

[18. 교육행정직 지방직 9급 기출문제와 해설]

해설 : 백 영 민

01 법치행정에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 지방의회의원에 대하여 유급보좌인력을 두는 것은 지방의회의 조례로 규정할 사항이다.
- ② 법률유보의 원칙은 행정권의 발동에 있어서 조직규범 외에 작용규범이 요구된다는 것을 의미한다.
- ③ 법률우위의 원칙은 행정의 모든 영역에 적용된다.
- ④ 법률우위의 원칙이란 국가의 행정은 합헌적 절차에 따라 제정된 법률에 위반되어서는 아니 된다는 것을 말한다.

■ 해설 ① 지방의회의원에 대하여 유급보좌인력을 두는 것은 지방의회의원의 신분·지위 및 그 처우에 관한 현행 법령상의 제도에 중대한 변경을 초래하는 것으로서, 이는 개별 지방의회의 조례로써 규정할 사항이 아니라 국회의 법률로써 규정하여야 할 입법사항에 해당 한다(대법원 2013. 1. 16. 2012주84).

② 법률유보의 원칙이란 행정권 발동은 반드시 개별적 법률의 근거(법률의 수권)를 요한다는 것으로 조직규범 외에 작용규범에서도 법률유보원칙이 적용된다.

③ 법률우위의 원칙은 법치행정원리의 최소한의 내용으로서 모든 행정작용의 한계로 기능하므로 소극적 의미의 법치행정의 원리라고도 하며 행정의 전 영역에서 적용된다. 행정행위, 공법상 계약, 행정행위의 부관, 법규명령, 조례는 물론 권력적 사실행위, 비권력적 사실행위 등 모든 행정작용은 법률우위의 원칙을 준수하여야 한다.

④ 종래의 형식적 법치주의하에서는 형식적 의미의 법률의 우위만이 강조된 결과 부당한 내용의 법률의 우위까지 쉽게 인정될 수 있었다. 오늘날은 이 같은 점을 고려하여 합헌적 법률만이 우위에 설 수 있도록 하고 있다. 이를 위해 우리의 헌법은 법률로도 침해할 수 없는 헌법원칙을 규정해 놓고 그의 보장을 위한 위헌법률심판제도를 마련해 놓고 있다.

■ 정답 ①

02 행정법의 법원(法源)에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 처분적 법률은 형식적 의미의 법률에 해당한다.
- ② 일반적으로 관습법은 성문법에 대하여 개폐적 효력을 가진다.
- ③ 행정규칙이 법규성을 가지는 경우에는 법원성을 인정할 수 있다.
- ④ 법원(法院)은 보충적 법원으로서의 조리에 따라 재판할 수 있다.

■ 해설 ① 처분적 법률은 형식적 의미에서는 법률형식에 해당하나, 실질은 처분이다.

② 가족의례준칙 제13조의 규정과 배치되는 관습법의 효력을 인정하는 것은 관습법의 제정법에 대한 열후적·보충적 성격에 비추어 민법 제1조의 취지에 어긋나는 것이다(대법원 1983.6.14. 80다3231).

③ 행정규칙은 원칙적으로 법규성이 인정되지 않지만 행정규칙이 상위법령보충규칙이나 자기구속원칙에 의해 법규성을 가지는 경우에는 법원성을 인정할 수 있다.

④ 조리란 일반사회의 정의감에 비추어 반드시 그러하여야 할 것이라고 인정되는 사물의 본질적 법칙을 말한다. 조리는 행정법의 해석의 기본원리로서, 최후의 보충적 법원으로서 중요한 의미를 갖고 있다.

■ 정답 ②

03 행정상 법률관계에 관한 설명으로 옳은 것을 <보기> 에서 고른 것은?

<보기>

- ㄱ. 공법관계와 사법관계는 1차적으로 관계법령의 규정 내용과 성질 등을 기준으로 구별한다.
- ㄴ. 행정상 법률관계를 공법관계와 사법관계로 구분하는 것은 각각의 소송절차와도 관련된다.
- ㄷ. 「초·중등교육법」상 사립중학교에 대한 중학교 의무교육의 위탁관계는 사법관계에 속한다.
- ㄹ. 행정사법(行政私法) 영역에서는 사법이 적용되며, 공법원리는 추가로 적용될 수 없다.

- ① ㄱ, ㄴ
- ② ㄱ, ㄷ
- ③ ㄴ, ㄹ
- ④ ㄷ, ㄹ

■ 해설 ㄱ, ㄴ이 옳다.

