

2018년 소방간부후보생 - 행정법

해설 : 이승철

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

2018 소방간부

- ① 수익적 행정행위에 있어서는 법령에 특별한 근거규정이 없다고 하더라도 그 부관으로서 부담을 붙일 수 있으나, 비례의 원칙·부당결부금지의 원칙에 위반되지 않아야 적법하다.
- ② 행정행위의 부관인 부담에 정해진 바에 따라 당해 행정청이 아닌 다른 행정청이 그 부담상의 의무이행을 요구하는 의사 표시를 하였을 경우, 이러한 행위가 당연히 또는 무조건으로 「행정소송법」 상 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 할 수는 없다.
- ③ 행정행위의 부관으로 취소권이 유보되어 있는 경우, 당해 행정행위를 한 행정청은 그 취소사유가 법령에 규정되어 있는 경우뿐만 아니라 의무위반이 있는 경우, 사정변경이 있는 경우, 좁은 의미의 취소권이 유보된 경우 또는 중대한 공익상의 필요가 발생한 경우 등에도 그 행정처분을 취소할 수 있다.
- ④ 부담이 처분 당시 법령을 기준으로 적법 하다면 처분 후 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거 법령이 개정됨으로써 행정청이 더 이상 부관을 붙일 수 없게 되었다 하더라도 곧바로 위법하게 되거나 그 효력이 소멸하게 되는 것은 아니다.
- ⑤ 구 「공유수면매립법시행령」 제11조에 면허관청은 매립을 면허하는 경우에 공익상 또는 이해관계인의 보호에 관하여 필요하다고 인정하는 조건을 붙일 수 있다는 규정이 있을 경우 부관상의 이해관계를 갖는 자는 곧바로 법률상의 이해관계를 갖는 자라고 볼 수 있다.

해설

- ① (○) 수익적 행정행위에 있어서는 법령에 특별한 근거규정이 없다고 하더라도 그 부관으로서 부담을 붙일 수 있으나, 그러한 부담은 비례의 원칙, 부당결부금지의 원칙에 위반되지 않아야만 적법하다.(대판 1997.3.11. 96다49650).
- ② (○) **행정행위의 부관인 부담에 정해진 바에 따라 당해 행정청이 아닌 다른 행정청이 한 그 부담상의 의무이행 요구의 의사표시는 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하지 않음** : 행정행위의 부관인 부담에 정해진 바에 따라 당해 행정청이 아닌 다른 행정청이 그 부담상의 의무이행을 요구하는 의사표시를 하였을 경우, 이러한 행위가 당연히 또는 무조건으로 행정소송법상 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 할 수는 없다. 건설부장관이 공유수면매립면허를 함에 있어 그 면허조건에서 울산지방해운항만청이 울산항 항로 밑바닥에 쌓인 토사를 준설하여 당해 공유수면에 투기한 토량을 같은 해운항만청장이 산정 결정한 납입고지서에 의하여 납부하도록 정한 경우에 있어 건설부장관이 공유수면매립면허를 받은 자에게 부관으로 당해 공유수면에 이미 토사를 투기한 해운항만청장에게 그 대가를 지급하도록 한 조치에 대하여 별도의 법령상의 근거나 그 징수방법, 불복절차, 강제집행 등에 관한 규정이 없다면 이에 의해 같은 해운항만청장이 한 수토대금의 납부고지행위는 항만준설공사를 함에 있어 투기한 토사가 그 매립공사에 이용됨으로써 이득을 본다는 취지에서 준설공사비용의 범위 내에서 이를 회수하려는 조치로서 그 법적 성격 등에 비추어 볼 때 이를 가리켜 행정소송법 제2조 제1항 제1호 소정의 처분에 해당한다고 할 수 없다.
- ③ (○) **행정행위의 부관으로 취소권이 유보되어 있는 경우, 그 취소사유는 법령에 규정되어 있는 경우에 한하지 않음** : 행정행위 부관으로 취소권이 유보되어 있는 경우, 당해 행정행위를 한 행정청은 그 취소사유가 법령에 규정되어 있는 경우뿐만 아니라 의무위반이 있는 경우, 사정변경이 있는 경우, 좁은 의미의 취소권이 유보된 경우, 또는 중대한 공익상의 필요가 발생한 경우 등에도 그 행정처분을 취소할 수 있는 것이다(대판 1984.11.13. 84누269). (대판 1984.11.13. 84누269).
- ④ (○) 행정청이 수익적 행정처분을 하면서 부가한 부담의 위법 여부는 처분 당시 법령을 기준으로 판단하여야 하고, 부담이 처분 당시 법령을 기준으로 적법하더라도 처분 후 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거 법령이 개정됨으로써 행정청이 더 이상 부관을 붙일 수 없게 되었다 하더라도 곧바로 위법하게 되거나 그 효력이 소멸하게 되는 것은 아니다.(대판 2009.2.12. 2005다65500)
- ⑤ (×) 공유수면매립법시행령 제11조에 면허관청은 매립을 면허하는 경우에 공익상 또는 이해관계인의 보호에 관하여 필요하다고 인정하는 조건을 붙일 수 있다는 규정이 있다하여 부관상의 이해관계를 갖는 자를 곧바로 법률상의 이해관계를 갖는 자라고는 볼 수 없다.(대판 1982.12.28. 80다731·732)

답 ⑤

02 행정행위의 무효와 취소의 구별에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

2018 소방간부

- ① 납세자의 주소지를 관할하지 아니하는 세무서장이 한 증여세부과처분은 그 흠이 객관적으로 명백하여 당연무효이다.
- ② 하자 있는 행정처분이 당연무효가 되기 위하여는 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 목적론적으로 고찰함과 동시에 구체적 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰하여야 한다.
- ③ 집합건물 중 일부 구분건물의 소유자인 피고인이 관할 소방서장으로부터 소방 시설 불량사항에 관한 시정보완명령을 받고도 따르지 아니한 경우, 담당 소방 공무원이 구술로 행정명령을 고지한 것은 당연 무효이므로 명령 위반을 이유로 행정형벌을 부과할 수 없다.
- ④ 취소소송과 무효확인소송은 서로 양립할 수 없으므로 단순병합이나 선택적 병합은 불가능하고 예비적 병합만 가능하다.
- ⑤ 동일한 행정처분에 대하여 무효확인의 소를 제기하였다가 그 후 그 처분의 취소를 구하는 소를 추가적으로 병합한 경우, 주된 청구인 무효확인의 소가 적법한 제소기간 내에 제기되었다면 추가로 병합된 취소청구의 소도 적법하게 제기된 것으로 봄이 상당하다.

해설

- ① (×) **착오의 결과 취소사유인 사례** : 과세관청이 증여세과세처분 당시 납세자의 주소지나 거소지를 관할하는 세무서는 아니지만, 증여세 결정 전 통지서가 송달될 당시에는 납세자의 주소지를 관할하고 있었고, 과세처분 납세고지서가 납세자에게 송달되어 납세자가 증여세를 그 납부기한 안에 납부하였으며, 과세처분 당시 3개월마다 갱신되는 전산자료를 행정자치부로부터 받아 납세자의 주소지를 확인하고 있던 과세당국으로서 과세처분 납세고지서가 납세자에게 송달될 때 납세자의 주민등록 변경사항을 전산자료를 통하여 확인할 수 없었던 점 등에 비추어 보면, 납세자의 주소지를 관할하지 아니하는 세무서장이 한 증여세부과처분이 위법하나 그 흠이 객관적으로 명백하여 당연무효라고 볼 수는 없다(대판 2003.1.10. 2002다61897).
- ② (○) **행정청이 어느 법률관계나 사실관계에 대하여 어느 법률의 규정을 잘못 해석하여 행정처분을 한 경우, 그 하자가 중대하고 명백한지 여부를 판단하는 방법** : 하자 있는 행정처분이 당연무효가 되기 위하여는 그 하자가 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것으로서 객관적으로 명백한 것이어야 하며, 하자가 중대하고 명백한지 여부를 판단할 때에는 그 법규의 목적, 의미, 기능 등을 목적론적으로 고찰함과 동시에 구체적 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰함을 요한다. 행정청이 어느 법률관계나 사실관계에 대하여 어느 법률의 규정을 적용하여 행정처분을 한 경우에 그 법률관계나 사실관계에 대하여는 그 법률의 규정을 적용할 수 없다는 법리가 명백히 밝혀져 그 해석에 다툼의 여지가 없음에도 행정청이 위 규정을 적용하여 처분을 한 때에는 그 하자가 중대하고도 명백하다고 할 것이나, 그 법률관계나 사실관계에 대하여 그 법률의 규정을 적용할 수 없다는 법리가 명백히 밝혀지지 아니하여 그 해석에 다툼의 여지가 있는 때에는 행정관청이 이를 잘못 해석하여 행정처분을 하였더라도 이는 그 처분 요건사실을 오인한 것에 불과하여 그 하자가 명백하다고 할 수 없다(대판 2006.3.16. 2006두330).
- ③ (○) **행정행위가 당연무효인 경우 형사법원은 선결문제로 심사 가능** : 소방시설 설치유지 및 안전관리에 관한 법률 제9조에 의한 소방시설 등의 설치 또는 유지·관리에 대한 명령을 정당한 사유 없이 위반한 자는 같은 법 제48조의2 제1호에 의하여 행정형벌에 처해지는데, 위 명령이 행정처분으로서 하자가 있어 무효인 경우에는 명령에 따른 의무위반이 생기지 아니하므로 행정형벌을 부과할 수 없다. 시흥소방서의 담당 소방공무원이 피고인에게 행정처분인 위 시정보완명령을 구두로 고지한 것은 행정절차법 제24조에 위반한 것으로 그 하자가 중대하고 명백하여 위 시정보완명령에 위반하였음을 이유로 소방시설 설치유지 및 안전관리에 관하여 관한 법률 제48조의2 제1호에 따른 행정형벌을 부과할 수 없다(대판 2011.11.10. 2011도11109).
- ④ (○) **서로 양립할 수 없는 청구는 주위적·예비적 청구로서만 병합이 가능하고 단순병합·선택적병합은 허용 안됨** : 행정처분에 대한 무효확인과 취소청구는 서로 양립할 수 없는 청구이므로 주위적·예비적 청구로서만 병합이 가능하고 선택적 청구로서의 병합이나 단순 병합은 허용되지 아니한다(대판 1999.8.20. 97누6889).
- ⑤ (○) **동일한 행정처분에 대하여 무효확인의 소를 제기하였다가 그 후 그 처분의 취소를 구하는 소를 추가적으로 병합한 경우, 주된 청구인 무효확인의 소가 적법한 제소기간 내에 제기되었다면 추가로 병합된 취소청구의 소도 적법하게 제기된 것으로 볼 수 있다** : 하자 있는 행정처분을 놓고 이를 무효로 볼 것인지 아니면 단순히 취소할 수 있는 처분으로 볼 것인지는 동일한 사실관계를 토대로 한 법률적 평가의 문제에 불과하고, 행정처분의 무효확인을 구하는 소에는 특단의 사정이 없는 한 그 취소를 구하는 취지도 포함되어 있다고 보아야 하는 점 등에 비추어 볼 때, 동일한 행정처분에 대하여 무효확인의 소를 제기하였다가 그 후 그 처분의 취소를 구하는 소를 추가적으로 병합한 경우, 주된 청구인 무효확인의 소가 적법한 제소기간 내에 제기되었다면 추가로 병합된 취소청구의 소도 적법하게 제기된 것으로 봄이 상당하다(대판 2005.12.23. 2005두3554).

답 ①

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

2018 소방간부

- ① 취소처분의 근거와 위반사실의 적시를 빠뜨린 하자는 피처분자가 처분 당시 그 취지를 알고 있었다거나 그 후 알게 되었다 하여도 치유될 수 없다.
- ② 하나의 납세고지서에 의하여 복수의 과세 처분을 함께 하는 경우에는 과세처분 별로 그 세액과 산출근거 등을 구분하여 기재함으로써 납세의무자가 각 과세 처분의 내용을 알 수 있도록 하여야 한다.
- ③ 세액산출근거가 기재되지 아니한 납세 고지서에 의한 부과처분은 강행법규에 위반하여 무효이다.
- ④ 신청에 따른 처분이 이루어지지 아니한 경우에는 아직 당사자에게 권익이 부과 되지 아니하였으므로, 특별한 사정이 없는 한 신청에 대한 거부처분이라고 하더라도 직접 당사자의 권익을 제한하는 것은 아니어서 처분의 사전통지 대상이 된다고 할 수 없다.
- ⑤ 영업시간 제한 등 처분의 대상인 대규모 점포 중 개설자의 직영매장 이외에 개설자에게서 임차하여 운영하는 임대매장이 병존하는 경우에도, 전체 매장에 대하여 법령상 대규모 점포 등의 유지·관리 책임을 지는 개설자만이 처분 상대방이 되고, 임대매장의 임차인이 별도로 처분 상대방이 되는 것은 아니므로, 사전통지·의견청취절차는 원고(대규모 점포 개설자)를 상대로 거치면 충분하다.

