

2014. 서울시 9급 행정법 기출문제 해설

해설 : 백 영 민

☆ 백영민

- (현) 원광디지털대학교 경찰행정학과 행정법 교수
- (현) 노량진 김재규경찰학원 경감승진 행정법 강사
- (현) 부산한국고시학원 행정법 강사
- (현) 울산 중앙공무원학원 행정법 강사
- (현) 교육개발교육원 행정법 강사
- (현) 고시고시 행정법 강사

- (전) 노량진 이그잼고시학원 행정법 강사
- (전) 노량진 웅진패스원
- (전) 노량진 한교고시학원
- (전) 노량진 남부행정고시학원
- (전) 에듀윌 9급 공무원 행정법 강사
- (전) 대전 이그잼고시학원 행정법 강사
- (전) 신림동 두로경찰학원
- (전) 창원공무원학원 행정법 강사
- (전) 종로 한교고시학원 행정법 강사
- (전) 강남 한교고시학원 행정법 강사
- (전) 대전 국민경찰경찰학원 행정법 강사
- (전) 수원행정고시학원 행정법 강사
- (전) 고려대학교, 장안대학교, 안양대학교, 호원대학교 행정법 특강
- (전) 강남구청교육원 행정법 특강

[저서]

- 단권화 행정법(서울고시각)
- 문제로 분석·정리하는 행정법 관련법령(도서출판 에이스)
- 경감승진 주관식 행정법(경찰승진 연구회)
- 사례문제 행정법(유비티아)
- 비핵 행정법 핵심정리(도서출판 에이스)
- 스마트 경찰행정법(경찰승진 연구회)
- All that 행정법 핵심요약정리집(고시 고시)

01 오늘날 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로도 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현과 관련된 영역에 있어서는 국민의 대표자인 입법자가 그 본질적 사항에 대해서 스스로 결정하여야 한다는 요구까지 내포하고 있다는 헌법재판소 결정과 가장 관계가 깊은 것은?

- ① 법률우위원칙
- ② 의회유보원칙
- ③ 침해유보원칙
- ④ 과잉금지원칙
- ⑤ 신뢰보호원칙

■ 해설 ② 본질적이고 중요한 사항은 의회에서 직접 심의·결정하여야지 행정기관에 위임해서는 안된다는 의회유보설도 중요사항유보설과의 관련 하에 제시된 이론이다. 의회유보설은 위임금지(위임입법의 한계)를 뜻하는 것으로서 의회의 법률이라는 형식(규율장소 ⇨ 의회)과 규율의 명확성을 강조한다.

헌법재판소도 “오늘날 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로도 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현과 관련된 영역에 있어서는 국민의 대표자인 입법자가 그 본질적 사항에 대해서 스스로 결정하여야 한다는 요구까지 내포하고 있다(의회유보원칙). 그런데 텔레비전방송수신료는 대다수 국민의 재산권 보장의 측면이나 한국방송공사에게 보장된 방송자유의 측면에서 국민의 기본권실현에 관련된 영역에 속하고, 수신료금액의 결정은 납부의무자의 범위 등과 함께 수신료에 관한 본질적인 중요한 사항이므로 국회가 스스로 행하여야 하는 사항에 속하는 것임에도 불구하고 한국방송공사법 제36조 제1항에서 국회의 결정이나 관여를 배제한 채 한국방송공사로 하여금 수신료금액을 결정해서 문화관광부장관의 승인을 얻도록 한 것은 법률유보원칙에 위반된다(헌재 1999. 5. 27. 98헌바70).”고 판시하였다.

■ 정답 ②

02 사인(私人)의 공법행위에 대한 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 공법적 효과를 가져오는 사인의 행위를 말한다.
- ② 사인의 행위만으로 공법적 효과를 가져오는 것과 국가나 지방자치단체의 행위의 전제요건이 되는 것으로 구분할 수 있다.
- ③ 전입신고자가 거주 목적 외에 다른 이해관계에 관한 의도를 가지고 있는지도 전입신고 수리여부 심사시 고려하여야 한다.
- ④ 수리를 요하는 신고에서의 수리와 허가제의 허가는 구별되는 개념이다.
- ⑤ 현재 사인의 공법행위에 관한 전반적인 사항을 규율하는 일반법은 없다.

■ 해설 ③ 시장·군수 또는 구청장의 주민등록전입신고 수리 여부에 관한 심사의 범위와 대상 ⇒ 전입신고를 받은 시장·군수 또는 구청장의 심사 대상은 전입신고자가 30일 이상 생활의 근거로 거주할 목적으로 거주지를 옮기는지 주민등록법의 입법 목적의 범위 내에서 제한적으로 이루어져야 하고, 실질적 의미에서의 거주지인지 여부를 심사하기 위하여 지방자치법 및 지방자치의 이념까지도 고려하여야 하는 것은 아니다(대법원 2009.6.18, 2008두10997 전원합의체).

■ 정답 ③

03 행정행위의 표시요건에 대한 다음 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 송달하는 장소에서 송달받을 자를 만나지 못한 경우에는 그 사무원·비용자(被傭者) 또는 동거인으로서 사리를 분별할 능력이 있는 사람에게 문서를 교부할 수 있다.

- ② 송달은 우편, 교부 또는 정보통신망 이용 등의 방법으로 할 수 있다.
- ③ 보통우편의 방법으로 발송된 경우 반송되지 않았다면 상당기간 내에 도달하였다고 추정할 수 있다.
- ④ 정보통신망을 이용한 송달은 송달받을 자가 동의하는 경우에만 한한다.
- ⑤ 교부에 의한 송달은 수령확인서를 받고 문서를 교부함으로써 한다.

