을 위반하여 장례식장 영업을 하고 있는 자의 장례식장 사용 중지 의무
- ② 피수용자 등이 기업자에 대하여 부담하는 수용대상 토지의 인도 의무
- ③ 공유재산 대부계약의 해지에 따라 원상회복을 위하여 실시하는 지상물 철거 의무
- ④ 공원점용허가를 받아 설치한 매점의 소유자가 점용기간 만료 후에 그 매점으로부터 퇴거할 의무
- ⑤ 구 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특별법」에 따른 토지 등의 협의취득시 건물소유자가 매매 대상 건물에 대한 철거의무를 부담하겠다는 취지의 약정을 한 경우 그 철거 의무

정답 ③

해설 ① 장례식장 사용 중지 의무는 비대체적 부작위 의무에 대한 것이므로 대집행의 대상이 아님 ⇨ ‘장례식장 사용 중지 의무’가 원고 이외의 ‘타인이 대신’할 수도 없고, 타인이 대신하여 ‘행할 수 있는 행위’라고도 할 수 없는 비대체적 부작위 의무에 대한 것이므로, 대집행은 그 자체로 위법함이 명백하다(대법원 2005.9.28, 2005두7464).

- ② 구 토지수용법상 피수용자 등이 기업자(현재는 사업시행자)에 대하여 부담하는 수용대상 토지의 인도의무는 직접적인 실행행사가 필요한 것이지 대체적 작위의무라고 볼 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 될 수 있는 것이 아니다(대법원 2005.8.19, 2004다2809).
- ③ **공유재산 대부계약의 해지에 따른 원상회복으로 행정대집행의 방법에 의하여 그 지상물을 철거시킬 수 있음** ⇨ 공유재산의 점유자가 그 공유재산에 관하여 대부계약 외 달리 정당한 권원이 있다는 자료가 없는 경우 그 대부계약이 적법하게 해지된 이상 그 점유자의 공유재산에 대한 점유는 정당한 이유 없는 점유라 할 것이고, 따라서 지방자치단체의 장은 지방재정법 제85조에 의하여 행정대집행의 방법으로 그 지상물을 철거시킬 수 있다(대법원 2001.10.12, 2001두4078).
- ④ 점유자의 퇴거 및 명도의무는 대집행의 대상이 되지 않음 ⇨ 점유자의 퇴거 및 명도의무는 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).
- ⑤ 구 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법에 의한 협의취득시 건물소유자가 매매대상 건물에 대한 철거의무를 부담하겠다는 취지의 약정을 한 경우는 **사법상 계약의 성질**을 가지기에, 그 철거의무는 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 되지 않는다(대법원 2006.10.13, 2006두7096).

03 「질서위반행위규제법」에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 질서위반행위란 법률(지방자치단체의 조례)를 포함 상의 의무를 위반하여 과태료를 부과하는 행위를 말한다.
- ② 14세가 되지 아니한 자의 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다. 다만 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ③ 신분에 의하여 성립하는 질서위반행위에 신분이 없는 자가 가담한 때에는 신분이 없는 자에 대하여도 질서위반행위가 성립한다.
- ④ 과태료는 행정청의 과태료 부과처분이나 법원의 과태료 재판이 확정된 후 5년간 징수하지 아니하거나 집행하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.
- ⑤ 행정청은 당사자가 납부기한까지 과태료를 납부하지 아니한 때에는 납부기한을 경과한 날부터 체납된 과태료에 대하여 100분의 5에 상당하는 가산금을 징수한다.

정답 ⑤

해설 ① 질서위반행위규제법 제2조

- ② 질서위반행위규제법 제9조
- ③ 질서위반행위규제법 제12조 제2항
- ④ 질서위반행위규제법 제15조
- ⑤ 행정청은 당사자가 납부기한까지 과태료를 납부하지 아니한 때에는 납부기한을 경과한 날부터 체납된 과태료에 대하여 100분의 3에 상당하는 가산금을 징수한다(질서위반행위규제법 제24조 제1항).

04 국가배상법 상 공무원의 불법행위로 인한 국가배상책임에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공무원은 법률상 공무원뿐만 아니라 널리 공무를 위탁받아 실질적으로 공무에 종사하는 자를 포함하며 공무를 위탁받은 사인도 포함된다.
- ② 지방자치단체가 ‘교통할아버지 봉사활동 계획’을 설립한 후 이 계획에 따라 관할 동장이 선정한, ‘교통할아버지’도 공무원에 해당한다.
- ③ 식품의약품안전청장이 구 식품위생법 상의 규제권한을 행사하지 않아서 미니컵 젤리가 수입·유통되어 이를 먹던 아동이 질식사 하였다면 국가는 이에 대한 손해배상책임을 부담해야 한다.
- ④ 공무원에 대한 전보인사가 법령이 정한 기준과 원칙에 위배되거나 인사권을 다소 부적절하게 행사한

것으로 볼 여지가 있더라도 그 사유만으로, 당연히 해당 전보인사가 불법행위를 구성한다고 볼 수는 없다.

- ⑤ 손해의 발생에는 적극적 손해뿐만 아니라 소극적 손해를 포함하여 재산상 손해는 물론 생명, 신체, 정신적 손해를 모두 포함한다.

정답 ③

해설 ① 대법원 2001.1.5, 98다39060

② 대법원 2001.1.5, 98다39060

③ 어린이가 미니킵 젤리를 섭취하던 중 미니킵 젤리가 목에 걸려 질식사한 두 건의 사고가 연달아 발생한 뒤 약 8개월 20일 이후 다시 어린이가 미니킵 젤리를 먹다가 질식사한 사안에서, 당시의 미니킵 젤리에 대한 국제적 규제수준과 식품의약품안전청장 등의 기존의 규제조치의 수준, 이전에 발생한 두 건의 질식사사고의 경위와 미니킵 젤리로 인한 사고의 빈도, 구 식품위생법이 식품에 대한 규제조치를 식품의약품안전청장 등의 합리적 재량에 맡기고 있는 취지 등에 비추어, 식품의약품안전청장 등이 미니킵 젤리의 유통을 금지하거나 물성실험 등을 통하여 미니킵 젤리의 위험성을 확인하고 기존의 규제조치보다 강화된 미니킵 젤리의 기준 및 규격 등을 마련하지 아니하였다고 하더라도, 그러한 규제권한을 행사하지 아니한 것이 현저하게 합리성을 잃어 사회적 타당성이 없다고 볼 수 있는 정도에 이른 것이라고 보기 어렵다(대법원 2010.11.25., 2008다67828). 따라서 국가배상책임을 지지 않는다.

④ 공무원에 대한 전보인사가 법령이 정한 기준과 원칙에 위배되거나 인사권을 다소 부적절하게 행사한 것으로 볼 여지가 있다 하더라도 그러한 사유만으로 그 전보인사가 당연히 불법행위를 구성한다고 볼 수는 없고, 인사권자가 당해 공무원에 대한 보복감정 등 다른 의도를 가지고 인사재량권을 일탈·남용하여 객관적 정당성을 상실하였음이 명백한 경우 등 전보인사가 우리의 건전한 사회통념이나 사회상규상 도저히 용인될 수 없음이 분명한 경우에, 그 전보인사는 위법하게 상대방에게 정신적 고통을 가하는 것이 되어 당해 공무원에 대한 관계에서 불법행위를 구성한다. ⇨ 시청 소속 공무원이 시장을 부패방지위원회에 부패혐의자로 신고한 후 동사무소로 하향 전보된 사안에서, 그 전보인사 조치는 해당 공무원에 대한 다면평가 결과, 원활한 업무 수행의 필요성 등을 고려하여 이루어진 것으로 볼 여지도 있으므로, 사회통념상 용인될 수 없을 정도로 객관적 상당성을 결여하였다고 단정할 수 없어 불법행위를 구성하지 않는다(대법원 2009.5.28, 2006다16215)

⑤ 국가배상법상 손해란 법익침해에 의한 모든 불이익을 말하며, 이러한 손해는 적극적 손해·소극적 손해, 재산적 손해, 비재산적 손해를 불문한다. 그러나 반사적 이익의 침해는 여기서의 손해에 포함되지 않는다.

05 국가배상법 상 영조물의 설치 관리의 하자로 인한 국가배상책임에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 국가 또는 지방자치단체가 공공의 영조물을 소유권 임차권 그 밖의 권한에 기하여 관리하고, 있는 경우에는 국가배상책임이 있으나 사실상 관리하고 있는 경우에는 국가배상책임이 발생하지 않는다.
- ② 영조물 설치의 하자 유무는 객관적 견지에서 본 안전성의 문제이고 그 설치자의 재정사정이나, 영조물의 사용목적에 의한 사정은 안전성을 결정짓는 절대적 요건에는 해당하지 않는다.
- ③ 사격장이나 공항을 구성하는 물적 시설 그 자체에 있는 물리적 외형적 흠결이나 불비로 인하여 그 이용자에게 위해를 끼칠 위험성이 있는 경우에도 영조물의 설치 관리의 하자가 인정될 수 있다.
- ④ 사격장이나 공항과 같은 영조물 자체에 물적 결함이 존재하지 않는 경우에도 영조물의 설치·관리의 하자가 인정될 수 있다.
- ⑤ 영조물이 공공의 목적에 이용됨에 있어 그 이용상태 및 정도가 일정한 한도를 초과하여 제 3자에게 사회통념상 수인할 것이 기대되는 한도를 넘는 피해를 입히는 경우에도 영조물의 설치·관리의 하자가 인정될 수 있다.