- ㄱ. 행정법 관계와 사법관계의 구별은 기본적으로 관련 법률 규정과 법률관계의 성질을 고려하여 결정하여야 한다. 즉 문제가 되고 있는 법률관계를 규율하는 관련법규정이 제1차적 기준이 된다.
- ㄴ. 공법관계에서는 사법관계와 달리 민사소송법보다 행정소송법이 우선 적용되고, 소송형태도 항고소송이나 당사자소송에 의한다. 반면 사법관계는 민사소송절차에 의한다. 행정소송은 행정심판 전치주의, 사정판결, 행정법원 관할, 제소기간 등이 적용된다는 점에서 민사소송과 다르다.
- ㄷ. 중학교 의무교육의 위탁관계는 초·중등교육법 제12조 제3항, 제4항 등 관련 법령에 의하여 정해지는 공법적 관계로서, 대등한 당사자 사이의 자유로운 의사를 전제로 사익 상호간의 조정을 목적으로 하는 민법 제688조의 수입인의 비용상환청구권에 관한 규정이 그대로 준용된다고 보기도 어렵다(대법원 2015.1.29. 2두7387).
- ㄹ. 행정사법은 유도행정과 급부행정 분야에서 주로 성립되는데, 광의의 국고관계 중 공익목적 수행하기 위하여 사법형식을 취한 형식적 의미의 국고관계에 해당한다. 예컨대, 행정주체가 공행정작용인 전기 등의 공급을 사법상 계약의 형식에 의해 수행하는 경우 원칙적으로 사법규정이나 사법원리가 적용되나 사법상의 완전한 의사자치를 향유할 수는 없고, 공법규정이나 공법원리에 의하여 기속을 받게 된다.

■ 정답 ①

04 공권(公權)에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 대법원은 경업자(競業者)에게는 개인적 공권을 인정하면서도, 경원자(競願者)에게는 이를 부인하였다.
- ② 무하자재량행사청구권은 수익적 행정행위뿐만 아니라 부담적 행정행위에도 적용될 수 있다.
- ③ 개인적 공권으로서의 경찰권은 주민에 의한 자치경찰제의 도입까지 의미하는 것으로 이해된다.
- ④ 주거지역 내에서 법령상의 제한면적을 초과하는 연탄공장의 건축허가처분으로 불이익을 받고 있는 인근주민은 당해 처분의 취소를 소구할 법률상 자격이 없다.

■ 해설 ① 대법원은 경업자(競業者)에게 개인적 공권을 인정하면서도, 경원자(競願者)에게도 소송을 제기할 수 있는 원고적격이 인정된다.

- ② 무하자재량행사청구권은 재량의 영역에서 하자없는 재량권의 행사를 청구하는 권리이다. 수익행정에서 인정되는 것은 당연하고, 부담적 행정행위에서도 재량이 인정된다면 하자없는 재량권의 행사

를 요구할 수 있다.

- ③ 행정개입청구권은 국민의 생명·신체·재산 등의 법익을 보호하기 위하여 행정기관에게 행정개입을 청구하는 것으로서 주로 국가의 경찰행정 영역에서 인정되는 것이지, 주민에 의한 자치경찰제의 도입까지 의미하는 것은 아니다.
- ④ 구 도시계획법과 건축법의 규정취지를 볼 때 이 법률들이 주거지역 안에서의 일정한 건축을 금지하고 또는 제한하고 있는 것은 도시계획법과 건축법이 추구하는 공공복리의 증진을 도모하고자 하는데 그 목적이 있는 동시에, 한편으로는 주거지역 내에 거주하는 사람의 주거의 안녕과 생활환경을 보호하고자 하는 데도 그 목적이 있는 것으로 해석된다. 그러므로 주거지역 내에 거주하는 사람이 받는 이익은 단순한 반사적 이익이나 사실상의 이익이 아니라 바로 법률에 의하여 보호되는 이익이라 할 것이다(대법원 1975.5.13, 73누96·97).

■ 정답 ②

05 행정행위의 성질에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 「친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법」에 따른 친일재산은 친일반민족행위자 재산조사위원회가 국가귀속결정을 하여야 비로소 국가의 소유로 된다.
- ② 서울특별시시장의 의료유사업자 자격증 갱신발급은 의료유사업자의 자격을 부여 내지 확인하는 행위의 성질을 가진다.
- ③ 정년에 달한 공무원에 대한 정년퇴직 발령은 정년퇴직 사실을 알리는 이른바 관념의 통지에 불과하여 행정소송의 대상이 될 수 없다.
- ④ 토지거래계약허가는 규제지역 내 토지거래의 자유를 일반적으로 금지하고 일정한 요건을 갖춘 경우에만 그 금지를 해제하여 계약체결의 자유를 회복시켜 주는 성질의 것이다.

■ 해설 ① 친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법 제3조 제1항 본문, 제9조 규정들의 취지와 내용에 비추어 보면, 같은 법 제2조 제2호에 정한 친일재산은 친일반민족행위자재산조사위원회가 국가귀속결정을 하여야 비로소 국가의 소유로 되는 것이 아니라 특별법의 시행에 따라 그 취득·증여 등 원인행위시에 소급하여 당연히 국가의 소유로 되고, 위 위원회의 국가귀속결정은 당해 재산이 친일재산에 해당한다는 사실을 확인하는 이른바 준법률행위적 행정행위의 성격을 가진다(대법원 2008.11.13, 2008두13491).

② 서울특별시시장 또는 도지사의 의료유사업자 자격증 갱신발급행위는 유사의료업자의 자격을 부여 내지 확인하는 것이 아니라 특정한 사실 또는 법률관계의 존부를 공적으로 증명하는 소위 공증행위에 속하는 행정행위라 할 것이다(대법원 1977.5.24, 76누295).

