

[2020. 소방직 행정법총론 기출문제(A책형)와 해설]
[해설 : 백영민]

2020년 소방직 행정법총론 시험 총평	
총평	① 2020년 6월 20일에 진행된 소방직 행정법총론 문제는 소방직에서 기출문제가 공개된 2018년 이래 가장 어려운 시험이다. 그동안 소방직 시험은 1~2문제가 좀 어렵고 나머지 문제는 쉽게 출제되었지만 이번 시험은 난도 중상에 해당하는 문제가 많이 늘었다. 올해 6월 13일에 있었던 지방직 9급 행정법총론과 비교해도 소방직 행정법총론이 훨씬 어렵다. ② 그동안 소방간부시험에서 행정법총론은 국가직이나 지방직 7급시험에 상당한 수준으로 출제가 되어 왔고, 2020년부터 소방직에서도 행정법총론이 필수 과목으로 변경되기 때문에 앞으로 난도의 상승이 예측된다. ③ 2020년 6월 20일에 진행된 소방직 행정법총론 문제는 대부분이 기출판례에서 출제가 되었지만 최근 판례에서도 몇 개의 지문이 나왔다. 다만 법령과 판례의 중간에서 낱말을 변경한 패턴의 출제와 옳은 것을 찾는 문제가 많아서 정답을 고르기가 다소 까다롭다. ④ 중복된 지문과 행정지도를 20문제 중에서 2문제를 낼 정도로 전체적으로 균형이 맞지 않는 출제는 좀 아쉽다. ⑤ 종합적인 지식을 묻는 케이스 문제도 출제가 되지 않았다.

01 기속행위와 재량행위에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 법원은 최근 기존의 입장을 변경하여 재량행위 외에 기속행위나 기속적 재량행위에도 부관을 붙일 수 있는 것으로 보고 있고, 이러한 부관이 있는 경우 특별한 사정이 없는 한 당사자는 부관의 내용을 이행하여야 할 의무를 진다.
- ② 건축허가를 하면서 일정 토지를 기부채납하도록 하는 내용의 허가조건을 붙였다면 원칙상 취소사유로 보아야 한다.
- ③ 「건축법」상 건축허가신청의 경우 심사 결과 그 신청이 법정요건에 합치하는 경우라 할 지라도 소음공해, 먼지발생, 주변인 집단 민원 등의 사유가 있는 경우 이를 불허가 사유로 삼을 수 있고, 그러한 불허가처분이 비례원칙 등을 준수하였다면 처분 자체의 위법성은 인정될 수 없다.
- ④ 법이 과징금 부과처분에 대한 임의적 감경규정을 두었다면 감경 여부는 행정청의 재량에 속한다고 할 것이나, 행정청이 감경사유가 있음에도 이를 전혀 고려하지 않았거나 감경사유에 해당하지 않는다고 오인한 나머지 과징금을 감경하지 않았다면 그 과징금 부

과처분은 재량권을 일탈하거나 남용한 위법한 처분으로 보아야 한다.

정답 ④

해설 ① (×) 대법원은 “일반적으로 기속행위나 기속적 재량행위에는 부관을 붙일 수 없고, 가사 부관을 붙였다 하더라도 무효이다(대법원 1988.4.27, 87누1106).”라 하여 기속행위에 대해서는 부관을 부가할 수 없다. 따라서 “법원은 최근 기존의 입장을 변경하여 재량행위 외에 기속행위나 기속적 재량행위에도 부관을 붙일 수 있는 것으로 보고 있고, 이러한 부관이 있는 경우 특별한 사정이 없는 한 당사자는 부관의 내용을 이행하여야 할 의무를 진다.”는 지문은 옳지 않다.

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

③ (×) 건축허가권자는 건축허가신청이 건축법, 도시계획법 등 관계 법규에서 정하는 어떠한 제한에 배치되지 아니하는 이상 당연히 위 법조가 규정하고 있는 건축허가를 하여야 하고 공익상 특별한 필요가 없음에도 불구하고 위 관계 법규에서 정하는 제한사유 이외의 사유를 들어 그 허가신청을 거부할 수는 없다 할 것이니(대법원 1992.12.11. 92누3038), 이 사건 토지 인근 주민들이 이 사건 토지상에 변전소 건립을 반대하는 집단민원을 제기하여 원고가 변전소 건립을 위한 도시계획사업 실시계획 인가조건을 이행하지 못하였다는 사유가 건축법, 도시계획법 등 관계 법규에서 건축허가의 제한사유로 규정되어 있음을 찾아볼 수 없고 달리 원고의 건축허가신청이 건축법, 도시계획법 등 관계 법규에서 정하는 제한사유에 해당된다는 점에 관한 아무런 주장과 입증도 없으므로 피고의 건축허가신청반려 처분은 위법하다고 할 것이다(부산고법 1996.11.21. 96구1405).

피고가 이 사건 건축불허가처분의 사유로 삼은 것은 관계 법규에서 정하는 건축허가의 제한사유에 해당하지 아니하고, 인근 주민 내지 기존 주유소 사업자들의 반대 그 자체가 건축허가 여부를 판단함에 있어 적법한 기준이 될 수 없으며, 이 사건 주유소 건축으로 인한 기존 주유소 사업자들의 영업상 손실을 공익상의 손실로 보기 어려운 점 등에 비추어 보면, 기존 주유소 사업자의 생계 위협 및 위험시설물인 주유소 설치에 따른 집단민원 발생이 이 사건 주유소의 건축허가를 제한할 만한 중대한 공익상의 필요에 해당한다고 보기 어려우므로, 이 사건 건축불허가처분은 위법하다고 판단하였다(대법원 2012.11.22. 2010두22962 전원합의체).

④ (○) 과징금의 임의적 감경사유가 있음에도 이를 전혀 고려하지 않거나 감경사유에 해당하지 않는다고 오인하여 과징금을 감경하지 않고, 과징금을 부과한 것은 재량권 일탈·남용으로 위법 ⇨ 실권리자명의 등기의무를 위반한 명의신탁자에 대하여 부과하는 과징금의 감경에 관한 ‘부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 시행령’ 제3조의2 단서는 임의적 감경규정이 명백하므로, 그 감경사유가 존재하더라도 과징금 부과관청이 감경사유까지 고려하고도 과징금을 감경하지 않은 채 과징금 전액을 부과하는 처분을 한 경우에는 이를 위법하다고 단정할 수는 없으나, 위 감경사유가 있음에도 이를 전혀 고려하지 않았거나 감경사유에 해당하지 않는다고 오인한 나머지 과징금을 감경하지 않았다면 그 과징금 부과처분은 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이라고 할 수밖에 없다(대법원 2010.7.15, 2010두7031).

02 「행정절차법」상 행정절차에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 행정청은 처분을 할 때 필요하다고 인정하는 경우에 청문을 할 수 있다.
- ② 행정청은 해당 처분의 영향이 광범위하여 널리 의견을 수렴할 필요가 있다고 인정하는 경우에 청문을 실시할 수 있다.
- ③ 행정청이 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 함에 있어 청문이나 공청회를 거치지 않은 경우에는 당사자에게 의견제출의 기회를 주어야 한다.
- ④ 행정청이 처분을 할 때에는 긴급히 처분을 할 경우를 제외하고는 모든 경우에 있어 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다.

