

2021년 군무원 5급 행정법 (2021.7.24.)

해설 : 이승철

1 위헌법률에 근거한 행정행위의 효력에 관한 대법원 판례로서 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은?

- ㉠ 위헌인 법률에 근거한 행정처분이 당연무효인지의 여부는 위헌결정의 소급효와는 별개의 문제로서, 위헌결정의 소급효가 인정된다고 하여 위헌인 법률에 근거한 행정처분이 당연무효가 된다고는 할 수 없다.
- ㉡ 위헌법률심판제도에 있어서의 구체적 규범통제의 실효성을 보장한다는 차원에서 당해 사건에 대해서는 헌법재판소의 위헌결정은 장래효 원칙의 예외로서 소급효를 인정해야 한다.
- ㉢ 위헌결정의 효력은 그 결정 이후에 당해 법률이 재판의 전제가 되었음을 이유로 법원에 제소된 일반사건에도 미치므로, 이미 취소소송의 제기 기간을 경과하여 확정력이 발생한 행정처분의 경우에도 위헌결정의 소급효가 미친다고 보아야 할 것이다.
- ㉣ 위헌결정 이후에 조세채권의 집행을 위한 새로운 체납처분에 착수하거나 이를 속행하는 것은 더 이상 허용되지 않고, 나아가 이러한 위헌 결정의 효력에 위배하여 이루어진 체납처분은 그 사유만으로 하자가 중대하고 객관적으로 명백하여 당연무효라고 보아야 한다.

- ① ㉠ (×), ㉡ (×), ㉢ (○), ㉣ (×)
- ② ㉠ (×), ㉡ (○), ㉢ (○), ㉣ (○)
- ③ ㉠ (×), ㉡ (○), ㉢ (×), ㉣ (○)
- ④ ㉠ (○), ㉡ (○), ㉢ (×), ㉣ (○)

해설

㉠ (○), ㉢ (×)

• 법률에 근거하여 행정처분이 발하여진 후에 헌법재판소가 그 행정처분의 근거가 된 법률을 위헌으로 결정하였다면 결과적으로 행정처분은 법률의 근거가 없이 행하여진 것과 마찬가지로 되어 하자가 있는 것이 되나, 하자 있는 행정처분이 당연무효가 되기 위하여는 그 하자가 중대할 뿐만 아니라 명백한 것이어야 하는데, 일반적으로 법률이 헌법에 위반된다는 사실이 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에는 객관적으로 명백한 것이라고 할 수는 없으므로 헌법재판소의 위헌결정 전에 행정처분의 근거되는 당해 법률이 헌법에 위반된다는 사유는 특별한 사정이 없는 한 그 행정처분의 취소소송의 전제가 될 수 있을 뿐 당연무효사유는 아니라고 봄이 상당하다. **위헌인 법률에 근거한 행정처분이 당연무효인지의 여부는 위헌결정의 소급효와는 별개의 문제로서, 위헌결정의 소급효가 인정된다고 하여 위헌인 법률에 근거한 행정처분이 당연무효가 된다고는 할 수 없고, 오히려 이미 취소소송의 제기기간을 경과하여 확정력이 발생한 행정처분에는 위헌결정의 소급효가 미치지 않는다고 보아야 한다.** 어느 행정처분에 대하여 그 행정처분의 근거가 된 법률이 위헌이라는 이유로 무효확인청구의 소가 제기된 경우에는 다른 특별한 사정이 없는 한 법원으로서 그 법률이 위헌인지 여부에 대하여는 판단할 필요 없이 그 무효확인청구를 기각하여야 한다(대판 1994.10.28. 92누9463).

• 헌법재판소의 위헌결정의 소급효가 인정되는 경우: 당해·동종·병행사건 + 위헌결정 이후에 같은 이유로 제소된 일반사건
헌법재판소의 위헌결정의 효력은 위헌제청을 한 당해사건, 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌 여부에 관하여 헌법재판소에 위헌여부심판제청을 하였거나 법원에 위헌여부심판제청신청을 한 동종사건과 따로 위헌제청신청은 아니하였지만 당해 법률 또는 법률 조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 병행사건뿐만 아니라, 위헌결정 이후에 위와 같은 이유로 제소된 일반사건에도 미친다고 할 것이나, 위헌결정의 효력은 그 미치는 범위가 무한정일 수는 없고 다른 법리에 의하여 그 소급효를 제한하는 것까지 부정되는 것은 아니라 할 것이며, 법적 안정성의 유지나 당사자의 신뢰보호를 위하여 불가피한 경우에 위헌결정의 소급효를 제한하는 것은 오히려 법치주의의 원칙상 요청되는 바라 할 것이다(대판 2006.6.9. 2006두1296)

㉡ (○) 법원의 제청 또는 헌법소원의 청구 등을 통하여 **헌법재판소에 법률의 위헌결정을 위한 계기를 부여한 구체적인 사건, 즉 당해사건에 대해서는 헌법재판소의 위헌결정은 장래효원칙의 예외로서 소급효를 인정해야 함은 위헌법률심판제도에 있어서의 구체적 규범통제의 실효성을 보장한다는 차원에서 헌법 제107조 제1항, 헌법재판소법 제41조, 제47조, 제75조 제3항, 제5항 내지 제8항의 해석상 당연한 것이라고 할 것이다**(대판 2005.10.7. 선고, 2005두3356)

㉢ (○) 과세처분 이후 조세 부과의 근거가 되었던 법률규정에 대하여 위헌결정이 내려진 경우, 조세채권이 확정된 경우라도 그 조세채권의 집행을 위한 체납처분은 당연무효: 구 헌법재판소법 제47조 제1항은 “법률의 위헌결정은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다.”고 규정하고 있는데, 이러한 위헌결정의 기속력과 헌법을 최고규범으로 하는 법질서의 체계적 요청에 비추어 국가기관 및 지방자치단체는 위헌으로 선언된 법률규정에 근거하여 새로운 행정처분을 할 수 없음은 물론이고, 위헌결정 전에 이미 형성된 법률관계에 기한 후속처분이라도 그것이 새로운 위헌적 법률관계를 생성·확대하는 경우라면 이를 허용할 수 없다. 따라서 조세 부과의 근거가 되었던 법률규정이 위헌으로 선언된 경우, 비록 그에 기한 과세처분이 위헌결정 전에 이루어졌고, 과세처분에 대한 제소기간이 이미 경과하여 조세채권이 확정되었으며, 조세채권의 집행을 위한 체납처분의 근거규정 자체에 대하여는 따로 위헌결정이 내려진 바 없다고 하더라도, 위와 같은 위헌결정 이후에 조세채권의 집행을 위한 새로운 체납처분에 착수하거나 이를 속행하는 것은 더 이상 허용되지 않고, 나아가 이러한 위헌결정의 효력에 위배하여 이루어진 체납처분은 그 사유만으로 하자가 중대하고 객관적으로 명백하여 당연무효라고 보아야 한다(대판 2012.2.16. 2010두10907)

정답 ④

☞ 법률의 위헌결정과 행정처분의 효력

1. 법률의 위헌 결정 후 위헌인 법률에 근거한 행정처분의 효력 : 당연무효

법률의 위헌 결정 후 그 법률에 근거해 발령된 행정처분은 헌법재판소법 47조 2항에 비추어 판결의 기속력에 반하므로 하자가 중대·명백하여 당연무효.

• 헌법재판소법 제47조(위헌결정의 효력)

- ① 법률의 위헌결정은 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속(羈束)한다.
- ② 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다.

2. 위헌 결정과 소급효

행정행위 후 근거 법률 위헌결정시 위헌결정의 소급효 인정범위. 개인의 권리구제 vs 법적 안정성 문제

원칙 : 즉시효·장래효 - 위헌 결정된 법률이나 법률 조항은 결정이 있는 날부터 효력 상실(헌법재판소법 제47조 ②항)

예외 : 소급효 - 형법규위 위헌결정시 소급효(헌법재판소법 제47조 ③항)
해석에 의한 소급효(형법규위 외에 일반법규에도 소급효가 인정되는 경우)

(1) 법정소급효

• 헌법재판소법 제47조(위헌결정의 효력)

- ① 법률의 위헌결정은 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속(羈束)한다.
- ② 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다.
- ③ 제2항에도 불구하고 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다. 다만, 해당 법률 또는 법률의 조항에 대하여 종전에 합헌으로 결정된 사건이 있는 경우에는 그 결정이 있는 날의 다음 날로 소급하여 효력을 상실한다.
- ④ 제3항의 경우에 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다.

(2) 해석에 의한 소급효(형법규위 외에 일반법규에도 예외적으로 소급효가 인정되는 경우)

헌법재판소 입장	효력이 다양할 수밖에 없는 위헌결정의 특수성 때문에 예외적으로 부분적인 소급효 인정. 첫째, 구체적 규범통계의 실효성 보장의 견지에서 ① 법원의 제청·헌법소원의 청구 등을 통하여 헌법재판소에 법률의 위헌결정을 위한 계기를 부여한 당해 사건, ② 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌여부에 관하여 헌법재판소에 위헌제청을 하였거나 법원에 위헌제청신청을 한 경우의 당해 사건(동종사건), ③ 그리고 따로 위헌제청신청을 아니하였지만 당해 법률 또는 법률의 조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 사건(병행사건)에 대하여는 소급효를 인정하여야 할 것이다. 둘째, 당사자의 권리구제를 위한 구체적 타당성의 요청이 현저한 반면에 소급효를 인정하여도 법적 안정성을 침해할 우려가 없고, 나아가 구법에 의하여 형성된 기대권자의 이득이 해쳐질 사안이 아닌 경우로서 소급효의 부인이 오히려 정의와 형평 등 헌법적 이념에 심히 배치되는 때에도 소급효를 인정할 수 있다.
대법원 입장	헌법재판소의 위헌결정의 효력은 ① 위헌제청을 한 당해 사건, ② 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌 여부에 관하여 헌법재판소에 위헌여부심판제청을 하였거나 법원에 위헌여부심판제청신청을 한 경우의 당해 사건(동종사건)과 ③ 따로 위헌제청신청은 안 했지만 해당 법률 또는 법률조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 사건(병행사건)뿐 아니라 ④ 위헌결정 이후 위와 같은 이유로 제소된 일반사건에도 미친다.

(3) 소급효가 부인되는 경우

- ① 취소소송 제기기간을 경과해 확정력(불가쟁력)이 발생한 행정처분에는 위헌결정의 소급효가 미치지 않음
위헌인 법률에 근거한 행정처분이 당연무효인지의 여부는 위헌결정의 소급효와는 별개의 문제
- ② 법적 안정성의 유지나 당사자의 신뢰보호를 위하여 불가피한 경우 위헌결정의 소급효가 제한됨 : 위헌결정의 효력은 그 미치는 범위가 무한정일 수는 없고 다른 법리에 의하여 그 소급효를 제한하는 것까지 부정되지 않고, 법적 안정성의 유지나 당사자의 신뢰보호를 위하여 불가피한 경우의 위헌결정의 소급효 제한은 오히려 법치주의 원칙상 요청됨
→ 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 공무원직에서 당연히 퇴직하는 것으로 규정한 구 지방공무원법 제61조 중 제31조 제5호 부분에 대한 헌법재판소의 위헌결정의 소급효를 인정할 경우 그로 인하여 보호되는 퇴직공무원의 권리구제라는 구체적 타당성 등의 요청에 비하여 종래의 법령에 의하여 형성된 공무원의 신분관계에 관한 법적 안정성과 신뢰보호의 요청이 현저하게 우월하므로, 위 위헌결정 이후 제소된 일반사건에 대하여 위헌결정의 소급효가 제한된다(대판 2005.11.10. 2005두5628)

3. 행정처분 후 근거 법률이 위헌결정된 경우 행정처분의 효력

대법원 판례	① 행정처분 후 근거가 된 법률을 헌법재판소가 위헌 결정한 경우 하자가 중대하지만 명백하지 않으므로 취소사유 *cf) 행정처분 후 근거가 된 시행령·시행규칙·조례가 대법원의 무효선언 판결시 하자가 중대하지만 명백하지 않으므로 취소사유 행정처분의 근거법률이 위헌이라는 이유로 (취소소송 제기기간을 경과하여) 행정처분 무효확인 소가 제기된 경우 → 다른 특별한 사정이 없는 한 법원으로서 그 법률의 위헌 여부에 대해 판단할 필요 없이 그 무효확인청구를 기각(간하)해야 함. ② 위헌결정 이후 위헌법률의 종국적인 실현을 위한 국가의 추가적인 행위는 허용되지 않음 ㉠ 위헌인 법률에 근거한 처분에 부과된 의무를 이행하지 않은 경우 그 의무의 이행을 강제하는 것은 위헌 결정의 기속력(법원 기타 국가기관 등 구속)에 반하므로 처분의 강제는 허용 안 됨. ㉡ 과세처분 후 조세부과 근거였던 법률 규정이 위헌결정된 경우 조세채권 집행을 위한 체납처분(공매처분 등)은 하자가 중대·명백하므로 당연무효(국가기관 및 지방자치단체는 위헌으로 선언된 법률규정에 근거하여 새로운 행정처분을 할 수 없음은 물론이고, 위헌결정 전에 이미 형성된 법률관계에 기한 후속처분이라도 그것이 새로운 위헌적 법률관계를 생성·확대하는 경우라면 이를 허용할 수 없음) ㉢ 구 「택시소유상한에 관한 법률」 전부 위헌결정 이전에 택시초과소유부담금 부과처분과 압류처분 및 이에 기한 압류등기가 이뤄지고 각 처분이 확정된 경우, 위헌결정 이후 후속 체납처분절차는 진행 불가, 다른 사람에 의해 개시된 경매절차에서 배당을 받을 수 없음.
현재 재판소 판례	① 행정처분 후 근거가 된 법률을 헌법재판소가 위헌 결정한 경우* ¹⁾ ㉠ 원칙 : 하자가 중대하지만 명백하지 않으므로 취소사유 ㉡ 예외 : 무효 - 행정처분 자체의 효력이 갱송기간 경과 후에도 존속 중인 경우, 특히 그 처분이 위헌법률에 근거해 내려지고 처분의 목적 달성을 위해 필요한 후행처분이 아직 안 이뤄진 경우처럼 그 행정처분을 무효로 하더라도 법적 안정성을 크게 해치지 않는 반면 하자가 중대하여 그 구제가 필요한 경우에는 예외를 인정하여 당연무효사유로 보아 갱송기간 경과 후에도 무효확인을 구할 수 있음(헌재 1994.6.30. 92헌바23). ② 근거 법률이 위헌 결정된 경우 위헌 결정 전에 그 법률을 적용한 공무원의 고의·과실을 단정할 수 없음 → 국가배상책임 성립 안함

*주1) 불가쟁력이 발생한 행정처분에 대해 근거법규가 위헌임을 이유로 무효확인소송을 제기한 경우 근거법규의 위헌여부가 재판의 전제가 되는지 여부(헌재 1994.6.30. 92헌바23)

- ① 甲법률에 근거한 과세처분 및 압류처분
 - 과세처분 및 압류처분 취소소송 제소기간은 경과(불가쟁력 발생)
 - 과세처분 및 압류처분 무효확인소송 제기(제소기간 제한이 없어 불가쟁력이 문제되지 않음) - 甲법률에 대한 위헌법률심판제청신청도 함
 - ↳ 위헌법률심판제청 신청에 대해 법원의 기각(근거법률의 위헌 여부가 재판의 전제가 되지 못하므로 / 근거법률이 위헌이라도 취소사유에 불과함)
 - ↳ 헌법재판소에 위헌제청형 헌법소원 제기(위헌법률심판제청 신청을 법원이 기각할 경우 제기)
- ② 헌법재판소의 위헌제청형 헌법소원의 요건인 '재판의 전제성' 판단(처분이 무효인 경우에만 재판의 전제성 충족)
 - 처분의 근거 법률의 위헌판결시 처분의 하자
 - ↳ 원칙 - 취소사유(하자가 중대하지만 명백하지 않음)
 - ↳ 예외 - 무효(무효로 하더라도 법적 안정성을 크게 해치지 않는 반면 그 하자가 중대하여 그 구제가 필요한 경우)
 - ↳ 甲 법률에 대한 위헌 여부 심판 가능

2 행정지도에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① 세무당국이 주류거래를 일정기간 중지하여 줄 것을 요청한 행위는 항고소송의 대상이 될 수 없다.
- ② 행정지도로 인해 상대방에게 손해가 발생하였다면 행정기관은 반드시 그에 대한 손해배상책임을 질 필요가 없다.
- ③ 행정관청이 건축 허가시에 도로의 폭에 대해 행정지도를 하였다면 법규에 의한 도로지정이 있었던 것으로 볼 수 있다.
- ④ 행정지도는 과잉금지의 원칙을 따르며, 비강제적인 행위이나, 행정기관은 행정지도의 상대방이 이에 따르지 않았다는 이유로 불이익을 부과할 수 있다.

