

1 항고소송의 대상이 될 수 있는 것으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 제1차 철거대집행 계고처분에 응하지 아니한 경우에 발한 제2차 계고처분
- ② 「농지법」에 의하여 군수가 특정 지역의 주민들을 대리경작자로 지정한 행위에 따라 그 지역의 읍장과 면장이 영농할 세대를 선정하는 행위
- ③ 지방자치단체의 장이 그 지방자치단체 소유의 밭에 측백나무 300그루를 식재하는 행위
- ④ 교도소장이 수형자를 ‘접견 내용 녹음·녹화 및 접견시 교도관 참여대상자’로 지정하는 행위

해설

- ① (×) **1차 계고의 처분성은 인정되나 동일 내용의 2차·3차계고의 처분성은 인정 안 됨(대집행 기한의 연기 통지임)** : 건물의 소유자에게 위법건축물을 일정기간까지 철거할 것을 명함과 아울러 불이행할 때에는 대집행한다는 내용의 철거대집행 계고처분을 고지한 후 이에 불응하자 다시 제2차, 제3차 계고서를 발송하여 일정기간까지의 자진철거를 촉구하고 불이행하면 대집행을 한다는 뜻을 고지하였다면 행정대집행법상의 건물철거의무는 제1차 철거명령 및 계고처분으로서 발생하였고 제2차, 제3차의 계고처분은 새로운 철거의무를 부과한 것이 아니고 다만 대집행기한의 연기통지에 불과하므로 행정처분이 아니다(대판 1994.10.28. 94누5144).
- ② (×) **군수의 대리경작자의 지정과 그에 따른 읍면장의 영농세대 선정행위는 행정처분 아님** : 행정처분이라 함은 행정청이 특정한 사건에 대하여 법규에 의한 권리설정이나 의무를 명하는 등 법률상 효과를 발생케하는 외부에 표시된 공법상의 법률행위이므로 군수가 농지의 보전 및 이용에 관한 법률에 의하여 특정지역의 주민들을 대리경작자로 지정한 행위는 그 주민들에게 유흥농지를 경작할 수 있는 권리를 부여하는 행정처분이고 이에 따라 그 지역의 읍장과 면장이 영농할 세대를 선정한 행위는 위 행정처분의 통지를 대행한 사실행위에 불과하다(대판 1980.9.9. 80누308)
- ③ (×) **피고의 행위 즉 부산시 서구청장이 원고 소유의 밭에 측백나무 300주를 식재한 것은 공법상의 법률행위가 아니라 사실행위에 불과하므로 행정소송의 대상이 아니다**(대판 1979.7.24. 79누173).
- ④ (○) **교도소장이 특정 수형자를 ‘접견내용 녹음·녹화 및 접견 시 교도관 참여대상자’로 지정한 행위는 행정처분** : 교도소장이 특정 수형자를 ‘접견내용 녹음·녹화 및 접견 시 교도관 참여대상자’로 지정한 행위는 원고의 접견 시마다 사생활의 비밀 등 권리에 제한을 가하는 행위이고, 이는 피고가 그 우월적 지위에서 수형자인 원고에게 일방적으로 강제하는 성격을 가진 공권력적 사실행위의 성격을 갖고 있는 점 등을 종합하면, 위와 같은 지정행위는 수형자의 구체적 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 행정청의 공법상 행위로서 항고소송의 대상이 되는 ‘처분’에 해당한다(대판 2014.2.13. 2013두20899).

답 ④

2 [각론] 「경찰관 직무집행법」의 내용으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 경찰장구란 경찰관이 휴대하여 범인 검거와 범죄 진압 등의 직무수행에 사용하는 수갑, 포승 등을 말한다.
- ② 경찰관은 대테러 작전 등 국가안전에 관련되는 작전을 수행할 때에는 개인화기 외에 공용화기는 사용할 수 없다.
- ③ 경찰관이 불심검문 장소에서 질문하는 것이 교통에 방해가 된다고 인정하여 가까운 경찰서로 동행을 요구한 경우, 동행을 요구받은 사람은 이를 거절할 수 있다.
- ④ 경찰관은 어떠한 죄를 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 사람에 대하여 정지시켜 질문할 수 있다.

해설

- ① (○) **제10조의2(경찰장구의 사용)** ② 제1항에서 “경찰장구”란 경찰관이 휴대하여 범인 검거와 범죄 진압 등의 직무 수행에 사용하는 수갑, 포승(捕繩), 경찰봉, 방패 등을 말한다.
- ② (×) **제10조의4(무기의 사용)** ③ 대간첩·대테러 작전 등 국가안전에 관련되는 작전을 수행할 때에는 개인화기(個人火器) 외에 **공용화기(共用火器)를 사용할 수 있다.**
- ③ (○) **제3조(불심검문)** ② 경찰관은 제1항에 따라 같은 항 각 호의 사람을 정지시킨 장소에서 질문을 하는 것이 그 사람에게 불리하거나 교통에 방해가 된다고 인정될 때에는 질문을 하기 위하여 가까운 경찰서·지구대·파출소 또는 출장소(지방해양경찰관서를 포함하며, 이하 “경찰관서”라 한다)로 동행할 것을 요구할 수 있다. 이 경우 동행을 요구받은 사람은 그 요구를 거절할 수 있다.
- ④ (○) **제3조(불심검문)** ① 경찰관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람을 정지시켜 질문할 수 있다.
 1. 수상한 행동이나 그 밖의 주위 사정을 합리적으로 판단하여 볼 때 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 사람
 2. 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관한 사실을 안다고 인정되는 사람

답 ②

3 다음 중 선행행위와 후행행위 간 하자의 승계가 인정되지 않는 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 개별공시지가결정과 이에 근거한 개발부담금 부과처분
- ② 신고납세방식의 취득세 신고행위와 징수처분
- ③ 계고처분과 대집행비용납부 명령
- ④ 표준지공시지가결정과 수용재결

해설

- ① [승계 인정] 개발부담금 정산에 따라 변경된 개발부담금부과처분의 취소를 구하는 소에서 개별공시지가결정의 위법사유를 독립된 불복사유로 주장 가능 : 개발부담금 산정시 부과종료시점지가와 부과개시시점지가를 모두 개별공시지가에 의하여 산정하도록 하고, 다만 부과종료시점 당시에는 개발사업이 완료된 상태의 부과대상토지를 기준으로 한 개별공시지가가 아직 결정 공시되어 있지 않기 때문에 별도로 표준지를 선정하고 토지가격비준표를 적용하는 방법에 의하여 부과종료시점지가를 산정하였다가 다음해에 부과대상토지에 대한 개별공시지가가 결정 공시되면 그 개별공시지가를 기준으로 부과종료시점지가를 재산출하여 개발부담금을 재산정한 다음 그것과 당초 부과한 개발부담금과의 차액을 정산하도록 함으로써 개발부담금 산정에 개별공시지가 적용원칙을 선언 관철하려는 데 그 취지가 있다. 그러므로, 위와 같이 개발부담금을 정산하게 되면 당초의 부과처분은 그 정산에 의하여 증액 또는 감액되게 되고, 그 개발부담금을 부과받은 사업시행자가 부과종료시점지가의 산정에 위법이 있음을 이유로 당해 증액 또는 감액된 개발부담금부과처분의 취소를 구하는 경우에도 부과종료시점지가 산정의 기초가 된 개별공시지가결정에 위법사유가 있음을 독립된 불복사유로 주장할 수 있다고 할 것이다(대판 1997.4.11. 96누9096).
- ② [승계 부정] 취득세 납세의무자의 신고행위의 하자는 당연무효가 아닌 한 후행처분인 징수처분에 승계되지 않음 : 신고납세방식을 채택하고 있는 취득세에 있어서 과세관청이 납세의무자의 신고에 의하여 취득세의 납세의무가 확정된 것으로 보고 그 이행을 명하는 징수처분으로 나아간 경우, 납세의무자의 신고행위에 하자가 존재하더라도 그 하자가 당연무효 사유에 해당하지 않는 한 그 하자가 후행처분인 징수처분에 그대로 승계되지는 않는 것이고, 납세의무자의 신고행위의 하자가 중대하고 명백하여 당연무효에 해당하는지 여부는 신고행위의 근거가 되는 법규의 목적, 의미, 기능 및 하자 있는 신고행위에 대한 법적 구제수단 등을 목적론적으로 고찰함과 동시에 신고행위에 이르게 된 구체적 사정을 개별적으로 파악하여 합리적으로 판단하여야 한다(대판 2006.9.8. 2005두14394).
- ③ [승계 인정] 대집행절차는 계고 ⇨ 대집행영장의 통지 ⇨ 대집행의 실행 ⇨ 대집행에 요한 비용의 납부명령의 4단계로 이루어지는데, 이 4단계의 행위는 각각 독립된 것이 아니고 상호 결합하여 대집행이라는 효과를 완성하는 것이기 때문에, 선행행위의 하자(흠)는 후행행위에 승계된다
 • 후행처분인 대집행비용납부명령 취소청구 소송에서 선행처분인 계고처분이 위법하다는 이유로 대집행비용납부명령의 취소를 구할 수 있음 : 대집행의 계고·대집행영장에 의한 통지·대집행의 실행·대집행에 요한 비용의 납부명령 등은, 타인이 대신하여 행할 수 있는 행정의무의 이행을 의무자의 비용부담하에 확보하고자 하는, 동일한 행정목적 달성을 위하여 단계적인 일련의 절차로 연속하여 행하여지는 것으로서, 서로 결합하여 하나의 법률효과를 발생시키는 것이므로, 선행처분인 계고처분이 하자가 있는 위법한 처분이라면, 비록 하자가 중대하고도 명백한 것이 아니어서 당연무효의 처분이라고 볼 수 없고 대집행의 실행이 이미 사실행위로서 완료되어 계고처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없게 되었으며, 또 대집행비용납부명령 자체에는 아무런 하자가 없다 하더라도, 후행처분인 대집행비용납부명령의 취소를 청구하는 소송에서 청구원인으로 선행처분인 계고처분이 위법한 것이기 때문에 그 계고처분을 전제로 행하여진 대집행비용납부명령도 위법한 것이라는 주장을 할 수 있다.(대판 1993.11.9. 93누14271).
- ④ [승계 인정] 표준지 공시지가결정과 수용재결(수용보상금결정) 간 하자의 승계 인정(별개의 법률효과를 목적으로 하는 독립된 처분들이지만 하자 승계 부정시 수인한도를 넘는 불이익을 초래하므로) : 표준지공시지가결정은 이를 기초로 한 수용재결 등과는 별개의 독립된 처분으로서 서로 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하지만, 표준지공시지가는 이를 인근 토지의 소유자나 기타 이해관계인에게 개별적으로 고지하도록 되어 있는 것이 아니어서 인근 토지의 소유자 등이 표준지공시지가결정 내용을 알고 있었다고 전제하기가 곤란할 뿐만 아니라, 결정된 표준지공시지가가 공시될 당시 보상금 산정의 기준이 되는 표준지의 인근 토지를 함께 공시하는 것이 아니어서 인근 토지소유자는 보상금 산정의 기준이 되는 표준지가 어느 토지인지를 알 수 없으므로, 인근 토지소유자가 표준지의 공시지가가 확정되기 전에 이를 다투는 것은 불가능하다. 더욱이 장차 어떠한 수용재결 등 구체적인 불이익이 현실적으로 나타나게 되었을 경우에 비로소 권리구제의 길을 찾는 것이 우리 국민의 권리의식임을 감안하여 볼 때, 인근 토지소유자 등으로 하여금 결정된 표준지공시지가를 기초로 하여 장차 토지보상 등이 이루어질 것에 대비하여 항상 토지의 가격을 주시하고 표준지공시지가결정이 잘못된 경우 정해진 시정절차를 통하여 이를 시정하도록 요구하는 것은 부당하게 높은 주의의무를 지우는 것이고, 위법한 표준지공시지가결정에 대하여 그 정해진 시정절차를 통하여 시정하도록 요구하지 않았다는 이유로 위법한 표준지공시지가를 기초로 한 수용재결 등 후행 행정처분에서 표준지공시지가결정의 위법을 주장할 수 없도록 하는 것은 수인한도를 넘는 불이익을 강요하는 것으로서 국민의 재산권과 재판받을 권리를 보장한 헌법의 이념에도 부합하는 것이 아니다. 따라서 표준지공시지가결정이 위법한 경우에는 그 자체를 행정소송의 대상이 되는 행정처분으로 보아 그 위법 여부를 다룰 수 있음은 물론, 수용보상금의 증액을 구하는 소송에서도 선행처분으로서 그 수용대상토지 가격 산정의 기초가 된 비교표준지공시지가결정의 위법을 독립한 사유로 주장할 수 있다(대판 2008.8.21. 2007두13845).

구분	주체	목적	대상	기능
표준지공시지가	국토교통부장관	일반적 기준지표	표준지	토지보상금(손실보상시) 산정 기준 / 개별공시지가 산정의 기초자료
개별공시지가	시장·군수·구청장	특정 목표(과세 등)	개별토지	과세(양도소득세·증부세·재산세·상속세)·개발부담금 부과기준, 건강보험료 산정기준

하자승계 인정	하자승계 부정
표준지 공시지가결정과 수용재결(보상금결정)	표준지공시지가결정과 개별토지가격(개별공시지가)결정
개별공시지가결정과 후행과세처분(양도소득세부과처분)	
개별공시지가결정과 후행개발부담금부과처분	표준지공시지가결정과 조세부과처분



* 표준지 공시지가결정과 수용재결(보상금결정), 개별공시지가결정과 양도소득세부과처분간 하자 승계 인정 이유는 선·후행처분이 별개 법률효과를 목적으로 하지만 수인한도 초과, 예측불가능성 때문임

답 ②

4 「행정소송법」에서 규정하고 있는 항고소송이 아닌 것은?

- ① 취소소송
- ② 무효등확인소송
- ③ 부작위위법확인소송
- ④ 기관소송

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

답 ④

5 통치행위에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 남북정상회담의 개최과정에서 재정경제부장관에게 신고하지 아니하거나 통일부장관의 협력사업 승인을 얻지 아니한 채 북한 측에 사업권의 대가 명목으로 송금한 행위는 사법심사의 대상이 된다.
- ② 일반사병의 이라크 파견결정은 성격상 국방 및 외교에 관련된 고도의 정치적 결단을 요하는 문제이다.
- ③ 판례는 대통령의 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 긴급재정·경제명령의 발령을 통치행위로 보았다.
- ④ 통치행위를 포함하여 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 한계를 반드시 지켜야 하는 것은 아니다.

해설	
① (○)	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, <u>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</u> (대판 2004.3.26. 2003도7878).
② (○)	<u>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.</u> 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(자이툰 부대) 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 국무회의 심의·의결을 거쳐 국회의 동의를 얻음으로써 헌법과 법률에 따른 절차적 정당성을 확보했음을 알 수 있다. 그렇다면 이 사건 파견결정은 그 성격상 국방 및 외교에 관련된 고도의 정치적 결단을 요하는 문제로서, <u>헌법과 법률이 정한 절차를 지켜 이루어진 것이 명백하므로, 대통령과 국회의 판단은 존중되어야 하고 우리 재판소가 사법적 기준만으로 이를 심판하는 것은 자제되어야 한다.</u> 오랜 민주주의 전통을 가진 외국에서도 외교 및 국방에 관련된 것으로서 고도의 정치적 결단을 요하는 사안에 대하여는 줄곧 사법심사를 자제하고 있는 것도 바로 이러한 취지에서 나온 것이라 할 것이다. 이에 대하여는 설혹 사법적 심사의 회피로 자의적 결정이 방지될 수도 있다는 우려가 있을 수 있으나 그러한 대통령과 국회의 판단은 궁극적으로는 선거를 통해 국민에 의한 평가와 심판을 받게 될 것이다. 이 사건 파견결정에 대한 사법적 판단을 자제함이 타당하다(헌재결 2004.4.29. 2003헌마814).
③ (○), ④ (×)	대통령의 「 <u>금융실명거래 및 비밀보장에 관한 긴급재정경제명령</u> 」은 국가긴급권의 일종으로서 <u>고도의 정치적 결단에 의하여 발동되는 행위</u> 이고 그 결단은 존중하여야 할 필요성이 있는 행위라는 의미에서 통치행위이나 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 헌법재판소의 심판대상이 된다. <u>통치행위를 포함하여 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 한계를 반드시 지켜야 하는 것이고, 헌법재판소는 헌법의 수호와 국민의 기본권보장을 사명으로 하는 국가기관이므로 비록 고도의 정치적 결단에 의하여 행해지는 국가작용이라고 할지라도 그것이 국민의 기본권침해와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 된다</u> (헌재 1996.2.29. 93헌마186).

답 ④

6 행정의 자기구속의 원칙에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정의 자기구속의 원칙은 법적으로 동일한 사실관계, 즉 동종의 사안에서 적용이 문제되는 것으로 주로 재량의 통제법리와 관련된다.
- ② 헌법재판소는 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙을 근거로 행정의 자기구속의 원칙을 인정하고 있다.
- ③ 반복적으로 행해진 행정처분이 위법하더라도 행정의 자기구속의 원칙에 따라 행정청은 선행처분에 구속된다.
- ④ 재량준칙이 공표된 것만으로는 행정의 자기구속의 원칙이 적용될 수 없고, 재량준칙이 되풀이 시행되어 행정관행이 성립한 경우에 행정의 자기구속의 원칙이 적용될 수 있다.

해설

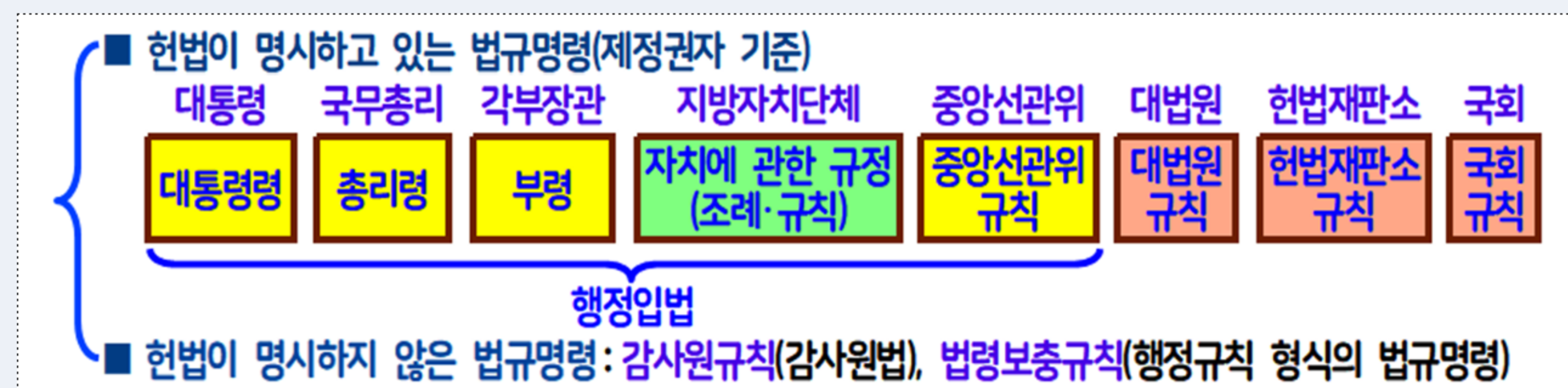
- ① (○) 자기구속원칙은 재량권 행사의 통제법리로서 행정청이 동종 사안에서 이전에 제3자에게 행한 결정의 기중에 스스로 구속당하는 원칙이다.
 • 재량권행사의 준칙인 행정규칙(재량준칙)이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이루어지게 되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 받게 되므로, 이러한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그를 위반하는 처분은 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 위배되어 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이 된다(대판 2009.12.24. 2009두7967).
- ② (○) 자기구속의 원칙의 근거로 대법원과 헌법재판소 모두 평등원칙과 신뢰보호원칙을 든다.
 • 행정규칙은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가지는 것이나, 행정규칙이 법령의 규정에 의하여 행정관청에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 경우나 재량권행사의 준칙인 규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이룩되게 되면, **평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라** 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 **자기구속을 당하게 되는 경우에는** 대외적인 구속력을 가지게 되는바, 이러한 경우에는 헌법소원의 대상이 될 수도 있다(헌재 2001.5.31. 99헌마41).
- ③ (×) **위법한 행정처분이 수차례에 반복적으로 행해졌더라도 행정청에 대하여 자기구속력을 갖지 못함** : 일반적으로 행정상의 법률관계에 있어서 행정청의 행위에 대하여 신뢰보호의 원칙이 적용되기 위하여는 행정청이 개인에 대하여 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해표명을 하였다는 점이 전제되어야 한다. 그리고 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 동의서를 효력이 없는 것으로 간주한 선례)가 있다고 하더라도 피고가 참가인 조합설립추진위원회에 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).
- 〔 **평등원칙·자기구속원칙** : 위법한 처분에는 적용 안 됨(불법에 있어서 평등 대우 부정)
신뢰보호원칙 : 위법한 선행처분(견해표명)에도 적용(단, 무효인 선행처분에는 적용되지 않음) 〕
- ④ (○) 판례는 재량준칙이 공표된 것만으로는 자기구속원칙이 적용될 수 없고 되풀이 시행되어 행정관행이 성립해야 한다고 봄.
 • **재량준칙이 되풀이 시행되어 행정관행이 이루어졌다고 볼 수 없다면 자기구속원칙을 위반한 것이 아님** : 위 지침이 되풀이 시행되어 행정관행이 이루어졌다거나 그 공표만으로 신청인이 보호가치 있는 신뢰를 갖게 되었다고 볼 수 없고, 쌀 시장 개방화에 대비한 경쟁력 강화 등 우월한 공익상 요청에 따라 위 지침상의 요건 외에 '시·군별 건조저장시설 개소당 논 면적 1,000ha 이상' 요건을 추가할 만한 특별한 사정을 인정할 수 있어, 그 처분이 행정의 자기구속의 원칙 및 행정규칙에 관련된 신뢰보호의 원칙에 위배되거나 재량권을 일탈·남용한 위법이 없다(대판 2009.12.24. 2000두7967).

3

7 행정법의 법원(法源)으로서 헌법에서 직접 규정하고 있지 않은 것은?

- ① 대통령령, 총리령, 부령
② 중앙선거관리위원회 규칙
③ 지방자치단체의 자치에 관한 규정
④ 감사원 규칙

해설



답 ④

8 준법률행위적 행정행위가 아닌 것은?

- [illegible]

해설

법률행위적 행정행위	명령적 행위	하명, 허가, 면제
	형성적 행위	특허, 인가, 대리(③ 행려병자의 유류품처분)
주표률행위적 행정행위	확인(① 발명특허, ② 교과서의 검정, ④ 도로구역의 결정), 공증, 통지, 수리	

- **확인**과 **공증**

구 분	확 인	공 증
의 의	특정 사실·법률관계 존부·정부에 <u>의문·다툼이 있는 경우</u> 공권적으로 판단·확정	<u>의문·다툼이 없는 것</u> 을 전제로 특정 사실·법률관계 존부·정부를 증명
성 질	<u>판단의 표시</u>	<u>인식의 표시</u>
효 과	불가변력, 소급효	공적 증명력
종 류	• 조직법(예) 당선인결정, 국가시험합격자 결정) • 복리행정법(예) 도로구역결정, 발명특허, 교과서의 검·인정) • 재정법(예) 소득세 부과를 위한 소득금액결정) • 행정쟁송법(예) 이의신청·행정심판 재결)	• 등록(예) 외국인등록, 광업권등록), 등재(예) 토지대장에 등재) • 기재(예) 의사록·회의록에의 기재) • 증명서 발급(예) 합격증서발급, 여권발급), 영수증교부, • 검인, 증인 등의 날인
유사점	기속행위, 요식행위, 효과의사의 표시가 아님 - 준법률행위적 행정행위	

③

9 신뢰보호의 원칙에 관한 설명으로 가장 옳은 것은?^(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「행정절차법」은 처분의 방식으로 문서주의를 표방하고 있으므로, 행정청의 공적 견해 표명은 묵시적으로 표시되어서는 안 된다.
- ② 병무청 담당부서의 담당공무원에게 공적 견해의 표명을 구하는 정식의 서면질의 등을 하지 아니한 채 총무과 민원팀장에 불과한 공무원이 민원봉사차원에서 상담에 응하여 안내한 것을 신뢰한 경우, 신뢰보호의 원칙이 적용되지 아니한다.
- ③ 신뢰보호의 원칙은 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우에도 부정되어야 하는 것은 아니다.
- ④ 실권의 법리는 법의 일반원리인 신의성실의 원칙에 바탕을 둔 파생원칙이므로 권력관계에는 적용되지 않는다.

