

◆ 2008년 9월 27일 시행 중앙선거관리위원회

9급 행정법총론 실제문제 B책형 ◆

[담당 교수 : 박 재현, 이그잼고시학원]

cafe : daum.net/lawmen, 한글검색 : 박재현의 행정법교실

● 총평 : 출제된 문제의 수준이 전체적으로 평이하았다고 볼 수 있다. 조문의 내용을 묻는 문제가 다소 비중이 높아졌으며, 이론과 판례의 내용을 함께 묻는 혼합형 문제는 계속 증가되는 추세이다. 관련조문과 관련판례의 세밀한 내용을 잘 정리해야 고득점이 가능하다고 볼 수 있다.

[영역별 문항분류]

1. 행정법이론 : 4문제
2. 행정관련조문 : 7문제
3. 행정관련판례 : 6문제
4. 이론과 판례 혼합형 : 3문제

● 난이도

1. 하급[★] : 9문제
2. 중급[★★] : 9문제
3. 상급[★★★] : 2문제
4. 최상급[★★★★] : 0문제

문 1. 甲은 건축허가를 받기 전에 건축하고자 하는 건축물이 허용되는 것인지의 여부를 알기위해 관할구청에 문의한 결과, 허용된다는 사전결정을 받았다. 그 후 甲은 건축허가를 신청하였으나, 관할구청에서는 '주변 환경과의 부조화'라는 이유를 들어 건축허가를 거부하였다. 이 사례에서 甲이 주장할 수 있는 행정법상의 일반원칙은? [난이도 ★]

- ① 신뢰보호의 원칙
- ② 비례의 원칙
- ③ 부당결부금지의 원칙
- ④ 과잉금지의 원칙

[해설] 설문은 행정법의 일반원칙의 유형 중 신뢰보호의 원칙에 위반되는 사례이다.

[정답] ①

문 2. 행정지도에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? [난이도 ★]

- ① 행정지도라 함은 행정기관이 그 소관사무의 범위 안에서 일정한 행정목적을 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 지도·권고·조언 등을 하는 행정

작용을 말한다.

- ② 행정지도는 그 목적달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 행정지도의 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요하여서는 아니 된다.
- ③ 행정기관은 행정지도의 상대방이 행정지도에 따르지 아니한 경우에 경고나 혜택의 폐지 등 불이익한 조치를 취할 수 있다.
- ④ 행정기관이 같은 행정목적을 실현하기 위하여 다수의 상대방에게 행정지도를 하고자 하는 때에는, 특별한 사정이 없는 한 행정지도에 공통적인 내용이 되는 사항을 공표하여야 한다.

[해설]

- ① 옳음. 행정지도의 비권력적 사실행위로서의 성질을 설명한 것이다.
- ② 옳음. 행정지도에 적용되는 비례의 원칙과 임의성의 원칙을 설명한 것이다.(행정절차법 제48조 제1항)
- ③ 틀림. 행정지도에는 불이익조치금지의 원칙이 적용된다.(행정절차법 제48조 제2항)
- ④ 옳음. 행정절차법 제51조의 내용이다.

[정답] ③

문 3. 일반처분으로 볼 수 있는 것은? [난이도 ★]

- ① 운전면허
- ② 주차금지구역의 지정
- ③ 공유수면매립면허
- ④ 건축허가

[해설] ① (개별)하명처분에 해당한다.

- ② 물적 행정행위로서 일반처분에 해당한다.
- ③ 특허처분에 해당한다.
- ④ 허가처분에 해당한다.

[정답] ②

문 4. 공공기관에 대한 정보공개청구가 받아들여지지 않았을 때, 그 구제제도에 대한 설명으로 옳은 것은? [난이도 ★★]

- ① 고등교육법에 의하여 설치된 사립학교기관의 정보는 '공공기관의 정보공개에 관한 법률'의 적용 대상이 아니므로 정보공개청구가 거부되어도 불복할 수 없다.
- ② 대법원 판례에 의하면 국민의 정보공개청구권은 추상적인 권리라 할 것이므로, 공개거부처분을 받은 청구인은 법률상 특별한 규정이 없는 한 행정소송을 통하여 그 공개거부처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다.
- ③ 행정심판을 거치지 않고 바로 행정소송을 제기할 수 있다.

④ 이의신청을 거치지 아니하면 행정심판을 제기할 수 없다.

[해설] ① 틀림.

