

1. 오늘날 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권 실현과 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

정답 ②

해설

- ① (X) 법률우위의 원칙은 모든 행정작용이 현행법에 위배될 수 없음을 뜻하나(법치주의의 소극적 측면), 법률유보의 원칙은 행정작용에 대한 법적 근거를 요구한다(법치주의의 적극적 측면).
② (O) 오늘날 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권 실현과 관련된 영역에 있어서는 국민의 대표자인 입법자가 그 본질적 사항에 대해서 스스로 결정하여야 한다는 요구까지 내포하고 있다(의회유보원칙)(헌재 1999.5.27, 98헌바70).
③ (X) 침해유보원칙이란 행정이 개인의 자유와 권리를 침해·제한하는 데에는 반드시 법률의 수권을 필요로 하지만 수익적 행정작용이나 개인의 권리나 의무에 직접 관계되지 않는 영역 및 특별권력관계를 포함한 국가 내부의 영역에는 법률유보원칙이 적용되지 않는다는 견해이다. 침해유보설은 오늘날에도 침해행정에서는 법률유보이론의 최소한의 의미와 기능을 여전히 갖고 있다.
④ (X) 비례의 원칙은 경찰행정과 같은 침익적 행정영역에서 성립·발전하였으나, 오늘날에는 급부행정은 물론 행정법의 전영역에 적용되는 원칙이다. 침익적 행정은 물론이고 급부행정 등 모든 행정작용에 적용된다. 특히 급부행정에 적용되는 경우에는 과잉급부금지원칙이라 한다.
⑤ (X) 신뢰보호의 원칙이란 행정기관의 일정한 언동의 정당성 또는 존속성에 대한 개인의 보호가치 있는 신뢰는 보호해 주어야 한다는 원칙을 말한다. 영미법상의 금반언의 법리(Estoppel)도 대체로 같은 이념을 가진 것이라 할 수 있다.

2. 사인(私人)의 공법행위에 대한 설명 중 옳지 않은 것은?

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

정답 ③

해설

- ① (O) 사인의 공법행위는 공법적 효과를 가져오거나 공법적 효과의 요건이다. 사인의 공

법행위는 결국 공법적 효과가 발생한다는 점에서 사법행위와 구별된다.

② (○) 사인의 공법행위의 대표적인 예로는 각종 신청과 신고를 들 수 있다. 여기서 신고란 사인의 행위만으로 공법적 효과를 가져 오는 것으로서 자기완결적 신고(수리를 요하지 않는 신고)에서 그 신고가 형식적 요건을 갖춘 경우에는 신고서가 접수기관에 도달된 때에 신고의 의무가 이행된 것으로 본다(행정절차법 제40조 제2항). 그러나 신청은 국가나 지방자치단체의 행위의 전제요건으로서 적법한 신청이 있으면 행정청은 일정기간 내에 신청에 따른 행정처분을 하거나 거부처분을 해야 하는 처리의무는 있으나, 신청한 내용대로 처분할 의무는 없다.

③ (×) 주민들의 거주지 이동에 따른 주민등록전입신고에 대하여 행정청이 이를 심사하여 그 수리를 거부할 수는 있다고 하더라도, 그러한 행위는 자칫 「헌법」상 보장된 국민의 거주·이전의 자유를 침해하는 결과를 가져올 수도 있으므로, 시장·군수 또는 구청장의 주민등록전입신고 수리 여부에 대한 심사는 「주민등록법」의 입법목적의 범위 내에서 제한적으로 이루어져야 한다. 한편, 「주민등록법」의 규정을 고려해 보면, 전입신고를 받은 시장·군수 또는 구청장의 심사대상은 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 「주민등록법」이 아닌 다른 법률에 의하여 규율되어야 하고, 주민등록전입신고의 수리 여부를 심사하는 단계에서는 고려대상이 될 수 없다(대판(전합) 2009.6.18, 2008두10997).

④ (○) 적법한 신청이 있으면 행정청은 일정기간 내에 신청에 따른 행정처분을 하거나 거부처분을 해야 하는 처리의무는 있다. 다만 신청한 내용대로 처분할 의무는 없다.

자기완결적 신고와 행위요건적 신고

구 분	자기완결적 신고 (수리를 요하지 않는 신고, 본래적 의미의 신고)	행위요건적 신고 (수리를 요하는 신고)
행정절차법상 신고	동법 제40조	일반법적 근거가 없다
행정청의 수리를 법률효과의 요건으로 하는지 여부	신고만으로 법적효과 발생하므로 따라서 수리는 법적으로 무의미	적법한 신고이외에 행정청의 수리 가 있어야 법적효력이 발생
법적 효과 발생시점	신고서가 접수기관에 도달한 때	행정기관이 수리한 때
형식적 요건을 갖춘 신고의 수리를 거부한 경우	신고만으로 이미 법적효력 발생, 거부는 의미를 갖지 않는다.	신고+수리행위로 효력발생하므로 수리거부시 효력이 발생하지 않는 다.
적법한 신고 수리가 거부된 경우 영업행위	• 무신고 영업 행위 아님. • 불법영업이 아님.	영업행위할 수 없음 영업행위시 불법영업임
부적법한 신고를 행정기관의 수리한 경우	영업행위는 무신고행위(불법영업)	• 수리행위 무효(무신고행위, 불 법영업) • 취소할 수 있는 수리행위(취소 될 때까지 유효)
수리거부의 처분성	원칙적으로 처분성 없으나, 예외 적으로 건축법상 신고의 수리거부 처분성인정	수리 혹은 수리거부는 처분성인정

⑤ (○) 사인의 공법행위에 대한 적용법규로서 일반법은 없다. 다만 「민원처리에 관한 법률」과 행정절차법에 개별규정을 두고 있을 뿐이다.

3. 행정행위의 표시요건에 대한 다음 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 송달하는 장소에서 송달받을 자를 만나지 못한 경우에는 그 사무원·피용자(被傭者) 또는 동거인으로서 사리를 분별할 지능이 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.