해설

- ① (○) 행정지도는 항고소송 대상인 처분성이 인정되지 않는다.
 - 세무당국의 주류거래중지 요청행위는 행정처분이 아님(행정지도) : 항고소송의 대상이 되는 행정처분은 행정청의 공법상의 행위로서 상대방 또는 기타 관계자들의 법률상 지위에 직접적으로 법률적인 변동을 일으키는 행위를 말하는 것이므로 세무당국이 소외 회사에 대하여 원고와의 주류거래를 일정기간 중지하여 줄 것을 요청한 행위는 권고 내지 협조를 요청하는 권고적 성격의 행위로서 소외 회사나 원고의 법률상의 지위에 직접적인 법률상의 변동을 가져오는 행정처분이라고 볼 수 없는 것이므로 항고소송의 대상이 될 수 없다(대판 1980.10.27. 80누395).
- ② (×) 행정주체의 권력적 작용뿐만 아니라 행정지도와 같은 비권력적 작용도 사경제주체로서 하는 활동이 아닌 한 직무행위에 포함된다.
 - 국가배상법이 정한 손해배상청구의 요건인 '공무원의 직무'에는 국가나 지방자치단체의 권력적 작용뿐만 아니라 비권력적 작용도 포함되지만 단순한 사경제의 주체로서 하는 작용은 포함되지 않는다(대판 2004.4.9. 2002다10691).
- ③ (×) 행정관청이 건축허가시에 도로 폭에 대하여 행정지도를 하였다면 **점만으로는 건축법시행령 64조 1항 소정의 도로지정이 있었던 것으로 볼 수 없다**(대판 1991.12.13. 91누1776).
- ④ (×) 행정절차법 제48조(행정지도의 원칙) ① 행정지도는 그 목적 달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 하며(비례원칙·과잉금지원칙), 행정지도의 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요하여서는 아니 된다(임의성 원칙). ② 행정기관은 행정지도의 상대방이 행정지도에 따르지 아니하였다는 것을 이유로 불이익한 조치를 하여서는 아니 된다(불이익조치금지원칙).

답 ①

3 인허가의제에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 주된 인허가에 관한 사항을 규정하고 있는 법률에서 주된 인허가가 있으면 다른 법률에 의한 인허가를 받은 것으로 의제한다는 규정을 둔 경우, 주된 인허가가 있으면 다른 법률에 의한 인허가가 있는 것으로 보는 데 그치고, 거기에서 더 나아가 다른 법률에 의하여 인허가를 받았음을 전제로 하는 그 다른 법률의 모든 규정들까지 적용되는 것은 아니다.
- ② 주된 인허가로 의제되는 인허가 중 일부에 대하여만 의제되는 인허가 요건을 갖추어 협의가 완료된 경우 민원인의 요청이 있으면 주된 인허가를 할 수 있고, 이 경우 협의가 완료된 일부 인허가만 의제될 수는 없다.
- ③ 건축법에서 인허가의제 제도를 둔 취지는, 인허가 의제사항과 관련하여 건축허가의 관할 행정청으로 창구를 단일화하고 절차를 간소화하며 비용과 시간을 절감함으로써 국민의 권익을 보호하려는 것이지, 인허가의제사항 관련 법률에 따른 각각의 인허가 요건에 관한 일체의 심사를 배제하려는 것으로 보기는 어렵다.
- ④ 주택건설사업계획 승인처분에 따라 의제된 인허가가 위법함을 다투고자 하는 이해관계인은, 주택건설사업계획 승인처분의 취소를 구할 것이 아니라 의제된 인허가의 취소를 구하여야 하며, 의제된 인허가는 주택건설사업계획 승인 처분과 별도로 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다.

해설

- ① (○) 주된 인허가에 관한 사항을 규정하고 있는 법률에서 주된 인허가가 있으면 다른 법률에 의한 인허가를 받은 것으로 의제한다는 규정을 둔 경우, 주된 인허가가 있으면 다른 법률에 의한 인허가가 있는 것으로 보는 데 그치고, 거기에서 더 나아가 다른 법률에 의하여 인허가를 받았음을 전제로 하는 그 다른 법률의 모든 규정들까지 적용되는 것은 아니다(대판 2016.11.24. 2014두47686)
- ② (×) 부분인허가의제 : 「도시 및 주거환경정비법」 제32조, 「주한미군 공여구역주변지역 등 지원 특별법」 제29조 제1항, 「집단지너지사업법」 제49조,

「농어촌마을주거환경 개선 및 리모델링 촉진을 위한 특별법」 제17조, 「빈집 및 소규모주택 정비에 관한 특별법」 제55조는 주된 인허가로 의제되는 것으로 규정된 인허가 중 일부에 대해서만 협의가 완료된 경우에도 민원인의 요청이 있으면 주된 인허가를 할 수 있고, 이 경우 협의가 완료된 일부 인허가만 의제되는 것으로 규정하고 있음.

• 부분인허가의제에서는 협의가 완료되지 않은 경우에는 인허가를 받은 것으로 보지 않으나, 선승인후협의제는 협의가 완료될 것을 조건으로 협의가 완료되지 않은 인허가를 포함하여 법률에 의해 의제되는 모든 인허가가 의제되는 해제조건부인허가인 점에서 부분인허가의제와 차이가 있음.

- ③ (○) 건축법에서 인·허가의제 제도를 둔 취지는, 인·허가의제사항과 관련하여 건축허가 또는 건축신고의 관할 행정청으로 그 청구를 단일화하고 절차를 간소화하며 비용과 시간을 절감함으로써 국민의 권익을 보호하려는 것이지, 인·허가의제사항 관련 법률에 따른 각각의 인·허가 요건에 관한 일체의 심사를 배제하려는 것으로 보기는 어렵다. 왜냐하면, 건축법과 인·허가의제사항 관련 법률은 각기 고유한 목적이 있고, 건축신고와 인·허가의제사항도 각각 별개의 제도적 취치가 있으며 그 요건 또한 달리하기 때문이다(대판 2011.1.20. 2010두14954).
- ④ (○) 주택건설사업계획 승인처분에 따라 의제된 인허가에 하자가 있어 이해관계인이 위법함을 다투고자 하는 경우, 취소를 구할 대상은 의제된 인허가이며, 의제된 인허가는 주택건설사업계획 승인처분과 별도로 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당함 : 구 주택법(2016.1.19. 법률 제13805호로 전부 개정되기 전의 것) 제17조 제1항에 따르면, 주택건설사업계획 승인권자가 관계 행정청의 장과 미리 협의한 사항에 한하여 승인처분을 할 때에 인허가 등이 의제될 뿐이고, 각호에 열거된 모든 인허가 등에 관하여 일괄하여 사전협의를 거칠 것을 주택건설사업계획 승인처분의 요건으로 규정하고 있지 않다. 따라서 인허가 의제 대상이 되는 처분에 어떤 하자가 있더라도, 그로써 해당 인허가 의제의 효과가 발생하지 않을 여지가 있게 될 뿐이고, 그러한 사정이 주택건설사업계획 승인처분 자체의 위법사유가 될 수는 없다. 또한 의제된 인허가는 통상적인 인허가와 동일한 효력을 가지므로, 적어도 '부분 인허가 의제'가 허용되는 경우에는 그 효력을 제거하기 위한 법적 수단으로 의제된 인허가의 취소나 철회가 허용될 수 있고, 이러한 직권 취소·철회가 가능한 이상 그 의제된 인허가에 대한 갱송취소 역시 허용된다. 따라서 주택건설사업계획 승인처분에 따라 의제된 인허가가 위법함을 다투고자 하는 이해관계인은, 주택건설사업계획 승인처분의 취소를 구할 것이 아니라 의제된 인허가의 취소를 구하여야 하며, 의제된 인허가는 주택건설사업계획 승인처분과 별도로 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다(대판 2018.11.29. 2016두38792).

답 ②

4 공물의 사용관계에 대한 다음의 설명 중 학설이나 판례의 내용과 합치되는 것은?

- ① 공물의 보통사용은 공공공물의 경우에는 원칙적으로 인정되지만, 공공공물과 보존공물에 대하여는 공용에 지장이 없는 범위 안에서 예외적으로 인정될 뿐이다.
- ② 공물의 보통사용은 그 성질상 사용료는 절대 징수할 수 없다.
- ③ 승용차운전자가 요금을 지불하고 터널을 이용하는 것은 공물의 사법상 계약에 의한 사용의 전형적 예에 해당한다.
- ④ 공물의 특허사용권은 원칙적으로 물권의 성질을 가진다. 다만 어업권·광업권은 채권적 성질을 갖는다.

해설

- ① (○) 공물의 보통사용(일반사용·자유사용) : 누구든지 공물을 행정청의 허락을 받음이 없이 그 사용목적에 따라 사용하는 경우
 - ㉠ 공공공물의 보통사용 : 본래 일반공중의 사용에 제공된 공물이므로 원칙상 특별한 요건을 충족할 필요 없이 당연히 공공공물 본래의 용법에 따라 사용 가능(예 도로의 통행, 공원 산책 등)
 - ㉡ 공공공물의 보통사용 : 원래 행정주체 자신의 사용에 제공됨을 목적으로 하나 그 본래의 목적에 지장을 초래하지 않는 범위 내에서만 예외적으로 보통사용이 인정될 수 있음(예 국립학교 운동장의 통행·산책, 관공서 내의 자유로운 통행 등)
 - ㉢ 보존공물의 보통사용 : 보존공물은 공적 목적을 위해 물건 자체의 보존이 목적인 물건(예 문화재, 보안림)이지만 본래의 목적에 지장을 초래하지 않는 범위 내에서 예외적으로 보통사용이 인정될 수 있음.
- ② (○) 공물의 보통사용은 성질상 자유로운 이용을 위하여 무료로 제공되는 것이 원칙이다. 그러나 예외적으로 법률이나 조례가 정하는 바에 따라서 사용료를 징수할 수도 있다(지방자치법 153조).
- ③ (×) 승용차운전자가 요금을 지불하고 터널을 이용하는 것은 행정청의 별도의 허가나 특허 없이 사용료를 지급하고 공물의 본래 용도로 사용하는 것이므로 공물의 보통사용의 예이다. 공물의 사법상 계약에 의한 사용은 공물의 공적 목적을 방해하지 않는 한도 내에서 공물관리자와의 사법상 계약을 통해 공물을 사용하는 것으로 국유재산법 제30조의 행정재산의 목적 외 사용(행정재산의 사용·수익허가)이 그 예이다. 예 정부청사(시청·구청청사·국립대학) 내의 구내식당운영, 공영철도의 광고물부착 등
- ④ (○) 공물의 특허사용권은 공물주체(행정주체)에 대하여 공물의 특허사용을 청구할 수 있는 채권이라는 것이 통설과 판례의 입장이다. 즉, 물권이 아니므로 대세적 효력이 없다. 다만 어업권·광업권·댐사용권의 경우와 같이 법률(「수산법」, 「광업법」, 「댐건설 및 주변지역 지원 등에 관한 법률」)에서 물권의 효력을 인정하는 특별한 규정을 두고 있는 경우도 있다.
 - 하천점용허가권의 성질은 채권 : 하천의 점용허가권은 특허에 의한 공물사용권의 일종으로서 하천의 관리주체에 대하여 일정한 특별사용을 청구할 수 있는 채권에 지나지 않고 대세적 효력이 있는 물권이라 할 수 없다(대판 1990.2.13. 89다카23022).

답 ①

5 행정행위의 하자승계에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 도시·군계획시설결정과 실시계획인가는 도시·군계획시설사업을 위하여 이루어지는 단계적 행정절차에서 별도의 요건과 절차에 따라 별개의 법률효과를 발생시키는 독립적인 행정 처분이므로 선행처분인 도시·군계획시설 결정에 하자가 있더라도 그것이 당연무효가 아닌 한 원칙적으로 후행처분인 실시계획인가에 승계되지 않는다.
- ② 표준지공시지가결정이 위법한 경우에는 그 자체를 행정소송의 대상이 되는 행정처분으로 보아 그 위법 여부를 다룰 수 있지만, 수용보상금의 증액을 구하는 소송에서 선행 처분으로서 그 수용대상 토지 가격 산정의 기초가 된 비교표준지공시지가결정의 위법을 독립한 사유로 주장할 수 없다.
- ③ 「도시 및 주거환경 정비법」 상 사업시행계획과 관리처분계획은 서로 독립하여 별개의 법적 효과를 발생시키는 것으로서 이 사건 사업 시행계획의 수립에 관한 취소사유인 하자가 이 사건 관리처분계획에 승계되지 아니하므로, 위 취소사유를 들어 이 사건 관리처분계획의 적법 여부를 다룰 수는 없다.

- ④ 서로 독립하여 별개의 효과를 목적으로 하는 선행처분과 후행처분의 경우 선행처분의 불가쟁력이나 구속력이 그로 인하여 불이익을 입게 되는 자에게 수인한도를 넘는 가혹함을 가져오며, 그 결과가 당사자에게 예측 가능한 것이 아닌 경우에는 국민의 재판받을 권리를 보장하고 있는 헌법의 이념에 비추어 선행 처분의 후행처분에 대한 구속력은 인정될 수 없다.

