2022년 해경간부후보 행정법(2022.10.1.)

• 해설 : 이승철

1 **다음 중 행정의 실효성 확보수단에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?**(다툼이 있으면 판례에 따름)

① 건물철거 대집행 과정에서 부수적으로 건물의 점유자들에 대한 퇴거조치를 할 수 있고 점유자들이 적법한 행정대집행을 위력을 행사하여 방해하는 경우 「경찰관직무집행법」에 근거한 위험발생 방지조치 차원에서 경찰의 도움을 받을 수도 있다.

② 이행강제금의 성격에 비추어 「건축법」 상 시정명령을 받은 의무자가 시정명령에서 정한 기간을 지나서 시정명령을 이행한 경우 이행강제금이 부과되기 전에 그 이행이 있었다 하더라도 시정 명령상의 기간을 준수하지 않은 이상 이행강제금을 부과하는 것은 정당하다.

③ 현행 「건축법」 상 위법건축물에 대한 이행강제 수단으로 대집행과 이행강제금이 인정되고 있는데, 양 제도는 각각의 장·단점이 있으므로 행정청은 개별사건에 있어서 위반 내용, 위반자의 시정의지 등을 감안하여 대집행과 이행강제금을 선택적으로 활용할 수 있다.

④ 과징금부과처분은 원칙적으로 위반자의 고의·과실을 요하지 아니하나, 위반자의 의무해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 이를 부과할 수 없다.

해설

① (○) 건물의 점유자가 철거의무자일 때에는 건물철거의무에 퇴거의무도 포함되어 있는 것이어서 별도로 퇴거를 명하는 집행권원이 필요하지 않다. 행정청이 행정대집행의 방법으로 건물철거의무의 이행을 실현할 수 있는 경우에는 건물철거 대집행 과정에서 부수적으로 건물의 점유자들에 대한 퇴거조치를 할 수 있고, 점유자들이 적법한 행정대집행을 위력을 행사하여 방해하는 경우 형법상 공무집행방해죄가 성립하므로, 필요한 경우에는 '경찰관 직무집행법'에 근거한 위험발생 방지조치 또는 형법상 공무집행방해죄의 범행방지 내지 현행범체포의 차원에서 경찰의 도움을 받을 수도 있다.(대판 2017.4.28. 2016다213916).

② (×) 건축법상의 이행강제금은 시정명령의 불이행이라는 과거의 위반행위에 대한 제재가 아니라, 의무자에게 시정명령을 받은 의무의 이행을 명하고 그 이행기간 안에 의무를 이행하지 않으면 이행강제금이 부과된다는 사실을 고지함으로써 의무자에게 심리적 압박을 주어 의무의 이행을 간접적으로 강제하는 행정상의 간접강제 수단에 해당한다. 이러한 **이행강제금의 본질상 시정명령을 받은 의무자가 이행강제금이 부과되기 전에 그 의무를 이행한 경우에는 비록 시정명령에서 정한 기간을 지나서 이행한 경우라도 이행강제금을 부과할 수 없다**. 나아가 시정명령을 받은 의무자가 그 시정명령의 취지에 부합하는 의무를 이행하기 위한 정당한 방법으로 행정청에 신청 또는 신고를 하였으나 행정청이 위법하게 이를 거부 또는 반려함으로써 결국 그 처분이 취소되기에 이르렀다면, 특별한 사정이 없는 한 그 시정명령의 불이행을 이유로 이행강제금을 부과할 수는 없다고 보는 것이 이행강제금 제도의 취지에 부합한다(대판 2018.1.25. 2015두35116).

③ (○) **대집행과 이행강제금의 선택적 활용 가능** : 현행 「건축법」 상 위법건축물에 대한 이행강제수단으로 대집행과 이행강제금이 인정되고 있는데, 양 제도는 각각의 장·단점이 있으므로 행정청은 개별 사건에 있어서 위반내용, 위반자의 시정의지 등을 감안하여 대집행과 이행강제금을 선택적으로 활용할 수 있으며, 이처럼 그 합리적인 재량에 의해 선택하여 활용하는 이상 중첩적인 제재에 해당한다고 볼 수 없다(헌재 2004.2.26. 2001헌바80).

④ (○) 구 여객자동차 운수사업법 제88조 제1항의 과징금부과처분(변형된 과징금)은 제재적 행정처분으로서 행정 법규 위반이라는 객관적 사실에 착안하여 가하는 제재이므로 반드시 현실적인 행위자가 아니라도 법령상 책임자로 규정된 자에게 부과되고 원칙적으로 **위반자의 고의·과실을 요하지 아니하나, 위반자의 의무 해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 이를 부과할 수 없다**(대판 2014.10.15. 2013두5005).

답 ②

2 **다음 중 행정계획에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?**(다툼이 있으면 판례에 따름)

① 행정청은 많은 국민에게 불편이나 부담을 주는 사항에 관한 계획을 수립·시행하거나 변경하려는 경우에는 이를 예고하여야 한다.

② 문화재보호구역 내에 있는 토지소유자 등에게는 문화재보호구역의 지정 해제를 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권을 인정할 수 있다.

③ 대법원은 '4대강 살리기 마스터플랜'에 대한 취소소송과 집행정지사건에서 처분성을 긍정하면서도 집행정지에 관해서는 요건 미비를 이유로 인정하지 않았다.

④ 도시계획시설인 주차장에 대한 건축허가신청을 받은 행정청으로서는 「건축법」 상 허가요건뿐 아니라 국토의 계획 및 이용에 관한 법령이 정한 도시계획시설사업에 관한 실시계획인가요건도 충족하는 경우에 한하여 이를 허가하여야 한다.

해설

① (○)

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

② (○) **문화재보호구역 내 토지소유자의 문화재보호구역 지정해제를 신청할 법규상 또는 조리상 신청권 인정(신청에 대한 거부행위의 처분성 인정)** : 문화재보호법은 문화재를 보존하여 이를 활용함으로써 국민의 문화적 생활의 향상을 도모함과 아울러 인류문화의 발전에 기여함을 목적으로 하면서도, 문화재보호구역의 지정에 따른 재산권행사의 제한을 줄이기 위하여, 행정청에게 보호구역을 지정한 경우에 일정한 기간마다 적정성 여부를 검토할 의무를 부과하고, 그 검토사항 등에 관한 사항은 문화관광부령으로 정하도록 위임하였으며, 검토 결과 보호구역의 지정이 적정하지 안거나 기타 특별한 사유가 있는 때에는 보호구역의 지정을 해제하거나 그 범위를 조정해야 한다고 규정하고 있는 점, 같은 법 8조 3항의 위임에 의한 같은 법 시행규칙 3조의2 1항은 그 적정성 여부의 검토에 있어서 당해 문화재의 보존 가치 외에도 보호구역의 지정이 재산권 행사에 미치는 영향 등을 고려하도록 규정하고 있는 점 등과 헌법상 개인의 재산권 보장의 취지에 비추어 보면, **문화재보호구역 내에 있는 토지소유자 등으로서는 위 보호구역의 지정해제를 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있다고 할 것이고, 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다**(대판 2004.4.27. 2003두8821).

③ (×) 처분성 부정, 집행정지신청도 기각.

㉠ 국토해양부, 환경부, 문화체육관광부, 농림수산부, 식품부가 합동으로 2009.6.8. 발표한 **'4대강 살리기 마스터플랜' 등은 4대강 정비사업과 주변 지역의 관련 사업을 체계적으로 추진하기 위하여 수립한 종합계획이자 '4대강 살리기 사업'의 기본방향을 제시하는 계획으로서, 행정기관 내부에서 사업의 기본방향을 제시하는 것일 뿐, 국민의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 것이 아니어서 행정처분에 해당하지 않는다.**

㉡ 행정소송법 제23조 제2항에서 정하고 있는 효력정지 요건인 '회복하기 어려운 손해'란, 특별한 사정이 없는 한 금전으로 보상할 수 없는 손해로서 금전보상이 불가능한 경우 내지는 금전보상으로는 사회관념상 행정처분을 받은 당사자가 참고 견딜 수 없거나 참고 견디기가 현저히 곤란한 경우의 유형, 무형의 손해를 일컫는다. 그리고 '처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요'가 있는지는 처분의 성질과 태양 및 내용, 처분상대방이 입는 손해의 성질·내용 및 정도, 원상회복·금전배상의 방법 및 난이 등은 물론 본안청구의 승소가능성 정도 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다. 국토해양부 등에서 발표한 '4대강 살리기 마스터플랜'에 따른 '한강 살리기 사업' 구간 인근에 거주하는 주민들이 각 공구별 사업실시계획승인처분에 대한 효력정지를 신청한 사안에서, 위 사업구간에 편입되는 팔당지역 농지 대부분이 국가 소유의 하천부지이고, 유기농업에 종사하는 주민들 대부분은 국가로부터 하천점용허가를 받아 경작을 해온 점, 위 점용허가의 부관에 따라 허가를 한 행정청은 공익상 또는 법령이 정하는 것에 따르거나 하천정비사업을 시행하는 경우 허가변경·취소 등을 할 수 있는 점 등에 비추어, 주민들 중 환경영향평가대상지역 및 근접 지역에 거주하거나 소유권 기타 권리를 가지고 있는 사람들이 위 사업으로 인하여 토지 소유권 기타 권리를 수용당하고 이로 인하여 정착지를 떠나 타지로 이주를 해야 하며 더 이상 농사를 지을 수 없게 되고 팔당지역의 유기농업이 사실상 해체될 위기에 처하게 된다고 하더라도, **그러한 손해는 행정소송법 제23조 제2항에서 정하고 있는 효력정지 요건인 금전으로 보상할 수 없거나 사회관념상 금전보상으로는 참고 견디기 어렵거나 현저히 곤란한 경우의 유·무형 손해에 해당하지 않는다**(대판 2011.4.21. 2010무111).

④ (○) **도시계획시설인 주차장에 대한 건축허가시 국토의 계획 및 이용에 관한 법령이 정한 도시계획시설사업에 관한 실시계획인가 요건도 충족해야 함** : 건축법에서 인허가의제 제도를 둔 취지는, 인허가의제사항과 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 어려우므로, **도시계획시설인 주차장에 대한 건축허가신청을 받은 행정청으로서는 건축법상 허가 요건뿐 아니라 국토의 계획 및 이용에 관한 법령이 정한 도시계획시설사업에 관한 실시계획인가 요건도 충족하는 경우에 한하여 이를 허가해야 한다**(대판 2015.7.9. 2015두39590).

답 ③

3 다음 중 「행정조사기본법」에 대한 설명으로 옳고 그름의 표시(○, X)가 바른 것은?

㉠ 행정기관은 법령 등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에 한하여 행정조사를 실시할 수 있다. 다만, 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우에는 그러하지 아니하다.
㉡ 행정기관의 장은 매년 12월 말까지 다음 연도의 행정조사운영계획을 수립하여 국무조정실장에게 제출하여야 한다.
㉢ 행정기관의 장은 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 행정조사의 결과를 확정한 날부터 7일 이내에 그 결과를 조사대상자에게 통지하여야 한다.
㉣ 행정기관의 장이 조사대상자로부터 조사대상 선정기준에 대한 열람신청을 받은 때에는 내부고발자 등 제3자에 대한 보호가 필요한 경우를 제외하고는 열람을 거부할 수 없다.

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

해설

이하 법률 규정은 행정조사기본법
㉠ (○) **제5조(행정조사의 근거)** 행정기관은 법령등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에 한하여 행정조사를 실시할 수 있다. 다만, 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우에는 그러하지 아니하다.
㉡ (○) **제6조(연도별 행정조사운영계획의 수립 및 제출)** ① 행정기관의 장은 매년 12월말까지 다음 연도의 행정조사운영계획을 수립하여 국무조정실장에게 제출하여야 한다. 다만, 행정조사운영계획을 제출해야 하는 행정기관의 구체적인 범위는 대통령령으로 정한다.
㉢ (○) **제24조(조사결과의 통지)** 행정기관의 장은 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 행정조사의 결과를 확정한 날부터 **7일** 이내에 그 결과를 조사대상자에게 통지하여야 한다.
㉣ (×) 행정기관이 당해 행정조사업무를 수행할 수 없을 정도로 조사활동에 지장을 초래하는 경우에도 열람을 거부할 수 있음

• **제8조(조사대상의 선정)**
② 조사대상자는 조사대상 선정기준에 대한 열람을 행정기관의 장에게 신청할 수 있다.
③ 행정기관의 장이 제2항에 따라 **열람신청을 받은 때에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고 신청인이 조사대상 선정기준을 열람할 수 있도록 하여야 한다.**
1. **행정기관이 당해 행정조사업무를 수행할 수 없을 정도로 조사활동에 지장을 초래하는 경우**
2. **내부고발자 등 제3자에 대한 보호가 필요한 경우**

답 ④

4 다음 중 행정상 즉시강제에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

① 「출입국관리법」에 따른 강제퇴거명령을 받은 외국인의 보호기간을 특정한 일시까지로 한정하지 않고 '송환할 수 있을 때까지' 보호할 수 있도록 한 것은 피해의 최소성에 반하여 헌법에 위반된다.

② 「경찰관직무집행법」 제4조 제1항 제1호에서 규정하는 술에 취한 상태로 인하여 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산에 위해를 미칠 우려가 있는 피구호자에 대한 보호조치는 경찰행정상 즉시강제에 해당한다.

③ 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」 제47조 제1호의 '일시적 폐쇄'는 의무의 불이행을 전제로 하지 않으므로 강학상 즉시강제에 해당한다.

④ 행정상 즉시강제는 법치국가의 요청인 예측가능성과 법적 안정성에 반하고 기본권 침해의 소지가 큰 권력작용이므로 행정강제는 행정상 강제집행을 원칙으로 하고 행정상 즉시강제는 예외적으로 인정되어야 한다.

해설

① (×) **강제퇴거명령을 받은 사람을 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없으면 송환할 수 있을 때까지 보호시설에 보호할 수 있도록 규정한 출입국관리법(2014. 3. 18. 법률 제12421호로 개정된 것) 제63조 제1항(이하 '심판대상조항'이라 함)은 과잉금지원칙에 반하여 신체의 자유를 침해하지 않음** : 출입국관리법상 보호는 국가행정인 출입국관리행정의 일환이며, 주권국가로서의 기능을 수행하는 데 필요한 것이므로 일정부분 입법정책적으로 결정될 수 있다. 심판대상조항은 외국인의 출입국과 체류를 적절하게 통제하고 조정하여 국가의 안전보장·질서유지 및 공공복리를 도모하기 위한 것으로 입법목적이 정당하다. 강제퇴거대상자를 출국 요건이 구비될 때까지 보호시설에 보호하는 것은 강제퇴거명령의 신속하고 효율적인 집행과 외국인의 출입국·체류관리를 위한 효과적인 방법이므로 수단의 적정성도 인정된다. 강제퇴거대상자의 송환이 언제 가능해질 것인지 미리 알 수가 없으므로, 심판대상조항이 보호기간의 상한을 두지 않은 것은 입법목적 달성을 위해 불가피한 측면이 있다. 보호기간의 상한이 규정될 경우, 그 상한을 초과하면 보호는 해제되어야 하는데, 강제퇴거대상자들이 보호해제 된 후 잠적할 경우 강제퇴거명령의 집행이 현저히 어려워질 수 있고, 그들이 범죄에 연루되거나 범죄의 대상이 될 수도 있다. 강제퇴거대상자는 강제퇴거명령을 집행할 수 있을 때까지 일시적·잠정적으로 신체의 자유를 제한받는 것이며, 보호의 일시해제, 이의신청, 행정소송 및 집행정지 등 강제퇴거대상자가 보호에서 해제될 수 있는 다양한 제도가 마련되어 있다. 따라서 심판대상조항은 침해의 최소성 및 법익의 균형성 요건도 충족한다. 그러므로 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배되어 신체의 자유를 침해하지 아니한다.(헌재 2018.2.22. 2017헌가29).

② (○) 경찰관직무집행법상 보호조치는 대인적 즉시강제의 수단에 해당한다.
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).

③ (○) 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」에 따라 감염병이 유행하면 감염병 전파를 막기 위해 이뤄지는 감염병환자등이 있는 장소나 감염병병원체에 오염되었다고 인정되는 장소의 '일시적 폐쇄'는 의무의 불이행을 전제로 하지 않으므로 강학상 '즉시강제'에 해당한다.

구분	경찰관직무집행법	개별법
대인적 강제	• **보호조치**(4조) : ㉠ 정신착란이나 술에 취해 자신이나 타인의 생명·신체·재산에 위해를 끼칠 우려가 있는 자, ㉡ 자살시도자, ㉢ 미아, 병자, 부상자 등으로서 적당한 보호자가 없으며 응급구호가 필요한 자. 다만 본인이 구호 거절시 불가) • **위험발생방지조치**(경고, 억류, 피난, 접근·통행 제한·금지)(5조) • **범죄예방·제지**(6조) • **경찰장비의 사용 등**(10조 등)	• **소방기본법** : 화재현장에 있는 자에 대한 원조강제(소방활동종사명령), 피난명령 • **재난 및 안전 관리기본법** : 응급조치(긴급수송, 안전조치명령) • **전염병예방 및 관리에 관한 법률** : 전염병 감염 의심 있는 자 또는 전염병에 감염되기 쉬운 환경에 있는 자에 대한 강제건강진단·제1군 전염병환자 등에 대한 격리수용·치료 • **마약류관리에 관한 법률** : 마약류중독자의 격리 및 치료보호 • **집회 및 시위에 관한 법률** : 시위진압 • **출입국관리법** : 불법체류외국인의 보호조치, 무기사용강제퇴거.
대물적 강제	• **위험물건등(무기·흉기)의 임시영치**(4조 3항) • **위험발생 방지조치**(5조1항3호)	• **소방기본법** : 소방활동 방해 물건 강제처분, 화재가 발생한 소방대상물 및 그 토지에 대한 소방상 처분 • **재난 및 안전 관리기본법** : 응급조치(진화·수방 등) • **전염병예방 및 관리에 관한 법률** : 감염병 유행에 대한 방역조치(일시적 폐쇄) • **식품위생법, 약사법, 검역법** : 물건의 폐기·압수 • **마약류관리에 관한 법률** : 미승인 마약류 폐기 • **형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률** : 물건 영치·몰수 • **도로교통법** : 교통장해물 제거, 불법주차차량 강제견인 • **민방위기본법** : 물건이나 시설의 이전·분산·소개 • **청소년보호법** : 청소년유해약물과 청소년유해매체물의 수거·폐기 • **게임산업진흥에 관한 법률** : 불법비디오물·등급분류가 거부된 게임물 등 수거·폐기
대가택 강제	• **위험방지를 위한 가택출입, 임검·검사·수색**(7조) * 종래에는 가택출입·조사행위를 행정상 즉시강제의 일종으로 보았으나, 현재는 경찰관직무집행법상의 위험방지를 위한 가택출입, 임검·검사 및 수색 외에는 행정조사로 분류	• **식품위생법** : 위생검사를 위한 출입·검사, 식품 등의 위해 방지, 위생관리와 영업질서의 유지를 위한 출입·검사 • **총포·도검·화약류 등 단속법** : 총포·도검·화약류 등의 제조·판매·저장소·사용장소 등의 출입 및 조사

④ (○) 행정상 즉시강제란 행정강제의 일종으로서 목전의 급박한 행정상 장해를 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 안에서도 다시 행정상의 장해가 목전에 급박하고, 다른 수단으로는 행정목적을 달성할 수 없는 경우이어야 하며, 이러한 경우에도 그 행사는 필요 최소한도에 그쳐야 함을 내용으로 하는 조리상의 한계에 기속된다(헌재 2002.10.31. 2000헌가12).

답 ①

5 다음 중 「질서위반행위규제법」의 내용으로 가장 옳지 않은 것은?

① 다른 법률에 특별한 규정이 없는 경우 14세가 되지 아니한 자의 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다.
② 행정청이 질서위반행위에 대하여 과태료를 부과하고자 하는 때에는 미리 당사자에게 대통령령으로 정하는 사항을 통지하고, 10일 이상의 기간을 정하여 의견을 제출할 기회를 주어야 한다.
③ 과태료는 행정청의 과태료 부과처분이나 법원의 과태료 재판이 확정된 후 3년간 징수하지 아니하거나 집행하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.
④ 하나의 행위가 둘 이상의 질서위반행위에 해당하는 경우에는 각 질서위반행위에 대하여 정한 과태료 중 가장 중한 과태료를 부과한다.