정답 ③

해설

- ① (○), ⑤ (○) 행정절차법 제14조(송달) 제2항 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 지능이 있는 사람(이하 이 조에서 "사무원등"이라 한다)에게 문서를 교부할 수 있다. 다만, 문서를 송달받을 자 또는 그 사무원등이 정당한 사유 없이 송달받기를 거부하는 때에는 그 사실을 수령확인서에 적고, 문서를 송달할 장소에 놓아둘 수 있다.
- ② (○) 행정절차법 제14조(송달) 제1항 송달은 우편, 교부 또는 정보통신망 이용 등의 방법으로 하되, 송달받을 자(대표자 또는 대리인을 포함한다. 이하 같다)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.
- ③ (×) 등기우편과는 달리, 보통우편의 방법으로 발송되었다는 사실만으로는 그 우편물이 상당한 기간 내에 도달하였다고 추정할 수 없고, 송달의 효력을 주장하는 측에서 증거에 의하여 이를 입증하여야 한다(대판 2009.12.10, 2007두20140).
- ④ (○) 행정절차법 제14조(송달) 제3항 정보통신망을 이용한 송달은 송달받을 자가 동의하는 경우에만 한다. 이 경우 송달받을 자는 송달받을 전자우편주소 등을 지정하여야 한다.

4. 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 부존재사유에 해당한다.
- ④ 하자의 중대성은 인정되지만 명백성은 없으므로 취소의 대상이 된다.
- ⑤ 처분행정청의 임의적 판단에 맡긴다.

정답 ④

해설

- ④ (○) 하자 있는 행정처분이 당연무효로 되려면 그 하자가 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것이어야 할 뿐 아니라 객관적으로 명백한 것이어야 하고, 행정청이 위헌이거나 위

법하여 무효인 시행령을 적용하여 한 행정처분이 당연히무효로 되려면 그 규정이 행정처분의 중요한 부분에 관한 것이어서 결과적으로 그에 따른 행정처분의 중요한 부분에 하자가 있는 것으로 귀착되고, 또한 그 규정의 위헌성 또는 위법성이 객관적으로 명백하여 그에 따른 행정처분의 하자가 객관적으로 명백한 것으로 귀착되어야 하는바, 일반적으로 시행령이 헌법이나 법률에 위반된다는 사정은 그 시행령의 규정을 위헌 또는 위법하여 무효라고 선언한 대법원의 판결이 선고되지 아니한 상태에서는 그 시행령 규정의 위헌 내지 위법 여부가 해석상 다툼의 여지가 없을 정도로 명백하였다고 인정되지 아니하는 이상 객관적으로 명백한 것이라 할 수 없으므로, 이러한 시행령에 근거한 행정처분의 하자는 취소사유에 해당할 뿐 무효사유가 되지 아니한다(대판 2007.06.14. 2004두619).

5. 인가에 대한 다음 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 당사자의 법률적 행위를 보충하여 그 법률적 효력을 완성시키는 행정청의 보충적 의사표시를 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.

정답 ②

해설

- ① (○) 관할 시장 등의 인가행위는 그 대상이 되는 기본행위를 보충하여 법률상 효력을 완성시키는 보충행위로서, 이러한 인가의 유무에 따라 기본행위의 효력이 문제되는 것은 주택건설촉진법과 관련한 공법상의 관계에서이지 주택조합과 조합원, 또는 조합원들 사이의 내부적인 사법관계에까지 영향을 미치는 것은 아니므로, 이 법 조항에 따라 설립인가를 받아야 함에도 설립인가를 받지 아니한 채 주택조합을 설립한 결과, 그 조합이 주택건설촉진법의 적용을 받지 못하게 되었다 하더라도, 이로써 그 조합의 단체로서의 실체가 변하는 것은 아니므로, 그 규약이나 정관에 따라 조합원의 자격을 취득한 조합원으로서의 인가 여부와는 관계없이 조합에 대하여 조합원의 권리를 행사할 수 있는 것이고, 마찬가지로 주택조합의 설립행위에 대하여는 인가를 받았으나 조합원의 변동에 대하여는 인가를 받지 못한 경우에도 변동된 새 조합원은 인가 여부와 관계없이 조합에 대하여 조합원으로서 권리를 행사할 수 있다(대결 2002.3.11, 2002그12).
- ② (×) 인가는 기본행위를 보충해 주는 행정행위이므로, 기본행위가 무효이면 인가도 당연히 무효가 된다. 즉, 행정청의 인가가 있다고 하여 무효인 기본행위가 유효가 되는 것은 아니다(대판 1987.8.18, 86누152 참조).
- ③ (○) 인가의 대상이 되는 법률행위는 공법상 행위(예컨대 공공단체의 정관변경허가)뿐 아니라, 사법상 행위(예컨대 토지거래허가)도 그 대상이 된다.
- ④ (○) 이사취임승인은 학교법인의 임원선임행위를 보충하여 법률상의 효력을 완성시키는 보충적 행정행위(인가)로서 기속행위에 속한다(대판 1992.9.22. 92누5461).
- ⑤ (○) 인가와 허가의 구별

구분	인가	허가
법적 성질	•형성적 행위 •재량행위(원칙), 기속행위(예외)	•명령적 행위 •기속행위(원칙), 재량행위(예외)
대상	법률행위만을 대상으로 한다.	사실행위와 법률행위
요건의 성격	법률행위의 유효요건	적법요건
무인가·무허가의 효력	•요인가행위를 인가 없이 한 경우는 무효 •강제집행 또는 처벌 등의 대상은 아님	•요허가행위를 허가 없이 한 경우는 행위 자체는 유효 •강제집행 또는 처벌 등의 제재를 받음
수정인·허가의 가능성	수정인가(원칙적 불허)	수정허가 가능
효과	공법적·사법적 효과 발생	공법적 효과만 발생
신청의 요부	항상 신청을 요함	원칙적으로 신청요함(예외적 불요)

6. 판례상 하자의 승계를 인정한 것은?

