

2021년 행정사시험 행정법 (2021.5.29.)

• 해설 : 이승철(법령은 2022.2.13. 기준)

1 법령등 시행일의 기간 계산에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은?

- ㉠ 법령등을 공포한 날부터 시행하는 경우에는 공포한 날을 시행일로 한다.
 ㉡ 법령등을 공포한 날부터 일정 기간이 경과한 날부터 시행하는 경우 법령을 공포한 날을 첫날에 산입하지 아니한다.
 ㉢ 법령등을 공포한 날부터 일정 기간이 경과한 날부터 시행하는 경우 그 기간의 말일이 토요일 또는 공휴일인 때에는 그 말일로 기간이 만료한다.
 ㉣ 대통령령은 특별한 규정이 없으면 공포한 날부터 10일이 경과함으로써 효력을 발생한다.

- ① ㉠, ㉡ ② ㉠, ㉢ ③ ㉢, ㉣ ④ ㉠, ㉡, ㉢ ⑤ ㉡, ㉢, ㉣

해설

㉠㉡㉢ (○) 행정기본법 7조

• 행정기본법 제7조(법령등 시행일의 기간 계산)

법령등(훈령·예규·고시·지침 등을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 시행일을 정하거나 계산할 때에는 다음 각 호의 기준에 따른다.

1. 법령등을 공포한 날부터 시행하는 경우에는 공포한 날을 시행일로 한다.
2. 법령등을 공포한 날부터 일정 기간이 경과한 날부터 시행하는 경우 법령등을 공포한 날을 첫날에 산입하지 아니한다.
3. 법령등을 공포한 날부터 일정 기간이 경과한 날부터 시행하는 경우 그 기간의 말일이 토요일 또는 공휴일인 때에는 그 말일로 기간이 만료한다.

㉣ (×) 「법령 등 공포에 관한 법률」 제13조(시행일) 대통령령, 총리령 및 부령은 특별한 규정이 없으면 공포한 날부터 20일이 경과함으로써 효력을 발생한다.

답 ④

2 행정의 법원칙 중 행정기본법에 명문으로 규정하고 있는 것이 아닌 것은?

- ① 행정의 자기구속의 원칙 ② 부당결부금지의 원칙
 ③ 성실의무 및 권한남용금지의 원칙 ④ 비례의 원칙
 ⑤ 평등의 원칙

해설

① 행정의 자기구속의 원칙은 규정하고 있지 않다.

✖ 행정기본법 제2장 행정의 법 원칙

• 제8조(법치행정의 원칙) 행정작용은 법률에 위반되어서는 아니 되며, 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 경우와 그 밖에 국민생활에 중요한 영향을 미치는 경우에는 법률에 근거하여야 한다.

• 제9조(평등의 원칙) 행정청은 합리적 이유 없이 국민을 차별하여서는 아니 된다.

• 제10조(비례의 원칙) 행정작용은 다음 각 호의 원칙에 따라야 한다.

1. 행정목적에 달성하는 데 유효하고 적절할 것
2. 행정목적에 달성하는 데 필요한 최소한도에 그칠 것
3. 행정작용으로 인한 국민의 이익 침해가 그 행정작용이 의도하는 공익보다 크지 아니할 것

• 제11조(성실의무 및 권한남용금지의 원칙) ① 행정청은 법령등에 따른 의무를 성실히 수행하여야 한다.

② 행정청은 행정권한을 남용하거나 그 권한의 범위를 넘어서는 아니 된다.

• 제12조(신뢰보호의 원칙)

- ① 행정청은 공익 또는 제3자의 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우를 제외하고는 행정에 대한 국민의 정당하고 합리적인 신뢰를 보호하여야 한다.
- ② 행정청은 권한 행사의 기회가 있음에도 불구하고 장기간 권한을 행사하지 아니하여 국민이 그 권한이 행사되지 아니할 것으로 믿을 만한 상당한 사유가 있는 경우에는 그 권한을 행사해서는 아니 된다. 다만, 공익 또는 제3자의 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우는 예외로 한다.

• 제13조(부당결부금지의 원칙) 행정청은 행정작용을 할 때 상대방에게 해당 행정작용과 실질적인 관련이 없는 의무를 부과해서는 아니 된다.

답 ①

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

- ① 재량준칙은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적인 구속력을 갖는 것은 아니다.
 ② 재량권 행사의 준칙인 행정규칙이 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 형성되어 행정기관이 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는 경우에는 헌법소원의 대상이 될 수 있다.
 ③ 법원이 구체적 규범통제를 통해 위헌·위법으로 선언할 심판대상은 원칙적으로 해당 규정 전체이고, 재판의 전제성이 인정되는 조항에 한정되지 않는다.
 ④ 헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 예시적인 것으로 보아야 한다.
 ⑤ 보건복지부 고시인 약제급여·비급여목록 및 급여상한 금액표에 대해서는 취소소송으로 다툴 수 있다.

해설

- ①② (○) 재량준칙은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적인 구속력을 갖는 것은 아니므로 행정처분이 이를 위반하였다고 하여 그러한 사실만으로 곧바로 위법하게 되는 것은 아니고, 다만 그 재량준칙이 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이루어지게 되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 받게 되므로, 이러한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그에 반하는 처분은 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 어긋나 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이 된다. (대판 2013.11.14. 2011두28783).
- ③ (×) 법원이 법률 하위의 법규명령, 규칙, 조례, 행정규칙 등(이하 '규정'이라 한다)이 위헌·위법인지를 심사하려면 그것이 '재판의 전제'가 되어야 한다. 여기에서 '재판의 전제'란 구체적 사건이 법원에 계속 중이어야 하고, 위헌·위법인지가 문제 된 경우에는 규정의 특정 조항이 해당 소송사건의 재판에 적용되는 것이어야 하며, 그 조항이 위헌·위법인지에 따라 그 사건을 담당하는 법원이 다른 판단을 하게 되는 경우를 말한다. 따라서 법원이 구체적 규범통제를 통해 위헌·위법으로 선언할 심판대상은, 해당 규정의 전부가 불가분적으로 결합되어 있어 일부를 무효로 하는 경우 나머지 부분이 유지될 수 없는 결과를 가져오는 특별한 사정이 없는 한, 원칙적으로 해당 규정 중 재판의 전제성이 인정되는 조항에 한정된다(대판 2019.6.13. 2017두33985).
- ④ (○) 오늘날 의회의 입법독점주의에서 입법중심주의로 전환하여 일정한 범위 내에서 행정입법을 허용하게 된 동기가 사회적 변화에 대응한 입법수요의 급증과 종래의 형식적 권력분립주의로는 현대사회에 대응할 수 없다는 기능적 권력분립론에 있다는 점 등을 감안하여 헌법 제40조와 헌법 제75조, 제95조의 의미를 살펴보면, 국회입법에 의한 수권이 입법기관이 아닌 행정기관에게 법률 등으로 구체적인 범위를 정하여 위임한 사항에 관하여는 당해 행정기관에게 법령집행의 권한을 갖게 되고, 입법자가 규율의 형식도 선택할 수 있다 할 것이므로 헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 예시적(하정적)인 것으로 보아야 할 것이고, 그것은 법률이 행정규칙에 위임하더라도 그 행정규칙은 위임된 사항만을 규율할 수 있으므로, 국회입법의 원칙과 상치되지도 않는다(헌재결 2006.12.28. 2005헌바59).
- ⑤ (○) 어떠한 고시가 일반적·추상적 성격을 가질 때에는 법규명령 또는 행정규칙에 해당할 것이지만, 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리·의무나 법률관계를 규율하는 성격을 가질 때에는 행정처분에 해당한다. 보건복지부 고시인 약제급여·비급여목록 및 급여상한금액표는 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 국민건강보험가입자, 국민건강보험공단, 요양기관 등의 법률관계를 직접 규율하는 성격을 가지므로 하고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2006.9.22. 2005두2506).

답 ③

4

A시장은 甲소유 토지의 일부를 기부채납하는 조건(강학상 부담으로 본다)으로 甲이 신청한 개발제한구역 내의 토지형질변경행위허가를 한 후 甲과 기부채납 이행을 위한 증여계약을 체결하였다. 이에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 甲이 기부채납을 불이행할 경우, A시장은 토지형질변경행위허가를 철회할 수 있다.
- ② 甲은 기부채납의 부관만을 대상으로 하여 취소소송을 제기할 수 있다.
- ③ 기부채납의 부관이 당면무효이거나 취소되지 아니한 이상 甲은 위 부관으로 인한 증여 계약의 중요부분의 착오를 이유로 증여계약을 취소할 수 없다.
- ④ 토지형질변경행위허가를 함에 있어 부관을 불일 필요가 있는지의 유무 등을 판단함에 있어서는 A시장에게 재량의 여지가 있다.
- ⑤ A시장은 토지형질변경행위허가를 한 후에는 甲의 동의가 있는 경우라도 부관을 새로 불일 수 없다.

해설

- ① (○) 부담부 행정행위는 부담 이행과 상관없이 효력을 발생하며 부담을 불이행한 경우에도 행정청이 철회할 경우 효력이 상실된다.
- ② (○) 다른 부관과 달리 부담인 부관에 대해서는 독립하여 취소소송을 제기할 수 있다.
- ③ (○) 토지소유자가 토지형질변경행위허가에 붙은 기부채납의 부관에 따라 토지를 국가나 지방자치단체에 기부채납(증여)한 경우, 기부채납의 부관이 당면무효이거나 취소되지 아니한 이상 토지소유자는 위 부관으로 인하여 증여계약의 중요부분에 착오가 있음을 이유로 증여계약을 취소할 수 없다(대판 1999.5.25. 98다53134).
- ④ (○) 토지형질변경허가는 재량행위이며 부관을 불일 지 여부는 행정청의 재량 : 도시계획법 제4조 제1항 제1호, 같은 법 시행령 제5조의2, 「토지의 형질변경 등 행위 허가기준 등에 관한 규칙」 제5조의 규정의 형식이나 문언 등에 비추어 볼 때, 형질변경의 허가가 신청된 당해 토지의 합리적인 이용이나 도시계획사업에 지장이 될 우려가 있는지 여부와 공익상 또는 이해관계인의 보호를 위하여 부관을 불일 필요의 유무나 그 내용 등을 판단함에 있어서 행정청에 재량의 여지가 있으므로 그에 관한 판단 기준을 정하는 것 역시 행정청의 재량에 속하고, 그 설정된 기준이 객관적으로 합리적이 아니라거나 타당하지 않다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 이상 행정청의 의사는 가능한 한 존중되어야 할 것이다(대판 1999.2.23 98두17845).
- ⑤ (×) 행정기본법 제17조(부관) ③ 행정청은 부관을 불일 수 있는 처분이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 처분을 한 후에도 부관을 새로 불이거나 종전의 부관을 변경할 수 있다.
1. 법률에 근거가 있는 경우
 2. 당사자의 동의가 있는 경우
 3. 사정이 변경되어 부관을 새로 불이거나 종전의 부관을 변경하지 아니하면 해당 처분의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우

답 ⑤

5

재량행위와 기속행위에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 「공유수면 관리 및 매립에 관한 법률」 상 공유수면점용허가는 기속행위이다.
- ② 제외동포에 대한 사증발급과 관련한 재량권 불행사는 그 자체로 재량권 일탈·남용에 해당하지 않으므로 해당 처분을 취소하여야 할 위법사유가 되지 않는다.
- ③ 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 의하여 지정된 도시지역 안에서 토지의 형질변경행위를 수반하는 건축허가의 법적 성질은 기속행위이다.
- ④ 법령상 감경사유가 있는 경우 이를 전혀 고려하지 않은 과징금 부과처분은 위법하다.
- ⑤ 행정청이 제재처분 양정을 하면서 이익형량을 하였다면 그 양정에 정당성·객관성이 결여된 경우라도 위법은 아니다.