정답 ①

해설 ① 국가배상법 제5조 제1항 소정의 '공공의 영조물'이라 함은 국가 또는 지방자치단체에 의하여 특정 공공의 목적에 공여된 유체물 내지 물적 설비를 지칭하며, 공공용물에 한하지 아니하고, 공용물도 포함하며, 국가 또는 지방자치단체가 소유권·임차권 그 밖의 권한에 기하여 관리하고 있는 경우뿐만 아니라 사실상의 관리를 하고 있는 경우도 포함한다(대법원 1995.1.24, 94다45302).

② 대법원 1967.2.21, 66나1723

③④⑤ 영조물의 설치 또는 관리의 하지는 물적 시설 그 자체에 있는 물리적·외형적 흠결이나 불비로 인한 물리적 하자뿐만 아니라 영조물이 공공의 목적에 이용됨에 있어 그 이용상태 및 정도가 일정한 한도를 초과하여 제3자에게 사회통념상 수인한도를 넘는 피해를 입히는 기능상 하자의 경우까지 포함됨 ⇨ 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 경우뿐만 아니라, 그 영조물이 공공의 목적에 이용됨에 있어 그 이용상태 및 정도가 일정한 한도를 초과하여 제3자에게 사회통념상 수인할 것이 기대되는 한도를 넘는 피해를 입히는 경우까지 포함된다고 보아야 한다(대법원 2005.1.27, 2003다49566).

06 공용수용의 절차에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 따른 사업인정은 특정한 사업이 토지 등을 수용할 수 있는 공익사업에 해당함을 인정하여 재산권의 수용을 설정하는 행정행위로 보아야 한다.
- ② 토지수용위원회는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 의한 사업인정 후 그 사업이 공익성을 결한다고 판단할 경우에 수용재결을 하지 않을 수 있다.
- ③ 사업시행자, 토지소유자 또는 관계인은 토지수용위원회의 재결에 대해 행정소송을 제기할 수 있으며 이 경우 행정소송법상의 소송제기기간의 규정을 적용한다.
- ④ 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률에 따른 이의신청이나 행정소송의 제기는 사업의 진행 및 토지수용 또는 사용을 정지시키지 아니한다.
- ⑤ 보상금에 대한 증감을 다투는 소송에서 실질적 이해관계인은 피수용자와 사업시행자일 뿐, 재결청은 이해관계가 없으므로 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률에서는 소송당사자에서 재결청을 제외하고 피고적격을 규정하고 있다.

정답 ③

해설 ① 토지수용법 제14조의 규정에 의한 사업인정은 그 후 일정한 절차를 거칠 것을 조건으로 하여 일정한 내용의 **수용권을 설정해 주는 행정처분의 성격**을 띠는 것으로서 그 사업인정을 받음으로써 수용할 목적물의 범위가 확정되고 수용권으로 하여금 목적물에 관한 현재 및 장래의 권리자에게 대항할 수 있는 일종의 공법상의 권리로서의 효력을 발생시킨다(대법원 1994.11.11, 93누19375).

② 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 상실**하였음에도 여전히 그 사업인정에 기하여 수용권을 행사하는 것은 수용권의 공익 목적에 반하는 수용권의 남용에 해당하여 허용되지 않는다(대법원 2011. 1. 27. 2009두1051).

③ 사업시행자, 토지소유자 또는 관계인은 제34조에 따른 재결에 불복할 때에는 재결서를 받은 날부터 **90일 이내에, 이의신청을 거쳤을 때에는 이의신청에 대한 재결서를 받은 날부터 60일 이내에 각각 행정소송을 제기할 수 있다** (공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제85조 제1항). 따라서 행정소송법 제20조의 취소소송의 제소기간인 90일, 1년이 적용되는 것이 아니다.

④ 제83조에 따른 이의의 신청이나 제85조에 따른 행정소송의 제기는 사업의 진행 및 토지의 수용 또는 사용을 정지시키지 아니한다(공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제88조).

⑤ 행정소송이 보상금의 증감(增減)에 관한 소송인 경우 그 소송을 제기하는 자가 토지소유자 또는 관계인일 때에는 사업시행자를, 사업시행자일 때에는 토지소유자 또는 관계인을 각각 피고로 한다(공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제85조 제2항). 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률의 개정으로 재결청은 피고에서 제외하였다.

07 행정심판에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 부당한 처분에 대해서도 행정심판을 제기할 수 있다.
- ② 재결을 한 행정심판위원회는 재결에 위법이 있는 경우 이를 취소변경할 수 있다.
- ③ 행정심판위원회는 의무이행심판청구가 이유가 있다고 인정하면 지체 없이 신청에 따른 처분을 하거나 처분을 할 것을 피청구인에게 명한다.
- ④ 심판청구에 대한 재결이 있는 경우에는 그 재결 및 같은 처분 또는 부작위에 대하여 다시 행정심판을 청구할 수 없다.
- ⑤ 처분청이 행정심판청구기간을 고지하지 아니한 때에는 심판청구기간은 처분이 있음을 안 경우에도 당해 처분이 있는 날로부터 180일이 된다.

정답 ②

- 해설** ① 행정심판 대상은 위법부당한 처분이다. 부당도 포함된다. 그러나 행정소송의 대상은 위법인 처분 등에 한정한다. 부당한 행정처분은 행정소송의 대상이 될 수 없다.
- ② 행정심판의 재결의 효력에는 불가변력이 있다. 즉 **일단 재결을 한 이상 행정심판위원회 자신도 이에 구속되어 상소절차에 의하여 취소 또는 변경되는 경우를 제외하고는 행정심판위원회 스스로 이를 취소 또는 변경할 수 없다.**
- ③ 행정심판위원회는 의무이행심판의 청구가 이유 있다고 인정할 때에는, 직접 신청에 따른 처분을 하거나(처분재결 ⇨ 형성재결), 이를 할 것을 명한다(처분명령재결 ⇨ 이행재결 : 행정심판법 제43조 제5항).
- ④ 심판청구에 대한 재결이 있으면 그 재결 및 같은 처분 또는 부작위에 대하여 다시 행정심판을 청구할 수 없다(법 제51조).
- ⑤ 행정청이 **심판청구기간을 고지하지 않을 때에는** 당해 처분에 대한 심판청구기간은 처분이 있었던 날부터 **180일** 이 된다(법 제27조 제6항).

08 행정소송에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 현행 행정소송법상 행정청이 일정한 처분을 하지 못하도록 그 부작위를 구하는 청구는 허용되지 않는 부적법한 소송이므로 이러한 원고의 청구는 부적법 각하되어야 한다.
- ② 취소소송과 무효등확인소송은 기본적으로 서로 양립할 수 없는 청구이므로 주위적·예비적 청구로서의 병합은 가능하지만, 선택적 청구로서의 병합, 단순병합은 허용되지 아니한다.
- ③ 단순위법의 하자가 있는 행정행위는 당사자소송을 통하여 그 효력을 부인할 수 있다.
- ④ 신축건물의 하자를 이유로 입주자나 입주예정자들이 사용검사처분의 무효확인이나 취소를 구할 법률상 이익은 인정되지 않는다.
- ⑤ 국유재산법상 변상금부과처분에 의해 변상금을 납부한 청구인이 변상금부과처분에 의하여 이미 납부했던 금원을 민사소송을 제기하여 부당이득으로 반환받으려고 할 때 변상금부과행위에 무효의 하자가 있는 경우 민사법원은 이를 판단할 수 있다.

정답 ③

- 해설** ① ‘보건복지가족부 고시를 적용하여 요양급여비용을 결정하여서는 안 된다’는 부작위를 구하는 청구는 허용되지 않는 부적법한 소송이다(대법원 2006.5.25, 2003두11988).
- ② 대법원 1999.8.20, 97누6889
- ③ 단순위법의 하자가 있는 행정행위는 공정력 때문에 유효하다고 통용되므로 곧바로 당사자소송을 통하여 그 효력을 부인할 수 없다. ⇨ 파면처분을 당한 공무원은 그 처분에 취소사유인 하자가 존재하는 경우에는 공정력 때문에 파면처분이 유효하다고 통용된다. 따라서 파면처분 취소소송을 제기하여야 하지, 공무원신분을 전제로 한 당사자소송으로 공무원지위확인소송을 제기할 수는 없다. 다만 공무원파면처분이 무효인 경우라면 당사자소송으로 공무원지위확인소송을 제기할 수 있다.
- ④ 구 주택법상 입주자나 입주예정자는 사용검사처분을 취소하지 않고서도 민사소송 등을 통하여 분양계약에 따른 법률관계 및 하자 등을 주장·증명함으로써 권리구제를 받을 수 있기 때문에 사용검사처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없다(대법원 2014.7.24, 2011두30465).

⑤ 국유재산법상 변상금부과처분에 의해 변상금을 납부한 청구인이 변상금부과처분에 의하여 이미 납부했던 금원을 민사소송을 제기하여 부당이득으로 반환받으려고 할 때 변상금부과행위에 무효의 하자가 있는 경우 무효는 공정력이 인정되지 않기 때문에 행정소송을 제기하지 않고도 곧바로 민사법원은 판단할 수 있다.

09 항고소송의 대상이 되는 것만을 <보기>에서 있는 대로 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

<보 기 >

- ㄱ. 건축법 상 공용건축물에 대한 건축협약의 취소
- ㄴ. 개별토지가격합동조사지침에 따른 개별공시지가 경정결정신청에 대한 행정청의 정정불가결정 통지
- ㄷ. 국립대학교 학칙의 별표 [2] 모집단위별 입학정원을 개정한 학칙개정행위
- ㄹ. 국세징수법 상 가산금 또는 증가산금의 고지
- ㅁ. 공공기관 입찰의 낙찰적격 심사기준인 점수를 감점한 조치

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

정답 ①

해설 ① ㄱ, ㄷ이 행정처분성이 인정된다.