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

정답 ③

해설

① (×), ⑤ (×) 공시지가와 관련사례

인정(예외적 판례)	부정
1. 개별공시지가결정과 과세처분 사이[10서울9급 등]	1. 표준지 공시지가결정과 개별공시지가결정 사이[03관세사]
2. 표준공시지가결정과 수용재결 등 후행처분사이[10지방9급]	2. 토지등급설정 또는 수정처분과 과세처분시[10경행특채]

② (×) 구 「도시재개발법」에 의한 재개발사업의 시행을 위하여 토지 등을 수용하는 경우 「도시재개발법」 제17조 등에 의한 재개발사업시행인가는 구 「토지수용법」 제14조 소정의 사업인정으로 볼 것인바, 재개발사업시행인가처분 자체의 위법은 사업시행인가단계에서 다투어야 하고 이미 그 쟁송기간이 도과한 수용재결단계에서는 그 인가처분이 당연무효라고 볼 만한 특단의 사정이 없는 한 그 위법을 이유로 토지수용재결처분의 취소를 구할 수는 없다. 그리고 재개발사업시행인가로 인하여 시행자는 구 「토지수용법」 등이 정한 절차에 따라 대상토지에 대한 수용권을 가지게 되므로 사업시행인가 이후의 관리처분 등에 하자가 있다고 하더라도 이로써 수용재결처분의 적부를 다툴 수는 없다(대판 1992.12.11, 92누5584).

③ (○) 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 토지 소유자는 보상금 산정의 기준이 되는 표준지가 어느 토지인지를 알 수 없으므로, 인근 토지 소유자가 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 토지 보상 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 수용대상 토지 가격 산정의 기초가 된 비교표준지공시지가결정의 위법을 독립한 사유로 주장할 수 있다(대판 2008.8.21. 2007두13845).

④ (X) 구 「병역법」상의 보충역편입처분과 공익근무요원소집처분은 후자의 처분이 전자의 처분을 전제로 하는 것이기는 하나 각각 단계적으로 별개의 법률효과를 발생하는 독립된 행정처분이라고 할 것이므로, 따라서 보충역편입처분의 기초가 되는 신체등위판정에 잘못이 있다는 이유로 이를 다투기 위하여는 신체등위판정을 기초로 한 보충역편입처분에 대하여 재심을 제기하여야 할 것이며, 그 처분을 다투지 아니하여 이미 불가쟁력이 생겨 그 효력을 다룰 수 없게 된 경우에는, 병역처분변경신청에 의하는 경우는 별론으로 하고, 보충역편입처분에 하자가 있다고 할지라도 그것이 당연무효라고 볼 만한 특단의 사정이 없는 한 그 위법을 이유로 공익근무요원소집처분의 효력을 다룰 수 없다(대판 2002.12.10, 2001두5422).

7. 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.

정답 ①

해설

① (X) 행정행위가 그 재량성의 유무 및 범위와 관련하여 이른바 기속행위 내지 기속재량행위와 재량행위 내지 자유재량행위로 구분된다고 할 때, 그 구분은 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, 이렇게 구분되는 양자에 대한 사법심사는, 전자의 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 관정하는 방식에 의하게 되나, 후자의 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, 당해 행위의 목적 위반이나 동기의 부정 유무 등을 그 판단 대상으로 한다(대판 2001.2.9, 98두17593).

② (○) 재량행위에 대한 법원의 사법심사는 당해 행위가 사실오인, 비례·평등의 원칙 위배, 당해 행위의 목적 위반이나 부정한 동기 등에 근거하여 이루어짐으로써 재량권을 일탈·남용한 위법이 있는지 여부만을 심사하게 되는 것이나, 법원의 심사결과 행정청의 재량행위가 사실오인 등에 근거한 것이라고 인정된다면 이는 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법하여 그 취소를 면치 못한다(대판 2001.07.27. 99두2970). 재량이 그 범위 내에서 행사된 경우에는 당·부당의 문제는 있어도 위법의 문제는 발생하지 않는다. 그러나 재량의 일탈·남용이 있게 되면 이는 위법한 것이 되고 사법심사의 대상이 된다. 우리 행정소송법 제27조가 “행정청의 재량에 속하는 처분이라도 재량권의 한계를 넘거나 그 남용이 있는 때에는 법원은 이를 취소할 수 있다”고 규정한 것도 같은 취지이다.

③ (○) 행정계획에 있어서는 다수의 상충하는 사익과 공익들의 조정에 따르는 다양한 결정가능성과 그 미래전망적인 성격으로 인하여 그에 대한 입법적 규율은 상대적으로 제한될 수밖에 없다. 따라서 행정청이 행정계획을 수립함에 있어서는 일반 재량행위의 경우에 비하여 더욱 광범위한 판단 여지 내지는 형성의 자유, 즉 계획재량이 인정되는바, 이 경우 일반적인 행정행위의 요건을 규정하는 경우보다 추상적이고 불확정적인 개념을 사용하여야 할 필요성이 더욱 커진다(헌재 2007.10.04. 2006헌바91).

④ (○) 도시계획변경결정 당시 도시계획법령에 의하면, 도시계획구역 안에서의 녹지지역은 보건위생·공해방지, 보안과 도시의 무질서한 확산을 방지하기 위하여 녹지의 보전이 필요한 때에 지정되고, 그 중 보전녹지지역은 도시의 자연환경·경관·수립 및 녹지를 보전할 필요가 있을 때에, 자연녹지지역은 녹지공간의 보전을 해하지 아니하는 범위 안에서 제한적 개발이 불가피할 때 각 지정되는 것으로서 위와 같은 용도지역지정행위나 용도지역변경행위는 전문적·기술적 판단에 기초하여 행하여지는 일종의 행정계획으로서 재량행위라 할 것이지만, 행정주체가 가지는 이와 같은 계획재량은 그 행정계획에 관련되는 자들의 이익을 공익과 사익 사이에서는 물론이고 공익 상호간과 사익 상호간에도 정당하게 비교·교량하여야 하고 그 비교·교량은 비례의 원칙에 적합하도록 하여야 하는 것이므로, 만약 행정주체가 행정계획을 입안·결정함에 있어서 이익형량을 전혀 행하지 아니하였거나 이익형량의 고려대상에 마땅히 포함시켜야 할 중요한 사항을 누락한 경우 또는 이익형량을 하였으나 그것이 비례의 원칙에 어긋나게 된 경우에는 그 행정계획결정은 재량권을 일탈·남용한 것으로 위법하다(대판 2005.3.10. 2002두5474).

