

행정법총론 총평 윌비스 이석준 교수

- 반드시 OMR카드에 성명, 주민등록번호를 기재하시기 바랍니다.
- OMR카드 작성시 컴퓨터용 사인펜으로 작성해주시기 바랍니다.

2020. 6. 13. 시행 지방직 9급 D책형 총평

1. 난이도

- 최근 3년 동안 가장 평이하고 무난한 시험이었습니다. 행정법총론의 대표쟁점에서만 출제되었고, 지문별 수준 역시 기존 기출문제집의 범위 내에 있었습니다.
- 합격권 수험생 평균 90점 예상합니다. 변별력 있는 문제는 D책형 기준 8번(행정입법의 대외적 구속력), 18번(조례제정), 19번(소송요건) 정도라 보여집니다.

2. 유형별

박스형 문제가 4문제, 괄호형 문제가 1문제로 예년에 비해 많은 편이지만 기존 기출의 익숙한 지문들로 구성되어 그리 어렵지는 않았을 것입니다. 종합적 사고를 측정하는 사례형 문제와 최신판례지문이 그다지 출제되지 않은 점도 쉬운 시험이었음을 반증하고 있습니다.

3. 출제영역

2020 지방직 9급 단원별 출제경향 (D책형)

행정법 서론	행정법 일반	●
	행정상 법률관계	●
	사인의 공법행위	●
행정 작용	행정입법	●●
	행정행위	●●●
	기타 행정작용	●

행정 과정	행정절차	●
	정보공개	●
	개인정보보호	●
행정의 실효성 확보 수단	행정강제	●●
	행정조사	
	행정벌	●
	종합문제	
행정 구제	국가배상	●
	손실보상	
	행정심판	●
	취소소송	●●●●
	기타 행정소송	
	종합문제	

2020 지방직 9급 문항별 출제영역 (D책형)

행정법 서론	행정법 일반	1.일반원칙
	행정상 법률관계	5.공법/사법 구별
	사인의 공법행위	6.신고/수리
행정 작용	행정입법	8.행정입법의 대외적 구속력 18.조례제정
	행정행위	7.기속/제량행위, 9.인가, 10.부관,
	기타 행정작용	14.행정계획

행정 과정	행정절차	3.행정절차법
	정보공개	15.정보공개
	개인정보보호	
행정의 실효성 확보 수단	행정강제	2.대집행, 4.이행강제금, 20.행정벌
	행정조사	
	행정벌	
	종합문제	
행정 구제	국가배상	17.국가배상
	손실보상	
	행정심판	13.행정심판
	취소소송	11.항고소송의 유형, 12.제소기간, 16.처 분성, 19.소송요건
	기타 행정소송	
	종합문제	

4. 특징

지방직 시험의 특성상 자치입법의 핵심인 조례제정권을 국가와의 관계에서 물어보는 문제가 각론을 포함하는 7급 시험처럼 단독으로 나온 것이 눈에 띄는 점이라 하겠습니다. 나머지 특이점은 거의 없는 시험이었습니다. 코로나 여파로 인한 어수선한 상반기를 고려한 지극히 무난한 출제로 생각됩니다.

5. 당부의 말씀

판례지문 일색이던 기존의 시험보다는 판례의 비중이 줄었습니다. 대신에 법령과 이론적 내용이 늘어났지만 기출문제를 연습한 수험생이면 누구나 쉽게 알 수 있는 지문들이어서 크게 어렵지 않았을 것입니다. 이런 난이도의 시험일수록 실수를 방지하는 것이 가장 관건이므로 기출문제를 단련하며 기본기를 탄탄히 지켜나가는 것이 가장 중요할 것입니다. 7월의 국가직 시험을 대비하는 수험생분은 이번 시험과 비교하여 당연히 난이도 상승이 예상되므로 3개년 최신판례와 개정법령을 필히 정리하셔야 고득점이 가능할 것입니다.

수험생 여러분 수고하셨습니다!

1. 행정법의 일반원칙에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 비례의 원칙은 행정에만 적용되는 원칙이므로 입법에서는 적용될 여지가 없다.
- ② 신뢰보호의 원칙이 적용되기 위한 요건인 행정권의 행사에 관하여 신뢰를 주는 선행조치가 되기 위해서는 반드시 처분청 자신의 적극적인 언동이 있어야만 한다.
- ③ 동일한 사항을 다르게 취급하는 것은 합리적 이유가 없는 차별이므로, 같은 정도의 비위를 저지른 자들은 비록 개선의 정이 있는지 여부에 차이가 있다고 하더라도 징계 종류의 선택과 양정에 있어 동일하게 취급 받아야 한다.
- ④ 재량권행사의 준칙인 행정규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이루어지게 되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 받게 된다.

정답 ④

해설 [○] 행정규칙이 법령의 규정에 의하여 행정관청에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 경우, 또는 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 되고, 그러한 경우에는 대외적인 구속력을 가지게 된다 할 것이다(헌재 1990. 9. 3, 90헌마13).

• 재량권행사의 준칙인 규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이루어지면 평등의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되고, 그러한 경우에는 대외적인 구속력을 가지게 된다는 것이 판례의 입장이며, 자기구속의 원칙은 신뢰보호의 원칙과는 무관하다고 한다. [14 국가9급] [×]

①:[×] 비례의 원칙은 입법을 비롯한 모든 국가작용에 적용되는 헌법상 일반원칙이다. 헌법재판소 역시 위헌법률심사의 기준으로 비례의 원칙을 활용하고 있다. 따라서 행정에만 적용되고 입법에는 적용될 여지가 없다는 표현은 타당하지 못하다.

②:[×] 신뢰보호의 원칙이 적용되기 위한 요건인 행정권의 행사에 관하여 신뢰를 주는 선행조치 내지 공적인 견해표명은 처분청 자신의 적극적인 언동에 국한되는 것이 아니라, 적극적·소극적 그리고 명시적 또는 묵시적인 견해표명을 포함한다. 비과세관행 등 부작위 또는 소극적 작용 역시 행정청의 선행조치로 인정되는 것이 그 대표적인 예이다.

③:[×] 같은 정도의 비위를 저지른 자들 사이에 있어서도 그 직무의 특성 등에 비추어, 개선의 정이 있는지 여부에 따라 징계의 종류의 선택과 양정에 있어서 차별적으로 취급하는 것은, 사안의 성질에 따른 합리적 차별로서 이를 자의적 취급이라고 할 수 없는 것이어서 평등원칙 내지 형평에 반하지 아니한다(대판 1999. 8. 20, 99두 2611).

2. 행정상 강제집행 중 대집행에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 대집행의 대상은 원칙적으로 대체적 작위의무에 한하며, 부작위의무 위반의 경우 대체적 작위의무로 전환하는 규정을 두고 있지 아니하는 한 대집행의 대상이 되지 않는다.
- ② 행정청이 계고를 함에 있어 의무자가 스스로 이행하지 아니하는 경우 대집행의 내용과 범위가 구체적으로 특정되어야 하며, 대집행의 내용과 범위는 반드시 대집행 계고서에 의해서만 특정되어야 한다.
- ③ 대집행을 함에 있어 계고요건의 주장과 입증책임은 처분행정청에 있는 것이지, 의무불이행자에 있는 것이 아니다.

- ④ 대집행 비용은 원칙상 의무자가 부담하며 행정청은 그 비용액과 납기일을 정하여 의무자에게 문서로 납부를 명하여야 한다.

정답 ②

해설 [×] 행정청이 대집행의 계고를 함에 있어서는 의무자가 이행해야 할 행위와 의무불이행시 대집행할 행위의 내용과 범위가 구체적으로 특정되어야 한다. 다만 대집행계고를 함에 있어 대집행할 행위의 내용·범위가 반드시 대집행계고서에 의하여만 특정될 필요는 없고 계고예고서, 기타 사정 등을 통해 알 수 있으면 족하다는 것이 판례이다.

판례 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 계고 처분 전후에 송달된 문서나 기타 사정을 종합하여 행위의 내용이 특정되거나 대집행 의무자가 그 이행의무의 범위를 알 수 있으면 족하다(대판 1997. 2. 14, 96누15428).

①:[○] 대집행의 대상이 되는 행위는 공법상 대체적 작위의무이고, 비대체적 작위의무나 부작위의무 및 수인의무는 대집행의 대상이 되지 않는다. 부작위의무 내지 금지의무 위반에 대하여는 위반행위의 유형적 결과에 대해 시정을 명하는 방법(철거명령 등)을 통해 작위의무로 전환한 뒤 그 작위의무 위반을 이유로 대집행을 할 수 있다. 이 경우 작위의무를 부과하는 별도의 법적 근거가 있어야 하고, 부작위의무부과의 근거규정에서 작위의무를 명명하는 권한이 곧바로 도출되는 것은 아니라는 것이 판례의 입장이다. 대판 1996. 6. 28, 96누4374 판결 등.

③:[○] 건축법에 위반하여 건축한 것이어서 철거의무가 있는 건물이라 하더라도 그 철거의무를 대집행하기 위한 계고처분을 하려면 다른 방법으로는 이행의 확보가 어렵고 불이행을 방치함이 심히 공익을 해하는 것으로 인정될 때에 한하여 허용되고 이러한 요건의 주장입증책임은 처분 행정청에게 있다(대판 1993. 9. 14, 92누 16690).

④:[○] 대집행에 소요된 비용은 당해 행정청이 의무자로부터 징수하는데, 대집행에 소요된 비용은 그 금액과 납부기일을 정하여 문서로 납부고지함으로써 징수한다(행정대집행법 제5조).