해설

- ① (○) 면허의 취소처분에는 그 근거가 되는 법령이나 취소권 유보의 부관 등을 명시해야 함은 물론 처분을 받은 자가 어떠한 위반사실에 대하여 당해 처분이 있었는지를 알 수 있을 정도로 사실을 적시할 것을 요하며, 이와 같은 **취소처분의 근거와 위반사실의 적시를 빠뜨린 하자는 피처분자가 처분 당시 그 취지를 알고 있었다거나 그 후 알게 되었다 하여도 치유될 수 없다고** 할 것인바, 세무서장인 피고가 주류도매업자인 원고에 대하여 한 이 사건 일반주류도매면허취소통지에 '상기 주류도매장은 무면허 주류판매업자에게 주류를 판매하여 주세법 11조 및 국제법사무처리규정 26조에 의거 지정조건위반으로 주류판매면허를 취소합니다'라고만 되어 있어서 원고의 영업기간과 거래상대방 등에 비추어 원고가 어떠한 거래행위로 인하여 이 사건 처분을 받았는지 알 수 없게 되어 있다면 이 사건 면허취소처분은 위법하다(대판 1990.9.11. 90누1786).
- ② (○) 가산세 부과처분에 관해서는 국제기본법이나 개별 세법 어디에도 그 납세고지의 방식 등에 관하여 따로 정한 규정이 없다. 그러나 가산세는 비록 본세의 세목으로 부과되기는 하지만(국제기본법 제47조 제2항 본문), 그 본질은 과세권의 행사와 조세채권의 실현을 용이하게 하기 위하여 세법에 규정된 의무를 정당한 이유 없이 위반한 납세의무자 등에게 부과하는 일종의 행정상 제재라는 점에서 적법절차의 원칙은 더 강하게 관철되어야 한다. 더욱이 가산세는 본세의 세목별로 그 종류가 매우 다양할 뿐 아니라 부과기준 및 산출근거도 제각각이다. ... 한편 본세의 부과분과 가산세의 부과분은 각 별개의 과세처분인 것처럼, 같은 세목에 관하여 여러 종류의 가산세가 부과되면 그 각 가산세 부과분도 종류별로 각각 별개의 과세처분이라고 보아야 한다. 따라서 **하나의 납세고지서에 의하여 본세와 가산세를 함께 부과할 때에는 납세고지서에 본세와 가산세 각각의 세액과 산출근거 등을 구분하여 기재해야 하는 것이고, 또 여러 종류의 가산세를 함께 부과하는 경우에는 그 가산세 상호 간에도 종류별로 세액과 산출근거 등을 구분하여 기재함으로써 납세의무자가 납세고지서 자체로 각 과세처분의 내용을 알 수 있도록 하는 것이 당연한 원칙이다.** 따라서 **가산세 부과처분이라고 하여 그 종류와 세액의 산출근거 등을 전혀 밝히지 아니한 채 가산세의 합계액만을 기재하였다면 그 부과처분은 위법하다**(대판 2012.10.18. 2010두12347 전원합의체).
- ③ (×) 세액산출근거가 기재되지 아니한 납세고지서에 의한 부과처분은 강행법규에 위반하여 취소대상이 된다 할 것이므로 이와 같은 하자는 납세의무자가

전심절차에서 이를 주장하지 않았거나, 그 후 부과된 세금을 자진납부했거나, 또는 조세채권의 소멸시효기간이 만료되었다 하여 치유되는 것이라고 할 수 없다. (대판 1985.4.9. 84누431)

지방세법 제25조 및 동법시행령 제8조의 각 규정은 조세행정의 공정을 기함과 동시에 납세의무자에게 부과처분의 내용을 상세히 알려 불복여부의 결정과 그 불복신청에 편의를 주려는 취지에서 나온 것으로서 엄격히 해석되어야 할 강행규정이라 할 것이므로 세액산출 근거가 기재되지 아니한 납세고지서에 의한 납세고지는 과세처분 자체가 위법한 것으로 취소의 대상이 된다(대판 1984.6.12. 83누664).

- ④ (○) 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 사전통지 대상이 된다고 할 수 없다(대판 2003.11.28. 2003두674).

- ⑤ (○) **유통산업발전법상 영업시간 제한 등 처분의 상대방은 법령상 유지·관리 책임을 지는 대규모점포 개설자일 뿐이므로, 그 임차인에게 별도의 사전통지 및 의견청취 절차를 거칠 필요가 없음** : 유통산업발전법상 대규모점포 개설자에게 점포 일체를 유지·관리할 일반적인 권한을 부여한 취지 등에 비추어 보면, 영업시간 제한 등 처분의 대상인 대규모점포 중 개설자의 직영매장 이외에 개설자로부터 임차하여 운영하는 임대매장이 병존하는 경우에도, 전체 매장에 대하여 법령상 대규모점포 등의 유지·관리 책임을 지는 개설자만이 그 처분상대방이 되고, 임대매장의 임차인이 이와 별도로 처분상대방이 되는 것은 아니라고 할 것이다. 대규모점포 중 개설자가 직영하지 않는 임대매장이 존재하더라도 대규모점포에 대한 영업시간 제한 등 처분의 상대방은 오로지 대규모점포 개설자들일므로, 사전통지 및 의견청취 절차도 개설자들을 상대로 거치면 충분하고, 그 밖에 임차인들을 상대로 별도의 사전통지 등 절차를 거칠 필요가 없다(대판 2015.11.19. 2015두295).

답 ③

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

2018 소방간부

- ① 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제9조 제1항 제5호에서 규정하고 있는 '공개될 경우 업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우'의 의미는 공개될 경우 업무의 공정한 수행이 객관적으로 현저하게 지장을 받을 것이라는 고도의 개연성이 존재하는 경우를 말한다.
- ② 정보공개청구자는 정보를 공공기관이 보유·관리하고 있을 상당한 개연성이 있다는 점에 대하여 입증할 책임이 있으나, 공개를 구하는 정보를 공공기관이 한때 보유·관리하였으나 후에 그 정보가 담긴 문서들이 폐기되어 존재하지 않게 된 것이라면 그 정보를 더 이상 보유·관리하고 있지 않다는 점에 대한 증명 책임은 공공기관에 있다.
- ③ '한국증권업협회'는 증권회사 상호 간의 업무질서를 유지하고 유가증권의 공정한 매매거래 및 투자자 보호를 위하여 일정 규모 이상인 증권회사 등으로 구성된 회원조직으로서, 그 업무가 국가 기관 등에 준할 정도로 공동체 전체의 이익에 중요한 역할이나 기능에 해당 하는 공공성을 갖는다고 볼 수 있어, 「공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령」 제2조 제4호의 '특별법에 따라 설립된 특수법인'에 해당한다고 볼 수 있다.
- ④ '업무의 공정한 수행'이나 '연구·개발에 현저한 지장'이라고 하는 개념이 다소 추상적이긴 하지만, 각 시험마다 시험의 목적, 응시자격 등이 다양한 특성을 고려하여 시험정보의 공개범위 등에 관하여 추상적 기준만을 설정하고, 그 구체적인 범위는 개별 시험 주관기관의 전문적·자율적 판단에 맡기는 것이 바람직하다고 할 것이다.
- ⑤ 피청구인이 청구인에 대한 형사재판이 확정된 후 그 중 제1심 공판정 심리의 녹음물을 폐기한 행위는 법원행정상의 구체적인 사실행위에 불과할 뿐 이를 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력의 행사로 볼 수 없다.

해설

- ① (○) 공공기관의 정보공개에 관한 법률(이하 '정보공개법'이라 한다) 제9조 제1항 제5호에서 비공개대상정보로 규정하고 있는 '감사·감독·검사·시험·규제·입찰계약·기술개발·인사관리·의사결정과정 또는 내부검토회에 있는 사항 등으로서 공개될 경우 업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보'란 정보공개법 제1조의 정보공개제도의 목적 및 정보공개법 제9조 제1항 제5호에 따른 비공개대상정보의 입법 취지에 비추어 볼 때, 공개될 경우 업무의 공정한 수행이 객관적으로 현저하게 지장을 받을 것이라는 고도의 개연성이 존재하는 경우를 말하고, 이에 해당하는지는 비공개함으로써 보호되는 업무수행의 공정성 등 이익과 공개로 보호되는 국민의 알권리 보장과 국정에 대한 국민의 참여 및 국정운영의 투명성 확보 등 이익을 비교·교량하여 구체적인 사안에 따라 신중하게 판단할 것이다. 그리고 그 판단을 할 때에는 공개청구의 대상이 된 당해 정보의 내용뿐 아니라 그것을 공개함으로써 장래 동종 업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 가져올지도 아울러 고려해야 한다. (대판 2012.10.11. 2010두18758)
- ② (○) 비공개제도는 공공기관이 보유·관리하는 정보를 그 상태대로 공개하는 제도로서 공개를 구하는 정보를 공공기관이 보유·관리하고 있을 상당한 개연성이 있다는 점에 대하여 원칙적으로 공개청구자에게 증명책임이 있다고 할 것이지만, 공개를 구하는 정보를 공공기관이 한 때 보유·관리하였으나 후에 그 정보가 담긴 문서 등이 폐기되어 존재하지 않게 된 것이라면 더 이상 보유·관리하고 있지 않다는 점에 대한 증명책임은 공공기관에게 있다(대판 2004.12.9. 2003두12707).
- ③ (×) **한국증권업협회는 정보공개법 시행령 제2조 제4호의 특별법에 의하여 설립된 특수법인이 아님(정보공개 의무기관 아님)** : '한국증권업협회'는 증권회사 상호간의 업무질서를 유지하고 유가증권의 공정한 매매거래 및 투자자보호를 위하여 일정 규모 이상인 증권회사 등으로 구성된 회원조직으로서, 증권거래법 또는 그 법에 의한 명령에 대하여 특별한 규정이 있는 것을 제외하고는 민법 중 사단법인에 관한 규정을 준용 받는 점, 그 업무가 국가기관 등에 준할 정도로 공동체 전체의 이익에 중요한 역할이나 기능에 해당하는 공공성을 갖는다고 볼 수 없는 점 등에 비추어, 공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령 제2조 제4호의 '특별법에 의하여 설립된 특수법인'에 해당한다고 보기 어렵다(대판 2010.4.29. 2008두5643).
- ④ (○) 시험에 관한 사항으로서 공개될 경우 업무의 공정한 수행이나 연구·개발에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보는 공개하지 아니할 수 있도록 규정하고 있는 '공공기관의 정보공개에 관한 법률' 제9조 제1항 제5호 중 '업무의 공정한 수행'이나 '연구·개발에 현저한 지장'이라고 하는 개념이 다소 추상적이긴 하지만, 공공기관이 주관하는 시험의 종류가 700여건에 이르고, 각 시험마다 시험의 목적, 응시자격 등이 다양한 특성을 고려하여 시험정보의 공개범위 등에 관하여 추상적 기준만을 설정하고, 그 구체적인 범위는 개별 시험 주관기관의 전문적·자율적 판단에 맡기는 것이 바람직하다고 할 것이며, 이 사건 법률조항의 입법취지, 당해 시험 및 시험관리 업무의 특성 등을 감안하면 그 의미의 대강을 예측할 수 있으므로 이 사건 법률조항이 기본권 제한에 관한 명확성의 원칙에 위반될 정도로 불명확한 개념이라고 보기는 어렵다(헌재 2011.3.31. 2010헌바291).
- ⑤ (○) 피청구인(서울중앙지법원장)이 청구인(형사피고인)에 대한 형사재판이 확정된 후 그 중 제1심 공판정 심리의 녹음물을 폐기한 행위는 법원행정상의 구체적인 사실행위에 불과할 뿐 이를 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력의 행사로 볼 수 없다. (헌재 2012.3.29. 2010헌바599)

답 ③

05 신뢰보호원칙 또는 신의칙에 관한 기술 중 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

2018 소방간부

- ① 신뢰보호원칙은 신의칙 혹은 법적안정성에 근거를 둔 원칙으로 확고한 불문의 법원으로 자리를 잡았으나, 실정법에 명문으로 이러한 원칙을 선언하고 있는 경우는 없다.
- ② 신뢰보호원칙은 위법을 감내하고서라도 상대방의 신뢰를 보호하려는 것이며, 상대방의 신뢰이익은 항상 공익이나 제3자의 이익에 우선한다.
- ③ 운전면허 취소사유에 해당하는 음주운전으로 적발되었으나 사무착오로 위반자에게 운전면허정지처분을 한 후, 위반자에게 다시 운전면허취소처분을 한 것은 신뢰보호원칙에 위배된다.
- ④ 행정청의 인동은 법적인 권한이 있는 자의 것일 필요는 없으므로 병무청의 민원상담 공무원으로부터 보충역편입대상자가 될 수 있다는 상담을 받았으나 실제로 현역 입영판정을 받았다면 신뢰보호원칙에 반한다.
- ⑤ 호적상 잘못 기재된 생년월일에 따라 임용된 공무원이 36년이 지난 후, 정년이 임박해서 호적 정정 및 정년연장을 신청하는 것은 본인의 귀책사유가 있는 경우로서 신의칙에 반하는 것이다.

해설

- ① (×) 실정법적 근거 : 국제기본법 제18조 제3항 및 행정절차법 제4조 제2항
- ② (×) 선행조치(공적 견해표명)에 따른 행정처분을 할 경우 이로 인하여 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 경우 신뢰보호원칙은 적용되지 않으므로 이익형량시 공익 및 제3자의 정당한 이익과 신뢰보호에 따른 사익의 비교가 필요. 즉, 법적 안정성을 보장하는 신뢰보호원칙과 법적합성(합법률성)이 충돌할 경우 비교형량 필요.
- ③ (○) 운전면허 취소사유에 해당하는 음주운전을 적발한 경찰관의 소속 경찰서장이 사무착오로 위반자에게 운전면허정지처분을 한 상태에서 위반자의 주조지 관할 지방경찰청장이 위반자에게 운전면허취소처분을 한 것은 선행처분에 대한 당사자의 신뢰 및 법적 안정성을 저해하는 것으로서 허용될 수 없다 : 행정청이 일단 행정처분을 한 경우에는 행정처분을 한 행정청이라도 법령에 규정이 있는 때, 행정처분에 하자가 있는 때, 행정처분의 존속이 공익에 위반되는 때, 또는 상대방의 동의가 있는 때 등의 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 행정처분을 자의로 취소(철회의 의미를 포함한다. 아래에서도 같다)할 수 없다고 할 것인바, 선행처분인 여수경찰서장의 면허정지처분은 비록 그와 같은 처분이 도로교통법시행규칙 제53조 제1항 [별표 16]에서 정한 행정처분기준에 위배하여 이루어진 것이라 하더라도 그와 같은 사실만으로 곧바로 당해 처분이 위법하게 되는 것은 아닐 뿐더러, 원고로서는 그 면허정지처분이 효력을 발생함으로써 그 처분의 존속에 대한 신뢰가 이미 형성되었다 할 것이고 또한 그와 같은 처분의 존속이 현저히 공익에 반한다고는 보이지 아니하므로, 동일한 사유에 관하여 보다 무거운 면허취소처분을 하기 위하여 이미 행하여진 가벼운 면허정지처분을 취소하는 것은 선행처분에 대한 당사자의 신뢰 및 법적 안정성을 크게 저해하는 것이 되어 허용될 수 없다 할 것이다(대판 2000.2.25. 99두10520).
- ④ (×) 병무청 담당부서의 담당공무원에게 공적 견해의 표명을 구하는 정식의 서면질의 등을 하지 아니한 채 총무과 민원팀장에 불과한 공무원이 민원봉사차원에서 상담에 응하여 복무기간 6개월의 보충역편입이 가능하다고 안내한 것을 신뢰한 경우, 신뢰보호 원칙이 적용되지 아니한다(대판 2003.12.26. 2003두1875)
- ⑤ (×) 지방공무원 임용신청 당시 잘못 기재된 호적상 출생연월일을 생년월일로 기재하고, 이에 근거한 공무원인사기록카드의 생년월일 기재에 대하여 처음 임용된 때부터 약 36년 동안 전혀 이의를 제기하지 않다가, 정년을 1년 3개월 앞두고 호적상 출생연월일을 정정한 후 그 출생연월일을 기준으로 정년의 연장을 요구하는 것이 신의성실의 원칙에 반하지 않는다. (대판 2009.3.26. 2008두21300)

답 ③

06 「질서위반행위규제법」의 내용으로 옳지 않은 것은?