[관련판례] 대판 2006. 8. 24, 2004두2783 【정보공개거부처분취소】

[1] 정보공개 의무기관을 정하는 것은 입법자의 입법형성권에 속하고, 이에 따라 입법자는 구 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 구 공공기관의 정보공개에 관한 법률의 위임 범위를 벗어났다거나 사립대학교가 국비의 지원을 받는 범위 내에서만 공공기관의 성격을 가진다고 볼 수 없다.

[2] 구 공공기관의 정보공개에 관한 법률의 목적, 규정 내용 및 취지에 비추어 보면 정보공개청구의 목적에 특별한 제한이 없으므로, 오로지 상대방을 괴롭힐 목적으로 정보공개를 구하고 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 정보공개청구가 신의칙에 반하거나 권리남용에 해당한다고 볼 수 없다.

② 틀림.

[관련판례]

국민의 알 권리, 특히 국가정보에의 접근의 권리는 헌법상 표현의 자유와 관련하여 인정되는 것으로서, 국민 누구나 국가보유정보의 공개를 청구할 수 있는 일반적인 정보공개청구권이 포함되어 있다(대판 1999. 9. 21, 97누5114).

③ 옳음. 현행법상 행정심판절차는 임의적 절차이므로 행정심판절차를 거치지 아니하고 행정소송을 제기할 수 있다.(공공기관의 정보공개에 관한 법률 제19조 제1항 및 제20조 제1항, 행정소송법 제18조 참고)

④ 틀림. 이의신청을 거치지 아니하고도 행정심판을 제기할 수 있다.(공공기관의 정보공개에 관한 법률 제19조 제2항)

[정답] ③

문 5. 개인정보보호에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? [난이도 ★★]

① 개인정보자기결정권은 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 수 있는 권리를 말한다.

② 개인정보의 수집과 이용의 주체, 목적, 대상 및 범위 등을 법률로 구체적으로 규정함으로써 그 법률적 근거를 명확히 할 것이 요청된다.

③ 개인정보의 종류와 성격, 정보처리방식과 내용 등에 관계없이 수권 법률의 명확성에 대

한 요구 정도는 동일하다.

④ 개인정보자기결정권 제한의 정당성을 심사할 때에는 공익과 인격권이나 사생활의 자유에 미치는 영향 등을 비교 형량 하여야 한다.

[해설] ③ 틀림. ‘공공기관의 개인정보보호에 관한 법률’ 제4조는 “개인의 기본적 인권을 현저하게 침해할 우려가 있는 개인정보는 정부주체의 동의가 있거나 다른 법률에 명시적 규정이 있는 경우를 제외하고는 수집해서는 안 된다.”라고 규정하여 ‘공공기관의 개인정보보호에 관한 법률’에 의한 개인정보의 공개에는 개인정보의 종류와 성격, 정보처리방식과 내용 등에 따라 수권 법률의 명확성에 대한 요구 정도에 차이가 있음을 전제로 하고 있다.

[정답] ③

문 6. 통치행위에 관한 판례의 내용으로 옳은 것은? [난이도 ★]

① 대통령의 ‘금융실명거래 및 비밀보장에 관한 긴급재정경제명령’은 국가긴급권의 일종으로서 고도의 정치적 결단에 의하여 발동되는 행위이고 그 결단을 존중하여야 할 필요성이 있는 행위라는 의미에서 통치행위이므로 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우라 하더라도 헌법재판소의 심판대상이 되지 아니한다.

② 외국에의 국군의 파견결정은 파견군인의 생명과 신체의 안전뿐만 아니라 국제사회에서의 우리나라의 지위와 역할, 동맹국과의 관계, 국가안보문제 등 궁극적으로 국민 내지 국익에 영향을 미치는 복잡하고도 중요한 문제로서 국내 및 국제정치 관계 등 제반 상황을 고려하여 미래를 예측하고 목표를 설정하는 등 고도의 정치적 결단이 요구되는 사안이다.

③ 남북정상회담의 개최는 고도의 정치적 성격을 지니고 있는 행위라 할 것이므로, 회담의 개최과정에서 구) 재정경제부장관에게 신고하지 아니하거나 통일부장관의 협력사업 승인을 얻지 아니한 채 북한 측에 사업권의 대가 명목으로 송금한 행위 자체는 사법심사의 대상이 되지 아니한다.

