

1 행정법의 법원(法源)에 해당하지 않는 것은?

- ① 대한민국헌법 ② 건축법시행규칙 ③ 서울특별시 성동구 조례
④ 헌법재판소규칙 ⑤ 사실인 관습

해설

- ⑤ (×) 행정법의 법원인 관습법은 행정영역에 있어서 오랜 관행이 반복되어(객관적 요건) 국민일반의 법적 확신을 얻어(주관적 요건) 법적 규범으로 승인받은 것을 의미하며 국민의 법적 확신에 이르지 못한 사실인 관습과는 구별된다.

관련판례 (대판 1983.6.14. 80다3231).

- ① 관습법과 사실인 관습의 차이 : 관습법이란 사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범인 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인·강행되기에 이른 것을 말하고, 사실인 관습은 사회의 관행에 의하여 발생한 사회생활규범인 점에서 관습법과 같으나 사회의 법적 확신이나 인식에 의하여 법적 규범으로서 승인된 정도에 이르지 않은 것을 말하는 바, 관습법은 바로 법원으로서 법령과 같은 효력을 갖는 관습으로서 법령에 저촉되지 않는 한 법칙으로서의 효력이 있는 것이며, 이에 반하여 사실인 관습은 법령으로서의 효력이 없는 단순한 관행으로서 법률행위의 당사자의 의사를 보충함에 그치는 것이다.
- ② 관습법과 사실인 관습의 주장입증책임 : 법령과 같은 효력을 갖는 관습법은 당사자의 주장·입증을 기다림이 없이 법원이 직권으로 이를 확정해야 하고 사실인 관습은 그 존재를 당사자가 주장 입증해야 하나, 관습은 그 존부자체도 명확하지 않을 뿐만 아니라 그 관습이 사회의 법적 확신이나 법적 인식에 의하여 법적 규범으로까지 승인되었는지의 여부를 가리기는 더욱 어려운 일이므로, 법원이 이를 알 수 없는 경우 결국은 당사자가 이를 주장·입증할 필요가 있다.
- ③ 사실인 관습의 효력범위 : 사적 자치가 인정되는 분야 즉 그 분야의 제정법이 주로 임의규정일 경우에는 법률행위의 해석기준으로서 또는 의사를 보충하는 기능으로서 이를 재판의 자료로 할 수 있을 것이나 이 이외의 즉 그 분야의 제정법이 주로 강행규정일 경우에는 그 강행규정 자체에 결함이 있거나 강행규정 스스로가 관습에 따르도록 위임한 경우등 이외에는 법적 효력을 부여할 수 없다.

- 행정법의 법원

- ㉠ **성문법** : 헌법, 법률, 명령(법규명령 : 대통령령·총리령·부령, 국회규칙, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거위원회규칙), 자치법규(조례·규칙), 헌법에 의하여 체결된 조약, 일반적으로 승인된 국제법규
- ㉡ **불문법** : 관습법, 조리, 헌법재판소 판례(위헌결정)

답 5

2 행정상 신뢰보호원칙의 적용요건에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 공적 견해표명은 묵시적으로 할 수 없다.
- ② 신뢰보호의 대상은 특정 개인에 대한 행정작용에 한정되며, 법률에 대한 신뢰는 신뢰보호의 대상이 되지 않는다.
- ③ 행정청이 공적 견해표명을 한 후, 사정변경이 있는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 행정청이 그 견해표명에 반하는 처분을 하더라도 신뢰보호원칙에 위반된다고 할 수 없다.
- ④ 귀책사유는 유무는 상대방을 기준으로 판단하며 상대방으로부터 신청행위를 위임받은 수임인 등 관계자는 고려하지 않는다.
- ⑤ 단순히 착오로 어떠한 처분을 계속하다가 처분청이 추후 오류를 발견하여 합리적인 방법으로 변경할 경우 신뢰보호원칙에 위배된다.

해설

- ① (○) 행정상의 법률관계에 있어서 행정청의 행위에 대하여 신뢰보호의 원칙이 적용되기 위한 요건의 하나인 행정청의 공적 견해 표명은 명시적으로만이 아니라 묵시적으로도 이루어질 수 있는 것이고, 표명된 견해의 내용이 다소 포괄적일 수도 있는 반면 매우 한정된 범위에 그치는 경우도 있을 것이며, 공적 견해의 표명이 있었는지의 여부를 판단하는데 있어서는 반드시 행정 조직상의 형식적인 권한분장에 구애될 것이 아니라 담당자의 조직상의 지위와 임무, 당해 동을 하게 된 구체적인 경위 및 그에 대한 상대방의 신뢰가능성에 비추어 실질에 의하여 판단 하여야 한다.(대법원 2008. 4. 24., 2007두25060)
- ② (×) 신뢰보호원칙의 요건인 공적견해 표명은 반드시 특정 개인에 대한 것이어야 할 필요는 없다. 따라서 법령 또는 행정계획에 대한 신뢰도 경우에 따라 보호될 수 있다. 다만 판례는 조세법령의 규정내용 및 행정규칙 자체는 과세관청의 공적 견해표명에 해당하지 않는다고 본다(대판 2003.9.5. 2001두403 참조).
- ③ (○) 공적 견해 표명후에 사정변경이 생긴 경우 그러한 공적 견해 표명은 실효되므로 신뢰보호원칙이 적용되지 않는다.
행정청이 상대방에게 장차 어떤 처분을 하겠다고 확약 또는 공적인 의사표명을 하였다고 하더라도, 그 자체에서 상대방으로 하여금 언제까지 처분의 발령을 신청을 하도록 유효기간을 두었는데도 그 기간 내에 상대방의 신청이 없었다거나 확약 또는 공적인 의사표명이 있는 후에 사실적·법률적 상태가 변경되었다면, 그와 같은 확약 또는 공적인 의사표명은 행정청의 별다른 의사표시를 기다리지 않고 실효된다(대판 1996.8.20. 95누10877).
- ④ (×) 신뢰보호원칙 관련 보호가치 있는 신뢰의 판단기준 - 당사자의 귀책사유 유무 판단 기준 : 귀책사유라 함은 행정청의 견해표명의 하자가 상대방 등 관계자의 사실은폐나 기타 사위의 방법에 의한 신청행위 등 부정행위에 기인한 것이거나 그러한 부정행위가 없다고 하더라도 하자가 있음을 알았거나(악의) 중대한 과실(중과실)로 알지 못한 경우 등을 의미한다고 해석함이 상당하고, 귀책사유의 유무는 상대방과 그로부터 신청행위를 위임받은 수임인 등 관계자 모두를 기준으로 판단해야 한다. 따라서, 건축주와 그로부터 건축설계를 위임받은 건축사가 상세계획지침에 의한 건축한계선 제한이 있다는 사실을 간과한 채 건축설계를 하고 이를 토대로 건축물 신축 및 증축허가를 받은 경우, 신축 및 증축허가가 정당하다고 신뢰한 데에 귀책사유가 있다(대판 2002.11.8. 2001두1512).
- ⑤ (×) 행정상 법률관계에 있어서 특정의 사항에 대해 신뢰보호의 원칙상 처분청이 그와 배치되는 조치를 할 수 없다고 할 수 있을 정도의 행정관행이

성립되었다고 하려면 상당한 기간에 걸쳐 그 사항에 대해 동일한 처분을 하였다는 객관적 사실이 존재할 뿐만 아니라, 처분청이 그 사항에 관해 다른 내용의 처분을 할 수 있음을 알면서도 어떤 특별한 사정 때문에 그러한 처분을 하지 않는다는 의사가 있고 이와 같은 의사가 명시적 또는 묵시적으로 표시되어야 한다 할 것이므로, 단순히 착오로 어떠한 처분을 계속한 경우는 이에 해당되지 않는다 할 것이고, 따라서 처분청이 추후 오류를 발견하여 합리적인 방법으로 변경하는 것은 위 원칙에 위배되지 않는다(대판 1993.6.11. 92누14021).

답 ③

3 판례에 따른 때 수리를 요하지 않는 신고에 해당하는 것은?

- ① 다른 법률에 의한 인·허가의제 효과를 수반하는 「건축법」상 건축신고
- ② 「건축법」 제14조 제1항에 따른 건축신고
- ③ 「수산업법」상 어업의 신고
- ④ 「노인장기요양보험법」상 장기요양기관의 폐업신고
- ⑤ 「식품위생법」상 영업양도에 따른 지위승계 신고

해설

- ① [수리를 요하는 신고]
- ② [수리를 요하지 않는 신고]
건축법 제14조 제1항의 건축신고 대상 건축물에 관하여는 원칙적으로 건축 또는 대수선을 하고자 하는 자가 적법한 요건을 갖춘 신고를 하면 행정청의 수리 등 별도의 조치를 기다릴 필요 없이 건축행위를 할 수 있다고 보아야 한다. 그러나 건축법 제14조 제2항에 의한 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고는 행정청이 그 실제적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 '수리를 요하는 신고'로 보아야 한다(대판 2011.1.20. 2010두14954)
- ③ [수리를 요하는 신고] 수산업법 제44조 소정의 어업신고의 법적 성질(=수리를 요하는 신고) 및 어업신고를 수리하면서 공유수면매립구역을 조업구역에서 제외한 것이 위법한 경우, 적법한 신고가 있는 것으로 볼 수 있는지 여부(소극) : 어업의 신고에 관하여 유효기간을 설정하면서 그 기산점을 '수리한 날'로 규정하고, 나아가 필요한 경우에는 그 유효기간을 단축할 수 있도록까지 하고 있는 수산업법 제44조 제2항의 규정 취지 및 어업의 신고를 한 자가 공익상 필요에 의하여 한 행정청의 조치에 위반한 경우에 어업의 신고를 수리한 때에 교부한 어업신고필증을 회수하도록 하고 있는 구 수산업법시행령(1996. 12. 31. 대통령령 제15241호로 개정되기 전의 것) 제33조 제1항의 규정 취지에 비추어 보면, 수산업법 제44조 소정의 어업의 신고는 행정청의 수리에 의하여 비로소 그 효과가 발생하는 이른바 '수리를 요하는 신고'라고 할 것이고, 따라서 설사 관할관청이 어업신고를 수리하면서 공유수면매립구역을 조업구역에서 제외한 것이 위법하다고 하더라도, 그 제외된 구역에 관하여 관할관청의 적법한 수리가 없었던 것이 분명한 이상 그 구역에 관하여는 같은 법 제44조 소정의 적법한 어업신고가 있는 것으로 볼 수 없다.(대판 2000.5.26. 99다37382)
- ④ [수리를 요하는 신고] 장기요양기관의 폐업신고와 노인의료복지시설의 폐지신고는 행정청이 관계 법령이 규정한 요건에 맞는지 심사한 후 수리하는 이른바 '수리를 필요로 하는 신고'에 해당한다. 그러나 행정청이 그 신고를 수리하였다고 하더라도, 신고서 위조 등의 사유가 있어 신고행위 자체가 효력이 없다면, 그 수리행위는 유효한 대상이 없는 것으로서, 수리행위 자체에 중대·명백한 하자가 있는지를 따질 것도 없이 당연히 무효이다(대판 2005.12.23. 2005두3554).
- ⑤ [수리를 요하는 신고] 식품위생법 제25조 제3항에 의한 영업양도에 따른 지위승계신고를 수리하는 허가관청의 행위는 단순히 양도·양수인 사이에 이미 발생한 사법상의 사업양도의 법률효과에 의하여 양수인이 그 영업을 승계하였다는 사실의 신고를 접수하는 행위에 그치는 것이 아니라, 영업허가자의 변경이라는 법률효과를 발생시키는 행위라고 할 것이다.(대판 1995.2.24. 94누9146)

답 ②

4 행정행위의 효력에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 실정법상 공정력을 직접적으로 규정하는 법률은 없다.
- ② 불가쟁력은 행정행위의 상대방이나 이해관계인에 대한 구속력이다.
- ③ 불가변력이란 처분청 스스로도 당해 행정행위에 구속되어 직권으로 취소·변경할 수 없는 것을 말한다.
- ④ 집행력은 의무가 부과되는 행정행위에서 문제된다.
- ⑤ 불가변력이 있는 행정행위일지라도 쟁송기간이 경과하지 않는 한 행정쟁송에 의한 취소가 가능하다.

