

2020년 해양경찰승진(경정) - 행정법

해설 : 이승철

01 다음의 통치행위에 대한 설명 중 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 따름)

2020 해경승진

- ① 헌법 상 통치행위 자체에 대한 직접적인 명문규정이 있다.
- ② 통치행위의 주체에는 대통령 등 행정부뿐만 아니라 국회 및 법원의 통치행위도 인정하는 것이 일반적이다.
- ③ 국회 및 지방의회 의원에 대한 제명 등 징계의결처분에 대해서는 법원에 제소할 수 없다.
- ④ 대통령의 긴급재정·경제명령은 국가긴급권의 일종으로서 고도의 정치적 결단에 의하여 발동되는 행위이고 그 결단을 존중하여야 할 필요성이 있는 행위라는 의미에서 통치행위에 해당하나, 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련이 있는 경우에는 사법심사의 대상이 된다.

해설

① (×) 헌법 상 통치행위 자체에 대한 직접적인 명문규정은 없고, 국회의원의 징계·제명·자격심사에 대해 명시적으로 법원 제소 금지 규정(헌법 64조 4항)을 두고 있어 이를 통치행위로 해석한다.

• 헌법 제64조

- ② 국회는 의원의 자격을 심사하며, 의원을 징계할 수 있다.
- ③ 의원을 제명하려면 국회재적의원 3분의 2 이상의 찬성이 있어야 한다.
- ④ 제2항과 제3항의 처분에 대하여는 법원에 제소할 수 없다.

② (×) 통치행위는 정부(대통령·내각)에 의해 이루어지는 것이 일반적이나 국회도 가능하다. 다만, 사법부에 의한 통치행위는 예상하기 어렵다. 사법부의 작용인 판단작용은 판결로써 통치행위의 여부를 판단하는 것이며 판단 그 자체는 사법작용일 뿐이므로 통치행위라고 할 수 없기 때문이다.

③ (×) 국회의원에 대한 징계의결처분은 법원에 제소할 수 없으나 지방의회의원에 대한 징계의결은 행정처분의 일종으로 행정소송의 대상이 된다. • 지방자치법 78조 내지 81조의 규정에 의거한 지방의회의 의원징계의결은 그로 인해 의원의 권리에 직접 법률효과를 미치는 행정처분의 일종으로서 행정소송의 대상이 된다(대판 1993.11.26. 93누7341).

④ (○) 대통령의 긴급재정·경제명령은 국가긴급권의 일종으로서 고도의 정치적 결단에 의하여 발동되는 행위이고 그 결단을 존중해야 할 필요성이 있는 행위라는 의미에서 통치행위에 속한다고 할 수 있으나, 통치행위를 포함하여 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 한계를 반드시 지켜야 하는 것이고, 헌법재판소는 헌법의 수호와 국민의 기본권 보장을 사명으로 하는 국가기관이므로 비록 고도의 정치적 결단에 의하여 행해지는 국가작용이라고 할지라도 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 된다(헌법재판소 1996.2.29. 93헌마186).

답 ④

02 행정법의 법원에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 따름)

2020 해경승진

- ① 「헌법」에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 동일한 효력을 갖는다.
- ② 사인(私人)은 반덤핑부과처분이 세계무역기구(WTO) 협정위반이라는 이유로 직접 국내법원에 회원국 정부를 상대로 그 처분의 취소를 구하는 소를 제기할 수 있다.
- ③ 헌법재판소는 「신행정수도의 건설을 위한 특별조치법」의 위헌확인사건에서 관습헌법은 성문헌법과 같은 헌법개정절차를 통해서 개정될 수 있다고 판시하였다.
- ④ 대법원은 ‘남북 사이의 화해와 불가침 및 교류협력에 관한 합의서’를 국가 간의 조약으로 볼 수 없어 국내법적 효력이 없다고 판시하고 있다.

해설

① (○) 헌법 제6조 1항

② (×) 국제법규가 사인에게 직접 효력을 미치는지 여부 : 반덤핑부과처분이 WTO협정 위반이란 이유만으로 사인이 직접 국내법원에 회원국 정부를 상대로 처분의 취소를 구하는 소 제기하거나 협정 위반을 처분의 독립된 취소사유로 주장할 수 없음(WTO 분쟁해결기구에서 해결해야 함) : 우리나라가 1994.12.16. 국회의 비준동의를 얻어 1995.1.1. 발효된 「1994년 국제무역기구 설립을 위한 마라케쉬협정」(Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, WTO 협정)의 일부인 「1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정」(General Agreement on Tariffs and Trade, GATT 1994) 6조의 이행에 관한 협정은 국가와 국가 사이의 권리·의무관계를 설정하는 국제협정으로, 그 내용 및 성질에 비추어 이와 관련한 법적 분쟁은 WTO 분쟁해결기구에서 해결하는 것이 원칙이고, 사인에 대하여는 위 협정의 직접 효력이 미치지 않는다고 보아야 하므로, 위 협정에 따른 회원국 정부의 반덤핑부과처분이 WTO 협정위반이라는 이유만으로 사인이 직접 국내법원에 회원국 정부를 상대로 그 처분의 취소를 구하는 소를 제기하거나 위 협정위반을 처분의 독립된 취소사유로 주장할 수는 없다(대판 2009.1.30. 2008두17936).

③ (○) 관습헌법은 성문헌법과 동일한 효력을 가지며, '우리나라의 수도가 서울인 점'에 대한 관습헌법을 폐지하려면 헌법개정 필요 : ㉠ 헌법사항에 관하여 형성되는 관행 내지 관례가 전부 관습헌법이 되는 것은 아니고 강제력이 있는 헌법규범으로서 인정되려면 엄격한 요건들이 충족되어야만 하며, 이러한 요건이 충족된 관습만이 관습헌법으로서 성문의 헌법과 동일한 법적 효력을 가진다. 헌법 1조 2항은 '대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다.'고 규정한다. 이와 같이 국민이 대한민국의 주권자이며, 국민은 최고의 헌법제정권력이기 때문에 성문헌법의 제·개정에 참여할 뿐만 아니라 헌법전에 포함되지 아니한 헌법사항을 필요에 따라 관습의 형태로 직접 형성할 수 있다. 그렇다면 관습헌법도 성문헌법과 마찬가지로 주권자인 국민의 헌법적 결단의 의사의 표현이며 성문헌법과 동등한 효력을 가진다고 보아야 한다. ㉡ 우리나라 수도가 서울이라는 관습헌법을 폐지하려면 헌법이 정한 절차에 따른 헌법개정이 필요하다. 이 경우 성문 조항과 다른 것은 성문의 수도조항이 존재한다면 이를 삭제하는 개정이 필요하지만 관습헌법은 이에 반하는 내용의 새로운 수도설정조항을 헌법에 넣는 것으로 그 폐지가 이루어지는 점이다. 다만 헌법규범으로 정립된 관습이라도 세월의 흐름과 헌법적 상황의 변화에 따라 이에 대한 침범이 발생하고 나아가 그 위반이 일반화되어 그 법적 효력에 대한 국민적 합의가 상실되기에 이른 경우에는 관습헌법은 자연히 사멸한다. 이와 같은 사멸을 인정하려면 국민에 대한 중한적 의사의 확인으로서 국민투표 등 모두가 신뢰할 수 있는 방법이 고려될 여지도 있다. 그러나 이 사건의 경우에 이러한 사멸의 사정은 확인되지 않는다. 따라서 우리나라의 수도가 서울인 것은 우리 헌법상 관습헌법으로 정립된 사항이며 여기에는 아무런 사정의 변화도 없으므로 이를 폐지하려면 헌법개정 절차가 필요하다.(헌재결 2004.10.21. 2004헌마554.566).

④ (○) 남북 사이의 화해와 불가침 및 교류협력에 관한 합의서는 법적 구속력이 없고 국가간 조약으로 볼 수 없으며 국내법과 동일한 효력이 인정 안됨 : 남북 사이의 화해와 불가침 및 교류협력에 관한 합의서는 남북관계가 나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계임을 전제로, 조국의 평화적 통일을 이룰 공동의 정치적 책무를 지는 남북한 당국이 특수관계인 남북관계에 관해 채택한 합의문서로서, 남북한 당국이 각기 정치적 책임을 지고 상호 성의 있는 이행을 약속한 것이지만 법적 구속력이 없으므로 국가 간 조약이나 이에 준하는 것으로 볼 수 없고, 국내법과 동일한 효력이 인정되지 않는다(대판 1999.7.23. 98두14525).

답 ②

03 개인적 공권에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

2020 해경승진

- ① 무하자재량행사청구권은 재량규범에서만 인정되고 기속규범에서는 인정되지 않는다.
- ② 무하자재량행사청구권은 위법한 처분의 배제를 구하는 절차법적 권리이다.
- ③ 반사적 이익의 공권화 경향에 따라 행정개입청구권의 성립요건이 강화되고 있다.
- ④ 제3자와 소권(訴權)의 포기에 관한 계약을 체결하더라도 그 계약은 무효이다.

해설

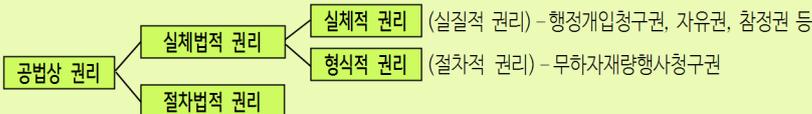
② (×) 무하자 재량행사청구권은 단순히 위법한 처분을 배제하는 소극적·방어적 권리에서 그치는 것이 아니라 행정청에 대하여 적법한 재량처분을 할 것을 요구하는 적극적 권리성을 지닌다. 또한, 특정한 처분을 구하는 실체적 권리가 아니고, 재량권의 법적 한계를 준수하면서 어떠한 처분을 할 것을 구하는 권리라는 의미에서 형식적 권리(formelle anspruch)또는 절차적 권리라 표현한다.

• 무하자재량권의 성질

형식적 공권설 (다수설)	절차적 권리는 통상 행정절차 또는 소송절차상의 권리를 의미하고, 무하자재량행사청구권은 재량결정절차에 관한 권리가 아니라 재량결정의 내용에 관한 문제이므로 절차적 권리로 보는 것은 타당하지 않다고 한다. 다만, 무하자재량행사청구권이 특정처분(실체적 내용)을 청구할 수 없다는 의미에서 형식적 권리(formelle anspruch)라고 표현.
절차적 공권설	형식적 권리라는 용어는 무하자재량행사청구권을 권리가 아닌 것으로 오해시킬 우려가 있고, 무하자재량행사청구권은 다만, 중국처분의 형성과정에 있어 재량권의 법적 한계를 준수하면서 어떠한 처분을 구할 수 있을 따름이라는 점에서 절차적 청구권이라는 견해

두 학설은 특정 처분을 구하는 실체적 공권이 아니고, 하자없는 재량권 행사를 통해 어떠한 처분을 할 것을 구하는 제한적인 공권으로 보는 점은 같으며 명칭에 대한 견해가 다를 뿐이다. 절차적 공권설은 '절차적 권리'라는 표현을 쓰며 '절차법적 권리'라 표현하지는 않는다. 형식적 공권설은 '절차적 권리'가 '절차법적 권리'로 해석될 수 있다고 보고 '형식적 권리'라 표현한다.

②번 지문은 2009년 국가직 9급 기출문제 중 틀린 지문으로 출제된 '무하자재량행사청구권은 위법한 처분의 배제를 구하는 실체적 권리이다.'라는 내용을 발췌해 '절차법적 권리'로 수정하여 만든 것으로 보인다. '위법한 처분의 배제를 구하는' 부분도 틀리고, '절차법적 권리'는 행정절차법·행정심판법·행정소송법 등 절차법에 의해 인정되는 권리인 점에는 ②는 틀린 지문으로 보아야 한다.



실체법적 권리	실체법에 의해 인정되는 권리 * 실체법: 권리·의무의 실제, 즉 권리·의무의 발생·변경·소멸·성질·내용 및 범위 등을 규율하는 법(헌법·행정법·형법·민법·상법 등)
절차법적 권리	절차법(행정절차법·행정심판법·행정소송법)에 의해 인정되는 권리 * 절차법: 권리·의무를 실현하는 절차, 즉 권리 또는 의무의 행사·보전·이행·강제 등을 규율하는 법(민사소송법·형사소송법·행정소송법·행정심판법·행정절차법·가사소송법·파산법·민사집행법 등)
행정절차법	① 처분에 대한 신속처리요청권(19조 4항), ② 청문권(22조), ③ 처분문서교부청구권(24조 1항), ④ 문서열람복사청구권(37조), ⑤ 청문조서 열람·확인 및 정정요구권(34조 2항), ⑥ 처분기준해명청구권(처분기준해석·설명요청권)(20조 3항), ⑦ 행정지도서면교부청구권(49조 2항)
행정심판법	① 위원과 직원에 대한 기피신청권(7조 2항), ② 구술심리신청권(26조 2항 단서), ③ 보충서면제출권(25조 1항), ④ 물적 증거 제출권(27조), ⑤ 증거조사신청권(28조)
행정소송법	① 관련청구소송의 이송 및 병합신청권(10조), ② 피고경정신청권(14조), ③ 제3자의 소송참가신청권(16조), ④ 소의 변경신청권(21조), ⑤ 처분변경으로 인한 소의 변경신청권(22조), ⑥ 집행정지신청권(23조 2항), ⑦ 행정심판기록제출명령신청권(25조)

③ (×) 공권의 성립요건으로서 '사익보호성'과 관련하여 반사적 이익이 개인적 공권으로 확대되면서 행정개입청구권의 성립요건이 완화되고 있다.

④ (○) 소권은 공권이므로 포기할 수 없다.

㉠ 원래 소권은 사인의 국가에 대한 공권이므로 당사자의 합의로서 국가에 대한 공권은 포기할 수 없는 것이며, 이 법리는 민사소송에 있어서와 같이 행정소송에 있어서도 동일하다고 할 것이다(대판 1961.11.2. 4293행상60, 대판 1995.9.15. 94누4455)

㉡ 지방자치단체장이 도매시장법인의 대표이사에 대하여 위 지방자치단체장이 개설한 농수산물도매시장의 도매시장법인으로 다시 지정함에 있어서 그 지정조건 2호로 '지정기간 중이라도 개설자가 농수산물 유통정책의 방침에 따라 도매시장법인 이전 및 지정취소 또는 폐쇄 지시에도 일체 소송이나 손실보상을 청구할 수 없다.'라는 부관을 붙였으나, 그 중 부제소통약에 관한 부분은 당사자가 임의로 처분할 수 없는 공법상의 권리관계를 대상으로 하여 사인의 국가에 대한 공권인 소권을 당사자의 합의로 포기하는 것으로서 허용될 수 없다(대판 1998.8.21. 98두8919).

* 정답 여부 : 출제기관측 정답은 ③이지만 위 해설의 사유로 ②도 답으로 본다.

답 ②③

[관련기출] 개인적 공권에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

2009 국가9급

- ① 개인적 공권은 공익적 성질을 가지므로 임의로 포기할 수 없는 것이 원칙이다.
- ② 개인적 공권은 일반적으로 일신전속적 성질을 가지므로 대행이나 위임이 제한되는 경우가 많다.
- ③ 무하자재량행사청구권은 기속규범에서는 인정되지 않고 재량규범에서 인정된다.
- ④ 무하자재량행사청구권은 위법한 처분의 배제를 구하는 실체적 권리이다.

답 ④

04 공법상 계약에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 따름)

2020 해경승진

- ① 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 따른 토지 등의 협의취득은 공법상 계약에 해당하지 않는 사법상 계약의 성질을 갖는다.
- ② 위법한 공법상 계약은 무효이므로 공법상 계약에는 원칙적으로 공정력이 인정되지 않는다.
- ③ 구 「사회간접자본시설에 대한 민간투자법」 상 민간투자에 관한 협약은 공법상 계약이라고 할 수 있을지라도 사업시행자 지정행위는 행정처분이다.
- ④ 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에 따른 입찰절차에서의 낙찰자의 결정은 「행정소송법」상 처분에 해당한다.

