

2020년 소방간부후보생 행정법

• 해설 : 이승철

01 행정행위와 행정계약에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

2020 소방간부

- ① 도시계획사업의 시행자가 그 사업에 필요한 토지를 협의취득하는 행위는 사경제주체로서 행하는 사법상의 법률행위에 지나지 않는다.
- ② 구 「학교시설사업 촉진법」상 학교시설사업을 시행하고자 하는 자는 그 시행지에 포함된 토지에 대하여 시행계획의 승인이나 그 변경승인에서 정한 사업시행기간 내에 이를 매수하거나 수용재결의 신청을 하여야 하고, 그 시행기간 내 그 중 일부 토지에 대한 취득이 이루어지지 아니하면 그 일부 토지에 대한 시행계획 승인 등이 장래에 향하여 효력을 상실한다.
- ③ 읍·면장에 의한 이장의 임명 및 면직은 행정처분이다.
- ④ 수익적 행정행위에 철회원인이 있는 경우에 행정청은 자유로이 철회권을 행사할 수 없고, 철회에 일정한 제한이 있다.
- ⑤ 지방전문직 공무원 채용계약 해지의 의사표시에 대하여는 대등한 당사자 간의 소송형식인 공법상 당사자소송으로 그 의사표시의 무효확인을 청구할 수 있다.

해설

- ① (○) 도시계획사업의 시행자가 그 사업에 필요한 토지를 협의취득하는 행위는 사경제 주체로서 행하는 사법상의 법률행위에 지나지 않으며 공권력의 주체로서 우월한 지위에서 행하는 공법상의 행정처분이 아니므로 행정소송의 대상이 되지 않는다(대판 1992.10.27. 91누3871).
- ② (○) 학교시설사업 시행자가 시행계획의 승인이나 그 변경승인에서 정한 사업시행기간 내에 그 시행지에 포함된 토지 중 일부를 취득하지 아니한 경우, 그 일부 토지에 대한 시행계획의 승인이나 그 변경승인은 실효됨 : 구 학교시설사업촉진법 제4조 제1항은 학교시설사업을 시행하고자 하는 자(이하 '사업시행자'라고 한다)는 학교시설사업 시행계획(이하 '시행계획'이라 한다)을 작성하여 감독기관의 승인을 얻어야 하고 시행계획을 변경하고자 하는 경우에도 같다고 규정하고 있고, 같은 법 제10조 제1항은 사업시행자는 학교시설사업을 위하여 그 시행지 안의 특정의 토지 등을 수용 또는 사용할 수 있고, 제2항은 이러한 수용 또는 사용에 관하여는 같은 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 토지수용법을 적용하며, 제3항 전단은 토지수용법을 적용함에 있어서 시행계획의 승인은 토지수용법 제14조의 규정에 의한 사업인정으로 본다 고 규정하고 있으며, 한편 토지수용법 제17조는 기업자가 사업인정의 고시가 있는 날부터 1년 이내에 같은 법 제25조 제2항의 규정에 의한 재결신청을 하지 아니한 때에는 사업인정은 그 기간만료일의 익일부터 그 효력을 상실한다고 규정하고 있는데, 구 학교시설사업촉진법(1995. 1. 5. 법률 제4881호로 개정되기 전의 것) 제10조 제3항 후단은 재결신청은 토지수용법 제17조 및 제25조 제2항의 규정에 불구하고 시행계획을 승인함에 있어서 정한 학교시설사업의 시행기간 내에 하여야 한다고 규정하고 있는바, 사업시행자는 그 시행지에 포함된 토지에 대하여 시행계획의 승인이나 그 변경승인에서 정한 사업시행기간 내에 이를 매수하거나 수용재결의 신청을 하여야 하고, 그 시행기간 내에 그 중 일부 토지에 대한 취득이 이루어지지 아니하면 그 일부 토지에 대한 시행계획의 승인이나 그 변경승인은 장래에 향하여 그 효력을 상실한다 할 것이고, 이는 강학상의 이른바 '실효'에 해당하는 것이다(대판 2001.11.13. 2000두1706).
- ③ (×) 이장이 공무원으로서의 지위를 갖는 것은 아니나 지방계약직 공무원과 그 지위에서 유사할 뿐만 아니라 이장의 면직사유에 관한 규정은 지방계약직 공무원에 대한 채용계약 해지사유를 정한 지방계약직공무원규정과 유사한 점 등을 종합하면, 읍·면장의 이장에 대한 직권면직행위는 행정청으로서 공권력을 행사하여 행하는 행정처분이 아니라 서로 대등한 지위에서 이루어진 공법상 계약에 따라 그 계약을 해지하는 의사표시로 봄이 상당하다(대판 2012.10.25. 2010두18963).
- ④ (○) 부담적 행정행위의 경우와는 달리, 수익적 행정행위에 철회원인이 있는 경우에 행정청은 철회원인이 있다는 것만으로 자유로이 철회권을 행사할 수는 없고, 중대한 공익상의 필요 또는 제3자의 이익보호의 필요가 있는 때에 한하여 상대방이 받는 불이익과 비교교량하여 결정하여야 한다.
- ⑤ (○) 현행 실정법이 지방전문직공무원 채용계약 해지의 의사표시를 일반공무원에 대한 징계처분과는 달리 항고소송의 대상이 되는 처분 등의 성격을 가진 것으로 인정하지 아니하고, 지방전문직공무원규정 제7조 각호의 1에 해당하는 사유가 있을 때 지방자치단체가 채용계약관계의 한쪽 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시로 취급하고 있는 것으로 이해되므로, 지방전문직공무원 채용계약 해지의 의사표시에 대하여는 대등한 당사자간의 소송형식인 공법상 당사자소송으로 그 의사표시의 무효확인을 청구할 수 있다(대판 1993.09.14. 92누4611).

답 ③

02 행정지도에 관한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

2020 소방간부

- ① 행정지도는 비권력적 사실행위이므로 당해 행정기관이 소관사무의 범위를 벗어나는 경우에도 허용된다.
- ② 행정지도는 처분이 아니므로 행정지도의 상대방은 해당 행정지도에 관하여 행정기관에 의견제출을 할 수 없다.
- ③ 구 재무부(현 기획재정부)의 주거래은행에 대한 행정지도(매각권유의 지시)가 위험이라면, 주거래 은행의 권유로 매각조건에 관한 오랜 협상을 통해 주식 매매계약이 성립되었다고 하더라도 구 재무부(현 기획재정부)의 행정지도는 강박이 되고 당해 주식 매매계약은 무효이다.
- ④ 행정지도는 항고소송이나 헌법소원의 대상이 되지 않는다.
- ⑤ 행정지도는 그 한계를 일탈하지 아니하였다면 그로 인하여 상대방에게 어떤 손해가 발생하였다 하더라도 행정기관은 그에 대한 손해배상책임이 없다.

해설

- ① (×) 행정지도라 함은 행정기관이 그 소관사무의 범위 안에서 일정한 행정목적 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 지도·권고·조언 등을 하는 행정작용이다.
- ② (×) 행정절차법 제50조(의견제출) 행정지도의 상대방은 해당 행정지도의 방식·내용 등에 관하여 행정기관에 의견제출을 할 수 있다.
- ③ (×) 재무부의 주거래은행에 대한 행정지도가 위험이더라도, 주거래은행의 권유로 매각조건에 관한 오랜 협상을 통해 주식 매매계약이 성립된 이상, 재무부의 행정지도가 강박이 될 수 없음 : 부실기업의 정리에 관한 재무부의 행정지도(매각권유의 지시)가 비록 위험적이라 하더라도, 그 지시가 매매 당사자인 부실기업의 대표이사에게 대하여 행하여진 것이 아니라 채권자인 주거래은행에 대하여 행하여졌고 그 후 주거래은행이 그 지시를 받아들여

부실기업의 대표이사와의 사이에 상당히 오랜 시간 동안 여러 차례에 걸쳐 그 매각 조건에 관한 협상을 하고 그 과정에서 그 대표이사는 고문변호사의 조언까지 받아 그 매각 조건에 관한 타협이 이루어져 주식 매매계약이 성사된 경우, 재무부족의 행정지도가 그 대표이사에 대한 강박이 될 수 없고 재무부당국자가 그 대표이사에 대한 강박의 주체가 될 수도 없다(대판 1996.4.26. 94다34432)

- ④ (×) 행정지도는 비권력적 사실행위이므로 처분성이 부정되므로 항고소송을 통한 구제는 곤란하다. 그러나 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 상당히 강하게 갖는 경우 행정지도도 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사로 볼 수 있다.
- 행정지도는 행정주체가 일정한 행정목적 실현하기 위하여 사인 등 상대방에 대하여 권고·조언 등의 방법으로 일정한 행위를 하거나 하지 않도록 유도하는 비권력적 사실행위로서, 그 자체로 일정한 법적 효과의 발생을 목적으로 하지 않고, 다만 상대방의 임의적인 협력을 통하여 사실상의 효과를 발생시키는 것에 불과하므로, 원칙적으로 헌법소원의 대상으로서의 공권력행사가 인정되지 않는다. 그러나 행정지도라고 하더라도 일정한 불이익조치를 예정하고 있는 경우에는 사실상 상대방에게 그에 따를 의무를 부과하는 것과 다를 바 없어, 행정지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 상당히 강하게 가지게 되므로, 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라고 봄이 타당하다. 교육인적자원부장관의 대학총장들에 대한 이 사건 학칙시정요구는 고등교육법 6조 2항, 동법시행령 4조 3항에 따른 것으로서 그 법적 성격은 대학총장의 임의적인 협력을 통하여 사실상의 효과를 발생시키는 행정지도의 일종이지만, 그에 따르지 않을 경우 일정한 불이익조치를 예정하고 있어 사실상 상대방에게 그에 따를 의무를 부과하는 것과 다를 바 없으므로 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 상당히 강하게 갖는 것으로서 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라고 볼 수 있다(헌재결 2003.6.26. 2002헌마337, 2003헌마7·8).
- ⑤ (○) 행정지도가 강제성을 띠지 않은 비권력적 작용으로서 행정지도의 한계를 일탈하지 아니하였다면, 그로 인하여 상대방에게 어떤 손해가 발생하였다 하더라도 행정기관은 그에 대한 손해배상책임이 없다(대판 2008.9.25. 2006다18228).

답 ⑤

03 사인의 공법행위에 관한 다음 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

2020 소방간부

- ㉠ 공무원의 사직 의사표시는 그에 따른 면직처분 전까지 철회할 수 없다.
 ㉡ 납골당설치신고는 수리를 요하는 신고이므로 신고필증의 교부가 필요하다.
 ㉢ 주민등록 전입신고를 받은 시장, 군수 또는 구청장의 심사대상은 전입신고자가 30일 이상 생활의 근거로 거주할 목적으로 거주지를 옮기는지 여부만으로 제한된다고 보아야 한다.
 ㉣ 행정관청에 적법하게 건축주의 명의변경을 신고하더라도 행정관청은 그 신고의 수리를 거부할 수 있다.
 ㉤ 구 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」 제 18조에 의한 체육시설의 이용료 또는 관람료 변경신고는 행정청의 수리를 요하지 않는다.

① ㉠, ㉡

② ㉢, ㉣

③ ㉢, ㉤

④ ㉠, ㉡

⑤ ㉡, ㉤

해설

- ① (×) 공무원이 한 사직 의사표시의 철회나 취소는 그에 터잡은 의원면직처분이 있을 때까지 할 수 있는 것이고, 일단 면직처분이 있고 난 이후에는 철회나 취소할 여지가 없다(대판 2001.8.24. 99두9971).
- ② (×) 구 「장사 등에 관한 법률」(장사법) 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).
- ③ (○) **시장·군수 또는 구청장의 주민등록전입신고 수리 여부에 관한 심사는 주민등록법의 입법 목적의 범위 내에서 제한적으로 이뤄져야 함 : 전입신고를 받은 시장·군수 또는 구청장의 심사 대상은 전입신고자가 30일 이상 생활의 근거로 거주할 목적으로 거주지를 옮기는지 여부만으로 제한된다고 보아야 한다.** 따라서 전입신고자가 거주 목적 이외에 다른 이해관계에 관한 의도를 가지고 있는지 여부, 무허가 건축물의 관리, 전입신고를 수리함으로써 당해 지방자치단체에 미치는 영향 등과 같은 사유는 주민등록법이 아닌 다른 법률에 의하여 규율되어야 하고, 주민등록전입신고의 수리 여부를 심사하는 단계에서는 고려 대상이 될 수 없다(대판 2009.6.18. 2008두10997)
- ④ (×) 건축주 명의변경신고는 수리를 요하는 신고이며, 형식적 요건을 갖춘 적법한 신고는 수리해야 하며, 형식적 요건을 못 갖춘 부적법한 신고시 수리 거부 가능.
- 건축주명의변경신고에 관한 건축법 시행규칙 제3조의2의 규정은 단순히 행정관청의 사무집행의 편의를 위한 것에 지나지 않는 것이 아니라, 허가대상건축물의 양수인에게 건축주의 명의변경을 신고할 수 있는 공법상의 권리를 인정함과 아울러 행정관청에게는 그 신고를 수리할 의무를 지게 한 것으로 봄이 상당하므로, 허가대상건축물의 양수인이 위 규칙에 규정되어 있는 **형식적 요건을 갖추어 시장, 군수에게 적법하게 건축주의 명의변경을 신고한 때에는 시장, 군수는 그 신고를 수리하여야지 실체적인 이유를 내세워 그 신고의 수리를 거부할 수는 없다**(대판 1992.3.31. 91누4911).
- ⑤ (○) 행정청에 대한 신고는 일정한 법률사실 또는 법률관계에 관하여 관계행정청에 일방적으로 통고를 하는 것을 뜻하는 것으로서 법에 별도 규정이 있거나 다른 특별한 사정이 없는 한 행정청에 대한 통고로서 그치는 것이고 그에 대한 행정청의 반사적 결정을 기다릴 필요가 없으므로, 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」 18조 및 같은 법 시행령 제11조 제2항의 규정에 의한 체육시설의 이용료변경신고는 그 신고 자체가 위법하거나 그 신고에 무효사유가 없는 한 도지사에게 제출하여 접수된 때에 신고가 있었다고 볼 것이고, 도지사의 수리행위가 있어야만 신고가 있었다고 볼 것은 아니다(대결 1993.7.6. 자 93마635)

답 ③

04 행정조사에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

2020 소방간부

- ① 행정기관은 조사목적에 적합하도록 조사대상자를 선정하여 행정조사를 실시하는 것을 원칙으로 하나 필요한 경우 제3자에 대하여도 조사할 수 있다.
 ② 행정기관은 이미 조사를 받은 조사대상자에 대하여 위법행위가 의심되는 새로운 증거를 확보한 경우에는 재조사할 수 있다.
 ③ 행정기관은 조사대상자의 법령위반행위의 예방 또는 확인을 위하여 긴급하게 실시하는 것으로서 일정한 주기 또는 시기를 정하여 정기적으로 실시하여서는 그 목적을 달성하기 어려운 경우에 수시조사를 할 수 있다.

- ④ 행정기관은 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사인 경우, 「행정조사기본법」 제17조 제1항 본문에 따른 사전통지를 하여야 한다.
- ⑤ 세무조사결정은 납세의무자의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 공권력의 행사에 따른 행정작용으로서 항고소송의 대상이 된다.

해설

- ① (○) 행정조사기본법 제4조(행정조사의 기본원칙) ② 행정기관은 조사목적에 적합하도록 조사대상자를 선정하여 행정조사를 실시하여야 한다. 제19조(제3자에 대한 보충조사) ① 행정기관장은 조사대상자에 대한 조사만으로는 해당 행정조사의 목적을 달성할 수 없거나 조사대상 행위에 대한 사실 여부 등 입증에 과도한 비용 등이 소요되는 경우로서 ② 다른 법률에서 제3자에 대한 조사를 허용하고 있거나 ③ 제3자의 동의를 있으면 제3자에 대하여 보충조사를 할 수 있다.
- ② (○) 동법 제15조(중복조사의 제한) ① 제7조에 따라 정기조사 또는 수시조사를 실시한 행정기관의 장은 동일한 사안에 대하여 동일한 조사대상자를 재조사 하여서는 아니 된다. 다만, 당해 행정기관이 이미 조사를 받은 조사대상자에 대하여 위법행위가 의심되는 새로운 증거를 확보한 경우에는 그러하지 아니하다.
- ③ (○) 동법 제7조(조사의 주기) 행정조사는 법령등 또는 행정조사운영계획으로 정하는 바에 따라 정기적으로 실시함을 원칙으로 한다. 다만, 다음 각 호 중 어느 하나에 해당하는 경우에는 수시조사를 할 수 있다.
1. 법률에서 수시조사를 규정하고 있는 경우
 2. 법령 등의 위반에 대하여 혐의가 있는 경우
 3. 다른 행정기관으로부터 법령 등의 위반에 관한 혐의를 통보 또는 이첩받은 경우
 4. 법령 등의 위반에 대한 신고를 받거나 민원이 접수된 경우
 5. 그 밖에 행정조사의 필요성이 인정되는 사항으로서 대통령령으로 정하는 경우
- (※ 동법 시행령 제3조(수시조사) 법 제7조제5호에서 "대통령령이 정하는 경우"란 행정기관이 조사대상자의 법령위반행위의 예방 또는 확인을 위하여 긴급하게 실시하는 것으로서 일정한 주기 또는 시기를 정하여 정기적으로 실시하여서는 그 목적을 달성하기 어려운 경우를 말한다.)
- ④ (×) 제17조 제1항 본문에 따른 사전통지는 서면통지 방식이며, 조사대상자의 자발적 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우 구두(口頭) 통지 가능. 동법 17조(조사의 사전통지) ① 행정조사를 실시하고자 하는 행정기관의 장은 제9조에 따른 출석요구서, 제10조에 따른 보고요구서·자료제출요구서 및 제11조에 따른 현장출입조사서(이하 "출석요구서등"이라 한다)을 조사개시 7일 전까지 조사대상자에게 서면으로 통지하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 행정조사의 개시와 동시에 출석요구서등을 조사대상자에게 제시하거나 행정조사의 목적 등을 조사대상자에게 구두로 통지할 수 있다.
1. 행정조사를 실시하기 전에 관련 사항을 미리 통지하는 때에는 증거인멸 등으로 행정조사의 목적을 달성할 수 없다고 판단되는 경우
 2. 「통계법」 제3조제2호에 따른 지정통계의 작성을 위하여 조사하는 경우
 3. 제5조 단서에 따라 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우
- ⑤ (○) 대판 2011.3.10. 2009두23617, 23624

답 ④

05 행정의 실효성 확보수단에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

2020 소방간부

- ① 행정법규 위반에 대하여 가하는 제재조치는 행정목적의 달성을 위하여 행정법규 위반이라는 객관적 사실에 착안하여 가하는 제재이므로 반드시 현실적인 행위자가 아니라도 법령상 책임자로 규정된 자에게 부과되고, 특별한 사정이 없는 한 위반자에게 고의나 과실이 없더라도 부과할 수 있다.
- ② 아무런 권원 없이 국유재산에 설치한 시설물에 대하여 행정청이 행정대집행을 할 수 있음에도 민사소송의 방법으로 그 시설물의 철거를 구하는 것은 허용되지 않는다.
- ③ 구 「공공용지의 취득 및 보상에 관한 특별법」에 의한 협의취득 시 건물소유자가 협의취득대상 건물에 대하여 약정한 철거의무는 별도의 규정이 없는 한 행정대집행의 방법으로 강제이행할 수 없다.
- ④ 제1차로 창고건물의 철거 및 하천부지에 대한 원상복구명령을 하였음에도 불구하고 이에 불응 하므로 대집행계고를 하면서 다시 자진철거 및 토사를 반출하여 하천부지를 원상복구할 것을 명한 경우, 대집행계고서에 기재된 자진철거 및 원상복구명령은 취소소송의 대상이 되는 독립한 행정처분이라 할 수 없다.
- ⑤ 위법한 행정대집행이 완료되면 그 처분의 무효 확인 또는 취소를 구할 소의 이익은 없다 하더라도 미리 그 행정처분의 취소판결이 있어야만 그 행정처분의 위법임을 이유로 한 손해배상청구를 할 수 있다.