해설

- ① (×) 「행정절차법」은 처분의 방식으로 문서주의를 표방하고 있지만, 신뢰보호원칙의 요건인 행정청의 공적 견해 표명은 명시적·묵시적인 것을 포함.

신뢰보호원칙의 요건인 선행조치의 의의

- ① 법령·조례·규칙·처분(행정행위)·합의·확약·행정계획, 행정지도등 사실행위, 기타 국민이 신뢰를 가지게 될 일체의 조치
 - ☑ 확약을 행정행위로 인정해야 확약 위반시 신뢰보호원칙 위반을 원용할 수 있다.(×)
 - ☑ 조세법령의 규정 내용 및 행정규칙 자체는 과세관청의 공적 견해 표명에 해당하지 않는다.(○) - 법령도 공적 견해표명에 해당 될 수 있다는 점과 구별할 것.
 - ② 명시적·적극적+묵시적·소극적 견해표명. 작위+부작위에 의한 견해표명.
 - * 판례는 '공적 견해표명'에 한정. 학설보다 인정 범위 좁음. 단 묵시적 견해표명도 인정
 - ③ 처분청 자신이 한 조치 + 보조기관의 조치(형식적 권한분장에 구애되지 않음)
 - ③ 선행조치가 행정행위이면 적법행위·위법행위 모두 가능 / 단, 무효행위, 아직 처분행위가 존재하지 않는 기대이익·예상이익은 신뢰 대상이 아님
 - ④ 특정 개인에게 할 필요는 없음(cf. 신의성실원칙은 특정 개인과의 관계를 전제로 함)
- ② (○) 병무청 담당부서의 담당공무원에게 공적 견해의 표명을 구하는 정식의 서면질의 등을 하지 아니한 채 총무과 민원팀장에 불과한 공무원이 민원봉사차원에서 상담에 응하여 복무기간 6개월의 보충역편입이 가능하다고 안내한 것을 신뢰한 경우, 신뢰보호 원칙이 적용되지 아니한다(대판 2003.12.26. 2003두1875).
- ③ (×) 선행조치에 따르는 것이 공익 또는 제3자의 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우에는 신뢰보호원칙이 적용되지 않는다.
- 행정기본법 제12조(신뢰보호의 원칙) ① 행정청은 공익 또는 제3자의 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우를 제외하고는 행정에 대한 국민의 정당하고 합리적인 신뢰를 보호하여야 한다.
 - 행정청의 행위에 대하여 신뢰보호의 원칙이 적용되기 위한 요건 : 일반적으로 행정상의 법률관계에 있어서 행정청의 행위에 대하여 신뢰보호의 원칙이 적용되기 위해서는, 첫째 행정청이 개인에 대하여 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해표명을 하여야 하고, 둘째 행정청의 견해표명이 정당하다고 신뢰한 데에 대하여 그 개인에게 귀책사유가 없어야 하며, 셋째 그 개인이 그 견해표명을 신뢰하고 이에 상응하는 어떠한 행위를 하였어야 하고, 넷째 행정청이 위 견해표명에 반하는 처분을 함으로써 그 견해표명을 신뢰한 개인의 이익이 침해되는 결과가 초래되어야 하며, 마지막으로 위 견해표명에 따른 행정처분을 할 경우 이로 인하여 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 경우가 아니어야 한다(대판 2006.6.9. 2004두46).
- ④ (×) 판례는 실권의 법리의 근거를 신의성실원칙으로 보지만, 행정기본법은 신뢰보호의 원칙과 함께 규정.
- 실권 또는 실효의 법리는 법의 일반원리인 신의성실의 원칙에 바탕을 둔 파생원칙인 것이므로 공법관계 가운데 관리관계는 물론이고 권력관계에도 적용되어야 함을 배제할 수는 없다 하겠으나 그것은 본래 권리행사의 기회가 있음에도 불구하고 권리자가 장기간에 걸쳐 그의 권리를 행사하지 아니하였기 때문에 의무자인 상대방은 이미 그의 권리를 행사하지 아니할 것으로 믿을 만한 정당한 사유가 있게 되거나 행사하지 아니할 것으로 추인케 할 경우에 새삼스럽게 그 권리를 행사하는 것이 신의성실의 원칙에 반하는 결과가 될 때 그 권리행사를 허용하지 않는 것을 의미한다.(대판 1988.4.27. 87누915).
 - 행정기본법 제12조(신뢰보호의 원칙) ② 행정청은 권한 행사의 기회가 있음에도 불구하고 장기간 권한을 행사하지 아니하여 국민이 그 권한이 행사되지 아니할 것으로 믿을 만한 정당한 사유가 있는 경우에는 그 권한을 행사해서는 아니 된다. 다만, 공익 또는 제3자의 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우는 예외로 한다.

답 ②

10 행정상 계약에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?^(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정청은 법령 등을 위반하지 아니하는 범위에서 행정목적 달성을 위하여 필요한 경우에는 공법상 법률관계에 대한 계약을 체결할 수 있다.
- ② 국가와 사인 사이에 계약이 체결되었다면 법령에 따라 작성해야 하는 계약서가 따로 작성되지 않았다고 하더라도 효력이 있다.
- ③ 국가가 당사자가 되는 이른바 공공계약은 사경제 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상 계약이다.
- ④ 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 입찰 참가자격제한조치는 행정처분에 해당한다.

해설

- ① (○), ② (×) 공법상 계약은 법률의 근거가 없어도 법령등을 위반하지 않는 범위에서 체결할 수 있지만, 행정기본법상 계약서를 작성해야 함. 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 제11조 제1항도 계약서를 작성하도록 하고 있고 판례도 국가나 지방자치단체가 사경제주체로서 사인과 사법상 계약을 체결함에 있어서도 계약서 작성등 법령상 요건·절차를 거치지 않은 계약은 체결되어도 효력이 없다고 본다.

행정기본법 제27조(공법상 계약의 체결)

- ① 행정청은 법령등을 위반하지 아니하는 범위에서 행정목적 달성을 위하여 필요한 경우에는 공법상 법률관계에 관한 계약(공법상 계약)을 체결할 수 있다. 이 경우 계약의 목적 및 내용을 명확하게 적은 계약서를 작성하여야 한다.
- ② 행정청은 공법상 계약의 상대방을 선정하고 계약 내용을 정할 때 공법상 계약의 공공성과 제3자의 이해관계를 고려하여야 한다.

• 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제11조(계약서의 작성 및 계약의 성립) ① 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 계약을 체결할 때에는 다음 각 호의 사항을 명백하게 기재한 계약서를 작성하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 경우에는 계약서의 작성을 생략할 수 있다.

• 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률상의 요건과 절차를 거치지 않고 체결한 국가와 사인 간의 사법상 계약은 무효: 구 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(2012. 12. 18. 법률 제11547호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘국가계약법’이라 한다)」 제11조 규정 내용과 국가가 일방당사자가 되어 체결하는 계약의 내용을 명확히 하고 국가가 사인과 계약을 체결할 때 적법한 절차에 따를 것을 담보하려는 규정의 취지 등에 비추어 보면, 국가가 사인과 계약을 체결할 때에는 국가계약법령에 따른 계약서를 따로 작성하는 등 요건과 절차를 이행하여야 할 것이고, 설령 국가와 사인 사이에 계약이 체결되었다고 하더라도 이러한 법령상 요건과 절차를 거치지 아니한 계약은 효력이 없다.(대판 2015.1.15. 2013다21513)

③ (○) 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률에 따라 국가가 당사자가 되는 이른바 공공계약은 사경제 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상 계약으로서 본질적인 내용은 사인 간의 계약과 다를 바 없으므로, 그에 관한 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 사적 자치와 계약자유의 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용된다. 따라서 계약 체결을 위한 입찰절차에서 입찰서 제출에 하자가 있다 하여도 그것만으로 해당 입찰이 무효가 되는 것은 아니다.(대결 2012.9.20. 2012마1097)

④ (○) 공공기관의 운영에 관한 법률 제39조 제2항과 그 하위법령에 따라 한국수력원자력 주식회사(공공기관 유형 중 공기업)가 한 입찰참가자격제한 조치는 행정처분: 행정절차에 관한 일반법인 행정절차법은 행정청을 “행정에 관한 의사를 결정하여 표시하는 국가 또는 지방자치단체의 기관”, “그 밖에 법령 또는 자치법규에 따라 행정권한을 가지고 있거나 위임 또는 위탁받은 공공단체 또는 그 기관이나 사인(사인)”이라고 정의하고 있고(제2조 제1호), 행정소송법도 “이 법을 적용함에 있어서 행정청에는 법령에 의하여 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 행정기관, 공공단체 및 그 기관 또는 사인이 포함된다.”라고 규정하고 있다(제2조 제2항). 공공기관의 운영에 관한 법률(이하 ‘공공기관운영법’이라 한다) 제39조는 공기업·준정부기관은 공정한 경쟁이나 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 판단되는 사람·법인 또는 단체 등에 대하여 2년의 범위 내에서 일정 기간 입찰참가자격을 제한할 수 있고(제2항), 그에 따른 입찰참가자격의 제한기준 등에 관하여 필요한 사항은 기획재정부령으로 정하도록 규정하고 있다(제3항). 그 위임에 따른 ‘공기업·준정부기관 계약사무규칙’ 제15조는 기관장은 공정한 경쟁이나 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 판단되는 자에 대해서는 ‘국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률’ 제27조에 따라 입찰참가자격을 제한할 수 있다고 규정하고 있다. 이와 같이 공공기관운영법 제39조 제2항과 그 하위법령에 따른 입찰참가자격제한 조치는 ‘구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사’로서 행정처분에 해당한다. 공공기관운영법은 공공기관을 공기업, 준정부기관, 기타공공기관으로 구분하고(제5조), 그중에서 공기업, 준정부기관에 대해서는 입찰참가자격제한처분을 할 수 있는 권한을 부여하였다. 한국수력원자력 주식회사는 한국전력공사법에 의하여 설립된 공법인인 한국전력공사가 종래 수행하던 발전사업 중 수력·원자력 발전사업 부문을 전문적·독점적으로 수행하기 위하여 2000. 12. 23. 법률 제6282호로 제정된 ‘전력산업 구조개편 촉진에 관한 법률’에 의하여 한국전력공사에서 분할되어 설립된 회사로서, 한국전력공사가 그 주식 100%를 보유하고 있으며, 공공기관운영법 제5조 제3항 제1호에 따라 ‘시장형 공기업’으로 지정·고시된 ‘공공기관’이다. 한국수력원자력 주식회사는 공공기관운영법에 따른 ‘공기업’으로 지정됨으로써 공공기관운영법 제39조 제2항에 따라 입찰참가자격제한처분을 할 수 있는 권한을 부여받았으므로 ‘법령에 따라 행정처분권한을 위임받은 공공기관’으로서 행정청에 해당한다(대판 2020.5.28. 2017두66541).

■ 부정당업자 제재조치인 입찰참가자격 제한의 법적 성격

• 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에 따라 국가의 중앙관서 장이 한 경우 • 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에 따라 지방자치단체장이 한 경우	행정처분(항고소송 대상)
• 「공공기관의 운영에 관한 법률」상 공기업·준공공기관이 한 경우	「공공기관의 운영에 관한 법률」 39조 및 「공기업·준정부기관 계약사무규칙」 15조에 따라 이뤄진 경우 법령이 아니라 계약(사법상 계약)에 근거한 권리행사인 경우
	私法上 통지(항고소송 X)

답 ②

11 행정입법의 사법적 통제에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 중앙선거관리위원회규칙은 법규명령이므로 구체적 규범통제의 대상이 될 수 있다.
- ② 처분적 법규명령은 무효등확인소송 또는 취소소송의 대상이 된다.
- ③ 대법원 이외의 각급법원도 구체적 규범통제의 방법으로 법규명령 조항에 대한 위헌·위법 판단을 할 수 있다.
- ④ 행정입법부작위는 부작위위법확인소송의 대상이 된다.

해설

① (○)

추상적 규범통제	• 추상적 규범인 행정입법의 위헌·위법 여부를 직접 소송대상으로 다룰 수 있는 제도. 우리나라는 인정 안 함. * 법령을 소송의 대상으로 항고소송을 제기할 수 없는 것이 원칙이며, 예외적으로 처분적 법규명령, 처분적 조례의 경우 그 자체가 항고소송 대상이 됨
구체적 규범통제	• 구체적인 규율인 행정처분을 소송대상으로 하는 소송에서 행정입법의 위헌·위법 여부가 '재판의 전제(처분의 위법성 판단의 선결문제)'가 된 경우 행정입법의 위헌성을 간접적으로 심리할 수 있는 제도. 헌법 제107조 제2항에 규정

• 헌법 제107조

① **법률**이 헌법에 위반되는 여부가 **재판의 전제**가 된 경우에는 법원은 **헌법재판소**에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다.

② **명령·규칙** 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 **재판의 전제**가 된 경우에는 **대법원**은 이를 **최종적으로** 심사할 권한을 가진다.

• 헌법 107조 ① **헌법재판소의 위헌법률심사**(법률의 위헌 여부가 **재판의 전제**가 된 경우)

→ 법률의 위헌 결정시 **일반적으로 효력 상실** 구체적(추상적 X) 규범통제

• 헌법 107조 ② **법원의 위헌·위법(명령·규칙)심사**(명령·규칙의 위헌·위법 여부가 **재판의 전제**가 된 경우)

→ 법원의 위헌·위법 판결시 해당 사건에만 적용 배제(일반적 효력 상실 없음) 대법원은 자체없이 **행안부장관에게 통보**
↳ **행안부장관이 관보 게재**

명령: 법규명령(위임명령·집행명령) ★ 긴급명령·긴급재정경제명령은 제외(법률 효력/헌재가 심사)
규칙: 국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선관위규칙, 지방자치단체 조례·규칙 등 법규명령만.
행정규칙은 법규성이 없어서 제외(단 법령보충적 행정규칙, 대외적 효력을 가진 재량준칙은 포함)

- ② (○) • **처분적 법규명령** : 개별적·구체적 사항 규율(일정 범위의 국민이나 개별 사건을 대상.) 형식은 법규명령, 실질은 처분(항고소송 대상)
 - 행정집행이나 사법재판을 매개로 하지 아니하고 '직접 국민에게 권리나 의무를 발생하게 하는 법규명령'(자동집행력을 가지는 법규명령).
 - 다른 집행행위 매개 없이 자체로서 해당 법률관계를 직접 규율하므로 항고소송 대상인 행정처분이 됨
 - 법규명령 등이 별도의 집행행위를 기다리지 않고 직접 기본권을 침해하는 경우에는 헌법소원심판 대상이 됨
- ③ (○) 법규명령에 대한 구체적 규범통제를 하는 주체는 각급법원이며 최종 심사권한은 대법원에 있다.
- ④ (×) 부작위위법확인소송은 처분의 부작위를 대상으로 하므로 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).

답 ④

12 사인의 공법행위에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 시장 등의 주민등록전입신고 수리 여부에 대한 심사는 「주민등록법」의 입법 목적의 범위 내에서 제한적으로 이루어져야 하는바, 전입신고자가 30일 이상 생활의 근거로서 거주할 목적으로 거주지를 옮기는지 여부가 심사 대상으로 되어야 한다.
- ② 공무원에 의해 제출된 사직원은 그에 터잡은 의원면직처분이 있을 때까지 철회될 수 있고, 일단 면직처분이 있고 난 이후에도 자유로이 취소 및 철회될 수 있다.
- ③ 수리를 요하는 신고에서 행정청의 수리행위에 신고필증 교부의 행위가 반드시 필요하다.
- ④ 사인의 공법행위는 원칙적으로 발신주의에 따라 그 효력이 발생한다.

해설

- ① (○) **주민등록전입신고 수리거부처분취소소송**(대판 2009.6.18. 2008두10997)
- ① 주민등록법에 의하면, 주민등록지는 공법관계뿐만 아니라 주민의 일상생활에도 중요한 영향을 미치므로, 이는 전입신고자의 실제 거주지와 일치되어야 할 필요성이 있다. 뿐만 아니라, 주민등록은 이중등록이 금지되는 점과 아울러 시장 등은 전입신고 후라도 허위 신고여부를 조사하여 사실과 다른 것을 확인한 때에는 일정한 절차를 거쳐 주민등록을 정정 또는 말소하는 권한을 가지고 있는 점 등을 종합하여 보면, **시장 등은 주민등록전입신고의 수리여부를 심사할 수 있는 권한이 있다고 봄이 상당하다.**
- ② 주민들의 거주지 이동에 따른 주민등록전입신고에 대하여 행정청이 이를 심사하여 그 수리를 거부할 수는 있다고 하더라도, 그러한 행위는 자칫 헌법상 보장된 국민의 거주·이전의 자유를 침해하는 결과를 가져올 수도 있으므로, 시장·군수 또는 구청장의 **주민등록전입신고 수리여부에 대한 심사는 주민 등록법의 입법목적의 범위 내에서 제한적으로 이루어져야 한다.** 한편, 주민등록법의 규정을 고려해 보면, 전입신고를 받은 시장·군수 또는 구청장의 심사 대상은 전입신고자가 30일 이상 생활의 근거로 거주할 목적으로 거주지를 옮기는지 여부만으로 제한된다고 보아야 한다. 따라서 **전입신고자가 거주 목적 이외에 다른 이해관계에 관한 의도를 가지고 있는지 여부, 무허가 건축물의 관리, 전입신고를 수리함으로써 당해 지방자치단체에 미치는 영향 등과 같은 사유는 주민등록법이 아닌 다른 법률에 의하여 규율되어야 하고, 주민등록전입신고의 수리여부를 심사하는 단계에서는 고려 대상이 될 수 없다.** 그러므로 주민등록의 대상이 되는 실질적 의미에서의 거주지인지 여부를 심사하기 위하여 **주민등록법의 입법 목적과 주민등록의 법률상 효과 이외에 「지방자치법」 및 지방자치의 이념까지도 고려하여야 한다고 판시하였던 대판 2002.7.9. 2002두1748 판결은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 변경하기로 한다.**
- ③ 무허가 건축물을 실제 생활의 근거지로 삼아 10년 이상 거주해 온 사람의 주민등록 전입신고를 거부한 사안에서, **부동산투기나 이주대책 요구 등을 방지할 목적으로 주민등록전입신고를 거부하는 것은 주민등록법의 입법 목적과 취지 등에 비추어 허용될 수 없다**
- ② (×) 사인의 공법행위는 상대방에게 도달한 후에도 그에 의거한 행정행위가 성립하기 전에는 철회할 수 있음이 원칙이며, 우리 행정절차법도 이와 관련한 규정을 두고 있다. 다만, 법률에 명문규정이 있거나 그 성질상 불가능한 경우(예 선거 등), 신의칙상 허용될 수 없는 경우에는 철회가 인정되지 않는다.
- **행정절차법 제17조 [처분의 신청]** ⑧ 신청인은 **처분이 있기 전에는** 그 신청의 내용을 보완·변경하거나 **취하(取下)** 할 수 있다. 다만, 다른 법령 등에 특별한 규정이 있거나 그 신청의 성질상 보완·변경하거나 취하할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.
- 공무원이 한 사직 의사표시의 철회나 취소는 그에 터 잡은 의원면직처분이 있을 때까지 할 수 있는 것이고, 일단 면직처분이 있고 난 이후에는 철회나 취소할 여지가 없다(대판 2001.8.24. 99두9971).
- ③ (×) 자기완결적 신고든 수리를 요하는 신고든 신고필증 교부가 꼭 필요한 것은 아님(접수 사실이나 수리 사실의 증명에 불과함).
 • 구 「장사 등에 관한 법률」(장사법) 제14조 제1항, 구 「장사 등에 관한 법률 시행규칙」 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).
- ④ (×) 사인의 공법행위는 원칙적으로 **도달주의**에 따라 그 효력이 발생한다. 법률에서 예외적으로 발신주의를 규정하고 있는 경우도 있다.

답 ①

13 행정행위에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 건축허가는 대물적 성질을 갖는 것이어서 행정청으로서는 허가를 할 때에 건축주 또는 토지 소유자가 누구인지 등 인적 요소에 관하여는 형식적 심사만 한다.
- ② 시·도경찰청장이 횡단보도를 설치하여 보행자 통행방법 등을 규제하는 것은 국민의 권리·의무에 직접 관계가 있는 행위로서 행정처분이다.
- ③ 국유재산의 무단점유에 대한 변상금 징수의 요건은 「국유재산법」에 명백히 규정되어 있으므로 변상금을 징수할 것인가는 처분청의 재량을 허용하지 않는 기속행위이다.
- ④ 공유수면의 점용·사용허가는 특정인에게 공유수면 이용권이라는 독점적 권리를 설정하여 주는 처분이 아니라 일반적인 상대적 금지를 해제하는 처분이다.

해설

- ① (○) 건축허가는 대물적 성질을 갖는 것으로서 행정청으로서는 허가를 함에 있어 건축주가 누구인가 등 인적 요소에 대하여는 형식적 심사만 하고 신청서에 기재된 바에 따르게 되지만, 사후에 허가신청서 등의 건축주 명의를 변경한 것으로 밝혀진 경우 등에는 이해관계인의 신청이나 직권에 의하여 시정할 수 있다고 할 것이나, 건축허가는 허가대상건축물에 대한 권리변동에 수반하여 자유로이 양도할 수 있고 양수인은 신고에 의하여 건축주 명의를 변경할 수 있으므로 건축허가신청시 진정한 건축주 이외의 자 앞으로 건축허가가 되었다고도 진정한 건축주가 권리를 허가명의인에게 양도하거나 하여 허가명의인을 진정한 권리자로 하기로 합의한 경우 등에는 그 합의 이후에 있어서는 허가명의인이 진정한 건축주가 되고 행정청으로서도 원건축허가신청서의 건축주 명의를 변경하였다는 이유로 건축주 명의를 변경할 수 없다(대판 1993.6.29. 92누17822).
- ② (○) 지방경찰청장이 횡단보도를 설치하여 보행자의 통행방법 등을 규제하는 것은 행정청이 특정사항에 대하여 의무의 부담을 명하는 행위이고, 이는 국민의 권리의무에 직접 관계가 있는 행위로서 행정처분이라고 보아야 할 것이다(대판 2000.10.27. 98두896).
- ③ (○) 국유·공유재산 무단점유자에 대한 변상금 부과처분은 기속행위 : 국유재산의 무단점유 등에 대한 변상금 징수의 요건은 국유재산 제51 조 제1항에 명백히 규정되어 있으므로 변상금을 징수할 것인가는 처분청의 재량을 허용하지 않는 기속행위이고, 여기에 재량권 일탈·남용의 문제는 생길 여지가 없다(대판 1998.9.22. 98두7602).
- ④ (×) 공유수면의 점용·사용허가는 설권행위(특허)로서 재량행위 : 구 공유수면관리법에 따른 공유수면의 점·사용허가는 특정인에게 공유수면 이용권이라는 독점적 권리를 설정하여 주는 처분으로서 그 처분의 여부 및 내용의 결정은 원칙적으로 행정청의 재량에 속한다고 할 것이다(대판 2004.5.28. 2002두5016).

