[2012년 7월 28일 시행] 국가직 7급

행정법 <인책형>

해설 : 윤우혁 교수

문 1. 행정소송과 관련한 판례의 태도로 옳은 것은?

- ① 행정청이 공무원에 대하여 새로운 사유에 기한 직위해제처분을 한 경우에도 그 이전에 한 직위해제처분의 취소를 구할 소의 이익이 있다.
- ② 존재와 범위가 확정되어 있는 과오납부액이나 환급세액의 부당이득반환청구는 그 원인행위가 공법적이므로 당사자소송에 의하여야 한다.
- ③ 기업자가 불복절차를 취하지 않아 재결에 대하여 더 이상 다룰 수 없게 된 경우 그 재결이 당연무효이거나 취소되지 않는 한 이미 보상금을 지급받은 자에 대하여 민사소송을 통하여 부당이득반환청구를 할 수 있다.
- ④ 부작위위법확인소송의 변론종결시까지 행정청의 처분으로 부작위상태가 해소된 때에는 부작위위법확인소송은 소의 이익을 상실하게 된다.

정답 ④

해설

- ① 직위해제처분은 가행정행위이므로 그 후에 새로운 처분이 있게 되면 직위해제처분은 본행정행위에 흡수되어 별도로 다룰 소의 이익이 없다.
- ② 판례는 과오납부액이나 환급세액의 부당이득반환청구에 대해 사권으로 보아 민사소송에 의하고 있다. 학설은 공법상의 당사자소송으로 보고 있다.
- ③ 재결에 대하여 더 이상 다룰 수 없게 된 경우에는 불가쟁력과 불가변력이 이미 발생했는데 다시 다투는 것은 문법적으로 앞뒤가 맞지 않는 문장이다.
- ④ 부작위위법확인소송에는 처분변경으로 인한 소의 변경이 허용되지 않으므로 법원은 부적법 각하하게 된다. 왜냐하면 부작위위법확인소송의 소의 대상은 부작위이고 행정청의 처분이 있으면 더 이상 부작위가 아니기 때문이다.

문 2. 판례가 재량행위로 판단하지 않은 것은?

- ① 구 「주택건설촉진법」(「주택법」으로 전문개정되기 전의 것)에 의한 주택건설사업계획의 승인
- ② 「여객자동차 운수사업법」에 의한 개인택시운송사업면허
- ③ 「식품위생법」에 의한 일반음식점영업허가
- ④ 「국적법」에 의한 귀화허가

정답 ③

해설

- ① 주택건설사업계획의 승인은 재량행위이다. 왜냐하면 주택법은 아파트와 같은 집단 주거를 대상으로 하므로 주변에 미치는 영향을 고려해야 하기 때문이다. 한편 건축허가는 원칙적으로 기속행위이다.

- ② 운송사업에 대한 면허는 모두 특허에 해당하므로 재량행위이다.
- ③ 일반음식점영업허가는 자연적 자유의 회복이므로 기속행위이다.
- ④ 귀화는 재량행위이다. 최근에 축구선수 에닝요의 귀화가 거부된 것을 생각해보라.

문 3. 행정입법에 대한 판례의 태도로 옳지 않은 것은?

- ① 고시가 법령의 위임에 따라 그 법령규정을 보충하는 기능을 가지는 경우 그 고시는 근거법령과 결합하여 대외적 구속력 있는 법규로서의 효력을 갖는다.
- ② 재량행사의 준칙인 행정규칙이 반복적으로 시행되어 행정관행이 성립한 경우에는 재량준칙에 대한 자기구속이 인정된다.
- ③ 상위법령에 근거를 두고 있지 않은 훈령에만 근거하여 발령된 침익적 행정처분은 무효인 훈령에 기초한 것으로서 당연무효이다.
- ④ 대통령령이나 부령의 형식으로 발령된 제재적 처분 기준에 대해서 판례는 그 법규성을 부인하고 있다.

정답 ④

해설

- ① 법령보충적 행정규칙은 형식은 고시 등의 행정규칙이지만 전문적, 기술적 사항이나 빈번한 개정의 필요가 있는 사항을 규율하기 위해 상위법에 근거를 두고 발령하는 것이므로 상위법과 결합하여 대외적 구속력을 가진다.
- ② 재량준칙에 대한 자기구속의 범리는 더 이상의 설명이 필요없는 부분이다.
- ③ 침익적 처분은 법률유보의 원칙상 법적 근거가 필요한 것인데 법적 근거가 없는 훈령(행정규칙이다)에 의한 행정처분은 당연무효에 해당한다.
- ④ 대통령령의 형식으로 발령된 제재적 처분 기준에 대해서는 법규성을 인정하고, 부령형식에 대해서는 법규성을 인정하는 경우와 부정하는 경우로 판례가 나뉜다.

문 4. 「경찰관직무집행법」상의 불심검문에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 불심검문을 위하여 경찰관이 질문을 할 때, 흥기의 소지 여부를 조사할 수 있다.
- ② 경찰관의 동행요구에 따라 동행을 한 경우, 경찰관은 당해인을 6시간을 초과하여 경찰관서에 머물게 할 수 없다.
- ③ 판례는 경찰관의 임의동행은 오로지 피의자의 자발적인 의사에 의하여 수사관서 등에의 동행이 이루어졌음이 객관적인 사정에 의하여 명백하게 입증된 경우에 한하여 그 적법성이 인정된다고 보는 것이 타당하다고 보았다.
- ④ 판례는 임의동행형식으로 수사기관에 연행된 피의자에게 변호인 또는 변호인이 되려는 자와의 접견교통권은 당연히 인정되는 반면, 임의동행형식으로 연행된 피내사자의 경우에는 접견교통권은 인정되지 않는다고 보았다.