해설

- ① (×) 공유수면점용허가는 **설권행위(특허)로서 재량행위** : 공유수면관리법에 따른 공유수면의 점·사용허가는 특정인에게 공유수면 이용권이라는 독점적 권리를 설정하여 주는 처분으로서 그 처분의 여부 및 내용의 결정은 원칙적으로 행정청의 재량에 속한다고 할 것이고, 이와 같은 재량처분에 있어서는 그 재량권 행사의 기초가 되는 사실인정에 오류가 있거나 그에 대한 법령 적용에 잘못이 없는 한 그 처분이 위법하다고 할 수 없다(대판 2004.5.28. 2002두5016).
- ② (×) 처분의 근거 법령이 행정청에 처분의 요건과 효과 판단에 일정한 재량을 부여하였는데도, 행정청이 자신에게 재량권이 없다고 오인한 나머지 처분으로 달성하려는 공익과 그로써 처분상대방이 입게 되는 불이익의 내용과 정도를 전혀 비교衡量 하지 않은 채 처분을 하였다면, 이는 재량권 불행사로서 그 자체로 재량권 일탈·남용으로 해당 처분을 취소하여야 할 위법사유가 된다. ... **재외동포에 대한 사증발급은 행정청의 재량행위에 속하는 것으로서**, 재외동포가 사증발급을 신청한 경우에 출입국관리법 시행령 [별표 1의2]에서 정한 재외동포체류자격의 요건을 갖추었다고 해서 무조건 사증을 발급해야 하는 것은 아니다. ... 재외공관장이 자신에게 주어진 재량권을 전혀 행사하지 않고 오로지 13년 7개월 전에 입국금지결정이 있었다는 이유만으로 그에 구속되어 **사증발급 거부처분을 한 것이 비례의 원칙에 반하는 것인지 판단했어야 함에도, 입국금지결정에 따라 사증발급 거부처분을 한 것은 위법하다고 본 원심판단에 법리를 오해한 잘못이 있다**(대판 2019.7.11. 2017두38874).
- ③ (×) 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 의하여 지정된 도시지역 안에서 토지의 형질변경행위를 수반하는 건축허가는 재량행위 : 국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에서 정한 도시지역 안에서 토지의 형질변경행위를 수반하는 건축허가는 건축법 8조 1항의 규정에 의한 건축허가와 국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 56조 1항 2호의 규정에 의한 토지의 형질변경허가의 성질을 아울러 갖는 것으로 보아야 할 것이고, 같은 법 58조 1항 4호, 3항, 같은 법시행령 56조 1항 [별표 1] 1호 (가)목 (3), (라)목 (1), (마)목 (1)의 각 규정을 종합하면, 같은 법 56조 1항 2호의 규정에 의한 토지의 형질변경허가는 그 **금지요건이 불확정개념으로 규정되어 있어 그 금지요건에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 행정청에게 재량권이 부여되어 있다고 할 것이므로, 같은 법에 의하여 지정된 도시지역 안에서 토지의 형질변경행위를 수반하는 건축허가는 결국 재량행위에 속한다**(대판 2005.7.14. 2004두6181).
- ④ (○) 과징금 임의적 감경사유가 있음에도 전혀 고려하지 않거나 감경사유에 해당하지 않는다고 오인하여 과징금을 감경하지 않은 경우, 그 과징금 부과처분은 재량권 일탈·남용한 위법한 처분 : 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 시행령 제4조의2 단서 명의신탁이 조세를 포탈하거나 법령에 의한 제한을 회피할 목적이 아닌 경우에 한하여 그 과징금의 100분의 50을 감경할 수 있다는 규정은 임의적 감경규정이므로, 감경사유가 존재하더라도 과징금 부과관청이 감경사유까지 고려하고도 과징금을 감경하지 않은 채 과징금 전액을 부과하는 처분을 한 경우에는 이를 위법하다고 단정할 수는 없으나, 행정행위를 함에 있어 **이익형량을 전혀 하지 아니하거나 이익형량의 고려대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우 또는 이익형량을 하였으나 정당성·객관성이 결여된 경우에는 그 행정행위는 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분**이라고 할 수밖에 없다.(대판 2005.9.15. 2005두3257)
- ⑤ (×) 행정청이 제재처분 양정을 하면서 공익과 사익의 형량을 전혀 하지 않았거나 이익형량의 고려대상에 마땅히 포함하여야 할 사항을 누락한 경우 또는 이익형량을 하였으나 정당성·객관성이 결여된 경우에는 그 제재처분은 재량권을 일탈·남용한 것이라고 보아야 한다(대판 2020.6.25 2019두52980).

답 ④

6 행정행위의 법적 성질을 바르게 연결한 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ㉠ 구 자동차관리법상 자동차정비조합설립인가
㉡ 구 도시계획법상 개발제한구역 내의 건축허가
㉢ 기부금품모집규제법상 기부금품모집허가

- ① ㉠ 인가, ㉡ 예외적 허가, ㉢ 특허
② ㉠ 인가, ㉡ 허가, ㉢ 특허
③ ㉠ 인가, ㉡ 예외적 허가, ㉢ 허가
④ ㉠ 특허, ㉡ 인가, ㉢ 허가
⑤ ㉠ 허가, ㉡ 특허, ㉢ 인가

해설

- ① [인가] 구 자동차관리법 제67조 제1항, 제3항, 제4항, 제5항, 구 자동차관리법 시행규칙 제148조 제1항, 제2항의 내용 및 체계 등을 종합하면, 자동차관리법상 자동차관리사업자로 구성하는 사업자단체인 조합 또는 협회의 설립인가처분은 국토해양부장관 또는 시·도지사가 **자동차관리사업자들의 단체결정행위를 보충하여 효력을 완성시키는 처분**에 해당한다.
- ② [예외적 허가] : 구 도시계획법 제21조, 구 도시계획법시행령 제20조 제1항, 제2항 등의 각 규정을 종합하면, 개발제한구역 내에서는 구역 지정의 목적상 건축물의 건축, 공작물의 설치, 토지의 형질변경 등의 행위는 원칙적으로 금지되고, 다만 구체적인 경우에 위와 같은 구역 지정의 목적에 위배되지 아니할 경우 예외적으로 허가에 의하여 그러한 행위를 할 수 있게 되며, 한편 **개발제한구역 내에서의 건축물의 건축 등에 대한 예외적 허가**는 그 상대방에게 수익적인 것으로서 재량행위에 속하는 것이라고 할 것이므로 그에 관한 행정청의 판단이 사실오인, 비례·평등의 원칙 위배, 목적위반 등에 해당하지 아니하는 이상 재량권의 일탈·남용에 해당한다고 할 수 없다.(대판 2004.7.22. 2003두7606)
- ③ [허가] **기부금품모집규제법상의 기부금품모집허가는 공익목적**을 위하여 **일반적·상대적으로 제한된 기본권적 자유를 다시 회복시켜주는 강화상의 허가**에 해당하는 만큼 ..., 기부금품 모집행위가 같은 법 4조 2항의 각 호의 사업에 해당하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 모집행위를 허가해야 하는 것으로 풀이해야 한다(대판 1999.7.23. 99두3690).

답 ③

7 처분의 취소 또는 변경에 관한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 처분의 위법은 직권취소의 사유가 되지만, 처분의 부당은 직권취소의 사유가 되지 않는다.
② 수익적 처분의 직권취소 필요성에 관한 증명책임은 처분의 상대방에 있다.
③ 수익적 처분에 대한 직권취소의 경우에는 행정절차법상 사전통지가 필요하지 않다.
④ 행정청은 행정소송이 계속되고 있는 때에는 직권으로 해당 처분을 변경할 수 없다.
⑤ 산업재해보상보험법상 연금지급결정을 취소하는 처분이 적법하다고 하여 그에 터 잡은 징수처분이 반드시 적법한 것은 아니다.

해설

- ① (○) 직권취소 사유는 관계법에 명문규정을 두는 경우도 있으나, 규정이 없는 경우에도 무효원인에 해당하지 않는 경우(단순위법[취소사유인 하자], 부당)가 직권취소 사유이다.
- └ 광송취소 : 행정행위가 위법한 경우(추상적 위법성) 및 부당한 경우(행정청에 의한 취소의 경우에 한함)도 원칙적으로 취소사유
 - └ 직권취소 : 추상적 위법성만을 아니라 구체적 타당성 즉 구체적 내용이 개별 구체적 행정목적(공익 등)을 고려하여 취소여부 결정
- ② (○) 국민에게 일정한 이득과 권리를 취득하게 한 종전 행정처분을 취소할 수 있는 경우 및 취소해야 할 필요성에 대한 증명책임은 행정청에게 있음 : 일정한 행정처분으로 국민이 일정한 이익과 권리를 취득하였을 경우에 종전 행정처분을 취소하는 행정처분은 이미 취득한 국민의 기존 이익과 권리를 박탈하는 별개의 행정처분으로 취소될 행정처분에 하자 또는 취소해야 할 공공의 필요가 있어야 하고, 나아가 행정처분에 하자 등이 있다고 하더라도 취소해야 할 공익상 필요와 취소로 당사자가 입게 될 기득권과 신뢰보호 및 법률생활안정의 침해 등 불이익을 비교·교량한 후 공익상 필요가 당사자가 입을 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 한하여 취소할 수 있는 것이며, 하자나 취소해야 할 필요성에 관한 증명책임은 기존 이익과 권리를 침해하는 처분을 한 행정청에 있다.
- ③ (○) 행정절차법 상 사전통지나 의견청취절차는 침익적 처분(의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분)에 대해서만 적용됨.
- 행정절차법 제21조(처분의 사전 통지) ① 행정청은 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 다음 각 호의 사항을 당사자들에게 통지하여야 한다. (이하 생략)
- ④ (○) 행정청은 행정소송이 계속되고 있는 때에도 직권으로 그 처분을 변경할 수 있고, 행정소송법 제22조 제1항은 이를 전제로 처분변경으로 인한 소의 변경에 관하여 규정하고 있다. 점용료 부과처분에 취소사유에 해당하는 흠이 있는 경우 도로관리청으로서 당초 처분 자체를 취소하고 흠을 보완하여 새로운 부과처분을 하거나, 흠 있는 부분에 해당하는 점용료를 감액하는 처분을 할 수 있다(대판 2019.1.17. 2016두56721).
- ⑤ (×) 연금 지급결정을 취소하는 처분이 적법한 경우 그에 기초한 환수처분도 반드시 적법하다고 판단해야 하는 것은 아님 : 행정처분을 한 처분청은 처분의 성립에 하자가 있는 경우 별도의 법적 근거가 없더라도 직권으로 이를 취소할 수 있다고 봄이 원칙이므로, 국민연금법이 정한 수급요건을 갖추지 못하였음에도 연금 지급결정이 이루어진 경우에는 이미 지급된 급여 부분에 대한 환수 처분과 별도로 지급결정을 취소할 수 있다. 이 경우에도 이미 부여된 국민의 기득권을 침해하는 것이므로 취소권의 행사는 지급결정을 취소할 공익상의 필요보다 상대방이 받게 될 불이익 등이 막대한 경우에는 재량권의 한계를 일탈한 것으로서 위법하다고 보아야 한다. 다만 이처럼 연금 지급결정을 취소하는 처분과 그 처분에 기초하여 잘못 지급된 급여액에 해당하는 금액을 환수하는 처분이 적법한지를 판단하는 경우 비교·교량할 각 사정이 동일하다고는 할 수 없으므로, 연금 지급결정을 취소하는 처분이 적법하다고 하여 환수처분도 반드시 적법하다고 판단하여야 하는 것은 아니다. (대판 2017.3.30. 2015두43971)

답 ⑤

8 행정절차법이 정하고 있는 적용제외 대상이 아닌 것은?