2018 소방간부

- ① 고의 또는 과실이 없는 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다.
- ② 자신의 행위가 위법하지 아니한 것으로 오인하고 행한 질서위반행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 과태료를 부과하지 아니한다.
- ③ 과태료는 행정청의 과태료 부과처분이나 법원의 과태료 재판이 확정된 후 5년간 징수하지 아니하거나 집행하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.
- ④ 행정청은 질서위반행위가 종료된 날부터 3년이 경과한 경우에는 해당 질서위반 행위에 대하여 과태료를 부과할 수 없다.
- ⑤ 하나의 행위가 2 이상의 질서위반행위에 해당하는 경우에는 각 질서위반행위에 대하여 정한 과태료 중 가장 중한 과태료를 부과한다.

해설

- ① (○) 제7조(고의 또는 과실) 고의 또는 과실이 없는 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다.
- ② (○) 제8조(위법성의 착오) 자신의 행위가 위법하지 아니한 것으로 오인하고 행한 질서위반행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 과태료를 부과하지 아니한다.
- ③ (○) 제15조(과태료의 시효) ① 과태료는 행정청의 과태료 부과처분이나 법원의 과태료 재판이 확정된 후 5년간 징수하지 아니하거나 집행하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.
- ④ (×) 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 (○) 제13조(수개의 질서위반행위의 처리) ① 하나의 행위가 2 이상의 질서위반행위에 해당하는 경우에는 각 질서위반행위에 대하여 정한 과태료 중 가장 중한 과태료를 부과한다.

답 ④

07 행정절차법 상 의견제출에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

2018 소방간부

- ① 당사자 등은 행정청의 처분이 있는 후에 그 처분의 관할 행정청에 서면으로 의견 제출을 할 수 있다.
- ② 행정청은 의견제출을 거쳤을 때에는 신속히 처분하여 해당 처분이 지연되지 아니하도록 하여야 한다.
- ③ 행정청은 처분 후 1년 이내에 당사자 등이 요청하는 경우에는 의견제출을 받은 서류나 그 밖의 물건을 반환하여야 한다.
- ④ 당사자 등이 정당한 이유 없이 의견 제출기한까지 의견제출을 하지 아니한 경우에는 의견이 없는 것으로 본다.
- ⑤ 행정청은 처분을 할 때에 당사자 등이 제출한 의견이 상당한 이유가 있다고 인정하는 경우에는 이를 반영하여야 한다.

해설

- ① (×) 제2조(정의) 7. "의견제출"이란 행정청이 어떠한 **행정작용을 하기 전에** 당사자등이 의견을 제시하는 절차로서 청문이나 공청회에 해당하지 아니하는 절차를 말한다.
- 제27조(의견제출) ① 당사자등은 **처분 전에** 그 처분의 관할 행정청에 서면이나 **말로 또는 정보통신망을 이용하여** 의견제출을 할 수 있다.
- ② (○) 제22조(의견청취) ⑤ 행정청은 청문·공청회 또는 의견제출을 거쳤을 때에는 신속히 처분하여 해당 처분이 지연되지 아니하도록 하여야 한다.
- ③ (○) 제22조(의견청취) ⑥ 행정청은 처분 후 1년 이내에 당사자등이 요청하는 경우에는 청문·공청회 또는 의견제출을 위하여 제출받은 서류나 그 밖의 물건을 반환하여야 한다.
- ④ (○) 제27조(의견제출) ④ 당사자등이 정당한 이유 없이 의견제출기한까지 의견제출을 하지 아니한 경우에는 의견이 없는 것으로 본다.
- ⑤ (○) 제27조의2(제출 의견의 반영) 행정청은 처분을 할 때에 당사자등이 제출한 의견이 상당한 이유가 있다고 인정하는 경우에는 이를 반영하여야 한다.

답 ①

08 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

2018 소방간부

- ① 행정청이 행정대집행의 방법으로 건물 철거의무의 이행을 실현할 수 있는 경우 에는 건물철거 대집행 과정에서 부수 적으로 건물의 점유자들에 대한 퇴거 조치를 할 수 있고, 점유자들이 적법한 행정대집행을 위력을 행사하여 방해하는 경우 「형법」 상 공무집행방해죄가 성립 하므로, 필요한 경우에는 「경찰관 직무 집행법」에 근거한 위협발생 방지조치의 차원에서 경찰의 도움을 받을 수도 있다.
- ② 공유 일반재산의 대부료와 연체료를 납부기한까지 납부하지 아니한 경우에도 「공유재산 및 물품 관리법」 제97조 제2항에 의하여 지방세 체납처분의 예에 따라 이를 징수할 수 있고, 이와 같이 공유 일반재산의 대부료의 징수에 관하여도 특별한 사정이 없는 한 민사 소송으로 공유 일반재산의 대부료의 지급을 구하는 것은 허용되지 아니한다.
- ③ 「행정대집행법」 제2조는 대집행의 대상이 되는 의무를 ‘법률(법률의 위임에 의한 명령, 지방자치단체의 조례를 포함한다)에 의하여 직접 명령되었거나 또는 법률에 의거한 행정청의 명령에 의한 행위로서 타인이 대신하여 행할 수 있는 행위’ 라고 규정하고 있으므로, 대집행제고 처분을 하기 위하여서는 법령에 의하여 직접 명령되었거나 법령에 근거한 행정청의 명령에 의한 의무자의 대체적 작위의무 위반행위가 있어야 한다.
- ④ 산림을 무단 형질변경한 자가 사망한 경우 당해 토지의 소유권 또는 점유권을 승계한 상속인은 그 복구의무를 부담한다고 봄이 상당하고, 따라서 관할 행정청은 그 상속인에 대하여 복구명령을 할 수 있다고 보아야 한다.
- ⑤ 공장등록이 취소된 후 그 공장시설물이 어떠한 경위로든 철거되어 다시 복구 등을 통하여 공장을 운영할 수 없는 상태라면, 대도시 안의 공장을 지방으로 이전할 경우 「조세특례제한법」 상의 세액공제 및 소득세 등의 감면혜택이 있고, 「공업 배치 및 공장설립에 관한 법률」 상의 간이한 이전절차 및 우선 입주의 혜택이 있는 경우라도, 그 공장등록취소처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있다고 할 수 없다.

해설

- ① (○) 대판 2017.4.28. 2016다213916
- ② (○) ㉠ 공유 일반재산의 대부료와 연체료를 납부기한까지 내지 아니한 경우에도 공유재산 및 물품 관리법 제97조 제2항에 의하여 지방세 체납처분의 예에 따라 이를 징수할 수 있다. 이와 같이 공유 일반재산의 대부료의 징수에 관하여도 지방세 체납처분의 예에 따른 간이하고 경제적인 특별한 구제절차가 마련되어 있으므로, 특별한 사정이 없는 한 민사소송으로 공유 일반재산의 대부료의 지급을 구하는 것은 허용되지 아니한다. ㉡ 「공유재산 및 물품 관리법」 제83조 제1항은 “지방자치단체의 장은 정당한 사유 없이 공유재산을 점유하거나 공유재산에 시설물을 설치한 경우에는 원상복구 또는 시설물의 철거 등을 명하거나 이에 필요한 조치를 할 수 있다.”라고 규정하고, 제2항은 “제1항에 따른 명령을 받은 자가 그 명령을 이행하지 아니할 때에는 「행정대집행법」에 따라 원상복구 또는 시설물의 철거 등을 하고 그 비용을 징수할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 위 규정에 따라 지방자치단체장은 행정대집행의 방법으로 공유재산에 설치한 시설물을 철거할 수 있고, 이러한 행정대집행의 절차가 인정되는 경우에는 민사소송의 방법으로 시설물의 철거를 구하는 것은 허용되지 아니한다(대판 2017.4.13. 2013다207941).
- ④ (○) **산림을 무단형질변경한 자가 사망한 경우, 당해 토지의 소유권 또는 점유권을 승계한 상속인이 그 복구의무를 부담함** : 구 산림법(2001. 5. 24. 법률 제6477호로 개정되기 전의 것) 제90조 제11항, 제12항이 산림의 형질변경하가를 받지 아니하거나 신고를 하지 아니하고 산림을 형질변경한 자에 대하여 원상회복에 필요한 조치를 명할 수 있고, 원상회복명령을 받은 자가 이를 이행하지 아니한 때에는 행정대집행법을 준용하여 원상회복을 할 수 있도록 규정하고 있는 점에 비추어, 원상회복명령에 따른 복구의무는 타인이 대신하여 행할 수 있는 의무로서 일신전속적인 성질을 가진 것으로 보기 어려운 점, 같은 법 제4조가 법에 의하여 행한 처분·신청·신고 기타의 행위는 토지소유자 및 점유자의 승계인 등에 대하여도 그 효력이 있다고 규정하고 있는 것은 산림의 보호·육성을 통하여 국토의 보전 등을 도모하려는 법의 목적을 감안하여 법에 의한 처분 등으로 인한 권리와 아울러 그 의무까지 승계시키려는 취지인 점 등에 비추어 보면, 산림을 무단형질변경한 자가 사망한 경우 당해 토지의 소유권 또는 점유권을 승계한 상속인은 그 복구의무를 부담한다고 봄이 상당하고, 따라서 관할 행정청은 그 상속인에 대하여 복구명령을 할 수 있다고 보아야 한다.(대판 2005.8.19. 2003두9817, 9824)

- ⑤ (×) 일반적으로 공장등록이 취소된 후 그 공장 시설물이 어떠한 경우로든 철거되어 다시 복구 등을 통하여 공장을 운영할 수 없는 상태라면 이는 공장등록의 대상이 되지 아니하므로 외형상 공장등록취소행위가 간주하고 있다고 하여도 그 처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다 할 것이나, 위와 같은 경우에도 유효한 공장등록으로 인하여 공장등록에 관한 당해 법률이나 다른 법률에 의하여 보호되는 직접적·구체적 이익이 있다면, 당사자로서는 공장건물의 멸실 여부에 불구하고 그 공장등록취소처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있다. **공장등록이 취소된 후 그 공장시설물이 철거되었다 하더라도 대도시 안의 공장을 지방으로 이전할 경우 조세특례제한법상의 세액공제 및 소득세 등의 감면혜택이 있고, 「공업배치 및 공장설립에 관한 법률」 상의 간이한 이전절차 및 우선 입주의 혜택이 있는 경우, 그 공장등록취소처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있다**(대판 2002.1.11. 2000두3306).

답 ⑤

09 「소방기본법」의 규정 내용으로 옳지 않은 것은?

2018 소방간부

- ① 소방기관이 소방업무를 수행하는 데에 필요한 인력과 장비 등에 관한 기준은 행정안전부령으로 정한다.
- ② 시·도지사는 소방활동에 필요한 소화전·급수탑·저수조를 설치하고 유지·관리 하여야 한다.
- ③ 소방본부장이나 소방서장은 공장·창고가 밀집한 지역 등 화재가 발생할 우려가 높거나 화재가 발생하는 경우, 그로 인하여 피해가 클 것으로 예상되는 지역을 화재경계지구로 지정할 수 있다.
- ④ 소방본부장이나 소방서장은 「기상법」 제13조 제1항에 따른 이상기상의 예보 또는 특보가 있을 때에는 화재에 관한 경보를 발령하고 그에 따른 조치를 할 수 있다.
- ⑤ 소방본부장, 소방서장 또는 소방대장은 소방활동을 위하여 긴급하게 출동할 때에는 소방자동차의 통행과 소방활동에 방해가 되는 주차 또는 정차된 차량 및 물건 등을 제거하거나 이동시킬 수 있다.

해설

[일반적인 행정법 문제는 아님. 소방직이므로 소방관계법에서 출제한 것으로 보임]

- ① (○) 제8조(소방력의 기준 등) ① 소방기관이 소방업무를 수행하는 데에 필요한 인력과 장비 등(이하 "소방력"(消防力)이라 한다)에 관한 기준은 행정안전부령으로 정한다.
- ② (○) 제10조(소방용수시설의 설치 및 관리 등) ① 시·도지사는 소방활동에 필요한 소화전(消火栓)·급수탑(給水塔)·저수조(貯水槽)(이하 "소방용수시설"이라 한다)를 설치하고 유지·관리하여야 한다. 다만, 「수도법」 제45조에 따라 소화전을 설치하는 일반수도사업자는 관할 소방서장과 사전협의를 거친 후 소화전을 설치하여야 하며, 설치 사실을 관할 소방서장에게 통지하고, 그 소화전을 유지·관리하여야 한다.
- ③ (×) 제13조(화재경계지구의 지정 등) ① **시·도지사는** 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 지역 중 화재가 발생할 우려가 높거나 화재가 발생하는 경우 그로 인하여 피해가 클 것으로 예상되는 지역을 화재경계지구(火災警戒地區)로 지정할 수 있다.
 1. 시장지역
 2. **공장·창고가 밀집한 지역** (이하 각 호 내용은 생략)
- ④ (○) 제14조(화재에 관한 위험경보) 소방본부장이나 소방서장은 「기상법」 제13조제1항에 따른 이상기상(異常氣象)의 예보 또는 특보가 있을 때에는 화재에 관한 경보를 발령하고 그에 따른 조치를 할 수 있다.
- ⑤ (○) 제25조(강제처분 등) ③ 소방본부장, 소방서장 또는 소방대장은 소방활동을 위하여 긴급하게 출동할 때에는 소방자동차의 통행과 소방활동에 방해가 되는 주차 또는 정차된 차량 및 물건 등을 제거하거나 이동시킬 수 있다.

답 ③

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

2018 소방간부

- ① 취소소송은 위법한 처분으로 인해 발생한 위법상태의 제거를 위한 것이고, 취소소송의 판결은 유효한 행위의 효력을 소멸시키는 것이므로 형성소송에 속한다.
- ② 과세관청 내지 그 상급관청이나 수사기관의 강요로 합리적이고 타당한 근거도 없이 작성된 과세자료에 터 잡은 과세처분의 하자는 중대하고 명백한 하자로 볼 수 있다.
- ③ 「행정소송법」 제2조 소정의 행정처분 이라고 하더라도 그 처분의 근거 법률에서 행정소송 이외의 다른 절차에 의하여 불복할 것을 예정하고 있는 처분은 항고소송의 대상이 될 수 없다.
- ④ 거부처분은 관할 행정청이 국민의 처분 신청에 대하여 거절의 의사표시를 함으로써 성립되고, 그 이후 동일한 내용의 새로운 신청에 대하여 다시 거절의 의사표시를 한 경우에는 새로운 거부처분이 있는 것으로 본다.
- ⑤ 「행정소송법」 상 행정청의 개념은 행정 조직법상 의미의 행정청이 아니라 기능적으로 이해되어야 하므로, 「병역법」 상 신체등위 판정은 행정청이라 볼 수 없는 군의관이 하도록 되어 있지만 이는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 할 수 있다.