답 ④

14 판례상 재량행위에 해당하는 것만을 모두 고른 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠ 「여객자동차운수사업법」상 개인택시운송사업면허
- ㉡ 구(舊) 「수도권대기환경특별법」상 대기오염물질 총량관리사업장 설치허가
- ㉢ 「국가공무원법」상 휴직 사유 소멸을 이유로 한 신청에 대한 복직명령
- ㉣ 「출입국관리법」상 체류자격 변경허가

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

해설

- ㉠ [재량행위] 개인택시운송사업면허는 특정인에게 권리나 이익을 부여하는 행정행위로서 법령에 특별한 규정이 없는 한 재량행위이고, 그 면허를 위하여 필요한 기준을 정하는 것도 역시 행정청의 재량에 속하는 것이다(대판 1998.2.13. 97누13061)
- ㉡ [재량행위] 구 「수도권 대기환경개선에 관한 특별법」상 대기오염물질 총량관리사업장 설치허가는 설권행위(특허)로서 재량행위 : 구 「수도권 대기환경개선에 관한 특별법」(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 수도권대기환경특별법'이라 한다) 제2조 제2호, 제8조 제2항 제8호, 제14조 제1항, 제15조, 제16조, 제19조 제1항, 같은 법 시행령(2011. 12. 30. 대통령령 제23465호로 개정되기 전의 것) 제2조, 제17조, [별표 1], [별표 2], 같은 법 시행규칙 제8조 등 대기오염물질 총량관리사업장 설치의 허가 또는 변경허가에 관한 규정들의 문언 및 그 체제·형식과 함께 구 수도권대기환경특별법의 입법 목적, 규율 대상, 허가의 방법, 허가 후 조치권한 등을 종합적으로 고려할 때, 구 수도권대기환경특별법 제14조 제1항에서 정한 대기오염물질 총량관리사업장 설치의 허가 또는 변경허가는 특정인에게 인구가 밀집되고 대기오염이 심각하다고 인정되는 수도권 대기관리권역에서 총량관리대상 오염물질을 일정량을 초과하여 배출할 수 있는 특정한 권리를 설정하여 주는 행위로서 그 처분의 여부 및 내용의 결정은 행정청의 재량에 속한다(대판 2013.5.9. 2012두22799).
- ㉢ [기속행위] 육아휴직 중 국가공무원법 제73조 제2항에서 정한 복직 요건인 '휴직사유가 없어진 때에 해당하는지를 판단하는 기준 및 위 조항에 따른 복직명령의 법적 성질(=기속행위) : 구 교육공무원법(2011. 5. 19. 법률 제10634호로 개정되기 전의 것) 제44조 제1항 제7호는 '만 6세 이하의 초등학교 취학 전 자녀'를 양육대상으로 하여 '교육공무원이 그 자녀를 양육하기 위하여 필요한 경우'를 육아휴직의 사유로 규정하고 있으므로, 육아휴직 중 그 사유가 소멸하였는지는 해당 자녀가 사망하거나 초등학교에 취학하는 등으로 양육대상에 관한 요건이 소멸한 경우뿐만 아니라 육아휴직 중인 교육공무원에게 해당 자녀를 더 이상 양육할 수 없거나, 양육을 위하여 휴직할 필요가 없는 사유가 발생하였는지 여부도 함께 고려하여야 하고, 국가공무원법 제73조 제2항의 문언에 비추어 복직명령은 기속행위이므로 휴직사유가 소멸하였음을 이유로 신청하는 경우 임용권자는 지체 없이 복직명령을 하여야 한다(대판 2014.6.12. 2012두4852).
- ㉣ [재량행위] 출입국관리법상 체류자격변경허가는 설권적 처분이며 재량행위 : 출입국관리법 제10조, 제24조 제1항, 구 출입국관리법 시행령(2014.10.28. 대통령령 제25669호로 개정되기 전의 것) 제12조 [별표 1] 제8호, 제26호 (가)목, (라)목, 출입국관리법 시행규칙 제18조의 2 [별표 1]의 문언, 내용 및 형식, 체계 등에 비추어 보면, 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 충족하였더라도, 신청인의 적격성, 체류 목적, 공익상의 영향 등을 참작하여 허가 여부를 결정할 수 있는 재량을 가진다(대판 2016.7.14. 2015두48846).

답 ③

15 행정소송의 피고적격에 대한 내용으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정권한을 위탁받은 공공단체 또는 사인이 자신의 이름으로 처분을 한 경우에는 그 공공단체 또는 사인이 항고소송의 피고가 된다.
- ② 납세의무부존재확인청구소송은 공법상 법률관계 그 자체를 다투는 소송이므로 과세처분청이 아니라 그 법률관계의 한쪽 당사자인 국가·공공 단체 그 밖의 권리주체에게 피고적격이 있다.
- ③ 행정처분을 행할 적법한 권한이 있는 상급행정청으로부터 내부위임을 받은 데 불과한 하급행정청이 권한 없이 자신의 이름으로 행정처분을 한 경우에는 하급행정청이 항고소송의 피고가 된다.
- ④ 대외적으로 의사를 표시할 수 없는 내부기관이라도 행정처분의 실질적인 의사가 그 기관에 의하여 결정되는 경우에는 그 내부기관에게 항고소송의 피고적격이 있다.

해설

- ① (○) 행정권한을 위탁받은 공공단체 또는 사인(공무수탁사인)은 위탁받은 권한 행사에 있어서 행정청의 지위를 가지며 자신의 이름으로 처분을 한 경우에는 그 공공단체 또는 사인이 처분등을 행한 행정청으로서 항고소송의 피고가 된다.

• 행정소송법

제2조(정의) ②이 법을 적용함에 있어서 행정청에는 법령에 의하여 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 행정기관, 공공단체 및 그 기관 또는 사인이 포함된다.

제13조(피고적격) ① 취소소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분등을 행한 행정청을 피고로 한다. 다만, 처분등이 있은 뒤에 그 처분등에 관계되는 권한이 다른 행정청에 승계된 때에는 이를 승계한 행정청을 피고로 한다.

- ② (○) **납세의무부존재확인소송은 당사자소송이며 피고적격은 국가·공공단체 등 권리주체** : 납세의무부존재확인소는 공법상의 법률관계 그 자체를 다투는 소송으로서 당사자소송이라 할 것이므로 행정소송법 제3조 제2호, 제39조에 의하여 그 법률관계의 한쪽 당사자인 국가·공공단체 그 밖의 권리주체가 피고적격을 가진다.(대판 2000.9.8. 99두2765)

• **행정소송규칙 제19조(당사자소송의 대상)** 당사자소송은 다음 각 호의 소송을 포함한다.

2. 그 존부 또는 범위가 구체적으로 확정된 공법상 법률관계 그 자체에 관한 다음 각 목의 소송

가. **납세의무 존부의 확인**

나. 「부가가치세법」 제59조에 따른 환급청구

다. 「석탄산업법」 제39조의3 제1항 및 같은 법 시행령 제41조 제4항 제5호에 따른 재해위로금 지급청구

라. 「5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률」 제5조, 제6조 및 제7조에 따른 관련자 또는 유족의 보상금 등 지급청구

마. 공무원의 보수·퇴직금·연금 등 지급청구

바. 공법상 신분·지위의 확인

• **행정소송법 제39조(피고적격)** 당사자소송은 국가·공공단체 그 밖의 권리주체를 피고로 한다.

- ③ (○) 내부위임을 받은 기관이 위임자의 명의로 아닌 자신의 이름으로 권한을 행사한 경우, 이는 권한 없이 행정처분을 한 것으로서 위법하며, 이때 피고는 실제로 처분을 한 하급행정청(수임청)이 된다.

• 상급행정청으로부터 내부위임을 받은 데 불과한 하급행정청이 권한없이 한 행정처분에 대한 행정소송의 피고적격이 있는 자는 처분을 행할 적법한 권한 있는 상급행정청이 아닌 실제로 처분을 행한 하급행정청이다(대판 1991.2.22. 90누5641).

■ 내부위임·전결(專決)

• 내부적 사무처리를 위해 보조기관·하급기관에게 위임청 명의로 권한을 행사하게 함. 법률의 위임 없어도 가능

• 사례 : 전결규정에 의한 내부위임 : 위임청 甲 / 수임청(전결권자) 乙

내부위임(전결)에 따른 처분		처분의 효력	항고소송시 피고
내부위임시 수임청(乙)이	위임청(甲) 명의로 처분	유효한 처분	위임청 甲
	수임청(乙) 명의로 처분	권한 없는 자의 처분(주체상 하자)으로서 당연무효	수임청 乙
전결규정을 위반해 전결권자(乙)가 아닌 보조기관(丙)이 처분권자인 행정청(甲) 명의로 처분		당연무효는 아님	본래의 처분권자인 甲

- ④ (×) 피고적격을 가진 자는 처분 등을 행한 행정청, 즉 처분청이 됨이 원칙이다(행정소송법 제13조). 이때 처분청이라 함은 국가 또는 공공단체 등의 의사를 결정하여 외부적으로 표시할 수 있는 기관을 의미한다. 따라서 대외적으로 의사를 표시할 수 있는 기관이 아닌 내부기관은 실질적인 의사가 그 기관에 의하여 결정되더라도 피고적격을 갖지 못한다(예 징계위원회).

답 ④

16 행정대집행에 대한 내용으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공익사업을 위해 토지를 협의 매도한 종전 토지소유자가 토지 위의 건물을 철거하겠다는 약정을 하였다고 하더라도 이러한 약정 불이행시 대집행의 대상이 되지 아니한다.
- ② 법령에서 정한 부작위의무 자체에서 의무 위반으로 인해 형성된 현상을 제거할 작위의무가 바로 도출되는 것은 아니다.
- ③ 건물의 용도에 위반되어 장례식장 사용 중지 명령이 있는 경우, 이 중지 의무는 대집행의 대상이 아니다.
- ④ 대집행의 대상이 되는 행위는 법률에서 직접 명령된 것이 아니라, 법률에 의거한 행정청의 명령에 의한 행위를 말한다.

해설

① (○) 행정대집행 대상인 의무불이행은 공법상 의무를 대상으로 하며 사법상 의무는 대상이 아님.

구 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법」에 따른 토지 등의 협의취득은 사법상 매매나 사법상 계약이며, 철거 약정에 따른 의무는 공법상 의무가 아니므로 행정대집행 대상이 아님 : 행정대집행법상 대집행의 대상이 되는 대체적 작위의무는 공법상 의무이어야 할 것인데, 구 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법에 따른 토지 등의 협의취득은 공공사업에 필요한 토지 등을 그 소유자와의 협의에 의하여 취득하는 것으로서 공공기관이 사경제주체로서 행하는 사법상 매매 내지 사법상 계약의 실질을 가지는 것이므로, 그 협의취득시 건물소유자가 매매대상 건물에 대한 철거의무를 부담하겠다는 취지의 약정을 하였다 하더라도 이러한 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).

■ 행정대집행 대상 의무

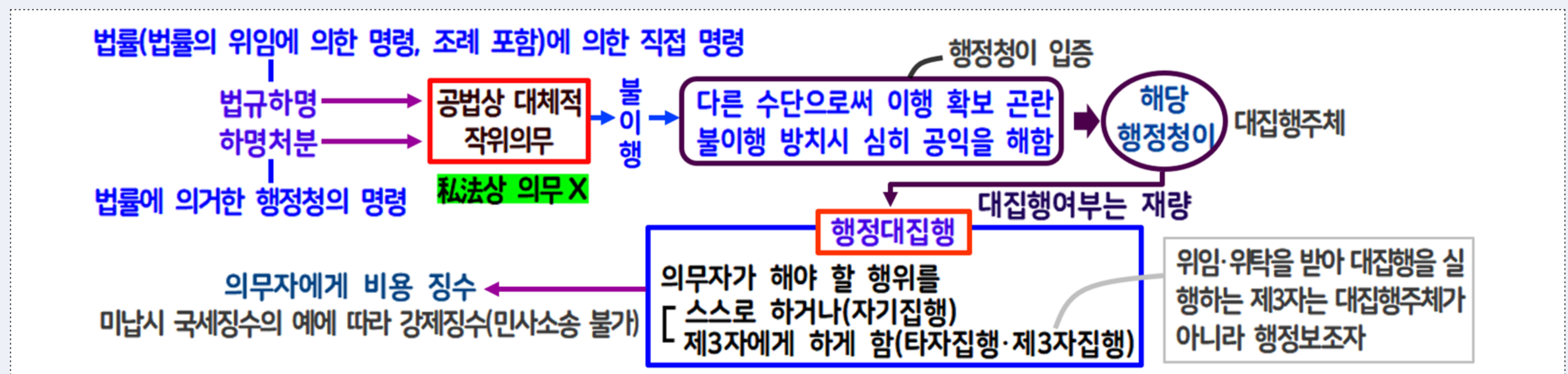
대집행 대상 ○	공법상 대체적 작위의무	위법건물 철거의무, 교통장애물 제거의무, 불법광고판 철거의무, 위험축대파괴의무, 건물의 이전·개량·청소의무 • 법외 단체인 전국공무원노동조합 지부가 당초 공무원 직장협의회 운영에 이용되던 구 청사시설을 지부사무실로 임의 사용하자 구청장이 자진폐쇄 요청 후 행정대집행법에 따라 행정대집행 • 정당한 사유 없이 국유재산/공유재산을 점유하거나 이에 시설물을 설치한 경우 - 공유재산 대부계약의 해지에 따라 원상회복을 위하여 실시하는 지상물철거의무 * 위법한 행정처분에 의한 공법상 의무도 당해 행정처분이 당연무효가 아니면 취소되지 않는 한 대집행 대상
대집행 대상 X	비대체적 작위의무	증인출석의무, 의사의 진료의무, 전문가의 감정의무, 토지·건물의 인도주의무, 건물명도의무, 국유지 퇴거의무 • 도시공원 점유자의 퇴거 및 명도의무 • 구 토지수용법상 피수용자 등이 기업자에 대하여 부담하는 수용대상 토지의 인도의무
	부작위의무	허가 없이 영업하지 않을 의무, 야간통행금지의무 • 허가 없는 부대시설 훼손행위 금지의무(부작위의무를 규정한 금지규정에서 작위의무 명령권이 당연 도출되는 것은 아님 ⇨ 부작위의무의 작위의무로의 전환은 명문규정의 근거 필요, 근거 없이 철거명령시 무효) • 관계법령에 위반하여 장례식장 영업을 하고 있는 자의 장례식장 사용 중지 의무(비대체적 부작위 의무) • 하천유수인용행위 중단의무
	수인의무	전염병 예방접종, 신체검사, 건강진단 등을 받을 의무
	私法상 의무	• 구 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법」에 의한 협의취득시 건물소유자가 매매대상건물에 대한 철거의무를 부담하겠다는 취지의 약정을 한 경우, 그 철거의무 * 단, 「국유재산법」과 「공유재산 및 물품 관리법」에서는 국·공유재산(행정재산, 일반재산)에 정당한 사유 없이 시설물을 설치한 경우 철거명령 불이행시 행정대집행이 가능하도록 규정(민사소송으로 강제집행 불가) 예) 일반재산인 공유재산 대부계약 해지시 지상물 철거는 행정대집행 가능

② (○) 부작위의무의 위반은 대집행 대상이 아님. 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 규정(예 건축법 69조, 도로법 74조, 하천법 67조, 도시공원법 20조, 옥외광고물등관리법 10조 등)을 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. 주택건설촉진법 38조 2항은 공동주택 및 부대시설·복리시설의 소유자·입주자·사용자 등은 부대시설 등에 대하여 도시사의 허가를 받지 않고 사업계획에 따른 용도 이외의 용도에 사용하는 행위 등을 금지하고(정부조직법 5조 1항, 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 4조에 따른 인천광역시사무위임규칙에 의하여 위 허가권이 구청장에게 재위임되었다), 그 위반행위에 대하여 위 주택건설촉진법 52조의2 1호에서 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 하는 벌칙규정만을 두고 있을 뿐, 건축법 69조 등과 같은 부작위의무 위반행위에 대하여 대체적 작위의무로 전환하는 규정을 두고 있지 아니하므로 위 금지규정으로부터 그 위반결과의 시정을 명하는 원상복구명령을 할 수 있는 권한이 도출되는 것은 아니다. 결국 행정청의 원고에 대한 원상복구명령은 권한 없는 자의 처분으로 무효라고 할 것이고, 위 원상복구명령이 당연무효인 이상 후행처분인 계고처분의 효력에 당연히 영향을 미쳐 그 계고처분 역시 무효로 된다(대판 1996.6.28. 96누4374)

③ (○) 관계법령에 위반하여 장례식장 영업을 하고 있는 자의 장례식장 사용 중지 의무는 비대체적 부작위의무 ⇨ 대집행 대상 아님 : 행정대집행법 제2조는 '행정청의 명령에 의한 행위로서 타인이 대신하여 행할 수 있는 행위를 의무자가 이행하지 아니하는 경우'에 대집행 할 수 있도록 규정하고 있는데, 이 사건 용도위반 부분을 장례식장으로 사용하는 것이 관계 법령에 위반한 것이라는 이유로 장례식장의 사용을 중지할 것과 이를 불이행할 경우 행정대집행법에 의하여 대집행하겠다는 내용의 이 사건 처분은, 이 사건 처분에 따른 '장례식장 사용중지 의무'가 원고 이외의 '타인이 대신'할 수도 없고, 타인이 대신하여 '행할 수 있는 행위'라고도 할 수 없는 비대체적 부작위의무에 대한 것이므로, 그 자체로 위법함이 명백하다(대판 2005.9.28. 2005두7464).

④ (×) 대집행 대상인 의무는 공법상 의무이며 건축도급계약상 의무 같은 사법상 의무는 법령에 특별한 규정이 없는 한 대집행 대상이 아니다. 공법상 의무는 보통의 경우 행정처분에 의하여 부과되는 것이 원칙이지만, 법령에 의해 직접 부과될 수도 있으며 법령에는 지방자치단체의 조례가 포함된다.

• 행정대집행법 제2조(대집행과 그 비용징수) 법률(법률의 위임에 의한 명령, 조례 포함)에 의한 직접 명령
또는 법률에 의거한 행정청의 명령에 의한 행위로서 타인이 대신하여 행할 수 있는 행위를 의무자가 이행하지 아니하는 경우 다른 수단으로써 그 이행을 확보하기 곤란하고 또한 그 불이행을 방지함이 심히 공익을 해할 것으로 인정될 때에는 당해 행정청은 스스로 의무자가 하여야 할 행위를 하거나 또는 제삼자로 하여금 이를 하게 하여 그 비용을 의무자로부터 징수할 수 있다.



17 이행강제금에 대한 내용으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 이행강제금은 과거의 의무불이행에 대한 제재의 기능을 지니고 있으므로, 이행강제금이 부과되기 전에 의무를 이행한 경우에도 시정명령에서 정한 기간을 지나서 이행한 경우라면 이행강제금을 부과할 수 있다.
- ② 「건축법」상 허가권자는 이행강제금을 부과하기 전에 이행강제금을 부과·징수한다는 뜻을 미리 문서로써 계고하여야 한다.
- ③ 「건축법」상 이행강제금 납부의 최초 독촉은 징수처분으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 될 수 있다.
- ④ 부작위의무나 비대체적 작위의무뿐만 아니라 대체적 작위의무의 위반에 대하여도 이행강제금을 부과할 수 있다.

해설

- ① (×) 건축법상 이행강제금의 법적 성격은 행정상 간접강제이며 시정명령을 받은 의무자가 시정명령에서 정한 기간이 지났으나 이행강제금이 부과되기 전에 의무를 이행한 경우, 이행강제금을 부과할 수 없음 : 건축법상의 이행강제금은 시정명령의 불이행이라는 과거의 위반행위에 대한 제재가 아니라, 의무자에게 시정명령을 받은 의무의 이행을 명하고 그 이행기간 안에 의무를 이행하지 않으면 이행강제금이 부과된다는 사실을 고지함으로써 의무자에게 심리적 압박을 주어 의무의 이행을 간접적으로 강제하는 행정상의 간접강제 수단에 해당한다. 이러한 이행강제금의 본질상 시정명령을 받은 의무자가 이행강제금이 부과되기 전에 그 의무를 이행한 경우에는 비록 시정명령에서 정한 기간을 지나서 이행한 경우라도 이행강제금을 부과할 수 없다. 나아가 시정명령을 받은 의무자가 그 시정명령의 취지에 부합하는 의무를 이행하기 위한 정당한 방법으로 행정청에 신청 또는 신고를 하였으나 행정청이 위법하게 이를 거부 또는 반력함으로써 결국 그 처분이 취소되기에 이르렀다면, 특별한 사정이 없는 한 그 시정명령의 불이행을 이유로 이행강제금을 부과할 수는 없다고 보는 것이 위와 같은 이행강제금 제도의 취지에 부합한다(대판 2018.1.25. 2015두35116).

[주의] 단, 제재적 성격도 갖는 이행강제금은 의무불이행을 중단하고 의무를 이행한 경우라도 의무불이행기간에 대한 이행강제금 부과 가능

공정거래법상 이행강제금은 일반적인 이행강제금과 다르게 해석됨을 주의. 이행강제금의 성격은 개별 법률의 규정 형식과 내용, 체계 등을 고려하여 달리 평가할 수 있고, 공정거래법상 이행강제금은 건축법 등 타 법률의 이행강제금과 규정 형식, 내용 등이 다르므로 그 법적 성격이 다르다고 판단함.

- ① 건축법·농지법 상 이행강제금 ⇨ 시정조치 후 시정기간이 경과하여 의무를 이행했다면, 이행강제금 부과 불가(이유 : 건축법·농지법 상 이행강제금은 장래 의무 이행을 간접적으로 강제하기 위한 것인데, 이행강제금 부과로 이행을 확보하려던 목적이 이미 실현되었기 때문)

- ② 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 상 이행강제금 ⇨ 시정조치 후 시정기간이 경과하여 의무를 이행했어도 의무 불이행 기간의 이행강제금 부과 가능(공정거래법상 이행강제금은 과거의 위반행위에 대한 제재와 장래 의무 이행의 간접강제를 통합하여 시정조치 불이행기간에 비례하여 제재금을 부과하는 제도이므로)

[관련판례] 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법'이라 한다)상 기업결합 제한 위반행위자에 대한 시정조치 및 이행강제금 부과 등에 관한 구 공정거래법(1999. 2. 5. 법률 제5813호로 개정되기 전의 것) 제17조 제3항, 공정거래법 제7조 제1항 제1호, 제16조 제1항 제7호, 제17조의3 제1항 제1호, 제2항, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령 제23조의4 제1항, 제3항을 종합적·체계적으로 살펴보면, 공정거래법 제17조의3은 같은 법 제16조에 따른 시정조치를 그 정한 기간 내에 이행하지 아니하는 자에 대하여 이행강제금을 부과할 수 있는 근거 규정이고, 시정조치가 공정거래법 제16조 제1항 제7호에 따른 부작위 의무를 명하는 내용이라면 마찬가지로 보아야 한다. 나아가 이러한 이행강제금이 부과되기 전에 시정조치를 이행하거나 부작위 의무를 명하는 시정조치 불이행을 중단한 경우 과거의 시정조치 불이행기간에 대하여 이행강제금을 부과할 수 있다고 봄이 타당하다.

공정거래법상 기업결합 제한 위반행위자에 대한 시정조치 및 이행강제금 부과 등에 관한 위 각 규정을 종합적·체계적으로 살펴보면, 공정거래법 제17조의3은 같은 법 제16조에 따른 시정조치를 그 정한 기간 내에 이행하지 아니하는 자에 대하여 이행강제금을 부과할 수 있는 근거 규정이고, 시정조치가 공정거래법 제16조 제1항 제7호에 따른 부작위 의무를 명하는 내용이라면 마찬가지로 보아야 한다. 나아가 이러한 이행강제금이 부과되기 전에 시정조치를 이행하거나 부작위 의무를 명하는 시정조치 불이행을 중단한 경우 과거의 시정조치 불이행기간에 대하여 이행강제금을 부과할 수 있다고 봄이 타당하다.대판 2019.12.12. 2018두63563).

