

김유환

남부행정고시학원 행정법 전임

2010년 10월 09일 시행

지방직 7급 행정법 해설

문 1. 법률유보의 원칙에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 우리 헌법재판소는 오늘날 법률유보원칙은 특히 국민의 기본권실현과 관련된 영역에 있어서는 국민의 대표자인 입법자가 그 본질적 사항에 대해서 스스로 결정하여야 한다는 요구까지 내포하는 것은 아니라고 판시한 바 있다.
- ② 중요사항유보설은 헌법상의 법치국가원칙, 민주주의원칙 및 기본권규정과 관련하여 볼 때, 각 행정부문의 본질적 사항에 관한 규율은 법률에 유보되어야 한다는 학설이다.
- ③ 전부유보설은 법률의 수권이 없는 한, 국민에게 필요한 급부를 할 수 없게 되는 문제가 있다.
- ④ 급부행정유보설은 오늘날의 사회적 복리국가에서는 급부가 자유, 재산과 같은 중요성을 갖는다는 인식에 근거를 두고 있다.

[정답] ①

[해설] ① 오늘날 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현과 관련된 영역에 있어서는 국민의 대표자인 입법자가 그 본질적 사항에 대해서 스스로 결정하여야 한다는 요구까지 내포하고 있다(의회유보원칙)(헌재결 1999.5.27, 98헌바70).

문 2. 행정대집행에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 관계 법령에 위반하여 장례식장 영업을 하고 있는 자의 장례식장 사용중지의무는 행정대집행법 제2조의 규정에 의한 대집행의 대상이 된다.
- ② 행정대집행절차가 인정되는 공법상 의무의 이행에 대하여는 민사상 강제집행은 인정되지 않는다.
- ③ 토지나 건물의 인도의무는 대집행의 대상이 되는 대체적 작위의무가 아니다.
- ④ 대집행의 실행이 완료된 경우에는 처분의 취소를 구할 법률상의 이익은 인정되지 않는다.

[정답] ①

[해설] ① 행정대집행법 제2조는 '행정청의 명령에 의한 행위로서 타인이 대신하여 행할 수 있는 행위를 의무자가 이행하지 아니하는 경우'에 대집행할 수 있도록 규정하고 있는데, 이 사건 용도위반 부분을 장례식장으로 사용하는 것이 관계법령에 위반한 것이라는 이유로 장례식장의 사용을 중지할 것과 이를 불이행할 경우 행정대집행법에 의하여 대집행하겠다는 내용의 이 사건 처분은, 이 사건 처분에 따른 '장례식장 사용중지 의무'가 원고 이외의 '타인이 대신' 할 수도 없고, 타인이 대신하여 '행할 수 있는 행위'라고도 할 수 없는 비대체적 부작위 의무에 대한 것이므로, 그 자체로 위법함이 명백하다(대판 2005.9.28, 2005두7464).

- ② 토지에 관한 도로구역 결정이 고시된 후 구 토지수용법 제18조의2 제2항에 위반하여 공작

물을 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).

④ 대집행계고처분 취소소송의 변론종결 전에 대집행영장에 의한 통지절차를 거쳐 사실행위로서 대집행의 실행이 완료된 경우에는 행위가 위법한 것이라는 이유로 손해배상이나 원상회복 등을 청구하는 것은 별론으로 하고 처분의 취소를 구할 법률상 이익은 없다(대판 1993.6.8, 93누6164).

문 3. 공법상 결과제거청구권에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 공법상 결과제거청구권은 공행정작용으로 인하여 야기된 위법한 상태를 제거하여 그 원상회복을 목적으로 하는 권리이다.
- ② 공법상 결과제거청구는 가해행위의 위법 및 가해자의 고의 또는 과실을 요건으로 한다.
- ③ 공법상 결과제거청구권은 공행정작용의 직접적인 결과만을 그 대상으로 한다.
- ④ 공법상 결과제거청구에 있어서 위법한 상태는 적법한 행정작용의 효력의 상실에 의해 사후적으로 발생할 수도 있다.

[정답] ②

[해설] ② 손해배상청구권은 고의나 과실을 요건으로 하며 금전배상을 내용으로 하는데, 결과제거청구권은 고의·과실을 불문하고 원상회복을 내용으로 한다는 점에서 구별된다.

문 4. 항고소송에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 상대방 또는 기타 관계자들의 법률상 지위에 직접적인 영향을 미치지 않는 행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니다.
- ② 지적공부 소관청의 지목변경신청 반려행위는 지목의 변경이 토지소유자의 실제적 권리관계에 직접 영향을 미치지 아니하기 때문에 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 아니한다.
- ③ 취소소송이 계속된 법원은 관련청구소송을 병합하여 심리할 수 있으나, 그 병합은 취소소송의 사실심의 변론종결시까지만 허용된다.
- ④ 환경영향평가 대상지역 밖에 거주하는 주민에게 헌법상의 환경권 또는 환경정책기본법에 근거하여 공유수면매립면허처분과 농지개량사업 시행인가처분의 무효확인을 구할 원고적격은 인정되지 아니한다.

