

2023년 해경승진 행정법(2023.1.14.)

• 해설 : 이승철

* 14번, 21번 행정법각론 문제임.

1 다음 중 행정법관계에서 사법(私法)관계에 해당하는 것으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 국유(잡종)재산에 관한 대부료의 납부고지
- ② 지방자치단체에 근무하는 청원경찰의 근무관계
- ③ 국유재산 무단점유자에 대한 변상금 부과처분
- ④ 농지개량조합의 직원에 대한 징계처분

해설

① **[사법관계]** 국유재산법 제31조, 제32조 제3항, 산림법 제75조 제1항의 규정 등에 의하여 국유 일반재산(구 잡종재산)에 관한 관리·처분의 권한을 위임받은 기관이 국유 일반재산을 대부하는 행위는 국가가 사경제주체로서 상대방과 대등한 위치에서 행하는 사법상의 계약이고, 행정청이 공권력의 주체로서 상대방의 의사 여하에 불구하고 일방적으로 행하는 행정처분이라고 볼 수 없으며, 국유일반재산에 관한 대부료의 납부고지 역시 사법상의 이행청구에 해당하고, 이를 행정처분이라고 할 수 없다(대판 2000.2.11. 99다61675)

■ 행정재산 사용·수익 허가 / 일반재산 대부 (* 국유·공유재산 : 행정재산 + 일반재산)

행정재산 사용·수익 허가	• 성격 : 특허(설권행위) 예 국립의료원 부설주차장 위탁관리용역운영계약 사용·수익 허가 취소, 허가신청 거부 → 행정처분, 항고소송 가능	공법 관계	
	• 사용료 부과·징수 : 공법관계 • 사용료 미납시 가산금 징수 → 사용료 가산금채무부존재확인소송 - 당사자소송		
일반재산 대부	대부계약	사법상 계약	사법 관계
	대부료 납부고지	사법상 이행청구(대부료 납부의무 : 사법상 의무)	
	대부료 미납시 징수방법	국유재산법에서 국세징수법 체납처분(강제징수) 규정을 준용해 징수하도록 규정 「공유재산 및 물품 관리법」에서 지방세 체납처분의 예에 따라 징수하도록 규정	공법 관계
		체납처분(강제징수)은 공법행위(특별한 사정이 없으면 민사소송으로 지급청구 불가), 불복은 행정소송	

② **[공법관계]** 국가나 지방자치단체에 근무하는 청원경찰은 국가공무원법이나 지방공무원법상의 공무원은 아니지만, 다른 청원경찰과는 달리 그 임용권자가 행정기관의 장이고, 국가나 지방자치단체로부터 보수를 받으며, 산업재해보상보험법이나 근로기준법이 아닌 공무원연금법에 따른 재해보 상과 퇴직급여를 지급받고, 직무상의 불법행위에 대하여도 민법이 아닌 「국가배상법」이 적용되는 등의 특질이 있으며 그의 임용자격, 직무, 복무의무 내용 등을 종합하여 볼 때, 그 근무관계를 사법 상의 고용계약관계로 보기는 어려우므로 그에 대한 징계처분의 시정을 구하는 소는 행정소송의 대상이지 민사소송의 대상이 아니다(대판 1993.7.13. 92다47564).

③ **[공법관계]** 「국유재산법」 제72조 제1항 / 「공유재산 및 물품 관리법」 제81조 제1항에 의한 국·공유재산의 무단점유자에 대한 변상금 징수 : 기속행위(재량권 일탈·남용의 문제는 생길 여지가 없음) / 공법관계, 항고소송 가능(처분성 인정)
• 국유재산 무단점유자에 대한 변상금부과처분의 처분성 인정 : 국유재산법 51조 1항은 국유재산의 무단점유자에 대하여는 대부 또는 사용, 수익허가 등을 받은 경우에 납부해야 할 대부료 또는 사용료 상당액 외에도 그 징벌적 의미에서 국가 측이 일방적으로 그 2할 상당액을 추가하여 변상금을 징수토록 하고 있으며, 동조 2항은 변상금의 체납시 국세징수법에 의하여 강제징수토록 하고 있는 점 등에 비추어 보면 국유재산의 관리청이 그 무단점유자에 대하여 하는 변상금부과처분은 순전히 사경제주체로서 행하는 사법상의 법률행위라 할 수 없고, 이는 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행한 것으로서 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 보아야 한다(대판 1988.2.23. 87누1046·1047).

④ **[공법관계]** 농지개량조합과 그 직원과의 관계는 사법상의 근로계약관계가 아닌 공법상의 특별권력관계이고, 그 조합의 직원에 대한 징계처분의 취소를 구하는 소송은 행정소송사항에 속한다(대판 1995.6.9. 94누10870).

답 ①

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

- ① 「헌법」 상의 기본권 규정으로부터는 개인적 공권이 바로 도출될 수 없다.
- ② 공법상 계약을 통해서도 개인적 공권이 성립할 수 없다.
- ③ 처분의 직접적인 근거법규뿐만 아니라 관계법규가 사익을 보호하는 것으로 인정되는 경우에도 공권이 성립될 수 있다.
- ④ 행정개입청구권은 현행법 상 의무이행소송을 통하여 행사될 수 있다.

해설

① (×) 개인적 공권은 1차적으로 개별법규범에서 인정근거를 찾고, 개별법 규정이 없으면 개인의 중대한 법익 침해를 방지하기 위해 헌법의 기본권 규정이 직접 개인적 공권 성립의 근거규정이 될 수 있는 경우가 있다.

① 자유권·평등권·재산권(구체적 기본권) : 헌법상 기본권 규정에 의해 직접 개인적 공권이 성립할 수 있다. 침익적 처분의 상대방이 그 처분의 제거를 목적으로 하는 경우 개별 법률 규정의 검토 없이도 헌법상 자유권적 기본권 침해를 이유로 취소소송 등 제기가 가능하다. 반면 수익적 처분의 상대방은 직접적 침해의 상대방이 아니므로 개인적 공권이 성립하기 곤란하다.

② 사회적 기본권 및 청구권적 기본권(추상적 기본권) : 법률이 기본권 행사절차, 내용, 범위 등을 확정하기 전에는 구체적 현실적 권리로 볼 수 없어 헌법 규정만으로 곧바로 구체적인 개인적 공권이 성립하기 곤란하다(예 퇴직급여청구권·공무원연금수급권·의료보험수급권, 국가배상청구권·재판청구권).

② (×) 개인적 공권은 법률의 규정에 의한 경우뿐만 아니라 헌법상 기본권, 공법상 계약, 관습법, 법규명령, 행정행위에 근거하여 성립할 수도 있다. 단 행정규칙에 근거해서는 성립되기 어렵다.

③ (○) 공권 성립요건인 사익보호목적의 판단기준 : 근거 법규 + 관련 법규 규정과 취지

• 당해 처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 보호되는 법률상 이익의 의미

- ㉠ 당해 처분의 근거법규의 명문규정에 의하여 보호받는 법률상 이익
- ㉡ 당해 처분의 행정목적 달성을 위한 일련의 단계적인 관련처분들의 근거법규에 의하여 명시적으로 보호받는 법률상 이익
- ㉢ 근거법규 및 관련법규의 합리적 해석상 그 법규에서 행정청을 제약하는 이유가 순수한 공익의 보호만이 아닌 개별적·직접적·구체적 이익을 보호하는 취지가 포함되어 있다고 해석되는 경우

• 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 행정목적 달성을 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).

④ (×) 현행 행정소송법상 의무이행소송은 허용되지 않는다. 행정개입청구에 대한 거부처분시 의무이행심판·취소심판·취소소송 등이 가능하며, 행정개입청구에 대한 부작위에 대한 의무이행심판·부작위위법확인소송이 가능하다.

답 ③

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

- ① 수리를 요하는 신고의 경우, 수리행위에 신고필증의 교부가 필수적이므로 신고필증 교부의 거부는 「행정소송법」 상 처분으로 볼 수 있다.
- ② 사인의 공법행위에는 부관을 붙일 수 없음이 원칙이다.
- ③ 사인의 공법행위는 행정행위가 갖고 있는 구속력·공정력·존속력·집행력을 갖고 있지 않다.
- ④ 「건축법」 상 건축신고 반려행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.

해설

① (×) 수리를 요하는 신고의 경우 신고필증 교부가 꼭 필요한 것은 아니며, 신고필증 교부 거부 자체는 처분성이 없음. 단, 신고필증 교부 거부가 신고 수리의 거부로 해석될 경우 수리거부처분취소소송 제기 가능.

㉠ 수리를 요하는 신고의 경우 신고필증교부는 필수사항은 아님 : 구 장사 등에 관한 법률(2007. 5. 25. 법률 제8489호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 '구 장사법'이라 한다) 제14조 제1항, 구 장사 등에 관한 법률 시행규칙(2008. 5. 26. 보건복지가족부령 제15호로 전부 개정되기 전의 것) 제7조 제1항 [별지 제7호 서식] 을 종합하면, **납골당설치 신고는 이른바 '수리를 요하는 신고'라 할 것이므로, 납골당설치 신고가 구 장사법 관련 규정의 모든 요건에 맞는 신고라 하더라도 신고인은 곧바로 납골당을 설치할 수는 없고, 이에 대한 행정청의 수리처분이 있어야만 신고한 대로 납골당을 설치할 수 있다.** 한편 수리란 신고를 유효한 것으로 판단하고 법령에 의하여 처리할 의사로 이를 수령하는 수동적 행위이므로 수리행위에 신고필증 교부 등 행위가 꼭 필요한 것은 아니다(대판 2011.9.8. 2009두6766).

㉡ 신고필증의 의미

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

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

- ② (○) 행정법관계의 명확성·신속한 확정의 필요상 특별한 규정이 없는 한 사인의 공법행위에는 부관을 붙일 수 없다.
- ③ (○) 사인의 공법행위는 행정객체(사인)의 행위로서 공권력 행사가 아니므로 행정행위가 갖는 공정력·집행력 등의 효력이 인정되지 않는다.
- ④ (○) 건축법상 건축신고는 자기완결적 신고이지만 건축신고의 수리거부는 처분성 인정 : 건축주 등은 신고제하에서도 건축신고가 반려될 경우 당해 건축물의 건축을 개시하면 시정명령, 이행강제금, 벌금의 대상이 되거나 당해 건축물을 사용하여 행할 행위의 허가가 거부될 우려가 있어 불안정한 지위에 놓이게 된다. 따라서 건축신고 반려행위가 이루어진 단계에서 당사자로 하여금 반려행위의 적법성을 다투어 그 법적 불안을 해소한 다음 건축행위에 나아가도록 함으로써 장차 있을지도 모르는 위험에서 미리 벗어날 수 있도록 길을 열어 주고, 위법한 건축물의 양산과 그 철거를 둘러싼 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있게 하는 것이 법치행정의 원리에 부합한다. 그러므로 건축신고 반려행위는 항고소송의 대상이 된다고 보는 것이 옳다(대판 2010.11.18. 2008두167).

답 ①

4 다음 중 강학상 특허로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 「출입국관리법」 상 체류자격 변경허가
- ② 재단법인의 정관변경허가
- ③ 재건축조합설립인가
- ④ 귀화허가

해설

- ① **[특허] 출입국관리법령상 체류자격변경허가는 설권적 처분** : 체류자격 변경허가는 신청인에게 당초의 체류자격과 다른 체류자격에 해당하는 활동을 할 수 있는 권한을 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 가지므로, 허가권자는 신청인이 관계 법령에서 정한 요건을 충족하였다더라도, 신청인의 적격성, 체류 목적, 공익상의 영향 등을 참작하여 허가 여부를 결정할 수 있는 재량을 가진다. 다만 재량을 행사할 때 판단의 기초가 된 사실인정에 중대한 오류가 있는 경우 또는 비례·평등의 원칙을 위반하거나 사회통념상 현저하게 타당성을 잃는 등의 사유가 있다면 이는 재량권의 일탈·남용으로서 위법하다(대판 2016.7.14. 2015두48846)
- ② **[인가] 재단법인의 정관변경허가는 강학상 인가** : 「민법」 제45조와 제46조에서 말하는 재단법인의 정관변경 허가는 법률상의 표현이 허가로 되어 있기는 하나, 그 성질에 있어 법률행위의 효력을 보충해 주는 것이지 일반적 금지를 해제하는 것이 아니므로, 그 법적 성격은 인가라고 보아야 한다(대판 1996.5.16. 95누4810).
- ③ **[특허] 주택재건축조합설립인가는 설권적 처분** : 구 도시정비법상 주택재개발정비사업조합(이하 '재개발조합'이라고 한다)은 주택재개발사업의 추진위원회가 정비구역 안에 소재한 토지 또는 건축물의 소유자 또는 그 지상권자(이하 '토지등소유자'라고 한다)로부터 조합설립의 동의(조합설립결의)를 받은 다음, 관계 법령의 요건과 절차에 따라 행정청에 재개발조합 설립 인가신청을 하여 행정청으로부터 조합설립의 인가를 받아 등기함으로써 법인으로 성립한다. 위와 같은 절차를 거쳐 설립된 재개발조합은 재개발사업의 사업시행자로서 조합원에 대한 법률관계에서 특수한 존립목적 부여받은 행정주체로서의 지위를 갖게 되고, 이러한 행정주체의 지위에서 정비구역 안에 있는 토지 등을 수용하고, 관리처분계획, 경비부과처분 등과 같은 행정처분을 할 수 있는 권한을 부여받게 되므로, 재개발조합설립 인가신청에 대한 행정청의 조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것이 아니라 법령상 일정한 요건을 갖추어 행정주체(공법인)의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 갖는다(대판 2009.9.24. 2009마168·169).
- ④ **[특허] 귀화허가는 포괄적 지위 설정행위(특허)로서 재량행위** : 국적법 제4조 제1항은 "외국인은 법무부장관의 귀화허가를 받아 대한민국의 국적을 취득할 수 있다."라고 규정하고, 그 제2항은 "법무부장관은 귀화 요건을 갖추었는지를 심사한 후 그 요건을 갖춘 자에게만 귀화를 허가한다."라고 정하고 있다. 국적은 국민의 자격을 결정짓는 것이고, 이를 취득한 사람은 국가의 주권자가 되는 동시에 국가의 속인적 통치권의 대상이 되므로, 귀화허가는 외국인에게 대한민국 국적을 부여함으로써 국민으로서의 법적 지위를 포괄적으로 설정하는 행위에 해당한다. 한편, 국적법 등 관계 법령 어디에도 외국인에게 대한민국의 국적을 취득할 권리를 부여하였다고 볼 만한 규정이 없다. 이와 같은 귀화허가의 근거 규정의 형식과 문언, 귀화허가의 내용과 특성 등을 고려해 보면, 법무부장관은 귀화신청인이 귀화 요건을 갖추었다 하더라도 귀화를 허가할 것인지 여부에 관하여 재량권을 가진다고 보는 것이 타당하다.(대판 2010.10.28. 2010두6496)

답 ②

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

- ① 행정관청 내부의 사무처리규정에 불과한 전결 규정에 위반하여 원래의 전결권자 아닌 보조기관 등이 처분권자인 행정관청의 이름으로 행정처분을 하였다고 하더라도 그 처분은 무효처분이라 할 수 없다.
- ② 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.
- ③ 국세청훈령인 재산세세사무처리규정은 「소득세법 시행령」과 결합하더라도 대외적 효력이 발생하지 않는다.
- ④ 상급기관이 하급 행정기관에 대하여 업무처리 지침이나 법령에 해석적용에 관한 기준을 정하여 발하는 행정규칙은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐이며 대외적인 구속력을 갖지 않는다.

해설

- ① (○) 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
- ② (○) **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).
- ③ (×) **법령보충규칙은 상위 위임법령과 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령으로서 효력을 가짐**.
 - (소득세법령에 따르면 부동산을 양도한 경우 양도차익계산을 기준시가에 의하도록 하면서 투기억제를 위해 필요한 경우 국세청장이 지정하는 거래에 있어서는 실거래가를 적용하여 양도차익을 계산하도록 위임하였으나 그 지정의 절차나 방법에 관해 아무런 제한을 두고 있지 않아서 국세청장이 훈령인 재산세세사무처리규정으로 투기거래유형을 열거한 것과 관련하여) 국세청장훈령인 재산세세조사사무처리 규정은 상위법령과 결합하여 법규명령으로서의 효력을 가짐 : 국세청장으로 하여금 양도소득세의 실거래가액이 적용될 부동산투기억제를 위하여 필요하다고 인정되는 거래를 지정하게 하면서 그

지정의 절차나 방법에 관하여 아무런 제한을 두고 있지 아니하고 있고 이에 따라 국세청장이 재산제세사무처리규정 제72조 제3항에서 양도소득세의 실지거래가액이 적용될 부동산투기억제를 위하여 필요하다고 인정되는 거래의 유형을 열거하고 있으므로 이는 비록 위 재산제세사무처리규정이 국세청장의 훈령형식으로 되어 있다 하더라도 이에 의한 거래지정은 소득세법시행령의 위임에 따라 그 규정의 내용을 보충하는 기능을 가지면서 그와 결합하여 대외적 효력을 발생하게 된다 할 것이므로 그 보충규정의 내용이 위 법령의 위임한계를 벗어났다는 등 특별한 사정이 없는 한 양도소득세의 실지거래가액에 의한 과세의 법령상의 근거가 된다. 따라서 과세관청이 위 규정에 따른 양도소득세 공정과세위원회의 자문을 거치지 않고 위 규정 72조 3항 8호 소정의 투기거래로 인정하여 양도소득세를 과세하는 것은 위법이다(대판 1989.11.14. 89누5676).

- ④ (○) 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 ③

6 다음 중 행정입법에 대한 판례의 입장으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 산업부장관이 「공업배치 및 공장설립에 관한 법률」 제8조의 위임에 따라 공장입지 기준을 구체적으로 정한 고시는 법규명령으로서 효력을 가진다.
- ② 법률이 공법적 단체 등의 정관에 자치법적 사항을 위임한 경우에는 포괄적인 위임입법의 금지는 원칙적으로 적용되지 않는다.
- ③ 처벌법규나 조세법규는 다른 법규보다 구체성과 명확성의 요구가 강화되어야 한다.
- ④ 구 「청소년보호법 시행령」 제40조 [별표 6]의 위반행위의 종별에 따른 과징금 처분기준은 법규명령에 해당하지만, 그 과징금의 액수는 최고한도액이 아니라 정액이다.

해설

- ① (○) 법령보충규칙으로서 상위 위임법령과 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령으로서 효력을 가짐.
 - 산업통상자원부 고시 「공장입지기준」 제5조는 산업통상자원부장관이 「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」(구 「공업배치 및 공장설립에 관한 법률」) 제8조의 위임에 따라 공장입지의 기준을 구체적으로 정한 것으로서 법규명령으로서 효력을 가진다 할 것이고, 김포시 고시 「공장입지제한처리기준」 제5조 제1항은 김포 시장이 위 산업통상자원부 고시 「공장입지기준」 제5조 제2호의 위임에 따라 공장입지의 보다 세부적인 기준을 정한 것으로서 상위명령의 범위를 벗어나지 아니하므로 그와 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령으로서 효력을 가진다(대판 2004.5.28. 2002두4716).
- ② (○) 법률이 공법적 단체 등의 정관에 자치법적 사항을 위임한 경우에는 헌법 75조가 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 본질적인 사항은 국회가 정해야 한다(대판 2007.10.12. 2006두14476).
- ③ (○) 포괄적 위임금지의 원칙을 규정한 헌법 제75조에서 말하는 위임의 구체성·명확성의 요구 정도는 그 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만 특히 처벌법규나 조세법규 등 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정 법규의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면에, 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것이면 위임의 구체성·명확성이 완화되어야 한다(헌재결 1997.2.20. 95헌바27).
- ④ (×) 구 청소년보호법 제49조 제1항, 제2항의 위임에 따른 같은법시행령 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 최고한도액이다(대판 2001.3.9. 99두5207)

□ 대통령령(시행령) 형식의 행정규칙(제재적 처분기준) : 법규명령 효력을 지니지만 구속력 여부(재량성)는 갈림.

① 주택건설촉진법시행령 10조의3 1항 [별표1]은 법규명령, 영업정지기간 - 재량권 없음 (대판 1997.12.26. 97누15418)	절대적 구속력 (과거 판례)
② 행정청은 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령」 제124조의3 제3항에서 정한 토지이용의무를 위반한 자에게 부과할 이행강제금 부과기준과 다른 이행강제금액을 결정할 재량권이 없음(이행강제금 금액은 상한이 아니라 특정액)	
① 구 청소년보호법 제49조 제1항, 제2항의 위임에 따른 같은법시행령 제40조 [별표 6]의 위반행위의 종별에 따른 과징금처분기준의 법적 성격은 법규명령이며 그 과징금 수액의 의미는 최고한도액	재량 인정 최고한도액 (최근 판례)
② 국민건강보험법시행령 61조 1항 [별표5]의 업무정지처분 및 과징금부과의 기준의 법적 성질은 법규명령이며 업무정지의 기간 내지 과징금의 금액의 의미는 최고한도 (대판 2006.2.9. 2005두11982)	

답 ④

7 다음 중 행정입법에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 행정입법부작위에 대해서는 당사자의 신청이 있는 경우에 한하여 부작위위법확인소송의 대상이 된다.
- ② 법령의 위임 없이 제정한 2006년 「교육공무원 보수업무 등 편람」은 법규명령의 성질을 가진 것이라고 볼 수 없다.
- ③ 재량준칙은 제정됨으로써 일반적으로 행정조직 내부뿐만 아니라 대외적인 구속력을 갖는다.
- ④ 일반적으로 법률의 위임에 의하여 효력을 갖는 법규명령의 경우, 구법에 위임의 근거가 없어 무효인 경우 사후에 법 개정으로 위임의 근거가 부여되더라도 그때부터 유효한 법규명령이 되는 것은 아니다.

해설

- ① (×) 행정입법부작위는 부작위위법확인소송의 대상이 될 수 없다. 다만 국가배상법상의 요건을 갖춘 경우 행정상 손해배상청구는 가능하다.
 - 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 권리의무에 관한 분쟁이어야 하고 추상적인 법령에 관하여 제정의 여부 등은 그 자체로서 국민의 구체적인 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 것이 아니어서 그 소송의 대상이 될 수 없다(대판 1992.5.8. 91누11261).
- ② (○) 관련 법령에서 교육공무원을 신규채용시 초임호봉 확정과 관련하여 교육인적자원부(현재는 교육과학기술부)장관에게 법령내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하는 규정을 두고 있지 않다. 그렇다면 2006년 교육공무원 보수업무 등 편람은 교육인적자원부(현재는 교육과학기술부)에서 관련 행정기관 및 그 직원을 위한 업무처리지침 내지 참고사항을 정리해 둔 것에 불과하고 법규명령의 성질을 가진 것이라고는 볼 수 없다(대판 2010.12.9. 2010두16349).
- ③ (×) 재량준칙 자체는 행정규칙으로서 대외적 구속력이 없음 : 재량준칙은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적인 구속력을 갖는 것은 아니므로 행정처분이 이를 위반하였다고 하여 그러한 사정만으로 곧바로 위법하게 되는 것은 아니고, 다만 그 재량준칙이 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이루어지게 되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 받게 되므로, 이러한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그에 반하는 처분은 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 어긋나 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이 된다.(대판 2013.11.14. 2011두28783).
- ④ (×) 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)

답 ②

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

- ① 대법원은 행정적 편의를 도모하기 위해 법령의 위임을 받아 제정된 절차적 규정을 법령보충적 행정규칙으로 본다.
- ② 대법원은 교육부장관이 내신성적산정지침을 시·도교육감에게 통보한 것은 행정조직 내부에서 내신성적평가에 관한 심사기준을 시달한 것에 불과하다고 보아 위 지침을 행정처분으로 볼 수 없다고 판단하였다.
- ③ 행정규칙 제정에는 법적 근거가 반드시 필요한 것은 아니다.
- ④ 공무원이 행정규칙을 위반하는 행위는 직무상의 의무위반으로 징계사유에 해당한다.