정답 ③

해설 ① (×) 행정청은 처분을 할 때 필요하다고 인정하는 경우에 청문을 “할 수 있다.”가 아니고 청문을 “한다.”이다.

행정절차법 제22조(의견청취)

① 행정청이 처분을 할 때 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 청문을 한다.

1. 다른 법령등에서 청문을 하도록 규정하고 있는 경우
2. 행정청이 필요하다고 인정하는 경우
3. 다음 각 목의 처분 시 제21조제1항제6호에 따른 의견제출기한 내에 당사자등의 신청이 있는 경우

가. 인허가 등의 취소

나. 신분·자격의 박탈

다. 법인이나 조합 등의 설립허가의 취소

② 행정청이 처분을 할 때 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 공청회를 개최한다.

1. 다른 법령등에서 공청회를 개최하도록 규정하고 있는 경우
2. 해당 처분의 영향이 광범위하여 널리 의견을 수렴할 필요가 있다고 행정청이 인정하는 경우
3. 국민생활에 큰 영향을 미치는 처분으로서 대통령령으로 정하는 처분에 대하여 대통령령으로 정하는 수 이상의 당사자등이 공청회 개최를 요구하는 경우

③ 행정청이 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 할 때 제1항 또는 제2항의 경우 외에는 당사자등에게 의견제출의 기회를 주어야 한다.

② (×) “해당 처분의 영향이 광범위하여 널리 의견을 수렴할 필요가 있다고 인정하는 경우”는 청문사유가 아니고 공청회사유이다.

③ (○) 행정절차법 제22조 제3항

④ (×) 이유제시 생략사유는 3. 긴급히 처분을 할 경우 뿐만 아니라 1. 신청 내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우 2. 단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우도 있다.

행정절차법 제23조(처분의 이유 제시)

① 행정청은 처분을 할 때에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 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 제1항제2호 및 제3호의 경우에 처분 후 당사자가 요청하는 경우에는 그 근거와 이유를 제시하여야 한다.

03 사정판결에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정청의 재량에 속하는 처분이라도 재량권의 한계를 넘거나 그 남용이 있는 때에는 법원은 이를 취소할 수 있고, 재량권 일탈·남용에 관하여는 피고인 행정청이 증명책임을 부담한다.
- ② 법원은 사정판결을 하기 전에 원고가 그로 인하여 입게 될 손해의 정도와 배상방법, 그 밖의 사정을 조사하여야 한다.
- ③ 사정판결을 하는 경우 법원은 처분의 위법함을 판결의 주문에 표기할 수 없으므로 판결의 내용에서 그 처분 등이 위법함을 명시함으로써 원고에 대한 실질적 구제가 이루어지도록 하여야 한다.
- ④ 원고는 취소소송이 계속된 법원에 대해 행정청에 대한 손해배상 청구 등을 병합하여 제기할 수 없으므로, 손해배상 청구를 담당하는 민사법원의 판결이 먼저 내려진 경우라 할 지라도 이 판결의 내용은 취소소송에 영향을 미치지 아니한다.

정답 ②

해설 ① (×) 재량권 일탈·남용에 관하여는 행정청이 아니고, 행정행위의 효력을 다투는 사람이 주장·증명책

임을 부담한다((대법원 2017.10.12, 2017두48956).

② (○) 행정소송법 제28조 제2항

③ (×) 사정판결을 하는 경우에는 그 처분의 위법함을 주문에 명시하여야 한다(법 제28조 제1항 후단). 즉 처분의 위법함은 판결 주문(이유 ×)에 명시하는 것이지 판결의 내용에 명시하는 것은 아니다.

④ (×) 행정소송법은 “원고는 피고인 행정청이 속하는 국가 또는 공공단체를 상대로 손해배상, 제해시설의 설치 그 밖에 적당한 구제방법의 청구를 당해 취소소송 등이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 있다.”고 규정하고 있다(법 제28조 제3항).

04 취소소송에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 취소소송은 처분등을 대상으로 하나, 재결취소소송은 처분 및 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한한다.
- ② 「행정소송법」 제23조 제2항 소정의 행정처분 등의 효력이나 집행을 정지하기 위한 요건으로서의 ‘회복하기 어려운 손해’라 함은 특별한 사정이 없는 한 금전적 보상을 과도하게 요하는 경우, 금전보상이 불가능한 경우, 그 밖에 금전보상으로는 사회관념상 행정처분을 받은 당사자가 참고 견딜 수 없거나 또는 참고 견디기가 현저히 곤란한 경우의 유형, 무형의 손해를 일컫는다.
- ③ 취소소송은 처분등이 있음을 안 날부터 90일 이내에, 처분등이 있는 날부터 1년 이내에 제기할 수 있고, 다만 처분등이 있는 날부터 1년이 경과하여도 정당한 사유가 있다면 취소소송을 제기할 수 있다.
- ④ 집행정지의 결정을 신청함에 있어서는 그 이유에 대한 소명을 반드시 필요로 하는 것은 아니므로 정당한 사유 등 특별한 사정이 있다면 재판부는 그 소명 없이 직권으로 집행정지에 대한 결정을 하여야 한다.

정답 ③

해설 ① (×) 행정소송법 제19조·제38조는 원처분과 아울러 재결에 대하여도 취소소송이나 무효등확인소송 등 항고소송을 제기할 수 있도록 하면서 단지 재결에 대한 소송에 있어서는 원처분의 위법을 이유로 할 수 없고 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한하도록 하여 원처분주의를 채택하고 있다. 여기서 재결 자체의 고유한 위법이란 원처분에는 없고 재결에만 있는 하자를 말한다. 따라서 재결취소소송은 “처분 및 재결 자체에 고유한 위법”이 아니고 “재결” 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한한다.

② (×) 회복하기 어려운 손해란 사회통념상 그 원상회복이나 금전배상이 불가능하다고 인정되는 손해를 의미한다. 이는 특별한 사정이 없는 한 금전으로 보상할 수 없는 손해로써 금전보상이 불가능한 경우뿐만 아니라 금전보상으로는 사회관념상 행정처분을 받은 당사자가 참고 견딜 수 없거나 또는 참고 견디기가 현저히 곤란한 경우의 유형·무형의 손해를 일컫는다(대법원 1992.4.29., 92두7). 즉 회복하기 어려운 손해란 “특별한 사정이 없는 한 금전으로 보상할 수 없는 손해를 의미하는 것이지 금전적 보상을 과도하게 요하는 경우가 아니다.

③ (○)

행정소송법 제20조(제소기간)

- ① 취소소송은 처분등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다. 다만, 제18조 제1항 단서에 규정한 경우와 그 밖에 행정심판청구를 할 수 있는 경우 또는 행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알린 경우에 행정심판청구가 있는 때의 기간은 재결서의 정보를 송달받은 날부터 기산한다.
- ② 취소소송은 처분등이 있는 날부터 1년(제1항 단서의 경우는 재결이 있는 날부터 1년)을 경과하면 이를 제기하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.
- ③ 제1항의 규정에 의한 기간은 불변기간으로 한다.