- ① 국가안전보장·국방·외교 또는 통일에 관한 사항 중 행정절차를 거칠 경우 국가의 중대한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 사항
- ② 감사원이 감사위원회회의의 결정을 거쳐 행하는 사항
- ③ 심사청구, 해양안전심판, 조세심판, 특허심판, 행정심판, 그 밖의 불복절차에 따른 사항
- ④ 국회 또는 지방의회의 의결을 거치거나 동의 또는 승인을 받아 행하는 사항
- ⑤ 처분의 전제가 되는 사실이 경찰의 수사에 의하여 객관적으로 증명된 사항

해설

- 행정절차법 제3조(적용 범위) ② 이 법은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항에 대하여는 적용하지 아니한다.
1. **국회 또는 지방의회의 의결을 거치거나 동의 또는 승인을 받아 행하는 사항**
 2. 법원 또는 군사법원의 재판에 의하거나 그 집행으로 행하는 사항
 3. 헌법재판소의 심판을 거쳐 행하는 사항
 4. 각급 선거관리위원회의 의결을 거쳐 행하는 사항
 5. **감사원이 감사위원회회의의 결정을 거쳐 행하는 사항**
 6. 형사(刑事), 형행(行刑) 및 보안처분 관계 법령에 따라 행하는 사항
 7. **국가안전보장·국방·외교 또는 통일에 관한 사항 중 행정절차를 거칠 경우 국가의 중대한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 사항**
 8. **심사청구, 해양안전심판, 조세심판, 특허심판, 행정심판, 그 밖의 불복절차에 따른 사항**
 9. 「병역법」에 따른 징집·소집, 외국인의 출입국·난민인정·귀화, 공무원 인사 관계 법령에 따른 징계와 그 밖의 처분, 이해 조정을 목적으로 하는 법령에 따른 알선·조정·중재(仲裁)·재정(裁定) 또는 그 밖의 처분 등 해당 행정작용의 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 거칠 필요가 없다고 인정되는 사항과 행정절차에 준하는 절차를 거친 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항

답 ⑤

9 A시는 조례에 근거하여 甲회사와 생활폐기물수집·운반대행 위탁계약을 체결하였다. 이 계약에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 사법상 계약으로 계약자유의 원칙이 적용된다.
- ② 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률이 적용된다.
- ③ 계약의 체결에 관한 다툼은 공법상 당사자소송에 의한다.
- ④ 계약절차에는 행정절차법이 적용된다.
- ⑤ 계약의 해지 통보에 관한 다툼은 취소소송에 의한다.

해설

지방자치단체와 민간기업 간 생활폐기물수집·운반대행 위탁계약은 지방자치단체가 사경제의 주체로서 민간기업과 대등한 위치에서 체결하는 사법상 계약이며, 법령에 특별한 규정이 없는 경우 사적 자치와 계약자유 원칙 등 사법의 원리가 적용된다. 관련된 법률관계에 대한 소송은 민사소송에 의한다.

- 지방자치법 제104조 제3항은 “지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무 중 조사·검사·검정·관리업무 등 주민의 권리·의무와 직접 관련되지 아니하는 사무를 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다.”라고 정하고 있다. 구 폐기물관리법 제14조 제1항과 제2항은 ‘특별자치도지사, 시장·군수·구청장은 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 폐기물처리업의 허가를 받은 자에게 관할 구역에서 배출되는 생활폐기물의 처리를 대행하게 할 수 있다.’고 정하고 있다. 그리고 지방자치단체가 일방 당사자가 되는 이른바 ‘공공계약’이 사경제의 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상 계약에 해당하는 경우 그에 관한 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 사적 자치와 계약자유 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용된다. 이 사건 최초계약(음식물류 폐기물의 수집·운반, 가로 청소, 재활용품의 수집·운반 업무 대행 위탁계약)은 피고가 원고들에게 음식물류 폐기물의 수집·운반, 가로 청소, 재활용품의 수집·운반 업무의 대행을 위탁하고 그에 대한 대행료를 지급하는 것을 내용으로 하는 용역계약으로서 이 사건 변경계약에 따른 대행료 정산업무의 준본은 민사 법률관계에 해당하므로 이를 소송물로 다루는 소송은 민사소송에 해당한다(대판 2018.2.13. 2014두11328).

답 ①

10 행정절차법상 처분절차에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 처분을 할 때 해당 처분의 영향이 광범위하여 널리 의견을 수렴할 필요가 있다고 행정청이 인정하는 경우에는 공청회를 개최한다.
- ② 행정청은 인허가 등의 취소 시 의견제출 기한 내에 당사자들의 신청이 있는 경우에는 청문을 한다.
- ③ 청문·공청회 또는 의견제출을 거쳤을 때에는 신속히 처분하여 해당 처분이 지연되지 아니하도록 하여야 한다.
- ④ 행정청은 처분을 할 때에는 이해관계인에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다.
- ⑤ 행정청은 처분을 신속히 처리할 필요가 있거나 사안이 경미한 경우에는 말 또는 그 밖의 방법으로 할 수 있다.

해설

- ① (○) 제22조(의견청취) ② 행정청이 처분을 할 때 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 공청회를 개최한다.

1. 다른 법령 등에서 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

- ② (○) 제22조(의견청취) ① 행정청이 처분을 할 때 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 청문을 한다.

1. 다른 법령 등에서 청문을 하도록 규정하고 있는 경우
2. 행정청이 필요하다고 인정하는 경우
3. 다음 각 목의 처분 시 제21조제1항제6호에 따른 의견제출 기한 내에 당사자들의 신청이 있는 경우
 - 가. 인허가 등의 취소 나. 신분·자격의 박탈 다. 법인이나 조합 등의 설립허가의 취소

• 단, 행정절차법 개정으로 22조 3호의 경우 당사자들의 신청이 없어도 청문을 실시하도록 함(2022.7.12. 시행)

제22조(의견청취) ① 행정청이 처분을 할 때 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 청문을 한다.

1. 다른 법령 등에서 청문을 하도록 규정하고 있는 경우
2. 행정청이 필요하다고 인정하는 경우
3. 다음 각 목의 처분을 하는 경우
 - 가. 인허가 등의 취소 나. 신분·자격의 박탈 다. 법인이나 조합 등의 설립허가의 취소

- ③ (○) 제22조(의견청취) ⑤ 행정청은 청문·공청회 또는 의견제출을 거쳤을 때에는 신속히 처분하여 해당 처분이 지연되지 아니하도록 하여야 한다.

- ④ (×) 이유제시의 대상은 처분의 당사자(상대방)이며 이해관계인은 해당되지 않는다.

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

- ⑤ (○) 제24조(처분의 방식) ① 행정청이 처분을 할 때에는 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 문서로 하여야 하며, 전자문서로 하는 경우에는 당사자들의 동의가 있어야 한다. 다만, 신속히 처리할 필요가 있거나 사안이 경미한 경우에는 말 또는 그 밖의 방법으로 할 수 있다. 이 경우 당사자가 요청하면 지체 없이 처분에 관한 문서를 주어야 한다.

• 단, 행정절차법 개정으로 당사자의 동의가 있는 경우 외에도 당사자가 전자문서로 처분 신청시 전자문서로 가능(2022.7.12. 시행)

제24조(처분의 방식)

- ① 행정청이 처분을 할 때에는 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 문서로 하여야 하며, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 전자문서로 할 수 있다.

1. 당사자들의 동의가 있는 경우
2. 당사자가 전자문서로 처분을 신청한 경우

- ② 제1항에도 불구하고 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있거나 사안이 경미한 경우에는 말, 전화, 휴대전화를 이용한 문자 전송, 팩스 또는 전자우편 등 문서가 아닌 방법으로 처분을 할 수 있다. 이 경우 당사자가 요청하면 지체 없이 처분에 관한 문서를 주어야 한다.

답 ④

11 판례에 의할 때 공공기관의 정보공개에 관한 법률에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은?

- ㉠ 학교폭력대책자치위원회의 회의록은 '공개될 경우 업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보'에 해당한다.
- ㉡ 의사결정과정에 제공된 회의관련 자료나 의사결정과정이 기록된 회의록은 의사가 결정되거나 의사가 집행된 경우에는 더 이상 의사결정과정에 있는 사항 그 자체라고는 할 수 없으나, 의사결정과정에 있는 사항에 준하는 사항으로서 비공개대상정보에 포함될 수 있다.
- ㉢ '진행 중인 재판에 관련된 정보'에 해당한다는 사유로 정보공개를 거부하기 위하여는 반드시 그 정보가 진행 중인 재판의 소송기록 자체에 포함되어야 한다.

- ① ㉠ ② ㉡ ③ ㉠, ㉡ ④ ㉡, ㉢ ⑤ ㉠, ㉡, ㉢

해설

- ㉠ (○) 학교폭력대책자치위원회에서의 자유롭고 활발한 심의·의결이 보장되기 위해서는 위원회가 종료된 후라도 심의·의결 과정에서 개개 위원들이 한 발언 내용이 외부에 공개되지 않는다는 것이 철저히 보장되어야 한다는 점, 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제21조 제3항이 학교폭력대책자치위원회의 회의를 공개하지 못하도록 명문으로 규정하고 있는 것은, 회의록 공개를 통한 알권리 보장과 학교폭력대책자치위원회 운영의 투명성 확보 요청을 다소 후퇴시켜서라도 초등학교·중학교·고등학교·특수학교 내외에서 학생들 사이에서 발생한 학교폭력의 예방 및 대책에 관련된 사항을 심의하는 학교폭력대책자치위원회 업무수행의 공정성을 최대한 확보하기 위한 것으로 보이는 점 등을 고려하면, **학교폭력대책자치위원회의 회의록은 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제5호의 '공개될 경우 업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보'에 해당한다**(대판 2010.6.10. 2010두2913).
- ㉡ (○) 공공기관의정보공개에관한법률상 비공개대상정보의 입법 취지에 비추어 살펴보면, 같은 법 제7조 제1항 제5호에서의 '감사·감독·검사·시험·규제·입찰 계약·기술개발·인사관리·의사결정과정 또는 내부검토과정에 있는 사항'은 비공개대상정보를 예시적으로 열거한 것이라고 할 것이므로 **의사결정과정에 제공된 회의관련자료나 의사결정과정이 기록된 회의록 등은 의사가 결정되거나 의사가 집행된 경우에는 더 이상 의사결정과정에 있는 사항 그 자체라고는 할 수 없으나, 의사결정과정에 있는 사항에 준하는 사항으로서 비공개대상정보에 포함될 수 있다**. 학교환경위생구역 내 금지행위(숙박시설) 해제결정에 관한 학교환경위생정화위원회의 회의록에 기재된 발언내용에 대한 해당 발언자의 인적사항 부분에 관한 정보는 공공기관의정보공개에관한법률 7조 1항 5호 소정의 비공개대상에 해당한다(대판 2003.8.22. 2002두12946).
- ㉢ (×) '진행 중인 재판에 관련된 정보'는 재판의 소송기록 자체에 포함된 내용일 필요는 없으나, 재판 관련 일체의 정보가 아니라 진행 중인 재판의 심리나 재판결과에 구체적으로 영향을 미칠 위험이 있는 정보에 한정됨: 정보공개법의 입법 목적, 정보공개의 원칙, 위 비공개대상정보의 규정 형식과 취지 등을 고려하면, 법원 이외의 공공기관이 위 규정이 정한 '진행 중인 재판에 관련된 정보'에 해당한다는 사유로 정보공개를 거부하기 위하여는 반드시 그 정보가 진행 중인 재판의 소송기록 그 자체에 포함된 내용의 정보일 필요는 없으나, 재판에 관련된 일체의 정보가 그에 해당하는 것은 아니고 진행 중인 재판의 심리 또는 재판결과에 구체적으로 영향을 미칠 위험이 있는 정보에 한정된다고 할 것이다(대판 2011.11.24. 2009두19021).