해설

- ① (×) 행정적 편의를 도모하기 위해 법령의 위임을 받아 제정된 절차적 규정은 대외적 효력을 지닌 법령보충적 행정규칙이 아님
 - 구 법인세법시행규칙 제45조 제3항 제6호에 따른 '소득금액조정합계표 작성 요령'의 대외효 부정 : 구 법인세법 제26조 제1항, 제2항, 같은법시행령 제82조 제1항, 제2항, 제3항 제5호, 같은법시행규칙 제45조 제3항 제6호, 제37호에 의하면, 법인은 법인세 신고시 세무조정사항을 기입한 소득금액조정합계표와 유보소득 계산서류인 적정유보초과소득조정명세서(을) 등을 신고서에 첨부하여 제출하여야 하는데, 위 소득금액조정합계표 작성요령 제4호 단서는 잉여금 증감에 따른 익금산입 및 손금산입 사항의 처분인 경우 익금산입은 기타 사외유출로, 손금산입은 기타로 구분하여 기입한다고 규정하고 있고, 위 적정유보초과소득조정명세서(을) 작성요령 제6호는 각 사업연도 소득금액계산상 배당·상여·기타소득 및 기타 사외유출란은 소득금액조정합계표의 배당·상여·기타소득 및 기타 사외유출 처분액을 기입한다고 규정하고 있는바, 위와 같은 작성요령은 **법률의 위임을 받은 것이기는 하나 법인세의 부과징수라는 행정적 편의를 도모하기 위한 절차적 규정으로서 단순히 행정규칙의 성질을 가지는 데 불과하여 과세관청이나 일반국민을 기속하는 것이 아니므로, 비록 납세의무자가 소득금액조정합계표 작성요령 제4호 단서에 의하여 잉여금 증감에 따라 익금산입된 금원을 기타 사외유출로 처분하였다고 하더라도 그 금원이 사외에 유출된 것이 분명하지 아니한 경우에는 이를 기타 사외유출로 보아 유보소득을 계산함에 있어 공제할 수 없다**(대판 2003.9.5. 2001두403)
- ② (○) 교육부장관이 시·도 교육감에게 통보한 대학입시기본계획 내의 내신성적산정지침의 처분성 부정 : 교육부장관이 내신성적산정기준의 통일을 기하기 위해 대학입시기본계획의 내용에서 내신성적산정기준에 관한 시행지침을 마련하여 시·도 교육감에 통보한 것은 행정조직 내부에서 내신성적평가에 관한 내부적 심사기준을 시달한 것에 불과하며, 각 고등학교에서 위 지침에 일률적으로 기속되어 내신성적을 산정할 수밖에 없고 또 대학에서도 이를 그대로 내신성적으로 인정하여 입학생을 선발할 수밖에 없는 관계로 장차 일부 수험생들이 위 지침으로 인해 어떤 불이익을 입을 개연성이 없지는 아니하나, 그러한 사정만으로서 위 지침에 의하여 곧바로 개별적이고 구체적인 권리의 침해는 받은 것으로는 도저히 인정할 수 없으므로, 그것만으로는 **현실적으로 특정인의 구체적인 권리의무에 직접적으로 변동을 초래케 하는 것은 아니라 할 것이어서 내신성적산정지침을 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 볼 수 없다**(대판 1994.9.10. 94두33).
- ③ (○) 행정규칙제정권은 집행권에 내재하는 것이므로 행정규칙의 제정에 법령의 구체적·개별적 수권(작용법적 근거)은 필요 없고 조직법적 근거만 있으면 된다.
- ④ (○) 행정규칙은 법규성, 대외적 구속력, 재판규범성이 없는 것이 원칙이므로 행정규칙을 위반해도 위법한 것이라고 할 수 없지만 내부적으로 징계의 대상은 된다.

답 ①

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

- ① 도시지역 안에서 토지형질변경행위를 수반하는 건축허가는 재량행위에 속한다.
- ② 재량권의 일탈·남용 여부에 대한 입증책임은 처분청인 행정청에게 있다.
- ③ 형량명령이론은 계획재량의 통제와 관련이 깊다.
- ④ 재량행위가 위법하다는 이유로 소송이 제기된 경우에 법원은 각하할 것이 아니라 그 일탈·남용 여부를 심사하여 그에 해당하지 않으면 청구를 기각하여야 한다.

해설

- ① (○) 의제되는 인허가가 재량행위인 경우 인·허가의제 효과를 수반하는 건축허가는 재량행위(기속행위인 허가가 재량행위인 허가를 포함하는 경우 그 한도 내에서 재량행위) 예 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 따라 지정된 도시지역 안에서 토지의 형질변경행위를 수반하는 건축허가, 농지법상 농지전용행위를 수반하는 건축허가, 도로법상 도로점용행위를 수반하는 건축허가, 산지관리법상 산지전용행위를 수반하는 건축허가
 - 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 의하여 지정된 도시지역 안에서 토지의 형질변경행위를 수반하는 건축허가는 재량행위 : 국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에서 정한 도시지역 안에서 토지의 형질변경행위를 수반하는 건축허가는 건축법 8조 1항의 규정에 의한 건축허가와 국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 56조 1항 2호의 규정에 의한 토지의 형질변경허가의 성질을 아울러 갖는 것으로 보아야 할 것이고, 같은 법 58조 1항 4호, 3항, 같은 법시행령 56조 1항 [별표 1] 1호 (가)목 (3), (라)목 (1), (마)목 (1)의 각 규정을 종합하면, 같은 법 56조 1항 2호의 규정에 의한 토지의 형질변경허가는 그 금지요건이 불확정개념으로 규정되어 있어 그 금지요건에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 행정청에게 재량권이 부여되어 있다고 할 것이므로, 같은 법에 의하여 지정된 도시지역 안에서 토지의 형질변경행위를 수반하는 건축허가는 결국 재량행위에 속한다(대판 2005.7.14. 2004두6181).
- ② (×) 처분청이 재량권 행사의 정당성을 입증할 필요는 없음 : 자유재량에 의한 행정처분이 그 재량권의 한계를 벗어난 것이어서 위법하다는 점은 그 행정처분의 효력을 다투는 자(원고)가 이를 주장·입증하여야 하고 처분청이 그 재량권의 행사가 정당한 것이었다는 점까지 주장·입증할 필요는 없다(대판 1987.12.8. 87누861)
- ③ (○) 행정주체가 행정계획을 입안·결정[계획수립·확정(계획집행이 아님)]함에 있어서 가지는 비교적 광범위한 형성의 자유(재량권)가 계획재량이다. 계획재량에 대한 통제기준으로서 비례원칙은 계획과 관련된 여러 이익(공익·사익)의 정당한 비교형량이라는 형량명령이론으로 발전하였다.
- ④ (○) 재량권이 일탈·남용 여부 처분의 위법성 여부로서 요건심리가 아니라 본안심리의 대상이므로 재량행위가 위법하다는 이유로 소송이 제기된 경우 법원은 요건심리 후 각하할 것이 아니라, 본안심리에서 그 일탈·남용 여부를 심사하여 그에 해당하지 않으면 청구를 기각하여야 한다.
 - 행정소송법 제27조(재량처분의 취소) 행정청의 재량에 속하는 처분이라도 재량권의 한계를 넘거나 그 남용이 있는 때에는 법원은 이를 취소할 수 있다.

답 ②

10 다음 중 인·허가 의제에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 주된 인·허가에 관한 사항을 규정하고 있는 법률에서 주된 인·허가가 있으면 다른 법률에 의한 인·허가를 받은 것으로 의제한다는 규정을 둔 경우, 주된 인·허가가 있으면 다른 법률에 의하여 인·허가를 받았음을 전제로 하는 그 다른 법률의 모든 규정들까지 적용되는 것은 아니다.
- ② 신청된 주된 인·허가 절차만 거치면 되고, 의제되는 인·허가를 위하여 거쳐야 하는 주민 의견청취 등의 절차를 거칠 필요는 없다.
- ③ 인·허가와 관련 있는 행정기관 간에 협의가 모두 완료되기 전이라도 일정한 경우 인·허가에 대한 협의를 완료할 것을 조건으로 각종의 사업시행 승인이나 시행인가를 할 수 있다.
- ④ 주된 인·허가인 건축불허가처분을 하면서 그 처분사유로 의제되는 인·허가에 해당하는 형질변경 불허가사유를 들고 있다면, 그 건축불허가처분을 받은 자는 형질변경불허가처분에 관해서도 쟁송을 제기하여 다툴 수 있다.

해설

- ① (○) 주된 인허가에 관한 사항을 규정하고 있는 법률에서 주된 인허가가 있으면 다른 법률에 의한 인허가를 받은 것으로 의제한다는 규정을 둔 경우, 주된 인허가가 있으면 다른 법률에 의한 인허가가 있는 것으로 보는 데 그치고, 거기에서 더 나아가 다른 법률에 의하여 인허가를 받았음을 전제로 하는 그 다른 법률의 모든 규정들까지 적용되는 것은 아니다(대판 2016.11.24. 2014두47686).
- ② (○) 인·허가 의제의 절차집중효 : 신청된 인허가절차만 거치면 되고, 의제되는 인허가 절차를 거칠 필요가 없음
 - 구 주택법 제17조 제1항에 인허가 의제 규정을 둔 입법 취지는, 주택건설사업을 시행하는 데 필요한 각종 인허가 사항과 관련하여 주택건설사업계획 승인권자로 그 청구를 단일화하고 절차를 간소화함으로써 각종 인허가에 드는 비용과 시간을 절감하여 주택의 건설·공급을 활성화하려는 데에 있다. 이러한 인허가 의제 규정의 입법 취지를 고려하면, 주택건설사업계획 승인권자가 구 주택법 제17조 제3항에 따라 도시·군관리계획 결정권자와 협의를 거쳐 관계 주택건설사업계획을 승인하면 같은 조 제1항 제5호에 따라 도시·군관리계획결정이 이루어진 것으로 의제되고, 이러한 협의 절차와 별도로 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제28조 등에서 정한 도시·군관리계획 입안을 위한 주민 의견청취 절차를 거칠 필요는 없다(대판 2018.11.29. 2016두38792).
- ③ (○) 선승인후협의제란 인·허가와 관련된 관계 행정기관간에 협의가 모두 완료되기 전이라도 일정한 경우(공익상 긴급한 필요 등) 인·허가에 대한 협의를 완료할 것을 조건으로 각종의 사업시행 승인이나 시행인가를 할 수 있는 제도를 말한다. 이는 관계행정기관 간에 협의가 완료되기 전이라도 후속절차를 진행할 수 있다는 점에서 사업절차가 간소화되는 효과가 있다. 다만, 협의가 완료되지 않은 경우에도 인·허가가 의제된다는 점에서 명문의 근거(예 「주한미군 공여구역주변지역 등 지원 특별법」 제29조 제3항)가 필요하다.

• 주한미군 공여구역주변지역 등 지원 특별법 제29조(인·허가등의 의제)

 - ① 제11조의 규정에 의한 사업 시행승인이 있을 때에는 다음 각 호의 허가·인가·지정·승인·협의·신고·해제·결정·동의 등(이하 "인·허가등"이라 한다) 중 제2항에 따라 관계 중앙행정기관의 장 및 지방자치단체의 장과 미리 협의한 사항에 대하여는 그 인·허가등을 받은 것으로 본다.
 - ② 제1항에 해당하는 사업의 승인을 하는 때에는 관계 중앙행정기관의 장 및 지방자치단체의 장과 미리 협의하여야 한다. 이 경우 관계 행정기관의 장은 당해 법률에서 규정한 허가 등의 기준에 위반하여 협의에 응하여서는 아니 되고, 협의요청을 받은 날부터 20일 이내에 의견을 제출하여야 하며, 그 기간 내에 의견을 제출하지 아니한 경우에는 협의가 이루어진 것으로 본다.
 - ③ 제2항에도 불구하고 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제4조에 따른 공익사업을 시급하게 시행할 필요가 있고, 제1항 각 호의 사항 중 사업시행을 위한 중요한 사항에 대한 협의가 있는 경우에는 필요한 모든 사항에 대한 협의가 끝나지 아니하더라도 그 필요한 협의가 완료될 것을 조건으로 제11조 제4항에 따른 사업의 시행승인을 할 수 있다.
- ④ (×) 인·허가를 거부하면서 의제되는 인·허가요건이 충족되지 않았다고 한 경우, 쟁송의 대상은 주된 인·허가에 대한 거부처분 : 구 「건축법」 상 건축허가를 받은 경우에는 구 「도시계획법」 상 토지의 형질변경허가를 받은 것으로 보며, 한편 건축허가권자가 건축 허가를 하고자 하는 경우 당해 용도·규모 또는 형태의 건축물을 그 건축하고자 하는 대지에 건축하는 것이 「건축법」 관련 규정이나 구 「도시계획법」의 규정에 적합한지의 여부를 검토하여야 하는 것일 뿐, 건축불허가처분을 하면서 그 처분사유로 건축불허가사유뿐만 아니라 형질변경불허가사유를 들고 있다고 하여 그 건축불허가처분 외에 별개로 형질변경불허가처분이 존재하는 것이 아니므로, 그 건축 불허가처분을 받은 사람은 그 건축불허가처분에 관한 쟁송에서 「건축법」 상의 건축불허가사유

뿐만 아니라 구 「도시계획법」 상의 형질변경 불허가사유에 관하여도 다를 수 있는 것이지, 그 건축불허가처분에 관한 쟁송과는 별개로 형질변경불허가처분에 관한 쟁송을 제기하여 이를 다투어야 하는 것은 아니며, 그러한 쟁송을 제기하지 아니하였어도 형질변경불허가사유에 관하여 불가쟁력이 생기지 아니한다(대판 2001.1.16. 99두10988).

답 ④

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

- ① 도로점용허가의 점용기간을 정함에 있어 위법 사유가 있다면 도로점용허가처분 전부가 위법하게 된다.
- ② 기선선망어업의 허가를 하면서 운반선, 등선 등 부속선을 사용할 수 없도록 제한한 부관은 그 어업허가의 목적 달성을 사실상 어렵게 하여 그 본질적 효력을 해하는 것이다.
- ③ 행정처분에 부담인 부관을 붙인 경우, 부관이 무효라면 부담의 이행으로 이루어진 사법상 매매 행위도 당연히 무효가 된다.
- ④ 부당결부금지원칙에 위반하여 허용되지 않는 부관을 행정처분과 상대방 사이의 사법상 계약의 형식으로 체결하는 것은 허용되지 않는다.

해설

- ① (○) 부관이 행정행위의 본질적 요소인 경우 부관에 위법사유가 있으면 부관부 행정행위 전부가 위법하게 됨.
 - 도로점용허가의 점용기간은 행정행위의 본질적인 요소에 해당한다고 볼 것이어서 부관인 점용기간을 정함에 있어서 위법사유가 있다면 이로써 도로점용허가 처분 전부가 위법하게 된다(대판 1985.7.9. 84누604)
 - [관련 판례] 기부채납 받은 행정재산에 대한 사용·수익허가에서 그 허가기간은 행정행위의 본질적 요소에 해당한다고 볼 것이어서, 부관인 허가기간에 위법사유가 있다면 이로써 사용·수익허가 전부가 위법하게 될 것이다(대판 2001.6.15. 99두509)
- ② (○) 기선선망어업의 허가를 하면서 부속선을 사용할 수 없도록 제한한 부관은 위법 : 수산업법 15조에 의하여 어업의 면허 또는 허가에 붙이는 부관은 그 성질상 허가된 어업이 본질적 효력을 해하지 않는 한도의 것이어야 하고 허가된 어업의 내용 또는 효력 등에 대하여는 허가청이 임의로 제한 또는 조건을 붙일 수 없다고 보아야 할 것이며 수산업법시행령 14조의4 3항의 규정내용은 기선선망어업에는 그 어선규모의 대소를 가리지 않고 등선과 부속선을 갖출 수 있고, 또 갖추어야 하는 것이라고 해석되므로 기선선망어업의 허가를 하면서 운반선, 등선 등 부속선을 사용할 수 없도록 제한한 부관은 그 어업허가의 목적달성을 사실상 어렵게 하여 그 본질적 효력을 해하는 것일 뿐만 아니라 위 시행령의 규정에도 어긋나는 것이며, 더욱이 어업이나 기타 공익상 필요하다고 인정되는 사정이 없는 이상 위법한 것이다(대판 1990.4.27. 89누6808).
- ③ (×) 행정처분에 붙인 부담인 부관이 무효가 되면 그 부담의 이행으로 한 사법상 법률행위도 당연히 무효가 되지는 않음 / 부담인 부관이 불가쟁력이 생긴 경우라도 부담의 이행으로 한 사법상 법률행위가 사회질서 위반이나 강행규정 위반 사유가 있으면 민사소송으로 다룰 수 있음 : 행정처분에 부담인 부관을 붙인 경우 부관의 무효화에 의하여 본체인 행정처분 자체의 효력에도 영향이 있게 될 수는 있지만, 그 처분을 받은 사람이 부담의 이행으로 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. 행정처분에 붙은 부담인 부관이 제소기간의 도과로 확정되어 이미 불가쟁력이 생겼다면 그 하자가 중대하고 명백하여 당연 무효로 보아야 할 경우 외에는 누구나 그 효력을 부인할 수 없을 것이지만, 부담의 이행으로서 하게 된 사법상 매매 등의 법률행위는 부담을 붙인 행정처분과는 어디까지나 별개의 법률행위이므로 그 부담의 불가쟁력의 문제와는 별도로 법률행위가 사회질서 위반이나 강행규정에 위반되는지 여부 등을 따져보아 그 법률행위의 유효 여부를 판단하여야 한다(대판 2009.6.25. 2006다18174)

기부채납부담의 하자		부담이행으로서 사법상 법률행위 효력 (기부채납[증여계약]·매매계약의 효력)
당연무효	→	취소(계약 해지) 가능 * 당연무효 아님
취소사유	쟁송취소된 경우	→ 취소(계약 해지) 가능
	제소기간 경과로 불가쟁력 발생	→ 유효여부는 별도로 판단 (민법 상 사회질서 위반, 강행규정 위반시 민사소송 가능)
당연무효 아님 or 취소 안 됨	→	중요부분의 착오를 이유로 취소 불가

- ④ (○) 행정처분과 실제적 관련성이 없어 부관으로 붙일 수 없는 부담을 사법상 계약의 형식으로 행정처분의 상대방에게 부과 불가 : 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 부당결부의 원칙에 위반되지 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. 지방자치단체가 골프장사업계획승인과 관련하여 사업자로부터 기부금을 지급받기로 한 증여계약은 공무수행과 결부된 금전적 대가로서 그 조건이나 동기가 사회질서에 반하므로 민법 제103조에 의해 무효이다(대판 2009.12.10. 2007다63966)

답 ③

12 다음 중 행정행위의 공정력과 선결문제에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 연령 미달의 결격자가 이를 속이고 운전면허를 교부받아 운전 중 적발되어 기소된 경우 형사법원은 운전면허처분의 효력을 부인하고 무면허운전죄로 판단할 수 있다.
- ② 위법한 행정처분으로 인해 피해를 입은 자가 제기한 국가배상청구소송에서 민사법원은 행정행위의 위법성 여부를 확인하여 배상청구를 인용할 수 있다.
- ③ 조세과오납에 따른 부당이득반환청구사안에서 민사법원은 사전통지 및 의견제출절차를 거치지 않은 하자를 이유로 행정행위의 효력을 부인할 수 없다.
- ④ 행정행위에 중대·명백한 하자가 있는 경우 선결문제에도 불구하고 민사법원 및 형사법원은 제기된 청구에 대하여 판결을 내릴 수 있다.

해설

■ 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 심사가가능성 (통설·판례)	구분	민사사건의 경우	형사사건의 경우
	선결 문제	위법 여부 (위법·적법) 선결문제로 심사 가능 예) 국가배상소송에서 처분의 위법성 판단	선결문제로 심사 가능 예) 조치명령(시정명령)위반죄 판단시 조치명령의 위법성 판단
		효력 유무 (유효·무효) 선결문제로 심사 불가 예) 부당이득반환청구소송(조세과납금반환청구소송)에서 과세처분의 효력 부인 불가	선결문제로 심사 불가 무면허운전죄·무면허수입죄·무면허어업죄 판단에 있어서 면허처분의 효력 부인 불가(유죄판결 불가)

- ① (×) 연령미달의 결격자가 형의 이름으로 운전면허시험에 응시, 합격하여 교부받은 운전면허는 운전면허취소사유이므로 공정력 또는 구성요건적 효력이 발생하여 권한 있는 기관이 취소하기 전까지는 유효하므로 형사법원은 무면허운전으로 처벌할 수 없다. 즉, 형사법원은 선결문제로서 운전면허처분의 효력을 부정할 수 없으므로 무면허운전죄로 유죄판결을 할 수 없다(무면허운전죄는 운전면허처분이 무효인 경우에만 성립).
 • 연령미달의 결격자인 피고인이 소외인의 이름으로 운전면허시험에 응시, 합격하여 교부받은 운전면허는 당연무효가 아니고 도로교통법 65조 3호의 사유(운전면허취소사유)에 해당함에 불과하여 취소되지 않는 한 유효하므로 피고인의 운전행위는 무면허운전에 해당하지 아니한다(대판 1982.6.8. 80도2646).
- ② (○) 공정력은 행정행위의 적법성을 추정하는 효력이 아니며, 민사법원이 행정행위의 효력을 상실시키는 것이 아니라 단지 위법성을 확인하는데 그치는 것이므로 위법여부를 판단할 수 있다고 보는 견해가 통설과 판례의 입장이다.
 • 위법한 행정대집행이 완료되면 그 처분의 무효확인 또는 취소를 구할 소의 이익은 없다 하더라도, 미리 그 행정처분의 취소판결이 있어야만, 그 행정처분의 위법임을 이유로 한 손해배상청구를 할 수 있는 것은 아니다(대판 1972.4.28. 72다337).
- ③ (○) 조세부과처분시 사전통지 및 의견제출절차를 거치지 않은 하자는 취소사유. 따라서 민사법원은 부당이득반환청구소송에서 조세부과처분의 효력을 부정할 수 없으므로 인용판결을 할 수 없다.
- ④ (○) 행정행위가 당연 무효인 경우 공정력(구성요건적 효력)이 인정되지 않으므로, 누구든지 행정행위의 무효를 주장할 수 있고, 민사법원이나 형사법원도 선결문제로서 행정행위의 무효를 확인할 수 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 아니다(대판 2010.4.8. 2009다90092 / 대판 1972.10.10. 71다2279)
 - ㉡ 과세대상과 납세의무자 확정이 잘못되어 당연무효한 과세에 대하여는 체납이 문제될 여지가 없으므로 체납범이 성립하지 않는다(대판 1971.5.31. 71도742)

답 ①

13 다음 중 행정행위의 하자에 관한 설명으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 무효인 행정행위에는 공정력과 불가쟁력이 발생한다.
- ② 당연무효인 징계처분의 하자는 징계를 받은 자의 용인으로 치유된다.
- ③ 적법한 권한 위임 없이 세관출장소장이 한 관세 부과처분은 당연무효이다.
- ④ 행정처분을 한 처분청은 그 처분의 성립에 하자가 있는 경우 이를 취소할 별도의 법적 근거가 없다고 하더라도 직권으로 취소할 수 있다.