- ㄱ. 구 건축법 제29조 제1항에서 정한 건축협약의 취소는 행정처분에 해당함 ⇨ 건축협약의 취소는 상대방이 다른 지방자치단체 등 행정주체라 하더라도 '행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력 행사'(행정소송법 제2조 제1항 제1호)로서 처분에 해당한다고 볼 수 있고, 지방자치단체인 원고가 이를 다룰 실효적 해결 수단 없는 이상, 원고는 건축물 소재지 관할 허가권자인 지방자치단체의 장을 상대로 항고소송을 통해 건축협약의 취소의 취소를 구할 수 있다(대법원 2014.2.27. 2012두22980).
- ㄴ. 개별토지가격합동조사지침은 행정청이 개별토지가격결정에 위산·오기 등 명백한 오류가 있음을 발견한 경우 직권으로 이를 경정하도록 한 규정으로서 토지소유자 등 이해관계인이 그 경정결정을 신청할 수 있는 권리를 인정하고 있지 아니하므로, 토지소유자 등의 토지에 대한 개별공시지가 조정신청을 재조사청구가 아닌 경정결정신청으로 본다 할지라도, 이는 행정청에 대하여 직권발동을 촉구하는 의미밖에 없으므로, 행정청이 위 조정신청에 대하여 정정불가 결정 통지를 한 것은 이른바 관념의 통지에 불과할 뿐 항고소송의 대상이 되는 처분이 아니다(대법원 2002. 2. 5., 선고, 2000두5043).
- ㄷ. 국립대학교는 국가가 설립·운영하는 공법상의 영조물이므로 공권력행사의 주체가 될 수 있고, 국립대학교의 학칙이 그 자체로 구성원의 구체적인 권리·의무에 직접적인 변동을 가져오는 것이 아닌 일반적·추상적인 학교 운영에 관한 원칙과 계획 또는 구성원들에 대한 규율을 규정한 것에 불과한 경우라면 이는 행정처분이라고 볼 수 없지만, 그 학칙에 기초한 별도의 집행행위의 개입 없이도 그 자체로 구성원의 구체적인 권리나 법적 이익에 영향을 미치는 등 법률상의 효과를 발생시키는 경우라면 이는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다. 대법원은 '국립공주대학교 학칙의 「별표 2」 모집단위별 입학정원을 개정한 학칙개정행위는 행정처분에 해당한다고 판시하였다(대법원 2009.1.30. 2008두19550).
- ㄹ. 국세징수법 제21조, 제22조가 규정하는 가산금 또는 증가산금은 국세를 납부기한까지 납부하지 아니하면 과세청의 확정절차 없이도 법률 규정에 의하여 당연히 발생하는 것이므로 가산금 또는 증가산금의 고지가 항고소송의 대상이 되는 처분이라고 볼 수 없다(대법원 2005.6.10., 2005다15482).
- ㅁ. 피고가 원고에 대하여 한 이 사건 감점조치는 행정청이나 그 소속 기관 또는 그 위임을 받은 공공단체의 공법상의 행위가 아니라 장차 그 대상자인 원고가 피고가 시행하는 입찰에 참가하는 경우에 그 낙찰적격자 심사 등 계약 사무를 처리함에 있어 피고 내부규정인 이 사건 세부기준에 의하여 종합취득점수의 10/100을 감점하게 된다는 뜻의 사법상의 효력을 가지는 통지행위에 불과하다 할 것이고, 또한 피고의 이와 같은 통지행위가 있다고 하여 원고에게 공공기관의 운영에 관한 법률 제39조 제2항, 제3항, 구 공기업·준정부기관 계약사무규칙 제15조에 의한 국가, 지방자치단체 또는 다른 공공기관에서 시행하는 모든 입찰에의 참가자격을 제한하는 효력이 발생한다고 볼 수도 없으므로, 피고의 이 사건 감점조치는 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다(대법

10 <보기>에서 공법상 당사자소송에 해당하는 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

<보 기>

- ㄱ. 부가가치세 환급청구소송
- ㄴ. 지방자치단체가 보조금 지급결정을 하면서 일정기한 내에 보조금을 반환하도록 하는 교부조건을 부가한 경우 보조금을 교부받은 사업자에 대한 지방자치단체의 보조금반환청구소송
- ㄷ. 민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률 에 따른 보상심의위원회의 보상금 등 지급기각 결정을 다투는 소송
- ㄹ. 공무원연금법령 개정으로 퇴직연금 중 일부 금액의 지급이 정지되어 미지급된 퇴직연금의 지급을 구하는 소송

- ① 없음
- ② 1개
- ③ 2개
- ④ 3개
- ⑤ 4개

정답 ④

해설 ㄱ, ㄴ, ㄹ이 당사자소송의 대상이다.

- ㄱ. (당사자소송) 부가가치세 환급청구소송 ⇨ 납세의무자에 대한 국가의 부가가치세 환급세액 지급의무에 대응하는 국가에 대한 납세의무자의 부가가치세 환급세액 지급청구는 민사소송이 아니라 행정소송법 제3조 제2호에 규정된 당사자소송의 절차에 따라야 한다(대법원 2013.3.21, 2011다95564 전원합의체).
- ㄴ. (당사자소송) 지방자치단체가 보조금 지급결정을 하면서 일정기한 내에 보조금을 반환하도록 하는 교부조건을 부가한 경우 보조금을 교부받은 사업자에 대한 지방자치단체의 보조금반환청구소송 ⇨ 지방자치단체가 보조금 지급결정을 하면서 일정 기한 내에 보조금을 반환하도록 하는 교부조건을 부가한 사안에서, 보조사업자의 지방자치단체에 대한 보조금 반환의무는 행정처분인 위 보조금 지급결정에 부가된 부관상 의무이고, 이러한 부관상 의무는 보조사업자가 지방자치단체에 부담하는 공법상 의무이므로, 보조사업자에 대한 지방자치단체의 보조금반환청구는 공법상 권리관계의 일방 당사자를 상대로 하여 공법상 의무이행을 구하는 청구로서 행정소송법 제3조 제2호에 규정한 당사자소송의 대상이다(대법원 2011.6.9, 2011다2951).
- ㄷ. (항고소송) 민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률 에 따른 보상심의위원회의 보상금 등 지급기각 결정을 다투는 소송 ⇨ ‘민주화운동관련자 명예회복 및 보상 심의위원회’에서 심의·결정을 받아야만 비로소 보상금 등의 지급 대상으로 확정될 수 있다. 따라서 그와 같은 심의위원회의 결정은 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행정처분에 해당될 수 있다(대법원 2008.4.17, 2005두16185 전원합의체).
- ㄹ. (당사자소송) 공무원연금법령 개정으로 퇴직연금 중 일부 금액의 지급이 정지되어 미지급된 퇴직연금의 지급을 구하는 소송 ⇨ 공무원연금관리공단이 퇴직연금 중 일부 금액에 대하여 지급거부의 의사표시를 하였다고 하더라도 그 의사표시는 퇴직연금 청구권을 형성·확정하는 행정처분이 아니라 공법상의 법률관계의 한쪽 당사자로서 그 지급의무의 존부 및 범위에 관하여 나름대로의 사실상·법률상 의견을 밝힌 것에 불과하다고 할 것이어서, 이를 행정처분이라고 볼 수는 없고, 그리고 이러한 미지급 퇴직연금에 대한 지급청구권은 공법상 권리로서 그 지급을 구하는 소송은 공법상의 법률관계에 관한 소송인 공법상 당사자소송에 해당한다(대법원 2004.12.24, 2003두15195).

11 행정법상 일반원칙에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 재량준칙이 행정의 자기구속을 통해 법규성을 인정받는 것은 비례원칙에서 파생된 것이다.
- ② 신뢰보호원칙은 아직 명문상 원칙으로 나타나지는 않지만 판례를 통해 법원성을 인정받고 있다.
- ③ 신뢰보호원칙의 요건으로서 공적 견해 표명의 유무의 판단기준은 형식적인 권한분장에 구애될 것은 아니고 담당자의 조직상 지위와 임무 구체적 언동의 경위들을 고려해 판단하여야 한다.

- ④ 행정절차법은 개인의 신뢰보호를 위하여 행위가 취소 또는 철회되지 못함을 명문으로 규정하고 있다.
- ⑤ 행정청이 수입 녹용 중 전지 3대를 측정한 회분함량이 기준치를 0.5% 초과하였다는 이유로 수입 녹용 전부에 대하여 전량 폐기 또는 반송 처리를 지시한 처분은 비례원칙에 위반한 재량권을 일탈·남용한 경우에 해당한다.

정답 ③

해설 ① 자기구속원칙은 평등원칙에서 찾는 견해가 통설이다. 그러나 헌법재판소와 대법원은 평등의 원칙이나 신뢰 보호의 원칙을 종합하여 행정의 자기구속의 법리를 명시적으로 인정한다.

② 신뢰보호원칙은 행정절차법 제4조 제2항에 명문의 규정이 존재한다.