[정답] ②

[해설] ①② 구 지적법(현 측량·수로조사 및 지적에 관한 법률) 제20조, 제38조 제2항의 규정은 토지소유자에게 지목변경신청권과 지목정정신청권을 부여한 것이고(법규상 신청권 인정), 한편 지목은 토지에 대한 공법상의 규제, 개발부담금의 부과대상, 지방세의 과세대상, 공시지가의 산정, 손실보상가액의 산정 등 토지행정의 기초로서 공법상의 법률관계에 영향을 미치고, 토지소유자는 지목을 토대로 토지의 사용·수익·처분에 일정한 제한을 받게 되는 점 등을

고려하면, 지목은 토지소유권을 제대로 행사하기 위한 전제조건으로서 토지소유자의 실제적 권리관계에 밀접하게 관련(조리상 신청권 인정)되어 있으므로 지적공부 소관청의 지목변경신청 반려행위는 국민의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다[대판(전원합의체) 2004.4.22, 2003두9015].

④ 헌법 제35조 제1항에서 정하고 있는 환경권에 관한 규정만으로는 그 권리의 주체·대상·내용·행사방법 등이 구체적으로 정립되어 있다고 볼 수 없고, 환경정책기본법 제6조도 그 규정 내용 등에 비추어 국민에게 구체적인 권리를 부여한 것으로 볼 수 없으므로, 위 원고들에게 헌법상의 환경권 또는 환경정책기본법 제6조에 기하여 이 사건 각 처분을 다툰 원고적격이 있다고 할 수 없다[대판(전원합의체) 2006.3.16, 2006두330].

문 5. 신고에 관한 현행 행정절차법의 내용으로 옳지 않은 것은?

① 법령 등에서 행정청에 대하여 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고를 규정하고 있는 경우 신고를 관장하는 행정청은 신고에 필요한 구비서류와 접수기관 기타 법령 등에 의한 신고에 필요한 사항을 게시하거나 이에 대한 편람을 비치하여 누구나 열람할 수 있도록 하여야 한다.

② 법령 등에서 행정청에 대하여 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고는 그 기재 사항에 흠이 없고, 필요한 구비서류가 첨부되어 있으며, 기타 법령 등에 규정된 형식상의 요건에 적합할 때에는 신고서가 접수기관에 도달된 때에 신고의 의무가 이행된 것으로 본다.

③ 행정청은 수리를 요하는 신고의 경우, 그 수리를 거부할 수 있다.

④ 형식적인 흠이 있는 신고의 경우 지체 없이 상당한 기간을 정하여 보완을 요구하여야 하며, 신고인이 상당한 기간 내에 보완을 하지 아니한 때에는 그 이유를 명시하여 신고서를 되돌려 보내야 한다.

[정답] ③

[해설] ③ 행정절차법은 수리를 요하는 신고에 관해서만 규정하고 있고, 수리를 요하는 신고에 대해서는 규정하고 있지 않다. 따라서 해당 내용은 행정절차법에 없는 내용이다.

문 6. 행정법상 확약에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

① 확약은 본 행정행위에 대해 정당한 권한을 가진 행정청만이 할 수 있고, 당해 행정청의 행위권한의 범위 내에 있어야 한다.

② 확약이 법적 구속력을 갖기 위해서는 상대방에게 표시되고, 그 상대방이 행정청의 확약을 신뢰하였고, 그 신뢰에 귀책사유가 없어야 한다.

③ 현행 행정절차법에는 유효한 확약을 위한 문서의 형식을 요구하는 명문규정이 있다.

④ 대법원은 어업권면허에 선행하는 우선순위결정은 행정청이 우선권자로 결정된 자의 신청이 있으면 어업권면허처분을 하겠다는 것을 약속하는 행위로서 강학상 확약에 불과하고 행정처분은 아니라고 판시한 바 있다.

[정답] ③

[해설] ③ 독일 행정절차법은 서면에 의할 것을 효력발생요건으로 정하고 있다. 명문의 규정이

없는 현행법상으로는 구술에 의한 확약도 가능하다. 그러나 문서로 하는 것이 바람직하다.

문 7. A광역시 시장 甲은 상습적인 교통체증을 해소하기 위하여 도심에 위치한 산을 관통하는 직선도로를 개설하는 도시관리계획을 수립.결정하였는데, 이 경우 자연환경훼손이 심하다는 지적이 있어 환경훼손이 적은 우회도로를 개설하는 것을 내용으로 하는 도시관리계획변경결정을 하였다. 이 사례에 관한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 일반적으로 개인적 공권의 하나로서 계획보장청구권이 인정되므로, 인근 주민들은 최초로 계획된 직선도로개설계획을 존치시킬 것을 주장할 수 있는 계획존속청구권을 가진다.
- ② 도시관리계획은 도시계획사업의 기본이 되는 일반적.추상적인 결정으로서, 특히 개개인의 구체적인 권리의무가 발생할 수 없으므로 행정소송법상의 처분에 해당되는 것이 아니라고 보는 것이 우리나라 대법원의 입장이다.
- ③ 교통체증의 해소보다는 자연환경의 보호가 더 중요하다고 판단한 점에서 A광역시의 도시관리계획변경결정은 계획재량의 한계를 준수한 적법한 결정이라고 할 수 있다.
- ④ A광역시의 시장 甲은 광범위한 계획재량을 가지므로 위 사례에서 甲 시장이 행한 직선도로개설계획결정에 대해서는 재량하자가 발생할 여지는 없다.