해설

- ① (○) 취소소송은 일정한 법률관계를 성립시킨 행정행위의 효력을 다룸으로써 당해 행정행위의 취소·변경을 통하여 법률관계를 변경 또는 소멸시킴으로 형성적 성질을 갖는다는 것이 통설·판례이다.
- ② (○) **과세관청 내지 그 상급관청이나 수사기관의 강요로 합리적이고 타당한 근거도 없이 작성된 과세자료에 터잡은 과세처분의 하자는 중대·명백**: 과세처분의 근거가 된 확인서, 명세서, 자술서, 각서 등이 과세관청 내지 그 상급관청이나 수사기관의 일방적이고 억압적인 강요로 작성자의 자유로운 의사에 반하여 별다른 합리적이고 타당한 근거도 없이 작성된 것이라면 이러한 자료들은 그 작성경위에 비추어 내용이 진정한 과세자료라고 볼 수 없으므로, 이러한 과세자료에 터잡은 과세처분의 하자는 중대한 하자임은 물론 위와 같은 과세자료의 성립과정에 직접 관여하여 그 경위를 잘 아는 과세관청에 대한 관계에 있어서 객관적으로 명백한 하자라고 할 것이다.(대판 1992.3.31. 91다32053)
- ③ (○) 행정소송법 제2조 소정의 행정처분이라고 하더라도 그 **처분의 근거 법률에서 행정소송 이외의 다른 절차에 의하여 불복할 것을 예정하고 있는 처분은 항고소송의 대상이 될 수 없다**. 형사소송법에 의하면 검사가 공소를 제기한 사건은 기본적으로 법원의 심리대상이 되고 피의자 및 피고인은 수사의 적법성 및 공소사실에 대하여 형사소송절차를 통하여 불복할 수 있는 절차와 방법이 따로 마련되어 있으므로 검사의 공소제기가 적법절차에 의하여 정당하게 이루어진 것이냐의 여부에 관계없이 검사의 공소에 대하여는 형사소송절차에 의해서만 이를 다툴 수 있고 행정소송의 방법으로

공소의 취소를 구할 수는 없다(대판 2000.3.28. 99두11264).

- ④ (○) **반복된 '거부처분'의 처분성 인정** : 거부처분은 행정청이 국민의 처분신청에 대하여 거절의 의사표시를 함으로써 성립되고, 그 이후 **동일한 내용의 신청에 대하여 다시 거절의 의사표시를 명백히 한 경우에는 새로운 처분이 있는 것으로 보아야 할 것이며, 이 경우 행정심판 및 행정소송의 제기기간은 각 처분시점을 기준으로 진행된다**(대판 1992.12.8. 92누7542)(대판 2002.3.29. 2000두6084)
- ⑤ (×) 행정소송법 상 '행정청'은 행정조직법상 행정청과 다르며 기능적으로 이해되어야 한다. 따라서 법원이나 국회의 기관(국회사무총장, 법원행정처장)이 행하는 실질적 의미의 행정(소속직원의 임면 등에 속하는 구체적인 사실에 관한 법집행으로서의 공권력 행사)는 처분에 해당한다. 행정청에는 법령에 의하여 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 행정기관, 공공단체 및 그 기관 또는 사인도 행정청과 동일한 기능을 수행하면 행정청에 포함된다.
- **징역감사 군의관의 신체등위판정의 처분성 부정** : 병역법상 신체등위판정은 행정청이라고 볼 수 없는 군의관이 하도록 되어 있으며, 그 자체만으로 바로 병역법상의 권리의무가 정하여지는 것이 아니라 그에 따라 지방병무청장이 병역처분을 함으로써 비로소 병역의무의 종류가 정하여지는 것이므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 보기 어렵다(대판 1993.8.27. 93누3356).

답 ⑤

11 행정조사에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

2018 소방간부

- ① 행정조사의 실시는 행정기관의 장이 출석요구서, 보고요구서·자료제출요 구서 등을 조사개시 7일 전까지 조사 대상자에게 서면으로 통지함으로써 이루어진다.
- ② 조사원은 사전에 발송된 사항에 한하여 조사하되, 사전통지한 사항과 관련된 추가적인 행정조사가 필요할 경우에는 조사대상자에게 추가조사의 필요성과 조사내용 등을 서면이나 구두로 통보한 후 추가조사를 실시할 수 있다.
- ③ 조사대상자는 법률·회계 등의 관계 전문가로 하여금 행정조사 과정에 임회하게 하거나 의견을 진술하게 할 수 있다.
- ④ 조사대상자와 조사원은 조사과정을 방해 받지 아니하는 범위 안에서 행정조사의 과정을 상호 협의하여 녹음하거나 녹화할 수 있다.
- ⑤ 행정기관의 장은 법령 등 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 행정조사의 결과를 즉시 조사대상자에게 통지하여야 한다.

해설

- ① 제17조 1항, ② 제23조 1항, ③ 제23조 2항, ④ 제23조 3항
 ⑤ (×) 제24조(조사결과의 통지) 행정기관의 장은 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 **행정조사의 결과를 확정된 날부터 7일 이내에** 그 결과를 조사대상자에게 통지하여야 한다.

답 ⑤

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

2018 소방간부

- ① 행정청이 행하는 비권력적인 사실행위로서 상대방의 이행을 강제할 수 없는 사실행위이므로 이에 대한 실정법적 근거가 필요하지 않고, 실제로 이에 대한 법률상 규정도 없으며, 다만 판례가 그 개념을 정의하고 있을 뿐이다.
- ② 행정청이 한국전력공사에 대해 특정 업소에 전기를 공급하지 말 것을 요청한 경우, 이러한 요청은 행정지도이므로 처분성이 인정되지 않는다.
- ③ 교육인적자원부장관의 대학총장들에 대한 학칙시정요구는 대학총장의 임의적인 협력을 통하여 사실상의 효과를 발생 시키는 행정지도의 일종이지만, 헌법 소원의 대상이 되는 공권력의 행사라고 볼 수 있다.
- ④ 교육감이 학교법인에 대한 감사 실시 후 처리지시를 하고 그와 함께 그 시정조치에 대한 결과를 증빙서를 첨부한 문서로 보고하도록 한 것은, 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.
- ⑤ 위법한 행정지도로 인한 국가배상청구에 있어서 행정지도로 인해 손해가 발생 했다는 사실만으로는 부족하고 행정지도가 한계를 넘어서 위법해야 하고, 나아가 이러한 행정지도와 손해발생 사이에 인과관계가 인정되어야 한다.

해설

- ① (×) 행정지도의 법적 근거는 필요하지 않음. 행정절차법에 행정지도에 대한 내용을 규정하고 있으며 그 개념도 정의하고 있음.
 • 행정절차법 제2조(정의)
 3. "행정지도"란 행정기관이 그 소관 사무의 범위에서 일정한 행정목적 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 지도, 권고, 조언 등을 하는 행정작용을 말한다.
- ② (○) 행정청이 위법건축물에 대한 시정명령을 하고 나서 위반자가 이를 이행하지 아니하여 전기·전화의 공급자에게 그 위법건축물에 대한 전기·전화공급을 하지 말아 줄 것을 요청한 행위는 권고적 성격의 행위에 불과한 것으로서 전기·전화공급자나 특정인의 법률상 지위에 직접적인 변동을 가져오는 것은 아니므로 이를 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다(대판 1996.3.22. 96누433).
- ③ (○) 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).
- ④ (○) 교육감이 학교법인에 대한 감사 실시 후 처리지시를 하고 그와 함께 그 시정조치에 대한 결과를 증빙서를 첨부한 문서로 보고하도록 한 것은, 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2008.9.11. 2006두18362)
 ⇒ 이 사건 처리지시를 단순히 권고적 효력만을 가지는 비권력적 사실행위인 행정지도로 보지 않고, 상대방에게 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 봄.
- ⑤ (○) 위법한 행정지도로 인한 국가배상책임에서도 행정지도의 위법성, 행정지도와 손해발생 간 상당인과관계 등의 요건이 충족되어야 한다.
 행정지도는 그 자체로 법적 구속력을 가지지 않고 국민의 권리·의무에 법적 효과를 발생하지 않는 비권력적 사실행위에 불과하므로, 잘못된 법령 해석에

기한 행정지도가 있었다고 하더라도 이를 이유로 국가배상책임은 묻기 위하여는 당해 행정지도와 손해 발생 사이에 객관적으로 상당인과관계가 있음을 입증하여야 하고, 그 인과관계는 구체적 사안과 행정지도의 형식·내용 및 그 행사의 실태 등에 따라 결정하여야 할 것이다. 구체적으로는, 행정지도에 따르지 아니할 경우 사실상의 이익·불이익 제공, 기타 인·허가 권한에의 영향 등 제도상 규제적 처분권한이 뒷받침되어 있는 경우 당해 행정 지도와 손해 발생 사이에 상당인과관계가 있다고 볼 수 있다.(서울중앙지법 2015.5.27. 2014가단535461)

답 ①

13

「국가배상법」 상 손해배상제도에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

2018 소방간부

- ① 국가가 일정한 사항에 관하여 헌법에 의하여 부과되는 구체적인 입법의무를 부담하고 있음에도 불구하고 그 입법에 필요한 상당한 기간이 경과하도록 고의 또는 과실로 이러한 입법의무를 이행 하지 아니하는 경우에는 소정의 배상 책임이 인정될 수 있다.
- ② 원고의 무죄를 입증할 수 있는 결정적인 증거에 해당하는데도 검사가 그 감정서를 법원에 제출하지 아니하고 은폐하였다면 검사의 그와 같은 행위는 위법하므로 국가는 배상책임을 진다.
- ③ 고의·과실의 유무는 국가가 아니라 공무원을 기준으로 판단하여야 하고, 공무원에게 고의·과실이 없으면 국가는 배상책임이 없다.
- ④ 어떠한 행정처분이 뒤에 항고소송에서 취소되었다면 그 자체만으로 그 행정 처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 불법행위를 구성한다고 볼 수 있다.
- ⑤ 「국가배상법」 제2조 제1항의 '법령을 위반하여'라고 함은 인권존중·권력 남용금지·신의성실과 같이 공무원으로서 마땅히 지켜야 할 준칙이나 규범을 지키지 아니하고 위반한 경우를 포함 하여 널리 그 행위가 객관적인 정당성을 결여하고 있는 경우도 포함한다.

해설

- ① (○) 국가가 일정한 사항에 관하여 헌법에 의하여 부과되는 구체적인 입법의무를 부담하고 있음에도 불구하고 그 입법에 필요한 상당한 기간이 경과하도록 고의 또는 과실로 이러한 입법의무를 이행하지 아니하는 등 극히 예외적인 사정이 인정되는 사안에 한정하여 국가배상법 소정의 배상책임이 인정될 수 있으며, 위와 같은 구체적인 입법의무 자체가 인정되지 않는 경우에는 애당초 부작위로 인한 불법행위가 성립할 여지가 없다(대판 2008.5.29. 2004다33469)
- ② (○) 국가배상법은 배상책임의 요건으로 공무원의 고의나 과실을 요하고 있다. 고의·과실은 공무원의 고의·과실을 의미하는 것이지 국가의 선임·감독상의 주의의무위반으로서의 고의·과실을 의미하는 것은 아니다.
- ③ (○) **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 공소제기에 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).
- ④ (○) 어떠한 행정처분이 후에 항고소송에서 취소되었다고 할지라도 그 기판력에 의하여 당해 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없는 것이다(대판 2003.11.27. 2001다33789·33796·33802·33819).
- ⑤ (○) 공무원의 행위를 원인으로 한 국가배상책임을 인정하기 위하여는 '공무원이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입힌 때'라고 하는 「국가배상법」 제2조 제1항의 요건이 충족되어야 한다. 여기서 '법령을 위반하여'라고 함은 엄격하게 형식적 의미의 법령에 명시적으로 공무원의 행위의무가 정하여져 있음에도 이를 위반하는 경우만을 의미하는 것은 아니고, 인권존중·권력남용금지·신의성실과 같이 공무원으로서 마땅히 지켜야 할 준칙이나 규범을 지키지 아니하고 위반한 경우를 비롯하여 널리 그 행위가 객관적인 정당성을 결여하고 있는 경우도 포함한다(대판 2015.8.27. 2012다204587).

답 ④

14

행정상 신고에 관한 기술 중 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

2018 소방간부

- ① 「행정절차법」 제40조에 의하면 신고가 법적 요건을 갖춘 경우 신고서가 접수기관에 도달한 때 신고의무가 이행된 것으로 보며, 행정청은 신고서의 수리를 거부하거나 되돌려 보낼 수 없다.
- ② 대법원은 구 「건축법」 제9조 제1항(현 「건축법」 제14조 제1항)의 신고는 자기 완결적 신고이므로 신고의 수리를 거부해도 처분성이 없다는 입장이다.
- ③ 수리를 요하는 신고는 행정청이 신고서를 심사한 후 수리행위가 있어야 적법한 신고가 있는 것이 되므로 수리 후 신고필증을 교부하여야 하고, 신고필증의 거부는 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다.
- ④ 체육시설인 볼링장이 들어설 건물이 무허가 건물이어서 「건축법」에 위반되는 건물이라 하더라도 체육시설에 관한 법령상 요건을 갖추었다면 신고서를 반려할 수 없고, 반려한 경우라도 적법한 신고가 있는 것으로 된다.
- ⑤ 수리를 요하는 신고에 있어서 행정청이 신고서를 심사한 후 일정한 신고사항을 이행하도록 통지한 것은 수리와 별도로 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다.

해설

- ① (○) 수리를 요하지 않는 신고에 대한 규정인 행정절차법 제40조의 내용 상 법적 요건을 갖춘 신고는 수리를 거부하거나 되돌려 보낼 수 없다.
 ▮ 법적 요건을 갖춘 적법한 신고인 경우 → 수리를 해야 함
 ▮ 법적 요건을 갖추지 못한 신고인 경우 → 상당한 기간을 정해 보완을 요구하고 기한 내 보완하지 않으면 신고서를 되돌려 보내야 한다.

