

해설

- ① (○) 이혼신고, 출생신고·사망신고, 국적이탈신고, 납세신고는 자기완결적 신고(자기완결적 신고)이다. (cf. 결혼신고는 행위요건적 신고)
- ② (×) 행정절차법 40조에서 “법령 등에서 행정청에 대하여 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고”에 대해 규정하고 있다. 이는 자족적(자기완결적)이면서 의무적인 신고에 대한 규정이다.
- ③ (○) 행정청의 건축신고 반려행위 또는 수리거부행위는 항고소송 대상 : 건축주 등은 신고제하에서도 건축신고가 반려될 경우 당해 건축물의 건축을 개시하면 시정명령, 이행강제금, 벌금의 대상이 되거나 당해 건축물을 사용하여 행할 행위의 허가가 거부될 우려가 있어 불안정한 지위에 놓이게 된다. 따라서 건축신고 반려행위가 이루어진 단계에서 당사자로 하여금 반려행위의 적법성을 다투어 그 법적 불안을 해소한 다음 건축행위에 나아가도록 함으로써 장차 있을지도 모르는 위험에서 미리 벗어날 수 있도록 길을 열어 주고, 위법한 건축물의 양산과 그 철거를 둘러싼 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있게 하는 것이 법치행정의 원리에 부합한다. 그러므로 건축신고 반려행위는 항고소송의 대상이 된다고 보는 것이 옳다(대판 2010.11.18. 2008두167 전원합의제).
- ④ (○) 민법 제107조(진의 아닌 의사표시) ① 의사표시는 표의자가 진의 아님을 알고 한 것이라도 그 효력이 있다. 그러나 상대방이 표의자의 진의 아님을 알았거나 이를 알 수 있었을 경우에는 무효로 한다.
사인의 공법행위에는 민법 107조 1항 단서규정은 적용되지 않는다. 따라서 언제나 표시된 대로 유효하며 진의 아님을 알았거나 알 수 있었을 경우에도 유효하다.
• 공무원이 사직의 의사표시를 하여 의원면직처분을 하는 경우 그 사직의 의사표시는 그 법률관계의 특수성에 비추어 외부적·객관적으로 표시된 바를 존중해야 할 것이므로, 비록 사직원제출자의 내심의 의사가 사직할 뜻이 아니었다고 하더라도 진의 아닌 의사표시에 관한 민법 제107조는 그 성질상 사직의 의사표시와 같은 사인의 공법행위에는 준용되지 아니하므로 그 의사가 외부에 표시된 이상 그 의사는 표시된 대로 효력을 발한다.(대판 1997.12.12. 97누13962).
- ⑤ (○) 예산회계법 제98조는 법령의 규정에 의하여 국가가 행하는 납입의 고지는 시효중단의 효력이 있다고 규정하여 민법의 시효중단의 효력에 대한 예외를 두고 있는바, 금전의 급부를 목적으로 하는 국가의 채권에 대하여 예산회계법 제51조와 예산회계법시행령 제26조 등의 규정이 정한 형식과 절차를 거쳐 납입의 고지가 이루어진 경우에는 그 채권의 발생원인이 공법상의 것이건 사법상의 것이건 간에 시효중단의 효력이 생긴다.(대판 2001.12.14. 2001다45539)

답 ②

03 행정법상 신고에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

2017 소방간부

- ① 자기완결적 신고는 적법한 신고서가 접수기관에 도달된 때에 신고의무가 이행된 것으로 본다.
- ② 행정청은 신고요건을 갖추지 않은 신고서가 제출된 경우 지체없이 상당한 기간을 정하여 신고인에게 보완을 요구하여야 한다.
- ③ 구 관광진흥법상 지위승계신고를 수리하는 허가관청의 행위는 영업허가자의 변경이라는 법률효과를 발생시키는 행위로서 행정처분에 해당한다.
- ④ 행정관청은 노동조합으로 설립신고를 한 단체가 노동조합 및 노동관계조정법상의 요건에 해당하는지 여부에 대하여 실질적인 심사를 거쳐 반려여부를 결정할 수 없다.
- ⑤ 구 체육시설의 설치·이용에 관한 법률 규정에 따라 체육시설인 골프장회원모집 계획서 제출은 수리를 요하는 신고에 해당하며, 시·도지사의 검토결과 통보는 수리행위로서 행정처분에 해당한다.

해설

①② (○) • 행정절차법 40조(신고) ⇨ 자족적 신고이면서 의무적 신고만 규정

- ① 법령 등에서 행정청에 대해 일정 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고를 규정하고 있는 경우 신고를 관장하는 행정청은 신고에 필요한 구비서류와 접수기관 기타 법령 등에 의한 신고에 필요한 사항을 게시(인터넷을 통한 게시 포함)하거나 이에 대한 편람을 비치하여 누구나 열람할 수 있도록 해야 한다.
- ② 신고가 다음 각 호의 요건을 갖춘 경우에는 신고서가 접수기관에 도달된 때에 신고의 의무가 이행된 것으로 본다.
1. 신고서의 기재사항에 흠이 없을 것
2. 필요한 구비서류가 첨부되어 있을 것
3. 기타 법령 등에 규정된 형식상의 요건에 적합할 것
- ③ 행정청은 요건을 갖추지 못한 신고서가 제출된 경우 지체 없이 상당한 기간을 정하여 신고인에게 보완을 요구해야 한다.
- ④ 행정청은 신고인이 위 기간 내에 보완을 하지 아니한 때에는 그 이유를 구체적으로 밝혀 해당 신고서를 되돌려 보내야 한다.
- ⑤ (○) 구 관광진흥법(2010. 3. 31. 법률 제10219호로 개정되기 전의 것) 제8조 제4항에 의한 지위승계신고를 수리하는 허가관청의 행위는 단순히 양도·양수인 사이에 이미 발생한 사법상 사업양도의 법률효과에 의하여 양수인이 그 영업을 승계하였다는 사실의 신고를 접수하는 행위에 그치는 것이 아니라, 영업허가자의 변경이라는 법률효과를 발생시키는 행위이다. 그리고 구 체육시설의 설치·이용에 관한 법률(2010. 3. 31. 법률 제10219호로 개정되기 전의 것) 제20조, 제27조의 각 규정 등에 의하면 체육시설업자로부터 영업을 양수하거나 문화체육관광부령으로 정하는 체육시설업의 시설 기준에 따른 필수시설을 인수한 자가 관계 행정청에 이를 신고하여 행정청이 수리하는 경우에는 종전 체육시설업자는 적법한 신고를 마친 체육시설업자의 지위를 부인당할 불안정한 상태에 놓이게 되므로, 그로 하여금 이러한 수리행위의 적법성을 다투어 법적 불안을 해소할 수 있도록 하는 것이 법치행정의 원리에 맞다.(대판 2012.12.13. 2011두2914)
- ⑥ (×) 행정관청은 노동조합으로 설립신고를 한 단체가 노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제4호 각 목에 해당하는지 여부를 실질적으로 심사할 수 있음 : 노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노동조합법’이라 한다)이 행정관청으로 하여금 설립신고를 한 단체에 대하여 같은 법 제2조 제4호 각 목에 해당하는지를 심사하도록 한 취지가 노동조합으로서의 실질적 요건을 갖추지 못한 노동조합의 난립을 방지함으로써 근로자의 자주적이고 민주적인 단결권 행사를 보장하려는 데 있는 점을 고려하면, 행정관청은 해당 단체가 노동조합법 제2조 제4호 각 목에 해당하는지 여부를 실질적으로 심사할 수 있다. 다만 행정관청에 공법위반 심사권한을 인정할 경우 행정관청의 심사가 자의적으로 이루어져 신고제가 사실상 허가제로 변질될 우려가 있는 점, 노동조합법은 설립신고 당시 제출하여야 할 서류로 설립신고서와 규약만을 정하고 있고(제10조 제1항), 행정관청으로 하여금 보완사유나 반려사유가 있는 경우를 제외하고는 설립신고서를 접수받은 때로부터 3일 이내에 신고증을 교부하도록 정한 점(제12조 제1항) 등을 고려하면, 행정관청은 일단 제출된 설립신고서와 규약의 내용을 기준으로 노동조합법 제2조 제4호 각 목의 해당 여부를 심사하되, 설립신고서를 접수할 당시 그 해당 여부가 문제된다고 볼 만한 객관적인 사정이 있는 경우에 한하여 설립신고서와 규약 내용 외의 사항에 대하여 실질적인 심사를 거쳐 반려 여부를 결정할 수 있다.(대판 2014.4.10. 2011두6998)

⑤ (○) **체육시설(골프장)의 회원을 모집하고자 하는 자의 회원모집계획서 제출(=수리를 요하는 신고) 및 이에 대한 시도지사 등의 검토결과 통보(=수리행위로서 행정처분)** : 구 체육시설의 설치·이용에 관한 법률(2005. 3. 31. 법률 제7428호로 개정되기 전의 것) 제19조 제1항, 구 체육시설의 설치·이용에 관한 법률 시행령(2006. 9. 22. 대통령령 제19686호로 개정되기 전의 것) 제18조 제2항 제1호 (가)목, 제18조의2 제1항 등의 규정에 의하면, 위 법 제19조의 규정에 의하여 체육시설의 회원을 모집하고자 하는 자는 시·도지사 등으로부터 회원모집계획서에 대한 검토결과 통보를 받은 후에 회원을 모집할 수 있다고 보아야 하고, 따라서 **체육시설의 회원을 모집하고자 하는 자의 시·도지사 등에 대한 회원모집계획서 제출은 수리를 요하는 신고에서의 신고에 해당하며, 시·도지사 등의 검토결과 통보는 수리행위로서 행정처분에 해당한다.**(대판 2009.2.26. 2006두16243)

답 ④

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

2017 소방간부

- ㉠ 재량행위에 대한 사법심사의 방식은 법원이 사실인정과 관련법규의 해석·적용을 통하여 일정한 결론을 도출한 후 그 결론에 비추어 행정청이 한 판단의 적법여부를 독자적 입장에서 판정하는 방식에 의한다.
- ㉡ 경찰공무원에 대한 징계위원회의 심의과정에 감경사유에 해당하는 공적 사항이 제시되지 아니한 경우에는 그 징계양정이 결과적으로 적정한 지와 상관없이 이는 관계 법령이 정한 징계절차를 지키지 아니한 것으로서 위법하다.
- ㉢ 일반적으로 재량행위에는 부관을 붙일 수 없고, 붙였다고 할지라도 무효이다.

① ㉠, ㉡, ㉢

② ㉠, ㉢

③ ㉡, ㉢

④ ㉡

⑤ ㉢

해설

- ㉠ (×) **기속행위와 재량행위에 대한 사법심사 방식** : 행정행위가 그 재량성의 유무 및 법위와 관련하여 이른바 기속행위 내지 기속재량행위와 재량행위 내지 자유재량행위로 구분된다고 할 때, 그 구분은 당해 행위의 근거가 된 법규의 체제·형식과 그 문언, 당해 행위가 속하는 행정 분야의 주된 목적과 특성, 당해 행위 자체의 개별적 성질과 유형 등을 모두 고려하여 판단하여야 하고, 이렇게 구분되는 양자에 대한 사법심사는, 전자의 경우 그 법규에 대한 원칙적인 기속성으로 인하여 법원이 사실인정과 관련 법규의 해석·적용을 통하여 일정한 결론을 도출한 후 그 결론에 비추어 행정청이 한 판단의 적법 여부를 독자의 입장에서 판정하는 방식에 의하게 되나, **후자의 경우 행정청의 재량에 기한 공익판단의 여지를 감안하여 법원은 독자의 결론을 도출함이 없이 당해 행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만을 심사하게 되고, 이러한 재량권의 일탈·남용 여부에 대한 심사는 사실오인, 비례·평등의 원칙 위반, 당해 행위의 목적 위반이나 동기의 부정 유무 등을 그 판단 대상으로 한다.**(대판 2001.2.9. 98두17593, 대판 2005.7.14. 2004두6181).

기속행위 : 완전사법방식	법원이 사실인정과 관련 법규의 해석·적용을 통하여 일정한 결론을 도출한 후 그 결론에 비추어 행정청이 한 판단의 적법여부를 독자의 입장에서 판정. 위법성이 인정되면, 법원은 일부취소도 가능.
재량행위 : 제한사법방식	행정청의 재량에 기한 공익판단의 여지를 감안하여 법원은 독자의 결론을 도출함이 없이 당해 행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만 판단. 위법성이 인정되면, 법원은 처분청의 재량권을 존중하는 차원에서 전부취소만 가능. 예) 영업정지처분이 적정한 영업정지기간을 초과하여서 위법한 경우 그 초과부분만을 취소할 수 없음.

- ㉡ (○) 경찰공무원에게 인정된 징계사유가 상훈감경 제외사유에 해당하지 아니함에도, 경찰공무원에 대한 징계위원회의 심의과정에서 징계의결이 요구된 비위행위가 상훈감경 제외사유에 해당한다는 이유로 그 **공적 사항을 징계양정에 전혀 고려하지 아니한 때에는 그 징계양정이 결과적으로 적정한 지와 상관없이 이는 관계 법령이 정한 징계절차를 지키지 아니한 것으로서 위법하다**(대판 2015.11.12. 2014두35638).
- ㉢ (×) 판례에 따르면 재량행위의 경우에는 법령에 명시적인 금지규정이 없는 한 부관을 붙일 수 있고, 기속행위에는 법령상 특별한 근거가 없는 한 부관을 붙일 수 없고 붙였더라도 무효라는 입장이다.
• 일반적으로 기속행위나 기속적 재량행위에는 부관을 붙을 수 없고 가사 부관을 붙였다 하더라도 이는 무효의 것이다(대판 1988.4.27. 87누1106)

답 ④

05 행정입법에 관한 판례의 내용으로 옳지 않은 것은?