해설

- ① (×) 무효인 행정행위에는 행정행위의 모든 효력(공정력·불가쟁력·불가변력·집행력·구속력 등)이 발생하지 않는다.
- ② (×) 행정행위 하자의 치유는 취소사유인 경우 인정되며 무효인 행정행위의 경우 하자의 치유 부정 : 징계처분이 중대하고 명백한 흠 때문에 당연무효의 것이라면 징계처분을 받은 자가 이를 용인하였다 하여 그 흠이 치유되는 것은 아니다(대판 1989.12.12. 88누8869).
- ③ (×) 적법한 권한 위임 없이 세관출장소장에 의하여 행하여진 관세부과처분이 그 하자가 중대하기는 하지만 객관적으로 명백하다고 할 수 없어 당연무효는 아님(취소사유) : 세관출장소장에게 관세부과처분에 관한 권한이 위임되었다고 볼만한 법령상의 근거가 없는데도 피고가 이 사건 처분을 한 것은 결국, 적법한 위임 없이 권한 없는 자가 행한 처분으로서 그 하자가 중대하다고 할 것이나, 세관출장소장 명의로 관세부과처분 및 증액경정처분이 이루어져 왔는데, 그동안 세관출장소장에게 관세부과처분에 관한 권한이 있는지 여부에 관하여 아무런 이의제기가 없었던 점 등에 비추어 보면, 세관출장소장에게 관세부과처분을 할 권한이 있다고 객관적으로 오인할 여지가 다분하다고 인정되므로 결국 적법한 권한 위임 없이 행해진 이 사건 처분은 그 하자가 중대하기는 하지만 객관적으로 명백하다고 할 수는 없어 당연무효는 아니라고 보아야 할 것이다(대판 2004.11.26. 2003두2403)
 * 행정청의 무권한 행위 : 하자의 중대·명백하여 무효임이 일반적이지만, 하자가 중대하지만 명백하지 않아 당연무효로 보지 않은 판례도 있음.
 - ㉠ 적법한 권한 위임 없이 세관출장소장이 행한 관세부과처분 : 하자가 중대하지만 객관적으로 명백하지 않아 당연무효는 아님
 - ㉡ 구청장이 서울특별시 조례에 의한 적법한 위임 없이 한 택시운전자격정지처분 : 하자가 중대할지라도 객관적으로 명백하지 않아 당연무효는 아님
 - cf) 5급 이상의 국가정보원직원에 대한 의원면직처분을 임면권자(대통령)가 아닌 국가정보원장이 한 경우 - 하자의 중대성 없음 - 당연무효 아님
- ④ (○) 행정처분을 한 처분청은 그 처분의 성립에 하자가 있는 경우 이를 취소할 별도의 법적 근거가 없다고 하더라도 직권으로 이를 취소할 수 있다(대판 1995.2.28. 94누7713).
 * 행정기본법은 행정처분의 취소에 대한 일반적 근거 규정을 둬.
 - 행정기본법 제18조(위법 또는 부당한 처분의 취소) ① 행정청은 위법 또는 부당한 처분의 전부나 일부를 소급하여 취소할 수 있다. 다만, 당사자의 신뢰를 보호할 가치가 있는등 정당한 사유가 있는 경우에는 장래를 향하여 취소할 수 있다.

답 ④

14 다음 중 경찰책임에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 타인의 행위를 관리하고 있는 자는 그 권한의 범위 안에서 피관리자의 행위로 인하여 발생한 경찰위반상태에 대하여 피관리자를 대신하여 책임을 진다.
- ② 경찰책임은 공공의 안녕·질서에 대한 장애를 직접 제거하여 개인과 사회를 보호하기 때문에 민·형사책임과 동일하다.
- ③ 행위책임은 고의·과실과 무관하며, 행위자가 성인인가 미성년인가도 가리지 않는다.
- ④ 경찰상 위해나 장애의 발생에 직접적으로 책임이 없는 제3자의 경우에는 경찰책임자가 될 수 없다.

해설

- ① (×) 경찰책임 중 행위책임에는 자기의 행위에 대한 책임(행위자책임) 외에 자기가 지배(관리)하는 타인의 행위에 대한 책임(지배자책임)이 있다. 이 지배자책임은 대위책임이 아니라 자기의 지배범위 내에서 경찰위반상태가 발생한 데에 대한 자기책임이며 무과실책임이다.
- ② (×) 원칙적으로 책임 있는 자에게만 경찰권을 행사할 수 있는 점에서 경찰책임은 민사상 강제집행이나 형벌 선고가 민사책임이나 형사책임이 있는 자에게만 행해지는 것과 유사하다. 그러나 경찰책임은 전통적인 민·형사법학에서 논하는 책임 개념과는 목적과 책임자 결정기준이 다르다. 민사책임은 개인과 개인과의 관계에서 개인을 보호하려는 것이고, 형사책임은 사회와 개인과의 관계에서 응보적 제재를 통하여 간접적으로 사회를 개인으로부터 방위하려는 것이다. 반면 경찰책임은 사회공공의 질서를 유지하고 이에 대한 위해를 제거하여 직접적으로 사회를 개인으로부터 보호하려는 데 있다. 따라서 경찰책임에 있어서는 사회질서의 파괴자로서의 개인에 대한 인식도, 형사책임에 있어서와 같이 독립된 윤리적 존재로 파악하여 그 내면적 의사에 관한 윤리적 가치판단에 의거한 처우를 하는 것이 아니라, 개인을 사회적 공동생활의 구성자로서의 사회적 구성체로 파악하여 그 외면적 표상에 따라, 즉 객관적으로 사회적 위해의 발생이라는 사실을 중심으로 하여 이의 방지에 대한 책임자로서 취급하게 되는 것이다.

구분	경찰책임	형사책임
목적	• 공공의 안녕과 질서유지를 위하여 위해를 방지함으로써 직접적으로 개인으로부터 사회를 보호	• 응보적 제재를 통하여 간접적으로 사회를 보호
책임의 기초	• 개인을 사회적 공동체의 구성자로 파악하여, 객관적으로 공동체의 안녕과 질서에 대한 위해의 발생이라는 사실에 기초	• 개인을 독립한 윤리적 존재로 파악하여 자기결정에 의한 비윤리적·반사회적 행동에 기초
내용·절차	• 경찰상의 명령·강제에 의하여 위해방지의 의무를 부과하거나 위해가 없는 상태를 실현하는 것을 내용	• 형벌을 과하여 생명·자유·재산 등의 법익을 박탈하는 것을 내용
주관적 요건의 여부	• 위해를 방지함으로써 사회를 보호하는 것을 목적으로 하는 까닭에, 행위자인지 여부 또는 고의·과실의 유무와 무관하게, 현존하는 위해를 방지하기 위하여 누구에 책임을 과하는 것이 가장 적합한가 하는 관점에서 과해지는 객관적 책임. • 자신의 행위가 아닌 자기의 지배하에 있는 타인의 행위 또는 자신이 관리하는 물건의 상태에 의하여 위해가 발생한 경우에도 발생하며 또한 고의·과실을 요하지 않음.	• 행위자를 처벌함으로써 사회를 보호하는 것을 목적으로 하기 때문에 행위자 본인에게만, 그리고 행위자에게 고의·과실이 있는 경우에만 과할 수 있는 주관적 책임

- ③ (○) 행위책임은 자신의 행위 또는 자신의 보호·감독하에 있는 자의 행위로 인하여 공공의 안녕과 질서에 대한 위해가 발생한 경우에 있어서의 책임을 뜻한다. 행위책임은 고의·과실을 묻지 않으며, 그 행위자가 자연인·법인인가를 불문하고, 성인·미성년자인지도 가리지 않는다.
- ④ (×) 경찰책임은 직접적인 질서위반책임자에게만 발동되는 것이 원칙이지만, 예외적으로 경찰상 위해나 장애의 발생에 직접적으로 책임이 없는 제3자의 경우에도 경찰책임자가 될 수 있는데 이를 긴급경찰권이라 한다. 3자에 대한 질서유지를 위한 경찰권 발동의 예로는 화재현장에 있는 자에 대한 소화작업 등에서의 동원(소방법 제77조), 수난구호를 위한 징용(수난구호법 제8조) 등이 있다.

답 ④

15 다음 중 확약에 관한 설명으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

{출제 오류로 복수정답}

- ① 「행정절차법」에는 확약에 관한 규정을 두고 있다.
- ② 판례는 어업권면허에 선행하는 우선순위결정의 처분성을 인정하고 있다.
- ③ 확약을 허용하는 명문의 규정이 없더라도 다수설은 본처분권한에 확약에 대한 권한이 포함되어 있다고 보아 별도의 명문 규정이 없더라도 확약을 할 수 있다는 입장이다.
- ④ 확약이 있는 이후에 사실적·법률적 상태가 변경되었다 하더라도 확약은 행정청의 별다른 의사표시가 없는 한 실효되지 않는다.

해설

- ① (○) 2022년 행정절차법 개정으로 확약에 관한 규정을 둬.

• 행정절차법 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.

- ② (×) 판례는 확약의 처분성을 부정.

• **확약인 어업면허우선순위결정의 처분성 부정** : 어업권면허에 선행하는 우선순위결정은 행정청이 우선권자로 결정된 자의 신청이 있으면 어업권면허처분을 하겠다는 것을 약속하는 행위로서 강약상 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).

③ (○) 개별법에 확약에 관한 별도의 명문 규정이 없더라도 본처분권한에 확약에 대한 권한이 포함되어있다는 것이 통설이며 행정절차법 제40조의2 제1항도 법령등에서 당사자가 신청할 수 있는 처분을 규정하고 있는 경우 확약이 가능함을 규정.

④ (×) 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 있는 후에 사실적·법률적 상태가 변경되었다면, 그와 같은 확약 또는 공적인 의사표명은 행정청의 별다른 의사표시를 기다리지 않고 실효된다**(대판 1996.8.20. 95누 10877).
* 행정절차법 제40조의2 제4항 제1호도 관련 규정을 둬.

답 ①③

16 다음 중 법률유보원칙에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

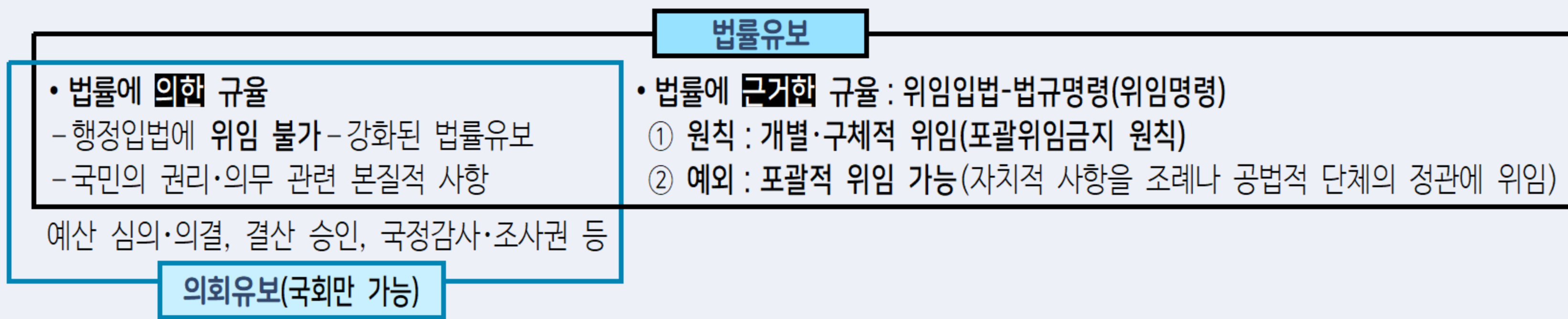
- ① 전부유보설은 모든 행정작용이 법률에 근거해야 한다는 입장이다.
- ② 법률유보원칙에서 말하는 법률에는 예산도 포함된다.
- ③ 법률유보원칙에서 요구되는 법적 근거는 작용법적 근거를 의미한다.
- ④ 헌법재판소 결정에 따를 때 기본권 제한에 관한 법률유보원칙은 법률에 근거한 규율을 요청하는 것이므로 그 형식이 반드시 법률일 필요는 없더라도 법률상 근거는 있어야 한다.

해설

- ① (○) 전부유보설은 침해유보설과 모든 행정작용은 법률의 근거를 요한다고 보는 견해로 민주주의·국민주권의 원리, 의회민주주의와 의회의 우월성을 강조한다. 민주법치국가로 헌법구조가 변경되면서 제기되었으며 법으로부터 자유로운 행정영역 부인한다. 그러나 헌법원리 중 국민주권의주의·의회민주주의만을 강조하고 권력분립주의를 망각하고 있으며, 가변적 현대행정의 현실에 부적합(탄력적이며 신속한 행정활동 저해)하다는 비판을 받는다.
- ② (×) **법률유보 원칙에서 말하는 법률에는 예산은 포함되지 않음** : 예산은 일종의 법규범이고 법률과 마찬가지로 국회의 의결을 거쳐 제정되지만 **법률과 달리 국가기관만을 구속할 뿐 일반국민을 구속하지 않는다**. 국회가 의결한 예산 또는 국회의 예산안 의결은 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 '공권력의 행사'에 해당하지 않고 따라서 헌법소원의 대상이 되지 아니한다(헌재 2006.4.25. 2006헌마409).
- ③ (○) 법률유보의 원칙에서 요구되는 법적 근거는 작용법적 근거(작용규범·근거규범·수권규범)를 말한다. 조직법적 근거(조직규범·직무규범)는 모든 행정작용에 있어서 당연히 요구된다.

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

- ④ (○) • **기본권 제한에 관한 법률유보원칙은 '법률에 근거한 규율'을 요청하는 것이므로, 그 형식이 반드시 법률일 필요는 없다 하더라도 법률상의 근거는 있어야 한다.** 따라서 모법의 위임범위를 벗어난 하위법령은 법률의 근거가 없는 것으로 법률유보원칙에 위반된다.(헌재 2016.4.28. 2012헌마630)
• 국민의 기본권은 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 이를 제한할 수 있으나 그 제한은 원칙적으로 법률로써만 가능하며, 제한하는 경우에도 기본권의 본질적 내용을 침해할 수 없고 필요한 최소한도에 그쳐야 한다. 이러한 **법률유보의 원칙은 '법률에 의한' 규율만을 뜻하는 것이 아니라 '법률에 근거한' 규율을 요청하는 것이므로 기본권제한의 형식이 반드시 법률의 형식일 필요는 없고 법률에 근거를 두면서 헌법 제75조가 요구하는 위임의 구체성과 명확성을 구비하면 위임입법에 의하여도 기본권 제한을 할 수 있다**(헌재 2005.2.24. 2003헌마289 / 헌재결 2005.5.26. 99헌마513).



답 ②

17 다음 내용 중 통치행위에 대하여 사법심사를 부정하는 판례로만 이루어진 것은?

- | | |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> ㉠ 남북정상회담 개최과정에서 대북자금 송금행위 ㉡ 대통령의 비상계엄 선포행위 ㉢ 대통령의 긴급재정·경제명령 | <ul style="list-style-type: none"> ㉣ 대통령의 사면결정 ㉤ 대통령의 서훈취소 ㉥ 이라크 파병 결정 |
|---|---|

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

해설

- ㉔, ㉕, ㉖, ㉗은 통치행위로서 원칙적으로 사법심사 대상이 아님(모두 고르는 문제가 아님). ㉘, ㉙은 통치행위가 아니며 사법심사 대상이 됨.
- ㉚ **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).
- ㉛ 헌법재판소는 사면을 통치행위라고 명시적으로 인정하지는 않았지만 권력분립 원리에 대한 예외로 인정하고 있으며 서울행정법원은 사면은 통치행위에 해당한다고 판시한 바 있다.
- 사면은 형의 선고의 효력 또는 공소권을 상실시키거나, 형의 집행을 면제시키는 국가원수의 고유한 권한을 의미하며, 사법부의 판단을 변경하는 제도로서 권력분립의 원리에 대한 예외가 된다. 사면권은 전통적으로 국가원수에게 부여된 고유한 은사권이며, 국가원수가 이를 시혜적으로 행사한다(헌재 2000.6.1. 97헌바74).
 - 대통령의 사면권 행사는 통치행위(김영삼 차남 김현철에 대한 사면) : 잔여형기를 면제하는 것을 포함하여 대통령의 사면권은 고도의 정치적 결단에 의하여 발동되는 행위이고 그 결단을 존중해야 할 필요성이 있는 행위라는 의미에서 이른바 통치행위에 속한다고 할 수 있고, 이러한 대통령의 사면권은 사법심사의 대상이 되지 않는다고 할 것이다(서울행정법원 02.2.2. 99구24405).
- ㉜ **대통령의 비상계엄 선포행위는 통치행위이지만, 국헌문란 목적인 경우 범죄행위 여부를 법원이 심사 가능** : 비상계엄의 선포나 확대행위가 사법심사의 대상이 되는지 여부(한정 적극) : 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 경우라면 몰라도, 그러하지 아니한 이상 그 계엄선포의 요건 구비 여부나 선포의 당·부당을 판단할 권한이 사법부에는 없다고 할 것이나, 비상계엄의 선포나 확대가 국헌문란의 목적을 달성하기 위하여 행하여진 경우에는 법원은 그 자체가 범죄행위에 해당하는지의 여부에 관하여 심사할 수 있다.(대판 1997.4.17. 96도3376)
- ㉝ **서훈 수여는 통치행위, 서훈 취소는 통치행위가 아님** : 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).
- ㉞ **대통령의 긴급재정·경제명령은 통치행위이지만, 국민의 기본권 침해와 직접 관련되면 헌법재판소의 심판대상임** : 대통령의 긴급재정경제명령은 국가긴급권의 일종으로서 고도의 정치적 결단에 의하여 발동되는 행위이고 그 결단을 존중하여야 할 필요성이 있는 행위(行爲)라는 의미에서 이른바 통치행위에 속한다고 할 수 있으나, 통치행위를 포함하여 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 한계를 반드시 지켜야 하는 것이고, 헌법재판소는 헌법(憲法)의 수호와 국민의 기본권 보장을 사명으로 하는 국가기관 이므로 비록 고도의 정치적 결단에 의하여 행해지는 국가작용이라고 할지라도 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 된다(헌재 1996. 2. 29. 93헌마186).
- ㉟ **이라크 파병 결정은 통치행위로서 사법심사 대상이 아님(사법부자제설)** : **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) 이라크파병결정은 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 국무회의의 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 물론 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).

답 ③

18 다음 중 행정법의 법원에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 신뢰보호 원칙이 적용되기 위한 요건의 하나인 행정청의 공적 견해표명이 있었는지 여부를 판단함에 있어서는 반드시 행정조직 상의 형식적인 권한 분장에 따라야 한다.
- ② 판례는 국세행정 상 비과세의 관행을 일종의 행정선례법으로 인정하지 아니한다.
- ③ 「수산업법」은 민중적 관습법인 입어권의 존재를 명문으로 인정하고 있다.
- ④ 처분이 위법하더라도 그 처분이 수차례 반복적으로 행하여졌다면 그러한 처분은 행정청에 대하여 자기구속력을 갖게 된다.

해설

- ① (×) 행정청의 공적 견해표명이 있었는지의 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(대판 1997.9.12. 96누18380).
- ② (×) 판례는 국세행정상 비과세관행을 행정선례법으로 인정
 - 국세기본법 제18조 제3항에서 정한 '일반적으로 납세자에게 받아들여진 세법의 해석 또는 국세행정의 관행'의 의미 및 그와 같은 '비과세관행'의 성립 요건 : 국세기본법 제18조 제3항이 규정하고 있는 '일반적으로 납세자에게 받아들여진 세법의 해석 또는 국세행정의 관행'이란 비록 잘못된 해석 또는 관행이라도 특정납세자가 아닌 불특정한 일반납세자에게 정당한 것으로 이의 없이 받아들여져 납세자가 그와 같은 해석 또는 관행을 신뢰하는 것이

무리가 아니라고 인정될 정도에 이른 것을 말하고, 그와 같은 비과세관행이 성립하려면, 상당한 기간에 걸쳐 과세하지 아니한 객관적 사실이 존재할 뿐만 아니라, 과세관청 자신이 그 사항에 관하여 과세할 수 있음을 알면서도 어떤 특별한 사정 때문에 과세하지 않는다는 의사가 있어야 하므로, 위와 같은 공적 견해의 표시는 비과세의 사실상태가 장기간에 걸쳐 계속되는 경우에 그것이 그 사항에 대하여 과세의 대상으로 삼지 아니하는 뜻의 과세관청의 묵시적인 의향의 표시로 볼 수 있는 경우 등에도 이를 인정할 수 있다. (대판 2009.12.24. 2008두15350)

- ③ (○) 수산업법 제39조는 입어권에 대한 명문규정을 둬으로써 민중적 관습법의 존재를 명시적으로 인정하고 있다.

• 수산업법

제2조 정의

10. '입어'란 입어자가 마을어업의 어장(漁場)에서 수산동식물을 포획·채취하는 것을 말한다.

11. '입어자'란 제47조에 따라 어업신고를 한 자로서 **마을어업권이 설정되기 전부터 해당 수면에서 계속하여 수산동식물을 포획·채취하여 온 사실이 대다수 사람들에게 인정되는 자** 중 대통령령으로 정하는 바에 따라 어업권원부(漁業權原簿)에 등록된 자를 말한다.

제39조(입어 등의 제한) ① **마을어업의 어업권자**는 입어자(入漁者)에게 제38조에 따른 어장관리규약으로 정하는 바에 따라 해당 어장에 입어하는 것을 허용하여야 한다.