■ **해설** ③ 등기우편의 경우는 도달되었다고 추정되고, 통상우편의 경우에는 도달되었다고 추정되지 아니 함
 내용증명우편이나 등기우편과는 달리, 보통우편의 방법으로 발송되었다는 사실만으로는 그 우편물이 상당기간 내에 도달하였다고 추정할 수 없고 송달의 효력을 주장하는 측에서 증거에 의하여 도달사실을 입증하여야 한다(대법원 2002.7.26, 2000다25002).

- ① 행정절차법 제14조 제2항
- ② 행정절차법 제14조 제1항
- ④ 행정절차법 제14조 제3항
- ⑤ 행정절차법 제14조 제2항

■ **정답** ③

04 행정청이 처분을 내린 후에 대법원이 그 처분의 근거 법령에 대해 위법·무효라고 선언하였다면 해당 처분의 효력은 어떠한가? (다툼이 있을 경우 판례에 의함)

- ① 근거 법령이 위법하다는 것이 밝혀지기 전에 내려진 처분이므로 그 효력은 적법한 것으로서 계속 유지되어야 한다.
- ② 근거 법령이 위법한 경우에는 그에 근거한 처분은 당연무효이다.
- ③ 근거 법령이 위법한 경우에는 그에 근거한 처분은 부존재 사유에 해당한다.
- ④ 하자의 중대성은 인정되지만 명백성은 없으므로 취소의 대상이 된다.
- ⑤ 처분행정청의 임의적 판단에 맡긴다.

■ **해설** ④ 법률에 근거하여 행정처분이 발하여진 후에 헌법재판소에 의해 그 법률이 위헌으로 되었다면 결과적으로 그 행정처분은 법률의 근거가 없이 행하여진 것과 마찬가지가 되어 하자가 있는 것이 되나, 그 하자가 중대하기는 하나 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에는 객관적으로 명백한 것이라고 할 수는 없으므로, 헌법재판소의 위헌결정 전에 행정처분의 근거가 되는 당해 법률이 헌법에 위반된다는 사유는 특별한 사정이 없는 한, 그 행정처분의 취소소송의 전제가 될 수 있을 뿐 당연무효사유는 아니라고 봄이 상당하다(대법원 2000. 6. 9, 2000다16329).

■ **정답** ④

05 인가에 대한 다음 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 당사자의 법률적 행위를 보충하여 그 법률적 효력을 완성시키는 행정청의 보충적 의사 표시를 인가라고 한다.
- ② 인가의 전제가 되는 기본행위에 하자가 있다고 하더라도 행정청의 적법한 인가가 있으면 그 하자는 치유가 된다.
- ③ 인가의 대상인 법률행위에는 공법상 행위도 있고 사법상 행위도 있다.
- ④ 「사립학교법」상 학교법인의 이사장, 이사, 감사 등 임원에 대한 임원취임승인행위가 인가의 대표적인 예이다.
- ⑤ 인가는 보충적 행위이므로 신청을 전제로 한다.

■ **해설** ② 기본행위가 부존재하거나 무효인 경우에는 인가 자체는 적법하다 할지라도 그 대상을 결여하므로 보충성에 비추어 인가도 무효이며, 기본행위는 당연히 효력을 발생할 수 없다. 기본행위에 취소의 원인이 있는 경우에는 인가가 있는 후에도 취소할 수 있다. 따라서 인가가 있다고 하여 기본행위의 하자가 치유되는 것이 아니다.

- ③ 인가는 성질상 반드시 법률적 행위만을 대상으로 하므로 사실행위는 제외된다. 법률행위이면 공법상의 행위이든(예 : 공공조합의 설립이나 정관변경의 인가 등), 사법상의 행위이든(예 : 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상의 토지거래허가, 민법상 재단법인정관변경허가 등) 인가대상이 된다. 법률행위이면 단독행위, 계약, 합동행위 모두 인가의 대상이다.
- ⑤ 인가는 당사자가 신청한 법률행위의 효력을 보충하는 것이기에 당사자의 신청을 전제로 한다. 따라서 신청내용과 다른 수정인가는 법률상 허용근거가 없는 한 인정되지 않는다.

■ 정답 ②

06 판례상 하자의 승계를 인정한 것은?

- ① 표준지공시지가결정과 개별공시지가결정
- ② 재개발사업인정과 수용재결
- ③ 보상금결정처분과 비교표준지공시지가결정
- ④ 보충역편입처분과 공익근무요원소집처분
- ⑤ 표준지공시지가결정과 과세처분

■ 해설 ③ 표준지공시지가결정은 이를 기초로 한 수용재결 등과는 별개의 독립된 처분으로서 서로 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하는 것이나, 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 토지 소유자는 보상금 산정의 기준이 되는 표준지가 어느 토지인지를 알 수 없으므로 인근 토지 소유자가 표준지의 공시지가가 확정되기 전에 이를 다투는 것은 불가능하다. 더욱이 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 것이라 아니 할 수 없고, 위법한 표준지공시지가결정에 대하여 그 정해진 시정절차를 통하여 시정하도록 요구하지 아니하였다는 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 아니라고 할 것이다. 따라서 표준지공시지가결정에 위법이 있는 경우에는 그 자체를 행정소송의 대상이 되는 행정처분으로 보아 그 위법 여부를 다룰 수 있음은 물론 수용보상금의 증액을 구하는 소송에서도 선행처분으로서 그 수용대상 토지가격 산정의 기초가 된 비교표준지공시지가결정의 위법을 독립된 사유로 주장할 수 있다(대법원 2008.8.21. 선고 2007두13845).