답 ③

12 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 국내에 학술·연구를 위하여 일시적으로 체류하는 외국인은 정보공개를 청구할 권리가 없다.
- ② 공개 청구한 정보가 비공개대상인 부분과 공개 가능한 부분이 혼합되어 있는 경우 부분 공개는 할 수 없다.
- ③ 사립대학교는 정보공개 의무를 지는 공공기관에 해당하지 않는다.
- ④ 정보공개를 요구받은 공공기관이 공개를 거부하는 경우에는 비공개사유에 해당하는지를 주장·입증하지 아니한 채 개괄적인 사유만을 들어 공개를 거부할 수 없다.
- ⑤ 청구인은 공공기관의 비공개 결정에 대하여 불복이 있는 경우 이의신청 절차를 거치지 아니하고는 행정심판을 청구할 수 없다.

해설

- ① (×) 제5조(정보공개청구권자) ② 외국인의 정보공개 청구에 관하여는 대통령령으로 정한다.
- 시행령 3조(외국인의 정보공개 청구): 정보공개를 청구할 수 있는 외국인
- ㉠ 국내에 일정한 주소를 두고 거주하거나 **학술·연구를 위하여 일시적으로 체류하는 사람**
 - ㉡ 국내에 사무소를 두고 있는 법인 또는 단체
- ② (×) 공개청구의 취지에 어긋나지 아니하는 범위 안에서 두 부분을 분리할 수 있는 때에는 비공개부분을 제외하고 공개(일부공개)해야 한다.
- 제14조(부분공개) 공개청구한 정보가 제9조(비공개 대상 정보) 제1항 각 호의 1에 해당하는 부분과 공개가 가능한 부분이 혼합되어 있는 경우로서 공개청구의 취지에 어긋나지 아니하는 범위 안에서 두 부분을 분리할 수 있는 때에는 제9조 제1항 각 호의 1에 해당하는 부분을 제외하고 공개하여야 한다.
- ③ (×) 사립대학교도 정보공개 의무를 지는 공공기관: 정보공개 의무기관을 정하는 것은 입법자의 입법형성권에 속하고, 이에 따라 입법자는 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제2조 제3호에서 정보공개 의무기관을 공공기관으로 정하였는바, 공공기관은 국가기관에 한정되는 것이 아니라 지방자치단체, 정부투자기관, 그 밖에 공동체 전체의 이익에 중요한 역할이나 기능을 수행하는 기관도 포함되는 것으로 해석되고, 여기에 정보공개 목적, 교육의 공공성 및 공·사립학교의 동질성, 사립대학교에 대한 국가의 재정지원 및 보조 등 여러 사정을 고려해 보면, 사립대학교에 대한 국비 지원이 한정적·일시적·국부적이라는 점을 고려하더라도, 「같은 법 시행령」 제2조 제1호가 정보공개 의무를 지는 공공기관의 하나로 사립대학교를 들고 있는 것이 모법인 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」의 위임범위를 벗어났다거나 **사립대학교가 국비의 지원을 받는 범위 내에서만 공공기관의 성격을 가진다고 볼 수 없다**(대판 2006.8.24. 2004두2783).

- ④ (○) 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」은 국민의 알권리를 보장하고 국정에 대한 국민의 참여와 국정운영의 투명성을 확보하기 위하여 공공기관이 보유·관리하는 정보를 모든 국민에게 원칙적으로 공개하도록 하고 있으므로, 국민으로부터 보유·관리하는 정보에 대한 공개를 요구받은 공공기관으로서 같은 법 9조 1항 각 호에서 정하고 있는 **비공개사유에 해당하지 않는 한 이를 공개해야 할 것이고, 만일 이를 거부하는 경우라 할지라도** 대상이 된 정보의 내용을 구체적으로 확인·검토하여 어느 부분이 어떠한 법의 또는 기본권과 충돌되어 같은 법 9조 1항 몇 호에서 정하고 있는 **비공개사유에 해당되는지를 주장·입증해야만 할 것이며, 그에 이르지 아니한 채 개별적인 사유만을 들어 공개를 거부하는 것은 허용되지 아니한다**(대판 2003.12.11. 2001두8827).
- ⑤ (×) **제19조(행정심판)** ② 청구인은 제18조에 따른 이의신청 절차를 거치지 아니하고 행정심판을 청구할 수 있다.

④

13 행정대집행법상 대집행에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 철거대집행 계고처분 후 행한 제2차 계고는 대집행 기한의 연기 통지가 아니라 새로운 철거의무를 부과한 것이다.
- ② 철거명령과 계고처분은 계고서라는 명칭의 1장의 문서로 이루어질 수 있다.
- ③ 대집행은 처분청 스스로 하여야 하며, 대집행 권한을 제3자에게 위임·위탁할 수 없다.
- ④ 후행처분인 대집행영장발부통보처분의 취소소송에서, 선행처분인 계고처분의 위법을 이유로 대집행영장발부통보처분이 위법하다는 주장을 할 수 없다.
- ⑤ 행정청이 대집행의 방법으로 건물철거의무의 이행을 실현할 수 있는 경우, 건물철거 대집행 과정에서 부수적으로 건물의 점유자들에 대한 퇴거 조치를 할 수 없다.

해설

- ① (×) 시장이 무허가건물소유자들에게 일정기간까지 철거할 것을 명함과 아울러 불이행할 때에는 대집행한다는 내용의 철거대집행계고처분을 고지한 후 이에 불응하자 다시 2차 계고서를 발송하여 일정기간까지의 자진철거를 촉구하고 불이행하면 대집행을 한다는 뜻을 고지하였다면 그 소유자들의 「행정대집행법」 상의 건물철거의무는 제1차 철거명령 및 계고처분으로서 발생하였고 **제2차의 계고처분은 원고들에게 새로운 철거의무를 부과하는 것이 아니고 다만 대집행기한의 연기통지에 불과하므로 행정처분이 아니다**(대판 1991.1.25. 90누5962).
- ② (○) 철거명령에서 주어진 일정기간이 자진철거에 필요한 상당한 기간이라면 계고서라는 명칭의 1장의 문서로서 철거명령과 계고처분 가능 : 계고서라는 명칭의 1장의 문서로서 일정기간 내에 위법건축물의 자진철거를 명함과 동시에 그 소정기간 내에 자진철거를 하지 아니할 때에는 대집행할 뜻을 미리 계고한 경우라도 위 **건축법에 의한 철거명령과 행정대집행법에 의한 계고처분은 독립하여 있는 것으로서 각 그 요건이 충족되었다고 볼 것이고, 이 경우 철거명령에서 주어진 일정기간이 자진철거에 필요한 상당한 기간이라면 그 기간 속에는 계고시에 필요한 '상당한 이행기간'도 포함되어 있다고 보아야 할 것이다**(대판 1992.6.12. 91누13564).
- ③ (○) 대집행을 현실로 수행하는 자는 반드시 당해 행정청이어야 하는 것은 아니다. 대집행의 실행은 대집행 주체인 행정청뿐 아니라 제3자에 의해서도 가능하다. 행정청은 타인에게 대집행을 위탁할 수 있으며 수탁자는 행정기관일 수도 있고 공공단체나 사인일 수 있다.
- 행정대집행법 제2조(대집행과 그 비용징수) 법률(법률의 위임에 의한 명령, 지방자치단체의 조례를 포함한다. 이하 같다)에 의하여 직접 명령되었거나 또는 법률에 의거한 행정청의 명령에 의한 행위로서 타인이 대신하여 행할 수 있는 행위를 의무자가 이행하지 아니하는 경우 다른 수단으로써 그 이행을 확보하기 곤란하고 또한 그 불이행을 방지함이 심히 공익을 해할 것으로 인정될 때에는 **당해 행정청은 스스로 의무자가 해야 할 행위를 하거나 또는 제3자로 하여금 이를 하게 하여 그 비용을 의무자로부터 징수할 수 있다.**
- ④ (×) 대집행의 계고, 대집행영장에 의한 통지, 대집행의 실행, 대집행에 요한 비용의 납부명령 등은 타인이 대신하여 행할 수 있는 행정의무의 이행을 의무자의 비용부담 하에 확보하고자 하는, 동일한 행정목적에 달성하기 위하여 단계적인 일련의 절차로 연속하여 행하여지는 것으로서 서로 결합하여 하나의 법률효과를 발생시키는 것이므로, 선행처분인 계고처분이 하자가 있는 위법한 처분이라면, 비록 그 하자가 중대하고도 명백한 것이 아니어서 당면무효의 처분이라고 볼 수 없고 행정소송으로 효력이 다투어지지도 아니하여 이미 불가쟁력이 생겼으며 후행처분인 대집행영장발부통보처분 자체에는 아무런 하자가 없다고 하더라도, 후행처분인 대집행영장발부통보처분의 취소를 청구하는 소송에서 청구원인으로 선행처분인 계고처분이 위법한 것이기 때문에 그 계고처분을 전제로 행하여진 대집행영장발부통보처분도 위법한 것이라는 주장을 할 수 있다(대판 1996.2.9. 95누12507).
- ⑤ (×) 관계 법령상 행정대집행의 절차가 인정되어 행정청이 행정대집행의 방법으로 건물의 철거 등 대체적 작위의무의 이행을 실현할 수 있는 경우에는 따로 민사소송의 방법으로 그 의무의 이행을 구할 수 없다. 한편 **건물의 점유자가 철거의무자일 때에는 건물철거의무에 퇴거의무도 포함되어 있는 것이어서 별도로 퇴거를 명하는 집행권원이 필요하지 않다.** 행정청이 행정대집행의 방법으로 건물철거의무의 이행을 실현할 수 있는 경우에는 건물철거 대집행 과정에서 부수적으로 건물의 점유자들에 대한 퇴거 조치를 할 수 있고, 점유자들이 적법한 행정대집행을 위력을 행사하여 방해하는 경우 형법상 공무집행방해죄가 성립하므로, 필요한 경우에는 '경찰관 직무집행법'에 근거한 위함발생 방지조치 또는 형법상 공무집행방해죄의 범행방지 내지 현행범체포의 차원에서 경찰의 도움을 받을 수도 있다(대판 2017.4.28. 2016다213916).