2017 소방간부

- ① 일반적으로 법률의 위임에 의하여 효력을 갖는 법규명령의 경우, 구법에 위임의 근거가 없어 무효였다 하더라도 사후에 법 개정으로 위임의 근거가 부여되면 그 때부터는 유효한 법규명령이 된다는 것이 판례의 태도이다.
- ② 지방의회 불출석 증인에 대한 동행명령장 제도는 이에 의하여 불출석 증인을 그 의사에 반하여 일정한 장소에 인치하는 것을 내용으로 하므로, 「헌법」 제12조가 보장 하고 있는 신체의 자유권에 대한 중대한 제한을 가하는 것이 분명하여 「지방자치법」 제15조 단서에 의하여 법률상 위임이 있어야 한다는 것이 판례의 태도이다.
- ③ 상위법령에서 세부사항 등을 시행규칙으로 정하도록 위임하였음에도 이를 고시 등 행정규칙으로 정한 경우, 대외적 구속력을 가지는 법규명령으로서 효력을 인정할 수 없다는 것이 판례의 태도이다.
- ④ 어떠한 고시가 일반적·추상적 성격을 가질 때에는 법규명령 또는 행정규칙에 해당할 것이지만, 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법률관계를 규율하는 성격을 가질 때에는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다는 것이 판례의 태도이다.
- ⑤ 구 지방자치법 시행령 제34조 제1항에서 의정보심의위원회의 위원을 선정할 때 학계 등으로부터 추천을 받도록 규정한 취지를 고려할 때 심의위원 선정절차가 위 규정에 엄격히 부합하지 않는 경우에 심의위원회의 의결이나 이를 기초로 한 조례는 당연히 위법하다는 것이 판례의 태도이다.

해설

- ① (○) 일반적으로 법률의 위임에 의하여 효력을 갖는 법규명령의 경우, 구법에 위임의 근거가 없어 무효였다 하더라도 사후에 법 개정으로 위임의 근거가 부여되면 그 때부터는 유효한 법규명령이 되나, 반대로 구법의 위임에 의한 유효한 법규명령이 법개정으로 위임의 근거가 없어지게 되면 그 때부터 무효인 법규명령이 되므로, 어떤 법령의 위임 근거 유무에 따른 유효 여부를 심사하려면 법개정의 전·후에 걸쳐 모두 심사하여야만 그 법규명령의 시기에 따른 유효·무효를 판단할 수 있다(대판 1995.6.30. 93추83).

- ② (○) **불출석 증인에 대한 동행명령장제도를 규정한 조례안은 법률적 위임 근거가 있다** : 지방의회 불출석 증인에 대한 동행명령장제도는 이에 의하여 불출석 증인을 그 의사에 반하여 일정한 장소에 인치하는 것을 내용으로 하므로, 헌법 12조가 보장하고 있는 신체의 자유권에 대한 중대한 제한을 가하는 것이 분명하여 지방자치법 15조 단서에 의하여 법률상 위임이 있어야 할 것인바, 지방자치법이 36조 7항에서 행정사무의 감사·조사를 위하여 필요한 사항 및 선서·증언·감정 등에 관한 절차를 대통령령으로 정하도록 위임하여, 같은 법 시행령은 17조의2 내지 19조에서 이에 관한 중요한 사항에 관하여 규정한 다음 19조의2에서 법 및 영에 규정한 것 외에 감사 또는 조사에 필요한 사항은 당해 지방자치단체의 조례로 정한다고 규정하여 그 나머지 세부절차를 부분적으로 조례에 재위임하였고, 조례에 위임하고 있는 '감사 또는 조사에 필요한 사항'은 광의의 것으로서 협의의 감사·조사절차와 증언·감정 등에 관한 절차를 포괄하는 것으로 보아야 하므로, 동행명령장제도는 지방의회에서의 증언·감정 등에 관한 절차에서 증언·감정인 등의 출석을 확보하기 위한 절차로서 규정된 것으로 같은 법 시행령 19조의2 규정의 '감사 또는 조사에 필요한 사항'에 해당한다고 보아야 할 것이어서, 결국 같은 법 36조7항, 같은 법 시행령 19조의2의 규정이 비록 포괄적이고 일반적이기는 하지만 동행명령장제도를 규정한 조례안의 법률적 위임 근거가 된다고 보는 것이 타당하다(대판 1995.6.30. 93추83). cf) 헌법 제12조 제3항에 의하여 법관이 발부한 영장의 제시가 있어야 함에도 불구하고 동행명령장을 법관이 아닌 지방의회 의장이 발부하고 이에 기하여 증인의 신체의 자유를 침해하여 증인을 일정 장소에 인치하도록 규정된 조례안은 영장주의원칙을 규정한 헌법 제12조 제3항에 위반된 것이다.
- ③ (○) **법령보충규칙이 상위 법령의 위임범위를 벗어난 경우에는 법규명령으로서 대외적 구속력을 인정할 여지는 없다**. 이는 행정규칙이나 규정 '내용'이 위임범위를 벗어난 경우뿐 아니라 상위 법령의 위임규정에서 특정하여 정한 관행행사의 '절차'나 '방식'에 위배되는 경우도 마찬가지이므로, 상위 법령에서 세부사항 등을 시행규칙으로 정하도록 위임하였음에도 이를 고시 등 행정규칙으로 정하였다면 그 역시 대외적 구속력을 가지는 법규명령으로서 효력이 인정될 수 없다(대판 2012.7.5. 2010다72076)
- ④ (○) **어떠한 고시가 일반적·추상적 성격을 가질 때에는 법규명령 또는 행정규칙에 해당할 것이지만, 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법률관계를 규율하는 성격을 가질 때에는 행정처분에 해당한다**. 보건복지부 고시인 약제급여·비급여목록 및 급여상한금액표(보건복지부 고시 제2002-46호로 개정된 것)는 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 국민건강보험가입자, 국민건강보험공단, 요양기관 등의 법률관계를 직접 규율하는 성격을 가지므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2006.9.22. 2005두2506).
- ⑤ (×) 구 지방자치법 시행령 제34조 제1항에서 의정보심의위원회의 위원을 선정할 때 학계 등으로부터 추천을 받도록 규정한 취지 및 심의위원 선정절차가 위 규정에 엄격히 부합하지 않는 경우, 심의위원회의 의결이나 이를 기초로 한 조례가 위법한지 여부(한정 소극) : 구 지방자치법(2009. 4. 1. 법률 제9577호로 개정되기 전의 것) 제33조 제1항, 제2항, 제3항, 구 지방자치법 시행령(2008. 10. 8. 대통령령 제21075호로 개정되기 전의 것, 이하 '시행령'이라 한다) 제34조 제1항, 제2항의 규정 형식과 내용 및 지방의회의원에게 지급할 의정활동비, 여비, 월정수당(이하 '의정활동비 등'이라 한다)의 지급기준을 조례로 정하기에 앞서 결정 범위를 미리 제시하기 위하여 해당 지방자치단체의 의정보심의위원회(이하 '심의회'라 한다)를 독립성을 갖춘 별도의 심의·의결기구로 마련한 취지 등을 고려하면, 시행령 제34조 제1항에서 심의회의 위원을 선정할 때 학계 등으로부터 추천을 받도록 규정한 취지는 심의회 구성의 다양성과 객관성을 확보하기 위한 데 있다고 할 것이므로, 심의위원 선정절차가 위 규정에 엄격히 부합하지 아니하더라도 심의회의 구성에 관한 위와 같은 입법 취지를 실질적으로 훼손하였다고 평가할 정도에 이르지 아니하는 한 해당 심의회의 의결이 위법하다거나 이를 기초로 한 의정활동비 등에 관한 조례가 위법하다고 판단할 수는 없다(대판 2014. 2. 27. 2011두7489)

답 ⑤

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

2017 소방간부

- ① 부담과 조건의 구별이 명확하지 않으면 부담으로 추정하는 것이 상대방에게 유리하다.
- ② 부담은 행정처분을 하면서 일방적으로 부가할 수 있으며, 부담을 부가하기 전에 상대방과 협의하여 협약의 형식으로 부가할 수도 있다.
- ③ 지방국토관리청장이 일부 공유수면매립지에 대하여 한 국가 또는 직할시(현 광역시) 귀속처분은 독립하여 행정소송의 대상이 될 수 있다는 것이 판례의 태도이다.
- ④ 철회권의 유보는 유보된 사실이 발생하여도 행정청에 의한 철회의 의사표시가 있어야 비로소 행정행위의 효과가 소멸된다.
- ⑤ 65세대의 주택건설사업에 대한 사업계획 승인 시 '진입도로 설치 후 기부채납, 인근 주민의 기존 통행로 폐쇄에 따른 대체 통행로 설치 후 그 부지 일부 기부 채납'을 조건으로 붙인 것은 위법한 부관에 해당하지 않는다는 것이 판례의 태도이다.

해설

- ① (○) 부담부 행정행위는 부담 이행과 상관없이 효력을 발생하며 부담을 불이행한 경우에도 행정청이 철회할 경우 효력이 상실된다. 상대방 입장에서 부담은 처음부터 효력이 발생하므로 조건 성취시 효력이 발생하는 정지조건보다 유리하고, 부담 불이행시 효력이 바로 소멸하지 않으므로 조건 성취시 효력이 소멸되는 해제조건보다 유리하므로 부담과 조건의 구별이 애매하면 부담으로 해석함이 상대방에게 유리하다.
- ② (○) 수익적 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).
- ③ (×) **부관의 유형 중 '법률효과의 일부배제'는 독립쟁송 불가** : 행정행위의 부관은 부담의 경우를 제외하고는 독립하여 행정소송의 대상이 될 수 없는 것인바, 지방국토관리청장이 일부 공유수면매립지에 대하여 한 국가 또는 지방자치단체(현 인천광역시)에의 귀속처분은 매립준공인가를 함에 있어서 매립의 면허를 받은 자의 매립지에 대한 소유권 취득을 규정한 구 「공유수면매립법」 제14조의 효과 일부를 배제하는 부관을 붙인 것이고, 이러한 행정행위의 부관은 위 법리와 같이 독립하여 행정소송의 대상이 될 수 없다(대판 1993.10.8. 93누2032).
- ④ (○) 해제조건이나 철회권의 유보는 당해 행정행위의 효력을 소멸시킨다는 점에서 유사성이 있지만, 해제조건은 조건의 성취로 행정청의 별도의 의사표시 없이 당연히 행정행위의 효력이 소멸되나, 철회권의 유보는 유보된 사실이 발생하더라도 별도의 철회의 의사표시가 있어야 행정행위가 실효된다.
- ⑤ (○) **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).

답 ③

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

2017 소방간부

- ① 인가의 대상은 법률행위로서 공법행위이든 사법행위이든 가리지 않는다.
- ② 수정인가는 법령에 명문의 규정이 없는 한 허용되지 않는다.
- ③ 학교법인의 임원선임행위가 불성립 또는 무효인 경우에 감독청의 취임승인이 있었다면 그 선임행위는 유효하다.
- ④ 사업시행계획에 대한 인가처분에 하자가 없는 경우 기본행위인 사업시행계획의 무효를 들어 사업시행계획 인가처분의 취소 또는 무효를 구할 수 없다.
- ⑤ 인가는 타인의 법률행위의 효력발생요건이다.

해설

- ① (○) 인가의 대상은 제3자의 행위이며 성질상 반드시 **법률적 행위만을 대상으로 하며 사실행위는 제외된다**. 법률행위이면 **공법상의 행위**(예 공공조합의 정관변경인가 등)와 **사법상의 행위**(예 공기업의 사업양도인가, 토지거래허가)도 포함되며 합동행위(예 도시개발조합의 설립인가)와 계약(예 하천점용권의 양도인가 등)도 모두 포함된다.
- ② (○) 인가는 사인상호간 법률행위의 효력을 완성시켜주는 보충적 행위인데 수정인가는 법률관계의 변경을 초래하므로 당사자의 동의나 법률의 특별규정이 없으면 허용되지 않는다는 것이 통설·판례의 입장이다.
- ③ (×) 기본행위가 무효이면 인가가 있더라도 기본행위가 유효한 것으로 될 수 없음.
 • 사립학교법 제20조 제2항의 규정 및 학교법인의 정관에 의한 이사에 대한 감독청의 취임승인은 학교법인의 이사선임행위를 보충하여 그 법률상의 효력을 완성케 하는 보충적 행정행위로서, 성질상 그 기본행위를 떠나 승인처분 그 자체만으로는 법률상 아무런 효력도 발생할 수 없는 것이므로, **기본행위인 학교법인의 이사선임행위가 불성립 또는 무효인 경우에는 비록 그에 대한 감독청의 취임승인이 있었다 하여도 이로써 무효인 그 선임행위가 유효한 것으로 될 수는 없다**(대판 1987.8.18. 86누152)
- ④ (○) **사업시행계획에 대한 인가처분에 하자가 없는 경우, 기본행위인 사업시행계획의 무효를 들어 보충행위인 사업시행계획 인가처분의 취소 또는 무효를 구할 수 없음**: 기본행위인 사업시행계획이 무효인 경우 그에 대한 인가처분이 있다고 하더라도 그 기본행위인 사업시행계획이 유효한 것으로 될 수 없으며, 기본행위가 적법·유효하고 보충행위인 인가처분 자체에만 하자가 있다면 그 인가처분의 무효나 취소를 주장할 수 있다고 할 것이지만, 인가처분에 하자가 없다면 기본행위에 하자가 있다고 하더라도 따로 그 기본행위의 하자를 다루는 것은 별론으로 하고 기본행위의 무효를 내세워 바로 그에 대한 인가처분의 취소 또는 무효확인을 구할 수 없다(대판 2014.2.27. 2011두25173)
- ⑤ (○) 인가는 법률적 행위가 효력을 발생하기 위한 효력요건이다. 따라서 인가를 받아야 할 행위를 인가받지 않고 행한 경우 강제집행이나 처벌 대상은 아니며 인가받지 못한 사인의 행위가 무효가 될 뿐이다.

답 ③

08 행정조사기본법에 관한 설명 중 옳지 않은 것은?

