

2021년 해경 승진시험 행정법 (2021.1.16.)

• 해설 : 이승철

* 기존 공무원시험의 기출문제 지문들을 조합하여 출제함. 몇 개 문제는 그대로 출제됨(별도 표기함).

01 다음 중 법치행정의 원리에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 통설·판례에 의함)

2019 서울7급(1) + 2018 서울9급

- ① 법률우위의 원칙에서 법은 형식적 법률뿐 아니라 법규명령과 관습법 등을 포함하는 넓은 의미의 법이다.
- ② 법치행정원리의 현대적 의미는 실질적 법치주의에서 형식적 법치주의로의 전환이다.
- ③ 법령의 규정보다 더 침익적인 조례는 법률유보원칙에 위반되어 무효이다.
- ④ 법률유보의 원칙은 행정권 발동에 있어서 조직규범의 근거가 필요하다는 것을 말한다.

해설

- ① (○) 법률우위의 원칙에서의 '법률'에는 헌법, 형식적 의미의 법률, 법규명령과 관습법 등 불문법을 포함한 모든 법규범을 의미한다. 다만, 행정규칙은 제외된다.
- ② (×) 대륙법계 국가의 경우 과거 형식적 법치주의에 대한 반성으로 제2차 세계대전 후 법령의 내용도 통제하는 실질적 법치주의가 등장하였다.
- ③ (×) 법령의 규정보다 더 침익적인 조례(침익초과조례)는 **법률우위의 원칙**에 위반되어 위법하며 무효(행정입법이나 자치법규는 위법할 경우 무효). [판례] **법률의 위임근거는 있으나, 상위법령의 제한범위를 초과한 차고지확보제도에 관한 조례안(침익초과조례)은 위법하여 무효** : 차고지확보 대상을 자가용자동차 중 승차정원 16인 미만의 승합자동차와 적재정량 2.5t 미만의 화물자동차까지로 정하여 자동차운수사업법령이 정한 기준보다 확대하고, 차고지확보 입증서류의 미제출을 자동차등록 거부사유로 정하여 자동차관리법령이 정한 자동차 등록기준보다 더 높은 수준의 기준을 부가하고 있는 차고지확보제도에 관한 조례안은 비록 그 법률적 위임근거는 있지만 그 내용이 차고지 확보기준 및 자동차등록기준에 관한 상위법령의 제한범위를 초과하여 무효이다(대판 1997.4.25. 96추251).
- ④ (×) 조직규범은 행정활동의 모든 영역에서 당연히 요구되며, 법률유보의 원칙이란 행정권의 발동에 있어서 조직규범(임무규범) 외에 작용규범(수권규범·권한규범)이 요구된다는 것을 의미한다.

조직법적 근거	조직규범, 임무규정	행정을 행하는 기관의 조직과 권한을 규정 예) 도로교통사무를 경찰의 권한으로 한다고 규정	모든 행정영역에서 필요
작용법적 근거	수권규범, 근거규범, 권한규정	행정주체가 행정객체에 대해 현실적으로 행정을 행함에 필요한 권한 사항을 규정 예) 경찰이 도로교통 관련 행정행위(음주운전자에 대한 면허정지)를 하기 위해 필요한 구체적인 법적 근거	필요한 행정영역(법률유보 범위)에 대해 견해 대립

답 ①

법률우위원칙과 법률유보원칙

구분	법률우위원칙	법률유보원칙
의의	헌법과 법률이 행정에 우월, 행정은 헌법과 법률 위반 금지 - 법치주의의 소극적 측면(소극적 통제) • 합헌적 법률의 우위(실질적 법치주의). 헌법107조	행정작용은 법률의 근거(작용법적 근거) 필요. - 법치주의의 적극적 측면(적극적 통제) 원칙적으로 개별적 근거(예외적으로 포괄적 근거도 가능)
법률	헌법·법률 + 법률의 위임에 따른 법규명령, 자치법규 + 행정법의 일반원칙(관습법·판례법 등 불문법) * 단, 행정규칙은 제외	국회가 제정한 형식적 의미의 법률 . 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 관하여 규정한 법규명령은 포함 . 불문법원(관습법·판례법)은 포함 안 됨
표현	법률의 범위 내(안), 법률에 위반(저촉)되면 안 됨.	법률의 근거, 법률의 위임·수권(授權)
내용	① 법률규정이 존재하는 한 행정작용은 그에 위반되어서는 안 된다는 것을 의미하므로 행정작용에 관한 법률의 근거가 존재하는 경우에 중요한 의미 ② 법의 단계질서의 문제	① 법률 규정이 없는 경우에 행정작용을 할 수 있는지와 관련 ② 입법과 행정 사이의 권한배분의 문제
적용 범위	법치주의의 소극적 측면으로서 행정의 모든 영역에 적용 (공법형식의 국가작용 + 사법형식의 국가작용에도 적용 / 사실행위에도 적용)	법률유보원칙은 행정에 대한 의회의 적극적 통제로서 행정의 전영역에 적용시 권력분립 위반 소지가 크므로 일정 영역에만 적용 → 구체적 적용범위에 대해 학설 대립
위반의 효과	위반시 위법. 위법한 행정작용의 효력은 행정의 행위형식에 따라 다름(행정행위는 무효 또는 취소 대상, 행정입법·공법상계약은 무효)	

02 다음 중 실질적 법치주의를 구현하기 위한 방법으로 가장 옳지 않은 것은?

2014 사회복지9급

- ① 법률의 위임에 의한 법규명령의 제정에 있어서 포괄적 위임 금지
- ② 행정의 내부조직이나 특별행정법관계 내부에까지 법률 유보 적용확대
- ③ 헌법재판소에 의한 위헌법률 심사제
- ④ 행정의 탄력성과 합목적성을 달성하기 위한 행정입법권의 강화

해설

- ① (○) 포괄적 위임은 행정부가 행정권뿐 아니라 사실상 입법권을 차지하는 결과를 초래하므로 권력분립과 법치주의 정신에 위반되므로, 실질적 법치주의에서는 개별적·구체적 위임이 아닌 포괄적 위임을 금지한다.
- ② (○) 실질적 법치주의에서는 종래 내부행위로 보았던 행위도 국민의 법적 지위에 영향을 미치는 경우에는 법치행정의 원칙이 적용되고, 또 특별행정법관계에서도 법치행정의 원칙이 적용된다.
- ③ (○) 실질적 법치주의에서는 국민의 기본권을 보장하기 위하여 국민의 자유와 권리를 침해하는 헌법에 위반되는 법률을 제거하기 위하여 위헌법률심사제를 도입하고 있다.
- ④ (×) 오늘날의 법치주의는 국민의 권리·의무에 관한 사항을 법률로 정해야 한다는 형식적 법치주의에 그치는 것이 아니라 비록 국회에서 제정한 법률이라 할지라도 그 법률의 목적과 내용 또한 헌법이념에 부합하는 등 정의에 합치되는 것이라야 한다는 실질적 법치주의를 의미한다(헌재 1989.7.21. 89헌마38). 따라서 행정입법권의 강화는 실질적 법치주의를 약화시키는 결과를 초래한다. 실질적 법치주의는 행정입법에 대한 구체적 규범통제를 강조한다.

답 ④

03 다음 중 행정법의 일반원칙에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 비례의 원칙에 의할 때 공무원이 단지 1회 훈령에 위반하여 요정 출입을 하였다든 사유만으로 한 파면처분은 위법하다.
- ② 행정의 자기구속의 원칙은 평등원칙 및 신뢰보호의 원칙과 밀접한 관련을 지니고 있다.
- ③ 부당결부금지의 원칙은 행정작용을 함에 있어서 그와 실제적인 관련이 없는 상대방의 반대급부를 조건으로 하여서는 안 된다는 원칙을 말한다.
- ④ 신뢰보호 원칙에서 행정기관의 공적인 견해표명은 명시적이어야 하고 묵시적인 경우에는 인정되지 아니한다.

해설

- ① (○) **단지 1회 훈령에 위반하여 요정출입을 하다가 적발된 공무원에 대한 파면처분은 비례원칙 위반** : 단지 1회 훈령에 위반하여 요정출입을 하다가 적발된 것만으로는 공무원의 신분을 보유케 할 수 없을 정도로 공무원의 품위를 손상케 한 것이라 단정키 어려운 한편, 원고를 면직에 처함으로써만 위와 같은 훈령의 목적을 달할 수 있다고 볼 사유를 인정할 자료가 없고, 오히려 원고의 비행 정도라면 이보다 가벼운 징계처분으로서도 능히 위 훈령의 목적을 달할 수 있다고 볼 수 있는 점 등에 비추어 생각하면 이 사건 파면처분은 이른바 비례의 원칙에 어긋난 것으로서 심히 그 재량권의 범위를 넘어서 한 위법한 처분이라고 아니할 수 없다(대판 1967.5.2. 67누24).
- ② (○) 행정규칙은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가지는 것이나(원칙적으로 법규성 부정), 행정규칙이 법령의 규정에 의하여 행정관청에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 경우(법령보충규칙)나 재량권 행사의 준칙인 규칙(재량준칙)이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관청이 이룩되게 되면(행정선례효), **평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙(이론적 근거)에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는 경우에는 대외적인 구속력을 가지게 되는바(법규로 전환)**, 이러한 경우에는 헌법소원의 대상이 될 수도 있다(헌재결 1990.9.3. 90헌마13 ; 헌재결 2001.5. 31. 99헌마413)
- ④ (×) 신뢰의 대상인 행정청의 선행조치는 명시적·적극적 언동+묵시적·소극적 견해표명으로도 가능하며 작위+부작위에 의한 견해표명도 포함된다. 단 묵시적 견해표시가 있다고 하기 위해서는 단순한 부작위와는 달리 일정한 의사표시를 한 것으로 볼 수 있는 사정이 있어야 한다.
 - 일반적으로 조세 법률관계에서 과세관청의 행위에 대하여 신의성실의 원칙이 적용되기 위하여는 과세관청이 납세자에게 **신뢰의 대상이 되는 공적인 견해표명을 하여야 하고**, 또한 국세기본법 제18조 제3항에서 말하는 비과세관행이 성립하려면 상당한 기간에 걸쳐 과세를 하지 아니한 객관적 사실이 존재할 뿐만 아니라 과세관청 자신이 그 사항에 관하여 과세할 수 있음을 알면서도 어떤 특별한 사정 때문에 과세하지 않는다는 의사가 있어야 하며 위와 같은 **공적 견해나 의사는 명시적 또는 묵시적으로 표시되어야** 하지만, 묵시적 표시가 있다고 하기 위하여는 단순한 과세 누락과는 달리 과세관청이 상당기간 불과세 상태에 대하여 과세하지 않겠다는 의사표시를 한 것으로 볼 수 있는 사정이 있어야 하고, 이 경우 특히 과세관청의 의사표시(법령해석에 대한 국세청장의 회신)가 일반적인 견해표명에 불과한 경우에는 위 원칙의 적용을 부정하여야 한다(대판 2001.4.24. 2000두 5203)

답 ④

04 다음 중 행정법의 법원(法源)으로서 헌법이 직접 규정하고 있지 않은 것은?

2018 소방직

- ① 중앙선거관리위원회규칙
- ② 대통령령, 총리령, 부령
- ③ 감사원규칙
- ④ 지방자치단체의 자치에 관한 규정

해설

- ③ 감사원규칙 제정권은 헌법이 아닌 감사원법에 규정
 - **헌법상 명시된 법규명령 : 대통령령, 총리령, 부령, 중앙선거위원회규칙, 국회규칙, 헌법재판소규칙, 대법원규칙, 지방자치단체의 자치에 관한 규정**
- 제75조 대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.
제95조 국무총리 또는 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다.
제114조 ⑥ 중앙선거관리위원회는 법령의 범위안에서 선거관리·국민투표관리 또는 정당사무에 관한 규칙을 제정할 수 있으며, 법률에 저촉되지 아니하는 범위안에서 내부규율에 관한 규칙을 제정할 수 있다.
제117조 ① 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.
- ※ 국회·헌법재판소·대법원 규칙도 헌법에 명시되어 있으나 행정부가 제정하는 것이 아니므로 '행정입법'인 법규명령에서는 제외됨

답 ③

05 다음 중 사인의 공법행위에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정청은 법령상 규정된 형식적 요건을 갖추지 못한 신고서가 제출된 경우에는 지체 없이 상당한 기간을 정하여 신고인에게 보안을 요구하여야 한다.
- ② 주민등록신고는 행정청에 도달하기만 하면 신고로서의 효력이 발생하는 것이 아니라 행정청이 수리한 경우에 비로소 신고의 효력이 발생한다.
- ③ 「유통산업발전법」 상 대규모점포의 개설 등록은 이른바 '수리를 요하는 신고'로서 행정처분에 해당한다.
- ④ 수리를 요하는 신고의 경우, 수리행위에 신고필증의 교부가 필수적이므로 신고필증 교부의 거부는 행정소송법상 처분으로 볼 수 있다.