④ (×)

행정소송법 제23조(집행정지)

- ① 취소소송의 제기는 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다.
- ② 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 정지(이하 "집행정지"라 한다)를 결정할 수 있다. 다만, 처분의 효력정지는 처분등의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.
- ③ 집행정지는 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 허용되지 아니한다.
- ④ 제2항의 규정에 의한 집행정지의 결정을 신청함에 있어서는 그 이유에 대한 소명이 있어야 한다.

05 행정행위의 하자에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 하자 있는 행정행위의 치유는 원칙적으로 허용되나, 국민의 권리나 이익을 침해하지 않는 범위 내에서 인정된다.
- ② 행정소송에서 행정처분의 위법 여부는 행정처분이 있을 때의 법령과 사실상태를 기준으로 하여 판단하여야 하고 처분 후 법령의 개폐나 사실상태의 변동이 있다면 그러한 법령의 개폐나 사실상태의 변동에 의하여 처분의 위법성이 치유될 수 있다.
- ③ 법률관계나 사실관계에 대하여 그 법률의 규정을 적용할 수 없다는 법리가 명백히 밝혀지지 아니하여 그 해석에 다툼의 여지가 있는 경우에, 행정관청이 이를 잘못 해석하여 행정처분을 하였다면 그 처분의 하자는 객관적으로 명백하다고 볼 것이나, 중대한 것은 아니므로 이를 이유로 무효를 주장할 수는 없다.
- ④ 「도시 및 주거환경정비법」상 주택재건축사업의 추진위원회가 조합을 설립하고자 하는 때에는 토지소유자 등이 일정 수 이상 동의하여야 하는데, 조합설립인가처분이 이러한 요건을 충족하지 못한 상태에서 이루어졌다면 그러한 처분은 위법하고, 토지소유자 등의 추가동의서가 추후에 제출되어 법정요건을 갖추었다 할지라도 설립인가처분의 위법성이 치유되는 것은 아니다.

정답 ④

- 해설** ① (×) 대법원은 “행정행위의 성질이나 법치주의의 관점에서 볼 때 하자 있는 행정행위의 치유는 원칙적으로 허용될 수 없는 것일 뿐만 아니라, 이를 허용하는 경우에도 국민의 권리와 이익을 침해하지 않는 범위에서 구체적 사정에 따라 합목적적으로 가려야 한다고 할 것이다(대법원 1983.7.26., 82누420).”고 판시하였다. 즉 하자치유는 원칙적으로 허용되지 않으나 행정의 무용(無用)한 반복을 피하고 당사자의 법적 안정성을 보장하는 측면에서 일정한 한도 내에서 허용될 수 있다는 제한적 긍정설이 판례와 통설이다.
- ② (×) 행정소송에서 행정처분의 위법 여부는 행정처분이 있을 때의 법령과 사실상태를 기준으로 하여 판단하여야 하고, 처분 후 법령의 개폐나 사실상태의 변동에 의하여 영향을 받지는 않는다고 할 것이다(대법원 2002.7.9, 2001두10684).
- ③ (×) 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 불구하고 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 없는 것이다(대법원 2004.10.15, 2002다68485).
- ④ (○) 재건축주택조합설립인가처분 당시 동의율을 충족하지 못한 하자는 후에 추가동의서가 제출되었다는 사실만으로 치유될 수 없음 ⇨ 이 사건 변경인가처분은 이 사건 설립인가처분 후 추가동의서가 제출되어 동의자 수가 변경되었음을 이유로 하는 것으로서 조합원의 신규가입을 이유로 한 경미한 사항의 변경에 대한 신고를 수리하는 의미에 불과하므로 이 사건 설립인가처분

이 사건 변경인가처분에 흡수된다고 볼 수 없고, 또한 이 사건 설립인가처분 당시 동의율을 충족하지 못한 하자는 후에 추가동의서가 제출되었다는 사정만으로 치유될 수 없다(대법원 2013.7.11, 2011두27544).

06 행정조사에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정조사는 법령 등의 준수를 유도하기보다는 법령 등의 위반에 대한 처벌에 중점을 두어야 한다.
- ② 행정조사는 조사대상자의 자발적 협조를 얻어서 실시하는 경우에는 개별 법령의 근거규정이 없어도 할 수 있다.
- ③ 행정기관의 장은 법령 등에서 규정하고 있는 조사사항을 조사대상자로 하여금 스스로 신고하도록 하는 자율신고제도를 운영할 수 있다.
- ④ 조사원이 조사목적을 달성하기 위하여 시료채취를 하는 경우에는 그 시료의 소유자 및 관리자의 정상적인 경제활동을 방해하지 아니하는 범위 안에서 최소한도로 하여야 한다.

정답 ①

- 해설** ① (×) 행정조사는 법령등의 위반에 대한 처벌보다는 법령등을 준수하도록 유도하는 데 중점을 두어야 한다(행정조사가본법 제4조 제4항).
- ② (○) 행정기관은 법령등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에 한하여 행정조사를 실시할 수 있다. 다만, 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우에는 그러하지 아니하다(행정조사가본법 제5조).
- ③ (○) 행정조사가본법 제12조 제1항
- ④ (○) 행정조사가본법 제25조 제1항

07 공법상 계약에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 중소기업기술정보진흥원장과 ‘갑’ 주식회사가 체결한 중소기업 정보화지원사업을 위한 협약의 해지 및 그에 따른 환수통보는 공법상 당사자소송에 의한다.
- ② 계약의 해지의사표시를 하기 위해서는 「행정절차법」에 따라 근거와 이유를 제시하여야 한다.
- ③ 계약에 의한 의무불이행에 대해서는 원칙적으로 「행정대집행법」이 적용된다.
- ④ 계약에 관하여는 「행정절차법」에 명문의 규정을 두고 있다.

정답 ①

- 해설** ① (○) 중소기업기술정보진흥원장과 ‘갑’ 주식회사가 체결한 중소기업 정보화지원사업을 위한 협약의 해지 및 그에 따른 환수통보는 행정처분에 해당한다고 볼 수 없고 당사자소송의 대상임 ⇨ 중소기업기술정보진흥원장이 갑 주식회사와 중소기업 정보화지원사업 지원대상인 사업의 지원에 관한 협약을 체결하였는데, 협약이 갑 회사에 책임이 있는 사업실패로 해지되었다는 이유로 협약에서 정한 대로 지급받은 정부지원금을 반환할 것을 통보한 사안에서, 협약의 해지 및 그에 따른 환수통보는 공법상 계약에 따라 행정청이 대등한 당사자의 지위에서 하는 의사표시로 보아야 하고, 이를 행정청이 우월한 지위에서 행하는 공권력의 행사로서 행정처분에 해당한다고 볼 수는 없다(대법원 2015.8.27, 2015두41449).
- ② (×) 계약직공무원에 대한 채용계약해지의 의사표시에서 행정처분과 같이 행정절차법에 의하여 근거와 이유를 제시하여야 하는 것은 아님 ⇨ 계약직공무원에 관한 현행 법령의 규정에 비추어 볼 때, 계약직공무원 채용계약해지의 의사표시는 일반공무원에 대한 징계처분과는 달라서 항고소송의 대상이 되는 처분 등의 성격을 가진 것으로 인정되지 아니하고, 일정한 사유가 있을 때에 국가 또는 지방자치단체가 채용계약 관계의 한쪽 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시로 취급되는 것으로 이해되므로, 이를 징계해고 등에서의와 같이 그 징계사유에 한하여 효력

유무를 판단하여야 하거나, 행정처분과 같이 행정절차법에 의하여 근거와 이유를 제시하여야 하는 것은 아니다(대법원 2002.11.26, 2002두5948).

