

## 2010년 국가직 9급 행정법총론 기출문제

1. 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 심판 청구에 대한 재결이 있는 경우에는 당해 재결 및 동일한 처분 또는 부작위에 대하여 다시 심판청구를 제기할 수 없다.

해설) 행정심판법 제36조 제1항은 “위원회는 심판청구의 대상이 되는 처분 또는 부작위외의 사항에 대하여는 재결하지 못한다”고 규정하고 있다. 답 ③

2. 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 당연 무효이다.

해설) ①은 기판력에 관한 설명이다. 답 ①

3. 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 헌법소원심판청구사건의 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) ①과 관련하여 대법원은 법령에 명시적으로 공무원의 작위의무가 규정되어 있지 않은 경우에도 일정한 요건하에 공무원의 부작위로 인한 국가배상책임을 인정할 수 있다고 판시한 바 있다. 판례전문은 다음과 같다(이 문제에 관하여는 밑줄부분 참조): 「공무원의 부작위로 인한 국가배상책임을 인정하기 위하여는 공무원의 작위로 인한 국가배상책임을 인정하는 경우와 마찬가지로 '공무원이 그 직무를 집행함에 당하여 고의 또는 과실로 법령에 위반하여 타인에게 손해를 가한 때'라고 하는 국가배상법 제2조 제1항의 요건이 충족되어야 할 것인바, 여기서 '법령에 위반하여'라고 하는 것이 엄격하게 형식적

의미의 법령에 명시적으로 공무원의 작위의무가 규정되어 있는데도 이를 위반하는 경우만을 의미하는 것은 아니고, 국민의 생명, 신체, 재산 등에 대하여 절박하고 중대한 위험상태가 발생하였거나 발생할 우려가 있어서 국민의 생명, 신체, 재산 등을 보호하는 것을 본래적 사명으로 하는 국가가 초법규적, 일차적으로 그 위험 배제에 나서지 아니하면 국민의 생명, 신체, 재산 등을 보호할 수 없는 경우에는 형식적 의미의 법령에 근거가 없더라도 국가나 관련 공무원에 대하여 그러한 위험을 배제할 작위의무를 인정할 수 있을 것이나, 그와 같은 절박하고 중대한 위험상태가 발생하였거나 발생할 우려가 있는 경우가 아닌 한, 원칙적으로 공무원이 관련 법령대로만 직무를 수행하였다면 그와 같은 공무원의 부작용을 가지고 '고의 또는 과실로 법령에 위반'하였다고 할 수는 없을 것이므로, 공무원의 부작용으로 인한 국가배상책임을 인정할 것인지 여부가 문제되는 경우에 관련 공무원에 대하여 작위의무를 명하는 법령의 규정이 없다면 공무원의 부작용으로 인하여 침해된 국민의 법익 또는 국민에게 발생한 손해가 어느 정도 심각하고 절박한 것인지, 관련 공무원이 그와 같은 결과를 예견하여 그 결과를 회피하기 위한 조치를 취할 수 있는 가능성이 있는지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다」(대판 2001.4.24, 2000다57856). 답 ①

4. 대법원 판례에 의할 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) 「공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제1호에서 '법률이 위임한 명령'에 의하여 비밀 또는 비공개 사항으로 규정된 정보는 공개하지 아니할 수 있다고 할 때의 '법률이 위임한 명령'은 정보의 공개에 관하여 법률의 구체적인 위임 아래 제정된 법규명령(위임명령)을 의미한다. 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 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제1호에서 말하는 법률이 위임한 명령에 해당하지 아니하므로 위 규정을 근거로 정보공개청구를 거부하는 것은 잘못이다」라고 판시한 대판 2006.10.26, 2006두11910의 취지를 고려할 때 ①이 답이 된다. 한편 ②의 경우 대법원은 재개발사업에 관한 이해관계인이 공개를 청구한 자료 중 일부는 개인의 인적사항, 재산에 관한 내용이 포함되어 있어서 공개될 경우에는 타인의 사생활의 비밀과 자유를 침해할 우려가 있으며, 그 자료의 분량이 합계 9,029매에 달하기 때문에 이를 공개하기 위하여는 행정업무에 상당한 지장을 초래할 가능성이 있고, 그 자료의 공개로 공익이 실현된다고 볼 수도 없다는 이유로 정보공개청구를 배척한바 있다(대판 1997.5.23, 96누2439 참조). ③은 대판 2004.3.26, 2002두6583, ④는 대판 2007.6.15, 2006두15936에 의해 비공개대상정보에 해당함이 인정된바 있다. 답 ①

