

여러분, 시험 치시느라 정말 수고 많으셨습니다.
이번 시험 혹시 원하는 결과 얻지 못하셨더라도
다음 시험을 잘 보기 위한 좋은 연습을 했다고 생각하고 계속 정진하셔서
이후 시험에서 꼭 좋은 결과 얻으시기 바랍니다^^

총평

이번 소방직은 주요판례 위주로 전형적인 내용들이 주로 출제되었다.
최신판례(최근 2, 3년 내의 판례)는 대략 3개 지문 정도 출제되었다. (단 내용 자체가 새로운 것은 아님)

합격노트와 최신판례 프린트만으로, 전체 80개 지문 중 78~79개 지문이 커버되었고¹⁾
문제 단위로는 전체 20문제가 모두 커버되었으므로
합격노트와 최신판례 프린트만 충실히 소화해도 100점이 가능했을 것이다.
(이번 시험의 경우는 최신판례 프린트 없이 합격노트만으로도 100점이 가능했음)

본 해설지에서는 복습의 편의를 위해 가급적 합격노트를 그대로 원용하면서, 해당면수를 표기해 적중자료를 겸하도록 하였다.

-
1. 행정벌에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ① 과태료는 행정상의 질서유지를 위한 행정질서벌에 해당할 뿐 형벌이라 할 수 없어 죄형법정주의의 규율 대상에 해당하지 않는다.
 - ② 행정형벌은 행정법상 의무위반에 대한 제재로 과하는 처벌로 법인이 법인으로서 행정법상 의무자인 경우 그 의무위반에 대하여 형벌의 성질이 허용하는 한도 내에서 그 법인을 처벌하는 것은 당연하며, 행정법에 관한 한 법인의 범죄능력을 인정함이 일반적이거나, 지방자치단체와 같은 공법인의 경우는 범죄능력 및 형벌능력 모두 부정된다.
 - ③ 과태료 재판은 이유를 붙인 결정으로써 하며, 결정은 당사자와 검사에게 고지함으로써 효력이 발생하고, 당사자와 검사는 과태료 재판에 대하여 즉시항고할 수 있으며 이 경우 항고는 집행정지의 효력이 있다.
 - ④ 행정청이 질서위반행위에 대하여 과태료를 부과하고자 하는 때에는 미리 당사자에게 과태료 부과 원인이 되는 사실, 과태료 금액 및 적용법령 등을 통지하고 10일 이상의 기간을 정하여 의견을 제출할 기회를 주어야 한다.

1) 6번 ①지문의 해설지 내용을 합노에 추가로 메모하시기 바라고, 18번 ②지문 뒷부분은 각론 합격노트에 수록된 내용으로서, 총론만 공부하시는 경우에는 이 해설지의 내용을 총론 합노에 추가 메모하시기 바란다.
(18번의 ②지문 뒷부분은 각론 합격노트에 수록되어 있고 총론 합노에 명시되어 있는 것은 아니므로, 이 지문은 총론 합노만 기준으로 할 경우 커버되지 않은 것으로 볼 여지도 있어, 78~79개로 기재함)

중

①O 합격노트 221면

- 헌재 : 죄형법정주의는 범죄와 형벌을 법률로 정하라는 원칙이므로 행정형벌에는 죄형법정주의가 적용되나 행정질서벌(과태료)에는 적용X
- 그러나 개정 질서위반행위규제법은 행정질서벌도 법률에 의하지 않고는 부과하지 못한다고 규정

②X 합격노트 223면 9번 판례

판례

[1] 기관위임사무의 경우 지방자치단체는 국가기관의 일부이고, 지방자치단체가 고유의 자치사무를 처리하는 경우 국가기관과는 별도의 독립한 공법인으로서 양벌규정에 의한 처벌대상이 되는 법인임

[2] 항만순찰업무는 기관위임사무이므로 지자체는 자동차관리법상 양벌규정에 따른 처벌대상X(2008.도6530)

③O 합격노트 228면

질서위반행위규제법 제36조 【재판】 ① 과태료 재판은 이유를 붙인 결정으로써 한다.

제37조 【결정의 고지】 ① 결정은 당사자와 검사에게 고지함으로써 효력이 생긴다.

② 결정의 고지는 법원이 적당하다고 인정하는 방법으로 한다. 다만, 공시송달을 하는 경우에는 「민사소송법」에 따라야 한다.

제38조 【항고】 ① 당사자와 검사는 과태료 재판에 대하여 즉시항고를 할 수 있다. 이 경우 항고는 집행정지의 효력이 있다

④O 합격노트 226면

질서위반행위규제법 제16조 【사전통지 및 의견 제출 등】 ① 행정청이 질서위반행위에 대하여 과태료를 부과하고자 하는 때에는 미리 당사자(제11조제2항에 따른 고용주등을 포함한다. 이하 같다)에게 대통령령으로 정하는 사항을 통지하고, 10일 이상의 기간을 정하여 의견을 제출할 기회를 주어야 한다. 이 경우 지정된 기일까지 의견 제출이 없는 경우에는 의견이 없는 것으로 본다.

시행령 제3조(사전통지 및 의견제출 등) ① 법 제16조제1항에 따라 행정청이 과태료 부과에 관하여 미리 통지하는 경우에는 다음 각 호의 사항을 모두 적은 서면(당사자가 동의하는 경우에는 전자문서를 포함한다)으로 하여야 한다.

1. 당사자의 성명(법인인 경우에는 명칭과 대표자의 성명)과 주소
2. 과태료 부과 원인이 되는 사실, 과태료 금액 및 적용 법령
3. 과태료를 부과하는 행정청의 명칭과 주소
4. 당사자가 의견을 제출할 수 있다는 사실과 그 제출기한
5. 법 제18조에 따라 자진 납부하는 경우 과태료를 감경받을 수 있다는 사실(감경액이 결정된 경우에는 그 금액을 포함한다)

5의2. 법 제18조제1항에 따라 감경된 과태료를 납부한 경우에는 같은 조 제2항에 따라 과태료 부과 및 징수절차가 종료되어 법 제16조에 따른 의견 제출 및 법 제20조에 따른 이의제기를 할 수 없다는 사실

6. 제2조의2에 따라 과태료를 감경받을 수 있다는 사실(감경액이 결정된 경우에는 그 금액을 포함한다)

7. 그 밖에 과태료 부과에 관하여 필요한 사항

답 ②

2. 행정상 강제집행에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ① 대집행은 비금전적인 대체적 작위의무를 의무자가 이행하지 않는 경우 행정청이 스스로 의무자가 행하여야 할 행위를 하거나 제3자로 하여금 행하게 하는 것으로, 그 대집행의 대상은 공법상 의무에만 한정하지 않는다.
 - ② 행정청이 대집행에 대한 계고를 함에 있어서 의무자가 스스로 이행하지 아니하는 경우 대집행할 행위의 내용과 범위가 구체적으로 특정되어야 하지만, 그 내용 및 범위는 대집행계고서에 의해서만 특정되어야 하는 것은 아니고 그 처분 전후에 송달된 문서나 기타 사정을 종합하여 이를 특정할 수 있으면 족하다.
 - ③ 비상시 또는 위험이 절박한 경우에 있어 당해 행위의 급속한 실시를 요하여 대집행영장에 의한 통지절차를 취할 여유가 없을 때에는 이 절차를 거치지 아니하고 대집행할 수 있다.
 - ④ 개발제한구역 내의 건축물에 대하여 허가를 받지 않고 한 용도변경행위에 대한 형사처벌과 「건축법」 제83조 제1항에 의한 시정명령 위반에 대한 이행강제금 부과는 이중처벌에 해당하지 아니한다.