해설

- ① (○) 공익사업을 위한 토지 등의 취득시 사인인 사업시행자가 공무수탁사인 지위에서 소유자와 체결한 매매계약은 공법상 계약이라는 것이 다수설이지만 판례는 사법상 계약으로 본다.
(구)공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법에 따른 토지 등의 협의취득은 공공사업에 필요한 토지 등을 그 소유자와의 협의에 의하여 취득하는 것으로서 공공기관이 사경제주체로서 행하는 사법상 매매 내지 사법상 계약의 실질을 가지는 것이지 행정청이 공권력의 주체로서 상대방의 의사 여하에 불구하고 일방적으로 행하는 행정처분이라 볼 수 없는 것이고, 위 협의취득에 기한 손실보상금의 환수통보 역시 사법상의 이행청구에 해당하는 것으로서 이를 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다(대판 2010.11.11. 2010두14367).
- ② (○) 공법상 계약은 비권력적 공법행위이기 때문에 공정력, 자력집행력이 인정되지 않는다. 따라서 공법상 계약에 하자가 있는 경우 행정행위가 아니므로 공정력이 인정되지 않아 취소할 수 없고 무효가 된다.
- ③ (○) 선행처분인 서울-춘천 간 고속도로 민간투자시설사업의 사업시행자 지정처분의 무효를 이유로 그 후행처분인 도로구역결정처분의 취소를 구하는 소송에서, 민간투자에 관한 협약을 공법상 계약으로 보면서 선행처분인 사업시행자 지정처분을 무효로 할 만큼 중대하고 명백한 하자가 없다고 판시하였다(대판 2009.4.23. 2007두 13159). ⇨ 「사회기반시설에 대한 민간투자법」 상 민간투자에 관한 협약은 공법상 계약이라고 할 수 있을지라도 민간투자사업의 사업시행자 지정행위는 공법상 계약이 아니라 행정처분에 해당한다.
- ④ (×) 구 지방재정법 제63조에 의하여 준용되는 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률에 따라 지방자치단체가 시행한 입찰절차에서의 낙찰자 결정의 법적 성질은 계약의 편무예약 : 구 지방재정법(2005. 8. 4. 법률 제7663호로 전문 개정되기 전의 것) 제63조가 준용하는 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제11조는 지방자치단체가 당사자로서 계약을 체결하고자 할 때에는 계약서를 작성하여야 하고 그 경우 담당공무원과 계약당사자가 계약서에 기명날인 또는 서명함으로써 계약이 확정된다고 규정함으로써, 지방자치단체가 당사자가 되는 계약의 체결은 계약서의 작성을 성립요건으로 하는 요식행위로 정하고 있으므로, 이 경우 낙찰자의 결정으로 바로 계약이 성립된다고 볼 수는 없어 낙찰자는 지방자치단체에 대하여 계약을 체결하여 줄 것을 청구할 수 있는 권리를 갖는 데 그치고, 이러한 점에서 위 법률에 따른 낙찰자 결정의 법적 성질은 입찰과 낙찰행위가 있을 후에 더 나아가 본계약을 따로 체결한다는 취지로서 계약의 편무예약에 해당한다(대판 2006.6.29. 2005다41603)

답 ④

05 다음 중 행정주체에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 따름)

2020 해경승진

- ① 지방자치단체는 행정주체이지 행정권 발동의 상대방인 행정객체는 될 수 없다.
- ② 서울대학교와 서울대학교병원은 영조물법인으로 모두 행정주체로서 인정되나, 부산대학교와 부산대학교병원은 모두 행정주체로 인정되지 않는다.
- ③ 공무수탁사인은 수탁받은 공무를 수행하는 범위 내에서 행정주체이고, 「행정절차법」이나 「행정소송법」에서는 행정정이다.
- ④ 「도시 및 주거환경정비법」 상 주택재건축정비사업조합은 공법인으로서 목적 범위 내에서 법령이 정하는 바에 따라 일정한 행정작용을 행하는 행정주체의 지위를 갖는다.

해설

- ① (×) 국가는 행정객체가 될 수 없지만, 지방자치단체를 포함한 공공단체는 국가나 타 공공단체에 대한 관계에서는 행정객체가 될 수 있다(예 지방자치단체의 국세 납부의무).
- ② (○) 법률로 법인화된 경우 외의 국립대학교·국립대학교병원은 영조물이며, 영조물법인이 아니다(행정주체가 아님). 국립병원·국립대학교 중 ㉠ 국립중앙의료원·서울대학교병원·국립대학병원·적십자병원, ㉡ 서울대학교, 인천대학교, 국립울산과학기술대학교는 법률로 법인화되어 영조물법인이므로 행정주체가 될 수 있다.
- ③ (○) 공무수탁사인은 수탁받은 공무를 수행하는 범위 내에서 행정주체이고, 공무수탁사인의 행정주체성을 인정하는 다수의 견해에 의하면 공무수탁사인이 행정작용을 함에 있어서도 지방자치단체 이외의 공공단체와 마찬가지로 공무수탁사인 자체가 '행정주체'이면서 '행정청'의 지위를 함께 갖는다. 따라서 공무수탁사인은 항고소송뿐만 아니라 당사자소송에서도 피고가 될 수 있다.
- ④ (○) 도시 및 주거환경정비법에 따른 주택재건축정비사업조합은 관할 행정청의 감독 아래 위 법상의 주택재건축사업을 시행하는 공법인(위 법 제18조)으로서, 그 목적 범위 내에서 법령이 정하는 바에 따라 일정한 행정작용을 행하는 행정주체의 지위를 갖는다(대판 2009.9.17. 2007다2428).

답 ①

✦ 행정주체의 유형			
국가	시원적 행정주체. 행정객체는 될 수 없음.		향고소송의 경우 국가나 지방자치단체의 행정기관인 행정청(처분청)이 피고
지방자치단체	보통지방자치단체	광역자치단체 특별시·광역시·도·특별자치도·특별자치시 기초자치단체 시·군·자치구 * 행정시(제주시·서귀포시)와 자치구가 아닌 구(인구50만 이상 시에 설치 가능. 예) 성남시 수정구, 전주시 완산구)는 지방자치단체가 아님	
	특별지방자치단체	지방자치단체조합, 지방공기업조합	
공공단체	공공조합(공법상 사단법인)	① 공공조합과 조합연합회 : ㉠ 농지개량조합(공법인이므로 헌법소원청구인적격 없음. 현재는 한국농어촌공사 → 영조물법인), ㉡ 도시재개발법에 의한 재개발조합(현재는 도시 및 주거환경정비법상 정비사업조합), ㉢ 토지구획정리조합(현재는 도시개발법상 도시개발조합), ㉣ 농업협동조합·수산업협동조합·산림조합·임업협동조합, 의료보험조합·중소기업협동조합·해운조합·건설공제조합·업연초생산조합·인삼협동조합 ② 직능단체(이익단체, 이익집단, 압력단체) : 대한변호사협회, 대한의사협회, 대한약사회, 한국공인회계사회, 대한민국재향군인회, 대한교육연합회, 대한상공회의소, 건축사회, 관세사협회 ③ 국민건강보험공단	
	공재단(공법상 재단법인)	① 한국학술진흥재단, 한국과학재단, 한국사학진흥재단 ② 한국학중앙연구원(구 한국정신문화연구원), 지방행정연구원, 한국소비자원 ③ 공무원연금관리공단	
영조물법인		① 한국도로공사·한국전력공사·한국토지주택공사(LH)·한국관광공사·서울특별시지하철공사·도시철도공사·한국방송공사(KBS)·대한석탄공사·한국조폐공사·한국농어촌공사·지방공사 ② 한국기술검정공단·한국보훈복지공단, 국립공원관리공단, 시설관리공단 ③ 특수은행(국책은행) : 한국은행·한국산업은행 ④ 국립병원·국립대학교 중 ㉠ 국립중앙의료원·서울대학교병원·국립대학병원·적십자병원, ㉡ 서울대학교, 인천대학교, 국립울산과학기술대학교 *법률로 법인화된 경우 외의 국립대학교는 영조물이며, 영조물법인이 아님(행정주체 아님) ⑤ 한국과학기술원	
	공무수탁사인	① 법무부장관의 위탁을 받아 교정업무를 수행하는 교정법인 또는 민영교도소 ② 별정우체국의 지정을 받아 체신업무를 수행하는 사인 ③ 공공사업시행자로서 토지수용권을 행사하는 사인 ④ 선박이나 항공기에서 경찰업무를 수행하는 선장 또는 기장등 ⑤ 변호사등록권을 위탁받은 변호사회, 의사협회·변호사협회 등 직업별 협회의 직업에 대한 제재처분 ⑥ 자동차운전전문학원의 학감이 위탁받아 수행하는 자동차운전면허기능검정	⑦ 공증인의 공증 업무 수행 ⑧ 사립대학의 장이 학위를 수여하는 경우 ⑨ 건축사의 건축공사에 대한 현장조사·검사 및 확인업무 ⑩ 방송위원회로부터 위탁을 받은 한국광고자율심의기구 ⑪ 재개발사업의 사업시행자로서의 재개발조합의 행위 ⑫ 지방경찰청 검사장이 산림보호 중사 공무원이나 근로감독관·선장·해원 등을 사법경찰관(리)로 지명해 경찰사무를 수행하게 하는 경우

06 행정입법에 대한 판례의 입장으로 가장 옳지 않은 것은?

2020 해경승진 / 2016 지방9급

- ① 행정입법부작위의 위헌·위법성과 관련하여, 하위 행정입법의 제정 없이 상위법령의 규정만으로 집행이 이루어질 수 있는 경우에도 상위법령의 명시적 위임이 있다면 하위 행정입법을 제정하여야 할 작위의무는 인정된다.
- ② 입법부가 법률로써 행정부에게 특정한 사항을 위임했음에도 불구하고 행정부가 정당한 이유없이 이를 이행하지 않는다면 권력분립원칙과 법치행정원칙에 위배된다.
- ③ 상위법령에서 세부사항 등을 시행규칙으로 정하도록 위임하였으나 이를 고시 등 행정규칙으로 정한 경우, 대외적 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 인정할 수 없다.
- ④ 법령의 위임관계는 반드시 하위법령의 개별조항에서 위임의 근거가 되는 상위법령의 해당 조항을 구체적으로 명시하고 있어야 하는 것은 아니다.

해설

- ① (×) 삼권분립의 원칙, 법치행정의 원칙을 당연한 전제로 하고 있는 우리 헌법 하에서 행정권의 행정입법 등 법집행의무는 헌법적 의무라고 보아야 할 것이다. 그런데 이는 행정입법의 제정이 법률의 집행에 필수불가결한 경우로서 행정입법을 제정하지 아니하는 것이 곧 행정권에 의한 입법권 침해의 결과를 초래하는 경우를 말하는 것이므로, 만일 하위 행정입법의 제정 없이 상위 법령의 규정만으로도 집행이 이루어질 수 있는 경우라면 하위 행정입법을 하여야 할 헌법적 작위의무는 인정되지 아니한다. (헌재결 2005.12.22. 2004헌마66)
- ② (○) 입법부가 법률로써 행정부에게 특정한 사항을 위임했음에도 불구하고 행정부가 정당한 이유 없이 이를 이행하지 않는다면 권력분립의 원칙과 법치국가 내지 법치행정의 원칙에 위배되는 것으로서 위법함과 동시에 위헌적인 것이 된다(대판 2007.11.29. 2006다3561).
- ③ (○) 상위법령에서 세부사항 등을 시행규칙으로 정하도록 위임하였음에도 이를 고시 등 행정규칙으로 정한 경우, 대외적 구속력을 가지는 법규명령으로서 효력을 인정할 수 없음 : 법령의 규정이 특정 행정기관에게 법령 내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서 권한행사의 절차나 방법을 특정하지 아니한 경우에는 수임 행정기관은 행정규칙이나 규정 형식으로 법령 내용이 될 사항을 구체적으로 정할 수 있다. 이 경우 행정규칙 등은 당해 법령의 위임한계를 벗어나지 않는 한 대외적 구속력이 있는 법규명령으로서 효력을 가지게 되지만, 이는 행정규칙이 갖는 일반적 효력이 아니라 행정기관에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 법령 규정의 효력에 근거하여 예외적으로 인정되는 것이다. 따라서 그 행정규칙이나 규정이 상위법령의 위임범위를 벗어난 경우에는 법규명령으로서 대외적 구속력을 인정할 여지는 없다. 이는 행정규칙이나 규정 '내용'이 위임범위를 벗어난 경우뿐 아니라 상위법령의 위임규정에서 특정하여 정한 권한행사의 '절차'나 '방식'에 위배되는 경우도 마찬가지이므로, 상위법령에서 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 (○) (○) 법령의 위임관계는 반드시 하위 법령의 개별 조항에서 위임의 근거가 되는 상위 법령의 해당 조항을 구체적으로 명시하고 있어야만 하는 것은 아니다(대판 1999.12.24. 99두5658).

답 ①

07 다음 중 신뢰보호의 원칙에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 따름)

2020 해경승진 / 2012 국회8급

- ① 행정청의 확약 또는 공적인 의사표명이 그 자체에서 정한 유효기간을 경과하거나 사실적·법률적 사실상태가 변경되었다면 확약 또는 공적인 의사표명은 실효된다.
- ② 행정청이 공적인 견해표명에 반하는 처분을 함으로써 달성하려는 공익이 행정청의 공적 견해표명을 신뢰한 개인이 그 행정처분으로 인하여 입게 되는 이익의 침해를 정당화할 수 있을 정도로 강한 경우에는 신뢰보호의 원칙을 들어 그 행정처분이 위법하다고는 할 수 없다.
- ③ 행정기관의 선행조치의 하자가 당사자의 사실은폐나 기타 사위의 방법에 의한 신청행위에 기인한 것이라면 당사자는 그 처분에 의한 이익이 위법하게 취득되었음을 알아 그 취소가능성도 예상하고 있었다고 할 것이므로 그 자신이 위 처분에 관한 신뢰이익을 원용할 수 없다.
- ④ 헌법재판소의 위헌결정은 신뢰보호의 원칙의 적용요건 중의 하나인 '공적인 견해 표명'에 해당한다.

해설

- ① (○) 행정청이 상대방에게 장차 어떤 처분을 하겠다고 확약 또는 공적 견해표명을 하였다고 하더라도, 그 자체에서 둔 유효기간 내에 상대방의 신청이 없었다거나 공적 견해표명 후에 그 전제로 된 사실적·법률적 상태가 변경되었다면 그러한 견해표명은 행정청의 별다른 의사표시를 기다리지 않고 실효된다(대판 1996.8.20. 95누10877)
- ② (○) 일반적으로 행정상의 법률관계에 있어서 행정청의 행위에 대하여 신뢰보호의 원칙이 적용되기 위하여는, 첫째 행정청이 개인에 대하여 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해표명을 하여야 하고, 둘째 행정청의 견해표명이 정당하다고 신뢰한 데에 대하여 그 개인에게 귀책사유가 없어야 하며, 셋째 그 개인이 그 견해표명을 신뢰하고 이에 기해 어떠한 행위를 하였어야 하고, 넷째 행정청이 위 견해표명에 반하는 처분을 함으로써 그 견해표명을 신뢰한 개인의 이익이 침해되는 결과가 초래되는 등의 요건을 필요로 하고, 어떠한 행정처분이 이러한 요건을 충족할 때에는, 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 해할 우려가 있는 경우가 아닌 한, 신뢰보호의 원칙에 반하는 행위로서 위법하게 된다고 할 것이므로, 행정처분이 이러한 요건을 충족하는 경우라고 하더라도 행정청이 앞서 표명한 공적인 견해에 반하는 행정처분을 함으로써 달성하려는 공익이 행정청의 공적 견해표명을 신뢰한 개인이 그 행정처분으로 인하여 입게 되는 이익의 침해를 정당화할 수 있을 정도로 강한 경우에는 신뢰보호의 원칙을 들어 그 행정처분이 위법하다고는 할 수 없다(대판 2005.11.25. 2004두682)
- ③ (○) 수익적 행정처분의 하자가 당사자의 사실은폐 기타 사위의 방법에 의한 신청행위에 기인한 경우 당사자의 신뢰이익을 고려할 수 없다.
• 행정행위를 한 처분청은 그 행위에 하자가 있는 경우에는 별도의 법적 근거가 없더라도 스스로 이를 취소할 수 있고, 다만 수익적 행정처분을 취소할 때에는 이를 취소해야 할 공익상의 필요와 그 취소로 인하여 당사자가 입게 될 기득권과 신뢰보호 및 법률생활 안정의 침해 등 불이익을 비교·교량한 후 공익상의 필요가 당사자가 입을 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 한하여 취소할 수 있다. 그런데 수익적 행정처분의 하자가 당사자의 사실은폐나 기타 사위의 방법에 의한 신청행위에 기인한 것이라면, 당사자는 처분에 의한 이익을 위법하게 취득하였음을 알아 취소가능성도 예상하고 있었을 것이므로, 그 자신이 처분에 관한 신뢰이익을 원용할 수 없음은 물론, 행정청이 이를 고려하지 않았다 하여도 재량권의 남용이 되지 않고, 이 경우 당사자의 사실은폐나 기타 사위의 방법에 의한 신청행위가 제3자를 통하여 소극적으로 이루어졌다고 하여 달리 볼 것이 아니다(대판 2008.11.13. 2008두8628)
- ④ (×) 헌법재판소의 위헌결정은 행정청이 개인에 대하여 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해를 표명한 것이라고 할 수 없으므로 그 결정에 관련한 개인의 행위에 대하여는 신뢰보호의 원칙이 적용되지 아니한다(대판 2003.6.27. 2002두6965)

답 ④

08 다음 중 법률유보의 원칙에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 따름)

2020 해경승진 / 2019 국회9급

- ① 법률유보의 원칙에서 요구되는 법적 근거는 작용법적 근거를 의미한다.
- ② 개인택시운송사업자의 운전면허가 아직 취소되지 않았더라도 운전면허 취소사유가 있다면 행정청은 명문규정이 없더라도 개인택시운송사업면허를 취소할 수 있다.
- ③ 법률유보의 원칙은 국민의 기본권 실현과 관련된 영역에 있어서는 입법자가 그 본질적 사항에 대해서 스스로 결정하여야 한다는 요구까지 내포하고 있다.
- ④ 국회가 형식적 법률로 직접 규율하여야 하는 필요성은 규율대상이 기본권 및 기본적 의무와 관련된 중요성을 가질수록, 그에 관한 공개적 토론의 필요성 또는 상충하는 이익 사이의 조정 필요성이 클수록 더 증대된다.