5. 행정상 강제집행에 대한 판례의 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 경우에도 대집행계고는 의무를 명하는 처분과 결합될 수는 없다.

해설) ②가 대판 1994.10.28, 94누5114의 내용으로 타당하다. 한편 ①은 「대집행계고처분 취소소송의 변론종결 전에 대집행영장에 의한 통지절차를 거쳐 사실행위로서 대집행의 실행이 완료된 경우에는 행위가 위법한 것이라는 이유로 손해배상이나 원상회복 등을 청구하는 것은 별론으로 하고 처분의 취소를 구할 법률상 이익은 없다」라고 판시한 대판 1993.6.8, 93누6164에 반하며, 또한 대법원은 ④와 같은 요건의 충족되면 대집행계고와 의무를 명하는 처분이 결합될 수 있다고 하면서 「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 것이다」(대판 1992.6.12, 901누13564)라고 판시한 바 있다. 답 ②

6. 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 부관사이에 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) (ㄴ)(ㄹ)(ㅁ)은 다음과 같은 이유에서 틀렸다. 즉, (ㄴ) 부담부 행정행위의 경우 부담의 이행여부와 상관없이 행정행위의 효력이 발생하며, (ㄹ) 법률행위적 행정행위의 경우 부관과 친한 것이 사실이지만, 귀화허가 등과 같은 포괄적 신분관계설정행위는 성질상 부관을 붙이기 곤란하다. 또한 (ㅁ) 조건과 달리 부담은 독립하여 행정쟁송의 대상이 될 수 있다. 답 ②

7. 행정계획에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 판례에 의하면 장래 일정한 기간 내에 일정한 처분을 구하는 신청을 할 법률상 지위에 있는 자의 국토이용계획변경신청에 대한 거부 행위는 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) 「도시계획법상 주민이 행정청에 대하여 도시계획 및 그 변경에 대하여 어떤 신청을 할 수 있다는 규정이 없고, 도시계획과 같이 장기성, 종합성이 요구되는 행정계획에 있어서 그 계획이 일단 확정된 후 어떤 사정의 변동이 있다 하여 지역주민에게 일일이 그 계획의 변경을 청구할 권리를 인정해 줄

수도 없는 것이므로 그 변경 거부행위를 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 볼 수 없다」라고 판시한 대판 1994.1.28, 93누22029에서 보듯이 법원은 도시계획의 변경 또는 폐지를 신청할 조리상의 권리를 원칙적으로 인정하고 있지 않다. 답 ④

8. 다음 중 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

① 친일반민족행위자 재산조사위원회가 행한 친일재산의 국가 귀속결정은 준법률행위적 행정행위의 성격을 가진다

② 헌법재판소가 법률의 위헌 여부를 판단하기 위하여 한 법률해석에 대법원이나 각급 법원이 구속되는 것은 아니다.

③ 개발제한구역 중 일부 취락을 개발제한구역에서 해제하는 내용의 도시관리계획변경결정에 대하여, 개발제한구역 해제대상에서 누락된 토지의 소유자는 위 결정의 취소를 구할 법률상 이익이 있다.