중

①X 합격노트 208면

- 대집행은 공법상 의무에만 허용 / 그 의무는 (법령에 따른) 행정청의 명령(처분)으로 부과되거나, 법령(법률, 위임명령, 조례)에 의해 직접 부과될 수도
- 공의무 부과처분이 위법해도 당연무효가 아닌 한 취소되기까지는 유효하므로(공정력) 의무불이행 시 대집행이 가능
- **사법상 의무**(건축도급계약상 의무, **협의취득**에 의한 의무)는 **특별한 규정이 없는 한 대집행 대상**X (준용규정 있으면 대집행 가능)
 - 국유재산법, 공유재산 및 물품관리법은 일반재산을 포함한 국유재산 및 공유재산을 (무단)점유하거나 시설물을 설치한 경우 행정대집행법을 준용하므로 일반재산이라도 무단점유, 시설물설치의 경우 행정대집행법의 예에 따라 철거 대집행 가능
 - 따라서 (일반재산인) 공유재산 대부계약 해지에 따른 원상회복으로 행정대집행의 방법으로 지상물 철거 가능

②O 합격노트 211면 2번 판례

판례
 대집행계고를 함에 있어 대집행할 내용·범위가 **구체적으로 특정되어야** 하나, 반드시 대집행계고서에 의해서만 특정되어야 하는 것이 아니고, 계고 전후 송달된 문서, 기타사정을 종합해 판단(96누8086)

③O 합격노트 211면

- 법률에 다른 규정이 있거나, **비상시·위험이 절박**해 대집행의 급속한 실시를 요해 **통지할 여유가 없을 때 통지 없이** 대집행 가능(행정대집행법 제3조)
- 위와 같이 생략할 수 있는 경우가 아님에도 통지 없이 대집행 실행을 하는 것은 위법한 공무집행으로

공무집행방해죄가 성립X

- 계고와 통지를 함께 생략할 수도 있음

④O 합격노트 215면 8번 판례

판례
 건축법상 형사처벌 대상은 허가없이 건축 또는 건축물 용도변경행위를 한 것이고, 이행강제금은 위법건축물에 대한 시정명령을 받고 시정하지 않을 때 과하는 것이므로 양자는 기본적 사실관계로서의 행위가 다름 / 전자는 처벌인데 후자는 행정명령의 실효성 확보를 위한 제재로서 보호법익과 목적도 다름 / 무허가 건축행위에 대한 형사처벌과 시정명령 위반에 대한 이행강제금 부과는 이중처벌이 아님(2001헌바80, 2002헌바26)

답 ①

3. 「행정절차법」에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 공청회는 다른 법령 등에서 공청회를 개최하도록 규정하고 있는 경우 또는 당해 처분의 영향이 광범위하여 널리 의견을 수렴할 필요가 있다고 행정청이 인정하는 경우에 개최된다.
- ② 행정응원을 위하여 파견된 직원은 당해 직원의 복무에 관하여 다른 법령 등에 특별한 규정이 없는 한, 응원을 요청한 행정청의 지휘·감독을 받는다.
- ③ 행정응원에 소요되는 비용은 응원을 요청한 행정청이 부담하며, 그 부담금액 및 부담방법은 응원을 행하는 행정청의 결정에 의한다.
- ④ 송달이 불가능하여 관보, 공보 등에 공고한 경우에는 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 공고일부터 14일이 경과한 때에 그 효력이 발생한다. 다만, 긴급히 시행하여야 할 특별한 사유가 있어 효력발생 시기를 달리 정해 공고한 경우에는 그에 따른다.

중

①O 합격노트 163면

행정절차법 제22조 【의견청취】 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 당사자들이 공청회 개최를 요구하는 경우

②O ③X 합격노트 160면

행정절차법 제8조 【행정응원】 ① 행정청은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 다른 행정청에 행정응원(行政應援)을 요청할 수 있다.
 1. 법령등의 이유로 독자적인 직무 수행이 어려운 경우
 2. 인원·장비의 부족 등 사실상의 이유로 독자적인 직무 수행이 어려운 경우
 3. 다른 행정청에 소속되어 있는 전문기관의 협조가 필요한 경우
 4. 다른 행정청이 관리하고 있는 문서(전자문서를 포함한다. 이하 같다)·통계 등 행정자료가 직무 수행을 위하여 필요한 경우
 5. 다른 행정청의 응원을 받아 처리하는 것이 보다 능률적이고 경제적인 경우
 ② 제1항에 따라 행정응원을 요청받은 행정청은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 응원을 거부할 수 있다.
 1. 다른 행정청이 보다 능률적이거나 경제적으로 응원할 수 있는 명백한 이유가 있는 경우

- 2. 행정응원으로 인하여 고유의 직무 수행이 현저히 지장받을 것으로 인정되는 명백한 이유가 있는 경우
- ③ 행정응원은 해당 직무를 직접 응원할 수 있는 행정청에 요청하여야 한다.
- ⑤ 행정응원을 위하여 파견된 직원은 응원을 요청한 행정청의 지휘·감독을 받는다. 다만, 해당 직원의 복무에 관하여 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우에는 그에 따른다.
- ⑥ 행정응원에 드는 비용은 응원을 요청한 행정청이 부담하며, 그 부담금액 및 부담방법은 응원을 요청한 행정청과 응원을 하는 행정청이 협의하여 결정한다.

④O 합격노트 161면

- 행정절차법 제14조 【송달】** ④ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 송달받을 자가 알기 쉽도록 관보, 공보, 게시판, 일간신문 중 하나 이상에 공고하고 인터넷에도 공고하여야 한다.
1. 송달받을 자의 주소등을 통상적인 방법으로 확인할 수 없는 경우
 2. 송달이 불가능한 경우
- 제15조 【송달의 효력 발생】** ① 송달은 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 해당 문서가 송달받을 자에게 도달됨으로써 그 효력이 발생한다.
- ③ 제14조 제4항의 경우에는 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 공고일부터 14일이 지난 때에 그 효력이 발생한다. 다만, 긴급히 시행하여야 할 특별한 사유가 있어 효력 발생 시기를 달리 정하여 공고한 경우에는 그에 따른다.

답 ③

4. 행정행위에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ① 개발제한구역 내의 건축물의 용도변경에 대한 예외적 허가는 그 상대방에게 제한적이므로 기속행위에 속하는 것이다.
 - ② 농지처분의무통지는 단순한 관념의 통지에 불과하다고 볼 수 없고, 상대방인 농지소유자의 의무에 직접 관계되는 독립한 행정처분으로서 항고소송의 대상이 된다.
 - ③ 행정청이 (구)「식품위생법」 규정에 의하여 영업자지위승계신고를 수리하는 처분은 종전의 영업자의 권익을 제한하는 처분에 해당하므로, 행정청은 이를 처리함에 있어 종전의 영업자에 대하여 처분의 사전통지, 의견청취 등 「행정절차법」상의 처분절차를 거쳐야 한다.
 - ④ 부담은 행정청이 행정행위를 하면서 일방적으로 부가할 수도 있지만 부담을 부가하기 이전에 상대방과 협의하여 부담의 내용을 협약의 형식으로 미리 정한 다음 행정행위를 하면서 부가할 수도 있다.

중

①X 합격노트 99면

예외적 허가(승인)

- 사회적으로 유해하여 원칙적으로 금지되는 행위를 예외적으로 허용
 - 카지노(사행행위)영업허가, 마약류취급허가, 개발제한구역 내 건축(용도변경)허가, 학교환경위생정화구역 내 유흥음식점 허가
- 성질 : 금지의 해제이므로, 특허와 다름 / 극히 예외적으로 해제하므로 재량행위

②O 합격노트 323면 35번 판례

판례

농지법상 농지 처분의무가 생긴 농지소유자에게 해당농지를 처분해야 함을 통지해야 하며 위 통지를 전제로 농지처분명령 등 절차가 진행되므로 농지처분의무통지는 단순한 관념의 통지가 아니고 상대방인 농지소유자의 의무에 직접 관계되는 독립한 처분(2001두8742)

③O 합격노트 169면 20번 판례

판례

식품위생법상 영업자지위승계신고 수리처분은 종전 영업자에 대한 영업허가의 효력을 상실시키므로 종전 영업자의 권익을 제한하는 처분이어서 종전 영업자는 그 처분의 직접 상대방으로서 행정절차법상 당사자이므로, 위 신고 수리처분을 함에 있어 종전 영업자에게 사전통지를 하고 의견제출기회를 주는 행정절차를 실시해야(2001두7015)

④O 합격노트 109면 위쪽 1번 판례

판례

[1] 수의적 행정처분에 있어 법령에 특별한 근거규정이 없더라도 부관으로서 부담을 붙일 수 있고, 부담은 일반적으로 부가할 수도 있지만 상대방과 협의해 부담의 내용을 협약의 형식으로 미리 정한 다음 부가할 수도 있음
[2] 부담의 위법 여부는 처분 당시 법령을 기준으로 판단해야 하고, 부담이 처분시 법령을 기준으로 적법하다면 처분 후 주된 행정처분의 근거법령이 개정되어 더 이상 부관을 붙일 수 없게 되었다더라도 곧바로 위법하게 되거나 효력이 소멸되는 것은 아님
[3] 고속도로부지와 접도구역에 송유관 매설을 허가하면서 상대방과의 협약에 따라 송유관을 이전하게 될 경우 그 비용을 상대방에게 부담하도록 했고, 그 후 도로법 시행규칙이 개정되어 접도구역에 허가 없이 송유관을 매설할 수 있게 된 경우, 위 협약이 효력상실X, 협약에 포함된 부관이 부당결부X(2005다65500)

답 ①

5. 행정행위의 존속력에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ① 불가변력은 처분청에 미치는 효력이고, 불가쟁력은 상대방 및 이해관계인에게 미치는 효력이다.
 - ② 불가쟁력이 생긴 경우에도 국가배상청구를 할 수 있다.
 - ③ 불가변력이 있는 행위가 당연히 불가쟁력을 발생시키는 것은 아니다.
 - ④ 불가쟁력은 실체법적 효력만 있고, 절차법적 효력은 전혀 가지고 있지 않다.