⑤ (○) 재량의 일탈이란 재량의 외적 한계를 넘어서 행사된 경우를 말한다. 예컨대 식품위생법에서 6월의 한도 내에서 영업정지처분을 할 수 있다고 규정하였음에도 행정청이 1년의 영업정지처분을 하거나 영업허가를 취소한 경우가 이에 해당한다. 판례 또한 징계사유에 해당하는 행위가 있더라도, 징계권자가 그에 대하여 징계처분을 할 것인지, 징계처분을 하면 어떠한 종류의 징계를 할 것인지는 징계권자의 재량에 맡겨져 있다고 할 것이나, 그 재량권의 행사가 징계권을 부여한 목적에 반하거나, 징계사유로 삼은 비행의 정도에 비하여 균형

을 잃은 과중한 징계처분을 선택함으로써 비례의 원칙에 위반하거나 또는 합리적인 사유 없이 같은 정도의 비행에 대하여 일반적으로 적용하여 온 기준과 어긋나게 공평을 잃은 징계처분을 선택함으로써 평등의 원칙에 위반한 경우에는, 그 징계처분은 재량권의 한계를 벗어난 것으로서 위법하고, 징계처분에 있어 재량권의 행사가 비례의 원칙을 위반하였는지 여부는, 징계사유로 인정된 비행의 내용과 정도, 그 경위 내지 동기, 그 비행이 당해 행정조직 및 국민에게 끼치는 영향의 정도, 행위자의 직위 및 수행직무의 내용, 평소의 소행과 직무 성적, 징계처분으로 인한 불이익의 정도 등 여러 사정을 건전한 사회통념에 따라 종합적으로 판단하여 결정하여야 한다(대판 2001.8.24. 2000두7704).

8. 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 상위명령에 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.

정답 ④

해설

- ① (○) 헌법 제75조 대통령령으로서 시행령, 헌법 제95조 총리령·부령으로서 시행규칙은 제정권자에 따른 구분이다.
- ② (○), ③ (○) 법규명령과 행정규칙의 비교

	법규명령	행정규칙
개 념	법령상의 수권에 근거하여 행정권이 정립하는 규범으로서 작용법상 국민과의 관계에서 규범성이 있다	행정권 내부 조직과 활동을 규율하는 사무처리준칙으로서 규범성을 갖지 않는 것
제정근거	헌법 제75조 제95조	법령상 근거 없이 가능
법률유보원칙의 적용	○	×
법률우위원칙의 적용	○	○
효 력	양면적 구속력 있다	• 원칙 : 내부적 효력만(편면적 효력) • 예외 : 외부적 효력
위반시 효과	위법	위법(×)
법형식	• 대통령령(시행령), 총리령·부령(시행규칙)	• 고시, 지시, 훈령, 예규, 일일명령 등

- ④ (×) 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 않고 재위임하는 것은 이위임금지(履委任禁止)의 법리에 반할 뿐 아니라 수권법의 내용변경을 초래하는 것이 되므로 허용되지 아니한다 할 것이나, 위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그 중의 특정사항을 범위를 정하여 하위법령에 다시 위임하는 경우에는 재위임이 허용된다 할 것이다(대판 2006.4.14, 2004두14793 ; 헌재 1996.2.29, 94헌마213).

⑤ (○) 위임입법에 관한 헌법 제75조는 처벌법규에도 적용되는 것이지만 처벌법규의 위임은 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하고, 이 경우에도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상인 행위가 어떠한 것일 것이라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다(헌재 1991.7.8, 91헌가4 ; 헌재 1996.2.29, 94헌바213).

9. 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 불이익한 조치를 하여서는 아니 된다.
- 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.

정답 ④

해설

- ① (○) 행정지도는 그 목적달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 행정지도의 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요하여서는 아니된다(행정절차법 제48조 제1항).
- ② (○) 행정기관은 행정지도의 상대방이 행정지도에 따르지 아니하였다는 것을 이유로 불이익한 조치를 하여서는 아니된다(행정절차법 제48조 제2항).
- ③ (○) 행정지도를 행하는 자는 그 상대방에게 당해 행정지도의 취지·내용 및 신분을 밝혀야 한다(행정절차법 제49조 제1항).
- ④ (×) 행정지도를 행하는 자는 그 상대방에게 당해 행정지도의 취지·내용 및 신분을 밝혀야 한다. 행정지도가 구술로 이루어지는 경우에 상대방이 제1항의 사항을 기재한 서면의 교부를 요구하는 때에는 당해 행정지도를 행하는 자는 직무수행에 특별한 지장이 없는 한 이를 교부하여야 한다(행정절차법 제49조 제2항). 따라서 문서나 말(구술)로서도 가능하다.
- ⑤ (○) 행정지도는 그 목적달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 한다(행정절차법 제48조 제1항). 즉 행정지도에는 비례의 원칙이 적용된다.

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

정답 ⑤

해설

⑤ (X) 행정청은 처분을 하는 때에는 i) 신청내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우, ii) 단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우, iii) 긴급을 요하는 경우를 제외하고는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다(행정절차법 제23조 제1항). 그런데 행정청은 위 ii) 및 iii)의 경우에 처분 후 당사자가 요청하는 경우에는 그 근거와 이유를 제시하여야 한다(행정절차법 제23조 제2항). 따라서 신청내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우에는 처분 후 당사자가 요청하는 경우에도 그 근거와 이유의 제시를 생략할 수가 있다.