[정답] ③

[해설] ① 일반적인 계획존속청구권은 개인의 신뢰보호가 공익에 대하여 일방적인 우선권을 가지는 경우를 전제로 하기 때문에 원칙적으로 인정되지 않는다는 것이 일반적인 견해이다.

② 도시계획법 제12조 소정의 고시된 도시계획결정은 특정 개인의 권리 내지 법률상의 이익을 개별적이고 구체적으로 규제하는 효과를 가져오게 하는 행정청의 처분이라 할 것이고, 이는 행정소송의 대상이 된다(대판 1982.3.9, 80누105).

④ 관계법령에는 추상적인 행정목표와 절차만이 규정되어 있을 뿐 행정계획의 내용에 관하여는 별다른 규정을 두고 있지 아니하므로(목적프로그램) 행정주체는 구체적인 행정계획을 입안.결정함에 있어서 비교적 광범위한 형성의 자유(계획재량)를 가지는 것이지만, 행정주체가 가지는 이와 같은 형성의 자유는 무제한적인 것이 아니라 그 행정계획에 관련되는 자들의 이익을 공익과 사익 사이에서는 물론이고 공익 상호 간과 사익 상호 간에도 정당하게 비교교량하여야 한다는 제한(형량명령)이 있으므로, 행정주체가 행정계획을 입안.결정함에 있어서 이익형량을 전혀 행하지 아니하거나(형량의 탈락.해태.조사결함), 이익형량의 고려 대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우(형량의 흠결.부진) 또는 이익형량을 하였으나 정당성과 객관성이 결여된 경우(형량과오.형량불비례)에는 그 행정계획결정은 형량에 하자(형량하자)가 있어 위법하게 된다(대판 2007.4.12, 2005두1893).

문 8. 행정입법에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 행정규제에 관한 법령이 전문적.기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하여 위임한 경우에는 고시 등으로 정할 수 있다.

② 헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 한정적인 것으로 보아야 할 것이고, 그것은 법률이 행정규칙에 위임하더라도 그 행정규칙은 위임된 사항만을 규율할 수 있으므로, 국회입법의

원칙과 상치되지도 않는다.

③ 헌법재판소는 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 된다고 판시한 바 있다.

④ 고시가 일반·추상적 성격을 가질 때는 법규명령 또는 행정규칙에 해당하지만, 고시가 구체적인 규율의 성격을 갖는다면 행정처분에 해당한다.

[정답] ②

[해설] ① 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 오늘날 의회의 입법독점주의에서 입법중심주의로 전환하여 일정한 범위 내에서 행정입법을 허용하게 된 동기가 사회적 변화에 대응한 입법수요의 급증과 종래의 형식적 권력분립주의로는 현대사회에 대응할 수 없다는 기능적 권력분립론에 있다는 점 등을 감안하여 헌법 제40조와 헌법 제75조, 제95조의 의미를 살펴보면, 국회입법에 의한 수권이 입법기관이 아닌 행정기관에게 법률 등으로 구체적인 범위를 정하여 위임한 사항에 관하여는 당해 행정기관에게 법령의 권한을 갖게 되고, 입법자가 규율의 형식도 선택할 수도 있다 할 것이므로, 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, 형식의 선택에 있어서 규율의 밀도와 규율영역의 특성이 개별적으로 고찰되어야 할 것이고, 그에 따라 입법자에게 상세한 규율이 불가능한 것으로 보이는 영역이라면 행정부에게 필요한 보충을 할 책임이 인정되고 극히 전문적인 식견에 좌우되는 영역에서는 행정기관에 의한 구체화의 우위가 불가피하게 있을 수 있다. 그러한 영역에서 행정규칙에 대한 위임입법이 제한적으로 인정될 수 있다(헌재결 2004.10.28, 99헌바91).

문 9. 행정법상 사전통지에 관한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 사전통지의무가 면제되는 경우에도 의견청취의무가 면제되는 것은 아니다.

② 군인사법령에 의하여 진급예정자명단에 포함된 자에 대하여 사전통지를 하지 아니하거나 의견제출의 기회를 부여하지 아니한 채 진급선발을 취소하였다고 하여 그것만으로 위법하다고 할 수는 없다.

③ 건축법의 공사중지명령에 대한 사전통지를 하고 의견제출의 기회를 준다면 많은 액수의 손실보상금을 기대하여 공사를 강행할 우려가 있다는 사정은 사전통지 및 의견제출절차의 예외사유에 해당하지 아니한다.

④ 행정청은 당사자 등에게 의무를 면제하거나 권익을 부여하는 처분을 하는 경우에도 사전통지의무를 진다.

[정답] ③

[해설] ① ㉠ 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우, ㉡ 법령 등에서 요구된 자격이 없거나 없어지게 되면 반드시 일정한 처분을 하여야 하는 경우에 그 자격이 없거나 없어지게 된 사실이 법원의 재판 등에 의하여 객관적으로 증명된 때, ㉢ 당해 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우(이상은 사전통지와 공통적인 예외사유임)와 ㉣ 당사자가 의견진술의 기회를 포기한다는 뜻을 명백히 표시한 경우에는 의견청취를 아니할 수 있다(제22조 제4항).

