

2022년 해경승진 행정법 (2022.1.8.)

• 해설 : 이승철

기출문제를 그대로 출제하거나 짜깁기하여 출제됨(기존 기출문제 근거는 별도 표기함).

1 다음 <보기> 중 통치행위에 관한 설명으로 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2020 소방간부

<보기>

㉠ 한미연합 군사훈련의 일종인 2007년 전시증원연습을 하기로 한 대통령의 결정은 사법심사를 자제해야 하는 통치행위가 아니다.

㉡ 외국에의 국군의 파견결정은 고도의 정치적 판단이 요구되는 사안이므로 원칙적으로 사법심사는 자제되어야 한다.

㉢ 남북정상회담 개최와 대북송금 행위는 고도의 정치적 행위이므로 사법심사의 대상은 아니다.

㉣ 서훈취소는 법원이 사법심사를 자제해야 하는 고도의 정치성을 띤 행위가 아니다.

㉤ 통치행위로 인정되면 그에 관한 사법심사는 불가능하다.

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

해설

㉠ (○) 한미연합 군사훈련은 1978. 한미연합사령부의 창설 및 1979. 2. 15. 한미연합연습 양해 각서의 체결 이후 연례적으로 실시되어 왔고, 특히 전시증원연습은 대표적인 한미연합 군사 훈련으로서, 대통령이 2007. 3.경에 한 이 사건 연습결정이 새삼 국방에 관련되는 고도의 정치적 결단에 해당하여 사법심사를 자제하여야 하는 통치행위에 해당한다고 보기 어렵다.(헌재 2009.5.28. 2007헌마369)

㉡ (○) **외국에의 국군의 파견결정은 파견군인의 생명과 신체의 안전뿐만 아니라 국제사회에서의 우리나라의 지위와 역할, 동맹국과의 관계, 국가안보문제 등 궁극적으로 국민 내지 국익에 영향을 미치는 복잡하고도 중요한 문제로서 국내 및 국제정치관계 등 제반상황을 고려하여 미래를 예측하고 목표를 설정하는 등 고도의 정치적 결단이 요구되는 사안이다.** 따라서 그와 같은 결정은 그 문제에 대해 정치적 책임을 질 수 있는 국민의 대의기관이 관계분야의 전문가들과 광범위하고 심도 있는 논의를 거쳐 신중히 결정하는 것이 바람직하며 우리 헌법도 그 권한을 국민으로부터 직접 선출되고 국민에게 직접 책임을 지는 대통령에게 부여하고 그 권한행사에 신중을 기하도록 하기 위해 국회로 하여금 파병에 대한 동의여부를 결정할 수 있도록 하고 있는바, 현행 헌법이 채택하고 있는 대의민주제 통치구조 하에서 대의기관인 대통령과 국회의 그와 같은 고도의 정치적 결단은 가급적 존중되어야 한다. 일반사병(자이툰부대) 이라파병결정은 대통령이 파병의 정당성뿐만 아니라 북한 핵 사태의 원만한 해결을 위한 동맹국과의 관계, 우리나라의 안보문제, 국·내외 정치관계 등 국익과 관련한 여러 가지 사정을 고려하여 파병부대의 성격과 규모, 그리고 파병기간을 국가안전보장회의의 자문을 거쳐 결정한 것으로, 그 후 국무회의 심의·의결을 거쳐 국회의 동의를 얻음으로써 헌법과 법률에 따른 절차적 정당성을 확보했음을 알 수 있다. 그렇다면 이 사건 파견결정은 그 성격상 국방 및 외교에 관련된 고도의 정치적 결단을 요하는 문제로서, 헌법과 법률이 정한 절차를 지켜 이루어진 것이 명백하므로, 대통령과 국회의 판단은 존중되어야 하고 우리 재판소가 사법적 기준만으로 이를 심판하는 것은 자제되어야 한다. 오랜 민주주의 전통을 가진 외국에서도 외교 및 국방에 관련된 것으로서 고도의 정치적 결단을 요하는 사안에 대하여는 줄곧 사법심사를 자제하고 있는 것도 바로 이러한 취지에서 나온 것이라 할 것이다. 이에 대하여는 설혹 사법적 심사의 회피로 자의적 결정이 방지될 수도 있다는 우려가 있을 수 있으나 **그러한 대통령과 국회의 판단은 궁극적으로는 선거를 통해 국민에 의한 평가와 심판을 받게 될 것이다. 이 사건 파견결정에 대한 사법적 판단을 자제함이 타당하다**(헌재결 2004.4.29. 2003헌마814).

㉢ (×) **남북정상회담의 개최과정에서사업권의 대가명목으로 한 대북송금행위는 통치행위가 아님** : 남북정상회담의 개최는 고도의 정치적 성격을 지니고 있는 행위라 할 것이므로 특별한 사정이 없는 한 그 당부를 심판하는 것은 사법권의 내재적·본질적 한계를 넘어서는 것이 되어 적절하지 못하지만, **남북정상회담의 개최과정에서 재정경제부장관에게 신고하지 아니하거나 통일부장관의 협력사업 승인을 얻지 아니한 채 북한 측에 사업권의 대가 명목으로 송금한 행위 자체는 헌법상 법치국가의 원리와 법 앞에 평등원칙 등에 비추어 볼 때 사법심사의 대상이 된다**(대판 2004.3.26. 2003도7878).

㉣ (○) 구 상훈법(2011. 8. 4. 법률 제10985호로 개정되기 전의 것) 제8조는 서훈취소의 요건을 구체적으로 명시하고 있고 절차에 관하여 상세하게 규정하고 있다. 그리고 서훈취소는 서훈수여의 경우와는 달리 이미 발생된 서훈대상자 등의 권리 등에 영향을 미치는 행위로서 관련 당사자에게 미치는 불이익의 내용과 정도 등을 고려하면 사법심사의 필요성이 크다. 따라서 기본권의 보장 및 법치주의의 이념에 비추어 보면, 비록 서훈취소가 대통령이 국가원수로서 행하는 행위라고 하더라도 법원이 사법심사를 자제하여야 할 고도의 정치성을 띤 행위라고 볼 수는 없다(대판 2015.4.23. 2012두26920).

㉤ (×) 통치행위가 인정되더라도 사법심사가 제한적으로 가능하다.

㉠ 대법원은 통치행위를 인정하면서도 사법심사가 제한적으로 가능하다고 본다.

- 대통령의 비상계엄의 선포나 확대 행위는 고도의 정치적·군사적 성격을 지니고 있는 행위라 할 것이므로, 그것이 누구에게도 일견하여 헌법이나 법률에 위반되는 것으로서 명백하게 인정될 수 있는 등 **특별한 사정이 있는 경우가 아닌 이상 그 계엄선포의 요건 구비 여부나 선포의 당·부당을 판단할 권한이 사법부에는 없다고 할 것이나, 비상계엄의 선포나 확대가 국헌문란의 목적을 달성하기 위하여 행하여진 경우(군사변란 및 내란행위)에는 법원은 그 자체가 범죄행위에 해당하는지의 여부에 관하여 심사할 수 있다**(대판 1997.4.17. 96도3376).
- ㉡ 헌법재판소도 통치행위를 인정하면서도 국민의 기본권 침해와 직접 관련된 경우 헌법재판소의 심판대상이 된다고 본다.
- **대통령의 긴급재정·경제명령-금융실명제** : 헌법재판소는 헌법의 수호와 국민의 기본권보장을 사명으로 하는 국가기관이므로 비록 고도의 정치적 결단에 의하여 행해지는 국가작용이라고 할지라도 그것이 **국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 된다**(헌재결 1996.2.29. 93헌마186).
- **신항정수도건설특별법** : 신항정수도건설이나 수도이전의 문제를 국민투표에 부칠지 여부에 관한 대통령의 의사결정이 사법심사의 대상이 될 경우 위 의사결정은 고도의 정치적 결단을 요하는 문제여서 사법심사를 자제함이 바람직하다고는 할 수 있고, 이에 따라 그 의사결정에 관련된 흠을

들어 위헌성이 주장되는 법률에 대한 사법심사 또한 자제함이 바람직하다고는 할 수 있다. 그러나 대통령의 위 의사결정이 국민의 기본권침해와 직접 관련되는 경우에는 헌법재판소의 심판대상이 될 수 있고, 이에 따라 위 의사결정과 관련된 법률도 헌법재판소의 심판대상이 될 수 있다(헌재결 04.10. 21. 2004헌마554·556).

답 ③

2 다음 중 행정의 행위형식(행정작용형식)에 가장 포함되지 않는 것은?

2013 지방9급

- ① 행정입법 ② 행정소송 ③ 공법상 계약 ④ 행정계획

해설

- 행정작용의 형식 : 행정행위(처분), 행정입법, 공법상 계약, 행정계획, 행정지도, 확약 등
- 행정소송은 행정작용으로 인한 국민의 권익 침해에 대한 구제와 관련됨.

답 ②

3 다음 중 직권취소에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

2013 서울7급

- ① 취소소송의 진행 중에는 직권취소할 수 없다.
 ② 처분청은 명문의 근거가 없어도 직권취소를 할 수 있다.
 ③ 대통령은 국무총리의 명령이 위법하다고 인정해도 이를 중지시킬 수 없다.
 ④ 위법한 침익적 행정행위에 대해서는 행정청이 이를 직권취소할 수 없다.

해설

- ① (×) 취소소송이 진행 중이라도 처분청은 위법한 처분을 직권취소하고 그 하자를 보완하여 다시 적법한 처분 가능.
 ② (○) 처분청은 그 행위에 하자가 있는 경우에는 원칙적으로 별도의 법적 근거가 없더라도 스스로 이를 직권으로 취소 가능.
 ③ (×) **정부조직법 제11조(대통령의 행정감독권)** ② 대통령은 국무총리와 중앙행정기관의 장의 명령이나 처분이 위법 또는 부당하다고 인정하면 이를 중지 또는 취소할 수 있다.
 ④ (×) 위법한 침익적 행정행위의 취소는 적법성 확보의 의미를 갖고 상대방에게 이익을 주는 결과가 되기 때문에 직권취소가 가능하다.

답 ②

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

2020 국가9급

- ① 행정청의 확약 또는 공적인 의사표명이 있는 후에 사실적·법률적 상태가 변경되었다면, 그와 같은 확약 또는 공적인 의사표명은 행정청의 별다른 의사표시를 기다리지 않고 실효된다.
 ② 행정청의 공적 견해표명이 있었는지 여부를 판단하는 데 있어 반드시 행정조직상의 형식적인 권한분장에 구애될 것은 아니고 담당자의 조직상의 지위와 임무, 당해 언동을 하게 된 구체적인 경위 및 그에 대한 상대방의 신뢰가능성에 비추어 실질에 의하여 판단하여야 한다.
 ③ 입법예고를 통해 법령안의 내용을 국민에게 예고한 적이 있다고 하더라도 그것이 법령으로 확정되지 아니한 이상 국가가 이해관계자들에게 그 법령 안에 관련된 사항을 약속하였다고 볼 수 없으며, 이러한 사정만으로 어떠한 신뢰를 부여하였다고 볼 수도 없다.
 ④ 관할관청이 폐기물처리업 사업계획에 대하여 적정통보를 한 것만으로도 그 사업부지 토지에 대한 국토이용계획 변경신청을 승인하여 주겠다는 취지의 공적인 견해표명을 한 것으로 볼 수 있다.

해설

- ① (○) 사실적·법률적 상태가 변경되었다면 확약은 행정청의 별다른 의사표시를 기다리지 않고 당연 실효 ⇒ 행정 청이 상대방에게 장차 어떤 처분을 하겠다고 확약 또는 공적인 의사 표명을 하였다 하더라도 그 자체에서 상대방으로 하여금 언제까지 처분의 발령을 신청하도록 유효기간을 두었는데도 그 기간 내에 상대방의 신청이 없었다거나 확약 또는 공적인 의사표명이 있는 후에 사실적·법률적 상태가 변경되었다면 그와 같은 확약 또는 공적인 의사표명은 행정청의 별다른 의사표시를 기다리지 않고 실효된다(대판 1996.8.20. 95누10877).
 ① (○) 행정조직상의 형식적인 권한분장에 구애될 것은 아니고 담당자의 조직상의 지위와 임무, 당해 언동을 하게 된 구체적인 경위 및 그에 대한 상대방의 신뢰가능성에 비추어 실질에 의하여 판단하여야 한다(대판 1997.9.12. 96누18380).
 ③ (○) 정책의 주무 부처인 중앙행정기관이 그 소관 사항에 대하여 입안한 법령안은 법제처 심사 등의 절차를 거쳐 공포함으로써 확정되므로, 법령이 확정되기 이전에는 법적 효과가 발생할 수 없다. 따라서 입법 예고를 통해 법령안의 내용을 국민에게 예고한 적이 있다고 하더라도 그것이 법령으로 확정되지 아니한 이상 국가가 이해 관계자들에게 위 법령안에 관련된 사항을 약속하였다고 볼 수 없으며, 이러한 사정만으로 어떠한 신뢰를 부여하였다고 볼 수도 없다(대판 2018.6.15. 2017다249769).
 ④ (×) 폐기물관리법령에 의한 폐기물처리업 사업계획에 대한 적정통보와 국토이용관리 법령에 의한 국토이용계획변경은 각기 그 제도적 취지와 결정단계에서 고려해야 할 사항들이 다르기 때문에, **폐기물처리업 사업계획에 대하여 적정통보를 한 것만으로 그 사업부지 토지에 대한 국토이용계획변경신청을 승인하여 주겠다는 취지의 공적인 견해표명을 한 것으로 볼 수 없다**(대판 2005.4.28. 2004두8828).

답 ④

5

다음 중 행정청의 확약에 대한 설명으로 가장 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2018 국가9급

- ① 행정청이 상대방에게 확약을 한 후에 사실적·법률적 상태가 변경되었다면 확약은 행정청의 별다른 의사표시가 없더라도 실효된다.
- ② 재량행위에 대해 상대방에게 확약을 하려면 확약에 대한 법적 근거가 있어야 한다.
- ③ 행정청의 확약은 위법하더라도 중대·명백한 하자가 있어 당연무효가 아닌 한 취소되기 전까지는 유효한 것으로 통용된다.
- ④ 행정청의 확약에 대해 법률상 이익이 있는 제3자는 확약에 대해 취소소송으로 다툴 수 있다.

해설

- ② (x) 재량행위에 대해 법적 근거가 없더라도 확약이 허용된다. 기속행위에 대해서도 법적 근거가 없는 경우 확약이 가능한 지에 대해서는 학설 대립이 있다. 통설은 기속행위에도 확약이 있으면 상대방은 기대이익·준비이익을 가지게 되는 점에서 법적 근거가 없더라도 확약이 허용된다고 본다. 개정된 행정절차법(2022.7.12. 시행)에서도 법령에 신청에 의한 처분을 규정한 경우 확약이 가능하도록 규정.
- ③④ (x) 판례는 확약은 행정처분이 아니므로, 공정력·불가쟁력이 인정되지 않고, 취소소송으로 다툴 수 없다고 본다.
 - **확약인 어업권면허 우선순위결정의 처분성·불가쟁력·공정력 부정**: 어업권면허에 선행하는 우선순위결정은 행정청이 우선권자로 결정된 자의 신청이 있으면 어업권면허처분을 하겠다는 것을 약속하는 행위로서 **강학상 확약에 불과하고 행정처분은 아니므로, 우선순위결정에 공정력이나 불가쟁력과 같은 효력은 인정되지 아니하며**, 따라서 우선순위결정이 잘못되었다는 이유로 종전의 **어업권면허처분이 취소되면 행정청은 종전의 우선순위결정을 무시하고 다시 우선순위를 결정한 다음 새로운 우선순위결정에 기하여 새로운 어업권면허를 할 수 있다**(대판 1995.1.20. 94누6529)

[참고] 2022.7.12.부터 행정절차법 개정으로 다음 내용이 추가됨.

제40조의2(확약)

- ① 법령등에서 당사자가 신청할 수 있는 처분을 규정하고 있는 경우 행정청은 당사자의 신청에 따라 장래에 어떤 처분을 하거나 하지 아니할 것을 내용으로 하는 의사표시(이하 "확약"이라 한다)를 할 수 있다.
- ② 확약은 문서로 하여야 한다.
- ③ 행정청은 다른 행정청과의 협의 등의 절차를 거쳐야 하는 처분에 대하여 확약을 하려는 경우에는 확약을 하기 전에 그 절차를 거쳐야 한다.
- ④ 행정청은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 확약에 기속되지 아니한다.
 - 1. 확약을 한 후에 확약의 내용을 이행할 수 없을 정도로 법령등이나 사정이 변경된 경우
 - 2. 확약이 위법한 경우
- ⑤ 행정청은 확약이 제4항 각 호의 어느 하나에 해당하여 확약을 이행할 수 없는 경우에는 지체 없이 당사자에게 그 사실을 통지하여야 한다.

답 ①

6

다음 중 상속세 체납자에 대한 영업허가취소는 어느 법원칙에 위반될 가능성이 가장 높은가?

2013 서울9급

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

해설

상속세 등 조세 체납자에 대해 영업허가를 취소하는 것은 양자간 실질적 관련성이 없기 때문에 부당결부금지의 원칙에 위반될 수 있다.