해설

- ① (○) 도시·군계획시설결정과 실시계획인가 간 하자의 승계 부정 : 도시·군계획시설결정과 실시계획인가는 도시·군계획시설사업을 위하여 이루어지는 단계적 행정결정에서 **별도의 요건과 절차에 따라 별개의 법률효과를 발생시키는 독립적인 행정처분**이다. 그러므로 **선행처분인 도시·군계획시설결정에 하자가 있더라도 그것이 당연무효가 아닌 한 원칙적으로 후행처분인 실시계획인가에 승계되지 않는다**(대판 2017.7.18. 2016 두49938).
- ② (×) 표준지 공시지가와 수용재결 간 하자의 승계는 예외적으로 인정됨
수용보상금의 증액을 구하는 소송에서 **선행처분으로서 그 수용대상 토지 가격 산정의 기초가 된 비교표준지공시지가결정의 위법을 독립한 사유로 주장할 수 있음** : 표준지공시지가결정은 이를 기초로 한 수용재결 등과는 **별개의 독립된 처분으로서 서로 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하지만**, 표준지공시지가 가는 이를 인공 토지의 소유자나 기타 이해관계인에게 개별적으로 고지하도록 되어 있는 것이 아니어서 인공 토지의 소유자 등이 표준지공시지가결정 내용을 알고 있었다고 전제하기가 곤란할 뿐만 아니라, 결정된 표준지공시지가가 공시될 당시 보상금 산정의 기준이 되는 표준지의 인공 토지를 함께 공시하는 것이 아니어서 인공 토지소유자는 보상금 산정의 기준이 되는 표준지가 어느 토지인지를 알 수 없으므로, 인공 토지소유자가 표준지의 공시지가가 확정되기 전에 이를 다투는 것은 불가능하다. 더욱이 장차 어떠한 수용재결 등 구체적인 불이익이 현실적으로 나타나게 되었을 경우에 비로소 권리구제의 길을 찾는 것이 우리 국민의 권리의식임을 감안하여 볼 때, 인공 토지소유자 등으로 하여금 결정된 표준지공시지가를 기초로 하여 장차 토지보상 등이 이루어질 것에 대비하여 항상 토지의 가격을 주시하고 표준지공시지가결정이 잘못된 경우 정해진 시정절차를 통하여 이를 시정하도록 요구하는 것은 부당하게 높은 주의의무를 지우는 것이고, 위법한 표준지공시지가결정에 대하여 그 정해진 시정절차를 통하여 시정하도록 요구하지 않았다는 이유로 위법한 표준지공시지가를 기초로 한 수용재결 등 후행 행정처분에서 표준지공시지가결정의 위법을 주장할 수 없도록 하는 것은 **수인한도를 넘는 불이익을 강요하는 것으로서 국민의 재산권과 재판받을 권리를 보장한 헌법의 이념에도 부합하는 것이 아니다**. 따라서 표준지공시지가결정이 위법한 경우에는 그 자체를 행정소송의 대상이 되는 행정처분으로 보아 그 위법 여부를 다룰 수 있음은 물론, **수용보상금의 증액을 구하는 소송에서 선행처분으로서 그 수용대상토지 가격 산정의 기초가 된 비교표준지공시지가결정의 위법을 독립한 사유로 주장할 수 있다**(대판 2008.8.21. 2007두13845).
- ③ (○) 사업시행계획과 관리처분계획 간 하자의 승계 부정 : 이 사건 (「도시 및 주거환경 정비법」 상) 사업시행계획의 수립에 관한 하자는 무효사유가 아니라 취소사유에 불과하다고 새겨야 할 것이다. 나아가 이 사건 사업시행계획과 관리처분계획은 서로 독립하여 별개의 법적 효과를 발생시키는 것으로서 이 사건 사업시행계획의 수립에 관한 취소사유인 하자가 이 사건 관리처분계획에 승계되지 아니하므로, 위 취소사유를 들어 이 사건 관리처분계획의 적법 여부를 다룰 수는 없다(대판 2012.8.23. 2010두13463)
- ④ (○) 두 개 이상의 행정처분이 연속적으로 행하여진 경우 선행처분과 후행처분이 **서로 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하는 때에는 선행처분에 불가쟁력이 생겨 그 효력을 다룰 수 없게 되면 선행처분의 하자가 중대하고 명백하여 당연무효인 경우를 제외하고는 선행처분의 하자를 이유로 후행처분을 다룰 수 없는 것이 원칙**이나, 이 경우에도 **선행처분의 불가쟁력이나 구속력이 그로 인하여 불이익을 입게 되는 자에게 수인한도를 넘는 가혹함을 가져오고 그 결과가 당사자에게 예측가능한 것이 아닌 경우에는 국민의 재판받을 권리를 보장하고 있는 헌법의 이념에 비추어 선행처분의 후행처분에 대한 구속력은 인정될 수 없다**(*필자 註 : 선행처분의 불가쟁력에 따른 구속력이 후행처분에 작용하지 않는다는 의미로 하자의 승계가 인정된다는 의미임)고 봄이 타당하므로, 선행처분에 위법이 있는 경우에는 그 자체를 행정소송의 대상으로 삼아 위법 여부를 다룰 수 있음은 물론 이를 기초로 한 후행처분의 취소를 구하는 행정소송에서도 선행처분의 위법을 독립된 위법사유로 주장할 수 있다(대판 1998.3.13. 96누6059).

• 행정행위 하자의 승계

선행행위 무효	하자 승계 인정			
선행행위에 취소사유인 하자	하나의 법률효과를 목적으로 하는 경우 하자승계 인정 예) 대집행절차 상호 간(계고처분 ⇨ 대집행영장 통지 ⇨ 대집행 실행 ⇨ 대집행비용 납부명령), 강제징수절차 상호 간(독촉 ⇨ 압류 ⇨ 매각[공매] ⇨ 청산), 한지의사/안경사/분묘/귀속			
	<table border="1"> <tr> <td>원칙</td> <td> 하자 승계 부정 예) 과세처분과 압류 등의 체납처분, 건물철거명령과 대집행계고처분, 공무원의 직위해제처분과 면직처분 </td> </tr> <tr> <td>예외</td> <td> 하자의 승계 부정시 수인한도를 넘는 가혹함을 가져오고 그 결과가 당사자에게 예측가능한 것이 아닌 경우 하자 승계 인정(선행행위의 후행행위에 대한 구속력이 인정 안 됨) 예) 개별공시지가결정과 과세처분·개발부담금부과처분, 표준지 공시지가와 수용재결(보상금결정), 친일반민족행위진상규명위원회의 최종발표와 지방보훈지청장의 독립유공자 예우에 관한 법률 적용배제자 결정 </td> </tr> </table>	원칙	하자 승계 부정 예) 과세처분과 압류 등의 체납처분, 건물철거명령과 대집행계고처분, 공무원의 직위해제처분과 면직처분	예외
원칙	하자 승계 부정 예) 과세처분과 압류 등의 체납처분, 건물철거명령과 대집행계고처분, 공무원의 직위해제처분과 면직처분			
예외	하자의 승계 부정시 수인한도를 넘는 가혹함을 가져오고 그 결과가 당사자에게 예측가능한 것이 아닌 경우 하자 승계 인정(선행행위의 후행행위에 대한 구속력이 인정 안 됨) 예) 개별공시지가결정과 과세처분·개발부담금부과처분, 표준지 공시지가와 수용재결(보상금결정), 친일반민족행위진상규명위원회의 최종발표와 지방보훈지청장의 독립유공자 예우에 관한 법률 적용배제자 결정			

답 ②

6 법령보충적 행정규칙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 재산세사무처리규정이 국세청장의 훈령 형식으로 되어 있다 하더라도 이에 의한 거래지정은 소득세법시행령의 위임에 따라 그 규정의 내용을 보충하는 기능을 가지면서 그와 결합하여 대외적 효력을 발생하게 된다 할 것이고 그 보충규정의 내용이 위 법령의 위임한계를 벗어났다는 등 특별한 사정이 없는 한 양도소득세의 실지거래가액에 의한 과세의 법령상의 근거가 된다.
- ② 사회적 변화에 대응한 입법수요의 급증과 종래의 형식적 권력분립주의로는 현대사회에 대응할 수 없다는 기능적 권력분립론 등을 감안하더라도, 의회가 구체적으로 범위를 정하여 위임한 사항에 관하여는 당해 행정 기관이 법 정립의 권한을 갖게 되고, 이 경우 입법자가 규율의 형식을 선택할 수는 없다.
- ③ 법령의 규정이 특정 행정기관에게 법령 내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여 하면서 권한행사의 절차나 방법을 특정하지 아니한 경우에는 수입 행정기관은 행정규칙이나 규정 형식으로 법령 내용이 될 사항을 구체적으로 정할 수 있다.

- ④ 행정규칙이 상위법령의 위임범위를 벗어난 경우에는 법규명령으로서 대외적 구속력을 인정할 여지는 없는데, 이는 행정규칙이나 규정 '내용'이 위임범위를 벗어난 경우뿐 아니라 상위법령의 위임규정에서 특정하여 정한 권한행사의 '절차'나 '방식'에 위배되는 경우도 마찬가지이므로, 상위법령에서 세부 사항 등을 시행규칙으로 정하도록 위임하였음에도 이를 고시 등 행정규칙으로 정하였다면 그 역시 대외적 구속력을 가지는 법규명령으로서 효력이 인정될 수 없다.

해설

- ① (○) 국제청 훈령인 재산제세조사사무처리규정 제72조 제3항이 양도소득세의 실지거래가액에 의한 과세의 법령상 근거가 될 수 있음 : 소득세법 제23조 제4항, 제45조 제1항 제1호에서 양도소득세의 양도차익을 계산함에 있어 실지거래가액이 적용될 경우를 대통령령에 위임함으로써 동법시행령 제170조 제4항 제2호가 위 위임규정에 따라 양도소득세의 실지거래가액이 적용될 경우의 하나로서 국제청장으로 하여금 양도소득세의 실지거래가액이 적용될 부동산투기억제를 위하여 필요하다고 인정되는 거래를 지정하게 하면서 그 지정의 절차나 방법에 관하여 아무런 제한을 두고 있지 아니하고 있어 이에 따라 국제청장이 재산제세조사사무처리규정 제72조 제3항에서 양도소득세의 실지거래가액이 적용될 부동산투기억제를 위하여 필요하다고 인정되는 거래의 유형을 열거하고 있으며, 이는 비록 위 재산제세조사사무처리규정이 국제청장의 훈령형식으로 되어 있다 하더라도 이에 의한 거래지정은 소득세법시행령의 위임에 따라 그 규정의 내용을 보충하는 기능을 가지면서 그와 결합하여 대외적 효력을 발생하게 된다 할 것이므로 그 보충규정의 내용이 위 법령의 위임한계를 벗어났다는 등 특별한 사정이 없는 한 양도소득세의 실지거래가액에 의한 과세의 법령상의 근거가 된다. 따라서 과세관청이 위 규정에 따른 양도소득세 공정과세위원회의 자문을 거치지 않고 위 규정 72조 3항 8호 소정의 투기거래로 인정하여 양도소득세를 과세하는 것은 위법이다(대판 1989.11.14. 89누5676).
- ② (×) 오늘날 의회의 입법독점주의에서 입법중심주의로 전환하여 일정한 범위 내에서 행정입법을 허용하게 된 동기가 사회적 변화에 대응한 입법수요의 급증과 종래의 형식적 권력분립주의로는 현대사회에 대응할 수 없다는 기능적 권력분립론에 있다는 점을 감안하여 헌법 제40조와 헌법 제75조, 제95조의 의미를 살펴보면, 국회입법에 의한 수권이 입법기관이 아닌 행정기관에게 법률 등으로 구체적인 범위를 정하여 위임한 사항에 관하여는 당해 행정기관에게 법령의 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 상치되지도 않는다(헌재결 2006.12.28. 2005헌바59).
- ③④ (○) 법령보충적 행정규칙의 효력·한계 : 법령의 규정이 특정 행정기관에게 법령 내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서 권한행사의 절차나 방법을 특정하지 아니한 경우에는 수임 행정기관은 행정규칙이나 규정 형식으로 법령 내용이 될 사항을 구체적으로 정할 수 있다. 이 경우 행정규칙 등은 당해 법령의 위임한계를 벗어나지 않는 한 대외적 구속력이 있는 법규명령으로서 효력을 가지게 되지만, 이는 행정규칙이 갖는 일반적 효력이 아니라 행정기관에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 법령 규정의 효력에 근거하여 예외적으로 인정되는 것이다. 따라서 그 행정규칙이나 규정이 상위법령의 위임범위를 벗어난 경우에는 법규명령으로서 대외적 구속력을 인정할 여지는 없다. 이는 행정규칙이나 규정 '내용'이 위임범위를 벗어난 경우뿐 아니라 상위법령의 위임규정에서 특정하여 정한 권한행사의 '절차'나 '방식'에 위배되는 경우도 마찬가지이므로, 상위법령에서 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)

답 ②

7 행정예고에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① 국토교통부장관이 국가기간교통망계획을 수립하려는 경우에는 이를 예고할 필요가 없다.
 ② 행정청은 예고 내용의 성격 등을 고려할 필요 없이 행정예고의 기간을 20일 이상으로 정하여야 한다.
 ③ 행정청은 매년 자신이 행한 행정예고의 실시 현황과 그 결과에 대한 통계를 작성하고, 이를 관보·공보 또는 인터넷에 공고하여야 한다.
 ④ 행정청은 원칙적으로 국민생활에 매우 큰 영향을 주는 사항이나 많은 국민의 이해가 상충되는 사항에 대한 정책 등, 법률에 규정된 사항에 대해서만 행정예고를 시행하여야 한다.

해설

• 행정절차법

제46조(행정예고)

- ① 행정청은 정책, 제도 및 계획(이하 "정책등"이라 한다)을 수립·시행하거나 변경하려는 경우에는 이를 예고하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 예고를 하지 아니할 수 있다.
 1. 신속하게 국민의 권리를 보호하여야 하거나 예측이 어려운 특별한 사정이 발생하는 등 긴급한 사유로 예고가 현저히 곤란한 경우
 2. 법령등의 단순한 집행을 위한 경우
 3. 정책등의 내용이 국민의 권리·의무 또는 일상생활과 관련이 없는 경우
 4. 정책등의 예고가 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해칠 우려가 상당한 경우
 ② 제1항에도 불구하고 법령등의 입법을 포함하는 행정예고는 입법예고로 같을 수 있다.
 ③ 행정예고기간은 예고 내용의 성격 등을 고려하여 정하되, 특별한 사정이 없으면 20일 이상으로 한다.

법 개정으로 2022.7.12.부터 아래 내용처럼 ③항 변경, ④항 추가

- ③ 행정예고기간은 예고 내용의 성격 등을 고려하여 정하되, 20일 이상으로 한다.
 ④ 제3항에도 불구하고 행정목적의 달성을 위하여 긴급한 필요가 있는 경우에는 행정예고기간을 단축할 수 있다. 이 경우 단축된 행정예고기간은 10일 이상으로 한다.

제46조의2(행정예고 통계 작성 및 공고) 행정청은 매년 자신이 행한 행정예고의 실시 현황과 그 결과에 관한 통계를 작성하고, 이를 관보·공보 또는 인터넷 등의 방법으로 널리 공고하여야 한다.

- ① (×) 행정절차법 상 행정예고를 하지 않을 수 있는 사유(제46조 1항)에 해당되지 않음.
 ② (×) 행정예고기간은 예고 내용의 성격 등을 고려하여 정하되, 20일 이상으로 한다.(2022.7.12.부터는 행정목적 달성에 긴급한 필요가 있으면 10일 이상으로 예고기간 단축 가능)
 ③ (○) 행정절차법 제46조의2
 ④ (×) 구법은 특정 사항에 한해 행정예고를 하도록 했지만 현행 행정절차법은 원칙적으로 행정예고를 하되 예고하지 않을 수 있는 사유를 규정하고 있다.