정답 ④

해설

- ① 경집법 제3조 제3항
- ② 제3조 제6항. 특이한 숫자여서 수업중에 알아둘 필요가 있다고 했지만 틀린 지문으로 나오지는 않았다. 숫자를 틀리게 내는 조문은 정해져 있다. 그런데 수험생들이 온갖 숫자를 다 외는 것을 보면 안타까운 생

각이 든다.

③ 임의동행은 거부할 수 있기 때문에 대법원이 이와 같이 판시한 것이다.

④ 변호인 접견권은 수사의 시작부터 판결의 확정까지 언제든 인정된다.(단 교도소 질서유지를 위하여 토, 일요일에는 제한되고, 범정의 피고인 대기실에서는 제한된다) 따라서 피내사자에게도 당연히 인정된다. 필자는 피내사자가 조사를 받을 때 동행하여 변호를 한적이 있다. 수업 중에도 이야기 한 부분이다.

문 5. 공무원법관계에 대한 판례의 태도로 옳은 것은?

- ① 직위해제처분이 있는 후 동일한 사유로 행하여진 해임처분은 일사부재리의 원칙에 반하지 않는다.
- ② 직위해제 중에 자격정지 이상의 형의 선고유예를 받아 당연퇴직된 경찰공무원에게 임용권자가 복직처분을 한 상태에서 선고유예기간이 경과된 경우 경찰공무원의 신분은 당연히 회복된다.
- ③ 기간제로 임용되어 임용기간이 만료된 국·공립대학의 조교수는 합리적 기준에 부합하면 특별한 사정이 없는 한 재임용에 관하여 공정한 심사를 요구할 법규상·조리상 신청권을 가지므로, 임용권자가 임용기간이 만료된 조교수에 대하여 재임용을 거부하는 취지로 한 임용기간만료의 통지는 항고소송의 대상이 아니다.
- ④ 유일한 면접대상자로 선정된 임용지원자에 대하여 국립대학교 총장이 교원신규 채용업무를 중단하는 조치는 항고소송의 대상이 아니다.

정답 ①

해설

① 동일사유로 직위해제처분하고 다시 감봉처분을 한 경우, 일사부재리원칙에 위배되지 않는다.

직위해제처분이 공무원에 대한 불이익한 처분이긴 하나 징계처분과 같은 성질의 처분이라 할 수 없으므로 동일한 사유로 직위해제 처분을 하고 다시 감봉처분을 하였다 하여 일사부재리원칙에 위배된다 할 수 없다.(대판 1983.10.25. 83누184)

② 대판 1997.7.8. 96누4275 사건의 판시내용이다.

경찰공무원이 재직 중 자격정지 이상의 형의 선고유예를 받음으로써 경찰공무원법 제7조 제2항 제5호에 정하는 임용결격사유에 해당하게 되면, 같은 법 제21조의 규정에 의하여 임용권자의 별도의 행위(공무원의 신분을 상실시키는 행위)를 기다리지 아니하고 그 선고유예 판결의 확정일에 당연히 경찰공무원의 신분을 상실(당연퇴직)하게 되는 것이고, 나중에 선고유예기간(2년)이 경과하였다고 하더라도 이미 발생한 당연퇴직의 효력이 소멸되어 경찰공무원의 신분이 회복되는 것은 아니며, 한편 직위해제처분은 형사사건으로 기소되는 등 국가공무원법 제73조의2 제1항 각 호에 정하는 귀책사유가 있을 때 당해 공무원에게 직위를 부여하지 아니하는 처분이고, 복직처분은 직위해제사유가 소멸되었을 때 직위해제된 공무원에게 국가공무원법 제73조의2 제2항의 규정에 의하여 다시 직위를 부여하는 처분일 뿐, 이들 처분들이 공무원의 신분을 박탈하거나 설정하는 처분은 아닌 것이므로, 임용권자가 임용결격사유의 발생 사실을 알지 못하고 직위해제되어 있던 중 임용결격사유가 발생하여 당연퇴직된 자에게 복직처분을 하였다고 하더라도 이 때문에 그 자가 공무원의 신분을 회복하는 것은 아니다.

③ 임용권자가 임용기간이 만료된 조교수에 대하여 재임용을 거부하는 취지로 한 임용기간만료의 통지는 과거 대법원이 처분성을 부정하였으나 헌법재판소의 위헌 결정이후 처분성을 인정한다.

기간제로 임용되어 임용기간이 만료된 국·공립대학의 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 임용기간

만료의 통지는 위와 같은 대학교원의 법률관계에 영향을 주는 것으로서 행정소송의 대상이 되는 처분에 해당한다.(대판 2004.4.22. 2000두7735 전원합의체)

④ 대학교원의 신규채용에 있어서 유일한 면접심사 대상자로 선정된 임용지원자에 대한 교원신규채용 중단 조치는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.

다수의 임용지원자 중 유일한 면접심사 대상자로 선정되는 등으로 장차 나머지 일부의 심사단계를 거쳐 대학교원으로 임용될 것을 상당한 정도로 기대할 수 있는 지위에 이르렀다면, 그러한 임용지원자는 임용에 관한 법률상 이익을 가진 자로서 임용권자에 대하여 나머지 심사를 공정하게 진행하여 그 심사에서 통과되면 대학교원으로 임용해 줄 것을 신청할 조리상의 권리가 있다.(대판 2004.6.11. 2001두7053)

문 6. 법률의 집행 후 근거법률이 위헌결정된 경우와 관련한 판례의 태도로 옳지 않은 것은?