답 ①

7

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

2010 지방9급

- ① 법령에 의하여 공무를 위탁받은 공무수탁사인이 행한 처분에 대하여 항고소송을 제기하는 경우 피고는 위임행정청이 된다.
- ② 행정임무를 자기 책임하에 수행함이 없이 단순한 기술적 집행만을 행하는 사인인 행정정보조인과는 구별된다.
- ③ 국가가 자신의 임무를 스스로 수행할 것인지 아니면 그 임무의 기능을 민간부문으로 하여금 수행하게 할 것인지에 대하여 입법자에게 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정된다고 보는 것이 판례의 입장이다.
- ④ 「소득세법」에 의한 원천징수의무자의 원천징수행위는 법령에서 규정된 징수 및 납부의무를 이행하기 위한 것에 불과한 것이지, 공권력의 행사로서의 행정처분에 해당되지 아니한다고 보는 것이 판례의 입장이다.

해설

- ① (x) 공무수탁사인의 행정작용(임무수행)으로 권익을 침해받은 자는 당해 공무수탁사인을 상대방으로 하여 행정쟁송을 제기할 수 있다. 공무수탁사인은 행정주체의 지위와 행정청의 지위를 동시에 갖기 때문이다.
- ② (○) 행정주체를 위해 단순히 도구로서 비독립적으로 활동하는 행정정보조인은 공무수탁사인과 구별된다.
 - **행정정보조인**: 행정권한을 자기 책임 하에 수행함이 없이 행정임무의 순수한 기술적 집행만 담당. 독립적 행정권한이 없고 법률관계의 대외적 행정주체가 될 수 없음(예 아르바이트로 우편업무 수행 사인, 사고현장에서 경찰의 부탁에 의해 경찰을 돕는 자 등). 직접적인 법률관계의 당사자가 되지 않음.
- ③ (○) 국가가 자신의 임무를 그 스스로 수행할 것인지 아니면 그 임무의 기능을 민간부문으로 하여금 수행하게 할 것인지 하는 문제, 즉 국가가 어떤 임무수행방법을 선택할 것인가 하는 문제는 입법자가 당해 사무의 성격과 수행방식의 효율성 정도 및 비용, 공무원 수의 증가 또는 정부부문의 비대화 문제, 민간부문의 자본능력과 기술력의 성장 정도, 시장여건의 성숙도, 민영화에 대한 사회적·정치적 합의 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 할 사항으로서 그 판단에 관하여는 입법자에게 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정된다(헌재 2007.6.28. 2004헌마262)
- ④ (○) 원천징수하는 소득세에 있어서는 납세의무자의 신고나 과세관청의 부과결정이 없이 법령이 정하는 바에 따라 그 세액이 자동적으로 확정되고, 원천징수의무자는 소득세법 제142조 및 제143조의 규정에 의하여 이와 같이 자동적으로 확정되는 세액을 수급자로부터 징수하여 과세관청에 납부하여야 할 의무를 부담하고 있으므로, 원천징수의무자가 비록 과세관청과 같은 행정청이더라도 그의 원천징수행위는 법령에서 규정된 징수 및 납부의무를 이행하기 위한 것에 불과한 것이지, 공권력의 행사로서의 행정처분을 한 경우에 해당되지 아니한다(대판 1990.3.22. 89누4789)

답 ①

8

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

2017 지방9급(1)

- ① 공법상 부당이득반환에 대한 청구권의 행사는 개별적인 사안에 따라 행정주체도 주장할 수 있다.
- ② 공법상 부당이득반환에 관한 일반법은 없으므로 특별한 규정이 없는 경우, 「민법」 상 부당이득 반환의 법리가 준용된다.
- ③ 잘못 지급된 보상금에 해당하는 금액의 징수처분을 해야 할 공익상 필요가 당사자가 입게 될 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우, 보상금을 받은 당사자로부터 오지급(誤支給) 금액의 환수처분이 가능하다.
- ④ 부가가치세 법령에 따른 환급세액 지급의무 등의 규정과 그 입법 취지에 비추어 볼 때 부가가치세 환급세액 반환은 공법상 부당이득반환으로서 민사소송의 대상이다.

해설

① (○) ㉠ 사인의 이득이 행정행위에 근거했으나 행정행위가 무효나 취소사유인 경우(예) 봉급과액수령, 무자격자의 연금수령), ㉡ 사인의 국유지 무단 점용 등 사인의 부당이득이 있는 경우 행정주체도 공법상 부당이득반환청구권을 행사할 수 있다.

• 행정법관계에서의 부당이득의 유형

부당이득의 성립	행정주체의 부당이득	사인의 부당이득
행정행위에 의한 성립	조세의 과오납, 국세환급금	무자격자 연금수령
행정행위에 의하지 않은 성립	행정주체가 사인 토지 무단점용, 정당한 권한 없이 사유지에 도로 조성·사용	사인이 국유지 무단사용, 공무원의 봉급 초과수령

- ② (○) 공법상 부당이득에 관한 일반적 규정이 없으므로 법령에 특별한 규정 없으면 민법 규정(741~749조)을 준용한다.
- ③ (○) 특수임무수행자 보상에 관한 법률(이하 '보상법'이라 한다) 제18조 제1항 제2호의 내용과 취지, 사회보장 행정영역에서의 수익적 행정처분 취소의 특수성 등을 종합해 보면, 보상법 제18조 제1항 제2호에 따라 보상금 등을 받은 당사자로부터 잘못 지급된 부분을 환수하는 처분을 함에 있어서는 그 보상금 등의 지급에 관하여 당사자에게 고의 또는 중과실의 귀책사유가 있는지 여부, 보상금의 액수·보상금 지급일과 환수처분일 사이의 시간적 간격·수급자의 보상금 소비 여부 등에 비추어 이를 다시 원상회복하는 것이 수급자에게 가혹한지 여부, 잘못 지급된 보상금 등에 해당하는 금액을 징수하는 처분을 통하여 달성하고자 하는 공익상 필요의 구체적 내용과 처분으로 말미암아 당사자가 입게 될 불이익의 내용 및 정도와 같은 여러 사정을 두루 살펴, 잘못 지급된 보상금 등에 해당하는 금액을 징수하는 처분을 해야 할 공익상 필요와 그로 인하여 당사자가 입게 될 기득권과 신뢰의 보호 및 법률생활 안정의 침해 등의 불이익을 비교·교량한 후, **공익상 필요가 당사자가 입게 될 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 한하여 보상금 등을 받은 당사자로부터 잘못 지급된 보상금 등에 해당하는 금액을 환수하는 처분을 하여야 한다.**(대판 2014.10.27. 2012두17186).
- ④ (×) 납세의무자에 대한 국가의 부가가치세 환급세액 지급의무는 부당이득 반환의무가 아닌 법령에 의한 공법상 의무이므로 국가에 대한 납세의무자의 부가가치세 환급세액 지급청구는 당사자소송에 따라야 함 : 부가가치세법령이 환급세액의 정의 규정, 그 지급시기와 산출방법에 관한 구체적인 규정과 함께 부가가치세 납세의무를 부담하는 사업자(이하 '납세의무자'라 한다)에 대한 국가의 환급세액 지급의무를 규정한 이유는, 입법자가 과세 및 징수의 편의를 도모하고 중복과세를 방지하는 등의 조세 정책적 목적을 달성하기 위한 입법적 결단을 통하여, 최종 소비자에 이르기 전의 각 거래단계에서 재화 또는 용역을 공급하는 사업자가 그 공급을 받는 사업자로부터 매출세액을 징수하여 국가에 납부하고, 그 세액을 징수당한 사업자는 이를 국가로부터 매입세액으로 공제·환급받는 과정을 통하여 그 세액의 부담을 다음 단계의 사업자에게 차례로 전가하여 궁극적으로 최종 소비자에게 이를 부담시키는 것을 근간으로 하는 전단계세액공제 제도를 채택한 결과, 어느 과세기간에 거래징수된 세액이 거래징수를 한 세액보다 많은 경우에는 그 납세의무자가 창출한 부가가치에 상응하는 세액보다 많은 세액이 거래징수되게 되므로 이를 조정하기 위한 과세기술상, 조세 정책적인 요충에 따라 특별히 인정된 것이라고 할 수 있다. 따라서 이와 같은 부가가치세법령의 내용, 형식 및 입법 취지 등에 비추어 보면, **납세의무자에 대한 국가의 부가가치세 환급세액 지급의무는 그 납세의무자로부터 어느 과세기간에 과다하게 거래징수된 세액 상당을 국가가 실제로 납부 받았는 지와 관계없이 부가가치세법령의 규정에 의하여 직접 발생하는 것으로서, 그 법적 성질은 정의와 공평의 관념에서 수익자와 손실자 사이의 재산상태 조정을 위해 인정되는 부당이득 반환의무가 아니라 부가가치세법령에 의하여 그 존부나 범위가 구체적으로 확정되고 조세 정책적 관점에서 특별히 인정되는 공법상 의무라고 봄이 타당하다.** 그렇다면 **납세의무자에 대한 국가의 부가가치세 환급세액 지급의무에 대응하는 국가에 대한 납세의무자의 부가가치세 환급세액 지급청구는 민사소송이 아니라 행정소송법 제3조 제2호에 규정된 당사자소송의 절차에 따라야 한다.**(대판 2013.3.21. 2011다95564)

답 ④

9

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

2018 국가9급+2019 지방7급

- ① 신고는 사인이 행하는 공법행위로 행정기관의 행위가 아니므로 「행정절차법」에는 신고에 관한 규정을 두고 있다.
- ② 신고의 수리는 타인의 행위를 유효한 행위로 받아들이는 행정행위를 말하며, 이는 강학상 준법률행위적 행정행위에 해당한다.
- ③ 「의료법」에 따라 정신과의원을 개설하려는 자가 법령에 규정되어 있는 요건을 갖추어 개설신고를 한 경우라도 관할 시장·군수·구청장은 법령에서 정한 요건 이외의 사유를 들어 의원급 의료기관 개설신고의 수리를 거부할 수 있다.
- ④ 「유통산업발전법」 상 대규모 점포의 개설 등록은 이른바 '수리를 요하는 신고'로서 행정처분에 해당한다.

해설

- ① (○) 신고는 사인이 행하는 공법행위로 행정기관의 행위가 아니므로 「행정절차법」에는 사인의 공법행위 중 자기완결적 신고에 관한 규정을 두고 있다.
* 기존 제출지문을 수정 출제하면서 정확히 수정하지 못하고 출제함
☑ 신고는 사인이 행하는 공법행위로 행정기관의 행위가 아니므로 「행정절차법」에는 신고에 관한 규정을 두고 있지 않다.(×)
- ② (×) 신고의 유형에 따라 수리행위의 법적 성질은 다르다.
• 자기완결적 신고(수리를 요하지 않는 신고)의 수리 : 접수행위로서 '사실행위'
• 행위요건적 신고(수리를 요하는 신고)의 수리 : 준법률행위적 행정행위인 '수리'

③ (×) 의료법이 의료기관의 종류에 따라 허가제와 신고제를 구분하여 규정하고 있는 취지 및 정신과의원을 개설하려는 자가 법령에 규정되어 있는 요건을 갖추어 개설신고를 한 경우, 행정청이 법령에서 정한 요건 이외의 사유를 들어 의원급 의료기관 개설신고의 수리를 거부할 수 없음 : 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률 제19조 제1항은 “정신의료기관의 개설은 의료법에 따른다. 이 경우 의료법 제36조에도 불구하고 정신의료기관의 시설·장비의 기준과 의료인 등 종사자의 수·자격에 관하여 필요한 사항은 정신의료기관의 규모 등을 고려하여 보건복지부령으로 따로 정한다.”라고 규정하고 있다. 위 후단 규정의 위임에 따라, 같은 법 시행규칙 [별표 3], [별표 4]는 정신의료기관에 관하여 시설·장비의 기준과 의료인 등 종사자의 수·자격 기준을 구체적으로 규정하고 있다. 한편 의료법은 의료기관의 개설 주체가 의원·치과의원·한의원 또는 조산원을 개설하려고 하는 경우에는 시장·군수·구청장에게 신고하도록 규정하고 있지만(제33조 제3항), 종합병원·병원·치과병원·한방병원 또는 요양병원을 개설하려고 하는 경우에는 시·도지사의 허가를 받도록 규정하고 있다(제33조 제4항). 이와 같이 의료법이 의료기관의 종류에 따라 허가제와 신고제를 구분하여 규정하고 있는 취지는, 신고 대상인 의원급 의료기관 개설의 경우 행정청이 법령에서 정하고 있는 요건 이외의 사유를 들어 신고 수리를 반려하는 것을 원칙적으로 배제함으로써 개설 주체가 신속하게 해당 의료기관을 개설할 수 있도록 하기 위함이다. 앞서 본 관련 법령의 내용과 이러한 신고제의 취지를 종합하면, **정신과의원을 개설하려는 자가 법령에 규정되어 있는 요건을 갖추어 개설신고를 한 때에, 행정청은 원칙적으로 이를 수리하여 신고필증을 교부하여야 하고, 법령에서 정한 요건 이외의 사유를 들어 의원급 의료기관 개설신고의 수리를 거부할 수는 없다.**(대판 2018.10.25. 2018두44302).

④ (○) 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, 제3조의2 제1항, 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 체계, 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 해당**하고 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).

※ **정답 여부** : 발표된 답안은 ③이다. 문제가 가장 옳지 않은 것을 고르라는 것이므로 ②를 수리를 요하는 신고의 수리로 해석하면 옳은 내용이 되어 ③을 정답으로 처리한 것으로 보이지만, ②는 전제로서 수리를 요하는 신고의 수리라고 명확히 표현해야 하며 행정법 상으로도 수리처분에 대한 항고소송 가능성에서도 분명한 차이가 있게 되므로 ②를 틀린 지문으로 본다. 참고로 2018년 국가직 9급에 같은 지문이 틀린 지문으로 출제되었다.

답 ②③

[관련기출] 신고에 대한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함) 2018 국가9급

- ① 신고는 사인이 행하는 공법행위로 행정기관의 행위가 아니므로 「행정절차법」에는 신고에 관한 규정을 두고 있지 않다.
- ② 신고의 수리는 타인의 행위를 유효한 행위로 받아들이는 행정행위를 말하며, 이는 강학상 법률행위적 행정행위에 해당한다.
- ③ 「행정절차법」 상 사전통지의 상대방인 당사자는 행정청의 처분에 대하여 직접 그 상대가 되는 자를 의미하므로, 「식품위생법」 상의 영업자지위승계신고를 수리하는 행정청은 영업자지위를 이전한 종전의 영업자에 대하여 사전통지를 할 필요가 없다.
- ④ 숙박업을 하고자 하는 자가 법령이 정하는 시설과 설비를 갖추고 행정청에 신고를 하면 행정청은 공중위생관리법령의 규정에 따라 원칙적으로 이를 수리하여야 하므로, 새로 숙박업을 하려는 자가 기존에 다른 사람이 숙박업 신고를 한 적이 있는 시설 등의 소유권 등 정당한 사용 권한을 취득하여 법령에서 정한 요건을 갖추어 신고하였다면, 행정청으로서는 특별한 사정이 없는 한 이를 수리하여야 하고, 기존의 숙박업 신고가 외관상 남아있다는 이유로 이를 거부할 수 없다.

해설

- ① (×) 현행 행정절차법에서 사인의 공법행위 중 자기완결적 신고에 관한 규정을 두고 있다.
- ② (×) 신고의 유형에 따라 수리행위의 법적 성질은 다르다.
 - 자기완결적 신고(수리를 요하지 않는 신고)의 수리 : 접수행위로서 ‘사실행위’
 - 행위요건적 신고(수리를 요하는 신고)의 수리 : 준법률행위적 행정행위인 ‘수리’
- ③ (×) 구 식품위생법 규정에 의하여 영업자지위승계신고를 수리하는 처분은 종전의 영업자의 권익을 제한하는 처분이라 할 것이고 따라서 종전의 영업자는 그 처분에 대하여 직접 그 상대가 되는 자에 해당한다고 봄이 상당하므로, 행정청으로서는 위 신고를 수리하는 처분을 함에 있어서 행정절차법 규정 소정의 당사자에 해당하는 종전의 영업자에 대하여 위 규정 소정의 행정절차를 실시하고 처분을 하여야 한다(대판 2003.2.14. 선고 2001두7015).
- ④ (○) 숙박업을 하려는 자가 법령이 정한 시설·설비를 갖춰 신고한 경우, 행정청은 수리해야 하며 중대한 공익상 필요 등 특별한 사정이 없는 한 법정 요건 외의 사유를 들어 수리를 거부할 수 없고, 이러한 법리는 이미 다른 사람 명의로 숙박업 신고가 되어 있는 시설의 전부나 일부에서 새로 숙박업을 하려는 자가 신고한 경우에도 마찬가지임 : 숙박업은 손님이 잠을 자고 머물 수 있도록 시설과 설비 등의 서비스를 제공하는 것이다. 공중위생관리법 제2조 제1항 제2호, 제3조 제1항, 제4조 제1항, 제7항, 공중위생관리법 시행규칙 제2조 [별표 1], 제3조의2 제1항 제3호, 제7조 [별표 4]의 문언, 체계와 목적에 비추어 보면, 숙박업을 하고자 하는 자는 위 법령에 정해진 소독이나 조명기준 등이 정해진 객실·접객대·로비시설 등을 다른 용도의 시설 등과 분리되도록 갖추어서 그곳에 숙박하고자 하는 손님이나 위생관리 등을 감독하는 행정청으로 하여금 해당 시설의 영업주체를 분명히 인식할 수 있도록 해야 한다. **숙박업을 하고자 하는 자가 법령이 정하는 시설과 설비를 갖추고 행정청에 신고를 하면, 행정청은 공중위생관리법령의 위 규정에 따라 원칙적으로 이를 수리하여야 한다.** 행정청이 법령이 정한 요건 이외의 사유를 들어 수리를 거부하는 것은 위 법령의 목적에 비추어 이를 거부해야 할 중대한 공익상의 필요가 있다는 등 특별한 사정이 있는 경우에 한한다. 이러한 법리는 이미 다른 사람 명의로 숙박업 신고가 되어 있는 시설 등의 전부 또는 일부에서 새로 숙박업을 하고자 하는 자가 신고를 한 경우에도 마찬가지이다. **기존에 다른 사람이 숙박업 신고를 한 적이 있더라도 새로 숙박업을 하려는 자가 그 시설 등의 소유권 등 정당한 사용권한을 취득하여 법령에서 정한 요건을 갖추어 신고하였다면, 행정청으로서는 특별한 사정이 없는 한 이를 수리하여야 하고, 단지 해당 시설 등에 관한 기존의 숙박업 신고가 외관상 남아있다는 이유만으로 이를 거부할 수 없다.**(대판 2017.5.30. 2017두34087)

답 ④

10 다음 <보기> 중 행정입법에 대한 설명으로 가장 옳은 내용만을 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2020 소방직+2020 국가7급

<보기>

㉠ 집행명령은 상위법령의 집행을 위해 필요한 사항을 규정한 것으로 법규명령에 해당하지만 법률의 수권 없이 제정할 수 있다.