② 군인사법령에 의하여 진급예정자명단에 포함된 자에 대하여 의견제출의 기회를 부여하지 아니한 채 진급선발을 취소하는 처분을 한 것은 절차상 하자가 있어 위법하다(대판 2007.9.21, 2006두20631).

③ 대판 2004.5.28, 2004두1254.

④ 행정청은 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는(불이익처분에 한정) 당사자 등에게 통지하여야 한다(제21조 제1항).

문 10. 행정정보공개에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 공공기관은 국민이 알아야 할 필요가 있는 정보를 국민에게 공개하도록 적극적으로 노력하여야 하며, 정보의 공개에 관한 사무를 신속하고 원활하게 수행하기 위하여 정보공개장소를 확보하고 공개에 필요한 시설을 갖추어야 한다.

② 권리남용에 해당하는 정보공개청구에 대하여는 정보공개 의무가 없지만, 정보공개법의 목적, 규정 내용 및 취지에 비추어 보면 정보공개청구의 목적에 특별한 제한이 없으므로, 오로지 상대방을 괴롭힐 목적으로 정보공개를 구하고 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 정보공개청구가 신의칙에 반하거나 권리남용에 해당한다고 볼 수 없다.

③ 공공기관이 그 정보를 보유·관리하고 있지 아니한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 정보공개 거부처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다.

④ 행정정보공개청구의 대상이 되는 정보는 공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 현재 보유·관리하고 있는 문서로서 원본이어야 한다.

[정답] ④

[해설] ①

② 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」의 목적, 규정 내용 및 취지에 비추어 보면 정보공개청구의 목적에 특별한 제한이 있다고 할 수 없으므로, 오로지 피고를 괴롭힐 목적으로 정보공개를 구하고 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 정보공개청구가 권리남용에 해당한다고 볼 수 없다. 같은 취지에서, 원고가 피고의 전 직원이었던 소외인의 소송대리인으로서 소송상 유리한 자료를 획득하기 위하여 이 사건 정보공개청구를 하였다 하더라도 그러한 사정만으로 원고의 이 사건 정보공개청구가 권리의 남용에 해당한다고 볼 수 없다(대판 2008.10.23, 2007두1798).

④ 공공기관은 정보를 공개함에 있어 당해 정보의 원본이 오손 또는 파손될 우려가 있거나 그 밖에 상당한 이유가 있다고 인정될 때에는 당해 정보의 사본·복제물을 공개할 수 있다(제13조 제3항).

문 11. 공물에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 공물의 설치·관리상의 하자로 인한 국가나 지방자치단체의 배상책임은 민법이 아니라 국가배상법에 의한다.
- ② 행정목적을 위하여 공용되는 행정재산은 공용폐지가 되지 않는 한 사법상 거래의 대상이 될 수 없으므로 취득시효의 대상도 되지 않는 것이고, 공물의 용도폐지 의사표시는 명시적이든 묵시적이든 불문하나 적법한 의사표시여야 하고 단지 사실상 공물로서의 용도에 사용되지 아니하고 있다는 사실만으로 용도폐지의 의사표시가 있다고 볼 수는 없다.
- ③ 국유재산법상 보존용재산은 시효취득의 대상이 되지 아니한다.
- ④ 하천을 구성하는 토지와 그 밖의 하천시설에 대하여는 전혀 사권을 행사할 수 없다.

[정답] ④

[해설] ③ 대판 1983.6.14, 83다카181.

④ 하천을 구성하는 토지와 그 밖의 하천시설에 대하여는 사권(私權)을 행사할 수 없다. 다만, ㉠ 소유권을 이전하는 경우, ㉡ 저당권을 설정하는 경우, ㉢ 하천점용허가(소유권자 외의 자는 소유권자의 동의를 얻은 경우에 한한다)를 받아 그 허가받은 목적대로 사용하는 경우의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다(하천법 제4조 제2항). 하천법 개정으로 국유원칙이 사유원칙으로 변경되었다. 그러나 공물의 소유권이 타인에게 이전된다 하더라도 원칙적으로 공물의 성질을 상실하지는 않기 때문에 공물의 제한은 그대로 적용된다.

문 12. 국세에 대한 불복절차에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 원칙적으로 이의신청은 대통령령으로 정하는 바에 따라 불복의 사유를 갖추어 해당 처분을 하였거나 하였어야 할 세무서장에게 하거나 세무서장을 거쳐 관할 지방국세청장에게 하여야 한다.
- ② 이의신청을 받은 세무서장과 지방국세청장은 각각 조세심판원에 해당 이의신청을 송부하여 결정하게 하여야 한다.
- ③ 심사청구는 해당 처분이 있음을 안 날(처분의 통지를 받은 때에는 그 받은 날)부터 90일 이내에 제기하여야 한다.
- ④ 심사청구는 대통령령으로 정하는 바에 따라 불복의 사유를 갖추어 해당 처분을 하였거나 하였어야 할 세무서장을 거쳐 국세청장에게 하여야 한다.