③ 국가공무원법 제74조에 의하면 공무원이 소정의 정년에 달하면 그 사실에 대한 효과로서 공무담임권이 소멸되어 당연히 퇴직되고 따로 그에 대한 행정처분이 행하여져야 비로소 퇴직되는 것은 아니라 할 것이며 피고의 원고에 대한 정년퇴직 발령은 정년퇴직 사실을 알리는 이른바 관념의 통지에 불과하므로 행정소송의 대상이 되지 아니한다(대법원 1983.2.8, 81누263).

④ 토지거래허가 ⇨ 법적성질은 금지의 해제인 허가가 아니라, 보충행위인 인가에 해당
국토이용관리법상의 규제구역 내의 '토지 등의 거래계약'허가에 관한 규정은 규제지역 내의 모든 국민에게 전반적으로 토지거래의 자유를 금지하고 일정한 요건을 갖춘 경우에만 금지를 해제하여 계약체결의 자유를 회복시켜 주는 성질의 것이라고 보는 것은 위 법의 입법취지를 넘어선 지나친 해석이라고 할 것이고, 규제지역 내에서도 토지거래의 자유가 인정되나 다만 위 허가를 허가 전의 유동적 무효 상태에 있는 법률행위의 효력을 완성시켜 주는 인가적 성질을 띤 것이라고 보는 것이 타당하다(대판 1991. 12. 24. 90다12243 전원합의체).

■ 정답 ③

06 행정행위의 효력발생요건에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 정보통신망을 이용한 송달은 송달받을 자가 동의하는 경우에만 한다.
- ② 송달이 불가능할 경우에는 송달받을 자가 알기 쉽도록 관보, 공보, 게시판, 일간신문, 인

터넷 중 하나에 공고하여야 한다.

- ③ 보통우편으로 발송되었다는 사실만으로는 우편물이 상당기간 내에 도달하였다고 추정할 수 없다.
- ④ 정보통신망을 이용하여 전자문서로 송달하는 경우에는 송달받을 자가 지정한 컴퓨터 등에 입력된 때에 도달된 것으로 본다.

■ 해설 ① 행정절차법 제14조 제3항

- ② 송달받을 자가 알기 쉽도록 관보, 공보, 게시판, 일간신문 중 하나 이상에 공고하고 인터넷에도 공고하여야 한다(행정절차법 제14조 제4항).
- ③ 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).
- ④ 정보통신망을 이용하여 전자문서로 송달하는 경우에는 송달받을 자가 지정한 컴퓨터 등에 입력된 때에 도달된 것으로 본다(행정절차법 제15조 제2항).

■ 정답 ②

07 행정행위의 효력에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 형사법원은 행정행위가 당연무효라면, 선결문제로서 그 행정행위의 효력을 부인할 수 있다.
- ② 불가쟁력은 행정행위의 상대방이나 이해관계인에 대하여 발생하는 효력이다.
- ③ 민사법원은 행정처분의 당연무효 여부가 재판의 선결문제라 되는 때에는 이를 판단하여 당연무효임을 전제로 판결할 수 있다.
- ④ 위법한 행정행위에 대한 국가배상소송이 제기된 경우, 민사법원은 해당 행정행위가 취소되어야만 그 위법 여부를 심리·판단하여 배상을 명할 수 있다.

■ 해설 ① 행정행위가 당연무효이면 공정력이 인정되지 않기 때문에 형사법원이든 민사법원이든 행정처분이 위법인지 적법인지 유효인지 무효인지 모두 심사할 수 있다.

- ② 행정행위의 불가쟁력이라 함은 행정행위의 상대방이나 기타 관계인이 행정행위의 효력을 더 이상 다룰 수 없게 하는 힘으로서 쟁송제기기간의 도과, 판결의 확정 등으로 발생한다.
- ③ 민사법원은 행정처분의 당연무효 여부가 재판의 선결문제라 되는 때에는 공정력이 인정되지 않기 때문에 당연무효임을 전제로 판결할 수 있다.
- ④ 판례는 “계고처분이 위법임을 이유로 배상을 청구하는 경우에는 미리 그 행정처분의 취소판결이 있어야만 그 행정처분의 위법임을 이유로 청구할 수 있는 것은 아니다(대법원 1972.4.28, 72다337).”라고 하여 민사법원이 선결문제로서 행정행위의 위법성 여부를 판단할 수 있다고 한다(대법원 1979.4.11, 79다262).

■ 정답 ④

08 행정행위의 하자에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 행정행위의 하자의 치유는 무효인 행정행위에는 인정할 수 없다.
- ② 선행행위의 무효의 하자는 당연히 후행행위에 승계되지 않는다.
- ③ 무효인 행정행위에 대해서는 사정판결을 할 수 있다.
- ④ 무효인 행정행위는 당연무효를 선언하는 의미에서 그 취소를 구하는 형식의 소를 제기할 수 없다.