④ 개발이익환수에 관한 법률에 정한 개발사업을 시행하기 전에, 행정청이 민원예비심사에 대하여 관련부서 의견으로 '저촉사항없음'이라고 기재하였다는 사정만으로 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해표명을 한 것이라고는 보기 어렵다.

해설) ③이 「개발제한구역 중 일부 취락을 개발제한구역에서 해제하는 내용의 도시관리계획변경결정에 대하여, 개발제한구역 해제대상에서 누락된 토지의 소유자는 위 결정의 취소를 구할 법률상 이익이 없다」고 판시한 대판 2008.7.10, 2007두10242에 반한다. 한편 이 문제의 경우 다른 지문들도 잘 알아둘 필요가 있는 내용들을 담고 있는바, 관련판례를 소개해두면 다음과 같다. ①에 관하여는 「친일반민족행위자재산조사위원회의 재산조사개시결정이 있는 경우 조사대상자는 위 위원회의 보전처분 신청을 통하여 재산권 행사에 실질적인 제한을 받게 되고, 위 위원회의 자료제출요구나 출석요구 등의 조사행위에 응하여야 하는 법적 의무를 부담하게 되는 점, '친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법'에서 인정된 재산조사결정에 대한 이의신청절차만으로는 조사대상자에 대한 권리구제 방법으로 충분치 아니한 점, 조사대상자로 하여금 개개의 과태료 처분에 대하여 불복하거나 조사 종료 후의 국가귀속결정에 대하여만 다툴 수 있도록 하는 것보다는 그에 앞서 재산조사개시결정에 대하여 다툼으로써 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있는 점 등을 종합하면, 친일반민족행위자재산조사위원회의 재산조사개시결정은 조사대상자의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 독립한 행정처분으로서 항고소송의 대상이 된다고 봄이 상당하다」고 판시한 대판 2009.10.15, 2009두6513, ②에 관하여는 「구체적 분쟁사건의 재판에 즈음하여 법률 또는 법률조항의 의미·내용과 적용 범위가 어떠한 것인지를 정하는 권한, 곧 법령의 해석·적용 권한은 사법권의 본질적 내용을 이루는 것이고, 법률이 헌법규범과 조화되도록 해석하는 것은 법령의 해석·적용상 대원칙이다. 따라서 합헌적 법률해석을 포함하는 법령의 해석·적용 권한은 대법원을 최고법원으로 하는 법원에 전속하는 것이며, 헌법재판소가 법률의 위헌 여부를 판단하기 위하여 불가피하게 법원의 최종적인 법률해석에 앞서 법령을 해석하거나 그 적용 범위를 판단하더라도 헌법재판소의 법률해석에 대법원이나 각급 법원이 구속되는 것은 아니다」라고 판시한 대판 2009.2.12. 2004두10289, ④에 관하여는 「개발이익환수에 관한 법률에 정한 개발사업을 시행하기 전에, 행정청이 토지 지상에 예식장 등을 건축하는 것이 관계 법령상 가능한지 여부를 질의하는 민원예비심사에 대하여 관련부서 의견으로 개발이익환수에 관한 법률에 '저촉사항 없음'이라고 기재하였다고 하더라도, 이후의 개발 부담금부과처분에 관하여 신뢰보호의 원칙을 적용하기 위한 요건인, 개인에 대하여 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해표명을 한 것이라고는 보기 어렵다」고 판시한 대판 2006.6.9, 2004두46 참조. 답 ③

9. 다음 사례에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

국립 oo 교육대학 교수회는 학칙에 의거해 징계권자인 학장(피고)의 요구에 따라 교내,외의 과격시위 등에 가담한 갑(원고)외 학생들에게 무기정학과 퇴학처분 등의 징계의결을 하였다. 피고가 위 징

계의결의 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 변화하여 원고에 대하여 퇴학처분을 하였다.

① 오늘날 특별권력관계의 특수성은 여전히 인정되므로, 특별 권력관계의 목적달성을 위하여는 법률의 근거가 없는 경우에도 당연한 기본권이 제한된다.