- ① 대법원은 처분이 있는 후에 근거법률이 위헌으로 결정된 경우, 그 처분은 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 취소할 수 있는 행위에 그친다고 보았다.
- ② 대법원은 처분이 있는 후에 근거법률이 위헌으로 결정된 경우, 그 처분의 집행이나 집행력을 유지하기 위한 행위는 위헌결정의 기속력에 위반되어 허용되지 않는다고 보았다.
- ③ 대법원은 처분이 있는 후에 근거법률이 위헌으로 결정된 경우, 그 처분은 법률의 근거가 없이 행하여진 것과 마찬가지로 하자가 인정되므로 불가쟁력이 발생하였다 하더라도 위헌결정의 소급효가 미친다고 보았다.
- ④ 헌법재판소는 처분이 있는 후에 근거법률이 위헌으로 결정된 경우, 그 법률을 적용한 공무원에게 고의 또는 과실이 있었다고 단정할 수 없다고 보았다.

정답 ③

해설

- ① 처분 당시에는 위헌인지 여부가 명백하지 않기 때문이다.
- ② 과징금 부과처분 후 압류까지 이루어진 상태에서 해당 법률이 위헌결정되면 더 이상의 절차는 진행할 수 없다. 왜냐하면 불법적인 집행이 되기 때문이다.
- ③ 대법원은 위헌결정의 소급효를 일반적으로 인정하는데, 다만 불가쟁력이 발생한 경우, 기판력이 발생한 경우, 법적안정성에 문제가 있는 경우에는 소급효를 제한 한다.
- ④ 처분 당시에는 위헌인지 여부가 명백하지 않은 상태에서 공무원의 고의 과실을 인정할 수는 없기 때문이다.

문 7. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」과 관련한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정청이 아닌 자가 광역도시·군계획 및 도시·군계획의 수립과 도시·군계획시설 사업을 하는 경우 법률에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 그에 관한 비용은 그 자가 부담함을 원칙으로 한다.
- ② 판례는 도시계획사업의 시행자는 늦어도 고시된 도시계획사업의 실시계획인가에서 정한 사업시행기간 내에 사법상의 계약에 의하여 도시계획사업에 필요한 타인소유의 토지를 양수하거나 수용재결의 신청을 하여야 하고, 그 사업시행기간 내에 이와 같은 취득절차가 선행되지 아니하면 그 도시계획사업의 실시계획인가는 실효된다고 보았다.
- ③ 판례는 도시계획구역 내 토지 등을 소유하고 있는 주민은 입안권자에게 도시계획입

안을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있으며, 도시계획입안 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 보았다.

- ④ 도시·군계획시설에 대한 도시·군관리계획결정의 고시일부터 5년 이내에 그 도시·군계획시설의 설치에 관한 도시·군계획시설사업이 시행되지 아니하는 경우 그 도시·군계획시설의 부지로 되어 있는 토지 중 지목(地目)이 대(垓)인 토지의 소유자는 지방자치단체장 등에게 그 토지의 매수를 청구할 수 있다.

정답 ④

해설

① 시행자부담의 원칙 때문이다.

② 과거에 도시계획시설로 지정하고 장기간 방치하는 사례가 많았는데 헌법재판소의 헌법불합치 결정이후에 도시계획법이 개정되었다. 따라서 사업시행기간 내에 취득절차가 선행되지 아니하면 그 도시계획사업의 실시계획인가는 실효된다고 보는 것이다.

③ 2010년 국가 9급 등에 기출되었던 판례이다. 처분성을 인정하는 이유는 도시계획결정이 있게 되면 해당주민들은 새로운 건축행위의 금지등 많은 제약을 받게 되기 때문이다.

도시계획구역 내 토지 소유자의 도시계획입안 신청에 대한 도시계획 입안권자의 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.

도시계획입안제안과 관련하여서는 주민이 입안권자에게 '도시계획도서와 계획설명서를 첨부'하여 도시계획의 입안을 제안할 수 있고, 위 입안제안을 받은 입안권자는 그 처리결과를 제안자에게 통보하도록 규정하고 있는 점 등과 헌법상 개인의 재산권 보장의 취지에 비추어 보면, 도시계획구역 내 토지 등을 소유하고 있는 주민으로서는 입안권자에게 도시계획입안을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있다고 할 것이고, 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.(대판 2004.4.28. 2003두1806)

④ 과거 도시계획시설로 지정하고 장기간 방치하는 사례가 많았는데 지목(地目)이 대(垓)인 토지는 종래의 용도대로 전혀 사용할 수 없음에도 아무런 보상을 하지 않는 것은 위헌이라는 취지의 헌법재판소의 헌법불합치 결정 이후 법이 개정되어 지금은 10년 이내에 사업이 시행되지 않으면 매수를 청구할 수 있다.

문 8. 지방자치단체의 사무에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 지방의회는 매년 1회 그 지방자치단체의 사무에 대하여 시·도에서는 14일의 범위에서, 시·군 및 자치구에서는 9일의 범위에서 감사를 실시하고, 지방자치단체의 사무 중 특정 사안에 관하여 본회의 의결로 본회의나 위원회에서 조사하게 할 수 있다.
- ② 시·도와 시·군 및 자치구는 사무를 처리할 때 서로 경합하지 아니하도록 하여야 하며, 사무가 서로 경합하면 시·군 및 자치구에서 먼저 처리한다.
- ③ 관례는 기초지방자치단체인 시·군·구의 장의 자치사무의 일종인 당해 지방자치단체 소속 공무원에 대한 승진처분이 재량권을 일탈·남용하여 위법하게 된 경우 시·도지사는 「지방자치법」에 따라 그에 대한 시정명령이나 취소 또는 정지를 할 수 있다고 보았다.
- ④ 지방자치단체의 장이 법령의 규정에 따라 그 의무에 속하는 자치사무의 관리 및 집행을 명백히 게을리하고 있다고 인정되면 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 이행할 사항을 명령할 수 있다.

정답 ④

해설

① 지방자치회의의 사무감사에 대한 내용이다.