★ 하자승계 인정여부에 대한 핵심 정리

하자의 승계를 인정한 판례	① 납세독촉과 채납처분 ② 대집행에 있어서 계고·통지·실행·비용납부명령 사이 ③ 기준지가고시처분과 토지수용처분 ④ 귀속재산의 임대처분과 후행매각처분 ⑤ 암매장분묘개장명령과 계고처분 ⑥ 한지의사시험자격인정과 한지의사면허처분 ⑦ 독촉과 가산금·증가산금징수처분 ⑧ 안경사시험합격취소처분과 안경사면허취소처분 ⑨ 무효인 조례와 그에 근거한 지방세부과처분 ⑩ 토지구획정리사업에 있어서 환지에정지지정처분과 공작물이전명령
하자의 승계를 부정한 판례	① 과세처분과 채납처분 ② 건물철거명령과 대집행계고처분 ③ 사업인정과 수용재결처분 ④ 표준공시지가결정과 개별토지가격결정 ⑤ 표준공시지가결정과 과세처분 ⑥ 토지등급의 설정 또는 수정처분과 과세처분 ⑦ 수강거부처분과 수료처분

	⑧ 재개발사업인가처분과 토지수용재결처분 ⑨ 도시계획결정과 수용재결 ⑩ 직위해제처분과 면직처분 ⑪ 병역법상 보충역편입처분과 공익근무요원소집처분 ⑫ 변상판정과 변상명령 ⑬ 사업계획승인처분과 도시계획시설변경·지적승인고시처분 ⑭ 석유액화가스판매업허가처분과 사업개시신고반려처분 ⑮ 하천복구처분과 게고처분 ⑯ 국제항공노선 운수권배분 실효처분 및 노선면허거부처분과 후행처분 노선면허처분 ⑰ 전직처분 또는 전직거부처분과 직권면직처분 ⑱ 택지개발예정지구 지정과 택지개발계획 승인처분 ⑲ 도시계획사업의 실시계획인가와 수용재결 ⑳ 도시계획시설변경·지적승인고시처분과 사업계획승인처분 ㉑ 토지구획정리사업시행인가처분과 환지청산금부과처분 ㉒ 택지개발사업계획의 승인과 수용재결 ㉓ 관리처분계획과 청산금부과처분
별개의 효과지만 예측가능성과 수인가능성을 이유로 하자승계 인정	① 개별공시지가와 양도소득세 부과 ② 표준지공시지가 결정의 하자과 수용재결 ③ 친일반민족행위자결정과 독립유공자법 적용배제자 결정
별개의 효과 목적으로 하는 경우에도 예측가능성이 있는 경우에는 하자승계 부정	개별공시지가 결정에 대하여 한 재조사청구에 따른 (감액)조정결정을 통지받고서도 더 이상 다투지 아니한 경우

정답 ③

07 재량행위에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있을 경우 판례에 의함)

- ① 재량행위에 대한 사법심사를 함에 있어서 법원은 스스로 일정한 결론을 도출한 후 그 결론에 비추어 행정청의 처분이 재량의 한계를 넘어선 것인지를 판단한다.
- ② 재량행위가 위법하다는 이유로 소송이 제기된 경우에 법원은 각하할 것이 아니라 그 일탈·남용 여부를 심사하여 그에 해당하지 않으면 청구를 기각하여야 한다.
- ③ 계획재량은 일반적인 재량행위에 비해 더 큰 재량의 범위가 부여된다.
- ④ 형량명령이론은 계획재량의 통제와 관련이 깊다.
- ⑤ 법이 정한 재량권의 외적 한계를 넘어선 경우를 재량의 일탈이라 한다.

해설 ① 기속행위와 재량행위에 대한 사법심사 방식의 차이

행정행위를 기속행위와 재량행위로 구분하는 경우 양자에 대한 사법심사는, 기속행위의 경우 그 법규에 대한 원칙적인 기속성으로 인하여 법원이 사실인정과 관련 법규의 해석·적용을 통하여 일정한 결론을 도출한 후 그 결론에 비추어 행정청이 한 판단의 적법 여부를 독자의 입장에서 판정하는 방식에 의하게 되나, 재량행위의 경우 행정청의 재량에 기한 공익판단의 여지를 감안하여 법원은 독자의 결론을 도출함이 없이 당해 행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만을 심사하게 되고 이러한 재량권의 일탈·남용 여부에 대한 심사는 사실오인, 비례·평등의 원칙 위배 등을 그 판단 대상으로 한다(대법원 2007.5.31. 2005두1329).

- ② 재량행위는 사법심사의 대상이 된다. 단 재량행위의 경우 본안심리에서 재량의 일탈·남용에 이르지 않는 정도의 위반이 단지 부당 문제만이 제기될 때는 사법심사의 범위에서 제외되는 기각판

결을 할 것이다.

■ 정답 ①

08 법규명령에 대한 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 제정권자를 기준으로 대통령령, 총리령, 부령 등으로 구분 할 수 있다.
- ② 법규명령에 위반하는 행위는 위법행위가 된다.
- ③ 법규명령 중 위임명령은 원칙적으로 헌법 제75조와 헌법 제95조에 따라 법률이나 상위 명령에 개별적인 수권규범이 있는 경우만 가능하다.
- ④ 행정의 효율성을 도모하기 위해 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 않고 하위의 법규명령에 재위임하는 것도 가능하다.
- ⑤ 형벌규정의 위임은 구성요건을 예측할 수 있도록 구체적으로 정하고 형벌의 종류와 상한과 폭 등을 명확히 규정하는 것을 전제로 위임입법이 허용된다.