- ③ (×) 공법상 계약의 당사자인 행정주체는 그 상대방인 사인과 대등한 지위에 있으므로 상대방의 의무불이행에 대하여는 판결에 의하지 아니하고는 자력집행을 할 수 없음이 원칙이다. 따라서 계약에 의한 의무불이행에 대해서는 원칙적으로 「행정대집행법」이 적용되는 것이 아니다.
- ④ (×) 확약, 행정계획의 확정절차, 공법상 계약, 행정상 강제집행, 즉시강제, 행정조사절차, 제3자에 대한 사전통지, 행정절차 하자의 치유와 치유시기, 부당결부금지원칙, 수리를 요하는 신고, 사인의 공법행위에 대한 일반규정 등은 행정절차법에 규정이 없다.

08 행정입법에 대한 설명으로 옳은 내용만을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 위임명령이 위임내용을 구체화하는 단계를 벗어나 새로운 입법을 한 것으로 평가할 수 있다면, 위임의 한계를 벗어난 것으로서 허용되지 않는다.
- ㄴ. 법률이 공법적 단체 등의 정관에 자치법적인 사항을 위임한 경우, 포괄적 위임입법 금지가 원칙적으로 적용된다.
- ㄷ. 상급행정기관이 하급행정기관에 대하여 업무처리지침이나 법령의 해석적용에 관한 기준을 정하여 발하는 이른바 행정규칙은 일반적으로 대외적 구속력을 갖는다.

- ① ㄱ
- ② ㄱ, ㄴ
- ③ ㄱ, ㄷ
- ④ ㄴ, ㄷ

정답 ①

해설 ① ㄱ이 옳다.

ㄱ. (○) 고시가 법령에 근거를 두었으나 규정 내용이 법령의 위임 범위를 벗어난 경우, 법규명령으로서의 대외적 구속력을 인정할 수 없음 ⇨ 위임 규정에서 사용하고 있는 용어의 의미를 넘어 범위를 확장하거나 축소함으로써 위임 내용을 구체화하는 단계를 벗어나 새로운 입법을 한 것으로 평가할 수 있다면, 이는 위임의 한계를 일탈한 것으로서 허용되지 않는다. 유가보조금제도의 목적과 관련 규정의 취지 등에 비추어 보면, 구 화물자동차법 제43조 제2항 후단의 위임에 따라 국토교통부장관이 유가보조금 지급대상에서 제외되는 것으로 정할 수 있는 사유는, 구 화물자동차법 등 관계 법령에 따른 적법한 화물자동차 운행으로 볼 수 없거나 또는 유가보조금의 지급과 관련하여 부정이 개입된 경우 등과 같이 유가보조금제도의 목적에 반하는 사유에 국한되고, 이와 달리 국토교통부장관이 유가보조금제도의 목적에 반하지 아니하거나 유가보조금제도와 무관한 사유를 지급대상에서 제외되는 사유로 정하였다면, 이는 구 화물자동차법의 위임 범위를 벗어났다고 보아야 한다(대법원 2016.8.17, 2015두51132).

ㄴ. (×) ㉠ 법률이 자치법적인 사항을 정관에 위임할 경우 원칙적으로 헌법상의 포괄위임입법금지원칙이 적용되지 않는다.

㉡ 그러나 자치법적인 사항일지라도 국민의 권리와 의무의 형성에 관한 사항을 비롯하여 국가의 통치조직과 작용에 관한 기본적인 본질적인 사항은 반드시 국회가 정하여야 할 것이다.

㉢ 국가유공자단체의 설립에 관한 법률상 각 단체의 대의원의 정수 및 선임방법 등은 국민의 권리와 의무의 형성에 관한 사항이나 국가의 통치조직과 작용에 관한 기본적인 본질적인 사항이라고 볼 수 없으므로, 법률유보 내지 의회유보의 원칙이 지켜져야 할 영역이라고 할 수 없다(헌재결 2006.3.30, 2005헌바31).

ㄷ. (×) 상급행정기관이 하급행정기관에 대하여 업무처리지침이나 법령의 해석적용에 관한 기준을 정하여 발하는 이른바 ‘행정규칙이나 내부지침’은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적인 구속력을 갖는 것은 아니므로 행정처분이 그에 위반하였다고 하여 그러한 사정만으로 곧바로 위법하게 되는 것은 아니다. 다만, 재량권 행사의 준칙인 행정규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이루어지게 되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정

기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 받게 되므로, 이러한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그를 위반하는 처분은 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 위배되어 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이 된다(대법원 2009.12.24, 2009두7967).

09 행정의 실효성 확보수단에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「건축법」상 이행강제금은 형벌에 해당하므로 이중처벌금지의 원칙이 적용된다.
- ② 양벌규정에 의한 영업주의 처벌은 금지위반행위자인 종업원의 처벌에 종속되는 것이다.
- ③ 「도로교통법」상 경찰서장의 통고처분은 항고소송의 대상이 되는 처분이다.
- ④ 건물철거의무에 퇴거의무도 포함되어 있어 건물철거대집행 과정에서 부수적으로 건물의 점유자들에 대한 퇴거조치를 할 수 있다.

정답 ④

- 해설** ① (×) 개발제한구역 내의 건축물에 대하여 허가를 받지 않고 한 용도변경행위에 대한 형사처벌과 건축법 제83조 제1항에 의한 시정명령 위반에 대한 **이행강제금의 부과**는 그 처벌 내지 제재대상이 되는 기본적 사실관계로서의 행위를 달리하며, 또한 그 보호법익과 목적에서도 차이가 있으므로 이중처벌에 해당한다고 할 수 없다(대법원 2005.8.19, 2005마30).
- ② (×) 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(대법원 2006.2.24, 2005도7673).
- ③ (×) 도로교통법 제118조에서 규정하는 경찰서장의 통고처분은 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 아니므로 그 처분의 취소를 구하는 소송은 부적법하고 도로교통법상의 통고처분을 받은 자가 그 처분에 대하여 이의가 있는 경우에는 통고처분에 따른 범칙금의 납부를 이행하지 아니함으로써 경찰서장의 즉결심판청구에 의하여 법원의 심판을 받을 수 있게 될 뿐이다(대법원 1995.6.29, 95누4674).
- ④ (○) 건물의 점유자가 철거의무자일 때에는 건물철거의무에 퇴거의무도 포함되어 있어서 별도로 퇴거를 명하는 집행권원이 필요하지 않고, 행정청은 행정대집행의 방법으로 건물철거의무의 이행을 실현할 수 있는 경우에는 건물철거 대집행 과정에서 부수적으로 건물의 점유자들에 대한 퇴거 조치를 할 수 있음 ⇨ 건물의 점유자들이 적법한 행정대집행을 위력을 행사하여 방해하는 경우 형법상 공무집행방해죄의 범행방지 내지 현행법체포의 차원에서 경찰의 도움을 받을 수도 있다(대법원 2017.4.28, 2016다213916).