② 불경합성의 원칙

① 시·도 및 시·군·자치구는 그 사무를 처리함에 있어서 서로 경합할 수 없다.(지방자치법 제10조 제3항)

② 그러나 동일한 성질의 사무라도 개별적·구체적으로 동일하지 않으면 양 지방자치단체에 동시에 주어진다
고 본다.(일정규모 이상의 개발사업은 도에, 그 이하의 개발사업은 시·군에 주어짐)

보충성의 원칙

시·도와 시·군 및 자치구의 사무가 서로 경합하면 시·군 및 자치구에서 먼저 처리한다.(같은 법 제10조 제3
항)

③ 상급 지방자치단체장(울산광역시장)이 하급 지방자치단체장(울산북구청장)에게 기간을 정하여 그 시정을
명하였음에도 이를 이행하지 아니하자 지방자치법에 따라 승진처분을 취소한 것은 적법하다.

지방공무원법에서 정한 공무원의 집단행위금지의무 등에 위반하여 전국공무원노동조합의 불법 총파업에 참
가한 지방자치단체 소속 공무원들의 행위는 임용권자의 징계의결요구 의무가 인정될 정도의 징계사유에 해
당함이 명백하므로, 임용권자인 하급 지방자치단체장으로서 위 공무원들에 대하여 지체 없이 관할 인사위
원회에 징계의결의 요구를 하여야 함에도 불구하고 상급 지방자치단체장의 여러 차례에 걸친 징계의결요구
지시를 이행하지 않고 오히려 그들을 승진임용시키기에 이른 경우, 하급 지방자치단체장의 위 승진처분은
법률이 임용권자에게 부여한 승진임용에 관한 재량권의 범위를 현저하게 일탈한 것으로서 위법한 처분이라
할 것이다. 따라서 상급 지방자치단체장이 하급 지방자치단체장에게 기간을 정하여 그 시정을 명하였음에도
이를 이행하지 아니하자 지방자치법 제157조 제1항에 따라 위 승진처분을 취소한 것은 적법하고, 그 취소
권 행사에 재량권 일탈·남용의 위법이 있다고 할 수 없다.(대판 2007.3.22. 2005추62 전원합의체)

④ 직무이행명령은 위임사무에 대해 하는 것이고 자치사무는 대상이 아니다.

지방자치법 제170조(지방자치단체의 장에 대한 직무이행명령) ① 지방자치단체의 장이 법령의 규정에 따라
그 의무에 속하는 국가위임사무나 시·도위임사무의 관리와 집행을 명백히 게을리하고 있다고 인정되면 시·
도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 이행할 사
항을 명령할 수 있다.

문 9. 행정행위의 부관에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 상대방의 동의가 있는 경우 사후부담도 허용된다.

② 부관도 행정행위의 내용을 이루는 것이므로 외부에 표시되어야 한다.

③ 행정처분과 실제적 관련성이 없어 부관으로 붙일 수 없는 부담은 사법상 계약의 형
식으로도 행정처분의 상대방에게 부과할 수 없다.

④ 행정처분에 붙인 부담인 부관이 무효가 되면 그 부담의 이행으로 인한 사법상
법률행위도 당연히 무효가 된다.

정답 ④

해설

① 사후부관이 허용되는 경우[11국회8급, 09지방7급등]

행정처분에 이미 부담이 부가되어 있는 상태에서 그 의무의 범위 또는 내용을 변경하는 부관의 사후변경은
법률이 명문의 규정이 있거나 그 변경이 미리 유보되어 있는 경우 또는 상대방의 동의가 있는 경우에 한하
여 허용되는 것이 원칙이지만, 사정변경으로 인하여 당초에 부담을 부가한 목적을 달성할 수 없게 된 경우
에도 그 목적달성에 필요한 범위 내에서 예외적으로 허용된다.(대판 1997.5.30. 97누2627)

- ② 행정행위는 외부에 표시되어야 한다.
- ③ 이를 허용하면 우회적인 수단으로 부관의 한계를 일탈하기 때문이다.
- ④ 부담은 독립된 행정행위이므로 주된 행정행위의 효력발생이나 소멸과 관련되지 않는다. 따라서 부담이 부과되어도 주된 행정행위는 처음부터 유효하게 효력을 발생하고, 부담의 불이행이 있어도 주된 행정행위의 효력이 당연히 소멸되는 것이 아니다.

문 10. 「국세기본법」상 조세 부과 등에 관한 권리구제제도에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 이의신청은 대통령령으로 정하는 바에 따라 불복의 사유를 갖추어 해당 처분을 하였거나 하였어야 할 세무서장에게 하거나 세무서장을 거쳐 관할 지방국세청장에게 하여야 한다. 다만, 지방국세청장의 조사에 따라 과세처분을 한 경우 등의 경우에는 관할 지방국세청장에게 하여야 하며, 세무서장에게 한 이의신청은 관할 지방국세청장에게 한 것으로 본다.
- ② 세무서장은 이의신청의 대상이 된 처분이 지방국세청장이 조사·결정 또는 처리하였거나 하였어야 할 것인 경우에는 이의신청을 받은 날부터 7일 이내에 이의신청서에 의견서를 첨부하여 해당 지방국세청장에게 송부하고 그 사실을 이의신청인에게 통지하여야 한다.
- ③ 심판청구는 대통령령으로 정하는 바에 따라 불복의 사유를 갖추어 그 처분을 하였거나 하였어야 할 세무서장을 거쳐 조세심판원장에게 하여야 한다.
- ④ 조세심판관회의는 담당 조세심판관 3분의 1 이상의 출석으로 개의하고, 출석조세심판관 과반수의 찬성으로 의결한다.