2017 소방간부

- ① 행정조사기본법은 행정의 공정성·투명성 및 효율성을 높이고 국민의 권익을 보호함을 목적으로 하고 있다.
- ② 금융감독기관의 감독·검사·조사 및 감리에 관한 사항에 대하여는 행정조사기본법이 적용되지 않는다.
- ③ 행정조사는 법령등의 위반에 대하여 조사를 통한 처벌에 중점을 두어 조사를 한다.
- ④ 행정조사는 법령등에 따라 정기적으로 실시함을 원칙으로 하나 법령등의 위반에 대한 신고를 받거나 민원이 접수된 경우에는 수시조사를 할 수 있다.
- ⑤ 행정조사를 실시하고자 하는 행정기관의 장은 출석요구서 등을 조사개시 7일 전까지 조사대상자에게 서면으로 통지하여야 한다.

해설

- ① (○) 제1조(목적) 이 법은 행정조사에 관한 기본원칙·행정조사의 방법 및 절차 등에 관한 공통적인 사항을 규정함으로써 행정의 공정성·투명성 및 효율성을 높이고, 국민의 권익을 보호함을 목적으로 한다.
- ② (○) 제3조(적용범위) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항에 대하여는 이 법을 적용하지 아니한다.
 6. 금융감독기관의 감독·검사·조사 및 감리에 관한 사항
- ③ (×) 제4조(행정조사의 기본원칙) ④ 행정조사는 법령등의 위반에 대한 처벌보다는 법령등을 준수하도록 유도하는 데 중점을 두어야 한다.
- ④ (○) 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. 법령등의 위반에 대하여 혐의가 있는 경우
 3. 다른 행정기관으로부터 법령등의 위반에 관한 혐의를 통보 또는 이첩받은 경우
 4. **법령등의 위반에 대한 신고를 받거나 민원이 접수된 경우**
 5. 그 밖에 행정조사의 필요성이 인정되는 사항으로서 대통령령으로 정하는 경우
- ⑤ (○) 제17조(조사의 사전통지) ① 행정조사를 실시하고자 하는 행정기관의 장은 제9조에 따른 출석요구서, 제10조에 따른 보고요구서·자료제출요구서 및 제11조에 따른 현장출입조사서(이하 "출석요구서등"이라 한다)를 조사개시 7일 전까지 조사대상자에게 서면으로 통지하여야 한다.

답 ③

09 행정절차에 관한 내용으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

2017 소방간부

- ① 구 도시계획법 제23조 제5항의 규정에 따른 사업시행자 지정처분을 취소함에 있어서 청문을 실시하지 아니한 경우, 그 절차를 결여한 취소처분은 위법한 처분이라는 것이 판례의 태도이다.
- ② 국가안전보장·국방·외교 또는 통일에 관한 사항 중 행정절차를 거칠 경우 국가의 중대한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 사항은 행정절차법의 적용대상에서 제외 된다.
- ③ 퇴직연금의 환수결정시 당사자에게 의견 진술의 기회를 주지 아니한 경우, 행정절차법 제22조 제3항이나 신의칙에 위반 된다는 것이 판례의 태도이다.

- ④ 송달받을 자의 주소 등을 통상적인 방법으로 확인할 수 없는 경우 또는 송달이 불가능한 경우에는 송달받을 자가 알기 쉽도록 관보, 공보, 게시판, 일간신문중 하나 이상에 공고하고 인터넷에도 공고하여야 한다.
- ⑤ 관보, 공보, 게시판, 일간신문 중 하나 이상에 공고하고 인터넷에도 공고하는 경우에는 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 공고일부터 14일이 지난 때에 송달의 효력이 발생한다.

해설

- ① (○) 구 도시계획법 제23조 제5항의 규정에 의한 사업시행자 지정처분을 취소함에 있어서 청문을 실시하지 아니한 경우, 그 절차를 결여한 지정처분의 취소처분은 위법 : 구 도시계획법 제78조, 제78조의2, 행정절차법 제22조 제1항 제1호, 제4항, 제21조 제4항에 의하면, 행정청이 구 도시계획법 제23조 제5항의 규정에 의한 사업시행자 지정처분을 취소하기 위해서는 청문을 실시하여야 하고, 다만 행정절차법 제22조 제4항, 제21조 제4항에서 정한 예외사유에 해당하는 경우에 한하여 청문을 실시하지 아니할 수 있으며, 이러한 청문제도는 행정처분의 사유에 대하여 당사자에게 변명과 유리한 자료를 제출할 기회를 부여함으로써 위법사유의 시정가능성을 고려하고 처분의 신중과 적정을 기하려는 데 그 취지가 있음에 비추어 볼 때, 행정청이 침해적 행정처분을 함에 즈음하여 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당하지 않는 한 반드시 청문을 실시하여야 하고, 그 절차를 결여한 처분은 위법한 처분으로서 취소사유에 해당한다.(대판 2004.7.8. 2002두8350)
- ② (○) 행정절차법 제3조(적용 범위) ② 이 법은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항에 대하여는 적용하지 아니한다.
7. 국가안전보장·국방·외교 또는 통일에 관한 사항 중 행정절차를 거칠 경우 국가의 중대한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 사항
- ③ (×) 법령상 확정된 의무부과의 경우에는 의견제출의 기회를 부여하지 않아도 됨 : 퇴직연금의 환수결정은 당사자에게 의무를 과하는 처분이라는 하나, 관련 법령에 따라 당연히 환수금액이 정해지는 것이므로, 퇴직연금의 환수결정에 앞서 당사자에게 의견진술의 기회를 주지 아니하여도 「행정절차법」 제22조 제3항이나 신의칙에 어긋나지 아니한다(대판 2000.11.28. 99두5443).
- ④ (○) 동법 제14조 4항. ⑤ (○) 동법 제15조 3항.

답 ③

10 다음은 국가배상에 관한 판례의 태도이다. 옳은 것만 묶은 것은?

2017 소방간부

- ㉠ 국가배상법상 공무원의 직무에는 비권력적 작용이 포함되지만 단순한 사경제의 주체로서 하는 작용은 포함되지 않는다.
- ㉡ 어떠한 행정처분이 후에 항고소송에서 취소된 경우 당해 행정처분은 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 할 것이다.
- ㉢ 구체적인 입법외무 자체가 인정되지 않는 경우에는 애당초 부작위로 인한 불법행위가 성립할 여지가 없다.
- ㉣ 검사는 피의자가 유죄판결을 받을 가능성이 있는 정도의 혐의를 가지게 된 데에 합리적인 이유가 있다고 판단될 때에는 피의자에 대하여 공소를 제기할 수 있으므로 그 후 형사재판 과정에서 범죄사실의 존재를 증명함에 충분한 증거가 없다는 이유로 무죄판결이 확정되었다면 바로 검사의 구속 및 공소제기는 위법하다고 할 것이다.
- ㉤ 사고차량이 군용차량이고 운전사가 군인임이 외관상 뚜렷한 이상, 실제로는 공무원집행에 속하는 것이 아니라 하여도 이는 공무원이 그 직무를 수행함에 당하여 저지른 것으로 해석하여야 한다.

① ㉠, ㉡, ㉣

② ㉠, ㉢, ㉤

③ ㉠, ㉢, ㉤

④ ㉡, ㉢, ㉤

⑤ ㉢, ㉣, ㉤

해설

- ① (○) 국가배상법이 정한 손해배상청구의 요건인 '공무원의 직무'에는 국가나 지방자치단체의 권력적 작용뿐만 아니라 비권력적 작용도 포함되지만 단순한 사경제의 주체로서 하는 작용은 포함되지 않는다(대판 2004.4.9. 2002다10691).
- ② (×) 어떠한 행정처분이 후에 항고소송에서 취소된 사실만으로 그 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수 없는바, 그 이유는 행정청이 관계 법령의 해석이 확립되기 전에 어느 한 설을 취하여 업무를 처리한 것이 결과적으로 위법하게 되어 그 법령의 부당 집행이라는 결과를 빚었다고 하더라도 처분 당시 그와 같은 처리 방법 이상의 것을 성실한 평균적 공무원에게 기대하기 어려웠던 경우라면 특단의 사정이 없는 한 이를 두고 공무원의 과실로 인한 것이라고는 할 수 없기 때문이다.(대판 2003.11.27. 2001다33789·33796·33802·33819).
- ③ (○) 국가가 일정한 사항에 관하여 헌법에 의하여 부과되는 구체적인 입법외무를 부담하고 있음에도 불구하고 그 입법에 필요한 상당한 기간이 경과하도록 고의 또는 과실로 이러한 입법외무를 이행하지 아니하는 등 극히 예외적인 사정이 인정되는 사안에 한정하여 국가배상법 소정의 배상책임이 인정될 수 있으며, 위와 같은 구체적인 입법외무 자체가 인정되지 않는 경우에는 애당초 부작위로 인한 불법행위가 성립할 여지가 없다(대판 2008.5.29. 2004다33469).
- ④ (×) 형사재판 과정에서 범죄사실의 존재를 증명할 충분한 증거가 없다는 이유로 무죄판결이 확정되어도 바로 검사의 구속 및 공소제기가 위법하다고 할 수 없고, 그 구속 및 공소제기에 관한 검사의 판단이 그 당시의 자료에 비추어 경험칙이나 논리칙상 도저히 합리성을 긍정할 수 없는 정도에 이른 경우에만 그 위법성이 인정됨(검사가 공판과정에서 피고인의 무죄를 입증할 수 있는 결정적인 증거를 입수하였으나 이를 법원에 제출하지 않아 유죄판결을 받은 경우 국가배상책임이 인정됨) : 검사는 수사기관으로서 피의사건을 조사하여 진상을 명백히 하고, 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 피의자에게 증거 인멸 및 도주의 염려 등이 있을 때에는 법관으로부터 영장을 발부받아 피의자를 구속할 수 있으며, 나아가 수집·조사된 증거를 종합하여 객관적으로 볼 때, 피의자가 유죄판결을 받을 가능성이 있는 정도의 혐의를 가지게 된 데에 합리적인 이유가 있다고 판단될 때에는 피의자에 대하여 공소를 제기할 수 있으므로 그 후 형사재판 과정에서 범죄사실의 존재를 증명함에 충분한 증거가 없다는 이유로 무죄판결이 확정되었다고 하더라도 그러한 사정만으로 바로 검사의 구속 및 공소제기가 위법하다고 할 수 없고, 그 구속 및 공소제기에 관한 검사의 판단이 그 당시의 자료에 비추어 경험칙이나 논리칙상 도저히 합리성을 긍정할 수 없는 정도에 이른 경우에만 그 위법성을 인정할 수 있다. 강도강간의 피해자가 제출한 팬티에 대한 국립과학수사연구소의 유전자검사결과 그 팬티에서 범인으로 지목되어 기소된 원고나 피해자의 남편과 다른 남자의 유전자형이 검출되었다는 감정결과를 검사가 공판과정에서 입수한 경우 그 감정서는 원고의 무죄를 입증할 수 있는 결정적인 증거에 해당하는데도 검사가 그 감정서를 법원에 제출하지 않고 은폐하였다면 검사의 그와 같은 행위는 위법하므로 국가배상책임이 인정된다.(대판 2002.2.22. 2001다23447).

- ⑥ (○) 사고차량이 군용차량이고 이를 운전한 사람이 군운전병인 것이 외관상 뚜렷한 이상, 그 안에 탄 사람이 민간인이고 그들을 부산역으로 운행하고 있었던 사실이 실체는 공무집행에 속하는 것이 아니라 하여도 일반인으로서의 그 내용에 관하여 알바 아니므로 소외 1이 위 차량을 운행하다가 저지른 본건 사고는 공무원이 그 직무를 수행함에 당하여 저지른 것으로 해석되어야 할 것이므로, 피고는 국가배상법에 의하여 손해를 배상할 의무가 있다(대판 1971.3.23. 70다2986).

답 ③

11

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

2017 소방간부

- ① 장례식장의 사용중지의무는 「행정대집행법」 제2조의 규정에 따른 대집행의 대상이 되는 대체적 작위의무에 해당한다.
- ② 헌법재판소는 이행강제금이 대체적 작위 의무위반에 대하여 부과될 수 있다고 본다.
- ③ 양벌규정에 따른 영업주의 처벌은 금지위반 행위자인 종업원의 처벌에 종속하는 것이 아니라 독립하여 그 자신의 종업원에 대한 선임감독상의 과실로 인하여 처벌되는 것이다.
- ④ 도로교통법상의 경찰서장의 통고처분은 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 아니다.
- ⑤ 영업정지처분에 갈음하는 과징금이 규정 되어 있는 경우 과징금을 부과할 것인지 영업정지처분을 내릴 것인지는 통상 행정청의 재량에 속한다.