10 행정법의 일반원칙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 신뢰보호원칙에 위반하는 경우 그 행정행위는 위법하며, 판례는 이 경우 취소사유로 보지 않고 무효로만 보았다.
- ② 행정주체가 행정작용을 함에 있어서 상대방에게 이와 실질적 관련이 없는 의무를 부과하거나 그 이행을 강제하여서는 아니 된다.
- ③ 「행정절차법」상 규정이 없는 경우에도 행정권 행사가 적정한 절차에 따라 행해지지 아니하면 그 행정권 행사는 적법절차의 원칙에 반한다.
- ④ 자기구속의 원칙이 인정되는 경우 행정관행과 다른 처분은 특별한 사정이 없는 한 위법하다.

정답 ①

- 해설** ① (×) 신뢰보호원칙에 위반하는 경우 그 행정행위는 위법하며, 위법의 정도는 중대명백성설에 따라 무효가 되는 경우도 있고 취소사유가 되는 경우도 있다.
- ② (○) 부당결부금지의 원칙 : 행정기관이 행정작용을 행함에 있어 이와 실질적으로 관련이 없는 상대방의 반대급부와 결부시켜서는 안 된다는 것을 말한다.

- ③ (○) 헌법 제12조 제3항 본문은 동조 제1항과 함께 적법절차원리의 일반조항에 해당하는 것으로서, 형사절차상의 영역에 한정하지 않고, 입법·행정 등 국가의 모든 공권력의 작용에 적용된다(헌재결 1992.12.24., 92헌마78). 따라서 「행정절차법」상 규정이 없는 경우에도 행정권 행사가 적정한 절차에 따라 행해지지 아니하면 그 행정권 행사는 적법절차의 원칙에 반한다.
- ④ (○) 행정법은 이미 행한 행정선례에 구속되어 차별금지의무를 부담하기에 행정의 자기구속의 법리를 위반한 처분은 위법한 처분이 되므로, 처분의 상대방은 행정쟁송으로 다룰 수 있다.

11 다음 설명 중 옳은 내용만을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 국가기관인 소방청장은 국민권익위원회를 상대로 조치요구의 취소를 구할 당사자능력이 없기 때문에 항고소송의 원고적격이 인정되지 않는다.
- ㄴ. 기속행위나 기속적 재량행위인 건축허가에 붙인 부관은 무효이다.
- ㄷ. 행정심판을 거친 경우에 취소소송의 제소기간은 재결서의 정본을 송달받은 날부터 90일 이내이다.
- ㄹ. 과태료는 행정벌의 일종으로 형벌과 마찬가지로 형법총칙이 적용된다.

- ① ㄱ, ㄴ
 ② ㄱ, ㄷ
 ③ ㄴ, ㄷ
 ④ ㄷ, ㄹ

정답 ③

해설 ③ ㄴ, ㄷ이 옳다.

- ㄱ. (×) 국민권익위원회가 소방청장에게 인사와 관련하여 부당한 지시를 한 사실이 인정된다며 이를 취소할 것을 요구하기로 의결하고 그 내용을 통지한 것에 대하여 소방청장으로서의 조치요구의 취소를 구하는 항고소송을 제기하는 것이 유효·적절한 수단으로 볼 수 있으므로 소방청장은 예외적으로 당사자능력과 원고적격을 가진다 ⇨ 행정기관인 국민권익위원회가 행정기관의 장에게 일정한 의무를 부과하는 내용의 조치요구를 한 것에 대하여 그 조치요구의 상대방인 행정기관의 장이 다투고자 할 경우에 법률에서 행정기관 사이의 기관소송을 허용하는 규정을 두고 있지 않으므로 이러한 조치요구를 이행할 의무를 부담하는 행정기관의 장으로서의 기관소송으로 조치요구를 다룰 수 없고, 위 조치요구에 관하여 정부 조직 내에서 그 처분의 당부에 대한 심사·조정을 할 수 있는 다른 방도도 없으며, 국민권익위원회는 헌법 제111조 제1항 제4호에서 정한 '헌법에 의하여 설치된 국가기관'이라고 할 수 없으므로 그에 관한 권한쟁의심판도 할 수 없고, 별도의 법인격이 인정되는 국가기관이 아닌 소방청장은 질서위반행위규제법에 따른 구제를 받을 수도 없는 점, 부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률은 소방청장에게 국민권익위원회의 조치요구에 따라야 할 의무를 부담시키는 외에 별도로 그 의무를 이행하지 않을 경우 과태료나 형사처벌까지 정하고 있으므로 위와 같은 조치요구에 불복하고자 하는 '소속기관 등의 장'에게는 조치요구를 다룰 수 있는 소송상의 지위를 인정할 필요가 있는 점에 비추어, 처분성이 인정되는 국민권익위원회의 조치요구에 불복하고자 하는 소방청장으로서의 조치요구의 취소를 구하는 항고소송을 제기하는 것이 유효·적절한 수단으로 볼 수 있으므로 소방청장은 예외적으로 당사자능력과 원고적격을 가진다(대법원 2018.8.1, 2014두35379).
- ㄴ. (○) 건축허가를 하면서 일정 토지를 기부채납하도록 하는 내용의 허가조건은 부관을 붙일 수 없는 기속행위 내지 기속적 재량행위인 건축허가에 붙인 부담이거나 또는 법령상 아무런 근거가 없는 부관이어서 무효이다(대법원 1995.6.13, 94다56883).
- ㄷ. (○)

행정심판법 제20조(제소기간)

- ① 취소소송은 처분등이 **있음을 안 날부터 90일 이내**에 제기하여야 한다. 다만, 제18조 제1항 단서에 규정한 경우와 그 밖에 행정심판청구를 할 수 있는 경우 또는 행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알린 경우에 행정심판청구가 있는 때의 기간은 **재결서의 정본을 송달받은 날부터** 기산한다.
- ② 취소소송은 처분등이 있는 날부터 1년(제1항 단서의 경우는 재결이 있는 날부터 1년)을 경과하면 이를 제기하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.
- ③ 제1항의 규정에 의한 기간은 불변기간으로 한다.

ㄱ. (×) 과태료는 행정형벌이 아니고 행정질서벌이므로 형법총칙은 적용되지 않는다.

12 공법상 시효에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 「관세법」상 납세자의 과오납금 또는 그 밖의 관세의 환급청구권은 그 권리를 행사할 수 있는 날부터 5년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성된다.
- ② 관례는 공법상 부당이득반환청구권은 사권(私權)에 해당되며, 그에 관한 소송은 민사소송절차에 따라야 한다고 보고 있다.
- ③ 소멸시효에 대해 「국가재정법」은 국가의 국민에 대한 금전채권은 물론이고 국민의 국가에 대한 금전채권에에도 적용된다.
- ④ 공법의 특수성으로 인해 소멸시효의 중단·정지에 관한 「민법」 규정은 적용되지 않는다.