정답 ④

해설

- ① ② ③ 조세에 대한 이의신청 또는 심판청구의 절차이다. 사실 조세불복절차를 정확히 암기한다는 것은 수험생에게는 무리한 요구이고 실무에서도 암기할 필요는 없는 부분이다. 이 문제의 출제의도는 이를 묻기 위한 것이라기 보다는 아래의 상식적인 리걸 마인드를 측정하기 위한 것으로 보인다.
- ④ 조세심판관회의는 담당 조세심판관 3분의 2 이상의 출석으로 개의하고, 출석조세심판관 과반수의 찬성으로 의결한다.(국세기본법 제72조) 이 지문은 대부분의 수험생이 대비하지 못한 지문이었을 것이다. 그러나 여러분이 배운 각종 회의 등의 의결을 위한 출석정족수가 3분의 1이 되는 것은 비상식적이다. 왜냐하면 어떤 의결이 대외적으로 정당성을 가질려면 최소한 과반수의 찬성이 필요하기 때문이다. 대체로 과반수 출석 또는 3분의 2이상의 출석을 요구한다. 그러면 국회의 의사정족수는 왜 5분의 1인지 궁금할 수도 있겠다. 생각해보라 의사정족수는 회의를 시작하기 위한 최소한의 정족수이지 의결을 하는 것은 아니라는 것을.

문 11. 지방자치와 공유재산 관리에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 판례는 행정재산의 사용허가는 강학상 특허의 성질을 지니며 그에 의해 형성되는 이용관계는 공법관계로 보았다.
- ② 판례는 잡종재산(일반재산)의 대부행위는 공법상 계약이며 그에 의해 형성되는 이용관계는 공법관계로 보았다.
- ③ 주민은 법령으로 정하는 바에 따라 소속 지방자치단체의 재산과 공공시설을 이용할 권리와 그 지방자치단체로부터 균등하게 행정의 혜택을 받을 권리를 가진다.
- ④ 판례는 「지방자치법」 제13조 제1항에서 정한 ‘주민의 권리’조항은 권리를 추상적·선

언적으로 규정한 것으로 이 규정에 의하여 주민에게 지방자치단체에 대하여 구체적이고 특정한 권리가 발생하는 것은 아니라고 보았다.

정답 ②

해설

- ① 수없이 기출된 지문이다. 행정재산을 아무에게나 사용허가할 수는 없지 않겠는가. 따라서 특허이다.
- ② 대부라는 말은 빌려준다는 뜻이다. 국가가 잡종재산(주로 빈땅인 경우가 많다)을 빌려주는 행위나 개인끼리 땅을 빌리는 행위나 다르 것이 무엇인가? 따라서 사법행위이다.
- ③ 당연한 지문이다.
- ④ 주민의 권리는 헌법상의 기본권이 아니므로 개별법령에 의해 구체화 되지 않으면 특정권리가 발생하지 않는다.

문 12. 공공기관에 대한 정보공개청구가 받아들여지지 않았을 때의 불복구제에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정심판을 거치지 않고 바로 항고소송을 제기할 수 없다.
- ② 사립대학교에 정보공개를 청구하였다가 거부되면 사립대학교 총장을 피고로 하여 취소소송을 제기할 수 있다.
- ③ 이의신청을 거치지 아니하여도 행정심판을 제기할 수 있다.
- ④ 정보공개청구에 대한 거부에 대하여 취소소송을 제기하는 때에는 거부당하였다는 것만으로 취소를 구할 법률상 이익이 인정된다.

정답 ①

해설

- ① ③ 여러번 기출된 지문이다. 정보공개청구는 필수적 행정심판전치가 아니다. 필자가 수업할 때도 이 부분은 그냥 이의신청, 행정심판제도가 있고 필수적인 것은 아니라는 것을 알면 충분하다고 말한 적이 있다.
- ④ 정보공개청구는 정보공개법이 제정되기 전부터 헌법상의 기본권(알권리)에 의해 법률상이익을 인정해오고 있었다. 정보공개법이 제정된 이후에는 근거 법률이 직접 규정하고 있으므로 당연히 법률상이익이 인정된다.

문 13. 비례원칙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 헌법재판소는 비례원칙을 위헌법률심사의 기준으로 삼고 있다.
- ② 행정지도를 함에 있어서 명문의 규정은 없지만 비례원칙이 적용된다.
- ③ 수익적 행정행위를 취소 또는 철회하는 경우 비례원칙이 적용된다.
- ④ 행정계획과 관련하여서는 계획재량을 제한하는 형량명령이론으로 발전하였다.

정답 ②

해설

- ① 당연한 지문이다.
- ② 행정절차법에 명문의 규정이 있다. 행정지도의 법적성격과 관련하여 출제가능성이 있다고 강조한 부분이다.
- ③ 당연한 지문이다.

④ 형량명령이란 행정계획수립주체가 계획재량권을 행사함에 있어서 공익 상호간, 사익 상호간 및 공익과 사익상호간의 정당한 형량을 하여야 한다는 원리를 말한다.[09국가7급] 형량의 원리 또는 정당한 형량의 원리라고도 한다.

문 14. 행정소송으로 다툼 사안으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공정거래위원회의 고발조치 및 고발의결에 관한 소
- ② 국유재산의 관리청이 무단점유자에 대하여 하는 변상금부과처분에 관한 소
- ③ 지방의회 의장에 대한 불신임 의결에 관한 소
- ④ 지방자치단체에 근무하는 청원경찰에 대한 징계처분에 관한 소

정답 ①

해설

- ① 공정거래위원회의 검찰총장에 대한 고발조치는 행정기관 내부의 행위에 불과하다. 즉 고발이 있어도 수사를 개시하는 것은 검찰청의 몫이다. 따라서 처분성이 인정되지 않는다.
- ② 국유재산의 무단점유자에 대하여 하는 변상금부과처분은 급부하명으로서 처분성이 인정된다.
- ③ ④ 판례가 처분성을 인정한 사안이다.

