

2010년 국가직 9급 행정법 ('고' 책형)

마인드맵 행정법 강태월

문제 총평	근래의 출제경향이 그대로 반영 되었으나 통상 출제되던 4편(행정구제법)의 비중보다 더 많은 문제가 4편에 집중되어 출제되었음이 특징이다. 현재의 출제경향은 이렇다. 1. 지문의 길이가 길어지고 있어 이론의 논리적 이해가 선행되어야 한다. 2. 판례를 물어보는 문제가 많다. 이번 시험의 경우에도 몇 문제를 제외하고 판례를 문제화 시킨 것이 대부분이었다. 3. 케이스형 문제의 출제가 늘어나고 있다(4문제).			
출제분포	1편 행정법통론		1문제	
	2편 행정작용법		6문제	
	3편 행정의 실효성 확보 수단		3문제	
	4편 행정구제법	사전구제	2문제	10문제
		손해전보	1문제	
		행정쟁송	7문제	

문 1. 행정대집행에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 판례에 의하면 용도위반 부분을 장레식장으로 사용하는 것을 중지할 것과 이를 불이행할 경우 행정대집행을 하겠다는 내용의 계고처분은 적법하다고 본다.
- ② 토지나 가옥 등의 인도는 행정대집행의 대상이 되지 않는 것이 원칙이다.
- ③ 판례에 의하면 상당한 이행기간을 정하여 계고하지 않고 행한 행정대집행은 적법절차에 위반된 위법한 처분으로 본다.
- ④ 반복된 계고의 경우는 1차 계고가 처분성을 가지며, 2차, 3차의 계고처분은 대집행기한의 연기통지에 불과하므로 독립한 처분으로 보지 않는다.

해설

01 ①

대집행은 대체적 작위의무를 대상으로 하므로 장레식장 사용중지와 같은 부작위의무는 대집행의 대상이 아니다.

【 관계 법령에 위반하여 장레식장 영업을 하고 있는 자의 장레식장 사용 중지 의무는 대집행의 대상이 아님 】

행정대집행법 제2조는 '행정청의 명령에 의한 행위로서 타인이 대신하여 행할 수 있는 행위를 의무자가 이행하지 아니하는 경우'에 대집행할 수 있도록 규정하고 있는데, 이 사건 용도위반 부분을 장레식장으로 사용하는 것이 관계 법령에 위반한 것이라는 이유로 장레식장의 사용을 중지할 것과 이를 불이행할 경우 행정대집행법에 의하여 대집행하겠다는 내용의 이 사건 처분은, 이 사건 처분에 따른 '장레식장 사용중지 의무'가 원고 이외의 '타인이 대신'할 수도 없고, 타인이 대신하여 '행할 수 있는 행위'라고도 할 수 없는 비대체적 부작위 의무에 대한 것이므로, 그 자체로 위법함이 명백하다.[대판 2005.9.28, 2005두7464]

문 2. 이행강제금(집행벌)에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 이행강제금은 처벌이 아니므로 반복하여 부과·징수할 수 있다.
- ② 관례에 의하면 이행강제금은 비대체적 작위의무에 대한 불이행을 제재하기 위한 것이기 때문에 대체적 작위의무의 불이행에 대해서는 인정할 수 없다고 본다.
- ③ 건축법상 허가권자는 이행강제금 부과처분을 받은 자가 이행강제금을 납부기한까지 내지 아니하면 지방세 체납처분의 예에 따라 징수한다.
- ④ 관례에 의하면 건축법상 이행강제금 납부의무는 일신전속적인 성질로 본다.

해설

02 ②

대체적 작위의무에 대해서 이행강제금을 부과할 수 있을 지에 대해서 학설은 대립이 있으나 헌법재판소는 가능하다고 본다.

【 이행강제금을 대체적 작위의무 불이행에도 부과할 수 있음 】

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 장·단점이 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.[헌재결 2004.2.26, 2001헌바80,84,102,103,2002헌바26(병합)]

문 3. 식품위생법은 관할관청이 영업허가를 하는 때에는 필요한 조건을 붙일 수 있다고 규정하고 있다. 이에 군수 A는 유흥주점영업을 허가하면서 일정한 규모의 주차공간을 확보할 것을 조건으로 붙였다. 이에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 식품위생법상의 영업허가는 재량행위이므로 이러한 조건을 붙일 수 있는 것이다.
- ② 여기에서 조건은 강학상 법률효과의 일부배제라고 부른다.
- ③ 식품위생법상의 근거규정이 있기 때문에 유흥주점영업허가에 조건을 붙일 수 있다.
- ④ 취소소송을 통하여 조건을 다투는 경우에 조건을 포함한 유흥주점영업허가를 취소소송의 대상으로 하면서 조건만을 취소해달라고 청구하는 경우를 진정일부취소소송이라 한다.

해설

03 ③

허가 사례로 운전면허(04년 행정고시), 건축법상 건축허가,衛生接客업허가, 대중음식점허가, 일반주점영업허가, 유흥주점영업허가, 광천음료수제조업허가등을 들 수 있고 이는 기속행위의 성질을 가지고 있다. 하지만 기속행위라도 법적근거가 있으면 부관을 붙일 수 있으므로 해당 행정행위에는 부관을 붙일 수 있음으로 본다. 여기에 붙은 주차공간 확보할 것을 조건으로 붙인 것은 부관 중 조건으로 볼 여지가 높고 법률효과의 일부배제와는 상관 없으며 전체를 소송하면서 부관만의 취소를 구하는 소송은 부진정일부취소소송이다.