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

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

정답 ⑤

해설

① (X) 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」은 공공기관이 보유·관리하는 정보에 대한 국민의 공개청구 및 공공기관의 공개의무에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 국민의 알권리를 보장하고 국정에 대한 국민의 참여와 국정운영의 투명성을 확보함을 목적으로 하는데(같은 법 제1조), “공공기관”이라 함은 국가기관, 지방자치단체, 정부투자기관관리기본법 제2조의 규정에 의한 정부투자기관 그 밖에 대통령령이 정하는 기관을 말한다(같은 법 제2조 제3호). 여기서 “그 밖에 대통령령이 정하는 기관”이라 함은 같은법 시행령 제2조(공공기관의 범위) 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」(이하 “법”이라 한다) 제2조 제3호 라목에서 “대통령령으로 정하는 기관”이란 다음 각 호의 기관 또는 단체를 말한다.

- 1. 「유아교육법」, 「초·중등교육법」, 「고등교육법」에 따른 각급 학교 또는 그 밖의 다른 법률에 따라 설치된 학교
- 2. 「지방공기업법」에 따른 지방공사 및 지방공단
- 3. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 기관 중 지방자치단체의 조례로 정하는 기관
 - 가. 지방자치단체의 조례에 따라 설립되고 해당 지방자치단체가 출연한 기관
 - 나. 지방자치단체의 지원액(조례 또는 규칙에 따라 직접 지방자치단체의 업무를 위탁받거나 독점적 사업권을 부여받은 기관의 경우에는 그 위탁업무나 독점적 사업으로 인한 수입액을 포함한다)이 총수입액의 2분의 1을 초과하는 기관
 - 다. 지방자치단체가 100분의 50 이상의 지분을 가지고 있거나 100분의 30 이상의 지분을 가지고 임원 임명권한 행사 등을 통하여 해당 기관의 정책 결정에 사실상 지배력을 확보하고 있는 기관
 - 라. 지방자치단체와 가목부터 다목까지의 어느 하나에 해당하는 기관이 합하여 100분의 50 이상의 지분을 가지고 있거나 100분의 30 이상의 지분을 가지고 임원 임명권한 행사 등을 통하여 해당 기관의 정책 결정에 사실상 지배력을 확보하고 있는 기관

마. 가목부터 라목까지의 어느 하나에 해당하는 기관이 단독으로 또는 두 개 이상의 기관이 합하여 100분의 50 이상의 지분을 가지고 있거나 100분의 30 이상의 지분을 가지고 임원 임명권한 행사 등을 통하여 해당 기관의 정책 결정에 사실상 지배력을 확보하고 있는 기관
 바. 가목부터 라목까지의 어느 하나에 해당하는 기관이 설립하고, 지방자치단체 또는 해당 설립 기관이 출연한 기관

4. 특별법에 따라 설립된 특수법인

5. 「사회복지사업법」 제42조제1항에 따라 국가나 지방자치단체로부터 보조금을 받는 사회복지법인과 사회복지사업을 하는 비영리법인

6. 제5호 외에 「보조금 관리에 관한 법률」 제9조 또는 「지방재정법」 제17조제1항 각 호 외의 부분 단서에 따라 국가나 지방자치단체로부터 연간 5천만원 이상의 보조금을 받는 기관 또는 단체. 다만, 정보공개 대상 정보는 해당 연도에 보조를 받은 사업으로 한정한다. 국가기관과 지방자치단체이외도 사립유지원도 포함된다.

② (X) 모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다(공공기관의 정보공개에 관한 법률 제5조 제1항). 따라서 이해당사자만이 정보공개청구권을 가지는 것은 아니다. 여기에서 말하는 국민에는 자연인은 물론 법인, 권리능력 없는 사단·재단도 포함되고, 법인, 권리능력 없는 사단·재단 등의 경우에는 설립목적 을 불문한다(대판 2003.12.12, 2003두8050).

③ (X) 국내에 일정한 주소를 두고 거주하거나 학술·연구를 위하여 일시적으로 체류하는 외국인 등은 정보공개를 청구할 수 있다(공공기관의 정보공개에 관한 법률 제5조 제2항, 같은 법 시행령 제3조).

④ (X) 정보의 공개 및 우송 등에 소요되는 비용은 실비의 범위 안에서 청구인의 부담으로 한다(제17조 제1항).

⑤ (O) 청구인이 정보공개와 관련한 공공기관의 결정에 대하여 불복이 있는 때에는 행정소송법이 정하는 바에 따라 행정소송을 제기할 수 있다(같은 법 제20조 제1항). 그런데 이의신청(같은 법 제18조)과 행정심판(같은 법 제19조)은 임의적 불복절차이므로, 이들을 거치지 않고 직접 행정소송을 제기할 수도 있다.

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.

정답 ⑤

해설

① (O) 토지에 관한 도로구역 결정이 고시된 후 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제25조 제2항에 위반하여 공작물을 축조하고 물건을 부가한 자에 대하여 관리청은 이러한 위반행위에 의하여 생긴 유형적 결과의 시정을 명하는 행정처분을 하여 이에 따르지 않는 경우에는 행정대집행의 방법으로 그 의무내용을 실현할 수 있는 것이고, 이러한 행정대집행의 절차가 인정되는 경우에는 따로 민사소송의 방법으로 공작물의 철거·수거 등을 구할 수는 없다(대판 2000.5.12, 99다18909 ; 대판 2009.6.11, 2009다1122).

② (O) 토지·건물의 인도 의무(점유 이전 의무) 및 퇴거 의무는 사람을 실력으로 배제하여야 하는 비대체

적 작위의무이므로 대집행을 할 수 없다(대판 2005.8.19, 2004다2809 ; 대판 1998.10.23, 97누157).

③ (○),④ (○) 법률(법률의 위임에 의한 명령, 지방자치단체의 조례를 포함함)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 곤란(보충성)하고 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).

⑤ (×) 불가쟁력이란 제소기간의 도과, 더 이상 불복방법이 없는 경우 등으로 사인이 행정행위의 효력을 다룰 수 없는 효력을 말하는데, 이는 대집행의 요건과는 무관하다.