해설

- ① (○) 법률유보의 원칙에서 요구되는 법적 근거는 작용법적 근거(작용규범·근거규범·수권규 범)를 말한다. 조직법적 근거(조직규범·직무규범)는 모든 행정작용에 있어서 당연히 요구된다.
- ② (×) 개인택시운송사업자에게 운전면허 취소사유가 있으나 그에 따른 운전면허 취소처분이 이루어지지 않는 경우, 관할관청이 개인택시운송사업면허를 취소할 수는 없음 : ㉠ 구 여객자동차운수사업법 제76조 제1항 제15호, 같은 법 시행령 제29조에는 관할관청은 개인택시운송사업자의 운전면허가 취소된 때에 그의 개인택시운송사업면허를 취소할 수 있도록 규정되어 있을 뿐 그에게 운전면허 취소사유가 있다는 사유만으로 개인택시운송사업면허를 취소할 수 있도록 하는 규정은 없으므로, 관할관청으로서의 비록 개인택시운송사업자에게 운전면허 취소사유가 있다 하더라도 그로 인하여 운전면허 취소처분이 이루어지지 않은 이상 개인택시운송사업면허를 취소할 수는 없다. ㉡ 개인택시운송사업자가 음주운전을 하다가 사망한 경우 그 망인에 대하여 음주운전을 이유로 운전면허 취소처분을 하는 것은 불가능하고, 음주운전은 운전면허의 취소사유에 불과할 뿐 개인택시운송사업면허의 취소사유가 될 수는 없으므로, 음주운전을 이유로 한 개인택시운송사업면허의 취소처분은 위법하다.(대판 2008.5.15. 2007두26001)
- ③ (○) 오늘날 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로 중요하고도 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현과 관련된 영역에 있어서는 국민의 대표자인 입법자가 그 본질적 사항에 대해서 스스로 결정해야 한다는 요구까지 내포하고 있다(의회유보원칙)(헌재결 1999.5.27. 98헌바70).
- ④ (○) ㉠ 어떠한 사안이 국회가 형식적 법률로 스스로 규정하여야 하는 본질적 사항에 해당되는지는, 구체적 사례에서 관련된 이익 내지 가치의 중요성, 규제 또는 침해의 정도와 방법 등을 고려하여 개별적으로 결정하여야 하지만, 규율대상이 국민의 기본권 및 기본적 의무와 관련한 중요성을 가질수록 그리고 그에 관한 공개적 토론의 필요성 또는 상충하는 이익 사이의 조정 필요성이 클수록, 그것이 국회의 법률에 의해 직접 규율될 필요성은 더 증대된다(대판 전합 2015.8.20. 2012두23808). ㉡ 규율대상이 기본권적 중요성을 가질수록 그리고 그에 관한 공개적 토론의 필요성 내지 상충하는 이익간 조정의 필요성이 클수록, 그것이 국회의 법률에 의해 직접 규율될 필요성 및 그 규율밀도의 요구정도는 그만큼 더 증대되는 것으로 보아야 한다.(헌재 2004.3.25. 2001헌마882)

답 ②

09 다음 중 사인의 공법행위에 대한 설명으로 옳은 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 따름)

2020 해경승진

- ㉠ 「민법」 상 비진의 의사표시에 관한 규정은 사인의 공법행위에는 적용될 수 없다.
- ㉡ 주민등록전입신고 수리 여부에 대한 심사는 「주민등록법」의 입법목적과 법률효과 외에 「지방자치법」 및 지방자치의 이념까지 고려하여 실질적으로 판단해야 한다.
- ㉢ 「건축법」 상 건축신고가 다른 법률에서 정한 인·허가 의제 효과를 수반하는 경우에는 행정청이 그 실제적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 수리를 요하는 신고에 해당한다.
- ㉣ 수산제조업의 신고를 하는 자가 그 신고서를 구비서류까지 첨부하여 제출한 경우 담당공무원이 그 신고를 수리하지 아니하고 반려하였다면 신고의 효력발생시기는 담당공무원의 반려의 의사를 표시할 때이다.
- ㉤ 공무원이 제출한 사직원은 그에 따른 면직처분이 있을 때까지는 철회할 수 있지만 일단 면직처분이 있고 난 이후에는 철회할 수 없다.
- ㉥ 납골당설치신고는 수리를 요하는 신고로써 행정청의 수리처분이 있어야만 납골당을 설치할 수 있다.

- ① 3개 ② 4개 ③ 5개 ④ 6개

해설

㉠㉡㉢㉣만 옳음.

- ㉠ (○) 판례는 민법상 비진의 의사표시에 관한 규정(민법 제107조 제1항 단서: 상대방이 표의자의 진의 아님을 알았거나 이를 알 수 있었을 경우에는 무효로 한다)은 사인의 공법행위에는 적용되지 않는 것으로 보았다.
 - 공무원이 사직의 의사표시를 하여 의원면직처분을 하는 경우 그 사직의 의사표시는 그 법률관계의 특수성에 비추어 외부적·객관적으로 표시된 바를 존중해야 할 것으로, 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).
- ㉡ (×) 시장·군수 또는 구청장의 주민등록전입신고 수리 여부에 관한 심사는 주민등록법의 입법 목적의 범위 내에서 제한적으로 이뤄져야 함 : 주민들의 거주 이동에 따른 주민등록전입신고에 대하여 행정청이 이를 심사하여 그 수리를 거부할 수는 있다고 하더라도, 그러한 행위는 자칫 헌법상 보장된 국민의 거주·이전의 자유를 침해하는 결과를 가져올 수도 있으므로, 시장·군수 또는 구청장의 주민등록전입신고 수리여부에 대한 심사는 주민 등록법의 입법목적의 범위 내에서 제한적으로 이루어져야 한다. 한편, 주민등록법의 규정을 고려해 보면, 전입신고를 받은 시장·군수 또는 구청장의 심사 대상은 전입신고자가 30일 이상 생활의 근거로 거주할 목적으로 거주지를 옮기는지 여부만으로 제한된다고 보아야 한다. 따라서 전입신고자가 거주 목적 이외에 다른 이해관계에 관한 의도를 가지고 있는지 여부, 무허가 건축물의 관리, 전입신고를 수리함으로써 당해 지방자치단체에 미치는 영향 등과 같은 사유는 주민등록법이 아닌 다른 법률에 의하여 규율되어야 하고, 주민등록전입신고의 수리여부를 심사하는 단계에서는 고려 대상이 될 수 없다. 그러므로 주민등록의 대상이 되는 실질적 의미에서의 거주지인지 여부를 심사하기 위하여 주민등록법의 입법 목적과 주민등록의 법률상 효과 이외에 「지방자치법」 및 지방자치의 이념까지도 고려하여야 한다고 판시하였던 대판 2002. 7. 9. 2002두1748 판결은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 변경하기로 한다(대판 2009.6.18. 2008두10997).
- ㉢ (○) 인·허가 의제 효과를 수반하는 건축신고는 일반적인 건축신고와는 달리, 특별한 사정이 없는 한 행정청이 그 실제적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 ‘수리를 요하는 신고’이다. (대판 2011.1.20. 2010두14954).
- ㉣ (×) 수리를 요하지 않는 신고가 적법한 경우 행정청이 수리를 거부(반려) 했더라도 신고의 효력발생시기는 신고서가 도달(제출)된 때이다.
 - 수산제조업을 하고자 하는 사람이 형식적 요건을 모두 갖춘 수산제조업신고서를 제출한 경우에는 담당공무원이 관계 법령에 규정되지 아니한 사유를 들어 그 신고를 수리하지 아니하고 반려하였다고 하더라도 그 신고서가 제출된 때에 신고가 있었다고 볼 것이다. 담당공무원이 관계 법령에 규정되지 아니한 서류를 요구하여 신고서를 제출하지 못하였다는 사정만으로는 신고가 있었던 것으로 볼 수 없다(대판 2002.3.12. 2000다73612).
- ㉤ (○) 공무원이 한 사직 의사표시의 철회나 취소는 그에 타당한 의원면직처분이 있을 때까지 할 수 있는 것이고, 일단 면직처분이 있고 난 이후에는 철회나 취소할 여지가 없다(대판 2001.8.24. 99두9971).
- ㉥ (○) 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 제115호로 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(대판 2011.9.8. 2009두6766).

답 ②

10 다음 중 행정행위의 부관에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따름)

2020 해경승진 / 2019 서울9급

- ① 처분 전에 상대방과 협의하여 부담의 내용을 협약형식으로 정한 다음 처분을 하면서 해당 부관을 붙이는 것도 가능하다.
- ② 부관이 처분 당시의 법령으로는 적법하였으나 처분 후 근거법령이 개정되어 더 이상 부관을 붙일 수 없게 되었다 하더라도 곧바로 위법하게 되거나 그 효력이 소멸하게 되는 것은 아니다.
- ③ 부당결부금지 원칙에 위반하여 허용되지 않는 부관을 행정처분과 상대방 사이의 사법상 계약형식으로 체결하는 것은 허용되지 않는다.
- ④ 처분을 하면서 처분과 관련된 소의 제기를 금지하는 내용의 부제소특약을 부관으로 붙이는 것도 가능하다.

해설

- ① (○) 행정청이 수익적 행정처분을 하면서 부관으로 부담을 붙이는 방법 - 상대방과 협약형식으로 미리 정한 다음 행정처분시 부가 가능 : 수익적 행정처분에 있어서는 법령에 특별한 근거규정이 없다고 하더라도 그 부관으로서 부담을 붙일 수 있고, 그와 같은 부담은 행정청이 행정처분을 하면서 일반적으로 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)

- ② (○) 행정청이 수익적 행정처분을 하면서 사전에 상대방과 체결한 협약상의 의무를 부담으로 부가하였는데 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거 법령이 개정되어 부관을 붙일 수 없게 된 경우, 위 협약의 효력이 곧바로 소멸하는 것은 아님 : 행정청이 수익적 행정처분을 하면서 부가한 부담의 위법 여부는 처분 당시 법령을 기준으로 판단하여야 하고, 부담이 처분 당시 법령을 기준으로 적법하다면 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. 따라서 행정처분의 상대방이 수익적 행정처분을 얻기 위하여 행정청과 사이에 행정처분에 부가할 부담에 관한 협약을 체결하고 행정청이 수익적 행정처분을 하면서 협약상의 의무를 부담으로 부가하였으나 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거 법령이 개정됨으로써 행정청이 더 이상 부관을 붙일 수 없게 된 경우에도 곧바로 협약의 효력이 소멸하는 것은 아니다(대판 2009.2.12. 2005다65500).
- ③ (○) 행정처분과 실제적 관련성이 없어 부관으로 붙일 수 없는 부담을 사법상 계약의 형식으로 상대방에게 부과할 수 없음 : 공무원이 인·허가 등 수익적 행정처분을 하면서 상대방에게 그 처분과 관련하여 이른바 부관으로서 부담을 붙일 수 있다 하더라도, 그러한 부담은 법치주의와 사유재산 존중, 조세법률주의 등 헌법의 기본원리에 비추어 비례의 원칙이나 부당결부금지의 원칙에 위배되지 않아야만 적법한 것인바, 행정처분과 부관 사이에 실제적 관련성이 있다고 볼 수 없는 경우 공무원이 위와 같은 공법상의 제한을 회피할 목적으로 행정처분의 상대방과 사이에 사법상 계약을 체결하는 형식을 취하였다면 이는 법치행정의 원리에 반하는 것으로서 위법하다(대판 2010.1.28. 2007도9331 ; 대판 2009.12.10. 2007다63966).
- ④ (×) 행정소송에 관한 부제소특약은 무효·도매시장법인으로 지정하면서 지정기간 중 지정취소 또는 폐쇄지시에도 일체의 소송을 청구할 수 없다는 부관을 붙이는 것은 허용되지 않음 : 지방자치단체장이 도매시장법인의 대표이사에 대하여 위 지방자치단체장이 개설한 농수산물도매시장의 도매시장법인으로 다시 지정함에 있어서 그 지정조건으로 '지정기간 중이라도 개설자가 농수산물 유통정책의 방침에 따라 도매시장법인 이전 및 지정취소 또는 폐쇄 지시에도 일체 소송이나 손실보상을 청구할 수 없다.'라는 부관을 붙였으나, 그 중 부제소특약에 관한 부분은 당사자가 임의로 처분할 수 없는 공법상의 권리관계를 대상으로 하여 사인의 국가에 대한 공권인 소권을 당사자의 합의로 포기하는 것으로서 허용될 수 없다(대판 1998.8.21. 98두8919).

답 ④

11 기속행위와 재량행위에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따름)

2020 해경승진

- ① 재량행위의 경우 그 근거법규에 대해 법원이 사실인정과 관련 법규의 해석·적용을 통하여 일정한 결론을 도출한 후 그 결론에 비추어 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만을 심사한다.
- ② 기속행위와 재량행위의 구분은 당해 행위의 근거가 된 법규의 체제·형식과 문언, 당해 행위가 속하는 행정 분야의 주된 목적과 특성, 당해 행위 자체의 개별적 성질과 유형 등을 모두 고려하여 판단해야 한다.
- ③ 경찰공무원 채용시험에서 부정행위를 한 응시자에 대해서 당해 시험을 정지 또는 무효로 하고, 그로부터 5년간 이 영에 의한 시험에 응시할 수 없게 한 「경찰공무원임용령」 제46조 제1항은 그 수권형식과 내용에 비추어 이는 행정청 내부의 사무처리기준을 정한 재량준칙이 아니라, 일반 국민이나 법원을 구속하는 법규명령에 해당하고, 이는 재량행위가 아닌 기속행위이다.
- ④ 「야생동·식물보호법」상 곰의 울지를 추출하여 비누, 화장품 등의 재료로 사용할 목적으로 곰의 용도를 '사육곰'에서 '식·가공품 및 약용재료'로 변경하겠다는 내용의 국제적 멸종위기종의 용도변경 승인행위는 재량행위이다.

해설

- ① (×), ② (○) 기속행위와 재량행위에 대한 사법심사 방식 : 행정행위가 그 재량성의 유무 및 범위와 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 위배, 당해 행위의 목적 위반이나 동기의 부정 유무 등을 그 판단 대상으로 한다.(대판 2001.2.9. 98두17593, 대판 2005.7.14. 2004두6181).

기속행위 : 완전심사방식	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 : 제한심사방식	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 적절한 영업정지기간을 초과하여서 위법한 경우 그 초과부분만을 취소할 수 없음.

- ③ (○) 경찰공무원임용령(대통령령) 제46조 제1항은 경찰공무원의 채용시험 또는 경찰간부후보생 공개경쟁선발시험에서 부정행위를 한 응시자에 대하여는 당해 시험을 정지 또는 무효로 하고, 그로부터 5년간 이 영에 의한 시험에 응시할 수 없도록 규정하고 있는바, 경찰공무원임용령 제46조 제1항의 수권형식과 내용에 비추어 이는 행정청 내부의 사무처리기준을 규정한 재량준칙이 아니라 일반 국민이나 법원을 구속하는 법규명령에 해당하고 따라서 위 규정에 의한 처분은 재량행위가 아닌 기속행위라 할 것이다(대판 2008.5.29. 2007두18321)
- ④ (○) 야생동·식물보호법 제16조 제3항에 의한 국제적멸종 위기종 및 그 가공품의 수입 또는 반입 용도변경승인 행위 및 용도변경의 불가피성 판단에 필요한 기준을 정하는 행위는 재량행위 : 야생동·식물보호법 제16조 제3항과 같은 법 시행규칙 제22조 제1항의 체제 또는 문언을 살펴보면 원칙적으로 국제적멸종위기종 및 그 가공품의 수입 또는 반입 목적 외의 용도로의 사용을 금지하면서 용도변경이 불가피한 경우로서 환경부장관의 용도변경승인을 받은 경우에 한하여 용도변경을 허용하도록 하고 있으므로, 위 법 제16조 제3항에 의한 용도변경승인은 특정인에게만 용도 외의 사용을 허용해주는 권리나 이익을 부여하는 이른바 수익적 행정행위로서 법령에 특별한 규정이 없는 한 재량행위이고, 위 법 제16조 제3항이 용도변경이 불가피한 경우에만 용도변경을 할 수 있도록 제한하는 규정을 두면서도 시행규칙 제22조에서 용도변경 신청을 할 수 있는 경우에 대하여만 확정적 규정을 두고 있을 뿐 용도변경이 불가피한 경우에 대하여는 아무런 규정을 두지 아니하여 용도변경 승인을 할 수 있는 용도변경의 불가피성에 대한 판단에 있어 재량의 여지를 남겨 두고 있는 이상, 용도변경을 승인하기 위한 요건으로서의 용도변경의 불가피성에 관한 판단에 필요한 기준을 정하는 것도 역시 행정청의 재량에 속하는 것이므로, 그 설정된 기준이 객관적으로 합리적이 아니라거나 타당하지 않다고 볼 만한 다른 특별한 사정이 없는 이상 행정청의 의사는 가능한 한 존중되어야 한다. 기록에 의하면, 환경부장관이 2005. 3. 9. 지방환경관서의 장에게 보낸 '사육곰 용도변경 승인 시의 유의사항 통보'에는 사육곰의 용도변경 승인 시 응답 등을 약재로 사용하는 경우 외에 곰 고기 등을 식용으로 판매하는 용도로 변경하고자 하는 경우에는 용도변경 승인 불허의 조치를 하도록 되어 있는 사실 및 피고는 위 통보에 따라 이 사건 처분을 한 사실을 알 수 있는바, 위 통보는 용도변경이 불가피한 경우를 응남 등을 약재로 사용하는 경우로 제한하는 기준을 제시한 것으로 보여지고, 그 설정된 기준이 법의 목적이나 취지에 비추어 객관적으로 합리적이 아니라거나 타당하지 않다고 볼 만한 다른 특별한 사정이 없으므로, 이러한 통보에 따라 한 이 사건 처분은 적법하다고 할 것이다.(대판 2011.1.27. 2010두23033)

답 ①

12 선결문제에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은? (다름이 있는 경우 판례에 따름)

2020 해경승진 / 2014 지방9급

- ① 행정처분이 당연무효가 아닌 한 형사법원은 선결문제로 그 처분의 효력을 부인할 수 없다.
- ② 처분의 당연무효 여부가 선결문제인 경우 민사법원은 이를 판단하여 당연무효임을 전제로 판결할 수 있다.
- ③ 민사법원은 국가배상청구소송에서 선결문제로 행정처분의 위법 여부를 판단할 수 없다.
- ④ 과세처분의 하자가 단지 취소할 수 있는 정도에 불과한 때에는 과세관청이 이를 스스로 취소하거나 항고소송절차에 의하여 취소되지 않는 한 그로 인한 조세의 납부가 부당이득이 된다고 할 수 없다.