② 학생에 대한 징계권의 발동이나 징계의 양정은 징계권자인 oo교육학 학장의 교육적 재량에 맡겨져 있지만, 교수회의의결을 요건으로 하므로 위 징계처분은 기속행위로 보아야 한다.

③ 효과재량설의 입장에서 보면 징계처분은 재량행위라고 보게 되므로, 관계법령 또는 학칙상 징계사유가 존재하더라도 반드시 징계를 하여야 하는 것은 아니다.

④ oo 교육대학 학생에 대한 퇴학처분은 국립대학교의 내부질서유지를 위해 학칙 위반자인 재학생에 대한 구체적 법집행으로서 행정소송법상의 처분에 해당한다.

해설) ④가 「국립 교육대학 학생에 대한 퇴학처분은, 국가가 설립·경영하는 교육기관인 동 대학의 교무를 통괄하고 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」라고 판시한 대판 1991.11.22, 91누2144의 내용과 합치되는 타당한 지문이다. 한편 ①②③은 다음과 같은 이유에서 틀렸다. 즉, ① 오늘날 특별권력관계라고 하여 법률에 근거없이도 기본권을 제한할 수 있다고 하는 견해는 사실상 찾아볼 수 없는 실정이며, ② 학생에 대한 징계권의 발동이나 징계의 양정은 징계권자인 oo교육대학 학장의 교육적 재량에 맡겨져 있고, 교수회의 의결을 요건으로 한다 하더라도 위 징계처분은 재량행위로 보아야 한다(전기 대판 1991.11.22, 91누2144 참조). 또한 ③ 효과재량설에 따르면 퇴학처분과 같은 침해적 행위는 기속행위로 보게 된다. 답 ④

10. 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) 「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. 나. 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」고 판시한 대판

1994.3.8, 92누1728을 고려할 때 ①은 틀렸고, ②는 맞는다. 한편 대판 1994.3.8, 92누1728는 ③④의 지문과 관련하여서도 「식품제조영업허가기준 고시」가 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 …… 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」고 판시하고 있다. 답 ②

11. 행정대집행에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

① 판례에 의하면 용도위반 부분을 장례식장으로 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) ①은 「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 장례식장으로 사용하는 것이 관계 법령에 위반한 것이라는 이유로 장례식장의 사용을 중지할 것과 이를 불이행할 경우 행정대집행법에 의하여 대집행하겠다는 내용의 이 사건 처분은, 이 사건 처분에 따른 '장례식장 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」라고 판시한 대판 2005.9.28, 2005두7464에 반한다. 한편 ②는 대판 1998. 10. 23, 97누157, ③은 대판 1990. 9. 14, 90누2048, ④는 대판 1994. 10. 28, 94누5144의 내용으로 모두 타당하다. 답 ①

12. 이행강제금(집행벌)에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

① 이행강제금은 처벌이 아니므로 반복하여 부과·징수할 수 있다.

② 판례에 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 판례에 의하면 건축법상 이행강제금 납부의무는 일신전속적인 성질로 본다.

해설) 이행강제금은 원래 비대체적 작위의무와 부작위의무에 대한 불이행이 있는 경우에 사용할 수 있는 강제집행의 수단으로 발전하여 왔으나 오늘날에는 대체적 작위의무의 불이행이 있는 경우에도 이행강제금을 부과할 수 있음이 인정되고 있다. 또한 판례 역시 「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(제80조 제1항)이 인정되고 있는데, 양 제도는 각각의 장·단점이 있으므로 행정청은 개별사건에

있어서 위반내용, 위반자의 시정지지 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, 2001헌바80·84·102·103·2002헌바26 병합)라고 하여 같은 입장을 취하고 있다. 답 ②

13. 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 경우는 진정일부취소소송이라 한다.