• 행정절차법 제40조(신고)

- ① 법령등에서 행정청에 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고를 규정하고 있는 경우 신고를 관장하는 행정청은 신고에 필요한 구비서류, 접수기관, 그 밖에 법령등에 따른 신고에 필요한 사항을 게시(인터넷 등을 통한 게시를 포함한다)하거나 이에 대한 편람을 갖추어 두고 누구나 열람할 수 있도록 하여야 한다.
 ② 제1항에 따른 신고가 다음 각 호의 요건을 갖춘 경우에는 신고서가 접수기관에 도달된 때에 신고 의무가 이행된 것으로 본다.
 1. 신고서의 기재사항에 흠이 없을 것
 2. 필요한 구비서류가 첨부되어 있을 것
 3. 그 밖에 법령등에 규정된 형식상의 요건에 적합할 것
 ③ 행정청은 제2항 각 호의 요건을 갖추지 못한 신고서가 제출된 경우에는 지체 없이 상당한 기간을 정하여 신고인에게 보완을 요구하여야 한다.
 ④ 행정청은 신고인이 제3항에 따른 기간 내에 보완을 하지 아니하였을 때에는 그 이유를 구체적으로 밝혀 해당 신고서를 되돌려 보내야 한다.

② (×) 건축법상 건축신고는 자기완결적 신고이지만 건축신고의 수리거부는 처분성 인정

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 전원합의체).

- ③ (×), ⑤ (×) **납골당설치 신고는 '수리를 요하는 신고'이고 수리행위에 신고필증 교부 등 행위가 꼭 필요한 것은 아니며 행정청의 납골당설치 신고사항 이행통지는 법률상 지위에 변동을 일으키지는 않으므로 수리처분과 별도로 항고소송 대상이 되는 다른 처분으로 볼 수 없음** : ① 구 장사 등에 관한 법률(2007. 5. 25. 법률 제8489호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 '구 장사법'이라 한다) 제14조 제1항, 구 장사 등에 관한 법률 시행규칙(2008. 5. 26. 보건복지가족부령 제15호로 전부 개정되기 전의 것) 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. ② 파주시장이 종교단체 납골당설치 신고를 한 甲 교회에, 구 장사 등에 관한 법률 등에 따라 필요한 시설을 설치하고 유골을 안전하게 보관할 수 있는 설비를 갖추어야 하며 관계 법령에 따른 허가 및 준수 사항을 이행하여야 한다'는 내용의 납골당설치 신고사항 이행통지를 한 사안에서, 이행통지는 납골당설치 신고에 대하여 파주시장이 납골당설치 요건을 구비하였음을 확인하고 구 장사법령상 납골당설치 기준, 관계 법령상 허가 또는 신고 내용을 고지하면서 신고한 대로 납골당 시설을 설치하도록 한 것이므로, 파주시장이 甲 교회에 이행통지를 함으로써 납골당설치 신고수리를 하였다고 보는 것이 타당하고, 이행통지가 새로이 甲 교회 또는 관계자들의 법률상 지위에 변동을 일으키지는 않으므로 이를 수리처분과 별도로 항고소송 대상이 되는 다른 처분으로 볼 수 없다. ③ 납골당 설치장소에서 500m 내에 20호 이상의 인구가 밀집한 지역에 거주하는 주민들의 경우, 납골당이 누구에 의하여 설치되는지와 관계없이 납골당 설치에 대하여 환경 이익 침해 또는 침해 우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 원고적격이 인정된다.(대판 2011.9.8. 2009두6766)
- ④ (×) 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」은 ... 체육시설업을 대통령령이 정하는 등록체육시설업과 신고체육시설업으로 구분한 다음 그 위임을 받은 시행령에서 신고체육시설업의 하나로서 불링장업을 들고 있는 바 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」과 건축법은 그 입법목적, 규정사항, 적용범위 등을 서로 달리하고 있어서 불링장의 설치에 관하여 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」이 건축법에 우선하여 배타적으로 적용되는 관계에 있다고 해석되지 아니하므로 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」에 따른 불링장의 신고요건을 갖춘 자라고 할지라도 그 불링장을 설치하려고 하는 건물이 건축법 소정의 허가를 받지 아니하여 건축법을 위반하여 건축된 무허가건물이라면 적법한 신고를 할 수 없다(대판 1993.11.9. 93누13483)

* **정답 여부** : 출제기관 측 정답은 ④이다. 아래 판례(92도1839)를 기준으로 출제한 듯하다. 하지만 아래 판례는 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」 시행 전부터 불링장업을 하던 자의 신고에 관한 것이고 제시된 ④번 내용은 93누13483 판례에 비춰볼 때 틀린 내용이다. 즉, 수리를 요하지 않는 신고라 하더라도 해당 영업시설이 위치할 곳이 건축법상 무허가 건물인 경우 적법한 신고를 할 수 없다.

• 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」 시행 전부터 불링장을 경영한 자가 동법상 요건을 갖추어 체육시설업 신고시 불링장 건물이 무허가건물이라는 이유로 수리를 거부한 경우라도 신고는 유효 : 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」이 시행되기 전부터 불링장을 경영한 자로서는 같은 법 부칙 제3조 제3항에 따라 시행일로부터 6월 이내에 같은 법 제5조 소정의 시설, 설비기준 중 안전관리 및 위생기준만을 갖추어 체육시설업으로 신고하였으면 그 신고는 적법하고, 위 불링장이 위치한 건물이 무허가건물이 아니어야 한다는 것은 위 안전관리 및 위생기준과는 직접적인 관계가 없으므로, 행정청이 위 건물이 무허가건물이어서 건축법에 위반된다는 이유로 위 신고를 수리하지 아니하고 신고서를 반려하였다고 하더라도, 위 신고는 행정청의 수리처분 등 별도의 조치를 기다릴 것 없이 같은 법 제8조와 부칙 제3조 제3항에 의한 신고로서 유효하다(대판 1992.9.22. 92도1839).

①번 지문의 경우 아래와 같이 A, B 두 가지 해석이 가능하다. ④번이 확실히 틀리고 ①의 경우 B로 해석시 옳으므로 ①을 답으로 본다.

A	「행정절차법」 제40조에 의하면	신고가 법적 요건을 갖춘 경우 신고서가 접수기관에 도달한 때 신고의무가 이행된 것으로 본다.	○
		행정청은 신고서의 수리를 거부하거나 되돌려 보낼 수 없다.	×
B	「행정절차법」 제40조에 의하면	신고서가 접수기관에 도달한 때 신고의무가 이행된 것으로 본다.	○
	신고가 법적 요건을 갖춘 경우	행정청은 신고서의 수리를 거부하거나 되돌려 보낼 수 없다.	○

답 ①

15

행정입법의 위임한계에 관한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

2018 소방간부

- ① 위임명령의 경우 위임 시 구체적으로 범위를 정하여 위임하여야 하며, 이 경우 해당 위임조문 자체에서 직접 이러한 구체성의 정도가 나타나야 한다는 것이 판례의 입장이다.
 ② 헌법에서 조세법률주의를 천명하고 있지만, 법률로 조세의 종목과 세율을 정했다면 조세부과에 관한 세부적인 사항은 법규명령에 위임할 수 있다.
 ③ 구 「사법시험령」은 집행명령이므로 동 명령에서 과락제도를 두는 것은 국민의 권리·의무에 직접 관련된 사항을 규정하는 것이므로 허용되지 않는다.

- ④ 처벌규정은 구체적으로 범위를 정할 경우 범죄구성요건의 위임이 허용될 수 있으며, 형벌의 종류와 형량도 위임할 수 있다는 것이 판례의 입장이다.
- ⑤ 자치입법에 대한 위임시 지방자치단체의 조례는 포괄적인 위임이 가능하지만, 공법인인 주택재개발조합의 정관에 대한 위임은 구체적으로 범위를 정해야 한다는 것이 판례의 입장이다.

해설

- ① (×) 위임명령은 법률이나 상위명령에서 구체적으로 범위를 정한 개별적인 위임이 있을 때 가능하고, 여기에서 구체적인 위임의 범위는 구체적으로 하는 대상의 종류와 성격에 따라 달라지는 것이어서 일률적 기준을 정할 수는 없지만, 적어도 위임명령에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률이나 상위명령으로부터 위임명령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 하나, 이 경우 그 예측가능성의 유무는 당해 위임조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니라 그 위임조항이 속한 법률이나 상위명령의 전반적인 체계와 취지 목적, 당해 위임조항의 규정형식과 내용 및 관련 법규를 유기적 체계적으로 종합 판단해야 하고, 나아가 각 규제 대상의 성질에 따라 구체적 개별적으로 검토함을 요한다(대판 2006.4.14. 2004두14793).
- ② (○) 조세법률주의 : 과세요건명확주의 + 과세요건법정주의. 과세요건법정주의는 조세의 종목·세율뿐 아니라 납세의무자·과세물건·과세표준 등 과세요건과 조세 부과·징수절차를 모두 법률로 규정해야 한다는 것이지만 과세요건과 징수절차는 하위법령에 개별·구체적으로 위임하여 규정하게 할 수 있다.
- 헌법은 제38조에서 '모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다.'라고 규정하였고, 제59조에서 '조세의 종목과 세율은 법률로 정한다.'라고 규정하여 조세법률주의를 선언하고 있다. 조세법률주의는 과세요건 법정주의와 과세요건 명확주의를 그 핵심적 내용으로 하고 있는바, 과세요건 명확주의는 과세요건을 법률로 규정하였다고 하더라도 그 규정내용이 지나치게 추상적이고 불명확하면 이에 대한 과세관청의 자의적인 해석과 집행을 초래할 염려가 있으므로 그 규정 내용이 명확하고 일의적이어야 한다는 것을 말하며, 과세요건 법정주의는 납세의무를 성립시키는 납세의무자, 과세물건, 과세표준, 과세기간, 세율 등의 모든 과세요건과 부과·징수절차는 모두 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로 규정하여야 한다는 것을 말한다.(헌재 2003.10.30. 2002헌바81)
- 헌법 38·59조의 조세법률주의 원칙은 과세요건과 징수절차 등 조세권 행사 요건·절차는 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로써 규정해야 한다는 것이다. 과세요건과 징수절차에 관한 사항을 명령·규칙 등 하위법령에 위임하여 규정하게 할 수 없는 것은 아니고, 하위법령에 위임하여 규정할 경우 개별·구체적 위임만 허용되며 포괄적·백지적 위임은 허용되지 않고(과세요건법정주의), 이러한 법률 또는 그 위임에 따른 명령·규칙의 규정은 일의적이고 명확해야 한다(과세요건명확주의)는 것이다(대결 1994.9.30. 94부18).
- ③ (×) 구 사법시험령의 법적 성질은 집행명령이므로 명시적인 수권규정이 없는 경우에도 직권으로 발할 수 있음 : 구 사법시험령은 법원조직법, 검찰청법, 변호사법 등에서 정한 바에 따라 판사, 검사로 임용되거나 변호사 자격을 부여하기 위한 전제로써 사법연수원에 입소할 자를 선발하기 위한 사법시험의 시행에 대한 구체적인 방법과 절차에 대하여 규정하고 있을 뿐이다. 결국, 변호사의 자격과 판사, 검사 등의 임용의 전제가 되는 '사법시험의 합격'이라는 직업선택의 자유와 공무담임권의 기본적인 제한요건은 국회에서 제정한 법률인 변호사법, 법원조직법, 검찰청법 등에서 규정되어 있는 것이고, 사법시험령은 단지 위 법률들이 규정한 사법시험의 시행과 절차 등에 관한 세부사항을 구체화하고 국가공무원법상 사법연수생이라는 별정직 공무원의 임용절차를 집행하기 위한 집행명령의 일종이라고 할 것이다. 또한, 사법시험령 제15조 제2항은 사법시험의 제2차시험의 합격결정에 있어서는 매과목 4할 이상 득점한 자 중에서 합격자를 결정한다는 취지의 과락제도를 규정하고 있는바, 이는 그 규정내용에서 알 수 있다시피 사법시험 제2차시험의 합격자를 결정하는 방법을 규정하고 있을 뿐이어서 사법시험의 실시를 집행하기 위한 시행과 절차에 관한 것이지, 새로운 법률사항을 정한 것이라고 보기 어렵다. 따라서 사법시험령 제15조 제2항에서 규정하고 있는 사항이 국민의 기본권을 제한하는 것임에도 불구하고, 모법의 수권 없이 규정하였거나 새로운 법률사항에 해당하는 것을 규정하여 집행명령의 한계를 일탈하였다고 볼 수 없으므로, 헌법 제37조 제2항, 제75조, 행정규제기본법 제4조 등을 위반하여 무효라 할 수 없다.(대판 2007.1.11. 2004두10432)
- ④ (×) 죄형법정주의와 위임입법의 한계의 요청상 처벌법규를 위임하기 위하여는 첫째, 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하며(보충성), 둘째, 이러한 경우일지라도 법률(수권법률)에서 범죄의 구성요건은 처벌대상행위가 어떠한 것일 것이라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정해야 하며, 셋째, 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정해야 한다.(헌재결 1995.10.26. 93헌바62, 헌재결 1996.2.29. 94헌마213).
- ⑤ (×) 법률이 공법적 단체 등의 정관에 자치법적 사항을 위임한 경우에는 헌법 제75조가 정하는 포괄적인 위임입법의 금지는 원칙적으로 적용되지 않는다고 봄이 상당하고, 그렇다 하더라도 그 사항이 국민의 권리·의무에 관련되는 것일 경우에는 적어도 국민의 권리·의무에 관한 기본적인 본질적인 사항은 국회가 정하여야 한다. 위 법리 및 관계 법령의 내용에 비추어 살펴보면, 도시정비법상 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 개정 도시정비법 제28조 제4항 본문이 사업시행인가 신청시의 동의요건을 조합의 정관에 포괄적으로 위임하고 있다고 하더라도 헌법 제75조가 정하는 포괄위임입법금지의 원칙이 적용되지 아니하므로 이에 위배된다고 할 수 없다.(대판 2007.10.12. 2006두14476).

답 ②

16 공물에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다름이 있으면 판례에 의함)

2018 소방간부

- ① 「국유재산법」은 국유재산을 그 용도에 따라 행정재산과 일반재산으로 구분한다.
- ② 국유하천부지는 자연상태 그대로 공공용에 제공될 수 있는 실체를 갖추고 있는 이른바 자연공물로서 별도의 공용개시 행위가 없더라도 행정재산이 되고, 그 후 본래의 용도에 공여되지 않는 상태에 놓이게 되면 국유재산법령에 의한 용도 폐지를 하지 않더라도 당연히 일반재산으로 된다.
- ③ 공공용재산이란 국가가 직접 공공용으로 사용하거나 대통령령으로 정하는 기한까지 사용하기로 결정한 재산을 말한다.
- ④ 보존용재산이란 법령이나 그 밖의 필요에 따라 국가가 보존하는 재산을 말한다.
- ⑤ 공용재산이란 국가가 직접 사무용·사업용 또는 공무원의 주거용으로 사용하거나 대통령령으로 정하는 기한까지 사용하기로 결정한 재산을 말한다.