- ☑ 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 상 기업결합제한 위반행위에 대한 이행강제금이 부과되기 전에 시정조치를 이행하거나 부작위 의무를 명하는 시정조치 불이행을 중단한 경우 과거의 시정조치불이행기간에 대하여 이행강제금을 부과할 수 있다.(○)

- ② (○) 건축법 제80조(이행강제금) 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.

- ③ (○) 구 건축법 제69조의2 제6항, 지방세법 제28조, 제82조, 국세징수법 제23조의 각 규정에 의하면, 이행강제금부과처분을 받은 자가 이행강제금을 기한 내에 납부하지 아니한 때에는 그 납부를 독촉할 수 있으며, 납부독촉에도 불구하고 이행강제금을 납부하지 않으면 체납절차에 의하여 이행강제금을 징수할 수 있고, 이때 이행강제금 납부의 최초 독촉은 징수처분으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 될 수 있다(대판 2009.12.24. 2009두14507).

- ④ (○) 전통적으로 행정대집행은 대체적 작위의무에 대한 강제집행수단으로, 이행강제금은 부작위의무나 비대체적 작위의무에 대한 강제집행수단으로 이해되어 왔으나, 이는 이행강제금제도의 본질에서 오는 제약은 아니며, 이행강제금은 대체적 작위의무의 위반에 대하여도 부과될 수 있다. 현행 건축법상 위법건축물에 대한 이행강제수단으로 대집행과 이행강제금(제83조 제1항)이 인정되고 있는데, 양 제도는 각각의 장·단점이 있으므로 행정청은 개별사건에 있어서 위반내용, 위반자의 시정여지 등을 감안하여 대집행과 이행강제금을 선택적으로 활용할 수 있으며, 이처럼 그 합리적인 재량에 의해 선택하여 활용하는 이상 중첩적인 제재에 해당한다고 볼 수 없다(헌법재판소 2004.2.26. 2001헌바80).

답 ①

18 행정상 강제징수에 대한 내용으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정상의 금전급부의무를 이행하지 않는 경우를 대상으로 한다.
- ② 독촉만으로는 시효중단의 효과가 발생하지 않는다.
- ③ 매각은 원칙적으로 공매에 의하나 예외적으로 수의계약에 의할 수도 있다.
- ④ 판례에 따르면 공매행위는 행정행위에 해당한다.

해설

① (○)

- **행정기본법 제30조(행정상 강제)** ① 행정청은 행정목적 달성을 위하여 필요한 경우에는 법률로 정하는 바에 따라 필요한 최소한의 범위에서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 조치를 할 수 있다.
- 4. **강제징수**: 의무자가 행정상 의무 중 **금전급부의무를 이행하지 아니하는 경우** 행정청이 의무자의 재산에 실력을 행사하여 그 행정상 의무가 실현된 것과 같은 상태를 실현하는 것

② (×)

- **국세기본법 제28조(소멸시효의 중단과 정지)**
- ① 제27조에 따른 **소멸시효는 다음 각 호의 사유로 중단된다.**
 1. 납부고지 2. 독촉 3. 교부청구 4. 압류(국세기본법 제57조 제1항 제5호 및 제6호의 사유로 압류를 즉시 해제하는 경우는 제외한다)
- ② 제1항에 따라 중단된 소멸시효는 다음 각 호의 기간이 지난 때부터 새로 진행된다.
 1. 고지한 납부기간 2. 독촉에 의한 납부기간 3. 교부청구 중의 기간 4. 압류해제까지의 기간

③ (○)

- **국세징수법 제65조(매각 방법)**
- 제65조(매각 방법)**
- ① 압류재산은 **공매 또는 수의계약으로 매각한다.**
- ② 공매는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법(정보통신망을 이용한 것을 포함한다)으로 한다.
 1. 경쟁입찰: 공매를 집행하는 공무원이 공매예정가격을 제시하고, 매수신청인에게 문서로 매수신청을 하게 하여 공매예정가격 이상의 신청가격 중 최고가격을 신청한 자(이하 “최고가 매수신청인”이라 한다)를 매수인으로 정하는 방법
 2. 경매: 공매를 집행하는 공무원이 공매예정가격을 제시하고, 매수신청인에게 구두 등의 방법으로 신청가격을 순차로 올려 매수신청을 하게 하여 최고가 매수신청인을 매수인으로 정하는 방법
- 제67조(수의계약)** 관할 세무서장은 압류재산이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 수의계약으로 매각할 수 있다.
 1. 수의계약으로 매각하지 아니하면 매각대금이 강제징수비 금액 이하가 될 것으로 예상되는 경우
 2. 부패·변질 또는 감량되기 쉬운 재산으로서 속히 매각하지 아니하면 그 재산가액이 줄어들 우려가 있는 경우
 3. 압류한 재산의 추산가격이 1천만원 미만인 경우
 4. 법령으로 소지(所持) 또는 매매가 금지 및 제한된 재산인 경우
 5. 제1회 공매 후 1년간 5회 이상 공매하여도 매각되지 아니한 경우
 6. 공매가 공익(公益)을 위하여 적절하지 아니한 경우

④ (○) 과세관청이 체납처분으로서 행하는 공매는 우월한 공권력의 행사로서 행정소송의 대상이 되는 공법상의 행정처분이며 공매에 의하여 재산을 매수한 자는 그 공매처분이 취소된 경우에 그 취소처분의 위법을 주장하여 행정소송을 제기할 법률상 이익이 있다(대판 1984.9.25. 84누201).

- **공매처분**: 판례에 의하면 공매는 우월한 공권력의 행사로서 행정소송의 대상이 되는 공법상의 행정처분(다수설은 형성적 행정행위 중 대리로 봄)
- **공매하기로 한 결정(매각방법[공매·수의계약] 결정)과 공매통지(공매계획의 통지), 공매공고**: 취소소송의 대상이 되는 처분이 아님

답 ②

19 행정상 즉시강제에 대한 내용으로 옳은 것은 모두 몇 개인가?

- ㉠ 「경찰관 직무집행법」에 의한 범죄의 예방과 제지는 항고소송의 대상이 되는 처분의 성질을 갖는다.
- ㉡ 과거의 의무위반에 대하여 가해지는 제재이다.
- ㉢ 목전에 급박한 장애를 예방하기 위한 경우에는 예외적으로 법률의 근거가 없이도 발동될 수 있다는 것이 일반적인 견해이다.
- ㉣ 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」상 감염병환자에 대한 강제 건강진단과 예방접종은 대인적 강제수단에 해당한다.

① 1개

② 2개

③ 3개

④ 4개

해설

- ㉠ (○) 경찰관직무집행법상 경찰관의 범죄의 예방과 제지는 **행정상 즉시강제** 중 대인적 강제에 해당하고 행정상 즉시강제는 국민의 신체나 재산에 대한 직접적인 실력행사이므로 **권력적 사실행위로서 항고소송 대상이 되는 처분**이다(대상적격 인정).
- 경찰관직무집행법 제6조 경찰관의 제지에 관한 부분은 범죄의 예방을 위한 경찰 행정상 즉시강제에 관한 근거 조항이다. 행정상 즉시강제는 그 본질상 행정 목적 달성을 위하여 불가피한 한도 내에서 예외적으로 허용되는 것이므로, 위 조항에 의한 경찰관의 제지조치 역시 그러한 조치가 불가피한 최소한도 내에서만 행사되도록 그 발동·행사 요건을 신중하고 엄격하게 해석하여야 한다(대판 2008.11.13. 2007도9794).

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

㉡ (×) 즉시강제는 행정상 의무의 위반이나 의무 불이행을 전제로 하지 않는다. 과거의 의무 위반에 대하여 가해지는 제재는 행정벌이다.

- 행정기본법 제30조(행정상 강제) ① 행정청은 행정목적 달성을 위하여 필요한 경우에는 법률로 정하는 바에 따라 필요한 최소한의 범위에서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 조치를 할 수 있다.
 - 5. 즉시강제 : 현재의 급박한 행정상의 장애를 제거하기 위한 경우로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우에 행정청이 곧바로 국민의 신체 또는 재산에 실력을 행사하여 행정목적 달성을 하는 것
 - 가. 행정청이 미리 행정상 의무 이행을 명할 시간적 여유가 없는 경우
 - 나. 그 성질상 행정상 의무의 이행을 명하는 것만으로는 행정목적 달성이 곤란한 경우

행정의 실효성 확보수단	행정 강제	행정상 강제집행	이행강제금(집행벌) 대집행, 집적강제, 강제징수	의무의 존재 및 불이행을 전제. 장래에 의무를 이행시키거나 이행이 있는 것과 같은 상태로 만듦.	간접적 수단
		행정상 즉시강제		의무불이행을 전제로 하지 않음. 의무를 명할 시간적 여유가 없거나 의무 명해서는 목적 달성 곤란시.	직접적 수단
	행정벌	행정형벌, 행정질서벌[과태료]		과거 의무 위반에 대한 제재	간접적 수단

- ㉔ (×) 오늘날 실질적 법치행정이 확립되어 행정상 즉시강제는 부담적 행정작용이고 사전절차가 생략되며 행정쟁송을 통한 구제에 한계가 있는 점에서 이론적 근거만으로 정당화될 수 없고 **실정법적 근거가 필요하다**. 행정기본법 제30조 1항도 이를 명시하고 있다.
- 행정상 즉시강제란 행정강제의 일종으로서 목전의 급박한 행정상 장애를 제거할 필요가 있는 경우에, 미리 의무를 명할 시간적 여유가 없을 때 또는 그 성질상 의무를 명하여 가지고는 목적 달성이 곤란할 때에, 직접 국민의 신체 또는 재산에 실력을 가하여 행정상 필요한 상태를 실현하는 작용이며, 법령 또는 행정처분에 의한 선행의 구체적 의무의 존재와 그 불이행을 전제로 하는 행정상 강제집행과 구별된다. **행정강제는 행정상 강제집행을 원칙으로 하며, 법치국가적 요청인 예측가능성과 법적 안정성에 반하고, 기본권 침해의 소지가 큰 권력작용인 행정상 즉시강제는 어디까지나 예외적인 강제수단이라고 할 것이다.** 이러한 행정상 즉시강제는 엄격한 실정법상의 근거를 필요로 할 뿐만 아니라, 그 발동에 있어서는 법규의 범위 안에서라도 다시 행정상의 장애가 목전에 급박하고, 다른 수단으로는 행정목적 달성을 할 수 없는 경우이어야 하며, 이러한 경우에도 그 행사는 필요 최소한도에 그쳐야 함을 내용으로 하는 조리상의 한계에 기속된다(헌재 2002.10.31. 2000헌가12).
- ㉕ (○) 통설은 감염병 환자 등에 대한 강제 건강진단 또는 예방접종(감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 제46조), 감염병병원체에 감염되었다고 의심되는 사람에 대한 일정기간 입원 또는 격리(감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 제 42조)를 대인적 즉시강제의 예로 본다.

답 ②

20 과징금에 대한 내용으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「행정기본법」 제28조 제1항에 과징금 부과에 관한 법적 근거를 마련하였으므로 행정청은 직접 이 규정에 근거하여 과징금을 부과할 수 있다.
- ② 과징금의 근거가 되는 법률에는 과징금의 상한액을 명확하게 규정하여야 한다.
- ③ 영업정지처분에 갈음하는 과징금이 규정되어 있는 경우 과징금을 부과할 것인지 영업정지처분을 내릴 것인지는 통상 행정청의 재량에 속한다.
- ④ 과징금부과처분은 원칙적으로 위반자의 고의·과실을 요하지 아니하나, 위반자의 의무 해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 이를 부과할 수 없다.

해설

- ① (×) 행정기본법은 과징금 부과시 법률의 근거를 요하며 그 근거 법률에 규정할 사항, 납부기한 연기 및 분할 납부에 관한 규정만 두고 있을 뿐 과징금을 부과할 수 있는 위반 행위는 따로 개별 법률의 근거가 필요하며 행정기본법 규정만으로는 부과할 수 없다.

• 행정기본법

제28조(과징금의 기준)

- ① 행정청은 법령등에 따른 의무를 위반한 자에 대하여 법률로 정하는 바에 따라 그 위반행위에 대한 제재로서 과징금을 부과할 수 있다.
- ② 과징금의 근거가 되는 법률에는 과징금에 관한 다음 각 호의 사항을 명확하게 규정하여야 한다.
 1. 부과·징수 주체
 2. 부과 사유
 3. 상한액
 4. 가산금을 징수하려는 경우 그 사항
 5. 과징금 또는 가산금 채납 시 강제징수를 하려는 경우 그 사항

제29조(과징금의 납부기한 연기 및 분할 납부) 과징금은 한꺼번에 납부하는 것을 원칙으로 한다. 다만, 행정청은 과징금을 부과받은 자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유로 과징금 전액을 한꺼번에 내기 어렵다고 인정될 때에는 그 납부기한을 연기하거나 분할 납부하게 할 수 있으며, 이 경우 필요하다고 인정하면 담보를 제공하게 할 수 있다.

1. 재해 등으로 재산에 현저한 손실을 입은 경우
2. 사업 여건의 악화로 사업이 중대한 위기에 처한 경우
3. 과징금을 한꺼번에 내면 자금 사정에 현저한 어려움이 예상되는 경우
4. 그 밖에 제1호부터 제3호까지에 준하는 경우로서 대통령령으로 정하는 사유가 있는 경우

- ② (○) 행정기본법 제28조 ②항 3호
- ③ (○) 자동차운수사업면허조건 등을 위반한 사업자에 대하여 행정청이 행정제재수단으로 사업정지를 명할 것인지, 과징금을 부과할 것인지, 과징금을 부과하기로 한다면 그 금액은 얼마로 할 것인지에 관하여 재량권이 부여되었다 할 것이다(대판 1998.4.10. 98두2270).
- ④ (○) 구 여객자동차 운수사업법 제88조 제1항의 과징금부과처분(변형된 과징금)은 제재적 행정처분으로서 행정 법규 위반이라는 객관적 사실에 착안하여 가하는 제재이므로 반드시 현실적인 행위자가 아니라도 법령상 책임자로 규정된 자에게 부과되고 원칙적으로 위반자의 고의·과실을 요하지 아니하나, 위반자의 의무 해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 이를 부과할 수 없다.(대판 2014.10.15. 2013두5005)

과징금

- ① 부과대상 : 행정법규 위반이라는 객관적 사실에 착안하여 가하는 금전적 제재.
 - ㉠ 반드시 현실적 행위자가 아니라도 법령상 책임자로 규정된 자에게 부과.
 - ㉡ 원칙적으로 고의·과실을 요하지 않음
단, 위반자의 의무 해태를 탓할 수 없는 정당한 사유 등 특별한 사정이 있으면 부과 불가.
- ② 과징금부과처분의 성격 : 침익적 행위-행정절차법 적용(사전통지, 의견청취), 항고소송 대상인 처분, 일반적으로 재량행위
* 단, 예외적으로 기속행위인 과징금 : 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」상 명의신탁자에 대한 과징금(부과 않거나 전액 감면 불가)
- ③ 과징금납부의무 : 일신전속적 의무가 아니므로 부과받은 자 사망시 상속인에게 승계됨
- ④ 과징금과 행정형벌 병과 가능(이중처벌금지 원칙에 위반되지 않음)
- ⑤ 유형

본래적 과징금 (전형적 과징금)	- 위반행위로 얻게 된 경제적 이익을 박탈하기 위해 이익에 따라 부과. 액수는 이득액 규모와 상호균형 요구. - 부당이득환수+제재적 성격 : 법령 위반으로 취득한 이익이 없거나, 위반행위로 인한 수익을 정확히 계산할 수 없어 가능.
변형된 과징금	- 의무위반 행위가 사업 인·허가의 철회·정지 사유이지만 공중의 일상생활에 필수불가결한 사업의 경우(공공성 강함) 사업 자체는 존속시키면서도 사업의 계속으로 인한 수익을 박탈하기 위해 영업정지등 처분을 대신(갈음)하여 부과하는 행정제재금 - 영업정지처분할지 과징금부과처분할지는 재량.

답 ①

21 「국가배상법」상 국가배상제도에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 경과실로 불법행위를 한 공무원이 피해자에게 손해를 배상하였다면 이는 타인의 채무를 변제한 경우에 해당하므로 피해자는 공무원에게 이를 반환할 의무가 있다.
- ② 국가의 비권력적 작용은 국가배상청구의 요건인 직무에 포함되지 않는다.
- ③ 공무원에게 부과된 직무상 의무가 단순히 공공 일반의 이익만을 위한 경우라면 그러한 직무상 의무위반에 대해서는 국가배상책임이 인정되지 않는다.
- ④ 지방자치단체가 권원 없이 사실상 관리하고 있는 도로는 국가배상책임의 대상이 되는 영조물에 해당하지 않는다.

해설

- ① (×) 경과실로 불법행위를 한 공무원이 피해자에게 손해배상시 피해자는 반환의무 없음, 공무원은 국가에 구상권 행사 가능 : 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'**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 2014.8.20. 2012다54478).
- ② (×) 국가배상법이 정한 손해배상청구의 요건인 '공무원의 직무'에는 국가나 지방자치단체의 **권력적 작용뿐만 아니라 비권력적 작용도 포함**되지만 단순한 사경제의 주체로서 하는 작용은 포함되지 않는다(대판 2004.4.9. 2002다10691).
- ③ (○) **공무원의 직무상 의무가 순전히 행정기관 내부의 질서를 유지하기 위한 것이거나 전체적으로 공공 일반의 이익을 도모하기 위한 것인 경우, 그 의무를 위반하여 국민에게 가한 손해에 대하여 국가 또는 지방자치단체가 배상책임을 부담하지 않음** : 일반적으로 국가 또는 지방자치단체가 권한을 행사할 때에는 국민에 대한 손해를 방지하여야 하고, 국민의 안전을 배려하여야 하며, 소속 공무원이 전적으로 또는 부수적으로라도 국민 개개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 법령에서 정한 직무상 의무를 위반하여 국민에게 손해를 가하면 상당인과관계가 인정되는 범위 안에서 국가 또는 지방자치단체가 배상책임을 부담하는 것이지만, 공무원이 직무를 수행하면서 근거되는 법령의 규정에 따라 구체적으로 의무를 부여받았어도 그것이 국민의 이익과는 관계없이 순전히 행정기관 내부의 질서를 유지하기 위한 것이거나, 또는 국민의 이익과 관련된 것이라도 직접 국민 개개인의 이익을 위한 것이 아니라 전체적으로 공공 일반의 이익을 도모하기 위한 것이라면 그 의무를 위반하여 국민에게 손해를 가하여도 국가 또는 지방자치단체는 배상책임을 부담하지 아니한다(대판 2015.5.28. 2013다41431).
- ④ (×) 국가배상법 제5조 제1항 소정의 "공공의 영조물"이라 함은 국가 또는 지방자치단체에 의하여 특정 공공의 목적에 공여된 유체물 내지 물적 설비를 지칭하며, 특정 공공의 목적에 공여된 물이라 함은 일반공중의 자유로운 사용에 직접적으로 제공되는 공공용물에 한하지 아니하고, 행정주체 자신의 사용에 제공되는 공용물도 포함하며 **국가 또는 지방자치단체가 소유권, 임차권 그밖의 권한에 기하여 관리하고 있는 경우뿐만 아니라 사실상의 관리를 하고 있는 경우도 포함**한다(대판 1995. 1. 24. 94다45302)

국가배상법 제5조 '공공의 영조물'

- ㉠ 본래적 의미의 영조물(특정 공적 목적 달성을 위한 '인적·물적 시설의 종합체')이 아니라 **강학상 공물**(행정주체가 직접적으로 공적 목적 달성을 위해 제공한 유체물이나 물적 설비. 일반공중의 자유로운 사용에 직접적으로 제공되는 공공용물과 행정주체 자신의 사용에 제공되는 공용물 포함).
- ㉡ 국가나 자치단체가 관리하는 공물 : 소유권·임차권 그밖의 권한에 권원에 기하여 관리 + 사실상 관리
 - ☑ 지방자치단체 외의 공공단체(영조물법인, 공공조합, 공재단)가 관리하는 경우 국가배상법이 아닌 민법 758조 배상책임 적용
- ㉢ **國有公物·公有公物 + 私有公物 / 자유공물**(自有公物 : 관리주체와 소유주체 일치) + **타유공물**(他有公物 : 관리주체와 소유주체 다름)
인공공물(도로·상하수도·정부청사·교량 등) + 자연공물(하천·호수·해면 등) / 부동산인 공물 + 동산인 공물(관용차·군견·소방차·경찰관총기)

답 ③

22 「행정조사기본법」에 대한 내용으로 가장 옳은 것은?

- ① 행정기관의 장은 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 행정조사의 결과를 확정된 날부터 10일 이내에 그 결과를 조사대상자에게 통지하여야 한다.
- ② 유사하거나 동일한 사안에 대하여 서로 다른 기관이 공동으로 조사하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다.
- ③ 행정조사의 기본원칙은 군사시설·군사기밀보호 및 방위사업에 관한 사항에 대하여도 적용된다.
- ④ 행정조사를 실시한 행정기관의 장은 이미 조사를 받은 조사대상자에 대하여 위법행위가 의심되는 새로운 증거를 확보한 경우에도 동일한 사안에 대하여 동일한 조사대상자를 재조사 하여서는 아니된다.

해설

① (×)

• 제24조(조사결과의 통지) 행정기관의 장은 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 행정조사의 결과를 확정된 날부터 **7일** 이내에 그 결과를 조사대상자에게 통지하여야 한다.

☞ 행정조사기본법 상 기간 규정은 모두 7일 이내임

- ㉠ 행정조사의 사전통지 : 조사개시 **7일** 전까지 조사대상자에게 서면으로 통지
- ㉡ 행정조사의 연기요청을 받은 날부터 **7일** 이내에 조사의 연기 여부를 결정하여 조사대상자에게 통지
- ㉢ 제3자에 대한 보충조사를 실시하는 경우 조사개시 **7일** 전까지 보충조사의 일시·장소 및 보충조사의 취지 등을 제3자에게 서면 통지
- ㉣ 법령등에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 행정조사 결과를 확정된 날부터 **7일** 이내에 그 결과를 조사대상자에게 통지

② (×)

• 제4조(행정조사의 기본원칙)

- ① 행정조사는 조사목적 달성에 필요한 최소한의 범위 안에서 실시하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용하여서는 아니 된다(비례원칙과 조사권남용금지원칙).
- ② 행정기관은 조사목적에 적합하도록 조사대상자를 선정하여 행정조사를 실시하여야 한다.
- ③ **행정기관은 유사하거나 동일한 사안에 대하여는 공동조사 등을 실시함으로써 행정조사가 중복되지 아니하도록 하여야 한다.**(중복조사금지원칙)
- ④ 행정조사는 법령등의 위반에 대한 처벌보다는 법령등을 준수하도록 유도하는 데 중점을 두어야 한다.
- ⑤ 다른 법률에 따르지 아니하고는 행정조사의 대상자 또는 행정조사의 내용을 공표하거나 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니된다.
- ⑥ 행정기관은 행정조사를 통하여 알게 된 정보를 다른 법률에 따라 내부에서 이용하거나 다른 기관에 제공하는 경우를 제외하고는 원래의 조사목적 이외의 용도로 이용하거나 타인에게 제공하여서는 아니 된다.

③ (○) 군사시설·군사기밀보호 또는 방위사업에 관한 사항에는 행정조사기본법이 적용되지 않지만 이 경우에도 제4조(행정조사의 기본원칙), 제5조(행정조사의 근거) 및 제28조(정보통신수단을 통한 행정조사)에 관한 규정은 적용된다.