④ 대통령의 비상계엄의 선포나 확대 행위는 고도의 정치적 군사적 성격을 지니고 있는 행위라 할 것이므로, 그 계엄선포의 요건구비 여부나 선포의 당·부당을 판단할 권한이 사법부에는 없다고 할 것이고, 비상계엄의 선포나 확대가 국헌문란의 목적을 달성하기 위하여 행하여진 경우라 해도 법원은 그 자체가 범죄행위에 해당하는지의 여부에 관하여 심사할 수 없다.

[해설] ① 틀림. “통치행위도 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우라면 헌법재판소의 심판대상이 된다”는 것이 헌법재판소의 결정이다.(헌재결 1996. 12. 29, 96헌마186)

② 옳음. 헌재결 2004. 4. 29, 2003헌마814 참고

③ 틀림. “남북정상회담의 개최는 고도의 정치적 성격을 지니고 있는 행위이지만, 회담의 개최과정에서 구) 재정경제부장관에게 신고하지 아니하거나 통일부장관의 협력사업 승인을 얻지 아니한 채 북한 측에 사업권의 대가 명목으로 송금한 행위 자체는 사법심사의 대상이 된다.”(대판 2004. 3. 26, 2003도78778).

④ 틀림. “비상계엄의 선포나 확대가 국헌문란의 목적을 달성하기 위하여 행하여진 경우에는 법원은 그 자체가 범죄행위에 해당하는지의 여부에 관하여 심사할 수 있다.”(대판 1997. 4. 17, 96도3376)

[정답] ②

문 7. 행정처분에 관한 판례의 내용으로 옳은 것은? [난이도 ★]

- ① 군의관이 행하는 병역법상 신체등위판정은 행정처분에 해당한다.
- ② 구)정부투자기관관리기본법에 따른 경제기획원장관의 정부투자기관에 대한 예산편성지침 통보는 정부투자기관의 경영합리화와 정부투자자의 효율적 관리를 도모하기 위한 것으로서 그에 대한 감독작용에 해당하므로 행정처분으로 보아야 한다.
- ③ 시장·군수·구청장의 개별토지가격결정은 행정처분에 해당하지 아니한다.
- ④ 상급행정기관의 하급행정기관에 대한 승인·동의·지시 등은 행정기관 상호간의 내부행위로서 국민의 권리 의무에 직접영향을 미치는 것이 아니므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 않는다.

[해설] ① 틀림. 처분성 부정(대판 1993. 8. 27, 93누3356)

② 틀림. 처분성 부정(대판 1993. 9. 14, 93누9163)

③ 틀림. 처분성 인정(대판 1994. 3. 8, 93누10828)

④ 옳음. 처분성 부정

[관련판례]

항고소송의 대상이 되는 행정처분은 행정청의 공법상의 행위로서 특정 사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부과를 명하거나 기타 법률상의 효과를 직접 발생케 하는 등 국민의 구체적인 권리·의무에 직접 관계가 있는 행위를 말하는바, 상급행정기관에 대한 승인·동의·지시 등은 행정기관 상호간의 내부행위로서 국민의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 것이 아니므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 볼 수 없다(대판 1997. 9. 26, 97누8540).

[정답] ④

문 8. 강박상 허가과 예외적 승인을 구분한 내용으로 옳지 않은 것은? [난이도 ★★]

- ① 예외적 승인은 상대적으로 금지된 자유를 회복시켜 주는 것이어서 허가의 경우보다 개인의 법적 지위를 확대시켜 주는 의미가 약하다.
- ② 일반적으로 허가는 기속행위의 성질을 가지는데 반하여, 예외적 승인은 재량행위의 성질을 가진다.
- ③ 허가는 공익침해의 우려가 있어 잠정적으로 금지된 행위를 적법하게 수행하도록 하는 행위인데 반하여, 예외적 승인은 그 자체가 사회적으로 유해하여 법령에 의해 일반적으로 금지된 행위를 예외적으로 적법하게 수행할 수 있도록 하는 것이다.
- ④ 허가는 예방적 금지의 해제, 예외적승인은 억제적 금지의 해제에 관한 것이다.

[해설] ① 틀림. 허가는 실질이 본래(자연적)의 자유의 회복이지만 예외적 승인은 그 실질이 권리의 범위를 확대해 주는 것이다.