②

14 행정의 실효성 확보수단에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 건축법상 이행강제금 부과처분은 항고소송으로 다툴 수는 없다.
- ② 이행강제금은 대체적 작위의무의 위반에 대하여 부과될 수 없다.
- ③ 건축법상 이행강제금의 납부의무는 상속인에게 승계될 수 없는 일신전속적인 성질의 것이다.
- ④ 대집행에 요한 비용은 국세징수법의 예에 의하여 징수할 수 없다.
- ⑤ 병무청장이 병역법에 따라 병역의무 기피자의 인적사항을 인터넷 홈페이지에 공개하는 결정은 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니다.

해설

① (×) • 이행정제금(집행법) 부과에 대한 권리구제

└ 개별법에 특별 규정을 둔 경우(예 농지법) → 항고소송 대상인 처분성 부정
└ 개별법에 특별한 규정을 두지 않은 경우(예 건축법) → 행정심판·행정소송 가능

- ② (×) 전통적으로 행정대집행은 대체적 작위의무에 대한 강제집행수단으로, 이행강제금은 부작위의무나 비대체적 작위의무에 대한 강제집행수단으로 이해되어 왔으나, 이는 이행강제금제도의 본질에서 오는 제약은 아니며, 이행강제금은 대체적 작위의무의 위반에 대하여도 부과될 수 있다. 현행 건축법상 위법건축물에 대한 이행강제수단으로 대집행과 이행강제금(제83조 제1항)이 인정되고 있는데, 양 제도는 각각의 장단점이 있으므로 행정청은 개별사건에 있어서 위반내용, 위반자의 시정여지 등을 감안하여 대집행과 이행강제금을 선택적으로 활용할 수 있으며, 이처럼 그 합리적인 재량에 의해 선택하여 활용하는 이상 중첩적인 제재에 해당한다고 볼 수 없다(헌재 2004.2.26. 2001헌바80)
- ③ (○) (구)건축법상의 이행강제금은 (구)건축법의 위반행위에 대하여 시정명령을 받은 후 시정기간 내에 당해 시정명령을 이행하지 아니한 건축주 등에 대하여 부과되는 간접강제의 일종으로서 그 이행강제금 납부의무는 **상속인 기타의 사람에게 승계될 수 없는 일신전속적인 성질**의 것이므로 이미 사망한 사람에게 이행강제금을 부과하는 내용의 처분이나 결정은 당연히 무효이고, 이행강제금을 부과받은 사람의 이익에 의하여 재판절차가 개시된 후에 그 이익한 사람이 사망한 때에는 사건 자체가 목적을 잃고 절차가 종료한다(대판 2006.12.8. 2006마470).
- ④ (×) 행정대집행법 제6조(비용징수) ① 대집행에 요한 비용은 국제징수법의 예에 의하여 징수할 수 있다.
- ⑤ (×) 지방병무청장이 병역의무 기피를 이유로 그 인적사항등을 공개할 대상자를 1차로 결정하고, 병무청장의 최종 공개결정이 있는 경우, 병무청장의 공개결정은 행정처분이지만, 지방병무청장의 1차 공개결정은 외부로 표시되지 않은 행정기관 내부 결정이므로 행정처분 아님
병무청장이 병역법 제81조의2 제1항에 따라 병역의무 기피자의 인적사항 등을 인터넷 홈페이지에 게시하는 등의 방법으로 공개한 경우, 병무청장의 공개결정은 항고소송의 대상이 되는 행정처분이다. ... 관할 지방병무청장의 공개 대상자 결정의 경우 상대방에게 통보하는 등 외부에 표시하는 절차가 관계 법령에 규정되어 있지 않아, 행정실무상으로도 상대방에게 통보되지 않는 경우가 많다. 또한 관할 지방병무청장이 위원회의 심의를 거쳐 공개 대상자를 1차로 결정하기는 하지만, 병무청장에게 최종적으로 공개 여부를 결정할 권한이 있으므로, 관할 지방병무청장의 공개 대상자 결정은 병무청장의 최종적인 결정에 앞서 이루어지는 행정기관 내부의 중간적 결정에 불과하다. 가까운 시일 내에 최종적인 결정과 외부적인 표시가 예정된 상황에서, 외부에 표시되지 않은 행정기관 내부의 결정을 항고소송의 대상인 처분으로 보아야 할 필요성은 크지 않다. 관할 지방병무청장이 1차로 공개 대상자 결정을 하고, 그에 따라 병무청장이 같은 내용으로 최종적 공개결정을 하였다면, 공개 대상자는 병무청장의 최종적 공개결정만을 다투는 것으로 충분하고, 관할 지방병무청장의 공개 대상자 결정을 별도로 다투 소의 이익은 없어진다(대판 2019.6.27. 2018두49130).

답 ③

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

- ① 법령에 따라 행정권한을 위탁받은 사인은 행정청이 될 수 없다.
- ② 행정에 관한 의사를 결정하여 표시하는 국가 또는 지방자치단체의 기관은 행정청이다.
- ③ 지방자치단체는 그 소관 사무의 일부를 독립하여 수행할 필요가 있으면 법령이나 그 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 합의제행정기관을 설치할 수 있다.
- ④ 행정기관의 장은 소관사무를 통할하고 소속공무원을 지휘·감독한다.
- ⑤ 정부조직법은 합의제행정기관의 설치에 관한 법적 근거를 두고 있다.

해설

- ① (×) 공무수탁사인도 국가나 지방자치단체의 사무를 위임받아 행하는 범위 내에서 '행정주체'이며, 「행정기본법」·「행정절차법」·「행정심판법」·「행정소송법」에서는 '행정청'이 된다. 따라서 공무수탁사인은 항고소송뿐만 아니라 당사자소송에서도 피고가 될 수 있다.
- ② (○) 행정기관 중 행정청은 행정주체의 의사를 결정(결정권)하고 외부로 표시(표시권)할 수 있는 기관이다.
- ③ (○) 지방자치법 제129조(합의제행정기관) ① 지방자치단체는 소관 사무의 일부를 독립하여 수행할 필요가 있으면 법령이나 그 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 합의제행정기관을 설치할 수 있다.
- ④ (○) 정부조직법 제7조(행정기관의 장의 직무권한) ① 각 행정기관의 장은 소관사무를 통할하고 소속공무원을 지휘·감독한다.
- ⑤ (○) 정부조직법 제5조(합의제행정기관의 설치) 행정기관에는 그 소관사무의 일부를 독립하여 수행할 필요가 있는 때에는 법률로 정하는 바에 따라 행정위원회 등 합의제행정기관을 둘 수 있다.

답 ①

16 행정권한의 위임 등에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 행정권한의 위임은 법률에 규정된 행정기관의 장의 권한 중 일부를 그 보조기관 또는 하급행정기관의 장이나 지방자치단체의 장에게 맡겨 그의 권한과 책임 아래 행사하도록 하는 것이다.
- ② 행정권한의 내부위임은 법률이 위임을 허용하고 있지 아니한 경우에도 행정관청의 내부적인 사무처리의 편의를 도모하기 위하여 그의 보조기관 또는 하급행정관청으로 하여금 그의 권한을 사실상 행사하게 하는 것이다.
- ③ 위임기관은 수임기관의 수임사무 처리에 대하여 지휘·감독하고, 그 처리가 위법하거나 부당하다고 인정될 때에는 이를 취소하거나 정지시킬 수 있다.
- ④ 수임사무의 처리에 관하여 위임기관은 수임기관에 대하여 사전승인을 받거나 협의를 할 것을 요구할 수 없다.
- ⑤ 행정기관은 위임을 받은 사무의 전부 또는 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 재위임 할 수 없다.

해설

- ① (○) 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제2조(정의) 이 영에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
1. "위임"이란 법률에 규정된 행정기관의 장의 권한 중 일부를 그 보조기관 또는 하급행정기관의 장이나 지방자치단체의 장에게 맡겨 그의 권한과 책임 아래 행사하도록 하는 것을 말한다.
 2. (○) 행정권한의 위임은 행정관청이 법률에 따라 특정한 권한을 다른 행정관청에 이전하여 수임관청의 권한으로 행사하도록 하는 것이어서 권한의 법적인 귀속을 변경하는 것이므로 법률이 위임을 허용하고 있는 경우에 한하여 인정된다 할 것이고, 이에 반하여 **행정권한의 내부위임은 법률이 위임을 허용하고 있지 아니한 경우에도 행정관청의 내부적인 사무처리의 편의를 도모하기 위하여 그의 보조기관 또는 하급행정관청으로 하여금 그의 권한을 사실상 행사하게 하는 것**이므로, 권한위임의 경우에는 수임관청이 자기의 이름으로 그 권한행사를 할 수 있지만 내부위임의 경우에는 수임관청은 위임관청의 이름으로만 그 권한을 행사할 수 있을 뿐 자기의 이름으로는 그 권한을 행사할 수 없다(대판 1995.11.28. 94누6475).
 3. (○) 동 규정 제6조(지휘·감독) 위임 및 위탁기관은 수임 및 수탁기관의 수임 및 수탁사무 처리에 대하여 지휘·감독하고, 그 처리가 위법하거나 부당하다고 인정될 때에는 이를 취소하거나 정지시킬 수 있다.
 4. (○) 동 규정 제7조(사전승인 등의 제한) 수임 및 수탁사무의 처리에 관하여 위임 및 위탁기관은 수임 및 수탁기관에 대하여 사전승인을 받거나 협의를 할 것을 요구할 수 없다.
 5. (×) 일부 재위임은 가능하나 전부 재위임은 불가
- 동 규정 제6조(권한의 위임 또는 위탁) ① 행정기관은 법령으로 정하는 바에 따라 그 소관사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 위임하거나 다른 행정기관·지방자치단체 또는 그 기관에 위탁 또는 위임할 수 있다. 이 경우 위임 또는 위탁을 받은 기관은 특히 필요한 경우에는 법령으로 정하는 바에 따라 위임 또는 위탁을 받은 **사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 재위임할 수 있다.**

답 ⑤

17 행정절차법에서 규정하고 있지 않은 것은?

- ① 신고
- ② 공법상 계약
- ③ 행정지도
- ④ 행정예고
- ⑤ 행정상 입법예고

해설

② 공법상 계약은 규정하고 있지 않음.