해설

- ① (×) 관계법령에 위반하여 장례식장 영업을 하고 있는 자의 장례식장 사용 중지의무는 비대체적 부작위의무 ⇨ 대집행 대상 아님 : 행정대집행법 2조는 '행정청의 명령에 의한 행위로서 타인이 대신하여 행할 수 있는 행위를 의무자가 이행하지 않은 경우'에 대집행할 수 있도록 규정하고 있는데, 이 사건용도 위반 부분을 장례식장으로 사용하는 것이 관계법령에 위반한 것이라는 이유로 장례식장 사용 중지할 것과 이를 불이행시 행정대집행법에 의해 대집행하겠다는 내용의 이 사건 처분은, 이 사건 처분에 따른 '장례식장 사용중지 의무'가 원고 이외의 '타인'이 대신할 수도 없고, 타인이 대신하여 '행할 수 있는 행위'라고도 할 수 없는 비대체적 부작위 의무에 대한 것이므로, 그 자체로 위법함이 명백하다(대판 2005.9.28. 2005두7464)
- ② (○) 전통적으로 행정대집행은 대체적 작위의 무에 대한 강제집행수단으로, 이행강제금은 부작위의무나 비대체적 작위의무에 대한 강제집행수단으로 이해되어 왔으나, 이는 이행강제금제도의 본질에서 오는 제약은 아니며, 이행강제금은 대체적 작위의무의 위반에 대하여도 부과될 수 있다(헌재 2004.2.26. 2001헌바80).
- ③ (○) 양벌규정에 의한 영업주의 처벌은 금지위반행위자인 종업원의 처벌에 종속하는 것이 아니라 독립하여 그 자신의 종업원에 대한 선임감독상의 과실로 인하여 처벌되는 것이므로 종업원의 범죄성립이나 처벌이 영업주 처벌의 전제조건이 될 필요는 없다(대판 2006.2.24. 2005도7673).
- ④ (○) 도로교통법 118조에서 규정하는 경찰서장의 통고처분은 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 아니므로 그 처분의 취소를 구하는 소송은 부적법하고, 도로교통법상의 통고처분을 받은 자가 그 처분에 대하여 이의가 있는 경우에는 통고처분에 따른 범칙금의 납부를 이행하지 아니함으로써 경찰서장의 즉결심판청구에 의하여 법원의 심판을 받을 수 있게 될 뿐이다.(대판 1995.6.29. 95누4674)
- ⑤ (○) 영업정지 대체 과징금의 경우 과징금을 부과할 것인지 영업정지처분을 내릴 것인지는 통상 행정청의 재량에 속한다. 건설업자의 위반행위에 대한 제재 규정으로서의 관련 규정의 체계 및 내용 등에 비추어 보면, 이 사건 처분기준 중 영업정지처분 조항은, 행정청에 영업정지 또는 그를 갈음한 과징금 중 하나를 선택할 수 있도록 재량을 부여하면서도, 다만 앞서 본 바와 같이 일정한 사유에 해당되면 행정청이 영업정지를 갈음한 과징금을 부과할 수 없도록 함으로써 그 재량 행사의 한계를 규정한 것이라고 볼이 타당하다. 특히 건설업자가 원하지 않는 경우 과징금이 아닌 영업정지처분을 하도록 규정한 취지는 사회통념상 영업정지보다 과징금처분이 더 가벼운 것으로 인식될 수 있지만 처분의 상대방이 적극적으로 과징금처분을 원하지 않는다는 의사표시를 하였다면 그 의사를 존중하여 과징금을 부과할 수 없도록 한 것에 그치는 것일 뿐, 나아가 처분 상대방이 과징금처분을 원하면 반드시 과징금처분을 해야 한다는 취지로 해석할 수는 없다.(대판 2017.10.12. 2017두43968)

답 ①

12

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

2017 소방간부

- ① 행정형벌에 대하여는 원칙적으로 형법 총칙이 적용된다.
- ② 도로교통법상의 통고처분을 받은 자가 그 처분에 대하여 이의가 있는 경우에는 통고처분에 따른 범칙금의 납부를 이행하지 아니함으로써 경찰서장의 즉결심판 청구에 의하여 법원의 심판을 받을 수 있다.
- ③ 행정청의 과태료 부과에 대하여 이의 제기를 하더라도 그 부과처분의 효력이 상실되는 것은 아니다.
- ④ 과태료는 행정청의 과태료 부과처분이나 법원의 과태료 재판이 확정된 후 5년간 징수하지 아니하거나 집행하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.
- ⑤ 임시운행허가기간을 벗어나 무등록차량을 운행한 자에 대한 과태료의 제재와 형사처벌은 일사부재리의 원칙에 반하지 않는다.

해설

- ① (○) 행정형벌에 대하여는 원칙적으로 형법 총칙이 적용된다(고의·과실 필요).
- ② (○) 도로교통법 제118조에서 규정하는 경찰서장의 통고처분은 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 아니므로 그 처분의 취소를 구하는 소송은 부적법하고, 도로교통법상의 통고처분을 받은 자가 그 처분에 대하여 이의가 있는 경우에는 통고처분에 따른 범칙금의 납부를 이행하지 아니함으로써 경찰서장의 즉결심판청구에 의하여 법원의 심판을 받을 수 있게 될 뿐이다.(대판 1995.6.29. 95누4674)
- ③ (×) 행정청의 과태료 부과에 대해 상대방이 이의를 제기하면 과태료 부과처분은 효력을 상실한다. 「질서위반행위규제법」 제20조(이의제기) ① 행정청의 과태료 부과에 불복하는 당사자는 제17조 제1항에 따른 과태료 부과 통지를 받은 날부터 60일 이내에 해당 행정청에 서면으로 이의제기를 할 수 있다. ② 제1항에 따른 이의제기가 있는 경우에는 행정청의 과태료 부과처분은 그 효력을 상실한다.
- ④ (○) 「질서위반행위규제법」 제19조(과태료 부과 제척기간) ① 행정청은 질서위반행위가 종료된 날(다수인이 질서위반행위에 가담한 경우에는 최종행위가 종료된 날을 말한다)부터 5년이 경과한 경우에는 해당 질서위반행위에 대하여 과태료를 부과할 수 없다.
- ⑤ (○) 임시운행허가기간을 벗어나 무등록차량을 운행한 자에 대한 과태료의 제재와 형사처벌은 일사부재리의 원칙에 반하지 않음 : 행정법상의 질서법인 과태료의 부과처분과 형사처벌은 그 성질이나 목적을 달리하는 별개의 것이므로 행정법상의 질서법인 과태료를 납부한 후에 형사처벌을 한다고 하여 이를 일사부재리의 원칙에 반하는 것이라고 할 수는 없으며, 자동차의 임시운행허가를 받은 자가 그 허가 목적 및 기간의 범위 안에서 운행하지 아니한

경우에 과태료를 부과하는 것은 당해 자동차가 무등록 자동차인지 여부와는 관계없이, 이미 등록된 자동차의 등록번호표 또는 봉인이 멸실되거나 식별하기 어렵게 되어 임시운행허가를 받은 경우까지를 포함하여, 허가받은 목적과 기간의 범위를 벗어나 운행하는 행위 전반에 대하여 행정질서벌로서 제재를 가하고자 하는 취지라고 해석되므로, 만일 임시운행허가기간을 넘어 운행한 자가 등록된 차량에 관하여 그러한 행위를 한 경우라면 과태료의 제재만을 받게 되겠지만, 무등록 차량에 관하여 그러한 행위를 한 경우라면 과태료와 별도로 형사처벌의 대상이 된다(대판 1996.4.12. 96도158)

답 ③

13 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 상의 이주대책에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이

있으면 판례에 의함)

2017 소방간부

- ① 이주대책은 이주자들에게 대하여 종전의 생활상태를 원상으로 회복시키면서 동시에 인간다운 생활을 보장하여 주기 위한 이른바 생활보상의 일종이다.
- ② 사업시행자의 이주대책의 수립·실시의무를 정하고 있는 법률규정은 당사자의 합의 또는 사업시행자의 재량에 의하여 적용을 배제할 수 있는 임의규정이다.
- ③ 사업시행자가 하는 이주대책대상자 확인·결정은 항고소송의 대상인 처분이다.
- ④ 이주대책대상자가 이주대책계획의 수립을 청구하였음에도 사업시행자가 이주대책을 수립하지 않은 경우에는 의무이행 심판과 부작위위법확인소송을 제기할 수 있다.
- ⑤ 이주대책대상자 선정의 거부는 항고소송의 대상이 되는 거부처분으로 본다.

해설

- ① (○) 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에서 정한 이주대책은 이주자들에게 대하여 종전의 생활상태를 원상으로 회복시키면서 동시에 인간다운 생활을 보장하여 주기 위한 이른바 생활보상의 일환으로 국가의 적극적이고 정책적인 배려에 의하여 마련된 제도이다.(대판 2007.11.29. 2006두8495)
- ② (×) 사업시행자의 이주대책 수립·실시의무를 정하고 있는 구 공익사업법 제78조 제1항은 물론 이주대책의 내용에 관하여 규정하고 있는 같은 조 제4항 본문 역시 당사자의 합의 또는 사업시행자의 재량에 의하여 적용을 배제할 수 없는 강행법규. : 구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(2007. 10. 17. 법률 제8665호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 공익사업법'이라 한다)은 공익사업에 필요한 토지 등을 협의 또는 수용에 의하여 취득하거나 사용함에 따른 손실 보상에 관한 사항을 규정함으로써 공익사업의 효율적인 수행을 통하여 공공복리의 증진과 재산권의 적절한 보호를 도모함을 목적으로 하고 있고, 위 법에 의한 이주대책은 공익사업의 시행에 필요한 토지 등을 제공함으로써 생활의 근거를 상실하게 되는 이주대책대상자들에게 종전 생활상태를 원상으로 회복시키면서 동시에 인간다운 생활을 보장하여 주기 위하여 마련된 제도이므로, 사업시행자의 이주대책 수립·실시의무를 정하고 있는 구 공익사업법 제78조 제1항은 물론 이주대책의 내용에 관하여 규정하고 있는 같은 조 제4항 본문 역시 당사자의 합의 또는 사업시행자의 재량에 의하여 적용을 배제할 수 없는 강행법규이다(대판 2011.6.23. 2007다63089, 63096).
- ③ (○) **공토법 상의 공익사업시행자가 하는 이주대책대상자 확인·결정의 법적 성질(=행정처분)과 이에 대한 쟁송방법(=항고소송)** : 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 상의 공익사업시행자가 하는 이주대책대상자 확인·결정은 구체적인 이주대책상의 수분양권을 부여하는 요건이 되는 행정작용으로서의 처분이지 이를 단순히 절차상의 필요에 따른 사실행위에 불과한 것으로 평가할 수는 없다. 따라서 수분양권의 취득을 희망하는 이주자가 소정의 절차에 따라 이주대책대상자 선정신청을 한 데 대하여 사업시행자가 이주대책대상자가 아니라고 하여 위 확인·결정 등의 처분을 하지 않고 이를 제외시키거나 거부조치한 경우에는, 이주자로서는 사업시행자를 상대로 항고소송에 의하여 제외처분이나 거부처분의 취소를 구할 수 있다. 나아가 이주대책의 종류가 달라 각 그 보장하는 내용에 차등이 있는 경우 이주자의 희망에도 불구하고 사업시행자가 요건 미달 등을 이유로 그중 더 이익이 되는 내용의 이주대책대상자로 선정하지 않았다면 이 또한 이주자의 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 행위로서 항고소송의 대상이 된다(대판 2014.2.27. 2013두10885)
- ④ (○) 사업시행자가 이주대책을 수립·실시하지 않는 경우 사업시행자에게 이를 청구하여 거부되거나 방치되면 의무이행심판이나 부작위위법확인을 제기할 수 있다.
- ⑤ (○) **이주자의 이주대책대상자 선정신청에 대한 사업시행자의 확인·결정 및 사업시행자의 이주대책에 관한 처분은 행정처분으로서 그에 대한 쟁송은 취소소송** : 사업시행자가 하는 확인·결정은 곧 구체적인 이주대책상의 수분양권을 취득하기 위한 요건이 되는 행정작용으로서의 처분인 것이지, 결코 이를 단순히 절차상의 필요에 따른 사실행위에 불과한 것으로 평가할 수는 없다. 따라서 수분양권의 취득을 희망하는 이주자가 소정의 절차에 따라 이주대책대상자 선정신청을 한 데 대하여 사업시행자가 이주대책대상자가 아니라고 하여 위 확인·결정 등의 처분을 하지 않고 이를 제외시키거나 또는 거부조치한 경우에는, 이주자로서는 당연히 사업시행자를 상대로 항고소송에 의하여 그 제외처분 또는 거부처분의 취소를 구할 수 있다고 보아야 한다. 사업시행자가 국가 또는 지방자치단체와 같은 행정기관이 아니고 이와는 독립하여 법률에 의하여 특수한 존립목적 부여받아 국가의 특별감독하에 그 존립목적인 공공사무를 행하는 공법인이 관계법령에 따라 공공사업을 시행하면서 그에 따른 이주대책을 실시하는 경우에도, 그 이주대책에 관한 처분은 법률상 부여받은 행정작용권한을 행사하는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 공법상 처분이 되므로, 그 처분이 위법부당한 것이라면 사업시행자인 당해 공법인을 상대로 그 취소소송을 제기할 수 있다(대판 전원합의체 1994.5.24. 92다35783).

답 ②

14 판례에 의할 경우 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아닌 것은?