문 4. 다음 취소판결의 효력에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 판례는 취소소송의 소송물을 처분의 위법성과 그로 인해 원고의 권리가 침해되었다는 원고의 '법적 주장'이라고 보고 있다.
- ② 대법원은 기관력의 객관적 범위가 판결의 주문 이외에 판결 이유에 설시된 그 전제가 되는 법률관계의 존부에도 미친다고 판시하고 있다.
- ③ 행정소송법은 기관력에 관한 명문의 규정을 두고 있다는 것이 통설, 판례의 입장이다.
- ④ 취소소송의 피고는 처분청이므로 행정청을 피고로 하는 취소소송에 있어서의 기관력은 당해 처분이 귀속하는 국가 또는 공공단체에 미친다.

해설

04 ④

①소송물에 대해서 아직 일치된 개념은 없으나, i) 다툼 있는 행위 그 자체라는 견해, ii) 그러한 다툼이 있는 행위의 취소를 구하는 원고의 소송상 청구권이라는 견해, iii) 행정행위의 위법성 일반이라는 견해, iv) 처분 등이 위법하다는 처분이 객관적 위법성이라는 견해, v) 처분 등이 자신의 권리를 침해한다는 원고의 법적 주장만을 소송물로 보는 견해가 있다. 이에 다수설 및 판례는 행정행위의 위법성 일반이라는 입장을 취한다. 취소소송의 소송물은 행정행위의 위법성의 일반이라고 보아, 하나의 행정행위에 대하여는 위법사유가 여러 개 있더라도 소송물을 하나로 보는 것이 타당하다. 따라서 이는 객관적 위법성이 아니라 주관적 위법성이 그 대상임을 의미하며, 이때 '위법성 일반'에서 '일반'이란 처분의 확정적 위법이 아니라 위법성이 추정된다는 의미이다.

② 기관력의 객관적(물적) 효력범위 → 판결주문에 한함

기관력의 객관적 범위는 그 판결의 주문에 포함된 것, 즉 소송물로 주장된 법률관계의 존부에 관한 판단의 결론 그 자체에만 미치는 것이고 판결이유에 설시된 그 전제가 되는 법률관계의 존부까지 미치는 것은 아니다.[대판 1987.6.9, 86다카2756]

③ 행정소송법에는 기관력에 대한 명문 규정이 없고 당연히 인정되는 효력이라 봄이 일반적이다.

④ 기관력의 주관적(인적) 효력범위 → 당사자 및 당사자와 동일시 할 수 있는 자

과세처분 취소소송의 피고는 처분청이므로 행정청을 피고로 하는 취소소송에 있어서의 기관력은 당해 처분이 귀속하는 국가 또는 공공단체에 미친다.[대판 1998.7.24, 98다10854]

문 5. 다음 사례에서 개인적 공권이 성립할 수 없는 것은?

- ① 서울특별시의 '철거민에 대한 시영아파트특별분양개선허가'에 의한 무허가 건물 소유자의 시영아파트 특별분양신청권
- ② 구 수산업법 제40조 소정의 관행어업권
- ③ 도시계획구역내 토지소유자의 도시계획시설변경입안 요구신청권
- ④ 헌법상 변호인접견권

해설

05 ①

서울특별시의 '철거민에 대한 시영아파트 특별분양개선허가'는 서울특별시 내부에 있어서의 행정지침에 불과하고 지침 소정의 사람에게 공법상의 분양신청권이 부여되는 것이 아니라 할 것이므로 서울특별시의 시영아파트에 대한 분양불허의 의사표시는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다.[대판 1993.5.11, 93누2247]

문 6. 기속행위와 재량행위에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 재량행위에 대한 사법심사의 경우 법원은 행정청의 재량에 기한 공익판단의 여지를 감안하여 독자의 결론을 도출함이 없이 당해 행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만을 심사한다.
- ② 기속행위와 재량행위의 구분은 당해 행위의 근거가 된 법규의 체재·형식과 그 문언, 당해 행위가 속하는 행정 분야의 주된 목적과 특성, 당해 행위 자체의 개별적 성질과 유형 등을 모두 고려하여 판단하여야 한다.
- ③ 주택재건축사업시행의 인가는 상대방에게 권리나 이익을 부여하는 효과를 가진 이른바 수익적 행정처분으로서 법령에 행정처분의 요건에 관하여 일의적으로 규정되어 있지 아니한 이상 행정청의 재량행위에 속한다.
- ④ “경찰공무원의 채용시험 또는 경찰간부후보생공개경쟁선발시험에서 부정행위를 한 응시자에 대하여는 당해 시험을 정지 또는 무효로 하고, 그로부터 5년간 이 영에 의한 시험에 응시할 수 없게 한다.”라고 규정한 경찰공무원임용령 제46조 제1항은 그 수권형식과 내용에 비추어 이는 행정청 내부의 사무처리 기준을 정한 재량준칙에 해당한다.