• 행정절차법 구성

구성	행정절차법에 규정이 없는 사항
1장 총칙 제1절 목적·정의 및 적용범위 * 신뢰보호원칙·신의성실원칙 제2절 행정의 관할 및 협조(행정응원) 제3절 당사자 등 제4절 송달 및 기간·기한의 특례	① 공법상 계약(행정계약)/ 확약/행정계획수립절차(단, 처분절차와 행정예고를 통한 간접적 규정 존재) ② 행정입법확정절차(행정상 입법예고절차는 존재) ③ 부담결부금지원칙 ④ 선례구속성의 원칙(영미법계와 달리 우리나라는 원칙 자체가 부정됨) ⑤ 행정개입청구권 / 손실보상청구권 ⑥ 행정강제·행정집행절차 / 행정조사절차 ⑦ 절차상 하자 있는 행정행위의 일반적 효력 / 행정행위 하자의 치유와 전환 ⑧ 제3자효 행정행위에 있어 제3자에 대한 사전통지제도 ⑨ 불가쟁력이 발생한 행정행위의 재심사 ⑩ 행정행위의 개념, 부관, 재량, 행정행위의 효력과 무효 사유, 행정행위의 취소·철회 ⑪ 대량절차, 기계에 의한 처리에 관한 절차
2장 처분 제1절 통칙 제2절 의견제출 및 청문 제3절 공청회	
3장 신고(자주적 신고)	
4장 행정상 입법예고	
5장 행정예고	
6장 행정지도	
7장 국민참여의 확대	

• 행정절차법 구성(2022.7.12. 시행)

구성	행정절차법에 규정이 없는 사항
1장 총칙 제1절 목적·정의 및 적용범위 * 신뢰보호원칙·신의성실원칙 제2절 행정의 관할 및 협조(행정응원) 제3절 당사자 등 제4절 송달 및 기간·기한의 특례	① 공법상 계약(행정계약) ② 행정입법확정절차(행정상 입법예고절차는 존재) ③ 부담결부금지원칙 ④ 선례구속성의 원칙(영미법계와 달리 우리나라는 원칙 자체가 부정됨) ⑤ 행정개입청구권 / 손실보상청구권 ⑥ 행정강제·행정집행절차 / 행정조사절차 ⑦ 절차상 하자 있는 행정행위의 일반적 효력 / 행정행위 하자의 치유와 전환 ⑧ 제3자효 행정행위에 있어 제3자에 대한 사전통지제도 ⑨ 불가쟁력이 발생한 행정행위의 재심사 ⑩ 행정행위의 개념, 부관, 재량, 행정행위의 효력과 무효 사유, 행정행위의 취소·철회 ⑪ 대량절차, 자동기계에 의한 처리 절차
2장 처분 제1절 통칙 제2절 의견제출 및 청문 제3절 공청회	
3장 신고, 확약 및 위반사실 등의 공표 등 자주적 신고, 확약, 위반사실 등의 공표, 행정계획	
4장 행정상 입법예고	
5장 행정예고	
6장 행정지도	
7장 국민참여의 확대	

<행정절차법 주요 개정내용>(2022.7.12. 시행)

- ① **인허가 등의 취소, 신분·자격의 박탈 등의 처분을 하는 경우에 당사자의 신청이 없는 경우에도 청문을 실시하도록 함**(제22조제1항제3호).
- ② 공정한 전문적인 청문을 위하여 다수 국민의 이해가 상충되는 처분이나 다수 국민에게 불편이나 부담을 주는 처분 등을 하는 경우에는 **청문 주재자를 2명 이상으로 선정할 수 있도록 함**(제28조제2항 신설).
- ③ 국민의 생명·신체·재산의 보호 등 국민의 안전 또는 권익보호 등의 이유로 오프라인 공청회를 개최하기 어려운 경우 등에는 **온라인 공청회**를 단독으로

개최할 수 있도록 함(제38조의2제2항 신설).

- ㉠ **확약에 관한 절차** 추가(제40조의2 신설)
 ㉡ **위반사실 등의 공표**에 관한 공통 절차를 마련함(제40조의3 신설).
 ㉢ 행정청이 국민의 권리와 이익에 직접 영향을 미치는 **계획을 수립하거나 변경·폐지할 때에는** 관련된 여러 이익을 정당하게 **형량하도록 함**(제40조의4 신설).
 ㉣ 행정청이 국민은 **과외 내용의 성격 등을 고려하여** 정하도록 20일 이상으로 하며, **행정목적 달성을 위하여 긴급한 필요가 있는 경우로서 행정예고기간을 단축하는 경우에도 단축된 행정예고기간이 10일 이상**이 되도록 함(제46조).

②

18 판례에 의할 때 항고소송의 대상인 것을 모두 고른 것은?

- ㉠ 어업권 면허에 선행하는 우선순위결정 ㉡ 농지법상 이행강제금 부과처분
㉢ 구 청소년보호법상 청소년유해매체물 결정 및 고시처분 ㉣ 두밀본교를 폐교하는 경기도의 조례

- ① ㄱ, ㄴ ② ㄱ, ㄷ ③ ㄴ, ㄷ ④ ㄴ, ㄹ ⑤ ㄷ, ㄹ

해설

- ㉠ 항고소송 대상 × (행정처분 아님) : 어업권면허에 선행하는 우선순위결정은 행정청이 우선권자로 결정된 자의 신청이 있으면 어업권면허처분을 하겠다는 것을 약속하는 행위로서 **강박상 확약에 불과**하고 행정처분은 아니므로, 우선순위결정에 **공정력이나 불가쟁력과 같은 효력은 인정되지 아니**하며, 따라서 우선순위결정이 잘못되었다는 이유로 종전의 어업권면허처분이 취소되면 행정청은 종전의 우선순위결정을 무시하고 다시 우선순위를 결정한 다음 새로운 우선순위결정에 기하여 새로운 어업권면허를 할 수 있다(대판 1995.1.20. 94누6529).

- ㉔ 항고소송 대상 × (별도 불복절차 있음)

- **이행강제금(집행법) 부과에 대한 권리구제**
 - ↳ 개별법에 특별 규정을 둔 경우(예 농지법) ⇒ 항고소송 대상인 처분성 부정
 - ↳ 개별법에 특별한 규정을 두지 않은 경우(예 건축법) ⇒ 행정심판, 행정소송 가능

농지법 62조 1항에 따른 이행강제금 부과처분에 대한 불복절차는 비송사건절차법에 따른 재판이며, 위 이행강제금은 항고소송 대상이 아님/ 관할청이 위 이행강제금 부과처분을 하면서 행정심판이나 행정소송을 청구할 수 있다고 잘못 안내한 경우에도 행정법원의 항고소송 재판관할이 생기지 않음

- ㉓ 농지법은 농지 처분명령에 대한 이행강제금 부과처분에 불복하는 자가 그 처분을 고지받은 날부터 30일 이내에 부과권자에게 이의를 제기할 수 있고, 이의를 받은 부과권자는 지체 없이 관할 법원에 그 사실을 통보하여야 하며, 그 통보를 받은 관할 법원은 비송사건절차법에 따른 과태료 재판에 준하여 재판을 하도록 정하고 있다(제62조 제1항, 제6항, 제7항). 따라서 농지법 제62조 제1항에 따른 이행강제금 부과처분에 불복하는 경우에는 비송사건절차법에 따른 재판절차가 적용되어야 하고, 행정소송법상 항고소송의 대상은 될 수 없다.
- ㉔ 농지법 제62조 제5항, 제7항이 위와 같이 이행강제금 부과처분에 대한 불복절차를 분명하게 규정하고 있으므로, 이와 다른 불복절차를 허용할 수는 없다. 설령 관할청이 이행강제금 부과처분을 하면서 재결청에 행정심판을 청구하거나 관할 행정법원에 행정소송을 할 수 있다고 잘못 안내하거나 관할 행정심판위원회가 각하결정이 아닌 기각결정을 하면서 관할 법원에 행정소송을 할 수 있다고 잘못 안내하였다고 하더라도, 그러한 잘못된 안내로 행정심판의 항고소송 재판관할이 생긴다고 볼 수도 없다. (대판 2019.4.11. 2018두42955)
- ㉕ 항고소송 대상 ○(일반부처) : 구 청소년보호법에 따른 청소년유해매체물 결정 및 고시처분은 당해 유해매체물의 소유자 등 특정인만을 대상으로 한 행정처분이 아니라 **일반 불특정 다수인을 상대방으로 하여 일률적으로 표시의무, 표방의무, 청소년에 대한 판매·대여 등의 금지의무 등 각종 의무를 발생시키는 행정처분**으로서, 정보통신윤리위원회가 특정 인터넷 웹사이트를 청소년유해매체물로 결정하고 청소년보호위원회가 효력발생시기를 명시하여 고시함으로써 그 명시된 시점에 효력이 발생했다고 봄이 상당하고, 정보통신윤리위원회와 청소년보호위원회가 위 처분이 있었음을 위 웹사이트 운영자에게 제대로 통지하지 않았다고 하여 그 효력 자체가 발생하지 않은 것으로 볼 수는 없다(대판 2007.6.14. 2004두619)
- ㉖ 항고소송 대상 ○(처분적 조례) : 경기도 두말분교 폐교 조례(경기도립학교설치조례)는 처분적 법규로서, 행정처분에 해당 : 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 해당하고, 이러한 조례에 대한 무효확인소송을 제기함에 있어서 행정소송법 38조 1항, 13조에 의하여 피고적격이 있는 처분 등을 행한 행정청은, 행정주체인 지방자치단체 또는 지방자치단체의 내부적 의결기관으로서 지방자치단체의 의사를 외부에 표시할 권한이 없는 지방의회가 아니라, 구 지방자치법 19조 2항, 92조에 의하여 지방자치단체의 집행기관으로서 조례로서의 효력을 발생시키는 공포권이 있는 지방자치단체장이다. 구 지방교육자치에 관한 법률 14조 5항, 25조에 의하면 시·도의 교육·학예에 관한 사무의 집행기관은 시·도 교육감이고 시·도 교육감에게 지방교육에 관한 조례안의 공포권이 있다고 규정되어 있으므로, 교육에 관한 조례의 무효확인소송을 제기함에 있어서는 그 집행기관인 시·도 교육감을 피고로 해야 한다(대판 1996.9.20. 95누8003).




19 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의해)

- ① 사업인정처분이 당연무효이면 그것이 유효함을 전제로 이루어진 수용재결도 무효이다.
- ② 수용재결에 대한 이의신청은 행정소송을 하기 위한 필수적인 전심절차이다.
- ③ 수용재결에 대한 취소소송의 제기는 사업의 진행 및 토지의 수용 또는 사용을 정지시키지 아니한다.
- ④ 토지소유자가 보상금 증액청구소송을 제기할 경우 사업시행자를 피고로 하여야 한다.
- ⑤ 보상금증감청구소송의 제기기간은 이의신청을 거친 경우 이의신청에 대한 재결서를 받은 날부터 60일 이내이다.

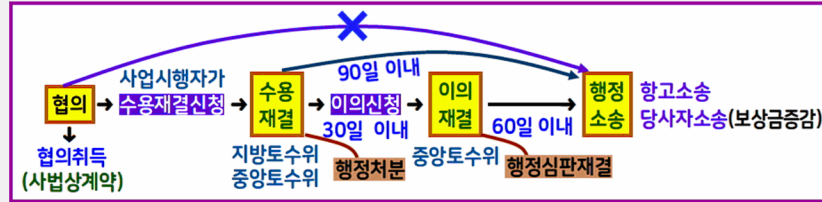
해설

- ① (○) 사업인정처분이 당면무효이면 그것이 유효함을 전제로 이루어진 수용결정도 무효라고 보아야 한다(대판 2017.7.11. 2016두35144)
- 토지수용에 있어서 사업인정과 수용결정 간 하자의 승계(당면무효인 경우만 하자가 승계됨) : 토지수용법 제14조에 따른 사업인정은 그 후 일정한 절차를 거칠 것을 조건으로 하여 일정한 내용의 수용권을 설정해 주는 행정처분의 성격을 띠는 것으로서 그 사업인정을 받음으로써 수용할 목적물의 범위가 확정되고 수용권으로 하여금 목적물에 관한 현재 및 장래의 권리자에게 대항할 수 있는 일종의 공법상의 권리로서의 효력을 발생시킨다고

할 것이므로 위 사업인정단계에서의 하자를 다루지 아니하여 이미 갹송기간이 도과한 수용재결단계에 있어서는 위 사업인정처분에 중대하고 명백한 하자가 있어 당연무효라고 볼만한 특단의 사정이 없다면 그 처분의 불가쟁력에 의하여 사업인정처분의 위법, 부당함을 이유로 수용재결처분의 취소를 구할 수 없다(1987.9.8. 87누395).