2007 소방간부

- ① 원자력법상의 원자로시설부지사전승인
- ② 폐기물관리법 관계 법령상의 폐기물처리업 허가 전의 사업계획에 대한 적정정보 또는 부정정보보
- ③ 과세관청의 소득처분에 따른 소득금액 변동통지
- ④ 병역법상의 군의관이 행한 신체등위판정
- ⑤ 구 남녀차별금지 및 구제에 관한 법률상 국가인권위원회의 성희롱 결정 및 시정 조치권고

해설

- ① [처분성 ○] **원자력법상 시설부지 사전사용승인은 그 자체로서 독립적인 행정처분이므로 취소소송으로 이를 다룰 수 있음.**
 • 원자력법 제11조 제3항 소정의 부지사전승인제도는 원자로 및 관계 시설을 건설하고자 하는 자가 그 계획중인 건설부지가 원자력법에 의하여 원자로 및 관계 시설의 부지로 적법한지 여부 및 굴착공사 등 일정한 범위의 공사(이하 '사전공사'라 한다)를 할 수 있는지 여부에 대하여 건설허가 전에 미리 승인을 받는 제도로써, 원자로 및 관계 시설의 건설에는 장기간의 준비·공사가 필요하기 때문에 필요한 모든 준비를 갖추어 건설허가신청을 하였다가

- 부지의 부적법성을 이유로 불허가될 경우 그 불이익이 매우 크고 또한 원자로 및 관계 시설 건설의 이와 같은 특성상 미리 사전공사를 할 필요가 있을 수도 있어 건설허가 전에 미리 그 부지의 적법성 및 사전공사의 허용 여부에 대한 승인을 받을 수 있게 함으로써 그의 경제적·시간적 부담을 덜어 주고 유효·적절한 건설공사를 행할 수 있도록 배려하려는 데 그 취지가 있다고 할 것이므로, 원자로 및 관계 시설의 부지사전승인처분은 그 자체로서 건설부지를 확정하고 사전공사를 허용하는 법률효과를 지닌 독립한 행정처분이라는 취지만, 건설허가 전에 신청자의 편의를 위하여 미리 그 건설허가의 일부 요건을 심사하여 행하는 사전적 부분 건설허가처분의 성격을 갖고 있는 것이어서 나중에 건설허가처분이 있게 되면 그 건설허가처분에 흡수되어 독립된 존재가치를 상실함으로써 그 건설허가처분만이 쟁송의 대상이 되는 것이므로, 부지사전승인처분의 취소를 구하는 소는 소의 이익을 잃게 되고, 따라서 부지사전승인처분의 위법성은 나중에 내려진 건설허가처분의 취소를 구하는 소송에서 이를 다투면 된다. (대판 1998.9.4. 97누19588)
- ② [처분성 ○] 폐기물관리법 관계 법령에 의한 폐기물처리업 허가권자의 적정·부적정 통보는 행정처분 : 폐기물처리업의 허가에 앞서서 허가권자의 사업계획서에 대한 부적정통보는 허가신청 자체를 제한하는 등 개인의 권리 내지 법률상의 이익을 개별적이고 구체적으로 규제하고 있어 행정처분에 해당한다. 폐기물처리업의 허가에 앞서 사업계획서에 대한 적정·부적정통보제도를 두고 있는 것은 허가신청인이 막대한 경제적·시간적 손실을 입게 되는 것을 방지하는 동시에 허가관청으로 하여금 미리 사업계획서를 심사하여 그 적정·부 적정통보 처분을 하도록 하고, 나중에 허가단계에서는 나머지 허가요건만을 심사하여 신속하게 허가업무를 처리 하는 데 그 취지가 있다(대판 1998.4.28. 97누21086).
- ③ [처분성 ○] 소득귀속자에 대한 소득금액변동통지는 행정처분 아님 : 구 「소득세법 시행령」 제192조 제1항 단서에 따른 소득의 귀속자에 대한 소득금액변동통지는 원천납세의무자인 소득귀속자의 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 가져오는 것이 아니므로, 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다. 원천징수의무자에 대한 소득금액변동통지는 원천납세의무의 준부나 범위와 같은 원천납세의무자의 권리나 법률상 지위에 어떠한 영향을 준다고 할 수 없으므로 소득처분에 따른 소득의 귀속자는 법인에 대한 소득금액변동통지의 취소를 구할 법률상 이익이 없다. (대판 2015.3.26. 2013두9267).
- [비교판례 1] 원천징수의무자에 대한 소득금액변동통지는 행정처분 : 과세관청의 소득처분과 그에 따른 소득금액변동통지가 있는 경우 원천징수의무자인 법인은 소득금액변동통지서를 받은 날에 그 통지서에 기재된 소득의 귀속자에게 당해 소득금액을 지급한 것으로 의제되어 그 때 원천징수하는 소득세의 납세의무가 성립함과 동시에 확정되고, 원천징수의무자인 법인으로서의 소득금액변동통지서에 기재된 소득처분의 내용에 따라 원천징수세액을 그 다음달 10일까지 관할 세무서장 등에게 납부해야 할 의무를 부담하며, 만일 이를 이행하지 아니하는 경우에는 가산세의 제재를 받게 됨은 물론이고 형사처벌까지 받도록 규정되어 있는 점에 비추어 보면, 소득금액변동통지는 원천징수의무자인 법인의 납세의무에 직접 영향을 미치는 과세관청의 행위로서, 항고소송의 대상이 되는 조세행정처분이라고 봄이 상당하다(대판 전원합의체 2006.4.20. 2002두1878)
- [비교판례 2] 소득처분에 따른 소득의 귀속자는 법인에 대한 소득금액변동통지의 취소를 구할 법률상 이익이 없음 : 소득처분에 따른 소득의 귀속자의 원천납세의무는 법인에 대한 소득금액변동통지와 상관없이 국제기초법 제21조 제1항 제1호, 소득세법 제39조 제1항, 소득세법 시행령 제49조 제1항 제3호 등에 의하여 당해 소득이 귀속된 과세기간의 종료시에 성립하는 점, 과세관청이 원천납세의무자에게 소득세 등을 부과할 경우 원천납세의무자는 이에 대한 항고소송으로써 직접 불복할 수 있는 기회가 별도로 보장되어 있는 점 등에 비추어 보면, 원천징수의무자에 대한 소득금액변동통지는 원천납세의무의 준부나 범위와 같은 원천납세의무자의 권리나 법률상 지위에 어떠한 영향을 준다고 할 수 없으므로 소득처분에 따른 소득의 귀속자는 법인에 대한 소득금액변동통지의 취소를 구할 법률상 이익이 없다(대판 2013.4.26. 2012두27954)
- ④ [처분성 ×] 병역법상의 군의관이 행한 신체등위판정은 처분성 없음 : 병역법상 신체등위판정은 행정처분이라고 볼 수 없는 군의관이 하도록 되어 있으며, 그 자체만으로는 바로 병역법상의 권리의무가 정하여지는 것이 아니라, 그에 따라 지방방무청장이 병역처분을 함으로써 비로소 병역의무의 종류가 정하여지는 것이므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 보기 어렵다(대판 1993.8.27. 93누3356).
- ⑤ [처분성 ○] 구 「남녀차별 금지 및 구제에 관한 법률」 상 국가인권위원회의 성희롱결정 및 시정조치권고는 행정소송 대상인 행정처분 : 구 「남녀차별 금지 및 구제에 관한 법률」(2003. 5. 29. 법률 제6915호로 개정되기 전의 것) 제28조에 의하면, 국가인권위원회의 성희롱결정과 이에 따른 시정조치의 권고는 불가분의 일체로 행하여지는 것인데 국가인권위원회의 이러한 결정과 시정조치의 권고는 성희롱 행위자로 결정된 자의 인격권에 영향을 미침과 동시에 공공기관의 장 또는 사용자에게 일정한 법률상의 의무를 부담시키는 것이므로 국가인권위원회의 성희롱결정 및 시정조치권고는 행정소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다. (대판 2005.7.8. 2005두487)

답 ④

15 국가배상청구제도에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

2017 소방간부

- ① 우리나라에 주둔하는 미합중국군대의 구성원·고용원 또는 카투사의 공무집행중의 행위로 피해를 받은 자는 국가배상법에 따라 대한민국에 배상을 청구할 수 있다.
- ② 「국가배상법」 제2조의 “직무를 집행하면서”의 판단기준은 객관적으로 직무행위로 보일 때에는 그 행위가 실질적으로 직무행위가 아니거나 또는 주관적으로 공무집행의 의사가 없어도 직무집행에 해당한다.
- ③ 판례는 「국가배상법」 제2조의 “법령을 위반하여”에 대하여 법률이 헌법에 위반 되는지 여부를 헌법재판소가 위헌결정하기 전까지는 객관적으로 명백한 것이라 할 수 없어, 그 법률을 적용한 공무원에게 고의 또는 과실이 있다고 단정할 수 없다고 하였다.
- ④ 국가배상법상 배상기준은 배상심의회에 배상 신청을 하는 경우에만 구속력을 갖는 규정이 아니라 법원에 소송을 통하여 배상청구를 하는 경우에도 법원을 기속한다.
- ⑤ 영조물 설치 또는 관리상의 하자에 의하여 타인에게 손해가 발생하는 경우 하자과 손해발생과의 사이에 상당인과관계가 성립 하면 손해발생의 직접적 원인이 자연력에 의하거나 제3자 또는 피해자의 행위에 의하더라도 행정주체의 손해배상책임이 성립한다.

해설

- ① (○) 우리나라에 주둔하고 있는 미국군대의 구성원, 고용원 또는 한국증원부대구성원(카투사)의 공무집행 중이나 점유관리시설의 설치·관리자로서 인한 손해에 대해서도 국가배상법 절차에 의하여 한국정부에 대해 배상을 청구할 수 있다(헌법재판정 23조 5항). 다만, 군인 등에 관하여는 국가배상청구권을 제한하는 특례 규정이 있다(헌법 29조 2항, 국가배상법 2조 1항 단서).
- ② (○) 국가배상법 제2조 제1항의 “직무를 집행함에 당하여”라 함은 직접 공무원의 직무집행행위이거나 그와 밀접한 관계에 있는 행위를 포함하고, 이를 판단함에 있어서는 행위 자체의 외관을 객관적으로 관찰하여 공무원의 직무행위로 보일 때에는 비록 그것이 실질적으로 직무행위가 아니거나 또는 행위자로서는 주관적으로 공무집행의 의사가 없었다고 하더라도 그 행위는 공무원이 “직무를 집행함에 당하여” 한 것으로 보아야 한다. (대판 1995.4.21. 93다14240)
- ③ (○) 법률이 헌법에 위반되는지 여부는 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전까지는 객관적으로 명백한 것이라 할 수 없어, 그 법률을 적용한 공무원에게 고의 또는 과실이 있다고 단정할 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되는지 여부는 검사 및 국가의 손해배상책임이 성립하지 여부에

아무런 영향을 미치지 못한다. 따라서 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되는지 여부는 검사 및 국가의 손해배상책임이 성립할지 여부에 아무런 영향을 미치지 못한다. 그러므로 이 사건 심판청구는 재판의 전제성이 인정되지 않는다. (헌재결 2011.3.31. 2009헌바286) *변호사법 위반으로 유죄확정판결을 받은 청구인이 수사검사의 불법행위를 이유로 검사와 국가에 대하여 손해배상을 구하는 당해 사건에서, 유죄판결의 근거가 된 법률조항이 '재판의 전제성'을 갖지 못한다고 봄.

- ④ (×) 구 국가배상법 3조 1항과 3항의 손해배상의 기준은 배상심의회에 배상금지급기준을 정함에 있어서의 하나의 기준을 정한 것에 지나지 않으며 이로써 배상액의 상한을 제한한 것으로 볼 수 없다 할 것이므로 법원이 국가배상법에 의한 손해배상액을 산정함에 있어서 그 기준에 구애되는 것이 아니라 할 것이니 이 규정은 국가 또는 공공단체에 대한 손해배상청구권을 규정한 구 헌법(1962.12.26. 개정헌법) 26조에 위반된다고 볼 수 없다(대판 1970.1.29. 69다1203).
- ⑤ (○) 다른 자연적 사실이나 제3자 또는 피해자의 행위와 경합하여 발생한 손해도 영조물의 설치·관리상의 하자에 의해 발생한 것으로 봄 : 영조물의 설치 또는 관리상의 하자로 인한 사고라 함은 영조물의 설치 또는 관리상의 하자만이 손해발생의 원인이 되는 경우만을 말하는 것이 아니고, 다른 자연적 사실이나 제3자의 행위 또는 피해자의 행위와 경합하여 손해가 발생하더라도 영조물의 설치 또는 관리상의 하자가 공동원인의 하나가 되는 이상 그 손해는 영조물의 설치 또는 관리상의 하자에 의하여 발생한 것이라고 해석함이 상당하다(대판 1994.11.22. 94다32924).

답 ④

16 지방자치법상 조례 제정 절차에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

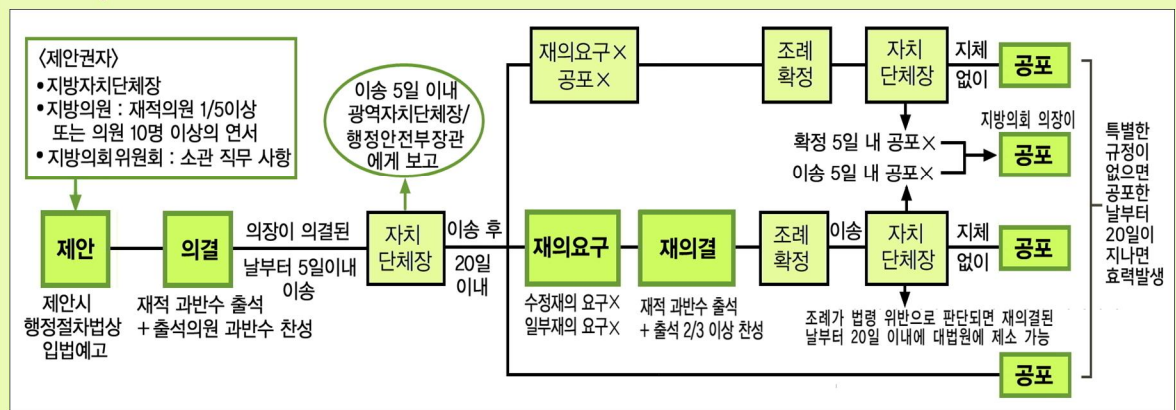
2017 소방간부

- ① 조례안은 지방자치단체의 장이나 지방의회 재적의원 5분의 1 이상 또는 의원 10명 이상이 연서하여 제안할 수 있다.
- ② 조례안이 지방의회에서 의결되면 의장은 의결된 날로부터 5일 이내에 그 지방 자치단체의 장에게 이를 이송하여야 한다.
- ③ 지방자치단체의 장은 조례안을 이송받으면 20일 이내에 공포하여야 한다.
- ④ 지방자치단체의 장은 이송받은 조례안에 대하여 이의가 있으면 20일 이내에 이유를 붙여 지방의회로 환부하고 재의를 요구할 수 있다.
- ⑤ 지방자치단체의 장은 조례안의 일부에 대하여 또는 조례안을 수정하여 재의를 요구할 수 있다.

해설

- ⑤ (×) 지방자치법 제26조(조례와 규칙의 제정 절차 등) ③ 지방자치단체의 장은 이송받은 조례안에 대하여 이의가 있으면 제2항의 기간에 이유를 붙여 지방의회로 환부(還付)하고, 재의(再議)를 요구할 수 있다. 이 경우 지방자치단체의 장은 조례안의 일부에 대하여 또는 조례안을 수정하여 재의를 요구할 수 없다.