해설

①② (○) 행정행위가 당연무효인 경우 민사법원이나 형사법원은 선결문제로 행정행위의 효력유무에 대한 판단이 가능하므로 취소할 수 있는 행정행위의 경우 민사법원·형사법원이 선결문제로 그 효력을 부인할 수 있는가 공정력(구성요건적 효력)과 관련하여 문제가 된다.

- 무효인 행위 → 공정력(구성요건적 효력) 없음 → 취소법원이 선결문제로 무효 판단 가능(행정소송법 11조는 민사소송의 경우 선결문제 규정)
- 취소할 수 있는 행위 → 공정력(구성요건적 효력) 발생 → 효력 유무는 선결문제로 심사 불가, 단, 위법성 판단은 가능(다수설·판례)

③ (×) 민사소송으로 제기한 국가배상청구사건 취소법원이 당해 행정행위의 위법여부를 선결문제로 판단할 수 있는가에 대해 행정행위의 효력을 직접 부인하는 것이 아니고 위법성만 문제되므로 취소법원은 위법성 여부를 선결문제로서 심사할 수 있다는 것이 다수설·판례의 입장이다.

- 위법한 행정대집행이 완료되면 그 처분의 무효확인 또는 취소를 구할 소의 이익은 없다 하더라도, 미리 그 행정처분의 취소판결이 있어야만 그 행정처분의 위법임을 이유로 한 손해배상청구를 할 수 있는 것은 아니다(대판 1972.4.28. 72다337).

④ (○) 공법상의 부당이득반환청구소송에 있어서는 행정행위의 위법성 여부가 아니라 행정행위의 효력 여부가 선결문제가 된다. 부당이득반환청구소송(조세과오 납반환청구소송)에서는 과세처분의 하자가 중대하고 명백하여 당연무효인 경우에는 법원이 이를 심사하여 부당이득 여부를 판단할 수 있으나, 단순한 취소사유에 그치는 경우에는 취소법원(민사법원)은 과세처분의 효력을 부인할 수 없으므로 그로 인한 조세납부가 부당이득이 되지 않는다. 즉, 과세관청이 과세처분을 스스로 취소(직권취소)하거나 항고소송절차에 의하여 취소(쟁송취소)되지 않는 한 그로 인한 조세의 납부가 부당이득이 될 수 없다.

- 행정처분이 아무리 위법하다고 하여도 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효라고 보아야 할 사유가 있는 경우를 제외하고는 아무도 그 하자를 이유로 무단히 그 효력을 부정하지 못하는 것으로, 이러한 행정행위의 공정력은 판례와 같은 효력은 아니지만 그 공정력의 객관적 범위에 속하는 행정행위의 하자가 취소사유에 불과한 때에는 그 처분이 취소되지 않는 한 처분의 효력을 부정하여 그로 인한 이득을 법률상 원인 없는 이득이라고 말할 수 없는 것이다. 조세의 과오납이 부당이득이 되기 위하여는 납세 또는 조세의 징수가 실제법적으로나 절차법적으로 전혀 법률상의 근거가 없거나 과세처분의 하자가 중대하고 명백하여 당연무효이어야 하고, 과세처분의 하자가 단지 취소할 수 있는 정도에 불과할 때에는 과세관청이 이를 스스로 취소(직권취소)하거나 항고소송절차에 의하여 취소(쟁송취소)되지 않는 한 그로 인한 조세의 납부가 부당이득이 된다고 할 수 없다(대판 1994.11.11. 94다28000, 대판 2005.1.27. 2004다50143).

답 ③

13 강학상 예외적 승인에 해당하지 않는 것은?

2020 해경승진 / 2015 국가9급

- ① 재단법인 정관변경허가
- ② 치료목적의 마약류사용허가
- ③ 사행행위 영업허가
- ④ 개발제한구역 내의 용도변경허가

해설

예외적 승인(예외적 허가)은 행위 그 자체가 사회적으로 유해하기 때문에 법령에 의해 원칙적으로 금지된 행위를 예외적으로 적법하게 행사할 수 있게 하는 행위로 ②③④가 여기에 해당한다. ① 재단법인의 정관변경허가는 강학상 인가에 해당한다.

■ 허가와 예외적 승인

구분	허가	예외적 승인(예외적 허가)
성질	예방적·잠정적·상대적 금지의 해제	억제적·진압적 금지의 해제
효과	자연적 자유의 회복 공익 침해의 우려가 있어 잠정적으로 금지(위험 방지)된 행위를 적법하게 할 수 있게 하는 행위(일반적으로 해제가 예정됨)	권리의 범위 확대 행위 그 자체가 사회적으로 유해하기 때문에 법령에 의해 원칙적으로 금지된 행위를 예외적으로 적법하게 행사할 수 있게 하는 행위
재량성	법률 문언 불명확시 기속행위	법률 문언 불명확시 재량행위
사례	① 자동차 운전면허 ② 일반음식점 영업허가, 유흥주점허가, 유기장영업허가 ③ 의사·한의사·약사·건축사·이용사·미용사면허 ④ 건축허가, 어업허가(어업면허는 특칙) ⑤ 양곡가공업허가, 석유판매업허가 ⑥ 총포·수렵허가, 총포·도검·화약류 제조허가 및 판매업허가 ⑦ 마약류취급면허, 주류제조면허 ⑧ 자동차검사 합격처분, 물건의 품질인정 ⑨ 토지형질변경허가 ⑩ 기부금품모집허가 ⑪ 입산금지해제·수렵금지해제·통행금지해제·보도관제해제 ⑫ 연초소매인 지정	① 학교환경위생정화구역 안에서의 유흥주점 영업허가 ② 건설공사를 계속하기 위한 고분발굴허가 ③ 개발제한구역 내에서의 건축·이축·용도변경·토지형질변경허가 ④ 녹지지역 내에서의 토석채취허가 ⑤ 자연공원구역 내에서의 식품위생법상 단란주점영업허가 ⑥ 공무원법상 검직허가(비영리업무만 가능) ⑦ 마약류관리에 관한 법률상 마약류의 사용 허가, 마약의 원료가 되는 식물의 재배 허가, 마약류취급자가 아닌 자의 마약류취급 허가, 치료 목적의 아편사용허가 (마약류취급면허는 허가) ⑧ 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 9조상 타인의 토지에의 출입허가 ⑨ 집회·시위 금지 구역(집회 및 시위에 관한 법률 11조)에서의 옥외집회 허가 ⑩ 개발제한구역에서의 자동차용 액화석유가스 충전사업 허가
유사점	금지의 해제, 법률행위적 행정행위	

답 ①

14 다음 중 판례가 행정행위의 하자의 승계를 인정한 것을 모두 고른 것은?

2020 해경승진 / 2017 서울9급

- ㉠ 안경사시험합격취소처분과 안경사면허취소처분
- ㉡ 공무원의 직위해제처분과 면직처분
- ㉢ 과세처분과 체납처분
- ㉣ 개별공시지가결정과 과세처분
- ㉤ 건물철거명령과 대집행계고처분
- ㉥ 행정대집행에서의 계고와 대집행영장의 통지

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

해설

- 하자 승계 인정
 - ㄱ 동일 법률효과를 목적으로 한 경우 : ㉠㉡
 - ㄴ 별개 법률효과를 목적으로 하지만 하자의 승계 부정이 수인가능성을 넘어 가혹하고 예측가능성이 없는 경우 : ㉣
- 하자 승계 부정 : 별개 법률효과를 목적으로 한 경우 - ㉢㉤㉥

답 ①

※ 하자승계 인정사례와 부정사례 정리

구분	인정	부정(별개의 법률효과를 목적)
하명 과 강제 집행	<ul style="list-style-type: none"> • 강제집행절차 상호 간 1. 대집행절차 상호 간(계고처분, 대집행영장에 의한 통지, 대집행의 실행, 대집행에 의한 비용의 납부명령 사이) 2. 강제징수절차 상호 간[독촉 → 체납처분(압류) → 매각(공매) → 청산] ① 국세체납에 따른 독촉과 가산금·증가산금징수처분 ② 압류와 공매처분 ③ 독촉과 압류(규준설에 따르면 선행행위의 구속력에 의해 후행행위를 다룰 수 없음) 	<ul style="list-style-type: none"> • 의무부과(하명)와 강제집행절차 상호 간 ① 건물철거명령과 대집행계고처분 ② 과세처분과 압류 등의 체납처분 ⇒ 규준설에 의한 경우 권리구제 공정 *납세의무자의 취득세 신고와 징수처분, 소득금액변동통지와 징수처분
공시 지가	<ul style="list-style-type: none"> • 별개의 법률효과를 목적으로 하지만 승계 인정 ① 개별공시지가결정과 과세처분 ② 표준지 공시지가결정과 수용재결 ③ 기준지가고시처분과 토지수용처분(대판 1979.4.24. 78누242) ⇒ 하자 승계 인정 판례인지 의문이 제기됨 	<ul style="list-style-type: none"> ① 표준공시지가결정과 개별토지가격(개별공시지가)결정 ② 표준공시지가결정과 조세부과처분 ③ 개별토지가격 결정에 대한 재조사 청구에 따른 감액조정에 대해 더 이상 불복하지 않는 경우, 이를 기초로 한 양도소득세 부과처분
기타	<ul style="list-style-type: none"> ① 부정한 방법에 의한 한지의사시험자격인정의 결정과 한지의사면허처분(대판 1975.12.9. 75누123) ② 국립보건원장의 안경사 시험합격 무효처분과 보건사회부장관의 안경사면허 취소처분(대판 1993.2.9. 92누4567) ③ 암매장분묘개장명령과 계고처분(대판 1961.12.21. 4293행상31) ④ 귀속재산임대처분과 매각처분(대판 1963.2.7. 62누215) ⑤ 친일반민족행위진상규명위원회의 최종발표(선행처분)에 따른 지방보훈지청장의 독립유공자 예우에 관한 법률 적용 배제자 결정(후행처분) ⇒ 별개의 법률효과를 목적으로 하지만 승계 인정 <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin-top: 10px;"> <p>• 승계인정 사례 암기</p> <ul style="list-style-type: none"> ① 동일 법률효과를 목적 <ul style="list-style-type: none"> ㉠ 대집행절차 간(계-통-실-비) ㉡ 강제징수절차 간(독-압-공-청) ㉢ 한지의사/안경사/분묘/귀속재산 ② 별개 법률효과를 목적 but 승계 부정이 수인가능성 넘어 가혹 <ul style="list-style-type: none"> ㉣ 개-과 ㉤ 표-수 ㉥ 친일-유배 </div>	<ul style="list-style-type: none"> ① 토지수용에 있어서 사업인정과 수용재결 택지개발예정지구 지정과 토지수용재결 또는 택지개발계획의 승인 택지개발계획승인과 수용재결·이의재결 도시계획결정과 수용재결 재개발사업시행인가와 토지수용재결 토지등급설정 또는 수정처분과 과세처분 사업계획승인처분과 도시계획시설변경 및 지적승인고시처분 토지구획정리사업 시행 후 시행인가처분의 하자과 환지청산금 부과처분 사이 주택재건축사업시행계획과 관리처분계획 도시·군계획시설결정과 실시계획인가 ② 변상판정과 변상명령 ③ 공무원의 직위해제처분과 면직처분 ⇒ 규준설은 수인가능성이 없음으로 승계 인정 ④ 액화석유가스판매사업허가처분과 사업개시신고반려처분 ⑤ 대학의 수강거부처분과 수료처분 ⑥ 무효사유가 있는 조교수 임용행위와 그 후 부교수 임용행위 ⑦ 병역법상 보충역편입처분과 공익근무요원소집처분 ⑧ 농지전용부담금 부과처분과 압류처분 ⑨ 국제항공노선 운수권배분 실효처분 및 노선면허거부처분과 노선면허처분 사이 ⑩ 토목공사업, 건축공사업 면허처분과 이에 기초한 새로운 토목건축공사업 면허처분 ⑪ 상속세부과처분과 증액경정처분 ⑫ 지방의회에서 의안의 의결과 지방세 부과 ⑬ 소득금액변동통지와 징수처분

• 대집행 및 강제징수 절차와 하자의 승계

구분	대집행절차	강제징수절차	비고
의무부과	건물철거명령(작위하명)	조세부과처분(금부하명)	의무부과행위와 강제집행절차 사이에는 하자의 승계 부정
강제집행 절차	<ul style="list-style-type: none"> 대집행 계고(준법률행위적 행정행위 중 의사의 통지) 대집행영장에 의한 통지(준법률행위적 행정행위 중 의사의 통지) 대집행 실행(권력적 사실행위) 비용납부명령(금부하명) 	<ul style="list-style-type: none"> 독촉(준법률행위적 행정행위 중 의사의 통지) 압류(권력적 사실행위) 매각[공매](대리, 판례는 세분) 청산 	강제집행절차 상호 간에는 하자의 승계 인정

15 다음 중 자동화된 행정결정에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

2020 해경승진

- ① 발령행정청의 기명과 서명이 생략될 수 있다.
- ② 자동화된 행정결정에 대해서도 행정쟁송이 가능하다.
- ③ 행정의 자동결정은 컴퓨터를 이용하여 이루어지는 자동적 결정이기 때문에 행정행위의 개념적 요소를 구비하는 경우에도 행정행위로서의 성격을 인정하는 데 어려움이 있다.
- ④ 행정의 자동결정도 행정작용의 하나이므로 행정의 법률적합성과 행정법의 일반원칙에 의한 법적한계를 준수하여야 한다.

해설

- ① (○) 자동화된 행정결정도 행정행위의 일종이므로 행정행위의 성립·효력요건이 필요하다. 단, 자동기계에 의한 결정인 점에서 일반적인 행정행위와는 다음 특성이 인정된다. ㉠ 행정청의 서명·날인 생략, ㉡ 문자 이외의 부호 사용, ㉢ 의견청취절차(청문)의 생략, ㉣ 이의부기의 생략
- ② (○), ③ (×) ② 행정의 자동결정은 행정의 효율성을 제고하기 위하여 컴퓨터 등의 전자데이터 처리장치를 투입하여 미리 입력된 프로그램에 따라 행정결정이 자동으로 행해지는 행정행위를 말한다. 행정행위의 개념적 요소를 구비하면 행정행위의 성격을 인정할 수 있으며, 그와 관련된 권리구제에 있어서도 항고소송으로 다투는 것이 원칙이다.
- ④ (○) 행정자동결정이 행정행위로 인정되는 이상, 적법·유효하게 성립하기 위해서는 보통의 행정행위와 마찬가지로 행정행위발령의 요건이 충족되어야 한다. 따라서 법률적합성과 행정법의 일반원칙에 의한 법적 한계를 준수하여야 한다.

답 ③

16 「경찰관직무집행법」에 따른 경찰권의 발동과 한계에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

2020 해경승진

- ① 경찰관은 범죄수사를 위하여 다른 사람의 토지·건물·배 또는 차에 출입할 수 있다.
- ② 경찰관은 이미 행하여진 범죄에 관한 사실을 안다고 인정되는 사람을 정지시켜 질문할 수 있으며, 질문하는 것이 그 사람에게 불리하거나 교통에 방해된다고 인정할 때에는 질문을 위해 가까운 경찰관서로 동행할 것을 요구할 수 있으나, 동행을 요구받은 사람은 그 요구를 거절할 수 있다.
- ③ 경찰관은 직무수행에 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 국가기관이나 공사(公私)단체 등에 직무수행에 관련된 사실을 조회할 수 있다.
- ④ 단기 3년 이상의 금고에 해당하는 죄를 범한 사람이 경찰관의 직무집행에 항거한 때, 경찰관은 그 행위를 방지하거나 그 행위자를 체포하기 위하여 무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 그 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 한도에서 무기사용을 할 수 있다.

해설

- ① (×) 제7조는 출입의 목적을 위해방지와 피해자 구조로 한정된 것으로서 범죄수사나 다른 행정 목적(예 풍기단속)으로는 이 조항에 정한 출입이 허용되지 않는다.
 - 제7조(위험 방지를 위한 출입) ① 경찰관은 제5조제1항·제2항 및 제6조에 따른 위험한 사태가 발생하여 사람의 생명·신체 또는 재산에 대한 위해가 임박한 때에 그 위해를 방지하거나 피해자를 구조하기 위하여 부득이하다고 인정하면 합리적으로 판단하여 필요한 한도에서 다른 사람의 토지·건물·배 또는 차에 출입할 수 있다.
- ② (○) 제3조(불심검문)
 - ① 경찰관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람을 정지시켜 질문할 수 있다.
 1. 수상한 행동이나 그 밖의 주위 사정을 합리적으로 판단하여 볼 때 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 사람
 2. 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관한 사실을 안다고 인정되는 사람
 - ② 경찰관은 제1항에 따라 같은 항 각 호의 사람을 정지시킨 장소에서 질문을 하는 것이 그 사람에게 불리하거나 교통에 방해가 된다고 인정될 때에는 질문을 하기 위하여 가까운 경찰서·지구대·파출소 또는 출장소(지방해양경찰관서를 포함하며, 이하 "경찰관서"라 한다)로 동행할 것을 요구할 수 있다. 이 경우 동행을 요구받은 사람은 그 요구를 거절할 수 있다.
- ③ (×) 경찰관 ⇨ 경찰관서의 장
 - 제8조(사실의 확인 등) ① 경찰관서의 장은 직무 수행에 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 국가기관이나 공사(公私) 단체 등에 직무수행에 관련된 사실을 조회할 수 있다. 다만, 긴급한 경우에는 소속 경찰관으로 하여금 현장에 나가 해당 기관 또는 단체의 장의 협조를 받아 그 사실을 확인하게 할 수 있다.
- ④ (×) 단기 3년 이상의 ⇨ 장기 3년 이상의
 - 제10조의4(무기의 사용) ① 경찰관은 범인의 체포, 범인의 도주 방지, 자신이나 다른 사람의 생명·신체의 방어 및 보호, 공무집행에 대한 항거의 제지를 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 그 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 한도에서 무기를 사용할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 때를 제외하고는 사람에게 위해를 끼쳐서는 아니 된다.
 1. 「형법」에 규정된 정당방위와 긴급피난에 해당할 때
 2. 다음 각 목의 어느 하나에 해당할 때에 그 행위를 방지하거나 그 행위자를 체포하기 위하여 무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때
 - 가. 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하거나 범하였다고 의심할 만한 충분한 이유가 있는 사람이 경찰관의 직무집행에 항거하거나 도주하려고 할 때
 - 나. 체포·구속영장과 압수·수색영장을 집행하는 과정에서 경찰관의 직무집행에 항거하거나 도주하려고 할 때
 - 다. 제3자가 가목 또는 나목에 해당하는 사람을 도주시키려고 경찰관에게 항거할 때
 - 라. 범인이나 소요를 일으킨 사람이 무기·흉기 등 위험한 물건을 지니고 경찰관으로부터 3회 이상 물건을 버리라는 명령이나 항복하라는 명령을 받고도 따르지 아니하면서 계속 항거할 때
 3. 대간첩 작전 수행 과정에서 무장간첩이 항복하라는 경찰관의 명령을 받고도 따르지 아니할 때

답 ②

17 행정규칙에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

2020 해경승진 / 2011 국회9급

- ① 행정규칙은 법적 근거를 요하지 않는다.
- ② 판례는 법령보충적 행정규칙의 법적 구속력을 인정한다.
- ③ 보통 훈령, 고시, 예규, 일일명령의 형식으로 이뤄지며 고유한 서식에 따라야 한다.
- ④ 의무가 있는 기관에 도달하면 당해 기관은 행정규칙에 구속된다.