문 15. 과징금에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 과징금에 대하여 규정하고 있는 대표적 법률로 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」이 있다.
- ② 대법원 판례는 과징금부과처분이 법이 정한 한도액을 초과하여 위법할 경우 법원은 그 초과된 부분을 취소할 수 있다고 보았다.
- ③ 헌법재판소 결정에 따르면 과징금은 국가형벌권 행사로서의 처벌이 아니므로, 법에서 형사처벌과 아울러 과징금의 부과처분을 규정하고 있더라도 이중처벌금지원칙에 반하지 아니한다.
- ④ 대법원 판례에 따르면 과징금채무는 대체적 급부가 가능한 의무이므로 과징금을 부과 받은 자가 사망한 경우 그 상속인에게 포괄승계된다.

정답 ②

해설

- ① 독점규제 및 공정거래에 관한 법률은 과징금을 규정한 최초의 입법이다.
- ② 일부취소의 법리는 행정법 학계에서는 관심이 많은 부분이다. 조세부과와 같이 기속행위의 경우에는 일부취소가 가능하지만 과징금과 같은 재량행위에 대해서는 일부취소가 불가능한 것이 원칙이다. 과징금부과에 대해서는 일부취소가 허용되지 않는다. 자동차운수사업 면허조건 등에 위반한 사업자에 대하여 행정청이 행정제재수단으로서 사업정지를 명할 것인지, 과징금을 부과할 것인지, 과징금을 부과기로 하였다면 그 금액은 얼마로 할 것인지 등에 관하여 재량권이 부여되어 있다 할 것이고, 과징금 최고한도액 5,000,000원의 부과처분만으로는 적절치 않다고 여길 경우 사업정지쪽을 택할 수도 있다 할 것이므로 과징금 부과처분이 법이 정한 한도액을 초과하여 위법할 경우 법원으로서도 그 전부를 취소할 수밖에 없고, 그 한도액을 초과한 부분이나 법원이 적절하다고 인정되는 부분을 초과한 부분만을 취소할 수는 없다.(대판 1993.7.27. 93누1077)
- ③ 이중처벌금지의 원칙은 형벌을 이중으로 부과하는 경우에만 적용된다.

④ 판례를 떠나서 명문의 규정이 있다.

과태료는 당사자가 과태료 부과처분에 대하여 이의를 제기하지 아니한 채 기한이 종료한 후 사망한 경우에는 그 상속재산에 대하여 집행할 수 있다.(질서위반행위규제법 제24조의2 제1항)

문 16. 「질서위반행위규제법」에 규정된 과태료에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 과태료는 객관적인 법질서위반에 대한 제재라는 점에서 행위자의 고의나 과실은 요하지 아니한다.
- ② 신분에 의하여 성립하는 질서위반행위에 신분이 없는 자가 가담한 때에는 신분이 없는 자에 대하여도 질서위반행위가 성립한다.
- ③ 행정청으로부터 과태료부과처분을 받은 자가 행정소송을 제기하면 과태료부과처분의 집행을 정지된다.
- ④ 당사자가 과태료를 자진납부하고자 하는 경우 행정청은 과태료를 감경할 수 있고, 과태료를 체납할 경우 법원은 검사의 청구에 따라 체납된 과태료액에 상당하는 강제노역에 처할 수 있다.

정답 ②

해설

- ① 고의 또는 과실이 없는 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다.(질서위반행위규제법 제7조)
- ② 동법 제12조 제2항
- ③ 과태료부과에 이의제기가 있는 경우에는 행정청의 과태료 부과처분은 그 효력을 상실한다. 집행정지가 아니다.
- ④ 과태료를 자진납부하고자 하는 경우 행정청은 과태료를 감경할 수 있다. 그러나 강제노역은 불가능하다. 강제노역(형법에서 환형처분이라고 한다)은 벌금의 미납에 대해서 할 수 있을 뿐이다.

문 17. 행정상 손실보상에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 헌법은 보상청구권의 근거뿐만 아니라 보상의 기준과 방법에 관해서도 법률에 유보하고 있다.
- ② 하천구역 편입토지에 대한 손실보상청구권은 사법상의 권리라는 것이 판례의 입장이다.
- ③ 개발제한구역의 지정으로 인한 지가의 하락은 토지소유자가 수인해야 하는 사회적 제약의 한계를 넘는 것으로, 아무런 보상없이 이를 감수하도록 하고 있는 한, 헌법에 위반된다.
- ④ 손실보상은 금전(현금)보상을 원칙으로 하고 채권보상은 인정되지 않는다.

정답 ①

해설

- ① 헌법 제23조 제3항의 법률에 의한 보상과 정당한 보상을 말한다.
- ② 하천법 규정에 의한 보상청구권의 소멸시효가 만료된 하천구역 편입토지 보상에 관한 특별조치법'에서 정하고 있는 손실보상청구권의 법적 성질은 공권이고 그 쟁송 절차는 당사자소송이다. 하천법 부칙 제2조와 ... 각 규정들을 종합하면, 위 규정들에 의한 손실보상청구권은 1984. 12. 31. 전에 토지가 하천구역으로 된 경우에는 당연히 발생하는 것이지, 관리청의 보상금지급결정에 의하여 비로소 발생

하는 것은 아니므로, 위 규정들에 의한 손실보상금의 지급을 구하거나 손실보상청구권의 확인을 구하는 소송은 행정소송법 제3조 제2호 소정의 당사자소송에 의하여야 한다.(대판 2006.5.18. 2004다6207 전원합의체)

③ 토지를 종전의 용도대로 사용할 수 있는 경우(전, 답, 임야)에 개발제한구역 지정으로 인한 지가의 하락은 토지재산권에 내재하는 사회적 제약의 범주에 속한다.