- ④ (×) 평등원칙, 자기구속의 법리는 위법한 처분에 대하여는 인정되지 **않음(불법에 있어서 평등대우 부정)**

• **위법한 행정처분이 수차례에 걸쳐 반복적으로 행하여졌다 하더라도 자기구속력 없음** : 평등의 원칙은 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게 취급함을 금지하는 것이고, 위법한 행정처분이 수차례에 걸쳐 반복적으로 행하여졌다 하더라도 그러한 처분이 위법한 것인 때에는 행정청에 대하여 자기구속력을 갖게 되었다고 할 수 없다. 피고 행정청이 조합설립추진위원회의 설립승인 심사에서 위법한 행정처분을 한 선례(날짜가 기재되지 않은 동의를 효력이 없는 것으로 간주한 선례)가 있다고 하더라도 피고가 참가인 조합설립 추진위원회에 대하여 승인심사를 할 때에도 그러한 기준을 따라야 할 의무가 없는 점 등에 비추어, 피고가 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙 또는 자기구속의 원칙 등에 위배되고 재량권을 일탈·남용하여 자의적으로 조합설립추진위원회 승인처분을 한 것으로 볼 수 없다(대판 2009.6.25. 2008두13132).

cf) 신뢰보호원칙의 요건인 공적 견해표명에는 위법한 행정행위도 포함되지만 무효인 행정행위는 포함되지 **않음(즉, 취소사유가 있는 행정행위는 공적 견해표명으로 인정될 수 있음).**

답 ③

19 다음 중 공공기관의 정보공개에 관한 설명으로 가장 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 정보공개청구권자인 '모든 국민'에는 자연인 외에 법인, 권리능력 없는 사단·재단도 포함되므로 지방자치단체도 포함된다.
- ② 정보공개청구권자가 공공기관에 대하여 정보공개를 청구하였다가 거부처분 받는 것 자체는 법률상 이익의 침해에 해당하지 않는다.
- ③ 정보공개를 청구한 목적이 손해배상소송에 제출할 증거자료를 획득하기 위한 것이었고, 그 소송이 이미 종결되었다면, 그러한 정보공개청구는 권리남용에 해당한다.
- ④ 공공기관이 정보공개청구권자가 신청한 공개방법 이외의 방법으로 정보를 공개하기로 하는 결정을 하였다면, 정보공개청구권자는 이에 대하여 항고소송으로 다툴 수 있다.

해설

- ① (×) 지방자치단체는 법인이라는 하지만 정보공개 의무자에 해당할 뿐 정보공개청구권자인 국민에는 해당하지 않는다.

⑦ 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제6조 제1항은 "모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다."라고 규정하고 있는데, 여기에서 말하는 **국민에는 자연인은 물론 법인, 권리능력 없는 사단·재단도 포함되고**, 법인, 권리능력 없는 사단·재단 등의 경우에는 설립 목적을 불문한다(대판 2003.12.12. 2003두8050).

⑧ **지방자치단체는 정보공개청구권자가 아님** : 알권리는 기본적으로 정신적 자유 영역인 표현의 자유 내지는 인간의 존엄성, 행복추구권 등에서 도출된 권리인 점, 정보공개청구제도는 국민이 국가·지방자치단체 등이 보유한 정보에 접근하여 그 정보의 공개를 청구할 수 있는 권리로서 이로 인하여 국정에 대한 국민의 참여를 보장하기 위한 제도인 점, 지방자치단체에게 이러한 정보공개청구권이 인정되지 아니한다고 하더라도 헌법상 보장되는 행정자치권 등이 침해된다고 보기는 어려운 점, 오히려 지방자치단체는 공권력기관으로서 이러한 국민의 알권리를 보호할 위치에 있다고 보아야 하는 점 등에 비추어 보면, 지방자치단체에게는 알권리로서의 정보공개청구권이 인정된다고 보기는 어렵고, 나아가 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제4조, 제5조, 제6조의 각 규정의 취지를 종합하면, 공공기관의 정보공개에 관한 법률은 국민을 정보공개청구권자로, 지방자치단체를 국민에 대응하는 정보공개 의무자로 상정하고 있다고 할 것이므로, 지방자치단체는 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제5조에서 정한 정보공개청구권자인 '국민'에 해당되지 아니한다(서울행정법원 2005.10.12.2005구합 10484).

- ② (×) 정보공개청구 권은 법률상 보호되는 구체적인 권리이므로 청구인이 공공기관에 대하여 정보공개를 청구하였다가 거부처분을 받은 것 자체가 법률상 이익의 침해에 해당한다(대판 2003.12.12. 2003두8050).

- ③ (×) 정보공개법의 목적, 규정 내용 및 취지 등에 비추어 보면, 정보공개청구의 목적에 특별한 제한이 있다고 할 수 없으므로, 피고의 주장과 같이 원고가 이 사건 정보공개를 청구한 목적이 이 사건 손해배상소송에 제출할 증거자료를 획득하기 위한 것이었고 위 소송이 이미 종결되었다고 하더라도, **원고가 오로지 피고를 괴롭힐 목적으로 정보공개를 구하고 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 위와 같은 사정만으로는 원고가 이 사건 소송(정보공개 거부처분 취소소송)을 계속하고 있는 것이 권리남용에 해당한다고 볼 수 없다**(대판 2004.9.23. 2003두1370).

- ④ (○) 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 있다고 보아야 한다.** 따라서 공공기관이 공개청구의 대상이 된 정보를 공개는 하되, 청구인이 신청한 공개방법 이외의 방법으로 공개하기로 하는 결정을 하였다면, 이는 정보공개청구 중 정보공개방법에 관한 부분에 대하여 일부 거부처분을 한 것으로 보아야 하고, 청구인은 그에 대하여 항고소송으로 다툴 수 있다(대판 2016.11.10. 2016두44674)

답 ④

20 다음 중 「개인정보보호법」의 설명으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 시장·군수 또는 구청장이 개인의 지문정보를 수집하고, 경찰청장이 이를 보관·전산화하여 범죄수사 목적에 이용하는 것은 모두 개인정보 자기결정권을 제한하는 것이다.
- ② 개인정보자기결정권의 보호 대상이 되는 개인정보에는 이미 공개된 개인정보는 포함하지 않는다.
- ③ 개인이 타인에 관한 정보의 공개를 청구하는 경우에는 「개인정보보호법」에 따라 개인에 관한 정보의 공개 여부를 판단하여야 한다.
- ④ 이 법에서 말하는 개인정보에는 사망한 자의 정보를 포함한다.

해설

- ① (○) 지문(指紋)도 개인정보이며, 지문정보 수집·관리는 개인정보자기결정권을 제한하는 것이지만, 주민등록법상 지문날인제도는 법률유보, 과잉금지원칙(비례 원칙)에 위배되지 않음 : 개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리이다. 즉 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리를 말한다. **개인의 고유성, 동일성을 나타내는 지문은 그 정보주체를 타인으로부터 식별가능하게 하는 개인정보이므로, 시장·군수 또는 구청장이 개인의 지문정보를 수집하고, 경찰청장이 이를 보관·전산화하여 범죄수사목적에 이용하는 것은 모두 개인정보자기결정권을 제한하는 것이라고 할 수 있다.** 이 사건 지문날인제도가 범죄자 등 특정인만이 아닌 17세 이상 모든 국민의 열 손가락 지문정보를 수집하여 보관하도록 한 것은 신원확인기능의 효율적인 수행을 도모하고, 신원확인의 정확성 내지 완벽성을 제고하기 위한 것으로서, 그 목적의 정당성이 인정되고, 또한 이 사건 지문날인제도가 위와 같은 목적을 달성하기 위한 효과적이고 적절한 방법의 하나가 될 수 있다. 범죄자 등 특정인의 지문정보만 보관해서는 17세 이상 모든 국민의 지문정보를 보관하는 경우와 같은 수준의 신원확인기능을 도저히 수행할 수 없는 점, 개인별로 한 손가락만의 지문정보를 수집하는 경우 그 손가락 자체 또는 지문의 손상 등으로 인하여 신원확인이 불가능하게 되는 경우가 발생할 수 있고, 그 정확성 면에 있어서도 열 손가락 모두의 지문을 대조하는 것과 비교하기 어려운 점, 다른 여러 신원확인수단 중에서 정확성·간편성·효율성 등의 종합적인 측면에서 현재까지 지문정보와 비견할만한 것은 찾아보기 어려운 점 등을 고려해 볼 때, 이 사건 지문날인제도는 **피해 최소성의 원칙에 어긋나지 않는다.** 이 사건 지문날인제도로 인하여 정보주체가 현실적으로 입게 되는 불이익에 비하여 경찰청장이 보관·전산화하고 있는 지문정보를 범죄수사활동, 대형사건사고나 변사자가 발생한 경우의 신원확인, 타인의 인적사항 도용 방지 등 각종 신원확인의 목적을 위하여 이용함으로써 달성할 수 있게 되는 공익이 더 크다고 보아야 할 것이므로, 이 사건 지문날인제도는 **법익의 균형성의 원칙에 위배되지 아니한다.** 결국 이 사건 지문날인제도가 **과잉금지의 원칙에 위배하여 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해하였다고 볼 수 없다**(헌재결 2005.5.26. 2004헌마190)
- ② (×) 인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 규정한 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보장되는 개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리이다. 즉 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리를 말한다. **개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보라고 할 수 있고, 반드시 개인의 내밀한 영역이나 사사(私事)의 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함한다.** 또한 그러한 개인정보를
- ③ (×) 정보공개법 제4조 제1항은 “정보의 공개에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 의한다.”라고 규정하고 있는바, 여기서 ‘정보공개에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우’에 해당한다고 하여 정보공개법의 적용을 배제하기 위해서는, 그 특별한 규정이 ‘법률’이어야 하고, 나아가 그 내용이 정보공개 대상 및 범위, 정보공개 절차, 비공개대상정보 등에 관하여 정보공개법과 달리 규정하고 있는 것이어야 한다. 그런데 (구) 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률은 제3조 제1항에서 “공공 기관의 컴퓨터에 의하여 처리되는 개인정보의 보호에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 의한다”고 규정하고는 있으나, 제10조에서 다른 기관에 정보를 제공하는 경우에 관하여, 제12조 및 제13조에서 정보주체가 본인에 관한 정보의 열람을 청구하는 경우에 관하여 규정할 뿐, 기관이 아닌 개인이 타인에 관한 정보의 공개를 청구하는 경우에 관하여는 특별한 규정을 두지 않고 있다. 그러므로 **기관이 아닌 개인들이 타인에 관한 정보의 공개를 청구하는 이 사건에서는 (구) 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률이 아니라 정보공개법 제9조 제1항 제6호에 따라 개인에 관한 정보의 공개 여부를 판단하여야 한다**(대판 2010.2.25. 2007두9877)
- ④ (×) 사자(死者)나 법인의 정보는 개인정보보호법의 대상이 아니다.

• 개인정보보호법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “개인정보”란 살아 있는 개인에 관한 정보로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 정보를 말한다.

- 가. 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보
- 나. 해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 정보. 이 경우 쉽게 결합할 수 있는 지 여부는 다른 정보의 입수 가능성 등 개인을 알아보는 데 소요되는 시간, 비용, 기술 등을 합리적으로 고려하여야 한다.
- 다. 가목 또는 나목을 제1호의2에 따라 가명처리함으로써 원래의 상태로 복원하기 위한 추가 정보의 사용·결합 없이는 특정 개인을 알아볼 수 없는 정보(이하 “가명정보”라 한다)

1의2. ‘가명처리’란 개인정보의 일부를 삭제하거나 일부 또는 전부를 대체하는 등의 방법으로 추가 정보가 없이는 특정 개인을 알아볼 수 없도록 처리하는 것을 말한다.

21 다음 중 「경찰관직무집행법」의 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 경찰관은 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 발하고, 그 행위로 인하여 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다.
- ② 경찰관은 인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 천재, 사변, 공작물의 손괴, 교통사고, 위험물의 폭발, 광견·분마류 등의 출현, 극단한 혼잡 기타 위험한 사태가 있을 때에는 그 장소에 집합한 자, 사물의 관리자, 기타 관계인에게 필요한 경고를 발할 수 있다.
- ③ 경찰관은 응급의 구호를 요한다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 자를 발견한 때에는 경찰관서에 보호조치를 하거나 물건을 임시영치할 수 있으며, 이 경우 경찰관서에서의 보호는 24시간을, 임시영치는 7일을 초과할 수 없다.
- ④ 경찰관의 긴급구호요청을 받은 보건의료기관이나 공공구호기관은 정당한 이유 없이 긴급구호를 거절할 수 없다.

해설

- ③ (×) 임시영치는 10일을 초과할 수 없다.
- ①②④ (○)

• 경찰관 직무집행법

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.
- ② 제1항에 따라 긴급구호를 요청받은 보건의료기관이나 공공구호기관은 정당한 이유 없이 긴급구호를 거절할 수 없다.
- ③ 경찰관은 제1항의 조치를 하는 경우에 구호대상자가 휴대하고 있는 무기·흉기 등 위험을 일으킬 수 있는 것으로 인정되는 물건을 경찰관서에 임시로 영치(領置)하여 놓을 수 있다.
- ⑦ 제1항에 따라 구호대상자를 경찰관서에서 보호하는 기간은 24시간을 초과할 수 없고, 제3항에 따라 물건을 경찰관서에 임시로 영치하는 기간은 10일을 초과할 수 없다.

제5조(위험 발생의 방지 등) ① 경찰관은 사람의 생명 또는 신체에 위해를 끼치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 천재(天災), 사변(事變), 인공구조물의 파손이나 붕괴, 교통사고, 위험물의 폭발, 위험한 동물 등의 출현, 극도의 혼잡, 그 밖의 위험한 사태가 있을 때에는 다음 각 호의 조치를 할 수 있다.

- 1. 그 장소에 모인 사람, 사물(事物)의 관리자, 그 밖의 관계인에게 필요한 경고를 하는 것
- 2. 매우 긴급한 경우에는 위해를 입을 우려가 있는 사람을 필요한 한도에서 억류하거나 피난시키는 것
- 3. 그 장소에 있는 사람, 사물의 관리자, 그 밖의 관계인에게 위해를 방지하기 위하여 필요하다고 인정되는 조치를 하게 하거나 직접 그 조치를 하는 것

제6조(범죄의 예방과 제지) 경찰관은 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 발하고, 그 행위로 인하여 사람의 생명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 긴급한 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다.

답 ③

22 다음 중 제3자효 행정행위에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 제3자에 의해 항고소송이 제기된 경우에 제3자효 행정행위의 상대방은 소송참가를 할 수 있다.
- ② 제3자효 행정행위에 의하여 권리 또는 이익을 침해받은 제3자가 처분이 있음을 안 경우에는 안 날부터 90일 이내에 취소소송을 제기하여야 한다.
- ③ 제3자효 행정행위에 의해 법률상 이익을 침해받은 제3자는 취소소송의 제기과 동시에 행정행위의 집행정지를 신청할 수 있다.
- ④ 제3자효 행정행위를 취소하거나 무효를 확인하는 확정판결은 제3자에 대해서 효력을 미치지 않는다.

해설

- ① (○) 행정소송법 제16조(제3자의 소송참가) ① 법원은 소송의 결과에 따라 권리 또는 이익의 침해를 받을 제3자가 있는 경우에는 당사자 또는 제3자의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 그 제3자를 소송에 참가시킬 수 있다.
- ② (○) 처분의 제3자가 어떤 경위로든 행정처분이 있음을 알았거나 쉽게 알 수 있는 등의 사정이 있는 경우에는 그때로부터 90일 이내에 행정심판을 청구하여야 한다(대판 1996.9.6. 95누16233). ⇨ 취소소송도 같은 취지로 해석 가능
- ③ (○) 집행정지를 신청할 수 있는 자는 본안소송 당사자이므로 신청인은 '법률상 이익'이 있어야 한다. 집행정지신청은 본안의 소제기 후 또는 동시에 해야 한다. 따라서 제3자효 행정행위에 의해 법률상 이익을 침해받은 제3자는 취소소송의 제기과 동시에 행정행위의 집행정지를 신청할 수 있다.
- ④ (×) 처분등을 취소하는 확정판결은 제3자에 대하여도 효력이 있으며(행정소송법 제29조 제1항), 취소소송 판결의 제3자효 규정은 무효등확인소송, 부작위위법확인소송에도 준용된다.

답 ④

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

- ① 재량행위인 과징금 부과처분이 해당 법령이 정한 한도액을 초과하여 부과된 경우 이러한 과징금 부과처분은 법이 정한 한도액을 초과하여 위법하므로 법원으로서 그 전부를 취소할 수밖에 없고, 그 한도액을 초과한 부분만 취소할 수는 없다.
- ② 납세의무자가 세무공무원의 잘못된 설명을 믿고 신고납부의무를 이행하지 아니하였다 하더라도 그것이 관계법령에 어긋나는 것임이 명백한 때에는 그러한 사유만으로는 가산세를 부과할 수 없는 정당한 사유가 있는 경우에 해당한다고 할 수 없다.
- ③ 질서위반행위에 대하여 과태료를 부과하는 근거법령이 개정되어 행위시의 법률에 의하면 과태료 부과대상이었지만 재판시의 법률에 의하면 부과대상이 아니게 된 때에는 개정법률의 부칙 등에서 행위시의 법률을 적용하도록 명시하는 등 특별한 사정이 없는 한 재판시의 법률을 적용하여야 한다.
- ④ 행정청의 감액처분에 의하여 감액된 부분에 대한 부과처분 취소청구는 이미 소멸하고 없는 부분에 대한 것이라 하여도 소의 이익은 존재한다.

해설

- ① (○) 자동차운수사업면허조건 등을 위반한 사업자에 대하여 행정청이 행정재수단으로 사업 정지를 명할 것인지, 과징금을 부과할 것인지, 과징금을 부과기로 한다면 그 금액은 얼마로 할 것인지에 관하여 재량권이 부여되었다 할 것이므로 과징금부과처분이 법이 정한 한도액을 초과하여 위법할 경우 법원으로서 그 전부를 취소할 수밖에 없고, 그 한도액을 초과한 부분이나 법원이 적정하다고 인정되는 부분을 초과한 부분만을 취소할 수 없다(대판 1998.4.10. 98두2270).
- ② (○) 세법상 가산세는 과세권의 행사 및 조세채권의 실현을 용이하게 하기 위하여 납세자가 정당한 이유 없이 법에 규정된 신고, 납세 등 각종 의무를 위반한 경우에 개별세법이 정하는 바에 따라 부과되는 행정상의 제재로서 납세자의 고의, 과실은 고려되지 않는 반면, 납세의무자가 그 의무를 알지 못한 것이 무리가 아니었다고 할 수 있어 그를 정당시킬 수 있는 사정이 있거나 그 의무의 이행을 당사자에게 기대하는 것이 무리라고 하는 사정이 있을 때 등 그 의무해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있는 경우에는 이를 부과할 수 없고, 납세의무자가 세무공무원의 잘못된 설명을 믿고 그 신고납부의무를 이행하지 아니하였다 하더라도 그것이 관계 법령에 어긋나는 것임이 명백한 때에는 그러한 사유만으로 정당한 사유가 있다고 볼 수 없다(대판 1997.8.22. 96누15404)

[비교판례1] 행정청의 허가가 있어야 함에도 불구하고 허가를 받지 아니하여 처벌대상의 행위를 한 경우라도, 허가를 담당하는 공무원이 허가를 요하지 아니하는 것으로 잘못 알려 주어 이를 믿었기 때문에 허가를 받지 아니한 것이라면 허가를 받지 않더라도 죄가 되지 않는 것으로 착오를 일으킨 데 대하여 정당한 이유가 있는 경우에 해당하여 처벌할 수 없다(대판 1992.5.22. 91도2525).

[비교판례2] 위법한 행정지도에 의하여 상대방이 이에 따라 위법한 행위를 한 경우 행정지도의 임의성을 고려할 때 법령의 규정이 없으면 위법성이 조각되지 않음 : 행정관청이 국토이용관리법 소정의 토지거래계약신고에 관하여 공시된 기준시가를 기준으로 매매가격을 신고하도록 행정지도를 하여 그에 따라 허위신고를 한 것이라 하더라도 이와 같은 행정지도는 법에 어긋나는 것으로서 그와 같은 행정지도나 관행에 따라 허위신고행위에 이르렀다고 하여도 이것만 가지고서는 그 범법행위가 정당화될 수 없다(대판 1994.6.14. 93도3247).

- ③ (○) 질서위반행위규제법은 '질서위반행위의 성립과 과태료 처분은 행위 시의 법률에 따른다'고 하면서도(제3조 제1항), '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'고 규정하고 있다(제3조 제2항). 따라서 질서위반행위에 대하여 과태료를 부과하는 근거 법령이 개정되어 행위시의 법률에 의하면 과태료 부과대상이었지만 재판시의 법률에 의하면 부과대상이 아니게 된 때에는 개정 법률의 부칙 등에서 행위 시의 법률을 적용하도록 명시하는 등 특별한 사정이 없는 한 재판시의 법률을 적용하여야 하므로 과태료를 부과할 수 없다.(대판 2017.4.7. 2016마1626)

• 질서위반행위 규제법 제3조(법 적용의 시간적 범위)

- ① 질서위반행위의 성립과 과태료 처분은 행위 시의 법률에 따른다.
- 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.
- ③ 행정청의 과태료 처분이나 법원의 과태료 재판이 확정된 후 법률이 변경되어 그 행위가 질서위반행위에 해당하지 아니하게 된 때에는 변경된 법률에 특별한 규정이 없는 한 과태료의 징수 또는 집행을 면제한다.

- ④ (×) 과징금 부과처분(당초처분) 후 감액처분을 한 경우 취소소송 대상은 감액처분이 아니라 당초 부과처분 중 감액처분으로 취소되지 않고 남은 부분 : 행정처분을 한 처분청은 그 처분에 하자가 있는 경우에는 별도의 법적 근거가 없더라도 스스로 이를 취소하거나 변경할 수 있다고 할 것인바, 과징금 부과처분에서 행정청이 납부의무자에 대하여 부과처분을 한 후 그 부과처분의 하자를 이유로 과징금의 액수를 감액하는 경우에 그 감액처분은 감액된 과징금 부분에 관하여만 법적 효과가 미치는 것으로서 처음의 부과처분과 별개 독립의 과징금 부과처분이 아니라 그 실질은 당초 부과처분의 변경이고, 그에 의하여 과징금의 일부취소라는 납부의무자에게 유리한 결과를 가져오는 처분이므로 처음의 부과처분이 전부 실효되는 것은 아니며, 그 감액처분으로도 아직 취소되지 않고 남아 있는 부분이 위법하다고 하여 다투는 경우 항고소송의 대상은 처음의 부과처분 중 감액처분에 의하여 취소되지 않고 남은 부분이고 감액처분이 항고소송의 대상이 되는 것은 아니다. 따라서 그 감액처분에 의하여 감액된 부분에 대한 부과처분 취소청구는 이미 소멸하고 없는 부분에 대한 것으로서 그 소의 이익이 없어 부적법하다고 할 것이다(대판 2008.2.15. 2006두4226).

답 ④

24 다음 중 이행강제금에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 「건축법」 상 시정명령 불이행에 대한 이행강제금 부과에 경우 허가권자는 부과하기 전에 이행강제금을 부과·징수한다는 뜻을 미리 문서로써 계고하여야 한다.
- ② 대체적 작위의무 불이행에 대하여는 대집행이 가능하므로 이행강제금은 대체적 작위의무 불이행에 대하여는 부과할 수 없다.
- ③ 이행강제금의 부과처분에 대한 불복방법에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않는 경우에는 이행강제금 부과처분은 행정행위이므로 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다.
- ④ 「건축법」 상 무허가 건축행위를 한 자에 대하여 형사처벌을 함과 아울러 이행강제금을 부과하더라도 이중처벌에 해당하지 않는다는 것이 헌법재판소의 입장이다.

해설

① (○)

• 건축법 제80조(이행강제금)

① 허가권자는 제79조제1항에 따라 시정명령을 받은 후 시정기간 내에 시정명령을 이행하지 아니한 건축주등에 대하여는 그 시정명령의 이행에 필요한 상당한 이행기한을 정하여 그 기한까지 시정명령을 이행하지 아니하면 다음 각 호의 이행강제금을 부과한다. 다만, 연면적(공동주택의 경우에는 세대 면적을 기준으로 한다)이 60제곱미터 이하인 주거용 건축물과 제2호 중 주거용 건축물로서 대통령령으로 정하는 경우에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 금액의 2분의 1의 범위에서 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 금액을 부과한다.