■ 해설 ④ 헌법재판소는 재위임에 의한 부령의 경우에도 위임에 의한 대통령령에 과해지는 헌법상의 제한이 당연히 적용되므로 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 아니하고 그대로 재위임하는 것은 허용되지 않으며, 위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그중의 특정사항을 범위를 정하여 하위법령에 다시 위임하는 경우에만 재위임이 허용된다(헌재결 1996.2.29, 94헌마213).

- ⑤ 죄형법정주의와 위임입법의 한계의 요청상 처벌법규를 위임하기 위하여는, 첫째 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하며, 둘째 이러한 경우일지라도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상 행위가 어떠한 것일 것이라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정해야 하며, 셋째 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다(헌재 1995. 10. 26, 93헌바62).

■ 정답 ④

09 행정지도에 대한 다음 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요하여서는 아니 된다.
- ② 행정기관은 행정지도의 상대방이 행정지도에 따르지 아니하였다는 것을 이유로 불이행 조치를 하여서는 아니된다.
- ③ 행정지도를 하는 자는 그 상대방에게 그 행정지도의 취지 및 내용과 신분을 밝혀야 한다.
- ④ 행정지도는 반드시 문서로 하여야 한다.
- ⑤ 행정지도는 그 목적달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 한다.

■ 해설 ④ 행정지도의 방식에 대하여 문서로 하라는 명문 규정은 없다. 따라서 말 또는 서면으로 할 수 있다. 행정지도가 구술로 이루어지는 경우에 상대방이 서면의 교부를 요구하는 때에는 당해 행정지도를 행하는 자는 직무수행에 특별한 지장이 없는 한 이를 교부하여야 한다(동법 제49조 제2항).

- ① 행정절차법 제48조 제1항
- ② 행정절차법 제48조 제2항
- ③ 행정절차법 제49조 제1항
- ⑤ 행정절차법 제48조 제1항

■ 정답 ④

10 행정청이 처분을 하는 때에 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하지 않을 수 있는 경우가 아닌 것은?

- ① 신청내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우

- ② 단순·반복적인 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우
- ③ 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우
- ④ 긴급을 요하는 경우
- ⑤ 처분의 성질상 이유제시가 현저히 곤란한 경우

■ **해설** ⑤ 행정청은 처분을 할 때에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다.

- ㉠ 신청 내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우
- ㉡ 단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우
- ㉢ 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우

행정청은 ㉡ 단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우 ㉢ 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우에 처분 후 당사자가 요청하는 경우에는 그 근거와 이유를 제시하여야 한다. 그러나 ㉠ 신청 내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우는 당사자가 요청하여도 이유를 제시할 의무는 없다.

■ **정답** ⑤

11 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」상의 정보공개에 관한 설명으로서 옳은 것은?

- ① 정보공개 의무를 지는 공공기관에는 국가기관과 지방자치단체만이 해당한다.
- ② 정보공개 청구권은 해당 정보와 이해관계가 있는 자에 한해서만 인정된다.
- ③ 외국인에게도 국민과 동일하게 정보공개 청구권이 인정된다.
- ④ 국민의 정보공개 청구권을 보장하기 위하여 정보공개에 드는 비용은 무료로 한다.
- ⑤ 정보공개에 관한 결정에 불복이 있는 자는 이의신청 절차를 거치지 않고도 행정심판을 청구할 수 있다.

■ **해설** ⑤ 비공개 결정이나, 부분공개 결정에 대하여는 이의신청이나 행정심판을 거치지 않고도 행정소송법이 정하는 바에 따라 행정소송을 제기할 수 있다. 주의할 점은 행정심판과 행정소송은 정보공개법이 정하는 특별한 불복방법이 아니라 행정심판법과 행정소송법이 정하는 통상의 구제절차라는 점이다.

- ① 정보공개 의무를 지는 공공기관에는 ㉠ 국가기관 ㉡ 지방자치단체 ㉢ 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제2조에 따른 공공기관 ㉣ 그 밖에 대통령령으로 정하는 기관이 해당한다(동법 제2조 제3호).
- ② **공개 청구권자는 모든 국민 ⇒ 이해관계 없는 시민단체도 정보공개 청구권이 있음**
「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 설립 목적을 불문한다(대법원 2003.12.12, 2003두8050).
- ③ 외국인은 모든 외국인이 정보공개를 청구할 수 있는 것이 아니라, 대통령령이 정하는 바에 따라 ㉠ 국내에 일정한 주소를 두고 거주하거나 학술·연구를 위하여 일시적으로 체류하는 사람 ㉡ 국내에 사무소를 두고 있는 법인 또는 단체는 정보공개청구를 할 수 있다(동법 제5조).
- ④ 정보의 공개 및 우송 등에 소요되는 비용은 실비의 범위 안에서 청구인의 부담으로 한다(동법 제17조).

■ **정답** ⑤

12 「행정대집행법」상 대집행을 위한 요건으로 볼 수 없는 것은

- ① 행정대집행의 대상이 되는 의무는 공법상 의무이어야 한다.
- ② 행정대집행의 대상이 되는 의무는 대체성이 있는 의무이어야 한다.
- ③ 불이행된 의무를 다른 수단으로 이행을 확보하기 곤란해야 한다.
- ④ 의무의 불이행을 방지하는 것이 심히 공익을 해한다고 인정되어야 한다.