해설

- ① (×) 행정규칙제정권은 집행권에 내재하는 것이므로 행정규칙의 제정에 법령의 구체적·개별적 수권(작용법적 근거)은 필요 없고 조직법적 근거만 있으면 된다.
- ② (○) 상위법령과 결합하여 일체가 되는 한도 내에서 법적 구속력을 인정한다.
법령의 규정이 특정 행정기관에게 그 법령내용의 구체적인 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서도 그 권한행사의 절차나 방법을 특정하지 아니한 관계로, 수입행정기관이 행정규칙의 형식으로 그 법령의 내용을 구체적으로 정하고 있는 경우를 법규적 내용의 행정규칙(행정규칙형식의 법규명령) 또는 법령보충규칙이라고 한다. 이러한 법령보충규칙은 상위 법령과 결합하여 법규명령의 성질을 가진다.
• 법령보충적 행정규칙이라도 그 자체로서 직접적으로 대외적인 구속력을 갖는 것은 아니다. 즉, 상위법령과 결합하여 일체가 되는 한도 내에서 상위법령의 일부가 됨으로써 대외적 구속력이 발생하는 것일 뿐 그 행정규칙 자체는 대외적 구속력을 갖는 것은 아니라 할 것이다. (헌재결 2004.10.28. 99헌바91).
- ③ (×) 행정규칙은 보통 고시·훈령·예규·통첩·지시 등의 형식으로 행해지나, 고유한 형식이 있는 것은 아니므로 반드시 문서로 할 필요는 없고 이론상 구두로도 가능하다. 그러나 행정실무는 조문형식의 문서로 하고 있다.
- ④ (○) 행정규칙은 행정 내부의 조직과 활동에 관한 사항을 규율하는 것이기 때문에 원칙적으로 내부적으로는 법적 효력을 가진다. 또한 어떤 형태로든 그 내용이 표시되어 수범자가 알 수 있을 때 효력을 발생하므로 수명(受命)기관에 도달시 효력을 발생하며 수명기관은 이에 따라야 한다.

답 ③

18 경찰책임에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

2020 해경승진

- ① 국내에 거주하는 무국적자도 경찰책임을 부담한다.
- ② 행위책임에 있어서 그 주체는 자연인에 한한다.
- ③ 상태책임을 지는 자는 반드시 물건에 대한 상당한 권원을 가질 필요는 없다.
- ④ 자신의 보호·감독하에 있는 자에 대하여 지는 경찰책임은 자기책임이다.

해설

- ① (○) 경찰책임은 국적을 불문하므로 원칙적으로 외국인이나 무국적자도 지게 된다.
- ② (×) 행위책임은 자신의 행위 또는 자신의 보호·감독하에 있는 자의 행위로 인하여 공공의 안녕과 질서에 대한 위해가 발생한 경우에 있어서의 책임을 뜻한다. 행위책임은 고의·과실을 묻지 않으며, 그 행위자가 자연인·법인인가를 불문하고, 성년·미성년자인인지도 가리지 않는다.
- ③ (○) 상태책임은 물건의 소유자나 점유자 등의 주관적인 책임과는 관계없이 물건의 성격이나 상황에 따라서 발생하는 위해에 관련되는 것이므로 상태책임의 주체는 경찰상 위해를 야기하고 있는 물건이나 동물의 소유자나 점유자, 당해 물건에 대하여 사실상 지배력을 미치고 있는 자이다. 점유자뿐만 아니라 물건에 대한 권원의 유무나 적법여부와 관계없이 물건을 현실적으로 지배하고 있는 자에게도 상태책임이 인정된다.
- ④ (○) 그가 지배하는 타인의 행위에 대한 책임인 지배자책임이란 형사책임 무능력자나 심신장애나 심신상실의 상태에 있는 사람에 의한 행위에 대한 보호의무나 감독의무를 지는 당사자(친권자, 후견인, 보호자 등)의 책임이나, 고용인이 직무수행과정에서 야기한 위해에 대해서도 그를 감독하고 지시할 수 있는 관계에 있는 사용자의 책임을 말한다. 타인의 행위에 대하여 경찰책임이 인정되는 경우에도 행위자의 경찰책임이 면제되는 것은 아니고 실제의 행위자와 감독자가 동시에 경찰책임을 진다. 지배자책임은 대위책임이 아니고, 자기의 지배범위 안에서 경찰위반상태가 발생한 데 대한 자기책임이다. 따라서 경찰기관은 어느 당사자에 대해 경찰권을 발동할 것인가에 대해 재량권을 행사할 수 있다.

답 ②

19 개인적 공권에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

2020 해경승진 / 2015 교육행정9급

- ① 행정개입청구권은 헌법법상 의무이행소송을 통하여 행사될 수 있다.
- ② 처분의 근거법규가 재량규정으로 되어 있는 경우에는 공권이 성립될 수 없다.
- ③ 「헌법」상의 모든 기본권은 법률에 의해 구체화되지 않더라도 재판상 주장될 수 있는 구체적 공권이다.
- ④ 처분의 직접적인 근거법규뿐만 아니라 관계법규가 사익을 보호하는 것으로 인정되는 경우에도 공권이 성립될 수 있다.

해설

- ① (×) 헌법 행정소송법상 의무이행소송은 허용되지 않는다.
- ② (×) 종래에는 개인적 공권의 성립요건으로 강행법규에 의해 행정주체에게 의무가 부과되어야 한다고 보아 기속행위에만 개인적 공권의 성립을 인정했지만 오늘날에는 특정 행위를 요구하지는 못하지만 재량행사를 하지 없이 행사해 줄 것을 청구할 수 있는 권리인 무하자재량행사청구권이 인정되며 예외적으로 재량이 "0"으로 수축되는 경우에 행정개입청구권을 행사할 수 있다고 보아 재량행위에 대해서도 개인적 공권의 성립을 인정하고 있다.
- ③ (×) 자유권·평등권·재산권은 헌법 상 기본권 규정에 의해 직접 개인적 공권이 성립할 수 있으나, 사회적 기본권이나 청구권적 기본권은 법률에 의해 구체화되어야 개인적 공권이 성립한다.

- ⑤ 자유권·평등권·재산권 : 헌법상 기본권 규정에 의해 직접 개인적 공권이 성립할 수 있다. 침익적 처분의 상대방이 그 처분의 제거를 목적으로 하는 경우 개별 법률 규정의 검토 없이도 헌법상 자유권적 기본권 침해가 이유로 취소소송 등 제기가 가능하다. 반면 수익적 처분의 상대방은 직접적 침해의 상대방이 아니므로 개인적 공권이 성립하기 곤란하다.
- ⑥ 사회적 기본권, 청구권적 기본권 : 법률이 기본권 행사절차, 내용, 범위 등을 확정하기 전에는 구체적 현실적 권리로 볼 수 없어 헌법 규정만으로 곧바로 구체적인 개인적 공권이 성립하기 곤란하다. (예) 퇴직급여청구권·공무원연금수급권·의료보험수급권, 국가배상청구권·재판청구권). [판례] 공무원연금 수급권과 같은 사회보장수급권은 헌법 제34조 제1항 및 제2항으로부터 도출되는 사회적 기본권 중의 하나로서, 이는 국가에 대하여 적극적으로 급부를 요구하는 것이므로 헌법규정만으로는 이를 실현할 수 없어 법률에 의한 형성이 필요하고, 그 구체적인 내용 즉 수급요건, 수급권자의 범위 및 급여금액 등은 법률에 의하여 비로소 확정된다. (헌재 2013.9.26. 2011헌바272)

4 (○) 공권 성립요건인 사익보호목적의 판단기준 : 근거 법규 + 관련 법규 규정과 취지

- 당해 처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 보호되는 법률상 이익의 의미 (대판 2004.8.16. 2003두2175)
 - ㉠ 당해 처분의 근거법규의 명문규정에 의하여 보호받는 법률상 이익
 - ㉡ 당해 처분의 행정목적 달성을 위한 일련의 단계적인 관련처분들의 근거법규에 의하여 명시적으로 보호받는 법률상 이익
 - ㉢ 근거법규 및 관련법규의 합리적 해석상 그 법규에서 행정청을 제약하는 이유가 순수한 공익의 보호만이 아닌 개별적·직접적·구체적 이익을 보호하는 취지가 포함되어 있다고 해석되는 경우

• 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자가 행정처분의 취소를 구할 수 있는 요건으로서 '법률상 보호되는 이익'의 의미 및 당해 처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 보호되는 법률상 이익의 의미 : 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라 하더라도 당해 행정처분으로 법률상 보호되는 이익을 침해당한 경우에는 취소소송을 제기하여 당부의 판단을 받을 자격이 있다. 여기에서 말하는 법률상 보호되는 이익은 당해 처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익이 있는 경우를 말하고, 공익보호의 결과로 국민 일반이 공통적으로 가지는 일반적·간접적·추상적 이익과 같이 사실적·경제적 이해관계를 갖는 데 불과한 경우는 여기에 포함되지 아니한다. 또 당해 처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 보호되는 법률상 이익은 ㉠ 당해 처분의 근거 법규의 명문 규정에 의하여 보호받는 법률상 이익, ㉡ 당해 처분의 근거 법규에 의하여 보호되지는 아니하나 당해 처분의 행정목적 달성을 위한 일련의 단계적인 관련 처분들의 근거 법규에 의하여 명시적으로 보호받는 법률상 이익, ㉢ 당해 처분의 근거 법규 또는 관련 법규에서 명시적으로 당해 이익을 보호하는 명문의 규정이 없더라도 근거 법규 및 관련 법규의 합리적 해석상 그 법규에서 행정청을 제약하는 이유가 순수한 공익의 보호만이 아닌 개별적·직접적·구체적 이익을 보호하는 취지가 포함되어 있다고 해석되는 경우까지를 말한다. (대판 2004.8.16. 2003두2175)

답 ④

20 다음 중 확약에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따른)

2002 해경승진

- ① 확약이 있는 후에 사실적·법률적 상태가 변경되었다면, 그와 같은 확약은 행정청의 별다른 의사표시를 기다리지 않고 실효된다.
- ② 대법원은 어업권면허에 선행하는 우선순위결정은 강학상 확약에 불과하고 행정처분은 아니므로 우선순위결정에 불가쟁력과 같은 효력은 인정되지 아니한다.
- ③ 확약은 처분성이 부정되므로 행정청의 확약 불이행으로 인해 손해를 입은 자는 손해배상을 청구할 수 없다.
- ④ 법령이 본 행정행위를 할 수 있는 권한을 부여하는 경우에는 반대규정이 없는 한 확약의 권한도 함께 부여한 것으로 보아 별도의 근거를 요하지 않는 것으로 보는 견해가 있다.

해설

- ① (○) 행정청이 상대방에게 장차 어떤 처분을 하겠다고 확약 또는 공적인 의사표명을 하였다 하더라도, 그 자체에서 상대방으로 하여금 언제까지 처분의 발령을 신청하도록 유효기간을 두었는데도 그 기간 내에 상대방의 신청이 없었거나 확약 또는 공적인 의사표명이 있는 후에 사실적·법률적 상태가 변경되었 다면, 그와 같은 확약 또는 공적인 의사표명은 행정청의 별다른 의사표시를 기다리지 않고 실효된다(대판 1996.8.20. 95누10877)
- ② (○) **확약인 어업면허우선순위결정의 처분성 부인** : 어업권면허에 선행하는 우선순위결정은 행정청이 우선권자로 결정된 자의 신청이 있으면 어업권면허처분을 하겠다는 것을 약속하는 행위로서 강학상 확약에 불과하고 행정처분은 아니므로, 우선순위결정에 공정력이나 불가쟁력과 같은 효력은 인정되지 아니하며, 따라서 우선순위결정이 잘못되었다는 이유로 중전의 어업권면허처분이 취소되면 행정청은 중전의 우선순위결정을 무시하고 다시 우선순위를 결정한 다음 새로운 우선순위결정에 기하여 새로운 어업권면허를 할 수 있다(대판 1995.1.20. 94누6529).
- ③ (×) 행정청의 확약 불이행이나 위법한 확약으로 인해 손해를 입은 자는 「국가배상법」 상 요건을 충족하는 경우 손해배상을 청구할 수 있다.
- ④ (○) 확약의 근거에 대한 통설인 본처분권한포함설에 대한 설명이다.

답 ③

21 「행정절차법」상 사전통지와 의견제출에 대한 판례의 입장으로 가장 옳지 않은 것은?

2002 해경승진

- ① 항만시설 사용허가신청에 대하여 거부처분을 하는 경우, 사전통지대상이나 의견청취대상이 되지 않는다.
- ② 용도를 무단변경한 건물의 원상복구를 명하는 시정명령 및 계고처분을 하는 경우, 사전에 통지할 필요가 없다.
- ③ 고시의 방법으로 불특정 다수인을 상대로 권익을 제한하는 처분을 하는 경우, 그 상대방에게 의견제출의 기회를 주어야 하는 것은 아니다.
- ④ 공매를 통하여 체육시설을 인수한 자의 체육시설업자 지위승계신고를 수리하는 경우, 종전 체육시설업자에게 사전에 통지하여 의견제출 기회를 주어야 한다.

해설

- ① (○) ㉠ 특별한 사정이 없는 한 신청에 대한 거부처분은 직접 당사자의 권익을 제한하지 않으므로 행정절차법상 사전통지대상이 아님(대판 2003.11.28. 2003두674). ㉡ 항만시설 사용허가신청에 대한 거부처분은 행정절차법 제21조에서 말하는 당사자의 권익을 제한하는 처분에 해당한다고 볼 수 없으므로 거부처분을 하면서 행정절차법 제21조에 따른 사전통지나 의견제출 절차를 거치지 않은 것은 위법이 아니다. (대판 2017.11.23. 2014두1628)
- ② (×) **원상복구를 명하는 시정명령 및 계고처분은 침해적 처분으로 사전통지의 대상** : 행정절차법 제21조 제1항, 제3항, 제4항, 제22조에 의하면, 행정청이 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 '처분의 제목', '처분하려는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거', '이에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리방법', '의견제출기관의 명칭과 주소', '의견제출기한' 등의 사항을 당사자 등에게 통지하여야 하고, 의견제출기한은 의견제출에 필요한 상당한 기간을 고려하여 정하여야 하며, 다른 법령 등에서 필수적으로 청문을 하거나 공청회를 개최하도록 규정하고 있지 아니한 경우에도 당사자 등에게 의견제출의 기회를 주어야 하며, 다만 '해당 처분의 성질상 의견청취가 현재지 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우' 등에 한하여 처분의 사전통지나 의견청취를 하지 아니할 수 있다. 따라서 행정청이 침해적 행정처분을 하면서 당사자에게 사전통지를 하거나 의견제출의 기회를 주지 아니하였다면, 사전통지나 의견제출의 예외적인 경우에 해당하지 아니하는 한, 처분은 위법하여 취소를 면할 수 없다. 건물을 본래의 용도인 운동시설로 원상복구할 의무를 부과하는 '위반건축물 1차 시정명령 및 계고처분'을 하면서 사전통지를 하지 아니하고 또 의견제출의 기회를 주지 아니하였는데 이 사건 처분이 행정절차법 제21조 제4항 각 호에서 정하고 있는 사전통지 등을 하지 아니하여도 되는 예외사유에 해당한다고 볼 수 없으므로 이 사건 처분은 위법하다는 원심의 판단은 정당하다. (대판 2016.10.27. 2016두41811)

- ③ (○) **불특정 다수에 대한 고시의 경우 사전통지나 의견청취 절차를 거치지 않아도 됨** : 구 행정절차법 제22조 제3항에 따라 행정청이 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 할 때 의견제출의 기회를 주어야 하는 '당사자'는 '행정청의 처분에 대하여 직접 그 상대가 되는 당사자'(구 행정절차법 제2조 제4호)를 의미한다. 그런데 '고시'의 방법으로 불특정 다수인을 상대로 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분은 성질상 의견제출의 기회를 주어야 하는 상대방을 특정할 수 없으므로, 이와 같은 처분에 있어서까지 구 행정절차법 제22조 제3항에 의하여 그 상대방에게 의견제출의 기회를 주어야 한다고 해석할 것은 아니다(대판 2014.10.27. 2012두7745). (대판 2014.10.27. 2012두7745).
- ④ (○) 행정청이 구 관광진흥법 또는 구 체육시설의 설치·이용에 관한 법률의 규정에 의하여 유원시설업자 또는 체육시설업자 지위승계신고를 수리하는 처분을 하는 경우, 종전 유원시설업자 또는 체육시설업자에 대하여 행정절차법 제21조 제1항 등에서 정한 처분의 사전통지 및 의견제출 기회 부여 절차를 거쳐야 함 : 행정절차법 제21조 제1항, 제22조 제3항 및 제2조 제4호의 각 규정에 의하면, 행정청이 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 할 때에는 당사자 등에게 처분의 사전통지를 하고 의견제출의 기회를 주어야 하며, 여기서 당사자란 행정청의 처분에 대하여 직접 그 상대가 되는 자를 의미한다. 한편 구 관광진흥법 제8조 제2항, 제4항, 구 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」 제27조 제2항, 제20조의 각 규정에 의하면, 공매 등의 절차에 따라 문화체육관광부령으로 정하는 주요한 유원시설업 시설의 전부 또는 체육시설업의 시설 기준에 따른 필수시설을 인수함으로써 유원시설업자 또는 체육시설업자의 지위를 승계한 자가 관계 행정청에 이를 신고하여 행정청이 수리하는 경우에는 종전 유원시설업자에 대한 허가는 효력을 잃고, 종전 체육시설업자는 적법한 신고를 마친 체육시설업자의 지위를 부인당할 불안정한 상태에 놓이게 된다. 따라서 행정청이 구 관광진흥법 또는 구 체육시설법의 규정에 의하여 유원시설업자 또는 체육시설업자 지위승계신고를 수리하는 처분은 종전 유원시설업자 또는 체육시설업자의 권익을 제한하는 처분이고, 종전 유원시설업자 또는 체육시설업자는 그 처분에 대하여 직접 그 상대가 되는 자에 해당한다고 보는 것이 타당하므로, 행정청이 그 신고를 수리하는 처분을 할 때에는 행정절차법 규정에서 정한 당사자에 해당하는 종전 유원시설업자 또는 체육시설업자에 대하여 위 규정에서 정한 행정절차를 실시하고 처분을 하여야 한다. (대판 2012.12.13. 2011두29144)

답 ②

22 행정청은 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 함이 원칙이지만, 예외적으로 이러한 이유제시가 생략될 수 있다. 다음 중 「행정절차법」이 규정하고 있는 이유제시 생략사유가 아닌 것은?