중

①O ③O ④X 합격노트 122면

	불가쟁력	불가변력
개념	더 이상 다룰 수 없는 힘	스스로 바꿀 수 없는 힘
범위	모든 행정행위	준사법행위, 확인행위
대상	상대방 및 이해관계인	처분청과 감독청 등 행정기관
성질	절차법적 효력 / 형식적 존속력	실체법적 효력 / 실질적 존속력
개별성	불가쟁력이 발생한다고 불가변력이 발생하는 것 아 님	불가변력이 발생한다고 불가쟁력이 발생하는 것 아 님
공통점	행정법관계의 안정 및 신뢰보호 무효 행위에는 발생하지 않음	

②O 합격노트 121면

불가쟁력의 내용

- 상대방 또는 이해관계인이 더 이상 다루지 못하는 힘 / 처분청이 취소, 철회하는 것은 가능 / 행정상 손해배상청구 가능
- 불가쟁력이 발생한 행정행위에 대해 변경신청을 하고, 그 변경신청 거부에 대해 거부처분 취소소송을 하는 것은 (변경신청권의 근거가 없는 한) 불허

답 ④

6. 「행정심판법」상 위원회에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 중앙행정심판위원회의 비상임위원은 일정한 요건을 갖춘 사람 중에서 중앙행정심판위원회 위원장의 제청으로 국무총리가 성별을 고려하여 위촉한다.
- ② 중앙행정심판위원회의 회의는 위원장, 상임위원 및 위원장이 회의마다 지정하는 비상임위원을 포함하여 총 15명으로 구성한다.
- ③ 「행정심판법」 제10조에 의하면, 위원장은 제척신청이나 기피신청을 받으면 제척 또는 기피 여부에 대한 결정을 한다.
- ④ 중앙행정심판위원회는 위원장 1명을 포함하여 70명 이내의 위원으로 구성한다.

중

①O (*합격노트 291면 맨 위 (2)의 둘째 점 맨 뒤에 추가)

중앙행정심판위원회의 비상임위원은 제7조제4항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람 중에서 중앙행정심판위원회 위원장의 제청으로 국무총리가 성별을 고려하여 위촉(행정심판법 제8조 제4항)

②X 합격노트 291면

- 중앙행정심판위원회의 회의(소위원회 회의는 제외)는 위원장, 상임위원 및 위원장이 회의마다 지정하는 비상임위원을 포함하여 총 9명으로 구성
- 중앙행정심판위원회 및 소위원회는 각각 구성원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결

③O 합격노트 291면

제척, 기피, 회피

- 제척 : 위원회의 위원은, 위원 또는 그 배우자가 사건 당사자인 경우 등에 해당하면 그 사건의 심리·의결에서 제척
- 기피 : 당사자는 위원에게 공정한 심리·의결을 기대하기 어려운 사정이 있으면 위원장에게 기피신청 가능
- 회피 : 위원회 회의에 참석하는 위원이 제척사유 또는 기피사유에 해당함을 알게 되었을 때 스스로 심리·의결에서 회피 가능
- 위원에 대한 제척신청이나 기피신청은 그 사유를 소명한 문서로 해야
- 위원장은 위원회의 의결을 거치지 않고 제척, 기피 여부를 결정
- 사건의 심리·의결에 관한 사무에 관여하는 **위원 아닌 직원에게도 제척, 기피, 회피 규정을 준용**

④0 합격노트 290면

중앙행정심판위원회

- 위원장 1명 포함 **70명** 이내 위원으로 구성 / 상임위원은 **4명** 이내

답 ②

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

- ① 건설부장관(현 국토교통부장관)이 행한 국립공원지정처분에 따른 경계측량 및 표지의 설치 등은 처분이 아니다.
- ② 행정지도가 구술로 이루어지는 경우 상대방이 행정지도의 취지·내용 및 신분을 기재한 서면의 교부를 요구하면 당해 행정지도를 행하는 자는 직무수행에 특별한 지장이 없는 한 이를 교부하여야 한다.
- ③ 조례가 집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리·의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생하는 경우 그 조례는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.
- ④ 행정계획은 현재의 사회·경제적 모든 상황의 조사를 바탕으로 장래를 예측하여 수립되고 장기간에 걸쳐 있으므로, 행정계획의 변경은 인정되지 않는다.

중

①0 합격노트 84면 위쪽 2번 판례

판례

건설부장관의 국립공원지정처분은 그 결정 및 첨부된 도면의 공고로써 그 경계가 확정됨. 시장이 행한 경계측량 및 표지의 설치는 이미 확정된 경계를 인식, 파악하는 사실상의 행위 ⇨ 공권력행사로서의 처분X(92누2325)

②0 합격노트 167면

행정절차법 제49조 【행정지도의 방식】 ① 행정지도를 하는 자는 그 상대방에게 그 행정지도의 취지 및 내용과 신분을 밝혀야 한다.
 ② 행정지도가 말로 이루어지는 경우에 상대방이 제1항의 사항을 적은 서면의 교부를 요구하면 그 행정지도를 하는 자는 직무수행에 특별한 지장이 없으면 이를 교부하여야 한다.

③0 합격노트 317면 1번 판례

판례

[1] 조례가 집행행위 없이 그 자체로 직접 구체적 권리의무, 법적 이익에 영향을 미치면 그 조례는 항고소송 대상이 되는 처분이고, 이러한 조례에 대한 무효확인소송에 있어 피고적격이 있는 처분청은, 공포권 있는 지방자치단체의 장

[2] 시·도 교육감에게 지방교육에 관한 조례안 공포권이 있으므로, 교육조례 무효확인소송에서는 집행기관인 시·도 교육감을 피고로(95누8003)

④X 합격노트 148면 위쪽 2번 판례

판례

행정계획 입안·결정에 있어서의 광범위한 형성의 자유는 무제한적인 것이 아니라 관련자의 이익을 공익과 사익 간, 공익 상호 간, 사익 상호 간 정당하게 비교교량해야 한다는 제한이 있으므로, 이익형량을 전혀 안하거나 이익형량에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 빠뜨린 경우, 이익형량을 했으나 정당성·객관성이 결여된 경우 행정계획결정은 형량에 하자가 있어 위법 / 이러한 법리는 주민의 도시관리계획 입안제안을 받아들여 도시관리계획결정을 할 것인지 결정할 때도 마찬가지로 / 도시계획시설구역 내 토지 등을 소유하고 있는 주민이 장기간 집행되지 않은 도시계획시설의 결정권자에게 도시계획시설 변경을 신청하고, 결정권자가 신청을 받아들여 도시계획시설을 변경할 것인지 결정하는 경우도 동일하게 적용(2010투5806)

답 ④

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

- ① 원고가 단지 1회 훈령에 위반하여 요정출입을 하다가 적발된 정도라면, 면직처분보다 가벼운 징계처분으로서도 능히 위 훈령의 목적을 달성할 수 있다고 볼 수 있는 점에서 이 사건 파면처분은 이른바 비례의 원칙에 어긋난 것으로 위법하다고 판시하였다.
- ② 수입 녹용 중 일정성분이 기준치를 0.5% 초과하였다는 이유로 수입 녹용 전부에 대하여 전량 폐기 또는 반송처리를 지시한 처분은 재량권을 일탈·남용한 경우에 해당한다고 판시하였다.
- ③ 청소년유해매체물로 결정·고시된 만화인 사실을 모르고 있던 도서대여업자가 그 고시일로부터 8일 후에 청소년에게 그 만화를 대여한 것을 사유로 그 도서대여업자에게 금 700만원의 과징금이 부과된 경우, 그 과징금부과처분은 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법하다고 판시하였다.
- ④ 사법시험 제2차 시험에 과락제도를 적용하고 있는 (구)사법시험령 제15조 제2항은 비례의 원칙, 과잉금지의 원칙, 평등의 원칙에 위반되지 않는다고 판시하였다.