⑤ 의무를 명한 행정처분에 불가쟁력이 발생해야 한다.

■ **해설** ⑤ 불가쟁력은 주로 하자승계와 관련하여 문제된다.

①②③④ 법률(법률의 위임에 의한 명령, 지방자치단체의 조례를 포함한다)에 의하여 직접 명령되었거나 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 제3자로 하여금 이를 하게 하여 그 비용을 의무자로부터 징수할 수 있다(행정대집행법 제2조). 즉 ㉠ 공법상 대체적 작위의무의 불이행 ㉡ 다른 수단으로 그 이行的 확보가 곤란할 것 ㉢ 불이행을 방지함이 심히 공익을 해할 것이 대집행의 요건이다.

■ **정답** ⑤

13 행정조사에 대한 다음 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 행정조사는 조사를 통해 법령 등의 위반사항을 발견하고 처벌하는 데 중점을 두어야 한다.
- ② 행정기관은 유사하거나 동일한 사안에 대하여는 공동조사 등을 실시함으로써 행정조사가 중복되지 아니하도록 하여야 한다.
- ③ 행정조사는 조사목적 달성을 위하여 필요한 최소한의 범위 안에서 실시하여야 한다.
- ④ 행정기관은 조사목적에 적합하도록 조사대상자를 선정하여 행정조사를 실시하여야 한다.
- ⑤ 행정기관은 조사대상자의 자발적인 협조가 없는 한 법령 등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에 한하여 행정조사를 실시할 수 있다.

■ **해설** ① 행정조사는 법령등의 위반에 대한 처벌보다는 법령등을 준수하도록 유도하는 데 중점을 두어야 한다(행정조사기본법 제4조 제4항).

- ② 행정조사기본법 제4조 제3항
- ③ 동법 제4조 제1항
- ④ 동법 제4조 제2항
- ⑤ 동법 제5조

■ **정답** ①

14 「건축법」상의 이행강제금에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 장래에 향하여 의무를 이행시키기 위한 수단이다.
- ② 집행벌이라 부르기도 한다.
- ③ 의무불이행이 있는 경우에 반복하여 부과할 수 있다.
- ④ 무허가 건축행위를 한 자에 대해서 형사처벌을 함과 아울러 이행강제금을 부과하더라도 이중처벌에 해당하지 않는다는 것이 헌법재판소의 입장이다.
- ⑤ 이행강제금부과처분에 대한 불복방법은 과태료와 마찬가지로 「비송사건절차법」에 따른 재판에 의한다.

■ **해설** ⑤ 건축법상 이행강제금에 대하여 종전에는 비송사건절차법에 의한 절차에 의하여 판단되어야 한다고 보아야 할 것이므로, 건축법상 이행강제금 부과처분은 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다고 판시하였다(대법원 2000.9.22, 2000두5722). 그러나 2005년 10월 19일 건축법 개정으로 비송사건절차법에 의한 절차를 준용하는 규정을 삭제하였으므로, 현재는 건축법상 이행강제금 부과처분은 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.

- ③ 이행강제금은 장래의 의무이행을 심리적으로 강제하기 위한 것으로서 의무이행이 있기까지 반복적으로 부과할 수 있다. 다만 횟수상의 제한은 따르다. 건축법 등에 이행강제금은 1년에 2회 범위 내에서(건축법 제80조 제4항), 농지법은 매년 1회 부과할 수 있다(농지법 제62조 제4항).
- ④ 개발제한구역 내의 건축물에 대하여 허가를 받지 않고 한 용도변경행위에 대한 형사처벌과 건축법

제83조 제1항에 의한 시정명령 위반에 대한 이행강제금의 부과는 그 처벌 내지 제재대상이 되는
기본적 사실관계로서의 행위를 달리하며, 또한 그 보호법익과 목적에서도 차이가 있으므로 이중처
벌에 해당한다고 할 수 없다(대법원 2005.08.19, 2005마30).

■ 정답 ⑤

15 국가배상청구권에 관한 다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있을 경우 판례에 의함)

- ① 공무원이 관계법규를 알지 못하거나 법규의 해석을 그르쳐 행정처분을 한 경우라고 할
지라도 법률전문가가 아닌 행정직 공무원인 경우에는 과실을 인정할 수 없다.
- ② 어떠한 행정처분이 뒤에 항고소송에서 취소되었다고 하더라도 곧바로 공무원의 고의 또
는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없다.
- ③ 과실개념의 주관화(主觀化) 경향이 나타나고 있다.
- ④ 「국가배상법」 제2조 제1항의 공무원의 직무에는 권력적 작용만 포함된다.
- ⑤ 실질적으로 직무집행행위인 경우이어야 한다.

■ 해설 ② 행정처분이 후에 항고소송에 의해 취소되었을 지라도 그 자체만으로 그 행정처분이 공무원의 고
의 또는 과실로 인한 불법행위를 구성한다고 단정할 수 없음

어떠한 행정처분이 위법하다고 할지라도 그 자체만으로 곧바로 그 행정처분이 공무원의 고의 또는
과실로 인한 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없고, 공무원의 고의 또는 과실의 유무에 대하여
는 별도의 판단을 요한다고 할 것인바, 그 이유는 행정청이 관계 법령의 해석이 확립되기 전에 어
는 한 설을 취하여 업무를 처리한 것이 결과적으로 위법하게 되어 그 법령의 부당집행이라는 결과
를 빚었다고 하더라도 처분 당시 그와 같은 처리방법 이상의 것을 성실한 평균적 공무원에게 기대
하기 어려웠던 경우라면 특별한 사정이 없는 한 이를 두고 공무원의 과실로 인한 것이라고 볼 수
는 없기 때문이다(대법원 2004.06.11, 2002다31018).