해설

이하 법률 규정은 질서위반행위규제법
① (○) **제9조(책임연령)** 14세가 되지 아니한 자의 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다. 다만, 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.
② (○) **제16조(사전통지 및 의견제출 등)** ① 행정청이 질서위반행위에 대하여 과태료를 부과하고자 하는 때에는 미리 당사자(제11조 제2항에 따른 고용주 등을 포함한다. 이하 같다)에게 대통령령으로 정하는 사항을 통지하고, 10일 이상의 기간을 정하여 의견을 제출할 기회를 주어야 한다. 이 경우 지정된 기일까지 의견제출이 없는 경우에는 의견이 없는 것으로 본다.
③ (×) **제15조(과태료의 시효)** ① 과태료는 행정청의 과태료 부과처분이나 법원의 과태료 재판이 확정된 후 **5년간** 징수하지 아니하거나 집행하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.
④ (○) **제13조(수개의 질서위반행위의 처리)** ① 하나의 행위가 2 이상의 질서위반행위에 해당하는 경우에는 각 질서위반행위에 대하여 정한 과태료 중 가장 중한 과태료를 부과한다.

답 ③

6 다음 중 국가배상에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

① 재판에 대하여 불복절차 내지 시정절차 자체가 없는 경우 부당한 재판으로 인하여 불이익 내지 손해를 입은 사람은 국가배상 이외의 방법으로는 자신의 권리 내지 이익을 회복할 방법이 없으므로 배상책임의 요건이 충족되는 한 국가배상책임을 인정하지 않을 수 없다.
② 「국가배상법」의 과실은 행정처분의 담당공무원이 보통 일반의 공무원을 표준으로 하여 볼 때 객관적 주의의무를 결하여 그 행정처분이 객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 정도에 이른 경우를 말한다.
③ 공무원들의 공무원증 발급 업무를 하는 공무원이 다른 공무원의 공무원증을 위조하는 행위는 실질적으로 직무행위에 속하지 아니하므로 외관상 「국가배상법」 제2조 제1항의 직무집행 관련성이 부정된다.
④ 국가가 일정한 사항에 관하여 헌법에 의하여 부과되는 구체적인 입법의무를 부담하고 있음에도 불구하고 그 입법에 필요한 상당한 기간이 경과 하도록 고의·과실로 입법의무를 이행하지 아니하는 경우 국가배상책임이 인정될 수 있다.

해설

① (○) 재판에 대하여 불복절차 내지 시정절차 자체가 없는 경우에는 부당한 재판으로 인하여 불이익 내지 손해를 입은 사람은 국가배상 이외의 방법으로는 자신의 권리 내지 이익을 회복할 방법이 없으므로 이와 같은 경우에는 배상책임의 요건이 충족되는 한 국가배상책임을 인정하지 않을 수 없다(대판 2003.7.11.99다24218).
② (○) 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 충족**하였다고 봄이 상당할 것이며, 이 때에 객관적 정당성을 상실하였는지 여부는 피침해 이익의 종류 및 성질, 침해행위가 되는 행정처분의 태양 및 그 원인, 행정처분의 발동에 대한 피해자 측의 관여의 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).
③ (×) **인사업무담당 공무원이 다른 공무원의 공무원증 등을 위조한 행위에 대하여 직무집행관련성 인정** : 울산세관의 통관지원과에서 인사업무를 담당하면서 울산세관 공무원들의 공무원증 및 재직증명서 발급업무를 하는 공무원인 김영선이 울산세관의 다른 공무원의 공무원증 등을 위조하는 행위는 비록 그것이 실질적으로는 직무행위에 속하지 아니한다 할지라도 적어도 외관상으로는 공무원증과 재직증명서를 발급하는 행위로서 직무집행으로 보이므로 결국 소외인의 공무원증 등 위조행위는 「국가배상법」 2조 1항 소정의 공무원이 직무를 집행함에 당하여 한 행위로 인정되고, 소외인이 실제로는 공무원증 및 재직증명서의 발급권자인 울산세관장의 직무를 보조하는 데 불과한 지위에 있다거나, 신청자의 발급신청 없이 정상의 발급절차를 거치지 않고

이를 발급하였으며, 위 공무원증 등 위조행위가 원고로부터 대출을 받기 위한 목적으로 행하여졌다 하더라도 이를 달리 볼 수 없다(대판 2005.1.14. 2004다26805).

④ (○) **국회의 입법행위 또는 입법부작위가 국가배상법 제2조 제1항의 위법행위에 해당하는 경우** : 우리 헌법이 채택하고 있는 의회민주주의 하에서 국회는 다원적 의견이나 각가지 이익을 반영시킨 토론과정을 거쳐 다수결의 원리에 따라 통일적인 국가의사를 형성하는 역할을 담당하는 국가기관으로서 그 과정에 참여한 국회의원은 입법에 관하여 원칙적으로 국민 전체에 대한 관계에서 정치적 책임을 질 뿐 국민 개개인의 권리에 대응하여 법적 의무를 지는 것은 아니므로, **국회의원의 입법행위는 그 입법 내용이 헌법의 문언에 명백히 위배됨에도 불구하고 국회가 굳이 당해 입법을 한 것과 같은 특수한 경우가 아닌 한 국가배상법 제2조 제1항 소정의 위법행위에 해당한다고 볼 수 없고**, 같은 맥락에서 **국가가 일정한 사항에 관하여 헌법에 의하여 부과되는 구체적인 입법의무를 부담하고 있음에도 불구하고 그 입법에 필요한 상당한 기간이 경과하도록 고의 또는 과실로 이러한 입법의무를 이행하지 아니하는 등 극히 예외적인 사정이 인정되는 사안에 한정하여 국가배상법 소정의 배상책임이 인정될 수 있으며,** 위와 같은 구체적인 입법의무 자체가 인정되지 않는 경우에는 애당초 부작위로 인한 불법행위가 성립할 여지가 없다(대판 2008.5.29. 2004다33469).

답 ③

7 다음 중 경찰지도로 볼 수 없는 것은?

① 구명조끼 착용 계몽
② 해상교통법규 준수 캠페인
③ 정신착란자 보호조치
④ 해상쓰레기 투기금지 계도

해설

①②④은 비권력적 사실행위인 행정지도(경찰지도)에 해당.
③은 권력적 사실행위인 행정상 즉시강제

- **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

8 다음 중 영조물의 설치·관리상 하자로 인한 배상책임에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

① 영조물의 설치·관리상 하자로 인한 배상책임은 무과실책임이고, 국가는 영조물의 설치·관리상 하자로 인하여 타인에게 손해를 가한 경우에 그 손해방지에 필요한 주의를 해태하지 아니하였다 하여 면책을 주장할 수 없다.

② 공공의 영조물이라 함은 국가 또는 지방자치단체에 의하여 특정 공공의 목적에 공여된 유체물 내지 물적 설비를 말하고, 이러한 영조물에는 국가 또는 지방자치단체가 소유권, 임차권, 그 밖의 권한에 기하여 관리하고 있는 경우뿐만 아니라 사실상의 관리를 하고 있는 경우도 포함된다.

③ 고등학교 3학년 학생이 학교건물의 3층 난간을 넘어 흡연을 하던 중 실족하여 사망한 경우, 이와 같은 이례적인 사고가 있을 것을 예상하여 복도나 화장실 창문에 난간으로의 출입을 막기 위하여 출입금지장치나 추락위험을 알리는 경고 표지판을 설치할 의무가 있으므로 학교시설의 설치·관리상의 하자가 있다.

④ 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 가해자의 면책 여부를 보다 적극적으로 인정할 여지가 있다.

해설

① (○) 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).

② (○) 국가배상법 5조 1항 소정의 "공공의 영조물"이라 함은 국가 또는 지방자치단체에 의하여 특정 공공의 목적에 공여된 유체물 내지 물적 설비를 지칭하며, 특정 공공의 목적에 공여된 물이라 함은 **일반공중의 자유로운 사용에 직접적으로 제공되는 공공용물에 한하지 않고, 행정주체 자신의 사용에 제공되는 공용물도 포함하며 국가 또는 지방자치단체가 소유권, 임차권 그밖의 권한에 기하여 관리하고 있는 경우뿐만 아니라 사실상의 관리를 하고 있는 경우도 포함한다**(대판 1995.1.24. 94다45302, 대판 1998.10.23. 98다1738).

③ (×) 영조물의 설치·보존의 하자라 함은 영조물이 그 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말하는 것이고, 영조물의 설치 및 보존에 있어서 항상 완전무결한 상태를 유지할 정도의 고도의 안전성을 갖추지 아니하였다고 하여 영조물의 설치 또는 관리에 하자가 있는 것으로는 할 수 없는 것이므로, 따라서 영조물의 설치자 또는 관리자에게 부과되는 방호조치의무의 정도는 영조물의 위험성에 비례하여 사회통념상 일반적으로 요구되는 정도의 것을 말한다. 고등학교 3학년 학생이 교사의 단속을 피해 담배를 피우기 위하여 3층 건물 화장실 밖의 난간을 지나다가 실족하여 사망한 사안에서 학교 관리자에게 그와 같은 이례적인 사고가 있을 것을 예상하여 복도나 화장실 창문에 난간으로의 출입을 막기 위하여 출입금지장치나 추락위험을 알리는 경고표지판을 설치할 의무가 없으므로 학교시설의 설치·관리상의 하자가 없다(대판 1997.5.16. 96다54102).

④ (○) 소음 등을 포함한 공해 등의 위험지역으로 이주하여 거주하는 경우, 가해자의 면책 여부에 관한 판단 기준 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 경위와 동기 등의 여러 가지 사정을 종합하여 그와 같은 위험의 존재를 인식하면서도 위험으로 인한 피해를 용인하면서 접근하였다고 볼 수 없는 경우에는 (가해자의 면책은 인정될 수 없고) 손해배상액의 산정에 있어 형평의 원칙상 과실상계에 준하여 감액사유로 고려하여야 한다(대판 2010.11.25. 2007다74560).

답 ③

9 다음 중 행정상 손실보상에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

① 손실보상은 공공필요에 의한 행정작용에 의하여 발생한 사인에게 특별한 희생에 대한 전보라는 점에서 그 사인에게 특별한 희생이 발생하여야 한다.

② 손실보상에 관한 일반법은 존재하지 않고 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 등 개별법령만 존재한다.

③ 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 따른 손실보상은 원칙적으로 토지 등의 현물로 보상하여야 한다.

④ 공익사업의 시행으로 지가가 상승하여 발생하는 개발이익은 사업시행자의 투자에 의한 것으로서 그 성질상 완전보상의 범위에 포함되는 피수용자의 손실이라고 볼 수 없다.

해설

① (○) 공용제한으로 인해 발생한 손실이라도 특별한 희생에 해당할 정도가 되어야 하며, 재산권의 내재적 제약에 해당하는 경우에는 보상하지 않아도 된다.

② (○) 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.

③ (×) 현금보상이 원칙이며, 예외로서 현물보상(공용환지, 공용환권), 채권보상, 매수보상, 대토보상 등이 가능하다.

- 「**공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률**」 **제63조(현금보상 등)** ① 손실보상은 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 **현금으로 지급하여야 한다.**

④ (○) **'정당한 보상'이란 완전보상을 뜻하지만 개발이익은 제외** : 헌법 23조 3항에서 규정한 '정당한 보상'이란 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상해야 한다는 완전보상을 뜻하는 것이지만, **공익사업의 시행으로 인한 개발이익은 완전보상의 범위에 포함되는 피수용토지의 객관적 가치 내지 피수용자의 손실이라 볼 수 없다**(헌재 1991.2.11. 90헌바17·18).

답 ③

10 다음 중 행정심판에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

① 행정심판은 처분이 있음을 알게 된 날부터 90일 이내에 청구하여야 한다.

② 청구인이 천재지변, 전쟁, 사변, 그 밖의 불가항력으로 인하여 심판청구를 할 수 없었을 때에는 그 사유가 소멸한 날로부터 14일 이내에 행정심판을 청구할 수 있다.

③ 심판청구를 인용하는 재결은 피청구인과 그 밖의 관계 행정청을 기속한다.

④ 행정심판에서는 항고소송에서와 달리 처분청이 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계의 동일성이 인정되지 않는 다른 사유를 처분사유로 추가하거나 변경할 수 있다.

해설

①② (○)

- **행정심판법 제27조(심판청구의 기간)**

① 행정심판은 **처분이 있음을 알게 된 날부터 90일 이내에 청구**하여야 한다.

② 청구인이 **천재지변, 전쟁, 사변(事變), 그 밖의 불가항력으로 인하여 제1항에서 정한 기간에 심판청구를 할 수 없었을 때에는 그 사유가 소멸한 날부터 14일 이내에 행정심판을 청구할 수 있다.** 다만, 국외에서 행정심판을 청구하는 경우에는 그 기간을 30일로 한다.

③ (○) **행정심판법 제49조(재결의 기속력 등)** ① 심판청구를 인용하는 재결은 피청구인과 그 밖의 관계 행정청을 기속(羈束)한다.

④ (×) **항고소송에서 행정청의 처분 사유 추가·변경의 요건인 '기본적 사실관계의 동일성'이라는 법리는 행정심판 단계에도 적용됨** : 행정처분의 취소를 구하는 항고소송에서 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서만 다른 사유를 추가 또는 변경할 수 있고, 이러한 기본적 사실관계의 동일성 유무는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지에 따라 결정되므로, 추가 또는 변경된 사유가 처분 당시에 이미 존재하고 있었다거나 당사자가 그 사실을 알고 있었다고 하여 당초의 처분사유와 동일성이 있다고 할 수 없다. 그리고 이러한 법리는 행정심판 단계에서도 그대로 적용된다(대판 2014.5.16. 2013두26118).

답 ④

11 다음 중 처분성이 인정되지 않는 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있으면 판례에 따름)

㉠ 행정청이 무허가건물을 무허가건물관리대장에서 삭제하는 행위
㉡ 국가기관에 의한 입찰참가자격제한행위
㉢ 지방경찰청장의 횡단보도 설치행위
㉣ 국가인권위원회의 성희롱결정 및 시정권고
㉤ 국세환급금 결정을 구하는 신청에 대한 환급 거부결정

① 2개 ② 3개 ③ 4개 ④ 5개

해설

㉠ **[처분성 X] 관할관청이 등재 요건 오류를 바로잡으면서 해당 무허가건물을 무허가건물관리대장에서 삭제하는 행위는 행정처분 아님** : 무허가건물관리대장은, 행정관청이 지방자치단체의 조례 등에 근거하여 무허가건물 정비에 관한 행정상 사무처리의 편의와 사실증명의 자료로 삼기 위하여 작성, 비치하는 대장으로서 무허가건물을 무허가건물관리대장에 등재하거나 등재된 내용을 변경 또는 삭제하는 행위로 인하여 당해 무허가 건물에 대한 실체상의 권리관계에 변동을 가져오는 것이 아니고, 무허가건물의 건축시기, 용도, 면적 등이 무허가건물관리대장의 기재에 의해서만 증명되는 것도 아니므로, 관할관청이 무허가건물의 무허가건물관리대장 등재 요건에 관한 오류를 바로잡으면서 당해 무허가건물을 무허가건물관리대장에서 삭제하는 행위는 다른 특별한 사정이 없는 한 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니다.(대판 2009.3.12. 2008두11525).

㉡ **[처분성 O]** 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 또는 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에 의하여 국가의 각 중앙관서의 장 또는 지방자치단체의 장이 한 부정당업자의 입찰참가자격제한조치는 제재적 성격의 권력적 사실행위이며 판례는 처분성을 인정하고 있다.

• **중앙관서의 장이 행한 부정당업자에 대한 입찰참가자격정지의 처분성 인정** : 원고의 대리인이 입찰금액을 60,780,000원으로 기재한다는 것이 착오로 금 6,078,000원으로 잘못 기재한 것은 시설공사 입찰유의서(재무부회계예규 1201, 04-101) 제10조 제10호 소정의 입찰서에 기재한 중요부분의 착오가 있는 경우에 해당되어 이를 이유로 즉시 입찰취소의 의사표시를 한 이상 피고(조달청장)는 본건 입찰을 무효로 선언함이 마땅하므로 원고가 이 사건 공사계약체결에 불응하였음에는 정당한 이유가 있다고 할 것이니 원고를 부정당업자로서 6월간 입찰참가자격을 정지한 피고의 처분은 재량권을 일탈하여 위법하다(대판 1983.12.27. 81누366)

㉢ **[처분성 O] 횡단보도설치로 보행자의 통행방법 등을 규제하는 행위는 처분에 해당** : 지방경찰청장이 횡단보도를 설치하여 보행자의 통행방법 등을 규제하는 것은 행정청이 특정사항에 대하여 의무의 부담을 명하는 행위이고, 이는 국민의 권리·의무에 직접 관계가 있는 행위로서 행정처분이라고 보아야 할 것이다(대판 2000.10.27. 98두8964).

㉣ **[처분성 O] 구 「남녀차별 금지 및 구제에 관한 법률」 상 국가인권위원회의 성희롱결정 및 시정조치권고는 행정소송 대상인 행정처분** : 구 「남녀차별 금지 및 구제에 관한 법률」 제28조에 의하면, 국가인권위원회의 성희롱결정과 이에 따른 시정조치의 권고는 불가분의 일체로 행하여지는 것인데 국가인권위원회의 이러한 결정과 시정조치의 권고는 성희롱 행위자로 결정된 자의 인격권에 영향을 미침과 동시에 공공기관의 장 또는 사용자에게 일정한 법률상의 의무를 부담시키는 것이므로 국가인권위원회의 성희롱결정 및 시정조치권고는 행정소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.(대판 2005.7.8. 2005두487).

㉤ **[처분성 X] 국세기본법에 따른 국세환급금 결정이나 환급거부결정은 항고소송의 대상이 되는 처분** : 구 국세기본법 제51조의 오납액과 초과납부액은 조세채무가 처음부터 존재하지 않거나 그 후 소멸되었음에도 불구하고 국가가 법률상 원인 없이 수령하거나 보유하고 있는 부당이득에 해당하고, 그 국세환급금결정에 관한 규정은 이미 납세의무자의 환급청구권이 확정된 국세환급금에 대하여 내부적 사무처리절차로서 과세관청의 환급절차를 규정한 것에 지나지 않고 위 규정에 의한 국세환급금결정에 의하여 비로소 환급청구권이 확정되는 것은 아니므로, 위 **국세환급금결정이나 이 결정을 구하는 신청에 대한 환급거부결정은 납세의무자가 갖는 환급청구권의 존부나 범위에 구체적이고 직접적인 영향을 미치는 처분이 아니어서 항고소송의 대상이 되는 처분이라고 볼 수 없다**(대판 2009.11.26. 2007두4018).

답 ①

12 다음 중 「행정소송법」상 무효등확인소송에 준용되는 취소소송에 대한 사항은?

① 소송의 대상 ② 사정판결
③ 제소기간 ④ 행정심판과의 관계(예외적 행정심판전치주의 적용)

해설

• 취소소송 규정이 다른 항고소송에 준용되지 않는 경우 : **무**-**전기사간** / **부**-**처집사**

무효등확인소송	부작위위법확인소송
행정심판**전**치주의	**처**분 변경으로 인한 소 변경
제소**기**간	**집**행정지
사정판결	**사**정판결
간접강제	

답 ①

13 다음 중 권한의 위임에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

① 행정청의 권한 위임이 있는 경우에도 항고소송에서는 위임청이 피고가 된다.
② 기관위임사무에 대해서는 조례에 의하여 하급 행정청에 재위임할 수 없다.
③ 권한의 위임은 위임청의 권한 일부에 한해서 가능하고 전부를 위임하는 것은 허용되지 않는다.
④ 권한의 위임에 관한 개별규정이 없는 경우 「정부조직법」 제6조와 같은 일반적 규정에 따라 행정청은 위임받은 권한을 재위임할 수 있다.

해설

① (×) 행정청의 권한 위임이 있는 경우에도 항고소송에서는 수임청이 피고가 된다.