해설

④

경찰공무원임용령 제46조 제1항은 경찰공무원의 채용시험 또는 경찰간부후보생공개경쟁선발시험에서 부정행위를 한 응시자에 대하여는 당해 시험을 정지 또는 무효로 하고, 그로부터 5년간 이 영에 의한 시험에 응시할 수 없도록 규정하고 있는바, 여기에서 부정행위를 한 당해 시험 이후의 시험에 대한 응시자격제한기간은 당해 시험을 정지 또는 무효로 한 행정청의 처분이 있을 때로부터 진행된다고 보아야 할 것이다. 경찰공무원임용령 제46조 제1항의 수권형식과 내용에 비추어 이는 행정청 내부의 사무처리기준을 규정한 재량준칙이 아니라 일반 국민이나 법원을 구속하는 법규명령에 해당하고 따라서 위 규정에 의한 처분은 재량행위가 아닌 기속행위라 할 것이다(대판 2008.5.29, 2007두18321).

문 7. 행정쟁송의 대상이 되는 처분에 관한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 세무당국이 소외 ○○맥주회사에 대해 감과의 주류거래를 일정 기간 정지하여 줄 것을 요청한 행위는 행정처분이라 볼 수 없다.
- ② 행정청이 전기공급자에게 위법건축물에 대한 단전을 요청한 행위는 행정처분이 아니다.
- ③ 혁신도시의 최종입지 선정행위는 상대방 또는 관계자들의 법률상 지위에 직접적인 영향을 미치는 행정처분이다.
- ④ 병역법상 신체등위판정은 행정처분이 아니다.

해설

07 ③

정부의 수도권 소재 공공기관의 지방이전시책을 추진하는 과정에서 도지사가 도 내 특정시를 공공기관이 이전할 혁신도시 최종입지로 선정한 행위는 처분성이 없다.

원심은 정부가 국가균형발전 특별법 제18조와 법시행령 제15조에 근거를 두고 수도권에 있는 공공기관의 지방이전시책을 추진하면서 피고를 포함한 11개 시·도지사와 공공기관 지방이전 기본협약을 체결하고, ‘혁신도시 입지 선정지침’을 마련해 협약에 참가한 시·도지사에게 통보한 사실, 피고는 이 사건 지침에 따라 혁신도시입지선정위원회 구성해서 위원회로 하여금 강원도 내 10개 시·군에 대한 평가를 하게 했는데, 그 결과 원주시가 최고점수를 받아 건설교통부로부터 협의회신을 받은 후 2006년 1월16일 원주시 반곡동 일원 105만 평을 혁신도시 최종입지로 선정했음을 공표한 사실을 인정한 다음, 법과 법시행령 및 이 사건 지침에는 공공기관의 지방이전을 위한 정

부 등의 조치와 공공기관이 이전할 혁신도시 입지선정을 위한 사항 등을 규정하고 있을 뿐 혁신도시입지 후보지에 관련된 지역 주민 등의 권리의무에 직접 영향을 미치는 규정을 두고 있지 않으므로, 피고가 원주시를 혁신도시 최종입지로 선정한 행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 볼 수 없다고 판단했다.[대판 2007.11.15, 2007두 10198]

- 문 8. 법률이 위임하지 아니한 사항을 허가요건으로 추가하고 입법 예고도 거치지도 아니한 시행규칙에 근거하여 허가청이 갑의 허가 신청에 대하여 시행규칙이 정한 요건을 갖추지 못하였다는 이유로 불허가 처분한 경우에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ① 위 시행규칙은 행정절차법 제41조에 의한 입법예고를 거치지 아니한 것으로 무효인 법령으로 보는 것이 변함없는 판례의 일관된 입장이다.
 - ② 위임한계를 벗어난 법령도 공정력을 갖는 결과 권한이 있는 국가기관에 의해 그 효력이 부인될 때까지는 유효한 효력을 보유한다는 것이 판례의 일관된 입장이다.
 - ③ 위 불허가 처분에 대하여는 헌법재판소에 의한 위헌무효결정을 거쳐 행정소송을 통한 권리구제가 가능하다.
 - ④ 위 불허가 처분에 대한 취소판결이 있게 되면 처분청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다.

해설

08 ④

①법령을 제정·개정 또는 폐지하고자 할 때에는 이러한 입법안을 마련한 행정청은 이를 예고해야 한다. 다만, 다음의 경우에 해당할 때에는 예고를 하지 아니 할 수 있다(행정절차법 제41조 제1항). 입법내용이 국민의 권리·의무 또는 일상생활과 관련이 없는 경우, 입법이 긴급을 요하는 경우, 상위 법령 등의 단순한 집행을 위한 경우, 예고함이 공익에 현저히 불리한 영향을 미치는 경우, 입법내용의 성질 그 밖의 사유로 예고의 필요가 없거나 곤란하다고 판단되는 경우

② 법령은 공정력이 없다.

③ 시행규칙은 법령이므로 각급 법원이 처분을 매개로 해서 심사하고 최종심을 대법원으로 한다.

④ 행정소송법 제30조 제2항의 규정에 의하면 행정청의 거부처분을 취소하는 판결이 확정된 때에는 그 처분을 행한 행정청이 판결의 취지에 따라 이전의 신청에 대하여 재처분할 의무가 있으나, 이때 확정판결의 당사자인 처분 행정청은 그 확정판결에서 적시된 위법사유를 보완하여 새로운 처분을 할 수 있다.[대결 1998.1.7, 97두22]

행정소송법 30조 ②판결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다.