해설

- ① (○) 수리를 요하지 않는 신고(자주적 신고)로서 법령상 규정된 형식적 요건을 갖추지 못한 신고서가 제출된 경우 행정청은 바로 접수를 거부할 수 없고 지체 없이 상당한 기간을 정하여 신고인에게 보안을 요구하여야 한다.
- ② (○) **주민등록 신고의 효력 발생시기는 신고 수리시(수리를 요하는 신고)** : 주민등록은 단순히 주민의 거주관계를 파악하고 인구의 동태를 명확히 하는 것 외에도 주민등록에 따라 공법관계상의 여러 가지 법률상 효과가 나타나게 되는 것으로서, **주민등록의 신고는 행정청에 도달하기만 하면 신고로서의 효력이 발생하는 것이 아니라 행정청이 수리한 경우에 비로소 신고의 효력이 발생한다**(대판 2009.1.30. 2006다17850)
- ③ (○) 구 「유통산업발전법」에 따른 대규모점포의 개설 등록은 이른바 '수리를 요하는 신고'로서 행정처분에 해당한다 : 구 유통산업발전법(2013.1.23. 법률 제11626호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제2조 제3호, 제3의2호, 제8조 제1항, 제12조의2 제1항, 제2항, 제3항, 구 유통산업발전법 시행령(2013.4.22. 대통령령 제24511호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제3조 제1항 [별표 1], 제7조의2의 내용과 체제, 구 유통산업발전법의 입법 목적 등과 아울러, 구 유통산업발전법 제12조의2 제1항, 제2항, 제3항은 **기존의 대규모점포의 등록된 유형 구분을 전제로 '대형마트로 등록된 대규모점포'를 일체로서 규제 대상으로 삼고자 하는 데 취지가 있는 점, 대규모점포의 개설 등록은 이른바 '수리를 요하는 신고'로서 행정처분에 해당하고 등록은 구체적 유형 구분에 따라 이루어지므로, 등록의 효력은 대규모점포가 구체적으로 어떠한 유형에 속하는지에 관하여도 미치는 점, 따라서 대규모점포가 대형마트로 개설 등록되었다면 점포의 유형을 포함한 등록내용이 대규모점포를 개설하고자 하는 자의 신청 등에 따라 변경등록되지 않는 이상 대규모점포를 개설하고자 하는 자 등에 대한 구속력을 가지는 점 등에 비추어 보면, 구 유통산업발전법 제12조의2 제1항, 제2항, 제3항에 따라 영업시간 제한 등 규제 대상이 되는 대형마트에 해당하는지는, 일단 대형마트로 개설 등록되었다면 특별한 사정이 없는 한, 개설 등록된 형식에 따라 대규모점포를 일체로서 판단하여야 하고, 대규모점포를 구성하는 개별 점포의 실질이 대형마트의 요건에 부합하는지를 다시 살필 것은 아니다**(대판 2015.11.19. 2015두295).
- ④ (×) 수리를 요하는 신고의 경우 신고필증 교부가 꼭 필요한 것은 아님. 신고필증 교부 거부 신고 수리의 거부로 해석될 경우 거부처분취소소송 제기 가능.
 - ① 수리를 요하는 신고의 경우 신고필증교부는 필수사항은 아님 : 구 장사 등에 관한 법률(2007. 5. 25. 법률 제8489호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 '구 장사법'이라 한다) 제14조 제1항, 구 장사 등에 관한 법률 시행규칙(2008. 5. 26. 보건복지가족부령 제15호로 전부 개정되기 전의 것) 제7조 제1항 [별지 제7호 서식] 을 종합하면, **납골당설치 신고는 이른바 '수리를 요하는 신고'라 할 것이므로, 납골당설치 신고가 구 장사법 관련 규정의 모든 요건에 맞는 신고라 하더라도 신고인은 곧바로 납골당을 설치할 수는 없고, 이에 대한 행정청의 수리처분이 있어야만 신고한 대로 납골당을 설치할 수 있다.** 한편 수리란 신고를 유효한 것으로 판단하고 법령에 의하여 처리할 의사로 이를 수령하는 수동적 행위이므로 **수리행위에 신고필증 교부 등 행위가 꼭 필요한 것은 아니다**(대판 2011.9.8. 2009두6766).
 - ② 신고필증의 의미

구분	수리를 요하지 않는 신고(자기완결적 신고)	수리를 요하는 신고
신고필증의 성격	신고필증은 신고사실의 증명 (사인이 일정한 사실을 행정기관에 알렸다는 것을 확인해 주는 사실적인 의미일뿐 법적 효과는 없음)	신고필증은 수리했음을 증명 (적법한 신고에 대한 수리가 있었다는 증명으로 사인들에게 새로운 일정한 행위를 할 수 있는 법적 효과를 발생). 신고필증 교부는 필수적이 아니라 임의적
신고필증 교부 거부의 성격	신고필증 교부 거부는 처분성 없음	신고필증 교부 거부 신고 수리의 의사표시로 해석될 경우 거부처분 취소소송 가능

· 구 국토이용관리법 21조의7은 토지거래계약신고는 수리를 요하는 신고였으며 신고필증 교부 거부에 대해 거부처분이 있는 것으로 본 판례 : 피고(경주시 장)는 1989.6.22. 원고와 농업협동조합중앙회가 같은 해 5.27. 이 사건 토지거래계약신고를 한데 대하여 원고가 이 사건 토지부근에 거주하지 않아 이를 이용할 수 있는 위치에 있지도 않고, 또 그 현황이 도로로서 그 주변사람들의 통로로 이용되고 있는 점 등을 들어 농업협동조합중앙회에 대하여 토지등거래계약체결의 중지를 권고하면서 같은 해 6.24. 경주시가 이를 매수하겠다는 의사를 통보하였다는 것이다. 그리고 을 제8호증(중지통보)의 기재에 의하면, 위 중앙회는 원고에게 그와 같은 중지권고가 있어 계약체결을 할 수 없으니 납부한 대금을 수령해 가라는 통보를 한 사실을 알 수 있다. 그렇다면 피고는 원고의 신고에 대하여 직접적으로 신고필증교부의 거부사를 표명하지는 아니하였으나 위 계약체결중지권고의 사유등에 비추어 위 중지권고문의 송달 및 매수의사통보로써 신고필증을 교부하지 아니하겠다는 중국적인 의사를 표시한 취지임이 명백하다고 할 것이고 이로써 거부처분이 있는 것으로 보는 것이 옳을 것이다.(대판 1992.9.14. 91누8807)

답 ④

06 다음 중 법규명령에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 예시적인 것으로 보아야 한다.
- ② 행정각부의 장이 정하는 고시는 법령의 규정으로부터 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 위임받아 그 법령내용을 보충하는 기능을 가진 경우라도 그 형식상 대외적으로 구속력을 갖지 않는다.
- ③ 법규명령의 위임의 근거가 없어 무효였더라도 나중에 법개정으로 위임의 근거가 부여되면 그때부터는 유효한 법규명령으로 볼 수 있다.
- ④ 법규명령이 구체적인 집행행위 없이 직접 개인의 권리·의무에 영향을 주는 경우 처분성이 인정된다.

해설

- ① (○) 오늘날 의회의 입법독점주의에서 입법중심주의로 전환하여 일정한 범위 내에서 행정입법을 허용하게 된 동기가 사회적 변화에 대한 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 구체적 인 범위를 정하여 위임한 사항에 관하여는 당해 행정기관에게 행정입법의 권한을 갖게 되고, 입법자가 규율의 형식도 선택할 수 있다 할 것이므로, 헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 예시적인 것으로 보아야 할 것이고, 그것은 법률이 행정규칙에 위임하더라도 그 행정규칙은 위임된 사항만을 규율할 수 있으므로, 국회입법의 원칙과 상치되지 않는다. (헌재결 2006.12.28. 2005헌바59)
- ② (×) 일반적으로 행정 각부의 장이 정하는 고시라 하더라도 그것이 특히 법령의 규정에서 특정 행정기관에게 법령 내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여함으로써 그 법령 내용을 보충하는 기능을 가질 경우에는 그 형식과 상관없이 근거법령 규정과 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 가지는 것이다. 이는 어디까지나 법령의 위임에 따라 그 법령 규정을 보충하는 기능을 가지는 점에 근거하여 예외적으로 인정되는 효력이므로 특정 고시가 비록 법령에 근거를 둔 것이라고 하더라도 그 규정 내용이 법령의 위임 범위를 벗어난 것일 경우에는 위와 같은 법규명령으로서의 대외적 구속력을 인정할 여지는 없다(대판 1999.11.26. 97누13474).
- ③ (○) 일반적으로 법률의 위임에 의하여 효력을 갖는 법규명령의 경우, 구법에 위임의 근거가 없어 무효였더라도 사후에 법개정으로 위임의 근거가 부여되면 그때부터는 유효한 법규 명령이 되나, 반대로 구법의 위임에 의한 유효한 법규명령이 법개정으로 위임의 근거가 없어지게 되면 그때부터 무효인 법규명령이 되므로, 어떤 법령의 위임 근거유무에 따른 유효 여부를 심사하려면 법개정의 전·후에 걸쳐 모두 심사하여야만 그 법규명령의 시기에 따른 유효·무효를 판단할 수 있다(대판 1995.6.30. 93후83)
- ④ (○) 일반·추상적 규율로서의 행정입법(명령)은 직접 취소소송의 대상이 되지 않지만 법규명령(조례 포함)이라도 개별적 행위를 매개하지 않고 직접 개인의 법률상 이익을 침해할 경우에 예외적으로 이른바 처분적 명령으로서 항고소송의 대상이 된다.
 - 원래 대통령령은 법령의 효력을 가진 것으로서 행정소송법상 행정처분이라 볼 수 없다고 해석함이 타당할 것임으로 그 내용의 적법여부를 논할 것 없이 행정소송의 목적물이 될 수 없을 것이다. 물론 법령의 효력을 가진 명령이라도 그 효력이 다른 행정행위를 기다릴 것 없이 직접적으로 또 현실이 그 자체로서 국민의 권리훼손 기타 이익침해의 효과를 발생케 하는 성질의 것이라면 행정소송법상 처분이라 보아야 할 것이고, 따라서 그에 관한 이해관계자는 그 구체적 관계사실과 이유를 주장하여 그 명령의 취소를 법원에 구할 수 있을 것이다(대판1954.8.19. 4286행상37).

답 ②

07 다음 중 행정입법에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정청은 대통령령을 입법예고할 경우에는 국회소관 상임위원회에 이를 제출하여야 한다.
- ② 상위법령에서 세부사항 등을 시행규칙으로 정하도록 위임하였는데, 이를 고시로 정한 경우에 대외적 구속력을 가지는 법규명령으로서의 효력이 인정될 수 있다.
- ③ 대통령령을 제정하려면 국무회의 심의와 법제처의 심사를 거쳐야 한다.
- ④ 행정규칙이 대외적인 구속력을 가지는 경우에는 헌법소원의 대상이 된다.

해설

- ① (○) 행정절차법 제42조(예고방법) ② 행정청은 대통령령을 입법예고하는 경우 국회 소관 상임위원회에 이를 제출하여야 한다.
- ② (×) 법령보충규칙이 상위 법령의 위임범위를 벗어난 경우에는 법규명령으로서 대외적 구속력을 인정할 여지는 없다. 이는 행정규칙이나 규정 '내용'이 위임범위를 벗어난 경우뿐 아니라 상위 법령의 위임규정에서 특정하여 정한 권한행사의 '절차'나 '방식'에 위배되는 경우도 마찬가지이므로, 상위 법령에서 세부사항 등을 시행규칙으로 정하도록 위임하였음에도 이를 고시 등 행정규칙으로 정하였다면 그 역시 대외적 구속력을 가지는 법규명령으로서 효력이 인정될 수 없다(대판 2012.7.5. 2010다72076)
- ③ (○) 대통령령 제정은 법제처의 심사와 국무회의의 심의를 거치며, 총리령·부령 제정은 법제처의 심사만 거치고 국무회의의 심의를 거치지 않는다.
- ④ (○) 행정규칙이 법령의 규정에 의하여 행정관청에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 경우나 재량권행사의 준칙인 규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관청이 이룩되게 되면, 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는 경우에는 대외적인 구속력을 가지게 되는데, 이러한 경우에는 헌법소원의 대상이 될 수도 있다.(헌재 2001.5.31. 99헌마413)

답 ②

08 다음 중 행정규칙에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정규칙을 위반하는 행위는 직무상의 의무 위반으로 징계사유에 해당한다.
- ② 대법원은 행정적 편의를 도모하기 위해 법령의 위임을 받아 제정된 절차적 규정을 법령보충적 행정규칙으로 본다.
- ③ 「공공기관의 운영에 관한 법률」의 위임에 따라 입찰자격제한기준을 정하는 부령은 행정내부의 재량준칙에 불과하다.
- ④ 훈령, 지시, 예규, 일일명령 등 행정기관이 그 하급기관이나 소속 공무원에 대하여 일정한 사항을 지시하는 문서는 지시문서이다.

해설

- ① (○) 행정규칙은 법규성, 대외적 구속력, 재판규범성이 없는 것이 원칙이므로 행정규칙을 위반해도 위법한 것이라고 할 수 없지만 내부적으로 징계의 대상은 된다.
- ② (×) (○) 행정적 편의를 도모하기 위해 법령의 위임을 받아 제정된 절차적 규정은 대외적 효력을 지닌 법령보충적 행정규칙이 아님
 - 구 법인세법시행규칙 제45조 제3항 제6호에 따른 '소득금액조정합계표 작성 요령'의 대외효 부정 : 구 법인세법 제26조 제1항, 제2항, 같은법시행령 제82조 제1항, 제2항, 제3항 제5호, 같은법시행규칙 제45조 제3항 제6호, 제37호에 의하면, 법인은 법인세 신고시 세부조정사항을 기입한 소득금액조정합계표와 유보소득 계산서류인 적정유보초과소득조정명세서(을) 등을 신고서에 첨부하여 제출하여야 하는데, 위 소득금액조정합계표 작성요령 제4호 단서는 잉여금 증감에 따른 익금산입 및 손금산입 사항의 처분인 경우 익금산입은 기타 사외유출로, 손금산입은 기타로 구분하여 기입한다고 규정하고 있고, 위 적정유보초과소득조정명세서(을) 작성요령 제6호는 각 사업연도 소득금액계산상 배당·상여·기타소득 및 기타 사외유출란은 소득금액조정합계표의 배당·상여·기타소득 및 기타 사외유출 처분액을 기입한다고 규정하고 있는바, 위와 같은 작성요령은 법률의 위임을 받은 것이기는 하나 법인세의 부과장려는

신청인이 관계 법령에서 정한 요건을 충족하였더라도, 신청인의 적격성, 채류 목적, 공익상의 영향 등을 참작하여 허가 여부를 결정할 수 있는 재량을 가진다. 다만 재량을 행사할 때 판단의 기초가 된 사실인정에 중대한 오류가 있는 경우 또는 비례·평등의 원칙을 위반하거나 사회통념상 현저하게 타당성을 잃는 등의 사유가 있다면 이는 재량권의 일탈·남용으로서 위법하다(대판 2016.7.14. 2015두48846)

- ㉔ [인가] 사립학교법 제20조 제2항에 의한 학교법인의 임원에 대한 감독청의 취임승인은 학교법인의 임원선임행위를 보충하여 그 법률상의 효력을 완성케 하는 보충적 행정행위로서 성질상 기본행위를 떠나 승인자분 그 자체만으로는 법률상 아무런 효력도 발생할 수 없으므로 기본행위인 학교법인의 임원선임행위가 불성립 또는 무효인 경우에는 비록 그에 대한 감독청의 취임승인이 있었다 하더라도 이로써 무효인 그 선임행위가 유효한 것으로 될 수는 없다(대판 1987.8.18. 86누152).