해설

- ② (×) 국유 하천부지는 자연의 상태 그대로 공공용에 제공될 수 있는 실체를 갖추고 있는 이른바 자연공물로서 별도의 공용개시행위가 없더라도 행정재산이 되고 그 후 본래의 용도에 공여되지 않는 상태에 놓여 있더라도 국유재산법령에 의한 용도폐지를 하지 않은 이상 당연히 잡종재산(현 일반재산)으로 된다고는 할 수 없으며, 농로나 구거(溝渠 : 도랑)와 같은 이른바 인공적 공공용 재산은 법령에 의하여 지정되거나 행정처분으로 공공용으로 사용하기로 결정한 경우, 또는 행정재산으로 실제 사용하는 경우의 어느 하나에 해당하면 행정재산이 된다(대판 2007.6.1. 2005도7523).

■ 국유재산법상 국유재산의 종류와 특성

행정 재산	공공재산	국가가 직접 사무용·사업용·공무원주거용(직무수행을 위해 필요한 경우로 대통령령으로 정하는 경우로 한정)으로 사용하거나 대통령령으로 정하는 기한까지 사용하기로 결정한 재산(예 정부종합청사, 공무원아파트)	① 대부·매각·교환·양여·신탁·출자·사권설정 금지(원칙), 시효취득 불가 ② 公法관계
	공공용재산	국가가 직접 공공용으로 사용하거나 대통령령으로 정하는 기한까지 사용하기로 결정한 재산(예 도로, 하천, 교량)	
	기업용재산	정부기업이 직접 사무용·사업용 또는 그 기업에 종사하는 직원의 주거용(직무수행을 위해 필요한 경우로 대통령령으로 정하는 경우로 한정)으로 사용하거나 대통령령으로 정하는 기한까지 사용하기로 결정한 재산	
	보존용재산	법령이나 그 밖의 필요에 따라 국가가 보존하는 재산(예 문화재, 보안림)	
일반재산		행정재산 외의 모든 국유재산	① 대부·매각·교환·양여·신탁·현물출자 가능, 시효취득 가능 ② 私法관계

답 ②

17 행정청의 권한위임에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

2018 소방간부

- ① 건설교통부장관이 유원지에 관한 도시계획시설결정 후, 이 결정권한이 시·도지사에게 위임되었다고도 종전 결정을 변경할 권한은 여전히 건설교통부장관에게 있다.
- ② 위임은 위임기관의 지휘·감독 하에 있는 보조기관이나 하급행정기관 또는 대등한 행정기관에 대해 권한의 전부 또는 일부를 위임할 수 있다.
- ③ 위임전결규정에 위반하여 전결권자가 아닌 보조기관이 처분권자인 행정관청의 이름으로 행정처분을 하였다면 당연히 무효이다.
- ④ 행정권한의 내부위임은 법률이 위임을 허용하지 않는 경우에도 인정된다는 것이 판례의 입장이다.
- ⑤ 위임기관은 자신의 보조기관이나 하급 행정기관에 대해 위임한 경우 지휘·감독권을 갖지만, 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」은 자신의 지휘·감독 아래 있지 아니한 하급기관이나 수탁 기관에 대해서는 지휘·감독권을 갖지 않는다고 규정하고 있다.

해설

- ① (×) 행정권한의 위임이 행하여진 때에는 위임관청은 그 사무를 처리할 권한을 잃는다.
• 유원지에 대한 도시계획시설의 설치, 정비, 개량에 관한 계획의 결정 및 변경결정에 관한 권한은 건설부장관으로부터 시, 도지사에게 위임된 것이고, 이와 같이 권한의 위임이 행하여진 때에는 위임관청은 그 사무를 처리할 권한을 잃는다 할 것이므로, 피고인 건설부장관은 이 사건 도시계획시설결정 당시 기존의 도시계획시설(유원지)결정을 취소, 폐지 또는 변경할 권한이 없었다 할 것이다(대판 1992.9.22. 선고 91누11292).
- ② (×) 권한의 일부 위임만 인정되고 전부 위임이나 주요부분의 위임은 권한분배의 원칙에 반하기 때문에 인정되지 않는다.
- ③ (×), ④ (○) 행정권한의 위임은 법적 근거가 필요하지만 전결 같은 행정권한의 내부위임은 법적 근거를 필요로 하지 않으며, 전결규정에 위반하여 원래 전결권자가 아닌 보조기관이 처분권자인 행정관청 이름으로 행정처분시 무효인 처분은 아니다.
• 전결과 같은 행정권한의 내부위임은 법령상 처분권자인 행정관청이 내부적인 사무처리의 편의를 도모하기 위하여 그의 보조기관 또는 하급 행정관청으로 하여금 그의 권한을 사실상 행사하게 하는 것으로서 법률이 위임을 허용하지 않는 경우에도 인정되는 것이므로, 설사 행정관청 내부의 사무처리규정에 불과한 전결규정에 위반하여 원래의 전결권자 아닌 보조기관 등이 처분권자인 행정관청의 이름으로 행정처분을 하였다 하더라도 그 처분이 권한 없는 자에 의하여 행하여진 무효의 처분이라고는 할 수 없다(대판 1998.2.27. 97누1105).

■ 권한 위임과 내부위임

권한 위임	내부위임
권한구속 변경(법률에 따라 특정 권한을 다른 행정관청에 이전하여 수임관청의 권한으로 행사하도록 함)	권한구속 변경 안 됨(행정관청의 내부적 사무처리의 편의를 위해 그 보조기관·하급행정관청에게 그의 권한을 사실상 행하도록 함)
법적 근거 필요	법적 근거 불필요. 법률이 위임을 허용하지 않는 경우에도 가능
수임청 명의·책임으로 권한 행사	위임청 명의·책임으로 권한 행사(수임청 명의로 처분시 위법 - 판례는 무효)
수임청이 피고	위임청이 피고(단, 수임청 명의로 처분시 수임청이 피고)

- ⑤ (×) 이론적으로는 권한의 위탁의 경우 위탁기관은 하급기관이 아닌 수탁기관에 대한 지휘·감독권이 없다고 보아야 하나, 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제6조는 “위임기관 및 위탁기관은 수임기관 및 수탁기관의 수임 및 수탁사무처리에 대하여 지휘·감독하고, 그 처리가 위법 또는 부당하다고 인정되는 때에는 이를 취소하거나 정지시킬 수 있다.”라고 규정함으로써 권한의 위탁의 경우에도 권한의 위임에서와 같이 위탁기관의 수탁기관에 대한 지휘·감독을 인정하고 있다.

답 ④

18 「정부조직법」에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 대통령은 국무총리와 중앙행정기관의 장의 명령이나 처분이 위법 또는 부당 하다고 인정하면 이를 중지 또는 취소할 수 있다.
- ② 국무총리는 중앙행정기관의 장의 명령이나 처분이 위법 또는 부당하다고 인정될 경우에는 대통령의 승인을 받아 이를 중지 또는 취소할 수 있다.
- ③ 국가유공자 및 그 유족에 대한 보훈, 제대군인의 보상·보호 및 보훈선양에 관한 사무를 관장하기 위하여 국무총리

소속으로 국가보훈처를 둔다.

- ④ 공무원의 인사·윤리·복무 및 연금에 관한 사무를 관장하기 위해 행정안전부 장관 소속으로 인사혁신처를 둔다.
 ⑤ 국무조정실장·국가보훈처장·인사혁신처장·법제처장·식품의약품안전처장 그 밖에 법률로 정하는 공무원은 필요한 경우 국무회의에 출석하여 발언할 수 있다.

해설

① 제11조 2항, ② 제18조 2항, ③ 제22조의2, ⑤ 제13조 1항

④ (×) 5처 중 대통령경호처는 대통령 소속, 국가보훈처·식품의약품안전처·법제처·인사혁신처는 국무총리 소속.

• 제22조의3(인사혁신처) ① 공무원의 인사·윤리·복무 및 연금에 관한 사무를 관장하기 위하여 국무총리 소속으로 인사혁신처를 둔다.

답 ④

19

행정소송 중 무효확인소송에 있어서 권리보호에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

2018 소방간부

- ① 환지계획에 따른 환지교부 등 처분의 효력발생 이후에는 환지 전체의 절차를 다시 밟지 않는 한 그 환지의 일부만을 따로 떼어 변경할 길이 없다.
 ② 시장건물 부지로 제공되어 있는 대지 위에 근린생활시설을 위한 임시적인 가설건축물을 축조할 수는 없으므로 위 대지 위에 근린생활시설을 축조하려고 한 가설건축물축조신고를 반려한 처분은 적법하지 않다.
 ③ 정년의 초과 또는 사망하여 면직된 경우에는 설사 면직처분이 무효확인 된다 하더라도 공무원의 권리 또는 법률상 지위의 불안이나 위험을 제거하기에 미흡하여, 면직처분 무효확인의 소가 필요하고도 적절한 것이라고 할 수 없다.
 ④ 무효임을 주장하는 과세처분에 따라 그 부과세액을 납부하여 이미 그 처분의 집행이 종료된 것과 같이 되어 버렸다면, 그 과세처분이 존재하고 있는 것과 같은 외관이 남아 있음으로써 장차 이해관계인에게 다가올 법률상의 불안이나 위험은 전혀 없다 할 것이다.
 ⑤ 사업시행자가 공공하수도사업으로 인하여 발생이 예상되는 하수 처리에 필요한 공공하수도 공사비용을 부담한 부분에 대하여는 이와 별도로 원인자부담금을 부과할 수 없다.

해설

- ① (○) **환지확정처분의 일부에 대하여 취소를 구할 법률상 이익은 없음** : 토지구획정리사업법에 의한 토지구획정리는 환지처분을 기본적 요소로 하는 것으로서 환지예정지지정처분은 사업시행자가 사업지구내의 종전 토지소유자로 하여금 환지계획에서 환지로 정하여진 토지를 환지처분이 있을 때까지 사이에 사용·수익할 수 있게 하는 처분에 불과하고 한편 환지처분은 사업시행자가 환지계획구역의 전부에 대하여 공사를 완료한 후 환지계획에 따라 환지교부 등을 하는 처분으로서 일단 공고되어 효력을 발생하게 된 이후에는 환지 전체의 절차를 처음부터 다시 밟지 않는 한 그 일부만을 따로 떼어 환지처분을 변경할 길이 없으며 다만 그 환지처분에 위법이 있다면 그 위법을 이유로 하여 민사상의 절차에 따라 권리관계의 존부를 확정하거나 손해의 배상을 구하는 등의 길이 있을 뿐이므로 그 환지확정처분의 일부에 대하여 취소를 구할 법률상 이익은 없다고 할 것이다.
 ② (×) 이미 시장건물의 부지로 제공되어 있는 대지 위에 근린생활시설을 위한 임시적인 가설건축물을 축조할 수는 없는 것이므로 위 대지 위에 근린생활시설을 축조하려고 건축법 제47조 제2항에 따라 한 가설건축물축조신고를 반려한 처분이 적법하다(대판 1991.12.24. 91누1974).
 ③ (○) **공무원면직처분무효확인의 소의 원고들이 상고심 심리종결일 현재 이미 공무원법상의 정년을 초과하였거나 사망하여 면직된 경우의 확인의 이익이 없음** : 공무원면직처분무효확인의 소의 원고들이 상고심 심리종결일 현재 이미 공무원법상의 정년을 초과하였거나 사망하여 면직된 경우에는 원고들은 면직처분이 무효확인된다 하더라도 공무원으로서의 신분을 다시 회복할 수 없고, 면직으로 인한 퇴직기간을 재직기간으로 인정받지 못함으로써 받게된 퇴직급여 등에 있어서의 과거의 불이익은 면직처분으로 인한 급료, 명예침해 등의 민사상 손해배상청구소송에서 그 전제로서 면직처분의 무효를 주장하여 구제받을 수 있는 것이므로 독립한 소로서 면직처분의 무효확인을 받는 것이 원고들의 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안, 위험을 제거하는데 필요하고도 적절한 것이라고 할 수 없어, 원고들의 위 무효확인의 소는 확인의 이익이 없다(대판 1991.6.28. 90누9346).
 ④ (○) **과세처분에 따라 부과세액을 납부한 경우 그 과세처분의 무효확인을 구할 법률상 이익은 없음** : 무효임을 주장하는 과세처분에 따라 그 부과세액을 납부하여 이미 그 처분의 집행이 종료된 것과 같이 되어 버렸다면 그 과세처분이 존재하고 있는 것과 같은 외관이 남아 있음으로써 장차 이해관계인에게 다가올 법률상의 불안이나 위험은 전혀 없다 할 것이고, 다만 남아 있는 것은 이미 이루어져 있는 위법상태의 제거 즉 납부회과가 발생한 세금의 반환을 구하는 문제뿐이라고 할 것인바, 이와 같은 위법상태의 제거방법으로서 그 위법상태를 이룬 원인에 관한 처분의 무효확인을 구하는 방법은 과세관청이 그 무효확인판결의 구속력을 존중하여 납부한 세금의 환급을 하여 줄 것을 기대하는 간접적인 방법이라 할 것이므로, 민사소송에 의한 부당이득반환청구의 소로서 직접 그 위법상태의 제거를 구할 수 있는 길이 열려 있는 이상 위와 같은 과세처분의 무효확인의 소는 분쟁해결에 직접적이고도 유효적절한 해결방법이라 할 수 없어 확인을 구할 법률상 이익이 없다(대판 1991.9.10. 91누3840).
 ⑤ (○) **타행위자인 사업시행자가 구 하수도법 제32조 제2항에 따라 타행위(공공하수도의 신설·증설 등을 수반하는 개발행위)로 인한 공공하수도공사 비용을 부담한 경우, 이와 별도로 같은 법 제32조 제4항에 정한 원인자부담금을 부과할 수 없음** : 구 하수도법(2006. 9. 27. 법률 제8014호로 전문 개정되기 전의 것) 제32조 제2항 및 구 수원시 하수도사용조례(2007. 1. 3. 조례 제2659호로 개정되기 전의 것) 제17조 제2항 제2호 (나)목 (1)에서 타행위로 인하여 필요하게 된 공공하수도에 관한 공사에 요하는 비용의 전부를 타행위자가 부담하도록 한 것은, 타행위에 해당하는 사업으로 인하여 발생할 것이 예상되는 하수를 처리하는 데 필요한 공공하수도 설치에 소요되는 비용에 대하여는 그 원인을 조성한 타행위자로 하여금 이를 부담하게 하려는 데 그 취지가 있으므로, 이러한 타행위자가 그 사업으로 인하여 발생할 것으로 예상되는 하수의 처리에 필요한 공공하수도 공사비용을 부담한 부분에 대하여는 이와 별도로 하수도법 제32조 제4항 및 이 사건 조례 제17조 제2항 제4호에 따른 원인자부담금을 부과할 수 없다(대판 2008.3.20. 2007두6342).