③ 대법원 1997.9.12, 96누18380

④ 행정절차법 제4조 제2항은 “행정청은 법령 등의 해석 또는 행정청의 관행이 일반적으로 국민들에게 받아들여졌을 때에는 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우를 제외하고는 새로운 해석 또는 관행에 따라 소급하여 불리하게 처리하여서는 아니 된다”고 명문으로 규정하고 있다. 그러나 행정절차법은 개인의 신뢰 보호를 위하여 행위가 취소 또는 철회되지 못한다는 명문규정은 없다.

⑤ 회분함량이 기준치를 0.5% 초과하였다는 이유로 수입 녹용 전부에 대하여 전량 폐기 또는 반송처리를 지시한 처분은 재량권을 일탈·남용한 경우에 해당하지 않는다(대법원 2006.4.14, 2004두3854).

12 사인의 공법행위에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 사인의 공법행위는 행정법 관계에서 사인의 행위로서 공법적 효과를 발생시키는 일체의 행위를 말한다.
- ② 사인의 공법행위는 명문으로 금지되거나 성질상 불가능한 경우가 아닌 한 그에 따른 행정행위가 행하여질 때까지 자유로이 철회하거나 보정할 수 있다.
- ③ 사인의 공법행위는 행정행위가 갖고 있는 구속력·공정력·존속력·집행력을 갖고 있지 않다.
- ④ 사인의 공법행위에는 부관을 붙일 수 없음이 원칙이다.
- ⑤ 전입신고자가 거주목적 이외에 다른 이해관계에 관한 의도를 가지고 있는지 여부도 주민등록 전입신고 수리 여부에 대한 심사시 고려되어야 한다.

정답 ⑤

해설 ① 사인의 공법행위란 공법관계에서 사인이 행하는 행위로서 공법적 효과를 발생시키는 일체의 행위를 말한다. 이는 공법적 효과의 발생을 목적으로 하지만, 사인 상호 간의 이해조절을 목적으로 하는 사법행위와 구별된다.

② 사인의 공법행위는 그에 근거한 공법행위(주로 행정행위)가 행해질 때까지는 자유로이 철회·보정할 수 있음이 원칙이다. 그러나 합성행위 및 합동행위 등에 있어서는 집단성과 형식성 때문에 그의 철회·보정이 제한된다. 즉 선거·투표행위·수험행위 등은 철회·보정이 불가하다.

③ 사인의 공법행위는 공법적 효과를 발생한다는 점에서는 동일하나, 사인의 공법행위에는 공정력, 확정력, 강제력 등은 부인되며, 행정행위에 관한 일반법원칙은 적용되지 않는다.

④ 사인의 공법행위에는 사법행위와는 달리 부관을 붙일 수 없음이 원칙이다. 왜냐하면, 사인의 공법행위의 효과에는 행정법관계의 변동은 가져오기 때문에 명확성과 신속한 확정을 요하기 때문이다.

⑤ 시장·군수 또는 구청장의 주민등록전입신고 수리 여부에 관한 심사의 범위와 대상 ⇨ 주민등록법의 입법 목적의 범위 내에서 제한적으로 이루어져야 하고, 실질적 의미에서의 거주지인지 여부를 심사하기 위하여 지방자치법 및 지방자치의 이념까지도 고려하여야 하는 것은 아니다(대법원 2009.6.18, 2008두10997 전원합의체).

13 행정규칙에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 국세청훈령인 재산세사무처리규정은 소득세법시행령과 결합하여 대외적 효력을 발생한다.
- ② 행정각부의 장이 정하는 고시라 하더라도 그것이 특정 법령 규정에서 특정 행정기관에서 법령 내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여할 경우 그 형식과 상관없이 근거법령 규정과 결합하여 법규 명령의 효력을 갖는다.
- ③ 구 학원의 설립·운영에 관한 법률 시행령에서 수강료에 관한 기준을 조례 등에 위임한다는 규정이 없

다 하더라도 (당시) 제주도 학원의 설립·운영에 관한 조례나 이에 근거한 (당시) 제주도 학원업무지침상의 관련 규정이 그 내용을 보충하는 것이라면 법규명령으로 보아야 한다.

- ④ 상급기관이 하급 행정기관에 대하여 업무처리지침이나 법령에 해석적용에 관한 기준을 정하여 발하는 행정규칙은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐이며 대외적인 구속력을 갖지 않는다.
- ⑤ 행정규칙은 원칙적으로 헌법소원의 심판대상이 될 수 없으나 재량권 행사의 준칙인 규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 형성되고 행정기관이 그 상대방에 대하여 그 규칙에 따라 자기구속을 당하게 되는 경우 헌법소원의 대상이 될 수도 있다.

정답 ③

해설 ① 국제청장의 훈령인 재산제세조사사무처리규정에 대하여, 행정규칙은 행정기관에 법령의 구체적인 내용을 보충할 권한을 부여한 법령규정의 효력에 의하여 그 내용을 보충하는 기능을 갖게 된다 할 것이고, 따라서 이와 같은 행정규칙은 당해 법령의 위임의 한계를 벗어나지 아니하는 한 그것들과 결합하여 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 갖게 된다(대법원 1987.9.29, 86누484).

② 고시 또는 공고의 성질은 일률적으로 판단될 것이 아니라 고시에 담겨진 내용에 따라 구체적인 경우마다 달리 결정된다. 즉 고시가 일반적, 추상적 성격을 가질 때는 법규명령 또는 행정규칙에 해당하지만, 고시가 구체적인 규율의 성질을 갖는다면 행정처분에 해당한다(헌재결 2004.4.29., 97헌마141). 따라서 고시가 법령 내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여받은 경우에는 상위법령과 결합하여 법규명령의 효력이 인정된다.

③ 학원의 설립·운영에 관한 법률 시행령 제18조에서 수강료의 기준에 관하여 조례 등에 위임한바 없으므로, 제주도 학원의 설립·운영에 관한 조례나 그에 근거한 제주도 학원업무처리지침의 관계 규정이 법령의 위임에 따라 법령의 구체적인 내용을 보충하는 기능을 가진 것이라고 보기 어려우므로 법규명령이라고는 볼 수 없고, 행정기관 내부의 업무처리지침에 불과하다(대법원 1995.5.23. 94도2502).

④ 대법원 2008.3.27, 2006두3742·3759

⑤ 행정규칙은 특별권력관계 내부에서의 행위이고, 국민의 기본권 침해와는 관련이 없기 때문에 원칙적으로 헌법소원의 대상이 되지 않는다. 다만 행정규칙이 법령의 규정에 의하여 행정관청에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 경우나 재량준칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이룩되게 되면, 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는 경우에는 대외적 구속력이 인정되므로 헌법소원의 대상이 될 수 있다(헌재 2013.5.28, 2013헌마334).

14 행정계획에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정청은 많은 국민에게 불편이나 부담을 주는 사항에 관한 계획을 수립 시행하거나 변경하려는 경우에는 이를 예고하여야 한다.
- ② 문화재보호구역 내에 있는 토지소유자 등에게는 문화재보호구역의 지정해제를 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권을 인정할 수 있다.
- ③ 대법원은 '4대강 살리기 마스터플랜'에 대한 취소소송과 집행행정지사건에서 처분성을 긍정하면서도 집행행정에 관해서는 요건미비를 이유로 인정하지 않았다.
- ④ 구 하수도법 제 조의 에 의하여 기존의 하수도정비기본계획을 변경하여 광역하수종말처리시설을 설치하는 등의 내용으로 수립한 하수도정비기본계획은 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니다.
- ⑤ 도시계획시설인 주차장에 대한 건축허가신청을 받은 행정청으로서의 건축법상 허가요건뿐 아니라 국토의 계획 및 이용에 관한 법령이 정한 도시계획시설사업에 관한 실시계획인가요건도 충족하는 경우에 한하여 이를 허가하여야 한다.

정답 ③

해설 ① 행정청은 ㉠ 국민생활에 매우 큰 영향을 주는 사항 ㉡ 많은 국민의 이해가 상충되는 사항 ㉢ 많은 국민에게 불편이나 부담을 주는 사항 ㉣ 그 밖에 널리 국민의 의견을 수렴할 필요가 있는 사항의 어느 하나에 해당하는 사항에 대한 정책, 제도 및 계획을 수립·시행하거나 변경하려는 경우에는 이를 예고하여야 한다. 다만, 예고로 인하여 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해칠 우려가 있거나 그 밖에 예고하기 곤란한 특별한 사유가 있는 경우에는 예고하지 아니할 수 있다(법 제46조 제1항).

② 문화재보호구역 내에 있는 토지소유자 등으로서 위 보호구역의 지정해제를 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상

의 신청권이 있다고 할 것이고, 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대법원 2004.4.27. 2003두8821).

- ③ **4대강 살리기 마스터플랜은 행정처분에 해당하지 아니함** ⇨ 국토해양부, 환경부, 문화체육관광부, 농림수산부, 식품부가 합동으로 2009. 6. 8. 발표한 '4대강 살리기 마스터플랜' 등은 행정기관 내부에서 사업의 기본방향을 제시하는 계획일 뿐 국민의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 것이 아니어서, 행정처분에 해당하지 않는다(대법원 2011.4.21, 2010무111 전원합의체).
- ④ 대법원 2002.5.17. 2001두10578
- ⑤ 건축법에서 인허가의제 제도를 둔 취지는, 인허가의제사항과 관련하여 건축허가의 관할 행정청으로 창구를 단일화하고 절차를 간소화하며 비용과 시간을 절감함으로써 국민의 권익을 보호하려는 것이지, **인허가의제사항 관련 법률에 따른 각각의 인허가 요건에 관한 일체의 심사를 배제하려는 것으로 보기는 어려우므로, 도시계획시설인 주차장에 대한 건축허가신청을 받은 행정청으로서 건축법상 허가 요건뿐 아니라 국토의 계획 및 이용에 관한 법령이 정한 도시계획시설사업에 관한 실시계획인가 요건도 충족하는 경우에 한하여 이를 허가해야 한다**(대법원 2015.7.9. 2015두39590).