• 인가의 사례

① 채광계획인가	① 사립학교법에 의한 감독청의 이사소집 승인	① 토지거래허가구역에서의 토지 거래허가
② 자동차운송사업계획변경(기점연장, 노선 및 운행시간)인가	② 학교(의료)법인의 임원에 대한 감독청의 취임승인, 재단법인의 임원취임에 대한 주무관청의 승인	② 재단법인(비영리법인) 정관변경허가, 사회복지법인의 정관 변경허가
③ 비영리법인(사립대학, 학교법인) 설립·정관변경인가	③ 주택건설사업계획의 승인	③ 하천공사 권리·의무 양수·양도에 관한 허가
④ 「자동차관리법」 상 사업자단체조합의 설립인가	④ 공공조항 정관승인	④ 농지이전허가
⑤ 공기업 사업양도의 인가, 자동차운송사업 양도·양수계약에 기한 양도·양수인가, 하천점용권 양도의 인가·허가	⑤ 사립대학총장취임승인	⑤ 지방의회의 의원사직허가
⑥ 수도공급규정 인가	⑥ 자연공원사업의 시행에 있어 그 공원시설기본설계 및 변경설계승인	⑥ 특허기업 양도허가
⑦ 특허기업의 요금인가	⑦ 지방채기채승인·인가·허가	★ 특허기업의 특허는 특허
⑧ 외자도입법 19조에 따른 기술도입계약에 대한 인가	⑧ 중소기업 창업사업계획 승인	
	⑨ 전기용품 형식승인	

- ㉕ [공중] 의료법 관련 규정에 의거한 서울특별시상 또는 도지사의 의료유사업자 자격증 갱신발급행위는 유사업자의 자격을 부여 내지 확인하는 것이 아니라 특정한 사실 또는 법률관계의 준부를 공적으로 증명하는 소위 공증행위에 속하는 행정행위라 할 것이다(대판 1977.5.24. 76누295).

답 ①

11 다음 중 행정행위의 부관에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

2015 교행9급

- ① 법률효과의 일부배제는 법률에 근거가 있어야 한다.
- ② 장래의 도래가 확실한 사실에 행정행위의 효력발생을 의존시키는 조건을 정지조건이라 한다.
- ③ 부관은 주된 행정행위와 실질적 관련성이 있어야 한다.
- ④ 부담을 불이행하면 주된 행정행위의 효력이 당연히 소멸한다.

해설

- ④ (x) 부담을 불이행한 경우 행정청의 철회 전까지는 효력이 유지된다.

답 ④

12 다음 중 행정행위의 하자에 대한 내용으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 무효인 행정행위에는 공정력, 불가쟁력이 인정되지 않는다.
- ② 적법한 건축물에 대한 철거명령은 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효이고 그 후행행위인 건축물철거 대집행계고처분 역시 당연무효이다.
- ③ 「경찰공무원법」에 규정되어 있는 경찰관임용결격사유는 경찰관으로 임용되기 위한 절대적인 소극적인 요건으로서 임용당시 경찰관임용결격사유가 있었다면 비록 임용권자의 과실에 의하여 임용결격자임을 밝혀내지 못하였다 하더라도 그 임용행위는 당연무효로 볼 수 없다.
- ④ 납세의무자가 부과된 세금을 자진납부하였다 하더라도 세액산출근거 등의 기재사항이 누락된 납세고지서에 의한 과세처분의 하자는 치유되지 않는다.

해설

- ① (○) 행정행위의 하자가 중대하고 명백하여 무효인 경우에는 공정력이 인정되지 않는다. 이러한 경우에게까지 공정력을 인정하면 행정청에게 지나친 특권을 부여하고 그 결과 국민에게는 큰 부담이 되기 때문이다.
- ② (○) 선행행위가 무효나 부존재인 경우 후행행위도 당연히 무효가 된다. 따라서 '하자의 승계' 문제가 제기되지 않는다.
 - 적법한 건축물에 대한 철거명령은 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효라고 할 것이고, 그 후행행위인 건축물철거 대집행계고처분 역시 당연무효라고 할 것이다(대판 1999.4.27. 97누6780)
- ③ (x) 경찰공무원법에 규정되어 있는 경찰관임용결격사유는 경찰관으로 임용되기 위한 절대적인 소극적 요건으로서 임용 당시 경찰관임용결격사유가 있었다면 비록 임용권자의 과실에 의하여 임용결격자임을 밝혀내지 못하였다 하더라도 그 임용행위는 당연무효로 보아야 한다(대판 2005.7.28. 2003두469).
- ④ (○) 세액산출근거가 기재되지 아니한 납세고지서에 의한 부과처분은 강행법규에 위반하여 취소대상이 된다 할 것이므로 이와 같은 하자는 납세의무자가 전심절차에서 이를 주장하지 아니하였거나, 그 후 부과된 세금을 자진납부하였다거나, 또는 조세채권의 소멸시효기간이 만료되었다 하여 치유되는 것이라고는 할 수 없다(대판 1985.4.9. 84누431)

답 ③

13 다음 중 행정행위의 취소와 철회에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 영업허가 취소처분이 행정쟁송절차에 의하여 취소된 경우 영업허가취소처분 이후의 영업행위를 무허가영업이라고 볼 수는 없다.
- ② 수익적 행정처분의 하자가 당사자의 사실은폐에 의한 신청행위에 기인한 것이라면 행정청이 당사자의 신뢰이익을 고려하지 않고 취소하였다 하더라도 재량권 남용이 되지 않는다는 것이 판례의 입장이다.
- ③ 철회는 적법요건을 구비하여 완전히 효력을 발하고 있는 행정행위를 사후적으로 그 행위의 효력을 전부 또는 일부를 장래에 향해 소멸시키는 행정처분이다.
- ④ 행정행위의 철회의 절차는 행정쟁송절차에 의하여 엄격하게 이루어진다.

해설

- ① (○) 영업의 금지를 명한 영업허가취소처분 자체가 나중에 행정쟁송절차에 의하여 취소되었다면 그 영업허가취소처분은 그 처분에 소급하여 효력을 잃게 되며, 그 영업허가취소처분에 복종할 의무가 원래부터 없었음이 확정되었다고 봄이 타당하고, 영업허가취소처분이 장래에 향하여서만 효력을 잃게 된다고 볼 것은 아니므로 그 영업허가취소처분 이후의 영업행위를 무허가영업이라고 볼 수는 없다(대판 1993.6.25. 93도277).
- ② (○) **수익적 행정처분의 하자가 당사자의 사실은폐에 의한 신청행위에 기인한 것이라면 당사자는 그 처분에 관한 신뢰이익을 원용할 수 없음**: 행정처분에 하자가 있음을 이유로 처분청이 이를 취소하는 경우에도 그 처분이 국민에게 권리나 이익을 부여하는 수익적 처분인 때에는 그 처분을 취소하여야 할 공익상의 필요와 그 취소로 인하여 당사자가 입게 될 불이익을 비교교량한 후 공익상의 필요가 당사자가 입을 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 한하여 취소할 수 있는 것이지만, 그 처분의 하자가 당사자의 사실은폐나 기타 사위의 방법에 의한 신청행위에 기인한 것이라면 당사자는 그 처분에 의한 이익이 위법하게 취득되었음을 알았도 취소가능성도 예상하고 있었다고 할 것이므로, 그 자신이 위 처분에 관한 신뢰이익을 원용할 수 없음은 물론 행정청이 이를 고려하지 아니하였다고 하여도 재량권의 남용이 되지 아니한다(대판 1996.10.25. 95누14190)
- ③ (○) 행정행위의 취소는 일단 유효하게 성립한 행정행위를 그 행위에 위법 또는 부당한 하자가 있음을 이유로 소급하여 그 효력을 소멸시키는 별도의 행정처분이고, 행정행위의 철회는 적법요건을 구비하여 완전히 효력을 발하고 있는 행정행위를 사후적으로 그 행위의 효력의 전부 또는 일부를 장래에 향해 소멸시키는 행정처분이므로, 행정행위의 취소사유는 행정행위의 성립 당시에 존재하였던 하자를 말하고, 철회사유는 행정행위가 성립된 이후에 새로이 발생한 것으로서 행정행위의 효력을 존속시킬 수 없는 사유를 말한다(대판 2006.5.11. 2003다37969).
- ④ (×) 철회의 절차는 일반적 규정은 없으며, 원행정행위의 발령절차와 동일절차에 따르면 된다. 철회는 원행정행위와 독립된 행정행위로서 행정절차법의 적용을 받으므로 수익적 행정행위의 철회시 원칙적으로 당사자에게 그 근거와 이유를 제시해야 한다. 철회 절차는 행정쟁송절차에 의하지 않는다.

답 ④

14 다음 중 행정행위의 철회로 볼 수 없는 것은?

2009 국회9급 / 2011 서울9급

- ① 음주운전으로 인한 운전면허 취소
- ② 허위사실기재로 인한 공무원 임용 취소
- ③ 중요한 공익상 필요에 따른 도로점용허가 취소
- ④ 철회유보부 부관의 성취로 인한 주유소영업허가 취소

해설

②는 행정행위 성립 당시의 하자로 인한 강학상 취소, ①③④는 행정행위 성립 후 후발적 사유에 의한 강학상 철회

• 철회 사유

- ㉠ 법령에 철회사유에 대한 명시적 규정이 있는 경우
- ㉡ 법령에 철회사유에 대한 명시적 규정이 없는 경우

사정변경	사실관계의 변화	예 도로의 폐지에 따른 도로점용허가의 철회, 사후에 국민기초생활보장법상 요건을 갖추지 못하는 경우
	근거법령 개정	법령의 개폐로 더 이상 원래의 행정행위를 존속시킬 수 없게 된 경우
철회권이 유보된 경우 유보된 사실의 발생		부관으로 철회권을 유보한 경우, 철회사유는 법령에 규정이 있는 것에 한정되지 않음
상대방의 의무위반		㉠ 음주운전으로 인한 운전면허 철회, ㉡ 용도 이외의 사용으로 인한 자금지원행위(행정행위)의 철회, ㉢ 부패한 식품을 판매한 자에 대한 영업허가 철회
중대한 공익상의 필요		예 하천에 댐을 건설하게 되어 부득이 기존 하천점용허가를 철회할 경우
부담의 불이행		예 점용료 미납자에 대한 영업허가 철회 cf) 해제조건 성취나 기한(종기)의 도래는 철회가 아니라 실효 사유

답 ②

15 다음 중 행정지도에 관한 설명으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정지도는 반드시 문서로 하여야 한다.
- ② 강제성을 띠지 아니한 행정지도로 인하여 손해가 발생한 경우에 행정청은 손해배상 책임이 있다.
- ③ 행정지도의 상대방은 해당 행정지도의 방식에 관하여 행정기관에 의견을 제출할 수 있다.
- ④ 「국가배상법」이 정하는 손해배상청구의 요건인 '공무원의 직무'에는 비권력작용인 행정지도는 포함되지 아니한다.

해설

- ① (×) 행정지도는 문서나 말로 가능
 • 행정절차법 제49조(행정지도의 방식) ② 행정지도가 말로 이루어지는 경우에 상대방이 제1항의 사항을 적은 서면의 교부를 요구하면 그 행정지도를 하는 자는 직무 수행에 특별한 지장이 없으면 이를 교부하여야 한다.
- ② (×) 강제성이 없는 행정지도로 인한 손해의 경우 행정지도의 한계를 일탈한 경우에만 손해배상 책임이 있음
 • 행정지도가 강제성을 띠지 않은 비권력적 작용으로서 행정지도의 한계를 일탈하지 아니하였다면, 그로 인하여 상대방에게 어떤 손해가 발생하였다 하더라도 행정기관은 그에 대한 손해배상책임이 없다(대판 2008.9.25. 2006다18228).
- ③ (○) 행정절차법 제50조(의견제출) 행정지도의 상대방은 해당 행정지도의 방식·내용 등에 관하여 행정기관에 의견제출을 할 수 있다.
- ④ (×) 「국가배상법」이 정한 배상청구의 요건인 '공무원의 직무'에는 권력적 작용만이 아니라 행정지도와 같은 비권력적 작용도 포함되며, 단지 행정주체가 사경제주체로서 하는 활동만이 제외된다(대판 1998.7.10. 96다38971).

답 ③

16 다음 중 「행정절차법」에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 행정청이 접수받은 사안을 다른 행정청에 이송하는 경우에는 그 사실을 신청인에게 통지하여야 한다.
- ② 의견제출은 서면 또는 정보통신망을 이용하여 할 수 있으나, 말로는 할 수 없다.
- ③ 감사원이 감사위원회의 결정을 거쳐 행하는 사항의 경우 처분, 신고, 행정상 입법예고에 관한 사항이더라도 행정절차법 적용이 배제된다.
- ④ 행정청이 다른 행정청에 행정응원을 요청하는 경우 행정응원에 소요되는 비용은 응원을 요청한 행정청이 부담한다.

해설

- ① (○) 제6조(관할) ① 행정청이 그 관할에 속하지 아니하는 사안을 접수하였거나 이송받은 경우에는 지체 없이 이를 관할 행정청에 이송하여야 하고 그 사실을 신청인에게 통지하여야 한다. 행정청이 접수하거나 이송받은 후 관할이 변경된 경우에도 또한 같다.
- ② (×) 제27조(의견제출) ① 당사자들은 처분 전에 그 처분의 관할 행정청에 서면이나 말로 또는 정보통신망을 이용하여 의견제출을 할 수 있다.
- ③ (○) 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 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 감사위원회의 결정을 거쳐 행하는 사항**
 - 6. 형사(刑事), 행형(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
- ④ (○) 제8조(행정응원) ⑥ 행정응원에 드는 비용은 응원을 요청한 행정청이 부담하며, 그 부담금액 및 부담방법은 응원을 요청한 행정청과 응원을 하는 행정청이 협의하여 결정한다.