2020 해경승진

- ① 법령 등에서 요구된 자격이 없거나 없어지게 되면 반드시 일정한 처분을 하여야 하는 경우에 그 자격이 없거나 없어지게 된 사실이 법원의 재판 등에 의하여 객관적으로 증명된 경우
- ② 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우
- ③ 신청내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우
- ④ 단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우

해설

①은 처분의 사전통지 생략사유이며, 이유제시 생략사유는 아니다.

• 행정절차법 제23조(처분의 이유 제시)

- ① 행정청은 처분을 할 때에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시해야 한다.
1. 신청 내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우
 2. 단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우
 3. 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우

② 행정청은 제1항 제2호 및 제3호의 경우에 처분 후 당사자가 요청하는 경우에는 그 근거와 이유를 제시해야 한다.

• 행정절차법 제21조(처분의 사전 통지)

- ① 행정청은 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 다음 각 호의 사항을 당사자에게 통지하여야 한다. (각 호생략)
- ④ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제1항에 따른 통지를 하지 아니할 수 있다.
1. 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우
 2. 법령등에서 요구된 자격이 없거나 없어지게 되면 반드시 일정한 처분을 하여야 하는 경우에 그 자격이 없거나 없어지게 된 사실이 법원의 재판 등에 의하여 객관적으로 증명된 경우
 3. 해당 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우

답 ①

23 다음 중 「국가배상법」 제5조에 의한 영조물에 해당하지 않는 것은? (다름이 있는 경우 판례에 따름)

2020 해경승진

- ① 도로와 일체가 되어 그 효용을 다하게 되는 시설인 여의도광장
- ② 수도
- ③ 현금
- ④ 관용 자동차

해설

국가배상법 5조에서의 영조물은 일반적으로 행정주체가 직접적으로 공적 목적을 달성하기 위하여 제공한 물건인 '공물'을 의미한다.

① 인공공물로서 국가배상법 5조의 영조물에 해당.

• 여의도광장의 관리는 광장의 관리에 관한 별도의 법령이나 규정이 없으므로 서울특별시는 여의도광장을 도로법 제2조 제2항 소정의 '도로와 일체가되어 그 효용을 다하게 하는 시설'로 보고 같은 법의 규정을 적용하여 관리하고 있으며, 그 관리사무 중 일부를 영등포구청장에게 권한위임하고 있어, 여의도광장의 관리청이 본래 서울특별시시장이라 하더라도 그 관리사무의 일부가 영등포구청장에게 위임되었다면, 그 위임된 관리사무에 관한 한 여의도광장의 관리청은 영등포구청장이 되고, 같은 법 제56조에 의하면 도로에 관한 비용은 건설부장관이 관리하는 도로 이외의 도로에 관한 것은 관리청이 속하는 지방자치단체의 부담으로 하도록 되어 있어 여의도광장의 관리비용부담자는 그 위임된 관리사무에 관한 한 관리를 위임받은 영등포구청장이 속한 영등포구가 되므로, 영등포구는 여의도광장에서 차량진입으로 일어난 인신사고에 관하여국가배상법 제6조 소정의 비용부담자로서의 손해배상책임이 있다(대판 1995.2.24. 94다57671).

- ② 인공공물로서 국가배상법 5조의 영조물에 해당.
- ③ 공적 목적에 제공된 공물이 아닌 현금과 같은 일반재산(구법은 잡종재산)은 국가배상법 5조의 영조물에 해당되지 않는다.
- ⑤ 공용물로서 국가배상법 5조의 영조물에 해당.

답 ③

24 다음 중 행정상 손실보상에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 따름)

2020 해경승진

- ① 「헌법」 제23조 제3항을 국민에 대한 직접적인 효력이 있는 규정으로 보는 견해는 동 조항의 재산권의 수용·사용·제한 규정과 보상규정을 불가분조항으로 본다.
- ② 헌법재판소는 「헌법」 제23조 제3항의 ‘공공필요’는 ‘국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성’을 의미하고, 이 요건 중 공익성은 기본권 일반의 제한사유인 ‘공공복리’보다 좁은 것으로 보고 있다.
- ③ 손실보상에 관한 일반법은 존재하지 않는다.
- ④ 재산권의 수용·사용·제한은 법률로써 하여야 하고, 이 ‘법률’에 법률중속명령이나 조례는 포함되지 아니한다.

해설

- ① (×) 직접효력설은 헌법 제23조 제3항을 국민에 대하여 직접적 효력이 있는 규정으로 보고, 만일 공용침해의 근거가 되는 법률이 보상규정을 두지 않고 있는 경우 직접 헌법 제23 조 제3항에 근거하여 보상을 청구할 수 있다고 본다. 보상금청구소송이 제기되면 법원은 완전보상의 원칙에 따라 보상액을 객관적으로 확인하고 결정할 수 있다고 본다. 직접효력설은 헌법 제23조 제3항을 불가분조항(재산권의 수용·사용·제한 규정과 보상규정을 동일 법률에 규정)으로 보지 않는다. 법률에 재산권의 수용·사용·제한 규정은 있지만 보상규정이 없는 경우 헌법 23조 3항을 근거로 보상청구가 가능하다고 본다.
- ② (○) 헌법 제23조 제3항에서 규정하고 있는 ‘공공필요’는 “국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성”으로서, ‘공공필요’의 개념은 ‘공익성’과 ‘필요성’이라는 요소로 구성된다. … 오늘날 공익사업의 범위가 확대되는 경향에 대응하여 재산권의 존속보장과의 조화를 위해서는, ‘공공필요’의 요건에 관하여, 공익성은 추상적인 공익 일반 또는 국가의 이익 이상의 중대한 공익을 요구하므로 기본권 일반의 제한사유인 ‘공공복리’보다 좁게 보는 것이 타당 하며, 공익성의 정도를 판단함에 있어서는 공용수용을 허용하고 있는 개별법의 입법목적, 사업내용, 사업이 입법목적에 이바지 하는 정도는 물론, 특히 그 사업이 대중을 상대로 하는 영업인 경우에는 그 사업 시설에 대한 대중의 이용·접근가능성도 아울러 고려하여야 한다(헌재 2014.10.30. 2011헌바129,172).
- ③ (○) 손실보상에 관한 일반법은 존재하지 않고 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」, 「하천법」, 「도로법」 등 개별법에 손실보상규정이 있는 경우 그에 따라 손실보상청구권을 행사할 수 있다.
- ④ (○) 헌법 제23조 제3항은 ‘공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급해야 한다.’라고 규정하고 있는데 여기서 ‘법률’이란 의회제정법 즉, 형식적 의미의 법률을 의미한다.(대판 1999.10.8. 99다27231). 따라서 법률중속명령(각종 시행령·시행규칙)이나 조례는 위의 ‘법률’에 포함되지 않는다.
 • 헌법 제23조 제3항은 "공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급해야 한다."고 규정하고 있고, 이에 따라 국민의 재산권을 침해하는 행위 그 자체는 반드시 형식적 법률에 근거해야 한다.

답 ①

25 다음 중 과징금에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 따름)

2020 해경승진

- ① 과징금은 원칙적으로 행위자의 고의·과실이 있는 경우에 부과한다.
- ② 과징금 부과처분의 기준을 규정하고 있는 구「청소년보호법」 시행령 제40조 [별표 6]은 행정규칙의 성질을 갖는다.
- ③ 자동차운수사업 면허조건 등을 위반한 사업자에 대한 과징금 부과처분이 법이 정한 한도액을 초과하여 위법한 경우 법원은 그 처분 전부를 취소하여야 한다.
- ④ 변형과징금의 1차적 목적은 영업정지처분을 받는 자에 대한 최소침해의 수단을 찾는 것이다.

해설

- ① (×) 과징금은 반드시 현실적 행위자가 아니라도 법령상 책임자로 규정된 자에게 부과되며, 원칙적으로 고의·과실을 요하지 않지만, 위반자의 의무 해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있는 등 특별한 사정이 있으면 부과할 수 없다.
- ② (×) 구 청소년보호법 제49조 제1항, 제2항의 위임에 따른 같은 법 시행령 제40조 [별표 6]의 위반행위의 중벌에 따른 과징금 처분기준의 법적 성격은 법규명령이며 그 과징금 수액의 의미는 최고한도액 : (구)청소년보호법 제49조 제1항·제2항에 따른 같은 법 시행령 제40조 [별표6]의 위반행위의 중벌에 따른 과징금처분기준은 법규명령이기는 하나, 모법의 위임규정의 내용과 취지 및 헌법상의 과잉금지의 원칙과 평등의 원칙 등에 비추어 같은 유형의 위반행위라 하더라도 그 규모나 기간·사회적 비난 정도·위반행위로 인하여 다른 법률에 의하여 처벌받은 다른 사정·행위자의 개인적 사정 및 위반행위로 얻은 불법이익의 규모 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 사안에 따라 적절한 과징금의 액수를 정해야 할 것이므로 그 수액은 정액이 아니라 최고한도액이다.(대판 2001.3.9. 99두5207)
- ③ (○) 재량권을 일탈한 과징금 납부명령의 일부 취소는 불가(전부 취소해야 함) : 자동차운수사업면허조건 등을 위반한 사업자에 대하여 행정청이 행정재제수단으로 사업 정지를 명할 것인지, 과징금을 부과할 것인지, 과징금을 부과기로 한다면 그 금액은 얼마로 할 것인지에 관하여 재량권이 부여되었다 할 것이므로 과징금부과처분이 법이 정한 한도액을 초과하여 위법할 경우 법원으로서 그 전부를 취소할 수밖에 없고, 그 한도액을 초과한 부분이나 법원이 적정하다고 인정되는 부분을 초과한 부분만을 취소할 수 없다(금 1,000,000원을 부과한 당해 처분 중 금 100,000원을 초과하는 부분은 재량권 일탈·남용으로 위법하다며 그 일부분만을 취소한 원심판결을 파기한 사례). (대판 1998.4.10. 선고 98두2270).
- ④ (×) 변형과징금은 국가 및 사회에 중대한 영향을 미치는 사업을 시행하는 자가 행정법규에 위반하였을 경우 그 위반자에 대하여 허가취소·영업정지처분을 하면 오히려 국민에게 불편과 생활의 어려움을 줄 수 있으므로, 이러한 허가취소·영업정지처분과 선택적으로 또는 이에 갈음하여 부과되는 금전적 제재이다. 따라서, 영업정지처분을 받는 자의 이익에 대한 고려가 1차적으로 반영되는 것이 아니다.

답 ③

26 다음 중 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

2020 해경승진 / 2019 서울시9급

- ① 판례에 따르면 자연인과 법인은 정보공개를 청구할 권리를 갖지만 권리능력 없는 사단은 그러하지 아니하다.
- ② 비공개대상정보의 공개 여부에 대한 결정은 공공기관의 재량행위에 속한다.
- ③ 직무를 수행한 공무원의 성명·직위는 비공개대상정보이다.
- ④ 정보공개청구인은 공공기관의 비공개결정에 대해 이의신청절차를 거치지 아니하면 행정심판을 청구할 수 없다.

해설

- ① (×) 공공기관의 정보공개에 관한 법률 5조 1항은 “모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다.”고 규정하고 있는데, 여기에서 말하는 국민에는 자연인은 물론 법인, 권리능력 없는 사단·재단도 포함되고, 법인, 권리능력 없는 사단·재단 등의 경우에는 설립목적을 불문한다(대판 2003.12.12. 2003두8050).
- ② (○) 제9조 ①항은 “공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개 대상이 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보는 공개하지 아니할 수 있다.”라고 규정하여 비공개대상 정보의 공개여부에 대해 공공기관에 재량권을 주고 있다. 따라서 비공개대상정보에 해당하는 정보에 대한 공개청구에 대해서도 공공기관은 공개를 결정할 수 있다.
- ③ (○) 제9조 ① 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개 대상이 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보는 공개하지 아니할 수 있다.
 - 6. 해당 정보에 포함되어 있는 성명·주민등록번호 등 개인에 관한 사항으로서 공개될 경우 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보. 다만, 다음 각 목에 열거한 개인에 관한 정보는 제외한다.
 - 가. 법령에서 정하는 바에 따라 열람할 수 있는 정보
 - 나. 공공기관이 공표를 목적으로 작성하거나 취득한 정보로서 사생활의 비밀 또는 자유를 부당하게 침해하지 아니하는 정보
 - 다. 공공기관이 작성하거나 취득한 정보로서 공개하는 것이 공익이나 개인의 권리 구제를 위하여 필요하다고 인정되는 정보
- 라. 직무를 수행한 공무원의 성명·직위
 - 마. 공개하는 것이 공익을 위하여 필요한 경우로서 법령에 따라 국가 또는 지방자치단체가 업무의 일부를 위탁 또는 위촉한 개인의 성명·직업
- ④ (×) 비공개결정에 대해서는 이의신청을 거치지 않고 행정심판이나 행정소송이 가능하다.
 - 제18조(이의신청) ① 청구인 이 정보공개와 관련한 공공기관의 비공개 결정 또는 부분 공개 결정에 대하여 불복이 있거나 정보공개 청구 후 20일이 경과하도록 정보공개 결정이 없는 때에는 공공기관으로부터 정보공개 여부의 결정 통지를 받은 날 또는 정보공개 청구 후 20일이 경과한 날부터 30일 이내에 해당 공공기관에 문서로 이의신청을 할 수 있다.
 - 제19조(행정심판) ② 청구인은 제18조에 따른 이의신청 절차를 거치지 아니하고 행정심판을 청구할 수 있다.

답 ②

27 행정의 실효성 확보수단에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 따름)

2020 해경승진 / 2019 서울7급

- ① 공매통지 자체가 그 상대방인 체납자 등의 법적 지위나 권리·의무에 직접적인 영향을 주는 행정처분에 해당한다고 할 것이므로 다른 특별한 사정이 없는 한 체납자 등은 공매통지 자체를 항고소송의 대상으로 삼아 그 취소 등을 구할 수 있다.
- ② 비상시 또는 위험이 절박한 경우에 있어서 계고·대집행행장의 통지규정에서 정하는 수속을 취할 여유가 없을 경우라도 위의 두 수속 모두를 거치지 아니하고는 대집행을 할 수 없다.
- ③ 「행정대집행법」 절차에 따라 국세징수의 대집행비용을 징수할 수 있음에도 불구하고 민사소송절차에 의하여 그 비용의 상환을 청구할 수 있다.
- ④ 이행강제금은 장래의 의무이행을 심리적으 강제하기 위한 것으로서 의무이행이 있을 때까지 반복하여 부과할 수 있다.