• **권한위임과 내부위임**

권한 위임	권한의 내부위임
권한 귀속 변경(법률에 따라 특정 권한을 다른 행정관청에 이전하여 수임관청의 권한으로 행사하도록 함)	**권한 귀속 변경 없음**(행정관청의 내부적 사무처리의 편의를 위해 그 보조기관·하급행정관청에게 그의 권한을 사실상 행하도록 함)
법적 근거 必要	**법적 근거 不要. 법률이 위임을 허용하지 않는 경우에도 가능**
수임청 명의·책임으로 권한 행사	**위임청 명의·책임으로 권한 행사**(수임청 명의로 처분시 위법-판례는 무효)
수임청이 피고	**위임청이 피고**(단, **수임청 명의로 처분시 수임청이 피고**)

② (○) **기관위임사무를 지방자치단체의 조례에 의하여 재위임할 수 없고 규칙에 의해서만 재위임 가능** : 도시재개발법 제8조, 같은법시행령 제58조 제1항 제12호에 의하면 건설부장관의 권한에 속하는 도시재개발법 제41조의 규정에 의한 **관리처분계획의 인가 등 처분권한은 시·도시사에게 위임되었을 뿐 시·도지사가 이를 구청장, 시장, 군수에게 재위임할 수 있는 근거규정은 없으나, 정부조직법 제5조 제1항과 이에 기한 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제4조에 재위임에 관한 일반적인 근거규정이 있으므로**, 시·도지사는 그 재위임에 관한 일반적인 규정에 따라 위임받은 위 처분권한을 구청장 등에게 재위임할 수 있다. 위 관리처분계획의 인가 등에 관한 사무는 **국가사무로서 지방자치단체의 장에게 위임된 이른바 기관위임사무에 해당하므로, 시·도지사가 지방자치단체의 조례에 의하여 이를 구청장 등에게 재위임할 수는 없고, 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제4조에 의하여 위임기관의 장의 승인을 얻은 후 지방자치단체의 장이 제정한 규칙이 정하는 바에 따라 재위임하는 것만이 가능하다.** 서울특별시장이 건설부장관으로부터 위임받은 관리처분계획의 인가 등 처분권한을 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제4조에 의하여 규칙을 제정해서 구청장에게 재위임하지 아니하고, 「서울특별시 행정권한 위임조례」 제5조 제1항 [별표]에 의하여 구청장에게 재위임하였다면, 「서울특별시 행정권한 위임조례」 중 위 처분권한의 재위임에 관한 부분은 조례제정권의 범위를 벗어난 국가사무(기관위임사무)를 대상으로 한 것이어서 무효이다(대판 1995.8.22. 94누5694).

> • **행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제4조(재위임)** 특별시장 · 광역시장 · 특별자치시장 · 도지사 또는 특별자치도지사(특별시 · 광역시 · 특별자치시 · 도 또는 특별자치도의 교육감을 포함한다. 이하 같다)나 시장 · 군수 또는 구청장(자치구의 구청장을 말함)은 행정의 능률향상과 주민의 편의를 위하여 필요하다고 인정될 때에는 **수임사무의 일부를 그 위임기관의 장의 승인을 받아 규칙으로 정하는 바에 따라** 시장 · 군수 · 구청장(교육장을 포함한다) 또는 읍 · 면 · 동장, 그 밖의 소속기관의 장에게 다시 위임할 수 있다.

③ (○) 일부 재위임은 가능하나 전부 재위임은 실질적으로 위임기관의 권한 폐지를 의미하게 되므로 허용되지 않는다.

> • **정부조직법 제6조(권한의 위임 또는 위탁)** ① 행정기관은 법령으로 정하는 바에 따라 그 소관사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 위임하거나 다른 행정기관·지방자치단체 또는 그 기관에 위탁 또는 위임할 수 있다. 이 경우 위임 또는 위탁을 받은 기관은 특히 필요한 경우에는 법령으로 정하는 바에 따라 위임 또는 위탁을 받은 **사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 재위임할 수 있다.**

④ (○) 판례에 따르면 국가사무의 경우는 정부조직법 제6조 및 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제4조를, 지방자치사무의 경우는 지방자치법 제117조를 권한의 위임 및 재위임에 관한 일반적인 근거규정으로 본다. ②번 해설의 판례 내용 참조.

답 ①

14 다음 중 「행정소송법」상 항고소송에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

① 원고의 청구가 이유 있다고 인정하는 경우에도 처분의 무효를 확인하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정하는 때에는 법원은 원고의 청구를 기각할 수 있다.

② 동일한 행정처분에 대하여 무효확인의 소를 제기하였다가 그 후 그 처분의 취소를 구하는 소를 추가적으로 병합한 경우 주된 청구인 무효확인의 소가 적법한 제소기간 내에 제기되었다면 추가로 병합된 취소청구의 소도 적법하게 제기된 것으로 볼 수 있다.

③ 변경처분에 의하여 유리하게 변경된 내용의 행정 제재가 위법하다는 이유로 그 취소를 구하는 경우 취소소송의 대상은 변경된 내용의 당초처분이지 변경처분은 아니고, 제소기간의 준수 여부도 변경처분이 아닌 변경된 내용의 당초처분을 기준으로 판단하여야 한다.

④ 기존 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 된다.

해설

① (×) 무효확인소송에는 사정판결이 적용되지 않음.

• 당연무효의 행정처분을 소송목적물로 하는 행정소송에서는 존치시킬 효력이 있는 행정행위가 없기 때문에 행정소송법 제28조 소정의 사정판결을 할 수 없다(대판 1996.03.22. 95누5509).

② (○) **동일한 처분에 대하여 무효확인의 소를 제기했다가 그 후 그 처분의 취소를 구하는 소를 추가적으로 병합한 경우, 주된 청구인 무효확인의 소가 적법한 제소기간 내에 제기되었다면 추가로 병합된 취소청구의 소도 적법하게 제기된 것으로 볼 수 있음** : 하자 있는 행정처분을 놓고 이를 무효로 볼 것인지 아니면 단순히 취소할 수 있는 처분으로 볼 것인지는 동일한 사실관계를 토대로 한 법률적 평가의 문제에 불과하고, 행정처분의 무효확인을 구하는 소에는 특단의 사정이 없는 한 그 취소를 구하는 취지도 포함되어 있다고 보아야 하는 점 등에 비추어 볼 때, 동일한 행정처분에 대하여 무효확인의 소를 제기하였다가 그 후 그 처분의 취소를 구하는 소를 추가적으로 병합한 경우, 주된 청구인 무효확인의 소가 적법한 제소기간 내에 제기되었다면 추가로 병합된 취소청구의 소도 적법하게 제기된 것으로 봄이 상당하다(대판 2005.12.23. 2005두3554).

③ (○) 행정청이 식품위생법령에 기하여 영업자에 대하여 행정제재처분(3월의 영업정지처분)을 한 후 그 처분을 영업자에게 유리하게 변경 하는 처분(과징금 부과처분)을 한 경우(이하 처음의 처분을 '당초처분', 나중의 처분을 '변경처분'이라 한다), 변경처분에 의하여 당초처분은 소멸하는 것이 아니고 당초부터 유리하게 변경된 내용의 처분으로 존재하는 것이므로, 변경처분에 의하여 유리하게 변경된 내용의 행정제재가 위법하다 하여 그 취소를 구하는 경우

그 취소소송의 대상은 변경된 내용의 당초처분이지 변경처분은 아니고, 제소기간의 준수 여부도 변경처분이 아닌 변경된 내용의 당초처분을 기준으로 판단하여야 한다(대판 2007.4.27. 2004두9302).

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 대상**이 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 된다고 보아야 한다(대판 2015.11.19. 2015두295).

종전처분을 변경하는 내용의 후속처분시 그 내용이

종전처분을 **완전히 대체** or **주요 부분의 실질적 변경**	종전처분의 유효를 전제로 내용 **일부만 추가·철회·변경** or 추가·철회·변경 부분이 내용·성질상 **나머지 부분과 불가분적인 것이 아님(가분적임)**
후속처분만 항고소송 대상 특별한 사정이 없는 한 종전처분은 효력 상실	**종전처분 or 후속처분은 항고소송 대상** (종전처분은 후속처분에 의해 변경되지 않은 범위 내에서 그대로 존속)

예) 의무휴업일 지정 및 영업시간제한(0시~8시) 처분(종전처분) → 영업시간제한 변경처분(0시~10시)(후속처분) : 두 처분 모두 항고소송 대상

답 ①

15 다음 중 조세 부과 등에 관한 권리구제제도에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

① 국세의 부과처분에 대하여 이의가 있는 자는 그 처분의 통지를 받은 날로부터 또는 처분이 있었던 것을 안 날로부터 90일 이내에 이의신청을 제기하여야 한다.

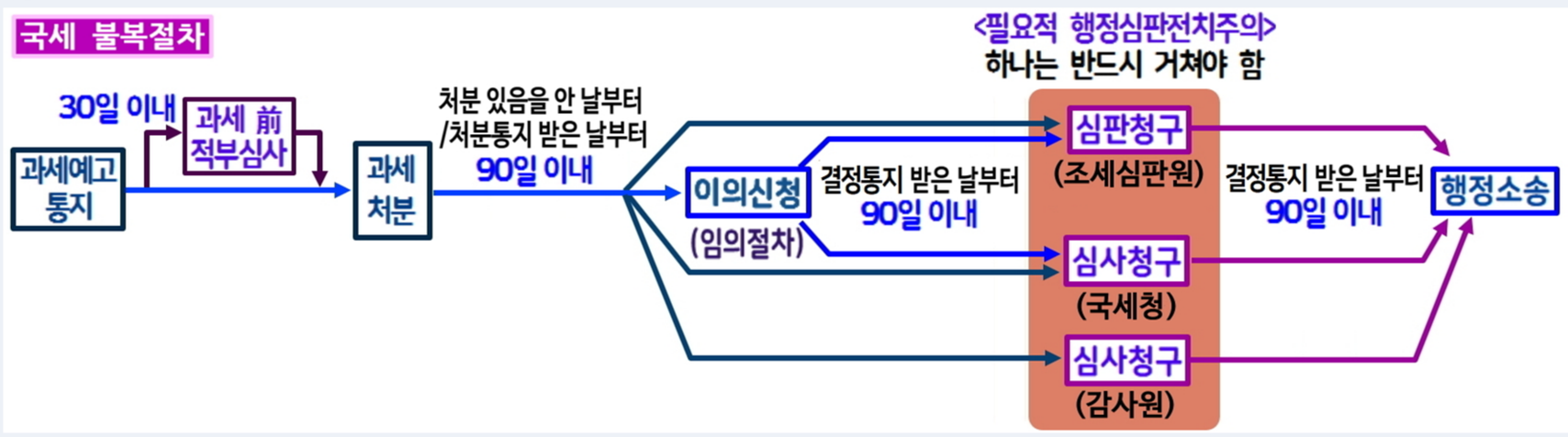
② 세무서장은 이의신청의 대상이 된 처분이 지방국세청장이 조사·결정 또는 처리하였거나 하였어야 할 경우에는 이의신청을 받은 날로부터 7일 이내에 이의신청서에 의견서를 첨부하여 해당 지방국세청장에게 송부하고 그 사실을 이의신청인에게 통지하여야 한다.

③ 위법한 지방세 부과처분에 대한 행정소송은 「지방세기본법」에 따른 심판청구와 그에 대한 결정을 거치지 아니하면 제기할 수 없다.

④ 세무조사결정 자체는 조사종료 후의 과세처분과는 달리 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 않는다.

해설

① (○)



② (○) **국세기본법 제66조(이의신청)** ② 세무서장은 이의신청의 대상이 된 처분이 지방국세청장이 조사 · 결정 또는 처리하였거나 하였어야 할 것인 경우에는 이의신청을 받은 날부터 7일 이내에 해당 신청서에 의견서를 첨부하여 해당 지방국세청장에게 송부하고 그 사실을 이의신청인에게 통지하여야 한다.

③ (×) 지방세기본법 조문을 제대로 파악하지 못하고 출제한 지문으로 보인다. 제98조 3항만으로 출제했으나 6항도 있으므로 틀린 지문이 된다.

> • **지방세기본법 제98조(다른 법률과의 관계)**
> ③ **제89조에 규정된 위법한 처분에 대한 행정소송**은 「행정소송법」 제18조제1항 본문, 같은 조 제2항 및 제3항에도 불구하고 **이 법에 따른 심판청구와 그에 대한 결정을 거치지 아니하면 제기할 수 없다**. 다만, 심판청구에 대한 재조사 결정(제100조에 따라 심판청구에 관하여 준용하는 「국세기본법」 제65조제1항제3호 단서에 따른 재조사 결정을 말한다)에 따른 처분청의 처분에 대한 행정소송은 그러하지 아니하다.
> ⑥ **「감사원법」에 따른 심사청구를 거친 경우에는 이 법에 따른 심판청구를 거친 것으로 보고 제3항을 준용한다.**

즉, "위법한 지방세 부과처분에 대한 행정소송은 「지방세기본법」에 따른 심판청구 또는 「감사원법」에 따른 심사청구와 그에 따른 결정을 거치지 않은 경우 제기할 수 없다."라고 해야 옳은 지문이 된다.

④ (×) **세무조사결정은 항고소송의 대상이 되는 행정처분** : 부과처분을 위한 과세관청의 질문조사권이 행해지는 세무조사결정이 있는 경우 납세의무자는 세무공무원의 과세자료 수집을 위한 질문에 대답하고 검사를 수인하여야 할 법적 의무를 부담하게 되는 점, 세무조사는 기본적으로 적정하고 공평한 과세의 실현을 위하여 필요한 최소한의 범위 안에서 행하여져야 하고, 더욱이 동일한 세목 및 과세기간에 대한 재조사는 납세자의 영업의 자유 등 권익을 심각하게 침해할 뿐만 아니라 과세관청에 의한 자의적인 세무조사의 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).

※정답 여부 : ③도 틀린 내용이므로 복수정답으로 본다.

답 ③④

16 **공무원인 甲은 직무와 관련하여 「국가공무원법」상 청렴의무를 위반하여 뇌물을 받았다는 혐의에 대하여 형사사건으로 기소되었다. 이에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?**(다툼이 있으면 판례에 따름)

① 甲에게 징계사유가 인정되는 이상 관련된 형사사건이 아직 유죄로 확정되지 아니하였다고 하더라도 징계처분을 할 수 있다.

② 甲에게 징계처분을 내렸던 경우 형사사건에서 무죄판결을 받았다면 그 징계처분은 당연무효가 된다.

③ 甲에게 동일한 사유로 직위해제처분을 하고 다시 감봉처분을 하였다 하여 일사부재리원칙에 위배된다고 할 수 없다.

④ 甲이 형사절차에서 당연퇴직사유에 해당하는 유죄판결이 확정되어 임용권자가 당연퇴직의 인사발령을 통지한 경우 그 통지는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니다.

해설

① (○) 징계형과 형벌은 그 목적·내용·대상의 면에서 성질상 차이가 있으므로 공무원에게 징계사유가 인정되는 이상 관련 형사사건의 유죄 확정 전에도 해당 공무원에 대하여 징계처분을 할 수 있다.

- 공무원에게 징계사유가 인정되는 이상 관련된 형사사건이 아직 유죄로 확정되지 아니하였다고 하더라도 징계처분을 할 수 있다(대판 2001.11.9. 2001두4184).

② (×) **형사사건에서 무죄판결을 받은 공무원에 대한 징계처분이 당연무효가 아니라고 본 사례** : 공무원인 甲이 그 직무에 관하여 뇌물을 받았음을 징계사유로 하여 파면처분을 받은 후 그에 대한 형사사건이 항소심까지 유죄로 인정되었고 그 형사사건에서 甲이 수사기관과 법정에서 금품수수사실을 자인하였으나 그 후 대법원의 파기환송판결에 따라 무죄의 확정판결이 있었다면 위 징계처분은 근거없는 사실을 징계사유로 삼은 것이 되어 위법하다고 할 수는 있을지언정 그것이 객관적으로 명백하다고는 할 수 없으므로 위 징계처분이 당연무효인 것은 아니다(대판 1989.9.26. 89누4963).

③ (○) 직위해제처분이 공무원에 대한 불이익한 처분이긴 하나 징계처분과 같은 성질의 처분이라 할 수 없으므로 동일한 사유로 직위해제 처분을 하고 다시 감봉처분을 하였다 하여 일사부재리원칙에 위배된다 할 수 없다(대판 1983.10.25. 83누184).
[관련판례] 직위해제처분은 공무원에 대하여 불이익한 처분이긴 하나 징계처분과 같은 성질의 처분이라고는 볼 수 없으므로 동일한 사유에 대한 직위해제처분이 있은 후 다시 해임처분이 있었다 하여 일사부재리의 법리에 어긋난다고 할 수 없다(대판 1984.2.28. 83누489).

④ (○) **국가공무원법상 당연퇴직 인사발령의 처분성 부정** : 국가공무원법 69조에 의하면 공무원이 제33조 각 호 해당시 당연히 퇴직한다고 규정하고 있으므로, 당연퇴직은 결격사유가 있을 때 법률상 당연히 퇴직하는 것이지 공무원관계를 소멸시키기 위한 별도의 행정처분을 요하는 것이 아니며, 당연퇴직의 인사발령은 법률상 당연히 발생하는 퇴직사유를 공적으로 확인하여 알려주는 이른바 관념의 통지에 불과하고 공무원의 신분을 상실시키는 새로운 형성적 행위가 아니므로 행정소송의 대상이 되는 독립한 행정처분이 아니다.(대판 1985.7.23. 84누374 ; 대판 1995.11.14. 95누2036)

답 ②

17 **다음 중 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」상 환매권에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?**(다툼이 있으면 판례에 따름)

① 환매권자는 협의취득일 또는 수용의 개시일 당시의 토지소유자 또는 그 포괄승계인이다.

② 환매의 목적물은 토지소유권에 한정되며 토지에 관한 소유권 이외의 권리 및 토지 이외의 물건은 환매의 대상이 되지 않는다.

③ 사업시행자가 토지의 협의취득일 또는 수용의 개시일부터 5년 이내에 취득한 토지의 전부를 해당 공익사업에 이용하지 아니하였을 때에는 환매권자는 환매권을 행사할 수 있다.

④ 환매권 행사로 인한 소유권이전등기청구소송에서 사업시행자는 환매대금 증액청구권을 내세워 증액된 환매대금과 보상금 상당액의 차액을 지급할 것을 동시이행의 항변으로 주장할 수 있다.

해설

①③ (○)

• 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제91조(환매권)

① 공익사업의 폐지·변경 또는 그 밖의 사유로 취득한 **토지**의 전부 또는 일부가 필요 없게 된 경우 **토지의 협의취득일 또는 수용의 개시일 당시의 토지소유자 또는 그 포괄승계인**(이하 "환매권자"라 한다)은 다음 각 호의 구분에 따른 날부터 10년 이내에 그 토지에 대하여 받은 보상금에 상당하는 금액을 사업시행자에게 지급하고 그 토지를 환매할 수 있다.

1. 사업의 폐지·변경으로 취득한 토지의 전부 또는 일부가 필요 없게 된 경우 : 관계 법률에 따라 사업이 폐지·변경된 날 또는 제24조에 따른 사업의 폐지·변경 고시가 있는 날
2. 그 밖의 사유로 취득한 토지의 전부 또는 일부가 필요 없게 된 경우 : 사업완료일

② **취득일부터 5년 이내에 취득한 토지의 전부를 해당 사업에 이용하지 아니하였을 때에는 제1항을 준용**한다. 이 경우 환매권은 취득일부터 6년 이내에 행사하여야 한다.

② (○) 환매의 목적물은 토지소유권이다(공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제91조 제1항). 따라서 토지 이외의 물건(건물, 입목, 토석)이나 토지소유권 이외의 권리는 환매의 대상이 되지 아니한다.

④ (×) **환매권 행사로 인한 소유권이전등기 청구소송에서 사업시행자가 환매대금 증액청구권을 내세워 선이행 또는 동시이행의 항변을 할 수 없음** : 공익사업을

위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제91조에 의한 환매는 환매기간 내에 환매의 요건이 발생하면 환매권자가 지급받은 보상금에 상당한 금액을 사업시행자에게 미리 지급하고 일방적으로 의사표시를 함으로써 사업시행자의 의사와 관계없이 환매가 성립하고, 토지 등의 가격이 취득 당시에 비하여 현저히 변경되었더라도 같은 법 제91조 제4항에 의하여 당사자 간에 금액에 관하여 협의가 성립하거나 사업 시행자 또는 환매권자가 그 금액의 증감을 법원에 청구하여 법원에서 그 금액이 확정되지 않는 한, 그 가격이 현저히 등귀한 경우이거나 하락한 경우이거나를 묻지 않고 환매권을 행사하기 위하여는 지급받은 보상금 상당액을 미리 지급하여야 하고 또한 이로써 족한 것이며, 사업시행자는 소로써 법원에 환매대금의 증액을 청구할 수 있을 뿐 환매권 행사로 인한 소유권이전등기 청구소송에서 환매대금 증액청구권을 내세워 증액된 환매대금과 보상금 상당액의 차액을 지급할 것을 선이행 또는 동시이행의 항변으로 주장할 수 없다(대판 2006.12.21. 2006다49277).

답 ④

18 **해양오염물질을 배출하는 A기업이 해안지역 타인의 토지에 오염물질을 상습적으로 매장하였다. 그 토지소유자 甲은 이를 알면서도 사실상 묵인하였다. 그런데 매장된 오염물질로 인하여 인근지역에 심각한 환경위험이 발생한 경우 그 제거를 위한 경찰작용과 가장 관계가 깊은 원칙은?** 2014 국회8급

① 경찰책임의 원칙
② 경찰소극목적의 원칙
③ 민사관계불개입의 원칙
④ 경찰비례의 원칙

해설

오염물질 매장에 대한 경찰책임의 문제이며 A기업은 경찰행위책임을 지게 되며, 토지소유자는 경찰상태책임을 진다.