③ 허가권자는 제1항 및 제2항에 따른 이행강제금을 부과하기 전에 제1항 및 제2항에 따른 이행강제금을 부과·징수한다는 뜻을 미리 문서로써 계고(戒告)하여야 한다.

• 행정기본법 제31조(이행강제금의 부과) ③ 행정청은 이행강제금을 부과하기 전에 미리 의무자에게 적절한 이행기간을 정하여 그 기한까지 행정상 의무를 이행하지 아니하면 이행강제금을 부과한다는 뜻을 문서로 계고(戒告)하여야 한다.

② (×), ④(○) **이행강제금과 대집행** : 전통적으로 행정대집행은 대체적 작위의무에 대한 강제집행수단으로, 이행강제금은 부작위의무나 비대체적 작위의무에 대한 강제집행수단으로 이해되어 왔다. 그러나 이행강제금을 행정상 강제집행의 일반적 수단으로 채택하면서 비대체적 작위의무, 수인의무, 부작위의무뿐만 아니라 대체적 작위의무를 이행강제금 부과대상으로 하고 있는 입법례(독일 행정집행법 제11조)를 찾아볼 수 있듯이, 종래 부작위의무나 비대체적 작위의무만이 이행강제금의 대상이 된다고 보아온 것은 이행강제금제도의 본질에서 오는 제약은 아니며, **이행강제금은 대체적 작위의무의 위반에 대하여도 부과될 수 있다.** 과거 위법건축물에 대한 철거 등에 대집행이 많이 활용되어 왔으나, 건축물의 대형화로 인하여 대집행에 엄청난 비용이 들거나 고도의 전문기술이 요구됨으로 인해 대집행에 의한 강제가 부적절한 경우 혹은 의무자와의 마찰로 대집행이 어려운 경우에는 의무자에게 금전적인 제재를 부과하여 심리적인 압박을 가함으로써 자발적으로 의무를 이행하게 하는 이행강제금이 보다 효과적인 강제수단이 될 수 있다. 행정상 의무이행을 확보하기 위하여 어떠한 행정상 강제집행 수단을 활용할 것인지는 국가마다 역사, 사회·경제적 사정, 기본권 보장의 상황 등에 따라 달라질 수 있으며, 국가가 다양한 행정상 의무이행 확보수단을 마련해두고 구체적인 사정에 따라 보다 합리적이고 유효한 강제집행수단을 활용하는 것은 입법적으로 충분히 가능한 일이다. 현행법상 위법건축물에 대한 이행강제수단으로 인정되는 대집행과 이행강제금을 비교하면, 대집행은 위반 행위자가 위법상태를 치유하지 않아 그 이행의 확보가 곤란하고 또한 이를 방치함이 심히 공익을 해할 것으로 인정될 때에 행정청 또는 제3자가 이를 치유하는 것인 반면, 이행강제금은 위반행위자 스스로가 이를 시정할 수 있는 기회를 부여하여 불필요한 행정력의 낭비를 억제하고 위반행위로 인한 경제적 이익을 환수하기 위한 제도로써 양 제도의 각각의 장·단점이 있다. 따라서 개별사건에 있어서 위반내용, 위반자의 시정지 등을 감안하여 행정청은 **대집행과 이행강제금을 선택적으로 활용할 수 있다고 할 것이며, 이처럼 그 합리적인 재량에 의해 선택하여 활용하는 이상 중첩적인 제재에 해당한다고 볼 수 없다**(헌재 2004.2.26. 2001헌바80·84·102·103·2002헌바26).

③ (○)

• 이행강제금(집행법) 부과에 대한 권리구제

- ┌ 개별법에 불복절차에 대한 특별 규정이 있는 경우(예) 농지법상 이행강제금) ⇨ 행정심판·행정소송 불가(처분성 부정)
- └ 개별법에 불복절차에 대한 특별 규정이 없는 경우(예) 건축법상 이행강제금) ⇨ 행정심판·행정소송 가능

• 농지법 제62조(이행강제금) ⑦ 제1항에 따른 이행강제금 부과처분을 받은 자가 제6항에 따른 이의를 제기하면 시장·군수 또는 구청장은 지체 없이 관할 법원에 그 사실을 통보해야 하며, 그 통보를 받은 관할 법원은 「비송사건절차법」에 따른 과태료 재판에 준하여 재판을 한다.

④ (○) **건축법 제78조에 의한 무허가 건축행위에 대한 형사처벌과 건축법 제83조 제1항에 의한 시정명령 위반에 대한 이행강제금의 부과는 그 처벌 내지 제재대상이 되는 기본적 사실관계로서의 행위를 달리하며, 또한 그 보호법익과 목적에서도 차이가 있으므로 헌법 제13조 제1항이 금지하는 이중처벌에 해당한다고 할 수 없음** : 건축법 제79조에 의한 형사처벌의 대상이 되는 범죄의 구성요건은 허가권자의 허가 없이 건축행위 또는 건축물의 용도변경행위를 한 것이고, 건축법 제83조 제1항에 의한 이행강제금은 위법건축물에 대한 시정명령을 받고도 건축주 등이 이를 시정하지 아니할 때 부과하는 것이므로, 양자는 처벌 내지 제재대상이 되는 기본적 사실관계로서의 행위를 달리할 뿐만 아니라 그 보호법익과 목적에서도 차이가 있고, 또한 무허가 건축행위에 대한 형사처벌시에 위법건축물에 대한 시정명령의 위반행위까지 평가되었다고 할 수 없으므로, 시정명령 위반행위가 무허가 건축행위의 불가벌적 사후행위라고 할 수도 없어 위 이행강제금을 부과하는 것은 이중처벌에 해당한다고 할 수 없다(헌재 2004.2.26. 2001헌바80·84·102·103·2002헌바26)

답 ②

25 다음 중 행정대집행에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 관계법령에서 금지규정 및 그 위반에 대한 벌칙규정은 두고 있으나 금지규정 위반행위에 대한 시정명령의 권한에 대해서는 규정하고 있지 않은 경우에 그 금지규정 및 벌칙규정은 당연히 금지규정 위반행위로 인해 발생한 유형적 결과를 시정하게 하는 것도 예정하고 있다고 할 것이어서 금지규정 위반으로 인한 결과의 시정을 명하는 권한도 인정하고 있는 것으로 해석된다.
- ② 행정청이 대집행계고를 함에 있어서는 의무자가 스스로 이행하지 아니하는 경우에 대집행할 행위의 내용 및 범위가 구체적으로 특정되어야 하지만, 그 행위의 내용 및 범위는 반드시 대집행계고서에 의하여서만 특정되어야 하는 것은 아니다.
- ③ 공익사업을 위해 토지를 협의 매도한 종전 토지소유자가 토지 위의 건물을 철거하겠다는 약정을 하였다 하더라도 이러한 약정 불이행시 대집행의 대상이 되지 아니한다.
- ④ 건물의 점유자가 철거의무자일 때에 행정청이 행정대집행의 방법으로 건물철거의무의 이행을 실현할 수 있는 경우에 건물철거 대집행 과정에서 부수적으로 그 건물의 점유자들에 대한 퇴거조치를 할 수 있다.

해설

- ① (×) **부작위의무를 규정한 금지규정에서 작위의무 명령권이 당연 도출되는 것은 아님(부작위의무의 작위의무로의 전환은 명문규정의 근거 필요)** : 단순한 부작위의무의 위반, 즉 관계법령에 정하고 있는 절대적 금지나 허가를 유보한 상대적 금지를 위반한 경우에는 당해 법령에서 그 위반자에 대하여 위반에 의하여 생긴 유형적 결과의 시정을 명하는 행정처분의 권한을 인정하는 규정을 두고 있지 아니한 이상, 법치주의의 원리에 비추어 볼 때 위와 같은 **부작위의무로부터 그 의무를 위반함으로써 생긴 결과를 시정하기 위한 작위의무를 당연히 끌어낼 수는 없으며, 또 위 금지규정(특히, 허가를 유보한 상대적 금지규정)으로부터 작위의무, 즉 위반결과의 시정을 명하는 권한이 당연히 추론되는 것도 아니다**(대판 1996.6.28. 96누4374).
- ② (○) 행정청이 행정대집행법 제3조 제1항에 의한 대집행계고를 함에 있어서는 의무자가 스스로 이행하지 아니하는 경우에 대집행할 행위의 내용 및 범위가 구체적으로 특정되어야 하지만, 그 행위의 내용 및 범위는 반드시 대집행계고서에 의하여서만 특정되어야 하는 것이 아니고 계고처분 전후에 송달된 문서나 기타 사정을 종합하여 행위의 내용이 특정되거나 대집행 의무자가 그 이행의무의 범위를 알 수 있으면 족하다(대판 1997.2.14. 96누15428).
- ③ (○) 대집행 대상 의무는 공법상 의무의 불이행을 대상으로 하며(공법상 의무이행을 민사집행으로 불가), 私法상 의무불이행에는 대집행 불가. **구 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법」에 의한 협의취득(사법상 계약)시 건물소유자가 매매대상건물의 철거의무를 부담한다는 약정을 한 경우, 그 철거의무는 행정대집행법상 대집행 대상이 아님(공법상 의무가 아니라 사법상 의무이므로)** : 행정대집행법상 대집행 대상인 대체적작위의무는 공법상 의무여야 하는데, 구 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법」에 따른 토지 등의 협의취득은 공공사업에 필요한 토지 등을 그 소유자와의 협의에 의해 취득하는 것으로서 공공기관이 사경제주체로서 행하는 사법상 매매나 사법상 계약의 실질을 가지므로, **협의취득시 건물소유자가 매매대상 건물에 대한 철거의무를 부담하겠다는 취지의 약정을 했더라도 이 철거의무는 공법상의 의무가 될 수 없고**, 이 경우에도 행정대집행법을 준용하여 대집행을 허용하는 별도의 규정이 없는 한 위와 같은 철거의무는 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 되지 않는다(대판 2006.10.13. 2006두7096).
- ④ (○) **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 퇴거 조치를 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).

답 ①

26 다음 내용 중 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 않는 것을 모두 고르면?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ㉠ 지방계약직 공무원에 대한 보수삭감 조치
- ㉡ 지목변경신청반려행위
- ㉢ 건축계획심의신청에 대한 반려처분
- ㉣ 「하수도법」 상 하수도정비기본계획
- ㉤ 국세환급금결정신청에 대한 환급거부결정
- ㉥ 공정거래위원회의 표준약관 사용권장행위
- ㉦ 과세관청의 「부가가치세법」 상 사업자등록의 직권말소행위

- ① ㉠, ㉡, ㉢
- ② ㉢, ㉣, ㉤
- ③ ㉣, ㉤, ㉦
- ④ ㉣, ㉥, ㉦

해설

- ㉠ **[처분성 ○]** 근로기준법 등의 입법 취지, 지방공무원법과 지방공무원징계 및 소청규정의 여러 규정에 비추어 볼 때, 채용계약상 특별한 약정이 없는 한, 지방계약직공무원에 대하여 지방공무원법, 지방공무원징계및소청규정에 정한 징계절차에 의하지 않고서는 보수를 삭감할 수 없다(대판 2008.6.12. 2006두16328). ⇨ 즉 지방계약직 공무원에 대한 보수의 삭감조치를 처분으로 보고 있다.
- ㉡ **[처분성 ○]** **토지대장의 지목변경신청반려행위는 항고소송의 대상인 행정처분** : 구 지적법 20조, 38조 2항의 규정은 토지소유자에게 지목변경신청권과 지목정정신청권을 부여한 것(법규상 신청권 인정)이고, 한편 지목은 토지에 대한 공법상의 규제, 개발부담금의 부과대상, 지방세의 과세대상, 공시지가의 산정, 손실보상가액의 산정 등 토지행정의 기초로서 공법상의 법률관계에 영향을 미치고, 토지소유자는 지목을 토대로 토지의 사용·수익·처분에 일정한 제한을 받게 되는 점 등을 고려하면, 지목은 토지소유권을 제대로 행사하기 위한 전제요건으로서 토지소유자의 실체적 권리관계에 밀접하게 관련(조리상 신청권 인정)되어 있으므로 **지적공부 소관청의 지목변경신청 반려행위는 국민의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다**(대판 2004.4.22. 2003두9015).

- ㉔ **[처분성 ○] 건축계획심의신청에 대한 반려처분은 항고소송 대상인 행정처분** : 건축계획심의를 거치지 아니한 상태에서는 비록 원고가 이 사건 건축물에 대한 건축허가를 받는다 하더라도 이는 하자 있는 행정행위라 할 것이니, 원고로서는 피고의 이 사건 반려처분으로 인하여 적법한 건축허가를 받기 어려운 불안한 법적 지위에 놓이게 된 점, 피고는 건축위원회의 심의대상이 되는 건축물에 대한 건축허가를 신청하려는 사람으로 하여금 그 신청에 앞서 건축계획심의신청을 하도록 하고, 그절차를 거치지 아니한 경우 건축허가를 접수하지 아니하고 있어 원고로서는 이 사건 건축물의 건축허가신청에 중대한 지장이 초래된 점 등에 비추어 보면, 피고의 이 사건 반려처분은 원고의 권리·의무나 법률관계에 직접 영향을 미쳤다고 할 것이다. 나아가 위와 같은 사정에 건축허가를 신청하려는 사람이 직접 건축위원회의 심의를 신청할 수 있음을 전제하고 있는 건축법 부칙의 규정과 건축허가를 신청하려는 사람으로 하여금 건축허가 신청 이전에 먼저 건축위원회의 심의를 신청하도록 규정하고 있는 일부 지방자치단체의 조례 등을 더하여 보면, 법규상 내지 조리상으로 원고에게 건축계획심의를 신청할 권리도 있다고 할 것이므로, 건축계획심의신청에 대한 반려처분은 항고소송의 대상이 된다 할 것이다(대판 2007.10.11. 2007두1316).
- ㉕ **[처분성 ×] 구 하수도법(1997. 3. 7. 법률 제5300호로 개정되기 전의 것) 제5조의2에 의하여 기존의 하수도정비기본계획을 변경하여 광역하수종말처리시설을 설치하는 등의 내용으로 수립한 하수도정비기본계획은 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 아니한다**(대판 2002.5.17. 2001두10578)
- ㉖ **[처분성 ×] 국세환급금결정이나 그 결정을 구하는 신청에 대한 환급거부결정은 처분성 없음** : 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).
- ㉗ **[처분성 ○] 공정거래위원회의 표준약관 사용권장 행위는 행정처분** : 공정거래위원회의 '표준약관 사용권장행위'는 그 통지를 받은 해당 사업자 등에게 표준약관과 다른 약관을 사용할 경우 표준약관과 다르게 정한 주요내용을 고객이 알기 쉽게 표시하여야 할 의무를 부과하고, 그 불이행에 대해서는 과태료에 처하도록 되어 있으므로, 이는 사업자 등의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 행정처분으로서 항고소송의 대상이 된다(대판 2010.10.14. 2008두23184).
- ㉘ **[처분성 ×] 부가가치세법상의 사업자등록은 과세관청으로 하여금 부가가치세의 납세의무자를 파악하고 그 과세자료를 확보하게 하려는 데 제도의 취지가 있는바, 이는 단순한 사업사실의 신고로서 사업자가 관할세무서장에게 소정의 사업자등록신청서를 제출함으로써 성립하는 것이고, 사업자등록증의 교부는 이와 같은 등록사실을 증명하는 증서의 교부행위에 불과한 것이다. 나아가 구 부가가치세법(2006. 12. 30. 법률 제8142호로 개정되기 전의 것) 제5조 제5항에 의한 과세관청의 사업자등록 직권말소행위도 폐업사실의 기재일 뿐 그에 의하여 사업자로서의 지위에 변동은 가져오는 것이 아니라는 점에서 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 볼 수 없다.** 이러한 점에 비추어 볼 때, 과세관청이 사업자등록을 관리하는 과정에서 위장사업자의 사업자명의를 직권으로 실사업자의 명의로 정정하는 행위 또한 당해 사업사실 중 주체에 관한 정정기재일 뿐 그에 의하여 사업자로서의 지위에 변동은 가져오는 것이 아니므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 볼 수 없다(대판 2011.1.27. 2008두2200).

답 ③

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

- ① 행정조사를 행하는 행정기관에는 법령 및 조례·규칙에 따라 행정권한이 있는 기관뿐만 아니라 그 권한을 위임 또는 위탁받은 법인·단체 또는 그 기관이나 개인이 포함된다.
- ② 「행정조사기본법」은 행정조사 실시를 위한 일반적인 근거규범으로서 행정기관은 다른 법령 등에서 따로 행정조사를 규정하고 있지 않더라도 「행정조사기본법」을 근거로 행정조사를 실시할 수 있다.
- ③ 부가가치세 부과처분이 종전의 부가가치세 경정조사와 같은 세목 및 같은 과세기간에 대하여 중복하여 실시한 위법한 세무조사에 기초하여 이루어진 경우 그 과세처분은 위법하다.
- ④ 우편물 통관검사절차에서 이루어지는 성분분석 등의 검사가 압수·수색영장 없이 이루어졌다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 위법하지 않다.

해설

- ① (○)
 - 행정조사기본법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.
 1. "행정조사"란 행정기관이 정책을 결정하거나 직무를 수행하는 데 필요한 정보나 자료를 수집하기 위하여 현장조사·문서열람·시료채취 등을 하거나 조사대상자에게 보고요구·자료제출요구 및 출석·진술요구를 행하는 활동을 말한다.
 2. "행정기관"이란 법령 및 조례·규칙에 따라 행정권한이 있는 기관과 그 권한을 위임 또는 위탁받은 법인·단체 또는 그 기관이나 개인을 말한다.
- ② (×) 행정조사는 원칙적으로 개별 법령에 근거가 있는 경우에 가능하며, 조사대상자의 자발적 협조를 얻어 실시하는 경우에는 법령의 근거 없이 가능하다. 자발적 협조에 의한 조사가 아닌 한 행정조사기본법만을 근거로 행정조사를 실시할 수는 없다.
 - 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.
- ③ (○) 위법한 행정조사를 통해 얻은 정확한 정보나 자료를 기초로 하여 행해진 행정행위도 위법하게 되는가, 즉 행정조사의 하자가 행정행위에 승계되는가(예컨대 위법한 세무조사에 기초한 과세처분도 위법한가)에 대해서는 긍정설, 부정설, 절충설이 대립하며 대법원은 긍정설의 입장(위법한 행정조사에 근거한 행정처분은 위법)이다.
 - 납세자에 대한 부가가치세부과처분이, 종전의 부가가치세 경정조사와 같은 세목 및 같은 과세기간에 대하여 중복하여 실시된 위법한 세무조사에 기초하여 이루어진 것이어서 위법하다(대판 2006.6.2. 2004두12070)
- 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 적정한 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).

[비교 판례] 마약류 불법거래 방지에 관한 특례법 제4조 제1항에 따른 조치의 일환으로 특정한 수출입물품을 개봉하여 검사하고 그 내용물의 점유를 취득한 행위는 위에서 본 수출입물품에 대한 적정한 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

28 다음 내용 중 「질서위반행위규제법」에 대한 내용으로 옳은 것만을 모두 고르면?

- ㉠ 과태료는 행정청의 과태료 부과처분이나 법원의 과태료 재판이 확정된 후 5년간 징수하지 아니하거나 집행하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.
- ㉡ 행정청이 질서위반행위에 대하여 과태료를 부과하고자 하는 때에는 미리 당사자에게 대통령령으로 정하는 사항을 통지하고, 10일 이상의 기간을 정하여 의견을 제출할 기회를 주어야 한다.
- ㉢ 과태료 사건은 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 당사자의 주소지의 지방법원 또는 그 지원의 관할로 한다.
- ㉣ 행정청의 과태료 부과에 불복하는 당사자는 과태료 부과통지를 받은 날부터 90일 이내에 해당 행정청에 서면으로 이의제기를 할 수 있다.

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

해설

이하 법률 규정은 질서위반행위규제법

- ㉠ (○) 제15조(과태료의 시효) ① 과태료는 행정청의 과태료 부과처분이나 법원의 과태료 재판이 확정된 후 5년간 징수하지 아니하거나 집행하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.
- ㉡ (○) 제16조(사전통지 및 의견 제출 등) ① 행정청이 질서위반행위에 대하여 과태료를 부과하고자 하는 때에는 미리 당사자(제11조제2항에 따른 고용주등을 포함한다. 이하 같다)에게 대통령령으로 정하는 사항을 통지하고, 10일 이상의 기간을 정하여 의견을 제출할 기회를 주어야 한다. 이 경우 지정된 기일까지 의견 제출이 없는 경우에는 의견이 없는 것으로 본다.
- ㉢ (○) 제25조(관할 법원) 과태료 사건은 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 당사자의 주소지의 지방법원 또는 그 지원의 관할로 한다.
- ㉣ (×) 제20조(이의제기) ① 행정청의 과태료 부과에 불복하는 당사자는 제 17조 제1항에 따른 과태료 부과통지를 받은 날부터 60일 이내에 해당 행정청에 서면으로 이의제기를 할 수 있다. ② 제1항에 따른 이의제기가 있는 경우에는 행정청의 과태료 부과처분은 그 효력을 상실한다.

과태료 부과 및 불복절차

질서위반행위	행위 종료일부 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
부과처분 효력 상실	불복 - 납부통지일부 60일 이내에 행정청에 이의제기 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

답 ①

29 다음 중 공공의 영조물의 설치·관리의 하자로 인한 「국가배상법」상 배상책임에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 영조물의 설치·관리의 하자에는 영조물이 공공의 목적에 이용됨에 있어 그 이용상태 및 정도가 일정한 한도를 초과하여 제3자에게 사회통념상 참을 수 없는 피해를 입히는 경우도 포함된다.
- ② 영조물의 설치·관리상의 하자로 인한 배상책임은 무과실책임이고, 국가는 영조물의 설치·관리상의 하자로 인하여 타인에게 손해를 가한 경우에 그 손해방지에 필요한 주의를 해태하지 아니하였다 하여 면책을 주장할 수 없다.
- ③ 영조물의 설치·관리에 있어 항상 완전무결한 상태를 유지할 정도의 고도의 안전성을 갖추지 아니하였다 하여 영조물의 설치 또는 관리에 하자가 있다고 할 수 없다.
- ④ 광역시와 국가 모두가 도로의 점유자 및 관리자, 비용부담자로서의 책임을 중첩적으로 지는 경우 국가만이 「국가배상법」에 따라 궁극적으로 손해를 배상할 책임이 있는 자가 된다.