- ① 공무원이 관계 법규를 알지 못하거나 필요한 지식을 갖추지 못하고 법규의 해석을 그르친 경우는
과실이 인정 됨

일반적으로 공무원이 관계 법규를 알지 못하거나 필요한 지식을 갖추지 못하고 법규의 해석을 그
르쳐 행정처분을 하였다면 그가 법률전문가가 아닌 행정직 공무원이라고 하여 과실이 없다고는 할
수 없다(대법원 2001.2.09. 98다52988).

- ③ 오늘날 국가배상법은 과실주의를 채택하고 있다. 그러나 피해자가 공무원의 고의과실을 입증하기
어려운 문제에 대하여 피해자구제의 관점에서 과실관념을 객관화하려는 시도가 나타나고 있다. 국
가배상법상 과실의 의미를 행위공무원 개개인의 지식과 경험능력에 따른 주관적 주의력을 기준으
로 하지 않고, 동일 직종에 종사하는 성실한 평균적인 공무원의 주의력을 표준으로 판단하는 객관
적 과실로 보는 것이 판례와 학설의 일반적 경향이다.

- ④ 직무의 범위 ⇒ 행정지도와 같은 비권력적 작용도 포함되나, 사경제주체로서 활동은 제외된다는 광
의설의 입장

공무원의 직무집행행위는 “행정지도와 같은 비권력적 작용도 포함되나, 단지 사경제주체로서 행하
는 활동만은 제외된다.”라고 하여 대체로 광의설을 취한다(대법원 2004.4.9, 2002다1069).

- ⑤ 직무행위인지 여부의 판단은 현실적으로 정당한 권한 내의 것인지 또는 행위자인 공무원이 주관적
으로 직무집행의 의사를 가지고 있는지와 관계없이 객관적으로 직무행위의 외형을 갖추었는지의
여부에 따라 결정한다는 외형설이 통설·판례의 입장이다. 또한 그 행위가 실질적으로 직무집행행위
가 아니라는 사실을 피해자가 알았다 하더라도 외관상 직무처럼 보이면 공무원의 직무행위에 포함
된다(대법원 1966. 6. 28, 66다781).

■ 정답 ②

16 손실보상에 대한 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있을 경우 판례에 의함)

- ① 「헌법」 제23조 제3항이 헌법적 근거가 된다.
- ② 손실보상청구권을 발생시키는 침해는 재산권에 대한 것이면 족하며 재산권의 종류는 불
문한다.
- ③ 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상한다는 것은 불가능하므로 보상은 상

당한 보상이면 족하다는 것이 대법원의 입장이다.

④ 최근에는 재산권보상뿐만 아니라 생활보상의 개념도 등장하였다.

⑤ 손실보상청구권의 법적 성질에 대해서는 공권설과 사권설의 대립이 있다.

■ 해설 ③ 헌법재판소는 “헌법이 규정한 정당한 보상이란 손실보상의 원인이 되는 재산권 침해가 기존의 법 질서 안에서 개인의 재산권에 대한 개별적인 침해인 경우에는 그 손실보상은 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하는 것이어야 한다는 완전보상을 뜻하는 것으로서, 보상 금액뿐만 아니라 보상의 시기나 방법 등에 있어서도 어떠한 제한을 두어서는 아니된다는 것을 의미한다(헌재 1998.3.26, 96헌바12)”라고 판시하였다.

② 손실보상은 재산권의 수용·사용·제한에 대한 보상이다. 여기서 재산권이란 모든 재산적 가치가 있는 권리를 말하며, 민법상의 재산권보다 넓은 개념이다. 재산권은 소유권·물권·점유권·저작권 등 사법상의 권리뿐만 아니라 재산적 가치가 있는 모든 공법상의 권리를 포함한다. 그 권리가 사법상의 권리인지 공법상의 권리인지도 불문한다. 기대이익이나, 자연적이고 문화·작·학술적 가치는 손실보상의 대상에서 제외된다(헌재 1998.12.24, 89헌마214, 대법원 1989.9.12. 88누11216).

■ 정답 ③

17 서울특별시 소속 행정청의 처분에 대한 행정심판을 관할하는 기관은?

① 서울특별시행정심판위원회

② 해당 행정청이 위치한 구(區)행정심판위원회

③ 중앙행정심판위원회

④ 서울특별시장

⑤ 행정심판청구인이 임의적으로 선택할 수 있다.

■ 해설 ① 시·도 소속 행정청의 처분 또는 부작위에 대한 심판청구에 대하여는 시·도지사 소속으로 두는 행정심판위원회에서 심리·재결한다(행정심판법 제6조 제3항). 따라서 서울특별시 소속 행정청의 처분에 대한 행정심판을 관할하는 기관은 서울특별시행정심판위원회이다.