- **경찰책임의 원칙** : 경찰권은 원칙적으로 경찰위반의 상태를 야기한 자, 즉 공공의 안녕과 질서에 대한 위험에 대하여 행위책임 또는 상태책임이 있는 자(경찰책임자)에게만 발동될 수 있다는 원칙.

답 ①

19 **다음 중 경찰권의 행사 및 그 한계에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?**(다툼이 있으면 판례에 따름)

① 경찰관이 임의동행요구에 응하지 않는다 하여 강제연행하려고 대상자의 양팔을 잡아끈 행위는 적법한 공무집행이라고 할 수 없다.
② 경찰관이 신분증을 제시하지 않고 불심검문을 하였으나 검문하는 사람이 경찰관이고 검문하는 이유가 범죄행위에 관한 것임을 피고인이 알고 있었던 경우라면 그 불심검문은 위법한 공무집행이라고 할 수 없다.
③ 경찰관이 위법한 체포상태에서 음주측정을 요구한 경우 그에 불응하더라도 음주측정거부에 관한 도로교통법위반죄로 처벌할 수 없다.
④ 경찰관이 교통법규 등을 위반하고 도주하는 차량을 순찰차로 추적하는 직무를 집행하는 중에 그 도주차량의 주행에 의하여 제3자가 손해를 입었다면 특별한 사정이 없는 한 그 추적행위는 위법하다.

해설

① (○) 경찰관이 임의동행요구에 응하지 않는다 하여 강제연행하려고 대상자의 양팔을 잡아끈 행위는 적법한 공무집행이라고 할 수 없으므로 그 대상자가 이러한 불법연행으로부터 벗어나기 위하여 저항한 행위는 정당한 행위라고 할 것이고 이러한 행위에 무슨 과실이 있다고 할 수 없다(대판 1992.5.26. 91다38334). ⇨ 국가배상청구에 따른 손해배상액 산정시 과실상계 불가.

② (○) 경찰관직무집행법 제3조 제4항은 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 된 경위, 불심검문 당시의 현장상황과 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).

③ (○) **위법한 체포 상태에서 이루어진 음주측정요구에 불응한 행위를 처벌할 수 없음** : 교통안전과 위험방지를 위한 필요가 없음에도 주취운전을 하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있다는 이유만으로 이루어지는 음주측정은 이미 행하여진 주취운전이라는 범죄행위에 대한 증거 수집을 위한 수사절차로서의 의미를 가지는 것인데, 구 도로교통법(2005. 5. 31. 법률 제7545호로 전문 개정되기 전의 것)상의 규정들이 음주측정을 위한 강제처분의 근거가 될 수 없으므로 위와 같은 음주측정을 위하여 당해 운전자를 강제로 연행하기 위해서는 수사상의 강제처분에 관한 형사소송법상의 절차에 따라야 하고, 이러한 절차를 무시한 채 이루어진 강제연행은 위법한 체포에 해당한다. 이와 같은 위법한 체포 상태에서 음주측정요구가 이루어진 경우, 음주측정요구를 위한 위법한 체포와 그에 이은 음주측정요구는 주취운전이라는 범죄행위에 대한 증거 수집을 위하여 연속하여 이루어진 것으로서 개별적으로 그 적법 여부를 평가하는 것은 적절하지 않으므로 그 일련의 과정을 전체적으로 보아 위법한 음주측정요구가 있었던 것으로 볼 수밖에 없고, 운전자가 주취운전을 하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있다 하더라도 그 운전자에게 경찰공무원의 이와 같은 위법한 음주측정요구에 대해서까지 그에 응할 의무가 있다고 보아 이를 강제하는 것은 부당하므로 그에 불응하였다고 하여 음주측정거부에 관한 도로교통법 위반죄로 처벌할 수 없다(대판 2006.11.9. 2004도8404).

④ (×) **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 데에 불필요하다거나 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

20 다음 중 공물에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

① 공유수면에 대한 점용·사용허가는 일반사용과는 별도로 특정 부분을 유형적·고정적으로 사용하는 특별사용권을 설정해주는 행정행위로서 강학상 특허이며, 재량행위로 볼 수 있다.

② 도로와 같은 인공적 공공용 재산은 법령에 의하여 지정되거나 행정처분으로 공공용으로 사용하기로 결정한 경우에만 행정재산이 되는 것이고, 행정재산으로 실제 사용하는 것만으로 행정재산이 되는 것은 아니다.

③ 하천의 점용허가권은 특허에 의한 공물사용권의 일종으로 하천의 관리주체에 대하여 일정한 특별사용을 청구할 수 있는 채권에 지나지 아니하고 대세적 효력이 있는 물권이라 할 수 없다.

④ 「국유재산법」의 행정재산은 「민법」 제245조에도 불구하고 시효취득의 대상이 되지 아니한다.

해설

① (○) 도로법 제40조 제1항에 의한 도로점용은 일반공중의 교통에 사용되는 도로에 대하여 이러한 일반사용과는 별도로 도로의 특정부분을 유형적·고정적으로 특정한 목적을 위하여 사용하는 이른바 특별사용을 뜻하는 것이고, 이러한 도로점용의 허가는 특정인에게 일정한 내용의 공물사용권을 설정하는 설권행위로서, 공물관리자가 신청인의 적격성, 사용목적 및 공익상의 영향 등을 참작하여 허가를 할 것인지의 여부를 결정하는 재량행위이다(대판 2002.10.25. 2002두5795).

② (×) 국유재산법상의 행정재산이란 국가가 소유하는 재산으로서 직접 공용, 공공용 또는 기업용으로 사용하거나 사용하기로 결정한 재산을 말하고(국유재산법 제6조 제2항 참조), 그중 **도로와 같은 인공적 공공용 재산은 법령에 의하여 지정되거나 행정처분으로써 공공용으로 사용하기로 결정한 경우 또는 행정재산으로 실제로 사용하는 경우의 어느 하나에 해당하여야 비로소 행정재산이 되는데**, 특히 도로는 도로로서의 형태를 갖추고 도로법에 따른 노선의 지정 또는 인정의 공고 및 도로 구역 결정·고시를 한 때 또는 도시계획법 또는 도시재개발법에서 정한 절차를 거쳐 도로를 설치하였을 때에 공공용물로서 공용개시행위가 있으므로, 토지의 지목이 도로이고 국유재산대장에 등재되어 있다는 사정만으로 바로 토지가 도로로서 행정재산에 해당한다고 할 수는 없다. 이는 국유재산대장에 행정재산으로 등재되어 있다가 용도폐지된 바가 있더라도 마찬가지이다(대판 2016.5.12. 2015다255524).

③ (○) **하천점용허가권의 성질은 채권** : 하천의 점용허가권은 특허에 의한 '공물사용권'의 일종으로서 하천의 관리주체에 대하여 일정한 특별사용을 청구할 수 있는 채권에 지나지 아니하고 대세적 효력이 있는 물권이라 할 수 없다(대판 1990.2.13. 89다카23022).

④ (○) **국유재산법 제7조(국유재산의 보호)** ② 행정재산은 「민법」 제245조에도 불구하고 시효취득의 대상이 되지 아니한다.

답 ②

21 다음 중 법률유보원칙에 대한 판례의 입장으로 가장 옳지 않은 것은?

① 법령의 규정보다 더 침익적인 조례는 법률유보 원칙에 위반되어 위법하며 무효이다.

② 법률유보원칙에서 요구되는 법적 근거는 작용법적 근거를 의미하며, 조직법적 근거는 모든 행정권 행사에 있어서 당연히 요구된다.

③ 토지 등 소유자가 도시환경정비사업을 시행하는 경우 사업시행인가 신청에 필요한 토지 등 소유자의 동의정족수를 토지 등 소유자가 자치적으로 정하여 운영하는 규약에 정하도록 한 것은 법률유보원칙에 위반된다.

④ 법률유보원칙에 있어서 법률은 형식적 의미의 법률을 의미하므로 관습법은 포함되지 않는다.

해설

① (×) 법령의 규정보다 더 침익적인 조례(**침익초과조례**)는 **법률우위의 원칙에 위반되어 위법하며 무효**(행정입법이나 자치법규는 위법할 경우 무효).
[판례] 법률의 위임근거는 있으나, 상위법령의 제한범위를 초과한 차고지확보제도에 관한 조례안(침익초과조례)은 위법하여 무효 : 차고지확보 대상을 자가용자동차 중 승차정원 16인 미만의 승합자동차와 적재정량 2.5t 미만의 화물자동차까지로 정하여 자동차운수사업법령이 정한 기준보다 확대하고, 차고지확보 입증서류의 미제출을 자동차등록 거부사유로 정하여 자동차관리법령이 정한 자동차 등록기준보다 더 높은 수준의 기준을 부가하고 있는 차고지확보제도에 관한 조례안은 비록그 법률적 위임근거는 있지만 그 내용이 차고지 확보기준 및 자동차등록기준에 관한 상위법령의 제한범위를 초과하여 무효이다(대판 1997.4.25. 96추251).

조례로 규율하려는 사항에 관해서 법령에 규정이 없는 경우

별개의 입법목적		조례와 법률의 충돌이 없으므로 조례는 적법	
동일한 입법목적	**추가조례** : 법령상 규정 대상 이외의 사항을 조례로 정함	**수익추가조례** : 조례로 규율 가능	**침익추가조례** : 법적 근거 필요(법률유보)
	초과조례 : 법령에 규정된 사항을 초과하여 조례로 정함	**수익초과조례** : 조례로 규율 가능	**침익초과조례** : 법률우위원칙 위반 무효

② (○) 조직법적 근거는 행정활동의 모든 영역에서 당연히 요구되며, 법률유보의 원칙이란 행정권의 발동에 있어서 조직규범(임무규범) 외에 작용규범(수권규범·권한규범)이 요구된다는 것을 의미한다.

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

③ (○) **토지등소유자가 도시환경정비사업 시행시 사업시행인가 신청 전에 얻어야 하는 토지등소유자의 동의 요건을** '토지등소유자가 자치적으로 정하여 운영하는 **규약**'으로 정하도록 한 **구 「도시 및 주거환경정비법」 제28조 4항 본문은 법률유보 또는 의회유보 원칙 위반** : 도시정비법상 조합이 사업을 시행하는 경우에는 토지등소유자로부터 조합설립의 동의를 받는 등 관계 법령에서 정한 요건과 절차를 갖추어 관할 행정청으로부터 조합설립인가를 받음으로써 사업시행자의 지위를 얻게 되는 반면, 토지등소유자가 사업을 시행하는 경우에는 이 사건 동의요건 조항에 의해 자치규약이 정하는 바에 따라 토지등소유자의 동의를 얻어 사업시행인가를 신청하는 단계에서 사업시행자가 구체적으로 드러나고 관할 행정청으로부터 사업시행인가를 받음으로써 사업시행자의 지위를 얻게 된다(도시정비법 제28조 제1항, 같은 법 시행령 제41조 제2항 제3호, 같은 법 시행규칙 제9조 제1항). 그런데 도시정비법상의 사업시행자는 정비구역 내에서 독점적·배타적인 사업시행권을 가지는 사업주체일 뿐 아니라 관할 행정청의 감독 아래 정비구역 안에서 정비사업을 시행하는 목적 범위 내에서 법령이 정하는 바에 따라 일정한 행정작용을 행하는 행정주체로서의 지위를 갖는다. 따라서 **토지등소유자가 도시환경정비사업을**

시행하는 경우 사업시행인가 신청시 필요한 토지등소유자의 동의는 개발사업의 주체 및 정비구역 내 토지등소유자를 상대로 수용권을 행사하고 각종 행정처분을 발할 수 있는 행정주체로서의 지위를 가지는 사업시행자를 지정하는 문제로서 그 동의요건을 정하는 것은 토지등소유자의 재산권에 중대한 영향을 미치고, 이해관계인 사이의 충돌을 조정하는 중요한 역할을 담당한다. 그렇다면 **사업시행인가 신청시 요구되는 토지등소유자의 동의정족수를 정하는 것은 국민의 권리와 의무의 형성에 관한 기본적이고 본질적인 사항으로 법률유보 내지 의회유보의 원칙이 지켜져야 할 영역**이다. 사업시행자를 지정한다는 면에서 같은 성격을 가지는 조합설립인가에 대해서는 조합설립인가 신청시 필요한 동의정족수에 관해 도시정비법에서 명문으로 규정(제16조 제1항)하고 있는 점을 보아도 토지등소유자가 사업시행인가를 신청하기 위해 얻어야 하는 동의정족수는 자치규약에 정할 것이 아니라 입법자가 스스로 결정해야 할 사항이라 할 것이다. 입법자는 2009.2.6. 법률 제9444호에 의하여 도시정비법 제28조 제7항을 신설하여 도시환경정비사업을 토지등소유자가 시행하고자 하는 경우 사업시행인가 신청 전에 얻어야 하는 토지등소유자의 동의정족수를 법률에 명문으로 규정하였는바, 이는 이 사건 동의요건 조항이 토지등소유자 사업시행방식에 대하여 동의정족수를 법률에 규정하지 않고 자치규약에 정하도록 한 데 대한 반성적 고려가 포함된 것이라고 보인다. 따라서 **사업시행인가 신청에 필요한 동의정족수를 자치규약에 정하도록 한 이 사건 동의요건 조항은 법률유보 내지 의회유보 원칙에 위배된다**(헌재 2011.8.30. 2009헌바128)

■ **「도시 및 주거환경정비법」 상 사업시행인가 관련 문제**

구분	토지등 소유자가 사업시행자	조합이 사업시행자
사업시행계획	**도시환경정비사업**을 직접 시행하려는 토지 등 소유자들이 사업시행인가를 받기 전에 작성한 사업시행계획은 **항고소송의 대상이 되는 독립된 행정처분이 아님**	**재건축정비사업**조합이 행정주체의 지위에서 수립한 사업시행계획은 인가·고시를 통해 확정되면 이해관계인에 대한 **구속적 행정계획으로서 독립된 행정처분**
사업시행인가	토지 등 소유자들이 조합을 따로 설립하지 않고 직접 시행하는 도시환경정비사업에서 사업시행인가처분의 법적 성격은 **설권적 처분(특허)**	조합의 사업시행계획 작성행위에 대한 **보충행위인 행정청의 인가처분**
사업시행인가 신청시 토지 등 소유자의 동의요건	동의요건은 **행정주체로서의 지위를 가지는 사업시행자를 지정하는 문제와 관련**	**동의요건은 사업시행인가 신청에 대한 토지 등 소유자의 사전 통제를 위한 절차적 요건에 불과함**
	국민의 권리와 의무의 형성에 관한 기본적이고 **본질적인 사항**으로 법률유보 내지 의회유보의 원칙이 지켜져야 할 영역	국민의 권리와 의무에 대한 **본질적 사항이 아님,** 법률유보나 의회유보의 원칙이 반드시 지켜져야 하는 영역이라고 할 수 없음
	자치규약에 정하도록 위임 불가. 반드시 법률로 정해야 함(법률유보·의회유보)	**조합 정관으로 정하도록 포괄적 위임 가능**

④ (○) **법률유보**원칙에 있어서 법률은 원칙적으로 국회에서 법률 제정의 절차에 따라 만들어진 형식적 의미의 법률을 의미한다. 따라서 국회의 의결을 거치지 않은 명령이나 불문법원으로서의 관습법은 법률유보원칙에서 말하는 '법률'에 포함되지 않는다. 반면, **법률우위**의 원칙에서의 '법률'에는 헌법, 형식적 의미의 법률, 법규명령과 관습법 등 불문법을 포함한 모든 법규범을 의미한다. 다만, 행정규칙은 제외된다.

답 ①

22 다음 중 사인의 공법행위에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

① 명문의 금지규정이 있거나 일신전속적인 행위는 대리가 허용될 수 없으나, 그렇지 않은 사인의 공법행위는 대리에 관한 민법 규정이 유추적용될 수 있다.
② 공무원의 사직의 의사표시는 상대방에게 도달한 후에는 철회할 수 없다.
③ 민법의 비진의의사표시의 무효에 관한 규정은 그 성질상 영업재개신고나 사직의 의사표시와 같은 사인의 공법행위에는 적용되지 않는다.
④ 사인의 공법행위에는 행정행위에 인정되는 공정력, 존속력, 집행력 등이 인정되지 않는다.

해설

① (○) 사인의 공법행위는 개별 법률의 규정상 대리를 금지(예 병역법에 의한 징병검사[병역판정검사]의 대리금지)하거나 일신전속적 행위처럼 행위의 성질상 대리가 허용되지 않는 경우가 있다. 그러나 일신전속적 성질을 가지지 않는 행위에 대해서는 대리가 허용되며(예 행정심판법 제18조), 그 경우 대리에 관한 민법 규정이 유추적용된다.

② (×) • 공무원이 한 사직 의사표시의 철회나 취소는 그에 터잡은 의원면직처분이 있을 때까지 할 수 있는 것이고, **일단 면직처분이 있고 난 이후에는 철회나 취소할 여지가 없다**(대판 2001.8.24. 99두9971).

③ (○) 사인의 공법행위에 대한 일반법은 없으며 적용할 법규정이 없는 경우 민법상의 법원칙, 의사표시나 법률행위에 관한 규정이 적용될 수 있다. 그러나 정형적·단체적 성질이 강한 경우(투표) 민법규정 적용이 곤란하며, 비진의의사표시의 무효에 관한 규정(민법 107조 1항 단서)도 성질상 영업재개신고나 일괄사직의 의사표시와 같은 사인의 공법행위에 적용되지 않는다. 따라서 공법관계에서는 비진의 의사표시는 상대방이 표의자의 진의가 아님을 알거나 알 수 있었을 경우에도 유효하다.

- 공무원이 사직의 의사표시를 하여 의원면직처분을 하는 경우, 그 사직의 의사표시는 그 법률관계의 특수성에 비추어 외부적·객관적으로 표시된 바를 존중하여야 할 것이므로, 비록 사직원 제출자의 내심의 의사가 사직할 뜻이 아니었다 하더라도 그 의사가 외부에 객관적으로 표시된 이상 그 의사는 표시된 대로 효력을 발하는 것이며, **민법 제107조 제1항 단서의 비진의 의사표시의 무효에 관한 규정은 그 성질상 사인의 공법행위에 적용되지 아니하므로 원고의 사직원을 받아들여 의원면직처분한 것을 당연무효라고 할 수 없다**(대판 2001.8.24. 99두9971).
- 공무원이 사직의 의사표시를 하여 의원면직처분을 하는 경우 그 사직의 의사표시는 그 법률관계의 특수성에 비추어 외부적·객관적으로 표시된 바를 존중해야 할 것이므로, 비록 사직원제출자의 내심의 의사가 사직할 뜻이 아니었다고 하더라도 **진의 아닌 의사표시에 관한 민법 제107조는 그 성질상 사직의 의사표시와 같은 사인의 공법행위에는 준용되지 아니하므로 그 의사가 외부에 표시된 이상 그 의사는 표시된 대로 효력을 발한다**(대판 1997.12.12. 97누13962).
- 민법의 법률행위에 관한 규정은 행위의 격식화를 특색으로 하는 공법행위에 당연히 타당하다고 말할 수 없으므로 **공법행위인 영업재개업신고에 민법 107조는 적용될 수 없다**(대판 1978.7.25. 76누276).

④ (○) 사인의 공법행위는 행정객체(사인)의 행위이지, 공권력 행사가 아니므로 행정행위가 갖는 공정력·집행력 등의 효력이 인정되지 않는다.

답 ②

23 다음 중 법규명령에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

① 어떠한 법규명령이 위임의 근거가 없어 무효였더라도 사후에 법개정으로 위임의 근거가 부여되면 그때부터는 유효한 법규명령이 된다.

② 자치사무에 관한 자치조례에 대한 법률의 위임은 법령의 범위 안이라는 사항적 한계가 적용될 뿐 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄위임도 가능하다.

③ 추상적인 법규명령을 제정하지 않은 행정입법 부작위에 대하여 「행정소송법」 상 부작위위법확인소송을 제기하여 다툴 수 있다.

④ 교육에 관한 시·도의 조례에 대한 무효확인소송은 시·도지사가 아니라 시·도교육감을 피고로 하여 제기하여야 한다.