■ 해설 ① 무효인 행정행위는 하자치유가 인정되지 아니함

징계처분이 중대하고 명백한 흠 때문에 당연무효의 것이라면 징계처분을 받은 자가 이를 용인하였

- 다 하여 그 흠이 치유되는 것은 아니다(대법원 1989.12.12, 88누8869).
- ② 선행행위의 무효인 경우에는 후행행위에 항상 하자가 승계된다.
- ③ 사정판결은 취소소송에서만 인정되며 무효등확인소송, 부작위위법확인소송, 당사자소송, 기관소송에서는 인정되지 않는다. 무효등확인소송에서 사정판결이 인정되지 않는 이유는 처분의 하자가 중대하고 명백한 경우까지 법적 안정성과 공공복리를 우선시하는 것은 법치국가원리와 국민의 권익구제에 반하기 때문이다(대법원 1996.3.22, 95누5509).
- ④ 원고가 취소소송을 제기하였으나, 본안심리의 결과 행정처분의 하자가 당연무효로 밝혀진 경우에 법원이 무효선언을 구하는 의미에서의 취소판결을 할 수 있는지가 문제된다. 판례는 무효선언을 구하는 의미에서의 취소소송을 인정한다. 다만 행정처분의 당연무효를 선언하는 의미에서 그 취소를 구하는 행정소송을 제기하는 경우에는 전치절차와 그 제소기간의 준수 등 취소소송의 제소요건을 갖추어야 한다(대법원 1987.6.9, 87누219).

■ 정답 ①

09 행정계획에 관한 판례의 내용으로 옳은 것을 <보기>에서 모두 고른 것은?

<보기>

- ㄱ. 도시기본계획은 일반 국민에 대하여 직접적인 구속력은 없다.
- ㄴ. 주택재건축정비사업조합의 사업시행계획은 항고소송의 대상이 된다.
- ㄷ. 도시관리계획변경신청에 따른 도시관리계획시설변경결정에는 형량명령이 적용되지 않는다.
- ㄹ. 도시계획의 입안에 있어 해당 도시계획안 내용의 공고 및 공람 절차에 하자가 있는 도시계획결정은 위법하다.

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

■ 해설 ③ ㄱ, ㄴ, ㄹ이 옳다.

- ㄱ. 도시기본계획은 일반 국민에 대한 직접적인 구속력이 없어 행정처분에 해당하지 아니함
 도시기본계획은 도시의 기본적인 공간구조와 장기발전방향을 제시하는 종합계획으로서 그 계획에는 토지이용계획, 환경계획, 공원녹지계획 등 장래의 도시개발의 일반적인 방향이 제시되지만, 그 계획은 도시계획입안의 지침이 되는 것에 불과하여 일반 국민에 대한 직접적인 구속력은 없는 것이다(대법원 2002.10.11, 2000두8226).
- ㄴ. 도시 및 주거환경정비법에 기초하여 주택재개발정비사업조합이 수립한 사업시행계획은 그것이 인가고시를 통해 확정되면 이해관계인에 대한 구속적 행정계획으로서 독립된 행정처분에 해당하므로, 사업시행계획을 인가하는 행정청의 행위는 주택재개발정비사업조합의 사업시행계획에 대한 법률상의 효력을 완성시키는 보충행위에 해당한다(대법원 2010.12.09. 2009두4913). 즉 인가에 해당하므로 행정소송의 대상인 행정처분에 해당한다.
- ㄷ. 행정주체가 행정계획을 입안·결정하면서 이익형량을 전혀 행하지 않거나 이익형량의 고려 대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 빠뜨린 경우 또는 이익형량을 하였으나 정당성과 객관성이 결여된 경우에는 행정계획결정은 형량에 하자가 있어 위법하게 된다. 이러한 법리는 행정주체가 구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제26조에 의한 주민의 도시관리계획 입안 제안을 받아들여 도시관리계획결정을 할 것인지를 결정할 때에도 마찬가지이고, 나아가 도시계획시설구역 내 토지 등을 소유하고 있는 주민이 장기간 집행되지 아니한 도시계획시설의 결정권자에게 도시계획시설의 변경을 신청하고, 결정권자가 이러한 신청을 받아들여 도시계획시설을 변경할 것인지를 결정하는 경우에도 동일하게 적용된다고 보아야 한다(대법원 2012.1.12. 2010두5806).
- ㄹ. 대법원 2000.3.23. 98두2768

■ 정답 ③

10 공법상 계약에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 공법상 계약은 사법상 효과의 발생을 목적으로 한다.
- ② 국립의료원 부설 주차장 위탁관리용역운영계약은 공법상 계약에 해당한다.
- ③ 공법상 계약의 일반적 절차는 「행정절차법」상 공법상 계약의 규정에 따른다.
- ④ 공법상 계약 해지의 의사표시에 대한 다툼은 공법상의 당사자소송으로 무효확인을 청구할 수 있다.

■ **해설** ① 공법상 계약과 사법상 계약 양자는 복수당사자의 반대방향의 의사의 합치에 의하여 법률효과가 발생하는 점에서는 공통되나, 공법상 계약은 공법적 효과의 발생을 목적으로 한다는 점에서 사법적 효과를 발생시키는 사법상 계약과 구별된다.

② 국립의료원 부설주차장에 관한 이 사건 위탁관리용역운영계약의 실질은 행정재산인 위 부설주차장에 대한 국유재산법 제24조 제1항에 의한 사용·수익 허가로서 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(대법원 2006.3.9, 2004다31074).

③ 계약직공무원에 대한 채용계약해지의 의사표시에서 행정처분과 같이 행정절차법에 의하여 근거와 이유를 제시하여야 하는 것은 아니다(대법원 2002.11.26, 2002두5948).