• 제3조(적용범위)

- ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항에 대하여는 **이 법을 적용하지 아니한다.**
 1. 행정조사를 한다는 사실이나 조사내용이 공개될 경우 국가의 존립을 위태롭게 하거나 국가의 중대한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 국가안전보장·통일 및 외교에 관한 사항
 2. 국방 및 안전에 관한 사항 중 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사항
 - 가. **군사시설·군사기밀보호 또는 방위사업에 관한 사항**
 - 나. 「병역법」·「예비군법」·「민방위기본법」·「비상대비자원 관리법」에 따른 징집·소집·동원 및 훈련에 관한 사항
 3. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제4조제3항의 정보에 관한 사항
 4. 「근로기준법」 제101조에 따른 근로감독관의 직무에 관한 사항
 5. 조세·형사·행형 및 보안처분에 관한 사항
 6. 금융감독기관의 감독·검사·조사 및 감리에 관한 사항
 7. 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」, 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」, 「하도급거래 공정화에 관한 법률」, 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」, 「방문판매 등에 관한 법률」, 「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률」, 「약관의 규제에 관한 법률」 및 「할부거래에 관한 법률」에 따른 공정거래위원회의 법률위반행위 조사에 관한 사항
- ③ 제2항에도 불구하고 **제4조(행정조사의 기본원칙), 제5조(행정조사의 근거) 및 제28조(정보통신수단을 통한 행정조사)는 제2항 각 호의 사항에 대하여 적용한다.**

④ (×)

• 제15조(중복조사의 제한)

- ① 제7조에 따라 정기조사 또는 수시조사를 실시한 행정기관의 장은 동일한 사안에 대하여 동일한 조사대상자를 **재조사하여서는 아니 된다.** 다만, 당해 행정기관이 **이미 조사를 받은 조사대상자에 대하여 위법행위가 의심되는 새로운 증거를 확보한 경우에는 그러하지 아니하다.**
- ② 행정조사를 실시할 행정기관의 장은 행정조사를 실시하기 전에 다른 행정기관에서 동일한 조사대상자에게 동일하거나 유사한 사안에 대하여 행정조사를 실시하였는 지 여부를 확인할 수 있다.

답 ③

23 손실보상에 대한 내용으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 따른 사업폐지 등에 대한 보상청구권은 사법상 권리로서 그에 관한 소송은 민사소송절차에 의하여야 한다.
- ② 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 의한 잔여지 수용청구를 받아들이지 않은 토지수용위원회의 재결에 대하여 토지소유자가 불복하여 제기하는 소송은 항고소송에 해당한다.
- ③ 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 의한 보상합의는 공공기관이 사경제주체로서 행하는 사법상 계약의 실질을 가진다.
- ④ 공유수면매립면허의 고시가 있는 경우 그 사업이 시행되고 그로 인하여 직접 손실이 발생한다고 할 수 있으므로, 관행어업권자는 공유수면매립 면허의 고시를 이유로 손실보상을 청구할 수 있다.

해설

- ① (×) **공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제79조 제2항 등에 따른 사업폐지 등에 대한 보상청구권에 관한 쟁송형태는 행정소송** : 구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제79조 제2항, 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행규칙 제57조에 따른 사업폐지 등에 대한 보상청구권은 공익사업의 시행 등 적법한 공권력의 행사에 의한 재산상 특별한 희생에 대하여 전체적인 공평부담의 견지에서 공익사업의 주체가 손해를 보상하여 주는 손실보상의 일종으로 공법상 권리임이 분명하므로 그에 관한 쟁송은 민사소송이 아닌 행정소송절차에 의하여야 한다(대판 2012.10.11. 2010다23210).
- ② (×) **잔여지수용청구에 대한 토지수용위원회의 재결에 대해 토지소유자가 불복하여 제기하는 소송은 보상금증액청구소송(당사자소송)** : 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 '토지보상법'이라고 한다) 제72조의 문언, 연혁 및 취지 등에 비추어 보면, 위 규정이 정한 수용청구권(사업시행자가 3년 이상 사용한 토지에 대한 수용 청구권)은 토지보상법 제74조 제1항이 정한 잔여지 수용청구권과 같이 손실보상의 일환으로 토지소유자에게 부여되는 권리로서 그 청구에 의하여 수용효과가 생기는 형성권의 성질을 지니므로, 토지소유자의 토지수용청구를 받아들이지 아니한 토지수용위원회의 재결에 대하여 토지소유자가 불복하여 제기하는 소송은 토지보상법 제85조 제2항에 규정되어 있는 '보상금의 증감에 관한 소송(당사자소송)'에 해당하고, 피고는 토지수용위원회가 아니라 사업시행자로 하여야 한다(대판 2015.4.9. 2014두46669).
- ③ (○) 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 '공익사업법'이라고 한다)에 의한 **보상합의는 공공기관이 사경제주체로서 행하는 사법상 계약의 실질**을 가지는 것으로서, 당사자 간의 합의로 같은 법 소정의 손실보상의 기준에 의하지 아니한 손실보상금을 정할 수 있으며, 이와 같이 같은 법이 정하는 기준에 따르지 아니하고 손실보상액에 관한 합의를 하였다고 하더라도 그 합의가 착오 등을 이유로 적법하게 취소되지 않는 한 유효하다. 따라서 공익사업법에 의한 보상을 하면서 손실보상금에 관한 당사자 간의 합의가 성립하면 그 합의 내용대로 구속력이 있고, 손실보상금에 관한 합의 내용이 공익사업법에서 정하는 손실보상 기준에 맞지 않는다고 하더라도 합의가 적법하게 취소되는 등의 특별한 사정이 없는 한 추가로 공익사업법상 기준에 따른 손실보상금 청구를 할 수는 없다(대판 2013.8.22. 2012다3517).
- ④ (×) 손실보상이 인정되기 위해서는 재산권의 침해가 현실적으로 발생해야 한다.
 • 공유수면 매립면허의 고시가 있다고 하여 반드시 그 사업이 시행되고 그로 인하여 손실이 발생한다고 할 수 없으므로, 매립면허 고시 이후 매립공사가 실행되어 관행어업권자에게 실질적이고 현실적인 피해가 발생한 경우에만 공유수면매립법에서 정하는 손실보상청구권이 발생하였다고 할 것이다(대판 2010.12.9. 2007두6571).

답 ③

24 「행정심판법」상 행정심판에 대한 내용으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 무효등확인심판에는 사정재결이 인정되지 아니한다.
- ② 임시처분은 집행정지로 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 않는다.
- ③ 행정심판의 재결에 불복하는 경우 그 재결 및 같은 처분 또는 부작위에 대하여 다시 행정심판을 청구할 수 있다.
- ④ 행정심판위원회는 처분이행명령재결이 있음에도 피청구인이 처분을 하지 않은 경우 당사자의 신청에 의해 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 그 기간 안에 이행하지 않으면 원칙적으로 직접 처분을 할 수 있다.

해설

- ① (○) 무효등확인심판에 준용되지 않는 규정 : 행정심판전치주의, 제소기간, 사정판결, 간접강제
- ② (○) **제31조(임시처분)** ③ 제1항에 따른 임시처분은 제30조제2항에 따른 집행정지로 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.
- ③ (×) **제51조(행정심판 재청구의 금지)** 심판청구에 대한 재결이 있으면 그 재결 및 같은 처분 또는 부작위에 대하여 다시 행정심판을 청구할 수 없다.
- ④ (○) 직접처분은 의무이행심판의 처분명령재결에 대해 행정청이 처분의무를 이행하지 않는 경우 당사자의 신청이 있을 때 인정됨.
 • **제50조(위원회의 직접 처분)** ① 위원회는 피청구인이 제49조제3항에도 불구하고 처분을 하지 아니하는 경우에는 당사자가 신청하면 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 그 기간에 이행하지 아니하면 직접 처분을 할 수 있다. 다만, 그 처분의 성질이나 그 밖의 불가피한 사유로 위원회가 직접 처분을 할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.
 • **제49조(재결의 기속력 등)** ③ 당사자의 신청을 거부하거나 부작위로 방치한 처분의 이행을 명하는 재결이 있으면 행정청은 지체 없이 이전의 신청에 대하여 재결의 취지에 따라 처분을 하여야 한다.

답 ③

25 「행정심판법」상 행정심판위원회가 취소심판의 청구가 이유가 있다고 인정하는 경우에 행할 수 있는 재결에 해당하지 않는 것은?

- ① 처분을 할 것을 명하는 재결
- ② 처분을 취소하는 재결
- ③ 처분을 다른 처분으로 변경하는 재결
- ④ 처분을 다른 처분으로 변경할 것을 명하는 재결

해설

① 처분을 할 것을 명하는 재결(처분명령재결)은 의무이행심판의 인용재결임. 취소심판 인용재결은 취소재결·변경재결·변경명령재결만 있음.

• 행정심판법 제43조(재결의 구분)

③ 위원회는 **취소심판**의 청구가 이유가 있다고 인정하면 **처분을 취소 또는 다른 처분으로 변경하거나 처분을 다른 처분으로 변경할 것을 피청구인에게 명한다.**

⑤ 위원회는 **의무이행심판**의 청구가 이유가 있다고 인정하면 지체 없이 신청에 따른 **처분을 하거나 처분을 할 것을 피청구인에게 명한다.**

■ 행정심판 인용재결의 유형

행정심판 유형	행정심판 인용재결		
	형성재결	이행재결	확인재결
취소심판	취소재결, 변경재결	변경명령재결 ★ 취소명령재결 X	
무효등확인심판			처분 무효·유효·존재·부존재·실효 확인재결
의무이행심판	처분재결	처분명령재결	

답 ①

26 정행위의 효력에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 영업허가취소처분이 나중에 행정쟁송절차에 의하여 취소되었더라도, 그 영업허가취소처분 이후의 영업행위는 무허가 영업이다.
- ② 연령미달 결격자가 다른 사람 이름으로 교부받은 운전면허는 당연히무효가 아니고 취소되지 않는 한유효하므로 그 연령미달 결격자의 운전행위는 무면허운전에 해당하지 아니한다.
- ③ 구(舊) 「도시계획법」상 원상회복 등의 조치명령을 받고도 이를 따르지 않은 자에 대해 형사처벌을 하기 위해서는 적법한 조치명령이 전제되어야 하며, 이때 형사법원은 그 적법여부를 심사할 수 있다.
- ④ 조세부과처분을 취소하는 행정판결이 확정된 경우 부과처분의 효력은 처분 시에 소급하여 효력을 잃게 되므로 확정된 행정판결은 조세포탈에 대한 무죄를 인정할 명백한 증거에 해당한다.

해설

① (×) 취소판결의 취소의 효과는 처분시 소급하므로 영업정지처분이 행정쟁송절차에 의해 취소되었다면 처음부터 영업정지명령은 없었던 것으로 된다. 따라서 무는 영업정지명령을 위반한 것이 아니다.

• 영업의 금지를 명한 영업허가취소처분 자체가 나중에 행정쟁송절차에 의하여 취소되었다면 그 영업허가취소처분은 그 처분시에 소급하여 효력을 잃게 되며, 그 영업허가취소처분에 복종할 의무가 원래부터 없었음이 확정되었다고 봄이 타당하고, **영업허가취소처분이 장래에 향하여서만 효력을 잃게 된다고 볼 것은 아니므로 그 영업허가취소처분 이후의 영업행위를 무허가영업이라고 볼 수는 없다**(대판 1993.6.25. 93도277).

② (○) 무면허운전죄를 심리하는 형사법원은 운전면허처분에 취소사유인 하자가 있는 경우 선결문제로 운전면허의 효력을 부정할 수 없으므로 무면허운전죄는 성립하지 않음.

• 연령미달의 결격자이던 피고인이 형의 이름으로 운전면허시험에 응시, 합격하여 교부받은 운전면허는 비록 위법하다 하더라도 「도로교통법」 제152조 제3호의 허위 기타 부정한 수단으로 운전면허를 받은 경우에 해당함에 불과하여 취소되지 않는 한 그 효력이 있는 것이라 할 것이므로, 피고인의 운전행위는 「도로교통법」 제43조의 무면허운전에 해당하지 아니한다(대판 1982.6.8. 80도2646).

※ 무면허운전죄는 운전면허처분이 무효인 경우의 운전이거나 운전면허처분의 효력이 소멸된 후의 운전인 경우에 성립

③ (○) 위법성 확인이 선결문제인 경우, 형사법원은 선결문제로 행정행위의 위법성에 대해서는 심사할 수 있다. 이에 반해, 행정행위의 효력을 부인하는 것이 형사소송에서 선결문제가 된 경우 형사법원은 행정행위의 공정력으로 인해 효력을 부인할 수 없다. 그런데 시정명령위반죄는 적법한 시정명령을 위반한 경우에 성립하는 것이고 위법한 시정명령인 경우에는 성립되지 않는다. 즉 형사법원은 선결문제로 시정명령의 위법성을 심사해 위법성이 있으면 시정명령위반죄 유죄판결을 할 수 없다.

• **형사법원은 선결문제로서 행정행위의 위법성 판단 가능** : 도시계획법에 정한 처분이나 조치명령을 받은 자가 이에 위반한 경우 이로 인하여 같은 법에 정한 처벌을 하기 위하여는 그 처분이나 조치명령(시정명령)이 적법한 것이라야 하고, 그 처분이 당연히무효가 아니라 하더라도 그것이 위법한 처분으로 인정되는 한 같은 법 제92조 조치명령 등 위반죄가 성립될 수 없다(대판 1992.8.18. 90도1709)

④ (○) 조세의 부과처분을 취소하는 행정소송판결이 확정된 경우 그 조세부과처분의 효력은 처분시에 소급하여 효력을 잃게 되고, 따라서 그 부과처분을 받은 사람은 그 처분에 따른 납부의무가 없다고 할 것이므로 위 확정된 행정판결은 조세포탈에 대한 무죄 내지 원판결이 인정한 죄보다 경한 죄를 인정할 명백한 증거라 할 것이다. 조세포탈에 관하여 원심판결이 있는 후에 그 조세부과처분을 취소하는 행정소송판결이 확정된 경우에는 형사소송법 제420조 제5호 소정의 재심사유에 해당한다(대판 1985.10.22. 83도2933).

답 ①

27 행정행위의 하자로서 취소사유에 해당하는 것으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 국토계획법령이 정한 도시계획시설사업의 대상 토지의 소유와 동의 요건을 갖추지 못하였음에도 도시계획시설사업의 사업시행자 지정처분을 한 경우
- ② 학교환경위생정화위원회의 심의절차를 누락한 채 학교환경위생정화구역에서의 금지행위 및 시설해제 여부에 관한 행정처분을 한 경우
- ③ 조세부과처분의 근거가 되었던 법률규정에 대하여 위헌결정이 내려진 후 체납처분을 한 경우
- ④ 납세자가 아닌 제3자의 재산을 대상으로 압류 처분을 한 경우

해설

① (×) **[무효] 국토계획법령이 정한 도시계획시설사업의 대상 토지의 소유와 동의 요건을 갖추지 못했는데 이뤄진 사업시행자지정처분은 무효**

㉠ 국토계획법이 사인을 도시·군계획시설사업의 시행자로 지정하기 위한 요건으로 소유 요건과 동의 요건을 둔 취지는 사인이 시행하는 도시·군계획시설사업의 공공성을 보완하고 사인에 의한 일방적인 수용을 제어하기 위한 데에 있다. 그러므로 만일 국토계획법령이 정한 도시계획시설사업의 대상 토지의 소유와 동의 요건을 갖추지 못하였는데도 사업시행자로 지정하였다면, 이는 국토계획법령이 정한 법규의 중요한 부분을 위반한 것으로서 특별한 사정이 없는 한 그 하자가 중대하다고 보아야 한다. ㉡ 국토계획법령은 소유 요건 충족 여부에 대한 판단기준에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않아 사업시행자 지정 요건 중 소유 요건의 기초가 되는 '소유권'은 민법상 소유권 취득 여부를 기준으로 판단할 수밖에 없다. 신청인이 사실상 소유하는 토지도 이에 포함시켜야 한다고 볼 만한 아무런 법령상 근거가 없으므로 사업시행자 지정을 위한 소유 요건에서 소유권의 의미에 관한 해석에 다툼의 여지도 없다. 따라서 이 사건에서 참가인의 신청 내용 자체에 의하더라도 참가인이 소유 요건을 갖추지 못하였음이 분명하다. 이 사건 사업시행자 지정 처분에서 소유 요건을 충족하지 못한 하자는 중대할 뿐만 아니라 객관적으로 명백하다.(대판 2017.7.11. 2016두35120).

② (○) **[취소사유] 구 학교보건법상 학교환경위생정화구역에서의 금지행위 및 시설의 해제 여부에 관한 행정처분을 함에 있어 학교환경위생정화위원회의 심의절차를 누락한 경우 행정처분의 하자는 취소사유** : 행정청이 구 학교보건법(2005. 12. 7. 법률 제7700호로 개정되기 전의 것) 소정의 학교환경위생정화구역 내에서 금지행위 및 시설의 해제 여부에 관한 행정처분을 함에 있어 학교환경위생정화위원회의 심의를 거치도록 한 취지는 그에 관한 전문가 내지 이해관계인의 의견과 주민의 의사를 행정청의 의사결정에 반영함으로써 공익에 가장 부합하는 민주적 의사를 도출하고 행정처분의 공정성과 투명성을 확보하려는 데 있고, 나아가 그 심의의 요구가 법률에 근거하고 있을 뿐 아니라 심의에 따른 의결내용도 단순히 절차의 형식에 관련된 사항에 그치지 않고 금지행위 및 시설의 해제 여부에 관한 행정처분에 영향을 미칠 수 있는 사항에 관한 것임을 종합해 보면, 금지행위 및 시설의 해제 여부에 관한 행정처분을 하면서 절차상 위와 같은 심의를 누락한 흠이 있다면 그와 같은 흠을 가리켜 위 행정처분의 효력에 아무런 영향을 주지 않는다거나 경미한 정도에 불과하다고 볼 수는 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 이는 행정처분을 위법하게 하는 취소사유가 된다(대판 2007.3.15. 2006두15806).

③ (×) **[무효] 과세처분 이후 조세 부과에 근거가 되었던 법률규정에 대하여 위헌결정이 내려진 경우, 그 조세채권의 집행을 위한 체납처분은 당연무효** : 구 헌법재판소법 제47조 제1항은 “법률의 위헌결정은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다.”고 규정하고 있는데, 이러한 위헌결정의 기속력과 헌법을 최고규범으로 하는 법질서의 체계적 요청에 비추어 국가기관 및 지방자치단체는 **위헌으로 선언된 법률규정에 근거하여 새로운 행정처분을 할 수 없음은 물론이고, 위헌결정 전에 이미 형성된 법률관계에 기한 후속처분이라도 그것이 새로운 위헌적 법률관계를 생성·확대하는 경우라면 이를 허용할 수 없다.** 따라서 조세 부과에 근거가 되었던 법률규정이 위헌으로 선언된 경우, 비록 그에 기한 과세처분이 위헌결정 전에 이루어졌고, 과세처분에 대한 제소기간이 이미 경과하여 조세채권이 확정되었으며, 조세채권의 집행을 위한 체납처분의 근거규정 자체에 대하여는 따로 위헌결정이 내려진 바 없다고 하더라도, 위와 같은 위헌결정 이후에 조세채권의 집행을 위한 새로운 체납처분에 착수하거나 이를 속행하는 것은 더 이상 허용되지 않고, 나아가 이러한 위헌결정의 효력에 위배하여 이루어진 체납처분은 그 사유만으로 하자가 중대하고 객관적으로 명백하여 당연무효라고 보아야 한다(대판 2012.2.16. 2010두10907).

④ (×) **[무효] 납세자 아닌 제3자의 재산을 대상으로 한 체납압류처분의 효력은 당연무효** : 체납처분(현 강제징수)으로서 압류의 요건을 규정하는 국세징수법 제24조(현 제31조) 각 항의 규정을 보면, 어느 경우에도 압류의 대상을 납세자의 재산에 국한하고 있으므로, 납세자가 아닌 제3자의 재산을 대상으로 한 압류처분은 그 처분의 내용이 법률상 실현될 수 없는 것이어서 당연무효이다(대판 2001.2.23. 2000다68924)

답 ②

28 「행정절차법」상 처분의 신청 및 송달에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 행정청은 신청인의 편의를 위하여 다른 행정청에 신청을 접수하게 할 수 있다.
- ② 행정청은 신청에 구비서류의 미비 등 흠이 있는 경우 접수를 거부하여야 한다.
- ③ 정보통신망을 이용하여 전자문서로 송달하는 경우에는 송달받을 자가 지정한 컴퓨터 등에 입력된 때에 도달한 것으로 본다.
- ④ 송달이 불가능한 경우에는 송달받을 자가 알기 쉽도록 관보, 공보, 게시판, 일간신문 중 하나 이상에 공고하고 인터넷에도 공고하여야 한다.

해설

① (○) 제17조 제7항

② (×) 행정청은 신청을 받았을 때에는 다른 법령등에 특별한 규정이 없다면 접수 보류·거부하거나 부당하게 되돌려 보내서는 안 되며, **신청에 구비서류의 미비 등 흠이 있는 경우 보완에 필요한 상당한 기간을 정해 지체 없이 신청인에게 보완을 요구해야 한다.** 신청인이 기간 내에 보완하지 않으면 그 이유를 구체적으로 밝혀 접수된 신청을 되돌려 보낼 수 있다.

• 행정절차법 제17조(처분의 신청)

① 행정청에 처분을 구하는 신청은 문서로 하여야 한다. 다만, **다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우와 행정청이 미리 다른 방법을 정하여 공시한 경우에는 그러하지 아니하다.**

② 제1항에 따라 처분을 신청할 때 전자문서로 하는 경우에는 **행정청의(신청인의×) 컴퓨터 등에 입력된 때에(내용을 확인한 때에×) 신청한 것으로 본다.**

③ 행정청은 신청에 필요한 구비서류, 접수기관, 처리기간, 그 밖에 필요한 사항을 게시(인터넷 등을 통한 게시를 포함한다)하거나 이에 대한 편람을 갖추어 두고 누구나 열람할 수 있도록 하여야 한다.

④ 행정청은 신청을 받았을 때에는 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 접수를 보류 또는 거부하거나 부당하게 되돌려 보내서는 아니 되며, 신청을 접수한 경우에는 신청인에게 접수증을 주어야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 경우에는 접수증을 주지 아니할 수 있다.

⑤ **행정청은 신청에 구비서류의 미비 등 흠이 있는 경우에는 보완에 필요한 상당한 기간을 정하여 지체 없이 신청인에게 보완을 요구하여야 한다(보완을 요구할 수 있다×).**

⑥ 행정청은 신청인이 제5항에 따른 기간 내에 보완을 하지 아니하였을 때에는 그 이유를 구체적으로 밝혀 접수된 신청을 되돌려 보낼 수 있다.(되돌려 보내야 한다×).

⑦ 행정청은 **신청인(행정청×)의 편의를 위하여 다른 행정청에 신청을 접수하게 할 수 있다.** 이 경우 행정청은 다른 행정청에 접수할 수 있는 신청의 종류를 미리 정하여 공시하여야 한다.