기존 행정절차법 규정	
제46조(행정예고) ① 행정청은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항에 대한 정책, 제도 및 계획을 수립·시행하거나 변경하려는 경우에는 이를 예고하여야 한다. 다만, 예고로 인하여 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해칠 우려가 있거나 그 밖에 예고하기 곤란한 특별한 사유가 있는 경우에는 예고하지 아니할 수 있다.	
1. 국민생활에 매우 큰 영향을 주는 사항	2. 많은 국민의 이해가 상충되는 사항
3. 많은 국민에게 불편이나 부담을 주는 사항	4. 그 밖에 널리 국민의 의견을 수렴할 필요가 있는 사항

답 ③

8 행정계획에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 도시계획법령이 토지형질변경행위허가의 변경신청 및 변경허가에 관하여 아무런 규정을 두지 않고 있을 뿐 아니라, 처분청이 처분 후에 원래의 처분을 그대로 존속시킬 필요가 없게 된 사정변경이 생겼거나 중대한 공익상의 필요가 발생한 경우에는 별도의 법적 근거가 없어도 별개의 행정행위로 이를 철회·변경할 수 있고, 상대방에게는 그 철회·변경을 요구할 신청권이 부여된다.
- ② 도시계획구역 내 토지 등을 소유하고 있는 사람과 같이 당해 도시계획시설결정에 이해관계가 있는 주민으로서는 도시시설계획의 입안권자 내지 결정권자에게 도시시설계획의 입안 내지 변경을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있고, 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.
- ③ 장래 일정한 기간 내에 관계 법령이 규정 하는 시설 등을 갖추어 일정한 행정처분을 구하는 신청을 할 수 있는 법률상 지위에 있는 자의 국토이용계획변경신청을 거부하는 것이 실질적으로 당해 행정처분 자체를 거부 하는 결과가 되는 경우에는 그 신청인에게 국토이용계획변경을 신청할 권리가 인정된다.
- ④ 비구속적 행정계획안이나 행정지침이라도 국민의 기본권에 직접적으로 영향을 끼치고, 앞으로 법령의 뒷받침에 의하여 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상될 수 있을 때에는 공권력행사로써 예외적으로 헌법소원의 대상이 될 수 있다.

해설

- ① (X) 판례에 의하면 사인은 적법한 침익적 행정행위에 대한 철회청구권이 없음 : 도시계획법령이 토지형질변경행위허가의 변경신청 및 변경허가에 관하여 아무런 규정을 두지 않고 있을 뿐 아니라, 처분청이 처분 후에 원래의 처분을 그대로 존속시킬 필요가 없게 된 사정변경이 생겼거나 중대한 공익상의 필요가 발생한 경우에는 별도의 법적 근거가 없어도 별개의 행정행위로 이를 철회·변경할 수 있지만 이는 그러한 철회·변경의 권한을 처분청에게 부여하는 데 그치는 것일 뿐 상대방 등에게 그 철회·변경을 요구할 신청권까지 부여하는 것은 아니라 할 것이므로, 이와 같이 법규상 또는 조리상의 신청권이 없이 한 국민들의 토지형질변경행위 변경허가신청을 반려한 당해 반려처분은 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당되지 않는다(대판 1997.9.12. 96누6219).
- ② (O) 도시계획구역 내 토지를 소유한 주민의 도시시설계획결정권자에 대한 도시시설계획변경 신청에 대한 거부행위는 거부처분 : 국토의 계획 및 이용에 관한 법률은 국토의 이용·개발과 보전을 위한 계획의 수립 및 집행 등에 필요한 사항을 규정함으로써 공공복리를 증진시키고 국민의 삶의 질을 향상시키는 것을 목적으로 하면서도 도시계획시설결정으로 인한 개인의 재산권행사의 제한을 줄이기 위하여, 도시·군계획시설부지의 매수청구권(제47조), 도시·군계획시설결정의 실효(제48조)에 관한 규정과 아울러 도시·군관리계획의 입안권자인 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수(이하 ‘입안권자’라 한다)는 5년마다 관할 구역의 도시·군관리계획에 대하여 타당성 여부를 전반적으로 재검토하여 정비하여야 할 의무를 지우고(제34조), 주민(이해관계자 포함)에게는 도시·군관리계획의 입안권자에게 기반시설의 설치·정비 또는 개량에 관한 사항, 지구단위계획구역의 지정 및 변경과 지구단위계획의 수립 및 변경에 관한 사항에 대하여 도시·군관리계획도서와 계획설명서를 첨부하여 도시·군관리계획의 입안을 제안할 권리를 부여하고 있고, 입안제안을 받은 입안권자는 그 처리 결과를 제안자에게 통보하도록 규정하고 있다. 이들 규정에 한법상 개인의 재산권 보장의 취지를 더하여 보면, 도시계획구역 내 토지 등을 소유하고 있는 사람과 같이 당해 도시계획시설결정에 이해관계가 있는 주민으로서는 도시시설계획의 입안권자 내지 결정권자에게 도시시설계획의 입안 내지 변경을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있고, 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2015.3.26. 2014두42742).
- ③ (O) 국민의 적극적 신청행위에 대하여 행정청이 그 신청에 따른 행위를 하지 않겠다고 거부한 행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는 것이라고 하려면, 그 신청한 행위가 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용이어야 하고, 그 거부행위가 신청인의 법률관계에 어떤 변동 일으키는 것이어야 하며, 그 국민에게 그 행위발동을 요구할 법규상 또는 조리상의 신청권이 있어야만 하는 바, 구 국토이용관리법상 주민이 국토이용계획의 변경에 대하여 신청을 할 수 있다는 규정이 없을 뿐만 아니라, 국토건설종합계획의 효율적인 추진과 국토이용질서를 확립하기 위한 국토이용계획은 장기성, 종합성이 요구되는 행정계획이어서 원칙적으로는 그 계획이 일단 확정된 후에 어떤 사정의 변동이 있다고 하여 그러한 사유만으로는 지역주민이나 일반 이해관계인에게 일일이 그 계획의 변경을 신청할 권리를 인정하여 줄 수는 없을 것이지만, 장래 일정한 기간 내에 관계 법령이 규정하는 시설 등을 갖추어 일정한 행정처분을 구하는 신청을 할 수 있는 법률상 지위에 있는 자의 국토이용계획변경신청을 거부하는 것이 실질적으로 당해 행정처분 자체를 거부하는 결과가 되는 경우에는 예외적으로 그 신청인에게 국토이용계획변경을 신청할 권리가 인정된다고 봄이 상당하므로, 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다. 구 폐기물관리법 제26조, 같은법 시행규칙 제17조 등에 의하면 폐기물처리사업계획의 적정통보를 받은 자는 장래 일정한 기간 내에 관계 법령이 규정하는 시설 등을 갖추어 폐기물처리업허가신청을 할 수 있는 법률상 지위에 있다고 할 것인바, 피고로부터 폐기물처리사업계획의 적정통보를 받은 원고가 폐기물처리업허가를 받기 위하여는 이 사건 부동산에 대한 용도지역을 ‘농림지역 또는 준농림지역’에서 ‘준도시지역(시·설용지지구)’으로 변경하는 국토이용계획변경이 선행되어야 하고, 원고의 위 계획변경신청을 피고가 거부한다면 이는 실질적으로 원고에 대한 폐기물처리업허가신청을 불허하는 결과가 되므로, 원고는 위 국토이용계획변경의 입안 및 결정권자인 피고에 대하여 그 계획변경을 신청할 법규상 또는 조리상 권리를 가진다고 할 것이다(대판 2003.9.23. 2001두10936)
- ④ (O) 국민적 구속력을 갖는 행정계획은 공권력의 행사로 볼 수 있지만, 구속력을 갖지 않고 사실상의 준비행위나 사전안내 또는 행정기관 내부의 지침에 지나지 않는 행정계획은 원칙적으로 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라 할 수 없다. 하지만, 비구속적 행정계획안이나 행정지침이라도 국민의 기본권에 직접적으로 영향을 끼치고, 앞으로 법령의 뒷받침에 의하여 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상될 수 있을 때에는, 공권력행위로써 예외적으로 헌법소원의 대상이 된다(헌재 2012.4.3. 2012헌마164 ; 헌재 2011.12.29. 2009헌마330).

답 ①

9 국가공무원법 상 5급 공무원인 甲에 대하여 징계권자가 징계처분을 하는 경우에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 甲에 대하여 징계처분을 할 때에는 그 처분권자 또는 처분제청권자는 처분사유를 적은 설명서를 교부(交付)하여야 한다.
- ② 甲에 대하여 내릴 수 있는 징계는 파면·해임·강등·정직·감봉·견책(譴責)으로 구분한다.
- ③ 국가공무원법의 규정상 징계의결요구는 기속성이 있는 것은 아니어서 징계권자는 甲을 징계의결을 요구할지 여부를 판단할 수 있다.
- ④ 甲에 대한 징계처분에 관한 행정소송은 소청 심사위원회의 심사·결정을 거치지 아니하면 제기할 수 없다.

해설

- ① (○) 제75조(처분사유 설명서의 교부) ① 공무원에 대하여 징계처분등을 할 때나 감임·휴직·직위해제 또는 면직처분을 할 때에는 그 처분권자 또는 처분제청권자는 처분사유를 적은 설명서를 교부(交付)하여야 한다. 다만, 본인의 원(願)에 따른 감임·휴직 또는 면직처분은 그러하지 아니하다.
- ② (○) 제79조(징계의 종류) 징계는 파면·해임·강등·정직·감봉·견책(譴責)으로 구분한다.
- ③ (×) 제78조(징계 사유) ① 공무원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 징계 의결을 요구하여야 하고 그 징계 의결의 결과에 따라 징계처분을 하여야 한다. (각 호 생략)
 - 공무원에게 징계 사유가 있을 때에는 징계권자는 반드시 징계 의결을 요구해야 하고 그 징계의결의 결과에 따라 징계처분을 해야 한다.
 - └ 징계의결요구는 기속행위(징계의결요구는 결정재량 없음)
 - └ 징계의결 요구시 징계 종류(파면·해임·강등·정직·감봉·견책) 선택은 재량행위(징계 종류에 관한 선택재량 있음)
- ④ (○) 공무원에 대한 인사상 불이익처분에 대해서는 필요적 행정심판전치주의를 규정하여 소청심사를 먼저 거치도록 하고 있다. 제16조(행정소송과의 관계) ① 제75조에 따른 처분(징계처분, 감임·휴직·직위해제·면직처분), 그 밖에 본인의 의사에 반한 불리한 처분이나 부작위(不作爲)에 관한 행정소송은 소청심사위원회의 심사·결정을 거치지 아니하면 제기할 수 없다.

답 ③

10 행정강제의 일종인 이행강제금에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 이행하여야 할 행정법상 의무의 내용을 초과하는 것을 '불이행 내용'으로 기재한 이행 강제금부과 예고서에 의하여 이행강제금 부과 예고를 한 다음 이를 이행하지 않았다는 이유로 이행강제금을 부과하였다면, 초과한 정도가 근소하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 이행강제금 부과 예고는 이행강제금 제도의 취지에 반하는 것으로서 위법하고, 이에 더 잦은 이행강제금 부과처분 역시 위법하다.
- ② 비록 건축주 등이 장기간 시정명령을 이행하지 아니하였더라도, 그 기간 중에는 시정명령의 이행 기회가 제공되지 아니하였다가 뒤늦게 시정명령의 이행 기회가 제공된 경우라면, 시정명령의 이행 기회 제공을 전제로 한 1회분의 이행강제금만을 부과할 수 있고, 시정명령의 이행 기회가 제공되지 아니한 과거의 기간에 대한 이행강제금까지 한꺼번에 부과할 수는 없다.
- ③ 이행강제금 제도는 건축법이나 건축법에 따른 명령이나 처분을 위반한 건축물의 방치를 막고자 행정청이 시정조치를 명하였음에도 건축주 등이 이를 이행하지 아니한 경우에 행정명령의 실효성을 확보하기 위하여 시정명령 이행 시까지 지속해서 부과함으로써 건축물의 안전과 기능, 미관을 높여 공공복리의 증진을 도모하는 데 입법 취지가 있다.
- ④ 건축법상의 이행강제금은 건축법의 위반행위에 대하여 시정명령을 받은 후 시정기간 내에 당해 시정명령을 이행하지 아니한 건축주등에 대하여 부과되는 간접강제의 일종으로서 그 이행강제금 납부의무는 상속인에게 승계될 수 있다.

해설

- ① (○) 사용자가 이행하여야 할 행정법상 의무의 내용을 초과하는 것을 '불이행 내용'으로 기재한 이행강제금 부과 예고서에 의하여 이행강제금 부과 예고를 한 다음 이행강제금을 부과한 경우, 이행강제금 부과 예고 및 이행강제금 부과처분은 원칙적으로 위법함 : 이행강제금은 행정법상의 부작위의무 또는 비대체적 작위의무를 이행하지 않은 경우에 '일정한 기간까지 의무를 이행하지 않을 때에는 일정한 금전적 부담을 과할 뜻'을 미리 '계고'함으로써 의무자에게 심리적 압박을 주어 장래를 향하여 의무의 이행을 확보하려는 간접적인 행정상 강제집행 수단이고, 노동위원회가 근로기준법 제33조에 따라 이행강제금을 부과하는 경우 그 30일 전까지 하여야 하는 이행강제금 부과 예고는 이러한 '계고'에 해당한다. 따라서 사용자가 이행하여야 할 행정법상 의무의 내용을 초과하는 것을 '불이행 내용'으로 기재한 이행강제금 부과 예고서에 의하여 이행강제금 부과 예고를 한 다음 이를 이행하지 않았다는 이유로 이행강제금을 부과하였다면, 초과한 정도가 근소하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 이행강제금 부과 예고는 이행강제금 제도의 취지에 반하는 것으로서 위법하고, 이에 더 잦은 이행강제금 부과처분 역시 위법하다(대판 2015.6.24. 2011두217).
- ② (○) 건축주등이 장기간 시정명령을 이행하지 아니하였다 하더라도, 그 기간 중에는 시정명령의 이행 기회가 제공되지 아니하였다가 뒤늦게 시정명령의 이행 기회가 제공된 경우라면, 그 시정명령의 이행 기회 제공을 전제로 한 1회분의 이행강제금만을 부과할 수 있고, 시정명령의 이행 기회가 제공되지 아니한 과거의 기간에 대한 이행강제금까지 한꺼번에 부과할 수는 없다고 보아야 한다. 그리고 이를 위반하여 이루어진 이행강제금 부과처분은 과거의 위반행위에 대한 제재가 아니라 행정상의 간접강제 수단이라는 이행강제금의 본질에 반하여 구 건축법 제80조 제1항, 제4항 등 법규의 중요한 부분을 위반한 것으로서, 그러한 하자는 중대할 뿐만 아니라 객관적으로도 명백하다고 할 것이다(대판 2016.7.14. 2015두46598).
- ③ (○) 이행강제금 제도는 건축법이나 건축법에 따른 명령이나 처분을 위반한 건축물의 방치를 막고자 행정청이 시정조치를 명하였음에도 건축주 등이 이를 이행하지 아니한 경우에 행정명령의 실효성을 확보하기 위하여 시정명령 이행 시까지 지속해서 부과함으로써 건축물의 안전과 기능, 미관을 높여 공공복리의 증진을 도모하는 데 입법 취지가 있다(대판 2012.3.29. 2011두27919).
- ④ (×) 이행강제금을 부과받은 사람이 이행강제금사건의 계속 중 사망한 경우, 강제절차는 종료(이행강제금 납부의무는 일신전속적 의무) : (구)건축법상의 이행강제금은 (구)건축법의 위반행위에 대하여 시정명령을 받은 후 시정기간 내에 당해 시정명령을 이행하지 아니한 건축주 등에 대하여 부과되는

간접강제의 일종으로서 그 이행강제금 납부의무는 상속인 기타의 사람에게 승계될 수 없는 일신전속적인 성질의 것이므로 이미 사망한 사람에게 이행강제금을 부과하는 내용의 처분이나 결정은 당연무효이고, 이행강제금을 부과받은 사람의 이의에 의하여 재판절차가 개시된 후에 그 이의한 사람이 사망한 때에는 사건 자체가 목적을 잃고 절차가 종료한다(대판 2006.12.8. 2006마470).