해설

- ① (○) 행정법규 위반에 대한 제재조치는 행정목적의 달성을 위하여 행정법규 위반이라는 객관적 사실에 착안하여 가하는 제재이므로, 반드시 현실적인 행위자가 아니라도 법령상 책임자로 규정된 자에게 부과되고, 특별한 사정이 없는 한 위반자에게 고의나 과실이 없더라도 부과할 수 있다(대판 2017.5.11. 2014두8773).
- ② (○) 아무런 권원 없이 국유재산에 설치한 시설물에 대해 행정청이 행정대집행을 할 수 있음에도 민사소송으로 시설물 철거를 구하는 것은 허용 안됨. 단 행정청이 행정대집행을 실시하지 않는 경우, 그 국유재산에 대한 사용청구권을 가지고 있는 자가 국가를 대위하여 민사소송으로 그 시설물의 철거를 구할 수 있음 : 피고들이 아무런 권원 없이 이 사건 시설물을 설치함으로써 이 사건 토지를 불법점유 하고 있는 이상, 특별한 사정이 없는 한, 국가로서는 소유권에 기한 방해배제청구권을 행사하여 시설물의 철거 및 토지의 인도를 구할 수 있으나, 이 사건 토지는 감중재산인 국유재산으로서, 국유재산법 52조는 "정당한 사유 없이 국유재산을 점유하거나 이에 시설물을 설치한 때에는 행정대집행법을 준용하여 철거 기타 필요한 조치를 할 수 있다."고 규정하고 있으므로, 관리권자인 보령시장은 행정대집행으로 시설물을 철거할 수 있고, 이러한 행정대집행의 절차가 인정되는 경우 따로 민사소송의 방법으로 피고에 대해 시설물의 철거를 구하는 것은 허용되지 않는다. 다만, 관리권자인 보령시장이 행정대집행을 실시하지 않는 경우 국가에 대해 이 사건 토지 사용청구권을 가지는 원고는 위 청구권을 보전하기 위하여 국가를 대위하여 피고들을 상대로 민사소송의 방법으로 이 사건 시설물의 철거를 구하는 이외에는 이를 실현할 수 있는 다른 절차와 방법이 없어 그 보전의 필요성이 인정되므로, 원고는 국가를 대위하여 피고들을 상대로 민사소송의 방법으로 이 사건 시설물의 철거를 구할 수 있다고 보아야 할 것이고, 한편 이 사건 청구 중 이 사건 토지 인도청구 부분에 대하여는 관리권자인 보령시장으로서도 행정대집행의 방법으로 이를 실현할 수 없으므로, 원고는 당연히 국가를 대위하여 피고들을 상대로 민사소송의 방법으로 이 사건 토지의 인도를 구할 수 있다고 할 것이다.(대판 2009.6.11. 2009다1122)

- ③ (○) 구 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법」에 따른 토지 등의 협의취득은 사법상 매매나 사법상 계약이며, 철거 약정에 따른 의무는 공법상 의무가 아니므로 행정대집행 대상이 아님 : 행정대집행법상 대집행의 대상이 되는 대체적 작위 의무는 공법상 의무이어야 할 것인데, 구 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법」에 따른 토지 등의 협의취득은 공공사업에 필요한 토지 등을 그 소유자간의 협의에 의하여 취득하는 것으로서 공공기관이 사경제주체로서 행하는 사법상 매매 내지 사법상 계약의 실질을 가지는 것이므로, 그 협의취득시 건물소유자가 매매대상 건물에 대한 철거의무를 부담하겠다는 취지의 약정을 하였다고 하더라도 이러한 철거의무는 공법상의 의무가 될 수 없고, 이 경우에도 행정대집행법을 준용하여 대집행을 허용하는 별도의 규정이 없는 한 위와 같은 철거의무는 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 되지 않는다(대판 2006.10.13. 2006두7096).
- ④ (○) 2차 계고의 처분성 부정 : 제1차로 창고건물의 철거 및 하천부지에 대한 원상복구명령을 하였음에도 이에 불응하므로 대집행계고를 하면서 다시 자진철거 및 토사를 반출하여 하천부지를 원상복구할 것을 명한 경우, 행정대집행법상의 철거 및 원상복구의무는 제1차 철거 및 원상복구명령에 의하여 이미 발생하였다 할 것이어서, 대집행계고서에 기재된 자진철거 및 원상복구명령은 새로운 의무를 부과하는 것이라고 볼 수 없으며, 단지 종전의 철거 및 원상복구를 독촉하는 통지에 불과하므로 취소소송의 대상이 되는 독립한 행정처분이라고 할 수 없고, 대집행계고서에 기재된 철거 및 원상복구명령이 이행기한은 행정대집행법 제3조 제1항에 따른 이행기한을 정한 것에 불과하다고 할 것이다. 원심이 이 사건 대집행계고서에 기재된 철거 및 원상복구명령이 취소소송의 대상이 되는 독립한 행정처분이 아니라고 보아 그의 취소를 구하는 소가 부적법하다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 취소소송의 대상이 되는 행정처분에 관한 법리를 오해하였던 위법사유가 없다(대판 2004.6.10. 2002두12618)
- ⑤ (×) 위법한 행정대집행이 완료되면 그 처분의 무효확인 또는 취소를 구할 소의 이익은 없다 하더라도, 미리 그 행정처분의 취소판결이 있어야만 그 행정처분의 위법임을 이유로 한 손해배상청구를 할 수 있는 것은 아니다(대판 1972.4.28. 72다337).

답 ⑤

06 「행정절차법」에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

2020 소방간부

- ① 「행정절차법」의 적용범위는 처분, 신고, 행정상 입법예고, 행정예고 및 행정지도의 절차에 대한 것이다.
- ② 행정청의 관할이 분명하지 아니한 경우에는 해당 행정청을 공통으로 감독하는 상급 행정청이 그 관할을 결정하며, 공통으로 감독하는 상급 행정청이 없는 경우에는 각 상급 행정청이 협의하여 그 관할을 결정한다.
- ③ 당사자들은 당사자들의 배우자, 직계존속·비속, 형제자매, 당사자들이 법인등인 경우 그 임원 또는 직원, 변호사, 행정청 또는 청문 주재자의 허가를 받은 자 등을 대리인으로 선임할 수 있다.
- ④ 송달받을 자의 주소 등을 통상적인 방법으로 확인할 수 없거나 송달이 불가능한 경우에는 관보 등에 공고하여야 하고, 이 경우 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 공고일부터 14일이 지난 때에 그 효력이 발생한다.
- ⑤ 행정청은 국민에게 영향을 미치는 주요 정책 등에 대하여 국민의 다양하고 창의적인 의견을 널리 수렴하기 위하여 정보통신망을 이용한 정책토론을 실시해야 한다.

해설

- ① (○) 제3조(적용 범위) ① 처분, 신고, 행정상 입법예고, 행정예고 및 행정지도의 절차(이하 "행정절차"라 한다)에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다.
- ② (○) 제6조(관할) ① 행정청이 그 관할에 속하지 아니하는 사건을 접수하였거나 이송 받은 경우에는 지체 없이 이를 관할 행정청에 이송하여야 하고 그 사실을 신청인에게 통지하여야 한다. 행정청이 접수하거나 이송 받은 후 관할이 변경된 경우에도 또한 같다. ② 행정청의 관할이 분명하지 아니한 경우에는 해당 행정청을 공통으로 감독하는 상급 행정청이 그 관할을 결정하며, 공통으로 감독하는 상급 행정청이 없는 경우에는 각 상급 행정청이 협의하여 그 관할을 결정한다.
- ③ (○) 제12조(대리인) ① 당사자들은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 대리인으로 선임할 수 있다. 1. 당사자들의 배우자, 직계 존속·비속 또는 형제자매. 2. 당사자들이 법인등인 경우 그 임원 또는 직원. 3. 변호사. 4. 행정청 또는 청문주재자(청문의 경우만 해당한다)의 허가를 받은 자. 5. 법령등에 따라 해당 사건에 대하여 대리인이 될 수 있는 자
- ④ (○) 제14조(송달) ④ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 송달받을 자가 알기 쉽도록 관보, 공보, 게시판, 일간신문 중 하나 이상에 공고하고 인터넷에도 공고하여야 한다.
1. 송달받을 자의 주소등을 통상적인 방법으로 확인할 수 없는 경우
2. 송달이 불가능한 경우
- 제15조(송달의 효력 발생) ③ 제14조 제4항의 경우(관보·공보·게시판·일간신문·인터넷에 공고)에는 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 공고일부터 14일이 지난 때에 그 효력이 발생한다. 다만, 긴급히 시행하여야 할 특별한 사유가 있어 효력 발생 시기를 달리 정하여 공고한 경우에는 그에 따른다.
- ⑤ (×) 제53조(전자적 정책토론) ① 행정청은 국민에게 영향을 미치는 주요 정책 등에 대하여 국민의 다양하고 창의적인 의견을 널리 수렴하기 위하여 정보통신망을 이용한 전자적 정책토론을 실시할 수 있다.

답 ⑤

07 행정입법에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

2020 소방간부

- ① 「국회법」은 행정입법에 대한 국회의 간접적 통제권을 인정하고 있다.
- ② 고시(告示)가 구체적인 규율의 성격을 갖는다면, 이는 행정처분에 해당한다.
- ③ 법령의 위임이 없음에도 법령에 규정된 처분 요건에 해당하는 사항을 부령에서 변경하여 규정한 경우, 그 부령의 규정은 행정청 내부의 사무처리 기준 등을 정한 것으로서 행정조직 내에서 적용되는 행정명령의 성격을 지닐 뿐 국민에 대한 대외적 구속력은 없다.
- ④ 법률에서 군법무관의 보수에 관한 구체적 내용을 시행령에 위임했음에도 불구하고 행정부가 정당한 이유 없이 시행령을 제정하지 않은 것은 불법 행위에 해당하므로 국가배상청구의 대상이 된다.
- ⑤ 제재적 행정처분이 그 처분에서 정한 제재기간의 경과로 인하여 그 효과가 소멸되었다면, 그 처분이 후행처분의 가중적 요건사실이 되는 경우라도 선행처분의 취소를 구할 소의 이익이 없다.

해설

- ① (○) 법규명령의 성립이나 효력발생에 대한 직접적인 통제가 아니라, 의회가 행정부에 대하여 가지는 국정감사권의 발동 등으로 간접적으로 위법·부당한 법규명령을 견제·교정하는 것. [예] 국정감사조사(헌법61조), 국무총리등에 대한 질문(동법62조)·감시·비판, 국무위원 해임건의(동법 63조)·탄핵소추(동법 65조), 예산안 심의, 수권의 제한·철회 및 행정입법의 폐지 등
- ② (○) 고시 또는 공고의 법적 성질은 일률적으로 판단될 것이 아니라 고시에 담겨진 내용에 따라 구체적인 경우마다 달리 결정된다고 보아야 한다. 즉, **고시가 일반·추상적 성격을 가질 때는 법규명령 또는 행정규칙에 해당하지만, 고시가 구체적인 규율의 성격을 갖는다면 행정처분에 해당한다.** 이 사건 국제청고시는 특정 사업자를 납세병마개 제조자로 지정하였다는 행정처분의 내용을 모든 병마개 제조자에게 알리는 통지수단에 불과하므로, 청구인의 이 사건 국제청고시에 대한 헌법소원심판청구는 고시 그 자체가 아니라 고시의 실질적 내용을 이루는 국제청장의 위 납세병마개 제조자 지정처분에 대한 것으로 해석함이 타당하다. (헌재결 1998.4.30. 97헌마141)
- ③ (○) **법령의 위임이 없이 법령에 규정된 처분요건 해당 사항을 부령에서 변경하여 규정시, 그 부령 규정은 행정명령으로 대외적 구속력 없음**: 법령에서 행정처분의 요건 중 일부 사항을 부령으로 정할 것을 위임한 데 따라 시행규칙 등 부령에서 이를 정한 경우에 그 법령의 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. (대판 2013.9.12. 2011두10584).
- ④ (○) 행정입법부작위로 인해 손해 발생시 손해배상청구 요건을 갖추면 손해배상 청구가 가능하다.
 • **구 군법무관임용법 제5조 제3항과 군법무관임용 등에 관한 법률 제6조는 군법무관의 보수의 구체적 내용을 시행령에 위임했음에도 불구하고 행정부가 정당한 이유 없이 시행령을 제정하지 않은 것은 불법행위에 해당함**: 입법부가 법률로써 행정부에게 특정한 사항을 위임했음에도 불구하고 행정부가 정당한 이유 없이 이를 이행하지 않는다면 권력분립의 원칙과 법치국가 내지 법치행정의 원칙에 위배되는 것으로서 위법함과 동시에 위헌적인 것이 되는바, 구 군법무관임용법 제5조 제3항과 군법무관임용 등에 관한 법률 제6조가 군법무관의 보수를 법관 및 검사에 준하도록 규정하면서 그 구체적 내용을 시행령에 위임하고 있는 이상, 위 법률의 규정들은 군법무관의 보수의 내용을 법률로써 일차적으로 형성한 것이고, 위 법률들에 의해 상당한 수준의 보수청구권이 인정되는 것이므로, 위 보수청구권은 단순한 기대이익을 넘어서는 것으로서 법률의 규정에 의해 인정된 재산권의 한 내용이 되는 것으로 봄이 상당하고, 따라서 행정부가 정당한 이유 없이 시행령을 제정하지 않은 것은 위 보수청구권을 침해하는 불법행위에 해당한다. (대판 2007.11.29. 2006다3561)
- ⑤ (×) 제재적 행정처분이 그 처분에서 정한 제재기간의 경과로 인하여 그 효과가 소멸되었으나, 부령인 시행규칙 또는 지방자치단체의 규칙의 형식으로 정한 처분기준에서 제재적 행정처분을 받은 것을 가중사유나 전제요건으로 삼아 장래의 제재적 행정처분을 하도록 정하고 있는 경우, 규칙이 정한 바에 따라 **선행처분을 가중사유 또는 전제요건으로 하는 후행처분을 받을 우려가 현실적으로 존재하는 경우에는, 선행처분인 제재적 행정처분을 받은 상대방이 그 처분에서 정한 제재기간이 경과하였다 하더라도 그 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다** (대판 2006.6.22. 2003두1684).

답 ⑤

08 행정계획에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

2020 소방간부

- ㉠ 구 「도시계획법」 제19조 제1항에서는 도시계획이 도시기본계획에 부합되어야 한다고 규정하고 있으므로, 도시기본 계획은 행정청에 대한 직접적 구속력이 있다.
- ㉡ 행정주체가 행정계획을 입안·결정하면서 이익형량을 전혀 하지 아니하거나 이익형량의 고려 대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우에는 그 행정계획 결정은 이익형량에 하자가 있어 위법하게 될 수 있다.
- ㉢ 후행 도시계획의 결정을 하는 행정청이 선행 도시계획의 결정·변경 등에 관한 권한을 가지고 있지 아니한 경우, 선행 도시계획과 양립할 수 없는 내용이 포함된 후행 도시계획 결정은 무효이다.
- ㉣ 환지계획과 환지에정지 지정은 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니다.
- ㉤ 채광계획인가로 공유수면점용허가가 의제되는 경우, 공유수면점용불허가결정을 이유로 채광계획을 인가하지 아니할 수 없다.