해설

- ① (×) 행정기본법에 직접적으로 규정하고 있다.
• 제15조(처분의 효력) 처분은 권한이 있는 기관이 취소 또는 철회하거나 기간의 경과 등으로 소멸되기 전까지는 유효한 것으로 통용된다. 다만, 무효인 처분은 처음부터 그 효력이 발생하지 아니한다.
- ② (○) 불가쟁력은 하자 있는 행정행위라도 그에 대한 불복기간 또는 쟁송제기기간 경과나 심급의 경유(쟁송절차 종료)로 인해 행정행위의 상대방 기타 이해관계인이 더 이상 행정행위의 효력을 다툴 수 없게 하는 힘이다.
- ③ (○) 행정행위가 발령된 후에 그 행정행위가 위법하거나 공익에 적합하지 않을 때에는 행정청이 이를 취소·철회할 수 있음이 원칙이다. 그러나 행정행위 중에는 그 성질상 처분 행정청 스스로도 변경(취소·철회)할 수 없는 효력이 생기는 경우 이를 불가변력이라 한다.
- ④ (○) 행정행위의 (자력)집행력은 상대방이 의무를 이행하지 않거나 위반하는 경우 행정청이 자력으로 의무이행을 강제할 수 있는 힘으로서 성질상 상대방에게 의무를 부과하는 행정행위인 하명에만 인정된다.
- ⑤ (○) 불가변력 발생시 반드시 불가쟁력을 가지는 것은 아니다. 불가변력이 발생한 행정행위라도 불가쟁력이 발생하기 전에는 이해관계인은 행정쟁송절차를 통하여 효력을 다툴 수 있다(쟁송취소 가능)

답 ①

5

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

- ① 법령의 위임이 없음에도 법령에 규정된 처분 요건 사항을 부령에서 변경하여 규정한 경우, 이 부령의 규정은 대외적 구속력이 없다.
- ② 행정입법의 부작위는 항고소송으로 다룰 수 없다.
- ③ 재량준칙은 행정의 자기구속법리나 평등원칙 등에 의해 대외적 구속력을 가질 수 있다.
- ④ 「장기요양급여 제공기준 및 급여비용 산정방법 등에 관한 고시」에 대해 외부적 구속효를 인정한다.
- ⑤ 대법원 판결에 의해 명령·규칙이 헌법 또는 법률에 위반된다는 것이 확정된 경우에는 대법원은 지체 없이 그 사유를 법무부장관에게 통보하여야 한다.

해설

- ① (○) 법령에서 행정처분의 요건 중 일부 사항을 부령으로 정할 것을 위임한 데 따라 시행규칙 등 부령에서 이를 정한 경우에 그 부령의 규정은 국민에 대해서도 구속력이 있는 법규명령에 해당한다고 할 것이지만, 법령의 위임이 없음에도 법령에 규정된 처분 요건에 해당하는 사항을 부령에서 변경하여 규정한 경우에는 그 부령의 규정은 행정청 내부의 사무처리기준 등을 정한 것으로서 행정조직 내에서 적용되는 행정명령의 성격을 지닐 뿐 국민에 대한 대외적 구속력은 없다고 보아야 한다(대판 2013.9.12. 2011두10584).
- ② (○) 행정소송은 구체적 사건에 대한 법률상 분쟁을 법에 의하여 해결함으로써 법적 안정을 기하자는 것이므로 **부작위위법확인소송의 대상이 될 수 있는 것은 구체적 권리·의무에 관한 분쟁이어야 하고 추상적인 법령에 관하여 제정의 여부 등은 그 자체로서 국민의 구체적인 권리·의무에 직접적 변동을 초래하는 것이 아니어서 그 소송의 대상이 될 수 없다**(대판 1992.5.8. 91누11261).
- ③ (○) 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 사정만 으로 곧바로 위법하게 되는 것은 아니다. 다만, **재량권 행사의 준칙인 행정규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이루어지게 되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 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(대판 2009.12.24. 2009두7967).
- ④ (○) 법령보충규칙으로서 상위법령과 결합하여 대외적 구속력이 있는 법규명령의 효력을 가짐.
법령의 내용과 형식에 비추어 보더라도 이 사건 「장기요양급여 제공기준 및 급여비용 산정방법 등에 관한 고시」 조항은 노인보험법 제39조 제1항, 제3항 및 노인보험법 시행규칙 제32조가 위임한 바에 따라 그 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 정한 것으로서 당해 법령의 위임한계를 벗어난 것으로 볼 수 없다. 그러므로 이 사건 고시조항은 상위 법령인 노인보험법령의 관계 규정들과 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 가진다고 봄이 상당하다(대판 2013.4.11. 2012두2658).
- ⑤ (×) •행정소송법 제6조(명령·규칙의 위헌판결등 공고) ① 행정소송에 대한 대법원판결에 의하여 명령·규칙이 헌법 또는 법률에 위반된다는 것이 확정된 경우에는 대법원은 지체없이 그 사유를 **행정안전부장관에게 통보**하여야 한다.

답 ⑤

6

행정행위의 하자승계 논의의 전제에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 선행행위와 후행행위가 모두 항고소송의 대상인 행정처분이어야 한다.
- ② 선행행위에는 취소사유인 하자가 존재해야 한다.
- ③ 후행행위는 하자가 없이 적법해야 한다.
- ④ 선행행위에 불가쟁력이 발생해야 한다.
- ⑤ 후행행위에 불가변력이 발생해야 한다.

해설

- ⑤ (×) 후행행위의 불가변력은 하자 승계 논의의 전제가 아니다.

하자의 승계 논의의 전제 조건

선행행위에 관한 요건	당연무효가 아닐 것 (하자가 취소사유일 것)	행정행위가 당연무효인 경우 불가쟁력이 인정되지 않아 후행행위단계에서 선행행위의 하자를 언제나 다룰 수 있고, 선행행위의 하자가 후행행위에 당연히 승계되거나, 당연히 위법(무효)이 되기 때문에 선행행위의 하자가가 취소사유일 경우에만 하자의 승계가 문제된다.
	불가쟁력이 발생했을 것	불가쟁력이 발생하지 않은 경우 선행행위를 다룰 수 있어 하자의 승계를 논할 실익이 없다. 제소기간이 경과하지 않았다면 선행행위를 대상으로 다투면 되기 때문이다.
후행행위는 적법할 것	후행행위에 별도의 위법사유가 있으면 후행행위 자체를 다룰 수 있으므로 후행행위에 별도의 위법사유가 없을 때 논의됨	
공통적 요건	선행행위와 후행행위가 모두 항고소송 대상이 되는 행정처분일 것. 선행행위에 대해 다룰 수 있었음에도 불구하고 불가쟁력이 생겨 후행행위를 상대로 다투는 경우이므로 양 행위 모두 대상적격이 인정되지 않으면 항고소송으로 다룰 실익이 없다.	

답 ⑤

7

강학상 인가에 해당하는 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」상 외국인 등의 토지거래 허가
- ② 공유수면매립면허
- ③ 보세구역의 설영특허
- ④ 법무부장관의 공증 인가
- ⑤ 자동차운전면허대상 상의 등재행위

해설

- ① 외국인 등의 토지거래 허가는 토지거래계약의 법적 효력을 완성시키는 보충행위로서 인가에 해당.
 • 부동산 거래신고 등에 관한 법률 제9조(외국인등의 토지거래 허가) ① 제3조 및 제8조에도 불구하고 외국인들이 취득하려는 토지가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 구역·지역 등에 있으면 토지를 취득하는 계약(이하 "토지취득계약"이라한다)을 체결하기 전에 대통령령으로 정하는 바에 따라 신고관청으로부터 토지취득의 허가를 받아야 한다. 다만, 제11조에 따라 토지거래계약에 관한 허가(허가구역 내 토지거래 허가)를 받은 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② **공유수면매립면허[특허]** : 공유수면매립면허는 설권행위인 특허의 성질을 갖는 것이므로 원칙적으로 행정청의 자유재량에 속하며, 일단 실효된 공유수면매립면허의 효력을 회복시키는 행위도 특단의 사정이 없는 한 새로운 면허부여와 같이 면허관청의 자유재량에 속한다고 할 것이므로 공유수면매립법부칙 4항의 규정에 의하여 위 법시행전에 같은 법 25조 1항의 규정에 의하여 효력이 상실된 매립면허의 효력을 회복시키는 처분도 특단의 사정이 없는 한 면허관청의 자유재량에 속하는 행위라고 봄이 타당하다(대판 1989.9.12. 88누9206).
- ③ **관세법상 보세구역 설명특허[특허]** : 관세법 제78조 소정의 보세구역의 설명특허는 보세구역의 설치, 경영에 관한 권리를 설정하는 이른바 공기업의 특허로서 그 특허의 부여여부는 행정청의 자유재량에 속하며, 특허기간이 만료된 때에 특허는 당연히 실효되는 것이어서 특허기간의 갱신은 실질적으로 권리의 설정과 같으므로 그 갱신여부도 특허관청의 자유재량에 속한다(대판 1989.5.9. 88누4188)
- ④ **법무부장관의 공증인 인가·임명행위[특허]** : 공증사무는 국가 사무로서 공증인 인가·임명행위는 국가가 사인에게 특별한 권한을 수여하는 행위이다. 그런데 위와 같이 공증인법령은 공증인 선정에 관한 구체적인 심사기준이나 절차를 자세하게 규율하지 않은 채 법무부장관에게 맡겨두고 있다. 위와 같은 공증인법령의 내용과 체계, 입법 취지, 공증사무의 성격 등을 종합하면, 법무부장관에게는 각 지방검찰청 관할 구역의 면적, 인구, 공증업무의 수요, 주민들의 접근가능성 등을 고려하여 공증인의 정원을 정하고 임명공증인을 임명하거나 인가공증인을 인가할 수 있는 광범위한 재량이 주어졌다고 보아야 한다.
- ⑤ **자동차운전면허대장 등재[공증, 처분성 부정]** : 자동차운전면허대장상 일정한 사항의 등재행위는 운전면허행정사무집행의 편의와 사실증명의 자료로 삼기 위한 것일 뿐 그 등재행위로 인하여 당해 운전면허 취득자에게 새로이 어떠한 권리가 부여되거나 변동 또는 상실되는 효력이 발생하는 것은 아니므로 이는 행정소송의 대상이 되는 독립한 행정처분으로 볼 수 없다(대판 1991.9.24. 91누1400).

답 ①

8

행정작용에 관한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 행정계획은 사인의 신뢰보호를 위해 일반적으로 계획존속청구권이 인정된다.
- ② 행정사법 작용에는 사적자치의 원칙이 통용되므로 공법적 제한을 받지 않는다.
- ③ 사실행위는 법적 효과의 제거대상이 될 수 없으므로, 권력적인지 비권력적인지를 불문하고 항고소송의 대상인 처분성이 인정되지 않는다.
- ④ 계약직 공무원에 대한 채용계약해지를 함에 있어서는 「행정절차법」에 의하여 그 근거와 이유를 제시할 필요가 없다.
- ⑤ 행정지도는 상대방의 임의적인 협력을 구하는 것이므로, 법률우위의 원칙은 적용되지 않는다.