3. 「행정절차법」상 처분의 사전통지 및 의견청취 등에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 고시의 방법으로 불특정 다수인을 상대로 권익을 제한하는 처분을 할 경우 당사자는 물론 제3자에게도 의견제출의 기회를 주어야 한다.
- ② 청문은 다른 법령등에서 규정하고 있는 경우 이외에 행정청이 필요하다고 인정하는 경우에도 실시할 수 있으나, 공청회는 다른 법령등에서 규정하고 있는 경우에만 개최할 수 있다.
- ③ 행정청이 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 처분의 사전통지를 하여야 하는데, 이때의 처분에는 신청에 대한 거부처분도 포함된다.
- ④ 행정청이 당사자와 사이에 도시계획사업시행 관련 협약을 체결하면서 청문 실시를 배제하는 조항을 두었다라고, 이와 같은 협약의 체결로 청문 실시 규정의 적용을 배제할 만한 법령상 규정이 없는 한, 이러한 협약이 체결되었다고 하여 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당한다고 할 수 없다.

정답 ④

해설 [○] 불이익처분을 하면서 행정청과 당사자 사이의 합의에 의해 청문절차를 배제하기로 하였다더라도 청문을 실시하지 않아도 되는 예외사유에 해당하지 아니한다. 협약의 체결을 통한 의견청취절차의 배제가능성을 부정하는 것이 판례이다.

판례 행정청이 당사자와 사이에 도시계획사업의 시행과 관련한 협약을 체결하면서 관계 법령 및 행정절차법에 규정된 청문의 실시 등 의견청취절차를 배제하는 조항을 두었다고 하더라도, 국민의 행정참여를 도모함으로써 행정의 공정성·투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익을 보호한다는 행정절차법의 목적 및 청문제도의 취지 등에 비추어 볼 때, 위와 같은 협약의 체결로

청문의 실시에 관한 규정의 적용을 배제할 수 있다고 볼 만한 법령상의 규정이 없는 한, 이러한 협약이 체결되었다고 하여 청문의 실시에 관한 규정의 적용이 배제된다거나 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당한다고 할 수 없다(대판 2004. 7. 8, 2002두8350).

- 행정청과 당사자 사이에 협약의 체결로 청문의 실시 등 의견청취절차를 배제한 경우 청문의 실시에 관한 규정의 적용이 배제된다. [17 교목행정] [×]
- 행정청이 당사자와의 사이에 도시계획사업의 시행과 관련된 협약을 체결하면서 관계 법령 및 행정절차법에 규정된 청문의 실시 등 의견청취절차를 배제하는 조항을 둔 경우, 청문의 실시에 관한 규정의 적용이 배제되거나 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당한다. [16 사법] [×]

①:[×] 통상 고시의 방법으로 불특정 다수인을 상대로 권익을 제한하는 일반처분의 경우 성질상 의견청취가 곤란한 경우로서 행정절차법상 사전통지 및 의견청취의 대상이 아니다.

판례 「행정절차법」 제2조 제4호가 「행정절차법」의 당사자를 행정청의 처분에 대하여 직접 그 상대가 되는 당사자로 규정하고, 도로법 제25조 제3항이 도로구역에 결정하거나 변경할 경우 이를 고시에 의하도록 하면서, 그 도면을 일반인이 열람할 수 있도록 한 점 등을 종합하여 보면, 도로구역에 변경한 이 사건 처분은 「행정절차법」 제21조 제1항의 사전통지나 제22조 제3항의 의견청취의 대상이 되는 처분은 아니라고 할 것이다(대판 2008. 6. 12, 2007두1767).

②:[×] 공청회 역시 다른 법령등에서 규정하고 있는 경우뿐만 아니라 해당 처분의 영향이 광범위하여 널리 의견을 수렴할 필요가 있다고 행정청이 인정하는 경우에도 실시할 수 있다. 행정절차법 제22조 제2항 제2호 참조.

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 처분 시 제21조 제1항 제6호에 따른 의견제출기한 내에 당사자들의 신청이 있는 경우
- 가. 인허가 등의 취소
나. 신분·자격의 박탈
다. 법인이나 조합 등의 설립허가의 취소

② 행정청이 처분을 할 때 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 공청회를 개최한다. <개정 2019. 12. 10.>

1. 다른 법령등에서 공청회를 개최하도록 규정하고 있는 경우
2. 해당 처분의 영향이 광범위하여 널리 의견을 수렴할 필요가 있다고 행정청이 인정하는 경우
3. 국민생활에 큰 영향을 미치는 처분으로서 대통령령으로 정하는 처분에 대하여 대통령령으로 정하는 수 이상의 당사자들이 공청회 개최를 요구하는 경우

③:[×] 판례는 특별한 사정이 없는 한 신청에 대한 거부처분은 당사자의 권익을 제한하는 것은 아니므로 사전통지의 대상이 되지 않는다고 한다. 수의적 처분이 행해지기 전에는 아직 당사자에게 권익이 부여되지 않았음이 그 이유이다. 따라서 행정청이 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 처분의 사전통지를 하여야 하는데, 이때의 처분에 신청에 대한 거부처분은 포함되지 않는다.

판례 「행정절차법」 제21조 제1항은 행정청은 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 처분의 제목 등을 당사자 등에게 통지하도록 하고 있는바, 신청에 따른 처분이 이루어지지 아니한 경우에는 아직 당사자에게 권익이 부과되지 아니하였으므로 특별한 사정이 없는 한 신청에 대한 거부처분이라고 하더라도 직접 당사자의 권익을 제한하는 것은 아니어서 신청에 대한 거부처분을 여기에서 말하는 「당사자의 권익을 제한하는 처분」에 해당한다고 할 수 없는 것이어서 처분의 사전통지대상이 된다고 할 수 없다(대판 2003. 11. 28, 2003두674).

4. 행정의 실효성 확보수단으로서 이행강제금에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 이행강제금은 침익적 강제수단으로 법적 근거를 요한다.
- ② 형사처벌과 이행강제금은 병과될 수 있다.
- ③ 대체적 작위의무 위반에 대해서는 이행강제금이 부과될 수 없다.
- ④ 「건축법」상 이행강제금은 반복하여 부과·징수될 수 있다.

정답 ③

해설 [×] 이행강제금은 비대체적 작위의무 위반에 국한되는 것이 아니라 대체적 작위의무의 위반에도 부과될 수 있다. 헌법재판소는 현행 건축법상 위법건축물에 대한 이행강제수단으로 대집행(건축법 제85조)과 이행강제금(건축법 제80조)을 선택적으로 활용할 수 있

도록 한 규정을 합헌으로 파악하였다.

판례 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 장단점이 있으므로 행정청은 개별사건에 있어서 위반내용, 위반자의 시정지 등을 감안하여 대집행과 이행강제금을 선택적으로 활용할 수 있으며, 이처럼 그 합리적인 재량에 의해 선택하여 활용하는 이상, 중립적인 제재에 해당한다고 볼 수 없다(헌재 2004. 2. 26, 2001헌바80·84·102·103, 2002헌바26(병합))

①:[○] 이행강제금도 행정상 강제집행의 하나이므로 반드시 법적 근거가 요구된다. 이행강제금은 행정대집행과 달리 일반법이 없고 각 개별 법령의 근거에 의한다. 예 건축법상 이행강제금제도(1년에 2회 범위 내), 국토이용계획법상 이행강제금, 농지법(매년 1회, 비송 사건으로 다툼), 그리고 「대덕연구개발특구 등의 육성에 관한 특별법」 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 등.

②:[○] 이행강제금은 의무위반에 대한 제재가 아니라 장래의 의무이행을 확보하기 위한 수단이라는 점에서 의무위반에 대한 제재로써 과하는 행정벌과 구별된다. 따라서 이행강제금은 행정벌과 그 성질·목적은 달리하므로 병과할 수 있다.

④:[○] 이행강제금은 장래의 의무이행을 심리적으로 강제하기 위한 행정상의 간접강제로서 의무이행이 있기까지 반복적으로 부과할 수 있다. 다만 횟수상의 제한은 따른다. 예 건축법의 이행강제금은 1년에 2회 범위 내에서 부과할 수 있다(건축법 제80조 제5항),

5. 공법관계와 사법관계에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「행정절차법」은 공법관계는 물론 사법관계에 대해서도 적용된다.
- ② 공법관계는 행정소송 중 항고소송의 대상이 되며, 사인 간의 법적 분쟁에 관한 사법관계는 행정소송 중 당사자소송의 대상이 된다.
- ③ 법률관계의 한쪽 당사자가 행정주체인 경우에는 공법관계로 보는 것이 판례의 일관된 입장이다.
- ④ 입찰보증금의 국고귀속조치는 국가가 사법상의 재산권의 주체로서 행위하는 것이지, 공권력을 행사하는 것이거나 공권력작용과 일체성을 가진 것이 아니라 할 것이다.

정답 ④

해설 [○] 구 「예산회계법」상 입찰보증금의 국고귀속조치는 국가의 공권력행사가 아니라 사법관계에 불과하므로 행정소송이 아니라 민사소송의 대상이다.

판례 「예산회계법」상 입찰보증금의 국고귀속조치는 국가가 사법상의 재산권의 주체로서 행위하는 것이지 공권력을 행사하는 것이거나 공권력작용과 일체성을 가진 것이 아니라 할 것이므로 이에 관한 분쟁은 행정소송이 아닌 민사소송의 대상이 될 수밖에 없다(대판 1983. 12. 27, 81누366).

- 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에 따른 입찰보증금 국고귀속조치는 공법관계이다. [13 국회8급] [×]
- 구 「예산회계법」상 입찰보증금의 국고귀속조치는 국가가 공권력을 행사하는 것이라는 점에서, 이를 다투는 소송은 행정소송에 해당한다. [19 국가9급] [×]

①:[×] 「행정절차법」은 처분을 비롯하여 사인의 공법행위로서의 신고, 행정상 입법예고, 행정예고 및 행정지도를 적용범위로 규정하고 있는 바, 공법관계에 대해서 적용되는 것이지, 행정상 사법관계에 대해서는 적용되지 않는다. 행정절차법 제3조 참조.

제3조(적용 범위) ① 처분, 신고, 행정상 입법예고, 행정예고 및 행정지도의 절차(이하 "행정절차"라 한다)에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다.