④ 대법원은 지방자치단체장의 지방전문직공무원 채용계약해지의 의사표시, 서울특별시 무용단원의 해촉, 공중보건 의사 채용계약해지의 의사표시 등에 대하여는 공무원과 유사한 지위를 가진 공법상 계약관계 또는 지방자치단체장이 채용계약관계의 한쪽 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시라는 이유로 그 무효확인을 구하는 당사자소송을 인정하고 있다(대법원 1996.5.31, 95누10617).

■ **정답** ④

11 행정지도에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 행정지도는 법적 효과의 발생을 목적으로 하는 의사표시이다.
- ② 법규에 근거가 없는 행정지도에 대해서는 행정법의 일반원칙이 적용되지 아니한다.
- ③ 토지매매대금의 허위신고가 위법한 행정지도에 따른 것이라 하더라도 그 범법행위가 정당화되지는 않는다.
- ④ 행정지도의 한계 이탈로 인해 상대방에게 손해가 발생한 경우 행정기관은 손해배상책임이 없다.

■ **해설** ① 행정지도는 직접적으로 권리의무의 변동을 의도하는 행위가 아니므로 비권력적 사실행위이다.

② 행정지도는 비권력적 사실행위이지만 행정주체의 행정작용이기 때문에 비례원칙, 평등원칙, 신뢰보호원칙 등 행정법의 일반원리에 의한 구속을 받는다.

③ 행정관청의 행정지도에 따라 매매가격을 허위신고한 것일지라도 범법행위는 정당화 되지 않음 토지의 매매대금을 허위로 신고하고 계약을 체결하였고 행정관청이 국토이용관리법 소정의 토지거래계약신고에 관하여 공시된 기준시가를 기준으로 매매가격을 신고하도록 행정지도를 하여 그에 따라 허위신고를 한 것이라 하더라도 이와 같은 행정지도는 법에 어긋나는 것으로서 그와 같은 행정지도나 관행에 따라 허위신고행위에 이르렀다고 하여도 이것만 가지고서는 그 범법행위가 정당화될 수 없다(대법원 1994.6.14, 93도3247).

④ 행정지도의 한계를 이탈하여 상대방이 행정지도를 따를 수밖에 없는 부득이한 경우에는 행정지도를 실질적으로 권력적 사실행위로 보아 손해배상이 인정될 수 있다.

■ **정답** ③

12 행정입법에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 위임입법의 형태로 대통령령, 총리령 또는 부령 등을 열거하고 있는 헌법규정은 예시규정이다.
- ② 법령상 대통령령으로 규정하도록 되어 있는 사항을 부령으로 정하더라도 그 부령은 유효하다.
- ③ 조례에 대한 법률의 위임은 구체적으로 범위를 정하여 위임하여야 하며 포괄적 위임은 금지된다.
- ④ 성질상 위임이 불가피한 전문적·기술적 사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하여 법령에서 위임하더라도 고시 등으로는 규제의 세부적인 내용을 정할 수 없다.

■ **해설** ① 헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 예시적 ⇨ 법률이 입법사항을 대통령령이나 부령이 아닌 고시와 같은 행정규칙의 형식으로 위임하는 것은 허용됨

헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 예시적인 것으로 보아야 할 것이고, 그것은 법률이 행정규칙에 위임하더라도 그 행정규칙은 위임된 사항만을 규율할 수 있으므로, 국회입법의 원칙과 상치되지도 않는다. 다만, 행정규칙은 법규명령과 같은 엄격한 제정 및 개정절차를 요하지 아니하므로, 재산권 등과 같은 기본권을 제한하는 작용을 하는 법률이 입법위임을 할 때에는 “대통령령”, “총리령”, “부령” 등 법규명령에 위임함이 바람직하고, 금융감독위원회의 고시와 같은 형식으로 입법위임을 할 때에는 적어도 행정규제기본법 제4조 제2항 단서에서 정한 바와 같이 법령이 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 한정된다 할 것이고, 그러한 사항이라 하더라도 포괄위임금지의 원칙상 법률의 위임은 반드시 구체적·개별적으로 한정된 사항에 대하여 행하여져야 한다(헌재결 2004.10.28, 99헌바91).

② 법률 또는 대통령령으로 규정할 사항이 부령으로 규정되었다고 하면 그 부령은 무효이다(대법원 1962.1.25, 4294민상9).

③ 자치법인 조례에 대하여는 포괄적 위임도 가능

법률이 주민의 권리·의무에 관한 사항에 관하여 구체적으로 아무런 범위도 정하지 아니한 채 조례로 정하도록 포괄적으로 위임하였다고 하더라도, 행정관청의 명령과는 달라, 조례도 주민의 대표기관인 지방의회의 의결로 제정되는 지방자치단체의 자주법인 만큼, 지방자치단체가 법령에 위반되지 않는 범위 내에서 주민의 권리·의무에 관한 사항을 조례로 제정할 수 있는 것이다(대법원 1991.8.27, 90누6613).

④ 행정규제기본법 제4조 제2항은 “법령이 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하여 위임한 경우에는 고시등으로 정할 수 있다.”고 하여 법령보충적 행정규칙에 대해서 명문규정을 두고 있다.