15 행정행위의 부관에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 도로점용허가에서 부관인 점용기간을 정함에 있어서 위법사유가 있다 하더라도 도로점용허가 전부가 위법하게 되지는 않는다.
- ② 기속행위인 건축허가에 붙인 부담은 무효이다 .
- ③ 행정청이 종교단체에 기본재산전환인가를 함에 있어 인가조건을 부가하고 그 불이행시 인가를 취소할 수 있도록 한 경우 인가조건의 의미는 철회권을 유보한 것이다.
- ④ 행정청이 관리처분계획에 대한 인가처분을 할 때에는 그 관리처분계획의 내용이 구 도시 및 주거환경정비법 기준에 부합하는지 여부 등을 심사 확인하여 그 인가 여부를 결정할 수 있을 뿐 기부채납과 같은 다른 조건을 붙일 수는 없다.
- ⑤ 기부채납 받은 행정재산에 대한 사용 수익허가에서 공유재산의 관리청이 정한 사용 수익허가의 기간은 그 허가의 효력을 제한하기 위한 행정행위의 부관으로서 이러한 사용 수익허가의 기간에 대해서는 독립하여 행정소송을 제기할 수 없다.

정답 ①

해설 ① 도로점용허가의 점용기간은 행정행위의 본질적인 요소에 해당한다고 볼 것이어서 부관인 점용기간을 정함에 있어서 위법사유가 있다면 이로써 도로점용허가 처분 전부가 위법하게 된다(대법원 1985.7.9, 84누604).

② 기속행위나 기속적 재량행위에 붙인 부관의 효력은 **당연무효** ⇨ 건축허가를 하면서 일정 토지를 기부채납하도록 하는 내용의 허가조건은 부관을 붙일 수 없는 기속행위 내지 기속적 재량행위인 건축허가에 붙인 부담이거나 또는 법령상 아무런 근거가 없는 부관이어서 무효이다(대법원 1995.6.13, 94다56883).

③ 사업인정을 하면서 환경훼손이 심각한 경우에는 사업인정을 취소하겠다는 부관, 숙박업허가를 하면서 윤락행위를 알선하면 허가를 철회한다는 내용의 부관, 행정청이 종교단체에 대하여 기본재산전환 인가를 함에 있어, 인가처분의 효력이 발생하여 기본재산 처분행위가 유효하게 이루어진 이후에 비로소 이행할 수 있는 인가조건을 부가하고 그 불이행시 인가를 취소할 수 있도록 한 경우 등이 철회권유보의 사례이다.

④ **관리처분계획에 대한 인가 여부를 결정할 때에는 기부채납과 같은 다른 조건을 붙일 수는 없음** ⇨ 행정청이 관리처분계획에 대한 인가 여부를 결정할 때에는 그 관리처분계획에 도시정비법 제48조 및 그 시행령 제50조에 규정된 사항이 포함되어 있는지, 그 계획의 내용이 도시정비법 제48조 제2항의 기준에 부합하는지 여부 등을 심사·확인하여 그 인가 여부를 결정할 수 있을 뿐 기부채납과 같은 다른 조건을 붙일 수는 없다고 할 것이다(대법원 2012.8.30, 2010두24951).

⑤ 대법원 2001.6.15, 99두509

16 대물적 행정행위의 이전성에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 개인택시운송사업의 양도 양수가 있고 그에 대한 인가가 있을 후 그 양도 양수 이전에 있었던 양도인

의 귀책사유로 양수인의 개인택시운송사업면허를 취소할 수 있다.

- ② 공중위생관리법령에 따라 공중위생영업이 양도·양수된 후 양수인이 그 후 행정청에 새로운 영업소개설통보를 하였다면 양도인에 관한 사유로 양수인에 대하여 영업정지처분을 할 수 없다.
- ③ 사실상 영업을 양도 양수되었지만 아직 승계신고 및 수리처분이 있기 이전의 경우라면 행정제재처분사유의 유무는 양도인을 기준으로 판단한다.
- ④ 채석허가를 받은 자에 대한 관할행정청의 채석허가 취소처분에 대하여 수허가자의 지위를 양수한 양수인에게 그 취소처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다.
- ⑤ 사업의 양도행위가 무효라고 주장하는 양도자가 민사소송으로 양도 양수행위의 무효를 구함이 없이 사업양도 양수에 따른 허가관청의 지위승계신고수리처분의 무효확인을 구할 법률상 이익이 있다.

정답 ②

해설 ① 甲에게 개인택시운송사업을 양도한 乙이 전 양도인 丙으로부터 그 사업을 양수할 당시 부정한 방법으로 인가를 받았고, 甲이 양도인 乙의 불법행위를 승계받았다는 사유로 행정청이 甲의 개인택시운송면허를 취소한 사안에서, 乙에 대한 위 사업의 양도·양수인가 처분은 흠 있는 처분이고 이는 甲의 사위의 방법에 의한 신청행위에 기인한 것이므로, 행정청이 별도의 법적 근거가 없더라도 乙에 대하여 개인택시운송사업 면허를 취소할 수 있고, 乙의 지위를 승계한 甲에 대하여도 개인택시운송사업 면허를 취소할 수 있다(대법원 2010.11.11. 2009두14934).

② 구 공중위생관리법상 영업정지나 영업장폐쇄명령 모두 대물적 처분으로 보아야 할 이치이고, 아울러 구 공중위생관리법에서 보건복지부장관은 공중위생영업자로 하여금 일정한 시설 및 설비를 갖추고 이를 유지·관리하게 할 수 있으며, 공중위생영업자가 영업소를 개설한 후 시장 등에게 영업소개설사실을 통보하도록 규정하는 외에 공중위생영업에 대한 어떠한 제한규정도 두고 있지 아니한 것은 공중위생영업의 양도가 가능함을 전제로 한 것이라 할 것이므로, 양수인이 그 양수 후 행정청에 새로운 영업소개설통보를 하였다 하더라도, 그로 인하여 영업양도·양수로 영업소에 관한 권리의무가 양수인에게 이전하는 법률효과까지 부정되는 것은 아니라 할 것인바, 만일 어떠한 공중위생영업에 대하여 그 영업을 정지할 위법사유가 있다면, 관할 행정청은 그 영업을 양도·양수되었다 하더라도 그 업소의 양수인에 대하여 영업정지처분을 할 수 있다고 봄이 상당하다(대법원 2001.6.29. 2001두1611).

③ 대법원 1995.2.24. 94누9146

④ 채석허가는 수허가자에 대하여 일반적·상대적 금지를 해제하여 줌으로써 채석행위를 자유롭게 할 수 있는 자유를 회복시켜 주는 것일 뿐 권리를 설정하는 것이 아니라 하더라도, 대물적 허가의 성질을 아울러 가지고 있는 점 등을 감안하여 보면, 수허가자가 사망한 경우 특별한 사정이 없는 한 수허가자의 상속인이 수허가자로서의 지위를 승계한다고 봄이 상당하다(대법원 2005.8.19. 9817·9824).

⑤ 대법원 2005.12.23. 2005두3554

17 행정행위의 취소와 철회에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정행위를 한 처분청은 그 행위에 하자가 있는 경우에는 별도의 법적 근거가 없더라도 스스로 이를 취소할 수 있다.
- ② 국유 일반재산 임대계약의 취소는 강학상 행정행위의 철회에 해당한다.
- ③ 부정한 수단으로 운전면허를 취득한 자에 대한 운전면허취소는 강학상 행정행위의 철회에 해당한다.
- ④ 과세관청은 과세부과처분의 취소에 당연무효가 아닌 위법사유가 있는 경우에 이를 다시 취소함으로써 원부과처분을 소생시킬 수 있다.
- ⑤ 영업허가취소처분이 행정쟁송절차에서 취소된 경우에 그 영업허가취소처분이 있는 때로부터 그에 대한 취소가 확정되기 이전까지의 영업행위는 무허가 영업에 해당한다.

정답 ①

해설 ① 행정행위의 취소는 별도의 법적 근거가 필요 없음 ⇨ 행정행위를 한 처분청은 그 행위에 하자가 있는 경우에 별도의 법적 근거가 없더라도 스스로 이를 취소할 수 있는 것이며, 다만 그 행위가 국민에게 권리나 이익을 부여하는 이른바 수익적 행정행위인 때에는 그 행위를 취소하여야 할 공익상 필요와 그 취소로 인하여 당사자가 입을 기득권과 신뢰보호 및 법률생활 안정의 침해 등 불이익을 비교교량한 후 공익상 필요가 당사자의 기득권침해

- 해 등 불이익을 정당화할 수 있을 만큼 강한 경우에 한하여 취소할 수 있다(대법원 1986.2.25, 85누664).
- ② 국유 일반재산 임대계약의 취소는 사법관계에 해당하므로 강학상 행정행위의 철회에 해당한다고 볼 수 없다.
 - ③ 부정한 수단으로 운전면허를 취득한 것은 원시적 하자에 해당하므로 운전면허취소는 강학상 행정행위의 취소에 해당한다.
 - ④ 행정행위(과세처분)의 취소처분의 위법이 중대하고 명백하여 당연무효이거나, 그 취소처분에 대하여 소원 또는 행정소송으로 다툴 수 있는 명문규정이 있는 경우는 별론, 행정행위의 취소처분의 취소에 의하여 이미 효력을 상실한 행정행위를 소생시킬 수 없고, 그러기 위하여는 원 행정행위와 동일내용의 행정행위를 다시 행할 수밖에 없다(대법원 1979.5.8, 77누61).
 - ⑤ 영업의 금지를 명한 영업허가취소처분 자체가 나중에 행정쟁송절차에 의하여 취소되었다면 그 영업허가취소처분은 그 처분시에 소급하여 효력을 잃게 되며, 그 영업허가취소처분에 복종할 의무가 원래부터 없었음이 확정되었다고 봄이 타당하고, 영업허가취소처분이 장애에 항하여서만 효력을 잃게 된다고 볼 것은 아니므로 그 영업허가취소처분 이후의 영업행위를 무허가영업이라고 볼 수는 없다(대법원 1993.6.25, 93도277).