해설

- ① (×) 공매통지는 공매의 절차적 요건이지만 행정처분은 아니므로 공매통지 자체는 항고소송의 대상이 아님 : 체납자 등에 대한 공매통지는 국가의 강제력에 의하여 진행되는 공매에서 체납자 등의 권리 내지 재산상의 이익을 보호하기 위하여 법률로 규정한 절차적 요건이라고 보아야 하며, 공매처분을 하면서 체납자 등에게 공매통지를 하지 않았거나 공매통지를 하였더라도 그것이 적법하지 아니한 경우에는 절차상의 흠이 있어 그 공매처분이 위법하게 되는 것이지만, 공매통지 자체가 그 상대방인 체납자 등의 법적 지위나 권리·의무에 직접적인 영향을 주는 행정처분에 해당한다고 할 것은 아니므로 다른 특별한 사정이 없는 한 체납자 등은 공매통지의 결여나 위법을 들어 공매처분의 취소 등을 구할 수 있는 것이지 공매통지 자체를 항고소송의 대상으로 삼아 그 취소 등을 구할 수는 없다(대판 2011.3.24. 2010두25527).
- ② (×) • 행정대집행법 제3조(대집행의 절차)

- ① 전조의 규정에 의한 처분(이하 대집행이라 한다)을 하려함에 있어서는 상당한 이행기한을 정하여 그 기한까지 이행되지 아니할 때에는 대집행을 한다는 뜻을 미리 문서로써 계고하여야 한다. 이 경우 행정청은 상당한 이행기한을 정함에 있어 의무의 성질·내용 등을 고려하여 사회통념상 해당 의무를 이행하는 데 필요한 기간이 확보되도록 하여야 한다.
 - ② 의무자가 전항의 계고를 받고 지정기한까지 그 의무를 이행하지 아니할 때에는 당해 행정청은 대집행영상으로써 대집행을 할 시기, 대집행을 시키기 위하여 파견하는 집행책임자의 성명과 대집행에 요하는 비용의 개산에 의한 견적액을 의무자에게 통지하여야 한다.
 - ③ 비상시 또는 위험이 절박한 경우에 있어서 당해 행위의 급속한 실시를 요하여 전2항에 규정한 수속을 취할 여유가 없을 때에는 그 수속을 거치지 아니하고 대집행을 할 수 있다.
- ③ (×) 의무자가 대집행비용을 납부기일까지 미납부시 국세체납처분의 예에 의해 강제징수할 수 있다(행정대집행법 6조).

대집행 실시를 위해 지출한 비용을 행정대집행 절차에 따라 징수할 수 있는 경우 민사소송절차에 의해 그 비용의 상환을 청구할 수 없다. : 대한주택공사가 법령에 의하여 대집행권한을 위탁받아 공무원 대집행을 실시하기 위하여 지출한 비용을 행정대집행법 절차에 따라 국세징수법의 예에 의하여 징수할 수 있다. 행정대집행법 절차에 따라 국세징수법의 예에 의하여 징수할 수 있음에도 민사소송절차에 의하여 그 비용의 상환을 청구한 경우, 행정대집행법이 대집행비용의 징수에 관하여 민사소송절차에 의한 소송이 아닌 간이하고 경제적인 특별규제절차를 마련해 놓고 있으므로, 위 청구는 소의 이익이 없어 부적법하다. (대판 2011.9.8. 2010다48240)
- ④ (○) 이행강제금이 실효성을 가지기 위해서는 적절한 금액일 것이 요구된다. 즉 이행강제금은 의무를 불이행한 자에게 심리적 압박에 의해 본인 스스로가 의무를 이행하도록 하는 제도인바, 이행강제금의 금액이 적정하다고 하기 위해서는 부과된 이행강제금이 영업 등을 계속하는 것을 단념하도록 심리적

압박을 가하여 의무를 이행하게 할 정도의 금액일 필요가 있다. 그리고 행정벌은 일사부재리의 원칙을 적용받게 되어 동일한 의무위반사항에 대해 반복 부과될 수 없지만 소수한 복중수단으로서 이행강제금은 이 원리가 적용되지 않아 동일한 의무위반사항에 대해 의무이행이 있을 때까지 반복·중약하여 부과할 수 있다. 이행강제금이 수차례 부과되어도 계속 시정명령을 이행하지 않는 경우 위법사항이 시정될 때까지 건축물이 존재하는 한 반복 부과할 수 있으므로 중국에는 이행강제금 총액이 그 위법건축으로 건축주가 얻은 경제적 이익은 물론 건축물 자체의 객관적 가치를 넘어설 수도 있어 이행강제금 부과가 과잉처벌이 아닌지 하는 의문이 들 수 있으나, 이행강제금은 위법건축물의 원상회복을 궁극적인 목적으로 하고, 그 궁극적인 목적을 달성하기 위해서는 위법건축물이 존재하는 한 계속하여 부과할 수밖에 없으며, 만약 통산부과횟수나 통산부과상한액의 제한을 두면 위법건축물의 소유자 등에게 위법건축물의 현상을 고착할 수 있는 길을 열어주게 됨으로써 이행강제금의 본래의 취지를 달성할 수 없게 될 수 있다. 이러한 점에서 이 사건 이행강제금을 부과함에 있어 통산횟수의 제한이 없다고 하여 과잉금지원칙에 반한다고 볼 수 없다. (헌재 2004.2.26. 2001헌바80)

답 ④

28 다음 중 행정벌에 대한 설명이다. 틀린 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따름)

2020 해경승진

- ㉠ 과태료의 부과요건·절차 등에 관해 「질서위반행위규제법」의 규정과 다른 법률규정이 있으면 그 규정을 우선 적용한다.
- ㉡ 통고처분에 따른 범칙금을 납부한 후에 동일한 사건에 대하여 다시 형사처벌을 하는 것은 일사부재리의 원칙에 반하는 것은 아니다.
- ㉢ 양벌규정에 의해 영업주가 처벌되기 위해서는 종업원의 범죄가 성립하거나 처벌이 이루어져야 함이 전제조건이 되어야 한다.
- ㉣ 질서위반행위에 대하여 과태료를 부과하는 근거법령이 개정되어 행위시의 법률에 의하면 과태료 부과대상이었으나 재판시의 법률에 의하면 부과대상이 아닌 때에도 특별한 사정이 없는 한 행위시의 법률에 의하여 과태료를 부과할 수 있다.

① ㉡, ㉢, ㉣

② ㉡, ㉢

③ ㉠, ㉢

④ ㉠, ㉡, ㉢, ㉣

해설

- ㉠ (x) 「질서위반행위규제법」 제5조 과태료의 부과·징수, 재판 및 집행 등의 절차에 관한 다른 법률의 규정 중 이 법의 규정에 저촉되는 것은 이 법으로 정하는 바에 따른다.
- ㉡ (x) 상대방이 통고처분의 내용을 이행한 경우 처벌절차는 종료되고 불가변력이 발생하게 되어 일사부재리의 원칙의 적용을 받아 동일사건에 대하여 다시 처벌받지 않으며, 확정판결과 동일한 효과가 발생한다.
 - 범칙금을 납부한 경우 그 범칙행위에 대하여 다시 벌 받지 아니한다고 규정하고 있는바, 이는 범칙금의 납부에 확정재판의 효력에 준하는 효력을 인정하는 취지로 해석하여야 한다. (대판 2002.11.22. 2001도849)
- ㉢ (x) 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).
- ㉣ (x) 질서위반행위규제법은 '질서위반행위의 성립과 과태료 처분은 행위 시의 법률에 따른다'고 하면서도(제3조 제1항), '질서위반행위 후 법률이 변경되어 그 행위가 질서위반행위에 해당하지 아니하게 되거나 과태료가 변경되기 전의 법률보다 가볍게 된 때에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 변경된 법률을 적용한다'고 규정하고 있다(제3조 제2항). 따라서 질서위반행위에 대하여 과태료를 부과하는 근거 법령이 개정되어 행위시의 법률에 의하면 과태료 부과대상이었지만 재판시의 법률에 의하면 부과대상이 아니게 된 때에는 개정 법률의 부칙 등에서 행위 시의 법률을 적용하도록 명시하는 등 특별한 사정이 없는 한 재판시의 법률을 적용하여야 하므로 과태료를 부과할 수 없다. (대판 2017.4.7. 2016마1626)

• 질서위반행위 규제법 제3조(법 적용의 시간적 범위)

- ① 질서위반행위의 성립과 과태료 처분은 행위 시의 법률에 따른다.
- ② 질서위반행위 후 법률이 변경되어 그 행위가 질서위반행위에 해당하지 아니하게 되거나 과태료가 변경되기 전의 법률보다 가볍게 된 때에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 변경된 법률을 적용한다.
- ③ 행정청의 과태료 처분이나 법원의 과태료 재판이 확정된 후 법률이 변경되어 그 행위가 질서위반행위에 해당하지 아니하게 된 때에는 변경된 법률에 특별한 규정이 없는 한 과태료의 징수 또는 집행을 면제한다.

답 ④

29 다음 중 국가배상에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따름)

2020 해경승진

- ① 법령의 위탁에 의해 지방자치단체로부터 대집행을 수권받은 구 한국토지공사는 지방자치단체의 기관으로서 「국가배상법」 제2조 소정의 공무원에 해당한다.
- ② 피해자에게 손해를 직접 배상한 경과실이 있는 공무원은 특별한 사정이 없는 한, 국가의 피해자에 대한 손해배상책임의 범위 내에서 자신이 변제한 금액에 관하여 국가에 대한 구상권을 취득한다.
- ③ 형벌에 관한 법령이 헌법재판소의 위헌결정으로 소급하여 효력을 상실한 경우, 위헌 선언 전 그 법령에 기초하여 수사가 개시되어 공소가 제기되고 유죄판결이 선고되었더라도, 그러한 사정만으로 국가의 손해배상책임이 발생한다고 볼 수 없다.
- ④ 「헌법」에 의하여 부과되는 국가의 구제적인 입법외무 자체가 인정되지 않는 경우에는 애당초 부작용으로 인한 불법행위가 성립할 여지가 없다.

해설

- ① (×) 한국토지공사는 구 한국토지공사법 제2조, 제4조에 의하여 정부가 자본금의 전액을 출자하여 설립한 법인이고 ... 한국토지공사는 이러한 법령의 위탁에 의하여 대집행을 수권받은 자로서 공무원 대집행을 실시함에 따르는 권리·의무 및 책임이 귀속되는 행정주체의 지위에 있다고 볼 것이지 지방자치단체 등의 기관으로서 국가배상법 제2조 소정의 공무원에 해당한다고 볼 것은 아니다. (대판 2010. 1. 28. 2007다82950, 82967)
- ② (○) **경과실 있는 공무원이 피해자에게 손해를 직접 배상한 경우 국가에 대해 변제금액에 관한 구상권 취득** : 공무원이 직무수행 중 불법행위로 타인에게 손해를 입힌 경우에 국가 등이 국가배상책임을 부담하는 외에 **공무원** 개인도 고의 또는 중과실이 있는 경우에는 불법행위로 인한 손해배상책임을 지고, 공무원에게 경과실이 있을 뿐인 경우에는 공무원 개인은 손해배상책임을 부담하지 아니한다. 이처럼 경과실이 있는 공무원이 피해자에 대하여 손해배상책임을 부담하지 아니함에도 피해자에게 손해를 배상하였다면 그것은 채무자 아닌 사람이 타인의 채무를 변제한 경우에 해당하고, 이는 민법 제469조의 '제3자의 변제' 또는 민법 제744조의 '도의관념에 적합한 비채변제(非債辨濟)'에 해당하여 피해자는 공무원에 대하여 이를 반환할 의무가 없고, 그에 따라 피해자의 국가에 대한 손해배상청구권이 소멸하여 국가는 자신의 출연 없이 채무를 면하게 되므로, **피해자에게 손해를 직접 배상한 경과실이 있는 공무원은 특별한 사정이 없는 한 국가에 대하여 국가의 피해자에 대한 손해배상책임을 범위 내에서 공무원이 변제한 금액에 관하여 구상권을 취득한다고 봄이 타당하다**(대판 2014.8.20. 2012다54478).
- ③ (○) 형법에 관한 법령이 헌법재판소의 위헌결정으로 소급하여 효력을 상실하였거나 법원에서 위헌·무효로 선언된 경우, 그 법령이 위헌으로 선언되기 전에 그 법령에 기초하여 수사가 개시되어 공소가 제기되고 유죄판결이 선고되었더라도, 그러한 사정만으로 수사기관의 직무행위나 법관의 재판상 직무행위가 국가배상법 제2조 제1항에서 말하는 공무원의 고의 또는 과실에 의한 불법행위에 해당하여 국가의 손해배상책임을 발생한다고 볼 수는 없다(대판 2014.10.27. 2013다217962).
- ④ (○) 국가가 일정한 사항에 관하여 헌법에 의하여 부과되는 구체적인 입법적 의무를 부담하고 있음에도 불구하고 그 입법에 필요한 상당한 기간이 경과하도록 고의 또는 과실로 이러한 입법적 의무를 이행하지 아니하는 등 극히 예외적인 사정이 인정되는 사안에 한정하여 국가배상법 소정의 배상책임이 인정될 수 있으며, 위와 같은 구체적인 입법적 의무 자체가 인정되지 않는 경우에는 애당초 부작위로 인한 불법행위가 성립할 여지가 없다(대판 2008.5.29. 2004다33469)

답 ①

30 다음 중 손실보상에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따름)

2020 해경승진

- ① 우리 「헌법」상 수용의 주체를 국가로 한정하고 있지 않으므로 민간기업도 수용의 주체가 될 수 있다.
- ② 토지를 종래의 목적으로도 사용할 수 없는 경우에는 토지소유자가 수인해야 할 사회적 제약의 한계를 넘는 것으로 보아야 한다.
- ③ 「헌법」 제23조 제3항의 정당한 보상이란 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하는 것이어야 한다는 완전보상을 뜻한다.
- ④ 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 의한 잔여지 수용청구를 받아들이지 않은 토지수용위원회의 재결에 대하여 토지소유자가 불복하여 제기하는 소송은 항고소송에 해당한다.

해설

- ① (○) 현재결 2009.9.24. 2007헌바114
- ② (○) **개발제한구역 지정으로 인하여 토지를 종래의 목적으로도 사용할 수 없거나 또는 더 이상 법적으로 허용된 토지이용의 방법이 없기 때문에 실질적으로 토지의 사용·수익의 길이 없는 경우에는 토지소유자가 수인해야 하는 사회적 제약의 한계를 넘는 것으로 보아야 한다**(현재결 1998.12.24. 89헌마214·90헌바16·97헌바78 병합).
- ③ (○) 공공필요에 의한 재산권의 공공력적·강제적 박탈을 의미하는 공공수용은 헌법 제23조 제3항에 명시된 대로 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득하여야 할 공익적 필요성이 있을 것, 수용과 그에 대한 보상은 모두 법률에 의거할 것, 그리고 정당한 보상을 지급할 것의 요건을 갖추어야 한다. 여기서 **정당한 보상이란 "원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하는 것이어야 한다는 완전보상을 의미하는 것으로서 그 보상금액뿐만 아니라 보상의 시기·방법 및 절차까지도 정당하여야 한다는 것을 의미한다**(현재 2011.10.25. 2009헌바281).
- ④ (×) **잔여지 수용청구를 받아들이지 않은 토지수용위원회의 재결에 대해서는 취소소송을 제기할 수 없고 보상금 증감소송으로 형식적 당사자소송에 의하여 사업시행자를 피고로 한다.**
 • 구 '공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률'(2007. 10. 17. 법률 제8665호로 개정되기 전의 것. 이하 '토지보상법'이라고 한다) 제74조 제1항에 규정되어 있는 잔여지 수용청구권은 손실보상의 일환으로 토지소유자에게 부여되는 권리로서 그 요건을 구비한 때에는 잔여지를 수용하는 토지수용위원회의 재결이 없더라도 그 청구에 의하여 수용의 효과가 발생하는 형성권적 성질을 가지므로, 잔여지 수용청구를 받아들이지 않은 토지수용위원회의 재결에 대하여 토지소유자가 불복하여 제기하는 소송은 위 법 제85조 제2항에 규정되어 있는 '보상금의 증감에 관한 소송'에 해당하고, 그 피고는 토지수용위원회가 아니라 사업시행자로 해야 한다.(대판 2010.8.19. 2008두822, 대판 2015.4.9. 2014두46669)

답 ④

31 행정소송의 피고적격에 대한 설명이다. 옳은 것은?

2020 해경승진

- ① 헌법재판소장이 한 처분에 대한 행정소송의 피고는 헌법재판소장으로 한다.
- ② 대법원장이 한 처분에 대한 행정소송의 피고는 대법원장이다.
- ③ 중앙노동위원회의 처분에 대한 행정소송은 중앙노동위원회 위원장을 피고로 한다.
- ④ 국회의장이 행한 처분에 대한 행정소송의 피고는 국회부의장이 된다.

해설

- ① (×) 헌법재판소법 제17조(사무처) ⑤ 헌법재판소장이 한 처분에 대한 행정소송의 피고는 **헌법재판소 사무처장**으로 한다.
- ② (×) 법원조직법 제70조(행정소송의 피고) 대법원장이한 처분에 대한 행정소송의 피고는 **법원행정처장**으로 한다.
- ④ (×) 국회사무처법 제4조(사무총장) ③ 의장이 행한 처분에 대한 행정소송의 피고는 **(국회) 사무총장**으로 한다.

❑ 취소소송의 피고적격

처분권자 / 처분방식		피고	
독임제행정청		독임제행정청	
합의제 행정청	원칙	합의제 행정청(위원회)	
	예외	중앙노동위원회의 처분	중앙노동위원회 위원장
		중앙해양안전심판원의 재결	중앙해양안전심판원장
지방공무원 신규임용시험불합격결정		시·도 인사위원회 위원장	
지방의회		지방의회	
교육·학예 등에 관한 조례		시·도교육감	
처분적 조례		지방자치단체장	
행정심판위원회의 재결		행정심판위원회	
처분 후	권한 승계	승계한 행정청	
	처분청이 없게 된 경우	그 사무가 귀속하는 국가나 공공단체	
처분청과 통지한 자가 다른 경우		처분청	
권한 위임·위탁		수임·수탁기관	
대리·내부위임·위임전결		피대리기관, 위임기관 대리관계 밝히지 않고 대리기관 자신 명의로 처분시 대리기관 수임기관 명의로 처분시 명의자인 수임기관	
공무원에 대한 징계처분 등, 본인의 의	대통령이 한 경우	소속장관	
사에 반한 불리한 처분이나 부작위	중앙선관위위원장이 한 경우	중앙선관위 사무총장	
국회의장		국회 사무총장	
헌법재판소장		헌법재판소 사무처장	
대법원장		법원 행정처장	

답 ③

32 「행정심판법」상 행정심판에 관한 내용이다. ()안에 들어갈 숫자를 모두 더한 값은?