[정답] ①

문 9. 행정계획에 관한 설명으로 옳은 것은? [난이도 ★★]

- ① 계획을 수립하는 행정청에게 인정되는 행정계획의 내용이나 수단에 대한 광범한 형성의 자유를 판단여지라고 한다.
- ② 행정계획에 있어서는 전문지식의 도입, 계획 상호간의 조정, 관계인의 이해 조절, 민주적 통제 등 절차적 요소가 중요한 의미를 가지므로 우리 행정절차법에는 '계획확정절차'에 관하여 명문의 규정을 두고 있다.
- ③ 행정계획을 근거지우는 수권규범은 통상적으로 목적-수단 프로그램이 아니라 조건-결과 프로그램으로 이루어져 있다.
- ④ 행정계획의 법적성질에 관하여 여러 가지 견해가 대립하고 있으나, 행정계획은 다양한 형태와 내용을 포함하고 있으므로 그 법적성질을 일률적으로 말하기는 어렵다.

[해설] ① 틀림. 내용은 판단여지가 아니라 계획재량에 대한 설명이다.

② 틀림. 우리나라 현행 행정절차법에는 행정계획에 대한 규정을 두고 있지 않다.

③ 틀림. 행정행위가 조건-결과(효과)의 구조를 취하는 조건프로그램이라면, 행정계획은 목적-수단의 구조를 취하는 목적프로그램으로 설명되고 있다.

④ 옳음. 행정계획의 성질에 대하여는 행정행위설과 입법행위설 및 독자성설 등으로 견해가 대립되어 있다.

[정답] ④

문 10. 부관에 대한 판례의 내용으로 옳지 않은 것은? [난이도 ★★]

- ① 행정행위의 부관 중에서도 부담의 경우에는 그 존속이 본체인 행정행위의 존재를 전제로 하는 것일 뿐이므로 부담 그 자체가 행정쟁송의 대상이 될 수 있다.
- ② 기부채납 받은 행정재산에 대한 사용·수익허가에서 공유재산의 관리청이 정한 사용·수익허가의 기간은 그 허가의 효력을 제한하기 위한 행정행위의 부관으로서 독립하여 행정소송을 제기할 수 있다.
- ③ 어업면허처분을 함에 있어 면허의 유효기간을 1년으로 정한 경우, 그 유효기간만의 취소를 구하는 청구는 허용될 수 없다.
- ④ 행정처분이 발하여진 후 새로운 부담을 부가하거나 이미 부가되어 있는 부담의 범위 또는 내용들을 변경하는 이른바 사후부담은, 법률에 명문의 규정이 있거나 그것이 미리 유보되어 있는 경우 또는 상대방의 동의가 있는 경우에 허용되는 것이 원칙이다.

[해설] ② 틀림. 판례는 행정행위의 부관으로서 사용·수익허가의 기간에 대해서 독립하여 행정소송제기를 부정한다.

[관련판례]

행정행위의 부관은 부담인 경우를 제외하고는 독립하여 행정소송의 대상이 될 수 없는 바, 기부채납 받은 행정재산에 대한 사용·수익허가에서 공유재산의 관리청이 정한 사용·수익허가의 기간은 그 허가의 효력을 제한하기 위한 행정행위의 부관으로서 이러한 사용·수익

허가의 기간에 대해서는 독립하여 행정소송을 제기할 수 없다(대판 2001. 6. 15, 99두509).

[정답] ②

문 11. 통고처분에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? [난이도 ★]

- ① 통고처분은 조세법·관세법·출입국사법·교통사법 등 행정형벌의 예외적인 과벌절차이다.
- ② 행정청이 벌금·과료에 상당하는 금액의 납부를 통고하며 당사자가 법정기간 내에 통고된 내용을 이행한 때에는 처벌절차는 종료된다.
- ③ 통고처분에 따른 범칙금을 납부하지 않은 경우에는 고발 등의 절차를 거쳐 형사소송절차로 이행되는 것이 일반적이다.
- ④ 통고처분은 행정쟁송의 대상이 되는 처분에 해당하므로 행정소송을 제기하여 다툴 수 있다고 보는 것이 판례의 입장이다.

[해설] ④ 틀림. 통고처분은 행정쟁송의 대상이 되는 처분에 해당하지 않는다는 것이 판례의 태도이다.