[정답] ②

[해설] ② 지방국세청장에게 하는 이의신청을 받은 세무서장은 이의신청을 받은 날부터 7일 이내에 해당 신청서에 의견서를 첨부하여 지방국세청장에게 송부하여야 한다(국세기본법 제66조 제3항). 이의신청을 받은 세무서장과 지방국세청장은 각각 국세심사위원회의 심의를 거쳐 결정하여야 한다(동조 제4항).

문 13. 행정행위의 무효와 취소에 관한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정처분이 행하여진 이후에 그 근거법률이 헌법재판소에 의하여 위헌판결을 받은 경우에는 특별한 사정이 없는 한 무효사유에 해당한다.
- ② 무효인 행정행위에 대하여는 무효선언을 구하는 의미에서의 취소소송이 판례상 인정되고 있으며, 이 경우 취소소송의 적법요건을 갖출 필요는 없다.
- ③ 선행행위의 흠이 후행행위에 승계되는가의 문제는 무효인 행정행위에만 해당하고, 선행행위가 취소할 수 있는 행정행위와는 무관하다.
- ④ 환경영향평가를 거쳐야 할 대상사업에 대하여 환경영향평가를 거치지 아니하였음에도 불구하고 승인 등 처분이 이루어진다면 이러한 행정행위는 당연무효이다.

[정답] ④

[해설] ① 위헌법률에 근거한 행정처분(위헌결정 전에 한 처분)은 중대한 하자이지만 명백하지 않으므로 취소사유이다

하자 있는 행정처분이 당연무효가 되기 위해서는 그 하자가 중대할 뿐만 아니라 명백한 것이어야 하는바, 일반적으로 국회에서 헌법과 법률이 정한 절차에 의하여 제정·공포된 법률이 헌법에 위반된다는 사정은 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에는 객관적으로 명백한 것이라고 할 수는 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 이러한 하자는 행정처분의 취소사유에 해당할 뿐 당연무효 사유는 아니다(대판 1998.4.10, 96다52359).

② 행정처분의 당연무효를 선언하는 의미에서 그 취소를 청구하는 행정소송을 제기한 경우에도 전심절차와 제소기간의 준수 등 취소소송의 제소요건을 갖추어야 한다(대법원 1990.12.26, 90누6279).

③ 행정행위가 당연무효인 경우 불가쟁력이 인정되지 않아 후행행위단계에서 선행행위의 하자를 언제나 다룰 수 있고, 선행행위의 하자가 후행행위에 당연히 승계되거나, 당연히 위법(무효)이 되기 때문에 선행행위가 취소사유일 경우에만 하자의 승계가 문제가 된다.

④ 환경영향평가를 거쳐야 할 대상사업에 대하여 환경영향평가를 거치지 아니하였음에도 불구하고 승인 등 처분이 이루어진다면, 사전에 환경영향평가를 함에 있어 평가대상지역 주민들의 의견을 수렴하고 그 결과를 토대로 하여 환경부장관과의 협의내용을 사업계획에 미리 반영시키는 것 자체가 원천적으로 봉쇄되는바, 이렇게 되면 환경파괴를 미연에 방지하고 쾌적한 환경을 유지·조성하기 위하여 환경영향평가제도를 둔 입법취지를 달성할 수 없게 되는 결과를 초래할 뿐만 아니라 환경영향평가대상지역 안의 주민들의 직접적이고 개별적인 이익을 근본적으로 침해하게 되므로, 이러한 행정처분의 하자는 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것이고 객관적으로도 명백한 것이라고 하지 않을 수 없어, 이와 같은 행정처분은 당연무효이다(대판 2006.6.30, 2005두14363).

문 14. 행정질서벌(과태료)에 관한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정질서벌은 행정법규 위반이라는 객관적 사실에 대하여 과하여 지는 것이므로 특별한 규정이 없는 한 원칙적으로 위반자의 고의·과실을 요하지 않지만, 현행 질서위반행위규제법에서는 고의 또는 과실이 없는 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다고 규정하고 있다.
- ② 과태료처벌에 있어 공소시효나 형의 시효 및 국가재정법상의 국가의 금전채권에 관한 소멸시효의 규정이 적용된다.
- ③ 행정질서벌의 부과는 국민의 권리의무에 직접 효과를 가지며 법률에 근거가 있어야 하기

때문에 지방자치단체는 조례제정을 통해 과태료를 부과할 수 없다.

④ 신규등록신청을 위한 임시운행허가를 받고 그 기간이 끝났음에도 자동차등록원부에 등록하지 아니한 채 허가기간의 범위를 넘어 운행한 경우에 차량소유자(피고인)가 이미 관련 법조항에 의한 과태료를 부과 받아 납부하였다면 다시 피고인에 대해 형사처벌을 하는 것은 일사부재리의 원칙에 반하는 것이다.