해설

① (○) • 국가배상법 제5조 영조물 설치·관리의 하자: 물적 하자 + 기능적 하자

- ㉠ **물적 하자**: 해당 영조물을 구성하는 물적 시설 그 자체에 있는 물리적·외형적 흠결이나 불비로 인하여 그 **이용자에게** 위해를 끼칠 위험성이 있는 경우 - 영조물이 통상의 용법에 따라 통상 갖추어야 할 안전성의 결여, 안전관리의무(방호조치의무) 위반.
- ㉡ **기능상 하자**: 영조물이 공공의 목적에 이용됨에 있어 이용상태 및 정도가 일정한 한도를 초과하여 **제3자에게** 사회통념상 참을 수 없는 피해를 입히는 경우(수인한도 초과). 기능상 하자의 판단은 영조물의 공공성, 피해 내용·정도, 이에 대한 방지 노력 등을 종합적으로 고려해야 함

• 「국가배상법」 제5조 제1항에 정한 ‘영조물의 설치 또는 관리의 하자’란 공공의 목적에 공여된 영조물이 그 용도에 따라 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말하고, 여기서 안전성을 갖추지 못한 상태, 즉 타인에게 위해를 끼칠 위험성이 있는 상태란 그 영조물을 구성하는 물적 시설 자체에 있는 물리적·외형적 흠결이나 불비로 인하여 그 **이용자에게 위해를 끼칠 위험성이 있는 경우뿐만 아니라** 그 영조물이 공공의 목적에 이용됨에 있어 그 이용상태 및 정도가 일정한 한도를 초과하여 **제3자에게 사회통념상 수인할 것이 기대되는 한도를 넘는 피해를 입히는 경우까지 포함한다고** 보아야 할 것이다(대판 2010.11.25. 2007다74560 ; 대판 2015.10.15. 2013다23914 등).

☑ 영조물의 물적 시설 자체의 물리적 흠결 등으로 이용자에게 위해를 끼칠 위험성이 있는 경우뿐만 아니라 영조물이 공공의 목적에 이용됨에 있어 그 이용 상태 및 정도가 일정한 한도를 초과하여 이용자에게 사회통념상 수인할 것이 기대되는 한도를 넘는 피해를 입히는 경우도 영조물의 설치 또는 관리의 하자에 포함된다.(x) - ‘이용자에게 사회통념상’ ⇨ ‘제3자에게 사회통념상’

- ② (○) 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 (○) 국가배상법 제5조 제1항 소정의 영조물의 설치 또는 관리의 하자라 함은 영조물이 그 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말하는 것으로서, **영조물이 완전무결한 상태에 있지 않고 그 기능상 어떠한 결함이 있다는 것만으로 영조물의 설치 또는 관리에 하자가 있다고 할 수 없는 것이고**, 위와 같은 안전성의 구비 여부를 판단함에 있어서는 당해 영조물의 용도, 그 설치장소의 현황 및 이용 상황 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 설치 관리자가 그 영조물의 위험성에 비례하여 사회통념상 일반적으로 요구되는 정도의 방호조치의무를 다하였는지 여부를 그 기준으로 삼아야 할 것이며, 객관적으로 보아 시간적·장소적으로 영조물의 기능상 결함으로 인한 손해발생의 예견가능성과 회피가능성이 없는 경우, 즉 그 영조물의 결함이 영조물의 설치관리자의 관리행위가 미칠 수 없는 상황 아래에 있는 경우임이 입증된 경우라면 영조물의 설치·관리상의 하자를 인정할 수 없다(대판 2007.9.21. 2005다65678).
- ④ (x) 영조물 설치·관리의 하자로 인해 손해를 배상한 자는 내부관계에서 그 손해를 배상할 책임이 있는 자에게 구상할 수 있다. 관리주체와 비용부담자가 다른 경우 최종적(궁극적) 배상책임자인가(내부적 구상권 문제)에 대해 관리자설이 통설이지만 판례는 기여도설을 따른 판례와 관리자설에 따른 판례로 나뉜다. 다음은 기여도설에 따른 판례이다.
 - 원래 광역시가 점유·관리하던 일반국도 중 일부 구간의 포장공사를 국가가 대행하여 광역시에 도로의 관리를 이관하기 전에 교통사고가 발생한 경우, 광역시는 그 도로의 점유자 및 관리자, 도로법 56·55조, 도로법시행령 30조에 의한 도로관리비용 등의 부담자로서의 책임이 있고, 국가는 그 도로의 점유자 및 관리자, 관리사무귀속자, 포장공사비용 부담자로서의 책임이 있다고 할 것이며, 이와 같이 **광역시와 국가 모두가 도로의 점유자 및 관리자, 비용부담자로서의 책임을 중첩적으로 지는 경우에는, 광역시와 국가 모두가 국가배상법 6조 2항 소정의 궁극적으로 손해를 배상할 책임이 있는 자라고 할 것이고**, 결국 광역시와 국가의 내부적인 부담부분은, 그 도로의 인계·인수 경위, 사고의 발생 경위, 광역시와 국가의 그 도로에 관한 분담비용 등 제반사정을 종합하여 결정함이 상당하다(대판 1998.7.10. 96다42819).

답 ④

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

- ① 시·도행정심판위원회와 중앙행정심판위원회는 모두 행정심판의 심리권한과 재결권한을 가진다.
- ② 행정심판 청구 후 피청구인인 행정청이 새로운 처분을 하거나 대상인 처분을 변경한 때에는 청구인은 새로운 처분이나 변경된 처분에 맞추어 청구의 취지 또는 이유를 변경할 수 있다.
- ③ 행정심판위원회는 심판청구의 대상이 되는 처분보다 청구인에게 불리한 재결을 하지 못한다.
- ④ 행정청이 행정심판청구기간 등을 고지하지 아니하였다 하여도 처분의 상대방이 처분이 있었다는 사실을 알았을 경우에는 처분이 있는 날로부터 90일 이내에 심판청구를 하여야 한다.

해설

이하 법률 규정은 행정심판법

- ① (○) 각급 행정심판위원회는 심리권과 재결권을 모두 가진다.(과거에는 심리기관과 재결기관이 분리되어 있던 적이 있었음)

• 제6조(행정심판위원회의 설치)

- ① 다음 각 호의 행정청 또는 그 소속 행정청(행정기관의 계층구조와 관계없이 그 감독을 받거나 위탁을 받은 모든 행정청을 말하되, 위탁을 받은 행정청은 그 위탁받은 사무에 관하여는 위탁한 행정청의 소속 행정청으로 본다. 이하 같다)의 처분 또는 부작위에 대한 행정심판의 청구(이하 “심판청구”라 한다)에 대하여는 다음 각 호의 행정청에 두는 **행정심판위원회에서 심리·재결한다**(각 호 생략).
- ② 다음 각 호의 행정청의 처분 또는 부작위에 대한 심판청구에 대하여는 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」에 따른 국민권익위원회(이하 “국민권익위원회”라 한다)에 두는 **중앙행정심판위원회에서 심리·재결한다**(각 호 생략).
- ③ 다음 각 호의 행정청의 처분 또는 부작위에 대한 심판청구에 대하여는 시·도지사 소속으로 두는 **행정심판위원회에서 심리·재결한다**.

- ② (○) **제29조(청구의 변경)** ② 행정심판이 청구된 후에 피청구인이 새로운 처분을 하거나 심판청구의 대상인 처분을 변경한 경우에는 청구인은 새로운 처분이나 변경된 처분에 맞추어 청구의 취지나 이유를 변경할 수 있다.
- ③ (○) **제47조(재결의 범위)** ② 위원회는 심판청구의 대상이 되는 처분보다 청구인에게 불리한 재결을 하지 못한다.
- ④ (x) 행정청이 심판청구기간을 알리지 않은 경우 상대방이 처분이 있음을 알았는지와 상관없이 **처분이 있었던 날부터 180일 이내에 청구할 수 있다**.

제27조(심판청구의 기간)

- ① 행정심판은 처분이 있음을 알게 된 날부터 90일 이내에 청구하여야 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 **행정심판은 처분이 있었던 날부터 180일이 지나면 청구하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.**
- ④ 제1항과 제2항의 기간은 불변기간(不變期間)으로 한다.
- ⑤ 행정청이 심판청구 기간을 제1항에 규정된 기간보다 긴 기간으로 잘못 알린 경우 그 잘못 알린 기간에 심판청구가 있으면 그 행정심판은 제1항에 규정된 기간에 청구된 것으로 본다.
- ⑥ **행정청이 심판청구 기간을 알리지 아니한 경우에는 제3항에 규정된 기간에 심판청구를 할 수 있다.**
- ⑦ 제1항부터 제6항까지의 규정은 무효등확인심판청구와 부작위에 대한 의무이행심판청구에는 적용하지 아니한다.

답 ④

31 다음 중 「행정소송법」상 피고 및 피고의 경정에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 소의 종류의 변경에 따른 피고의 변경은 교환적 변경에 한한다고 봄이 상당하므로 예비적 청구만이 있는 피고의 추가경정신청은 예외적 규정이 있는 경우를 제외하고는 원칙적으로 허용되지 않는다.
- ② 상급행정청의 지시에 의해 하급행정청이 자신의 명의로 처분을 하였다면, 당해 처분에 대한 취소소송에서는 지시를 내린 상급행정청이 피고가 된다.
- ③ 취소소송에서 피고가 될 수 있는 행정청에는 대외적으로 의사를 표시할 수 있는 기관이 아니더라도 국가나 공공단체의 의사를 실질적으로 결정하는 기관이 포함된다.
- ④ 취소소송에서 원고가 처분청 아닌 행정관청을 피고로 잘못 지정한 경우, 법원은 석명권 없이 소송요건의 불비를 이유로 소를 각하할 수 있다.

해설

- ① (○) **소의 종류 변경에 따른 피고의 변경은 교환적 변경에 한정**: 원고는 피고 서울특별시를 상대로 하여 주위적으로 금원의 지급을 구하는 청구를 하고 이에 병합하여 중앙토지수용위원회를 상대로 예비적으로 위 위원회가 1987.7.24.자로 원고에 대하여 한 하천면입토지손실보상금재결신청에 관한 반려처분의 취소를 구하면서 위 위원회를 피고로 추가하는 피고경정신청을 하였는 바, 이에 대하여 원심은 중앙토지수용위원회에 대하여는 주위적 청구가 없고 예비적 청구만이 있는 소위 **주관적, 예비적 병합은 행정소송법 제28조 제3항과 같은 예외적 규정이 있는 경우를 제외하고는 원칙적으로 허용되지 않는 것이고, 또 행정소송법상 소의 종류의 변경에 따른 당사자(피고)의 변경은 교환적 변경에 한 한다고 봄이 상당하므로 예비적 청구만이 있는 피고의 추가경정신청은 허용되지 않는다**(대판 1989.10.27. 89두1).
- ② (×) 행정처분의 취소 또는 무효확인을 구하는 행정소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 **소송의 대상인 행정 처분 등을 외부적으로 그의 명의로 행한 행정청을 피고로 하여야 하는 것으로서 그 행정처분을 하게 된 연유가 상급행정청이나 타행정청의 지시나 통보에 의한 것이라 하여 다르지 않다**(대판 1995.12.22. 95누 14688).
- ③ (×) 항고소송의 피고인 행정청은 결정권과 대외적 표시권을 가져야 하며 결정권만 있고 대외적 표시권이 없는 경우(예 징계위원회 같은 의결기관) 피고적격을 갖는 행정청이 아니다.
 - 취소소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분 등을 행한 행정청을 피고로 한다(행정소송법 제13조 제1항). 여기서 ‘행정청’이라 함은 국가 또는 공공단체의 기관으로서 **국가나 공공단체의 의견을 결정하여 외부에 표시할 수 있는 권한, 즉 처분권한을 가진 기관을 말하고, 대외적으로 의사를 표시할 수 있는 기관이 아닌 내부기관은 실질적인 의사가 그 기관에 의하여 결정되더라도 피고적격을 갖지 못한다**(대판 2014.5.16. 2014두274)

[관련판례] 현행 국가유공자예우등에관한법률(1984.8.2법률 제3742호)에 규정된 국가보훈처 산하 보훈심사위원회는, 국가유공자등 특별원호법(1985.1.1. 폐지)에 규정되어 있던 원호위원회와는 달리 국가보훈처장이 애국지사 등 위 법률적용 대상자를 결정하거나 등록을 행함에 있어서 국가보훈처장을 돕기 위해 **필요한 사항을 심의 의결함에 불과하고 스스로 의사를 결정하고 이를 대외적으로 표시할 수 있는 기관이 아니라 할 것이므로 원심이 같은 취지에서 위 보훈심사위원회는 독립하여 행정처분이나 재결을 할 수 있는 행정청이라 할 수 없고 보훈심사위원회 위원장은 처분의 주체가 될 수 없다는 취지에서 피고적격이 없다고 판단한 것은 정당하다**(대판 1989.1.24. 88누3314)
- ④ (×) 행정소송에서 피고 지정이 잘못된 경우, 법원이 석명권을 행사하여 원고로 하여금 피고를 경정하게 하지 않고 바로 소를 각하한 것은 위법하다.
 - 원고가 피고를 잘못 지정하였다면 법원으로서도 당연히 석명권을 행사하여 원고로 하여금 피고를 경정하게 하여 소송을 진행하게 하였어야 할 것임에도 불구하고 이러한 조치를 취하지 아니한 채 피고의 지정이 잘못되었다는 이유로 소를 각하한 것은 위법하다(대판 2004.7.8. 2002두7852).

답 ①

32 다음 중 취소소송에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 특허출원에 대한 심사관의 거절사정에 대하여 행정소송을 제기할 수 없고, 특허심판원에 심판청구를 한 후 그 심결을 소송대상으로 하여 특허법원에 심결취소를 요구하는 소를 제기하여야 한다.
- ② 행정처분이 취소되면 그 처분은 효력을 상실하여 더 이상 존재하지 않는 것이고, 존재하지 않는 행정처분을 대상으로 한 취소소송은 소의 이익이 없어 부적법하다.
- ③ 감사원의 변상판정처분에 대해서는 행정소송을 제기할 수 없고, 재결에 해당하는 재심의판정에 대해서만 감사원을 피고로 하여 행정소송을 제기할 수 있다.
- ④ 행정소송에서 쟁송의 대상이 되는 행정처분의 존부는 자백의 대상이므로 그 존재를 당사자들이 다투지 아니하는 경우, 의심이 있어도 그 존부에 대해 법원이 직권으로 조사할 권한이 없다.

해설

① (○) 특허법 제132조의 2, 제132조의 3, 제162조, 제186조상 재결주의를 취하고 있다.

▣ 개별법상 재결주의 규정

감사원의 재심의 판정 (감사원법 제40조 2항)	감사원의 변상판정에 대해 재심을 청구할 수 있고, 변상판정(원처분)이 아닌 감사원의 재심의 판정에 대하여 감사원(감사원장x)을 피고로 행정소송 제기 가능.
중앙노동위원회의 재심판정 (노동조합 및 노동관계조정법 제85조)	중앙노동위원회의 재심판정에 대한 행정소송은 원처분인 중앙노동위원회의 처분이 아니라 중앙노동위원회의 재심판정을 대상으로 중앙노동위원장(중앙노동위원회x)을 피고로 재심판정서의 송달을 받은 날부터 15일 이내에 제기 가능
특허심판원의 심결 (특허법 제186조)	특허출원에 대한 심사관의 거절사정에 대해 행정소송을 제기할 수 없고 특허심판원에 심판청구를 한 후 그 심결(審決)을 소송대상으로 하여 특허법원에 심결취소를 구하는 소를 제기해야 함.

② (○) 행정처분이 취소되면 그 처분은 취소로 인하여 그 효력이 상실되어 더 이상 존재하지 않는 것이고, 존재하지 않는 행정처분을 대상으로 한 취소소송은 소의 이익이 없어 부적법하다 할 것이다. 행정청이 당초의 분노 등 관련 영업허가신청 반려처분의 취소를 구하는 소의 계속 중, 사정변경을 이유로 위 반려처분을 직권취소함과 동시에 위 신청을 재반려하는 내용의 재처분을 한 경우, 당초의 반려처분의 취소를 구하는 소는 더 이상 소의 이익이 없게 된다(대판 2006.9.28. 2004두5317)

③ (○) 감사원법상 재결주의가 적용됨.

• **감사원의 변상판정처분(원처분)에 대하여서는 행정소송을 제기할 수 없고, 재결에 해당하는 재심의 판정에 대하여서만 감사원을 피고로 하여 행정소송을 제기할 수 있다(대판 1984.4.10. 84누91)**

[비교판례] 감사원의 징계요구와 그에 대한 재심의결정은 항고소송 대상인 행정처분이 아님 : 갑 시장이 감사원으로부터 감사원법 제32조에 따라 을에 대하여 징계의 종류를 정적으로 정한 징계 요구를 받게 되자 감사원법 제36조 제2항에 따라 감사원에 징계 요구에 대한 재심을 청구하였고, 감사원이 재심의청구를 기각하자 을이 감사원의 징계 요구와 그에 대한 재심의결정의 취소를 구하고 갑 시장이 감사원의 재심의결정 취소를 구하는 소를 제기한 사안에서, 징계 요구는 징계 요구를 받은 기관의 장이 요구받은 내용대로 처분하지 않더라도 불이익을 받는 규정도 없고, 징계 요구 내용대로 효과가 발생하는 것도 아니며, 징계 요구에 의하여 행정청이 일정한 행정처분을 하였을 때 비로소 이해관계인의 권리관계에 영향을 미칠 뿐, 징계 요구 자체만으로는 징계 요구 대상 공무원의 권리·의무에 직접적인 변동을 초래하지도 아니하므로, 행정청 사이의 내부적인 의사결정의 경로서 '징계 요구, 징계 절차 회부, 징계' 로 이어지는 과정에서의 중간처분에 불과하여, **감사원의 징계 요구와 재심의결정이 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없고,** 감사원법 제40조 제2항을 갑 시장에게 감사원을 상대로 한 기관소송을 허용하는 규정으로 볼 수는 없고 그 밖에 행정소송법을 비롯한 어떠한 법률에도 갑 시장에게 '감사원의 재심의 판결'에 대하여 기관소송을 허용하는 규정을 두고 있지 않으므로, 갑 시장이 제기한 소송이 기관소송으로서 감사원법 제40조 제2항에 따라 허용된다고 볼 수 없다고 한 사례(대판 2016.12.27. 2014두5637).

④ (×) 행정소송에서 쟁송의 대상이 되는 행정처분의 존부는 소송요건으로서 직권조사사항이고, 자백의 대상이 될 수 없는 것이므로, 설사 그 존재를 당사자들이 다투지 아니한다 하더라도 그 존부에 관하여 의심이 있는 경우에는 이를 직권으로 밝혀 보아야 한다(대판 2001.11.9. 98두892).

답 ④

33 다음 중 부작위위법확인소송에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 법원은 단순히 행정청의 방치행위의 적부에 관한 절차적 심리만 하는 게 아니라, 신청의 실체적 내용이 이유 있는지도 심리하며 그에 대한 적정한 처리방향에 관한 법률적 판단을 해야 한다.
- ② 소제기의 전후를 통하여 판결시까지 행정청이 그 신청에 대하여 적극 또는 소극의 처분을 함으로써 부작위 상태가 해소된 때에는 소의 이익을 상실하게 되어 당해 소는 각하를 면할 수가 없다.
- ③ 행정청에 대하여 어떠한 행정처분을 하여줄 것을 요청할 수 있는 법규상 또는 조리상의 권리를 갖는 자만이 제기할 수 있다.
- ④ 부작위위법확인소송에는 취소판결의 사정판결 규정은 준용되지 않지만, 제3자효, 기속력, 간접강제에 관한 규정은 준용된다.

해설

① (×) 제시된 내용은 실체적 심리설(적극설)의 내용이다. 다수설과 판례는 부작위위법확인소송의 심리 범위에 대해 절차적 심리설(소극설)의 입장이다. 법원은 **부작위의 위법 여부만 심리해야 하며, 행정청이 행해야 할 처분의 내용까지 심리·판단할 수는 없다.** 실체적 내용을 심리한다면 의무이행소송을 인정하는 결과가 되어 부작위위법확인소송만 인정한 행정소송법 취지에 맞지 않다. 행정청이 상대방의 신청에 대하여 아무런 적극적 또는 소극적 처분을 하지 않고 있는 이상 행정청의 부작위는 그 자체로 위법하다고 할 것이고, 구체적으로 그 신청이 인용될 수 있는지 여부는 소극적 처분(거부처분)에 대한 항고소송의 본안에서 판단하여야 할 사항이다.

• 부작위위법확인소송 심리의 범위

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

② (○) **부작위위법확인소송의 변론종결시까지 행정청의 처분으로 부작위 상태가 해소된 경우 소의 이익 없음** ⇨ **각하** : 부작위위법확인 소는 행정청이 국민의 법규상 또는 조리상의 권리에 기한 신청에 대하여 상당한 기간내에 그 신청을 인용하는 적극적 처분 또는 각하하거나 기각하는 등의 소극적

처분을 하여야 할 법률상의 응답의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 경우, 판결(사실심의 구두변론 종결)시를 기준으로 그 부작위의 위법을 확인함으로써 행정청의 응답을 신속하게 하여 부작위 내지 무응답이라고 하는 소극적인 위법상태를 제거하는 것을 목적으로 하는 것이고, 나아가 당해 판결의 구속력에 의하여 행정청에게 처분 등을 하게 하고 다시 당해 처분 등에 대하여 불복이 있는 때에는 그 처분 등을 다투게 함으로써 최종적으로는 국민의 권리와 이익을 보호하려는 제도이므로, 소 제기의 전후를 통하여 **판결시까지 행정청이 그 신청에 대하여 적극 또는 소극의 처분을 함으로써 부작위상태가 해소된 때에는 소의 이익을 상실하게 되어 당해 소는 각하를 면할 수가 없는 것이다**(대판 1990.9.25. 89누4758).

- ③ (○) 판례는 원고에게 법규상·조리상의 신청권이 있을 것을 요구한다
 - 부작위위법확인소송은 처분의 신청을 한 자로서 부작위의 위법의 확인을 구할 법률상의 이익이 있는 자만이 제기할 수 있다 할 것이며, 당사자가 행정청에 대하여 어떠한 행정행위를 하여 줄 것을 신청하지 아니하거나 그러한 신청을 하였더라도 당사자가 행정청에 대하여 그러한 행정행위를 하여 줄 것을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 권리를 갖고 있지 아니한 경우에는 원고적격이 없어 그 부작위위법확인 소는 부적법하다(대판 1995.9.15. 95누7345).
- ④ (○) **부처집사** : 부작위위법확인소송에는 처분변경으로 인한 소의 변경, 집행정지, 사정판결 등 처분을 전제로 한 규정은 준용되지 않으며, 제3자효, 기속력, 간접강제 등 규정은 준용된다.

답 ①

34 다음 중 「국가배상법」상 공무원의 책임에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 공무원이 직무수행 중 불법행위로 타인에게 손해를 입힌 경우에 국가 등이 국가배상책임을 부담하는 외에 공무원 개인도 고의 또는 중과실이 있는 경우에는 불법행위로 인한 손해배상책임을 진다.
- ② 공무원책임에 대한 규정인 「헌법」 제29조 제1항 단서는 그 조항 자체로 공무원 개인의 구체적인 손해배상책임을 범위까지 규정한 것으로 보기는 어렵다.
- ③ 피해자에게 손해를 직접 배상한 경과실이 있는 공무원이 국가에 대하여 국가의 손해배상책임을 범위 내에서 자신이 변제한 금액에 관하여 구상권을 행사하는 것은 권리남용으로 허용되지 아니한다.
- ④ 특별한 사정이 없는 한 일반적으로 공무원이 관계법규를 알지 못하거나 필요한 지식을 갖추지 못하고 법규의 해석을 그르쳐 행정처분을 하였다면 그가 법률전문가가 아닌 행정직 공무원이라도 과실이 있다.