②:[×] 공법관계는 권력관계 뿐만 아니라 당사자소송에 의하는 비권력관계도 있으므로 행정소송의 대상이지, 항고소송의 대상으로 한정시킨 표현은 타당하지 못하다. 그리고 사인 간의 법적 분쟁에 관한 사법관계는 행정소송이 아니라 민사소송의 대상이다.

③:[×] 법률관계의 한쪽 당사자가 행정주체인 경우라고 하여 반드시 공법관계로 단정할 수 없는 바, 구체적 사안마다 종합적으로 고려하여 사법관계와 공법관계를 구별하는 것이 판례의 입장이다.

6. 신고와 수리에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 다른 법령에 의한 인허가가 의제되지 않는 일반적인 건축신고는 자기완결적 신고이므로 이에 대한 수리 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 처분이 아니다.
- ② 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 상의 개발행위허가가 의제되는 건축신고는 특별한 사정이 없는 한 행정청이 그 실제적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 '수리를 요하는 신고'로 보아야 한다.
- ③ 「행정절차법」은 '법령등에서 행정청에 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고'에 대하여 '그 밖에 법령등에 규정된 형식상의 요건에 적합할 것'을 그 신고의무 이행요건의 하나로 정하고 있다.
- ④ 「식품위생법」에 따른 식품접객업(일반음식점영업)의 영업신고의 요건을 갖춘 자라고 하더라도, 그 영업신고를 한 당해 건축물이 「건축법」 소정의 허가를 받지 아니한 무허가 건물이라면 적법한 신고를 할 수 없다.

정답 ①

해설 [×] 일반적인 건축신고는 자기완결적 신고이지만 이에 대한 수리 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 처분으로 인정하는 것이 판례이다. ※ 자기완결적 신고 중 건축신고와 같은 금지해제적 신고의 경우에 신고가 반려될 경우 당해 신고의 대상이 되는 행위를 하면 신고인이 현실적으로 법적 불이익을 받을 위험이 크기 때문에 그 위험을 제거할 수 있도록 하기 위하여 신고반려행위의 처분성을 인정할 필요가 있다는 것이 판례의 취지이다.

판례 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 절차 효율성도 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).

②:[○] 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고는 일반적인 건축신고와는 달리, 특별한 사정이 없는 한 행정청이 그 실제적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 '수리를 요하는 신고'로 보는 것이 옳다(대판 2011. 1. 20, 2010두14954 전합).

판례 일정한 건축물에 관한 건축신고는 건축법 제14조 제2항, 제11조 제5항 제3호에 의하여 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제56조에 따른 개발행위허가를 받은 것으로 의제되는데, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제58조 제1항 제4호에서는 개발행위허가의 기준으로 주변 지역의 토지 이용실태 또는 토지이용계획, 건축물의 높이, 토지의 경사도, 수목의 상태, 물의 배수, 하천·호소·습지의 배수 등 주변 환경이나 경관과 조화를 이룰 것을 규정하고 있으므로, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률상의 개발행위허가로 의제되는 건축신고가 위와 같은 기준을 갖추지 못한 경우 행정청으로서는 이를 이유로 그 수리를 거부할 수 있다고 보아야 한다(대판 2011. 1. 20, 2010두14954 전합).

- 건축신고가 수리를 요하지 않는 신고라면 인·허가의제 효과를 수반하는 경우에도 그러한 건축신고는 특별한 사정이 없는 한 수리를 요하지 않는 신고로 보아야 한다. [16 국가직 9급] [×]
- 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고는 수리를 요하는 신고에 해당하지 않는다. [15 행정사] [×]

③:[○] 사인의 공법행위로서의 신고는 형식적 요건심사를 원칙으로 하면서, 개별 법률에서 구체적으로 정하는 바에 의한다. 행정절차법은 자기완결적 신고를 규정하면서 형식적 요건을 요구하고 있다. 행정절차법 제40조.

제40조(신고) ① 법령등에서 행정청에 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고를 규정하고 있는 경우 신고를 관장하는 행정청은 신고에 필요한 구비서류, 접수기관, 그 밖에 법령등에 따른 신고에 필요한 사항을 게시(인터넷 등을 통한 게시를 포함한다)하거나 이에 대한 편람을 갖추어 두고 누구나 열람할 수 있도록 하여야 한다.

② 제1항에 따른 신고가 다음 각 호의 요건을 갖춘 경우에는 신고서가 접수기관에 도달된 때에

신고 의무가 이행된 것으로 본다.

1. 신고서의 기재사항에 흠이 없을 것
2. 필요한 구비서류가 첨부되어 있을 것
3. 그 밖에 법령등에 규정된 형식상의 요건에 적합할 것

- 사인의 공법행위로서 신고는 사인이 공법적 효과의 발생을 목적으로 행정주체에 대하여 일정한 사실을 알리는 행위로서 행정청에 의한 실질적 심사가 요구되는 행위를 말한다. [18 소방 추가] [×]
- 자기완결적 신고에 있어 적법한 신고가 있는 경우, 행정청은 법 규정에 정하지 아니한 사유를 심사하여 이를 이유로 신고수리를 거부할 수 있다. [18 지방7급] [×]
- 「행정절차법」상 신고 요건으로는 신고서의 기재사항에 흠이 없고 필요한 구비서류가 첨부되어 있어야 하며, 신고의 기재 사항은 그 진실함이 입증되어야 한다. [14 국가9급] [×]

④:[○] 자기완결적 신고를 규정한 법률상의 요건 외에 타법상의 요건도 충족하여야 하는 경우, 타법상의 요건을 충족시키지 못하는 한 적법한 신고를 할 수 없다는 것이 판례의 입장이다.

판례 식품위생법과 건축법은 그 입법목적, 규정사항, 적용범위 등을 서로 달리하고 있어 식품접객업에 관하여 식품위생법이 건축법에 우선하여 배타적으로 적용되는 관계에 있다고는 해석되지 않는다. 그러므로 식품위생법에 따른 식품접객업(일반음식점영업)의 영업신고의 요건을 갖춘 자라고 하더라도, 그 영업신고를 한 당해 건축물이 건축법 소정의 허가를 받지 아니한 무허가건물이라면 적법한 신고를 할 수 없다(대판 2009. 4. 23, 2008도6829).

- 식품접객업 영업신고에 대해서는 「식품위생법」이 「건축법」에 우선 적용되므로, 영업신고가 식품위생법 상의 신고요건을 갖춘 경우라면 그 영업신고를 한 해당 건축물이 「건축법」상 무허가건축물이라도 적법한 신고에 해당한다. [16 국가직9급][15 국회8급] [×]

7. 기속행위와 재량행위에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상 개발행위허가는 허가기준 및 금지요건이 불확정개념으로 규정된 부분이 많아 그 요건에 해당하는지 여부는 행정청의 재량판단의 영역에 속한다.
- ② 기속행위와 재량행위의 구분은 당해 행위의 근거가 된 법규의 체재형식과 그 문언, 당해 행위가 속하는 행정 분야의 주된 목적과 특성, 당해 행위 자체의 개별적 성질과 유형 등을 모두 고려하여 판단하여야 한다.
- ③ 처분을 할 것인지 여부와 처분의 정도에 관하여 재량이 인정되는 과징금 납부명령에 대하여 그 명령이 재량권을 일탈하였을 경우, 법원은 재량권의 범위 내에서 어느 정도가 적정한 것인지에 관하여 판단할 수 있고 그 일부를 취소할 수 있다.
- ④ 마을버스운송사업면허의 허용 여부는 운수행정을 통한 공익실현과 아울러 합목적성을 추구하기 위하여 보다 구체적 타당성에 적합한 기준에 의하여야 할 것이므로 행정청의 재량에 속하는 것이라고 보아야 한다.

정답 ③

해설 [×] 대법원은 재량이 인정되는 과징금 납부명령에 대하여 그 명령이 재량권을 일탈하였을 경우, 법원으로서서는 재량권의 일탈 여부만 판단할 수 있을 뿐이지 재량권의 범위 내에서 어느 정도가 적정한 것인지에 관하여는 독자적인 결론을 도출할 수 없어 일부취소 판결을 할 수 없다고 한다.

판례 과징금 부과처분이 법이 정한 한도액을 초과하여 위법할 경우 법원으로서서는 그 전부를 취소할 수밖에 없고, 그 한도액을 초과한 부분이나 법원이 적정하다고 인정되는 부분을 초과한 부분만을 취소할 수 없다(대판 1998. 4. 10, 98두2270).

①:[○] 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」이 정한 용도지역 안에서의 건축허가는 건축법 제11조 제1항에 의한 건축허가와 국토계획법 제56조 제1항의 개발행위허가의 성질을 아울러 갖는데, 개발행위허가는 허가기준 및 금지요건이 불확정개념으로 규정된 부분이 많아 그 요건에 해당하는지 여부는 행정청의 재량판단의 영역에 속한다(대판 2017. 3. 15, 2016두55490).

- 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 따른 토지의 형질변경허가에는 행정청의 재량권이 부여되어 있다고 하더라도 「건축법」상의 건축허가는 기속행위이므로, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 따른 토지의 형질변경행위를 수반하는 건축허가는 기속행위에 속한다. [18 지방7급] [×]

②: [○] 행정행위가 재량행위인지 여부는 당해 행위의 근거가 된 법규의 체제·형식과 그 문언, 당해 행위가 속하는 행정 분야의 주된 목적과 특성, 당해 행위 자체의 개별적 성질과 유형 등을 모두 고려하여 판단하여야 하고, 한편 병역법 제26조 제2항은 보충역을 같은 조 제1항 소정의 업무나 분야에서 복무하여야 할 공익근무요원으로 소집한다고 규정하고 있는바, 위 법리와 병역법 제26조 제2항의 규정의 취지에 비추어 보면 병역의무자를 공익근무요원으로 소집하여야 하는 것이고, 이와 같이 보충역을 공익근무요원으로 소집함에 있어 지방병무청장에게 재량이 있다고 볼 여지는 없다(대판 2002. 8. 23, 2002두820).