⑧ **신청인은 처분이 있기 전에는 그 신청의 내용을 보완·변경하거나 취하(取下)할 수 있다.** 다만, 다른 법령등에 특별한 규정이 있거나 그 신청의 성질상 보완·변경하거나 취하할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

③④ (○)

• 행정절차법 제14조(송달)

- ① 송달은 우편, 교부 또는 정보통신망 이용 등의 방법으로 하되, 송달받을 자(대표자 또는 대리인을 포함)의 주소·거소(居所)·영업소·사무소 또는 전자우편주소(이하 "주소등"이라 한다)로 한다. 다만, 송달받을 자가 동의하는 경우에는 그를 만나는 장소에서 송달할 수 있다.
- ② 교부에 의한 송달은 수령확인서를 받고 문서를 교부함으로써 하며, 송달하는 장소에서 송달받을 자를 만나지 못한 경우에는 그 사무원·피용자(被傭者) 또는 동거인으로서 사리를 분별할 능력이 있는 사람(이하 이 조에서 "사무원등"이라 한다)에게 문서를 교부할 수 있다. 다만, 문서를 송달받을 자 또는 그 사무원등이 정당한 사유 없이 송달받기를 거부하는 때에는 그 사실을 수령확인서에 적고, 문서를 송달할 장소에 놓아둘 수 있다.
- ③ 정보통신망을 이용한 송달은 송달받을 자가 동의하는 경우에만 한다. 이 경우 송달받을 자는 송달받을 전자우편주소 등을 지정해야 한다.
- ④ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 송달받을 자가 알기 쉽도록 관보, 공보, 게시판, 일간신문 중 하나 이상에 공고하고(공고하거나 x) 인터넷에도 공고해야 한다.
 1. 송달받을 자의 주소등을 통상적인 방법으로 확인할 수 없는 경우
 2. 송달이 불가능한 경우
- ⑤ 행정청은 송달하는 문서의 명칭, 송달받는 자의 성명 또는 명칭, 발송방법 및 발송 연월일을 확인할 수 있는 기록을 보존해야 한다.

• 행정절차법 제15조(송달의 효력 발생)

- ① 송달은 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 해당 문서가 송달받을 자에게 도달됨으로써 그 효력이 발생한다.
- ② 제14조제3항에 따라 정보통신망을 이용하여 전자문서로 송달하는 경우에는 송달받을 자(발송자 x, 송달하는 자 x)가 지정한 컴퓨터 등에 입력된 때(컴퓨터 등에서 확인한 때 x)에 도달된 것으로 본다.
- ③ 제14조제4항의 경우에는 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 공고일부터 14일(20일 x)이 지난 때에 그 효력이 발생한다. 다만, 긴급히 시행해야 할 특별한 사유가 있어 효력 발생 시기를 달리 정하여 공고한 경우에는 그에 따른다.

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

답 ②

29 행정처분의 취소와 철회에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 행정청은 부당한 처분의 전부나 일부를 소급하여 취소할 수 있다.
- ② 행정청은 인허가 등을 취소하는 처분을 할 때는 원칙적으로 청문을 하여야 한다.
- ③ 행정청은 당사자에게 권리나 이익을 부여하는 처분을 취소하려는 경우, 당사자가 중대한 과실로 처분의 위법성을 알지 못하면 취소로 인하여 입게 될 불이익을 취소로 달성되는 공익과 비교·형량하여야 한다.
- ④ 행정청은 중대한 공익을 위하여 필요한 경우 적법한 처분의 전부 또는 일부를 장래를 향하여 철회할 수 있다.

해설

- ① (○), ③ (x) 수익적 처분의 취소시 상대방의 귀책사유(거짓이나 부정한 방법으로 처분을 받음, 처분의 위법성을 알았거나[惡意] 중대한 과실로 알지 못한 경우)가 있는 경우 공·사익간 비교·형량을 하지 않아도 된다.

• 행정기본법 제18조(위법 또는 부당한 처분의 취소)

- ① 행정청은 위법 또는 부당한 처분의 전부나 일부를 소급하여 취소할 수 있다. 다만, 당사자의 신뢰를 보호할 가치가 있는 등 정당한 사유가 있는 경우에는 장래를 향하여 취소할 수 있다.
- ② 행정청은 제1항에 따라 당사자에게 권리나 이익을 부여하는 처분을 취소하려는 경우에는 취소로 인하여 당사자가 입게 될 불이익을 취소로 달성되는 공익과 비교·형량(衡量)하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.
 1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 처분을 받은 경우
 2. 당사자가 처분의 위법성을 알고 있었거나 중대한 과실로 알지 못한 경우

② (○)

• 행정절차법 제22조(의견청취)

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

④ (○)

• 행정기본법 제19조(적법한 처분의 철회)

- ① 행정청은 적법한 처분이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 처분의 전부 또는 일부를 장래를 향하여 철회할 수 있다.
1. 법률에서 정한 철회 사유에 해당하게 된 경우
 2. 법령등의 변경이나 사정변경으로 처분을 더 이상 존속시킬 필요가 없게 된 경우
 3. 중대한 공익을 위하여 필요한 경우

답 ③

30 공법상 계약에 대한 설명으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 지방자치단체가 A주식회사를 자원회수시설과 부대시설의 운영·유지관리 등을 위탁할 민간사업자로 선정하고 A주식회사와 체결한 위 시설에 관한 위·수탁 운영 협약은 사법상 계약에 해당한다.
- ② 국립의료원 부설 주차장 위탁관리용역운영계약은 공법상 계약에 해당한다.
- ③ 공법상 계약이더라도 한쪽 당사자가 다른 당사자를 상대로 계약의 이행을 청구하는 소송은 민사소송으로 제기하여야 한다.
- ④ 지방자치단체가 일방 당사자가 되는 이른바 ‘공공계약’이 사법상 계약에 해당하는 경우에도 법령에 특별한 규정이 없다면 사적자치와 계약 자유의 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용되지 않는다.

해설

- ① (○) 지방자치단체가 사인과 체결한 자원회수시설에 대한 위탁운영협약은 사법상 계약에 해당하므로 그에 관한 다툼은 민사소송의 대상 : 갑 지방자치단체가 을 주식회사 등 4개 회사로 구성된 공동수급체를 자원회수시설과 부대시설의 운영·유지관리 등을 위탁할 민간사업자로 선정하고 을 회사 등의 공동수급체와 위 시설에 관한 위·수탁 운영 협약을 체결하였는데, 민간위탁 사무감사를 실시한 결과 을 회사 등이 위 협약에 근거하여 노무비와 복지후생비 등 비정산비용 명목으로 지급받은 금액 중 집행되지 않은 금액에 대하여 회수하기로 하고 을 회사에 이를 납부하라고 통보하자, 을 회사 등이 이를 납부한 후 회수통보의 무효확인 등을 구하는 소송을 제기한 사안에서, 위 협약은 갑 지방자치단체가 사인인 을 회사 등에 위 시설의 운영을 위탁하고 그 위탁운영비용을 지급하는 것을 내용으로 하는 용역계약으로서 상호 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 체결한 사법상 계약에 해당하고, 위 협약에 따르면 수탁자인 을 회사 등이 위탁운영비용 중 비정산비용 항목을 일부 집행하지 않았다고 하더라도, 위탁자인 갑 지방자치단체에 미집행액을 회수할 계약상 권리가 인정된다고 볼 수 없는 점, 인건비 등이 일부 집행되지 않았다는 사정만으로 을 회사 등이 협약상 의무를 불이행하였다고 볼 수는 없는 점, 을 회사 등이 갑 지방자치단체에 미집행액을 반환하여야 할 계약상 의무가 없으므로 결과적으로 을 회사 등이 미집행액을 계속 보유하고 자신들의 이윤으로 귀속시킬 수 있다고 해서 협약에서 정한 ‘운영비용의 목적 외 사용’에 해당한다고 볼 수도 없는 점 등을 종합하면, 갑 지방자치단체가 미집행액 회수를 위하여 을 회사 등으로부터 지급받은 돈이 부당이득에 해당하지 않는다고 본 원심판단에 법리를 오해한 잘못이 있다(대판 2019.10.17. 2018두60588).
- ② (×) 국립의료원 부설 주차장에 관한 위탁관리용역운영계약의 실질은 행정재산의 사용·수익 허가로서 강학상 특허 : 국립의료원 부설주차장에 관한 위탁관리용역 운영계약의 실질은 행정재산인 위 부설주차장에 대한 국유재산법 제24조 제1항에 의한 사용·수익허가로서 이루어진 것임을 알 수 있으므로, 이는 위 국립의료원이 원고의 신청에 의하여 공권력을 가진 우월적 지위에서 행한 행정처분으로서 특정인에게 행정재산을 사용할 수 있는 권리를 설정하여 주는 강학상 특허에 해당한다 할 것이고 순전히 사경제주체로서 원고와 대등한 위치에서 행한 사법상의 계약으로 보기 어렵다(대판 2006.3.9. 2004다31074).
- ③ (×) 공법상 당사자소송이란 행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송을 말한다(행정소송법 제3조 제2호). 공법상 계약이란 공법적 효과의 발생을 목적으로 하여 대등한 당사자 사이의 의사표시의 합치로 성립하는 공법행위를 말한다. 공법상 계약의 한쪽 당사자가 다른 당사자를 상대로 효력을 다투거나 이행을 청구하는 소송은 공법상의 법률관계에 관한 분쟁이므로 분쟁의 실질이 공법상 권리·의무의 존부·범위에 관한 다툼이 아니라 손해배상액의 구체적인 산정방법·금액에 국한되는 등의 특별한 사정이 없는 한 공법상 당사자소송으로 제기하여야 한다(대판 2021.2.4. 2019다277133).

• 행정소송규칙 제19조(당사자소송의 대상) 당사자소송은 다음 각 호의 소송을 포함한다.

4. 공법상 계약에 따른 권리·의무의 확인 또는 이행청구 소송

- ④ (×) 지방자치단체가 일방 당사자가 되는 이른바 ‘공공계약’이 사경제의 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상 계약에 해당하는 경우 그에 관한 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 사적 자치와 계약자유 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용된다(대판 2018.2.13. 2014두11328).

답 ①

31 행정계획에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정청은 구체적인 행정계획의 입안·결정에 관하여 광범위한 형성의 재량을 가진다.
- ② 행정청이 행정계획을 입안·결정할 때 이익형량을 전혀 행하지 아니하였다면, 그 행정계획결정은 재량권을 일탈·남용한 것으로 위법하다.
- ③ 구(舊) 「국토이용관리법」상의 국토이용계획은 그 계획이 일단 확정된 후에 어떤 사정의 변동이 있다고 하여 지역주민이나 일반 이해관계인에게 일일이 그 계획의 변경을 신청할 권리를 인정하여 줄 수 없다.
- ④ 개발제한구역으로 지정되어 있는 부지에 묘지공원과 화장장 시설들을 설치하기로 하는 도시계획시설 결정은 위법하다.

해설

- ①② (○) 관계법령에는 추상적인 행정목표와 절차만이 규정되어 있을 뿐 행정계획의 내용에 관하여는 별다른 규정을 두고 있지 아니하므로(목적프로그램) 행정주체는 구체적인 행정계획을 입안·결정함에 있어서 비교적 광범위한 형성의 자유(계획재량)를 가지는 것이지만, 행정주체가 가지는 이와 같은 형성의 자유는 무제한적인 것이 아니라 그 행정계획에 관련되는 자들의 이익을 공익과 사익 사이에서는 물론이고 공익 상호 간과 사익 상호 간에도 정당하게 비교교량하여야 한다는 제한(형량명령)이 있으므로, 행정주체가 행정계획을 입안·결정함에 있어서 이익형량을 전혀 행하지 아니하거나(형량의 탈락·해태), 이익형량의 고려 대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우(형량의 흡결·불순) 또는 이익형량을 하였으나 정당성과 객관성이 결여된 경우(형량과오·형량불비례)에는 그 행정계획결정은 형량에 하자(형량하자)가 있어 위법하게 된다(대판 2007.4.12. 2005두1893).
- ③ (○) 구 국토이용관리법상 주민이 국토이용계획의 변경에 대하여 신청을 할 수 있다는 규정이 없을 뿐만 아니라, 국토건설종합계획의 효율적인 추진과 국토이용질서를 확립하기 위한 국토이용계획은 장기성, 종합성이 요구되는 행정계획이어서 원칙적으로는 그 계획이 일단 확정된 후에 어떤 사정의 변동이 있다고 하여 그러한 사유만으로는 지역주민이나 일반 이해관계인에게 일일이 그 계획의 변경을 신청할 권리를 인정하여 줄 수는 없을 것이지만, 장래 일정한 기간 내에 관계 법령이 규정하는 시설 등을 갖추어 일정한 행정처분을 구하는 신청을 할 수 있는 법률상 지위에 있는 자의 국토이용계획변경신청을 거부하는 것이 실질적으로 당해 행정처분 자체를 거부하는 결과가 되는 경우에는 예외적으로 그 신청인에게 국토이용계획변경을 신청할 권리가 인정된다고 봄이 상당하므로, 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다. 구 폐기물관리법 제26조, 같은법 시행규칙 제17조 등에 의하면 폐기물처리사업계획의 적정통보를 받은 자는 장래 일정한 기간 내에 관계 법령이 규정하는 시설 등을 갖추어 폐기물처리업허가신청을 할 수 있는 법률상 지위에 있다고 할 것인바, 피고로부터 폐기물처리사업계획의 적정통보를 받은 원고가 폐기물처리업허가를 받기 위하여는 이 사건 부동산에 대한 용도지역을 '농림지역 또는 준농림지역'에서 '준도시지역(시설용지지구)'으로 변경하는 국토이용계획변경이 선행되어야 하고, 원고의 위 계획변경신청을 피고가 거부한다면 이는 실질적으로 원고에 대한 폐기물처리업허가신청을 불허하는 결과가 되므로, 원고는 위 국토이용계획변경의 입안 및 결정권자인 피고에 대하여 그 계획변경을 신청할 법규상 또는 조리상 권리를 가진다고 할 것이다(대판 2003.9.23. 2001두10936)
- ④ (×) 개발제한구역은 도시의 무질서한 확산을 방지하고 도시 주변의 자연환경을 보전하여 도시민의 건전한 생활환경을 확보하기 위하여 도시의 개발을 제한할 필요에 의하여 지정되는 것이어서 원칙적으로 개발제한구역에서의 개발행위는 제한되는 것이기는 하지만 위와 같은 개발제한구역의 지정목적에 위배되지 않는다면 허용될 수 있는 것인바, 도시계획시설인 묘지공원과 화장장 시설의 설치가 위와 같은 개발제한구역의 지정목적에 위배된다고 보이지 않으므로, 시장이 이미 개발제한구역으로 지정되어 있는 부지에 묘지공원과 화장장 시설들을 설치하기로 하는 내용의 도시계획시설결정을 하였다 하더라도 이를 두고 위법하다고 할 수 없다(대판 2007.4.12. 2005두1893).

답 ④

32 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에 관한 설명 으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① '진행 중인 재판에 관련된 정보'에 해당한다는 사유로 정보공개청구를 거부하기 위하여는 그 정보가 진행중인 재판에 관련된 일체의 정보일 뿐만 아니라, 진행 중인 재판의 소송기록 그 자체에 포함된 내용의 정보에 해당하여야 한다.
- ② 정보공개청구권자인 국민에는 자연인은 물론 법인, 권리능력 없는 사단·재단도 포함되고, 법인, 권리능력 없는 사단·재단 등의 경우에는 설립 목적을 불문한다.
- ③ 공개청구의 대상이 되는 정보란 공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 현재 보유·관리하고 있는 문서에 한정되며, 그 문서가 반드시 원본일 필요는 없다.
- ④ 국민의 정보공개청구가 오로지 공공기관의 담당 공무원을 괴롭힐 목적으로 정보공개 청구를 하는 경우처럼 권리의 남용에 해당하는 것이 명백한 경우에는 정보공개청구권의 행사가 허용되지 아니한다.

해설

- ① (×) 진행 중인 재판에 관련된 정보'는 재판의 소송기록 자체에 포함된 내용일 필요는 없으나, 재판 관련 일체의 정보가 아니라 진행 중인 재판의 심리나 재판결과에 구체적으로 영향을 미칠 위험이 있는 정보에 한정됨 : 정보공개법의 입법 목적, 정보공개의 원칙, 위 비공개대상정보의 규정 형식과 취지 등을 고려하면, 법원 이외의 공공기관이 위 규정이 정한 '진행 중인 재판에 관련된 정보'에 해당한다는 사유로 정보공개를 거부하기 위하여는 반드시 그 정보가 진행 중인 재판의 소송기록 그 자체에 포함된 내용의 정보일 필요는 없으나, 재판에 관련된 일체의 정보가 그에 해당하는 것은 아니고 진행 중인 재판의 심리 또는 재판결과에 구체적으로 영향을 미칠 위험이 있는 정보에 한정된다고 할 것이다(대판 2011.11.24. 2009두19021).

• 정보공개법 제9조(비공개 대상 정보) ① 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개 대상이 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보는 공개하지 아니할 수 있다.

4. 진행 중인 재판에 관련된 정보와 범죄의 예방, 수사, 공소의 제기 및 유지, 형의 집행, 교정(矯正), 보안처분에 관한 사항으로서 공개될 경우 그 직무수행을 현저히 곤란하게 하거나 형사피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보

- ② (○) 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제6조 제1항은 “모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다.”고 규정하고 있는데, 여기에서 말하는 국민에는 자연인은 물론 법인, 권리능력 없는 사단·재단도 포함되고, 법인, 권리능력 없는 사단·재단 등의 경우에는 설립목적 불문한다(대판 2003.12.12. 2003두8050).

- ③ (△) 기출문제에서도 여러번 옳은 지문으로 출제된 것이지만 실제로는 틀린 지문이다. 공개청구 대상은 문서에 한정된 것이 아니기 때문이다.

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

1. "정보"란 공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 관리하고 있는 문서(전자문서를 포함한다. 이하 같다) 및 전자매체를 비롯한 모든 형태의 매체 등에 기록된 사항을 말한다.

판례 지문의 일부만 따서 출제하여 오류가 생긴 것이다. 지문을 옳게 수정하면 다음과 같다.

“공개청구의 대상이 되는 정보가 공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 현재 보유·관리하고 있는 문서인 경우 그 문서가 반드시 원본일 필요는 없다.”

- 지문의 출제 근거가 된 판례 사례는 문서 사본의 공개를 청구한 것이었다. 고소인이 지방검찰청에 피고소인에 대한 공소장(문서)을 등사하여 공개해 줄것을 요구했으나 공소장 원본이 법원에 제출되어 보유·관리하고 있지 않으며, 공소장은 공개대상이 아니라는 이유로 공개거부하자 제기된 사건기록등사 불허가처분취소소송이다.
- **[판례 내용]** 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」상 공개청구의 대상이 되는 정보란 공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 현재 보유·관리하고 있는 문서에 한정되는 것이기는 하나, 그 문서가 반드시 원본일 필요는 없다. 공공기관의 정보공개에 관한 법률상 공개청구의 대상이 되는 정보란 공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 현재 보유·관리하고 있는 문서에 한정되는 것이기는 하나, 그 문서가 반드시 원본일 필요는 없다. 원심이 인정한 사실관계와 기록에 의하면, 이 사건의 원고는 자신이 고소하였던 강간사건의 수사 결과 피고소인이 구속 구공판되었다는 통지만 받았을 뿐 공소장의 내용을 통지받지 못하였다는 이유로 피고에 대하여 공소사실의 내용을 알려달라고 청구하고 있음을 인정할 수 있는바, 이러한 경우 자신이 보유·관리하는 공판카드에 공소장 부분을 편철하여 두고 있는 피고로서는 공소장 원본이 법원에 제출되었다는 이유를 들어서 스스로가 위 법률이 말하는 보유·관리를 하지 않고 있다고 주장할 수는 없다. 특히, 고소사건이 법원에 공소제기된 후 아직 사건기록이 법원에 제출되기 전까지의 기간 동안에는 고소인이 법원에 등사신청을 하더라도 법원으로서의 사건기록이 없는 탓에 등사신청인이 과연 고소인인지 여부를 확인할 수 없어서 등사를 해 줄 수 없으므로, 이런 경우에는 고소인이 검찰에 대하여 등사신청을 하여야 할 현실적인 필요성도 있다. 원심이 같은 취지로 피고의 주장을 배척한 것은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 위 법률에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다(대판 2006.5.25. 2006두3049).

- ④ (○) **권리남용이 명백하지 않는 한 정보공개청구권 행사 가능** : 국민의 정보공개청구는 정보공개법 제9조에 정한 비공개 대상정보에 해당하지 아니하는 한 폭넓게 허용되어야 하지만, 실제로는 해당 정보를 취득 또는 활용할 의사가 전혀 없이 정보공개 제도를 이용하여 사회통념상 용인될 수 없는 부당한 이득을 얻으려고 하거나, 오로지 공공기관의 담당공무원을 괴롭힐 목적으로 정보공개청구를 하는 경우처럼 권리의 남用に 해당하는 것이 명백한 때에는 예외적으로 정보공개청구권의 행사를 허용할 수 없다고 보는 것이 옳다(대판 2015.1.15. 2014두38903).

답 ①

33 [각론] 경찰책임에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

2012 지방7급

- ① 소유권을 포기한 경우 원칙적으로 상태책임에서 배제되지만 소유권의 포기 당시 경찰상 위해가 이미 발생하고 있었던 때에는 원소유권자의 경찰책임은 면제되지 않는다.
- ② 근로자가 직무수행상 위험을 야기한 행위에 대하여 사용자는 감독책임을 다하였다 하더라도 경찰책임이 감경되지 않는다.
- ③ 행위책임은 고의·과실과 무관하며, 행위자가 미성년자인가도 가리지 않는다.
- ④ 도로에 인접한 상점의 진열장에 통행인의 주의를 크게 끄는 진열을 하여 진열장 주위에 많은 사람들이 모여들어 교통에 중대한 방해로 가져오는 경우에도 진열장을 설치한 자에게는 경찰책임이 인정되지 않는다.

해설

- ① (○) 소유권을 포기한 경우 원칙상 상태책임에서 배제되지만, 소유권 포기가 경찰책임을 면하기 위한 것이면 소유권자의 상태책임은 배제되지 않는다. 예컨대, 자동차사고를 낸 운전자가 당해 자동차로 인하여 발생한 교통장애에 대해서 자동차소유권을 포기하였다고 해서 상태책임이 배제되는 것은 아니다.

■ 정책책임 중 상태책임

의의	물건이나 동물의 소유자, 점유자 또는 사실상의 지배권을 행사하는 사람이 당해 물건의 상태나 동물의 행위로부터 야기된 경찰상의 위해에 대해서 지는 책임. 물건의 소유자·점유자의 주관적 책임과는 관계없이 물건의 성격이나 상황에 따라서 발생하는 위해에 관련되는 것. 예 도로교통법상 교통장애물의 제거의무, 도로 위에 불법주차된 자동차로 인해 발생한 교통장애에 대한 자동차 소유자의 책임, 도심지에 광견을 방치한 자에게 경찰책임을 묻는 경우, 붕괴위험이 있는 축대의 소유자,
상태책임의 주체와 귀속 (사실상 지배권자)	① 1차적 책임 : 물건·동물에 대한 사실상의 지배권자. 지배권 권원(權原)의 정당성·적법성은 묻지 않음 ② 2차적 책임 : 소유권자·임차인 등 기타 정당한 권리자 ㉠ 정당한 재산권의 행사인 경우, 제3자에 의한 위해 야기(예 도난이나 국가 등에 의한 압류의 경우 등), 자연재해, 불가항력 등에 대해서는 소유권자가 책임을 지지 않을 수 있다. 예 물건이 도난된 경우 사실상 재배력을 미치고 있는 자가 소유자의 의사와 관계없이 지배력을 행사하고 있는 경우 소유권자는 상태책임을 지지 않음. ㉡ 소유권자가 소유권을 타인에게 양도하거나 포기한 때에는 지금까지의 상태책임에서 배제된다. ㉢ 소유권 포기시 원칙적으로 상태책임에서 배제되지만 소유권의 포기 당시 경찰상 위해가 이미 발생하고 있었던 때에는 원소유권자의 경찰책임은 면제되지 않음. 예 자동차사고를 낸 운전자가 당해 자동차로 인해 발생한 교통장애에 대해 자동차 소유권을 포기했다 해서 상태책임이 배제되지 않음

- ② (○) 타인의 행위에 대한 보호자 또는 감독자의 경찰책임은 민사상의 사용자나 후견인의 책임과 달리 원칙상 보호자 또는 감독자의 고의·과실을 요하지 않는다. 따라서 사용자에게 감독상의 고의·과실이 없다고 하더라도 감독자의 경찰책임이 감경되지 않는다.