답 ②

17 다음 중 정보공개청구에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「보안관찰법」 소정의 보안관찰 관련 통계자료는 공개될 경우 국가의 중대한 이익을 해할 우려가 있는 정보 등에 해당한다.
- ② 공개청구된 정보가 수사의견서인 경우 수사의 방법 및 절차 등이 공개되더라도 수사기관의 직무수행을 현저히 곤란하게 하지 않는 때에는 비공개대상정보에 해당하지 않는다.
- ③ 의사결정과정에 제공된 회의관련자료나 의사결정과정의 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.
- ④ 공공기관이 공개청구의 대상이 된 정보를 공개는 하되, 청구인이 신청한 공개방법 이외의 방법으로 공개하기로 하는 결정을 한 경우 이는 정보공개방법만 달리한 것이므로 일부 거부처분이라 할 수 없다.

해설

- ① (○) **보안관찰 관련 통계자료는 비공개대상 정보** : 보안관찰 관련 통계자료는 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제2호 소정의 공개될 경우 국가안전보장·통일·외교관계 등 국가의 중대한 이익을 해할 우려가 있는 정보, 또는 제3호 소정의 공개될 경우 국민의 생명·신체 및 재산의 보호 기타 공공의 안전과 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보에 해당한다(대판 2004.3.26. 2002두6583).
- ② (○) 공공기관의 정보공개에 관한 법률(이하 '정보공개법'이라고 한다) 제9조 제1항 제4호는 '수사에 관한 사항으로서 공개될 경우 그 직무수행을 현저히 곤란하게 한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보'를 비공개대상정보의 하나로 규정하고 있다. 그 취지는 수사의 방법 및 절차 등이 공개되어 수사기관의 직무수행에 현저한 곤란을 초래할 위험을 막고자 하는 것으로서, 수사기록 중의 의견서, 보고문서, 메모, 법률검토, 내사자료 등(이하 '의견서 등'이라고 한다)이 이에 해당한다. 공개청구대상인 정보가 의견서 등에 해당한다고 하여 곧바로 정보공개법 제9조 제1항 제4호에 규정된 비공개대상정보라고 볼 것은 아니고, **의견서 등의 실질적인 내용을 구체적으로 살펴 수사의 방법 및 절차 등이 공개됨으로써 직무수행에 현저히 곤란하게 한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있어야만 위 비공개대상정보에 해당한다.** 여기에서 '공개될 경우 그 직무수행을 현저히 곤란하게 한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보'란 당해 정보가 공개될 경우 수사 등에 관한 직무의 공정하고 효율적인 수행에 직접적이고 구체적으로 장애를 줄 고도의 개인성이 있고 그 정도가 현저한 경우를 의미하며, 여기에 해당하는지는 비공개에 의하여 보호되는 업무수행의 공정성 등의 이익과 공개에 의하여 보호되는 국민의 알권리의 보장과 수사절차의 투명성 확보 등의 이익을 비교·교량하여 구체적 사안에 따라 신중히 판단하여야 한다.(대판 2017.9.7. 2017두44558).
- ③ (○) 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」상 비공개대상정보의 입법 취지에 비추어 살펴보면, 같은 법 제7조 제1항 제5호에서의 '감사·감독·검사·시험·규제·입찰계약·기술개발·인사관리·의사결정과정에 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**(대판 2003.8.22. 2002두12946).
- ④ (×) 공공기관이 공개청구의 대상이 된 정보를 청구인이 신청한 공개방법 이외의 방법으로 공개하기로 하는 결정을 한 경우, **정보공개방법에 관한 부분에 대하여 일부 거부처분을 한 것이고, 이에 대하여 항고소송으로 다룰 수 있음** : 구 공공기관의 정보공개에 관한 법률(2013.8.6. 법률 제11991호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 정보공개법'이라고 한다)은, 청구인이 정보공개방법도 아울러 지정하여 정보공개를 청구할 수 있도록 하고 있고, 전자적 형태의 정보를 전자적으로 공개하여 줄 것을 요청한 경우에는 공공기관은 원칙적으로 그 요청에 응할 의무가 있고, 나아가 비전자적 형태의 정보에 관해서도 전자적 형태로 공개하여 줄 것을 요청하면 재량판단에 따라 전자적 형태로 변환하여 공개할 수 있도록 하고 있다. 이는 정보의 효율적 활용을 도모하고 청구인의 편의를 제고함으로써 정보공개법의 목적인 국민의 알 권리를 충실하게 보장하려는 것이므로, **청구인에게는 특정한 공개방법을 지정하여 정보공개를 청구할 수 있는 법령상 신청권이 있다고** 보아야 한다. 따라서 공공기관이 공개청구의 대상이 된 정보를 공개는 하되, **청구인이 신청한 공개방법 이외의 방법으로 공개하기로 하는 결정을 하였다면, 이는 정보공개청구 중 정보공개방법에 관한 부분에 대하여 일부 거부처분을 한 것으로 보아야 하고, 청구인은 그에 대하여 항고소송으로 다룰 수 있다**(대판 2016.11.10. 2016두44674)

답 ④

18 다음 중 「개인정보보호법」상 개인정보에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2016 교행9급

- ① 판례는 지문(指紋)을 개인정보에 해당하지 않는 것으로 본다.
- ② 「개인정보보호법」은 단체소송에 관한 규정을 두고 있다.
- ③ 개인정보와 관련한 분쟁의 조정을 원하는 자는 개인정보분쟁조정위원회에 분쟁조정을 신청 할 수 있다.
- ④ 정치적 견해, 건강, 사상·신념에 관한 정보는 민감정보에 해당한다.

해설

- ① (×) **지문(指紋)도 개인정보이지만 주민등록법상 지문날인제도는 법률유보, 과잉금지원칙에 위배되지 않음** : 개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리이다. 즉 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리를 말한다. 개인의 고유성, 동일성을 나타내는 지문은 그 정보주체를 타인으로부터 식별가능하게 하는 개인정보이므로, **시장·군수 또는 구청장이 개인의 지문정보를 수집하고, 경찰청장이 이를 보관·전산화하여 범죄수사목적에 이용하는 것은 모두 개인정보자기결정권을 제한하는 것이라고 할 수 있다.** 이 사건 지문날인제도가 범죄자 등 특정인만이 아닌 17세 이상 모든 국민의 열 손가락 지문정보를 수집하여 보관하도록 한 것은 신원확인기능의 효율적인 수행을 도모하고, 신원확인의 정확성 내지 완벽성을 제고하기 위한 것으로서, 그 목적의 정당성이 인정되고, 또한 이 사건 지문날인제도가 위와 같은 목적을 달성하기 위한 **효과적이고 적절한 방법**의 하나가 될 수 있다. 범죄자 등 특정인의 지문정보만 보관해서는 17세 이상 모든 국민의 지문정보를 보관하는 경우와 같은 수준의 신원확인기능을 도저히 수행할 수 없는 점, 개인별로 한 손가락만의 지문정보를 수집하는 경우 그 손가락 자체 또는 지문의 손상 등으로 인하여 신원확인이 불가능하게 되는 경우가 발생할 수 있고, 그 정확성 면에 있어서도 열 손가락 모두의 지문을 대조하는 것과 비교하기 어려운 점, 다른 여러 신원확인수단 중에서 정확성·간편성·효율성 등의 종합적인 측면에서 현재까지 지문정보와 비견할만한 것은 찾아보기 어려운 점 등을 고려해 볼 때, 이 사건 지문날인제도는 **피해 최소성의 원칙에 어긋나지 않는다.** 이 사건 지문날인제도로 인하여 정보주체가 현실적으로 입게 되는 불이익에 비하여 경찰청장이 보관·전산화하고 있는 지문정보를 범죄수사활동, 대형사건사고나 변사자가 발생한 경우의 신원확인, 타인의 인적사항 도용 방지 등 각종 신원확인의 목적을 위하여 이용함으로써 달성할 수 있게 되는 공익이 더 크다고 보아야 할 것이므로, 이 사건 지문날인제도는 **법익의 균형성의 원칙에 위배되지 아니한다.** 결국 이 사건 지문날인제도가 **과잉금지의 원칙에 위배하여 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해하였다고 볼 수 없다**(헌재결 2005.5.26. 2004헌마190)
- ② (○) 제51조(단체소송의 대상 등) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 단체는 개인정보처리자가 제49조에 따른 집단분쟁조정을 거부하거나 집단분쟁조정의 결과를 수락하지 아니한 경우에는 법원에 권리침해 행위의 금지·중지를 구하는 소송(이하 "단체소송"이라 한다)을 제기할 수 있다.(이하 각 호 생략)
- ③ (○) 제43조(조정 신청 등) ① 개인정보와 관련한 분쟁의 조정을 원하는 자는 분쟁조정위원회에 분쟁조정을 신청할 수 있다.
- ④ (○) 제23조(민감정보의 처리 제한) ① 개인정보처리자는 사상·신념, 노동조합·정당의 가입·탈퇴, 정치적 견해, 건강, 성생활 등에 관한 정보, 그 밖에 정보주체의 사생활을 현저히 침해할 우려가 있는 개인정보로서 대통령령으로 정하는 정보(이하 "민감정보"라 한다)를 처리하여서는 아니 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.
 1. 정보주체에 제15조제2항 각 호 또는 제17조제2항 각 호의 사항을 알리고 다른 개인정보의 처리에 대한 동의와 별도로 동의를 받은 경우
 2. 법령에서 민감정보의 처리를 요구하거나 허용하는 경우

답 ①

19 다음 중 경찰권의 한계에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?**[각론 문제임]**

2013 국가급

- ① 법률유보의 원칙상 국민의 권익을 침해하는 경찰권의 발동은 법률의 근거가 있어야 한다.
- ② 근거법규의 효과부분이 경찰행정청에 재량을 부여하고 있다 하더라도 경찰행정청은 이를 의무에 합당하게 행사하여야 적법한 것으로 인정된다.
- ③ 경찰소극의 원칙이란 경찰권이 국가의 안전보장·질서유지·공공복리를 위해서만 발동될 수 있다는 원칙을 말한다.
- ④ 경찰평등의 원칙이란 경찰권의 행사에 있어서 성별·종교·사회적 신분 등을 이유로 차별이 있어서는 안 된다는 원칙을 말한다.

해설

- ① (○) 경찰은 사회공공의 안녕과 질서를 유지하기 위해 국민에게 명령·강제 등을 하는 권력적·침해적 작용이므로 그 발동에는 반드시 법률의 근거가 있어야 한다.
- ② (○) 경찰관의 주취운전자에 대한 권한행사가 관계 법률의 규정 형식상 경찰관의 재량에 맡겨져 있다고 하더라도, 그러한 권한을 행사하지 아니한 것이 구체적인 상황하에서 현저하게 합리성을 잃어 사회적 타당성이 없는 경우에는 경찰관의 직무상 의무를 위배한 것으로서 위법하게 된다(대판 1998.5.8. 97다54482).
- ③ (×) 경찰소극목적의 원칙은 사회공공의 안전·질서에 대한 위해의 방지·제거라는 소극적 목적을 위해서만 발동할 수 있고, **적극적으로 공공복리를 위한 발동은 불가하다**는 원칙이다.
- ④ (○) 경찰권은 모든 국민에 대해 성별·종교·사회적 신분·인종 등을 이유로 불합리한 조건에 의한 자의적 행사를 해서는 안 된다.

답 ③

20 다음 중 「경찰관직무집행법」 상의 불심검문에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?**[각론 문제임]**(다툼이 있는 경우 판례에

2012 국가급

- ① 판례는 임의동행 형식으로 수사기관에 연행된 피의자에게 변호인 또는 변호인이 되려는 자와의 접견교통권은 당연히 인정되는 반면, 임의동행 형식으로 연행된 피내사자의 경우에는 접견교통권은 인정되지 않는다고 보았다.
- ② 판례는 경찰관의 임의동행은 오로지 피의자의 자발적인 의사에 의하여 수사관서 등에의 동행이 이루어졌음이 객관적인 사정에 의하여 명백하게 입증된 경우에 한하여 그 적법성이 인정된다고 보는 것이 타당하다고 보았다.
- ③ 경찰관의 동행요구에 따라 동행을 한 경우, 경찰관은 당해인을 6시간을 초과하여 경찰관서에 머물게 할 수 없다.
- ④ 불심검문을 위하여 경찰관이 질문을 할 때, 흥기의 소지 여부를 조사할 수 있다.