답 ②

20

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

2018 소방간부

- ① 업주들로부터 뇌물수수행위를 방치한 것은 경찰관의 직무상 의무에 위반한 것으로, 국가는 이로 인한 정신적 고통에 대하여 위자료를 지급할 의무가 있다.
 ② 경매법원 공무원의 공유자 통지 등에 관한 절차상 과오는 경찰관의 손해 발생에 대한 국가배상책임이 있다.
 ③ 무장공비와 격투 중에 있는 가족구성원이 위협받고 있던 중, 다른 가족구성원이 경찰관서에 3차레나 출동을 요청하였음에도 불구하고 즉시 출동하지 않아 무장 공비에 의해 가족구성원이 사망한 사건에 대하여 국가는 배상책임이 있다.

- ④ 경찰서 대용감방에 배치된 경찰관 등으로서는 수감자들 사이에서 폭력행위 등을 예방하거나 폭력행위 등을 제지하여야 할 의무가 있음에도 불구하고, 이러한 주의의무를 게을리 하였다면 국가는 이로 인한 손해를 배상할 책임이 있다.
- ⑤ 유흥주점에 화재가 발생하여 여종업원들이 유독가스에 질식해 사망한 사안에서, 지방자치단체 담당 공무원의 위 유흥주점의 용도변경, 무허가 영업 및 시설기준에 위배된 개축에 대한 시정명령 등 「식품위생법」 상 직무상 의무위반행위와 위종업원들의 사망 사이에 상당인과관계가 존재한다.

해설

- ① (○) **경찰관에게 부여된 권한의 불행사가 직무상의 의무를 위반하여 위법하게 되는 경우** : ㉠ 경찰관에게 권한을 부여한 취지와 목적에 비추어 볼 때 구체적인 사정에 따라 경찰관이 그 권한을 행사하여 필요한 조치를 취하지 아니하는 것이 현저하게 불합리하다고 인정되는 경우에는 그러한 권한의 불행사는 직무상의 의무를 위반한 것이 되어 위법하게 된다. ㉡ (군산 윤락업소 화재 사건으로 사망한 윤락녀의 유족들이 국가를 상대로 제기한 손해배상청구 사건) 윤락녀들이 윤락업소에 감금된 채로 윤락을 강요받으면서 생활하고 있음을 쉽게 알 수 있는 상황이었음에도, 경찰관이 이러한 감금 및 윤락강요행위를 제지하거나 윤락업소들을 철폐·수사하는 등 필요한 조치를 취하지 아니하고 오히려 업주들로부터 뇌물을 수수하며 그와 같은 행위를 방치한 것은 경찰관의 직무상 의무에 위반하여 위법하므로 국가는 이로 인한 정신적 고통에 대하여 위자료를 지급할 의무가 있다(대판 2004.9.23. 2003다49009)
- ② (○) **경매 담당 공무원이 이해관계인에게 기일통지를 잘못한 것이 원인이 되어 경락허가결정이 취소된 사안에서, 그 사이 경락대금을 완납하고 소유권이전등기를 마친 경락인에 대하여 국가는 배상책임을 진다.** : 이 사건 경매법원의 담당공무원이 구 민사소송법 617조 2항 소정의 이해관계인에 대한 경매기일 및 경락기일 통지를 제대로 하지 않는 등 적법한 경매절차 진행에 관한 직무상 의무를 위반하였고, 그 결과 경락인인 원고로서는 이 사건 경락이 적법 유효한 것으로 믿고 경락대금 및 등기비용 등을 지출함에 따른 손해를 입게 되었는데, 일련의 과정에서 경매법원 스스로 그 하자를 시정하는 조치를 취하지 않는 이상 특별히 경락인이 불복절차 등을 통해 이를 시정하거나 위 결과 발생을 막을 것을 기대할 수도 없으며, 경락인의 손해에 대해 국가배상 외의 방법으로 구제받을 방법이 없는 점 등을 고려하면, 경매법원 공무원의 위 이해관계인 통지 등에 관한 절차상 과오는 원고의 손해발생과 상당인과관계가 있고, 이는 경매법원의 경락허가결정, 대금지급기일 지정 및 그 실시, 소유권이전등기의 촉탁 등의 재판행위가 개입되어 있었다고 하여 달리 볼 것은 아니다. 따라서 피고는 국가배상법 2조 1항, 3조에 따라 원고가 입은 상당인과관계 있는 범위 내의 손해를 배상할 책임이 있다고 할 것이다(대판 2008.7.10. 2006다23664).
- ③ (○) 1·21사태시 무장공비가 출현하여 그 공비와 격투 중에 있는 가족 구성원인 청년이 위협받고 있던 경우에, 다른 가족구성원이 경찰에 세 차례나 출동을 요청하였음에도 불구하고 즉시 출동을 하지 않아 사살된 사건에서 행정청의 부작위로 인한 손해에 대하여 국가의 손해배상책임 인정(대판1971.4.6. 71다124).
- ④ (○) 경찰서 대용감방에 배치된 경찰관 등으로서는 감방 내의 상황을 잘 살펴 수감자들 사이에서 폭력행위 등이 일어나지 않도록 예방하고 나아가 폭력행위 등이 일어난 경우에는 이를 제지해야 할 의무가 있음에도 불구하고 이러한 주의의무를 게을리 하였다면 국가는 감방 내의 폭력행위로 인한 손해를 배상할 책임이 있다. (대판 1993.9.28. 93다17546)
- ⑤ (×) 유흥주점에 감금된 채 윤락을 강요받으며 생활하던 여종업원들이 유흥주점에 화재가 났을 때 미처 피신하지 못하고 유독가스에 질식해 사망한 사안에서, 지방자치단체의 담당 공무원이 위 유흥주점의 용도변경, 무허가 영업 및 시설기준에 위배된 개축에 대하여 시정명령 등 식품위생법상 취해야 할 조치를 게을리 한 직무상 의무위반행위와 위 종업원들의 사망 사이에 상당인과관계가 존재하지 않는다(대판 2008.4.10. 2005다48994).

[주의] 유흥주점에 감금된 채 윤락을 강요받으며 생활하던 여종업원들이 유흥주점에 화재가 났을 때 미처 피신하지 못하고 유독가스에 질식해 사망한 사안에서, 소방공무원이 위 유흥주점에 대하여 화재 발생 전 실시한 소방점검 등에서 구 소방법상 방염 규정 위반에 대한 시정조치 및 화재 발생시 대피에 장애가 되는 잠금장치의 제거 등 시정조치를 명하지 않은 직무상 의무 위반은 현저히 불합리한 경우에 해당하여 위법하고, 이러한 직무상 의무 위반과 위 사망의 결과 사이에 상당인과관계가 존재한다(대판 2008.4.10. 2005다48994).

답 ⑤

21

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

2018 소방간부

- ① 「지방자치법」 제22조, 「행정규제기본법」 제4조 제3항에 의하면 지방자치단체가 조례를 제정함에 있어 그 내용이 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙인 경우에는 법률의 위임이 있어야 하므로, 법률의 위임 없이 주민의 권리 제한 또는 의무부과에 관한 사항을 정한 조례는 효력이 없다.
- ② 지방자치단체는 널리 지방주민의 공공의 이익을 위한 사무를 그 고유사무로서 행할 수 있는 것인바, 기업체의 생산실적 사실증명에 관한 사무는 달리 법령상의 위임근거를 찾아볼 수 없으므로 이는 지방자치단체가 그 주민의 복지를 위한 고유사무 처리에 수반하여 하는 사실증명 업무라 할 것이다.
- ③ 지방자치단체의 자치권은 헌법상 보장을 받고 있으므로 비록 법령에 의하여 이를 제한하는 것이 가능하다고 하더라도 그 제한이 불합리하여 자치권의 본질을 훼손하는 정도에 이른다면, 이는 헌법에 위반된다고 보아야 할 것이다.
- ④ 조례에서 과세면제를 받고자 하는 자는 그 사실을 증명할 수 있는 서류를 갖추어 관할관청에 신청하여야 한다고 규정하고 있다면, 위의 면제신청에 관한 규정상 그 신청은 면제의 요건이라고 보아야 한다.
- ⑤ 지방자치단체의 장으로 하여금 지방자치 단체가 설립한 지방공기업 등의 대표에 대한 임명권의 행사에 앞서 지방의회의 인사청문회를 거치도록 한 조례안은 지방자치단체의 장의 임명권에 대한 견제나 제약에 해당하므로 법령에 위반된다.

해설

- ① (○) **법률의 위임 없이 지방자치단체가 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙에 해당하는 조례를 제정한 경우 무효** : 지방자치법 제22조, 제9조 제1항, 구 지방자치법(2007. 5. 11. 법률 제8423호로 전문 개정되기 전의 것) 제9조 제1항, 제15조, 행정규제기본법 제4조 제3항에 의하면 지방자치단체는 그 고유사무인 자치사무와 개별법령에 의하여 지방자치단체에 위임된 단체위임사무에 관하여 자치조례를 제정할 수 있지만 그 경우라도 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙은 법률의 위임이 있어야 하며, 기관위임사무에 관하여 제정되는 이른바 위임조례는 개별법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에 한하여 제정할 수 있으므로, 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙에 해당하는 조례를 제정할 경우에는 그 조례의 성질을 묻지 아니하고 법률의 위임이 있어야 하고 그러한 위임 없이 제정된 조례는 효력이 없다(대판 2007.12.13. 2006후52).
- ② (○) **기업체의 생산실적사실증명에 관한 사무는 고유사무(자치사무)** : 국가나 상급지방자치단체가 지방자치단체에게 사무를 위임하려면 반드시 법률

또는 법률의 위임을 받은 명령의 근거가 있어야 하고, 이러한 법령에 의한 위임사무를 제외하고는 지방자치단체는 널리 지방주민의 공공의 이익을 위한 사무를 그 고유사무로서 행할 수 있는 것인바 기업체의 생산실적사실증명에 관한 사무는 달리 법령상 위임근거를 찾을 수 없으므로 이는 지방자치단체가 그 주민복지를 위한 고유사무처리에 수반하여 하는 사실증명업무라 할 것이다(대판 1973.10.23. 73다1212).

- ③ (○) 지방자치단체의 자치권은 헌법상 보장을 받고 있으므로 비록 법령에 의하여 이를 제한하는 것이 가능하다고 하더라도 그 제한이 불합리하여 자치권의 본질을 훼손하는 정도에 이른다면 이는 헌법에 위반된다고 보아야 할 것이다(헌재 2002.10.31. 2002헌라2).
- ④ (×) **조례에 따른 과세면제신청은 면제의 요건이 아님** : 조례에서 과세면제를 받고자 하는 자는 그 사실을 증명할 수 있는 서류를 갖추어 관할관청에 신청하여야 한다고 규정하고 있다라도 위의 면제신청에 관한 규정은 면제처리의 편의를 위한 사무처리절차를 규정한 것에 불과한 것일 뿐 그 신청이 면제의 요건이라고 볼 수는 없다(대판 2003.6.27. 2001두10639).
- ⑤ (○) **지방자치단체장으로 하여금 지방공기업의 대표에 대한 임명권의 행사에 앞서 지방의회의 인사청문회를 거치도록 한 조례안은 지방자치단체장의 임명권에 대한 견제나 제약이므로 법령에 위반됨** : ㉠ 상위법령에서 지방자치단체의 장에게 기관구성원 임명·위촉권을 부여하면서도 임명·위촉권의 행사에 대한 지방의회의 동의를 받도록 하는 등의 견제나 제약을 규정하고 있거나 그러한 제약을 조례 등에서 할 수 있다고 규정하고 있지 아니하는 한 당해 법령에 의한 임명·위촉권은 지방자치단체의 장에게 전속적으로 부여된 것이라고 보아야 할 것이어서 하위법규인 조례로써는 지방자치단체의 장의 임명·위촉권을 제약할 수 없다 할 것이고 지방의회의 지방자치단체 사무에 대한 비판, 감시, 통제를 위한 행정사무감사 및 조사권의 행사의 일환으로 위와 같은 제약을 규정하는 조례를 제정할 수도 없다. ㉡ 지방자치단체의 장으로 하여금 지방자치단체가 설립한 지방공기업 등의 대표에 대한 임명권의 행사에 앞서 지방의회의 인사청문회를 거치도록 한 조례안은 지방자치단체의 장의 임명권에 대한 견제나 제약에 해당하므로 법령에 위반된다(대판 2004.7.22. 2003추44).

답 ④

22 행정절차상 공표제도에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

2018 소방간부

- ① 공표가 「행정절차법」 상 처분에 해당하지 않는다고 할지라도 공표대상자의 보호를 위해 사전에 의견진술의 기회를 부여하여야 한다.
- ② 공표를 규정하는 법률도 당연히 비례원칙 등에 반하지 않아야 하고 무죄추정의 원칙에 반하지 않아야 한다.
- ③ 표현의 자유는 헌법상 최대한 보장을 받아야 하지만, 그에 못지않게 개인의 명예나 사생활의 자유와 비밀 등 사적 법익도 보호되어야 할 것이다.
- ④ 신상공개제도는 청소년 성 매수자의 일반적 인격권과 사생활의 비밀의 자유가 제한되는 정도가 청소년 성 보호라는 공익적 요청에 비해 크다고 할 수 없다.
- ⑤ 위법한 공표의 구제수단에 관하여 공표 자체가 처분성이 인정되고 그 법적 효과의 취소를 상정할 수 있으므로 이를 취소소송으로 다룰 수 있다.