㉡ 법률이 공법적 단체 등의 정관에 자치법적인 사항을 위임한 경우, 포괄적 위임입법금지가 원칙적으로 적용된다.

㉢ 상급행정기관이 하급행정기관에 대하여 업무처리지침이나 법령의 해석, 적용에 관한 기준을 정하여 발하는 이른바 행정규칙은 일반적으로 대외적 구속력을 갖는다.

- ① 없음 ② ㉠ ③ ㉠, ㉡ ④ ㉡

해설

- ㉠ (○) 집행명령은 법률의 범위 내에서 법률의 세부적 집행에 필요한 구체적·기술적 사항을 규율하기 위해 발하는 명령으로서 위임명령과 달리 법률의 위임(수권) 없이 제정할 수 있다.
- ㉡ (×) 법률이 공법적 단체 등의 정관에 자치법적 사항을 위임한 경우에는 헌법 제75조가 정하는 포괄적인 위임입법의 금지는 원칙적으로 적용되지 않는다고 봄이 상당하고, 그렇다 하더라도 그 사항이 국민의 권리·의무에 관련되는 것일 경우에는 적어도 국민의 권리·의무에 관한 기본적인 사항은 국회가 정하여야 한다(대판 2007.10.12. 2006두14476).
- ㉢ (×) 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 위반 하였다고 하여 그러한 사정만으로 곧바로 위법하게 되는 것은 아니다. 다만, 재량권 행사의 준칙인 행정규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이루어지게 되면 '평등의 원칙'이나 '신뢰보호의 원칙'에 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).

답 ②

11 다음 중 조세부과처분이 비록 위법하다 하더라도 그 하자가 중대하고 명백한 것이 아닌 한 일단 상대방은 세금을 납부해야 할 의무에 대한 효력으로 가장 옳은 것은?

2019 해경승진 / 2013 서울9급

- ① 집행력 ② 내용적 구속력 ③ 공정력 ④ 불가변력

해설

- 행정행위의 공정력이란 비록 행정행위에 하자(흠)가 있더라도 그것이 중대하고 명백하여 당연무효인 경우를 제외하고는(취소할 수 있는 행정행위에 한정) 권한 있는 기관[직권취소는 처분청, 재송취소는 행정심판위원회와 수소법원인 행정법원에 의하여 취소될 때까지는 상대방·이해관계인·타행정청·법원(민사·형사법원)에 대하여 일단 유효성(적법성×)의 추정을 받아 잠정적으로 통용되는 힘이다.
- 행정기본법 제15조(처분의 효력) 처분은 권한이 있는 기관이 취소 또는 철회하거나 기간의 경과 등으로 소멸되기 전까지는 유효한 것으로 통용된다. 다만, 무효인 처분은 처음부터 그 효력이 발생하지 아니한다.

답 ③

12 다음 <보기> 중 대외적 구속력을 인정할 수 없는 경우만을 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2020 지방9급

<보기>

㉠ 운전면허에 관한 제재적 행정처분의 기준이 「도로교통법 시행규칙」(별표)에 규정되어 있는 경우

㉡ 행정 각 부의 장이 정하는 특정 고시가 비록 법령에 근거를 둔 것이더라도 규정 내용이 법령의 위임범위를 벗어난 것일 경우

㉢ 상위법령에서 세부사항 등을 시행규칙으로 정하도록 위임하였음에도 이를 고시 등 행정규칙으로 정한 경우

㉣ 상위법령의 위임이 없음에도 상위법령에 규정된 처분요건에 해당하는 사항을 하위 부령에서 변경하여 규정한 경우

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

해설

- 모두 다 대외적 구속력이나 법규성이 인정되지 않는다.
- ㉠ 부령 형식의 제재적 처분기준 : 대외적 구속력 없음
도로교통법시행규칙 제53조 제1항 [별표 16]의 운전면허 행정처분기준은 행정청 내부의 사무처리준칙을 정한 것이므로 법원이나 국민은 기속하는 효력이 없다(대법원 1990.10.16. 90누4297).
- ㉡ 일반적으로 행정 각부의 장이 정하는 고시라도 그것이 특히 법령의 규정에서 특정 행정기관에 법령 내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여함으로써 법령 내용을 보충하는 기능을 가질 경우에는 형식과 상관없이 근거 법령 규정과 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 가지나 이는 어디까지나 법령의 위임에 따라 법령 규정을 보충 하는 기능을 가지는 점에 근거하여 예외적으로 인정되는 효력이므로 특정 고시가 비록 법령에 근거를 둔 것이더라도 규정 내용이 법령의 위임 범위를 벗어난 것일 경우에는 법규명령으로서의 대외적 구속력을 인정할 여지는 없다(대판 2016.8.17. 2015두51132).

- ㉔ 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)
- ㉕ 법령에서 행정처분의 요건 중 일부 사항을 부령으로 정할 것을 위임한 데 따라 시행규칙 등 부령에서 이를 정한 경우에 그 부령의 규정은 국민에 대해서도 구속력이 있는 법규명령에 해당한다고 할 것이지만, **법령의 위임이 없음에도 법령에 규정된 처분 요건에 해당하는 사항을 부령에서 변경하여 규정한 경우에는 그 부령의 규정은 행정청 내부의 사무처리 기준 등을 정한 것으로서 행정조직 내에서 적용되는 행정명령(행정규칙)의 성격을 지닐 뿐 국민에 대한 대외적 구속력은 없다고** 보아야 한다(대판 2013.9.12. 2011두10584 판결).

답 ④

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

2019 지방9급 수정

- ① 집행명령은 상위법령의 집행에 필요한 세칙을 정하는 범위 내에서만 가능하고 새로운 국민의 권리·의무를 정할 수 없다.
- ② 구 「청소년보호법 시행령」 제40조(별표6)의 위반행위의 종별에 따른 과징금처분기준에서 정한 과징금 수액은 정액이 아니고 최소한도액이다.
- ③ 집행명령은 상위법령이 개정되더라도 개정법령과 성질상 모순·저촉되지 아니하고 개정된 상위법령의 시행에 필요한 사항을 규정하고 있는 이상, 개정 법령의 시행을 위한 집행명령이 제정·발효될 때까지는 여전히 그 효력을 유지한다.
- ④ 상위법령에서 세부사항 등을 시행규칙으로 정하도록 위임하였으나, 이를 고시 등 행정규칙으로 정하였다면 대외적 구속력을 가지는 법규명령으로서 효력이 인정되지 않는다.

해설

- ① (○) 위임명령은 위임의 범위 내에서 국민의 권리·의무에 관한 사항을 새로이 규정할 수 있지만, 집행명령은 국민의 권리·의무에 관한 내용을 새로이 정할 수 없다.
- ② (×) 구 청소년보호법 제49조 제1항, 제2항의 위임에 따른 같은 법 시행령 제40조 [별표 6]의 위반행위의 종별에 따른 과징금 처분기준의 법적 성격(=법규명령) 및 그 과징금 수액의 의미(=최고한도액) : (구)청소년보호법 제49조 제1항·제2항에 따른 같은 법 시행령 제40조 [별표6]의 위반행위의 종별에 따른 과징금처분기준은 법규명령이기는 하나, 모법의 위임규정의 내용과 취지 및 헌법상의 과잉금지의 원칙과 평등의 원칙 등에 비추어 같은 유형의 위반행위라 하더라도 그 규모나 기간·사회적 비난 정도·위반행위로 인하여 다른 법률에 의하여 처벌받은 다른 사정·행위자의 개인적 사정 및 위반행위로 얻은 불법이익의 규모 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 사안에 따라 적절한 과징금의 액수를 정해야 할 것이므로 **그 수액은 정액이 아니라 최고한도액**이다.(대판 2001.3.9. 99두5207)
- ③ (○) 상위법령의 시행에 필요한 세부적 사항을 정하기 위하여 행정관청이 일반적 직권에 의하여 제정하는 이른바 집행명령은 근거법령인 상위법령이 폐지되면 특별한 규정이 없는 이상 실효되는 것이나, 상위법령이 개정됨에 그친 경우에는 개정법령과 성질상 모순, 저촉되지 아니하고 개정된 상위법령의 시행에 필요한 사항을 규정하고 있는 이상 그 집행명령은 상위법령의 개정에도 불구하고 당연히 실효되지 아니하고 개정법령의 시행을 위한 집행명령이 제정, 발효될 때까지는 여전히 그 효력을 유지한다(대판 1989.9.12. 88누6962).
- ④ (○) 상위법령에서 세부사항 등을 시행규칙으로 정하도록 위임하였음에도 이를 고시 등 행정규칙으로 정한 경우, 대외적 구속력을 가지는 법규명령으로서 효력을 인정할 수 없음 : 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

14 다음 중 재량권의 한계에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

2015 국가9급

- ① 개인의 신체, 생명 등 중요한 법익에 급박하고 현저한 침해의 우려가 있는 경우 재량권이 영(0)으로 수축된다.
- ② 재량권의 일탈이란 재량권의 내적 한계를 벗어난 것을 말하고, 재량권의 남용이란 재량권의 외적 한계를 벗어난 것을 말한다.
- ③ 판례는 재량권의 일탈과 재량권의 남용을 명확히 구분하고 있다.
- ④ 재량권의 불행사에는 재량권을 충분히 행사하지 아니한 경우는 포함되지 않는다.

해설

- ① (○) 재량권의 0으로의 수축 여부는 위협받고 있는 법익의 종류와 가치성(생명, 신체, 재산 등), 위협의 정도 및 위협의 제거가능성, 보충성(민사소송, 기타 피해자의 개인적 노력으로는 위협방지가 충분하게 이루어질 수 없다고 판단되는 상황)과 개입으로 초래되는 다른 위협의 정도 등을 고려해서 판단한다. 학계에서는 일반적으로 ㉠ 사람의 생명, 신체 및 재산 등에 대해 중대하고 급박한 위협이 존재하고, ㉡ 그러한 위협이 행정권의 발동에 의해 제거될 수 있는 것으로 판단되며, ㉢ 피해자의 개인적인 노력으로는 권익침해의 방지가 충분하게 이루어질 수 없다고 인정되는 경우에 재량권이 영으로 수축된다고 본다.
- ② (×) ㄱ 재량권의 내적 한계(위반 → 재량권 남용) : (조리상 한계) 법의 목적, 헌법원칙, 행정법의 일반원칙(평등·비례원칙)
 ㄴ 재량권의 외적 한계(위반 → 재량권 일탈) : (법규상 한계) 법이 부여한 재량권의 범위 내

- ③ (x) 재량의 일탈·남용을 구분하는 것은 종래 학설의 입장이고, 오늘날 학설과 판례는 양자를 명확히 구별하지 않는다.
- ④ (x) 재량권의 불행사에는 행정기관이 재량행위를 기속행위로 오인하여 재량권을 행사하지 않은 경우뿐만 아니라 재량을 행사할 때 고려해야 할 사항을 충분히 고려하지 않은 경우까지 포함된다.

• 재량하자

재량의 일탈·유월(逸脫·踰越)	법이 허용하는 재량의 범위(외적 한계)를 넘어 재량권 행사 예 법정 과징금 최고한도가 500만원인데 600만원 부과
재량의 남용(濫用)	재량권의 외적 한계를 넘지 않았으나 법의 목적·헌법원칙·행정법일반원칙(평등·비례)에 위배 ㉠ 평등원칙·비례원칙·자기구속원칙·신뢰보호원칙·부당결부금지원칙 위반 ㉡ 목적 위반, 동기의 부정 : 재량권 행사가 법률이 정한 목적과 다르거나 불법한 동기로 행사 ㉢ 사실의 오인 : 일정 사실을 재량처분의 요건으로 규정시 그 사실의 존재여부 및 법정요건의 해당 여부에 대한 판단착오(사실 존부의 판단에는 재량권이 있을 수 없음) 예 징계 원인이 되는 사실이 존재하지 않는데 징계권 행사
재량의 불행사(흡결·해태)	• 재량행위를 기속행위로 오인하여 재량권 행사를 안 한 경우 • 재량 행사를 했으나 고려할 사항을 충분히 고려하지 않은 경우

답 ①

15 다음 <보기> 중 행정행위에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2019 소방직 수정

<보기>

- ㉠ 사립학교법인 임원의 선임에 대한 승인
- ㉡ 정비조합 정관변경에 대한 인가
- ㉢ 공유수면사용에 대한 허가

- ① 기본행위가 무효이어도 ㉠ 행위는 유효하다.
- ② ㉠ 행위는 기본행위의 효력을 완성시켜 주는 형성적 행위이다.
- ③ ㉡ 행위는 기본행위의 효력을 완성시켜 주는 보충적 행위이다.
- ④ ㉢ 행위는 학문상 특허에 해당한다.

해설

㉠·㉡은 인가(기본행위인 법률행위의 법적 효력을 완성시켜주는 보충적 행위), ㉢은 특허(설권행위). 인가나 특허는 모두 형성적 행위이다.
 ① (x) 기본행위가 무효인 경우 ㉠(인가행위)도 무효이다.

답 ①

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

2018 국가7급

- ① 부관의 일종인 사후부담은 법률에 명문의 규정이 있거나 그것이 미리 유보되어 있는 경우 또는 상대방의 동의가 있는 경우에 허용되는 것이 원칙이다.
- ② 취소소송에 의하지 않으면 권리구제를 받을 수 없는 경우에는, 부담이 아닌 부관이라 하더라도 그 부관만을 대상으로 취소소송을 제기하는 것이 허용된다.
- ③ 행정처분과의 실제적 관련성이 없어 부관으로 붙일 수 없는 부담은 사법상 계약의 형식으로도 부과할 수 없다.
- ④ 법령에 특별한 근거 규정이 없는 한 기속행위에는 부관을 붙일 수 없고 기속행위에 붙은 부관은 무효이다.

해설

- ① (○) 부관의 사후변경은, 법률에 명문의 규정이 있거나 그 변경이 미리 유보되어 있는 경우 또는 상대방의 동의가 있는 경우에 한하여 허용되는 것이 원칙이지만, 사정변경으로 인하여 당초에 부담을 부가한 목적을 달성할 수 없게 된 경우에도 그 목적 달성에 필요한 범위 내에서 예외적으로 허용된다(대판 1997.5.30. 97누2627)
- ② (x) **부담 외의 부관은 독립쟁송 불가** : 행정행위의 부관은 부담인 경우를 제외하고는 독립하여 행정소송의 대상이 될 수 없는 바, 기부채납받은 행정재산에 대한 사용·수익허가에서 공유재산의 관리청이 정한 사용·수익허가의 기간은 그 허가의 효력을 제한하기 위한 행정행위의 부관으로서 이러한 사용·수익허가의 기간에 대해서는 독립하여 행정소송을 제기할 수 없다(대판 2001.6.15. 99두509).
- ③ (○) **행정처분과 실제적 관련성이 없어 부관으로 붙일 수 없는 부담을 사법상 계약의 형식으로 상대방에게 부과할 수 없음** : 공무원이 인·허가 등 수익적 행정처분을 하면서 상대방에게 그 처분과 관련하여 이른바 부관으로서 부담을 붙일 수 있다 하더라도, 그러한 부담은 법치주의와 사유재산 존중, 조세법률주의 등 헌법의 기본원리에 비추어 비례의 원칙이나 부당결부금지의 원칙에 위배되지 않아야만 적법한 것인바, **행정처분과 부관 사이에 실제적 관련성이 있다고 볼 수 없는 경우 공무원이 위와 같은 공법상의 제한을 회피할 목적으로 행정처분의 상대방과 사이에 사법상 계약을 체결하는 형식을 취하였다면 이는 법치행정의 원리에 반하는 것으로서 위법하다**(대판 2010.1.28. 2007도9331).
- ④ (○) 일반적으로 기속행위나 기속적 재량행위에는 부관을 붙일 수 없고, 만약 부관을 붙였다 하더라도 그 부관은 무효이다(대판 1993.7.27. 92누13998 ; 대판 1995.6.13. 94다56883).