해설

- ① (×) 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위하여는 변호인과의 접견교통권의 인정이 당연한 전제가 되므로, 임의동행 형식으로 수사기관에 연행된 피의자에게도 변호인 또는 변호인이 되려는 자와의 접견교통권은 당연히 인정된다고 보아야 하고, 임의동행 형식으로 연행된 피내사자의 경우에도 이는 마찬가지이다. 그리고 접견교통권은 피고인 또는 피의자나 피내사자의 인권보장과 방어준비를 위하여 필수불가결한 권리이므로 법령에 의한 제한이 없는 한 수사기관의 처분은 물론 법원의 결정으로도 이를 제한할 수 없다(대결 1996.6.3. 96모18).
- ② (○) 「형사소송법」 제199조 제1항은 임의수사 원칙을 명시하고 있는데, 수사관이 수사과정에서 동의를 받는 형식으로 피의자를 수사관서 등에 동행하는 것은, 피의자의 신체의 자유가 제한되어 실질적으로 체포와 유사한데도 이를 억제할 방법이 없어서 이를 통해서는 제도적으로는 물론 현실적으로도 임의성을 보장할 수 없을 뿐만 아니라, 아직 정식 체포·구속단계 이전이라는 이유로 「헌법」 및 「형사소송법」이 체포·구속된 피의자에게 부여하는 각종 권리보장장치기 제공되지 않는 등 「형사소송법」의 원리에 반하는 결과를 초래할 가능성이 크므로, 수사관이 동행에 앞서 피의자에게 동행을 거부할 수 있음을 알려 주었거나 동행한 피의자가 언제든지 자유로이 동행과정에서 이탈 또는 동행장소에서 퇴거할 수 있었음이 인정되는 등 오로지 피의자의 자발적인 의사에 의하여 수사관서 등에 동행이 이루어졌다는 것이 객관적인 사정에 의하여 명백하게 입증된 경우에 한하여, 동행의 적법성이 인정된다고 보는 것이 타당하다(대판 2011.6.30. 2009도6717 ; 대판 2006.7.6. 2005도6810).
- ③④ (○) 「경찰관직무집행법」 제3조(불심검문)

- ① 경찰관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람을 정지시켜 질문할 수 있다.
 - 1. 수상한 행동이나 그 밖의 주위 사정을 합리적으로 판단하여 볼 때 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 사람
 - 2. 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관한 사실을 안다고 인정되는 사람
- ② 경찰관은 제1항에 따라 같은 각 호의 사람을 정지시킨 장소에서 질문을 하는 것이 그 사람에게 불리하거나 교통에 방해가 된다고 인정될 때에는 질문을 하기 위하여 가까운 경찰서·지구대·파출소 또는 출장소(지방해양경찰관서를 포함하며, 이하 “경찰관서”라 한다)로 동행할 것을 요구할 수 있다. 이 경우 동행을 요구받은 사람은 그 요구를 거절할 수 있다.
- ③ **경찰관은 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에게 질문을 할 때에 그 사람이 흥기를 가지고 있는지를 조사할 수 있다.**
- ④ 경찰관은 제1항이나 제2항에 따라 질문을 하거나 동행을 요구할 경우 자신의 신분을 표시하는 증표를 제시하면서 소속과 성명을 밝히고 질문이나 동행의 목적과 이유를 설명하여야 하며, 동행을 요구하는 경우에는 동행 장소를 밝혀야 한다.
- ⑤ 경찰관은 제2항에 따라 동행한 사람의 가족이나 친지 등에게 동행한 경찰관의 신분, 동행 장소, 동행 목적과 이유를 알리거나 본인으로 하여금 즉시 연락할 수 있는 기회를 주어야 하며, 변호인의 도움을 받을 권리가 있음을 알려야 한다.
- ⑥ **경찰관은 제2항에 따라 동행한 사람을 6시간을 초과하여 경찰관서에 머물게 할 수 없다.**
- ⑦ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 질문을 받거나 동행을 요구받은 사람은 형사소송에 관한 법률에 따르지 아니하고는 신체를 구속당하지 아니하며, 그 의사에 반하여 답변을 강요당하지 아니한다.

답 ①

21

다음 중 행정의 실효성 확보를 위한 조치들 가운데 항고소송으로 불복할 수 없는 것만으로 묶인 것은?(다툼이 있는

경우 판례에 의함)

2011 국회9급

- | | |
|----------------|----------------------|
| ㉠ 감염병환자의 강제입원 | ㉡ 「건축법」 상 이행강제금 부과처분 |
| ㉢ 체납처분으로서 공매처분 | ㉣ 불법주차된 차량의 견인조치 |
| ㉤ 경찰서장의 통고처분 | |

- ① ㉠, ㉡ ② ㉠, ㉡ ③ ㉢, ㉣ ④ ㉢, ㉣

해설

① [항고소송 ○] 즉시강제는 권력적 사실행위이므로 행정심판과 행정소송의 대상인 처분성이 인정된다. 그러나 권력적 사실행위는 단기간의 행위로서 종료하는 경우가 보통이므로 협의의 소익(권리보호의 필요성)이 부인되는 경우가 많으며, 손해배상이나 원상회복정구는 가능하다. 예외적으로 집행이 종료되지 않은 경우, 침해행위가 장기간 계속되는 경우, 집행이 종료되었다고 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 경우에만 취소소송 제기 가능하다. (예 전염병환자의 강제격리, 정신질환자의 강제입원과 같이 즉시강제가 계속적 성질을 갖는 경우 행정쟁송으로 다룰 소익이 있음)

② [항고소송 ○] 현행 건축법 상 이행강제금에 대한 불복방법을 건축법에 규정하고 있지 않다. 따라서 이행강제금 부과처분은 행정행위이므로 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다. cf) 농지법 상 이행강제금 불복절차는 비송사건절차법에 따른 과태료 재판에 준하도록 규정.

③ [항고소송 ○] 공매처분은 항고소송의 대상인 처분성이 인정된다.
 • 과세관청이 체납처분으로서 행하는 공매는 **우월한 공권력의 행사로서 행정소송의 대상이 되는 공법상의 행정처분**이며 공매에 의하여 재산을 매수한 자는 그 공매처분이 취소된 경우에 그 취소처분의 위법을 주장하여 행정소송을 제기할 법률상 이익이 있다(대판 1984.9.25. 84누201).
 ▫ 공매처분은 행정소송 대상인 행정처분에 해당(형성적 행정행위 중 대리에 해당)
 ▫ 공매하기로 한 결정(매각방법[공매·수의계약] 결정)과 공매계획의 통지(공매통지), 공매공고는 행정소송 대상인 처분이 아님

④ [항고소송 ×] 사례는 행정상 즉시강제로 단기간에 종료되므로 소익이 없어서 항고소송으로 불복할 수 없다.

⑤ [항고소송 ×] 통고처분은 별도의 구제수단이 있으므로 항고소송의 대상이 되지 않는다.
 도로교통법 제118조에서 규정하는 **경찰서장의 통고처분은 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 아니므로 그 처분의 취소를 구하는 소송은 부적법**하고, 도로교통법상의 통고처분을 받은 자가 그 처분에 대하여 이의가 있는 경우에는 통고처분에 따른 범칙금의 납부를 이행하지 아니함으로써 경찰서장의 즉결심판청구에 의하여 법원의 심판을 받을 수 있게 될 뿐이다(대판 1995.6.29. 95누4674)

답 ③

22

다음 중 행정조사에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「행정조사기본법」에 의하면, 조사목적 달성을 위한 시료채취로 조사대상자에게 손실이 발생하였더라도 행정기관의 장은 이에 대한 보상책임을 지지 않는다.
- ② 행정조사를 행하는 행정기관에는 법령 및 조례, 규칙에 따라 행정권한이 있는 기관뿐만 아니라 그 권한을 위임 또는 위탁받은 법인, 단체 또는 그 기관이나 개인까지 포함한다.
- ③ 「행정절차법」은 행정조사에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않다.
- ④ 세무조사결정은 항고소송의 대상이 된다.

해설

① (×) 행정조사기본법 제12조(시료채취) ① 조사원이 조사목적의 달성을 위하여 시료채취를 하는 경우에는 그 시료의 소유자 및 관리자의 정상적인 경제활동을 방해하지 아니하는 범위 안에서 최소한도로 하여야 한다. ② 행정기관의 장은 제1항에 따른 **시료채취로 조사대상자에게 손실을 입힌 때에는 대통령령으로 정하는 절차와 방법에 따라 그 손실을 보상하여야 한다.**

② (○) 제2조(정의) 2. "행정기관"이란 법령 및 조례·규칙(이하 "법령등"이라 한다)에 따라 행정권한이 있는 기관과 그 권한을 위임 또는 위탁받은 법인·단체 또는 그 기관이나 개인을 말한다.

③ (○) 「행정절차법」은 행정조사에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않다. 다만 국민의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 권력적 행정조사와 같이 처분에 해당하는 경우에는 「행정절차법」상의 처분절차에 관한 규정이 행정조사에도 적용된다.

④ (○) **세무조사결정은 항고소송의 대상이 되는 행정처분** : 부과처분을 위한 과세관청의 질문조사권이 행해지는 세무조사결정이 있는 경우 납세의무자는 세무공무원의 과세자료 수집을 위한 질문에 대답하고 검사를 수인하여야 할 법적 의무를 부담하게 되는 점, 세무조사는 기본적으로 적정하고 공평한 과세의 실현을 위하여 필요한 최소한의 범위 안에서 행하여져야 하고, 더욱이 동일한 세목 및 과세기간에 대한 재조사는 납세자의 영업의 자유 등 권익을 심각하게 침해할 뿐만 아니라 과세관청에 의한 자의적인 세무조사의 위법마저 있으므로 조세공평의 원칙에 현저히 반하는 예외적인 경우를 제외하고는 금지될 필요가 있는 점, 납세의무자로 하여금 개개의 과태료 처분에 대하여 불복하거나 조사 종료 후의 과세처분에 대하여만 다룰 수 있도록 하는 것보다는 그에 앞서 세무조사결정에 대하여 다룸으로써 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있는 점 등을 종합하면, **세무조사결정은 납세의무자의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 공권력의 행사에 따른 행정작용으로서 항고소송의 대상이 된다**(대판 2011.3.10. 2009두23617, 23624).

답 ①

23

다음 중 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 의할 때 보상금 지급의 원칙으로 가장 옳지 않은 것은?

2007 국가9급

- ① 개인별 보상의 원칙 ② 사전보상의 원칙 ③ 현물보상의 원칙 ④ 사업시행자 보상의 원칙

해설

① (○) 제64조(개인별 보상) 손실보상은 토지소유자나 관계인에게 개인별로 하여야 한다. 다만, 개인별로 보상액을 산정할 수 없을 때에는 그러하지 아니하다.

- ② (○) 제62조(사전보상) 사업시행자는 해당 공익사업을 위한 공사에 착수하기 이전에 토지소유자와 관계인에게 보상액 전액(全額)을 지급하여야 한다. 다만, 제38조에 따른 천재지변 시의 토지 사용과 제39조에 따른 시급한 토지 사용의 경우 또는 토지소유자 및 관계인의 승낙이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ③ (×) 현금보상이 원칙이며, 예외로서 현물보상(공용환지, 공용환권), 채권보상, 매수보상, 대토보상 등이 가능하다. 제63조(현금보상 등) ① 손실보상은 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 현금으로 지급하여야 한다.
- ④ (○) 제61조(사업시행자 보상) 공익사업에 필요한 토지등의 취득 또는 사용으로 인하여 토지소유자나 관계인이 입은 손실은 사업시행자가 보상하여야 한다.

답 ③

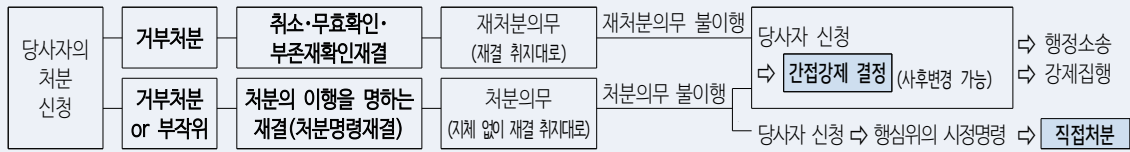
24 다음 중 「행정심판법」에 의해 행정청이 행정심판위원회의 재결의 취지에 따라 재처분을 할 의무가 있음에도 그 의무를 이행하지 않은 경우에 행정심판위원회가 직접 처분을 할 수 있는 재결은?

2020 국가9급

- ① 당사자의 신청을 거부한 처분의 이행을 명하는 재결
- ② 당사자의 신청을 거부하는 처분을 부존재로 확인하는 재결
- ③ 당사자의 신청을 거부하는 처분을 취소하는 재결
- ④ 당사자의 신청에 따른 처분을 절차가 부당함을 이유로 취소하는 재결

해설

① 직접처분은 거부처분이나 부작위에 대한 의무이행심판의 인용재결 중 처분명령재결에만 인정되는 제도이다.



• 행정심판의 인용재결 유형

인용재결 유형	형성재결	이행재결	확인재결
취소심판 인용재결	취소재결, 변경재결	변경명령재결(처분취소명령재결은 없음)	
무효등확인심판 인용재결			처분 무효·유효·존재·부존재·실효확인재결
의무이행심판 인용재결	처분재결	처분명령재결	

답 ①

25 다음 중 행정상 「국가배상법」에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 국가배상은 공행정작용을 대상으로 하므로 국가배상청구소송은 당사자소송이다.
- ② 헌법재판소 재판관의 위법한 직무집행의 결과 잘못된 각하결정을 함으로써 청구인으로 하여금 본안판단을 받을 기회를 상실하게 한 경우, 만약 본안판단을 하였더라도 어차피 청구가 기각되었을 것이라는 사정이 있다면 국가배상책임이 인정되지 아니한다.
- ③ 국가에게 일정한 사항에 관하여 헌법에 의하여 부과되는 구체적인 입법외무 자체가 인정되지 아니하는 경우에는 애당초 입법부작위로 인한 불법행위가 성립할 여지가 없다.
- ④ 「국가배상법」은 국가배상책임의 주체를 국가 또는 공공단체로 규정하고 있다.