해설) ①②④는 다음과 같은 이유에서 틀렸다. 즉, ① 식품위생법상의 영업허가는 학문적으로 허가의 성질을 가지지만, 오늘날 허가는 원칙적으로 기속행위의 성질을 갖는 것으로 이해되고 있다. (한편 판례는 기속행위에 대하여는 부관을 붙일 수 없으며, 설사 붙였다고 하더라도 무효라고 보고 있다). ② 설문상의 부관은 설문에 나타난 것만으로는 그 성격을 규정짓기 곤란한 면이 있기는 하지만, 적어도 법률효과의 일부배제라고 볼 수는 없다(조건 혹은 부담으로 볼 수 있다). ④의 지문의 내용은 부진정일부취소소송에 관한 것이다. 답 ③

14. 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 기판력의 객관적 범위가 판결의 주문 이외에 판결이유에 실시된 그 전제가 되는 법률관계의 존부에도 미친다고 판시하고 있다.
- ③ 행정소송법은 기판력에 관한 명문의 규정을 두고 있다는 것이 통설, 판례의 입장이다.
- ④ 취소소송의 피고는 처분청이므로 행정청을 피고로 하는 취소소송에 있어서의 기판력은 당해 처분이 귀속하는 국가 또는 공공단체에 미친다.

해설) ④는 과세처분 취소소송의 피고는 처분청이므로 행정청을 피고로 하는 취소소송에 있어서의 기판력은 당해 처분이 귀속하는 국가 또는 공공단체에 미친다(대판 1998.7.24, 98다10854). 한편 ①②③은 다음과 같은 이유에서 틀렸다. 즉, ① 취소소송의 소송물을 무엇으로 볼 것인지에 관하여는 현재 ㉠ 처분의 위법성 일반으로 보는 견해(다수설), ㉡ 자신의 권리가 침해되었다는 원고의 법률상 주장으로 보는 견해, ㉢ 행정처분이 위법하고 자신의 권리가 침해되었다는 원고의 법률상 주장으로 보는 견해 등이 주장되고 있으며, 판례는 (과세처분의 취소소송의 경우와 관련하여) 위법성 일반을 취소소송의 소송물로 보는 입장을 표명한 바 있다(대판 1990.3.23, 89누5386 참조). ② 기판력은 판결주문에만 미친다(대판 1987.6.9, 86다카2756 참조). ③ 기속력과 달리 기판력에 관해서는 행정소송법상 명문의 규정은 존재하지 않으며, 단지 행정소송법 제8조에 따라 민사소송법을 준용하여 해석상 인정되고 있을 뿐이다. 답 ④

15. 다음 사례에서 개인적 공권이 성립할 수 없는 것은?

- ① 서울특별시 '철거민에 대한 시영아파트특별분양개선지침'에 의한 무허가 건물 소유자의 시영아파트 특별분양신청권
- ② 구 수산업법 제 40조 소정의 관행어업권
- ③ 도시계획구역내 토지소유자의 도시계획시설변경입안 요구 신청권

④ 헌법상 변호인접견권

해설) ①과 관련하여 법원은 「원고가 서울특별시 철거민에 대한 시영아파트특별분양개선지침상 시영아파트 방 1칸의 입주권 부여대상자라 하더라도 서울특별시의 위 지침은 서울특별시 내부에 있어서의 행정지침에 불과하며 그 지침 소정의 사람에게 공법상의 분양신청권이 부여되는 것은 아니라 할 것이어서 서울특별시의 시영아파트에 대한 분양불허의 의사표시는 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 볼 수 없다」고 하여 개인적 공권의 성립을 부정한 바 있다. 한편 ②는 대판 2001.3.13, 99다57942, ③은 대판 2004.4.28. 2003두1806, ④는 헌재결 1992.01.28, 91헌마111에 의해 개인적 공권의 성립이 인정된 바 있다. 답 ①

16. 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 사무처리기준을 정한 재량준칙에 해당한다.