해설

① (○) 일반적으로 법률의 위임에 의하여 효력을 갖는 법규명령의 경우, 구법에 위임의 근거가 없어 무효였더라도 사후에 법개정으로 위임의 근거가 부여되면 **그때부터는** 유효한 법규 명령이 되나, 반대로 구법의 위임에 의한 유효한 법규명령이 법개정으로 위임의 근거가 없어지게 되면 그때부터 무효인 법규명령이 되므로, 어떤 법령의 위임 근거유무에 따른 유효 여부를 심사하려면 법개정의 전·후에 걸쳐 모두 심사하여야만 그 법규명령의 시기에 따른 유효·무효를 판단할 수 있다(대판 1995.6.30. 93추83).

② (○) • 지방자치법 관련규정에 의하면 지방자치단체는 원칙적으로 그 고유사무인 자치사무와 법령에 의하여 위임된 단체위임사무에 관하여 이른바 자치조례를 제정할 수 있는 외에, 개별법령에서 특별히 위임하고 있을 경우 그러한 사무에 속하지 아니하는 기관위임사무에 관하여도 그 위임의 범위 내에서 이른바 위임조례를 제정할 수 있지만, 조례가 규정하고 있는 사항이 그 근거법령 등에 비추어 볼 때 **자치사무나 단체위임사무에 관한 것이라면 이는 자치조례로서 지방자치법 15조가 규정하고 있는 '법령의 범위 안'이라는 사항적 한계가 적용될 뿐, 위임조례와 같이 국가법에 적용되는 일반적인 위임입법의 한계가 적용될 여지는 없다**(대판 2000.11.24. 2000추29).

• 조례의 제정권자인 지방의회는 선거를 통해서 그 지역적인 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표기관이고 헌법이 지방자치단체에 포괄적인 자치권을 보장하고 있는 취지로 볼 때, **조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다**(헌재 1995.4.20. 92헌마264·279).

> • **지방자치법 제28조(조례)** ① 지방자치단체는 법령의 범위에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다."

③ (×) 작위위법확인소송의 대상인 부작위는 처분의 부작위이지, 입법의 부작위가 아니므로 추상적인 법령의 제정 여부는 부작위위법확인소송의 대상이 아님.

• **추상적인 법령의 제정 여부 등은 부작위위법확인소송의 대상이 될 수 없음** : 행정소송은 구체적 사건에 대한 법률상 분쟁을 법에 의하여 해결함으로써 법적 안정을 기하자는 것이므로 부작위위법확인소송의 대상이 될 수 있는 것은 구체적 권리·의무에 관한 분쟁이어야 하고 추상적인 법령에 관하여 제정의 여부 등은 그 자체로서 국민의 구체적인 권리·의무에 직접적 변동을 초래하는 것이 아니어서 그 소송의 대상이 될 수 없다(대판 1992.5.8. 91누11261).

④ (○) **조례가 항고소송의 대상인 처분에 해당되는 경우 피고는 공포권자인 지방자치단체장이며, 단, 교육·학예에 관한 조례인 경우 피고는 공포권자인 교육감** : **조례가 집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리·의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생하는 경우 그 조례는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당**하고, 이러한 조례에 대한 무효확인소송을 제기함에 있어서 행정소송법 38조 1항,13조에 의하여 피고적격이 있는 처분 등을 행한 행정청은, 행정주체인 지방자치단체 또는 지방자치단체의 내부적 의결기관으로서 지방자치단체의 의사를 외부에 표시할 권한이 없는 지방의회가 아니라, 구 지방자치법 19조 2항. 92조에 의하여 지방자치단체의 집행기관으로서 조례로서의 효력을 발생시키는 공포권이 있는 지방자치단체장이다. 구 지방교육자치에 관한법률 14조 5항. 25조에 의하면 시·도의 교육·학예에 관한 사무의 집행기관은 시·도 교육감이고 시·도 교육감에게 지방교육에 관한 조례안의 공포권이 있다고 규정되어 있으므로, 교육에 관한 조례의 무효확인소송을 제기함에 있어서는 그 집행기관인 시·도 교육감을 피고로 해야 한다(대판 1996.9.20. 95누8003).(대판 1996.9.20, 95누8003),

답 ③

24 다음 중 행정법의 법원(法源)에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

① 회원국 정부의 반덤핑부과처분이 WTO 협정 위반이라는 이유만으로 사인이 직접 국내 법원에 회원국 정부를 상대로 그 처분의 취소를 구하는 소를 제기할 수 있다.

② 사회의 거듭된 관행으로 생성된 사회생활규범이 관습법으로 승인되었다고 하더라도 사회구성원들이 그러한 관행의 법적 구속력에 대하여 확신을 갖지 않게 되었다면 그러한 관습법은 법적 규범으로서의 효력이 부정될 수밖에 없다.

③ 재량준칙이 공표된 것만으로도 자기구속의 원칙이 적용될 수 있으며, 재량준칙이 되풀이 시행되어 행정관행이 성립될 필요는 없다.

④ 개정 법령이 기존의 사실 또는 법률관계를 적용 대상으로 하면서 국민의 재산권과 관련하여 종전보다 불리한 법률효과를 규정하고 있는 경우, 그러한 사실 또는 법률관계가 개정 법률이 시행되기 이전에 이미 완성 또는 종결된 것이 아니라면 소급입법금지원칙에 위반된다.

해설

① (×) **국제법규가 사인에게 직접 효력을 미치는지 여부 : 반덤핑부과처분이 WTO협정 위반이란 이유만으로 사인이 직접 국내법원에 회원국 정부를 상대로 처분의 취소를 구하는 소 제기하거나 협정 위반을 처분의 독립된 취소사유로 주장할 수 없음(WTO 분쟁해결기구에서 해결해야 함)** : 우리나라가 1994.12.16. 국회의 비준동의를 얻어 1995.1.1. 발효된 「1994년 국제무역기구 설립을 위한 마라케쉬협정」(Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, WTO 협정)의 일부인 「1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정(General Agreement on Tariffs and Trade, GATT 1994) 6조의 이행에 관한 협정」은 **국가와 국가 사이의 권리·의무관계를 설정하는 국제협정**으로, 그 내용 및 성질에 비추어 이와 관련한 법적 분쟁은 **WTO 분쟁해결기구에서 해결하는 것이 원칙**이고, **私人에 대하여는 위 협정의 직접 효력이 미치지 않는다고 보아야 하므로, 위 협정에 따른 회원국 정부의 반덤핑부과처분이 WTO 협정위반이라는 이유만으로 사인이 직접 국내법원에 회원국 정부를 상대로 그 처분의 취소를 구하는 소를 제기하거나 위**

협정위반을 처분의 독립된 취소사유로 주장할 수는 없다(대판 2009.1.30. 2008두17936).

② (○) 관습법이란 사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인·강행되기에 이른 것을 말하고, 그러한 관습법은 법원(法源)으로서 법령에 저촉되지 아니하는 한 법칙으로서의 효력이 있는 것이고, 또 사회의 거듭된 관행으로 생성한 어떤 사회생활규범이 법적 규범으로 승인되기에 이르렀다고 하기 위하여는 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 반하지 아니하는 것으로서 정당성과 합리성이 있다고 인정될 수 있는 것이어야 하고, 그렇지 아니한 사회생활규범은 비록 그것이 사회의 거듭된 관행으로 생성된 것이라고 할지라도 이를 법적 규범으로 삼아 관습법으로서의 효력을 인정할 수 없다. **사회의 거듭된 관행으로 생성된 사회생활규범이 관습법으로 승인되었다고 하더라도 사회 구성원들이 그러한 관행의 법적 구속력에 대하여 확신을 갖지 않게 되었다거나, 사회를 지배하는 기본적 이념이나 사회질서의 변화로 인하여 그러한 관습법을 적용하여야 할 시점에 있어서의 전체 법질서에 부합하지 않게 되었다면 그러한 관습법은 법적 규범으로서의 효력이 부정될 수밖에 없다**(대판 2005.7.21. 2002다1178).

③ (×) 판례는 재량준칙이 공표된 것만으로는 자기구속의 원칙이 적용될 수 없고 되풀이 시행되어 행정관행이 성립한 경우에 자기구속의 원칙이 적용될 수 있다는 입장.

- 재량준칙이 되풀이 시행되어 행정관행이 이루어졌다고 볼 수 없다면 자기구속원칙을 위반한 것이 아님 : 위 지침이 되풀이 시행되어 행정관행이 이루어졌다거나 그 공표만으로 신청인이 보호가치 있는 신뢰를 갖게 되었다고 볼 수 없고, 쌀 시장 개방화에 대비한 경쟁력 강화 등 우월한 공익상 요청에 따라 위 지침상의 요건 외에 '시·군별 건조저장시설 개소당 논 면적 1,000ha 이상' 요건을 추가할 만한 특별한 사정을 인정할 수 있어, 그 처분이 행정의 자기구속의 원칙 및 행정규칙에 관련된 신뢰보호의 원칙에 위배되거나 재량권을 일탈·남용한 위법이 없다(대판 2009.12.24. 2000두7967).

④ (×) **부진정소급입법은 원칙적으로 허용되며 소급입법금지원칙에 위반되지 않음.**

- 행정처분은 그 근거 법령이 개정된 경우에도 경과규정에서 달리 정함이 없는 한 처분 당시 시행되는 개정 법령과 그에 정한 기준에 의하는 것이 원칙이고, 그 개정 법령이 기존의 사실 또는 법률관계를 적용대상으로 하면서 국민의 재산권과 관련하여 종전보다 불리한 법률효과를 규정하고 있는 경우에도 **그러한 사실 또는 법률관계가 개정 법령이 시행되기 이전에 이미 완성 또는 종결된 것이 아니라면 이를 헌법상 금지되는 소급입법에 의한 재산권 침해라고 할 수는 없으며**, 그러한 개정 법령의 적용과 관련하여서는 개정 전 법령의 존속에 대한 국민의 신뢰가 개정 법령의 적용에 관한 공익상의 요구보다 더 보호가치가 있다고 인정되는 경우에 그러한 국민의 신뢰를 보호하기 위하여 그 적용이 제한될 수 있는 여지가 있을 따름이다(대판 2009.7.25. 2008두8918).

답 ②

25 다음 내용 중 행정법의 일반원칙에 대한 설명으로 옳은 것은 모두 몇 개인가?(다툼이 있으면 판례에 따름)

㉠ 비례원칙은 적합성의 원칙, 필요성의 원칙, 상당성의 원칙(협의의 비례원칙)으로 구성된다고 보는 것이 일반적이며, 헌법재판소는 과잉금지 원칙과 관련하여 위 세 가지에 목적의 정당성을 더하여 판단하고 있다.

㉡ 헌법재판소는 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙을 근거로 행정의 자기구속의 원칙을 인정하고 있다.

㉢ 행정청의 공적 견해표명이 있는 후에 사실적·법률적 상태가 변경되었을 때, 그와 같은 공적 견해표명이 실효되기 위하여서는 행정청의 의사표시가 있어야 한다.

㉣ 행정의 자기구속의 원칙은 법적으로 동일한 사실관계, 즉 동종의 사안에서 적용이 문제되는 것으로 주로 재량의 통제 법리와 관련된다.

① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개

해설

㉠ (○) 비례원칙(과잉금지원칙)의 일반적 내용

- **학설과 대법원 판례** : **적합성, 필요성(최소침해의 원칙), 상당성(협의의 비례원칙)**
- **헌법재판소 판례** : **목적의 정당성, 방법의 적정성**(적합성), **침해의 최소성**(필요성), **법익의 균형성**(상당성)

「헌법」 제37조 제2항에 의하면 국민의 기본권을 법률로써 제한하는 것이 가능하다고 하더라도 그 본질적인 내용을 침해할 수 없고 또한 과잉금지의 원칙에도 위배되어서는 아니 되는바, 과잉금지의 원칙이라 함은 국민의 기본권을 제한함에 있어서 국가작용의 한계를 명시한 것으로서 **㉠ 목적의 정당성, ㉡ 방법의 적정성, ㉢ 피해의 최소성, ㉣ 법익의 균형성 등을 의미하며 그 어느 하나에라도 저촉이 되면 위헌이 된다는 헌법상의 원칙**을 말한다(헌재 1997.3.27. 95헌가17).

㉡ (○) 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 사정만 으로 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)

㉢ (×) 행정청이 상대방에게 장차 어떤 처분을 하겠다고 확약 또는 공적인 의사표명을 하였다고 하더라도, 그 자체에서 상대방으로 하여금 언제까지 처분의 발령을 신청을 하도록 유효기간을 두었는데도 그 기간 내에 상대방의 신청이 없었다거나 **확약 또는 공적인 의사표명이 있은 후에 사실적·법률적 상태가 변경되었다면, 그와 같은 확약 또는 공적인 의사표명은 행정청의 별다른 의사표시를 기다리지 않고 실효된다**(대판 1996.8.20. 95누 10877).

㉣ (○) 행정의 자기구속은 평등원칙, 신뢰보호원칙으로부터 도출되는 행정작용법적 법리로서, 행정기관이 동종 사안과 관련하여 과거에 제3자에게 행한 결정과 동일한 결정을 하도록 구속당하는 원칙을 의미한다. 행정의 자기구속 법리가 적용되기 위해서는, 재량행위와 관련하여 ⅰ) 행정관행의 존재, ⅱ) 해당 관행과 동일한 사안, ⅲ) 해당 관행이 위법하지 않을 것이 요청된다. 재량권 행사의 방향과 기준을 제시하는 재량준칙 등의 행정규칙은 행정부 내부에서만 효력이 있으므로 원칙적으로는 사법심사의 기준이 되지 않는다. 하지만 행정의 자기구속법리를 매개로 사법심사의 기준으로서 활용될 수 있다. 따라서 재량준칙에 따라 내리던 처분을 특정인에게만 다르게 처분하는 경우 행정의 자기구속에 반하게 되어 위법한 처분으로 될 수 있다.

답 ③

26 다음 중 재량행위와 기속행위에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

① 과징금 감경 여부는 과징금 부과 관청의 재량에 속하는 것이므로, 과징금 부과 관청이 이를 판단함에 있어서 재량권을 일탈·남용하여 과징금부과처분이 위법하다고 인정될 경우, 법원으로서는 법원이 적정하다고 인정되는 부분을 초과한 부분만 취소할 수는 없다.

② 재량행위에 대한 사법심사는 행정청의 재량에 기한 공익 판단의 여지를 감안하여 법원이 독자의 결론을 도출함이 없이 당해 행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부를 심사한다.

③ 법 규정의 일체성에 의해 요건 판단과 효과 선택의 문제를 구별하기 어렵다고 보는 견해는 재량과 판단여지의 구분을 인정한다.

④ 「총포·도검·화약류 등 단속법」상 총포 등 소지 허가는 기속행위라고는 할 수 없다.

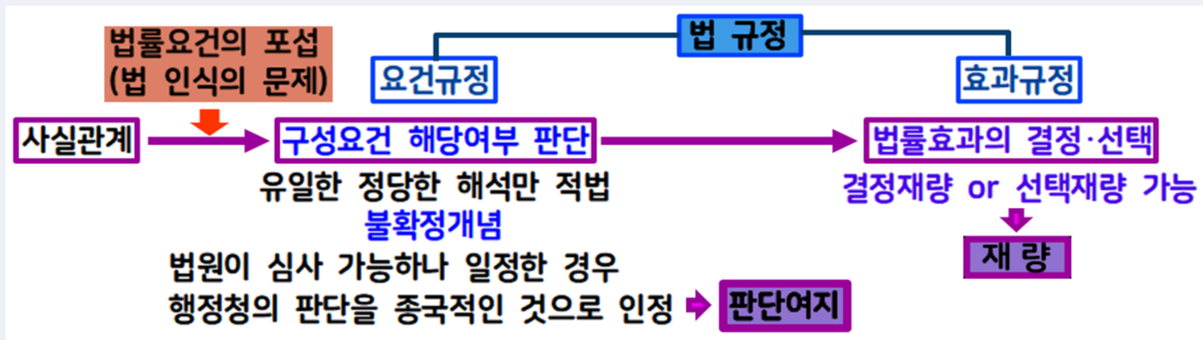
해설

① (○) 자동차운수사업면허조건 등을 위반한 사업자에 대하여 행정청이 행정제재수단으로 사업정지를 명할 것인지, 과징금을 부과할 것인지, 과징금을 부과키로 한다면 그 금액은 얼마로 할 것인지에 관하여 재량권이 부여되었다 할 것이므로, 과징금부과처분이 법이 정한 한도액을 초과하여 위법할 경우 법원으로서는 그 전부를 취소할 수밖에 없고, 그 한도액을 초과한 부분이나 법원이 적정하다고 인정되는 부분을 초과한 부분만을 취소할 수 없다(대판 1998.4.10. 98두2270 ; 대판 2010.7.15. 2010두7031).

② (○) 명의신탁이 조세를 포탈하거나 법령에 의한 제한을 회피할 목적이 아니어서 '부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 시행령' 제3조의2 단서의 과징금 감경사유가 있는 경우 과징금 감경 여부는 과징금 부과 관청의 재량에 속하는 것이므로, 과징금 부과 관청이 이를 판단하면서 재량권을 일탈·남용하여 과징금 부과처분이 위법하다고 인정될 경우, 법원으로서는 과징금 부과처분 전부를 취소할 수밖에 없고, 법원이 적정하다고 인정되는 부분을 초과한 부분만 취소할 수는 없다(대판 2010.7.15. 2010두7031).

③ (×) 요건 판단과 효과 선택의 문제를 **구별할 수 있다는 견해가** 재량과 판단여지의 구분을 인정하는 입장과 관련된다. ㉠ 판단여지는 구성요건과 관련된 개념이지만 재량은 법적 효과와 관련된 개념이라는 점, ㉡ 재량은 입법자에 의하여 부여되는 것이지만 판단여지는 법원에 의하여 주어지는 것이라는 점 등을 근거로 **'법적 효과 선택'에 있어서의 '재량'과 '법률 요건해석'에 있어서의 '판단여지'를 구별**하는 견해가 독일과 우리의 다수설이다. 그러나 판례는 행정재량과 판단여지를 구분하고 있지 않다. 즉, 판단여지가 인정될 수 있는 경우도 재량권이 있는 것으로 보고 있다.

❑ **재량과 판단여지 구별 긍정설**



④ (○) 총포·도검·화약류 등 단속법령상 총포 등의 소지허가를 받을 수 있는 자격요건을 정하고 있는 규정은 없으나, 관할관청의 총포 등 소지허가가 총포·도검·화약류단속법 제13조 제1항 소정의 결격자에 해당되지 아니하는 경우 반드시 허가를 하여야 하는 기속행위라고는 할 수 없고, 같은 법 제13조 제2항의 규정에 비추어 관할 관청에 총포 등 소지허가에 관한 재량권이 유보되어 있는 것이다(대판 1993.5.14. 92도2179).

답 ③

27 다음 중 행정규칙에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름) 2020 국가9급

① 법령의 위임이 없음에도 법령에 규정된 처분요건에 해당하는 사항을 부령에서 변경하여 규정한 경우에는 그 부령의 규정은 행정명령의 성격을 지닐뿐 국민에 대한 대외적 구속력은 없다.

② 재량권 행사의 준칙인 행정규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 형성되어 행정기관이 그 상대방에 대한 관계에서 그 행정규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는 경우에는 그 행정규칙은 헌법소원의 심판대상이 될 수도 있다.

③ 법령의 규정이 특정 행정기관에게 법령 내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서 권한 행사의 절차나 방법을 특정하지 아니한 경우에는 수임행정기관은 행정규칙으로 법령 내용이 될 사항을 구체적으로 정할 수 있다.

④ 행정관청 내부의 사무처리규정에 불과한 전결규정에 위반하여 원래의 전결권자 아닌 보조기관 등이 처분권자인 행정관청의 이름으로 행정처분을 한 경우, 그 처분은 권한 없는 자에 의하여 행하여진 것으로 무효이다.

해설

① (○) 법령의 위임이 없음에도 법령에 규정된 처분 요건에 해당하는 사항을 부령에서 변경하여 규정한 경우에는 그부령의 규정은 행정청 내부의 사무처리 기준 등을 정한 것으로서 행정조직 내에서 적용되는 행정명령의 성격을 지닐 뿐 국민에 대한 대외적 구속력은 없음 ⇨ 어떤 행정처분이 법규성이 없는 시행규칙 등의 규정에 위배 된다고 하더라도 처분이 위법하게 되는 것은 아니고, 또 그 규칙 등에서 정한 요건에 부합한다고 하여도 적법한 것이라고 할 수도 없음. 이 경우 처분의 적법 여부는 일반 국민에 대하여 구속력을 가지는 법률 등 법규성이 있는 관계 법령의 규정을 기준으로 판단하여야 한다(대판 2013.9.12. 2011두10584).

② (○) 행정규칙은 특별권력관계 내부에서의 행위이고, 국민의 기본권 침해와는 관련이 없기 때문에 원칙적으로 헌법소원의 대상이 되지 않는다. 다만 행정규칙이 법령의 규정에 의하여 행정관청에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 경우나 재량준칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이룩되게 되면, 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는 경우에는 대외적 구속력이 인정되므로 헌법소원의 대상이 될 수 있다(헌재 2013.5.28. 2013헌마 334).