② (×) 이의신청 없이도 행정소송 제기 가능.

• 제85조(행정소송의 제기) ① 사업시행자, 토지소유자 또는 관계인은 제34조에 따른 재결에 불복할 때에는 재결서를 받은 날부터 90일 이내에, 이의신청을 거쳤을 때에는 이의신청에 대한 재결서를 받은 날부터 60일 이내에 각각 행정소송을 제기할 수 있다. 이 경우 사업시행자는 행정소송을 제기하기 전에 제84조에 따라 늘어난 보상금을 공탁하여야 하며, 보상금을 받을 자는 공탁된 보상금을 소송이 종결될 때까지 수령할 수 없다.



③ (○) 제88조(처분효력의 부정지) 제83조에 따른 이의의 신청이나 제85조에 따른 행정소송의 제기는 사업의 진행 및 토지의 수용 또는 사용을 정지시키지 아니한다.

④ (○) 제85조(행정소송의 제기) ② 제1항에 따라 제기하려는 행정소송이 보상금의 증감(增減)에 관한 소송인 경우 그 소송을 제기하는 자가 토지소유자 또는 관계인일 때에는 사업시행자를, 사업시행자일 때에는 토지소유자 또는 관계인을 각각 피고로 한다.

소송형태	대상	피고
수용재결 <지방토수위 중앙토수위>	항고소송 수용재결 당사자 소송	지방토지수용위원회 / 중앙토지수용위원회 토지소유자·관계인이 사업시행자를 피고로 사업시행자가 토지소유자·관계인을 피고로
이의재결 <중앙토수위> 행정심판 재결에 해당	항고소송 이의재결(재결) 당사자 소송	지방토지수용위원회 / 중앙토지수용위원회 중앙토지수용위원회(재결 자체 고유의 위법) 토지소유자·관계인이 사업시행자를 피고로 사업시행자가 토지소유자·관계인을 피고로

⑤ (○) 보상금증감청구소송의 제기기간은 수용재결에 불복시 재결서를 받은 날부터 90일 이내에, 이의신청을 거친 경우 이의신청에 대한 재결서를 받은 날부터 60일 이내이다.

답 ②

20 행정심판법에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 행정심판위원회는 당사자의 동의가 없더라도 심판청구의 신속하고 공정한 해결을 위하여 조정을 할 수 있다.
- ② 행정심판위원회는 사정재결시 그 재결의 주문에서 그 처분 또는 부작위가 위법하거나 부당하다는 것을 구체적으로 밝혀야 한다.
- ③ 집행정지로 목적을 달성할 수 있는 경우에도 임시처분이 허용된다.
- ④ 처분청이 심판청구기간을 법정기간보다 긴 기간으로 잘못 고지한 경우, 심판청구기간은 당해 처분이 있는 날부터 180일이 된다.
- ⑤ 행정심판위원회는 심판청구의 대상이 되는 처분보다 청구인에게 불리한 재결을 할 수 있다.

해설

① (×) 제43조의2(조정) ① 행정심판위원회는 당사자의 권리 및 권한의 범위에서 당사자의 동의를 받아 심판청구의 신속하고 공정한 해결을 위하여 조정을 할 수 있다. 다만, 그 조정이 공공복리에 적합하지 아니하거나 해당 처분의 성질에 반하는 경우에는 그러하지 아니하다.

② (○) 제44조(사정재결) ① 행정심판위원회는 심판청구가 이유가 있다고 인정하는 경우에도 이를 인용(認容)하는 것이 공공복리에 크게 위배된다고 인정하면 그 심판청구를 기각하는 재결을 할 수 있다. 이 경우 위원회는 재결의 주문(主文)에서 그 처분 또는 부작위가 위법하거나 부당하다는 것을 구체적으로 밝혀야 한다.

③ (×) 제31조(임시처분) ③ 제1항에 따른 임시처분은 제30조제2항에 따른 집행정지로 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.

④ (×) 제27조(심판청구의 기간) ① 행정심판은 처분이 있음을 알게 된 날부터 90일 이내에 청구하여야 한다. ⑤ 행정청이 심판청구 기간을 제1항에 규정된 기간보다 긴 기간으로 잘못 알린 경우 그 잘못 알린 기간에 심판청구가 있으면 그 행정심판은 제1항에 규정된 기간에 청구된 것으로 본다.

• 오고지·불고지의 효과(제재)

구분	불고지(不告知)	오고지(誤告知)
심판청구서 제출(23조)	행정청이 58조에 따른 고지를 않거나 잘못 고지하여 청구인이 심판청구서를 다른 행정기관에 제출한 경우 그 행정기관은 그 심판청구서를 지체 없이 정당한 권한이 있는 피청구인에게 보내야 하며 심판청구서를 보낸 행정기관은 지체 없이 그 사실을 청구인에게 알려야 한다. 심판청구 기간을 계산할 때에는 최초로 행정기관에 심판청구서가 제출되었을 때에 행정심판이 청구된 것으로 본다.	
심판청구기간 (27조)	심판청구 기간을 알리지 않은 경우 처분이 있는 날로부터 180일 이내(상대방이 처분이 있음을 알았는지 여부는 불문) 청구 가능	법정기간보다 긴 기간으로 고지시 그 기간 내 심판청구가 있으면 법정기간 내 청구된 것으로 봄. 법정기간보다 짧은 기간으로 고지시 법정기간 내 청구 가능.

⑤ (×) 제47조(재결의 범위) ② 행정심판위원회는 심판청구의 대상이 되는 처분보다 청구인에게 불리한 재결을 하지 못한다.

답 ②

21

국가배상법 제2조 제1항 단서의 이중배상금지에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 피해자가 군인·군무원·경찰공무원 또는 예비군대원이어야 한다.
- ② 병역법 상 공익근무요원은 군인에 해당하여 이중배상이 금지되는 자에 속한다.
- ③ 전투·훈련 또는 이에 준하는 직무집행 뿐만 아니라 일반 직무집행에 관하여도 적용된다.
- ④ 전투·훈련 중 민간인이 군인과 공동불법행위를 한 경우 민간인은 자신의 부담 부분만을 피해 군인에게 배상하면 된다는 것이 대법원판례의 입장이다.
- ⑤ 전투·훈련 등 직무집행과 관련하여 전사·순직하거나 공상을 입은 손해에 한한다.

해설

- ①⑤ (○) 국가배상법 제2조(배상책임) ① 국가나 지방자치단체는 공무원 또는 공무를 위탁받은 사인(이하 '공무원'이라 한다)이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입히거나, 「자동차손해배상 보장법」에 따라 손해배상의 책임이 있을 때에는 이 법에 따라 그 손해를 배상하여야 한다. 다만, **군인·군무원·경찰공무원 또는 예비군대원이 전투·훈련 등 직무집행과 관련하여 전사(戰死)·순직(殉職)하거나 공상(公傷)을 입은 경우**에 본인이나 그 유족이 다른 법령에 따라 재해보상금·유족연금·상이연금 등의 보상을 지급받을 수 있을 때에는 이 법 및 「민법」에 따른 손해배상을 청구할 수 없다.
- ② (×) 공익근무요원(현 사회복무요원)은 보충역에 편입되어 있는 자이기 때문에, 소집되어 군에 복무 하지 않는 한 군인이라고 말할 수 없으므로, 비록 「병역법」 제75조 제2항이 공익근무요원으로 복무 중순직한 사람의 유족에 대하여 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」에 따른 보상을 하도록 규정하고 있다고 하여도, 공익근무요원이 「국가배상법」 제2조 제1항 단서의 규정에 의하여 「국가배상법」 상 손해배상청구가 제한되는 군인·군무원·경찰공무원 또는 향토예비군대원에 해당한다고 할 수 없다(대판 1997.3.28. 97타4036).
- ③ (○) 판례는 국가배상법 제2조 제1항 단서가 전투·훈련 또는 이에 준하는 직무집행뿐만 아니라 일반 직무집행에 관하여도 국가나 지방자치단체의 배상책임을 제한하는 것으로 본다.
- 경찰공무원이 낙석사고 현장 주변 교통정리를 위하여 사고현장 부근으로 이동하던 중대형 낙석이 순찰차를 덮쳐 사망하자, 도로를 관리하는 지방자치단체가 국가배상법 제2조 제1항 단서에 따른 면책을 주장한 사안에서, 경찰공무원 등이 '전투·훈련 등 직무집행과 관련하여' 순직 등을 한 경우 같은 법 및 민법에 의한 손해배상책임을 청구할 수 없다고 정한 국가배상법 제2조 제1항 단서의 면책조항은 구 국가배상법 제2조 제1항 단서의 면책조항과 마찬가지로 전투·훈련 또는 이에 준하는 직무집행뿐만 아니라 '일반 직무집행'에 관하여도 국가나 지방자치단체의 배상책임을 제한하는 것이다(대판 2011.3.10. 2010다85942).
- ④ (○) 일반국민이 직무집행 중인 군인과의 공동불법행위로 직무집행 중인 다른 군인에게 공상을 입히고서, 그 피해자에게 자신의 귀책부분을 넘어서 손해를 배상한 후, 공동불법행위자인 군인의 부담부분에 관하여 국가에 대하여 구상권을 행사할 수 있는가의 문제.
- 대법원 판례 : 각자의 부담부분으로 책임이 감축되고 구상권은 부인됨 - 공동불법행위자 등이 부진정연대채무자로서 각자 피해자의 손해 전부를 배상할 의무를 부담하는 공동불법행위의 일반적인 경우와 달리 예외적으로 민간인은 피해군인 등에 대하여 그 손해 중 국가 등이 민간인에 대한 구상 의무를 부담한다면 그 내부적인 관계에서 부담해야 할 부분을 제외한 나머지 자신의 부담부분에 한하여 손해배상 의무를 부담하고, 한편 국가 등에 대하여는 그 귀책부분의 구상을 청구할 수 없다고 해석함이 상당하다 할 것이고, 이러한 해석이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에도 맞는다 할 것이다(대판 2001.2.15. 96다42420).
 - 헌법재판소 판례(한정위헌 결정) : 전부배상책임을 인정하고 구상권도 인정 - 국가배상법 2조 1항 단서 중 군인에 관련되는 부분을, 일반국민이 직무집행 중인 군인과의 공동불법행위로 직무집행 중인 다른 군인에게 공상을 입혀 그 피해자에게 공동의 불법행위로 인한 손해를 배상한 다음 공동불법행위자인 군인의 부담부분에 관하여 국가에 대하여 구상권을 행사하는 것을 허용하지 않는다고 해석한다면, ... 헌법 37조 2항에 의하여 기본권을 제한할 때 요구되는 비례의 원칙에 위배하여 일반국민의 재산권을 과잉제한하는 경우에 해당하여 헌법 23조 1항 및 37조 2항에도 위반된다(헌재결 1994.12.29. 93헌바21).

답 ②

22

신청에 대한 거부처분에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 거부처분은 당사자의 권익을 제한하는 처분에 해당하므로 원칙적으로 행정절차법 상 사전통지의 대상이 된다.
- ② 거부처분에 대하여는 행정소송법 상 집행정지를 구할 이익이 있어 집행정지가 허용된다.
- ③ 거부처분의 취소판결의 취지에 따라 행정청이 처분을 하지 않는 경우, 당사자는 수소법원에 직접강제를 신청할 수 있다.
- ④ 거부처분이 성립되려면 신청인에게 그 행위발동을 요구할 법규상 또는 조리상 신청권이 있어야 한다.
- ⑤ 거부처분에 대하여는 행정소송법 상 명문의 규정으로 의무이행소송이 허용된다.