• 행정기본법 제17조(부관)

- ① 행정청은 처분에 재량이 있는 경우에는 부관(조건, 기한, 부담, 철회권의 유보 등을 말한다. 이하 이 조에서 같다)을 붙일 수 있다.
- ② 행정청은 처분에 재량이 없는 경우에는 법률에 근거가 있는 경우에 부관을 붙일 수 있다.
- ③ 행정청은 부관을 붙일 수 있는 처분이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 처분을 한 후에도 부관을 새로 붙이거나 종전의 부관을 변경할 수 있다.
 - 1. 법률에 근거가 있는 경우
 - 2. 당사자의 동의가 있는 경우
 - 3. 사정이 변경되어 부관을 새로 붙이거나 종전의 부관을 변경하지 아니하면 해당 처분의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우
- ④ 부관은 다음 각 호의 요건에 적합하여야 한다.
 - 1. 해당 처분의 목적에 위배되지 아니할 것
 - 2. 해당 처분과 실질적인 관련이 있을 것
 - 3. 해당 처분의 목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 범위일 것

답 ②

17 다음 <보기> 중 무효인 행정행위에 해당하는 것을 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2017 지방7급

<보기>

- ㉠ 「행정절차법」 상 청문절차를 거쳐야 하는 처분임에도 청문절차를 결여한 처분
- ㉡ 「택지개발촉진법」 상 택지개발예정지구를 지정함에 있어 거쳐야 하는 관계 중앙행정기관의 장과의 협의를 거치지 않은 택지개발예정지구 지정처분
- ㉢ 「환경영향평가법」 상 환경영향평가를 실시하여야 할 사업에 대하여 환경영향평가를 거치지 않고 행한 승인처분
- ㉣ 과세처분의 근거가 되었던 법률 규정에 대해 위헌결정이 내려진 이후 당해 처분의 집행을 위해 행한 체납처분

① ㉠, ㉢

② ㉠, ㉡

③ ㉡, ㉣

④ ㉢, ㉣

해설

- ㉠ [취소사유] 청문절차를 결여한 처분의 위법성 정도에 대해 다수설은 중대명백설을 취하지만, 취소사유라는 것이 최근의 대법원의 주류적 경향이다. 행정절차법 22조 1항 1호에 정한 청문제도는 행정처분의 사유에 대하여 당사자에게 변명과 유리한 자료를 제출할 기회를 부여함으로써 위법사유의 시정가능성을 고려하고 처분의 신중과 적정을 기하려는 데 그 취지가 있으므로, 행정청이 특히 침해적 행정처분을 할 때 그 처분의 근거 법령 등에서 청문을 실시하도록 규정하고 있다면, 행정절차법 등 관련 법령상 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당하지 않는 한 반드시 청문을 실시해야 하며, 그러한 절차를 결여한 처분은 위법한 처분으로서 취소사유에 해당한다(대판 2007.11.16. 2005두15700).
- ㉡ [취소사유] 구 택지개발촉진법에 의하면, 택지개발은 택지개발예정지구의 지정(3조), 택지개발계획의 승인(8조), 이에기한 수용재결 등의 순서로 이루어지는 바, 위 각 행위는 각각 단계적으로 별개의 법률효과가 발생하는 독립한 행정처분이어서 선행처분에 불가쟁력이 생겨 그 효력을 다룰 수 없게 된 경우에는 선행처분에 위법사유가 있다고 할지라도 그것이 당연무효의 사유가 아닌 한 선행처분의 하자가 후행처분에 승계되는 것은 아니라고 할 것인데, 같은 법 3조에서 건설부장관이 택지개발예정지구를 지정함에 있어 미리 관계중앙행정기관의 장과 협의를 하라고 규정한 의미는 그의 자문을 구하라는 것이지 그 의견을 따라 처분을 하라는 의미는 아니라 할 것이므로 이러한 협의를 거치지 아니하였다고 하더라도 이는 위 지정처분을 취소할 수 있는 원인이 되는 하자정도에 불과하고 위 지정처분이 당연무효가 되는 하자에 해당하는 것은 아니다(대판 2000.10.13. 99두653).
- ㉢ [무효사유] 환경영향평가법령에서 정한 환경영향평가를 거쳐야 할 대상사업에 대하여 그러한 환경영향평가를 거치지 아니하였음에도 승인 등 처분을 하였다면 그 처분은 위법(무효사유)하다 할 것이나, 그러한 절차를 거쳤다면, 비록 그 환경영향평가의 내용이 다소 부실하다 하더라도, 그 부실의 정도가 환경영향평가 제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없을 정도이어서 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도의 것이 아닌 이상, 그 부실은 당해 승인 등 처분에 재량권 일탈·남용의 위법이 있는지 여부를 판단하는 하나의 요소로 됨에 그칠 뿐, 그 부실로 인하여 당연히 당해 승인 등 처분이 위법하게 되는 것이 아니다(대판 2006.3.16. 2006두330).
- ㉣ [무효사유] 과세처분 이후 조세 부과에 대한 위헌결정이 내려진 경우, 그 조세채권의 집행을 위한 체납처분이 당연무효이다(대판 2012.2.16. 2010두10907).

답 ④

18 다음 중 「행정절차법」 상 행정절차에 관한 설명으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2017 교행9급

- ① 신청에 대한 거부처분은 특별한 사정이 없는 한 처분의 사전통지 대상이 되지 않는다.
- ② 「행정절차법」은 행정예고와 공법상 계약에 관하여 규정하고 있다.
- ③ 행정처분의 상대방이 청문일시에 불출석하였다는 이유로 청문을 실시하지 않은 침해적 행정처분은 적법하다.
- ④ 행정청과 당사자 사이에 협약의 체결로 청문의 실시 등 의견청취절차를 배제한 경우 청문의 실시에 관한 규정의 적용이 배제된다.

해설

- ① (○) 특별한 사정이 없는 한, 신청에 대한 거부처분은 행정절차법 21조 1항 소정의 처분의 사전통지대상이 되지 않음 : 행정절차법 제21조 제1항은 행정청은 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 처분의 제목, 당사자의 성명 또는 명칭과 주소, 처분하고자 하는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거, 그에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리방법, 의견제출기관의 명칭과 주소, 의견제출기한 등을 당사자 등에게 통지하도록 하고 있는 바, 신청에 따른 처분이 이루어지지 아니한 경우에는 아직 당사자에게 권익이 부과되지 아니하였으므로 특별한 사정이 없는 한 신청에 대한 거부처분이라고 하더라도 직접 당사자의 권익을 제한하는 것은 아니어서 신청에 대한

거부처분을 여기에서 말하는 '당사자의 권익을 제한하는 처분'에 해당한다고 할 수 없는 것이어서 처분의 사전통지대상이 된다고 할 수 없다(대판 2003.11.28. 2003두674). → 공무원임용신청에 대한 거부는 특별한 사정이 없는 한 「행정절차법」 제21조의 처분의 사전통지대상이 되지 않는 것으로 본 사례

- ② (×) 행정예고에 관하여는 규정하고 있으나 공법상 계약에 관하여는 규정하고 있지 않다. 공법상 계약에 관하여는 행정기본법에 규정.
 - 행정절차법 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.
 - 행정기본법 제27조(공법상 계약의 체결) ① 행정청은 법령등을 위반하지 아니하는 범위에서 행정목적 달성을 위하여 필요한 경우에는 공법상 법률관계에 관한 계약(이하 "공법상 계약"이라 한다)을 체결할 수 있다. 이 경우 계약의 목적 및 내용을 명확하게 적은 계약서를 작성하여야 한다. ② 행정청은 공법상 계약의 상대방을 선정하고 계약 내용을 정할 때 공법상 계약의 공공성과 제3자의 이해관계를 고려하여야 한다.
- ③ (×) 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 반송 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 것이므로, 행정처분의 상대방에 대한 청문통지서가 반송되었다거나, 행정처분의 상대방이 청문일시에 불출석하였다는 이유로 청문을 실시하지 않고 한 침해적 행정처분은 위법하다. 구 공중위생법상 유기장업허가취소처분을 함에 있어서 두 차례에 걸쳐 발송한 청문통지서가 모두 반송되어 온 경우, 행정절차법 제21조 제4항 제3호에 정한 청문을 실시하지 않아도 되는 예외 사유에 해당한다고 단정하여 당사자가 청문일시에 불출석하였다는 이유로 청문을 거치지 않고 이루어진 위 처분이 위법하지 않다고 판단한 원심판결을 파기한 사례.(대판 2001.4.13. 2000두3337).
- ④ (×) 행정청이 당사자와 사이에 도시계획사업의 시행과 관련한 협약을 체결하면서 관계법령 및 행정절차법에 규정된 청문의 실시 등 의견청취절차를 배제하는 조항을 두었다고 하더라도, 국민의 행정참여를 도모함으로써 행정의 공정성·투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익을 보호한다는 행정절차법의 목적 및 청문제도의 취지 등에 비추어 볼 때, 위와 같은 협약의 체결로 청문의 실시에 관한 규정의 적용을 배제할 수 있다고 볼 만한 법령상의 규정이 없는 한, 이러한 협약이 체결되었다고 하여 청문의 실시에 관한 규정의 적용이 배제된다거나 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당한다고 할 수 없다(대판 2004.7.8. 2002두8350). → 의견청취절차 배제 협약은 효력이 없음

• 행정절차법 제22조 4항 : 의견청취(청문, 공청회, 의견제출)를 안 해도 되는 사유(이 사유가 아니면 불이익 처분시 의견청취는 행정청의 의무사항)

- ㉠ 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우
- ㉡ 법령 등에서 요구된 자격이 없거나 없어지게 되면 반드시 일정한 처분을 해야 하는 경우에 그 자격이 없거나 없어지게 된 사실이 법원의 재판 등에 의하여 객관적으로 증명된 때, — 사전통지 예외 사유
- ㉢ 당해 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우
- ㉣ 당사자가 의견진술의 기회를 포기한다는 뜻을 명백히 표시한 경우

답 ①

19 다음 <보기> 중 취소소송의 소송요건을 충족하지 않은 경우에 해당하는 것만을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2018 지방7급

<보기>

- ㉠ 처분이 있음을 안 날부터 90일이 경과하였으나, 아직 처분이 있는 날부터 1년이 경과되지 않은 시점에서 제기된 취소소송
- ㉡ 기간제로 임용된 국·공립대학의 조교수에 대해 임용기간 만료로 한 재임용거부에 대하여 제기된 거부처분 취소소송
- ㉢ 사실심 변론종결시에는 원고적격이 있었으나, 상고심에서 원고적격이 흠결된 취소소송

- ① ㉠
- ② ㉡
- ③ ㉠, ㉢
- ④ ㉠, ㉡, ㉢

해설

- ㉠ [불충족] '처분이 있음을 안 날부터 90일'과 '처분이 있는 날부터 1년'은 양자는 택일관계가 아니므로 어느 하나가 먼저 경과되면 불가쟁력이 발생하여 소 제기를 할 수 없다.
- ㉡ [충족] 대학교원의 임용권자가 임용기간이 만료된 조교수에 대하여 재임용을 거부하는 취지로 한 임용기간만료의 통지는 행정소송의 대상이 되는 처분에 해당 : 기간제로 임용되어 임용기간이 만료된 국·공립대학의 조교수는 교원으로서의 능력과 자질에 관하여 합리적인 기준에 의한 공정한 심사를 받아 위 기준에 부합되면 특별한 사정이 없는 한 재임용되리라는 기대를 가지고 재임용 여부에 관하여 합리적인 기준에 의한 공정한 심사를 요구할 법규상 또는 조리상 신청권을 가진다고 할 것이니, 임용권자가 임용기간이 만료된 조교수에 대하여 재임용을 거부하는 취지로 한 임용기간만료의 통지는 위와 같은 대학교원의 법률관계에 영향을 주는 것으로서 행정소송의 대상이 되는 처분에 해당한다(대판 2004.4.22. 2000두7735).
- ㉢ [불충족] 법률상 보호되는 이익은 당해 처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익을 말하며, 원고적격은 소송요건의 하나이므로 사실심 변론종결시는 물론 상고심에서도 존속하여야 하고 이를 흠결하면 부적법한 소가 된다(대판 2007.4.12. 2004두7924).

답 ③

22 다음 중 행정의 새로운 실효성 확보수단에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2018 경찰경채(2)+2019 서울9급(2)

- ① 행정청의 재량권이 부여되어 있는 과징금 부과 처분이 법이 정한 한도액을 초과하여 위법할 경우, 법원으로서 그 한도액을 초과한 부분이나 법원이 적정하다고 인정되는 부분을 초과한 부분만을 취소할 수 있다.
- ② 가산금과 증가산금은 납부기한까지 세금이 납부되지 아니하면 과세권자의 확정절차 없이 관련 법률 규정에 의하여 당연히 발생되고 그 액수도 확정된다.
- ③ 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 상 시정 명령의 내용은 과거의 위반행위에 대한 중지는 물론 가까운 장래에 반복될 우려가 있는 동일 유형의 반복금지까지 명할 수 있다.
- ④ 행정상 공급거부에 대한 권리구제에 있어 단수 처분은 항고소송의 대상이 되는 행정처분이므로 위법한 단수처분에 대해서는 행정소송을 제기하여 그 취소를 구할 수 있다.

해설

- ① (×) 과징금부과처분과 같이 재량행위인 경우에는 처분청의 재량권을 존중해야 하고 법원은 전부취소를 하여 처분청이 다시 적정한 처분을 하도록 해야 한다. 즉 재량행위의 일부취소는 인정될 수 없다.

자동차운수사업면허조건 등을 위반한 사업자에 대한 과징금부과처분이 법정 최고한도액을 초과하여 위법한 경우, 법원은 전부취소 판결을 해야 함 : 자동차운수사업 면허조건 등에 위반한 사업자에 대하여 행정청이 행정제재수단으로서 사업정지를 명할 것인지, 과징금을 부과할 것인지, 과징금을 부과키로 하였다면 그 금액은 얼마로 할 것인지 등에 관하여 재량권이 부여되어 있다 할 것이고, 과징금 최고한도액 5,000,000원의 부과처분만으로는 적절치 않다고 여길 경우 사업정지 쪽을 택할 수도 있다 할 것이므로 과징금 부과처분이 법이 정한 한도액을 초과하여 위법할 경우 법원으로서 그 전부를 취소할 수밖에 없고, 그 한도액을 초과한 부분이나 법원이 적정하다고 인정되는 부분을 초과한 부분만을 취소할 수는 없다(대판 1993.7.27. 93누1077).

- ② (○) 국세징수법 제21조, 제22조가 규정하는 가산금 또는 증가산금은 국세를 납부기한까지 납부하지 아니하면 과세청의 확정절차 없이도 법률 규정에 의하여 당연히 발생하는 것이므로 가산금 또는 증가산금의 고지가 항고소송의 대상이 되는 처분이라고 볼 수 없다(대판 2005.6.10. 2005다15482)

* 판결 당시와 달리 현행법 체계에서는 국세징수법 상 가산금·증가산금 제도가 폐지되고 국세기본법 상 납부지연가산세로 통합되었다. 따라서 ②번 지문은 '구 국세징수법 규정에 의한'이라는 제한이 추가되어야 한다. 종전 가산금과 현행 가산세는 다음의 차이점을 갖는다.

구분	가산금·증가산금	가산세
납부의무 발생	과세관청의 확정절차 없이도 법률 규정에 의하여 당연히 발생	과세관청에 의한 부과처분에 의하여 발생
처분성	가산금·증가산금 고지는 처분성 없음(항고소송 불가)	가산세 부과처분의 처분성 인정(항고소송 가능)

※ 현행법상 존재하는 가산금·증가산금(예 질서위반행위규제법 상 가산금·증가산금)의 경우 위 표의 가산세와 구별되는 성격을 갖게 된다.

- ③ (○) 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」에 의한 시정명령이 지나치게 구체적인 경우 매일 매일 다소간의 변형을 거치면서 행해지는 수많은 거래에서 정합성이 떨어져 결국 무의미한 시정명령이 되므로 그 본질적인 속성상 다소간의 포괄성·추상성을 띠 수밖에 없다 할 것이고, 한편 시정명령 제도를 둔 취지에 비추어 시정명령의 내용은 과거의 위반행위에 대한 중지는 물론 가까운 장래에 반복될 우려가 있는 동일한 유형의 행위의 반복금지까지 명할 수는 있는 것으로 해석함이 상당하다(대판 2003.2.20. 2001두5347)
- ④ (○) 단수처분은 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 1979.12.28. 79누218)

답 ①

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

2019 지방7급

- ① 「건축법」 상 이행강제금 납부의무는 상속인 기타의 사람에게 승계될 수 없는 일신전속적인 성질을 갖는다.
- ② 「행정대집행법」 상 건물철거 대집행은 다른 방법으로는 이행의 확보가 어렵고 불이행을 방치함이 심히 공익을 해하는 것으로 인정될 때에 한하여 허용되고 이러한 요건의 주장·입증책임은 처분 행정청에 있다.
- ③ 「국세징수법」 상의 공매통지 자체는 그 상대방인 체납자 등의 법적 지위나 권리·의무에 직접적인 영향을 주는 행정처분에 해당한다고 할 것이므로 공매통지 자체를 항고소송의 대상으로 삼아 그 취소 등을 구할 수 있다.
- ④ 관계 법령상 행정대집행의 절차가 인정되어 행정청이 행정대집행의 방법으로 건물의 철거 등 대체적 작위의무의 이행을 실현할 수 있는 경우에는 따로 민사소송의 방법으로 그 의무의 이행을 구할 수 없다.