정답 ④

해설 ① (○)

관세법 제22조(관세징수권 등의 소멸시효)

- ① 관세의 징수권은 이를 행사할 수 있는 날부터 다음 각 호의 구분에 따른 기간 동안 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성된다.
 1. 5억원 이상의 관세(내국세를 포함한다. 이하 이 항에서 같다): 10년
 2. 제1호 외의 관세: 5년
- ② **납세자의 과오납금 또는 그 밖의 관세의 환급청구권은 그 권리를 행사할 수 있는 날부터 5년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성된다.**

- ② (○) 대법원은 “개발부담금 부과처분이 취소된 이상 그 후의 부당이득으로서의 과오납금 반환에 관한 법률관계는 단순한 민사 관계에 불과한 것이고, 행정소송 절차에 따라야 하는 관계로 볼 수 없다(대법원 1995.4.28, 94다55019).”라고 하여 **공법상 부당이득반환청구권의 성질을 주로 사권으로서 민사소송으로 다루어야 한다고 보고 있다.** 다만 납세의무자에 대한 국가의 부가가치세 환급세액 지급의무에 대응하는 국가에 대한 납세의무자의 부가가치세 환급세액 지급청구는 민사소송이 아니라 행정소송법 제3조 제2호에 규정된 당사자소송의 절차에 따라야 한다고 보고 있다(대법원 2013.3.21, 2011다95564 전원합의체).
- ③ (○) 5년의 소멸시효를 규정한 구 예산회계법의 행정상 소멸시효는 **공법상 채권뿐만 아니라 사법상의 금전채권에**도 적용된다(대법원 1967.7.4, 67다751).
- ④ (×) 민법 제168조에 의하면 소멸시효의 중단사유로 i) 청구 ii) 압류 또는 가압류, 가처분 iii) 승인 등이 있다. **행정상 소멸시효의 중단·정지사유는 다른 법령에 특별한 규정이 없는 한 민법의 규정이 준용되므로** 민법상 소멸시효 중단사유는 모두 행정상 소멸시효 중단사유에 해당한다. 더불어 민법상 소멸시효 중단사유 외에 행정법에 특유한 소멸시효 중단사유로는 i) 납입 고지 ii) 독촉 iii) 납부최고 iv) 통고처분 등이 있다.

13 행정지도에 대한 내용으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정기관은 상대방이 행정지도에 따르지 아니하였다는 이유로 불이익 조치를 하여서는 아니 된다.

- ② 행정절차에 소요되는 비용은 원칙적으로 행정청이 부담하도록 규정되어 있다.
- ③ 행정지도의 상대방은 당해 행정지도의 방식·내용 등에 관하여 행정기관에 의견을 제출할 수 없다.
- ④ 행정지도는 그 목적달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 한다.

정답 ③

해설 ① (○) 행정절차법 제48조 제2항

- ② (○) 행정절차에 드는 비용은 행정청이 부담한다. 다만, 당사자등이 자기를 위하여 스스로 지출한 비용은 그러하지 아니하다.
- ③ (×) 행정지도의 상대방은 해당 행정지도의 방식·내용 등에 관하여 행정기관에 의견제출을 할 수 있다(동법 제50조).
- ④ (○) 행정절차법 제48조 제1항

14 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「질서위반행위규제법」상의 질서위반행위는 고의 또는 과실이 있는 경우에 과태료를 부과할 수 있다.
- ② 질서위반행위의 성립은 행위 시의 법률을 따르고 과태료 처분은 판결 시의 법률에 따른다.
- ③ 행정청은 질서위반행위가 발생하였다는 합리적 의심이 있어 그에 대한 조사가 필요하다고 인정하는 경우에 법정조사권을 행사할 수 있다.
- ④ 행정질서벌인 과태료는 형벌이 아니므로 행정질서벌에는 형법총칙이 적용되지 않는다.

정답 ②

해설 ① (○) 「질서위반행위규제법」 제7조

- ② (×) 질서위반행위의 성립은 행위 시의 법률을 따르고 과태료 처분도 행위 시의 법률에 따른다.

질서위반행위규제법 제3조

- 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.

③ (○)

질서위반행위규제법 제22조(질서위반행위의 조사)

- ① 행정청은 질서위반행위가 발생하였다는 합리적 의심이 있어 그에 대한 조사가 필요하다고 인정할 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 다음 각 호의 조치를 할 수 있다.
 - 1. 당사자 또는 참고인의 출석 요구 및 진술의 청취
 - 2. 당사자에 대한 보고 명령 또는 자료 제출의 명령
- ② 행정청은 질서위반행위가 발생하였다는 합리적 의심이 있어 그에 대한 조사가 필요하다고 인정할 때에는 그 소속 직원으로 하여금 당사자의 사무소 또는 영업소에 출입하여 장부·서류 또는 그 밖의 물건을 검사하게 할 수 있다.

- ④ (○) 과태료는 행정형벌이 아니고 행정질서벌이므로 형법총칙은 적용되지 않는다.

15 다음 중 특허에 해당하지 않는 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 귀화허가

- ② 공무원임명
- ③ 개인택시운송사업면허
- ④ 사립학교 법인이사의 선임행위

정답 ④

해설 ① 귀화허가 : 특허

② 공무원임명 : 특허

③ 개인택시운송사업면허 : 특허

④ 사립학교 법인이사의 선임행위는 사법상행위이고 감독청의 취임승인은 인가에 해당한다.

16 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 일정한 행정목적 실현하기 위하여 상대방인 국민에게 임의적인 협력을 요청하는 비권력적 사실행위를 행정지도라 한다.
- ② 행정지도는 하는 자는 그 상대방에게 그 행정지도의 취지 및 내용을 밝혀야 하지만 신분은 생략할 수 있다.
- ③ 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요하는 행정지도는 위법하다.
- ④ 행정지도에는 법률의 근거가 필요하지 않다는 것이 판례의 태도이다.

정답 ②

해설 ① (○) 행정지도란 행정주체가 스스로 의도하는 일정한 행정질서의 실현을 위하여 상대방의 임의적 협력을 통한 일정한 질서로의 유도를 위해 권고, 알선, 희망표시, 주의, 조언, 중재, 조정, 장려, 산업기술지도, 정보제공 등을 통하여 행정목적 달성을 비권력적 사실행위를 말한다. 행정절차법에서는 행정지도는 행정기관이 그 소관사무의 범위 안에서 일정한 행정목적 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 지도·권고·조언 등을 하는 행정작용으로 정의한다(행정절차법 제2조 제3호).

② (×) 행정지도는 하는 자는 그 상대방에게 행정지도의 취지·내용 및 신분을 밝혀야 한다(행정절차법 제49조 제1항).

③ (○) 행정지도의 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요하여서는 아니 된다(행정절차법 제48조 제1항). 따라서 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요하는 행정지도는 위법하다.

④ (○) 행정지도가 사실상의 강제력을 가지는 경우에는 법률의 근거가 있어야 한다는 견해도 있으나 비권력적 사실행위인 행정지도에 따를 것인지의 여부가 상대방인 국민의 임의적 결정에 달려 있으므로 행정지도에는 법적 근거가 없어도 된다는 견해가 통설이다.

17 행정법의 일반원칙과 관련한 판례의 태도로 옳은 것은?