③ (○) **[법령보충적 행정규칙]** 상급행정기관이 하급행정기관에 대하여 업무처리지침이나 법령의 해석적용에 관한 기준을 정하여 발하는 이른바 행정규칙은

일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적인 구속력을 갖지 않지만, 법령의 규정이 특정 행정기관에게 그 법령 내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서 그 권한 행사의 절차나 방법을 특정하고 있지 않아 수임행정기관이 행정규칙의 형식으로 그 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 정하고 있다면, 그와 같은 행정규칙은 위에서 본 행정규칙이 갖는 일반적 효력으로서가 아니라 행정기관에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 법령 규정의 효력에 의하여 그 내용을 보충하는 기능을 갖게 되고, 따라서 이와 같은 행정규칙은 당해 법령의 위임 한계를 벗어나지 않는 한 그것들과 결합하여 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 가진다(대판 2008.3.27. 2006두3742·3759).

④ (×) 전결과 같은 행정권한의 내부위임은 법령상 처분권자인 행정관청이 내부적인 사무처리의 편의를 도모하기 위하여 그의 보조기관 또는 하급 행정관청으로 하여금 그의 권한을 사실상 행사하게 하는 것으로서 법률이 위임을 허용하지 않는 경우에도 인정되는 것이므로, 설사 **행정관청 내부의 사무처리규정에 불과한 전결규정에 위반하여 원래의 전결권자 아닌 보조기관 등이 처분권자인 행정관청의 이름으로 행정처분을 하였다고 하더라도 그 처분이 권한 없는 자에 의하여 행하여진 무효의 처분이라고는 할 수 없다**(대판 1998.2.27. 97누1105).

• **내부위임·전결**(내부적 사무처리를 위해 보조기관·하급기관에게 위임청 명의로 권한을 행사하게 함. 법률의 위임 없어도 가능)

내부위임시 수임청(乙)이	위임청(甲) 명의로 처분	항고소송시 **피고는 위임청**(甲)
	수임청(乙) 명의로 처분	항고소송시 **피고는 수임청**(乙). 처분은 권한 없는 자의 행위(주체의 하자)로서 **당연무효**
행정관청 내부 사무처리규정인 전결규정에 위반하여 전결권자가 아닌 보조기관등(丙)이 처분권자인 행정청(甲) 명의로 처분		항고소송시 **피고는 처분권자인 행정청**(甲). 처분은 **당연무효 아님**

답 ④

28 다음 중 개인적 공권에 관한 설명으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

2015 교육행정9급

① 처분의 근거 법규가 재량규정으로 되어 있는 경우에는 공권이 성립될 수 없다.
② 행정개입청구권은 현행법상 의무이행소송을 통하여 행사될 수 있다.
③ 헌법상의 모든 기본권은 법률에 의해 구체화되지 않더라도 재판상 주장될 수 있는 구체적 공권이다.
④ 처분의 직접적인 근거 법규뿐만 아니라 관계 법규가 사익을 보호하는 것으로 인정되는 경우에도 공권이 성립될 수 있다.

해설

① (×) 무하자재량행사청구권은 재량영역에도 인정될 수 있으며, 예외적으로 재량권이 0으로 수축되는 경우 행정개입청구권이 성립할 수 있다.
② (×) 현행 행정소송법상 의무이행소송은 허용되지 않는다.
③ (×) 헌법상 기본권 모두가 직접 국민에게 현실적이고 구체적인 권리를 부여하는, 즉 재판에 의하여 구제될 수 있는 개인적 공권이라고 할 수는 없다. 다만, 법률의 구체화를 필요로 하지 않고 직접 적용될 수 있는 기본권의 경우(자유권적 기본권)에는 재판상 주장될 수 있는 개인적 공권으로 볼 수 있지만, 인간다운 생활을 할 권리 등 사회권적 기본권은 원칙적으로 법률에 의해 구체화되어야 재판상 주장될 수 있는 공권이 된다.
④ (○) 공권 성립요건인 사익보호 목적의 판단기준 : 근거 법규 + 관련 법규 규정과 취지

행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자가 행정처분의 취소를 구할 수 있는 요건으로서 '법률상 보호되는 이익'의 의미 및 당해 처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 보호되는 법률상 이익의 의미 : 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라 하더라도 당해 행정처분으로 법률상 보호되는 이익을 침해당한 경우에는 취소소송을 제기하여 당부의 판단을 받을 자격이 있다. 여기에서 말하는 법률상 보호되는 이익은 당해 처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익이 있는 경우를 말하고, 공익보호의 결과로 국민 일반이 공통적으로 가지는 일반적·간접적·추상적 이익과 같이 사실적·경제적 이해관계를 갖는 데 불과한 경우는 여기에 포함되지 아니한다. 또 **당해 처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 보호되는 법률상 이익은 ㉠ 당해 처분의 근거 법규의 명문 규정에 의하여 보호받는 법률상 이익, ㉡ 당해 처분의 근거 법규에 의하여 보호되지는 아니하나 당해 처분의 행정목적을 달성하기 위한 일련의 단계적인 관련 처분들의 근거 법규에 의하여 명시적으로 보호받는 법률상 이익, ㉢ 당해 처분의 근거 법규 또는 관련 법규에서 명시적으로 당해 이익을 보호하는 명문의 규정이 없더라도 근거 법규 및 관련 법규의 합리적 해석상 그 법규에서 행정청을 제약하는 이유가 순수한 공익의 보호만이 아닌 개별적·직접적·구체적 이익을 보호하는 취지가 포함되어 있다고 해석되는 경우까지를 말한다**(대판 2004.8.16. 2003두2175).

답 ④

29 다음 중 민사소송이나 형사소송에서 행정행위의 위법 여부, 효력 유무 또는 부인이 선결문제가 되었을 때, 법원이 이를 심리·판단할 수 없는 경우는?(다툼이 있으면 판례에 따름)

2016 서울7급

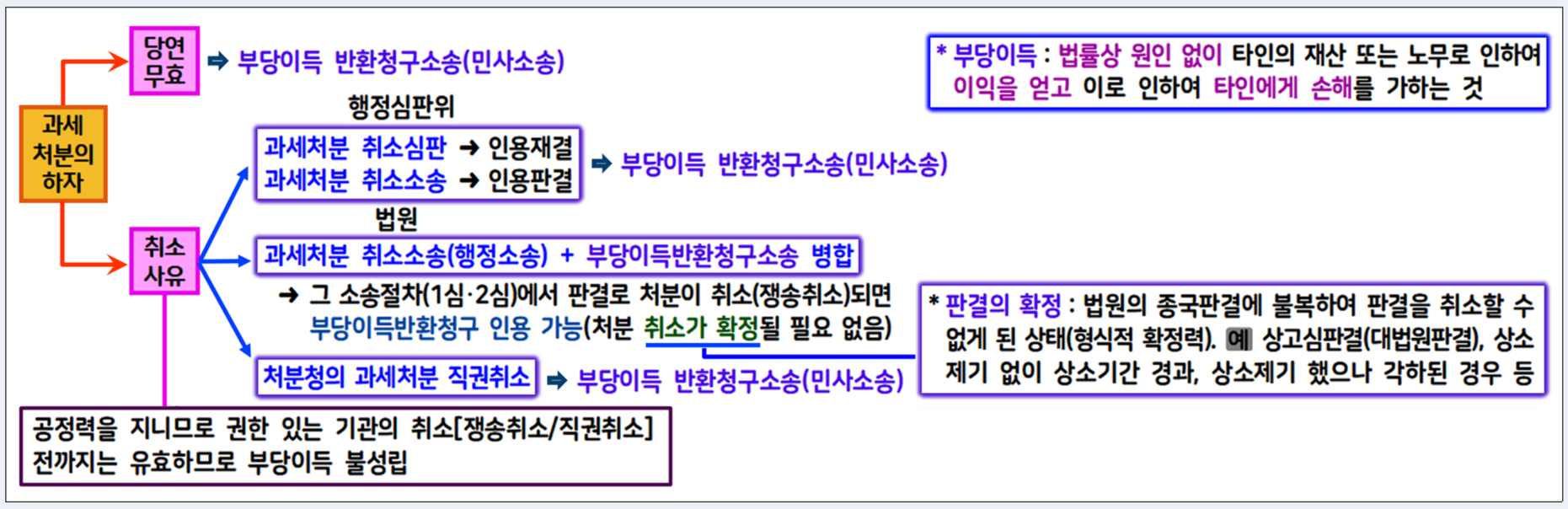
① 甲이 조세부과처분의 무효를 이유로 이미 납부한 세금의 반환을 청구하는 부당이득반환청구소송을 제기하는 경우
② 영업허가가 취소되었음에도 불구하고 영업을 계속하던 乙이 무허가영업을 한 죄로 기소되자고 취소처분에 대해 취소사유가 있음을 들어 무죄를 주장하는 경우
③ 丙이 영업허가를 취소당함으로써 손해를 입었다고 주장하면서 국가배상을 청구하는 소송을 제기한 경우
④ 丁이 행정청의 조치명령을 이행하지 않음을 이유로 조치명령 위반죄로 기소된 경우

해설

① **[판단 가능]** 행정소송법 11조 1항은 "처분 등의 효력 유무 또는 존재 여부가 민사소송의 선결문제로 되어 당해 민사소송의 수소법원이 이를 심리·판단하는 경우에는 17조(행정청의 소송참가)·25조(행정심판기록의 제출명령)·26조(직권심리)·33조(소송비용에 관한 재판의 효력)의 규정을 준용한다."라고 규정하여 행정처분이 무효이거나 부존재인 경우에는 민사법원이 선결문제로 심사할 수 있음을 명문으로 규정하고 있다.

• **민사소송에 있어서 어느 행정처분의 당연무효 여부가 선결문제로 되는 때에는 이를 판단하여 당연무효임을 전제로 판결할 수 있고 반드시 행정소송 등의 절차에 의하여 그 취소나 무효확인을 받아야 하는 것은 아니며**(대판 1972.10.10. 71다2279)

과세처분의 하자와 부당이득반환청구



② **[판단 불가]** 영업허가 취소처분 후 영업행위에 대한 무허가 영업죄 형사재판의 선결문제는 영업허가취소처분의 효력 유무이다. 무효인 경우 무죄판결을 하나 취소사유에 불과한 경우 권한 있는 기관에 의해 취소될 때까지는 공정력이 인정되어 영업허가취소는 일단 유효하므로 형사법원은 영업허가취소처분의 효력을 부인할 수 없고 유죄판결을 한다.

③ **[판단 가능]** 국가배상소송 수소법원(민사법원)은 선결문제로 처분의 위법성을 심리·판단하여 손해배상을 명할 수 있음.

④ **[판단 가능]** 조치명령위반죄 형사재판시 선결문제는 조치명령의 위법 여부이며 형사법원을 이를 심사할 수 있다.

- 조치명령 위반죄는 해당 조치명령이 적법한 것임을 전제로 성립한다. 따라서 형사법원은 조치명령의 위법 여부를 심리·판단하여 당연무효가 아니라 하더라도 위법한 것으로 인정되는 경우에는 조치명령 위반죄로 처벌할 수 없다(대판 2007.7.13. 2007도3918 ; 대판 2009.6.25. 2006도824).

공정력(구성요건적 효력)과 선결문제

행정행위가 무효·부존재 (공정력 없음)	① 민사법원 수소법원이 **선결문제로 심사 가능**(행정소송법11조 1항) – 행정소송법 17조(행정청의 소송참가)·25조(행정심판기록의 제출명령)·26조(직권심리)·33조(소송비용에 관한 재판의 효력)의 규정을 준용하도록 함 ② 법령의 규정은 없지만 형사법원 수소법원도 선결문제로 심사 가능.			
행정행위의 하자가 취소사유인 경우 (공정력 있음) 선결문제로 심사가능성 (통설·판례)	구분		민사사건의 경우	형사사건의 경우
	선결문제	처분의 위법 여부 (위법·적법)	**선결문제로 심사 가능** 예 **국가배상소송**에서 처분의 위법성 판단 가능	**선결문제로 심사 가능** 예 **조치명령(시정명령)위반죄** 판단시 조치명령의 위법성 판단 가능
		처분의 효력 유무 (유효·무효)	**선결문제로 심사 불가** 예 **부당이득반환청구소송(조세과오납금반환청구소송)**에서 과세처분의 효력 부인 불가	**선결문제로 심사 불가** 예 **무면허운전죄·무면허수입죄·무면허어업죄** 판단에 있어서 면허처분의 효력 부인 불가(유죄판결 불가)

답 ②

30 다음 중 행정행위의 무효와 취소의 구별에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름) 2013 국회9급

① 행정쟁송방식에 있어서 무효인 행정행위는 무효확인소송 외에 무효선언을 구하는 취소소송 형식으로 제기할 수 있다.

② 일정한 행정목적을 달성하기 위하여 두 개 이상의 행위가 연속적으로 행하여지는 경우에 선행행정 행위에 무효인 하자가 있는 경우에는 모두 후행 행위에의 하자승계가 인정된다.

③ 하자 있는 행정행위의 전환은 취소할 수 있는 행정행위에만 인정되고, 하자의 치유는 무효인 행정행위에도 인정된다.

④ 양자의 구별기준으로는 중대·명백설이 통설 및 판례이다.

해설

① (○) 무효인 행정행위에 대해서는 원칙적으로 무효등확인소송을 제기하여야 하지만, 판례는 무효선언적 의미의 취소소송을 인정하고 있다. 단, 행정처분의 당연무효를 선언하는 의미에서 그 취소를 구하는 행정소송을 제기하는 경우에는 전치절차와 그 제소기간의 준수 등 취소소송의 제소요건을 갖추어야 한다.

- 행정처분의 당연무효를 선언하는 의미에서 취소를 구하는 행정소송을 제기한 경우에도 제소기간의 준수 등 취소소송의 제소요건을 갖추어야 한다(대판 1993.3.12. 92누11039).

② (○) 행정행위가 당연무효인 경우 불가쟁력이 인정되지 않아 후행행위단계에서 선행행위의 하자를 언제나 다툴 수 있고, 선행행위의 하자가 후행행위에 당연히 승계되거나, 당연히 위법(무효)이 되기 때문에 선행행위가 취소사유일 경우에만 하자의 승계가 문제가 된다.

③ (×) 하자 있는 행정행위의 전환은 무효인 행정행위에만 인정되고, 하자의 치유는 취소할 수 있는 행정행위에만 인정된다(통설·판례).

④ (○) 하자 있는 행정처분이 당연무효로 되려면 그 하자가 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것이어야 할 뿐 아니라 객관적으로 명백한 것이어야 하고, 하자가 중대하고 명백한 것인지 여부를 판별함에 있어서는 그 법규의 목적·의미·기능 등을 목적론적으로 고찰함과 동시에 구체적 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰함을 요한다(대판 1997.5.28. 95다15735).

답 ③

31 다음 중 허가에 붙은 기간이 그 허가된 사업의 성질상 부당하게 짧은 경우에 그 기한의 성질 및 허가기간의 연장을 위한 요건으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름) 2013 국회9급

	기한의 성질	허가기간 연장요건
①	허가 조건의 존속기간	종기 도래 후 상당 기간 내 허가기간 연장신청 필요
②	허가 조건의 존속기간	종기 도래 전에 허가기간 연장신청 필요
③	허가 유효기간	종기 도래 후 상당 기간 내 허가기간 연장신청 필요
④	허가 유효기간	종기 도래 전에 허가기간 연장신청 필요

해설

• 일반적으로 행정처분에 효력기간이 정하여져 있는 경우에는 그 기간의 경과로 그 행정처분의 효력은 상실되고, 다만 **허가에 붙은 기한이 그 허가된 사업의 성질상 부당하게 짧은 경우**에는 이를 그 **허가 자체의 존속기간이 아니라 그 허가조건의 존속기간(갱신기간)**으로 보아 그 기한이 도래함으로써 그 조건의 개정을 고려한다는 뜻으로 해석할 수는 있지만, 그와 같은 경우라 하더라도 그 **허가기간이 연장되기 위하여는 그 종기가 도래하기 전에 그 허가기간의 연장에 관한 신청**이 있어야 하며, 만일 그러한 연장신청이 없는 상태에서 허가기간이 만료하였다면 그 허가의 효력은 상실된다(대판 2007.10.11. 2005두12404).

답 ②

32 다음 중 행정행위의 부관에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름) 2016 서울9급

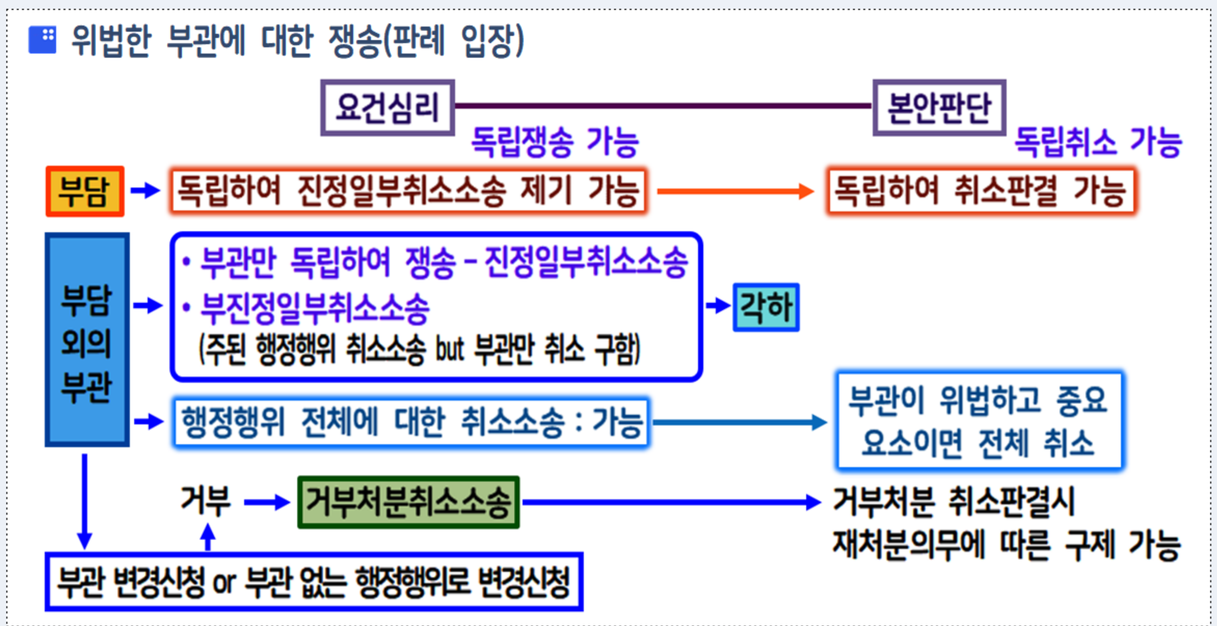
① 부담의 불이행을 이유로 행정행위를 철회하는 경우라면 이익형량에 따른 철회의 제한이 적용되지 않는다.
② 허가가 갱신된 이후라고 하더라도, 갱신 전의 법 위반 사실을 이유로 허가를 취소할 수 있다.
③ 부관이 붙은 행정행위 전체를 소송의 대상으로 하였다가 부관만이 위법하다고 판단되는 경우에는 부관의 독립적 취소가 가능하다.
④ 기부채납의 부담을 이행하였다가 그 부담이 위법하여 취소가 되면 기부채납은 별도의 소송 없이 당연히 부당이득이 된다.

해설

① (×) 부담부 행정처분에 있어서 처분의 상대방이 부담(의무)을 이행하지 아니한 경우에 처분행정청으로서는 이를 들어 당해 처분을 철회할 수 있다. 다만 이 철회권의 행사에도 이익형량에 따른 철회의 제한이 적용되므로, 기득권의 침해를 정당화할 만한 중대한 공익상의 필요 또는 제3자의 이익보호의 필요가 있는 때에 한하여 상대방이 받는 불이익과 비교·교량하여 결정하여야 한다.

② (○) 유료직업 소개사업의 허가갱신은 허가취득자에게 종전의 지위를 계속 유지시키는 효과를 갖는 것에 불과하고 갱신 후에는 갱신 전의 법 위반사항을 불문에 붙이는 효과를 발생하는 것이 아니므로 일단 갱신이 있은 후에도 갱신 전의 법 위반사실을 근거로 허가를 취소할 수 있다(대판 1982.7.27. 81누174).