■ **정답** ①

13 행정절차에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 행정청에서 별도의 수리를 하여야 효력이 발생하는 행정상 신고는 허용되지 않는다.
- ② 행정처분이 절차상 중대한 하자가 있다고 하더라도 실체적 하자가 없다면 취소판결을 할 수 없다.
- ③ 인·허가의제는 관계기관의 권한행사에 제약을 가할 수 있으므로 법령상 명문의 근거규정을 필요로 한다.
- ④ 신청 내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우라 할지라도 이유·근거를 구체적으로 제시해야 할 행정청의 의무가 완화되는 것은 아니다.

■ **해설** ① 자기완결적 신고는 행정절차법에 명문규정이 존재한다. 즉 행정절차법 제40조의 신고는 본래의 의미의 신고를 말한다. 수리를 요하는 신고는 행정절차법에 근거규정이 없다.

② 판례는 재량행위는 물론이고, 기속행위의 경우에도 이유제시의 하자를 이유로 행정행위의 취소를 구할 수 있다고 판시하여 절차상의 하자가 행정행위의 독자적 위법사유가 된다고 보고 있다. 행정청이 침해적 행정처분을 함에 있어서 당사자에게 위와 같은 사전통지를 하거나 의견제출의 기회를 주지 아니하였다면 사전통지를 하지 않거나 의견제출의 기회를 주지 아니하여도 되는 예외적인 경우에 해당하지 아니하는 한 그 처분은 위법하여 취소를 면할 수 없다(대법원 2000.11.14, 99두

5870).

- ③ 인·허가 의제제도는 개별법에 있는 다른 행정기관의 권한과 절차 등에 대한 특례를 인정한 것이므로 반드시 법률의 근거가 있는 경우에 허용된다.
- ④ 신청 내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우에는 이유제시의무가 면제되므로 행정청의 의무가 완화된다(행정절차법 제23조 제1항).

■ 정답 ③

14 행정의 실효성 확보수단에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 행정법규위반에 대하여 벌금 이외에 과징금을 함께 부과하는 것은 이중처벌금지원칙에 위반된다.
- ② 법령상 의무를 위반한 자의 명단을 공표하는 조치는 「행정절차법」상의 근거규정에 따라 행하여진다.
- ③ 행정청은 시정명령으로 과거의 위반행위에 대한 중지는 물론 가까운 장래에 반복될 우려가 있는 동일한 유형의 행위의 반복금지까지 명할 수 있다.
- ④ 가산금은 과세표준확정신고의 불이행·불성실신고 등에 대하여 세법상 의무의 성실한 이행을 확보를 위하여 부과하는 금전상 제재이다.

■ 해설 ① 공정거래법에서 형사처벌과 아울러 과징금의 병과를 예정하고 있더라도 이중처벌금지원칙에 위반된다고 볼 수 없으며, 이 과징금 부과처분에 대하여 공정력과 집행력을 인정한다고 하여 이를 확정판결 전의 형벌집행과 같은 것으로 보아 무죄추정의 원칙에 위반된다고도 할 수 없다(헌재결 2003.7.24, 2001헌가25).

② 법령상 의무를 위반한 자의 명단을 공표하는 조치는 비권력적 사실행위이고 행정처분이 아니다. 따라서 「행정절차법」이 적용되지 않는다.

③ 독점규제 및 공정거래에 관한 법률에서 시정명령 제도를 둔 취지에 비추어 시정명령의 내용은 가까운 장래에 반복될 우려가 있는 동일한 유형의 행위의 반복금지까지 명할 수 있는 것으로 해석함이 상당하다(대법원 2010.11.25. 2008두23177).

④ 과세표준확정신고의 불이행·불성실신고 등에 대하여 세법상 의무의 성실한 이행을 확보를 위하여 부과하는 금전상 제재는 가산금이 아니라 가산세이다.

■ 정답 ③

15 정보공개청구제도에 관한 설명으로 옳은 것을 <보기>에서 고른 것은?

<보기>

- ㄱ. 정보공개청구인은 자신에게 해당 정보의 공개를 구할 법률상 이익이 있음을 입증하여야 한다.
- ㄴ. 정보공개신청이 오로지 권리남용의 목적이면 행정청은 공개를 거부할 수 있다.
- ㄷ. 공공기관이 정보공개청구에 대해 이를 거부하는 행위는 취소소송의 대상이 되는 처분이다.
- ㄹ. 공공기관은 정보공개청구의 대상이 된 정보가 제3자와 관련된 경우 해당 제3자의 의견을 청취할 수 있으나, 그에게 통지할 의무는 없다.

- ① ㄱ, ㄴ
- ② ㄱ, ㄷ
- ③ ㄴ, ㄷ

④ ㄷ, ㄹ

■ 해설 ③ ㄴ, ㄷ이 옳다.

ㄱ. 정보공개청구권은 법률상 보호되는 구체적인 권리이므로 청구인이 공공기관에 대하여 정보공개를 청구하였다가 거부처분을 받은 것 자체가 법률상 이익의 침해에 해당한다(대법원 2003.12.12. 2003두8050).

ㄴ. 대법원 2004.9.23, 2003두1370

ㄷ. 청구인이 정보공개와 관련한 공공기관의 결정에 대하여 불복이 있거나 정보공개 청구 후 20일이 경과하도록 정보공개 결정이 없는 때에는 「행정소송법」에서 정하는 바에 따라 행정소송을 제기할 수 있다(행정절차법 제20조 제1항).