해설

- ① (×) 계획존속청구권은 계획의 변경·폐지에 대항하여 계획의 존속을 주장하는 권리로서 개인의 신뢰보호가 공익에 대하여 일방적인 우선권을 가지는 경우를 전제로 하기 때문에 일반적인 계획존속청구권은 인정되지 않는다. 다만 예외적으로 ㉠ 법률의 형식에 의한 행정계획은 부진정소급효의 경우 경과규정이나 적응조치를 통해, ㉡ 행정행위의 형식에 의한 행정계획의 경우에는 행정행위의 취소와 철회의 제한의 원칙에 의해 잠정적인 계획보장청구권이 고려될 수 있다고 본다.
- ② (×) 행정사법관계는 공법형식의 계약에서 벗어나 사법형식에 의해 규율되는 법률관계이므로 기본적으로 사법관계이며 사법에 의해 규율된다. 그러나 행정주체가 수행하는 작용의 실질은 공행정이므로 일정한 공법원리가 적용되는 제한이 따른다.
- ③ (×) 대법원은 강학상 권력적 사실행위에 해당하는 단수처분(대판 1979.12.28, 79누218)과 교도소재소자의 이송조치(대판 1992.8.7. 92두30)의 처분성 인정.
- ④ (○) **공법상 계약에는 행정절차법이 적용되지 않음** : 계약직공무원 채용계약해지의 의사표시는 일반공무원에 대한 징계처분과는 달라서 항고소송의 대상이 되는 처분 등의 성격을 가진 것으로 인정되지 아니하고, 일정한 사유가 있을 때에 국가 또는 지방자치단체가 채용계약관계의 한쪽 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시로 취급되는 것으로 이해되므로, 이를 징계해고 등에서와 같이 그 징계사유에 한하여 효력 유무를 판단하여야 하거나, 행정처분과 같이 행정절차법에 의하여 근거와 이유를 제시하여야 하는 것은 아니다(대판 2002.11.26. 2002두5948).
- ⑤ (×) 행정지도는 상대방에 대해 협력적 행위를 요청하는 희망의 표시인 비권력적 사실행위이며, 행정지도에 따를 것인지의 여부는 상대방의 임의적 결정에 달려 있으므로 법적 근거가 필요하지 않다(법률유보 원칙 적용 안 됨). 반면, 행정지도도 법치행정과 무관하지 않으므로, 법률우위의 원칙이 당연히 적용된다. 따라서 행정지도는 법령 및 행정법의 일반원칙 등에 위반되어서는 안 된다.

답 ④

9

확약에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 확약은 일방적 행위라는 점에서 복수당사자의 의사 합의인 공법상 계약과는 구분된다.
- ② 확약은 종국적 규율이 아니라는 점에서 종국적 규율을 하는 사전결정이나 부분허가와 구분된다.
- ③ 어업권면허에 선행하는 우선순위결정은 강학상 확약에 불과하고 행정처분은 아니다.
- ④ 확약 이후에 사실상태 또는 법적 상태가 변경된 경우에도 확약의 구속성이 상실되기 위해서는 행정청의 별도의 의사표시가 있어야 한다.
- ⑤ 확약은 정당한 권한을 가진 행정청에 의해서 그 권한의 범위 내에서만 발해될 수 있다.

해설

- ① (○) 공법상 계약은 쌍방적 행위이지만 확약은 행정청의 일방적 행위인 점에서 다르다.
 ② (○)

구별개념	구별요소	행정법상 확약
교시	자기구속의 의사 없이 사실 또는 법률관계에 관한 정보제공(견해표명)	자기구속 의도
공법상계약	쌍방적 행위	행정청의 일방적 행위
내부결정	행정조직 내의 단순한 행위	국민에 대한 의사표시
사실행위	희망의 표시·권고등 법적 효력 없음	일정한 법적 효력 발생(법적 행위)
예비결정 (사전결정)	행정행위 일부에 대해 확정적 종국적 규율	장래 행위의 전반에 관한 약속(종국적 규율 아님)
부분인허	장기간이 소요되는 시설을 설치와 관련하여 그 단계를 분절하여 그 부분별로 종국적 규율	당해 사안에 관하여 종국적 규율 안함 . 장래에 대한 약속에 그침
가행정행위	행정청이 구체적 사실에 관한 법적 심사를 유보한 상태에서 그 내용을 잠정적으로 확정하는 규율이므로 당해 법률관계를 외부적으로 형성하는 행위 • 유사점 : 행정청이 종국적 규율 전에 그에 관한 잠정적 행위	행정청이 상대방에게 장차 일정 행정행위를 할 것을 약속하는 행위이므로 일정한 법률관계가 형성되지는 않음

- ③ (○) **확약인 어업면허우선순위결정(행정행위성 부인, 처분성 부인)** : 어업권면허에 선행하는 우선순위결정은 행정청이 우선권자로 결정된 자의 신청이 있으면 어업권면허처분을 하겠다는 것을 약속하는 행위로서 **강학상 확약에 불과하고 행정처분은 아니므로, 우선순위결정에 공정력이나 불가쟁력과 같은 효력은 인정되지 아니하며**, 따라서 우선순위결정이 잘못되었다는 이유로 종전의 어업권면허처분이 취소되면 행정청은 종전의 우선순위결정을 무시하고 다시 우선순위를 결정한 다음 새로운 우선순위결정에 기하여 새로운 어업권면허를 할 수 있다(대판 1995.1.20. 94누6529).
 ④ (×) 행정청이 상대방에게 장차 어떤 처분을 하겠다고 **확약 또는 공적인 의사표명을 하였다**고 하더라도, 그 자체에서 상대방으로 하여금 언제까지 처분의 발령을 신청하도록 유효기간을 두었는데도 그 기간 내에 상대방의 신청이 없었다거나 **확약 또는 공적인 의사표명이 있는 후에 사실적·법률적 상태가 변경되었다면, 그와 같은 확약 또는 공적인 의사표명은 행정청의 별다른 의사표시를 기다리지 않고 실효된다**(대판 1996.8.20. 95누10877).
 ⑤ (○) 확약은 본처분을 할 수 있는 권한이 있는 행정청이 권한의 범위 내에서 하여야 한다.

☞ 행정절차법 상 확약 규정(시행일 : 2022.7.12.)

• 제40조의2(확약)

- ① 법령등에서 당사자가 신청할 수 있는 처분을 규정하고 있는 경우 행정청은 당사자의 신청에 따라 장래에 어떤 처분을 하거나 하지 아니할 것을 내용으로 하는 의사표시(이하 “확약”이라 한다)를 할 수 있다.
 ② 확약은 **문서로** 하여야 한다.
 ③ 행정청은 다른 행정청과의 협의 등의 절차를 거쳐야 하는 처분에 대하여 확약을 하려는 경우에는 확약을 하기 전에 그 절차를 거쳐야 한다.
 ④ 행정청은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 확약에 기속되지 아니한다.
 1. 확약을 한 후에 확약의 내용을 이행할 수 없을 정도로 **법령등이나 사정이 변경된 경우**
 2. 확약이 **위법한 경우**
 ⑤ 행정청은 확약이 제4항 각 호의 어느 하나에 해당하여 확약을 이행할 수 없는 경우에는 지체 없이 당사자에게 그 사실을 통지하여야 한다.

답 ④

10

행정절차에 관한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 행정절차에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에도 「행정절차법」이 우선한다.
 ② 행정청은 청문이 필요하다고 인정하는 경우에도 법령등에서 청문을 하도록 규정한 경우가 아니면 청문을 할 수 없다.
 ③ 신청에 대한 거부처분은 사전통지 대상이다.
 ④ 행정청은 신청 내용을 모두 그대로 인정하는 처분을 하는 경우 처분의 근거와 이유를 제시하지 않아도 된다.
 ⑤ 「행정절차법」에는 행정지도에 관한 규정을 두고 있지 않다.

해설

- ① (×) **제3조(적용 범위)** ① 처분, 신고, 행정상 입법예고, 행정예고 및 행정지도의 절차(이하 “행정절차”라 한다)에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다.
 ② (×) **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 제21조 제1항 제6호에 따른 **의견제출기한 내에 당사자등의 신청이 있는 경우**
 가. 인허가 등의 취소 나. 신분·자격의 박탈 다. 법인이나 조합 등의 설립허가의 취소

* 2022.7.12.부터는 인·허가 취소, 신분·자격 박탈, 법인·조합 설립허가 취소시 당사자등의 신청이 없어도 청문을 하도록 법률이 개정됨.

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 처분을 하는 경우
 가. 인허가 등의 취소 나. 신분·자격의 박탈 다. 법인이나 조합 등의 설립허가의 취소

- ③ (×) 신청에 따른 처분이 이루어지지 아니한 경우에는 아직 당사자에게 권익이 부과되지 아니하였으므로 **특별한 사정이 없는 한 신청에 대한 거부처분**이라고

하더라도 직접 당사자의 권익을 제한하는 것은 아니어서 신청에 대한 거부처분을 여기에서 말하는 '당사자의 권익을 제한하는 처분'에 해당한다고 할 수 없는 것이어서 처분의 사전통지대상이 된다고 할 수 없다(대판 2003.11.28. 2003두674).

④ (○)

• 행정절차법 제23조(처분의 이유 제시)

- ① 행정청은 처분을 할 때에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시해야 한다.
 1. 신청 내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우
 2. 단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우
 3. 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우
- ② 행정청은 제1항 제2호 및 제3호의 경우에 처분 후 당사자가 요청하는 경우에는 그 근거와 이유를 제시해야 한다.

⑤ (×) 「행정절차법」에 행정지도에 관한 규정이 있다.

답 ④

11 개인정보보호법상 정보주체가 자신의 개인정보 처리와 관련하여 가지는 권리가 아닌 것은?

- ① 개인정보의 처리에 관한 정보를 제공받을 권리
- ② 개인정보의 처리 정지를 요구할 권리
- ③ 개인정보의 처리 여부를 확인하고 개인정보에 대하여 사본의 발급을 요구할 권리
- ④ 개인정보의 처리에 관한 동의 여부, 동의 범위 등을 결정할 권리
- ⑤ 개인정보처리자의 가명정보 처리에 동의할 권리

해설

⑤ (×) • 개인정보보호법 제28조의2(가명정보의 처리 등) ① 개인정보처리자는 통계작성, 과학적 연구, 공익적 기록보존 등을 위하여 정보주체의 동의 없이 가명정보를 처리할 수 있다.

• 개인정보보호법 제4조(정보주체의 권리) 정보주체는 자신의 개인정보 처리와 관련하여 다음 각 호의 권리를 가진다.

1. 개인정보의 처리에 관한 정보를 제공받을 권리
2. 개인정보의 처리에 관한 동의 여부, 동의 범위 등을 선택하고 결정할 권리
3. 개인정보의 처리 여부를 확인하고 개인정보에 대하여 열람(사본의 발급을 포함한다. 이하 같다)을 요구할 권리
4. 개인정보의 처리 정지, 정정·삭제 및 파기를 요구할 권리
5. 개인정보의 처리로 인하여 발생한 피해를 신속하고 공정한 절차에 따라 구제받을 권리

답 ⑤

12 행정대집행에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ㉠ 대집행영장에 의한 통지는 취소소송의 대상이 된다.
- ㉡ 「행정대집행법」에서는 대집행에 대해 행정심판을 제기할 수 있음을 규정하고 있다.
- ㉢ 계고처분의 후속절차인 대집행에 위법이 있다고 하더라도, 그와 같은 후속절차에 위법성이 있다는 점을 들어 선행절차인 계고처분이 부적법하다는 사유로 삼을 수는 없다.
- ㉣ 대집행은 대집행의 대상이 되는 의무를 명하는 처분청이 그 주체가 되며 타인에게 위탁할 수 없다.

① ㉠

② ㉡, ㉣

③ ㉠, ㉡, ㉣

④ ㉡, ㉢, ㉣

⑤ ㉠, ㉡, ㉢, ㉣

해설

㉠ (○) 대집행영장에 의한 통지는 준법률행위적 행정행위로서의 의사(처분성 인정)이므로 각각의 처분에 대한 행정소송 가능.

㉡ (○) 행정대집행법 제7조(행정심판) 대집행에 대하여는 행정심판을 제기할 수 있다.