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

해설

- ① (×) 구 도시계획법 19조 1항 및 도시계획시설결정 당시의 지방자치단체의 도시계획조례에서는, 도시계획이 도시기본계획에 부합되어야 한다고 규정하고 있으나, 도시기본계획은 도시의 장기적 개발방향과 미래상을 제시하는 도시계획 입안의 지침이 되는 장기적·종합적인 개발계획으로서 **행정청에 대한 직접적인 구속력은 없다** (대판 1998.11.27. 96누13927, 대판 2007.4.12. 2005두1893)
- ② (○) 행정주체가 행정계획을 입안·결정하면서 이익형량을 전혀 행하지 않거나 이익형량의 고려 대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 빠뜨린 경우 또는 이익형량을 하였으나 정당성과 객관성이 결여된 경우에는 행정계획결정은 형량에 하자가 있어 위법하게 된다 (대판 2012.1.12. 2010두5806).
- ③ (○) 도시계획의 결정·변경 등에 관한 권한을 가진 행정청은 이미 도시계획이 결정·고시된 지역에 대하여도 다른 내용의 도시계획을 결정·고시할 수 있고, 이 때에 후행 도시계획에 선행 도시계획과 서로 양립할 수 없는 내용이 포함되어 있다면, 특별한 사정이 없는 한 선행 도시계획은 후행 도시계획과 같은 내용으로 변경되는 것이 나, **후행 도시계획의 결정을 하는 행정청이 선행 도시계획의 결정·변경 등에 관한 권한을 가지고 있지 아니한 경우에 선행 도시계획과 서로 양립할 수 없는 내용이 포함된 후행 도시계획결정을 하는 것은 아무런 권한 없이 선행 도시계획결정을 폐지하고, 양립할 수 없는 새로운 내용이 포함된 후행 도시계획결정을 하는 것으로서, 선행 도시계획결정의 폐지 부분은 권한 없는 자에 의하여 행해진 것으로서 무효이고, 같은 대상지역에 대하여 선행 도시계획결정이 적법하게 폐지되지 아니한 상태에서 그 위에 다시 한 후행 도시계획결정 역시 위법하고, 그 하자는 중대하고도 명백하여 다른 특별한 사정이 없는 한 무효라고 보아야 한다** (대판 2000.9.8. 99두11257).
- ④ (×) 환지계획의 처분성을 학설은 인정하나 판례는 부정한다. 환지에정지 지정의 처분성은 인정된다.
 ㉠ 토지구획정리사업법 제57조, 제62조 등의 규정상 환지에정지 지정이나 환지처분은 그에 의하여 직접 토지소유자 등의 권리·의무가 변동되므로 이를 항고소송의 대상이 되는 처분이라고 볼 수 있으나, **환지계획은 위와 같은 환지·예정지 지정이나 환지처분의 근거가 될 뿐 그 자체가 직접 토지소유자 등의 법률상의 지위를 변동시키거나 또는 환지에정지 지정이나 환지처분과는 다른 고유한 법률효과를 수반하는 것이 아니어서 이를 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 할 수가 없다** (대판 1999.8.20. 97누6889).
- ㉡ **환지에정지 지정이나 환지처분은 그에 의하여 직접 토지소유자 등의 권리의무가 변동되므로 이를 항고소송의 대상이 되는 처분이다** (대판 1999.8.20. 97누6889).

㉠ (×) 계획행정청은 의제되는 인·허가의 요건불비를 이유로 주된 인·허가의 신청에 대한 거부처분을 할 수 있다.

• **채광계획인가로 공유수면 점용허가가 의제된 경우, 공유수면 점용불허사유로써 채광계획을 인가하지 않을 수 있다** : 채광계획이 중대한 공익에 배치된다고 할 때에는 인가를 거부할 수 있고, 채광계획을 불인가 하는 경우에는 정당한 사유가 제시되어야 하며 자의적으로 불인가를 하여서는 아니 될 것이므로 채광계획인가는 계속채광행위에 속하는 것으로 보아야 할 것이나, 구 공업법 47조의2 5호에 의하여 채광계획인가를 받으면 공유수면 점용허가를 받은 것으로 의제되고, 이 공유수면 점용허가는 공유수면 관리청이 공공 위하의 예방 검강과 공공복리의 증진에 기여함에 적당하다고 인정하는 경우에 그 자유재량에 의하여 허가의 여부를 결정해야 할 것이므로, 공유수면 점용허가를 필요로 하는 채광계획 인가신청에 대하여도, 공유수면 관리청이 재량적 판단에 의하여 공유수면 점용허가 여부를 결정할 수 있고, 그 결과 공유수면 점용을 허용하지 않기로 결정하였다면, 채광계획 인가신청은 이를 사유로 하여 채광계획을 인가하지 아니할 수 있는 것이다(대판 2002.10.11. 2001두151).

답 ②

09 행정행위의 부관에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

2020 소방간부

- ① 지방국토관리청장이 일부 공유수면매립지에 대하여 한 국가 또는 직할시(현 광역시) 귀속처분은 독립하여 행정소송의 대상이 될 수 있다.
- ② 65세대의 주택건설사업에 대한 사업계획승인 시 '진입도로 설치 후 기부채납, 인근 주민의 기존 통행로 폐쇄에 따른 대체 통행로 설치 후 그 부지 일부 기부채납'을 조건으로 붙인 것은 위법한 부관에 해당하지 않는다.
- ③ 부관은 면허 발급 당시에 붙이는 것뿐만 아니라 면허 발급 이후에 붙이는 것도 법률에 명문의 규정이 있거나 변경이 미리 유보되어 있는 경우 또는 상대방의 동의가 있는 경우 등에는 특별한 사정이 없는 한 허용된다.
- ④ 해제조건의 경우에 조건이 성취되면 행정행위의 효력은 당연히 소멸되지만, 부담의 경우에 부담에 의해 부과된 의무의 불이행은 행정행위의 철회사유가 된다.
- ⑤ 부담은 행정처분을 하면서 일방적으로 부가할 수 있으며, 부담을 부가하기 전에 상대방과 협의 하여 협약의 형식으로 부가할 수 있다.

해설

- ① (×) 부관은 행정행위와 구분되는 것으로 행정행위에 부가된 것인 반면 법률효과의 일부배제는 행정행위의 내용 그 자체를 제한하는 것으로 행정행위의 내용적 제한일 뿐 부관이 아니라는 견해가 있으나, 다수설과 판례는 '법률효과의 일부배제' 역시 부관의 일종으로 보고 있다.
• 행정행위의 부관은 부담의 경우를 제외하고는 독립하여 행정소송의 대상이 될 수 없는 것인바, 지방국토관리청장이 일부 공유수면매립지에 대하여 한 국가 또는 직할시 귀속처분은 매립준공인가를 함에 있어서 매립의 면허를 받은 자의 매립지에 대한 소유권취득을 규정한 **공유수면매립법 제14조의 효과 일부를 배제하는 부관을 붙인 것이고, 이러한 행정행위의 부관은 독립하여 행정소송 대상이 될 수 없다.**(대판 1993.10.8. 93누2032 / 대판 1991.12.13. 90누8503)
- ② (○) 65세대의 주택건설사업에 대한 사업계획승인시 '진입도로 설치 후 기부채납, 인근 주민의 기존 통행로 폐쇄에 따른 대체 통행로 설치 후 그 부지 일부 기부채납'을 조건으로 붙인 것은 적법 : 65세대의 공동주택을 건설하려는 사업주체(지역주택조합)에게 주택건설촉진법 33조에 의한 주택건설사업계획의 승인처분을 함에 있어 그 주택단지의 진입도로 부지의 소유권을 확보하여 진입도로 등 간선시설을 설치하고 그 부지 소유권 등을 기부채납하며 그 주택건설사업 시행에 따라 폐쇄되는 인근 주민들의 기존 통행로를 대체하는 통행로를 설치하고 그 부지 일부를 기부채납하도록 조건을 붙인 경우, 주택건설촉진법과 같은 법시행령 및 주택건설기준등에관한규정 등 관련 법령의 관계 규정에 의하면 그와 같은 조건을 붙였다 하더라도 다른 특별한 사정이 없는 한 필요한 범위를 넘어 과중한 부담을 지우는 것으로서 형평의 원칙 등에 위배되는 위법한 부관이라 할 수 없다(대판 1997.3.14. 96누16698).
- ③ (○) 여객자동차 운수사업법(이하 '여객자동차법'이라 한다) 제85조 제1항 제38호에 의하면, 운송사업자에 대한 면허에 붙인 조건을 위반한 경우 감차 등이 따르는 사업계획변경명령(이하 '감차 명령'이라 한다)을 할 수 있는데, 감차명령의 사유가 되는 '면허에 붙인 조건을 위반한 경우'에서 '조건'에는 운송사업자가 준수할 일정한 의무를 정하고 이를 위반할 경우 감차명령을 할 수 있다는 내용의 '부관'도 포함된다. 그리고 부관은 면허 발급 당시에 붙이는 것뿐만 아니라 면허 발급 이후에 붙이는 것도 법률에 명문의 규정이 있거나 변경이 미리 유보되어 있는 경우 또는 상대방의 동의가 있는 경우 등에는 특별한 사정이 없는 한 허용된다. 따라서 관할 행정청은 면허 발급 이후에도 운송사업자의 동의하에 여객자동차운송사업의 질서 확립을 위하여 운송사업자가 준수할 의무를 정하고 이를 위반할 경우 감차명령을 할 수 있다는 내용의 면허 조건을 붙일 수 있고, 운송사업자가 조건을 위반하였다면 여객자동차법 제85조 제1항 제38호에 따라 감차명령을 할 수 있으며, 감차명령은 행정소송법 제2조 제1항 제1호가 정한 처분으로서 항고소송의 대상이 된다(대판 2016.11.24. 2016두45028)
- ④ (○) 해제조건은 조건이 성취되면 행정행위의 효력이 당연히 소멸하게 되지만, 부담부 행정행위는 부담을 불이행하더라도 철회사유가 될 뿐이므로 별도로 철회를 하지 않는 한 당연히 행정행위의 효력이 소멸하는 것은 아니다.
- ⑤ (○) 수의적 행정처분에 있어서는 법령에 특별한 근거규정이 없다고 하더라도 그 부관으로서 부담을 붙일 수 있고, 그와 같은 부담은 행정청이 행정처분을 하면서 일방적으로 부가할 수도 있지만 부담을 부가하기 이전에 상대방과 협의하여 부담의 내용을 협약의 형식으로 미리 정한 다음 행정처분을 하면서 이를 부가할 수도 있다(대판 2009.2.12. 2005다65500)

답 ①

10 행정행위의 하자에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

2020 소방간부

- ① 무효인 행정행위는 무효등확인심판 또는 무효등 확인소송에 의해서만 다룰 수 있는 것이 아니고, 무효선언을 구하는 취소재판이나 무효를 전제로 한 민사소송으로도 다룰 수 있다.
- ② 하자 있는 행정처분이 당연무효가 되기 위해서는 그 하자가 중대하고 명백하여야 하고, 이를 판별함에 있어서는 법규의 목적·의미 등을 목적론적으로 고찰함과 동시에 구체적인 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰하여야 한다.
- ③ 하자의 승계에 있어 선행처분과 후행처분이 서로 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하는 때에도 선행처분이 당연무효이면 선행처분의 하자를 이유로 후행처분의 효력을 다룰 수 있다.
- ④ 하자의 치유는 늦어도 처분에 대한 불복 여부의 결정 및 불복 신청에 편의를 줄 수 있는 상당한 기간 내에 하여야 한다.
- ⑤ 정당한 권한 없는 구 환경관리청장의 폐기물처리시설 설치승인 처분은 권한 없는 기관에 의한 행정처분으로서 그 하자는 취소사유에 해당한다.

해설

① (○) 무효의 주장방법

행정심판	무효확인심판(심판청구기간 제한 없음)
행정소송	- 무효등확인소송(행정심판전치나 제소기간의 제한 규정이 적용 안 됨) - 무효선언을 구하는 의미의 취소소송(행정심판전치나 제소기간의 제한 규정이 적용됨)
민·형사소송등의 선결문제	공법상의 당사자소송 또는 민사소송(부당이득반환청구)을 제기하거나 형사소송에서 선결문제로 행정행위의 무효를 주장하여 확인받는 방법 예 과세처분의 무효를 원인으로 한 부당이득반환청구소송

② (○) 행정처분이 당연무효라고 하기 위하여는 처분에 위법사유가 있다는 것만으로는 부족하고 그 하자가 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것으로서 객관적으로 명백한 것이어야 하며, 하자가 중대하고 명백한 것인지 여부를 판별함에 있어서는 그 법규의 목적, 의미, 기능 등을 목적으로 고찰함과 동시에 구체적 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰함을 요한다(대판 2008.9.25. 2007다24640).

③ (○) 선생처분과 후행처분이 하나의 법률효과를 목적으로 하든, 별개의 법률효과를 목적으로 하든 선행처분에 당연무효 사유가 있는 경우 후행처분에 하자가 승계되므로 선행처분의 하자를 이유로 후행처분의 효력을 다룰 수 있다.

선행행위 무효	후행행위에 선행행위의 하자가 승계 됨	
선행행위에 취소사유인 하자	하나의 법률효과를 목적으로 하는 경우	후행행위에 선행행위의 하자가 승계 됨 예 대집행절차 상호 간(계고처분, 대집행영장에 의한 통지, 대집행의 실행, 대집행에 의한 비용의 납부명령 사이), 강제징수절차 상호 간 [독촉 → 체납처분(압류 → 매각(공매) → 청산)]
	별개의 법률효과를 목적으로 하는 독립된 행정행위인 경우	원칙 후행행위에 선행행위의 하자가 승계 안 됨 예 과세처분과 압류 등의 체납처분, 건물철거명령과 대집행계고처분, 공무원의 직위해제처분과 면직처분 예외 수인한도를 넘는 가혹함을 가져오고 그 결과가 당사자에게 예측가능하지 아니한 경우 후행행위에 선행행위의 하자가 승계 됨(선행행위의 후행행위에 대한 구속력이 인정 안 됨) 예 개별공시지가결정과 과세처분(양도소득세), 표준지 공시지가와 수용재결, 친일반민족행위진상규명위원회의 최종발표와 지방보훈지청장의 독립유공자 예우에 관한 법률 적용배제자 결정

④ (○) 세액산출근거가 누락된 납세고지서에 의한 과세처분의 하자의 치유를 허용하려면 늦어도 과세처분에 대한 불복여부의 결정 및 불복신청에 편의를 줄 수 있는 상당한 기간 내에 해야 한다고 할 것이므로 위 과세처분에 대한 전심절차가 모두 끝나고 상고심의 계류 중에 세액산출근거의 통지가 있었다고 하여 이로써 위 과세처분의 하자가 치유되었다고는 볼 수 없다(대판 1984.4.10. 83누393)

⑤ (×) 정당한 권한을 가진 행정기관의 행위로 당연무효이다.

• 폐기물처리시설 설치계획에 대한 승인권자는 구 폐기물처리시설 설치 촉진 및 주변지역 지원 등에 관한 법률 10조 2항의 규정에 의하여 환경부장관이며, 이러한 설치승인권한을 환경관리청장에게 위임할 수 있는 근거도 없으므로, 환경관리청장의 폐기물처리시설 설치승인처분은 권한 없는 기관에 의한 행정처분으로서 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효이다(대판 2004.7.22. 2002두10704).

답 ⑤

11

법률유보의 원칙에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

2020 소방간부

- ① 법률유보의 원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국민의 기본권 실현과 관련된 영역에 있어서는 입법자가 그 본질적 사항에 대해서 스스로 결정하여야 한다는 것이다.
- ② 법률유보의 원칙은 법률에 근거한 규율을 요청하는 것이기 때문에 기본권제한의 형식은 반드시 법률의 형식이어야 한다.
- ③ 법률에 개인택시운송사업자의 운전면허가 취소된 때에 그의 개인택시운송사업면허를 취소할 수 있도록 규정되어 있더라도, 관할관청은 개인 택시운송사업자에게 운전면허 취소사유가 있다는 사유만으로 개인택시운송사업면허를 취소할 수 없다.
- ④ 산림훼손은 국토 및 자연의 유지와 수질 등 환경의 보전에 직접적으로 영향을 미치는 행위이므로, 허가관청은 국토 및 자연의 유지와 환경의 보전 등 중대한 공익상 필요가 있다고 인정될 때에는 산림훼손허가를 거부할 수 있고, 그 경우 법규에 명문의 근거가 없더라도 거부처분을 할 수 있다.
- ⑤ 헌법재판소는 구 「도시 및 주거환경정비법」상 도시환경정비사업의 사업시행인가 신청 시의 동의 요건을 '토지등소유자가 자치적으로 정하여 운영 하는 구역'에 정하도록 한 것(동의요건조항)은 법률유보원칙 내지 의회유보원칙에 위배된다고 판단했다.

해설

① (○) 헌법은 법치주의를 그 기본원리의 하나로 하고 있으며, 법치주의는 행정작용에 국회가 제정한 형식적 법률의 근거가 요청된다는 법률유보를 그 핵심적 내용의 하나로 하고 있다. 그런데 오늘날 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현에 관련된 영역에 있어서는 행정에 맡길 것이 아니라 국민의 대표자인 입법자 스스로 그 본질적 사항에 대하여 결정해야 한다는 요구까지 내포하는 것으로 이해해야 한다(이른바 의회유보원칙)(헌재 1999.5.27. 98헌바70).

② (×) 국민의 기본권은 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 이를 제한할 수 있으나 그 제한은 원칙적으로 법률로써만 가능하며, 제한하는 경우에도 기본권의 본질적 내용을 침해할 수 없고 필요한 최소한도에 그쳐야 한다. 이러한 법률유보의 원칙은 '법률에 의한' 규율만을 뜻하는 것이 아니라 '법률에 근거한' 규율을 요청하는 것이므로 기본권제한의 형식이 반드시 법률의 형식일 필요는 없고 법률에 근거를 두면서 헌법 제75조가 요구하는 위임의 구성성과 명확성을 구비하면 위임입법에 의하여도 기본권제한을 할 수 있다(헌재 2005.2.24. 2003헌마289 / 헌재결 2005.5.26. 99헌마513).