해설

- ① (○) (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 성질**의 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).
- ② (○) 「건축법」에 위반하여 건축한 것(허가 없이 신축·증축한 불법건축물)이어서 철거의무가 있는 건물이라 하더라도 그 철거의무를 대집행하기 위한 계고처분을 하려면 다른 방법으로는 이행의 확보가 어렵고 불이행을 방지함이 심히 공익을 해하는 것으로 인정될 때에 한하여 허용되고, 이러한 요건의 주장·입증책임은 처분행정청에 있다(대판 1996.10.11. 96누8086).
- ③ (×) **공매통지는 공매의 절차적 요건이지만 행정처분은 아니므로 공매통지 자체는 항고소송의 대상이 아님**: 체납자 등에 대한 공매통지는 국가의 강제력에 의하여 진행되는 공매에서 체납자 등의 권리 내지 재산상의 이익을 보호하기 위하여 법률로 규정한 절차적 요건이라고 보아야 하며, 공매처분을 하면서 체납자 등에게 공매통지를 하지 않았거나 공매통지를 하였더라도 그것이 적법하지 아니한 경우에는 절차상의 흠이 있어 그 공매처분이 위법하게 되는 것이지만, **공매통지 자체가 그 상대방인 체납자 등의 법적 지위나 권리·의무에 직접적인 영향을 주는 행정처분에 해당한다고 할 것은 아니므로 다른 특별한 사정이 없는 한 체납자 등은 공매통지의 결여나 위법을 들어 공매처분의 취소 등을 구할 수 있는 것이지 공매통지 자체를 항고소송의 대상으로 삼아 그 취소 등을 구할 수는 없다**(대판 2011.3.24. 2010두25527).
- ④ (○) 관계 법령상 행정대집행의 절차가 인정되어 행정청이 행정대집행의 방법으로 건물의 철거 등 대체적 작위의무의 이행을 실현할 수 있는 경우에는 따로 민사소송의 방법으로 그 의무의 이행을 구할 수 없다(대판 2017.4.28. 2016다213916).

답 ③

24 다음 중 행정상 강제징수에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2010 국가7급

- ① 국세를 그 납부기한까지 완납하지 아니한 때에는 세무서장은 납기 경과 후 30일 내에 독촉장을 발부하여야 한다.
- ② 납세의무자의 재산에 대하여 사실상·법률상의 처분을 금지시키는 강제보전행위인 압류는 사실행위로서 처분적 성격을 가지지 않는다.
- ③ 압류대상 재산은 의무자 및 동거인의 소유인 재산적인 가치가 있는 모든 재산을 말하며, 생활필수품의 압류에는 의무자의 동의를 요한다.
- ④ 체납자가 사망한 후 체납자 명의의 재산에 대하여 한 압류는 그 재산을 상속한 상속인에 대하여 한 것으로 본다.

해설

- ① (×) 독촉은 원칙적으로 독촉장(문서)에 의하여야 하고, 국세를 지 정납부기한이 지난 후 10일 이내에 독촉장을 발급해야 하며, 독촉하는 날부터 20일 이내의 범위에서 기한을 정하여 발급한다(국세징수법 제10조).

• 국세징수법 제10조(독촉)

- ① 관할 세무서장은 납세자가 국세를 지정납부기한까지 완납하지 아니한 경우 **지정납부기한이 지난 후 10일 이내에 체납된 국세에 대한 독촉장을 발급**하여야 한다. 다만, 제9조에 따라 국세를 납부기한 전에 징수하거나 체납된 국세가 일정한 금액 미만인 경우 등 대통령령으로 정하는 경우에는 독촉장을 발급하지 아니할 수 있다.
- ② 관할 세무서장은 제1항 본문에 따라 독촉장을 발급하는 경우 **독촉을 하는 날부터 20일 이내의 범위에서 기한을 정하여 발급**한다.

- ② (×) 압류는 의무자에 대한 재산에 대해 사실상·법률상의 처분을 금지시키고 처분권을 확보하는 강제집행절차로 권력적 사실행위이며 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다.

- ③ (×) 체납자와 그 동거가족의 **생활에 없어서는 아니 될 의복, 침구, 가구와 주방기구는 압류금지 재산**이다.(국세징수법 제41조 제1호)

• 국세징수법 제41조(압류금지 재산) 다음 각 호의 재산은 압류할 수 없다.

- | | |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> 1. 체납자 또는 그와 생계를 같이 하는 가족(사실상 혼인관계에 있는 사람을 포함한다. 이하 이 조에서 “동거가족”이라 한다)의 생활에 없어서는 아니 될 의복, 침구, 가구, 주방기구, 그 밖의 생활필수품 2. 체납자 또는 그 동거가족에게 필요한 3개월간의 식료품 또는 연료 3. 인감도장이나 그 밖에 직업에 필요한 도장 4. 제사 또는 예배에 필요한 물건, 비석 또는 묘지 5. 체납자 또는 그 동거가족의 장례에 필요한 물건 6. 족보·일기 등 체납자 또는 그 동거가족에게 필요한 장부 또는 서류 7. 직무 수행에 필요한 제복 8. 훈장이나 그 밖의 명예의 증표 9. 체납자 또는 그 동거가족의 학업에 필요한 서적과 기구 10. 발명 또는 저작에 관한 것으로서 공표되지 아니한 것 11. 주로 자기의 노동력으로 농업을 하는 사람에게 없어서는 아니 될 기구, 가족, 사료, 종자, 비료, 그 밖에 이에 준하는 물건 | <ul style="list-style-type: none"> 12. 주로 자기의 노동력으로 여업을 하는 사람에게 없어서는 아니 될 어망, 기구, 미끼, 새끼 물고기, 그 밖에 이에 준하는 물건 13. 전문직 종사자·기술자·노무자, 그 밖에 주로 자기의 육체적 또는 정신적 노동으로 직업 또는 사업에 종사하는 사람에게 없어서는 아니 될 기구, 비품, 그 밖에 이에 준하는 물건 14. 체납자 또는 그 동거가족의 일상생활에 필요한 안경·보청기·의치·의수족·지팡이·장애보조용 바퀴의자, 그 밖에 이에 준하는 신체보조기구 및 「자동차관리법」에 따른 경형자동차 15. 재해의 방지 또는 보안을 위하여 법령에 따라 설치하여야 하는 소방설비, 경보기구, 피난시설, 그 밖에 이에 준하는 물건 16. 법령에 따라 지급되는 사망급여금 또는 상이급여금(傷殘給與金) 17. 「주택임대차보호법」 제8조에 따라 우선변제를 받을 수 있는 금액 18. 체납자의 생계 유지에 필요한 소액금융재산으로서 대통령령으로 정하는 것 |
|--|--|

- ④ (○) **국세징수법 제27조(상속 또는 합병의 경우의 체납처분의 효력)** ① 체납자의 재산에 대하여 체납처분을 집행한 후 체납자가 사망하였거나 체납자인 법인이 합병에 의하여 소멸되었을 때에도 그 재산에 대한 체납처분은 계속 진행하여야 한다. ② **체납자가 사망한 후 체납자 명의의 재산에 대하여 한 압류는 그 재산을 상속한 상속인에 대하여 한 것으로 본다.**

답 ④

25

다음 중 행정상 즉시강제에 관한 설명으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2018 교행9급 + 2017 국가9급(2)

- ① 즉시강제는 대체적 작위의무의 불이행이 있는 경우에 행정청이 스스로 의무자가 행할 행위를 대신 수행하는 조치이다.
- ② 신체의 자유를 제한하는 즉시강제는 「헌법」상 기본권침해에 해당하여 법률의 규정에 의해서도 허용되지 아니한다.
- ③ 불법게임물을 발견한 경우 관계공무원으로 하여금 영장 없이 이를 수거하여 폐기하게 할 수 있도록 규정한 구 「음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률」의 조항은 급박한 상황에 대처하기 위해 행정상 즉시강제를 행할 불가피성과 정당성이 인정되지 않으므로 헌법상 영장주의에 위배된다.
- ④ 즉시강제로써 행정상 장애를 제거하여 보호하고자 하는 공익과 즉시강제에 따른 권익침해 사이에는 비례관계가 있어야 한다.

해설

- ① (×) 행정대집행에 관한 설명이다. 행정상 즉시강제는 현재의 급박한 행정상의 장애를 제거하기 위한 경우로서 행정청이 미리 행정상 의무 이행을 명할 시간적 여유가 없는 경우나 그 성질상 행정상 의무의 이행을 명하는 것만으로는 행정목적 달성이 곤란한 경우 행정청이 곧바로 국민의 신체 또는 재산에 실력을 행사하여 행정목적 달성을 꾀(행정기본법 제30조 1항 5호).
- ② (×) 즉시강제는 법적 근거가 있어야 가능하다.
 - 행정상 즉시강제란 행정강제의 일종으로서 목전의 급박한 행정상 장애를 제거할 필요가 있는 경우에, 미리 의무를 명할 시간적 여유가 없을 때 또는 그 성질상 의무를 명하여 가지고는 목적 달성이 곤란할 때에, 직접 국민의 신체 또는 재산에 실력을 가하여 행정상 필요한 상태를 실현하는 작용이며, 법령 또는 행정처분에 의한 선행의 구체적 의무의 존재와 그 불이행을 전제로 하는 행정상 강제집행과 구별된다. **행정강제는 행정상 강제집행을 원칙으로 하며, 법치국가적 요청인 예측가능성과 법적 안정성에 반하고, 기본권 침해의 소지가 큰 권력작용인 행정상 즉시강제는 어디까지나 예외적인 강제수단이라고 할 것이다.** 이러한 행정상 즉시강제는 엄격한 실정법상의 근거를 필요로 할 뿐만 아니라, 그 발동에 있어서는 법규의 범위 안에서 다시 행정상의 장애가 목전에 급박하고, 다른 수단으로는 행정목적 달성을 할 수 없는 경우이어야 하며, 이러한 경우에도 그 행사는 필요 최소한도에 그쳐야 함을 내용으로 하는 조리상의 한계에 기속된다(헌재 2002.10.31. 2000헌가12).
- ③ (×) 영장주의가 행정상 즉시강제에도 적용되는지에 관하여는 통설인 절충설은 원칙적으로 영장주의가 적용되지만, 행정강제의 특질을 고려해 행정목적 달성에 불가피하다고 인정할 만한 합리적인 이유가 있는 특수한 경우에 한하여 영장주의의 예외를 인정한다. 대법원 판례도 절충설의 입장과 같다. 반면, 헌법재판소 판례는 원칙적으로 영장주의가 적용되지 않는다고 본다. ③번 사안과 관련하여 헌법재판소는 영장주의에 위배되지 않는다고 보았다.
 - 관계행정청이 등급분류를 받지 않거나 등급분류를 받은 게임물과 다른 내용의 게임물 발견시 관계공무원으로 하여금 수거·폐기하게 할 수 있도록 한 구 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률 24조 3항 4호 중 게임물에 관한 규정 부분은 영장주의와 적법절차의 원칙에 위배되지 않음 : 영장주의가 행정상 즉시강제에도 적용되는지에 관하여는 논란이 있으나, 행정상 즉시강제는 상대방의 임의이행을 기다릴 시간적 여유가 없을 때 하명 없이 바로 실력을 행사하는 것으로서, 그 본질상 급박성을 요건으로 하고 있어 법관의 영장을 기다려서는 그 목적을 달성할 수 없다고 할 것이므로, **원칙적으로 영장주의가 적용되지 않는다고 보아야 할 것이다.** 만일 어떤 법률조항이 영장주의를 배제할 만한 합리적인 이유가 없을 정도로 급박성이 인정되지 아니함에도 행정상 즉시강제를 인정하고 있다면 이러한 법률조항은 이미 그 자체로 과잉금지의 원칙에 위반되는 것으로서 위헌이라 할 것이다. 이 사건 법률조항은 급박한 상황에 대처하기 위한 것으로서 그 불가피성과 정당성이 충분히 인정되는 경우이므로 이 사건 법률조항이 영장 없는 수거를 인정한다고 하더라도 이를 두고 헌법상 영장주의에 위배되는 것으로는 볼 수 없다. 한편, 이 사건 법률조항은 수거에 앞서 청문이나 의견제출 등 절차보장에 관한 규정을 두고 있지 않으나, 행정상 즉시강제는 목전에 급박한 장애에 대하여 바로 실력을 가하는 작용이라는 특성에 비추어 사전적 절차와 친하기 어렵다는 점을 고려하면, 이를 이유로 적법절차의 원칙에 위반되는 것으로는 볼 수 없다. 그러나 비록 이 사건 법률조항이 규정하고 있는 수거의 경우 영장주의의 배제가 용인되고, 그 성격상 사전적 절차와 친하지 아니함을 인정한다고 하더라도, 일체의 절차적 보장이 배제된다고 볼 것은 아니며, 국가권력의 남용을 방지하고 국민의 권리를 보호하기 위하여 적법절차의 관점에서 일정한 절차적 보장이 요청된다. 이러한 관점에서 법 제24조 제4항은 관계공무원이 당해 게임물 등을 수거한 때에는 그 소유자 또는 점유자에게 수거증을 교부하도록 하고 있고, 동조 제6항은 수거 등 처분을 하는 관계공무원이나 협회 또는 단체의 임·직원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 관계인에게 이를 제시하도록 하는 등의 절차적 요건을 규정하고 있으므로, 이 사건 법률조항이 적법절차의 원칙에 위배되는 것으로 보기도 어렵다(헌재결 2002.10.31. 2000헌가12).
- ④ (○) 즉시강제에서도 비례의 원칙이 적용되므로 즉시강제로써 행정상 장애를 제거하여 보호하고자 하는 공익과 즉시강제에 따른 권익침해 사이에는 비례관계가 있어야 한다.

답 ④

26

다음 <보기> 중 「질서위반행위규제법」상의 내용으로 옳은 것만을 모두 고르면?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2020 국가9급

- <보기>
- ㉠ 행정청이 질서위반행위에 대하여 과태료를 부과하고자 하는 때에는 미리 당사자에게 대통령령으로 정하는 사항을 통지하고, 10일 이상의 기간을 정하여 의견을 제출할 기회를 주어야 한다.
 - ㉡ 행정청에 의해 부과된 과태료는 질서위반행위가 종료된 날(다수인이 질서위반행위에 가담한 경우에는 최종행위가 종료된 날을 말한다)부터 5년간 징수하지 아니하거나 집행하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.
 - ㉢ 과태료 사건은 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 과태료 부과관청의 소재지의 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

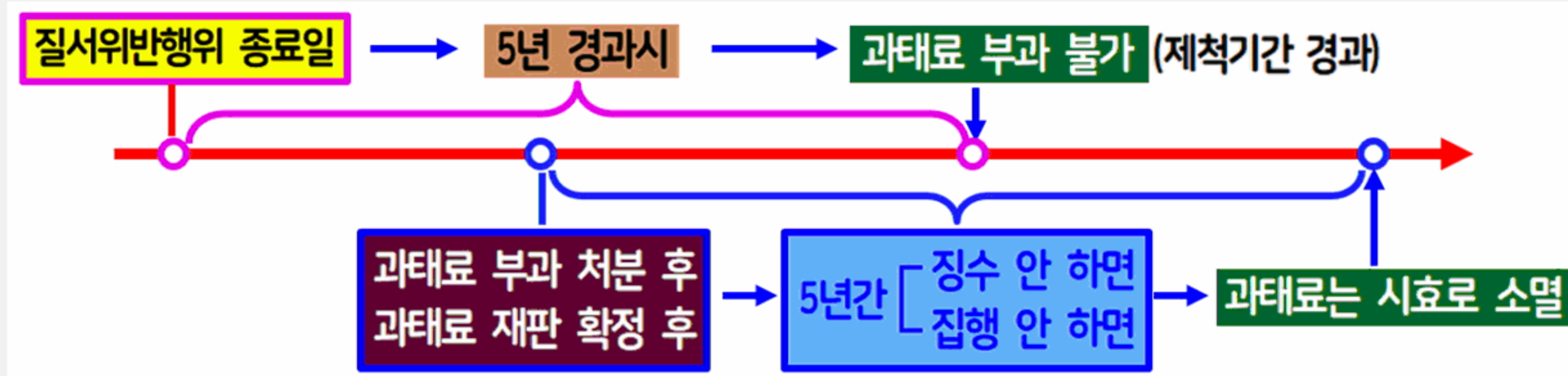
㉠ (○) 제16조 ①항

질서위반행위	행위 종료일부터 5년 경과시 과태료 부과 불가(제척기간)
사전통지	10일 이상 의견진술 기회 부여 의견 미제출 / 의견 제출했으나 수용 안 함
과태료 부과처분	과태료 부과처분에 대한 행정소송 불가 불복 - 납부통지일로부터 60일 이내에 행정청에 이의제기
부과처분 효력 상실	행정청이 14일 이내 법원에 통보
과태료 재판(법원 결정)	* 약식재판도 가능하나 7일 이내 이의신청시 인정되면 정식재판 불복 - 검사의 집행(과태료 최초 부과 행정청에 집행 위탁 가능)
즉시항고	집행정지 효력

<과태료 징수·집행 소멸시효>
과태료 부과처분/재판확정 후 5년간 미징수/미집행시 시효로 소멸

㉡ (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 안 하면 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.

㉢ (x) 제25조(관할 법원) 과태료 사건은 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 당사자의 주소지의 지방법원 또는 그 지원의 관할로 한다.