■ 조례 제정 절차



답 ⑤

17 항고소송의 대상적격에 관한 판례의 내용으로 옳지 않은 것은?

2017 소방간부

- ① 신청에 대한 거부처분이 있을 후 다시 한 신청이 새로운 신청을 한 취지라면 그에 대한 거부처분도 새로운 거부처분으로 보아야 한다.
- ② 기존의 행정처분을 변경하는 후속처분의 내용이 종전처분의 유효를 전제로 내용 중 일부만을 추가·철회·변경하는 것이고 그 부분이 내용과 성질상 나머지 부분과 불가분적인 것이 아닌 경우, 종전처분이 항고소송의 대상이 된다.
- ③ 감액경정처분에서 항고소송의 대상은 당초 신고나 부과처분 중 경정결정에 의하여 취소되지 않고 남은 부분이며, 감액경정처분이 아니다.
- ④ 어떠한 처분의 근거가 행정규칙에 규정되어 있다고 하면, 그 처분이 상대방에게 권리 설정 또는 의무 부담을 명하거나 기타 법적인 효과를 발생하게 하는 경우라도, 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당되지 않는다.
- ⑤ 지방병무청장이 복무기관을 정하여 공익 근무요원 소집통지를 한 후 소집대상자의 원에 의하여 그 기일을 연기한 다음 다시 한 공익근무요원 소집통지는 항고소송의 대상이 되는 독립된 행정처분이 아니다.

해설

- ① (○) 거부처분은 당사자의 신청에 대하여 관할 행정청이 이를 거절하는 의사를 대외적으로 명백히 표시함으로써 성립되는 것이므로, 당사자가 한 신청에 대하여 거부처분이 있은 후 당사자가 다시 신청을 한 경우에 그 신청의 제목 여하에 불구하고 그 내용이 새로운 신청을 하는 취지라면 관할 행정청이 이를 다시 거절한 이상 새로운 거부처분이 있는 것으로 보아야 한다(대판 2011.9.29. 2010두26339)
- ② (○) 기존의 행정처분을 변경하는 후속처분의 내용이 종전처분의 유효를 전제로 내용 중 일부만을 추가·철회·변경하는 것이고 그 부분이 내용과 성질상 나머지 부분과 불가분적인 것이 아닌 경우, 종전처분은 항고소송의 대상이 됨 : 기존의 행정처분을 변경하는 내용의 행정처분이 뒤따르는 경우, 후속처분이 종전 처분을 완전히 대체하는 것이거나 주요 부분을 실질적으로 변경하는 내용인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 종전처분은 효력을 상실하고 후속처분만이 항고소송의 대상이 되지만, 후속처분의 내용이 종전처분의 유효를 전제로 내용 중 일부만을 추가·철회·변경하는 것이고 추가·철회·변경된 부분이 내용과 성질상 나머지 부분과 불가분적인 것이 아닌 경우에는, 후속처분에도 불구하고 종전처분이 여전히 항고소송의 대상이 된다. 따라서 종전처분을 변경하는 내용의 후속처분이 있는 경우 법원으로서, 후속처분의 내용이 종전처분 전체를 대체하거나 주요 부분을 실질적으로 변경하는 것인지, 후속처분에서 추가·철회·변경된 부분의 내용과 성질상 나머지 부분과 가분적인지 등을 살펴 항고소송의 대상이 되는 행정처분을 확정하여야 한다(대판 2015.11.19. 2015두295)
- ③ (○) 감액경정처분시 소송 대상은 당초의 처분 중 취소되지 않고 남은 부분(역취수설)이다(감액경정처분은 당초처분의 일부취소이므로 감액경정처분 자체는 소송 대상이 아님). 반면, 증액경정처분시 소송 대상 증액경정처분이다(흡수설).
- 과세표준과 세액을 감액하는 경정결정은 독립하여 항고소송의 대상이 되지 않음 : 과세표준과 세액을 감액하는 경정처분은 당초 부과처분과 별개 독립의 과세처분이 아니라 그 실질은 당초 부과처분의 변경이고, 그에 의하여 세액의 일부 취소라는 납세자에게 유리한 효과를 가져오는 처분이므로 그 감액경정처분으로도 아직 취소되지 않고 남아 있는 부분이 위법하다 하여 다투는 경우, 항고소송 대상은 당초의 부과처분 중 경정처분에 의하여 취소되지 않고 남은 부분이고, 경정처분이 항고소송의 대상이 되는 것은 아니며, 이 경우 적법한 전심결정을 거쳤는지 여부, 제소기간의 준수여부도 당초 처분을 기준으로 판단해야 한다(대판 2007.10.26. 2005두3585).
- ④ (x) 어떠한 처분의 근거가 법적인 효과가 행정규칙에 규정되어 있는 경우, 그 처분이 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하기 위한 요건 : 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 권리의무에 직접 영향을 미치는 행위를 가리키는 것이지만, 어떠한 처분의 근거가 행정규칙에 규정되어 있다고 하더라도, 그 처분이 상대방에게 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법적인 효과를 발생하게 하는 등으로 그 상대방의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행위라면, 이 경우에도 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2002.7.26. 2001두3532).
- ⑤ (○) 지방방무청장이 보충역 편입처분을 받은 자에 대하여 복무기관을 정하여 공익근무요원 소집통지를 한 이상 그것으로써 공익근무요원으로서의 복무를 명하는 병역법상의 공익근무요원 소집처분이 있었다고 할 것이고, 그 후 지방방무청장이 공익근무요원 소집대상자의 원에 의하여 또는 직권으로 그 기일을 연기한 다음 다시 공익근무요원 소집통지를 하였다고 하더라도 이는 최초의 공익근무요원 소집통지에 관하여 다시 의무이행기일을 정하여 알려주는 연기통지에 불과한 것이므로, 이는 항고소송의 대상이 되는 독립한 행정처분으로 볼 수 없다.

답 ④

18 거부처분에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

2017 소방간부

- ① 거부처분이 성립하려면 국민에게 그 행위 발동을 요구할 법규상 또는 조리상의 신청권이 있어야 한다.
- ② 거부처분은 특별한 사정이 없는 한 직접 “당사자의 권익을 제한하는 처분”에 해당한다고 할 수 없는 것이어서 행정절차법상 사전통지의 대상이 아니다.
- ③ 종전 처분 후 발생한 기본적 사실관계가 동일하지 않은 새로운 사유를 내세워 다시 거부처분하는 것은 처분 등을 취소하는 확정판결의 기속력에 위배된다.
- ④ 거부처분취소에 따르는 재처분의무의 실효성 확보를 위해 행정소송법에 간접강제제도를 두고 있다.
- ⑤ 거부처분에 대하여 의무이행소송을 제기할 수 있으나, 의무이행소송은 허용되지 않는다.

해설

- ① (○) 국민의 적극적 행위신청에 대한 행정청의 거부 행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하기 위한 조건 : 국민의 적극적 행위신청에 대하여 행정청이 그 신청에 따른 행위를 하지 않겠다고 거부한 행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는 것이라고 하려면, 그 신청한 행위가 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용이어야 하고 그 거부행위가 신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는 것이어야 하며, 그 국민에게 그 행위 발동을 요구할 법규상 또는 조리상의 신청권이 있어야만 한다(대판 1998.7.10. 96누14036).
- ② (○) 특별한 사정이 없는 한, 신청에 대한 거부처분은 행정절차법 21조 1항 소정의 처분의 사전통지대상이 되지 않음(불이의 처분이 아니므로) : 행정절차법 제21조(처분의 사전통지) 제1항은 행정청은 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 처분의 제목, 당사자의 성명 또는 명칭과 주소, 처분하고자 하는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거, 그에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리방법, 의견제출기관의 명칭과 주소, 의견제출기한 등을 당사자 등에게 통지하도록 하고 있는 바, 신청에 따른 처분이 이루어지지 아니한 경우에는 아직 당사자에게 권익이 부과되지 아니하였으므로 특별한 사정이 없는 한 신청에 대한 거부처분이라고 하더라도 직접 당사자의 권익을 제한하는 것은 아니어서 신청에 대한 거부처분을 여기에서 말하는 ‘당사자의 권익을 제한하는 처분’에 해당한다고 할 수 없는 것이어서 처분의 사전통지대상이 된다고 할 수 없다(대판 2003.11.28. 2003두674).
- ③ (x) 새로운 처분의 처분사유가 종전 처분의 처분사유와 기본적 사실관계에서 동일하지 않은 다른 사유에 해당하는 이상, 처분사유가 종전 처분 당시 이미 존재하고 있었고 당사자가 이를 알고 있었더라도 이를 내세워 새로이 처분을 하는 것은 확정판결의 기속력에 저촉되지 않는다(대판 2016. 3. 24. 2015두48235). ⇨ 취소된 처분의 처분사유와는 기본적 사실관계에서 동일성이 없는 다른 처분사유를 들어 동일한 내용의 처분을 하여도 동일한 처분이 아니므로 기속력에 반하는 것이 아니다. 동일한 사유인지 여부는 종전의 처분사유와 기본적 사실관계에 있어 동일성이 인정되는지 여부에 따라 결정된다.
- ④ (○) 행정소송법은 의무이행소송을 인정하지 않기 때문에 취소판결과 관련하여 거부처분취소판결의 확정시에 행정청에 부과되는 재처분의무의 이행을 확보하기 위해 민사소송법에서 인정되는 간접강제제도로써의 배상명령제를 도입하고 있다.
- 행정소송법 제30조(취소판결등의 기속력) ② 판결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다.
- 동법 제34조(거부처분취소판결의 간접강제) ① 행정청이 제30조제2항의 규정에 의한 처분을 하지 아니하는 때에는 제1심소송법원은 당사자의 신청에 의하여 결정으로써 상당한 기간을 정하고 행정청이 그 기간내에 이행하지 아니하는 때에는 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 할 것을 명하거나 즉시 손해배상을 할 것을 명할 수 있다.
- ⑤ (○) 행정소송법상 의무이행소송이 허용되지 않으므로 거부처분취소소송을 제기할 수 있다.

답 ③

19 취소소송의 소의 이익에 관한 판례의 내용으로 옳지 않은 것은?

2017 소방간부

- ① 행정청이 당초의 분뇨 등 관련영업 허가 신청 반려처분의 취소를 구하는 소의 계속 중 사정변경을 이유로 위 반려처분을 직권취소한 경우 당초의 반려처분의 취소를 구하는 소의 이익은 없다.
- ② 처분청이 당초의 운전면허 취소처분을 철회하고 정지처분을 한 경우 당초의 취소처분을 대상으로 한 소의 이익은 없다.
- ③ 건축허가취소처분을 받은 건축물 소유자는 그 건축물이 완공된 후에는 취소처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없다.
- ④ 세무사 자격시험 제1차 시험 불합격 처분 후 새로 실시된 세무사 자격시험 제1차 시험에 합격한 경우, 불합격 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없다.
- ⑤ 행정청이 직권으로 취소한 처분에 대하여 무효 확인을 구하는 경우 소의 이익이 없다.

해설

- ① (○) 행정처분이 취소되면 그 처분은 취소로 인하여 그 효력이 상실되어 더 이상 존재 하지 않는 것이고, 존재하지 않는 행정처분을 대상으로 한 취소소송은 소의 이익이 없어 부적법하다 할 것이다. 행정청이 당초의 분뇨 등 관련 영업허가신청 반려처분의 취소를 구하는 소의 계속 중, 사정변경을 이유로 위 반려처분을 직권취소함과 동시에 위 신청을 재반려 하는 내용의 재처분을 한 경우, 당초의 반려처분의 취소를 구하는 소는 더 이상 소의 이익이 없게 된다(대판 2006.9.28. 2004두5317).
- ② (○) 처분청이 당초의 운전면허 취소처분을 신뢰보호의 원칙과 형평의 원칙에 반하는 너무 무거운 처분으로 보아 이를 철회하고 새로이 265일간의 운전면허 정지처분을 하였다면, 당초의 처분인 운전면허 취소처분은 철회로 인하여 그 효력이 상실되어 더 이상 존재하지 않는 것이고 그 후의 운전면허 정지처분만이 남아 있는 것이라 할 것이며, 한편 존재하지 않는 행정처분을 대상으로 한 취소소송은 소의 이익이 없어 부적법하다(대판 1997.9.26. 96누1931).
- ③ (×) 건축허가취소처분을 받은 건축물 소유자가 건축물 완공 후에도 취소처분의 취소를 구할 법률상 이익을 가짐 : 건축허가를 받아 건축물을 완공하였더라도 건축허가가 취소되면 그 건축물은 철거 등 시정명령의 대상이 되고 이를 이행하지 않은 건축주 등은 건축법 제80조에 따른 이행강제금 부과처분이나 행정대집행법 제2조에 따른 행정대집행을 받게 되며, 나아가 건축법 제79조 제2항에 의하여 다른 법령상의 인·허가 등을 받지 못하게 되는 등의 불이익을 입게 된다. 따라서 건축허가취소처분을 받은 건축물 소유자는 그 건축물이 완공된 후에도 여전히 위 취소처분의 취소를 구할 법률상 이익을 가진다고 보아야 한다(대판 2015.11.12. 2015두47195)
- ④ (○) 세무사 자격시험 제1차 시험 불합격 처분 후 새로 실시된 세무사 자격시험 제1차 시험에 합격한 경우, 불합격 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없음 : 세무사법 제5조 제1항, 제5조의2 제4항의 각 규정을 종합하여 보면, 세무사 자격시험 제1차 시험에 합격하였더라도 그것은 합격자가 당회의 제2차 시험과 다음 회의 제2차 시험에 응시할 자격을 부여받을 수 있는 전제요건이 되는 데 불과하고 그 자체만으로 합격한 자의 법률상의 지위가 달라지는 것이 아니므로, 제1차 시험 불합격 처분 이후에 새로이 실시된 세무사 자격시험 제1차 시험에 합격하였을 경우에는 더 이상 그 불합격 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없다고 보아야 할 것이다(대판 2014.4.24. 2013두26071)
- ⑤ (○) 행정처분이 취소되면 그 처분은 효력을 상실하여 더는 존재하지 않는 것이고, 직권으로 취소된 처분에 관하여 무효확인을 구하는 소는 존재하지 않는 행정처분을 대상으로 하거나 과거의 법률관계의 효력을 다투는 것에 불과하므로 소의 이익이 없어 부적법하다(대판 2012.6.28. 2011두16865).