[정답] ①

[해설] ② 과태료의 제재는 범죄에 대한 형벌이 아니므로 그 성질상 처음부터 공소시효(형사소송법 제249조)나 형의 시효(형법 제78조)에 상당하는 것은 있을 수 없고, 이에 상당하는 규정도 없으므로 일단 한번 과태료에 처해질 위반행위를 한 자는 그 처벌을 면할 수 없는 것이며, 예산회계법 제96조 제1항은 “금전의 급부를 목적으로 하는 국가의 권리로서 시효에 관하여 다른 법률에 규정이 없는 것은 5년간 행사하지 아니할 때에는 시효로 인하여 소멸한다.”라고 규정하고 있으므로 과태료결정 후 징수의 시효, 즉 과태료재판의 효력이 소멸하는 시효에 관하여는 국가의 금전채권으로서 예산회계법에 의하여 그 기간은 5년이라고 할 것이지만, 위반행위자에 대한 과태료의 처벌권을 국가의 금전채권과 동일하게 볼 수는 없으므로 예산회계법 제96조에서 정해진 국가의 금전채권에 관한 소멸시효의 규정이 과태료의 처벌권에 적용되거나 준용되지는 않는다(대결 2000.8.24, 2000마1350).

③ 지방자치단체는 조례를 위반한 행위에 대하여 조례로써 1천만 원 이하의 과태료를 정할 수 있다(제27조 제1항). 과태료는 해당 지방자치단체의 장이나 그 관할구역 안의 지방자치단체의 장이 부과·징수한다(동조 제2항). 비송사건절차법에 의한다는 조항은 2009. 4. 1. 삭제되었기 때문에 일반법인 질서위반행위규제법에 의한다.

④ 행정법상의 질서벌인 과태료의 부과처분과 형사처벌은 그 성질이나 목적을 달리하는 별개의 것이므로 행정법상의 질서벌인 과태료를 납부한 후에 형사처벌을 한다고 하여 이를 일사부재리의 원칙에 반하는 것이라고 할 수는 없으며, 자동차의 임시운행허가를 받은 자가 그 허가 목적 및 기간의 범위 안에서 운행하지 아니한 경우에 과태료를 부과하는 것은 당해 자동차가 무등록 자동차인지 여부와는 관계없이, 이미 등록된 자동차의 등록번호표 또는 봉인이 멸실되거나 식별하기 어렵게 되어 임시운행허가를 받은 경우까지를 포함하여, 허가받은 목적과 기간의 범위를 벗어나 운행하는 행위 전반에 대하여 행정질서벌로써 제재를 가하고자 하는 취지라고 해석되므로, 만일 임시운행허가기간을 넘어 운행한 자가 등록된 차량에 관하여 그러한 행위를 한 경우라면 과태료의 제재만을 받게 되겠지만, 무등록 차량에 관하여 그러한 행위를 한 경우라면 과태료와 별도로 형사처벌의 대상이 된다(대판 1996.4. 2, 96도158).

문 15. 생활보상으로서의 이주대책에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 이주대책은 그 본래의 취지에 있어 이주자들에게 대하여 종전의 생활상태를 원상으로 회복시키면서 동시에 인간다운 생활을 보장하여 주기 위한 이른바 생활보상의 일환으로 국가의 적극적이고 정책적인 배려에 의하여 마련된 제도이다.

② 사업시행자는 이주대책을 수립·실시하지 아니하는 경우 또는 이주대책 대상자가 이주정착지가 아닌 다른 지역으로 이주하고자 하는 경우에는 이주대책 대상자에게 이주정착금을 지급하여야 한다.

③ 사업시행자가 이주대책을 수립하고자 하는 때에는 미리 관할 지방자치단체의 장과 협의하여야 한다.

④ 사업시행자는 이주대책을 수립할 의무를 질 뿐, 그 내용결정에 있어서 재량권을 갖는 것은 아니다.

[정답] ④

[해설] ④ 구 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법」 제8조 제1항 및 같은 법 시행령 제5조 제5항에 의하여 실시되는 이주대책은 공공사업의 시행으로 생활근거를 상실하게 되는 이주자에게 이주정착지의 택지를 분양하도록 하는 것이고, 사업시행자는 특별공급주택의 수량, 특별공급대상자의 선정 등에 있어 재량을 가진다(대판 2007.2.22, 2004두7481).

문 16. 지방자치단체의 조례에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

① 지방자치단체의 장은 지방자치법 제172조 제2항에 따라 재의결된 사항이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 판단되면 재의결된 날부터 20일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다.

② 지방의회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 판단되면 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 재의를 요구하게 할 수 있고, 재의요구를 받은 지방자치단체의 장은 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 지방의회에 이유를 붙여 재의를 요구하여야 한다.

③ 대법원은 재의결의 내용 전부가 아니라 그 일부만이 위법한 경우에도 재의결 전부의 효력을 부인할 수밖에 없다고 판시한 바 있다.

④ 조례안이 지방의회에서 의결되면 의장은 의결된 날부터 5일 이내에 그 지방자치단체의 장에게 이를 이송하여야 한다.

[정답] ①

[해설] ① 지방자치단체의 장은 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 인정하는 때에는 대법원에 소를 제기할 수 있다. 법문의 표현상 재의요구의 사유에 비해 소제기의 사유는 법령위반에 한정된다. 제소기간은 재의결된 날로부터 20일 이내이며, 이 경우 필요하다고 인정하는 경우에는 그 의결의 집행을 정지하게 하는 집행정지결정을 신청할 수 있다(동법 제107조).