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 조사목적에 달성하는 데 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.

정답 ①

해설

- ① (×) 행정조사는 법령 등의 위반에 대한 처벌보다는 법령 등을 준수하도록 유도하는 데 중점을 두어야 한다(제4조 제4항).
- ② (○) 행정기관은 유사하거나 동일한 사안에 대하여는 공동조사 등을 실시함으로써 행정조사가 중복되지 아니하도록 하여야 한다(제4조 제3항).
- ③ (○) 행정조사는 조사목적에 달성하는데 필요한 최소한의 범위 안에서 실시하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용하여서는 아니된다(제4조 제1항).
- ④ (○) 행정기관의 장은 행정조사의 목적, 법령준수의 실적, 자율적인 준수를 위한 노력, 규모와 업종 등을 고려하여 명백하고 객관적인 기준에 따라 행정조사의 대상을 선정하여야 한다(행정조사기본법 제8조 제1항).
- ⑤ (○) 행정기관은 법령 등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에 한하여 행정조사를 실시할 수 있다. 다만, 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우에는 그러하지 아니하다(행정조사기본법 제5조).

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.

정답 ⑤

해설

① (○), ② (○), ③ (○), ④ (○) 행정벌과 집행벌의 차이점은 다음 도표 참조.

구분	이행강제금(집행벌)	행정벌
목적	장래에 향하여 의무이행의 확보(간접적 제재)	과거의 의무위반에 대한 제재(간접적 제재)
내용	의무불이행시 이행강제금을 위해 부과하는 금전부담	생명·신체·재산 등에 대한 제재
대상	일신적·부대체적 작위·부작위, 최근 대체적 작위의무도 확대적용	작위·부작위 등 법규정이 있는 경우에 가능
부과권자	행정청	행정형벌은 법원, 행정징서벌은 행정청 혹은 법원
고의·과실 요부	불요	원칙적으로 의무위반에 대해 의무자의 고의·과실이 있어야 과할 수 있음
반복적 부과 가능	반복적 부과 가능	반복적 부과 불가
병과	이행강제금과 행정벌은 목적 등을 달리하므로 하나의 행위가 동시에 양자의 대상, 즉 병과될 수 있다(대결 2005.8.19, 2005마30).	

⑤ (×) 종래 이행강제금제도를 둔 법률들은 이행강제금부과처분에 불복이 있는 자는 당해 부과권자에게 이의를 제기할 수 있고, 이의를 제기한 경우에는 당해 부과권자는 지체 없이 관할법원에 그 사실을 통보하여야 하며, 그 통보를 받은 관할법원은 비송사건절차법에 의한 과태료의 재판을 하도록 하였다. 따라서 이행강제금부과처분은 행정소송의 대상이 되는 처분성이 인정될 수 없었다(대판 2000.9.22. 2000두5722 참조).

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

- ① 공무원이 관계법규를 알지 못하거나 법규의 해석을 그르쳐 행정처분을 한 경우라고 할지라도 법률전문가가 아닌 행정직공무원인 경우에는 과실을 인정할 수 없다.
- ② 어떠한 행정처분이 뒤에 항고소송에서 취소되었다고 하더라도 곧바로 공무원의 고의 또는 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.

정답 ②

해설

① (×) 법령에 대한 해석이 복잡, 미묘하여 워낙 어렵고, 이에 대한 학설, 판례조차 귀일되

어 있지 않는 등의 특별한 사정이 없는 한 일반적으로 공무원이 관계 법규를 알지 못하거나 필요한 지식을 갖추지 못하고 법규의 해석을 그르쳐 행정처분을 하였다면 그가 법률전문가가 아닌 행정직 공무원이라고 하여 과실이 없다고는 할 수 없다(대판 2001.2.9, 98다52988). 따라서 서울특별시 중구청장이 미성년자인 남녀의 혼숙행위를 이유로 숙박업 영업허가를 취소하였다면 서울특별시는 국가배상법상의 손해배상책임이 있다(대판 1981.8.25, 80다1598).

② (○) 영업허가취소처분이 나중에 행정심판에 의하여 재량권을 일탈한 위법한 처분임이 판명되어 취소되었다고 하더라도 그 처분이 당시 시행되던 구 「공중위생법 시행규칙」에 정하여진 행정처분의 기준에 따른 것인 이상 그 영업허가취소처분을 한 행정청 공무원에게 그와 같은 위법한 처분을 한 데 있어 어떤 직무집행상의 과실이 있다고 할 수는 없다(대판 1994.11.8, 94다26141).

③ (×) 공무원의 직무집행상의 과실이라 함은 공무원이 그 직무를 수행함에 있어 당해 직무를 담당하는 평균인이 보통(통상) 갖추어야 할 주의의무를 게을리 한 것을 말한다(대판 1987.9.22, 87다카1164). 과실을 공무원의 위법행위로 인한 국가작용의 흠 정도로 객관화하여야 한다는 견해는 과실의 범위를 주관적 사유에 한정하지 않고 그 성립에 있어서 범위를 확대하려는 입장이다. 판례도 객관설 또는 절충설을 취한 것으로 볼 수 있는 것도 있다.

④ (×) 「국가배상법」이 정한 배상청구의 요건인 공무원의 직무에는 권력적 작용만이 아니라 행정지도와 같은 비권력적 작용도 포함되며, 단지 행정주체가 사경제주체로서 하는 활동만이 제외된다(대판 1998.7.10, 96다38971).

⑤ (×) 지방자치단체가 ‘교통할아버지 봉사활동계획’을 수립한 후 관할 동장으로 하여금 ‘교통할아버지’를 선정하게 하여 어린이 보호, 교통안내, 거리질서 확립 등의 공무를 위탁하여 집행하게 하던 중 ‘교통할아버지’로 선정된 노인이 위탁받은 업무범위를 넘어 교차로 중앙에서 교통정리를 하다가 교통사고를 발생시킨 경우, 지방자치단체는 「국가배상법」 제2조 소정의 배상책임을 부담한다(대판 2001.1.5, 98다39060).