㉢ (○) 후속절차의 위법성은 선행절차가 부적법하다는 사유로 삼을 수는 없다. 하자의 승계문제란 후행행위에 하자가 없음에도 불구하고 선행행위의 하자를 이유로 후행행위를 다룰 수 있는가의 문제를 말한다. 선행처분의 하자를 후행처분에 승계하는 것이지 후속절차의 하자를 선행절차가 승계하는 문제가 아니다.

• 계고처분의 후속절차인 대집행에 위법이 있다고 하더라도, 그와 같은 후속절차에 위법성이 있다는 점을 들어 선행절차인 계고처분이 부적법하다는 사유로 삼을 수는 없다(대판 1997.2.14. 96누15428).

㉣ (×) 대집행을 할 수 있는 자는 '당해 행정청'은 당초에 의무를 명하는 행정행위를 한 행정청(처분청, 하명청)이다. 그러나 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.

답 ③

13 공공기관의 정보공개에 관한 법령상 정보공개에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 공개청구의 대상이 되는 정보는 공공기관이 보유·관리하고 있는 정보에 한정된다.
- ② 일정한 요건을 갖춘 외국인은 정보공개 청구를 할 수 있다.
- ③ 정보공개 청구권자의 권리구제 가능성이 없는 경우에는 비공개 대상 정보에 해당하지 않는 정보라도 공개하지 않을 수 있다.
- ④ 정보공개청구에 대한 공공기관의 비공개결정에 대한 불복절차로 이의신청, 행정심판, 행정소송이 있다.
- ⑤ 법인이 거래하는 금융기관의 계좌번호에 관한 정보는 법인의 영업상 비밀에 관한 사항으로서 비공개 대상 정보에 해당한다.

해설

- ① (○) 정보공개제도는 공공기관이 보유·관리하는 정보를 그 상태로 공개하는 제도로서 공개를 구하는 정보를 공공기관이 보유·관리하고 있을 상당한 개연성이 있다는 점에 대하여 원칙적으로 공개청구자에게 증명책임이 있다고 할 것이지만, 공개를 구하는 정보를 공공기관이 한 때 보유·관리하였으나 후에 그 정보가 담긴 문서등이 폐기되어 존재하지 않게 된 것이라면 그 정보를 더 이상 보유·관리하고 있지 아니하다는 점에 대한 증명책임은 공공기관에게 있다(대판 2004.12.9. 2003두12707)
- ② (○)
 - 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제5조(정보공개청구권자) ② 외국인의 정보공개 청구에 관하여는 대통령령으로 정한다.
 - 공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령 3조(외국인의 정보공개 청구) 법 제5조제2항에 따라 정보공개를 청구할 수 있는 외국인은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자로 한다.
 1. 국내에 일정한 주소를 두고 거주하거나 학술·연구를 위하여 일시적으로 체류하는 사람
 2. 국내에 사무소를 두고 있는 법인 또는 단체
- ③ (×) 정보공개 청구권자의 권리구제 가능성 등이 정보의 공개 여부 결정에 영향을 미치지 않음 : 공공기관의 정보공개에 관한 법률은 국민의 알권리를 보장하고 국정에 대한 국민의 참여와 국정 운영의 투명성을 확보함을 목적으로 하고(제1조), 공공기관이 보유·관리하는 정보는 국민의 알권리 보장 등을 위하여 적극적으로 공개하여야 한다는 정보공개 원칙을 선언하고 있으며(제3조), 모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다고 하면서(제5조 제1항) 비공개대상정보에 해당하지 않는 한 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개 대상이 된다고 규정하고 있을 뿐(제9조 제1항) 정보공개 청구권자가 공개를 청구하는 정보와 어떤 관련성을 가질 것을 요구하거나 정보공개청구의 목적에 특별한 제한을 두고 있지 아니하므로 정보공개 청구권자의 권리구제 가능성 등은 정보의 공개 여부 결정에 아무런 영향을 미치지 못한다(대판 2017.9.7. 2017두44558).
- ④ (○)

㉠ 비공개결정 or 부분공개 결정 → 이의신청 → 행정심판 → 행정소송

㉡ 공개청구 후 20일 경과하도록 정보공개결정 없음 → 이의신청 → 행정심판 → 행정소송
- ⑤ (○) 정보공개법 제9조 제1항 제7호의 입법 취지와 내용에 비추어 볼 때, 법인등의 상호, 단체명, 영업소명, 사업자등록번호 등에 관한 정보는 법인등의 영업상 비밀에 관한 사항으로서 공개될 경우 법인등의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보에 해당하지 아니하지만, 법인등이 거래하는 금융기관의 계좌번호에 관한 정보는 법인등의 영업상 비밀에 관한 사항으로서 법인등의 이름과 결합하여 공개될 경우 당해 법인등의 영업상 지위가 위협받을 우려가 있다고 할 것이므로 위 정보는 법인등의 영업상 비밀에 관한 사항으로서 공개될 경우 법인 등의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보에 해당한다(대판 2004.8.20. 2003두8302).

답 ③

14 과징금에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 행정법규 위반에 대해 벌금 이외에 과징금을 부과하는 것은 이중처벌금지의 원칙에 반하지 않는다.
- ② 제재적 행정처분으로서의 과징금은 현실적인 행위자가 아닌 법령상 책임자에게 부과할 수 있다.
- ③ 제재적 행정처분으로서의 과징금은 원칙적으로 위반자의 고의 또는 과실을 요한다.
- ④ 과징금은 국가의 형벌권을 실행하는 과벌이 아니다.
- ⑤ 법령으로 정한 '과징금을 부과하는 위반행위와 과징금의 금액'에 열거되지 않은 위반행위에 대해 사업정지처분을 갈음하여 과징금을 부과할 수 없다.

해설

- ①④ (○) (구)독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제24조의2에 의한 부당내부거래에 대한 과징금은 그 취지와 기능, 부과 주체와 절차 등을 종합할 때 부당내부거래 억지라는 행정목적 실현하기 위하여 그 위반행위에 대하여 제재를 가하는 행정상의 제재금으로서의 기본적 성격에 부당이득환수적 요소도 부가되어 있는 것이라 할 것이고, 이를 두고 헌법 제13조 제1항에서 금지하는 국가형 벌권 행사로서의 '처벌'에 해당한다고 할 수 없으므로, 공정거래법에서 형사처벌과 아울러 과징금의 병과를 예정하고 있더라도 이중처벌금지원칙에 위반된다고 볼 수 없으며, 이 과징금부과처분에 대하여 공정력과 집행력을 인정한다고 하여 이를 확정판결 전의 형벌집행과 같은 것으로 보아 무죄추정의 원칙에 위반된다고도 할 수 없다(헌법재판소 2003.7.24. 2001헌가25).
- ② (○), ③ (×) 구 여객자동차 운수사업법 제88조 제1항의 과징금부과처분(변형된 과징금)은 제재적 행정처분으로서 행정법규 위반이라는 객관적 사실에 착안하여 가하는 제재이므로 반드시 현실적인 행위자가 아니라도 법령상 책임자로 규정된 자에게 부과되고 원칙적으로 위반자의 고의·과실을 요하지 아니하나, 위반자의 의무 해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 이를 부과할 수 없다(대판 2014.10.15. 2013두5005).
- ⑤ (○) 화물자동차 운수사업자가 화물자동차 운수사업법(이하 '화물자동차법'이라 한다) 제19조 제1항 각호에서 정한 사업정지처분사유에 해당하는 위반행위를 한 경우에는 화물자동차법 제19조 제1항에 따라 사업정지처분을 하는 것이 원칙이다. 다만 입법자는 화물자동차 운수사업자에 대하여 사업정지처분을

하는 것이 운송사업의 이용자에게 불편을 주거나 그 밖에 공익을 해칠 우려가 있으면 대통령령으로 정하는 바에 따라 사업정지처분을 갈음하여 과징금을 부과할 수 있도록 허용하고 있다. 이처럼 입법자는 대통령령에 단순히 '과징금의 산정기준'을 구체화하는 임무만을 위임한 것이 아니라, 사업정지처분을 갈음하여 과징금을 부과할 수 있는 '위반행위의 종류'를 구체화하는 임무까지 위임한 것이라고 보아야 한다. 따라서 구 화물자동차 운수사업법 시행령) 제7조 제1항 [별표 2] '과징금을 부과하는 위반행위의 종류와 과징금의 금액'에 열거되지 않은 위반행위의 종류에 대해서 사업정지처분을 갈음하여 과징금을 부과하는 것은 허용되지 않는다고 보아야 한다(대판 2020.5.28. 2017두73693).

답 ③

15 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법령상 손실보상에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에

따름)

- ① 토지수용재결시 대상토지의 평가는 재결에서 정한 수용시기가 아닌 수용재결일을 기준으로 한다.
- ② 관할 토지수용위원회에 잔여지수용청구를 하려는 토지소유자는 사업완료일까지 그 수용 청구를 하여야 한다.
- ③ 이주대책대상자는 사업시행자가 이주대책에 대한 구체적인 계획을 수립하여 공고한 때에 수분양권을 취득한다.
- ④ 공익사업시행지구 밖의 영업손실에 대해서도 일정한 요건 하에 보상을 받을 수 있다.
- ⑤ 재결에서 정한 보상금액이 일부 보상항목은 과소하고 다른 보상항목은 과다할 경우 법원은 보상항목 상호간의 유용을 허용하여 보상금을 결정할 수 있다.

해설

- ① (○) 토지수용법 제46조 제1항, 제2항 제1호, 제3항, 공공용지의취득및손실보상에관한특례법 제4조 제2항 제1호, 제3항, 공공용지의취득및손실보상에관한 특례법시행규칙 제6조 제8항, 보상평가지침(한국감정평가협회 제정) 제7조 제1항의 규정들을 종합하여 보면, 수용대상토지를 평가함에 있어서는 수용재결에서 정한 수용시기가 아니라 수용재결일을 기준으로 하고 당해 수용사업의 계획 또는 시행으로 인한 개발이익은 이를 배제하고 평가하여야 한다(대판 1998.7.10. 98두6067).
- ② (○) 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제74조(잔여지 등의 매수 및 수용 청구) ① 동일한 소유자에게 속하는 일단의 토지의 일부가 협의에 의하여 매수되거나 수용됨으로 인하여 잔여지를 종래의 목적에 사용하는 것이 현저히 곤란할 때에는 해당 토지소유자는 사업시행자에게 잔여지를 매수하여 줄 것을 청구할 수 있으며, 사업인정 이후에는 관할 토지수용위원회에 수용을 청구할 수 있다. 이 경우 수용의 청구는 매수에 관한 협의가 성립되지 아니한 경우에만 할 수 있으며, 사업완료일까지 하여야 한다.
- ③ (×) 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제78조 제1항이 사업시행자에게 이주대책의 수립·실시의무를 부과하고 있다고 하더라도 그 규정 자체만에 의하여 이주자에게 사업시행자가 수립한 이주대책상의 택지분양권이나 아파트 입주권 등을 받을 수 있는 구체적인 권리(수분양권)가 직접 발생하는 것이라고는 볼 수 없고, 사업시행자가 이주대책에 관한 구체적인 계획을 수립하여 이를 해당자에게 통지 내지 공고한 후, 이주자가 수분양권을 취득하기를 희망하여 이주대책에 정한 절차에 따라 사업시행자에게 이주대책대상자 선정신청을 하고 사업시행자가 이를 받아들여 이주대책대상자로 확인·결정하여야만 비로소 구체적인 수분양권이 발생하게 된다(대판 1995.10.12. 94누11279).
- ④ (○)

「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행규칙」 제64조(공익사업시행지구밖의 영업손실에 대한 보상)

① 공익사업시행지구밖에서 제45조에 따른 영업손실의 보상대상이 되는 영업을 하고 있는 자가 공익사업의 시행으로 인하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 영업자의 청구에 의하여 당해 영업을 공익사업시행지구내에 편입되는 것으로 보아 보상하여야 한다.