[관련판례]

통고처분은 상대방의 임의의 승복을 그 발효요건으로 하기 때문에 그 자체만으로는 통고이행을 강제하거나 상대방에게 아무런 권리·의무를 형성하지 않으므로 행정심판이나 행정소송의 대상으로서의 처분성을 부여할 수 없고, 통고처분에 대하여 이의가 있으면 통고내용을 이행하지 않음으로써 고발되어 형사재판절차에서 통고처분의 위법·부당함을 얼마든지 다툴 수 있기 때문에 관세법 제38조 제3항 제2호가 법원에 의한 재판받을 권리를 침해한다든가 적법절차의 원칙에 저촉된다고 볼 수 없다(헌재결 1998. 5. 28, 96헌바4).

[정답] ④

문 12. 행정상 강제징수에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? [난이도 ★]

- ① 행정상 강제징수란 사인이 국가 또는 지방자치단체 등에 대해 부담하고 있는 공법상 금전급부의무를 이행하지 아니한 경우에 행정청이 강제집행에 관한 일반법으로 기능하고 있다.
- ② 국세징수법은 공법상 금전급부의무의 강제집행에 관한 일반법으로 기능하고 있다.
- ③ 행정상 강제징수에 대하여 불복이 있을 때에는 개별법령에 특별규정이 없는 한 국세기본법·행정심판법·행정소송법 등이 정한 바에 따라 행정상 쟁송을 제기할 수 있다.
- ④ 과세관청이 체납처분으로서 행하는 압류재산에 대한 공매는 그 법적 성격을 사법상 매매계약으로 보는 것이 판례의 일관된 입장이다.

[해설] ④ 틀림. 체납처분절차에서의 압류의 성질은 행정소송의 대상이 되는 처분이라는 것이 판례의 태도이다.

[관련판례]

과세관청이 채납처분으로서 행하는 공매는 우월한 공권력의 행사로서 행정소송의 대상이 되는 공법상의 행정처분이며, 공매에 의하여 재산을 매수한 자는 그 공매처분이 취소된 경우에 그 취소처분의 위법을 주장하여 행정소송을 제기할 법률상 이익이 있다(대판 1984. 9. 25, 84누201).

[정답] ④

문 13. 취소소송의 제기와 집행정지제도에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? [난이도 ★]

- ① 취소소송의 제기는 처분 등의 효력이나 집행에 영향을 주지 아니한다.
- ② 행정소송은 민사소송과는 달리 본안소송이 법원에 계속되어 있음을 요하므로 행정소송제기와 동시에 집행정지를 신청할 수 없다.
- ③ 집행정지요건으로 긴급한 필요란 회복하기 어려운 손해발생가능성이 절박하여 본안판단을 기다릴 만한 시간적 여유가 없음을 말한다.
- ④ 집행정지요건으로 회복하기 어려운 손해란 행정처분을 받은 당사자가 사회통념상 참고 견디기가 매우 어려운 유형·무형의 손해를 말한다.

[해설] ② 틀림. 행정소송제기와 동시에 집행정지를 신청할 수 있다.

[정답] ②

문 14. 행정소송법상 취소소송 판결의 효력 중 기속력에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

[난이도 ★★]

- ① 처분행정청은 기속력의 적극적 효력에 의하여 판결의 취지에 따른 처분을 하여야 하는 재처분 의무를 진다.
- ② 처분행정청은 기속력의 소극적 효력에 의하여 확정판결에 저촉되는 처분을 할 수 없다는 의미에서 동일처분의 반복금지의무를 진다.
- ③ 판결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다.
- ④ 행정소송법상 기속력의 성질에 관한 판례의 입장은 특수 효력설을 취한 경우도 있으나 대부분 기판력설을 취하고 있으며, 통설도 기판력설을 취하고 있다.

[해설] ① 옳음. 적극적 재처분의무로서 적극적 의무(행정소송법 제30조 제2항)

② 옳음. 소극적 의무(부작위 위무)로서 반복금지효(행정소송법 제30조 제1항)

③ 옳음. 행정소송법 제30조 제2항의 규정

④ 틀림. 기속력의 성질에 대하여 학설은 특수효력설을 취하고 있으나 판례는 기판력설을 취하고 있다.