- ① 연구단지 내 녹지구역에 위험물저장시설인 주유소와 LPG충전소 중에서 주유소는 허용하면서 LPG충전소를 금지하는 시행령 규정은 LPG충전소 영업을 하려는 국민을 합리적 이유 없이 자의적으로 차별하여 결과적으로 평등원칙에 위배된다는 것이 헌법재판소의 태도이다.
- ② 하자 있는 처분이 국민에게 권리나 이익을 부여하는 이른바 수익적 행정행위인 때에는 취소하여야 할 공익상 필요와 취소로 인하여 당사자가 입게 될 기득권과 신뢰보호 및 법률생활안정의 침해 등 불이익을 비교교량한 후 공익상 필요가 당사자가 입을 불이익을 정당화할 만큼 강하지 않아도 이를 취소할 수 있다는 것이 판례의 태도이다.
- ③ 숙박시설 건축허가 신청을 반려한 처분에 관해 학생들의 교육환경과 인근 주민들의 주거환경 보호라는 공익이 그 신청인이 잃게 되는 이익의 침해를 정당화 할 수 있을 정도로 크므로, 위 반려처분은 신뢰보호의 원칙에 위배되지 않는다는 것이 판례의 태도이다.

- ④ 옥외집회의 사전신고의무를 규정한 구 「집회 및 시위에 관한 법률」 제6조 제1항 중 ‘옥외집회’에 관한 부분은 과잉금지원칙에 위배하여 집회의 자유를 침해하는 것으로 볼 수 있다는 것이 헌법재판소의 태도이다.

정답 ③

- 해설** ① (×) LPG는 석유에 비하여 화재 및 폭발의 위험성이 훨씬 커서 주택 및 근린생활시설이 들어설 지역에 LPG충전소의 설치금지는 불가피하다 할 것이고 석유와 LPG의 위와 같은 차이를 고려하여 연구단지내 녹지구역에 LPG충전소의 설치를 금지한 것은 위와 같은 합리적 이유에 근거한 것이므로 이 사건 시행령 규정이 **평등원칙에 위배된다고 볼 수 없다**(헌재결 2004.7.15, 2001헌마646).
- ② (×) 행정행위를 한 처분청은 그 행위에 하자가 있는 경우에는 별도의 법적 근거가 없더라도 스스로 이를 취소할 수 있고, 다만 수익적 행정처분을 취소할 때에는 이를 취소하여야 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**(대법원 2008.11.13. 2008두8628).
- ③ (○) **학생들의 교육환경과 인근 주민들의 주거환경 보호라는 공익이 숙박시설 건축허가신청을 반려한 처분으로 그 신청인이 잃게 되는 이익의 침해를 정당화할 수 있을 정도로 크므로, 위 반려처분은 신뢰보호의 원칙에 위배되지 않음** ⇒ 대규모 숙박업소가 집단적으로 형성되어 향락단지화된다면 그 허가를 함부로 취소할 수도 없고 인근의 다른 숙박업소의 허가신청도 거부하기 어려워 그 영업이 장기간 계속될 것이 예상되므로, 이로 인한 교육환경과 주거환경의 침해는 인근 주민과 학생들의 수인한도를 넘게 될 것으로 보일 뿐 아니라 일단 침해된 사회적 환경은 그 회복이 사실상 불가능하다는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 처분에 의하여 피고가 달성하려는 학생들의 교육환경과 인근 주민들의 주거환경 보호라는 공익은 이 사건 처분으로 인하여 원고들이 입게 되는 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 해당한다고 할 것이므로, 같은 취지에서 원고들의 각 숙박시설 건축허가신청을 반려한 이 사건 처분이 신뢰보호의 원칙에 위배되지 않는다(대법원 2005.11.25, 2004두6822).
- ④ (×) **심판대상조항의 신고사항은 여러 옥외집회·시위가 경합하지 않도록 하기 위해 필요한 사항이고, 질서유지 등 필요한 조치를 할 수 있도록 하는 중요한 정보이다. 옥외집회·시위에 대한 사전신고 이후 기재사항의 보완, 금지통고 및 이의절차 등이 원활하게 진행되기 위하여 늦어도 집회가 개최되기 48시간 전까지 사전신고를 하도록 규정한 것이 지나치다고 볼 수 없다**(헌법재판소 2014.1.28, 2011헌마174).

18 행정행위의 부관에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 사정변경으로 인하여 당초에 부담을 부가한 목적을 달성할 수 없게 된 경우에도 부관의 사후변경은 그 목적달성에 필요한 범위 내에서 예외적으로 허용된다는 것이 판례의 태도이다.
- ② 행정행위의 부관의 유형 중에서 장래의 불확실한 사실에 의해서 행정행위의 효력을 소멸시키는 것은 해제조건이다.
- ③ 지방국토관리청장이 일부 공유수면매립지에 대하여 한 국가 또는 직할시(현 광역시) 귀속처분은 법률효과의 일부배제에 해당하는 것으로 행정행위의 부관의 유형으로 볼 수 없다는 것이 판례의 태도이다.
- ④ 부담과 조건의 구별이 명확하지 않은 경우에는 부담으로 보는 것이 행정행위의 상대방에게 유리하다고 본다.

정답 ③

- 해설** ① (○) 부관의 사후변경은, 법률에 명문의 규정이 있거나 그 변경이 미리 유보되어 있는 경우 또는 상대방의 동의가 있는 경우에 한하여 허용되는 것이 원칙이지만, 사정변경으로 인하여 당초에 부담을 부가한 목적을 달성할 수 없게 된 경우에도 그 목적 달성에 필요한 범위 내에서 예외적으로 허용된다(대법원 1997.5.30, 96누2627).
- ② (○) 해제조건은 행정행위의 효력이 그 조건의 성취에 의하여 소멸하게 되는 조건을 말한다(예 :

- 일정기간 내에 공사를 착수하지 않으면 그 효력을 잃는 것으로 한 공유수면매립면허 등)
- ③ (×) 법률효과의 일부배제는 부관이 아니라 내용상 제한으로 보는 견해가 있지만 판례는 부관의 일종으로 본다. ⇨ 행정청이 한 공유수면매립준공인가 중 매립지 일부에 대하여 한 국가귀속처분은 매립준공인가를 함에 있어서 매립의 면허를 받은 자의 매립지에 대한 소유권취득을 규정한 공유수면매립법 제14조의 효과 일부를 배제하는 부관을 붙인 것이므로 이러한 행정행위의 부관에 대하여는 독립하여 행정소송의 대상으로 삼을 수 없다(대법원 1993.10.8, 90누8503).
- ④ (○) 부관이 강학상 조건인지 부담인지의 구별이 모호할 때는 국민에게 유리한 부담으로 해석한다(대법원 2008.11.27, 2007두24289).

19 행정강제수단에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정기관은 법령 등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에 한하여 행정조사를 실시할 수 있지만 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 화재진압작업을 위해서 화재발생현장에 불법주차차량을 제거하는 것은 급박성을 이유로 법적 근거가 없더라도 최후수단으로서 실행이 가능하다.
- ③ 해가 지기 전에 대집행을 착수한 경우에는 야간에 대집행실행이 가능하다.
- ④ 「건축법」상 이행강제금 납부의 최초 독촉은 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다는 것이 판례의 태도이다.

정답 ②

해설 ① (○) 행정조사기본법 제5조

- ② (×) 화재진압작업을 위해서 화재발생현장에 불법주차차량을 제거하는 것은 즉시강제에 해당하고, 즉시강제는 법적 근거를 요한다. 화재진압작업을 위해서 화재발생현장에 불법주차차량을 제거하는 것은 소방기본법 제25조 제3항에 근거가 있다.