③ (○) 개인택시운송사업자에게 운전면허 취소사유가 있으나 그에 따른 운전면허 취소처분이 이루어지지 않은 경우, 관할관청이 개인택시운송사업면허를 취소할 수는 없다. ㉠ 구 여객자동차운수사업법 제76조 제1항 제15호, 같은 법 시행령 제29조에는 관할관청은 개인택시운송사업자의 운전면허가 취소된 때에 그의 개인택시운송사업면허를 취소할 수 있도록 규정되어 있을 뿐 그에게 운전면허 취소사유가 있다는 사유만으로 개인택시운송사업면허를 취소할 수 있도록 하는 규정은 없으므로, 관할관청으로서의 비록 개인택시운송사업자에게 운전면허 취소사유가 있다 하더라도 그로 인하여 운전면허 취소처분이 이루어지지 않은 이상 개인택시운송사업면허를 취소할 수는 없다. ㉡ 개인택시운송사업자가 음주운전을 하다가 사망한 경우 그 망인에

대하여 음주운전을 이유로 운전면허 취소처분을 하는 것은 불가능하고, 음주운전은 운전면허의 취소사유에 불과할 뿐 개인택시운송사업면허의 취소사유가 될 수는 없으므로, 음주운전을 이유로 한 개인택시운송사업면허의 취소처분은 위법하다.(대판 2008.5.15. 2007두26001)

- ④ (○) 산림훼손은 국토 및 자연의 유지와 수질 등 환경의 보전에 직접적으로 영향을 미치는 행위이므로, 법령이 규정하는 산림 훼손 금지 또는 제한 지역에 해당하는 경우는 물론 금지 또는 제한 지역에 해당하지 않더라도 허가관청은 산림훼손허가신청 대상토지의 현상과 위치 및 주위의 상황 등을 고려하여 국토 및 자연의 유지와 환경의 보전 등 중대한 공익상 필요가 있다고 인정될 때에는 허가를 거부할 수 있고, 그 경우 법규에 명문의 근거가 없더라도 거부처분을 할 수 있다(대판 2003.3.28. 2002두12113).
- ⑤ (○) **토지등소유자가 도시환경정비사업 시행시 사업시행인가 신청 전에 얻어야 하는 토지등소유자의 동의 요건을 '정관 등'에 위임함으로써 자치 규약이 정하는 바에 따라 토지등소유자의 동의를 얻도록 한 것(구 도시 및 주거환경정비법 제28조)은 법률유보 또는 의회유보 원칙 위반** : 도시정비법상 조합이 사업을 시행하는 경우에는 토지등소유자로부터 조합설립의 동의를 받는 등 관계 법령에서 정한 요건과 절차를 갖추어 관할 행정청으로부터 조합설립인가를 받음으로써 사업시행자의 지위를 얻게 되는 반면, 토지등소유자가 사업을 시행하는 경우에는 이 사건 동의요건 조항에 의해 자치규약이 정하는 바에 따라 토지등소유자의 동의를 얻어 사업시행인가를 신청하는 단계에서 사업시행자가 구체적으로 드러나고 관할 행정청으로부터 사업시행인가를 받음으로써 사업시행자의 지위를 얻게 된다(도시정비법 제28조 제1항, 같은 법 시행령 제41조 제2항 제3호, 같은 법 시행규칙 제9조 제1항). 그런데 도시정비법상의 사업시행자는 정비구역 내에서 독점적·배타적인 사업시행권을 가지는 사업주체일 뿐 아니라 관할 행정청의 감독 아래 정비구역 안에서 정비사업을 시행하는 목적 범위 내에서 법령이 정하는 바에 따라 일정한 행정작용을 행하는 행정주체로서의 지위를 갖는다. 따라서 **토지등소유자가 도시환경정비사업을 시행하는 경우 사업시행인가 신청시 필요한 토지등소유자의 동의는 개별사업의 주체 및 정비구역 내 토지등소유자를 상대로 수용권을 행사하고 각종 행정처분을 발할 수 있는 행정주체로서의 지위를 가지는 사업시행자를 지정하는 문제로서 그 동의요건을 정하는 것은 토지등소유자의 재산권에 중대한 영향을 미치고, 이해관계인 사이의 충돌을 조정하는 중요한 역할을 담당한다.** 그렇다면 **사업시행인가 신청시 요구되는 토지등소유자의 동의정족수를 정하는 것은 국민의 권리와 의무의 형성에 관한 기본적인 사항으로 법률유보 내지 의회유보의 원칙이 지켜져야 할 영역이다.** 사업시행자를 지정한다는 면에서 같은 성격을 가지는 조합설립인가에 대해서는 조합설립인가 신청시 필요한 동의정족수에 관해 도시정비법에서 명문으로 규정(제16조 제1항)하고 있는 점을 보아도 토지등소유자가 사업시행인가를 신청하기 위해 얻어야 하는 동의정족수는 자치규약에 정할 것이 아니라 입법자가 스스로 결정해야 할 사항이라 할 것이다. 입법자는 2009. 2. 6. 법률 제9444호에 의하여 도시정비법 제28조 제7항을 신설하여 도시환경정비사업을 토지등소유자가 시행하고자 하는 경우 사업시행인가 신청 전에 얻어야 하는 토지등소유자의 동의정족수를 법률에 명문으로 규정하였는바, 이는 이 사건 동의요건 조항이 토지등소유자 사업시행방식에 대하여 동의정족수를 법률에 규정하지 않고 자치규약에 정하도록 한 데 대한 반성적 고려가 포함된 것이라고 보인다. 따라서 **사업시행인가 신청에 필요한 동의정족수를 자치규약에 정하도록 한 이 사건 동의요건 조항은 법률유보 내지 의회유보 원칙에 위배된다.**(헌재 2011.8.30. 2009헌바128)

■ 판례 비교 도시환경정비사업 사업시행자 ⇨ 사업주체이면서 행정주체의 지위도 보유

- ① **토지등소유자가 사업시행시**(헌재 판례) : 토지소유자 동의 얻어 사업시행인가 신청(행정주체 지위를 지닌 사업시행자 지정문제) ⇨ 동의요건 정하는 것은 본질적 요소로 **의회유보·법률유보 사항** ⇨ 동의요건을 자치규약으로 정하도록 위임하는 것은 **법률유보원칙 위반**(헌재 2011.8.30. 2009헌바128)
- ② **조합(사업시행자)이 사업시행시**(대법원 판례) : 토지소유자 동의를 받는 등 법령상 요건·절차 갖추 설립인가를 받음으로써 사업시행자 지위 획득. 조합의 사업시행계획 작성은 자치법적 요소를 지닌. **조합이 사업시행인가 신청시 동의요건은 토지 등 소유자의 사전통제를 위한 절차적 요건에 불과하며 본질적 사항이 아님** ⇨ 동의요건을 정관에 포괄적으로 위임해도 포괄위임금지 위반 아님, **법률유보·의회유보 원칙 위반 아님.**
- **도시 및 주거환경정비법 28조 4항 본문 사업시행자인 조합의 사업시행인가 신청시 토지 등 소유자의 동의요건은 본질적 사항이 아님** : 구 도시 및 주거환경정비법(2005. 3. 18. 법률 제7392호로 개정되기 전의 것)상 사업시행자에게 사업시행계획의 작성권이 있고 행정청은 단지 이에 대한 인가권만을 가지고 있으므로 사업시행자인 조합의 사업시행계획 작성은 자치법적 요소를 가지고 있는 사항이라 할 것이고, 이와 같이 사업시행계획의 작성이 자치법적 요소를 가지고 있는 이상, 조합의 사업시행인가 신청시의 토지 등 소유자의 동의요건 역시 자치법적 사항이라 할 것이며, 따라서 2005. 3. 18. 법률 제7392호로 개정된 도시 및 주거환경정비법 제28조 제4항 본문이 **사업시행인가 신청시의 동의요건을 조합의 정관에 포괄적으로 위임하고 있다고 하더라도 헌법 제75조가 정하는 포괄위임법금지 원칙이 적용되지 아니하므로 이에 위배된다고 할 수 없다.** 그리고 조합의 사업시행인가 신청시의 토지 등 소유자의 동의요건이 비록 토지 등 소유자의 재산상 권리·의무에 영향을 미치는 사업시행계획에 관한 것이더라도, 그 동의요건은 사업시행인가 신청에 대한 토지 등 소유자의 사전 통제를 위한 절차적 요건에 불과하고 토지 등 소유자의 재산상 권리·의무에 관한 기본적이고 본질적인 사항이라고 볼 수 없으므로 법률유보 내지 의회유보의 원칙이 반드시 지켜져야 하는 영역이라고 할 수 없고, 따라서 개정된 도시 및 주거환경정비법 제28조 제4항 본문이 법률유보 내지 의회유보의 원칙에 위배된다고 할 수 없다(대판 2007.10.12. 2006두14476).

답 ②

12 통치행위에 관한 다음 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

2020 소방간부

- ㉠ 한미연합 군사훈련의 일종인 2007년 전시증원연습을 하기로 한 대통령의 결정은 사법심사를 자제해야 하는 통치행위가 아니다.
- ㉡ 외국에의 국군의 파견결정은 고도의 정치적 판단이 요구되는 사안이므로 원칙적으로 사법심사는 자제되어야 한다.
- ㉢ 남북정상회담 개최와 대북송금 행위는 고도의 정치적 행위이므로 사법심사의 대상은 아니다.
- ㉣ 서훈취소는 법원이 사법심사를 자제해야 하는 고도의 정치성을 띤 행위가 아니다.
- ㉤ 통치행위로 인정되면 그에 관한 사법심사는 불가능하다.

① ㉠, ㉢, ㉤

② ㉢, ㉣, ㉤

③ ㉡, ㉢, ㉤

④ ㉠, ㉡, ㉢

⑤ ㉠, ㉡

해설

- ① (○) 한미연합 군사훈련은 1978. 한미연합사령부의 창설 및 1979. 2. 15. 한미연합연습 양해 각서의 체결 이후 연례적으로 실시되어 왔고, 특히 전시증원연습은 대표적인 한미연합 군사 훈련으로서, 대통령이 2007. 3.경에 한 이 사건 연습결정이 새삼 국방에 관련되는 고도의 정치적 결단에 해당하여 사법심사를 자제하여야 하는 통치행위에 해당된다고 보기 어렵다.(헌재 2009.5.28. 2007헌마369)
- ② (○) **외국에의 국군의 파견결정은 파견군인의 생명과 신체의 안전뿐만 아니라 국제사회에서의 우리나라의 지위와 역할, 동맹국과의 관계, 국가안보문제 등 궁극적으로 국민 내지 국익에 영향을 미치는 복잡하고도 중요한 문제로서 국내 및 국제정치관계 등 제반사항을 고려하여 미래를 예측하고 목표를 설정하는 등 고도의 정치적 결단이 요구되는 사안이다.** 따라서 그와 같은 결정은 그 문제에 대해 정치적 책임을 질 수 있는 국민의 대의기관이 관계분야의 전문가들과 광범위하고 심도 있는 논의를 거쳐 신중히 결정하는 것이 바람직하며 우리 헌법도 그 권한을 국민으로부터 직접 선출되고 국민에게 직접 책임을 지는 대통령에게 부여하고 그 권한행사에 신중을 기하도록 하기 위해 국회로 하여금 파병에 대한 동의여부를 결정할 수 있도록 하고 있는바,

현행 헌법이 채택하고 있는 대의민주제 통치구조 하에서 대의기관인 대통령과 국회의 그와 같은 고도의 정치적 결단은 가급적 존중되어야 한다. 일반사법(자이툰 부대) 이라크파병결정은 대통령이 파병의 정당성뿐만 아니라 북한 핵 사태의 원만한 해결을 위한 동맹국과의 관계, 우리나라의 안보문제, 국·내외 정치관계 등 국익과 관련한 여러 가지 사정을 고려하여 파병부대의 성격과 규모, 그리고 파병기간을 국가안전보장회의의 자문을 거쳐 결정한 것으로, 그 후 국무회의 심의·의결을 거쳐 국회의 동의를 얻음으로써 헌법과 법률에 따른 절차적 정당성을 확보했음을 알 수 있다. 그렇다면 이 사건 파견결정은 그 성격상 국방 및 외교에 관련된 고도의 정치적 결단을 요하는 문제로서, 헌법과 법률이 정한 절차를 지켜 이루어진 것임이 명백하므로, 대통령과 국회의 판단은 존중되어야 하고 우리 재판소가 사법적 기준만으로 이를 심판하는 것은 자제되어야 한다. 오랜 민주주의 전통을 가진 외국에서도 외교 및 국방에 관련된 것으로서 고도의 정치적 결단을 요하는 사안에 대하여는 줄곧 사법심사를 자제하고 있는 것도 바로 이러한 취지에서 나온 것이라 할 것이다. 이에 대하여는 설혹 사법적 심사의 회피로 자의적 결정이 방지될 수도 있다는 우려가 있을 수 있으나 **그러한 대통령과 국회의 판단은 궁극적으로는 선거를 통해 국민에 의한 평가와 심판을 받게 될 것이다. 이 사건 파견결정에 대한 사법적 판단을 자제함이 타당하다**(헌재결 2004.4.29. 2003헌마814).

- ㉔ (×) **남북정상회담의 개최과정에서사업권의 대가명목으로 한 대북송금행위는 통치행위가 아님** : 남북정상회담의 개최는 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 북한 측에 사업권의 대가 명목으로 송금한 행위 자체는 헌법상 법치국가의 원리와 법 앞에 평등원칙 등에 비추어 볼 때 사법심사의 대상이 된다**(대판 2004.3.26. 2003도7878).
- ㉕ (○) 구 상훈법(2011. 8. 4. 법률 제10985호로 개정되기 전의 것) 제8조는 서훈취소의 요건을 구체적으로 명시하고 있고 절차에 관하여 상세하게 규정하고 있다. 그리고 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).
- ㉖ (×) 통치행위가 인정되더라도 사법심사가 제한적으로 가능하다.
- ㉗ 대법원은 통치행위를 인정하면서도 사법심사가 제한적으로 가능하다고 본다.
- 대통령의 계엄선포행위는 고도의 정치적·군사적 성격을 띠는 행위라고 할 것이어서, 그 선포의 당·부당을 판단할 권한은 헌법상 계엄의 해제요구권이 있는 국회만이 가지고 있다 할 것이고 그 선포가 당연 무효의 경우라면 모르되, 사법기관인 법원이 계엄선포의 요건 구비 여부나 선포의 당·부당을 심사하는 것은 사법권의 내재적인 본질적 한계를 넘어서는 것이 되어 적절한 바가 못된다.(대판 1981.9.22. 81도1833) ⇒ 계엄선포가 당연무효이면 사법심사 가능.
 - 대통령의 비상계엄의 선포나 확대 행위는 고도의 정치적·군사적 성격을 지니고 있는 행위라 할 것이므로, 그것이 누구에게도 일견하여 헌법이나 법률에 위반되는 것으로서 명백하게 인정될 수 있는 등 특별한 사정이 있는 경우가 아닌 이상 그 계엄선포의 요건 구비 여부나 선포의 당·부당을 판단할 권한이 사법부에는 없다고 할 것이나, 비상계엄의 선포나 확대가 국헌문란의 목적을 달성하기 위하여 행하여진 경우(군사반란 및 내란행위)에는 법원은 그 자체가 범죄행위에 해당하는지의 여부에 관하여 심사할 수 있다(대판 1997.4.17. 96도3376).
- ㉘ 헌법재판소도 통치행위를 인정하면서도 국민의 기본권 침해와 직접 관련된 경우 현재의 심판대상이 된다고 본다.
- ㉙ **대통령의 긴급재정·경제명령·금융실명제** : 헌법재판소는 헌법의 수호와 국민의 기본권보장을 사명으로 하는 국가기관이므로 비록 고도의 정치적 결단에 의하여 행해지는 국가작용이라고 할지라도 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 된다(헌재결 1996.2.29. 93헌마186).
- ㉚ **신행정수도건설특별법** : 신행정수도건설이나 수도이전의 문제를 국민투표에 부칠지 여부에 관한 대통령의 의사결정이 사법심사의 대상이 될 경우 위 의사결정은 고도의 정치적 결단을 요하는 문제여서 사법심사를 자제함이 바람직하다고는 할 수 있고, 이에 따라 그 의사결정에 관련된 흠을 들어 위헌성이 주장되는 법률에 대한 사법심사 또한 자제함이 바람직하다고는 할 수 있다. 그러나 대통령의 위 의사결정이 국민의 기본권침해와 직접 관련되는 경우에는 헌법재판소의 심판대상이 될 수 있고, 이에 따라 위 의사결정과 관련된 법률도 헌법재판소의 심판대상이 될 수 있다(헌재결 04.10. 21. 2004헌마554·556).

답 ④

☞ 통치행위와 사법심사 구별

통치행위 아님 (사법심사 대상)	통치행위	
	사법심사 배제(원칙)	사법심사 대상(예외)
• 남북정상회담의 개최과정에서 현대상선이 신고·승인 없이 북한측에 사업권 대가 명목으로 송금한 행위 는 사법심사 대상	• 남북정상회담의 개최 는 고도의 정치적 성격을 지닌 행위이므로 그 당부를 심판하는 것은 사법권의 내재적·본질적 한계를 넘어서는 것	
• 계엄관련 집행행위	• 대통령의 계엄선포행위 의 당·부당 판단 권한은 계엄 해제요구권을 지닌 국회 만이 가지며, 계엄선포가 당연 무효가 아닌 한 법원이 계엄선포의 요건 구비 여부나 선포의 당·부당을 심사하는 것은 사법권의 내재적인 본질적 한계를 넘어서는 것	• 비상계엄의 선포나 확대가 국헌문란의 목적인 경우 (군사반란 및 내란행위) 법원 은 그 자체가 범죄행위인지 심사 가능.
• 신행정수도 건설, 수도 이전문제 : 정치적 성격은 있지만 고도의 정치적 결단은 아니므로(통치행위 아님) '신행정수도 건설을 위한 특별조치법'의 위헌 여부를 헌법재판소가 심판 가능		• 신행정수도건설이나 수도이전의 문제 를 국민투표에 부칠지 여부에 관한 대통령의 의사결정 : 고도의 정치적 결단을 요하는 문제여서 사법심사를 자제 함이 바람직하지만 국민의 기본권 침해와 직접 관련되면 사법심사가 가능하며, 그 의사결정과 관련된 법률도 헌법재판소 의 심판대상.
• 법규명령 (대통령령·총리령·부령)·행정규칙 제정	• 대통령의 긴급명령, 긴급재정경제명령	• 대통령의 금융실명제에 관한 긴급재정·경제명령 은 통치행위이지만 국민의 기본권 침해와 직접 관련되므로 헌법재판소 의 헌법소원심판 대상
• 대통령의 '2007년 전시증원연습결정(RSOI)'	• 대통령의 자이툰부대 이라크 파병결정 : 고도의 정치적 결단을 요하는 사안으로 대통령과 국회의 판단 은 존중되어야 하고 헌법재판소가 사법적 기준만으로 심판 하는 것은 자제되어야 함(사법부 자제설) • 군사시설보호구역의 설정·변경 또는 해제행위	• 유신헌법에 근거한 긴급조치 1·2·9호 : 고도의 정치적 결단에 의한 국가긴급권 행사이지만, 국민의 기본권 침해와 직접 관련되므로 헌법재판소 심판대상
• 대통령의 서훈 취소 (고도의 정치성 없음)	• 대통령의 사면권 행사 (사법부의 판단을 변경하는 제도로서 권력분립의 원리에 대한 예외)	
• 서울시장의 국제협약체결행위	• 대통령의 외교에 관한 행위 (조약·협정체결, 선전포고 및 강화)	
• 지방의회의원 징계결정 (행정처분으로 행정소송 대상)	• 국회의원의 자격심사·징계·제명처분 (헌법 64조)	
• 대통령선거 (공직선거법상 선거무효확인소송 인정)		

13 허가에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것을 고른 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

2020 소방간부

- ㉠ 개발제한구역 내에서 건축물의 건축 등에 대한 허가는 재량행위이다.
 ㉡ 허가신청 후 허가기준이 변경된 경우에는 신청 당시의 기준에 따라 처리되어야 한다.
 ㉢ 개인택시운송사업의 면허는 기속행위이다.
 ㉣ 구 「식품위생법」상 일반음식점영업허가신청에 대하여 관계 법령에서 정하는 제한 사유 외에 공공복리 등의 사유를 들어 거부할 수 없다.
 ㉤ 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 따른 토지의 형질변경허가를 수반하더라도 건축허가는 기속행위이다.