18 공공기관의 정보공개에 관한 법률(이하 '정보공개법'이라 함)에 관한 설명으로 옳은 것은 ? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 어떠한 정보가 국가·지방자치단체 등의 사경제작용의 주체라는 지위에서 행한 사업과 관련된 정보는 공개대상정보가 될 수 없다.
- ② 공무원이 직무와 관계없이 개인적인 자격으로 간담회 연찬회 등 행사에 참석하고 금품을 수령한 정보는 정보공개법 제9조 제1항 제6호 단서에 해당하지 않아 비공개대상정보이다.
- ③ 정보공개청구대상정보가 이미 다른 사람에게 공개되어 널리 알려져 있거나 인터넷검색이나 도서관 열람 등을 통해 쉽게 알 수 있다는 사정이 있다면 비공개결정은 정당화될 수 있다.
- ④ 교도소에 수용 중이던 재소자가 담당 교도관들을 상대로 가혹행위를 이유로 형사고소 및 민사소송을 제기하면서 그 증명자료의 확보를 위해 정보공개를 요청한 '근무보고서'는 비공개대상정보이다.
- ⑤ 정보공개법 제9조 제1항 제1호에서 '다른 법률 또는 법률에서 위임한 명령에 따라 비밀이나 비공개 사항으로 규정된 정보'를 비공개대상정보로 규정하고 있는데 여기서, '법령에서 위임한 명령'이란 법규 명령은 물론 행정규칙을 포함한다.

- 정답 ②**
- 해설** ① 공공기관이 사경제의 주체라는 지위에서 행한 사업과 관련된 정보도 정보공개법이 적용됨 ⇨ 대한주택공사의 아파트 분양원가 산출내역에 관한 정보는, 그 공개로 위 공사의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 볼 수 없어 구 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제7조 제1항 제7호에서 정한 비공개대상정보에 해당하지 않는다(대법원 2007.6.1, 2006두20587).
- ② 행사참석자정보 중 공무원이 직무와 관련하여 행사에 참석한 경우의 정보는 '공개하는 것이 공익을 위하여 필요하다고 인정되는 정보'에 해당한다고 인정된다 하더라도, 위 공무원의 주민등록번호와 공무원이 직무와 관련 없이 개인적인 자격 등으로 행사에 참석한 경우의 정보는 그 공무원의 사생활 보호라는 관점에서 보더라도 위와 같은 정보가 공개되는 것은 바람직하지 않으며 위 정보의 비공개에 의하여 보호되는 이익보다 공개에 의하여 보호되는 이익이 우월하다고 할 수도 없으므로 이는 '공개하는 것이 공익을 위하여 필요하다고 인정되는 정보'에 해당하지 않는다고 봄이 상당하다(대법원 2004.8.20, 2003두8302).
- ③ 공개청구의 대상이 되는 정보가 이미 다른 사람에게 공개되어 널리 알려져 있거나 인터넷 등을 통하여 공개되어 인터넷검색 등을 통하여 쉽게 알 수 있다는 사정만으로는 소의 이익이 없다거나 비공개결정이 정당화될 수 없다(대법원 2010.12.23, 2008두13101).
- ④ 재소자가 교도관의 가혹행위를 이유로 형사고소 및 민사소송을 제기하면서 그 증명자료 확보를 위해 '근무보고서'와 '징벌위원회 회의록' 등의 정보공개를 요청하였으나 교도소장이 이를 거부한 사안에서, 근무보고서는 소란의 경위 및 상황을 담당 교도관 입장에서 객관적으로 서술한 것에 불과하여 그 공개가 교정 업무의 수행에 어떠한 현실적인 장애를 초래하는 것이라고 보기도 어려운 점 등을 이유로 비공개대상정보에 해당한다고 볼 수 없고, 징벌위원회 회의록 중 비공개 심사·의결 부분은 비공개사유에 해당하지만 징벌절차 진행 부분은 비공개사유에 해당하지 않는다(대법원 2009.12.10, 2009두12785).
- ⑤ 법률에 의한 명령은 법률의 위임과정에 의하여 제정된 대통령령, 총리령, 부령 전부를 의미한다기보다는 법률의

구체적인 위임 아래 제정된 법규명령을 의미한다(대법원 2003.12.11., 2003두8395). 따라서 행정규칙은 제외된다.

19 행정절차법 에 따른 처분절차에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공무원 인사관계 법령에 의한 처분에 관한 사항 전부에 대해 행정절차법의 적용이 배제되는 것은 아니다.
- ② 물적 일반처분으로서 도로구역변경결정은 도로법에 따른 절차(고시·열람)와는 별개로 행정절차법상 사전통지나 의견청취의 대상이 되는 처분은 아니다.
- ③ 군인사법령에 의하여 진급예정자명단에 포함된 자에 대하여 수사과정 및 징계과정에서 비위행위에 대한 충분한 해명기회를 가졌더라도 진급선발을 취소하는 처분을 함에 있어서 행정절차법상 사전통지 의견진술의 기회를 부여하여야 한다.
- ④ 거부처분을 함에 있어서 당사자가 그 근거를 알 수 있을 정도로 상당한 이유를 제시한 경우에는 당해 처분의 근거 및 이유를 구체적 조항 및 내용까지 명시하지 않았다고 하여 그 처분이 위법한 것은 아니다.
- ⑤ 절차상 또는 형식상 하자로 무효인 행정처분에 대하여 행정청이 적법한 절차 또는 형식을 갖추어 동일한 행정처분을 한 경우 종전의 무효인 행정처분에 대하여 무효확인을 구할 법률상 이익이 있다.

정답 ⑤

해설 ① 행정절차법 제3조 제2항 제9호의 규정 내용 등에 비추어 보면, 공무원 인사관계 법령에 의한 처분에 관한 사항 전부에 대하여 행정절차법의 적용이 배제되는 것이 아니라 **성질상 행정절차를 거치지 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 처분이나 행정절차에 준하는 절차를 거치도록 하고 있는 처분의 경우에만 행정절차법의 적용이 배제된다**(대법원 2007.9.21, 2006두20631).

② 행정절차법 제2조 제4호가 행정절차법의 당사자를 행정청의 처분에 대하여 직접 그 상대가 되는 당사자로 규정하고, 도로법 제25조 제3항이 도로구역을 결정하거나 변경할 경우 이를 고시에 의하도록 하면서, 그 도면을 일반인이 열람할 수 있도록 한 점 등을 종합하여 보면, 도로구역을 변경한 이 사건 처분은 행정절차법 제21조 제1항의 사전통지나 제22조 제3항의 의견청취의 대상이 되는 처분은 아니라고 할 것이다(대법원 2008.6.12, 2007두1767).

③ 군인사법령에 의하여 진급예정자명단에 포함된 자에 대하여 의견제출의 기회를 부여하지 아니한 채 진급선발을 취소하는 처분을 한 것이 절차상 하자가 있어 위법하다(대법원 2007.9.21, 2006두20631).

④ 일반적으로 당사자가 근거규정 등을 명시하여 신청하는 인·허가 등을 거부하는 처분을 함에 있어 당사자가 그 근거를 알 수 있을 정도로 **상당한 이유를 제시한 경우에는 당해 처분의 근거 및 이유를 구체적 조항 및 내용까지 명시하지 않았더라도 그로 말미암아 그 처분이 위법한 것이 된다고 할 수 없다**. 행정청이 토지형질변경허가신청을 불허하는 근거규정으로 ‘도시계획법시행령 제20조’를 명시하지 아니하고 ‘도시계획법’이라고만 기재하였으나, 신청인이 자신의 신청이 개발제한구역의 지정목적에 현저히 지장을 초래하는 것이라는 이유로 구 도시계획법시행령 제20조 제1항 제2호에 따라 불허된 것임을 알 수 있었던 경우 그 불허처분이 위법하지 아니하다(대법원 2002.5.17, 2000두8912).

⑤ 절차상 또는 형식상 하자로 무효인 행정처분에 대하여 행정청이 적법한 절차 또는 형식을 갖추어 다시 동일한 행정처분을 하였다면, 종전의 무효인 행정처분에 대한 무효확인 청구는 과거의 법률관계의 효력을 다투는 것에 불과하므로 무효확인을 구할 법률상 이익이 없다(대법원 2010.4.29. 2009두16879).

20 행정의 실효성 확보수단에 관한 설명으로 옳지 않은 것은 ? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 의무위반자의 명단공표는 법에 근거가 있는 경우에 한하여 가능하다.
- ② 독점규제 및 공정거래에 관한 법률상의 시정명령은 과거의 위반행위는 물론 가까운 장래에 반복될 우려가 있는 위반행위에 대해서도 할 수 있다 .
- ③ 건축법상 위법건축물이라고 하여 해당 건축물을 이용한 영업허가를 제한하는 것은 부당결부금지원칙에 반한다.