③ 의결의 일부에 대한 효력배제는 결과적으로 전체적인 의결의 내용을 변경하는 것에 다름 아니어서 의결기관인 지방의회의 고유권한을 침해하는 것이 될 뿐 아니라, 그 일부만의 효력배제는 자칫 전체적인 의결내용을 지방의회의 당초의 의도와는 다른 내용으로 변질시킬 우려가 있으며, 또 재의요구가 있는 때에는 재의요구에서 지적한 이의사항이 의결의 일부에 관한 것이라고 하여도 의결 전체가 실효되고 재의결만이 의결로서 효력을 발생하는 것이어서 의결의 일부에 대한 재의요구나 수정재의 요구가 허용되지 않는 점에 비추어 보아도 재의결의 내용 전부가 아니라 그 일부만이 위법한 경우에도 대법원은 의결 전부의 효력을 부인할 수밖에 없다(대판 1996.5.14, 96추15).

문 17. 지방공무원법의 규정내용으로 옳지 않은 것은?

- ① 공무원은 종교에 따른 차별 없이 직무를 수행하여야 하며, 소속 상관이 종교중립의 의무에 위배되는 직무상 명령을 한 경우에는 이에 따르지 아니할 수 있다.
- ② 임용권자는 공무원의 결원을 신규임용·승진임용·강임·전직 또는 전보의 방법으로 보충한다.
- ③ 징계는 원칙적으로 인사위원회의 의결을 거쳐 임용권자가 하며, 감사원에서 조사 중인 사건에 대하여는 조사개시 통보를 받은 날부터 징계의결 요구나 그 밖의 징계절차를 진행하지 아니할 수 있다.
- ④ 임용권자는 직제 또는 정원의 변경이나 예산의 감소 등으로 직위가 없어지거나 하위의 직위로 변경되어 과원이 되었을 때 또는 본인이 동의한 경우에는 소속 공무원을 강임할 수 있다.

[정답] ③

[해설] ① 동법 제51조의 2.

② 동법 제26조.

③ 징계처분등은 인사위원회의 의결을 거쳐 임용권자가 한다(동법 제72조 제1항). 감사원에서 조사 중인 사건이나 각 행정기관에서 대통령령으로 정하는 바에 따라 조사 중인 사건에 대하여는 제3항에 따른 조사개시 통보를 받은 날부터 징계의결 요구나 그 밖의 징계절차를 진행하지 못한다(동법 제73조 제1항).

④ 동법 제65조의4.

문 18. 경찰허가에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 경찰허가 등의 행정처분은 원칙적으로 처분시의 법령과 허가기준에 의하여 처리되어야 하고 허가신청 당시의 기준에 따라야 하는 것은 아니며, 비록 허가신청 후 허가기준이 변경되었다 하더라도 그 허가관청이 허가신청을 수리하고도 정당한 이유 없이 그 처리를 늦추어 그 사이에 허가기준이 변경된 것이 아닌 이상 변경된 허가기준에 따라서 처분을 하여야 한다.
- ② 경찰허가의 효과는 근거법상의 금지를 해제하는 효과만 있을 뿐, 다른 법령상의 금지까지 해제하는 효과가 있는 것은 아니다.
- ③ 경찰허가에 상대방의 신청이 요구되는 것이 일반적이지만, 상대방의 신청 없이 허가가 발령되는 경우도 있다.
- ④ 법적인 근거가 없음에도 불구하고 경찰관청이 집단민원의 발생 등을 이유로 신청인에 대하여 인근 주민의 동의서 제출을 요구한 경우, 신청인이 주민의 동의서를 제출하지 않은 때에는 허가를 거부할 수 있다.

[정답] ④

[해설] ④ 행정실무상으로 제3자효 행정행위의 제3자에 대한 배려차원에서 인.허가를 함에 있어 제3자의 사전동의를 얻게 하는 경우가 있다. 그러나 기속행위인 허가의 경우에 법적 근거 없이 제3자의 동의를 얻게 하는 것은 위법이다.

문 19. 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」상 환매권에 관한 사항 중 공익사업변환제도에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 판례에 의하면 공익사업의 변경 전과 변경 후의 사업주체가 동일하지 않으면 공익사업의 변환이 인정되지 않는다.
- ② 국가 등이 공익사업을 위하여 토지를 협의취득 또는 수용한 후 토지를 다른 공익사업으로 변경한 경우에는 중앙토지수용위원회의 공익사업의 변환결정을 거쳐 당해 토지를 다른 공익사업에 이용할 수 있다.
- ③ 공익사업변환이 있는 경우 국가·지방자치단체 또는 대통령령으로 정하는 공공기관은 공익사업의 변경사실을 환매권자에게 통지하여야 한다.
- ④ 공익사업변환제도에서 변환되는 새로운 사업은 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 의하여 토지 등을 취득 또는 사용할 수 있는 모든 공익사업이다.

[정답] ③

[해설] ① 이른바 ‘공익사업의 변환’이 국가·지방자치단체 또는 정부투자기관이 사업인정을 받아 토지를 협의취득 또는 수용한 경우에 한하여, 그것도 사업인정을 받은 공익사업이 공익성의 정도가 높은 토지수용법 제3조 제1호 내지 제4호에 규정된 다른 공익사업으로 변경된 경우에만 허용되도록 규정하고 있는 토지수용법 제71조 제7항 등 관계법령의 규정내용이나 그 입법이유 등으로 미루어 볼 때, 같은 법 제71조 제7항 소정의 ‘공익사업의 변환’이 국가 지방자치단체 또는 정부투자기관 등 기업자(또는 사업시행자)가 동일한 경우에만 허용되는 것으로 해석되지는 않는다(대판 1994.1.25, 93다11760.11777.11784).