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

해설

- ㉠ (○) 허가는 원칙적으로 기속행위로 보나 예외적 승인은 원칙적으로 재량행위로 본다.
 • **개발제한구역 내의 건축허가는 예외적 승인으로서 재량행위** : 개발제한구역 내에서는 구역지정의 목적상 건축물의 건축, 공작물의 설치, 토지의 형질변경 등의 행위는 원칙적으로 금지되고, 다만 구체적인 경우에 위와 같은 구역지정의 목적에 위배되지 아니할 경우 예외적으로 허가에 의하여 그러한 행위를 할 수 있게 되며, 한편 개발제한구역 내에서의 건축물의 건축 등에 대한 예외적 허가는 그 상대방에게 수익적인 것으로서 재량행위에 속하는 것이라고 할 것이다(대판 2004.7.22. 2003두7606).
 ㉡ (x) **허가신청 후 법령 개정으로 허가기준이 변경된 경우 새로운 허가기준으로 처분을 해야 함(신청시 법이 아닌 허가 처분시 법에 따름)** : 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 이유 없이 그 처리를 늦추어 그 사이에 허가기준이 변경된 것이 아닌 이상 변경된 허가기준에 따라서 처분을 하여야 한다.(대판 1996.8.20. 95누10877).
 ㉢ (x) 「여객자동차 운수사업법」에 의한 **개인택시운송사업면허는 특정인에게 권리나 이익을 부여하는 행정행위로서 법령에 특별한 규정이 없는 한 재량행위이다** (대판 2010.1.28. 2009두19137).
 ㉣ (○) 구 「식품위생법」상 **일반음식점영업허가는 성질상 일반적 금지의 해제에 불과하므로 허가권자는 허가신청이 법에서 정한 요건을 구비한 때에는 허가하여야 하고, 관계 법령에서 정하는 제한사유 외에 공공복리 등의 사유를 들어 허가신청을 거부할 수는 없고**, 이러한 법리는 일반음식점 허가사항의 변경허가에 관하여도 마찬가지로 적용된다(대판 2000.3.24. 97누12532 ; 대판 1993.5.27. 93누 2216).
 ㉤ (x) 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 의하여 지정된 도시지역 안에서 토지의 형질변경행위를 수반하는 건축허가는 재량행위 : 국토의 계획 및 이용에 관한 법률에서 정한 도시지역 안에서 토지의 형질변경행위를 수반하는 건축허가는 건축법 8조 1항의 규정에 의한 건축허가와 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 56조 1항 2호의 규정에 의한 토지의 형질변경허가의 성질을 아울러 갖는 것으로 보아야 할 것이고, 같은 법 58조 1항 4호, 3항, 같은 법시행령 56조 1항 [별표 1] 1호 (가)목 (3), (라)목 (1), (마)목 (1)의 각 규정을 종합하면, 같은 법 56조 1항 2호의 규정에 의한 토지의 형질변경허가는 그 금지요건이 불확정개념으로 규정되어 있어 그 금지요건에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 행정청에게 재량권이 부여되어 있다고 할 것이므로, 같은 법에 의하여 지정된 도시지역 안에서 토지의 형질변경행위를 수반하는 건축허가는 결국 재량행위에 속한다(대판 2005.7.14. 2004두6181).

답 ⑤

14 행정법의 법원(法源)에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

2020 소방간부

- ① 대통령의 위임을 받은 구 외교통상부장관(현 외교 부장관)이 미합중국 국무장관과 발표한 '동맹 동반자 관계를 위한 전략대화 출범에 관한 공동성명'은 한국과 미합중국이 상대방의 입장을 존중한다는 내용만 담고 있으므로 조약에 해당한다고 볼 수 없다.
 ② 개발제한구역에서의 행위 제한에 관하여는 구 「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법」이 구 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 대하여 특별법의 관계에 있다.
 ③ 무효인 규정에 의해 갑종근로소득세를 과세하는 것이 세무행정의 관례가 되어 있다면 그 무효인 규정은 행정관습법이 될 수 있다.
 ④ 헌법상 적법절차의 원칙은 행정절차의 영역에도 적용된다.
 ⑤ 처분의 하자가 당사자의 허위 방법에 의한 신청 행위에 기인한 것이면 당사자는 신뢰이익을 주장할 수 없다.

해설

- ① (○) **대통령이 외교통상부장관에게 위임하여 2006.1.19.경 워싱턴에서 미합중국 국무장관과 발표한 '동맹 동반자 관계를 위한 전략대화 출범에 관한 공동성명은 조약에 해당하지 않음** : 조약은 '국가·국제기구 등 국제법 주체 사이에 권리의무관계를 창출하기 위하여 서면형식으로 체결되고 국제법에 의하여 규율되는 합의'인데, 이러한 조약의 체결·비준에 관하여 헌법은 대통령에게 전속적인 권한을 부여하면서(헌법 제73조), 조약을 체결·비준함에 앞서 국무회의의 심의를 거쳐야 하고(헌법 제89조 제3호), 특히 중요한 사항에 관한 조약의 체결·비준은 사전에 국회의 동의를 얻도록 하는 한편(헌법 제60조 제1항), 국회는 헌법 제60조 제1항에 규정된 일정한 조약에 대해서만 체결·비준에 대한 동의권을 가진다. 이 사건 공동성명은 한국과 미합중국이 상대방의 입장을 존중한다는 내용만 담고 있을 뿐, 구체적인 법적 권리·의무를 창설하는 내용을 전혀 포함하고 있지 아니하므로, 조약에 해당한다고 볼 수 없으므로 그 내용이 헌법 제60조 제1항의 조약에 해당되는지 여부를 따질 필요도 없이 이 사건 공동성명에 대하여 국회가 동의권을 가진다거나 국회의원이 청구인이 심의표결권을 가진다고 볼 수 없다(헌재 2008.3.27. 2006헌라4).
 ② (○) 구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제38조 제1항, 제2항, 제80조, 제43조 제2항, 구 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법 제1조, 제12조 등의 체계와 내용, 위 법률들의 입법 취지와 목적 등을 종합하여 보면, 개발제한구역에서의 행위 제한에 관하여는 구 개발제한구역법이 구 국토계획법에 대하여 특별법의 관계에 있다(대판 2014.5.16. 2013두4590).
 ③ (x) 무효인 규정에 의한 과세처분이 행정관례가 되어 있는 경우 신뢰보호원칙이 논의될 수는 있으나 무효인 규정 자체는 효력 없는 성문법 규정이며, 조세법률주의에 위배되므로 행정관습법이 될 수 없다.
 • 피고가 행한 이 사건의 갑종근로소득세 과세처분의 전제가 되는 원고회사 대표이사 개인에의 소득인정, 즉 상여로 간주한 일은 같은법시행규칙(개정 재무부령 400호 제12조 제2항 제3호에 의하여 피고가 행한 것인데 위 시행규칙의 같은 조문이 위 법인세법이나 같은법시행령(개정 2566호)에 아무런 근거없이 제정된 것이므로 이는 조세법률주의에 위배되어 무효한 조문이라 할 것이며, 따라서 원심이 위 법인세법시행규칙 제12조 제2항 제3호에

의하여 원고 법인의 공표소득금액과 정부의 조사결정소득금액과의 차액을 원고의 대표자에 대한 상여금으로 보아 본건 과세처분을 하였음은 위법이므로 같은 견해 아래 본건 행정처분의 취소를 명한 원심조치는 정당하다. 법인세법시행규칙 제12조 제2항 제3호가 관습법이 되었다는 내용의 논지는 근거없는 견해이고, 위 법조는 법률에 근거없는 과세를 규정한 것으로 조세법률주의에 위배되는 무효의 규정이다(대판 1968.6.25. 68누9).

- ④ (○) 헌법 제12조 제1항에서 규정하고 있는 적법절차의 원칙은 형사소송절차에 국한 되지 아니하고 모든 국가작용 전반에 대하여 적용된다(헌재 1992.12.24. 92헌가8).
- ⑤ (○) 신뢰보호원칙의 적용조건으로 상대방에게 귀책사유가 없어야 한다. 귀책사유란 행정청의 견해표명의 하자가 상대방 등 관계자의 사실은페나 기타 사위의 방법에 의한 신청행위 등 부정행위에 기인한 것이거나 그러한 부정행위가 없다고 하더라도 하자가 있음을 알았거나(약의) 중대한 과실(종과실)로 알지 못한 경우 등을 의미한다.
- 원고가 과거 개인택시운송사업면허를 취득하였다가 양도한 후 10년이 경과되지 아니하여 자동차운수사업법시행규칙 15조 1항 단서의 규정에 따라 면허자격이 없음에도 불구하고 이를 숨긴 채 면허신청을 하여 면허를 받은 경우, 그 처분의 하자가 당사자의 사실은페나 기타 사위의 방법에 의한 신청행위에 기인한 것이라면 당사자는 그 처분에 의한 이익이 위법하게 취득되었음을 알아 그 취소가능성도 예상하고 있었다고 할 것이므로 그 자신이 위 처분에 관한 신뢰이익을 수용할 수 없음은 물론 행정청이 이를 고려하지 않았다 해도 재량권의 남용이 되지 않는다(대판 1990.2.27. 89누2189).

답 ③

15 행정법의 효력 및 법률관계에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

2020 소방간부

- ① 행정법령이 개정된 경우에 이 법령의 경과규정에서 달리 정함이 없는 한 개정된 법령의 시행일부부터는 개정된 법령과 그에서 정한 기준을 적용하는 것이 원칙이다.
- ② 진정소급입법은 헌법적으로 허용되지 않는 것이 원칙이지만, 일반적으로 국민이 소급입법을 예상할 수 있는 등 소급입법을 정당화할 수 있는 경우에는 예외적으로 진정소급입법이 허용된다.
- ③ 지방소방공무원이 자신이 소속된 지방자치단체를 상대로 제기한 초과근무수당의 지급을 구하는 청구에 관한 소송은 당사자소송의 절차에 따라야 한다.
- ④ 지방자치단체에 대한 금전채권의 소멸시효를 5년의 단기로 정하고 있는 「지방재정법」의 규정은 공법상 금전채권에만 적용된다.
- ⑤ 구 「석탄산업법 시행령」상 재해위로금 청구권은 개인의 공권으로서 그 공익적 성격에 비추어 당사자 합의에 의해 이를 미리 포기할 수 없다.

해설

- ① (○) 행정처분은 그 근거 법령이 개정된 경우에도 경과규정에서 달리 정함이 없는 한 처분 당시 시행되는 개정 법령과 그에 정한 기준에 의하는 것이 원칙이고, 그 개정 법령이 기존의 사실 또는 법률관계를 적용대상으로 하면서 국민의 재산권과 관련하여 종전보다 불리한 법률효과를 규정하고 있는 경우에도 그러한 사실 또는 법률관계가 개정 법령이 시행되기 이전에 이미 완성 또는 종결된 것이 아니라면 이를 헌법상 금지되는 소급입법에 의한 재산권 침해라고 할 수는 없으며, 그러한 개정 법령의 적용과 관련하여서는 개정 전 법령의 존속에 대한 국민의 신뢰가 개정 법령의 적용에 관한 공익상의 요구보다 더 보호가치가 있다고 인정되는 경우에 그러한 국민의 신뢰를 보호하기 위하여 그 적용이 제한될 수 있는 여지가 있을 따름이다(대판 2009.7.25. 2008두8918).
- ② (○) 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 원칙이고, 다만 ㉠ 일반적으로 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나 ㉡ 법적 상태가 불확실하고 혼란스러워 보호할 만한 신뢰이익이 적은 경우와 ㉢ 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우 그리고 ㉣ 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우 등에는 예외적으로 진정소급입법이 허용된다(헌재 1999.7.22. 97헌바76).
- ③ (○) 지방소방공무원의 근무관계는 공법상의 근무관계, 그 근무관계의 주요 내용인 보수에 관한 법률관계는 공법상의 법률관계로 관련소송은 공법상 당사자소송 : 지방자치단체와 그 소속 경력직 공무원인 지방소방공무원 사이의 관계, 즉 지방소방공무원의 근무관계는 사법상의 근로계약관계가 아닌 공법상의 근무관계에 해당하고, 그 근무관계의 주요한 내용 중 하나인 지방소방공무원의 보수에 관한 법률관계는 공법상의 법률관계라고 보아야 한다. 나아가 지방공무원법 제44조 제4항, 제45조 제1항이 지방공무원의 보수에 관하여 이른바 근무조건 법정주의를 채택하고 있고, 지방공무원 수당 등에 관한 규정 제15조 내지 제17조가 초과근무수당의 지급 대상, 시간당 지급 액수, 근무시간의 한도, 근무시간의 산정 방식에 관하여 구체적이고 직접적인 규정을 두고 있는 등 관계 법령의 내용, 형식 및 체제 등을 종합하여 보면, 지방소방공무원의 초과근무수당 지급청구권은 법령의 규정에 의하여 직접 그 존부나 범위가 정하여지고 법령에 규정된 수당의 지급요건에 해당하는 경우에는 곧바로 발생한다고 할 것이므로, 지방소방공무원이 자신이 소속된 지방자치단체를 상대로 초과근무수당의 지급을 구하는 청구에 관한 소송은 행정소송법 제3조 제2호에 규정된 당사자소송의 절차에 따라야 한다.(대판 2013.3.28. 2012다102629).
- ④ (×) 지방자치단체의 채무에 대한 단기결산을 통하여 지방자치단체의 채권, 채무관계를 조기에 확정하고 예산 수립에 있어 불안정성을 제거함으로써 지방자치단체의 재정을 합리적으로 운용할 필요성이 인정된다. 또한 공공기관 기록물 중 일반사항에 관한 예산·회계관련 기록물들은 보존기간이 5년으로 정해져 있으므로 지방자치단체 채무의 변제를 둘러싼 분쟁을 방지하기 위하여 소멸시효기간을 이보다 더 장기로 정하는 것은 적절하지 않다. 이러한 점들은 공법상 원인에 기한 채권과 사법상 원인에 기한 채권에 모두 공통된다. ... 입법자에게 상당한 범위의 입법재량이 인정되는 소멸시효기간을 정함에 있어서, 이 사건 법률조항이 지방자치단체에 대한 금전채권을 공법상의 원인에 기한 것과 사법상의 원인에 기한 것으로 구분하지 아니하고, 사법상의 채권에 대하여 공법상 채권과 마찬가지로 5년의 소멸시효를 규정한 것은 합리적인 이유가 있어 평등권을 침해하지 않는다(헌재 2004.4.29. 2002헌바58).
- ⑤ (○) 석탄산업법시행령 제41조 제4항 제5호 소정의 재해위로금 청구권은 개인의 공권으로서 그 공익적 성격에 비추어 당사자의 합의에 의하여 이를 미리 포기할 수 없다(대판 1998.12.23. 97누504).

답 ④

16 행정조직에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

2020 소방간부

- ① 건설공사 시 문화재보전의 영향 검토에 관한 구 「문화재보호법」 제72조 제2항 및 동법 시행령 제43조의2 제1항에서 정한 '문화재청장과 협의'는 '문화재청장과 동의'를 의미하는 것은 아니다.
- ② 구 국토해양부장관(현 국토교통부장관)이 하천공사를 대행하던 중 지방하천의 관리상 하자로 인하여 손해가 발생하였다

면 하천관리청이 속한 지방자치단체는 국가와 함께 「국가배상법」 제5조 제1항에 따라 지방하천의 관리자로서 손해배상책임을 부담한다.

- ③ 행정청은 독립적인 법인격이 인정되지 않으므로 행정청의 대외적인 권한행사의 법적 효과는 행정주체에게 귀속된다.
- ④ 행정관청 내부의 사무처리규정에 불과한 전결규정에 위반하여 원래의 전결권자가 아닌 보조기관 등이 처분권자인 행정관청의 이름으로 행정처분을 한 경우에는 그 처분은 무효가 아니다.
- ⑤ 대리권행사의 법적 효과는 피대리행정청이 속한 행정주체에게 귀속되며, 대리행위에 대한 항고소송은 피대리행정청을 피고로 제기하여야 한다.

해설

- ① (×) 문화재보호법의 입법목적과 문화재의 보존·관리 및 활용은 원형유지라는 문화재보호의 기본원칙 등에 비추어, 건설공사시 문화재보존의 영향 검토에 관한 문화재보호법 제74조 제2항 및 같은 법 시행령 제43조의2 제1항에서 정한 '문화재청장과 협의'가 '문화재청장의 동의'를 말한다(대판 2006.3.10. 2004추119).
- ② (○) 구 하천법 제28조 제1항에 따라 국토해양부장관(현 국토교통부장관)이 하천공사를 대행하더라도 이는 국토해양부장관이 하천관리에 관한 일부 권한을 일시적으로 행사하는 것으로 볼 수 있을 뿐 하천관리청이 국토해양부장관으로 변경되는 것은 아니므로, 국토해양부장관이 하천공사를 대행하던 중 지방하천의 관리상 하자로 인하여 손해가 발생하였다면 하천관리청이 속한 지방자치단체는 국가와 함께 국가배상법 제5조 제1항에 따라 지방하천의 관리자로서 손해배상책임을 부담한다(대판 2014.6.26. 2011다85413).
- ③ (○) 행정기관(행정청)은 행정주체가 행정과제를 수행하기 위해서는 행정주체의 의사를 결정하고, 그 의사에 따라 행동하는 조직이다. 행정주체는 스스로의 이름으로 행정권을 행사하고 그 법률효과가 자신에게 귀속하지만, 행정청은 행정주체를 위해 권한을 행사하고 그 법적 효과는 행정주체에게 귀속된다. 따라서 행정청은 행정주체와는 달리 독립된 법인격을 갖지 못한다.
- ④ (○) 행정관청 내부의 사무처리규정에 불과한 전결규정에 위반하여 원래의 전결권자 아닌 보조기관 등이 처분권자인 행정관청의 이름으로 행정처분을 한 경우, 그 처분은 무효가 아니다 : 전결과 같은행정권한의내부위임은 법령상 처분권자인행정관청이 내부적인 사무처리의편의를 도모하기 위하여 그의 보조기관 또는 하급 행정관청으로 하여금 그의 권한을 사실상 행사하게 하는 것으로서 법률이 위임을 허용하지않는경우에도인정되는것이므로, 설사 행정관청 내부의 사무처리규정에 불과한 전결규정에 위반하여 원래의 전결권자 아닌 보조기관 등이 처분권자인 행정관청의 이름으로 행정처분을 하였다 하더라도 그 처분이 권한 없는 자에 의하여 행하여진 무효의 처분이라고는 할 수 없다(대판 1998.2.27. 97누1105).
- ⑤ (○) 대리의 경우에는 '위임'과 달리 처분권한이 이전되지 않는다. 따라서 대리기관은 피대리기관을 위한 것임을 표시하고 자기이름으로 처분을 하여야 하며, 처분은 피대리행정청의 행위로서의 효과가 나타나므로 법적 효과는 피대리행정청이 속한 행정주체에게 귀속된다. 대리행위에 대한 행정소송의 피고적격자는 피대리행정청이 된다.
 • 항고소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 원칙적으로 소송의 대상인 행정처분을 외부적으로 행한 행정청을 피고로 하여야 하고(행정소송법 제13조 제1항 본문), 다만 대리기관이 대리관계를 표시하고 피대리 행정청을 대리하여 행정처분을 한 때에는 피대리 행정청이 피고가 되어야 한다(대결 2006.2.23. 자 2005부4).