③ (×) 부관이 붙은 행정행위 전체를 소송의 대상으로 하였다가 부관만이 위법하다고 판단되는 경우에는 그 부관이 부담인 경우에 한해서 부담만의 독립적 취소가 가능하다. 부담 이외의 부관이 붙은 행정행위의 경우 부관만의 취소를 구하는 진정일부취소소송은 허용되지 않으며, 부관부 행정행위 전부를 대상으로 취소소송을 제기하면서 부관만의 취소를 구하는 부진정일부취소소송도 허용되지 않는다. 따라서 위법한 부담 이외의 부관으로 인하여 권리를 침해당한 자는 부관부 행정행위의 전체의 취소를 구하든지, 아니면 먼저 행정청에 부관이 없는 처분으로 변경해 줄 것을 청구한 다음 그것이 거부된 경우에 '거부처분취소소송'을 제기할 수밖에 없다.



④ (×) 행정처분에 부담인 부관을 붙인 경우 부관의 무효화에 의하여 본체인 행정처분 자체의 효력에도 영향이 있게 될 수는 있지만, 그 처분을 받은 사람이 부담의 이행으로 증여(기부채납)·사법상 매매 등의 법률행위를 한 경우에는 그 부관은 특별한 사정이 없는 한 법률행위를 하게 된 동기 내지 연유로 작용하였을 뿐이므로 이는 법률행위의 취소사유가 될 수 있음은 별론으로 하고 그 법률행위 자체를 당연히 무효화하는 것은 아니다(대판 2009.6.25. 2006다18174 ; 대판 1996.1.23. 95다3541). ⇨ 즉 행정처분에 붙인 부관인 부담이 무효이거나 취소되어도 그 부담의 이행으로 한 사법상 법률행위는 무효가 아니라 취소사유에 불가하므로 그 이행행위인 기부채납은 법률상 원인이 있는 것이고, 따라서 부당이득이 성립되지 않는다.

답 ②

33 다음 중 「행정절차법」상 행정절차에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

2018 국가9급

① 인허가 등의 취소 또는 신분·자격의 박탈, 법인이나 조합 등의 설립허가의 취소시 의견제출 기한 내에 당사자 등의 신청이 있는 경우에 공청회를 개최한다.

② 단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우라 하더라도 처분 후 당사자가 요청하는 경우에는 행정청은 그 근거와 이유를 제시하여야 한다.

③ 행정청이 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우라도 당사자가 명백히 의견진술의 기회를 포기한다는 뜻을 표시한 경우에는 의견청취를 하지 않을 수 있다.

④ 행정청은 대통령령을 입법예고하는 경우에는 이를 국회 소관 상임위원회에 제출하여야 한다.

해설

① (×) 인허가 등의 취소 또는 신분·자격의 박탈, 법인이나 조합 등의 설립허가의 취소 시 **청문**을 해야 한다(구법은 의견제출 기한 내에 신청이 있는 경우로 제한했지만 2022년 법률 개정으로 **신청과 상관없이 청문을 하도록 규정**.)

> • **행정절차법 제22조(의견청취)** ① 행정청이 처분을 할 때 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 **청문을 한다.**
> 1. 다른 법령등에서 청문을 하도록 규정하고 있는 경우
> 2. 행정청이 필요하다고 인정하는 경우
> **3. 다음 각 목의 처분을 하는 경우**
> **가. 인허가 등의 취소**
> **나. 신분·자격의 박탈**
> **다. 법인이나 조합 등의 설립허가의 취소**

※ 2018년 국가직 9급 문제를 그대로 배꼈으며 종전에는 공청회 부분만 틀렸지만 현재는 의견제출 기한 내에 당사자등의 신청이 있는 경우에 청문을 해야 하는 것이 아니며 원칙적으로 청문을 해야 한다.

② (○)

> • **행정절차법 제23조(처분의 이유 제시)**
> ① 행정청은 처분을 할 때에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 **당사자에게 그 근거와 이유를 제시**하여야 한다.
> 1. 신청 내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우
> 2. **단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우**
> 3. 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우
> ② 행정청은 **제1항 제2호 및 제3호의 경우에 처분 후 당사자가 요청하는 경우에는 그 근거와 이유를 제시하여야 한다.**

③ (○) **행정절차법 제22조(의견청취)** ④ 제1항부터 제3항까지의 규정에도 불구하고 제21조 제4항 각 호(사전통지 생략사유)의 어느 하나에 해당하는 경우와 **당사자가 의견진술의 기회를 포기한다는 뜻을 명백히 표시한 경우에는 의견청취를 하지 아니할 수 있다.**

㉠ 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우 ㉡ 법령등에서 요구된 자격이 없거나 없어지게 되면 반드시 일정한 처분을 하여야 하는 경우에 그 자격이 없거나 없어지게 된 사실이 법원의 재판 등에 의하여 객관적으로 증명된 경우 ㉢ 해당 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우	**사전통지 생략 가능** (행정절차법 21조 ④항)
당사자가 의견진술의 기회를 포기한다는 뜻을 명백히 표시한 경우	**의견청취 생략 가능** (행정절차법 22조 ④항)

④ (○) **행정절차법 제42조(예고방법)** ② 행정청은 대통령령을 입법예고하는 경우 국회 소관 상임위원회에 이를 제출하여야 한다.

답 ①

34 다음 중 허가, 특허 및 인가에 대한 판례의 태도로 가장 옳지 않은 것은?

2014 국가7급

① 건축허가권자는 건축허가신청이 건축법 등 관계 법령에서 정하는 제한에 배치되지 않는 이상 건축허가를 하여야 하고, 중대한 공익상의 필요가 없음에도 불구하고 관계법령에서 정하는 제한사유 이외의 사유를 들어서 요건을 갖춘 자에 대한 허가를 거부할 수는 없다.

② 개발제한구역 내의 건축물의 용도변경허가는 공공의 질서를 위하여 잠정적으로 금지하고 법상의 요건을 갖춘 경우에 그 금지를 해제하여 본래의 자유를 회복시켜 주는 행위로 기속행위이다.

③ 도로법상 도로점용허가는 특정인에게 일정한 내용의 공물사용권을 설정하는 설권행위로서 공물관리자가 신청인의 적격성, 사용목적 및 공익상의 영향 등을 참작하여 허가할 것인지의 여부를 결정하는 재량행위이다.

④ 기본행위에 하자가 있는 경우 기본행위의 하자를 이유로 인가처분의 취소 또는 무효를 구할 법률상의 이익이 없다.

해설

① (○) **건축허가는 기속행위** : 건축법 소정의 건축허가권자는 건축허가신청이 건축법, 도시계획법등 관계 법규에서 정하는 어떠한 제한에 배치되지 않는 이상 당연히 같은 법조 소정의 건축허가를 하여야 하므로, 법률상의 근거 없이 그 신청이 관계 법규에서 정한 제한에 배치되는지의 여부에 대한 심사를 거부할 수 없고, 심사 결과 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 수 없다(대판 1993.7.27. 92누13998).

② (×) 허가는 원칙적으로 기속행위로 보나 예외적 승인은 원칙적으로 재량행위로 본다.

• **개발제한구역 내의 건축허가는 예외적 승인으로서 재량행위** : 개발제한구역 내에서는 구역지정의 목적상 건축물의 건축, 공작물의 설치, 토지의 형질변경 등의 행위는 원칙적으로 금지되고, 다만 구체적인 경우에 위와 같은 구역지정의 목적에 위배되지 아니할 경우 예외적으로 허가에 의하여 그러한 행위를

할 수 있게 되며, 한편 개발제한구역 내에서의 건축물의 건축 등에 대한 예외적 허가는 그 상대방에게 수익적인 것으로서 재량행위에 속하는 것이라고 할 것이다(대판 2004.7.22. 2003두7606).

③ (○) **도로점용허가는 설권행위(특허)로서 재량행위** : 도로법 40조 1항에 의한 도로점용은 일반공중의 교통에 사용되는 도로에 대해 이러한 일반사용과는 별도로 도로의 특정부분을 유형적·고정적으로 특정 목적을 위해 사용하는 이른바 특별사용을 의미하고, 이러한 **도로점용 허가는 특정인에게 일정 내용의 공물사용권을 설정하는 설권행**위로서, 공물관리자가 신청인의 적격성, 사용목적 및 공익상의 영향 등을 참작하여 **허가를 할 것인지의 여부를 결정하는 재량행위**이다(대판 2002.10.25. 2002두5795).

④ (○) 기본행위에 하자가 있다면 다투어야 할 대상은 기본행위이지 인가가 아니므로 기본행위의 하자를 이유로 인가처분의 취소 또는 무효확인을 구할 법률상의 이익이 없다(대판 2005.10.14. 2005두1046).

기본행위 및 인가행위의 하자와 쟁송 대상(하자 있는 것을 다툼)

기본행위의 하자 여부	인가행위의 하자 여부	기본행위나 인가행위의 효력	쟁송대상
적법	위법 - 취소사유	기본행위는 인가처분 취소 전까지만 유효, 인가처분 취소시 무인가행위로서 무효	인가행위
	위법 - 무효사유	기본행위는 무인가행위로서 무효	
위법 - 취소사유	하자 없음	기본행위의 취소시까지 인가는 유효(기본행위의 하자는 인가행위로 치유 안 됨) 나중에 기본행위가 취소되면 인가도 실효	기본행위 (인가행위×)
위법 - 무효사유		인가행위는 무효(기본행위의 하자는 인가행위로 치유 안 됨)	
불성립			

답 ②

35 다음 중 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

① 공공기관이 공개청구대상정보를 청구인이 신청한 공개방법 이외의 방법으로 공개하는 결정을 한 경우, 정보공개청구 중 정보공개방법 부분에 대하여 일부 거부처분을 한 것이다.

② 정보비공개결정 취소소송에서 공공기관이 청구 정보를 증거로 법원에 제출하여 법원을 통하여 그 사본을 청구인에게 교부되게 하여 정보를 공개하게 된 경우에는 비공개결정의 취소를 구할 소의 이익이 소멸한다.

③ 공개하는 것이 공익을 위하여 필요한 경우로서 법령에 따라 국가가 업무의 일부를 위탁 또는 위촉한 개인의 성명·직업은, 공개되면 사생활의 비밀 또는 자유가 침해될 우려가 있다고 인정되더라도 공개대상정보에 해당한다.

④ 다른 법률 또는 법률에서 위임한 명령에 의하여 비밀 또는 비공개사항으로 규정된 정보는 이를 공개하지 아니할 수 있다고 규정하고 있는 바, 여기에서 법률에 의한 명령은 정보의 공개에 관하여 법률의 구체적인 위임 아래 제정된 법규명령(위임명령)을 의미한다.

해설

① (○) **공공기관이 공개청구대상이 된 정보를 청구인이 신청한 공개방법 이외의 방법으로 공개하기로 하는 결정을 한 경우, 이는 정보공개방법에서 일부 거부처분을 한 것으로서 항고소송으로 다툴 수 있음** : 구 정보공개법은, 청구인이 정보공개방법도 아울러 지정하여 정보공개를 청구할 수 있도록 하고 있고, 전자적 형태의 정보를 전자적으로 공개하여 줄 것을 요청한 경우에는 공공기관은 원칙적으로 그 요청에 응할 의무가 있고, 나아가 비전자적 형태의 정보에 관해서도 전자적 형태로 공개하여 줄 것을 요청하면 재량판단에 따라 전자적 형태로 변환하여 공개할 수 있도록 하고 있다. 이는 정보의 효율적 활용을 도모하고 청구인의 편의를 제고함으로써 정보공개법의 목적인 국민의 알 권리를 충실하게 보장하려는 것이므로, **청구인에게는 특정한 공개방법을 지정하여 정보공개를 청구할 수 있는 법령상 신청권이 있다**고 보아야 한다. 따라서 공공기 관이 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).

② (×) **정보공개거부처분의 취소를 구하는 소송에서 공공기관이 청구정보를 증거 등으로 법원에 제출한 것은 정보공개법 제2조 제2호에서 규정하는 '공개'로 볼 수 없으므로 비공개결정의 취소를 구할 소익은 있음** : 보안관찰관련 통계자료를 제외한 나머지 정보들(이하 '이 사건 나머지 정보들'이라 한다)에 대하여 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제2조 제2호는 '공개'라 함은 공공기관이 이법의 규정에 의하여 정보를 열람하게 하거나 그 사본 또는 복제물을 교부하는 것 등을 말한다고 정의하고 있는데, 정보공개방법에 대하여 법시행령 제14조 제1항은 문서·도면·사진 등은 열람 또는 사본의 교부의 방법 등에 의하도록 하고 있고, 제2항은 공공기관은 정보를 공개함에 있어서 본인 또는 그 정당한 대리인임을 직접 확인할 필요가 없는 경우에는 청구인의 요청에 의하여 사본 등을 우편으로 송부할 수 있도록 하고 있으며, 한편 법 제15조 제1항은 정보의 공개 및 우송 등에 소요되는 비용은 실비의 범위 안에서 청구인의 부담으로 하도록 하고 있는바, **청구인이 정보공개거부처분의 취소를 구하는 소송에서 공공기관이 청구정보를 증거 등으로 법원에 제출하여 법원을 통하여 그 사본을 청구인에게 교부 또는 송달하게 하여 결과적으로 청구인에게 정보를 공개하는 셈이 되었다고 하더라도, 이러한 우회적인 방법은 법이 예정하고 있지 아니한 방법으로서 법에 의한 공개라고 볼 수는 없으므로**, 당해 문서의 비공개 결정의 취소를 구할 소의 이익은 소멸되지 않는다고 할 것이다(대판 2004.3.26. 2002두6583)

③ (○)

• 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조(비공개 대상 정보)

① 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개 대상이 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보는 공개하지 아니할 수 있다.

6. 해당 정보에 포함되어 있는 **성명·주민등록번호 등 개인에 관한 사항으로서 공개될 경우 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보**. **다만, 다음 각 목에 열거한 개인에 관한 정보는 제외한다.**

가. 법령에서 정하는 바에 따라 열람할 수 있는 정보

나. 공공기관이 공표를 목적으로 작성하거나 취득한 정보로서 사생활의 비밀 또는 자유를 부당하게 침해하지 아니하는 정보

다. 공공기관이 작성하거나 취득한 정보로서 공개하는 것이 공익이나 개인의 권리 구제를 위하여 필요하다고 인정되는 정보

라. 직무를 수행한 공무원의 성명·직위

마. **공개하는 것이 공익을 위하여 필요한 경우로서 법령에 따라 국가 또는 지방자치단체가 업무의 일부를 위탁 또는 위촉한 개인의 성명·직업**

④ (△) 뒷 부분은 구법 규정에 대한 판결이었다. 2020년 지방직 9급 문제에서도 동일한 지문이 옳은 지문으로 출제되어 논란이 된 바 있다.

- **정보공개법 9조 1항 1호 개정 전 판례 - 종전 법률 규정 내용인 '법률에 의한 명령'에 대한 해석임** : 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 1조, 3조, 헌법 37조의 각 취지와 행정입법으로는 법률이 구체적으로 범위를 정하여 위임한 범위 안에서만 국민의 자유와 권리에 관련된 규율을 정할 수 있는 점을 고려할 때, 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 9조 1항 1호 소정의 '**법률에 의한 명령**'은 법률의 위임규정에 의하여 제정된 대통령령, 총리령, 부령 전부를 의미하기보다는 정보의 공개에 관하여 **법률의 구체적인 위임 아래 제정된 법규명령(위임명령)을 의미한다**(대판 2003.12.11. 2003두8395).
- 종전 정보공개법은 '법률에 의한 명령'으로만 규정했지만 현행 정보공개법은 '법률에 의한 명령'이 아니라 '법률에서 위임한 명령'으로 명확히 표기하고 있고 법규명령인 위임명령 중 총리령·부령으로는 정할 수 없도록 명시적으로 규정하고 있다(종전 법률은 '법률에 의한 명령'으로만 규정).

> **제9조(비공개 대상 정보)** ① 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개 대상이 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보는 공개하지 아니할 수 있다.
> 1. 다른 법률 또는 **법률에서 위임한 명령**(국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙·**대통령령 및 조례로 한정**한다)에 따라 비밀이나 비공개 사항으로 규정된 정보

- 구법 하의 판례를 수정하여 출제하면서 앞부부은 '법률에서 위임한 명령'으로, 뒷부분은 '법률에 의한 명령'으로 표현하고 있다. 현행 법 하에서의 내용으로 옳게 고친다면 다음과 같다.

"다른 법률 또는 법률에서 위임한 명령에 의하여 비밀 또는 비공개사항으로 규정된 정보는 이를 공개하지 아니할 수 있다고 규정하고 있는 바, 여기서 '법률에서 위임한 명령'은 국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙·대통령령 및 조례로 한정한다."

답 ②

36 다음 중 행정행위의 효력에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

① 공정력이란 행정행위의 위법이 중대 명백하여 당연무효가 아닌 한 권한 있는 기관에 의해 취소되기까지는 행정의 상대방이나 이해관계자에게 적법하게 통용되는 힘을 말한다.

② 과세대상이 아닌 것을 세무공무원이 직무상 과실로 과세대상으로 오인하여 과세처분을 행함으로 인하여 손해가 발생된 경우, 동 과세처분이 취소되지 아니하였다 하더라도 국가는 이로 인한 손해를 배상할 책임이 있다.

③ 과세처분에 대해 이의신청을 하고 이에 따라 직권취소가 이루어졌다면 특별한 사정이 없는 한 불가변력이 발생한다.

④ 환경영향평가를 거쳐야 함에도 불구하고 환경영향평가를 거치지 않고 개발사업승인을 한 처분에 대해서는 처분이 있은 후 1년이 도과한 경우라도 불가쟁력이 발생하지 않는다.

해설

① (×) 적법하게 ⇨ 유효하게

- **행정행위의 공정력** : 비록 행정행위에 하자(흠)가 있더라도 그것이 중대하고 명백하여 당연무효인 경우를 제외하고는(취소할 수 있는 행위에만 인정) 권한 있는 기관(직권취소 – 처분청, 쟁송취소 – 행정심판위원회·행정소송수소법원[취소소송관할법원])에 의하여 취소될 때까지는 누구(상대방·이해관계인·타행정청·민·형사법원)도 그 효력을 부인할 수 없어 일단 **유효(적법×)한 것으로 통용되는 힘**[유효성의 추정을 받아 잠정적으로 통용되는 힘]
- **행정기본법 제15조(처분의 효력)** 처분은 권한이 있는 기관이 취소 또는 철회하거나 기간의 경과 등으로 소멸되기 전까지는 **유효한 것으로 통용**된다. 다만, 무효인 처분은 처음부터 그 효력이 발생하지 아니한다.

② (○) 국가배상청구소송에서는 행정행위의 효력을 부인하는 것이 문제되는 것이 아니고, 다만 그 행위의 위법성 여부가 문제되는 것에 불과하므로 민사법원도 선결문제로 행정행위의 위법성 여부를 직접 심리·판단하여 배상청구를 인용할 수 있다는 것이 판례의 입장이다.

- 물품세 과세대상이 아닌 것을 세무공무원이 직무상 과실로 과세대상으로 오인하여 과세처분을 행함으로 인하여 손해가 발생된 경우에는, 동 과세처분이 취소되지 아니하였다고 하더라도, 국가는 이로 인한 손해를 배상할 책임이 있다(대판 1979.4.10. 79다262).

③ (○) **과세처분에 관한 이의신청 절차에서 과세관청이 이의신청 사유가 옳다고 인정하여 과세처분을 직권으로 취소한 후, 특별한 사유 없이 이를 번복하여 종전 처분과 동일한 내용의 처분을 할 수 없음** : 과세처분에 관한 불복절차과정에서 과세관청이 그 불복사유가 옳다고 인정하고 이에 따라 필요한 처분을 하였을 경우에는, 불복제도와 이에 따른 시정방법을 인정하고 있는 구 「국세기본법」 제55조 제1항, 제3항 등 규정들의 취지에 비추어 동일 사항에 관하여 특별한 사유 없이 이를 번복하고 다시 종전의 처분을 되풀이할 수는 없는 것이므로, 과세처분에 관한 이의신청절차에서 과세관청이 이의신청사유가 옳다고 인정하여 과세처분을 직권으로 취소한 이상 그 후 특별한 사유 없이 이를 번복하고 종전 처분을 되풀이하는 것은 허용되지 않는다(대판 2010.9.30. 2009두1020 ; 대판 2014.7.24. 2011두14227).

⇨ 행정심판이 아닌 이의신청에 따른 취소는 직권취소이다. 다만, 행정심판법상 행정심판이 아닌 이의신청절차도 불복절차이므로 관련규정의 취지를 고려하여 이의신청에 따른 직권취소에도 특별한 사정이 없는 한 번복할 수 없는 불가변력을 인정한 것이다.