답 ④

11 행정행위와 그에 붙여진 부관의 종류를 연결시킨 것 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 3개월 이내에 공사에 착수하지 않으면 그 효력을 상실한다는 부관을 붙인 공유수면매립면허-정지조건
- ② X국으로부터의 쇠고기 수입허가 신청이 있는 경우, Y국으로부터의 수입허가를 부여하는 경우-수정부담
- ③ 청소년을 출입시키면 영업허가를 취소한다는 뜻의 디스코텍 영업허가-철회권의 유보
- ④ 격일제로 하는 택시영업허가-법률효과의 일부배제

해설

- ① (X) 일단 면허의 효력이 발생하고, 일정기간 내에 공사에 착수하지 않으면 면허의 효력을 상실한다는 조건으로 한 것이므로 해제조건이다. 정지조건이 되려면 공사에 착수할 때 면허의 효력이 발생한다는 조건이어야 한다.
- ② (O) 수정부담은 행정행위의 상대방이 신청한 것과 다르게 행정행위의 내용을 정하는 부관(행정행위 내용 자체를 수정·변경)으로서 상대방이 수정된 내용에 동의해야 효력이 발생한다. 수정부담의 부관성에 대해 긍정설도 있으나 다수설인 부정설에 따르면 행정행위의 내용적 제한이나 변경에 해당하며, 새로운 행정행위로서 주된 내용의 변경이란 점에서 수정허가나 변경처분의 일종으로 본다.
- ③ (O) 철회권의 유보란 주된 행정행위에 부가하여 행정청이 특정 사유 발생시 해당 행정행위를 철회할 수 있는 권한을 유보하는 부관이다.
- ④ (O) 법률효과의 일부배제는 법률이 예정하고 있는 행정행위의 효과의 일부를 행정청이 배제하는 부관이다. 전통적인 통설·판례는 법률효과의 일부배제를 부관의 일종으로 보지만, 부관이 아니라 행정행위의 효과의 내용적 제한으로 보는 견해도 있다. 영업용택시의 격일제 운행허가에 대해서는 부관 중 법률효과의 일부배제로 보는 것이 다수설이며, 부관 중 부담으로 보는 견해, 부관이 아니라 행정행위의 내용적 제한이라는 견해도 있다.

답 ①

12 「행정기본법」 제1장 총칙에서 규정하고 있는 기간의 계산에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정에 관한 기간의 계산에 관하여는 행정기본법 또는 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 「민법」을 준용한다.
- ② 법령 등 또는 처분에서 국민의 권익을 제한하거나 의무를 부과하는 경우 권익이 제한되거나 의무가 지속되는 기간의 계산에 있어 기간을 일, 주, 월 또는 년(年)으로 정한 경우에는 기간의 첫날을 산입한다.
- ③ 법령 등 또는 처분에서 국민의 권익을 제한하거나 의무를 부과하는 경우 권익이 제한되거나 의무가 지속되는 기간의 계산에 있어 기간의 말일이 토요일 또는 공휴일인 경우 예는 기간은 그 다음 날에 만료한다.
- ④ 법령 등(훈령·예규·고시·지침 등을 포함한다)을 공포한 날부터 시행하는 경우에는 공포한 날을 시행일로 한다.

해설

- ③ (X) 기간 말일이 토요일·공휴일이면 그 날로 기간 만료(제6조 제2항 2호)
- ① 제6조 제1항. ② 제6조 제2항 1호. ④ 제7조 제1호

• 행정기본법

제7조(법령등 시행일의 기간 계산)

법령등(훈령·예규·고시·지침 등을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 시행일을 정하거나 계산할 때에는 다음 각 호의 기준에 따른다.

- 1. 법령등을 공포한 날부터 시행하는 경우에는 공포한 날을 시행일로 한다.
- 2. 법령등을 공포한 날부터 일정 기간이 경과한 날부터 시행하는 경우 법령등을 공포한 날을 첫날에 산입하지 아니한다.
- 3. 법령등을 공포한 날부터 일정 기간이 경과한 날부터 시행하는 경우 그 기간의 말일이 토요일 또는 공휴일인 때에는 그 말일로 기간이 만료한다.

제6조(행정에 관한 기간의 계산)

- ① 행정에 관한 기간의 계산에 관하여는 이 법 또는 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 「민법」을 준용한다.
- ② 법령등 또는 처분에서 국민의 권익을 제한하거나 의무를 부과하는 경우 권익이 제한되거나 의무가 지속되는 기간의 계산은 다음 각 호의 기준에 따른다. 다만, 다음 각 호의 기준에 따르는 것이 국민에게 불리한 경우에는 그러하지 아니하다.
 - 1. 기간을 일, 주, 월 또는 연으로 정한 경우에는 기간의 첫날을 산입한다.
 - 2. 기간의 말일이 토요일 또는 공휴일인 경우에도 기간은 그 날로 만료한다.

행정에 관한 기간의 계산 (제6조)	행정기본법, 다른 법령에 특별한 규정 없으면 민법 준용 (* 민법은 초일 불산입 원칙/ 일·주·월·년으로 정한 기간의 만료일이 토요일 or 공휴일이면 다음 날 기간 만료)
	국민의 권익을 제한하거나 의무를 부과하는 경우 권익이 제한되거나 의무가 지속되는 기간의 계산
법령등(훈령·예규·고시·지침 포함) 시행일 계산(제7조)	공포한 날부터 시행시
	공포한 날부터 일정 기간 경과한 날부터 시행시

답 ③

13 행정절차법상 행정절차에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 행정절차법에서 말하는 ‘의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우’에 해당하는지는 해당 행정처분의 성질에 비추어 판단하여야 하며, 처분상대방이 이미 행정청에 위반사실을 시인하였다거나 처분의 사전통지 이전에 의견을 진술할 기회가 있었다는 사정을 고려하여 판단할 것은 아니다.
- ② 행정처분의 상대방이 통지된 청문일시에 불출석하였다는 이유만으로 행정청이 관계 법령상 그 실시가 요구되는 청문을 실시하지 아니한 채 침해적 행정처분을 할 수는 없다.
- ③ ‘고시’의 방법으로 불특정 다수인을 상대로 행해지는 처분의 경우에도 그 처분이 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 경우라면, 행정절차법에 의하여 그 상대방에게 의견 제출의 기회를 주어야 한다.
- ④ 민원사무를 처리하는 행정기관이 민원 1회 방문처리제를 시행하는 절차의 일환으로 민원 사항의 심의·조정 등을 위한 민원조정위원회를 개최하면서 민원인에게 회의일정 등을 사전에 통지하지 아니하였다 하더라도, 이러한 사정만으로 곧바로 민원사항에 대한 행정기관의 장의 거부처분에 취소사유에 이를 정도의 흠이 존재한다고 보기는 어렵다.

해설

- ① (○) 행정절차법 21조 1·3·4항, 22조에 의하면, 행정청이 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 ‘처분의 제목’, ‘처분하려는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거’, ‘이에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리방법’, ‘의견제출기관의 명칭과 주소’, ‘의견제출기한’ 등의 사항을 당사자 등에게 통지해야 하고, 의견제출기한은 의견제출에 필요한 상당한 기간을(*현행법은 10일 이상) 고려하여 정해야 하며, 다른 법령 등에서 필수적으로 청문을 하거나 공청회를 개최하도록 규정하고 있지 않은 경우에도 당사자 등에게 의견제출의 기회를 주어야 하며, 다만 ‘해당 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우’ 등에 한하여 처분의 사전통지나 의견청취를 하지 않을 수 있다. 따라서 행정청이 침해적 행정처분을 하면서 당사자에게 사전통지를 하거나 의견제출 기회를 주지 않았다면, 사전통지나 의견제출의 예외적인 경우에 해당하지 않는 한, 처분은 위법하여 취소를 면할 수 없다. 그리고 여기에서 **‘의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우’에 해당하는지는 해당 행정처분의 성질에 비추어 판단해야 하며, 처분상대방이 이미 행정청에 위반사실을 시인했다거나 처분의 사전통지 이전에 의견을 진술할 기회가 있었다는 사정을 고려해 판단할 것은 아니다**(대판 2016.10.27. 2016두41811)
- ② (○) 행정절차법 제21조 제4항 제3호는 침해적 행정처분을 할 경우 청문을 실시하지 않을 수 있는 사유로서 “당해 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우”를 규정하고 있으나, 여기에서 말하는 ‘의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는지 여부’는 당해 행정처분의 성질에 비추어 판단해야 하는 것이지, 청문통지서의 발송 여부, 청문통지의 방법 등에 의하여 판단할 것은 아니며, 또한 **행정처분의 상대방이 통지된 청문일시에 불출석하였다는 이유만으로 행정청이 관계 법령상 그 실시가 요구되는 청문을 실시하지 아니한 채 침해적 행정처분을 할 수는 없을 것**이므로, 행정처분의 상대방에 대한 청문통지서가 발송되었다거나, 행정처분의 상대방이 청문일시에 불출석하였다는 이유로 청문을 실시하지 않고 한 침해적 행정처분은 위법하다(대판 2001.4.13. 2000두3337).
- ③ (×) 불특정 다수에 대한 고시의 경우 사전통지나 의견청취 절차를 거치지 않아도 됨 : 구 행정절차법(2011. 12. 2. 법률 제11109호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제22조 제3항에 따라 행정청이 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 할 때 의견제출의 기회를 주어야 하는 ‘당사자’는 ‘행정청의 처분에 대하여 직접 그 상대가 되는 당사자’(구 행정절차법 제2조 제4호 가목)를 의미한다. 그런데 ‘고시’의 방법으로 불특정 다수인을 상대로 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분은 성질상 의견제출의 기회를 주어야 하는 상대방을 특정할 수 없으므로, 이와 같은 처분에 있어서까지 구 행정절차법 제22조 제3항에 의하여 그 상대방에게 의견제출의 기회를 주어야 한다고 해석할 것은 아니다.(대판 2014.10.27. 2012두7745).
- ④ (○) 민원사무를 처리하는 행정기관이 민원1회방문처리제를 시행하는 절차의 일환으로 **민원사항의 심의·조정 등을 위한 민원조정위원회를 개최하면서 민원인에게 회의일정 등을 사전에 통지하지 아니하였다 하더라도, 이러한 사정만으로 곧바로 민원사항에 대한 행정기관의 장의 거부처분에 취소사유에 이를 정도의 흠이 존재한다고 보기는 어렵다.** 다만 행정기관의 장의 거부처분이 재량행위인 경우에, 위와 같은 사전통지의 흠결로 민원인에게 의견진술의 기회를 주지 아니한 결과 민원조정위원회의 심의 과정에서 고려대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락하는 등 재량권의 불행사 또는 해태로 볼 수 있는 구체적 사정이 있다면, 거부처분은 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법하다(대판 2015.8.27. 2013두1560).

답 ③

14 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에 따른 정보공개에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에서 정보공개 목적, 교육의 공공성 및 공·사립학교의 동질성, 사립대학교에 대한 국가의 재정 지원 및 보조 등 여러 사정과 사립대학교에 대한 국비 지원이 한정적·일시적·국부적이라는 점을 고려할 때, 같은 법 시행령이 정보공개 의무를 지는 공공기관의 하나로 사립대학교를 들고 있는 것이 모법의 위임 범위를 벗어났다고 볼 수 없지만, 사립대학교는 국비의 지원을 받는 범위 내에서만 공공기관의 성격을 가진다고 볼 수 있다.
- ② 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 것이고, 청구인은 그에 대하여 항고소송으로 다툴 수 있다.
- ③ 법원이 행정기관의 정보공개거부처분의 위법 여부를 심리한 결과 공개를 거부한 정보에 비공개사유에 해당하는 부분과 그렇지 않은 부분이 혼합되어 있고, 공개청구의 취지에 어긋나지 않는 범위 안에서 두 부분을 분리할 수 있음을 인정할 수 있을 때에는 공개가 가능한 정보에 국한하여 일부취소를 명할 수 있다.
- ④ 공개청구자가 특정한 바와 같은 정보를 공공 기관이 보유·관리하고 있지 않은 경우라면 특별한 사정이 없는 한 해당 정보에 대한 공개거부처분에 대하여는 취소를 구할 법률상 이익이 없지만, 공개를 구하는 정보를 공공 기관이 한때 보유·관리하였으나 후에 그 정보가 담긴 문서들이 폐기되어 존재하지 않게 된 것이라면 그 정보를 더 이상 보유·관리하고 있지 않다는 점에 대한 증명책임은 공공기관에 있다.

해설

- ① (X) 정보공개유기기관을 정하는 것은 입법자의 입법형성권에 속하고, 이에 따라 입법자는 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제2조 제3호에서 정보공개유기기관을 공공기관으로 정하였는바, 공공기관은 국가기관에 한정되는 것이 아니라 지방자치단체, 정부투자기관, 그 밖에 공단체 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 정보공개유기기관을 지는 공공기관의 하나로 사립대학교를 들고 있는 것이 모법인 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」의 위임범위를 벗어났거나 사립대학교가 국비의 지원을 받는 범위 내에서만 공공기관의 성격을 가진다고 볼 수 없다(대판 2006.8.24. 2004두2783). ⇨ 사립대학교도 정보공개유기기관을 지는 공공기관
- ② (O) 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 다툴 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 충실히 보장하려는 것이므로, 청구인에게 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 다툴 수 있다(대판 2016.11.10. 2016두44674)
- ③ (O) 법원이 행정기관의 정보공개거부처분의 위법여부를 심리한 결과 공개를 거부한 정보에 비공개대상정보에 해당하는 부분과 공개 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(대판 2004.12.9. 2003두12707)
 - 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제14조(부분 공개) 공개 청구한 정보가 제9조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 부분과 공개 가능한 부분이 혼합되어 있는 경우로서 공개 청구의 취지에 어긋나지 아니하는 범위에서 두 부분을 분리할 수 있는 경우에는 제9조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 부분을 제외하고 공개하여야 한다
- ④ (O) 정보공개제도는 공공기관이 보유·관리하는 정보를 그 상태로 공개하는 제도로서 공개를 구하는 정보를 공공기관이 보유·관리하고 있을 상당한 개연성이 있다는 점에 대하여 원칙적으로 공개청구자에게 증명책임이 있다고 할 것이지만, 공개를 구하는 정보를 공공기관이 한 때 보유·관리하였으나 후에 그 정보가 담긴 문서 등이 폐기되어 존재하지 않게 된 것이라면 그 정보를 더 이상 보유·관리하고 있지 아니하다는 점에 대한 증명책임은 공공기관에게 있다(대판 2004.12.9. 2003두12707)



15 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 따른 행정상 손실보상 및 그 불복절차에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 사업시행자, 토지소유자 또는 관계인은 토지 수용위원회는 수용재결에 불복할 때에는 재결서를 받은 날부터 90일 이내에, 이의신청을 거쳤을 때에는 이의신청에 대한 재결서를 받은 날부터 60일 이내에 각각 행정소송을 제기할 수 있다.
- ② 사업인정은 수용권을 설정해 주는 행정처분으로서, 이에 따라 수용할 목적물의 범위가 확정되고, 수용권자가 목적물에 대한 현재 및 장래의 권리자에게 대항할 수 있는 공법상 권리가 생긴다.
- ③ 수용재결에 불복하여 취소소송을 제기하는 때에는 이의신청을 거친 경우에도 수용재결을 한 중앙토지수용위원회 또는 지방토지수용위원회를 피고로 하여 수용재결의 취소를 구하여야 하고, 다만 이의신청에 대한 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에는 그 이의재결을 한 중앙토지수용위원회를 피고로 하여 이의재결의 취소를 구할 수 있다.
- ④ 토지소유자 등과 사업시행자 간의 성실한 협의 이후에 이루어지는 절차인 토지수용위원회의 수용재결이 있은 후에는 토지소유자등과 사업시행자가 다시 협의하여 토지 등의 취득이나 사용 및 그에 대한 보상에 관하여 임의로 계약을 체결할 수 없다.