④: [○] 마을버스운송사업면허는 법령이 특별히 규정한 바가 없으면 행정청의 재량에 속하는 것이다(대판 2002. 6. 28, 2001두10028).

8. 대외적 구속력을 인정할 수 없는 경우만을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 운전면허에 관한 제재적 행정처분의 기준이 「도로교통법」 시행규칙 [별표]에 규정되어 있는 경우
- ㄴ. 행정 각부의 장이 정하는 특정 고시가 비록 법령에 근거를 둔 것이더라도 규정 내용이 법령의 위임 범위를 벗어난 것일 경우
- ㄷ. 상위법령에서 세부사항 등을 시행규칙으로 정하도록 위임하였음에도 이를 고시 등 행정규칙으로 정한 경우
- ㄹ. 상위 법령의 위임이 없음에도 상위 법령에 규정된 처분 요건에 해당하는 사항을 하위 부령에서 변경하여 규정한 경우

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

정답 ④

해설 ㄱ, ㄴ, ㄷ, ㄹ 모두 대외적 구속력이 인정되지 아니한다.

ㄱ: 도로교통법 시행규칙 제53조 제1항이 정하고 있는 [별표 16] 운전면허행정처분기준은 관할행정청이 운전면허의 취소 및 운전면허의 효력정지 등의 사무처리를 함에 있어서 처리기준과 방법 등의 세부사항을 규정한 행정기관 내부의 처리지침에 불과한 것으로서 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 것은 아니므로, 자동차운전면허취소처분의 적법 여부는 위 운전면허 행정처분기준이 상위 법령에 근거가 있는지 여부 등에 의하여 판단할 것이 아니라 도로교통법의 규정 내용과 취지에 따라 판단하여야 한다(대판 1996. 4. 12, 95누10396).

ㄴ: 행정 각부의 장이 정하는 고시의 규정 내용이 근거 법령의 위임 범위를 벗어난 경우, 법규명령으로서 대외적 구속력은 없다(대판 2006. 4. 28, 2003마715).

ㄷ: 행정규칙이나 규정이 상위법령의 위임범위를 벗어난 경우에는 법규명령으로서 대외적 구속력을 인정할 여지는 없다. 이는 행정규칙이나 규정 '내용'이 위임범위를 벗어난 경우뿐 아니라 상위법령의 위임규정에서 특정하여 정한 권한행사의 '절차'나 '방식'에 위배되는 경우도 마찬가지이므로, 상위법령에서 세부사항 등을 시행규칙으로 정하도록 위임하였음에도 이를 고시 등 행정규칙으로 정하였다면 그 역시 대외적 구속력을 가지는 법규명령으로서 효력이 인정될 수 없다(대판 2012. 7. 5, 2010다72076)

ㄹ: 법령에서 행정처분의 요건 중 일부 사항을 부령으로 정할 것을 위임한 데 따라 시행규칙 등 부령에서 이를 정한 경우에 그 부령의 규정은 국민에 대해서도 구속력이 있는 법규명령에 해당한다고 할 것이지만, 법령의 위임이 없음에도 법령에 규정된 처분 요건에 해당하는 사항을 부령에서 변경하여 규정한 경우에는 그 부령의 규정은 행정청 내부의 사무처리 기준 등을 정한 것으로서 행정조직 내에서 적용되는 행정명령의 성격을 지닐 뿐 국민에 대한 대외적 구속력은 없다고 보아야 한다. 따라서 어떤 행정처분이 그와 같이 법규성이 없는 시행규칙 등의 규정에 위배된다고 하더라도 그 이유만으로 처분이 위법하게 되는 것은 아니라 할 것이고, 또 그 규칙 등에서 정한 요건에 부합한다고 하여 반드시 그 처분이 적법한 것이라고 할

수도 없다. 이 경우 처분의 적법 여부는 그러한 규칙 등에서 정한 요건에 합치하는지 여부가 아니라 일반 국민에 대하여 구속력을 가지는 법률 등 법규성이 있는 관계 법령의 규정을 기준으로 판단하여야 한다(대판 2013. 9.12, 2011두10584).

9. 강학상 인가에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 강학상 인가는 기본행위에 대한 법률상의 효력을 완성시키는 보충행위로서, 그 기본이 되는 행위에 하자가 있을 때에는 그에 대한 인가가 있었다 하여도 기본행위가 유효한 것으로 될 수 없다.
- ㄴ. 「민법」상 재단법인의 정관변경에 대한 주무관청의 허가는 법률상 표현이 허가로 되어 있기는 하나, 그 성질은 법률행위의 효력을 보충해 주는 것이지 일반적 금지를 해제하는 것은 아니다.
- ㄷ. 인가처분에 하자가 없더라도 기본행위에 무효사유가 있다면 기본행위의 무효를 내세워 그에 대한 행정청의 인가처분의 취소 또는 무효확인을 구할 소의 이익이 있다.
- ㄹ. 「도시 및 주거환경정비법」상 관리처분계획에 대한 인가는 강학상 인가의 성격을 갖고 있으므로 관리처분계획에 대한 인가가 있더라도 관리처분계획안에 대한 총회결의에 하자가 있다면 민사소송으로 총회결의의 하자를 다투어야 한다.

- ① ㄱ, ㄴ ② ㄴ, ㄷ
③ ㄷ, ㄹ ④ ㄱ, ㄴ, ㄷ

정답 ①

해설 ㄱ, ㄴ이 옳다.[○] ㄷ, ㄹ은 타당하지 못하다.[×]

ㄱ: [○] 기본행위(학교법인의 임원선임행위)가 무효인 경우 그에 대한 인가(임원취임승인)가 행해졌다 하더라도 기본행위가 유효한 것으로 되는 것이 아니다(대판 1987. 8. 18, 86누152).

• 무효인 기본행위를 인가한 경우 그 기본행위는 유효한 행위로 전환된다. [17 행정사] [×]

ㄴ: [○] 민법 제45조와 제46조에서 말하는 재단법인의 정관변경 "허가"는 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 전합).

• 재단법인의 정관변경허가는 강학상 특하다. [17 사법] [×]

ㄷ: [×] 인가의 보충성에 비추어 기본행위에 하자가 있는 경우 기본행위를 다투어야 하며 기본행위의 하자를 이유로 인가처분을 다룰 수는 없다는 것이 통설·판례이다

판례 기본이 되는 정관변경결의에 하자가 있을 때에는 그에 대한 인가가 있었다 하여도 기본행위인 정관변경결의가 유효한 것으로 될 수 없으므로, 기본행위인 정관변경결의가 적법·유효하고 보충행위인 인가처분 자체에만 하자가 있다면 그 인가처분의 무효나 취소를 주장할 수 있지만, 인가처분에 하자가 없다면 기본행위에 하자가 있다 하더라도 기본행위의 무효를 내세워 바로 그에 대한 행정청의 인가처분의 취소 또는 무효확인을 소구할 법률상의 이익이 없다(대판 1996. 5. 16, 95누4810).

ㄹ: [×] 「도시 및 주거환경정비법」상 관리처분계획에 대한 인가는 강학상 인가의 성격을 갖고 있으므로 관리처분계획에 대한 인가가 있다면 관리처분계획이 행정처분으로 완성되는 바, 항고소송 중심주의에 의해 관리처분계획 자체를 항고소송으로 다투어야 하고 더 이상 총회결의의 하자를 당사자소송으로 다룰 수 없다는 것이 판례의 입장이다.

판례 [1] 도시 및 주거환경정비법상 관리처분계획에 대한 행정청의 인가는 관리처분계획의 법률상 효력을 완성시키는 보충행위로서의 성질을 갖는다. [2] 도시 및 주거환경정비법상 주택재건축정비사업조합이 같은 법 제48조에 따라 수립한 관리처분계획에 대하여 관할 행정청의 인가·고시까지 있게 되면 관리처분계획은 행정처분으로서 효력이 발생하게 되므로, 총회결의의 하자를 이유로 하여 행정처분의 효력을 다투는 항고소송의 방법으로 관리처분계획의 취소 또는 무효확인을 구하여야 하고, 그와 별도로 행정처분에 이르는 절차적 요건 중 하나에 불과한 총회결의의 부본만을 따로 떼어내어 효력 유무를 다투는 확인의 소를 제기하는 것은 특별한 사정이 없는 한 허용되지 않는다(대판 2009. 9. 17, 2007다2428 전합).

10. 행정행위의 부관에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 부관 중에서 부담은 주된 행정행위로부터 분리될 수 있다 할지라도 부담 그 자체는 독립된 행정행위가 아니므로 주된 행정행위로부터 분리하여 쟁송의 대상이 될 수 없다.
- ② 기부채납받은 행정재산에 대한 사용·수익허가에서 공유재산의 관리청이 정한 사용·수익허가의 기간은 그 허가의 효력을 제한하기 위한 행정행위의 부관으로서, 이러한 사용·수익허가의 기간에 대해서는 독립하여 행정소송을 제기할 수 있다.
- ③ 지방국토관리청장이 일부 공유수면매립지를 국가 또는 지방자치단체에 귀속처분한 것은 법률효과의 일부를 배제하는 부관을 붙인 것이므로 이러한 행정행위의 부관은 독립하여 행정쟁송 대상이 될 수 없다.
- ④ 행정청이 부담을 부가하기 이전에 상대방과 협의하여 부담의 내용을 협약의 형식으로 미리 정한 경우에는 행정처분을 하면서 이를 부담으로 부가할 수 없다.

정답 ③

해설 [○] 공유수면매립지 일부에 대한 국가귀속처분은 법률효과의 일부배제로서 (법정부관이 아닌) 행정행위의 부관으로 인정하였지만, 부담은 아니므로 독립쟁송가능성은 부정하는 것이 판례이다.