답 ①

17 경찰행정부에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

2020 소방간부

- ① 국가나 지방자치단체에 근무하는 청원경찰의 근무관계는 사법상 고용계약 관계로 보기 어려우므로 그에 대한 징계처분의 시정을 구하는 소는 행정소송이다.
- ② 경찰관은 불심검문 시 질문을 하거나 동행을 요구할 경우 자신의 신분을 표시하는 증표를 제시하면서 소속과 성명을 밝히고 질문이나 동행의 목적과 이유를 설명하여야 하며, 동행을 요구하는 경우에는 동행 장소를 밝혀야 한다.
- ③ 「경찰관 직무집행법」에 따른 경찰관의 보호조치시 피구호자에 해당하는지는 구체적인 상황을 고려하여 경찰관 평균인을 기준으로 판단하되, 피구호자의 가족 등에게 피구호자를 인계할 수 있다면 특별한 사정이 없는 한 경찰관서에서 피구호자를 보호하는 것은 허용되지 않는다.
- ④ 경찰의 음주단속에 불응하여 도주하려다가 경찰관에게 검거되어 지구대로 「경찰관 직무집행법」에 따라 보호조치된 후 음주측정요구를 거부한 것은, 위법한 체포 상태에서 이루어진 음주측정거부이므로 음주측정거부에 관한 「도로교통법」 위반죄로 처벌할 수 없다.
- ⑤ 군(郡) 도시과 단속계 요원인 청원경찰관이 「경찰관 직무집행법」 제2조에 따라 허가 없이 창고를 주택으로 개축하는 것을 단속하는 것은 정당한 공무집행에 해당하지 않는다.

해설

- ① (○) 국가나 지방자치단체에 근무하는 청원경찰의 근무관계는 공법관계이므로 그에 대한 징계처분 시정을 구하는 소는 행정소송 대상 : 국가나 지방자치단체에 근무하는 청원경찰(모든 청원경찰이 아닌 국가나 지방자치단체에 근무하는 청원경찰임)은 국가공무원법이나 지방공무원법상의 공무원이 아니지만, 다른 청원경찰과는 달리 그 임용권자가 행정기관의 장이고, 국가나 지방자치단체로부터 보수를 받으며, 산업재해보상보험법이나 근로기준법이 아닌 공무원연금법에 따른 재해보상과 퇴직급여를 지급받고, 직무상의 불법행위에 대하여도 민법이 아닌 국가배상법이 적용되는 등의 특질이 있으며 그 외 임용자격, 직무, 복무의무내용 등을 종합하여 볼 때, 그 근무관계를 사법상의 고용계약관계로 보기는 어려우므로 그에 대한 징계처분의 시정을 구하는 소는 행정소송의 대상이지 민사소송의 대상이 아니다(대판 1993.7.13. 92다47564).
- ② (○) 「경찰관 직무집행법」 제3조(불심검문) ④ 경찰관은 제1항이나 제2항에 따라 질문을 하거나 동행을 요구할 경우 자신의 신분을 표시하는 증표를 제시하면서 소속과 성명을 밝히고 질문이나 동행의 목적과 이유를 설명하여야 하며, 동행을 요구하는 경우에는 동행 장소를 밝혀야 한다.
- ③ (○) 경찰관직무집행법 제4조 제1항에서 정한 '술에 취한 상태'의 의미 및 위 조항에 따른 경찰관의 보호조치를 필요로 하는 피구호자에 해당하는지 판단하는 기준 : 경찰관직무집행법 제4조 제1항 제1호에서 규정하는 술에 취한 상태로 인하여 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산에 위해를 미칠 우려가 있는 피구호자에 대한 보호조치는 경찰 행정상 즉시강제에 해당하므로, 그 조치가 불가피한 최소한도 내에서만 행사되도록 발동·행사 요건을 신중하고 엄격하게 해석해야 한다. 따라서 이 사건 조항의 '술에 취한 상태'란 피구호자가 술에 만취하여 정상적인 판단능력이나 의사능력을 상실할 정도에 이른 것을 말하고, 이 사건 조항에 따른 보호조치를 필요로 하는 피구호자에 해당하는지는 구체적인 상황을 고려하여 경찰관 평균인을 기준으로 판단하되, 그 판단은 보호조치의 취지와 목적에 비추어 현저하게 불합리하여서는 아니 되며, 피구호자의 가족 등에게 피구호자를 인계할 수 있다면 특별한 사정이 없는 한 경찰관서에서 피구호자를 보호하는 것은 허용되지 않는다(대판 2012.12.13. 2012도11162).

- ④ (○) 음주측정을 위하여 운전자를 강제로 연행할 때 준수하여야 하는 절차를 위반한 경우 위법한 체포에 해당하며, 위법한 체포 상태에서 이루어진 음주측정요구에 불응한 행위를 음주측정거부에 관한 도로교통법 위반죄로 처벌할 수 없음 : 교통안전과 위험방지를 위한 필요가 없음에도 주취운전을 하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있다는 이유만으로 이루어지는 음주측정은 이미 행하여진 주취운전이라는 범죄행위에 대한 증거 수집을 위한 수사절차로서 의미를 가지는데, 도로교통법상 규정들이 음주측정을 위한 강제처분의 근거가 될 수 없으므로 위와 같은 음주측정을 위하여 운전자를 강제로 연행하기 위해서는 수사상 강제처분에 관한 형사소송법상 절차에 따라야 하고, 이러한 절차를 무시한 채 이루어진 강제연행은 위법한 체포에 해당한다. 이와 같은 위법한 체포 상태에서 음주측정요구가 이루어진 경우, 음주측정요구를 위한 위법한 체포와 그에 이은 음주측정요구는 주취운전이라는 범죄행위에 대한 증거 수집을 위하여 연속하여 이루어진 것으로서 개별적으로 적법 여부를 평가하는 것은 적절하지 않으므로 일련의 과정을 전체적으로 보아 위법한 음주측정요구가 있었던 것으로 볼 수밖에 없고, 운전자가 주취운전을 하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있다 하더라도 운전자에게 경찰공무원의 이와 같은 위법한 음주측정요구까지 응할 의무가 있다고 보아 이를 강제하는 것은 부당하므로 그에 불응하였다고 하여 음주측정거부에 관한 도로교통법 위반죄로 처벌할 수 없다(대판 2012.12.13. 2012도11162).
- ⑤ (×) 청원경찰법 제3조는 청원경찰은 청원주와 배치된 기관, 시설 또는 사업장등의 구역을 관할하는 경찰서장의 감독을 받아 그 경비구역 내에 한하여 경찰관직무집행법에 의한 직무를 행한다고 정하고 있고 한편 경찰관직무집행법 제2조에 의하면 경찰관은 범죄의 예방, 진압 및 수사, 경비요인, 경호 및 대간첩작전 수행, 치안정보의 수집·작성 및 배포, 교통의 단속과 위해의 방지, 기타 공공의 안녕과 질서유지 등을 그 직무로 하고 있으므로 군 도시와 단속계 요원으로 근무하고 있는 청원경찰관이 허가 없이 창고를 주택으로 개축하는 것을 단속하는 것은 그의 정당한 공무집행에 속한다고 할 것이므로 이를 폭력으로 방해하는 행위는 공무집행방해죄에 해당된다(대판 1986.1.28. 85도2448).

답 ⑤

18 공무원의 책임과 의무에 관한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

2020 소방간부

- ① 공무원의 성실의무는 법적 의무로서 위반 시 징계의 대상이 될 수 있으며, 이는 근무시간 외에 근무지 밖에서 적용될 여지는 없다.
- ② 금품비위, 성범죄 등 대통령령으로 정하는 비위 행위로 인하여 감사원 및 검찰·경찰 등 수사기관에서 조사나 수사 중인 자는 직위해제 대상이 되지 않는다.
- ③ 수사기관이 현행범인 공무원을 구속하려면 그 소속 기관의 장에게 미리 통보하여야 한다.
- ④ 공무원은 선거에서 특정 정당 또는 특정인을 지지 또는 반대하기 위하여 투표를 하거나 하지 아니하도록 권유할 수 있고, 문서나 도서를 공공시설 등에 게시하거나 게시하게 할 수 있다.
- ⑤ 공무원은 형의 선고, 징계처분 또는 「국가공무원법」에서 정하는 사유에 따르지 아니하고는 본인의 의사에 반하여 휴직·강임 또는 면직을 당하지 아니한다.

해설

- ① (×) 국가공무원법상 공무원의 성실의무는 경우에 따라 근무시간 외에 근무지 밖까지도 미치는 경우가 있다고 할 것인 바, ... 전국기관차협의회가 주도하는 집회 및 철도파업은 정당한 단체행동의 범위 내에 있는 것으로 보기 어렵고, 또한 그 집회가 적법한 절차를 거쳐 개최되었고 근무시간 외에 사업장 밖에서 개최되었다고 하더라도 철도의 정상적인 운영을 수행해야 할 철도기관으로서의 성실의무는 철도의 정상운영에 지장을 초래할 가능성이 높은 집회에 참석하지 아니할 의무에까지도 미친다(대판 1997.2.11. 96누2125).
- ② (×) 국가공무원법 제73조의3(직위해제) ① 임용권자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 직위를 부여하지 아니할 수 있다.
6. 금품비위, 성범죄 등 대통령령으로 정하는 비위행위로 인하여 감사원 및 검찰·경찰 등 수사기관에서 조사나 수사 중인 자로서 비위의 정도가 중대하고 이로 인하여 정상적인 업무수행을 기대하기 현저히 어려운 자
- ③ (×) 동법 제58조(직장 이탈 금지) ② 수사기관이 공무원을 구속하려면 그 소속 기관의 장에게 미리 통보하여야 한다. 다만, 현행범은 그러하지 아니하다.
- ④ (×) 동법 제65조(정치 운동의 금지) ② 공무원은 선거에서 특정 정당 또는 특정인을 지지 또는 반대하기 위한 다음의 행위를 하여서는 아니 된다.
1. 투표를 하거나 하지 아니하도록 권유 운동을 하는 것
2. 서명 운동을 기도(企圖)·주재(主宰)하거나 권유하는 것
3. 문서나 도서를 공공시설 등에 게시하거나 게시하게 하는 것
4. 기부금을 모집 또는 모집하게 하거나, 공공자금을 이용 또는 이용하게 하는 것
5. 타인에게 정당이나 그 밖의 정치단체에 가입하게 하거나 가입하지 아니하도록 권유 운동을 하는 것
- ⑤ (○) 동법 제68조(의사에 반한 신분 조치) 공무원은 형의 선고, 징계처분 또는 이 법에서 정하는 사유에 따르지 아니하고는 본인의 의사에 반하여 휴직·강임 또는 면직을 당하지 아니한다. 다만, 1급 공무원과 제23조에 따라 배정된 직무등급이 가장 높은 등급의 직위에 임용된 고위공무원단에 속하는 공무원은 그러하지 아니하다.

답 ⑤

19 지방자치에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

2020 소방간부

- ① 교육감이 담당 교육청 소속 국가공무원인 교사에 대하여 하는 징계의결 요구사무는 국가위임 사무이며, 또한 사립 초·중·고등학교 교사 징계에 관하여 규정한 교육감의 징계요구권은 국가사무로서 시·도 교육감에 위임된 사무이다.
- ② 지방자치단체의 구역변경이나 폐지·분합이 있는 때에 새로 그 지역을 관할하게 된 지방자치단체가 그 사무와 재산을 승계하도록 규정되어 있으며, 「지방자치법」에 의해 규정된 '재산'은 현금 외의 모든 재산적 가치가 있는 물건 및 권리와 채무를 포함하고 있다.
- ③ 지방자치단체장이 처리하는 사무가 기관위임사무인가에 대한 것은 법령의 규정형식과 취지를 우선 고려하여야 하고, 사무의 성질이 전국적으로 통일적 처리가 요구되는 사무인지 그리고 경비부담과 최종적인 책임귀속의 주체 등을 고려하여 판단하여야 한다.
- ④ 학교의 장이 행하는 학교생활기록의 작성에 관한 교육감의 지도·감독사무는 국가사무이고, 교육능력개발 평가사무는 기관위임사무에 해당한다.
- ⑤ 지방자치단체의 의결기관인 서울시의회는 기본권의 주체가 될 수 없다.

해설

- ① (○) ㉠ 교육공무원 징계사무의 성격, 그 권한의 위임에 관한 교육공무원법령의 규정 형식과 내용 등에 비추어 보면, 국가공무원인 교사에 대한 징계는 국가사무이고, 그 일부인 징계의결요구 역시 국가사무에 해당한다고 보는 것이 타당하다. 따라서 교육감이 담당 교육청 소속 국가공무원인 교사에 대하여 하는 징계의결요구 사무는 국가위임사무라고 보아야 한다. ㉡ 사립학교 교원의 복무나 징계 등은 국·공립학교 교원과 같이 전국적으로 통일하여 규율되어야 한다. 이를 고려할 때, 구 사립학교법 제54조 제3항이 사립 초·중·고등학교 교사의 징계에 관하여 규정한 교육감의 징계요구 권한은 위 사립학교 교사의 자질과 복무태도 등을 국·공립학교 교사와 같이 일정 수준 이상 유지하기 위한 것으로서 국·공립학교 교사에 대한 징계와 균형 있게 처리되어야 할 국가사무로서 시·도 교육감에 위임된 사무라고 보아야 한다(대판 2013.6.27. 2009후206).
- ② (×) 지방자치단체의 구역변경, 폐지, 분합으로 새로 그 지역을 관할하게 된 지방자치단체가 승계하도록 규정한 지방자치법 5조 1항 소정의 “재산”이라 함은 현금 이외의 모든 재산적 가치가 있는 물건 및 권리만을 말하는 것으로서 **채무는 포함되지 않는다**(대판 1993.2.26. 92다45292).
- ③ (○) 법령상 지방자치단체의 장이 처리하도록 규정하고 있는 사무가 자치사무인지 아니면 기관위임사무인지를 판단함에 있어서는 그에 관한 **법령의 규정형식과 취지**를 우선 고려해야 하지만 그 외에도 **사무의 성질이 전국적으로 통일적 처리가 요구되지 여부나 그에 관한 경비부담과 최종적인 책임귀속의 주체 등도 아울러 고려**해야 한다(대판 2003.4.22. 2002두10483)
- ④ (○) ㉠ 학교생활기록에 관한 초·중등교육법, 고등교육법 및 각 시행령의 규정 내용에 의하면, 어느 학생이 시·도를 달리하여 또는 국립학교와 공립·사립학교를 달리하여 전출하는 경우에 학교생활기록의 체계적·통일적인 관리가 필요하고, 중학생이 다른 시·도 지역에 소재한 고등학교에 진학하는 경우에도 학교생활기록은 고등학교의 입학전형에 반영되며, 고등학생의 학교생활기록은 교육부장관의 지도·감독을 받는 대학교의 입학전형자료로 활용되므로, 학교의 장이 행하는 학교생활기록의 작성에 관한 사무는 국민 전체의 이익을 위하여 통일적으로 처리되어야 할 성격의 사무이다. 따라서 전국적으로 통일적 처리를 요하는 학교생활기록의 작성에 관한 사무에 대한 감독관청의 지도·감독 사무도 국민 전체의 이익을 위하여 통일적으로 처리되어야 할 성격의 사무라고 보아야 하므로, **공립·사립학교의 장이 행하는 학교생활기록부 작성에 관한 교육감의 지도·감독 사무는 국가사무로서 교육감에 위임된 사무이다.**(대판 2014.2.27. 2012후183)
- ㉡ 교원능력개발평가 사무와 관련된 법령의 규정 내용과 취지, 그 사무의 내용 및 성격 등에 비추어 보면, **교원능력개발평가는 국가사무로서 각 시·도 교육감에게 위임된 기관위임사무**라고 보는 것이 타당하다. 교육부장관이 ‘2011년 교원능력개발평가제 시행 기본계획을 수립한 후 각 시·도에 교원능력개발평가제 추진계획을 제출하게 하자 전라북도교육감이 ‘2011년 교원능력개발 평가제 추진계획’을 제출하였으나 교육부장관이 추진계획이 교원 등의 연수에 관한 규정 등에 위반된다는 이유로 시정명령을 한 사안에서 이 사건 시정명령은 기관위임사무에 관하여 행하여진 것이라 할 것이어서, 자치사무에 관한 명령이나 처분을 취소 또는 정지하는 것에 해당하지 아니하므로 이에 대한 소는 부적법하다(대판 2013.5.23. 2011후56).
- ⑤ (○) **서울시의회는 기본권주체가 될 수 없으므로 헌법소원 제기 불가** : 기본권의 보장에 관한 각 헌법규정의 해석상 국민(또는 국민과 유사한 지위에 있는 외국인과 사법인)만이 기본권의 주체라 할 것이고, 공권력의 행사자인 국가, 지방자치단체나 그 기관 또는 국가조직의 일부나 공법인은 기본권의 ‘수보자(受者)’이지 기본권의 주체로서 그 ‘소지자’가 아니고 오히려 국민의 기본권을 보호 내지 실현해야 할 책임과 의무를 지니고 있는 지위에 있을 뿐이므로, 공법인인 지방자치단체의 의결기관인 청구인 의회는 기본권의 주체가 될 수 없고 따라서 헌법소원을 제기할 수 있는 적격이 없다(헌재결 1998.3.26.96헌마345).