 1. 배후지의 3분의 2 이상이 상실되어 그 장소에서 영업을 계속할 수 없는 경우
 2. 진출입로의 단절, 그 밖의 부득이한 사유로 인하여 일정한 기간 동안 휴업하는 것이 불가피한 경우

② 제1항에 불구하고 사업시행자는 영업자가 보상을 받은 이후에 그 영업장소에서 영업이익을 보상받은 기간 이내에 동일한 영업을 하는 경우에는 실제 휴업기간에 대한 보상금을 제외한 영업손실에 대한 보상금을 환수하여야 한다.
- ⑤ (○) 하나의 재결에서 피보상자별로 여러 가지의 토지, 물건, 권리 또는 영업(이처럼 손실보상 대상에 해당하는지, 나아가 그 보상금액이 얼마인지를 심리·판단하는 기초 단위를 이하 '보상항목'이라고 한다)의 손실에 관하여 심리·판단이 이루어졌을 때, 피보상자 또는 사업시행자가 반드시 재결 전부에 관하여 불복하여야 하는 것은 아니며, 여러 보상항목들 중 일부에 관해서만 불복하는 경우에는 그 부분에 관해서만 개별적으로 불복의 사유를 주장하여 행정소송을 제기할 수 있다. 이러한 보상금 증감 소송에서 법원의 심판범위는 하나의 재결 내에서 소송당사자가 구체적으로 불복신청을 한 보상항목들로 제한된다. 법원이 구체적인 불복신청이 있는 보상항목들에 관해서 감정을 실시하는 등 심리한 결과, 재결에서 정한 보상금액이 일부 보상항목의 경우 과소하고 다른 보상항목의 경우 과다한 것으로 판명되었다면, 법원은 보상항목 상호 간의 유용을 허용하여 항목별로 과다 부분과 과소 부분을 합산하여 보상금의 합계액을 정당한 보상금으로 결정할 수 있다(대판 2018.5.15. 2017두41221).

답 ③

16 행정심판에 관한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 의무이행심판에서 청구가 이유 있으면 신청에 따른 처분을 하거나 처분을 할 것을 피청구인에게 명하는 재결을 한다.
- ② 심판청구기간을 법상 규정된 기간보다 긴 기간으로 잘못 고지한 경우에도 규정된 행정심판기간 내에 심판청구를 하여야 한다.
- ③ 시·도지사의 처분에 대한 심판청구는 시·도지사 소속으로 두는 행정심판위원회에서 심리·재결한다.
- ④ 심리는 구술심리나 서면심리로 하고, 당사자가 구술심리를 신청한 경우에는 서면심리는 할 수 없다.
- ⑤ 항고소송에서의 처분사유의 추가·변경의 법리는 행정심판에 적용되지 않는다.

해설

이하 행정심판법 규정

- ① (○) 제43조(재결의 구분) ⑤ 위원회는 의무이행심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 지체 없이 신청에 따른 처분을 하거나 처분을 할 것을 피청구인에게 명한다.
- ② (×) 제27조(심판청구의 기간) 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.
- ③ (×) 광역자치단체장(시·도지사)의 처분에 대한 행정심판청구는 국민권익위원회에 두는 중앙행정심판위원회에서 심리·재결
- 제6조(행정심판위원회의 설치) ② 다음 각 호의 행정청의 처분 또는 부작위에 대한 심판청구에 대하여는 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」에 따른 국민권익위원회(이하 “국민권익위원회”라 한다)에 두는 중앙행정심판위원회에서 심리·재결한다. <개정 2012. 2. 17.>
- 제1항에 따른 행정청 외의 국가행정기관의 장 또는 그 소속 행정청
 - 특별시·광역시·특별자치시·도지사·특별자치도지사(특별시·광역시·특별자치시·도 또는 특별자치도의 교육감을 포함한다. 이하 “시·도지사”라 한다) 또는 특별시·광역시·특별자치시·도·특별자치도(이하 “시·도”라 한다)의 의회(의장, 위원회의 위원장, 사무처장 등 의회 소속 모든 행정청을 포함한다)
 - 「지방자치법」에 따른 지방자치단체조합 등 관계 법률에 따라 국가·지방자치단체·공공법인 등이 공동으로 설립한 행정청. 다만, 제3항제3호에 해당하는 행정청은 제외한다.
- ④ (×) 제40조(심리의 방식) ① 행정심판의 심리는 구술심리나 서면심리로 한다. 다만, 당사자가 구술심리를 신청한 경우에는 서면심리만으로 결정할 수 있다고 인정되는 경우 외에는 구술심리를 하여야 한다.
- ⑤ (×) 항고소송에서 행정청이 처분의 근거 사유를 추가하거나 변경하기 위한 요건인 ‘기본적 사실관계의 동일성’ 유무의 판단 방법 및 이러한 법리는 행정심판 단계에서도 적용됨 : 행정처분의 취소를 구하는 항고소송에서 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서만 다른 사유를 추가 또는 변경할 수 있고, 이러한 기본적 사실관계의 동일성 유무는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지에 따라 결정되므로, 추가 또는 변경된 사유가 처분 당시에 이미 존재하고 있었다거나 당사자가 그 사실을 알고 있었다고 하여 당초의 처분사유와 동일성이 있다고 할 수 없다. 그리고 이러한 법리는 행정심판 단계에서도 그대로 적용된다(대판 2014.5.16. 2013두26118)

답 ①

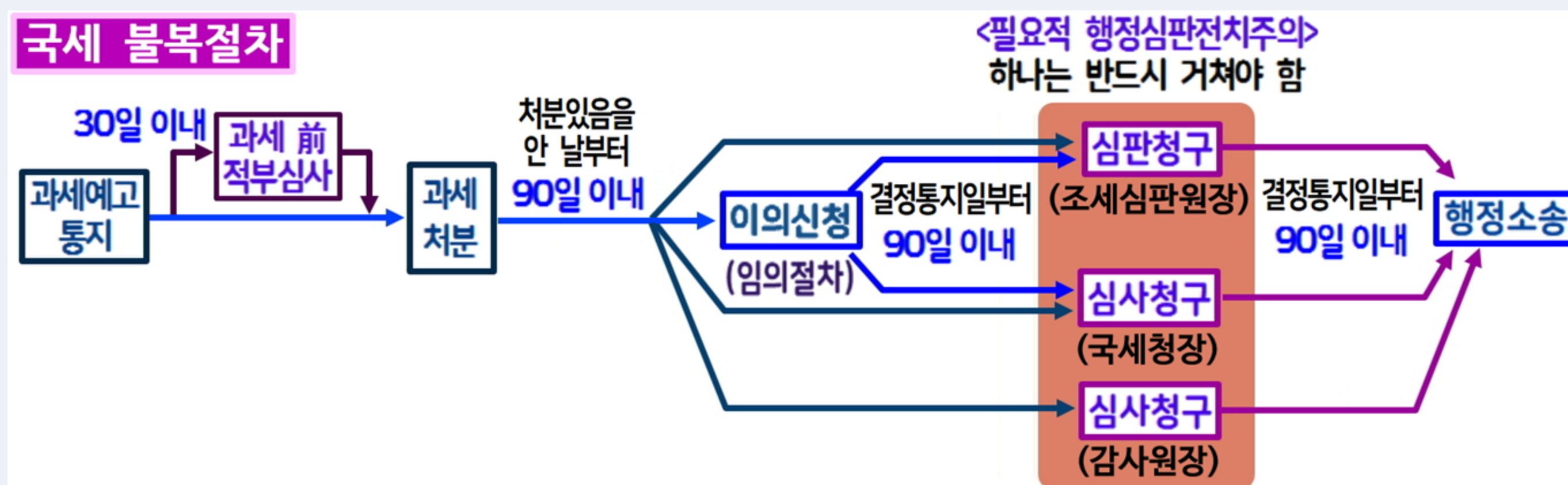
17 행정심판으로 적법하게 청구된 것을 모두 고른 것은?

- ㉠ 국세부과처분에 대해 국세청장에 심사청구
㉡ 국가공무원 면직처분에 대해 징계위원회에 재심사청구
㉢ 지방토지수용위원회의 수용재결에 대해 중앙토지수용위원회에 이의신청
㉣ 지방노동위원회의 구제명령 불이행에 대한 이행강제금부과처분에 대해 중앙노동위원회에 재심신청

- ① ㉠, ㉡ ② ㉠, ㉢ ③ ㉡, ㉣ ④ ㉡, ㉣ ⑤ ㉢, ㉣

해설

- ㉠ (○) 국세부과처분에 대한 불복절차로서 특별행정심판절차로 심판청구(국무총리 소속 조세심판원) 또는 심사청구(국세청 또는 감사원)가 있다.



- ㉡ (×) 면직처분을 받은 공무원은 소청심사위원회에 소청심사(특별행정심판절차)를 청구해야 한다.
- ㉢ (○) 관할 토지수용위원회의 수용재결에 대해 중앙토지수용위원회에 제기하는 이의신청절차는 특별행정심판절차이다.
- ㉣ (×) 근로기준법 상 노동위원회의 구제명령이나 구제명령에 대한 재심판정의 불이행에 대해 노동위원회는 이행강제금을 부과할 수 있고, 그에 대한 불복절차를 규정하고 있지 않으므로 이에 불복할 경우 행정심판이나 행정소송을 제기해야 한다. 지방노동위원회의 구제명령에 대해 사용자는 중앙노동위원회에 재심신청을 할 수 있지만 지방노동위원회의 구제명령 불이행에 따른 이행강제금부과처분에 대해서는 중앙노동위원회에 재심신청을 할 수 없다.

답 ②

18 국가배상에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 공무를 위탁받은 사인의 직무집행행위에 대해서도 국가배상책임이 성립할 수 있다.
- ② 가해행위인 처분에 대해 취소판결이 확정된 경우에는 기판력에 의해 국가배상소송에서도 국가배상책임이 인정된다.
- ③ 생명·신체의 침해로 인한 국가배상을 받을 권리는 압류하지 못한다.
- ④ 피해자나 그 법정대리인이 손해 및 가해자를 알지 못한 경우 국가배상청구권의 소멸시효 기간은 5년이다.
- ⑤ 외국인이 피해자인 경우에는 해당 국가와 상호 보증이 있을 때에만 「국가배상법」이 적용된다.