해설

- ① (×) 신청에 따른 처분이 이루어지지 아니한 경우에는 아직 당사자에게 권익이 부과되지 아니하였으므로 특별한 사정이 없는 한 신청에 대한 거부처분이라고 하더라도 직접 당사자의 권익을 제한하는 것은 아니어서 신청에 대한 거부처분을 행정절차법 제21조 제1항에서 말하는 '당사자의 권익을 제한하는 처분'에 해당한다고 할 수 없는 것이어서 처분의 사전통지 대상이 된다고 할 수 없다(대판 2003.11.28. 2003두674).
- ② (×) 신청에 대한 거부처분의 효력을 정지하더라도 거부처분이 없었던 것과 같은 상태, 즉 거부처분이 있기 전의 신청시의 상태로 되돌아가는 데에 불과하고 행정청에게 신청에 따른 처분을 하여야 할 의무가 생기는 것이 아니므로, 거부처분의 효력정지는 그 거부처분으로 인하여 신청인에게 생길 손해를 방지하는 데에 아무런 소용이 없어 그 효력정지를 구할 이익이 없다(대판 1992.2.13. 91두47).
- ③ (×) 직접강제는 의무이행심판의 처분명령재결에 따른 행정청의 처분무효 불이행시에만 가능하며 행정소송에서는 직접강제가 인정되지 않는다. 행정소송에서 거부처분의 취소판결 취지에 따라 행정청이 처분을 하지 않는 경우 간제강제가 가능하다.
- ④ (○) 국민의 적극적 행위신청에 대한 행정청의 거부행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하기 위한 조건 : 국민의 적극적 행위신청에 대하여 행정청이 그 신청에 따른 행위를 하지 않겠다고 거부한 행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는 것이라고 하려면, ㉠ 그 신청한 행위가 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용이어야 하고 ㉡ 그 거부행위가 신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는 것이어야 하며, ㉢ 그 국민에게 그 행위발동을 요구할 법규상 또는 조리상의 신청권이 있어야만 한다(대판 1998.7.10. 96누14036).
- ⑤ (×) 거부처분에 대해서는 행정소송법상 취소소송이나 무효확인소송이 가능하다. 의무이행소송은 행정소송법 상 허용되지 않는다.

답 ④

23 국가공무원법 상 징계처분과 소청 등에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 공무원에 대한 직위해제처분은 징계처분이다.
- ② 직위해제처분과 그 후속 직권면직처분은 별개 독립의 처분으로 일사부재리원칙에 위배되지 않는다.
- ③ 소청심사위원회가 소청사건을 심사할 때 소청인에게 진술기회를 주지 아니한 결정은 무효이다.
- ④ 소청심사위원회의 결정은 처분 행정청을 기속한다.
- ⑤ 소청심사위원회의 결정은 그 이유를 구체적으로 밝힌 결정서로 하여야 한다.

해설

- ① (×) 직위해제처분은 징계 유형에 해당되지 않는다.
 • 제79조(징계의 종류) 징계는 파면·해임·강등·징직·감봉·견책(譴責)으로 구분한다.
 • 직위해제처분은 공무원에 대하여 불이익한 처분이긴 하나 징계처분과 같은 성질의 처분이라고는 볼 수 없으므로 동일한 사유에 대한 직위해제처분이 있는 후 다시 해임처분이 있었다 하여 일사부재리의 법리에 어긋난다고 할 수 없다(대판 1984.2.28. 83누489).
- ② (○) 직권면직처분과 이보다 앞서 행하여진 직위해제처분은 그 목적을 달리한 각 별개의 독립된 처분이라 할 것이므로 본건 직권면직처분이 직위해제처분을 사유로 하였다 하더라도 일사부재리원칙에 위배되지 않는다(대판 1983.10.25. 83누340).
- ③ (○) 제13조(소청인의 진술권) ① 소청심사위원회가 소청 사건을 심사할 때에는 대통령령등으로 정하는 바에 따라 소청인 또는 제76조제1항 후단에 따른 대리인에게 진술 기회를 주어야 한다. ② 제1항에 따른 진술 기회를 주지 아니한 결정은 무효로 한다.
- ④ (○) 제15조(결정의 효력) 제14조에 따른 소청심사위원회의 결정은 처분 행정청을 기속(羈束)한다.
- ⑤ (○) 제14조(소청심사위원회의 결정) ⑨ 소청심사위원회의 결정은 그 이유를 구체적으로 밝힌 결정서로 하여야 한다.

답 ①

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

- ① 주민소송을 제기하기 전에 주민감사청구를 거쳐야 한다.
- ② 지방의회의원에게 손해배상청구를 할 것을 요구하는 주민소송은 인정되지 않는다.
- ③ 공금의 부과·징수 업무를 게을리 한 사실의 위법 확인을 요구하는 주민소송은 인정된다.
- ④ 행정처분인 해당 행위의 취소를 요구하는 주민소송은 인정된다.
- ⑤ 주민소송의 대상이 되는 위법한 행위나 해태사실은 감사청구한 사항과 동일할 필요는 없고 관련성이 있으면 된다.

해설

- ① (○) 지방재정운영에 대한 사항에 관하여 주민감사청구를 거쳐 주민소송을 제기할 수 있다.
- ② (×) 해당 지방자치단체의 장 및 직원, 지방의회의원, 해당 행위와 관련이 있는 상대방에게 손해배상청구 또는 부당이득반환청구를 할 것을 요구하는 소송 가능(제22조 제2항 제4호)
- ③ (○) 지방세·사용료·수수료·과태료 등 공금의 부과·징수를 게을리 한 사실의 위법 확인을 요구하는 주민소송 가능(제22조 제2항 제3호)
- ④ (○) 주민소송 대상이 된 행정처분인 해당 행위의 취소 또는 변경을 요구하거나 그 행위의 효력 유무 또는 존재 여부의 확인을 요구하는 소송 가능(제22조 제2항 제2호)
- ⑤ (○) 지방자치법 제22조 제1항에서 정한 주민소송의 대상은 주민감사를 청구한 사항과 반드시 동일할 필요는 없고 관련 있는 것으로 충분 : 주민감사청구가 '지방자치단체와 그 장의 권한에 속하는 사무의 처리'를 대상으로 하는 데 반하여, 주민소송은 '그 감사청구한 사항과 관련이 있는 위법한 행위나 업무를 게을리 한 사실'에 대하여 제기할 수 있는 것이므로, 주민소송의 대상은 주민감사를 청구한 사항과 관련이 있는 것으로 충분하고, 주민감사를 청구한 사항과 반드시 동일할 필요는 없다. 주민감사를 청구한 사항과 관련성이 있는지는 주민감사청구사항의 기초인 사회적 사실관계와 기본적인 점에서 동일한지에 따라 결정되는 것이며 그로부터 파생되거나 후속하여 발생하는 행위나 사실은 주민감사청구사항과 관련이 있다고 보아야 한다(대판 2020.7.29. 2017두63467).

• 지방자치법 제22조(주민소송)

- ① 제21조제1항에 따라 공금의 지출에 관한 사항, 재산의 취득·관리·처분에 관한 사항, 해당 지방자치단체를 당사자로 하는 매매·임차·도급 계약이나 그 밖의 계약의 체결·이행에 관한 사항 또는 지방세·사용료·수수료·과태료 등 공금의 부과·징수를 게을리 한 사항을 감사 청구한 주민은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 그 감사 청구한 사항과 관련이 있는 위법한 행위나 업무를 게을리 한 사실에 대하여 해당 지방자치단체의 장(해당 사항의 사무처리에 관한 권한을 소속 기관의 장에게 위임한 경우에는 그 소속 기관의 장을 말한다. 이하 이 조에서 같다)을 상대방으로 하여 소송을 제기할 수 있다.
 1. 주무부장관이나 시·도지사가 감사 청구를 수리한 날부터 60일(제21조제9항 단서에 따라 감사가 기간이 연장된 경우에는 연장된 기간이 끝난 날을 말한다)이 지나도 감사를 끝내지 아니한 경우
 2. 제21조제9항 및 제10항에 따른 감사 결과 또는 같은 조 제12항에 따른 조치 요구에 불복하는 경우
 3. 제21조제12항에 따른 주무부장관이나 시·도지사의 조치 요구를 지방자치단체의 장이 이행하지 아니한 경우
 4. 제21조제12항에 따른 지방자치단체의 장의 이행 조치에 불복하는 경우
- ② 제1항에 따라 주민이 제기할 수 있는 소송은 다음 각 호와 같다.
 1. 해당 행위를 계속하면 회복하기 어려운 손해를 발생시킬 우려가 있는 경우에는 그 행위의 전부나 일부를 중지할 것을 요구하는 소송
 2. 행정처분인 해당 행위의 취소 또는 변경을 요구하거나 그 행위의 효력 유무 또는 존재 여부의 확인을 요구하는 소송
 3. 게을리한 사실의 위법 확인을 요구하는 소송
 4. 해당 지방자치단체의 장 및 직원, 지방의회의원, 해당 행위와 관련이 있는 상대방에게 손해배상청구 또는 부당이득반환청구를 할 것을 요구하는 소송. 다만, 그 지방자치단체의 직원이 「회계관계직원 등의 책임에 관한 법률」 제4조에 따른 변상책임을 져야 하는 경우에는 변상명령을 할 것을 요구하는 소송을 말한다.

답 ②

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

- ① 행정재산의 사용허가기간은 원칙상 5년 이내로 한다.
- ② 일반재산은 민법 상 시효취득의 대상이 되지 아니한다.
- ③ 행정재산에는 사권을 설정하지 못한다.
- ④ 보존용재산은 법령이나 그 밖의 필요에 따라 국가가 보존하는 재산이다.
- ⑤ 중앙관서의 장은 사용 허가한 행정재산을 국가가 직접 공용으로 사용하기 위하여 필요하게 된 경우에는 사용허가를 철회할 수 있다.

해설

- ① (○) 제35조(사용허가기간) ① 행정재산의 사용허가기간은 5년 이내로 한다. 다만, 제34조제1항제1호의 경우에는 사용료의 총액이 기부를 받은 재산의 가액에 이르는 기간 이내로 한다. ② 제1항의 허가기간이 끝난 재산에 대하여 대통령령으로 정하는 경우를 제외하고는 5년을 초과하지 아니하는 범위에서 종전의 사용허가를 갱신할 수 있다. 다만, 수의의 방법으로 사용허가를 할 수 있는 경우가 아니면 1회만 갱신할 수 있다.
- ② (×) 행정재산(공용·공공용·기업용·보존용 재산)과 일반재산 중 일반재산만 민법 상 시효취득 대상이 된다.
- 제7조(국유재산의 보호) ② 행정재산은 「민법」 제245조에도 불구하고 시효취득(時效取得)의 대상이 되지 아니한다.

③④ (○)

▶ 국유재산법상 국유재산의 종류와 특성

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

- ⑤ (○) 제8조의2(사용 승인 철회 등) ② 중앙관서의 장은 사용허가 한 행정재산을 국가나 지방자치단체가 직접 공용이나 공공용으로 사용하기 위하여 필요하게 된 경우에는 그 허가를 철회할 수 있다.

답 ②