해설) ④와 관련하여 대법원은 「경찰공무원임용령 제46조 제1항은 행정청 내부의 사무처리기준을 규정한 재량준칙이 아니라 일반 국민이나 법원을 구속하는 법규명령에 해당한다」고 판시한 바 있다(대판 2008.5.29, 2007두18321 참조). 한편 ①은 대판 2007.5.31, 2005두1329, ②는 대판 2001.2.9, 98두17593, ③은 대판 2007.7.12, 2007두6663의 내용으로 모두 타당하다. 답 ④

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

① 세무당국이 소외 00맥주회사에 대해 갑과의 주류거래를 일정기간 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) 대법원은 정부의 수도권 소재 공공기관의 지방이전시책을 추진하는 과정에서 도지사가 도내 특정시를 공공기관이 이전할 혁신도시 최종입지로 선정한 행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니라고 판시한 바 있다(대판 2007.11.15, 2007두10198 참조). 한편 ①은 대판 1980.10.27, 80누395, ②는 대판 1996.3.22, 96누433, ④는 대판 1993.8.27, 93누3356의 내용으로 모두 타당하다. 답 ③

18. 법률이 위임하지 아니한 사항을 허가요건으로 추가하고 입법예고도 거치지도 아니한 시행규칙에 근거하여 허가청이 갑의 허가신청에 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) 일단 ④는 행정소송법 제30조 제2항의 내용으로 의문의 여지없이 타당하다. 한편 ②③의 경우 의문의 여지없이 틀렸다. 왜냐하면 ②의 경우 법령에 공정력이 인정될 수는 없으며, ③의 경우 불허가처분 역시 처분이므로 바로 거부처분에 대한 취소소송을 제기하면 된다(즉, 헌법재판소에 의한 위헌무효결정을 거칠 필요는 없다). 이에 반해 ①은 법률의 위임없이 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 법규명령(예: 시행령, 시행규칙)을 제정한 경우 원칙적으로 무효가 된다는 점만을 고려하면 의문시되는 면이 있다. 그러나 그 경우에도 법원이 그를 예외적으로 유효한 것으로 해석한 경우도 있으며(대판 2001.8.24, 2000두2716), 또한 법규명령이 입법예고를 거치지 않았다고 하여 언제나 무효인 것도 아님을 고려할 때(대판 1990.6.8, 90누2420) 역시 틀린 지문으로 보아야 할 것이다. 답 ④

19. 다음 중 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

① 구 도시 및 주거환경정비법상 행정청의 재개발 조합설립인가 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 적합여부를 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) ③은 「규칙이 정한 바에 따라 선행처분을 가중사유 또는 전제요건으로 하는 후행처분을 받을 우려가 현실적으로 존재하는 경우에는, 선행처분을 받은 상대방은 비록 그 처분에서 정한 제재기간이 경과하였다 하더라도 그 처분의 취소소송을 통하여 그러한 불이익을 제거할 권리보호의 필요성이 충분히 인정된다고 할 것이므로, 선행처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 보아야 한다」 리고 판시한 대판 2006.6.22, 2003두1684에 반한다. 한편 ①은 대판 2009.9.24, 2009마168,169, ②는 대판 1995.11. 10, 94누11866, ④는 대판 1980.9.24, 80다1051의 내용으로 모두 타당하다. 답 ③

20. 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 정보공개거부처분 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) ②는 「법원이 행정기관의 정보공개거부처분의 위법 여부를 심리한 결과 공개를 거부한 정보에 비공개대상 정보에 해당하는 부분과 공개가 가능한 부분이 혼합되어 있고 공개청구의 취지에 어긋나지 아니하는 범위 안에서 두 부분을 분리할 수 있음을 인정할 수 있을 때에는 청구취지의 변경이 없더라도

공개가 가능한 정보에 관한 부분만의 일부취소를 명할 수 있다」라고 판시한 대판 2004.12.9, 2003두 12707에 반한다. 답 ②