답 ③

20 지방자치법상 입법작용에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

2017 소방간부

- ① 기관위임사무에 있어서도 개별법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에는 위임받은 사항에 관하여 개별법령의 취지에 부합하는 범위 내에서 이른바 위임조례를 정할 수 있다.
- ② 특정 사항에 관하여 국가 법령이 이미 존재할 경우에도 그 규정의 취지가 반드시 전국에 걸쳐 일률적인 규율을 하려는 것이 아니라 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하고 있다고 해석될 때에는 조례가 국가 법령에서 정하지 아니하는 사항을 규정하고 있다고 하더라도 이를 들어 법령에 위반되는 것이라고 할 수가 없다.
- ③ 「정부업무평가 기본법」상 지방자치단체의 장의 권한으로 정하고 있는 자체평가 업무에 관한 사항에 대하여 지방의회가 견제의 범위 내에서 소극적·사후적으로 개입한 정도가 아니라 사전에 적극적으로 개입하는 내용을 지방자치단체의 조례로 정하는 것은 허용되지 않는다.
- ④ 지방자치단체가 제정한 조례가 법령에 위배되는 경우에는 무효이다.
- ⑤ 지방의회가 제의결한 내용의 일부만이 위법한 경우 법원은 전부 또는 일부의 효력을 선택적으로 부인할 수 있다.

해설

- ① (○) 지방자치법 제15조, 제9조에 의하면, 지방자치단체가 자치조례를 제정할 수 있는 사항은 지방자치단체의 고유사무인 자치사무와 개별법령에 의하여 지방자치단체에 위임된 단체위임사무에 한하는 것이고, 국가사무가 지방자치단체의 장에게 위임된 기관위임사무는 원칙적으로 자치조례의 제정범위에 속하지 않는다 할 것이고, 다만 기관위임사무에 있어서도 그에 관한 개별법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에는 위임받은 사항에 관하여 개별법령의 취지에 부합하는 범위 내에서 이른바 위임조례를 정할 수 있다(대판 2000.5.30. 99추85).
- ② (○) 지방자치법 제15조 소정의 '법령의 범위 안'의 의미 및 특정 사항에 관하여 국가법령이 이미 존재할 경우, 그 법령에서 정하지 아니한 사항을 규정할 조례의 적법 요건 : 「지방자치법」 제22조에서 말하는 '법령의 범위 안'이라는 의미는 '법령에 위반되지 아니하는 범위 안'이라는 의미로 풀이되는 것으로서, 특정 사항에 관하여 국가법령이 이미 존재할 경우에도 그 규정의 취지가 반드시 전국에 걸쳐 일률적인 규율을 하려는 것이 아니라 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하고 있다고 해석될 때에는 조례가 국가법령에서 정하지 아니하는 사항을 규정하고 있다고 하더라도 이를 들어 법령에 위반되는 것이라고 할 수가 없다(대판 2000.11.24. 2000추29 ; 대판 2014.12.24. 2013추81 등).
- ③ (○) 대판 2007.2.9. 2006추45.
- ④ (○) 지방자치법 제15조 본문은 "지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다."고 규정하는바, 여기서 말하는 '법령의 범위 안에서'란 '법령에 위반되지 않는 범위 내에서'를 가리키므로 지방자치단체가 제정한 조례가 법령에 위반되는 경우에는 효력이 없다.(대판 2002.4.26. 2002추23)

- ⑤ (×) **지방의회가 재의결한 내용 일부만 위법한 경우에도 대법원은 의결 전부의 효력을 부인해야 함** : 지방의회 의결의 일부에 대한 효력배제는 결과적으로 전체적인 의결의 내용을 변경하는 것에 다름 아니어서 의결기관인 지방의회의 고유권한을 침해하는 것이 될 뿐 아니라, 그 일부만의 효력배제는 자칫 전체적인 의결내용을 지방의회의 당초의 의도와는 다른 내용으로 변질시킬 우려가 있으며, 또 재의요구가 있는 때에는 재의요구에서 지적한 이의사항이 의결의 일부에 관한 것이라고 하여도 의결 전체가 실효되고 재의결안이 의결로서 효력을 발생하는 것이어서 의결의 일부에 대한 재의요구나 수정재의요구가 허용되지 않는 점에 비추어 보아도 재의결의 내용 전부가 아니라 그 일부만이 위법한 경우에도 대법원은 의결 전부의 효력을 부인할 수밖에 없다(대판 1992.7.28. 92추31).

답 ⑤

21

공무원법관계의 변동에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

2017 소방간부

- ① 국가공무원법상 결격사유는 공무원으로 임용되기 위한 절대적인 소극적 요건이므로 이에 해당하는 경우 그 임명행위는 무효다.
- ② 국가공무원법상 직위해제는 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적인 조치로서의 보직의 해제를 의미하므로 과거의 공무원의 비위행위에 대한 징벌적 제재로서의 징계와는 그 성질이 다르다.
- ③ 국가공무원법상 당연퇴직은 결격사유가 있을 때 공무원관계를 소멸시키기 위한 별도의 행정처분이므로 당연퇴직의 인사발령은 새로운 형성적 행위로서 행정소송의 대상이 되는 독립한 행정처분이라고 할 것이다.
- ④ 민법상 비진의 의사표시의 무효에 관한 규정은 사인의 공법행위인 사직원 제출 행위에 적용되지 않는다.
- ⑤ 헌법재판소법상 공무원에 대한 탄핵심판 청구가 이유있는 경우에 하는 결정은 피청구인을 해당 공직에서 파면하는 것을 내용으로 한다.

해설

- ① (○) 국가공무원법에 규정되어 있는 공무원임용결격사유는 공무원으로 임용되기 위한 절대적인 소극적 요건으로서 공무원관계는 국가공무원법 38조, 공무원임용령 11조의 규정에 의한 채용후보자 명부에 등록한 때가 아니라 국가의 임용이 있는 때에 설정되는 것이므로 공무원임용결격사유가 있는지의 여부는 채용후보자 명부에 등록한 때가 아닌 임용당시에 시행되던 법률을 기준으로 하여 판단해야 한다. 임용당시 공무원임용결격사유가 있었다면 비록 국가의 과실에 의하여 임용결격자임을 밝혀내지 못하였다 하더라도 그 임용행위는 당연무효로 보아야 한다(대판 1987.4.14. 86누459).
- ② (○) 국가공무원법 상 직위해제는 일반적으로 공무원이 직무수행능력이 부족하거나 근무성적이 극히 불량한 경우, 공무원에 대한 징계절차가 진행 중인 경우, 공무원이 형사사건으로 기소된 경우 등에 있어서 당해 공무원이 장래에 있어서 계속 직무를 담당하게 될 경우 예상되는 업무상의 장애 등을 예방하기 위하여 일시적으로 당해 공무원에게 직위를 부여하지 아니함으로써 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적인 조치로서의 보직의 해제를 의미하므로 과거의 공무원의 비위행위에 대하여 기업질서 유지를 목적으로 행하여지는 징벌적 제재로서의 징계와는 그 성질이 다르다(대판 2003.10.10. 2003두594).
- ③ (×) **당연퇴직 인사발령은 관념의 통지에 불과하고 형성적 행위가 아니므로 처분성 없음** : 국가공무원법 69조에 의하면 공무원이 제33조 각 호 대상시 당연히 퇴직한다고 규정하고 있으므로, 당연퇴직은 결격사유가 있을 때 법률상 당연히 퇴직하는 것이지 공무원관계를 소멸시키기 위한 별도의 행정처분을 요하는 것이 아니며, 당연퇴직의 인사발령은 법률상 당연히 발생하는 퇴직사유를 공적으로 확인하여 알려주는 이른바 관념의 통지에 불과하고 공무원의 신분을 상실시키는 새로운 형성적 행위가 아니므로 행정소송의 대상이 되는 독립한 행정처분이 아니다(대판 1985.7.23. 84누374 ; 대판 1995.11.14. 95누2036).
- ④ (○) 공무원이 사직의 의사표시를 하여 의원면직처분을 하는 경우, 그 사직의 의사표시는 그 법률관계의 특수성에 비추어 외부적·객관적으로 표시된 바를 존중하여야 할 것이므로, 비록 사직원 제출자의 내심의 의사가 사직할 뜻이 아니었다 하더라도 그 의사가 외부에 객관적으로 표시된 이상 그 의사는 표시된 대로 효력을 발하는 것이며, 민법 제107조 제1항 단서의 비진의 의사표시의 무효에 관한 규정은 그 성질상 사인의 공법행위에 적용되지 아니하므로 원고의 사직원을 받아들여 의원면직처분한 것을 당연무효라고 할 수 없다(대판 2001.8.24. 99두9971).
- ⑤ (○) 헌법재판소법 제53조(결정의 내용) ① 탄핵심판 청구가 이유 있는 경우에는 헌법재판소는 피청구인을 해당 공직에서 파면하는 결정을 선고한다.

답 ③

22

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

2017 소방간부

- ① 환경영향평가대상사업에 해당하는 국립공원 집단시설지구 개발사업에 있어 그 시설물기본설계 변경승인처분 등과 관련 하여 환경영향평가대상지역 안의 주민 들이 갖고 있는 환경상의 이익은 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적인 이익에 해당된다.
- ② 환경영향평가를 실시하여야 할 사업에 대하여 환경영향평가를 거치지 아니하였음에도 승인 등 처분을 한 경우, 그 처분의 하자는 당연무효사유에 해당한다.
- ③ 환경영향평가 절차를 거쳤으나 그 환경영향평가의 내용이 부실한 경우, 그 부실로 인하여 당연히 당해 승인 등 처분이 위법하게 되는 것이 아니다.
- ④ 국립공원관리청이 국립공원 집단시설 지구개발사업과 관련하여 그 시설물기본 설계 변경승인처분을 함에 있어서 환경부장관과의 협의를 거쳤더라도 환경부장관의 환경영향평가에 대한 의견에 반하는 처분을 하였다면 이는 위법하다.
- ⑤ 소규모 환경영향평가란 환경보전이 필요한 지역이나 난개발이 우려되어 계획적 개발이 필요한 지역에서 개발사업을 시행할 때에 입지의 타당성과 환경에 미치는 영향을 미리 조사·예측·평가하여 환경보전방안을 마련하는 것을 말한다.

해설

- ① (○) **환경영향평가대상사업에 해당하는 국립공원 집단시설지구개발사업에 있어 그 시설물기본설계 변경승인처분 등과 관련하여 환경영향평가대상지역 안의 주민들이 갖고 있는 환경상의 이익은 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적인 이익이며, 그 이익의 침해를 이유로 그 처분 등의 취소를 구할 원고적격이 있음** : 구 자연공원법, 같은 법 시행령·시행규칙, 그리고 구 환경영향평가법, 같은 법 시행령의 각 관련 규정에 의하면, 국립공원 집단시설지구개발사업의 조성면적이 10만m² 이상인 경우에는 환경영향평가대상사업에 해당하므로 환경부장관이 집단시설지구 내 시설물기본설

계 변경승인처분 등을 함에 있어서는 반드시 자연공원법령 및 환경영향평가법령 소정의 환경영향평가를 거쳐서 그 환경영향평가의 협의내용을 사업계획에 반영시키도록 하여야 하므로 자연공원법령뿐 아니라, 환경영향평가법령도 위 변경승인처분 등에 직접적인 영향을 미치는 근거 법령이 된다고 볼 수밖에 없고, 환경영향평가에 관한 위 자연공원법령 및 환경영향평가법령상의 관련 규정의 취지는 집단시설지구개발사업으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상되는 환경영향평가대상지역 안의 주민들이 개발 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경침해를 받지 아니하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 개별적 이익까지도 이를 보호하려는 데에 있다 할 것이므로, 위 주민들이 위 변경승인처분과 관련하여 갖고 있는 위와 같은 환경상의 이익은 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적인 이익이라고 보아야 할 것이어서, 국립공원 집단시설지구개발사업으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상되는 환경영향평가대상지역 안의 주민들이 누리고 있는 환경상의 이익이 위 변경승인처분으로 인하여 침해되거나 침해될 우려가 있는 경우에는 그 주민들에게 위 변경승인처분과 그 변경승인처분의 취소를 구하는 행정심판청구를 각하한 재결의 취소를 구할 원고적격이 있다고 보아야 한다(대판 2001.7.27. 99두2970).