ㄹ. 공공기관은 공개 청구된 공개 대상 정보의 전부 또는 일부가 제3자와 관련이 있다고 인정할 때에는 그 사실을 제3자에게 지체 없이 통지하여야 하며, 필요한 경우에는 그의 의견을 들을 수 있다(행정절차법 제11조 제3항).

■ 정답 ③

16 행정상 즉시강제에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 즉시강제는 대체적 작위의무의 불이행이 있는 경우에 행정청이 스스로 의무자가 행할 행위를 대신 수행하는 조치이다.
- ② 신체의 자유를 제한하는 즉시강제는 「헌법」상 기본권 침해에 해당하여 법률의 규정에 의해서도 허용되지 아니한다.
- ③ 권력적 사실행위인 즉시강제는 그 조치가 계속 중인 상태에 있는 경우에도 취소소송의 대상이 될 수는 없다.
- ④ 즉시강제로써 행정상 장애를 제거하여 보호하고자 하는 공익과 즉시강제에 따른 권익침해 사이에는 비례관계가 있어야 한다.

■ 해설 ① 즉시강제는 의무부과를 전제로 하지 않는다. 대체적 작위의무의 불이행이 있는 경우에 행정청이 스스로 의무자가 행할 행위를 대신 수행하는 조치는 대집행이다.

② 행정상 즉시강제는 개인의 신체·재산에 대한 중대한 침해를 가하는 침해행정의 전형적인 예이다. 따라서 그의 발동을 위해서는 반드시 법적 근거가 있을 것을 요하며 그 내용은 법규의 내용에 적합하여야 한다.

③ 권력적 사실행위인 즉시강제는 행정처분에 해당한다. 그러나 행정상의 즉시강제 또는 행정대집행과 같은 사실행위는 그 실행이 완료된 이후에 있어서는 그 행위의 위법을 이유로 하는 손해배상 또는 원상회복의 청구를 하는 것은 몰라도 그 사실행위의 취소를 구하는 것은 권리보호의 이익이 없다(대법원 1965.5.31, 65누25).

④ 행정상 즉시강제로서의 위해방지수단은 행정기관이 의도하는 목적을 달성함에 있어 적합하고 유용한 수단이어야 한다. 또한 이러한 목적을 달성할 수 있는 여러 수단이 있는 경우에도 행정기관은 관계자에게 최소한 침해를 가져오는 수단을 선택하여야 하고, 침해의 정도는 공익의 정도와 상당한 비례가 유지되어야 한다.

■ 정답 ④

17 행정상 손실보상에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 분리이론과 경계이론은 재산권의 내용·한계설정과 공용침해를 보다 합리적으로 구분하려는 이론이다.
- ② 「헌법」 제23조 제3항에서 보상은 법률로써 하되 정당한 보상을 지급하여야 한다고 하여 구체적인 보상액의 산출기준은 법률에 유보하고 있다.
- ③ 중앙토지수용위원회의 이의재결에 대한 행정소송은 재결서를 받은 날부터 30일 이내에 제기해야 한다.

④ 헌법재판소는 「헌법」 제23조 제3항의 정당한 보상에 세입자의 이주대책까지 포함된다고 본다.

- **해설**
- ① 우리 헌법 제23조 제1항 및 제2항(내용·한계규정)에서는 보상이 필요없는 재산권의 사회적 구속
에 따른 정당한 제한을 규정하면서도 제23조 제3항(공용침해와 손실보상)에서는 보상이 필요한 수
용에 대한 규정을 두고 있다. 이에 ‘재산권의 정당한 사회적 제약’과 ‘보상을 요하는 수용’을 구분
하는 기준이 무엇인가에 대한 이론이 바로 경제이론과 분리이론간의 대립이다
 - ② 헌법 제23조 제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률
로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.”고 규정하여 구체적인 보상액의 기준을 법률에 유보하
고 있다.
 - ③ 사업시행자, 토지소유자 또는 관계인은 수용재결에 불복할 때에는 재결서를 받은 날부터 60일 이내
에, 이의신청을 거쳤을 때에는 이의신청에 대한 재결서를 받은 날부터 30일 이내에 각각 행정소송
을 제기할 수 있다(공익사업을 위한 토지등의 취득 및 보상에 관한 법률 제85조 제1항).
 - ④ 이주대책의 대상자에서 세입자를 제외하고 있는 것은 세입자의 재산권을 침해하는 것이라 볼
수 없음
이주대책은 헌법 제23조 제3항에 규정된 정당한 보상에 포함되는 것이라기보다는 이에 부가하여
이주자들에게 종전의 생활상태를 회복시키기 위한 생활보상의 일환으로서 국가의 정책적인 배려에
의하여 마련된 제도라고 볼 것이다. 따라서 이주대책의 실시 여부는 입법자의 입법정책적 재량의
영역에 속하므로 공익사업을 위한 토지등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행령 제40조 제3항 제3호가 이주
대책의 대상자에서 세입자를 제외하고 있는 것이 세입자의 재산권을 침해하는 것이라 볼 수 없다
(헌재결 2006.2.23, 2004헌마19).