해설

- ① (○) **피해자의 선택적 청구권**(판례상 인정됨, 법률 규정 없음) : ㉠ 국가·자치단체를 상대로 국가배상법 상 배상청구 or ㉡ 고의·중과실로 불법행위를 한 공무원을 상대로 민법상 손해배상청구
 - 헌법 제29조 제1항 본문과 단서 및 국가배상법 제2조를 그 입법취지에 조화되도록 해석하면 공무원이 직무 수행중 불법행위로 타인에게 손해를 입힌 경우에 국가나 지방자치단체가 국가배상책임을 부담하는 외에 공무원 개인도 고의 또는 중과실이 있는 경우에는 불법행위로 인한 손해배상책임을 지고, 공무원에게 경과실뿐인 경우에만 공무원 개인은 손해배상책임을 부담하지 아니한다(대판 1997.2.11. 95다5110).
- ② (○) **헌법 제29조 제1항 단서는 공무원이 한 직무상 불법행위로 인하여 국가 등이 배상책임을 진다고 할지라도 그 때문에 공무원 자신의 민·형사책임이나 징계책임이 면제되지 아니한다는 원칙을 규정한 것이나, 그 조항 자체로 공무원 개인의 구체적인 손해배상책임을 범위까지 규정한 것으로 보기는 어렵다.** 국가배상법 제2조 제1항 본문 및 제2항의 입법 취지는 공무원의 직무상 위법행위로 타인에게 손해를 끼친 경우에는 변제자력이 충분한 국가 등에게 선임감독상 과실 여부에 불구하고 손해배상책임을 부담시켜 국민의 재산권을 보장하되, 공무원이 직무를 수행함에 있어 경과실로 타인에게 손해를 입힌 경우에는 그 직무수행상 통상 예기할 수 있는 흠이 있는 것에 불과하므로, 이러한 공무원의 행위는 여전히 국가 등의 기관의 행위로 보아 그로 인하여 발생한 손해에 대한 배상책임도 전적으로 국가 등에만 귀속시키고 공무원 개인에게는 그로 인한 책임을 부담시키지 아니하여 공무원의 공무집행의 안정성을 확보하고, 반면에 공무원의 위법행위가 고의·중과실에 기한 경우에는 비록 그 행위가 그의 직무와 관련된 것이라고 하더라도 그와 같은 행위는 그 본질에 있어서 기관행위로서의 품격을 상실하여 국가 등에게 그 책임을 귀속시킬 수 없으므로 공무원 개인에게 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담시키되, 다만 이러한 경우에도 그 행위의 외관을 객관적으로 관찰하여 공무원의 직무집행으로 보여질 때에는 피해자인 국민을 두텁게 보호하기 위하여 국가 등이 공무원 개인과 중첩적으로 배상책임을 부담하되 국가 등이 배상책임을 지는 경우에는 공무원 개인에게 구상할 수 있도록 함으로써 궁극적으로 그 책임이 공무원 개인에게 귀속되도록 하려는 것이라고 봄이 합당하다(대판 1996.2.15. 95다38677).
- ③ (×) **경과실 있는 공무원이 피해자에게 손해를 직접 배상한 경우 국가에 대해 변제금액에 관한 구상권 취득** : 공무원이 직무수행 중 불법행위로 타인에게 손해를 입힌 경우에 국가 등이 국가배상책임을 부담하는 외에 공무원 개인도 고의 또는 중과실이 있는 경우에는 불법행위로 인한 손해배상책임을 지고, 공무원에게 경과실이 있을 뿐인 경우에는 공무원 개인은 손해배상책임을 부담하지 아니한다. 이처럼 경과실이 있는 공무원이 피해자에 대하여 손해배상책임을 부담하지 아니함에도 피해자에게 손해를 배상하였다면 그것은 채무자 아닌 사람이 타인의 채무를 변제한 경우에 해당하고, 이는 민법 제469조의 '제3자의 변제' 또는 민법 제744조의 '도의관념에 적합한 비채변제(非債辦濟)'에 해당하여 피해자는 공무원에 대하여 이를 반환할 의무가 없고, 그에 따라 피해자의 국가에 대한 손해배상청구권이 소멸하여 국가는 자신의 출연 없이 채무를 면하게 되므로, **피해자에게 손해를 직접 배상한 경과실이 있는 공무원은 특별한 사정이 없는 한 국가에 대하여 국가의 피해자에 대한 손해배상책임을 범위 내에서 공무원이 변제한 금액에 관하여 구상권을 취득한다고 봄이 타당하다**(대판 2004.4.9. 2002다10691).
- ④ (○) **원칙적으로 공무원이 관계법규를 알지 못하고 잘못된 행정처분시 과실 인정 가능**
 - ㉠ 일반적으로 공무원이 직무를 집행함에 있어서 관계법규를 알지 못하거나 필요한 지식을 갖추지 못하여 법규의 해석을 그르쳐 잘못된 행정처분을 하였다면 그가 법률전문가가 아닌 행정직 공무원이라고 하여 과실이 없다고 할 수 없다(대판 1995.10.13. 95다32747).
 - ㉡ 법령에 대한 해석이 복잡, 미묘하여 워낙 어렵고, 이에 대한 학설, 판례조차 귀일되어 있지 않는 등의 특별한 사정이 없는 한 일반적으로 공무원이 관계 법규를 알지 못하거나 필요한 지식을 갖추지 못하고 법규의 해석을 그르쳐 행정처분을 하였다면 그가 법률전문가가 아닌 행정직 공무원이라고 하여 과실이 없다고는 할 수 없다(대판 2001.2.9. 98다52988)
 - cf) 법령의 해석이 복잡·미묘하여 어렵고 학설·판례가 통일되지 않을 때에 공무원이 신중을 기해 그 중 어느 한 설을 취하여 처리한 경우에는 그 해석이 결과적으로 위법한 것이었다 하더라도 「국가배상법」 상 공무원의 과실을 인정할 수 없다(대판 1973.10.10. 72다2583).

답 ③

35 다음 중 행정상 손실보상에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 「헌법」 제23조 제3항을 국민에 대한 직접적인 효력이 있는 규정으로 보는 견해는 동 조항의 재산권의 수용·사용·제한 규정과 보상 규정을 불가분조항으로 본다.
- ② 헌법재판소는 「헌법」 제23조 제3항의 ‘공공필요’는 ‘국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성’을 의미하고, 이 요건 중 공익성은 기본권 일반의 제한사유인 ‘공공복리’보다 좁은 것으로 보고 있다.
- ③ 헌법재판소는 공용침해로 인한 특별한 손해에 대한 보상규정이 없는 경우에 관련 보상규정을 유추적용하여 보상하려는 경향이 있다.
- ④ 개발제한구역 지정으로 인한 지가의 하락은 원칙적으로 토지소유자가 감수해야 하는 사회적 제약의 범주에 속하나, 지가의 하락이 20% 이상으로 과도한 경우에는 특별한 희생에 해당한다.

해설

① (×) 불가분조항이란 공용침해를 규정한 법률은 반드시 보상규정까지 함께 규정하고 있어야만 한다는 것을 의미하는데, 헌법 제23조 제3항을 국민에 대한 직접적인 효력이 있는 규정으로 보는 견해(직접효력설)에 따르면 헌법규정만으로도 보상청구가 가능하므로 헌법 제23조 제3항의 재산권의 수용·사용·제한 규정과 보상규정을 불가분조항으로 보지 않는다. 따라서 만일 법률에 당연히 있어야 할 보상규정이 없는 경우에는 직접 헌법규정에 근거하여 보상을 청구할 수 있다는 입장이다.

한편, 헌법 제23조 제3항을 불가분조항이라고 보는 견해(위헌무효설)에 따르면 법률이 재산권 침해를 규정하면서 보상에 관해 규정하지 않으면 그 법률은 헌법 제23조 제3항에 위반되어 위헌·무효의 법률이며, 이에 근거한 재산권침해행위는 위법행위가 되므로 국민은 위법한 재산권침해에 대해 취소소송을 제기할 수 있고 국가배상법에 의한 손해배상청구권을 갖게 된다는 입장이다.

□ 공용침해 규정만 두고 보상규정이 없는 경우 보상받을 수 있는가? - 헌법 제23조 3항 관련 논의(헌법 규정만으로 보상받을 수 있는가?)

방침규정설 (입법지침설)	<ul style="list-style-type: none"> • 헌법상 손실보상 규정은 입법방침에 불과함. 법률로 정해져야만 손실보상청구권 가짐. • 비판 : 재산권규정을 유명무실화, 현재는 주장 안 됨.
위헌무효설(입법자에 대한 직접효력설, 입법자구속설)	<ul style="list-style-type: none"> • 헌법 규정만으로 손실보상청구 불가. 단, 재산권 침해 입법시 보상규정을 두도록 입법자를 구속(23조 3항은 불가분조항). 보상 규정 없이 재산권 제약을 허용하는 법률은 위헌·무효, 이에 근거한 행정작용은 위법 ⇒ 행정소송 가능, 재산상 손해시 국가배상청구 가능. • 비판 : 논리적으로 타당하나, 국가배상법 상 과실요건 충족 곤란 - 국민 권리보호 미흡
직접효력설 (국민에 대한 직접효력설)	<ul style="list-style-type: none"> • 헌법 규정만으로 손실보상청구권 직접 도출. 법률에 보상규정이 없으면 헌법 23조 3항에 근거하여 보상 청구 가능(23조 3항은 불가분 조항 아님). 국민의 권익구제에 바람직. • 법률에 보상규정이 없어도 법원이 일반보상의 법리에 따라 보상액을 정해 보상 결정. • 비판 : 입법자가 아니라 법원에서 배상 여부 결정 ⇒ 권력분립에 반하며 비논리적
유추적용설 (간접효력설)	<ul style="list-style-type: none"> • 법률에 손실보상 규정이 없으면 헌법 23조 1항(재산권 보장)과 11조(평등원칙)를 직접적 근거로, 헌법 23조 3항 및 관계 규정의 유추적용을 통해 보상 청구 가능 - 독일의 수용유사침해이론을 도입해 해결하려는 것. • 비판 : 평등원칙으로부터 적극적인 손실보상청구권 도출 곤란. 수용유사침해이론을 우리나라에 그대로 적용 곤란
보상입법부작위 위헌설	<ul style="list-style-type: none"> • 공용제한을 규정하면서 보상규정 없는 경우 공용제한규정 자체는 헌법 위반 아님. • 손실보상을 규정하지 않은 입법부작위가 위헌 ⇒ 입법부작위에 대한 헌법소원으로 구제 • 비판 : 입법부작위 헌법소원에서 위헌 결정시 입법조치 필요 ⇒ 권리구제의 우회성

② (○) 헌법 23조 3항 ‘공공필요’ < 헌법 37조 2항 기본권 제한 사유인 ‘공공복리’

- 헌법 23조 ③ 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로서 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.
- 헌법 제37조 ② 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로서 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

• 헌법 제23조 제3항에서 규정하고 있는 ‘공공필요’는 “국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성”으로서, ‘공공필요’의 개념은 ‘공익성’과 ‘필요성’이라는 요소로 구성되어 있는 바 ... 오늘날 공익사업의 범위가 확대되는 경향에 대응하여 재산권의 존속보장과 조화를 위해서는, ‘공공필요’의 요건에 관하여, 공익성은 추상적인 공익 일반 또는 국가의 이익 이상의 중대한 공익을 요구하므로 기본권 일반의 제한사유인 ‘공공복리’보다 좁게 보는 것이 타당하며, 공익성의 정도를 판단함에 있어서는 공용수용을 허용하고 있는 개별법의 입법목적, 사업내용, 사업이 입법목적에 이바지 하는 정도는 물론, 특히 그 사업이 대중을 상대로 하는 영업인 경우에는 그 사업 시설에 대한 대중의 이용·접근가능성도 아울러 고려하여야 한다(헌재 2014.10.30. 2011헌바172).

- ③ (×) 헌법재판소가 아니라 대법원 판례의 입장이다. 헌법재판소의 견해에 관하여 학설은 위헌무효설 내지 분리이론을 채택하고 있다고 본다. 위헌무효설에 의할 경우 보상규정이 없는 법률은 위헌무효(불가분조항)이고 그에 근거한 재산권침해행위는 위법한 직무행위가 되므로 국가배상법에 의하여 손해배상청구가 가능하다고 본다. 손실보상규정의 흠결시 대법원은 제외지에 대한 구 하천법, 하천편입토지 보상 등에 관한 특별조치법상의 보상규정을 유추적용하여 보상을 인정했고, 공공사업의 시행으로 인하여 발생한 간접손실에 대하여 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법」과 동법 시행규칙의 관련규정을 유추적용하여 보상을 인정한 바 있다.
- ④ (×) 개발제한구역의 지정으로 인한 개발가능성의 소멸과 그에 따른 지가의 하락이나 지가상승률의 상대적 감소는 토지소유자가 감수해야 하는 사회적 제약의 범주에 속하는 것으로 보아야 한다. 자신의 토지를 장래에 건축이나 개발목적으로 사용할 수 있으리라는 기대가능성이나 신뢰 및 이에 따른 지가상승의 기회는 원칙적으로 재산권의 보호범위에 속하지 않는다. 구역지정 당시의 상태대로 토지를 사용·수익·처분할 수 있는 이상, 구역지정에 따른 단순한 토지이용의 제한은 원칙적으로 재산권에 내재하는 사회적 제약의 범주를 넘지 않는다(헌재 1998.12.24. 89헌마214)

개발제한구역 지정으로 인하여	
토지를 종래 목적으로도 사용할 수 없음 or 더 이상 법적으로 허용된 토지이용 방법이 없어 실질적으로 토지의 사용·수익의 길이 없음.	토지를 종전 목적(용도)대로 사용할 수 있지만 개발가능성의 소멸과 그에 따른 지가의 하락이나 지가상승률의 상대적 감소
사회적 제약의 범위 넘음 ⇨ 보상규정 없으면 위헌	사회적 제약 범위 내 ⇨ 보상규정 없어도 합헌
• 나대지 : 개발제한구역 지정시 건물의 신축이 금지되는 결과 실제로는 지정 당시의 지목과 토지의 현황에 따른 용도로조차 사용할 수 없음	

답 ②

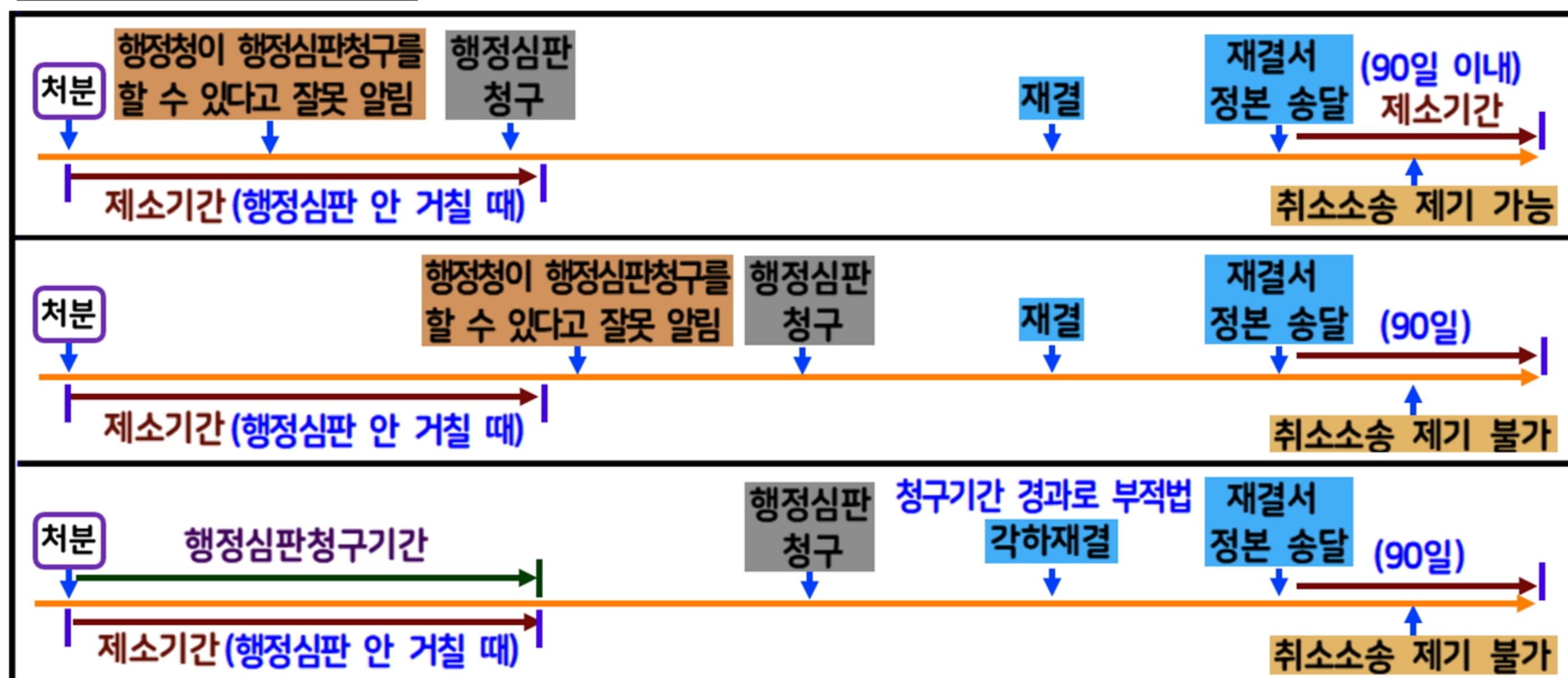
36 다음 중 「행정소송법」 상 제소기간에 대한 설명으로 가장 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 처분의 불가쟁력이 발생하였고 그 이후에 행정청이 당해 처분에 대해 행정심판 청구를 할 수 있다고 잘못 알았다면, 그 처분의 취소소송의 제소기간은 행정심판의 재결서를 받은 날부터 기산한다.
- ② 납세자의 이의신청에 의한 재조사결정에 따른 행정소송의 제소기간은 이의신청인 등이 재결청으로부터 재조사결정의 통지를 받은 날부터 기산한다.
- ③ 「산업재해보상법」 상 보험급여의 부당이득징수 결정의 하자를 이유로 징수금을 감액하는 경우 감액처분으로도 아직 취소되지 않고 남아 있는 부분이 위법하다 하여 이를 다룰 때에는, 제소기간의 준수 여부는 감액처분을 기준으로 하여야 한다.
- ④ 청구취지를 변경하여 종전의 소가 취하되고 새로운 소가 제기된 것으로 변경되었다면 새로운 소에 대한 제소기간 준수 여부는 원칙적으로 소의 변경이 있을 때를 기준으로 한다.

해설

- ① (×) 행정심판법 상 불고지·오고지 규정은 행정소송법에는 적용되지 않음 : 행정소송법 제20조 제1항은 '취소소송은 처분 등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 하나 행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알린 경우에 행정심판청구가 있는 때의 기간은 재결서의 정본을 송달받은 날부터 기산한다'고 규정하고 있는데, 위 규정의 취지는 불가쟁력이 발생하지 않아 적법하게 불복청구를 할 수 있었던 처분 상대방에 대하여 행정청이 법령상 행정심판청구가 허용되지 않음에도 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알린 경우에, 잘못된 안내를 신뢰하여 부적법한 행정심판을 거치느라 본래 제소기간 내에 취소소송을 제기하지 못한 자를 구제하려는 데에 있다. 이와 달리 이미 제소기간이 지남으로써 불가쟁력이 발생하여 불복청구를 할 수 없었던 경우라면 그 이후에 행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알렸다고 하더라도 그 때문에 처분 상대방이 적법한 제소기간 내에 취소소송을 제기할 수 있는 기회를 상실하게 된 것은 아니므로 이러한 경우에 잘못된 안내에 따라 청구된 행정심판 재결서 정본을 송달받은 날부터 다시 취소소송의 제소기간이 기산되는 것은 아니다. 불가쟁력이 발생하여 더 이상 불복청구를 할 수 없는 처분에 대하여 행정청의 잘못된 안내가 있었다고 하여 처분 상대방의 불복청구 권리가 새로이 생겨나거나 부활한다고 볼 수는 없기 때문이다(대판 2012.9.27. 2011두27247).

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



• 행정처분이 있음을 안 날부터 90일을 넘겨 행정심판을 청구하였다가 부적법하다는 이유로 각하재결을 받은 후 재결서를 송달받은 날부터 90일 내에 원래의 처분에 대하여 취소소송을 제기한 경우, 취소소송의 제소기간을 준수한 것으로 볼 수 없다(대판 2011.11.24. 2011두18786).

- ② (×) 이의신청 등에 대한 결정의 한 유형으로 실무상 행해지고 있는 재조사결정에 따른 심사청구기간이나 심판청구기간 또는 행정소송의 제소기간의 기산점(=후속 처분의 통지를 받은 날) : 이의신청 등에 대한 결정의 한 유형으로 실무상 행해지고 있는 재조사결정은 처분청으로 하여금 하나의 과세단위의 전부 또는 일부에 관하여 당해 결정에서 지적된 사항을 재조사하여 그 결과에 따라 과세표준과 세액을 경정하거나 당초 처분을 유지하는 등의 후속 처분을 하도록 하는 형식을 취하고 있다. 이에 따라 재조사결정을 통지받은 이의신청인 등은 그에 따른 후속 처분의 통지를 받은 후에야 비로소 다음 단계의 쟁송절차에서 불복할 대상과 범위를 구체적으로 특정할 수 있게 된다. 이와 같은 재조사결정의 형식과 취지, 그리고 행정심판제도의 자율적 행정통제기능 및 복잡하고 전문적·기술적 성격을 갖는 조세법률관계의 특수성 등을 감안하면, 재조사결정은 당해 결정에서 지적된 사항에 관해서는 처분청의 재조사결과를 기다려 그에 따른 후속 처분의 내용을 이의신청 등에 대한 결정의 일부로서 삼겠다는 의사가 내포된 변형결정에 해당한다고 볼 수밖에 없다. 그렇다면 재조사결정은 처분청의 후속 처분에 의하여 그 내용이 보완됨으로써 이의신청 등에 대한 결정으로서의 효력이 발생한다고 할 것이므로, 재조사결정에 따른 심사청구기간이나 심판청구기간 또는 행정소송의 제소기간은 이의신청인 등이 후속 처분의 통지를 받은 날부터 기산된다(대판 2010.6.25. 2007두12514).