해설

- ① (O) 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제85조(행정소송의 제기) ① 사업시행자, 토지소유자 또는 관계인은 제34조에 따른 재결에 불복할 때에는 재결서를 받은 날부터 90일 이내에, 이의신청을 거쳤을 때에는 이의신청에 대한 재결서를 받은 날부터 60일 이내에 각각 행정소송을 제기할 수 있다. 이 경우 사업시행자는 행정소송을 제기하기 전에 제84조에 따라 늘어난 보상금을 공탁하여야 하며, 보상금을 받을 자는 공탁된 보상금을 소용이 종결될 때까지 수령할 수 없다.
- ② (O) 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 상의 사업인정은 형성행위(설권행위)로서 재래행위 : 사업인정이란 공익사업을 토지 등을 수용 또는 사용할 사업으로 결정하는 것으로서 공익사업의 시행자에게 그 후 일정한 절차를 거칠 것을 조건으로 일정한 내용의 수용권을 설정하여 주는 형성행위이므로, 해당 사업이 외항상 토지 등을 수용 또는 사용할 수 있는 사업에 해당한다고 하더라도 사업인정기관으로서 그 사업이 공용수용을 할 만한 공익성이 있는지의 여부와 공익성이 있는 경우에도 그 사업의 내용과 방법에 관하여 사업인정에 관련된 자들의 이익을 공익과 사익 사이에서는 물론, 공익 상호간 및 사익 상호간에도 정당하게 비교·교량하여야 하고, 그 비교·교량은 비례의 원칙에 적합하도록 하여야 한다. 그뿐만 아니라 해당 공익사업을 수행하여 공익을 실현할 의사나 능력이 없는 자에게 타인의 재산권을 공권력적·강제적으로 박탈할 수 있는 수용권을 설정하여 줄 수는 없으므로, 사업시행자에게 해당 공익사업을 수행할 의사와 능력이 있어야 한다는 것도 사업인정의 한 요건이라고 보아야 한다(대판 2011.1.27. 2009두1051).
- ③ (O) [원처분주의] 토지소유자 등이 수용재결에 불복하여 이의신청을 거친 후 취소소송을 제기하는 경우 피고적격(=수용재결을 한 토지수용위원회) 및 소송대상(=수용재결[원처분]) : 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제85조 제1항 전문의 문언 내용과 같은 법 제83조, 제85조가

중앙토지수용위원회에 대한 이의신청을 임의적 절차로 규정하고 있는 점, 행정소송법 제19조 단서가 행정심판에 대한 재결은 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한하여 취소소송의 대상으로 삼을 수 있도록 규정하고 있는 점 등을 종합하여 보면, **수용재결에 불복하여 취소소송을 제기하는 때에는 이의신청을 거친 경우에도 수용재결을 한 중앙토지수용위원회 또는 지방토지수용위원회를 피고로 하여 수용재결의 취소를 구하여야 하고, 다만 이의신청에 대한 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에는 그 이의재결을 한 중앙토지수용위원회를 피고로 하여 이의재결의 취소를 구할 수 있다**(대판 2010.1.28. 2008두1504).

수용재결에 불복시	수용재결 취소소송(이의신청 없이 가능 - 임의적 전치주의)
수용재결(원처분)에 불복하여 이의신청을 거친 경우(이의재결이 행정심판재결에 해당)	① 수용재결을 한 중앙토지수용위원회 또는 지방토지수용위원회를 피고로 하여 수용재결 취소소송(원처분주의) ② 예외적으로 이의신청에 대한 이의재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우 이의재결을 한 중앙토지수용위원회를 피고로 하여 이의재결 취소소송

- ④ (X) 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률상 토지수용위원회의 수용재결이 있는 후 토지소유자 등과 사업시행자가 다시 협의하여 토지 등의 취득이나 사용 및 그에 대한 보상에 관하여 임의로 계약 체결 가능 : 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 '토지보상법'이라 한다)은 사업시행자로 하여금 우선 협의취득 절차를 거치도록 하고, 협의가 성립되지 않거나 협의를 할 수 없을 때에 수용재결취득 절차를 밟도록 예정하고 있기는 하다. 그렇지만 일단 토지수용위원회가 수용재결을 하였더라도 사업시행자로서는 수용 또는 사용의 개시일까지 토지수용위원회가 재결한 보상금을 지급 또는 공탁하지 아니함으로써 재결의 효력을 상실시킬 수 있는 점, 토지소유자 등은 수용재결에 대하여 이의를 신청하거나 행정소송을 제기하여 보상금의 적정 여부를 다룰 수 있는데, 그 절차에서 사업시행자와 보상금액에 관하여 임의로 합의할 수 있는 점, 공익사업의 효율적인 수행을 통하여 공공복리를 증진시키고, 재산권을 적정하게 보호하려는 토지보상법의 입법 목적(제1조)에 비추어 보더라도 수용재결이 있는 후에 사법상 계약의 실질을 가지는 협의취득 절차를 금지해야 할 별다른 필요성을 찾기 어려운 점 등을 종합해 보면, 토지수용위원회의 수용재결이 있는 후라고 하더라도 토지소유자 등과 사업시행자가 다시 협의하여 토지 등의 취득이나 사용 및 그에 대한 보상에 관하여 임의로 계약을 체결할 수 있다고 보아야 한다(대판 2017.4.13. 2016두64241).

답 ④

16 군사행정법에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① 군무원은 봉급 외의 수당을 받을 수 없지만, 직무수행에 드는 실비는 변상 받을 수 있다.
 ② 공익군무원은 특정한 목적을 위해 소집되어 공익분야에 종사하는 사람으로서 보충역에 편입되어 있는 자이므로 군인이라 판단할 수 있다.
 ③ 5급 이상의 일반군무원은 국방부장관의 제청으로 대통령만이 임용할 수 있으나, 6급 이하의 일반 군무원은 국방부장관과 국방부장관의 위임에 따른 각 군 참모총장만이 임용할 수 있다.
 ④ 주한 미군에 근무하면서 북한의 음성통신을 영어로 번역하는 업무를 수행하는 한국인 군무원에 대하여 미군 측의 고용해제 통보 후 국방부장관이 행한 직권면직의 인사발령은 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 보기 어렵다.

해설

군무원시험이어서 출제된 것으로 보임.

① (X)

• 군무원인사법

제24조(보수) ① 군무원의 봉급에 관한 사항은 대통령령으로 정한다.

② 군무원은 봉급 외에 대통령령으로 정하는 바에 따라 수당을 받을 수 있다.

제25조(실비 변상) 군무원은 대통령령으로 정하는 바에 따라 직무수행에 드는 실비(實費)를 변상 받을 수 있다.

② (X) 판례는 공익군무원에 대해 소집되어 군에 복무하지 않는 한 군인으로 보지 않음.

• 공익군무원은 병역법 제2조 제1항 제9호, 제5조 제1항의 규정에 의하면 국가기관 또는 지방자치단체의 공익목적수행에 필요한 경비·감시·보호 또는 행정업무 등의 지원과 국제협력 또는 예술·체육의 육성을 위하여 소집되어 공익분야에 종사하는 사람으로서 보충역에 편입되어 있는 자이기 때문에, 소집되어 군에 복무하지 않는 한 군인이라고 말할 수 없으므로, 비록 병역법 제75조 제2항이 공익 군무원으로 복무 중 순직한 사람의 유족에 대하여 「국가유공자등 예우 및 지원에 관한 법률」에 따른 보상을 하도록 규정하고 있다고 하여도, 공익군무원이 국가배상법 제2조 제1항 단서의 규정에 의하여 국가배상법상 손해배상청구가 제한되는 군인·군무원·경찰공무원 또는 항도예비군대원에 해당한다고 할 수 없다(대판 1997.3.28. 97다4036).

③ (X) 5급 이상 일반군무원 임용권자 : 대통령 또는 대통령으로부터 권한을 위임받은 경우 국방부장관

6급 이하 일반군무원 임용권자 : 국방부장관 또는 국방부장관으로부터 권한을 위임받은 각군참모총장·국방부직할부대장·장성급부대장

• 군무원인사법

제6조(임용권자)

① 5급 이상의 일반군무원(제3조제3항에 따라 같은 조 제1항 및 제2항에 따른 계급 구분이나 직군 및 직렬의 분류를 적용하지 아니하는 일반군무원 중 이에 상당하다고 대통령령으로 정하는 일반군무원을 포함한다. 이하 같다)은 국방부장관의 제청으로 대통령이 임용한다. 다만, 대통령으로부터 권한을 위임받은 경우에는 국방부장관이 임용할 수 있다.

② 6급 이하의 일반군무원(제3조제3항에 따라 같은 조 제1항 및 제2항에 따른 계급 구분이나 직군 및 직렬의 분류를 적용하지 아니하는 일반군무원 중 이에 상당하다고 대통령령으로 정하는 일반군무원을 포함한다. 이하 같다)은 국방부장관이 임용한다. 다만, 국방부장관의 위임에 따라 다음 각 호의 사람이 임용할 수 있다.

1. 육군·해군·공군 참모총장(해병대의 경우 해병대사령관을 말하며, 이하 "참모총장"이라 한다)
2. 국방부 직할부대·기관의 장(이하 "국방부직할부대장"이라 한다)
3. 장성급(將星級) 장교인 부대·기관의 장(이하 "장성급부대장"이라 한다)

④ (X) 주한 미군에 근무하면서 특수업무를 수행하는 한국인 군무원에 대한 주한 미군측의 고용해제 통보 후 국방부장관이 행한 직권면직의 인사발령은 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아님 : 일반군속이기는 하지만 다른 군속과는 달리 정원이 별도로 관리되고 임용 즉시 휴직한 후 주한미군측에 파견되어 북한의 음성통신을 영어로 번역·전사하는 특수업무를 수행하면서 주한미군측으로부터 보수를 지급받는 번역사로 당초 임기 3년의 군속으로

기한부 임용되었다가 군속제도가 군무원제도로 개편된 후 주한미군측 고용기간을 임기로 하는 기한부 임용을 받은 것으로 간주되었는데 주한미군측의 고용해제 통보가 있었다면, 위 번역사들은 군무원관계를 소멸시키기 위한 임면권자의 별도 행정처분을 요하지 아니하고 임기만으로 당연퇴직하였으며, 국방부장관 등이 위 번역사들에 대하여 한 위 직권면직의 인사발령은 그 문언상의 표현에도 불구하고 법률상 당연히 발생된 퇴직의 사유 및 시기를 공적으로 확인하여 알려주는 관념의 통지에 불과할 뿐 군무원의 신분을 상실시키는 새로운 형성적 행위가 아니므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다(1997.10.24. 97누1686).

답 ④

17 취소소송의 대상적격에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 건축신고 반려행위가 이루어진 단계에서 당사자로 하여금 반려행위의 적법성을 다투어 그 법적 불안을 해소한 다음 건축행위에 나아가도록 함으로써 장차 있을지도 모르는 위험에서 미리 벗어날 수 있도록 길을 열어주고, 위법한 건축물의 양산과 그 철거를 둘러싼 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있게 하는 것이 법치행정의 원리에 부합하므로 건축신고 반려행위는 항고소송의 대상이 된다.
- ② 수익적 행정행위 신청에 대한 거부처분은 당사자의 신청에 대하여 관할 행정청이 거절하는 의사를 대외적으로 명백히 표시함으로써 성립되며, 거부처분이 있을 후 당사자가 다시 신청을 한 경우에는 그 내용이 새로운 신청을 하는 취지라도 관할 행정청이 이를 다시 거절하는 것은 새로운 거부처분이 되지 아니한다.
- ③ 과세표준과 세액을 증액하는 증액경정처분은 당초신고나 결정에서 확정된 과세표준과 세액을 포함하여 전체로서 하나의 과세표준과 세액을 다시 결정하는 것이므로, 당초신고나 결정에 대한 불복기간의 경과 여부 등에 관계없이 오직증액경정처분만이 항고소송의 심판대상이 된다.
- ④ 기존의 행정처분을 변경하는 내용의 행정 처분이 뒤따르는 경우, 후속처분이 종전처분을 완전히 대체하는 것이거나 그 주요 부분을 실질적으로 변경하는 내용인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 종전 처분은 그 효력을 상실 하고 후속처분만이 항고소송의 대상이 된다.

해설

- ① (○) 건축신고 반려행위는 항고소송의 대상 : 건축주 등은 신고제 하에서도 건축신고가 반려될 경우 당해 건축물의 건축을 개시하면 시정명령, 이행강제금, 벌금의 대상이 되거나 당해 건축물을 사용하여 행할 행위의 허가가 거부될 우려가 있어 불안정한 지위에 놓이게 된다. 따라서 건축신고 반려행위가 이루어진 단계에서 당사자로 하여금 반려행위의 적법성을 다투어 그 법적 불안을 해소한 다음 건축행위에 나아가도록 함으로써 장차 있을지도 모르는 위험에서 미리 벗어날 수 있도록 길을 열어 주고, 위법한 건축물의 양산과 그 철거를 둘러싼 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있게 하는 것이 법치행정의 원리에 부합한다. 그러므로 건축신고 반려행위는 항고소송의 대상이 된다(대판 2010.11.18. 2008두167).
- ② (×) 수익적 행정행위 신청에 대한 거부처분은 당사자의 신청에 대하여 관할 행정청이 거절하는 의사를 대외적으로 명백히 표시함으로써 성립되고, 거부처분이 있을 후 당사자가 다시 신청을 한 경우에는 신청의 제목 여하에 불구하고 그 내용이 새로운 신청을 하는 취지라면 관할 행정청이 이를 다시 거절하는 것은 새로운 거부처분으로 봄이 원칙이다(대판 2019.4.3. 2017두52764)
- ③ (○) 증액경정처분시 당초 과세처분은 이에 흡수되어 소멸되므로 증액경정처분을 대상으로 취소소송을 제기해야 함 : 구 국세기본법(2010.1.1. 법률 제9911호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제22조의2 제1항은 “세법의 규정에 의하여 당초 확정된 세액을 증가시키는 경정은 당초 확정된 세액에 관한 이 법 또는 세법에서 규정하는 권리·의무관계에 영향을 미치지 아니한다.”고 규정하고 있다. 위 규정의 문언 내용 및 그 주된 입법 취지가 증액경정처분이 있더라도 불복기간의 경과 등으로 확정된 당초 신고나 결정에서의 세액에 대한 불복은 제한하려는 데 있는 점을 종합하면, 증액경정처분이 있는 경우 당초 신고나 결정은 증액경정처분에 흡수됨으로써 독립한 존재가치를 잃게 되어 원칙적으로는 당초 신고나 결정에 대한 불복기간의 경과 여부 등에 관계없이 증액경정처분만이 항고소송의 심판대상이 되고, 납세자는 그 항고소송에서 당초 신고나 결정에 대한 위법사유도 함께 주장할 수 있으나, **확정된 당초 신고나 결정에서의 세액에 관하여는 취소를 구할 수 없고 증액경정처분에 의하여 증액된 세액을 한도로 취소를 구할 수 있다** 할 것이다.(대판 2011.4.14. 2008두22280)
- ④ (○) 기존의 행정처분을 변경하는 내용의 행정처분이 뒤따르는 경우, 후속처분이 종전처분을 완전히 대체하는 것이거나 그 주요 부분을 실질적으로 변경하는 내용인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 종전처분은 그 효력을 상실하고 후속처분만이 항고소송의 대상이 되지만, **후속처분의 내용이 종전처분의 유효를 전제로 그 내용 중 일부만을 추가·철회·변경하는 것이고 그 추가·철회·변경된 부분이 그 내용과 성질상 나머지 부분과 불가분적인 것이 아닌 경우에는, 후속처분에도 불구하고 종전처분이 여전히 항고소송의 대상이 된다**고 보아야 한다. ⇨ 종전 영업시간 제한 및 의무후유업 지정 처분의 내용 중 영업시간 제한 부분만을 일부 변경하는 후속처분이 있는 경우, 후속처분에도 불구하고 종전 처분도 여전히 항고소송의 대상이 됨(대판 2015.11.19. 2015두295)

답 ②

18 행정상 입법예고절차에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 행정상 입법예고의 대상은 제정·개정 또는 폐지되려는 법령을 포함한다.
- ② 행정청은 특별한 사유가 있다고 하더라도 예고된 입법안의 전문에 대한 열람 또는 복사의 요청에 응해야 한다.
- ③ 자치법규의 행정상 입법예고기간은 예고할 때 정할 수 있으나, 특별한 사정이 없으면 20일 이상으로 하여야 한다.
- ④ 입법내용의 성질상 예고의 필요가 없거나 곤란하다고 판단되거나, 그 내용상 국민의 권리·의무 또는 일상생활과 관련이 없다면 입법예고를 할 필요는 없다.