- ② (○) **구 환경영향평가법상 환경영향평가를 실시해야 할 사업에 대하여 환경영향평가를 거치지 아니하였음에도 승인 등 처분을 한 경우, 그 처분의 하자가 행정처분의 당연무효 사유** : 구 환경영향평가법 제1조, 제3조, 제9조, 제16조, 제17조, 제27조 등의 규정 취지는 환경영향평가를 실시하여야 할 사업(이하 '대상사업'이라 한다)이 환경을 해치지 아니하는 방법으로 시행되도록 함으로써 당해 사업과 관련된 환경공익을 보호하려는 데 그치는 것이 아니라, 당해 사업으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상되는 환경영향 평가대상지역 안의 주민들이 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경침해를 받지 아니하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 개별적 이익까지도 보호하려는 데에 있는 것이다. 그런데 환경영향평가를 거쳐야 할 대상사업에 대하여 환경영향평가를 거치지 아니하였음에도 불구하고 승인 등 처분이 이루어진다면, 사전에 환경영향평가를 함에 있어 평가대상지역 주민들의 의견을 수렴하고 그 결과를 토대로 하여 환경부장관과의 협의내용을 사업계획에 미리 반영시키는 것 자체가 원천적으로 봉쇄되는데, 이렇게 되면 환경파괴를 미연에 방지하고 쾌적한 환경을 유지·조성하기 위하여 환경영향평가제도를 둔 입법취지를 달성할 수 없게 되는 결과를 초래할 뿐만 아니라 환경영향평가대상지역 안의 주민들의 직접적이고 개별적인 이익을 근본적으로 침해하게 되므로, 이러한 행정처분의 하자는 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것이고 객관적으로도 명백한 것이라고 하지 않을 수 없어, 이와 같은 행정처분은 당연무효이다(대판 2006.6.30. 2005두14363).
- ③ (○) **구 환경영향평가법에서 정한 환경영향평가 절차를 거쳤으나 그 환경영향평가의 내용이 부실한 경우, 그 부실로 인하여 환경영향평가 대상사업에 대한 승인 등 처분이 위법하게 되는지 여부(한정 소극)** : 환경영향평가법령에서 정한 환경영향평가를 거쳐야 할 대상사업에 대하여 그러한 환경영향평가를 거치지 아니하였음에도 승인 등 처분을 하였다면 그 처분은 위법하다 할 것이나, 그러한 절차를 거쳤다면, 비록 그 환경영향평가의 내용이 다소 부실하다 하더라도, 그 부실의 정도가 환경영향평가 제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없을 정도이어서 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도의 것이 아닌 이상, 그 부실은 당해 승인 등 처분에 재량권 일탈·남용의 위법이 있는지 여부를 판단하는 하나의 요소로 뒀에 그칠 뿐, 그 부실로 인하여 당연히 당해 승인 등 처분이 위법하게 되는 것이 아니다(대판 2001.6.29. 99두9902, 대판 전원합의체 06.3.16. 2006두330).
- ④ (×) 국립공원관리청이 국립공원 집단시설지구개발사업과 관련하여 그 시설물기초설계 변경승인처분을 함에 있어서 **환경부장관과의 협의를 거친 이상, 환경영향평가서의 내용이 환경영향평가제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없을 정도로 심히 부실하다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 공원관리청이 환경부장관의 환경영향평가에 대한 의견에 반하는 처분을 하였다**고 하여 **그 처분이 위법하다고 할 수는 없다**(대판 2001.7.27. 99두2970).
- ⑤ (○) **· 환경영향평가의 의미**(환경영향평가법 제2조)

환경영향평가	환경에 영향을 미치는 실시계획·시행계획 등의 허가·인가·승인·면허 또는 결정 등을 할 때에 해당 사업이 환경에 미치는 영향을 미리 조사·예측·평가하여 해로운 환경영향을 피하거나 제거 또는 감소시킬 수 있는 방안을 마련하는 것
전략 환경영향평가	환경에 영향을 미치는 상위계획을 수립할 때에 환경보전계획과의 부합 여부 확인 및 대안의 설정·분석 등을 통하여 환경적 측면에서 해당 계획의 적정성 및 입지의 타당성 등을 검토하여 국토의 지속가능한 발전을 도모하는 것
소규모 환경영향평가	환경보전이 필요한 지역이나 난개발(亂開發)이 우려되어 계획적 개발이 필요한 지역에서 개발사업을 시행할 때에 입지의 타당성과 환경에 미치는 영향을 미리 조사·예측·평가하여 환경보전방안을 마련하는 것

답 ④

23 지방자치단체의 권한에 관한 사항으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

2017 소방간부

- ① 지방자치단체는 자치행정권을 가지고 주민의 공공복리를 위해 사무를 수행할 수 있으나 일정한 경우는 제한을 받고 있어, 이에 따라 경찰권은 국가사무로만 규정하고 있다.
- ② 지방자치단체 조례의 제정권 범위는 자치사무와 개별법령에 의해 지방자치 단체에 위임된 단체위임사무에 한하며, 국가 등의 사무로 개별법령에서 조례로 정하도록 위임되지 않은 기관위임사무는 조례를 제정할 수 없다.
- ③ 지방자치단체장의 전속적 권한에 대하여는 조례로써 제약할 수 없으며, 지방자치단체장의 고유권한을 침해하는 조례의 규정은 효력이 없다.
- ④ 판례는 법률의 위임 없이 조례로써 벌칙 규정 특히 과태료 이외의 형벌 등을 제정할 수는 없다고 보고 있다.
- ⑤ 조례와 규칙의 형식적 효력에 있어 조례가 규칙보다 상위규범으로 보고 있으며, 조례로 정하여야 할 사항을 규칙으로 정하였으면 그 규칙은 무효이다.

해설

- ① (×) 우리나라는 원칙적으로 국가경찰제이지만, 예외적으로 제주특별자치도는 국가경찰과 자치경찰이 함께 운영된다(자치경찰이 맡는 지역교통·생활안전 사무는 자치사무에 해당). 현 정부는 자치경찰제를 전국에 확대하기 위한 개혁안을 제시하고 있다.
- ② (○) **기관위임사무에 대하여는 개별 법령의 위임이 없으면 원칙적으로 조례로 정할 수 없음** : 지방자치법 제15조, 제9조에 의하면, 지방자치단체가 자치조례를 제정할 수 있는 사항은 지방자치단체의 고유사무인 자치사무와 개별법령에 의하여 지방자치단체에 위임된 단체위임사무에 한하는 것이고, 국가사무가 지방자치단체의 장에게 위임된 기관위임사무는 원칙적으로 자치조례의 제정범위에 속하지 않는다 할 것이고, 다만 기관위임사무에 있어서도 그에 관한 개별법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에는 위임받은 사항에 관하여 개별법령의 취지에 부합하는 범위 내에서 이른바 위임조례를 정할 수 있다.(대판 2000.5.30. 99후85)
- ③ (○) 지방자치단체가 그 자치사무에 관하여 조례로 제정할 수 있다고 하더라도 상위 법령에 위배할 수는 없고(지방자치법 제15조), 특별한 규정이 없는 한 지방자치법이 규정하고 있는 지방자치단체의 집행기관과 지방의회의 고유권한에 관하여는 조례로 이를 침해할 수 없고, 나아가 지방의회가 지방자치단체장의 고유권한이 아닌 사항에 대하여도 그 사무집행에 관한 집행권을 본질적으로 침해하는 것은 지방자치법의 관련 규정에 위반되어 허용될 수 없다(대판 2001.11.27. 2001후57).
- ④ (○) **조례 위반에 형벌을 가할 수 있도록 규정한 조례안은 위법** : 구 지방자치법 20조가 조례에 의하여 3월 이하의 징역 등 형벌을 가할 수 있도록 규정하였으나 개정된 지방자치법 20조는 형벌권을 삭제하여 지방자치단체는 조례로써 조례위반에 대하여 1,000만원 이하의 과태료를 부과할 수 있도록 규정하고 있으므로, 조례위반에 형벌을 가할 수 있도록 규정한 조례안 규정들은 현행 지방자치법 20조에 위반되고, 적법한 법률의 위임 없이

제정된 것이 되어 지방자치법 15조 단서에 위반되고, 나아가 죄형법정주의를 선언한 헌법 12조 1항에도 위반된다(대판 1995.6.30. 93추83).
 ⑤ (○) 규칙은 법령이나 조례가 위임한 범위 안에서 제정되므로 법령·조례를 위반할 수 없고, 시·군 및 자치구의 규칙은 시·도의 조례나 규칙을 위반하여서는 아니 된다. 조례로 정하여야 할 사항을 규칙으로 정하거나 규칙으로 정하여야 할 사항을 조례로 정할 경우 무효이다.

답 ①

24 공물법에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

2017 소방간부

- ① 적법한 공물의 설치·관리작용으로 인하여 손실을 받은 자는 법률이 정하는 바에 따라 손실보상을 청구할 수 있다.
- ② 공물은 반드시 경찰권의 대상이 되는 것은 아니나, 공물의 안전을 해하거나 사회공공의 질서유지를 위한 경우에는 필요한 한도 내에서 경찰권이 발동될 수 있다.
- ③ 공물인 도로는 국가나 지방자치단체가 직접 공중의 통행에 제공하는 것으로 일반 국민은 이를 자유로이 이용할 수 있는 것으로 이용관계로부터 당연히 특정한 권리나 법령에 의한 이익이 개인에게 부여되는 것은 아니다.
- ④ 공물에 대한 사용이 일반사용의 범위를 넘어서 계속적으로 사용할 특별한 권리로 특정인을 위하여 설정하는 경우 즉 도로에 전주를 세우는 것 등은 공물사용권의 특허에 해당한다.
- ⑤ 공유하천으로부터 용수를 함에 있어 하천법에 의해 하천관리청으로부터 허가를 받도록 하고 있기 때문에, 허가를 필요로 하는 법규의 공포·시행 전에 관습에 의해 용수를 취득하였음이 뚜렷한 경우라도 관습법에 의한 특별사용은 인정되지 않는다.

해설

- ③ (○) 일반적인 시민생활에 있어 도로를 이용만 하는 사람은 도로의 용도폐지를 다룰 원고적격 부정 : 일반적으로 도로는 국가나 지방자치단체가 직접 공중의 통행에 제공하는 것으로서 일반국민은 이를 자유로이 이용할 수 있는 것이기는 하나, 그렇다고 하여 그 이용관계로부터 당연히 그 도로에 관하여 특정한 권리나 법령에 의하여 보호되는 이익이 개인에게 부여되는 것이라고까지는 말할 수 없으므로, 일반적인 시민생활에 있어 도로를 이용만 하는 사람은 그 용도폐지를 다룰 법률상의 이익이 있다고 말할 수 없다(대판 1992.9.22. 91누13212).
- ④ (○) 공물관리권에 의하여 일반인에게는 허용되지 아니하는 특별한 공물사용의 권리를 특정인에 대하여 설정하여 주는 것을 공물사용권의 특허라 하고, 그에 의거한 공물의 사용을 공물의 특허사용이라고 한다(예 도로에 전전주를 세우고 상하수관을 매설하거나 하천에 발전용 댐이나 선착장을 건설하는 것).
- ⑤ (×) 농지소유자들이 수백년 전부터 공유하천에 보를 설치하여 그 연안의 논에 관개(灌漑)를 하여 왔고 원고도 그 논 중 일부를 경작하면서 위 보로부터 인수를 하여 왔다면 공유하천으로부터 용수를 함에 있어서 하천법 제25조에 의하여 하천관리청으로부터 허가를 얻어야 한다고 하더라도 그 허가를 필요로 하는 법규의 공포시행 전에 원고가 위 보에 의하여 용수할 수 있는 권리를 관습에 의하여 취득하였음이 뚜렷하므로 위 하천법에 관한 법규에도 불구하고 그 기득권이 있는 것이다(대판 1972.3.31. 72다78).

답 ⑤

25 고충민원처리에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

2017 소방간부

- ① 옴부즈만(Ombudsman)제도는 북유럽인 스웨덴에서 시작하였으며, 그 특징 중하나가 당사자나 이해관계인의 신청이 없어도 직권 등에 의하여 사건화하여 조사를 할 수 있다.
- ② 고충민원은 행정기관 등의 위법·부당 하거나 소극적인 처분 및 불합리한 행정제도로 국민의 권리를 침해하거나 국민에게 불편 또는 부담을 주는 사항에 관한 민원을 의미한다.
- ③ 고충민원에 관한 법률인 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」에서 국민과 공공기관의 의무를 규정하고 있으나 기업의 의무는 규정하지 않고 있다.
- ④ 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」에서 시민고충처리 위원회를 지방자치단체에 둘 수 있도록 하고 있다.
- ⑤ 국민권익위원회에 고충민원을 신청하고자 하는 자(국내에 거주하는 외국인 포함)는 문서 및 전자문서로 신청하여야 하며, 특별한 사정이 있는 경우에는 구술로도 신청할 수 있다.

해설

- ① (○) 스웨덴의 옴부즈맨은 신청 또는 직권에 의한 조사를 인정하지만, 우리나라 고충민원처리제도는 국민권익위원회의 직권조사는 인정하지 않고 신청에 의한 조사만 인정하고 있다.
- ② (○) 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」 제2조 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
 5. "고충민원"이란 행정기관등의 위법·부당하거나 소극적인 처분(사실행위 및 부작위를 포함한다) 및 불합리한 행정제도로 인하여 국민의 권리를 침해하거나 국민에게 불편 또는 부담을 주는 사항에 관한 민원(현역장병 및 군 관련 의무복무자의 고충민원을 포함한다)을 말한다.
- ③ (×) 동법 제5조(기업의 의무) 기업은 건전한 거래질서와 기업윤리를 확립하고 일체의 부패를 방지하기 위하여 필요한 조치를 강구하여야 한다.
- ④ (○) 동법 제32조(시민고충처리위원회의 설치) ① 지방자치단체 및 그 소속 기관에 관한 고충민원의 처리와 행정제도의 개선 등을 위하여 각 지방자치단체에 시민고충처리위원회를 둘 수 있다.

국민권익위원회	국무총리 소속	필수기관(설치해야 함)	고충민원처리, 부패방지, 중앙행정심판
시민고충처리위원회	지방자치단체장 소속	임의기관(설치할 수 있음)	고충민원처리

- ⑤ (○) 동법 제39조(고충민원의 신청 및 접수) ① 누구든지(국내에 거주하는 외국인 포함한다) 위원회 또는 시민고충처리위원회(이하 이 장에서 "권익위원회"라 한다)에 고충민원을 신청할 수 있다. 이 경우 하나의 권익위원회에 대하여 고충민원을 제기한 신청인은 다른 권익위원회에 대하여도 고충민원을 신청할 수 있다. ② 권익위원회에 고충민원을 신청하고자 하는 자는 다음 각 호의 사항을 기재하여 문서(전자문서를 포함한다. 이하 같다)로 이를 신청하여야 한다. 다만, 문서에 의할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에는 구술로 신청할 수 있다.

답 ③