행위책임 중 타인의 행위에 대한 책임	① 행위자가 자신인지(행위자책임) 그가 지배하는 타인인지(지배자책임)를 불문한다. 즉, 지배자책임이란 형사책임 무능력자나 심신장애나 심신상실의 상태에 있는 사람에 의한 행위에 대한 보호의무나 감독의무를 지는 당사자(친권자, 후견인, 보호자 등)의 책임이나, 고용인이 직무수행과정에서 야기한 위해에 대해서도 그를 감독하고 지시할 수 있는 관계에 있는 사용자의 책임을 말한다. 민사상 사용자·후견인의 책임과 달리 원칙상 보호자나 감독자의 고의·과실을 요하지 않음. 따라서 근로자가 직무수행상 위험을 야기한 행위에 대해 사용자는 감독책임을 다했다 해도 경찰책임이 감경되지 않음. 예 공원에서 아이에게 대소변을 누인 부모의 책임, 주유소 종업원이 정량미달의 기름을 주유하는 것에 대한 사용자의 책임 ② 경찰책임자는 법률로 정해야 하므로 타인의 행위에 대해 책임을 지도록 하는 경우에는 법률에 근거가 있어야 한다. ③ 타인의 행위에 대하여 경찰책임이 인정되는 경우에도 행위자의 경찰책임이 면제되는 것은 아니고 실제의 행위자와 감독자가 동시에 경찰책임을 진다. 지배자책임은 대위책임이 아니고, 자기의 지배범위 안에서 경찰위반상태가 발생한 데 대한 자기책임이다. 따라서 경찰기관은 어느 당사자에 대해 경찰권을 발동할 것인가에 대해 재량권을 행사할 수 있다.
----------------------	---

- ③ (○) 행위책임은 민사책임이나 형사책임과 달리 행위자의 의사능력, 행위능력 및 고의·과실 여부를 묻지 않고 인정되는 객관적 책임이다.

■ 정책책임 중 행위책임

의의	자기의 행위 또는 자기의 보호·감독 하에 있는 자의 행위로 인해 경찰위해가 발생한 경우에 있어서 자연인이나 법인 이 지는 책임. 당사자의 고의나 과실은 묻지 않으며 단지 객관적인 위해의 발생만이 의미를 갖는다는 것이 통설. • 민형사책임과 구별. ⑦ 행위책임은 민사책임과·형사책임과 달리 행위자의 의사능력, 행위능력 및 고의·과실 여부를 묻지 않고 인정되는 객관적 책임. ⑧ 행위책임은 인과관계에 관해서는 민형사책임에서의 상당인과관계와 달리 직접원인설이 다수설
행위의 범위	① 책임의 범위는 작위뿐 아니라 관계자에게 위험방지의 법적 의무가 있는 한도 내에서 부작위도 포함 ② 행위자가 자신인지(행위자책임) 그가 지배하는 타인인지(지배자책임 -자기의 보호·감독 하에 있는 자로 인한 책임)를 불문. 예 도로에서 유아에게 소변을 보게 한 보호자.

- ④ (×) 행위책임의 귀속은 공공질서에 대한 위험 또는 **장해의 직접적(결정적) 원인**이 되는 행위를 한 자이다. **군중이 자발적으로 모인 경우에는 군중이 직접원인이지만 군중이 모이게 한 자(책임유발자)가 있으면 그 자가 직접원인이다.** 따라서 옷가게 내의 TV에서 방영되는 축구시합을 보려고 모여든 군중이 도로통행을 방해한 경우 경찰책임은 그 군중에게 귀속되는 것이 원칙이지만, 상품진열장에 통행인의 흥미를 자극할 만한 내용을 전시함으로써 구경꾼이 모이고 교통의 혼잡을 초래한 경우는 군중은 직접적인 원인자로서 경찰권의 발동대상이 되며, 전시자에게도 목적적 야기자로서 행위책임을 인정할 수 있다.

■ 행위책임의 귀속(인과관계)

- ⑦ 발생한 경찰상 위해와 책임자의 행위(타인의 행위로 인한 책임의 경우 피감독자의 행위) 사이에 인과관계가 존재해야 한다. 책임의 귀속의 결정에 대해서는 상당인과관계설, 조건설(등가설), 직접원인설이 있지만, 공공질서에 대한 위험 또는 **장해의 직접적(결정적) 원인**이 되는 행위를 한 **자만이 책임을 진다고 보는 직접원인설이 다수설**이다.

⑦ **군중이 자발적으로 모인 경우에는 군중이 직접원인**

- ① 옷가게 내의 TV에서 방영되는 축구(야구)시합을 보려고 모여든 군중이 도로의 통행을 방해한 경우
- ② 팬들에 둘러싸여 교통을 마비시킨 유명 연예인
- ③ 짙은 선글라스를 끼고 대중목욕탕에 가기 위해 집을 나선 유명 연예인의 사인을 받기 위해 군중들이 모여 들다 사고가 발생한 경우
- ④ 자기 집에서 그림을 그리는 화가의 그림솜씨를 보기 위하여 인근도로에 사람이 모여 교통장애가 발생한 경우
- ⑤ 다소간의 위해가 예견된다 하더라도 행위가 관련법규에 의해 적법한 것이고 권리행사에 해당하는 경우에는 군중이 직접원인
 - ① 운동장에서 축구시합을 개최하였는데 흥분한 관중 사이에서 싸움이 벌어진 경우
 - ② 쇼윈도에 통행인의 주의를 끌게 하는 진열을 한 것이 원인이 되어 많은 사람이 몰려 들어 인근도로의 교통에 장애가 초래된 경우

직접원인 여부는 원인의 중대성, 경찰위반상태의 중대성 및 긴급성, 경찰권 발동으로 인한 기본권의 제한 여부 및 정도를 고려하여 판단.

- ⑧ **간접원인 제공자의 원인제공행위와 구체적인 위해발생행위 사이에 내부적으로 밀접한 관계가 있거나 목적지향성이 있는 경우에는 책임이 인정됨.**

경찰상 위해의 간접원인을 제공한 자는 경찰권의 발동 대상이 아니며, 다만 상업광고목적의 진열장을 설치하여 사람들이 모여들어 교통을 방해하게 한 자의 책임과 같이 스스로 원인을 직접적으로 실현하지는 않았지만, 행위책임을 지게 되는 제3자로 하여금 경찰법에 위반하는 행위를 하도록 한 자는 경찰책임을 부담하게 된다. 이것이 의도적 간접원인 제공자 이론으로 직접원인설의 예외가 적용된다.

예 군중이 모이게 한 자(책임유발자)가 있으면 그 자가 직접원인

- ① 도로변에서 약선전을 하며 사람을 모이게 함으로써 교통장애를 일으킨 경우 약장수
- ② 백화점이 세일기간동안 가수와 연예인을 동원한 야외행사를 실시하여 부근 일대의 교통혼잡이 가중된 경우 백화점
- ③ 전위예술가가 행위예술이나 설치미술을 통하여 다중의 집합을 야기하여 공공의 안녕과 질서에 대한 위해를 야기한 경우 전위예술가

답 ④

34 무효인 행정행위에 대한 내용으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 무효인 행정행위에 대해서 무효선언을 구하는 의미의 취소소송을 제기하는 경우 취소소송의 제소요건을 구비하여야 한다.
- ② 행정행위의 무효사유를 판단하는 기준으로서의 명백성은 행정행위의 법적 안정성 확보를 통하여 행정의 원활한 수행을 도모하는 한편, 그 행정행위를 유효한 것으로 믿은 제3자나 공공의 신뢰를 보호하여야 할 필요가 있는 경우에 보충적으로 요구된다.
- ③ 무효인 행정행위에 대하여 사정판결을 할 수 있다.
- ④ 거부처분에 대한 무효확인판결에는 간접강제가 인정된다.

해설

- ① (○) 무효인 행정행위는 불가쟁력이 발생하지 않으므로 쟁송제기기간의 제한을 받지 않아 언제든지 무효확인소송을 제기할 수 있다. 한편, 무효사유에 대해서 무효소송을 제기하는 경우에는 제소기간의 제한을 받지 않으나 이를 취소소송의 형식으로 다루는 경우, 이른바 무효선언을 구하는 의미의 취소소송에 있어서는 제소기간을 준수하여야 한다.
 - 행정처분의 당연무효를 선언하는 의미에서 그 취소를 구하는 행정소송을 제기하는 경우에는 전치절차와 그 제소기간의 준수 등 취소소송의 제소요건을 갖추어야 한다(대판 1987.6.9. 87누219),
- ② (×) 제시된 내용은 대법원 판례에서 소수의견으로 제시된 명백성보충요건설의 내용일뿐 대법원 판례의 입장이 아니며, 대법원은 당연무효인 하자가 되려면 하자의 중대성과 명백성이 모두 요구된다고 본다.
 - **대법원 판례에서 소수의견으로 제시된 명백성보충요건설**: 행정행위의 무효사유를 판단하는 기준으로서의 명백성은 행정처분의 법적 안정성 확보를 통하여 행정의 원활한 수행을 도모하는 한편 그 행정처분을 유효한 것으로 믿은 제3자나 공공의 신뢰를 보호해야 할 필요가 있는 경우에 보충적으로 요구되는 것으로서, 그와 같은 필요가 없거나 하자가 워낙 중대하여 그와 같은 필요에 비하여 처분 상대방의 권익을 구제하고 위법한 결과를 시정할 필요가 훨씬 더 큰 경우라면 그 **하자가 명백하지 않더라도 그와 같이 중대한 하자를 가진 행정처분은 당연무효라고 보아야 한다**(대판 1995.7.11.

94누4615).

- ③ (×) **무효확인소송에 준용되지 않는 규정** : 행정심판전치주의, 제소기간, 사정판결, 간접강제 **[무-전기사간]**
 • 당연무효의 행정처분을 소송목적물로 하는 행정소송에서는 존치시킬 효력이 있는 행정행위가 없기 때문에 행정소송법 제28조 소정의 사정판결을 할 수 없다(대판 1985.2.26. 84누380).
- ④ (×) **[무-전기사간]** 간접강제는 거부처분취소소송에서 취소판결이 있은 후 행정청이 재처분의무를 이행하지 않을 경우 당사자의 신청에 의한 법원의 결정으로 인정된다. 취소소송의 간접강제규정은 부작위위법확인소송에는 준용되지만, 무효확인소송에는 준용되지 않는다.
 • **거부처분에 대한 무효확인 판결은 간접강제 대상 아님** : 행정소송법 제38조 제1항이 무효확인 판결에 관하여 취소판결에 관한 규정을 준용함에 있어서 같은 법 제30조 제2항을 준용한다고 규정하면서도 같은 법 제34조는 이를 준용한다는 규정을 두지 않고 있으므로, 행정처분에 대하여 무효확인 판결이 내려진 경우에는 그 행정처분이 거부처분인 경우에도 행정청에 판결의 취지에 따른 재처분의무가 인정될 뿐 그에 대하여 간접강제까지 허용되는 것은 아니라고 할 것이다(대판 1998.12.24. 98무37)

답 ①

35 행정지도에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정기관은 행정지도의 상대방이 행정지도에 따르지 아니하였다는 것을 이유로 불이익한 조치를 하여서는 아니 된다.
- ② 행정기관이 같은 행정목적을 실현하기 위하여 많은 상대방에게 행정지도를 하려는 경우에는 특별한 사정이 없으면 행정지도에 공통적인 내용이 되는 사항을 공표하여야 한다.
- ③ 위법한 행정지도에 따라 행한 사인의 행위는 위법성이 조각되어 범법행위가 되지 않는다.
- ④ 행정지도는 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요하여서는 아니 된다

해설

①②④ (○) 각각 행정절차법 48조 2항, 51조, 48조 1항

▣ 행정절차법 상 행정지도 관련 규정

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

3. “행정지도”란 행정기관이 그 소관 사무의 범위에서 일정한 행정목적 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 지도, 권고, 조언 등을 하는 행정작용을 말한다.

제48조(행정지도의 원칙)

「비례원칙(필요성)」

「임의성 원칙」

- ① 행정지도는 그 목적 달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 행정지도의 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요하여서는 아니 된다.
- ② 행정기관은 행정지도의 상대방이 행정지도에 따르지 아니하였다는 것을 이유로 불이익한 조치를 하여서는 아니 된다. - 불이익조치금지원칙(부당결부금지원칙)

제49조(행정지도의 방식)

- ① 행정지도는 하는 자는 그 상대방에게 그 행정지도의 취지 및 내용과 신분을 밝혀야 한다.
 ★ 직무수행에 특별한 지장이 있는 경우 행정지도의 취지·내용과 신분을 밝히지 않을 수 있다(×).
- ② 행정지도가 말로 이루어지는 경우에 상대방이 제1항의 사항을 적은 서면의 교부를 요구하면 그 행정지도는 하는 자는 직무 수행에 특별한 지장이 없으면 이를 교부하여야 한다.(교부할 수 있다×)
 ★ 행정지도는 말로 한 경우 서면교부를 요구하면 반드시 교부해야 한다(×).
 ★ 행정지도는 반드시 문서로 해야 한다(×).
 ★ 행정지도는 직무수행에 특별한 지장이 없는 한 서면으로 해야 한다(×).

제50조(의견제출) 행정지도의 상대방은 해당 행정지도의 방식·내용 등에 관하여 행정기관에 의견제출을 할 수 있다.

제51조(다수인을 대상으로 하는 행정지도) 행정기관이 같은 행정목적 실현하기 위하여 많은 상대방에게 행정지도를 하려는 경우에는 특별한 사정이 없으면 행정지도에 공통적인 내용이 되는 사항을 공표하여야 한다. ★ 반드시 공통내용 사항을 공표해야 한다(×). ★ 각 행정지도의 취지와 내용을 공표(×)

★ 행정지도와 관련하여 행정절차법 규정 아닌 것 : 신뢰보호의 원칙(행정지도에는 규정 없음), 부당결부금지원칙, 법률유보, 행정지도에 따른 손실보상

- ③ (×) **위법한 행정지도에 따른 사인의 행위는 위법성이 조각(阻却)되지 않음** : 행정관청이 토지거래계약신고에 관하여 공시된 기준지가를 기준으로 매매가격을 신고하도록 행정지도하여 왔고 그 기준가격 이상으로 매매가격을 신고한 경우에는 거래신고서를 접수하지 않고 반력하는 것이 관행화되어 있다 하더라도 이는 법에 어긋나는 관행이라 할 것이므로 그와 같은 위법한 관행에 따라 허위신고행위에 이르렀다고 하여 그 범법행위가 사회상규에 위배되지 않는 정당한 행위라고는 볼 수 없다(대판 1992.4.24. 91도1609).

답 ③

36 「질서위반행위규제법」상 과태료에 대한 내용으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 질서위반행위 후 법률이 변경되어 그 행위가 질서위반행위에 해당하지 아니하게 된 때에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 변경된 법률을 적용한다.
- ② 고의 또는 과실이 없는 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다.
- ③ 자신의 행위가 위법하지 아니한 것으로 오인하고 행한 질서위반행위에 대해서는 과태료를 부과하지 아니한다.
- ④ 과태료는 행정청의 과태료 부과처분이나 법원의 과태료 재판이 확정된 후 5년간 징수하지 아니 하거나 집행하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.

해설

①②④ (○)

③ (×) 자신의 행위가 위법하지 아니한 것으로 오인하고 행한 질서위반행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 과태료를 부과하지 아니한다.

• 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.

제7조(고의 또는 과실) 고의 또는 과실이 없는 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다.

제8조(위법성의 착오) 자신의 행위가 위법하지 아니한 것으로 오인하고 행한 질서위반행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 과태료를 부과하지 아니한다.

제15조(과태료의 시효)

- ① 과태료는 행정청의 과태료 부과처분이나 법원의 과태료 재판이 확정된 후 5년간 징수하지 아니하거나 집행하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.

답 ③

37 행정벌에 대한 내용으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 경찰서장이 범칙행위에 대하여 통고처분을 한 이상, 통고처분에서 정한 범칙금 납부기간까지는 원칙적으로 경찰서장은 즉결심판을 청구할 수 없고, 검사도 동일한 범칙행위에 대하여 공소를 제기할 수 없다.
- ② 신분에 의하여 성립하는 질서위반행위에 신분이 없는 자가 가담한 경우 신분이 없는 자에 대하여는 질서위반행위가 성립하지 않는다.
- ③ 과태료는 행정상의 질서유지를 위한 행정질서벌에 해당할 뿐 형벌이라 할 수 없어 죄형법정주의의 규율대상에 해당하지 않는다.
- ④ 과태료 재판은 이유를 붙인 결정으로써 하며, 결정은 당사자와 검사에게 고지함으로써 효력이 발생하고, 당사자와 검사는 과태료재판에 대하여 즉시항고할 수 있으며 이 경우 항고는 집행정지의 효력이 있다.

해설

- ① (○) 경찰서장이 범칙행위에 대하여 통고처분 후 범칙금 납부기간 미경과시, 원칙적으로 즉결심판을 청구할 수 없고, 검사도 동일한 범칙행위에 대하여 공소를 제기할 수 없음 : 통고처분의 입법 취지를 고려하면, 경범죄 처벌법상 범칙금제도는 범칙행위에 대하여 형사절차에 앞서 경찰서장의 통고처분에 따라 범칙금을 납부할 경우 이를 납부하는 사람에 대하여는 기소를 하지 않는 처벌의 특례를 마련해 둔 것으로 법원의 재판절차와는 제도적 취지와 법적 성질에서 차이가 있다. 또한 범칙자가 통고처분을 불이행하였다도 기소독점주의의 예외를 인정하여 경찰서장의 즉결심판 청구를 통하여 공판절차를 거치지 않고 사건을 간이하고 신속·적정하게 처리함으로써 소송경제를 도모하되, 즉결심판 선고 전까지 범칙금을 납부하면 형사처벌을 면할 수 있도록 함으로써 범칙자에 대하여 형사소추와 형사처벌을 면제받을 기회를 부여하고 있다. 따라서 경찰서장이 범칙행위에 대하여 통고처분을 한 이상, 범칙자의 위와 같은 절차적 지위를 보장하기 위하여 통고처분에서 정한 범칙금 납부기간까지는 원칙적으로 경찰서장은 즉결심판을 청구할 수 없고, 검사도 동일한 범칙행위에 대하여 공소를 제기할 수 없다고 보아야 한다(대판 2020.4.29. 2017도13409).

② (×)

• 질서위반행위 규제법 제12조(다수인의 질서위반행위 가담)

- ① 2인 이상이 질서위반행위에 가담한 때에는 각자가 질서위반행위를 한 것으로 본다
- ② 신분에 의하여 성립하는 질서위반행위에 신분이 없는 자가 가담한 때에는 신분이 없는 자에 대하여도 질서위반행위가 성립한다.
- ③ 신분에 의하여 과태료를 감경 또는 가중하거나 과태료를 부과하지 아니하는 때에는 그 신분의 효과는 신분이 없는 자에게는 미치지 아니한다.

- ③ (○) 죄형법정주의는 무엇이 범죄이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인가는 국민의 대표로 구성된 입법부가 제정한 법률로써 정하여야 한다는 원칙인데, 과태료는 행정상의 질서유지를 위한 행정질서벌에 해당할 뿐 형벌이라고 할 수 없어 죄형법정주의의 규율대상에 해당하지 아니한다(헌재 1998.5.28. 96헌바83) * 단, 질서위반행위규제법은 질서위반행위 법정주의를 규정하고 있으며 이는 형벌에 관한 것이 아니므로 죄형법정주의를 의미하지 않음.

• 행정형벌 : 행정법규 위반시 형법상 형벌 부과 → 형법총칙 적용(죄형법정주의, 범죄성립은 고의나 과실 요함, 14세 미만자 처벌 안 함)

• 행정질서벌 : 행정법규 위반시 과태료 부과 → 형벌이 아니므로 형법총칙이나 죄형법정주의가 적용 안 됨. 단, 질서위반행위규제법 상 질서위반행위 법정주의, 질서위반행위 성립시 고의·과실 요함, 14세 미만자 과태료 부과 불가 등 형법총칙의 규정들과 유사한 규정들을 두고 있음.

④ (○)

• 질서위반행위 규제법

제36조(재판) ① 과태료 재판은 이유를 붙인 결정으로써 한다.

제37조(결정의 고지) ① 결정은 당사자와 검사에게 고지함으로써 효력이 생긴다.

제38조(항고) ① 당사자와 검사는 과태료 재판에 대하여 즉시항고를 할 수 있다. 이 경우 항고는 집행정지의 효력이 있다

답 ②

38 법치행정의 원칙에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 법률의 시행령은 법률에 의한 위임 없이도 법률이 규정한 개인의 권리·의무에 관한 내용을 변경·보충하거나 법률에 규정되지 아니한 새로운 내용을 규정할 수 있다.
- ② 규율대상이 국민의 기본권 및 기본적 의무와 관련한 중요성을 가질수록 그리고 그에 관한 공개적 토론의 필요성 또는 상충하는 이익 사이의 조정 필요성이 클수록, 그것이 국회의 법률에 의해 직접 규율될 필요성은 더 증대된다고 보아야 한다.
- ③ 법률유보의 원칙은 ‘법률에 의한 규율’만을 요청하는 것이 아니라 ‘법률에 근거한 규율’을 요청하는 것이기 때문에 기본권의 제한에는 법률의 근거가 필요할 뿐이고 기본권 제한의 형식이 반드시 법률의 형식일 필요는 없다.
- ④ 행정작용은 법률에 위반되어서는 아니 되며, 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 경우와 그 밖에 국민생활에 중요한 영향을 미치는 경우에는 법률에 근거해야 한다.

해설

- ① (×) 일반적으로 법률의 시행령(대통령령)은 모법인 법률에 의하여 위임받은 사항(위임명령)이나, 법률이 규정한 범위 내에서 법률을 현실적으로 집행하는 데 필요한 세부적인 사항만을 규정(집행명령)할 수 있을 뿐, **법률의 위임 없이 법률이 규정한 개인의 권리·의무에 관한 내용을 변경·보충하거나 법률에서 규정하지 아니한 새로운 내용을 규정할 수 없다**(대판 1999.2.11. 98도2816).
- ② (○) 어떠한 사안이 국가가 형식적 법률로 스스로 규정하여야 하는 본질적 사항에 해당되는지는, 구체적 사례에서 관련된 이익 내지 가치의 중요성, 규제 또는 침해의 정도와 방법 등을 고려하여 개별적으로 결정하여야 하지만, 규율대상이 국민의 기본권 및 기본적 의무와 관련한 중요성을 가질수록 그리고 그에 관한 공개적 토론의 필요성 또는 상충하는 이익 사이의 조정 필요성이 클수록, 그것이 국회의 법률에 의해 직접 규율될 필요성은 더 증대된다(대판 2015.8.20. 2012두23808)
- ③ (○) 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 기본권제한을 할 수 있다**(헌재 2005.2.24. 2003헌마289).

법률유보

① 법률에 의한 규율 〈행정입법에 위임 불가 - 강화된 법률유보〉 국민의 권리·의무 관련 본질적 사항 예산 심의·의결, 결산 승인, 국정감사권·국정조사권 등	② 법률에 근거한 규율〈위임입법-법규명령(위임명령)〉 ㉠ 원칙 : 개별·구체적 위임(포괄위임금지 원칙) ㉡ 예외 : 포괄적 위임 가능(조례에 위임, 공법적 단체 정관에 자치적 사항 위임)
의회유보 (국회만 가능)	

국민의 권리·의무에 관한 본질적 사항	YES	법규명령에 위임 불가	• 반드시 국가가 법률로 정해야 함 ⇨ 의회유보(강화된 법률유보)	법률에 의한 규율
	NO	법규명령에 위임 가능	• 원칙 : 개별적·구체적 위임(포괄위임 금지 원칙 - 헌법 제75조) • 예외 : 조례나 공법적 단체의 정관에 자치법적 사항 위임시 포괄적 위임 가능 (포괄위임 금지 원칙 적용 안됨)	법률에 근거한 규율

- ④ (○) **행정기본법 제8조(법치행정의 원칙)** 행정작용은 법률에 위반되어서는 아니 되며, 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 경우와 그 밖에 국민생활에 중요한 영향을 미치는 경우에는 법률에 근거하여야 한다.