답 ②

20 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

2020 소방간부

- ① 정보공개거부처분의 취소소송에서 공공기관이 청구정보를 증거 등으로 법원에 제출한 것은 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」상 공개에 해당된다.
- ② 공공기관이 청구인이 신청한 공개방법 이외의 방법으로 공개하기로 결정하였다면 이는 정보공개방법에 관한 부분에 대하여 일부 거부처분을 한 것이고, 청구인은 그에 대하여 항고소송으로 다툴 수 있다.
- ③ 공개가 거부된 정보에 공개 가능한 부분과 비공개에 해당하는 부분이 혼합되어 있고 두 부분을 분리할 수 있는 경우, 판결의 주문에서는 정보공개거부처분 중 공개가 가능한 정보에 관한 부분만을 취소한다고 표시하여야 한다.
- ④ 국민생활에 매우 큰 영향을 미치는 정책에 관한 정보 등 공개를 목적으로 작성되고 이미 정보통신망 등을 통하여 공개된 정보는 해당 정보의 소재(所在) 안내의 방법으로 공개한다.
- ⑤ 정보비공개결정의 취소소송에서 공개청구한 정보의 내용과 범위가 특정되었다고 볼 수 없는 경우, 법원은 공공기관에게 청구대상정보를 제출하도록 하여 이를 비공개로 열람·심사하는 등의 방법으로 그 대상정보의 내용과 범위를 특정시켜야 한다.

해설

- ① (×) 정보공개거부처분의 취소를 구하는 소송에서 공공기관이 청구정보를 증거 등으로 법원에 제출한 것은 정보공개법 제2조 제2호에서 규정하는 ‘공개’로 볼 수 없음 : 보안관찰관련 통계자료를 제외한 나머지 정보들(이하 ‘이 사건 나머지 정보들’이라 한다)에 대하여 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제2조 제2호는 ‘공개’라 함은 공공기관이 이법의 규정에 의하여 정보를 열람하게 하거나 그 사본 또는 복제물을 교부하는 것 등을 말한다고 정의하고 있는데, 정보공개방법에 대하여 법시행령 제14조 제1항은 문서·도면·사진 등은 열람 또는 사본의 교부의 방법 등에 의하도록 하고 있고, 제2항은 공공기관은 정보를 공개함에 있어서 본인 또는 그 정당한 대리인임을 직접 확인할 필요가 없는 경우에는 청구인의 요청에 의하여 사본 등을 우편으로 송부할 수 있도록 하고 있으며, 한편 법 제15조 제1항은 정보의 공개 및 우송 등에 소요되는 비용은 실비의 범위 안에서 청구인의 부담으로 하도록 하고 있는바, 청구인이 정보공개거부처분의 취소를 구하는 소송에서 공공기관이 청구정보를 증거 등으로 법원에 제출하여 법원을 통하여 그 사본을 청구인에게 교부 또는 송달하게 하여 결과적으로 청구인에게 정보를 공개하는 셈이 되었다고 하더라도, 이러한 우회적인 방법은 법이 예정하고 있지 아니한 방법으로서 법에 의한 공개라고 볼 수는 없으므로, 당해 문서의 비공개 결정의 취소를 구할 소의 이익은 소멸되지 않는다고 할 것이다.(대판 2004.3.26. 2002두6583)
- ② (○) 공공기관이 공개청구의 대상이 된 정보를 청구인이 신청한 공개방법 이외의 방법으로 공개하기로 하는 결정을 한 경우, 정보공개방법에 관한 부분에 대하여 일부 거부처분을 한 것이고, 이에 대하여 항고소송으로 다툴 수 있음 : 구 공공기관의 정보공개에 관한 법률(2013. 8. 6. 법률 제11991호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 정보공개법’이라고 한다)은, 청구인이 정보공개방법도 아울러 지정하여 정보공개를 청구할 수 있도록 하고 있고, 전자적 형태의 정보를 전자적으로 공개하여 줄 것을 요청한 경우에는 공공기관은 원칙적으로 그 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 정보공개법의 목적인 국민의 알 권리를 충실하게 보장하려는 것이므로, **청구인에게 특정한 공개방법을 지정하여 정보공개를 청구할 수 있는 법령상 신청권이 있다고 보아야 한다.** 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 것으로 보아야 하고, 청구인은 그에 대하여 항고소송으로 다툴 수 있다(대판 2016.11.10. 2016두44674)

- ③ (○) 공개대상정보에 해당하는 부분과 공개가 가능한 부분이 구별되고 이를 분리할 수 있는 경우, 판결주문에 공개가 가능한 부분만 취소한다고 표시해야 한다(일부취소판결) : 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제14조는 공개청구한 정보가 제9조 제1항 각 호에 정한 비공개대상정보에 해당하는 부분과 공개가 가능한 부분이 혼합되어 있는 경우로서 공개 청구의 취지에 어긋나지 아니하는 범위 안에서 두 부분을 분리할 수 있는 때에는 비공개대상 정보에 해당하는 부분을 제외하고 공개하여야 한다고 규정하고 있는바, 법원이 행정청의 정보공개거부처분의 위법 여부를 심리한 결과 공개를 거부한 정보에 비공개대상정보에 해당하는 부분과 공개가 가능한 부분이 혼합되어 있고 공개청구의 취지에 어긋나지 아니하는 범위 안에서 두 부분을 분리할 수 있음을 인정할 수 있을 때에는, 위 정보 중 공개가 가능한 부분을 특정하고 판결의 주문에 행정청의 위 거부처분 중 공개가 가능한 정보에 관한 부분만을 취소한다고 표시해야 한다(대판 2003.3.11. 2001두6425).

- ④ (○) 「공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령」 제14조(정보공개 방법) ① 정보는 다음 각 호의 구분에 따른 방법으로 공개한다.

5. 법 제7조제1항에 따른 정보 등 공개를 목적으로 작성되고 이미 정보통신망 등을 통하여 공개된 정보: 해당 정보의 소재(所在) 안내

• 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제7조(행정정보의 공표 등) ① 공공기관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보에 대해서는 공개의 구체적 범위와 공개의 주기·시기 및 방법 등을 미리 정하여 공표하고, 이에 따라 정기적으로 공개하여야 한다. 다만, 제9조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보에 대해서는 그러하지 아니하다.

1. 국민생활에 매우 큰 영향을 미치는 정책에 관한 정보
2. 국가의 시책으로 시행하는 공사(工事) 등 대규모 예산이 투입되는 사업에 관한 정보
3. 예산집행의 내용과 사업평가 결과 등 행정감시를 위하여 필요한 정보
4. 그 밖에 공공기관의 장이 정하는 정보

- ⑤ (○) 공공기관의 정보공개에 관한 법률에 따라 정보비공개결정의 취소를 구하는 사건에서 정보공개청구서에 청구대상정보를 특정할 수 없는 부분이 포함되어 있는 경우 법원이 취해야 할 조치 : 정보비공개결정의 취소를 구하는 사건에 있어서, 만일 원고가 공개를 청구한 정보의 내용 중 너무 포괄적이거나 막연하여서 사회일반인의 관점에서 그 내용과 범위를 확정할 수 있을 정도로 특정되었다고 볼 수 없는 부분(이하 '특정되지 않은 부분'이라 한다)이 포함되어 있다면, 이를 심리하는 법원에서는 마땅히 정보공개법 20조 2항의 규정에 따라 피고에게 그가 보유·관리하고 있는 공개청구정보를 제출하도록 하여 이를 비공개로 열람·심사하는 등의 방법으로 공개청구정보의 내용과 범위를 특정시켜야 할 것이고, 나아가 위와 같은 방법으로도 특정이 불가능한 경우에는 특정되지 않은 부분과 나머지 부분을 분리할 수 있고 나머지 부분에 대한 비공개결정이 위법한 경우라고 하여도 원고의 청구 중 특정되지 않은 부분에 대한 비공개결정의 취소를 구하는 부분은 나머지 부분과 분리하여 이를 기각해야 할 것이다(대판 2007.6.1. 2007두2555).

답 ①

21

행정상 손해배상에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

2020 소방간부

- ① 법령에 의해 대집행권한을 위탁받은 한국토지주택공사는 「국가배상법」 제2조에서 말하는 공무원에 해당하지 않는다.
- ② 구 수산청장으로부터 뱀장어에 대한 수출추천 업무를 위탁받은 수산업협동조합은 「국가배상법」 제2조에 따른 공무원에 해당한다.
- ③ 수사과정에서 여자 경찰관이 실시한 여성 피의자에 대한 신체검사가 그 방식 등에 비추어 피의자에게 큰 수치심을 느끼게 했을 것으로 보였다면 피의자의 신체의 자유를 침해하였다고 봄이 상당하다.
- ④ 시청 소속 공무원이 시장을 부패방지위원회에 부패혐의자로 신고한 후 동사무소로 하향 전보된 사안에서, 그 전보인사는 사회통념상 용인될 수 없을 정도로 객관적 상당성을 결여하였으므로 불법 행위를 구성한다.
- ⑤ 소방공무원의 행정권한행사가 관계 법률의 규정 형식상 소방공무원의 재량에 맡겨져 있는 경우에 소방공무원이 권한을 행사하지 아니한 것이 현저하게 합리성을 잃어 사회적 타당성이 없다면 소방공무원의 직무상 의무를 위반한 것으로서 위법하게 된다.

해설

- ① (○) 법령에 의해 대집행권한을 위탁받은 한국토지공사(현 토지주택공사)는 국가공무원법 제2조에서 말하는 공무원에 해당하지 않음 : 한국토지공사는 구 한국토지공사법(2007. 4. 6. 법률 제8340호로 개정되기 전의 것) 제2조, 제4조에 의하여 정부가 자본금의 전액을 출자하여 설립한 법인이고, 같은 법 제9조 제4호에 규정된 한국토지공사의 사업에 관하여는 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제89조 제1항, 위 한국토지공사법 제22조 제6호 및 같은 법 시행령 제40조의3 제1항의 규정에 의하여 본래 시·도지사나 시장·군수 또는 구청장의 업무에 속하는 대집행권한을 한국토지공사에게 위탁하도록 되어 있는바, 한국토지공사는 이러한 법령의 위탁에 의하여 대집행을 수권받은 자로서 공무원 대집행을 실시함에 따르는 권리·의무 및 책임이 귀속되는 행정주체의 지위에 있다고 볼 것이지 지방자치단체 등의 기관으로서 국가배상법 제2조 소정의 공무원에 해당한다고 볼 것은 아니다.(대판 2007다82950,82967)
- ② (○) 구 수산청장으로부터 뱀장어에 대한 수출추천업무를 위탁받은 수산업협동조합이 수출제한조치를 취할 당시 국내 뱀장어 양식용 종묘의 부족으로 종묘확보에 지장을 초래할 우려가 있다고 판단하여 추천업무를 행하지 않은 것은 공무원으로서 타인에게 손해를 가한 때에 해당 : 공무원이 법령에 명시적으로 작위의무가 규정되어 있음에도 그 의무를 불이행하는 경우에는 공무원이 그 직무를 집행함에 당하여 고의 또는 과실로 법령에 위반하여 타인에게 손해를 가한 때에 해당하여 국가배상책임을 인정할 수 있다 할 것이고, 공무원이 직무수행 중 불법행위로 타인에게 손해를 입힌 경우에 국가나 지방자치단체가 국가배상책임을 부담하는 외에 공무원 개인도 고의 또는 과실이 있는 경우에는 불법행위로 인한 손해배상책임을 지며, 민간위탁을 받은 위탁기관도 그 범위 내에서 공무원으로 볼 수 있는 바, 이 사건과 같이 구 수산청장으로부터 위탁받은 일정한 범위 내에서 활어인 뱀장어에 대하여 위 요령에 부합하는 수출추천 업무를 기계적으로 행사할 의무를 부담하는 피고가 이 사건 수출제한조치를 취할 무렵에 국내 뱀장어 양식용 종묘가 모자란 실정으로서 그 수출로 인하여 국내 양식용 종묘확보에 지장을 초래할 우려가 있다고 자의적으로 판단하여 그 추천업무를 행하지 않은 것은 공무원이 그 직무를 집행함에 당하여 고의로 법령에 위반하여 타인에게 손해를 가한 때에 해당하므로, 피고는 불법행위자로서 손해배상책임을 부담한다(대판 2003.11.14. 2002다55304).
- ③ (○) 수사과정에서 여자 경찰관이 실시한 여성 피의자에 대한 신체검사가 그 방식 등에 비추어 피의자에게 큰 수치심을 느끼게 하였을 것으로 보이는 등 피의자의 신체의 자유를 침해하였다고 본 사례 : 수사과정에서 신체의 검사를 함에 있어서는, 검사를 당하는 자의 성별, 연령, 건강상태 기타 사정을 고려하여 그 사람의 건강과 명예를 해하지 아니하도록 주의하여야 하고, 피의자 아닌 자의 신체검사는 증적의 존재를 확인할 수 있는 현저한 사유가 있는 경우에 한하여 할 수 있으며, 여자의 신체를 검사하는 경우에는 의사나 성년의 여자를 참여하게 하여야 한다(형사소송법 제219조, 제141조 제1항 내지 제3항). 원심은 그 채택 증거에 의하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 원고는 이 사건 신체검사를 받기 이전에도 신고인, 유족, 참고인으로 여러 차례 조사를 받았는데, 이러한 과정에서 자신 또는 타인에게 신체적 위해를 가할 만한 특이한 증상을 보인 적이 없었고, 신체검사가 이루어진 날인 2006. 8. 27.에도 자진 출석하여 조사에 응하였던 점, 그와 같은 상황에서 원고로 하여금 팬티를 벗고 가운을 입도록 한 다음 손으로 그 위를 두드리는 방식으로 한 신체검사는 원고에게 큰 수치심을 느끼도록 했을 것으로 보이는 점 등에 비추어 원고에 대한 신체검사가 남자 경찰관들이

없는 곳에서 여경에 의해 행하여졌다고 하더라도, 이는 공무원이 직무집행을 함에 있어 적정성 및 피해의 최소화, 과잉금지의 원칙을 위배하여 헌법 제12조가 보장하는 원고의 신체의 자유를 침해하였다고 볼이 상당하다고 판단하였다. 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 채증법칙 위반이나 법리오해 등의 위법이 없다(대판 2009.12.24. 2009다70180).

- ④ (×) 시청 소속 공무원이 시장을 부패방지위원회에 부패혐의자로 신고한 후 동사무소로 전보된 사안에서, 그 전보인사가 사회통념상 용인될 수 없을 정도로 객관적 상당성을 결여하였다고 단정할 수 없어 불법행위를 구성하지 않음 : 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 경우, 그 전보인사는 위법하게 상대방에게 정신적 고통을 가하는 것이 되어 당해 공무원에 대한 관계에서 불법행위를 구성한다. 그리고 이러한 법리는 구 부패방지법(2001. 7. 24. 법률 제6494호)에 따라 다른 공직자의 부패행위를 부패방지위원회에 신고한 공무원에 대하여 위 신고행위를 이유로 불이익한 전보인사가 행하여진 경우에도 마찬가지이다. 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.(대판 2009.5.28. 2006다16215)
- ⑤ (○) 소방공무원의 직무상 의무 위반이 국가배상법 2조의 위법 요건을 충족하는 경우 및 소방공무원이 재량에 맡겨진 권한을 행사하지 않은 것이 직무상 의무를 위반하여 위법한 것이 되기 위한 요건 : 소방법의 규정들은 단순히 전체로서의 공공일반의 안전 도모를 위한 것에서 더 나아가 국민 개개인의 인명과 재화의 안전보장을 목적으로 하므로, 소방공무원이 소방법 규정에서 정하여진 직무상의 의무를 게을리 한 경우 그 의무 위반이 직무에 충실한 보통 일반의 공무원을 표준으로 할 때 객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 정도에 이른 경우에는 국가배상법 2조에서 말하는 위법의 요건을 충족하게 된다. 그리고 소방공무원의 행정권한 행사가 관계 법률의 규정 형식상 소방공무원의 재량에 맡겨져 있다고 하더라도 소방공무원에게 그러한 권한을 부여한 취지와 목적에 비추어 볼 때 구체적인 상황 아래에서 소방공무원이 그 권한을 행사하지 않은 것이 현저하게 합리성을 잃어 사회적 타당성이 없는 경우에는 소방공무원의 직무상 의무를 위반한 것으로서 위법하게 된다(대판 2008.4.10. 2005다48994).

답 ④

22

행정상 손실보상에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

2020 소방간부

- ① 개발제한구역 지정으로 인하여 토지를 종래의 목적으로도 사용할 수 없거나 또는 더 이상 법적으로 허용된 토지이용의 방법이 없기 때문에 실질적으로 토지의 사용·수익의 길이 없는 경우에는 토지소유자가 수인해야 하는 사회적 제약의 한계를 넘는 것으로 보아야 한다.
- ② 도로구역 결정고시 전에 공장을 운영하다가 고시 후에 시로부터 3년 내에 공장을 이전할 것을 조건으로 공장설립허가를 받았더라도 그 공장부지가 수용되었다면 휴업보상의 대상이 된다.
- ③ 공익사업과 이로 인한 손실 사이에는 상당인과 관계가 있어야 손실보상의 대상인 손실이 된다.
- ④ 지장물인 건물이 구 「토지수용법」상 손실보상의 대상이 되기 위해서는 적법한 건축허가를 받아 건축된 것이어야 한다.
- ⑤ 공공용물에 대한 일반사용이 적법한 개발행위로 제한됨으로 인한 불이익은 손실보상의 대상이 되는 특별한 손실에 해당하지 않는다.