문 9. 다음 중 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 구 도시 및 주거환경정비법상 행정청의 재개발조합설립인가 처분이 있는 이후에 조합설립결의의 하자를 이유로 민사소송으로 조합설립결의에 대한 무효확인을 구할 확인의 이익은 없다.
- ② 종전의 허가의 유효기간이 지난 후의 기간연장신청은 새로운 허가신청으로 보아 법의 관계규정에 의하여 허가요건의 적합 여부를 새로이 판단하여 허가여부를 결정해야 한다.
- ③ 제재적 행정처분의 가중요건이 부령형식의 행정규칙으로 규정되어 있는 경우에 선행 제재처분의 제재기간이 경과한 후에는 그 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없다.
- ④ 시 청소차 운전수나 전입신고서에 확인인을 찍는 통장은 국가배상법 제2조의 공무원에 해당한다.

해설

09 ③

①행정청이 도시 및 주거환경정비법 등 관련 법령에 근거하여 행하는 조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합설립 행위에 대한 보증행위로서의 성질을 갖는 것에 그치는 것이 아니라 법령상 요건을 갖추 경우 도시 및 주거환경정비법상 주택재건축사업을 시행할 수 있는 권한을 갖는 행정주체(공법인)로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 갖는다고 보아야 한다. 그리고 그와 같이 보는 이상 조합설립결의는 조합설립인가처분이라는 행정처분을 하는 데 필요한 요건 중 하나에 불과한 것이어서, 조합설립결의에 하자가 있다면 그 하자를 이유로 직접 항고소송의 방법으로 조합설립인가처분의 취소 또는 무효확인을 구하여야 하고, 이와는 별도로 조합설립결의 부분만을 따로 떼어내어 그 효력 유무를 다투는 확인의 소를 제기하는 것은 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안·위험을 제거하는 데 가장 유효·적절한 수단이라 할 수 없어 특별한 사정이 없는 한 확인의 이익은 인정되지 아니한다.[대판 2009. 9. 24, 2008다60568]

②종전 허가의 유효기간이 지난 후에 한 기간연장 신청의 성격 → 별도의 새로운 허가 신청에 해당
종전의 허가가 기한의 도래로 실효한 이상 원고가 종전 허가의 유효기간이 지나서 신청한 이 사건 기간연장신청은 그에 대한 종전의 허가처분을 전제로 하여 단순히 그 유효기간을 연장하여 주는 행정처분을 구하는 것이라기보다는 종전의 허가처분과는 별도의 새로운 허가를 내용으로 하는 행정처분을 구하는 것이라고 보아야 할 것이어서, 이러한 경우 허가권자는 이를 새로운 허가신청으로 보아 법의 관계 규정에 의하여 허가요건의 적합 여부를 새로이 판단하여 그 허가 여부를 결정하여야 할 것이다.[대판 1995.11.10, 94누11866]

③부령인 시행규칙 또는 지방자치단체의 규칙의 형식으로 정한 처분기준에서 제재적 행정처분을 받은 것을 가중사유나 전제요건으로 삼아 장래의 제재적 행정처분을 하도록 정하고 있는 경우, 제재적 행정처분의 제재기간 경과 후에도 그 취소를 구할 법률상 이익이 있다. 제재적 행정처분의 가중사유나 전제요건에 관한 규정이 법령이 아니라 규칙의 형식으로 되어 있다고 하더라도, 그러한 규칙이 법령에 근거를 두고 있는 이상 그 법적 성질이 대외적·일반적 구속력을 갖는 법규명령인지 여부와는 상관없이, 관할 행정청이나 담당공무원은 이를 준수할 의무가 있으므로 이들이 그 규칙에 정해진 바에 따라 행정작용을 할 것이 당연히 예견되고, 그 결과 행정작용의 상대방인 국민으로서는 그 규칙의 영향을 받을 수밖에 없다. 따라서 그러한 규칙이 정한 바에 따라 선행처분을 받은 상대방이 그 처분의 존재로 인하여 장래에 받을 불이익, 즉 후행처분의 위험은 구체적이고 현실적인 것이므로, 상대방에게는 선행처분의 취소소송을 통하여 그 불이익을 제거할 필요가 있다고 할 것이다.[대판 2006.6.22, 2003두1684]

문 10. 공공기관의 정보공개에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 정보공개청구는 시민단체의 정보공개청구와 같이 개인적인 이해관계가 없는 공익을 위한 경우에도 인정된다.
- ② 공개를 거부한 정보에 비공개대상정보에 해당하는 부분과 공개가 가능한 부분이 혼합되어 있는 경우라면 법원은 정보 공개거부처분 전부를 취소해야 한다.
- ③ 공개거부결정에 대하여 공공기관의 정보공개에 관한 법률상의 이의신청을 거치지 아니하고 직접 행정소송을 제기할 수 있다.
- ④ 판례에 의하면 공개대상정보는 공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 관리하고 있는 문서에 한정되는 것이기는 하나, 그 문서가 반드시 원본일 필요는 없다.