해설

- ① (×) 「국가배상법」을 공법으로 보는 통설에 의하면 국가배상청구소송은 공법상 당사자소송으로 다루어야 한다. 그러나 대법원 판례는 「국가배상법」을 「민법」의 특별법으로서 사법에 해당한다고 보아 국가배상청구소송은 민사소송으로 제기하여야 된다는 입장이다.
 - 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민이 국가 또는 공공단체에 배상을 청구하는 경우 국가 또는 공공단체에 대하여 그의 불법행위를 이유로 손해배상을 구함은 「국가배상법」이 정한 바에 따른다 하되 이 역시 민사상의 손해배상책임을 특별법인 「국가배상법」이 정한 데 불과하다(대판 1972.10.10. 69다701).
- ② (×) 헌법재판소 재판관이 청구기간 내에 제기된 헌법소원심판청구 사건에서 청구기간을 오인하여 한 각하결정에 대한 국가배상(위자료) 청구사건(대판 2003.7.11. 99다24218)
 - ③ 법관의 재판에 대한 국가배상책임이 인정되기 위한 요건 : 법관의 재판에 법령의 규정을 따르지 아니한 잘못이 있다 하더라도 이로써 바로 그 재판상 직무행위가 국가배상법 2조 1항에서 말하는 위법한 행위로 되어 국가의 손해배상책임이 발생하는 것은 아니고, 그 국가배상책임이 인정되려면 ① 당해 법관이 위법 또는 부당한 목적을 가지고 재판을 하였다거나 ② 법이 법관의 직무수행상 준수할 것을 요구하고 있는 기준을 현저하게 위반하는 등 법관이 그에게 부여된 권한의 취지에 명백히 어긋나게 이를 행사하였다고 인정할 만한 특별한 사정이 있어야 한다.
 - ④ 재판에 대한 불복절차 내지 시정절차의 유무와 부당한 재판으로 인한 국가배상책임 인정 여부 : 재판에 대하여 따로 불복절차 또는 시정절차가 마련되어 있는 경우에는 재판의 결과로 불이익 내지 손해를 입었다고 여기는 사람은 그 절차에 따라 자신의 권리 내지 이익을 회복하도록 함이 법이 예정하는 바이므로, 불복에 의한 시정을 구할 수 없었던 것 자체가 법관이 다른 공무원의 귀책사유로 인한 것이라거나 그와 같은 시정을 구할 수 없었던 부득이한 사정이 있었다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 스스로 그와 같은 시정을 구하지 아니한 결과 권리 내지 이익을 회복하지 못한 사람은 원칙적으로 국가배상에 의한 권리구제를 받을 수 없다고 불이 상당하다고 하겠으나, 재판에 대하여 불복절차 내지 시정절차 자체가 없는 경우에는 부당한 재판으로 인하여 불이익 내지 손해를 입은 사람은 국가배상 이외의 방법으로는 자신의 권리 내지 이익을 회복할 방법이 없으므로, 이와 같은 경우에는 배상책임의 요건이 충족되는 한 국가배상책임을 인정하지 않을 수 없다. > 헌법재판소 재판관이 청구기간 내에 제기된 헌법소원심판청구 사건의 청구기간을 오인하여 각하결정을 한 경우, 이에 대한 불복절차 내지 시정절차가 없는 때에는 국가배상책임(위법성)을 인정할 수 있다.

- ② **헌법소원 제기기간의 계산착오로 헌법소원심판청구가 부당하게 각하되지 아니하였다**고 하여도 본안 판단에서 청구기각되었을 사건인 경우라도 위자료 지급 의무 있음 : 헌법소원심판을 청구한 자로서는 헌법재판소 재판관이 일자 계산을 정확하게 하여 본안판단을 할 것으로 기대하는 것이 당연하고, 따라서 헌법재판소 재판관의 위법한 직무집행의 결과 잘못된 각하결정을 함으로써 청구인으로 하여금 본안판단을 받을 기회를 상실하게 한 이상, 설령 본안판단을 하였다더라도 어차피 청구가 기각되었을 것이라는 사정이 있다고 하더라도 잘못된 판단으로 인하여 헌법소원심판 청구인의 위와 같은 합리적인 기대를 침해한 것이고 이러한 기대는 인격적 이익으로서 보호할 가치가 있다고 할 것이므로 그 침해로 인한 정신상 고통에 대하여는 위자료를 지급할 의무가 있다.
- ③ (○) 국가가 일정한 사항에 관하여 헌법에 의하여 부과되는 구체적인 입법 의무를 부담하고 있음에도 불구하고 그 입법에 필요한 상당한 기간이 경과하도록 고의 또는 과실로 이러한 입법 의무를 이행하지 아니하는 등 극히 예외적인 사정이 인정되는 사안에 한정하여 국가배상법 소정의 배상책임이 인정될 수 있으며, 위와 같은 구체적인 입법 의무 자체가 인정되지 않는 경우에는 애당초 부작위로 인한 불법행위가 성립할 여지가 없다(대판 2008.5.29. 2004다33469).
- ④ (×) 국가배상책임의 주체에 대하여, 「헌법」 제29조에서는 국가 또는 공공단체, 「국가배상법」 제2조에서는 국가나 지방자치단체라고 규정하고 있다.

• 헌법과 국가배상법 비교

구분	헌법	국가배상법
배상책임의 종류	공무원의 위법한 직무집행행위로 인한 국가배상책임만 규정	① 공무원의 위법한 직무집행행위로 인한 국가배상책임(2조) ② 영조물의 설치·관리의 하자로 인한 국가배상책임도 규정(5조)
손해배상책임자	국가 또는 공공단체(지방자치단체 + 기타 공공단체)	국가 또는 지방자치단체 ^{주1)}
군인 등의 특례	① 군인, ② 군무원, ③ 경찰공무원 기타 법률이 정하는 자	① 군인, ② 군무원, ③ 경찰공무원 + ④ 향토예비군대원
구상권 조항	구상권 규정 없음.	구상권 규정 있음(2조의 경우)

* 주1) 헌법과 달리 국가배상법에는 지방자치단체 외의 공공단체에 대한 규정이 없음 → ① 위헌설, ② 합헌설(다수설, 판례) 판례는 지방자치단체 이외의 공공단체의 손해배상사건에 국가배상법이 아닌 민법을 적용(대판 1978.5.9. 76다1353 : 한국도로공사, 대판 1983.12.27. 83다560 : 전기통신공사).

답 ③

26 다음 중 「국가배상법」상 영조물 설치관리의 하자로 인한 손해배상책임에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이

있는 경우 판례에 의함)

- ① 사실상 군민(郡民)의 통행에 제공되고 있던 도로라고 하여도 군(郡)에 의하여 노선인정 기타 공용개시가 없었던 이상 이 도로를 ‘공공의 영조물’이라고 할 수 없다.
- ② 하천의 제방이 계획홍수위를 넘고 있더라도, 하천이 그 후 새로운 하천시설을 설치할 때 ‘하천시설기준’으로 정한 여유고(餘裕高)를 확보하지 못하고 있다면 그 사정만으로 안전성이 결여된 하자가 있다고 보아야 한다.
- ③ 영조물의 설치, 관리의 하자란, ‘영조물이 그 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음’을 말한다.
- ④ 광역시와 국가 모두가 도로의 점유자 및 관리자, 비용부담자로서의 책임을 중첩적으로 지는 경우 광역시와 국가 모두가 「국가배상법」에 따라 궁극적으로 손해를 배상할 책임이 있는 자가 된다.

해설

- ① (○) **사실상 군민의 통행에 제공되고 있던 도로이지만 공용개시가 없었던 경우 국가배상법상 영조물이라 할 수 없음** : 국가배상법 5조 소정의 공공의 영조물이란 공유나 사유임을 불문하고 행정주체에 의하여 특정공공의 목적에 공여된 유체물 또는 물적 설비를 의미하므로 사실상 군민의 통행에 제공되고 있던 도로 옆의 암벽으로부터 떨어진 낙석이 맞아 소외인이 사망하는 사고가 발생하였다고 하여도 동 사고지점 도로가 피고 군에 의하여 노선인정 기타 공용개시가 없었으면 이를 영조물이라 할 수 없다(대판 1981.7.7. 80다2478).
- ② (×) **자연영조물로서의 하천의 관리상의 특질과 특수성 및 계획홍수위를 넘고 있는 하천의 제방이 그 후 새로운 하천시설을 설치할 때 기준으로 삼기 위하여 제정한 ‘하천시설기준’이 정한 여유고를 확보하지 못한 경우, 안전성이 결여된 하자가 있다고 볼 수 있는지 여부(한정 소극)** : 자연영조물로서의 하천은 원래 이를 설치할 것인지 여부에 대한 선택의 여지가 없고, 위험을 내포한 상태에서 자연적으로 존재하고 있으며, 간단한 방법으로 위험상태를 제거할 수 없는 경우가 많고, 유수라고 하는 자연현상을 대상으로 하면서도 그 유수의 원천인 강우의 규모, 범위, 발생시기 등의 예측이나 홍수의 발생 작용 등의 예측이 곤란하고, 실제로 홍수가 어떤 작용을 하는지는 실례에 의한 파악이 거의 불가능하고 실제 홍수에 의하여 파악할 수밖에 없어 결국 과거의 홍수 경험을 토대로 하천관리를 할 수밖에 없는 특질이 있고, 또 국가나 하천관리청이 목표로 하는 하천의 개수작업을 완성함에 있어서는 막대한 예산을 필요로 하고, 대규모 공사가 되어 이를 완공하는 데 장기간이 소요되며, 치수의 수단은 강우의 특성과 하천 유역의 특성에 의하여 정해지는 것이므로 그 특성에 맞는 방법을 찾아내는 것은 오랜 경험이 필요하고 또 기상의 변화에 따라 최신의 과학기술에 의한 방법이 효용이 없을 수도 있는 등 그 관리상의 특수성도 있으므로 이와 같은 관리상의 특질과 특수성을 감안한다면, 하천의 관리청이 관계 규정에 따라 설정한 계획홍수위를 변경시켜야 할 사정이 생기는 등 특별한 사정이 없는 한, 이미 존재하는 하천의 제방이 계획홍수위를 넘고 있다면 그 하천은 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추고 있다고 보아야 하고, 그와 같은 하천이 그 후 새로운 하천시설을 설치할 때 기준으로 삼기 위하여 제정한 ‘하천시설기준’이 정한 여유고를 확보하지 못하고 있다는 사정만으로 바로 안전성이 결여된 하자가 있다고 볼 수는 없다(대판 2003.10. 23. 2001다48057)
- ③ (○) **국가배상법 제5조 제1항 소정의 영조물의 설치 또는 관리의 하자란 함은 영조물이 그 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말하는 것으로서, 영조물이 완전무결한 상태에 있지 않고 그 기능상 어떠한 결함이 있다는 것만으로 영조물의 설치 또는 관리에 하자가 있다고 할 수 없는 것이고, 위와 같은 안전성의 구비 여부를 판단함에 있어서는 당해 영조물의 용도, 그 설치장소의 현황 및 이용 상황 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 설치 관리자가 그 영조물의 위험성에 비례하여 사회통념상 일반적으로 요구되는 정도의 방호조치 의무를 다하였는지 여부를 그 기준으로 삼아야 할 것이며, 객관적으로 보아 시간적·장소적으로 영조물의 기능상 결함으로 인한 손해발생의 예견가능성과 회피가능성이 없는 경우, 즉 그 영조물의 결함이 영조물의 설치관리자의 관리행위가 미칠 수 없는 상황 아래에 있는 경우임이 입증된 경우라면 영조물의 설치·관리상의 하자를 인정할 수 없다(대판 2007.9.21. 2005다65678).**

- ④ (○) 영조물 설치·관리의 하자로 인해 손해를 배상한 자는 내부관계에서 그 손해를 배상할 책임이 있는 자에게 구상할 수 있다. 관리주체와 비용부담자가 다른 경우 최종적(궁극적) 배상책임자인가(내부적 구상권 문제)에 대해 관리자설이 통설이지만 판례는 기여도설을 따른 판례와 관리자설에 따른 판례로 나뉜다. 다음은 기여도설에 따른 판례이다.
- 원래 광역시가 점유·관리하던 일반국도 중 일부 구간의 포장공사를 국가가 대행하여 광역시에 도로의 관리를 이관하기 전에 교통사고가 발생한 경우, 광역시는 그 도로의 점유자 및 관리자, 도로법 56·55조, 도로법시행령 30조에 의한 도로관리비용 등의 부담자로서의 책임이 있고, 국가는 그 도로의 점유자 및 관리자, 관리사무속자, 포장공사비용 부담자로서의 책임이 있다고 할 것이며, 이와 같이 **광역시와 국가 모두가 도로의 점유자 및 관리자, 비용부담자로서의 책임을 중첩적으로 지는 경우에는, 광역시와 국가 모두가 국가배상법 6조 2항 소정의 궁극적으로 손해를 배상할 책임이 있는 자라고 할 것이고**, 결국 광역시와 국가의 내부적인 부담부분은, 그 도로의 인계·인수 경위, 사고의 발생 경위, 광역시와 국가의 그 도로에 관한 부담비율 등 제반사정을 종합하여 결정함이 상당하다(대판 1998.7.10. 96다42819).

답 ②

27 다음 중 「행정심판법」상 재결에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 위원회는 의무이행심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 지체없이 신청에 따른 처분을 하거나 처분을 할 것을 피청구인에게 명한다.
- ② 재결의 기속력은 재결의 주문 및 그 전제가 된 요건사실의 인정과 판단에 대하여만 미친다.
- ③ 재결은 서면으로 하며 재결서에 적은 이유에는 주문 내용이 정당하다는 것을 인정할 수 있는 정도의 판단을 표시하여야 한다.
- ④ 당사자의 신청을 받아들이지 않은 거부처분이 재결에서 취소된 경우, 그 재결의 취지에 따라 이전의 신청에 대하여 다시 어떠한 처분을 하여야 할지는 처분을 할 때의 법령과 사실을 기준으로 판단하지만 행정청은 종전 거부처분 또는 재결 후에 발생한 새로운 사유를 내세워 다시 거부처분 할 수 없다.

해설

- ① (○) 행정심판법 제43조(재결의 구분) ⑤ 위원회는 의무이행심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 지체 없이 신청에 따른 처분을 하거나 처분을 할 것을 피청구인에게 명한다.
- ② (○) **재결의 기속력은 재결의 주문 및 그 전제가 된 요건사실의 인정과 판단, 즉 처분 등의 구체적 위법사유에 관한 판단에만 미친다**고 할 것이고, 종전 처분이 재결에 의하여 취소되었다 하더라도 종전 처분 시와는 다른 사유를 들어서 처분을 하는 것은 기속력에 저촉되지 않는다고 할 것이며, 여기에서 동일 사유인지 다른 사유인지는 종전 처분에 관하여 위법한 것으로 재결에서 판단된 사유와 기본적 사실관계에 있어 동일성이 인정되는 사유인지 여부에 따라 판단되어야 한다(대판 2005.12.9. 2003두7705).
- ③ (○) 행정심판법 제46조(재결의 방식) ① 재결은 서면으로 한다. ③ 재결서에 적은 이유에는 주문 내용이 정당하다는 것을 인정할 수 있는 정도의 판단을 표시하여야 한다.
- ④ (×) 당사자의 신청을 받아들이지 않은 거부처분이 재결에서 취소된 경우에 행정청은 종전 거부처분 또는 재결 후에 발생한 새로운 사유를 내세워 다시 거부처분을 할 수 있다. 그 재결의 취지에 따라 이전의 신청에 대하여 다시 어떠한 처분을 하여야 할지는 처분을 할 때의 법령과 사실을 기준으로 판단하여야 하기 때문이다(대판 2017.10.31. 2015두45045).