해설

- ① (○) 현재결 1998.12.24. 89헌마214·90헌바16·97헌바78 병합.
- ② (○) 대판 2001.4.27. 2000다50237
- ③ (○) 토지수용법 제51조가 정한 토지를 수용함으로 인하여 받은 손실이란 객관적으로 보아 보통의 사정이라면 토지의 수용의 결과 토지소유자 등이 당연히 입을 것으로 예상되는 재산상 손실로서 토지의 수용과 손실의 발생 사이에 상당인과관계가 있어야 하는 것이다(대판 2000.10.6. 98두19414).
- ④ (×) 지장물인 건물이 토지수용법상 손실보상 대상이 되려면 적법한 건축허가를 받아 건축된 것이어야 하는 것은 아님 : 지장물인 건물은 그 건물이 적법한 건축허가를 받아 건축된 것인지 여부에 관계없이 토지수용법상의 사업 인정의 고시 이전에 건축된 건물이지만 하면 손실보상의 대상이 됨이 명백하다(대판 2000.3.10. 99두10896).
- ⑤ (○) 공공용물에 대한 일반사용이 적법한 개발행위로 제한됨으로 인한 불이익은 손실보상의 대상이 되는 특별한 손실이 아님 : 일반 공공의 이용에 제공되는 공공용물에 대하여 특허 또는 허가를 받지 않고 하는 일반사용은 다른 개인의 자유이용과 국가 또는 지방자치단체 등의 공공목적에 위한 개발 또는 관리·보존행위를 방해하지 않는 범위 내에서만 허용된다 할 것이므로, 공공용물에 관하여 적법한 개발행위 등이 이루어짐으로 말미암아 이에 대한 일정범위의 사람들의 일반사용이 종전에 비하여 제한받게 되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그로 인한 불이익은 손실보상의 대상이 되는 특별한 손실에 해당한다고 할 수 없다.(대판 2002.2.26. 99다35300)

답 ④

23

국가공무원 甲은 음주 후 운전을 하다가 경찰관에게 적발되었는데 음주측정 결과 혈중알코올 농도가 0.1 %에 이르렀고, 이에 A지방경찰청장은 「도로교통법」 제93조 및 동법 시행규칙 제91조 제1항 [별표 28] 운전면허 취소·정지처분 기준에 따라 甲의 운전면허를 취소하였다. 이와 별도로 甲은 「도로교통법」 위반죄로 기소되어 재판 중이고, 소속기관에서는 징계 위원회에 회부되었다. 이 사안에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

2020 소방간부

- ① 위 「도로교통법 시행규칙」의 운전면허 취소·정지처분 기준은 행정청 내부의 사무처리준칙에 불과하여 재량권 일탈·남용 여부에 따라 위법 여부가 결정된다.
- ② 甲은 운전면허취소처분에 대하여 행정심판과 행정소송을 선택적으로 행사하여 불복할 수 있다.
- ③ 甲이 징계처분을 받은 경우에는 소청심사를 거쳐 행정소송을 제기할 수 있다.
- ④ 음주운전에 대한 「도로교통법」 위반죄로 형사판결이 선고되어 확정되었다면 면허취소처분 또는 징계처분에 대한 행정쟁송에서 특별한 사정이 없는 한 형사판결의 사실판단과 배치되는 사실을 인정할 수 없다.
- ⑤ 甲에 대한 운전면허취소처분, 징계처분 및 형벌 사이에는 일사부재리원칙이 적용되지 않는다.

해설

- ① (○) **음주운전자에 대한 운전면허취소처분은 재량행위**(cf. 음주측정 거부를 이유로 한 운전면허취소처분은 기속행위)
 • 도로교통법 시행규칙 제91조 제1항에서 정한 처분기준은 그 규정의 성질과 내용으로 보아 운전면허의 취소처분 등에 관한 행정청 내부의 사무처리준칙을 정한 것에 불과하여 대외적으로 법원이나 일반 국민을 기속하는 효력은 없으므로, 시행규칙의 처분기준상 운전면허를 취소하는 요건에 해당된다 하여 반드시 운전면허를 취소할 것은 아니고, 도로교통법의 규정과 그 취지 및 당해 사건의 모든 정황을 전반적으로 살펴본 후 운전면허의 취소를 정당화할만한 중대한 공익상의 필요 등과 운전면허취소처분의 상대방이 받는 불이익을 비교·교량하여 운전면허를 취소하는 것이 재량권의 범위 내에서 적절한지 여부에 따라 당해 취소처분의 적법 여부가 결정되어야 할 것이다(대판 1998.3.27. 97누20236 판결 등 참조).
- ② (×) 도로교통법 제42조(행정소송과의 관계) 이 법에 따른 처분으로서 해당 처분에 대한 행정소송은 행정심판의 재결(裁決)을 거치지 아니하면 제기할 수 없다.
- ③ (○) 국가공무원법 제16조(행정소송과의 관계) ① 제75조에 따른 처분(징계·강임·휴직·직위해제·면직처분 등), 그 밖에 본인의 의사에 반한 불리한 처분이나 부작위(不作爲)에 관한 행정소송은 소청심사위원회의 심사·결정을 거치지 아니하면 제기할 수 없다.
- ④ (○) 행정소송에 있어서 형사판결이 그대로 확정된 이상 위 형사판결의 사실판단을 채용하기 어렵다고 볼 특별한 사정이 없는 한 이와 배치되는 사실을 인정할 수 없다(대판 1999.11.26. 98두1042).
- ⑤ (○) 동일한 사유로 인한 제재적 행정처분(인·허가, 면허 등 거부·취소), 징계별, 행정형벌은 병과가 가능하므로 일사부재리 원칙이 적용되지 않는다.
 ① **징계별과 형벌 병과 가능**: 국가기능의 장애를 초래할 수 있는 의식적 직무유기를 예방하고 공무원의 성실한 직무수행을 담보하기 위하여 행정상의 징계처분만으로 충분할 것인지, 아니면 나아가 형벌이라는 제재를 동원하는 것이 더 필요하다고 볼 것인지의 문제는 입법자의 예측판단에 맡겨야 한다.(헌재결 2005.9.29. 2003헌바52)
- ① **제재적 행정처분과 형벌 병과 가능**: 운행정지처분의 사유가 된 사실관계로 자동차 운송사업자가 이미 형사처벌을 받은바 있다 하여 피고(서울특별시)의 자동차운수사업법 제31조를 근거로 한 운행정지처분이 일사부재리의 원칙에 위반된다 할 수 없다.(대판 1983.6.14. 82누439)

답 ②

24

항고소송의 대상적격에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

2020 소방간부

- ① 법무부장관의 입국금지결정이 그 의사가 공식적인 방법으로 외부에 표시된 것이 아니라 단지 그 정보를 내부 전산망인 출입국관리정보시스템에 입력하여 관리한 것에 지나지 않은 경우, 이는 항고소송의 대상에 해당되지 않는다.
- ② 구 「예산회계법」상 입찰보증금의 국고귀속조치는 국가가 사법상 재산권의 주체로서 행위하는 것이지 공권력을 행사하는 것이 아니므로 이에 관한 분쟁은 민사소송의 대상이 된다.
- ③ 어떠한 처분의 근거가 행정규칙에 규정되어 있다고 하더라도, 그 처분이 상대방에게 권리 설정 또는 의무 부담을 명하거나 기타 법적인 효과를 발생하게 하는 등으로 상대방의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행위라면, 이 경우에도 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 보아야 한다.
- ④ 「교육공무원법」상 승진후보자 명부에 의한 승진 심사 방식으로 행해지는 승진임용에서 승진후보자 명부에 포함되어 있던 후보자를 승진임용인사 발령에서 제외하는 행위는 항고소송의 대상인 처분에 해당하지 않는다.
- ⑤ 교육부장관이 대학에서 추천한 복수의 총장 후보자들 전부 또는 일부를 임용제청에서 제외하는 행위는 제외된 후보자들에 대한 불이익처분으로서 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다.

해설

- ① (○) 법무청장이 법무부장관에게 '가수 甲(Steve Yoo)'이 공연을 위하여 국외여행허가를 받고 출국한 후 미국 시민권을 취득함으로써 사실상 병역의무를 면탈하였으므로 재외동포 자격으로 재입국하고자 하는 경우 국내에서 취업, 가수활동 등 영리활동을 할 수 없도록 하고, 불가능할 경우 입국 자체를 금지해 달라고 요청함에 따라 **법무부장관이 甲의 입국을 금지하는 결정을 하고, 그 정보를 내부전산망인 '출입국관리정보시스템'에 입력하였으나, 甲에게는 통보하지 않은** 사안에서, 행정청이 행정의사를 외부에 표시하여 행정청이 자유롭게 취소·철회할 수 없는 구속을 받기 전에는 '처분'이 성립하지 않으므로 법무부장관이 출입국관리법 제11조 제1항 제3호 또는 제4호, 출입국관리법 시행령 제14조 제1항, 제2항에 따라 위 입국금지결정을 했다고 해서 '처분'이 성립한다고 볼 수는 없고, 위 입국금지결정은 **법무부장관의 의사가 공식적인 방법으로 외부에 표시된 것이 아니라 단지 그 정보를 내부전산망인 '출입국관리정보시스템'에 입력하여 관리한 것에 지나지 않으므로, 위 입국금지결정은 항고소송의 대상이 될 수 있는 '처분'에 해당하지 않는다**(대판 2019.7.11. 2017두38874)
- ② (○) 구 예산회계법에 따라 체결되는 계약은 사법상의 계약이라고 할 것이고 동법 70조의5의 입찰보증금은 낙찰자의 계약체결의무이행의 확보를 목적으로 하여 그 불이행시에 이를 국고에 귀속시켜 국가의 손해를 전보하는 사법상의 손해배상에정으로서의 성질을 갖는 것이라고 할 것이므로 **입찰보증금의 국고귀속조치는 국가가 사법상의 재산권의 주체로서 행위하는 것이지 공권력을 행사하는 것이거나 공권력작용과 일체성을 가진 것이 아니라 할 것이므로 이에 관한 분쟁은 행정소송이 아닌 민사소송의 대상이 될 수밖에 없다고 할 것이다**(대판 1983.12.27. 81누366).
- ③ (○) 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 함은 원칙적으로 행정청의 공법상 행위로서 특정 사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 등으로 일반 국민의 권리 의무에 직접 영향을 미치는 행위를 가리키는 것이지만, **어떠한 처분의 근거나 법적인 효과가 행정규칙에 규정되어 있다고 하더라도, 그 처분이 행정규칙의 내부적 구속력에 의하여 상대방에게 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법적인 효과를 발생하게 하는 등으로 그 상대방의 권리 의무에 직접 영향을 미치는 행위라면, 이 경우에도 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다**(대판 2002.7.26. 2001두3532).
- ④ (×) **교육공무원법상 승진후보자 명부에 의한 승진심사 방식으로 행해지는 승진임용에서 승진후보자 명부에 포함되어 있던 후보자를 승진임용인사발령에서 제외하는 행위(교장임용거부처분)는 불이익처분으로서 항고소송의 대상인 처분에 해당**: 교육공무원법 제29조의2 제1항, 제13조, 제14조 제1항, 제2항, 교육공무원 승진규칙 제1조, 제2조 제1항 제1호, 제40조 제1항, 교육공무원임용령 제14조 제1항, 제16조 제1항에 따르면 임용권자는 3배수의 범위 안에 들어간 후보자들을 대상으로 승진임용 여부를 심사하여야 하고, 이에 따라 승진후보자 명부에 포함된 후보자는 임용권자로부터 정당한 심사를 받게 될 것에 관한 절차적 기대를 하게 된다. 그런데 임용권자 등이 자의적인 이유로 승진후보자 명부에 포함된 후보자를 승진임용에서 제외하는 처분을 한 경우에, 이러한 승진임용제외처분을 항고소송의 대상이 되는 처분으로 보지 않는다면, 달리 이에 대하여는 불복하여 침해된 권리 또는 법률상 이익을 구제받을 방법이 없다. 따라서 교육공무원법상 승진후보자 명부에 의한 승진심사 방식으로 행해지는 승진임용에서 승진후보자 명부에 포함되어 있던 후보자를 승진임용인사발령에서 제외하는 행위는 불이익처분으로서 항고소송의 대상인 처분에 해당한다고 보아야 한다(대판 2018.3.27. 2015두47492).
- ⑤ (○) 대학의 장 임용에 관하여 교육부장관의 임용제청권을 인정한 취지는 대학의 자율성과 대통령의 실질적인 임용권 행사를 조화시키기 위하여 대통령의 최종적인 임용권 행사에 앞서 대학의 추천을 받은 총장 후보자들의 적격성을 일차적으로 심사하여 대통령의 임용권 행사가 적절하게 이루어질 수 있도록 하기 위한 것이다. 대학의 추천을 받은 총장 후보자는 교육부장관으로부터 정당한 심사를 받을 것이라는 기대를 하게 된다. 만일 교육부장관이

자의적으로 대학에서 추천한 복수의 총장 후보자들 전부 또는 일부를 임용제청하지 않는다면 대통령으로부터 임용을 받을 기회를 박탈하는 효과가 있다. 이를 항고소송의 대상이 되는 처분으로 보지 않는다면, 침해된 권리 또는 법률상 이익을 구제받을 방법이 없다. 따라서 **교육부장관이 대학에서 추천한 복수의 총장 후보자들 전부 또는 일부를 임용제청에서 제외하는 행위는 제외된 후보자들에 대한 불이익처분으로서 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 보아야 한다.** 다만 교육부장관이 특정 후보자를 임용제청에서 제외하고 다른 후보자를 임용제청함으로써 대통령이 임용제청된 다른 후보자를 총장으로 임용한 경우에는, 임용제청에서 제외된 후보자는 대통령이 자신에 대하여 총장 임용 제외처분을 한 것으로 보아 이를 다투어야 한다(대통령의 처분의 경우 소속 장관이 행정소송의 피고가 된다. 국가공무원법 제16조 제2항). 이러한 경우에는 교육부장관의 임용제청 제외처분을 별도로 다툰 소의 이익이 없어진다.(대판 2018.6.15. 2016두57564)

답 ④

25

「행정소송법」상 재결취소소송에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

2020 소방간부

- ① 재결 자체의 고유한 위법이 있는 경우란 재결의 주제, 절차, 형식에 관한 위법뿐만 아니라 내용에 관한 위법도 포함한다.
- ② 인용재결의 당부를 그 심판대상으로 하고 있는 인용재결의 취소를 구하는 당해 소송에서는 재결청이 심판청구인의 심판청구원인 사유를 배척한 판단 부분이 정당한가도 심리·판단하여야 한다.
- ③ 행정처분에 대한 재결에 이유모순의 위법이 있다는 사유는 재결 자체에 고유한 하자로서 재결 처분의 취소를 구하는 소송에서 이를 주장할 수 있고, 원처분의 취소를 구하는 소송에서도 그 취소를 구할 위법사유로서 주장할 수 있다.
- ④ 처분이 아닌 자기완결적 신고의 수리에 대한 심판청구는 행정심판의 대상이 되지 아니하여 부적법 각하하여야 함에도 인용재결한 경우 이는 재결 자체에 고유한 위법이 있다고 할 것이다.
- ⑤ 행정심판청구가 부적법하지 않음에도 각하한 재결은 심판청구인의 실체심리를 받을 권리를 박탈한 것으로서 재결 자체에 고유한 위법이 있는 경우에 해당한다.

해설

- ① (○) 행정소송법 19조에서 말하는 '재결 자체에 고유한 위법'이란 원처분에는 없고 재결에만 있는 재결청의 권한 또는 구성의 위법, 재결의 절차나 형식의 위법, 내용의 위법 등을 뜻하고, 그중 내용의 위법에는 위법·부당하게 인용재결을 한 경우가 해당한다(대판 1997.9.12. 96누14661).
- ② (○) 인용재결의 취소를 구하는 당해 소송은 그 인용재결의 당부를 그 심판대상으로 하고 있고, 그 점을 가리기 위하여는 행정심판청구인들의 심판청구원인 사유에 대한 재결청의 판단에 관하여도 그 당부를 심리·판단하여야 할 것이므로, 원심으로서의 재결청이 원처분의 취소 근거로 내세운 판단사유의 당부뿐만 아니라 재결청이 심판청구인의 심판청구원인 사유를 배척한 판단 부분이 정당한가도 심리·판단하여야 한다(대판 1997.12.23. 96누10911).
- ③ (×) **원처분의 취소를 구하는 소송에서 재결 자체의 고유한 위법사유를 주장할 수 없다** : 행정처분에 대한 행정심판의 재결에 이유모순의 위법이 있다는 사유는 재결처분 자체에 고유한 하자로서 재결처분의 취소를 구하는 소송에서는 그 위법사유로서 주장할 수 있으나, 원처분의 취소를 구하는 소송에서는 그 취소를 구할 위법사유로서 주장할 수 없다.(대판 1996.2.13. 95누8027)
- ④ (○) **심판청구가 부적법(제기요건 결여)함에도 불구하고 각하하지 않고 인용재결을 한 경우 ⇒ 재결 자체에 고유한 위법**
구 체육시설의설치·이용에관한법률 제16조, 제34조, 같은법시행령 제16조의 규정을 종합하여 볼 때, 등록체육시설업에 대한 사업계획의 승인을 얻은 자는 규정된 기한 내에 사업시설의 착공계획서를 제출하고 그 수리 여부에 상관없이 설치공사에 착수하면 되는 것(수리를 요하지 않는 신고)이지, 착공계획서가 수리되어야만 비로소 공사에 착수할 수 있다거나 그 밖에 착공계획서 제출 및 수리로 인하여 사업계획의 승인을 얻은 자에게 어떠한 권리를 설정하거나 의무를 부담케 하는 법률효과가 발생하는 것이 아니므로 행정청이 사업계획의 승인을 얻은 자의 착공계획서를 수리하고 이를 통보한 행위는 그 착공계획서 제출사실을 확인하는 행정행위에 불과하고 그를 항고소송이나 행정심판의 대상이 되는 행정처분으로 볼 수 없다. 행정청이 골프장 사업계획승인을 얻은 자의 사업시설 착공계획서를 수리한 것에 대하여 인근 주민들이 그 수리처분의 취소를 구하는 행정심판을 청구하자 재결청이 그 청구를 인용하여 수리처분을 취소하는 형성적 재결을 한 경우, **그 수리처분 취소 심판청구는 행정심판의 대상이 되지 아니하여 부적법 각하해야 함에도 위 재결은 그 청구를 인용하여 수리처분을 취소하였으므로 재결 자체에 고유한 하자가 있다**(대판 2001.5.29. 99두10292).
- ⑤ (○) 행정소송법 제19조에 의하면 행정심판에 대한 재결에 대하여도 그 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에는 항고소송을 제기하여 그 취소를 구할 수 있고, 여기에서 말하는 '재결 자체에 고유한 위법'이란 그 재결자체에 주제, 절차, 형식 또는 내용상의 위법이 있는 경우를 의미하는데, 행정심판청구가 부적법하지 않음에도 각하한 재결은 심판청구인의 실체심리를 받을 권리를 박탈한 것으로서 원처분에 없는 고유한 하자가 있는 경우에 해당하고, 따라서 위 재결은 취소소송의 대상이 된다(대판 2001.7.27. 99두2970).

답 ③