중

①O 합격노트 23면 9번 판례

판례

단지 1회 훈령에 위반해 요정출입을 하다 적발된 경우 가벼운 징계처분으로도 훈령 목적을 달성할 수 있고, 징계처분 중 면직은 공무원 신분을 박탈하는 것이니 적어도 공무원 신분을 보유케 하는 것이 심히 부당하다고 볼 정도의 비행이 있는 경우에 한하므로 파면처분은 비례원칙 위반으로 재량권 일탈남용(67누24)

②X 합격노트 24면 8번 판례

판례
 희분함량이 기준치를 0.5% 초과했다는 이유로 내린 수입녹용 전량 폐기·반송지시처분은, 수입업자의 불이익이 의약품 안전을 확보해 국민보건향상을 기하려는 공익보다 크지 않아 재량권 일탈·남용이 아님(2004두3854)

③O 합격노트 23면 3번 판례

판례
 [1] 재량권 일탈·남용 여부는 당해 처분행위에 의하여 달성하려는 공익과 그 처분으로 개인이 입게 될 불이익을 비교 교량하여 판단. 비례원칙이 재량행위 적법 여부의 판단기준
 [2] 청소년유해매체물로 결정·고시된 만화인 사실을 모르고 고시일로부터 8일 후 청소년에게 만화를 대여한 도서대여업자에게 700만 원의 과징금 부과는 재량권 일탈·남용(99두9490)

④O 합격노트 24면 7번 판례

판례
 [1] 사법시험 제2차시험에 과락제도를 적용한 사법시험령은 비례원칙 위반 아님
 [2] 논술형인 사법시험 제2차시험 채점위원의 채점행위의 법적 성질은 재량행위(2004두10432)

답 ②

9. 「개인정보 보호법」상 개인정보 단체소송에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 단체소송의 원고는 변호사를 소송대리인으로 선임하여야 한다.
- ② 단체소송에 관하여 「개인정보 보호법」에 특별한 규정이 없는 경우에는 「민사소송법」을 적용한다.
- ③ 법원은 개인정보처리자가 분쟁조정위원회의 조정을 거부하지 않을 경우에만, 결정으로 단체소송을 허가한다.
- ④ 단체소송의 절차에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.

중

①O 합격노트 199면

개인정보보호법 제53조 【소송대리인의 선임】 단체소송의 원고는 변호사를 소송대리인으로 선임하여야 한다.

②O 합격노트 199면

개인정보보호법 제57조 【「민사소송법」의 적용 등】 ① 단체소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 경우에는 「민사소송법」을 적용한다.

③X 합격노트 199면

제55조 【소송허가요건 등】 ① 법원은 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 경우에 한하여 결정으로 단체소송을 허가한다.

1. 개인정보처리자가 분쟁조정위원회의 조정을 거부하거나 조정결과를 수락하지 아니하였을 것
2. 제54조에 따른 소송허가신청서의 기재사항에 흠결이 없을 것

② 단체소송을 허가하거나 불허가하는 결정에 대하여는 즉시항고할 수 있다.

④O 합격노트 200면

개인정보보호법 제57조 【「민사소송법」의 적용 등】 ③ 단체소송의 절차에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.

답 ③

10. 「행정소송법」에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 민중소송 및 기관소송은 법률이 정한 자에 한하여 제기할 수 있다.
- ② 판례는 「행정소송법」상 행정청의 부작위에 대하여 부작위위법확인소송과 작위의무이행소송을 인정하고 있다.
- ③ 「행정소송법」상 항고소송은 취소소송 · 무효등 확인소송 · 부작위위법확인소송 · 당사자소송으로 구분한다.
- ④ 국가 또는 공공단체의 기관이 법률에 위반되는 행위를 한 때에 직접 자기의 법률상 이익과 관계없이 그 시정을 구하기 위하여 제기하는 소송을 기관소송이라 한다.

중

①O 합격노트 302면

- 항고소송과 당사자소송은 개인의 권리구제를 목적으로 하는 주관적 소송
- 민중소송과 기관소송은 공익 내지 행정의 적법성 확보를 목적으로 하는 객관적 소송

합격노트 372면

- 객관적 소송 : 법률상 쟁송(구체적 권리의무(법률관계)에 관한 다툼)이 아니고, 행정의 적법성 확보만을 목적으로
- 행정소송법 : 주관적 소송은 개관주의 / 객관적 소송은 열기주의, 법정주의
- 객관적 소송은 법률에 정해진 경우에만, 법률에 정해진 자만이 제기 가능

②X 합격노트 302면

- 행정소송법에 규정된 항고소송 이외의 항고소송(비법정·무명 항고소송)은 권력분립 원칙상 불허 / 즉 의무이행소송, 예방적 부작위소송, 작위의무 확인소송은 불허

③X 합격노트 302면

- 항고소송 : 취소소송 / 무효등 확인소송 / 부작위위법확인소송

④X 합격노트 302면

- 행정소송법은 행정소송을 다음의 네가지로 구분
- 1. 항고소송 : 행정청의 처분등이나 부작위에 대해 제기하는 소송

2. 당사자소송 : 행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송
3. 민중소송 : 국가 또는 공공단체의 기관이 법률에 위반되는 행위를 한 때에 직접 자기의 법률상 이익과 관계없이 그 시정을 구하기 위하여 제기하는 소송
4. 기관소송 : 국가 또는 공공단체의 기관상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송. 다만, 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 제외

답 ①

11. 「국가배상법」에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 판례는 「자동차손해배상 보장법」은 배상책임의 성립요건에 관하여는 「국가배상법」에 우선하여 적용된다고 판시하였다.
- ② 헌법재판소는 「국가배상법」제2조 제1항 단서 이중배상금지규정에 대하여 헌법에 위반되지 아니한다고 판시하였다.
- ③ 생명·신체의 침해로 인한 국가배상을 받을 권리는 양도는 가능하지만, 압류는 하지 못한다.
- ④ 판례는 「국가배상법」제5조의 영조물의 설치·관리상의 하자로 인한 손해가 발생한 경우, 피해자의 위자료 청구권이 배제되지 아니한다고 판시하였다.

중

①O **합격노트 258면**

- 자동차손해배상 보장법에 따라 배상책임이 있을 때에는 배상책임의 성립요건 내지 성립여부에는 자동차손해배상 보장법이 우선 적용되고, 구체적 배상청구 절차와 범위는 국가배상법에 의함 / 자동차손해배상 보장법상 배상책임의 성립요건은 국가배상법보다 완화

②O **합격노트 263면**

- 이중배상금지가 **헌법에 규정되어** 있는 이상, **합헌**
- 국가배상법 제2조 제1항 단서의 이중배상금지는 제5조의 배상책임에도 준용

③X **합격노트 264면**

- 국가배상법은 생명, 신체 침해로 인한 배상청구권의 양도, 압류를 금지

④O **합격노트 261면 4번 판례**

판례

[1] 소음 등 공해의 위험지역으로 이주해 들어가 거주하는 경우처럼 위험을 인식하면서 그로 인한 피해를 용인하며 접근한 경우 피해가 직접 생명·신체에 관련된 것이 아니라 정신적 고통이나 생활방해에 그치고, 그 침해에 상당한 고도의 공공성이 인정되는 때에는 위험에 접근한 후 실제 입은 피해가 위험에 접근할 당시 인식한 위험을 초과하거나 위험에 접근한 후 그 위험이 특별히 증대했다는 등 특별한 사정이 없는 한 가해자의 면책을 인정할 수도 있음
 [2] 위험을 인식하면서 굳이 그로 인한 피해를 용인했다고 볼 수 없는 경우에는 책임이 감면되지 않음(2002다14242).
 김포공항사건에서는 ‘위험을 인식하면서 굳이 위험으로 인한 피해를 용인하였다고 볼 수 없는 경우 형평의 원칙상 과실상계에 준해 감액사유로 고려’