㉣ (○) 제9조

답 ①

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

2018 서울7급(2)

- ① 국가배상청구의 요건인 공무원의 직무에는 비권력적 작용도 포함되며 행정주체가 사경제 주체로서 하는 활동도 포함된다.
- ② 어떠한 행정처분이 후에 항고소송에서 취소되었다고 할지라도 당해 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없다.
- ③ 공무원의 직무집행이 법령이 정한 요건과 절차에 따라 이루어진 것이라면 특별한 사정이 없는 한 이는 법령에 적합한 것이고, 그 과정에서 개인의 권리가 침해되는 일이 생긴다고 하여 그 법령 적합성이 곧바로 부정되는 것은 아니다.
- ④ 국가배상청구권은 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 이를 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.

해설

① (x) 국가배상법이 정한 손해배상청구의 요건인 '공무원의 직무'에는 국가나 지방자치단체의 권력적 작용뿐만 아니라 비권력적 작용도 포함되지만, 단순한 사경제의 주체로서 하는 작용은 포함되지 아니한다(대판 1999.11.26. 98다47245).

② (○) 어떠한 행정처분이 후에 항고소송에서 취소되었다고 할지라도 그 기판력에 의하여 당해 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없는 것이다(대판 2003.11.27. 2001다33789·33796·33802·33819).

③ (○) 국가배상책임은 공무원의 직무집행이 법령에 위반한 것임을 요건으로 하는 것으로서, 공무원의 직무집행이 법령이 정한 요건과 절차에 따라 이루어진 것이라면 특별한 사정이 없는 한 이는 법령에 적합한 것이고 그 과정에서 개인의 권리가 침해되는 일이 생긴다고 하여 그 법령 적합성이 곧바로 부정되는 것은 아니다(대판 1997.7.25. 94 다2480).

④ (○) 국가배상청구권의 소멸시효에 대한 국가배상법 규정이 없으므로 민법 제766조(손해배상청구권의 소멸시효) 제1항이 적용되어 피해자나 그 법정대리인이 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 국가배상청구권을 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.

답 ①

28 다음 중 영조물의 설치·관리상 하자책임에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2017 지방9급(1)

- ① 일반 공중이 사용하는 공공용물 외에 행정주체가 직접 사용하는 공용물이나 하천과 같은 자연공물도 「국가배상법」 제5조의 '공공의 영조물'에 포함된다.
- ② 고속도로의 관리상 하자가 인정되더라도 고속도로의 관리상 하자를 판단할 때 고속도로의 점유관리자가 손해의 방지에 필요한 주의의무를 해태하였다는 주장·입증책임은 피해자에게 있다.

- ③ 영조물의 하자 유무는 객관적 견지에서 본 안전성의 문제이며, 국가의 예산 부족으로 인해 영조물의 설치·관리에 하자가 생긴 경우에도 국가는 면책될 수 없다.
- ④ 소음 등의 공해로 인한 법적 쟁송이 제기되거나 그 피해에 대한 보상이 실시되는 등 피해지역임이 구체적으로 드러나고 이러한 사실이 그 지역에 널리 알려진 이후에 이주하여 오는 경우에는 위와 같은 위험에의 접근에 따른 가해자의 면책 여부를 보다 적극적으로 인정할 여지가 있다.

해설

① (○) 본래 '영조물'이란 특정한 공적 목적을 달성하기 위한 '인적·물적 시설의 종합체'를 말하는 것이 보통이나, 국가배상법 제5조에서의 '영조물'은 일반적으로 행정주체가 직접적으로 공적 목적을 달성하기 위하여 제공한 물건인 '공물'을 의미한다. 또한 도로와 같은 인공공물만이 아니라 하천 등 자연공물도 포함한다.

• 공물의 종류

목적	공공공물	직접 일반공중의 사용에 제공된 물건 예 도로·광장·교량·지하도, 공원, 공중화장실, 하천·공유수면·영해·해빈·항만·하천, 운하, 제방, 국립도서관 장서	행정재산만 공물이며 일반재산은 공물이 아님
	공용물	행정주체가 직접 자신의 사용에 제공하고 있는 물건 예 관공서 청사(정부종합청사, 시청청사)·비품(책상·사무용지 등)·관용차, 교도소·소년원, 등대, 공무원 관사, 국립대 기숙사, 훈련소·연병장·병사(兵舍)·전투기·전차, 교도소	
	공적보존물 (보존공물)	공적 목적을 위해 물건 자체의 보존이 목적인 물건 예 국보 등 문화재(남대문, 석굴암, 첨성대), 보안림, 천연기념물	
성립 과정	인공공물	행정주체가 인공을 가하여 공적 목적에 제공함으로써 비로소 공물이 되는 물건 예 도로, 공원, 정부청사, 교량, 지하도 등	
	자연공물	자연상태 그대로 공적 목적에 이용될 수 있는 실체를 가진 물건 예 하천, 강, 바다, 호수 등	

② (×) 고속도로의 관리상 하자가 인정되는 이상 고속도로의 점유관리자는 그 하자가 불가항력에 의한 것이거나 손해의 방지에 필요한 주의를 해태하지 아니하였다는 점을 주장·입증하여야 비로소 그 책임을 면할 수 있다(대판 2008.3.13. 2007다29287·29294).

* 주의: 위 판례는 국가를 피고로 하는 국가배상법 상 국가배상청구가 아니라 한국도로공사를 피고로 한 민법 상 손해배상청구였으므로 민법상 점유자 면책조항의 적용이 있다. 반면 영조물 설치·관리 하자에 대한 국가배상청구는 무과실책임으로서 국가배상법 상 점유자 면책조항이 없다.

• 민법 758조(공작물등의 점유자, 소유자의 책임) ① 공작물의 설치 또는 보존의 하자로 인하여 타인에게 손해를 가한 때에는 공작물점유자가 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 점유자가 손해의 방지에 필요한 주의를 게을리 하지 아니한 때에는 그 소유자가 손해를 배상할 책임이 있다.

고속도로 설치·관리상 하자로 인한 손해	국도·지방도 설치·관리상 하자로 인한 손해
한국도로공사(피고)	국가·지방자치단체(피고)
민법 758조 1항에 의한 손해배상 - 점유자 면책조항 있음	국가배상법 5조에 의한 손해배상 - 점유자 면책조항 없음
피고는 불가항력 또는 점유자의 손해방지 주의의무를 입증하여 면책 가능	피고는 불가항력을 입증하여 면책 가능

• 국가배상법 제5조 소정의 영조물의 설치·관리상의 하자로 인한 책임은 무과실책임이고 나아가 민법 제758조 소정의 공작물의 점유자의 책임과는 달리 면책사유도 규정되어 있지 않으므로, 국가 또는 지방자치단체는 영조물의 설치·관리상의 하자로 인하여 타인에게 손해를 가한 경우에 그 손해의 방지에 필요한 주의를 해태하지 아니하였다 하여 면책을 주장할 수 없다(대판 1994.11.22. 94다32924).

③ (○) 영조물 설치의 하자라 함은 영조물의 축조에 불완전한 점이 있어 이 때문에 영조물 자체가 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말한다고 할 것인바, 그 하자 유무는 객관적 견지에서 본 안전성의 문제이고 그 설치자의 재정사정이나 영조물의 사용목적에 의한 사정은 안전성을 요구하는데 대한 정도 문제로서 참작사유에는 해당할지언정 안전성을 결정자를 절대적 요건에는 해당하지 아니한다 할 것이다(대판 1967.2.21. 66다1723)

④ (○) 소음 등을 포함한 공해 등의 위험지역으로 이주하여 거주하는 것이 피해자가 위험의 존재를 인식하고 그로 인한 피해를 용인하면서 접근한 것이라고 볼 수 있는 경우 가해자의 면책이 원칙적으로 인정되며, 위와 같이 접근한 것이라고 볼 수 없는 경우 이를 손해배상액 감액사유로 고려해야 함: 소음 등을 포함한 공해 등의 위험지역으로 이주하여 들어가서 거주하는 경우와 같이 위험의 존재를 인식하면서 그로 인한 피해를 용인하며 접근한 것으로 볼 수 있는 경우에, 그 피해가 직접 생명이나 신체에 관련된 것이 아니라 정신적 고통이나 생활방해의 정도에 그치고 그 침해행위에 고도의 공공성이 인정되는 때에는, 위험에 접근한 후 실제로 입은 피해 정도가 위험에 접근할 당시에 인식하고 있었던 위험의 정도를 초과하는 것이거나 위험에 접근한 후에 그 위험이 특별히 증대하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 가해자의 면책을 인정하여야 하는 경우도 있다. 특히 소음 등의 공해로 인한 법적 쟁송이 제기되거나 그 피해에 대한 보상이 실시되는 등 피해지역임이 구체적으로 드러나고 또한 이러한 사실이 그 지역에 널리 알려진 이후에 이주하여 오는 경우에는 위와 같은 위험에의 접근에 따른 가해자의 면책 여부를 보다 적극적으로 인정할 여지가 있다. 다만 일반인이 공해 등의 위험지역으로 이주하여 거주하는 경우라고 하더라도 위험에 접근할 당시에 그러한 위험이 존재하는 사실을 정확하게 알 수 없는 경우가 많고, 그 밖에 위험에 접근하게 된 경우와 동기 등의 여러 가지 사정을 종합하여 그와 같은 위험의 존재를 인식하면서도 위험으로 인한 피해를 용인하면서 접근하였다고 볼 수 없는 경우에는 손해배상액의 산정에 있어 형평의 원칙상 과실상계에 준하여 감액사유로 고려하여야 한다(대판 2010.11.25. 2007다74560).

답 ②

29 다음 중 「행정심판법」의 내용에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2019 지방9급

- ① 행정심판위원회는 필요하면 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 심리할 수 있다.
- ② 행정심판위원회는 임시처분을 결정한 후에 임시처분이 공공복리에 중대한 영향을 미치는 경우에는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 이 결정을 취소할 수 있다.
- ③ 청구인은 행정심판위원회의 간접강제 결정에 불복하는 경우 그 결정에 대하여 행정소송을 제기할 수 있다.
- ④ 당사자의 신청을 거부하는 처분에 대한 취소심판에서 인용재결이 내려진 경우, 의무이행심판과 달리 행정청은 재처분의무를 지지 않는다

해설

- ① (○) 제39조(직권심리) 위원회는 필요하면 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 심리할 수 있다.
- ② (○) 제30조(집행정지) ④ 위원회는 집행정지를 결정한 후에 집행정지가 공공복리에 중대한 영향을 미치거나 그 정지사유가 없어진 경우에는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 집행정지 결정을 취소할 수 있다.
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 임시지위를 정하여야 할 필요가 있는 경우에는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 임시처분을 결정할 수 있다. ② 제1항에 따른 임시처분에 관하여는 제30조 제3항부터 제7항까지를 준용한다. 이 경우 같은 조 제6항 전단 중 "중대한 손해가 생길 우려"는 "중대한 불이익이나 급박한 위험이 생길 우려"로 본다.
- ③ (○) 제50조의2(위원회의 간접강제) ① 위원회는 피청구인이 제49조 제2항(제49조 제4항에서 준용하는 경우를 포함한다) 또는 제3항에 따른 처분을 하지 아니하면 청구인의 신청에 의하여 결정으로 상당한 기간을 정하고 피청구인이 그 기간 내에 이행하지 아니하는 경우에는 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 하도록 명하거나 즉시 배상을 할 것을 명할 수 있다. ② 위원회는 사정의 변경이 있는 경우에는 당사자의 신청에 의하여 제1항에 따른 결정의 내용을 변경할 수 있다. ④ 청구인은 제1항 또는 제2항에 따른 결정에 불복하는 경우 그 결정에 대하여 행정소송을 제기할 수 있다.
- ④ (×) 제49조(재결의 기속력 등) ① 심판청구를 인용하는 재결은 피청구인과 그 밖의 관계 행정청을 기속(羈束)한다. ② 재결에 의하여 취소되거나 무효 또는 부존재로 확인되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 한 행정청은 재결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다.

답 ④

30 다음 중 행정벌에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2019 국가7급

- ① 지방자치단체가 그 고유의 자치사무를 처리하는 경우 지방자치단체는 양벌규정에 의한 처벌 대상이 되지 않는다.
- ② 「관세법」 상 통고처분은 상대방의 임의의 승복을 그 발효요건으로 하기때문에 그 자체만으로는 통고이행을 강제하거나 상대방에게 아무런 권리·의무를 형성하지 않는다.
- ③ 질서위반행위 후 법률이 변경되어 그 행위가 질서위반행위에 해당하지 아니하게 된 때에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 변경되기 전의 법률을 적용한다.
- ④ 스스로 심신장애 상태를 일으켜 질서위반행위를 한 자에 대하여는 과태료를 감경한다.

해설

- ① (×)

• 지방자치단체의 경우 { 기관위임사무 수행시 국가기관의 일부 → 양벌규정에 의한 처벌대상인 법인 ×
 자치(고유)사무 수행시 국가기관과는 별도의 독립된 공법인 → 양벌규정에 의한 처벌대상인 법인 ○

- 국가가 본래 그의 사무의 일부를 지방자치단체의 장에게 위임하여 처리하게 하는 기관위임사무의 경우 지방자치단체는 국가기관의 일부로 볼 수 있고, 지방자치단체가 그 고유의 자치사무를 처리하는 경우 지방자치단체는 국가기관의 일부가 아니라 국가기관과는 별도의 독립한 공법인으로서 양벌규정에 의한 처벌대상이 되는 법인에 해당한다. 또한, 법령상 지방자치단체의 장이 처리하도록 하고 있는 사무가 자치사무인지, 기관위임사무에 해당하는지 여부를 판단하는 때에는 그에 관한 법령의 규정 형식과 취지를 우선 고려해야 하며, 그 외에도 그 사무의 성질이 전국적으로 통일적인 처리가 요구되는 사무인지 여부나 그에 관한 경비부담과 최종적인 책임귀속의 주체 등도 아울러 고려하여 판단해야 한다. 지방자치단체 소속 공무원이 지정항만순찰 등의 업무를 위해 관할관청의 승인 없이 개조한 승합차를 운행함으로써 구 자동차관리법을 위반한 사안에서, 지방자치법, 구 항만법, 구 항만법 시행령 등에 비추어 위 항만순찰 등의 업무가 지방자치단체의 장이 국가로부터 위임받은 기관위임사무에 해당하여, 해당 지방자치단체가 구 자동차관리법 제83조의 양벌규정에 따른 처벌대상이 될 수 없다. (대판 2009.6.11. 2008도6530)
- ② (○) 통고처분은 상대방의 임의의 승복을 그 발효요건으로 하기 때문에 그 자체만으로는 통고이행을 강제하거나 상대방에게 아무런 권리의무를 형성하지 않으므로 행정심판이나 행정소송의 대상으로서의 처분성을 부여할 수 없고, 통고처분에 대하여 이의가 있으면 통고내용을 이행하지 않음으로써 고발되어 형사재판절차에서 통고처분의 위법·부당함을 얼마든지 다툴 수 있다. 관세법 제38조 제3항 제2호가 관세법에게 “벌금에 상당하는 금액을 납부할 것을 통고할 수 있다”라고 표현하고 있기 때문에 마치 의무를 부과하는 것처럼 볼 여지가 있으나 범구조의 전체의 취지는 어디까지나 본인의 임의이행에 맡겨져 있다고 보는 것이 일반적인 견해이다. 따라서 통고처분은 행정쟁송대상으로서의 처분성이 없고 통고처분 그자체가 위법·부당하여 이의가 있는 경우에 그 취소·변경을 구하는 행정쟁송을 제기할 수 없다고 할 것이다. 따라서 법관에 의한 재판받을 권리를 침해한다든가 적법절차의 원칙에 저촉된다고 볼 수 없다(헌재결 1998.5.28. 96헌바4).
- ③ (×) 「질서위반행위규제법」 제3조(법 적용의 시간적 범위) ② 질서위반행위 후 법률이 변경되어 그 행위가 질서위반행위에 해당하지 아니하게 되거나 과태료가 변경되기 전의 법률보다 가볍게 된 때에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 변경된 법률을 적용한다.
- ④ (×) 「질서위반행위규제법」 제10조(심신장애) ① 심신(心神)장애로 인하여 행위의 옳고 그름을 판단할 능력이 없거나 그 판단에 따른 행위를 할 능력이 없는 자의 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다. ② 심신장애로 인하여 제1항에 따른 능력이 미약한 자의 질서위반행위는 과태료를 감경한다. ③ 스스로 심신장애 상태를 일으켜 질서위반행위를 한 자에 대하여는 제1항 및 제2항을 적용하지 아니한다.

답 ②

31 다음 중 「행정절차법」에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2019 서울7급(1)

- ① 「국가공무원법」 상 직위해제처분의 경우 사후적으로 소청이나 행정소송을 통하여 충분한 의견진술 및 자료제출의 기회를 보장하고 있다고 보기 어려우므로 처분의 사전통지 및 의견청취에 관한 「행정절차법」의 규정이 적용된다고 보아야 한다.
- ② 「행정절차법」의 청문배제 사유인 ‘당해 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될만한 상당한 이유가 있는 경우’는 당해 행정처분의 성질에 의하여 판단하여야 하는 것이지, 청문 통지서의 반송여부, 청문통지의 방법 등에 의하여 판단할 것은 아니다.

- ③ 공무원연금관리공단의 퇴직연금의 환수결정은 관련 법령에 따라 당연히 환수금액이 정해지는 것이므로, 퇴직연금의 환수결정에 앞서 당사자에게 의견진술의 기회를 주지 아니하여도 「행정절차법」에 위반되지 않는다.
- ④ 협약이 체결되었다고 하여 청문의 실시에 관한 규정의 적용이 배제된다거나 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당한다고 할 수 없다.