[정답] ④

문 15. 국가배상법상의 배상청구절차에 관한 설명으로 옳은 것은? [난이도 ★★]

- ① 국가배상법에 의한 손해배상소송을 제기하려면 먼저 배상심의회에 배상신청을 하여야 한다.
- ② 군인 또는 군무원이 타인에게 가한 손해에 대한 배상신청사건을 심의하기 위하여 국방부에 두는 특별심의회는 법무부장관의 지휘를 받지 않는다.
- ③ 판례에 따르면 국가배상법상 배상심의회에 의한 배상결정은 행정처분이 아니다.
- ④ 지구배상심의회와 본부배상심의회는 배상금의 개산액에 따라 구분되는 것이므로, 지구배상심의회에서 배상신청이 기각 또는 각하되면 본부배상심의회에 재심을 청구할 수 없다.

[해설] ① 틀림. 국가배상법 제9조

② 틀림. 국가배상법 제10조 제3항

③ 옳음. 국가배상법상 배상심의회는 배상결정은 배상금 지급을 정지조건으로 하는 재판상 화해로서의 성질을 가진다.

④ 틀림. 국가배상법 제15조의2

[정답] ③

문 16. 행정대집행에 관한 판례의 견해와 같지 않은 것은? [난이도 ★★]

- ① 행정대집행법상 대집행의 대상이 되는 대체적 작위의무에는 공법상 의무뿐만 아니라 법령상 규정이 없더라도 사법상 의무도 포함된다.
- ② 건물철거의무 대집행 요건에 관한 주장 및 입증책임은 처분 행정청에 있다.
- ③ 행정처분을 하여 이에 따르지 않는 경우에는 행정대집행의 방법으로 그 의무내용을 실현할 수 있는 것이고, 이러한 행정대집행의 절차가 인정되는 경우에는 따로 민사소송의 방법으로 의무이행을 구할 수는 없다.
- ④ 장례식장의 사용중지의무는 타인이 대신할 수도 없고 타인이 대신하여 행할 수 있는 행위라고도 할 수 없는 비대체적 부작위의무이기 때문에 대집행의 대상이 되지 않는다.

[해설] ① 틀림. 행정대집행법상 대집행의 대상이 되는 대체적 작위의무에는 공법상 의무만을 그 대상으로 하며, 사법상 의무는 포함되지 않는다.

② 옳음. 대판 1982. 5. 11, 81누232

③ 옳음. 대판 2000. 5. 12, 99다18909

④ 옳음. 대판 2005. 9. 28, 2005두7464

[정답] ①

문 17. 무효등확인소송에 대한 설명으로 옳은 것은? [난이도 ★]

- ① 행정심판전치주의가 적용된다.

- ② 제소기간이 상대적으로 단기이다.
- ③ 취소소송의 집행정지제도가 준용된다.
- ④ 행정행위의 부존재확인을 청구하는 것은 허용되지 않는다.

[해설] ① 틀림. 무효인 경우에는 행정심판전치주의가 적용되지 않는다.

② 틀림. 제소기간의 적용을 받지 않는다.

③ 옳음. 행정소송법 제23조 및 제38조 제1항

④ 틀림. 행정행위의 부존재확인을 청구하는 것도 허용된다.

[정답] ③

문 18. 행정소송법상의 소의 변경에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? [난이도 ★★]

- ① 법원은 소의 변경의 필요가 있다고 판단될 때에는 원고의 신청이 없더라도 사실심의 변론종결시까지 직권으로 소를 변경할 수 있다.
- ② 소의 종류의 변경은 소송경제 및 권리보호의 관점에서 인정된다.
- ③ 법원이 소의 종류의 변경을 허가함으로써 피고를 달리하게 될 때에는 새로이 피고가 될 자의 의견을 반드시 들어야 한다.
- ④ 소의 변경은 당사자 소송을 항고소송으로 변경하는 경우에도 인정된다.

[해설] ① 틀림. 행정소송법상의 소의 변경은 '원고의 신청에 의하여 결정으로써 할 수 있다.(행정소송법 제21조 제1항 후단)

③ 옳음. 행정소송법 제21조 제2항

④ 옳음. 행정소송법 제21조 제1항 전단

[정답] ①

문 19. 행정청의 '부작위'에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함) [난이도 ★★★]

- ① 재량하자의 하나인 재량권의 불행사가 행정청의 부작위를 의미하는 것은 아니다.
- ② 행정입법의 부작위에 대하여 경우에 따라서는 헌법재판소가 그 부작위의 위법을 확인할 수 있다.
- ③ 부작위위법확인소송은 행정청의 부작위 또는 무응답, 거부처분 등 소극적 위법상태를 제거하기 위한 제도이다.
- ④ 부작위위법확인소송에서 신청권에 의하지 아니한 신청을 행정청이 받아들이지 아니한 것은 항고소송의 대상이 되는 부작위라고 할 수 없다.