해설

①④ (○)

• 행정절차법 제41조(행정상 입법예고) ① 법령등을 제정·개정 또는 폐지(이하 “입법”이라 한다)하려는 경우에는 해당 입법안을 마련한 행정청은 이를 예고하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 예고를 하지 아니할 수 있다.
 1. 신속한 국민의 권리 보호 또는 예측 곤란한 특별한 사정의 발생 등으로 입법이 긴급을 요하는 경우
 2. 상위 법령등의 단순한 집행을 위한 경우
 3. 입법내용이 국민의 권리·의무 또는 일상생활과 관련이 없는 경우
 4. 단순한 표현·자구를 변경하는 경우 등 입법내용의 성질상 예고의 필요가 없거나 곤란하다고 판단되는 경우
 5. 예고함이 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해칠 우려가 있는 경우

② (×) 행정절차법 제42조(예고방법) ⑤ 행정청은 예고된 입법안의 전문에 대한 열람 또는 복사를 요청받았을 때에는 특별한 사유가 없으면 그 요청에 따라야 한다.

③ (○) 행정절차법 제43조(예고기간) 입법예고기간은 예고할 때 정하되, 특별한 사정이 없으면 40일(자치법규는 20일) 이상으로 한다.

답 ②

19 「공공데이터의 제공 및 이용 활성화에 관한 법률」에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 공공기관은 해당 공공기관이 보유·관리하는 공공데이터 중 제3자의 권리가 포함된 것으로 이용허락을 받지 않은 정보인 경우에는 기술적으로 제3자의 권리가 포함된 정보를 분리할 수 있다 하더라도 제3자 보호를 위해서 제공을 하여서는 안 된다.
- ② 공공기관의 장은 해당 기관이 보유하고 있는 공공데이터의 목록을 행정안전부장관에게 등록하여야 하며, 행정안전부장관은 등록의 누락이 있는지를 조사하여 누락된 공공데이터목록의 등록을 요청할 수 있다.
- ③ 공공데이터의 제공거부 및 제공중단을 받은 자는 공공데이터제공 분쟁조정위원회에 분쟁 조정신청을 할 수 있으며, 조정의 내용은 재판상 화해와 동일한 효력을 갖는다.
- ④ 공공기관의 장은 해당 기관이 생성 또는 취득하여 관리하는 공공데이터의 안정적 품질관리 및 적절한 품질수준의 확보를 위하여 필요한 조치를 취하여야 한다.

해설

① (×) 기술적으로 분리할 수 있으면 해당 부분을 제외한 공공데이터를 제공하여야 한다.

제17조(제공대상 공공데이터의 범위)

① 공공기관의 장은 해당 공공기관이 보유·관리하는 공공데이터를 국민에게 제공하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보를 포함하고 있는 경우에는 그러하지 아니한다.

- 1. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제9조에 따른 비공개대상정보
- 2. 「저작권법」 및 그 밖의 다른 법령에서 보호하고 있는 제3자의 권리가 포함된 것으로 해당 법령에 따른 정당한 이용허락을 받지 아니한 정보

② 공공기관의 장은 제1항에도 불구하고 제1항 각 호에 해당하는 내용을 기술적으로 분리할 수 있는 때에는 제1항 각 호에 해당하는 부분을 제외한 공공데이터를 제공하여야 한다.

② (○)

제18조(공공데이터 목록의 등록)

- ① 공공기관의 장은 해당 공공기관의 소관 공공데이터 목록을 대통령령으로 정하는 바에 따라 행정안전부장관에게 등록하여야 한다.
- ② 행정안전부장관은 제1항에 따른 등록의 누락이 있는지를 조사하여 누락된 공공데이터 목록의 등록을 요청할 수 있다.

③ (○)

제31조(분쟁조정 신청 및 처리기간)

① 공공데이터의 제공거부 및 제공중단을 받은 자는 그 처분이 있는 날부터 60일 이내에 분쟁조정위원회에 분쟁조정을 신청할 수 있다.

제32조(분쟁의 조정)

- ⑧ 당사자가 조정안을 수락한 경우 분쟁조정위원회는 조정서를 작성하고, 분쟁조정위원회의 위원장과 각 당사자가 서명하여야 한다.
- ⑨ 제8항에 따른 조정의 내용은 재판상 화해와 동일한 효력을 갖는다.

④ (○)

제22조(공공데이터의 품질관리) ① 공공기관의 장은 해당 기관이 생성 또는 취득하여 관리하는 공공데이터의 안정적 품질관리 및 적절한 품질수준의 확보를 위하여 필요한 조치를 취하여야 한다.

답 ①

20 군사행정부에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 모든 군무원은 형의 선고나 군무원인사법 또는 국가공무원법에서 정한 사유에 따르지 아니 하고는 본인의 의사에 반하여 휴직·직위해제·강임(降任) 또는 면직을 당하지 아니한다.
- ② 장교, 준사관 및 부사관이 전상·공상을 제외한 심신장애로 인하여 6개월 이상 근무하지 못하게 되었을 때나 불임·난임으로 장기간의 치료가 필요하여 휴직을 신청한 때에는 임용권자는 휴직을 명하여야 한다.

- ③ 육군의 경우 장기복무전형에 불합격한 단기복무하사관에 대하여 일시적으로 전역 지원을 하지 아니하는 한 복무연장을 해주고 있다고 해도 이는 필요에 의한 일시적인 조치에 불과하다.
- ④ 음주운전을 하여 차량접촉사고를 낸 후 출동한 경찰의 음주측정에 정당한 사유 없이 불응하여 벌금을 받은 동원관리관으로 근무하던 자에 대한 품위유지의무 위반을 이유로 한 해임은 재량권의 범위를 일탈·남용한 것이라고 볼 수 없어 적법하다.

해설

군무원시험이어서 출제된 것으로 보임.

- ① (×) **군무원인사법 제26조(의사에 반한 신분조치)** 군무원은 형의 선고나 이 법 또는 「국가공무원법」에서 정한 사유에 따르지 아니하고는 본인의 의사(意思)에 반하여 휴직·직위해제·강임(降任) 또는 면직을 당하지 아니한다. **다만, 1급 군무원은 그러하지 아니하다.**
- ② (○)

군인사법 제48조(휴직) ① 장교, 준사관 및 부사관이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 임용권자는 휴직을 명하여야 한다.

1. 전상·공상을 제외한 심신장애로 인하여 6개월 이상 근무하지 못하게 되었을 때
2. 행방불명되었을 때
3. 불임·난임으로 장기간의 치료가 필요하여 휴직을 신청한 때
4. 「성폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제2조제3호에 따른 성폭력피해자로서 치료가 필요하여 휴직을 신청한 때

- ③ (○) 군인사법시행령 제4조 제1항은 장기복무전형에 불합격한 단기복무하사관의 복무 연장을 허가할 수 있는 권한을 부여한 것에 불과할 뿐 장기복무전형에 불합격한 단기복무하사관에게 현역정년까지 복무 연장을 할 수 있는 권리를 부여한 것이라고 보기는 어려우므로, 육군의 경우 장기복무전형에 불합격한 단기복무하사관에 대하여 일시적으로 전역 지원을 하지 아니하는 한 복무 연장을 해주고 있다고 하여도 이는 군인력 조정상의 필요에 의한 일시적인 조치에 불과해서 그와 같은 사정만으로 단기하사관으로 복무하던 자가 사고가 없었더라면 장기복무전형에 불합격하였다고 하더라도 중사의 연령정년까지 단기복무하사관으로서 연장 복무를 할 수 있으리라고 단정하기는 어렵다(대판 1998.2.13. 96다52236)
- ④ (○) 군무원으로 임용되어 동원관리관으로 근무하던 甲이 술을 마신 상태로 주차장 내에서 자신의 차량을 운전하던 중 경찰차와 충돌하였고, 신고를 받고 출동한 경찰관으로부터 음주측정을 요구받았음에도 정당한 사유 없이 이에 응하지 않았다는 내용의 도로교통법 위반(음주측정거부)죄로 기소되어 벌금 1,000만 원을 선고받자, 甲이 위 비위행위로 품위유지의무(음주운전)를 위반하였다는 이유로 소속 부대 사단장이 甲을 해임한 사안에서, 위 처분이 군무원에게 적용되는 구 징계규정(육군규정 180)을 위반하였다고 볼 수 없고 재량권의 범위를 일탈·남용한 것이라고 볼 수 없어 적법하다(대구지법 2019.5.16. 2019구합20336)

답 ①

21 지방자치법에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 기관위임사무는 지방자치단체의 사무가 아니라 국가 등의 사무이므로 명문의 규정이 없는 한 조례 제정의 대상이 되지 않는다.
- ② 수업료, 입학금의 지원에 관한 사무는 지방자치법에서 정한 지방자치단체 고유의 자치사무이다.
- ③ 교육감의 소속 교육공무원에 대한 징계사무는 지방자치단체의 자치사무에 해당한다.
- ④ 시·도와 시·군 및 자치구는 그 사무를 처리함에 있어 서로 경합하지 아니하도록 하여야 하며, 사무가 서로 경합할 경우 시·군 및 자치구에서 먼저 처리한다.

해설

- ① (○) 자치사무·단체위임사무 ⇒ 법령의 범위에서(법률우위원칙) 조례 제정 가능-자치조례. 단, 벌칙·권리제한·의무부과 사항은 법령의 위임 필요 기관위임사무 ⇒ 원칙적으로 조례로 제정 불가, 예외적으로 법령의 위임이 있으면 제정 가능(법률유보)-위임조례
- ② (○) 수업료, 입학금의 지원에 관한 사무는 지방자치법 제9조 제2항 제2호에서 정한 지방자치단체 고유의 자치사무 : 수업료, 입학금 그 자체에 관한 사무는 교육·학예에 관한 사무로서 지방자치단체 중 특별시·광역시·도의 사무에 해당하나, 수업료, 입학금의 지원에 관한 사무는 학생 자녀를 둔 주민의 수업료, 입학금 등에 관한 부담을 경감시킴으로써 청소년에 대한 기본적인 교육여건을 형성함과 동시에 청소년이 평등하게 교육을 받을 수 있도록 하는 것이므로, 이와 같은 사무는 지방자치단체 고유의 자치사무인 지방자치법 제9조 제2항 제2호에서 정한 주민의 복지증진에 관한 사무 중 주민복지에 관한 사업[(가)목] 및 노인·아동·심신장애인·청소년 및 부녀의 보호와 복지증진[(라)목]에 해당되는 사무이다(대판 2013.4.11. 2012추22)
- ③ (×) 교육감의 소속 교육공무원에 대한 징계사무의 법적 성질은 기관위임 국가사무 : 교육공무원 징계사무의 성격, 그 권한의 위임에 관한 교육공무원법령의 규정 형식과 내용 등에 비추어 보면, 국가공무원인 교육감, 시·도 교육청 교육국장 및 그 하급자인 장학관, 장학사에 대한 징계는 국가사무이고, 그 일부인 징계집행 역시 국가사무에 해당한다고 봄이 타당하다. 따라서 교육감이 담당 교육청 소속 국가공무원인 교육감, 시·도교육청 교육국장 및 그 하급자들에 대하여 하는 징계집행 사무는 기관위임 국가사무라고 보아야 한다(대판 2015.9.10. 2013추524)
- ④ (○) **지방자치법 제14조(지방자치단체의 종류별 사무배분기준)** ③ 시·도와 시·군 및 자치구는 사무를 처리할 때 서로 겹치지 아니하도록 하여야 하며, 사무가 서로 겹치면 시·군 및 자치구에서 먼저 처리한다.

답 ③

22 행정법의 일반원칙에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 상급행정기관이 하급행정기관에 대해 발하는 업무처리 지침이나 법령의 해석적용에 관한 기준은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적 구속력을 가지는 것은 아니므로 행정처분이 그에 위반하였다 하더라도 그 사정만으로 곧바로 위법한 것으로 되는 것은 아니다.
- ② 수익적 행정행위의 직권취소나 철회는 개인의 신뢰보호를 위하여 제한될 수 있다는 것이 학설과 판례의 일반적 입장이다.

- ③ 헌법 제12조 제1항에 따른 적법절차 원칙은 형사소송절차에 국한되지 않고 모든 국가작용 전반에 대하여 적용된다.
- ④ 권한남용금지의 원칙은 행정의 목적과 행정 권한을 행사한 행정공무원의 내심의 의도까지 통제하려는 것은 아니다.

해설

- ① (○) 상급행정기관이 하급행정기관에 대하여 업무처리지침이나 법령의 해석적용에 관한 기준을 정하여 발하는 이른바 '행정규칙이나 내부지침'은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적인 구속력을 갖는 것은 아니므로 행정처분이 그에 위반하였다고 하여 그러한 사정만으로 곧바로 위법하게 되는 것은 아니다. 다만, 재량권 행사의 준칙인 행정규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이루어지게 되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 받게 되므로, 이러한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그를 위반하는 처분은 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 위배되어 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이 된다(대판 2009.12.24. 2009두7967).
- ② (○) 수익적 행정행위의 직권취소나 철회는 상대방의 신뢰보호의 관점에서 제한되며, 제3자호 행정행위에 있어서는 공익과 상대방의 신뢰보호뿐만 아니라, 제3자의 이익도 아울러 비교·형량해야 한다.
- ③ (○) 헌법 제12조 제1항은 "법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니 한다"고 규정하여 적법절차원칙을 규정하고 있다. 적법절차원칙은 형사소송절차에 국한하지 않고 모든 국가작용에 대하여 적용된다. 그러나 이 원칙이 구체적으로 어떠한 절차를 어느 정도로 요구하는 지는 규율되는 사항의 성질, 관련 당사자의 사익, 절차의 이행으로 제고될 가치, 국가작용의 효율성, 절차에 소요되는 비용, 불복의 기회 등 다양한 요소들을 형량하여 개별적으로 판단할 수밖에 없다(헌재 2018.2.22. 2017헌가29).
- ④ (×) 권한남용금지의 원칙은 행정권한 행사시 법령을 통해 규정된 공익 목적에 반하여 행정권한을 행사하는 것을 금지한다는 원칙이다. 예를 들어, 사적 목적을 실현하기 위해 행정권한을 행사한 경우나 특별한 정치적 목적을 갖고 행정권한을 행사한 경우는 권한남용금지의 원칙에 위배된다. 권한남용금지 원칙은 공무원의 행정권한 행사가 공적 목적에서 벗어나지 않도록 통제하는 역할을 한다.
 대법원은 권한남용금지의 원칙을 범치주의에 기초한 것으로 보면서, 민법상 권리남용금지의 원칙과 구별하여 행정법의 고유한 법 원칙으로 선언하였으며 행정기본법도 공무원의 권한남용을 금지하는 일반적 규정을 두고 있다.
 • 범치국가원리는 국가권력의 행사가 법의 지배 원칙에 따라 법적으로 구속을 받는 것을 뜻한다. 범치주의는 원래 국가권력의 자의적 행사를 막기 위한 데서 출발한 것이다. 국가권력의 행사가 공동선의 실현을 위하여서가 아니라 특정 개인이나 집단의 이익 또는 정파적 이해관계에 의하여 좌우된다면 권력의 남용과 오용이 발생하고 국민의 자유와 권리는 쉽사리 침해되어 힘에 의한 지배가 되고 만다. 범치주의는 국가권력의 중립성과 공공성 및 윤리성을 확보하기 위한 것이므로, 모든 국가기관과 공무원은 헌법과 법률에 위배되는 행위를 하여서는 아니 됨은 물론 헌법과 법률에 의하여 부여된 권한을 행사할 때에도 그 권한을 남용하여서는 아니 된다. (대법원 2016.12.15. 2016두47659)

• 행정기본법 제11조(성실의무 및 권한남용금지의 원칙) ② 행정청은 행정권한을 남용하거나 그 권한의 범위를 넘어서는 아니 된다.