답 ①

39 판례상 항고소송의 원고적격이 인정되는 경우로 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 중국 국적자인 외국인이 사증발급 거부처분의 취소를 구하는 경우
- ② 소방청장이 처분성이 인정되는 국민권익위원회의 조치요구에 불복하여 조치요구의 취소를 구하는 경우
- ③ 상수원으로부터 급수를 받는 지역주민들이 상수원의 오염을 우려하여, 상수원보호구역변경처분의 취소를 구하는 경우
- ④ 개발제한구역 중 일부 취락을 개발제한구역에서 해제하는 내용의 도시관리계획변경결정에 대하여 개발제한구역 해제대상에서 누락된 토지의 소유자가 위 결정의 취소를 구하는 경우

해설

- ① (×) **중국 국적 여성이 결혼이민(F-6) 사증발급을 신청하였다가 거부당하자, 거부처분 취소소송을 제기한 경우 취소소송의 대상적격 및 원고적격 없음** : 증발급은 외국인에게 대한민국에 입국할 권리를 부여하거나 입국을 보장하는 완전한 의미에서의 입국허가결정이 아니라, 외국인이 대한민국에 입국하기 위한 예비조건 내지 입국허가의 추천으로서의 성질을 가진다고 봄이 타당하다. ... 체류자격 및 사증발급의 기준과 절차에 관한 출입국관리법과 그 하위법령의 위와 같은 규정들은, 대한민국의 출입국 질서와 국경관리라는 공익을 보호하려는 취지일 뿐, 외국인에게 대한민국에 입국할 권리를 보장하거나 대한민국에 입국하고자 하는 외국인의 사익까지 보호하려는 취지로 해석하기는 어렵다. ... 사증발급 거부처분을 다투는 외국인은, 아직 대한민국에 입국하지 않은 상태에서 대한민국에 입국하게 해달라고 주장하는 것으로, 대한민국의 실질적 관련성 내지 대한민국에서 법적으로 보호가치 있는 이해관계를 형성한 경우는 아니어서, 해당 처분의 취소를 구할 법률상 이익을 인정하여야 할 법적정책적 필요성도 크지 않다. ... **사증발급의 법적 성질, 출입국관리법의 입법 목적, 사증발급 신청인의 대한민국의 실질적 관련성, 상호주의원칙 등을 고려하면, 우리 출입국관리법의 해석상 외국인에게는 사증발급 거부처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정되지 않는다**(대판 2018.5.15. 2014두42506).

외국인이 제기한	사증발급 거부처분 취소소송	원칙	법률상 이익 없음
		예외	대한민국과 실질적 관련성 or 대한민국에서 법적으로 보호가치 있는 이해관계를 형성한 경우에는 법률상 이익 인정
	국적법상 귀화불허가처분, 출입국관리법상 체류자격 변경 불허가처분, 강제퇴거명령을 다투는 행정소송		대한민국과의 실질적 관련성 or 대한민국에서 법적으로 보호가치 있는 이해관계를 형성한 경우이므로 법률상 이익 인정



② (○)

■ 국가 등의 기관의 경우 원고적격

- 원칙 : 국가 등의 기관은 처분청인 경우 피고적격은 인정되지만 원칙상 원고로서의 당사자능력이나 원고적격은 인정되지 않음(국가의 기관은 권리능력이 없으므로)
- 예외 : 다른 기관의 처분에 의해 국가기관이 권리를 침해받거나 의무를 부과받는 등 중대한 불이익을 받았음에도 ㉠ 그 처분을 다룰 별다른 방법이 없고 ㉡ 그 처분의 취소를 구하는 항고소송을 제기하는 것이 유효·적절한 권익구제수단인 경우 국가기관에게 원고적격을 인정해야 함.
예) 시·도선거관리위원장/소방청장에 대한 국민권익위원회의 조치요구시 조치요구의 처분성 인정, 시·도선거관리위원장/소방청장의 원고적격 인정.

• 법령이 특정한 행정기관 등으로 하여금 다른 행정기관을 상대로 제재적 조치를 취할 수 있도록 하면서, 그에 따르지 않으면 그 행정기관에 대하여 과태료를 부과하거나 형사처벌을 할 수 있도록 정하는 경우, 제재적 조치의 상대방인 행정기관 등에게 항고소송 원고로서의 당사자능력과 원고적격을 인정할 수 있는지 여부 - 권리구제나 권리보호의 필요성이 있다면 인정 : 국가기관 등 행정기관(이하 ‘행정기관 등’이라 한다) 사이에 권한의 존부와 범위에 관하여 다툼이 있는 경우에 이는 통상 내부적 분쟁이라는 성격을 띠고 있어 상급관청의 결정에 따라 해결되거나 법령이 정하는 바에 따라 ‘기관소송’이나 ‘권한쟁의심판’으로 다루어진다. 그런데 법령이 특정한 행정기관 등으로 하여금 다른 행정기관을 상대로 제재적 조치를 취할 수 있도록 하면서, 그에 따르지 않으면 그 행정기관에 대하여 과태료를 부과하거나 형사처벌을 할 수 있도록 정하는 경우가 있다. 이러한 경우에는 단순히 국가기관이나 행정기관의 내부적 문제라거나 권한 분쟁에 관한 분쟁으로만 볼 수 없다. 행정기관의 제재적 조치의 내용에 따라 ‘구체적 사실에 대한 법집행으로서 공권력의 행사’에 해당할 수 있고, 그러한 조치의 상대방인 행정기관이 입게 될 불이익도 명확하다. 그런데도 그러한 제재적 조치를 기관소송이나 권한쟁의심판을 통하여 다룰 수 없다면, 제재적 조치는 그 성격상 단순히 행정기관 등 내부의 권한 행사에 머무는 것이 아니라 상대방에 대한 공권력 행사로서 항고소송을 통한 주관적 구제대상이 될 수 있다고 보아야 한다. 기관소송 법정주의를 취하면서 제한적으로만 이를 인정하고 있는 현행 법령의 체계에 비추어 보면, 이 경우 항고소송을 통한 구제의 길을 열어주는 것이 법치국가 원리에도 부합한다. 따라서 이러한 권리구제나 권리보호의 필요성이 인정된다면 예외적으로 그 제재적 조치의 상대방인 행정기관 등에게 항고소송 원고로서의 당사자능력과 원고적격을 인정할 수 있다. 국민권익위원회가 소방청장에게 인사와 관련하여 부당한 지시를 한 사실이 인정된다며 이를 취소할 것을 요구하기로 의결하고 그 내용을 통지하자 소방청장이 국민권익위원회 조치요구의 취소를 구하는 소송을 제기한 사안에서, 처분성이 인정되는 국민권익위원회의 조치요구에 불복하고자 하는 소방청장으로서의 조치요구의 취소를 구하는 항고소송을 제기하는 것이 유효·적절한 수단으로 볼 수 있으므로 소방청장이 예외적으로 당사자능력과 원고적격을 가진다(대판 2018.8.1. 2014두35379)

[참고 판례] 甲이 국민권익위원회에 부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률에 따른 신고와 신분보장조치를 요구하였고, 국민권익위원회가 甲의 소속기관 장인 乙 시·도선거관리위원회 위원장에게 ‘甲에 대한 중징계요구를 취소하고 향후 신고로 인한 신분상 불이익처분 및 근무조건상의 차별을 하지 말 것을 요구’하는 내용의 조치요구를 한 사안에서, 국가기관 일방의 조치요구에 불응한 상대방 국가기관에 국민권익위원회법상의 제재규정과 같은 중대한 불이익을 직접적으로 규정한 다른 법령의 사례를 찾아보기 어려운 점, 그럼에도 乙이 국민권익위원회의 조치요구를 다룰 별다른 방법이 없는 점 등에 비추어 보면, 처분성이 인정되는 위 조치요구에 불복하고자 하는 乙로서는 조치요구의 취소를 구하는 항고소송을 제기하는 것이 유효·적절한 수단이므로 비록 乙이 국가기관이더라도 당사자능력 및 원고적격을 가진다고 보는 것이 타당하고, 乙이 위 조치요구 후 甲을 파면하였다고 하더라도 조치요구가 곧바로 실효된다고 할 수 없고 乙은 여전히 조치요구를 따라야 할 의무를 부담하므로 乙에게는 위 조치요구의 취소를 구할 법률상 이익도 있다(대판 2013.7.25. 2011두1214).

- ③ (×) 상수원에서 급수 받는 지역주민들이 상수원의 오염을 막아 양질의 급수를 받을 이익은 반사적 이익, 상수원보호구역변경처분의 취소를 구할 법률상 이익 없음 : 상수원보호구역 설정의 근거가 되는 수도법 5조 1항 및 동시행령 7조 1항이 보호하고자 하는 것은 상수원의 확보와 수질보전일 뿐이고, 그 상수원에서 급수를 받고있는 지역주민들이 가지는 상수원의 오염을 막아 양질의 급수를 받을 이익은 직접적이고 구체적으로는 보호하고 있지 않음이 명백하여 위 지역주민들이 가지는 이익은 상수원의 확보와 수질보호라는 공공의 이익이 달성됨에 따라 반사적으로 얻게 되는 이익에 불과하므로 지역주민들에 불과한 원고들에게는 위 상수원보호구역변경처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다(대판 1995.9.26. 94누14544).

[비교판례1] 김해시장이 낙동강에 합류하는 하천수 주변의 토지에 구 산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률 제13조에 따라 공장설립을 승인하는 처분을 한 사안에서, 공장설립으로 수질오염 등이 발생할 우려가 있는 취수장에서 물을 공급받는 부산광역시 또는 양산시에 거주하는 주민들도 위 처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 법률상 보호되는 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 주민으로서 원고적격이 인정된다(대판 2010.4.15. 2007두16127).

[비교판례2] 국가 또는 지방자치단체가 법령이 정하는 상수원수 수질기준 유지의무를 다하지 못하고, 법령이 정하는 고도의 정수처리방법이 아닌 일반적 정수처리방법으로 수돗물을 생산·공급하였다는 사유만으로 그 수돗물을 마신 개인에 대하여 손해배상책임을 부담하지 않는다. : 상수원수의 수질을 환경기준에 따라 유지하도록 규정하고 있는 관련 법령의 취지·목적·내용과 그 법령에 따라 국가 또는 지방자치단체가 부담하는 의무의 성질 등을 고려할 때, 국가 등에게 일정한 기준에 따라 상수원수의 수질을 유지해야 할 의무를 부과하고 있는 법령의 규정은 국민에게 양질의 수돗물이 공급되게 함으로써 국민 일반의 건강을 보호하여 공공 일반의 전체적인 이익을 도모하기 위한 것이지, 국민 개개인의 안전과 이익을 직접적으로 보호하기 위한 규정이 아니므로, 국민에게 공급된 수돗물의 상수원의 수질이 수질기준에 미달한 경우가 있고, 이로 말미암아 국민이 법령에 정하여진 수질기준에 미달한 상수원수로 생산된 수돗물을 마시으로써 건강상의 위해 발생에 대한 염려 등에 따른 정신적 고통을 받았다고 하더라도, 이러한 사정만으로는 국가 또는 지방자치단체가 국민에게 손해배상책임을 부담하지 아니한다. 또한 상수원수 2급에 미달하는 상수원수는 고도의 정수처리 후 사용해야 한다는 환경정책기본법령상의 의무 역시 위에서 본 수질기준 유지의무와 같은 성질의 것이므로, 지방자치단체가 상수원수의 수질기준에 미달하는 하천수를 취수하거나 상수원수 3급 이하의 하천수를 취수하여 고도의 정수처리가 아닌 일반적 정수처리 후 수돗물을 생산·공급하였다고 하더라도, 그렇게 공급된 수돗물이 음용수 기준에 적합하고 몸에 해로운 물질이 포함되어 있지 아니한 이상, 지방자치단체의 위와 같은 수돗물 생산·공급행위가 국민에 대한 불법행위가 되지 아니한다.(대판 2001.10.23. 99다36280)

- ④ (×) 개발제한구역을 해제하는 내용의 도시관리계획변경결정에 대하여 특정 토지의 소유자가 자신의 토지가 그 해제대상에 포함되어야 한다고 주장하면서 계획변경결정의 취소를 구할 법률상 이익 부정 : 원고 소유의 토지가 속한 취락 부분이 개발제한구역으로 지정되어 있다가 원고 소유 토지를 제외한 나머지 취락 지역을 개발제한구역에서 해제하기로 하는 도시관리계획변경결정이 이루어지자, 원고가 그 도시관리계획변경결정이 위법하다며 취소를 구하는 사안에서, 원고 소유 토지는 도시관리계획변경결정 전후를 통하여 개발제한구역으로 지정된 상태에 있으므로 이 사건 도시관리계획변경결정으로 인하여 그 소유자인 원고가 위 토지를 사용·수익·처분하는 데 새로운 공법상의 제한을 받거나 종전과 비교하여 더 불이익한 지위에 있게 되는 것은

아니고, 원고의 청구취지와 같이 이 사건 도시관리계획변경결정 중 원고 소유 토지가 속한 취락 부분이 취소된다 하더라도 그 결과 이 사건 도시관리계획변경결정으로 개발제한구역에서 해제된 제3자 소유의 토지들이 종전과 같이 개발제한구역으로 남게 되는 결과가 될 뿐, 원고소유의 이 사건 토지가 개발제한구역에서 해제되는 것도 아니므로, 원고에게는 제3자 소유의 토지에 관한 이 사건 도시관리계획변경결정의 취소를 구할 직접적이고 구체적인 이익이 있다고 할 수 없다(대판 2008.7.10. 2007두10242).

답 ②

40 「국가배상법」상 국가배상제도에 대한 내용으로 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「국가배상법」은 외국인이 피해자인 경우에는 해당 국가와 상호보증에 있을 때에만 적용하고, 이때 상호보증은 반드시 당사국과의 조약이 체결되어 있을 필요는 없다.
- ② 공무원이 직무를 수행함에 있어 경과실로 타인에게 손해를 입힌 경우, 국가 등은 물론 공무원 개인도 그로 인한 손해에 대하여 국가배상을 할 책임을 부담한다.
- ③ 지방자치단체가 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 영조물의 설치·관리를 맡은 자와 영조물의 설치·관리 비용을 부담하는 자가 동일하지 아니하면 그 비용을 부담하는 자는 손해배상책임이 없다.
- ④ 공무원이 자기 소유의 자동차로 공무수행 중 사고를 일으킨 경우에는 그 공무원은 「자동차 손해배상 보장법」에 의한 자기를 위하여 자동차를 운행하는 자에 해당하지 않아 손해배상책임을 부담하지 않는다.

해설

- ① (○) **국가배상법 제7조(외국인에 대한 책임)** 이 법은 외국인이 피해자인 경우에는 해당 국가와 상호 보증에 있을 때에만 적용한다.
[참고판례] 국가배상법 제7조에서 정한 '상호보증'이 있는지 판단하는 기준 : 국가배상법 제7조는 우리나라만이 입을 수 있는 불이익을 방지하고 국제관계에서 형평을 도모하기 위하여 외국인의 국가배상청구권의 발생요건으로 '외국인이 피해자인 경우에는 해당 국가와 상호보증에 있을 것'을 요구하고 있는데, 해당 국가에서 외국인에 대한 국가배상청구권의 발생요건이 우리나라의 그것과 동일하거나 오히려 관대할 것을 요구하는 것은 지나치게 외국인의 국가배상청구권을 제한하는 결과가 되어 국제적인 교류가 빈번한 오늘날의 현실에 맞지 아니할 뿐만 아니라 외국에서 우리나라 국민에 대한 보호를 거부하게 하는 불합리한 결과를 가져올 수 있는 점을 고려할 때, 우리나라와 외국 사이에 국가배상청구권의 발생요건이 현저히 균형을 상실하지 아니하고 외국에서 정한 요건이 우리나라에서 정한 그것보다 전체로서 과중하지 아니하여 중요한 점에서 실질적으로 거의 차이가 없는 정도라면 국가배상법 제7조가 정하는 상호보증의 요건을 구비하였다고 봄이 타당하다. 그리고 **상호보증은 외국의 법령, 판례 및 관례 등에 의하여 발생요건을 비교하여 인정되면 충분하고 반드시 당사국과의 조약이 체결되어 있을 필요는 없으며, 당해 외국에서 구체적으로 우리나라 국민에게 국가배상청구를 인정한 사례가 없더라도 실제로 인정될 것이라고 기대할 수 있는 상태이면 충분하다**(대판 2015.6.11. 2013다208388).
- ② (×) 국가나 지방자치단체는 공무원의 고의나 과실(중과실 or 경과실)로 인한 직무상 불법행위에 대해 국가배상법상 배상책임이 있다. 반면, 가해공무원 개인이 피해자에 대해 민법상의 손해배상책임을 부담하는 지에 대해 판례는 가해 공무원에게 고의 또는 중대한 과실이 있는 경우 공무원의 민법상 손해배상책임을 긍정하고 있다. 경과실인 경우에는 손해배상책임이 없다.
• 공무원이 직무수행 중 불법행위로 타인에게 손해를 입힌 경우에 국가 등이 국가배상책임을 부담하는 외에 공무원 개인도 고의 또는 중과실이 있는 경우에는 불법행위로 인한 손해배상책임을 진다고 할 것이지만, 공무원에게 경과실뿐인 경우에는 공무원 개인은 손해배상책임을 부담하지 아니한다고 해석하는 것이 헌법 제29조 제1항 본문과 단서 및 「국가배상법」 제2조의 입법취지에 조화되는 올바른 해석이다(대판 1996.2.15. 95다38677).

■ 국가배상 중 가해 공무원의 개인 책임

구분	가해 공무원의 외부적 책임 : 가해 공무원의 피해자에 대한 직접적인 민법상 손해배상책임(선택적 청구 인정 여부, 법령 규정 없음)	가해 공무원의 내부적 책임 : 국가·지방자치단체가 배상한 경우 가해 공무원에 대한 구상권 행사, 공무원의 변상책임(국가공무원법에 규정)
대위책임설	선택적 청구 ×	• 본래의 배상책임자인 해당 공무원에게 구상하는 것은 당연(부당이득 반환청구권)
자기책임설	선택적 청구 ○	• 구상권 인정 가능 - 공무원이 근무관계에서 부담하는 직무상 의무를 위반하여 국가에 대해 재산상 손해를 발생시키면 그 손해를 채무불이행에 근거한 변상책임을 지는 것.
기타	• 절충설·판례 경과실 : 선택적 청구 X(공무원이 피해자에게 배상한 경우 국가에게 구상권 행사 가능) 고의·중과실 : 선택적 청구 ○	• 국가배상법 2조 2항 공무원에게 고의나 중대한 과실이 있으면 국가나 지방자치단체는 공무원에게 구상할 수 있다

- ③ (×) 비용부담자도 배상책임을 짐.

• **국가배상법 제6조(비용부담자 등의 책임)** ① 제2조·제3조 및 제5조에 따라 국가나 지방자치단체가 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 공무원의 선임 감독 또는 영조물의 설치·관리를 맡은 자와 공무원의 봉급 급여, 그 밖의 비용 또는 영조물의 설치·관리 비용을 부담하는 자가 동일하지 아니하면 그 **비용을 부담하는 자도 손해를 배상하여야 한다.**

- ④ (×) 「헌법」 제29조 제1항과 「국가배상법」 제2조의 해석상 일반적으로 공무원이 공무수행 중 불법행위를 한 경우에, 고의·중과실에 의한 경우에는 공무원 개인이 손해배상책임을 부담하고 경과실의 경우에는 개인책임은 면책되며, 한편 **공무원이 자기 소유의 자동차로 공무수행 중 사고를 일으킨 경우에는 그 손해배상책임은 「자동차손해배상 보장법」이 정한 바에 의하게 되어, 그 사고가 자동차를 운전한 공무원의 경과실에 의한 것인지 중과실 또는 고의에 의한 것인지를 가리지 않고 그 공무원이 「자동차손해배상 보장법」 제3조 소정의 '자기를 위하여 자동차를 운행하는 자'에 해당하는 한 손해배상책임을 부담한다**(대판 1996.5.31. 94다15271).

• **자동차손해배상보장법 제3조(자동차손해배상책임)** 자기를 위하여 자동차를 운행하는 자는 그 **운행으로 다른 사람을 사망하게 하거나 부상하게 한 경우에는 그 손해를 배상할 책임**을 진다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그러하지 아니하다.

1. 승객이 아닌 자가 사망하거나 부상한 경우에 자기와 운전자가 자동차의 운행에 주의를 게을리 하지 아니하였고, 피해자 또는 자기 및 운전자 외의 제3자에게 고의 또는 과실이 있으며, 자동차의 구조상의 결함이나 기능상의 장애가 없었다는 것을 증명한 경우
2. 승객이 고의나 자살행위로 사망하거나 부상한 경우

공무원의 자동차 운행 중 사고와 자동차손해배상보장법상 배상책임

• 자동차손해배상보장법 상 배상책임 성립요건 : ① 자기를 위하여 자동차를 운행하는 자(운행자성 : 운행이익, 운행지배), ② 운행으로 인하여 다른 사람을 사망하게 하거나 부상하게 한 경우(인적 손해), ③ 자살, 고의에 의한 부상 등 면책사유가 없을 것(무과실책임)

구분	직무 관련성	자동차손해배상보장법 상 배상책임	
		국가의 자동차손해배상보장법 상 배상책임	공무원(운전자)의 자동차손해배상보장법 상 배상책임
관용차	공무 수행	○(국가의 운행자성 인정. 자동차손해배상보장법 상 배상책임 성립)	×(공무원의 운행자성 없음. 일반원리에 따라 고의·중과실인 경우만 배상책임)
	사적 용도	일정한 경우 국가의 운행자성이 인정되면 국가는 자동차손해배상보장법 상 배상책임 짐	
자기소유 차량	공무 수행	×(국가의 운행자성 없음. 국가는 국가배상법 2조의 배상책임만 짐)	○(공무원의 운행자성 인정. 공무원은 고의·중과실과 무관하게 자동차손해배상보장법 상 배상책임 성립)
	사적 용도	×(국가는 배상책임 없음)	

<관련 기출 지문 정리>

- 공무원이 자기 소유 차량으로 공무수행 중 사고를 일으킨 경우 공무원 개인은 경과실에 의한 것인지 또는 고의 또는 중과실에 의한 것인지를 가리지 않고 자동차손해배상보장법 상의 운행자성이 인정되는 한 배상책임을 부담한다.(○)
- 공무원이 자기 소유의 자동차로 공무수행 중 사고를 일으킨 경우 그 공무원은 '자기를 위하여 자동차를 운행하는 자'에 해당하는 한 자동차손해배상보장법에 따른 손해배상책임을 부담한다.(○)
- 국가공무원이 자신의 승용차를 운전하여 공무수행 중 사람을 치어 사망케 했다면 국가는 자동차손해배상 보장법상 운행자로서 배상책임을 진다.(×)
- 공무원이 그 직무를 집행하기 위하여 국가 또는 지방자치단체 소유의 공용차를 운행하는 경우, 그 자동차에 대한 운행지배나 운행이익은 그 공무원이 소속한 국가 또는 지방자치단체에 귀속된다고 할 것이므로, 그 공무원이 자기를 위하여 공용차를 운행하는 자로서 자동차손해배상보장법 제3조 소정의 손해배상책임을 주체가 될 수는 없다.(○)
- 공무원이 통상적으로 근무하는 근무지로 출근하기 위하여 자기 소유의 자동차를 운행하다가 자신의 과실로 교통사고를 일으킨 경우 특별한 사정이 없는 한 그 공무원이 소속된 국가나 지방자치단체가 국가배상법 상 손해배상책임을 부담한다.(×)