해설

10 ②

【비공개대상정보에 해당하는 부분과 공개가 가능한 부분이 구별되고 이를 분리할 수 있는 경우, 법원의 판결주문 기재 방법】

법원이 행정청의 정보공개거부처분의 위법 여부를 심리한 결과 공개를 거부한 정보에 비공개대상정보에 해당하는 부분과 공개가 가능한 부분이 혼합되어 있고 공개청구의 취지에 어긋나지 아니하는 범위 안에서 두 부분을 분리할 수 있음을 인정할 수 있을 때에는, 위 정보 중 공개가 가능한 부분을 특정하고 판결의 주문에 행정청의 위 거부처분 중 공개가 가능한 정보에 관한 부분만을 취소한다고 표시하여야 한다.[대판 2003.3.11, 2001두6425]

문 11. 행정심판의 심리와 재결에 관한 내용으로 옳지 않은 것은?

- ① 법령의 규정에 의하여 공고한 처분이 재결로써 취소된 때에는 처분청은 지체없이 그 처분이 취소되었음을 공고하여야 한다.
- ② 위원회는 의무이행심판의 청구가 이유있다고 인정할 때에는 지체없이 신청에 따른 처분을 하거나 이를 할 것을 명한다.
- ③ 위원회는 직권에 의하여 심판청구의 대상이 되는 처분 또는 부작위 외의 사항에 대하여도 재결할 수 있다.
- ④ 심판청구에 대한 재결이 있는 경우에는 당해 재결 및 동일한 처분 또는 부작위에 대하여 다시 심판청구를 제기할 수 없다.

해설

11③

위원회는 심판청구의 대상이 되는 처분 또는 부작위 외의 사항에 대하여는 재결하지 못하고, 심판청구의 대상이 되는 처분보다 청구인에게 불이익한 재결은 하지 못한다. 행정심판법 제36조(재결의 범위) ①위원회는 심판청구의 대상이 되는 처분 또는 부작위외의 사항에 대하여는 재결하지 못한다. <개정 2008.2.29>

문 12. 항고소송에서 판결의 기속력에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 기속력은 일단 판결이 확정된 때에는 동일한 사항이 다시 소송상 문제되었을 때 당사자와 법원은 이에 저촉되는 주장이나 판단을 할 수 없는 효력을 의미한다.
- ② 현행 행정소송법은 취소판결에 대하여 기속력 있음을 규정하고 무효등확인소송과 부작위위법확인소송 및 당사자소송에 이를 준용하고 있다.
- ③ 기속력은 취소판결 등의 실효성을 도모하기 위하여 인정된 효력이므로, 판결주문 및 그 전제가 된 요건사실의 인정과 효력의 판단에만 미친다.
- ④ 취소판결이 확정된 후에 그 기속력에 위반하여 같은 사유에 의한 동일한 내용의 처분은 그 하자가 중대하고도 명백하여 당연무효이다.

해설

12 ①

기속력은 행정청을 기속하는 효력이다.

행정소송법 제30조 (취소판결등의 기속력)

①처분등을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다. ②판결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다. ③제2항의 규정은 신청에 따른 처분이 절차의 위법을 이유로 취소되는 경우에 준용한다.

【기속력의 객관적 범위 → 판결의 주문 및 그 전제가 된 요건사실의 인정과 효력의 판단에도 미침】

행정소송법 제30조 제1항에 의하여 인정되는 취소소송에서 처분 등을 취소하는 확정판결의 기속력은 주로 판결의 실효성 확보를 위하여 인정되는 효력으로서 판결의 주문뿐만 아니라 그 전제가 되는 처분 등의 구체적 위법사유에 관한 이유 중의 판단에 대하여도 인정된다.[대판 2001.3.23, 99두5238]

문 13. 국가배상법에 의한 배상책임에 관한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 공무원의 부작위로 인한 국가배상책임을 인정하기 위해서는 법령에 명시적으로 공무원의 작위의무가 규정되어 있어야 한다.
- ② 국가배상법상의 공무원에는 일시적이고 한정적인 공무를 위탁받아 공무에 종사하는 자도 포함된다.
- ③ 헌법재판소 재판관이 청구기간 내에 제기된 헌법소원심판청구 사건의 청구기간을 오인하여 각하결정을 한 경우, 이에 대한 불복절차 내지 시정절차가 없는 때에는 국가배상책임을 인정할 수 있다.
- ④ 민법상의 사용자 면책사유는 국가배상법상의 고의·과실의 판단에서는 적용되지 않는다.

해설

13 ①

작위의무는 법규상 또는 조리상의 의무도 인정한다. 즉 반드시 법령에 명시적으로 규정되어 있어야 하는 것은 아니다. 국가배상책임에 있어 공무원의 가해행위는 법령을 위반한 것이어야 하고, 법령을 위반하였다 함은 엄격한 의미의 법령위반뿐만 아니라 인권존중, 권력남용금지, 신의성실과 같이 공무원으로서 마땅히 지켜야 할 준칙이나 규범을 지키지 아니하고 위반한 경우를 포함하여 널리 그 행위가 객관적인 정당성을 결여하고 있음을 뜻하는 것이므로, 경찰관이 범주수사를 함에 있어 경찰관으로서 의당 지켜야 할 법규상 또는 조리상의 한계를 위반하였다면 이는 법령을 위반한 경우에 해당한다.