2020 해경승진 / 2016 경찰경력채용

- ㉠ 행정심판은 처분이 있음을 알게 된 날부터 ()일 이내에 청구하여야 한다.
 ㉡ 청구인이 천재지변, 전쟁, 사변, 그 밖의 불가항력으로 인하여 ㉠의 기간에 심판청구를 할 수 없었을 때에는 그 사유가 소멸한 날부터 ()일 이내에 행정심판을 청구할 수 있다.
 다만, 국외에서 행정심판을 청구하는 경우에는 그 기간을 ()일로 한다.
 ㉢ 재결은 「행정심판법」제23조에 따라 피청구인 또는 위원회가 심판청구서를 받은 날부터 ()일 이내에 하여야 한다. 다만, 부득이한 사정이 있는 경우에는 위원장이 직권으로 ()일을 연장할 수 있다.

- ① 164 ② 194 ③ 224 ④ 254

해설

㉠ 90, ㉡ 14, 30, ㉢ 60, 30

- 제27조(심판청구의 기간) ㉠ 행정심판은 처분이 있음을 알게 된 날부터 90일 이내에 청구하여야 한다. ㉡ 청구인이 천재지변, 전쟁, 사변(事變), 그 밖의 불가항력으로 인하여 제1항에서 정한 기간에 심판청구를 할 수 없었을 때에는 그 사유가 소멸한 날부터 14일 이내에 행정심판을 청구할 수 있다. 다만, 국외에서 행정심판을 청구하는 경우에는 그 기간을 30일로 한다.
- 제45조(재결 기간) ㉢ 재결은 제23조에 따라 피청구인 또는 위원회가 심판청구서를 받은 날부터 60일 이내에 하여야 한다. 다만, 부득이한 사정이 있는 경우에는 위원장이 직권으로 30일을 연장할 수 있다.

답 ③

33 행정소송의 원고적격이 인정되는 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 따름)

2020 해경승진

- ① 목욕탕영업허가에 대하여 기존 목욕탕업자
- ② 물품수입허가에 대한 동일한 종류의 물품의 제조판매업자
- ③ 영업소 간 거리제한규정을 위배하여 한 담배 일반소매인 지정처분에 대한 취소소송에서 기존의 일반소매인
- ④ 상수원보호구역 변경에 대해 이를 닦는 지역주민

해설

- ① (×) 공중목욕장업 경영 허가는 경찰금지의 해제로 인한 영업자유의 회복이라고 볼 것이므로 영업의 자유는 법률이 직접 공중목욕장업 피 허가자의 이익을 보호함을 목적으로 한 경우에 해당되는 것이 아니고 법률이 공중위생이라는 공공의 복리를 보호하는 결과로서 영업의 자유가 제한되므로 인하여 간접적으로 관계자인 영업자유의 제한이 해제된 피 허가자에게 이익을 부여하게 되는 경우에 해당되는 것이고 거리의 제한과 같은 위와 시행세칙이나 도시사의 지시가 모두 무효인 이상 원고가 이 사건 허가처분에 의하여 목욕장업에 의한 이익이 사실상 감소된다하여도 이 불이익은 본건 허가처분의 단순한 사실상의 반사적 결과에 불과하고 이로 말미암아 원고의 권리를 침해하는 것이라고는 할 수 없음으로 원고는 피고의 피고 보조참가인에 대한 이 사건 목욕장업허가처분에 대하여 그 취소를 소구할 수 있는 법률상 이익이 없다.(대판 1963.8.31. 63누101)
- ② (×) 국내산업의 보호육성도 무역거래법이 기도하고 있는 목적의 하나가 된다는 것만으로써 기존업자가 제조판매하는 것(미원의 '그루타민산소-다')과 같은 품종(제일제당미 수입한 '이노신산소-다')의 수입을 다른 사람에게 허가하는 것이 곧 기존업자에 대한 법률상의 이익이 침해된다고는 할 수 없다(대판 1971.6.29. 69누91)(수입승인처분무효확인)

- ③ (○) 담배일반소매인으로 지정되어 영업을 하고 있는 기존업자는 — [신규 일반소매인 지정처분의 취소를 구할 원고적격 있음
 신규 담배구내소매인 지정처분의 취소를 구할 원고적격 없음

해설

- ① 절차상 위법도 국가배상법상 법령위반에 해당한다. 절차상 위법한 가해행위로 손해 발생시 절차상 위법과 손해 간 상당인과관계가 있다면 국가배상책임 인정된다. 단, 절차상 위법이지만 실제상 적법하여 실제에 있어서 손해가 발생하였다고 볼 수 없는 경우 국가배상책임이 인정될 수 없다.
- **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).
- ② (○) 직무를 집행하면서란 객관적으로 직무의 범위에 속하는 행위는 물론이고, 직무와 밀접하게 관련된 행위도 포함된다. 행정작용, 입법작용, 사법작용이 모두 포함된다.
- ③ (○) 손해라 함은 가해행위로 인해 발생한 일체의 손해. 재산적·비재산적 손해(생명·신체)·정신적 손해(위자료), 적극적 손해·소극적 손해(기대이익, 逸失이익 상실)를 모두 포함한다. 손해는 법의 침해에 의한 불이익이므로 반사적 이익이나 공공일반의 이익 침해는 제외된다.
- ④ (×) 가해공무원을 특정할 필요는 없고 어느 공무원의 행위인지가 판명되지 않은 경우에도 그것이 공무원의 행위이지만 하면 국가는 배상책임을 진다는 견해(독일의 조직과실, 프랑스의 공역무과실)가 다수설·판례이다.
- 「국가 소속 전투경찰들이 시위진압을 함에 있어서 합리적이고 상당하다고 인정되는 정도로 가능한 한 최후탄의 사용을 억제하고 또한 최대한 안전하고 평화로운 방법으로 시위진압을 하여 그 시위진압 과정에서 타인의 생명과 신체에 위해를 가하는 사태가 발생하지 아니하도록 해야 하는데도, 이를 게을리 한 채 합리적이고 상당하다고 인정되는 정도를 넘어 지나치게 과도한 방법으로 시위진압을 한 잘못으로 시위 참가자로 하여금 사망에 이르게 하였으므로 국가의 손해배상 책임을 인정한다(대판 1995.11.10. 95다23897). * **본 사안에서 판례는 전투경찰 중 누가 불법행위자인지를 특정하지 않고도 국가배상책임 인정.**

답 ④

36 다음 중 행정심판에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

2020 해경승진 / 2013 서울7급

- ① 무효등확인심판에는 심판청구기간의 제한이 없다.
- ② 무효등확인심판에서는 사정재결을 인정한다.
- ③ 거부처분에 대한 의무이행심판에는 심판청구에 기간상의 제한이 없다.
- ④ 부작위에 대한 의무이행심판에는 심판청구에 기간상의 제한이 있다.

해설

- ① (○), ③ (×), ④ (×) 행정심판청구기간은 취소심판과 거부처분으로 인한 의무이행심판에만 적용된다. 무효등확인심판과 부작위로 인한 의무이행심판은 행정심판청구기간이 적용되지 않는다(행정심판법 제27조 제7항).
- ② (×) 사정재결은 취소심판·의무이행심판에만 인정되고, 무효등확인심판에는 적용되지 아니한다(제44조 제3항).

답 ①

37 「행정소송법」상 취소소송의 규정이 부작위위법확인소송에는 준용되나 무효확인소송에는 준용되지 않는 것은?

2020 해경승진

- ① 제3자에 의한 재심청구
- ② 거부처분취소판결의 간접강제
- ③ 관련청구소송의 이송 및 병합
- ④ 처분변경으로 인한 소의 변경

해설

• 부작위위법확인소송에는 준용되나 무효확인소송에는 준용되지 않는 것 : 판결의 간접강제(§34), 예외적 행정심판전치주의(§18)

취소소송	무효등확인소송	부작위위법확인소송	당사자소송
① 제3자에 의한 재심청구(§31)	○	○	×
② 판결의 간접강제(§34)	×	○	×
③ 관련청구소송의 이송·병합(§10)	○	○	○
④ 처분변경으로 인한 소의 변경(§22)	○	×	○

• 무효확인소송에는 준용되나 부작위위법확인소송에는 준용되지 않는 것 : 처분변경으로 인한 소의 변경(§22), 집행정지(§23)

■ 취소소송규정의 준용 여부 구별

무효등확인소송	부작위위법확인소송	당사자소송
선결문제·제소기간·사정판결 ×(단, 부작위위법확인소송은 재결 거친 경우 제소기간 적용)		
예외적 행정심판전치주의 × 판결의 간접강제 ×	예외적 행정심판전치주의 × 판결의 간접강제 ×	
소송비용 부담 ×		
집행정지 ×		
처분변경으로 인한 소 변경 ×		
원고적격·피고적격 ×, 소송의 대상 × 형성력의 제3자효 ×, 제3자에 의한 재심청구 × 판결의 기속력 중 재처분의무 ×		

답 ②

❖ 취소소송규정의 준용 여부 구별			
취소소송	무효등확인소송	부작위위법확인소송	당사자소송
재판관할(§9), 관련청구소송의 이송·병합(§10), 피고경정, 공동소송, 제3자의 소송참가, 행정청의 소송참가(§14~17), 소의 변경(§21), 행정심판기록의 제출명령, 직권심리(§25·25), 소송비용에 관한 재판의 효력(§33)	○	○	○
선결문제(§11), 사정판결(§28)	×	×	×
제소기간(§20)	×	×(단, 행정심판 재결 거친 경우는 적용)	×
예외적 행정심판전치주의(§18) 판결의 간접강제(§34)	×	○	×
소송비용 부담(§32)	×	×	○
집행정지(§23)	○	×	×
처분변경으로 인한 소의 변경(§22)	○	×	○
원고적격(§12), 피고적격(§13) 소송의 대상(§19), 형성력의 제3자효(§29) 제3자에 의한 재심청구(§31)	○	○	×
판결의 기속력(§30)	○	○	1항(행정청에 대한 기속력) 준용 2항(재처분의무) 준용 안 함

38 다음 중 취소소송에 있어 가구제에 관한 설명으로 가장 옳은 것은?

2020 해경승진 / 2015 교행9급

- ① 현행 「행정소송법」은 적극적인 가구제수단으로서 임시처분을 명문으로 규정하고 있다.
- ② 현행 「행정소송법」은 취소소송을 제기하면 처분의 효력이 정지되는 집행정지를 원칙으로 한다.
- ③ 집행정지결정은 당사자의 신청이 있는 경우는 물론, 법원의 직권에 의해서도 행해질 수 있다.
- ④ 집행정지결정이 있더라도 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청에 대하여 법적 구속력은 발생하지 않는다.

해설

- ① (×) 행정소송법에 임시처분은 규정되어 있지 않다. 「행정심판법」은 적극적인 가구제수단으로서 임시처분을 명문으로 규정하고 있다.
- ② (×) 행정소송법 제23조 ① 취소소송의 제기는 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다. → 집행부정지 원칙을 규정.
- ③ (○) 취소소송이 제기된 경우에 처분등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지를 결정할 수 있다. 다만, 처분의 효력정지는 처분등의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다(동법 제23조 제2항).
- ④ (×) 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청에 대하여 법적 구속력인 기속력은 집행정지결정에도 적용된다(동법 제23조 제6항).

답 ③

39 다음 중 취소소송의 소송요건에 관한 설명으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 따름)

2020 해경승진 / 2015 교행9급

- ① 재결취소소송의 대상이 되는 재결의 고유한 위법에는 주체·형식·절차상의 위법은 물론, 내용상의 위법도 포함된다.
- ② 행정청의 거부행위가 거부처분이 되려면 국민에게 법규상의 신청권이 있어야 하며, 조리상의 신청권으로는 될 수 없다.
- ③ 환경영향평가대상지역 밖의 주민은 자신에 대한 수인한도를 넘는 환경피해를 입증하더라도 원고적격이 인정될 수 없다.
- ④ 처분이 있음을 알고 90일이 경과하였더라도 처분이 있는 지 1년이 경과하지 않은 경우에는 취소소송을 제기할 수 있다.

해설

- ① (○) 행정처분에 대한 행정심판청구를 각하한 재결에 대한 항고소송은 원처분의 존재여부나 그 유·무효를 이유로 주장할 수 없고, 그 재결 자체에 주체, 절차, 형식 또는 내용상의 위법이 있는 경우에 한한다 할 것이다(대판 1995.5.26. 94누7010).
- ② (×) 국민의 적극적 행위 신청에 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 행위발동을 요구할 법규상 또는 조리상의 신청권이 있어야 하는바, 여기에서 '신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는 것'이라는 의미는 신청인의 실제상의 권리관계에 직접적인 변동을 일으키는 것은 물론, 그렇지 않다 하더라도 신청인이 실제 상의 권리자로서 권리를 행사함에 중대한 지장을 초래하는 것도 포함한다(대판 2007.10.11. 2007두1316).
- ③ (×) 환경영향평가 대상지역 밖의 주민이라 할지라도 공유수면매립면허처분 등으로 인하여 그 처분 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있는 경우에는, 공유수면매립 면허처분 등으로 인하여 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해우려가 있다는 것을 입증함으로써 그 처분 등의 무효확인을 구할 원고적격을 인정받을 수 있다(대판 2006.3.16. 2006두330 전원합의체).
- ④ (×) 두 기간은 선택적인 것이 아니라, 그 중에 어느 하나의 기간이 경과하면 제소기간이 만료되고 불가쟁력이 발생하게 된다. 따라서 처분이 있음을 알고 90일이 경과하였다면 처분이 있는 날로부터 1년이 경과하지 않은 경우에도 취소소송을 제기할 수 없다.

답 ①

40 행정소송의 판결의 효력에 관한 설명으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 따름)

2020 해경승진 / 2019 서울9급

- ① 기속력은 청구인용판결뿐만 아니라 청구기각판결에도 미친다.
- ② 처분 등의 무효를 확인하는 확정판결은 소송 당사자 이외의 제3자에 대하여는 효력이 미치지 않는다.
- ③ 세무서장을 피고로 하는 과세처분취소소송에서 패소하여 그 판결이 확정된 자가 국가를 피고로하여 과세처분의 무효를 주장하여 과오납금반환청구소송을 제기하더라도 취소소송의 기판력에 반하는 것은 아니다.
- ④ 사정판결의 경우에는 처분의 적법성이 아닌 처분의 위법성에 대하여 기판력이 발생한다.

해설

- ① (×) 기속력은 소송당사자인 행정청과 관계행정청에게 확정판결의 취지에 따라 행동하도록 실체법상의 의무를 지우는 판결의 효력으로 청구인용판결이 확정된 경우에만 인정되며 청구기각판결에는 인정되지 않는다.
- ② (×) 무효확인판결의 효력에 관하여는 취소판결의 효력 및 기속력 규정이 준용된다.
 - 행정소송법 제29조(취소판결등의 효력) ① 처분등을 취소하는 확정판결은 제3자에 대하여도 효력이 있다.
 - 행정소송법 제38조(준용규정) ① 제9조, 제10조, 제13조 내지 제17조, 제19조, 제22조 내지 제26조, 제29조 내지 제31 조 및 제33조의 규정은 무효등 확인소송의 경우에 준용한다.
 - 행정처분의 무효확인판결은 비록 형식상은 확인판결이라 하여도 그 확인판결의 효력은 그 취소판결의 경우와 같이 소송의 당사자는 물론 제3자에게도 미친다(대판 1982.7.27. 82다173).
- ③ (×) 기판력은 전소에서 확정된 법적 문제가 후소에서 다시 문제되는 경우에 작용하는데 지문의 경우에는 선결문제인 경우로 전소의 기판력이 후소에 작용하게 되므로 과세 처분의 무효를 주장하여 과오납금반환청구소송을 제기하는 것은 취소소송의 기판력에 반하는 것이다.
 - [판례] ① 과세처분 취소청구를 기각하는 판결이 확정되면 그 처분이 적법하다는 점에 관하여 기판력이 생긴다(대판 1998.7.24. 98다10854).
 - ② 기판력이라 함은 기판력 있는 전소판결의 소송물과 동일한 후소를 허용하지 않는 것임은 물론, 후소의 소송물이 전소의 소송물과 동일하지 않다고 하더라도 전소의 소송물에 관한 판단이 후소의 선결문제가 되거나 모순관계에 있을 때에는 후소에서 전소판결의 판단과 다른 주장을 하는 것을 허용하지 않는 작용을 하는 것이다(대판 1995.3.24. 94다46114).
 - 기판력의 작용 : 전소에서 확정된 법적 문제가 후소에서 다시 문제되는 때 적용
 - ㉠ 전소 소송물이 후소에서도 소송물로 되어 있는 경우(소송물의 동일)
 - ㉡ 전소와 후소의 소송물이 동일하지 않아도 전소의 기판력 있는 법률관계가 후소의 선결적 법률관계가 되는 경우(선결문제)
 - ㉢ 후소가 기판력에 의해 확정된 법률효과와 정면으로 모순되는 반대관계를 소송물로 할 경우(모순관계)
- ④ (○) 사정판결은 청구기각판결이므로, 비록 당해 소송의 대상인 처분 등이 위법하여 원고의 청구가 이유 있다 해도 원고의 청구는 배척된다. 그러나 사정판결은 당해 처분의 위법성 치유가 아니라 공익적 견지에서 위법성을 지닌 채로 그 효력을 지속시키는 것이므로, 처분 자체의 위법성 인정에는 아무런 영향을 미치지 않는다. 따라서 법원이 사정판결을 하고자 할 때에는 판결주문(이유가 아님)에 그 처분 등이 위법함을 명시해야 한다. 위법성에 대하여 기판력이 발생하도록 함으로써 국가배상을 인정하기 위해서이다.

답 ④