해설

- ① (×) 국가공무원법상 직위해제처분은 구 행정절차법 제3조 제2항 제9호, 구 행정절차법 시행령 제2조 제3호에 의하여 당해 행정작용의 성질상 행정절차를 거치지 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 사항 또는 행정절차에 준하는 절차를 거친 사항에 해당하므로, 처분의 사전통지 및 의견청취 등에 관한 행정절차법의 규정이 별도로 적용되지 않는다(대판 2014.5.16. 2012두26180).
- ② (○) '의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는지 여부'는 당해 행정처분의 성질에 비추어 판단하여야 하는 것이지, 청문통지서의 발송 여부, 청문통지의 방법 등에 의하여 판단할 것은 아니다(대판 2001.4.13. 2000두3337).
- ③ (○) 퇴직연금의 환수결정은 당사자에게 의무를 과하는 처분이기는 하나, 관련 법령에 따라 당연히 환수금액이 정하여지는 것이므로, 퇴직연금의 환수결정에 앞서 당사자에게 의견진술의 기회를 주지 아니하여도 행정절차법 제22조 제3항이나 신의칙에 어긋나지 아니한다(대판 2000.11.28. 99두5443).
- ④ (○) 행정청이 당사자와 사이에 도시계획사업의 시행과 관련한 협약을 체결하면서 관계 법령 및 행정절차법에 규정된 청문의 실시 등 의견청취절차를 배제하는 조항을 둔 경우, 청문의 실시에 관한 규정의 적용이 배제되거나 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당한다고 할 수 없다(대판 2004.7.8. 2002두8350).

답 ①

32 다음 중 항고소송의 원고적격에 대한 판례의 입장으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2016 지방9급

- ① 기존의 고속형 시외버스운송사업자 A는 경업 관계에 있는 직행형 시외버스운송사업자에 대한 사업계획변경 인가처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다.
- ② 학교법인에 의하여 임원으로 선임된 B는 자신에 대한 관할청의 임원취임승인신청 반려처분 취소소송의 원고적격이 있다.
- ③ 예탁금회원제 골프장에 가입되어 있는 기존 회원 C는 그 골프장 운영자가 당초 승인을 받을 때 정한 예정인원을 초과하여 회원을 모집하는 내용의 회원모집계획서에 대한 시·도지사의 검토결과 통보의 취소를 구할 법률상 이익이 있다.
- ④ 재단법인인 수녀원 D는 소속된 수녀 등이 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 환경상 이익을 침해받는다면 매립목적용 택지조성에서 조선시설용지로 변경하는 내용의 공유수면매립목적 변경 승인처분의 무효확인을 구할 원고적격이 있다.

해설

- ① (○) 기존의 고속형 시외버스운송사업자에게 직행형 시외버스운송사업자에 대한 사업계획변경인가처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있음 : 고속형 시외버스운송사업과 직행형 시외버스운송사업은 다 같이 운행계통을 정하고 여객을 운송하는 노선 여객자동차운송사업 중 시외버스운송사업에 속하므로, 위 두 운송사업이 사용버스의 종류, 운행거리, 운행구간, 중간정차 여부 등에서 달리 규율된다는 사정만으로 본질적인 차이가 있다고 할 수 없으며, 직행형 시외버스운송 사업자에 대한 사업계획변경인가처분으로 인하여 기존의 고속형 시외버스운송사업자의 노선 및 운행계통과 직행형 시외버스운송사업자들의 그것들이 일부 중복되게 되고 기존업자의 수익감소가 예상된다면, 기존의 고속형 시외버스운송사업자와 직행형 시외버스운송사업자들은 경업관계에 있는 것으로 봄이 상당하므로, 기존의 고속형 시외버스운송사업자에게 직행형 시외버스운송사업자에 대한 사업계획변경인가처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있다고 할 것이다(대판 2010.11.11. 2010두4179).
- ② (○) 학교법인의 임원취임승인신청 반려처분에 대하여, 임원으로 선임된 사람이 이를 다룰 원고적격이 있음 : 관할청의 임원취임승인행위는 학교법인의 임원선임행위의 법률상 효력을 완성케 하는보충적 법률행위이다. 따라서 관할청이 학교법인의 임원취임승인신청에 대하여 이를 반려하거나 거부하는 경우 학교법인에 의하여 임원으로 선임된 사람은 학교법인의 임원으로 취임할 수 없게 되는 불이익을 입게 되는바, 이와 같은 불이익은 간접적이거나 사실상의 불이익이 아니라 직접적이고도 구체적인 법률상의 불이익이라 할 것이므로 학교법인에 의하여 임원으로 선임된 사람에게는 관할청의 임원취임승인신청 반려처분을 다룰 수 있는 원고적격이 있다(대판 2007.12.27. 2005두9651).
- ③ (○) 회원제골프장의 기존 회원이 회원모집계획서에 대한 시·도 지사의 검토결과통보의 취소를 구할 법률상 이익 인정 : 회사가 정하는 자격기준에 준하는 자로서 입회승인을 받은 회원은 일정한 입회금을 납부하고 회사가 지정한 시설을 이용할 때에는 회사가 정한 요금을 지불해야 하며 회사는 회원의 입회금을 5년 후에 상환하도록 정해져 있는 예탁금회원제 골프장에 있어서, 체육시설업자 또는 그 사업계획의 승인을 얻은 자가 회원모집계획서를 제출하면서 허위의 사업시설 설치공정확인서를 첨부하거나 사업계획의 승인을 받을 때 정한 예정인원을 초과하여 회원을 모집하는 내용의 회원모집계획서를 제출하여 그에 대한 시·도지사 등의 검토결과 통보를 받는다면 이는 기존회원의 골프장에 대한 법률상의 지위에 영향을 미치게 되므로, 이러한 경우 기존회원은 위와 같은 회원모집계획서에 대한 시·도지사의 검토결과 통보의 취소를 구할 법률상의 이익이 있다고 보아야 한다(대판 2009.2.26. 2006두16243).
- ④ (×) 재단법인 甲 수녀원이, 매립목적용 택지조성에서 조선시설용지로 변경하는 내용의 공유수면매립목적 변경 승인처분으로 인하여 법률상 보호되는 환경상 이익을 침해받았다면서 행정청을 상대로 처분의 무효 확인을 구하는 소송을 제기한 사안에서, 甲 수녀원에는 처분의 무효확인을 구할 원고적격이 없다 : 재단법인 甲 수녀원이, 매립목적용 택지조성에서 조선시설용지로 변경하는 내용의 공유수면매립목적 변경 승인처분으로 인하여 법률상 보호되는 환경상 이익을 침해받았다면서 행정청을 상대로 처분의 무효 확인을 구하는 소송을 제기한 사안에서, 공유수면매립목적 변경 승인처분으로 甲 수녀원에 소속된 수녀 등이 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 환경상 이익을 침해받는다고 하더라도 이를 가리켜 곧바로 甲 수녀원의 법률상 이익이 침해된다고 볼 수 없고, 자연인이 아닌 甲 수녀원은 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 이익을 향수할 수 있는 주체가 아니므로 위 처분으로 위와 같은 생활상의 이익이 직접적으로 침해되는 관계에 있다고 볼 수도 없으며, 위 처분으로 환경에 영향을 주어 甲 수녀원이 운영하는 썸 공장에 직접적이고 구체적인 재산적 피해가 발생한다거나 甲 수녀원이 폐쇄되고 이전해야 하는 등의 피해를 받거나 받을 우려가 있다는 점 등에 관한 증명도 부족하므로, 甲 수녀원에 처분의 무효 확인을 구할 원고적격이 없다(대판 2012.6.28. 2010두2005).

답 ④

33

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

2019 소방직

- ① 세무조사결정은 항고소송의 대상이 된다.
- ② 「행정조사기본법」에 의하면 조사목적 달성을 위한 시료채취로 조사대상자에게 손실이 발생하였더라도 행정기관의 장은 이에 대한 보상책임을 지지 않는다.
- ③ 「행정절차법」은 행정조사에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않다.
- ④ 우편물 통관검사절차에서 이루어지는 성분분석 등의 검사가 압수·수색영장 없이 이루어졌다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 위법하지 않다.

해설

- ① (○) **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 위험마저 있으므로 조세공평의 원칙에 현저히 반하는 예외적인 경우를 제외하고는 금지될 필요가 있는 점, 납세의무자로 하여금 개개의 과태료 처분에 대하여 불복하거나 조사 종료 후의 과세처분에 대하여만 다툴 수 있도록 하는 것보다는 그에 앞서 세무조사결정에 대하여 다툼으로써 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).
- ② (×) **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.**
- 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 (○) **우편물 통관검사절차에서 압수·수색영장 없이 진행된 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등 검사는 위법이 아님(수사기관의 강제처분이 아니므로)** : 관세법 제246조 제1항, 제2항, 제257조, ‘국제우편물 수입통관 사무처리’(2011. 9. 30. 관세청고시 제2011-40호) 제1-2조 제2항, 제1-3조, 제3-6조, 구 ‘수출입물품 등의 분석사무 처리에 관한 시행세칙’(2013.1.4. 관세청훈령 제1507호로 개정되기 전의 것) 등과 관세법이 관세의 부과·징수와 아울러 수출입물품의 통관을 적정하게 함을 목적으로 한다는 점(관세법 제1조)에 비추어 보면, **우편물 통관검사절차에서 이루어지는 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 수출입물품에 대한 적절한 통관 등을 목적으로 한 행정조사의 성격을 가지는 것으로서 수사기관의 강제처분이라고 할 수 없으므로, 압수·수색영장 없이 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등 검사가 진행되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 볼 수 없다**(대판 2013.9.26. 2013도7718).
 • cf) 마약류 불법거래 방지에 관한 특례법 제4조 제1항에 따른 조치의 일환으로 특정한 수출입물품을 개봉하여 검사하고 그 내용물의 점유를 취득한 행위는 위에서 본 수출입물품에 대한 적절한 통관 등을 목적으로 조사를 하는 경우와는 달리, 범죄수사인 압수 또는 수색에 해당하여 사전 또는 사후에 영장을 받아야 한다(대판 2017.7.18. 2014도8719)

답 ②

34

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

2018 지방7급+2017 국가7급

- ① 경찰관이 신분증을 제시하지 않고 불심검문을 한 경우, 검문하는 사람이 경찰관이고 검문하는 이유가 범죄행위에 관한 것임을 피고인이 충분히 알고 있었다고 보이더라도 그 불심검문은 위법한 공무집행이라 할 수 있다.
- ② 「경찰관직무집행법」에 의거한 경찰관의 범죄 예방을 위한 제지조치는 경찰행정상 즉시강제이자 권력적 사실행위에 해당한다.
- ③ 불심검문 대상자에 해당하는 지 여부를 판단하는 때에는 당시의 구체적인 정황은 물론 사전에 얻은 정보나 전문적 지식 등에 기초하여 객관적·합리적으로 판단하여야 하나, 반드시 불심검문 대상자에게 「형사소송법」상 체포나 구속에 이를 정도의 혐의가 있을 것을 요한다고 할 수는 없다.
- ④ 경찰기관이 행하는 작용 중 권력적 수단에 의해 이루어지는 경찰작용은 조직법적 근거만으로는 부족하고, 작용법적 근거가 있어야 한다.

해설

- ① (×) **경찰관직무집행법(이하 ‘법’이라 한다) 제3조 제4항**은 경찰관이 불심검문을 하고자 할 때에는 자신의 신분을 표시하는 증표를 제시하여야 한다고 규정하고, 경찰관직무집행법 시행령 제5조는 위 법에서 규정한 신분을 표시하는 증표는 경찰관의 공무원증이라고 규정하고 있는데, 불심검문을 하게 된경위, 불심검문 당시의 현상상황과 검문을 하는 경찰관들의 복장, 피고인이 공무원증 제시나 신분 확인을 요구하였는지 여부 등을 종합적으로 고려하여, **검문하는 사람이 경찰관이고 검문하는 이유가 범죄행위에 관한 것임을 피고인이 충분히 알고 있었다고 보이는 경우에는 신분증을 제시하지 않았다고 하여 그 불심검문이 위법한 공무집행이라고 할 수 없다**(대판 2014.12.11. 2014도7976).
- ② (○) **경찰관직무집행법상 경찰관의 범죄의 예방과 제지는 행정상 즉시강제 중 대인적 강제에 해당 하고 행정상 즉시강제는 국민의 신체나 재산에 대한 직접적인 실행행사이므로 권력적 사실행위이다.**
 • 경찰관직무집행법 제6조 제1항 중 경찰관의 제지에 관한 부분은 범죄의 예방을 위한 경찰 행정상 즉시강제에 관한 근거 조항이다. 행정상 즉시강제는 그 본질상 행정 목적 달성을 위하여 불가피한 한도 내에서 예외적으로 허용되는 것이므로, 위 조항에 의한 경찰관의 제지조치 역시 그러한 조치가 불가피한 최소한도 내에서만 행사되도록 그 발동·행사 요건을 신중하고 엄격하게 해석하여야 한다(대판 2008.11.13. 2007도9794).
 • 경찰관직무집행법 제6조(범죄의 예방과 제지) 경찰관은 범죄행위가 목전(目前)에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 하고, 그 행위로 인하여 사람의 생명·신체에 위해를 끼치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 긴급한 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다.
- ③ (○) 경찰관이 법 제3조 제1항에 규정된 대상자(이하 ‘불심검문 대상자’라 한다) 해당 여부를 판단할 때에는 불심검문 당시의 구체적 상황은 물론

사전에 얻은 정보나 전문적 지식 등에 기초하여 불심검문 대상자인지를 객관적·합리적인 기준에 따라 판단하여야 하나, 반드시 불심검문 대상자에게 형사소송법상 체포나 구속에 이를 정도의 혐의가 있을 것을 요한다고 할 수는 없다. 그리고 경찰관은 불심검문 대상자에게 질문을 하기 위하여 범행의 경중, 범행과의 관련성, 상황의 긴박성, 혐의의 정도, 질문의 필요성 등에 비추어 목적 달성에 필요한 최소한의 범위 내에서 사회통념상 용인될 수 있는 상당한 방법으로 대상자를 정지시킬 수 있고 질문에 수반하여 흥기의 소지 여부도 조사할 수 있다(대판 2014.2.27. 2011도13999).

- ④ (○) 경찰작용은 가장 대표적인 침해적 공권력작용이기 때문에 법률유보원칙이 원칙적으로 엄격히 지켜져야 하므로 조직법적 근거 외에 작용법적 근거가 요구된다.

답 ①

35 다음 중 경찰권 발동에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2015 지방7급

- ① 경찰관으로부터 임의동행 요구를 받은 경우 상대방은 이를 거절할 수 있지만, 임의동행 후에는 경찰관서에서 퇴거가 제한된다.
- ② 경찰관은 불심검문 대상자에게 질문을 하기 위하여 목적 달성에 필요한 최소한의 범위 내에서 사회통념상 용인될 수 있는 상당한 방법으로 대상자를 정지시킬 수는 있지만, 질문에 수반하여 흥기의 소지 여부를 조사할 수는 없다.
- ③ 위법한 체포 상태에서 음주측정 요구가 이루어진 경우, 그에 불응하면 음주측정 거부에 관한 「도로교통법」 위반죄로 처벌할 수 있다.
- ④ 경찰관이 교통법규 등을 위반하고 도주하는 차량을 순찰차로 추적하는 직무를 집행하는 중에 그 도주차량의 주행에 의하여 제3자가 손해를 입었다고 하더라도 그 추적이 당해 직무목적을 수행하는 데 불필요하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 경찰관의 추적행위를 위법하다고 할 수는 없다.

해설

- ① (×) 경찰관은 질문을 위하여 당해인에게 부근의 경찰서·지서·파출소 또는 출장소에 동행할 것을 요구할 수 있다. 동행의 요구는 그 장소에서 질문하는 것이 당해인에게 불리하거나 교통의 방해가 된다고 인정되는 때에 한하여 할 수 있으며, 당해인은 경찰관의 동행요구를 거절할 수 있다(경찰관직무집행법 제3조 제2항). 또한 임의동행을 당한 당해인은 언제든지 경찰관서에서 퇴거할 자유를 가진다(대판 1997.8.22. 97도1240).
- ② (×) 경찰관직무집행법 제3조 제3항은 거동수상자에 대하여 질문을 할 때 흥기소지 여부를 조사할 수 있다고 명문으로 규정하고 있다.

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 의심할만한 상당한 이유가 있는 사람
 - 2. 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관한 사실을 안다고 인정되는 사람
- ② 경찰관은 제1항에 따라 같은 항 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 있는 지를 조사할 수 있다.