개발제한구역의 지정으로 인한 개발가능성의 소멸과 그에 따른 지가의 하락이나 지가상승률의 상대적 감소는 토지소유자가 감수해야 하는 사회적 제약의 범주에 속하는 것으로 보아야 한다. 자신의 토지를 장래에 건축이나 개발목적으로 사용할 수 있으리라는 기대가능성이나 신뢰 및 이에 따른 지가상승의 기회는 원칙적으로 재산권의 보호범위에 속하지 않는다. 구역지정 당시의 상태대로 토지를 사용·수익·처분할 수 있는 이상, 구역지정에 따른 단순한 토지이용의 제한은 원칙적으로 재산권에 내재하는 사회적 제약의 범주를 넘지 않는다.(헌재 1998.12.24. 89헌마214등)

④ 손실보상은 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 현금으로 지급하여야 한다.(동법 제63조 제1항) 예외적으로 현물보상(환지), 채권보상 등이 있다.

문 18. 다음 중 「행정절차법」상 사전통지 및 의견제출기회 제공의 대상이 되는 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 교원임용신청에 대한 거부처분
- ㄴ. 업자로부터의 금품수수를 이유로 한 징계에 기한 진급예정자의 진급선발 취소
- ㄷ. 행정지도의 방식에 의한 사전고지가 이루어진 지하수개발
· 이용신고수리 취소
- ㄹ. 관련법령에 따라 금액이 정해져 있는 퇴직연금 환수결정

- ① ㄱ, ㄴ
- ② ㄱ, ㄷ
- ③ ㄴ, ㄷ
- ④ ㄷ, ㄹ

정답 ③

해설

① 거부처분은 불이익 처분이라도 사전통지를 하지 않는다.

특별한 사정이 없는 한, 신청에 대한 거부처분은 행정절차법 제21조 제1항 소정의 처분의 사전통지대상이 되지 않는다.

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)

② 공무원 인사 관계 법령에 의한 처분에 관한 사항에 대하여 행정절차법의 적용이 배제되는 범위 행정절차법의 입법목적과 행정절차법의 규정 내용 등에 비추어 보면, 공무원 인사 관계 법령에 의한 처분에 관한 사항 전부에 대하여 행정절차법의 적용이 배제되는 것이 아니라 성질상 행정절차를 거치지 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 처분이나 행정절차에 준하는 절차를 거치도록 하고 있는 처분의 경우에만 행정절차법의 적용이 배제된다. 따라서 군인사 법령에 의하여 진급예정자명단에 포함된 자에 대하여 의견제출의 기회를 부여하지 아니한 채 진급선발을 취소하는 처분을 한 것이 절차상 하자가 있어 위법하다.(대판

2007.9.21. 2006두20631)

③ 행정지도에 대해서는 상대방의 의견제출기회가 명문으로 규정되어 있다.

행정지도의 상대방은 당해 행정지도의 방식·내용 등에 관하여 행정기관에 의견 제출을 할 수 있다.(행정절차법 제50조)

④ 퇴직연금의 환수결정은 당사자에게 의무를 과하는 처분이기는 하나, 관련 법령에 따라 당연히 환수금액이 정하여지는 것이므로, 퇴직연금의 환수결정에 앞서 당사자에게 의견진술의 기회를 주지 아니하여도 행정절차법 제22조 제3항이나 신의칙에 어긋나지 아니한다.(대판 2000.11.28. 99두5443)

문 19. 국가배상과 관련한 판례의 태도로 옳지 않은 것은?

- ① 토석채취공사 도중 경사지를 굴러 내린 암석이 가스저장시설을 충격하여 화재가 발생한 경우, 토지형질변경허가권자에게 허가 당시 사업자로 하여금 위해방지시설을 설치하게 할 의무는 없다.
- ② 인감증명사무를 처리하는 공무원은 인감증명이 타인과의 권리·의무에 관계되는 일에 사용되는 것을 예상하여 그 발급된 인감증명으로 인한 부정행위의 발생을 방지할 직무상의 의무가 있다.
- ③ 주민등록사무를 담당하는 공무원은 개명과 같은 사유로 주민등록상의 성명을 정정한 경우에는 반드시 본적지 관할관청에 그 변경사항을 통보하여 본적지의 호적관서로 하여금 그 정정사항의 진위를 재확인할 수 있도록 할 직무상의 의무가 있다.
- ④ 국가 또는 지방자치단체가 법령이 정하는 상수원수 수질기준 유지의무를 다하지 못하고, 법령이 정하는 고도의 정수처리방법이 아닌 일반적 정수처리방법으로 수돗물을 생산·공급하였다는 사유만으로 그 수돗물을 마신 개인에 대하여 손해배상책임을 부담하지 않는다.

정답 ①

해설

① 토석채취공사 도중 경사지를 굴러 내린 암석이 가스저장시설을 충격하여 화재가 발생한 경우, 토지형질변경허가권자에게 허가 당시 사업자로 하여금 위해방지시설을 설치하게 할 의무를 다하지 아니한 위법과 작업 도중 구체적인 위험이 발생하였음에도 작업을 중지시키는 등의 사고예방조치를 취하지 아니한 위법이 있다.(대판 2001.3.9. 99다64278)

② 인감증명이 잘못 발급되면 당사자는 큰 손해를 볼 수 있기 때문이다.