답 ③

12. 행정상의 법률관계와 소송형태 등에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「도시 및 주거환경정비법」상의 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 무효확인을 구하는 소는 공법관계이므로 당사자소송을 제기하여야 한다.
- ② 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에 따라 국가가 당사자로 되는 입찰방식에 의한 사인과 체결하는 이른바 공공계약은 국가가 사경제의 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상의 계약이다.
- ③ 「국유재산법」에 따른 국유재산의 무단점유자에 대한 변상금 부과·징수권은 민사상 부당이득반환청구권과 법적 성질을 달리하므로, 국가는 무단점유자를 상대로 변상금 부과·징수권의 행사와 별개로 국유재산의 소유자로서 민사상 부당이득반환청구의 소를 제기할 수 있다.
- ④ 2020년 4월 1일부터 시행되는 전부개정 「소방공무원법」 이전의 경우, 지방소방공무원의 보수에 관한 법률관계는 사법상의 법률관계이므로 지방소방공무원이 소속 지방자치단체를 상대로 초과근무수당의 지급을 구하는 소송은 행정소송상 당사자소송이 아닌 민사소송절차에 따라야 했다.

중

①O 합격노트 368면 [재개발·재건축 조합] 3번 판례

판례

[1] 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 효력을 다투는 소송은 당사자소송
 [2] 관리처분계획에 대해 인가·고시까지 있게 되면 관리처분계획은 행정처분으로서 효력이 발생하므로 총회결의 하자를 이유로 처분의 효력을 다투는 항고소송으로 관리처분계획의 취소, 무효확인을 구해야 / 별도로 처분에 이르는 절차적 요건에 불과한 총회결의 부분만 따로 떼어 효력유무를 다투는 확인의 소는 불허(2007다2428)

②O 합격노트 40면 23번 판례

판례

[1] 국가를 당사자로 하는 계약, 공공기관의 운영에 관한 법률의 적용대상인 공기업이 일방 당사자가 되는 계약(‘공공계약’)은 국가·공기업이 사경제 주체로서 상대방과 대등한 지위에서 체결하는 사법상 계약 ⇨ 본질은 사인 간 계약과 같아, 법령에 특별한 정함 없으면 사적 자치·계약자유·신의성실 등 사법원리가 원칙적 적용

[2] 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(“국가계약법”)상 물가변동으로 인한 계약금액 조정규정은 예측 못한 물가변동으로 의무이행 못해 공공계약 목적달성에 지장 생기는 것 방지 ⇨ 계약담당자는 위 규정 취지에 배치되지 않는 한 개별 계약의 특성, 가격추이, 위험분배 등 고려해 계약상대자와 물가변동에 따른 계약금액 조정조항 적용을 배제하는 합의 가능. 위 규정은 계약관계를 공정하고 효율적으로 처리할 수 있도록 계약담당자 등이 지켜야 할 사항을 규정한 것일 뿐, 합의에 기초해 계약당사자 사이에만 효력 있는 특수조건을 부가하는 것을 금지·제한하는 것X ⇨ 사적 자치·계약자유원칙상 그러한 계약이나 조치의 효력을 함부로 부인할 것X

[3] 단 국가계약법 시행령 규정상, 공공계약에서 계약상대자의 계약상 이익을 부당히 제한하는 특약은 효력X. 이에 해당하려면 그 특약이 계약상대자에게 다소 불이익한 것만으로는 부족 ⇨ 국가 등이 계약상대자의 정당한 이익과 합리적 기대에 반해 형평에 어긋나는 특약을 정해 부당히 불이익을 줬다는 점이 인정되어야 ⇨ 특약에 의한 계약상대자측 불이익의 내용·정도, 전체계약에의 영향, 관계법령 등 종합해 판단[지자체를 당사자로 하는 계약도 마찬가지](2012다74076)

③O 합격노트 57면 4번 판례

판례

[1] **국유재산 무단점유자에 대한 변상금 부과**는 행정처분이고, 부과처분에 의한 **변상금 징수권은 공법상 권리**인 반면, 민사상 **부당이득반환**청구권은 국유재산 소유자로서의 **사법상 채권**임. 변상금 부과·징수권은 부당이득반환청구권과 법적 성질이 다르므로, 국가는 무단점유자를 상대로 **변상금 부과·징수권 행사와 별도로** 국유재산 소유자로서 민사상 **부당이득반환청구의 소**를 제기할 수 있음 / 이러한 법리는 국유재산법령에 의해 집중재산(현 일반재산)의 **관리·처분을 위탁받은 한국자산관리공사의 경우도** 마찬가지

[2] 부당이득으로 반환할 이득은 손실자의 손해에 한정되고, 손해는 당해재산에서 통상 수익할 것으로 예상되는 이익임. 국가가 집중재산으로부터 통상 수익할 수 있는 이익은 대부계약이 체결되는 경우의 대부료이므로, 집중재산 무단점유자가 반환할 부당이득은 국유재산법령상 대부료 상당액임(2011다76402)

④X 합격노트 367면 [공무원 근무관계 등] 1번 판례

판례

지방자치단체와 그 소속 경력직공무원인 지방소방공무원 사이의 관계, 즉 지방소방공무원의 근무관계는 **사법상 근로계약관계가 아닌 공법상 근무관계에 해당**하고, **지방소방공무원의 보수에 관한 법률관계는 공법상 법률관계 / 지방소방공무원의 초과근무수당 지급청구권은 법령에 규정된 수당 지급요건에 해당하는 경우 곧바로 발생**하므로, **초과근무수당 지급청구소송은 당사자소송**(2012다102629)

답 ④

13. 행정행위의 성립과 효력에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ① 일반적으로 행정행위가 주체·내용·절차와 형식의 요건을 모두 갖추고 외부에 표시된 경우에 행정행위의 존재가 인정된다.
 - ② 행정청의 의사가 외부에 표시되어 행정청이 자유롭게 취소·철회할 수 없는 구속을 받게 되는 시점에 행정행위가 성립하는 것은 아니며, 행정행위의 성립 여부는 행정청의 의사를 공식적인 방법으로 외부에 표시하였는지 여부를 기준으로 판단해야 한다.
 - ③ 「행정절차법」은 행정행위 상대방에 대한 송달받을 자의 주소 등을 통상적인 방법으로 확인할 수 없는 경우에 한하여, 공고의 방법에 의한 송달이 가능하도록 규정하고 있다.
 - ④ 상대방 있는 행정처분이 상대방에게 고지되지 아니한 경우에도 상대방이 다른 경로를 통해

행정처분의 내용을 알게 된다면 그 행정처분의 효력이 발생한다.

중

①O ②X **합격노트 331면 [입국금지...] 1번 판례**

판례

[1] 주체·내용·절차·형식의 요건 다 갖추고 외부에 표시 ⇨ 처분의 존재O / 행정의사가 외부에 표시되어 행정청이 자유롭게 취소·철회할 수 없는 구속을 받게 되는 시점에 처분이 성립, 성립 여부는 행정청이 행정의사를 공식적 방법으로 외부에 표시했는지를 기준으로

[2] 법무부장관이 甲의 입국을 금지하는 결정을 하고 그 정보를 '출입국관리정보시스템'에 입력했으나, 甲에게는 통보X ⇨ 출입국관리법령에 따라 입국금지결정 했어도 '처분' 성립X ⇨ 입국금지결정은 항고소송 대상인 '처분'X[장관의 의사가 공식적 방법으로 외부에 표시된 것X, 단지 그 정보를 내부전산망인 '출입국관리정보시스템'에 입력해 관리한 것에 불과](위 입국금지결정이 처분에 해당해 공정력·불가쟁력 있다고 본 원심판단은 잘못)(2017두38874)

③X **합격노트 161면**

행정절차법 제14조 【송달】 ④ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 송달받을 자가 알기 쉽도록 관보, 공보, 게시판, 일간신문 중 하나 이상에 공고하고 인터넷에도 공고하여야 한다.