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 불문한다.
- ③ 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상한다는 것은 불가능하므로 보상은 상당한 보상이면 족하다는 것이 대법원의 입장이다.
- ④ 최근에는 재산권보상뿐만 아니라 생활보상의 개념도 등장하였다.
- ⑤ 손실보상청구권의 법적 성질에 대해서는 공권설과 사권설의 대립이 있다.

정답 ③

해설

① (○), ② (○) 손해배상과 손실보상의 구별

구분	손해배상	손실보상
원리	• 개인주의적 사상 • 책임주의	• 단체주의적 사상 • 사회적 공평부담주의
위법성 요건	○ (위법한 행위로 인한 손해)	× (적법한 행위로 인한 손실)
공법영역	○	○
사법영역	○	×
헌법	제29조 제1항	제23조 제1항
일반법	국가배상법	일반법 (×), 개별법 (○)
고의·과실 요건	○ (위법, 유책)	× (적법, 무책)
재산적 침해	○(양도나 압류가 된다)	○(재산권의 종류는 불문)
생명·신체 등의 비재산적(정신적) 침해	○(양도나 압류가 안된다)	×

③ (×) 「헌법」 제23조 제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.”고 규정하고 있다. 따라서 법률이 아닌 법률종속명령이나 조례에 의해서는 수용·사용·제한을 할 수 없다.

④ (○) 우리 헌법이 보장하고 있는 재산권은 경제적 가치가 있는 모든 공법상·사법상의 권리를 뜻한다(헌재 1992.6.26, 90헌바26). 이러한 재산권의 범위에는 동산·부동산에 대한 모든 종류의 물권은 물론, 재산가치 있는 모든 사법상의 채권과 특별법상의 권리 및 재산가치 있는 공법상의 권리 등이 포함되나, 단순한 기대이익·반사적 이익 또는 경제적인 기회 등은 재산권에 속하지 않는다고 보아야 한다(헌재 1998.7.16, 96헌마246). 따라서 영업을 하기 위하여 투자한 비용이나 그 영업을 통하여 얻을 것으로 기대되는 이익은 손실보상의 대상이 되지 않는다(대판 2006.1.27, 2003두13106).

⑤ (○) 토지수용절차에서 사업시행자와 토지소유자 간 협의(공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제26조 제1항)의 법적 성질에 대하여는 공법상 계약설(통설)과 사법상 계약설(대판 1999.11.26, 98다47245 ; 대판 1999.3.23, 98다48866 등)의 대립이 있다. 그러나 사법상 계약설에 의하면 민사소송에 의하게 되고, 공법상 계약설에 의하면 공법상 당사자소송에 의하게 된다. 따라서 어느 견해에 의하더라도 항고소송을 제기할 수는 없다.

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.

정답 ①

해설

① (○) 행정심판법 제6조(행정심판위원회의 설치) **제1항** 다음 각 호의 행정청 또는 그 소속 행정청(행정기관의 계층구조와 관계없이 그 감독을 받거나 위탁을 받은 모든 행정청을 말하되, 위탁을 받은 행정청은 그 위탁받은 사무에 관하여는 위탁한 행정청의 소속 행정청으로 본다. 이하 같다)의 처분 또는 부작위에 대한 행정심판의 청구(이하 "심판청구"라 한

다)에 대하여는 다음 각 호의 행정청에 두는 행정심판위원회에서 심리·재결한다.

1. 감사원, 국가정보원장, 그 밖에 대통령령으로 정하는 대통령 소속기관의 장
2. 국회사무총장·법원행정처장·헌법재판소사무처장 및 중앙선거관리위원회사무총장
3. 국가인권위원회, 진실·화해를위한과거사정리위원회, 그 밖에 지위·성격의 독립성과 특수성 등이 인정되어 대통령령으로 정하는 행정청

제2항 다음 각 호의 행정청의 처분 또는 부작위에 대한 심판청구에 대하여는 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」에 따른 국민권익위원회(이하 "국민권익위원회"라 한다)에 두는 중앙행정심판위원회에서 심리·재결한다.

1. 제1항에 따른 행정청 외의 국가행정기관의 장 또는 그 소속 행정청
2. 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사(특별시·광역시·특별자치시·도 또는 특별자치도의 교육감을 포함한다. 이하 "시·도지사"라 한다) 또는 특별시·광역시·특별자치시·도·특별자치도(이하 "시·도"라 한다)의 의회(의장, 위원회의 위원장, 사무처장 등 의회 소속 모든 행정청을 포함한다)
3. 「지방자치법」에 따른 지방자치단체조합 등 관계 법률에 따라 국가·지방자치단체·공공법인 등이 공동으로 설립한 행정청. 다만, 제3항제3호에 해당하는 행정청은 제외한다.

제3항 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 포함한다)
3. 시·도의 관할구역에 있는 둘 이상의 지방자치단체(시·군·자치구를 말한다)·공공법인 등이 공동으로 설립한 행정청

제4항 제2항제1호에도 불구하고 대통령령으로 정하는 국가행정기관 소속 특별지방행정기관의 장의 처분 또는 부작위에 대한 심판청구에 대하여는 해당 행정청의 직권 상급행정기관에 두는 행정심판위원회에서 심리·재결한다.

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 기간 상 제한이 따르지 않는다.
- ④ 의무이행심판에도 사정재결의 적용이 있다.
- ⑤ 이행쟁송의 성질을 갖는다.

정답 ②

해설

① (○), ② (×) 행정심판법 제5조(행정심판의 종류) 행정심판의 종류는 다음 각 호와 같다.

1. 취소심판: 행정청의 위법 또는 부당한 처분을 취소하거나 변경하는 행정심판
2. 무효등확인심판: 행정청의 처분의 효력 유무 또는 존재 여부를 확인하는 행정심판
3. 의무이행심판: 당사자의 신청에 대한 행정청의 위법 또는 부당한 거부처분이나 부작위에

대하여 일정한 처분을 하도록 하는 행정심판

② (X)

③ (O) 행정심판법 제27조(심판청구의 기간) **제1항** 행정심판은 처분이 있음을 알게 된 날부터 90일 이내에 청구하여야 한다.