- ④ 지방자치단체의 장에 의한 수도의 공급거부는 항고소송의 대상이 된다.
- ⑤ 영업정지처분에 갈음하는 과징금을 부과할 것인지 아니면 영업정지처분을 내릴 것인지는 통상 행정의 재량에 속한다.

정답 ③

해설 ① 다수설은 명단공표는 명예나 신용 등에 사실상 심각한 불이익을 초래하게 된다는 점에서 원칙적으로 법적 근거가 필요하다는 입장이다.

② 대법원 2010. 11. 25., 선고, 2008두23177

③ 건축법 제79조 제1항과 2항은 “허가권자는 이 법 또는 이 법에 따른 명령이나 처분에 위반되는 대지나 건축물에 대하여 이 법에 따른 허가 또는 승인을 취소하거나 그 건축물의 건축주·공사시공자·현장관리인·소유자·관리자 또는 점유자에게 공사의 중지를 명하거나 상당한 기간을 정하여 그 건축물의 철거·개축·증축·수선·용도변경·사용금지·사용제한, 그 밖에 필요한 조치를 명할 수 있다. 허가권자는 제1항에 따라 허가나 승인이 취소된 건축물 또는 제1항에 따른 시정명령을 받고 이행하지 아니한 건축물에 대하여는 다른 법령에 따른 영업이나 그 밖의 행위를 허가·면허·인가·등록·지정 등을 하지 아니하도록 요청할 수 있다.”고 하여 건축법상 위법인 건축물을 이용한 영업허가를 제한하고 있다. 따라서 부당결부금지원칙에 반하지 않는다. 다만 건축법상 부당결부금지원칙에 위반되는 것은 건축법위반을 이유로 단전·단수, 가스공급거부를 요청하는 경우이다.

④ 종로구청장이 한 단수처분은 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대법원 1979.12.28, 79누218).

⑤ 변형된 과징금은 영업정지 등에 갈음하여 부과하는 것이다. 따라서 동일한 위반사유에 대하여 과징금과 영업정지를 병과할 수는 없다. 다만, 과징금을 부과할 것인지 영업정지처분을 할 것인지는 보통 행정청의 재량이다(대법원 2006.5.12, 2004두12315).

21 행정법상 권한행사의 방식에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 권한의 위임은 권한의 법적 귀속을 변경하는 것이므로 법률이 위임을 허용하는 경우에 한하여 인정된다.
- ② 행정소송의 수행과 관련해 권한의 위임의 경우 위임기관이 행정소송의 피고가 되며 내부위임의 경우에도 수임자가 자신의 명의로 처분을 하였더라도 수임기관이 아닌 위임기관이 행정소송의 피고가 된다.
- ③ 전결(專決)은 처분권자인 행정관청의 권한을 그의 보조기관이나 하급관청으로 하여금 사실상 행사하게 하는 것으로서 법률이 위임을 허용하지 않는 경우에도 인정된다.
- ④ 도로의 유지·관리에 관한 상위 지방자치단체의 행정권한이 행정권한 위임조례에 의하여 하위 지방자치단체에 위임되었다면 위임관청은 사무처리의 권한을 잃게 된다.
- ⑤ 행정기관의 장은 업무의 내용에 따라 보조기관 또는 보좌기관이나 해당 업무를 담당하는 공무원으로 하여금 위임전결하게 할 수 있으며, 그 위임전결 사항은 해당 기관의 장이 훈령이나 지방자치단체의 규칙으로 정한다.

정답 ②

해설 ① 권한의 위임이 있는 경우 그 권한은 위임의 범위 내에서 수임기관의 권한으로 되는 것이므로, 권한의 위임에는 이를 허용하는 법적 근거가 있어야 한다. 판례는 개별법상 근거 없이도 일반적 근거규정을 통하여 권한의 위임 및 재위임이 가능하다고 보고 있다(대판 1990.2.27, 89누5287).

② 행정소송에서 위임의 경우 수임기관이 행정소송의 피고가 되며 내부위임의 경우에는 위임기관이 행정소송의 피고가 된다. 다만 수임자가 자신의 명의로 처분을 하였다면 정당한 권한자가 아니라 실제로 처분을 행한 수임기관이 피고가 된다는 것이 판례의 입장이다.

③ 전결과 같은 행정권한의 내부위임은 법령상 처분권자인 행정관청이 내부적인 사무처리의 편의를 도모하기 위하여 그의 보조기관 또는 하급 행정관청으로 하여금 그의 권한을 사실상 행사하게 하는 것으로서 법률이 위임을 허용하지 않는 경우에도 인정되는 것이므로, 설사 행정관청 내부의 사무처리규정에 불과한 전결규정에 위반하여 원래의 전결권자 아닌 보조기관 등이 처분권자인 행정관청의 이름으로 행정처분을 하였다고 하더라도 그 처분이 권한 없는 자에 의하여 행하여진 무효의 처분이라고는 할 수 없다(대법원 1998.2.27, 97누1105).

④ 도로의 유지·관리에 관한 상위 지방자치단체의 행정권한이 행정권한 위임조례에 의하여 하위 지방자치단체장에게

위임되었다면 그것은 기관위임이지 단순한 내부위임이 아니고 권한을 위임받은 하위 지방자치단체장은 도로의 관리권이 되며 위임 관청은 사무처리의 권한을 잃는다(대법원 1996.11.8. 96다21331).

⑤ 행정 효율과 협업 촉진에 관한 규정 제10조 제2항

22 공무원관계의 변경·소멸에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 동일한 사유로 직위해제처분이 있을 후 다시 해임처분을 하여도 일사부재리의 원칙에 반하지 않는다.
- ② 직위해제처분에 대해 소정기간 내에 소청심사청구나 행정소송을 제기하지 않은 상황에서 그 후에, 직권면직처분에 대한 행정소송에서 직위해제처분의 취소사유를 들어 다시 위법을 주장할 수 없다.
- ③ 공무원이 한 사직의 의사표시는 그에 터잡은 의원면직처분이 있을 때까지는 원칙적으로 이를 철회할 수 있다 다만, 의원면직처분이 있기 전이라도 사직의 의사표시를 철회하는 것이 신의칙에 반한다고 인정되는 특별한 사정이 있다면 그 철회는 허용되지 아니한다.
- ④ 사인의 공법행위인 공무원의 사직의 의사표시에는 그 법률관계의 특수성도 있지만 개인의 자유로운 의사결정을 존중하여야 하므로 민법 제107조의 비진의 의사표시에 관한 규정이 준용된다.
- ⑤ 징계면직이란 공무원이 공무원법상 요구되는 의무를 위반한 때, 그에 대하여 가해지는 제재로서의 징계처분에 의한 파면과 해임을 의미한다.

정답 ④

해설 ① 직위해제처분은 공무원에 대하여 불이익한 처분이긴 하나 징계처분과 같은 성질의 처분이라고는 볼 수 없으므로 동일한 사유에 대한 직위해제처분이 있을 후 다시 해임처분이 있었다 하여 일사부재리의 법리에 어긋난다고 할 수 없다(대법원 1984.2.28, 83누489).

② 직위해제처분과 면직처분은 하자가 승계되지 않음 ⇨ 직위해제처분과 면직처분은 후자가 전자의 처분을 전제로 하는 것이기는 하나, 각각 단계적으로 별개의 법률효과를 발생하는 행정처분이어서 선행 직위해제처분의 위법사유가 면직처분에는 승계되지 아니한다 할 것이므로, 선행된 직위해제처분의 위법사유를 들어 면직처분의 효력을 다툴 수는 없다 할 것이다(대법원 1984.9.11, 84누191).

③ 대법원 1993.7.27, 92누16942

④ 여군 하사관이 지시에 따라 복무연장지원서와 전역지원서를 함께 제출한 경우 전역지원서의 의사표시는 조건부 의사표시이므로 진의 아닌 의사표시 무효에 관한 법리를 선언한 민법 제107조 제1항 단서의 규정은 사인의 공법행위에는 적용되지 않는다 할 것이므로 그 표시된 대로 유효한 것으로 보아야 한다(대법원 1994.1.11, 93누10057).

⑤ 징계면직은 징계에 의해 공무원관계를 소멸시키는 처분이다. 징계면직에는 파면과 해임의 두 가지 있으며, 징계면직은 징계위원회의 의결이 필요하다.

23 지방자치단체의 구역에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공유수면 관리 및 매립에 관한 법률에 따른 매립지가 속할 지방자치단체는 행정안전부장관이 결정한다.
- ② 헌법재판소는 현재 국가기본도상의 해상경계선을 공유수면에 대한 불문법상의 해상경계선으로 인정하고 있다.
- ③ 지방자치단체의 구역을 바꿀 때에는 법률로 정하되, 관할 구역의 경계변경은 대통령령으로 정한다.
- ④ 지방자치법 조항에 따라 지방자치단체를 폐지하거나 설치할 때에 주민투표법상의 주민투표를 한 경우라면 관계된 지방자치단체의 의회의 의견을 듣지 않을 수 있다.
- ⑤ 지방자치단체를 나누거나 합하여 새로운 지방자치단체가 설치되거나 지방자치단체의 격이 변경되면 그 지방자치단체의 장은 필요한 사항에 관하여 새로운 조례나 규칙이 제정 시행될 때까지 종래 그 지역에 시행되던 조례나 규칙을 계속 시행할 수 있다.