1. 송달받을 자의 주소등을 통상적인 방법으로 확인할 수 없는 경우
2. 송달이 불가능한 경우

④X **합격노트 338면 1번 및 관련판례**

판례

[1] 상대방 있는 처분은 특별한 규정 없는 한 의사표시 일반법리에 따라 상대방에 고지되어야 효력 ⇨ 상대방에게 고지되지 않은 경우 상대방이 다른 경로로 처분내용을 알게 되었어도 처분 효력 발생

[2] 취소소송 제소기간 기산점인 '처분등이 있음을 안 날'은 유효한 처분이 있음을 안 날, '처분등이 있는 날'은 처분 효력이 발생한 날 ⇨ 행정심판 청구기간도 마찬가지로

[3] 구 공무원연금법상 공무원연금급여 재심위원회에 대한 심사청구는 사안의 전문성·특수성을 살리기 위해 특히 필요해 행정심판법에 따른 일반행정심판을 갈음하는 특별한 행정불복절차, 즉 특별행정심판(공무원연금법상 급여관련 결정에 이의 있으면 결정일부터 180일, 안 날부터 90일 내에 재심위원회에 심사청구 가능할 뿐, 행정심판법상 행정심판 불가)(2019두38656)

답 ①

14. 행정대집행에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 대집행의 근거법으로는 대집행에 관한 일반법인 「행정대집행법」과 대집행에 관한 개별법 규정이 있다.
- ② 대집행의 요건을 충족한 경우에 행정청이 대집행을 할 것인지 여부에 관해서 소수설은 재량행위로 보나, 다수설과 판례는 기속행위로 본다.
- ③ 대집행의 절차인 '대집행의 계고'의 법적 성질은 준법률행위적 행정행위이므로 계고 그 자체가 독립하여 항고소송의 대상이나, 2차 계고는 새로운 철거의무를 부과하는 것이 아니고 대집행기한의 연기 통지에 불과하므로 행정처분으로 볼 수 없다는 판례가 있다.
- ④ 계고처분의 후속절차인 대집행에 위법이 있다고 하여 그와 같은 후속절차에 위법성이 있다는 점을 들어 선행절차인 계고처분이 부적법하다는 사유로 삼을 수는 없다.

중

①O 합격노트 207면

행정상 강제집행

- 침익적 행위이므로 법적 근거를 요함
- 의무부과의 법적 근거와 별도로, 그 의무의 강제집행에 대한 법적 근거가 있어야
- 대집행에 관한 일반법 : 행정대집행법
- 강제징수에 대한 일반법 : 국세징수법
- 그 밖의 강제집행에 대하여는 일반법은 없고 개별법이 있음
- 대집행과 강제징수만이 일반적 강제집행수단으로 인정 / 다른 강제집행 수단은 개별법에 근거가 있는 경우에 예외적으로 인정

합격노트 208면

- 사법상 의무(□ 건축도급계약상 의무, 협의취득에 의한 의무)는 특별한 규정이 없는 한 대집행 대상X (준용규정 있으면 대집행 가능)

②X 합격노트 207면

- 재량행위 : 대집행 요건이 갖춰진 경우라도 대집행을 할지는 행정청의 재량

③O 합격노트 210면

- 계고는 준법률행위적 행정행위 중 통지(처분성이 있어 항고소송 대상)
- 계고가 반복된 경우에는 1차 계고만 처분

합격노트 211면 1번 판례

판례
 철거대집행 계고처분 후 다시 제2차, 제3차 계고서를 발송한 경우 제2차, 제3차 계고처분은 새로운 철거의무 부과가 아니고 대집행기한 연기통지에 불과해 처분이 아님(94누5144)

④O 합격노트 133면 4번 판례

판례
 계고처분의 후속절차인 대집행이 위법해도, 후속절차의 위법을 계고의 부적법사유로 삼지 못함(96누15428)

답 ②

15. 행정지도에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정지도란 행정기관이 그 소관 사무의 범위에서 일정한 행정목적을 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 지도, 권고, 조언 등을 하는 행정작용을 말한다.
- ② 행정지도 중 규제적·구속적 행정지도의 경우에는 법적 근거가 필요하다는 견해가 있다.
- ③ 교육인적자원부장관(현 교육부장관)의 (구)공립대학 총장들에 대한 학칙시정요구는 고등교육법령에 따른 것으로, 그 법적 성격은 대학총장의 임의적인 협력을 통하여 사실상의 효과를

발생시키는 행정지도의 일종으로 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사로 볼 수 없다.

④ 행정지도가 강제성을 띠지 않은 비권력적 작용으로서 행정지도의 한계를 일탈하지 아니하였다면, 그로 인해 상대방에게 어떤 손해가 발생하였다고 해도 행정기관은 그에 대한 손해배상책임이 없다.

중

①O 합격노트 159면

행정절차법 제2조 【정의】 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
3. “행정지도”란 행정기관이 그 소관 사무의 범위에서 일정한 행정목적을 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 지도, 권고, 조언 등을 하는 행정작용을 말한다.

②O ③X 합격노트 152면 5번 판례

판례
교육부장관의 대학총장들에 대한 학칙시정요구는 대학총장의 임의적 협력을 통해 사실상의 효과를 발생시키는 행정지도의 일종이나, 따르지 않을 경우 불이익조치를 예정하고 있어 사실상 그에 따를 의무를 부과하는 것과 다를 바 없으므로 단순한 행정지도의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 상당히 강하게 갖는 것으로서 헌법소원 대상이 되는 공권력 행사(2002헌마337)

위와 같이 규제적·구속적 행정지도의 경우 헌법소원 대상인 공권력 행사가 될 수 있는바, 이러한 경우 법적 근거가 필요하다는 견해가 있을 수 있음

④O 합격노트 152면 8번 판례

판례
[1] 행정지도가 강제성을 띠지 않은 비권력적 작용으로서 행정지도의 한계를 일탈하지 않았다면, 그로 인해 상대방에게 손해가 발생했더라도 행정기관은 손해배상책임 없음
[2] 위법한 행정지도로 일정기간 어업권을 행사하지 못하는 손해를 입은 자가 그 어업권을 타인에게 매도해 매매대금 상당의 이득을 얻었다더라도 그 이득은 손해배상책임의 원인인 위법한 행정지도와 상당인과관계가 없어, 매매대금 상당의 이득을 행정기관이 배상할 손해액에서 공제할 수 없음(2006다18228)

답 ③

16. 행정조사에 관한 설명으로 옳은 것(O)과 옳지 않은 것(X)을 바르게 표기한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. 행정조사는 그 실효성 확보를 위해 수시조사를 원칙으로 한다.
ㄴ. 「행정절차법」은 행정조사절차에 관한 명문의 규정을 일부 두고 있다.
ㄷ. (구)「국세기본법」에 따른 금지되는 재조사에 기초한 과세처분은 특별한 사정이 없는 한 위법하다.
ㄹ. 우편물 통관검사절차에서 이루어지는 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 행정조사의 성격을 가지는 것으로 압수·수색영장 없이 진행되었다고 해도 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 볼 수 없다.

ㄱ ㄴ ㄷ ㄹ

- ① × × ○ ○
- ② × ○ × ○
- ③ ○ × ○ ×
- ④ × ○ ○ ○

중

㉠X 합격노트 233면

행정조사기본법 제7조 【조사의 주기】 행정조사는 법령등 또는 행정조사운영계획으로 정하는 바에 따라 정기적으로 실시함을 원칙으로 한다. 다만, 다음 각 호 중 어느 하나에 해당하는 경우에는 수시조사를 할 수 있다.