■ **정답** ④

18 「행정심판법」상 행정심판에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 시·도행정심판위원회와 중앙행정심판위원회는 모두 행정심판의 심리권한과 재결권한을 가진다.
- ② 중앙행정심판위원회의 위원장은 법제처장이 되고 유고시에는 법제처 차장이 그 직무를 대행한다.
- ③ 행정심판위원회는 필요하다고 판단하는 경우에는 심판청구의 대상이 되는 처분보다 청구인에게 불리한 재결을 할 수 있다.
- ④ 예외적으로 당해 지방자치단체의 조례에서 시·도행정심판위원회의 위원장을 공무원이 아닌 위원으로 정한 경우에 그는 상임으로 직무를 수행한다.

- **해설**
- ① 행정심판위원회는 심판청구사건을 심리·의결하는 기능뿐만 아니라 재결의 기능도 수행하므로 의결기관이 아니라 행정청의 지위를 갖는다.
 - ② 중앙행정심판위원회의 위원장은 국민권익위원회의 부위원장 중 1명이 되며, 위원장이 없거나 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없거나 위원장이 필요하다고 인정하는 경우에는 상임위원(상임으로 재직할 기간이 긴 위원 순서로, 재직기간이 같은 경우에는 연장자 순서로 한다)이 위원장의 직무를 대행한다(행정심판법 제8조 제2항).
 - ③ 위원회는 심판청구의 대상이 되는 처분보다 청구인에게 불리한 재결을 하지 못 한다(행정심판법 제47조 제2항).
 - ④ 시·도지사 소속으로 두는 행정심판위원회의 경우에는 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 공무원이 아닌 위원을 위원장으로 정할 수 있다. 이 경우 위원장은 비상임으로 한다(행정심판법 제7조 제3항).

■ **정답** ①

19 행정소송에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 국가에 대한 납세의무자의 부가가치세 환급세액지급청구는 당사자소송의 절차에 따라야

한다.

- ② 무효선언을 구하는 의미의 취소소송에 있어서는 제소기간이 준수되어야 한다.
- ③ 지방자치단체의 장의 재의요구에도 불구하고 지방의회가 조례안을 재의결한 경우 단체장이 지방의회를 상대로 제기하는 소송은 기관소송이다.
- ④ 신축건물의 준공처분을 하여서는 아니된다는 내용의 부작위를 청구하는 행정소송은 예외적으로 허용된다.

- 해설 ① ㉠ “조세부과처분이 당연무효임을 전제로 하여 이미 납부한 세금의 반환을 청구하는 것은 민사상의 부당이득반환청구로서 민사소송절차에 따라야 한다(대법원 1995.4.28, 94다55019; 대법원 1995.12.22, 94다51253).”라고 하여 공법상 부당이득반환청구권의 성질을 사권으로서 민사소송으로 다투어야 한다고 보고 있다. ㉡ 다만 납세의무자에 대한 국가의 부가가치세 환급세액 지급의 무에 대응하는 국가에 대한 납세의무자의 부가가치세 환급세액 지급청구는 민사소송이 아니라 행정소송법 제3조 제2호에 규정된 당사자소송의 절차에 따라야 한다고 보고 있다(대법원 2013.3.21, 2011다95564 전원합의체).
- ② 대법원은 “과세처분의 무효선언을 구하는 의미에서 취소를 구하는 소송이라도 전심절차와 그 제소기간의 준수 등 취소소송의 제소요건을 갖추어야 한다.”라고 하여 무효선언을 구하는 의미에서 취소소송에서도 필요적 행정심판전치주의의 요건을 충족하여야 하고 제소기간의 준수 등을 갖추어야 한다고 보고 있다(대법원 1976.2.24, 75누128; 대법원 1990.8.28, 90누1892).
- ③ 지방의회와 지방자치단체장의 분쟁은 기관소송은 대표적인 기관소송의 예이다.
- ④ 신축건물의 준공처분을 하여서는 아니된다는 내용의 부작위를 구하는 원고의 예비적 청구는 행정소송에서 허용되지 아니하는 것이므로 부적법하다(대법원 1987.3.24, 86누182).

■ 정답 ④

20 행정소송의 제기에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 국가가 당사자소송의 피고인 경우에는 관계 행정청의 소재지를 피고의 소재지로 본다.
- ② 「행정소송법」은 취소소송의 경우에 집행정지 외에 임시처분까지 규정하고 있다.
- ③ 대법원은 종래 무효확인소송에서 요구해 왔던 보충성을 더 이상 요구하지 않는 것으로 판례태도를 변경하였다.
- ④ 「행정소송법」에서는 민중소송으로써 처분등의 취소를 구하는 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 취소소송에 관한 규정을 준용한다.

- 해설 ① 당사자소송의 제1심 관할법원은 항고소송에 있어서와 마찬가지로 피고의 소재지를 관할하는 행정법원이다. 이 경우 국가·공공단체가 피고인 때에는 관계행정청의 소재지를 피고의 소재지로 한다.
- ② 임시처분은 행정심판에서 인정되고 행정소송에서는 인정되지 않는다.
- ③ 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(대법원 2008.3.20. 선고 2007두6342 전원합의체 판결).
- ④ 민중소송 또는 기관소송으로써 처분등의 취소를 구하는 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 취소소송에 관한 규정을 준용한다(행정소송법 제46조 제1항).

■ 정답 ②