판례 행정행위의 부관은 부담의 경우를 제외하고는 독립하여 행정소송의 대상이 될 수 없는 것인바, 행정청이 한 공유수면매립준공인가 중 매립지 일부에 대하여 한 국가귀속처분은 매립준공인가를 함에 있어서 매립의 면허를 받은 자의 매립지에 대한 소유권취득을 규정한 공유수면매립법 제14조의 효과 일부를 배제하는 부관을 붙인 것이므로 이러한 행정행위의 부관에 대하여는 독립하여 행정소송의 대상으로 삼을 수 없다(대판 1991. 12. 13. 90누8503).

- 공유수면매립준공인가처분 중 매립지 일부에 대하여 한 국가 및 지방자치단체에의 귀속처분은 독립하여 행정소송의 대상이 될 수 있다.[19 서울지 99가7급][16 국가7급] [×]

①:[×] 부관 중에서 부담은 주된 행정행위로부터 분리될 수 있다 할것이어서 부담 그 자체는 독립된 행정행위가 아니라도 주된 행정행위로부터 분리하여 쟁송의 대상이 될 수 있다.

판례 행정행위의 부관은 행정행위의 일반적인 효력이나 효과를 제한하기 위하여 의사표시의 주된 내용에 부가되는 종된 의사표시이지 그 자체로서 직접 법적 효과를 발생하는 독립된 처분이 아니므로 현행 행정쟁송제도 아래서는 부관 그 자체만을 독립된 쟁송의 대상으로 할 수 없는 것이 원칙이고, 행정행위의 부관 중에서 행정행위에 부수하여 그 행정행위의 상대방에게 일정한 의무를 부과하는 행정청의 의사표시인 부담의 경우에는 다른 부관과는 달리 행정행위의 불가분적인 요소가 아니고 그 존속이 본체인 행정행위의 존재를 전제로 하는 것일 뿐이므로 부담 그 자체로서 행정쟁송의 대상이 될 수 있다(대판 1992. 1. 21. 91누1264).

②:[×] 행정재산의 사용·수익허가기간은 행정행위의 부관이지만 부담은 아니므로 독자적으로 항고소송의 대상이 될 수 없다.

판례 (행정청이 원고에 대하여 행한 서울랜드 2차시설물에 대한 무상사용허가처분 중 원고가 신청한 무상사용기간 40년 가운데 20년을 초과하는 나머지 신청 부분에 대한 거부처분을 다툰 사건에서, 이러한 기간은 독립하여 소송대상이 될 수 없으므로 각하되어야 한다고 판시하면서) 기부채납받은 행정재산에 대한 사용·수익허가에서 사용·수익허가의 기간에 대하여 독립하여 행정소송을 제기할 수 없으며 이러한 청구는 부적법하므로 각하된다(대판 2001. 6. 15. 99두509).

④:[×] 부담은 행정청이 행정처분을 하면서 일방적으로 부가할 수도 있지만 부담을 부가하기 이전에 부담의 내용을 상대방과의 협약의 형식으로 미리 정한 다음 행정처분을 하면서 이를 부가할 수도 있다는 것이 판례의 태도이다.

판례 수익적 행정처분에 있어서는 법령에 특별한 근거규정이 없다고 하더라도 그 부관으로서 부담을 붙일 수 있고, 그와 같은 부담은 행정청이 행정처분을 하면서 일방적으로 부가할 수도 있지만 부담을 부가하기 이전에 상대방과 협의하여 부담의 내용을 협약의 형식으로 미리 정한 다음 행정처분을 하면서 이를 부가할 수도 있다(대판 2009. 2. 12. 2005두465500).

11. 「행정소송법」에서 규정하고 있는 항고소송이 아닌 것은?

- ① 기관소송 ② 무효등 확인소송
- ③ 부작위위법확인소송 ④ 취소소송

정답 ①

해설 [×] 「행정소송법」에서 규정하고 있는 항고소송은 취소소송, 무효등확인소송, 부작위위법확인소송이다. 기관소송은 행정소송의 하나이지만 항고소송은 아니다. 행정소송법 제3조 및 제4조 참조.

제3조(행정소송의 종류) 행정소송은 다음의 네 가지로 구분한다.

1. 항고소송 : 행정청의 처분등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송
2. 당사자소송 : 행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송
3. 민중소송 : 국가 또는 공공단체의 기관이 법률에 위반되는 행위를 한 때에 직접 자기의 법률상 이익과 관계없이 그 시정을 구하기 위하여 제기하는 소송
4. 기관소송 : 국가 또는 공공단체의 기관상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송. 다만, 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 제외한다.

- 「행정소송법」 제3조에서는 행정소송을 항고소송, 기관소송, 당사자소송, 예방적·금지소송으로 구분한다.[16 경행특제] [×]

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

- 「행정소송법」에서 규정하고 있는 항고소송은? ④ [14 국가직9급]

- ① 기관소송 ② 당사자소송
- ③ 예방적 금지소송 ④ 부작위위법확인소송

12. 다음은 「행정소송법」상 제소 기간에 대한 설명이다. ㉠~㉤에 들어갈 내용은?

취소소송은 처분등이 (㉠)부터 (㉡) 이내에 제기하여야 한다. 다만, 행정심판청구를 할 수 있는 경우 또는 행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알린 경우에 행정심판청구가 있는 때의 기간은 (㉢)을 (㉣)부터 기산한다. 한편 취소소송은 처분등이 있는 날부터 (㉤)을 경과하면 이를 제기하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

	㉠	㉡	㉢	㉣	㉤
①	있는 날	30일	결정서의 정본	통지받은 날	180일
②	있음을 안 날	90일	재결서의 정본	송달받은 날	1년
③	있는 날	1년	결정서의 부분	통지받은 날	2년
④	있음을 안 날	1년	재결서의 부분	송달받은 날	3년

정답 ②

해설 행정소송법 제20조 제1항 및 제2항.

취소소송은 처분등이 (㉠ 있음을 안 날)부터 (㉡ 90일) 이내에 제기하여야 한다. 다만, 행정심판청구를 할 수 있는 경우 또는 행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알린 경우에 행정심판청구가 있는 때의 기간은 (㉢ 재결서의 정본)을 (㉣ 송달받은 날)부터 기산한다. 한편 취소소송은 처분등이 있는 날부터 (㉤ 1년)을 경과하면 이를 제기하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

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.

② 취소소송은 처분등이 있는 날부터 1년(제1항 단서의 경우는 재결이 있는 날부터 1년)을 경과하면 이를 제기하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

③ 제1항의 규정에 의한 기간은 불변기간으로 한다.

13. 「행정심판법」상의 행정심판에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정청의 부당한 처분을 변경하는 행정심판은 현행법상 허용된다.
- ② 당사자의 신청에 대한 행정청의 부당한 거부처분에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 행정심판은 현행법상 허용된다.
- ③ 당사자의 신청에 대한 행정청의 위법한 부작위에 대하여 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 행정심판은 현행법상 허용되지 않는다.
- ④ 당사자의 신청에 대한 행정청의 부당한 거부처분을 취소하는 행정심판은 현행법상 허용되지 않는다.

정답 ④

해설 [×] 현행 행정심판법은 위법·부당한 거부처분에 대하여 의무이행심판뿐만 아니라 취소심판 및 무효확인심판의 인용결정에 대한 기속력 역시 명문으로 규정하고 있다. 따라서 당사자의 신청에 대한 행정청의 부당한 거부처분을 취소하는 행정심판은 현행법상 허용된다. 행정심판법 제49조 제2항 참조.

제49조(제결의 기속력 등) ① 심판청구를 인용하는 제결은 피청구인과 그 밖의 관계 행정청을 기속(羈束)한다.

② 제결에 의하여 취소되거나 무효 또는 부존재로 확인되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 한 행정청은 제결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다. [신설 2017.4.18] [시행일 2017.10.19]

③ 당사자의 신청을 거부하거나 부작위로 방치한 처분의 이행을 명하는 제결이 있으면 행정청은 지체 없이 이전의 신청에 대하여 제결의 취지에 따라 처분을 하여야 한다.

①:[○] 행정청의 위법 또는 부당한 처분을 취소하거나 변경하는 행정심판은 현행법상 취소심판에 해당한다. 행정심판법상 취소심판은 일부취소에 국한되는 소극적 변경뿐만 아니라 적극적 변경 및 변경명령제결도 허용된다. ※ 취소명령제결은 현행 행정심판법상 불가하다.

제5조(행정심판의 종류) 행정심판의 종류는 다음 각 호와 같다.

1. 취소심판: 행정청의 위법 또는 부당한 처분을 취소하거나 변경하는 행정심판

②:[○] 당사자의 신청에 대한 행정청의 위법 또는 부당한 거부처분이나 부작위에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 행정심판은 의무이행심판으로서 현행법상 허용된다.

제5조(행정심판의 종류) 행정심판의 종류는 다음 각 호와 같다.

3. 의무이행심판: 당사자의 신청에 대한 행정청의 위법 또는 부당한 거부처분이나 부작위에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 행정심판

③:[○] 행정심판법상 행정청의 위법·부당한 부작위에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 의무이행심판이 가능하고, 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 부작위위법확인심판은 허용되지 않는다. ※ 다만 행정소송에서는 의무이행소송이 허용되지 않고, 부작위위법확인소송이 인정된다.

제5조(행정심판의 종류) 행정심판의 종류는 다음 각 호와 같다.

3. 의무이행심판: 당사자의 신청에 대한 행정청의 위법 또는 부당한 거부처분이나 부작위에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 행정심판

14. 행정계획에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 도시계획구역 내 토지 등을 소유하고 있는 사람과 같이 당해 도시계획시설결정에 이해관계가 있는 주민은 도시시설계획의 입안권자 내지 결정권자에게 도시시설계획의 입안 내지 변경을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있다.
- ② 구 「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.
- ③ 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 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다.
- ④ 문화재보호구역 내의 토지소유자가 문화재보호구역의 지정해제를 신청하는 경우에는 그 신청인에게 법규상 또는 조리상 행정계획변경을 신청할 권리가 인정되지 않는다.