답 ④

28 다음 중 행정소송의 종류에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 항고소송은 행정청의 처분 등이나 부작위를 직접 불복의 대상으로 제기하는 소송으로 취소소송, 부작위위법확인소송, 기관소송이 있다
- ② 취소소송은 행정청의 위법한 처분 등을 취소 또는 변경하는 소송이다.
- ③ 민중소송은 국가 또는 공공단체의 기관이 법률에 위반되는 행위를 한 때에 직접 자기의 법률상 이익과 관계없이 그 시정을 구하기 위하여 제기하는 소송이다.
- ④ 당사자 소송이란 행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송이다.

해설

- ① (×) 기관소송은 항고소송이 아니다. 행정소송법상 항고소송은 취소소송, 무효등확인소송, 부작위위법확인소송이다.
- 행정소송법 제3조(행정소송의 종류) 행정소송은 다음의 네 가지로 구분한다.

항고소송	행정청의 처분등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송 • 제4조(항고소송) 항고소송은 다음과 같이 구분한다. 1. 취소소송 : 행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송 2. 무효등 확인소송 : 행정청의 처분등의 효력 유무 또는 존재여부를 확인하는 소송 3. 부작위위법확인소송 : 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송
당사자소송	행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송
민중소송	국가 또는 공공단체의 기관이 법률에 위반되는 행위를 한 때에 직접 자기의 법률상 이익과 관계없이 그 시정을 구하기 위하여 제기하는 소송
기관소송	국가 또는 공공단체의 기관 상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송. 다만, 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 제외한다.

답 ①

29 다음 중 「행정소송법」 상 취소소송에 대한 사항으로 무효등확인소송의 경우에 준용되는 것은?

2016 사회복지9급

- ① 행정심판전치주의의 적용
- ② 취소소송의 대상
- ③ 제소기간
- ④ 사정판결

해설

취소소송 소송의 대상(§19)은 무효등확인소송에도 준용된다.

• 취소소송에 관한 규정 중 무효등확인소송에 준용되지 않는 것 : 제소기간(§20), 사정판결(§28), 예외적 행정심판전치주의(§18), 판결의 간접강제(§34)

답 ②

30 다음 중 「질서위반행위규제법」의 내용으로 옳은 것만을 모두 고르면?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 행정청이 질서위반행위에 대하여 과태료를 부과하고자 하는 때에는 미리 당사자에게 대통령령으로 정하는 사항을 통지하고 14일 이상의 기간을 정하여 의견을 제출할 기회를 주어야 한다.
- ㉡ 행정청에 의해 부과된 과태료는 질서위반행위가 종료된 날(다수인이 질서위반행위에 가담한 경우에는 최종행위가 종료된 날을 말한다)부터 3년간 징수하지 아니하거나 집행하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.
- ㉢ 과태료 사건은 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 당사자의 주소지의 지방법원 또는 그 지원의 관할로 한다.
- ㉣ 다른 법률에 특별한 규정이 없는 경우, 14세가 되지 아니한 자의 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다.

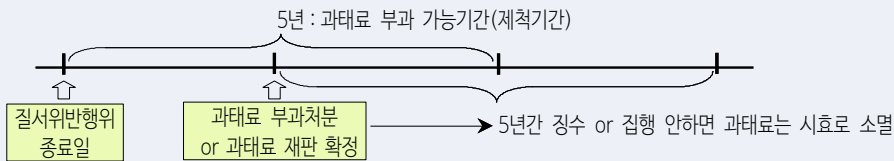
- ① ㉠, ㉡
- ② ㉠, ㉡, ㉣
- ③ ㉡, ㉢, ㉣
- ④ ㉢, ㉣

해설

㉠ (x) 제16조(사전통지 및 의견 제출 등) ① 행정청이 질서위반행위에 대하여 과태료를 부과하고자 하는 때에는 미리 당사자(제11조제2항에 따른 고용주등을 포함한다. 이하 같다)에게 대통령령으로 정하는 사항을 통지하고, **10일 이상의 기간을** 정하여 의견을 제출할 기회를 주어야 한다. 이 경우 지정된 기일까지 의견 제출이 없는 경우에는 의견이 없는 것으로 본다.

㉡ (x) 과태료 부과 제척기간 규정과 과태료의 시효 규정을 혼합하여 출제함

과태료 부과 제척기간	질서위반행위가 종료된 날(다수인이 질서 위반행위에 가담한 경우에는 최종행위가 종료된 날)부터 5년
과태료의 시효(과태료 징수·집행)	행정청의 과태료 부과처분이나 법원의 과태료 재판이 확정된 후 5년간 징수 or 집행 안하면 시효로 소멸



• 제15조(과태료의 시효) ① 과태료는 행정청의 과태료 부과처분이나 법원의 과태료 재판이 확정된 후 5년간 징수하지 아니하거나 집행하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.

• 제19조(과태료 부과 제척기간) ① 행정청은 질서위반행위가 종료된 날(다수인이 질서위반행위에 가담한 경우에는 최종행위가 종료된 날을 말한다)부터 5년이 경과한 경우에는 해당 질서위반행위에 대하여 과태료를 부과할 수 없다.

- ㉢ (○) 제25조(관할 법원) 과태료 사건은 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 당사자의 주소지의 지방법원 또는 그 지원의 관할로 한다.
- ㉣ (○) 제9조(책임연령) 14세가 되지 아니한 자의 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다. 다만, 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

답 ④

31 다음 중 「행정소송법」 상 행정소송의 유형으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 구 「광주민주화 운동 관련자 보상등에 관한 법률」에 따른 보상금지급청구소송
- ② 광주광역시 문화예술회관장의 시립합창단원 재위촉 거부에 대한 소송
- ③ 공무원연금관리공단에 대한 미지급 퇴직연금의 지급을 구하는 소송
- ④ 지방자치단체의 장이 지방의회를 상대로 제기하는 소송

해설

① 「광주민주화운동관련자 보상 등에 관한 법률」 15조에 의거하여 관련자 및 유족들이 갖게 되는 보상 등에 관한 권리는 공법상 권리이며 그에 관한 소송은 당사자소송 : 광주민주화운동관련자보상등에관한법률 제15조 본문의 규정에서 말하는 광주민주화운동관련자보상심의위원회의 결정을 거치는 것은 보상금 지급에 관한 소송을 제기하기 위한 전치요건에 불과하다고 할 것이므로 위 **보상심의위원회의 결정은 취소소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다.**

광주민주화운동관련자보상등에관한법률에 의거하여 관련자 및 유족들이 갖게 되는 보상 등에 관한 권리는 헌법 23조 3항에 따른 재산권 침해에 대한 손실보상청구나 국가배상법에 따른 손해배상청구와는 그 성질을 달리하는 것으로서 **법률이 특별히 인정하고 있는 공법상의 권리**라고 해야 할 것이므로 그에 관한 소송은 행정소송법 3조 2호 소정의 **당사자소송에 의해야 할 것**이며 보상금 등의 지급에 관한 법률관계의 주체는 대한민국이다(대판 1992.12.24. 92누3335).

② 시립합창단원에 대한 재위촉 거부는 항고소송의 대상인 처분이 아니며, 그에 대한 불복은 당사자소송에 의함 : 지방자치법 제9조 제2항 제5호 (라)목

35

다음 중 부작위위법확인소송에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 부작위위법확인소는 부작위상태가 계속되는 한 그 위법의 확인을 구할 이익이 있다고 보아야 하므로 원칙적으로 제소기간의 제한을 받지 않으나 행정심판 등 전심절차를 거친 경우에는 「행정소송법」 제20조가 정한 제소기간 내에 소를 제기해야한다.
- ② 소 제기의 전후를 통하여 판결시까지 행정청이 그 신청에 대하여 적극 또는 소극의 처분을 함으로써 부작위상태가 해소된 때에는 소의 이익을 상실하게 되어 당해 소는 각하를 면할 수가 없다.
- ③ 법원은 단순히 행정청의 방치행위의 적부에 관한 절차적 심리만 하는게 아니라 신청의 실제적 내용이 이유있는지도 심리하며 그에 대한 적절한 처리방향에 관한 법률적 판단을 해야한다.
- ④ 집행정지결정은 부작위위법확인소송에 준용되지 않는다.

해설

① (○) 부작위위법확인인 소는 부작위상태가 계속되는 한 그 위법의 확인을 구할 이익이 있다고 보아야 하므로 **원칙적으로 제소기간의 제한을 받지 않으나**, 행정소송법 제38조 제2항이 제소기간을 규정한 같은 법 제20조를 부작위위법확인소송에 준용하고 있는 점에 비추어 보면, **행정심판 등 전심절차를 거친 경우에는 행정소송법 제20조가 정한 제소기간 내에 부작위위법확인인 소를 제기하여야 한다**(대판 2009.7.23. 2008두10560).

② (○) 부작위위법확인소송을 제기한 뒤에 판결 시까지 행정청이 그 신청에 대하여 적극적 또는 소극적 처분을 하였다면 소의 이익을 상실하게 되며 법원은 소를 각하해야 한다.

• **부작위위법확인소송의 변론종결시까지 행정청의 처분으로 부작위 상태가 해소된 경우 소의 이익 없음** ⇨ **각하** : 부작위위법확인인 소는 행정청이 국민의 법규상 또는 조리상의 권리에 기한 신청에 대하여 상당한 기간내에 그 신청을 인용하는 적극적 처분 또는 각하하거나 기각하는 등의 소극적 처분을 하여야 할 법률상의 응답의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 경우, 판결(사실심)의 구두변론 종결시를 기준으로 그 부작위의 위법을 확인함으로써 행정청의 응답을 신속하게 하여 부작위 내지 무응답이라고 하는 소극적인 위법상태를 제거하는 것을 목적으로 하는 것이고, 나아가 당해 판결의 구속력에 의하여 행정청에게 처분 등을 하게 하고 다시 당해 처분 등에 대하여 불복이 있는 때에는 그 처분 등을 다투게 함으로써 최종적으로는 국민의 권리이익을 보호하려는 제도이므로, 소 제기의 전후를 통하여 **판결시까지 행정청이 그 신청에 대하여 적극 또는 소극의 처분을 함으로써 부작위상태가 해소된 때에는 소의 이익을 상실하게 되어 당해 소는 각하를 면할 수가 없는 것이다**(대판 1990.9.25. 89누4758).

③ (×) 다수설과 판례는 부작위위법확인소송의 심리 범위에 대해 소극설(절차적 심리설)의 입장이다. 법원은 **부작위의 위법 여부만 심리해야 하며, 행정청이 행해야 할 처분의 내용까지 심리·판단할 수는 없다**. 실제적 내용을 심리한다면 의무이행소송을 인정하는 결과가 되어 부작위위법확인소송만 인정한 행정소송법 취지에 맞지 않다. 행정청이 상대방의 신청에 대하여 아무런 적극적 또는 소극적 처분을 하지 않고 있는 이상 행정청의 부작위는 그 자체로 위법하다고 할 것이고, 구체적으로 그 신청이 인용될 수 있는지 여부는 소극적 처분에 대한 항고소송의 본안에서 판단하여야 할 사항이다.

• 부작위위법확인소송 심리의 범위

적극설 (실체적 심리설)	법원은 부작위의 위법 여부만이 아니라 신청의 실제적인 내용이 이유 있는 것인가, 즉 행정청의 특정 작위의무의 존재까지도 심리하여 행정청의 처리방향까지 제시해야 한다는 견해이다.
소극설 (절차적 심리설) -다수설·판례	법원은 부작위의 위법여부만을 심리해야 하며, 행정청이 행해야 할 처분의 내용까지 심리·판단할 수는 없다 . 실제적 내용을 심리한다면 의무이행소송을 인정하는 결과가 되어 부작위위법확인소송만 인정한 행정소송법 취지에 맞지 않음. [판례] 부작위위법확인인 소는 행정청이 당사자의 법규상 또는 조리상의 권리에 기한 신청에 대하여 상당한 기간 내에 그 신청을 인용하는 적극적 처분을 하거나 각하 또는 기각하는 등의 소극적 처분을 해야 할 법률상의 응답의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 경우, 그 부작위의 위법을 확인함으로써 행정청의 응답을 신속하게 하여 부작위 내지 무응답이라고 하는 소극적인 위법상태를 제거하는 것을 목적으로 하는 것이고, 나아가 그 인용판결의 구속력에 의하여 행정청으로 하여금 적극적으로든 소극적으로든 어떤 처분을 하도록 강제할 다음, 그에 대하여 불복이 있을 경우 그 처분을 다투게 함으로써 최종적으로는 당사자의 권리와 이익을 보호하려는 제도이다 (대판 2002.6.28. 2000두4750).

④ (○) 부작위상태는 처분이 존재하지 않으므로 성질상 집행정지에 관한 규정(행정소송법 제23조)이 적용되지 않는다.

답 ③

36

다음 중 취소소송 제기기간에 관한 설명으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정심판을 거쳐야 하는 경우에는 재결이 있는 날부터 90일 이내에 소송을 제기하여야 한다.
- ② 처분이 있음을 안 날이란 처분을 받은 자가 위법 여부에 대한 판단 한 날을 의미한다는 것이 판례의 입장이다.
- ③ 처분이 있음을 안 날부터 90일이 경과하였더라도 처분이 있는 날부터 1년이 경과하지 않았다면 소제기가 가능하다.
- ④ 통상 고시에 의한 행정처분의 경우 판례는 고시가 효력을 발생하는 날에 처분이 있음을 알았다고 본다.

해설

① (×) 행정소송법 제20조(제소기간) ①취소소송은 처분등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다. 다만, 제18조제1항 단서에 규정한 경우와 그 밖에 행정심판청구를 할 수 있는 경우 또는 행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알린 경우에 행정심판청구가 있을 때의 기간은 **재결서의 정본을 송달받은 날부터 기산한다**.