경찰관은 그 직무를 수행함에 있어 헌법과 법률에 따라 국민의 자유와 권리를 존중하고 범죄피해자의 명예와 사생활의 평온을 보호할 법규상 또는 조리상의 의무가 있고, 특히 이 사건과 같이 성폭력범죄의 피해자가 나이 어린 학생인 경우에는 수사과정에서 또 다른 심리적·신체적 고통으로 인한 가중된 피해를 입지 않도록 더욱 세심하게 배려할 직무상 의무가 있다.[대판 2008.6.12, 2007다64365]

문 14. 대법원 판례에 의한 때 비공개대상정보에 해당하지 않는 것은?

- ① 교육공무원에 대한 근무성적평정의 결과
- ② 재개발사업에 관한 자료
- ③ 보안관찰법상 보안관찰 관련 통계자료
- ④ 문제은행 출제방식을 채택하고 있는 치과의사 국가시험의 문제지와 정답지

해설

14 ①

교육공무원의 근무성적평정의 결과는 공개대상 정보임

교육공무원법 제13조, 제14조의 위임에 따라 제정된 교육공무원승진규정은 정보공개에 관한 사항에 관하여 구체적인 법률의 위임에 따라 제정된 명령이라고 할 수 없고, 따라서 교육공무원승진규정 제26조에서 근무성적평정의 결과를 공개하지 아니한다고 규정하고 있다고 하더라도 위 교육공무원승진규정은 공공기관의정보공개에관한법률 제9조 제1항 제1호에서 말하는 법률이 위임한 명령에 해당하지 아니하므로 위 규정을 근거로 정보공개청구를 거부하는 것은 잘못이다.[대판 2006.10.26, 2006두11910]

문 15. 행정상 강제집행에 대한 관례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 대집행계고처분 취소소송의 변론이 종결되기 전에 대집행의 실행이 완료된 경우라도 그 계고처분의 취소 또는 무효확인을 구할 법률상 이익이 있다.
- ② 행정청이 대집행의 계고를 함에 있어서 의무자가 이행하여야 할 행위와 그 의무불이행시 대집행할 행위의 내용과 범위가 특정되어야 하지만, 그것은 반드시 대집행계고서에 의하여서만 특정되어야 하는 것은 아니다.
- ③ 대집행영장의 통지는 대집행을 실행하겠다는 단순한 사실의 통지에 불과하여 행정처분이라고 보기 어려우므로 이에 대해서는 취소소송을 제기할 수 없다.
- ④ 의무를 부과하는 처분을 할 때에 이미 대집행 요건이 충족될 것이 확실하고 또한 그 급속한 실시를 요하는 긴급한 필요가 있는 경우이라도 대집행계고는 의무를 명하는 처분과 결합될 수는 없다.

해설

15 ③

- ① 실행이 완료된 경우에는 소송을 제기할 소익이 없다.
- ③ 영장의 통지는 행정행위로서 통지이므로 처분성이 있다.
- ④ 계고서라는 명칭의 1장의 문서로 철거명령과 계고처분을 동시에 한 경우라도, 철거명령과 계고처분은 각 그 요건이 충족되었다고 볼 것

계고서라는 명칭의 1장의 문서로서 일정기간 내에 위법건축물의 자진철거를 명함과 동시에 그 소정기간 내에 자진철거를 하지 아니할 때에는 대집행할 뜻을 미리 계고한 경우라도 건축법에 의한 철거명령과 행정대집행법에 의한 계고처분은 독립하여 있는 것으로서 각 그 요건이 충족되었다고 볼 것이고, 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]

문 16. 다음 행정행위의 부관에 대한 설명 중 옳지 않은 것으로만 묶은 것은?

- ㄱ. 부담과 조건의 구별이 애매한 경우 조건으로 보는 것보다 부담으로 해석하는 것이 상대방에게 유리하다.
- ㄴ. 부담부 행정행위의 경우에는 부담을 이행해야 주된 행정행위의 효력이 발생한다.
- ㄷ. 숙박영업허가를 함에 있어 윤락행위를 알선하면 허가를 취소한다는 부관을 붙인 경우에는 철회권의 유보이다.
- ㄹ. 법률행위적 행정행위에는 부관을 붙일 수 있는 것이 원칙이므로 귀화허가 및 공무원의 임명행위 등과 같은 신분설정행위에는 부관을 붙일 수 있다.
- ㅁ. 조건과 부담은 독립하여 행정쟁송의 대상이 될 수 없다.
- ㅂ. 행정처분과 부관 사이에 실제적 관련성이 없는 경우, 공법상 제한을 회피하고자 사법상 계약을 체결하는 형식을 취한 것은 위법하다.