★ 행정심판위원회의 설치(행정심판법 제6조)

당해 행정청 소속의 행정심판위원회	다음 각 호의 행정청 또는 그 소속 행정청(행정기관의 계층구조와 관계없이 그 감독을 받거나 위탁을 받은 모든 행정청을 말하되, 위탁을 받은 행정청은 그 위탁받은 사무에 관하여는 위탁한 행정청의 소속 행정청으로 본다)의 처분 또는 부작위에 대한 행정심판의 청구에 대하여는 다음 각 호의 행정청에 두는 행정심판위원회에서 심리·재결한다. ① 감사원, 국가정보원장, 그 밖에 대통령령으로 정하는 대통령 소속기관 장("대통령령으로 정하는 대통령 소속기관의 장"이란 대통령비서실장, 국가안보실장, 대통령경호실장 및 방송통신위원회를 말한다.) ② 국회사무총장·법원행정처장·헌법재판소사무처장 및 중앙선거관리위원회사무총장 ③ 국가인권위원회, 진실·화해를 위한 과거사 정리위원회, 그 밖에 지위·성격의 독립성과 특수성 등이 인정되어 대통령령으로 정하는 행정청
국민권익위원회에 소속의 중앙행정심판위원회	다음 각 호의 행정청의 처분 또는 부작위에 대한 심판청구에 대하여는 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」에 따른 국민권익위원회에 두는 중앙행정심판위원회에서 심리·재결한다. ① 제1항에 따른 행정청 외의 국가행정기관의 장 또는 그 소속 행정청(예 : 국무총리, 각부장관, 청장, 중앙행정기관소속 지방행정기관 장의 처분) ② 특별시장·광역시장·도지사·특별자치도지사(특별시·광역시·도 또는 특별자치도의 교육감 포함) 또는 특별시·광역시·도·특별자치도의회(의장, 위원회의 위원장, 사무처장 등 의회 소속 모든 행정청 포함) ③ 「지방자치법」에 따른 지방자치단체조합 등 관계 법률에 따라 국가·지방자치단체·공공법인 등이 공동으로 설립한 행정청. 다만, 제3항 제3호에 해당하는 행정청은 제외한다.
시·도지사 소속으로 두는 행정심판위원회	다음 각 호의 행정청의 처분 또는 부작위에 대한 심판청구에 대하여는 시·도지사 소속으로 두는 행정심판위원회에서 심리·재결한다. ① 시·도 소속 행정청 ② 시·도의 관할구역에 있는 시·군·자치구의 장, 소속 행정청 또는 시·군·자치구의 의회(의장, 위원회의 위원장, 사무국장, 사무과장 등 의회 소속 모든 행정청을 포함) ③ 시·도의 관할구역에 있는 둘 이상의 지방자치단체(시·군·자치구)·공공법인 등이 공동으로 설립한 행정청
직근 상급행정기관 소속의 행정심판위원회	제2항 제1호에도 불구하고 대통령령으로 정하는 국가행정기관 소속 특별지방행정기관의 장의 처분 또는 부작위에 대한 심판청구에 대하여는 해당 행정청의 직근 상급행정기관에 두는 행정심판위원회에서 심리·재결한다. ⇒ “대통령령으로 정하는 국가행정기관 소속 특별지방행정기관”은 법무부 및 대검찰청 소속 특별지방행정기관을 말한다. 예를 들면 교도소장의 처분에 대하여는 지방교정청에 행정심판위원회를 둔다.
독립한 제3의 행정심판기관	① 개별법에서 당해 행정청이나 감독행정기관이 아닌 특별한 제3의 행정기관을 행정심판기관으로 하는 경우이다. ② 제3의 기관에 두는 행정심판위원회의 예로는 국세기본법상의 조세심판원이나 국가공무원법상의 소청심사위원회, 교원지위향상을 위한 특별법상 교원소청심사위원회, 특허법상 특허심판원 등을 들 수 있다.

정답 ①

18 의무이행심판에 대한 다음 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 당사자의 신청에 대한 행정청의 위법 또는 부당한 거부처분이나 부작위에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 행정심판을 말한다.
- ② 행정청의 적극적인 행위로 인한 침해로부터 권익을 보호하는 기능을 한다.

③ 부작위에 대한 의무이행심판에는 심판청구의 기간상 제한이 따르지 않는다.

④ 의무이행심판에도 사정재결의 적용이 있다.

⑤ 이행쟁송의 성질을 갖는다.

■ 해설 ② 의무이행심판은 행정청의 위법 또는 부당한 거부처분 또는 부작위로 인하여 권익의 침해를 당한 자의 청구에 의하여 일정한 처분을 하도록 하는 심판이다. 따라서 적극적인 행위로 인한 침해로부터 권익을 보호하는 기능이 아니라 소극적 행위에 대한 권익구제수단이다.

⑤ 의무이행심판은 행정청에 대하여 일정한 처분을 할 것을 명하는 재결을 구하는 행정심판이므로 이행쟁송의 성질을 가진다.

■ 정답 ②

19 「행정소송법」상 취소소송의 변경에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

① 취소소송이 계속되고 있을 것

② 1심 법원의 판결 시까지 원고의 신청이 있을 것

③ 청구의 기초에 변경이 없을 것

④ 법원이 상당하다고 인정하여 허가결정을 할 것

⑤ 취소소송과 취소소송 외의 항고소송간의 소의 변경은 물론, 취소소송과 당사자소송간의 변경도 가능하다.

■ 해설 ② 1심 법원의 판결 시까지 원고의 신청이 있을 것이 아니라, 사실심의 변론종결 전까지 원고의 신청이 있을 것이 요건이다.

①③④ 소의 변경의 요건은

㉠ 행정소송이 적법하게 제기되어 사실심 법원에 계속 중일 것

㉡ 사실심의 변론종결 전까지 원고의 신청이 있을 것

㉢ 청구의 기초에 변경이 없을 것

㉣ 변경신청이 상당하다고 인정되어 법원의 허가결정이 있을 것

㉤ 변경되는 새로운 소가 적법할 것

㉥ 피고를 달리하는 소의 변경의 경우에는 법원의 허가에 앞서 새로이 피고가 될 자의 의견을 들을 것 등이다.