정답 ④

해설 [×] 문화재보호구역 내 토지소유자 등으로서는 보호구역의 지정해제를 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있다고 할 것이고, 이러한 신청에 대한 행정청의 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2004. 4. 27, 2003두8821).

①:[○] 도시계획구역 내 토지 등을 소유하고 있는 사람과 같이 당해 도시계획시설결정에 이해관계가 있는 주민으로서는 도시시설계획의 입안권자 내지 결정권자에게 도시시설계획의 입안 내지 변경을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있고 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2015. 3. 26, 2014두42742).

- 도시계획구역 내 토지 등을 소유하고 있는 주민은 입안권자에게 도시계획입안을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 없다.[18 경행정제1] [×]
- 도시계획 구역 내에 토지 등을 소유하고 있는 주민이라 하더라도 도시계획시설변경 입안권자에게 도시계획입안을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상 신청권이 발생하는 것은 아니다.[14 국가9급] [×]

②:[○] 도시계획법상 주민이 행정청에 대하여 도시계획 및 그 변경에 대하여 어떤 신청을 할 수 있다는 규정이 없고, 도시계획과 같이 장기성·종합성이 요구되는 행정계획에 있어서 그 계획이 일단 확정된 후 어떤 사정의 변동이 있다하여 지역주민에게 일일이 그 계획의 변경을 청구할 권리를 인정해 줄 수도 없는 것이므로 그 변경거부행위를 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 볼 수 없다(대판 1994. 1. 28, 93누22029).

- 구 「국토이용관리법」 상 국토이용계획이 확정된 후 일정한 사정의 변동이 있다면 지역주민에게 일반적으로 계획의 변경 또는 폐지를 청구할 권리가 있다.[14 국가9급] [×]
- 판례는 도시계획의 변경 또는 폐지를 신청할 조리상의 권리를 원칙적으로 인정하고 있다.[10 국가49급] [×]
- 확정된 행정계획에 대하여 사정변경을 이유로 조리상 변경신청권이 인정된다.[18 서울시 7급 추가] [×]

③:[○] 군수로부터 폐기물처리사업계획의 적정통보를 받은 원고가 폐기물처리업허가를 받기 위하여는 문제된 부동산에 대한 용도지역을 '농림지역 또는 준농림지역'에서 '준도시지역(시설용지지구)'으로 변경하는 국토이용계획변경이 선행되어야 하는데 피고가 용도지역변경, 즉 국토이용계획변경을 거부하자 이를 다툰 사건에서] 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 인정된다(대판 2003. 9. 23, 2001두10936).

- 대법원에 의하면, 장래 일정한 기간 내에 관계 법령이 규정하는 시설 등을 갖추어 일정한 행정처분을 구하는 신청을 할 수 있는 법률상 지위에 있는 자에게도 구 국토이용관리법 상의 국토이용계획의 변경을 신청할 권리는 인정되지 않는다.[15 사법1] [×]
- 폐기물처리사업의 적정통보를 받은 자가 폐기물처리사업허가를 받기 위해서는 국토이용계획의 변경이 선행되어야 하는 경우 일반적·추상적 효력을 가지는 이용계획의 특성상 그 변경을 신청할 개인의 권리는 인정되지 아니한다.[14 국회8급] [×]

15. 정보공개청구에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공공기관이 공개청구의 대상이 된 정보를 공개는 하되, 청구인이 신청한 공개방법 이외의 방법으로 공개하기로 하는 결정을 한 경우 이는 정보공개방법만을 달리 한 것이므로 일부거부처분이라 할 수 없다.
- ② 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에 의하면 “다른 법률 또는 법률에서 위임한 명령에 의하여 비밀 또는 비공개 사항으로 규정된 정보”는 이를 공개하지 아니할 수 있다고 규정하고 있는바, 여기에서 ‘법률에 의한 명령’은 정보의 공개에 관하여 법률의 구체적인 위임 아래 제정된 법규명령(위임명령)을 의미한다.
- ③ 국민의 알권리를 두텁게 보호하기 위해 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제9조 제1항 제6호 본문의 규정에 따라 비공개대상이 되는 정보는 이혼주민등록번호 등 ‘개인식별정보’로 한정된다.
- ④ 공개청구의 대상이 되는 정보가 이미 다른 사람에게 공개되어 널리 알려져 있거나 인터넷 등을 통하여 공개되어 인터넷 검색 등을 통하여 쉽게 알 수 있다면 행정청의 정보비공개결정이 정당화될 수 있다.

정답 ②

해설 [○] 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제1조, 제3조, 헌법 제37조의 각 취지와 행정입법으로는 법률이 구체적으로 범위를 정하여 위임한 범위 안에서만 국민의 자유와 권리에 관련된 규율을 정할 수 있는 점 등을 고려할 때, 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제7조 제1항 제1호 소정의 '법률에 의한 명령'은 법률의 위임규정에 의하여 제정된 대통령령, 총리령, 부령 전부를 의미한다기보다는 정보의 공개에 관하여 법률의 구체적인 위임 아래 제정된 법규명령(위임명령)을 의미한다(대판 2003. 12. 11, 2003두8395).

※ 공개여부에 관한 위임을 받았더라도 정보공개법 9조 제1항 제1호의 입법취지에 비추어보면 총리령 및 부령과 같은 시행규칙은 비공개결정의 법적근거가 될 수 없다.

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

1. 다른 법률 또는 법률에서 위임한 명령(국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙·대통령령 및 조례로 한정한다)에 따라 비밀이나 비공개 사항으로 규정된 정보

①:[×] 공공기관이 공개청구의 대상이 된 정보를 공개는 하되, 청구인이 신청한 공개방법 이외의 방법으로 공개하기로 하는 결정을 한 경우 이는 정보공개방법을 달리 한 것이므로 일부거부처분으로 볼 복의 대상이 된다는 것이 판례이다.

판례 청구인에게는 특정한 공개방법을 지정하여 정보공개를 청구할 수 있는 법령상 신청권이 있다. 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 것이고, 청구인은 그에 대하여 항고소송으로 다툴 수 있다(대판 2016. 11. 10, 2016두44674).

③:[×] 개인정보를 보호하기 위해 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제9조 제1항 제6호 본문의 규정에 따라 비공개대상이 되는 개인정보는 이름·주민등록번호 등 '개인식별정보'로 한정되는 것이 아니라 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보로 넓게 보는 것이 판례의 태도이다.

판례 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신분, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보라고 할 수 있고, 반드시 개인의 내밀한 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함한다. 또한 그러한 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다(대판 2015. 6. 25, 2007두4995 전합).

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

1. "개인정보"란 살아 있는 개인에 관한 정보로서 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함한다)를 말한다.

④:[×] 공개청구의 대상이 되는 정보가 이미 다른 사람에게 공개되어 널리 알려져 있다거나 인터넷 등을 통하여 공개되어 인터넷 검색 등을 통하여 쉽게 알 수 있다고 하여 그것만으로 행정청의 정보비공개결정이 정당화될 수는 없다. 이는 타당한 비공개사유가 아니므로 비공개결정의 취소판결을 구할 소의 이익이 있다는 것이 판례이다.

판례 공개청구의 대상이 되는 정보가 이미 다른 사람에게 공개되어 널리 알려져 있다거나 인터넷이나 관보 등을 통하여 공개되어 인터넷 검색이나 도서관에서의 열람 등을 통하여 쉽게 알 수 있다고 하여 소의 이익이 없다고 볼 수 없고 비공개결정이 정당화될 수도 없다(대판 2008. 11. 27, 2005두15694).

16. 판례상 항고소송의 대상으로 인정되는 것만을 모두 고르면?

- ㄱ. 교도소장이 특정 수형자를 '접견내용 녹음·녹화 및 접견 시 교도관 참여 대상자'로 지정한 행위
 ㄴ. 행정청이 토지대장상의 소유자명의변경신청을 거부한 행위
 ㄷ. 지방경찰청장의 횡단보도 설치 행위
 ㄹ. 상표권자인 법인에 대한 청산종결등기가 되었음을 이유로 특허청장이 행한 상표권 말소등록 행위

- ① ㄱ, ㄴ ② ㄱ, ㄷ
 ③ ㄴ, ㄷ ④ ㄷ, ㄹ

정답 ②

해설 ㄱ, ㄷ이 판례가 항고소송의 대상인 처분성을 인정한 사례이

다. ㄴ, ㄹ은 항고소송의 대상으로 인정되지 않은 판례이다.

ㄱ:[○] 교도소장이 수형자 값을 '접견내용 녹음·녹화 및 접견 시 교도관 참여대상자'로 지정한 사안에서, 위 지정행위는 수형자의 구체적 권리의무에 직접적 변동을 가져오는 행정청의 공법상 행위로서 항고소송의 대상이 되는 '처분'에 해당한다(대판 2014. 2. 13, 2013두20899).

• 교도소장이 특정 수형자를 '접견내용 녹음·녹화 및 접견 시 교도관 참여대상자'로 지정한 행위는 수형자의 구체적 권리·의무에 직접적 변동을 가져오는 행위로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다. [16 국가9급] [○]

ㄴ:[×] 등기부상 소유자가 토지대상의 소유자 기재가 잘못되었다는 이유로 토지대장상의 소유자명의 변경신청을 한 것에 대하여 행정청이 등기부 기재가 착오로 잘못 기재된 것으로 보인다는 이유로 이를 거부한 것은 행정처분으로 볼 수 없다(대판 2012. 1. 12, 2010두12354).