② (×) 행정소송법 20조 2항 소정의 제소기간 기산점인 "처분이 있음을 안 날"이란 통지, 공고 기타의 방법에 의하여 **당해 처분이 있었다는 사실을 현실적으로 안 날을 의미하고 구체적으로 그 행정처분의 위법 여부를 판단한 날을 가리키는 것은 아니다**(대판 1991.6.28. 90누6521).

③ (×) 처분이 있음을 안 날부터 90일 또는 처분이 있는 날로부터 1년 이내에 제기하여야 하며 두 기간 중 하나라도 경과하면 제기할 수 없다.

④ (○) 제시된 지문은 **'불특정 다수에 대한'** 고시에 의한 행정처분의 경우로 볼 경우 옳은 내용.

통상 고시 또는 공고에 의하여 행정처분을 하는 경우에는 그 처분의 상대방이 불특정 다수인이고, 그 처분의 효력이 불특정 다수인에게 일률적으로 적용되는 것이므로, 그 행정처분에 이해관계를 갖는 자는 고시 또는 공고가 있었다는 사실을 현실적으로 알았는지 여부에 관계없이 고시가 효력을 발생하는 날에 행정처분이 있음을 알았다고 보아야 하고, 따라서 그에 대한 취소소송은 그 날로부터 90일 이내에 제기하여야 한다(대판 2006.4.14. 2004두3847).

• 공고에 의한 통지 비교

구분	특정인에 대한 통지로서 공고	불특정 다수에 대한 통지 - 고시·공고
적용 법령 효력발생시기	행정절차법 14조·15조 : ① 송달받을 자의 주소등을 통상적인 방법으로 확인할 수 없는 경우 또는 ② 송달이 불가능한 경우 송달받을 자가 알기 쉽도록 관보, 공보, 게시판, 일간신문 중 하나 이상에 공고하고 인터넷에도 공고 ⇨ 효력발생 시기를 달리 정한 경우나 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 공고일로부터 14일이 지난 때에 그 효력 발생	「행정 효율과 협업 촉진에 관한 규정」 제6조 공고문서(고시·공고 등 행정기관이 일정한 사항을 일반에게 알리는 문서)는 문서에서 효력발생 시기를 구체적으로 밝히고 있지 않으면 그 고시 또는 공고 등이 있는 날부터 5일이 경과한 때에 효력 발생
쟁송제기기간 중 처분이 있음을 안날로부터 90일 이내의 기산점	공고가 효력을 발생하는 날에 상대방이 그 행정처분이 있음을 알았다고 볼 수는 없고, 상대방이 당해 처분이 있었다는 사실을 현실적으로 안 날에 그 처분이 있음을 알았다고 보아야 함.	고시·공고가 있었다는 사실을 현실적으로 알았는지 여부에 관계없이 고시의 효력 발생일(효력발생시기를 정하지 않은 경우 고시·공고 후 5일이 경과한 날)에 행정처분이 있음을 알았다고 보아야 함.

답 ④

37 다음 중 「행정소송법」 제18조 제3항에서 규정하고 있는 '행정심판을 거칠 필요가 없는 경우'로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 동종사건에 관하여 이미 행정심판의 기각재결이 있을 때
- ② 서로 내용상 관련되는 처분 또는 같은 목적을 위하여 단계적으로 진행되는 처분 중 어느 하나가 이미 행정심판의 재결을 거친 때
- ③ 행정청이 사실심의 변론종결 후 소송의 대상인 처분을 변경하여 당해 변경된 처분에 관하여 소를 제기하는 때
- ④ 법령의 규정에 의한 행정심판기관이 의결 또는 재결을 하지 못할 사유가 있을 때

해설

④는 행정심판을 '제기함이 없이' 취소소송을 제기할 수 있는 경우가 아니라 행정심판의 '재결을 거치지 않고' 취소소송을 제기할 수 있는 경우이다.

필요적 행정심판전치주의인 경우에도 (행정소송법 이외의 법률에 해당 처분에 대한 행정심판의 재결을 거치지 않으면 취소소송을 제기할 수 없다는 규정이 있는 경우에도)	행정심판의 '재결을 거치지 않고' 취소소송을 제기할 수 있는 경우(18조 2항)	행정심판의 '제기함이 없이' 취소소송을 제기할 수 있는 경우(18조 3항)
① 행정심판청구가 있을 날로부터 60일이 지나도 재결이 없는 때	① 동종사건에 관하여 이미 행정심판의 기각재결이 있을 때	① 동종사건에 관하여 이미 행정심판의 기각재결이 있을 때
② 처분의 집행 또는 절차의 속행으로 생길 중대한 손해를 예방해야 할 긴급한 필요가 있는 때	② 서로 내용상 관련되는 처분 또는 같은 목적을 위하여 단계적으로 진행되는 처분 중 어느 하나가 이미 행정심판의 재결을 거친 때	② 서로 내용상 관련되는 처분 또는 같은 목적을 위하여 단계적으로 진행되는 처분 중 어느 하나가 이미 행정심판의 재결을 거친 때
③ 법령의 규정에 의한 행정심판기관이 의결 또는 재결을 하지 못할 사유가 있을 때	③ 행정청이 사실심의 변론종결 후 소송의 대상인 처분을 변경하여 당해 변경된 처분에 관하여 소를 제기하는 때	③ 행정청이 사실심의 변론종결 후 소송의 대상인 처분을 변경하여 당해 변경된 처분에 관하여 소를 제기하는 때
④ 그 밖의 정당한 사유가 있을 때	④ 처분을 행한 행정청이 행정심판을 거칠 필요가 없다고 잘못 알린 때	④ 처분을 행한 행정청이 행정심판을 거칠 필요가 없다고 잘못 알린 때
	⑤ 처분변경으로 인한 소의 변경의 경우(22조 3항)	⑤ 처분변경으로 인한 소의 변경의 경우(22조 3항)

답 ④

38 다음은 「행정소송법」과 「행정심판법」의 내용이다. ()안에 들어갈 내용으로 가장 옳은 것은?

- ㉠ 행정심판은 처분이 있었던 날부터 (㉠)이 지나면 청구하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ㉡ 취소소송은 처분 등이 있을 날부터 (㉡)을 경과하면 이를 제기하지 못한다. 다만 정당한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.
- ㉢ 행정소송에 관하여 「행정소송법」에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 「법원조직법」과 「민사소송법」 및 (㉢)의 규정을 준용한다.

- | | | | |
|---|------|------|-------|
| | ㉠ | ㉡ | ㉢ |
| ① | 90일 | 180일 | 민사집행법 |
| ② | 90일 | 180일 | 형사소송법 |
| ③ | 180일 | 1년 | 민사집행법 |
| ④ | 180일 | 1년 | 형사소송법 |

해설

- ㉠ 행정심판법 제27조(심판청구의 기간) ③ 행정심판은 처분이 있었던 날부터 **180일**이 지나면 청구하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ㉡ 행정소송법 제20조(제소기간) ② 취소소송은 처분등이 있을 날부터 **1년**(제1항 단서의 경우는 재결이 있을 날부터 1년)을 경과하면 이를 제기하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.
- ㉢ 행정소송법 제8조(법적용) ② 행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법 및 **민사집행법**의 규정을 준용한다.

답 ③

39

다음 중 행정소송의 심리에 대한 설명으로 가장 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2015 지방7급

- ① ‘법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다.’라고 규정하고 있는 「행정소송법」 제26조는 당사자 소송에도 준용된다.
- ② 취소소송의 직권심리주의를 규정하고 있는 「행정소송법」 제26조의 규정을 고려할 때 행정소송에 있어서 법원은 원고의 청구범위를 초월하여 그 이상의 청구를 인용할 수 있다.
- ③ 사실심에서 변론종결시까지 당사자가 주장하지 않던 직권조사사항에 해당하는 사항을 상고심에서 비로소 주장하는 경우 그 직권조사사항에 해당하는 사항은 상고심의 심판범위에 해당하지 않는다.
- ④ 행정소송에서 기록상 자료가 나타나 있다 하더라도 당사자가 주장하지 않았다면 행정소송의 특수성에 비추어 법원은 이를 판단할 수 없다.

해설

- ① (○) 행정소송법 상 직권심리주의의 규정은 당사자소송에 준용된다.
 - 제44조(준용규정) ①제14조 내지 제17조, 제22조, 제25조(행정심판기록의 제출명령), 제26조(직권심리), 제30조제1항, 제32조 및 제33조의 규정은 당사자소송의 경우에 준용한다.
 - 제26조(직권심리) 법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다
- ② (×) 행정심판법 제47조와는 달리 행정소송법에는 명문 규정은 없지만 행정소송에도 민사소송처럼 불고불리원칙이 적용된다. 따라서 법원은 소제기가 없는 사건에 대해 심리·재판할 수 없고, 소제기가 있는 사건에 대하여도 당사자의 청구범위를 넘어서 심리·재판할 수 없음이 원칙이다. 따라서 원고의 청구범위를 초월하여 그 이상의 청구를 인용할 수 없다. 한편, 행정소송법은 부분적으로 직권담지주의를 가미함으로써 예외를 인정하고 있다(제26조).
- ③ (×) 행정소송에 있어서 행정처분의 존부는 직권조사사항이며 사실심 변론종결시까지 당사자가 주장하지 않던 직권조사사항에 해당하는 사항을 상고심에서 비로소 주장하는 경우, 그 사항은 상고심의 심판범위에 해당함 : 행정소송에서 쟁송의 대상이 되는 행정처분의 존부는 소송요건으로서 직권조사사항이고, 자백의 대상이 될 수 없는 것이므로, 설사 그 존재를 당사자들이 다투지 아니한다 하더라도 그 존부에 관하여 의심이 있는 경우에는 이를 직권으로 밝혀 보아야 할 것이고, 사실심에서 변론종결시까지 당사자가 주장하지 않던 직권조사사항에 해당하는 사항을 상고심에서 비로소 주장하는 경우 그 직권조사사항에 해당하는 사항은 상고심의 심판범위에 해당한다. (대판 2004.12.24. 2003두15195)
- ④ (×) 행정소송에서 기록상 자료가 나타나 있으면 당사자가 주장하지 않더라도 판단 가능 : 행정소송에서 기록상 자료가 나타나 있다면 당사자가 주장하지 않았더라도 판단할 수 있고, 당사자가 제출한 소송자료에 의하여 법원이 처분의 적법 여부에 관한 합리적인 의심을 품을 수 있음에도 단지 구체적 사실에 관한 주장을 하지 아니하였다는 이유만으로 당사자에게 석명을 하거나 직권으로 심리 판단하지 아니함으로써 구체적 타당성이 없는 판결을 하는 것은 행정소송법 26조의 규정과 행정소송의 특수성에 반하므로 허용될 수 없다(대판 2006.9.22. 2006두7430).

답 ①

40

다음 중 「행정심판법」상 행정심판에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 대통령의 처분 또는 부작위에 대하여는 다른 법률에서 행정심판을 청구할 수 있도록 정한 경우 외에는 행정심판을 청구할 수 없다.
- ② 처분청이 재조사결정의 주문 및 그 전제가 된 요건사실의 인정과 판단, 즉 처분의 구체적 위법사유에 관한 판단에 반하여 당초 처분을 그대로 유지하는 것은 재조사 결정의 기속력에 저촉되지 않는다.
- ③ 행정심판을 청구하려는 자는 심판청구서를 작성하여 피청구인이나 위원회에 제출하여야 한다.
- ④ 행정심판에서 행정심판 위원회에 의한 형성적 재결이 있는 경우에는 그 대상이 된 행정처분은 재결 자체에 의하여 당연히 취소되어 소멸된다.

해설

- ① (○) 행정심판법 제3조(행정심판의 대상) ② 대통령의 처분 또는 부작위에 대하여는 다른 법률에서 행정심판을 청구할 수 있도록 정한 경우 외에는 행정심판을 청구할 수 없다.
- ② (×) 처분청이 재조사 결정의 주문 및 그 전제가 된 요건사실의 인정과 판단, 즉 처분의 구체적 위법사유에 관한 판단에 반하여 당초 처분을 그대로 유지하는 것은 재조사 결정의 기속력에 저촉됨 : 심판청구 등에 대한 결정의 한 유형으로 실무상 행해지고 있는 재조사 결정은 재결청의 결정에서 지적된 사항에 관하여 처분청의 재조사결과를 기다려 그에 따른 후속 처분의 내용을 심판청구 등에 대한 결정의 일부분으로 삼겠다는 의사가 내포된 변형결정에 해당하므로, 처분청은 재조사 결정의 취지에 따라 재조사를 한 후 그 내용을 보완하는 후속 처분만을 할 수 있다. 따라서 처분청이 재조사 결정의 주문 및 그 전제가 된 요건사실의 인정과 판단, 즉 처분의 구체적 위법사유에 관한 판단에 반하여 당초 처분을 그대로 유지하는 것은 재조사 결정의 기속력에 저촉된다(대판 2017.5.11. 2015두37549).
- ③ (○) 행정심판법 제23조(심판청구서의 제출) ① 행정심판을 청구하려는 자는 제28조에 따라 심판청구서를 작성하여 피청구인이나 행정심판위원회에 제출하여야 한다. 이 경우 피청구인의 수만큼 심판청구서 부분을 함께 제출하여야 한다.
- ④ (○) 처분을 직접 취소하는 형성적 재결의 효력 : 행정심판법 제32조 제3항에 의하면 재결청은 취소심판의 청구가 이유 있다고 인정할 때에는 처분을 취소·변경하거나 처분청에게 취소·변경할 것을 명한다고 규정하고 있으므로, 행정심판 재결의 내용이 처분청에게 처분의 취소를 명하는 것이 아니라 재결청이 스스로 처분을 취소하는 것일 때에는 그 재결의 형성력에 의하여 당해 처분은 별도의 행정처분을 기다릴 것 없이 당연히 취소되어 소멸되는 것이다(대판 1998.4.24. 97누17131)

답 ②

20