• 국세기본법 제56조(다른 법률과의 관계)

- ② 제55조에 규정된 위법한 처분에 대한 행정소송은 「행정소송법」 제18조제1항 본문, 제2항 및 제3항에도 불구하고 이 법에 따른 심사청구 또는 심판청구와 그에 대한 결정을 거치지 아니하면 제기할 수 없다. 다만, 심사청구 또는 심판청구에 대한 제65조제1항제3호 단서(제81조에서 준용하는 경우를 포함한다)의 재조사 결정에 따른 처분청의 처분에 대한 행정소송은 그러하지 아니하다.
- ④ 제2항 단서에 따른 행정소송은 「행정소송법」 제20조에도 불구하고 다음 각 호의 기간 내에 제기하여야 한다.
 - 1. 이 법에 따른 심사청구 또는 심판청구를 거치지 아니하고 제기하는 경우 : 재조사 후 행한 처분청의 처분의 결과 통지를 받은 날부터 90일 이내. 다만, 제65조제5항(제81조에서 준용하는 경우를 포함)에 따른 처분기간(제65조제5항 후단에 따라 조사를 연기하거나 조사기간을 연장하거나 조사를 중지한 경우에는 해당 기간을 포함) 처분청의 처분 결과 통지를 받지 못하는 경우에는 그 처분기간이 지난 날부터 행정소송을 제기할 수 있다.
 - 2. 이 법에 따른 심사청구 또는 심판청구를 거쳐 제기하는 경우: 재조사 후 행한 처분청의 처분에 대하여 제기한 심사청구 또는 심판청구에 대한 결정의 통지를 받은 날부터 90일 이내. 다만, 제65조제2항(제81조에서 준용하는 경우를 포함한다)에 따른 결정기간에 결정의 통지를 받지 못하는 경우에는 그 결정기간이 지난 날부터 행정소송을 제기할 수 있다.
- ③ (×) 행정청이 산업재해보상보험법에 의한 보험급여 지급자에 대하여 부당이득 징수결정을 한 후 징수결정의 하자를 이유로 징수금 액수를 감액하는 경우에 감액처분은 감액된 징수금 부분에 관해서만 법적 효과가 미치는 것으로서 당초 징수결정과 별개 독립의 징수금 결정처분이 아니라 그 실질은 처음 징수결정의 변경이고, 그에 의하여 징수금의 일부취소라는 징수의무자에게 유리한 결과를 가져오는 처분이므로 징수의무자에게는 그 취소를 구할 소의 이익이 없다. 이에 따라 감액처분으로도 아직 취소되지 않고 남아 있는 부분이 위법하다 하여 다투고자 하는 경우, 감액처분을 항고소송의 대상으로 할 수는 없고, 당초 징수결정 중 감액처분에 의하여 취소되지 않고 남은 부분을 항고소송의 대상으로 할 수 있을뿐이며, 그 결과 제소기간의 준수 여부도 감액처분이 아닌 당초 처분을 기준으로 판단해야 한다.(대판 2012.9.27. 2011두27247.)
- ④ (○) 청구취지를 변경하여 구소가 취하고 새로운 소가 제기된 것으로 변경되었을 때에 새로운 소에 대한 제소기간을 준수하였는지는 원칙적으로 소의 변경이 있을 때를 기준으로 판단해야 한다.
 - 청구취지를 교환적으로 변경하여 종전의 소가 취하고 새로운 소가 제기된 것으로 보게 되는 경우에 새로운 소에 대한 제소기간의 준수 등은 원칙적으로 소의 변경이 있을 때를 기준으로 하여 판단된다. 그러나 선행처분의 취소를 구하는 소가 그 후속처분의 취소를 구하는 소로 교환적으로 변경되었다가 다시 선행처분의 취소를 구하는 소로 변경된 경우 후속처분의 취소를 구하는 소에 선행처분의 취소를 구하는 취지가 그대로 남아 있었던 것으로 볼 수 있다면 선행처분의 취소를 구하는 소의 제소기간은 최초의 소가 제기된 때를 기준으로 정하여야 한다.(대판 2013.7.11. 2011두27544)
 - 공정거래위원회의 처분에 대하여 불복의 소를 제기하였다가 청구취지를 추가하는 경우, 추가된 청구취지에 대한 제소기간 준수 여부를 판단하는 기준시점은 청구취지의 추가·변경 신청이 있는 때 : 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제54조 제1항에 따르면, 위 법에 의한 공정거래위원회의 처분에 대하여 불복의 소를 제기하고자 할 때에는 처분의 통지를 받은 날 또는 이의신청에 대한 재결서의 정본을 송달받은 날부터 30일 이내에 소를 제기하여야 한다. 청구취지를 추가하는 경우, 청구취지가 추가된 때에 새로운 소를 제기한 것으로 보므로, 추가된 청구취지에 대한 제소기간 준수 등은 원칙적으로 청구취지의 추가·변경 신청이 있을 때를 기준으로 판단하여야 한다. 그러나 선행 처분의 취소를 구하는 소를 제기하였다가 이후 후행 처분의 취소를 구하는 청구취지를 추가한 경우에도, 선행 처분이 종국적 처분을 예정하고 있는 일종의 잠정적 처분으로서 후행 처분이 있을 경우 선행 처분은 후행 처분에 흡수되어 소멸되는 관계에 있고, 당초 선행 처분에 존재한다고 주장되는 위법사유가 후행 처분에도 마찬가지로 존재할 수 있는 관계여서 선행 처분의 취소를 구하는 소에 후행 처분의 취소를 구하는 취지도 포함되어 있다고 볼 수 있다면, 후행 처분의 취소를 구하는 소의 제소기간은 선행 처분의 취소를 구하는 최초의 소가 제기된 때를 기준으로 정하여야 한다.(대판 2018.11.15. 2016두48737).

■ 소 변경의 경우 제소기간 준수 여부 기준시점

1. 소 변경의 유형

- (1) 행정소송법에 따른 소 변경 : 새로운 소의 제소기간 준수여부는 처음 소 제기시를 기준으로 판단.
 - ① 소 종류 변경 : 원고가 소의 종류 변경(예 무효확인소송 ⇨ 취소소송) 신청 ⇨ 법원의 소 변경 허가결정
 - ② 처분 변경에 의한 소 변경 : 소 제기 후 행정청이 처분 변경 ⇨ 원고가 청구취지·원인 변경 신청 ⇨ 법원의 소 변경 허가결정
- (2) 청구취지 변경의 경우(민사소송법에 따른 소 변경)
 - 행정소송법에 규정이 없는 소의 변경(처분 변경을 전제로 하지 않으며, 소의 종류 변경도 아님) ⇨ 민사소송법에 의한 소의 변경 가능
 - 원고가 청구취지를 변경하여 종전 소가 취하고 새로운 소가 제기된 것으로 변경시 새로운 소의 제소기간 준수여부는 소 변경시를 기준으로 판단.

but 선행처분에 대해 제소기간 내 취소소송이 적법하게 제기되어 계속 중에 행정청이 선행 처분서 문언에 일부 오기(처분 수신자 오기)가 있어 정정할 수 있음에도 선행처분을 직권취소하고 실질적으로 동일 내용의 후행처분을 함으로써 선행처분과 후행처분 사이에 밀접한 관련성이 있고 선행처분에 존재한다고 주장되는 위법사유가 후행처분에도 마찬가지로 존재할 수 있는 관계인 경우에는 후행 처분의 취소를 구하는 소 변경(교환적 변경)의 제소기간 준수 여부는 따로 따질 필요가 없음(제소기간은 준수로 봄)(대판 2019.7.4. 2018두58431).

2. 소 변경 및 병합시 제소기간 기산점

소의 변경	행정소송법 상 소 변경	소 종류 변경	원고가 소의 종류 변경 신청 ⇨ 법원의 소 변경 허가결정	처음 소 제기시를 기준
		처분 변경에 따른 소 변경	소 제기 후 행정청이 처분 변경 ⇨ 원고가 청구취지·원인 변경 신청 ⇨ 법원의 소 변경 허가결정	
	청구취지 변경 (민사소송법에 따른 소 변경)		행정소송법에 규정이 없는 소의 변경(처분 변경을 전제로 하지 않으며, 소의 종류 변경도 아님)	소 변경시를 기준
	추가적 병합(A청구 + B청구)		B청구는 추가·병합신청이 있을 때를 기준 •보충역편입처분취소처분의 효력을 다투는 소에 공익근무요원복무중단처분, 현역병입영대상편입처분 및 현역 병입영통지처분을 다투는 소도 포함되어 있다고 볼 수 없음. 공익근무요원복무중단처분, 현역병입영대상편입처분 및 현역병입영통지처분의 취소를 구하는 소의 제소기간 준수 여부는 각 그 청구취지의 추가·변경신청이 있을 때를 기준으로 개별적으로 살펴야 하며, 최초로 보충역편입처분취소처분 취소소송 제기시가 기준이 아님(대판 2004.12.10. 2003두12257)	
	추가적 병합 중 예비적 병합 (A 무효확인소송 + A 취소소송)		동일한 처분에 대해 무효확인소송 제기 후 취소소송을 추가적(예비적)으로 병합시 무효확인소송이 제소기간 내 제기되었으면 추가된 취소소송도 적법하게 제기된 것으로 봄	

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

- ① 집행정지의 결정에 의하여 효력이 정지되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 집행정지의 결정 취지에 따라 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다.
- ② 적법한 본안소송이 법원에 계속되어 있을 것을 요하지만, 본안소송의 제기와 집행정지신청이 동시에 행하여지는 경우도 허용된다.
- ③ 집행정지의 결정에 대하여는 즉시항고 할 수 있으며, 이 경우 집행정지의 결정에 대한 즉시항고에는 결정의 집행을 정지하는 효력이 없다.
- ④ 집행정지의 결정이 확정된 후 집행정지가 공공복리에 중대한 영향을 미치거나 그 정지사유가 없어진 때에는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 집행정지의 결정을 취소할 수 있다.

해설

이하 법률 규정은 행정소송법

① (×) 집행정지결정에 취소판결의 기속력에 대한 규정은 준용하고 있지만 재처분의무 규정은 준용하고 있지 않다(행정소송법 제23조 제6항, 제30조 제1항).

제23조(집행정지) ⑥ 제30조제1항의 규정은 제2항의 규정에 의한 집행정지의 결정에 이를 준용한다.

제30조(취소판결등의 기속력) ① 처분등을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다.

② (○) '적법한 본안소송이 계속되어 있을 것'은 집행정지의 요건이지만, 실무상 집행정지의 신청을 본안소송의 제기와 동시에 하는 것도 허용하고 있다. 즉 집행정지신청은 본안의 소제기 후 또는 동시에 하여야 한다.

③ (○) 법원의 집행정지결정이나 집행정지신청기각의 결정 또는 집행정지결정의 취소결정에 대해서는 즉시항고할 수 있다. 다만, 이 경우 집행정지의 결정에 대한 즉시항고는 그 즉시항고의 대상인 결정의 집행을 정지하는 효력이 없다(즉시항고를 하더라도 집행정지결정은 유효하다는 의미).

• **행정소송법 제23조(집행정지)** ⑤ 제2항의 규정에 의한 집행정지의 결정 또는 기각의 결정에 대하여는 즉시항고할 수 있다. 이 경우 **집행정지의 결정에 대한 즉시항고에는 결정의 집행을 정지하는 효력이 없다.**

④ (○) **제24조(집행정지의 취소)** ① 집행정지의 결정이 확정된 후 집행정지가 공공복리에 중대한 영향을 미치거나 그 정지사유가 없어진 때에는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 집행정지의 결정을 취소할 수 있다.

답 ①

38 다음 중 행정소송에 있어 처분사유의 추가·변경에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 당초의 처분사유인 중기취득세의 체납과 그 후 추가된 처분사유인 자동차세의 체납은 기본적 사실관계의 동일성이 부정된다.
- ② 추가 또는 변경된 사유가 당초의 처분시 그 사유를 명기하지 않았을 뿐 처분시에 이미 존재하고 있었고 당사자도 그 사실을 알고 있었다 하여 당초의 처분사유와 동일성이 있는 것이라 할 수 없다.
- ③ 처분사유의 변경으로 소송물이 변경되는 경우, 반드시 청구가 변경되는 것은 아니므로 처분사유의 추가·변경은 허용될 수 있다.
- ④ 처분사유의 추가·변경이 인정되기 위한 요건으로서의 기본적 사실관계의 동일성 유무는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초적인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지 여부에 따라 결정된다.

해설

① (○) 당초의 처분사유인 중기취득세의 체납과 그 후 추가된 처분사유인 자동차세의 체납은 각 세목, 과세년도, 납세의무자의 지위(연대납세의무자와 직접적 납세의무자) 및 체납액 등을 달리하고 있어 기본적 사실관계가 동일하다고 볼 수 없고, 중기취득세의 체납이나 자동차세의 체납이 다 같이 지방세의 체납이고 그 과세대상도 다 같은 지입(持入)중기에 대한 것이라는 점만으로는 기본적 사실관계의 동일성을 인정하기에 미흡하다(대판 1989.6.27. 88누6160).

② (○) 행정처분의 취소를 구하는 항고소송에 있어서, **처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서만 다른 사유를 추가하거나 변경할 수 있고**, 여기서 **기본적 사실관계의 동일성 유무는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일인지 여부에 따라 결정되며 이와 같이 기본적 사실관계와 동일성이 인정되지 않는 별개의 사실을 들어 처분사유로 주장하는 것이 허용되지 않는다고 해석하는 이유는 행정처분의 상대방의 방어권을 보장함으로써 실질적 법치주의를 구현하고 행정처분의 상대방에 대한 신뢰를 보호하고자 함에 그 취지가 있고, 추가 또는 변경된 사유가 당초의 처분시 그 사유를 명기하지 않았을 뿐 처분시에 이미 존재하고 있었고 당사자도 그 사실을 알고 있었다 하여 당초의 처분사유와 동일성이 있는 것이라 할 수 없다**(대판 2003.12.11. 2001두8827).

③ (×) 처분사유의 변경은 동일한 소송물의 범위 내에서만 가능하다. 즉, 처분의 동일성을 해치지 않는 범위 내에서 허용되므로 처분사유의 변경으로 소송물이 변경되는 경우에는 허용되지 않는다.

④ (○) 행정처분의 취소를 구하는 항고소송에 있어서, 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서만 다른 사유를 추가하거나 변경할 수 있고, 여기서 **기본적 사실관계의 동일성 유무는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일인지 여부에 따라 결정되며 이와 같이 기본적 사실관계와 동일성이 인정되지 않는 별개의 사실을 들어 처분사유로 주장하는 것이 허용되지 않는다고 해석하는 이유는 행정처분의 상대방의 방어권을 보장함으로써 실질적 법치주의를 구현하고 행정처분의 상대방에 대한 신뢰를 보호하고자 함에 그 취지가 있고, 추가 또는 변경된 사유가 당초의 처분시 그 사유를 명기하지 않았을 뿐 처분시에 이미 존재하고 있었고 당사자도 그 사실을 알고 있었다 하여 당초의 처분사유와 동일성이 있는 것이라 할 수 없다**(대판 2003.12.11. 2001두8827).

답 ③

39 다음 중 「행정심판법」상 행정심판에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 대통령의 처분 또는 부작위에 대하여는 다른 법률에서 행정심판을 청구할 수 있도록 정한 경우 외에는 행정심판을 청구할 수 없다.
- ② 행정심판위원회는 무효확인심판의 청구가 이유가 있더라도 이를 인용하는 것이 공공복리에 크게 위배된다고 인정하면 그 청구를 기각하는 재결을 할 수 있다.
- ③ 행정심판 결과에 이해관계가 있는 제3자나 행정청은 심판참가를 할 수 있으며, 행정심판위원회는 필요하다고 인정하면 그 행정심판 결과에 이해관계가 있는 제3자나 행정청에 그 사건 심판에 참가할 것을 요구할 수 있다.
- ④ 특별행정심판 또는 「행정심판법」에 따른 행정심판 절차에 대한 특례를 신설하거나 변경하는 법령을 제정·개정할 때에는 미리 중앙행정심판 위원회와 협의하여야 한다.

해설

이하 법률 규정은 행정심판법

- ① (○) 제3조(행정심판의 대상) ② 대통령의 처분 또는 부작위에 대하여는 다른 법률에서 행정심판을 청구할 수 있도록 정한 경우 외에는 행정심판을 청구할 수 없다.
- ② (×) 사정재결은 취소심판과 의무이행심판에 적용되며 무효등확인심판에는 적용되지 않음

제44조(사정재결)

- ① 위원회는 심판청구가 이유가 있다고 인정하는 경우에도 이를 인용(認容)하는 것이 공공복리에 크게 위배된다고 인정하면 그 심판청구를 기각하는 재결을 할 수 있다. 이 경우 위원회는 재결의 주문(主文)에서 그 처분 또는 부작위가 위법하거나 부당하다는 것을 구체적으로 밝혀야 한다.
- ② 위원회는 제1항에 따른 재결을 할 때에는 청구인에 대하여 상당한 구제방법을 취하거나 상당한 구제방법을 취할 것을 피청구인에게 명할 수 있다.
- ③ 제1항과 제2항은 무효등확인심판에는 적용하지 아니한다.

- ③ (○)

제20조(심판참가)

- ① 행정심판의 결과에 이해관계가 있는 제3자나 행정청은 해당 심판청구에 대한 제7조 제6항 또는 제8조 제7항에 따른 위원회나 소위원회의 의결이 있기 전까지 그 사건에 대하여 심판참가를 할 수 있다.

제21조(심판참가의 요구)

- ① 위원회는 필요하다고 인정하면 그 행정심판 결과에 이해관계가 있는 제3자나 행정청에 그 사건 심판에 참가할 것을 요구할 수 있다.

- ④ (○) 제4조(특별행정심판 등) ③ 관계 행정기관의 장이 특별행정심판 또는 이 법에 따른 행정심판 절차에 대한 특례를 신설하거나 변경하는 법령을 제정·개정할 때에는 미리 중앙행정심판위원회와 협의하여야 한다.

답 ②

40 다음 중 행정행위의 하자과 행정소송 상호 간의 관계에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 취소사유 있는 영업정지처분에 대한 취소소송의 제소기간이 도과한 경우 처분의 상대방은 국가배상청구소송을 제기하여 재산상 손해의 배상을 구할 수 있다.
- ② 무효인 과세처분에 의하여 세금을 납부한 자는 납부한 금액을 반환받기 위하여 부당이득반환 청구소송을 제기하지 않고 곧바로 과세처분 무효확인소송을 제기할 수 있다.
- ③ 취소사유 있는 과세처분에 의하여 세금을 납부한 자는 과세처분취소소송을 제기하지 않은 채 곧바로 부당이득반환청구소송을 제기하더라도 납부한 금액을 반환받을 수 있다.
- ④ 파면처분을 당한 공무원은 그 처분에 취소사유인 하자가 존재하는 경우 파면처분취소소송을 제기하여야 하고 곧바로 공무원지위확인소송을 제기할 수 없다.

해설

- ① (○) 취소사유 있는 영업정지처분에 대한 취소소송의 제소 기간이 도과한 경우는 불가쟁력이 발생한 경우이다. 불가쟁력이 발생한 경우에도 국가배상청구소송 수소법원인 민사법원은 선결문제로 처분의 위법성을 판단할 수 있으므로 국가배상청구가 가능하다.

- ② (○) 무효등확인소송은 확인의 이익(즉시확정의 이익, 보충성)이 요구되지 않음.

• 행정소송법 제35조에 규정된 '무효확인을 구할 법률상 이익'이 있는지를 판단할 때 행정처분의 무효를 전제로 한 이행소송 등과 같은 직접적인 구제수단이 있는지를 따질 필요가 없음 : 행정소송은 행정청의 위법한 처분 등을 취소·변경하거나 그 효력 유무 또는 존재 여부를 확인함으로써 국민의 권리 또는 이익의 침해를 구제하고 공법상의 권리관계 또는 법 적용에 관한 다툼을 적정하게 해결함을 목적으로 하므로, 대등한 주체 사이의 사법상 생활관계에 관한 분쟁을 심판대상으로 하는 민사소송과는 목적, 취지 및 기능 등을 달리한다. 또한 「행정소송법」 제4조에서는 무효확인소송을 항고소송의 일종으로 규정하고 있고, 「행정소송법」 제38조 제1항에서는 처분 등을 취소하는 확정판결의 기속력 및 행정청의 재처분의무에 관한 「행정소송법」 제30조를 무효확인소송에도 준용하고 있으므로 무효확인판결 자체만으로도 실효성을 확보할 수 있다. 그리고 무효확인소송의 보충성을 규정하고 있는 외국의 일부 입법례와는 달리 우리나라 「행정소송법」에는 명문의 규정이 없어 이로 인한 명시적 제한이 존재하지 않는다. 이와 같은 사정을 비롯하여 행정에 대한 사법통제, 권익구제의 확대와 같은 행정소송의 기능 등을 종합하여 보면, 행정처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우에는 「행정소송법」 제35조에 규정된 '무효확인을 구할 법률상 이익'이 있다고 보아야 하고, 이와 별도로 무효확인소송의 보충성이 요구되는 것은 아니므로 행정처분의 무효를 전제로 한 이행소송 등과 같은 직접적인 구제수단이 있는지 여부를 따질 필요가 없다(대판 2008.3.20. 2007두6342). cf) 공법상 계약의 무효확인을 구하는 당사자소송은 확인소송이므로 확인의 이익(즉시확정의 이익, 보충성)이 요구됨

- ③ (×) 과세처분에 단지 취소할 수 있는 위법사유가 있는 경우, 민사소송절차에서(선결문제로) 그 과세처분의 효력을 부인할 수 없음 : 과세처분이 당연무효라고

볼 수 없는 한 과세처분에 취소할 수 있는 위법사유가 있다 하더라도 그 과세처분은 행정행위의 공정력 또는 집행력에 의하여 그것이 적법하게 취소되기 전까지는 유효하다 할 것이므로, 민사소송절차에서 그 과세처분의 효력을 부인할 수 없다. 부동산에 대한 실질적인 소유자가 아닌 명의수탁자에 대하여 행해진 양도소득세 부과처분은 위법하지만 그 하자가 중대·명백하다고 할 수 없어 무효라고는 볼 수 없고 단지 취소할 수 있음에 불과하다. 과세처분이 위와 같이 단지 취소할 수 있음에 불과한 경우에는 민사소송절차에서 그 처분의 효력을 부인하여 위 양도소득세 채권이 존재하지 아니하는 것으로 인정할 수는 없다 할 것이고, 비록 위 양도소득세 부과처분의 취소를 구하는 행정소송의 제1심에서 소외 1의 승소판결이 선고되었다 하더라도, 그 소송이 원고의 항소로 항소심 계속중이라면 아직 그 과세처분이 적법하게 취소·확정된 것이 아니므로, 그 처분의 효력을 달리 볼 것은 아니라 할 것이다(대판 1999.8.20. 99다20179).

□ **당연무효인 과세처분** ⇨ 당사자소송(조세채무부존재확인소송) or 항고소송(과세처분무효확인소송) / 민사소송(부당이득반환청구소송)

□ **단순위법(취소사유)인 과세처분** ⇨ **과세처분취소소송** ⇨ 인용 판결 ⇨ 당사자소송(조세채무부존재확인소송) / 민사소송(부당이득반환청구소송)

④ ○ 행정행위의 공정력으로 인해 단순위법(취소사유)의 하자가 있는 행정행위는 취소소송 이외의 소송으로 그 효력을 부인할 수 없다. 따라서 파면처분을 받은 공무원은 파면처분이 단순위법의 처분이라면 파면처분취소소송을 제기해야 하고, 곧바로 당사자소송으로 공무원지위확인소송을 제기할 수는 없다.

□ **당연무효인 파면처분** ⇨ 파면처분취소소송 제기 없이 바로 공무원지위확인소송(당사자소송)

□ **단순위법(취소사유)인 파면처분** ⇨ **파면처분취소소송** ⇨ 취소판결 ⇨ 공무원지위확인소송(당사자소송)

*공정력 때문에 취소소송 외의 소송으로 처분의 효력을 부인 못함