1. 법률에서 수시조사를 규정하고 있는 경우
2. 법령등의 위반에 대하여 혐의가 있는 경우
3. 다른 행정기관으로부터 법령등의 위반에 관한 혐의를 통보 또는 이첩받은 경우
4. 법령등의 위반에 대한 신고를 받거나 민원이 접수된 경우
5. 그 밖에 행정조사의 필요성이 인정되는 사항으로서 대통령령으로 정하는 경우

㉠X 합격노트 157면

- 행정절차법은 모든 행정절차를 규정하지 않음
 - 절차 하자의 효과, 행정행위 하자의 치유, 확약, 공법상 계약, 행정계획 확정절차, 행정조사 절차 등에 관한 규정이 없음
- 행정절차법의 규율사항 : 처분 / 신고(자기안결) / 입법예고 / 행정예고 / 행정지도
 - 「행정절차법」은 공법관계는 물론 사법관계에 대해서도 적용된다.(X)

㉠O 합격노트 236면 6번 판례

판례
 국제기본법은 재조사가 예외적으로 허용되는 경우를 엄격히 제한 ⇨ 한정적으로 열거된 요건을 못갖춘 경우 같은 세목·과세기간에 대한 재조사는 금지(원칙) / 중복세무조사금지 원칙 위반 ⇨ 과세처분의 효력을 부정하는 방법으로 통제할 수밖에 없는 중대한 절차적 하자
 금지되는 재조사에 기해 과세처분 ⇨ 당초 과세처분의 오류 경정에 불과하다는 등 특별한 사정 없는 한 그 자체로 위법 ⇨ 그 재조사로 얻은 과세자료를 과세처분 근거로 삼지 않았거나 이를 배제해도 동일한 과세처분 가능하더라도 달리 볼 것X(2016두55421)

㉠O 합격노트 235면 1번 판례

판례
 우편물 통관검사절차에서 이루어지는 **우편물 개봉, 시료채취, 성분분석** 등 검사는 **행정조사**로서 수사기관의 **강제처분이 아니므로, 압수·수색영장 없이** 우편물 개봉, 시료채취, 성분분석이 진행되었더라도 **위법 아님**(2013도7718).
 마약류 불법거래 방지에 관한 특례법에 따라 특정한 수출입물품을 개봉해 검사하고 내용물의 점유를 취득한 행위는 수출입물품에 대한 적절한 통관을 목적으로 조사하는 경우와 달리, 범죄수사인 압수·수색에 해당해 사전 또는 사후에 영장을 받아야(2014도8719)

답 ①

17. 행정행위에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정행위의 부관 중 행정행위에 부수하여 그 상대방에게 일정한 의무를 부과하는 행정청의 의사표시인 부담은 그 자체만으로 행정소송의 대상이 될 수 있다.
- ② 현역입영대상자는 현역병입영통지처분에 따라 현실적으로 입영을 하였다 할지라도, 입영 이후의 법률관계에 영향을 미치고 있는 현역병입영통지처분을 한 관할지방병무청장을 상대로 위법을 주장하여 그 취소를 구할 수 있다.
- ③ 재량행위가 법령이나 평등원칙을 위반한 경우뿐만 아니라 합목적성의 판단을 그르친 경우에도 위법한 처분으로서 행정소송의 대상이 된다.
- ④ 허가의 신청 후 법령의 개정으로 허가기준이 변경된 경우에는 신청할 당시의 법령이 아닌 행정행위 발령 당시의 법령을 기준으로 허가 여부를 판단하는 것이 원칙이다.

중

①O 합격노트 113면 위쪽 3번 판례

판례
 부관 자체만을 독립된 쟁송의 대상으로 할 수 없는 것이 원칙이나 **부담**은 다른 부관과 달리 행정행위의 불가분적 요소가 아니고 그 존속이 본체인 행정행위의 존재를 전제로 할 뿐이므로 **부담 자체로 행정쟁송 대상**이 될 수 있음(91누1264)

②O 합격노트 312면 7번 비교판례

판례
 현역병입영대상자로 병역처분을 받은 자가 그 취소소송중 모병에 응해 현역병으로 자진입대한 경우 **소의 이익 없음** (98투9165)
 현역병입영통지처분에 따라 입영을 한 경우 그 처분의 집행은 종료되나, 현역입영대상자는 입영을 했다 라도 현역병입영통지처분의 취소를 구할 **소송상 이익 있음**(2003투1875)

③X 합격노트 87면

행정소송의 심사대상

- 법원은 행정작용의 **위법성 여부만** 판단O / 부당성, 합목적성은 판단X

④O 합격노트 117면 5번 판례

판례
 허가신청 후 허가기준이 변경되었더라도 허가관청이 허가신청을 수리하고도 **정당한 이유 없이** 처리를 늦추어 그 사이에 허가기준이 변경된 것이 **아닌 이상 변경된 허가기준에 따라 처분해야**(95누10877)

답 ③

18. 행정행위의 하자에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정처분의 대상이 되는 법률관계나 사실관계가 있는 것으로 오인할 만한 객관적인 사정이 있고 사실관계를 정확히 조사하여야만 그 대상이 되는지 여부가 밝혀질 수 있는 경우에는 비록 그 하자가 중대하더라도 명백하지 않아 무효로 볼 수 없다.
- ② 조례 제정권의 범위를 벗어나 국가사무를 대상으로 한 무효인 조례의 규정에 근거하여 지방자치단체의 장이 행정처분을 한 경우 그 행정처분은 하자가 중대하나, 명백하지는 아니하므로 당연무효에 해당하지 아니한다.
- ③ 보충역편입처분에 하자가 있다고 할지라도 그것이 중대하고 명백하지 않는 한, 그 하자를 이유로 공익근무요원소집처분의 효력을 다룰 수 없다.
- ④ 부동산에 관한 취득세를 신고하였으나 부동산매매계약이 해제됨에 따라 소유권 취득의 요건을 갖추지 못한 경우에는 그 하자가 중대하지만 외관상 명백하지 않아 무효는 아니며 취소할 수 있는 데 그친다.

중

①O 합격노트 124면 3번 판례

판례

행정처분에 사실관계를 오인한 하자가 있는 경우 그 하자가 중대하더라도 객관적으로 명백하지 않다면 당연무효가 아닌바, 하자가 명백하다고 하려면 그 사실관계 오인의 근거가 된 자료가 외형상 상태성을 결여하거나 객관적으로 그 성립이나 내용의 진정을 인정할 수 없음이 명백한 경우라야 하고 사실관계 자료를 정확히 조사해야 비로소 하자가 밝혀질 수 있는 경우라면 그 하자는 외관상 명백하다고 할 수 없음(91누6863)

②O 각론 합격노트 17면 2번 판례

판례

[1] 구 건설법 제57조 제1항, 같은법시행령 제53조 제1항 제1호에 의하면 건설부장관의 권한에 속하는 같은 법 제50조 제2항 제3호 소정의 영업정지 등 처분권한은 서울특별시·직할시장 또는 도지사에게 위임되었을 뿐 시·도지사가 이를 구청장·시장·군수에게 재위임할 수 있는 근거규정은 없으나, 정부조직법 제5조 제1항과 이에 기한 행정권한의위임및위탁에관한규정 제4조에 재위임에 관한 일반적인 근거규정이 있으므로 시·도지사는 그 재위임에 관한 일반적인 규정에 따라 위임받은 위 처분권한을 구청장 등에게 재위임할 수 있다.

[2] 위 [1]항의 영업정지 등 처분에 관한 사무는 국가사무로서 지방자치단체의 장에게 위임된 기관위임사무에 해당하므로 시·도지사가 지방자치단체의 조례에 의하여 이를 구청장 등에게 재위임할 수는 없고 행정권한의위임및위탁에관한규정 제4조에 의하여 위임기관의 장의 승인을 얻은 후 지방자치단체의 장이 제정한 규칙이 정하는 바에 따라 재위임하는 것만이 가능하다.