해설

- ① (○) 국가배상법 제2조 소정의 '공무원'이라 함은 국가공무원법이나 지방공무원법에 의하여 공무원으로서의 신분을 가진 자에 국한하지 않고, 널리 공무를 위탁받아 실질적으로 공무에 종사하고 있는 일체의 자를 가리키는 것으로서, 공무의 위탁이 일시적이고 한정적인 사항에 관한 활동을 위한 것이어도 달리 볼 것은 아니다(대판 2001.1.5. 98다39060).
- ② (×) 가해행위인 처분에 대해 취소판결이 확정된 경우 기판력에 의해 처분의 위법성이 확정될 뿐이므로 국가배상소송에서 국가배상책임이 인정되려면 국가배상법 상 기타 요건인 공무원의 고의·과실, 상당인과관계, 손해의 발생 등도 충족되어야 한다.
 • 어떠한 행정처분이 후에 항고소송에서 취소되었다고 할지라도 그 기판력에 의하여 해당 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없는 것이고, 그 행정처분의 담당공무원이 보통 일반의 공무원을 표준으로 하여 볼 때 객관적 주의의무를 결하여 그 행정처분이 객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 정도에 이른 경우에 국가배상법 제2조 소정의 국가배상책임의 요건을 충족하였다고 봄이 상당하다.(대판 2007.5.10. 2005다31828)
- ③ (○) 국가배상법 제4조(양도 등 금지) 생명·신체의 침해로 인한 국가배상을 받을 권리는 양도하거나 압류하지 못한다.
- ④ (○) • **국가배상청구권의 소멸시효**
 ① 국가배상법 규정 없음. 민법 상 피해자나 법정대리인이 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년(국배법 8조, 민법 766조 1항).
 • **민법 제766조(손해배상청구권의 소멸시효)**
 ① 불법행위로 인한 손해배상의 청구권은 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 이를 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.
 ② 불법행위를 한 날로부터 10년을 경과한 때에도 전항과 같다. → 국가배상청구권에는 적용 안됨
 국가배상청구권 소멸시효기간에 민법 766조 1항 적용은 위헌 아님.
 ② 손해 및 가해자를 모르는 경우 국가재정법 96조 1항에 따라 불법행위 종료일로부터 5년
 • 예산회계법(현 국가재정법) 96조에서 '다른 법률의 규정'이라 함은 다른 법률에 예산회계법 제96조에서 규정한 5년의 소멸시효기간보다 짧은 기간의 소멸시효의 규정이 있는 경우를 가리키는 것이고, 이보다 긴 10년의 소멸시효를 규정한 민법 제766조 제2항은 예산회계법 제96조에서 말하는 '다른 법률의 규정'에 해당하지 아니한다.(대판 2001.4.24. 2000다57856)
 • 국가배상법 2조 1항 본문 전단 규정에 따른 국가에 대한 손해배상청구권은 그 불법행위의 종료일로부터 국가재정법 96조 2항, 1항에 정한 5년의 기 동안 이를 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸하는 것이고, 이 경우 그 소멸시효는 피해자가 손해의 결과발생을 알았거나 예상할 수 있는가 여부에 관계없이 '가해행위로 인한 손해가 현실적인 것으로 되었다고 볼 수 있는 때'로부터 진행하는 것인 바, 이 사건의 경우 불법체포·구금으로 인한 손해가 현실적인 것으로 되었다고 볼 수 있는 불법행위의 종료일은 구속영장의 발부·집행에 의하여 불법상태가 종료된 날이고, 그때부터 국가재정법 96조에 기한 5년의 소멸시효기간도 진행한다(대판 2008.11.27. 2008다60223).
- ⑤ (○) 국가배상법 제7조(외국인에 대한 책임) 이 법은 외국인이 피해자인 경우에는 해당 국가와 상호 보증이 있을 때에만 적용한다.

답 ②

19 공물에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 공공용물은 직접 행정주체 자신의 사용에 제공된 공물을 말한다.
 ② 국가 또는 지방자치단체가 소유권자인 공물을 국유공물이라 한다.
 ③ 공물의 관리주체와 공물의 귀속주체가 다른 공물을 자유공물(自有公物)이라고 한다.
 ④ 경찰전은 동산공물에 해당한다.
 ⑤ 도로, 공원 등은 자연공물에 해당한다.

해설

- ① (×) 공공용물은 직접 일반공중의 사용에 제공된 물건 / 공용물은 행정주체가 직접 자신의 사용에 제공하고 있는 물건
 ② (×) 국가 소유 공물은 국유공물, 지방자치단체 소유 공물은 공유공물
 ③ (×) 공물관리주체와 소유주체가 일치하는 공물은 자유(自有)공물 / 공물관리주체와 소유주체가 다른 공물은 타유(他有)공물
 ⑤ (×) 도로, 공원은 인공공물

☞ **공물의 종류**

목적	공공용물	직접 일반공중의 사용에 제공된 물건 예 도로·광장·교량·지하도, 공원, 공중화장실, 하천·공유수면·영해·해빈·항만·하천, 운하, 제방, 국립도서관 장서	행정재산만 공물이며 일반재산은 공물이 아님
	공용물	행정주체가 직접 자신의 사용에 제공하고 있는 물건 예 관공서의 청사·비품(책상·사무용지 등)·관용차, 교도소·소년원, 등대, 공무원 관사, 국립대학교 기숙사, 훈련소·연병장·병사(兵舍)·전투기·전차, 교도소	
	공적보존물(보존공물)	공적 목적을 위해 물건 자체의 보존이 목적인 물건 예 국보 등 문화재(남대문, 석굴암, 첨성대), 보안림, 천연기념물	
성립과정	인공공물	행정주체가 인공을 가하여 공적 목적에 제공함으로써 비로소 공물이 되는 물건 예 도로, 공원, 정부청사, 교량, 지하도	
	자연공물	자연상태 그대로 공적 목적에 이용될 수 있는 실체를 가진 물건 예 하천, 강, 바다, 海濱(해빈, 바닷가), 호수 등	
사권의 목적여부	사권의 목적이 될 수 없는 물건	대체로 자연공물의 범위와 일치. 예 해면, 기타 공유수면	
	사권의 목적이 될 수 있는 물건	대체로 인공공물의 범위와 일치. 공물이 사권의 목적이 될 수 있는 경우에도 그에 대한 사권의 설정·행사는 공공목적에 필요한 한도 안에서 공법상 제한. 예 도로·하천(소유권, 저당권), 보존공물	
소유권자	국유공물	물건의 소유권이 국가에 있는 공물. 예 국유재산 중 행정재산	
	공유공물	물건의 소유권이 지방자치단체에 있는 공물. 예 지방자치단체의 재산 중 행정재산	
	사유공물	물건의 소유권이 사인에게 있으나 당해 물건이 행정주체에 의하여 공적 목적에 제공된 물건. 예 사인소유의 도로와 문화재	

소유주체와 관리주체	자유(自有)공물	공물관리주체와 소유주체가 일치하는 공물. 국가의 공물 중 국유에 속하는 것
	타유(他有)공물	공물관리주체와 소유주체가 다른 공물. 예 국가가 사인의 건물을 임차하여 관청청사로 사용하는 경우, 私道の 소유권은 개인에게 있으나 관리권은 국가가 가지는 경우
물건의 성격	동산공물	토지 및 그 정착물이 아닌 공물 예 도서관 책, 경찰건, 경찰의 총기, 관용차 등
	부동산공물	토지 및 그 정착물인 공물 예 관공서청사, 국립대학교, 도로 등

답 ④

20 권한의 대리 와 위임에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ㉠ 지방자치단체의 장이 수임한 기관위임사무의 일부를 재위임하고자 하는 경우 위임자의 승인을 얻어 규칙으로 재위임할 수 있다.
- ㉡ 내부위임의 경우 수임관청이 자신의 명의로 행정처분을 하였더라도 항고소송에서의 피고는 위임관청이 된다.
- ㉢ 권한의 위임은 반드시 법적 근거를 요하는 것은 아니다.
- ㉣ 지정대리란 법정사실이 발생하면 법상 당연히 특정한 자에게 대리권이 부여되어 대리관계가 성립하는 것을 말한다.

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

해설

- ㉠ (○) 기관위임사무의 경우 수임자는 위임자의 승인을 얻어 규칙으로만 재위임 가능. 승인없이 이뤄진 재위임은 무권한 행위로서 무효나 취소사유.
- 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제4조(재위임) 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사 또는 특별자치도지사(특별시·광역시·특별자치시·도 또는 특별자치도의 교육감 포함)나 시장·군수 또는 자치구청장은 행정의 능률향상과 주민의 편의를 위하여 필요하다고 인정될 때에는 수임사무의 일부를 그 위임기관의 장의 승인을 받아 규칙으로 정하는 바에 따라 시장·군수·자치구청장(교육장 포함 또는 읍·면·동장, 그 밖의 소속기관의 장에게 다시 위임할 수 있다
 - 관리처분계획의 인가 등에 관한 사무는 국가사무로서 지방자치단체장에게 위임된 이른바 기관위임사무에 해당하므로, 시·도지사가 지방자치단체 조례에 의해 구청장 등에게 재위임할 수는 없고, 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 4조에 의하여 위임기관의 장의 승인을 얻은 후 지방자치단체장이 제정한 규칙이 정하는 바에 따라 재위임하는 것만이 가능하다(대판 전원합의체 1995.8.22. 94누5694).
 - 서울특별시장이 건설부장관으로부터 위임받은 관리처분계획의 인가 등 처분권한을 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 4조에 의해 규칙을 제정해서 구청장에게 재위임하지 않고, 서울특별시행정권한위임조례 5조 1항 [별표]에 의하여 구청장에게 재위임하였다면, 서울특별시행정권한위임조례 중 위 처분권한의 재위임에 관한 부분은 조례제정권의 범위를 벗어난 국가사무(기관위임사무)를 대상으로 한 것이어서 무효이다(대판 1995.8.22. 94누5694).

- ㉡ (×) 처분권한이 내부위임된 경우 항고소송 피고 : 위임청 명의로 처분시 위임청이 피고, 수임청 명의로 처분시 수임청이 피고.
- 행정처분의 취소 또는 무효확인을 구하는 행정소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분을 행한 행정청을 피고로 해야 하며, 행정처분을 행할 적법한 권한 있는 상급행정청으로부터 내부위임을 받은 데 불과한 하급행정청이 권한 없이 행정처분을 한 경우에도 실제로 그 처분을 행한 하급행정청을 피고로 해야 할 것이지 그 처분을 행할 적법한 권한 있는 상급행정청을 피고로 할 것이 아니다(대판 1991.2.22. 90누5641).

• 권한위임·내부위임·대리 와 항고소송 피고

처분권자 / 처분방식		피고
권한 위임·위탁		수임·수탁기관
내부위임 (위임전결)	위임기관 명의로 처분시	위임기관
	수임기관이 자기 명의로 처분시	수임기관
대리	대리관계를 밝히고 처분시	피대리기관
	대리관계를 밝히지 않고 대리기관 자신 명의로 처분시	대리기관

- ㉢ (×) 권한의 위임은 법령으로 규정된 권한의 법적 귀속을 변경하는 것으로 법률이 허용하는 경우에만 인정된다. 반드시 법적 근거가 필요하므로 법률의 근거 없는 권한 위임은 무효이며, 그에 기한 수임관청의 행위는 무권한의 행위로서 무효이다.

• 권한위임과 내부위임

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

- ㉣ (×) 협의의 법정대리에 대한 설명이다. 지정대리는 법정사실 발생시 일정한 자가 대리자를 지정함으로써 대리관계가 발생한다.

임의대리 (수권대리·위임대리)	피대리청의 일방적 수권에 의해 대리관계가 발생하는 경우. 신뢰관계를 기초하며 상대방의 동의를 요하지 않으며 수권의 뜻을 일반에게 공시할 필요도 없음. 보통 대리라 하면 임의대리를 의미함.
법정대리	법정사실이 발생하였을 때 직접 법령의 규정에 의하여 대리관계가 발생하는 경우
	협의의 법정대리 법령규정에 대리자가 직접 정해져 있어 법정사실 발생시 법률상 당연히 대리관계 성립. 대리자에 대한 별도의 지정이 없음
	지정대리 법정사실 발생시 일정한 자가 대리자를 지정함으로써 대리관계 발생. 지정은 대리명령서에 의함.

• 정부조직법 제22조(국무총리의 직무대행) 국무총리가 사고로 직무를 수행할 수 없는 경우에는 기획재정부장관이 겸임하는 부총리, 교육부장관이 겸임하는 부총리의 순으로 직무를 대행하고, 국무총리와 부총리가 모두 사고로 직무를 수행할 수 없는 경우에는 대통령의 지명이 있으면 그 지명을 받은 국무위원이, 지명이 없는 경우에는 제26조제1항에 규정된 순서에 따른 국무위원이 그 직무를 대행한다

협의를 법정대리

지정대리

답 ①

21 행정조직에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 훈령이란 상급관청이 하급관청의 권한행사를 지휘하기 위해 발하는 명령이다.
- ② 공무원이 대외적 구속력이 없는 훈령에 위반한 경우에도 위법은 아니며 징계책임이 부과될 수 있을 뿐이다.
- ③ 상급관청은 직권에 의해 하급관청의 위법·부당한 행위의 취소를 명할 수 있다.
- ④ 징계위원회 같은 의결기관으로서의 위원회는 의결권은 물론이고 정해진 의사를 대외적으로 표시할 권한을 갖는다.
- ⑤ 주관쟁의결정권이란 하급관청 사이에 권한의 분쟁이 있는 경우, 상급관청이 그 분쟁을 해결하고 결정하는 권한을 말한다.