• 토지대장의 기재는 토지소유권을 제대로 행사하기 위한 전제요건으로서 토지소유자의 ~~실체적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있으므로~~ 토지대장상의 소유자명의 변경신청을 거부한 행위는 ~~국민의 권리관계에 영향을 미치는 것이어서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.~~ [16 국가9급] [×]

ㄷ:[○] 도로교통법 제24조 제1항은 모든 차의 운전자는 보행자가 횡단보도를 통행하고 있는 때에는 그 횡단보도 앞에서 일시정지하여 보행자의 횡단을 방해하거나 위험을 주어서는 아니된다고 규정하는 도로교통법의 취지에 비추어 볼 때, 지방경찰청장이 횡단보도를 설치하여 보행자의 통행방법 등을 규제하는 것은, 행정청이 특정사항에 대하여 의무의 부담을 명하는 행위이고 이는 국민의 권리·의무에 직접 관계가 있는 행위로서 행정처분이라고 보아야 할 것이다(대판 2000. 10. 27, 98두8964). ※ 다만, 동 판결은 횡단보도 설치행위에 대해 처분성을 긍정하면서도 횡단보도가 설치된 도로 인근에서 영업활동을 하는 자의 원고적격을 부정한 바 있다.

• 지방경찰청장의 횡단보도 설치행위는 국민의 구체적인 권리·의무에 직접적인 변동을 ~~초래하지 않으므로 행정소송법상 처분에 해당하지 않는다.~~ [17 사복] [×]

ㄹ:[×] 특허청에서 회사법인의 청산종결등기일로부터 6개월이 지난 후 청산종결등기되었다는 이유로 회사법인 명의의 각 상표권을 말소 등록하였고, 그 말소등록행위는 상표권 소멸의 효력을 발생시키는 행위가 아니라 할 것이어서, 국민의 권리의무에 직접적으로 영향을 미치는 행위가 아니므로 행정소송의 항고소송 대상이 된다고 볼 수 없다(대판 2015. 10. 29, 2014두2362).

17. 국가배상에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 국가배상책임에서의 법령위반은, 인권존중·권력남용금지·신의성실·공서양속 등의 위반도 포함해 널리 그 행위가 객관적인 정당성을 결여하고 있음을 의미한다.
 ② 공무원에게 부과된 직무상 의무는 전적으로 또는 부수적으로 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위해 설정된 것이어야 국가배상책임이 인정된다.
 ③ 배상심의회의 결정은 대외적인 법적 구속력을 가지므로 배상신청인과 상대방은 그 결정에 항상 구속된다.
 ④ 판례는 구 「국가배상법」 (67. 3. 3. 법률 제1899호) 제3조의 배상액 기준은 배상심의회 배상액 결정의 기준이 될 뿐 배상 범위를 법적으로 제한하는 규정이 아니므로 법원을 구속하지 않는다고 보았다.

정답 ③

해설 [×] 피해자가 배상심의회의 배상결정이 있는 후 배상결정에 동의하여 배상금을 수령한 후에도 소송으로 배상금청구소송(실질적으로는 배상금의 증액청구)을 다시 제기할 수 있다. 즉, 배상심의회의 배상결정이 종국적인 효력, 다시 말해 대외적 구속력을 가지는 것은 아니므로 배상신청인과 상대방은 그 결정에 구속되지 않는다고 할 것이고, 항고소송의 대상인 처분성도 부정된다.

판례 국가배상법에 의한 배상심판의 결정은 행정처분이 아니므로 행정소송의 대상이 아니다(대판 1981. 2. 10, 80누317).

①:[○] 국가배상책임의 성립요건으로서 법령위반이라 함은 엄격한 의미의 법령 위반만을 의미하는 것이 아니고, 널리 그 행위가 객관적인 정당성을 결여하고 있음을 의미한다는 것이 판례의 입장이다. 또한 절차상의 위법 역시 「국가배상법」상 법령위반에 해당한다. ※ 단, 행정규칙 위반은 원칙적으로 포함되지 않는다.

• 공무원의 직무상 불법행위에 대한 국가배상의 요건이 되는 ‘위법’은 형식적 의미의 법령에 명시적으로 위반한 경우만을 말한다.[16 교행직] [×]

판례 (성폭력범죄의 담당 경찰관이 경찰서에 설치되어 있는 범인식별실을 사용하지 않고 공개된 장소인 형사과 사무실에서 피의자들을 한꺼번에 세워 놓고 나이 어린 학생인 피해자에게 범인을 지목하도록 한 행위는 국가배상법상의 ‘법령 위반’ 행위에 해당한다고 하면서) 여기서 ‘법령을 위반하여’라고 함은 엄격하게 형식적 의미의 법령에 명시적으로 공무원의 행위의무가 정하여져 있음에도 이를 위반하는 경우만을 의미하는 것은 아니고, 인권존중·권력남용금지·신의성실과 같이 공무원으로서 마땅히 지켜야 할 준칙이나 규범을 지키지 아니하고 위반한 경우를 비롯하여 널리 그 행위가 객관적인 정당성을 결여하고 있는 경우도 포함한다(대판 2008. 6. 12, 2007다 64365).

• 국가배상책임에서 ‘법령을 위반하여’라고 함은 엄격하게 형식적 의미의 법령에서 명시적으로 공무원의 행위의무가 정하여져 있음에도 이를 위반하는 경우만을 의미한다. [17 교육행정] [×]
• 경찰권의 발동이 객관적 정당성을 상실하여 현저하게 불합리하다고 인정되지 않더라도 그와 다른 조치를 취하지 아니한 부작위가 있다면, 그러한 부작위는 국가배상책임의 요건인 법령 위반에 해당한다. [17 국가직7급] [×]

②:[○] 공무원이 고의 또는 과실로 그에게 부과된 직무상 의무를 위반하였을 경우라고 하더라도 국가는 그러한 직무상의 의무 위반과 피해자가 입은 손해 사이에 상당인과관계가 인정되는 범위 내에서만 배상책임을 지는 것이고, 이 경우 상당인과관계가 인정되기 위하여는 공무원에게 부과된 직무상 의무의 내용이 단순히 공공일반의 이익을 위한 것이거나 행정기관 내부의 질서를 규율하기 위한 것이 아니고 전적으로 또는 부수적으로 사회구성원 개개인의 안전과 이익을 보호하기 위해 설정한 것이어야 한다(대판 2006. 4. 14, 2003다 41746).

④:[○] 국가배상법 제3조의 배상기준의 성격에 대하여 ㉠ 배상의 범위를 법정화한 것은 곧 그에 의한 배상액의 상한을 제한한 것이라는 한정액설도 있으나 ㉡ 한정적으로 해석할 경우 민법에 의한 배상보다 피해자에게 불리하여 정당한 배상을 규정한 헌법 제29조 제1항에 반하는 것으로서, 국가배상법 제3조의 배상기준은 상한선의 구속력이 인정되는 것은 아니고, 단순한 기준에 불과하다는 기준액설이 통설·판례의 입장이다.

18. 조례제정권의 범위와 한계에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 지방자치단체는 법령에 위반되지 않는 범위 내에서 자치사무에 관하여 주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 사항이 아닌 한 법률의 위임 없이 조례를 제정할 수 있다.
- ② 담배자동판매기의 설치를 금지하고 설치된 판매기를 철거하도록 하는 조례는 기존 담배자동판매기업자의 직업의 자유와 재산권을 제한하는 조례이므로 법률의 위임이 필요하다.
- ③ 영유아 보육시설 종사자의 정년을 조례로 규정하고자 하는 경우에는 법률의 위임이 필요 없다.
- ④ 군민의 출산을 장려하기 위하여 세 자녀 이상 세대 중 세 번째 이후 자녀에게 양육비 등을 지원할 수 있도록 하는 조례의 제정에는 법률의 위임이 필요 없다.

정답 ③

해설 [×] 주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 내용의 조례에 대하여는 법률의 위임이 요구되는 바, 정년규정은 주민의 직업의 자유를 제한하는 내용이므로 그 조례제정에 대하여는 법률의 위임을 요한다는 판례이다.

판례 영유아보육법이 보육시설 종사자의 정년에 관한 규정을 두거나 이를 지방자치단체의 조례에 위임한다는 규정을 두고 있지 않음에도 보육시설 종사자의 정년을 규정한 ‘서울특별시 중구 영유아 보육조례 일부개정조례안’ 제17조 제3항은, 법률의 위임 없이 현행이 보장하는 직업을 선택하여 수행할 권리의 제한에 관한 사항을 정한 것이어서 그 효력을 인정할 수 없으므로, 위 조례안에 대한 재의결은 무효라고 한 사례(대판 2009. 5. 28, 2007추134).

①:[○] 지방자치법 제22조 및 대판 2009. 5. 28, 2007추134 등.

제22조(조례) 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.

판례 지방자치법 제22조, 제9조 제1항에 의하면, 지방자치단체는 그 고유사무인 자치사무와 개별 법령에 의하여 지방자치단체에 위임된 단체위임사무에 관하여 자치조례를 제정할 수 있지만, 그 경우라도 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 하므로, 법률의 위임 없이 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항을 정한 조례는 그 효력이 없다(대판 2009. 5. 28, 2007추134).

②:[○] 이 사건 조례들은 담배소매업을 영위하는 주민들에게 자판기 설치를 제한하는 것을 내용으로 하고 있으므로 주민의 직업선택의 자유 특히 직업수행의 자유를 제한하는 것이 되어 지방자치법 제15조(현 제22조) 단서 소정의 주민의 권리·의무에 관한 사항을 규율하는 조례라고 할 수 있으므로 지방자치단체가 이러한 조례를 제정함에 있어서는 법률의 위임을 필요로 한다(헌재 1995. 4. 20, 92헌마264,279).