- ① ㄱ, ㄴ, ㄹ
- ② ㄴ, ㄹ, ㅁ
- ③ ㄴ, ㄷ, ㄹ, ㅂ
- ④ ㄷ, ㄹ, ㅁ, ㅂ

해설

16 ②

- ㄱ. 부담으로 보는 것이 유리함
- ㄴ. 틀림, 부담의 이행이나 불이행이 주행정행위의 효력을 발생 소멸시키는 것은 아니다.
- ㄷ. 철회권 유보로 볼 수 있다.
- ㄹ. 틀림, 포괄적 법률관계의 설정행위에는 성격상 부관의 부과가 어렵다.
- ㅁ. 틀림, 부담은 소송의 대상이 될 수 있다.
- ㅂ. “공무원이 인·허가 등 수익적 행정처분을 하면서 상대방에게 처분과 관련해 부관으로서 부담을 붙일 수 있더라도 그 부담은 법치주의와 사유재산 존중, 조세법률주의 등 헌법의 기본원리에 비취 비례의 원칙이나 부당결부의 원칙에 위반되지 않아야만 적법하다”며 “행정처분과 부관 사이에 관련성이 없는 경우 공무원이 공법상의 제한을 회피할 목적으로 행정처분의 상대방과 사이에 사법상 계약을 체결하는 형식을 취했다면 법치행정의 원리에 반하는 것으로서 위법하다”

문 17. 행정계획에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 판례에 의하면 장래 일정한 기간 내에 일정한 처분을 구하는 신청을 할 법률상 지위에 있는 자의 국토이용계획변경신청에 대한 거부행위는 예외적으로 행정소송의 대상이 된다.
- ② 일반적인 계획보장청구권은 인정되지 않는다.
- ③ 행정계획은 그 본질상 변경가능성과 신뢰보호의 긴장관계에 있다.
- ④ 판례는 도시계획의 변경 또는 폐지를 신청할 조리상의 권리를 원칙적으로 인정하고 있다.

해설

17 ④

원칙적으로 행정계획변경청구권을 인정하지 않음

- 1. 행정청이 국민으로부터 신청을 받고서 한 거부행위가 행정처분이 되기 위하여는 국민이 행정청에 대하여 신청에 따른 행정행위를 해 줄 것을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상 권리가 있어야 하는 것이며, 이러한 근거 없이 한 국민의 신청을 행정청이 받아들이지 아니하고 거부한 경우에는 이로 인하여 신청인의 권리나 법적 이익에 어떤 영향을 주는 것이 아니므로 이를 행정처분이라 할 수 없다.[대판 1994.1.28, 93누22029]
- 2. 도시계획법상 주민이 도시계획 및 그 변경에 대하여 어떤 신청을 할 수 있음에 관한 규정이 없을 뿐만 아니라, 도시계획과 같이 장기성, 종합성이 요구되는 행정계획에 있어서는 그 계획이 일단 확정된 후에 어떤 사정의 변동이 있다고 하여 지역주민에게 일일이 그 계획의 변경을 청구할 권리를 인정해 줄 수도 없는 이치이므로 도시계획시설변경신청을 불허한 행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다.[대판 1984.10.23, 84누227]

문 18. 다음 중 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 친일반민족행위자재산조사위원회가 행한 친일재산의 국가 귀속결정은 준법률행위적 행정행위의 성격을 가진다.
- ② 헌법재판소가 법률의 위헌 여부를 판단하기 위하여 한 법률 해석에 대법원이나 각급 법원이 구속되는 것은 아니다.
- ③ 개발제한구역 중 일부 취락을 개발제한구역에서 해제하는 내용의 도시관리계획변경결정에 대하여, 개발제한구역 해제 대상에서 누락된 토지의 소유자는 위 결정의 취소를 구할 법률상 이익이 있다.
- ④ 개발이익환수에 관한 법률에 정한 개발사업을 시행하기 전에, 행정청이 민원예비심사에 대하여 관련부서 의견으로 '저촉사항 없음'이라고 기재하였다는 사정만으로 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해표명을 한 것이라고는 보기 어렵다.

해설

18 ③

개발제한구역 중 일부 취락을 개발제한구역에서 해제하는 내용의 도시관리계획변경결정에 대하여, 개발제한구역 해제대상에서 누락된 토지의 소유자는 위 결정의 취소를 구할 법률상 이익이 없다. [대법원 2008.7.10. 선고 2007두 10242 판결]

문 19. 다음 사례에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

국립 ○○교육대학 교수회는 학칙에 의거해 징계권자인 학장(피고)의 요구에 따라 교내·외의 과적시위 등에 가담한 갑(원고) 외 학생들에게 무기정학과 퇴학처분 등의 징계처분을 하였다. 피고가 위 징계의결의 내용이 미흡하다는 이유로 재심을 요청하여 다시 교수회가 개최되었는데, 그 자리에서 피고는 자신에게 위 징계의결내용을 직권으로 조정할 권한을 위임하여 줄 것을 요청하여 찬반토론은 거쳤으나 표결은 하지 않았다. 이에 피고는 같은 일자로 원고에 대한 위 교수회의 징계의결내용을 변경하여 원고에 대하여 퇴학처분을 하였다.

- ① 오늘날 특별권력관계의 특수성은 여전히 인정되므로, 특별 권력관계의 목적달성을 위하여는 법률의 근거가 없는 경우에도 당연히 기본권이 제한된다.
- ② 학생에 대한 징계권의 발동이나 징계의 양정은 징계권자인 ○○교육대학 학장의 교육적 재량에 맡겨져 있지만, 교수회의 의결을 요건으로 하므로 위 징계처분은 기속행위로 보아야 한다.
- ③ 효과재량설의 입장에서 보면 징계처분은 재량행위라고 보게 되므로, 관계 법령 또는 학칙상 징계사유가 존재하더라도 반드시 징계를 하여야 하는 것은 아니다.
- ④ ○○교육대학 학생에 대한 퇴학처분은 국립대학교의 내부질서 유지를 위해 학칙 위반자인 재학생에 대한 구체적 법집행으로서 행정소송법상의 처분에 해당한다.