정답 ②

해설 ①③④

- ▶ 지방자치법 제4조(지방자치단체의 명칭과 구역)
- ① 지방자치단체의 명칭과 구역은 종전과 같이 하고, 명칭과 구역을 바꾸거나 지방자치단체를 폐지하거나 설치하거나 나누거나 합칠 때에는 법률로 정한다. 다만, 지방자치단체의 관할 구역 경계변경과 한자 명칭의 변경은 대통령령으로 정한다.
 - ② 제1항에 따라 지방자치단체를 폐지하거나 설치하거나 나누거나 합칠 때 또는 그 명칭이나 구역을 변경할 때에는 관계 지방자치단체의 의회의 의견을 들어야 한다. 다만, 「주민투표법」 제8조에 따라 주민투표를 한 경우에는 그러하지 아니하다.
 - ③ 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 지역이 속할 지방자치단체는 제4항부터 제7항까지의 규정에 따라 행정안전부장관이 결정한다.
 1. 「공유수면 관리 및 매립에 관한 법률」에 따른 매립지
 2. 「공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률」 제2조 제19호의 지적공부에 등록이 누락되어 있는 토지
 - ② 국가기본도상의 해상경계선은 국토지리정보원이 국가기본도상 도서 등의 소속을 명시할 필요가 있는 경우 해당 행정구역과 관련하여 표시한 선으로서, 여러 도서 사이의 적당한 위치에 각 소속이 인지될 수 있도록 실지측량 없이 표시한 것에 불과하므로, 이 해상경계선을 공유수면에 대한 불법법상 행정구역에 경계로 인정해 온 종전의 결정은 이 결정의 견해와 저촉되는 범위 내에서 이를 변경하기로 한다(헌재 2015.7.30. 2010헌라2).
 - ⑤ 지방자치법 제25조

24 주민투표에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 주민투표권은 헌법이 아니라 법률이 보장하는 참정권으로서 기본권 또는 헌법상 제도적으로 보장되는 주관적 공권으로 볼 수 없다.
- ② 지방자치법 규정에 따라 지방자치단체의 장은 어떠한 사항이나 모두 주민투표에 붙일 수 있는 것은 아니고 그 대상이 한정되어 있다.
- ③ 주민투표의 효력은 행정쟁송의 대상이 되지 않으며 이에 대한 이의가 있는 경우 헌법재판소에 권한쟁의심판을 제기하여야 한다.
- ④ 서울특별시의 주민투표사무는 주민투표법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 서울특별시 선거관리위원회가 관리한다.
- ⑤ 출입국관리 관계 법령에 따라 국내에 계속 거주할 수 있는 자격을 갖춘 외국인으로서 조례로 정한 사람은 주민투표권이 있다.

정답 ③

- 해설** ① 주민투표권은 법률이 보장하는 참정권이지, 헌법이 보장하는 참정권이라고 할 수는 없음 ⇨ 우리 헌법은 법률이 정하는 바에 따른 '선거권'과 '공무담임권' 및 국가안위에 관한 중요정책과 헌법개정에 대한 '국민투표권'만을 헌법상의 참정권으로 보장하고 있으므로, 지방자치법 제13조의2에서 규정한 주민투표권은 그 성질상 선거권, 공무담임권, 국민투표권과 전혀 다른 것이어서 이를 법률이 보장하는 참정권이라고 할 수 있을지언정 헌법이 보장하는 참정권이라고 할 수는 없다(헌재 2001.6.28. 2000헌마735).
- ② 지방자치단체의 장은 주민에게 과도한 부담을 주거나 중대한 영향을 미치는 지방자치단체의 주요 결정사항 등에 대하여 주민투표에 부칠 수 있다(지방자치법 제14조).
 - ③ 주민투표의 효력에 관하여 이의가 있는 주민투표권자는 주민투표권자 총수의 100분의 1 이상의 서명으로 제24조 제3항의 규정에 의하여 주민투표결과가 공표된 날부터 14일 이내에 관할선거관리위원회 위원장을 피소청인으로 하여 시·군 및 자치구에 있어서는 특별시·광역시·도 선거관리위원회에, 특별시·광역시 및 도에 있어서는 중앙선거관리위원회에 소청할 수 있다(주민투표법 제25 제1항). 제1항의 소청에 대한 결정에 관하여 불복이 있는 소청인은 관할선거관리위원회위원장을 피고로 하여 그 결정서를 받은 날(결정서를 받지 못한 때에는 결정기간이 종료된 날을 말한다)부터 10일 이내에 특별시·광역시 및 도에 있어서는 대법원에, 시·군 및 자치구에 있어서는 관할 고등법원에 소를 제기할 수 있다(주민투표법 제25 제2항).
 - ④ 주민투표사무는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 특별시·광역시 또는 도에 있어서는 특별시·광역시·도 선거관리위원회가, 자치구·시 또는 군에 있어서는 구·시·군 선거관리위원회가 관리한다(주민투표법 제3조 제1항).
 - ⑤ 주민투표법 제5조 제1항 제2호

25 경찰책임의 원칙에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 경찰책임은 그 위해의 발생에 대한 고의과실, 위법성의 유무, 위험에 대한 인식여부 등을 묻지 않는다.
- ② 경찰책임이 없는 제3자에 대해 경찰권 발동으로 제3자가 특별한 손해를 입은 경우 손실보상을 해주어야 하는데 경찰관직무집행법상 손실보상의 소멸시효는 손실이 있음을 안 날부터 5년 손실이 발생한 날부터 10년이다
- ③ 행위책임과 상태책임이 경합하는 경우에는 우선적으로 행위책임자에 대하여 경찰권이 발동 될 수 있고 동일인이 복합적인 책임을 지는 경우에는, 하나의 책임을 지는 자보다는 복합적 책임을 지는 자가 우선적으로 경찰권 발동의 대상이 될 수 있다.
- ④ 경찰권은 원칙적으로 경찰책임자에게 발동되어야 하지만, 예외적으로 긴급한 경우에는 경찰책임이 없는 제3자(비책임자)에 대해서도 발동할 수 있다.
- ⑤ 휴대폰 가게 내의 TV에서 방영되는 월드컵 축구 시합을 보려고 모여든 군중이 도로의 통행을 방해한 경우, 군중에게 경찰책임이 귀속된다.

정답 ②

해설 ① 경찰책임의 원칙이란 경찰권은 원칙적으로 질서위반의 상태에 대하여 책임이 있는 경찰책임자에 대하여 행사되어야 하며, 고의과실, 위법성의 유무, 위험에 대한 인식여부 등을 묻지 않고 책임을 진다.

② 경찰관직무집행법상 손실보상을 청구할 수 있는 권리는 **손실이 있음을 안 날부터 3년, 손실이 발생한 날부터 5년** 간 행사하지 아니하면 시효의 완성으로 소멸한다(경찰관직무집행법 제11조의2).

③ **행위책임과 상태책임의 경합(예 : 甲이 乙의 자동차를 절도하여 운행 중 도로에 차량을 방치한 경우)하는 경우 일반적으로 행위책임이 우선한다.** 즉, 차량을 방치한 행위책임자 甲이 경찰책임을 진다. 다만, 甲이 경찰책임을 질 수 없는 특수한 상황이 발생한 경우에는 소유자 乙이 경찰책임을 지는 경우도 있다. 그리고 동일인이 복합적인 책임을 지는 경우에는, 하나의 책임을 지는 자보다는 **복합적 책임을 지는 자가 우선적으로 경찰권 발동의 대상**이 될 수 있다(박균성 행정법 430면).

④ 경찰권은 경찰책임자에게만 발동될 수 있는 것이 원칙이다(경찰책임의 원칙). 그러나 예외적으로 긴급할 필요가 있는 경우에는 경찰은 경찰책임이 없는 자, 즉 제3자에게도 경찰권을 발동할 수 있다. 이러한 경찰의 권한을 경찰긴급권이라고 한다. 이는 법령상의 근거를 바탕으로 긴급한 필요에 따라 발동되어야 한다. 예컨대, 화재현장에 있는 자에 대한 소화중사명령, 수난구호를 위한 징용 등이 있다. 제3자에 대한 경찰권의 발동의 요건으로는 ㉠ 위험이 급박할 것 ㉡ 제1차적 경찰책임자에 대한 경찰권 발동으로는 목적을 달성할 수 없을 것 ㉢ 다른 방법을 통한 위험방지가 불가능한 것 ㉣ 제3자의 생명이나 건강을 해치지 않을 것 ㉤ 제3자의 본래의 급박한 업무를 방해하는 것이 아닐 것 ㉥ 경찰발동의 대상이 된 제3자가 입은 손실에 대한 보상이 행해질 것 등이다.

⑤ 행위책임은 사람의 행위, 즉 작위와 부작위를 매개로 하여 경찰위반상태가 발생한 경우에 그에 대하여 지는 책임을 말한다. 행위책임은 직접적 원인제공자(예 : 화가의 그림을 보기 위하여 모인 군중이 도로통행에 장애를 야기한 경우의 군중)가 경찰책임을 지고 간접적 원인을 제공하는 자(예 : 그림을 그리는 화가)의 경우에는 경찰책임을 지지 않는다. 휴대폰 가게 내의 TV에서 방영되는 월드컵 축구 시합을 보려고 모여든 군중이 도로의 통행을 방해한 경우, **군중이 도로통행을 방해한 직접적 원인제공자**이므로 군중에게 경찰책임이 귀속된다.