[3] 조례 제정권의 범위를 벗어나 국가사무를 대상으로 한 무효인 서울특별시행정권한위임조례의 규정에 근거하여 구청장이 건설업영업정지처분을 한 경우, 그 처분은 결과적으로 적법한 위임 없이 권한 없는 자에 의하여 행하여진 것과 마찬가지로 되어 그 하자가 중대하나, 지방자치단체의 사무에 관한 조례와 규칙은 조례가 보다 상위규범이라고 할 수 있고, 또한 헌법 제107조 제2항의 “규칙”에는 지방자치단체의 조례와 규칙이 모두 포함되는 등 이른바 규칙의 개념이 경우에 따라 상이하게 해석되는 점 등에 비추어 보면 위 처분의 위임 과정의 하자가 객관적으로 명백하다고 할 수 없으므로 이로 인한 하자는 결국 당연무효사유는 아니다(대법원 1995. 7. 11. 선고 94누4615 전원합의체판결)

③O 합격노트 135면

하자 승계 부정 판례

- 보충역편입처분과 공익근무요원소집처분

④X 합격노트 125면 9번 판례

판례
 취득세 신고행위는 제3자 보호가 특별히 문제되지 않아 당연무효로 보아도 법적 안정성이 크게 저해되지 않는 반면, 과세요건에 관한 중대한 하자가 있고 납세의무자에게 불이익을 감수시키는 것이 권익구제 측면에서 현저히 부당하다고 볼 특별한 사정이 있으면 예외적으로 하자있는 신고행위가 당연무효(2008두11716)

예외적으로 하자가 명백하지 않아도 무효인정

답 ④

19. 국가배상책임에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「국가배상법」에서는 공무원 개인의 피해자에 대한 배상책임을 인정하는 명시적인 규정을 두고 있지 않다.
- ② 공무원증 발급업무를 담당하는 공무원이 대출을 받을 목적으로 다른 공무원의 공무원증을 위조하는 행위는 「국가배상법」제2조 제1항의 직무집행관련성이 인정되지 않는다.
- ③ 군교도소 수용자들이 탈주하여 일반 국민에게 손해를 입혔다면 국가는 그로 인하여 피해자들이 입은 손해를 배상할 책임이 있다.
- ④ 「국가배상법」제2조 제1항 단서에 의해 군인 등의 국가배상청구권이 제한되는 경우, 공동불법행위자인 민간인은 피해를 입은 군인 등에게 그 손해 전부에 대하여 배상하여야 하는 것은 아니며 자신의 부담부분에 한하여 손해배상의무를 부담한다.

중

①O 합격노트 257면

- 공무원의 외부적 책임(피해자의 선택적 청구권) : 헌법의 ‘공무원 개인의 책임은 면제되지 않는다’는 규정이 공무원의 책임범위까지 규정한 것은 아님 / **경과실** 행위는 **선택적 청구권을 부정 / 고의, 중과실** 행위는 **선택적 청구권을 긍정** (국가배상법: 공무원에게 배상청구할 수 있는지 명시적 규정은 없음)

②X 합격노트 251면 10번 판례

판례
 공무원증 및 재직증명서 발급업무를 하는 공무원이 울산세관의 다른 공무원의 공무원증을 위조하는 행위는 **외관상**으로는 공무원증과 재직증명서를 발급하는 행위로서 **직무집행**으로 보여지므로 국가배상법 제2조의 공무원이 직무를 집행함에 당하여 한 행위로 인정(2004다26805)

③O 합격노트 249면 (아래 표 좌측단 4번째)

상당인과관계 긍정 판례	상당인과관계 부정 판례
<ul style="list-style-type: none"> • 유흥주점 감금 여종업원이 화재로 사망한 것과 소방공무원의 소방법상 시정조치 해태 • 소송서류 특별송달 우편물 배달시 의무위반과 손해 • 주민이 무장공비와의 격투 중 사망한 것과 군경의 직무유기 • 헌병대 영창에서 탈출한 군인의 민간인 상대 범죄행위와 계호의무 위반 • 군인이 수류탄 절취하여 인명살상한 것과 실탄함 관리책임자의 과실 • 군부대 유출 폭음탄이 범죄에 사용된 것과 관리책임자의 과실 	<ul style="list-style-type: none"> • 유흥주점 감금 여종업원이 화재로 사망한 것과 담당공무원의 식품위생법상 조치 해태 • 내용증명 우편물 배달시 의무위반과 발송인의 거래관계 관련 손해 • 군병원 입원 군인이 탈영하여 범죄

④O 합격노트 265면 10번 판례

판례

국가배상법 제2조 제1항 단서가 적용되는 피해군인 등에게 일반국민(‘민간인’)이 공동불법행위책임에 의해 자신의 귀책부분을 넘어 배상한 경우에도, 국가는 피해군인에 대한 배상책임을 면하고 민간인에 대한 국가의 귀책비율에 따른 구상의무도 부담하지 않음 / 그러나 이 경우 공동불법행위자가 부진정연대채무자로서 각자 피해자의 손해전부의 배상의무를 부담하는 공동불법행위의 일반적 경우와 달리 예외적으로 민간인은 피해군인에게 그 손해 중 국가가 민간인에 대한 구상의무를 부담한다면 그 내부관계에서 부담할 부분을 제외한 나머지 자신의 부담부분에 한해 배상의무를 부담하고, 국가에게 그 귀책부분의 구상을 청구할 수 없음(96다42420)

답 ②

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

- ① 지방자치단체가 옹벽시설공사를 업체에게 주어 공사를 시행하다가 사고가 일어난 경우, 옹벽이 공사 중이고 아직 완성되지 아니하여 일반 공중의 이용에 제공되지 않았다면 「국가배상법」 제5조 소정의 영조물에 해당한다고 할 수 없다.
- ② 김포공항을 설치·관리함에 있어 항공법령에 따른 항공기 소음기준 및 소음대책을 준수하려는 노력을 하였더라도, 공항이 항공기 운항이라는 공공의 목적에 이용됨에 있어 그와 관련하여 배출하는 소음 등의 침해가 인근 주민들에게 통상의 수인한도를 넘는 피해를 발생하게 하였다면 공항의 설치·관리상에 하자가 있다고 보아야 한다.
- ③ 가변차로에 설치된 두 개의 신호기에서 서로 모순되는 신호가 들어오는 고장으로 인하여 사고가 발생한 경우, 그 고장이 현재의 기술 수준상 부득이한 것으로 예방할 방법이 없는 것이라면 손해발생의 예견가능성이나 회피가능성이 없어 영조물의 하자를 인정할 수 없다.
- ④ 영조물 설치자의 재정사정이나 영조물의 사용목적에 의한 사정은, 안전성을 요구하는 데 대한 참작사유는 될지언정 안전성을 결정지를 절대적 요건은 아니다.

중

①O 합격노트 260면 1번 판례

판례

- [1] 국가배상법 제5조의 '공공의 영조물'은 국가, 지방자치단체에 의해 특정 공공목적에 공여된 유체물 내지 물적 설비이고 국가·지자체가 소유권, 임차권 등 권한에 기해 관리하는 경우뿐 아니라 사실상 관리하고 있는 경우도 포함
- [2] 국가배상법 제5조의 '설치상 하자'란 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태
- [3] 사고 당시 설치하고 있던 옹벽은 완성되지 않아 일반공중의 이용에 제공되지 않고 있었으므로 국가배상법 제5조의 영조물이 아님(98다17381)

②O 합격노트 260면 3번 판례

판례

- [1] '영조물 설치·관리의 하자'에 관한 제3자의 수인한도의 기준을 정함에 있어 침해되는 권리·이익의 성질, 침해 정도, 침해행위의 공공성, 지역환경의 특수성, 공법적 규제에 확보하려는 환경기준, 침해방지 내지 손해회피 방안의 유무 등을 종합 고려
- [2] 김포공항의 소음으로 주민들이 입은 피해는 사회통념상 수인한도를 넘는 것으로 김포공항 설치·관리에 하자가 있음(2003다49566)

③X 합격노트 260면 4번 판례

판례

- [1] 영조물이 **완전무결한 상태가 아니고 기능상 결함이 있다는 것만으로 영조물 설치·관리에 하자가 있다고 할 수 없고**, 안전성의 구비여부를 판단함에 있어 영조물의 용도, 설치장소의 현황, 이용상황 등 제반사정을 종합 고려해 설치·관리자가 영조물의 위험성에 비례해 사회통념상 일반적으로 요구되는 정도의 방호조치의무를 다했는지를 기준으로 삼아야 / 시간적·장소적으로 영조물의 기능상 결함으로 인한 **손해의 예견가능성과 회피가능성이 없는 경우** (영조물의 결함이 **설치·관리자의 관리행위가 미칠 수 없는 상황** 아래 있는 경우)임이 입증되면 설치·관리상 하자는 부인됨
- [2] 가변차로에 설치된 두 개 신호기에서 서로 모순되는 신호가 들어오는 고장을 예방할 방법이 없음에도 신호기를 설치해 고장이 발생한 경우, 그 고장이 자연재해 등 외부요인에 의한 불가항력에 기인한 것이 아닌 한 그 자체로 설치·관리자의 방호조치의무를 다하지 못한 것(그 고장이 현재 기술수준상 부득이하더라도)(2000다56822)

④O 합격노트 261면 6번 판례

판례

영조물 설치자의 **재정사정**은 참작사유에는 해당할지언정 **영조물의 안전성을 결정지을 절대적 요건은 아님**(66다1723)

답 ③