답 ④

23 경찰행정부에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

- ① 경찰의 임무에는 외국 정부기관 및 국제기구와의 국제협력이 존재하지 않는다.
- ② 법률에 규정된 자치경찰의 사무에는 성적 목적을 위한 다중이용장소 침입행위에 대한 수사사무는 포함되지 않는다.
- ③ 경찰관이 직사살수의 방법으로 집회나 시위참가자들을 해산시키려면, 먼저 집회 및 시위에 관한 법률에서 정한 해산 사유를 구체적으로 고지하는 해산명령을 시행한 후에 가능하다.
- ④ 경찰관은 정신착란을 일으키거나 술에 만취한 사람, 자살을 시도하는 사람, 미아, 병자, 부상자와 같이 응급구조가 필요하다고 믿을만한 상당한 이유가 있는 사람을 발견한 경우에는 보건의료기관이나 공공구조기관에 긴급구조를 요청하여야 한다.

해설

① (×)

- 국가경찰과 자치경찰의 조직 및 운영에 관한 법률 제3조(경찰의 임무) 경찰의 임무는 다음 각 호와 같다.

1. 국민의 생명·신체 및 재산의 보호	2. 범죄의 예방·진압 및 수사
3. 범죄피해자 보호	4. 경비·요인경호 및 대간첩·대테러 작전 수행
5. 공공안녕에 대한 위험의 예방과 대응을 위한 정보의 수집·작성 및 배포	6. 교통의 단속과 위해의 방지
7. 외국 정부기관 및 국제기구와의 국제협력	8. 그 밖에 공공의 안녕과 질서유지

② (×) 자치경찰사무(국가경찰과 자치경찰의 조직 및 운영에 관한 법률 제4조 제1항 제2호) : 제3조에서 정한 경찰의 임무 범위에서 관할 지역의 생활안전·교통·경비·수사 등에 관한 다음 사무

가. 지역 내 주민의 생활안전 활동에 관한 사무 1) 생활안전을 위한 순찰 및 시설의 운영 2) 주민참여 방범활동의 지원 및 지도 3) 안전사고 및 재해·재난 시 긴급구조지원 4) 아동·청소년·노인·여성·장애인 등 사회적 보호가 필요한 사람에 대한 보호 업무 및 가정폭력·학교폭력·성폭력 등의 예방 5) 주민의 일상생활과 관련된 사회질서의 유지 및 그 위반행위의 지도·단속. 다만, 지방자치단체 등 다른 행정청의 사무는 제외한다. 6) 그 밖에 지역주민의 생활안전에 관한 사무	나. 지역 내 교통활동에 관한 사무 1) 교통법규 위반에 대한 지도·단속 2) 교통안전시설 및 무인 교통단속용 장비의 심의·설치·관리 3) 교통안전에 대한 교육 및 홍보 4) 주민참여 지역 교통활동의 지원 및 지도 5) 통행 허가, 어린이 통학버스의 신고, 긴급자동차의 지정 신청 등 각종 허가 및 신고에 관한 사무 6) 그 밖에 지역 내의 교통안전 및 소통에 관한 사무 다. 지역 내 다중집합 행사 관련 혼잡 교통 및 안전 관리 라. 다음의 어느 하나에 해당하는 수사사무	1) 학교폭력 등 소년범죄 2) 가정폭력, 아동학대 범죄 3) 교통사고 및 교통 관련 범죄 4) 「형법」 제245조에 따른 공연음란 및 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제12조에 따른 성적 목적을 위한 다중이용장소 침입행위에 관한 범죄 5) 경범죄 및 기초질서 관련 범죄 6) 가출인 및 「실종아동등의 보호 및 지원에 관한 법률」 제2조 제2호에 따른 실종아동등 관련 수사 및 범죄
--	--	--

③ (○) 위해성 경찰장비인 살수차와 물포는 필요한 최소한의 범위에서만 사용되어야 하고, 특히 인명 또는 신체에 위해를 가할 가능성이 더욱 커지는 직사살수는 타인의 법익이나 공공의 안녕질서에 직접적이고 명백한 위험이 현존하는 경우에 한해서만 사용이 가능하다고 보아야 한다. 또한 위해성 경찰장비인 살수차와 물포는 집회나 시위 참가자들을 해산하기 위한 목적의 경찰장비이고 경찰관이 직사살수의 방법으로 집회나 시위 참가자들을 해산시키는

것은 집회의 자유나 신체의 자유를 침해할 우려가 있으므로 적법절차의 원칙을 준수하여야 한다. 따라서 경찰관이 직사살수의 방법으로 집회나 시위 참가자들을 해산시키려면, 먼저 집회 및 시위에 관한 법률 제20조 제1항 각호에서 정한 해산 사유를 구체적으로 고지하는 적법한 절차에 따른 해산명령을 시행한 후에 직사살수의 방법을 사용할 수 있다고 보아야 한다. 경찰청 훈령인 '물포유용지침'에서도 '직사살수'의 사용요건 중 하나로서 '도로 등을 무단점거하여 일반인의 통행 또는 교통소통을 방해하고 경찰의 해산명령에 따르지 아니하는 경우'라고 규정하여, 사전에 적법한 '해산명령'이 있어야 함을 요구하고 있다(대판 2019.1.17. 2015다236196).

④ (×)

- 경찰관직무집행법 제4조(보호조치 등) ① 경찰관은 수상한 행동이나 그 밖의 주위 사정을 합리적으로 판단해 볼 때 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것이 명백하고 응급구호가 필요하다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 사람(이하 "구호대상자"라 한다)을 발견하였을 때에는 **보건의료기관이나 공공구호기관에 긴급구호를 요청하거나 경찰관서에 보호하는 등 적절한 조치를 할 수 있다.**
- 1. 정신착란을 일으키거나 술에 취하여 자신 또는 다른 사람의 생명·신체·재산에 위해를 끼칠 우려가 있는 사람
- 2. 자살을 시도하는 사람
- 3. 미아, 병자, 부상자 등으로서 **적당한 보호자가 없으며 응급구호가 필요하다고 인정되는 사람.** 다만, 본인이 구호를 거절하는 경우는 제외한다.

답 ③

24 행정심판법에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 집행정지의 요건을 갖춘 때에는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 처분의 효력, 처분의 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지를 결정할 수 있지만, 처분의 효력정지는 처분의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 그 목적을 달성할 수 있을 때에는 허용되지 아니한다.
- ② 행정심판의 청구인은 행정심판법이 규정하는 가구제제도인 집행정지를 이용할 수 있더라도, 처분 또는 부작위가 위법·부당하다고 상당히 의심되는 경우로서 당사자에게 생길 중대한 불이익이나 급박한 위험을 방지할 필요가 있는 경우에는 임시처분을 이용할 수 있다.
- ③ 행정심판위원회는 심판청구의 대상이 되는 처분 또는 부작위 외의 사항에 대하여는 재결하지 못하며, 심판청구의 대상이 되는 처분보다 청구인에게 불리한 재결을 하지 못한다.
- ④ 행정심판위원회는 사건의 심리를 위하여 필요하다고 인정하면 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 심리할 수 있다.

해설

- ① (○) 제30조(집행정지) ② 위원회는 처분, 처분의 집행 또는 절차의 속행 때문에 중대한 손해가 생기는 것을 예방할 필요성이 긴급하다고 인정할 때에는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 처분의 효력, 처분의 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지(이하 "집행정지"라 한다)를 결정할 수 있다. 다만, 처분의 효력 정지는 처분의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 그 목적을 달성할 수 있을 때에는 허용되지 아니한다.
- ② (×) 제31조(임시처분) ① 위원회는 처분 또는 부작위가 위법·부당하다고 상당히 의심되는 경우로서 처분 또는 부작위 때문에 당사자가 받을 우려가 있는 중대한 불이익이나 당사자에게 생길 급박한 위험을 막기 위하여 임시처분을 정하여야 할 필요가 있는 경우에는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 임시처분을 결정할 수 있다. ③ 제1항에 따른 임시처분은 제30조제2항에 따른 집행정지로 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.
- ③ (○) 제47조(재결의 범위) ① 위원회는 심판청구의 대상이 되는 처분 또는 부작위 외의 사항에 대하여는 재결하지 못한다(불고불리 원칙). ② 위원회는 심판청구의 대상이 되는 처분보다 청구인에게 불리한 재결을 하지 못한다(불이익면경금지 원칙).
- ④ (○) 제39조(직권심리) 위원회는 필요하면 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 심리할 수 있다.
- 제36조(증거조사) ① 위원회는 사건을 심리하기 위하여 필요하면 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 다음 각 호의 방법에 따라 증거조사를 할 수 있다.
 - 1. 당사자나 관계인(관계 행정기관 소속 공무원을 포함한다. 이하 같다)을 위원회의 회의에 출석하게 하여 신문(訊問)하는 방법
 - 2. 당사자나 관계인이 가지고 있는 문서·장부·물건 또는 그 밖의 증거자료의 제출을 요구하고 영치(領置)하는 방법
 - 3. 특별한 학식과 경험을 가진 제3자에게 감정을 요구하는 방법
 - 4. 당사자 또는 관계인의 주소·거소·사업장이나 그 밖의 필요한 장소에 출입하여 당사자 또는 관계인에게 질문하거나 서류·물건 등을 조사·검증하는 방법

답 ②

25 국가배상법 제2조의 책임(공무원의 위법한 직무집행행위로 인한 배상책임)에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이

있으면 판례에 의함)

- ① 어떠한 행정처분이 후에 항고소송에서 취소되었다고 할지라도 그 기판력에 의하여 당해 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없는 것이고, 그 행정처분의 담당공무원이 보통 일반의 공무원을 표준으로 하여볼 때 객관적 주의의무를 결하여 그 행정 처분이 객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 정도에 이른 경우이어야 한다.
- ② '법령에 위반하여'라고 함은 엄격하게 형식적의미의 법령에 명시적으로 공무원의 작위의무가 정하여져 있음에도 이를 위반하는 경우만을 의미하는 것은 아니고, 인권존중·권력남용금지·신의성실과 같이 공무원으로서 마땅히 지켜야 할 준칙이나 규범을 지키지 아니하고 위반한 경우를 포함하여 널리 그 행위가 객관적인 정당성을 결여하고 있는 경우도 포함한다.

- ③ 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 및 구 「토지공사법」의 규정에 의하여, 본래 시·도지사나 시장·군수 또는 구청장의 업무에 속하는 대집행권한을 위탁받은 한국토지공사는 행정주체의 지위에 있으면서, 동시에 지방자치단체 등의 기관으로서 ‘공무원’에 해당한다.
- ④ 공무원이 고의 또는 과실로 그에게 부과된 직무상 의무를 위반하였을 경우라고 하더라도 직무상의 의무 위반과 피해자가 입은 손해 사이에 상당인과관계가 인정되기 위하여는 공무원에게 부과된 직무상 의무의 내용이 전적으로 또는 부수적으로 사회구성원 개인의안전과 이익을 보호하기 위하여 설정된 것이어야 한다.

해설

- ① (○) 어떠한 행정처분이 후에 항고소송에서 취소되었다고 할지라도 그 기판력에 의하여 당해 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없는 것이고, 그 행정처분의 담당공무원이 보통 일반의 공무원을 표준으로 하여 볼 때 객관적 주의의무를 결하여 그 행정처분이 객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 정도에 이른 경우에 국가배상법 제2조 소정의 국가배상책임의 요건을 충족하였다고 볼 수 있다. 이 때에 객관적 정당성을 상실하였는지 여부는 피침해 이익의 종류 및 성질, 침해행위가 되는 행정처분의 태양 및 그 원인, 행정처분의 발동에 대한 피해자 측의 과인의 유무, 정도 및 손해의 정도 등 제반 사정을 종합하여 손해의 전보책임을 국가 또는 지방자치단체에게 부담시켜야 할 실질적인 이유가 있는지 여부에 의하여 판단해야 한다(대판 2000.5.12. 99다70600).
- ② (○) 공무원의 행위를 원인으로 한 국가배상책임을 인정하기 위하여는 ‘공무원이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입힌 때’라고 하는 「국가배상법」 제2조 제1항의 요건이 충족되어야 한다. 여기서 ‘법령을 위반하여’라고 함은 엄격하게 형식적 의미의 법령에 명시적으로 공무원의 행위의무가 정하여져 있음에도 이를 위반하는 경우만을 의미하는 것은 아니고, 인권존중·권력남용금지·신의성실과 같이 공무원으로서 마땅히 지켜야 할 준칙이나 규범을 지키지 아니하고 위반한 경우를 비롯하여 널리 그 행위가 객관적인 정당성을 결여하고 있는 경우도 포함한다(대판 2015.8.27. 2012다204587).
- ③ (×) 법령에 의해 대집행권한을 위탁받은 한국토지공사(현 토지주택공사)는 국가공무원법 제2조에서 말하는 공무원에 해당하지 않음 : 한국토지공사는 구 한국토지공사법(2007.4.6. 법률 제8340호로 개정되기 전의 것) 제2조, 제4조에 의하여 정부가 자본금의 전액을 출자하여 설립한 법인이고, 같은 법 제9조 제4호에 규정된 한국토지공사의 사업에 관하여는 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제89조 제1항, 위 한국토지공사법 제22조 제6호 및 같은 법 시행령 제40조의3 제1항의 규정에 의하여 본래 시·도지사나 시장·군수 또는 구청장의 업무에 속하는 대집행권한을 한국토지공사에게 위탁하도록 되어 있는바, 한국토지공사는 이러한 법령의 위탁에 의하여 대집행을 수권받은 자로서 공무원 대집행을 실시함에 따르는 권리·의무 및 책임이 귀속되는 행정주체의 지위에 있다고 볼 것이지 지방자치단체 등의 기관으로서 국가배상법 제2조 소정의 공무원에 해당한다고 볼 것은 아니다.(대판 2007다82950, 82967)
- ④ (○) 공무원이 고의 또는 과실로 그에게 부과된 직무상 의무를 위반하였을 경우라고 하더라도 국가는 그러한 직무상의 의무 위반과 피해자가 입은 손해 사이에 상당인과 관계가 인정되는 범위 내에서만 배상책임을 지는 것이고, 이 경우 상당인과관계가 인정되기 위해서는 공무원에게 부과된 직무상 의무의 내용이 단순히 공공 일반의 이익을 위한 것이거나 행정기관 내부의 질서를 규율하기 위한 것이 아니고 전적으로 또는 부수적으로 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 설정된 것이어야 한다(2010.9.9. 2008다77795).

답 ③