해설

- ② (○) 훈령은 법규성이 없는 행정규칙의 일종이기 때문에 하급관청이 훈령에 위반하더라도 위법이 되지 않고 행위의 효력도 유효하다. 단 훈령에 위반한 공무원은 징계사유가 될 뿐이다.
- ④ (×) 징계위원회 같은 의결기관으로서의 위원회는 국가의 의사를 결정할 권한을 가지고 있으나 이를 대외적으로 표시할 수 있는 권한을 가지지 못한 합의제 행정기관이다.

행정청 (행정관청)	행정주체의 <u>의사를 결정하고(의결권) 이를 대외적으로 표시할 수 있는 권한(표시권)</u> 을 가진 행정기관. 보통 행정주체가 국가이면 행정관청, 지방자치단체일 경우 협의의 행정청이라 함. 실정법상 용어로는 행정기관의 장(속칭 기관장)으로도 표현. ① 독립제 행정청 : 대통령, 국무총리, 부·처·청의 장, 外局의 장(경찰서장·세무서장·소방본부장), 지방자치단체장, 권한 위임을 받은 행정기관 ② 합의제 행정청 : 공정거래위원회, 선거관리위원회, 행정심판위원회, 토지수용위원회, 국가배상심의위원회, 노동위원회, 감사원, 소청심사위원회, 금융위원회 * 대외적 표시권이 없이 심리권이나 의결권만 갖는 위원회는 행정청이 아님
의결기관	국가의 <u>의사를 결정할 권한을 가지고 있으나</u> 이를 <u>대외적으로 표시할 수 있는 권한을 가지지 못한 합의제 행정기관</u> 의사기관은 의결기관의 의결에 구속된다는 점에서, 구속력이 없는 자문기관과 다르다. 예) 공무원징계위원회, 국가경찰위원회, 국가보훈처 산하 보훈심사위원회(대판 1989.1.24. 88누3314)

- ⑤ (○) 주관쟁의결정권(권한쟁의결정권) : 상급관청이 그 소속 하급관청 간에 주관권한에 대하여 다툼이 있는 경우에 이를 결정할 수 있는 감독권. 쌍방의 공통되는 상급관청이 없는 경우에는 각각의 상급관청 간의 협의에 의하여 결정하고, 협이가 이루어지지 않을 때에는 최종적으로 행정각부 간의 주관쟁의가 되고 국무회의의 심의를 거쳐 대통령이 결정한다(헌법 89조 10호). 행정관청간 권한쟁의는 법원에 제소할 성질이 아님. 헌법재판소의 권한쟁의는 국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의심판만을 대상으로 하므로(헌법재판소법 62조 1항) 행정관청 상호간의 주관쟁의는 헌법재판소의 심판대상이 아니다.

답 ④

22 경찰책임에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 행위능력이 없는 자도 경찰책임자가 될 수 있다.
- ② 경찰책임자에 대한 경찰권의 발동이 어려운 경우에는 예외적으로 경찰책임이 없는 자에게도 경찰권이 발동될 수 있다.
- ③ 물건에 대한 권원의 유무와 관계없이 물건을 현실적으로 지배하고 있는 자에게도 상태책임이 인정된다.
- ④ 행위책임의 행위에는 부작위를 포함한다.
- ⑤ 타인을 감독하는 자가 타인의 행위에 대하여지는 경찰책임은 자기책임이 아니라 타인의 책임을 대신하여 지는 것이다.

해설

- ① (○) 경찰책임이란 공공의 안녕과 질서에 대한 객관적인 위험상황의 존재라는 사실을 중심으로 하여, 이러한 사회적 장애의 방지에 대한 책임을 부담하는 것이다. 경찰책임은 자신의 생활범위(지배권) 안에서 경찰상 위험이 발생하였다고 하는 객관적·외형적 상태에 의하여서만 판단한다.(형사책임과 달리 주관적 요건은 필요 없음). 국적, 자연인·법인 여부, 고의·과실, 위법성 유무, 위험에 대한 인식여부, 행위자의 행위능력·불법행위능력·형사책임능력, 정당한 권한의 유무 등은 문제되지 않는다.
- ② (○) 경찰권은 원칙적으로 경찰위반의 상태를 야기한 자, 즉 공공의 안녕과 질서에 대한 위험에 대하여 행위책임 또는 상태책임이 있는 자(경찰책임자)에게만 발동될 수 있다(경찰책임의 원칙). 단, 예외적으로 경찰 긴급사태시 비책임자에 대하여도 경찰책임이 인정되는 경우가 있다(경찰긴급권). 경찰비책임자에 대한 경찰권의 발동은 경찰상의 위해방지나 장애제거를 위해 당해 위해나 장애발생에 관계없는 제3자에 대한 예외적인 경찰권 발동으로서 경찰상의 긴급상태라고도 한다. 예) 소방서장의 화재현장에 있는 자에 대한 소화활동중사명령(소방기본법 24조), 구조본부의 장 및 소방관서의 장의 수난구호를 위한 중사명령(수난구호법 29조1항)

③ (○)•경찰책임 중 상태책임

의의	물건이나 동물의 소유자, 점유자 또는 사실상의 지배권을 행사하는 사람이 당해 물건의 상태나 동물의 행위로부터 야기된 경찰상의 위해에 대해서 지는 책임이다. 상태책임은 물건의 소유자나 점유자 등의 주관적인 책임과는 관계없이 물건의 성격이나 상황에 따라서 발생하는 위해에 관련되는 것이다. <u>예</u> 도로교통법상 교통장애물의 제거의무, 도로 위에 불법주차된 자동차로 인해 발생한 교통장애에 대한 자동차 소유자의 책임, 도심지에 광견을 방치한 자에게 경찰책임을 묻는 경우, 붕괴위험이 있는 축대의 소유자,
상태책임의 주체와 귀속 (사실상 지배권자)	① 1차적 책임 : 물건·동물에 대한 사실상의 지배권자. 지배권 권원(權原)의 정당성·적법성은 묻지 않음 ② 2차적 책임 : 소유권자·임차인 등 기타 정당한 권리자 ㉠ 정당한 재산권의 행사인 경우, 제3자에 의한 위해 야기(예) 도난이나 국가 등에 의한 압류의 경우 등), 자연재해, 불가항력 등에 대해서는 소유권자가 책임을 지지 않을 수 있다. <u>예</u> 물건이 도난된 경우 사실상 지배력을 미치고 있는 자가 소유자의 의사와 관계없이 지배력을 행사하고 있는 경우 소유권자는 상태책임을 지지 않음. ㉡ 소유권자가 소유권을 타인에게 양도하거나 포기한 때에는 지금까지의 상태책임에서 배제된다. ㉢ 소유권 포기시 원칙적으로 상태책임에서 배제되지만 소유권의 포기 당시 경찰상 위해가 이미 발생하고 있었던 때에는 원소유권자의 경찰책임은 면제되지 않음. <u>예</u> 자동차사고를 낸 운전자가 당해 자동차로 인해 발생한 교통장애에 대해 자동차 소유권을 포기했다 해서 상태책임이 배제되지 않음

- ④ (○) 경찰책임 중 자기의 행위 또는 자기의 보호·감독 하에 있는 자의 행위로 인해 경찰위해가 발생한 경우에 있어서 자연인이나 법인이 지는 책임인 행위책임의 범위는 작위뿐 아니라 관계자에게 위험방지의 법적 의무가 있는 한도 내에서 부작위도 포함된다.
- ⑤ (×) 경찰책임 중 행위책임은 행위자가 자신인지(행위자책임) 그가 지배하는 타인인지(지배자책임 - 자기의 보호·감독 하에 있는 자로 인한 책임)를 불문한다(예 도로에서 유아에게 소변을 보게 한 보호자). 지배자책임이란 형사책임 무능력자나 심신장애나 심신상실의 상태에 있는 사람에 의한 행위에 대한 보호의무나 감독의무를 지는 당사자(친권자, 후견인, 보호자 등)의 책임이나, 고용인이 직무수행과정에서 야기한 위해에 대해서도 그를 감독하고 지시할 수 있는 관계에 있는 사용자의 책임을 말한다. 타인의 행위에 대하여 경찰책임을 인정되는 경우에도 행위자의 경찰책임을 면제되는 것은 아니고 실제의 행위자와 감독자가 동시에 경찰책임을 진다. **지배자책임은 피지배자의 행위에 대해 대신 책임을 지는 대위책임이 아니고, 자기의 지배범위 안에서 경찰위반상태가 발생한 데 대한 자기책임이다.** 따라서 경찰기관은 어느 당사자에 대해 경찰권을 발동할 것인가에 대해 재량권을 행사할 수 있다.

답 ⑤

23 공무원관계에 관한 판례의 태도로 옳은 것은?

- ① 공무원임용 결격사유가 있는 지의 여부는 임용 당시가 아닌 채용후보자 명부에 등록된 때에 시행되던 법률을 기준으로 하여 판단하여야 한다.
- ② 임용 당시 공무원임용 결격사유가 있었다면 비록 국가의 과실에 의하여 임용결격자임을 밝혀내지 못하였다 하더라도 그 임용행위는 당연무효이다.
- ③ 국가가 공무원임용 결격사유가 있는 자에 대해 결격사유가 있음을 알지 못하고 임용하였다가 사후에 결격사유가 있는 자임을 발견하고 임용행위를 취소하는 경우, 그 취소권은 시효의 제한을 받는다.
- ④ 시험승진후보자명부에서의 삭제행위는 행정처분이다.
- ⑤ 직위해제는 징계처분에 해당한다.

해설

- ① (×) **공무원관계설정시점 및 공무원임용결격사유가 있는지 여부의 판단기준** : 국가공무원법에 규정되어 있는 공무원임용결격사유는 공무원으로 임용되기 위한 절대적인 소극적 요건으로서 공무원관계는 국가공무원법 제38조, 공무원임용령 제11조의 규정에 의한 채용후보자 명부에 등록된 때가 아니라 국가의 임용이 있는 때에 설정되는 것이므로 **공무원임용결격사유가 있는지의 여부는 채용후보자 명부에 등록된 때가 아닌 임용당시에 시행되던 법률을 기준으로 하여 판단하여야 한다**(대판 1987.4.14. 86누459).
- ② (○) **국가의 과실에 의한 공무원임용결격자의 임용행위의 효력** : 임용당시 공무원임용결격사유가 있었다면 비록 국가의 과실에 의하여 임용결격자임을 밝혀내지 못하였다 하더라도 그 임용행위는 **당연무효로 보아야 한다**(대판 1987.4.14. 86누459).
- ③ (×) **공무원임용결격자에 대한 임용행위의 취소의 법적 성질 및 신의칙의 적용과 취소권의 시효소멸 여부** : 국가가 공무원임용결격사유가 있는 자에 대하여 결격사유가 있는 것을 알지 못하고 공무원으로 임용하였다가 사후에 결격사유가 있는 자임을 발견하고 공무원 임용행위를 취소하는 것은 당사자에게 원래의 임용행위가 당초부터 당연무효이었음을 통지하여 확인시켜 주는 행위에 지나지 아니하는 것이므로, 그러한 의미에서 **당초의 임용처분을 취소함에 있어서는 신의칙 내지 신뢰의 원칙을 적용할 수 없고 또 그러한 의미의 취소권은 시효로 소멸하는 것도 아니다**(대판 1987.4.14. 86누459).
- ④ (×) **경찰공무원시험승진후보자명부에 등재된 자가 승진임용 전에 감봉 이상의 징계처분을 받은 경우, 임용권자가 당해인을 시험승진후보자명부에서 삭제한 행위는 행정처분이 아님** : 구 경찰공무원법(1996. 8. 8. 법률 제5153호로 개정되기 전의 것) 제11조 제2항, 제13조 제1항, 제2항, 경찰공무원승진임용 규정 제36조 제1항, 제2항에 의하면, 경정 이하 계급에의 승진에 있어서는 승진심사와 함께 승진시험을 병행할 수 있고, 승진시험에 합격한 자는 시험승진후보자명부에 등재하여 그 등재순위에 따라 승진하도록 되어 있으며, 같은 규정 제36조 제3항에 의하면 시험승진후보자명부에 등재된 자가 승진임용되기 전에 감봉 이상의 징계처분을 받은 경우에는 임용권자 또는 임용제청권자가 위 징계처분을 받은 자를 시험승진후보자명부에서 삭제하도록 되어 있는바, 이처럼 시험승진후보자명부에 등재되어 있던 자가 그 명부에서 삭제됨으로써 승진임용의 대상에서 제외되었다 하더라도, 그와 같은 시험승진후보자명부에서의 삭제행위는 명부에 등재된 자에 대한 승진 여부를 결정하기 위한 행정청 내부의 준비과정에 불과하고, 그 자체가 어떠한 권리나 의무를 설정하거나 법률상 이익에 직접적인 변동을 초래하는 별도의 행정처분이 된다고 할 수 없다(대판 1997.11.14. 97누7325).
[비교 판례] 교육공무원법상 승진후보자 명부에 의한 승진심사 방식으로 행해지는 승진임용에서 승진후보자 명부에 포함되어 있던 후보자를 승진임용인사발령에서 제외하는 행위는 불이익처분으로서 항고소송의 대상인 처분에 해당한다고 보아야 한다.(대판 2018.3.27. 2015두47492)
- ⑤ (×) **국가공무원법 제79조(징계의 종류)** 징계는 파면·해임·강등·정직·감봉·견책(譴責)으로 구분한다.