해설

- ① (○) 제재적 성격의 공표는 당사자에게 불리한 침익적 행위이므로 이를 사전에 통지하고 이유를 제시하여 당사자로 하여금 소명자료를 제출하고 의견을 진술할 기회를 부여할 필요가 있다. 「행정절차법」 제3조제1항에서는 법의 적용 범위를 처분, 신고, 행정상 입법예고, 행정예고 및 행정지도에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 행정절차법에서 정하는 바에 따른다고 규정하고 있어, 권력적 사실행위에 해당하는 공표는 처분성이 인정되지 않아 「행정절차법」이 적용되는지 명확하지 않으므로 개별법상 공표에 대한 사전절차를 규정할 필요가 있다.
- ② (○) 공표는 법률에 근거하여 행해져야 하고 개별법에 규정된 한계를 준수하여야 하며, 기본권 보호, 비례원칙 등 행정법의 일반원칙을 준수하여야 하며 무죄추정의 원칙에도 위배되지 않아야 한다..
- ③ (○) 민주주의 국가에서는 여론의 자유로운 형성과 전달에 의하여 다수의견을 집약시켜 민주적 정치질서를 생성·유지시켜 나가는 것이므로 표현의 자유, 특히 공익사항에 대한 표현의 자유는 중요한 헌법상의 권리로서 최대한 보장을 받아야 하지만, 그에 못지않게 개인의 명예나 사생활의 자유와 비밀 등 사적 법익도 보호되어야 할 것이므로, 인격권으로서의 개인의 명예의 보호와 표현의 자유의 보장이라는 두 법익이 충돌하였을 때 그 조정을 어떻게 할 것인지는 구체적인 경우에 사회적인 여러 가지 이익을 비교하여 표현의 자유로 얻어지는 이익, 가치와 인격권의 보호에 의하여 달성되는 가치를衡量하여 그 규제의 폭과 방법을 정하여야 한다(대판 1998.7.14. 96다17257).
- ④ (○) 소년 성매수 범죄자들이 자신의 신상과 범죄사실이 공개됨으로써 수치심을 느끼고 명예가 훼손된다고 해도 그 보장정도에 있어서 일반인과는 차이를 둘 수밖에 없어, 그들의 인격권과 사생활의 비밀의 자유도 그것이 본질적인 부분이 아닌 한 넓게 제한될 여지가 있다. 그렇다면 청소년 성매수자의 일반적 인격권과 사생활의 비밀의 자유가 제한되는 정도가 청소년 성보호라는 공익적 요청에 비해 크다고 할 수 없으므로 결국 법 20조 2항 1호의 신상공개는 해당 범죄인들의 일반적 인격권, 사생활의 비밀의 자유를 과잉금지 원칙에 위배하여 침해한 것이라 할 수 없다.(헌재결 2003.6.26. 2002헌가14)
- ⑤ (×) 공표는 비권력적 사실행위로서 처분성을 부정하는 것이 다수설이며, 공표의 처분성을 인정한다 해도 이미 발표한 내용을 취소하는 것은 협의의 소익이 없는 경우가 대부분이다.

• 위법한 공표에 대한 행정소송 여부

처분성	㉠ 비권력적 사실행위로 보는 견해 : ㉡ 비권력적 사실행위이기 때문에 처분성이 인정되지 않는다는 견해, ㉢ 비권력적 사실행위이지만 다른 적절한 구제수단이 없는 경우에는 공표행위라도 공권력의 행사에 준하는 작용으로 보아 처분성을 인정하자는 견해(김동희)가 있다. ㉣ 권력적 사실행위로 보는 견해 : ㉤ 실체법상 처분개념설에 입각하여 공표는 권력적 사실행위로서 수인의무가 포함된 합성행위이므로 행정쟁송법상 처분개념을 인정할 수 있다는 견해, ㉥ 쟁송법상 처분개념설에 입각하여 공표는 '그 밖에 이에 준하는 행정작용'에 포함되는 것으로 공표 그 자체로 국민의 권리·의무에 영향을 미치기 때문에 처분성이 긍정된다는 견해
협의의 소익	명단이 이미 공표된 경우라도 명단공표가 계속 중인 경우 등 공표행위 자체가 지속 중인 경우에는 협의의 소의 이익이 인정되며 이 경우 집행정지의 실익이 있다. 한편, 공표행위가 이미 종료된 경우에는 협의의 소의 이익이 없을 것이라는 견해와, 공표행위가 종료되었다 할지라도 공표가 위법한 경우 그에 대한 결과제거청구로서 정정공고 등 행정정정에 원상회복을 구할 수 있으므로 그에 대한 협의의 소익을 긍정해야 한다는 견해가 대립.

답 ⑤

23 행정심판 재결의 효력에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

2018 소방간부

- ① 변경재결이 있으면 원처분이 변경재결로 변경되어 존재하는 것이 된다.
- ② 심판청구를 인용하는 재결은 피청구인과 그 밖의 관계행정청을 기속한다.
- ③ 거부처분에 대한 취소심판청구를 인용하는 재결이 있는 경우라도 행정청이 재처분의 의무를 부담하는 것은 아니다.
- ④ 기속력의 객관적 범위는 재결의 주문 및 재결이유 중 그 전제가 된 요건사실의 인정과 처분의 효력판단에 한정된다.
- ⑤ 신청에 따른 처분이 절차의 위법 또는 부당을 이유로 재결로써 취소된 경우 적법한 절차에 따라 신청에 따른 처분을 하거나 신청을 기각하는 처분을 하여야 한다.

해설

- ① (○) 처분변경재결, 처분변경명령재결의 '변경'의 의미는 일부취소가 아니라 적극적 변경, 즉 원처분에 갈음하는 다른 처분으로의 변경을 의미한다. (헌재 2007. 12. 13. 2007헌마103)
- ② (○) ③ (×) 제49조(재결의 기속력 등) ① 심판청구를 인용하는 재결은 피청구인과 그 밖의 관계 행정청을 기속(羈束)한다. ② 재결에 의하여 취소되거나 무효 또는 부존재로 확인되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 한 행정청은 재결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다.
- ④ (○) 재결의 기속력은 재결의 주문 및 그 전제가 된 요건사실의 인정과 판단, 즉 처분 등의 구체적 위법사유에 관한 판단에만 미친다고 할 것이고, 종전 처분이 재결에 의하여 취소되었다 하더라도 종전 처분 시와는 다른 사유를 들어서 처분을 하는 것은 기속력에 저촉되지 않는다고 할 것이며, 여기에서 동일 사유인지 다른 사유인지는 종전 처분에 관하여 위법한 것으로 재결에서 판단된 사유와 기본적 사실관계에 있어 동일성이 인정되는 사유인지 여부에 따라 판단되어야 한다(대판 2005.12.9. 2003두7705).
- ⑤ (○) 동법 제49조(재결의 기속력 등) ② 재결에 의하여 취소되거나 무효 또는 부존재로 확인되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 한 행정청은 재결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다. ④ 신청에 따른 처분이 절차의 위법 또는 부당을 이유로 재결로써 취소된 경우에는 제2항을 준용한다(⇒ 적법한 절차를 거쳐 신청에 따른 처분을 하거나 신청을 기각하는 처분 가능).

답 ③

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

2018 소방간부

- ① 개정 「게임산업진흥에 관한 법률」 부칙 제2조 제2항은 이 법이 일반게임제공업의 경우 허가제를 도입하면서 기존의 영업자에 대하여 적절한 유예기간을 부여함으로써 일반게임제공업자인 청구인들의 신뢰이익을 충분히 고려하고 있으므로, 위 조항이 과잉금지의 원칙에 위반하여 청구인들의 기본권을 침해하는 것이라고 볼 수 없다.
- ② 동사무소 직원이 행정상 착오로 국적 이탈을 사유로 주민등록을 말소한 것을 신뢰하여 만 18세가 될 때까지 별도로 국적이탈신고를 하지 않았던 사람이 만 18세가 넘은 후 동사무소의 주민등록 직권 재등록 사실을 알고 국적이탈신고를 하자 '병역을 필하였거나 면제받았다는 증명서가 첨부되지 않았다'는 이유로 이를 반려한 처분은 신뢰보호의 원칙에 반하여 위법하다고 할 수 없다.
- ③ 시의 도시계획국장과 도시계획국장이 도시계획사업의 준공과 동시에 사업 부지에 편입한 토지에 대한 완충녹지 지정을 해제함과 아울러 당초의 토지 소유자들에게 환매하겠다는 약속을 했음에도 이를 믿고 토지를 협의매매한 토지 소유자의 완충녹지지정해제신청을 거부한 것은, 행정상 신뢰보호의 원칙을 위반 하거나 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이라고 할 수 있다.
- ④ 국가나 국가로부터 국유재산의 관리·처분에 관한 사무를 위탁받은 자가 국유 재산의 무단 점유·사용을 장기간 방치한 후에 한 변상금 부과처분은 신뢰보호의 원칙에 반하지 않는다.
- ⑤ 행정청이 약제에 대한 요양급여대상 삭제 처분의 근거 법령으로 삼은 구 「국민 건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙」 제13조 제4항 제6호는 헌법상 소급입법금지의 원칙 내지 신뢰보호의 원칙에 위배되지 않는다.

해설

- ① (○) 현재 2009.4.30. 2007헌마103
- ② (×) 동사무소 직원이 행정상 착오로 국적이탈을 사유로 주민등록을 말소한 것을 신뢰하여 만 18세가 될 때까지 별도로 국적이탈신고를 하지 않았던 사람이, 만 18세가 넘은 후 동사무소의 주민등록 직권 재등록 사실을 알고 국적이탈신고를 하자 '병역을 필하였거나 면제받았다는 증명서가 첨부되지 않았다'는 이유로 이를 반려한 처분은 신뢰보호의 원칙에 반하여 위법하다(대판 2008.1.17. 2006두10931)
- ③ (○) 대판 2008.10.9. 2008두6127
- ④ (○) 대판 2008.5.15. 2005두11463
- ⑤ (○) 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. 행정청이 약제에 대한 요양급여대상 삭제 처분의 근거 법령으로 삼은 구 국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙(2007. 7. 25. 보건복지부령 제408호로 개정되기 전의 것) 제13조 제4항 제6호가 헌법상 금지되는 소급입법에 해당한다고 볼 수 없고, 개정 전 법령의 존속에 대한 계약회사의 신뢰가 공익상의 요구와 비교·형량하여 더 보호가치 있는 신뢰라고 할 수 없어 경과규정을 두지 않았다고 하여 신뢰보호의 원칙에 위배된다고 볼 수도 없다.(대판 2009.7.25. 2008두8918)

답 ②

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

2018 소방간부

- ① 시간적·장소적으로 근접하지 않은 다른 지역에서 그 집회·시위에 참가하기 위하여 출발 또는 이동하는 행위를 함부로 제지하는 것은 「경찰관 직무집행법」 상의 행정상 즉시강제인 경찰관의 제지 범위 내이므로 허용될 수 있다.
- ② 「경찰관 직무집행법」 제4조 제1항 제1호 에서 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 해석하여야 한다.
- ③ 경찰관의 제지조치가 적법한지 여부는 제지조치 당시의 구체적 상황을 기초로 판단하여야 하고 사후적으로 순수한 객관적 기준에서 판단할 것은 아니다.
- ④ 「경찰관 직무집행법」 제4조 제1항에 따른 보호조치 요건이 갖추어지지 않았음에도 경찰관이 범죄수사를 목적으로 피의자에 해당하는 사람을 위 조항의 피구호자로 삼아 의사에 반하여 경찰관서에 데려간 경우, 위법한 체포에 해당한다.
- ⑤ 경찰관은 「경찰관 직무집행법」 제3조 제1항에 규정된 대상자에게 질문을 하기 위하여 범행의 경중, 범행과의 관련성, 상황의 긴박성, 혐의의 정도, 질문의 필요성 등에 비추어 목적 달성에 필요한 최소한의 범위 내에서 사회통념상 용인될 수 있는 상당한 방법으로 대상자를 정지시킬 수 있고, 질문에 수반하여 흥기의 소지 여부도 조사할 수 있다.

해설

- ① (×) 비록 장차 특정 지역에서 구 집회 및 시위에 관한 법률에 의하여 금지되어 그 주최 또는 참가 행위가 형사처벌의 대상이 되는 위법한 집회·시위가 개최될 것이 예상된다고 하더라도, 이와 시간적·장소적으로 근접하지 않은 다른 지역에서 그 집회·시위에 참가하기 위하여 출발 또는 이동하는 행위를 함부로 제지하는 것은 경찰관직무집행법 제6조 제1항에 의한 행정상 즉시강제인 경찰관의 제지의 범위를 명백히 넘어서는 것이어서 허용될 수 없으므로, 이러한 제지 행위는 공무원집행법 제6조의 보호대상이 되는 공무원의 적법한 직무집행에 포함될 수 없다. 따라서 이러한 제지 행위는 공무원집행법 제6조의 보호대상이 되는 공무원의 적법한 직무집행이 아니다. (대판 2008.11.13. 2007도 9794). ⇨ 집회·시위에 참가하기 위하여 출발하려고 하는 행위를 제지한 경찰관의 행위가 집회·시위 예정시간으로부터 약 5시간 30분 전에 그 예정장소로부터 약 150km 떨어진 곳에서 이루어진 것이라고 하더라도 경찰관직무집행법 제6조 제1항에 근거한 적법한 직무집행에 해당한다고 판단한 원심을 파기환송한 사례.
- ② (○) 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 해석하여야 한다. (대판 2012.12.13. 2012도11162).
- ③ (○) 경찰관직무집행법 제6조 제1항에 따른 경찰관의 제지 조치가 적법한 직무집행으로 평가될 수 있기 위한 요건 및 그 제지 조치가 적법한지 판단하는 기준 : 경찰관직무집행법 제6조 제1항에 따른 경찰관의 제지 조치가 적법한 직무집행으로 평가될 수 있기 위해서는, 형사처벌의 대상이 되는 행위가 눈앞에서 막 이루어지려고 하는 것이 객관적으로 인정될 수 있는 상황이고, 그 행위를 당장 제지하지 않으면 곧 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 상황이어서, 직접 제지하는 방법 외에는 위와 같은 결과를 막을 수 없는 절박한 사태이어야 한다. 다만, 경찰관의 제지 조치가 적법한지 여부는 제지조치 당시의 구체적 상황을 기초로 판단하여야 하고 사후적으로 순수한 객관적 기준에서 판단할 것은 아니다. (대판 2013.6.13. 2012도9937)
- ④ (○) 경찰관직무집행법 제4조 제1항 제1호(이하 '이 사건 조항'이라 한다)의 보호조치 요건이 갖추어지지 않았음에도, 경찰관이 실제로는 범죄수사를 목적으로 피의자에 해당하는 사람을 이 사건 조항의 피구호자로 삼아 그의 의사에 반하여 경찰관서에 데려간 행위는, 달리 현행법체포나 임의동행 등의 적법 요건을 갖추었다고 볼 사정이 없다면, 위법한 체포에 해당한다고 보아야 한다. (대판 2012.12.13. 2012도11162).
- ⑤ (○) 경찰관이 법 제3조 제1항에 규정된 대상자(이하 '불심검문 대상자'라 한다) 해당 여부를 판단할 때에는 불심검문 당시의 구체적 상황은 물론 사전에 얻은 정보나 전문적 지식 등에 기초하여 불심검문 대상자인지를 객관적·합리적인 기준에 따라 판단하여야 하나, 반드시 불심검문 대상자에게 형사소송법상 체포나 구속에 이를 정도의 혐의가 있을 것을 요한다고 할 수는 없다. 그리고 경찰관은 불심검문 대상자에게 질문을 하기 위하여 범행의 경중, 범행과의 관련성, 상황의 긴박성, 혐의의 정도, 질문의 필요성 등에 비추어 목적 달성에 필요한 최소한의 범위 내에서 사회통념상 용인될 수 있는 상당한 방법으로 대상자를 정지시킬 수 있고 질문에 수반하여 흥기의 소지 여부도 조사할 수 있다. (대판 2014.2.27. 2011도13999)

답 ①