④ (○) **환경영향평가 실시 대상사업을 환경영향평가를 거치지 않고 한 승인처분은 당연무효(무효이므로 불가쟁력 발생 안 함)** : 환경영향평가를 거쳐야 할 대상사업에 대하여 환경영향평가를 거치지 아니하였음에도 불구하고 승인 등 처분이 이루어진다면, 사전에 환경영향평가를 함에 있어 평가대상지역 주민들의 의견을 수렴하고 그 결과를 토대로 하여 환경부장관과의 협의내용을 사업계획에 미리 반영시키는 것 자체가 원천적으로 봉쇄되는바, 이렇게 되면 환경파괴를 미연에 방지하고 쾌적한 환경을 유지·조성하기 위하여 환경영향평가제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없게 되는 결과를 초래할 뿐만 아니라 환경영향평가대상지역 안의 주민들의 직접적이고 개별적인 이익을 근본적으로 침해하게 되므로, 이러한 행정처분의 하자는 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것이고 객관적으로도 명백한 것이라고 하지 않을 수 없어, 이와 같은 행정처분은 당연무효이다(대판 2006.6.30. 2005두14363).

답 ①

37 다음 중 개인정보 보호에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?

① 「개인정보 보호법」 상 개인정보처리자란 개인 정보파일을 운용하기 위하여 스스로 개인정보를 처리하는 공공기관, 법인, 단체 및 개인 등을 말한다.

② 「개인정보 보호법」 상 개인정보처리자가 동법상의 허용요건을 충족하여 개인정보를 수집하는 경우에는 그 목적에 필요한 최소한의 개인정보를 수집하여야 한다. 이 경우 개인정보처리자가 최소한의 개인정보 수집이라는 의무를 위반한 경우 그 입증책임은 이의를 제기하는 정보주체가 부담한다.

③ 「개인정보 보호법」 상 불특정 다수가 이용하는 목욕실, 화장실, 발한실(發汗室), 탈의실 등에의 영상정보처리기기 설치는 대통령령으로 정하는 바에 따라 안내판 설치 등 필요한 조치를 취하는 경우에만 허용된다.

④ 「행정절차법」도 비밀누설금지, 목적 외 사용금지 등 개인의 정보보호에 관한 규정을 두고 있다.

해설

① (×) **개인정보보호법 제2조(정의)** 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
5. "개인정보처리자"란 업무를 목적으로 개인정보파일을 운용하기 위하여 **스스로 또는 다른 사람을 통하여** 개인정보를 처리하는 공공기관, 법인, 단체 및 개인 등을 말한다.

② (×) **개인정보보호법 제16조(개인정보의 수집 제한)** ① 개인정보처리자는 제15조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하여 개인정보를 수집하는 경우에는 그 목적에 필요한 최소한의 개인정보를 수집하여야 한다. 이 경우 **최소한의 개인정보 수집이라는 입증책임은 개인정보처리자**가 부담한다.

③ (×) 원칙적으로 설치 운영할 수 없는 곳이다. 공개된 장소에 영상정보처리기기를 설치·운영할 수 있는 경우 영상정보처리기기운영자는 정보주체가 쉽게 인식할 수 있도록 안내판을 설치하는 등 필요한 조치를 하여야 한다.

• 개인정보보호법 제25조(고정형 영상정보처리기기의 설치 · 운영 제한)
① 누구든지 다음 각 호의 경우를 제외하고는 공개된 장소에 고정형 영상정보처리기기를 설치·운영하여서는 아니 된다.
1. 법령에서 구체적으로 허용하고 있는 경우
2. 범죄의 예방 및 수사를 위하여 필요한 경우
3. 시설의 안전 및 관리, 화재 예방을 위하여 정당한 권한을 가진 자가 설치 · 운영하는 경우
4. 교통단속을 위하여 정당한 권한을 가진 자가 설치 · 운영하는 경우
5. 교통정보의 수집 · 분석 및 제공을 위하여 정당한 권한을 가진 자가 설치 · 운영하는 경우
6. 촬영된 영상정보를 저장하지 아니하는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우

② **누구든지 불특정 다수가 이용하는 목욕실, 화장실, 발한실(發汗室), 탈의실 등 개인의 사생활을 현저히 침해할 우려가 있는 장소의 내부를 볼 수 있도록 고정형 영상정보처리기기를 설치 · 운영하여서는 아니 된다.** 다만, 교도소, 정신보건 시설 등 법령에 근거하여 사람을 구금하거나 보호하는 시설로서 대통령령으로 정하는 시설에 대하여는 그러하지 아니하다.

④ 제1항 각 호에 따라 고정형 영상정보처리기기를 설치 · 운영하는 자(이하 "고정형영상정보처리기기운영자"라 한다)는 정보주체가 쉽게 인식할 수 있도록 다음 각 호의 사항이 포함된 **안내판을 설치하는 등 필요한 조치**를 하여야 한다. 다만, 「군사기지 및 군사시설 보호법」 제2조제2호에 따른 군사시설, 「통합방위법」 제2조제13호에 따른 국가중요시설, 그 밖에 대통령령으로 정하는 시설의 경우에는 그러하지 아니하다.
1. 설치 목적 및 장소 2. 촬영 범위 및 시간 3. 관리책임자의 연락처 4. 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항

④ (○) **행정절차법 제37조(문서의 열람 및 비밀유지)** ⑥ 누구든지 의견제출 또는 청문을 통하여 알게 된 사생활이나 경영상 또는 거래상의 비밀을 정당한 이유 없이 누설하거나 다른 목적으로 사용하여서는 아니 된다.

답 ④

38 다음 중 공법상 계약에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

① 구 「사회간접자본시설에 대한 민간투자법」에 근거한 서울-춘천 간 고속도로 민간투자시설사업의 사업시행자 지정은 공법상 계약에 해당한다.

② 과학기술기본법령상 사업협약의 해지통보는 대등 당사자의 지위에서 형성된 공법상 계약을 계약 당사자의 지위에서 종료시키는 의사표시에 해당한다.

③ 지방자치단체가 사인과 체결한 자원회수시설에 대한 위탁운영협약은 사법상 계약에 해당하므로 그에 관한 다툼은 민사소송의 대상이 된다.

④ 공공사업에 필요한 토지 등의 협의취득에 기한 손실보상금의 환수통보는 공법상의 이행청구에 해당하는 것으로서 항고소송의 대상이 될 수 있다.

해설

① (×) 「사회기반시설에 대한 민간투자법」 상 **민간투자에 관한 협약은 공법상 계약**
민간투자사업의 사업시행자 지정행위는 행정처분

- 「**사회기반시설에 대한 민간투자법**」 **상 민간투자사업의 사업시행자 지정행위는 행정처분에 해당** : 선행처분인 서울-춘천 간 고속도로 민간투자시설사업의 사업시행자 지정처분의 무효를 이유로 그 후행처분인 도로구역결정처분의 취소를 구하는 소송에서, 선행처분인 사업시행자 지정처분을 무효로 할 만큼 중대하고 명백한 하자가 없다(대판 2009.4.23. 2007두13159). ⇨ 민간투자사업의 사업시행자 지정행위의 처분성 인정
- 「**사회기반시설에 대한 민간투자법**」 **상 민간투자에 관한 협약은 공법상 계약**(대판 2019.1.31. 2017두46455) : 甲 광역자치단체가 乙 유한회사와 터널 민간투자사업 실시협약을 체결하였는데, 2002년에 법인세법이 개정되어 법인세율이 인하되자 甲 자치단체가 법인세율 인하 효과를 반영하여 산정한 재정지원금액을 지급한 사안에서, 법인세법 개정에 따른 법인세율 인하가 실시협약에서 정한 '관계 법령 등의 변경'에 해당하고 '사업의 수익성에 중대한 영향을 미치는 경우'에 해당한다고 본 원심 판단을 수긍한 사례에서 민간투자사업 실시협약을 체결한 당사자가 공법상 당사자소송에 의하여 그 실시협약에 따른 재정지원금의 지급을 구하는 경우에, 수소법원은 단순히 주무관청이 재정지원금액을 산정한 절차 등에 위법이 있는지 여부를

심사하는 데 그쳐서는 아니 되고, 실시협약에 따른 적정한 재정지원금액이 얼마인지를 구체적으로 심리·판단하여야 한다(대판 2019.1.31. 2017두46455). ⇨ 甲 광역자치단체가 乙 유한회사와 터널 민간투자사업 실시협약을 체결한 사안에서 민간투자사업 실시협약을 체결한 당사자가 공법상 당사자소송에 의하여 그 실시협약에 따른 재정지원금의 지급을 구하였으므로 지방자치단체와 유한회사 간 체결한 터널 민간투자사업 실시협약은 공법상 계약에 해당함.

② (×) **과학기술기본법령 상 한국연구재단의 사업협약해지 통보는 항고소송 대상인 행정처분 :** 학술진흥법 등과 과학기술기본법령의 해석상 국가가 두뇌한국(BK)21 사업의 주관연구기관인 대학에 연구개발비를 출연하는 것은, '연구 중심 대학'의 육성은 물론 그와 별도로 대학에 소속된 연구인력의 역량 강화에도 그 목적이 있다고 보이는 점, 기본적으로 국가연구개발사업에 대한 연구개발비의 지원은 대학에 소속된 일정한 연구단위(이하 '연구팀'이라고 한다)별로 신청한 연구개발과제에 대한 것이지, 그 소속 대학을 기준으로 한 것은 아닌 점, 대학은 학술진흥법 등에 정한 연구개발비의 공식적 지원 대상이자 그 관리·집행의 대외적 주체로서 협약 당사자로 되어 있을 뿐, 협약으로 인한 실질적 이해관계는 해당 연구개발과제의 수행주체인 연구팀에 귀속된다고 볼 수 있는 점, 나아가 과학기술기본법령상 **사업 협약의 해지 통보는 단순히 대등 당사자의 지위에서 형성된 공법상 계약을 계약당사자의 지위에서 종료시키는 의사표시에 불과한 것이 아니라 행정청이 우월적 지위에서 연구개발비의 회수 및 관련자에 대한 국가연구개발사업 참여제한 등의 법률상 효과를 발생시키는 행정처분에 해당**한다(대판 2014.12.11. 2012두28704).

③ (○) **지방자치단체가 사인과 체결한 자원회수시설에 대한 위탁운영협약은 사법상 계약에 해당하므로 그에 관한 다툼은 민사소송의 대상** : 갑 지방자치단체가 을 주식회사 등 4개 회사로 구성된 공동수급체를 자원회수시설과 부대시설의 운영·유지관리 등을 위탁할 민간사업자로 선정하고 을 회사 등의 공동수급체와 위 시설에 관한 위·수탁 운영 협약을 체결하였는데, 민간위탁 사무감사를 실시한 결과 을 회사 등이 위 협약에 근거하여 노무비와 복지후생비 등 비정산비용 명목으로 지급받은 금액 중 집행되지 않은 금액에 대하여 회수하기로 하고 을 회사에 이를 납부하라고 통보하자, 을 회사 등이 이를 납부한 후 회수통보의 무효확인 등을 구하는 소송을 제기한 사안에서, 위 협약은 갑 지방자치단체가 사인인 을 회사 등에 위 시설의 운영을 위탁하고 그 위탁운영비용을 지급하는 것을 내용으로 하는 용역계약으로서 상호 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 체결한 사법상 계약에 해당하고, 위 협약에 따르면 수탁자인 을 회사 등이 위탁운영비용 중 비정산비용 항목을 일부 집행하지 않았다고 하더라도, 위탁자인 갑 지방자치단체에 미집행액을 회수할 계약상 권리가 인정된다고 볼 수 없는 점, 인건비 등이 일부 집행되지 않았다는 사정만으로 을 회사 등이 협약상 의무를 불이행하였다고 볼 수는 없는 점, 을 회사 등이 갑 지방자치단체에 미집행액을 반환하여야 할 계약상 의무가 없으므로 결과적으로 을 회사 등이 미집행액을 계속 보유하고 자신들의 이윤으로 귀속시킬 수 있다고 해서 협약에서 정한 '운영비용의 목적 외 사용'에 해당한다고 볼 수도 없는 점 등을 종합하면, 갑 지방자치단체가 미집행액 회수를 위하여 을 회사 등으로부터 지급받은 돈이 부당이득에 해당하지 않는다고 본 원심판단에 법리를 오해한 잘못이 있다(대판 2019.10.17. 2018두60588)

④ (×) (구)공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법에 따른 토지 등의 **협의취득은** 공공사업에 필요한 토지 등을 그 소유자와의 협의에 의하여 취득하는 것으로서 공공기관이 **사경제주체로서 행하는 사법상 매매 내지 사법상 계약**의 실질을 가지는 것이지 행정청이 공권력의 주체로서 상대방의 의사 여하에 불구하고 일방적으로 행하는 행정처분이라 볼 수 없는 것이고, 위 **협의취득에 기한 손실보상금의 환수통보 역시 사법상의 이행청구에 해당하는 것으로서 이를 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다**(대판 2010.11.11. 2010두14367).

답 ③

39 다음 중 행정벌에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

① 행정벌은 장래에 의무를 강제하기 위한 제재이며 직접적으로 행정작용을 확보하기 위한 수단이다.

② 영업주에 대한 양벌규정이 존재하는 경우 영업주의 처벌은 금지위반행위자인 종업원의 범죄성립이나 처벌을 전제로 하지 않는다.

③ 행정청의 과태료 부과에 불복하는 당사자가 해당 행정청에 서면으로 이의제기를 한 경우에는 행정청의 과태료 부과처분은 그 효력을 상실한다.

④ 「도로교통법」 상 경찰서장의 통고처분은 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 아니므로 그 처분의 취소를 구하는 행정소송은 부적법하다.

해설

① (×) 행정벌은 과거의 의무 위반에 대한 제재가 1차적 목적이며, 간접적으로 행정법규의 실효성 확보하는 수단(심리적 압박으로 의무위반 예방 효과)이다.

• **행정의 실효성 확보 수단**

전통적 수단	행정강제	행정상 강제집행	이행강제금(집행벌)	의무의 존재 및 불이행을 전제.	간접적 수단
			대집행, 집행강제, 강제징수	장래에 의무를 이행시키거나 이행이 있는 것과 같은 상태로 만듦	직접적 수단
		행정상 즉시강제		의무불이행을 전제로 하지 않음. 의무를 명할 시간 여유가 없거나 의무 명해서는 목적 달성 불가시	
	행정벌	행정형벌, 행정질서벌[과태료]		과거 의무위반에 대한 제재 + 심리적 압박으로 의무 위반 예방	간접적 수단
새로운 수단	금전적 제재	과징금, 가산세, 가산금			
	비금전적 제재	명단공표, 공급거부, 관허사업 제한, 시정명령			

② (○) 양벌규정에 의한 영업주의 처벌은 금지위반행위자인 종업원의 처벌에 종속하는 것이 아니라 독립하여 그 자신의 종업원에 대한 선임감독상의 과실로 인하여 처벌되는 것이므로 종업원의 범죄성립이나 처벌이 영업주 처벌의 전제조건이 될 필요는 없다. 따라서 영업주인 피고인에 대하여만 공소가 제기된 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 양벌규정에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다(대판 2006.2.24. 2005도7673).

③ (○) **질서위반행위규제법 제20조(이의제기)** ① 행정청의 과태료 부과에 불복하는 당사자는 제17조제1항에 따른 과태료 부과 통지를 받은 날부터 60일 이내에 해당 행정청에 서면으로 이의제기를 할 수 있다. ② 제1항에 따른 이의제기가 있는 경우에는 행정청의 과태료 부과처분은 그 효력을 상실한다.

④ (○) 도로교통법 제118조에서 규정하는 **경찰서장의 통고처분은 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 아니므로 그 처분의 취소를 구하는 소송은 부적법**하고, 도로교통법상의 통고처분을 받은 자가 그 처분에 대하여 이의가 있는 경우에는 통고처분에 따른 범칙금의 납부를 이행하지 아니함으로써 경찰서장의 즉결심판청구에 의하여 법원의 심판을 받을 수 있게 될 뿐이다(대판 1995.6.29. 95누4674)

답 ①

40 다음 중「행정절차법」상 송달에 대한 내용으로 가장 옳지 않은 것은?

① 교부에 의한 송달은 수령확인서를 받고 문서를 교부함으로써 하며, 송달하는 장소에서 송달받을 자를 만나지 못한 경우에는 그 사무원·피용자 또는 동거인으로서 사리를 분별할 지능이 있는 사람에게 문서를 교부할 수 있다.

② 송달이 불가능한 경우에는 송달받을 자가 알기 쉽도록 관보, 공보, 게시판, 일간신문 중 하나 이상에 공고하고 인터넷에도 공고하여야 한다.

③ 문서를 송달받을 자 또는 그 사무원 등이 정당한 사유 없이 송달받기를 거부하는 때에는 그 사실을 수령확인서에 적고, 문서를 송달할 장소에 놓아둘 수 있다.

④ 정보통신망을 이용한 송달을 할 경우 행정청은 송달받을 자의 동의를 얻어 송달받을 전자우편 주소 등을 지정하여야 한다.

해설

④ (×) **행정절차법 제14조(송달)** ③ 정보통신망을 이용한 송달은 송달받을 자가 동의하는 경우에만 한다. 이 경우 **송달받을 자는 송달받을 전자우편주소 등을 지정해야 한다.**

행정절차법 상 송달방법과 송달의 효력발생시기

구분		송달방법	효력 발생 시기
송달	우편	우편	도달시(등기우편·내용증명우편은 도달 추정)
	교부	① 수령확인서 받고 문서 교부. ② **못 만나면 사무원등(사무원, 피용자·동거인으로서 사리 분별 지능 있는 자)에게 문서 교부. 정당한 사유없이 송달받는 것 거부시 수령확인서 받고 송달장소에 놓아 둠**	교부시
	정보통신망	송달받을 자가 **동의시** 가능(송달받을 자는 송달받을 전자우편주소를 지정해야 함.)	송달받을 자가 **지정한 컴퓨터등에 입력**된 때(도달로 간주)
공고		**① 통상적 방법으로 주소등 확인 불가 or ② 송달 불가능** **⇨ ㉠ 관보, 공보, 게시판, 일간신문 중 하나 이상에 공고 and ㉡ 인터넷에도 공고**	특별한 규정이 없으면 **공고일부터 14일이 지난 때.** 단, 긴급시행할 특별 사유가 있어 효력 발생 시기를 달리 정하여 공고시 그에 따름

• 제14조(송달)

① 송달은 **우편, 교부 또는 정보통신망 이용 등의 방법**으로 하되, 송달받을 자(대표자 또는 대리인을 포함)의 주소·거소(居所)·영업소·사무소 또는 전자우편주소(이하 "주소등"이라 한다)로 한다. 다만, 송달받을 자가 동의하는 경우에는 그를 만나는 장소에서 송달할 수 있다.

② **교부에 의한 송달은 수령확인서를 받고 문서를 교부**함으로써 하며, 송달하는 장소에서 송달받을 자를 만나지 못한 경우에는 그 사무원·피용자(被傭者) 또는 동거인으로서 사리를 분별할 지능이 있는 사람(이하 이 조에서 "사무원등"이라 한다)에게 문서를 교부할 수 있다. 다만, 문서를 송달받을 자 또는 그 사무원등이 정당한 사유 없이 송달받기를 거부하는 때에는 그 사실을 수령확인서에 적고, 문서를 송달할 장소에 놓아둘 수 있다.

③ **정보통신망을 이용한 송달은 송달받을 자가 동의하는 경우에만 한다.** 이 경우 송달받을 자는 송달받을 전자우편주소 등을 지정해야 한다.

④ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 송달받을 자가 알기 쉽도록 **관보, 공보, 게시판, 일간신문 중 하나 이상에 공고하고**(공고하거나 ×) **인터넷에도 공고**해야 한다.

1. 송달받을 자의 **주소등을 통상적인 방법으로 확인할 수 없는 경우**
2. **송달이 불가능한 경우**

⑤ 행정청은 송달하는 문서의 명칭, 송달받는 자의 성명 또는 명칭, 발송방법 및 발송 연월일을 확인할 수 있는 기록을 보존해야 한다.

• 제15조(송달의 효력 발생)

① 송달은 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 **해당 문서가 송달받을 자에게 도달됨으로써 그 효력이 발생**한다.

② 제14조제3항에 따라 **정보통신망을 이용하여 전자문서로 송달하는 경우에는 송달받을 자**(발송자 ×, 송달하는 자 ×)가 **지정한 컴퓨터 등에 입력된 때**(컴퓨터 등에서 확인한 때 ×)에 **도달된 것으로 본다.**

③ 제14조제4항의 경우에는 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 **공고일부터 14일**(20일 ×)이 **지난 때에 그 효력이 발생**한다. 다만, 긴급히 시행해야 할 특별한 사유가 있어 효력 발생 시기를 달리 정하여 공고한 경우에는 그에 따른다.

답 ④