- ③ (×) 음주측정을 거절하는 운전자를 음주 측정할 목적으로 파출소로 끌고 가려 한 행위는 적법한 공무집행으로 볼 수 없음.
 - 의경이 피고인을 파출소로 끌고 가려고 한 것은 음주측정을 하기 위한 것일 뿐, 피고인을 음주운전이나 음주측정거부의 현행범으로 체포하려는 의사였는지도 의심스러울 뿐 아니라, 가사 현행범으로 체포하려 하였다라도 현행범을 체포함에 있어서는 체포 당시에 헌법 및 형사소송법에 규정된 바와 같이 피의자에 대하여 범죄사실의 요지, 체포 또는 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주는 등 적법절차를 준수하여야 함에도 현행범으로 체포한다는 사실조차 고지하지 아니한 채 실력으로 연행하려 하였다면 그 의경의 행위는 적법한 공무집행으로 볼 수 없다고 한 사례(대판 1994.10.25. 94도2283).
- ④ (○) 경찰관이 교통법규 등을 위반하고 도주하는 차량을 순찰차로 추적하는 직무를 집행하는 중에 그 도주차량의 주행에 의하여 제3자가 손해를 입은 경우, 추적의 방법이 상당하지 않다는 등의 특별한 사정이 없는 한 추적행위가 위법한 것은 아님.
 - 경찰관이 교통법규 등을 위반하고 도주하는 차량을 순찰차로 추적하는 직무를 집행하는 중에 그 도주차량의 주행에 의하여 제3자가 손해를 입었다고 하더라도 그 추적이 당해 직무 목적을 수행하는 데 불필요하거나 또는 도주차량의 도주의 태양 및 도로교통상황 등으로부터 예측되는 피해 발생의 구체적 위험성의 유무 및 내용에 비추어 추적의 개시, 계속 혹은 추적의 방법이 상당하지 않다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 추적행위를 위법하다고 할 수는 없다(대판 2000.11.10. 2000다26807·26814).

답 ④

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

2010 지방7급

- ① 경찰허가 등의 행정처분은 원칙적으로 처분시의 법령과 허가기준에 의하여 처리되어야 하고 허가 신청 당시의 기준에 따라야 하는 것은 아니며, 비록 허가신청 후 허가기준이 변경되었다 하더라도 그 허가관청이 허가신청을 수리하고도 정당한 이유 없이 그 처리를 늦추어 그 사이에 허가기준이 변경된 것이 아닌 이상 변경된 허가 기준에 따라서 처분을 하여야 한다.
- ② 경찰허가의 효과는 근거법상의 금지를 해제하는 효과만 있을 뿐, 다른 법령상의 금지까지 해제하는 효과가 있는 것은 아니다.
- ③ 경찰허가에 상대방의 신청이 요구되는 것이 일반적이지만, 상대방의 신청 없이 허가가 발령되는 경우도 있다.
- ④ 법적인 근거가 없음에도 불구하고 경찰관청이 집단민원의 발생 등을 이유로 신청인에 대하여 인근 주민의 동의서 제출을 요구한 경우, 신청인이 주민의 동의서를 제출하지 않은 때에는 허가를 거부할 수 있다.

해설

- ① (○) 대판 2006.8.25. 2004두2974.
- ② (○) 도로법과 건축법에서 각 규정하고 있는 건축허가는 그 허가 권자의 허가를 받도록 한 목적, 허가의 기준, 허가 후의 감독에 있어서 같지 아니하므로 도로법 제50조 제1항에 의하여 접도구역으로 지정된 지역 안에 있는 건물에 관하여 같은 법제4항·제5항에 의하여 도로관리청인 도시사로부터 개축허가를 받았다고 하더라도 건축법 제5조 제1항에 의하여 시장 또는 군수의 허가를 다시 받아야 한다(대판 1991.4.12. 91도218).
- ③ (○) 허가는 원칙적으로 상대방의 출원(신청)을 전제로 한다. 그러나 통행금지의 해제와 같이 신청을 전제로 하지 않는 허가도 있다.
- ④ (×) 행정실무상으로 제3자호 행정행위의 제3자에 대한 배려차원에서 인·허가를 함에 있어 제3자의 사전동의를 얻게 하는 경우가 있다. 그러나 기속행위인 허가의 경우에 법적 근거 없이 제3자의 동의를 얻게 하는 것은 위법이다.
 - 주유소 설치허가권자는 주유소 설치허가신청이 석유사업법 등 관계 법규에서 정하는 어떠한 제한에 배치되지 않는 이상 당연히 같은 법령 소정의 주유소 설치허가를 하여야 하므로 법령상의 근거 없이 그 신청이 관계 법규에서 정한 제한에 배치되는지 여부에 대한 심사를 거부할 수 없고, 심사결과 그 신청이 법정요건에 합치하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 이를 허가하여야 하며, 공익상 필요가 없음에도 불구하고 요건을 갖춘 자에 대한 허가를 관계 법령에서 정하는 제한사유 이외의 사유를 들어 거부할 수는 없다. 따라서 관계 법규에서 정하는 어떠한 제한에도 배치되지 않은 것으로 판단된 이상 피고는 특별한 사정이 없는 한 원고의 주유소 설치허가신청을 허가하여야 한다 할 것이고, 관계 법령에서 정하는 제한 사유 이외의 사유로서 공익상 필요와도 무관한 주민동의를 없음은 들어 이를 거부할 수는 없다 할 것이다(대판 1996.7.12. 96누5292)

답 ④

37 다음 중 「경찰관직무집행법」 상 경찰작용에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2019 국가7급

- ① 국가는 경찰관의 적법한 직무집행으로 인하여 손실 발생의 원인에 대하여 책임이 있는 자가 자신의 책임에 상응하는 정도의 재산상의 손실을 입은 경우 그 손실을 입은 자에게 정당한 보상을 하여야 한다.
- ② 경찰관은 공무집행에 대한 항거 제지의 직무를 수행하기 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 그 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 한도에서 경찰장구와 경찰무기로 수갑과 포승, 권총 등을 사용할 수 있다.
- ③ 술에 취한 상태로 인하여 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산에 위해를 미칠 우려가 있는 피구호자에 대한 보호조치는 경찰행정상 즉시강제에 해당하므로, 그 조치가 불가피한 최소한도 내에서만 행사되도록 발동·행사요건을 신중하고 엄격하게 해석하여야 한다.
- ④ 경찰관이 살수차, 분사기, 최루탄 또는 무기를 사용하는 경우 그 책임자는 사용 일시·장소·대상, 현장책임자, 종류, 수량 등을 기록하여 보관하여야 한다.

해설

- ① (×) 제11조의2(손실보상) ① 국가는 경찰관의 적법한 직무집행으로 인하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 손실을 입은 자에 대하여 정당한 보상을 하여야 한다.
 - 1. 손실발생의 원인에 대하여 책임이 없는 자가 생명·신체 또는 재산상의 손실을 입은 경우(손실발생의 원인에 대하여 책임이 없는 자가 경찰관의 직무집행에 자발적으로 협조하거나 물건을 제공하여 생명·신체 또는 재산상의 손실을 입은 경우를 포함한다)
 - 2. 손실발생의 원인에 대하여 책임이 있는 자가 자신의 책임에 상응하는 정도를 초과하는 생명·신체 또는 재산상의 손실을 입은 경우
- ② (○) 제10조의2(경찰장구의 사용)
 - ① 경찰관은 다음 각 호의 직무를 수행하기 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 그 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 한도에서 경찰장구를 사용할 수 있다.
 - 3. 공무집행에 대한 항거(抗拒) 제지
 - ② 제1항에서 "경찰장구"란 경찰관이 휴대하여 범인 검거와 범죄 진압 등의 직무 수행에 사용 하는 수갑, 포승(捕繩), 경찰봉, 방패 등을 말한다.
- 제10조의4(무기의 사용)
 - ① 경찰관은 범인의 체포, 범인의 도주 방지, 자신이나 다른 사람의 생명·신체의 방어 및 보호, 공무집행에 대한 항거의 제지를 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 그 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 한도에서 무기를 사용할 수 있다.
 - ② 제1항에서 "무기"란 사람의 생명이나 신체에 위해를 끼칠 수 있도록 제작된 권총·소총·도검 등을 말한다.
- ③ (○) 경찰관직무집행법 제4조 제1항 제1호에서 규정하는 술에 취한 상태로 인하여 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산에 위해를 미칠 우려가 있는 피구호자에 대한 보호조치는 경찰 행정상 즉시강제에 해당하므로, 그 조치가 불가피한 최소한도 내에서만 행사되도록 발동·행사 요건을 신중하고 엄격하게 해석하여야 한다(대판 2012.12.13. 2012도11162).
- ④ (○) 제11조(사용기록의 보관) 제10조제2항에 따른 살수차, 제10조의3에 따른 분사기, 최루탄 또는 제10조의4에 따른 무기를 사용하는 경우 그 책임자는 사용 일시·장소·대상, 현장책임자, 종류, 수량 등을 기록하여 보관하여야 한다.

답 ①

38 다음 중 항고소송의 소의 이익에 대한 판례로서 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2018 서울7급(1)

- ① 처분청이 당초의 운전면허 취소처분을 철회하고 정지처분을 하였다면, 당초의 처분인 운전면허 취소처분은 철회로 인하여 그 효력이 상실되어 더 이상 존재하지 않는 것이고 그 후의 운전면허 정지처분만이 남아있는 것이라 할 것이며, 존재하지 않는 행정처분을 대상으로 한 취소소송은 소의 이익이 없어 부적법하다.
- ② 주택건설사업계획 사전결정반려처분 취소청구 소송의 계속 중 구 「주택건설촉진법」의 개정으로 주택건설사업계획 사전결정제도가 폐지된 경우 소의 이익이 없다.
- ③ 지방의회 의원에 대한 제명의결 취소소송 계속 중의원의 임기가 만료된 사안에서, 제명의결의 취소로 의원의 지위를 회복할 수는 없다 하더라도 제명의결부터 임기만료일까지의 기간에 대한 월정수당의 지급을 구할 수 있는 등 여전히 그 제명의결의 취소를 구할 법률상 이익이 있다.
- ④ 건축허가처분의 취소를 구하는 소를 제기하기 전에 건축 공사가 완료된 경우에는 소의 이익이 없으나, 소를 제기한 후 사실심변론종결일 전에 건축공사가 완료된 경우에는 소의 이익이 있다.

해설

- ① (○) 처분청이 당초의 운전면허 취소처분을 신뢰보호의 원칙과 형평의 원칙에 반하는 너무 무거운 처분으로 보아 이를 철회하고 새로이 265일간의 운전면허 정지처분을 하였다면, 당초의 처분인 운전면허 취소처분은 철회로 인하여 그 효력이 상실되어 더 이상 존재하지 않는 것이고 그 후의 운전면허 정지처분만이 남아 있는 것이라 할 것이며, 한편 존재하지 않는 행정처분을 대상으로 한 취소소송은 소의 이익이 없어 부적법하다(대판 1997.9.26. 96누1931).
- ② (○) 주택건설사업계획 사전결정반려처분 취소청구소송의 계속 중 구 주택건설촉진법의 개정으로 주택건설사업계획 사전결정제도가 폐지된 경우, 소의 이익이 없음 : 구 주택건설촉진법은 제32조의4에서 주택건설 사업계획의 사전결정제도에 관하여 규정하고 있었으나 위 법률이 1999.2.8. 법률 제5908호로 개정되면서 위 제32조의4가 삭제되었고, 그 부칙 규정에 의하면 개정 후 법은 1999. 3. 1.부터 시행되며(부칙 제1조), 개정 후 법의 시행 당시 종전의 제32조의4의 규정에 의하여 사전결정을 한 주택건설사업은 종전의 규정에 따라 주택건설사업을 시행할 수 있다고 규정되어 있을 뿐(부칙 제2조), 개정 후 법의 시행 전에 사전결정의 신청이 있었으나 그 시행 당시 아직 사전결정이 되지 않은 경우에도 종전의 규정에 의한다는 취지의 규정을 두지 아니하고 있고, 따라서 개정 전의 법에 기한 주택건설사업계획 사전결정반려처분의 취소를 구하는 소송에서 승소한다고 하더라도 위 반려처분이 취소됨으로써 사전결정신청을 한 상태로 돌아갈 뿐이므로, 개정 후 법이 시행된 1999.3.1. 이후에는 사전결정신청에 기하여 행정청으로부터 개정 전 법 제32조의4 소정의 사전결정을 받을 여지가 없게 되었다고 할 것이어서 더 이상 소를 유지할 법률상의 이익이 없게 되었다고 할 것이다(대판 1999.6.11. 97누379).
- ③ (○) 대판 2009.1.30. 2007두13487.
- ④ (×) 위법한 행정처분의 취소를 구하는 소는 위법한 처분에 의하여 발생한 위법상태를 배제하여 원상으로 회복시키고 그 처분으로 침해되거나 방해받은 권리와 이익을 보호·구제하고자 하는 소송이므로 비록 그 위법한 처분을 취소한다 하더라도 원상회복이 불가능한 경우에는 그 취소를 구할 이익이 없다 할 것인바, 건축허가에 기하여 이미 건축공사를 완료하였다면 그 건축허가처분의 취소를 구할 이익이 없다 할 것이고, 이와 같이 건축허가처분의 취소를 구할 이익이 없게 되는 것은 건축허가처분의 취소를 구하는 소를 제기하기 전에 건축공사가 완료된 경우 뿐 아니라 소를 제기한 후 사실심 변론종결일 전에 건축공사가 완료된 경우에도 마찬가지이다(대판 2007.4.26. 2006두18409).

답 ④

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

2009 국가7급

- ① 행위책임이나 상태책임 모두 고의·과실을 묻지 않는다.
- ② 자신의 보호·감독 하에 있는 자에 대하여 지는 경찰책임은 자기책임이다.
- ③ 국내에 거주하는 외국인도 경찰책임을 부담한다.
- ④ 행위책임에 있어서 그 주체는 자연인에 한한다.

해설

- ①③ (○) 경찰책임의 주체는 국적의 여부, 자연인·법인의 여부, 위험에 대한 인식(고의·과실)의 여부, 행위자의 행위 능력·불법행위능력·형사책임능력 등 주관적 요건, 정당한 권원의 유무 등은 모두 묻지를 않는다. 고의나 과실이 없어도, 외국인이나 무국적자도, 사법인과 권리능력 없는 사단도 경찰책임을 부담(단, 면책특권을 가진 외국인은 경찰책임이 면책됨).
- ② (○) 행위책임은 행위자가 자신인지(행위자책임) 그가 지배하는 타인인지(지배자책임-자기의 보호·감독 하에 있는 자로 인한 책임)를 불문한다. 지배자책임은 피지배자의 행위에 대해 대신 책임을 지는 대위책임이 아니고, 자기의 지배범위 안에서 경찰위반상태가 발생한 데 대한 자기책임이다.
- ④ (×) 행위책임은 자기의 행위 또는 자기의 보호·감독 하에 있는 자의 행위로 인해 경찰위해가 발생한 경우에 있어서 있어서의 책임을 뜻한다. 행위책임은 고의·과실을 묻지 않으며, 그 행위자가 자연인·법인인가를 불문하고, 성년·미성년자인인지도 가리지 않는다.

답 ④

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

2017 경찰경력채용 수정

- ① 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제85조 제2항에 의하면, 동법 제1항에 따라 제기하려는 행정소송이 보상금의 증감에 관한 소송인 경우 그 소송을 제기하는 자가 토지 소유자 또는 관계인일 때에는 사업시행자를, 사업시행자일 때에는 토지소유자 또는 관계인을 각각 피고로 한다.
- ② 공공용물에 관하여 적법한 개발행위 등이 이루어져 일정 범위의 사람들의 일반사용이 종전에 비하여 제한받게 되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 이는 특별한 손실에 해당한다고 할 수 없다.
- ③ 「헌법」 제23조 제3항에서 규정한 '정당한 보상'이란 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산 가치를 완전하게 보상하여야 한다는 완전보상을 뜻하는 것이지만, 공익사업의 시행으로 인한 개발이익은 완전보상의 범위에 포함되는 피수용 토지의 객관적 가치 내지 피수용자의 손실이라고는 볼 수 없다.
- ④ 손실보상에 관한 일반법으로 「손실보상법」이 있다.

해설

- ① (○) 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제85조(행정소송의 제기) ② 제1항에 따라 제기하려는 행정소송이 보상금의 증감에 관한 소송인 경우 그 소송을 제기하는 자가 토지소유자 또는 관계인일 때에는 사업시행자를, 사업시행자일 때에는 토지소유자 또는 관계인을 각각 피고로 한다.
- ② (○) 도로·하천의 일반사용시 이용자의 이익은 법률상 이익 아님 → 적법한 개발행위로 일반사용을 제한해도 손실보상 청구 불가
 • 공공용물에 대한 일반사용이 적법한 개발행위로 제한됨으로 인한 불이익은 손실보상의 대상이 되는 특별한 손실이 아님 : 일반 공중의 이용에 제공되는 공공용물에 대하여 특허 또는 허가를 받지 않고 하는 일반사용은 다른 개인의 자유이용과 국가 또는 지방자치단체 등의 공공목적에 위한 개발 또는 관리·보존행위를 방해하지 않는 범위 내에서만 허용된다 할 것이므로, 공공용물에 관하여 적법한 개발행위 등이 이루어짐으로 말미암아 이에 대한 일정 범위의 사람들의 일반사용이 종전에 비하여 제한받게 되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그로 인한 불이익은 손실보상의 대상이 되는 특별한 손실에 해당한다고 할 수 없다(대판 2002.2.26. 99다35300)
- ③ (○) 헌법 제23조 제3항에서 규정한 '정당한 보상'이란 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하여야 한다는 완전보상을 뜻하는 것이지만, 공익사업의 시행으로 인한 개발이익은 완전보상의 범위에 포함되는 피수용토지의 객관적 가치 내지 피수용자의 손실이라고는 볼 수 없다(헌재결 1990.6.25. 89헌마107).
- ④ (×) 손실보상에 관한 일반법은 존재하지 않고 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」, 「하천법」, 「도로법」 등 개별법에 손실보상규정이 있는 경우 그에 따라 손실보상청구권을 행사할 수 있다.

답 ④