인감증명은 인감 자체의 동일성을 증명함과 동시에 거래행위자의 동일성과 거래행위가 행위자의 의사에 의한 것임을 확인하는 자료로서 일반인의 거래상 극히 중요한 기능을 갖고 있으므로, 인감증명사무를 처리하는 공무원로서는 그것이 타인과의 권리·의무에 관계되는 일에 사용될 것을 예상하여 그 발급된 인감증명으로 인한 부정행위의 발생을 방지할 직무상의 의무가 있고, 따라서 발급된 허위의 인감증명에 의하여 그 인감명의인과 계약을 체결한 자가 그로 인한 손해를 입었다면 위 인감증명의 교부와 그 손해 사이에는 상당인과관계가 있다.(대판 2008.7.24. 2006다63273)

③ 개명으로 인한 주민등록상 성명정정을 본적지 관할관청에 통보하지 아니한 직무상 의무위배행위와 그로 인한 손해사이에는 상당인과관계가 있다.

주민등록사무를 담당하는 공무원이 개명으로 인한 주민등록상 성명정정을 본적지 관할관청에 통보하지 아니한 직무상 의무위배행위와 갑과 같은 이름으로 개명허가를 받은 것이 호적등본을 위조하여 주민등록상 성명을 위법하게 정정한 을이 갑의 부동산에 관하여 불법적으로 근저당권설정등기를 경료함으로써 갑이 입은 손해 사이에는 상당인과관계가 있다.(대판 2003.4.25. 2001다59842)

④ 국가 등에게 일정한 기준에 따라 상수원수의 수질을 유지하여야 할 의무를 부과하고 있는 법령의 규정은 국민에게 양질의 수도물이 공급되게 함으로써 국민 일반의 건강을 보호하여 공공 일반의 전체적인 이익을 도모하기 위한 것이지, 국민 개개인의 안전과 이익을 직접적으로 보호하기 위한 규정이 아니다. 국민에게 공급된 수도물의 상수원의 수질이 수질기준에 미달한 경우가 있고, 이로 말미암아 국민이 법령에 정하여진 수질기준에 미달한 상수원수로 생산된 수도물을 마심으로써 건강상의 위해 발생에 대한 염려 등에 따른 정신적 고통을 받았다고 하더라도, 이러한 사정만으로는 국가 또는 지방자치단체가 국민에게 손해배상책임을 부담하지 아니한다. 또한 상수원수 2급에 미달하는 상수원수는 고도의 정수처리 후 사용하여야 한다는 환경정책기본법령상의 의무 역시 위에서 본 수질기준 유지의무와 같은 성질의 것이므로, 지방자치단체가 상수원수의 수질기준에 미달하는 하천수를 취수하거나 상수원수 3급 이하의 하천수를 취수하여 고도의 정수처리가 아닌 일반적 정수처리 후 수도물을 생산·공급하였다고 하더라도, 그렇게 공급된 수도물이 음용수 기준에 적합하고 몸에 해로운 물질이 포함되어 있지 아니한 이상, 지방자치단체의 위와 같은 수도물 생산·공급행위가 국민에 대한 불법행위가 되지 아니한다.(대판 2001.10.23. 99다36280)

문 20. 토지행정과 관련한 판례의 태도로 옳지 않은 것은?

- ① 도시계획사업 시행지역에 포함된 토지의 소유자에게 도시계획사업실시계획인가처분에 대한 취소소송을 제기할 법률상 이익이 있다.
- ② 중대한 공익상의 필요가 있는 경우 처분청은 산림형질변경허가신청에 대해 거부처분을 할 수 있다.
- ③ 환지처분이 확정된 후에는 환지처분의 일부에 위법이 있다고 하더라도 민사상의 손해배상청구를 할 수 없고, 행정소송으로만 그 취소를 구할 수 있다.
- ④ 환지계획은 환지예정지 지정이나 환지처분의 근거가 될 뿐 고유한 법률효과를 수반하는 것이 아니어서 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하지 않는다.

정답 ③

해설

① 도시계획구역 내 토지 등을 소유하고 있는 주민으로서 입안권자에게 도시계획입안을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있다.

구 도시계획법은 ... 도시계획입안제안과 관련하여서는 주민이 입안권자에게 '1. 도시계획시설의 설치·정비 또는 개량에 관한 사항 2. 지구단위계획구역의 지정 및 변경과 지구단위계획의 수립 및 변경에 관한 사항'에 관하여 '도시계획도시와 계획설명서를 첨부'하여 도시계획의 입안을 제안할 수 있고, 위 입안제안을 받은 입안권자는 그 처리결과를 제안자에게 통보하도록 규정하고 있는 점 등과 헌법상 개인의 재산권 보장의 취지에 비추어 보면, 도시계획구역 내 토지 등을 소유하고 있는 주민으로서 입안권자에게 도시계획입안을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있다고 할 것이고, 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.(대판 2004.4.28. 2003두1806)

② 산림훼손은 국토 및 자연의 유지와 수질 등 환경의 보전에 직접적으로 영향을 미치는 행위이므로, 법령이 규정하는 산림훼손 금지 또는 제한 지역에 해당하는 경우는 물론 금지 또는 제한 지역에 해당하지 않더라도 허가신청은 산림훼손허가신청 대상토지의 현상과 위치 및 주위의 상황 등을 고려하여 국토 및 자연의 유지와 환경의 보전 등 중대한 공익상 필요가 있다고 인정될 때에는 허가를 거부할 수 있고, 그 경우 법규에 명문의 근거가 없더라도 거부처분을 할 수 있다.(대판 2002.10.25. 2002두6651)

③ 환지처분 공고 후에는 환지예정지지정처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없다.

환지처분이 일단 공고되어 효력을 발생하게 되면 환지예정지지정처분은 그 효력이 소멸되는 것이므로, 환지처분이 공고된 후에는 환지예정지지정처분에 대하여 그 취소를 구할 법률상 이익은 없다.(대판 1999.10.8. 99두6873)

④ 환지계획(대판 1999.8.20. 97누6889) 환지계획 상태에서는 처분성이 부정되고 구체적으로 환지예정지 지정, 환지처분으로 구체화 되었을 때 처분성이 인정된다.