해설

19 ④

- ① 법적근거 없는 기본권제한은 오늘날 인정되지 아니한다.
- ② 징계는 통상 재량행위이다.
- ③ 효과재량설에 의하면 침익적 행위는 기속행위이다. 그러므로 효과재량설에서는 징계와 같은 침해적 행위는 기속으로 보아야 한다.
- ④ 국립교육대학 학생에 대한 퇴학처분은, 국가가 설립·경영하는 교육기관인 동 대학의 교무를 통할하고 학생을 지도하는 지위에 있는 학장이 교육목적실현과 학교의 내부질서유지를 위해 학칙 위반자인 재학생에 대한 구체적 법집행으로서 국가공권력의 하나인 징계권을 발동하여 학생으로서의 신분을 일방적으로 박탈하는 국가의 교육행정에 관한 의사를 외부에 표시한 것이므로, 행정처분임이 명백하다. 학생에 대한 징계권의 발동이나 징계의 양정이 징계권자의 교육적 재량에 맡겨져 있다 할지라도 법원이 심리한 결과 그 징계처분에 위법사유가 있다고 판단되는 경우에는 이를 취소할 수 있는 것이고, 징계처분이 교육적 재량행위라는 이유만으로 사법심사의 대상에서 당연히 제외되는 것은 아니다.[대판 1991.11.22, 91누2144]

문 20. 구 식품위생법은 보건사회부장관(현 보건복지부장관)이 지정하여 고시(告示)하는 영업 또는 품목의 경우는 영업허가를 제한할 수 있다고 규정하였고, 이에 따라 보건사회부장관은 “그 전량을 수출하거나 주한 외국인에게만 판매한다는 요건을 갖춘 경우에만 보존음료수제조업의 허가를 할 수 있다.”라는 고시를 발한 바 있었다. 이 고시에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 위 고시의 법적 성질을 행정규칙이라고 보는 것이 대법원의 입장이다.
- ② 위 고시에 정한 허가기준에 따라 보존음료수제조업허가에 붙여진 전량수출 또는 주한 외국인에 대한 판매에 한한다는 내용의 조건에 대해서는 행정행위에 부관을 붙일 수 있는 한계에 관한 일반원칙이 적용되지 않는다.
- ③ 위 고시상의 조건을 위반한 행위에 대하여 행정청이 과징금을 부과한 제재적 행정처분은 위법하지 아니하다.
- ④ 대법원은 행정청이 갑에 대하여 보존음료수제조업허가를 하면서 붙인 위 허가조건이 갑의 영업의 자유의 본질적 내용을 침해한다고 볼 수 없다고 하였다.

해설

20 ②

- ① 식품제조영업허가기준이라는 고시는 공익상의 이유로 허가를 할 수 없는 영업의 종류를 지정할 권한을 부여한 구 식품위생법 제23조의3 제4호에 따라 보건사회부장관이 발한 것으로서, 실질적으로 법의 규정내용을 보충하는 기능을 지니면서 그것과 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령의 성질을 가진 것이다.
- ② 위 “가”항의 고시에 정한 허가기준에 따라 보존음료수 제조업의 허가에 붙여진 전량수출 또는 주한외국인에 대한 판매에 한한다는 내용의 조건은 이른바 법정부관으로서 행정청의 의사에 기하여 붙여지는 본래의 의미에서의 행정행위의 부관은 아니므로, 이와 같은 법정부관에 대하여는 행정행위에 부관을 붙일 수 있는 한계에 관한 일반적인 원칙이 적용되지는 않는다.
- ③ 위 “가”항의 고시가 헌법상 보장된 기본권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반될 때에는 위 고시는 효력이 없는 것으로 볼 수밖에 없으므로, 원고들이 위 고시에 따라서 지게 되는 의무를 이행하지 아니하였다는 이유로 원고들에 대하여 과징금을 부과하는 제재적 행정처분을 하는 것은 위법하다 할 것이고...
- ④ 보존음료수의 국내판매를 금지함으로써 잠재적인 판매시장의 거의 대부분을 폐쇄한다는 것은 실질적으로 보존음료수제조업의 허가를 전면적으로 허용하면서 그 허가의 요건을 한정하는 것(이는 직업선택의 자유를 제한하는 경우에 해당한다)에 못지 않는 큰 제한으로서, 직업선택의 자유를 제한하는 것과 다를 바 없는 영업의 자유에 대한 중대한 제한이고, 영업의 자유를 제한하는 내용에 있어서도 국내판매를 완전히 금지하여 어느 경우에도 예외를 인정하지 않고 있으므로, 그 제한의 정도가 절대적인 것이어서 직업의 자유를 심하게 제한하고 있다고 하지 않을 수 없다. [대법원 1994.3.8. 선고 92누1728 판결]

가장 쉽고 빠른 마인드맵 행정법 강태월

가장 쉽고 빠른 마인드맵 행정법 강태월