⑤ 소의 종류의 변경의 형태는 다음과 같다.

㉦ 항고소송간의 변경

항고소송간에는 소의 변경이 가능하다. ㉠ 취소소송을 취소소송외의 항고소송(무효등확인소송·부작위위법확인소송)으로(법 제21조 제1항), ㉡ 무효등확인소송을 취소소송 또는 부작위위법확인소송으로(법 제37조), ㉢ 부작위위법확인소송을 다른 종류의 항고소송으로 변경하는 것이 가능하다(법 제37조).

㉧ 항고소송과 당사자소송간의 변경

㉠ 취소소송·무효등확인소송을 당해 처분 등에 관계되는 사무가 귀속되는 국가 또는 공공단체에 대한 당사자소송으로 변경하거나(법 제21조 제1항, 제37조), ㉡ 당사자소송을 행정청 상대의 항고소송으로 변경하는 것이 가능하다(법 제42조). ㉢ 행정소송의 소의 변경은 항고소송에서 당사자소송으로의 변경 또는 당사자소송에서 항고소송으로의 변경의 경우에는 피고도 함께 변경된다는 점에서 민사소송에서의 소의 변경과 다르다.

■ 정답 ②

20 판례상 원고적격이 인정되지 않은 것은?

① 원자로 시설부지 인근 주민들이 방사성물질 등에 의한 생명·신체의 안전침해를 이유로 부지사전승인처분의 취소를 구하는 경우

② 환경영향평가대상지역 안의 주민들이 전원개발사업실시계획승인처분의 취소를 구할 경우

- ③ 1일 50t의 쓰레기를 소각하는 시설의 부지경계선으로부터 300m 안의 주민들이 폐기물 소각시설의 입지지역을 결정·고시한 처분의 무효확인을 구하는 경우
- ④ 분뇨관련영업허가를 받은 기존업자가 다른 업자에 대한 영업허가처분을 다투는 경우
- ⑤ 담배 일반소매인으로 지정되어 있는 기존업자가 신규담배 구내소매인 지정처분을 다투는 경우

■ **해설** ⑤ **기존의 담배 일반소매인은 신규 구내소매인 지정처분의 취소를 구할 원고 적격이 없음**

구내소매인과 일반소매인 사이에서는 구내소매인의 영업소와 일반소매인의 영업소 간에 거리제한을 두지 아니할 뿐 아니라 건축물 또는 시설물의 구조·상주인원 및 이용인원 등을 고려하여 동일 시설물 내 2개소 이상의 장소에 구내소매인을 지정할 수 있으며, 이 경우 일반소매인이 지정된 장소가 구내소매인 지정대상이 된 때에는 동일 건축물 또는 시설물 안에 지정된 일반소매인은 구내소매인으로 보고, 구내소매인이 지정된 건축물 등에는 일반소매인을 지정할 수 없으며, 구내소매인은 담배진열장 및 담배소매점 표시판을 건물 또는 시설물의 외부에 설치하여서는 아니 된다고 규정하는 등 일반소매인의 입장에서 구내소매인과의 과당경쟁으로 인한 경영의 불합리를 방지하는 것을 그 목적으로 할 수 있다고 보기 어려우므로, 일반소매인으로 지정되어 영업을 하고 있는 기존업자의 신규 구내소매인에 대한 이익은 법률상 보호되는 이익이 아니라 단순한 사실상의 반사적 이익이라고 해석함이 상당하므로, 기존 일반소매인은 신규 구내소매인 지정처분의 취소를 구할 원고적격이 없다(대법원 2008.4.10. 2008두402).

- ① 원자로 시설부지 인근주민들에게 방사성물질 등에 의한 생명·신체의 안전침해를 이유로 부지사전송 인처분의 취소를 구할 원고적격이 있다(대판 1998.09.04. 97누19588).
- ③ 구 폐기물처리시설설치촉진및주변지역지원등에관한법률 및 같은법시행령의 관계 규정의 취지는 처리능력이 1일 50t인 소각시설을 설치하는 사업으로 인하여 직접적이고 중대한 환경상의 침해를 받으리라고 예상되는 직접영향권 내에 있는 주민들이나 폐기물소각시설의 부지경계선으로부터 300m 이내의 간접영향권 내에 있는 주민들이 사업 시행 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받지 아니하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 개별적인 이익까지도 이를 보호하려는 데에 있다 할 것이므로, 위 주민들이 소각시설입지지역결정·고시와 관련하여 갖는 위와 같은 환경상의 이익은 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적 이익으로서 그들에 대하여는 특단의 사정이 없는 한 환경상의 이익에 대한 침해 또는 침해우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 폐기물 소각시설의 입지지역을 결정·고시한 처분의 무효확인을 구할 원고적격이 인정된다(대판 2005.03.11. 2003두13489).
- ④ **분뇨 등 축산·폐수, 정화조 청소업 관련 영업허가를 받아 영업을 하고 있는 기존업자의 이익은 법률상 이익**
구 오수·분뇨 및 축산폐수의 처리에 관한 법률상 업종을 분뇨와 축산폐수 수집·운반업 및 정화조 청소업으로 하여 분뇨 등 관련 영업허가를 받아 영업을 하고 있는 기존업자의 이익이 법률상 보호되는 이익이라고 보아, 기존 업자에게 경쟁자에 대한 영업허가처분의 취소를 구할 원고적격이 있다(대법원 2006.7.28. 2004두6716).

■ **정답** ⑤