[해설] ② 옳음. 행정입법의 부작위에 대하여 경우에 따라서는 헌법재판소에 헌법소원제기가 가능하다.

[관련판례] 입법부작위에 대한 헌법소원 제기가가능성

입법부작위에 대한 헌법소원은 원칙적으로 인정될 수 없고, 다만 헌법에서 기본권보장을 위

해 명시적인 입법위임을 하였음에도 입법자가 이를 이행하지 않거나, 헌법해석상 특징인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 입법자가 아무런 입법조치를 취하지 않고 있는 경우에만 예외적으로 인정될 수 있다(헌재결 1999. 1. 28, 97 헌마9).

③ 틀림. 부작위위법확인소송은 부작위 내지 무응답이라고 하는 소극적인 위법상태를 제거하는 것을 목적으로 하는 것이며, 거부처분에 대한 행정소송은 거부처분에 대한 취소소송으로 제기하는 것이지 부작위위법확인소송으로 제기하는 것이 아니다.

[관련판례] 유선방송사업허가거부처분취소 등

부작위위법확인소는 행정청이 국민의 법규상 또는 조리상의 권리에 기한 신청에 대하여 상당한 기간 내에 그 신청을 인용하는 적극적 처분을 하거나 또는 각하 내지 기각하는 등의 소극적 처분을 하여야 할 법률상의 응답의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 경우 판결시를 기준으로 그 부작위의 위법함을 확인함으로써 행정청의 응답을 신속하게 하여 부작위 내지 무응답이라고 하는 소극적인 위법상태를 제거하는 것을 목적으로 하는 것이고, 나아가 당해 판결의 구속력에 의하여 행정청에게 처분 등을 하게하고, 다시 당해 처분 등에 대하여 불복이 있는 때에는 그 처분을 다투게 함으로써 최종적으로는 국민의 권리이익을 보호하려는 제도이다(대법원 1992. 7. 28. 선고 91누7361 판결)

[정답] ③

문 20. 행정행위의 '구성요건적 효력'에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? [난이도 ★★★]

- ① 구성요건적 효력이란 유효한 행정행위가 존재하는 이상 모든 국가기관은 그의 존재를 존중하여 스스로의 판단기초 내지는 구성요건으로 삼아야 한다는 구속력을 말한다.
- ② 행정행위의 위법여부가 선결문제인 경우 민사법원이 선결문제인 행정행위의 위법여부를 판단할 수 없다는 것이 대법원의 견해이다.
- ③ 구성요건적 효력에서도 당해 처분이 무효인 경우에는 그 효력이 인정되지 않는다.
- ④ 구성요건적 효력을 직접 규정한 실정법은 찾을 수 없으나, 국가기관 상호간의 권한분배체계와 권한존중의 원칙에서 그 근거를 찾을 수 있다.

[해설] ② 틀림. 행정행위의 위법여부가 선결문제인 경우 민사법원이 선결문제인 행정행위의 위법여부를 판단할 수 없다는 것이 대법원의 견해이다.

[관련판례]

1. 위법성 판단은 가능하다는 판례

계고처분 또는 행정대집행영장에 의한 통지와 같은 행정처분이 위법인 경우에는 그 각 처분의 무효확인 또는 취소를 소구(訴求)할 수 있으나... 본건(本件) 계고처분이 위법임을 이유로 배상을 청구하는 취지로 인정될 수 있는 본건에 있어 미리 그 행정처분의 취소판결이 있어야만 그 행정처분의 위법임을 이유로 피고에게 배상을 청구할 수 있는 것은 아니다(대판 1972. 4. 28, 72다337).

2. 효력유무판단은 불가능하다는 판례

국세 등의 부과 및 징수처분 등과 같은 행정처분이 당연 무효임을 전제로 하여 민사소송을

제기한 때에는 그 행정처분의 당연 무효인지의 여부가 선결문제이므로, 법원은 이를 심사하여 그 행정처분의 하자가 중대하고 명백하여 당연 무효라고 인정될 경우에는 이를 전제로 하여 판단할 수 있으나, 그 하자가 단순한 취소사유에 그칠 때에는 법원은 그 효력을 부인할 수 없다 할 것이다(대판 1973. 7. 10, 70다1439).

[정답] ②