②③ 공익사업의 변환의 경우 공공기관이 환매권자에게 통지만 하면 가능하고 중앙토지수용위원회의 변환결정을 요하지 않는다. 국가·지방자치단체 또는 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조부터 제6조까지의 규정에 따라 지정·고시된 공공기관 중 대통령령으로 정하는 공공기관이 사업인정을 받아 공익사업에 필요한 토지를 협의취득 또는 수용한 후 당해 공익사업이 제4조제1호 내지 제5호에 규정된 다른 공익사업으로 변경된 경우 제1항 및 제2항의 규정에 의한 환매권 행사기간은 관보에 당해 공익사업의 변경을 고시한 날부터 기산한다. 이 경우 국가·지방자치단체 또는 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조부터 제6조까지의 규정에 따라 지정·고시된 공공기관 중 대통령령으로 정하는 공공기관은 공익사업의 변경사실을 대통령이 정하는 바에 따라 환매권자에게 통지하여야 한다(동법 제91조 제6항).

④ 공익사업의 변환은 사업인정을 받은 공익사업이 공익성의 정도가 높은 국방·군사에 관한 사업 등 일부사업(공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제4조 제1호 내지 제4호)에만 인정된다.

문 20. 행정법과 관련된 대법원 판례의 입장이라고 할 수 없는 것은?

① 법령의 개정에서 구 법령의 존속에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하며, 법령의 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 법령으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 신뢰의 파괴를 정당화할 수 없다면, 입법자는 경과규정을 두는 등 당사자의 신뢰를 보호할 적절한 조치를 하여야 하며, 이와 같은 적절한 조치 없이 새 법령을 그대로 시행하거나 적용하는 것은 허용될 수 없는바, 이는 헌법의 기본원리인 법치주의 원리에서 도출되는 신뢰보호의 원칙에 위배되기 때문이다.

② 행정에 대한 사법통제, 권익구제의 확대와 같은 행정소송의 기능 등을 종합하여 보면, 행정처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우에는 행정소송

법 제35조에 규정된 '무효확인을 구할 법률상 이익'이 있다고 보아야 하고, 이와 별도로 무효확인소송의 보충성이 요구되므로 행정처분의 무효를 전제로 한 이행소송 등과 같은 직접적인 구제수단이 있는지 여부를 따질 필요가 있다고 해석함이 상당하다.

③ 제재적 행정처분이 그 처분에서 정한 제재기간의 경과로 인하여 그 효과가 소멸되었으나, 부령인 시행규칙 또는 지방자치단체의 규칙의 형식으로 정한 처분기준에서 제재적 행정처분을 받은 것을 가중사유나 전제요건으로 삼아 장래의 제재적 행정처분을 하도록 정하고 있는 경우, 선행처분인 제재적 행정처분을 받은 상대방이 그 처분에서 정한 제재기간이 경과하였다 하더라도 그 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다.

④ 기간제로 임용되어 임용기간이 만료된 국공립대학의 조교수는 교원으로서의 능력과 자질에 관하여 합리적인 기준에 의한 공정한 심사를 받아 위 기준에 부합되면 특별한 사정이 없는 한 재임용되리라는 기대를 가지고 재임용 여부에 관하여 합리적인 기준에 의한 공정한 심사를 요구할 법규상 또는 조리상 신청권을 가진다고 할 것이니, 임용권자가 임용기간이 만료된 조교수에 대하여 재임용을 거부하는 취지로 한 임용기간만료의 통지는 위와 같은 대학교원의 법률관계에 영향을 주는 것으로서 행정소송의 대상이 되는 처분에 해당한다.

[정답] ②

[해설] ② 행정소송은 행정청의 위법한 처분등을 취소·변경하거나 그 효력 유무 또는 존재 여부를 확인함으로써 국민의 권리 또는 이익의 침해를 구제하고, 공법상의 권리관계 또는 법적용에 관한 다툼을 적정하게 해결함을 목적으로 하는 것이므로, 대등한 주체 사이의 사법상 생활관계에 관한 분쟁을 심판대상으로 하는 민사소송과는 그 목적, 취지 및 기능 등을 달리한다. 또한, 행정소송법 제4조에서는 무효확인소송을 항고소송의 일종으로 규정하고 있고, 행정소송법 제38조 제1항에서는 처분등을 취소하는 확정판결의 기속력 및 행정청의 재처분 의무에 관한 행정소송법 제30조를 무효확인소송에도 준용하고 있으므로 무효확인판결 자체만으로도 실효성을 확보할 수 있다. 그리고 무효확인소송의 보충성을 규정하고 있는 외국의 일부 입법례와는 달리 우리나라 행정소송법에는 명문의 규정이 없어 이로 인한 명시적 제한이 존재하지 않는다. 이와 같은 사정을 비롯하여 행정에 대한 사법통제, 권익구제의 확대와 같은 행정소송의 기능 등을 종합하여 보면, 행정처분의 근거법률에 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(전원합의체) 2008.3.20, 2007두6342].