답 ②

24 지방자치법상 주민소송에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 주민소송은 민중소송이며 객관소송이다.
- ② 해당 행위를 계속하면 회복하기 곤란한 손해가 발생할 우려가 있는 경우에 그 행위의 전부나 일부를 중지할 것을 요구하는 소송을 주민소송으로 제기할 수 있다.
- ③ 주민소송을 제기하기 위해서는 그에 앞서 당해 사안에 대해 주민감사청구를 하여야 한다.
- ④ 소송의 계속(繫屬) 중에 소송을 제기한 주민이 사망하면 소송절차는 중단된다.
- ⑤ 주민소송이 진행 중이라도 다른 주민은 같은 사항에 대하여 별도의 소송을 제기할 수 있다.

해설

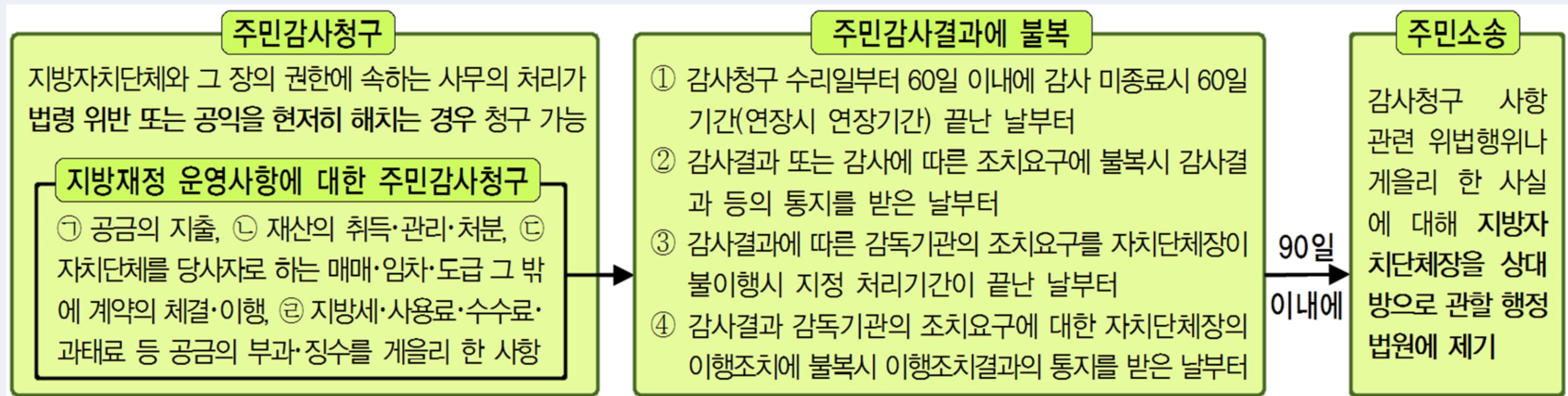
이하 법규정은 지방자치법 규정

① (○)

주관적 소송	개인적 권리·이익(사익)의 구제를 주된 목적으로 하는 소송.	
	항고소송 행정청이 우월한 지위에서 행한 처분의 위법이나 부작위로 인해 권리·이익을 침해받은 자가 그 위법을 다투기 위해 제기하는 소송 당사자소송 행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖의 공법상 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송	취소소송, 무효등확인소송, 부작위위법확인소송 실질적 당사자소송, 형식적 당사자소송
객관적 소송	행정작용의 적법·타당성 확보(공익)를 주된 목적으로 하는 소송.	
	민중소송 행정법규의 적법·타당한 적용을 확보하기 위하여 일반민중에 의해 제기되는 소송 기관소송 국가 또는 공공단체의 기관 상호 간 분쟁을 해결하기 위해 제기되는 소송	공직선거법상 선거무효소송·당선무효소송, 국민투표법상 국민투표무효소송, 지방자치법상 주민소송 지방자치단체장이나 교육감에 제기하는 지방의회 재의결 무효확인소송

② (○) 제22조 제2항 제1호

③ (○) 주민소송 전에 주민감사를 거쳐야 함(제22조 제2항)



④ (○) **소송의 계속(繫屬) 중 소송을 제기한 주민이 사망하거나 주민의 자격을 잃으면 소송절차는 중단된다.** 감사 청구에 연대 서명한 다른 주민은 위 사유가 발생한 사실을 안 날부터 6개월 이내에 소송절차를 수계(受繼)할 수 있다. 이 기간에 수계절차가 이루어지지 아니할 경우 그 소송절차는 종료된다(제22조 제6항·7항).

⑤ (×) **주민소송이 진행 중이면 다른 주민은 같은 사항에 대하여 별도의 소송을 제기할 수 없다**(제22조 제5항)

· 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 게을리한 사항을 **감사 청구한 주민은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 그 감사 청구한 사항과 관련이 있는 위법한 행위나 업무를 게을리한 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 감사기간이 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.
- ⑤ **제2항 각 호의 소송이 진행 중이면 다른 주민은 같은 사항에 대하여 별도의 소송을 제기할 수 없다.**
- ⑥ **소송의 계속(繫屬) 중에 소송을 제기한 주민이 사망하거나 제16조에 따른 주민의 자격을 잃으면 소송절차는 중단된다.** 소송대리인이 있는 경우에도 또한 같다.
- ⑦ 감사 청구에 연대 서명한 다른 주민은 제6항에 따른 사유가 발생한 사실을 안 날부터 6개월 이내에 소송절차를 수계(受繼)할 수 있다. 이 기간에 수계절차가 이루어지지 아니할 경우 그 소송절차는 종료된다.

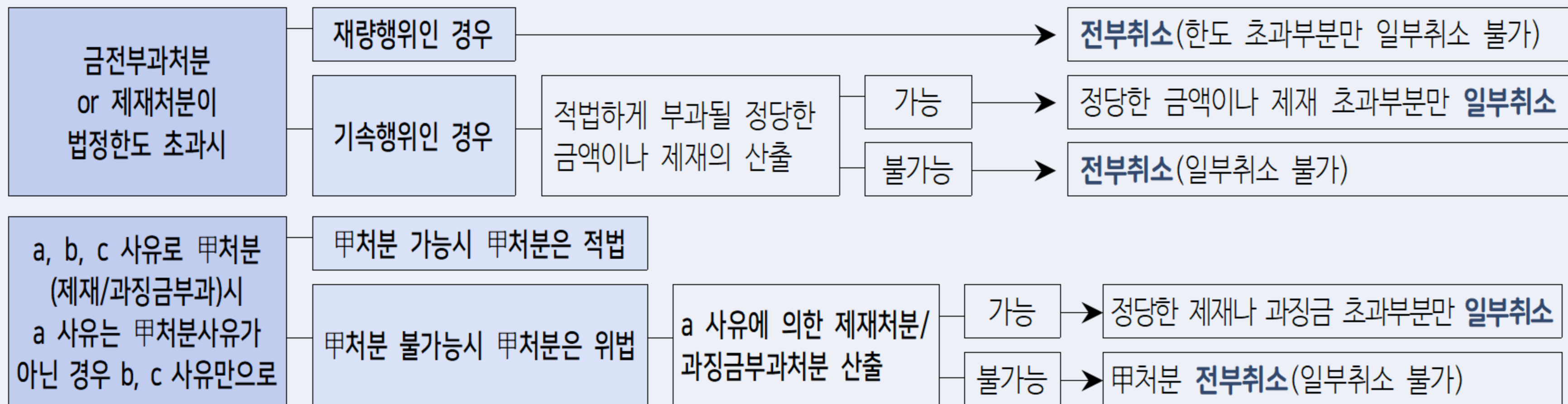
25

행정소송법상 취소소송에 관한 설명으로 옳은 것은?^(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 무효인 처분에 대하여는 무효확인청구소송을 제기하여야 하고 취소소송을 제기할 수는 없다.
- ② 신청에 대한 거부행위는 취소소송의 대상이 될 수 없다.
- ③ 처분등을 할 정당한 권한을 가진 행정청만이 피고적격을 갖는다.
- ④ 처분이 위법한 것으로 인정되는 경우에도 공공복리를 위하여 원고의 청구가 기각될 수 있다.
- ⑤ 과세처분취소소송에서 적법하게 부과된 정당한 세액이 산출되더라도 법원은 정당한 세액을 초과하는 부분만 취소할 수는 없고 전부를 취소하여야 한다.

해설

- ① (×) • 무효인 처분에 대한 항고소송
 ㉠ 무효등확인소송
 ㉡ 무효선언적 의미의 취소소송 → 취소소송 요건 충족시 취소판결
- ② (×) 거부처분은 취소소송 대상이 됨
- ③ (×) 항고소송 대상인 행정처분 등을 외부적으로 그의 명의로 행한 행정청이 피고가 된다. 행정처분을 하게 된 연유가 상급행정청이나 타행정청의 지시나 통보에 의한 것이라 해도 처분을 행한 행정청이 피고가 된다. 실체법상 정당한 권한이 있는지는 본안 판단사항일 뿐 피고적격을 정함에 있어 고려할 사항이 아니다. (예 내부위임의 경우 정당한 권한이 없는 수임청 명의로 처분시 수임청이 피고)
- ④ (○) **행정소송법 제28조(사정판결)** ① 원고의 청구가 이유있다고 인정하는 경우에도 처분등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정하는 때에는 법원은 원고의 청구를 기각할 수 있다. 이 경우 법원은 그 판결의 주문에서 그 처분등이 위법함을 명시해야 한다.
- ⑤ (×) 과세처분취소소송의 처분의 적법 여부는 과세액이 정당한 세액을 초과하느냐의 여부에 따라 판단되는 것으로서 당사자는 사실심 변론종결시까지 객관적인 조세채무액을 뒷받침하는 주장과 자료를 제출할 수 있고 이러한 자료에 의하여 **적법하게 부과된 정당한 세액이 산출되는 때에는 그 정당한 세액을 초과하는 부분만 취소해야 할 것이고 전부를 취소할 것이 아니다.** (대판 2000.6.13. 98두5811)



답 ④