④:[○] 지방자치법 제15조에 의하면 지방자치단체는 그 내용이 주민의 권리의 제한 또는 의무의 부과에 관한 사항이거나 벌칙에 관한 사항이 아닌 한 법률의 위임이 없더라도 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있는바, 지방자치단체의 세자녀 이상 세대 양육비 등 지원에 관한 조례안은 저출산 문제의 국가적·사회적 심각성을 심분 감안하여 향후 지방자치단체의 출산을 적극 장려토록 하여 인구정책을 보다 전향적으로 실효성 있게 추진하고자 세 자녀 이상 세대 중 세 번째 이후 자녀에게 양육비 등을 지원할 수 있도록 하는 것으로서, 위와 같은 사무는 지방자치단체 고유의 자치사무 중 주민의 복지증진에 관한 사무를 규정한 지방자치법 제9조 제2항 제2호(라)목에서 예시하고 있는 아동·청소년 및 부녀의 보호와 복지증진에 해당되는 사무이고, 또한 위 조례안에는 주민의 편의 및 복리증진에 관한 내용을 담고 있어 그 제정에 있어서 반드시 법률의 개별적 위임이 따로 필요한 것은 아니다(대판 2006. 10. 12, 2006추38).

19. 행정소송의 소송요건 등에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 고시 또는 공고에 의하여 행정처분을 하는 경우 그 행정처분에 이해관계자를 갖는 사람이 고시 또는 공고가 있었다는 사실을 현실적으로 알았는지 여부에 관계없이 고시 또는 공고가 효력을 발생한 날에 행정처분이 있음을 알았다고 보아야 한다.
- ② 「행정소송법」 상 제3자 소송참가의 경우 참가인이 상소를 하였더라도, 소송당사자 본인인 피참가인은 참가인의 의사에 반하여 상소취하나 상소포기를 할 수 있다.
- ③ 무효인 과세처분에 근거하여 세금을 납부한 경우 부당이득반환청구의 소로써 직접 위법상태의 제거를 구할 수 있는지 여부와 관계없이 「행정소송법」 제35조에 규정된 ‘무효확인을 구할 법률상 이익’을 가진다.
- ④ 공법상 당사자소송으로서 납세의무부존재확인 소는 과세처분을 한 과세관청이 아니라 「행정소송법」 제3조제2호, 제39조에 의하여 그 법률관계의 한쪽 당사자인 국가·공공단체, 그 밖의 권리주체가 피고적격을 가진다.

정답 ②

해설 [×] 행정소송 사건에서 참가인이 한 보조참가는 민사소송법 제78조에 규정된 공동소송적 보조참가이며 이때 참가인이 상소를 할 경우 피참가인이 상소취하나 상소포기를 할 수 없다는 것이 판례의 입장이다.

판례 행정소송 사건에서 참가인이 한 보조참가가 행정소송법 제16조가 규정한 제3자의 소송참가에 해당하지 않는 경우에도, 판결의 효력이 참가인에게까지 미치는 점 등 행정소송의 성질에 비추어 보면 그 참가는 민사소송법 제78조에 규정된 공동소송적 보조참가라고 볼 수 있다. 민사소

송법 제78조의 공동소송적 보조참가에는 필수적 공동소송에 관한 민사소송법 제67조 제1항, 즉 "소송목적의 공동소송인 모두에게 합일적으로 확정되어야 할 공동소송의 경우에 공동소송인 가운데 한 사람의 소송행위는 모두의 이익을 위하여서만 효력을 가진다."라고 한 규정이 준용되므로, 피참가인의 소송행위는 모두의 이익을 위하여서만 효력을 가지고, 공동소송적 보조참가인에게 불이익이 되는 것은 효력이 없으므로, 참가인이 상소를 할 경우에 피참가인이 상소취하나 상소포기를 할 수는 없다(대판 2017. 10. 12, 2015두36836).

㉑:[○] 불특정다수인에 대한 일반처분의 경우 불복기간의 기산점에 대하여 판례는 고시 또는 공고가 효력을 발생한 날을 처분이 있음을 안 날로 보고 그 날로부터 일률적으로 90일 이내에 취소재심을 제기하여야 한다는 입장이다.

판례 고시 또는 공고에 의하여 행정처분을 하는 경우 이해관계자가 고시 또는 공고가 있었다는 것을 현실적으로 알았는지 여부에 관계없이 고시가 효력을 발생한 날에 행정처분이 있음을 알았다고 본다(대판 2006. 4. 14, 2004두38477).

• 고시 또는 공고에 의하여 행정처분을 하는 경우에는 고시 또는 공고의 효력발생일을 처분이 있는 날로 보아 그 날로부터 180일 이내에 행정심판을 청구할 수 있다.[18 서울9급 추가] [×]

㉓:[○] 항고소송인 무효등확인소송은 즉시확정의 이익인 [확인]의 보충성을 요구하지 않는다.

판례 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 없다고 해석함이 상당하다(대판 2008. 3. 20, 2007두6342 전합).

• 무효확인소송은 즉시확정의 이익이 있는 경우에만 보충적으로 허용된다는 것이 판례의 입장이다.[15 교행] [×]
• 무효확인소송은 보충성이 요구되므로 '무효 확인을 구할 법률상 이익'이 있는지를 판단할 때 행정처분의 무효를 전제로 한 이행소송 등과 같은 직접적인 구제수단이 있는지 여부를 살펴볼아야 한다.[14 경행2차] [×]

㉔:[○] 납세의무부존재확인의 소는 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).

제3조(행정소송의 종류) 2. 당사자소송: 행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송

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

• 당사자소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분 등을 행한 행정청을 피고로 한다.[16 세무사][15 교행] [×]

분은 그 효력을 상실한다. 질서위반행위규제법 제20조 제2항.

제20조(이의제기) ① 행정청의 과태료 부과에 불복하는 당사자는 제17조 제1항에 따른 과태료 부과 통지를 받은 날부터 60일 이내에 해당 행정청에 서면으로 이의제기를 할 수 있다.

② 제1항에 따른 이의제기가 있는 경우에는 행정청의 과태료 부과처분은 그 효력을 상실한다.

③ 당사자는 행정청으로부터 제21조 제3항에 따른 통지를 받기 전까지는 행정청에 대하여 서면으로 이의제기를 철회할 수 있다.

ㄴ:[○] 통고처분에 대해 불복이 있는 경우 통고처분에 따른 범칙금을 납부하지 않으면 통고처분은 그 효력을 상실하며 행정청의 즉결심판의 청구 또는 고발에 의한 정칙의 형사소송절차가 개시되는 것으로 특별규정을 두고 있다. 따라서 통고처분은 항고소송의 대상인 처분이 아니라는 것이 통설과 판례의 입장이다.

• 판례는 행정형벌의 특수한 과벌절차로서의 통고처분도 취소소송의 대상이 된다고 본다.[11 사복9급] [×]

• 「도로교통법」상 통고처분에 대하여 이의가 있는 자는 통고처분에 따른 범칙금의 납부를 이행한 후에 행정재심을 통해 통고처분을 다툴 수 있다. [17 지방직9급] [×]

• 경찰서장의 통고처분에 대하여 항고소송을 통하여 불복할 수 있다.[11 국회직9급] [×]

• 일반형사소송절차에 앞선 절차로서의 통고처분은 그 자체로 상대방에게 금전납부의무를 부과하는 행위로서 항고소송의 대상이 된다. [17 국가직9급] [×]

ㄷ:[×] 사인의 행정법상 의무위반행위가 그 사업의 인·허가 철회·정지사유에 해당하지만 공중의 일상생활에 필요불가결한 사업(예 대중교통 등)인 경우 사업 자체는 존속시키면서도 그 사업 활동으로 인한 수익을 박탈하기 위해 (변형적 의미의) 과징금을 부과할 수 있다. 공공성이 강한 사업은 영업정지 등의 처분이 있게 되면 일반 대중이 불편을 겪기 때문에 과징금처분의 상대방이 아니라 일반공중의 이용편의를 도모하기 위해 영업정지에 갈음하여 과징금부과를 인정하고 있다.

• 변형과징금의 1차적 목적은 영업정지처분을 받는 자에 대한 최소침해의 수단을 찾는 것이다. [09 국회8급] [×]

ㄹ:[○] 「질서위반행위규제법」에 따른 과태료는 5년의 소멸시효가 적용된다. 질서위반행위규제법 제15조 제1항.

제15조(과태료의 시효) ① 과태료는 행정청의 과태료 부과처분이나 법원의 과태료 재판이 확정된 후 5년간 징수하지 아니하거나 집행하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.

② 제1항에 따른 소멸시효의 중단·정지 등에 관하여는 「국세기본법」 제28조를 준용한다.

• 과태료는 행정벌에 해당하므로 이에 소멸시효가 인정되지 않는다.[16 행정사][13 경행] [×]

• 과태료에는 소멸시효가 없으므로 행정청의 과태료처분이나 법원의 과태료재판이 확정된 이상 일정한 시간이 지나더라도 그 처벌을 면할 수는 없다. [17 서울시9급] [×]

• 과태료는 행정청의 과태료 부과처분이 있는 후 3년간 징수하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다. [18 서울7급] [×]

20. 행정벌에 대한 설명으로 옳은 것으로만 묶은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 행정청의 과태료 부과에 불복하는 자는 서면으로 이의제기를 할 수 있으나, 이의제기가 있더라도 과태료 부과처분은 그 효력을 유지한다.
ㄴ. 「도로교통법」상 범칙금 통고처분은 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 않는다.
ㄷ. 과징금은 어떤 경우에도 영업정지에 갈음하여 부과할 수 없다.
ㄹ. 「질서위반행위규제법」에 따른 과태료는 행정청의 과태료 부과처분이 나 법원의 과태료 재판이 확정된 후 5년간 징수하지 아니하거나 집행하지 아니하면 시효로 소멸한다.

- ① ㄱ, ㄴ ② ㄱ, ㄷ
③ ㄴ, ㄷ ④ ㄴ, ㄹ

정답 ④

해설 ㄴ, ㄹ이 옳다. ㄱ, ㄷ은 타당하지 못하다.

ㄱ:[×] 행정청의 과태료 부과에 불복하는 당사자는 과태료 부과통지를 받은 날부터 60일 이내에 해당 행정청에 서면으로 이의제기를 할 수 있는 바, 이의제기가 있는 경우에는 행정청의 과태료 부과처