소방기본법 제25조(강제처분 등)

- ① 소방본부장, 소방서장 또는 소방대장은 사람을 구출하거나 불이 번지는 것을 막기 위하여 필요할 때에는 화재가 발생하거나 불이 번질 우려가 있는 소방대상물 및 토지를 일시적으로 사용하거나 그 사용의 제한 또는 소방활동에 필요한 처분을 할 수 있다.
- ② 소방본부장, 소방서장 또는 소방대장은 사람을 구출하거나 불이 번지는 것을 막기 위하여 긴급하다고 인정할 때에는 제1항에 따른 소방대상물 또는 토지 외의 소방대상물과 토지에 대하여 제1항에 따른 처분을 할 수 있다.
- 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.

③ (○)

행정대집행법 제4조 제1항

의무자가 지정된 기한까지 의무를 이행하지 않은 경우에는 당해 행정청은 스스로 의무자가 할 행위를 하거나 제3자로 하여금 그 행위를 하게 한다. 행정청은 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에는 대집행을 하여서는 아니 된다.

다만, ㉠ 의무자가 동의한 경우 ㉡ **해가 지기 전에 대집행을 착수한 경우** ㉢ 해가 뜬 후부터 해가 지기 전까지 대집행을 하는 경우에는 대집행의 목적 달성이 불가능한 경우 ㉣ 그 밖에 비상시 또는 위험이 절박한 경우의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에도 대집행을 할 수 있다.

- ④ (○) 건축법상 이행강제금 납부의 최초 독촉은 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당함 ⇨ 건축법 제69조의2 제6항, 지방세법 제28조, 제82조, 국세징수법 제23조의 각 규정에 의하면, 이행강제금 부과처분을 받은 자가 이행강제금을 기한 내에 납부하지 아니한 때에는 그 납부를 독촉할 수 있으며, 납부독촉에도 불구하고 이행강제금을 납부하지 않으면 체납절차에 의하여 이행강제금을 징수할 수 있고, 이때 이행강제금 납부의 최초 독촉은 징수처분으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 될 수 있다(대법원 2009.12.24, 2009두14507).

20 국가배상에 대한 판례의 태도로 옳지 않은 것은?

- ① 성폭력범죄의 수사를 담당하거나 수사에 관여하는 경찰관이 피해자의 인적사항 등을 공개 또는 누설함으로써 피해자가 손해를 입은 경우, 국가의 배상책임이 인정된다는 것이 판례의 태도이다.
- ② 음주운전으로 적발된 주취운전자가 도로 밖으로 차량을 이동하겠다고 단속 경찰관으로부터 보관 중이던 차량열쇠를 반환받아 몰래 차량을 운전하여 가던 중 사고를 일으킨 경우, 국가배상책임이 인정되지 않는다는 것이 판례의 태도이다.
- ③ 지방자치단체장이 설치하여 관할 지방경찰청장에게 관리권한이 위임된 교통신호기의 고장으로 인하여 교통사고가 발생한 경우, 지방자치단체뿐만 아니라 국가도 손해배상책임을 부담한다는 것이 판례의 태도이다.
- ④ 군수 또는 그 보조 공무원이 농수산부장관으로부터 도지사를 거쳐 군수에게 재위임된 국가사무(기관위임사무)인 개간허가 및 그 취소사무를 처리함에 있어 고의 또는 과실로 타인에게 손해를 가한 경우, 「국가배상법」 제6조에 의하여 지방자치단체인 군이 비용을 부담한다고 볼 수 있는 경우에 한하여 국가와 함께 손해배상책임을 부담한다.

정답 ②

- 해설** ① (○) 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조는 성폭력범죄의 수사 또는 재판을 담당하거나 이에 관여하는 공무원에 대하여 피해자의 인적사항과 사생활의 비밀을 엄수할 직무상 의무를 부과하고 있고, 이는 주로 성폭력범죄 피해자의 명예와 사생활의 평온을 보호하기 위한 것이므로, **성폭력범죄의 수사를 담당하거나 수사에 관여하는 경찰관이 위와 같은 직무상 의무에 반하여 피해자의 인적사항 등을 공개 또는 누설하였다면 국가는 그로 인하여 피해자가 입은 손해를 배상하여야 한다**(대법원 2008.6.12. 2007다64365).
- ② (×) 음주운전으로 적발된 주취운전자가 도로 밖으로 차량을 이동하겠다고 단속 경찰관으로부터 보관 중이던 차량열쇠를 반환 받아 몰래 차량을 운전하여 가던 중 사고를 일으킨 경우, 국가배상책임이 인정된다(대법원 1998.5.8., 97다54482).
- ③ (○) **광역지방자치단체장이 교통신호표지의 설치·관리에 관한 사무를 경찰서장에게 위임한 경우 지방자치단체뿐만 아니라 국가도 배상책임의 주체가 됨** ⇨ 지방자치단체장이 교통신호기를 설치하여 그 관리권한이 도로교통법 제71조의2 제1항의 규정에 의하여 관할 지방경찰청장에게 위임되어 지방자치단체 소속 공무원과 지방경찰청 소속 공무원이 합동근무하는 교통종합관제센터에서 그 관리업무를 담당하던 중 위 신호기가 고장난 채 방치되어 교통사고가 발생한 경우, 국가배상법 제2조 또는 제5조에 의한 배상책임을 부담하는 것은 지방경찰청장이 소속된 국가가 아니라, 그 권한을 위임한 지방자치단체장이 소속된 지방자치단체라고 할 것이나, 한편 국가배상법 제6조 제1항은 같은 법 제2조, 제3조 및 제5조의 규정에 의하여 국가 또는 지방자치단체가 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 공무원의 선임·감독 또는 영조물의 설치·관리를 맡은 자와 공무원의 봉급·급여 기타의 비용 또는 영조물의 설치·관리의 비용을 부담하는 자가 동일하지 아니한 경우에는 그 비용을 부담하는 자도 손해를 배상하여야 한다고 규정하고 있으므로 교통신호기를 관리하는 지방경찰청장 산하 경찰관들에 대한 봉급을 부담하는 국가도 국가배상법 제6조 제1항에 의한 배상책임을 부담한다(대법원 1999.6.25. 99다11120).
- ④ (○) 구 농지확대개발촉진법 제24조와 제27조에 의하여 농수산부장관 소관의 국가사무로 규정되어 있는 개간허가와 개간허가의 취소사무는 같은 법 제61조 제1항, 같은법시행령 제37조 제1항에 의하여 도지사에게 위임되고, 같은 법 제61조 제2항에 근거하여 도지사로부터 하위 지방자치단체장인 군수에게 재위임되었으므로 이른바 기관위임사무라 할 것이고, 이러한 경우 군수는 그 사무의 귀속 주체인 국가 산하 행정기관의 지위에서 그 사무를 처리하는 것에 불과하므로, 군수 또는 군수를 보조하는 공무원이 위임사무처리에 있어 고의 또는 과실로 타인에게 손해를 가하였다 하더라도 원칙적으로 군에는 국가배상책임이 없고 그 사무의 귀속 주체인 국가가 손해배상책임을 지는 것이며, 다만 국가배상법 제6조에 의하여 군이 비용을 부담한다고 볼 수 있는 경우에 한하여 국가와 함께 손해배상책임을 부담한다(대법원 2000.5.12. 99다70600).