제2항 청구인이 천재지변, 전쟁, 사변(事變), 그 밖의 불가항력으로 인하여 제1항에서 정한 기간에 심판청구를 할 수 없었을 때에는 그 사유가 소멸한 날부터 14일 이내에 행정심판을 청구할 수 있다. 다만, 국외에서 행정심판을 청구하는 경우에는 그 기간을 30일로 한다.

제3항 행정심판은 처분이 있었던 날부터 180일이 지나면 청구하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

제4항 제1항과 제2항의 기간은 불변기간(不變期間)으로 한다.

제5항 행정청이 심판청구 기간을 제1항에 규정된 기간보다 긴 기간으로 잘못 알린 경우 그 잘못 알린 기간에 심판청구가 있으면 그 행정심판은 제1항에 규정된 기간에 청구된 것으로 본다.

제6항 행정청이 심판청구 기간을 알리지 아니한 경우에는 제3항에 규정된 기간에 심판청구를 할 수 있다.

제7항 제1항부터 제6항까지의 규정은 무효등확인심판청구와 부작위에 대한 의무이행심판청구에는 적용하지 아니한다.

④ (O) 사정재결은 무효등확인심판에는 적용하지 아니한다(행정심판법 제44조 제3항). 이를 취소심판·의무이행심판에만 인정하고 무효등확인심판에는 적용하지 않는 이유는, 무효와 부존재는 언제나 무효 또는 부존재이고, 유효와 존재의 경우에는 사정재결이 불필요하기 때문이다.

⑤ (O) 쟁송의 성질은 이행쟁송, 확인쟁송, 형성쟁송로 나눌 수 있으며, 이중 의무이행심판은 이행쟁송의 성질을 갖는다. 취소심판은 형성쟁송으로 보며, 무효등확인심판은 확인쟁송의 성질을 갖는다.

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.

정답 ②

해설

② (X) 행정소송법 제21조(소의 변경) **제1항** 법원은 취소소송을 당해 처분등에 관계되는 사무가 귀속하는 국가 또는 공공단체에 대한 당사자소송 또는 취소소송외의 항고소송으로 변경하는 것이 상당하다고 인정할 때에는 청구의 기초에 변경이 없는 한 사실심의 변론종결 시까지 원고의 신청에 의하여 결정으로써 소의 변경을 허가할 수 있다.

제2항 제1항의 규정에 의한 허가를 하는 경우 피고를 달리하게 될 때에는 법원은 새로이 피고로 될 자의 의견을 들어야 한다.

제3항 제1항의 규정에 의한 허가결정에 대하여는 즉시항고할 수 있다.

제4항 제1항의 규정에 의한 허가결정에 대하여는 제14조제2항·제4항 및 제5항의 규정을 준용한다.

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

정답 ⑤

해설

① (○) 환경영향평가대상지역 안의 주민들이 방사성물질 이외의 원인에 의한 환경침해를 받지 아니하고 생활할 수 있는 이익도 직접적·구체적 이익으로서 그 보호대상으로 삼고 있다고 보이므로, 위 환경영향평가대상지역 안의 주민에게는 방사성물질 이외에 원전냉각수 순환시 발생하는 온배수로 인한 환경침해를 이유로 부지사전승인처분의 취소를 구할 원고적격도 있다(대판 1998.9.4. 97누19588).

② (○) 전원(전원)개발사업실시계획승인처분의 근거 법률인 전원개발에관한특별법령, 구 환경보전법령, 구 환경정책기본법령 및 환경영향평가법령 등의 규정 취지는 환경영향평가대상 사업에 해당하는 발전소건설사업이 환경을 해치지 아니하는 방법으로 시행되도록 함으로써 당해 사업과 관련된 환경공익을 보호하려는 데 그치는 것이 아니라 당해 사업으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상되는 환경영향평가대상지역 안의 주민들이 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경침해를 받지 아니하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 개별적 이익까지도 이를 보호하려는 데에 있으므로, 주민들이 위 승인처분과 관련하여 갖고 있는 위와 같은 환경상 이익은 단순히 환경공익 보호의 결과로서 국민일반이 공통적으로 갖게 되는 추상적·평균적·일반적 이익에 그치지 아니하고 환경영향평가대상지역 안의 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적 이익이라고 보아야 하고, 따라서 위 사업으로 인하여 직접적이고 중대한 환경침해를 받게 되리라고 예상되는 환경영향평가대상지역 안의 주민에게는 위 승인처분의 취소를 구할 원고적격이 있다(대판 1998.09.22. 97누19571).

③ (○) 구 폐기물처리시설설치촉진및주변지역지원등에관한법률(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 개정되기 전의 것) 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 인정된다고 할 것이고, 한편 폐기물소각시설의 부지경계선으로부터 300m 밖에 거주하는 주민들도 위와 같은 소각시설 설치사업으로 인하여 사업 시행 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있음에도 폐기물처리시설 설치기관이 주변영향지역으로 지정·고시하지 않는 경우 같은 법 제17조 제3항 제2호 단서 규정에 따라 당해 폐기물처리시설의 설치·운영으로 인하여 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해우려가 있다는 것을 입증함으로써 그 처분의 무효확인을 구할 원고적격을 인정받을 수 있다(대판 2005.03.11. 2003두13489).

④ (○) 구 오수·분뇨 및 축산폐수의 처리에 관한 법률과 같은 법 시행령상 업종을 분뇨와 축산폐수 수집·운반업 및 정화조청소업으로 하여 분뇨 등 관련 영업허가를 받아 영업을 하고 있는 기존 업자의 이익이 법률상 보호되는 이익이라고 보아, 기존 업자에게 경쟁자에 대한 영업허가처분의 취소를 구할 원고적격이 있다고 한 사례(대판 2006.7.28. 2004두6716).

⑤ (×) 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(대판 2008.4.10. 2008두402).